

論著

© 臺大法學論叢 NTU Law Journal  
第 54 卷第 3 期 / Vol.54, No.3 (09. 2025)

# 繼受與創造性背離： 日治臺灣「家庭法例外論」的全球法律史系譜

## 考察\*

---

\* 本文為作者博士論文 (Yun-Ru Chen, *Emergence of Family Law in Japan-Colonized Taiwan (1895-1945): A Genealogical and Transnational Analysis* (2013) (unpublished SJD Dissertation, Harvard Law School)) 之第一章與第三章的改寫與延伸。第一章曾發表於英文期刊 (Yun-Ru Chen, *Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy*, 4(2) COMP. L. REV. 1, 1-34 (2013))。本文選取了第一章的核心內容，並結合新增的史料（特別是收藏於日本國會圖書館以及早稻田大學圖書館特藏之明治時期舊藏），擴展論點而形成本文第二節（「貳、家庭法例外論之跨國系譜」）。第三章雖未曾在期刊上發表，但亦進行了大幅的改寫與擴充。在本文改寫的不同階段，曾於以下學術研討會上發表，並受益於多位評論者和與會專家的寶貴建議與指正：「Clarke Program in East Asian Law and Culture Colloquium」(Cornell University, 2014)、「The Annual Meeting of the American Society for Legal History」(Denver, USA, 2014)、「帝國與殖民法制研究會」(Waseda University, 2014)、「The Harvard Radcliff Advanced Workshop on 'Historicizing Family Law Exceptionalism: A Global Genealogy'」(Harvard University, 2017)、「日本帝國與殖民地：人流與跨境（四）國際學術研討會」(Academia Sinica, 2020)、AAS 2022 Annual Conference (Honolulu, 線上參與, 2022)、「近現代臺灣經驗的交錯與流動學術研討會暨林本源中華文化教育基金會年會」(Academia Sinica, 2022)、「台灣法理學年會」(政大法學院, 2023)、「The 31st World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)」(首爾, 2024)。本文之完成得益於科技部專題研究計畫 (MOST 109-2410-H-002-124-MY3)、國科會專題研究計畫 (優秀年輕學者研究計畫) (NSTC 112-2628-H-002-009-MY3)，教育部高教深耕計畫，臺灣大學桂冠型研究計畫等的補助，以及日本早稻田大學東亞法律研究所在資料搜集上的協助。此外，臺灣大學法律研究所基礎法學組朱耿佑（現為京都大學法學研究科研究生）、楊佩璇（現為國立臺灣大學法學院與一橋大學法學研究科碩士雙聯學位生）、林子涵與黃玥凱同學在資料收集、整理及分析上也提供了寶貴的協助。在此一併致謝。惟文中錯漏之責，仍由作者自負。

## 陳韻如\*\*

### <摘要>

本文從全球法律史脈絡考察日治臺灣的家庭法例外論。19 世紀初薩維尼的私法體系中家庭法與其他法領域區隔：前者由身分所決定而與民族精神密不可分。後者則是立基於個人意思的普遍科學。當時在歐洲爭論不休的離婚制度則被拒斥。19 世紀後半日本民法典論爭中的穗積陳重推崇身分法與財產法區分之德國體系，並稱淡化身分法特殊性之法國法典體例已過時。他誇耀賦予妻子離婚權之日本新民法典的進步性，但也承認身分法保留較多民族特性。包含長子繼承的繼承法則是兼具固有性與先進性，從而適合日本法律進化階段之立法。日治法律人林呈祿將捍衛臺灣特殊性的使命寄託於家庭法——他雖然鼓吹經由日本法來接軌「世界共通」的民商法，但主張家庭法應因民族而異，而選擇地保留臺灣家庭習慣。他運用法律進化概念批判日本長子繼承制乃近似古中國宗祀繼承而終將被時代淘汰的過時制度，並同時強調臺灣諸子繼承之平等性與先進性，從而翻轉了「先進日本法——落後臺灣習慣」之殖民論述。從家庭法例外論的系譜性考察中可發現，家庭法的特殊性並非本質性的存在，而是被不斷建構的人造物。作為行動者的法律人亦非單純承繼者，而是依個別脈絡與策略對於法律概念進行轉換運用，甚至創造性背離的自主行動者。

關鍵字：法律人、法律繼受、法律全球化、法律系譜、家庭法例外論、世界共通——本土獨特、先進——落後、抵殖民

---

\*\* 國立臺灣大學法律學院副教授。

E-mail: ychen@sjd.law.harvard.edu; yunruchen02138@ntu.edu.tw

• 投稿日：01/03/2024；接受刊登日：05/10/2024。

• 責任校對：張譽麟、陳怡君、龔與正。

• DOI:10.6199/NTULJ.202509\_54(3).0001

•目 次•

- 壹、前言：法律繼受、家庭法例外主義與法律系譜學
- 貳、家庭法例外論的跨境系譜
  - 一、薩維尼的家庭法例外論
  - 二、日本民法典論爭與穗積陳重的「家庭法例外論」
- 參、繼受與創造性背離：1920 年代臺灣家庭法論爭中林呈祿的「家庭法例外論」
  - 一、肩負保留臺灣民族特殊性使命之家庭法
  - 二、繼受與創造性背離
- 肆、結語

## 壹、前言：法律繼受、家庭法例外主義與法律系 譜學

本文分析 1920 年代日治臺灣家庭法律論爭中，被殖民者法學菁英林呈祿之論述，特別是其中關於「家庭 vs 市場」，乃至「本土例外 vs 世界共通」與「落後 vs 先進」等一連串二分式法律概念之繼受、重組與創造性背離轉換。法律的跨境乃是無所不在的現象。所謂的「法律繼受 (legal reception)」或「法律移植 (legal transplant)」則為法學研究的重要課題<sup>1</sup>。不過，法律跨境本身亦面臨各種在地挑戰與批判。歐洲法律史中最著名的例子，莫過於 19 世紀德國法學家薩維尼在拒絕採用法國拿破崙法典時，高喊各民族的法律乃應植基於個別「民族精神 (volksgeist)」<sup>2</sup>。當西方帝國在海外殖民地強

<sup>1</sup> 關於英語世界中對於法律移植的研究發展以及臺灣學界的相關研究爬梳，可參見陳韻如 (2022)，〈邊緣異常或無所不在？法律移植作為法社會研究概念工具〉，《政大法學論叢》，2022特刊，頁1-54。

<sup>2</sup> Duncan Kennedy, *SAVIGNY'S FAMILY/PATRIMONY DISTINCTION AND ITS PLACE IN THE GLOBAL GENEALOGY OF CLASSICAL LEGAL THOUGHT*, 58(4) AM. J. COMP. LAW. 811, 817 (2010). 英文譯本可參考FREDERICK CHARLES VON SAVIGNY, *OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR*

行推動母國法律時，也不時須考慮被統治社會之抵抗與成本，而需加以取捨、調整，並納入在地習慣<sup>3</sup>。在殖民帝國已消逝的後殖民時期，全球化被批判為新帝國主義以及新自由主義的綜合體。而法律的全球化亦被視為西方霸權綜合體運作之一環，乃是歐美霸權中心憑藉著政治、經濟乃至文化意識形態上的優勢地位，透過法律移植對於邊陲與半邊陲地區以全球的尺度更進一步的宰制<sup>4</sup>。

然而，法的全球化，是否單純僅是霸權中心對於（半）邊緣地區的再次宰制？為了回答這樣的問題，將法律繼受加以「歷史化」（historicize）是一個可能的途徑。就像其他的觀念與經驗的流動一樣，法律的跨境並非憑空而行，亦非主權者的意志能獨斷貫徹，而是人類活動的複雜歷程<sup>5</sup>。例如，專注於歐洲法律史，特別是羅馬法繼受的 Allan Watson 指出，要討論移植的實際運作（包括實行或反對移植，乃至對於移植法律的選擇）時，必須將法律人的社群文化（例如，法律人的專業養成、論證工具與訴諸外國法的習性等）納入考慮<sup>6</sup>。以世界體系的分析框架探討法律全球化歷史的 Duncan Kennedy，則勾勒 19 世紀以來一波波的法律語言（概念術語、論證方式、邏輯架構），透過所謂的法律菁英，從包括德國、法國與美國等各時代不同的西方「中心」向（半）邊陲擴散的現象<sup>7</sup>。

LEGISLATION AND JURISPRUDENCE 177 (Abraham Hayward trans.) (2002). 值得一提的是，薩維尼並非第一位將法律與民族精神（volksgeist）連結的研究者。事實上，薩維尼的學生Georg Friedrich Puchta在其對於習慣法的研究中已論及民族精神。S.G. Gale, *A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School*, 18 STAN. J. INT'L L. 123, 129-30 (1982). 高文琦（2021），〈論歷史主義與歷史法學〉，《比較法學研究》，3期，頁34-35。

<sup>3</sup> 陳韻如，前揭註1，頁17-18。

<sup>4</sup> PETER FITZPATRICK, MODERNISM AND THE GROUNDS OF LAW 212-15 (2001).

<sup>5</sup> Michele Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW, 465-66 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2019).

<sup>6</sup> ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LITERATURE* 108 (1993).

<sup>7</sup> Duncan Kennedy, *Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*, in THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL 19, 33 (David M. Trubek &

本文以法律人與法律概念作為檢視法律繼受過程的切入點。不過，相較於前述多著重於西方世界內部，或從「中心」視角出發的法律移植分析，本文將觀察的重心移至邊陲：在繼受過程中，邊陲法律人的角色為何？他／她們如何習得當時世界流通的法律概念語言？在地的法律菁英在努力地學習、接受與複製源於「中心」的法律知識與論述的同時，是否具有自主行動，甚至反叛「中心」的可能性？看似鋪天蓋地的「中心——邊陲」的權力結構中，是否也存在著抵抗的罅隙？

為了能更具體討論上述問題，本文將聚焦於 1920 年代臺灣「是否應全面移植日本民法」之論辯中，臺灣法律人林呈祿所運用的「（例外）家庭法 vs.（共通）市場法」二分概念。必須說明的是，將家庭法作為相對於市場法的例外之「家庭法例外主義」（Family Law Exceptionalism），是一個近年來被加以描述、檢視以及批判的課題<sup>8</sup>。法律移植的領域也不例外。婚姻、繼承等與家庭相關的法律，一方面常常被認為與文化或民族特性相連，從而是特殊的。非西方地區的法律改革論辯中，存在一種常見的說法：歐美家庭法或許是「進步」的，但總之並不適合本土社會。相對地，具有民族或文化特色的家庭法則常被認為是較為反動或保守的。另一方面，現今也有不少法社會學者從實證觀點反對本質式的家庭法移植特殊論，而認為應該分析移植過程的具體權力運作與策略<sup>9</sup>。如後所述，林呈祿在抵抗日本家族法（即日本民法典中「親族」與「相續」兩編）的全面移植時，其主要立論基礎為：家族法與民族緊密相連。從而，各民族的家庭法是獨特而不適宜移植外來制度的。相對而言，市場法（例如，日本民法中家族法以外的「總則」、「債」、

---

Alvaro Santos eds., 2006).

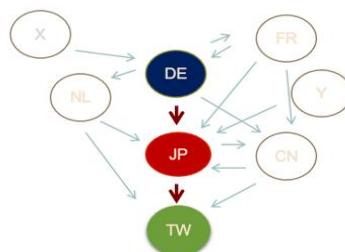
<sup>8</sup> 例如，在美國私法的框架中，契約法的原則被認為應是市場取向而冷酷算計的，而相對的家庭法則被認為應以利他的、溫暖而有道德的精神加以規範。對美國之「市場法——家庭法」二分架構之批判可參見Frances E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 HARV. L. REV. 1497 (1983).

<sup>9</sup> 更廣泛對於「家庭法例外主義」的分析與其檢討，參見Janet Halley & Kerry Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58(4) AM. J. COMP. L. 753, 753-69 (2010).

<sup>9</sup> 關於相關的討論，參見陳韻如，前揭註1，頁37-38。

「物權」三編與日本商法典) 則是世界共通的。有趣的是, 林呈祿論述中臺灣在地的家庭習慣, 却不必然是落後的, 而可能是相較於日本家庭法相關規定更加「先進」, 而值得保存的。換言之, 臺灣在地的家庭法雖然是特殊的, 但卻同時是進步的。從這個角度而言, 日治臺灣的家庭法例外論, 或許可以說是家庭法例外主義的例外。

林呈祿所使用的概念如何出現在 1920 年的臺灣? 他又進行了如何的改造? 實事上, 強調家庭法的「反移植性」的法律理論不只在 19 世紀歐洲被廣泛接受, 也被移植到了日本(詳後述)。是以, 本文在詳細分析林呈祿的論述之前, 先試圖追索前述二分概念在其所留學的日本法學中的展現, 並進一步觸及此概念在(深刻影響日本法近代化的)德國法學中之蹤跡。從而, 在追索「家庭法 vs 市場法」二分概念上的多重先祖的過程中, 本文也隱約勾勒出一個由近至遠的「1920 年代臺灣——19 世紀後半日本——19 世紀前半德國」的概念系譜。這個上溯的「臺——日——德」的概念系譜乃是本文為方便說明「繼受——變異」而建構, 而並非預設有單一排他的一脈相承關係(如圖一)。



【圖一】「1920 年代臺灣——19 世紀後半日本——19 世紀前半德國」系譜

※ 資料來源：作者自製。

不過, 本文並非對汗牛充棟的德國與日本法律史的全面介紹, 也並未試圖在極為有限的篇幅與作者學力範圍內, 完整檢討文中所述及之法學者或法

律人的思想脈絡。此外，本文後述於德國與日本法學部分所論及之薩維尼與穗積陳重，皆為深具影響力與代表性的法學者。然而，林呈祿雖是臺灣第一代受過近代西方法學教育的法律人，但是並非法學者（臺灣人法學者一直到 1930 年代後半才陸續出現），亦未試圖建構整體的家族法學說體系<sup>10</sup>。在本文所分析的 2 篇社論中，身為作者的林呈祿毋寧是一位運用現代法律語言進行書寫的游擊戰，發出雜音異聲的殖民地異議份子。不過，在 1920 年代探討「是否應全面移植日本民法」之論辯中，這 2 篇社論或可說是將「家庭法例外論」最完整明確運用的文本<sup>11</sup>。

是以，本文毋寧是從林呈祿的論述行動中所運用的「家庭法例外論」為出發點，考察此概念在 1920 年殖民地臺灣的異議份子與知識青年口中，相較於其所直接與間接承繼的 19 世紀前半德國與 19 世紀後半日本的法學者學說，有何連續與變形。藉由對這個概念的法律系譜 (legal genealogy) 的考察，本文一方面呈現「市場法——家庭法」二分架構的延續，另一方面也欲彰顯同樣的概念在具體不同的時空脈絡、立場與行動策略下，可能的不同意涵與運用。是以以下對於德國與日本法近代化的討論，將著重其全球化過程中如何被詮釋運用，以及之後與日治臺灣得以串聯比較之處。

<sup>10</sup> 事實上，在 1920 年代的臺灣，將臺灣法的內容加以概念化與體系化並掌握解釋權的乃是例如岡松參太郎等殖民者方的日本人法學者。要到 1930 年後半、留學東京大學法學部的戴炎輝返臺後，臺灣人的法學者才可說是正式登場。曾文亮（2019），〈日本統治期における台湾人家族法と殖民地統合問題〉，松田利彦（編），《殖民地帝国日本における知と権力》，頁 241-243，思文閣。

<sup>11</sup> 如後所述，當時在 1920 年代雖然有一些臺灣人反對將日本家庭法全盤施行於臺灣，但是大多並不具有法律背景，所以無法以法律概念理論加以對抗，而僅以泛泛訴諸「民情」表達不同意見。與林呈祿同時期的鄭松筠雖然亦有法學背景，並以法學論述反對日本家庭法的實施，但並未採取「家庭法例外論」，而是認為臺灣的民商事習慣除違反公序良俗外，都應該盡可能地保留。鄭雪嶺（鄭松筠）（1921），〈民商法施行に就て〉，《臺灣青年》，和文之部，3 卷 4 號，頁 26。是以就筆者眼力所限，本文所分析的 2 篇林呈祿的社論，或許可以說是目前可知，在 1920 年代完整而清楚地運用「家庭法例外論」來反對全盤實施日本家庭法的論述。

另外必須說明的是，常見的系譜性考察乃為在單一源頭的思想先祖的設定下，考察後續的徒子徒孫們是否忠實不變地綿延此先行概念。然而，本文的系譜考察中，每一個後代（progeny）不僅有類似或甚至延續其先祖（progenitor）之處，但同時也必然存在著變異。而此變異之處，則恰恰是本文觀察的重點所在。蓋，變異的理由在於每一個思想本身並非單純接收先前思想憑空而生，而是具體的脈絡中形成、展開與部署。是以在觀察跨界的思  
想系譜時，本文試圖觀察作為思想載體的林呈祿，如何選擇性地借用、拒斥以及轉換先前的思想與概念<sup>12</sup>。

從而，本文以下首先將以德國與日本法典化論爭中的代表性法學者作為對象，勾勒「獨特家庭法 vs 共通市場法」概念在 19 世紀前半德國法學的打造與 19 世紀後半日本法學界的運用。接下來則回到 1920 年代的臺灣家庭法律論爭，探討此一概念如何在臺灣法律人林呈祿論述中，再一次地經由調整、重組與改造後，被加以策略性地使用。

## 貳、家庭法例外論的跨境系譜

### 一、薩維尼的家庭法例外論

作為近代歐陸法學最具代表性與影響力的法學者之一的薩維尼（1779-1861），最為人所熟知的是他的 2 個十分重要，但也可說是彼此相互衝突的主張。參與德國法典化論爭的薩維尼一方面主張法律應該立基於個別民族之民族精神，而須經由所謂有機的過程在歷史中成長，並反對繼受具有普世性

---

<sup>12</sup> 此種系譜性考察與Duncan Kennedy的法律全球化研究中對於法律系譜（legal genealogy）考察之作法相同。Kennedy對於概念的「正統性」，或者概念在傳播過程中，是否被正確忠實的理解，非其關注所在。恰恰相反，Kennedy所關心的是，概念在傳遞、散播的過程中，如何與其他概念及想法結合與轉換。舉例而言，對研究美國私法發展的Kennedy 而言，對於「家庭法——市場法」的研究，關心的著重點在於這個源自歐陸的體系觀念，如何經由英國分析法學的轉譯以及殖民統治，推展印度乃至英語世界。Kennedy, *supra* note 2, at 831-32.

與平等色彩的拿破崙法典<sup>13</sup>。薩維尼也從而被認為是所謂「歷史法學派」的先驅。然而，另一方面，薩維尼卻也提出了與前述主張具有矛盾性的重要主張。即，強調科學性與普遍性，並以個人意志（will）為基礎的私法體系<sup>14</sup>。

本文所關注的「市場法 vs 家庭法」二分法也展現在薩維尼的法學理論中。誠然，薩維尼並非第一個將家庭法與其他民法領域加以區隔之人。不過，薩維尼更加清楚地理論化兩者之不同特性<sup>15</sup>。他在 1814 年以「論當代立法與法理學的使命」（以下簡稱《使命》）為題，寫出反對拿破崙法典的宣言。薩維尼在《使命》中稱婚姻是歸屬於「半法律半習慣」（half to law, half to manners）的範疇，甚至認為婚姻關係是「非法律的（non-juridical）」<sup>16</sup>。相較於作為法典繼受論爭衍生物的《使命》，他在二十餘年後完成的《現代羅馬法體系》（1835 年，以下簡稱《體系》），則是完整提出其私法體系的學術巨作<sup>17</sup>。

誠然，薩維尼最終並未具體完成原本計劃作為《體系》之一部分的家庭法，是以無法得知其對家庭法的完整想法。不過，薩維尼在《體系》中更進一步理論化了家庭法在私法體系中的例外性。他主張法律應該是一種科學，並從而建構了一個具有普遍性與理性性格的法律體系。而作為這個法律體系最根本的「法律關係（jural relationship）」，乃是藉由個人相互間自由意志（will）之意思合致所共同構築的<sup>18</sup>。與此同時，薩維尼也將家庭法與其他私

<sup>13</sup> 事實上，薩維尼早期並未明確使用民族精神（volksgeist）一詞，也並非第一位使用者。參見高文琦，前揭註2，頁34-35。SAVIGNY, *supra* note 2, at 177. 此論文一開始是以易為傳播的小冊子（pamphlet）的形式印行。本文所引用的英譯版本乃基於此原文的第2版（1828年）。

<sup>14</sup> 關於此2個論點彼此間的衝突之討論，另可參見Kennedy, *supra* note 2, at 811-12; FRANZ WIEACKER, *A HISTORY OF PRIVATE LAW IN EUROPE: WITH PARTICULAR REFERENCE TO GERMANY* 312-13 (Tony Wier trans., 1995); Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 B.C.L. REV. 837, 868-69 (1990).

<sup>15</sup> Kennedy, *supra* note 7, at 32-33.

<sup>16</sup> SAVIGNY, *supra* note 2, at 63-64.

<sup>17</sup> 本文所引用者為英譯版本。FREDERICK CHARLES VON SAVIGNY, *SYSTEM OF THE MODERN ROMAN LAW* (William Holloway trans.) (1867).

<sup>18</sup> WIEACKER, *supra* note 14, at 282.

法部分（例如債法等）加以區別。薩維尼欲建立之法律系統的科學性，並未完全推及到家庭法的領域<sup>19</sup>。家庭法規範家庭成員間之關係，並以人們的所謂「有機本質（organic nature）」作為主宰。其他例如債法等私法領域則規範具有自由意志的個人之間之關係<sup>20</sup>。他認為婚姻關係中的忠誠與犧牲，乃至親權關係中的服從與尊敬，都是這 2 種關係中最重要的成分，但也都是在道德（而非法律）的保護範疇之下<sup>21</sup>。對薩維尼而言，家庭關係與內容並非取決於個人的意志，而是由丈夫或者父子等身份所決定<sup>22</sup>。換言之，財產法是根據個人的意思（或者個人相互間意思的合致所建立的關係）所決定的，而家庭法則是根據身份關係、道德、或人存在社會中的所謂「有機本質」所給定的。

薩維尼認為家庭法與財產法的另一個重要區別，在於與民族的關聯深淺。屬於當時政治保守派的薩維尼，反對個人主義式的政治理論<sup>23</sup>。他將國家視為一個有機的整體，並認為國家法是民族的「有機」表現。家庭法也與國家法一樣，都規範著所謂有機的關係。國家並非由個人，而是有機地由家庭所構成<sup>24</sup>。此外，在《使命》這篇熱情地呼求法律應該植基於民族精神的作品中，薩維尼直接地主張私法領域中與民族有深厚緊密關聯的其實是家庭法。相對於原始社會，在較為成熟而複雜的國家民族中，或許較難以觀察到民族意識。然而，在這樣的社會中，我們仍可以在家庭關係中觀察到各民族的不同感受<sup>25</sup>。他也認為在高度發展文明國的法律中，具有所謂「政治的」與「技術的」雙重元素。家庭法代表著法律中所謂政治的元素。薩維尼生動地寫道，就算是不具有法律專業的素人，遇到婚姻與離婚等家庭法相關議題

<sup>19</sup> Kennedy, *supra* note 7, at 32-33.

<sup>20</sup> SAVIGNY, *supra* note 17, at 275-76, 279.; Kennedy, *supra* note 2, at 813-15, 826. 除非另有說明，本文以下對於薩維尼對「家庭法——市場法」二分法的說明，主要來自 Kennedy 此文的分析。

<sup>21</sup> SAVIGNY, *supra* note 17, at 285.

<sup>22</sup> SAVIGNY, *supra* note 17, at 284.

<sup>23</sup> WIEACKER, *supra* note 14, at 287-88. 參見高文琦，前揭註2，頁20。

<sup>24</sup> SAVIGNY, *supra* note 17, at 18, 279.

<sup>25</sup> SAVIGNY, *supra* note 2, at 25.

也會狂熱地爭辯不休。相較之下，公眾對於以財產法為代表之充滿技術性元素的法律則無甚關心<sup>26</sup>。我們或許可以說，家庭法在薩維尼的私法理論中擔負著守護民族精神的角色——從而，財產法則得以成為具有普遍性的「科學」。

薩維尼強調家庭的「非法律性」或者至少是「非契約性」，與他在身分法上的保守立場相輔相成。如前所述，他認為家庭中不論是親子關係或者是夫妻關係，其中所包含的服從與忠誠義務並非基於人與人之間的自由意志所產生，從而是「非法律的（non-juridical）」。針對當時歐洲民法典繼受論爭中最具爭議性也最「政治」的離婚制度而言，薩維尼嚴拒婚姻契約說，以及立基於婚姻契約說而可基於婚姻當事人意思離婚的兩願離婚制度。他批判拿破崙法典的起草人非但誤解羅馬法的婚姻制度，還接受了讓歐洲每個有基督信仰的人們都「感到作噁的」兩願離婚制度<sup>27</sup>。不過，薩維尼對其他國家的婚姻法則持相對主義的立場。這也與他對於家庭法與所謂民族精神的連結之主張一致。例如，薩維尼一方面從基督教義的角度認為一夫多妻制顯示出各民族中道德發展的較落後階段，並主張基督教國家的一夫一妻制表徵道德發展的最高階段；另一方面，他認為這 2 種婚姻制度都是有效的。原因在於不同民族的實定 / 證法（positive law）承認多樣的家庭關係<sup>28</sup>。換言之，相對於基於個人意志且具有普遍性、技術性的財產法，家庭法除了本質並非基於個人間的契約，其內容也是隨著各民族的道德感情而可以有所不同的。

誠如 Duncan Kennedy 在對於法律全球化的考察所言，薩維尼分別強調法的獨特性與普遍性的 2 個不無衝突的觀點，卻皆被世界各角落的法律菁英所運用來進行自身國家的法律改革，從而成功地廣泛擴散<sup>29</sup>。事實上，家庭法例外論亦然。家庭法領域雖然仍屬於私法體系，但由於與民族的緊密關

<sup>26</sup> SAVIGNY, *supra* note 2, at 62, footnote. “[In] the discussion of the French Conseil d'Etat on the code,...with regard to the former, unprofessional men could find no end; the latter were often not spoken of at all.” SAVIGNY, *supra* note 2, at 63-64.

<sup>27</sup> SAVIGNY, *supra* note 2, at 80-81.

<sup>28</sup> Kennedy, *supra* note 2, at 817. ; SAVIGNY, *supra* note 2, at 281, n.(a).

<sup>29</sup> Kennedy, *supra* note 7, at 23. ; SAVIGNY, *supra* note 2, at 177.

聯而與立基於個人主義、契約自由與普遍主義的財產法領域之間，可以說是互為反命題（antithesis）。從另一個角度而言，我們也可以說作為原則的、具有科學性，契約性與世界共通性的財產法，以及作為例外的、具有有機性、身分性與民族獨特性的家庭法，兩者間存在著「相互建構（mutually-constructive）」關係。家庭法例外論隨著薩維尼的法學理論與德國法體系，在各國紛紛試圖建立現代法制度的法律全球化時代，被廣泛地接受與轉換利用。

## 二、日本民法典論爭與穗積陳重的「家庭法例外論」

在日本民法典論爭中，家庭法與民族國家的緊密關係也被再次強調。其中最引人注目、也最被廣為流傳者，莫過於日本法學者穗積八束所提出「民法出，忠孝亡」口號。法國法學者布瓦索納德（Gustave Boissonade）所召集起草而彰顯法國拿破侖法典之平等與個人主義色彩的日本舊民法典（1890）草案（以下簡稱「舊民法典」）則被拒斥<sup>30</sup>。穗積八束激情地捍衛長子繼承／家督繼承的「家」制度，疾呼舊民法典中個人主義的法律威脅了日本「國體」<sup>31</sup>。相對而言，布瓦索納德則希望儘可能淡化家族制度與家族法在個人主義民法中的特殊性，並且主張逐漸廢除家督繼承制度，以朝向更平等與更符合普世性自然法原則的家庭架構<sup>32</sup>。

<sup>30</sup> 加藤雅信等（編）（1999），《民法學說百年史：日本民法施行100年記念》，頁10，三省堂。Yun-Ru Chen, *Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy*, 4(2) COMP. L. REV. 1, 22-23 (2013).

<sup>31</sup> RICHARD H. MINEAR, JAPANESE TRADITION AND WESTERN LAW: EMPEROR, STATE, AND LAW IN THE THOUGHT OF HOZUMI YATSUKA 73 (1970).

<sup>32</sup> 布瓦索納德提出一個逐漸取代家督繼承之子女平等繼承的制度，其方案並不僅僅因為平等繼承符合法國民法典，更因其符合「自然法的原則（the principle of natural law）」。布瓦索納德認為家督繼承僅不過是奠基於特定宗教與經濟背景的歷史制度，且家督繼承與明治改革，以及父母應無論子女性別或出生序而有平等之愛的方針有所矛盾。參見向井健（1976），〈ボアーソナードの身分法思想：その自然法論と相続法論〉，福島正夫（編），《『家族・政策と法』七：近代日本の家族觀》，頁185-190，東京大學出版會。

穗積八束的兄長，同時也是後來施行的日本新民法典（1898）（以下簡稱「新民法典」）起草人之一的穗積陳重則同樣反對舊民法典，但其論述較為溫和且運用了更多樣而洗鍊的近代法學概念，其中也包含了薩維尼法學理論與「家庭法例外論」。受德國歷史法學派啟發的穗積陳重研究祖先崇敬與日本法的關係，乃是日本歷史法學派的代表人物。穗積陳重也醉心於同樣以薩維尼為先驅、強調「法律科學」的德國法學概念體系<sup>33</sup>。如前所述，作為弟弟的穗積八束把強調平等的舊民法典草案視為西方近代個人主義法學對於日本傳統的威脅。此外，當時的日本也有不少論者認為民法典論爭背後，實際上是「英國法派 vs 德國法派」之兩不同留學國的法學流派歧異或甚至是兩派爭奪影響力與相應資源的角力衝突。相對於以上 2 種詮釋，穗積陳重則宣稱應該以德國法典論爭中德國歷史法學派與普世性法國法學派的法學理念之爭的高度，來理解日本民法典論爭<sup>34</sup>。

相較於以守護日本固有傳統為由而拒斥舊民法典的穗積八束，穗積陳重似乎更著重於以「先進——落後」之概念作為論據，藉由強調舊民法典所立基之法國法學的「落後性」以及德國法學的「先進性」兩者間的落差，而對以法國法學為基礎的舊民法典的施行則持相當保留的態度。穗積陳重稱德意志帝國雖然才建立不久，然而新德國民法典中包含了當時世界上最先進的法律原則。相對於「先進」的德國私法體系，布瓦索納德所引入的自然法思想已顯得較為過時。從而，日本的立法若要跟上世界的發展非引進德國法學不可<sup>35</sup>。

穗積陳重主張，至少就日本而言，家庭法應該作為一個獨特法領域。他宣稱新民法典將家庭法獨立為一法領域的設計，不只更適合當時的日本社會，也是效仿最新也最先進的德國民法典的分類架構。在新民法典塵埃落定

<sup>33</sup> Chen, *supra* note 30, at 28-32.

<sup>34</sup> 穗積陳重（1916），〈「サヴィニー」「ティボー」の法典争議〉，氏著，《法窗夜話》，頁353、358，有斐閣。

<sup>35</sup> 穗積陳重（1934），〈独逸法学の日本に及ぼせる影響〉，穗積重遠（編），《穗積陳重遺文集 第三冊》，頁617-619，岩波書店。Ronald Frank, *Civil Law, General Provision*, in *HISTORY OF LAW IN JAPAN SINCE 1868 183* (Wilhelm Röhl. ed., 2005).

的數年後，穗積陳重在 1904 年於美國聖路易舉辦的萬國博覽會中，針對日本民法典進行英文演講。在演講中，他對外國聽眾說明日本民法典論爭中舊民法典之所以被反對，而新法典之所以被重新起草的爭點，與「是否該將親屬法與繼承法合在一起作為一個法領域，並放置在一個與民法典其他部分（例如債編與物權編）『有所區分而獨特（distinctive places set apart）的位置』」有關。布瓦索納德所起草的舊民法為了淡化家庭法的特殊性，將親屬法納入包含國籍與住所的「人法編（books of persons）」，而另將繼承的法規範內容納入「財產取得編」。穗積陳重則認為新民法典將家庭法獨立為一法領域之設計理由之一，在於德國的潘德克頓法學體系（Pandekten-System）將親屬繼承成為民法第四編與第五編，從而讓家庭法從財產法獨立而自成一格的法領域。而這也與前述薩維尼法學體系中，家庭法為單獨領域的家庭法之設計如出一轍。穗積陳重主張，將親屬與繼承編獨立出來，是最適合正從「以家庭為單位」轉化為「個人為單位」的日本社會現狀。他認為在「沒那麼先進的（less advanced）」社會，家庭法是一般法律原則之基礎，個人主義的法則為例外。在「文明社會（civilized societies）」則恰恰相反。對於作為處在「從家庭到個人」的轉換階段之日本而言，最適合的民法典體例即是以總則編來對應以個人為重心的一般法律關係，並將與親屬繼承的相關規範放置在個別的部分。總則編與親屬繼承 2 編，從而分別提供了「個人作為社會成員」與「個人作為家庭成員」的 2 組規則<sup>36</sup>。

穗積陳重稱在所謂「法律同化（assimilation）」的光譜中，固有元素最頑強而最無法「同化」於世界共通性法律原則的法領域，莫過於家庭法。在演講中，他申論法律一方面是科學的（scientific）與普遍共通的（universal），另一方面也是民族的（national）與本土地域性的（territorial）。日本民法的各編實際上是一個光譜——一端是最世界性的（cosmopolitan），另一端則為最在地與不同於西方法的部分。最世界性的莫過穗積陳重稱幾乎是「完全是西方的（occidental）」的債法，這也是各國間最早受他國影響而大同小異

---

<sup>36</sup> NOBUSHIGE HOZUMI, LECTURES ON THE NEW JAPANESE CIVIL CODE: AS MATERIAL FOR THE STUDY OF COMPARATIVE LAW 50-53 (2nd & rev. ed., 1912).

的。其次為關於動產與不動產的法規。其中土地法規往往受到公共政策與在地狀況的限制而在各國有所不同。最無法吸收外國法者，則屬親屬與繼承部分的規定。原因在於這部分的法律乃是取決於「民族特性（national character）」以及宗教、歷史、傳統與習俗。穗積陳重更描述了一個關於法律同化或者繼受外國法之先後進程：（1）債法、（2）動產相關法、（3）不動產相關法與（4）繼承法與親屬法。而日本民法典正是在吸收了最適合日本目前發展之最先進的西方文明成果之努力下而完成。值得一提的是，此次演講直接省略民法債編的具體內容。根據穗積陳重的解釋，這是因為債編中關於契約、侵權等的規定幾乎都是從西方而來，對歐美的聽眾而言缺乏新意，從而無須就規範細節多做贅言。因此，他將演講集中在民法中「固有元素較為持續」之部分（即親屬與繼承）<sup>37</sup>。

在穗積陳重的理論中，家庭法雖然是日本法進行法律同化過程中較為緩慢或落後的領域，但是也還是同樣經歷著所謂的進化歷程，甚至很多時候進化的程度還可說是已經到達比較法上的最高境界。對穗積陳重而言，法律與社會進化的緊密關係不言可喻。對他來說，法律是一種社會現象，則自然會隨著社會不斷演變與進化。以法典化進行法律改革的目的有可能是為了因應社會改革甚至革命後的新局面，也可能法律改革本身就是為了帶來社會改革<sup>38</sup>。面對西方聽眾，他自豪地宣佈日本法在短短的 30 年間已經「脫『中』入歐」而從「中國法系」過渡到「歐洲法系」。現代法中的權利概念也被引入。就算是在前述「固有元素較為持續」的家庭法領域，也在日本結束鎖國而與外國交流之後出現許多改革<sup>39</sup>。穗積陳重在歐美聽眾前不忘提及前述歐洲家庭法爭論不休的離婚議題——隨著日本法的脫中入歐，妻子的訴訟離婚權被導入，並對日本婦女地位有大幅提升<sup>40</sup>。他也認為已婚婦女的財產制往往依國家社會的「文明化程度（degree of civilization）」有所不同。日本民法典

<sup>37</sup> HOZUMI, *supra* note 36, at 155-57.

<sup>38</sup> HOZUMI, *supra* note 36, at 25-26.

<sup>39</sup> HOZUMI, *supra* note 36, at 156-57.

<sup>40</sup> HOZUMI, *supra* note 36, at 71-72.

所採用的夫妻分別財產制，則顯現出日本的夫妻財產制已經進化到世界上所有夫妻財產制之最高境界<sup>41</sup>。

本文後述 1920 年代臺灣家庭法論爭中所涉及的日本繼承法，也是穗積陳重在這個 1904 年的演講中，用來同時說明日本民法的所謂進化歷程以及新法典體例優越性之重要案例。穗積陳重向英語世界的聽眾說道，在世界上不同文明程度的法律中顯出繼承法的「三種演化階段（three stages of evolution）」。最初，繼承被視為是一種確保歷代祖先祭祀永久不斷的方式。到了第二階段，繼承被當作一種承接死者「身分（status）」的手段。例如，在日本既有的家制度中，家是一個團體（corporation）。家庭成員不存在個人財產。只有家長可以擁有財產。這時期的繼承也只有家督繼承，也就是由單一繼承人（通常為長子）承繼家長地位，以及隨之而來對於家產的掌控地位。在第三也是最後階段，當個人財產制被承認，繼承則成為個人取得財產的方式。就日本而言，在明治維新法律改革後施行的新民法典同時包含身分繼承與財產繼承。由於身分繼承無法放入財產法的範疇，而財產繼承也不能放入「人事法（law of persons）」的範疇，所以在民法典中另立一個繼承編來包含這 2 個並立的繼承制度，較為恰當。穗積認為這也同時說明了前述德國 Pandekten-System 為何是最適合日本當前狀況的法律體系<sup>42</sup>。

除了對歐美聽眾以外，穗積陳重也對當時誕生中的第一代日本現代法律人闡釋了新民法的原理原則，其中亦包括前述繼承法之演化。例如，他在 1902 年的課堂中講述古往今來的繼承法乃是從最初的「祭祀相續時代」，演進到第二期「身分相續時代」（家督繼承），乃至近代隨著「社會經濟之進步」、最為強調個人能力的第三期「財產相續時代」。日本新民法典則包含了最具有「開明諸國法典」特性的第三期的「財產相續」<sup>43</sup>。

<sup>41</sup> HOZUMI, *supra* note 36, at 67-69.

<sup>42</sup> HOZUMI, *supra* note 36, at 54-55, 155.

<sup>43</sup> 根據整理此講義的磯野誠一表示，此課堂講義究竟是在東大的法理學課程或者是其他大學所授，並不清楚。穗積陳重（著），磯野誠一（翻刻）（1990），《相続法原理講義：穗積陳重文庫1》，翻刻復刻版，頁8-10，信山社。

上述穗積陳重對於家庭法的想法，也是當時日本法學教育中相當具有代表性的普遍觀點。以本文後述日治臺灣部分所聚焦的主人翁林呈祿在東京所就讀的明治大學為例，由法官島田鉄吉所講授的親屬法課程中，親屬法被定性為基於夫妻與親子關係而生、具有永久性的權利義務關係，且與該國特定的倫理法則有密接性，所以須適合該國特定現象，而與在各國間具有共通性的債法不同。就日本而言，跟親屬法相關的「民情」的特點之一即為重視家，是以親屬法有環繞著家與家督的規定。另一則為男女在社會地位並未完全平等<sup>44</sup>。在繼承法的講義中，島田鉄吉亦稱繼承制度應依照各國狀態而有所不同。呼應穗積陳重的繼承法演化說，島田稱日本社會組織是逐漸從「家族制」轉到「個人制」，而繼承制度也隨著明治維新而從「身分繼承」進入到「財產繼承」。新民法典中的繼承法則是在不妨礙作為日本特有「固有法」之家督繼承的永久存續的前提下，接受了個人主義發達國家之財產繼承<sup>45</sup>。

相較於穗積八束，穗積陳重在日本民法典論爭的角色或許並非那麼鮮明，而是較為溫和低調的反對派。然而，穗積陳重日後成為真正實施的新民法典的起草人。他關於法律的歷史性與科學性、法律與社會的關係、法律的進化，乃至於家庭在這些想法中的角色與定位，也廣泛地影響了日本法學界<sup>46</sup>。上述布瓦索納德與穗積兄弟的論述，透過近代法學教育，乃為當時日本法律人的共通知識。經過消化、轉譯介紹的薩維尼法律思想與體系亦然。這些都是林呈祿與他的同輩法律人在 1910-20 年代學習法律時可以接觸到的各種先行思想，也是他可以選擇性地運用與轉換的概念工具。

<sup>44</sup> 島田鉄吉（講述）（1904），《民法親族編講義》，頁2-5，明治大學出版部。島田鉄吉為帝國大學法科大學英法科畢業，歷任東京地方法院、控訴院、行政法院、大審院法官與部長，亦曾任明治大學法學部長。關於更多島田鉄吉的生平可參見人事興信所（編）（1928），《人事興信錄》，8版，頁シ58，人事興信所。

<sup>45</sup> 島田鉄吉（講述）（1919），《相続法》，頁2-5、8-11，明治大學出版部。

<sup>46</sup> Chen, *supra* note 30, at 28-32.

## 參、繼受與創造性背離：1920 年代臺灣家庭法論 爭中林呈祿的「家庭法例外論」

日本統治臺灣十餘年後，由殖民制度接受近代教育所產生的本土菁英約莫在 1910 年代開始展露頭角。林呈祿則為其中先驅。接受古典漢學跟新式日本教育的林呈祿，師範學校畢業後自修法律，並在 1909 年以第一名（受試者含在臺日本人）的優異表現通過普通文官考試。《臺灣日日新報》在林呈祿於普通文官考試掄元的報導中，形容他聰敏勤勉但「恂恂如不能言」<sup>47</sup>。沒想到十餘年後的 1920 年代，這位被形容為木訥而不善言語的殖民地青年，來到日本東京進一步學習法律與政治後擔任《臺灣青年》等刊物之主編，成為令殖民者頭痛的異議人士，甚至可說是當時吹響非武裝抗日行動的「喇叭手」<sup>48</sup>。

<sup>47</sup> 臺灣日日新報（07/23/1910），〈鰲頭獨占〉，5 版。

<sup>48</sup> 林呈祿於明治法律學校畢業後，進入該校高等研究院進行殖民政策學研究，並與日本學界自由派、同情殖民地處境的學者們（例如東京大學矢內原忠雄教授以及京都大學山本美越乃教授），有所往來。林呈祿所直接受教的明治法律學泉哲教授曾於哥倫比亞大學研究國際關係。其意見與理論，不時出現在林呈祿的作品之中。林呈祿等來臺灣學生對於殖民地實況的報告，也成為泉哲著述的佐證。1940 年之後林呈祿陸續擔任皇民奉公會生活部長與臺灣總督府評議會會員，戰後則退出政治活動而從事出版事業，並創立東方出版社擔任董事長。關於林呈祿的簡介與訪談紀錄，可參考王詩琅（1991），〈林呈祿先生訪談記錄〉，黃富三、陳俐甫（編），《近現代臺灣口述歷史》，頁 21-70，林本源基金會；謝德錫（1987），〈臺灣新民報的總編輯：林呈祿〉，張炎憲等（編），《臺灣近代名人誌 第一冊》，頁 65-83，自立晚報；王泰升（2005），〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，氏著，《台灣法的世紀變革》，頁 71-101，元照；謝錫德、蔡憲宗（1983），〈台灣前途的摸索與回顧：林呈祿與黃朝琴〉，《台灣文藝》，83 期，頁 153-174；關於「喇叭手」一詞，則可參見財團法人臺美文化交流基金會（策劃），盧兆麟（譯）（1993），〈【筆聲一氣・喇叭手】林呈祿〉，《島國顯影：第一輯》，頁 71-94，創意力；興南新聞社（編）（1943），《臺灣人士鑑》，頁 325，興南新聞社；吳俊瑩（10/25/2010），〈記一段林呈祿在戰後的「自述」〉，《臺灣與海洋亞洲研究》，

<https://tmantu.wordpress.com/2010/10/25/%E8%A8%98%E4%B8%80%E6%AE%B5>

眾所周知，林呈祿是臺灣議會設置請願運動中的主要理論家。1910-20年代也是現代臺灣民族主義者開始要求殖民政府進行法律與政治改革的時代。不管是在自治運動方向的擬定，還是在請願書的撰寫，都顯現林呈祿對於法律與比較殖民政策等現代知識的掌握，以及從臺灣自身立場出發的策略性思考。與此同時，日本治臺的法律政策也從原本的「舊慣溫存」政策轉向適用更多日本法的「內地延長」主義。相對於以臺灣的舊慣進行法典化的所謂舊慣立法政策，直接施行日本民商法的主張似乎佔了上風。如後所述，在這個民商法施行的論辯中，爭議點集中在家庭法。即，日本新民法典的親屬編與繼承編是否應該隨同日本民法典其他部分，一併全盤性地適用於臺灣人<sup>49</sup>。林呈祿也加入了這一場論辯。值得一提的是，既有研究對於議會自治請願運動中憲政意識，已有相當充分之討論<sup>50</sup>。相對之下，林呈祿對於家庭法的討論，則較少被研究者加以深入分析。

臺灣的特殊性以及相應的特殊立法是林呈祿藉以提倡殖民地議會路線的主要立論基礎之一<sup>51</sup>。林呈祿在 1920 年關於議會設置運動的社論中，主

%E6%9E%97%E5%91%88%E7%A5%BF%E5%9C%A8%E6%88%B0%E5%BE%8C%E7%9A%84%E3%80%8C%E8%87%AA%E8%BF%B0%E3%80%8D/(最後瀏覽日：03/19/2023)。Yun-Ru Chen, 'Rule of Law' as Anti-Colonial Discourse: Taiwanese Liberal Nationalists' Imagination of Nation and World under Japanese Colonialism," 18 LAW TEXT CULTURE 170-76 (2014).

<sup>49</sup> 關於1920年代日本民商法延長運動以及包括林呈祿與鄭松筠等法律人的反對意見，可參見曾文亮，前揭註10，頁241-243，思文閣。如前所述，雖然鄭松筠亦反對日本家庭法的實施卻未採「家庭法例外論」，而是認為應儘量保存臺灣的民商事習慣除違反公序良俗。鄭雪嶺（鄭松筠），前揭註11，頁26。

<sup>50</sup> 關於林呈祿的文章，可參考黃頌顯（編譯）（2006），《林呈祿選集》，海峽學術出版。對於林呈祿的學思與行動的完整分析，則可見王泰升，前揭註48，頁71-106。林呈祿在《臺灣青年》著述甚多，內容包含地方自治、憲政主義、教育政策，民法修正，土地改革，多是以學理為基礎，批評臺灣當下殖民政策，提出改革方案的長篇社論。

<sup>51</sup> 林呈祿的另一個立論基礎則放在所謂「先進vs落後」的殖民模式的選擇上。他不否認政治參與權需取決於民眾的「發展程度」的說法，但認為此種權利絕不能只限於殖民母國的人民。他在「自治能力的培養」一文中，主張專制的殖民統治政策以及憲政制度的缺乏，才是使得臺灣人無法培養自治的主因。更進一步，林呈祿運用比較殖民學的知識，批評日本政府的同化政策，乃為過時落伍的法國殖民

張帝國議會對於臺灣的狀況缺乏知識與經驗，從而所訂立的法律無法回應臺灣的特殊狀況。呼應了前述薩維尼歷史法學中將法律立基於民族精神的口號，林呈祿將「三百四十萬在臺灣的漢人」定性為一個具有「悠久歷史、特殊習慣與固有思想」的「民族」，並認為日本人與臺灣人有不同的「先祖、歷史、習慣、語言與思想」。因此，想要將日本法施行於臺灣人身上，乃是不切實際的<sup>52</sup>。此外，戰後的林呈祿在 1967 年進行的口述歷史訪談中則更加直白地表示，之所以放棄「廢棄六三法」之訴求而改採自治路線，乃是為了保留殖民地特殊法域之地位以及保存臺灣的特殊性。這一方面是為了避免將日本法施行於「風俗習慣」不同的臺灣而更加深臺灣人的痛苦；另一方面則是要抗拒日本同化政策，避免民族的悠久歷史與高度發展的固有文化受到摧毀<sup>53</sup>。

然而，對於林呈祿而言什麼樣的法律得以回應所謂臺灣的特殊性？林呈祿在關於六三問題或者殖民地議會的請願書中並未提及——事實上，就連「什麼是臺灣的特殊性」本身，林呈祿也僅有如前所述一般性地主張臺灣有不同歷史或習慣，而未對此特殊性的具體內容有更多著墨。不過，笞刑、匪徒刑罰令、犯罪即決制這一類即便在當時也被認為是落後、殘酷或傳統中國式（「支那流義」）的專制統治下的法律，顯然並非他認為適合臺灣社會的特殊立法。就公法領域而言，林呈祿強調其所倡議的殖民地議會不只與立憲政治原則相輔相成，並符合英國等「新進殖民國」的統治方針<sup>54</sup>。換言之，對於臺灣議會的倡議與其說是立基於臺灣的特殊性，不如說是基於（殖民地）議會政治的普遍性與先進性。

---

模式，並宣稱唯有仿效英國，採取先進的自治殖民統治模式，才能使日本作為世界唯一的東方殖民者，得以被世界認為真正的文明國家。Chen, *supra* note 48, at 184-91.

<sup>52</sup> 林呈祿（1920），〈六三問題の帰着点〉，《臺灣青年》，和文之部，1卷5期，頁38-39。

<sup>53</sup> 王詩琅，前揭註48，頁37-39。值得一提的是，林呈祿在訪談稿中所使用的是「我中華民族」一詞。

<sup>54</sup> 林呈祿（1920），〈六三問題之沿革〉，《臺灣青年》，漢文之部，1卷5號，頁15-16、27-28。

## 一、肩負保留臺灣民族特殊性使命之家庭法

本文發現，林呈祿討論到最多臺灣應特殊立法的場合，與其說是在議會設置請願運動中，不如說是在同時進行的民法典施行論爭，並且集中在家庭法之上。如後所述，他並未主張臺灣一般民商習慣立定特別法，而是幾乎全面性地贊成，甚至是催促日本民商法在臺灣人身上的適用。相對地，林呈祿對於引進日本家庭法來規範臺灣人則有疑慮。他反對全盤性地引入日本親屬繼承法，而是選擇性地保留若干臺灣家族習慣。

為何在林呈祿的主張中，偏偏是家庭法肩負著保存臺灣特殊性的使命呢？第一個解釋乃是與 1920 年代當時總督府所設下的政策論辯空間有關。在臺灣被納入日本帝國後，雖然明治民法典並未正式施行於臺灣，然而「民法 vs 刑法」或者民法內部「財產法 vs 身分法」等等法律領域與彼此區分之概念，也作為近代法律架構的一部分而被引入。而就日治臺灣的刑事實體法內容而言，乃主要透過律令而跟隨著內地的刑法典之遞嬗而同步更迭。相對而言，在日治前半期涉及臺灣人民商事事項主要以依照臺灣之「舊慣」加以規範，而具有特殊性<sup>55</sup>。然而，到了本文所討論的 1920 年代則是法律政策轉向的時期。時值第一次大戰的餘波蕩漾，而殖民地獨立自治聲浪昂揚。日本政府的對應之一則為加速所謂的「法律同化」，而將更多日本法施行於臺灣。在當時總督府既定政策方針的大方向為將日本民商法也適用於臺灣。只是就其中身分法事項應該多大程度保留臺灣人之習慣，容有若干討論空間<sup>56</sup>。換言之，當時民商法的施行似乎看來勢在必行，那麼林呈祿針對較有討論空間

<sup>55</sup> 關於日治時期臺灣的法律改革，請參見王泰升（2014），《台灣日治時期的法律改革》，修訂2版，聯經。

<sup>56</sup> 例如，曾文亮指出，總督府為了推動民商法的內地延長於1921年9月設置法令調查委員會，並為總督府評議會的討論事先設定討論方針與議題。1921年10月時的方針為僅保留涉及臺灣人親屬繼承事項之中的少數規定，而原則上一體適用日本民商法。但在1921年底，當時的總督田健治郎命法令調查委員會改變方針，而將親屬繼承兩編，即整個家庭法排除在日本民商法施行之外。曾文亮（2010），〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造（1898-1943）〉，《臺灣史研究》，17卷1期，頁150-151。

的家庭法部分作為保留既有習慣以保存臺灣的獨特性的回應，也是相當可以理解的。

除了上述現實性考量外，林呈祿對於家庭法繼受的保留（以及對市場法的熱切歡迎）態度，事實上也是受到前述近代西方法學中，強調法與民族的連結，乃至「家庭法——市場法」與民族連結強弱等理論之影響。他在分別刊登於 1921 年與 1922 年的 2 篇社論性文章——〈施行民法商法宜置除外例〉（簡稱〈除外例〉）與〈民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義〉（簡稱〈疑義〉）——中，建構出「家庭法 vs 市場法」的二分架構，並將獨特性與普遍性分別指派給兩個法領域。就實質論理部分，2 篇文章都呼應了薩維尼的「法律應奠基於民族精神」以及議會自治請願運動中所提出的「適合臺灣的特別立法」之想法。林呈祿主張向來各國制定法律時，必定會基於所謂的「實情」，而不能單純立基於理想<sup>57</sup>。法律乃是「國民的確信」與社會的反映。特別是所謂民法等「私法」，乃受「國民固有習慣」的影響，是隨著所謂「民族精神」與社會風氣的向上進化而逐漸發展，並不能從外於脈絡的「架空的創設」而來<sup>58</sup>。然而，2 篇社論都很快的話鋒一轉，並將上述的主張進一步給定條件、進行分類而加以限縮。林呈祿主張，雖說立法要依照各地實際狀況，然而法律事實上有所謂「世界共通」者，也有所謂「地方固有」者。尤其是來到「國際交通繁忙」的近代，各國法律都受到外國的影響——特別是跟財產部分相關的法律逐漸達到「萬國共通」<sup>59</sup>。雖說法律若非依照社會實況則不能達到其立法目的，然而針對此種各國逐漸趨同的法律而言，如果這個目的是「將來自應顯現」之事，則「超前於實情一步」而加以立法亦未嘗不可<sup>60</sup>。林呈祿認為，只要把握住這樣的「世界共通 vs. 地方

<sup>57</sup> 林呈祿（署名「記者」）（1921），〈施行民法商法宜置除外例〉，《臺灣青年》，漢文之部，3卷4號，頁22。

<sup>58</sup> 林呈祿（1922），〈民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義〉，《臺灣青年》，和文之部，3卷6號，頁24。除了林呈祿以外，同樣是法律人的鄭松筠也在《臺灣青年》以「民族精神」為論據反對日本民商法的全面施行，鄭雪嶺（鄭松筠），前揭註11，頁23。

<sup>59</sup> 林呈祿，前揭註58，頁24。

<sup>60</sup> 林呈祿，前揭註57，頁22。

固有」的區分，那麼對於「是否應該在臺灣實施母國日本的民商法」，以及「是否有設置『除外例』之必要」這 2 個問題，自然就迎刃而解<sup>61</sup>。上面 2 個問題的答案都是肯定的：首先，在臺灣應該實施日本民商法。理由是民商法乃是所謂世界共通的。臺灣可以藉由實施模仿西方民商法的日本民商法，從而接軌最先進的民商法。其次，實施日本民商法時應為臺灣家庭習慣而設除外規定，因為家庭法乃是所謂地方固有的。在這個「家庭 vs 市場」的二分架構中，家庭法被認為一方面直接影響社會的公序良俗，另一方面也是最少受到外國影響，所以本國的「特殊事情」成為家庭法唯一的基礎<sup>62</sup>。作為其對立面，則是現在或者將來必定「世界共通」的商法（論述之整理見表一）。

【表一】家庭法與市場法之二分對立性質

|         | 家庭法（親族、相續）                   | 市場法（商法、民法債編、物權、總則）  |
|---------|------------------------------|---------------------|
| 與實情的關係  | 立基於國家社會實情                    | 可較實情早一步、超前立法        |
| 受外國影響與否 | 與社會的公序良俗有直接關聯、鮮少受到外國影響       | 受各國來往交通與貿易而發展       |
| 獨特或共通   | 民族的、獨特；反映個別民族的特性、不應該急激地與外國融合 | 終將世界共通；需追上世界潮流以發展經濟 |

<sup>61</sup> 林呈祿，前揭註57，頁22。

<sup>62</sup> 林呈祿，前揭註58，頁24。

※ 資料來源：作者自製

更精確地說，林呈祿並不只是建立一個「家庭法——市場法」的二分架構，而是在民商法中呼應或甚至可說是複製貼上了前述穗積陳重的法律進化光譜。在林呈祿的論述的光譜中，從最為世界共通的一端開始，依序為商法與民法的債編、總則與物權。另一個極端則是在地的、特殊的家庭法。林呈祿認為應該以先進的法律作為政策工具來推動經濟發展——這種似乎與美國當代的「法律與發展（law and development）」學派的想法不謀而合<sup>63</sup>。他稱臺灣當時的商業發展不只「尚屬幼稚」，且多依賴「舊來的不成文法」。不過如果固守這些舊法，則無法期待商業的蓬勃發展。是以，為了「以備將來」，我們不妨「先於實情一步」。實施主要仿效自德國法的日本商法而得到內外地間通商自由統一。至於既有的商業習慣，則不妨做為商法的補充規定。這也是日本商法第一條所允許的<sup>64</sup>。

林呈祿直言道，對於商法的全部施行，我等不僅「大表贊成」，甚至「反怪其不早實行諸前，今方議其施行之可否也。」換言之，對於「尚屬幼稚」的臺灣商業發展而言，是否要實施「超前立法」式的商法乃是個假問題。真正的問題，在於如何可以儘快地實施。至於民法的前三部分的總則、債編與物權，則是與商法類似而沒有設置例外規定的必要。他認為在債編中根本沒有需要斟酌是否要設置除外規定之餘地，而不妨全部實施日本民法。就總則而言，雖然臺灣舊慣所規定的 16 歲成年年齡與日本民法的 20 歲不同，然而

<sup>63</sup> 關於美國「法律與發展」學派的介紹，可參見David M. Trubek & Alvaro Santos, *Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice*, in THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL 1-18 (David M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006).

<sup>64</sup> 值得一提的是，事實上日本商法典在1890年首次頒佈時，由於太過模仿德國法國等外國商法典，忽略了日本的商業習慣，而遭受抨擊而被延後施行，最後形同廢棄。參見志田鉗太郎（1995），《日本商法典の編纂と其改正》，頁47、49-53，新青。

林呈祿認為 20 歲的成年年齡規定較為妥當。其他例如禁治產、失蹤等制度雖未見於舊慣，但實施亦無其害<sup>65</sup>。

至於理論上或許「大有議論之餘地」的物權而言，林呈祿一方面認為本島舊慣上的物權與日本民法上的物權（例如舊慣上的「業主權」與民法上的「所有權」），雖然名稱有異，並且也確有些許區別，然實質上則「不大相背然」，是以就算適用民法也不會太有害。至於民法中所規定而舊慣中不存在的物權，則更應該及早施行以「加味」臺灣現行制度，而求「產業之進步與經濟之發展」。至於舊慣上不存在的不動產登記移轉制度，林呈祿認為臺灣當時在 1905 年臺灣土地登記規則中所實施的德國模式之登記生效制度，比日本新民法典中法國的登記對抗模式更可保障交易安全、避免紛爭。值得一提的是，德國模式的不動產登記制度一方面雖然更能使所有權與登記制度合一而有上述保障交易安全的優點，但其缺點是對不一定熟悉登記制度的所有人的衝擊更大。而這也是日本內地並未採取「登記生效」制度的重要考量。縱然如此，他還是認為不妨採取比日本制度更「先進」的德國登記制度<sup>66</sup>。

對林呈祿來說，上述日本法，或甚至是「超前」於日本法的德國式土地登記，在臺灣的實施都不成問題。相對之下，他認為日本家庭法適用於臺灣的政策卻是「大有問題」<sup>67</sup>。在建立了「特殊的家庭法 vs. 普遍的市場法」的區分後，林呈祿重申了所謂社會實情或民族特殊性在立法上的重要性，不過將其限縮在家庭：

元來親屬關係與相續關係、乃民族之人情風俗所關、民族既異、關於親族相續亦各有特色者、蓋自然也。而此特色與其民族之感情、殆有不可分離之關係、如形之兩影。故不拘善惡不能急激與異民族之制度混同、且有不許其混同之性質在焉<sup>68</sup>。

---

<sup>65</sup> 林呈祿，前揭註57，頁22-24。

<sup>66</sup> 林呈祿，前揭註57，頁22-24。

<sup>67</sup> 林呈祿，前揭註57，頁24。

<sup>68</sup> 林呈祿，前揭註57，頁24。標點為原文。粗體與斜體為本文作者所加。

在這裡我們可以看到幾個之前提過的「家庭法——民族」連結的想法。其一是薩維尼與穗積陳重都主張的「法律應反映民族精神」，從而各國／民族將有不同的家庭法之想法。根據林呈祿的說法，親屬繼承關係與個別民族的感情、特色、人情風俗可說是「形影不離」的。其二是穗積陳重所建立的法律同化的順序光譜，以及家庭法在其中最殿後的位置——林呈祿主張，民族的家庭法不論其內容好壞，不能「急激」地與異民族的家庭法混同，甚至有可能本質上就根本不容許混同。

身處在東京並在明治大學受過正式法學訓練的林呈祿，更反身凝視日本法以加強上述主張。他指出現行日本新民法典的前三編主要是基於以羅馬法為基礎的德國法，並參酌法國法以及日本舊有的習慣而制定。相對之下，最後的親族、相續兩編則是在調查日本固有的家族制度與特殊的民情慣習並作為基礎後，或多或少參酌外國立法例與學說而制定<sup>69</sup>。在民法典制定的過程中，舊民法典的大部分乃是由法國法學者布瓦索納德起草。在內容上則主要是法國民法之翻譯內容。相對之下，親族相續部分則是由日本人起草，內容上是基於日本固有的舊慣。不只日本如此，鄰近的中華民國民律草案雖大部分模仿了（模仿西方的）日本民法典，但親屬繼承兩編保留了「漢族」固有的習慣<sup>70</sup>。換言之，日本民法雖大部分以外國法為模範而制定，但是唯獨親屬繼承兩編乃是明明白白地存在著所謂「大和民族固有之色彩」，可說是日本特殊的立法。林呈祿最後強調，不只是日本，「無論何國凡民族與歷史相異者，其親族相續關係必見有其特徵」，從而其親屬法與繼承法也不可無特殊之規定<sup>71</sup>。

值得一提的是，支持將日本家庭法適用於臺灣的論者也同樣強調「家庭法——民族」的連結，並認為日本家庭法的實施與臺灣人的同化密不可分，乃為帝國延長的最後一步。主張將日本民法無差別全部實施在臺灣者，認為

<sup>69</sup> 林呈祿，前揭註58，頁25。

<sup>70</sup> 林呈祿，前揭註58，頁24-25。

<sup>71</sup> 林呈祿，前揭註57，頁24。

此舉不僅助於臺灣法的「文明化」，也有助於內臺同一<sup>72</sup>。例如，日本人評議員田村武七主張新領土（臺灣）人民在文明法制上並沒有比母國優越。此外，引進日本的長子繼承制度亦不過是「究極同化」的第一步，表徵著長子率領家族向國家忠誠之「忠君愛國精神」，是以無需加以排除適用<sup>73</sup>。臺灣人評議員黃欣則認為以日本民法計算親族的方式界定臺灣人的親屬關係並無不妥。一方面兩者間在實質上並無太大差異，另一方面臺灣人如果能同日本人一樣完全地受到日本法律的支配，才能把握住同化的機會，從而落實帝國的內地延長主義<sup>74</sup>。換句話說，在同樣接受「家庭法——民族」連結的前提下，當同化論者以實施日本家庭法作為終極同化的手段，林呈祿主張應保留特殊的臺灣家庭習慣時，則隱含著臺灣人乃屬於跟日本人有不同歷史的「民族」，或者有抗拒「（究極）同化」、保留臺灣人／漢族特殊性的隱藏動機。

那麼，什麼是臺灣人的特殊家庭法？在林呈祿對於臺灣的家庭法發表意見之前，京都大學法學教授岡松參太郎曾以舊慣調查事業的主持人身分，藉由總督府的行政資源對於臺灣的家庭法進行系統性的調查整理、研究出版，並且以此推動相關的舊慣立法（即，臺灣人事令）。姉齒松平法官也在任職臺灣的30年期間，立基於臺灣總督府法院決定以及個人見解，而完成了日治臺灣親屬繼承的重要著作。戴炎輝則以臺灣法學者身分，在1930年代後半進行對臺灣固有家族法進行系統性的研究，並對殖民地行政與司法機關的見解提出事實面與理論性的批判<sup>75</sup>。相對於前述3位法學者，具有法律人與

<sup>72</sup> 陳昭如（2002），〈創造性別平等，抑或與父權共謀？關於臺灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，《思與言》，40卷1期，頁204-205。

<sup>73</sup> 臺灣總督府評議會（編）（1921），《第貳回臺灣總督府評議會會議錄》，頁129-145、229-236，臺灣總督府評議會。

<sup>74</sup> 臺灣總督府評議會（編），前揭註73，頁176、178。

<sup>75</sup> 姉齒最著名的作品可參見姉齒松平（1994），《本島人のみに関する親族法並びに相続法大要》，南天書局。關於岡松參太郎與戴炎輝與臺灣家族舊慣的討論，則可參見曾文亮，前揭註49，頁237-239、244-245、253-254。然而，吳豪人指出，由於戴炎輝於戰前活躍的1930後半至40年代台灣民族運動已經瓦解，戴炎輝可說是「遲來的民族主義者」。吳豪人（2017），《殖民地的法學者：「現代」樂園

政治異議者雙重身份的林呈祿未曾對臺灣家庭習慣進行一手調查——他對臺灣家庭習慣的理解大致上立基於總督府對臺灣舊慣的知識建構。林呈祿也並未提出對於臺灣家庭法的完整論述，遑論主張以臺灣的家庭習慣為基礎而構建一個整體的臺灣的家庭法法典等特殊立法。他雖然氣勢磅礴地論說「獨特家庭法 vs 共通市場法」之二分理論，但他在實際在立法政策上並未提案全面性地拒絕日本家庭法，而毋寧是在接受日本家庭法的同時主張應保留一些特定的臺灣家庭習慣。

事實上，林呈祿對於臺灣家庭法的想法，主要在上述〈除外例〉與〈疑義〉這 2 篇回應總督府立法政策之社論被加以表述，而其問題設定也緊扣著當時總督府評議會的討論框架與議題。即，以日本親屬繼承編施行於臺灣為前提而討論哪些議題應該設置所謂的「除外例」。必須說明的是，林呈祿本身清楚認知到所謂的評議會不過只是「形式的御用評議機關」。評議會決議也不具拘束力<sup>76</sup>。然而，他仍然覺得應該要對主張將日本家庭法全體適用於臺灣人的「一兩位……臺灣人評議員」加以批判——林呈祿認為這些人抑或對於日本家庭法完全無知，抑或利慾薰心而迎合「官權」——並認為自身有義務真誠地從臺灣人立場表達對於家庭法改革的想法<sup>77</sup>。在這 2 篇游擊戰式的回應立法討論的文章中，林呈祿主要提出了臺灣家庭習慣與日本民法的一

---

的漫遊者群像》，頁xxxviii-xxxix、105-106，國立臺灣大學出版中心。

<sup>76</sup> 事實上，在1920年代的此次政策辯論中，不論是評議會決議，或者總督府政策，皆傾向在設置例外規定的情況下適用日本家庭法。然而，由於家庭法與一直懸而未決的帝國整體的殖民地定位問題的糾纏，日本家庭法最終在1920年代的此次民商法施行中仍舊整個被排除暫緩適用。包括林呈祿等人的反對全盤實施民商法的主張，對於這個政策轉向應該並未發生多大作用。關於日治臺灣家庭法與殖民統治政治之間的關係，參見Yun-Ru Chen, *Family Law and Politics in the Oriental Empire: Colonial Governance and its Discourses in Japan-Ruled Taiwan (1895-1945)*, 14 *Nat'l Taiwan U. L. Rev.* 1-51 (2019)。曾文亮，前揭註49，頁240、244-245、253-254。

<sup>77</sup> 林呈祿，前揭註58，頁22。另外，林呈祿在此雖未點名批判，然若對照總督府評議會會議紀錄，他此處所批判的應為當時的銀行家林熊徵以及與林呈祿一樣有明治大學法學士學位的日本實業家黃欣。臺灣總督府評議會（編）（1921），《第一回臺灣總督府評議會會議錄》，頁55-56、65，臺灣總督府評議會。

些不同之處，並或詳或簡地檢討在繼受日本法時，是否要為這些不同之處而設置除外規定。

## 二、繼受與創造性背離

林呈祿這 2 篇游擊戰式的回應雖然並未建構民族的家族法，亦對當時政府法律政策走向的影響應該也是相當有限，然而這 2 篇社論卻更清楚地顯現，林呈祿在繼受與運用「市場法——家庭法」、「普遍——特殊」與「先進——落後」等論述框架的同時，所進行的創造性的背離。

林呈祿首先提出應該要保留的乃是臺灣的諸子繼承制度。若說家庭法是日治民商法施行的討論核心，或者作為區隔「日本法 vs 臺灣法」乃至「日本人 vs 臺灣人」的最後堡壘，那麼繼承制度則可說是核心中之核心，堡壘中之堡壘。就算日本家庭法在此次 1920 年代民商法施行時最終被加以排除，之後在日治末年皇民化運動時期捲土重來之際，殖民地官僚與學者的提案中仍主張在施行日本家庭法的同時應保留臺灣的諸子繼承制度<sup>78</sup>。同時間在日本內地，繼承制度的改革也是涉及民族主義之高度政治爭議性議題。如前所述，當時日本的新民法典採取了二重的繼承制度。即，「家」的整體繼承與個人財產的繼承。家督 / 長子繼承是穗積八束認為日本「國體」的核心。個人財產的繼承乃是由所有繼承人共同繼承。家督繼承與遺產繼承 2 種制度之間的衝突，不只是明治維新以來日本家族法的內部矛盾，也是戰前日本法學界與社會大眾所周知之法律與政治爭議<sup>79</sup>。

<sup>78</sup> 關於家庭法作為抵抗殖民法律同化政策的堡壘，參見前述Chen, *supra* note 76. 關於家庭法在日治時期的「近代化 / 日本化」，參見曾文亮，前揭註56，頁125-174；針對日治繼承法與性別政治的關係，參見陳昭如（2008），〈法律東方主義陰影下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治〉，《台灣社會研究季刊》，72期，頁103-113。

<sup>79</sup> 家與家督繼承，要到日後二次大戰日本戰敗美國佔領期間，因與1947年強調個人主義、平等與自由民主制的新憲法抵觸而遭廢除。Petra Schmidt, *Civil Law, Family Law*, in HISTORY OF LAW IN JAPAN SINCE 1868 295-99 (Wilhelm Röhl. ed., 2005). 然而，部分被創造的家庭傳統仍延續著。例如日本現今的民法第750條規定夫妻須使用相同姓氏（實踐上絕大部分都是使用夫姓）。「選擇的夫妻別姓」的立法倡議，目前仍因保守人士認為有違「夫妻同姓」的日本傳統而停滯。然而，事實上在1870

在 1910 年代與 20 年代之間，當林呈祿在東京求學與投入議會設置運動之期間，廢除家督繼承的呼籲亦不絕如縷。日本內地對於家督繼承的批判，也成為臺灣保留諸子繼承制度的論述助力。例如，京都大學法學教授中島玉吉在 1922 年為文倡議修改家督繼承制，主張此制度並非與日本「國體」密切關聯之古法，而不過是足利或德川幕府等較為晚近的封建時期確立之特定時代歷史產物，也並不適合在明治維新、王政復古後廢除封建制度已經超過半世紀的日本社會。不論是基於兄弟之間的公平、女性作為女兒或者生存配偶 2 種地位提升，乃至歷經變化的現代國民思想，中島玉吉都認為不應再墨守成規而應加速修改家督繼承制<sup>80</sup>。林呈祿擔任主編的《臺灣青年》雜誌隨即主動接洽中島玉吉，並在其承諾後同年將此文翻譯、刊載，並清楚在文前附註說明當臺灣討論除外例之時，可作為參考<sup>81</sup>。

林呈祿本人並未對中島玉吉對家督繼承的改革提案照單全收。他在 1922-23 年主張的繼承平等並不包括男女間的平等，而是限縮在兄弟諸子間的平等<sup>82</sup>。林呈祿主要反對的，是以日本的長子繼承制度取代臺灣的諸子繼承制。他認為日本內地與臺灣雖然都重視家族制度，以家族為社會單位，然而對於家與宗的想法不同。臺灣的家與宗在概念上與實踐上是分離的。在家之外尚有宗之概念。臺灣漢人的宗嗣繼承是以嫡長子作為宗子而繼承，然而此「舊制度」廢棄後，現今則由諸子共同承繼祭祀與祭祀財產。臺灣人的家，

年之前，絕大部分的日本人是沒有姓氏的。近年來，雖然陸續有對於「夫妻同姓」的合憲性挑戰，但是日本最高法院大法庭在 2021 年仍判定為合憲。關於 2021 年日本最高法院的決定，可參見日本最高裁判所，[https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=90412](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=90412) (最後瀏覽日：10/27/2023)。

<sup>80</sup> 〈長子相續法改正論〉原刊於 1922 年《太陽》28 卷 1 號，後收於《親族相續法改造論》一書。見中島玉吉 (1927)，《親族相續法改造論》，頁 301-317，大鐘閣。

<sup>81</sup> 中島玉吉 (著)，林呈祿 (署名「記者」) (譯) (1922)，〈長子相續法改正論〉，《臺灣青年》，漢文之部，4 卷 2 號，頁 1-6。

<sup>82</sup> 相較於前述中島玉吉在批判長子繼承制時考慮到女兒以及作為生存配偶的寡婦繼承權，林呈祿在此並未對女性繼承權的不平等有所著墨。不過，女子平等繼承權的倡議在數年後便在《臺灣民報》(前身為《臺灣青年》) 與《臺灣新民報》(前身為《臺灣民報》) 等報章媒體上由其他新式知識分子陸續提出。關於日治時期女兒平等繼承權的呼籲，可參見陳昭如，前揭註 78，頁 108-109。

在世代承繼時會從一家分成數個家。相對之下，日本的宗則被吸收在家之中，故以家為重，由長子孫繼承<sup>83</sup>。

林呈祿一方面說明日本的「家」制度與中國古代的宗嗣繼承相似，但一方面也將兩者同樣定性為不符合平等與社會進化等現代思潮的舊制度：

……故父業之相續，從道義上、人情上、公平上觀之、現在之分頭相續制、最合**現代之思潮**、乃正當之制度也。即恰如內地之遺產相續，與家督相續者異。日本內地之家督相續者、乃受繼家業與受繼祭祀。不使父母先代之宗有斷、以單一體而承繼之、故自採長子相續制。**舊時支那法**之宗祀承繼，亦恰如日本內地之家督繼承制度。然諒因**社會進化**之結果、至近時此制度殆已不行、獨道遺產相續有尚行之概<sup>84</sup>。

值得一提的是，日治時期向來有「落後的臺灣習慣 vs 文明的日本法」的殖民論述。傾向施行日本民法者，不論是日本人或者臺灣人常常指出臺灣習慣的落後之處。相對之下日本法則有「文明化」的作用<sup>85</sup>。換言之，施行日本法不僅使臺灣與內地融合，也是作為殖民者的文明化任務的一環<sup>86</sup>。例如，早在 1903 年任職於總督府陸軍法官部的細谷五郎指出臺灣賣妻鬻子或典當妻妾習慣乃為紊亂公序良俗的人身買賣行為，並批判主張舊慣立法的岡松參太郎竟然承認這些習慣的效力<sup>87</sup>。在 1921 年總督府評議會中，身為臺灣人評議員的黃欣也痛陳目前還存在於臺灣所謂下層社會慣行的養媳與招

<sup>83</sup> 林呈祿，前揭註57，頁24。

<sup>84</sup> 林呈祿，前揭註57，頁25。句讀為原文。

<sup>85</sup> 關於殖民者的所謂「文明化」被殖民者的使命之論述，可參見陳韻如，前揭註1，頁16-17。

<sup>86</sup> 參見例如Chen, *supra* note 76, at 36-37; Chao-ju Chen, *Sim-pua under the Colonial Gaze: Gender, "Old Customs", and the Law in Taiwan under Japanese Imperialism*, in GENDER AND LAW IN THE JAPANESE IMPERIUM 202 (Susan L. Burns & Barbara J. Brooks eds., 2014).

<sup>87</sup> 細谷五郎（1903），〈岡松博士の台灣現時の法律に対して細谷氏の論難〉，《臺灣慣習記事》，3卷3號，頁52-53。

夫不僅是帝國「恥辱」也是「文明國法律」的一大缺陷<sup>88</sup>。當時的田健治郎總督則稱日本民法典所帶來給臺灣人的，事實上並非日本固有法而是西洋的文明法律。臺灣要像日本一樣，不應拘泥於既有的風俗習慣，而應順應世界文明之趨勢<sup>89</sup>。曾任總督府法院法官以及法務部民刑課長的長尾景德則語帶嘉許地聲言（原本落後的）臺灣由於「文化日益進化」，已與之前大不相同，所以適用與內地一樣的民法亦無妨<sup>90</sup>。

有趣的是，就連主張保留臺灣舊慣者，往往也同樣運用「文明的日本法 vs 落後的臺灣」的二元對立論述，但是強調兩者鑿枘不合。例如，臺灣人評議員辜顯榮與許延光都認為臺灣當時的文化或文明程度相較於內地過於低落，不宜貿然實施所謂「文明國」的日本民法<sup>91</sup>。

相對照之下，林呈祿在捍衛臺灣人諸子繼承之時，卻翻轉或拆解了「落後的臺灣 vs 文明的日本法」二元論。他主張臺灣的諸子繼承制度不僅符合道義人情，而且較日本家督繼承更先進、更符合（布瓦索納德所主張的法國式的）現代世界平等思潮。相反的，日本家督繼承則與古代中國制度類似，而且依照社會進化的理論，是將要被時代所淘汰的落後制度。

林呈祿並非以翻轉「日本=進步 vs 臺灣=落後」論述，來反對在臺灣實施家督繼承的唯一一人。例如，黃純青當時在《臺灣日日新報》上主張日本的「長子相續」可說是「逆世界之潮流」之「封建制度之遺物」。相對之下，臺灣的遺產均分制度乃是「適合世界之公例」<sup>92</sup>。甚至在評議會的討論中，日本人評議員津田毅一也認為「分頭相續」其實就比較法而言是比較優越的制度。不應把日本舊慣風俗獨有的家督繼承實施到新領土上<sup>93</sup>。如前所述，日本法學界當時的通說認為有身份繼承色彩的、家族制的家督繼承是演化的較低階段，而最高階段為具有個人色彩的財產繼承。從而林呈祿（以及

<sup>88</sup> 臺灣總督府評議會（編），前揭註77，頁66-67。

<sup>89</sup> 臺灣總督府評議會（編），前揭註77，頁55-56。

<sup>90</sup> 臺灣總督府評議會（編），前揭註77，頁54。

<sup>91</sup> 臺灣總督府評議會（編），前揭註73，頁145-148、181、87-188、194-196。

<sup>92</sup> 黃純青（06/23/1921），〈來稿 遺產相續宜設除外例〉，《臺灣日日新報》，5版。

<sup>93</sup> 臺灣總督府評議會（編），前揭註73，頁237-239。

黃純青與津田毅一）得以在論述臺日繼承制度的差異之時，運用法律進化論而將臺灣的諸子繼承放在某種演化進度表上較為「先進」的位置，並構造了「落後的日本家督繼承 vs 先進的臺灣諸子繼承」的新二元論。

另一個林呈祿花費相當篇章加以討論的，則是親屬總則編中關於親屬範圍與親等計算的規定。他在〈疑義〉一文抨擊所謂「少數一兩位臺灣人評議員」認為可將日本家庭法全面施行於臺灣的主張。林呈祿認為在個人主義尚未十分發達、家族制度尚存的所謂「東洋民族」中，繼承、扶養、監護、甚至刑責等法律問題，都受到親族關係界定的重要影響<sup>94</sup>。他強調如果是「歷史未發達」的「未開民族」固然另當別論，但是對於「文化相當發達的民族」而言，對於其親屬關係的界定，立法者僅有依照民族各自的歷史發達與傳統確信加以認定之權能，不應該自以為是地憑空想像並取代之。就臺灣而言，林呈祿從漢族中心的觀點描述臺灣除了 8 萬的所謂「生番人」以外，其餘 350 萬「臺灣人」乃是從中國福建與廣東等地移住的「漢族後裔」，是以臺灣親族組織並不只是現行制度，而是承繼了中國漢族的悠久制度。就立法而言，在古今世界中，將此種有數千年歷史的習慣強行加以取代的例子十分罕見。而這樣的施政也無法得到「法治」的成果<sup>95</sup>。

如前所述，林呈祿在抵抗日本家督繼承制時，強調臺灣諸子繼承的先進性，並將家督制度與古代中國的宗祀承繼連結，並作為落後的表徵。不過，他在抵抗明治民法典中對於親屬關係之界定時，則主張應維持存在於臺灣的傳統中國漢人親屬慣習。具體而言，他運用對臺灣舊慣的知識，以服制制度

<sup>94</sup> 林呈祿，前揭註58，頁22、34。關於傳統中國法中刑罰、親屬關係與家族主義之關聯，可參見瞿同祖（1984），《中國法律與中國社會》，頁33-52、136-142、149-155，里仁。

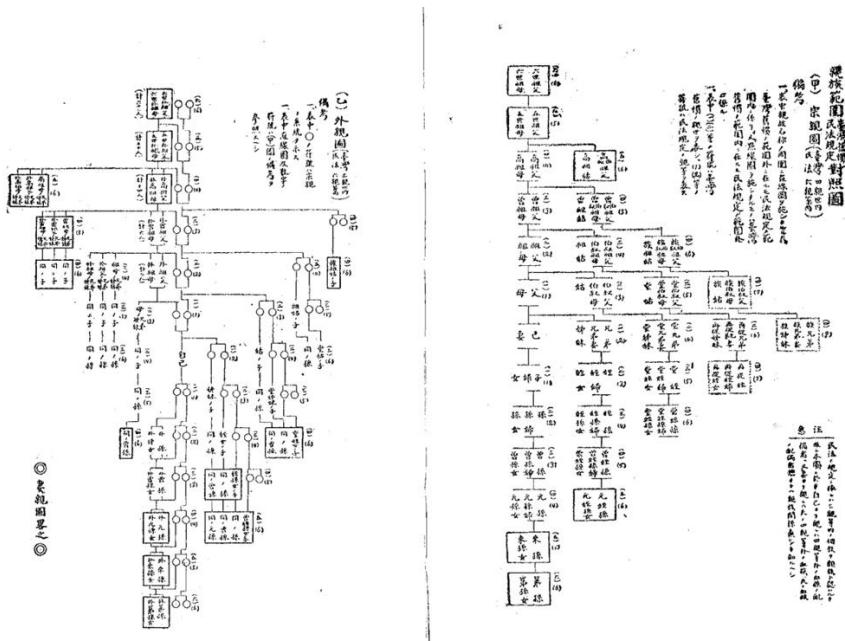
<sup>95</sup> 林呈祿，前揭註58，頁34。值得一提的是，林呈祿在批判日本同化政策時，常會強調居住在臺灣的漢民族乃為有悠久歷史與文化的民族，但在同時與原住民族加以切割，強調漢民族與所謂「無文化」而「原始」的「生番」不同。另外一個例子可參見林呈祿（1920），〈新時代に處する台灣青年の覺悟〉，《臺灣青年》，和文之部，1卷1號，頁29。相較之下，同時代的蔡培火則批判漢人對於原住民展現的漢人沙文主義。參見蔡培火（1920），〈我島と我等〉，《臺灣青年》，和文之部，1卷4號，頁15-22。

來說明此中國／臺灣與日本民法間對於親屬範圍界定與親屬間親疏遠近之種種不同。在論述中，服制制度可一路上溯到夏商周三代之儀禮，並在儒家手中而大成，之後一路延續而成為了法律制度。大清律例的卷首就有服制圖，並以喪服的有無與輕重決定刑責之有無輕重。相較於日本民法第 725 條不區分男女地直接將六親等血親與三親等姻親列入親屬範圍，服制圖乃以男性為中心，從而區分為最重要、更廣的父系同宗的「宗親」（父族四），乃至較不重要與較窄的母系「外親」（母族三）以及以丈夫為中心界定的「妻親」（妻族二）<sup>96</sup>。兩者的親等計算與親屬範圍，都有重疊與不同之處。例如，高祖父在 2 種制度下都屬於親屬。然而（1）自身與族伯叔父母（同高祖父）間與（2）妻子與丈夫的堂兄弟姊妹之間，這 2 種情況雖在中國／臺灣習慣中是親屬，但在日本民法則否。相反狀況則例如：外祖父的姐妹在中國／臺灣習慣中並非親屬，然而在日本民法為親屬。又例如，妻子的舅舅在中國／臺灣習慣非丈夫之親屬，然而在日本民法中為三親等之姻親<sup>97</sup>。

---

<sup>96</sup> 林呈祿，前揭註58，頁26-29。

<sup>97</sup> 林呈祿，前揭註58，頁26-29。

【圖二】親族範圍：臺灣舊慣——民法規定對照<sup>98</sup>（林呈祿繪製）

※ 資料來源：林呈祿（1922），〈民法の親族規定を台灣人に適用する法案の疑義〉，《臺灣青年》，和文之部，3卷6號，頁32-33。

林呈祿雖然清楚意識到這些中國／臺灣習慣中的親屬實際上是男女不平等的，然而卻選擇加以保留，而並未主張如同商法一樣可以、甚至應該「超前立法」。例如在討論「妻親」時，他解說到在「支那法系」中古來夫妻為「異體同身」。即，妻子的人格被吸附到丈夫身上<sup>99</sup>。妻入夫家後，妻子的親屬範圍與親疏就跟丈夫本人完全相同。然而，丈夫不但不入妻家，並且僅與妻的親屬中「二親世」以內者，發生親屬關係。林呈祿承認這樣區別實際上的確就是「重男輕女」的。然而，他主張這種數千年來的家族制度如果貿

<sup>98</sup> 林呈祿，前揭註58，頁32-33。

<sup>99</sup> 這樣的說法也是當時的日本東洋法（即中國法）學者所提出。相關概念的闡釋，可參見滋賀秀三（1967），《中國家族法の原理》，頁133-135，創文社。

然以國家法律加以修改，可以預見的結果是社會實踐上將會依然故我。相關的法律則將名存實亡。與其如此，不如在不妨礙「社會發達」的程度內適用原本的舊慣，而頂多將其補充並使其存續<sup>100</sup>。

總的來說，林呈祿對於臺灣親屬關係的界定採取全面保留的態度。最主要的理由乃在於所謂社會之實情以及人民的「確信」。如前所述，他認為人民對於習慣的「確信」並非一朝一夕可以改變。如果將日本民法適用於臺灣人身上，一來造成民心不安，二來原本的慣習會依然存在。如果一個貪婪的惡人以這種與長久習慣有出入的法律為後盾，並將相關爭議帶上法院，將使善意者敗訴，從而造成臺灣人民的迷惘不安。除了民眾的角度，林呈祿也試圖從統治者的立場以說服最終決定立法內容的總督府：這種非現實的親屬立法所造成意外結果將會損害政府威信，而終將有害於社會秩序、不利於殖民統治<sup>101</sup>。

不過，並非所有在臺灣存在的家庭相關習慣，林呈祿都支持加以保存。以妾為例，他認為是妾制度乃是一種違反「文明國」法律的制度。包括討論民法施行案的評議員們，也都「異口同聲」認為蓄妾不應被承認<sup>102</sup>。可以稍加說明的是，妾制度在日本的法律現代化過程也是一個爭議性的話題<sup>103</sup>。妾曾經可以在日本內地實施的戶籍制度中登記為丈夫的二等親，然而到了1883年之後則不再容許被登記為家庭成員<sup>104</sup>。1898年的新民法典則不承認妾<sup>105</sup>。否定妾制度的決定性因素是擔心西方各國可能會認為承認妾的民法典不能算是文明國的法典，並且以此為理由拒絕廢止在日本的領事裁判權<sup>106</sup>。上述背景或許是林呈祿訴諸「文明國」標準此一概念，而否定蓄妾的理由。

<sup>100</sup> 林呈祿，前揭註58，頁28。

<sup>101</sup> 林呈祿，前揭註58，頁34-35。

<sup>102</sup> 林呈祿，前揭註57，頁26。

<sup>103</sup> 大竹秀男（1977），《「家」と女性の歴史》，頁247-252，弘文堂。

<sup>104</sup> 大竹秀男，前揭註103，頁248、252-274。

<sup>105</sup> Schmidt, *supra* note 79, at 262-71.

<sup>106</sup> 大竹秀男，前揭註103，頁251。不過，明治民法典承認「事實上婚姻」，而妾制度則遁入其中。Schmidt, *supra* note 79, at 271-72.

最後，林呈祿簡要地就幾個議題表明立場。他認為日本的「婿養子」（即女婿同時是養子）制度，對於臺灣人而言猶如兄弟姊妹間的結婚，不僅不可思議，而且是不堪聞問的（「臺灣人聞之……掩耳」）<sup>107</sup>。此外，針對日本民法容許「同姓結婚」（夫妻同姓）以及二親等以外的旁系血親（例如堂兄弟姊妹）的結婚，林呈祿則認為前者是臺灣人難以接受的，而後者就優生學觀點乃屬對生理與精神有不良影響的「近親結婚」。至於日本不存在而臺灣獨有的習慣，林呈祿的立場則視具體制度而定。同屬於招贅的「招婿」（女兒迎婿）與「招夫」（寡婦迎後夫）被認為是一種「便利」的制度而應容許其存在。童養媳則不僅會產生各種流弊，也對於男女雙方是「強制結婚之極」，將來應該要廢止<sup>108</sup>。

為了臺灣家庭習慣辯護的林呈祿，承繼了本文前述「在地特殊家庭法——世界共通市場法」的架構或光譜，但在論述過程中進行了多重的選擇、轉換與重組。如本文在討論德國與日本的法典化論爭時所示，強調要守護在地或民族的家庭法特徵之論者，通常有保守或反動的傾向。19世紀前半德國對於法國拿破崙法典中離婚制度的拒斥，乃至日本自法典化論爭至二次大戰前對於家督繼承的支持，都是清楚例證。然而，林呈祿雖然運用了「在地特殊家庭法——世界共通市場法」的架構，但具有普遍色彩的「文明」或「進步」等論據的運用範圍，也不時超越了市場法領域，而被選擇性地用來拒斥具有「特殊」色彩的家庭法與習慣。雖然他主張基於安定性而保留重男輕女

<sup>107</sup> 關於日本民法典中的養子，參見J.E. De Becker, THE PRINCIPLES AND PRACTICE OF THE CIVIL CODE OF JAPAN: A COMPLETE THEORETICAL AND PRACTICAL EXPOSITION OF THE MOTIFS OF THE JAPANESE CIVIL CODE 539 (1921).與戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010），《親屬法》，頁372，自刊。值得附帶一提的是，近來根據對於臺灣招贅婚約的研究發現，清治臺灣招贅婚約實際態樣是更多元的，其中也存在一些岳父母收養招婿的女婿之約定。參見陳韻如（2023），〈客制婚姻：以283件台灣招贅婚書（1820-1945）之契約協商為中心〉，發表於：《2023中央研究院明清研究國際學術研討會（2023年12月13-15日）》。

<sup>108</sup> 林呈祿，前揭註57，頁26。就同姓結婚之禁止及其與傳統中國法內婚制的關係，參見瞿同祖，前揭註94，頁116-118；戴炎輝（1935），〈同姓不婚（一）〉，《法學協會雜誌》，53卷7號，頁119-126；戴炎輝（1935），〈同姓不婚（二）·完〉，《法學協會雜誌》，53卷8號，頁79-104。

的臺灣親族規定，但同時也以違反「文明國」標準、有違婚姻自由等論據而拒斥妾或者童養媳慣習。此外，在林呈祿的論述中，日本法並不等同於進步文明的表徵。不論被納入明治民法典的日本家庭習慣或臺灣家庭習慣，都可用所謂的文明標準加以檢視。甚至在關鍵的繼承與家制度議題中，林呈祿將臺灣家庭習慣的特殊性與具有普世性的「進步」與「平等」論述加以結合，據以反對「將被世界潮流淘汰」的「落後」日本家督制度。

## 肆、結語

本文以 1920 年代臺灣家庭法論爭為主要分析對象，並藉由上溯與連結十九世紀以來關於法典化以及法典施行的一系列辯論，試圖建構「家庭法——市場法」二分概念（即家庭法例外主義）的跨境系譜。不論是十九世紀前半德國、十九世紀後葉日本，乃至 1920 年代臺灣法典繼受的個別論爭，個別的法律人們都運用了家庭法例外論來構造其法律論述。薩維尼一方面主張法律的「科學性」，另一方面在反對法國民法典輸入時，高舉法律必需立基於民族精神（volksgeist）之大旗。在其強調科學普遍性的私法體系中，他將家庭法作為特殊法領域並強調家庭法與身分、道德乃至所謂民族精神的緊密連結。薩維尼對家庭法的「非契約」定性，呼應了他在政治上的保守立場，以及反對（兩願）離婚制度的主張。

曾留學德國的日本法學者穗積八束，則是運用薩維尼的「民族精神」觀念，強調「新傳統主義式（neo-traditionalist）」的日本家族國家意識，並反對以法國民法典為基礎的日本民法典草案中的平等主義與個人主義。相對的，支持拿破崙民法典模式的法國法學家布瓦索納德希望在立法結構上弱化親屬繼承規定在民法中的特殊性與例外性，並主張逐漸廢除家督繼承制度，以朝向更平等的家庭架構。最後是身為舊民法草案的溫和反對派而最終成為明治民法典起草者之一的穗積陳重。他一方面推崇德國法學的先進性與世界性，另一方面強調法律的民族性與地域性。穗積陳重讚揚身分法與財產法區分的德國私法體系，並稱布瓦索納德試圖淡化身分法特殊性的法國法體系已

嫌過時。他不無自豪地向西方聽眾們強調在短短數十年間「脫中入歐」日本法的先進性：不只離婚制度已被引入日本，且日本法典的夫妻分別財產制也已經進化到世界文明中夫妻財產制的最高境界。不過，在他所提出的法律演化光譜中，家庭法為保留較多固有元素，也較難同化於外國法的類型。親屬繼承兩編之所以獨立於財產法，理由之一也在於日本社會的重心仍在從「家庭」轉換為「個人」之中。針對日本民法典論爭中熱議的繼承制度，穗積陳重則強調日本法中雖然保留了長子／家督繼承，但也包含了繼承法在演化過程中最高階段的個人財產繼承。因此新民法典一方面具有「開明諸國法典」特性，一方面也兼具固有性，從而是最適合日本社會當前演化階段的立法。

身為臺灣第一代近代法律人的殖民地青年林呈祿，承繼了上述「在地特殊家庭法——世界共通市場法」的概念架構，但也在論述中進行了多重的調整與轉換。他在臺灣議會設置請願運動中所提出的「適合臺灣的特別立法」之想法呼應了薩維尼的「法律應奠基於民族精神」。而在反對日本民商法全盤輸入的論辯中，他呼籲應該儘早藉由日本法接軌「世界共通」的民商法，但是應該為「地方固有」、「民族各異」的家庭習慣設置除外規定。換言之，在殖民地自治運動以及反對法律同化的論辯交織中，臺灣的家庭法突然擔負起保存臺灣特殊性的使命。林呈祿不但透過殖民母國的法學教育而掌握西方法學思想與概念，也熟知日本在近代西方法化過程中的種種紛爭角力與衝突妥協。關於總督府評議會的先行研究指出，舊慣以抵抗被殖民者刻畫成進步象徵的日本法，但卻往往只能籠統地訴諸「民情」<sup>109</sup>。然而，林呈祿除了公平、民情、社會秩序與政府威信等一般性說法，並得以運用「在地特殊家庭法——世界共通市場法」這個近代法學中的專門論述來支持臺灣家庭習慣，並且反身凝視殖民者而以子之矛攻子之盾地迎面指出日本在吸收西方法的同時，也在家庭法保留所謂「大和民族固有之色彩」。在無論是殖民母國與殖民地都是討論核心的繼承議題上，林呈祿批判性地運用了法律進化論。在他的故事中，具有個人繼承色彩的臺灣諸子繼承佔據了繼承法演化中較為

<sup>109</sup> 曾文亮（2008），《日治時期台灣人家族法的殖民近代化與日本化：全新的舊慣》，頁199，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

「先進」的位置，「落後」的日本家督制度則終將被世界潮流所淘汰。換言之，林呈祿將臺灣家庭法的在地特殊性與普世的先進性加以連結重組，並翻轉與拆解了「落後的臺灣 vs 文明的日本法」之殖民者論述。

在這個延續與變異共存的系譜性的考察中，可以看到「家庭 vs 市場」、「本土例外 vs 世界共通」，乃至「落後 vs 先進」等一連串法律概念之繼受、重組與轉換。家庭法例外論雖然跨境流行，但絕非本質式的存在，而是具體歷史脈絡中的產物，並在超越邊境的政治意識形態角力中而或被試圖淡化，而或相反地結晶成為民族文化的堡壘而持續地被重新賦予不同的意義——家庭法而或與普世性法律科學之例外，而或與獨特民族道德緊密相連，甚至成為民族國家意識的核心體制。不過，個別民族的家庭法仍被基督教教義、個人主義、平等思想等西方價值理念，來評定其發展階段的高低。而日治時期的臺灣青年，也因此得以在適當時機時將臺灣的家庭慣習與西方價值結盟，遠交近攻地對抗所謂「東方殖民主義（oriental colonialism）」的日本法律同化<sup>110</sup>。

本文中作為行動者的法律人們，都是跨越法域邊界的比較法學者。不過，他們並非單純的承繼者，而是立基於個別脈絡、策略與信念，批判性運用既存法律概念的行動者。身處邊陲的臺灣法律人也不例外。100 年前的林呈祿曾言，臺灣應該是「構成世界一部份的臺灣」<sup>111</sup>。本文藉由將臺灣法律史作為全球法律史的一部分加以分析，試圖說明就算是身處於法律全球化邊陲的法律人，並非只能忠實虔誠地學習與複製來自中心的法律語言與具體內涵，而應進一步更有自主性地思考如何運用這些習得法律語言而自主行動。即便在牙牙學語的過程中，邊陲法律人仍可能在全球性的法律知識與在地需求兩

<sup>110</sup> Rwei-Ren Wu, *The Formosan Ideology: Oriental Colonialism and the Rise of Taiwanese Nationalism, 1895-1945* (2003) (unpublished Ph.D. dissertation). Chicago University.

<sup>111</sup> 林呈祿，前揭註95，頁39。「（吾等青年）……對於三百五十萬民眾組成的臺灣……不！應該是對於構成日本國的臺灣……不！應該是對於構成世界一部份的臺灣，在文化層面上加以啟發。這樣的工作，乃為自身對於社會，國家，以及世界的犧牲奉獻，服務精神的表現」（本文作者翻譯）

者中居間協調，在繼受、學習、傳遞的同時，立基於個別的目標，對於所習得的法律概念知識，進行創造性的背離與行動。

## 參考文獻

### 一、中文部分

中島玉吉（著），林呈祿（譯）（1922），〈長子相續法改正論〉，《臺灣青年》，漢文之部，4 卷 2 號，頁 1-6。

王泰升（2014），《台灣日治時期的法律改革》，修訂 2 版，聯經。

-----（2005），《台灣法的世紀變革》，元照。

王詩琅（1991），〈林呈祿先生訪談記錄〉，收於：黃富三、陳俐甫（編），《近現代臺灣口述歷史》，頁 21-70，林本源基金會。

吳俊瑩（2010），〈記一段林呈祿在戰後的「自述」〉，《臺灣與海洋亞洲研究部 落格》，載於：  
<https://tmantu.wordpress.com/2010/10/25/%E8%A8%98%E4%B8%80%E6%AE%B5%E6%9E%97%E5%91%88%E7%A5%BF%E5%9C%A8%E6%88%B0%E5%BE%8C%E7%9A%84%E3%80%8C%E8%87%AA%E8%BF%B0%E3%80%8D/>。

吳豪人（2017），《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》，國立臺灣大學出版中心。<https://doi.org/10.6327/NTUPRS-9789863502265>

林呈祿（1920），〈六三問題之沿革〉，《臺灣青年》，漢文之部，1 卷 5 號，頁 6-16。

-----（1920），〈六三問題之運命〉，《臺灣青年》，漢文之部，1 卷 5 號，頁 17-29。

-----（1921），〈施行民法商法宜置除外例〉，《臺灣青年》，漢文之部，3 卷 4 號，頁 21-26。

財團法人臺美文化交流基金會（策劃），盧兆麟（譯）（1993），〈【筆聲一氣·喇叭手】林呈祿〉，《島國顯影 第一輯》，頁 71-94，創意力文化事業有限公司。

- 高文琦（2021），〈論歷史主義與歷史法學〉，《比較法學研究》，3期，頁1-51。
- 陳昭如（2002），〈創造性別平等，抑或與父權共謀？關於臺灣法律近代西方法化的女性主義考察〉，《思與言》，40卷1期，頁183-248。
- （2008），〈法律東方主義陰影下的近代化：試論台灣繼承法史的性別政治〉，《台灣社會研究季刊》，72期，頁93-135。  
<https://doi.org/10.29816/TARQSS.200812.0003>
- （2022），〈客制婚姻：以283件台灣招贅婚書（1820-1945）之契約協商為中心〉，發表於：《2023 中央研究院明清研究國際學術研討會（2023年12月13-15日）》，中央研究院台灣史研究所（主辦），臺北。
- （2022），〈邊緣異常或無所不在？法律移植作為法社會研究概念工具〉，《政大法學論叢》，2022特刊期，頁1-54。  
<https://doi.org/10.53106/10239820202212S001001>
- 曾文亮（2008），《日治時期台灣人家族法的殖民近代化與日本化：全新的舊慣》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文（未出版），臺北。
- （2010），〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造（1898-1943）〉，《臺灣史研究》，17卷1期，頁125-174。
- 瞿同祖（1984），《中國法律與中國社會》，里仁。
- 黃頌顯（編譯）（2006），《林呈祿選集》，海峽學術出版。
- 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如（2010），《親屬法》，作者自版。
- 謝德錫（1987），〈臺灣新民報的總編輯：林呈祿〉，收於：張炎憲等（編），《臺灣近代名人誌 第一冊》，頁65-83，自立晚報。
- 謝錫德、蔡憲宗（1983），〈台灣前途的摸索與回顧：林呈祿與黃朝琴〉，《台灣文藝》，83期，頁153-174。

## 二、日文部分

- 人事興信所（編）（1928），《人事興信錄》，8版，人事興信所。

- 大竹秀男（1977），《「家」と女性の歴史》，弘文堂。
- 中島玉吉（1927），《親族相続法改造論》，大鎧閣。
- 加藤雅信等（編）（1999），《民法学說百年史：日本民法施行 100 年記念》，三省堂。
- 向井健（1976），〈ボアーソナードの身分法思想：その自然法論と相続法論〉，收於：福島正夫（編），《『家族・政策と法』七：近代日本の家族觀》，東京大學出版會。
- 志田鉢太郎（1995），《日本商法典の編纂と其改正》，新秀出版。
- 林呈祿（1920），〈六三問題の帰着点〉，《臺灣青年》，1 卷 5 期，和文之部，頁 24-41。
- （1920），〈新時代に處する臺灣青年の覺悟〉，《臺灣青年》，和文之部，1 卷 1 號，頁 29-40。
- （1922），〈民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義〉，《臺灣青年》，和文之部，3 卷 6 號，頁 21-35。
- 姉歯松平（1994），《本島人のみに関する親族法並びに相続法大要》，南天書局。
- 島田鉄吉（講述）（1904），《民法親族編講義》，明治大学出版部。
- （講述）（1919），《相続法》，明治大学出版部。
- 細谷五郎（1903），〈岡松博士の臺灣現時の法律に対して細谷氏の論難〉，《臺灣慣習記事》，3 卷 3 號，頁 48-53。
- 曾文亮（2019），〈日本統治期における台湾人家族法と殖民地統合問題〉，收於：松田利彦（編），《殖民地帝国日本における知と権力》，頁 235-260，思文閣。
- 滋賀秀三（1967），《中國家族法の原理》，創文社。
- 臺灣總督府評議會（編）（1921），《第壹回臺灣總督府評議會會議錄》，臺灣總督府評議會。
- （1921），《第貳回臺灣總督府評議會會議錄》，臺灣總督府評議會。
- 臺灣日日新報（07/23/1910），〈鰲頭獨占〉，5 版。

- (06/23/1921) , 黃純青, 〈來稿 遺產相續宜設除外例〉, 5 版。
- 穗積陳重 (1916) , 《法窗夜話》有斐閣。
- (1934) 《穗積陳重遺文集 第三冊》, 岩波書店。
- 穗積陳重 (著) , 磯野誠一 (翻刻) (1990) , 《相続法原理講義: 穗積陳重文庫 1》, 翻刻復刻版, 信山社。
- 蔡培火 (1920) , 〈我島と我等〉, 《臺灣青年》, 和文之部, 1 卷 4 號, 頁 15-22。
- 興南新聞社 (編) (1943) , 《臺灣人士鑑》, 興南新聞社。
- 戴炎輝 (1935) , 〈同姓不婚 (一)〉, 《法學協會雜誌》, 53 卷 7 號, 頁 119-126。
- (1935) , 〈同姓不婚 (二)・完〉, 《法學協會雜誌》, 53 卷 8 號, 頁 79-104。
- 鄭雪嶺 (鄭松筠) (1921) , 〈民商法施行に就て〉, 《臺灣青年》, 和文之部, 3 卷 4 號, 頁 19-26。

### 三、英文部分

- Becker, J. E. De (1921). *The principles and practice of the Civil Code of Japan: A Complete Theoretical and Practical Exposition of the Motifs of the Japanese Civil Code*. Butterworth & Co.; Kelly & Walsh, Ltd.
- Chen C. J. (2014). Sim-pua under the Colonial Gaze: Gender, "Old Customs", and the Law in Taiwan under Japanese Imperialism. In S. Burns & B. Brooks (Eds.), *Gender and Law in the Japanese Imperium* (pp. 189-218). University of Hawaii Press. <https://doi.org/10.1515/9780824839192-010>
- Chen, Y. R. (2013). *Emergence of Family Law in Japan-Colonized Taiwan (1895-1945): A Genealogical and Transnational Analysis* [Unpublished SJD Dissertation]. Harvard University.

- (2014). 'Rule of Law' as Anti-Colonial Discourse: Taiwanese Liberal Nationalists' Imagination of Nation and World under Japanese Colonialism. *Law Text Culture*, 18, 166-197.
- (2014). Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy. *Comparative Law Review*, 4(2), 1-34.
- (2019). Family Law and Politics in the Oriental Empire: Colonial Governance and its Discourses in Japan-Ruled Taiwan (1895-1945). *National Taiwan University Law Review*, 14(1), 1-51. <https://doi.org/10.3966/181263242019031401001>
- Fitzpatrick, P. (2001). *Modernism and the Grounds of Law*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511549601>
- Frank, R. (2005). Civil Law, General Provisions, In Röhl W. (Ed.), *History of law in Japan since 1868* (pp. 166-204). Brill. [https://doi.org/10.1163/9789047403579\\_005](https://doi.org/10.1163/9789047403579_005)
- Gale, S.G. (1982). A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School. *Stanford Journal of International Law*, 18, 123-146.
- Graziadei, M. (2019). Comparative Law, Transplants, and Receptions, In M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 442-473). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.14>
- Halley, J. & Rittich, K. (2010). Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism. *The American Journal of Comparative Law*, 58(4), 753-775. <https://doi.org/10.5131/ajcl.2010.0001>
- Hozumi, N. (1912). *Lectures on the New Japanese Civil Code: as Material for the Study of Comparative Jurisprudence* (2nd & Rev. ed.). Maruzen Kabushiki-Kaisha.

- Kennedy, D. (2006). Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000, In D. Trubek & A. Santos (Eds.), *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal* (pp.19-73). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511754425.002>
- (2010). Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought. *The American Journal of Comparative Law*, 58(4), 811-841. <https://doi.org/10.5131/ajcl.2010.0003>
- Minear, R. H. (1970). *Japanese Tradition and Western Law: Emperor, State, and Law in the Thought of Hozumi Yatsuka*. Harvard University Press.
- Olsen, F. E. (1983). The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform. *Harvard Law Review*, 96(7), 1497-1578. <https://doi.org/10.2307/1340916>
- Reimann, M. (1990). Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*, 31(4), 837-897.
- Savigny, F. C. von. (2002). *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (A. Hayward Trans.). Lawbook Exchange. (Original work published 1831)
- (1979). *System of the Modern Roman Law* (W. Holloway Trans.). Hyperion Press. (Original work published 1867)
- Schmidt, P. (2005). Civil Law, Family Law, In Röhl W. (Ed.), *History of law in Japan since 1868* (pp. 262-304). Brill. [https://doi.org/10.1163/9789047403579\\_005](https://doi.org/10.1163/9789047403579_005)
- Trubek, D. M. & Santos, A. (2006). Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice, In D. Trubek & A. Santos (Ed.), *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal* (pp.1-18). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511754425.001>

- Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. University of Georgia Press.
- Wieacker, F. (1995). *A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany* (T. Weir Trans.). Clarendon Press; Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198258612.001.0001>
- Wu, R.- R. (2003). *The Formosan Ideology: Oriental Colonialism and the Rise of Taiwanese Nationalism, 1895-1945* [Unpublished Ph.D. dissertation]. Chicago University.

## **Reception and Creative Deviation: A Global Legal-Historical Genealogical Study of Family Law Exceptionalism in Colonial Taiwan**

*Yun-Ru Chen* \*

### **Abstract**

In the broader context of global legal history, this article explores the discourses surrounding Family Law Exceptionalism in 1920s Taiwan during the period of Japanese rule. The starting point of this genealogical inquiry began in early 19th century Europe, where Savigny's private law system distinguished family law from other legal domains, with the former being contingent upon "status" and intricately tied to national characteristics. In contrast, the latter was grounded in individual autonomy and universal "science". True to his conservative stance, Savigny rejected the contentious divorce systems debated across Europe during that time. The next stage was the controversy over the Japanese Civil Code in the latter half of the 19th century. Nobusuke Hozumi championed the German private law system, which emphasized the differentiation between family law and property law. He asserted that the French legal model, which attempted to diminish the distinctiveness of status law, was outdated. In his lecture to the Western audience, Hozumi proudly extolled the progressiveness of the new Japanese family law that granted divorce rights to wives. Meanwhile, he acknowledged that the Japanese family retained a greater degree of national characteristics within the spectrum of "legal evolution," in contrast with more "cosmopolitan" legal areas in civil and commercial law. The Japanese inheritance system, which encompassed primogeniture, was described as possessing inherent qualities while simultaneously being progressive, making it well-suited for the

---

\* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.

E-mail: yunruchen02138@ntu.edu.tw; ychen@sjd.law.harvard.edu

current evolutionary stage of Japanese society. The last episode was set in 1920s Japan-colonized Taiwan. Lin Cheng-lu, a first-generation Taiwanese legal professional, took family law as the last bastion of defending Taiwan's uniqueness against legal assimilation. While advocating absorbing the "universally applicable" civil and commercial laws through Japanese law, he underscored the "local and national" characters in family customs. Amidst the fervent debates on inheritance systems, Lin "gazed back" at the colonizers and reversed the dichotomy of "advanced Japanese law – backward Taiwanese customs" asserted by the Japanese colonizers. He maneuvered the perspective of social evolution to criticize Japan's primogeniture system as similar to ancient China's ancestral inheritance and therefore destined to be eliminated by prevailing trends. Simultaneously, Lin emphasized the equality and progressiveness of Taiwan's inheritance customs, where each son has an equal share. In this genealogical exploration of the Family Law Exceptionalism, the specificity of family law is not an inherent existence but rather an artificial construction. Neither are legal professionals mere inheritors. Rather, grounded in specific contexts, strategies, and beliefs, they are autonomous actors engaging in the application, transformation, and even creative deviation from their predecessors.

**Keywords:** legal professionals, legal reception, legal globalization, legal genealogy, family law exceptionalism, global-universal vs local-unique, advanced vs backward, anti-colonial