第六章　臺灣現代法律體系的確立

一、為了與漢族及原住民族的「傳統」事物和價值相對比，採用「現代（性）」一詞，來翻譯屬西文的 modern(ity)，以指稱西方社會在時序上進入「近代」（modern）後所發展出的事物和價值。因為華文世界已習於將轉化為採取近代西方之事物與價值的「西方化」（Westernization），稱為「現代化」（有別於日文漢字所用的「近代化」），以致「現代」一詞不再僅是時間的概念，而指稱源自近代西方的**事物或價值**。若為了與純然用以指稱時間的「現代」相區隔，也可稱為「現代型」或「現代式」（Western-style）。在此所稱「現代法」即指具有現代性的法律，或稱為「現代意義法律」、「現代型法律」。今法律系所學習的是現代法。（《概論》101-102）

二、近代西方因思潮（啟蒙運動思想家）及社會力（資產階級）而**產生**現代法，其基本精神為：追求個體的利益、不信任政府/國家，但屬同一法系的國家，在實證的法規範內涵上仍可能不同。（《概論》102-106）可追問：台灣是否亦因類似的歷史情境而**實現了**現代法？

三、法規範與運作該等規範的人相結合，才構成一個「法律體系」。在台灣的人，自 1895 以後開始接觸由兩個不同的國家權威所施行的法規範，此又稱「實證法」。不被國家權威所接納但仍為社會一般人所遵守的規範，相對之下稱為「民間法」。具有現代性的國家法/實證法，必須靠現代型國家行政、立法、司法機關內的人，在社會生活中持以拘束一般人民的行為。因此，欲追問：在台灣的法律體系是否具有現代性，須探究法規範本身、立法及執法之人的態度及能力、社會一般人的法律活動。此一「法律現代化」歷程，迄今不過一百餘年（至 2015 年為止係 120 年）。最近以從「內地延長」到「自主繼受」詮釋之。（《概論》106-108）

四、上述的 1895 年是怎麼來的？（《概論》109）

（一）清朝改從「條約體制」，而以「大清帝國」之名，與「大日本帝國」簽訂「馬關條約」，承認「朝鮮國」為「獨立自主」（第 1 條），同意「中國」將「管理」包括台灣在內「地方之權」，「永遠讓與日本」（第 2 條）。日本明治政府則其所稱「下關條約」，載明：「清國」將包括台灣在內「地方的主權」，「永遠割與日本國」。兩版本若有不吻合，「以英文約本為憑」，顯示「主權」確實是西方來的概念（補 39-44）。

（二）於今釣魚台列島的「主權」爭議，關鍵之一係其是否屬於上揭條約內所稱「臺灣全島及所有附列各島嶼」，以及國際法上哪個政府繼承「大清帝國」？應從當今台灣人民的觀點，理解相關的國際法上規範事實及其爭議的由來，再進行國際法及國內法上的規範論證。

六、稱呼「日治時期」的歷史省思。（《概論》109）

（一）戰後初期，從行政長官公署出版品到蔣中正個人日記，都使用「日治」一詞。1951 年 11 月 15 日臺灣省新聞處，接到國民黨內「中央改造委員會」的指示，該指示認為台灣「因甲午戰爭我國戰敗，遂為日本佔據，…稱此時期為日治時期，…易使臺省同胞泯滅其固有之國家民族意識」，故該處明令：「光復後俗稱『日治時期』有矯正必要應稱『日據時期』」。從 1990 年代開始，台灣史學界普遍使用「日治」。2014 年行政院（院長江宜樺）以命令要求公文上簡稱「日據時期」。

（二）「日治」係中性的描述，「日據」則是本於中國國族主義而為負面評價（當年國民黨即出於此考量，否則亦應對滿族政權稱「清據」）。了解意涵之後，擇一使用，就像可稱「毛澤東」，也可稱「毛匪澤東」。

六、日治時期國家法上「本島人、內地人」，社會上通常稱「台灣人、日本人」。因國家法上待遇不同，故當時「台灣人」概念，不包含被漢人稱為「番人（生番）」之國家法上所稱「蕃人、高砂族」，亦即今日所稱「高山（族）原住民族」（相對於「平埔原住民族」）。上述人都擁有日本國籍。不具日本國籍的是當時國家法上所稱「清國人、中華民國人（1912 後）」，其在社會上被稱也自稱「華僑」。（《概論》109）

＊王泰升、阿部由理香、吳俊瑩，《台灣人的國籍初體驗》，頁 181-212。

七、日治時期國家法（實證法）內涵，隨著日本殖民統治者所設定的國家政策，而有前後兩期之別。（《概論》110-112）

（一）前期：台灣因異於內地而需「特別」（但法律上未定性為具獨立可能性的「殖民地」），以致內地已具有的現代性必須打折扣，但這樣的特別性也避免猝然全面地受現代性衝擊。

（二）後期：欲讓台灣儘量與內地一樣，使得內地的現代性得以延長至台灣，但一旦戰爭使內地不再具現代性，台灣也隨著失去現代性。

八、二次大戰結束，日本帝國依降書向同盟國投降（第 1-2 條），1945 年 10 月 25 日在台北舉行受降典禮（中央放置中國國旗及國民黨黨旗，且懸掛著四國國旗），由中國國民政府代表同盟國軍事接收台灣，故依「中國臺灣省行政長官公署暨警備總司令部命令：署部字第一號」，係「接收臺灣、澎湖列島之領土、人民、治權、軍政設施及資產」，未言及「主權」（《足跡》171-174）。（《概論》112-113）

九、稱呼「國治時期」係為凸顯「一黨執政（55 年） vs. 政黨輪替」。在 2001 年曾「預言」將進入屬民主國家常軌的「政黨輪替」時代，2008 年及 2016 年果然發生兩次中央行政部門的政黨輪替。

（一）從 1945 年迄今，可稱「戰後」、「中華民國（法）時期」。

（二）國治時期可依威權統治與否，分「兩蔣」、「李登輝」兩時代。

（三）戰後或中華民國時期可從主政者的國族認同傾向，分「兩蔣」、「李扁」兩時代。

（四）就「當代」可分「民進黨時期」、「國民黨時期」，或依總統來分期：「陳水扁執政時期」、「馬英九執政時期」。

十、自 1945 年起，外省人（原稱「內地人」）取代原來日本人在台作為優勢族群的地位，並帶來新的國家法制及法律經驗。同樣有被日本統治經驗的福佬、客家、原住民等族群，則因具台灣省籍而稱為「本省人」。兩者即令在種族上係屬漢族，亦因歷史際遇之不同，而在語言、文化上有別。1947 年的二二八事件中，本省人正因為政府高層被外省人壟斷，才會把「對抗外省人」等同於「對抗政府」，再將「政府血腥鎮壓」等同於「外省人血腥鎮壓」，而此後國民黨外省政治菁英亦對本省人存有戒心，導致族群間更深的裂痕(《足跡》176-177)。(《概論》114-117)

（一）法規範斷裂、法社會連續。例如吳三連的彰化銀行支票簿（補 45）。能「連續」的因素之一是，新的國家法與舊的國家法，在規範內容上非常近似。例如國民黨政權接收後，曾短暫地讓日本人繼續擔任檢察官（補 45-1），此時（1945/10/25 後）其係執行中華民國法律。之所以日本人檢察官可執行中華民國法，即因出於歷史的偶然，中華民國刑事法與戰前日本在台法律十分相似，而這般相似則來自清末及民國時代中國深受日本法律及法學影響。

（二）與日治台灣不同的民國時代中國（1911-1949）法律經驗，橫向移植至台灣。例如，某 1925（民國 14）年的契字（可**對比**補 25-26 台灣 1934 年契字）：1. 沒有歐陸式民法上的用語，2. 不用「甲」為土地計量單位，3. 只有「四至」，沒有土地調查完成後的「地號」(補 46)。

十一、戰後國家法（實證法）內涵，也隨著政治情勢而有別。(《概論》117-122)

（一）台灣從日治時期就被視為一個政治共同體，當時台灣人至中國、美國等地被稱為「台灣籍民」(參見《台灣人的國籍初體驗》，頁 81-82)，西方人也認為「福爾摩沙」是日本殖民地。作為一個政治共同體的台灣，於 1949 年 12 月 9 日出現一個對外獨立、對內最高的中央政府，故構成一個事實上國家。但從這個事實上國家所沿用的中華民國法制而言，國家係在 1912 年建立，領土在 1949 年並沒有發生變化。於國際上，在台灣的中華民國政府，1971 年之前以代表「中國」而參與聯合國，但之後聯合國承認中華人民共和國政府才能代表中國。台灣政府確實並不代表中國，惟事實上也的確代表台灣政治共同體（由台灣共同體成員選出台灣的總統及國會議員），然而例如在奧運只能稱「中華台北隊」，另有「中國隊」之存在（但台灣部分媒體稱為「大陸隊」)。台灣政治共同體在法律上作為一個國家的阻力，來自中國。

（二）自 1949 年年底起成為事實上國家後的法律發展：中華民國法的台灣化、各方勢力以「自由民主」爭取自身利益。

圖一：台灣的自由民主之路

[宣稱處於「戰時」]

現代型法規範

自由性格：用戒嚴令、總動員法凍之 →1987
以行專制統治 1991

民主性格：用臨時條款凍之 →1991
以行少數族群內菁英統治

解凍 →自由民主社會的浮現 →是否已深化為一般人內在的理念？

[政治反對運動]

圖二：多股勢力合縱連橫而實現自由民主（自由民主的「使用者」）

國治晚期**四股**政治勢力

國民黨：**1** 外省政治菁英（蔣、郝、趙、宋、馬 1950s-1980s 掌權，公教文化媒體主流）
VS.
※2008 再度掌權

2 本省地方派系（王，侍從）
VS.

3 本省政治菁英（李，連，吳，1990s 掌權）

同迎民主但相互競爭

4 黨外、民進黨，多數為本省異議者，少數為地方派系或外省知識菁英
※2000-2008 掌握行政部門 （黃、陳、謝、蘇）

十二、當代的法律發展（《概論》123）

（一）中央行政部門執政黨 2000 年首次輪替與 2008 年再次輪替，但主導立法部門的政治勢力一直未翻轉，理論上不受政黨輪替影響的司法部門亦無大幅換血。

（二）自由民主的法治將被**內化**或趨向**泡沫化**？（見圖一）一時性的政府效能降低，是否使民眾對自由民主法治失去信心（「召喚蔣經國」）？某些 1990 年代成長的年輕世代，於 2008 年 11 月發起野草莓學運，對抗重回執政的國民黨外省政治菁英所揮舞的強勢國家權威，卻得不到社會太多的迴響。但承襲兩蔣時代舊思維的馬英九政府一連串不得民心的作為，終於導致 2014 年 3 月間再發生太陽花學運時，獲得視自由民主為理所當然的年輕世代的熱烈支持，甚至帶動其上一代的省思，使得執政的國民黨在同年地方選舉大敗，再於 2016 年 1 月的總統及立委選舉喪失其中央行政權和立法權。此說明自由民主的法治已成為 1990 年代成長的新生代的內在價值，並促使不少年長一輩的人嘗試超越以往的「歷史恩怨」（上述多股合縱連橫的勢力，在進行政治動員時所激起的情緒）。

（三）從要求個人自由，提升至追求**集體自決**。大約自 1980 年代後期起，台灣人民在接觸、面對「真正」（國際上所承認）的中國後，逐漸產生了兩類人。其一是，維持過去兩蔣時代長達約 40 年所灌輸的「中國國族」認同，視台灣與中國大陸同屬中國。當中又成兩派，有些人傾向於接納欠缺自由民主的中華人民共和國為中國，有些人則主張「一中各表」，亦即中華民國與中華人民共和國各自是「中國」，惟法理上實不可能一個主權國家（中國）有兩個中央政府。其二，則從個人有選擇國家之自由，引伸至由個人組成的群體可建立自己的國家，而滋生「台灣國族」認同，亦即由在台灣的人組成一個國家。按涉及台灣與中國之間關係的各項法令（例如「兩岸」交流的監督法制）之規範方向，將繫於這兩類人在人數上的消長。對此，客觀的政經利益固然是影響因素，主觀的國族意識亦有其在社會生活上的一體感（例如共同為台灣的球隊加油）作為基礎。

- 法實踐評價・法律論證：應由台灣人民自決 ⟷ 法經驗事實・法律史：存在與否
  - 規範事實
    - 國際法
      - 條約：1895.5.8 清日馬關條約生效，台澎主權移轉。1945.10.25 同盟國接收台灣，中國未獲台澎主權 1952 依舊金山和約，日本放棄台澎主權，PRC 未簽此約，1952 日本另依此約與 ROC 簽台北和約
      - 有權解釋：1971 聯合國 2758 號決議由 PRC 政府代表中國（但未針對台灣主權表示意見）
      - 學說：台灣未由人民表示其為國家；主權已歸台灣人民
    - 國內法
      - ROC 法
        - 憲法：領土包括自由地區與大陸地區，但大陸地區人民沒有屬於國民的權利
        - 有權解釋：釋 328 認為領土係政治問題
        - 學說：「特殊國與國關係」等
      - PRC 法：台灣為 PRC 領土一部分，反分裂國家法
      - 日本法：戰後修憲時不視台灣人民為國民，對台主權於 1952 已放棄，故台灣總督府條例於此年廢止
  - 政治事實
    - 台灣從 1949.12.9 起迄今，存在一個對外獨立、對內最高的主權政府，已構成一個「事實上國家」。
    - 美國在 1950 年爆發韓戰後即支持蔣中正政府統治台澎（主權未定，不含金馬），但反對其反攻大陸。於今則不支持台灣在法律成為主權獨立的國家。
    - 中國（PRC）欲將台灣納入其統治。

＊王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 97-105。