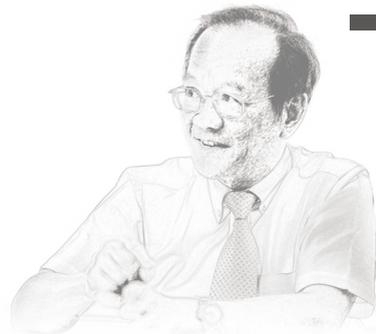


台灣的法學需「出師」

— 歐美日中學術知識的在地化*



王泰升

台大講座教授、中研院台史所暨法律所合聘研究員

摘要

在此以回顧個人的研究教學歷程為契機，探究台灣法學社群既有的知識發展軌跡及未來前進的方向。30歲時半路出家踏入「門都沒有」的台灣法律史研究領域，經以另類「博士後」填補所需基礎知識，再從論文轉向專書為主的創作，並在國內外學界及晚近於司法界受到注意。自現代法學跟隨日治時期殖民地法進入台灣，戰後再承接民國時代中國的法學，法學界總脫不了為各時代國家法之解釋適用而服務。惟第二代法學者曾訴諸「先進」，引進不為執政當局所喜的戰後歐美自由民主法學理論及法制；政治民主化後，法學者經常逕以之正當化本國法。於今既已吸收歐美日本法學精髓，應檢視台灣的法律實踐經驗，探求最適合台灣的法規範，與昔日為師的歐美日本學界分享心得。

關鍵詞：法學、台灣法律史、舊慣法學、黨國法學、在地化、賸耕

壹、緒言

貳、個人研究與教學歷程：律師到學者及講師到講座

一、30歲「半路出家」踏入「門都沒有」的台灣法律史

二、以另類「博士後」填補探究多源的台灣法律史所需基礎知識

三、累積更多法律史研究後從論文轉向專書為主的創作

* 本文的大部分内容曾口頭發表於國科會人文社會科學研究中心、國立臺灣大學主辦，「法律學門人文大師下午茶」（2024年3月29日，台大法律學院）。

- 四、以實際的檔案驗證理論並以適當的理論透視檔案
- 五、在國際學界受肯定後漸次在國內學界及司法界受重視
- 參、台灣法學知識的發展歷程
 - 一、日本的法釋義學及兼具台灣特色的舊慣法學
 - 二、第二代法學者以西方法先進說抗衡法西斯的黨國法學
- 三、1990 年代民主化後以歐美法理及法制為學者立法與釋憲
- 肆、對「出師」的反思
 - 一、當今台灣的法學環境及內涵
 - 二、建構不受歐美日本法學侷限的在地化法學知識

壹、緒言

此文的撰寫，緣自國科會的人文社會科學研究中心與法律學門邀請我，「透過對談的方式，與青年學者分享學術知識變遷、研究歷程與教學經驗等之重大體悟，建立知識生涯的經驗傳承。」當初看到「重大體悟」和「經驗傳承」兩句時，不由得感到惶恐，深怕不能符合邀請者的期待。但想到自己迄今的「研究歷程與教學經驗」，受惠於國科會者甚多，乃基於回饋、感恩的心，勉力答應。回顧我從 1993 年 8 月起在台大法律系任教，於今已任滿 30 年，之所以能夠持續從事「台灣法律史」這種基礎科學之研究，實仰賴國科會的專題研究計畫、國外短期研究計畫等的資助；直到 2022 年獲頒國科會傑出特約研究員，可算是「畢業」了。且剛好我 2022 年所完成的專書《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，正是探討上述的「學術知識變遷」，並曾獲得國科會人社中心給予專書出版補助，因此也希望能藉由這個經驗分享的活動，向國科會以出版

補助方式鼓勵學者撰寫學術專書，表達最高的敬意與謝意。

那本《建構台灣法學》是以我個人學習經驗為契機，探究整個台灣法學社群的知識發展軌跡及內涵；在此將依同樣的敘述框架，先談「個人研究與教學歷程」。歷史敘事需要說出一個故事，而非僅是臚列一筆一筆的流水帳。以下想分享的是「從商務律師轉為法律史學者」的研究歷程，以及「從台大法律系講師到教育部終身國家講座」的教學經驗。這部分涉及許多個人生命中的偶然，例如恰巧身處願意傾聽美語不甚流利者發言的西雅圖華盛頓大學校園，且一所美國法學院內有多達 3 位日本法的大師級教師，日本法藏書豐富到不必前往日本就能完成有關日本法的博士論文。這些可遇不可求的機緣，使得我的經驗不一定能複製或參考。不過，接著將著眼於整個台灣法律人社群的「學術知識變遷」，並提出個人粗淺的領悟，亦即：台灣的法學需要「出師」。就此點，誠摯地期待大家，本於各自的「研究歷程與教

學經驗」，一起來反省和思考。

貳、個人研究與教學歷程：律師到學者及講師到講座

一、30歲「半路出家」踏入「門都沒有」的台灣法律史

我在台灣從進入台大法律系，到念中興法商學院（今台北大學）的法研所，目標都是成為律師，且如願考上當時錄取率最低的律師高考後，順利地先歷練訴訟律師，再到大型律師事務所裡，成為以承辦國際性非訟業務為主的商務律師。1989年我前往美國念書，事實上也是為了充實律師的本職學能。生涯中出版的第一本華文著作，就是以律師的身分，論述屬於公司法與證券交易法交錯領域的「公開發行公司法制」，¹而我在西雅圖華盛頓大學法學院所寫的 LL.M. Paper，則以「閉鎖性公司」（close corporation）為題，可知當時是意在補足關於美國公司法制的學習。不過，在所選修的「華人法律傳統」（Chinese Legal Traditions）的期末報告，我提問：「為什麼中華民國法，在民國時代中國施行得很差，但在戰後台灣至少民商法部分施行的狀況不錯？」在華大的圖書館我找到了答案：因為日本曾統治台灣50年，從而發現台灣的法學教育所不教的「台灣法律史」。1990年5、6月間，當時30歲的我，人在遙望著家鄉的美國，做了一個「最浪漫的決定」，捨棄既有的學術專攻及律師事業，以「台灣日治時期的法律改革」為論文題目留在西雅圖華大念博士，朝著「台灣法律史研究者」的目

標前進，縱令以台灣為主體的法律史研究猶有政治風險（按1991年曾發生「獨台會案」，調查局以涉嫌叛亂罪為由進入校園逮捕研讀史明所寫《台灣人四百年史》的學生），且當時連學者之路是什麼、該如何走，都毫無概念。

這段心路歷程已有不少專訪提及，²於茲不再重述。值得注意的是，成為律師及執業的經驗，包括對台灣社會之法文化的感受、對國家之實證法內涵較全面的了解，深刻烙印在我後來的法律史研究取徑和風格上。律師的通才式訓練，亦有助於在台灣法律史的草創階段，就各個法律領域均能為初步的探究，以描繪出整體的圖像。

1992年12月獲得華大的 Ph.D. 學位、1993年1月回台後，曾拜訪任職於中研院史語所的張偉仁（「教授」尊稱省略，以下同），他跟我：「從小當和尚，不一定是好和尚，殺人放火後再來當和尚，應該是好和尚了。」這句勉勵的話，深深打中我心，也一直牢記在心。的確我是「半路出家」，改走學者之路，且在轉行當時，台灣法律史不叫做「冷門」的領域，而是「門都沒有」，在台灣或國際學術界都不存在這門課程或學問。此所以我的研究歷程，具有某程度的獨特性。

- 1 王泰升，從所有與經營分離論公開發行公司法制，台北：蔚理出版社，1989年，計369頁。
- 2 參見何鳴撰文，追夢教授—王泰升 無畏無悔鍾情台灣法律史，在野法潮，4期，2010年1月，46-51頁；天下雜誌，熱血教授王泰升：重現珍貴史料、讓臺灣法律史躍上國際舞臺，高教創新，56期，2024年5月，12-15頁。

在我的第一本英文著作，也是由博士論文改寫而成、華大出版社 2000 年出版、2015 年再刷的 *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule (1895-1945): The Reception of Western Law*，於整本書的第一句話就指出，這是「台灣研究」（Taiwan Studies）的一個新興議題，充分展現出我在華大博士班階段「議題取向」的學習態度。因為是「台灣研究」，而非僅僅是「法學研究」，故我欲擷取的是，人文社會科學所有跟這個特定的議題——日治台灣的法律改革——有關的知識。當時我曾搜尋了所有在北美學界，以台灣為研究對象的人文社會方面的博士論文，包括李登輝在康乃爾大學的博士論文。同時針對博士論文議題所需，請專攻殖民統治的法律人類學者、曾在台灣做過漢人社會田野調查的人類學者（即台灣學界相當熟悉的 Stevan Harrelle 郝瑞）、³ 專攻韓國的區域研究專家，上 2 學分的師生一對一個別指導課程。尤其重要的是，我可以閱覽到華大及全美其他大學的圖書館內，眾多由不同政治立場或學派的研究者，以華文、英文、日文等撰寫的關於台灣史的論著；⁴ 當時我對華大圖書館藏書已熟悉到不用先檢索書目，可直接前往書庫找到我需要的書。這是 1990 年代的台灣學界，所沒辦法提供的自由、開放又多元的學術環境。印象深刻的是，博士論文寫完前三章後，指導教授 John O. Haley 要求將注解格式，從原本法學界專用的「Bluebook」改為人文社會科學界通用的「Chicago style」，為此趕緊買一本關

於 Chicago style 用法的書，重新學習。之所以回台灣後不久即得到台灣史學界的肯定，且經常跟法學以外學科的人相談甚歡，乃至後來的倡導「科際整合法學」，主編臺大出版中心的「台灣史論叢」，應該都是拜上述經驗之賜吧。

但也因此，我在華大以比最少 3 年稍多一點點的 3 年 3 個月完成 Ph.D. 學位的代價是，碩、博士班階段沒有鑽研特定的人文社會學派的理論，或台灣學界知悉的那些美國法學界理論。不過只要這些學派或理論曾經有論及台灣的著作，其實我會從「台灣研究」這裡，獲悉他們的論點。

二、以另類「博士後」填補探究多源的台灣法律史所需基礎知識

台大法律系的系務會議 1998 年決議，將必修的「中國法制史」課程名稱改為「法律史」，我即根據更名後新的授課內容，在 2001 年出版第一本關於「台灣法律史」的教科書，且以新創之際所知有限，書名上僅稱「概論」。不過該書第一章已明確指出「台灣法律的『多源』性」，並謂：

- 3 在 1990 年代興起當今的台灣研究之前就曾研究台灣的郝瑞指出，筆者是他在華大所參與指導的第一位法學院的台灣博士生。正因理解郝瑞等當時北美人類學者的既有研究，我才會在 1992 年完成的博士論文開頭第一句話，表明採取以台灣為中心的台灣研究的立場。參見謝立登、楊孟軒、曾文亮主編，冷戰下的「臺灣研究」：北美人類學家訪問紀錄，台北：中央研究院臺灣史研究所，2024 年，20-25、437 頁。
- 4 在決定轉行的 1990 年之前，我既不曾就讀大學的歷史系所，在台接受大學或研究所教育時亦不曾修習過關於台灣史的課，故撰寫華大的博士論文所需之台灣史知識，全靠自己研讀華大圖書館自身、或透過館際合作從全美各地圖書館借來的書籍或期刊。幸運的是，於 1990 年代前期，相較於在當時的台灣，在美國擁有更佳的研究台灣史的學術環境。

台灣法的組成元素，除源自本地的原住民法外，尚在不同的年代裡，納入源自外地的數個法律體系或法律文明，其相互交織、融合，展現台灣法的「多源」內涵。⁵

同時在「台灣法的法律淵源示意圖」中標示出：原住民法、傳統中國法、近代中國法、近代日本法、（前近代）西方法、近代西方法等；這些法律的內涵及其歷史沿革，實為探究台灣法律史不可缺的基礎知識。然而我在撰寫博士論文時，只對與日治台灣相關的近代日本法史較有認識。回台任教後，僅藉由講授「中國法制史」課程，或指導學生閱覽紀錄清治台灣地方衙門審案經過的《淡新檔案》（參見後述），而對傳統中國法有進一步的理解。1997年撰寫的〈台灣原住民的法律地位〉國科會研究報告一直未公開發表，實因自認對於原住民法的了解仍嫌不足。

如下所述從1996年至2013年，我曾經8度不帶家眷而單獨一人，運用寒暑假（3次）、休假研究（3次）、國科會國外短期研究（2次）的機會，前往澳洲、美國、日本、新加坡、德國等5國的7所大學或研究機構擔任訪問學者，這些短期進修成為我填補知識缺口的良機。對於博士班階段未能廣泛研讀的英美法律史，1996年到墨爾本大學，學習了英國法律史以及在澳洲之英國法的澳大利亞化，⁶並關注作為該「澳大利亞化」特徵之承認澳洲原住民土地權利的Mabo案判決。2001年到哈佛大學法學院，學習了在台灣法學界通常被稱為「美國法理學」的美國法律

思想史，⁷以及北美殖民地之英國普通法的美國法化，⁸且因朝夕待在法學院圖書館而發現關於紐西蘭毛利人土地權利的論著。這兩次國外短期研究，都跟我1997年已著手探究原住民族法律史、1999年提出「中華民國法體制的台灣化」論點有關，且影響了我後來的學術論述。⁹

5 王泰升，台灣法律史概論，台北：元照，初版，2001年，10頁。

6 此行的學習心得，表現在2022年所出版的專書中，在美國法之外，同時以澳大利亞法，作為英美法系國家之代表，避免將英美法系與美國法混同為一。參見王泰升，建構台灣法學：歐美日知識的彙整，台北：臺大出版中心，2022年，476-506頁。

7 2001年的下半年，我在哈佛大學法學院旁聽了兩門分別由Morton J. Horwitz、William W. Fisher III講授的「法律史」（legal history）的課，回台灣後在2002年上半年參加台灣法理學會的研討會，發現同樣的知識內容在此處被稱為「美國法理學」。

8 基於對「英國法美國化」的了解，2022年在專書中，特別指出明治日本奧田義人的法學通論著述謂：「英國議會對北美殖民地發布的法律條文，美國獨立後因被美國法院承認而具有法之效力，故屬不文法。」可見「不成文法」本身可能已書寫成文字；且民國時代中國的朱采真亦曾參考此例，「類比出《大清律例》有關戶婚田土錢債之條文，在民國建立後由新的主權者賦予法律效力，並經大理院認定之，即是不文法。」參見王泰升，同註5，326、355頁。

9 在澳洲殖民地之英國法的澳大利亞化，觸發「在中華民國法的台灣化」的論點，從而欲再了解在北美殖民地之英國普通法的美國法化。參見王泰升，中華民國法體制的台灣化，發表於吳三連台灣史料基金會等主辦「邁向21世紀的台灣民族與國家」研討會，1999年12月21-23日；王泰升，中華民國法體制的台灣化，收於張炎憲等編，邁向21世紀的台灣民族與國家，台北：吳三連台灣史料基金會，2001年，11-40頁。如同英國法面對澳洲的原住民族而生Mabo案判決，被認為是「澳大利亞化」，中華民國法隨著台灣的政經社文變遷而調整法規範內涵，亦被筆者定義為「台灣化」，作為一種法經驗事實的描述，與該等法規範本身妥當與否，係不同的兩件事。例如中華民國憲法於中國公布生效時關於總統的制度，在事實上自1949年僅施行於台灣之後，已因蔣中正運用其獨裁專制的權力而改造為「有權無責總統制」，這項台灣化的結果，從自由民主憲政理念而言實屬不妥。參見王泰升，臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，台北：中央研究院臺灣史研究所、臺大出版中心，2015年，121-123、134-143頁。

緊接的幾次國外短期進修，亦均帶有強烈的學習動機。就東亞法律史，2005年回母校華大法學院，探究「東亞社會與西方式法院的相遇」，且偏重於清末民國時代中國法院制度及其運作的考察，以深化在博士論文觸及程度較有限的近代中國法律史研究。2006年到早稻田大學，考察「戰前日本司法文書保存與利用」，乃因2002年開始整編《日治法院檔案》（參見後述），需要參考日本學界既有經驗，¹⁰以及擁有更豐富的近代日本司法史知識。2007年到新加坡大學，觀察華人法律傳統在當今新加坡的遺留，則作為傳統中國法研究的一部分。為補強對歐陸法律史的認識，2010年先到東京大學，藉由向來是東亞國家吸收歐美國學之「中繼站」的日本相關研究，了解「西方法治的思想與社會基礎」，然後2012年到德國法蘭克福的馬克斯·普朗克歐洲法律史研究所訪問。至於2013年再回母校華大法學院，實延續2005年的近代中國法研究，但聚焦於清末民國中國司法官社群的組成及文化。

這18年對我而言，可謂是另類的「博士後」研究，博士的取得僅是一時的，學問的追求才是一輩子的。在此須補充說明的是，最後一次在2013年回母校擔任訪問學者的情形。這次向國科會申請前往華大法學院為國外短期3個月研究，乃是為了在華大圖書館使用當代中國（PRC）學界的期刊資料庫（在台灣尚不齊全）及實體的書籍，以全面掌握清末民國時代中國的司法運作實態。按先前從2005年起已曾在中研院法律所，根據在台灣的史料

及參考文獻，進行過有關民國時代中國司法的多年期研究計畫。華大法學院非常慷慨地提供一間設備應有盡有的教師研究室給我，故得以非常有效率地搜尋並下載中國學界相關的期刊論文，並水到渠成地完成後來刊載於《政大法學評論》的〈臺灣司法官社群文化中的中國因素：從清末民國時代中國追溯起〉。於是又「不知足」地進行計畫外的研究、產出額外的論文。由於華大法學院圖書館有豐富的東亞法藏書，讓我同時可掌握明治時期日本、日治時期台灣，以及作為戰後台灣法律源頭的民國時代中國的法學論述，故我再寫出後來刊載於《臺大法學論叢》的〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，該文的小註曾提及作者悠哉地騎在西雅圖單車專用道時，靈感乍現的一段話。¹¹

10 日本學界已有保存與日治法院檔案性質相近之明治前期裁判的經驗。參見王泰升著，松平德仁譯，旧台灣總督府法院司法文書の保存と利用，收於林屋禮二、石井紫郎、青山善充編，明治前期の法と裁判，東京：信山社，2003年，426-441頁。

11 曾以「研究即生活，生活即研究」形容自己的日常。騎車時滋生靈感趕快返家寫下來，可謂是從實際生活經驗激發學術論述的「生活即研究」；3個月內寫出2篇文章，則毋寧是「研究即生活」的一個極端的例子。一般而言，在兼顧家庭生活的同時，我希望將時間留給學術研究。1990年代剛進台大法律系任教後不久，曾受邀就律師時期的專長——工程法律紛爭——擔任商務仲裁案件的仲裁人，雖報酬甚豐，但以其將佔用法律史研究的時間，此後不曾再出任斯職。後來在整編《最高法院遷台舊檔》一事（參見後述），從發現這份檔案後，促成最高法院與中研院近史所及台史所簽約共同整編及數位化，到在中研院近史所及台史所整編計畫中，參與大至作成整個資料庫分類架構及裁決分類上疑難雜症，小至在木柵庫房一點點闖承包商修復之文件，花費無數的時間，雖完全無償，仍以事涉學術而為之。迄今我個人還不曾使用過已向學界公開的《最高法院遷台舊檔》，但相信國內外的學者一定能從中獲得珍貴的研究素材。

上述的3個月間寫出2篇可登載TSSCI第一級期刊的論文，實來自對所論主題已有20餘年的學術累積。但附帶的是瘦了4、5公斤，因研究環境實在太棒，經常廢寢忘食地找資料、寫文章。這個既愉快又「慘痛」的經驗，似乎提醒我不能再無限地揮霍「青春」、該結束18年另類「博士後」研究了。

三、累積更多法律史研究後從論文轉向專書為主的創作

從事後的回想，到了上述「論文大爆發、身體大消瘦」的2013年，經過大約24年在台灣法律史研究上的累積後，我已經「準備好」走向另一個階段了。不過坦白講，這也不是1990年決定轉行研究台灣法律史時所規劃或預見的，而是下述順著研究興趣，摸著石頭過河的結果。

以較屬於形式的學術獎項來觀察，2001年我第一次獲得國科會傑出研究獎，後來有一段時間曾規定獲得此獎者不得再申請，故直到廢除該規定的2010年，才再度獲得傑出研究獎，3年後的2013年第三次獲得傑出研究獎。此外，很幸運地2004年曾獲得教育部社會科學類的學術獎。重要的是，這些獲獎紀錄及更多的研究經驗，讓我較有機會獲得國科會給予多年期研究計畫，以及透過移地研究到國外閱覽相關的檔案史料。且三獲傑出研究獎後，2016年起執行兩次三年期的特約研究計畫，故2022年獲頒國科會傑出特約研究員。在國科會這般長期的大力支持下，我得以匯集足夠寫出學術專書的研究心得。

如我的歷年著作目錄所示，起初我的學術發表方式，除了博士論文改寫成專書外，大概就是撰寫論文、再集結成個人論文集出書，故至2010年為止已出版3本個人論文集——《台灣法律史的建立》（1997）、《台灣法的世紀變革》（2005）及《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（2010）。不過自2015年開始，持續出版了數本學術專書，實現專注於一個研究計畫，以在結束後寫成一本書的自我期許。在國科會人社中心「多聲部島語」電子通訊的一篇訪談文，我曾闡釋如何運用多年期研究計畫來創作學術專書，¹²而在3個國科會三年期計畫各自直接產出一本學術專書，即2015年出版的《台灣人的國籍初體驗：日治台灣與中國跨界人的流動及其法律生活》（出書時與阿部由理香、吳俊瑩合著）、獲得中央研究院人文社會科學學術性專書獎的2017年所出版《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》、2022年出版的《建構台灣法學》。2015年出版的另一本專書：《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，則是在中央研究院由臺灣史研究所執行的「臺灣歷史的多元鑲嵌與主體創造」三年期主題計畫（2011-

12 【科技部人社中心】多聲部島語 Newsletter No. 35，連采宜採訪、撰文，立足臺灣，建構法學，奠基歷史——王泰升，2022年6月，<http://www.hss.ntu.edu.tw/upload/file/202206/faad001d-cf37-4060-986f-67106c9053c7.pdf?fbclid=IwAR0GDR9J801ORtg-6z3WEGMrHygl-UebFpmJsgPvuiPj0sfcyujHSq0oiqA>（最後瀏覽日：2024年5月1日）。

2013) 下，我負責的子計畫之研究成果。¹³

未來，擬從著重於呈現「點」或「線」的論文，經過如前述《台灣人的國籍初體驗》之例所示的呈現「線」或「面」的專書，¹⁴ 到集中心力書寫屬於展現「面」的學術專書或教科書。例如闡釋台灣憲政生活的《論台灣自由民主法治的歷史基礎》，或涵蓋所有法領域或法律生活面向的台灣法律史通論類書籍。

四、以實際的檔案驗證理論並以適當的理論透視檔案

就實質的學術內涵而言，在我從 2015 年以後的法律史作品中，可看到更多以**檔案史料**建構論述的特色。此須從我曾詳述過，對於政府檔案兼有「使用者」與「整編者」雙重經驗談起。¹⁵

當年華大出版社之所以看重我的博士論文「台灣日治時期的法律改革」，除了主題新穎和內容的原創，亦因我在參考既有的殖民理論之外，1992 年專程回台到位於南投中興新村的台灣省文獻委員會駐點，查閱王世慶早在 1966 年即曾在《臺灣文獻》上介紹、史學界卻極少人使用的第一手史料：紀錄日本統治當局實際上從制定到執行各種法律之過程的《臺灣總督府公文類纂》。此恰可反映當時台灣學術界對台灣史的冷漠、視若無睹，但對於曾為執業律師的我而言，這件事跟親自到法院閱覽卷宗一樣的自然且必要，後來在 2002 年，還因而獲得原為省文獻會的國史館臺灣文獻館，頒予第一屆「傑出臺灣文獻獎」（傑出文獻研究類）。不過，由

於博士論文以探討日治時期為主，故在博士班時尚未充分使用母校華大法學院珍藏之戴炎輝整編、紀錄清治時期北台灣地方衙門審案經過的《淡新檔案》微捲。¹⁶ 待我回台大法律系任教，就從 1994 年起，在台大法律系課程中，以台大圖書館收藏的《淡新檔案》影本為教材，跟學生一起

13 該主題計畫最初即規劃以專書呈現個別研究成果。參見許雪姬、鍾淑敏主編，旗展帆揚：中央研究院臺灣史研究所三十年，台北：中央研究院臺灣史研究所，2023 年，97-98 頁。

14 例如 2005 年經學術上友人的推薦，至日本外務省外交史料館閱讀有關台灣籍民之領事裁判權的檔案，發現程守傳一案。按程守傳為日治時期彰化人，係共產主義者，自莫斯科中山大學畢業後，於 1931 年 6 月的返台途中，在中國東北哈爾濱遭當地政府逮捕監禁。其父請台灣總督府救援，總督府乃告知日本外務省，再由外務省命哈爾濱總領事出面交涉，同年年底被釋放。筆者因而將這「點」寫入專書中一章/論文，指出一位反日帝的台灣人竟因日本國籍而在中國免牢獄之災，其對日本國籍所表彰的「日本國民」身分，理當因此深有感觸。此案例促使我申請並獲得國科會多年期研究計畫及移地研究經費，前往日本外務省外交史料館閱讀更多這類案例，再連結其他史料或參考文獻上與論點相關的案例，一起進行體系化的分析，作成堪稱將「點」連成「線」的論文，經審查後發表於中研院台史所期刊。嗣後又增修論述的內容，且以精緻的附圖顯示重要史料的原文、與案例相關的人像或場景，出版為專書（另增兩位作者），希望不僅止於「線」，而能一定程度觸及整個歷史情境，以初步地進入「面」的呈現。參見王泰升，台灣人民的「國籍」與認同：究竟我是哪一國人或哪裡的人？，收於甘懷真、貴志俊彥、川島真編，東亞視域中的國籍、移民與認同，台北：臺大出版中心，2005 年，57-58 頁；王泰升，日本統治下台灣人關於國籍的法律經驗：以臺灣與中國之間跨界的人口流動為中心，臺灣史研究，20 卷 3 期，2013 年 9 月，43-123 頁；王泰升、阿部由理香、吳俊瑩，台灣人的國籍初體驗：日治台灣與中國跨界人的流動及其法律生活，台北：五南，2015 年，7-8 頁。

15 參見王泰升，政府檔案的整編及學術上運用：一位臺灣法律史研究者的經驗談，國史館館刊，54 期，2017 年 12 月，165-182 頁。

16 博士論文中僅引用戴炎輝根據《淡新檔案》所完成的著作，未直接引用檔案內各案而為論述。參見王泰升，台灣日治時期的法律改革，台北：聯經，修訂 2 版，2014 年，275-276 頁。

研讀，以探究清治時期台灣人民的法律生活。此等研究心得，先在前述 2001 年第一本台灣法律史教科書中，用以描述清治台灣廳縣衙門內的審案過程；後來另以該檔案為核心史料，與學生共同從傳統中國法的觀點，為文「論清朝地方衙門審案機制之運作」，登載於中研院史語所發行的中國史頂尖期刊上。¹⁷ 上述研究，一言以蔽之，即是以《臺灣總督府公文類纂》驗證學界的殖民統治理論、以《淡新檔案》驗證學界的傳統中國法理論。

也在獲頒前揭傑出臺灣文獻獎的 2002 年，我得到國科會多年期研究計畫的支持，開始整編我發現及命名的《日治法院檔案》，其包含日治台灣 4 個地方法院的民事、刑事判決書原本、公證書，以及各類事件簿和登記簿，真實地呈現日治時期人民使用或接觸法院的情景。更由台大圖書館將原以國科會研究計畫所拍攝的數位影像檔，製作成易於搜尋及閱覽的資料庫，從 2008 年起向全世界的研究者公開。此外，我在 2007 年發現一批最高法院 1949 年帶來台灣、屬於中國大陸各省民刑事案件的卷宗，其後即命名為《最高法院遷台舊檔》，並促成及參與由相關單位共同進行的整編工作，目前由中研院台史所檔案館作成資料庫，將該檔案中民事以及部分的刑事判決，向國內外學界公開。

檔案史料成為我在 2015 年後，創作華文學術專書的重要憑藉。《台灣人的國籍初體驗》一書大量使用了《臺灣總督府公文類纂》內文書、《日治法院檔案》內判決原本，以及日本外務省外交史料館涉

及台灣籍民的領事裁判權檔案。曾獲中研院專書獎的《去法院相告》，更是以《日治法院檔案》內台北地院的民事判決原本中 48,338 件案件、刑事判決原本中 82,407 件案件作為分析單元，檢證研究上假設。¹⁸ 惟在分身乏術的情況下，迄今尚未將《最高法院遷台舊檔》運用於專書的寫作。

這些整編及使用這些檔案的經驗，使我了解到以「適當的理論」透視檔案的必要。或許有人會問：「國家檔案所紀錄者是否真的？」按這些檔案內的文書，乃是在特定的國家制度底下，由從事公務的人所作成。涉及國家的組織法和作用法的該特定制度，因此是於今欲整編或搜尋檔案內文書者須先加以掌握者。因此僅「檔案內存在著記載這樣言說 (discourse) 的文書」這件事是真的，該等言說指稱的事實不一定為真、表達的論點不一定為妥。不過由於「文書作成人」係基於特定的立場、出於特定的價值、或本於特定的認知，才會發出該等言說，所以經由檔案文本的解析，可發現當中存在著什麼樣的立場、價值、認知，這是屬於可辨識其真假的經驗事實。人文社會科學界既存的理論，可作為「解析」檔案文本時的參考，以發現未顯現於文本的文本作成人之立場、價值、認知等。

17 參見王泰升，同註 4，75-76 頁；王泰升、曾文亮、吳俊瑩，論清朝地方衙門審案機制的運作：以《淡新檔案》為中心，中央研究院歷史語言研究所集刊，86 本 2 分，2015 年 6 月，421-469 頁。

18 參見王泰升，去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型，台北：臺大出版中心，增訂版，2022 年，95-96 頁。

到了最近的《建構台灣法學》這本專書，等於是將 43 份存在於明治日本、民國中國、戰後台灣的法學緒論著述，當作是在此所稱的「檔案」，以探究由法學者所作出的這些文本——法學論述——存在著什麼樣的立場、價值、認知等。例如，從林紀東的法學緒論文本，解讀出他沒寫的刪除「成文法與不成文法得失論」之理由，揭示其勇於挑戰昔日之我的為學態度，或指出鄭玉波的法學緒論文本，蘊含著第一代外省人法學者思念故國的情懷等等，倒非聚焦於論辯哪個法律見解較妥當。¹⁹

五、在國際學界受肯定後漸次在國內學界及司法界受重視

起初台灣法律史研究在台灣尚無學術社群，所幸先在國際學術社群中獲得肯定。那本 2000 年由美國的大學出版社發行的英文專書，讓我的台灣法律史研究，很快地得到國際學界的注目。從此我不斷獲得日本、韓國學界的邀請，前往該國以東亞語言之一的華語發表論文，並被翻譯為日、韓的語文。在國際學界，固然以英文書寫學術作品的傳播力較強，但台灣法律史本身的「多個源頭」，造就當今「多元」的法社會，更是走向世界學術舞台最有利的條件。台灣擁有屬於南島語族的原住民法律傳統、屬於東亞漢字文化圈的漢族法律傳統、屬於西方基督教世界啟蒙運動後產物的現代型法律，且施行過同樣是繼受自近代西方的戰前日本和民國時代中國的法律，並在 1990 年代民主化之後，已由台灣人民共同、自主地決定法規範內

涵。從而很容易跟世界上其他具有類似歷史淵源，例如身處儒教 / 漢字文化圈、曾遭殖民統治、繼受西方法律等等的地域社會，進行相互的比較。

2000 年之後，我用華文書寫的論文，有 10 餘篇被翻譯為日文，並在 2014 年集結成一本稱為「台灣法中日本元素」的日文書，由臺大出版中心出版後在日本行銷，便於日本學者了解台灣法律史；另有幾篇原以華文撰寫、再被翻譯為韓文後，在韓國刊出。²⁰2002 年我以國際上較通行的英文，在美國法學期刊上發表的論文：〈二十世紀台灣法律的發展：邁向一個自由民主的國家〉，語言上的便利性有助於 2011 年由同樣曾繼受西方法的土耳其之學者，將該文翻譯為土耳其文而登載於該國期刊。²¹2013 年我以英文撰寫之探討台灣日治時期民事法律現代化的論文，直接為歐語系的德國之期刊接受後刊登；2018 年時，以華文撰寫之有關台灣繼受歐陸民法的拙作，即得以經翻譯為德文後登載於德

19 參見王泰升，同註 5，377-380、400、527-528 頁；王泰升，成文法與不成文法概念及用語的檢討和對策——兼對書評的回應，中研院法學期刊，34 期，2024 年 3 月，220-222 頁。

20 參見王泰升個人網頁中「學術論著」底下「日文 & 韓文出版品」：<https://homepage.ntu.edu.tw/~tswang/03-03.html>（最後瀏覽日：2024 年 5 月 1 日）。

21 Tay-sheng Wang, "The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward A Liberal and Democratic Country," *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 11: 3 (June, 2002), pp. 531-559; Dogan Durna trans., *Suleyman Demirel University Faculty of Law Review*, 1: 1 (2011), pp. 235-266。

國的法律史期刊。²² 由於欲詮釋現今台灣多元的法社會，也需要從台灣法之具有**多種元素** (element) 來切入，故透過前述翻譯所促成的**跨國學術交流**，亦有助於從「世界」的視角理解台灣法的形成。

到 2015 年為止，我所為的台灣法律史研究已有一定的**國際能見度**。最幸運的當然是，2013 年華大法學院以我在「學術上優異且創新」的表現，頒予校友終身成就獎，所肯定的就是我一直努力不懈的台灣法律史研究。此外，2012 年「國際比較法學會」(International Academy of Comparative Law) 首次在東亞地區的台北舉辦年度研討會，以及 2015 年東亞法與社會學會 (East Asia Law and Society) 在日本舉辦年度研討會，都邀請我擔任大會的主題演講人，談移植而來的西方法在台灣的在地化歷程。附帶一提的是，前述美國的法學界作為論著引註指南的 *The Bluebook: A Uniform System of Citation*，10 多年來關於華人作者以華文或英文書寫的法學文獻應如何引註，一直是分別以我所撰寫的華文、英文著作為例。

然而，我從事學術研究的初衷，原本是為台灣人民做一點事，故最關心的不是國際，而是台灣國內學界的反應，此所以在國際學界以英文或日文發表的論文，均**同時在台灣發表華文版**（但為因應不同的讀者群而微調敘述方式或引用的參考文獻），以讓台灣學界易於看到我的論述內容及論點。經由這些華文版，接受國內所有同行學者的批判，以示並非為文「唬」

不了解台灣情況的外國學者，杜絕台灣某些法學者對於在國外發表論文的偏見。唯一例外是，2016 年登載於美國法學期刊的拙作：“Translation, Codification, and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan”，²³ 由於從 2015 年起，已以創作華文專書為主，故不再為英文撰寫的論文製作華文版。年歲漸長，當魚與熊掌不可兼得時，只能回到研究的初衷做抉擇。

我在台灣學界的處境，可謂是「如人飲水，冷暖自知」。首先須深深感謝 1993 年時台大法律系的新聘教授會議，在因沒念過台大法研所而幾乎沒師長認識我的情況下，以「全票通過」信任我可承擔「法制史」的教學與研究工作，而聘任為講師（按依當時校方之規定，有博士學位而無教學經驗者須先任一年講師），才可能 30 年後有幸再次獲獎而成為教育部終身榮譽國家講座。進台大任教後，承蒙幾位法學界德高望重的台大師長，經常帶領我參與法學界各種學術活動，而使得法學界**知道有我這個人研究「台灣」的「法制史」**，但是很多人並**不了解我在研究什麼、有什**

22 Tay-sheng Wang, “The Modernization of Civil Justice in Colonial Taiwan, 1895-1945,” *Zeitschrift für Japanisches Recht / Journal of Japanese Law*, 36 (Dec., 2013), pp. 95-116; Shu-Ru Wu & Ian Hillesheim trans., “Die Rezeption des kontinentaleuropäischen Zivilrechts in Taiwan und die Eigenständigkeit des taiwanischen Zivilrechts,” *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte / Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 26 (Sept., 2018), pp. 1-20.

23 Tay-sheng Wang, “Translation, Codification, and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan,” *Washington International Law Journal*, 25: 2 (April, 2016), pp. 307-329.

麼論點，在很長的時間裡，一直是如此。甚或法學界較肯定的是我持續研究台灣法律史的這份堅持，而不是我的學術見解，到底法史學從來就不受重視。

先注意到我關於台灣法律史的研究成果者，乃是**台灣史研究社群**，因為我提出不少過去因欠缺法律面向的觀察，所致史實認識上的誤解。此所以我在2002年，受邀為中研院的臺灣史研究所合聘研究員。在我專任教職的台大，2004年起亦到歷史系開設「法律社會史專題研究」，後來雖沒再特別為歷史系學生開課，但仍以法律與歷史兩系學生合班上課方式繼續兼課，至2023學年度才停止。其實較早的從2003年9月起，就已在政大的歷史系開設「台灣近現代法律史」，接著轉到政大的台史所繼續開課，直到2015年為止；惟在這期間幾乎不曾有政大法律系的學生來修課，倒是有政大歷史系的學生因而轉到法律系、或在我指導下撰寫法律史的碩士論文。此外，2014年到2015年亦曾在台師大的台史所兼課，但僅上一學期，2016年即因出任臺大出版中心主任而停止兼課。

不過包括史學界在內，似乎不少人認為我僅是出於對法規範或法學的關心，而研究在範圍上限於法規範本身的法制史。其實我認知到進入現代型統治秩序後，國家的法規範對包括官員在內的人們之行動，具有強大的約束力，故有必要先了解存在著怎樣的**法律約束力**，再綜觀其他種種因素，以確認最終形成怎樣的**社會生活**。這點在2015年出版的《台灣人的國

籍初體驗》、2017年出版的《去法院相告》都有清楚的交代。²⁴且同在2015年出版的《臺灣法律現代化歷程》書中，不論「現代化」或「台灣化」，所指稱的均屬於探究存在與否的理論認識，而非論斷妥當與否的實踐評價。²⁵因此我常以「**法律社會史**」作為課程名稱，尤其是在歷史系所。若依法學的分類，台灣法律史可謂是「**法經驗科學**」之一，²⁶主張應將其運用於法之制訂、法之適用、確立改革方向等法實踐活動，即我提倡的「**歷史思維法學**」。²⁷

在台灣的**法學**研究或教育機構的兼職，相對地較晚且較短。同樣在中央研究院，係於台史所合聘後經3年的2005年，成為法律學研究所的合聘研究員。雖之前曾短暫幾年在輔仁大學法律學研究所上過課，我在2011年回到母校台北大學（原為中興法商）法律系碩博士班兼課，開設「法律社會史專題研究」，持續至2018年為止。隔年的2019年5月間，台北大學法律系曾提議讓其學生跨校修習我在台大法律系大學部開設的法律史課程，但因台大法律系主事者不同意而作罷。2019年我首度成為教育部國家講座主持人，第一場「巡迴演講」即於2020年5月在台北大學法律學系舉行，但願能稍稍彌補這項遺憾。

24 參見王泰升、阿部由理香、吳俊瑩，同註13，21頁；王泰升，同註17，2、5頁。

25 參見王泰升，同註8，3-5、9、121-123頁。

26 關於法經驗科學的討論，參見楊日然，法理學，台北：三民，2005年，225-242頁。

27 參見王泰升，同註5，26-28頁。

事實上以台灣的法律系大學部學生而言，我雖任教 30 年，卻只在台大教過法律史，而未擴及其他學校。²⁸ 從 30 年前在已成為古蹟的徐州路校區階梯教室、大禮堂，於令人昏昏欲睡的星期五下午一點到三點上法律史的課開始，我與台大法律系大學部的學生都有很好的互動；²⁹ 並因而 2000 年有幸獲得台大校內教學上最高榮譽的「教學傑出獎」，以及後來數次的校級或院級教學優良獎。惟在整個台灣的法學教育機構內，我的上個世代或同世代的教師（參見後述）在當學生時，台灣法律史根本聞所未聞；較我年輕的世代則大多數在學校沒修過這門課，或者修課時認為其無關緊要而敷衍了事，或者聽課時雖知粗淺的「概論」但後來無暇研讀進階的論著。不意外的是在台灣，法學以法釋義學為主流，基礎法學是邊緣；基礎法學又以談歐美理論的法理學或法社會學等為主流，台灣法律史是邊緣。2022 年在我所寫探究台灣法學知識史的專書的自序中，已表示於當今台灣法學界，該書僅是「記下從邊緣發出的聲音，以待未來的迴響」。³⁰ 只不過在涵蓋面較大、研究方法更多元的人文社會科學界或國際學界裡，這個邊緣性可能就不顯著了。

台灣的法學界對屬於法經驗科學的台灣法律史都已態度冷淡，司法實務界更趨於「無感」了，或許到 2022 年後才因其被運用於憲法訴訟案件，而稍見轉機。憲法法庭在 2022 年關於原住民身分認定、漢人祭祀公業派下權的案件，都請我以學者專家的立場，提供台灣法律史的相關知

識，我則視此為體現「歷史思維法學」的機會。最終憲法法庭在認知平埔族人，並非原住民身分法所指平地原住民後，判認造成此情狀的該法違憲；亦在理解祭祀公業的派下，只不過是扮演為享祀者在天之靈處理祭祀事務的「祭祀者」角色後，認為除非另有約定，男女均有能力祭祀而應具派下權。³¹ 此外，前述 2001 年初次出版的《台灣法律史概論》已表示，依日治時期的法律，土地所有人可以不必申請登記，戰後的中華民國法院忽略此事，竟只保障「經登記」的土地所有人，實有失公平。在該書已是 2020 年修訂後的第六版，經 20 多年的歲月之後，憲法法庭於 2023 年的 112 年憲判字第 20 號判決，

28 1993 學年度我曾在中央警官學校（今中央警察大學）法律學系大學部，講授「法學緒論」。

29 2016 年台大法律系大學部「法律史」的授課內容，可瀏覽台大的「開放式課程」內「台灣法律史：過去不教的一門課」，<https://ocw.aca.ntu.edu.tw/ntu-ocw/ocw/cou/104S202>（最後瀏覽日：2024 年 5 月 1 日）。

30 王泰升，同註 5，自序，vii 頁。

31 參見王泰升，台灣法律史在司法違憲審查上之運用：以西拉雅族原住民身分認定案為例，台灣法律人，15 期，2022 年 9 月，1-19 頁；王泰升，從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變，台灣法律人，18 期，2022 年 12 月，1-14 頁；憲法法庭 111 年憲判字第 17 號、112 年憲判字第 1 號判決（<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=310021>；<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=309875>）。又，2022 年 8 月 12 日公布的憲法法庭 111 年憲判字第 14 號判決（農田水利會改制案），案件事實涉及今稱為農田水利會者，在台灣清治、日治、戰後等三個時期，不同法秩序底下的發展經過；尤其日治時期開啓現代法制後，須區分行政法（公法上權力）、民事法（私法上權利）而解析各方的權利義務關係，亟需台灣法律史知識的奧援。參見陳韻如，2020 年至 2022 年法律史發展回顧：實務與研究的對話，國立臺灣大學法學論叢，52 卷特刊，2023 年 11 月，1396-1398 頁。

推翻最高法院既有判例，採納我立足於台灣法律史研究所提出的見解。³²若從 1993 年我任教後開始在國內推廣台灣法律史知識起算，悠悠 30 年已過。

參、台灣法學知識的發展歷程

如上所述的個人學思歷程，只是台灣法學知識史上一個渺小的故事。更有意義的應該是，時間上回溯到現代法學進入台灣的起點，觀察對象上擴及台灣從過去到現在、所有法律人共同參與的法學知識發展歷程。

一、日本的法釋義學及兼具台灣特色的舊慣法學

1895 年日本統治的開始，也是源自近代西方的現代法學進入台灣之起點。以明治憲法為最高規範的戰前日本帝國法制，1895 年 5 月 8 日隨著中日馬關條約中主權之移轉而成為台灣的實證法。為了施行這套繼受自西歐的法制，戰前日本已培育出熟悉西歐法釋義學的法律人社群，其中來台殖民地任職於行政及司法部門或擔任律師者，帶入了主要是引介西方法制或理論、援用西歐法學概念詮釋日本法條意涵的法學內涵。³³

值得注意的是，戰前日本曾為殖民地台灣特別發展出「舊慣法學」。由於僅涉及台灣人的民商事項，在至 1922 年 12 月 31 日為止的日治前期，並不適用日本的民商事法典，而是「依舊慣」，故當時通常同時是政府官僚或律師的在台日人法學者，於前述日本法學既有內容之外，發

展旨在援用西歐法學概念詮釋台灣人各種法律傳統的「舊慣法學」，代表作即《臺灣私法》這份由日本法學者岡松參太郎主筆的台灣民事習慣調查報告。³⁴又如在台灣殖民地沿襲在台漢人法律傳統，設置有別於日本母國法的「民事爭訟調停」制度後，亦產出一些相關的法釋義或者存廢論爭。³⁵然而日治後期僅涉及台灣人的民商事項，除了親屬繼承事項仍「依習慣」外，已改為適用日本民商法典。因此包括 1928 年創建的台北帝大文政學部政學科的法學教育機構在內，爾後在台灣的法學界盛行的是，關於日本母國法的法釋義，以及引介以德國為主的外國法制或理論。³⁶日治台灣的法學，或許因大多數法學者係法律專業者，過度在意於為法律實務而服務，探求學問本身的性格較淡。

二、第二代法學者以西方法先進說抗衡法西斯的黨國法學

恰似戰前因施行日本法而帶來日本法學，戰後亦因施行中華民國法而橫向移植民國時代中國法學。由於日治時期台灣法學界絕大多數成員為日本人，僅有少數始

32 參見王泰升，同註 4（2001 年），340-341 頁；王泰升，台灣法律史概論，台北：元照，修訂 6 版，2020 年，303 頁。

33 參見王泰升，同註 5，40-41 頁。

34 參見王泰升，論岡松參太郎的舊慣法學：政治僅一時、學問才是永恆，台灣法律人，22 期，2023 年 4 月，2-18 頁。

35 參見王泰升，再訪臺灣的調解制度：對傳統的現代化轉譯，臺灣史研究，25 卷 1 期，2018 年 3 月，102-121 頁。

36 參見王泰升，同註 5，62-73、77-82 頁。

終未能在台灣進入學院教書的台灣人法學者，故隨著戰後所有日本人離台，日治時期的法學內涵似乎就沒辦法縱向流傳至戰後，然而前揭橫向移植的中國法學從清末起即深受戰前日本法學影響，³⁷ 以致戰後日本法學其實並未離開台灣。值得注意的是，二戰期間日本帝國強調全體主義、扼殺個人自由及人權的法西斯法學，戰後雖在日本已因受盟軍佔領而被終結，但在台灣卻因國民黨政權實施具戰時法性質的動員戡亂戒嚴法制而被延續。此亦因戰後台灣研究公法學的第一代法學者，除了早逝的劉慶瑞及逃亡海外的彭明敏外，全都是外省人，其多數於 1950 年代懷有被迫離鄉流亡的「亡國感」——只一心一意想回家，³⁸ 而傾向伸張國權、抑制人權，自然在源自訓政時期黨治體制的黨國法學——法的實踐評價向國民黨的意識形態及政黨利益傾斜——之基礎上，支持戰前德、日的法西斯法學論述。在與政治較無關的民事實體及程序法學方面，大多數同時或曾經是法律實務工作者的第一代法學者，雖擅長有關中華民國法條的註釋及概念解析，較拙於須將法規體系化的法學理論，故仍相當依賴不論本省人或外省人、多數看得懂的日本法學文獻，包括日本戰後新的法學論著。³⁹

對前述沉悶的法學氛圍予以震撼的是，1960 年代中期起陸續進入法學界的第二代法學者，透過國外留學帶回戰後歐美日本學界蘊含自由民主人權價值、或深具系統性的法學理論（例如民法學的「請求權基礎」理論）。許多第二代法學者不再

繞道日本而直接到知識「原產國」的德國取經，且認為戰後反映新思潮的學說必然優於舊說。其直接以留學國的立法例及判例學說當作「法學理論」，稱為「學理」——其實是支配西方社會各種法律現象的原理原則，除了宣揚其意，還據以批判本國立法或法律實務界見解。或者乾脆將法學知識上結構井然的國外（如德國）教科書，整個改寫成華文，以供台灣的莘莘學子閱讀與學習。且若赴日本留學，所吸收者仍然是盛行於戰後日本學界的歐陸或美國法學論述。這一群無意於仕途、純粹在學院內為學術研究的法學者，即以從「學理」獲得的自信，挑戰第一代法學者承襲自民國中國的學說及實務見解。此外第二代法學者中亦有一些同時從事法律實務工作，彼等雖未出國，但亦經由閱讀日文的法學文獻，知悉戰後日本最新的見解或其引介的戰後歐陸及美國法學理論。固然有不少第一代法學者與時俱進地汲取戰後歐

37 參見王泰升，同註 5，90-102 頁。

38 於 1950 年代，第一代外省人在台灣是不情願的過客，指望著國民黨與共產黨展開最終的決戰，而得以重返家園——不計一切代價。1949 年因中國內戰失利、中央政府遷台導致的大規模外省人移入台灣，經常拆散了家族，把人們從既有的社會世界裡連根拔起，使得多數的內戰流亡者在台灣成為孤伶伶的個人，國家得以輕易收編、逼迫和壓制。身為一心想回家的流離人群，大多數外省人發現除了繼續支持一個殘酷的軍事獨裁政權之外，別無其他可行的選擇。活在戰爭與流離的長時段，也讓人們對殘酷變得麻木，並內化國家的鎮壓。甚或過不了多久，大多數外省人的生計逐漸仰給於流亡的黨國。參見楊孟軒著、蔡耀緯譯，逃離中國：現代臺灣的創傷、記憶與認同，台北：臺大出版中心，2023 年，125、135 頁。

39 參見王泰升，同註 5，82-84、102-109、120-123、127-145 頁。

美日本的法學新知，但整個世代與第二代法學者間確實存在一定的知識落差。⁴⁰

1970年代乃至1980年代解嚴前，服膺戰後歐美日本法學的第二代法學者，在整個法學界仍屬相對年輕且人數不多，但當時公、私法學界普遍存在之「西方為法治先進國家」的論調，**提升其在台灣學界的份量**。在東亞國家繼受西方法制以與西方強權平等往來，包括廢除領事裁判權的政治需求下，日本從明治維新起，**來自西歐的法釋義學即成為法學主流**。有點諷刺的是，法學被視為一門解釋國家法律意涵的實用之學，卻因醉心於西歐法學理論，而與日本的現實社會或傳統中下階層文化脫節。戰前日本後來曾修正唯西方法是從的態度，轉向維護日本「一君萬民」之國體的**皇國法學**，其目的在於否定現代法中個人、自由主義的價值理念。同樣有廢除領事裁判權等政治需求的清末民國時期（至1949年為止）中國，亦視法學為一種具有實用性的工具，且獨尊輾轉由日本傳入的西方法學，在欠缺對中國社會的法實證調查下，總是以抄襲「先進」外國法的方式制定新式法律，具有「中國特色」者反而是否定現代法上司法獨立、擁護「以黨治國」的**黨國法學**。⁴¹換言之，在日、中法學經驗中，拒絕視西方法學理論為「先進」，實際上是因為**排斥現代法的價值理念**，倒不一定是出於對自身文化主體性的反省。由於台灣第二代法學者，以有經歷日治之身家在台、無逃離中國之「亡國感」的本省人居多數，且通常具前述留學、閱讀日文文獻等學習經驗，大多

數**不支持國權至上的法西斯主義**，故樂於順勢接受法學界既存的「西方法先進」說辭，以**抗衡**第一代法學者在公法學方面帶有法西斯色彩的論述。

在當時台灣威權統治的情境下，上述西方法先進說亦可作為鼓吹歐美個人、自由主義法學時的護身符。按直接以「先進」的外國法，當作本國的法制訂或法適用的立論基礎或正當化的根據，實為威權統治時期許多第二代法學者，在引進戰後歐美日等國立基於自由民主人權等的法制時，不願明講該等法制蘊含的理念與當時威權統治當局不同，故僅強調其為「法治先進國家」的法，當然是「好」的法，**避免顯露**這些法律論述乃出於**其個人**對特定價值理念的選擇與認同，引來威權政府的打壓。另一方面，對外宣稱「自由中國」的威權政府，也不方便反對自由民主理念，乃推託這些法學論述「與國情不合」。其結果，該外國法的「國情」是什麼、與本國有什麼不同、外國法的「理念」是什麼、為什麼值得追求等等議題，**大家都不談**。⁴²然而台灣現實上引進外國法學理論或立法例與否，仍是價值觀或意識形態的對決、政治或經濟利益的考量。例如1980年採行審檢分隸，改變源自訓政時期之由行政部門掌理高等及地方法院司法行政事務，1981年制定國家賠償法，承認國家行政行為可能不法且須有所賠償，均出於

40 參見王泰升，同註5，145-151、157頁。

41 參見王泰升，同註5，41、83-84、90-96、100-107頁。

42 參見王泰升，同註5，157-161頁。

政治強人蔣經國為因應台美斷交，擬營造「政治革新」形象所做之決定。⁴³

從法學知識史的觀點，第二代法學者引進的戰後歐美日本法學，奠定了當今台灣法學內涵的基礎。以屬於後述第三代法學者的我為例，即受惠於大學及研究所共7年學習時間裡第二代法學者的教誨，而獲悉歐美自由民主憲政法學理論、體系井然的德式法釋義學，乃至對於美國法學有初體驗，最終在2022年出版名為「建構台灣法學」的拙作。我個人特別要感謝李鴻禧在憲法學、楊日然和林文雄在法理學、翁岳生在行政法學、王澤鑑在民法學、邱聯恭在民事訴訟法學、碩士論文指導教授賴英照在美國法學在地化等方面的教導。

同時亦可理解，在台7年的法學教育從未告訴我台灣在日治時期有什麼樣的法律，以致赴美留學初識台灣法律史時，所受知識上衝擊巨大到讓我拋棄原有的學術專攻及職涯規劃。按在兩蔣治下國民黨政府「台灣是中國一部分」觀點下，作為「中國35省中一個省」的台灣，當然在論述整個「中國」法律時幾乎完全被忽視，故在台灣受教育，讀的卻是「看不到台灣事實的台灣法學緒論」。⁴⁴甚至威權統治當局可能帶著敵意看待具「台灣性」的法學知識，雖然1970年代到1980年代前期的北美學術界，已有從台灣赴美留學的第二代法學者陳以德，建構以台灣為中心的法律史論述，但這樣的知識進不了台灣、一直被阻隔在國境外。⁴⁵由是亦可理解後來（1990年代）我所倡議的台灣法律史，

為什麼起初是滋生於台灣之外、為什麼先是非華文的英文學界受肯定。在美國出版學術專書不是因為我英文好，而是因為此處才有機會被看到，毋寧是當年李登輝所言「身為台灣人的悲哀」。

三、1990年代民主化後以歐美法理及法制為學者立法與釋憲

大體上出現於1980年代前期、逐漸以學院內學者為主的第三代法學者，繼續引進並與第二代學者一起移植同屬歐陸法系的德國法釋義學，尤以刑法學、民事財產法學為顯著，這些稱為「學理」的知識已似法條般引導法院實務見解。接著1990年代政治上的自由民主化，亟需第三代法學者在立法層面，抱持這些被推崇為「先進」、蘊含自由民主及人權理念的歐美法學理論，改造威權時代的法制，出現了以學者建構的法學知識，當作國家立法準則的「學者立法」現象。許多第二代法學者所宣揚的戰後德國公法學上基本理論，亦

43 參見王泰升著，法務部編，臺灣檢察史：制度變遷史與運作實況，台北：法務部，2008年，第一篇，83頁；王泰升，台灣法律史概論，台北：元照，6版2刷，2022年，200頁。

44 此為我專書中一個章節的標題。王泰升，同註5，516頁。

45 陳以德1952年台大法律系畢業後赴美留學，1968年完成的賓州大學博士論文〈Japanese Colonialism in Korea and Formosa: A Comparison of Its Effects upon the Development of Nationalism〉，以及1970年至1977年在美国學術期刊發表的3篇論文和專書中論文1篇，乃至1984年普林斯頓大學出版社出版的《The Japanese Colonial Empire, 1895-1945》當中〈The Attempt to Integrate the Empire: Legal Perspectives〉一文，皆從台灣人的觀點探究日治時期法律史，卻因在美留學期間曾參與台灣獨立運動，一直未能返台講述其見解。參見王泰升，同註15，5、9、66、68、71、252、304、429-430頁。

因倡議者出任大法官而被寫入**憲法解釋**中，成為台灣實證法的一部分。⁴⁶1990年代職司解釋憲法的大法官以其建構的「自由民主憲政秩序」理念，否定修憲機關國民大會制定的憲法規範之效力（參見司法院釋字第499號解釋），可謂與同時期的台灣法學內涵，相輔相成、互相輝映。

有幸適逢此一前輩學者所無之完全學術自由的環境，我方能從1990年代前期起，未受政治壓迫地鼓吹台灣法律史之研究；至於仍要面對之看到所持論點就刻意吹毛求疵或為不利判斷的學界審查，只讓我更警惕於論證須嚴謹而已。也因此為了更能掌握台灣法學界「眾人所熟悉」的歐美法學，在任教於台大法律系後，赴國外以「學徒」的心情，進行18年另類的「博士後」研究，彌補因在台灣研究所階段是「商法組」，而非「基法組」學生所致之不足。不過，恰似大學時異於大多數法律系學生之鍾情田徑場上百米競賽，我選擇跟大多數第三代法學者不太一樣的關注於台灣——而非中華民國——的法律史。⁴⁷

肆、對「出師」的反思

一、當今台灣的法學環境及內涵

進入21世紀後，約從2000年起、幾乎都屬學院內學者的第四代法學者，人才輩出且個個頭角崢嶸，受教於第四代的第五代法學者也已揚帆出發。加入第四代、第五代之當今由第二代以降所組成的台灣法學者社群，正共同深化傳承自歐陸尤其是德國的法釋義學，以及主要受美國影響的法經驗科學研究。⁴⁸整個台灣法學的水

準，已可謂與歐美日本並駕齊驅。

不過仍有某些現象值得反省。按有時候學說之改變，僅反映不同世代於**不同時代引進同一繼受母國新、舊學說之「時間落差」**，⁴⁹倒不一定是回應台灣與繼受母國之間的「社會落差」。在一切學說理論都「跟上」繼受母國最新見解的學風下，某些台灣人法學者對歐美法學理論的熟稔程度，已足以前往歐美日本法學教育機構任教，顯現國際上對台灣法學界的肯定。⁵⁰然而，台灣的法學者是否過度執意於引進外國「先進」的理論或法制，慣性地忽略台灣在地的社會條件，且尚未對不熟悉新的法律價值觀的民眾為足夠的說服，以致在當今多元價值併存的台灣社會遭一定的質疑呢？⁵¹戰後台灣隨著政治變遷所進行的「外來法律的在地化」，乃是支持外來的戰後歐美自由民主人權理念，⁵²非如前舉戰前日本或當今中國那樣回頭擁抱專制、威權的固有思想。因此台灣持自由民主憲政觀的法學者，不用費力地挑戰社會一般人的基本價值或信念，但須認真地構

46 參見王泰升，同註5，163-170頁。

47 作為特定地域社會之台灣的法律史，與作為特定國家組織體之中華民國的法律史，在1945年之前有如兩條平行的軸線，但兩者在1945年交會後，從1949年中華民國政府實際上僅統治台灣（台澎金馬）開始，兩條線業已合一。參見王泰升，同註8，121頁；王泰升，同註5，188-189頁。

48 參見王泰升，同註5，172-176頁。

49 參見王泰升，同註5，173頁。

50 參見王泰升，同註5，202頁。

51 參見王泰升，同註5，169頁。

52 台灣因此是一個成功地繼受源自近代西方個人主義、資本主義、自由民主法治的東亞國家。參見Tay-sheng Wang，同註22，p. 329。

思：如何將值得肯認之歐美日本的法學理論或法制，「客製化」為配合台灣實證法秩序及政經社文條件的法學論述或法規範形式，尤其是必要時將英美法系規範形式轉化為台灣的歐陸法系模式。⁵³

與往昔相比，今之台灣已非威權時代只需政治強人定調即可改制。法學者處於民主台灣，一切關於法之變動的動機、理由及預期效果等，都應說清楚、講明白，俾能透過整個社會的集體思辨做成決定，再共同遵守。為了說服**某些仍受傳統文化影響**的在地民眾，接受源自歐美、前述學者立法與釋憲所立足的自由民主法治及人權的理念，須「直球對決」過去所迴避之現代法理念與傳統法律觀的比較及抉擇。此時宜以**台灣社會一般人的**歷史經驗，如戰後台灣的白色恐怖，而非如納粹德國這類西方歷史，來闡釋德國「實質法治國」、美國「rule of law」理論等所蘊含的道理，說服民眾認同以「自由民主憲政秩序」為圭臬進行轉型正義。簡言之，當今台灣法學界不能再像以前那樣只仰仗外來的法理論，自己的理論，要自己研究、自己講。昔日歐美日本的老師，已沒辦法再提供這方面的知識了。

二、建構不受歐美日本法學侷限的在地化法學知識

其實法學論述上的「師傅」——歐美日本法學界——更想知道的是，這套知識體系到了台灣後，形塑出什麼樣的法規範及法社會。台灣的法學者從 1895 年起，不斷的以「學徒」之姿向歐美日中的法學

者學習。也正因**已吸收**歐美日本法學的精髓，於今方能運用習得的法學概念及理論，**創造**屬於台灣自己的新知識，以跟昔日的「師傅」相互切磋。換言之，「以台灣為中心而與世界連結」的在地化法學知識，恰好是進行**國際化**的基礎。

今在整個世界村，各國彼此之間乃「互為主體」，對於**外國法或理論**，台灣的法學界應先誠摯地**理解**其內涵及成因，尊重其在外國之所以然的同時，**思考**我國有無可借重之處。宜拋掉「奶嘴」心態，告別過去唯有沿襲外國法或理論才心安的態度。當外國與本國的社會條件相似，若應採同樣的價值理念，即可引進該外國法或理論，若不應採該價值理念，即明確地說不。當外國與本國的社會條件不相似，固然可據此拒絕外國法或理論，但亦可選擇接受其蘊含的價值理念，且付出可接受的成本來改造本國社會條件，以讓從外國引進的法在本國得以落實。

從**研究者個人**在全球學術界的位置而言，台灣的法學者若老是講歐美的理論，或只能在背後跟隨，或等於參加一場輸在起跑線上的競賽，故宜另闢新路徑，找到更容易發揮自我的研究議題。就像台積電「代工」出自己的獨特性，才具有強大的國際競爭力。**兼通東亞和西方兩種文化、歐陸和英美兩種法系、英文和華文兩種語文的**台灣法學界，擁有涉及傳統中國審案

53 關於英美法系規範形式之轉化，參見王泰升，同註 5，511 頁、註 234。

模式的《淡新檔案》、日本在台殖民地司法的《日治法院檔案》、民國中國西式法院運作的《最高法院遷台舊檔》，以及晚近公開的戰後威權統治時期各種政府檔案。⁵⁴ 台灣的法學者因此可就涉及全球的議題，如東西方法律文化的衝突與調適、⁵⁵ 世界各地華人在不同國家法制及政情底下固有法律傳統的流變，⁵⁶ 乃至威權國家的法治或法律與經濟發展，⁵⁷ 提出以台灣作為一例的學術論述。從事台灣研究的學者，切勿妄自菲薄，不要輕忽我們為人類知識的累積所可以做出的貢獻。

這項論點可用從世界史東亞史及漢學視角再訪殖民地法制，亦即「從世界觀看台灣，由台灣走向世界」的知識建構，再做補充。著眼於世界史，台灣在 17 世紀由荷、西兩海上強權施行殖民地法制的歷史，應當與性質類似的 16 世紀起西班牙在菲律賓、尤其是中南美洲各地，以及 17 世紀起荷蘭在今之印尼、南非、斯里蘭卡等殖民地法制經驗相比較。以探究漢人文化的漢學而言，則會關注當時漢人的海外移民，分別在荷屬台灣、西屬菲律賓、荷屬印尼等西方人殖民地的法律生活狀況。台灣與西方國家的接觸，於 17 世紀是在鄭治末期因與英國通商蕭條而告終，到清治晚期 1860 年四口開放通商後才逐漸恢復。接著 19 世紀末至 20 世紀前半期由日本帝國施行殖民地法制的歷史，自世界史角度，可與當時各西方強權在亞洲、非洲之殖民地的法制實際運作相比較；自漢學角度，可關注漢人分別在日治台灣，與日本統治下遼東半島（關東州）、英國統治

下香港和馬來西亞（含今之新加坡）等、德國統治下山東膠州灣的殖民地法律生活經驗。還可自東亞史角度，比較日治台灣與同時間受日本殖民統治的朝鮮、以及自為獨立國家的日本及中國，在繼受西方法制的經過及程度上之異同。

如「賤」的故事所示，透過前揭的考察，將更深刻地了解台灣自身歷史是如何

54 例如大法官會議紀錄，目前就此已有初步的學術研究成果。參見林建志等，奉命釋法：大法官與轉型正義，台北：促進轉型正義委員會，2021 年。

55 筆者曾參酌既有的法學理論，基於直接閱讀史料文本的經驗，提出用以考察傳統中國法與現代法的 4 個「理念型」概念工具：判調分立、審辦分立、審檢辦分立、行政司法分立。參見王泰升，同註 17，5-7 頁。

56 就源自東亞大陸往昔稱「中原」地帶的華人法律傳統（亦即「傳統中國法」），可擷取特定的一項法律傳統，考察華人在以華人為主的國家，如採社會主義法制及威權統治的中國、採歐陸法系法制及自由民主憲政的台灣、採英美法系法制及菁英統治的新加坡，或者華人僅占少數的國家，如馬來西亞、印尼等，或者華人在某國所形成的特定聚落內，如美國舊金山等城市的唐人街，是否已隨時空而產生實質的改變，或僅在國家法規範的表現形式有別？是否在改變的程度上，因時因地而異？能否將這些涉及法律、國家屬性、族群關係等等之互動的觀察結果，系統化為一般性的理論？這是筆者 2006 年在新加坡大學擔任訪問學者，2007 年窺見荷蘭萊頓大學收藏的荷蘭東印度公司審理巴達維亞（今爪哇）唐人之訴訟的紀錄，所滋生的問題意識。不過這樣大範圍的比較研究，恐非個別一兩位學者所能獨立完成。台灣法律史研究者或許可先做好台灣的部分，以待未來有跨國共同研究的緣分。

57 筆者曾為文闡釋作為法律人團體的台灣法學會，如何在國民黨政權的「威權法治」底下，促成在台灣從威權走向民主，或可供關心威權法治此議題的國際學界參考。參見王泰升，台灣法學會五十年：從瓦解威權法治的「木馬」到民主法治守護者，政大法學評論，165 期，2021 年 6 月，311-363 頁。任教於新加坡大學的陳維曾明確指出，台灣關於法律與經濟發展的經驗，國際學界甚感興趣，亦能對這方面的學理提供莫大的貢獻。參見陳維曾，憲政與國家資本主義衝突或相輔？，收於王曉丹主編，法律有關係：法律是什麼？怎麼變？如何影響我們生活？，新北市：左岸文化 / 遠足文化，2023 年，43-74 頁。

開展及遞嬗。荷蘭人於 17、18 世紀，曾將由羅馬法與荷蘭傳統日耳曼習慣法之若干觀念混合而成的「羅馬—荷蘭法」（Roman-Dutch Law），傳入其在南非、斯里藍卡的殖民地；19 世紀初的 1809 年荷蘭已改採法國的拿破崙民法典，羅馬—荷蘭法卻仍留存於不再受荷蘭（而改由英國）統治的南非、斯里藍卡。該羅馬—荷蘭法也在 17 世紀施行於台灣，當時荷蘭文「*pacht*」，即後來在台福佬人、客家人稱「賸」的法律觀念，在荷治結束二、三百年後，依然存在於嗣經鄭氏王國、清朝、日本帝國統治的台灣漢人社會。日本統治當局從 1923 年起才在國家的實證法上，以繼受自法國拿破崙民法典的日本民法典上權利型態，取代台灣社會源自羅馬—荷蘭法的「賸耕權」。不過當今中華民國時期，台灣還有人以「賸」稱法律上的租賃關係，現行法上仍依地籍清理條例處理關於賸耕權之登記。⁵⁸ 可以說，台灣法一直隨著世界的脈動而前進。

台灣已有非常豐富的史料，可作為關於「賸」之法社會史研究最堅實的基礎。在事涉 17 世紀台灣的《熱蘭遮城日誌》、18-19 世紀台灣的台大圖書館《明清檔案資料庫》、20 世紀前半期台灣的《日治法院檔案》和中研院台史所《臺灣日記知識庫》等，均可以「賸」為關鍵字檢索出眾多的公、私文書。相反的，在收錄 20 世紀前半期中國法院審判卷宗的《最高法院遷台舊檔》，則無一案涉及「賸」。⁵⁹

就我個人而言，為了更深入而有系統的建構台灣法律史，從 2015 年起集中心

力於以華文寫專書，減少撰寫學術論文，且不再從事英文論著的創作。誠然有關台灣法律經驗的學術論述，若能有英文論著更利於國際交流，但就像田徑場上四百公尺接力賽，負責起跑——通常不是百米速度最快者——的我，即將跑完第一棒，該伸手準備交棒了。

最後要談台灣法學界另一個「心魔」，亦即將法學研究的價值，建立在是否為法律實務界所接受。從歷史的眼光，這是明治日本、日治台灣、清末民國中國，在開啟現代法學研究之初，即陷入之法學作為**實用性工具**的思維。我認為法學理論之具有說服力以及妥當性，應來自法學者的肯定，學術的桂冠須由**學術界頒予**。蓋學者不可被取代的本務是**做學問**，此不同於法律實務界的法官、檢察官、律師，以及政治工作者所承擔的工作；亦即司法在求個案判斷的妥當，立法在求衡平社會各方利益後一律加以約束，行政重在上下一體以貫徹執行任務，均有別於法學的本質。華文世界早在 1900 年代，經由翻譯日本著作、引述西方文獻，即知來自歐洲文明的法學是一種科學，科學指蒐集各種相異而錯綜複雜之現象，彙類分科以研究發現其

58 參見王泰升，人的歷史、法的歷史：多元法律在地匯合，台灣法律人，創刊號，2021 年 7 月，8、11-12 頁。

59 主張「全球觀點之法律史研究」的德國法律史學者杜福教授 (Thomas Duve) 2017 年來台訪問時，筆者曾以〈從檔案看 *Pacht* 在台灣的發展 / Dutch Legal Legacy in Taiwan: The Case of *Pacht*〉為題，與其分享這項議題從相關檔案可看到的發展軌跡，但其後無暇書寫成論文。

共通之元素為旨，而支配各種現象之原理即學理，科學上的知識稱為學識；從而法學者所從事的是，探究存在於法律現象中共通之元素的科學，以獲得關於法律現象之學識為其目的。⁶⁰

在學術評鑑的參與者擴及國際學界的現今台灣，不乏美、德、日等國法學者提供涉及教師新聘、升等或學術獎項等的審查意見，亦增強了學者的法學論述品質及法學知識的學術貢獻，交由學界自主判斷的正當性。綜上可知，得到政治力的支持與否，和學說論述品質的良窳沒必然關係。個別法學者的參與政府部門立法活動，或進行各種形式的立法遊說，係民主國家身為公民的權利，屬於政治活動的範疇，與學術專業能力是兩回事。⁶¹

如日治時期岡松參太郎受政治高層之邀來殖民地調查台灣「舊慣」，並成就了舊慣法學，其為進行舊慣立法所提法案，因治台政策轉趨同化主義而被擱置，但法學知識本身卻流傳至今，可見「政治僅一時，學問才是永恆」。⁶² 據此，前述我的法律史研究晚近之「影響國內司法界」，亦不過是「得之我幸、失之我命」之事。既然講「我幸」，顯然也同意學術研究成果若能夠「經世濟民」更佳，從這個角度而言，就台灣當今的法律議題進行學術考察，而非一味跟隨「留學生時代」的歐美日本學界品味或趨向，應該在台灣法律實務上「被需要」的機會最大吧。

作為結語：以上僅屬野人獻曝，期盼與大家一起朝著台灣的法學需要「出師」的方向前進。



60 參見王泰升，同註5，9頁。

61 參見王泰升，同註5，200-201頁。

62 參見王泰升，同註33，26-27頁。