



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

具有歷史思維的 法學

結合台灣法律社會史與法律論證

Jurisprudence with Historical Thinking

Combination of Taiwanese Social History of Law and Legal Reasoning

本書簡介

本書先從法學的內涵是什麼談起，強調有將歷史思維納入法學研究的必要。為此需要而存在的台灣法律史，其特色即為「因多源而多元與外來法的在地化」；而具有此等內涵的法律史長期被忽視，正反映台灣在現代型國家建構上的曲折與複雜。接著即依循「從法條到法社會」所經歷的「法律條文、法學理論、司法或行政上對個案适用法律、社會生活上的運用法律」，逐一闡述「立足於在地社會經驗的法學上批判：以『法律暴力』論為例」、「再訪岡松參太郎學說與日治前期民事法變遷：兼論『習慣立法』的生成、消逝與再現」、「日治時期的司法官僚法學：以姉齒松平之生平及研究業績為例」、「台灣人法意識的轉型：日治時期台灣法與日本法的相互融合」。再具體地以「檢察制度在台灣的發展歷程」與「論台灣法學教育的發展與省思」等兩項主題，展現將歷史思維納入法學研究的可能性。最後則以建構「從在地社會經驗出發的法學」，作為終極目標。

封面說明

乾隆年間漢文與新港文並列的契約書，引自臺灣文化三百年紀念會編，《臺灣史料集成》，1931。在西方的大航海時代來到台灣的荷蘭人，曾用羅馬字母作為拼音符號表達某台灣原住民族（新港社）族語，被書寫下來的文字即被稱為「新港文」。在漢族大舉移墾台灣的清治前期，漢人與新港社人進行土地交易時，可能一併使用漢文和新港文來書寫契字。這些與土地開發相關的法律文件，成為從日治時期起，經戰後改行中華民國法制迄今，以歐陸法概念理解進而規範台灣土地關係時的重要參考資料。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-957-41-7457-7



9 789574 1174577



5D201GA

定價：500元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

國立臺灣大學法學叢書(196)

具有歷史思維的法學

結合台灣法律社會史與法律論證



王泰升 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律
論證／王泰升著. -- 初版. -- 臺北市：王泰
升出版：元照總經銷， 2010.09
面： 公分—(國立臺灣大學法學叢書：196)

ISBN 978-957-41-7457-7 (精裝)

1.法學 2.法律社會學 3.史學方法

580.31

99015957

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

具有歷史思維的法學

結合台灣法律社會史與法律論證

5D201GA

2010年9月 初版第1刷

作 者 王泰升
出版者 王泰升
總經銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 500 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-7457-7



自序

對於法律究竟是什麼的困惑，就從 1978 年成為法律系新鮮人，在上韓忠謨教授的法學緒論課時，所滋生的那種對於法律「似懂非懂」的感覺開始。接著，台大法律系畢業、考上律師而執業、在美國攻讀法學博士學位、回台大法律系任教、教法學緒論的課、研究法律史，一路上尋覓覓地思索著。

這一本書毋寧是在 32 年之後，回應韓老師在其法學緒論書中所告訴我的知識，並秉持韓老師所傳授的自由民主法治理念，為今之台灣建構法學論述。有關法理學的知識，一直是我思考法律議題時的重要養分。就此，必須感謝大學時代楊日然老師的諄諄教導，以及返台任教後不時得到林文雄老師和顏厥安教授的指點。至於作為我學術專業的法律史，首先須感謝在美國西雅圖華盛頓大學唸書時 John O. Haley 教授的啟蒙與栽培，是他引導我向美國學界汲取所需的基本學識，並影響我返台後積極參與史學及社會科學界的學術討論。2001 年至哈佛大學法學院擔任訪問學者的機會，也讓我見識到美國法律史大師 Morton J. Horwitz 的辯才與敏銳的洞察力。再如創立台灣法律史學會的黃宗樂教授，在日本的早稻田大學淺古弘教授、東洋大學後藤武秀教授、北海道大學鈴木賢教授、畏友松平德仁先生，以及在澳大利亞的墨爾本大學 Sean Cooney 教授等等，多年來均給予我在研究或發表上的協助。尤要者，10 餘年來與台大法律和歷史兩系、政大歷史系和台史所的學生，在學問上的相互辯詰，不時激發或形塑出某些論點。本書第一章多少也是為了向修過我的「法學緒論」課的法律系學生，以及曾詢問應看哪本法學緒論的歷史系學生，有所交代而寫的，但其詳細內容恐怕只能等上課時再補充了。

繼 1997 年之宣告「台灣法律史的建立」，2010 年這本「具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證」，進一步主張應將台灣法律史的知識，納入本於台灣法所為的法律論證，或據以建構台灣觀點的法

學論述。按法律規範作為一種當為命令，必然含有當與不當的價值判斷，法學因此不可避免地將與特定的理念/意識型態相關聯。好比法律社會學是經驗科學的一支，但「社會法學」則是一種具有實踐、價值導向的論述與主張。在價值的選擇上，就像不曾擁有與西方同樣之「現代性」的東亞，實不必一味跟著西方人吶喊「後現代」，不同於歐洲之因既存眾多主權獨立國族國家而可能需為一定的統合，在各個地域政治共同體或種族之特殊性向來未被充分尊重的東亞，亦無必要透過政治統合來壓抑個別性。在此，從台灣的法社會具有「因多源而多元」的現狀出發，主張以當中所蘊含的包容性，作為在台灣所建構的主權國家/國族國家應有的內涵，以追求每位國民個人的幸福。

若從整個歷史洪流來觀察，本書的論述或許意味著台灣的法學，在傳承了直接來自民國時代中國、間接源自戰前日本及歐陸的法學思維後，擬再加入台灣在地法律經驗及戰後歐美法學思潮，以蛻變出屬於台灣自己的法學內涵。不過，目前僅僅是這個蛻變的開始，尚未展現出磅礴氣勢以及堅實的內涵，且參與這項改造工程的法學研究者還不算很多，故應該還存在著相當大的精進空間。特別是在看過越多英語世界裡法律史或者可被稱為法理學的論著後，越發有這樣的感想。

本書係在完成數篇相關論文之後，再以寫作當時及其後漸漸醞釀而成的論點加以串連，並為使其相互呼應而做修改，故已相當程度脫離了原單篇論文的論旨及內容。以這樣的專書方式呈現，須花費許多的時間，所幸除可休假半年外，接著到東京大學就西方法治的思想與社會基礎進行短期研究，故得以同時在東京完成了全書初稿。承蒙東大法學部的石川健治教授、西川洋一教授等的引導，增進了一些有關西方法治發展的知識，也產生不少與本書論述內容有關的問題意識，看來作為一位研究者，論文是永遠都寫不完的。

一本書的寫成，總是奠基於許多人或機構的協助，故須在此表達誠摯的謝意。首先感謝刊登原單篇論文的期刊或相關的研討會主辦單位，惠於提供發表園地（如下一頁所列），使拙文有機會獲得學界朋友的指

教。第一章是為展開這本專書的論點而先做一個整體鋪陳，由衷感謝台大法律學院和中研院法律所幾位專攻不同法律領域的同仁，細心審閱並不吝給予指正，讓拙文避免許多錯誤，當然若還有不妥之處，文責在於筆者。亦須感謝非常嚴謹地為本書校對與更新註釋、並作成書末參考文獻的台大法律系博士生王志弘，以及承擔繁重編排工作的台大法律系碩士生粘柏富。還有臺大法學叢書的審查委員也在盛暑中費心審視原稿，惠賜教正，至為感激。最後要感謝家人的堅定支持，也希望能一起分享新書出版的喜悅。

此書以建構具有歷史思維的「法學」為最終的論述旨趣，並以之作為 2006 至 2009 年擔任台大科際整合法律學研究所所長的紀念，但願台大科法所這批台灣法學界生力軍，能為台灣下一個世代的法學發展做出重大的貢獻。且第二章以下所探究的歷史經驗的內涵，以及對台灣歷史發展所做的詮釋，亦是史學的核心關懷，故亦期待歷史界研究同好惠賜指教。

王泰升

2010 年 8 月於台北自宅

納入本書並經修改之拙著論文如下：

- 〈創新版的「法學緒論」：秉持社會關懷的法學〉，《*台灣法學雜誌*》，第 148 期（2010 年 3 月），頁 1-26。
- 〈多源而多元的台灣法：外來法的在地化〉，《*當代*》，第 220 期（2005 年 12 月），頁 10-27。
- 〈台灣的法律繼受經驗及其啓示〉，《*中研院法學期刊*》，創刊號（2007 年 3 月），頁 111-135。
- 〈台灣人民的「國籍」與認同：究竟我是哪一國人或哪裡的人？〉，載於甘懷真、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 12 月，頁 49-62。
- 〈從帝大到台大的台灣法律史研究與教學〉，《*台灣本土法學*》，第 57 期（2004 年 4 月），頁 5-14。
- 〈日本殖民統治下台灣的「法律暴力」及其歷史評價〉，《*國立政治大學歷史學報*》，第 25 期（2006 年 6 月），頁 1-36。
- 〈學說與政策交織下的日治台灣民事法制變遷：以岡松文書爲中心〉，《*國立臺灣大學法學論叢*》，第 37 卷第 3 期（2008 年 9 月），頁 47-95。
- 〈以台灣法制研究爲志業的姉齒松平〉，《*台灣本土法學*》，第 89 期（2006 年 12 月），頁 1-18。
- 〈日治時期台灣人法意識的轉型：台灣法與日本法的相互交融〉，《*月旦法學雜誌*》，第 165 期（2009 年 2 月），頁 115-136。
- 〈歷史回顧對檢察法制研究的意義和提示〉，《*檢察新論*》，第 1 期（2007 年 1 月），頁 1-42。
- 〈台灣法學教育的發展與省思：一個法律社會史的分析〉，《*國立臺北大學法學論叢*》，第 68 期（2008 年 12 月），頁 1-40。

作者簡介

王泰升

1960年生於台灣台南市

現 職

台灣大學法律學院終身特聘教授兼法律與社會中心主任、中央研究院台史所與法律所合聘研究員、政治大學台灣史研究所兼任教授、台北大學法律學系兼任教授

學 歷

西雅圖華盛頓大學法學博士（Ph.D., 1992; LL.M., 1990）、台北大學法學碩士（1988）、台灣大學法學士（1982）

經 歷

行政院國科會法律學門召集人（2007-2009）；台灣大學優良導師獎（2009）；台灣大學科際整合法律學研究所所長兼法律學院副院長（2006-2009）；哈佛大學、西雅圖華盛頓大學、早稻田大學、新加坡大學、東京大學等校訪問學者（2001、2005、2006、2007、2010）；教育部學術獎，人文及社會科學類（2005）；國史館台灣文獻館傑出文獻研究獎（2002）；國科會傑出研究獎（兩次，2001、2010）；台灣大學教學傑出獎（2000）；執業律師（1986-1989，1993）

主要著作

具有歷史思維的法學（2010）、Legal Education in Asia（合著，2010）、臺灣檢察史（2008）、二十世紀台北律師公會會史（合著，2005）、台灣法的世紀變革（2005）、台灣法的斷裂與連續（2002）、國立臺灣大學法律學院院史（2002）、台灣法律史概論（2001；三版，2009）、Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945（2000）、台灣日治時期的法律改革（1999）、台灣法律史的建立（1997；二版，2006）、Asian Legal Systems: Law, Society and Pluralism in East Asia（合著，1997）、從所有與經營分離論開發行公司法制（1989）

（清氏卷，2011年）、《蓬溪家谱碑传集》等。蓬溪电视台、《遂宁日报》等媒体对家谱中心作了多次专访。

六、**打造精品，服务地方经济社会发展。**我们始终坚持以文史工作服务地方发展，狠抓特色文化精品建设，推进了县域经济的加快发展。一是积极建言献策。结合蓬溪实际，先后提出了《打造老区品牌，做好发展文章》、《打造中国书法之乡品牌，推进文化产业快速发展》、《挖掘传承洞经文化，推动旅游经济发展》的建议，得到县委、政府高度重视，促使有关申报争取成功。如今，“中国书法之乡”、“中国革命老区”已经成为蓬溪两张响亮的名片。二是成功助推打造红色旅游文化精品。在2009年，积极参与旷继勋蓬溪起义80周年筹备策划，为旷继勋纪念馆收集提供历史资料，纪念馆已被列入全省爱国主义教育基地，全县形成了“旷继勋纪念馆——牛角沟起义旧址——蓬南烈士陵园”红色旅游线路，常年接待游客在100万人次以上。三是协助开发宗教文化旅游精品。同有关部门一道，牵头整理、保护市级非物质文化遗产洞经音乐，正在向文化部申报中国洞经文化之乡，并将洞经音乐的保护融入到道教名山高峰山开发中，道教文化旅游将是蓬溪又一道亮丽风景。四是重点挖掘名人文化精品。2014年秋，张船山诞辰250周年国际学术研讨会将在我市召开，我们以此为契机，成立了张氏文化研究会，正着手征集第一手资料、文物，为开发名人历史文化提供可靠的素材；正着力策划打造“移民文化、名人文化、张氏文化、大旅游区”张氏故里，计划修复御书楼、张氏祠堂、张船山墓、张氏祖墓群、张家大院、张氏书院、清代四川第一家陈列馆、张船山纪念馆、古寨、古庙、古街，及张氏名人牌匾坊等景点，力争在2014年研讨会召开之际，开园迎客，观

光旅游。届时，一个融入红色、宗教、名人等文化元素的特色文化县、旅游目的地将出现在巴山蜀水间。

近年来，我县政协在深入挖掘地方文史资源，促进县域经济的发展上取得了一定成绩。这离不开省、市政协的指导，离不开县委的坚强领导和县政府的支持。今后，我们继续贯彻落实科学发展观，坚持团结和民主两大主题，更加突出文史工作的“存史、资政、团结、育人”的社会功能，勇于创新，服务地方经济社会发展，不断开创政协工作新局面。

（作者系蓬溪县政协主席。此文为在遂宁市政协召开的全市政协工作经验交流会上的发言材料，发表于2011年10月18日《四川政协报》。）

目錄

自序

作者簡介

第一章 法學研究為何需要歷史思維	1
第一節 法學研究對象的重新設定：從法律與社會的互動談起	1
一、 法律條文.....	5
二、 法學理論.....	12
三、 司法或行政上對個案適用法律.....	15
四、 社會生活上的運用法律.....	21
第二節 將歷史思維/經驗事實引入法律論證	30
一、 納入實證資料或法經驗事實的理論上爭議.....	30
二、 議題取向的法學論述：結合法釋義與法實證之研究.....	34
第二章 因多源而多元與外來法的在地化	39
第一節 多源而多元的台灣法社會	39
一、 重新設定以今之台灣為中心的觀察座標.....	39
二、 台灣在地的原住民族法律文明.....	43
三、 外來的中國法在地化：台灣法中的中國元素.....	46
四、 外來的日本法在地化：台灣法中的日本元素.....	52
五、 外來的西方法在地化：台灣法中的西方元素.....	57
六、 外面對外來性、做在地人的選擇.....	62
第二節 台灣的法律繼受經驗及其啓示	65
一、 繼受、移植與法整備支援.....	65
二、 台灣繼受來自西方的現代式法制的歷程.....	67
三、 法整備支援的展開與目標.....	85

第三章 國家建構與法律史	95
第一節 在東亞最晚進行國家建構的台灣：論台灣人民的國籍與認同	95
一、 原處於東亞天朝秩序圈內的台灣.....	95
二、 日本國籍與「台灣人」的認同.....	101
三、 日治時期台灣人在中國的自我認同.....	104
四、 戰後的國籍與國家認同問題.....	109
五、 不可迴避之有關所屬國家與國籍的選擇.....	113
第二節 怎樣的國家即有怎樣的法律史：帝大到台大的法律史研究與教學	115
一、 帝大政學科的教學目的與內容.....	116
二、 帝大政學科與台灣法律史相關之研究.....	117
三、 台大法學教育的教學目的與內容.....	120
四、 1980年代為止台大法律系所教師關於台灣法律史的研究.....	122
五、 1990年代起台大法律系所師生的台灣法律史研究與教學.....	128
六、 回顧與展望.....	131
第四章 立足於在地社會經驗的法學上批判：以「法律暴力」論為例	133
第一節 日本殖民統治者的法律暴力與台灣人的法律體制內對抗	134
一、 緒言：問題所在與分析概念的設定.....	134
二、 對政治反抗者施加軍事暴力與法律暴力.....	136
三、 在法律體制內對抗法律暴力.....	143
第二節 戰後分歧的歷史認識及其省思	154
一、 戰後被兩極化描述的日治時期法律暴力.....	154
二、 以同標準檢視國民黨兩蔣政權的法律暴力.....	160
三、 應從一般人民的立場論述法律史.....	164

第五章 再訪岡松參太郎學說與日治前期民事法變遷： 兼論「習慣立法」的生成、消逝與再現	167
第一節 以學理支持台灣殖民地民事法制的岡松參太郎	168
一、 岡松參太郎及其文書	168
二、 台灣土地登記規則之採德國式登記生效主義：以學理 支持政策	171
第二節 以「舊瓶裝新酒」進行舊慣改造及立法：學說與 政策相輔相成	176
一、 形式上是以台灣人習慣作為依據	177
二、 參考歐陸法學與歐陸立法例	179
三、 承襲既有的舊慣改造而為總結式立法	180
第三節 舊慣立法的部份「超前」性格及實踐上困境： 以身分法為例	186
一、 欲改造身分法上舊慣的親族相續令草案.....	186
二、 草案內容已超越當時台灣人的法律觀念.....	191
三、 學者、立法者、司法者的不同角色與立場.....	193
第四節 舊慣立法的最後掙扎與外來法典的施行： 國家政策壓倒學者學說	199
一、 岡松舊慣立法路線的大退讓.....	199
二、 由政治力掌控民事立法.....	202
三、 舊慣立法草案對後來國家法的影響	205
四、 對法學者之本務的再思考.....	206
第五節 戰後習慣立法模式的再現	207
一、 日治結束後另一外來法典的施行	207
二、 中華民國民法典的台灣在地化	209
三、 財產法之修正採用習慣立法並重視習慣法.....	211
四、 身分法之修正告別華人傳統上習慣	215
五、 原住民族法律事項之從習慣法到習慣立法.....	217

第六章 日治時期的司法官僚法學：以姉齒松平之 生平及研究業績為例	221
第一節 畢生從事台灣法制研究的姉齒松平	221
一、 台灣法制研究先驅者為什麼是日本人	221
二、 曾影響台灣社會者即屬台灣歷史人物	225
第二節 姉齒松平的學術研究業績	229
一、 台灣法律史研究上的「承先」與「啓後」	229
二、 形塑日治時期台灣人親屬繼承法的內涵.....	233
三、 推動台灣法律的內地化.....	237
第三節 司法官僚法學一般的與姉齒松平個別的特色	238
一、 緣自司法官僚的特質：以法院實務見解之探討為主	238
二、 認同國家法上國族構成等意識型態：日本人的台灣 vs. 台灣人的台灣	240
三、 姉齒松平的個人特質與學風.....	242
第七章 台灣人法意識的轉型：日治時期台灣法與 日本法的相互融合	243
第一節 憲法觀	244
一、 台灣法的固有觀念	244
二、 日本法中立憲主義要素一部分進入台灣法.....	246
三、 台灣漢人憲法觀的開始轉型	249
第二節 訴訟觀	252
一、 台灣固有的與近代西方的訴訟觀	252
二、 台灣漢人漸受近代西方訴訟觀影響	254
三、 高山族原住民族很少受近代西方訴訟觀影響	259
第三節 民事正義觀	261
一、 漢族的民事正義觀	261

二、	日本法所導入的歐陸民事正義觀及其與台灣法的交互融合	263
三、	台灣人的民事正義觀已部份轉型	267
第四節	小結：日治台灣的漢人法律觀部份擺脫傳統邁向現代	271
第八章	檢察制度在台灣的發展歷程	273
第一節	台灣與檢察制度在日治時期的首度接觸	274
一、	荷治時期未實施今之檢察制度	274
二、	日治時期政府對檢察制度的態度與規劃	276
三、	日治下台灣人的檢察經驗	288
第二節	戰後來台政府和外省族群的檢察經驗	289
一、	中國清末自日本引進歐陸檢察制度	290
二、	中國北洋政府的檢察制度	293
三、	中國國民政府的檢察制度	297
四、	在中國的中華民國行憲後的檢察制度	307
第三節	台灣施行中華民國檢察制度後之發展	308
一、	戰後初期檢察法制的承接與人民的調適（1945-1949）	308
二、	台灣政府沿襲民國時代中國檢察制度及經驗（1949-1980）	310
三、	審檢分隸與晚近的大變革（1980年迄今）	316
第四節	小結與展望	327
第九章	論台灣法學教育的發展與省思	329
第一節	日本殖民統治下西式法學的引進	330
一、	學制與設置（1895-1945）	330
二、	教學內容	331
三、	師生背景及其表現	332
第二節	國民黨威權統治下的法學教育	333
一、	學制與設置（1945-1990）	333
二、	教學內容	337

三、 師生背景及其表現	340
四、 法學教育改革方案	343
第三節 後威權時代法學教育的活潑化	345
一、 數量上遽增與學制的多元化（1991 年迄今）	345
二、 師資與教學內容	349
三、 師生背景及其表現	351
第四節 新興民主國家底下的法學教育改革爭議	353
一、 晚近法學教育改革議案的提出	353
二、 美國式法學院模式的短暫勝利	356
三、 應謀定而後動	358
四、 可作為集體討論之基礎的法學教育藍圖	359
第五節 小結：回顧後尋覓前瞻之見	362
第十章 結論：從在地社會經驗出發的法學	365
一、 形塑出「台灣的」法律論述	365
二、 將在地經驗與全人類分享	369
參考文獻	373
事項及人名索引	421