



元照出版提供 請勿公開散布

# 邊緣異常或無所不在？ 法律移植作為法社會研究概念工具\*

陳韻如\*\*

## 要目

- |                  |                       |
|------------------|-----------------------|
| 壹、前言：從邊陲反身凝視     | 肆、作為「法律全球化」的法律移植      |
| 貳、作為「比較法」的法律移植   | 伍、戰後臺灣的移植研究           |
| 參、作為（後）殖民研究的法律移植 | 陸、結語：從邊緣視角重構研究<br>工具箱 |

DOI: 10.53106/102398202212S001001

\* 本文於撰寫之不同階段，曾發表於「2021法律與社會研究工作坊」（政大法學院基礎法學中心，2021年11月19日）與「法律與社會三大議題座談會」（政大法學院基礎法學中心，2022年6月7日），感謝諸多與會先進以及投稿過程中匿名審查人與編輯的寶貴建議與悉心指正。本文亦有賴臺灣大學法律學院碩士生曾維翎、呂嘉容、林子涵、楊佩璇與黃玥凱同學分別協助資料搜集與編輯校訂。唯文中錯漏之責，仍由作者自負。

\*\* 臺灣大學法律學院副教授，美國哈佛大學法學博士。

投稿日期：一一一年一月十八日；接受刊登日期：一一一年十月四日

責任校對：鍾淑婷

## 摘要

如果說法律是（或應該是）社會的反映，那麼存在社會的外來法律是否是種異常，或者僅存於非西方之所謂（半）邊緣（peripheral）社會之特殊狀況？如果說法律的跨境實為常態，且既有法與外來法的多元交雜乃無所不在，那我們如何正視與理解「本土社會中的外來法」？與此同時，以美國為主流之「法律與社會研究」中，移植議題亦屬邊緣。基於對這兩種邊緣性的反思，本文試圖更廣泛地以英語世界三個主要學術脈絡〔即，比較法方法、（後）殖民研究與法律全球化研究〕為起點，瞭解外來法與本地社會之間互斥、交雜或者共構等關係、機制與影響，並與戰後臺灣學界研究成果交互對照。本文一方面試圖建構一個初步的文獻地圖，另一方面則建議研究者在借鏡（移植）西方研究與理論的同時，從邊緣視角重構問題，乃至適合的概念方法之「工具箱」，循環往復地深化有本土關懷的法律與社會研究。

**關鍵詞：**法律移植、法律與社會、鏡像論、比較法、（後）殖民、全球化、法律多元、法律史、本土化、邊緣

## 壹、前言：從邊陲反身凝視

一九八〇年代，後來成為著名的法律社會學者與法哲學家 Brian Tamanaha，當時還是個剛從波士頓大學法學院取得JD學位的年輕律師。當他來到曾為美國託管地的密克羅尼西亞來為當地政府提供法律服務，卻遭遇到與原本所學相當不同的法律與社會情境——法律不是反映社會的鏡子，而是由美國移植而來的異化存在（alien presence）。不說英語的大部分人們對法律害怕不解而躲避。法律維護社會秩序的功能薄弱。相對的，固有法與習慣則是在維護社會秩序的主角，與國家法混雜並存。<sup>1</sup>

如果我們從美國這個戰後世界體系中心的視角出發，太平洋島國密克羅西尼亞身處邊緣，而其官方法的外來性或許可以看作是一種偏差異常，或者是非西方社會的少數或特殊現象。然而，事實可能恰恰相反。對臺灣或者其他非西方社會的讀者而言，當年的 Tamanaha 遭受的衝擊，或許毋寧是某個版本的「天真的美國人」的故事。在人口與地理上占世界大部分的（半）邊陲地區（(semi-) peripheral），法律乃從包括美國的西方中心而來的這件事，毋寧是種常識。而在西方社會中，不管是觀察久遠的歷史（例如日耳曼羅馬法）或者當前全球化的情境，法律的跨境／國也未嘗停歇。<sup>2</sup>就連知名美國法學者 Roscoe Pound（一八七九-一九六四）也曾言，「一個法律系統的歷史，可以說大致就是從別的法律系統借用法律素材並且加以消化吸收的歷史」。<sup>3</sup>基於這樣的認識，我們則可進

<sup>1</sup> BRIAN Z. TAMANAHA, *A GENERAL JURISPRUDENCE OF LAW AND SOCIETY* xi (2001).

<sup>2</sup> Michele Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in *OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW* 442, 463 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

<sup>3</sup> 原文為“History of a system of law is largely a history of borrowings of legal

元照出版提供 請勿公開散布

一步追問：如果法律移植事實上在各個社會無所不在，那我們該如何正視與理解「社會中的外來法」（alien laws in societies）？

有趣的是，雖然有不少法社會學者與後來Tamanaha一樣，開始關注法律的跨境（詳後述），但是當我們在「法律與社會研究」（law and society studies, LSS）的主流研究中尋找研究資源，可能很快會發現法律移植其實是相對邊緣的課題。以具有指標意義之學科領域「指南」（companion）或「手冊」（handbook）的收錄作品觀之，就筆者目力所限，尚未發現直接以法律移植為主題的作品。與法律移植相關的討論，首先是包含在偶而得見的「法律多元主義」或者「（後）殖民法」的主題之中。<sup>4</sup>此外，面對全球化的風潮，相關的學科指南手冊也逐漸納入了一些與法律全球化相關的主題，而與法律移植有所交集（詳後述）。究竟法律移植在美國LSS的邊緣性只是反映美國法的實際（即，移植的因素在美國法中並不重要），還是複製了「美國法例外主義」（American Law Exceptionalism）的迷思，是個值得討論的問題。<sup>5</sup>不過對於關心法

---

materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law.” ROSCOE POUND, *THE FORMATIVE ERA OF AMERICAN LAW* 94 (1938).

4 不過，1970年代以後歐美學界中的「新法律多元主義」（new legal pluralism）之研究方向，已經不限於移植的情境，而包含關注國家法以外，國家的社會團體（例如社區、工會、甚至家庭）所構造的法律秩序。例如，Roger Cotterrell編輯的《Law and Society》（1994）一書，雖然有單篇作品論集「法律多元」，但是與法律移植無涉。參見ROGER COTTERRELL ED., *LAW AND SOCIETY* (1994). 關於「法律多元主義」的發展，參見Sally Engle Merry, *Legal Pluralism*, 22(5) *LAW & SOC'Y REV.* 869 (1988).

5 事實上，美國的比較法學界也認為包括美國在內的每一個法律系統，都有外來的成分。參見RUDOLF B. SCHLESINGER, HANS W. BAADE, MIRJAN R. DAMASKA & PETER E. HERZOG, *COMPARATIVE LAW: CASES-TEXT-MATERIALS* 13 (5th ed. 1988). 而Duncan Kennedy也批判美國法律史主流的「美國法例外主義」，特別是將美國法律思想的發展孤立於世界脈絡之外。Karl Klare, *The Politics of Duncan*

律與社會關係的我們而言，重點在於要避免將以美國法為主流的LSS議題清單預設為具有普遍性，並且要意識到其限制。

基於對前述兩個邊緣性（即「台灣的邊緣性」與「移植議題於LSS的邊緣性」）的反思，本文試圖超越美國LSS主流研究之範圍而梳理英語世界討論法律移植相關的三個主要研究脈絡：一、作為「比較法」的法律移植；二、（後）殖民研究；三、法律全球化研究，特別是檢討其與「法律與社會」取徑之關係，並與臺灣學界對於法律移植之研究成果交互對照，以作為未來研究者探尋研究進路的文獻地圖。<sup>6</sup>所思考的問題包括：法律的移植是否可能，而或僅是淮橘為枳的鏡花水月？對於在地社會來說，外來法是種非常態的侵入異物，還是推動法律改革的重要資源？是否有某些法律領域（例如常常被認為與所謂「國情」或文化格外有關聯的家庭法）特別不適合進行法律移植？法律知識的跨境代表著人類思想結晶的共享，還是強勢文化的侵入？在殖民架構下，西方法制以各種直接間接方式移入，是否也提供了被殖民者行動的可能性？在帝國消逝的後殖民與全球化的年代，持續進行的法律移植（更直白地說為從西方中心向非西方邊陲的單向輸出），如何複製與更新原本的不平等關係？法律移植如何創造法律多元情境？在地社會又如何面對全球法、國家法、地方法的多重規範？在引介英語世界的發展後，最後回歸本文的思考原點臺灣，並提出本土研究者的回應與反思，以作為未來進路之參考。

必須說明的是，這樣的地圖不可避免地有主觀成分。上述脈絡

---

*Kennedy's Critique*, 22 CARDOZO L. REV. 1073, footnote 2 (2001).

<sup>6</sup> 囿於筆者能力與篇幅的限制，本文就臺灣以外之移植研究發展脈絡，以英語世界相關研究為主，而有其侷限。其他例如歐陸、日本或其他語言所進行的移植研究之研究，尚待更多討論。

以及更加細部的分類往往只是為了分析上的方便而設，不僅彼此有所重疊交織，被分類在某一脈絡加以討論的研究者或者議題事實上經常跨越上述分類。限於篇幅，許多研究作品難以放在其自身關懷脈絡加以分析，而只能依照本文的關懷簡要地介紹。就相關用語方面，用以指涉法律的跨境移動「移植」(transplant)常被使用。不過也有不少研究者認為「移植」的比喻有誤導之嫌，而使用「擴散」(diffusion)、「移轉」(transfer)、「法律模型的循環」(circulation of legal model)等。「繼受」(reception)不只在討論羅馬法擴散時常被使用，在臺灣法學界也是慣用之詞。<sup>7</sup>為顧及研究脈絡與可讀性，本文將交替使用相關用語。最後，本文雖然以「移植」作為文章標題，但僅作為討論本文議題的簡潔用法，而並未暗示法律的移動乃是一次性等意涵。

## 貳、作為「比較法」的法律移植

一九七〇年，國際比較法學學會首度在其大會中將「全球的外國法繼受」作為大會的場次主題之一。這標舉了「作為比較法的法律移植」的研究趨勢與方法的正式展開。<sup>8</sup>四年後Alan Watson的《法律移植：一個比較法的取徑》(Legal Transplants: An Approach to Comparative Law)(一九七四)也旗幟鮮明地提倡比較法的新方向：比較法不應僅只是對於外國法的研究，而是要去理解各種法律系統彼此之間的所謂的「歷史關係」(即，一個法律系統的發展實際上如何源於或者受到其他法律系統的影響)。換言之，比較法的

<sup>7</sup> Graziadei, *supra* note 2, at 443-44.

<sup>8</sup> 不過必須說明的是，事實上在此之前已有一些類似主張的先行研究。Graziadei, *supra* note 2, at 442.

研究應該以法律移植作為重心。<sup>9</sup>不過，超越比較法研究之外，Watson的另一個主張更加引人注目——他主張（至少在西方社會）法律系統的發展，大致上可以透過法律移植來理解（詳後述）。這種社會、經濟等外部脈絡的法律「自主論」（*autonomous theory*）不僅與十八世紀中葉以降的先前學者主張相悖，也在後續受到諸如Pierre Legrand等人的挑戰（詳後述）。

在Watson之前，十八世紀中葉以降的許多法哲學、法社會學與法律史學者都認為法律應該反映特定社會或民族的文化與道德。孟德斯鳩的《論法的精神》（一七四八）主張法律的發展與外國法的繼受無涉，而僅與在地的包括地理、社會、經濟與文化等環境因素有關。<sup>10</sup>薩維尼在一八一四年反對拿破崙法典繼受時高喊「民族精神」（*Volksgeist*）口號，強調法律與民族的「有機連結」。<sup>11</sup>塗爾

<sup>9</sup> Watson有時似乎強力主張比較法研究「就是」在進行法律移植與借用的研究。參見SCHLESINGER, BAADE, DAMASKA & HERZOG, *supra* note 5, at 13. 不過，Watson有時則是較為保留地主張比較法應該要「主要」進行法律移植的研究。本文採取弱版本的主張。不管如何，Watson強調在現階段單純對於外國法的知識在實踐跟學術方面都是很有價值的。例如，對於要解決自身法律體系問題而搜尋更好的法律的改革者而言，外國法可以提供一些不同的解法。而就學術層次而言，例如法學者可以藉由外國法的類似的狀況，來印證本身對於自身體系發展的主張。ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* 7-9 (2d ed. 1993).

<sup>10</sup> 英文譯本可參考CHARLES DE SECONDAT MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF LAWS* (Thomas Nugent trans., 1899).

<sup>11</sup> 英文譯本可參考FREDERICK CHARLES VON SAVIGNY, *OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE* 177 (Abraham Hayward trans., 1831). 值得一提的是，薩維尼雖然主張法律須立基於個別的民族精神而反對繼受具有普世平等特色的法國民法典（即，拿破崙法典），但他同時卻主張引入具有「科學」與普遍性的（現代）羅馬法法律體系。關於薩維尼的兩面性，英文文獻可見Duncan Kennedy, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and Its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, 58 AM. J. COMP. L. 811 (2010). 中

幹則直接主張法律是社會的指標（index）或者鏡子。<sup>12</sup>上述這類強調法律與外部社會的種種因素之間關係的各種主張，有時被用「鏡像論」（mirror theory）加以統稱。即，法律映照（mirror）了所處之特定社會。<sup>13</sup>相對於此，二十世紀的法律史學者Watson認為法律有一定的自主性，而非僅只是社會權力關係、經濟生產、意識形態等外在脈絡的反映。前述鏡像論的說法，對於長期研究歐洲法律史的Watson而言，或許只是理論家缺乏根據而一廂情願式地誇誇其談。他指出法律發展中最豐富的來源乃是外國法的繼受。西方私法中的變革，主要乃是對於具體規則或者法律系統的「借用」。<sup>14</sup>

此外，儘管具體情況中可能有種種反對移植的力量，Watson認為大體說來法律移植就算是在時空脈絡迥異的法律系統間，也是不難發生的。就地理空間而言，許多社會中的法律規則並非為該特定社會所設計而是源自於另一個社會。然而，這並不妨礙這些規則的運作。從法律史的考察亦可知法律有存在的慣性或惰性。雖然社會的經濟政治等環境在數百或數千年後已經劇烈變化，同樣的私法原則往往繼續運作。對於Watson而言，羅馬法就是最好的例證。由於大規模法律系統跨域的借用與運作乃是司空見慣的，Watson直言法律很難說是如薩維尼所說的植基於特定「民族的精神」，或者有類似經濟學有「看不見的手」那樣的某種機制，映照出特定社會

---

文文獻則可見陳韻如，繼受與創造性背離：全球法律史架構下的1920s台灣家庭法論爭，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，中央研究院台灣史研究所，頁4-5，2022年7月。

<sup>12</sup> EMILE DURKHEIM, *THE DIVISION OF LABOUR IN SOCIETY* (W. D. Halls trans., 1984).

<sup>13</sup> TAMANAHA, *supra* note 1, at 1-3; William Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, 43 AM. J. COMP. L. 489, 491-96 (1995).

<sup>14</sup> WATSON, *supra* note 9, at 95; SCHLESINGER, BAADE, DAMASKA & HERZOG, *supra* note 5, at 10.



狀況。<sup>15</sup>

必須釐清的是，與其說Watson全面性地主張法律與社會完全沒有關聯，毋寧說他最終想要強調的是：法律有一定的自主性，而法律與社會之間的關係並非真如「鏡像」那樣的直接反射關係。<sup>16</sup>事實上，Watson將自身研究設定為探求法律與社會關係的理論，並認為自身對於比較法研究（對他來說也等同於移植研究）的目標為瞭解以下兩者之間關係：一方為法律制度；另一方則為法律所運作的社會。<sup>17</sup>至於法律的自主性的來源，為法律菁英之內部「文化」或習性。Watson認為，作為法律的解釋、守護、與發展者，法律人的「文化」為依法論法、把法律當作自身的目的，傾向借用具有聲望的特定外國法之規則，而鮮少向社會探究。<sup>18</sup>不管是立法者、法官或者法學者，這些廣義的造法者（law-makers）事實上都會在無形中受到法律專業人員內部文化的影響，而其中很重要的一部分就是對於法律移植的實踐（包括贊成或反對移植乃至於對於移植來源母國的選擇）。最終，Watson認為在要建構任何法律與社會的理論之

<sup>15</sup> WATSON, *supra* note 9, at 95-97, 107-08.

<sup>16</sup> Watson著作豐富而其中對於「法律—社會」關係的主張有若干不一致之處。他有時主張法律與社會的強烈隔絕。例如，普通法與大陸法系中對於法律的不同觀點與方法，乃是「純粹法律史」（pure legal history）的法律內部發展結果，在理解這些發展時無須參照外部的社會政治與經濟因素。不過，若就著作的整體言之，Watson對於法律與社會的隔絕命題並非全面性的。同樣的，Watson對於鏡像論的反對也有強弱不等的立場。本文同意也採取William Ewald對於Watson理論的重構與詮釋——William Ewald認為Watson自我定位為法律相對自主性論者從而所反對者為「強鏡像論」（即，法律「僅為」社會的反應）。參見Ewald, *supra* note 13, at 491-95, 500-01.

<sup>17</sup> Watson從而認為，對於法律發展的歷史性研究中對於法律模式與分歧的考察，則最能顯示特定社會的關注（social concern）所在以及法律對此如何反應。

WATSON, *supra* note 9, at 107.

<sup>18</sup> Ewald, *supra* note 13, at 499; ALAN WATSON, *EVOLUTION OF LAW* 118-19 (1985).

前，都必須將法律菁英的文化納入考慮。<sup>19</sup>

對於後續的Pierre Legrand與Gunther Teubner而言，法律移植則似乎注定是淮橘為枳的旅行——法律概念思想在跨境時必然改變，甚至是劣化。法國比較法學者Legrand反對Watson的「法律移植等同於法律變革（legal-change-as-legal-transplants）」命題。不過，這個反對並非基於對於前述法鏡像論的支持，而是更根本地認為法律移植本身是不可能的。對於重視文化脈絡的Legrand而言，Watson的錯誤在於過於機械而表面地將法律認定「僅只是對於命題的陳述（bare-propositional-statements）」。<sup>20</sup> Legrand認為法律的內容與意義只有在特定的歷史、文化與認識論脈絡才能被給定。由於法律無法穿越到另一個時空而不改其內容，討論法律的「移植」是沒有意義的。除此之外，他也批評Watson的論述忽略文化差異性而支持新自由主義下的普遍主義，並且缺乏對保守現狀的批判。<sup>20</sup>

受到盧曼系統論影響的德國法社會學家Teubner，則認為以「移植」來描述法律的跨境有誤導之嫌。此比喻容易讓人將此過程想像成一個具體的物件而或被拒斥，而或被接納的情境。然而實際上的運作機制或許以（令人煩惱不快的）「法律刺激物（legal irritant）的導入」來形容較為貼切。外國法就像是外來刺激物，將造成新環境中的各系統重構或甚至產生未預期的變革。就算這些刺激物表面上維持不變，實際上也已經在重構後的異脈絡中被重新定義而變化。在這個意義上，或許可以說Teubner回到了Legrand的文化脈絡論。就Teubner所具體面對的歐盟整合議題而言，他反對新自由主義式的法律趨同論〔即，工業化國家在類似的社會經濟結構

<sup>19</sup> WATSON, *supra* note 9, at 108.

<sup>20</sup> Pierre Legrand, *What 'Legal Transplants'?*, in ADAPTING LEGAL CULTURES 55, 55-70 (David Nelken & Johannes Feest eds., 2001).

下，藉由法律移植帶來法律的「聚合趨同」(convergence)]。Teubner認為導入法律刺激物後，將產生動態共同演化過程，並在新平衡點產生不同的法律。從而一般所謂的「移植」其實並不會造成歐洲法的聚合，而將導致更多的分裂。<sup>21</sup>

其他學者則採取較為折衷或修正的立場，而多認為特定法律與社會的連結，乃至個別法制移入的困難應視具體情況類型而異。例如，比較法學者Otto Kahn-Freund認為法律移植是可能的，不過並不像Watson所說的那樣容易成功。他認為法律的移轉有可能是類似有機體的器官移植而有拒斥失敗的風險，也可能是類似機械體的零件替換而相對容易。現實世界的法律移植，則座落在以前述為兩極的光譜間某處。Kahn-Freund認為孟德斯鳩對於法律移植的清單中的地理、氣候、經濟、社會、文化差別在現代社會已日漸式微。相對之下，經濟、文化、宗教或慈善等具有政治力量的組織團體(organized group)卻可說是今日社會中最「有機」的因素。若法律移植牽涉組織利益分配時，這些團體的態度至關緊要。最後，Kahn-Freund提醒當以引進外國法作為法律改革的工具時，所應具備的知識不只是外國法本身，而也需要該外國法的社會與政治脈絡，否則不只會遭遇抗拒或甚至失敗，也是一種比較法的「誤用」(abuse)。<sup>22</sup>

前述深受系統論影響的Teubner，則認為特定法律並非與社會的整體連結，而是選擇性地與社會系統中多元碎片之部分有著或緊或寬鬆的配對。他對於移植的認識建立在他對社會的認識上。即，社會並非整體，更非薩維尼所稱之有機神祕聚合體，而毋寧是後現

<sup>21</sup> Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies*, 61 MOD. L. REV. 11 (1998).

<sup>22</sup> Otto Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 MOD. L. REV. 1 (1974).

代式的多元、離散而鬆散組合的碎片。配對的緊鬆不等，也造成對於新制度移入的抵抗強弱、難易有別。值得一提的是，Teubner的「緊—鬆」連結的說法，似乎與前述Kahn-Freud主張之「有機—機械」光譜相呼應。不過，就算在所謂的「鬆」連結而易於引入新法律制度的情形，他也難以認同Kahn-Freud置換機械零件的比喻。最後，Teubner認為Watson等人所謂的法律自主性，與其說是由來於法律系統的獨立性，不如說是法律系統與社會系統中的特定言說有緊密相互連結的表現。<sup>23</sup>

倡導「法律與社群取徑」的法社會學家Roger Cotterrell則提出四種類型的社群（community）（即，「工具型」、「傳統型」、「基於信仰型」以及「情感型」）概念，以作為在具體社會脈絡下檢視法律移植的框架。Cotterrell反對Watson所提出的「內在（法律）vs. 外在（社會）」的二分框架——Cotterrell認為法律本身也是社會的一個面向，而Watson所謂的法律人「內部」過程或者「內部」文化其實也是整體社會與文化的一部分。然而，他指出Watson以法律人社群作為移植的重要場域亦有其洞見——這顯示社群可以作為一個法律的場域（location）。如前所述，Watson認為法律菁英傾向於維護法律傳統而抵抗外在改變壓力，有自身決定改革優劣的標準，喜歡淡化法律的變革而將其詮釋為連續性的成長，並且以法律移植或者對既有法進行類比的方式主導法律的發展。Cotterrell一方面認為Watson上述對於法律專業社群的描述可以進一步進行實證性的檢驗，另一方面嘗試將社群的概念延伸。除了法律人社群以外，也存在一樣受到共同利益或傳統影響的其他社群，且這些社群

<sup>23</sup> Teubner, *supra* note 21, at 17-19; 關於Teubner立論與系統論的影響，可參見張嘉尹，系統理論對於法全球化的考察，載：2008法律思想與社會變遷，頁85-139，2008年12月。

也是法律試圖進入或者轉變的場域，從而提出上述四種類型化的社群。**Cotterrell**認為關於法律的衝突，常常是不同社群間或者社會群體間之衝突。在這樣的框架下，前述**Watson**所稱之法律「自主性」（即，法律的變革往往是獨立於外在社會的法律菁英內部經由訴諸比較法而進行），被理解為某個特定的社會條件狀況下可能出現的現象。而在其他不同的社會條件下，其他群體或利益也有可能更被強調。<sup>24</sup>

值得注意的是，長久以來與家庭相關的法律（例如婚姻與繼承等）在法學界長久以來被定性為與民族文化相關，而是不適合或難以移植的法領域類型。例如，前述提出「民族精神」口號的薩維尼，在其巨著《現代羅馬法體系》中主張相較於其他私法領域，家庭法與民族的特性有更深的聯結。這種家庭法在移植上的特殊論被廣泛接受。本文在前言所述一九二〇年代的臺灣法律人反對全盤地施行日本身分法時，也提出了相當流行的「世界共通市場法—各民族不同家庭法」二分法學論述。<sup>25</sup>此亦為家庭法移植特殊論的展現。

然而，上述提出**Kahn-Freund**等比較法與法社會學者，卻從實證角度對於文化本質式的家庭法移植特殊論提出挑戰。**Kahn-Freund**稱家庭領域雖然常常被認為與文化傳統鑲嵌而難以移植的，但家庭法的改革方案事實上在世界上相當程度的自由流動與被採納。例如，在其論述的一九七〇年代，無過失離婚已被歐美國家廣泛採納。此外，愛爾蘭與義大利等國對於離婚法改革的拒斥或延

<sup>24</sup> Roger Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, in *LAW, CULTURE AND SOCIETY: LEGAL IDEAS IN THE MIRROR OF SOCIAL THEORY* 109 (Roger Cotterrell ed., 2006).

<sup>25</sup> 參見陳韻如，同註11

宕，反映的其實是天主教會在這些國家的政治權力。至於非西方亞非國家的確在家庭法上對於西方法的採納較為保留，然而亦開始鬆動。<sup>26</sup>經過了半世紀，Kahn-Freund的觀察在當代諸如同性婚姻的家庭法改革與阻礙議題上，仍深具啟發。Cotterrell則指出每一個社群都有可能是法律變革之可能場域，也都可能以不同方式促進或阻礙法律移植。牽涉家庭親密團體的「情感型社群」的法律往往因為當事人不願訴諸法律而難以有效運作。然而在土耳其引進西方婚姻法之例中，法律移植成功的原因在於原本習於締結習俗婚的人們發現到：只有依照西化的國家法正式結婚才可以獲得社會福利。<sup>27</sup>換言之，在比較法的實證上家庭法的移植並不必然比其他例如土地商業法等領域的移植更加困難。而家庭法的移植過程的難易成敗，就像其他法領域的移植一般，與其驟然以本質論式的文化論加以解釋，不如先從具體政治權力部署以及制度設計的角度探究。

### 參、作為（後）殖民研究的法律移植

前述對於法律移植的研究，多集中西方社會內部跨國的法律繼承。歐美研究者對於西方法如何進入並影響非西方社會的研究，則肇始於殖民研究的脈絡之中。殖民帝國以及法律移植雖早於十六世紀，但是歐美法藉由殖民體制對於包含拉丁美洲、亞洲、非洲與大洋洲的輸出，則在十六世紀到二十世紀達到了頂峰，並結合了在地既有的法律與習慣，不但成為殖民時期的法律制度，也在後殖民時期繼續形構全球的法律秩序。<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Kahn-Freund, *supra* note 22, at 13-17.

<sup>27</sup> Cotterrell, *supra* note 24.

<sup>28</sup> Merry, *supra* note 4, at 869-70; Sally E. Merry, *Colonial and Postcolonial Law*, in *THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY* 569, 569-70 (Austin Sarat ed.,

複數法律秩序的並存，是（後）殖民的法律研究的重要課題。二十世紀初以人類學家為主的西方學者來到了所謂「未受文明污染」的非西方社會，試圖探求所謂「原始」社會如何仰賴固有的法律與習慣等以解決紛爭並進行社會控制，卻發現其實西方法已進入當地社會。例如，十九世紀後期到二十世紀的新帝國主義（*new imperialism*）時期所引進殖民地的法律是在西方工業革命後的資本主義發展過程所形塑，其規範實質內容和程序與當時的亞非殖民地的經濟與社會狀態中原本存在的法秩序有相當落差，卻共同地影響著殖民地人們的生活。這種西方法與當地既有的法律或者習慣等規範，共存、衝突、或甚至混合而產生了複數的法律秩序與機構的狀況，被稱為「法律多元主義」。<sup>29</sup>M. B. Hooker於一九七六年出版的《*Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*》，為研究殖民的法律多元主義之代表性的作品之一。作為比較法學者以及東南亞法（馬來西亞法）專家，Hooker對於殖民地法

---

2004).

<sup>29</sup> 附帶說明的是，作為現象的「法律多元主義」並不是法律移植或者（後）殖民法中特有的現象。如前所述，1970年代以後歐美學界中的「新法律多元主義」（*new legal pluralism*）之研究方向，對於「複數法律多元共存」現象的研究，已經不限於「殖民者—被殖民者」之間的關係，也不限於移植的情境，而是關注國家法以外，國家的社會團體（例如社區、工會、甚至家庭）所構造的法律秩序。此外，由於每個社會原本的法律並非真空狀態，而存有一種甚至多種的法律文明，是以當有新的法律移入，幾乎都有不同法秩序或文化共存的現象，而不限於殖民的情境。例如，中世紀歐洲各地對於羅馬法的繼受中，羅馬法常常是與教會法、封建領主法、商業行會與習慣法等共存。Graziadei, *supra* note 2, at 446. 另外，在全球化的過程中，全球法、國家法、習慣法與其他規範秩序交織的狀況，也是一種法律多元主義的當代情境。Merry, *supra* note 28, at 571. 不過，在英語學術研究中作為研究主題「法律多元主義」〔或稱「古典法律多元主義」（*classic legal pluralism*）〕，乃是以非西方殖民地脈絡中的課題而展開。TAMANAH, *supra* note 1, at 115-16.

的研究同時關心移入的西方法以及殖民地既有法。這本規模宏大的經典之作，比較英國、法國、荷蘭等普通法系與大陸法系的殖民者在不同殖民地（例如，英屬印度以及法屬荷屬地印尼）的法政體制以及對待殖民地既有法律的取徑（例如直接以母國法取代殖民地法，或者較為間接地利用殖民地社會既有的政治權威與法律習慣加以規制社會），並觀察當地社會的變遷。<sup>30</sup>

當然，殖民體制下西方法的移入以及與當地法的共構，並非基於尊重多元的烏托邦理想。法律乃是歐美殖民者用以進行控制以及擷取當地資源的重要機制。複數法彼此也並非平等的存在。征服者的法律成為了支配的法律系統，而在地原本的法律系統則不可避免地成為從屬。例如，英法殖民者將自己的法律強加於當地人民之上，而在地習慣必須在不牴觸成文法或者「自然正義、衡平與良知」（*natural justice, equality and good conscious*）時，才會被認可與包含在殖民法體制之內。<sup>31</sup>

一九七〇與八〇年代以來的後殖民研究，進一步地對殖民時期法律移植與相關論述進行認識論上的批判，特別是針對「理性文明西方 vs. 野蠻無知東方」的「東方主義式」二分對立認識框架。<sup>32</sup> 生於印度的英國詩人Rudyard Kipling著名的詩作〈白種人的負擔〉（*The White Man's Burden*）（一八九九）中，白人成年男性隱藏

<sup>30</sup> M. B. HOOKER, *LEGAL PLURALISM: AN INTRODUCTION TO COLONIAL AND NEO-COLONIAL LAWS* (1976).

<sup>31</sup> MARTIN CHANOCK, *LAW, CUSTOM, AND SOCIAL ORDER: THE COLONIAL EXPERIENCE IN MALAWI AND ZAMBIA* (1985); JEAN COMAROFF, *BODY OF POWER, SPIRIT OF RESISTANCE: THE CULTURE AND HISTORY OF A SOUTH AFRICAN PEOPLE* (2013); Jean Comaroff & John Comaroff, *Christianity and Colonialism in South Africa*, 13 *AM. ETHNOL.* 1 (1986).

<sup>32</sup> EDWARD WILLIAM SAID, *ORIENTALISM* (1978).



自負而耐心地將剛被捕獲而乖戾、野蠻、「半魔鬼半兒童」的有色人們扛在肩頭，負重前往文明秩序的光明處。在殖民者論述中，代表著理性、秩序與文明的西方法是白種人給與混沌未明、野蠻未開的「土人」的禮物。西方法的移入與法治的建立代表著文明的引入，也是合理化殖民統治的重要一環。<sup>33</sup>

這樣的二分法也適用在殖民法的法律多元主義架構：一個是代表理性的西方法律，另一個則是非理性與「視狀況而定的」（*situational*）在地習慣。<sup>34</sup>習慣不能直接作為法源，而僅能作為決斷的資源。<sup>35</sup>在未被正式殖民的非西方社會也有同樣的情況。例如，Teemu Ruskola提出「法律東方主義」概念，指出「傳統中國並不存在法律」的主張（*lack of law in China*），是十九世紀後半、二十世紀初歐美諸國在中國治外法權的論理基礎，也是需被檢討的認識論預設。<sup>36</sup>直至今日，東方主義式的隱喻仍以各種複雜方式在法律移植與改革發揮（往往是誤導的）作用。例如，Jorge Luis Esquirol指出，戰後拉美的法律改革者們，往往過度理想化所提倡的最新歐美國法範式，並將個別法律問題或執行缺失放大成為「落後」拉美法的本質、固有的缺陷，從而生產了一套「永恆不變的拉美法律失敗敘事」（*narrative of perpetual Latin American legal failure*）。<sup>37</sup>Philomila Tsoukala則批判對於歐盟家庭法的討論中集中

<sup>33</sup> PETER FITZPATRICK, *THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW* (1992).

<sup>34</sup> Merry, *supra* note 28, at 572.

<sup>35</sup> JOHN L. COMAROFF & SIMON ROBERTS, *RULES AND PROCESSES* 13-14 (1981).

<sup>36</sup> Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101(1) *MICH. L. REV.* 179, 181-82 (2002). 陳韻如也指出，西方學界早期涉及傳統中國法相關研究中，傳統中國法乃是作為「他者」或者對照組的角色，來闡釋近代理性法在西方的建立。陳韻如，「刁婦／民」的傳統中國「（非）法」秩序——預測論、潛規則與淡新檔案中的姦拐故事，中研院法學期刊，2019特刊1期，頁375-376，2019年10月。

<sup>37</sup> Jorge L. Esquirol, *The Turn to Legal Interpretation in Latin America*, 26(4) *AM. U.*

於（民族國家的）文化的論辯，而忽略了在法律繼受整合的討論中，理應是改革重點的分配性後果（例如廢除夫妻共同財產制對於妻子經濟權力的影響）卻被忽略。Tsoukala指出，此文的主要案例希臘處於討論所謂文化的特殊位置。即，理念上為歐洲文明起源的希臘，卻因地理上身處於歐洲與中東交界而有多元的種族與慣習。而在希臘對於民族的家庭與文化的討論中，西方被構造成現代與文明的象徵，以相對於希臘所欲擺脫的「野蠻」東方。<sup>38</sup>

另一個主要的後殖民批判，則犀利地指認出許多所謂的本土傳統，事實上是殖民時期的「發明」。許多研究顯示，殖民地習慣法與其說是既有地方習慣的遺留或保存，不如理解成在殖民架構下被「發明」出來的產物。這個創造的過程，乃是以殖民者母國法律內容、語言與意識為框架，並配合殖民地的政治經濟需求，經過殖民官員以及殖民地菁英的多重轉譯、解釋，脫離原本脈絡而「規則化」的過程。<sup>39</sup>有時候殖民者對於傳統文化的發明，乃是以「譴責

---

INT'L L. REV. 1031 (2010).

<sup>38</sup> Philomila Tsoukala, *Marrying Family Law to the Nation*, 58(4) AM. J. COMP. L. 873 (2010).

<sup>39</sup> 關於亞洲殖民地的習慣（法）的創造與運作，可參見以下文獻：Dirk H. A. Kolff, *The India and the British Law Machines: Some Remarks on Law and Society in British India*, in EUROPEAN EXPANSION AND LAW: THE ENCOUNTER OF EUROPEAN AND INDIGENOUS LAW IN 19TH-AND 20TH-CENTURY AFRICA AND ASIA 201 (W. J. Mommsen & J. A. De Moor eds., 1992); Daniel S. Lev, *Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State*, in LEGAL EVOLUTION AND POLITICAL AUTHORITY IN INDONESIA: SELECTED ESSAYS 13 (Daniel S. Lev ed., 2000); Marie Seong-Hak Kim, *Law and Custom in the Chsôn Dynasty and Colonial Korea: A Comparative Perspective*, 66(4) J. ASIAN STUD. 1067 (2007); Marie Seong-Hak Kim, *Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea*, 57 AM. J. COMP. L. 205 (2009); Francis G. Snyder, *Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal*, 19 J. LEG. PLUR. UNOFF. LAW. 49 (1981); Terence Ranger, *The Invention*

傳統」的方式為之，並且與上述的「文明西方法 vs. 野蠻東方法」對立論述相結合。最著名的例子莫過於英國殖民政府藉由對於印度「寡婦殉葬」習慣的批判，展現白人殖民男性「將棕色女人從棕色男人身上拯救出來」（*saving brown women from brown men*）的所謂高貴使命。然而，這個原本只在特定地區與階層實踐的惡俗，卻因殖民者的宣傳而被抵抗殖民者轉換成為了印度共通的、不受殖民污染的印度婦女德性的象徵。<sup>40</sup>殖民時期所創造的習慣，又常常在後殖民時期被認為是傳統或文化的一部分。例如，Marie Seong-Hak Kim指出日本殖民統治時將明治民法的「家」制度強加於韓國，大幅增強了韓國原本戶主制度的家父長權。在戰後有關子女從父姓等憲法爭議時，韓國保守派援引殖民時期日韓混種的戶主制度，並稱其為需憲法保障的儒家傳統文化的實踐。<sup>41</sup>若從法律移植的角度觀之，引進法律的機制不一定是以直接適用殖民母國的法律的方式為之。很多時候，殖民以創造習慣法的方式母國中心的法律概念、語法與意識曲折幽微地輸入。而在殖民時期藉由創造習慣法所引進的外來法，也常在後殖民時期被作為既有傳統的一部而保存甚至續造。

最後，被殖民者在法律移植的「能動性」（*agency*）也是近來研究關注的焦點。誠然，殖民法的引進多伴隨著外來者的軍事征

---

*of Tradition in Colonial Africa*, in *THE INVENTION OF TRADITION* 211 (Eric Hobsbaum & Terence Ranger eds., 1983); Sally Falk Moore, *Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans About Running "Their Own" Native Courts*, 26(1) *LAW & SOC'Y REV.* 11 (1992).

<sup>40</sup> JANAKI NAIR, *WOMEN AND LAW IN COLONIAL INDIA—A SOCIAL HISTORY* 51-52 (2000); Gayatri Spivak, *Can the Subaltern Speak*, in *MARXISM AND THE INTERPRETATION OF CULTURE* 271 (Cary Nelson & Larry Grossberg eds., 1988).

<sup>41</sup> Kim, *Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea*, *supra* note 39, at 205-06.

服，而以強加的方式發生。不過，近來的研究顯示外來的西方法並非總是透過暴力強壓方式施加於被殖民者。很多時候，被殖民者也可能支持與主動使用殖民者的法律。如前所述，法律是殖民地控制的重要手段。然而，法律同時間也提供得以挑戰當權者的語言與平臺。<sup>42</sup>不論是在地精英或者弱勢者，被殖民者得以運用被引進的殖民法來對抗外來統治者乃至在地有權勢者、爭取自身利益。例如，殖民地（或甚至未受殖民統治的）非西方菁英挪用歐美法（特別是自由主義憲政的法律制度與法意識）以進行在地改革、集體對抗殖民者、或者爭取個人與階級利益的資源。<sup>43</sup>Marc Galanter則指出，有時殖民地精英為了鞏固自身地位而主動繼受歐美法。印度律師階層不論在殖民時期或獨立後都支持殖民時期的法律內容與架構，以鞏固自身地位。<sup>44</sup>對於非菁英的一般大眾而言，雖然殖民地法常被批評與社會脫節，或者被視為殖民菁英的控制工具，然而身處性別或經濟結構中弱勢者仍可能策略性與選擇性地利用法院。例如，殖民地女性有可能利用法院來擺脫父親與丈夫的控制。同樣的，僕人也可以用法律來抵抗主人的過分要求。<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Merry, *supra* note 28, at 575.

<sup>43</sup> CHANOCK, *supra* note 31; MARTIN CHANOCK, *THE MAKING OF SOUTH AFRICAN LEGAL CULTURE 1902-1936: FEAR, FAVOUR AND PREJUDICE* (2001); NATHAN J. BROWN, *THE RULE OF LAW IN THE ARAB WORLD: COURTS IN EGYPT AND THE GULF* (2007).

<sup>44</sup> 附帶說明的是，這些印度法律人菁英認為移植而來的英國普通法原則已經由印度的法學家與法官們發展出適合印度社會需求的規則。簡言之，英國法實際上已經印度化。Galanter認為這種「社會西方化」與「法律本土化」並行之社會與法律的雙向適應過程，也使得缺乏歷史根基的移植法在接受國某程度地扎根與持久興盛。Marc Galanter, *The Aborted Restoration of 'Indigenous' Law in India*, 14(1) *COMP. STUD. SOC. HIST.* 53 (1972).

<sup>45</sup> CHANOCK, *supra* note 31; SALLY FALK MOORE, *SOCIAL FACTS AND FABRICATIONS: "CUSTOMARY" LAW ON KILIMANJARO, 1880-1980* (1986).

## 肆、作為「法律全球化」的法律移植

如同法律移植一樣，世界各地之間的人群、商業組織、國家等之間的交流與整合乃歷史久遠。不過從十八世紀以降的現代化以來，跨國的經濟活動以及伴隨而來的商品、資金、人員、技術與知識文化的流動也隨之加速。最晚以世紀之交的一九九〇年代開始，「全球化」概念出現在歐美人文社會學界的地平線，<sup>46</sup>而全球化的研究議題或視角，也在世紀之交於LSS研究中開始展露頭角。

如前所述，「全球化」是少數在目前英語世界的LSS中與法律移植相關的議題之一。《The Blackwell Companion to Law and Society》（二〇〇四）收納了LSS研究的當代經典之作。在全書33篇文章6編中，第6編為〈Studying Globalization: Past, Present, Future〉，其中收納3篇文章分別從（後）殖民法、法律與發展（law and development）以及經濟全球治理的面向，時序性地爬梳LSS與全球化交錯議題的過去、現在與未來。<sup>47</sup>牛津出版社的《法律與社會論文集》（二〇〇六）中，也收納了2篇探討全球化脈絡下外國法的（不）適用、以及聯合國組織如何發展出「超國家法」（cosmopolitan Law）與相關法律論述。<sup>48</sup>更加旗幟鮮明地標舉將法律社會研究放置在全球化脈絡的LSS作品，莫過於Eve Darian-Smith在二〇一三年由劍橋出版社出版的《Laws and Societies in Global

<sup>46</sup> 其中，英國社會學者紀登斯（Anthony Giddens）所描述在全世界的尺度下，地方活動與遠距離事件的複雜互動，以及知識與文化超越地理空間的即時同步化，乃為標舉全球化時代的代表性學者。ANTHONY GIDDENS, RUNAWAY WORLD: HOW GLOBALISATION IS RESHAPING OUR LIVES (2002).

<sup>47</sup> AUSTIN SARAT ED., THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY (2004).

<sup>48</sup> MICHAEL FREEMAN ED., LAW AND SOCIOLOGY CURRENT LEGAL ISSUES VOLUME 8 (2006).

Contexts: Contemporary Approaches》。該書探討全球化情境下，不論是國境內或者跨境間，地方、國家乃至全球等不同層次交織存在的多元法律與傳統，並處理諸如大量移民、氣候、大屠殺等跨國界議題。<sup>49</sup>

同時，法律移植（或者更直白的單向輸出）仍然與「中心—邊陲」（Center-Periphery）的權力關係有著千絲萬縷的關係。個別學者也分別從（後）現代、法學與歷史等不同取徑反思批判全球化下的霸權中心。Peter Fitzpatrick認為所謂的全球化新現象實際上是新帝國主義以及新自由主義的綜合體，也可以理解為既有跨境的帝國主義的變形。在後殖民時期，跨境帝國已不復存，各個國家在聯合國等組織獲得形式上平等。然而，由前殖民地轉換的新興主權國家，往往在實質不平等的關係中被迫向歐美強權打開市場以及接受法治、人權與民主等制度。<sup>50</sup>Boaventura de Sousa Santos關注在地社會受到全球法、國家法、以及習慣等遠近層次不等的複數規範的衝擊，並且反對將在地規範與國家法、全球法的不同，理解為誤讀。他重新檢討法律多元主義，並以「交織合法律性」（interlegality）描繪複數法規彼此交織與相互影響。<sup>51</sup>Santos使用繪製地圖的「製圖」（mapping）比喻，說明複數法規就像一個個尺度不等的地圖投影，進而共構成一個破碎跳躍而非整全式的法律秩序。常見所謂

<sup>49</sup> EVE DARIAN-SMITH, *LAWS AND SOCIETIES IN GLOBAL CONTEXTS: CONTEMPORARY APPROACHES* (2013). 不過，在面對全球化的風潮，英語世界學科指南手冊的回應或許是增加外國法個案以進行比較性探討，而大部分並未對全球化或其反思納入思考框架。例如，2006年的《*The Law and Society Canon*》一書收錄了日本法專家John O. Haley在1978年對於「日本文化不喜訴訟」之相關迷思進行法社會學的探討。CARROLL SERON ED., *THE LAW AND SOCIETY CANON* (2006).

<sup>50</sup> PETER FITZPATRICK, *MODERNISM AND THE GROUNDS OF LAW* 212-15 (2001)

<sup>51</sup> 詳見BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *TOWARD A NEW COMMON SENSE* (1995).

「誤讀」法律的批評，往往預設了某一個層次的法律才是「正讀」——而這樣的預設往往是西方中心的。相對於此，Santos強調每一個層次的規範法律建構一個符號系統，並且同時呈現、扭曲與建構了現實，是以沒有什麼是所謂的「正讀」。<sup>52</sup>

歷史取徑的法學者也嘗試用具有後殖民反思的全球化框架來理解法律移植。基於對於歐洲中心主義的反省，所謂「全球法律史」的研究方向在世紀之交展現。舉例言之，Thomas Duve以知識史方法，一方面以知識生產機制的角度來切入並解構歐陸法律史書寫傳統，另一方面也試圖重構與揭示理想中的全球法律史研究方向。Duve從後殖民與後現代的立場，質疑以西方現代性為模板的宏大敘事。他也特意與本文前述法律多元的方法保持距離，而另立「複規範性」（multinormativity）概念旗幟，以避免西方中心式的法律定義與研究對象設定，並強調文化轉譯下的知識生產分配過程而注重所謂「全球在地化」（Glocalisation）。<sup>53</sup>

相較於前述試圖以後現代方式論述法律全球化學者，Duncan Kennedy的〈三波法律與法思潮的全球化：1850-2000〉（下稱〈三波全球化〉）是個非常不後現代的「宏大敘事」，但仍然蓄意保留了邊陲對抗中央的可能性。值得一提的是，Kennedy通常以美國批判法學運動的創建者之一的身分被加以認識。其影響廣泛的大作——《The Rise and Fall of Classical Legal Thought》（一九七五）——以歷史視角去理解、分析美國法意識與法律思想，特別是「古典法律思想」（一八八五-一九四〇）之興衰。三十年後的〈三波全球化〉同樣擲地有聲，且被譽為五十年美國學者所著法律思想史中最

<sup>52</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 LAW & SOC'Y REV. 279, 297 (1987).

<sup>53</sup> Thomas Duve, *What Is Global Legal History?*, 8(2) COMP. LEG. HIST. 73 (2020).

重要作品。<sup>54</sup>延續了他個人對於法律思想史研究中的「美國例外主義」（U.S. exceptionalism）的批判，<sup>55</sup>〈三波全球化〉將美國放置在十九世紀中葉以降的法律全球化歷史中——美國在前兩波乃為邊緣受容者而在第三波作為中心擴散者——，並且是個非常不後現代的「弘大敘事」（grand narrative）。不過，〈三波全球化〉仍然蓄意保留了邊陲對抗中央的可能性。<sup>56</sup>此文跨越了十九世紀中葉至二〇〇〇年，並以世界體系式的框架分別討論以德國、法國、美國為中心的「法意識」（legal consciousness）全球擴散過程。〈三波全球化〉並少見地將性、再生產與家庭作為建構法律全球化理論之不可或缺部分，而不僅僅為主流議題的附帶補充。<sup>57</sup>在Kennedy結構主義的分析下，（被）全球化的法意識本身不具備任何內容與意識形態的本質，而是類似語言在理論上可以被不同意識形態與行動意圖的言說者用來產生各種言說的存在。在這個意義下，Kennedy一方面參與前述「比較法」論述中的移植（不）可能性爭論（詳見本文「貳」），一方面也回應了（後）殖民研究中，知識精英挪用從西方主流法知識而進行自主抵抗的能動性議題（詳見本文「參」）。

法學界以外，英語歷史學界自九〇年代開始，也關注法的全球

<sup>54</sup> Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL* 19, 25-71 (David M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006); John Henry Schlegel, *Three Globalizations: An Essay in Inquiry*, 78 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 19 (2015).

<sup>55</sup> Klare, *supra* note 5, at 1073.

<sup>56</sup> 事實上，Kennedy自承〈三波全球化〉是個有意為之且非常「不後現代」的現代主義式的弘大敘事。他並稱此文的寫作模型為韋伯式的「普遍歷史」（universal history）。參見Tor Krever, Carl Lisberger & Max Utschneider, *Law on the Left: A Conversation with Duncan Kennedy*, 10 *UNBOUND. HARVARD JOURNAL OF THE LEGAL LEFT.* 1, 32 (2015).

<sup>57</sup> Krever, Lisberger & Utschneider, *id.* at 32.



化以及全球化過程中無法以單一國家法或國際法解決之問題。前者例如David Armitage以全球史角度討論美國獨立宣言中的概念如何被傳播、複製、轉換以及影響世界政治版圖。<sup>58</sup> 後者例如Mira L. Siegelberg探討殖民帝國解體與民族國家興起的二十世紀，在歷史夾縫中被遺漏的無國籍者與難民問題。<sup>59</sup> 歷史學家們同樣關注法律知識的傳播、翻譯、移植、借用中的權力關係與知識脈絡，以及人群移動時產生不同法秩序的互動與碰撞。此外，藉由檔案研究為主要實證資料的微觀史學（micro history）方法而觀察法律文化與知識體系中行動者的策略與主體性，也是值得關注的發展。<sup>60</sup>

## 伍、戰後臺灣的移植研究

如前所述，法律移植或比較法議題於美國法學界中處於邊緣。相較之下，臺灣法律人對於臺灣乃至東亞法的繼受性格有清楚的自覺，也長期投入移植的相關論辯與研究。例如，第一批受到近代法學教育的鄭松筠與林呈祿等臺灣法律人在一九二〇年代抵抗日本法全面施行時，而或徵引前述德國「歷史法學派」探討外來法與在地社會的關係，而或反身指出欲將身分法強加於臺灣的殖民母國日本，當年在大量參照外國法的法典化之際，仍對「大和民族固有色彩」的親屬繼承兩編有所保留。<sup>61</sup> 就臺灣法律的重要源頭之一的中

<sup>58</sup> DAVID ARMITAGE, *THE DECLARATION OF INDEPENDENCE: A GLOBAL HISTORY* (2008).

<sup>59</sup> MIRA L. SIEGELBERG, *STATELESSNESS: A MODERN HISTORY* (2020).

<sup>60</sup> 王飛仙，全球法律史中的「法律生活」，中國法制史學會110年度學術講座，中國法制史學會，國立臺灣師範大學，2021年12月25日。

<sup>61</sup> Yun-Ru Chen, *The Emergence of Family Law in Colonial Taiwan: A Genealogical Perspective*, SJD Dissertation, Harvard Law School, 215, 215-65 (2013). 關於林呈祿的介紹，中文可參見王泰升，「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿，載：台灣法的世紀變革，頁71-101，2005年2月。英文部分，則可參見Yun-Ru Chen,

華民國法而言，當來自戰前中國的法學者王伯琦稱南京國民政府於一九二五前成立後「整套的西洋最新立法，很順利的就移植進來」，然而「大眾意識上所了解的……似乎仍是固有的而且是復古的禮教制度」。<sup>62</sup>時至今日，初次與近代西方法相遇的衝擊逐漸遠去，但是從立法與學說等多重層次的法律繼受仍持續進行。「外來法 vs. 在地社會」的法意識依然以各種形式程度不等地存在於的臺灣法律社群的意識之中。就研究而言，不論是法學、歷史學、社會學等領域，都不乏交錯運用跨領域方法的成果積累。<sup>63</sup>因篇幅所限，本文未能全面性地討論臺灣法學史中的移植議題，也無法一一深入檢討所有相關論著。<sup>64</sup>本文試圖梳理出戰後臺灣學界關於法律移植研究的幾個脈絡與方向，以作為未來研究之參考。

在戰後臺灣首部（或許也是唯一一部）關於西洋法律史中移植議題的專書應為戴東雄的《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》（一九八一）。此書書如其名，關注中世紀義大利法學的生成，羅馬法的形成過程與特質、以及在以德國為主的歐洲各國之繼受。與前述專擅羅馬法的Watson相同，戴氏認為義大利與德國繼受羅馬法過程中的關鍵行動者為法律專業人員，但他更強調法律移植的多重行動者。戴氏而或討論中世紀的法學教育／出國留學如何促成繼受，而或呈現法律專家在統治者（封建領主）與被統治者（農

---

*'Rule of Law' as Anti-Colonial Discourse: Taiwanese Liberal Nationalists' Imagination of Nation and World Under Japanese Colonialism*, 18 LAW TEXT CULTURE 166 (2014).

<sup>62</sup> 王伯琦，近代法律思潮與中國固有文化，頁3，1985年5月，3版。

<sup>63</sup> 例如，《思與言》2009年「法律、社會與文化」專號中的三個主題之一，即為「法律移植的實證分析與整全性比較法」。參見邱澎生，「法律社會與文化」專號導言，思與言：人文與社會科學期刊，47卷4期，2009年12月。

<sup>64</sup> 盧靜儀，近四十年來有關「法律繼受」研究論著概述，法制史研究，1期，2000年12月。

民、騎士與貴族)的矛盾衝突中，被視為為統治者效勞者而遭受敵視的故事。此外，此書從比較法律史／繼受史的多重觀點，分析近代中國法的全盤移植特點。例如，戴氏主張羅馬法在英國法院之所以無法立足，乃因已有維護普通法的法學團體存在。反觀近代化過程中的中國並沒有法學團體從事維護傳統的固有法，故全盤繼受歐洲法。<sup>65</sup>此書之外，陳添輝對於以繼受外國法律作為現代化之工具議題的討論，也是少數以主要篇幅論及西方法律移植的專著之一，並廣泛爬梳一九八〇年代之前德語世界之相關研究，包含法律移植在社會中實際效力之研究成果。<sup>66</sup>吳從周的後續研究，則補足了至二十一世紀初期德語世界對於法律繼受的學說發展。<sup>67</sup>

不過，相對於西洋社會的移植議題，對於在地的法繼受歷史的研究在數量上更為豐沛。移植的主客兩面，也並非西洋法制史中「羅馬法 vs. 德國／義大利固有法」，而是「近代西方法」與「前近代／非西方之法與社會」相遇。法律的近代化與法律改革則是眾多研究的共通主題。我們或許可以說，前述Watson所稱「移植乃推動法律發展的主要來源」的論題雖然主要以羅馬法在歐洲的繼受經驗為本，但也相當程度地有效解釋臺灣或者東亞法的脈絡下法律發展的方向與內涵。以下大致依照研究對象時期或研究發展時期之先後，簡要勾勒臺灣法律移植相關論述與發展。

若以研究對象的時期區分，首先要介紹的是鄭維中對於十七世紀荷治時期西方法的引入。來到臺灣的荷蘭東印度公司，在基於與

65 戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，1981年10月。

66 陳添輝，以繼受外國法律做為開發中國家現代化之工具，東海大學法學研究，5期，1989年11月。

67 例如，吳從周，法律漢字譯語與法律繼受——以民事訴訟法上「聽審請求權」之形式譯語整合與「突襲性裁判防止」之原始意涵詮釋為例，成大法學，10期，2005年12月。

元照出版提供 請勿公開散布

原住民之條約而建立的領邦體制下，引入前近代西方司法制度以及「羅馬—荷蘭法」（Roman-Dutch Law），並將原住民與漢人習慣納入其中，建立了法律多元的殖民法體制。<sup>68</sup>

不過，若就研究本身發展的先後，「近代中國的繼受西方法」乃是中華民國法體制下各部門法在進行法律近代化考察時的唯一源頭，也理所當然地成為戰後臺灣學界最早也最長期被關注的移植議題。<sup>69</sup>若就法律史研究者，最具代表性的學者莫過於投注於中國法制與法律思想史的黃源盛。黃氏在包括《民初法律變遷與裁判（1912～1928）》等重要著作中，分析禮法爭議、法學者以及諸如「罪刑法定」與「民刑區分」等近代西方法律原則的發展。除了立法草案等史料外，黃氏運用《大理院司法檔案》，而得以在檢討大理院在裁判繼受的角色之外，檢討法律改革的實際變化。<sup>70</sup>黃氏所開創的大理院檔案研究，也持續由盧靜儀與梁弘孟等新銳研究者延伸發展。<sup>71</sup>此外，歐陽正以清末民初的立法過程，法院建立與實際個案三方面綜合分析，探討司法獨立制度作為憲法原則與工具的雙重性格。<sup>72</sup>孫慧敏的研究則運用《上海律師公會檔案》，以一九一

<sup>68</sup> 鄭維中，帶入西方法律的荷蘭統治者，載：台灣史論叢·法律篇，多元法律在地匯合，頁29-56，2019年8月。

<sup>69</sup> 例如在1970年代的國科會與中華文化復興委員會，曾以「清末民初中國法制現代化」為題，邀集戴炎輝等十餘名學者，分別研究刑法等各部門法的制定過程，並出版專書兩輯。參見盧靜儀，同註64，頁250。

<sup>70</sup> 黃源盛，民初法律變遷與裁判（1912～1928），2000年4月；黃源盛，法律繼受與近代中國法，2007年3月；黃源盛，民初大理院與裁判，2011年3月。

<sup>71</sup> 例如，盧靜儀，「分家析產」或「遺產繼承」——以大理院民事判決為中心的考察，法制史研究：中國法制史學會會刊，13期，2008年6月；梁弘孟，從「父母之命」到「兩情相悅」——論民初法制發展中男女結婚意思對婚姻締結之影響，政大法學評論，146期，2016年9月。

<sup>72</sup> 歐陽正，民國初年的法制改革與司法獨立理念的實踐，法制史研究：中國法制

二年至一九三七年間中國律師在上海的發展經驗為主題，探討法律制度移植過程中各方勢力動態競逐，進而形塑民國律師業之運作。<sup>73</sup>

一九九〇年代以降「以台灣為主體」、「多源而多元」的法律史研究取徑，也將作為當今臺灣法源頭之一的近代中國法加以納入。例如，劉恆奴從一九一二年創建的北京朝陽大學切入，描寫所謂新式中國法律人的誕生，乃至律學轉為法學的過程。<sup>74</sup>陳韻如則以《最高法院遷臺舊檔》為主要史料，重新發掘戰前中華民國法中別居權的司法實踐傳統。<sup>75</sup>不過，相較於先前在中華民國視角下「傳統中國—近代中國—戰後台灣」一脈相承史觀下對於近代中國法書寫的理所當然，臺灣法律史的研究更清楚地意識到近代中國法相對於臺灣的外來嫁接性格。例如，王泰升探討清末民初引進建立的法院制度與司法官社群文化，及其如何成為戰後臺灣司法中的「中國因素」。<sup>76</sup>劉恆奴則對於一九四五年至一九四九年間南京國民政府接收過程中，在去日本化以及中國化的方針下，中式司法文化藉由人事、語言、法律書寫的替換而移入。<sup>77</sup>換言之，這樣的近代中國法移植書寫除了關心清末民初中國的繼受西方法，也關注二

---

史學會會刊，1期，2000年12月。

73 孫慧敏，制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937），2012年7月。

74 劉恆奴，清末官吏到民國法官——以「無朝不成院」的北京朝陽大學為例，中研院法學期刊，8期，2011年3月。

75 陳韻如，認真對待別居權——別居訴訟的創生與《最高法院遷臺舊檔》中之實踐（一九一二～一九四九），政大法學評論，162期，2020年9月。

76 王泰升，清末及民國時代中國與西式法院的初次接觸——以法院制度及其設置為中心，中研院法學期刊，1期，2007年9月；王泰升，臺灣司法官社群文化中的中國因素：從清末民國時代中國追溯起，政大法學評論，142期，2015年9月。

77 劉恆奴，戰後初期臺灣司法接收（1945-1949）：人事、語言與文化的轉換，臺灣史研究，17卷4期，頁33-80，2010年12月。

元照出版提供 請勿公開散布

戰後中國法制與實踐文化如何移入臺灣，並成為多「源」臺灣法之一部。

在前述「多源而多元」的法律史研究方向中，日治時期作為臺灣全盤性近代西方法化的開始，則為近二、三十年來蓬勃發展的領域。<sup>78</sup>王泰升《台灣日治時期的法律改革》（一九九九）或許可以說是標舉此一研究方向的代表作。此書英文版《*Legal Reform in Taiwan Under Japanese Colonial Rule (1895-1945): The Reception of Western Law*》同年由華盛頓大學出版，而英文書名也明白揭示了法律改革與法律移植的對應關係。此外，如同前述英語世界中殖民法的研究，此書不只刻劃了西方法如何（透過近代日本法）輸入非西方社會，也揭露在地習慣與傳統如何透過法律多元體制（即，舊慣制度）下以殖民者的法律架構與法律語言被轉譯、描述，甚至被加以揀擇與創造的過程。最後，本書也意識到了所謂「殖民近代化」的複雜性——近代西方法的引入雖然亦是日本基於殖民母國之利益，並使臺灣人付出高昂代價，然而臺灣社會卻非預期地獲得了改革的附隨利益。<sup>79</sup>同作者近二十年後的《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（二〇一七）更進一步探索作為被殖民者的臺灣人主動使用殖民者的法律機制的能動性面向。此書運用變數編碼與交叉分析的實證研究，以《日治法院檔案》分析臺灣人從「上衙門」轉換到「上法院」過程中，關於判調分立與審辯分立等司法正

<sup>78</sup> 不過，早在1950-60年代，黃靜嘉即關懷日本殖民統治下法制的建立與對日本法的繼受而有多篇著作。黃靜嘉著作頗豐，除日治之外，並含括傳統中國法與戰後臺灣法制。關於黃靜嘉與華文史學界關於法律移植著作的介紹，可參見盧靜儀，同註64，頁258-259。

<sup>79</sup> 王泰升，台灣日治時期的法律改革，2014年9月，修訂2版。同書英文版TAY-SHENG WANG, *LEGAL REFORM IN TAIWAN UNDER JAPANESE COLONIAL RULE (1895-1945): THE RECEPTION OF WESTERN LAW* (2015).

義觀的轉換。<sup>80</sup>

後殖民研究對於日治法律繼受研究的影響，不限於上述王泰升的作品。作為少見的法思想史作品，吳豪人的《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》（二〇一七）處處機鋒，描寫一群懷抱法律現代化使命感來到「樂園」般臺灣的日本法學者。在這個乍看熱血實則諷刺的故事中，這些身處西方主流近代法學邊緣末梢的東亞法律人，一方面由於不真正理解西方現代性以至於（弔詭地）比西方殖民者更加熱情地在殖民地推展現代法制，另一方面也可能受到日本國體論與帝國主義的制約而有意難伸。<sup>81</sup>同樣使用後殖民理論批判法律近代性的陳昭如，則借用「法律東方主義」的理論視角與女性主義法學的關懷，批判臺灣日治乃至戰後現今的法律近代化論述中，「（本土）封建遺習 vs.（西方）進步法律」的對立的論述，遮蔽了近代法的父權而使得改革者將西方法的引進等同於唯一解方。這樣的二分法認定也將傳統視為「法的闕如」（lack of law），從而也侷限了從本土法律經驗尋找改革契機的可能性。<sup>82</sup>

其他臺灣法律史的新銳學者們，亦在個別議題上探討日治時期的近代法的引進、建立與轉換的機制與影響。例如，就司法專業人員方面，曾文亮與吳俊瑩分別檢討辯護士與司法代書制度從日本的輸入與轉換。<sup>83</sup>就民事財產法領域，陳宛妤討論資本主義財產法制

<sup>80</sup> 王泰升，去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型，2017年10月，修訂版。

<sup>81</sup> 吳豪人，殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，2017年4月。

<sup>82</sup> 陳昭如，法律東方主義陰影下的近代化：試論臺灣繼承法史的性別政治，台灣社會研究季刊，72期，2008年12月；Chao-Ju Chen, *Producing 'Lack as Tradition': A Feminist Critique of Legal Orientalism in Colonial Taiwan*, 1(2) COMP. LEG. HIST. 186 (2013).

<sup>83</sup> 曾文亮，日治台灣的辯護士社群，載：多元法律在地匯合，2019年8月。吳俊瑩，臺灣代書的歷史考察，2010年5月。

的引進。<sup>84</sup>就身分法領域，沈靜萍描述臺灣家族舊慣在殖民地法律多元架構下的「多元鑲嵌」。<sup>85</sup>曾文亮分析日治法院經由裁判繼受對於家產等臺灣人家族習慣進行改造。<sup>86</sup>劉晏齊檢討兒童的法律地位與父母子女關係如何在日治時期被加以重塑。<sup>87</sup>陳韻如一方面分析家庭法與殖民政治的關係，另一方面嘗試建構臺灣家庭法的跨國系譜，並關注在地法律人如何透過日本法學教育習得的近代法知識並選擇性挪用「法治」與「家庭法例外主義」，以抵抗同化政策的能動性表現。<sup>88</sup>最後，林政佑則以監獄與日治朝鮮進行帝國內跨域比較思考現代性、殖民主義和法律的關係。<sup>89</sup>

關於戰後或當代臺灣社會移植的相關論著，為數更豐並持續蓬勃發展之中。對於移植進行分析描述以及方法實踐上檢討的學者，也不限一般認為的法律史學者，而有諸如專精於法學方法、法釋義學、法律經濟分析與法律人類學的研究者等，運用跨領域的方法參

<sup>84</sup> 陳宛妤、王泰升，日治初期資本主義財產法制的確立，載：多元法律在地匯合，2019年8月。

<sup>85</sup> 沈靜萍，多元鑲嵌的日治時期台灣人家族法，載：多元法律在地匯合，2019年8月。

<sup>86</sup> 曾文亮，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，2010年3月。

<sup>87</sup> Yen-Chi Liu, *Establishing Children's Legal Rights: Children, Family, and the State in Taiwan Under Japanese Colonial Rule (1895-1945)*, 44(3) J. FAM. HIST. 297 (2019).

<sup>88</sup> Yun-Ru Chen, *Family Law and Politics in the Oriental Empire: Colonial Governance and Its Discourses in Japan-Ruled Taiwan (1895-1945)*, 14(1) NTU L. REV. 1 (2019). Yun-Ru Chen, *Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy*, 4(2) COMP. LAW REV. 1 (2014); Chen, 'Rule of Law' as Anti-Colonial Discourse: Taiwanese Liberal Nationalists' Imagination of Nation and World Under Japanese Colonialism, *supra* note 61; 陳韻如，同註11。

<sup>89</sup> 林政佑，日治時期臺灣監獄制度與實踐，2014年9月。



與。以下僅能區分主題，更加簡略地點狀舉例說明之。以前述長期建構近代臺灣法律史的王泰升之研究架構而言，戰後法律史，一方面是包括臺美日中等多「源」法律傳統聚合階段，另一方面則是法律移植在臺灣百年民主化歷程中，從被強制的「內地延長」到「自主繼受」的時刻。最終，外來法制也在解嚴後民主化過程中進行「移植本土化」。<sup>90</sup> 個別議題與方法亦是日漸多樣。不管前述對於中式司法文化在一九四五年至一九四九年接收期間的移入，抑或中華民國選舉與政治資金管理法在臺灣的施行，皆分析了戰後經由「中國法框架」移植而「去日本化」的過程。就美國法與法學思潮在戰後的繼受與其實踐上的檢討而言，不論是在公司獨立董事、環境影響評估、家暴立法，乃至婚姻平權改革等議題，都有一定的研究積累。<sup>91</sup> 民事實體與程序法上對於德國法的持續繼受，以及移植

<sup>90</sup> 王泰升，台灣的法律繼受經驗及其啟示，中研院法學期刊，創刊號，2007年3月；王泰升，第三章 威權走向民主下的台灣法學（1949年迄今），載：建構台灣法學：歐美日中知識的彙整，頁127-214，2022年7月；王泰升，臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，2015年6月；Tay-Sheng Wang, *Translation, Codification and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan*, 25(2) WASH. INT'L L.J. 307, 322-29 (2016).

<sup>91</sup> 公司法獨立董事制的移植，可參見賴英照，法制的移植——從公司律到獨立董事，臺北大學法學論叢，84期，2012年12月；關於環境影響評估制度的引進，可參見張英磊，比較法視角下我國環評司法審查之發展：一個回應我國民主轉型脈絡之詮釋，國立臺灣大學法學論叢，40卷3期，2011年9月；關於臺灣參考美國家暴法之改革，參見Yun-Ru Chen, *Legal Americanization in Post-war Taiwan: The Case of the Domestic Violence Prevention and Treatment Act*, LL.M. Thesis, Harvard Law School (2005); 王曉丹、林三元，法律移植與法律適應——婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令裁定之分析，思與言：人文與社會科學期刊，47卷4期，2009年12月；鄭麗珍，臺灣家庭暴力防治法之法律改革與司法實踐：一個法律移植的理論與實證考察，臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，2021年1月；關於婚姻平權改革與美國法學之關係，參見Chao-Ju Chen, *Migrating Marriage Equality Without Feminism: Obergefell v. Hodges and the*

元照出版提供 請勿公開散布

過程中發生的「漂移」與變異，乃至與美日臺法律文化與實踐的混雜，亦是法釋義學、法學方法與法律人類學的重要課題。<sup>92</sup>

戰後當代的臺灣法學者也注意到了法律全球化的浪潮。例如，《法的全球化與全球化的法》（二〇一九）一書收錄公民法領域，乃至哲學、政治、社會等跨領域學者探討法學與全球化之關係。<sup>93</sup>後殖民研究對於新帝國主義的反思也影響了臺灣學者對於全球化的觀點。王曉丹對於全球化脈絡下人口販運問題的研究即為適例。她受到前述De Sousa Santos分析全球化複數法規範時地圖投影想像之啟發，分析人口販運法制相關的國際法、內國法與司法判決等重層規範制訂時的「多重製圖」的權力運作。除了強調穿梭多重法律時空時不可避免的法律規範「位移」與混雜，更清楚地反思從殖民法到全球人權法論述中以西方法為尊之不對等權力關係。<sup>94</sup>

當代臺灣法文化與法意識研究也注意到法律繼受所產生的法律多元情境。例如，蘇永欽進行法社會學調查研究中指出，由於對於來自西方個人主義與自由主義色彩的法律欠缺瞭解以及固有的儒家厭訟文化等因素，人們使用法律的意願與法意識低落。<sup>95</sup>融合了法律史的視角，社會學者林端則認為與其將西方法律無法落實在臺灣

---

*Legalization of Same-sex Marriage in Taiwan*, 52 CORNELL INT'L L.J. 65 (2019).

92 簡資修，法律繼受之漂移與超越——民法第184條權利之解釋視野，高大法學論叢，16卷1期，2020年9月；吳從周，同註67。郭書琴，「德系日規、台美混搭」之法律「空間」——以民事紛爭解決中的法律與文化為例，輔仁法學，57期，2019年6月。

93 李炳南，法的全球化與全球化的法，2019年11月。

94 王曉丹，法律繼受與法律多重製圖——人口販運法制的案例，中研院法學期刊，15期，2014年9月；張嘉尹，法的全球化與社會的憲法化，月旦法學雜誌，289期，2019年5月。

95 蘇永欽，我國人民認知及處理法律事務障礙因素之研究，國科會補助專題研究報告（報告編號：74-0301-H004-04），1985年。

和中國的現象理解為「法治乖常」，不如將其視為常見的法律多元主義下「中西法律觀念的頡頏」。他主張不需以西方法治為最終衡量標準而全盤接受，而是應該要把臺灣社會作為一個從傳統中國、日治、到戰後的文化持續變動中的「獨特性歷史固有體」，並觀察作為長時間社會變遷過程的繼受。<sup>96</sup>陳惠馨等在二十一世紀初期以法學教育為切入點的法律人法意識研究中關注教師留學國以及法律繼受對於不同科目的影響，乃至法律概念在繼受母國以及來到臺灣之後進行本土轉換後的差異。<sup>97</sup>江玉林透過司法圖騰的分析亦展示了臺灣社會「中西法律文化」的混雜。<sup>98</sup>郭書琴透過法人類學的方法所呈現臺灣民事訴訟糾紛解決機制，乃不限於中西，而是一種「德系日規、台美混搭」之法律「空間」。<sup>99</sup>王曉丹則注意到包括傳統中國法與西方法的多元法律傳統在臺灣的長期交織融合過程，並注意到「西方法 vs. 本土法」或「移植法 vs. 固有法」等二分架構之不足，乃至於反思全盤以西方法為圭臬的「法律帝國主義」。<sup>100</sup>

<sup>96</sup> 林端，中西不同法律觀的頡頏——繼受過程中的台灣法治，載：儒家倫理與法律文化：社會觀點的探索，1994年1月。

<sup>97</sup> 陳惠馨，台灣法律人法意識建構研究——法律跨領域研究實踐記錄，載：邁向科際整合的法學研究，2013年6月。

<sup>98</sup> 江玉林，司法圖騰與法律意識的繼受——在正義女神與包青天相遇之後，法制史研究，12期，2007年12月。

<sup>99</sup> 郭書琴，同註92。

<sup>100</sup> 王曉丹，法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例——法律繼受下的法社會學研究取徑，月旦法學雜誌，189期，頁5，2011年2月。關於固有法與現代西方法的融合與交錯之例，亦可參見黃琴唐，情理法的融貫——傳統裁判理念的當代思辨（篇名暫定），載：法律有關係：法律哪裡來？怎麼變？如何影響我們生活？（預計2023年出版，書名暫定）。

## 陸、結語：從邊緣視角重構研究工具箱

“If the only tool you have is a hammer, to treat everything as if it were a nail.”

--Abraham H. Maslow, *The Psychology of Science* (1966).

主流LSS或者更廣泛的英語世界的法律移植研究，提供了哪些研究概念工具？這些工具又對臺灣的法社會研究或者朝向本土化的法律改革有怎樣的啟發、呼應或不足之處？作為本文代結論，以下提供若干初步的思考。

首先，對於長期且持續進行各個層次的法繼受的臺灣而言，Watson所主張之「移植乃推動法律發展的主要來源」論題，對於臺灣法律發展的方向與內涵有相當大的解釋力。前述王泰升所著《*Legal Reform in Taiwan Under Japanese Colonial Rule (1895-1945): The Reception of Western Law*》之書名，或許是最直白的例證。當然，「法律繼受—法律改革」的連結，也清楚地展現在前述不論是荷治、近代中國、戰後臺灣的法律移植的探討上。

如果法律移植之可能性或可行性在臺灣是被普遍接受的，當我們立基於臺灣經驗可以進一步探討的問題或許可以包括：當法律與制度移動到另一個社會時空與法律系統中時，產生如何的轉變？直接以新法律全盤取代固有法之模式（例如，中華民國在戰後的移入），而或以法律多元模式將固有法與習慣容納於新法律體系（例如，荷治與日治法體系），兩種移植模式有何優缺？在法律多元模式下，外來統治者懷柔的「舊瓶新酒」策略中新的法律意涵與機制如何被偷渡創造？<sup>101</sup>既有習慣的內涵在多大程度內經由此種「轉

<sup>101</sup> 例如，王泰升討論日治政府以「舊瓶新酒」方式，將臺灣習慣法上的業與典等

譯」過程被同時保存與流失？以殖民母國或統治者之利益為出發點的法律改革，是否也可能非預期地為被統治者民眾帶來若干改革的附隨利益？<sup>102</sup>從少數統治、強壓下的繼受，轉換為現今民主化後，可以進行「自主選擇」的我們又如何衡量各種選擇的利弊得失，而做出（不）移植的選擇？<sup>103</sup>這些都是從「以台灣為主體」的視角觀察法移植時的自然提問。

另一個可以追問的方向，則是該如何理解以及評價移植的成敗？英語世界之既有研究對於移植機制動機、阻礙或難易的脈絡性檢討，提示我們避免以過度簡化而難以檢證的「文化」來論述移植成敗。就比較法學者Graziadei的觀察，人們常以繼受法是否「適合」（fitting）本地脈絡，來解釋移植成敗。例如，相對於契約法，親屬繼承法常被認為具有「文化密切」（culture-bound）性質而難以移植。然而，Graziadei認為上述通說的反例事實上並不罕見。<sup>104</sup>如同前述Kahn-Freud與Cotterrell所言，就算家庭法，或者是影響「情感型」社群的法律移植並不一定比較困難，而是如同牽涉其他社群的法律變革一樣有不同的動力與阻力。<sup>105</sup>不同法系的各國對於諸如家暴法與同婚法等戰後美國家庭相關法律的自主繼受，已是相當普遍的現象。當代臺灣亦不例外。更重要的是，所謂「適合」或「文化」論述往往流於空泛，而難以進行檢證論辯。「適合」論述預設了既飄渺又全稱式的在地社會或文化。此論述一方面並未具體指認出反對的力量（例如，原有制度的既得利益者為誰？

---

土地安排，轉換成所有權與抵押權等。參見王泰升，同註79，頁335-342、345-354。

<sup>102</sup> WANG, *supra* note 79.

<sup>103</sup> WANG, *supra* note 79.

<sup>104</sup> Graziadei, *supra* note 2, at 472.

<sup>105</sup> Cotterrell, *supra* note 24, at 109.

制度改革後產生了如何的重分配結果？)；另一方面，相關之支持論據也常常並非基於確切研究而是閒談軼事式的(anecdotal)。<sup>106</sup>換言之，移植中所謂的「家庭法例外主義」(family law exceptionalism)的具體虛實動因需要被認真面對。<sup>107</sup>而法律移植與改革的意識形態或文化戰爭(culture wars)的背後，往往是盤根錯節的現實政治力量角力，甚至是高度組織性的動員運作。<sup>108</sup>而關於法律移植的討論，也需要有更多基於實證研究(例如觀察在移植過程中法律人如何轉換與選擇外國立法例等)，而得以檢證論辯之研究作為基礎。

(後)殖民研究，特別是環繞著「近代化」的諸多討論與批判，亦與長期繼受近代西方法的臺灣密切相關。在(後)殖民情境中，「(進步)西方 vs. (落後)本土」的對立常常仍是討論法律改革的預設框架。例如，「書本上法 vs. 事實運作中法」的「落差」(gap)原本是法社會學的常見的研究主題，但在臺灣的具體情境中卻常常發展為以下的敘事：受到固有法影響而「落後」的臺灣法實踐，需要趕上作為標準的西方法規範。<sup>109</sup>然而，或許如同王曉丹

<sup>106</sup> Graziadei, *supra* note 2, at 472.

<sup>107</sup> 關於「家庭法例外主義」及其檢討，參見Janet Halley & Kerry Rittich, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 AM. J. COMP. L. 753, 769 (2010); 關於「家庭法例外主義」在19世紀德國、19世紀末日本與日治台灣的檢討，則可見Chen, 'Rule of Law' as Anti-Colonial Discourse: Taiwanese Liberal Nationalists' Imagination of Nation and World Under Japanese Colonialism, *supra* note 61.

<sup>108</sup> 例如，高穎超分析臺灣反對同婚運動如何與臺灣以外的保守宗教團體進行跨國結盟並發展自身策略。Ying-Chao Kao, *Organizing Transnational Moral Conservatism: How U.S. Christian and Taiwanese "Pro-Family" Movements Converge, Diverge, and Collide*, Ph.D. Dissertation, School of Graduate Studies, Rutgers University (2018).

<sup>109</sup> 王曉丹，同註94。

所言，所謂的移植的落差可以當作一種轉譯過程的「法律移位」。其好壞的評斷必須深入現實的社會與法律脈絡條件，試圖建立理論模型來評斷與改革。<sup>110</sup>換言之，針對移植過程中的落差與「移位」，要避免不假思索地將差異視為「非原版」的拙劣模仿，而或輕易地以「適合國情」加以正當化。對於改革的分配效果（*distributional effect*）則應該投以更多關注。此外，後殖民研究對於西方法霸權的批判，包括西方法如何獨占我們對於法律與法律改革的想像，仍然深具啟發。

此外，在（後）殖民情境下，非西方社會的「新式」法律人一方面本身是法律移植的產物與移植西方法的載體，另一方面，他們也是策略性地挪用、組裝與改造舶來品的能動性主體。<sup>111</sup>而就長期同時面對東方威權體制與西方霸權的臺灣法律人而言，對於西方法律體制的崇尚追求，以及背後抑或真心誠意、抑或工具策略性地「遠交近攻」甚至指桑罵槐，是個饒富趣味與意義的研究課題。如何有批判性地借鏡外國法律資源以追求移植的本土化，並在理解社會不同人群的多樣需求後，評估分配效果後提出可能的規範性的判斷或選項，也是當代臺灣法律人被期待的角色。<sup>112</sup>

值得一提的是，雖然並非本文所能適切處理的主題，近年來有關原住民法的討論也應該是臺灣法律移植經驗的重要一環。從原住民為主體的立場觀之，歷來的荷蘭、傳統中國、日本、近代中國，乃至中華民國法制，可說都是外來法。不同時代的外來政權引入什

<sup>110</sup> 王曉丹，同註94，頁107-108。

<sup>111</sup> 關於日治時期臺灣辯護士社群的建立以及其在法律移植扮演的角色，可參見曾文亮，同註83；關於日治臺灣法律人如何在藉由重新詮釋法律概念以抗拒全盤繼受日本家族法，參見陳韻如，同註11。

<sup>112</sup> 關於比較家庭法研究中的分配分析取徑，可參見Halley & Rittich, *supra* note 107, at 753, 755-56, 764-66.

麼樣的法律與制度來統治、定義、規範原住民生活？原住民法與國家法的關係為何？原住民的固有法如何被取代，如何被選擇性地保留、詮釋與改造？作為個別或者群體的原住民在其中的角色與策略能動性為何？法律近代化對於臺灣原住民族的影響與意涵為何？這些都是方興未艾而值得更多研究者投入的課題。<sup>113</sup>對於這些課題，法移植研究或許也可以提供一些概念工具與思考資源。例如，如果選擇將原住民法與習慣與當前國家法嫁接，要使用如何的機制？以如何的法律語言與概念加以表達？<sup>114</sup>如果說原住民法與傳統在「轉譯」以納入國家法時將不可避免地發生內涵與意義的變換或流失，要如何衡量利弊（tradeoff）、做出選擇？

最後，本文想回到前言提及的兩個邊緣性（即「台灣的邊緣性」與「移植議題於LSS的邊緣性」），並從後殖民的觀點反思LSS在臺灣的學術移植。臺灣在政治，乃至經濟與意識形態上長期處於所謂「帝國邊緣」之位置，並在這樣的邊緣位置展開近代化。<sup>115</sup>當代法學研究，包括法社會研究，亦不例外。王曉丹便曾指出，臺灣的法社會研究之出發點，原本是針對法釋義學研究中過於專注於條文或判決繼受之作法而可能產生的「殖民困境」的回應。

<sup>113</sup> 王泰升，原住民族相關法制的回顧及省思，載：台灣史論叢·法律篇，多元法律在地匯合，頁427-487，2019年8月。

<sup>114</sup> 例如，王泰升提出以「法學化習慣、習慣法到習慣立法」路徑，形塑出尊重原住民族傳統的民刑事法律，以作為一種可能的改革方案。王泰升，在法學與國家法中看見原住民族，政大法學評論，134期，頁1-46，2013年9月；吳宗謀則主張以「新歷史法學」方法，將原住民傳統「轉／譯」進入國家法語言。吳宗謀，實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫臺灣原住民族傳統規範的可能性，臺灣原住民族法學，1卷2期，頁61-72，2017年4月。

<sup>115</sup> 對於如何「帝國邊緣」的概念，以及如何從邊緣位置來理解台灣的現代性特質，可參見黃金麟、汪宏倫、黃崇憲主編，帝國邊緣：台灣現代性的考察，2010年12月。



臺灣的法社會學研究，即希望藉由本土的實證性與經驗性研究來加以脫困。弔詭地是，在此過程中大部分的研究者卻不可避免地大量使用借鏡西方主流法社會研究者之概念與作品，反而產生了另一種型態的殖民困境。王曉丹從而建議應對增進西方社會與研究脈絡的理解，並對這些西方主流概念有所反思批判。<sup>116</sup>

延續這樣的思考，本文認為對於法社會學議題清單也是反思批判的重要一環。如前所述，法律移植並非美國法社會研究的主流議題，但卻是各國法社會無所不在而不可迴避的現象。<sup>117</sup>對於臺灣社會而言，不管是在知識、實踐與意識上，移植的存在感強烈。如本文第伍節所示，不論是在法律史、法社會學、或者部分法的研究上，法繼受在臺灣學界是有相當積累的主題。然而或許由於臺灣法社會學的通論教科書或課程大綱通常跟隨美國學界的議題設定，就筆者目力所及，尚未有太多針對法律移植為主題的討論。<sup>118</sup>

本文想要提醒（包括本文作者在內）法社會研究者，如果全心投入主流美國LSS的研究，固然可參與有豐沛研究動能的學術討論社群之討論，卻可能與自身社會的重要問題擦身而過。當然，這並不表示臺灣研究者只應關注於自身社會與研究。一個可能的嘗試，乃是在參考法社會研究時，避免將目光只鎖定美國為主流的LSS學界，而能更留意與重視其他各國如何提出所處社會之議題且發展出

<sup>116</sup> 王曉丹，同註100，頁4。

<sup>117</sup> 例如，日本法社會學者千葉正士關注法律繼受。他一方面探討固有法如何被國家法吸收，另一方面也試圖從日本常民觀點理解法律移植以及固有法持續發揮的作用。關於千葉正士的東亞法與法文化論中對於移植以及法律多元觀點的論述，可參見江存孝，「非西歐法」視點下的東亞法研究——從千葉正士的法文化論談起，載：新世紀臺灣法學：國立政治大學法學院六十週年院慶論文集，頁649-677，2021年12月。

<sup>118</sup> 另外，臺灣法學院中法社會課程亦並不多見，這或許也是移植議題邊緣性的原因之一。感謝匿名審查人提供此一觀察面向。

如何的概念與方法。事實上，近年來LSS自身也開始檢討美國法以「美國中心」與“one-size-fits-all”方式，在人權法、法律與發展、司法中心主義等議題，向世界各地的單向輸出。<sup>119</sup>各地學者也根據自身脈絡發展的研究主題。例如，一份“Law and Society in Latin America”的課程大綱，主題可以包含了法律與發展、司法改革、歐洲中心、獨裁政治、毒品交易等與主流LSS主題既重疊又分殊的研究議題。<sup>120</sup>二戰後不久即成立的日本法社會學會，近年來所進行的七十年學界回顧中包括噪音、泡沫經濟、以及高齡社會等反映日本社會變遷的清單，亦深具啟發。<sup>121</sup>對於自身脈絡的思索、議題的提出，以及相應的概念方法工具的揀擇與創造，也是臺灣法社會學者可以努力的方向。<sup>122</sup>「如果你（妳）手上的工具只有錘子，那麼所有問題都會被如釘子般來處理」（if the only tool you have is a hammer, to treat everything as if it were a nail）。<sup>123</sup>而就於對於臺灣法社會有興趣的研究者而言，在從LSS擷取養分的同時須意識到主流清單的限制，並應自我期許從在地視角重構研究問題並發展組裝自己的工具箱，循環往復地深化具有本土關懷的法律與社會研究。

<sup>119</sup> Carroll Seron, Susan Bibler Coutin & Pauline White Meeusen, *Is There a Canon of Law and Society?*, 9 ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 287 (2013); Lynn Mather, *Reflections on the Reach of Law (and Society) Post 9/11: An American Superhero?*, 37(2) LAW & SOC'Y REV. 263, 263-81 (2003).

<sup>120</sup> Seron, Coutin & Meeusen, *id.* at 299.

<sup>121</sup> Dimitri Vanoverbeke 「The international dimension of Seventy Years of the Japanese Association of Sociology of Law 法社会学の軌跡と課題／隣接分野との対話」法社会学84号（2018年3月）。

<sup>122</sup> 附帶一提的是，法律史的方法對於臺灣法與社會脈絡的思考，可以提供長時間的脈絡與面向。

<sup>123</sup> ABRAHAM H. MASLOW, *THE PSYCHOLOGY OF SCIENCE* 15-16 (1966).

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 王伯琦，近代法律思潮與中國固有文化，3版，1985年5月。
2. 王飛仙，全球法律史中的「法律生活」，中國法制史學會110年度學術講座，中國法制史學會，國立臺灣師範大學，2021年12月。
3. 王泰升，「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿，載：台灣法的世紀變革，頁71-101，2005年2月。
4. 王泰升，台灣的法律繼受經驗及其啟示，中研院法學期刊，創刊號，頁111-135，2007年3月。
5. 王泰升，清末及民國時代中國與西式法院的初次接觸——以法院制度及其設置為中心，中研院法學期刊，1期，頁105-162，2007年9月。
6. 王泰升，在法學與國家法中看見原住民族，政大法學評論，134期，頁1-46，2013年9月。
7. 王泰升，台灣日治時期的法律改革，修訂2版，2014年9月。
8. 王泰升，臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，2015年6月。
9. 王泰升，臺灣司法官社群文化中的中國因素：從清末民國時代中國追溯起，政大法學評論，142期，頁1-51，2015年9月。
10. 王泰升，去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型，修訂版，2017年10月。
11. 王泰升，原住民族相關法制的回顧及省思，載：台灣史論叢·法律篇，多元法律在地匯合，頁427-487，2019年8月。
12. 王泰升，第三章 威權走向民主下的台灣法學（1949年迄今），載：建構台灣法學：歐美日中知識的彙整，頁127-214，2022年7月。
13. 王曉丹，法意識與法文化研究方法論：以女兒平等繼承為例——法律繼受下的法社會學研究取徑，月旦法學雜誌，189期，頁1-20，2011年2月。
14. 王曉丹，法律繼受與法律多重製圖——人口販運法制的案例，中研院法學期刊，15期，頁77-137，2014年9月。

元照出版提供 請勿公開散布

15. 王曉丹、林三元，法律移植與法律適應——婚姻受暴婦女聲請民事通常保護令裁定之分析，思與言：人文與社會科學期刊，47卷4期，頁85-133，2009年12月。
16. 江玉林，司法圖騰與法律意識的繼受——在正義女神與包青天相遇之後，法制史研究，12期，頁255-265，2007年12月。
17. 江存孝，「非西歐法」視點下的東亞法研究——從千葉正士的法文化論談起，載：新世紀臺灣法學：國立政治大學法學院六十週年院慶論文集，頁649-677，2021年12月。
18. 吳宗謀，實踐導向的法律史研究：運用歐洲法律史知識書寫臺灣原住民族傳統規範的可能性，臺灣原住民族法學，1卷2期，頁61-72，2017年4月。
19. 吳俊瑩，臺灣代書的歷史考察，2010年5月。
20. 吳從周，法律漢字譯語與法律繼受——以民事訴訟法上「聽審請求權」之形式譯語整合與「突襲性裁判防止」之原始意涵詮釋為例，成大法學，10期，頁189-229，2005年12月。
21. 吳豪人，殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像，2017年4月。
22. 邱澎生，「法律社會與文化」專號導言，思與言：人文與社會科學期刊，47卷4期，頁1-4，2009年12月。
23. 李炳南，法的全球化與全球化的法，2019年11月。
24. 沈靜萍，多元鑲嵌的日治時期台灣人家族法，載：多元法律在地匯合，頁313-339，2019年8月。
25. 林政佑，日治時期臺灣監獄制度與實踐，2014年9月。
26. 林端，中西不同法律觀的韻頤——繼受過程中的台灣法治，載：儒家倫理與法律文化：社會觀點的探索，頁197-252，1994年1月。
27. 孫慧敏，制度移植：民初上海的中國律師（1912-1937），2012年7月。
28. 梁弘孟，從「父母之命」到「兩情相悅」——論民初法制發展中男女結婚意思對婚姻締結之影響，政大法學評論，146期，頁127-193，2016年9月。
29. 郭書琴，「德系日規、台美混搭」之法律「空間」——以民事紛爭解決中的法律與文化為例，輔仁法學，57期，頁211-242，2019年6月。
30. 陳宛妤、王泰升，日治初期資本主義財產法制的確立，載：多元法律在地匯合，頁275-312，2019年8月。

- 元照出版提供 請勿公開散布
31. 陳昭如，法律東方主義陰影下的近代化：試論臺灣繼承法史的性別政治，*台灣社會研究季刊*，72期，頁93-135，2008年12月。
  32. 陳添輝，以繼受外國法律做為開發中國家現代化之工具，*東海大學法學研究*，5期，頁1-50，1989年11月。
  33. 陳惠馨，台灣法律人法意識建構研究——法律跨領域研究實踐記錄，載：*邁向科際整合的法學研究*，頁149-201，2013年6月。
  34. 陳韻如，「刁婦／民」的傳統中國「（非）法」秩序——預測論、潛規則與淡新檔案中的姦拐故事，*中研院法學期刊*，2019特刊1期，頁371-454，2019年10月。
  35. 陳韻如，認真對待別居權——別居訴訟的創生與《最高法院遷臺舊檔》中之實踐（一九一二～一九四九），*政大法學評論*，162期，頁93-178，2020年9月。
  36. 陳韻如，繼受與創造性背離：全球法律史架構下的1920s台灣家庭法論爭，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，中央研究院台灣史研究所，2022年7月。
  37. 張英磊，比較法視角下我國環評司法審查之發展：一個回應我國民主轉型脈絡之詮釋，*國立臺灣大學法學論叢*，40卷3期，頁955-1028，2011年9月。
  38. 張嘉尹，系統理論對於法全球化的考察，載：*2008法律思想與社會變遷*，頁85-139，2008年12月。
  39. 張嘉尹，法的全球化與社會的憲法化，*月旦法學雜誌*，289期，頁162-183，2019年5月。
  40. 曾文亮，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125-174，2010年3月。
  41. 曾文亮，日治台灣的辯護士社群，載：*多元法律在地匯合*，頁233-273，2019年8月。
  42. 黃金麟、汪宏倫、黃崇憲主編，*帝國邊緣：台灣現代性的考察*，2010年12月。
  43. 黃源盛，*民初法律變遷與裁判（1912～1928）*，2000年4月。
  44. 黃源盛，*法律繼受與近代中國法*，2007年3月。

元照出版提供 請勿公開散布

45. 黃源盛，民初大理院與裁判，2011年3月。
46. 鄭維中，帶入西方法律的荷蘭統治者，載：台灣史論叢·法律篇，多元法律在地匯合，頁29-56，2019年8月。
47. 劉恆奴，戰後初期臺灣司法接收（1945-1949）：人事、語言與文化的轉換，臺灣史研究，17卷4期，頁33-80，2010年12月。
48. 劉恆奴，清末官吏到民國法官——以「無朝不成院」的北京朝陽大學為例，中研院法學期刊，8期，頁185-226，2011年3月。
49. 歐陽正，民國初年的法制改革與司法獨立理念的實踐，法制史研究：中國法制史學會會刊，1期，頁79-94，2000年12月。
50. 鄭麗珍，臺灣家庭暴力防治法之法律改革與司法實踐：一個法律移植的理論與實證考察，臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，2021年1月。
51. 賴英照，法制的移植——從公司律到獨立董事，臺北大學法學論叢，84期，頁1-70，2012年12月。
52. 盧靜儀，近四十年來有關「法律繼受」研究論著概述，法制史研究，1期，頁239-264，2000年12月。
53. 盧靜儀，「分家析產」或「遺產繼承」——以大理院民事判決為中心的考察，法制史研究：中國法制史學會會刊，13期，頁119-178，2008年6月。
54. 戴東雄，中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法，1981年10月。
55. 簡資修，法律繼受之漂移與超越——民法第184條權利之解釋視野，高大法學論叢，16卷1期，頁1-41，2020年9月。
56. 蘇永欽，我國人民認知及處理法律事務障礙因素之研究，國科會補助專題研究報告（報告編號：74-0301-H004-04），1985年。

## 二、日 文

- ◎Dimitri Vanoverbeke 「The international dimension of Seventy Years of the Japanese Association of Sociology of Law 法社会学の軌跡と課題／隣接分野との対話」法社会学84号（2018年3月）。

三、外文

1. Armitage, David (2008), *THE DECLARATION OF INDEPENDENCE: A GLOBAL HISTORY*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
2. Brown, Nathan J. (2007), *THE RULE OF LAW IN THE ARAB WORLD: COURTS IN EGYPT AND THE GULF*, Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press.
3. Chanock, Martin (1985), *LAW, CUSTOM, AND SOCIAL ORDER: THE COLONIAL EXPERIENCE IN MALAWI AND ZAMBIA*, Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press.
4. Chanock, Martin (2001), *THE MAKING OF SOUTH AFRICAN LEGAL CULTURE 1902-1936: FEAR, FAVOUR AND PREJUDICE*, Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press.
5. Chen, Chao-Ju, *Producing 'Lack as Tradition': A Feminist Critique of Legal Orientalism in Colonial Taiwan*, 1(2) *COMP. LEG. HIST.* 186 (2013).
6. Chen, Chao-Ju, *Migrating Marriage Equality Without Feminism: Obergefell v. Hodges and the Legalization of Same-sex Marriage in Taiwan*, 52 *CORNELL INT'L L.J.* 65 (2019).
7. Chen, Yun-Ru, *Legal Americanization in Post-war Taiwan: The Case of the Domestic Violence Prevention and Treatment Act*, LL.M. Thesis, Harvard Law School (2005).
8. Chen, Yun-Ru, *The Emergence of Family Law in Colonial Taiwan: A Genealogical Perspective*, SJD Dissertation, Harvard Law School (2013).
9. Chen, Yun-Ru, *Family Law as a Repository of Volksgeist: The Germany-Japan Genealogy*, 4(2) *COMP. LAW REV.* 1 (2014).
10. Chen, Yun-Ru, *'Rule of Law' as Anti-Colonial Discourse: Taiwanese Liberal Nationalists' Imagination of Nation and World Under Japanese Colonialism*, 18 *LAW TEXT CULTURE* 166 (2014).
11. Chen, Yun-Ru, *Family Law and Politics in the Oriental Empire: Colonial Governance and Its Discourses in Japan-Ruled Taiwan (1895-1945)*, 14(1) *NTU L. REV.* 1 (2019).

元照出版提供 請勿公開散布

12. Comaroff, Jean (2013), *BODY OF POWER, SPIRIT OF RESISTANCE: THE CULTURE AND HISTORY OF A SOUTH AFRICAN PEOPLE*, Chicago: University of Chicago Press.
13. Comaroff, Jean & Comaroff, John, *Christianity and colonialism in South Africa*, 13 AM. ETHNOL. 1 (1986).
14. Comaroff, John L. & Roberts, Simon (1981), *RULES AND PROCESSES*, Chicago: University of Chicago Press.
15. Cotterrell, Roger ed. (1994), *LAW AND SOCIETY*, New York: New York University Press.
16. Cotterrell, Roger (2006), *Is There a Logic of Legal Transplants?*, in Roger Cotterrell ed., *LAW, CULTURE AND SOCIETY: LEGAL IDEAS IN THE MIRROR OF SOCIAL THEORY*. (BTV: Ashgate Publishing, Ltd.).
17. Darian-Smith, Eve (2013), *LAWS AND SOCIETIES IN GLOBAL CONTEXTS: CONTEMPORARY APPROACHES*, Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press.
18. Durkheim, Emile (1984), *THE DIVISION OF LABOUR IN SOCIETY* (W. D. Halls trans.), New York: The Free Press.
19. Duve, Thomas, *What Is Global Legal History?*, 8(2) COMP. LEG. HIST. 73 (2020).
20. Esquirol, Jorge L., *The Turn to Legal Interpretation in Latin America*, 26(4) AM. U. INT'L L. REV. 1031 (2010).
21. Ewald, William, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, 43(4) AM. J. COMP. L. 489 (1995).
22. Fitzpatrick, Peter (1992), *THE MYTHOLOGY OF MODERN LAW*, London: Routledge.
23. Fitzpatrick, Peter (2001), *MODERNISM AND THE GROUNDS OF LAW*, Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press.
24. Freeman, Michael ed. (2006), *LAW AND SOCIOLOGY CURRENT LEGAL ISSUES VOLUME 8*, Oxford: Oxford University Press.
25. Galanter, Marc, *The Aborted Restoration of 'Indigenous' Law in India*, 14(1) COMP. STUD. SOC. HIST. 53 (1972).
26. Giddens, Anthony (2002), *RUNAWAY WORLD: HOW GLOBALISATION IS*



- RESHAPING OUR LIVES, London: Routledge.
27. Graziadei, Michele (2006), *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW. (Oxford: Oxford University Press).
28. Halley, Janet & Rittich, Kerry, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 AM. J. COMP. L. 753 (2010).
29. Hooker, M. B. (1976), LEGAL PLURALISM: AN INTRODUCTION TO COLONIAL AND NEO-COLONIAL LAWS, Oxford: Oxford University Press.
30. Kahn-Freund, Otto, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 MOD. L. REV. 1 (1974).
31. Kao, Ying-Chao, *Organizing Transnational Moral Conservatism: How U.S. Christian and Taiwanese "Pro-Family" Movements Converge, Diverge, and Collide*, Ph.D. Dissertation, School of Graduate Studies, Rutgers University (2018).
32. Kennedy, Duncan (2006), *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in David M. Trubek & Alvaro Santos eds., THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL. (Cambridge: Cambridge University Press).
33. Kennedy, Duncan, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and Its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, 58 AM. J. COMP. L. 811 (2010).
34. Kim, Marie Seong-Hak, *Law and Custom in the Chosŏn Dynasty and Colonial Korea: A Comparative Perspective*, 66(4) J. ASIAN STUD. 1067 (2007).
35. Kim, Marie Seong-Hak, *Customary Law and Colonial Jurisprudence in Korea*, 57 AM. J. COMP. L. 205 (2009).
36. Klare, Karl, *The Politics of Duncan Kennedy's Critique*, 22 CARDOZO L. REV. 1073 (2001).
37. Kolff, Dirk H. A. (1992), *The India and the British Law Machines: Some Remarks on Law and Society in British India*, in W. J. Mommsen & J. A. De Moor eds., EUROPEAN EXPANSION AND LAW: THE ENCOUNTER OF EUROPEAN AND

元照出版提供 請勿公開散布

- INDIGENOUS LAW IN 19TH-AND 20TH-CENTURY AFRICA AND ASIA. (LDN: Bloomsbury Publishing).
38. Krever, Tor, Lisberger, Carl & Utzschneider, Max, *Law on the Left: A Conversation with Duncan Kennedy*, 10 UNBOUND. HARVARD JOURNAL OF THE LEGAL LEFT. 1 (2015).
39. Legrand, Pierre (2001), *What 'Legal Transplants'?*, in David Nelken & Johannes Feest eds., ADAPTING LEGAL CULTURES. (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing).
40. Lev, Daniel S. (2000), *Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State*, in Daniel S. Lev ed., LEGAL EVOLUTION AND POLITICAL AUTHORITY IN INDONESIA: SELECTED ESSAYS. (The Hague: Kluwer Law International).
41. Liu, Yen-Chi, *Establishing Children's Legal Rights: Children, Family, and the State in Taiwan Under Japanese Colonial Rule (1895-1945)*, 44(3) J. FAM. HIST. 297 (2019).
42. Mather, Lynn, *Reflections on the Reach of Law (and Society) Post 9/11: An American Superhero?*, 37(2) LAW & SOC'Y REV. 263 (2003).
43. Maslow, Abraham H. (1966), THE PSYCHOLOGY OF SCIENCE, New York: Harper & Row.
44. Merry, Sally Engle, *Legal Pluralism*, 22(5) LAW & SOC'Y REV. 869 (1988).
45. Merry, Sally Engle (2004), *Colonial and Postcolonial Law*, in Austin Sarat ed., THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY. (NJ: Wiley-Blackwell).
46. Montesquieu, Charles de Secondat (1899), THE SPIRIT OF LAWS (Thomas Nugent trans.), NY: The Colonial Press.
47. Moore, Sally Falk (1986), SOCIAL FACTS AND FABRICATIONS: "CUSTOMARY" LAW ON KILIMANJARO, 1880-1980, Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press.
48. Moore, Sally Falk, *Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans About Running "Their Own" Native Courts*, 26(1) LAW & SOC'Y REV. 11 (1992).
49. Nair, Janaki (2000), WOMEN AND LAW IN COLONIAL INDIA—A SOCIAL HISTORY,

- Delhi: Kali for Women.
50. Pound, Roscoe (1938), *THE FORMATIVE ERA OF AMERICAN LAW*, Boston: Little, Brown and Company.
51. Ranger, Terence (1983), *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in Eric Hobsbaum & Terence Ranger eds., *THE INVENTION OF TRADITION*. (Cambridge, UK, and NY: Cambridge University Press).
52. Ruskola, Teemu, *Legal Orientalism*, 101(1) MICH. L. REV. 179 (2002).
53. Said, Edward William (1978), *ORIENTALISM*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd.
54. Santos, Boaventura de Sousa, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, 14 LAW & SOC'Y REV. 279 (1987).
55. Santos, Boaventura de Sousa (1995), *TOWARD A NEW COMMON SENSE*, New York: Routledge.
56. Sarat, Austin ed. (2004), *THE BLACKWELL COMPANION TO LAW AND SOCIETY*, New Jersey: Wiley-Blackwell.
57. Schlegel, John Henry, *Three Globalizations: An Essay in Inquiry*, 78 LAW & CONTEMP. PROBS. 19 (2015).
58. Schlesinger, Rudolf B., Baade, Hans W., Damaska, Mirjan R. & Herzog, Peter E. (1988), *COMPARATIVE LAW: CASES-TEXT-MATERIALS* (5th ed.), Sunderland: Foundation Press.
59. Seron, Carroll ed. (2006), *THE LAW AND SOCIETY CANON*, Aldershot, Hants, England: Ashgate.
60. Seron, Carroll, Coutin, Susan Bibler & Meeusen, Pauline White, *Is There a Canon of Law and Society?*, 9 ANNU. REV. LAW SOC. SCI. 287 (2013).
61. Siegelberg, Mira L. (2020), *STATELESSNESS: A MODERN HISTORY*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
62. Snyder, Francis G., *Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal*, 19 J. LEG. PLUR. UNOFF. LAW. 49 (1981).
63. Spivak, Gayatri (1988), *Can the Subaltern Speak*, in Cary Nelson & Larry Grossberg eds., *MARXISM AND THE INTERPRETATION OF CULTURE*. (IL: University

- of Illinois Press).
64. Tamanaha, Brian Z. (2001), *A GENERAL JURISPRUDENCE OF LAW AND SOCIETY*, Oxford: Oxford University Press.
65. Teubner, Gunther, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies*, 61 MOD. L. REV. 11 (1998).
66. Tsoukala, Philomila, *Marrying Family Law to the Nation*, 58(4) AM. J. COMP. L. 873 (2010).
67. Von Savigny, Frederick Charles (1831), *OF THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE* (Abraham Hayward trans.), Clark, N.J: The Lawbook Exchange, Ltd publishing.
68. Wang, Tay-Sheng (2015), *LEGAL REFORM IN TAIWAN UNDER JAPANESE COLONIAL RULE (1895-1945): THE RECEPTION OF WESTERN LAW*, Seattle: University of Washington Press.
69. Wang, Tay-Sheng, *Translation, Codification and Transplantation of Foreign Laws in Taiwan*, 25(2) WASH. INT'L L.J. 307 (2016).
70. Watson, Alan (1993), *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW* (2d ed.), Georgia: University of Georgia Press.
71. Watson, Alan (1985), *EVOLUTION OF LAW*, Baltimore: Johns Hopkins University Press.

# Legal Transplant in Society: An Omnipresent Aberrance?

Yun-Ru Chen \*

## Abstract

If the law is—or ought to be—the mirror of local society, is legal transplant an aberrance or exceptional phenomenon existing mostly in the (semi-) Periphery? Alternatively, if legal reception and legal pluralism are ubiquitous, how do we understand alien laws in local societies? This paper explores three main research areas related to legal transplants in the English-speaking world, namely comparative law, (post-) colonial legal studies, and legal globalization. Understand the coexisting, conflicting, and/or mutual constructive relations between imported laws and local societies. Furthermore, the paper provides a succinct account of research development regarding legal transplants in Taiwan, whose legal system has been (and continues to be) shaped and reshaped through several waves of legal receptions of the laws from the Center. Through such exercises, the paper aims to provide a tentative map for exploring laws' mobilities and, at the same time, encourage researchers from the (semi-) Periphery to reconstruct questions and methods formulated in the Center, and to develop their own socio-legal studies with local subjectivity.

---

\* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University; S.J.D., Harvard Law School, U.S.A.

Received: January 18, 2022; accepted: October 4, 2022

元照出版提供 請勿公開散布

**Keywords:** Legal Transplant, Law and Society Studies, Mirror Theory, Comparative Law, (Post-) Colonial, Globalization, Legal Pluralism, Legal History, Localization, (Semi-) Periphery