

臺大哈佛燕京學術叢書

12

Constructing Legal Science in Taiwan


The Integration of Knowledge in Europe,
the United States, Japan and China

歐美日中知識的彙整

建構台灣 法學

Jurisprudentia

王泰升
著

 臺大出版中心

臺大哈佛燕京學術叢書

12

建構台灣

法學

歐美日中知識的彙整

Constructing Legal Science
in Taiwan

The Integration of Knowledge in Europe,
the United States, Japan and China

王泰升

著

Jurisprudentia

自序

曾經在課堂上跟台大法律系的學生講過，撰寫這本書就是想說明「我們現在所碰到的法學，為什麼是這個樣子？」其弦外之音是我對於現狀頗有意見的。按台灣當今的法學界，經常直接根據外國法或稱比較法，進行國內法本身的法律論證，但筆者一直主張應調整為，立足於國內的政經社文狀況，發現問題所在，並據以論辯法規範最終須處理的何種利益或價值應優先，此時出於需要，方參酌外國法的各種規範模式及其設定的理念。本書因此欲證明前揭習於以外國法正當化本國法上主張的現象，來自台灣過去關於法學知識的發展歷程，性質上屬於探究法事實存在與否的法經驗科學，亦即法律史研究，進而以存在該等經驗事實為前提，從筆者所稱「歷史思維法學」觀點，主張實踐評價上應該怎麼做。不過本書無意提出什麼「解釋性的理論」，只想說一個關於法學知識的故事，以及自己對這個故事的回應，也盼望所有這個故事裡的主人翁，都能思考一下您將如何回應？對於厚厚的這本書，或許可先直接看「結論」所概述的故事，再從頭自「緒論」起逐章仔細詳閱。

從本書採取的「知識史」觀點來看，這本專書雖是法律史研究的作品，論述內容卻相當多是源自筆者 30 歲之前的律師養成訓練及執業經歷，此亦為其後以學者身分詮釋法律史現象，在知識涵養上的基礎。讀過本書，尤其是第五、六章，或許會對筆者在台灣法律史研究上的解析視角及歷史敘事，有種原來如此的豁然開朗感覺，這正是知識史的美妙所在吧。這些作為台灣法律史論述之前提性法學概念或知識，可能台灣的史學界不易知悉，在

法學界亦非通說，故常有不被理解的喟嘆。理想上當然是在援用時先做定義或闡釋其意，但由於在各篇論文進行表述時，更為重要的是呈現相關的歷史事實，或提出整體的詮釋，若做太多前提性概念的說明，可能造成篇幅過長，甚至論述失焦。惟長期下來，恐已遭到不少讀者或學術界同仁，不實的解讀或無心的誤會，故撰寫本書時也希望能附帶的、一定程度減少這類誤解。

從而在行文時，力求——但不一定成功——讓未曾受過法學訓練的一般讀者，跟初學法律者一樣看得懂。曾修習我開的台灣法律史課程的歷史系所學生，常問我該如何了解現代法學、該讀哪一本法學緒論教科書。容我樂觀一點地說，探討法學知識之形成、傳遞與系譜的本書，或許稍為能滿足歷史系所學生的這項需求。因此在閱讀相對較接近史學的「上篇」（第一至三章）後，但願能繼續看法學色彩較重的「下篇」（第四至六章）。例如若欲「回到過去」，理解日治時期關於法律或法學文獻的內容，可參考本書第一章的日治時期法學發展歷程，以及第四到六章當中，關於明治日本法學通論的用語、概念及內容的說明，以洞悉日治台灣各種法源，包括為什麼條文上所稱「舊慣」，係指法學上的「習慣法」。又如關於當今轉型正義的議題，欲觀察、理解戰後威權統治時期各種法律上決策、行動或判決，須知當時存在於這些行為人的周遭，可能影響其作為、或其可得而知的法學知識「是」什麼，以盡可能貼近真實地詮釋因果關係，再根據今之正義觀及法學論述，評斷過去的行為在現在及未來的妥當與否。

當然也有投入台灣法律史研究逾 30 年之後，身為歷史研究者的小小心願，亦即具象地呈現台灣史與世界史之間的相互關照性。本書所關切的「自明治日本傳至清末民國中國，再移植至戰後台灣」的法學知識傳遞路徑，已充分顯示台灣法律史，乃是整個東亞法律史不可或缺的一部分。當今台灣法學之具有歐、美、日、中等元素，更有力地證明須從世界史的眼光，方能透徹地認

識台灣，而台灣的歷史經驗，亦足以反映世界史的遞嬗。

因此本書所設定的讀者是所有對台灣歷史感興趣的人，且特別關注台灣的法律人。如筆者 2010 年在《新史學》21 卷 3 期的〈來回穿梭於法律與歷史之間〉結語所言，希望「將歷史研究的成果回饋給法學研究，或將歷史的省思與批判帶到法學的領域」。惟筆者身處抽象來講是「受歷史條件制約」的當今台灣法學界，在層層束縛下，不一定有機會跟瞧見這本書的法律人當面交流，但願透過拙作，與您分享我個人的所思與所得；倘若因此讓更多台灣法律人，對法學應有的內涵，滋生另一種想像，則倍感榮幸。甚或作為當代的邊緣人，不過是記下從邊緣發出的聲音，以待未來的迴響吧。

或因承載了太多的期待，本書僅就正文加註解即已超過 44 萬字。其中第一章至第三章原本是數年前一篇約 8 萬字的論文，在此已從法學者如何建構法學知識的視角，重新梳理史實，並擴大觀察的對象、納入最新參考文獻，而為歷史敘事，篇幅自然已大增。第四章為全新的內容，但完成初稿後即由大阪大學大學院法學研究科坂口一成教授翻譯為日文，在日本登載於該校法學期刊。坂口一成教授在進行翻譯時，曾找出文中所參考的每一份日文文獻，並從讀者立場再三詢問所欲表達的意思，等於是對華文原稿進行了校對及審稿，故第四章的完成特別要感謝其耐心且鉅細靡遺的指正。第五章及第六章所載亦屬新創，但其內涵頗多源自筆者曾講授法學緒論 11 年的教學相長所得。當中不乏是先前為法律史論述，所憑據的基本法學概念或觀點，例如現代法形式上是具普遍適用性的規則、歐陸法系與英美法系各有其法源的形式及法解釋適用方法等，以此探究知識史的機緣，竭盡有限的學力，至盼能夠說明清楚。

這本專書的完成，有賴 2016 年 8 月起「建構以台灣為主體

的法學」科技部3年期計畫（MOST 105-2410-H-002-164-MY3）的支持，再經兩年多的密集寫作，及休假1年的加持，方能完稿，計費時6年。若從2000年完成作為本專書論述基礎的台大法律學院院史起算，則從醞釀到成書已逾20年。其間承蒙曾就讀台大法律系博碩士班的學生，從起初的陳韻如、堯嘉寧、郭威廷、劉恆奴、羅培毓，再經黃唯玲、陳宛妤，至執行研究計畫階段的以林峰寧為主，加上林實芳、林政佑、郭詠華、王志弘等，幫忙蒐集或整理龐雜的史料，於今方能呈現此研究成果，謹在此表達由衷的感謝。專研台灣法律史原本不在我的人生規劃中，1990年為了回答後來改寫為《台灣日治時期的法律改革》的博士論文的提問，轉向法律史研究並轉行為學院內學者；從該書相當重視法律專業者的組成及運作、卻不太談法學內涵，可知探究台灣法學知識的建構歷程，原本也不在我的學術規劃中。在美國完成學業返台後，1995年為了向學界介紹「台灣法律史」研究，曾為文闡釋歷來與此相關的法學論著之內涵及學術意義，初嘗探索法學知識史之趣味。旋因1999年台大法律系升院，首任的廖義男院長指定我撰寫院史，乃將其視為法學史的一環，連結法學者、法學知識、政治社會環境等而為敘事，在此思路的延長線上，最終2022年完成這本書。

同樣的，沒有許多人及機構的幫忙，就沒有這本書的出版，以及目前呈現的樣貌。2015年起將學術發表的重心，從單篇論文移向單一論點學術專書後，即期待有朝一日拙作能入列心儀的「臺大哈佛燕京學術叢書」。2016年8月起擔任臺大出版中心主任，但其任務在於促成更多優秀專書的出版，而非自己創作專書。終於2020年7月底卸任，可專心寫作，再從2021年2月起休假1年，為這本探究台灣與歐、美、日、中互動的專書做最後衝刺，所幸書稿能獲得臺大哈燕叢書編輯委員會審查通過，由臺大出版中心出版。至為感謝該叢書編輯委員會的厚愛，以及出版

中心統籌此事的湯世鑄總編、殫精竭慮的游紫玲編輯，以及相關同仁的鼎力支持。本書內容曾獲許多人惠賜指教，亦在此敬表謝意。2020年9月至2021年1月曾在台大法律學院課堂上，就到第五章原始論述為止的初稿，與碩博士班學生一起研討。2021年11月上旬台灣法律史學會的工作坊，以最豪華的鑽石陣容：劉晏齊、劉恆妉、陳宛妤、林政佑、曾文亮、陳維曾等6位法律史研究者，依序對全書初稿分別負責一章的評論，與會者亦紛紛發言，指出我沒意識到的思考或表達上盲點。因此得以再緊扣法學知識之建構這條軸線，夜以繼日地為全文的檢視及修改，特別是重寫了緒論及結論部分，至同年12月下旬方畢。另外，幸得學界好友黃丞儀、王世安等對特定部分給予的參考意見。匿名審查人從讀者角度所為深入的指正，尤為重要，殊有助於提升論述品質。當然，一切文責仍由筆者承擔。本書所涉及的知識領域甚廣，每次閱稿都有增刪，況且自身學識有其侷限，故雖已出版，必然還有不足之處，懇請各方賢達不吝指教。

法律史研究是一個不斷與史料及論點對話的過程，本書所為的歷史敘事，須涵蓋從19世紀晚期迄今發生在台灣、日本、中國的經驗事實，尤為艱辛。以本書第五章關於成文法與不成文法概念之探究為例，首先依既有研究心得、先前講授法學緒論的經驗，擬定初步的論點及討論架構，並請研究助理據以從第四章所匯集的日、中、台共計43份法學緒論著述（一份可能有含不同語種的數版本）當中，擷取一部分著述並摘錄所需文本。但根據這些文本史料，仔細地展開論述之後，發現該原先擬定的論點及架構可疑之處頗多。於是重起爐灶，就貫穿3個世紀、跨越3個國家的作者，包括7份明治日本法學者（含華文譯本及日文版本）、14份民國中國法學者、14份戰後台灣法學者（與民國中國重疊者有3份），共計32份法學緒論著述，從頭看起，以解析其如何看待成文法與不成文法概念，並終於對全體得出新的詮

釋論點。此時以為本章論述已底定，焉知再詳讀一些英美法的論著後，發覺某些歷史詮釋似有問題，但整個論述從頭修改，須又一次地全面閱讀那堆積如山的法學緒論著述，傷眼又傷神，令人萬分疲憊。惟儘管心情低落，還是照著新的理解，一本一本地審視其內容，一段一段地敘說，且使用我較少採取的古今穿梭的寫作手法，以表達算是第3次的敘事，所用字數節節升高至6萬多字。之所以一波三折，可能即因須審視這32份法學緒論著述、包括不同版本或語種在內的見解，將之歸納成為具有系統的知識，複雜度超乎原先想像，僅能苦中作樂地說已更能體會「建構法學知識」的過程。此因素亦使得須參閱30份法學緒論著述（較第五章少2份）的第六章，原預計以1或2節完成的議題，變成需4節才夠。2021年5月中旬後，疫情嚴峻下幾乎足不出戶，沒暝沒日，翻閱資料、記下重點後撰文、撰文後一改再改，最後竟用9萬多字才寫完第六章。

上述研究過程，似乎是重視實證主義的歷史探究的宿命。研究法律史不僅得明察秋毫，還須看見輿薪。伴隨研究經驗的增長，將知悉並運用更多的實證史料，而對於從較抽象的理論或觀念、或較巨觀的歷史發展軌跡，所推衍產生的假設命題或推定事實，進行更冷靜、仔細的檢證，從而不能不調整起初的設想及見解。在心中一直有所牽絆下，睡眠惺忪中，因靈感乍現，起身振筆揮灑，不知凡幾。如是，深刻體會法律史研究之不易，非兼具智力與體力不可，更感受到以生命書寫的嚴肅性。歲月如梭，轉眼間已屆耳順之年，當珍惜每次書寫歷史的機緣。在此總結及呈現以學生、律師、教師等身分，到當下為止，包括轉攻法律史之前，曾跟隨賴英照老師探究台灣及美國證券交易法之學習心得，故彷彿也記錄下個人的成長歷程。在整個寫作的最後階段，越發覺得這本書其實是為自己而寫，內容優劣要過的是自己這一關。誠然從1990年「發現」台灣法律史起，一直懷有為推廣斯學而創作

之志，但 30 餘年來體嘗箇中的酸甜苦辣，於今將心中所知者寫下來，毋寧更是為了感受自己生命的意義，此即古人所稱「不以物喜，不以己悲」歟？

本書是從「台灣研究」出發之關於整個「法律學」的歷史考察，並沒有個別地針對法律史這個學科進行知識史的回顧。在此擬以個人的小故事，初步表達我對法律史研究趨勢或努力方向的想法。1980 年代，當我還是法律系學生時，曾在從事紡織業的父親的辦公桌上，看到一句印象深刻的話：「沒有夕陽產業，只有夕陽企業」，意指雖然不少人認為紡織業是逐漸沒落的產業，但其實成敗的關鍵在於各個企業能否審度時勢，在紡織業中為自己找到一條可發揮所長的活路。1990 年代中期，剛獲得美國的博士學位而開始在台大講授法律史課程，當時有些學者痛陳法制史科目，因未被納入國家考試之範圍而在法律系遭嚴重忽視，但我認為法律史這門學問所面臨的根本性問題是：所研究的議題及提供的知識，能否廣泛地引發社會大眾或莘莘學子的興趣與共鳴？亦即，「沒有夕陽學科，只有夕陽研究」。

因此，在不被法學界看好的法律史領域，秉持以台灣為主、跨領域思考的研究取徑，建構足以跟台灣社會一起呼吸的法律史知識，成為我從 1990 年轉行專攻台灣法律史迄今，戮力以求的目標。在母親 2019 年辭世之後，倍加思念雙親。2020 年在獲頒教育部國家講座主持人的典禮上，特意穿上父親遺留給我的西裝領獎，默默地懷念已過世的雙親，但願自己能傳承雙親的教誨。謹以本書獻給具有日治經驗的雙親，他們都沒有上大學，更沒有唸法律，但培育了一名法律史教授。

王泰升

2022 年 1 月於台北家中

目次

自序	v
圖表次	xxiii
撰述凡例	xxv

緒論：探索台灣法學知識的源起及其意義

一、研究緣起與「法學」概念	1
(一) 緣自個人研究生涯的議題	1
(二) 來自歐洲文明的「法學」概念	7
二、本書的討論架構及研究方法	17
三、這項研究的意義	30

上篇 法學者及其論述

第一章 從屬於戰前日本的殖民現代性法學（1895-1945）

第一節 日本法律人形塑的舊慣法學（1895-1922）	38
一、戰前日本法學中具特殊性的台灣殖民地法學	38
二、日本學者以歐陸法系概念轉譯台灣漢人固有法	44
(一) 岡松參太郎所著《臺灣私法》	44
(二) 司法實務界的《臺灣慣習記事》與《臺法月報》 「慣習」專欄	49
(三) 織田萬所著《清國行政法》	53
(四) 總督府當局的「蕃族慣習」調查	55
三、舊慣法學沒落但為後代留下史料	58

第二節 作為日本法學的支流（1923-1945）	62
一、法制相近以致所需之法學知識相似	62
二、傳授殖民母國法學的台北帝大政學科	63
（一）殖民地法學教育機構的設立及師生組成	63
（二）法學教師背景與法學知識的建構	66
三、司法官僚及學者主導下跟隨日本內地法學知識	68
（一）司法官僚的法學研究以探究日本法律為主	68
（二）學者偏重與現代法學理論相關的知識	70
四、台灣人參與法學知識建構的美麗與哀愁	73
（一）台灣人法學的萌芽及備受壓制	73
（二）台灣人法學者之出現及其困境	77
五、以跟隨日本帝國的法西斯化法學作結	82

第二章 匯入民國中國經驗的戰後初期法學（1945-1949）

第一節 戰前中國的法學發展史	87
一、台灣史視角下的中國法學經驗	87
二、源自清末的中國北洋政府時期西式法學（1902-1928）	90
（一）清末中國透過日本引進西方法制與法學	90
（二）北洋時期深受日本影響的中國法學	93
三、戰前中國的法釋義學與黨國法學（1928-1945）	98
（一）匍匐吞棗地引用歐陸日本學說以應法釋義之需	98
（二）具中國特色的黨國法學及戰時的法西斯化	102
（三）務虛不務實地引進歐美日本等外國法學理論	109

第二節 戰後初期日治台灣與民國中國兩源匯合	112
一、大幅移植民國中國少量繼承日治台灣法學知識	112
(一) 新的「內地延長」下植入的民國中國法學	112
(二) 具日治台灣經驗的本省人仍較受壓抑	118
(三) 戰後新的台灣第一代法學者逐漸群聚	120
二、中國自由主義法學的乍現與消逝	123

第三章 威權走向民主下的台灣法學（1949 年迄今）

第一節 動員戡亂戒嚴法制下的承襲與創新（1949-1987）	127
一、延續戰時法學及民國中國的法釋義學	127
(一) 法學者世代的觀念	127
(二) 公法學延續受戰前日本影響的民國中國戰時法學	129
(三) 在戰後台灣擷取日本法學而為本國法的釋義	136
(四) 聚焦於法條註釋的法學知識	142
二、注入新的歐美日本法學元素	145
(一) 學院內曾留學或實務界懂外文的第二代法學者	145
(二) 第二代法學者引進新理論但不時隱晦為之	152
三、以論文推展歐美日法制及學說繼受	156
(一) 以歐美日法制及學說去社會脈絡地批判本國法	156
(二) 法學研究發表方式及活動態樣的調整	161
第二節 自由民主法制下的多元與在地化（1987 年迄今）	163
一、自由民主法學理論的昂揚與實踐	163
(一) 第三代法學者的組成及其學說與行動上特色	163
(二) 1990 年代主要的學說繼受來源國轉向德美兩國	169

二、數個世代共享台灣為中心的多元研究典範	172
(一) 第四與第五世代法學者接力發展多元的法學	172
(二) 法釋義學與法經驗科學的並存	174
(三) 不同法學繼受母國影響力的並存	179
(四) 為台灣建構法學知識的新時代「台灣人法學」	182
三、法學論著的表現形式與知識內涵	192
(一) 法學期刊論文審查的提升知識品質	192
(二) 在論文及教科書之外尚缺學術專書	195
(三) 從追求實用性走向確立學術自主性	200
四、法學知識的國際交流	201
(一) 民主台灣的國際法學交流	201
(二) 國際交流對台灣法學知識品質的提升	205
五、當今法學者知識背景的調查	206
(一) 本於知識史而設定對學院內學者為調查	206
(二) 學者個人各項背景的統計與分析	208
六、整篇的結語	214

下篇 法學論述的流變

第四章 戰後台灣法學緒論源自日中的知識系譜

第一節 台灣法學知識史觀照下的法學緒論	217
一、研究議題之緣起	217
二、法學知識建構的過程及其當代意義	219
第二節 作為分析對象的著述及研究方法	221
一、針對研究議題採集史料	221
二、本書下篇的研究基調	231

第三節 戰前日本的法學通論	232
一、明治前期的創設「法學通論」	232
(一) 明治初期的法學教育概況	232
(二) 法學通論課程的創設及開展	234
二、法學通論在戰前日本之由盛而衰	240
(一) 在帝國大學	240
(二) 在私立法律學校	243
三、法學通論的著述及內容	245
(一) 表現的形式	245
(二) 所想定的學科內涵	248
第四節 民國時代中國的法學通論	253
一、從明治日本傳入清末中國	253
(一) 以華文吸納日本法學通論的知識內涵	253
(二) 政府與民間支持下著重總論的法學通論	259
二、沿襲清末的北洋政府時期	267
(一) 法學通論在學校教育上的地位	267
(二) 北洋政府時期法學通論內涵	268
三、國民政府時期的中國化與黨國化	273
(一) 法學通論在學制及國家考試上的地位	273
(二) 國民政府時期法學通論內涵	276
(三) 法學通論在民國中國的夕陽無限好	282
第五節 戰後台灣的法學緒論	287
一、法學緒論在台灣學制上的發展歷程	287
(一) 戰後台灣的法政大環境	287
(二) 在台大法學院安身立命的法學緒論課程	288

二、法學緒論既有著述之知識內涵	295
(一) 第一代法學者建構的法學緒論內涵	295
(二) 第二代及第三代法學者承襲多於創新	308
三、應重新設定法學緒論的功能及內涵	314
(一) 三種知識背景及需求不同的學習者	314
(二) 為學習法學專業知識奠定基礎的法學緒論	316

第五章 法源及成文法概念的知識傳遞與省思

第一節 明治日本造詞後傳入清末中國	321
一、日本學者華文譯本中的「成文法與不成文法」	321
(一) 奧田義人華文版法學通論與英美法系論述	321
(二) 織田萬華文版法學通論與歐陸法系論述	332
(三) 岡田朝太郎華文版法學通論及對中國的影響	342
二、編譯日本學說的華文著述	345
第二節 民國中國以延續舊說為主	351
一、移置民國中國後的成文法與不成文法概念	351
(一) 朝陽講義中的成文法與不文法	351
(二) 成文法概念因詞不達意而一詞多義	353
(三) 成文法與制定法併用而治絲益棼	356
(四) 照抄既有論述蔚為風氣	360
二、民國時代後期成文法與不成文法論述的特色	364
(一) 多數以成文法與不成文法為法之分類	364
(二) 將法源分為成文法與不文法且成文法不包括命令	365
(三) 將法源分為直接與間接且成文法經常包括命令	370
(四) 人云亦云的成文法與不成文法得失論	373

第三節 戰後台灣沿襲多於更新	377
一、以「再版」帶入民國中國的成文法論述	377
(一) 林紀東從「再版」到「修訂版」	377
(二) 樓桐孫和何任清再印行但未修改	381
二、以「新版」複製民國中國的成文法論述	382
(一) 1950年代以複製民國中國舊說為主	382
(二) 1960年代及1970年代延續民國中國及戰後台灣既有見解	388
(三) 1980年代迄今以微調後維持第一代法學者見解為主	393
第四節 當今台灣應確立新的用語及概念	400
一、慣性思考下的成文法與不成文法概念	400
二、對法學用語及概念的建議	400

第六章 重構台灣版的法解釋適用及法事實論述

第一節 華文法學通論採取明治日本的法解釋適用論	408
一、論點頗為齊全的奧田義人華文版法學通論	408
(一) 法律之執行或適用的原則	408
(二) 法律解釋的分類及各類之原則或效力	410
(三) 法律之補充及其方法	414
二、清末中國其他華文法學通論幾乎未再超越	415
(一) 織田萬華文版法學通論	415
(二) 岡田朝太郎華文版法學通論	419
(三) 胡挹琪所編法學通論	422
第二節 民國中國法學通論對法解釋適用論的承襲與添加	425
一、北洋時期承襲清末的日本學說	425

二、	民國時代中後期對既有見解的承襲與調整	427
(一)	法律解釋適用之必要	428
(二)	法律解釋之種類及類推適用	432
(三)	適用法律之原則	443
第三節	戰後台灣法學緒論對法解釋適用論的再承襲與更新	445
一、	第一代承襲自日本傳至中國的法解釋適用論 (1950 至 70 年代)	445
(一)	維持民國中國法學通論既有法解釋適用論	445
(二)	法解釋適用論以承襲為主但回應實證法修訂	446
二、	第二代及第三代承襲居多創新有限 (1980 年代迄今)	455
(一)	第二代法學者的法學緒論仍以承襲為主	455
(二)	第三代法學者的法學緒論新舊兩說並採	458
第四節	應增補戰後在地化的德式法釋義學	465
一、	1980 年代興起的德式法釋義學及新學說	465
(一)	第二代法學者引進戰後德國的法釋義學	465
(二)	跨世代法學者廣泛支持德式法釋義學	470
二、	法學緒論應參酌新興的法解釋適用論	473
第五節	應納入英美法系的法解釋適用論	475
一、	歐陸法系所無之普通法的法律適用方式	475
(一)	普通法的法律適用形式	475
(二)	普通法的法律適用實踐	488
二、	有別於歐陸法系的制定法解釋適用方式	492
(一)	制定法在兩法系中的定位及其形式上差異	492
(二)	制定法的解釋及適用方法	496

三、英美法系法解釋適用論的知識為當今台灣所需	507
(一) 不宜一味沿襲過往而輕忽英美法系	507
(二) 比較法研究及法律實務工作上的需要	510
第六節 看不到台灣法事實的台灣法學緒論	516
一、台灣不是法規範上的全國而被法學緒論排除	516
二、法學緒論內關於法事實的記載	517
(一) 華文的法學通論所述者	517
(二) 台灣法學緒論所述者	520
三、以台灣研究的成果書寫屬於台灣的本	532
結論：外來學識的在地化	
一、數代法學者建構源自歐美日中的法學知識	535
二、台灣法學知識的解構與重構	544
附錄：全台灣法學相關系所暨研究機構專任教研人員性別學歷 及專長統計表	573
參考文獻	609
索引	649

圖表次

圖 0-1：從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖	27
圖 1-1：《臺灣私法》封面	45
圖 1-2：1914 年台灣舊慣立法草案之封面	59
圖 1-3：台灣第一所法學教育機構：臺北帝國大學文政學部政學科， 1928 年設立於今之台大文學院院址	65
圖 1-4：台大圖書館日治舊藏中蓋有「民法第二講座」章的 1818 年出版 德文期刊，顯示台北帝大政學科教學研究上對德國法的重視	67
圖 2-1：戰後初期台灣唯一的法學教育機構是，位於原「臺灣總督府 高等商業學校」校舍的台大法學院內法律系	117
圖 3-1：載有台灣法學者世代的《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000） －臺大法學教育回顧－》封面	129
圖 3-2：出現於 2010 年代的第一本台灣法學史論文集《戰後台灣法學史》 上冊封面	184
圖 4-1：奧田義人法學通論著述的華文譯本封面	259
圖 4-2：岡田朝太郎法學通論著述的華文譯本封面	262
圖 4-3：織田萬法學通論著述的華文譯本封面	265
圖 4-4：民國時代中國著名的朝陽大學法律科法學通論講義之封面	271
圖 4-5：台灣首次出現「法學緒論」課程，係梅仲協於 1949 年 2 月開始上 課的民國 37 學年度第二學期，在台大法律系開設的大一必修課	291
圖 4-6：林紀東完成的戰後台灣第一份法學緒論著述仍以「法學通論」 為書名	296
圖 4-7：梅仲協所著台灣第一本以「法學緒論」為書名的教科書	301
圖 4-8：今之元照版法學緒論 1993 年初次發行（內文直排）的封面	311

表 1-1：《政學科研究年報》內由屬法律學講座者所撰寫之論文一覽表 (1934-1945)	72
表 3-1：全台法學相關系所暨研究機構專任教研人員性別	209
表 3-2：全台法學相關機構專任教研人員最高法學學歷授予國分布	211
表 3-3：全台法學相關機構專任教研人員之學術專長分布	213
表 4-1：戰前日本法學通論著述	227
表 4-2：民國中國法學通論著述	229
表 4-3：戰後台灣法學緒論著述	230

撰述凡例

1. 在正文，均使用當今台灣社會常用之繁體字中筆劃較少的「台」，除非所引用的原文、人名、機構正式名稱（不含簡稱）、書名、文章名稱等係使用筆劃較多的「臺」。在註解部分，則依照文獻資料本身原係使用「台」或「臺」。
2. 稱「華語」、「華文」，乃是配合在 19 世紀出現之具有種族文化、而非國籍意涵的「華人」概念。華人使用多種語言，當中屬於清朝／清代中國的官話者稱為「華語」，以漢字將華語文字化即「華文」。
3. 稱「歐陸法系」、「英美法系」，即台灣學界常見的「大陸法系」、「普通法系」。所稱「實證法」，即台灣學界常見的「實定法」。其他法學專門用語因時因地而生之差異，情況不一而足，在此不能概述。
4. 行文時提及的與法學或本議題相關的文獻，若僅係介紹其之存在，而未於正文或註解中引用或參見其內容，即不列入書末的「參考文獻」。
5. 註釋部分，引註作者將個人單篇論文集結成書後的當中一篇論文時，在書名之前標示「同作者」；作者或編者自行出版其論著時，沿襲法學界慣用的「自版」一詞；出版社之名稱，對於當今讀者可能較陌生者用全稱，「戰後台灣」部分為讀者所熟悉者用簡稱，但在「參考文獻」處則列全稱，惟省略「股份有限」、「株式會社」等。

緒論：探索台灣法學知識的源起及其意義

一、研究緣起與「法學」概念

(一) 緣自個人研究生涯的議題

對台灣法學知識史的興趣，始於筆者從 1990 年開始探究日治時期法律時，已注意到有幾位各具特色的法律人及其法學作品。首先是，載有童年時在台南常聽到（以台語發音）的「割店」（經營批發的商店）、「長年」（魚塢的專業經理人）等名詞的《臺灣私法》一書，作者竟是從姓名一望即知是日本人、任教於京都帝國大學的岡松參太郎（當作敬稱的「教授」均省略，以下同）。在觀察台灣人對現代式法律的態度，而關注 1920 年代台灣議會設置請願運動時，則發現身為台灣人政治異議者的林呈祿已在文章中，運用其在私立的明治大學習得的法政知識，確立設置台灣議會的理論基礎。探究日治後期台灣人親屬繼承習慣法時，也經常參閱時任日本帝國司法官僚的姉齒松平的論著，了解當時實證法的內涵及其法律論證上理由。因此在推廣台灣法律史研究之初，曾在討論「台灣人權思想」的場合，暢談林呈祿在日治時期展現的人權理念，受邀討論「台灣歷史人物」時，基於姉齒松平的論著對日治時期台灣人親屬繼承法律深具影響力，而報告其生平事蹟；¹ 並在〈撥雲見日的台灣法律史研究〉一文中就

¹ 筆者 1999 年於台灣法學會舉辦的「台灣人權思想系列（二）」研討會，報告「林呈祿的人權思想」；亦大約在 1990 年代晚期，於國立中央圖書館臺灣分館（今之國立臺灣圖書館）舉辦的「台灣歷史人物」系列，介紹姉齒松平生平事蹟。

相關的法學論著，解說其係在何種時代氛圍、由何人、提供何種法學知識。² 爾後曾分別以林呈祿、姉齒松平為對象，專文闡述其法學論著的內涵及對當時、乃至後世的意義。³ 且在前往早稻田大學閱覽淺古弘團隊整編的岡松參太郎個人文書時，以之為主要史料，解析岡松參太郎的學說與台灣日治前期民事法律變遷之關係。⁴

台大法律學院院史的撰寫，開啟了筆者關於戰後／中華民國時期台灣法學知識史更具系統性的研究。台大的法律學系（以下簡稱「台大法律系」）於1999年升格為法律學院，首任院長廖義男即交代筆者撰寫院史。⁵ 雖然該院史是從1928年創立「臺北帝國大學」時設置的文政學部政學科談起，但大多數的篇幅集中

² 參見王泰升，〈撥雲見日的台灣法律史研究〉，收於同作者，《台灣法律史的建立》（台北：自版，2版，2006，初版為1997），頁57-96。引註某作者集結其單篇論文而成、屬於「個人論文集」之書當中一篇論文時，將先列出該篇論文的題目，而就該個人論文集之書的作者，台灣法學界常以「氏著」稱之；惟「氏」字在現今的華文已少用，故改以「同作者」一詞，顯現該書性質上為個人論文集。這樣的引註方式，便於區分所著者係個人論文集之書或學術專書，此涉及本書第三章第二節探究的「法學論著的表現形式」。又，作者或編者自行出版其論著，不交給予專業出版社處理發行事宜，乃戰後台灣法學界從1950年代以來，常見的一種出版模式，有其歷史意義，故沿襲法學界慣用的「自版」一詞稱呼之。

³ 原刊於：王泰升，〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，《月旦法學雜誌》78（2001年11月），頁73-88；王泰升，〈以台灣法制研究為志業的姉齒松平〉，《台灣本土法學》89（2006年12月），頁1-18。參見王泰升，〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，收於同作者，《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2005），頁71-101；王泰升，〈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〉，收於同作者，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），頁221-242。

⁴ 原刊於：王泰升，〈學說與政策交織下的日治台灣民事法制變遷：以岡松文書為中心〉，《臺大法學論叢》37：3（2008年9月），頁47-95。參見王泰升，〈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〉，收於同作者，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），頁167-220。

⁵ 參見王泰升，《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000）－臺大法學教育回顧－》（台北：國立臺灣大學法律學院，2002），頁2。

於戰後改稱「國立臺灣大學」、設置法律學系之後的發展歷程。⁶由於是受學校當局之託撰史，故筆者獲准閱覽未公開之早期台大行政會議紀錄及相關的人事資料等，得以知悉所有台大法學教師的學經歷，且透過口述歷史、檢視研究業績等方式，⁷了解其學術上的主張。進而從學院內這些「人」的學經歷背景及學說特色，勾勒出台大法律系所承載的法學「知識」之內涵，並由各個世代教師的交替，描繪出關於法學知識內涵之演變。

這正是本書從稱為「法學者」之法學知識建構者入手，探究法學知識演變之研究方法的濫觴。當討論的對象擴及整個台灣法學的知識史時，自然不能僅觀察任教於台大法律系的教師為已足。惟以2001年為準，全台灣的法學教師大概每3位就有1位曾受台大法學教育，⁸故這本院史對於台灣法學史具有相當高的參考價值。由於院史本身的定位是盡量描述史實，不摻入撰寫者個人的評價，故筆者另以「台大法學教育與台灣社會」為題撰寫學術論文，提出自己基於所描述之經驗事實，進一步所為的歷史詮釋或應然上主張。⁹

其後又進行一些有助於理解法學知識之形成的法學教育史、法制變遷史研究。法學教育史必然談到各教育機構的教學內容，即教師在課堂上所傳授的法學知識。筆者10餘年前曾以專文探

⁶ 參見王泰升，《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000）—臺大法學教育回顧—》，頁7-27。

⁷ 為進行院史的撰寫，曾從1952年畢業者開始，每5年找一位畢業生，直到1997年畢業者，以之為對象，進行共計16篇的口述歷史。並收錄各學年的課程表、各教師的基本資料，整理分析學士、碩士、博士等學位論文概況，以及歷年畢業生的就業狀況。參見王泰升編，《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000）附錄參考書》（國立臺灣大學法律學院委託研究，2002，未出版，台大圖書館有收藏）。

⁸ 參見王泰升，《國立臺灣大學法律學院院史（1928-2000）—臺大法學教育回顧—》，頁125-127。

⁹ 參見王泰升，〈台大法學教育與台灣社會（1928-2000）〉，收於同作者，《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2005），頁103-269。

究台灣的法學教育，¹⁰ 透過對於台灣所有，而非僅台大，法學教育機構的考察，增進對台灣法學知識整體發展軌跡的掌握。法學知識的內涵，復與各時代所施行的法律，即法學的研究對象，具有非常密切的關係。台灣倒不乏對特定法領域的實證法律內容，以幾十年之紀念為契機產出回顧性的論文，¹¹ 也有一些以實證法律之條文的變遷為記述對象的歷史研究。¹² 筆者最近在一本論述台灣現代法制及其生成與實踐的專書中，亦提及美、日、德諸國之學說理論對台灣立法及司法實務的影響。¹³ 不過上述的研究，與本書之專門探討法學知識本身仍有所不同。亦藉此釐清的是，如下將討論的是法學本身，與屬於法學之研究對象的法律，是不同的兩件事。本書將聚焦於身處特定法律生活環境的法學者，如何接觸到各種法學論述／知識，並建構其法學論述／知識的歷史過程（上篇），以及在特定法律規範底下，現實上產出的各種法學知識（下篇），但無論如何，均非談法律本身之變遷及其成因。

晚近已有關心法學之知識內涵、針對法學學說發展的歷史研究。2011年台灣為「慶祝中華民國建國一百年」，刊行《中華民國發展史》，當中的「學術發展」，由筆者撰寫法律學的部分，故有機會了解形塑台灣戰後法學之重要源流的中國從清末，進入民國時期（1911-1949）的法學發展經驗。¹⁴ 約在同一時間，當今

¹⁰ 原刊於：王泰升，〈台灣法學教育的發展與省思：一個法律社會史的分析〉，《臺北大學法學論叢》68（2008年12月），頁1-40。參見王泰升，〈論台灣法學教育的發展與省思〉，收於同作者，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），頁329-364。

¹¹ 例如元照出版公司於2000年曾設置編輯委員會，以「民法七十年之回顧與展望」為名，出版紀念論文集共3冊。

¹² 例如，國史館中華民國史法律志編纂委員會編，《中華民國史法律志（初稿）》（台北縣新店：國史館，1994）。

¹³ 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），頁173-223。該第四章的章名為：「繼受當代歐美日本法制及法學」。

¹⁴ 參見王泰升，〈中華民國百年法學發展史〉，收於國立政治大學人文中心編，《中華民國百年發展史 學術發展》（台北：國立政治大學、聯

台灣法學團體中規模最大、歷史最久的台灣法學會，為慶祝創會40年，曾邀集國內13位學者，完成以「戰後台灣法學史」的名的多人合著論文集，其中筆者針對戰後時期，指出4個世代的法學者共同造就了當今台灣法學。¹⁵ 在台灣法學會所編的這本論文集，黃昭元指出，「法學史」是以針對法律理論、淵源、發展、實踐等所完成的研究成果（稱為法學學說）本身，作為觀察及分析的對象。有實證法律，未必有法學學說，有法學學說，亦未必就有相對應的實證法律存在（例如台灣學者討論聯邦制度之學說），且法學學說也不等於是法律的解釋與適用。¹⁶ 陳忠五則就「學說」的「客體」界定為：與法律議題有關，在專業訓練或經驗累積基礎上，基於特定理論觀點或研究方法所發表的系統性意見。¹⁷

嚴格來講，本書是關於法學「知識史」的研究。欲探究的是，在使用漢字以將今稱「華語」的中國官話予以文字化的「華文」中，¹⁸ 「法學」這個詞彙出現後，所指稱的知識內涵，以觀察、

經，2011），上冊，頁288-299。

¹⁵ 參見王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，收於台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史 上冊》（台北：元照，2012），頁1-66。該文在經修改之前，曾發表於期刊；王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，《臺大法學論叢》40特刊（2011年10月），頁1367-1428。

¹⁶ 參見黃昭元，〈台灣戰後憲法學說史概論——研究方法及架構的初步分析〉，收於台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史 上冊》（台北：元照，2012），頁133-134。

¹⁷ 參見陳忠五，〈戰後台灣財產法學說變遷〉，收於台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史 上冊》（台北：元照，2012），頁193。

¹⁸ 在整個國際社會的脈絡下，本書稱「華語」，乃是配合在19世紀出現之具有種族文化、而非國籍意涵的「華人」概念。按華人使用多種語言，當中屬於清朝／清代中國的官話者稱為「華語」，以漢字將華語文字化即「華文」。當今的中國及台灣都將華語當作通用的官方語言，故中國稱之為「普通話」，台灣長期以來稱之為「國語」；不過台灣2019年公布的《國家語言發展法》，為尊重國家多元文化之精神，認為「國家語言」非只有華語，還包括台灣各固有族群使用的語言（參照第1、3條）。以華人為主的新加坡視華語為官方語言之一，有一部分國民為華人的馬來西亞

解析、詮釋這些與法學相關的知識——稱為「法學知識」——在歷史上如何及為何呈現出特定的發展樣態。因此與前揭討論法學學說的「學說史」，在描述的面向或重點上仍有差異，但也頗為相近。例如本書第五章所談成文法、不成文法的概念，或許稱不上是「學說」而為學說史的觀察對象，但確實是知識史上一個很有趣、值得考察的課題。至於第六章談及有關法解釋適用論的知識，其涉及各種學說的發展是無庸置疑的，但從知識史的立場，哪一個學說的內涵較為妥當並不是重點，所關心的是：何時、如何出現某學說這樣的法學知識、該學說與其他學說的知識內在關聯性、這些知識對外在法制或社會的回應是什麼等等。

對法律史研究而言，觀察法學論述／理論為何產生，而非論證何者為妥當，十分常見。不過筆者曾在 1990 年代中期，從類似知識史的視角，觀察日治時期日本帝國及台灣殖民地法學界關於「六三法」的各種憲法解釋的文本，詮釋其承載的法學知識與族群背景、政治利益等之間的關係，¹⁹ 但某些台灣法學者似乎較期待筆者對「六三法應屬違憲與否」明示所持見解。又如 1990 年代末許多憲法學者認為，透過現行憲法的解釋可證立「兩國論」的結果；當時筆者以描述性的敘事，而非法律論證，指出憲法仍是一個在地化正演進中的法律領域，有待未來經由法定的釋憲修憲或國民制憲來完成這項工作，也顯得有點突兀。²⁰ 期待經過 20 餘年後，法學界同仁能夠「見怪不怪」地理解法律史的研究取徑了。

亞亦有使用華語者。

¹⁹ 參見王泰升，〈台灣日治時期憲法史初探〉，收於同作者，《台灣法律史的建立》（台北：自版，2版，2006），頁183-255。該文原發表於1997年，當時中國為收回香港，而施行性質上可謂「日治台灣六三法擴充版」的《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，按該法所規範之關於特區的統治權力，不只六三法所涉及的立法權，還包括六三法未涉及的行政權與司法權。

²⁰ 參見黃昭元主編，《兩國論與台灣國家定位》（台北：元照，2000），導言，頁5；正文，頁173-174。

本書研究最初的雛型，在國際學術論壇上已亮過相。2014年筆者參與中央研究院法律學研究所舉辦的「兩岸四地法律發展：法學研究與方法」研討會，發表〈臺灣法學發展史及其省思〉，並為了與當今共產黨中國（1949年迄今）相比較，而連結日治與戰後兩部分，以呈現整個台灣的法學發展歷程，²¹ 該文成為本書第一章至第三章起初的論述基礎（參見後述的本書討論架構）。同樣因應國際學術交流之需，最近曾針對範圍較窄的特定法學分科，同樣貫穿日治與戰後，探究歐陸民法對台灣法律及法學之影響。該項研究成果，除了書寫成華文外，同時被翻譯為韓文、日文、德文，分別發表於台、韓、日、德等國的法學期刊上。²² 此舉等於為本書以具時間序意涵的歐、美、日、中等元素，解析台灣法學知識的建構，預做暖身。

（二）來自歐洲文明的「法學」概念

從「法學」一詞的淵源，須知此概念為歐洲文明的產物。在華文裡，原本並無「法學」這詞彙。在1905年出版之第一本由中國人以華文編寫的《法學通論》（詳見本書第四章第四節一（一）），編者之一的張知本擷取日本學者奧田義人的法學通論著述，而表示：

²¹ 參見王泰升，〈臺灣法學發展史及其省思〉，收於簡資修編，《2014兩岸四地法律發展：法學研究與方法》（台北：中央研究院法律學研究所，2018），上冊，頁45-169。

²² 參見王泰升，〈台灣對歐陸民法的繼受及其獨特性〉，《法學論集》（梨花女子大學法學研究所發行）20：4（2016年6月），華文版，頁73-94，韓文版，頁96-120；王泰升，〈臺灣的繼受歐陸民法：從經由日中兩國到自主採擇〉，《法令月刊》68：4（2017年4月），頁1-20；王泰升著、松田惠美子譯，〈台湾のヨーロッパ大陸民法の繼受について——日中兩國を経て自主採択へ——〉，《名城法學》67：2（2017年11月），頁267-294；Tay-sheng Wang, Shu-Ru Wu and 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 (2018), pp. 1-20.

法學以發生於羅馬之故，歐洲諸國用起因於羅句語〔按：今稱「拉丁語」〕(Jurisprudentia)一語為法律學之名稱。蓋 (Jurisprudentia) 即自 (Juris)〔法〕(Prudentia)〔知識〕二語構成者，從而歐洲諸國所慣用之 (Jurisprudentia) 一語，亦包含同樣之意義，表示法之知識。……日本維新已〔按：「以」之誤〕前，不知法律學問為何物，與我國〔按：大清帝國〕今日現象有同慨。輒近歐洲之學術輸入，始有法學若〔按：「或」之意〕法律學之名稱。……法學之名稱，……翻譯新造者（註：底線及新式標點符號為筆者所添加，以下同）。²³

成為華文一部分的「法學」概念的內涵，係「轉引」自日本學界「引用」歐洲文獻所做的說明。張知本在上揭引文之後，謂：「我國〔按：大清帝國〕學者欲講法學，取日本所定法律之名詞，斟酌用之，誠事半功倍也。」²⁴ 在中國清末，包括明治日本於 1900 年代最完整而具有代表性之分別由奧田義人、織田萬所著法學通論教科書，20 世紀初梅謙次郎在日本為就讀法政大學法政速成科之清國留學生講授法學通論時的講義，以及岡田朝太郎受邀來晚清中國講學而專為中國習法者製作的法學通論教科書或講義等 4 份著述，均有華文譯本（詳見本書第四章第三節及第四節一）。²⁵ 經由這些華文版法學通論，決定了「法學」一詞在華

²³ 張知本、鄒麟書、劉變臣編，《法學通論》（武漢：湖北法政編輯社，法政叢編第一種，1906，初版為1905），頁3-4。該書第一編「法學」係張知本所編，主要內容來自奧田義人的法學通論著述。參見程波，《中國近代法理學（1895-1949）》（北京：商務印書館，中國法律史學文叢，2012），頁100。

²⁴ 張知本、鄒麟書、劉變臣編，《法學通論》，頁4。

²⁵ 參見奧田義人著，盧弼、黃炳言譯，《法學通論》（政治經濟社，出版年及出版地不詳），依程波的考證，該書初版為1906年；織田萬著，劉崇佑譯，《法學通論》（上海：商務印書館，1907）；胡挹琪編，《法學通論》（長沙：集成書社，政法述義第一種，再版，1913），編者在「例言」表示，該書以梅謙次郎在法政速成科講授的法學通論為主，直譯其

文的意涵。

張知本等所編前揭書及 1906 年出版之奧田義人著、盧弼與黃炳言合譯的華文版法學通論，引述西方文獻，認為法學是一種「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。因此「法學者，即研究存於法律的現象中共通的元素之科學，以得關於法律的現象之學識為其目的，……法學者法律之學問也」。誠然因地形、歷史、宗教、風俗等之異，而呈現各國有其固有法律之現象，但「法律亦有同一之原理，為其基礎，古今東西，其軌一也」。法學之範圍，隨著所研究之法律現象的範圍而伸縮，非一成不變，蓋法學研究之材料為人類社會的法律本身，其因不同時代、不同社會而有別。法學在整個科學的系統中，位於「關於人類自身之科學」中，與經濟學、倫理學、政治學並列的「社會學」（今稱「社會科學」）。並提出「法術」概念，謂：「知事物之本性原理者曰學，應用其原理於實際者曰術。……為裁判官，為辯護士〔按：今稱「律師」〕，為法典編纂者，皆法術也，有法學而後法術得以盡其奧蘊。……由沿革上觀之，……法學則實後於法術而發生。……法術因法學而進步，而法學亦因法術而促其發達，兩者之關係，有如鳥之雙翼、車之夾輪，相俟而行焉。」前揭「法術」亦被稱為「法學實際之效用」。²⁶

這樣的「法學」，乃是歐洲人產出的知識體系。不論奧田義人華文版或張知本等所編華文書，關於法學的歷史，都是講歐洲

文；岡田朝太郎著、張孝移譯，《法學通論》（東京：富山房、有斐閣，1908）；岡田朝太郎講授、汪庚年編輯，《法學彙編（法學通論、憲法、行政法）》（北京：京師法學編輯社，1911）；程波，《中國近代法理學（1895-1949）》，頁16-20。

²⁶ 參見張知本、鄒麟書、劉變臣編，《法學通論》，頁4-21；奧田義人著，盧弼、黃炳言譯，《法學通論》，頁20-44。

的哪些人、提出哪些法學內容。因此均依循歐洲歷史的分期，謂法學之從「古代」的羅馬展開，「中古」陷於黑暗時代惟賴義大利註釋法學派復興羅馬法學，「近世」則 16 至 17 世紀先以法國學者為法學先進，17 世紀後半葉起由荷蘭學者執牛耳，至 18 世紀末德意志法學興起，英國憲政制度亦曾輸入歐洲，而止於 19 世紀末 20 世紀初的歐洲的法學內涵。同樣的，就學派之分類，也依照歐洲文明於探求事物之原理，亦即研究方法時，最常見的邏輯學上演繹法、歸納法，而區分成兩種，且指出演繹法學派採先驗性的研究方法，惟「近世學者」多排斥先驗的、趨重於經驗的研究方法。²⁷

如上關於法學概念之闡釋，亦出現於同時期以華文出版的其他法學通論書籍。1907 年出版之織田萬著、劉崇佑譯的華文版法學通論，認為法學即「考究法律原理之學問也。……應用此原理，以施為於凡百事業者，是為法術。」亦依歸納、演繹之研究方法分學派，主張應先從歸納法採其原理，再依演繹推衍之，整體內容與奧田義人十分近似。²⁸ 岡田朝太郎法學通論教科書或講義所述亦與奧田義人、織田萬幾無兩樣，但由於教學上偏重將法學知識運用於實證法，故定義法學為「辨識國法之原理者也」，並舉例：甲乙兩人締結買賣契約，又有丙丁亦締結買賣契約，其效力雖不可知，皆有契約共通之規則，對國法研究此共通性即法學，而「就事實之發見，適用法典之條文」則為法術。²⁹ 惟如上之對

²⁷ 奧田義人認為屬於演繹法者有「宗教法學派」，亦即以神學之原理，明法學之原則，以及「理想法學派」，謂法律現象有自然之原理原則，可在實際的法律現象之外，因人的理想，即哲學上理論，求得該原理原則，而後演繹之，以明法理。屬於歸納法者為「實驗法學派」，主張蒐集實際之法律現象，歸納之，以研究法理；其下分為分析法學法、沿革法學派（今稱「歷史法學派」）、比較法學派。參見張知本、鄒麟書、劉變臣編，《法學通論》，頁4-21；奧田義人著，盧弼、黃炳言譯，《法學通論》，頁64-89。

²⁸ 參見織田萬著、劉崇佑譯，《法學通論》，頁5-16。

²⁹ 參見岡田朝太郎著、張孝移譯，《法學通論》，頁1-3、6；岡田朝太郎講授、汪庚年編輯，《法學彙編（法學通論、憲法、行政法）》，頁1-2、

國法探求共通性，似乎也符合前揭奧田義人所稱「應用其原理於實際者曰術」。梅謙次郎及以其學說為主的胡挹琪所編之書，沒有特別討論「法學」這個概念，但認為法律有屬於學、有屬於術，前者如「研究法律之合於時與地」、「研究從古至今之法律以徵其進步者」、「研究現行法律以資採擇者」，後者如「法律之解釋」、「法律之適用」、「立法之適宜」。然「凡百學術，皆包括學術二者，不止法律為然」，故「辨法律之為學為術，尚非重要問題」。³⁰

總之，法學作為一種學術，應將如鳥之雙翼、車之兩輪的「學」與「術」兩者予以結合。其因而包含了「知（法律）事物之本性原理」以及「應用其原理於（法律）實際」，亦即就**法律本身及其運作**，探求共通的原理。

中國在進入民國時代後，深具學術影響力的《朝陽大學法律科講義》（參見本書第二章第一節二（二）、第四章第四節一（二）），在關於「法學通論」的講義中，承襲上揭日本學者對法學概念所為闡釋，亦認知法學為傳統中國所無、源自歐美的舶來品，並以研究方法之為演繹或歸納區分法學的派別。³¹ 這份講義在**法學的分科**上，偏重以作為研究材料之法律的性質，而分憲法學、行政法學、民法學、刑法學、商法學、民事訴訟法學、刑事訴訟法學、國際公法學、國際私法學，³² 似乎與作為法學研究對象的民國中國法律——中華民國法——已採「六法體系」（憲法、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、行政法）有關。至此已確立「法學」或「法律學」為一個學術領域的名稱，其下的

9-10。

³⁰ 參見梅謙次郎講述，《法學通論》（東京：法政大學，1909），頁40-51；胡挹琪編，《法學通論》，頁43-49。

³¹ 參見夏勤、郁巖合述，王選疏，《朝陽大學法律科講義：法學通論》（北京：朝陽大學，6版，1927），頁135-139、147-152。

³² 參見夏勤、郁巖合述，王選疏，《朝陽大學法律科講義：法學通論》，頁140-146。

分科即前揭憲法學等，此亦為法學教育中的課程名稱（見《朝陽大學法律科講義》於「例言」所列講義的科目），清楚地具象化法學／法律學的內涵。

民國**中國**上述的法學概念及內涵，於 1945 年隨著中華民國法之施行而進入**台灣**，與原本直接承接日本明治時期、堪稱與民國中國同源的台灣日治時期法學**結合**，共同以中華民國法為研究對象。且兩源交融後的**法學知識體系**，自 1949 年之後已告別中國，**獨自**在台灣隨著從威權走向民主的時代脈絡，發展出以華文表述、繼受歐美日中且多元開放的內涵（詳見本書第二章及第三章所述）。

為便於探究台灣從日治時期迄今 120 餘年的法學知識史，於茲須先界定某些與法學相關之名詞的意涵。如上所述，以**法律**作為一種社會規範之屬性或特質，及法律的制訂或解釋適用，乃至所生的社會效應等為對象進行研究，發現具共通性的原理，均為關於**法學**的學問，與此相關的知識即為法學知識。這些法學知識從上述的舶來品到成為在地語言文化的一部分，有其「建構」的歷程。在這個論述脈絡下，本書以「**法學者**」一詞指稱「一群研究法學之人」，³³從法學知識而言，則是建構這些知識的一群人，故可稱「**法學知識建構者**」。法學者——法學知識建構者——所組成的這個群體，一般稱為「法學界」。本書亦將使用「法學者世代」，描述在特定時期、具有共通學術傾向的一群研究法學之人。在群體中的每位法學者，容有各別差異，包括是否被尊稱為「法學家」（參見後述）。

³³ 陳忠五在討論「戰後台灣財產法學說變遷」時，將「學說」定義為：「一群人，針對法律議題所表示的系統性意見總稱。」特別強調應注意形成學說之「人」的面向，並表示：「此所謂『一群人』，指『法律學術社群』，不問其身分為律師、法官、公務員等實務工作者，或其為教授、研究員等教學研究工作者，只要其對法律議題發表意見，即是此一社群成員。」陳忠五，〈戰後台灣財產法學說變遷〉，頁193。本書所稱「法學者」，相當於此處的「法學學術社群」。

法學知識建構者的**學經歷及工作性質**等，可能影響其所建構之知識的內涵，³⁴ 故以下就法學者的職業上身分，以其本業為準，做如下的分類。（1）在學院內以從事學術研究為業的**學者**（legal scholar），另可冠以法學次領域或各學科之名稱，例如基礎法學學者、公法學學者、民法（學）學者、刑法（學）學者等等。（2）以從事**司法上法律適用**為業的**法律專業者**（legal profession，或稱「法律專業人員」、「法律專業社群」），包括在公部門服務的法官、檢察官（兩者合稱司法官），與在私部門服務的律師、公證人、代書／司法書士／地政士、企業內法務專業人員等；³⁵ 若於本業外，在學院內兼任法學教師，可謂兼有學者身分。（3）從事涉及**行政或立法上法律政策及條文的制訂與法律適用**的**政治工作者**（politician），包括行政官員、民意代表／代議士、政治團體內幹部等，亦可能因在學院內兼任法學教師而兼有學者身分。法律的制訂及適用有時被一併視為「法律實務」，而將上述（2）與（3）合稱係從事法律實務的**法律實務工作者**，以相對於在學院內為法學研究的學者。換言之，法學者**不等於**學者，尚有一部分係法律實務工作者。身為法學知識建構者的法學者中，以何種職業身分的人居多、各占多少比例等，可能因時因地而異；

³⁴ 同說，參見陳忠五，〈戰後台灣財產法學說變遷〉，頁193。

³⁵ 台灣於日治時期開始實施公證人制度之後，主要是由地方法院內書記官代理判官執行公證人職務，1927年起才改依日本公證人法制，由民間法律專業人士擔任公證人，但少數地方仍由地方法院內書記官執行公證人職務；戰後施行的中華民國法，原本規定由地方法院內官員擔任公證人，1999年公布新的公證法，自2001年4月23日起施行，在法院公證處之外，同時由民間公證人執行公證人業務。台灣社會所稱代書，在日治時期須通過地方法院就「司法書士」，所辦理之測試其法律專業能力的考試。依曾任司法書士的孫江淮先生所贈這類資格考試的試題內容及擬答，其所要求之民法專業知識的程度，與筆者1970年代末期在台大法律系民法科目期末考所要求者差不多。在日本法制下，討論法律專業者時，應納入司法書士。戰後因中華民國法上沒司法書士制度，政府曾長期對代書從業者具有法律專業能力與否漠不關心，後來視代書為「土地登記專業代理人」，再改稱「地政士」，始要求具備一定的法律專業能力。參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，修訂6版，2020），頁243-245。

通常在「歐陸法系」國家，³⁶以學者為大宗；而「英美法系」國家，³⁷則除了學者，還有許多在法之形成上扮演關鍵角色的法官

³⁶ 台灣學界經常以「大陸法系」一詞，稱呼歐陸法系。若從西方社會來看，「大陸」一詞指的是歐洲大陸，故可直接稱大陸法系；但從台灣或是東亞社會來看，「大陸」所指稱的不一定是歐洲大陸，還可以指美洲大陸、非洲大陸、東亞大陸或中國大陸等等，故「大陸法系」的稱呼不夠精確，宜指明是歐洲大陸，簡稱「歐陸」的法系。此外，從台灣人民的觀點，中國大陸也僅是諸多「大陸」之一，故台灣現行中華民國法制之以「大陸地區」稱呼中國大陸，實出於中國國族主義的想像，不具有全球的視野，還可能跟「大陸法系」一詞中的「大陸」所指的歐陸有所混淆。因此筆者在台大法律系講授法學緒論時（1994-2005），即採用「歐陸法系」的稱呼，其後在出版的書中，亦曾說明如此稱呼的原因，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3註7。

³⁷ 本書有時會省略「法系」意涵而直接稱「英美法」。按「英美法系」即英語世界通稱的the Common Law、the Anglo-American Law，台灣學界也常稱為「普通法系」。其實「common law」一詞強調的是「各地共通的法」，於今在華文譯為「普通法」不是十分精確，且易於和所謂「特別法優先於普通法」原則底下的「普通法」相混淆，但尊重其約定俗成之涵義，在此仍沿襲之。按20世紀初，華文裡的「普通」，有時是表達跟「共通」一樣的意思。例如參見張知本、鄒麟書、劉變臣編，《法學通論》，頁5。更應注意的是，「the Common Law」一詞，固然可表示某一種法系（law family），但亦可表示由法院以「判例法」（case law）方式做成之性質上為法源的法規範體系，以相對於由議會做成的制定法（statute），甚至更狹義地指稱相對於衡平法（Equity）的另一套法規範體系。參見Richard Chisholm and Garth Nettheim, *Understanding Law: An Introduction to Australia's Legal System* (Sydney: Butterworths, 4th ed., 1992), pp. 22-27, 35. 特別是為了避免與作為法源的普通法相混淆，在法系名稱上使用「英美法系」一詞，表示其之施行於英國及屬於其前殖民地之國家特別是美國（但在這些國家內有少數例外，如英國（UK）境內的蘇格蘭、美國聯邦境內的路易斯安那州、加拿大境內的魁北克省）。此與前述的「歐陸法系」同樣是參考施行的地域而為命名，蓋歐陸法系乃施行於歐陸國家及曾受歐陸國家統治過或主動繼承此法系之國家。筆者既然採用「歐陸法系」一詞，自然也稱「英美法系」。於今屬於英美法系的國家，在英、美之外還有其他國家，就像屬於歐陸法系的國家，在歐陸之外還有位於拉丁美洲、東亞者。華語世界中的當今中國法學界，晚近由21位學者合寫一本《英美法原論》，其英文書名為「A Comparative Study of Anglo-American Law」，編者特別對「英美法」一詞，表示「不如其字面所示僅限於英國法和美國法，而是在與大陸法相對的意義上使用，意指英美法系所有國家或地區法律的總體」，另在行文時提及「與歐陸法相比，英美法更重視個人」。高鴻鈞、程漢大主編，《英美法原論（上、下冊）》（北京：北京大學出版社，2013），編者前言，頁2-3。可見今之中國法學界，通常以「英美法」一詞稱英美法系，亦以「大陸法」一詞稱大陸法系，有時也用「歐陸法」一詞代替大陸法。

（參見本書第六章第五節）。

屬於尊稱的「法學家」，無資格考試或執業證書可稽，而是由社會一般人，特別是法學界，對個別的法學者之法學上表現所給予的評價，通常需為法學研究已數十年，甚至待過世之後，方被認為是法學家。之所以聲譽卓著，通常是來自發表具有一定意義的法學論著，反過來說，有法學論著不一定被肯認為法學家。另有「法律人」的稱呼，意指具有「法學專業知識」之人，曾接受過法學教育者即足以稱之，整體可視為「法律人社群」。法律人在職業上可為學者、法律專業者、政治工作者，或從事前述3者以外的行業，但政治工作者未必是法律人。在當今台灣，以法學研究為業的學者，最有機會成為法學家，但非各個有把握。另一方面，不具或兼具學者身分的法律專業者或政治工作者，在某些時代或社會，亦可能以其法學上貢獻而成為法學家。以前面曾提及的人物為例，岡松參太郎、織田萬、岡田朝太郎、梅謙次郎等為學者（偶而出任其他公職），姉齒松平則是具有辯護士經歷的法官，奧田義人和林呈祿均係政治工作者，前者曾擔任行政官僚、議員、國務大臣，後者是政治異議團體重要幹部。前揭這幾位的法學表現，都足以稱為法學家（其法學上表現詳見於後述）。³⁸

³⁸ 織田萬、梅謙次郎在日本是公認的法學家。參見潮見俊隆、利谷信義編，《日本の法学者》（東京：日本評論社，1975），頁73-96、129-147。任教於京都帝國大學的岡松參太郎係著名的民法學者，同時是在台「舊慣法學」的創建者。參見本書第一章第一節二（一）。任教於東京帝國大學的岡田朝太郎是著名刑法學者，亦曾至清末中國講學及參與編纂刑法典。參見本書第四章第四節一（二）。在台灣殖民地法院內擔任判官的姉齒松平，以對日治時期台灣人親屬繼承習慣法為系統性的研究，著稱於世。參見王泰升，〈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〉，頁229-238。報人兼政治反對運動領導者的林呈祿，對日治台灣憲政體制有精闢入裡的研究，亦從台灣人立場申論民商法議題，係「台灣法學」的首倡者。參見王泰升，〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，頁78-97。奧田義人法學博士初為行政官僚，轉任眾議院議員期間，出版了眾多學者所跟隨的法學通論教科書，其後曾任國務大臣、中央大學校長、東京市長。參見本書第五章第一節

另外值得注意的是，當「法學」概念在華文中出現時，可接觸或尚在使用清朝法律之當時日本或中國的法學者，基本上同意帝制時代中國有法律，但**沒有**屬於歐洲文明之稱為「法學」這種學問。前揭 1900 年代張知本等人以華文編譯的法學通論書籍，大體上認為中國的先秦法家刑名論，或對秦漢以降歷朝律令，包括唐朝時傳入日本者，所談之先例典故或解釋當時條文的意思，均非今日之法學，頂多是法術，迨歐洲的學術輸入，日、中兩國始有法學。惟彼等當時處於崇尚進化論的氛圍，不免於談及歐洲古代亦僅有法術、其後才發展出法學之餘，暗示或預設中國應該或必將採取來自歐洲的法學。³⁹

百餘年後的筆者認為，20 世紀初中國之「欠缺」法學，**不等於**其「落伍」，但確實是「有別」於歐美國家。當時的中國不必自卑於並無歐洲文明產物的法學，蓋自古以來中國的風土環境不一定需要、人們也不一定須感興趣於探究紛雜事物所共通的原理原則，若各事物已各安其位、平順運作，也是一種幸福。對於不存在歐洲的法學，可自認有所「不足」，學習以擁有之，或認為這樣的不存在係固有特質，引以為榮但尊重他方，均屬主觀的評斷，但兩者之「**存有差異**」則是**客觀**的事實，亦為西方發展出的科學所欲探究之對象。因此即使將傳統中國解釋刑名律典的學問稱為「律學」，其仍異於源自歐洲的法學。可以說，傳統中國法律是法學的**研究對象**，但傳統中國**並不存在**今之法學。由於筆者認同來自西方的科學觀念，本書將持以探索有多少或怎樣的歐、美、日、中的元素或成分，建構了當今使用**華文**為主的**台灣社會**的法學知識。

一（一）與第六章第一節一；秦郁彥，《日本近現代人物履歷事典》（東京：東京大学出版社，2002），頁128。

³⁹ 參見張知本、鄒麟書、劉變臣編，《法學通論》，頁2-4；奧田義人著，盧弼、黃炳言譯，《法學通論》，頁34-35；織田萬著、劉崇佑譯，《法學通論》，頁6-8；岡田朝太郎講授、汪庚年編輯，《法學彙編（法學通論、憲法、行政法）》，頁11。

二、本書的討論架構及研究方法

作為本書論述對象的法學知識，可從作為知識建構者的**法學者自身**的族群、社會階層、學經歷、乃至性別等等因素，及其所處**外在**的政經社文大環境，探究法學知識的內涵是什麼及其所由來。亦可從作為**法學知識載體**之法學論述的**文本**，解析法學知識的演變歷程。因此本書將分別以之為「上篇」，以及「下篇」的觀察切入點。

在此討論架構下，各個時代及國家的政治經濟社會文化等因素，將**透過**其對於提出法學論述的**法學者**之支配，而影響到**法學知識**的建構，但不宜率然表示政經社文大環境即決定了法學內涵。例如同樣在國民黨威權統治時代、同樣具有本省人族群背景，可能因接受的是軍法學校或台大法律系的法學教育，而擁有不同的法學知識、做出不同的法學論述，其差異來自兩校傳授的法學知識之有別，而非處於不同的政治環境。然而同樣就讀台大法律系，甚至同樣畢業自軍法學校，也可能因不同的族群背景、社會階層、留學國別等，而偏向不同的法學研究態度或法學見解（參見後揭的表 0-1 及相關之說明）。在各種可能性都有的複雜多樣情況下，不可逕自從當時的政治或法律情境，論斷因此產出了什麼樣的法學知識，除非經考察眾多情況後，歸納出特定的敘述，如本書第三章以「威權走向民主下的台灣法學」為標題，即明示政治確實深刻引導了法學知識的建構。與此類似的，縱使存在同樣的法學文本、展現同樣的知識內涵，仍須以各種包括師生、學經歷等情境證據，說明兩者間有內在的知識傳遞關係，而非僅是巧合；就其是否在回應同樣的政經社文大環境，亦須先回到做成該文本之法學者自身個人因素的觀察，不宜直接以大環境因素而遽斷。在此研究取徑下，搜尋法學者個人資料有其必要，卻在強調個人資料保護的當今台灣大為不易，成為本書難以將所觀察的法學者，大幅擴及非服務於台大法律系者的重要關鍵，蓋如後所

述，僅能運用有限的回憶錄或傳記等資料，進行了解或為交叉比對。

此外，不同於前揭奧田義人等書中歐洲人觀點的法學史，本書擬從**台灣人——居住於台灣這塊土地上的人——的視角**，觀察這些源自歐洲的法學知識在台灣社會／共同體的發展史。由於採取以台灣為論述中心的「台灣研究」（Taiwan studies）取徑，故就法學知識的發展歷程，係從台灣的日治時期（1895-1945）開始談起。⁴⁰ 稱「台灣法學者」，係以該法學者曾經定居於台灣為準，包括一直住在台灣本地，以及從日本（內地）或中國（內地）移居台灣者。⁴¹ 非屬前述的台灣法學者，若所研究的對象係台灣

⁴⁰ 晚近陳宛妤亦從日治台灣，開始論述民法學史。黃昭元就「台灣憲法或憲法學說史」，從其表示「二次大戰後應該是台灣憲法史及憲法學說發展史的一個重要分界點」，已意識到該「分界點」之前的日治時期。惟黃昭元指出：《明治憲法》是日本的憲法，非台灣本身的憲法，1949年之前的《中華民國訓政時期約法》和《中華民國憲法》均非台灣的憲法，而是中國憲法。由於「國家可以說是實證憲法的存在條件及規範範圍」，故「台灣憲法史或憲法學說史的研究，無法和台灣何時成為獨立國家的問題分離。更精準地說，真正的台灣憲法史或憲法學說史，應該是（也只能是）從台灣作為獨立國家的時點起算」。參照美國憲法史的作法，日治時期及1945至1949年間的憲法學說，僅是台灣憲法學說史的「史前材料」。參見黃昭元，〈台灣戰後憲法學說史概論——研究方法及架構的初步分析〉，頁131-132。前揭見解置於認識對象係憲法及其學說，確實有意義，不過本書擬觀察者還包括憲法以外的規範及其學說，且《明治憲法》及1949年之前的《中華民國訓政時期約法》和《中華民國憲法》，雖係不以台灣作為其所規範之國家的憲法，但均曾經施行於台灣，故仍將1895年至1949年出現於台灣的憲法學說納入討論。

⁴¹ 在此將日治時期從日本內地遷居台灣的法學者，納入台灣戰前的法學者，包括如姉齒松平（1941年逝世於台北），但1945年二戰結束後尚生存者如中村哲，已返回日本，故戰後即不再是台灣的法學者。吳豪人在其思想史研究中視在台日本人法學者為「他者」，從日治時期台灣人的觀點，也的確是如此。參見吳豪人，〈殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像〉（台北：臺大出版中心，2017），自序，頁xliii。但無論如何，這些在台日本人及其法學論述，曾真實地存在於日治台灣，並某程度影響當時的台灣人。猶記20多年前首度拜訪台銀書庫，閱覽其所典藏的日治時期法律資料時，曾有已退休的台銀老員工告訴我，他曾經聽過一位叫「あねは」的先生講授法律，這位講者正是姉齒松平。於今，從記憶或論述台灣共同體歷史的立場，應納入所有曾存在於台灣的歷史經驗，故對於昔日的「他者」，縱令須以日治時期的情境理解其當時的言

法律，例如岡松參太郎之研究日治時期實證法上「台灣舊慣」，其學說本身可被納入台灣法學史。又，日治時期曾經為法學研究，但戰後不再繼續研究者，如林呈祿、林鳳麟，可認定為「舊的」第一代台灣法學者（參見本書第二章第二節一（三））；或在中國時曾經為法學研究，但移居台灣後不再繼續研究者，如王世杰，亦可從寬認定為（第一代）台灣法學者。此外，許多日治時期住在日本內地的法學者、民國時代中國的法學者（且未移居台灣），並非台灣法學者，但由於曾研究過台灣實證法制上的憲法（《大日本帝國憲法》、《中華民國訓政時期約法》、《中華民國憲法》），其著作仍為台灣法學史研究的材料，如美濃部達吉等日本法學者關於日治台灣的論述、錢端升等民國時代中國法學者關於《中華民國訓政時期約法》的論述。⁴²

況且特定範圍內的日本法學史、抑或中國法學史，可能成為台灣法學史的一部分。如在本書第四章至第六章所言，明治日本的法學者奧田義人、織田萬、岡田朝太郎、梅謙次郎等的法學通論著述，經由許多民國中國的法學者之傳遞，影響及戰後台灣的法學緒論著述。於是這些日本、中國的「非台灣法學者」，亦將出現於旨在探討台灣法學知識發展歷程的本書中。因此若將台灣法學知識史的觀察對象，定位為歷來曾存在於今之台灣這塊土地、影響各時代住在台灣之人的法學知識，則傳入台灣法學界之當今日本、美國的法學者關於台灣（各時期）法律的論述，亦將

行，宜一併置於作為台灣歷史之主體的「台灣人民」的概念內。對於戰後自民國時代中國移入的外省族群，更應如此。就算當年本省、外省族群之間的猜忌乃至對抗意識，確實因族群政治之故而發酵，但現今回顧歷史時，仍一律視為「台灣人民」，認定當時的外省人法學者為台灣第一代法學者。於今更應就日治時期已有所表現、卻被忽略的台灣人法學者，回溯地視為台灣法學者，雖如本書第二章第二節所述，其與日治時期的在台日本人法學者，戰後僅能成為「舊的」第一代法學者。

⁴² 參見王泰升，〈台灣日治時期憲法史初探〉，頁190-205、213-222；錢端升、薩師炯等，《民國政制史》（上海：商務印書館，增訂2版，1946）。

是台灣法學知識史研究的材料，這些法學者於必要時均可納入討論。⁴³

本書在「上篇」，將從**法學者**的組成及其論述內涵，觀察法學知識史的演變。當中的第一章，首先聚焦於日治台灣的法學知識的發展，與筆者過去曾發表的〈殖民現代性法學：日本殖民統治下臺灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉、〈臺灣法學發展史及其省思〉，⁴⁴ 雖然研究材料相似，但已改以**知識史**的角度進行鋪陳。且增添近幾年出版或發表之新的參考文獻，包括吳豪人深化舊作後新推出的《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》，⁴⁵ 晚近有關日治時期台灣人法學者鍾璧輝、林鳳麟之生平及其研究業績的論文，⁴⁶ 以及日本學界關於戰前日本在台灣等殖民地所為舊慣調查、⁴⁷ 步入戰爭時期後法學論述所生變化等議題的研究成果。⁴⁸ 第二章關注於戰後初期台灣法學知識的內涵，並因而須交代清末民國中國的法學史，亦與先前發表的〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉、〈臺灣法學發展史及其省思〉有部分重疊。⁴⁹ 惟一方面已納入關於鍾璧輝、林鳳麟之新的研究

⁴³ 參見黃昭元，〈台灣戰後憲法學說史概論——研究方法及架構的初步分析〉，頁129。

⁴⁴ 王泰升，〈殖民現代性法學：日本殖民統治下臺灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉，《政大法學評論》130（2012年12月），頁199-255；王泰升，〈臺灣法學發展史及其省思〉，頁48-85。

⁴⁵ 參見吳豪人，《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》，頁6。

⁴⁶ 參見曾文亮，〈鍾璧輝的家族想像與跨境〉，發表於中央研究院臺灣史研究所主辦「日本帝國與殖民地：人流與跨境（二）」國際學術研討會，2016年10月21-22日，尚未出版；小野博司，〈滿洲國親屬繼承法と林鳳麟〉，收於瀧口剛編，《近現代東アジアの地域秩序と日本》（大阪：大阪大学出版会，2020），頁207-242。

⁴⁷ 參見中生勝美，《近代日本の人類学史：帝国と植民地の記憶》（東京：風響社，2016），頁43-68。

⁴⁸ 參見小野博司、出口雄一、松本尚子編，《戰時体制と法学者，1931-1952》（東京：国際書院，2016），頁19-20。

⁴⁹ 王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，《臺大法學論叢》40特刊（2011年10月），頁1367-1428，經修改後，曾刊載於台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史 上冊》（台北：元照，2012），頁1-66；王泰升，〈臺灣法學發展史及其省思〉，頁86-140。

成果，另一方面已配合本書論點而調整所述內容。

到了申論從 1949 年年底出現事實上國家起迄今發展的第三章，在論述方法及內容上，已與前揭曾發表的〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉、〈臺灣法學發展史及其省思〉有相當大差異。本書增加不少新的觀察對象，並運用如下所述、從各方取得的參考資料及文獻，闡釋所持論點。在此蒐集了更多有關台灣法學知識之建構的訪談紀錄，彌補以往過於依賴台大法律系師生經驗的缺憾。其包括（1）台灣法學會出版的《台灣法律人的故事》。該書主要以曾擔任台灣法學會理事長者為訪談對象，受訪者中屬於法學教授者包括蔡墩銘、林文雄、李鴻禧、王澤鑑、王仁宏、黃宗樂、許志雄、許宗力、陳慈陽等，不再侷限於台大法律系教師，且專攻的領域相當多元；屬於律師或其他專業人士的受訪者，亦談及彼等在台大、中興（今台北大學）、輔大等校習法過程所接觸的法學知識。⁵⁰ 李鴻禧在該書談及，於 1980 年代的威權統治下，如何以「比較法」為名，實際上意在批判本國法之具有專制獨裁性格，就是一份重要的時代見證。⁵¹（2）司法院出版的《台灣法界耆宿口述歷史》（計 7 輯）。⁵² 受訪者中有馬漢寶等法學教授出任大法官者，故可藉以了解其所專攻領域的法學發展。且受訪的法界菁英畢業自各校，當然會談及在台大、政大、中興等法律系受教育時各校傳授的法學知識內涵。（3）法學機構或法律團體、個別法律人出版的傳記類書籍。例如《國立臺灣大學法律學院院史附錄參考書》、《二十世紀台北律師公會會史》等書所收入的眾多訪談紀錄，⁵³ 董翔飛、王甲乙、楊與齡、城仲模、

⁵⁰ 參見王泰升、曾文亮訪問，《台灣法律人的故事》（台北：台灣法學會，2011），序言，頁1-2。

⁵¹ 參見王泰升、曾文亮訪問，《台灣法律人的故事》，頁87-89。

⁵² 亦即，司法院司法行政廳編，《台灣法界耆宿口述歷史》（台北：司法院，2004-2013），第一輯至第七輯。

⁵³ 國立臺灣大學法律學院編，《國立臺灣大學法律學院院史附錄參考書》，未正式出版，但台大圖書館等機構有收藏；王泰升、曾文亮編

翁岳生等法界人士出版的傳記，⁵⁴亦有關於各時代法學知識之描述。又如《台灣法學會四十年史》，可從法學者會員的學術活動，了解各個時代的法學內涵及學術環境。⁵⁵乃至於（4）為凸顯本書非僅僅以台大法律系或上述曾提及的幾所法律系為觀察對象，而嘗試對全台灣法學相關系所暨研究機構專任教研人員的性別、學歷、學術專長等，進行統計分析。這些統計數據還提示不少有趣的台灣法學史上議題，有待未來再深入探討。

特別值得注意的是，第三章已納入各個法學次領域或各分科的學說史論述，俾能見林又見樹。最重要的參考文獻，當屬台灣法學會台灣法學史編輯委員會編的《戰後台灣法學史》。⁵⁶其作者群包括王泰升、顏厥安、李建良、黃昭元、陳忠五、陳惠馨、許士宦、蔡聖偉、何賴傑、劉連煜、王文宇、黃程貫、王能君。論及整體法學、法理學、憲法學、行政法學、民事財產法學、民事身分法學、民事訴訟法學、刑法學、刑事訴訟法學、公司及證券法學、金融法學、勞動法學等之發展。此外，《臺大法學論叢》的「年度回顧」專欄，刻畫各別法學領域的學說發展軌跡，亦有可供參考之處。不過本書不擬再細究各別法學領域中，重要學說或學理之演變。一方面因所關注的是法學者的個人因素及所處環境，如何影響其建構的法學知識，而非學說內涵的比較甚或評論。另一方面則基於學術分工，該項工作宜由具有各該特定領域專業

撰，《二十世紀台北律師公會會史》（台北：台北律師公會，2005），頁294-365。

⁵⁴ 其出版品如下：董翔飛，《董翔飛大法官回憶錄：細數五十年公務生涯》（台北：國史館，2010）；王甲乙口述、黃錦嵐整理，《我的奮鬥人生：從小工友到最高法院院長》（台北：王甲乙，2011）；楊與齡，《楊與齡大法官回憶錄：六十年司法改革真相》（台北：三民，2018）；城仲模，《城仲模八十歲月筭記》（台北：自版，2019）；翁岳生口述、李建良主筆，《憶往述懷：我的司法人生》（台北：遠流，2021）。

⁵⁵ 參見王泰升、曾文亮，《台灣法學會四十年史》（台北：台灣法學會，2011）。

⁵⁶ 台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史》（台北：元照，2012、2014），上、下冊。

的研究者擔綱，例如兼具歷史關懷及憲法學專業的黃昭元，即曾深入解析台灣的大法官解釋，對於德國「比例原則」的繼受與在地化。⁵⁷ 本書作為知識史之研究，重在**描述法學知識**之內涵，而非辯論哪個學說／法學理論較為妥當，這點對於下篇而言，更是重要，務請留意。

在「下篇：法學論述的流變」，擬另闢新的研究路徑，從**法學文本**來進行歷史敘事，由法學知識的源流及變遷，呈現其既有的內涵和性格，並據以提出在知識建構上應改革的方向。法學作為一個學問的領域，包含眾多約定俗成的次領域或學科名稱，前揭《戰後台灣法學史》所涵蓋的法理學、憲法學、行政法學等等，只不過反映當代較常見的一種分類爾。由於本書如上所述，欲以整個法學知識作為觀察對象，故所選擇的法學論述的文本，以能顧及所有次領域或學科者為佳，最符合此期待者即通常稱為「法學緒論」的著述。筆者剛好過去曾在台大法律系講授「法學緒論」的課程達 11 年，研究台灣法律史的過程中亦發現，關於「法源」等法學基本概念，台灣當今的法學緒論教科書所述，與日本明治時期和中國民國時期稱為「法學通論」的教科書非常相似，構成一條從日本、經中國、到台灣的知識傳遞路線。因此希望能從法學緒論這類教科書的法學文本，窺見當今台灣法學知識，在**空間與時間**上的流轉、演進歷程。

前述個人教學研究經驗不過是研究動機爾，在研究方法上務須廣泛蒐集各國、各時代的相關法學著述文本，進行縝密的分析，方能**描述**出具有普遍性、共通的**法經驗事實**。為此，本書第四章以「戰後台灣法學緒論源自日中的知識系譜」為章名，從台灣、日本、美國等地的圖書館，儘可能搜尋出「戰前日本」、「民國中國」有關「法學通論」的書籍，以及「戰後台灣」有關「法學

⁵⁷ 參見黃昭元，〈大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化〉，《臺大法學論叢》42：2（2013年6月），頁215-258。

緒論」的書籍，再從中選取較具學術影響力者，其詳情待第四章敘述。最終計得「戰前日本」17份著述，其中具有關鍵重要性的5份包含不同出版年或語文（日文或華文）的版本；「民國中國」14份著述，均未收入不同出版年者；「戰後台灣」12份著述，其中具有關鍵重要性的4份包含不同出版年的版本，且1位著述者（林紀東）在「民國中國」處亦有1份著述。以上總共為43份著述，依序分別做成表4-1、4-2、4-3，作為本書下篇從第四章到第六章，進行知識史考察的法學文本，以闡釋法學知識的形成、傳承或演變。須有所說明的是，第四章完成初稿後，曾先以「一條東亞法學傳遞的路徑：從日本、中國的『法學通論』到台灣的『法學緒論』」為單篇論文題目，經翻譯為日文後，發表於日本的法學期刊，⁵⁸ 其後再配合本書的整體文脈及論點修改為現在的內容，且首次在華文世界發表。

如法學緒論之例所示，明治日本所產出的法學知識，不但直接傳入日治台灣，還間接地先傳入民國中國，二次大戰結束後再橫切入台灣，與原本承繼自日治時期者同時存在於戰後台灣。關於戰後台灣的學術內涵，向有**同時**承繼日、中學術資源的「Y理論」，以及**僅僅**承繼民國中國學術資源的「非Y理論」。⁵⁹ 就法學知識而言，部分出於許多法學者自身並無日治經驗，向來較被注意的是強勢的「非Y理論」；而實屬「Y理論」者，則隱而未現，例如日治時期的「舊慣法學」其實持續影響戰後司法界對台

⁵⁸ 王泰升著、坂口一成譯，〈東アジアにおける法学の伝播経路（一）——日本・中国の「法学通論」から台湾の「法学緒論」へ——〉，《阪大法学》69：5（2020年1月），頁1097-1141；王泰升著、坂口一成譯，〈東アジアにおける法学の伝播経路（二）——日本・中国の「法学通論」から台湾の「法学緒論」へ——〉，《阪大法学》69：6（2020年3月），頁1521-1562；王泰升著、坂口一成譯，〈東アジアにおける法学の伝播経路（三・完）——日本・中国の「法学通論」から台湾の「法学緒論」へ——〉，《阪大法学》70：1（2020年5月），頁181-220。

⁵⁹ 參見王汎森，〈總論〉，收於國立政治大學人文中心編，《中華民國百年發展史 學術發展》（台北：國立政治大學、聯經，2011），上冊，頁16。

灣習慣的認知，⁶⁰但在法學界未被明白揭示。然而，從另一角度來看，分辨法學知識之屬於「Y」或「非Y」的意義不大。由於民國中國學術資源本身具濃厚日本色彩，故縱令是「非Y」，其結果亦與「Y」——同時承繼日、中——差不多。且戰後台灣的法學，依然停留在日本法學影響圈之內，只不過1949年年底台灣成為一個事實上國家後，政治上不再受日本、中國支配，等於是在「Y」之下劃一個表示拒絕延續的「X」，改為經由「自主繼受」形式，⁶¹在法制上直接地採用民國時代中國法，亦即中華民國法，作為台灣的本國法，且間接地以他國法為材料做成台灣自國法（參見後述有關「繼受」的討論），逐漸走出日本法學影響圈，並以戰後歐美法學，改造自民國中國植入的法學知識內涵。

接著將以特定的主題印證前揭的說明，在第五章談「法源及成文法概念的知識傳遞與省思」。本章選擇了法學緒論著述，在法之分類、法之淵源、法之成立變更及終止等3項主題，經常提及、但也不時引發理解上困擾的成文法與不成文法概念，觀察其在華文版法學通論／法學緒論著述中的演進歷程。因此就表4-1、4-2、4-3當中，選定貫穿3個世紀、跨越3個國家的作者，包括7份明治日本法學者（含華文譯本及日文版本）、14份民國中國法學者、14份戰後台灣法學者（與民國中國重疊者有3份），所做成的共計32份法學通論／法學緒論著述，解析其如何看待成文法與不成文法概念。且著重於檢視相關的法學知識，有無隨著時間之經過、地域社會之更替，而與時俱進並在地化。這項知識史的分析指出，成文法與不成文法這組概念，在華文法學界因

⁶⁰ 例如日治時期舊慣法學，以現代民法上「收養」觀念，詮釋台灣福佬人的「媳婦仔」，並為日治法院所採取，戰後中華民國法院仍延續這項法律見解。從本書將詳述的法學知識系譜可知，中華民國法與日治台灣法，同樣採用明治日本繼受自西歐的法學概念。參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁310-311。

⁶¹ 參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁173-177。

詞不達意而帶來混亂或誤解；從而主張應予以捨棄，若欲表達「成文法」從字義顯現不出的法源上特定意涵，可在詞彙上改用「制訂法」，意指立法機關制定的法律以及行政機關訂定的命令。

宜先說明的是，第五章將不談及成文法與不成文法概念在歐陸從 20 世紀迄今的情形。由於該主題需掌握以德、法兩國的語文所書寫的歐陸法學原著，已超出筆者的學識能力範圍，故在此設定的討論議題是，姑且不論在法學知識原生地歐陸的發展情況如何，僅聚焦於在華文世界，究竟用什麼樣的詞彙，來表達某些特定概念較為妥當。談及美國法學界逐漸不再視 written law 與 unwritten law 為專有名詞，亦只是當作一例，表示這是可行的方案之一，至於應採取何者，仍應視台灣的華文法學界情境及其需要而定。這點有待如下再為闡釋。

在第五章、尤其是後續的第六章，將明確地從「歷史思維法學」觀點，立基於對台灣過去的法經驗事實的考察，在實踐評價上主張台灣應做怎樣的改革。筆者 2005 年曾表示當今台灣法社會，因有原住民法、中國法、日本法、西方法等多個歷史源頭，而呈現多元性。為說明該「因多源而多元」現象，2010 年提出「從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖」（參見圖 0-1），以詮釋固有的原住民族法律傳統，以及民國時代中國、戰前日本、近代與當代西方等的法律條文、法學理論、和法律實務見解，形塑了台灣人民的法律生活，台灣法社會也曾經反向地影響／形塑了日治時期、中華民國時期台灣的法律條文、法學理論、和法律實務見解。同時以「具有歷史思維的法學」，稱呼將上述法經驗事實，運用於實踐評價時所為的法律規範論證。2019 年曾闡明「歷史思維法學」的具體運作如下：（1）在法制訂，敘述過去的法律生活、實務見解、法學理論，導致現存的法律條文；只要前三者於今已不存在或不妥當，則現存的法律條文應改變。（2）在法適用，敘述過去的法律條文、法學理論，導致現存的

實務見解，或者過去的法律生活，導致現存的實務見解；只要法律條文或法學理論，已因社會或科技條件變遷而於今不存在或所立足的價值觀於今不妥當，或法律生活有同樣於今不存在或不妥當的情形，則現存的**實務見解應改變**。⁶²

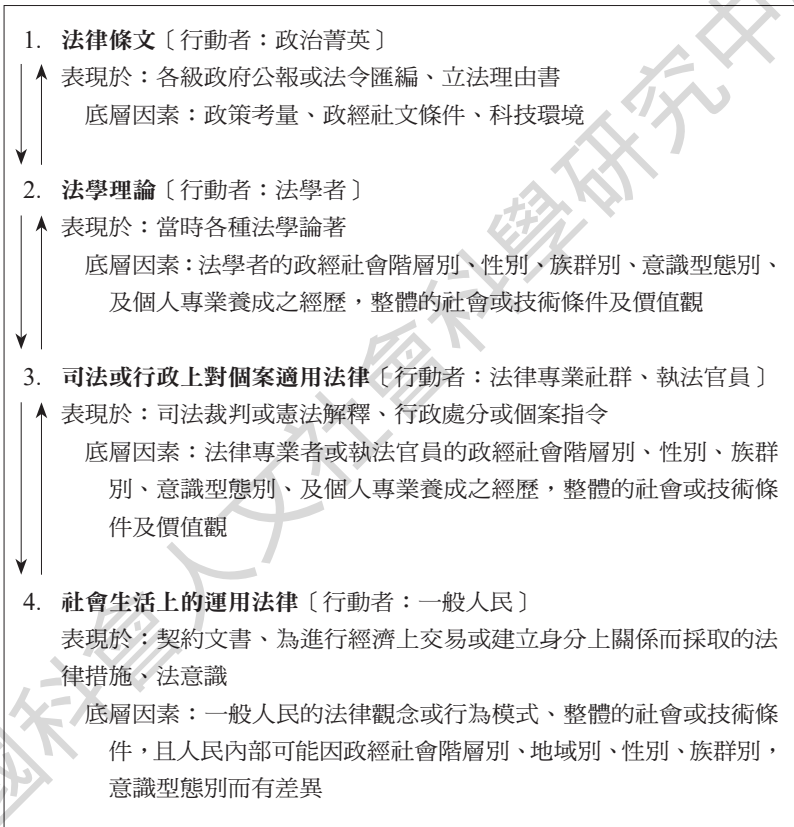


圖 0-1：從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖

資料來源：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〉（台北：自版，元照總經銷，2010），頁 4，但原圖業經部分修改。

⁶² 參見王泰升，〈臺灣法律史的提出及學科化〉，《中研院法學期刊》2019 特刊 1（2019 年 10 月），頁 11-12、18-26。

依歷史思維法學而在實踐評價上應做的改革，非僅限於法制訂或法適用，本書即欲本於法學知識史的**歷史敘事**，主張**應調整**成文法與不成文法概念，以及專供法律人研讀的法學緒論**應納入**哪些知識內涵。可依循前述的論理方式，將本書所觀察與探究的法學知識，放在前揭示意圖中「法學理論」的位置，其與法律條文、法律實務見解、人民法律生活均有互動的關係。圖上的「行動者」，相當於本書所稱「法學知識建構者」，即法學者。這些法學知識就表現於本書第四章表 4-1、表 4-2、表 4-3 所載的法學通論／法學緒論著述上。且關切圖上所稱的「底層因素」，即法學者的政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別、及個人專業養成之經歷，整體的社會或技術條件及價值觀等等，與法學知識之建構的關係。由於本書不為法制訂或法適用的論證，故第四章對於法學緒論的知識內涵、第五章對於法律的分類及法律淵源（法源論）、第六章對於法律的解釋適用（法解釋適用論）及法事實的記載，都僅作法經驗事實的**敘述**，而沒進一步主張應制訂怎樣的法律條文、應做成怎樣的法律解釋適用。亦即無意探究哪一種法源論或法解釋適用論、歐陸法系或英美法系，較為妥當而應採用之。不過基於對過去之法經驗事實的認識，本書提出法制訂或法適用之外、應做的**改變**，亦即第四章之法學緒論應針對需要具備法學專業知識者提供入門的基本知識，第五章之應將成文法改稱「制訂法」且不再使用不成文法概念，以及後述第六章之法學緒論應增添更完整的德式法釋義學、英美法系法解釋適用論以及台灣的法事實，以這 3 項主張**展現**「歷史思維法學」。

為此，第六章延續上一章的研究取徑，敘述從明治日本的法學通論著述以來，經民國中國的中繼，到戰後台灣的法學緒論著述，關於法解釋適用及法事實之知識有怎樣的演變，進而主張應發展出台灣版的法學緒論。首先就與第五章幾乎相同的 30 份法學緒論著述（較之少 2 份明治日本法學者著述）的文本，詳述最

初在華文法學通論著述中，所顯示之以明治日本奧田義人、織田萬為主的法解釋適用論，再就法律解釋適用之必要、法律解釋之種類及類推適用、適用法律之原則等，說明民國中國法學通論在法解釋適用論上，承襲明治日本並有所添加。接著闡釋戰後台灣法學緒論著述，從第一代，到第二、三代的法學者，對於這些法解釋適用論之再承襲與有限的更新，但更新的程度尚不足以回應1980年代興起的德式法釋義學及新學說，故於今有增補之必要。此外，在敘述英美法系有歐陸法系所無之普通法的法律適用方式，其制定法的解釋依判例法為之亦有別於歐陸法系；由於這些英美法系知識為當今台灣法律界所需，故應納入旨在培育法律人——具有法學專業知識之人——的法學緒論課程當中。同樣應予以填補的是，台灣的法學緒論「看不到台灣法事實」，此為戰後數個世代法學者留下的「歷史共業」。最終呼籲法學界應有所行動，以「台灣研究」的知識探求路徑，書寫**台灣版的法學緒論**。

最後的「結論」，將針對整本書所關切的議題，精要地表達在各章闡釋的論點，並連成一氣，呈現一個總圖像，及提出當為的主張。

在法學知識史的研究，不可避免地會述及特定人的法學論述或實際作為。就此將秉持學術討論的基本規範，交代所根據的資料及推理方式，並讓其他人有機會檢視該等見解之合理性。欲再次強調，在此所為的歷史敘事，僅是一種人文社會科學上的**詮釋**，誠然期待能獲得更多學者及一般讀者的支持，但不敢謂其即為真理。本書相較於筆者其他討論台灣法律現代化歷程的論著，有點不太一樣的是，就日治時期的台灣人社會談得很少。此剛好反映作為本書主題的台灣法學知識發展史的實然，亦即從19世紀末現代法學傳入台灣的日治時期開始，福佬、客家與原住民等族群的人，在**建構法學知識**上原先居於相當弱勢的地位，直到1960年代中期台灣第二代法學者出現後才逐漸改觀。至於其緣由是什

麼，則敬請詳閱本書了。

同時欲不厭其煩地再次表明，對於「過去」，理解但不一定贊同的立場。⁶³ 本書希望能聚焦於觀察特定的時空下，為什麼出現某種態樣的法學知識，此與台灣法學界習於為了進行法制訂、法適用的論證，將古今東西曾存在的論點放在同一的平台，評論何者較可採信或應予支持，是相當不一樣的研究態度。「理解過去」是當今從事「轉型正義」，以自由民主憲政秩序觀宣示威權統治之不當及不再，或進行任何法律或法學的「改革」(reform)，亦即再形塑出新秩序或新方向，所需的第一步工作。蓋過去舊秩序或舊方向的「理」之不存在，恰足以正當化於今改變的必要，故務須解答過去的「理」是什麼。體會到法學知識的特定時空性，可讓法學知識建構者——法學者——更謙遜地面對各種知識，更寬容地看待各種主張，但也更堅持地為自己的信念奮戰。此誠為當今自由民主憲政秩序所期待者。

三、這項研究的意義

今天台灣的法學知識，實為整個東亞社會繼受近代西方法律及法學之後的產物，未來能否堅定地走出自己的特色，以因應在地人民的需要，就要看於今天台灣的法學知識建構者，尤其是已成為關鍵性力量所在的學院內學者，如何理解現狀，以及為未來設定怎樣的努力方向？過去決定了現在，但不能決定未來，因為現在所採取的作為，包括對向來之路徑所為的改變，才是決定未來的關鍵。法學史的研究讓我們知悉，過去在特定的政治經濟

⁶³ 2005年筆者即曾在台大法律學院舉辦的公法研討會中，藉由各時代政府檔案或文件的文本分析，理解各時代的憲政文化內涵，並在該論文的結論強調：理解不等於贊同，仍應以今日的價值選擇，批判發生於過去的不公不義，期使同樣的事情不再發生。王泰升，〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，《臺大法學論叢》36：3（2007年9月），頁1、43。

社會文化條件下，基於怎樣的利益或價值的選擇，而生產出什麼樣的法學知識。倘若當下的政治經濟社會文化狀況，或現今應優先的利益或價值，其中之一已經異於往昔，則法學研究的方向及內涵即應有所調整。若身處當今社會環境的法學者，卻以上一個時期的法學上需求作為追尋的目標，恐怕即有儘快改弦易轍之必要。從而法學知識史的研究，是**省思未來法學發展方向**所必須進行的基礎工程。作為一得之愚，筆者根據關於法學知識史的經驗性描述，對法學提出基於特定政策或理念而應興、應革的主張，當屬可受公評之論，讀者當然亦可在前提上就不同意筆者所持的政策或理念。

本書所稱「歐美日中知識的彙整」，讓這項研究有了更多層次的學術意義，不再僅是「台灣研究」，也是「**亞洲之內研究**」（Inter-Asian studies）。美國麻省理工學院全球研究與語言學系教授鄧津華，認為「亞洲之內研究」可走出過去中國研究、日本研究等比較靜態的模式，提供一個關照亞洲之內移動、空間擴張與互動關係的分析架構，來檢視歷史上一直被過去主流論述所邊緣化的聲音，如香港歐亞雙族裔人社群的歷史。按跨越國境、種族、語言等等的人的流動，已在特定地域社會透過人群的相遇、文化交換和各種連結等形成一個網絡，不必執著於以靜態二分的觀點為前提所構築的「混雜」（hybridity）概念，也可超越隱含祖國和接待國或預設一個固著之族群認同的「離散」（diaspora）概念。⁶⁴ 筆者擬借用鄧津華的觀點，但將觀察對象從「人」轉換為「知識」。在此欲探討在亞洲，或特定為東亞地域之內，**跨越國境、種族、語言的法學知識**，亦即國家別從日本到中國再至台灣，學者別從日本人到中國人再至台灣人，語言別從日語到華語，如何在學術討論中向來被邊緣化的**台灣**，形成一個稱為「法學緒

⁶⁴ 參見鄧津華，〈邊疆、邊區與離散：邊緣研究的反思〉，《臺灣史研究》25：4（2018年12月），頁11-14。

論」的知識網絡。雖因知識承載者的多元的歷史經驗即表現於族群背景上，故需以族群別說明法學知識的動向，且使用一般人熟悉的區域或國家名稱：歐、美、日、中，標誌法學知識的來源，但避免過度專注於這些知識的混雜或離散性格，故以「彙整」稱呼其**在地的匯合**。誠如鄧津華在其文章的摘要最後所言，「雖然臺灣一直以來被認為是一個邊陲國家，但從各種批判性的角度來看，卻值得我們認真思考：何者是中心？何者是邊陲？」⁶⁵

若從在亞洲之內繼受西方法而言，亦可謂是「**全球的研究**」（global studies）的一環。台灣法學界論及法律的「繼受」（reception）時，常謂其原本係指德國在近代伊始接受羅馬法的過程。⁶⁶由於日本自19世紀晚期深受德國法學影響，很可能即援引德國學界的法律繼受概念，描述其仿效法國、德國法典而制定本國法的作為，在東亞的韓國、台灣、中國陸續受日本影響而仿效近代歐陸法系的法律，自然跟著使用德國學界的繼受概念。⁶⁷就華文世界，民國時代中國法律界著名的朝陽大學法律科，在20世紀的1910年代已提到，對外國法律的繼受可分為直接繼受與間接繼受。⁶⁸戰後台灣法學界沿用這項稱呼，介紹各種繼受類型，如從立

⁶⁵ 鄧津華，〈邊疆、邊區與離散：邊緣研究的反思〉，頁1。

⁶⁶ 參見戴東雄，〈中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法〉（台北：戴東雄，1981），頁1；吳從周，〈法律漢字譯語與法律繼受〉，收於同作者，〈法理、集中審理與失權〉（台北：元照，2007），頁235。

⁶⁷ 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），頁12-13。

⁶⁸ 直接繼受是指直接採用外國之法律，作為自國之法律。例如13、14世紀德意志之繼受羅馬法，近代南德意志各邦之採用拿破崙法典。1949年起，台灣之繼受中華民國法，恰似前舉德意志繼受羅馬法之例，故可謂為「直接繼受」。間接繼受則指以外國之法律為材料，而制定自國之法律。當自國制定法律之際，或採取外國之體裁，或採取外國法之精神是也。例如法國以羅馬法為材料而制定拿破崙法典，日本曾以隋唐律為模範而制定大寶令、以清律為模範而制定新律綱領。戰後台灣由本國的立法機關（立法院）參酌歐美日本法律的規範理念甚或內涵，而制定本國法律，即屬間接繼受。參見夏勤、郁巖合述，王選疏，〈朝陽大學法律科講義：法學通論〉，頁74。

法繼受到社會繼受、⁶⁹ 理論繼受、(文化背景上) 異質或同質繼受、自願或強迫繼受、全面或部分繼受等等，⁷⁰ 或提出「台灣繼受中華民國法」的論述。⁷¹ 其實在英文世界，亦不乏關於法律繼受的論述。除了以個別國家，如英國法被繼受為從自治殖民地發展成獨立國家之澳大利亞的法律，⁷² 值得注意的是，還以法系或較大的區域為觀察對象，如英美普通法的繼受歐陸法律思想，⁷³ 或反過來歐洲對美國法的繼受。⁷⁴ 此外，國際上或在台灣，都有學者使用與「繼受」不同、但意思接近的其他詞彙，如法律「移植」(transplant)，⁷⁵ 或稱法律「轉移」(transfer)。⁷⁶ 因此無須拘泥於原先從國家概念出發，所關切的被繼受國(繼受母國)與繼受國間之關係，而可著眼於更大範圍的人群法律活動，此即近20年新興的「全球法律史」研究。倡議該項研究的德國法律史學者杜福(Thomas Duve)，特別提及可採「知識史的取徑」(knowledge-historical approach)以展現之。⁷⁷ 本書基本上贊同這項觀點，而擬就「亞洲之內」的東亞，

⁶⁹ 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁13-14。

⁷⁰ 參見吳從周，〈法律漢字譯語與法律繼受〉，頁5-8。

⁷¹ 參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁77-78。

⁷² 參見Richard Chisholm and Garth Nettheim, *Understanding Law: An Introduction to Australia's Legal System*, pp. 14-15.

⁷³ Mathias Reimann ed., *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920* (Berlin: Duncker & Humblot, 1993).

⁷⁴ Wolfgang Wiegand, "The Reception of American Law in Europe," *The American Journal of Comparative Law* 39 (1991), pp. 229-248.

⁷⁵ 例如，Michele Graziadei, "Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions," in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. M. Reimann and R. Zimmermann (Oxford; New York: Oxford University Press, 1st ed., 2006), pp. 441-475; Tay-sheng Wang, "Translation, Codification, and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan," *Washington International Law Journal* 25: 2 (April, 2016), pp. 307-329.

⁷⁶ 例如，日本東京大學、法制史学会主辦，「Transfer of Western Law in East Asia: Toward a Global History of Modern Law」國際學術研討會(東京，2010年10月16日)。

⁷⁷ 參見Thomas Duve, "What is global legal history?," *Comparative Legal History* 8: 2 (2020), pp. 73-115, DOI: 10.1080/2049677X.2020.1830488. 杜福來台訪問時曾贈與筆者其未出版之英文、華文對照的論文集，亦即Thomas Duve, *European, German and Global Legal History: Collected Papers and Chinese*

所形成的**法學知識網絡**進行研究，故副標題為屬於全球法律史關懷的「**歐美日中知識的彙整**」。

在此情形下，台灣法學知識史的論述，在國際學術界將具有「從邊緣發聲」的意義。⁷⁸ 由於本書是從世界看到台灣，恰可透過本書而反向地**從台灣看世界**。在當今的東亞，**日本**與台灣共享其明治維新以降至二次大戰前的法學經驗，**韓國**與台灣共享其自20世紀初被日本併吞後，同在日本帝國統治下的法學經驗，**中國**與台灣共享清末民國中國的法學經驗。於各自分開發展70餘年之後，台灣呈現本書所描繪的現狀，那麼具相似基礎的日本、韓國、中國又形塑出什麼樣的法學知識呢？與台灣有何異同？原因何在？有無相互借鏡之可能與必要呢？在1950年代起東亞各國在其發展歷程，均大量導入美國及歐洲的法學知識。**歐美學界**在引以為豪之餘，或有興趣知道其法學知識有無、又是如何影響東亞以外的非西方國家？但亦可更具反省力地探究這項影響的由來或本質是什麼？是歐美法學知識本身擁有去歷史、去社會脈絡的優越性嗎？就此，晚近台灣對於無批判地繼受歐美法學知識所為的省思，也可供其他輸入歐美法學知識的**亞非國家**參考。希望本書有助於上述議題的討論。

這項從世界史所做的知識史考察，對於台灣更具有重要的實用上意義。台灣的法學者可據以了解其個人，在**全球**學術界所在的位置，進而選擇強項，集中心力研究之。亦可如本書深究的法學緒論之例所示，知悉台灣在學術知識建構過程中欠缺，卻為全球化下當今台灣國家與社會所亟需者，從而群策群力予以增補。

Translations (Taiwan, 2017), 在華文部分其作者的姓名以「托瑪斯·杜福」呈現。

⁷⁸ 台灣在全球的舞台上是一個被邊緣化的地方，特別是過去數十年來在中國崛起之下，台灣研究同樣在學術界被邊緣化。鄧津華，〈邊疆、邊區與離散：邊緣研究的反思〉，頁7。不過展望未來，台灣人民持續發出與人為善、真誠的聲音，終究會為世人所聽見。