

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

王泰升^{**}

摘要

明治日本以漢字造詞轉譯近代西方立憲政治下成文法與不成文法概念，前者出於主權者以明文認可，後者則非、係經法院承認始生法之效力；惟不成文法也可能有文字記載，迭經當時及後來的學者提醒，卻未為現今台灣法學界所熟知。明治日本依該國實證法發展出「不成文法即習慣法」，並在法之淵源及立廢，使用成文法與習慣法這組概念；但該新造之詞傳遞至民國中國、再於戰後移植到台灣後，改以成文法與不成文法討論法之淵源或立廢，且將成文法與習慣法的得失論誤傳為成文法與不成文法得失論。成文法概念在明治日本包含法律與命令，傳至民國中國後，竟產生成文法是否包含命令的一詞多義現象。這些論述均為戰後迄今台灣的法學緒論所沿襲，為解決使用成文法概念上的混亂，且本於台灣的實證法，應改以「制訂法」稱呼成文法，並以「間接法源」表達早期不成文法的意涵。

關鍵詞：轉譯、成文法、不成文法、實證法、習慣法、制定法、普通法、直接法源、間接法源、制訂法。

* 投稿日：2023年10月30日。〔責任校對：徐慕薇〕。

** 國立臺灣大學講座教授、科際整合法律學研究所特聘教授；中央研究院臺灣史研究所暨法律學研究所合聘研究員。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/20410142.pdf>。



目次

壹、緒言：換個角度看法律	二、成文法概念在當今美國法學界使用狀況
貳、法源上成文法概念對應習慣法	三、在台灣法學界成文法宜改稱制訂法
一、轉譯近代西方的成文法與不成文法概念但詞不達意	肆、以間接法源替換不成文法之概念
二、不成文法即習慣法的論點	一、關於法之淵源的各種論述模式
三、改以成文法與不成文法討論法之淵源或立廢	二、重構當今台灣的法源論
四、方柄圓鑿的成文法與不成文得失論	伍、結語：以適當的基本概念思考法學問題
參、將成文法稱為制定法之爭議及反思	
一、成文法概念一詞多義及制定法用語的提出	

壹、緒言：換個角度看法律

2022年筆者發表的學術專書《建構台灣法學——歐美日中知識的彙整》（以下稱《建構台灣法學》），係定位為屬於法經驗科學之台灣法律史研究。因此該書主要是針對成文法與不成文法概念及用語，做成緊扣著人、時、地與論述（discourse）的「歷史敘事」；再進一步踏入涉及實踐評價的「歷史思維法學」，本於所認識的經驗事實，出於建構適合台灣法律人之法學知識的實踐上目的，提出應興應革的主張¹。由於是以明治日本、民國中國、戰後台灣共計32份法學通論／法學緒論著述的文本為考察對象，在進行歷史書寫時，還依從各該學者或論著所使用之當時的詞彙，例如「不文法」、「慣習法」、「條理」等等，除非欲表示跨越時代之一般性的認

¹ 參見王泰升，建構台灣法學——歐美日中知識的彙整，頁25-28（2022年）。

知或理論時，才使用當今台灣以華文表達的詞彙，如將前揭詞彙改為「不成文法」、「習慣法」、「法理」²。不過人文社會學界較常見的歷史敘事模式，台灣法學界似乎仍不是那麼熟悉。

在此擬運用上述歷史敘事中曾揭示的各種法學論述，探究在法學概念上應以何者為妥當。亦即，有別於前揭學術專書之以觀察法學論述為何產生為認識目的³，不再專注於有關成文法與不成文法概念及用語的各項論述，在歷史演進中是否存在某種知識傳遞的關係⁴。換言之，本文的討論架構及筆法，非《建構台灣法學》所採用者。或許可比喻為考題已不同了，當然須採取不同的解題方式；不過之所以能「作答」，還是因為曾寫過關於歷史敘事的那一題。儘管整個論辯的軸線已做調整，以配合台灣法律人較熟悉的表達方式，但仍會指出某概念或用語，與當時實證法規範之間的關聯性⁵。按法學概念乃是特定的人在特定時間、空間下的產物，當代人究竟應維持、修改或廢止，實為無從迴避的抉擇。以下在進行「現在問題意識與過去規範事實的對話」時，將直接採用當今台灣華文法學界通行的詞彙，合先說明。

2 參見王泰升（註1），頁25、320。

3 參見王泰升（註1），頁6。

4 例如先將民國中國後期關於成文法的論述歸納出4項特色，再與戰後台灣的相關論述相比較，佐以人和時之因素，詮釋其兩者間因果關聯性。參見王泰升（註1），頁364-376、382-399。

5 實證法（positive law）是相對於自然法（natural law）的概念，按自然法論者認為自然法在規範位階上高於實證法；抱持法實證主義（legal positivism）者則認為唯有實證法才是法。留法的台灣法學緒論之父梅仲協，在其法學緒論著述，以專章詳論「自然法與實證法」的關係；同樣留法的第一代法學者王伯琦，談及西方19世紀實證主義興起後的發展，亦使用「實證法」一詞，稱國家實際上所做成、非屬先驗性的法規範，以相對於自然法的概念。參見梅仲協，法學緒論，新1版，初版為1954年，頁18-31（1967年）；王伯琦，王伯琦法學論著集，頁2-5（1999年）。日本學界及台灣許多學者皆稱「positive law」為「實定法」，筆者撰寫的台灣法律史教科書第1版及第2版仍沿用這項稱呼，但發現不少人將其與「制定法」（statute）混為一談，故從第3版起改採「實證法」一詞以資區別；為了討論國家與社會之間的關係，實證法還可對應於「民間法」，而稱「國家法」。參見王泰升，台灣法律史概論，6版，頁109-110（2022年）。

如果將來欲撰寫台灣版的法學緒論教科書，在內容上較可參考的是論證法概念何者為妥當的本文，而非聚焦於台灣法學知識史的那本學術專書。由是亦可確認：將讀者設定為所有對台灣歷史有興趣之人的《建構台灣法學》一書的論旨，係敘述為什麼今之台灣呈現這樣的法學知識內涵，並以法學緒論為例，主張應建構適合台灣社會的法學知識，倒非本身就是法學緒論的內容。

上述這點也可算是，某程度回應《中研院法學期刊》內對於拙作《建構台灣法學》的5篇書評⁶。至為感謝《中研院法學期刊》為拙作首度開設「專書論壇」，透過書評「促進臺灣法律專書寫作與討論，拓展法學知識的地平線」（引自該刊第33期「出刊辭」），尤其感謝5位評論人撥冗惠賜指教。當中有些對拙作全書論旨的闡釋，比筆者所述還要精彩、更加深刻，畫龍點睛的功力令人讚嘆不已。書評中當然不乏對拙作的提問，惟有些是我基於議題的設定，或礙於能力與時間而未探究者，有些則本屬見仁見智、可多元並陳的見解。較有說明必要的是，筆者以相互了解為比較法研究之旨，如拙作第六章結語處所述，係主張自主選擇、而非盲目排斥西方的理論及價值⁷。作為對書評的整體回應，在此依照法學界較常見、但我該專書中所採用的規範論證格式，重新鋪陳拙作討論成文法與不成文法概念及用語的既有內容，以相互對照出專書寫作時，另有其研究目的及論述方式。蓋向來不善於講述抽象的理論，寧可似「做黑手」般直接提出一篇實作。同樣的內容，放在專書中多達318頁的「下篇」（第四章到第六章）架構下、以6萬多字寫成一

6 參見陳忠五，台灣法學的未來——評王泰升著《建構台灣法學——歐美日中知識的彙整》、顏厥安，在這些神聖殿堂內、張嘉尹，打開台灣法學史的月光寶盒——對《建構台灣法學》一書的幾點反思、陳宛妤，歷史思維法學的美麗與哀愁——評王泰升教授《建構台灣法學——歐美日中知識的彙整》、李建良，語言、法源與法系——《建構台灣法學》的知識論與方法論，中研院法學期刊，33期，頁223-345（2023年）。

7 參見王泰升（註1），頁512-513、533。

章，跟單獨成為一篇約2萬字的論文相比，整個寫作的節奏及精密程度當然都不一樣。

貳、法源上成文法概念對應習慣法

一、轉譯近代西方的成文法與不成文法概念但詞不達意

使用華文、日文、韓文等的東亞國家現代法學上許多概念，乃是藉由以漢字所新造的特定詞彙，表達其源自近代西方的意涵。19世紀近代西方的法學傳入東亞時，首先以國家力量繼受該等法學的明治時代日本，即從以漢字書寫的中原（今之中國）古籍中選字造詞，以之為日文裡表達特定意涵的法學名詞，例如在此所討論的成文法與不成文法概念，且隨即傳入日本統治下使用日文和福佬話、客家話為主的台灣（1895-1945年），以及使用華文的清末和民國時代（至1949年為止）中國⁸。在明治日本，熟悉歐洲之法國法的岸本辰雄（省略「教授」之敬稱，以下同），於1890年刊行的書中指出，西方在古代就法的來源，縱令是風俗習慣，只要經印刷刊行者即是成文法；但進入近代立憲政治後意涵已改變，凡國王以適法之方式公布者稱成文法，因風俗習慣而生，作為裁判之定則，經國王默許者稱不成文法，亦即成文法出於立法權的明示，不成文法出於立法權以外而形成⁹。換言之，東亞新造的成文法與不成文法之詞彙／用語，所欲表達者乃是西方在近代始有的前揭概念／意涵。

近代西方法中，除了如法國法這些通稱歐陸法系者外，尚有稱為英美法系者。於18世紀，著名的英國法學者、對美國法亦深具影響力的布萊克史東（William Blackstone），曾表達過類似上述岸本

⁸ 參見王泰升（註1），頁232-233、242、287、321-322。

⁹ 參見岸本辰雄講述，濃學通論，頁19-20（1890年）。

辰雄的看法。布萊克史東雖稱英國的普通法為不成文法，但明白表示該「不成文」不能從它的字面意義來理解，蓋所指稱的是，作為法源，非出自制訂、非議會的制定法（statute），而是反映於普通法法官判決中之具有普遍性的習慣¹⁰。可見英美法系國家在近代所稱的不成文法，已有字面以外的意義，亦即由法院的法官作成之法，並非擁有立法權的議會所制定的法。

明治初期受英國法系統法學教育的奧田義人，在1889年和1905年寫成、1906年華文版深刻影響清末民國中國法學通論的著作中，就法之「分類」（亦有稱「種類」），採用「成文法與不成文法」這組概念，並引用英文的「written law、unwritten law」，但簡潔地以主權者制定，而記載於文書之法，定義成文法概念，再以「非」成文法，未記載於文書、不因文書而發生法之效力，定義不成文法概念。從而就法之「淵源」，亦即在實證法上成為法的緣由¹¹。指出凡法（不含自然法）均須得主權者之認可，以明文形式得到認可稱為成文法，暗中得到認可稱為習慣法。於是以制定為明文與否，產出「成文法與習慣法」這組概念。甚或「成文法」一詞，可能是取材自日本1875年太政官第103號布告《裁判事務心得》第3條所言，無「成文的法律」時依習慣，無習慣時，便應推察法理而據以裁判。奧田義人進一步為闡釋，指出英國的普通法即習慣法（如布萊

10 參見LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW, Prologue xiv (3d ed. 2005).

11 簡稱「法源」的「法之淵源」，可從3個面向來觀察。其一是從哲學的角度，探究法發生效力而拘束眾人的根源，可分為自然法與實證法，前者指基於可超經驗地認識到具有貫時性與普世性的正義所產生之法，後者指由國家主權者所人為制訂或承認之現實的、實證經驗上具有效力的法。其二是從歷史的角度，探究法之發生或形成的淵源，凡來自本國社會者稱「固有法」，將他國社會產出之法採納為本國法之內容者稱「繼受法」。其三則著眼於國家法上的形式，包括歸入在此所談成文法與不成文法、直接法源與間接法源等概念下的各種法規範形式。此處所稱「法之淵源」，具有上述第一種中實證法及第三種的意涵。參見王泰升，論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44卷1期，頁5-6（2015年）。

克史東於18世紀所稱者)，而習慣法為不成文法。不成文法的關鍵因素是：非依文字本身而發生法之效力，成為實證法一部分。蓋普通法上從判決理由獲致的規則（rule）之所以具有法之效力，非來自裁判彙編中判決文字，而是來自國家法院的承認；又如英國議會對北美殖民地發布的法律，美國獨立後因被美國法院承認而具有法之效力，故屬不成文法。此外，就法之「立廢」（亦有稱「法之成立、變更或廢止」等），也使用「成文法與習慣法」這組概念，且認為成文法之成立，分別出於立法權、行政（命令）權¹²。

在此即滋生「詞不達意」的問題。不同於西方社會自發的概念變遷，在原本欠缺現代法學概念的東亞社會，外來的法學概念之意涵，僅能仰仗新造之詞的字義來傳達。然而以漢字新造的成文法和不成文法兩詞彙中，「成文」與「不成文」的字義僅能呈現有無「成為文書」，難以表達如岸本辰雄和奧田義人所述，涉及法之作成是緣自不同的憲政上權力，以及形式上由議會經制定而公布或由法院經裁判程序承認等意涵。

由於當今台灣以華文為主要的法律語文，故更關切現代法學概念，在華文用語上的演變及其妥適性。百餘年前清末中國的胡挹琪，即以名為「成文」、「不成文」，其意義卻與文字之記載與否無關，質疑過這項用語的妥適性，但以該等詞彙在明治日本沿用已久，而持續在華文論述中使用。在民國時代中國，1917年出版、依留日的夏勤和郁嶷在朝陽大學授課內容編成的法學通論講義（以下稱「朝陽講義」），已參考如奧田義人所言，英國的成文法在美國獨立後成為美國的不成文法，指出成文法與否，不可拘泥於如字面所示的作成文書與否。1928年出版的朱采真法學通論著述，以前述美國之例類比出清朝《大清律例》有關戶婚田土錢債的條文，在民國

¹² 奧田義人之知識背景及其相關論述，參見王泰升（註1），頁232-234、322-329。

後須經大理院認定始具法之效力，即是不成文法，駁斥以「記載於文書」與否判斷是否成文法的說法，但其亦依舊使用成文法與不成文法概念。其後如1933年胡慶育、1934年李景禧與劉子崧、1939年胡毓傑、1940年樓桐孫所撰法學通論著述，均在沿用該等詞彙的同時，一再提醒讀者不能拘泥於「成文」、「不成文」之字義來了解其意涵。在二次大戰後的台灣，如1955年管歐、1956年鄭玉波、1966年李岱等第一代法學者所撰法學緒論著述，在承襲民國中國法學論述而使用成文法與不成文法時，都明確點出那句「警世良言」：成文法或不成文法與有無文字記載為兩回事。恰似傳話遊戲最終可能會變更或漏掉起初的話語，到了1993年由第三代法學者王海南等合寫的法學緒論教科書（以下稱「元照版法學緒論」），雖使用自明治日本、民國中國一路傳遞而來的成文法與不成文法詞彙，卻沒有一併附上那句必要的警世良言¹³。

二、不成文法即習慣法的論點

明治時期日本在已繼受法、德等歐陸法系國家法的情況下，產出「不成文法即習慣法」的論述。明治初期受法國法系統法學教育的織田萬所著、廣泛流傳於清末民國中國的1907年華文版法學通論教科書，在法之分類，亦引介與岸本辰雄、奧田義人近似的成文法與不成文法概念。不過其在承認不成文法於習慣法之外過去尚有判例法、且判例法（亦稱「判事制定法」）在英美法系國家猶與成文法有同一效力的情形下，卻指出當時習慣法一詞總是被認為跟不成文法有同樣意義。東京帝國大學教授、受邀為清朝草擬西方式法典並講授法學的岡田朝太郎，1908年在寫給中國學生讀的法學通論教科書中，於「法之分類」定義成文法與不成文法概念後，就「法之成立及變更與其消滅」係分別以成文法、習慣法進行說明，且明白

¹³ 參見王泰升（註1），頁327-329、348、351-355、364-365、384、386、390、397。

地表示：「現今法治國之普通例，所謂不成文法者，唯一慣習法〔按：今稱習慣法，以下同〕而已」¹⁴。

若僅觀察明治日本的實證立法及判決例，或可支持「不成文法即習慣法」這項命題。岡田朝太郎引用繼受歐陸法系的日本法制中，規範如何選用準據法之《法例》的第2條規定，認為「不違反公共秩序與善良風俗」之習慣，就「依法令規定所承認」或「關於法令中未規定的事項」，被法院認定為「與法律〔按：經議會協贊、天皇發布之法〕具有同一效力」時，即構成所謂「習慣法」，屬於不成文法¹⁵。亦即從日本國內法的立場，排除了奧田義人或織田萬等曾提及之普通法／判例法、外國法等，被法院認定為具有法之效力的可能性。且在前揭1875年太政官第103號布告《裁判事務心得》第3條底下，日本司法實務界將準據屬於不成文法之一的「法理」所為裁判，視同依習慣法所為者。一個台灣法律人可能熟悉的例子是，日本帝國在成文法（1922年勅令第407號第5條）上規定：僅涉及台灣人的親屬繼承事項「依習慣」，適用該法條的法院則在裁判上明白表示：「於法理上」妾可不受任何限制地離去其夫，故習慣法上承認妾有自由離去夫之權利¹⁶。換言之，依日本的實證法秩序，加上如奧田義人所言的判例、學說、外國法，都可能成為習慣再被承認為習慣法（參見後述「肆、一」），似乎不成文法可以說等於習慣法。但既然如此，這項「不成文法即習慣法」的命題，即不一定能延伸至所有國家的實證法秩序，尤其是不適用於普通法具有法之效力的英美法系國家，於今英美普通法不再被認為是習慣法（有別於布萊克史東所處的18世紀）。況且，倘若不成文法即等於習慣法，又何必保留成文法與不成文法這組概念呢？1933年

14 織田萬、岡田朝太郎之知識背景及其相關論述，參見王泰升（註1），頁232-234、336-343。

15 參見岡田朝太郎著，張孝移譯，法學通論，頁21-23（1908年）。

16 參見王泰升（註5），頁290-291、309。

中國學者丘漢平的法學通論著述，就曾在法之分類，採用成文法與習慣法這組概念，且全然不提不成文法一詞¹⁷。

在清末民國時代中國，有些中國法學者沿襲不成文法即習慣法的論述，有些則不以為然。按不僅在中國授課的岡田朝太郎這樣講，中國留學生到日本上民法大師梅謙次郎的課，也是聽到「不成文法又稱習慣法」，這句話又出現於1907年初版、1913年再版的胡挹琪翻譯日本學者論述所編法學通論書中。然而處於民國中國的實證法秩序下，朝陽講義於1917年即嚴詞批判：「不文法〔按：今稱不成文法，以下同〕之內容，由習慣而成者固居多數，由判決、學說而成者，亦往往而有。謂不文法由習慣而成，乃知一不知二之論也」。朱采真在1928年也指出：「習慣、學說、判決例，統是不文法」，並未跟隨其經常仿效的岡田朝太郎著述中所稱不成文法即習慣法。白鵬飛1928年所為法學通論著述大量參照三潞信三見解，但同樣不沿用三潞信三書中所載「不成文法（習慣法）」。¹⁸不過1933年出版的歐陽谿法學通論著述，但求納入所有學說，既言不成文法如習慣、判例、學說等，又表示不成文法也稱習慣法，似自相矛盾。樓桐孫1940年再直言批判，有人謂不成文法即習慣法實為不妥，蓋習慣不過為法律淵源之不成文法的一種。惟1945年出版的何任清法學通論著述，猶維持「不成文法又稱習慣法」，且林紀東在民國晚期中國刊行的1947年版法學通論著述，仍認為不成文法中最重要者為習慣法，故「成文法與不文法的對立，亦即等於成文法和習慣法的對立」¹⁸。

在戰後台灣，不成文法即習慣法的論點已消逝。可謂戰後台灣第一份的林紀東1953年版法學緒論著述（書名還保留「法學通論」），持續認為不成文法中最重要者為習慣法，但不再將兩者劃上

17 參見丘漢平編，法學通論，頁117（1933年）。

18 所述學者的學經歷及見解與各份法學通論著述出版年，參見王泰升（註1），頁345-347、351-352、354-355、357、362-363、366、372。

等號；迨林紀東1978年版果敢地捨棄不成文法概念，自無其等同習慣法之論調矣。其他在戰後台灣作成的法學緒論著述，就法之分類上所稱不成文法，都認為在習慣法之外，還包括判例法、法理等等；只有持舊見解的前述民國中國何任清的法學通論著述，曾在戰後台灣流通¹⁹。

三、改以成文法與不成文法討論法之淵源或立廢

在不成文法與習慣法為兩事的情況下，關於法之淵源、法之立廢，民國中國的法學通論著述，經常不再如日本學界那樣使用「成文法與習慣法」，而改用「成文法與不成文法」這組概念表述之。1928年出版的朱采真法學通論著述，就法之分類，依從岡田朝太郎的採用成文法與不成文法概念及其定義，但就法之立廢，一反岡田朝太郎等日本學者之採成文法與習慣法，而仍以成文法與不成文法概念論之。毛家騏1931年編的法學通論書籍，亦依從朱采真前述作法。民國時代後期的中國學者，如李景禧與劉子崧、樓桐孫、林紀東的法學通論著述，也都在法之淵源底下，二分為成文法、不成文法，非如日本學界之分為成文法、習慣法。樓桐孫、朱祖貽、林紀東等人進而從法源之別，衍生出以「成文法國家」、「不成文法國家」，分別稱呼歐陸法系、英美法系國家。然而此民國時代後期中國產出的稱呼，忽略了在法源上，歐陸法系國家尚有習慣法等不少可稱不成文法者、英美法系國家除了普通法（不成文法）還有議會制定的法律（成文法），故不如依從國際學界通稱的歐陸、英美兩法系為宜²⁰。

從明治日本傳遞到民國中國後，改用成文法與不成文法，而非成文法與習慣法，討論法之淵源或立廢的作法，接著傳入戰後台灣。林紀東在台灣的1953年版法學緒論著述，內容上乃複製其在中

19 參見王泰升（註1），頁378-379、381。

20 參見王泰升（註1），頁354-355、360、365-369。

國所撰的1947年版，故就法之淵源認為有成文法與不成文法兩種，並延續成文法國家、不成文法國家的用語；直到1978年版放棄不成文法，某程度可謂回到成文法與習慣法這組概念，且保留成文法國家一詞。1955年出版的管歐法學緒論著述，雖在法之分類採用成文法與不成文法，但與林紀東不同的是，未將之用於討論法之淵源。1956年出版的鄭玉波法學緒論著述，在法之分類採用成文法與不成文法，但在法之淵源，則介於林、管兩人中間，主要採用直接法源、間接法源二分（參見後述「肆、二」），但仍輔以「亦稱成文法法源」、「亦稱不成文法法源」。留日的鄭玉波曾表示其多所取材與參照田中耕太郎所著《法律學概論》，甚至原本係課名為「法學緒論」的講義，出版時書名都改為與之相同，卻堅持民國中國的法學知識遺緒，不依從日本學者田中耕太郎在法之淵源所採成文法、習慣法二分。蔡蔭恩1956年也出版其法學緒論講義，就成文法與不成文法，在章節安排及內容上跟前揭鄭玉波編著者非常近似²¹。

前揭鄭玉波模式，後來成為台灣法學緒論著述的主流。1962年出版的韓忠謨法學緒論著述，與林紀東1953年版一樣，就法之淵源分為成文法與不成文法，且順勢沿用成文法國家、不成文法國家的稱呼，但又認為成文法與習慣法相對應。不過李岱1966年、姚淇清1973年、劉得寬1986年出版的法學緒論著述，就法之淵源，都全然不用成文法與不成文法、或成文法與習慣法的概念。最終1987年出版、走歐陽谿大雜燴式風格的梁宇賢法學緒論著述，就法之淵源，以類似鄭玉波的「又稱」方式引入成文法與不成文法概念。1993年出版的元照版法學緒論，亦以依從國內通說為由，採鄭玉波所言之直接法源又稱為成文法法源、間接法源又稱為不成文法法源；但值得注意的是，已不再沿用成文法國家、不成文法國家之稱呼²²。

21 所述學者的學經歷及見解與各份法學緒論著述出版年，參見王泰升（註1），頁377-380、383-388。

22 所述學者的見解與各份法學緒論著述出版年，參見王泰升（註1），頁388-397。

由於明治日本引進之近代西方的不成文法概念，確實是包括但不僅限於習慣法，故為了可以涵蓋所有、各式各樣的法之淵源，使用「成文法與不成文法」，而非「成文法與習慣法」這組概念，確有其道理。但也因此造就如下所述，原本立基於成文法與習慣法這組概念的論述，被套用在已改持成文法與不成文法概念後的論述。

四、方枘圓鑿的成文法與不成文得失論

明治日本可能出於擁護該國所繼受之歐陸法系，普遍抱持成文法優越論。1890年代的日本，法國法系統培育的法學者如岸本辰雄、手塚太郎、織田萬等，即就成文法與習慣法，比較兩者之得失。彼等贊同法國之經由法典的編制斷然廢棄往昔習慣，現今尚可遵守的習慣，須經立法者決議而認定之，或者在條文中表示特定事項依習慣法而由法官據此裁判，故認為應以成文法為優。在自日本輸入現代法學的清末民初中國，胡挹琪沿襲梅謙次郎所稱「不成文法又稱習慣法」，以「竹篙湊菜刀」的方式，逕將日本學界關於成文法與習慣法得失的論述，當成是成文法與不成文法之得失²³。

胡挹琪參照梅謙次郎見解所編法學通論著述，提出堪稱華文法學界首發的「成文法與不成文法得失論」如下：

法重成文法，英重慣習法，德則二者並用。……日本三十年前亦分兩派，畢竟成文派勝，然兩派之爭未達極點，未有主張慣習法，而全擯成文法者，亦未有主張成文法，而全棄慣習法者。試各揭其理由於左：

主不文法〔按：即不成文法，以下同〕之理由有二。（一）謂慣習法因時而生，合於社會進步之用，成文法訂於一時，閱時必多不便。（二）依立法〔按：指法之作成〕之手續，不文法容易變更，訂為成文法，修改不易。

23 參見王泰升（註1），頁335-337、348-349。

主成文法之理由有四。(一) 成文法有確定之條件，疑問較少。慣習法鮮確實之標準，疑問甚多。(二) 慣習法以慣習為基礎，設有敝俗相沿，……殊害人心。……成文法足以矯正慣習……。(三) ……有社會變而慣習不變者，非以成文法匡正之，而欲待其慣習之自改，則流弊安有終極。……以法律改良，為社會改良之本也(四) 一國之思想變遷，必示以一定之法律。如日本變法以來，……從前慣習法，不能適用，故訂成文法。此由經驗而來，堪為表的，中國異時改訂法律，於此中得失可鑒也。(註：標點符號及底線為筆者所添加，以下同)²⁴。

該等論述本身，容有自相矛盾之處。按胡挹琪前揭導出成文法與不成文法得失論的引文中，所使用者即習慣法一詞。在支持不成文法／習慣法這邊，習慣法與時俱進、容易變動，成文法則停滯不前、修改不易。到了支持成文法那邊，習慣法卻變成沒確實的標準、敝俗相沿，成文法倒是內涵明確、可矯正惡習以改良社會。究竟論者認為相對立的哪一個陳述為真呢？並未表明。若兩邊均有理，即意謂習慣法或成文法都有可能產出「進步的」法律，則所謂「得」或「失」，其實是對最後產出的特定法律所為善、惡之評價，並非法之產出方式是習慣法或成文法所必然導致者。胡挹琪最終以日本係如此進行改革，正當化其主張的中國應採成文法，但或許亦意識到前揭令人疑惑之處，故編譯另一位日本學者中村進午如下的見解，欲以「禍福相倚」之說予以補充：

中村博士云，成文法與不成文法之特質，兩相對照，各有一得一失。不成文法者，裁判官認之與否，得以自由。故有役於愛情而為裁判之虞，又於人民之權利義務，有不安固之缺點。……用不成文法之時代，為裁判官者有斟酌事情，俾

24 胡挹琪編，法學通論，再版，初版推測為1907年，頁68-70（1913年）。

寬嚴適中之利益。反之，成文法者，無論事情如何有當斟酌之點，裁判官不得曲法而為之裁判，情重者不能嚴罰，情輕者不得恕宥。此成文法之弊害也。然能制裁判官之偏頗，以安固人民之權利義務，此又成文法之利益，非不成文法所能望²⁵。

中村進午從不成文法乃是由法院認定為法切入，跳脫不成文法僅有習慣法之偏見，顧及奧田義人等人所稱不成文法尚包括普通法／判例法，進而指出：不成文法欠安定性（失）的同時具有彈性（得），成文法具安定性（得）的同時陷於僵化（失）。依筆者的「後見之明」，在這種得與失一體兩面——欠安定性的另一面是有彈性、具安定性的另一面是陷於僵化——的情況下，實際上出現哪一面，取決於制訂法規範的立法或行政機關，或負責個案審判的司法機關，在機關權限及處理程序（例如主動的規劃處置或消極的不告不理）下，展現的素質與能力。至於具普遍適用性之法規範的作成機關，應否包括法院（司法機關），則可分為持肯定態度的英美法系，以及採否定立場的歐陸法系，故中村進午所提的得與失，毋寧更適於比較或檢討這兩個法系之差異，而非成文法與不成文法作為法之產出方式的必然結果²⁶。

胡挹琪前揭成文法與不成文法得失論，經1917年出版的朝陽講義的納入，在民國中國一直被傳遞至朝陽大學畢業的林紀東1947年版法學通論著述。該書所述成文法與不成文法「優劣得失」如下：

不成文法的優點是適合國情，……習慣法，以社會的慣行做基礎，……判例法，也是按照當時環境演變而成的，……成文法的特徵，是人為性多而自然性少，容易偏重法律之美觀，而忽視法律之實用。……不成文法不及成文法的地

25 胡挹琪編（註24），頁70-71。

26 參見王泰升（註1），頁350-351。

方很多，第一，不成文法比較缺乏條理〔按：即法理，以下同〕，……而成文法則皆經專家起草，……綱舉目張。第二，不成文法詳略不均，尤易掛一漏萬，因為不成文法是……有一個事實，才有一條法律，……成文法則……可加以普遍的規定，……。第三，不成文法較不明確，因為一條法律背後藏著一個事實，應用時難得遇到完全相同的事實……成文法則從原則立論，意義比較明確。第四，不成文法不能預知，因為要有事情以後才能成為法律，而成文法則是規定某行為將發生某效果，使大家有所依據……。第五，不成文法不能追隨社會的進化，因為習慣判例都是守舊的，……成文法則可以隨社會的進化，而發生指導作用，因為它是由社會上優秀的人所制定，可用來領導民眾向前進……。

……不過成文法因人為性特多，假使運用不得其道，也可發生種種流弊，第一是抄襲的毛病，……。第二是遷就的毛病。……各個政黨，根據本身的立場，對於條文多少總有爭論，結果往往是取一種調停的態度，……拼湊，成了一個百衲本的法律案，……。第三，成文法是以文書來表現其意旨的，而人類所作的成文書，性質上往往不甚完全，所以國民對於法規的真正內容，時常難以把握……。第四，……固定的成文法，即難適應流動不絕的社會生活的需要，雖然可以修正變更，但因立法手續的煩雜，……不免於把複雜多歧的社會現實，機械地配列於一體系中……²⁷。

若對照之前胡挹琪的論述，胡挹琪所指不成文法之優點：習慣法因時而生、不成文法容易變更，相當於林紀東所稱：不成文法適

²⁷ 林紀東編著，法律概論，4版，頁14-16（1947年）。

合國情、成文法之立法手續繁雜。胡挹琪所指成文法之優點：成文法有明確構成要件、足以矯正弊俗、可因應社會變遷、顯示國家欲變法圖強，相當於林紀東所稱：成文法綱舉目張、加以普遍的規定、從原則立論、使大家有所依據、領導民眾向前進。胡挹琪再補充：不成文法可能造成裁判官偏頗，但情輕者不得恕宥亦屬成文法之弊，亦相當接近於林紀東所說成文法可能有種種流弊。

如同胡挹琪論點之根本性缺憾，來自將成文法與習慣法的比較，當成是與不成文法的比較，林紀東1947年版亦將不成文法等同習慣法（參見前述），使得其鋪陳的成文法與不成文法得失論，忽略了不成文法不只習慣法一種。因此除了先前針對胡挹琪論點而發的：所稱得失並非成文法或不文法概念所必然導致，還可就林紀東所論提出有待商榷者如下。(1)不成文法「適合國情」的優點，只是當中習慣法、判例法的性格使然；不成文法在民國中國常被認為還包括法理，且外國法常被視為法理，此時就不一定適合國情。況且成文法只要將在地習慣制定成條文，同樣有「適合國情」的優點。(2)指摘不成文法的5項缺點，不一定適用於所有的不成文法。按不成文法只要定義／內涵上包括法理，就不會有第一點的「缺乏法理」。該第二點至第四點所批評者，僅及於由受限於不告不理、個案審理的法院所形塑的判例法，不及於亦屬不成文法的習慣法、法理。第五點批評不成文法不能追隨社會進步，未顧及不成文法包括法理；「社會上優秀的人」可基於法理創造法規範，以「領導民眾向前進」。(3)成文法之亦可能發生流弊，恰可知僅僅靠成文法須「作成文書且依照一定的程序及方式而公布」，尚不足以造就成文法優於不成文法的諸點。亦即，原被認為成文法「綱舉目張」、「可加以普遍的規定」等等優點，卻可能帶來「抄襲」、「遷就」的毛病。起初說成文法較為明確、讓人民有所依據，後來又表示法條文義難期周全、國民對法規範內容難以把握云云，故以文字表達一下子是優點，一下子又變缺點。最後提及的立法修改之不易，等於質疑成

文法之可追隨社會而進化了。綜上所述，以這般內涵的成文法與不成文法得失論，解析法律現象或思考法律問題，似乎過於簡化甚或自相矛盾。且當時樓桐孫、朱祖貽均指出一國是否採成文法，跟該國法治與否無關，不啻否定了前揭議論成文法、不成文法「得」與「失」的意義²⁸。

在戰後台灣，親自引進成文法與不成文法得失論的林紀東，20餘年後已刪除該等論述；但不分年代的其他撰寫法學緒論教科書者，卻習焉不察地一直沿用。成為台灣第一本法學緒論讀本的林紀東1953年版，原封不動地複製前揭1947年版的成文法與不成文法得失論，但業已調整為習慣法是不成文法中最重要者，而非唯一。1978年版則不再使用不成文法概念，更關鍵的是把前揭成文法與不成文法得失論整段移除；按林紀東在此版非常強調法理在法源上的重要性，而只要法理亦屬不成文法之一，所謂的「得失論」即站不住腳矣。然而令人驚訝的是，不僅1950至1970年代出版、屬於第一代法學者的管歐、鄭玉波、韓忠謨、李岱、姚淇清等的法學緒論著述，連1980年代以後出版者，包括1987年第二代法學者梁宇賢所著、1993年某些第三代法學者合編的元照版法學緒論，莫不沿襲從1900年代胡挹琪所起的頭、原是就成文法與習慣法為比較而產出的成文法與不成文法得失論²⁹。

上述所謂的得失論，從法學者一窩風地跟隨，到不用心地繼續轉貼，有其特定的時空因素。台灣戰後在長期威權統治底下，承接民國時代中國法學，不免故步自封，怯於求變。威權終結後雖學術大環境業已丕變，但法學緒論在台灣法學教育現場一直似雞肋般存在，有能力說清楚講明白的台灣第二、三代，乃至第四代法學者，竭力探究各種新興學說或議題，少有人願意重新審視其中法學基本

28 參見王泰升（註1），頁375-376。

29 參見王泰升（註1），頁377-380、394-395、397-398。

概念之妥當與否。屬於日本明治時期之知識產物，包括成文法與不成文法概念及用語，因而人云亦云地「傳頌」至今。威權時代的林紀東老師，到了晚年猶秉持一顆追求學術真理的心，不惜以今日之我挑戰昨日之我，於今吾輩又豈能一味複製舊說³⁰？如下所揭示的其他議題亦然。

參、將成文法稱為制定法之爭議及反思

一、成文法概念一詞多義及制定法用語的提出

戰前日本法學界在明治憲政體制下，以法之「出於立法權」闡釋成文法這個概念，故指出成文法包括法律與命令兩種格式。曾赴清末中國講學的岡田朝太郎，論及成文法之「成立」時表示，各國對於「立法權之所在」與「制定之格式」有所不同，立法權屬於君主者，還可細分為兩類。其一是如戰前的大日本帝國，依《明治憲法》，身為主權者的天皇擁有國家統治權，其所發布的法規範，包括經帝國議會協贊而發布的「法律」，以及經負輔弼之責的國務大臣（組成內閣會議）副署而發布之勅令等等「命令」。按奧田義人、織田萬亦採同說，且岡田朝太郎曾補述：「總稱國法曰法令，制定一切法令曰廣義立法」，並稱勅令之制定為「廣義制法」。其二是如大清帝國（清朝），由君主專斷制定者，由於不須經議會協贊，故成文法在格式上無法律與命令之別。換言之，成文法的具體內涵，依國家憲政體制之差異而不同³¹。

隨著中國進入民國時代及憲政體制變遷，在中國的成文法概念出現了一詞多義現象。於北洋政府時期，1913年再版的胡挹琪所編

³⁰ 參見王泰升（註1），頁400。

³¹ 參見王泰升（註1），頁344-345、344註54。

法學通論，以日本法為例，認為成文法包括勅令等命令在內；1917年出版的朝陽講義，關於成文法的定義近似奧田義人，亦表示法律命令皆屬之。然而1928年中國進入（南京）國民政府時期，法學界對於成文法概念的認知有了變化。岡田朝太郎論成文法之成立而談到「立法權所在」時，曾謂：「由國民之代表者制定者有之，……美法比等國是」，朱采真於1928年因此就法之立廢，認為中國已告別帝制，根據國民政府的五權憲法，「一切立法事項統是屬於立法院的職權之下」，故將成文法限於立法院所制定、狹義的法律；惟在法之分類，又擬採取成文法包含法律和命令的日本學界通說，以致造成在同一本書當中，一個詞彙前後有不同的涵義。同年白鵬飛在法之立廢，就法之成立，認為「制定法之制定，即所謂立法者是也，民主國之立法權，惟立法議會有之」，所以僅談「制定法」之制定與公布；但在法之分類，又不願直白地否定向來的用語，故創設了「制定法與非制定法（成文法與不成文法）」這組概念。白鵬飛以括弧隱含成文法等同於制定法之意，惟其將國內制定法，定義為由民主國的立法議會，依立法之程序所制定之法，故不及於命令；在制定法等於成文法的情形下，成文法亦不含命令了。此與朱采真就法之立廢所持見解一致，但與胡挹琪、朝陽講義所述者相左，整個中國法學界陷入一詞多義窘境³²。

成文法概念的一詞多義，在中國延續到民國時代後期。觀察中國在1930年代後所作成的法學通論著述，可發現就成文法所涵蓋者，毛家騏表示不包括命令；丘漢平則認為包括行政機關的命令，卻曾謂「立法（或曰成文法）」，似又認為僅指法律。走大雜燴路線的歐陽谿，表示成文法「通常」由立法機關制定，又稱「制定法」，但命令及地方自治法規因「在不成文法範圍之外」，亦係成文法。接著的發展是，李景禧與劉子崧、樓桐孫、林紀東一致認為：

32 參見王泰升（註1），頁345-347、352、354-359。

成文法又稱制定法，包括成文憲法、法律、自治法規、條約，但不包含命令。相對的，胡毓傑將法源分為直接與間接（參見後述「肆、一」），且認為成文法包括法律與命令，何任清談法之淵源時視成文法為直接淵源，表示其包括法律與命令，在法之分類卻認為成文法又稱制定法，僅指立法院制定的法律，不含命令。成文法概念之內涵，同一書中飄忽不定，同一學界內言人人殊，所顯現的一詞多義，歸咎於「成文法」此一用語的空洞性，蓋「成文」兩字除了作成文書外無所指，諷刺的是如前所述，並不能以作成文書與否判斷成文法或不成文法³³。

一詞多義的「成文法」及作為其代用詞的「制定法」，都被帶至戰後台灣的法學緒論著述中。經如上史實的爬梳，當可了解為什麼林紀東在1953年所撰的戰後台灣第一份法學緒論著述，表示成文法「又稱為制定法」，並認為成文法包括：憲法、法律、地方自治法規、條約，不含命令，但1972年版一反過往已見，添加了「命令：指行政機關所制定的規章而言」³⁴。然而，若制定法所指稱的是立法院制定的法律，則與其同義的成文法豈能包括行政機關訂定的命令？

這個微妙的成文法用語上問題，在戰後台灣已存在數十年。在1950年代出版的法學緒論著述中，管歐即延續民國中國經驗，揭示「成文法又稱制定法」；鄭玉波在法之分類，指出經有立法權之機關所制成的成文法，「亦稱制定法」，但在法之淵源，又認為成文法包括法律與命令，顯然一詞多義。與鄭玉波著述同一年問世的蔡蔭恩法學緒論，就成文法概念，在法之淵源和鄭玉波同樣表示包括法律與命令，但在法之分類則和鄭玉波不同、不附理由地認為命令「亦得稱為成文法」，如此固然避免同書中一詞兩義，但整個學界仍呈

33 參見王泰升（註1），頁360-362、365-366、370-371。

34 參見王泰升（註1），頁378-379。

現一詞多義。在1960年代，韓忠謨與李岱都沿襲「成文法亦即制定法」這句話，且韓忠謨暗示、李岱明示成文法不包含命令。成文法一詞所指為何，在戰後台灣再次令人迷惑。至1980年代，第二代法學者當中，劉得寬論法源時，以制定法一詞取代了成文法，在法之分類也不用成文法與不成文法概念。梁宇賢亦在法之淵源，對於經立法機關作成的法規範稱為「制定法」，其不包含命令；且表示制定法「又稱成文法」，故成文法僅指法律；同時在法之分類，係採「制定法與非制定法」，而非「成文法與不成文法」這組概念。至1990年代第三代法學者合著的元照版法學緒論，又懷舊地跟隨第一代法學者鄭玉波見解，亦即在法之分類上，經有立法權之機關所制成的成文法，亦稱制定法，在法之淵源上，成文法卻包括法律與命令，依然陷入一詞多義的泥沼³⁵。

二、成文法概念在當今美國法學界使用狀況

以上所述，均由於國家法制繼受歐陸法系而深受德國或法國影響的日本、中國、乃至台灣的法學界，關於成文法與不成文法概念的發展情形。惟百餘年前的奧田義人，針對為繼受西方法學所新造之詞的「成文法、不成文法」，乃是以英文「written law、unwritten law」作為該等概念的原文，殊令人好奇現今美國法學界，又如何看待這些概念呢？

在屬於英美法系的美國，許多法學著述已不使用、但仍有一些繼續使用成文法（written law）的概念。美國學界以介紹該國法律體系為旨之相當於台灣法學緒論的書籍，就法源（sources of law）的規範形式，通常區分為兩類：(1)制訂法（enacted law）與(2)普通法／判例法（common law/case law）。關於制訂法的內涵，伯爾納姆（William Burnham）認為包括憲法、制定法（statute）、條約、

35 參見王泰升（註1），頁383、386-390、393-396。

法院規則 (court rule)、行政機關規則及裁決 (administrative rule and decision)；普特曼 (William H. Putman) 則認為包括憲法、制定法 (statute)、行政法規 (administrative law)。不過在羅保爾 (Marjorie Dick Rombauer) 的著述中，法之形式分為兩類：成文法 (written law) 與判決先例 (precedent)，而在此所指稱的成文法，實際上相當於前揭兩位學者所稱的制訂法。按包括英國、澳大利亞在內的英美法系國家，傳統上有兩個可作為法源的法規範體系，亦即法院作成的普通法 (common law) 上法規範／規則，以及議會作成的制定法 (statute) 上法規範／規則，且制定法的效力優先於普通法，但制定法的條文仍須透過法院作成的判例法來解釋。於今在制定法這個法規範體系，為因應現代社會的需求，尚包括行政機關作成的命令，故形成以條文制訂而成之法，即制訂法 (enacted law) 概念，且有取代成文法概念之勢³⁶。

惟上述美國的法學著述，已不再將「不成文」(unwritten) 與「法」(law) 結合成一個不成文法的概念。雖然羅保爾曾表示：由於未被記載成法律條文，「從司法上判決先例所得出的法，有時稱為『不成文』的法 (“unwritten” law)」，但是僅此提過一次，不像成文法一詞再三地被用於闡釋法的各面向。伯爾納姆亦曾以附帶一筆方式提及：「判例法有時稱為『不成文』的法 (“unwritten” law)，因為該項由法院判決所形成的規則，經常在判決中僅是隱晦不明的」。倘若「不成文法」(unwritten law) 是作為一個專有名詞，兩位學者即不必對「不成文」一詞刻意加上引號，也不至於只提一次，故其僅指出因法規範／規則「未書寫下來」而有「不成文」(unwritten) 的特徵。換言之，「成文法與不成文法」已不被認為是一組概念了³⁷。

36 其詳，參見王泰升（註1），頁329-330、481-482及註173-174、492。

37 參見王泰升（註1），頁331。

三、在台灣法學界成文法宜改稱制訂法

在思考台灣法學界應該怎麼做時，須先觀察於今猶深受歐陸法系的德國與日本法學影響的台灣法學界，究竟是如何看待如上所述一路傳遞而來的成文法與不成文法概念。專精法學方法論的劉幸義，2015年的論著對成文法概念曾表示：

法律依其傳承是否以文字記載，可分為「成文法」與「不成文法」（亦稱不成文法）；若是用文字來表達則為成文法（geschriebenes Recht; written law; ius scriptum），若不是則為不成文法（ungeschriebenes Recht; unwritten law; ius non scriptum）。例如「六法全書」內所載的法律，都是成文法。至於不成文法，例如……習慣法。另外，承認法理為法源者，這些抽象的規則也是不成文法。我們發現在一些文獻上，把制定法與成文法當作同義詞，然實際上這是兩個不同的概念。……制定法與非制定法的區分，是從法規是否由某個特定機關經由一定程序來制定作標準³⁸。

前述台灣第一代法學者們及經若干第二代或第三代學者彙編、沿襲自明治日本和民國中國的成文法與不成文法概念，似乎沒傳遞至或未能說服戰後到德國留學的劉幸義。如引文所示，他明確地反對台灣法學界沿用已久的「成文法又稱制定法」或經改造後的「制定法又稱成文法」，但在認為兩者不同底下，其對於制定法的定義——由某個特定機關經由一定程序所作成的法，卻正好是百餘年來、從奧田義人以降所闡釋之成文法的意涵。其認為成文法與否的關鍵——是否以文字記載，竟是歷來針對如何認定成文法，所一再提醒勿犯的錯誤。似乎無獨有偶，戰後留德的陳惠馨在討論傳統中國法時，亦稱成文法為「由文字書寫而成的法律」³⁹。這般概念認

38 劉幸義，法律概念與體系結構——法學方法論文集，頁26（2015年）。

39 陳惠馨先就成文法，描述為「主要以法典形式或不具法典形式，但由文字書寫

知上的混亂，追根究底還是在「成文」的字面意思，實在不涉及由特定機關經一定程序所作成。

不過，經那麼多法學緒論著述積累數十年的傳播，當今台灣的法學者也難以忽略學界慣用的成文法一詞。晚近有一本關於美國法律史的譯作，受過美國法學訓練的譯者劉宏恩、王敏銓，看來並不將成文法僅僅認知為以文字書寫之法；蓋其為了相對於普通法之曾被稱為「不成文」的法，而將原文中係指議會作成之法的「statute」翻譯為「成文法」⁴⁰，以遷就向來的成文法與不成文法這組稱呼，視制定法與成文法為同義詞。此非孤例，另一位留美的法學者楊秀儀，在介紹美國法律史時，也曾將「statute」翻譯為「成文法」⁴¹。

期盼台灣學界對於莫衷一是的法學概念，能經由討論而形成共識，以利法學論辯。「成文法」作為一項概念有其意義，蓋立法機關及行政機關所作成的法律與命令，都有法條應如何解釋以適用於個案的問題，但作為一個用語，在華文中詞不達意以致一詞多義。按對於歐陸法系的德國法學方法論素有研究的黃茂榮，討論法源時以「制定法」一詞，「指『立法院通過，總統公布之法律』（憲法第一百七十七條）」⁴²；留德且專精行政法學的李建良，亦謂：「法制訂，為法律的制定與命令的訂定之合稱」⁴³，據此而將經由這項法制訂所作成的法規範，稱為「制訂法」，避用從字義看不出「法律

而成的法律」，再據以謂傳統中國「早在漢朝就出現成文法」，因為「呂后《二年律令》……還沒有呈現系統性之法典型態，但其內容主要以成文文字呈現。……《唐律》、（宋刑統）《大明律》及《大清律例》都是以具有系統性的成文法典型態存在。」陳惠馨，中國法律史——比較法觀點，頁43、45-46（2020年）。

40 參見FRIEDMAN, *supra* note 10, at xiv；Lawrence M. Friedman著，劉宏恩、王敏銓譯，美國法律史，頁35（2016年）。

41 參見王澤鑑編，英美法導論，頁54（2010年）。

42 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂6版，頁6（2009年）。

43 李建良，法與道德——法哲學方法論的若干反思，月旦法學雜誌，308期，頁80註6（2021年）。

之制定與命令之訂定」的「成文」兩字。且台灣法學在用字遣詞上本應兼顧研究英美法系法制之需⁴⁴，故宜以意指立法院通過、總統公布之法律的「制定法」翻譯議會作成的「statute」，並以跟當今美國學界常用之「enacted law」同義的「制訂法」一詞，表達包含法律與命令在內的成文法概念。

肆、以間接法源替換不成文法之概念

一、關於法之淵源的各種論述模式

奧田義人以並列各種淵源的方式，討論法之淵源。1906年問世的奧田義人法學通論華文版，就法之淵源列出7種：習慣、宗教、法理、判例、學說、條約、外國法。並以法之分類所言的成文法與習慣法這組概念，描述各個淵源之所以成為法的緣故。亦即，習慣有2種情形：國家「或承認之以為法律〔按：即習慣法〕，或採之以為成文法之材料」。法理有3種情形：作為成文法的基礎、將法理本身制定成法律、在成文及習慣皆無時以法理為裁判的準據法。判例亦有3種情形：就判例給予法之效力如英美的普通法、將判例本身制定成法律、判例內涵成為習慣再被承認為習慣法。學說、外國法等也可成為習慣再被承認為習慣法。若從成文法與不成文法概念來觀察，習慣法為不成文法。普遍流傳於民國中國的朝陽講義，即跟隨奧田義人上述見解，僅僅並列與前揭同樣的7種法之淵源，且不用成文法與不成文法概念闡釋其意，不過在「注疏」部分有提到：「英美主義之法制認判例有法律之效力，所謂判例法是也，與成文法有同一之效力」。朝陽講義處理法之淵源的方式，後來為毛家騏沿用⁴⁵。

44 參見王泰升（註1），頁507-515。

45 參見王泰升（註1），頁325-326、352-353、361。

1907年出版的織田萬法學通論華文版，將上述各個淵源之所以成為法的緣故，歸結出作為所有淵源之上位概念的「直接淵源」與「間接淵源」，前者係指其本身即是法，後者表示其僅是法之材料。再結合成文法（含法律與命令）與不成文法概念而認為，就直接淵源「近世各國皆以成文法為主」，但在英國「由於裁判官之認定而始生」法之效力的不成文法，如英美的普通法，應屬於「即為法律，而有強制一箇人之效力」的所謂「直接淵源」。至於間接淵源，包括宗教、習慣、法理、判決、學說、外國法等6項（與奧田義人所列7項法之淵源相比較，除了無「條約」外全都一樣），僅是法律的材料爾，須經「立法或裁判」始成為法律。如英美的普通法，判例彙編所載的判決先例還不是法，須從中找出作為判決理由的規則才是法——稱為判例法且具有法本身事先未書寫下來的特色，那些判例只不過是法之材料⁴⁶。

白鵬飛雖提及三瀝信三倡議的直接法源與間接法源，但就法源係採制定法與非制定法二分。白鵬飛在1928年的法學通論著述，先引述其母校東京帝國大學教授三瀝信三所持見解，即法源指「法律所由發生之根源」，分為直接法源：「其法源本身，即具有法之效力者也」，以及間接法源：「其本身雖不能直接發生法之效力，而由國家承認之後，得成為法者也」。直接法源包括法律、命令、規則、條例、條約等，間接法源包括習慣、法理、學說、判例、外國法、道德、宗教等（除了增添「道德」，與織田萬所列6項間接淵源相同）。但白鵬飛自己討論法源時，二分為制定法、非制定法，不依三瀝信三之分為「成文法（制定法）」、「不成文法（慣習法）」，蓋如前已述，白鵬飛在法之立廢即僅談制定法，不用成文法與不成文法概念。他表示：「制定法者，由國際團體、國家、或地方自治團體，依立法之程序，所制定之法也。以用文書制定之為必要的條

46 參見王泰升（註1），頁339-341。

件，且須採用一定之形式，履行一定之程序，以公布之者也。」相對的，「非制定法者，不經由立法之程序而成之法也，更細分之為四種：(一)慣習法、(二)判例法、(三)條理、(四)學說。」⁴⁷

其實白鵬飛對於「制定法與非制定法」的定義，十分接近關於「成文法與不成文法」概念的通說。也難怪如前所述，其曾以括弧表示兩者有等同的關係。然而，白鵬飛引介的「直接法源」包括命令在內，概念上即不等於「依立法之程序所制定」的制定法。但所謂「間接法源」，指稱經國家承認後成為法，倒是與不成文法概念高度雷同。白鵬飛書中有關直接法源與間接法源的論述，亦為當時的丘漢平（但其不使用不成文法概念）、歐陽谿所採用⁴⁸。

民國後期中國的法學通論著述，就法源的討論，可歸納出兩種型態：李景禧與劉子崧、樓桐孫、林紀東的「將法源分為成文法與不成文法且成文法不包括命令」，以及胡毓傑、何任清的「將法源分為直接與間接且成文法經常包括命令」。值得注意的是，胡毓傑在說明「直接淵源與間接淵源」之內涵時，未使用「成文法與不成文法」概念，但兩者指稱的對象卻幾乎相同；何任清則明白地使用成文法概念說明直接淵源，雖沒用不成文法概念說明間接淵源，但兩個概念的內涵在其筆下極為接近。至此可知，就法之淵源，採取直接淵源／法源與間接淵源／法源之分類，縱令不使用成文法與不成文法概念，亦足以表達其意思及內涵。既然成文法與不成文法之用語，向有詞不達意以致一詞多義之弊，不如視其為形同盲腸之無用之物，予以割捨⁴⁹。

47 參見王泰升（註1），頁356-359。

48 參見王泰升（註1），頁361-363。

49 參見王泰升（註1），頁365-372。

二、重構當今台灣的法源論

在戰後台灣，承襲上述戰前日本、民國中國的法學通論著述之餘，1956年鄭玉波竟進一步讓「直接法源與間接法源」不只是近似，而是等同「成文法與不成文法」。鄭玉波表示：「法源有直接發生法律效力者，如憲法、法令、自治法規、條約等，謂之直接法源，亦稱成文法法源；有須經過國家之承認，始發生效力者，如習慣、法理、判例、學說等，謂之間接法源，亦稱不成文法法源」。惟如上奧田義人或織田萬著述，乃至朝陽講義都曾提及，屬於不成文法的英美普通法，本身即是法，乃是自明治日本學界逐漸形成的所謂「直接法源」。換言之，鄭玉波前揭兩者等同的論點，只能描述歐陸法系，不能及於英美法系。可能因台灣的國家法屬於歐陸法系之故，多數法學者對於前揭牴觸英美法系法制的法學論述，並沒有什麼批判。約40年後的1993年元照版法學緒論著述，仍載有：「法源分為直接法源和間接法源兩種：直接法源，指以國家所制頒的法令為法律淵源，可以直接發生法律效力，包含憲法、法律、命令、自治法規及條約五種，又稱為成文法法源。間接法源，則非直接具有法的效力，須經國家承認始發生法的拘束力，如習慣、法理、判例、學說、解釋、外國法等，又稱為不成文法法源。」同樣忽略了英美普通法亦「可以直接發生法律效力」而係在此所稱「直接法源」之一⁵⁰。

筆者認為，於今在討論法之淵源時，不再使用不成文法概念，即可解決該項因不符合英美法系實況而成為不當法學論述的問題。如前所述，清朝《大清律例》關於戶婚田土錢債的條文，在中華民國國法秩序底下須經大理院承認始具法之效力，故屬不成文法，但法規範既然已書寫成文字，何以又稱「不成文法」呢？其實原本不成文法概念所欲呈現的法律現象，亦即須經國家承認始成為法，業已

⁵⁰ 參見王泰升（註1），頁386、395-396。

包含在「間接法源」這個概念中。相對的成文法概念還有法學上意義，僅須用語上調整為較清晰的「制訂法」，蓋成文法作為法源的意義不在已寫成文字，而在於經立法或行政機關的制訂程序。就讓「成文」、「不成文」，純粹作為描述已書寫成文字與否的詞彙，例如英美法系在適用普通法時，法院從個別判決先例得出之具普遍適用性的規則或原則，亦即法規範，事先未被書寫成文字而可謂係「不成文」⁵¹。

伍、結語：以適當的基本概念思考法學問題

從近代西方傳入東亞的現代法學，作為一種科學，須蒐集各種相異而錯綜複雜之現象，彙類分科以發現其共通之元素，歸結出支配各種現象之原理原則⁵²。在此深入探究真實的過程中，法學概念應力求精準，以搭配邏輯觀念，進行嚴密的推論。因此猶如學功夫時須先蹲好馬步，欲展開法學論辯之前，應先掌握基本的法學概念。《建構台灣法學》一書以專章探討成文法與不成文法概念及用語，誠寓有此意也；並主張應改以制訂法一詞指稱原本的成文法概念，且不必再使用不成文法概念，惟不反對單純以「成文」或「不成文」為形容詞，表達書寫成文字與否之意⁵³。

在未來《建構台灣法學》修訂版的圖6-2，將列入筆者2022年9月在台大法律學院，以「台灣法學知識的流變：法學緒論十餘年後的補課」為題的新書發表會上，所提出的如下圖示。

51 關於英美法系普通法的法適用方式，在撰寫專書時為配合全書論旨係放在第六章，而非討論成文法與不成文法概念的第五章。其詳細的論述，請參見王泰升（註1），頁475-487。

52 參見王泰升（註1），頁7-11。

53 參見王泰升（註1），頁405。

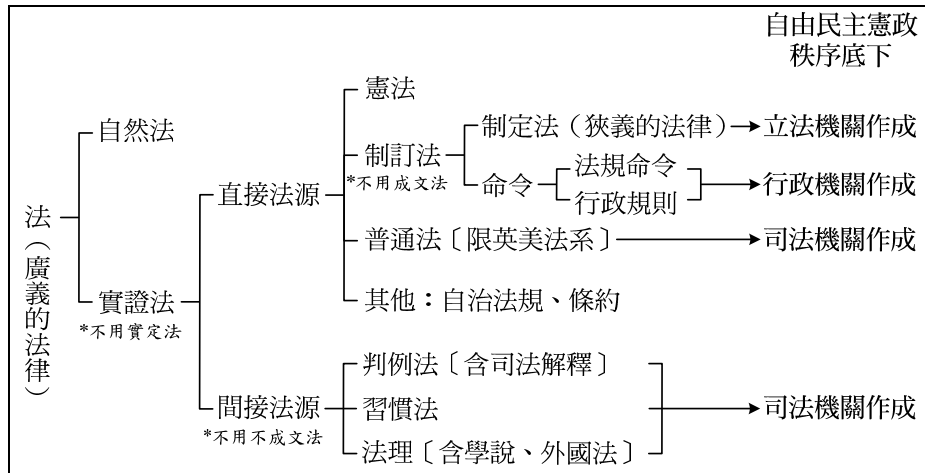


圖1 法之淵源及分類示意圖

資料來源：王泰升繪製。「法規命令」與「行政規則」依從台灣現行的《行政程序法》之定義，其餘詞彙均依《建構台灣法學——歐美日中知識的彙整》第四章至第六章中之說明。亦參見王泰升，具有歷史思維的法學——結合台灣法律社會史與法律論證，頁5-9（2010年）。

這項概念及用語上調整的好處之一是，擺脫人云亦云、實則無病呻吟的成文法與不成文法得失論，改持作為直接法源的制訂法、間接法源的習慣法等概念，從更實際的特定法制安排所造就的利弊得失，思考將社會上的法律傳統納入國家法最適當的路徑是什麼。例如，國家對於原住民族固有的生活方式及價值理念，應否視為法？台灣在不承認普通法為直接法源的歐陸法系式憲政體制下，須以制訂法為直接法源，亦即應決定採取(1)制定法律，或(2)獲得法律的授權後訂定命令，來規範原住民（族）相關事項。實際上等於是應決定由立法院或行政院，全面地作成具有普遍適用性之規則，再由法院對所作成的法條進行解釋適用，以求得個案的妥適的解決。還有另一個選項是：(3)作為直接法源的法律，僅規定「依習慣」，實即由法院在個案發生時，認定屬於間接法源的習慣法，再

將之適用於個案事實。因此需要做實質考量者，將包括：哪一個憲政機關最有能力、最應承擔法之作成的重責大任？目前累積的知識足以對原住民族法律傳統為一般性敘述、做成一般性規範嗎？司法不告不理的被動性，是否導致不能前瞻且完整地形塑關於原住民族的法規範秩序？英美法系的美加澳紐等國原住民族法制及其法學理論、台灣國家實證法轉譯／改造漢族法律傳統的經驗等，能否或如何為比較及參照？等等議題⁵⁴。

⁵⁴ 參見王泰升（註1），頁403-405。筆者曾有3篇論文涉及這些議題：王泰升（註11），頁1-69；王泰升，台灣法律史上的原住民族——作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，頁1639-1704（2015年）；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，頁1-27（2023年）。

參考文獻

1. 中文部分

- Lawrence M. Friedman著，劉宏恩、王敏銓譯（2016），美國法律史，臺北：聯經。[Friedman, Lawrence M. 2005. *A History of American Law*. 3d ed. New York, NY: Simon & Schuster.]
- 王伯琦（1999），王伯琦法學論著集，臺北：三民。
- 王泰升（2010），具有歷史思維的法學——結合台灣法律社會史與法律論證，臺北：自版。
- （2015），台灣法律史上的原住民族——作為特殊的人群、地域與法文化，臺大法學論叢，44卷4期，頁1639-1704。
- （2015），論台灣社會上習慣的國家法化，臺大法學論叢，44卷1期，頁1-69。
- （2022），台灣法律史概論，6版，臺北：元照。
- （2022），建構台灣法學——歐美日中知識的彙整，臺北：臺大出版中心。
- （2023），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，頁1-27。
- 王澤鑑編（2010），英美法導論，臺北：元照。
- 丘漢平編（1933），法學通論，上海：商務印書館。
- 李建良（2021），法與道德——法哲學方法論的若干反思，月旦法學雜誌，308期，頁79-104。
- （2023），語言、法源與法系——《建構台灣法學》的知識論與方法論，中研院法學期刊，33期，頁307-345。
- 岡田朝太郎著，張孝移譯（1908），法學通論，東京：富山房。[岡田朝太郎（1908），法學通論，東京：富山房、有斐閣。]
- 林紀東編著（1947），法律概論，4版，上海：大東書局。

胡挹琪編(1913), 法學通論, 再版, 長沙: 集成書社。

張嘉尹(2023), 打開台灣法學史的月光寶盒——對《建構台灣法學》一書的幾點反思, 中研院法學期刊, 33期, 頁267-287。

梅仲協(1967), 法學緒論, 新1版, 臺北: 中國文化大學華岡出版部。

陳宛妤(2023), 歷史思維法學的美麗與哀愁——評王泰升教授《建構台灣法學——歐美日中知識的彙整》, 中研院法學期刊, 33期, 頁289-306。

陳忠五(2023), 台灣法學的未來——評王泰升著《建構台灣法學——歐美日中知識的彙整》, 中研院法學期刊, 33期, 頁223-236。

陳惠馨(2020), 中國法律史——比較法觀點, 臺北: 元照。

黃茂榮(2009), 法學方法與現代民法, 增訂6版, 臺北: 自版。

劉幸義(2015), 法律概念與體系結構——法學方法論文集, 臺北: 翰蘆。

顏厥安(2023), 在這些神聖殿堂內, 中研院法學期刊, 33期, 頁237-266。

2. 外文部分

(1) 日文

岸本辰雄講述(1890), 濃學通論, 東京: 明治法律學校講法會。

(2) 西文

Friedman, Lawrence M. 2005. *A History of American Law*. 3d ed. New York, NY: Simon & Schuster.