

論台灣社會上習慣的國家法化*

王泰升**

〈摘要〉

台灣當今國家的法律對社會上習慣的規範態度，來自東亞從明治日本於進行法律現代化時，在制定法上即以歐陸式法律規範為主，故社會上的習慣除極少數被納入民法典之外，在國家法上僅能以習慣法以及事實上習慣等兩種身分存在。前揭規範態度及內涵後來傳入清末與民國中國，戰後再從中國回傳至原屬日本殖民地的台灣。習慣雖較難符合現代法所要求的明確性與可預測性，但在社會上仍可能指引人們的行為，故國家法應適度的接納習慣。台灣法學界之所以不關心習慣在國家法上的地位，相當程度是因不知這項議

* 1990年因在西雅圖華盛頓大學法學院唸書而發現台灣法律史研究之美妙時，即對此有初步的問題意識，尤其驚訝於1914年在日本統治下已有本於台灣習慣、參酌歐陸法系民法學所完成的台灣民法草案。很幸運的在20餘年後的2013年重回華大法學院，基於個人多年來與此議題相關的學術累積，運用此地豐富的關於日本、中國、台灣的法學藏書，直接針對習慣的國家法化這項主題進行論述，特別要感謝華大法學院東亞法中心長期的支持我從事學術研究。初稿曾請吳宗謀教授等研究同好過目，並獲得不少寶貴意見。2014年1月27日以「習慣與現代法：以台灣習慣的國家法化為例」為主題，在名城大學法學部舉辦的研討會上發表，感謝與會的谷口昭、松田惠美子等教授的提問及指教。2014年4月23日再發表於臺大基礎法學研究中心主辦的「第八屆基法論壇」，亦感謝與談人陳忠五教授以及與會學者們，惠賜卓見，增益拙文品質。同時也感謝臺大法學論叢匿名審查人的指教，讓全文有再為檢視及補充的機會。

**國立臺灣大學法律學院教授、國立臺灣大學講座教授、中央研究院臺灣史研究所與法律學研究所合聘研究員。E-mail: tswang@ntu.edu.tw。

• 投稿日：12/11/2013；接受刊登日：09/29/2014。

• 責任校對：曾子晴、劉晏如、王柏硯。

• DOI:10.6199/NTULJ.2015.44.01.01

題在台灣一百餘年來發展歷程，亦未深刻省思外來的國家及實證法與在地的社會及習慣之間應有的對話。

台灣在日治前期，國家法就台灣人的民商事項及台灣土地關係適用台灣人習慣法，而非日本現代民商法典，但該等習慣法係以歐陸法概念來詮釋台灣漢人社會中的習慣，並以現代的法理念或財產法制為一定的修正。惟無論如何，其展現出一種讓習慣與現代法兩者相容的規範模式。另一方面，日本政權在整個日治時期都不以現代法制統治高山族原住民族，故沒必要將原住民族的習慣詮釋為國家法上習慣法，然理蕃警察因不受限於現代法制通常僅就民事事項容認習慣，反而得以就高山族原住民包括民事、刑事、程序法等事項，均可參酌原住民族習慣而為個案裁斷。日治後期立基於日本國族主義的內地延長政策當道，故為實現「習慣立法」而擬訂的 1914 年台灣民法草案未被採行，日本的現代民商法典大舉施行於台灣，台灣人習慣法可適用的事項已退至僅涉及台灣人的親屬繼承事項及祭祀公業。日治後期的法院在認定台灣人身分事項習慣法時，已相當程度否定了某些源自漢人法律傳統的親屬繼承習慣，但所引進的現代法理念仍較 1914 年台灣民法草案為少，日本民法親屬繼承兩編則因與漢人繼承傳統嚴重衝突而未施行。當時的第一代台灣法律人對習慣的國家法化雖曾表示意見，但無法形成共識進而主導立法。

戰後來台的國民黨政權，基於中國國族主義而立即且全面的施行中華民國法制，包括原為中國所制定的現代民法典，並無特別關照台灣在地社會之習慣的立法。是以在民法上被認為係習慣法者僅祭祀公業派下權一例，被視為事實上習慣而當作是當事人法律行為或意思表示的一部份也只有幾例，但亦有如童養媳係以其他法律關係加以包裝後承認之。尤有甚者，司法實踐上從未見原住民族習慣被視為習慣法或事實上習慣。1990 年代民主化以後的台灣，來自在地社會的國會議員樂於將習慣規範納入法典 / 制定法之內，可謂習慣立法的再興；有民意基礎的立法機關更勇於排斥某些不合時宜的漢人法律傳統，但如祭祀公業派下權仍不敢全然顛覆傳統。且國家法終於「看見」了最弱勢的原住民族習慣，例如關於原住民姓名之排除民法之適用，或在刑罰法規上顧及其習慣而為例外性規定。於今原住民族有機會跳脫東亞從明治

日本以來、以現代法為單一價值來建構國族國家單一的法體系的模式，而擁有奠基於自己法律文化觀的法規範。且上述立足於台灣法律社會史所發現的經驗事實，可運用至對台灣現行法制的法制定（立法論）或法適用（司法論）上。

關鍵詞：習慣、舊慣、民法、財產法、身分法、漢族、原住民族、國族主義

◆ 目 次 ◆

壹、緒言：相關概念與議題

- 一、國家法所稱的習慣法與事實上習慣
- 二、作為社會規範的習慣
- 三、從法之追求正義而為提問

貳、為殖民統治而以現代法詞彙某程度接納習慣

- 一、在台灣的漢族習慣
- 二、原住民族習慣

參、基於日本國族主義而排斥習慣立法並壓抑習慣法

- 一、出自習慣立法的台灣政治共同體第一部民法草案
- 二、日本國族主義當道的日治後期台灣民事法制

肆、在中國國族主義下邊緣化台灣習慣

- 一、在台灣的漢族習慣
- 二、原住民族習慣

伍、台灣民主化後以立法規範及整頓習慣

- 一、財產法接納在地習慣與身分法告別法律傳統
- 二、原住民族習慣的國家法化
- 三、國家法應與社會中的法對話

陸、結論