

打開台灣法學史的月光寶盒* ——對《建構台灣法學》一書的幾點反思

張嘉尹**

目次

壹、法學繼受作為問題	肆、台灣法學史的書寫模式與其 難題
貳、以台灣為主體的法學	伍、法學繼受的路徑與多元化
參、台灣法學的歷史分期與發展 源由	陸、台灣法學的未來

壹、法學繼受作為問題

想要了解一件事物的現在，就有必要探知它的過去，欠缺歷史意識，對於現今事物的掌握，容易流於武斷與片面，即使我們並不清楚過去發生了甚麼事情，但是過去發生的事情對於現在仍舊會發生影響。在21世紀的第三個十年，台灣的法學似乎越來越蓬勃發展，越來越多元化，不但研究領域持續多樣化，研究方法與取向亦然。在此情況下，是否我們可以再度提出十年曾前提出的問題：台灣法學是否已經進入所謂的「後繼受時代」？這個問題的提出，預

* 投稿日：2023年8月15日。〔責任校對：李友銓〕。

** 東吳大學法學院暨法律學系特聘教授。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/61010832.pdf>。



設了一個命題：台灣法學曾經處在一個所謂的「繼受時代」，因為「後繼受時代」的命名就意味著脫離了作為前一階段的「繼受時代」。

「繼受／後繼受」這一對概念區分，由於在意義上並不精確，因此用來指稱事物（在此指「法學」）時，當然不是對於該事物的精確描述。雖然我們可以有許多概念區分用以描述法學，但是對於台灣法學而言，使用「繼受／後繼受」來描述其特徵，卻不是沒道理的。即使立基於現在，外國法與其法學對於台灣法與台灣法學的影響，依然是無可否認的現實，大略而言，這裡所謂的外國，主要指的是德國、美國、法國、日本等國家，亦可包含歐盟。問題是，為何要使用「繼受」來定性這裡所說的影響呢？其實只要稍加觀察台灣法學的內容、論述與引註，大概就可以了解使用「繼受」的原因了。在當今台灣法學中，「挾洋以自重」仍十分普遍，雖然討論的是台灣的法律與台灣的法律問題，但是「比較法學」的「論證方式」仍是許多法學論述的重心，然而所謂的「比較法學」並不是真正的「比較法學」，而是假借其名的「借用」外國法的概念、學說與理論觀點，因此將這種論述風格或模式稱為「繼受」亦不為過。

既然以台灣的法律為研究的對象，尤其是以其為解釋適用的對象，這樣一種論述或基於此所建立的學問（法學），原本應該是非常具有「在地」特性的學術，為何還是充斥著來自於外國的法學知識與學說呢？這樣做的理由或是正當性在哪裡呢？針對這些疑問，或許觀察該門學問的形成歷史，瞭解其形成的歷史原因，可以提供一些進一步思考的重要線索。很幸運的，王泰升教授的《建構台灣法學——歐美中知識的彙整》（以下簡稱「本書」），就在這個面向上提供許多有用的資料與見解。這本書也是世界上首部完整的台灣法學史，不但將日治台灣（1895-1945）與戰後台灣（1945迄今）兩個時期都納入考量，而且在文獻的考察上，同時納入戰前日本（主要是明治日本）、日治台灣、清末民初中國、民國中國以及戰後台灣，因此本書可謂台灣法學史的一本鉅著。

貳、以台灣為主體的法學

本書從台灣人的角度出發，以台灣為法學知識建構的「場域」歸屬，可以說本書就是台灣主體性的一個展現¹。否則，所謂的日治台灣時期，由於這個時期的台灣屬於日本的國土，一般而言，日治台灣法學史就會成為戰前日本法學史的一個特殊的部分。另一方面，戰後台灣在國際法上的歸屬，雖非沒有爭議，在1945年到1949年之間，國際法上比較像是軍事占領，然而中華民國政府亦對外宣稱，台灣已經重新歸屬於中華民國，世界各國並未異議，因此這個時期的台灣法學史就具有雙重定性的可能，其中一種可能性即是中（華民）國法學史。即使在1949年之後迄今，這種可能性同樣存在，雖然台灣社會甚至政府傾向於使用「台灣」來自我指稱²，國際社會亦常常用「台灣」來稱呼我國，然而台灣尚非一個正式的國家名稱，目前以台灣為主要領土的國家名稱是中華民國。即使如此，用台灣法學來指稱以現今中華民國為場域歸屬的法學，並不為過。

雖然學術並不受到國家領域的拘束，也不受到規範國家關係的國際法所拘束，然而法學在社會系統的歸屬上，一方面作為學術歸屬於學術系統，另一方面，作為法律的自我描述與反思溝通，亦歸屬於法律系統，而在現代世界中，法律系統與以國家來自我描述的政治系統之間，具有結構耦合的關係，因此在描述法學時，國家亦屬於一種常見的參考點。在學術討論上，我們常常使用國家來界定法學的場域歸屬，例如德國法學、英國法學、美國法學、日本法學等³。這種作法雖然常見並有其考慮，但是缺點亦是十分明顯，除

1 王泰升，建構台灣法學——歐美日中知識的彙整，頁 18-19（2022 年）。

2 目前流行的用語為「中華民國台灣」。

3 另外一種標記方式，是比較法學興起之後，以法系來標示，例如通稱的歐陸法系（大陸法系）、英美法系（普通法系）。看似類似，然而與國家歸屬的用法，在意義上截然不同。

了明白表示，某國法學是以該國的法律體系作為主要研究對象與參考架構之外，這種以國家作為歸屬場域所帶來的標示一體性，似乎暗示某國法學具有一種不同於他國法學的獨特性⁴，但是真的是這樣嗎？恐怕不是如乍看之下那麼理所當然。尤其是，如將法學的歷史面向納入考察，可能會發現，同一個國家或語言社群的法學，不但在不同的部門法領域，例如私法或公法，可能展現不同特色，在不同的歷史階段，也可能有不同的特色。這種偶然性的意識，就讓我們可以相對化國家指涉，將其視為扣緊於問題意識的一種抉擇，而非一種必然或強迫。就此而言，本書以台灣作為探討法學（建構）史的參考點，不但可反映台灣作為政治共同體的獨特歷史，同時透露作者清楚的問題意識與有意的抉擇，作者所要建立的是一個以台灣為主體的法學史論述。本書代表著，作者作為一位台灣法律史的開拓者與權威，將研究的對象從法律延伸到法律的自我描述。

參、台灣法學的歷史分期與發展源由

本書分成上下兩篇，試圖透過兩個緊密相關的層面，來描繪當今台灣法學的前世今生與來龍去脈，上篇透過作為法學知識建構者的法學者，來考察法學知識的演變，下篇則以作為法學知識載體的文本，作為探討法學知識演變的主要媒介⁵。上篇將台灣法學史的觀察，主要分成三個時期，亦即日治台灣（1895-1945）、戰後初期台灣（1945-1949）與威權走向民主台灣（1949迄今），對於戰後台

4 例如 *Christoph Schönberger, Der „German Approach“*, 2015. 一書就明示德國法學（*die deutsche Rechtswissenschaft*）的獨特性，其內容所要探討的，則呼應其書名，乃是德國法學有其別於法國法學的獨特之處。主張這種獨特性並非全然沒有道理，但是必須注意到的是，這是一種比較出來的結果，例如一般的印象認為，德國法學比較重視概念推論，美國法學比較重視事實說明。

5 王泰升（註1），頁17。

灣，又區分為從第一代到第五代等五個世代的學者加以考察⁶。下篇則重視文本的源由與傳承，將考察對象所在的時期，區分為戰前日本（並以「明治日本」為主）、民國中國與戰後台灣，其中民國中國又分為清末中國、北洋政府時期、國民政府時期。

作者這樣的分期與安排，就扣緊了本書的問題意識：一個以台灣為主體的法學究竟是如何形成？上篇的歷史分期，討論的是作為現代社會現象的「法學」如何在台灣出現與發展。這種被稱為「法學」的知識並不存在於清治台灣，因為在清治台灣，不只沒有這種性質或型態的知識，嚴格來講，也沒有這種知識研究的對象——西方現代社會的法律，這是本書以日治台灣作為開始討論時期的理由。

至於本書就戰後台灣的時期，還區分為戰後初期⁷與1949年以後迄今兩個階段，主要的考量應該是在1945年至1949年之間，台灣開始受到中華民國所統治，當時的中國雖然進入內戰狀態，但是整個法制施行的地域在理論上仍然包含中國大陸，一直到1949年中華民國政府因戰敗遷移至台灣，不但喪失中國大陸的統治權，在該地域還被中華人民共和國所取代。雖然從1945年到1949年的發展，尤其是1949年的戰敗以至於喪失中國大陸統治權，對於中華民國有巨大的影響，然而這樣的考量，似乎不足以合理化對於戰後台灣的兩階段劃分，因為在1949年之後迄今，台灣仍然由中華民國所統治，而且就台灣法學的發展而言，仍有在同一個政權之下的延續性，所以在本書中，戰後台灣法學的第一代學者，也跨越了戰後第一個階段，對第二階段的法學發展產生重要影響。既然日治台灣與戰後台灣（國治台灣）的區分為兩個階段，主要的原因是基於政權轉移而來的法學研究對象的劇變，亦即從日本法變成中華民國法，以及法

6 王泰升（註1），頁128，以下列兩個標準來認定其世代歸屬：首先是「依具有知識傳遞意義的師生關係」，其次是「開始從事法學的論述或教學的時間」。

7 王泰升（註1），第二章「匯入民國中國經驗的戰後初期法學（1945-1949）」。

學者群體的斷裂，亦即中華民國的法學者，無論是原民國中國背景，或是原日治台灣背景，完全取代原來的日本法學者，那麼中華民國在1949年之後喪失對於中國大陸的統治權，就不是討論台灣法學史分期的關鍵性的因素。此外，從1945年到1949年僅僅短短的5年期間，除非有扣緊問題意識的關鍵重要性，否則單獨成為一個歷史分期，似乎時間過短。

在二次大戰結束，中華民國接管台灣後，隨著一整個世代的日本學者被遣返日本，以及二二八事件發生後，一整個世代的台籍菁英遭到屠殺⁸，日治台灣的法學知識受到幾乎毀滅式的打擊，加以戰後在台灣實施的是中華民國法律，因此戰後台灣法學知識，即使不完全排除日治台灣的影響，但是影響力應該是微乎其微⁹，可以說肇因於統治台灣的政權更迭，台灣法學的前後兩個階段，處在一種斷裂的關係。雖然在歷史敘述上，必須將日治台灣的法學包含進來才算完整¹⁰，但是想了解當今台灣法學的建構與形成，主要還是要從戰後台灣的法學談起。

雖然日治台灣法學對於戰後台灣法學影響力極微，但是這不意味著日本法學對於戰後台灣法學沒有影響，事實反而相反，因為作為戰後台灣法學建構的法學者，無論是民國中國背景，還是日治台灣背景，皆受到日本戰前法學的影響，因此與其說戰後台灣法學在建構，是立基於日治台灣法學與民國中國法學的匯流¹¹，毋寧說是來自戰前日本法學與民國中國法學的兩源匯合。本書在上篇固然主張戰後台灣法學的源由是民國中國法學與日治台灣法學，但是在下篇透過文本探討台灣法學建構時，無論主題是「法學緒論」（第四

8 王泰升提到，仍然有少數台籍菁英作為第一代學者，參與戰後台灣法學在建構，但是人數不多；參閱王泰升（註1），頁116。

9 王泰升（註1），頁112-115。

10 王泰升（註1），第一章「從屬於戰前日本的殖民現代性法學（1895-1945）」。

11 王泰升（註1），頁112。

章)，或是「成文法／不成文法」(第五章)，抑或「法解釋適用論」(第六章)，卻幾乎很一致與本文在此的見解若合符節。

肆、台灣法學史的書寫模式與其難題

有關於法學史的書寫，有種種模式，有專門針對特定法學領域的歷史書寫，例如德國教授Michael Stolleis所撰寫的四卷《德國公法史》¹²，或是Jan Schröder教授所撰寫的兩卷《法作為科學——現代法律方法論史》¹³，或是Karl Larenz在其著名的《法學方法論》中，第一部分即「歷史—批判部分：薩維尼以來德國的法理論與方法論」的書寫¹⁴，當然這種針對特定法律領域的歷史書寫，仍有其特定時間上的限定，只是此歷史時期通常是長達數百年以上，例如《德國公法史》就橫跨1600年至1990年將近四百年，《法作為科學——現代法律方法論史》所橫跨的歷史則更長，從1500年到1990年，將近五百年，即使是Larenz的《法學方法論》的歷史部分，亦大約橫跨了將近兩百年。有的法學史則以相對較短的特定歷史階段為限，探討各個法學領域歷史的書寫，例如Dieter Simon主編的《波昂共和國的法學——法學科學史的研究》¹⁵，或是Thomas Duve與Stefan Ruppert主編的《柏林共和國的法學》¹⁶，或是台灣法學會台

12 Vgl. Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1-Bd. 4, 1988-2012.

13 Vgl. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*, 2 Bände, 3. Aufl., 2020.

14 Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, I. Historisch-Kritischer Teil. *Rechtstheorie und Methodenlehre in Deutschland seit Savigny*.

15 Vgl. Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, 1994.

16 Thomas Duve/Stefan Ruppert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018.

灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史》(上冊)(下冊)¹⁷。

本書對於台灣法學史的書寫，有別於前述的兩種模式，根據作者自序，本書是從「台灣研究」的角度出發，對於整個法(律)學所為之歷史考察¹⁸。若依本文前面建議的兩階段歷史分期加以考察，本書包含兩大重點，亦即日治台灣法學與戰後台灣法學。對於前者，本書僅以不到50頁的篇幅撰寫，相對於此，本書對於後者則貢獻以將近500頁的篇幅，對此，上篇藉由法學者為連繫點以兩章書寫，至於整個下篇，藉由歷史文本的爬梳，針對三大主題，描述戰前日本法學——民國中國法學——戰後台灣法學的歷史發展，然焦點歸結於描繪戰後台灣法學，在一代一代學者的努力下，以何型態作為「歐美日中知識的彙整」，本文認為，這是本書有別於許多法學史著作的獨特問題意識¹⁹。這個獨特的問題意識，來自於台灣法學的重大歷史背景，亦即東亞國家對於歐美法律的繼受，在其中明治日本扮演一個相當關鍵的角色。

歸結而言，本書的主要敘事模式可謂「取向於繼受過程的整體法學史」。這個看法並沒有否認，本書在處理史料進行歷史敘述時，有時也會立基於其他旁支的問題意識，例如在第三章第二節之三，將討論對象轉向於「法學論著的表現形式與知識內涵」。這樣做有其優缺點，優點是呈現法學史的多樣性與複雜性，缺點則是可能會脫離論述主軸，讓本書的論證嚴謹度稍微打折扣。當然，這只是基於問題意識一貫性而來的看法，並沒有否定該旁支議題在探究法學知識時的重要性。有時，不同的旁支議題或問題意識，亦可能是主軸問題意識的重要補充，例如在討論日治台灣法學時，除了繼受的面向之外，基於台灣作為日本殖民地所帶來的「殖民法學」性

17 台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史》(上冊)(2012年)；(下冊)(2014年)。

18 王泰升(註1)，自序，頁xi。

19 王泰升(註1)，頁214、535。

格，應該是研究日治台灣法學時，無法迴避的重要面向²⁰。又如民國中國法學作為戰後台灣法學的重要來源，其「黨國法學」與「法西斯法學」的特徵²¹，其重要性亦不亞於其「繼受法學」的特徵。

本書進行「整體性」研究途徑與書寫模式，「整體性」可能有兩個意思，其一是包含日治台灣與戰後台灣兩個歷史時期的法學，由於台灣的現代法學肇始於日治時期，因此一個完整的台灣法學史，必然要將此時期包含進來，就此而言，本書的確是一部完整的台灣法學史。另一個整體性的意思，則是本書歷史敘述的對象是作為整體的法學，而非法學的分支或特定法學領域，如果本書的整體性研究策略也包含這個第二層意義，則其優缺點剛好是一體兩面。就其優點而言，本書所要帶給讀者的是一種台灣法學史的「全貌」，敘事的對象不是個別的法學領域或「部門法學」，而就是「法學」本身（！），是具有現代性的法學本身，一百多年來在台灣的形成與發展。如果這也是本書的宏大企圖，這個宏大企圖將為本書帶來一個克服難度很高的問題。

首先，法學（Jurisprudenz, jurisprudence, Rechtswissenschaft, legal science）固然可以整體觀之，然而一般而言法學是一上位概念，其下就包含了各種作為釋義法學（dogmatische Fächer; Rechtsdogmatik）的部門法學，以及基礎法學，前者例如民事、刑事、公法的實體法與程序法等科目，後者則例如法理學、法社會學、法心理學、法經濟分析、法史學（法制史）、法學方法論等科目。就此而言，法學不但是一個複數的概念，還是一個多元的概念。因此，一個對於法學本身或是法學整體的歷史敘述，基本上如果不是不可能，就必須是一個「化整為零」（亦可比喻為「見樹即見林」）的歷史書寫，亦即在「法學」的屋頂下，分別敘述各個法

20 除本書第一章之外，亦可參考吳豪人，殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像（2017年）。

21 王泰升（註1），頁98-109。

學領域的歷史，這是前述《波昂共和國的法學——法學科學史的研究》、《柏林共和國的法學》以及《戰後台灣法學史》的作法，《波昂共和國的法學——法學科學史的研究》一書就包含了下列法學領域（法學科目）的歷史敘述：法史學、法社會學、法哲學、基本權、行政法學、刑法學、私法學、經濟法學、家庭法學、勞動法學、比較法學暨國際私法學，在名稱上雖然是以「法學」與「法學科學史」來作為標題與副標題，但是實質上「法學」只是作為上位概念，在歷史敘述上則是分為各個法學領域來處理。

當然，如果問題意識並不局限於各個法學領域的歷史敘述，這個「化整為零」的做法就不足以解決問題，然而由於並不存在一種稱為「法學」的單一科目或學門，因此在對於「法學」做歷史敘述時，即使為了提供概觀，而必須做一種一般性的、跨各個法學領域的命題，這種對於「法學」一般特徵的歸納或是結構性特徵的抽象化，仍然無法脫離對於個別、具體法學領域的觀察與探討。這應該是本書的研究策略之一，因此本書上篇無論在處理日治台灣法學或是戰後台灣法學時，對於各該時期法學的敘述與分析，都必須藉由當時重要法學者的學術活動與著作²²，而這些法學者當然各有其專攻，其研究分屬個別具體的法律領域。然而此種作法也會遭遇到下列問題，例如何者才是重要並具代表性的法學者？以及，應該將哪一些法律領域納入考量？這些問題並不是不可克服，因為只要是基於專業領域的知識，所做的抉擇亦具有專業性。然而倚賴專業權威的見解，就讓相關法領域的歷史敘述建立在「二手文獻」，而非「一手文獻」上²³，即使此「二手文獻」具有學術權威性。如果相

22 在日治台灣時期，例如岡松參太郎與其著作《台灣私法》、織田萬與其著作《清國行政法》，戰後台灣初期，例如林紀東與其著作《中華民國憲法釋論》、韓忠謨與其著作《刑法原理》等。

23 例如本書中對於《戰後台灣法學史》的引用，就可能建立在相信該書中作者（法學者）對於各該專門領域的認識與敘述，並以其為權威見解，例如黃昭元（憲法史）、陳忠五（民法史）。惟須注意的是，在此一手文獻與二手文獻的區

關的「二手文獻」不多，在研究上能夠參考的資料就會不足，或造成過度依賴少數文獻的情況。此外，基於時間的篩選作用，距離我們這個時代越遠的時代，在這兩個問題面向上應該都越容易處理，比較困難的反而是對於當代的分析與敘述。

雖然本書上篇以法學者為中心，探索百年台灣法學建構史的時候，必須面對與設法解決上述問題，然而必須肯定的是，本書上篇對於史料有非常細緻的考證，通篇所帶來的宏大視野，令人對於整個台灣法學史有一種豁然開朗的發現！

其次，如果敘述的對象是一般性的「法學」，則除了上述藉助「化整為零」研究策略之外，還有另一種方式就是「化零為整」，亦可比喻為「見林即見樹」。這種做法就是去處理各個法學領域的共通議題，以此為主來探究台灣法學的來龍去脈。這個策略同樣是本書所採取的解決方法，本書下篇即是以各個法學領域的可能共通議題或共通主題，作為法學史考察的對象，因此分別在第四章到第六章探討「法學緒論」、「成文法／不成文法」（法源論之一）、「法解釋適用論」（法學方法論之一）。本書下篇針對這三個議題所為的史料爬梳與歷史敘述，可說用功甚深，十分有助於理解在東亞繼受歐美法的百年歷史脈絡中，這三個主題呈現在戰後台灣法學中的前因後果。

以法學緒論的歷史發展作為探討對象，乍看之下，在選題上並不容易理解²⁴。持平而論，畢竟在法律學系的諸多法學科目中，法學緒論並沒有特別重要的地位，即使就在法律學院中長期被邊緣化的基礎法學類別而言，法理學或是法史學，應該更具有重要性。法

分是相對性的，對於憲法或民法領域所為的法學史敘述，相對於各該法學領域的一手文獻，即可謂二手文獻。

24 本書對於如此的決定亦有說明，其理由在於「欲以整個法學作為觀察對象，故所選擇的法學論述的文本，乃是最能顧及所有法學次領域的法學緒論著述」，參考王泰升（註1），頁544。

學緒論(明治日本時期稱為「法學通論」)，如果是專門針對法律系學生(非預備階段)的總論，在內容上可能包含法學基本概念，甚至還介紹法律思想與法律理論，則相當接近法理學的部分內容，如同淺顯化的法理學，一方面可以說是共通於各個法學領域的基本概念(總論的總論?)，因此在某種程度上似乎可以代表一般性的「法學」，然而另一方面，雖然法學緒論由於所探討議題的一般性，而與以個別部門法為釋義對象的部門法學有所不同，但是法學緒論未必不可歸屬於基礎法學的類別，就如同法理學，可視為一門法學科目，因此對於法學緒論歷史演變的考察，並非真正針對一般性「法學」的考察，實際上是對於法學中特定學科的考察。至於法學緒論中，如果包含針對非法律系學生介紹法律的各論，這部分則更稱不上是具有一般性的「法學」。

至於法源論(成文法/不成法)與法解釋適用論，則是真正跨越各個部門法學的共通議題，亦即所有的部門法學都必須在其領域中認真對待的議題，更是一般通稱的「法學方法論²⁵」的主要探討對象，而法源論更是法解釋適用論所必須預設或明白討論的課題，試想，若不確定何者為適格的解釋適用對象，要如何有邏輯地進行解釋適用?因此將兩者皆當作台灣法學史的研究對象，自是相當合理的安排。只是既然兩者都是作為基礎法學一門科目「法學方法論」的重要內容，本書對於這兩個議題的探究，不就意味著是針對台灣「法學方法論」的歷史敘述?

本書下篇對於兩者的討論，沿著「明治日本——民國中國——戰後台灣」的歷史發展階段，爬梳相當多相關史料，並進行縝密的

25 法學方法論是一門非常德國風格的法律學科，甚至可以說「法學方法論」本身即是很德國式的概念。如本文所述，法源論與法解釋適用論，即構成法學方法論的核心內容，這個說法可參考一本德國近幾年來才出版，但是非常暢銷，目前已經有英譯本與中譯本的法學方法論專書：*Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., 2021*。該書有五大篇，法源論與解釋論就是前兩篇的主題。

歷史敘述。由於兩者皆是所有部門法學所必須預設的法學知識，是否可以說，對於尋繹兩者在台灣法學史中的發展軌跡，可視為對於具有一般法學意義之研究對象的歷史研究？若答案是肯定的，則透過這兩個議題的探索，本書下篇即真正屬於對於具有一般法學意義之台灣法學史的研究。

本書對於百年來，源於明治日本繼受而來的「成文法／不成文法」的概念區分，透過對相關文本的歷史批判性考察，提出一個學術上有力的見解，認為當今不應再採用造成觀念與思考混亂的「不成文法」概念，固有其建樹。然而可能是由於所探究的依據主要仍限於「法學緒論」（「法學通論」）類的文本，對於此概念區分在各部門法學的情況，著墨不多。其實，在歷經百年發展之後，各個部門法學對於甚麼才是屬於該法律領域的法，通常有其各自的界定，早已超越「成文法／不成文法」的概念區分，例如在民法領域，由於民法第1條即規定，「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」民法領域的法源，可以是民法的規定，也可以是民事習慣法，最後，法理亦是合法的法源。在刑法領域，由於罪刑法定主義的適用，非常強調實證法的明文規定，而且禁止不利於行為人的類推適用，因此其法源論與民事法領域者大不相同。至於在憲法領域，即使在具有成文憲法的國家，例如我國，在進行憲法解釋適用時，常常必須援引沒有表現在憲法文本中的（不成文）憲法原則，因此對於「成文法／不成文法」的概念區分亦有其獨特的界定²⁶。

26 值得注意的是，這種用法早已不同於過去所認為的，「成文憲法」就是透過憲法典來確立的憲法，而「不成文憲法」則是像英國憲法一樣，雖然欠缺憲法典，但是由許多憲法性法律（constitutional law）所構成，關於英國憲法的歷史，可參考 Linda Colley 著，陳信宏譯，槍炮、船艦與筆墨——戰爭及憲法所催生的現代世界，第二章與第五章（2023年）。這種新的概念區分，更著墨於作為憲法解釋適用的憲法法源，認為不是只有明定於憲法文本的規則或原則，亦即「成文憲法規範」，才是解釋適用時正當的憲法解釋對象，毋寧存在著許多「不成文憲法規範」，其源於憲法文本所蘊含，或是與憲法文本具有一種推論性的關係，這個問題涉及了當代憲法解釋理論的核心爭議，一個嘗試跨越德

本書下篇第六章，除了同樣沿著「明治日本——民國中國——戰後台灣」的歷史發展階段，爬梳台灣法學在法解釋適用論上的發展之外，更展現本書超越單純歷史敘述的企圖心，本章標題為「重構台灣版的法解釋適用及法事實論述」，亦即在歷史論述之外，本書想要從中得出對於此論題的規範性主張，尤其是在當今台灣法學「主流的」德國式法學方法論之外，本書認為亦須重視英美法系的解釋適用論知識²⁷。值得注意的是，雖然本書在第六章仍以歷史上「法學緒論」（「法學通論」）類文本為主要研究依據，但是在探討戰後台灣法學的第三代學者以降的見解時，亦引用了不少屬於法學方法論的著述²⁸，這呼應了本文上面所提，法解釋適用論的探討基本上已經屬於法學方法論的研究了，如果能納入法學方法論類的歷史文本，在論述上應該會更完整。當然，這麼做的時候，可能已經超出本書原先規劃的範圍，而有可能成為一個單一主題的台灣法學方法論史。

伍、法學繼受的路徑與多元化

本書對於百年來台灣法學對於外國法學的繼受與影響繼受型態的條件，有清楚的描述，藉此，我們得以開始找到線索來理解，為何在特定歷史時期，會有對於特定國家法學的繼受，例如，就有助於理解，為何戰後台灣好長一段時間（1945-1980年左右），日本法學成為台灣法學主要的繼受對象。又如，為何1980年以後，德國法學漸漸取代日本法學，成為主要的繼受對象。

國與美國憲法解釋理論爭議的嘗試，請參考張嘉尹，憲法解釋作為憲法續造——一個方法論的反思，中原財經法學，43期，頁1-38（2019年）。

27 王泰升（註1），頁507。

28 王泰升（註1），頁461-462。筆者對於此議題，亦曾主張或參考英美法的「類比推理」，來因應德國式法學方法論的困境，可參考張嘉尹，法學方法與法律推理——類比推理作為法律推理的核心，收於：憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁229-254（2012年）。

台灣法學在形成與發展的過程中，對於外國法學繼受是一個相當關鍵性的因素，無論是在日治台灣時期，隨同明治日本的繼受歐美法律與法學，主要透過已經繼受歐美國法學的日本學者，無論是根據歐美國法的概念或理論來詮釋所調查的台灣舊慣，還是在內地延長政策之下，直接以已經西化的日本法律與法學，而建構一種「殖民現代性」法學，皆屬於以繼受西方法學為主體的台灣法學。在日本戰敗之後，隨著所有那一個世代日本學者的離開，留下的法制與法學的空檔，主要就由跟隨中華民國政府來台的中國法制與外省籍學者所填充，這是戰後台灣法學在「斷裂」後的重新開始，其本質即是民國中國的法學，除了在政治面向上，具有「黨國法學」與「法西斯法學」的特徵之外，追溯其形成與發展的來源，亦可發現，其本身即具有濃烈的繼受性格，從清末民初透過直接繼受明治日本法學，並間接地繼受歐美國法學，在民國中國時期，則除了繼續繼受日本戰前法學之外，亦直接繼受歐美國法學。戰後台灣法學因此在建立之初就具有繼受性格，繼受的對象，同時包含源流已久的戰前日本法學以及陸續直接繼受的歐美國法學。

日治台灣法學的影響並非全無，然而碩果僅存²⁹，真正發揮影響力的是少數戰前留學日本的本省籍人士³⁰，他們在戰後台灣才有機會擔任學者，嚴格而言，透過他們發揮影響力的並非日治台灣法學，毋寧是戰前日本法學，本書既然認為，「日治台灣法學的研究與知識傳承已告中斷」³¹，那麼日治台灣法學就不可能同時是戰後台灣法學的源流之一³²。總體而言，無論是透過填補空檔的民國法

29 例如戴炎輝。

30 例如蔡章麟、洪遜欣。

31 王泰升（註1），頁122。

32 這是就戰後台灣法學的重新形成而言，筆者並沒有主張日治台灣的法律制度與實踐，隨著日本戰敗以及台灣的統治權轉移到中華民國，對於戰後台灣完全不產生影響。這種主張昧於事實，十分明顯，即使改朝換代，亦不能武斷的主張，過去五十年作為社會實在的法律實踐，會因為國家法律的取代與主要是司法人員的完全更新，對於戰後的法律實踐就沒有任何作用或影響。無論是日治

學，還是藉由少數戰前留日的本省籍學者，戰後台灣法學的建構，一開始皆以戰前日本法學為主要繼受對象³³，這為接下來的發展，亦即戰後台灣法學深受日本法學影響的發展模式，奠定了重要基礎。

當然，說戰後台灣法學一開始受到日本法學的支配性影響，並不是一個精確的表達方式，因為在民法、刑法與公法的情況容或有異，這些差異本書亦有所著墨的，例如在刑法領域，其實是透過日本法學，而間接地受到德國法學的影響³⁴，筆者認為，這種間接繼受已經為未來直接繼受德國（刑）法學做了準備。在憲法學領域，雖然不少學者具有日本法學的背景，但是更明顯的是承襲來自民國中國並配合動員戡亂體制的「黨國法學」，亦即五權憲法理論³⁵。

本書認為，戰後台灣法學與其兩個源頭（即日治台灣與民國中國）的關係，有一定程度的中斷，這個空白是其後引進當代歐美國法學的有利條件³⁶，筆者卻認為，這個說法似有值得商榷之處。因為日治台灣法學已然消逝，隨著中華民國政府來台的民國中國法學，即使有許多法學者留在大陸而喪失其影響力，仍然占據這個空檔，不但沒有中斷，而且就化身為初始的戰後台灣法學。因此繼受歐美國法學的有利條件，並非本書所說的中斷，毋寧是整體而言民國中國法學本身的貧乏與老舊³⁷，開啟了繼受的大門。因此當戰後第二代學者從留學母國帶回來令人驚豔的法學理論與法律學說，就常常以

台灣時期人們對於現代法律漸漸形成的的認識與期待，還是在日治台灣時期的現代法律制度之下的社會行動，對於戰後台灣同樣屬於現代法律的制度與程序，都不可能不產生一定程度的作用，至於這樣的作用對於戰後台灣法學的影響，當是另一個有待探究的課題。

33 本書則認為，「戰後台灣法學的兩源：民國中國與日治台灣，有著共同的源頭：即戰前日本。」參閱王泰升（註1），頁538。

34 王泰升（註1），頁130。

35 王泰升（註1），頁130-132。

36 王泰升（註1），頁139。

37 此處所說的貧乏，是指作為一個整體的法學，至於不少個別的一代法學者，乃學識豐富的飽學之士，自不待言。

「比較法」的名義，輸入了許多當時歐美日的法學，無論進行「比較法」的緣由，是因為認為外國（民）法學真正優於本國法學，因此需要藉助外國法學來提升本國法學的素質，或是為了緩解政治敏感性，還沒有要與「黨國法學」正面對決，因此僅只於引介「先進國家」的（公）法學³⁸。此時日本法學所具有的支配性雖然還在，但是已經面臨德國法學的競爭。

雖然第二代學者已經帶回了許多德國法學的概念、理論與方法，本書認為，當他們的學生，在人數上更多的第三代學者，從歐美留學回來之後，在這兩代學者的協力之下，德國法學取代日本法學的主導性，成為戰後台灣法學最重要的繼受對象³⁹。筆者認為，此時恰逢台灣的民主轉型前後，以德國憲法學為主的外國憲法學（還包含美日憲法學），在對抗「黨國（憲）法學」上取得勝利，陪伴與協助台灣憲法秩序由威權轉向民主，再加上司法院大法官解釋，大量地引用與借用德國憲法學的概念與理論⁴⁰，這些被權威解釋所採用來詮釋台灣憲法與法律的德國憲法學理，似乎順理成章地成為台灣憲法學的一部分，在這個時期，雖然德國憲法學具備優勢，但是不容小覷的是美國憲法學帶來的影響，尤其在特定基本權利的解釋上，有時候美國憲法學更具有主導性⁴¹。在其他的法律領域，例如民法、刑法等，造成德國法學居主導地位的緣由則有所不同⁴²。筆者認為，由此可以推知，法學繼受是一個複雜的現象，即使在同一個時期，不同的法學領域對於外國法學的繼受，可能受到不同條件與因素所影響，繼受的路徑亦不相同。另一方面，過去的法學繼受固然會影響現在的繼受，但是繼受並非受到歷史決定的過程，主動的抉擇，例如選擇要繼受哪個國家的法學，要繼受其中的

38 王泰升（註1），頁155。

39 王泰升（註1），頁169-171。

40 王泰升（註1），頁170。

41 例如有關言論自由、隱私權、正當法律程序的保障。

42 部分可參考王泰升（註1），頁166-167。

哪一些概念與理論，反而有其關鍵性，留學母國的影響看似當然卻不必然。

在大約2000年以後，台灣法學進入一個更多元的時代⁴³，本書將其稱為「不同法學繼受母國影響力的並存」⁴⁴，在繼受的面向上，呈現的是更多元，來自更多國家法學觀點的情況，值得注意的是，作為主要繼受母國的德國與美國，其法學分別在不同法學領域具有主導性，而且其地位似乎日漸鞏固，至於日本法學，則在特定法學領域例如刑法仍具有競爭力，其他國家例如法國法學或歐盟法學的影響力亦浮出檯面，此現象或可稱為「繼受的多元化」。然而「繼受的多元化」與法學的「在地化」具有何種關聯？「繼受的多元化」是否有益於台灣法學的「在地化」？這些都是值得台灣法學史進一步探究的課題。

台灣法學的另外一種多元化，則方興未艾，這種發展可稱之為「法學典範的多元化趨勢」。本書對此有特別著墨，主張從第三代到第四代學者，法學研究取徑已經逐漸多元，「科際整合」的研究取徑越來越受到重視⁴⁵，許多人文社會科學的研究方法被引入，因此認為傳承自歐陸的法釋義學，作為典範的唯一性已然受到挑戰，而台灣法學已經進入一個「典範尋覓」的階段⁴⁶。從2000年之後，台灣法學研究有越來越多的新嘗試，無論是引進各種人文社會科學的研究方法，例如法經濟學、法社會學、法人類學、法史學，或是法實證研究（法經驗事實研究），這類研究取徑固然讓台灣法學研究

43 王泰升（註1），頁172-174。

44 王泰升（註1），頁179。

45 有關於法律「科際整合」研究的意義與其方法論的反思，中文文獻可參閱張嘉尹，憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，世新法學，3卷2號，頁1-49（2010年）。

46 王泰升（註1），頁174。有關於法釋義學作為台灣法學典範的討論，可參考張嘉尹，台灣法學典範的反思——從德國當代法科學理論的興起談起，世新法學，6卷1號，頁1-38（2012年）。

越來越多元，而與法釋義學研究並存，但是是否已經動搖到法釋義學的典範地位，而可將當今的台灣法學定性為「多元典範」的學科，筆者認為尚難以蓋棺論定。

陸、台灣法學的未來

本書對於台灣法學史的觀察，遠比本文所能著墨的豐富許多，尤其是，本書在為歷史敘述時，總會顧及影響台灣百年來法學形成與發展的各種社會條件，其中十分關鍵的是政治權力交替與國家法律制度變換，對台灣法學建構的重大影響，尤其是族群差別待遇，無論是日治台灣對日本法學者的獨尊，或是戰後台灣很長一段時間，外省法學者所占據的優勢地位，都深深地形塑著台灣法學繼受的路徑。凡走過的路不但留下痕跡，而且在很大程度上也主導著未來的路向，台灣法學這種獨特的繼受路徑依賴，就造成其今天的形貌與必須面臨的挑戰。雖然在診斷上，本書對於當今台灣法學的「在地化」（本土化）與「多元化」，抱持審慎樂觀的態度，以本文一開始提出的問題意識而言，這是台灣法學是否已經邁入「後繼受」階段的問題。即使如同本書所言，「以台灣為中心建構法學知識，已是當今台灣法學界的共識」，問題是，即使真的有這樣的共識，在長期發展並已形成的法學繼受框架下，只要遇到新的難解問題時，台灣法學界始終（自覺或不自覺地）傾向於尋求外國法來當作解方，即令不是像過去的習慣一般，將視為「學術權威」，想要完全突破這種可能的學術潛規則，台灣法學界需要更多的自信與方法論上的反省。

如同所有發人深省的著作一般，本書留下的問題與引發的思考，遠比本書給予的答案還多，現在從來不會全然被過去決定，台灣法學的未來，由我們一起來創造！

參考文獻

1. 中文部分

Linda Colley著，陳信宏譯（2023），槍炮、船艦與筆墨——戰爭及憲法所催生的現代世界，臺北：衛城。[Colley, Linda. 2021. *The Gun, the Ship, and the Pen: Warfare, Constitutions, and the Making of the Modern World*. New York, NY: Liveright Publishing Corporation.]

王泰升（2022），建構台灣法學——歐美日中知識的彙整，臺北：臺大出版中心。

台灣法學會台灣法學史編輯委員會編（2012），戰後台灣法學史（上冊），臺北：元照。

——（2014），戰後台灣法學史（下冊），臺北：元照。

吳豪人（2017），殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，臺北：臺大出版中心。

張嘉尹（2010），憲法之「科際整合」研究的意義與可能性——一個方法論的反思，世新法學，3卷2號，頁1-49。

——（2012），台灣法學典範的反思——從德國當代法科學理論的興起談起，世新法學，6卷1號，頁1-38。

——（2012），法學方法與法律推理——類比推理作為法律推理的核心，收於：憲法學的新視野（一）：憲法理論與法學方法，頁229-254。

——（2019），憲法解釋作為憲法續造——一個方法論的反思，中原財經法學，43期，頁1-38。

2. 外文部分

- Duve, Thomas/Ruppert, Stefan (Hrsg.) (2018), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Larenz, Karl (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), 6. Aufl., Berlin: Springer Verlag.
- Möllers, Thomas M. J. (2021), *Juristische Methodenlehre* (2017), 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Simon, Dieter (Hrsg.) (1994), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Schönberger, Christoph (2015), *Der „German Approach“*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Schröder, Jan (2020), *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*, 2 Bände. 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Stolleis, Michael (1988), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1, München: C. H. Beck.
- (1992), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2, München: C. H. Beck.
- (1999), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München: C. H. Beck.
- (2012), *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 4, München: C. H. Beck.