

九十六年度教育部補助法律專業科目教學改進計畫

法律史

計畫主持人：王泰升教授

協同主持人：陳昭如助理教授

執行單位：國立台灣大學法律學院

執行期限：96年6月1日至97年1月31日

目錄：

一、 概論 1

在本章中，教學者應致力於提示並呈現予同學，學習法律史之意義所在，以及「法律史」與整體法學、其他法律專業科目之間的密切關連性。

二、 複數法律文明的並存與傳統中國法的主流化 17

本章主要內容聚焦在清治時期以前曾經存在於臺灣的法律文明，分別為原住民法文明，1624年至1662年之間的荷蘭西班牙統治時代，1683年至1895年的鄭氏王國統治時代，而清治時期則為1683年至1985年馬關條約日本對台進行殖民統治為止。

三、 清治台灣的法律體系 27

此時期之法律體系係屬傳統中國法，因而將先對於傳統中國法的思想淵源、核心內涵，進行介紹，以突顯其與近代西方法律概念之差異。接下來，將對於傳統中國法審判依據之不同學說，以及與審判依據息息相關的清治官府組織與案件審理程序，加以說明，作為之後細部講述清治各種法律秩序的架構。

四、 台灣近代法律體系的建立 46

在1895年與1945年雖然有著兩次主權的移轉，以及兩個分屬不同國家的法體制，但其根本都是近代之法體系，因此臺灣社會自1895年即與近代型法體系有了交會，而其中於1945年曾經歷了一次主權的移轉、法體系的斷裂。

五、 憲政體制與人權保障 61

法律史對於憲法的探討是要給同學能對憲法有一個非法釋義學的歷史角度，在進行教學時，除了以若干實際案例作為討論外，也要使同學進一步討論該案例發生之時空背景，以期能與臺灣史有所銜接。

六、 行政組織與管制 81

本章將介紹行政法上的行政組織與行政管制面向，按國家大部分的作用屬於行政，行政旨在處理公共事務，與對於社會生活有所控制與調整，從而實現國家目的。法律史對於行政法史的關注是希冀能在各種行政法議題的爭論，藉由歷史的在地經驗提供另外一種觀看角度的可能。

七、司法制度與法律專業人員 ····· 95

本章將介紹日治時期以來司法制度的形成過程以及其發展，在進行本章內容教學時，必須時常提醒同學的部分是要去留意這套制度對於臺灣社會係屬於非原生的制度，因此在觀察制度如何形塑臺灣人的法律生活，必須提醒著司法制度屬一種「異制」的特色。

八、刑事法規於犯罪懲治 ····· 116

本章主要係欲針對臺灣之近代西方法式的刑事法規與犯罪懲治等情形，加以介紹，故而主要係從首於臺灣引進近代刑事司法之日治時期開始講述，探究其與隨後施行於臺灣，同屬近代刑事法制的國治法之間，所呈現的斷裂與延續性。

九、民商法規與紛爭解決 ····· 133

本章主要介紹臺灣的近代西方式民商法規與紛爭解決制度，故係從日治時期首先於臺灣社會引進近代西方式民商法制度開始，以至國治時期之民商法制。於教學上，除了講授法制沿革變遷之外，建議教學者亦應注意可能關係到日治與國治時期之延續性的法律經驗、文化等法社會面向。

十、台灣法的過去、現在和未來 ····· 149

本章係整個「法律史」課程的結尾，回顧整個台灣法變遷、發展的過程可以發現，從清治時期到日治時期、從日治時期到國治時期，都是一連串對「外來的」西方近代法制之「繼受」、「移植」過程。因此，在「法律史」課程的最後，實有必要省思「法律繼受」的理論及其實踐，對於台灣法律過去歷程與未來可能發展之意義，以及其在東亞場域的區域性脈絡下的關聯意義。

一、概論

1. 教學導引

爲什麼要學習歷史？因爲歷史可以讓人們知道自己以及周遭的環境，爲什麼成爲當下的面貌，主要目的便在於理解現狀，理解現狀，對現狀提出解釋後，再試圖找出所關注的社會爭議的解決之道；而法律的歷史所要關注的則是對於所觀察作一法律社會史的瞭解與觀察，並嘗試改善身處之環境的法律生活。

基於前述，在本章中，教學者應致力於提示並呈現予同學，學習法律史之意義所在，以及「法律史」與整體法學、其他法律專業科目之間的密切關連性。除此之外，亦應著重於歷史認識之複雜性、歷史之多元性。另外，對於「台灣法律史」的研究，鑒於殖民與後殖民經驗的特殊性，以及「殖民」與「近/現代性」的交織和鑲嵌，使得對於「殖民主義」、「後殖民主義」之分析與探討，是研究「台灣法律史」不容忽略的重要面向。因此，本章便特別針對「殖民主義/後殖民主義與法律史」，先概略加以介紹，以作爲同學學習台灣法律史的重要提示。¹

2. 教學綱要

2.1 「歷史」：解釋過去、瞭解現在、思考未來

對歷史的理解可以有三個層次，分別爲「解釋過去」、「瞭解現在」、「思考未來」。

2.1.1 歷史作爲過去（past）

歷史所關注的是當下之前所發生的事件，歷史作爲過去是對於過去事件的紀錄。

2.1.2 歷史作爲現在（present）

歷史作爲現在來理解，因爲所關注的歷史是在當下的人們進行理解關懷後的產物，因此雖然歷史是對過去的紀錄，卻也成爲現在的一部份。

2.1.3 歷史作爲未來（future）

歷史作爲未來，是要藉著對過去歷史的關懷與理解來預測未來的可能性，或預防未來的風險。

2.2 「法律」

法律史的特殊性在於對歷史的觀察是從法律來切入，因而要分析所關注的法律如何存在。

2.2.1 法概念論：何謂法律？

■ 向同學提問：「何謂法律？」；在法概念的釐清中，找到法律史可能的觀察角度。

¹ 關於「殖民主義」及其與「近/現代性」的關係，於第四章將有更詳細的分析探討。

2.2.2 法認識論：

如何認識過去的法律？

教學者得以「二二八事件」的死傷人數統計、「叛亂與匪諜案件」的人數統計，抑或對於「二二八事件」的不同認知（如：發生原因）等爭議，作為實例，說明法律史研究上可能遭遇的法認識論問題。

● 參考資料

| 眾說紛紜的二二八 | | 叛亂與匪諜案件 | |
|---------------------------|-----------------|---------|-------|
| 二二八事件研究報告（賴澤涵） | 18000-28000人 | 1940年代 | 398人 |
| 楊亮功調查報告 | 死190人 傷1761人 | 1950年代 | 9478人 |
| 白崇禧報告書 | 死傷1860人 | 1960年代 | 1844人 |
| 台灣警備司令部 | 3200人 | 1970年代 | 1532人 |
| 被出賣的台灣（George Kerr） | 約兩萬多人 | 1980年代 | 2850人 |
| 苦悶的台灣（王育德） 台灣人四百年史（史明） | 十幾萬人 | 1990年代 | 30人 |

法律證立的歷史型態？—法人類學的課題

法認識論之討論實例：司馬庫斯（Smangus）原住民撿拾檫木事件

● 參考資料

事件簡述²

一、事件脈絡

2005年9月3日，強颱泰利過境後的第二天，司馬庫斯部落族人即自立救濟進行多處塌方聯外道路強修，在泰司大橋往部落方向前行約1公里處，一棵胸徑約60cm的風倒檫木隨土石崩落在路上，在強修的過程中，部落居民將檫木移在路旁。20051014，早上8點，

² 台灣綠黨原住民支黨部，Smangus（司馬庫斯）檫木事件，網址：

<http://www.greenparty.org.tw/division.php?itemid=705>（檢索日期：2008年1月19日）。

部落族人例行性聚集進行部落會議，並分配今日工作，其中三位青年分配要負責搬運「Tgbil（風倒樺木）」，下午在回程路上，碰到了橫山分局局長，在交談後，便離去。又於二號橋，黃少華警員盤問「風倒木」搬動事宜，部落三位族人向黃警員說明：「這是在我們 Smagnus 及整個 Mrqwang 的傳統領域，我們部落的人派我們來載，要載回部落美化雕刻的」，黃警員執意要部落的人下車進行盤檢。而在搬運之前，林務局新竹林管處已派人先行將樹身的部份截成數段載運下山，只留下樹根在現場。2005 年 10 月 14 日晚上協調會議，地點在部落服務中心，參與人員：（部落人員）icyh、batu、yuraw、amin、kawang、sakay、kumay、saka；林務局人員、秀巒派出所所長、森林警察二名，在部落進行的會議結束後，部落兩名青年又被帶置泰崗派出所進行筆錄，從晚上十點～凌晨三點才回到部落。

二、新竹地方法院「簡易庭」階段

2006 九月前，整個事件在「新竹地方法院簡易庭」進行前後共計四次次審理調查偵辦後，檢查官判決為「認定部落三位居民是盜採國有森林產物，宣判罪證確立，「要族人認罪即可結束這整個事件，併科罰金 10,000 元」，代表著國家機器的法院作出這樣的判決結果，我們部落族人雖然失望；但一點都不會感到驚訝，這樣的結果部落族人堅決否認，並要求要上訴，進行「無罪抗辯」。

三、新竹地方法庭「刑事庭」階段

2007 年 2 月 14 日是樺木事件正式出庭日，部落三位居民「Sangas、Kokwang、Amin」，因為樺木事宜，被林務局林新林管處（原告單位），認定三位部落居民違反森林法第 52 條第四款「第五十二條（加重竊取森林主、副產物罪）：竊取森林主、副產物而有左列情形之一者，處六月以上五年以下有期徒刑，併科贓額二倍以上五倍以下罰金。

刑事判決：96 年上訴字第 2092 號判決

「森林法第 52 條第 1 項之加重竊取森林主、副產物罪，係以行為人具有為自己或第三人不法所有之意圖為必要，而所謂「不法所有意圖」，係指欠缺適法權源，仍圖將財產移入自己或第三人實力支配管領下，得為使用、收益或處分之情形而言。本案被告 3 人主觀上應知並無適法權利取走附表所示樺木已如前述，則渠等此部分所辯即令屬實，仍難謂無為自己及第三人不法所有之意圖。且他人土地之出產物，未經所有權人同意，不得擅自據為己有，乃一普遍之法律常識。被告等雖未受高深

之法學教育，但均非智識低下之人，對於此一法規所禁止之事項當有認識，訊之被告等亦均坦言知悉國有林地不能擅自砍伐。且被告等人聲請傳訊之專家證人丙○○亦到庭證稱：根據伊對原住民部落之研究經驗，很多撿拾流木被判刑，這些案件部落都知道，也有討論，再根據伊和部落的人接觸，他們知道即使觸法還是會撿拾，因為這是根據部落法律，他們也知道被林務局查獲會觸法等語，益徵被告等人確實知悉其等竊取樺木之行為係屬觸法，自不得僅以部落會議決議為由免除刑責。」

部落觀點³

部落從 Tayal Gaga 的精神，在對傳統領域內森林產物的使用上是有其正當性的，而且部落三位居民，是經過部落會議決議（經由集體討論與意願），賦予執行搬運「風倒樺木」的工作，在 Tayal Gaga 裡，在上帝、祖靈及族人的觀點裡，我們理宜氣壯勇敢向中華民國的法律制度說「我們沒有犯罪，搬運樺木的行為是部落集體的意識，而不是三個人的行為，我們是遵從 Gaga na Tayal 來面對這樣的事情」。而不懂 Tayal 文化的中華民國法律制度及執行制度的這些成員，以刑事案件來處理，強加這樣的行為是「竊盜罪」。在原告所提的書狀裡，很大部份是他們自行所建構的一套假的事實，根本上是在一個不對等立場上用法律途徑來欺壓原住民族固有的權利（在社群、部落傳統領域利用森林資源產物的集體權力及其使用範疇）。再者，中華民國在 2005 年 1 月正式頒布「原住民族基本法」，裡面的法律條文皆清楚說明了原住民族在其傳統領域內的權利，原告與審判長似乎把基本法置之與外，或是原住民基本法，不是中華民國的法律？

■ 問題討論

請同學藉由上述參考資料討論，（漢人）法官觀點與部落觀點下的不同「法律（規範）」認識，以及其中的可能問題。

2.2.3 法倫理學：法律與道德的歷史關連？

2.2.4 適用法律的三段論法

大前提：確定應適用之法規範

小前提：確認事實

2.3 法釋義學三段論法與「歷史」之概念有何關連？

以下僅係提示教學者一個可能的思考方向。

³台灣綠黨原住民支黨部，Smangus（司馬庫斯）樺木事件，網址：
<http://www.greenparty.org.tw/division.php?itemid=705>（檢索日期：2008 年 1 月 19 日）。

2.3.1 構成要件事實是已發生的歷史事實？

法學的三段論法是在法律案例中找出所應適用的法規及其適用結果的分析，三段論法在確認所要檢驗的事實時，也是一種對過去事件的詮釋與理解，雖然不是一種法律史的分析，但也涉及了「歷史」的確認。

2.3.2 事實認定亦是歷史因果之解釋？

事實認定除了是對於特定狀態的確認外，也是對於歷史因果的解釋（詮釋？），三段論法與歷史具有一定之關連性。

綜合前述之 2.3.1 與 2.3.2，總體而言，從實用的面向來考察，即便是職司解決「當下」問題的法律專業人員（如：律師、法官），在探究一個特定案件的事實時，都不可避免地處理歷史問題。此係因為，當一個事件發生之後，就成為「歷史」了。於此意義上，「過去」，實為當下問題的由來，是要被探求與解釋的對象，而當代法律問題的解答，便不可避免地與過去有著不可分離的關係。

2.3.3 成文法中的「歷史」？

例子：具有歷史價值（憲法第 166 條—國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物）

保存歷史（檔案法、機密檔案管理辦法）

考量歷史（原住民族基本法第 2 條—原住民族地區：係指原住民傳統居住，具有原住民族歷史淵源及文化特色，經中央原住民族主管機關報請行政院核定之地區。）

歷史教育（性別平等教育法第 18 條—學校教材之編寫、審查及選用，應符合性別平等教育原則；教材內容應平衡反應不同性別之歷史貢獻及生活經驗，並呈現多元之性別觀點。）

2.4 習慣與歷史

此部分係著重於說明：制定法（例如：民法）中所謂的「習慣」，其實具有時間的流動性，習慣實來自於歷史、社會，因此，習慣具有時間性、脈絡性，於考量制定法中的「習慣」時，不應忽略其發展過程。

2.4.1 歷史作為習慣

2.4.2 習慣成為制定法（例如：合會）

為何選擇「合會」此習慣來成文化、制定法化？

a. 立法理由

民法第 19 節之 1 合會（第 709 之 1 條至第 709 之 9 條）於民國 88 年增訂，民法 709 之 1 條立法理由即謂：一、本條新增。二、第一項規定合會之意義，將民間習慣明文化，俾資適用。三、「合會金」與「會款」意義應有不同，惟民間習慣上，概以會錢或會款稱之。為澄清觀念，避免混淆，爰於第二項明定合會金之定

義。四、會款之種類，以金錢最為常見，為期周延，爰明定「會款得為金錢或其他代替物」為第三項。

b. 學者見解⁴

鑒於「合會」習慣在民間的普遍性，也因此造成許多紛爭與爭議，基於「社會控制」之目的，「合會」習慣有其成文化、制定法化之必要。

2.4.3 習慣與法律

習慣與習慣法

540 個法律提及習慣

習慣作為法律的內容

- 「法律未規定者，依習慣」
- 「制定法規定依習慣」
- 「犯罪之習慣」
- 「準文書」之認定

2.4.4 活動：「洗門風」

教學者得以近期新聞報導作為素材，思考現今社會中可以看到的历史性以及法律和歷史的相關性，並由此再思考：學習「歷史」、「法律史」的重要性。此處僅係以「洗門風」作為一例。

● 參考資料

洗門風如私刑 陳男一跪天下聞 心情低落

2007-09-12 14:06／龐清廉 新聞來源：中廣新聞網

雲林縣褒忠鄉陳姓男子，因與人通姦在市場長跪四小時〈洗門風〉事件，引發各界討論。雲林地方法院法官林秋火認為，調解案還未完成法定程序就已經執行，明顯是〈先斬後奏〉。罰人跪街如動私刑，也違反善良風俗，為現代法律所不容許。至於引起發討論的陳姓男子，在一跪全國皆知後，心情極為低落，已由家屬陪同外出散心。

〈洗門風〉這種在法律之外，傳統的道德制裁手段，因為雲林褒忠鄉陳姓男子長跪市場四小時，還被要求發送檳榔和香菸事件，成為熱門討論話題。陳姓男子雖然已經完成依調解委員會和解內容約定的懲罰，雙方私下契約生效，但是調解案因尚未完成法院法官核定程序，加上〈罰人市場長跪〉並不符合〈公序良俗·人性尊嚴〉，法官是否會核定這項〈先斬後奏〉的調解案，仍有適法性疑議。雲林地方法院民庭庭長林秋火表示，法治時代不能動用私刑，陳姓男子是否被強迫，有無違反人身自由，善良風俗，都要再瞭解。另外，法官也認為兩造和解條件，未完成法定程序，不文明的作

⁴ 參考：陳聰富，〈合會習慣之成文化〉，全國律師 3：7，頁 93-102（1999）。

為，現代法律並不容許。

罰跪市場洗門風作法，法界傳出適法疑義，但已經履行調解合約的陳姓男子，早已因此事件全國皆知心情低落不已。心理陰影亟待輔導，家屬也陪同陳姓男子外出散心，暫時遠離傷心地。

■ 討論問題

「洗門風」作為一種社會上的「習慣」，其與現今「刑事法」之間，存在何種互動關係？而此種關係，又彰顯出學習「法律史」的何種意義？

2.5 發明傳統之一例：女性得否繼承祭祀公業派下資格？

「祭祀公業土地清理要點」第12條：

祭祀公業派下權之繼承或喪失，依規約定之，無規約或規約為規定者，依民事習慣定之

司法院院字第647號解釋第4項：

家族中之祭祀公產，以男系子孫輪管或分割或分息者，係本於從習慣家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，自不得與男系同論。

司法實務上的認定標準：有拜有保佑？！

最高法院1981年第22次民事庭決議：

祭祀公業之繼承，依從習慣，係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從母姓），向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產（參照司法院院字第六四七號解釋），故民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。

何謂奉祀本家祖先之女子？

未出嫁

已婚但為招贅婚

實際的奉祀行為事實

資格與義務的混淆

當習慣成為法律：祭祀公業條例

已於2007年12月12日制定公佈，然施行日期，尚待行政院定之

總說明：祭祀公業，係以祭祀祖先為目的所設立之獨立財產，淵源於南宋時之「祭田」，乃漢人社會獨特習尚。就維持宗族之意識、發揚崇祖睦親之傳統習慣及土地經濟而言，祭祀公業自有其時代背景並具重要意義與價值。惟今日傳統農業社會結構解體，人際關係疏離，以致派下為爭奪祀產而訴訟不斷，且祭祀公業設立悠久，受日據影響以致宗譜闕如、系統不明、權利主體認定不易。經查目前臺灣地區祭祀公業土地約有六萬四千餘筆，

土地面積逾一萬三千九百公頃，甚多土地資源未能有效利用，部分稅賦無法徵收，允宜正視並妥善解決。

為解決祭祀公業土地問題，內政部及臺灣省政府雖分別訂定「祭祀公業土地清理要點」及「臺灣省祭祀公業土地清理辦法」，作為行政機關清理祭祀公業土地之依據，惟因未具法律位階且祭祀公業錯綜複雜，致清理效果未臻理想。是以祭祀公業之相關事務，必須制定專法予以規範。

為達到延續宗族傳統兼顧土地利用及增進公共利益之目標，配合地籍清理之政策方向，以維持祭祀公業之優良傳統，並解決其原為共同共有關係所生之土地登記、財產處分運用之困難問題。爰擬具「祭祀公業條例」，計六章，共六十條，其要點如下：

- 一、本條例之立法宗旨、各級主管機關及權責爭議之處理方式。（第一條及第二條）
- 二、本條例用詞定義。（第三條）
- 三、本條例施行前已存在之祭祀公業其派下員資格及本條例施行後女子得列為派下員之時間點。（第四條及第五條）
- 四、祭祀公業申報之有關事項。（第六條至第二十條）
- 五、祭祀公業法人登記之規定。（第二十一條至第二十九條）
- 六、祭祀公業法人運作及監督之規定。（第三十條至第四十八條）
- 七、祭祀公業土地處理方式之規定事項。（第四十九條至第五十五條）
- 八、祭祀公業以外名義登記不動產申報登記之準用、祭祀公業申報登記、變更備查等事項異議之處理、運用財產孳息興辦公益及新設立祭祀公業之方式等有關規定事項。（第五十六條至第五十九條）

2.6 歷史/立法（者）原意解釋：作為法律解釋方法之一種

a. 歷史/立法（者）原意解釋之簡述

主觀論的法律解釋方法，以立法（者）原意，作為解釋法律的依據與目標

歷史解釋的功能：

法律規範背後隱含了立法者的價值選擇、政策考量。歷史解釋的功能，即是在闡明立法者意圖達到的意旨，以做為解釋法律的依據。

如何進行歷史解釋？

立法草案、理由書

立法討論紀錄

修正沿革

誰是「立法者」？歷史解釋的支持與反對

贊成

解釋的正確性

立法者自身最爲清楚法律的規範目的爲何，而且可以透過立法資料，探求立法者的意思

法的安定性：

客觀的法律規範意旨可能不一致，難以探求，造成恣意解釋而違反法的安定性

權力分立和民主原則：

法律爲立法者所制定，而司法應受法律的拘束，法官不得恣意解釋而過度擴張司法權

反對

立法者意思難以探求，且可能模糊不一致。

法律在制定後即脫離立法者，具有獨立的客觀意義。

過分拘泥立法者意思，將無法適應社會變遷。

人民信賴者爲法律的客觀文意，而非立法者的主觀意思

法官應追求合理客觀的解釋，而非擔任立法者的傳聲筒

b. 運用歷史解釋之實例：以大法官會議解釋爲觀察

法律上的規定：法律明訂歷史解釋爲應考量之解釋方法

大法官審理案件法第13條：大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法資料。

釋字第75號：

查制憲國民大會，對於國民大會代表不得任官吏，及現任官吏不得當選爲國民大會代表之主張，均未採納，足見制憲當時，並無限制國大代表兼任官吏之意

釋字第585號許宗力大法官不同意見書

輔以歷史解釋，觀察立法者之提案資料與發言，不難知悉係立法者不信任既有檢調機關，才將三一九槍擊事件真相調查這塊特定事務特別切割出來，交由獨立行使職權之真調會行使，且提案立法委員一再聲稱真調會係以美國華倫委員會或獨立檢察官爲參考模型，而兩者都是行政調查權性質；本案言詞辯論時關係機關立法院代表高育仁與陳進興委員，以及立法院之訴訟代理人也一再明白指出真調會不是行使國會調查權的國會從屬機關，立法院只是幫忙籌備，一旦成立，就與立法院一點關係都沒有，凡此，均明白將真調會屬性指向行使刑事偵查權之行政機關。

釋字第617號許玉秀大法官不同意見書

考察現行刑法第二百三十五條的立法沿革、立法及歷次修正理由對於社會風化的意涵毫無著墨，只有在民國七年刑法第二次修正案設立第十六

章妨害風化罪時，在該章修正理由中表示：「原案本章名姦非及重婚罪，本案以其不能包舉各種猥褻行為，例如原案第二百九十二條販賣淫書罪不得名之為姦非及重婚是也，故本案擬改為今名。又原案重婚及有夫姦等罪，不獨有傷風化，且直接妨害婚姻及家庭之制，本案以其所侵犯之法益不同，故擬將各該條改入妨害婚姻及家庭罪」，而另立第十七章，將原案有關重婚部分之條文移入。立法者有關妨害風化這個概念的明示論述也只出現這麼一次，此後歷經數次修法，都沒有關於妨害風化的論述。換言之，立法者沒有表明所認為的社會風化就是以「男女共營生活」所建立的社會風化。

2.7 什麼是法律史？

2.7.1 「法律史」、「法制史」、「法史」

「法律史」如其名稱是研究法律的歷史，除了法律條文、制度之外還要對人民的法律經驗作分析，而「法制史」則是傳統上的定義，較易被認為僅以法制度作為研究對象的制度史，而不涉及人民法律經驗的研究，但這類稱呼上的差別並無對錯可言，若以「法史」為稱呼亦無不可。

2.7.2 Legal history, history of law

2.8 法律史之研究

2.8.1 關於史觀與法律史的多元性

2.8.1.1 人民史觀、台灣史觀、多元族群史觀

人民史觀是指以人民的生活作為歷史的關懷重心；而台灣史觀則指以台灣為歷史敘述的主體，即以由居住於台灣地理空間之上的人民所組成的一個共同體為主體作觀察，在台灣地理空間的歷史發展上存在著不同的政權，以統治者區分則應包括原住民自治時代、荷蘭西班牙統治時代、鄭氏王國統治時代、清朝統治時代、日本統治時代、國民黨統治時代、當代；多元族群史觀，以生活於台灣的多元族群為敘述主體，盡可能展現台灣的多元族群特色。

請同學思考：

若以中國為所關注的地理空間，則法律史的內容會如何展現？

為什麼台灣法律史的研究至 90 年代才開始？政治與歷史的關係是如何？

2.8.1.2 制度史→政治史→生活史、底層史（history-from-below）、草根史

對於歷史的研究，已漸由傳統採取「制度史」之關注觀點，轉而關注制度背後的政治脈絡，更甚者，在當代，更加著重於對基於一般人民觀點的生活史、底層史、草根史之探討。此種史觀的轉向與併陳，於法律史的研究上亦然，從法制史，而後法政治史，更而法社會史、法文化史、法生活史，教學者應提示同學此種史觀轉向與併陳的研究價值及其社會意義。針對此處的說明，教學者亦可與 2.8.3「法律史的研究方法」之講授配合。

2.8.1.3 歷史事實、歷史解釋與歷史評價

- a. 歷史事實、歷史解釋與歷史評價可截然區分嗎？或是不可分割？有無客觀的歷史事實？能否被探知？

b. 解釋 (explanation) vs. 詮釋 (interpretation) ?

依文義觀察，「詮釋」似乎比「解釋」，更帶有「評價」的性質。

「歷史」，並不僅止於事實的發現、整理與堆砌，而係涉及：基於不同歷史觀點（詳見上述 2.8 之部分）、理論關懷之下，認識、耙梳歷史事實，所做成的「歷史解釋」。因此，歷史觀點（史觀），不僅與「歷史評價」有關，也會影響「歷史事實」的篩選、解讀與呈現。因此，「歷史事實」與「歷史評價」，似乎已無法想當然爾地得以區分。更甚者，鑒於「歷史解釋」的史觀立基性，「歷史事實」、「歷史評價」便亦與「歷史解釋」無法二分。⁵

綜上所述，與「歷史評價」息息相關的「詮釋」，和「(歷史)解釋」之間的區辨，似乎更加難以二分。

2.8.2 法律史的單位 (unit of history)

以國別為單位

對於法律史研究的單位，向來似乎僅指涉「英國法律史」、「美國法律史」等「國別」的單位。然而，對於「台灣」法律史而言，若欲以「國別」作為單位，則似乎「國別」此概念與內涵界定本身，即為一爭議。申言之，此牽涉到如何界定國別？具體而論，當考慮到「日治時期」時，「中華民國法制史」即不應等於「台灣法律史」。因此，於「台灣」此例中，以「生活共同體」為單位的法律史研究，似乎更為恰當。

以地域為單位

例如以東亞法律文明作為研究對象，東亞由於具有相似的中原文化背景，在進入近代之前，皆受到傳統中國法影響，若以東亞法律史作為研究有其特殊的意義。

以社會群體 (social group) 為單位

本於法律經驗是承載於人身上，因此法律史的分析單元還可以以特定的人群、特定的「社會群體」（例如：特定種族、族群、性別、階級）為觀察，探討其流動，以及其所擁有的法律文明，例如：得以「1945 年後移入台灣地區之華人」此「社會群體」為對象，探究其法律生活。

2.8.3 法律史的研究方法

a. 法條〔政府〕

↓↑ 表現於：政府公報或法令集、立法理由書及相關草案

底層因素：政策考量及政經社文等條件

↓↑

b. 學說〔法學者〕

↓↑ 表現於：(當時的) 法學論述

⁵ 此處有關「歷史事實」、「歷史評價」與「歷史解釋」之概念分析，係參考：陳昭如，〈台灣法的歷史之旅〉，全國律師 9：3，頁 16-27 (2005)

底層因素：法學者的政經社會階層別、性別、族群別、意識形態別及其專業養成之經歷，和最終形成的當時思潮及價值觀

↓↑

c. 實際個案的法律解釋適用〔法律專業者〕

↓↑ 表現於：司法文書（例如判例集）、行政釋示集

底層因素：司法官、律師或代書等法律專業者的政經社會階層別、性別、族群別、意識形態別，及其專業養成之經歷、和最終形成的當時思潮及價值觀

↓↑

d. 涉及法律的社會生活〔一般人民〕

表現於：契約文書、法社會事實之統計、報紙、口述歷史、日記

底層因素：一般人民的法律觀念或行為模式，且人民內部可能因政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別而異

3. 台灣法律史研究的重要面向：

殖民主義/後殖民主義與法律史

3.1 關於殖民的過去

說明二次世界大戰時不同的殖民主義與現象之背景，以及台灣與之遭逢的歷史（例如：荷蘭統治時期、日本統治時期）。

3.2 殖民是否已成為過去？「後」殖民所指為何？

請同學思考：殖民是否已經不存在於現在的世界以及台灣？若還存在，又有哪些現象可能即係殖民現象或痕跡？

針對近代「後殖民主義、理論或概念」中之「後」的可能意涵，請同學發表意見。可以做一些提示，如：是否意指「時間（序）上的後」？或者指稱「脫離」？或只是與「殖民」區辨的「相反」概念？

3.3 殖民主義與近/現代性

說明近/現代性的意涵。

■ 請同學思考：殖民主義與近/現代性是否有關？又如何相關？以台灣作為例子，有哪些例證？

4. 教學活動—創傷、離散記憶與法律

4.1 影片欣賞

教學者得讓同學欣賞一些與法律以及台灣歷史相關，台灣各不同社會群體的創傷、離散、流離經驗與記憶的影片，藉此呼應與再次提示學習「法律史」之意義與關懷。以下僅試舉幾例。

尋找太平輪（民進黨族群事務部，2005）

影片簡介

2005年，讓沉沒的太平輪出土，《尋找太平輪》紀錄片嘗試撥開黨國敘事的重重迷霧，貼近當事人的私密記憶，讓關於離散的故事能被更多人閱讀。工作小組在台灣、中國和北美尋訪太平輪的當事人、倖存者或家屬，許多逾半世紀未曾謀面的當事人、關係人因為這部紀錄片而重逢、相識，紀錄片拍攝過程本身就是一則驚訝不斷的故事。

往來基隆、上海的太平輪，在1949年前後載運了許多人抵達台灣。這艘船，讓許多人與自己的母土斷裂，這艘船，讓許多人因此成為台灣的「外省人」；也是這艘船，最後終於讓近千條生命葬身大海，來不及成為台灣人，而且永遠逃離了苦難的塵世。至於那些有機會登上基隆碼頭的國共內戰的倖存者們，那些非自願成為「外省人」的人們，太平輪留給他們的除了國破家亡的午夜夢回，還有對故土家園、祖宗廬墓的無盡思念。然則，這是另一則關於唐山過台灣、橫渡黑水溝的故事了。

五十多年的歲月裡，關於太平輪和「外省人」的離散記憶，幾乎像基隆碼頭一樣沉默。我們希望這部紀錄片是台灣社會廣泛談論離散記憶的開始，讓所有深愛台灣的人，因為分享了彼此的記憶而更懂得相互欣賞，也讓太平輪的亡靈和那個時代許多首途台灣而未能登岸的人，因為我們的紀念，而成為台灣人的共同記憶。（楊長鎮）

悲情城市（侯孝賢，2003）

影片簡介

1945年8月，日本投降，台灣重新變成中國的領土。林阿祿一家人開始面對新的命運。……林阿祿有四個兒子，當家大兒子文雄有兩個老婆，經營一家叫「小上海酒家」的酒樓；二兒子文森是個軍醫，戰死在中南半島；三兒子曾被拘禁在中國大陸的「日軍戰俘營」，返台後精神有點失常；他最小的兒子文清由於十多歲時頭部受傷又聾有啞，在外地開了一家小照像館。大哥文雄發現文良走私毒品，立刻命令文良退出這個集團，最後文良雖然出獄但已成為一個廢人。不幸的是，大哥文雄又在這個時候被本地流氓所殺，林家四兄弟一時之間只剩下文清足以當家，文清不得不在大哥出殯之日與年輕護士寬美草草結婚。林阿祿受到這一連串的打擊，似乎更加老邁，他常抱怨四個兒子唯一能讓他依賴的，竟只剩殘廢的文清。

青春祭；白色見證（陳文成博士紀念基金會，2004）

影片簡介

本片分為二個部份，第一部分—「青春祭」，邀請了 50-70 年代的受難者到綠島新生訓導處、國防部綠島感訓監獄拍攝，以歷史遺址為背景，鋪陳白色恐怖的始末，為綠島人權紀念園區參觀的導覽影片。第二部份—「白色見證」，由白色恐怖受難者自述，分為偵訊、刑求、等待、審判、開庭、判決、死亡行進、火燒島、思想改造、患難情誼、歸鄉、無形的煉獄等次主題，係一串連白色恐怖受難者集體記憶的影片。

超級大國民（萬仁，1995）

影片簡介

為探討臺灣 50 年代參與政治讀書會而被判無期徒刑的老人，因當年無意中出賣好友，以致對方遭槍決而下落不明，心中的愧疚與不安而鬱鬱以終的故事。

4.2 二二八相關活動簡介

若法律史課程係於下學期開課，可以配合隨著二二八和平紀念日之到來，政府或民間機構所舉辦的相關紀念活動，做一個簡介，並鼓勵同學踴躍參加。另外，亦可要求同學必須至少參加一個相關活動，撰寫參加心得報告，作為一次評量成績。

4.3 閱讀《流離記憶—無法寄達的家書》⁶

針對外省族群之流離、離散經驗與記憶，教學者得再讓同學閱讀《流離記憶—無法寄達的家書》，且亦得以此本書與前之「尋找太平輪」影片，讓同學相互對照、分析、討論。

本書簡介

五十多年前，在一場中國的內戰中，有一群人隨著國民黨政府渡海來到台灣；當時他們以為這只是另一場內戰，戰爭結束那一天就能回家，可是，命運卻作了別的安排……。他們渡過黑水，航向一個新世界，開啟了一個從未想像過的，個人及家族史的新篇章：幾乎每個外省家庭都有一段糾纏著國族情感、與親友至愛生死離別頓失所依的故事。

為黨國維繫復興神話的國族政治龐然身影，庇護了他們，卻也阻斷了他們歸鄉的期盼，午夜夢迴間，白髮父母倚門而望的身影，讓多少遊子黯然淚流。於是，即使在戒嚴時期，一不小心就可能招致通匪、叛國的罪名，他們仍利用各種方法與遠方失散多年的親人通信。那隔絕的年代裡，「家書」帶來多少的撫慰，也承載了時代的苦難。

一九八七年開放大陸探親至今近二十年，家國的苦難與流離的記憶，仍然隱約挑動外省族群的心情。讓外省族群不同的不是他們的政治立場，而是他們的生命經驗。

⁶ 姜思章等著，《流離記憶—無法寄達的家書》，台北市，印刻，2006。

為鼓勵外省族群藉由家書格式創作並記錄家族史，透過記錄呈現的過程進行社會對話，也讓大家重新認識並理解榮民與外省族群的生命歷程和苦難，進而促進族群間的互相理解與尊重，外省台灣人協會策劃，退輔會、民主基金會與《中國時報·人間副刊》共同主辦了「榮民與外省族群家書徵文暨文物徵集」活動，期待藉由更多人的參與，呈現外省族群原本就多樣複雜的面貌。

本書選刊部分獲獎佳作——呈現這些「家書」寄件人發抒的，因為戰火隔離、政治對立，多年來終究無法「真正回家」的沉鬱心情與親情思念。當事人畢竟是走過來了，且見證了時代；他們的後人則見證他們的生命——在各式信封電郵照片中，在字裡行間，我們看到的是面對命運劇變的無畏勇氣。

4.4 參觀活動：台灣人權景美園區

教學者亦得安排參觀「台灣人權景美園區」之活動。

「台灣人權景美園區」簡介

「台灣人權景美園區」原是戒嚴時期警備總部軍法處看守所所在地，是處理政治犯的「轉運站」，它最早的前身為軍法學校，設立於1957年6月。1967年，軍法學校併入政工幹校，遷離園區。

1968年，政府為配合戰時疏散之需，以及考量看守所之羈押、代監執行之雙重任務，遂將警總軍法處、軍法處看守所，以及國防部軍法局所屬單位及看守所皆遷入此園區：西側為警總軍法處使用，東側為國防部軍法局使用。警總軍法處及國防部軍法局各設有看守所，警總軍法處看守所羈押軍人及一般重犯、包括政治犯，國防部軍法局看守所則羈押軍人。

1970年，國防部軍法局遷至今日台大管理學院原址，但軍法局所屬之法庭及看守所並未搬遷。軍法處看守所東側之後興建了一小型看守所，後改為「軍事情報局看守所」。1985年間，為羈押策劃江南案之軍情局局長汪希苓，另建一棟「汪希苓特區」。

1992年7月31日，警總裁撤，原警總軍法處看守所改為軍管區海岸巡防司令部看守所。1999年，因軍法實施地區制，包括北部地方軍事法院、北部地方軍事法院檢察署、高等軍事法院、高等軍事法院檢察署、最高軍事法院、最高軍事法院檢察署等三院檢單位進駐本園區。海巡部看守所改為國防部北部地方軍事法院檢察署看守所。國防部軍法局看守所則改為「北院檢署」。

4.5 關於創傷與流離的記憶：為什麼要瞭解過去？

4.5.1 創傷：二二八與白色恐怖

透過4.2之二二八相關活動參訪經歷，對於二二八以及白色恐怖相關事件中之「創傷」議題，進行討論。

流離：1949 大遷移

於進行 4.1 之「尋找太平輪」影片觀賞活動後，思考 1949「政府播遷來臺」之兩岸遷移歷史中的「流離」議題，並討論個人、家庭、社會、國家等各不同面向中的「變遷」與「流離」以及如何發生互動。

創傷 v.s.流離

思考「創傷」經歷與「流離」經歷之異同，以及此異同性如何形塑不同族群之歷史經驗，並如何和現今台灣社會之族群議題發生互動。

經歷過去後之當下與未來

- 請同學思考：過去，而非現在？遺忘，或是追憶？原諒，或是追究？

4.5.2 討論問題：關於創傷，法律作了什麼？能做什麼？該做什麼？

被法律撕裂的創傷

羅織入罪？

刑求逼供？

就地槍決？

違反正義的法律（叛亂罪+懲治叛亂條例）？

其他？

5. 進階閱讀建議

5.1 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁 1-15。

5.2 陳昭如，〈台灣法的歷史之旅〉，全國律師 9：3，頁 16-27（2005）

5.3 梁治平，〈法律史的視界、方法與旨趣〉，收於氏著，《在邊緣處思考》（法律出版社，2003）

5.4 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），頁 214-267。

5.5 Eric Hobsbawn 等著，陳思仁等譯，《被發明的傳統》（台北：貓頭鷹，2002），頁 11-26。

5.6 陳昭如，〈有拜有保佑—從最高法院九十二年度台上字第一二八〇號判決論女性的祭祀公業派下資格〉，月旦法學雜誌 115，頁 249-262（2004）

二、複數法律文明並存與傳統中國法主流化

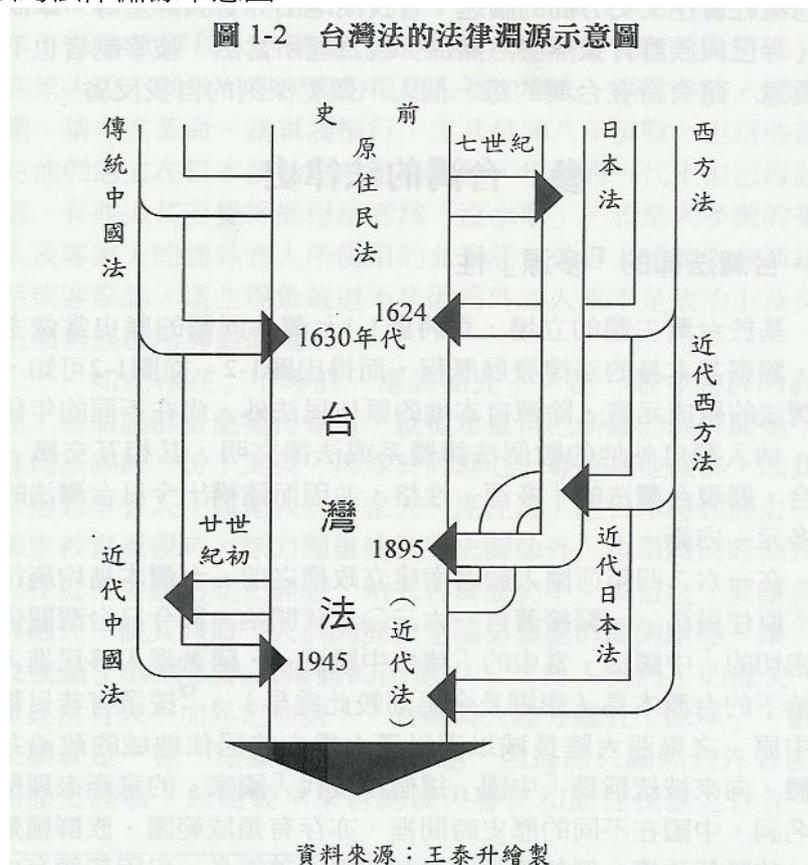
1. 教學導引

本章主要內容聚焦在清治時期以前曾經存在於臺灣的法律文明，分別為原住民法文明，1624年至1662年之間的荷蘭西班牙統治時代，1683年至1895年的鄭氏王國統治時代，而清治時期則為1683年至1895年馬關條約日本對台進行殖民統治為止。清治時期的法律文明將在第三章進行介紹，本章主要則是針對原住民法、荷蘭西班牙統治時期的法制度，以及鄭氏王國進行教學，而此一時期的特色在於臺灣社會處於一個複數法律文明並存的時代，具有多個法律文明的源頭，除了在進行實際內容上的認識之外，也能進一步對於近代法有所反思。

而本章的內容雖然距今較久遠，但其在今日社會仍可看見其影響力，如原住民的固有習慣、法律文明與近代型國家的調和與衝突，此乃此刻甚為迫切之議題，可由本章的內容進而促進以法律史的角度進行此議題之思考。

2. 複數法律文明

2.1 台灣法的法律淵源示意圖



2.2 台灣法律的多源性

台灣法的組成元素，除了源自本地的原住民法外，上在不同的年代裡，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」性格，並因而建構出今日台灣法的「多元」內涵。

⁷ 王泰升，台灣法律史概論，(台北：元照，2004)，頁 10。

3. 原住民族的自治時代

3.1 新港文書

今天台南一帶平埔社群所留傳下來的，西拉雅族與漢人之間的土地租借、買賣與借貸等方面的契約文書，由日本學者村上直次郎在 1933 年編成。從語言形式來看有只有羅馬字拼音書寫的單語文書，也有漢語與羅馬拼音字對照的雙語文書，現存的「番仔契」約有一百四十多件左右，最早為 1683 年，最晚為 1813 年。

平埔族之西拉雅族並沒有自身的書寫文字，所謂的新港文，是荷蘭人透過羅馬字拼音而形成的，新港文的存在意味著研究或認識原住民族史的困境，意即原住民沒有原生的書寫文字，因此往往要透過外族的書寫來認識自身，而新港文書的意義在於此乃當時的西拉雅族透過學習羅馬拼音而進行的契字書寫，對於瞭解平埔族的歷史社會有極大的意義，可惜新港文辨識有其難度，其解讀工作並不容易。

3.2 原住民族的法律內涵

3.2.1 原住民族的一般法觀念

原住民的思想淵源，來自固有文化中強烈的「崇祖」觀念，認為只要是祖先留下來的東西，便具有存在的合理性與正當性。同時也相信靈魂不滅，祖靈或神靈依然與族人共同生活在一起。若違反固有習俗、禁忌等，則祖靈必降災禍，故須探求祖靈的意志，乞求祖靈的冥護。

3.2.2 原住民法的表現形式

口傳法，於部落內透過世代間口口相傳的方式，記錄法規範的內容。

3.2.3 憲政體制⁸

除少數如雅美族之外，各部落設有頭目。頭目的權力因族而異，大多只是較受尊敬而為協調工作，少數如排灣、魯凱族則擁有徵稅的權力。

3.2.4 不法行為的制裁

可分為非財產的制裁與財產的制裁。

3.2.5 親屬繼承事項

平埔族常被指為係「母系社會」。而高山族中，阿美、卑南族亦屬母系社會，而賽夏、布農、鄒族則屬父系氏族社會。

3.2.6 司法運作

大都不採取復仇獲決鬥的紛爭解決方式，而是由頭目居中調解。

● 參考資料

● -----
魯凱族舊好茶部落的司法⁹：

「邱爸爸說，他們部落沒有文字，也沒有形成條文的法律，但是有大家口耳相傳，形成共識的一些規範，犯了錯，會受到族人共同排斥，也會有長輩出來處理糾紛。如果更大的罪，像通姦、竊盜、過失致死，就會遭到隔離。」

「隔離的程序是這樣的，犯錯者會自己或尤其家屬將他送到一處『巴茨格魯』的場所，意思是庇護所，防止被害人動用私刑而設。『巴茨格魯』是由一個世襲

⁸ 今日的歷史學者是處在當下的時空對過去的歷史經驗做出詮釋，亦即以現在的觀念對歷史進行比較與詮釋，此處以及下文所使用的憲政體制，並不指當時被觀察的人們已經有這樣的觀念。觀察者所觀察的法律並不一定存在於被觀察者的社會。

⁹ 2003 年月 9 日台南地方法院地檢署陳鈺銘檢察官撰寫。

的家族所掌控，犯錯者到這裡來，他們負責保護他，然後族裡的長老會到這裡開會，決定是否有錯，該如何處置，如果決定隔離，就會將該犯錯者送到一處隔離的地點，那裡有房子，也有肥沃的良田，族人會他準備到作物收成前的糧食，他必須獨自在那裡一個人生活，不能和族人往來談話，婚喪禧慶等活動也不能參加。」

「舊好茶這種司法可以看到人類生活組織的規範初產生的形式，整體以庇護犯錯者的方式介入個別的恩怨，因為都氏族人，所以在處罰上非常的人性，並不是以報復的方式對待。」

3.3 原住民族傳統規範與現代法的衝突？

以鄒族頭目搶蜂蜜事件為例

事件概略：

2003年2月，鄒族頭目父子汪傳發、汪建光在奔喪途中，於承租林班地、也是鄒族傳統領域上，發現陳姓漢人及其同夥車上疑載有竊自林班地的一桶蜂蜜。因陳姓男子拒絕前往派出所，而頭目父子又急往喪宅，在互留車號且陳姓男子未反對的情況下，頭目父子將蜂蜜留置於自己的車上，計畫待奔喪回來後，再前往頭目父子住家附近派出所報案。但是陳姓男子反咬頭目父子搶奪蜂蜜，頭目父子因此在回家路途中被攔下，並遭以強盜罪嫌移送法辦。嘉義地方法院一審簡易判決有罪，二審維持原判，頭目父子被判有期徒刑六個月、緩刑兩年。

以下節錄法院判決、相關人士於訴訟過程中的話語，以及鄒族人的言論主張，由這之中可看出原住民規範與現代法的矛盾以及現代法的暴力性格。於課堂上可進一步針對這些言論作討論。

● 參考資料¹⁰

▶ 法院判決

第一審

臺灣嘉義地方法院刑事簡易判決 九十二年度簡字第一 六四號

法官 林信旭

「至被告汪傳發及汪建光二人固辯稱，伊二人因誤認被害人車上之該桶蜂蜜，係伊二人向林務局所承租嘉義縣阿里山鄉里佳村大埔事業區第一一七林班地所產之物，伊二人始取走該桶蜂蜜，並打算將該該桶蜂蜜交予派出所處理云云。

惟查：、證人陳駿逸即達邦分駐所警員於檢察官民國九十二年三月十八日偵訊時結稱，案發現場並無蜂箱或無採蜜之痕跡等語。足見，案發現場既無蜂箱或無採蜜之痕跡，則被告二人豈會誤認該桶蜂蜜係採自伊二人向林務局所承租之林班地。、又被告二人所奪取之該桶蜂蜜重達三十五台斤，有贓物認領保管單乙紙

¹⁰ 本次事件《二〇〇三年台灣人權報告》內有詳細的介紹與討論，以下資料整理自該書，詳細請參見林玲君，〈鄒族民族自治之路-阿里山鄒族頭目搶蜂蜜事件法庭抗爭〉，收於台灣人權促進會，吳豪人主編，《二〇〇三年台灣人權報告》，（前衛：台北，2004），頁1-46。

在卷足憑。且一般野生之蜂巢，五個尚採集不到一台斤，然苟是飼養之蜂箱，一箱平均即可採集五台斤之蜂蜜，業據證人陳駿逸於檢察官同日偵訊時結稱在卷。查被告二人既未飼養蜜蜂，則伊二人觀諸該桶蜂蜜之數量，衡情亦應知曉該桶蜂蜜應係自養蜂箱採集所得，而非自蜂巢採集所得（蓋如自蜂巢採集，則既少須採集一百七十五個蜂巢），足證，被告二人所辯，應無足採。、果被告二人有誤認該桶蜂蜜係伊二人所承租林班地所產之物，則伊二人又須打算」將該該桶蜂蜜交予派出所處理？又伊二人打算交予警察機關處理之目的為何？、又自案發地點至嘉義縣阿里山鄉山美村途中（被告二人於事發當日，原預計前去山美村弔祭友人），依伊二人行進之路程先後計須經過達邦分駐所、樂野派出所、石桌檢查站及山美派出所等警察機關，返程時亦同，業據證人陳駿逸於檢察官偵訊時結稱在卷。惟被告二人自九十二年二月十九日下午三時四十分許奪取該桶蜂蜜時起迄同日下午十時四十五分許，自山美村返家途經達邦公路三號橋為警查獲之時，期間長達七時零五分，且先後經過如上所述之四個警察機關，然被告二人均未向警察機關報知該情，益證，被告二人辯稱，伊二人自被害人處取得該桶蜂蜜後，有打算向警察機關報知該情云云，應無足採。」

第二審

臺灣嘉義地方法院刑事判決 九十二年度簡上字第 151 號判決

法官 許兆慶 林坤志 廖政勝

「按國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之，中華民國憲法增修條文第十條第十二項前段固有明文，惟按人民之財產權，應予保障，同法第十五條亦有規定。因此，凡涉及原住民族與非原住民族之權利衝突事項，除法律基於正當理由，另以明文規定對於原住民族特別採取較優勢保護外，尚不能因原住民族係眾所公認之弱勢族群，即允其逸脫一般法律規範，對於他人之財產法益予以侵害。刑法第十六條前段規定，不得因不知法律而免除刑事責任，而搶奪本為文明社會一致處罰之行為，被告汪傳發供稱於日治時期曾就學三年，被告汪建光供稱學歷為高中畢業，且被告汪傳發陳稱其為鄒族頭目，並自許為『質樸木訥、認真盡責、恪遵傳統祭儀禮之男子』，另依公知之鄒族習俗，被告汪建光將來亦有可能繼承其父之頭目職銜，顯見二人均為文明社會之成員，且為該原住民族現在與未來之精神領袖，彼等當認識『不得搶奪』乃放諸四海皆準之道德規範與法律誡命，是本案被告並不存在對於刑法禁止規範不知或認識錯誤之情狀，從而被告汪傳發於警詢時辯稱『我們並沒有想要欺侮任何人，並沒有想要傷害任何人，我們只是在不懂法律的狀況下，很多的行為我們沒有辦法知道我們在做什麼』云云，被告汪建光於警詢時辯稱『在我的觀念裏頭認為這個蜂蜜是從我的林班地裏盜採，在我的觀念裏頭就是占有我本人的權益』云云，自難引為阻卻或減輕罪責之事由。」

訴訟過程司法人員的言語：

都是你們這些人喜歡在山區佔地為王！

--- 製作警訊筆錄警員

你不會講國語嗎？你是哪一族人？

--- 嘉義地檢署檢察官

這部法律拿到玉山也是一樣

--- 嘉義地院二審法官

▶ 鄒族人的聲音

漢人平常又不當我們是一回事！

現場抓到漢人偷我們的竹筍，去報案，警察會說：「證據呢？」，把證據拿到派出所或駐在所，警察又會說：「你怎麼證明這是你的？」

--- 汪建光

開玩笑，野蠻我家的地到哪裡我都可以拿到，沒有被偷採的話就都還有，我又不是沒有，我幹嘛搶你的，整件事就是非常荒謬。

--- 族人梁錦德

中華民國的法律是漢人的法律，這也是事實啊，文化背景、生活習俗，幾乎都是不一樣，一定是要用不同的法制來把不同文化背景生活習俗的族群給他框起來，用一句成語叫做什麼？「削足適履」，那是一件很殘酷的事。

在鄒族的傳統社會架構裡面，頭目長老有絕對的權威去處理發生在他的領域內所有發生的事情，跟漢人最大的不同就是在這裡，因為我們還有保留所有傳統社會架構，還存在，所以我們才堅持我們說我們有絕對的理由。

--- 部落族人

國家的法律一直都是用漢人的標準在制訂，我們原住民的習慣法都一直被抹殺。因為我們阿里山鄒族地區還是一個很原始完整的森林，有許多珍貴的木頭像樟墓、紅豆杉，在正午林管處接管之後都沒有了，這是因為外面一些有頭有臉的山老鼠的盜採，甚至跟一些地方的警察、司法單位結合，對於這種現象政府有沒有拿出方法來反制？這些人都一直在法外逍遙。到底政府的法治在哪裡？規範在哪裡？如何保護玉山、阿里山這樣漂亮的原始森林？保護我們鄒族生命的發源地？我們一直在被抹殺，一點權力也沒有…。

--- 汪念月 特富野頭目

▶ 林玲君（該文作者、前阿里山鄉山美社區發展協會秘書）

「2004年1月12日，由臺灣嘉義地方法院刑事第二庭法官許兆慶、林坤志、廖政勝所組成的合議庭，駁回了阿里山鄒族頭目汪傳發及其子汪建光、辯護律師楊瓊雅所提起的2003年度簡上字第151號關於搶奪案件（即阿里山鄒族頭目蜂蜜事件）的上訴請求，維持一審判決中，汪傳發父子有期徒刑個月，緩刑2年的判決內容，也就是，臺灣的法律宣布阿里山鄒族頭目汪傳發和他的兒子確實一起『』搶了陳登發的蜂蜜，而犯了刑法第325條第1項的搶奪罪。」

「阿里山鄒族頭目蜂蜜事件是台灣原住民自治之路上的一個重要標記，法律判決結果不能也不會扼殺台灣原住民族要求自治的決心。這一事件的發生與發展

過程，反而將存在於漢人政府與社會集體的深層意識中，對原住民族的偏見與刻板印象的表象化。」

「鄒族頭目蜂蜜事件視為一面鏡子更可映照出台灣漢人政府落實『原住民自治』的誠信及『族群平等』立場的虛偽與矛盾。也證實了原住民自治的主權，只能由臺灣原住民族向漢人政府提出主張及要求，並不斷的進行抗爭，才有落實的可能性。」

3.4 討論問題：

■ 請同學思考：「『原住民族基本法』的契機與缺憾為何？」

● 參考資料

原住民族基本法要點（2005）

- 政府應依原住民族意願，保障原住民族之平等地位及自主發展，實行原住民族自治
- 政府承認原住民族土地及自然資源權利。
- 政府應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利。
- 政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。
- 政府為保障原住民族之司法權益，得設置原住民族法院或法庭。

4. 荷蘭西班牙統治時代（1624 年至 1662 年）：

第一個西方殖民政權

4.1 「主權」的取得

荷蘭人於一六二四年登陸大員並築城堡，而後以源自西方的國際法上「無主地先占」理論，主張對台主權。一六三五年以後，更對原住民族武力征服，迫使原住民「村社」簽署條約，將其土地的主權讓與荷蘭國。

4.2 法律內涵

4.2.1 憲政體制

一六〇二年荷蘭國給予東印度公司的特許狀中，將殖民地的行政、立法、司法等權力授與該公司，而台灣乃荷屬東印度殖民地的一部份，東印度公司在此設有「台灣長官」及「大員評議會」共同負責台灣政務，實由台灣長官獨攬大權。荷蘭東印度公司主要的統治對象是原住民族，授權長老負責各村內事務，而針對招募來台開墾的漢人農民則選出頭人管理。

4.2.2 法令內容

移入某些關於土地或農墾的前近代西方法制。

4.2.3 司法運作--- 差別治理

- 於大員設有「法院」（the court of justice），屬於荷蘭人的案件、或者殺傷荷蘭人、反抗政府等重大案件，適用荷蘭法與東印度公司法令。
- 原住民自己的犯罪或紛爭，由長老依其自治法處理，但傳教士或官員有監督權。傳教士試圖「教導」原住民基督教的罪罰觀念。
- 漢人間的紛爭，由頭人依漢人習慣處理。

5. 鄭氏王國統治時代（1661 年至 1683 年）：

第一個外來漢人政權

5.1 統治權的取得

鄭氏王國以幕府為最高組織，一六六一年二月鄭成功與荷蘭國簽訂合約，受讓荷蘭對台的「主權」，但鄭氏統治係基於東方人的文化觀念，並未自立朝廷，以「招討大將軍」、「本藩」、「延平郡王」自稱，但實際上已為島內最高的政治權威，掌控了統治大權。

5.2 法律內涵

5.2.1 憲政體制

鄭氏政權的中央行政組織稱「幕府」，名義上隸屬於南明朝廷，其組織則仿效明朝體制，設吏戶禮兵刑工六官。地方制度則引進了傳統中國的郡縣制，在縣或州下設置坊、里以及原住民族的「社」。

5.2.2 法令內容

鄭氏王國承襲不少荷蘭在台制度，如贖社、贖港、人頭稅等，土地制度則由鄭家接收了荷蘭東印度公司擁有的王田，亦引進了傳統中國法上的開墾規則，另外上有軍隊開墾的「營盤田」。

5.2.3 司法運作

軍事統治，依漢法崇尚嚴刑峻罰，對違法之漢人或原住民，均動輒科以死刑，但原住民族社以自治為主，又島上未受鄭氏王國統治者，則可自主地施行其部落法。

6. 傳統中國法主流化

6.1 清帝國駕臨：傳統中國法獨大的形成

一六八三年鄭氏王國滅亡後，台灣進入了清朝的統治，台灣法律從原先的「多元併存」，走向傳統中國法「一元獨大」，清朝以傳統中國法統治在台漢人以及業已某程度漢化的平埔族，而十八世紀的漢人移民潮，更令傳統中國法律文明深植台灣民間。一六八〇年代至一八一〇年為止。在台漢人達兩百萬之多，漢人移民將原鄉的生活方式，包括法律觀念及行為模式帶至台灣。平埔族不但被稀釋成為少數族群，且漢化程度加劇，於是傳統中國法律文明成為台灣民間的主流價值。

■ 請同學思考：

清帝國駕臨，在一六八三年將台灣「納入版圖」，「版圖」是否意味著今日國家領土？

在當時版圖的界限，相當於「番界」（不斷外擴），界外為「生番地」，禁止人民「私入番境」。可從牡丹社事件看出清朝將台灣的哪些地方納入「版圖」，又哪些地方沒被納入版圖。

舊帝國主義與天朝統治，今日如何看待「納入版圖」？進一步的掠奪？中華帝國（中國）統治的開端？漢人殖民政權？

● 參考資料

a. 1871-1974的牡丹社事件/台灣事件

「該地未服王化，未奉政令，為之生番，中國置之度外，不甚為理」

b. 1874年將「後山」納入版圖，「開山撫番」

c. 台灣是中國想像中的地理概念，納入版圖乃是清帝國的「殖民」擴張

Emma Teng 《Taiwan's Imagined Geography: Chinese Colonial Travel Writing and Pictures, 1683-1895》, Harvard University Asia Center, 2004。

6.2 治理策略：隔離分治與特殊統治

6.2.1 帝國與地方

為防台而治台→1871-74 牡丹社事件→為海防而治台

▶ 特殊統治---

- 派駐於台南的台灣道，可以自行上奏皇帝。
- 台灣道兼按察使，因此大多數案件免去「司」的層級，人命徒罪及軍流案件的人犯，不需押解至福建。
- 禁止台灣人民擁有槍械，並監視在台官兵以避免其據地成王。
- 林爽文事件後，台灣鎮常由滿人出任，且加提督之銜，掛印處理民政，也可請王命旗牌就地處決人犯。
- 為防止文武官共同作弊，每年輪派總督、巡撫、提督等來台巡察。

▶ 隔離統治---

- 渡台禁令：1875 之前，為了防台的目的而採取「內地」與「外島」隔離的統治，嚴禁或嚴格管制漢人渡台（要取得「照單」）。
- 禁止「攜眷」渡台，性別失衡：→有唐山公，無唐山媽；羅漢腳現象。
Ex: 1721 年，中部有一庄有 256 名男性，但僅有 1 名女性。

6.2.2 民番之分

民人

番人：生番（有納糧者為歸化生番）/熟番（編入版籍、納糧、應差）

- 地理上的隔離：禁止漢人進入番地。
- 通婚上的隔離：禁止漢番通婚。
- 治理機構的分治

6.3 傳統中國「法」

6.3.1 如何理解「傳統中國法」？

傳統中國作為前近代型國家其法律體制的認識，不同於今日對於「法」的理解，因此如何理解「傳統中國法」成為探就此一時期的法律史的首要問題。

有論者認為「傳統中國法秩序是由官府制訂法、民間習慣、乃至情理等構成，而均存在於具體個案中做為評價的基準，以求得和諧的社會秩序。」此處提出兩個方向使同學進行思考：

- 普遍性標準：以西方法學的概念體系，作為普遍性的標準，來理解「傳統中國法」。尋找相對應之物、或者欠缺。
- 主體性的追求：超越近代西方法架構的限制，尋找傳統中國的法秩序。

6.3.2 傳統中國法的大傳統與小傳統

大傳統：法律典章制度、統治或仕紳階級的菁英文化與思想

小傳統：一般人民的日常法律文化與活動

多層次的官民秩序

7. 活動與反省

7.1 被建構的歷史知識：以原住民族歷史為例

原住民沒有以文字記載事物的習慣，因此其「法律規範」內容並未背書寫下

來，以致後代的研究者只能依他族的文字記載，以致後代的研究者只能依他族（漢人、歐洲人、日本人）的文字記載，來了解與書寫當時原住民族法律的內涵。其中較詳細的文獻是日治時期出自於日人對於高山族的調查報告，而當時原住民文化也尚未被外族所影響。

而觀察者本身並不生活在被觀察的群體，因此其對於原住民的理解，必定帶有疏離，因此今日觀察歷史上原住民的法律觀念有其知識上的有限性。今日必須以批判的方式看待他族所記載的原住民歷史，留意觀察者的偏見。

而原住民歷史的被建構性也表現在原住民的稱謂上，歷史上從「番→蕃→高砂族→山胞→原住民族」，而就目前族群的界定與分類則從日治時期十九世紀日本人類學家伊能嘉矩創造的分類到今日十三族的存在：「阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族」。

7.1.1 透過「外族」的眼光來觀看的原住民族歷史

- a. 西方外國人：例如荷蘭人所留下的巴達維亞城日記、熱蘭遮城日記、遊記、傳教士日記。
- b. 日本人：首度有系統地對原住民族的法律做了調查，以蕃族慣習調查報告書為代表。
- c. 漢人：清代的方志等史料，戰後的人類學調查（大量仰賴西方外國人與日本人的記載研究）。

7.1.2 外人觀點可能有的問題與原住民族觀點

- a. 差異性的抹滅
- b. 時間性的缺無
數百年如一日
斷裂的存在
- c. 對於「落後他者」的想像
無批判地接受舊有的習慣規範（增田福太郎）？
- d. 祖靈、禁忌與上帝的比較

7.1.3 原住民族觀點的可能性

● 參考資料

王嵩山 汪明輝 浦忠成 臺灣原住民史 鄒族史篇¹¹，以下所引乃王嵩山所撰寫。

臺灣過去歷史之記錄著述，多以承繼中國正統歷史為史觀，亦即以中原漢族為中心、觀察、考證、記錄臺灣歷史，歷史主體為中國——漢人，臺灣史成為中國邊疆史，這意味臺灣島只有到漢人出現時才有歷史，於是連橫之《臺灣通史》起頭便說「臺灣固無史也」，近來史明也只能撰寫《臺灣四百年史》。不僅縮短了時間深度，同時都將非漢人從它們所建構的臺灣及其歷史中排除了，這種歷史就今日處後現代（postmodern）多元社會或後殖民（postcolonial）時代觀之，只能算是「他者」（other）被殖民歷史，而非臺灣的主人。

原住民族史記大的意義在於藉著確認原住民族在台灣及其歷史之主體地位，將臺灣史之時間深度推至遠古時期，並得以平行對照中國大陸漢人歷史進程

¹¹ 王嵩山、汪明輝、浦忠成，臺灣原住民史鄒族史篇（南投：臺灣省文獻委員會，2001），頁 7-8。

下，確認臺灣歷史之獨特性，達到理事的去殖民化 (de-colonialization)。然而即使是臺灣具有獨特歷史之事實，因為臺灣漢人及原住民族內部存在甚大的歧異，各族之社會文化及其居住空間環境不同，因此臺灣歷史不能視為單線均等地進展，不僅漢人與原住民族之歷史經驗不同，各原住民族之間的歷史發展業各異，各有其特殊性及主體性，因而臺灣之歷史無疑是多條多樣且必定相互糾結之歷史面貌，這是撰寫原住民族史首先需要明瞭的背景脈絡。其次，在此脈絡下如何呈現歷史中原住民族主體性，涉及到撰寫者之族群身份以及撰寫使用之文字或語言問題，最理想的情況下為本族人以族語撰寫自己族群之歷史，才能對族人經歷之歷史事件提出主體性描述與詮釋，然而現實上沒有這樣的條件，仍得依賴中文書寫以及從中文為主的歷史文獻紀錄蒐集相關資料，而且這樣的工作對為數甚少且歷史專業不足的原住民學者而言，在缺乏前人撰述或調查經驗累積之引導下，多少得自我摸索從事這先鋒性修史工作，其間之艱難和挑戰自不待言。

鄒族史之編撰由一位長期研究鄒族之人類學者王嵩山及兩位鄒族人汪明輝、浦忠成共同參與，正企圖避免前述之窘境，及一方面凸顯鄒族之歷史主體性，同時藉著三位累積相當時日之鄒族研究經驗以其減緩修史的難度，而不同專業背景儘管存在著彼此對歷史事件或文獻解讀觀點上的可能差異，亦可發揮互補性之分工合作，不論如何不同，這樣的組合已經開展出對鄒族相關史料或事件之對位，式閱讀 (contrapuntal reading) (Said, E. 原著 蔡源林 譯 2001: 137-138) 與撰寫的可能，亦即站在不同於漢人立場對同樣的史料讀出、寫出久被忽略與埋沒的事實真相。

■ 請同學討論前引文採取何種方式來嘗試原住民觀點的可能性，並閱讀該書部分章節，思考以往所認知到的臺灣歷史是屬於何種觀點下的臺灣史。

7.2 法律人類學、法史學、比較法學

在本章中，所針對的是台灣清治時期之前的法律文明，對於這些存在於台灣史上的法律經驗我們可以如何研究？請同學思考是否贊同「過去如同異國」這句話，以及法律人類學、法史學以及比較法學的研究方法有何關連？並討論是否還有其他的方向可以使用來思考對台灣歷史的認識。

8. 進階閱讀建議

8.1 王泰升，《台灣法律史概論》(台北：元照，2004)，頁 19-51。

8.2 台灣人權促進會，吳豪人主編，《二〇〇三年台灣人權報告》，(台北：前衛，2004)，頁 1-195。

8.3 王嵩山、汪明輝、浦忠成，《臺灣原住民史鄒族史篇》(南投：臺灣省文獻委員會，2001)。

8.4 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》(台北：五南，2006)，頁 4-27。

三、清治台灣的法律體系

1. 教學導引

本章係針對台灣於大清帝國統治時期，所呈現出的法律體系進行講述。由於此時期之法律體系係屬傳統中國法，因而將先對於傳統中國法的思想淵源、核心內涵，進行介紹，以突顯其與近代西方法律概念之差異。接下來，將對於傳統中國法審判依據之不同學說，以及與審判依據息息相關的清治官府組織與案件審理程序，加以說明，作為之後細部講述清治各種法律秩序的架構。總體而言，本章將以各種實例，藉由各不同參考資料，對於清治台灣法律體系進行講述，並由此說明當今台灣法律秩序、法律社會文化中，仍舊存在的清治台灣法律因素與內涵；然而，教學者不能忽略且應提示同學的是，從清治時期到現今之間，尚有亦對於台灣現今法社會具有延續性等重要影響之日治時期的存在。

2. 傳統中國法的思想淵源、規範內容與審判依據

2.1 思想淵源

2.1.1 禮與法

「禮」的涵義包括一切社會規範，與封建秩序息息相關，規範及於社會生活的每一層面。「法」則通常等於「刑」，指涉有關犯罪與刑罰之事。在傳統中國周代的封建社會裡，禮與法（刑）是分別適用於兩個不同階層的社會規範，亦即：《禮記》上所謂「禮不下庶人，刑不上大夫」。

儒家的禮治觀則推崇「禮可下庶人」，且其並不排斥「法」，也就是「刑」的制裁功能，只不過認為法（刑）應從屬於禮規範之下。在「憲政思想」上，有以民為立國之本的「民本思想」，但無以民為主人的「民主」思想。禮治係與仁治、人治思想結合，只有統治階層（人）可撤換不適格的管理者。

法家的法治觀則主張「刑可上大夫」，主張建立一君主絕對優越的法政體制，依賞罰統治，法由君生，故亦難脫「人治」色彩。

2.1.2 法律思想的比較

儒家主張由貴族依個案裁決，反對罪刑預先成文化。法家從僅君主擁有裁判權的理念，導引出司法官僚只能依君主頒布的法令來判案。

2.1.3 實踐上的儒法兼採

儒家強調階級服從的思想，尤其是「三綱」：君為臣綱、父為子綱、夫為妻綱，而「君」為至高無上的權威，由皇帝為君父，派赴各地的官吏為「父母官」，此可稱為「君父權統治模式」。「法律」，則作為一種「當為規範」，而當為或不當為的標準在於儒家教義，即：法律儒教化。綜合言之，法家思想視法律為貫徹任何君主命令的工具，而儒家思想則視其為實現官定意識形態（儒教）的工具。

2.2 規範內容—以清律為例

2.2.1 家族主義

2.2.2 差別主義

2.2.3 君權至上

2.2.4 責任本位

上述四個規範內容、原則，可由以下案例¹²進行綜合教學、說明：

「陳汶選令子陳自（康卅）取茶給飲，因茶不熱，傾潑在地，當向斥罵，並取棍向毆，自（康卅）畏懼跑出房外，汶選持棍趕毆，因地上被茶潑濕，滑跌在地，搥傷後腦後殞命，刑部以陳父雖自行跌斃，但陳自（康卅）不俯首就責，畏懼逃跑，以致伊父追趕滑跌身死，實屬違犯教令，照子違犯教令致父自盡例擬絞候。」

同書中另有二例，亦可作為教學案例¹³：

「倪顧氏為倪玉之繼妻，對待前妻之子倪四子極刻薄。倪玉見四子棉袄破爛，欲將自己棉袄給穿，顧氏不許；倪玉欲將四子交妹楊倪氏撫養，並給本營生，顧氏又不許。爭吵相毆。倪玉氣忿莫釋，自縊。有司依妻妾逼夫致死律奏絞決。上諭有云：『婦之於夫，猶臣之於君，子之於父，同列三綱，所關甚重。律載人子違犯教令父母致自盡者皆處以立絞，豈婦人之於夫竟可從輕？令乃逼迫其夫致令自盡，此潑悍之婦上可令其偷生人世乎？』」

「黃長喜罵妻黃李氏不照管飯菜，李氏不服回罵。長喜氣忿拾棍趕毆，絆跌倒地，被地上木桿檐尖戳傷右膀斃命。刑部以『律例內雖無夫趕毆妻自行失跌誤傷身死，其妻作何治罪專條，惟父母趕毆子自行失跌身死之案向俱比照子違犯教令致父母自盡之例擬絞監候，妻之於夫情無二致，自應比照問擬。』」

■ 利用上述三個案例講解完前述四個規範內容、原則之後，請同學思考：官府為何這樣審判？

2.3 依「法」審判？如何審判？

¹² 出自：瞿同祖，中國法律與中國社會（台北市：里仁，1984），頁 40-41。

¹³ 瞿同祖，中國法律與中國社會，頁 140。

2.3.1 審判不以事先明文規定為絕對必要？

在清治傳統中國法規範制度之下，官府於審案上，常可見有所謂「斷罪須引律令」、「新例不溯及既往」等原則必須遵守。然而，於具體個案的判斷上，卻又容許「比附援引」、「權宜辦理」，然而，皇帝同時也會留意到「成例遂成虛設」的情形、或說問題。除此之外，判決之終結，必須仰賴於當事人的「遵依結狀」，但事實上，即使「遵依結狀」後，當事人仍可「上請聽裁」。

得作為例證之具體案例如下：

● 參考資料

《欽定大清會典事例》卷八百五十一—一十一：「嗣後審辦命盜等案。如本例載明，應先行恭請王命正法者。方可於審辦後，一面具奏，一面恭請王命先行正法，或定例雖無先行正法明文，覆其情罪實在重大，不容稍稍顯戮者，亦准該督撫等權宜辦理。」

說明

在某些無官府成文規定之情形下，皇帝容許下屬官僚「權宜辦理」。

● 參考資料

《欽定大清會典事例》卷八百五十一—一十九：「乃軍興以來，因剿辦土匪定有就地正法章程。從此各省相沿，即尋常盜案，亦不待審轉覆覈，蓋行就地懲辦，題奏之件，十無一二。而成例遂成虛設。」

說明

皇帝仍會對於可能使其中央權力被架空的「成例遂成虛設」之情形，非常關心。

● 參考資料

《刑部說帖》¹⁴：「律設大法而體貼人情。居喪嫁娶雖律有明禁，而鄉取小民昧於禮法，違律而為婚者亦往往而有。若必令照律離異，轉致婦女之名節因此而失。故例稱揆於法制似為太重，或名分不甚有礙，聽各衙門臨時斟酌，於曲順人情之中仍不失維持禮法之意。凡屬辦此種案件，原可不拘律文斷令完娶，若夫妻本不和諧，則此種違律為婚，既有離異之條，自無強令完娶之理。所有該司書辦周四居喪娶周氏為妻一案，自依臨時斟酌，於律例並無不合，應請照辦。」

說明

雖然「律」有明文規定，但是「例」可能有另外不同的規定，而官府於具體個案中，可能援用例、而非律。此組「律」、「例」之概念，並不能以近代西方法體系中的「普通法」、「特別法」之概念完全套用或加以理解。原

¹⁴ 此刑部說帖之案例，係轉引自：瞿同祖，中國法律與中國社會，頁 117。

因係為：傳統中國法規範秩序下之「律」與「例」，無法清楚地界定何者為普通法、何者為特別法，一切規範皆係於具體個案中，「臨時斟酌」，此當然不同於近代西方法體系下之普通法與特別法之適用關係。

● 參考資料

《陳盛韶問俗錄》卷六鹿港一一五：「番地例禁典賣，官曷勿禁乎，小民閑窮時，有典賣妻子者，官亦不能禁，況土地。然則就案追還可乎，錢財所係，小民不顧身命爭之，番實得漢人錢，鯨其錢而奪其地，於情不順，勢亦不能，況番子無信，今日公案斷歸，明日私自典賣者有之，惟估其田價，歸於實在，毋使俸剝，准其限年賄還可也，總之以夷治夷，因其俗而撫恤，則安。如必事事執例過求，反致紛紛爭訟，囂然不靖。」

說明

曾任鹿港地方父母官的陳盛韶，建議其後進的地方官，於訟斷時，不宜事事皆依照律例。

■ 討論問題

請同學思考：這是一個什麼樣的規範秩序，可以容許地方官作上述想法與主張？

● 參考資料

《陳盛韶問俗錄》卷六鹿港一一二七六：「蓋臺民無子者，買異姓為子，雖富家大族，亦繼異姓為嗣，謂螟蛉兒，不父其父，謂他人父，不子其子，謂他人子，情意乖離，倫常漸滅，從此而起。惟守令平日三令五申，聽訟時復照異姓不准亂宗例斷之，此風庶可稍回。」

說明

於此「螟蛉兒」事例中，陳盛韶又主張應該照例斷之，而不依當地風俗。將此事例及其中作為地方官的陳盛韶之主張，與前述事例及陳盛韶的不同主張對照，即可看出：此種「不相同處理」，實即傳統中國法規範秩序下的皇帝，所欲地方官做的——即：依個案裁斷。

● 參考資料

<<淡新檔案>>中的「當事人遵依結狀」附卷。

請至臺灣大學圖書館淡新檔案資料庫搜尋相關影像。

網頁：http://www.lib.ntu.edu.tw/CG/resources/Taiwan/taiwan_ds.htm

說明

由此類似今日近代西方法體系下「具結」之「遵依結狀」，係表示：當事人接受官府之裁斷。此種制度，大大不同於現今不需要當事人同意接受的

近代西方式審判制度，前者可能反而比較類似於現今的調解制度。由此案例，可以延伸出接下來所要介紹的，學說上對於清治傳統中國法規範制度之「官府判案」的性質爭議。

2.3.2 依律例裁判論（依法審判）—黃宗智、小口彥太：多有依律例作出判決、法典作為審判的「前提」

一方面，縣官是皇帝的代理人和地方百姓的父母官，他像皇帝一樣，在地方行使著絕對和不可分割的權力。在處理民事糾紛時，他更明顯地可以專斷獨行。另一方面，縣官又處在一個嚴密組織起來的官僚系統的底層，這個官僚體系有著一整套行為則例及報告和審查制度。在司法領域裡，他的行動還進一步受到成文法律的制約，在這法律中既包括原則性的條文，又有實踐性的條例。因此在實踐中，縣官只是個下級官僚，他必須在已確立的制度中循規蹈矩，以免影響自己的仕途。在這種情況下，大多數縣官都選擇按律例來辦案。（黃宗智）

2.3.3 教諭式調解論、行政式的審判—滋賀秀三：情、理、法並重的教諭式調解 無論是懲罰犯罪的程序，還是處理民事糾紛的「聽訟」，都只意味著作為民之父母的皇帝，通過官僚機構而實施的一種社會管理功能，民事糾紛由聽訟這樣一種教諭式的調解來處理，在那裡，地方官以作為官員的威信和行使一定強制力的權限為背景，主要依靠建立在情理基礎上的判斷，如果有相關的法律條文則不妨參考之，來勸導說服當事者以平息糾紛。（滋賀秀三）

2.3.4 主觀的文化論—寺田浩明：無客觀秩序作為「秩序樣本」，著重個案的衡平。 「冤抑-伸冤」的秩序平衡（對比於「權利-裁判」的西方審判結構）

清代的訴狀內容往往在「敘述對方如何地無理、自己如何不當地被欺負的冤抑之情上，耗費大部分的篇幅」，最後請求官府立刻採取「著即究問」等「程序上的措施」。換言之，清代的狀子與近代民事訴訟中的起訴文書不同，並不是根據法律主張自己的權利和請求得到保護的文書。從審判者這一方來看，也不存在明確依據法律作出判斷的制度性要求，而且沒有「判決確定」的觀念。清代的民事訴訟不是兩方當事人各持明確的法或權利主張出現在法庭上，而法官對兩者的主張依照法給予判定那種西洋式的審判。（寺田浩明）

2.4 無獨立的「民事」法典：民事/刑事之別？

2.4.1 民事指戶婚田土等由州縣結案的事項，強調和息與調解，刑事則指必須審轉至較高層級的案件。

2.4.2 滋賀秀三：所有的裁判都存在輕重不同的刑罰可能性，無民刑之別

2.4.3 D.C.Buxbaum：民事指戶婚田土錢債事項

2.4.4 黃宗智、Mark Alle：西方的民刑事概念，無法解釋清代的規範屬性

2.4.5 細事（戶婚田土錢債）/重罪：依照審轉制度區分一

（細事）（自理）州縣自理案件：戶婚田土錢債等不涉及刑名以及笞杖以下的輕罪

（重案）（審轉）徒罪以上：依程度不同，必須審轉至府、道、司、督撫、刑部、皇帝

3. 官府組織及作用

3.1 版圖與「番界」

清朝稱台灣島上的漢人為「民人」，原住民為「番人」，且後者在概念上又依「漢化」程度分為「熟番」和「生番」。列為熟番之實際上基準係：編入版籍、納糧（繳稅）、應差（服勞役）。但熟番可能因為被漢化已深，而被「編籍為民」，使同於民人。

此種熟番被同化、漢化的情形，得以下面潘永安的例子加以佐證、說明：（補充教材 p.31）潘永安族譜小序：「海外渡臺」，然其事實上為熟番，顯示：清治時期，台灣熟番被同化，而不知其真實身份。

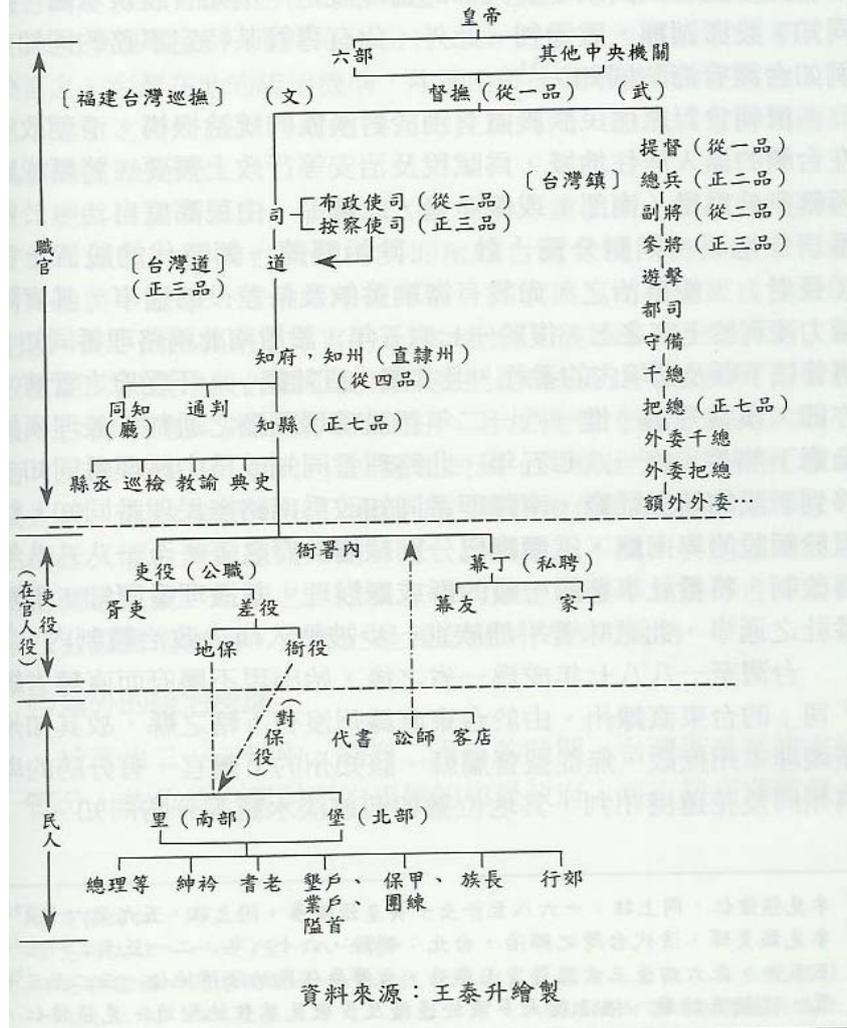
● 參考資料¹⁵

請同學參閱，賴永祥，教會史話，第四輯（台南：人光出版社，1998）以針對潘永安的例子進行討論。

3.2 官府組織架構

¹⁵ 賴永祥，教會史話，第四輯（台南：人光出版社，1998），頁 387-391。

圖4-1 清治時期官府人員及民間協力者示意圖



3.3 行政區域劃分

表 4-1 清治時期行政區域建置沿革表

| | | | |
|-------------------|-------|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 一六八四年 (康熙二十三年) | 隸屬福建省 | 一府三縣 | 台灣府 鳳山縣 台灣縣 諸羅縣 |
| 一七二三年 (雍正元年) | 隸屬福建省 | 一府二理番廳四縣二廳 | 台灣府 澎湖廳 (一七二七年增設) 鳳山縣 台灣縣 諸羅縣 彰化縣 淡水廳 北路理番廳 南路理番廳 (一七六五年增設) |
| 一八一二年 (嘉慶十七年) | 隸屬福建省 | 一府二理番廳四縣三廳 | 台灣府 澎湖廳 鳳山縣 台灣縣 嘉義縣 彰化縣 淡水廳 噶瑪蘭廳 北路理番廳 南路理番廳 |
| 一八七五年 (光緒元年) | 隸屬福建省 | 二府八縣四廳 | 台灣府 卑南廳 澎湖廳 恆春縣 鳳山縣 台灣縣 嘉義縣 埔里社廳 彰化縣 台北府 新竹縣 淡水縣 基隆廳 宜蘭縣 |
| 一八八七年 (光緒十三年) | 台灣省 | 三府一直隸州十一縣四廳 | 台南府 澎湖廳 恆春縣 鳳山縣 安平縣 嘉義縣 台灣府 雲林縣 彰化縣 台灣縣 苗栗縣 台北府 南雅廳 新竹縣 淡水縣 基隆廳 宜蘭縣 (一八九五年增設) |

資料來源：王世慶撰，重修台灣省通志卷七政治志建置沿革篇（台中：台灣省文獻委員會，民國八十年），五三四頁。筆者已略加修改。

■ 請同學思考：你住的地方於不同歷史時期，各隸屬於什麼「行政區」？

得以台大法學院為例—1684年：福建省台灣府諸羅縣

1723年：福建省台灣府淡水廳

1812年：福建省台北府淡水縣

1887年：台灣省台北府淡水縣

3.4 地方政府的組織與職掌

3.4.1 胥吏(書吏):各職官衙門之正式職務,薪水不多,仰賴向當事人收取規費。

3.4.2 貼寫:正規額設的胥吏之外,所增添的、不具職官身分之助手。無正式薪水,完全仰賴向當事人收取規費。

3.4.3 差役:衙門內供職官差遣之用,種類眾多。亦可藉執行政務,向當事人索費——「使用者付費」之「費用」性質。

3.4.4 地保:駐在里堡的差役,與本衙的皂快相連繫,係官府組織的最末端,地

方官的耳目與手足。

3.4.5 幕友：各及主官於衙門編制外，私聘專人來協辦政務。吏役家丁尊稱其為「師爺」。

3.4.6 家丁：主官私自僱用，與其近乎主僕關係。掌握實權。

教學者得以淡新檔案案號 22221 號作為案例，透過其中出現的人物及其於該案過程中的行動，說明清治地方組織之職掌。

3.5 民間的自治與協力者

隨開墾進行，在台灣各地方形成街庄等自治團體，縣或廳政府對其事務，往往放任其自治，然該自治團體領導階層，亦會與縣廳形成某種「政治結盟」關係，而成為官民之間的中介或橋樑。

總理：數街庄成一聯庄，其中紳衿耆老推舉出的領導人。義務職，不給酬但有一定權勢。

董事：總理之下，輔佐總理。

街庄正：街庄本身推舉出者。

另有：紳衿、耆老、墾戶（業戶）、隘首、家族、行郊、保正、甲長、團練。

另外，對民眾協力，但對於官府而言，可能是麻煩製造者的人物—

代書—以代寫訴狀為業

訟師—以私下指導他人進行訴訟為業

客店—以供訟案關係人居住俾候傳為業

3.6 案件審理機制

3.6.1 多層級制（非審級制度）

透過「林家『京控』案」¹⁶，說明「審轉」與「京控」的差別

「1870年（同治9年）3月17日，時值北港媽祖進香的日子不久，林文明—霧峰豪族林家頂厝的領導人、參與平定太平天國等戰役有功而官拜副將—在前往彰化縣衙之後被指稱謀叛，遭『就地正法』於公堂之上。

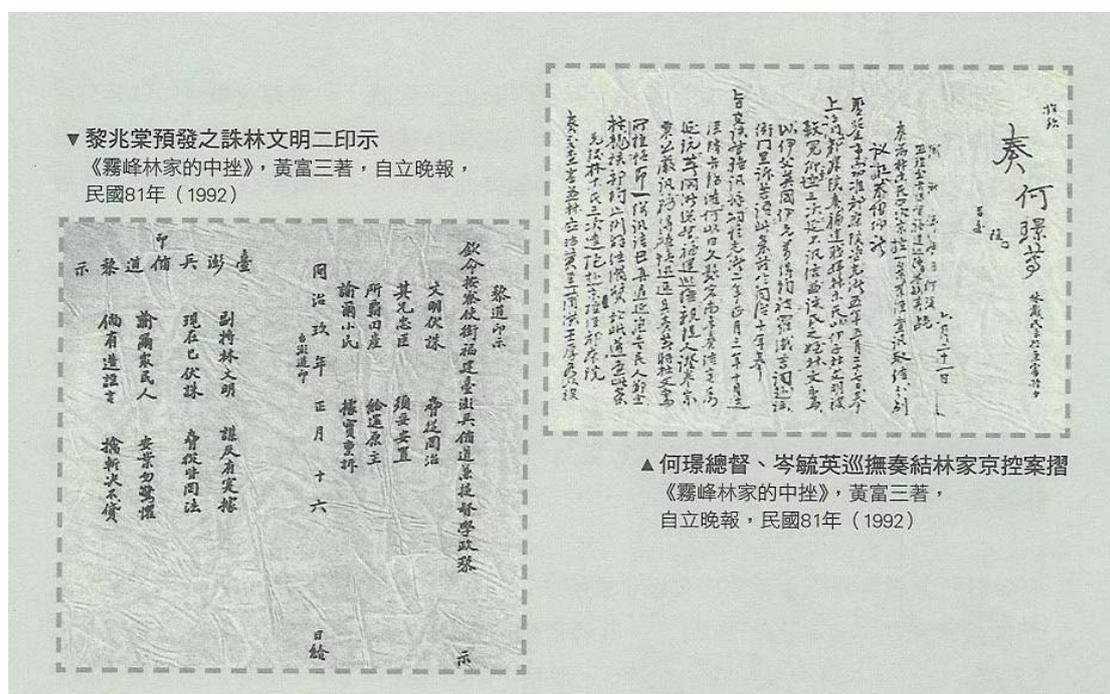
究竟林文明單純是因為與粵籍官員間私人恩怨而遭致陷害，還是因為過度擴張的地方豪強勢力威脅帝國秩序而遭官府藉機整肅，我們無從確知。但之後的發展根據《台灣通史》的描述，當林文明被害的消息傳到霧峰，『莊人大憤，不期而集者數千人，洶洶欲動』。或許意識到此舉無異自取滅亡，一場武裝攻城戰最後並沒有爆發，林家選擇了與以往地方土豪行事作風不同的體制內道路，亦即以林文明之母林戴氏之名，十餘年間提出了四次『京控』，指控台灣鎮道等官員設計謀害，為林文明尋求平反，除去叛亂的家族烙印。

¹⁶ 王泰升、陳韻如，〈林家「京控」案〉，收於王泰升、薛化元、黃世杰編著，《追尋台灣法律的足跡》（臺北市：五南，2006），頁 50-51。

林家雖積極提訴並結交各級官員，其對手亦擁有龐大的政治勢力，結合林家在霧峰的族敵纏訟反控，擴大對林家叛亂的究追，威脅沒收其家產，迫其男丁出面涉訟。此外，如同曾對本案加以報導的『申報』所言，京控之案往往甫至北京，旋即發回省級的總督巡撫，最後又往往經由按察使司交由更下級的官員，即原初承辦的官員辦理。再加上經手官員彼此利害相牽，結果通常是維持原案，奏交了事，能藉此平反者，十無一二。政治氣氛愈發不利、不堪多年纏訟之下的林家，最後與官府達成妥協：京控被全面駁斥，然至少得以其保全家產。

林家生死存續攸關的種種，最後殘存下來的，是流傳於台灣民間『壽至公堂』的故事，反覆刻篆、複製了人們心中那個，潛藏著對於官府的不信與對訴訟的疑懼的法律印記。」

附圖¹⁷：



3.6.1.1 依照是否被處以刑名、以及刑名的輕重，分為四類案件

- 戶婚田土等不涉及刑名的案件（細事），以及笞杖以下的輕罪案件：
細事每個月僅有六天可以遞狀，農忙時期也不收閱（農曆四月至七月）
基層衙門做成最終裁決
- 尋常的徒罪案件：督撫做成最終裁決
- 有關人命徒罪以及軍流案件：皇帝做成最終裁決
- 死罪案件：皇帝做成最終裁決

¹⁷ 此圖轉引自王泰升、陳韻如，〈林家「京控」案〉，收於王泰升、薛化元、黃世杰編著，《追尋台灣法律的足跡》（台北：五南，2006），頁 51。

3.6.1.2 下級衙門對結果越輕的案件，越有裁決空間；反之亦然。上對下有監督關係

3.6.1.3 覆核不正確者、或下級機關審判不正確者，將受處分。

3.6.2 官司的開啓與官府的審理

3.6.2.1 官府的開啓：呈狀

大多數的官司，因人民的呈狀而開啓。

一般人民：呈狀，有字數限制（320 字），且需經帶書蓋戳。狀紙必須向衙門購買，且需付費，並複寫一份。

官員紳衿：呈稟，無字數限制，亦不需蓋戳

抱告：代表具有特定身分的人（老幼、婦女、官員、紳衿、殘疾）遞狀及受訊

狀的種類：期呈、傳呈、輿呈或跪路呈（攔輿喊冤）、催呈、稟、訴等

3.6.2.2 官府的審理

可能命調處、「理處」，亦可能開始調查，之後可能有堂訊。最後審理之結果，可能做成堂諭、或註銷、或無下文，且後二者之比重頗高。

4. 清治時期的田園土地關係與身份關係

4.1 清治時期土地契字：道光契約書

透過一份清道光年間的民間契約書，以及其中的概念分析，可以說明下述各種清治田園土地關係之內涵。

● 參考資料¹⁸

同立賣盡根田契人兄弟葉文欽、文錄、文鐵、文鋤等，有承祖父明買水田貳處。其壹處坐落火燒庄洋，土名榕樹角，大小坵額，不計其數，經丈壹甲壹分七厘半，帶陂水灌溉。東至車路，西至楊家田，南至車路，北至抄封田。年納馬料大租谷五石零肆零柒伍。又壹處坐落土名火燒庄圳洋，經丈壹甲，年納馬料大租谷肆石貳斗玖升，帶大陂水灌溉。東至自己田，西至蔡家田，南至圳，北至圳。兩處界址俱各界線明白。今因乏銀費用，兄弟願將此兩處之田出賣，先盡問房親不能承受外，托中引就與何義記出首承買，同中議定時價銀柒佰伍拾大員正。其銀即日同中收訖，將田隨踏付銀主掌管起耕，易佃收租納課，永為己業。自此一賣終休，日後兄弟及子孫不敢異言滋端，亦無找洗之理。保此田係欽等兄弟承祖父物業，與別房親無干，亦無重張典掛他人財物，及拖欠官租來歷不明等情。如有此情，欽等兄弟抵當，不干買主之事。此係二比甘愿，各無抑勒。今欲有憑，同立賣盡根田契一紙，併帶上手印契貳紙，共參紙，付執為炤。

¹⁸王泰升，〈台灣民事財產法文化的變遷——以不動產買賣為例〉，台大法學論叢，第 33 卷第 2 期，頁 4（2004）。

即日同中收過契內銀柒佰伍拾員，完足再炤。

為中人 王田 何朝桂

在場知見 媽親鐘氏

同立賣盡根契人 葉文欽、文錄、文鐵、文鋤

- 4.1.1 「永為己業」、「大租谷」：業主與大小租關係
- 4.1.2 「重張典掛」：雙重買賣
- 4.1.3 「賣盡根田」：絕賣、活賣
- 4.1.4 「四至」：如何特定買賣標的物
- 4.1.5 請同學思考：契字只有為中人與出賣人簽名，為何找不到買受人的名字？
- 4.1.6 民間習慣的頑強性

透過一紙 1960 年的租地造屋契約書¹⁹，探討其中有關約定「現銷金」及租

穀的借地起厝等民間習慣的約款，分析在國家實定法規範已然改變之下，民間習慣仍可能具有的延續性、頑強性。

▶ 參考資料

租地造屋契約書

立租地契約人林○○林○○稱為甲陳○○稱為乙以下簡稱甲乙關於土地租用事宜經雙方協議訂立條件如左

第一條 租用土地坐落台北縣景美鎮……計參伍坪捌合參勺正

第二條 因永久租用關係經議定每坪現銷新台幣壹佰參拾元正總數參伍坪捌合參勺計新台幣肆仟陸佰拾捌元正租約成立同時由乙方一次付清甲方日後無論如何乙方不得請求退還

第三條 前條現銷金以外每年每坪徵納蓬萊乾粟捌台斤計算（年貳佰捌拾陸台斤）規定每年分作二期分納第一期農曆七月十五日繳壹佰肆拾參台斤不得延欠為地租倘日後稅賦提高之時得雙方協議調整租谷

第四條 乙方不得將所租土地轉租或使用權讓渡他人退租時將建築物造作物出售時由公證人核定價格由甲方優先承購若甲方不願意承買由乙方自由處分但出租或轉租之時絕須先經甲方承認蓋章方得生效不得自決

第五條 乙方所租土地享有地上權今後建築房屋住宅需用甲方不得異議乙方若積欠貳年之租谷時甲方得解除本租約並對該地上建築或造作物任意處分乙方不得異議並要負賠償之責放棄抗訴辯護等權但乙方如無滯納租金之時不論如何有永久承租之權利

第七條 該土地一切稅賦由甲方負擔房屋及地上物稅賦由乙方負擔

¹⁹ 王泰升，〈論台灣法律史在司法實務上的運用—以在個案中適用舊的國家法為中心〉，收於氏著，台灣法的斷裂與延續（台北：元照，2002），頁 240-246。

4.2 清治時期家族與性別秩序

4.2.1 親屬關係：發生親屬關係的各種方式

4.2.1.1 透過血緣

以父系為主。「出母」、「賣斷」與「逐出家門」係除死亡之外，消滅血緣關係之情形。「出母」與子女之間僅存相互的親屬關係，亦為「以父系為主」之例證。

4.2.1.2 透過婚姻

以夫為主。夫僅與妻之血親發生親屬關係，而此親屬關係於婚姻解消後即不存在。相反的，如妻死亡，則妻與夫家親屬的親屬關係仍存在。另外，夫與妾的親屬間，不發生關係。

4.2.1.3 透過收養

在男生的情形：養子，其中又分為：與養家同姓同宗之「過房子」，以及與養家他姓他宗之「螟蛉子」。

在女生的情形：有「養女」；「(童)養媳」、「媳婦仔」；媵媾嬭，此三種情形。

4.2.1.4 透過家與家族

家：由家長與家屬所組成、具有家產的共同生活團體。內部又由諸「子」（不包括女兒）依序構成各「房」，而所謂「分家」，便是由各房獨立成為一家。是否分家，通常應視各房是否業已分割家產及分居（分爨）而定。

家長：對外代表家與其他家或官府往來，對內綜理家政，尤其是管理及處分家產。

4.2.2 婚姻

正式婚姻/變例婚姻，大婚/小婚，嫁娶婚/招贅，養媳婚姻。

可分為：一夫一正妻之一般嫁娶婚、妾婚姻與招入婚。

一夫一正妻（合兩家之好）一須有聘金與主婚人。

律例禁止通姦男女結婚，但台灣習慣上允許犯「無夫姦」之未婚男女得尊長同意後結婚。請同學由此思考：貞操概念，與此種無夫姦習慣之間的關係。

招入婚—可「出舍」、抽「豬母稅」。

又可分為：女子在本生家迎夫之「招婿」，與寡婦留在前夫家迎夫之「招夫」，此兩種型態。

4.2.2.1 妻可賣否？

—官府制定法禁止任意典雇、嫁賣妻子，但妻如通姦、背夫逃亡或自願者，則允許丈夫嫁賣妻子。

—判語中的行動法（law in action）：經常承認典妻賣妻，並使妻和後夫

完聚。

一官府制定法

出：「出」、「棄」，妻有被出之事由而由夫或夫家單方面將妻逐出。

離：於有義絕事由時，由官府判離，或「兩願離」。

一民間法

可從民間契字中，觀察到「離婚」、「離緣」與「贖身」等不同樣態。

4.2.2.2 清治時期與國治時期結婚契約（契字、證書）之比較

● 參考資料

清治時期的結婚契字²⁰

（乾書）恭媻眷小弟吳鍾麟頓首百拜

大德望大名譽士翁趙府尊媻臺老先生大人閣下

伏以

易首乾坤實繫人倫之始

詩稱周召端開王化之原

際茲桃夭灼灼

應念鳩賦關關

恭維

媻眷兄老先生

名高閥閥

德重鄉閭

躬修孝悌外無間於人言

行端徽柔內維求乎世德

不棄清素

曲從冰言

猥以侄女翠鸞

配及小兒載福

緣由天定

合係人為

從此宜爾室家好爾無戩

厥後慶貽孫子惠我無疆

緣既定夫三生

昌亦卜於五世

虔修文定

用佈筐筐

統祈

尊慈俯賜

²⁰ 臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書臺灣私法第二卷附錄參考書（上卷）頁 284-287

鑑亮不宣

龍飛光緒拾七年二月姍眷小弟鍾麟載頓首拜

光前

(坤書) 恭姍眷小弟趙士英頓首拜復

大碩望大經元鍾翁吳府尊姍臺老先生大人執事

伏以

鳳集棲桐新播求凰之籟

荔香芳圃勝賡蕢實之章

仗世德以相成

識天心之作合

恭維

尊姍家老兄臺

名震環區

才唾珠玉

器宇宏深氣味足徵乎蘭桂

謨猷遠大經濟可匡夫王庭

不嫌鄙劣

俯聽冰言

乃以令公子載福

採及舍姪女翠鸞

雖曰天作之合

要由緣定而成

但綠窓弱質未堪覓句題詩

願爾室咸宜早兆螽斯麟趾

敢拜 言

用彰嘉禮

來瞻珍璧

愧乏瓊琚

倘祈

尊慈俯賜

鑑亮不宣

龍飛光緒拾七年二月日姍眷小弟趙士英載頓首

裕後

國治時期的結婚證書²¹

²¹ 嘉義縣新港鄉戶政事務所，表單下載—結婚證書，網址：
<http://singang-hro.cyhg.gov.tw/Hsink/e/b/8.doc> (檢索日期：2008年1月18日)

男女

結婚證書

係 民國 年 月 日 生，於中華民國 年 月 日
 民國 年 月 日

在 處禮堂公開舉行結婚儀式，有二人以上之證
 人在場，已符合民法第九百八十二條結婚成立之要件。爰依式作成本證書一式二
 份，由男女雙方各執一份保存，持向戶政機關結婚登記。

結婚人(男):
簽章

結婚人(女):
簽章

證明人:
簽章
身分證號:
戶籍住址:

證明人:
簽章
身分證號:
戶籍住址:

法定代理人:
簽章

中華民國 年 月 日
說明：未成年人結婚，應得法定代理人之同意。

說明

教學者得透過前揭二時期結婚契約之比較，說明、講授：清治習慣與概念是否對於現今的法律社會、文化，仍存有其影響。但須注意的是，於講授清治與國治、乃至現今的法社會延續性時，不應忽略其間有「日治時期」之存在，以及其法律規範制度可能對台灣社會的延續影響。

4.2.3 離婚的型態

4.2.3.1 協離：兩願離，清律戶律婚姻門、出妻條規定：「若夫妻不相和諧，而兩願離者，不坐。」清律本注：「情既以離，難強其和。」；輯註：「妻固無自絕於夫之理，夫亦不得憎厭其妻而無故出之，故必兩願離者始不坐。」

另外，夫亡後，妻服完夫喪後得允許再婚或歸宗，禁止強嫁寡婦。
出妻：要件為一一有七出之一（無子、淫逸、不順父母(不事舅姑)、口

多言、盜竊、嫉妒、惡疾)，且無三不去（經持舅姑之喪(嘗更三年喪)、娶時賤後富貴(前貧賤後富貴)、有所受(娶)無所歸)

官府的強制離婚：義絕（夫婦之恩情禮義乖離違礙，其義已絕）；妻訴請離異（夫失蹤行蹤不明三年，妻得告官改嫁）

● 參考資料

得以淡新檔案 21301 號勒寫休書案為案例，來說明官府強制離婚之類型：黃春娘的丈夫傅阿運：黃父阿五趁歸寧之際將黃春娘及幼兒帶回不肯歸還，說要贖身，並將傅弟阿妹擄去以要脅其寫休書。黃阿五：傅阿運的父親傅教化將黃春娘送回，說是她不守婦道。「女既過門，生為傅家人，死為傅家鬼，縱有醜態，交還」，是以對黃春娘曉以大義而把她送回。傅家：黃春娘與傅阿五的弟弟通姦，又把她送回黃家黃父又再把黃春娘送回夫家。官府：「女子從一而終之理」，將黃春娘交由傅家領回，並且諭令「切勿擅予改適也」。

4.2.3.2 民間契字中的離婚樣態以民間契字之休書與贖回改嫁字為例，進行說明。並以之與國治時期的兩願離婚書，進行比較，說明與講授清治習慣與概念是否對於現今的法律社會、文化，仍存有其影響。但須注意的是，於講授清治與國治、乃至現今的法社會延續性時，不應忽略其間有「日治時期」之存在，以及其法律規範制度可能對台灣社會的延續影響。

● 參考資料

清治時期的休書、贖回改嫁字

休書一例

立休書字人、郡城內鴨母 林昆、因自幼憑父苗小北門外陳乖之女豫涼、為媳自入門、性情乖張、懶於造作、家母念其尚在 年、未諳人事、姑置不究、今年已二十矣、無論不能育一男半女、且悍潑如故、甚至時忤家母、絕無忌憚、交謫之聲聞於 外、萬般勸誡置之罔聞、諺云惡妻孽子無法可治、是以昆不得已與家母相商、竊思、昆覓食四方時常在外、該氏既不能孝事姑嫜謹守婦道、且欲安坐而食、使老母朝夕劬勞、無時休息、撫躬自問、何以為人、但氏既不孝順翁姑、明犯七出之條、義無可合、應割斷夫妻恩愛、聽其歸家、嫁與不嫁均從其便、不干昆之事、口恐無憑、合立休書字壹紙、付與存據、

光緒八年六月 日

知見人 母 高氏

立休書字人郡城內鴨母 林昆

贖回改嫁字一例

立離婚贖回改嫁字人、港中里東港街呂謀、前有聘過港東庄羅新之女、名叫草娘、年方二十六歲、未有伉儷、茲緣夫妻反目不能正室、不順家訓、無奈、外媒引就

與港東庄羅新、贖回到家擇新改嫁、三面言定、身價聘禮貳拾大員正、其銀字即日同媒親收交訖、其草娘聽與新娶回擇親設配他人、唯願麟趾呈祥、斯衍慶、與謀無涉、無來歷交加不明、如有不明情弊、謀自出首一力抵當、不干銀主之事、此係二比甘愿離婚、各無反悔、口恐無憑、今欲有憑、合立離婚贖回改嫁字一幅、付執為炤、即日同媒親收回聘禮貳拾大員完足、再炤、
光緒十三年十月 日

為媒人 李正
立離婚贖回改嫁字人 呂謀
代筆人 歐成玉

國治時期的兩願離婚書²²

兩願離婚書

立離婚書人 男 (以下簡稱 甲 方) 茲因雙方意見不合, 難偕白首, 同意離婚
女 (以下簡稱 乙 方)

茲經雙方慎重思考後同意離婚, 併訂定本協議離婚書約, 條件如後:

- 一、 本離婚書約簽定後, 雙方婚姻關係解除, 嗣後雙方嫁娶各不相干。
- 二、 雙方如對外有所負債, 應各自負責清理與他方無涉。
- 三、 雙方在婚姻存續中所生子(女) 約定
歸 方監護扶養。
- 四、 特別約定條件如下:
- 五、 本協議離婚書一式三份, 除雙方各執一份為據外, 另一份持向戶政機關辦理離婚登記後始生效用。

立離婚書人 甲方(男): (簽名蓋章)
戶籍住址:
乙方(女): (簽名蓋章)
戶籍住址:
證明人: (簽名蓋章)
身分證號:
戶籍住址:
證明人: (簽名蓋章)
身分證號:
戶籍住址:
法定代理人: (簽名蓋章)

中 華 民 國 年 月 日
說明: 一、民法第一〇五〇條規定: 兩願離婚應以書面為之, 有二人以上證人之

²²嘉義縣新港鄉戶政事務所, 表單下載—兩願離婚書, 網址:
<http://singang-hro.cyhg.gov.tw/Hsink/e/b/10.doc> (檢索日期: 2008年1月18日)

簽名並向戶政機關為離婚之登記。

二、未成年人離婚，應得法定代理人之同意，始生離婚效力

三、證明人應檢附身分證正反面影本一份，如已加註身分證統號者可免附。

四、離婚書約中如為「無」者請加註『以下空白』字樣。

4.2.4 分家與繼承

以「光泉家變案」此新聞事件，說明清治習慣之分家概念與近代西方式繼承概念之不同，以及兩者於現代法社會、法文化中的互動。

● 參考資料²³

可就該事件之報導進行討論。

5. 進階閱讀建議

5.1 滋賀秀三，范愉、王亞新譯，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察-情、理、法〉，收於王亞新、梁治平編，《明清時期的民事審判與民間契約》（北京：法律出版社，1998）

5.2 艾馬克（Mark A. Allee）著、王興安譯，《十九世紀的北部台灣：晚清中國的法律與地方社會》（台北：撥種者，2003）

5.3 王泰升，〈台灣民事財產法文化的變遷—以不動產買賣為例〉，台大法學論叢，第33卷第2期，頁1-41（2004）。

5.4 王泰升，〈論台灣法律史在司法實務上的運用—以在個案中適用舊的國家法為中心〉，收於氏著，《台灣法的斷裂與延續》（台北市：元照，2002），頁219-260。

5.5 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），頁33-61。

5.6 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁53-103。

5.7 岸本美緒著，李季樺譯，〈妻可賣否？明清時代的賣妻、典妻習俗〉，收於陳秋坤、洪麗完主編，《契約文書與社會生活（1600-1900）》（台北：中央研究院台灣史研究所籌備處，2001），頁225-264。

5.8 陳韻如，帝國的盡頭：淡新檔案中的姦拐故事與申冤者（台大法研所碩士論文，2004）

²³ 〈楊雅民〉，〈光泉鬧家變 三房宣布聲請萊爾富破產 總裁汪圳泉稱萊爾富虧損十五億餘元 已向法院聲請宣告破產 家族股東指汪要求分產未果 惡意中傷〉，《自由時報》，2003年6月21日，第3版。

四、台灣近代法律體系的建立

1. 教學導引

甲午戰爭後，中國（大清國）與日本在 1895 年（光緒 21 年、明治 28 年）4 月 17 日，於日本下關（馬關）簽訂條約，5 月 8 日兩國皇帝批准互換，於是日起該條約鄭氏生向，依其第二條規定，中國將管理臺灣全島（含附屬島嶼）及澎湖列島之權永遠讓與日本，故自即日起中國對臺灣之領土主權即讓渡予日本，臺灣乃日本為達富國強兵以「脫亞入歐」的目標所取得的第一個殖民地，但日本未能和平地接受在並建立其在島上的統治秩序。

對臺灣而言，日本除了殖民母國的身份之外，同時也是這塊土地上第一個近代型國家權威；而其開始引入的近代西方式法律制度，則對臺灣社會影響深遠。

而在日本殖民統治之後，由於二次世界大戰同盟國的戰勝，中華民國自日本手中接管了臺灣，1945 年臺灣事實上之主權移轉為中華民國政府，中華民國也是一個近代型國家，中華民國法體制亦為近代型的法律秩序，在 1895 年與 1945 年雖然有著兩次主權的移轉，以及兩個分屬不同國家的法體制，但其根本都是近代之法體系，因此臺灣社會自 1895 年即與近代型法體系有了交會，而其中於 1945 年曾經歷了一次主權的移轉、法體系的斷裂。

■ -----

〈檔案一〉

「關於原告陳汝漢被告臺灣總督府地基銀請求訴訟事件

翻譯

判決副本

臺北廳大加蚋堡大稻埕建昌街五十六號戶

原告 陳汝漢

右訴訟代理人 辯護士

荻原孝三郎

被告 臺灣總督府

右訴訟代理人 臺灣總督府鐵道部書記

稻塚義徹

同上 臺灣總督府所屬

伊藤宗也

右開有關當事者間，於明治三十五年（八）第四〇九號請求地基銀一案，審判該案件之被告訴訟代理人所提之妨訴抗辯如左。

主文

駁回原告（訴訟）請求

訴訟費用應由原告負擔

理由（略）」²⁴

〈檔案二〉

「中國戰區中國陸軍總司令部至剛村寧次中字第十八號備忘錄

—民國三十四年九月三日

²⁴ 司法院司法行政廳編著，《百年司法：司法、歷史的人文對話》（台北：司法院，2006）頁 125。

.....

二、奉中國戰區最高統帥蔣委員長命令派陳儀將軍為台灣及澎湖列島受降主官。

.....

中國戰區中國陸軍總司令一級上將何應欽」

「中國戰區最高統帥蔣中正下達剛村寧次第一號命令

—民國三十四年九月九日

一、根據日本帝國政府、日本帝國大本營，向聯合國最高統帥之降書，及聯合國最高統帥對日本帝國所下之第一號命令，茲對中國戰區內中華民國（遼寧、吉林、黑龍江三省除外）、臺灣以及越南北緯十六度以北地區之日本陸海空軍，頒佈本命令。

.....

」

「中國臺灣省行政長官公署 警備總司令部命令 署部字第一號

.....

二、遵照中國戰區最高統帥兼中華民國國民政府主席蔣，及何總司令命令至剛村寧次大將中字各號備忘錄，指定本官所指定之部隊，接收臺灣、澎湖列島地區，日本陸海空軍及其補助部隊之投降，併全權統一接收臺灣、澎湖列島之領土、人民、治權、軍政設施及資產。

.....

右令

臺灣地區日軍官兵善後聯絡部長安藤利吉將軍

中國臺灣省行政長官兼警備總司令二級上將 陳 儀

於受降式中面交本人收領

」²⁵

前引「檔案一」乃是日治時期的法院判決，可以藉此說明近代型法體系的特色之一在於司法制度的建立，此點與傳統中國法有很大的區別，這除了表現在撰寫司法判決的格式之外，也具體表現在司法的實踐上，如前引判決的「訴訟辯護人」，以及被告為臺灣總督府，另外本判決也顯示了臺灣地區已經有民眾懂得使用近代型國家體制以反抗政府權威。「檔案二」則為有關 1945 年日本戰敗由中華民國政府接管臺灣的相關官方檔案文件。

近代法體制在殖民化的過程中成形。

2. 近（現）代性與近（現）代法

2.1 近（現）代性（modernity）

社會與政治生活逐漸「理性化」的過程，以及都市化、工業化的發展。

一種哲學：對於科學與進步、人權、正義與民主的信仰。

2.2 近（現）代化（modernization）

「現代」社會中科技、經濟、法律、政治的發展，現代性的形成過程。

一種進步的傾向（摩登）。

3. 近（現）代法（modern law）

3.1 相對的概念：近代/前近代

²⁵ 《中國現代史料彙編（四）光復臺灣之籌畫與受降接受》

3.2 由國家獨享法律的制定、承認（立法機關以及英美法系的司法機關）與執行（行政與司法）

a. 以特定的權力分立型態為基礎

b. 安定性、明確性、正義性、可預測性、普遍性等現代理性的特質

3.3 「習慣法」的地位

4. 帝國主義（imperialism）

4.1 統治的型態，以中央為核心的統御。

4.2 傳統的帝國主義

a. 武力征服統治的、中央對地方或者他地的統治型態，特別是以經濟的剝削形成依賴關係、以及權力的中央壟斷。

b. 直接的政治宰制、普遍的經濟宰制。

4.3 新興的帝國主義

a. 同質化的、全球性的經濟商品與經濟消費行為，形成無所不在的新型帝國控制。

b. 沒有疆界、沒有皇帝，沒有地理首都，沒有單一的權力中心。

c. 支配不再以征服的方式進行，帝國藉由社會秩序深入世界各地的底層，「全球化秩序」就是帝國。「帝國」是一種流動的、無限擴張但又是高度有組織的制度。

5. 殖民主義（colonialism）

5.1 定義：

a. 殖民母國對於殖民地所進行的政治、歷史、語言、文化、生活方式的控制、宰制與剝削。

b. 拓居殖民主義：因為被迫害或貧窮而遷居的拓居者，搖身一變成爲壓迫者→過剩的人口必須向外遷移，而殖民便成爲輸出社會衝突的方式

c. 「異族」的統治：殖民者對於被殖民者之間形成一種「不同種族」之間的主奴關係、優等與劣等的從屬關係。

● 參考資料

廖炳惠 關鍵詞200 文學與批評研究的通用辭彙編 殖民主義（colonialism）²⁶

「殖民主義」是用來界定這四百年，歐洲對其他事界所造成的歷史、語言、生活刑事和文化剝削等壓迫。

「殖民主義」通常是用來泛稱文藝復興後的十七、十八世紀，殖民主（colonizer）藉由將文化與知識權力架構，根深蒂固的深層植入殖民地，使帝國主義意識型態、文化剝削與常態性的政治壓迫，變成一種普同性的權力知識機制，藉由全球性跨國殖民的體系建構，使殖民變成一種「文化霸權」的宰約形式。

「殖民主義」特別強調種族（race）的區分，有就是殖民主對被殖民者（colonized）形成一種主奴之間的關係，在膚色、階級、種族上面，都有一種權力關係，以排除他者，對劣等人種形成性別與階級的幻想和刻板印象。在這樣的形式下，殖民主建構出發展理論之類的進化論模型，將被殖民者視爲是智能與知

²⁶ 廖炳惠，《關鍵詞 200 文學與批評研究的通用辭彙編》（台北：麥田，2003），頁 46-47。

識尚未開發的落後民族，以便形構更加體制化的支配方式。

5.2 殖民主義的發展：

- a. 早期：透過武力的征服、移居與商業行爲，但尚未有系統地形成殖民者與被殖民者之間的階層秩序與主奴關係。
- b. 發展：系統性地將帝國的剝削與壓迫變成普同性的知識架構
- c. 進化論模型：將被殖民者視爲落後民族，以正當化殖民者的支配和優越性

5.3 殖民主義與帝國主義的混用：使某一群人，從屬於另一群人的形式

5.4 殖民主義的型態

- a. 法國模式：同化，表面上是最進步的、意味著所有的人類都享有基本的平等，無論被殖民者有多落後，都將因爲先進文化的灌輸而受益。但同時也意味著欠缺對差異的尊重。
- b. 英國模式：自治，看來較開明、尊重殖民地，但同時也蘊含了種族階級歧視，認爲被殖民者就是較低等的、不能與母國享同一待遇
- c. 美國模式：沒有主要殖民地的帝國。偏向間接統治與間接影響，讓殖民地獨立，但維持經濟的影響與控制
- d. 日本模式：缺乏資本的帝國，佔有殖民地、承擔殖民任務，以證明日本帝國的能力（白種人的負擔）

5.5 殖民/帝國統治＝高壓極權統治？

- a. 暴力與國家機器
- b. 壓制性的國家機器（RSA）
 - Repressive state apparatus
 - 軍隊、警察、監獄、政府
- c. 意識型態的國家機器（ISA）
 - Ideological state apparatus
 - 宗教、教育、傳播、文化

6. 日本殖民主義與西方殖民主義

6.1 特殊與普遍的關係：日本帝國的發展起步較晚（晚進）、西化的經驗（模仿），是否使得日本殖民主義變成特例？或者殖民主義有共同的特徵（共時性）

6.2 「黃種人的負擔」，東方的東方主義（Oriental Orientalism）？

6.2 種族相似性的迷思：殖民者與被殖民者的種族相似性是被製造出來的，用以確定殖民統治的正當性，並且與西方殖民主義區隔：

■ -----

竹越與三郎

落後地區的開發與文明化，一直被視爲白種人的負擔。但如今日本民族已興起於遠東，並將分擔白種人的大任。我國民是否真能勝任此一黃種人的負擔呢？臺灣統治的成敗，將是解決此疑問的關鍵。

由於臺灣人和中國人的生活程度極爲低下，母國法律對其自由的短暫束縛，並不能令其感覺痛苦，不少人反而認爲監獄爲安居之所。而他們天性愛好黃金，甚至比生命還重要。倘若要令其痛苦，無寧必須要用笞刑罰金來替代束

縛自由的刑罰。

7. 殖民主義與近代法

- a. 殖民否定論（壓迫論）：法律是殖民統治下用以壓迫人民的工具、殖民統治阻礙了法律的近代化。
- b. 殖民肯定論（進步論）：殖民統治帶來近代法。
- c. 折衷論：有進步也有壓迫，但應重視殖民地人民的自主意志。

近代法的進步性與殖民主義：

■ 請同學思考今日我們所習以為常近代性的法律 與殖民統治的關係為何。

8. 法律的近代化

從中心向外的「擴散」與「輸出」，或由外而內的、由上而下的imposition，抑或共同形塑的過程？

9. 殖民主義下的法律近代化

9.1 重層壓縮的近代化：外來的、多層次的、壓縮的。

9.2 殖民近代性（colonial modernity）

- a. 近代性的個案？缺陷的、被扭曲的近代性？沒有主體性的近代性？作為一種特殊的、後進的近代性？一種共時性的近代性型態？
- b. 拒絕西方中心的近代性：無文化性的近代性是一種建構，因此，近代性有「在地性」。
- c. 拒絕「殖民壓迫/民族抵抗」的對立：殖民近代性的形成是一種site-specific encounters的過程，被殖民者並非僅有「同化」或者「抗拒」這兩種選擇。
- d. 殖民近代性是一種混雜的過程（A process of Hybridization）

9.3 母國與殖民地

- a. 母國向殖民地單向「輸出」近代法，殖民地單向「輸入」近代法？
- b. 殖民地經驗與日本近代性
 - 帝國不僅是認知的主體，同時也是被認識的對象
 - 殖民地經驗如何形塑殖民母國的現代性？
 - 岡松參太郎（舊慣立法的主導者）：將殖民地的進步性立法，當成是立法的參考（殖民地＝現代性實驗地？）

9.4 近代法與殖民近代性

- a. 近代法乃是殖民主義的產物，並且也被用以定義何謂文明的社會（Sally Engle Merry）
 - b. 殖民主義本身就是近代性的一部份。
 - c. 內地化＝近代化。
 - d. 近代法＝日本法＝西方法
 - e. 東方主義陷阱（Orientalist trap）
 - f. 殖民主義帶來「現代性」？抑或殖民主義本身就是現代性的一部份、一種型態？
-

10. 殖民統治政策與殖民法秩序

| 殖民統治政策的變革 | 殖民法制的變革 |
|--------------------------------------|-----------------------------------------|
| 特別統治主義（1895-1919） | 殖民地特別法為主（1895-1922 含軍政時期） |
| 同化主義（1919-1945，含 1937-1945 皇民化時期） | 內地法為主（1923-1945，含戰 時法體制時期 1937-1945） |

10.1 殖民統治初期的摸索：英國經驗與法國經驗的參照

a. 法國經驗

- 司法省法國顧問（帝國法科大學教師）盧朋 M.J. Revon
- 法國經驗不如英國，日本應記取法國中央專制主義的教訓。
- 漸進內地化，初期採用某程度的自治，終極地使之成為與內地完全相同的縣。
- 為不釀成帝國之危難，在公權上應速賦予新臣民莫大之權利，刑律應施行日本之刑法；在私權上應先考查彼地之習慣，觀察得以如何之手段、以何進步「速度」逐漸施行日本民法。

b. 英國經驗

- 司法省英國顧問卡庫德 W.M.H. Kirkwood
- 英國經驗成功，可為日本之優良典範，建議採用君主直隸殖民地模式
- 以天皇大權統治台灣，再由天皇將統治台灣的大權委託由台灣總督、高層官員及當地人組成之殖民地立法機關行使
- 殖民地之立法、民間制度及習慣，得施行者保存之。訴訟法主要根據日本現行之訴訟法，並應儘速編纂簡單之法典。急遽改變立法、變更習慣，將使人民不服，難以治理。
- 台灣的現狀並不適合施行日本內地的民法、刑法及複雜的訴訟法，應該另行制訂適應台灣人的思想及習慣的單純法律及單純訴訟法。

10.2 殖民統治初期的摸索：三種主張的論辯

▶ 臺灣住民放逐論

倡議者：陸奧宗光

主張：將台灣住民放逐島外，日本人大量移民台灣。

▶ 內地化論

倡議者：原敬（臺灣問題二案）

主張：台灣與日本的地理與人種相近，應使台灣內地化。

▶ 殖民地論

倡議者：英國顧問等

主張：殖民統治的目的在於獲取殖民地的利益，因此與其將否定舊慣的

殖民地內地化作為目標，不如將「殖民地之立法、民制度及習慣得應實行之部分保存之」，而在不妨礙殖民統治的範圍內尊重舊慣。

對於台灣的舊習慣應該一改壓制的手段而改為加以容許，以日本帝國的利益為前提加以轉用，而以風俗習慣為報酬。

▶ 民政局長水野遵的三種方案

第一案：將台灣人民放逐島外，但是這樣將侵害人民的既得居住權，同時也間接侵奪其所有財產，這是東洋文明國所不宜做的，同時也將徒增紛擾。

第二案：混化主義，強行實施日本帝國的法律，全盤破壞台灣人的風俗習慣而將之日本人化，但是這樣的作法既難達成又容易釀成地方的擾亂。

第三案：放任主義，放任台灣人風俗習慣的自然改良，政府不干涉之，法律也依照台灣人的狀況來制訂。

10.3 蕃人的國法上地位

- a. 生蕃為日本帝國臣民，有法律上的人格與行為能力，得享有所有權、並有納稅的義務。
- b. 「生蕃地上物論」：生蕃為日本帝國臣民，但原則上不具責任與行為能力（似為官方見解）蕃人之進化程度低，且無國家觀念，應依個別具體判斷決定其於個案中是否有行為能力。
- c. 生蕃非清國臣民（清國視生蕃為化外之民），當然也非日本帝國臣民，不具人格與權利能力，與野獸無異。「生蕃若有人格，其行動不應超乎法律允許之範圍，亦即須遵守法律。故雖有生物上之自我，但若其行動超越法律允許之範圍，則與飛禽走獸無異」。臺灣住民是否包括生蕃、是否賦予生蕃日本國籍，應視其將來是否服從政令、接受教化而定。

10.4 特別統治主義的定調：兒玉源太郎+後藤新平的統治論

● -----

後藤新平：經營臺灣必須調查舊慣的意見

- ▶ 必須對台灣的舊慣加以完整深入的調查，並經過專家的研究分析、系統分明、綜合比較，才能奠定台灣統治的基礎。
- ▶ 有思想急進者主張比照內地人而對本島人適用內地的法律，但是日本進步的人民已經深感這種法律適用上的困難，則要求較為保守的台灣人民一體適用，不僅不合情理，而且是一錯再錯。
- ▶ 有人主張台灣既然遠遠落後於日本，那麼可以比照明治維新之前的落伍狀態施政，或者參酌中國約法三章權宜處理即可。但是，台灣人民已有相當水準，有一定的舊慣制度存在。
- ▶ 一切制度的設計必須以舊慣調查所獲得的材料為基礎，在充分瞭解舊慣之後才能進行制度的設計。

岡松參太郎：舊慣調查領航者

- ▶ 舊慣調查的進行，1901年成立臨時臺灣舊慣調查會（1901-1919）
- ▶ 第一步負責調查有關公私法制的舊慣，並且溯及舊慣的淵源，研究中國

自古以來的法律，並大體查明中國南部實際上的習慣。

▶ 第二步調查有關農工商的舊慣，並且兼及於調查與中國、南洋有聯絡的經濟關係。

▶ 岡松參太郎主導的調查：

公法，以文獻調查為原則，在京都進行。

私法，以土地及親屬繼承為重點，因為「這三者實為法律關係的基礎，並且無論何國都有特殊的習慣」。

▶ 舊慣調查的成果：書刊共計百餘冊、台灣私法（調查報告書與附錄共13冊），穗積重遠評之為「台灣私法大全」、清國行政法（6卷7冊）、蕃族調查報告書、蕃族慣習調查報告書、臺灣蕃族慣習研究等、調查經濟報告書

10.5 舊慣立法的推動

1909年增設第三部「立法部」，主導者為岡松參太郎、石坂音四郎、雉本朗造（皆為京都帝大）。

1909-1914共計召開五次法案審查會議，共提出「台灣民事令」、「台灣親族相續令」、「臺灣親族相續令施行規則」、「台灣不動產登記令」、「臺灣祭祀公業令」等九個草案。

舊慣的「成文化」或「文明化」？

10.6 舊慣立法的挫敗

同化（內地延長）主義的興起。

內地議會：

採用有異於日本民商法的舊慣特別立法，將妨礙臺灣人的同化而造成統治上的禍害。

舊慣的法典化將使得舊慣的打破遭致困難，從而將阻礙了台灣的文明。

臺灣法曹界倡議舊慣調查立法的必要性，轉為提倡內臺統一。

10.7 從舊慣溫存到內地延長（同化）的轉向

一次大戰後的世界性民族自決風潮。

1918原敬內閣成立（第一位平民出身的內閣首相）。

1919朝鮮三一獨立運動。

1919台灣總督田健治郎（第一位文官總督）上任。

10.8 應否將日本民法施行於臺灣？

▶ 全部施行論

殖民統治官僚

— 古野格（高等法院院長）：日本法是德國法、法國法的模倣法，日本民族在二十年前強行適用這違背傳統的法律，今日享受到其恩惠，因此將

此法強行適用於臺灣，毫無不妥。

- 在地臺灣菁英：法律的文明化，有助於台灣的永續發展、日台的平等。
- 黃欣：「台灣應學習沖繩，斷然實施文明的法典以真正成為日本的一部份。」、「今日有許多本島人士屢屢要求廢除差別待遇，唯獨在此民法施行之際卻又疾呼非設除外例不可，實在是自相矛盾莫過於此呀！」

▶ 一部施行論／除外例論

民事身分法事項宜以尊重臺灣社會習慣為前提，只需除去其中違反公序良俗的部分。

殖民統治官僚：避免統治障礙、維持社會安定

在地臺灣菁英：為了抵殖民，必須護衛傳統？！

- 尊重舊慣、維護殖民地的特殊性
- 身為漢族卻破壞漢族美風，不可區從異族之陋習
- 林呈祿
 1. 在某些法律領域中「超前立法」有其必要，可以在社會經濟條件尚未成熟時即立法施行
 - 商法具有世界共通性，為發展資本主義商業，應立即實施日本的商法
 - 日本民法總則、債編、物權也應施行於臺灣
 2. 身分法領域應著重地方性
 - 不宜適用日本民法，應依循臺灣的習慣法
 - 臺灣的習慣法有時比日本民法更符合西方法的原則，例如諸子繼承較日本的長子繼承更進步
 - 不符合公序良俗的舊慣，仍應予以廢除
- 鄭松筠
 1. 習慣法的法典化，最符合人民的利益。
 2. 不同社會有不同的價值，而價值即反映在習慣法中。
 3. 日本明治維新的法律改革，乃是為了廢除領事裁判權，但即便如此，親屬繼承法仍是維持日本的習慣法。
 4. 與日本民商法不同的臺灣習慣法應該加以保存，除非違反公序良俗。

10.10爭取殖民地自治的立法機關：臺灣議會設置請願運動（1921-1934）

主旨：設立由在台的日本人與臺灣人（不含原住民族）選出的代議士所組成的臺灣議會，議決立法事項。

一共向帝國議會提出15次有關設置臺灣議會的請願

11. 「終戰」的意義

11.1 脫離殖民統治？

- 日本殖民統治的結束。
- 沒有終戰，也會結束殖民統治？戰爭動員、皇民化運動之下，急速加遽的同化運動，讓殖民地與內地之間的「差別待遇」逐漸縮小。

11.2 新的殖民統治？

- 外來統治者=殖民者？異族統治者= 殖民者？「回歸祖國」，或者是新的外來統治者？

■ 請同學思考：如果現代性是殖民主義的一部份，那麼，我們脫離了殖民主義嗎？是脫離殖民統治？或新的殖民統治？

12. 「後殖民」(postcolonial)與「去殖民化」(de-colonization)

12.1 1960年代：「後殖民」乃指decolonization的階段，民族國家成立之後，

將殖民者的勢力、影響驅逐，並且形成自己的民族自覺與主體性。

12.2 晚近，後殖民乃指由於殖民的影響所創造出來的混雜的狀態：流離、遷移、跨界、顛覆、擬仿。

12.3 postcolonial 不等於de-colonized

12.4 post並非強調截然二分的被殖民/脫離殖民統治

12.5 「後」不代表特定的歷史時刻，更不代表殖民主義在殖民者離開之後即成為過去，相反地，後殖民理論強調的是，被殖民的持續狀態，以及戰勝殖民的並存；後殖民標榜行動、標榜實踐與改變可能性。

13. 殖民法律情境

13.1 對近代法的肯定與渴望（仰慕）

13.2 對於在地社會/傳統的自我貶抑（自卑）

13.3 混雜的並存：Hibridity（交混）

13.4 從仰望到反向凝視

13.5 殖民擬仿（colonial mimicry）：almost white, but not quite!（Homi Bhabha）

13.6 後殖民抵抗

14. 新統治者的去殖民化工程

14.1 1946發佈之「恢復國籍令」---成為中華民國人

▶ 「恢復」國籍：1946發佈「恢復國籍令」。

陳儀

查我國前以戰敗喪失台灣，致台灣人民同時喪失中國國籍，其喪失國籍全係被迫與自動請求脫離中國國籍、加入日本國籍者有異，今我國於本年十月二五日宣布收復台灣，則原有中國國籍之台灣人民自應同時恢復我國國籍。

遣送日本人：「依其志願及本省需要決定之」。

志願留台的日僑如「政府認無留台需要者」，應即遣送國。

志願回國之日僑「具學術技術或特殊專長之智能，而政府認有留台之必要者，仍應繼續徵用，令其留台」

法規體系之更替：廢除日本法、改行中華民國法（台灣省行政長官公署署令第36號）

台灣省行政長官公署署令第 36 號：

民國一切法令，均適用於台灣，必要時得制頒暫行法規。日本佔領時代之法令，除壓榨、箝制台民、抵觸三民主義及民國法令者應悉予廢止外，其餘暫行有效，

視事實之需要，逐漸修訂之。(台灣接管計畫綱要，第五條)

自接收日起，凡舊日施行於台灣的法令，在上述應予廢止的原則內，均予即日廢止除分飭各主管機關查明名稱補令公佈外，其餘各項單行法令，行政長官公署正從事整理修訂，在整理期內，凡未經明令廢止的法令，其作用在保護社會一般安寧秩序、確保民眾權益及純屬事務性質者，暫時仍然有效，以避免遽然全部更張，妨及社會秩序，合行布告周知。²⁷

14.2 台灣省人民回復原有姓名

漢人在皇民化過程的被殖民---改姓名作為皇民化運動的主要內容之一

● 參考資料

周婉窈〈從比較的觀點看臺灣與韓國的皇民化運動〉²⁸

皇民化運動的本質，可分為兩方面來談。就理念構成而言，它是「同化主義」的極端形式；就實質需要而言，它是日本帝國戰爭動員的一環。

皇民化運動的基本目的，用當時的話來說，就是要改造殖民地人民為「真正的日本人」，換個說法，就是徹底的「日本化運動」，也就是在這一涵意上，我們說它是「同化主義」的極端化。

皇民化運動以內容而言，可概分為四部分：一、宗教與社會風俗的改革，二、國語運動，三、改姓名，四、志願兵制度。

改姓名與皇民化運動的基本精神—即改造殖民地人民為「真正的日本人」—緊密配合。在理論上，一個臺灣人或朝鮮人要成為真正的日本人，就必須在「形式」上與「實質」上與日本人毫無差別。...簡言之即「形心一體」。日本式姓名無疑地是做為日本人的重要「形式」之一。

改姓名台臺灣以戶為單位，照規定改姓名的申請必須由戶長提出，不過我們須注意的是，不是每個想改姓名的家庭都能如願，這其間還有資格問題。一般而言，希望改姓名的家庭必須符合下列兩項條件：第一，該家庭必須是「國語常用家庭」。...第二個條件比較抽象，改姓名者必須「具有努力涵養皇國民之資質的深厚意念，且富於公共之精神」。因為有條件限制，改姓名在臺灣是「許可制」，不具強迫性質。

²⁷ 此號署令全文，見何鳳嬌編，《政府接受台灣史料彙編》(新店：國史館，民國 79 年)，上冊，頁 12。轉引自王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接 (1945-1949)〉，《台灣法的斷裂與連續》(台北：元照，2002 年)，頁 20-22。

²⁸ 周婉窈，〈從比較的觀點看臺灣與韓國的皇民化運動〉，《海行兮的年代—日本殖民統治末期臺灣史論集》，(台北：允晨，2002)，頁 33-75。

臺灣省人民回復原有姓名辦法

- 第一條 本署為便利本省人民(包括高山族人民)聲請回復原有姓名起見,特訂定臺灣省人民回復原有姓名辦法,(以下簡稱本辦法)以爲聲請之依據。
- 第二條 凡本省人民有左列情形之一者,依本辦法之手續,得聲請回復原有姓名。
- 一、曾受日本皇民化運動之壓迫,廢棄原有姓名改爲日本姓名者,
 - 二、因進學或參加行政與事業機關,不得已廢棄原有姓名改爲日本姓名者,
 - 三、因充當醫師或其他技術人員,不得已廢棄原有姓名,改爲日本姓名者,
 - 四、其他有特殊不得已之原因,廢棄原有姓名改爲日本姓名者。
- 以上各款,必須原有戶口簿或其他有力之證明。
- 第三條 聲請回復原有姓名者,應辦理左列之手續:
- 一、填具聲請書(格式另附)並附證明文件,
 - 二、市向里辦公處,縣向村辦公處聲請。市政府或縣政府未成立之地方,則向區會或部落會聲請。但高山族人民,暫向警察機關聲請。
- 第四條 高山族人民,有本辦法第二條各款情形聲請回復原有姓名者,應依本辦法之規定辦理,如無原有姓名可回復或原有名字不妥善時,得參照中國姓名自定姓名。
- 第五條 里村辦公處接到聲請書時,應於二日內轉報市、區公所,或鄉鎮公所核辦。

14.2.1 將改姓名的台灣人改回漢名(如出生時即以日文命名,則自訂本名),避免在稱呼上造成「兩種民族的錯覺」,表彰台灣人與中國是同種民族

14.2.2 恩威並施

- 棒子:逾期(3個月)不申請回復姓名登記者處以罰鍰、禁止在學校使用日本姓名等等
- 胡蘿蔔:獎勵台灣人回復姓名

■ 請同學思考:試比較日本皇民化運動的改姓政策與中華民國政府臺灣省人民回復原有姓名辦法。

14.3 原住民的名字:不斷改名的歷史

14.3.1 改漢姓:向官方歸順並接受漢姓,就能從「番戶」改爲「民戶」。賽夏、排灣、泰雅都於19世紀時開始採漢姓

14.3.2 改爲日本名:1930年代末期皇民化運動下,原住民開始改爲日本名

14.3.3 改爲「國語」名---臺灣省人民回復原有姓名辦法

14.3.4 回復姓名

- 1994修憲,山胞改爲「原住民」。
- 1995修正姓名條例:臺灣原住民之姓名登記,依其文化慣俗爲之;其已依漢人姓名登記者,得申請回復其傳統姓名;回復傳統姓名者,得申請回復原有漢人姓名。但以一次爲限。
- 2001修正姓名條例,原住民之傳統姓名或漢人姓名,均得以傳統姓名之羅馬拼音並列登記。
- 2002原住民族別認定辦法,得登記族別。

- 2004年修正姓名條例施行細則，不論以漢名或傳統姓名登記，都得以傳統姓名之羅馬拼音並列登記。

14.3.5 禁止日文、推行「國語」。

● 參考資料

周婉窈〈臺灣人第一次的「國語」經驗—析論日治末期的日語運動及其問題〉²⁹

日語在日本領臺第二年就稱為「國語」。…但是我們知道：在近代民族國家（或意識）興起以前，並不存有「國語」這樣的一個概念，一般民眾也沒有講國語的義務。…「國語」作為一種新生物，在性質上極為不同，是代表國家的言，是全國國民應該學習的標準語，具有濃厚的排它性。這是我們研究日治時代的日語運動須常緒於心的。

根據皇民化的理念，如果要改變臺灣人為真正的日本人，就必須使臺灣人在日常生活中真正使用日語。簡言之，皇民化時期的日語運動的目標在於改造臺灣社會唯一完全使用日語的社會。

為了消除臺灣社會雙語併用的狀況，從一九三七年開始，殖民政府採取了一連串的措施。首先在該年四月心的學年開始時，取消公學校的漢文課。公學校漢文課所佔的時數早就逐年減少，至此終於從課程表上消失。在這同時，殖民當於要求所有和、漢併用的報紙從四月一日起廢止漢文欄。

雖然推行日語是一持續性的殖民地語言政策，但只有在一九三七年四月以後，殖民政府對於使用本土語言，尤其是閩南語（當時稱為臺灣話），才開始有一連串的壓抑措施。

戰爭結束之初，大部分的臺灣人對國民黨政府和新國語毫無概念。有些人甚至以為從此臺灣人可以講臺灣話（閩南語）了。

雖然國語、閩南語和客家話都屬於同一個語系，戰後與地轉換對一般臺灣人而言卻相當困難。一個臺灣人若不是接受正式的中國國語教育，很難真正掌握這個新語言。…臺灣語言斷層的問題在於：已經受過日本教育的臺灣人在現實上不可能在接受正式的國語教育，無法掌握新語言的讀聽寫，所以在戰後的語言轉換上，可以說整個世代被犧牲了。他們在日治時代，無論在工作崗位上，或在群體生活中，都能夠自如地使用日文，突然間卻發現這個好不容易才學來的語言一下子變得沒有用了；即使受高等教育的人也變成文盲。二二八事件之後，由於國民黨政權徹底禁用日語，附著在這個語言上的知識、文化、人才資源遂制度性地喪失了存活的空間，這是臺灣歷史斷層給臺灣人帶來的無可估計的損失。

14.3.6 取締日文書報雜誌電影唱片，管制進口。

14.3.7 廢除報紙的日文版，禁止報刊使用日文。

14.3.8 招牌廣告不得使用日文。

14.3.9 橋樑、建築物上之日本紀年與日文均應清除。

²⁹ 周婉窈，〈臺灣人第一次的「國語」經驗—析論日治末期的日語運動及其問題〉，《海行兮的年代—日本殖民統治末期臺灣史論集》，（台北：允晨，2002），頁 77-125。

- 14.3.10 民意機關，不得使用日語。
 14.3.11 公務人員不得於公務場合使用日語。
 14.3.12 推行國語---台灣省各縣市推行國語實施辦法（1946）

● 參考資料

臺灣省行政長官公署公報（節錄）

臺灣省各縣市街道名稱改正辦法³⁰（中華民國三十四年十一月十七日公布）

- 臺灣省各縣市街道名稱改正辦法**
中華民國三十四年十一月十七日公布
- 一、臺灣省行政長官公署（以下簡稱本公署）為破除日本統治觀念起見，特訂定本辦法，以爲改正街道名稱之依據。
- 二、凡因左列情形而設定之街道名稱，由當地縣市政府成立後兩個月內改正：
- 甲、具有紀念日本人物者：如明治町、大正町、兒玉町、乃木町等是。
- 乙、具有伸揚日本國威者：如大和町、朝日町等是。
- 丙、顯明爲日本名稱者：如梅ヶ枝町、若松町、旭町等是。
- 三、前條應改正之街道名稱，由當地縣市政府妥爲擬定實施，但新名稱應具有左列意義：
- 甲、發揚中華民族精神者：如中華路、信義路、和平路等是。
- 乙、宣傳三民主義者：如三民路、民權路、民族路、民生路等是。
- 丙、紀念國家偉大人物者：如中山路、中正路等是。
- 丁、適合當地地理、或習慣、且具有意義者。
- 四、改正之街道名稱，應於街道出入兩口，豎立木牌，以顯著文字，書明新街名。
- 五、原有「町」「丁目」等日文名稱，應即廢除。
- 六、同一街道，以同一直線，或同一弧線爲原則，其有曲折部份者，應另定街名。

15. 台灣近代法體系的分期

本章開頭曾提及近代法體系與臺灣的相遇是由兩個近代型國家推動，分別爲1895年日本帝國以及1945年以後的中華民國，若從統治政策的更迭進行分期，則還可在區分爲四個不同的時期，爲此處的分期點繫於其所設定之目的，此種分期方式只是其中一種分期點的可能性，每位研究者或是同學都可以依其不同的要求，而進行不同分期方式。

15.1 日治時期的發展：1895年至1945年

1895年日本依馬關條約取得臺灣全島及其附屬島嶼之土地的主權，開啓了日本統治時期，直到1945年始因戰敗而由中華民國接管臺灣，日治時期可依其主要統治政策而區分爲兩個時期，分別爲前期特別統治法制時期與後期內地延長法制時期。

15.1.1 特別統治法制時期（1895年至1922年）

³⁰ 於臺灣省政府公報網際網路查詢系統中所獲得的資料。網址：<http://www.tpg.gov.tw/stgogweb/>。

15.1.2 內地延長法制時期（1923 年至 1945 年）

15.2 國治時期的發展：1945 年至 2000 年

中華民國政府自 1945 年 10 月 25 日起在臺灣行使國家統治權，國治時期係指國民黨政權統治時期，1945 年至 2000 年政黨輪替，其中又因戒嚴體制存在與否而可區分為威權統治時期以及自由民主法制時期。

15.2.1 威權統治法制時期（1945 年至 1987 年）

15.2.2 自由民主法制時期（1987 年至 2000 年）

■ 請同學思考：臺灣社會與近代法體系的遭逢，除了前述的分期方式，以統治政策做為參考外，還有沒有其他的可能？

16 進階閱讀建議

16.1 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁 107 至 131。

16.2 荆子馨（Leo Ching）著，鄭力軒譯，《成為「日本人」：殖民地台灣語認同政治》（台北：麥田，2006），頁 60 至 79。

16.3 Robert J.C. Young 著，周素鳳、陳巨擘譯，《後殖民主義—歷史的導引》（台北：巨流，2006），頁 15 至 79。

16.4 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），頁 62-69、130-133、142-143、152-523、156-157、176-177。

16.5 周婉窈，《海行兮的年代—日本殖民統治末期臺灣史論集》，（台北：允晨，2002）。

五、憲政體制與人權保障

1. 教學導引

在本章將進行憲法史的教學，首先我們仍然要先對憲法一詞進行概念上的討論，按近代型憲法是指西方世界自英國 1689 年權利法案、美國 1776 年獨立宣言、1787 年憲法典和 1791 年人權法案，以及法國 1789 年人權與公民權利宣言以來，逐漸形成之法律原則，而其核心概念主要是指國家統治權須依憲法之規定，以及對於人民基本權利有所保障，因此本章實質內容上，劃分為體制面的介紹，以及人權保障面向，而在時間的發展則分為日治時期以及國治時期，以探討臺灣史上的曾經有過的憲法經驗。

修習本課程的同學大都已上過「憲法」這一必修科目，因此法律史對於憲法的探討是要給同學能對憲法有一個非法釋義學的歷史角度，在進行教學時，除了以若干實際案例作為討論外，也要使同學進一步討論該案例發生之時空背景，以期能與臺灣史有所銜接。

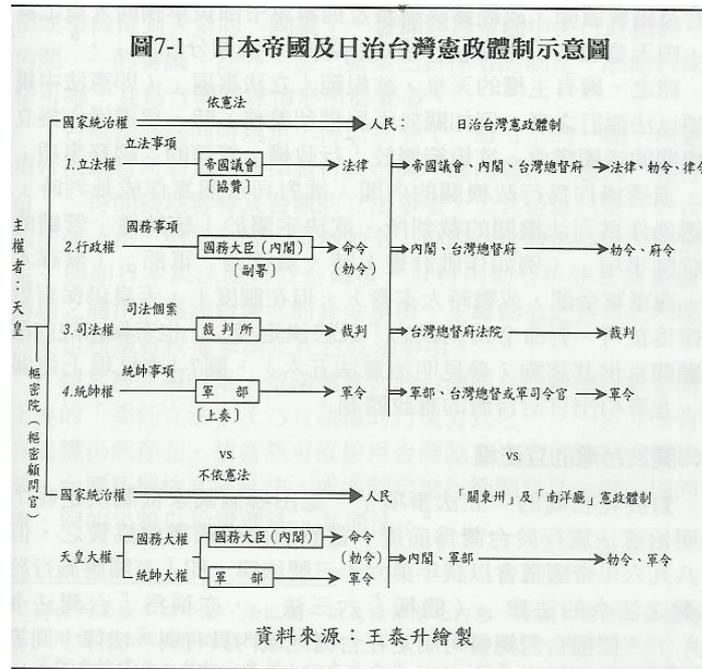
2. 憲政與憲政主義

- ▶ 外來的概念？
 - ▶ 高爭議概念/本質上有爭議的概念（W. B. Gallie, essentially contested concept）
 - ▶ 對於所爭議的重要概念，諸使用者皆同意其有一個共同核心
 - ▶ 該概念的使用方法，是可被爭議且已被爭議的
 - ▶ 該概念的用法爭議，在性質上是無止盡的
-

3. 日治時期

3.1 明治憲法下的政府體制

圖7-1 日本帝國及日治台灣憲政體制示意圖



明治憲法是否施行於台灣？

- ▶ 當然施行說
- ▶ 全然不施行說
 - 領土的一部份施行憲法、一部份不施行，並不違反憲法的性質。
 - 法係伴隨社會狀態而存在，社會狀態有異、法亦不得相異。
- ▶ 部分施行說：區分法的性質，依照新領土的社會狀態，決定其是否施行
 - 屬人：施行。
 - 屬地：不當然施行。
- 活動：請同學閱讀下面兩份資料，並思考憲法是否施行於臺灣是否有所差別。
 - 〈關於臺灣制度、天皇大權及帝國議會之意見書〉

William Montague Hammett Kirkwood（日本政府英國籍法律顧問）

「…依余之意見，…臺灣的制度，為得到帝國議會的協贊，而依天皇大權為制訂，並非違憲的憲法活動。…余對於主張此項意見仍有相當的躊躇。於今之日本，可看出輿論的傾向是抱持著民政主意，故如果採行余之解釋的話，難以預估在向來與政府不親密的議會中，攻擊政府的議論將如何沸沸揚揚。…然依余之卑見，若考量國家長遠的利益，則依余所獻之說，而為憲法之解釋的話，才能使國家長久存在。…」

● 1898年至1906年擔任臺灣總督的兒玉源太郎，曾於1902年在日本帝國議會表示：「…而且，保有權威，可說是有關統治此新領土上人民最緊要的事，這是全體所瞭解的。但是，中國的政治基本上不同於日本之區分行政、司法、立法。其就下級官衙這個層級，確信幾乎都是將立法司法行政等三權，由所謂的『役人』來持有。亦即，中國自建國之時起即有這樣的制度，是可以想像的。而所謂的『役人』，縱先暫時不提立法，所謂司法行政之權可說是存在於這些人之上，此一習慣不能馬上去除，故來統治這些人的下級官

吏，同樣不能不維持該風俗習慣。假若就所有事情的支派上，將立法司法之權的一部份，在某程度上與行政權一起委任給統治這些人的總督，這麼一來，關於保有總督的威嚴，亦即保有總督所代表的日本政府的威權，我認為是最必要之事。亦即，六三法就是以如上所述的意義，來發揮其作用。…」

憲法施行爭議的由來 - 六三問題
中途而廢的臺灣統治法（臺灣憲法）

3.2 統治臺灣的基本法律

3.2.1 臺灣總督府條例

3.2.2 臺灣總督府法院條例

3.2.3 1896法律第63號「有關應施行於臺灣之法律之件」（六三法，1896-1906）

賦予臺灣總督廣泛、幾乎無限制地制定在臺灣地域內具有與帝國議會同等效力的命令（律令）的權力，僅需程序上獲得臺灣總督府評議會的議決與天皇的勅裁。又稱「台灣法令法」。為「限時法」，每三年延一次。

3.3 六三問題：委任立法是否違憲？

憲法是否施行於臺灣？如憲法不施行於臺灣：無違憲與否的問題？

如施行於臺灣，則是否允許委任立法？

▶ 合憲說：

帝國議會所制定的法律，授權給行政機關立法，其效力來源仍是議會的法律。憲法並未限制帝國議會行使立法權的方式，因此可以概括授權。

▶ 違憲說：

帝國議會僅能就特定的事項將立法權委託行政機關，否則即是怠忽憲法所賦予的義務。

立法權不能委由行政機關行使。非法律、又非命令的律令，是在台灣白晝公行的怪物。

3.4 如允許委任立法，是否有限制？

六三問題是法律問題也是政治/政策問題

▶ 六三問題的政治性：每三年延長一次的政治角力戰

▶ 中村哲：六三問題並非單純憲法解釋的技術問題，實涉及殖民政策的考量

▶ 長尾景德：有些憲法的條文，需要受憲法委任的法律才能運作

▶ 國民參政權：不能以女性被選舉法排除於外，即謂憲法未適用於女性；同理，也不能以選舉法排除殖民地人民，即謂憲法未實施於臺灣

▶ 服兵役：受憲法委任的兵役法未施行於臺灣，不表示憲法未施行於臺灣

3.5 殖民地統治基本制度的發展-六三法體制（1896-1921）

3.5.1 限時法的法體制

- 六三法體制下的立法權：

天皇得發佈「施行勅令」，將帝國議會所制定的法律全部或一步施行於台灣。勅令由國務大臣研擬副署，天皇發佈。

經由帝國議會委任，臺灣總督擁有廣泛、但並非毫無限制的律令權。

- 六三法（1896-1906）：總督律令僅需程序上獲得臺灣總督府評議會的議決與天皇的勅裁。
- 三一法（1906-1921）：法律第31號「有關應施行於臺灣之法令之件」，五年的限時法，限制總督的律令權（內地法優位主義），規定律令不得違背：依據施行勅令而實施於臺灣的日本法律
特別以施行於臺灣為目的而制定的日本法律與勅令

3.6 法三號（1921-1945）：殖民地統治基本制度的發展

3.6.1 1921年法律第3號「有關應施行於臺灣之法令之件」，為永久法而非限時法。

3.6.2 施行勅令移至第一條第一項，凸顯其作為原則。

3.6.3 創設特例勅令：原為日本內地所制定的法律如欲施行於臺灣，可以依照中央行政機關的勅令為特別規定，取代其中不符合臺灣情事的條文，以使內地的法律易於實施於臺灣。

3.6.4 發佈律令的兩大限制：

1. 在臺灣應以法律規定的事項，沒有帝國議會所制定的法律可加以規範，或雖有法律可規範，但難以依照施行勅令配合特例勅令的方式實施於臺灣。
2. 因臺灣的特殊情事而有設置特例的必要

3.7 臺灣總督 = 土皇帝？

▶ 律令權

▶ 司法監督權

▶ 行政權

▶ 得制訂府令，府令得附加罰則，與天皇所得發佈之勅令相同，最高可課以自由刑一年、財產刑200圓。得指揮下級行政機關，發佈職務命令、監視其事務、停止或取消其命令或處分。也享有相當大的人事權。

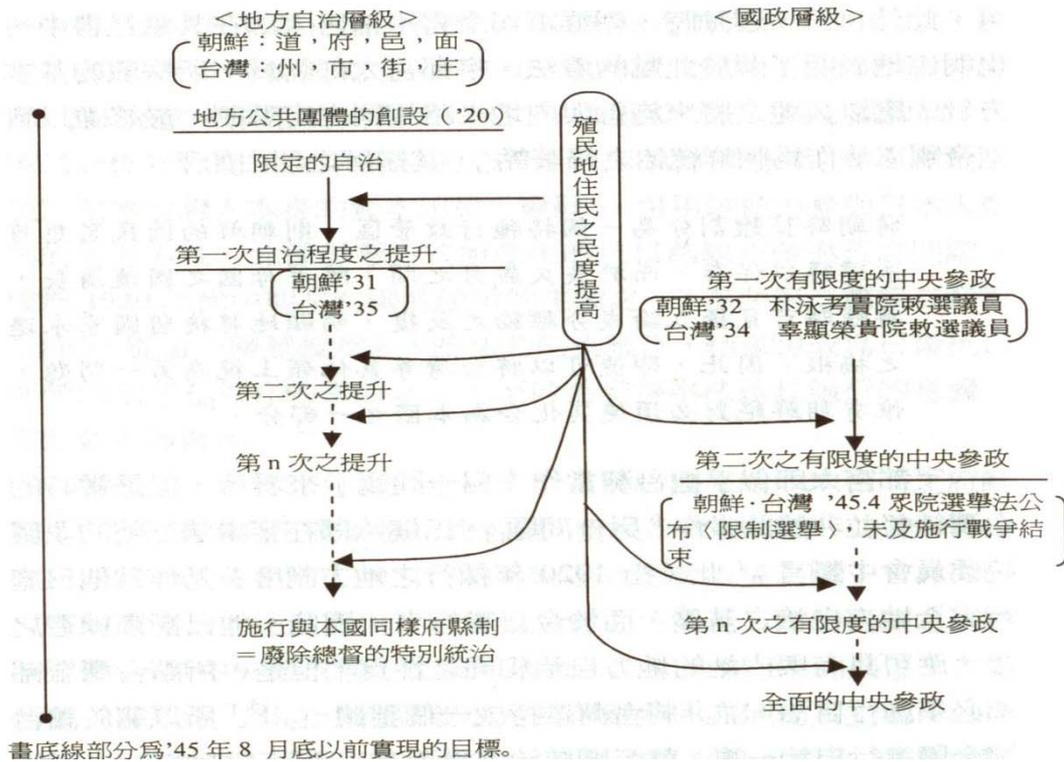
▶ 受中央指揮監督，就軍事、貨幣、郵電等全國一致的事項，直接受軍部與內閣的指揮。其他行政事務，1942年之前由內閣的某專責機構為概括性監督，1942年實施內外地行政一元化，由內閣總理大臣與各省大臣就列舉事項，對總督個別監督，且得指示總督。

▶ 軍事權

1919之後，設台灣軍司令官，總督不再享有軍事權，但仍得請求司令官出兵二次世界大戰末期才又享有軍事權。

3.8 六三法到法三號：普遍性與特殊性的辯難

內地延長主義之賦予參政權進程圖（若林正文，台灣抗日運動史研究 頁64）



3.8.1 同一：憲法一體適用於大日本帝國的所有領土

- 相同待遇 = 殖民地的平等？
- 同一性的標準是誰的標準？

3.8.2 差異：因應殖民地的社會條件而選擇性地適用

- 差別待遇 = 殖民地的平等？
- 差異由誰認定？為了誰的利益？

3.8.3 差異與同一的困境：

- 六三法下的差別待遇是對臺灣人的歧視
- 同一待遇將抹滅殖民地自身的社會文化

3.8.4 走出困境的諸種可能

- 殖民地解放
- 整合
參與帝國議會
- 實施地方自治
強化殖民地的自治性
制定臺灣憲法
設置臺灣議會

3.9 爭取殖民地自治的立法機關：臺灣議會設置請願運動（1921-1934）

3.9.1 背景：

- 不尋求廢除六三法
- 大正民主

● 參考資料

王泰升、劉晏齊 臺灣議會請願運動與治警事件

收入於王泰升、薛化元、黃世杰，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究

於 1920 年代，臺灣人民不再以武力，而改走法律體制內的改革，追求提升臺民權利的目標。這些手段中最意義的是「臺灣議會設置請願運動」及其後續引發的「治警事件」。20 年代初期，某些臺灣人知識份子從撤廢六三法的目標，改為以承認六三法體制下臺灣之特殊地位為前提，要求在臺灣設置由臺灣住民選出的代表組成、擁有一定立法權的「臺灣議會」。這個主張開啟了從 1921 年到 1934 年共十五次的議會請願運動。³¹

3.9.2 理由：

- 臺灣是大日本帝國的一部份，應施行立憲制度
- 保留臺灣特殊性，臺灣的基於台灣特殊事情所定特別法規與台灣的預算決議，應由臺灣住民（含在台日本人，但不含生蕃與女性）所選出的臺灣議會決定

3.9.3 誰參與台灣議會設置請願運動？

a. 參與連署者：

- 男性？
- 主要為教育程度較高者
- 亦有公職者

b. 主要推動者

- 臺灣漢族中的第一代知識份子：屬於教育程度最高的一群，如臺灣總督府醫學校、臺灣總督府國語學校、留日者（特別是明治大學法科）
- 辯護士（律師）、醫生、地主資產階級居多

3.9.4 台灣議會設置請願署名者的學歷

| | |
|-----------------|-------|
| 署名者總數 | 18528 |
| 學生（中學生、專門學校及以上） | 883 |
| 具有中學校或以上學歷之非學生 | 2580 |
| 小公學校畢業或肄業 | 7362 |
| 漢文修學 | 2913 |
| 無學歷 | 4380 |
| 不詳 | 28 |

● 參考資料

▶ 若林正文 台灣抗日運動史研究

³¹ 參見王泰升、薛化元、黃世杰，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，（台北：五南，2006），頁 120-121。

一如 E.P. Tsurumi (派翠西亞·鶴見) 的指出，如果考量到當時的台灣是，不論多寡只要受過近代教育，就可是之為知識分子的開發中地區，則請願運動可以說是不僅領導者，連平民大眾 (rank and file) 也包含在內的知識分子的運動。

...這個運動是由台灣漢族住民中教育程度最高的人所推動的。

再看他們的出生年，則幾乎都是在日本領台前後的 10 年之間出生的，這些人到達學齡時，剛好碰到日本殖民地教育的滲透期。公學校學生人數超越傳統的教育機關書房的學生數，是在 1904 年。思考到這一點，包含台灣議會設置請願運動在內，點燃 20 年代臺灣抗日運動之火的知識分子，可以說是臺灣漢族的第一代近代知識分子。

就職業欄來看，以在殖民地的不自由環境之下，生活上受到的威脅較少而有能力參加活動的醫生及律師居多，而出租土地業 (指地主) 和會社幹部等，屬於本地地主資產階級的人也多。運動的資金主要是由這些人提供，特別是林獻堂一族及其親戚為中心人物。³²

▶ 請願書

台灣議會的「請願之要旨」，從第 1 回至第 5 回是為，「乞願審議制定台灣統治法，以設置從台灣住民 (日本人當然也包含在內) 公選之議員所組織之台灣議會，而賦予審查台灣施行之特別法律及台灣預算之協贊權」。在 1925 年第 6 回請願以後，「台灣施行之特別法律及台灣預算之協贊權」改為「基於台灣特殊事情所定之特別法規及台灣的預算之議決權」。³³

▶ 檔案照片³⁴

³² 若林正文，台灣抗日運動史研究，臺灣史日文史料典籍研讀會，(台北：撥種者，2007)，頁 26-27。

³³ 若林正文，台灣抗日運動史研究，頁 68。

³⁴ 王泰升、薛化元、黃世杰，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究，頁 121。



▲ 治警事件部分獲不起訴處分者由臺北監獄釋放的情形
 《臺灣霧峰林家留真集》：近、現代史上的活動（1897-1947），賴志彰，自立報系文化出版部，民國78年（1989），頁155



治警事件一審公判紀念照▶
 《臺灣霧峰林家留真集》：近、現代史上的活動（1897-1947），賴志彰，自立報系文化出版部，民國78年（1989），頁157

3.9.5 如何進行議會設置請願運動？

a. 結社權

- 1923年1月在台北市成立「台灣議會設置請願同盟會」，被依治安警察法禁止
- 1923年2月，以同名、同目的、同會員在日本內地重新成立，並獲得內務大臣許可

b. 請願權

- 行使明治憲法第30條之請願權
- 請願必須有帝國議會的議員介紹，再交付請願委員會審查，但15回的請願都僅在請願委員會的層級即結束（「不裁決」、「不上呈」、「審議未了」）

c. 推動方式：

- 與殖民者結盟：貴族院議員江原素六、山協玄、渡邊暢，眾議院議員田川大吉郎、清瀨一郎、神田正雄、清水留三郎
- 啓蒙台灣民眾：出版、演講…

3.10 非武力的鎮壓-- 治警事件（1923/12/16）



治警事件

1921年1月31日林獻堂領導旅日臺灣留學生和有識之士187人簽署請願書，向日本貴、眾兩院請願，要求設立擁有特別立法權和預算審議權的民選「臺灣議會」，此後每年簽署，先後展開共計15次的「臺灣議會設置請願運動」。然而請願運動屢遭總督府壓迫，為因應總督府之強大壓力，1923年蔡培火、蔣渭水等人乃組織「臺灣議會期成同盟會」，冀望以組織力量推動第四次請願簽署。總督府旋以違反治安警察法為由，於同年12月16日進行全島性大檢肅，最後被總督府搜查、扣押、傳訊者多達99人；判決結果總計有18人被起訴，其中，蔡培火、蔣渭水等7人分別被判處禁錮3或4個月徒刑不等，蔡式穀等6人各被處罰金100，王敏川等5人獲判無罪，史稱「治警事件」。該事件在當時引起政界與法界諸多辯論，亦更激起臺灣民眾關心政治之熱潮，影響了1926年第7次請願以降，簽署人數均多達一、二千人。

撰稿者：吳明勇

出處：台灣歷史辭典 網頁 <http://taipedia.cca.gov.tw/taipedia/dict/>



3.10.1 逮捕鎮壓理由

- 違反治安警察法第八條第二項結社之禁止:
- 法域雖不同，會員大部分係舊結社會員，會名又相同，且在台灣島內活動

3.10.2 審判

- 檢方：三好一八、上內恆三郎

辯護：

為被殖民者辯護：清瀨一郎議員/辯護士、渡邊暢辯護士

為同胞辯護：葉清耀辯護士

- 審判：堀田真猿

殖民者與被殖民者的複雜的關係。

3.10.3 判決：

- 一審：無罪（證據不足）
- 二、三審：部分有罪，最重者四個月徒刑（蔣渭水、蔡培火）

3.10.4 爲了誰的差異？

3.10.5 臺灣議會設置請願運動：

- 請願旨趣：參酌特殊之事情，鑑世界之潮流，徵民心之趨向，宜素準據立憲之本意，故需順應台灣事情之立法，即就臺灣住民公選議員組織議會以

行之，以補帝國議會之所不能也

- 臺灣議會設置請願歌：百般設施，民意為基，議會設置宜，政無私，嘻、嘻、嘻、東方君子，嘻、嘻、嘻、熱血男子

3.10.6 何時可於臺灣施行立憲政治的法制？

- 依臺灣的文化、智識程度而定（原敬）
- 先提升臺灣人的文化程度才行（田健治郎）

3.11 從議會設置到地方自治 - 地方制度的變革

3.11.1 變革

- 1901-1920：多廳制，總督府對於地方有較強的控制權
- 1920：創設地方公共團體。
(1930臺灣地方自治聯盟成立，1934最後一次議會設置請願運動)
- 1935地方團體法人化，提升自治程度，市街庄可頒佈條例，人民可有限度參政

3.11.2 地方行政首長的權限

- 警察政治：在1920前，以警部擔任支廳長，以大量警力投入政務；1920之後，改以文官治理。
- 發佈得具有罰則之州、廳令。
- 受中央及上級機構的指揮監督。
- 1904起，依照「犯罪即決例」得裁決一定範圍的輕犯罪（參酌舊慣？）
- 廳長可依照「廳長處理民事爭訟調停」調停民事紛爭。

3.11.3 保甲（舊慣）：

- 1898公布保甲條例，10戶一甲、10甲一保，以保甲作為警察的輔助機構、協力機構。
- 保甲制度僅適用於本島人與華僑，不適用於在台日人與原住民族。

3.11.4 有限度的地方自治

- ▶ 部分地方議會僅有諮議權而無決議權
- ▶ 州會、市會設置議決機關（但州知事與總督可以取消其決議）
- ▶ 廳與街庄設諮詢性質的協議會
- ▶ 官派與遴選：

廳協議員官派，州會、市會、街庄協議會一半民選一半遴派

官派地方行政首長

- ▶ 直接與間接：州會議員由市會、街庄協議員間接選
- ▶ 1935、1937的限制選舉：投票率高於9成
- ▶ 性別：男子
- ▶ 教育程度：

競選必須以日語進行

投票必須書寫候選人名字（訓練「無筆有權者」）

- ▶ 階級：獨立生計、年納稅額五圓 以上
- ▶ 種族：

本島人選民僅有28000人（本島居民總數四百多萬）

內地人選民有30000人（在台日人總數約二十萬）

● 參考資料

陳柔縉 台灣西方文明初體驗「選舉」：

「一九三五年十一月二十二日，台灣進行有史以來第一次投票，當年報紙書籍均稱此次為台灣的『處女選舉』。台北霪雨霏霏，其他各地則晴朗無雨。早上五點就有選民到場，七點一道，全島開始投票。據報載，宜蘭羅東且『以煙火二發為好開始投票。』新店有七十五歲老翁坐轎前往，中風的選民也抱病投下神聖的一票，和當前的選舉熱況古今一同。」

「這場台灣第一屆市匯集街庄協議會員選舉，因為選舉權人少，當選得票數隨之稀少，今天看來，規模還不及大學選舉學生會會長或主席，而似乎與小學自治市長選舉差不多。拿台北市會議員當選人最高票的台灣人蔡式毅來說，才一千兩百四十五票，高雄市的台籍最高票楊金虎，才得四百一十七票。」

「台灣第一次的這場選舉，事後的評價好壞都有。好者集中於選風純淨。壞者則在於選舉結構仍不民主。」

楊肇嘉（一八九二年生，曾任台灣省民政廳長）是日治時代爭取台灣人民權的領袖人物，曾任『台灣地方自治聯盟』常務理事。他認為這次選舉『成功』，令人欣慰。陳逸松³⁵則用『庶幾接近選賢與能的目標』來總評這次選舉。³⁶

3.12 殖民憲政體制下的基本人權

3.12.1 明治憲法原則上依「法律」保障日本臣民的基本自由權利

3.12.2 爭取而來的權利

a. 在台日人爭取自身權利：

「台灣新聞紙條例」限制言論自由

「台灣保安規則」限制遷徙自由

b. 本島人爭取自身權利

集會結社：台灣文化協會、台灣民眾黨（1927-1931，被命解散）、台灣地方自治聯盟（1930-1937，自願解散）

參政權：議會設置請願運動、地方自治運動

言論出版

3.13 林呈祿：日治時期臺灣法律體制改革的先驅者

由林呈祿的文章出發

林呈祿作為臺灣社會第一批接受近代西方個人主義、自由主義法理念的法律人，我們除了可以透過其主張觀看日治時期的憲政實踐，也可去觀看 1920 年代初期，臺灣新生的知識份子的社會實踐如何。

● 參考資料

林呈祿〈六三問題之運命〉，《台灣青年》，1 卷 5 期（1920,12）³⁷

「若憲法不行於台灣、則意會之委任台灣總督以發可代法律之命令權、亦不惹起

³⁵ 陳逸松，1907 年生，1935 年台北市會選舉拿下台灣人第二高票。

³⁶ 陳柔縉，台灣西方文明初體驗，（台北：麥田，2005），頁 172-177。

³⁷ 轉引自王泰升，〈台灣法律體制內改革的先驅者：林呈祿〉，《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》，（台北：學林，2001），頁 16-17。

違憲之問題、若解為憲法行於台灣、則法律之委任於命令、俾得規定法律是向、則生其不違背憲法與否之問題耶.....」

「所謂六三問題者、不過日本帝國、對於有特殊事情之台灣、應施行之法律、其當在帝國議會制訂之耶、或當委任行政機關之總督、而使之制訂耶之爭議而以、至對於新領土之台灣、其當施行真正之立憲法治制度、及當如何擁護伸張台灣住民之權利與義務之問題、則尚未涉及焉」

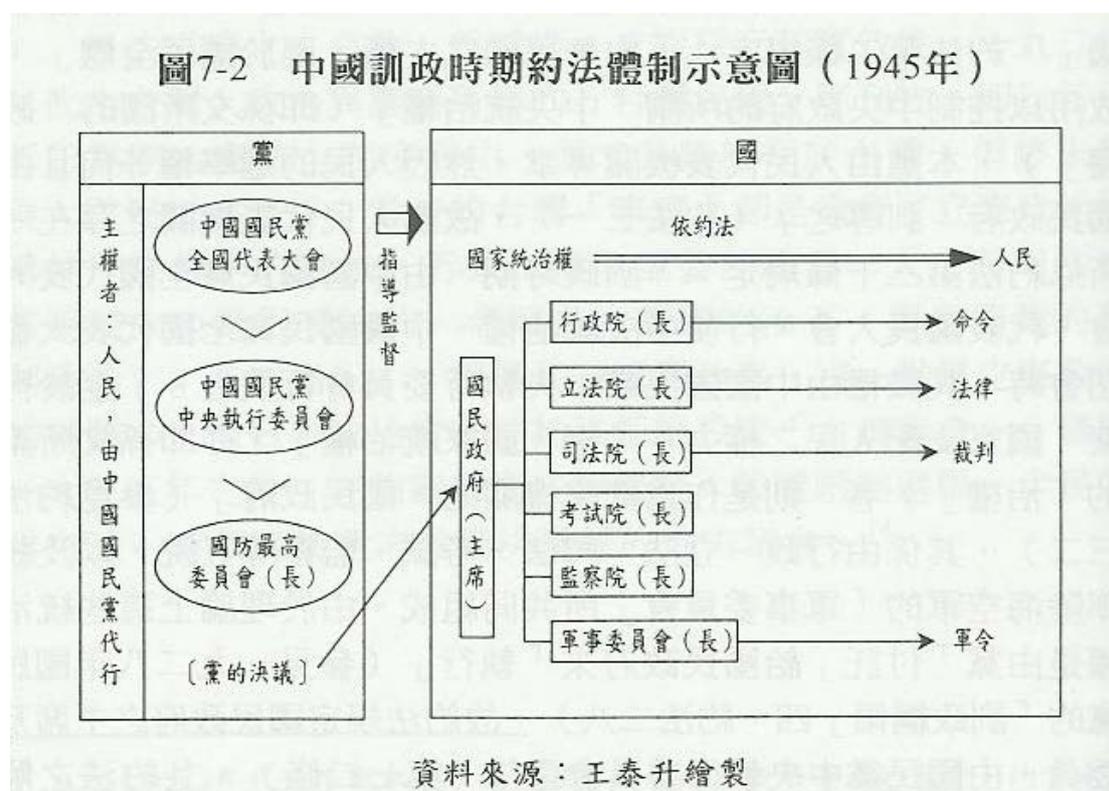
「有舊歷史、有特殊之民情風俗習慣、有固有之思想文化之現在台灣三百五十萬漢民族、果能使其與內地大和民族、在純然同一制度之下統治之耶否耶、.....日本民族、與台灣民族、故知其必不能相同化、而社會人道之要締、不必定以民族之同化為條件、要在使人類之共同的福利之增進向上」

■ 活動

請同學從前引段落思考林呈祿針對日本殖民統治的反省為何，並討論除了六三問題外，林呈祿的時代還可能面臨哪些殖民統治上的爭議。

4. 國治時期

4.1 訓政體制



● 參考資料

汪精衛政府之司法狀紙³⁸

國民政府之司法狀紙³⁹

請同學就該司法狀紙的外觀進行討論。

依1931年《中華民國訓政時期約法》第30及32條之規定，中國於訓政時期，係由中國國民黨，代表作為主權者的全體國民，擁有控制整個中央政府的權力（條文上稱「中央統治權」），中央政府即是行使行政、立法、司法、考試、監察等五種治權的國民政府。且自1943年9月以後，包括司法院長在內的五院院長對國民政府主席負責，國民政府主席對中國國民黨中央執行委員會負責。因此，擁有統一解釋法令權的國家司法機關，包括審判和檢察系統，應向一個政黨負責，司法院院長須接受中國國民黨的指揮監督。表現在司法狀紙上，我們可以從上面的檔案中發現，其上半面放置孫文肖像、國旗、黨旗及「總理遺囑」，下半面即是註明「中央黨部部址」的建築物照片，明白顯現黨治司法的關係。

4.2 憲政體制

4.2.1 1945年國民黨政權依「中華民國訓政時期約法體制」開始統治臺灣，訓政時期的統治是以黨治國，權力集中至黨的領導人，再由組織龐大的檔機構來指導監督國家統治權的行使。

4.2.2 1947年則開始施行「中華民國憲法」，由人民代表組成國民大會，以進行對國家統治權的指揮監督。

4.2.3 1949年舊中國政府的終結，國民黨政府在台開始統治，繼續使用中華民國憲法。

4.3 憲政體制的實踐面向：1952年國防會議

「第四案：行政院對行政機關權責、組織、法令、人是及制度檢討改進措施辦理情形報告案。…」

總統裁示：…」⁴⁰

1949年起，國民黨主政的臺灣政府以「中華民國憲法」做為國家的憲法，而上文是1952年蔣中正總統在總統府所召開的「國防會議」的檔案記錄，出於今日總統府所收藏的有關「國家安全會議」檔案，可藉此檔案進一步討論此時期的憲政實踐，此時所召開的國防會議是否符合憲法上的規定呢？請參照中華民國憲法第36條「總統統率全國陸海空軍。」、第56條「行政院副院長，各部、會首長及不管部、會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。」

4.4 雷震案

● 參考資料

檔案出自《雷震案史料彙編：國防部檔案選輯》陳世宏等編，（台北縣新店：國

³⁸ 摘自臺灣總督府外事部，《南支方面視察事務報告書》（台北，1944）

³⁹ 摘自董浩編，《民刑訴訟撰狀方法》（上海：會文堂新記書局，再版，1937），頁8。

⁴⁰ 王泰升教授逾2003年5月12日至國安安全會議訪查所抄錄，可參見王泰升，〈臺灣法律文化中的日本因素：以司法層面為例〉頁11。

史館，2002），頁 331-332。轉引自王泰升〈臺灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉頁 15。

「四十九年十月八日上午十一時在總統府集會商討雷案，由總統親臨主持，出席人員計有 陳副總統、(總統府)張秘書長群、(行政院)唐秘書長縱、(中央黨部)古秘書長鳳翔、(司法院)謝院長冠生、(外交部)沈部長昌煥、(司法行政部)鄭部長彥荼、(調查局)沈局長錡、(最高檢察署)趙檢察長琛、陶希勝先生、曹主任聖芬、國防部軍法覆判局汪局長道涵及本部(警備總司令部)總司令黃上將軍法處周處長等十四人，討論主題為甲乙丙三案之採釋。

發言情形：

陳副總統：主張採丙案…

謝院長趙檢察長、汪局長：主張採乙案…

谷秘書長、鄭部長、及本部出席人員：主張採甲案…

總統指示：1. 題目(按指判決主文而言)要平淡，須注意及一般人之心裡
2. 雷之刑期不得少於十年
3. 「自由中國」半月刊一定要能撤銷其登記
4. 覆判不能變更初審判決

總統隨又垂詢乙案能否撤銷登記？將來覆判不可變動有無把握？

由汪局長起立答辯：都可以辦到。

總統…裁決採用乙案。」

4.4.2 活動

可藉由雷震案的相關討論進行有關戒嚴時期司法權的行使，以及此時憲法的實踐。依雷震案當時的軍事審判法之規定，判決應經軍事審判機關長官核可後方得宣判，故軍事權與司法權合一，但本案的運作卻經由行政機關、司法機關、甚至是國民黨黨部的領導幹部會商，而由行政兼軍事部門首長的總統，對於涉及政治異議者的司法案件為最終的裁決。

網路資源：

民主的雷聲，人權的鬥士 — 雷震(國史館，雷震網頁)

<http://www.drnh.gov.tw/www/page/C/ray/index.htm>

雷震傳正網頁(中研院近代史研究所檔案館)

<http://archives.sinica.edu.tw/main/52/52page.htm>

4.5 司法的自主性：由大法官釋字四九九號解釋觀察

■ -----

大法官解釋第 499 號解釋(節錄)：

▶ 國民大會依憲法第二十五條、第二十七條第一項第三款及中華民國八十六年七月二十一日修正公布之憲法增修條文第一條第三項第四款規定，係代表全國國民行使修改憲法權限之唯一機關。其依修改憲法程序制定或修正憲法增修條文須

符合公開透明原則，並應遵守憲法第一百七十四條及國民大會議事規則有關之規定，俾副全國國民之合理期待與信賴。

▶ 修改憲法亦係憲法上行為之一種，如有重大明顯瑕疵，即不生其應有之效力。所謂明顯，係指事實不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規範。國民大會於八十八年九月四日三讀通過修正憲法增修條文，其修正程序牴觸上開公開透明原則，且衡諸當時有效之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，亦屬有違。依其議事錄及速記錄之記載，有不待調查即可發現之明顯瑕疵，國民因而不能知悉國民大會代表如何行使修憲職權，國民大會代表依憲法第一百三十三條規定或本院釋字第三三一號解釋對選區選民或所屬政黨所負政治責任之憲法意旨，亦無從貫徹。此項修憲行為有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之**基本規範**。

▶ 憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為**憲法整體基本原則**之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。

▶ 依此種方式產生之國民大會代表，本身既未經選舉程序，僅屬各黨派按其在立法院席次比例指派之代表，與憲法第二十五條國民大會代表全國國民行使政權之意旨，兩不相容，明顯構成規範衝突。若此等代表仍得行使憲法增修條文第一條以具有民選代表身分為前提之各項職權，**將牴觸民主憲政之基本原則**，是增修條文有關修改國民大會代表產生方式之規定，與自由民主之憲政秩序自屬有違。

▶ 按**國民民主權原則**，民意代表之權限，應直接源自國民之授權，是以代議民主之正當性，在於民意代表行使選民賦予之職權須遵守與選民約定，任期屆滿，除有不能改選之正當理由外應即改選，乃約定之首要者，否則將失其代表性。

▶ 本件關於國民大會代表及立法委員任期之調整，並無憲政上不能依法改選之正當理由，逕以修改上開增修條文方式延長其任期，與首開原則不符。而國民大會代表之自行延長任期部分，於利益迴避原則亦屬有違，俱與自由民主憲政秩序不合。

▶ 第三屆國民大會於八十八年九月四日第四次會議第十八次大會以無記名投票方式表決通過憲法增修條文第一條、第四條、第九條暨第十條之修正，其程序違背公開透明原則及當時適用之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，其瑕疵已達明顯重大之程度，違反修憲條文發生效力之**基本規範**。

----- ●
本號解釋展現了司法權之強大，大法官以其所認定、憲法典尚未有明文的所謂「基本規範」或「基本原則」等作為依據，否定由民意代表組成的「修憲機關」所為修憲條文的效力。

■ 活動

請同學思考本號大法官解釋運用了哪些法律原則。

4.6 人權案例：以大法官解釋為觀察

4.6.1 有關大法官解釋在戒嚴時期以及解嚴後的比較：以參與犯罪組織與脫離的大法官解釋出發

大法官解釋第 68 號：

凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加。如其於民國三十八年六月二十一日懲治叛亂條例施行後仍在繼續狀態中，則因法律之變更並不在行為之後，自無刑法第二條之適用。至罪犯赦免減刑令原以民國三十五年十二月三十一日以前之犯罪為限，如在以後仍在繼續犯罪中即不能援用。

大法官解釋第 129 號：

未滿十四歲人參加叛亂組織，於滿十四歲時，尚未經自首，亦無其他事實證明其確已脫離者，自應負刑事責任。本院釋字第六十八號解釋並應有其適用。

大法官解釋第 556 號：

犯罪組織存在，法律所保護之法益，即有受侵害之危險，自有排除及預防之必要。組織犯罪防制條例乃以防制組織型態之犯罪活動為手段，達成維護社會秩序及保障個人法益之目的。該條例第三條第一項及第二項所稱之參與犯罪組織，指加入犯罪組織成為組織之成員，而不問參加組織活動與否，犯罪即屬成立，至其行為是否仍在繼續中，則以其有無持續參加組織活動或保持聯絡為斷，此項犯罪行為依法應由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任。若組織成員在參與行為未發覺前自首，或長期未與組織保持聯絡亦未參加活動等事實，足以證明其確已脫離犯罪組織者，即不能認其尚在繼續參與。本院釋字第六十八號解釋前段：「凡曾參加叛亂組織者，在未經自首或有其他事實證明其確已脫離組織以前，自應認為係繼續參加」，係針對懲治叛亂條例所為之釋示，茲該條例已經廢止，上開解釋併同與該號解釋相同之本院其他解釋（院字第六六七號、釋字第一二九號解釋），關於參加犯罪組織是否繼續及對舉證責任分擔之釋示，與本件解釋意旨不符部分，應予變更。又組織犯罪防制條例第十八條第一項所為過渡期間之規定，其適用並未排除本解釋前開意旨，與憲法保障人身自由之規定並無牴觸。

■ 請同學比較此三號解釋以及其對於人權的保障程度如何

4.6.2 有關大法官解釋在戒嚴時期以及解嚴後的比較：有關違警罰法的釋憲史

大法官解釋第 166 號：

違警罰法規定，由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨。

大法官解釋第 251 解釋：

違警罰法規定由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨，業經本院於中華民國六十九年十一月七日作成釋字第一六六號解釋在案。依違警罰法第二十八條規定所為「送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能」之處分，同屬限制人

民之身體自由，其裁決由警察官署為之，亦與憲法第八條第一項之本旨不符，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。前述解釋之拘留、罰役及本件解釋之處分裁決程序規定，至遲應於中華民國八十年七月一日起失其效力，並應於此期限前修訂相關法律。本院釋字第一六六號解釋應予補充。

■ 活動：請同學前往台灣民主紀念館參訪，並於課堂上討論參訪心得與感想。



國立臺灣民主紀念館
National Taiwan Democracy Memorial Hall

<http://www.taiwan.twmail.org/index.htm>

4.7 言論與新聞管制

4.7.1 陳啓新案與柏楊（郭衣洞）的大力水手事件

● 參考資料

大力水手，《中華日報》，1968年1月1日至1月5日，第十版。





1968年1月2日，《中華日報》家庭版刊出柏楊（本名郭衣洞）翻譯的「大力水手」（Popeye the Sailor Man）連環漫畫。故事內容為卜派父子合購一島，在島上建立國家，各自競選總統。柏楊將英文的 Fellow（伙伴們）譯為「全國軍民同胞們……」。由於此為蔣介石對民眾慣用的稱呼，當局認為漫畫內容有挑撥蔣介石與蔣經國父子之嫌，柏楊因而被冠上「打擊國家領導中心」的罪名，後又追加為「共黨間諜」。由軍事檢察官以叛亂罪唯一死刑起訴，後判刑十二年。

引自 動員戡亂時期軍法審判紀念園區 - 「禁」的年代 - 對台灣獨立主體的堅持 - 對知識份子的箝制 <http://www.taiwan.twmail.org/d/d02-2.htm>

柏楊網路資源：

柏楊文物館

<http://boyang.nutn.edu.tw/index.html>

4.7.2 管制言論與新聞自由的主要法律

1953 臺灣省戒嚴時期新聞紙雜誌圖書管制辦法、1960 臺灣地區戒嚴時期出版物管制辦法

4.7.3 不得刊載以下內容：

- 未經軍事新聞發布機關公布屬於「軍機種類範圍令」所列之各項軍事消息。
- 有關國防、政治、外交之機密。
- 為共匪宣傳之圖畫文字。
- 詆毀國家元首之圖畫文字。
- 違背反共抗俄國策之言論。
- 足以淆亂視聽影響民心士氣或危害社會治安之言論。
- 挑撥政府與人民感情之圖畫文字。

4.7.4 許可與檢查：

- a. 國內的出版品必須在發行時檢送臺灣省保安司令部一份備查。
- b. 外國進口刊物須先經主管機關核准，並由臺灣省保安司令部檢查進口書刊之內容，若有違法者處以處分外，並得查扣違法之書刊。

● ----- 出版法（1945-1999）

- a. 1952年修正出版法，採許可登記制，限制登載事項。

- b. 管制手段：停刊、查扣、禁止進口…
- c. 以違反「發行旨趣」為由查禁。
- d. 出版法第9條規定登記聲請書應載明「發行旨趣」。
- e. 1979施行細則規定，發行旨趣「必須符合闡揚基本國策、激勵民心士氣」
- f. 以調節之名，行限制之實的「報禁」（1952-1987共35年）。
- g. 1952出版法施行細則第27條，得以命令「調節轄區內新聞紙、雜誌之數量」內政部下令停止報紙登記，限定原有報刊張數版面。
- h. 引發爭議的「戰時出版品禁止或限制登記事項」（1954公布，暫緩實施）
- i. 依據：出版法第35條：戰時或遇有變亂或依憲法為急速處分時，得依中央政府命令之所定禁止或限制出版品，關於政治軍事外之機密或危害地方治安事項之記載。
- j. 目的：適應當前反共抗俄戰爭的需要，使我國戰時文化走入正當發展的途徑，因為出版自由應以確保國家社會的安全為前題，所以為維護國家社會的安全，必要時依法予以適度限制，正所以保障出版的自由。
- k. 九大禁止或限制登載事項：
 - 一、涉及政治、軍事、外交之機密而有損國家利益者。
 - 二、誇大描述盜匪流氓等非法行為而有誣盜作用者。
 - 三、描述自殺行為而有助長自殺風氣之虞者。
 - 四、描述少年犯罪行為而有助長少年犯罪之虞者。
 - 五、描述賭博或吸食 毒之情景足以誘人墮落者。
 - 六、描述猥褻行為而有誣淫作用足以影響社會治安者。
 - 七、傳佈荒謬怪誕邪說淆亂社會視聽者。
 - 八、記載不實之消息意圖毀謗或侮辱元首或政府機關名譽足以淆亂社會視聽者。
 - 九、對於法院刑事訴訟進行中案件之批評足以淆亂社會視聽者。

台北市報業公會的聲明：

新規定禁載事項之顯著缺，在於非常籠統含混：其籠統可以說無所不包，其含混已達可以任意伸縮解釋之地步。如所謂「政治，軍事，外交機密」，本難有一絕對之標準，遇有重要之軍政外交新聞發，其刊載與否，除有關機關之及時關照，編輯人員基於愛國心之驅使，及對反共抗俄國策之瞭解，自能有職業道德之自覺，發揮其心智以貢獻於國家社會。今內政部定下一條不得登載「政治，軍事，外交機密」的禁例，將使新聞工作者失其本身的衡量與判斷，而禁例條文中所謂「機密」，又無一明確標準可循，結果所有報紙除僅登政府機關公報外，任何新聞之刊載，勢必動輒得咎。至於其他各項禁條充滿「足意」「意圖」「之虞」「作用」等，可依主觀而為寬緊不同解釋之字眼，隨時有使新聞記載被指為「影響社會治安」「侮辱政府機關名譽」或「淆亂社會視聽」而受到處分。內政部或自以為並不擬如此濫用禁條，但此諸禁條之本身已構成對新聞自由之莫大束縛。

電視媒體的管制：盛竹如的回憶

10月1日是中國大陸的國慶日，十月開始的這一天不能表現出興奮，大陸國慶固然決不能提，任何祥和預兆的新聞，也都不要播。過掉三、五天，這時要開始提升迎接國慶、海內外萬眾一心的情緒了，所有的報導全都是正面的，全是鼓舞民心士氣的，不能有所偏差；雙十節這一天，

當然是萬民歡欣、普天同慶，不能發生不吉利的新聞，任何火警、兇殺、搶劫、車禍等社會新聞案件，一律不播出，就連地震都不能發生，所有電視畫面都顯示出，好像全世界都在熱烈慶祝中華民國國慶。

真正最大的高潮在 10 月 31 日蔣中正總統華誕。這一天更得特別留心，不可犯忌諱，更不可有不吉利的新聞出現，我記得這一天所有報紙的電影廣告，讓合片名有不吉利字眼出現，都會被塗抹掉，例如「決死突擊隊」成了「○○突擊隊」、「魔鬼奇兵」成了「○○奇兵」

4.8 集會結社自由的管制：從美麗島事件觀察

4.8.1 相關法令：

戒嚴法第11條：戒嚴地域內最高司令官得停止集會、結社及遊行、請願，必要時並得解散之。

國家總動員法第23條：政府必要時得對人民集會結社加以限制

違警罰法第55條：未經官署許可，聚眾開會或遊行、不遵解散命令者，處以拘留獲罰鍰

非常時期人民團體法

1979年8月，黃信介等人創設美麗島雜誌社，發行旨趣為「介紹批評我國政策」（原為「政論性的雜誌，但不被許可）

1979年12月10日，美麗島雜誌社在高雄未經許可而舉辦紀念國際人權日紀念大會，13日進行大逮捕

1980美麗島軍法大審，施明德（無期徒刑）、黃信介（14年）、林義雄、姚嘉文、陳菊、呂秀蓮、張俊宏、林弘宣（12年）

5 進階閱讀建議

5.1 周婉窈，《日據時代的台灣議會設置請願運動》（台北：自晚，1989）

5.2 薛化元等，《戰後台灣人權史》（台北：國家人權紀念館籌備處，2003），頁94至184。

5.3 王泰升，〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，初稿發表於「新興民主的憲政改造－國際視野與台灣觀點」國際研討會（2005年10月28-29日），即將刊載於台大法學論叢。

5.4 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），70-73、134-139、146-147、170-171、174-175、184-189。

5.5 若林正文，《台灣抗日運動史研究》，臺灣史日文史料典籍研讀會譯（台北：撥種者，2007）。

六、行政組織與管制

1. 教學導引

本章將介紹行政法上的行政組織與行政管制面向，按國家大部分的作用屬於行政，行政旨在處理公共事務，與對於社會生活有所控制與調整，從而實現國家目的。法律史對於行政法史的關注是希冀能在各種行政法議題的爭論，藉由歷史的在地經驗提供另外一種觀看角度的可能，而本章節的內容在有關行政管制方面，特別關注於「族群」、「宗教」、「醫療」等，由行政法在這幾個層面的介入，可以進一步探討現代法律對於人民社會生活的控制面向，以及近代型法律如何在臺灣形塑一個符合現代化的社會，行政法令在這一發展過程中，具有很重要的意義。

2. 行政組織

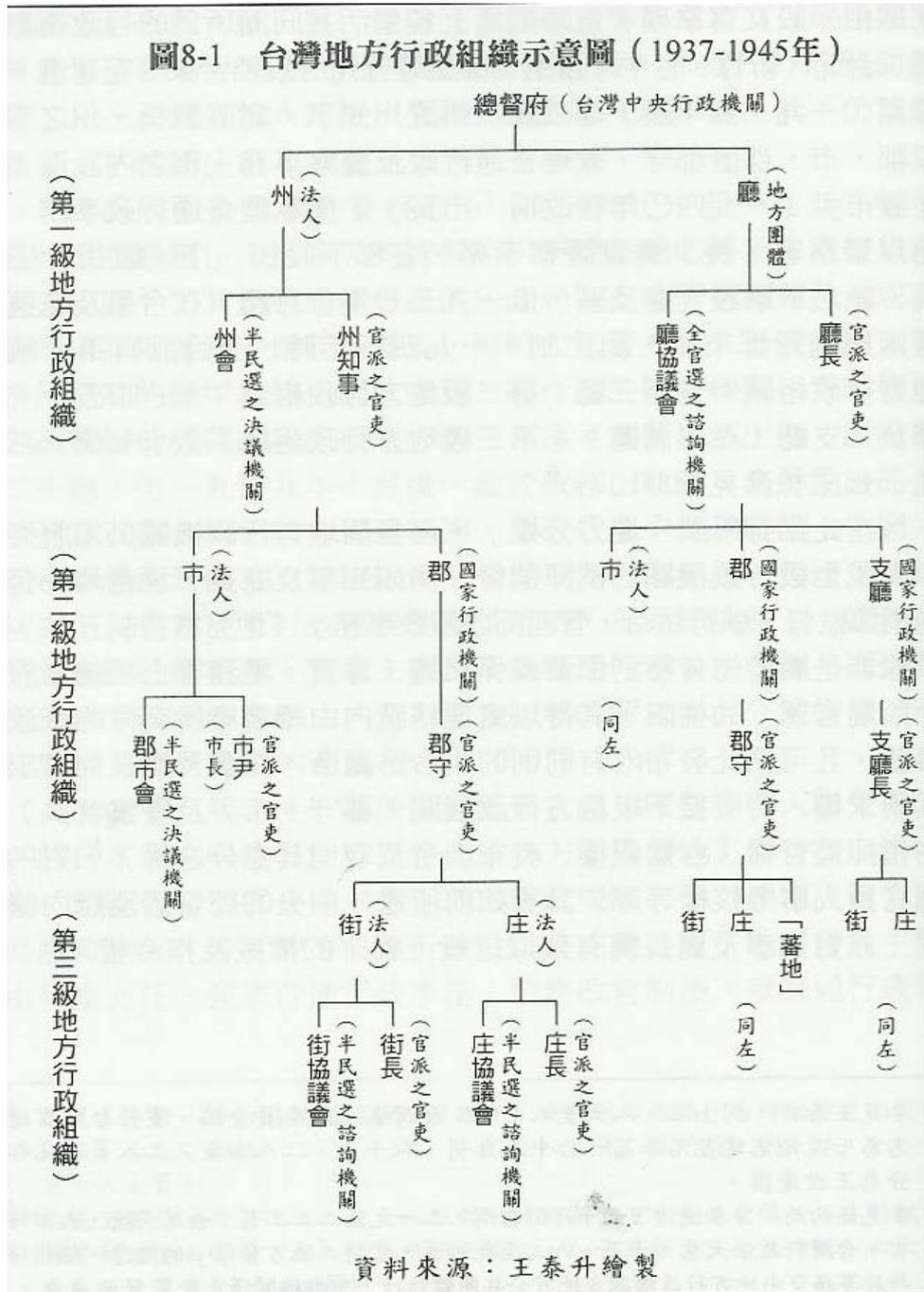
2.1 中央行政機關與地方組織

台灣總督府是台灣中央行政機關，但並非全國性的中央行政機關，總督為統理臺灣政務的在台最高行政首長，而關於地方行政機關的設置以及行政區劃，原先仍沿用清治時期的規模設置三縣一廳，而在 1897 年改為六縣三廳，在 1901 年至 1920 年為了促成中央集權的警察政治，而實行多廳制，曾多達二十廳的設置，而在 1920 年後，基於內地延長主義，逐步地導入日本中央與地方的政府體制，到了 1945 年，全台確立了三級地方行政組織，請參照下圖一。

日治時期臺灣地方行政組織示意圖⁴¹

⁴¹王泰升，《臺灣法律史概論》（臺北：元照，2004），頁 168 圖 8-1。

圖8-1 台灣地方行政組織示意圖 (1937-1945年)



戰後臺灣地方行政區域劃分演變示意圖⁴²

⁴²王泰升，《臺灣法律史概論》(臺北：元照，2004)，頁 175 圖 8-2。

會佔絕對多數，不過臺灣人民在有限的自治程度，仍然開啓了地方自治與選舉制度的運作，並增取其權益。

2.2.3 岡本真希子：

「綜關內地的反對論與臺灣島內的政策施行方面及政治運動方面所相互作用之過程，即可知臺灣的地方選舉制度問題，並不只僅限於臺灣之內，該過程亦即是該問題在整個『日本帝國』中被重新定位的過程。而且，政治運動、政策施行雙方皆與以朝鮮為首的其他『地域』或諸外國殖民地做比較，使得臺灣作為『大日本帝國』的一個『地域』之側面，更進一步地被強調。如此一來，臺灣地方選舉制度乃是在內地、臺灣等的所謂複數『地域』所構成的一個整體『大日本帝國』之中，逐漸被確認其意義而制訂、進而達到實施的階段。」⁴³

3. 行政管制的族群面向

原住民的教育矯治措施、思考原住民的教育。

3.1. 身份：從番人到原住民

3.1.1 從法治原則觀察

● 參考資料

【九十二年五月三十日原民企字第 0 九二 0 0 一八一 二七二 號函】

主旨：有關林 0 0 申請回復原住民身份一案，請 查照。

說明：林 0 0 君祖父林 0 或登記為『熟番』或登記為『福』，依日治時期法律均屬於『本島人』，所生之子女身份關係如何認定問題，依當時的戶口法規，系規定：『入高砂族家之本島人男子與其家女所生子女，其種族為高砂族。』又查臺灣民事習慣調查報告略以：『出舍，係指招婿帶妻離開招家，返回本家或另設一獨立生活而言。而出舍之效果，其與招家家屬關係消滅，法律關係與一般嫁娶婚姻同』，故原本因『入戶』致所生子女為高砂族，已因嗣後基於『出舍』而發生所生子女不為高砂族，是以，林 0 0 不取得原住民身份。

前揭檔案是有關原住民身份法解釋的官方文件，由此可以看出政府在處理有關原住民身份之認定所使用的判準為何，並未依照任何現行法制，因此並未採行所謂的法律保留原則。

日本統治當局對於如何維持原住民的一般秩序，係委由警察機關為自由裁量後做成行政處分，因此始終未制訂任何形式上的法規，尚不及「形式法治國」的要求，國治以後，涉及原住民的法律事務改依一般法規處理，較傾向於不認為對於原住民有任何特殊法律措施的必要，而針對原住民身份認定，則沒有以法律位階的規範來處理。

3.1.2 從實質內容觀察

⁴³ 參見岡本真希子，臺灣地方選舉制度問題之諸相，收入於若林正文、吳密察編，臺灣重層近代化論文集，台北：撥種者，2000年，頁407。

a. 山地山胞：原籍在山地行政區域內，而本人或父系尊親屬（入贅者從母）登記為高山族者。

b. 平地山胞：原籍在平地行政區域，且依當時戶口簿登記屬於高山族「或熟蕃」（更正教科書頁179），並向區公所申請登記者

c. 通婚對於身分的影響：

1980後，女性山胞因為與平地男子結婚而喪失山胞身份，男性山胞除非成為贅夫，否則並不因為與平地女子結婚而失其山胞身份。

通婚子女：依照漢人模式之嫁娶婚或招贅婚而有所不同，原則上從父。

d. 邁向平等

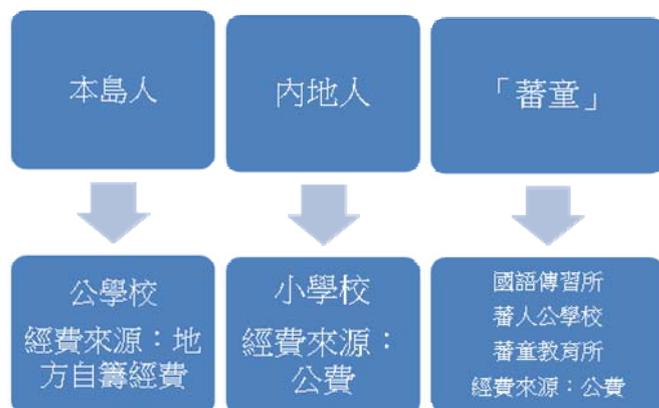
廢除從父與從夫原則

- 原住民身分之祖先認定不再採父系主義
- 得經由婚姻喪失，但不得經由婚姻取得原住民身分：與非原住民結婚的原住民，可以選擇喪失其原住民身份
- 通婚子女得依父母協商與（成年後）個人意願選擇族群身分
從山胞到原住民
- 1994 原住民身分認定標準
- 2001 原住民身分法

■ 活動：請同學搜尋有關 2001 年「原住民身份法」的條文及其立法歷程，並針對條文之規範內容、立法意旨以及其實踐提出其想法。

3.2 教育：日治時期的教育隔離制度

3.2.1 殖民統治前期初等教育隔離制度 – 「因種族/族群施教」



3.2.2 在台「日本國民」的分類

a. 本島人（又稱「台灣人」）

- 馬關條約、台灣住民身分處理程序等規範下被視為日本國民的台灣住民及其後代
- 居住於普通行政區的熟蕃
- 在 1933 年之後因婚姻或收養而進入本島人家庭者

b. 內地人（又稱「日本人」）

- 在日本內地依戶籍法擁有「本籍」的日本人。

c. 蕃人或生蕃

- 原受大清帝國統治的原住民族。

3.2.3 蕃人公學校/蕃童教育所_教育殖民地原住民

3.2.4 創始：1896恆春國語傳習所豬 月勞 束分教場

3.2.5 雙軌制：

a. 蕃人公學校：

承襲自國語傳習所

設置：1898 年以勅令設置蕃人公學校。

目的：施德育、教以國語、教授生活知識技能、使化於國風

b. 蕃童教育所

沿襲自撫墾署/ 辨務署等蕃地警務的教化工作

設置：設於蕃地，以警察為教師。屬於「蕃務行政」

目的：施德育、習國語、教授生活知識技能、涵養國民品格

3.3 殖民統治前期的中等教育

3.3.1 內地人：

a. 男：1898國語學校第四附屬學校中附設尋常中學科，1907設中學校，學習國語、漢文、英語

b. 女：1904國語學校第三附屬學校，1907設高等女學校，學習國語、英語

3.3.2 本島人：

a. 男：（地主資產階級的教育要求→台中中學校設置運動）1915 府令頒佈「臺灣公立中學校規則」，學習國語、漢文，年限比內地短一年、內地必修的英文經濟等也只列為選修

b. 女：無

3.4 殖民統治前期的國語/師範學校

3.4.1 國語學校：1896（勅令）設置臺灣總督府國語學校（下設三附屬學校），府令規定分為兩部

a. 師範部：原僅招收內地人，後同時招收內地人與本島人

本島人：加強國語教育

內地人：加強土語教育

b. 語學部

國語科：本島人

土語科：內地人

3.4.2 師範學校（1899-1902）：培養本島人師資

3.5 殖民統治前期的書房教育

3.5.1 1898年府令第104號〈書房義塾規程〉

a. 概從慣例

b. 應漸次加設國語及算術等科目（→國語輔助教育機構）

3.5.2 蓬勃與沒落

a. 迄1903 年為止，書房數為公學校數的10 倍，學生25,710 人（cf. 公學校的21,406 人）。

b. 此消彼長：1905（中國廢科舉）起，書房銳減，公學校逐漸成長

3.6 第一次臺灣教育令（1919）

3.6.1 臺灣特殊性的彰顯或忽視？

3.6.2 1919勅令第1號臺灣教育令

a. 在台灣的臺灣人之教育依照本令

- b. 教育應基於教育勅語的旨趣，養成忠良國民
- c. 教育應適合時勢及民度
- d. 教育應分為普通、實業、專門與師範教育

3.6.3 中等教育的加強：

- a. 公立中學校改為高等普通學校
- b. 設置公立台北女子高等普通學校

3.6.4 在台灣實施中等教育的理由

如果廢止臺灣的公立中學校，吾等便無法制止島民到對岸外國人所經營的中學校去就學，當然也不能制止臺灣人跑到遙遠的內地去遊學。臺灣人留學內地者大概都進入私立中學校，事實上成績也並不良好。為此，無寧將其留在島內父兄之膝下，官憲監督底下實施適當教育，繼而善導其向學的精神以造出良善的人民。

3.7 修正臺灣教育令（1922）：加強同化

3.7.1 1922勅令第20號臺灣教育令

3.7.2 內臺共學：以語言取代族群別

- a. 公學校（蕃人公學校併入）：非常用國語者，1937 廢除漢文科
- b. 小學校：常用國語者

3.7.3 依用內地學制

3.8 改制國民學校（1941）與義務教育的實施（1943）

3.8.1 1941勅令第255號臺灣教育令

- a. 廢除公學校與小學校的區別，一律改為國民學校
- b. 同校不同「表」
 - 第一號表：國語生活家庭的兒童（＝內地人＝小學校）
 - 第二號表：未踐行國語生活家庭的兒童（＝本島人＝公學校）
 - 第三號表：修業年限六年的國民學校（＝原住民＝蕃人公學校）
- c. 1943 府令第45 號：實施義務教育（6-12 歲）

3.8.2 學齡兒童入學率

1916：11.06%
 1921：27.22%
 1937：46.69%（男62.04%、女30.28%）
 1944：71.31%（男80.86%、女60.94%）

3.9 殖民地的高等教育機構：台北帝國大學

3.9.1 設置目的：

- a. 培養殖民地人才
- b. 避免殖民地人民赴內地或外國留學，受到赤化與反日思想的影響，造成殖民地統治的傷害
- c. 發展南洋研究（南進政策）

3.9.2 爭議：推廣改進初等與中等教育，或發展高等教育？

3.9.3 設置：1928（勅令）台北帝國大學令

4. 行政管制的宗教面向

4.1 舊慣信仰、宗教調查與宗教改革

4.1.1 傳教事業與文明化

4.1.2 宗教調查

(1915 西來庵事件 →) 1915-1918 → 宗教調查報告書 (1919) 1935 寺廟調查

4.1.3 寺廟整理運動 (1938-1940)

4.1.4 正廳改善運動：從家的祖先祭祀，到對天皇的效忠

4.2 研究臺灣宗教的法人類學者- 增田福太郎

4.2.1 增田福太郎對臺灣自然法的研究

4.2.2 比較：

| | |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------|
| 西方 | 理性的自然法 |
| 漢人 | 感性的自然法 「神前立誓、自己咒詛：重視具像與偶像，依賴感性的知覺，對事物的意義做出判斷」 「並非由神靈直接進行實質的裁判，神靈為見證者」 |
| 原住民 | 靈性的自然法 「神判的方法依種族而有所不同」「以神靈的正確裁斷，證明自己的清白」 |

4.2.3 增田福太郎對於迷信與宗教的看法

中國庶民的宗教特徵乃為「生活的宗教」，生活的宗教即是與其社會生活密切結合的宗教。…如把在來宗教當作迷信而思圖一舉排除，那是不知道生活的宗教之本質。生活的宗教是他們精神平靜、安憩之所在，是精神生活的育成者…區別迷信陋習與正信良習，助長後者則前者自然退潮漸滅。

4.3 戰後的宗教立法

4.3.1 監督寺廟條例 (1929 國民政府公布)

4.3.2 寺廟登記規則 (1936內政部公布)

4.3.3 宗教法、宗教團體法？！

4.4 取締迷信，改善風俗

4.4.1 日治下的迷信取締

Ex：臺灣違警例與童乩取締

1918：全島共有1114位童乩

1941：東石被列舉的童乩有329人

台南被列舉的童乩有578人

4.4.2 查禁民間不良習俗辦法 (1945-1955)

4.4.3 戰後的迷信取締與風俗改善

臺灣省改善民間習俗辦法 (1959-1979)

5. 行政管制的醫療面向

5.1 近代醫療與臺灣

樂生療養院拆遷爭議乃二〇〇七年台灣社會的大事件之一，這起因為新莊捷運機廠設置所引發的抗爭活動，牽涉層面廣，除了樂生院民的人權問題外，多次的社運抗爭行動所換得的是國家以合法性為偽裝的暴力行使，而少數社運人士、學生的持續行動則更揭露出擊會遊行法的荒謬之處，國家與人民的關係在樂生抗爭活動中，有一個更深層的反省機會，然而此處所關注的則是近代型國家所施行的公衛政策如何侵害剝奪了患者人權，樂生療養院一九二九年在台建立，七十年後，形成今日的樂生院抗爭活動，這中間可以看出兩個近代型國家體制的醫療管制以及其人權議題。以下資料均引自青年樂生行動聯盟網頁，建議授課者可從中尋找相關素材以供同學討論。

樂生院簡介⁴⁴

「樂生療養院」位於台北縣新莊市，是台灣第一間公立癩瘋病隔離醫院，設立於昭和四年（1929年），隔年正式收容病患。

癩瘋病（又稱癩病，亦稱「漢生病」）是癩菌感染的疾病，該菌會導致神經麻痺與皮膚症狀。不過，癩菌的傳染力和發病力極弱，日常生活幾乎不可能傳染，即使感染也是可以用藥物治療根治。

日本自明治維新後，欲革新自我成為優越的現代化民族。天皇見國內街頭四處流落被家人遺棄、五官與肢體扭曲的癩瘋病人，視此病為「國恥」，決心「淨化國土」，以「癩預防法」誇張宣揚「癩瘋病是可怕的」的錯誤觀念，強制隔離病患並動用警察權管制被隔離的患者。

日據時代的台灣和日本一樣，採取強制隔離政策。透過台灣癩預防協會推動「癩預防撲滅」政策，進行大規模宣導，並藉由警察權力滴水不漏檢查出病患。到了收容日，警察和地方官員會突然造訪被登記的患者的家，二話不說地在眾人面前強行將其帶上收容列車，患者走過之處或所搭的車箱一一加以消毒，官方這種誇張的動作造就社會對患者根深蒂固

45

的歧視。此外，由於被迫和故鄉的家人斷絕往來，今日年已老邁的癩瘋病患者除了樂生院以及其周邊的生活環境以外，沒有他們得以生活的地方。

樂生院從設立當初起，由於人材資源缺乏，許多院民被要求強制勞動，院民時常因為過重的勞動受傷而導致手足留下重度的後遺症、四肢不全或生命垂危。而結婚前男性必須強制結紮，強迫妊娠的女性墮胎。從戰前到戰後，樂生院院長

⁴⁴ 快樂·樂生—青年樂生行動聯盟網頁，樂生院簡介，網址 http://www.wretch.cc/blog/happylosheng&article_id=3004298，檢索日期，2008年2月16日。

⁴⁵ 圖片來自「快樂·樂生—青年樂生行動聯盟網頁」之網路相簿，
<http://www.wretch.cc/album/show.php?i=happylosheng&b=7&f=1415556637&p=0>。

被賦予懲戒管束權，因而院區內設置監禁室，違反規定者履履被監禁、毆打。而無論戰前戰後，樂生院醫療體制極其貧乏，醫療從事人員極少，無法提供充足的醫療，二戰末期，糧食不足的情況更加嚴重，院民全體陷於飢餓，許多人因而死亡。

日本癲瘋病患爭取人權運動長達數十年，其中法律行動以二〇〇一年熊本地方法院的判決最為重要，熊本地方法院認為日本過去對病患採取強制隔離的政策「侵害人權」因而違憲，命令國家對患者道歉（恢復名譽）、賠償並提供符合患者意願的照顧，在日本國內各界輿論及聲援運動的強大壓力下，小泉內閣向患者道歉並放棄上訴。台灣方面，總統於 2003 年公開向病患道歉。然至今關於「去除疾病污名恢復名譽」、「賠償」與「提供符合患者意願的照顧（與提供「在園保障）」尚未有相關政策的推動。

此外，目前樂生院可能面臨拆遷的命運。捷運新莊機廠選址經歷許多波折，在地方民代的意見下，於民國 82 改變原計畫確定選址於樂生院。過程中多位學者提出挖方量嚴重超過標準，有破壞生態與水土保持之虞。省衛生處亦表示患者臨老不適搬遷，機廠的興建將影響對患者的照顧；樂生院民也於民國 83 年起開始持續抗爭，表達誓死捍衛家園。文化方面，在機廠開工前，樂生院前院長與數個文史團體，先後向台北縣政府陳情要求依法進行古蹟審查，文化局皆以工程進度考量為由回絕。2002 台北縣政府進行古蹟會勘，會勘學者一致肯定其古蹟價值，然而，古蹟審查會至今尚未召開。2005 年初，學者提出樂生院與捷運機廠共構之替代方案以「不應影響捷運通車時程」遭駁回。

捷運機廠於 2002 年開工，衛生署以斷水斷電等方式要求院民搬遷，此外，一些院舍因成為危樓，院民們僅能在院內尋找住處，院民家屬與兒女在搬遷過程中因其非病患被要求離開院區。隨工地面積擴大，有些患者因數度搬遷導致下肢潰爛截肢。同年，衛生署在未經院民同意下，將「居家療養式」的安置計畫變更為對外經營的「迴龍地區醫院」，規劃將院民安置於醫院後棟建築五至九樓。2004 年 3 月院民組成「樂生保留自救會」爭取自身權益，並於 5 月至聯合國陳情。聯合國最高人權委員會於 7 月發表公報表達對此人權議題的關切，此為自台灣退出聯合國後，首次獲得聯合國關注。在患者與社會人士四處陳情抗議的同時，衛生署與相關單位則向外界表示醫院提供現代化醫療，為最妥善之照顧，並據此開始推動搬遷至迴龍醫院的政策。至 2005 年 10 月仍有近百名患者在行政與醫療資源匱乏下持續抵抗。

網路資源：快樂·樂生—青年樂生行動聯盟網頁

<http://www.wretch.cc/blog/happylosheng>

■ 活動：建議可在課堂上放映有關樂生療養院之紀錄片，如《樂生活》（許雅婷、林婉玉，2007）、《樂生劫運》（平烈浩，2007）、《遺忘的國度》（駱俊嘉，2006）等。

紀錄片：遺忘的國度 官方網站：<http://bhlo.myweb.hinet.net/index.html>

5.1.1 傳教與近代醫療

英國長老教會→南臺灣→新樓醫院系統
加拿大長老教會→北臺灣→馬偕醫院系統

5.1.2 醫學教育與性別化的醫療專業

文明男醫師

留日女醫師

5.1.3 西方醫療霸權的建立與證照制度

5.1.4 醫療與證照制度

a. 壓抑漢醫

1897調查：漢醫1046人，洋醫24人

1901臺灣醫生免許規則，成年臺灣人從事醫務要繳納手續費、申請許可領有許可證明，並應受臺灣公醫之監督。

1901年底，計申請者2,216人，經考試合格。

發給許可者1,097人，未經考試給予許可者650人，考試不合格但同情給予許可者156人，合計得許可者1,903人。

從此停辦，有照漢醫人數銳減四十幾人（1945）

b. 西醫至上

1896臺灣公醫規則

5.2 醫療行為的壟斷：以接生為例

5.2.1 產婆證照制度：1912臺灣產婆規則

a. 為年滿20歲之女性

b. 具特定資格並得知事或廳長之許可 而領有產婆證書

c. 產婆也負有戶口責任，在嬰兒出生後不久必須檢具出生證明供產家申報戶口

5.2.2 產婆接生行為的限制：

a. 在異常的分娩，產婆不得自行處置，必須延請醫生會同施救，唯臨時救急不在此限

b. 產婆不得實行消毒、灌腸、剪臍帶之外的外科產科手術

c. 不得使用產鉗

5.2.3 透過產婆的文明化生產：從產婆到助產士

5.2.4 1943助產士法（2003助產人員法）

a. 助產士應經助產士考試合格或具備特定資格而通過檢覈

b. 助產士在產婦胎兒有異狀時應告知家屬延請醫生診治，除非急救不得自行處置（第9條）、對於胎兒新生兒不得實行外科產科手術，唯施行消毒灌腸及剪臍帶之類不在此限（第10條）。

5.2.5 從助產士接生（在家），到醫生接生（醫院）

a. 1951-1971之助產士接生率：46-50%

b. 1971起醫生接生超過助產士接生，1992年達98.47%

5.3 慢性病與公共衛生

5.3.1 結核病：門診與療養

5.3.2 鴉片

a. 專賣與特許：臺灣鴉片令（1897）

b. 矯正與強制治療（更生院）：新臺灣鴉片令（1929）

c. 杜聰明的鴉片吸食與犯罪率調查：

吸食者的犯罪率為非吸食者的二至三倍。

吸食者的犯罪主要為經濟犯罪，性與暴力犯罪較低→性無能的、懦弱的吸食者。

5.3.3 漢生病（癩病）

6. 活動

日治時期之商標公報

日治時期之特許公報

請老師找出日治時期的商標與特許公報使同學傳閱。

■ 請同學觀察商標公告與專利公報，思考近代法下行政管制與社會經濟發展的關係。

資本主義的殖民經濟：日本治台後基於其所採取的歐陸式近代國家的任務，以及殖民統治目的，積極運用國家法的力量，建立資本主義經濟必須的基礎設施，其中涉及知識、商譽等無體財產化為交易客體的日本「特許法」、「意匠法」、「商標法」及「著作權法」自 1899 年及施行於臺灣，而在前揭商標與專利的公報上，可以發現在昭和 7 年（1932 年）時，一套對於臺灣社會完全陌生的制度已經留下其運用的痕跡。

7. 行政救濟法制：從專制統治到民主法治的新面貌

7.1 日治時期

7.1.1 前期：傳統叩頭式請願的延續

依戰前日本法制，人民因行政機關違法或不當的行政處分至權利或利益受損害時，法律上的救濟方法，有屬於「司法機關之救濟」的行政訴訟，及屬於「行政體系本身之救濟」的訴願和請願，擔至 1922 年為止，日治下的臺灣人只有請願，亦即請求原處分機關取消或變更某行政處分，或請求其上級監督機關以職權取消之，但也僅能促請行政機關注意，法律上該等行政機關無予以裁決的義務。

7.1.2 後期：跛腳的近代型行政救濟程序

日本「訴願法」在 1923 年施行於臺灣，依該法對於特定種類的不當或不法行政處分，得於處分日起六十日內提起訴願，並由直接上級行政機關為訴願之裁決；對訴願裁決不服者，可自裁決日起三十日再為訴願，由最上級行政機關為裁決。而日本「行政訴訟法」始終未曾在台灣施行，因此無從行使司法上的救濟，僅能企望於行政訴願上，行政機關自我更正，故謂跛腳的救濟程序。

7.2 國治時期

7.2.1 前期：功能不彰的行政救濟

1945 年行政救濟法制已將訴願及行政訴訟制度施行於臺灣，故法制上關於人民權益之保障以優於日治時期，為威權統治時期，對於可能減損行政機關絕對權威之行政救濟，實際上頗為恐懼，國治時期的前期二十年，幾乎只能維持百分之五至八的撤銷比率。1970 年代雖曾小幅修改行政救濟法制，唯並不具有實質

上的意義。

7.2.2 後期：民主化時代的改制

隨著 1980 年代後期民主化的到來，行政救濟法制也漸漸發揮其功能，受理案件量以及撤銷原處分比率均提高，而在 1990 年代行政救濟法制進行大變革，以期更能發揮其作用。

7.2.3 國家賠償法的歷史發展

國家賠償是指請求國家填補違法行為所生之損害，國治時期 1959 年有「冤獄賠償法」，而 1981 年則有「國家賠償法」施行，唯起初對於國家賠償範圍較為限縮，直至 1998 年大法官 469 號解釋使加以放寬。

釋字第六二四號解釋

「冤獄賠償法第一條規定，就國家對犯罪案件實施刑事程序致人民身體自由、生命或財產權遭受損害而得請求國家賠償者，依立法者明示之適用範圍及立法計畫，僅限於司法機關依刑事訴訟法令受理案件所致上開自由、權利受損害之人民，未包括軍事機關依軍事審判法令受理案件所致該等自由、權利受同等損害之人民，係對上開自由、權利遭受同等損害，應享有冤獄賠償請求權之人民，未具正當理由而為差別待遇，若仍令依軍事審判法令受理案件遭受上開冤獄之受害人，不能依冤獄賠償法行使賠償請求權，足以延續該等人民在法律上之不平等，自與憲法第七條之本旨有所抵觸。」

冤獄賠償法 2007 年已修正：

冤獄賠償法第一條

依刑事訴訟法、軍事審判法、少年事件處理法或檢肅流氓條例受理之案件，具有下列情形之一者，受害人得依本法請求國家賠償：

- 一、不起訴處分或無罪、不受理之判決確定前，曾受羈押或收容。
 - 二、依再審或非常上訴程序判決無罪、不受理或撤銷強制工作處分確定前，曾受羈押、收容、刑之執行或強制工作。
 - 三、不付審理或不付保護處分之裁定確定前，曾受收容。
 - 四、依重新審理程序裁定不付保護處分確定前，曾受收容或感化教育之執行。
 - 五、不付感訓處分之裁定確定前，曾受留置。
 - 六、依重新審理程序裁定不付感訓處分確定前，曾受留置或感訓處分之執行。
- 非依法律受羈押、收容、留置或執行，受害人亦得依本法請求國家賠償。

■ 活動：行政救濟法的法理為何，請同學思考其發展與台灣社會的關連性如何。

8. 進階閱讀建議

8.1 陳培豐，《同化的同床異夢：日治時期台灣的語言政策、近代化與認同》（台北：麥田，2006）。

- 8.2 傅大為，《亞細亞的新身體：性別、醫療與近代台灣》（台北：新群學，2005）。
- 8.3 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁 161-204。
- 8.4 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），78-81、84-87、98-99、106-107、112-117、122-127、140-141、144-145、154-155、162-165、172-173、180-183。
- 8.5 岡本真希子，〈臺灣地方選舉制度問題之諸相〉，載於若林正文、吳密察編，《臺灣重層近代化論文集》，台北：撥種者，2000 年，頁 373-412。

七、司法制度與法律專業人員

1. 教學導引

接近代型國家的司法制度對於東亞社會而言乃是一個無中生有的體制，清治時期的臺灣沒有專門的司法建築，而也沒有統治權威所認可的司法專業人員，此是西方近代型國家法制與傳統中國法或原住民法的主要差異之一，即有一法院制度獨享司法審判之權力，日本治台第二年也就是 1896 年引進了西方近代型司法制度，本章將介紹日治時期以來司法制度的形成過程以及其發展，在進行本章內容教學時，必須時常提醒同學的部分是要去留意這套制度對於臺灣社會係屬於非原生的制度，因此在觀察制度如何形塑臺灣人的法律生活，必須提醒著司法制度屬一種「異制」的特色，另外還可協助同學去思考今日制度上所面臨問題又有何面向與臺灣繼受司法體制的歷史相關連。

首先將討論有關日治時期「近代法院制度的建立」，接著則探討人民的司法實踐，亦即臺灣社會與近代型司法制度如何遭逢，接著則進入有關「司法獨立」的部分，透過案例引介出有關司法獨立性的討論，下一部份則是要討論一個特別審判制度，亦即軍事審判在臺灣司法史的運作面向，最後則觀察法律專業人員，即司法官與律師。

2. 近代法院制度的建立

2.1 法院的建立 – 草創初期

2.1.1 1895/6/17 (始政) -1895/8/5 (軍政) 之地方官制

計畫將司法事務交由三縣（台北、台中、台南）一廳（澎湖）的地方官，由警察部管理刑事制裁，內務部管理裁判

2.1.2 1895/8/6-1896/3/31 台灣總督府法院職制

a. 創設「台灣總督府法院」（不稱裁判所）

b. 審判者：一般行政人員

c. 總督權限：

軍政時期：總督可以命令赦免或斬殺。

台灣住民治罪令第10條：規定法院判處死刑時應先獲總督批准。

d. 有檢察官與審判官的區分，但一審終結

2.2 法院的建立

2.2.1 1896/4/1-1898/7/18 (台灣總督府法院條例成爲司法之基本法)

2.2.2 三級審級制度（地方、覆審、高等），以台灣總督府法院爲最終審法院

2.2.3 檢察官/判官（相對於日本之檢事/判事），且應有專業資格

2.2.4 由總督府之法務部進行司法行政監督

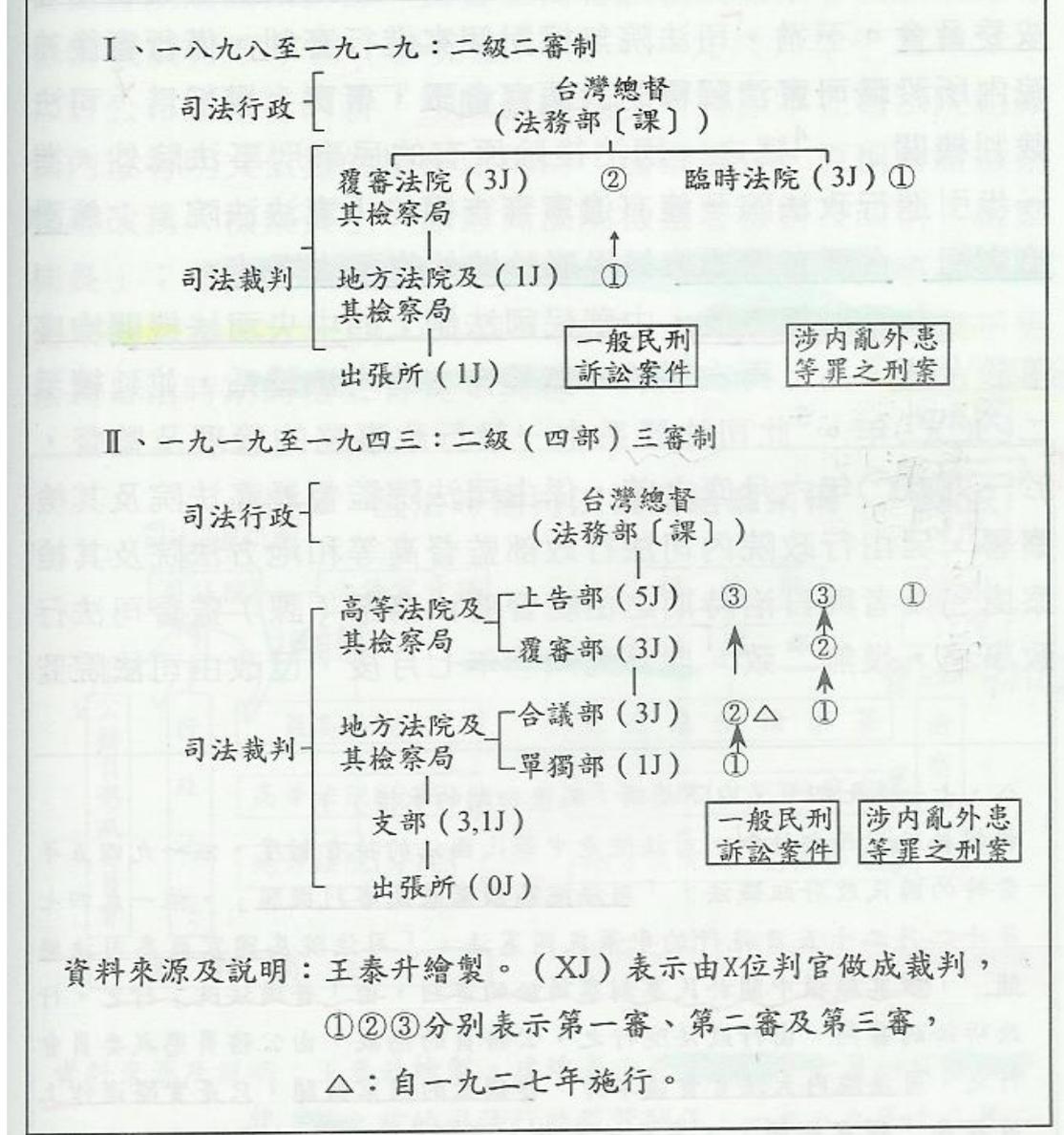
2.2.5 1896起設臨時法院

不受事務與地域管轄限制

- 非軍事法院
- 一審終結、速審速決，例外可上訴或再審
- 2.3 審級制度的發展
 - 2.3.1 1898-1919 二級二審制
 - 地方+覆審法院
 - 簡化審級
 - 嚴格化使用法院的途徑地方+高等（覆審部+上告部）
 - 2.3.2 1919-1927 二級三審制
 - 司法體系一元化
 - 廢除臨時法院、控訴予納金制度
 - 2.3.3 1927-1943 二級四部三審制
 - 地方（單獨部+合議部）+高等（覆審部+上告部）
 - 2.3.4 1943-1945 二級四部二審制
 - 廢除控訴程序，僅能上告
 - 2.3.5 1945-1990：三級三審制
 - 2.3.6 1990-：增設簡易庭
- 2.4 日治法院審級制度的演變⁴⁶

⁴⁶ 王泰升，台灣法律史概論，頁 209。

圖9-1 日治時期法院制度（1898—1943）



3. 臺灣人民與近代法院的遭逢

3.1 日本治台初期臺灣新報以漢文介紹法院制度

● -----
 《臺灣新報》1896年10月

「臺灣總督府法院

理訟治獄之公廨，名之曰法院。…總督管理之。條例約，屬臺灣總督管理者，是不臺灣總督為法院首長之義。所謂管理，斥主裁其行政的事務，故臺灣總督，無審訊被告、宣告刑名等之權，是出於帝國之大憲，三權分立之本義。讀者難一聽

解其理，應便有所詳述：

法院掌民事刑事裁判

田園、房舍、商販、欠銀等，一切爭訟，曰之民事。謀叛、殺人、鬥毆（原文為歐）、賊盜、犯姦、詐欺、等係刑名，曰之刑事。凡此等訴訟，分部門者，以其擬之律令不同，而理之官員，亦異故也。

地方法院

…掌理…第一審兼司豫審。…

覆審法院

…專掌覆審，如地方法院所判決失其當者，則更判之，…

高等法院

…專掌破毀匪正審判。…

法院判官

判官，審就判決訴訟刑、獄之官員，其權力重大，雖他文武官僚位階超絕者不能及，而其登任要別具資格。所謂資格，不啻德品優良，由須法律明達也。」⁴⁷

3.2 法院受理案件的限制與人民使用法院

3.2.1 主權轉替的受理限制

a. 1895/5/8 之前發生訴權之民事案件，於 1899/10/1 起不受理

避免「濫訴」、節省統治成本

b. 1946 台灣法院接收民事、刑事案件處理條例（1968 廢止）

刑事：

已偵辦或起訴者為接收案件

原則上依新法，不因舊法較有利於行為人而適用舊法。

除刑法第五條之罪外，如依日治法令有不罰、較輕刑、應免除刑者，照辦。

未繫屬於法院，而案件事實發生於接收前者，無規定

民事：

最高法院判例：民法總則施行法所稱之「舊法」，不包括日治法令。

處理條例：日治的確定判決比照「外國判決」處理。

處理條例已廢止，日治時期發生的案件，應依當時法律處理。

3.2.2 控制與疏解訟源

a. 犯罪即決與 1898-1919 刑事案件之「控訴予納金」制度

b. 民事爭訟調停

c. 限制第三審

3.3 臺灣人與司法制度的相遇：臺灣新報「辯護士廣告」

⁴⁷ 轉引自〈臺灣法律文化中的日本因素：以司法層面為例〉王泰升，頁 3-4。

《臺灣新報》，明治 29 年 11 月 26 日，第一版

「余少，修英美兩國之法學，又通帝國之制度，…來本島，又奉職法務部兼地方法院庶務部長，數聞月洞察本島人民之形情，近大有所感，慨然辭官下野。爰設立明法局者，其意專在欲救極臺民之暗律令，有可言之理而不能言，有不可為之禁而極為之，或陷曲、或不能申冤枉者也。…」

明治二十九年十一月

台北大稻埕建昌街一丁目六番戶
明法局長 中村 啟述」

《臺灣新報》，明治 29 年 12 月 23 日，第一版

「明法局中村大人寓建昌街…清發有厝…租之日人某…拖欠租銀六月…。奉囑中村大人以伸雪之事，大人甘諾訴之法院，時在十一月十六日。法院力傳原被兩造對審，方此時中村大人當堂辯論持正伯邪。詎第二日捷報忽至，舉案全勝。…為此廣告世間泣冤哭屈之人速來同享其惠，特告。」

明治二十九年十二月二十二日

大稻埕中街四十八番戶
寶生號戶主 蔡清發」

■ 活動：請針對上述檔案討論其意義，可參考並比較清治時期的訟爭制度以及傳統中國法的訟師。

4. 司法獨立

4.1 高野孟矩事件

4.1.1 1895-1897：司法官無身分保障，且軍政時期由行政官負責司法裁判

4.1.2 高野孟矩事件

- a. 時間：1897 年
- b. 起因：高等法院在審理台灣總督府高官貪污事件時，對其發佈非職處分（調職），身分保留且加俸），以此作為干預審判的手段。高野拒絕，仍繼續前往法院執行職務。乃木希典總督派警察官強制將其逐出院外，內閣則以其抗命為由，懲戒免職。
- c. 高野的主張：身分受到明治憲法的保障（非經刑法之宣告或懲戒處分不得免職）、拒絕接受非職處分，
- d. 結果：台灣有 14 位判官自動或被動去職。據說，除兩位高等法院的判官外，皆支持高野。

引發日本國內抨擊總督府侵犯憲法所賦予法官的身分保障，及日本憲法是否適用於臺灣的爭議。

4.1.3 高野孟矩事件之後的司法獨立

- a. 1898修正台灣總督府法院條例
- b. 身分保障：不得任意免職或轉職，但欠缺內地之三種身分保障：不得任意轉所、停職、減俸

不得公然與政事有關，不得加入政黨正派
檢察官無身分保障

總督干預：司法行政監督、休職權：被休職者，不得執行判官職務，薪資減為四分之一、懲戒權。

c. 1919改革

廢除總督休職權

4.2 大津事件與王育霖事件之比較

4.2.1 大津事件

a. 時間：1891年

b. 起因：日俄交惡之際，俄皇太子訪日，於天津市被主戰的日本青年所刺傷

c. 發展：政府希望引用大逆罪將行兇者處死，但大審院院長兒島惟謙仍以普通謀殺罪名處以無期徒刑

4.2.2 王育霖事件

a. 時間：1947

b. 起因：檢察官王育霖偵辦新竹市長貪污救濟奶粉案，(粉蟲案)，因傳訊未成，王育霖親赴市府偵察，案件卷宗卻被搶走。

c. 發展：王育霖欲辭職轉任律師與民報的法律顧問，1947年3月14日下午2、3點，被6位穿中山服配槍的軍人強行從台北家中押走，從此即一去無回，屍首迄今不知在何方。

4.3 雷震案

● 參考資料

「雷震與國民黨關係匪淺，曾擔任『政治協商會議』秘書長、制憲國民大會代表兼副秘書長、政務委員等黨政要職，並參與國民黨在台灣的改造計畫，於一九四九年底在臺北創辦《自由中國》雜誌，以自由中國對抗共產中國，希望中華民國在台灣能成為自由民主的堡壘，完成打倒共產中國的使命。

但國民黨在台灣統治基礎穩固之後，實行一黨獨裁，控制言論思想，實施報禁黨禁，漸漸違背雷震的自由民主的理念，雷震乃由擁蔣反共轉為反蔣反共，批評蔣中正總統的獨裁。這種轉變促使雷震被國民黨開除黨籍，《自由中國》也走向批評實證、要求改革之路。

知識分子言論報國雖能引起輿論風潮，但無法撼動國民黨的統治。雷震為突破發展瓶頸，與臺灣本土政治人物逐漸接近而結盟，利用選舉期間舉辦聲援會；選舉之後，舉辦地方自治座談會，結合同志，與李萬居、高玉樹、郭兩新、吳三連、黃玉嬌等人欲組織『中國民主黨』。國民黨最忌諱反對人士阻擋聚集群眾，乃以匪諜罪名待補雷震，其他人士見此狀況，不敢聲張，各奔東西，中國民主黨乃胎死腹中。」⁴⁸

雷震案在司法實踐上的意義在於可從國防部所出版的檔案中，得知雷震案的

⁴⁸ 參見張炎憲，序言，收於陳世宏等編，雷震案史料彙編：國防部檔案選輯，（台北：國史館，2002），頁1至2。

審判結果是先由警備總司令部進行分析，依甲案「將雷震依當時的懲治叛亂條例第二條第一項以非法之方法顛覆政府而著手實行罪起訴而以唯一死刑為法定刑。」或者是乙案「依懲治叛亂條例第二條第三項預備以非法之方法顛覆政府罪起訴，其法定本刑為十年以上。」

之後還可以看到當時蔣中正總統針對雷震案進行會議商討其判決內容，並批示「雷震刑期不得少於十年」。由這些史料可以知道當時這件司法案件有多少的非司法機關的介入，以及蔣中正總統意志的影響力。

5. 軍事機關的審判權

5.1 戒嚴時期

5.1.1 軍事審判的特色（陸海空軍審判法→軍事審判法）

- a. 程序保障較少
- b. 非公開審判
- c. 裁判須經軍事首長核可，最高軍事審判機關之判決，須經總統核定

5.1.2 戒嚴下的軍事審判管轄

- a. 地方司法事務，移歸最高司令官掌管，地方司法官受最高司令官之指揮
- b. 得軍事審判之案件
 - 內亂外患叛亂殺人強盜等犯罪
 - 其他刑事與民事案件，無法院或管轄法院交通斷絕時
- c. 「台灣省戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」(1952-1987)
 - 軍人犯罪
 - 犯戡亂時期檢肅匪諜條例、懲治叛亂條例所定之罪
 - 犯懲治盜匪條例所定之罪（1954廢除）
 - 非軍人勾結軍人犯懲治走私條例所定之罪（1954廢除）
 - 犯刑法公共危險妨害秩序之罪於地方治安有重大危害者（1954廢除）個案核定之重大犯罪

5.2 解嚴後

5.2.1 國安法的上訴限制

- a. 1987國安法：刑事裁判已確定之非軍人刑事案件，不得上訴或抗告
- b. 上訴限制的合憲宣告：釋272（裁判之安定、維持社會秩序所必要）

5.2.2 軍事審判法的改革

- a. 釋436：應建立獨立公證的審判機關與程序
 - 應容許向普通法院上訴
 - 改革軍事審判制度
- b. 1999新軍事審判法

5.2.3 軍事審判的冤獄賠償

- a. 釋字477、487
- b. 釋624：對於歷史解釋的運用
 - 協同/不同意見書：憲法第24條之國家賠償責任
 - 解釋文：憲法第7條平等原則之適用

1959冤獄賠償法施行後，軍事機關依軍事審判法令受理之案件，合於冤獄賠償法第一條之規定者，均得於本解釋公布之日起二年內，依該法規定請求國家賠償。

應修法或制定軍事審判之冤獄賠償法

- 5.2.4 依文義解釋，可包含依軍事審判法令受理之案件遭致冤獄之受害人
- 5.2.5 依立法者明示之適用範圍及立法計畫，冤獄賠償法之適用僅限於司法機關，不包括軍事機關依軍事審判法令受理案件之冤獄受害人
- a. 依據：立法院公報所載之審議過程與內容
- b. 立法者明示之立法意旨：國家情勢動盪，尙處動員戡亂及戒嚴時期，為維持軍令、軍紀，遷就當時環境，不宜將軍事審判冤獄賠償事項同時訂入冤獄賠償法，應分別規範。

於冤獄賠償法三讀通過時，決議函請行政院擬定軍事審判之冤獄賠償法案函送立法院審查。

5.2.6 以歷史解釋達成歷史正義？

- a. 財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會：

「台灣地區自民國卅八年五月廿日起至七十六年七月十四日間宣告戒嚴，固有其時空背景，但對在戒嚴期間之叛亂及匪諜案件中，所發生冤、錯、假之個案受裁判者而言，卻是永遠難以忘懷的傷痛。解嚴以後，政府為勇於面對歷史事實，以誠意負責的態度，考量當前民主政治生態及社會情勢，參酌外國實例，兼顧情、理、法，責成有關機關研擬法令，給予受裁判者適當之補償。」⁴⁹

網址：<http://www.cf.org.tw/index.php>

● 戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例

第二條

本條例所稱戒嚴時期，臺灣地區係指自民國三十八年五月二十日起至七十六年七月十四日止宣告戒嚴之時期；金門、馬祖、東沙、南沙地區係指民國三十七年十二月十日起至八十一年十一月六日止宣告戒嚴之時期。

本條例所稱受裁判者，係指人民在戒嚴解除前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者。

受裁判者或其家屬，除本條例另有規定外，得於本條例施行之日起八年內，依本條例規定申請給付補償金。

前項期限屆滿後，若仍有受裁判者或其家屬因故未及申請補償金，再延長四年。

第十五條之一

有下列情形之一者，得於修正後本條例第二條第四項之規定期限內，準用本條例規定申請給付補償金：

一、於戒嚴時期因參與同一原因事實之行為，部分行為人為本條例第二條第一項規定之受裁判者，而其他行為人受內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例以外之有罪判決確定者。

⁴⁹ 參見財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會之官方網頁，網址：

<http://www.cf.org.tw/index.php>，有關該會之歷史沿革說明。

二、於民國三十七年十二月十日起至三十八年五月二十日宣告戒嚴前，因觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者。

三、於民國三十七年十二月十日起至動員戡亂時期終止前，因涉嫌觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，遭治安或軍事機關限制人身自由而未經起訴、未經不起訴處分、經不起訴處分、未經裁判或受裁判者。

四、於民國三十五年十月二十五日起至三十八年五月二十日宣告戒嚴前，在臺灣地區觸犯戰爭罪犯審判條例，遭治安或軍事機關限制人身自由，經判決無罪確定者。

第十五條之二

於民國三十七年十二月十日起至動員戡亂時期終止前，因涉嫌觸犯內亂罪、外患罪或戡亂時期檢肅匪諜條例，而遭治安或軍事機關擊斃或緝捕致死者，得視其情形準用本條例之規定酌予補償。

6. 法律專業人員

6.1 日治時期的司法官

6.1.1 法官

a. 名稱：判官（內地稱「判事」）

b. 資格：

1895-1896：審判官由總督於總督府高官中任命

1896-1945：由總督任命，必須具備裁判所構成法所定的判事資格

例外：1896-98曾經暫時不要求地方法院判官需具備判事資格

無任職於控訴院或大審院的年資限制可看出台灣司法自成一體系，無控訴院或大審院

經文官司法科考試及格（1923起與辯護士考試合併），或1923年之前帝國大學法科畢業不經考試即可進入試補階段

經任命為試補司法官，需實習一年半（1908年之前為三年）

6.1.2 日治時期的司法官 – 誰當法官？

a. 任命率：

有資格者，僅有1/3被任命為候補司法官。

臺灣人之被任命率較低

b. 被任命者的教育背景

傾向於任命帝國大學畢業（因此私立大學畢業者多開業辯護士）

在台灣的判官有不少私立大學法科畢業生

c. 性別：皆男性

d. 種族/族群別：以日本人（內地人）為主

原在內地擔任判事者（臺灣有五成的加給）

原在內地開業的辯護士

6.1.3 被任命為司法官之台灣人

a. 共有19位（內地、台灣、朝鮮），如：蔡章麟（東大，第一位臺灣人大法官）、洪遜欣（東大）、王育霖（京都帝大）、馮正樞（台北帝大）

b. 共有8位台灣人判官（黃炎生、黃演渥、杜新春、饒維岳、陳明清、林玉秋、馮正樞、洪壽南）在台灣任職，但共有10-11位在內地、朝鮮任職。

6.1.4 第一個在台灣任職的台灣人判官：黃炎生（1931，京都帝大畢業），四年後即轉任辯護士。

6.1.5 第一位在台灣接受法學教育的台灣人判官且在台灣任職：馮正樞

■ 請同學思考：何以殖民者不傾向於任命被殖民者於殖民地擔任判官？

▶ 有意的歧視？並無明文規定禁止臺灣人習法或應考

▶ 機會不平等？習法的資源與機會較差

▶ 應進一步反思「歧視」

6.1.6 日治時期的司法官 – 檢察官

a. 名稱：檢察官（內地稱「檢事」）

b. 資格：1896- 允許警部長或警部暫代地方法院檢察官職務，於1904-1911 尚有由書記官或警部「代行」檢察官職務的現象，但據說日治後期已無此現象

c. 1899 起必須具備裁判所構成法所定之資格

考試及格（帝國大學法科畢業生在1923 年以前免試）

任用為「試補司法官」（即學習司法官）

實習1 年半（1908 年以前是3 年）

不包括擔任控訴院判事需五年、大審院判事需十年的判事、檢事、辯護士或

帝國大學法科教授經驗之限制。

6.1.7 日治時期的司法官 – 誰當檢察官

a. 來源：

內地的檢事

在台灣判官與辯護士轉任

b. 教育背景

帝國大學法科出身者與私立大學法科出身者約各半

檢察官長通常由東京帝大出身者擔任

c. 無臺灣人檢察官

6.1.8 台灣人黃際沐、林書鵠、東建生曾到汪精衛的南京政府下之廈門地方法院檢察署擔任檢察官

6.1.9 王育霖為台灣總督府試補司法官（即實習司法官），被派至日本內地的裁判所時曾見習過檢事業務

6.2 日治時期的辯護士

6.2.1 發展：從訴訟代人到辯護士

a. 1898 訴訟代人規則（府令），實施法律專業者強制主義。具有辯護士、判檢事資格，或通過訴訟代人的檢定考試取得訴訟代人執照。全部都是內地男性。

b. 1900 臺灣辯護士規則（律令）「依用」辯護士法

辯護士考試及格（或 1923 之後高等文官司法科考試及格）

限男性

訴訟代人得聲請登錄為辯護士，1901年幾乎所有的訴訟代人都轉換為辯護士。

- c. 1935 臺灣辯護士令（律令）依用1933新辯護士法，並與該法同時施行。實習一年半才能取得資格

取消性別限制，允許女性成為辯護士（1920年代的婦人辯護士法制定運動）

6.2.2 日治時期的律師：誰在台灣當律師？

第一位臺灣人辯護士：葉清耀（1880-1943）

台中師範學校畢業，曾任台中地方法院書記、通譯

明治大學法科畢業，1932獲明治大學法學博士

1918通過考試，1921起在台灣開業

6.2.3 辯護士人數與分佈

- a. 臺灣人辯護士有逐漸增多的趨勢，相反地日本人辯護士的人數雖然始終比台灣人多，但比例持續降低
- b. 全島分佈很平均，並不僅集中在台北
- c. 1930年代中期開始，內地的辯護士停業者多，在台的日本人辯護士亦減少，但臺灣人辯護士人數增加。

6.3 戰後的司法官與律師：崛起的法律專業

6.3.1 考試與證照制度的進一步確立

a. 考試

 高考

 司法官分區錄取

 律師無分區錄取之限制

 特考

b. 檢覈制度

6.3.2 種族/族群別

a. 司法官：

 接收期：由大量外省司法官填補日本法官的遺缺

 接收台北，原司法官全部退職，其餘地區則有日籍司法官繼續執行司法職務，並命原台灣人判官暫代院長以辦理接受

 1945年底，全部日籍法官退職，1946初全部遣送

 轉變

b. 律師

 接收期：日本人停止職業。臺灣人辯護士先依照暫行登記的方式被允許執業，後於1948年以檢覈辦法取得律師資格。大量外省律師來台。

 轉變

1950-1987年律師高考與檢覈之比較⁵⁰

⁵⁰ 劉恆妏，〈戰後臺灣司法人之研究：以司法官訓練文化為主的觀察〉，《思與言》，第40卷第1期（2002年3月），頁166。

表二：1950-1987年律師高考與檢覈之比較

| 條 件 | 人數(人) | 比例(%) |
|---------------------|-------|--------|
| 曾任推事檢察官免試檢覈者 | 1427 | 39.18 |
| 曾任法學教授免試檢覈者 | 142 | 3.90 |
| 合於其他條件並有法學博士學位免試檢覈者 | 97 | 2.66 |
| 曾任簡任司法行政官免試檢覈者 | 14 | 0.38 |
| 曾任軍法官免試檢覈者 | 556 | 15.27 |
| 曾任立委三年以上免試檢覈者 | 361 | 9.91 |
| 檢覈及格者總數 | 2875 | 78.94 |
| 律師高考及格者 | 767 | 21.06 |
| 考試院歷年授予律師資格總數 | 3642 | 100.00 |

備註：

1. 本表由筆者自製。

2. 資料來源：同附表六與附表七。

6.3.3 司法官的機構化規訓 – 司法官訓練所

- a. 1950 開辦
- b. 強制受訓：1955起，期別亦從此年起算
- c. 如何規訓？
- d. 身體
 - 強制住宿
 - 生活作息與訓導
- e. 思想
 - 黨的思想薰陶
 - 書類撰寫的一致性
 - 分數考核
- f. 期別文化

6.3.4 司法官與律師的性別

- a. 法律系女畢業生

大專院校法律系系所畢業生之人數與女性比例 (1960-2005)⁵¹

| 年 | 年度統計 | | | | 博士 | | | | 碩士 | | | | 學士 | | | |
|------|------|----|-----|-----------------|----|---|--------|-----------------|----|---|--------|-----------------|----|---|----|-----------------|
| | 男 | 女 | 小計 | 女性 比例 (%) | 男 | 女 | 小 計 | 女性 比例 (%) | 男 | 女 | 小 計 | 女性 比例 (%) | 男 | 女 | 小計 | 女性 比例 (%) |
| 1960 | 352 | 85 | 437 | 19.45 | | | | | | | | | | | | |
| 1961 | 207 | 31 | 238 | 13.03 | | | | | | | | | | | | |
| 1962 | 199 | 30 | 229 | 13.10 | | | | | | | | | | | | |
| 1963 | 217 | 41 | 258 | 15.89 | | | | | | | | | | | | |
| 1964 | 251 | 53 | 304 | 17.43 | | | | | | | | | | | | |
| 1965 | 348 | 64 | 412 | 15.53 | | | | | | | | | | | | |
| 1966 | 290 | 53 | 343 | 15.45 | | | | | | | | | | | | |

51

| | | | | | | | | | | | | | | | | |
|------|------|------|------|-------|----|---|----|-------|-----|-----|-----|-------|------|-----|------|-------|
| 1967 | 297 | 66 | 363 | 18.18 | 0 | 0 | 0 | 0 | 10 | 1 | 11 | 9.09 | 287 | 65 | 352 | 18.47 |
| 1968 | 270 | 82 | 352 | 23.30 | 0 | 0 | 0 | 0 | 16 | 3 | 19 | 15.79 | 254 | 79 | 333 | 23.72 |
| 1969 | 257 | 108 | 365 | 29.59 | 0 | 0 | 0 | 0 | 27 | 1 | 28 | 3.57 | 230 | 107 | 337 | 31.75 |
| 1970 | 414 | 170 | 584 | 29.11 | 0 | 0 | 0 | 0 | 32 | 4 | 36 | 11.11 | 382 | 166 | 548 | 30.29 |
| 1971 | 358 | 149 | 507 | 29.39 | 0 | 0 | 0 | 0 | 25 | 2 | 27 | 7.41 | 333 | 147 | 480 | 30.63 |
| 1972 | 435 | 205 | 640 | 32.03 | 0 | 0 | 0 | 0 | 30 | 2 | 32 | 6.25 | 405 | 203 | 608 | 33.39 |
| 1973 | 489 | 227 | 716 | 31.70 | 0 | 0 | 0 | 0 | 34 | 2 | 36 | 5.56 | 445 | 225 | 680 | 33.09 |
| 1974 | 404 | 208 | 612 | 33.99 | 0 | 0 | 0 | 0 | 28 | 1 | 29 | 3.45 | 376 | 207 | 583 | 35.51 |
| 1975 | 483 | 185 | 668 | 27.69 | 0 | 0 | 0 | 0 | 30 | 6 | 36 | 16.67 | 453 | 179 | 632 | 28.32 |
| 1976 | 487 | 230 | 717 | 32.08 | 0 | 0 | 0 | 0 | 17 | 5 | 22 | 22.73 | 470 | 225 | 695 | 32.37 |
| 1977 | 561 | 244 | 805 | 30.31 | 0 | 0 | 0 | 0 | 39 | 12 | 51 | 23.53 | 522 | 232 | 754 | 30.77 |
| 1978 | 545 | 280 | 825 | 33.94 | 0 | 0 | 0 | 0 | 44 | 6 | 50 | 12.00 | 501 | 274 | 775 | 35.35 |
| 1979 | 572 | 287 | 859 | 33.41 | 0 | 0 | 0 | 0 | 26 | 5 | 31 | 16.13 | 546 | 282 | 828 | 34.06 |
| 1980 | 571 | 333 | 904 | 36.84 | 0 | 0 | 0 | 0 | 34 | 5 | 39 | 12.82 | 537 | 328 | 865 | 37.92 |
| 1981 | 596 | 342 | 938 | 36.46 | 0 | 0 | 0 | 0 | 36 | 12 | 48 | 25.00 | 560 | 330 | 890 | 37.08 |
| 1982 | 255 | 174 | 429 | 40.56 | 1 | 0 | 1 | 0 | 13 | 4 | 17 | 23.53 | 241 | 170 | 411 | 41.36 |
| 1983 | 670 | 322 | 992 | 32.46 | 1 | 0 | 1 | 0 | 36 | 14 | 50 | 28.00 | 633 | 308 | 941 | 32.73 |
| 1984 | 649 | 387 | 1036 | 37.36 | 2 | 0 | 2 | 0 | 41 | 17 | 58 | 29.31 | 606 | 370 | 976 | 37.91 |
| 1985 | 675 | 391 | 1066 | 36.68 | 1 | 0 | 1 | 0 | 39 | 16 | 55 | 29.09 | 635 | 374 | 1009 | 37.07 |
| 1986 | 762 | 376 | 1138 | 33.04 | 1 | 0 | 1 | 0 | 50 | 17 | 67 | 25.37 | 711 | 359 | 1070 | 33.55 |
| 1987 | 764 | 400 | 1164 | 34.36 | 1 | 0 | 1 | 0 | 40 | 13 | 53 | 24.53 | 723 | 387 | 1110 | 34.86 |
| 1988 | 675 | 494 | 1169 | 42.26 | 6 | 1 | 7 | 14 | 40 | 20 | 60 | 33.33 | 629 | 473 | 1102 | 42.92 |
| 1989 | 671 | 542 | 1213 | 44.68 | 0 | 0 | 0 | 0 | 33 | 17 | 50 | 34.00 | 638 | 525 | 1163 | 45.14 |
| 1990 | 703 | 582 | 1285 | 45.29 | 3 | 2 | 5 | 40 | 38 | 18 | 56 | 32.14 | 662 | 562 | 1224 | 45.92 |
| 1991 | 709 | 593 | 1302 | 45.55 | 6 | 0 | 6 | 0 | 37 | 12 | 49 | 24.49 | 666 | 581 | 1247 | 46.59 |
| 1992 | 750 | 698 | 1448 | 48.20 | 6 | 1 | 7 | 14 | 63 | 27 | 89 | 30.34 | 682 | 670 | 1352 | 49.56 |
| 1993 | 805 | 794 | 1599 | 49.66 | 14 | 3 | 17 | 18 | 125 | 60 | 185 | 32.43 | 666 | 731 | 1397 | 52.33 |
| 1994 | 845 | 793 | 1638 | 48.41 | 5 | 3 | 8 | 38 | 91 | 59 | 150 | 39.33 | 749 | 731 | 1480 | 49.39 |
| 1995 | 850 | 702 | 1552 | 45.23 | 2 | 0 | 2 | 0 | 103 | 52 | 155 | 33.55 | 745 | 650 | 1395 | 46.59 |
| 1996 | 1069 | 797 | 1866 | 42.71 | 3 | 2 | 5 | 40 | 117 | 59 | 176 | 33.52 | 949 | 736 | 1685 | 43.68 |
| 1997 | 1102 | 761 | 1863 | 40.85 | 2 | 3 | 5 | 60 | 121 | 68 | 189 | 35.98 | 979 | 690 | 1669 | 41.34 |
| 1998 | 1058 | 852 | 1910 | 44.61 | 8 | 3 | 11 | 27 | 119 | 78 | 197 | 39.59 | 931 | 771 | 1702 | 45.30 |
| 1999 | 988 | 848 | 1836 | 46.19 | 8 | 1 | 9 | 11 | 120 | 51 | 171 | 29.82 | 860 | 796 | 1656 | 48.07 |
| 2000 | 1038 | 832 | 1870 | 44.49 | 8 | 5 | 13 | 38 | 123 | 64 | 187 | 34.22 | 907 | 763 | 1670 | 45.69 |
| 2001 | 1094 | 931 | 2025 | 45.98 | 4 | 3 | 7 | 42.86 | 122 | 78 | 200 | 39.00 | 968 | 850 | 1818 | 46.75 |
| 2002 | 1249 | 1002 | 2251 | 44.51 | 10 | 1 | 11 | 9.09 | 163 | 93 | 256 | 36.33 | 1076 | 908 | 1984 | 45.77 |
| 2003 | 1227 | 1002 | 2229 | 44.95 | 8 | 4 | 12 | 33.33 | 205 | 115 | 320 | 35.94 | 1014 | 883 | 1897 | 46.55 |

| | | | | | | | | | | | | | | | | |
|------|------|------|------|-------|----|---|----|-------|-----|-----|-----|-------|------|------|------|-------|
| 2004 | 1470 | 1347 | 2817 | 48.78 | 6 | 0 | 6 | 0 | 292 | 153 | 445 | 34.38 | 1172 | 1194 | 2366 | 50.46 |
| 2005 | 1512 | 1455 | 2967 | 49.04 | 13 | 8 | 21 | 38.10 | 325 | 184 | 509 | 36.15 | 1174 | 1263 | 2437 | 51.99 |

資料來源：

教育部，《中華民國教育統計》(台北，教育部)，1965-2006；劉恆奴，〈戰後台灣司法人之研究：以司法官訓練文化為主的觀察〉，頁 159。

1960年，全台灣的法律系畢業生中，女性占約20%
1988年之後持續高於40%，並且由2002起持續高於50%。

b. 司法官

1950-2001 年司法官考試統計表⁵²

⁵² 參見陳昭如，〈在法學教育中實踐性別主流化 - 女性主義法律教學的議題與策略〉，發表於政治大學、台灣法學會主辦，第二屆女性主義法學學術研討會，2006 年 5 月 6 日。



附表五：1950-2001年司法官考試統計表



| 考試年度 | 司法官報名人數 | 司法官到考人數 | 司法官及格人數 | 司法官及格率 |
|------------|---------|---------|---------|--------|
| 1950年高考 | 110 | 98 | 24 | 24.49 |
| 1951年高考 | 107 | 98 | 13 | 13.27 |
| 1952年高考 | 83 | 73 | 11 | 15.07 |
| 1953年高考 | 104 | 91 | 4 | 4.40 |
| 1954年特考 | 215 | 189 | 36 | 19.05 |
| 1955年特考 | 407 | 356 | 26 | 7.30 |
| 1956年高考 | 554 | 487 | 78 | 16.02 |
| 1957年高考 | 212 | 182 | 61 | 33.52 |
| 1958年高考 | 419 | 382 | 57 | 14.92 |
| 1961年高考 | 726 | 598 | 17 | 2.84 |
| 1961年特考 | 858 | 767 | 29 | 3.78 |
| 1962年高考 | 696 | 614 | 19 | 3.09 |
| 1963年高考 | 770 | 685 | 64 | 9.34 |
| 1964年高考 | 1000 | 884 | 52 | 5.88 |
| 1965年高考 | 943 | 824 | 24 | 2.91 |
| 1966年高考 | 1252 | 1102 | 42 | 3.81 |
| 1967年高考 | 1155 | 1006 | 31 | 3.08 |
| 1968年高考 | 1141 | 989 | 64 | 6.47 |
| 1970年特考 | 1712 | 1503 | 67 | 4.46 |
| 1971年特考 | 1511 | 1304 | 52 | 3.99 |
| 1972年特考 | 1510 | 1278 | 44 | 3.44 |
| 1973年特考 | 1334 | 1131 | 50 | 4.42 |
| 1974年特考 | 1343 | 1199 | 46 | 3.84 |
| 1976年特考 | 1546 | 1493 | 32 | 2.14 |
| 1977年特考 | 1516 | 1456 | 41 | 2.82 |
| 1978年特考 | 2192 | 2031 | 150 | 7.39 |
| 1979年特考 | 2537 | 2342 | 108 | 4.61 |
| 1980年特考 | 2047 | 1759 | 118 | 6.71 |
| 1981年特考 | 2376 | 2071 | 134 | 6.47 |
| 1982年特考 | 2717 | 2343 | 96 | 4.10 |
| 1983年特考 | 2407 | 2097 | 81 | 3.86 |
| 1984年特考 | 2424 | 2119 | 70 | 3.30 |
| 1985年特考 | 2607 | 2304 | 70 | 3.04 |
| 1986年特考 | 2561 | 2298 | 62 | 2.70 |
| 1987年特考 | 2981 | 2589 | 113 | 4.36 |
| 1988年特考 | 2557 | 2286 | 80 | 3.50 |
| 1989年特考第一次 | 2264 | 1837 | 95 | 5.17 |
| 1989年特考第二次 | 2514 | 2150 | 92 | 4.28 |
| 1990年特考 | 2966 | 2574 | 120 | 4.66 |
| 1991年特考 | 3562 | 3018 | 123 | 4.08 |
| 1992年特考 | 3624 | 3085 | 99 | 3.21 |
| 1993年特考 | 3662 | 3094 | 141 | 4.56 |
| 1994年特考 | 3720 | 3023 | 120 | 3.97 |
| 1995年特考 | 4327 | 3510 | 150 | 4.27 |
| 1996年特考 | 8038 | 6221 | 174 | 2.80 |
| 1997年特考 | 4881 | 3732 | 174 | 4.66 |
| 1998年特考 | 5170 | 4185 | 124 | 2.96 |
| 1999年特考 | 5220 | 3991 | 185 | 4.64 |
| 2000年特考第一次 | 4703 | 3156 | 91 | 2.88 |
| 2000年特考第二次 | 4524 | 3606 | 98 | 2.72 |
| 2001年特考 | 5133 | 3793 | 124 | 3.27 |
| 小計 | 112938 | 94003 | 3976 | 4.23 |

備註：

1.製表人：劉恆紋。

2.1950-1992年人數數值參考考選部，《中華民國考選行政概況》，台北，考選部編印，1992年7月，頁47-48。轉引自司法院人事處，《司法人員考訓一元化制度研究報告》，1993年6月，頁16-17。

3.1993-1999年人數數值參考考選部，《中華民國考選行政》，台北，考選部編印，1991-2000年。

3.2000年之後資料數值取自考試院網頁各年度相關統計表。

1946 年，台灣僅有兩位女性司法官，五位女性書記官

1985 年，各法院（含大法官會議）的女性法官總數為 107 人，而男性法官有 764 人，女性所佔比例為約 12%。1995 年，女性法官的人數比例提升至約 21%，2004 年為約 36%。

大法官及各級法院法官之人數與女性比例 (1997-2006) ⁵³

| 年別 | 性別 | 司法院 | 最高法院 | | 最高行政法院 | | 高等行政法院 | | 公懲會 | 高等法院及分院 | | 地方法院 | |
|------|----|------|-------|-------|--------|-------|--------|-------|-------|---------|-------|-------|-------|
| | | 大法官 | 庭長 | 法官 | 庭長 | 法官 | 庭長 | 法官 | 委員 | 庭長 | 法官 | 庭長 | 法官 |
| 1997 | 男 | 14 | 15 | 45 | 5 | 12 | - | - | 13 | 90 | 186 | 125 | 435 |
| | 女 | 1 | 3 | 6 | 1 | 4 | - | - | 1 | 2 | 38 | 26 | 236 |
| | 計 | 15 | 18 | 51 | 6 | 16 | | | 14 | 92 | 224 | 151 | 671 |
| | % | 6.67 | 16.67 | 11.76 | 16.67 | 25 | | | 7.14 | 2.17 | 16.96 | 17.22 | 35.17 |
| 1998 | 男 | 13 | 16 | 54 | 5 | 14 | - | - | 12 | 92 | 178 | 112 | 454 |
| | 女 | 1 | 2 | 9 | 1 | 4 | - | - | 1 | 2 | 42 | 30 | 260 |
| | 計 | 14 | 18 | 63 | 6 | 18 | | | 13 | 94 | 220 | 142 | 714 |
| | % | 7.14 | 11.11 | 14.29 | 16.67 | 22.22 | | | 7.69 | 2.13 | 19.09 | 21.12 | 36.41 |
| 1999 | 男 | 17 | 16 | 53 | 5 | 15 | - | - | 14 | 81 | 194 | 111 | 461 |
| | 女 | 1 | 2 | 6 | 1 | 4 | - | - | 2 | 7 | 44 | 33 | 296 |
| | 計 | 18 | 18 | 59 | 6 | 19 | | | 16 | 88 | 238 | 144 | 757 |
| | % | 5.56 | 11.11 | 10.17 | 16.67 | 21.05 | | | 12.5 | 7.95 | 18.49 | 22.92 | 39.10 |
| 2000 | 男 | 16 | 19 | 56 | 5 | 14 | 7 | 11 | 11 | 77 | 199 | 105 | 494 |
| | 女 | 1 | 2 | 8 | 1 | 3 | 2 | 9 | 2 | 10 | 49 | 35 | 328 |
| | 計 | 17 | 21 | 64 | 6 | 17 | 9 | 20 | 13 | 87 | 248 | 140 | 822 |
| | % | 5.88 | 9.52 | 12.5 | 16.67 | 17.65 | 22.22 | 45 | 15.38 | 11.49 | 19.76 | 25 | 39.90 |
| 2001 | 男 | 16 | 18 | 51 | 5 | 15 | 9 | 16 | 9 | 78 | 188 | 123 | 536 |
| | 女 | 1 | 2 | 8 | 1 | 3 | 3 | 10 | 2 | 11 | 61 | 41 | 416 |
| | 計 | 17 | 20 | 59 | 6 | 18 | 12 | 26 | 11 | 89 | 249 | 164 | 952 |
| | % | 5.88 | 10 | 13.56 | 16.67 | 16.67 | 25 | 38.46 | 18.18 | 12.36 | 20.48 | 25 | 43.68 |
| 2002 | 男 | 17 | 17 | 51 | 4 | 15 | 9 | 24 | 7 | 75 | 193 | 109 | 541 |
| | 女 | 1 | 2 | 6 | 1 | 3 | 3 | 11 | 2 | 10 | 64 | 38 | 430 |
| | 計 | 18 | 19 | 57 | 5 | 18 | 12 | 35 | 9 | 85 | 257 | 147 | 971 |
| | % | 5.56 | 10.53 | 10.53 | 20 | 16.67 | 25 | 31.43 | 22.22 | 11.76 | 24.90 | 25.85 | 44.28 |
| 2003 | 男 | 12 | 16 | 52 | 4 | 15 | 8 | 25 | 7 | 75 | 195 | 100 | 558 |
| | 女 | 3 | 2 | 6 | 1 | 2 | 3 | 13 | 2 | 9 | 71 | 35 | 439 |
| | 計 | 15 | 18 | 58 | 5 | 17 | 11 | 38 | 9 | 84 | 266 | 135 | 997 |
| | % | 20 | 11.11 | 10.34 | 20 | 11.76 | 27.27 | 34.21 | 22.22 | 10.71 | 26.69 | 25.93 | 44.03 |
| 2004 | 男 | 12 | 15 | 51 | 3 | 14 | 8 | 27 | 7 | 71 | 198 | 102 | 560 |
| | 女 | 3 | 1 | 6 | 1 | 2 | 3 | 14 | 2 | 10 | 72 | 36 | 446 |
| | 計 | 15 | 16 | 57 | 4 | 16 | 11 | 41 | 9 | 81 | 270 | 138 | 1006 |
| | % | 20 | 6.25 | 10.53 | 25 | 12.5 | 27.27 | 34.15 | 22.22 | 12.35 | 26.67 | 26.09 | 44.33 |
| 2005 | 男 | 12 | 12 | 49 | 3 | 14 | 6 | 30 | 7 | 70 | 207 | 87 | 562 |
| | 女 | 3 | - | 7 | - | 2 | 3 | 16 | 2 | 8 | 62 | 53 | 456 |

⁵³ 參見陳昭如，〈在法學教育中實踐性別主流化－女性主義法律教學的議題與策略〉，發表於政治大學、台灣法學會主辦，第二屆女性主義法學學術研討會，2006 年 5 月 6 日。

| | | | | | | | | | | | | | |
|------|---|-------|----|------|---|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | 計 | 15 | 12 | 56 | 3 | 16 | 9 | 46 | 9 | 78 | 269 | 140 | 1018 |
| | % | 20 | | 12.5 | | 12.5 | 33.33 | 34.78 | 22.22 | 10.26 | 23.05 | 37.86 | 44.79 |
| 2006 | 男 | 10 | 12 | 49 | 1 | 11 | 7 | 32 | 7 | 66 | 197 | 90 | 565 |
| | 女 | 3 | - | 7 | - | 2 | 2 | 18 | 2 | 9 | 69 | 49 | 460 |
| | 計 | 13 | 12 | 56 | 1 | 13 | 9 | 50 | 9 | 75 | 266 | 139 | 1025 |
| | % | 23.08 | | 12.5 | | 15.38 | 22.22 | 36 | 22.22 | 12 | 25.94 | 35.25 | 44.88 |

說明：「%」表示女性的比例。

資料來源：司法院統計處「司法院暨所屬機關人員數」統計表，

<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/st-1.htm> (拜訪日期：2007 年 9 月 8 日)(刪除非大法官、庭長、法官之其他人員人數，並自行計算比例製作而成)

c. 律師

1946-2000 年專門專業及技術人員高等考試律師考試統計表⁵⁴

⁵⁴劉恆姣，〈戰後臺灣司法人之研究：以司法官訓練文化為主的觀察〉，頁 176。

附表六：1946-2000年專門職業及技術人員高等考試律師考試統計表

| 年次 | 律師考科報名人數 | 律師考科到考人數 | 律師考科及格人數 | 律師考科及格率 | 專技高考各科總及格 |
|-----------|----------|----------|----------|---------|-----------|
| 1946 | 27 | 27 | 1 | 3.70 | |
| 1950 | 25 | 22 | 11 | 50.00 | 53.84 |
| 1951 | 41 | 32 | 6 | 18.75 | 26.19 |
| 1952 | 42 | 37 | 5 | 13.51 | 15.79 |
| 1953 | 68 | 57 | 4 | 7.02 | 11.11 |
| 1954 | 39 | 35 | 7 | 20.00 | 20.93 |
| 1955 | 53 | 47 | 9 | 19.15 | 16.95 |
| 1956 | 74 | 64 | 8 | 12.50 | 15.56 |
| 1957 | 180 | 146 | 29 | 19.86 | 17.71 |
| 1958 | 186 | 154 | 13 | 8.44 | 9.78 |
| 1959 | 626 | 551 | 34 | 6.17 | 5.78 |
| 1960 | 842 | 694 | 17 | 2.45 | 2.76 |
| 1961 | 385 | 298 | 11 | 3.69 | 3.26 |
| 1962 | 414 | 350 | 4 | 1.14 | 1.88 |
| 1963 | 413 | 349 | 4 | 1.15 | 1.21 |
| 1964 | 216 | 184 | 28 | 15.22 | 13.18 |
| 1965 | 386 | 331 | 6 | 1.81 | 2.1 |
| 1966 | 374 | 319 | 5 | 1.57 | 7.01 |
| 1967 | 240 | 192 | 9 | 4.69 | 4.27 |
| 1968 | 273 | 226 | 28 | 12.39 | 23.55 |
| 1969 | 973 | 805 | 13 | 1.61 | 1.93 |
| 1970 | 1285 | 992 | 8 | 0.81 | 1.85 |
| 1971 | 1087 | 826 | 29 | 3.51 | 4.46 |
| 1972 | 1239 | 952 | 25 | 2.63 | 2.77 |
| 1973 | 1459 | 1149 | 10 | 0.87 | 2.09 |
| 1974 | 1182 | 963 | 22 | 2.28 | 5.17 |
| 1975 | 1095 | 869 | 22 | 2.53 | 5.14 |
| 1976 | 1237 | 984 | 12 | 1.22 | 2.89 |
| 1977 | 1181 | 932 | 7 | 0.75 | 5.43 |
| 1978 | 1134 | 903 | 24 | 2.66 | 5.95 |
| 1979 | 1337 | 1064 | 26 | 2.44 | 2.4 |
| 1980 | 1203 | 970 | 27 | 2.78 | 2.96 |
| 1981 | 1419 | 1182 | 50 | 4.23 | 3.56 |
| 1982 | 2086 | 1786 | 6 | 0.34 | 3.93 |
| 1983 | 2088 | 1676 | 44 | 2.63 | 7.06 |
| 1984 | 2143 | 1773 | 50 | 2.82 | 3.49 |
| 1985 | 2208 | 1675 | 24 | 1.43 | 5.65 |
| 1986 | 2201 | 1742 | 29 | 1.66 | 5.15 |
| 1987 | 2292 | 1842 | 100 | 5.43 | 6 |
| 1988 | 2644 | 2142 | 16 | 0.75 | |
| 1989 | 2698 | 2048 | 288 | 14.06 | |
| 1990 | 3472 | 2801 | 290 | 10.35 | |
| 1991 | 3976 | 3258 | 363 | 11.14 | |
| 1992 | 4223 | 3296 | 349 | 10.59 | |
| 1993 | 4695 | 3700 | 563 | 15.22 | |
| 1994 | 5108 | 3803 | 215 | 5.65 | |
| 1995 | 5173 | 3758 | 287 | 7.64 | |
| 1996 | 5202 | 3805 | 293 | 7.7 | |
| 1997 | 5440 | 3915 | 265 | 6.77 | |
| 1998 | 5714 | 4129 | 231 | 5.59 | |
| 1999 | 6009 | 4064 | 564 | 13.88 | |
| 2000 | 6565 | 4395 | 264 | 6.01 | 13.98 |
| 1946-2000 | 94672 | 72314 | 4755 | 6.58 | |

備註：
 1. 製表人：劉恆敏。
 2. 參考任圻書，中華民國律師考試制度，頁161-163，但加總與平均計算數值與之不同。
 3. 76-81年，參考考選部，中華民國考選行政概況，台北，考選部編印，1992年7月，頁78-79。81-89年考選部網頁。
 4. 1988年之後數據參見考試院網頁各年度之相關統計資料。

1947年僅有三位女律師登錄，非在台灣接受法學教育的外省移民。

以台北律師公會為例，入會者女性自1990年起有顯著增加。

6.4 法學教育

6.4.1 專業法學教育的建立

a. 台北帝國大學

b. 內地留學：1920年代在內地的台灣人留學生，有1/5讀法律

6.4.2 專業法律教育的發展

- a. 1950 年代：人才荒與復校/ 設系風（政大、東吳、文化..）
 - b. 1970 年代：供過於求、停止增設
 - c. 1980 年代：財經法學興起
 - d. 1990 年代起：學士後法學
-

7. 活動

7.1 請閱讀賴和〈一桿秤仔〉，思考日治時期臺灣人民如何理解近代法院制度
以下僅節錄部分自王泰升，「台灣法律文化中的日本因素」：

「巡警瞪他一點便帶他上衙門去。

『汝秦得參嗎？』法官在座上問。

『是，小人，是。』參跪在地上回答說。

『汝曾犯過罪嗎？』法官。

『小人生來將三十歲了，曾未犯過一次法。』參。

『以前不管他，這回違犯著度量衡規則。』法官。

...

『這是是冤枉的啊！』參。

『但是，巡警的報告，總沒有錯啊！』法官。

...

『既然違犯了，總不能輕恕，只科罰汝三塊錢，就算格外恩典。』官。

『可是，沒有錢。』參。

『沒有錢，就坐監三天，有沒有？』官。

『沒有錢。』參說，…去受監禁。

參的妻子，…她剛跨進衙郡的門限，被一巡警的『要做什麼』的一聲呼喝，以嚇得倒退的門外去，…幸有…小使，…教她拿出三塊錢，代繳進去。」

7.2 大法官小故事

▶ 楊與齡先生訪談記錄

我所經辦的案件，有兩件至今仍印象深刻。第一件事民國四十二年的是，地點在台中。那時根據台灣省地方自治辦法實施各縣市鄉鎮長選舉，引發不少選舉糾紛，台中地方法院所審理的就有十九件，分由多位法官負責。在審理之前，地院的法官們曾經先行開會協調，擬定共同審判的標林，因為同類案件在判決時需採一致觀點，不應分歧。而台中地院院長廖峻先生原為台南地院院長，他在台南時受理類似案件認為程序上合法，應就實體上審判。如果在審判上如此辦理，那麼在選舉糾紛理的鄉鎮長便會有人當選無效。反之，只依行政命令辦理選舉，程序上不合法，不涉及當選無效問題。…最後我們幾位法官決定自己開會，！不採取廖院長的意見，全部依照司法院解釋，以程序不合法駁回。

…司法行政方面，林彬部長馬上命高等法院派錢國成趕到台中，希望我們能

裁定更正，把理由中台灣省選舉罷免辦法不是法律的那段文字刪掉。我們不接受。錢說你們不刪的話，請院長刪可不可以？我們不管。

…在處理這件事時，治安機關便懷疑我們是共產黨，甚至讓林部長負了行政責任，關於處分與否的爭論也區分為主張地方自治派和中央集權派：前者要求處分，後者反對。據說主張處分派的代表是崔書琴；反對的人士陶百川。這件事情最後到了老總統那裡。⁵⁵

▶ 陳瑞堂先生訪談記錄

另外一件事楊梅二七九投票所事件。本來這一投票所都屬於國防所的眷村地區，但後來歷經移防和人員死亡因素，應投票名冊人數不可能還有四百九十九張。但結果在開票以後，票數投票率竟然高達九成以上。後來有人就檢舉投票所的六名工作人員冒領四百九十九張選票，用棉花沾印泥造假。此案子經檢察官張良銘偵辦。可是在偵察過程中，這六人互相推諉責任，因其中一人工作於民眾服務站，使情勢更形複雜。由於檢察官追究被告過於嚴峻，以致偵訊中有人昏倒，於是外界造謠中傷迭起，有人說檢察官是台獨份子，而向我要求撤換。但結果案子並未受任何影響，依法提起公訴。

…但在檢察官起訴後，卻有些傳聞，說因我們執意辦楊梅案，可能會影響汪部長⁵⁶的未來，也有人說某上層人士非常不滿，曾對汪部長責難。…後來蔣院長當選總統，內閣改組，汪部長去職。…汪部長就任僅年餘，政績斐然，按理不應被撤換，結果他竟未連任。我想楊梅事件只是一些基層人員個人的越軌行為，並非上層所授意，僅屬該個人本身之刑責問題，無關大局，何必如此過渡反映。況且該案選舉人之不存在，而名冊係出於捏造，事證單純明確，毫無縱容卸責之虞地。⁵⁷

▶ 王甲乙先生訪談記錄

我經常說：「是呀，現在的法官待遇好，生活確實要比一般公務員家庭好得多。不過，你相信嗎？以前司法官待遇微薄，與其他公務員一樣。民國五十一年我擔任高雄地方法院庭長時，每月薪水約八百元左右，往往到了月底，還因沒錢買菜，全家只好以配給米煮成稀飯，拌點配給的食油，再灑上蔥花過一餐，有一次我們家還是吃稀飯配鹽巴。⁵⁸

7.3 民間司法改革基金會之評鑑觀察

1995年成立之財團法人民間司法改革基金會十多年來已陸續進行法院、法庭、法官、律師的評鑑觀察，請同學瀏覽該基金會網頁之資料，閱讀其所進行的

⁵⁵ 參見，司法院司法行政廳編著，台灣法界耆宿口述歷史第一輯，(台北：司法院，2004)，頁68-69。

⁵⁶ 汪道淵，時任司法行政部長。

⁵⁷ 司法院司法行政廳編著，台灣法界耆宿口述歷史第一輯，頁192-193。

⁵⁸ 司法院司法行政廳編著，台灣法界耆宿口述歷史第一輯，頁242-243。

評鑑報告，於課堂上討論之。

法官評鑑：1998、1999、2000、2001、2002 年

律師評鑑：新竹地區

法院觀察：2002、2003 年

法庭觀察：1995、1996、1998、1999、2000、2001 年。



網頁：http://www.jrf.org.tw/newjrf/index_new.asp

7.4 法律專業人士座談會

建議授課者可以邀請法官、檢察官與律師至課堂上與同學們談論其工作，藉由同學與司法專業人士的實質互動以對司法人員有更深入的了解。

8. 進階閱讀建議

8.1 劉恆旻，〈戰後台灣司法人之研究〉，思與言 40：1，頁 125-182。

8.2 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁 205-248。

8.3 王泰升，〈台灣法律文化中的日本因素〉，政大法學評論，95 期，頁 55-89。

8.4 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），74-77、82-83、94-97、100-101、138-139、160-161、196-197。

8.5 國史館雷震之網路資源：<http://www.drnh.gov.tw/www/page/C/ray/index.htm>

八、 刑事法規與犯罪懲治

1. 教學導引

此章主要係欲針對臺灣之近代西方法式的刑事法規與犯罪懲治等情形，加以介紹，故而主要係從首於臺灣引進近代刑事司法之日治時期開始講述，探究其與隨後施行於臺灣，同屬近代刑事法制的國治法之間，所呈現的斷裂與延續性。因此，建議教學者，除了著重日治與國治的刑事法制沿革之外，亦應注意到臺灣人民如何與近代刑事司法遭逢，亦即：人民之法律經驗、法律文化，以及臺灣各族群人民彼此之間的不同經驗、文化。

2. 刑事司法現代性的形成

2.1 國家壟斷刑罰權

2.2 刑事實體法與程序法的分立

2.3 罪刑法定主義、個人責任、無罪推定等原則的建立

2.4 監獄的誕生

● 參考資料

陳柔縉，台灣西方文明初體驗-監獄

一八九五年台灣割讓給日本，由於日本西化已經超過二十年，在法制上，台灣即隨著日本從東方體制轉換為西方體制，當然也把現代觀念的監獄引進台灣。

日本在一八七二年（明治五年）開始有「懲役法」，懲役就是有期徒刑，原本鞭十下的，改罰關十天，鞭二十下的，關二十天。一八九五年六月佔台開始，日本首先導入「懲役」。但剛接政權，兵荒馬亂，各地還有民兵抵抗接收，尚未興建監獄，臨時法院宣判有期徒刑的犯人，就暫時關進憲兵隊或警察署的留置場。所謂「留置場」，其實是臨時徵用清代遺留的官衙、廟宇或倉庫。隔年二月十六日，台灣第一個有近代刑罰觀念的「台北監獄」才開始運作。⁵⁹

3. 日治時期的刑事實體法

3.1 法制沿革

3.1.1 差異

3.3.1.1 差異的開端：1895年臺灣人民軍事犯處分令、臺灣住民刑罰令

3.3.1.2 形成差異

1898-1945：匪徒刑罰令

1904-1921：罰金及笞刑處分例—其中規定的笞刑（鞭刑），以體罰踐踏人格尊

⁵⁹ 陳柔縉，台灣西方文明初體驗，（台北：麥田，2005），頁 166-171。

嚴，只重惡害的應報以及威嚇，無視於教育與感化。沿襲自傳統中國刑法。

1898-1945：保甲條例—規定個人須為保甲內他人之犯罪行為負連坐責任，而被處以罰金或科料。此亦沿襲自傳統中國刑法，實違反個人自己責任的近代西方式刑事法原則。此條例僅適用於台灣人，而適用者越來越少，1925 年之後即無。

邁向同一

3.1.2.1 依用帝國刑法

帝國刑法（1880）：以 1810 年法國刑法為藍本；個人主義、自由主義的客觀應報刑論。

▶ 1896 年律令第四號

—「在臺灣之犯罪依帝國刑法處斷之，但其條項中對於臺灣住民難以適用者，依特別之規定。」

▶ 1898 年律令第八號「有關民事商事及刑事之律令」

—規定刑事事項依 1880 年刑法，但臺灣人（條文稱「本島人」）及清國人的刑事事項依『現行之例』，亦即延續上述 1896 年律令第四號規定。

▶ 綜合言之，自 1896 年 4 月 1 日起，屬於近代法的日本 1880 年刑法，實質上以施行臺灣，此為臺灣的第一部近代西方式刑法典。但於例外情形，不依此刑法規定，即：對臺灣住民難以適用者，依特別規定。

帝國刑法（1907）：以 1870 年德國刑法為範本；主觀主義刑法學。

1908 年以律令發佈「臺灣刑事令」，首條即表示：「關於刑事事項，依刑法、刑法施行法及刑事訴訟法」，且規定自 1908 年 10 月 1 日起，與日本內地同步施行。這部「日本製」的「德國版」刑法，因此成為臺灣的第二部近代西方式刑法典。然，此部法典的內容，於日治臺灣，始終係透過律令的「依用」（類似今所謂「準用」），而非直接適用之。之所以採取「依用」方式，係因：刑法屬於帝國議會制定的法律，一旦依勅令而施行於臺灣，原屬律令的「匪徒刑罰令」等等刑事特別法規，將因牴觸法律而失效。而由於日本統治當局亟欲維持「匪徒刑罰令」，俾能應不時之需，又不希望用特例勅令這種引人注意的方式保存，所以終日治之世，日本刑法始終係以律令依用於臺灣。

3.1.2.2 以勅令實施內地的特別刑法

許多刑法典以外的日本刑事實體法，例如：治安維持法、治安警察法，以及幾乎所有日本的戰時刑事法規，皆係依勅令施行於臺灣。

3.2 刑罰與整肅異己

3.2.1 社會性異己

3.2.1.2 潛在犯罪者

浮浪者取締

台灣保安規則：驅逐有妨礙治安或敗壞風俗之慮的內地人、外國人

3.2.1.3 犯罪者

違警例

一般刑法

3.2 政治性異己

3.2.2.1 武力

3.2.2.2 思想

3.2.3 社會性異己與政治性異己的交疊

3.3 土匪或抗日份子？

3.3.1 武裝「反抗」與武力鎮壓

3.3.1.1 現地殺戮：於 1898 年至 1902 年之間，共計處死 11950 名匪徒，其中僅有 1/4 為判決處死。

3.3.1.2 於 1896 年至 1898 年之間，普通法院或臨時法院所審理之匪徒案，大多無罪並且死刑很少。

3.3.1.3 於 1907 年至 1916 年之間，發生的武裝動亂，多由臨時法院、少數由一般法院處以重刑。

3.3.2 1898 年匪徒刑罰令

3.3.2.1 緊急律令的發佈

法務課長致總督：茲以時日迫近無暇依成規手續辦理

總督致內務大臣：情事緊急無暇奏請勅裁

3.3.2.2 「匪徒」成爲正式法律名稱：不論其目的爲何，凡結合多數人以暴行或脅迫手段以達其目的者，皆視之爲匪徒

3.3.2.3 溯及既往

3.3.2.4 起訴罪名與定罪罪名不符：匪徒罪與強盜罪

訴「匪」判「盜」：起訴匪徒罪，但判決強盜罪

訴「盜」判「匪」：起訴強盜罪，但判決匪徒罪

鑒於匪徒刑罰令條文規範本身所涵蓋的範圍極廣泛，以及其與當時刑法規定所處罰的行爲之交集，其中，出現最多的是在「強盜罪」與「匪徒罪」認定之間的可能交集。又加上判官實係透過許多判決，而逐漸形成對「匪徒」與「強盜」的區辨標準，因此，此種判準並未有明文，而僅係各個司法警察官、檢察官、判官（法官）必然可能差異的自由心證，故於認定上具有相當程度的不確定性。

3.3.2.5 招降策

「自首得免除其刑」、「歸順者得享有治外法權」

自首與歸順：總督府法院認爲，歸順與自首無關

3.3.2.6 自 1916 年起，匪徒刑罰令即不再實際上被適用

3.4 政治犯：思想上的政治性異己

3.4.1 一般刑法

3.4.2 政治刑法

3.4.2.1 1923 年治安警察法：對付反政府或反殖民者

阻止反政府或反日演講集會：臺灣文化協會共舉行 315 回演講，其中有 157 回被中止

阻止結社（臺灣議會設置同盟會）、解散臺灣民眾黨（1931）

1925 年治安維持法：

針對無政府主義者與共產主義者

主要目的在於威嚇，而非實質的懲戒，因此不起訴（23.7%）、或便宜不起訴（起訴猶豫，罪證已足但無訴追必要）（48.8%）的比例高，但起訴定罪率高

1926 年暴力行為取締法：針對群眾運動

言論管制

1900 年臺灣出版規則、1936 年台灣不穩文書臨時取締令

3.5 犯罪懲罰的種族/族群政治：原住民族與犯罪

3.5.1 蕃人是否可能為犯罪主體？

3.5.1.1 關於蕃人之刑事案件，是否應予起訴，必須呈報臺灣總督

3.5.1.2 台南地方法院之檢察官，曾起訴一蕃人的強盜殺人案件，認為該蕃人具有分辨是非之能力

3.5.2 蕃人是否可能為犯罪客體？食蕃肉事件

3.5.2.1 蕃人的屍體，是否為刑法所保護的對象（屍體）？

3.5.2.2 1911 年宜蘭漢人食蕃肉事件

3.5.2.3 台北地方法院宜蘭出張所判決：吃蕃肉無罪，因蕃人無人格，其屍體並非祭祀對象。

4. 日治時期的刑事程序法

4.1 法制沿革

4.1.1 差異的開端

4.1.1.1 1895 年台灣住民治罪令

4.1.1.2 1896 年至 1898 年之間，無刑事程序規定

邁向同一

依用帝國刑事訴訟法（1890）

1899 年律令第八號規定：關於臺灣人與清國人的刑事事項，除有特別規定外，依日本 1890 年刑事訴訟法及其附屬法律。

1908 年以律令發佈「臺灣刑事令」：不再區分臺灣人與日本人，一併規定為「關於刑事事項，依用帝國刑事訴訟法」，但同時載明臺灣有關刑事訴訟程序的特別法仍有效。

實施帝國刑事訴訟法

依 1923 年之勅令，自 1924 年 1 月 1 日起，於臺灣實施帝國 1922 年之刑事訴訟法，此為臺灣的第二部刑事訴訟法典。於日治末期，臺灣又與日本內地同步施行較簡易的戰時刑事訴訟法。

4.1.3 形成差異

4.1.3.1 台灣特有者：

1899 年律令第九號：檢察官得依據台灣人及清國人犯罪案件的輕易難度，請求預審或直接提起公訴→檢察官得以扮演預審法官的角色

1901 年律令第四號：賦予檢察官強制處分權，判官在法院所在地以外蒐集證據時，得令司法警察官搜索扣押。

1905 年至 1924 年的刑事訴訟特別手續：

台灣人之重罪得不經預審

檢察官與警察官具有強制處分權

輕罪得於無異議時以自白為唯一證據

1924 年以特例勅令納入刑事訴訟特別手續的部分內容：

在台之檢察官、司法警察官之權限較日本內地為大
犯罪即決例

控訴預納金

4.1.3.2 未實施於台灣者

1936 年思想犯保護觀察法

1941 年修訂治安維持法增訂的預防拘禁制度

4.1.4 差異與同一

4.1.4.1 差別待遇

某些內地的刑事法不實施於台灣

制訂殖民地特別法：因地制宜、「尊重」舊秩序？

台灣住民刑罰令以斬首為死刑方式

保甲條例

罰金及笞刑處分例

4.1.4.2 同一待遇

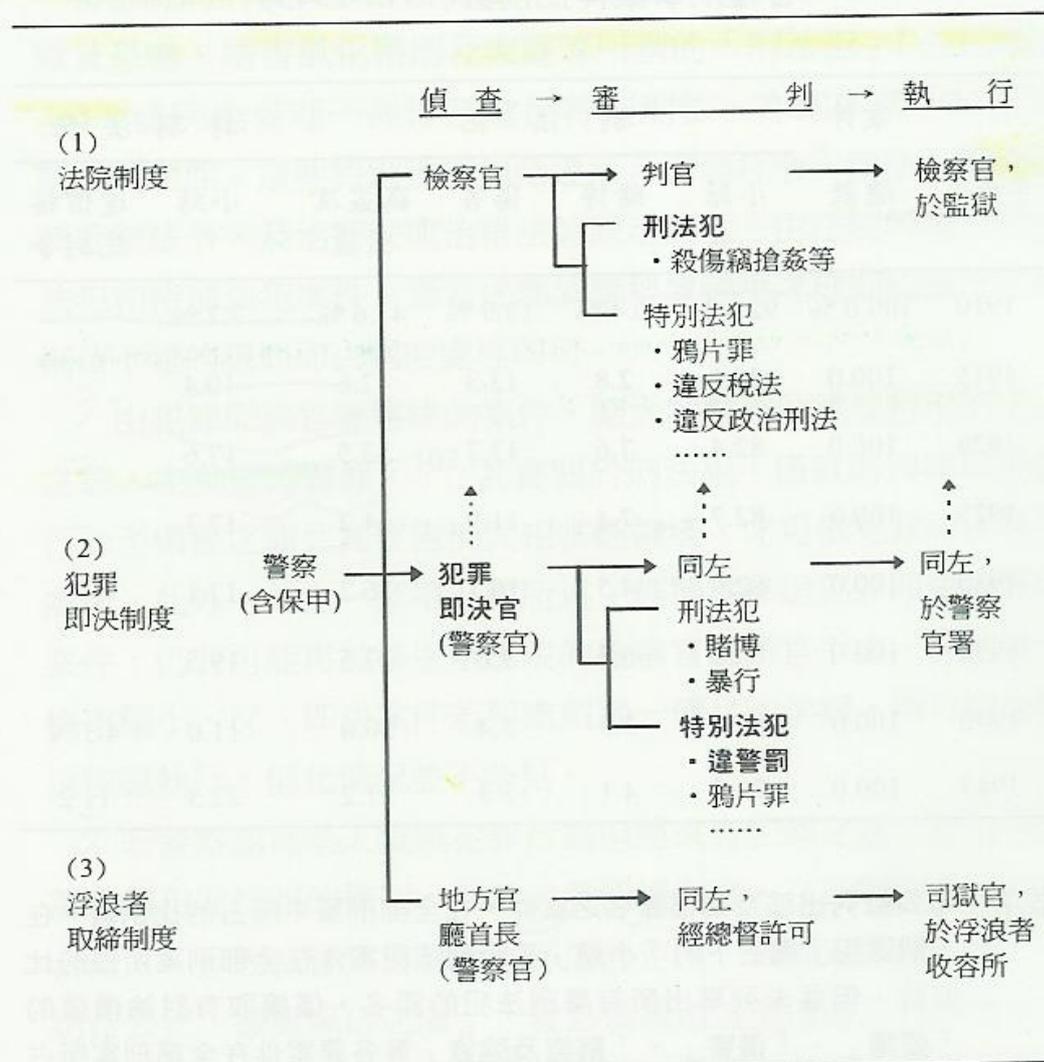
帝國刑法實施於台灣（依律令）

帝國刑事訴訟法實施於台灣（依敕令）

帝國刑事特別法實施於臺灣

4.2 犯罪控制體系

表4-4：台灣在日治時期的犯罪控制體系(1909-1945)



說明：用粗體字者，表示該項是同一類中最常發生者。以虛線表示此項移動，雖可能存在，但很少發生。由於《台灣總督府犯罪統計》就所有犯罪區分為刑法犯(觸犯刑法典者)及特別法犯(觸犯刑法典以外之特別刑法者)，本表從之。

出自王泰升，台灣日治時期的法律改革，頁 265。

4.3 浮浪者取締

4.3.1 最初的排拒：浮浪者（無一定住所者）不得取得日本臣民身分

4.3.2 無法律依據下的管訓

4.3.2.1 1903年總督府命令各地方警察要求浮浪者必須保證已改過向善、且立刻就業，否則即需強制就業

4.3.2.2 1903年有40餘名被認為難以遷善的浮浪者被強制送往台東賀田組農場強制勞動

4.3.3 1906年臺灣浮浪者取締規則

4.3.3.1 浮浪者：無一定之住居所、無固定職業，有妨礙公安擾亂風俗之虞者

4.3.3.2 警察「戒告」應就業且有固定住居所→不聽戒告→由警察官以地方行政首長名義，經總督認可，裁決送浮浪者收容所

5. 國治時期的刑事實體法

5.1 法制沿革

5.1.1 1935年中華民國刑法

立法政策採取主觀主義、防衛社會主義，並且參酌日本刑法與德國刑法等外國立法例。

5.1.2 1945年施行於臺灣

與之前的日本刑法相同，皆並非針對台灣社會而制定的「外來」法典。雖曾歷經數次局部修正，但大體而言，針對現行刑法對於台灣社會之不適應問題加以整體性思考與規劃的修正方式，仍屬欠缺。因此，中華民國刑法的「臺灣化」，仍舊是未竟事業。

5.1.3 延續日治刑法的近代西方刑法原則

罪刑法定原則、個人自己責任及處罰平等原則，以及兼顧感化目的的刑事處置，皆受到中華民國刑法的肯認，呈現出其與日治刑法的高度延續性。

5.2 對「政治犯」的處置

5.2.1 「政治犯」：基於反對現政權的政治性動機而觸犯刑罰法規者。

此包括具有政治信念的「異議人士」與不必然具有堅定政治信念的「反抗者」。統治當局非但會以針對危害統治秩序行為而設的「政治刑法」處罰，也經常適用針對一般危害社會秩序等行為的「一般刑法」（如：中華民國刑法第一百條）加以制裁。

然而，正由於有時係以「一般刑法」加以制裁，因此，可能造成將僅係危害一般社會秩序的犯罪者，亦視為「政治犯」的「羅織入罪」之情形。例如：柏楊的大力水手漫畫事件。

5.2.2 政治犯處罰的三部曲

- a. 不依法律程序處斷：非法律手段的軍隊殺戮（如：二二八事件）
- b. 依特別司法程序審判：戡亂戒嚴法制下的軍事審判程序
- c. 依通常司法程序審判：解嚴後

5.2.3 廢除「刑法一百條」的運動

如前所述，統治當局對於其所認定的「政治犯」之制裁、處罰，有時係適用一般刑法，其中，修正前的「刑法第一百條」一內亂罪之條文，便是一適例。申言之，依修正前刑法第一百條的條文：「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之

方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者處無期徒刑。預備或陰謀犯前項之罪者，處六月以上、五年以下有期徒刑。」，不但擴張處罰及於陰謀犯，更未規定有任何著手實行的明確行為態樣，因此，適用的結果，不僅造成許多「羅織入罪」的案件，更往往造成實際上的言論自由箝制。

1991年5月1日，李登輝總統剛宣佈廢除動員戡亂臨時條款，回歸中華民國憲法體制之後，同年5月9日，竟隨即發生涉嫌以言論宣傳而為叛亂之獨台會案，使得上述刑法一百條所造成的言論自由箝制問題，受到廣大重視。同年5月12日，許多大專院校的學生靜坐聲援獨台會案，13日更有教授學者成立了「知識界反政治迫害聯盟」，15日則有上千名學生於台北車站集結靜坐。雖然立法院於17日廢止了被認為與刑法一百條緊密配合的特別刑法之一——「懲治叛亂條例」，然而，作為普通刑法的刑法一百條之「言論即為叛亂」的爭議問題，仍未解決。因此，於同月20日，前述知識界反政治迫害聯盟與學運團體，即發動大規模的遊行抗議，甚至省議會亦於21日作成要求立法院廢除刑法一百條的決議。在此之後，歷經朝野一年的折衝及社會日漸升高的壓力，1992年5月15日，立法院終於通過刑法一百條的修正案：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。」，使得所謂言論、結社與叛國的連結問題，終獲解決。⁶⁰

■ 討論問題：請同學以前述「政治犯」處置方式變遷與「廢除刑法一百條運動」為參考資料，思考：於現今台灣法律體系中，「政治犯」是否仍帶有過去擴張解釋的性質。

5.3 同樣與日治延續的特別刑法肥大症：以檢肅流氓條例為例

5.3.1 1952年臺灣省戒嚴時期取締流氓辦法

非法擅組幫會，招徒結隊者

逞強持眾，要脅滋事，或佔據碼頭車站及其他場所勒收搬運費與陋規者

橫行鄉里欺壓善良或包攬訴訟者

不務正業，招搖撞騙，敲詐勒索，強迫買賣或包庇賭娼者

曾有擾亂治安之行為，未經自新，或自新後仍企圖不軌者

曾受徒刑或拘役之刑事處分二次以上仍不悛改顯有危害社會治安之虞者

游蕩懶惰邪僻成性而有違警行為之習慣者。

5.3.2 1985年檢肅流氓條例

擅組、主持、操縱或參與破壞社會秩序、危害他人生命、身體、自由、財產之組織者

非法製造、販賣、運輸、持有槍彈、爆裂物或其他兇器者。

霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者

⁶⁰ 有關「廢除刑法一百條運動」之過程，係參考：薛化元，〈1950年懲治叛亂條例修正〉，收於王泰升、薛化元、黃世杰編著，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究（台北：五南，2006），頁148-149。

經營、操縱職業性賭場，私設娼寮妓館、誘逼良家婦女為娼，為賭場、娼寮妓館之保鏢或恃強為人逼討債務者。
品行惡劣或遊蕩無賴，而有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者。

5.4 比較：匪徒刑罰令與懲治盜匪條例

5.4.1 匪徒刑罰令之唯一死刑

不問何等目的，只要是糾眾集夥而以暴行或脅迫之手段達成目的者，皆構成匪徒之罪狀，依據下列之區別而處以刑罰。

- 一、首魁及教唆者處以死刑。
- 二、參與謀議者或身任指揮者處以死刑。
- 三、附各隨從者或雜役者，如果有下列行為者處以死刑。
 - 一、反抗官吏或是軍隊。
 - 二、放火燒燬或壞建築物、火車、船舶、橋樑等者。
 - 三、放火燒燬山林田野的竹木穀麥，或是堆積在外的柴草及其它物品者。
 - 四、毀壞鐵道或其標識、燈塔或浮標而致火車船舶的往來產生危險者。
 - 五、毀壞郵便、電信及電話等用途的物件，或是以其他方法造成交通上的妨害者。
 - 六、殺傷人或是強姦婦女者。
 - 七、擄人掠財者。

5.4.2 懲治盜匪條例之唯一死刑

- 一、聚眾出沒山澤抗拒官兵者。
- 二、強佔公署、城市、鄉村、鐵道或軍用地者。
- 三、結合大幫強劫者。
- 四、強劫公署或軍用財物者。
- 五、在海洋行劫者。
- 六、強劫而故意殺人或使人受重傷者。
- 七、強劫而放火者。
- 八、強劫而強姦者。
- 九、意圖勒贖而擄人者。
- 十、盜匪在拘禁中，首謀聚眾，以強暴、脅迫脫逃者

6. 國治時期的刑事程序法

6.1 法制沿革

6.1.1 1935 年中華民國刑事訴訟法

6.1.1.1 德國式之刑事訴訟程序

此係經由日本法學的媒介，引進德國式刑事訴訟程序的刑事訴訟法，於 1945 年施行於臺灣。

6.1.1.2 戒嚴法制：「特別法」（軍事審判法制）成為實質上的「原則」

相較於刑事實體法，乍看之下似乎很少關於刑事訴訟程序的特別法，但

事實上，軍事審判法即為刑事程序之特別法之一，尤其國治政府於臺澎實行長達三十八年的戒嚴時期，使得軍事審判相關法規可適用於一般人民的刑案，原本應屬特別法的軍事審判相關法規，於戒嚴時期，反而成為實質上的一般原則。

6.1.1.3 內容：除了不採預審制之外，大致與日治刑事訴訟法相同

於內容上，1935年此部中華民國刑事訴訟法，相當接近日本1922年刑事訴訟法加上臺灣殖民地特有的刑事特例規定。不同的是，由於此部中華民國刑事訴訟法未受法國法之影響，因此並不採取預審制，而將預審法官的職權交由檢察官行使，使得中華民國檢察官擁有傳喚、拘提、羈押、搜索、扣押等強制處分權。但大體而言，其他重要的刑事訴訟原則，仍與同樣師法德國刑事訴訟法之日治刑事訴訟法大致相同。

6.1.2 1967年刑事訴訟法

全文修正後更名：「刑事訴訟法」，此即臺灣現行的刑事訴訟法。1967年將前揭1935年中華民國刑事訴訟法進行全文修正、並且更名為「刑事訴訟法」之現行刑事訴訟法，雖未更動舊形式訴訟法採取的訴訟審理原則及整個程序架構，但仍已對許多條文進行修改。重要的修改包括：擴大強制辯護案件範圍、設證據專章、擴大上訴權人範圍及增訂強制上訴等。

6.2 「刑事訴訟法」之重大修正

6.2.1 1982年增訂偵查中被告得選任辯護人規定

於1982年，則因發生王迎先遭警察刑求以致尋死之案件，而增訂偵查中得選任辯護人的規定。事實上，從法律史的角度來看，既然中華民國之刑事訴訟法制將檢察官視同法國制的預審法官，並使之享有原屬預審法官的強制處分權，則相對的，本應如同日本1922年刑事訴訟法一般，允許犯罪嫌疑人（被告）得於對應於日治制度下的「預審」之「檢察官偵查程序」中，一位有權請求對應於日治制度下的「預審法官」之「檢察官」，為必要處分或得檢閱卷宗及證物的辯護人。

然而，中華民國法制，卻直至1982年，始修法准許選任一位法律上幾乎等於攤在偵訊現場當「蠟像」的辯護人。之所以稱其為「蠟像」，係應當時法制下的偵查中辯護人，僅得於檢察官、警察對被告訊問時「在場」而已，並且，於該次修正中，又同時增列檢察官與警察的「緊急拘提」規定。自此以觀，當時對於提升一般人民於刑事訴訟程序上的地位，仍然深具戒心。要能對於「刑事訴訟法」進行大幅度的修改，則須待威權統治已逝的1990年代。

6.2.2 1990年、1993年、1995年三次修正

刑事訴訟法於1990年代，幾乎年年修法。其中，1990年、1993年、1995年三次修正之重點為，簡化程序、限制上訴，以減輕法院負擔。由此可知，於立法實踐上，與刑法相同，仍係採取多次而局部的修正模式。

6.2.3 1997 年修正

此係回應大法官會議解釋第 392 號之見解：認定檢察官擁有羈押權係屬違憲，而作之修正。使臺灣的檢察官終於喪失自 1901 年以來，即持續擁有的對犯罪嫌疑人之羈押權，而將羈押權回歸法官。

羈押權歸屬問題之憲法法庭辯論照片⁶¹



▲ 羈押權歸屬問題曾在憲法法庭引發激烈辯論

《世紀之辯：張俊雄與李登輝、馬英九的憲法法理之爭》，張俊雄國會辦公室，月旦出版社，民國86年（1997）

6.2.4 1998 年、1999 年、2000 年等多次修正

此些多次修正，皆與前揭之歷次重要修正相同，亦屬針對實務運作上問題謀求解決之道，所進行的修正。申言之，刑事訴訟法之修正，經常係針對臺灣刑事司法運作上實際發生的案例，例如：因病交保者竟從事立委之競選、故意以不合法自訴干擾檢察官偵辦犯罪等，來提出因應之道。此意謂著，1967 年刑事訴訟法，不但是自日治以來，唯一在臺灣制定的刑事訴訟法典；更重要的是，其於內容上，已透過歷次（雖係局部）的修正，而逐步地「臺灣化」。

6.2.5 1999 年全國司法改革會議：朝「當事人進行主義」邁進

於 1999 年召開全國司法改革會議之後，整個刑事訴訟程序的修法，更朝「當事人進行主義」邁進。具體而言，例如：2002 年及 2003 年的刑事訴訟法修正，除了限縮法院的職權調查義務、確定檢察官之實質舉證責任、明定證據排除法則與傳聞法則之外，尚增訂起訴審查制度、緩起訴制度以及交付審判制度；並且，限定緊急搜索之要件、將自訴改為律師強制代理、增訂低收入戶之指定辯護以及簡式審判程序之規定；除此之外，亦明文規定了無罪推定原則，與自白任意性之調查順序，以及舉證責任等規定。

⁶¹ 王泰升、薛化元、黃世杰編著，《追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（臺北市：五南，2006），頁 199。

6.3 傳統中國刑事訴訟觀念猶存

6.3.1 父母官糾問心態

無論是日治或國治時期，在大多數時間裡，「檢察官」皆擁有相當於「預審法官」的強制處分權；並且，檢察官於偵查階段中，往往呈現為類似父母官一糾問官的「檢察官與犯罪嫌疑人」此種兩面糾問關係，實可謂為「檢察官的法官化」。相對的，日治時的判官與國治時的法官，皆有依職權調查證據之義務，形同檢察官進行的犯罪偵查，而國治時期，檢察官甚至仗恃法官此種義務，而往往未形式或實質蒞庭，此種種傾向，在在形成了「法官的檢察官化」。此種「檢察官的法官化」、「法官的檢察官化」，與對於控訴原則下的「不告不理」之從寬認定相配合，不但反映了傳統中國父母官糾問心態的續存，亦使得臺灣人民仍舊以「糾問官」認識近代刑事司法下的「法官」與「檢察官」角色，更導致了臺灣人民長期對於「法官」、「檢察官」之角色區辨，認識不清的法律經驗與文化。

6.3.2 司法警察機關刑訊文化

承續東亞傳統法律觀念重視「被告自白」以及隨之而來的刑求習慣等法律文化，復加上對於人權保障之不加重視，於日治時期與國治時期皆然，警察機關的刑訊文化始終存在。

7. 明治三十年重輕罪刑事事件簿/張醜⁶²

教學者得透過臺中地方法院所提供的明治三十年重輕罪刑事事件簿，其中案件之相關紀錄（包括：刑事被告之罪名、身分職業，以及刑事程序之歷程），講述日治時期刑事案件之司法處理程序。除此之外，亦可延伸地探討日治五十年中，犯罪者的社會階層、犯罪型態，以及其與社會變遷之間的關係。

8. 臺灣共產黨事件：豫審終結決定書⁶³

教學者得透過臺北地方法院所提供的「臺共事件豫審終結決定書」，藉由昭和 8 年（西元 1933 年）臺灣共產黨事件之司法處理程序，講述日治時期的特別刑事法，以及刑事司法程序。昭和 8 年（西元 1933 年）臺灣共產黨（全稱「日本共產黨臺灣民族支部」）經檢察官以違反治安維持法為由起訴後，進入預審程序，再由預審判官所為的「豫審終結決定」，將被告謝雪紅等移由臺北地方法院合議部進行「公判」程序。

⁶² 司法院司法行政廳編著，《百年司法：司法、歷史的人文對話》（台北：司法院，2006），頁 66。

⁶³ 司法院司法行政廳編著，《百年司法：司法、歷史的人文對話》（台北：司法院，2006），頁 63。

9. 刑事司法造成的創傷與縫合

9.1 縫合傷口的法律：縫合意圖與可能？

9.1.1 二二八事件處理及賠償條例（2007）

- a. 「為處理二二八事件補償事宜，並使國民瞭解事件真相，撫平歷史傷痛，促進族群融和」
- b. 時間：1947年2月27日至5月16日
- c. 誰是受難者？
因二二八事件生命、身體、自由或財產遭受公務員或公權力侵害的人民
- d. 賠償對象
受難者 / 受難者家屬（法定繼承人）
- e. 賠償範圍
賠償金（生命、自由、健康、財產、名譽）
回復名譽（發給回復名譽證書）
戶籍更正
其他權利
赦免
其他：教育文化機構回復名譽、立碑、紀念日、教育宣導...

9.1.2 戒嚴時期人民權利受損回復條例（1995）

- a. 「為回復戒嚴時期人民受損之權利」
- b. 時間：戒嚴時期
台灣島—1949年5月20日至1987年7月14日
金馬、東沙、南沙—1948年12月10日至1992年11月6日
- c. 受害者/權利主體：
遭內亂、外患罪指控而受通緝、追訴、刑事制裁、撤銷資格、沒收財產
受內亂、外患而遭到國家違法侵害人身自由
- d. 回復範圍：
資格
財產
準用冤獄賠償

9.1.3 戒嚴時期不當叛亂暨匪諜補償條例（2006）

- a. 「為戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件之受裁判者，於解嚴後不能獲得補償

或救濟」

b. 時間：戒嚴時期

台灣島—1949年5月20日至1987年7月14日

金馬、東沙、南沙—1948年12月10日至1992年11月6日

c. 受裁判者：

解嚴前觸犯內亂罪、外患罪或 戡亂時期檢肅匪諜條例，經判決有罪確定或裁判交付感化教育者

d. 補償對象：

受裁判者+ 家屬

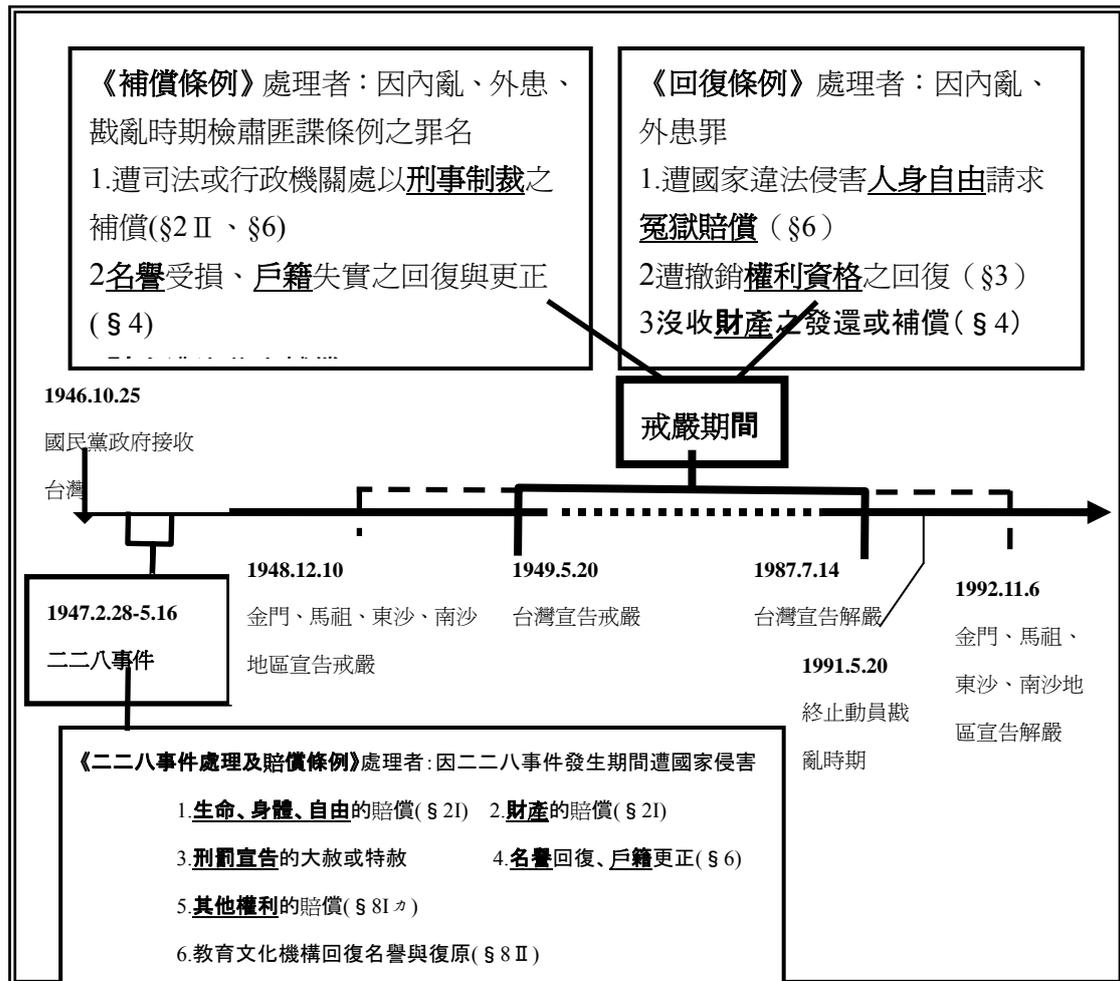
e. 補償範圍：

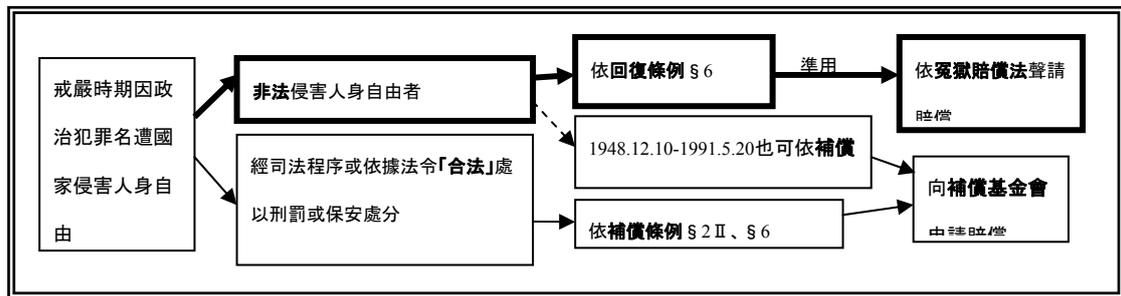
補償金（生命、自由、財產）

回復名譽

戶籍更正

9.2 參考圖表





二二八事件與白色恐怖補償案件統計⁶⁴

| 二二八事件補償案件 | | 白色恐怖予以補償案件 | |
|-----------|------|------------------|------|
| 死亡 | 680 | 死刑 | 772 |
| 失蹤 | 179 | 無期徒刑 | 77 |
| 羈押、徒刑等 | 1405 | 15年以上未滿20年 | 290 |
| 總數 | 2264 | 10年以上未滿15年 | 1227 |
| | | 5年以上未滿10年 | 1098 |
| | | 未滿5年 | 916 |
| | | 感化(訓)教育 | 1557 |
| | | 無罪且未執行感化(訓)教育 | 77 |
| | | 其他 ⁶⁵ | 781 |
| | | 合計 | 6792 |

9.3 療傷止痛：法律之療效與界限

9.3.1 重新思考「受害者」

教學者得請同學思考：是否只有有形名單上的人才是受害者？哪些可能是

⁶⁴ 二二八事件補償案件統計係至 2004 年 10 月 6 日為止之收件中的補償統計，參考：財團法人二二八事件紀念基金會，歷次董事會通公告受難名單統計，網址：

http://www.228.org.tw/pay228_statistics_case.php (檢索日期：2008 年 1 月 18 日)

白色恐怖補償案件統計則係至 2008 年 2 月 29 日為止之統計，參考：財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會，刑期(執行刑)統計表—予以補償案件刑期統計表，網址：

<http://www.cf.org.tw/count/index.php?id=1> (檢索日期：2008 年 3 月 18 日)

⁶⁵ 「其他」中的主要態樣包括：不付軍法審判、不起訴處分、公訴不受理、免訴、免刑、單純限制人身自由者。

未能見諸有形名單的受害者？

9.3.2 補償或賠償？

教學者得讓同學討論補償和賠償的異同，以及此種異同有何歷史的、法律的、法律史的意義。

9.3.3 誰承擔補/賠償？

9.3.4 法律做得到和做不到的：法律的界限

- a. 補償、回復資格、恢復名譽、更正戶籍、大/特赦
- b. 生命/生活、青春、自由、財產、人格...

9.3.5 道歉？

9.3.6 尋找真相？只有受害者，沒有加害者？

10. 活動

10.1 從文學作品觀察日治時期的刑事規訓

● 參考資料

「因為巡警們，專門搜索小民的細故，來作他們的成績，犯罪的事件，發現得多，他們的高昇就快。所以無中生有的事故，含冤莫訴的人們，向來是不勝枚舉。什麼通行取締、道路規則、飲食物規則、行旅法規、度量衡規紀，舉凡日常生活中的一舉一動，通在法的干涉、取締範圍中。」〈一桿『稱子』〉
「他們平日吃飽了豐美的飯食，若是無事可做，於衛生上有些不宜，生活上也有些乏味，所以不是把有用的生產能力，消耗於遊戲運動中，便是去找尋——可以說是去製造一般人類的犯罪事實，這樣便可以消遣無聊的歲月，併且可以做盡忠職守的證據。」〈蛇先生〉

「查大人憤憤之餘，似覺有恢復他的尊嚴的必要，這是就這幾日來對於「行商人取締的峻嚴，動手就是人倒擔頭翻；或是民家門口，早上慢一點掃除，就被告發罰金；又以度量橫規矩的保障，折斷幾家店鋪的『稱子』」由這些行為，可以歸納出來。」〈不如意的過年〉

■ 討論問題

請同學透過上述日治時期之文學作品，探討其中所提及的近代刑事司法概念，並思考人民對於近代刑事司法之理解、認知，和近代刑事司法本質內涵之異同及其意義。

10.2 從「蘇建和案」探討刑事司法

10.2.1 影片欣賞：島國殺人紀事（公共電視台，2001）

影片簡介

1991年3月24日凌晨，台北縣汐止鎮發生雙屍慘案，死者吳銘漢夫婦遭砍殺數十刀身亡，五個月後，警方根據一枚現場遺留的指紋，逮捕軍人王文孝，王文孝起先承認一人作案，後來又供認弟弟王文忠負責把風，並有三名姓名不詳的

共犯，王文忠隨後被捕，並供稱三名共犯就是當夜曾一起出遊的朋友蘇建和、劉秉郎、莊林勳(均為 19 歲)，三人也陸續遭警方逮捕。五名共犯經汐止分局刑警徹夜偵訊後，都簽下自白書，坦承犯下搶劫、殺人輪姦的罪行，不過在離開警局移送地檢署之後，王文忠、蘇建和等四人均否認作案，並指控警方以酷刑逼供，然而檢察官、法官沒有採信他們翻供後的說法，在歷經一、二、三審及兩次更審後，蘇建和等三人於 1995 年 2 月各被判決兩刑確定。但因本案欠缺三人犯案的直接證據，偵查程序又出現諸多瑕疵，檢察總長先後提出三次非常上訴，均遭最高法院駁回，法務部長馬英九認為疑點未經澄清，如果批准死刑將會「良心不安」，破例未於三天內執行槍決，後來繼任的廖正豪、城仲模、葉金鳳、陳定南也都沒有批下行刑令，蘇建和等三人便囚禁於土城看守所，至今將近 10 年。其間人權團體以寫信、請願、遊行、靜走等方式聲援三名死刑犯，要求總統特赦，高等法院及最高法院法官則首開先例召開記者會，批判法務部不尊重司法判決。即將邁入 21 世紀，蘇建和案爭議仍然是台灣社會一股潛藏的暗流。一件血淋淋的命案，為什麼會成為三個年輕人和台灣司法界的噩夢？本片紀錄一個司法記者調查採訪的過程，案件本身的疑點與司法體系的破綻交互呈現，人性的陰暗面與傳統價值的盲點也暴露無遺。雖然命案真相至今仍眾說紛紜，但殺人的嫌疑犯恐怕不只是蘇建和、劉秉郎、莊林勳，還有.....

10.2.2 閱讀：《無彩青春：蘇建和案十四年》⁶⁶

教學者得讓同學閱讀此本《無彩青春：蘇建和案十四年》，而後請同學與前之《島國殺人紀事》的影片搭配、參照，撰寫心得報告，並於課堂上進行討論。

10.3 專題演講：一位政治受難者的心路歷程

教學者得邀請一位二二八事件或白色恐怖的政治受難者，對同學進行專題演講，得請演講者回顧其受難的心路歷程，並於演講後，與同學進行座談、討論。

11. 進階閱讀建議

11.1 王泰升，《台灣法律史概論》(台北：元照，2004)，頁 249-287。

11.2 王泰升，《台灣日治時期的法律改革》(台北：聯經，1999)，頁 225-302。

11.3 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》(台北：五南，2006)，88-89、94-95、102-103、110-111、120-121、148-151、158-159、168-169、198-199。

11.4 陳柔縉，《台灣西方文明初體驗》(台北：麥田，2005)，頁 166-171。

⁶⁶ 張娟芬，《無彩青春：蘇建和案十四年》，台北市，商周出版，2004。

九、民商法規與紛爭解決

1. 教學導引

本章主要介紹臺灣的近代西方式民商法規與紛爭解決制度，故係從日治時期首先於臺灣社會引進近代西方式民商法制度開始，以至國治時期之民商法制。於教學上，除了講授法制沿革變遷之外，建議教學者亦應注意可能關係到日治與國治時期之延續性的法律經驗、文化等法社會面向，並得藉由特定議題之探討（例如：土地制度、女兒爭產議題等），提示臺灣社會歷經政權轉移下的法律之斷裂與連續特性，以及檢討人民（特別是弱勢人民）於此過程中的處境。

2. 民商法的規範變遷

2.1 日治時期

2.1.1 差異的開端（1895-1922）

2.1.1.1 涉及本島人與清國人之民商事項，原則上適用舊慣與法理

1895日令「台灣住民民事訴訟令」：審判官准任地方慣例及法理審斷訴訟

1898「有關民事商事及刑事之律令」

涉及日本人及除清國人以外之外國人：日本民商法

僅有關本島人及清國人之民商事項，除有特別規定外，依照「現行之例」

1908 台灣民事令：僅涉及本島人及清國人（中華民國人）之民事事項，除少數例

外（埋藏物遺失物、提存）之外，依舊慣。

2.1.1.2 土地關係採屬地主義，依照臺灣舊慣（不論所涉及當事人之身分）

2.1.1.3 關於土地的民事特別法

1903 關於大租權確定之件

1904 關於大租權整理之件

1905 土地登記規則

2.1.2 邁向同一，保留差異（1923-1945）

2.1.2.1 邁向同一：日本民法與商法的施行（財產關係的同一化）

1922 年施行勅令第406 號：民商法、民事訴訟、人事訴訟、不動產登記等法律於1923 起施行於台灣

日本民法之身分法，有關親屬關係之部分

2.1.3 保留差異（身分關係的差異化）

2.1.3.1 1922 特例勅令第407 號：僅有關臺灣人（不含中華民國人）之親屬繼承事項、以及祭祀公業，不適用日本民法，依「習慣」

2.1.3.2 不准新設祭祀公業

2.2 國治時期（1945-2000）：歐陸法為主、英美法為輔的臺灣化

2.2.1 民法典：大體採自德國民法、兼及瑞士法，亦參酌日本民法。

商事法：以德日法等歐陸商法為基調，但亦部份參酌英美法。

2.2.2 國治民商法與日本民商法

此二部法制之間，雖於法典之編制上或有差異，然而，於實質內容上，可說非常相似，二者間幾乎均可找到相對應的條文，此使得國治民商法施行於臺灣之初，臺灣社會即相當能夠適應。因此，即使國民黨政權未就新舊法之差異、而為銜接性質的立法，以致人民權益或有受損情形，但仍未因此惹起普遍民怨，原因之一即：兩部民商法制均主要以歐陸法，特別是德國法為典範，因此二者之間的差異，終究有限。此種歷史的巧合，使得臺灣社會的私法秩序，不因主權的更易而被破壞，而能夠在既有的基礎上成長發展。所以，可以說：臺灣現行民商法，實已有「一百年的歷史基礎」。

● 參考資料

〈政權交替之際的支票簿〉⁶⁷

「彰化商業銀行是由彰化人吳汝祥與本省中部士紳發起，鳩集大租權補償公債作為資本金，在一九〇五年六月創立，初期十五年間，人事均由臺灣人掌握，是一個名符其實純粹的民族資本團體。迨一九一九年第二次增加資本時，日系資本大量滲入，人事亦隨之改觀，從此經營實權由日人操縱者達二十五年之久。

終戰後，臺灣省行政長官公署於一九四六年十月成立彰化銀行籌備處，指派林獻堂為主任委員，由日人手中接收原株式會社彰化銀行，並於一九四七年二月二十八日，召開第一屆股東大會，三月一日正式成立現在的彰化商業銀行。

這本吳三連先生的支票簿，乃日治時期株式會社彰化銀行所印刷，終戰後，雖然該行為國民政府接收改組成彰化商業銀行，但日治時期的支票簿似至少延用至一九五二年二月，因該支票簿的使用期限自一九四七年九月九日起，至一九五二年三月十七日止，將日文劃掉印上中文字，繼續使用。

支票簿上的『城內』戳記，表示此本簿子是該行臺北城內分行所發。臺北城內分行成立於一九四七年九月四日，臺北市衡陽街，現位於衡陽路和博愛路交叉口。左方所貼印花，是中華民國印花，臺幣肆圓為舊臺幣。領取支票簿必須繳交印花稅是終戰初期舊規定，這種舊規定現已廢除。」

說明

教學者得利用上述「吳三連先生之支票簿」作為案例，說明日治時期的「小切手」（意指「支票」）與國治時期的「支票」之間，在規範制度上以及台灣社會實際運作上的轉換順利，以及其所彰顯出的日治與國治皆採資本主義法律概念與規範的類似性，和台灣社會的法文化延續性。

⁶⁷ 高淑媛，政權交替之際的支票簿，臺灣風物，第 43 卷第一期（1993），頁 11-12。

2.2.3 外來的中華民國商法之臺灣化

由於自 1949 年起，中華民國商法事實上僅施行於臺灣，故不必遷就另一個「母國」，而得獨自因應臺灣社會變遷及發展方向做調整。除此之外，隨著威權統治漸逝的 1980、1990 年代之社會意識勃興，復經由：由上而下的判例學說的協力，以及由下而上的臺灣社會運動及相關團體的推動修法努力，在在促成了民商法的變遷。同時，藉著（同樣源於威權統治之漸逝而扮演重要角色的）大法官合憲性審查，使憲法基本權的價值實踐於民商法制及法院判決之中。總體而論，直至 2000 年的中華民國商法，已然展現出與七十年前在中國誕生初時，迥然不同的風貌，已從「舊中國法」，銳變而成「臺灣法」。

■ 討論問題

「當」關係作為傳統中國制度的遺緒，於今日台灣仍相當活躍。但中華民國民法物權編直至 2007 年 3 月 5 日，始將「當」關係定位為「營業質權」，而加以明文規範。相對的，同屬漢人傳統融資工具且亦盛行於台灣的合會，則早在 1999 年，即已被民法債編明文規定為一典型契約。此二情形的差別，是否和「當」關係與「合會」分別被定位為近代西方民事法下「物權關係」與「債權關係」，而基於「物權法定原則」與「契約自由原則」之近代法概念，後者被認為較能既「合乎法律體例」又能「具有彈性」，前者則否？請同學思考：在法律繼受最終走向本地化之過程中，如果臺灣社會尚存之傳統中國法律觀念和文化，與近代西方法規及體制，有接軌上的問題時，法學者、法律工作者，於立法上、執法上，對於過去的歷史，所應具有的態度與選擇。⁶⁸

● 參考資料

民法第 899-2 條：

質權人係經許可以受質為營業者，僅得就質物行使其權利。出質人未於取贖期間屆滿後五日內取贖其質物時，質權人取得質物之所有權，其所擔保之債權同時消滅。

前項質權，不適用第八百八十九條至第八百九十五條、第八百九十九條、第八百九十九條之一之規定。

立法理由：

一、本條新增。

二、當舖或其他以受質為營業者所設定之質權，通稱為「營業質」。其為一般民眾籌措小額金錢之簡便方法，有其存在之價值。惟民法對於營業質權人與出質人間之權利義務關係，尚無規定，致適用上易滋疑義，為期周延明確，爰增訂本條

⁶⁸ 參考：王泰升，《台灣法律史概論》（台北市：元照，2004），頁 93 註 14。

陳宛好，〈法律繼受與傳統融資活動——以合會與當舖在臺灣的法律發展軌跡為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004 年。

規定。

三、為便於行政管理，減少流弊，以受質為營業之質權人以經主管機關許可者為限。又鑑於營業質之特性，質權人不得請求出質人清償債務，僅得專就質物行使其權利，即出質人如未於取贖期間屆滿後五日內取贖其質物時，質權人取得質物之所有權，其所擔保之債權同時消滅，爰參酌當舖業法第四條、第二十一條之精神，增訂第一項。

四、營業質雖為動產質權之一種，惟其間仍有不同之處，爰於第二項明定最高限額質權、質權人之孳息收取權、轉質、質權之實行方法、質物之滅失及物上代位性等均不在適用之列。

民法債編第 19 節之一「合會」立法說明：

一、本節新增

二、按合會者為由會首邀集二人以上，約定交付會款及標取合會金之契約。合會乃東南亞國家習見之私人間小額資金融通之金融制度，為西方國家所無，現行民法尚無任何規定，為使其權利義務關係臻於明確，特增訂本節規定。

2.2.4 繼受英法法系（特別是美國法）之特別民法

除了前述「外來中華民國商法之臺灣化」之外，特別民法於內容上對於英法法系、尤其是美國法之大幅繼受，係屬國治時期民商法發展的第二個特色。由於 1951-1965 年接受美國經濟援助，因此動產擔保交易法引進了美國法上的「動產抵押」制度，證券交易法亦以美國法為師。1985 年更在作為經濟盟友之美國的貿易報復威脅之下，於著作權法中接受了美國法上「懲罰性損害賠償」之概念，商標法亦隨之跟進。到了 1990 年代，臺灣法律更係主動採擇了英法法制度，例如：信託法之制定，家庭暴力防治法中引進美國法之「保護令」制度等。自此以觀，中華民國商法制，可說亦係：以「美國化」的方式，進行「臺灣化」。

2.3 土地登記制度下的弱者悲歌

2.3.1 土地調查與登記生效

2.3.1.1 未申報查定的土地，歸國有（隱匿逃漏稅的懲罰？！）

2.3.1.2 官有林野取締規則將未申告之蕃地視為國有地，後稱為「蕃人所要地」或「高砂族所要地」

2.3.1.3 地方土地調查會的查定與高等土地調查會的裁定，有創設與絕對的效力，不得以查定前之事由再予以爭執

2.3.1.4 (1932) 未受查定的土地，原所有者不喪失所有權，但如已登錄於他人名下，則喪失所有權

2.3.2 從登記對抗到登記生效（1945-）

2.3.2.1 1947年土地總登記（臺灣省權利憑證繳驗及換發權利書狀辦法），未辦總登記者收歸國有

2.3.2.2 經臺灣總督府依土地調查與林野調查清理之結果歸國有者，概不發還

- 2.3.2.3 1990年：總登記僅為行政程序，不影響終戰前「因登記」取得的物權。
- 2.3.2.4 未登記者：只能請求移轉登記而不能塗消，僅具有債權效力。且所有權移轉登記請求權有 15 年消滅時效

3. 日治民事法下的身份轉換與流動

3.1 身份得轉換否？

3.1.1 戶籍/戶口的雙軌制：

3.1.1.1 戶籍法：不實施於殖民地

3.1.1.2 1906戶口規則

戶口登記簿上所登載的種族身分，為官方認定一個人正式法律身分的依據

戶口登記簿也記載國籍的得喪變更：

對於「屬於支那種族」的外國籍民，在其取得日本國籍之後，仍應記載「清」或中華民國

而對於非屬清國種族的外國籍民，則在其取得日本國籍後記載原國民的首字，例如「英」「佛」

寄留：

內地人、朝鮮人與支那人於台灣的住所視為「寄留」，不記載於戶口調查簿、而另外登記於寄留簿。

1935 年後，外國人（含中華民國人）

3.1.2 流動之禁止

3.1.2.1 有關內地人的身分事項，依照日本民法

3.1.2.2 婚姻與收養均採取登記主義，但戶籍法未施行，無從依照戶籍法為登記

3.2 禁止內台共婚：暗渡陳倉的單向流動(-1933)

3.2.1 收養：只准向上提升，不准向下沈淪

3.2.1.1 在台灣寄留的內地人要收養本島人時，可以依照戶籍法的規定在內地的本籍地辦理申報登記。

3.2.1.2 本島人無法依照戶籍法的規定收養內地人，也沒有相關的變通辦法

3.2.1.3 暫時無法允許本島人收養內地人的理由之一：本島人收養養女大多是下層階級買賣女子的陋習，不應讓內地人女性遭受此待遇

3.2.2 通婚：內男台女→可，內女台男→不可

3.2.2.1 內地人男性與本島人女性的婚姻，可依照戶籍法在該內地人男性於內地的本籍地申報登記，使本島人之妻入內地人夫之家，成為民法上的合法婚姻。在此種情況，本島人女性被當成「無籍」之人來處理。

3.2.2.2 內地人女性與本島人男性無法合法通婚

3.3 有限度地開放身份流動(1933-1945)

3.3.1 1933 共婚法

3.3.1.1 共婚法：

1932 年律令第 2 號「本島人ノ戶籍ニ関スル件」

1933 年府令第 8 號「本島人ノ戶籍ニ関スル件」

3.3.1.2 內容：

1933/03/01 起，內地人與本島人之間得藉由婚姻、收養、認領等身分法上的行為而轉籍。

3.3.2 有限度地開放

3.3.2.1 非永久性的轉籍：收養或婚姻關係終止後，即應回歸原身分

3.3.2.2 本島人收養內地人男性的限制：有陸海軍兵籍、或者有兵役義務的內地人男性，不能入籍台灣，除非已經經過徵兵總結處分應服第二國民兵役者，才能基於收養而入籍台灣。

3.4 內台通婚實況

3.4.1 1919 調查顯示

3.4.1.1 多為內地男+本島女的同居關係

3.4.1.2 通婚有助同化：混血子女的語言習慣偏向日本式，而內台通婚夫妻本身的風俗習慣，也一樣偏向日本式、或至少折衷式。

3.4.2 1933 內台通婚合法化後，本島男+內地女，遠多於內地男+本島女

3.4.3 與本島人結婚的內地人女性，必須「依內地之例」改從夫姓

3.4.4 內台混血超過半數為「私生子」

3.4.5 龍瑛宗，〈植有木瓜樹的小鎮〉

（陳有三）運氣好的話，跟日本人的姑娘戀愛進而結婚吧。不是為此而公佈了「內台共婚法」嗎？但要結婚的話，還是成為對方的養子較好。因為改為內地人戶籍，薪水可加六成，還有其他種種利益。不，不，把這些功利的想頭一概摒除，只要能跟那絕對順從、高度教養、如花豔麗的日本姑娘結婚，即使縮短十年、二十年壽命都無話可說。

■ 討論問題

請同學思考「內台共婚法」中的性別政治、族群政治，討論性別、族群身份如何決定個人地位，以及其中政治結構。

4. 依舊慣/習慣的判例法體系

4.1 台灣私法、台灣民事習慣調查報告（司法行政部）是認定日治習慣的金科玉律？

4.1.1 由法院所認定的舊慣/習慣才構成習慣法的內容

4.1.2 舊慣調查會以及其他調查、研究成果，不必然等於習慣法的內容

4.2 認定日治時期國家法的方式

4.2.1 法律

4.2.2 判例、判官總會決議、函示

4.2.2.1 在台灣的最終審法院具有統一法律見解的權力

4.2.2.2 最終審法院：高等法院（1896-1898）、覆審法院（1898-1919）、高等法院上告部（1919-1945）

4.2.2.3 法院於認定舊慣/習慣時，不必然要引用判例 參考學說與調查成果

4.3 舊慣政治

4.3.1 從依「舊慣」到依「習慣」(1922 特例敕令)

4.3.2 受「法理」與「公序良俗」規整的習慣

4.3.2.1 偷渡日本民法

4.3.2.2 普世標準或在地標準？

4.3.3 誰認定舊慣/習慣？如何認定？

4.3.3.1 「舊慣」/「習慣」的包裝與再包裝

判例有「改進舊慣」的使命(姉齒松平)

公序良俗指「台灣」、而非內地的公序良俗

4.3.3.2 認定舊慣/習慣的權力，也是執行文明化任務的權力

4.3.3.3 被殖民者的抵抗與區從

5. 日治時期的土地制度

5.1 確定土地所有制度

5.1.1 目的：

5.1.1.1 殖民地財政 – 稅收

5.1.1.2 發展殖民地經濟-資本主義化

5.1.2 背景：

5.1.2.1 改變中的農村秩序：大租戶沒落，小租戶興起，成為實際掌控土地者

5.1.2.2 殖民者擁有強大的行政警察力量，不須與大租戶妥協

5.1.3 方式：

5.1.3.1 土地調查、建立登記制度

5.1.3.2 以小租戶為業主權人，納稅義務人

5.1.3.3 將業主權=所有權

5.2 土地調查

5.2.1 目的：

5.2.1.1 建立精確的地籍圖，以確認所有、區分土地等級、估定價值

5.2.1.2 1899粗估，未登記土地(隱田)約為已登記者之五成，顯見精確的土地調查可增加稅收

5.2.2 時間：1898-1903

5.2.3 法律依據：1898律令第14號臺灣土地調查規則

5.2.4 方式：

5.2.4.1 業主需檢附證據書類，向政府申報所持有的土地與附隨的法律關係

5.2.4.2 地方調查委員會裁定製作「土地台帳」

5.2.4.3 不服者得向高等土地調查委員會聲請裁決。裁決與裁定具有創設且絕對的效力

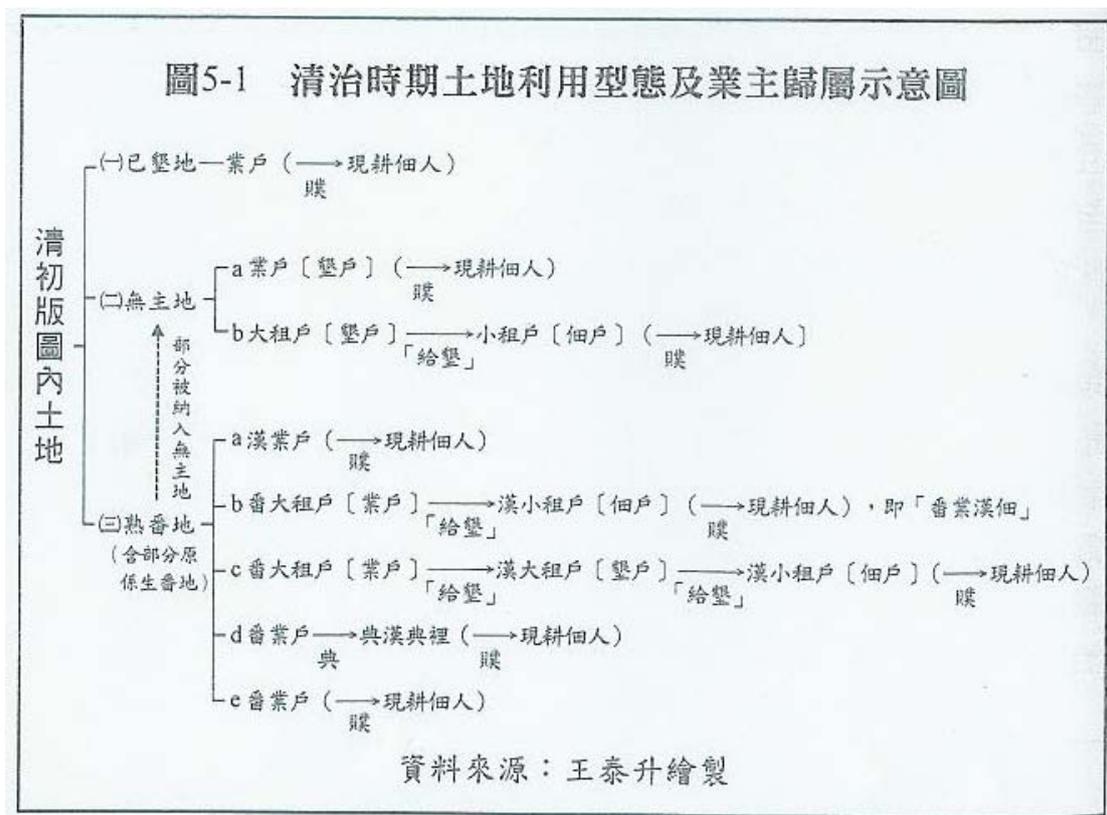
5.2.4.4 未申報登記的土地，歸屬國庫

5.2.5 成果：

5.2.5.1 釐清土地狀況，建立登記制度(土地台帳)

5.2.5.2 收集有關收成、本益、佃租與買賣價格等資料

- 5.2.5.3 判定土地等級，作為分級課稅之標準
- 5.2.6 補強：1910 林野調查，將非平原的林野地帶登記於土地台帳
- 5.3 廢大租留小租
 - 5.3.1 停止新設大租（1903年律令第9號關於大租權確定之件）
 - 5.3.1.1 公布大租權資料
 - 5.3.1.2 小租權＝業主權
 - 5.3.1.3 不准新設大租或增加租額
 - 5.3.2 廢除大租（1904年律令第6號關於大租權整理之件）
 - 5.3.2.1 1904/06/01起廢除大租權，發放補償金
 - 5.3.2.2 一田一業主
 - 5.3.3 以登記生效制度確定小租權（1905年臺灣土地登記規則）
 - 5.3.3.1 已登錄於土地台帳的業主權、典權、胎權、貝業耕權之得喪變更，採登記生效主義，但因繼承或遺囑而發生者，採登記對抗主義。
 - 5.3.3.2 土地登記規則施行前已發生的典、胎、貝業耕權必須在施行後一年內登記，否則不得對抗第三人。
- 5.4 從業到所有權的四部曲



5.5 土地關係發生、變動、消滅的原則

登記生效主義 (1905-1922)



登記對抗主義 (1923-1945)



登記生效主義 (1945-)

5.6 殖民統治者與本地地主資產階級的協力

5.6.1 本地地主資產階級

5.6.1.1 清末臺灣漢族社會中的上層部分（土豪、仕紳、地主、豪商等資產家），在殖民地支配確立的過程中形成的階級

5.6.1.2 治安的確立：消滅土豪或繳械

5.6.1.3 有資產、有名望人士：地主仕紳的經濟基礎獲得殖民者支持，但僅在一定程度內保有社會威信

5.6.2 殖民者的挹注

5.6.2.1 法律制度

5.6.2.2 基礎建設的投資，增加生產力（1901-1938土地生產力成長81%，1898-1940的耕地面積加倍）

5.6.2.3 透過徵稅與專賣利益、事業公債的經費來源：羊毛出在羊身上的投資

5.6.3 透過交換與仲介的控制機制（若林正丈）

「日本當局一方面奪去了臺灣漢族社會舊指導權力和權威的實質內容，另一方面又不能盡奪他們的經濟基礎（他們仍然可以從地位不安定的佃農處收奪高佃租）反而以近代的法律制度與治安維持力來加以保證。而且，日本當局也利用這些『有資產、有名望』人士對地方的影響力，來圓滑地維持其支配」

「（本地地主資產階級）所擁有的對地方社會的影響力，必然也受到地方社會的利害及感情的規範，這種規範在異民族支配的情況下，不知何時會轉往反對日本支配的方向。再加上，他們自己早就在適應殖民地的近代化中，藉由高佃租及其方法從事經濟蓄積或對子弟的教育投資，慢慢地培養實力，重新意識到殖民地支配的桎梏。不管統治者方面如何不斷地培養其從屬性（即『御用紳士』性），我們仍可以清楚看到在他們的內部累積起反抗日本支配，阻礙自己這個資產階級成長的力量- 的可能性」

6. 家

6.1 家的重新定義

6.1.1 家

6.1.1.1 家長與尊長

6.1.1.2 戶主

國籍選擇權中的戶主

1906 戶口規則

家長與尊長的合一

戶主係稱為家長或家主且主宰一家之人

一家中之最尊族親且最年長者（稱為尊長），以之作爲戶主，即家長

6.1.2 當代民法中的家

6.1.2.1 以永久共同生活爲目的而同居之親屬團體

6.1.2.2 家長與家屬

6.1.2.3 親屬會議

6.2 分家

6.2.1 別籍異財

6.2.1.1 分戶：共同生活體的分割

6.2.1.2 分產：家產的分割

6.2.1.3 區分家產繼承與私產繼承，家產的戶主財產化

6.2.2 分家的變遷

6.2.2.1 以法理之名引入日本民法的規定，創設「限定繼承」與「拋棄繼承」

6.2.2.2 1920s：分產＝分家

6.2.2.3 1930s

戶主之同意：強化戶主權力

得到戶主同意已分戶且獨立營生，即不能再分產（分家爲喪失繼承權的事由）

1945-

請求與命令由家分離（成年或未成年已婚）

繼承之歸扣

7. 婚姻

7.1 婚姻關係

7.1.1 婚姻作爲類契約

7.1.1.1 夫妻雙方與父母爲當事人，協議離婚時，不能僅依當事人的意思，需依尊親屬之意思始能成立

7.1.1.2 不得約定聘金於離婚時返還（贖身銀），但得作爲儀禮

7.1.1.3 夫妾關係爲準配偶關係

7.1.2 丈夫權力的確認與限縮

7.1.2.1 賣斷、典胎、贈與買賣妻均爲無效

7.1.2.2 懲戒權：不堪同居之虐待，應參考毆打之動機原因

7.1.2.3 禁止約定聘金的一部份於日後支付、未支付即離婚

7.1.3 訴訟離婚權

7.1.3.1 妾得不受限制地離婚：「幾百年來受虐待的本島婦女之平等自由的福音」

7.1.3.2 爲法院所承認的裁判離婚事由

否定舊慣

以法理之名創造新事由：重大侮辱、不堪同居之虐待、犯罪、惡意遺棄

7.2 妾制度的有限度改革

7.2.1 對妾的型態予以限縮 – 限制其成立

7.2.1.1 不許「外妾」

7.2.1.2 不許婚前納妾

- 7.2.2 賦予妾單方自由離去的權利 - 使其容易終止
- 7.2.3 妾制不違反善良風俗：納妾並非對妻的重大侮辱（大正13年上民第132號判決）
 - 7.2.3.1 原告（妻）主張：妻的權利覺醒。應以違反善良風俗之法律原則，否認妾舊慣的效力。
 - 7.2.3.2 法院：
對妻之重大侮辱乃是指對妻名譽之重大毀損。夫之行為是否有毀損妻之名譽，毀損之程度是否重大，應依當事人所屬之社會一般信念決之。
本島自古以來存在有納妾之風習，現今夫納妾並容之於戶內，妻亦不敢責怪，且與之同住；世人亦不以之為怪，此為顯著之事實。故夫迎妾入戶之事實本身不得謂為對妻之重大侮辱。

7.3 判決中的婚姻

- 7.3.1 不守婦道能否出妻？
 - 7.3.1.1 妻以不穩當之言語詈罵本夫及姑之事實，不得為離婚之原因
 - 7.3.1.2 雖存在有被控訴人（妻）不守婦道的事實，但是該事實之起因乃是因為妻的作為生活之資的陪嫁田地被丈夫賣掉，二人因而感情不睦，因而妻常對於夫及婆婆以惡言相向此事實之責任應由夫自負其責（明治40年控民第278號判決）
- 7.3.2 「不守婦道」而遭不堪同居之虐待能否離婚？
 - 7.3.2.1 僅以毆打一事並不能夠成不堪同居之虐待。在判決理由中，丈夫的毆打妻子乃是因為妻的不守婦道、不互相忍讓，因此不構成不堪同居之虐待（明治43年控民第37號判決）
 - 7.3.2.2 不問其係一時性或繼續性，應解為其行為苛酷達無法持續夫婦同居關係之程度……不應取決於毆打傷害之輕重，而應參酌其餘原因動機決定之，因此，丈夫兩度毆打妻子，在第二次將妻子毆打成為需治療八日的傷害，並且在暴風雨的天氣下將妻逐出戶外，並不構成「不堪同居之虐待」（昭和6年上民第141號判決）
- 7.3.3 丈夫懲戒權的新貌
 - 7.3.3.1 夫妻之一方受他方不堪同居之虐待，故得請求離婚，唯因一方之行為不檢而他方一時憤激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待（最高法院23年台上字第4554號判例）
 - 7.3.3.2 「不堪同居之虐待」之認定，應「就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待」（釋字372號解釋）→「地位低、教育程度低的人應較可忍受暴力」的階級歧視
- 7.3.4 「惡意遺棄」新解（1998之前）
 - 7.3.4.1 現象：
女方以惡意遺棄提起離婚之訴的比例略高於男方所提起者
1959年之後，則男方主動提起者有時高於女方
1970年之後男方提起者開始逐漸以增大的比例高於女方所主動提起者

歷年來所有的離婚勝訴案件中，為數最多者為由男方以惡意遺棄為由所提出的離婚請求。

7.3.4.2 「休妻」二部曲

請求履行同居義務（妻以夫之住所為住所），獲得同居之訴確定判決

同居之訴判決確定後，仍不履行同居義務，在此狀態中繼續中，而又無不能同居之正當理由者，得認為有惡意遺棄（最高法院49年台上字第1233號判例）

8. 養女與媳婦

8.1 區分媳婦仔（養媳）與姪女（岡松參太郎）

8.2 區分養女、媳婦仔、姪女（臺灣私法）

8.2.1 有頭對的養媳

8.2.2 無頭對的養媳

8.3 以結婚為解除條件的收養

8.3.1 養媳係「基於收養契約，以將來與養親所指定的特定或不特定的男子結婚為目的、而進入養家受其養育」（昭和5年上民第254號）

8.3.2 有頭對的養媳與養家之間成立準姻親關係、在與預定為夫的對象結婚的時候，收養的關係就當然解消（大正9年控民第57號）。

8.3.3 養媳收養契約在指定為婚的男人另娶她人的時候、因喪失其主要目的而終止（昭和5年上民第254號判決）

8.4 養媳得以不堪同居之虐待為由，請求裁判離婚（大正7年控字608號）

8.5 大法官的解套

8.5.1 將女抱男之習慣，係指於收養同時以女妻之，而其間又無血統關係者而言。此項習慣實屬招贅行為，並非民法上之所謂收養，至被收養為子女後而另行與養父母之婚生子女結婚者，自應先行終止收養關係。（釋字第32號，1954）

8.5.2 養女既經養親主持與其婚生子正式結婚，則收養關係人之雙方同意變更身分已具同條第一項終止收養關係之實質要件。縱其養親未踐行同條第二項之形式要件，旋即死亡，以致踐行該項程式陷於不能，則該養女之一方自得依同法第一千零八十一條第六款聲請法院為終止收養關係之裁定，以資救濟（釋字第58號，1956）

8.5.3 倘養親死亡而其生前又無本院釋字第五十八號解釋所謂主持養子女與其婚生子女結婚情事，則在養子女一方自無從終止收養關係，其與養親之婚生子女結婚即非法律所許，然此亦僅限於有民法上之收養關係者而言，若按其實情在收養時養親本有使其與婚生子女結婚之真意，如將女抱男或將男抱女等並非民法上之所謂收養（參照本院釋字第三十二號解釋前段），自不受此限制。（釋字第91號，1961）

9. 有拜有保佑？

9.1 祭祀與繼承的分化

9.1.1 宗祧繼承無庸規定

[說明] ...宗祧重在祭祀，故立後者，唯限於男子而女子無立後之權，為

人後者亦限於男子，而女子亦無為後之權，重男輕女，於此可見，顯於現代潮流不能相容，此就男女平等上宗祧繼承無繼續存在之理由...

9.1.2 遺產繼承不以宗祧繼承為前提

[說明]我國舊律遺產之繼承，唯限於直系卑屬之男子，蓋以宗祧繼承為前提也。因之無子者，必立嗣子，其親女無繼承遺產之權，守志之婦，雖暫承夫分，仍須憑族長立嗣，是妻亦無繼承遺產之權也。凡此男女不平等之制度，至於今日已盡人知其不可行。...

9.1.3 第一順位之法定繼承人（直系卑親屬），不問性別以親等近者為優先...

法定繼承人不只一人時，不問性別平均繼承...指定（繼承）人及被指定（繼承）人均不問性別...（繼承法先決各點審查意見書）

9.2 連結祭祀與繼承的三種主張

9.2.1 享有繼承權就應承擔祭祖的義務

9.2.2 承擔祭祖的義務，才能享受繼承權：承擔祖先的祭祀（義務）做為繼承遺產（權利）的前提

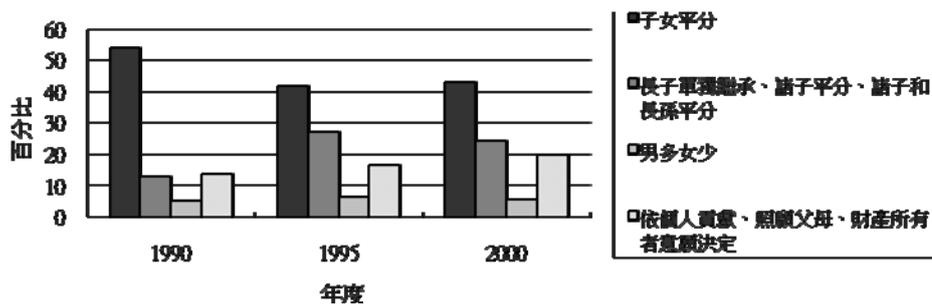
受理遺產之權利，也應有義務接受未來祖宗三處之祖墓、撿骨、建祖祠、祭祖及修繕維護之費用支出。就遺產分配事宜，依法由所有繼承人公平均分，看似合理，實質上則未考慮到我國傳統民情，傳統非常注重慎終追遠的觀念，而這些責任皆由族中之男丁執行，女兒嫁出為人媳，拜的是夫家祖先，並無娘家男丁應盡之責任，所有娘家之祭祖活動皆無參與之義務，伊族人在此落腳傳承，至今十餘代，有兩處家族墓園。管理維護祖墳之修繕皆由族中男丁分攤，再加上祖父、祖母以及父親都要撿骨，重新安奉，這些更是所費不貲，而繼承人有七人，男丁卻只有被告○○○一人，這些費用由伊獨立承擔，一樣均分遺產之繼承人卻無需負擔，並不公平（彰化地方法院 92 年度家訴字第 30 號）

9.2.3 承擔祭祖的義務，因此享有較多的繼承權

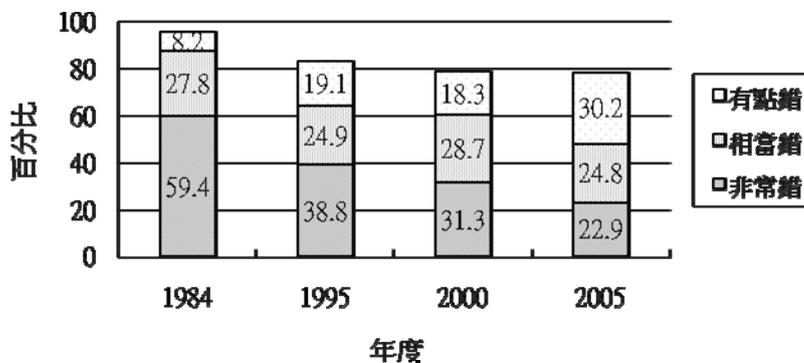
9.3 相關社會調查統計數據

透過這些社會調查的統計數據，係欲呈現出：「祭祀」仍為社會大多數人視為一重要的道德、倫理義務，而不如國家司法者、立法者所言，會自然地隨時間而淡去或消失。教學者應於此提示同學，法社會、法文化觀點，對於「法律」研究的重要性。

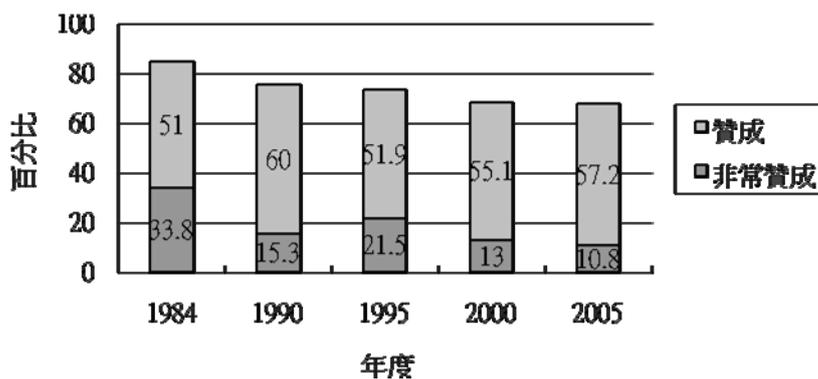
9.3.1 您認為財產應該怎樣分配給後代比較合理？



9.3.2 您認為：「不祭祀祖先」的行為有沒有錯？



9.3.3 您贊不贊成「人死後有子孫祭拜才好」的說法？



9.4 「女兒爭產」的性別政治

9.4.1 如何排除繼承？

消失的女兒

棄權的女兒

出嫁的女兒

9.4.2 為何不繼承？為何「爭產」？

棄權作為認同與交易
爭產的抵抗與協商

▶ 訴諸傳統：

「依社會觀念，女子皆不參與繼承」、「依本省習俗，分析家產時，僅分配給兒子，不分配給女兒」、「基於女子不分配娘家遺產之台灣習俗」

▶ 反對傳統：

「依現行法令對其父○○○遺產仍有繼承權，不能以出嫁女不分娘家財產的習俗，而謂原告等均已拋棄繼承」、「上訴人家中沒有『女兒得皮、兒子得骨之慣例...現行民法...定有明文，女子不分已嫁未嫁，與男子均有同等財產繼承權」

▶ 傳統新解：社會習俗並非女子無參與繼承權，而係部分家族有要求出嫁女子拋棄繼承權之行爲

10. 當代的民事法變革與社會運動間的關係

一以親屬法修正與婦運為例⁶⁹

中華民國民法親屬編自 1945 年伴隨國民黨政權的接收而施行於台灣，直至 1985 年始進行了第一次修正。然此次修正，仍係以司法體系內部實務經驗反省為主調，且係集中在司法實務界、法學界內部參與所形成的反省，雖然有其積極面的意義，例如：改變實務上長期以來本於「登記在妻名下財產認定為夫所有」的見解，修正為「登記於妻名下者，即為妻所有」，因而使得前述實務見解所構築出實質上趨近於傳統中國法下「家庭財產由夫（父）掌控」的法律圖像，亦有所修正，可謂為對於女性婚後獨立人格主體的肯認，有其不容忽視的積極意義。然而，此次的修正，大多仍流於文字鋪排的「平等」（例如：「原則從夫.....但可約定.....」）規定，且修正之參與者集中於司法體系內部，作為已被肯認為獨立人格主體的「女性」之參與，仍不明顯。

於此之後，由於處在解嚴後各種社會力得以釋放的大環境之下，諸如「婦女新知」等婦運團體，逐漸形成立法壓力團體，屢屢提出針對親屬法的相關修法版本，並且在社會上進行造勢，更甚者，亦依循著「個案聲請釋憲→促使大法官作成解釋（例如：釋字 365 號、410 號、452 號）→新法產生」的軌跡，進行積極活動。在婦運團體的各種努力下，於 1996 年所通過的子女監護權之指定、親權行使，以及夫妻財產制溯及等規定，皆可視為婦女團體進行法律改革的里程碑，且係身分法的領域中，首次由台灣婦運推動完成了立法改革，更可認為係法律與本土社會，在民主化的進程中，展開了積極的互動。

⁶⁹ 此處之介紹係參考：王泰升、郭威廷，〈親屬法修正與婦運〉，收於王泰升、薛化元、黃世杰編著，追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究（台北：五南，2006），頁 166-167。

11. 活動

11.1 日臺會話大全⁷⁰：日治時期庶民的法律生活

請同學觀察日臺會話大全中所學的會話實例，找出其中所涉及的近代民事法概念，並探討法社會與法規範之間的互動關係。

11.2 閱讀：《寒夜三部曲》⁷¹

配合前述講授土地制度的「2.3 土地登記制度下的弱者悲歌」之部分，教學者得讓同學閱讀李喬的《寒夜三部曲》，並撰寫閱讀心得，作為一次的作業。

12. 進階閱讀建議

12.1 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁 249-287。

12.2 陳昭如，〈權利、法律改革與本土婦運—以台灣離婚權的發展為例〉，政大法學評論，第 62 期（1999），頁 25-74。

12.3 王泰升、薛化元、黃世杰，《追尋台灣法律的足跡：事件百選與法律史研究》（台北：五南，2006），頁 90-93、96-97、104-105、108、109、118-119、166-167、178-179、200-201。

⁷⁰ 杉房之助，《日臺會話大全》（台北：新高堂書店，大正 14 年 20 版），頁 299-301、306-313。

⁷¹ 李喬，《寒夜三部曲》，台北市，遠景，1980-1981。

十、台灣法的過去、現在和未來

1. 教學導引

本章係整個「法律史」課程的結尾，回顧整個台灣法變遷、發展的過程可以發現，從清治時期到日治時期、從日治時期到國治時期，都是一連串對「外來的」西方近代法制之「繼受」、「移植」過程。因此，在「法律史」課程的最後，實有必要省思「法律繼受」的理論及其實踐，對於台灣法律過去歷程與未來可能發展之意義，以及其在東亞場域的區域性脈絡下的關聯意義。再者，透過對於本「法律史」課程中介紹台灣法律發展歷程的回顧，教學者便得於台灣以及整個東亞目前所身處的後/脫殖民脈絡中，針對「(繼受、移植的)外來法之在地化」、「國家法律應係為所有在地人的幸福而存在」等議題，進行說明與探討。

2. 對法律繼受理論的省思⁷²

2.1 「法的繼受」(reception)

在東亞各國，對於導入外來的法律，向來稱為「法的繼受」(the reception of law)。日本自 1868 年明治維新後，即對西方法典展開一系列的翻譯工作，同時引進西方式法學，其後更為配合外交上廢除西方強權領事裁判權的需求，而在十九世紀即將結束之際，完成了以歐陸法為師，包括憲法、民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法，及若干行政法規之稱為「六法」的法典體系。一樣在十九世紀末，之前已徐緩改革的朝鮮，1894 年在日本軍隊的壓力下建立了西方式司法制度；之前少有接觸西方法制的台灣，則因 1895 年遭日本武力征服而開始施行日本化、殖民地化的西方式法制，直到 1945 年，又因二次大戰的勝負結果，改行另一套外來的、西方式的中華民國法制。而事實上，那套中華民國法制，其實也是中國自二十世紀初，出於廢除西方國家領事裁判權的政治動機，而以日本版歐陸式法典為典範，所半推半就制定出來的。換言之，就像「繼受」或「reception」一詞所帶有「被動接受」的語意，在東亞法律發展的過程當中可以發現，日本、中國係於西方強權的要求下，朝鮮、台灣則是在外來政治勢力或殖民統治者的主導下，「沒太多選擇餘地」的施行了西方式的近代法制。

2.2 台灣繼受近代西方法制之經驗於東亞法律發展下的意義

台灣的繼受西方法，實與日本、中國等東亞鄰邦的繼受西方法息息相關。因此，可以透過台灣的故事，思考整個東亞對於西方法的繼受、或移植的問題。具體而言，其所涵蓋的議題，包括：共通的對西方法所應抱持的立場或態度，以及

⁷² 以下係參考：王泰升，〈台灣的法律繼受與東亞法律發展〉，《全國律師》，2005 年 3 月號，頁 4-15。

在東亞內部彼此之間應如何相互瞭解與合作。此些議題，皆係在以西方勢力為中心的全球化時代，皆有西方法繼受經驗的東亞人民，所應深思熟慮的。

2.3 「法律繼受」的省思：從台灣繼受經驗出發

2.3.1 東亞觀點的法律移植

2.3.1.1 以西方法制為選擇項之一

東亞或各個國家固有文化的傳承，乃其自我認同的一部份，不應也不可能全盤捨棄，但亦不應以此否決任何新理念和制度的引進。數千年來東亞社會同處「漢字文化圈」，共同擁有特定的法律傳統，於西方「主權國家」觀念傳入後，始分立為數個近代型國家。不論是相對於「西方人」的「東亞人」認同，或相對於「他國人」的「本國人」認同，都希望「自己」的固有文化能夠「被尊重」。但「自己」並沒有義務固守既有文化，基於自主的選擇，出於時勢之必要，仍可採用外來的、新的法制，來進行社會生活。一個生活共同體，就像一個人一樣，是可能自我改變（成長）的。無庸諱言的，西方自近代以降所發展出的個人主義、自由主義法律理念，及其具體形塑的法律制度，實不同於至十九世紀中期以前在東亞所形成的法律理念與制度。由於跟西方文明的接觸，今天的東亞人民對於法律理念及制度，擁有比老祖宗們更多的選擇項，就像如今旅行時可選擇坐火車，而不必再坐轎子，只不過關於法律的選擇，則又牽涉了更多倫理價值觀的衝突。

在東西方有別的情形下，究竟應移植哪一項法律理念及制度？在引進時需要在內容或時間上做如何的調整或過渡？在施行時又需要怎麼樣的配套措施？如何讓一般人民理解並願意或能夠遵從新法？都是在進行法律移植或繼受之時，必須加以考慮的問題。回顧台灣繼受西方法律的歷程，從日治時期到國民黨統治晚期（約相當於一九九〇年代）之前，這些問題皆由「統治階層」，本於其統治利益而為決定，而非由生活共同體內所有民眾公決。所以，站在今天的民主及價值多元觀點，對西方法「有所修正」地接受並「不壞」，真正「壞」的是：「修正」係由自私自利的統治階層決定。

因此對於歷史上各項引進外來法制的行動，宜分別從「動機」和「結果」的面向來觀察。如台灣之例所示，日本帝國係出於殖民統治利益的「動機」，一種在今天應該被譴責的動機，而移植、且相當程度落實某些具有近代（modernity，或譯為「現代性」）的法律至台灣社會；但法律生活方式已被改變的「結果」，不因動機之不良而消失，活在當下及展望未來時，宜本於此一現實狀況，加以利用或圖謀改造。同樣的，國民黨將具有立憲主義精神的中華民國憲法移植至台灣，亦出於「企圖重返中國執政」的自利動機，但結果上，使台灣異議人士得藉以正當化政治反對運動，進而從事體制內的民主改造，也是事實。這項結果，亦為重新規劃以台灣為範疇的自由民主憲政架構，提供了堅實的基礎。或許，日本戰後在美國占領軍的自利動機下被要求採取的「和平憲法」，亦可從其「結果」對今

之日本的妥當性來思考其存廢問題。

2.3.1.2 歐陸法與英美法的選擇

在西方自由民主法制裡，尚有歐陸法與英美法之分。在二次世界大戰之前，東亞各國所繼受的西方法制，概以歐陸法為主，時至今已施行相當長的一段時間。面對這項「結果」，如今若擬另起爐灶改行英美法，須付出鉅大的成本始能完成替換的工作，如果此兩制所可獲致的利益相去不大，似不必多此一舉。但對於過去所做的選擇亦無「忠貞義務」，歐陸法理論對東亞國家而言並非不可變的金科玉律。其實，戰後歐陸法亦有「繼受」美國法的現象，有論者認為歐洲法既有內涵，應再評估，以決定是否堅守之。歐洲人自己都認為歐陸法的妥當性需要再檢討，東亞人又何必無保留地堅持到底呢？

按「法的繼受」從來就是一個「力」，而不是「理」的問題。美國法挾著美國在全球政治、經濟上的霸權地位，在所謂「全球化」的趨勢下，當然是東亞國家欲移植西方法時，一個很好的仿效對象。台灣法學界自一九九〇年代起，受美國法制及法學影響漸深，日本、南韓、甚至中國的法學界，恐怕都不例外。但是，如何將「在地的」各項利益或價值觀一併納入思考，以衡量此時此刻移植美國法的利弊得失，乃是基於「東亞主體性」所應做的工作。

2.3.2 東亞內部對法律的相互瞭解或借鏡：以「台灣（中華民國）與日本、中國（中華人民共和國）、南韓（大韓民國）之間的法律層面互動關係」為例

2.3.2.1 台灣與日本

日本明治時代的法律改革過程，可說是東亞國家繼受近代西方式法律的「原型」。這項經驗透過日本的對台殖民統治，深刻影響戰前台灣的繼受西方法，當時台灣的法制、法學、法律專業者與執法文化，無不是日本的一部份。戰後，日本的法學持續影響台灣，蓋除了中華民國法制及法學原本即因參考明治法律改革經驗而深具日本色彩外，家族內有日治時期經驗的台灣學子赴日習法者不少。

相較於台灣法學界之熟悉日本法律動態，日本法學界卻因眼光總是在於「向歐美借鏡」，而忽視包括台灣在內東亞鄰邦的法律發展。不過，在台灣於一九九〇年代朝向自由民主法制發展之後，日本法學界其實已可留意同採自由民主價值觀的台灣，是以什麼樣的法制來實現這些法律理念。例如，晚近台灣大法官會議如何發揮其司法違憲審查權，來制衡立法和行政機關，或許可供日本的釋憲機關參考。台灣的直接民選總統，與日本的由多數黨推出總理，也是一個可以相比較的有趣議題。況且，「比較法研究」的目的，經常是在於「瞭解」，而不在於「借鏡」。

2.3.2.2 台灣與中國

台灣與中國不但同樣使用華語，且共擁「舊中國」（民國時代中國）的法制

經驗與法學，但因中國係採社會主義法制，使得被歸類為資本主義法制的台灣法，對其而言參考上的價值不大。不過，中國在一九九〇年代逐漸向西方資本主義法制傾斜之後，台灣恰可填補中國因之前拒與西方交流所生的知識空缺，而可提供經「華語化」的歐美法學理論和法制，某些不擅長外語的中國學者，即樂於參考台灣法學界的作品，甚至在立法上也參考台灣法制。惟台灣的法學者若不再「知識升級」，沒有進一步形成具有自己特色的法學理論或法律制度，那麼中國的法學者很快就會在吸收完畢後，直接到歐美國家學習。長遠來看，雙方的法學上交流，還是應以「相互瞭解」為旨趣，在價值觀和社會條件相同的情形下，方有「借鏡」的可能。

在西方乃至台灣的學界裡有人認為，台灣的法律發展現況，可作為中國的「榜樣」；甚或以民主化台灣，作為「和平轉變」共產中國的方法。然而，把台灣人民當作是改變中國的「工具」，就已違反了近代西方自由民主制度所賴以建立的，每個個體都是「目的」，都可自主決定的基本精神。台灣，是「榜樣」嗎？應由中國人民來回答。如前所述，外來法制之落實繫於被移入社會本身的因素，中國的政治經濟社會等條件與台灣不同，不一定要做同樣的選擇；倘若其決定選擇與台灣一樣的法律生活方式，則同以華人為主的台灣的法律經驗當然具有高度的可參考性。

2.3.2.3 台灣與南韓

台灣與南韓人民曾經有三十五年的時間，隸屬於「同一個國家」，亦即：日本帝國，民間並因此有其交往，且同樣有被日本殖民統治的經驗。戰後，各自如何審視殖民時代的歷史，如何面對殖民統治在法制上的遺緒？即是一個可「看看對方、反省自己」的議題，藉此亦將促進彼此的了解。過去在台灣，由於國民黨政府不願談及日治時期歷史，故少有人意識到上述的歷史事實及其意涵。

脫離日本殖民統治不久後的台灣與南韓，同樣陷入獨裁者的專制統治，並因此發生不少濫用國家公權力的不義事件，有待政治民主化之後療傷止痛。在一九九〇年代，台灣如何處理二二八事件、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件的受難者，若與南韓之處理光州事件受難者，兩相比較，應兼有瞭解差異與引為借鏡之作用。

3. 外來法的在地化⁷³

3.1 從台灣主體觀出發

3.1.1 在地性知識的必要性

在當今全球化浪潮下，生活在不同地域社會裡的人們，往來日愈頻繁。而在此交往過程中，各個個人所屬地域社會之有別，經常因相互的對比而被揭露。是

⁷³ 以下係參考：王泰升，〈多源而多元的台灣法：外來法的在地化〉，《當代》，第 220 期，頁 10-27。

否理解這些差異之由來，也就成為全球人類能否異中求同或多元並存，以和平相處的關鍵所在。因此，面對全球化趨勢，反而更有必要探求各地域的特色。這件工作可由在地人自己，或立於觀察者角度的外地人來做，但無論如何在地人不宜缺席。有趣的是，當以各個地域社會作為觀察上主體，來理解其發展歷程時，總會發現其難以自外於臨近的其他地域社會，或者各時代強勢文明的影響；因此，其作為行動上的主體，實受到周遭環境某程度的制約。是以「全球化」現象，容有程度之別，但自古即有之。

因此，「法律史」課程安排以及關涉「法律史」的相關議題思考，皆應以當今台灣人民所組成的這個共同體（community）作為觀察上主體，也就是「台灣主體觀」，來探究這些人們與法規範相關的社會生活方式，並致力於將視野擴及過去和當今的外在勢力對台灣的影响，亦即台灣以其夾處大洋與大陸之間，在海權與陸權的權力角逐下，究竟是如何成為法律的大熔爐，經由多個外來法的在地化，形塑出當今具有多元內涵的台灣法。按經由比較研究，經常更能了解被比較的研究對象，若以台灣的情形，跟同樣大多數由華人組成、亦曾長期受非華人政權依西方式法制統治的新加坡和香港相比較，或許更能了解台灣法的生成歷史和未來前景，並深化整個東亞法研究。

3.2 面對外來性、做在地人的選擇

3.2.1 外來性是價值中立的字眼

指出一項法律觀念或法制等具有「外來性」，只是為了呈現其原為本地所無之事實，那可以是「好」的，也可以是「壞」的。由近代西方傳來的兩性平等觀法制，跟台灣固有的男尊女卑或女尊男卑觀法制相比，哪一個較好呢？將歐陸式民法的抵押權制度，透過對華人固有胎借習慣「舊瓶裝新酒」的方式，夾帶日本特有的最高限額抵押，而成為台灣人民不動產交易上常用的法律上設計，有何不妥？外來的歐陸及美英法學及其法制，亦使得台灣法學的內涵更加豐富。外來法的「多源」，事實上已造就「多元」的台灣法。

釐清有無「外來性」的意義有二。其一是，既然有外來性，就不應無批判地照單全收，而應思考為因應在地的條件及需求，有無做「調整」的必要。其二是，既然原本不存在，若出於需要而期待本地也能夠擁有，那麼即須虛心受教、認真地學。就像自知不懂某外語，才會努力學習該外語，使之成為自己能運用的語言。刻意將固有之性質不同的法制，解釋為等同於新的外來法制，只會阻斷真正認識及學會這項新制的機會。即使擬「舊瓶裝新酒」，也應坦承這是「新酒」。

3.2.2 勿陷入文化上的自我殖民

就像被害人在與綁匪集團長期相處後，可能認同綁匪集團的主張；被殖民者在長期遭殖民者所施教育的洗腦下，最後可能自認與殖民者是同一民族。為避免文化上的自我殖民，必須先挑明在優勢文化的「殖民」底下，被隱藏而不自知的外來性，再基於在地人的主體性，選擇出自己所需要者。在此所謂的優勢文化，

包括歐美法律文明。既然台灣法學界普遍認知到，現行法制是所謂「繼受」而來的，就應明白其具有外來性，從而提醒自己勿陷入文化上自我殖民。

更須嚴肅對待的是，中華民國法制的外來性。按中華民國法制已與台灣社會相伴 60 年，且在除去動員戡亂臨時條款及戒嚴之宣告之後，其所具有的自由民主主義法體制的內涵，也相當符合當今多數台灣人們的價值觀。甚至當今掌握中央行政權的民進黨政府，多少也是因為利用這套法制來抨擊原執政的國民黨政府，而獲取執政權力。是否因大家「用得太多」了，以致忘記這套法制原係出於中國的需求而制定的這個外來性。如果本省、外省、乃至晚近來自中國和東南亞各國的新移民等各個族群的人，都是台灣共同體社會的一份子，為什麼不能本於在地社會的需求，重新共同協商出新的、更合理的規則？

具體地說，中華民國法制以其來自中國的這個外來性，而在領土與國民的範圍上採取了中國國族想像（以住在台灣和中國的人們作為一個「族」，並建立一個近代型國家），此應該被反省和檢討。由於中國國族認同，是 60 年來台灣國家教育及文化媒體所宣揚的價值觀，甚至在 1990 年代之前，若表達不同的國族認同，將遭國家暴力以叛亂罪為由，而被課以嚴厲的制裁，所以至今其仍為優勢文化。其在台灣作為文化上霸權，已到了被一般人認為是「理所當然」的程度。例如：主張中國國族認同者，經常被認為是持「中立」立場，而主張台灣國族認同（認為僅以住在台灣的人們作為一個「族」，並建立一個近代型國家），卻被鄙夷為「有意識型態」。殊不知這兩種認同，都是意識型態，均為一種理念。筆者認為，雖然一個國家的法律體制只能選定一種國族想像，以明確化法律上有關領土、國民的邊界，但各種國族想像，係法制選擇上的一個選項，就此提出主張，應受到自由民主憲政秩序的保障。唯有跳脫被文化霸權自我殖民的陷阱，才能產生、或理解上述的想法。

3.2.3 以實力保障在地人的選擇權力：

基於來自西方，但已成為台灣在地文化一部份的自由民主憲政思想，國家的法制內容，應由作為國家主人的全體人民共同決定。換言之，台灣法的內涵，應由台灣共同體的人們自己決定。但是，從整個國際社會來看，在各方勢力環伺下的台灣共同體，想要自主地做選擇，需要擁有一定的實力，否則可能淪為列強瓜分下的犧牲品，或強權手上的玩物。

為了擁有實質的選擇權力，台灣共同體必須激勵其成員的共同體意識，並實際上能夠庇護其成員的權益，使成員們願意為共同的願景而奮鬥。唯有如此，台灣共同體才有力量，拒絕其所不喜歡的外來政治勢力及其法制。期待以後所有的外來法，都是台灣在地人滿心喜悅地引進，都是對台灣在地法律文化的創新有所幫助，而不是被硬塞過來的。

■ 請同學針對一學期之《法律史》之教學方式、進度與課程內容提出心得與建議，並思考法律史所學到的知識如何有助於其他法學科目進行規範論證。

4. 進階閱讀建議

- 4.1 王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，2004），頁 341 至 344。
- 4.2 王泰升，《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2005）
- 4.3 若林正文、吳密察主編，《跨界的台灣史研究—與東亞史的交錯》（台北：撥種者，2004）。
- 4.4 王泰升，〈變遷中的台灣人民法律觀〉，載於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁 195-218。
- 4.5 王泰升，〈台灣法的近代性與日本殖民統治〉，月旦法學雜誌，第 91 期，頁 197-211（2003 年 1 月）。
- 4.6 王泰升，〈台灣憲法的故事：從「舊日本」與「舊中國」銳變而成「新台灣」〉，台大法學論叢，第 32 卷第 1 期，頁 1-48（2003 年 1 月）。
- 4.7 王泰升，〈台灣近代憲政文化的形成：以文本分析為中心〉，初稿發表於「新興民主的憲政改造—國際視野與台灣觀點」國際研討會（2005 年 10 月 28-29 日），即將刊載於台大法學論叢。