

《北大法律评论》(2006)  
第7卷·第2辑·页482—507  
Peking University Law Review  
Vol. 7, No. 2, 2006, pp. 482—507

## 民事法制中的“旧惯”与日据台湾时期的治理术变迁(1895—1945)<sup>\*</sup>

尤陈俊<sup>\*\*</sup>

The “Old Customs” In the Civil Legal System and  
the Change of the Governing Tactics During the  
Period of Taiwan’s Occupation by Japan(1895—1945)

You Chen-jun

如果被征服的国家,像上面所说的那样,向来习惯于在他们自己的法律之下自由地生活,那么想要保有这种国家有三种办法:其一是,把他们毁灭

\* 本文系武乾副教授主持的教育部人文社科项目“国家法与民间法的冲突及历史与现实中的平衡实践”(02JA820023)成果之一,我曾据此内容在“纪念抗日战争胜利60周年暨台湾建省120周年、光复60周年学术研讨会”(福建厦门,福建省炎黄文化研究会等单位主办,2005年9月1—2日)上做主题报告。2005年4—6月,我在台湾政治大学法学院研修期间,有幸多次面晤黄静嘉先生,与这位我素来景仰的同乡前辈的详谈,对本文初稿的写作帮助甚多;政治大学中正图书馆、基础法学中心、社会科学资料中心、台湾大学图书馆、“中研院”史语所傅斯年图书馆、近史所郭廷以图书馆等机构的丰富藏书以及资料利用上方便,对本文的完成至为重要;范忠信教授的鼓励促使本文得以早日定稿;《北大法律评论》的初审编辑与两位匿名审稿人提供了宝贵的审阅建议,不仅提醒我注意一些先前未予参考的研究文献,还促使我重新思考初稿中存在的一些问题,从而修正了原先论述上的疏失之处;政治大学法学院黄琴唐先生从海峡对岸为我寄来修改初稿所需的数种文献。在此一并致谢,当然,文中所有可能的错误均由我自己承担。

\*\* 中南财经政法大学法学院2003级法律史专业硕士生,2005年4—6月赴台湾政治大学法学院研修,电子邮箱:youchenjun@163.com。

掉；其二是，亲自前往驻在那里；其三是，允许他们在他们自己的法律之下生活，同时要他们进贡并且在那个国家里面建立一个对你友好的寡头政府。

——马基雅维利《君主论》<sup>[1]</sup>

## 一、序论

对于日据台湾长达五十年余年的殖民史，学界的研究由来已久，相关的论著也是为数甚多。<sup>[2]</sup>但遗憾的是，一旦仔细推敲起来，很多所谓的成果，多少显得有些抨击（激情）有余而深入（研究）不够。而学术之所以为学术，恰是因为它有着自己的理路，感情的评价并不应该被过多地纠缠进学术的逻辑之中。马克斯·韦伯当年倡言的“价值无涉”，尽管实际上并不可能在社会科学研究领域中完全达致，但情绪化的论述应予尽量克制乃至避免，则已成学界共识。就日据台湾时期的法制而言，人们似乎早已习惯于重复那个为千篇一律的论述所不断强化的所谓结论，那就是此一时期的立法、司法，暗藏着日本殖民者的险恶用心，以残酷威压为能事，而常常容易忽略一点，那就是最符合这种“血腥描述”的，也许应该是日据台湾时期的刑事法制。<sup>[3]</sup>

问题是，除了最为明显地表现于刑事法制的这个突出特点外，此一时期的殖民法制，是不是还存在着一些可能有所不同的面相？比如说民事法制，是不是有所区别于血腥味甚重的刑事法制？不幸的是，这些疑问，并没有引起多少学者的注意。数十年来，中国大陆法学界几乎没有专门的论著挑战这些问题，此种状况令人唏嘘。而在这样至今尚显荒芜的学术沙漠中，不能不提到台湾学者黄静嘉先生的筚路蓝缕之功。他于1960年印行的《日据时期之台湾殖民地法制及殖民统治》一书，到目前为止，仍然不愧是屈指可数的涉及日据台湾时期民事法制之研究的经典作品之一，本文的写作对黄氏的研究多有参考。<sup>[4]</sup>

[1] 马基雅维利：《君主论》，潘汉典译，北京：商务印书馆，1985年，页22。

[2] 早在日据台湾时期，就已经有不少由大陆人士撰写的对日本统治下的台湾进行初步研究的论著，参见褚静涛：“日据时期祖国大陆台湾研究状况述评”，载《江海学刊》2000年第5期。

[3] 详见范忠信：“日据时期台湾法制的殖民属性及其特征”，载《法学研究》2005年第4期。

[4] 黄静嘉先生于1955—1958年间在政治大学政研所完成了题为《日据时期之台湾殖民地法制及殖民统治》的硕士论文，后经修改增订后于1960年印行少量单行本专书发行，2002年再次修改增订后以《春帆楼下晚涛急——日本对台湾的殖民统治及其影响》为名由台湾商务印书馆出版，后又于2003年在内地由商务印书馆发行简体版。在一篇书评中，俞荣根先生认为，黄氏此书“最重要的贡献在于，它第一次清晰地再现了日本在台湾建立的殖民地制度的全貌”，并归纳了此书指出的日据台湾殖民统治的四个重要特征，即“确立唯一的意识形态”、“无所不在的恐怖”、“全面垄断政治和经济资源”和“台岛华人丧失政治权利和部分私权”。但遗憾的是，在俞氏的评述中，他并没有直接点明此书尤其值得称道的学术贡献之一在于，它初步构建了以往为人们所忽略的日据台湾时期的民事法制的面貌。这个观察角度的缺失，也使得俞氏的评论遗漏了一些值得深入发挥的精彩之处。详见俞荣根：“春帆楼下晚涛急——读《春帆楼下晚涛急——日本对台湾的殖民统治及其影响》”，载中国法制史学会（台湾）、“中央研究院”历史语言研究所主编：《法制史研究》第六期，2004年12月台北出版。

晚近以来，“台湾法律史”的研究范式迅速崛起于台湾学界，一些档案材料（如台湾总督府档案）被相继整理以供学界利用，日据台湾时期民事法制的轮廓，也由于相关研究的增多而渐显清晰。<sup>[5]</sup>但即便如此，对于这个问题的探讨，也尚待更多学者的进一步努力，尤其对于大陆法学界来说更是如此。

## 二、日据台湾时期的“旧惯”与“旧惯调查”

论及日据台湾时期的民事法制，首先必须面对的一个主题就是所谓的“旧惯”。在日据台湾时期的民事法制史上，作为一个有着独特含义的概念，“旧惯”犹如串联诸多事物的主线，扮演着一种关键性的角色。正因为如此，本文对日据台湾时期民事法制的研究，将从“旧惯”切入后渐此展开。

### （一）“旧惯”之认定

日据台湾时期所谓的“旧惯”，与我们通常所理解的“习惯”有所不同。这一名词的使用，始于日据初期水野遵民政局长向首任台湾总督桦山资纪提出的行政报告书《台湾行政一斑》中，而之所以以“旧惯”为称，如同春山哲明所言，实际上系以日本占领台湾为界，将此前施行于台湾的事物统统以“旧惯”名之，以示有别于此后所谓的“新制”。<sup>[6]</sup>

这样的一个界定，使得“旧惯”一词所包含的内容，大大超过了我们通常所理解的民间习惯范围。在与“新制”的区分中，“日治时期所称的‘旧惯’，事实上成为一种日人用来指称所有在日治前有效施行于台湾，实际支配台湾人民所有法律生活的，一切具有法律效力的法规范。这样的法规范，包括了……控制力有限的清代官府制定法（大清律例）以及民间习惯规范。”<sup>[7]</sup>对于这种融“民间习惯法”与“成文实定法”于一体的“旧惯”概念，当时日本著名的民法学者冈松参太郎（1871—1922）曾有过阐述。在他看来，所谓的“旧惯”，系指“旧政府

[5] 关于在“台湾法律史”范式下产出的日据台湾时期法律史研究论著之介绍，请参见我的两篇拙文，即“中国法律史研究在台湾：一个学术史的述评（1949—2005）”与“近十五年来台湾学界中国法律史论著目录（1990—2005）”，均载中南财经政法大学法律史研究所编：《中西法律传统》第6卷，北京：中国政法大学出版社2006年即出。

[6] 春山哲明指出，“‘旧惯’非狭义单指台湾旧有风俗、习惯，举凡与日治时期统治者之‘新’政策、‘新’制度相对立事物，皆可谓之‘旧’惯……”参见春山哲明：“台湾旧惯调查と立法构想—冈松参太郎による调查を中心に—”，载《台湾近现代史研究》第6号，东京绿荫书房1988年出版，页87—88，转引自郑政诚：《台湾大调查：临时台湾旧惯调查会之研究》，台北：博扬文化事业有限公司，2005年，页92。

[7] 刘恒姣：“台湾法律史上国家法律体系对民间习惯规范之介入——以台湾‘典’规范之变迁为例”，台湾大学法律学研究所1996年硕士论文，页151。黄静嘉先生也指出，“当时（指清治台湾时期——引者注）司法制度之成文法，除刑事法依当时大清刑律以外，民事上主要为习惯法，并在原则上许由人民自治。此即在日据后依律令民法，应由殖民地法院承认与适用之所谓旧惯。”参见黄静嘉：《春帆楼下晚涛急——日本对台湾的殖民统治及其影响》，北京：商务印书馆，2003年，页31。

时期所施之法律”，其实质条件如下：

- (1) 旧惯不限于施行旧时之习惯法，也包括过去施行之成文法。
- (2) 旧惯指的是当时具有法律效力之习惯。以法令认定旧惯之效力，绝非为承认过去无法律效力之习惯。
- (3) 旧惯必须在旧时事实上具有法律效力，而不一定以形式上是否为政府承认具有法律效力者为判。亦即，旧时有法律效力之习惯，并不限于旧政府所认定者。
- (4) 旧惯之承认系日本法令直接承认其法效力，故已依法承认为旧惯者，即使违反日本在台施行之法律，亦有法律之效力。且既已依法承认，即使依日本法之立场，此旧惯有违公共秩序、善良风俗，也暂时不得不承认法律容许顺从台湾习惯。<sup>[8]</sup>

此番论述向我们展示了，日据台湾时期所谓的“旧惯”，有别于通常所说的“习惯”或“习惯法”，而这一点，特别需要注意。

## (二) “旧惯调查”在台湾的展开

在很多大陆学者的印象中，日本人对中国民间惯习的调查，首推“南满州铁道株式会社”(简称满铁)在华北所做的惯行调查(即所谓的满铁惯调)。<sup>[9]</sup>而实际上，满铁在华北农村的这些调查，乃是仿行日据台湾时期的旧惯调查事业而来。

早在首任台湾总督桦山资纪与水野遵民政局长之时，即已认识到对台湾旧惯进行调查与研究的重要性<sup>[10]</sup>，而在桦山资纪、桂太郎与乃木希典这先后三任台湾总督时期，就已经开展了初步零散的旧惯调查工作，例如1896年12月21日在台湾总督府民政局参事官室内所设置的调查机构“临时调查挂”即被学者认为是日人在台有组织的旧惯调查事业之滥觞。<sup>[11]</sup>但大规模地开展台湾旧惯的调查，则是在第四任台湾总督儿玉源太郎和民政长官后藤新平时期。儿玉一

[8] 《临时台湾旧惯调查会第一部调查第三回报告书——台湾私法第一卷》，陈金田译，台湾省文献委员会1990发行，页27。

[9] 1940—1944年间，日本满铁调查部和东亚研究所在华北农村进行了一系列的实证调查，其成果整理为《中国农村惯行调查》6卷(日本岩波书店，1952—1958年版，1981年再版)。可惜的是，这些资料迄今为止尚未被译为中文。

[10] 例如，水野遵曾以“台湾行政一斑”为题，向桦山资纪提醒参考台湾旧惯的必要性，他指出：“继战乱之后，欲维护地方之平和安静，其施政方针应尽量简单且依从旧惯为宜”，参见《台湾总督府公文类纂》，1895年乙种永久，第7卷第4门，文书(报告·民政局)，转引自郑政诚，同前注[6]，页42。郑政诚还依据多种史料指出，在日据台湾初期，明治天皇、治台之中央首长，以及众多学者(如法学士佐藤谦太郎)，无不强调进行台湾旧惯调查的必要性，页42—48。

[11] 春山哲明：“台湾旧惯调查と立法构想—岡松参太郎による调查を中心に—”，载《台湾近现代史研究》第6号(1988)，页87—88。关于日据台湾初期零散的旧惯调查活动之介绍，参见郑政诚，同前注[6]，页49—61。

后藤政治持续了八年零六个月，奠定了台湾殖民地统治的基础。<sup>[12]</sup>此一期间的一个重要举措，是系统性地组织了对台湾旧惯的全面调查。

台湾旧惯调查的大规模开展，在很大程度上得益于时任民政长官的后藤新平（1857—1929）的极力推行。后藤学医出身，其“生物体”的统治理念在台湾殖民地史上影响深远，他将旧惯调查喻为“新领土统治基础工程”。<sup>[13]</sup>早在东京日日新闻记者招待会上发表的《经营台湾必须调查旧惯制度》谈话中，他就倡导设立一个旧惯调查局式的专责机构，聘请专家学者从事台湾旧惯的系统调查。<sup>[14]</sup>在后藤新平的倡导与努力下，1901年4月1日成立“临时台湾旧惯调查会”作为旧惯调查的专责机构，同年10月25日敕令第196号公布了“临时台湾旧惯调查会规则”，以官方资源与编制大力开展旧惯调查活动。<sup>[15]</sup>从1901年成立到1919年5月6日正式裁撤，前后历19年之久。在此期间，“临时台湾旧惯调查会”的工作共分三部，第一部为法制旧惯的调查，其成果为前后三回报告书以及其附录参考书共13册<sup>[16]</sup>，另还有《清国行政法》一书；第二部调查针对台湾农工商经济旧惯，计划庞大但中途有所变更缩小，其成果为《调查经济资料报告》；第三部则是完成汇编包括《台湾民事令》在内的诸多民事法规草

[12] 黄静嘉，同前注[7]，页4—8。在儿玉—后藤时代之前，桦山资纪、桂太郎与乃木希典这前后三任总督经营台湾殖民地之治绩乏善可陈，已成学界通识，山根幸夫甚至评论说，在此时期，“新领土的统治政策不但未脱治安行政之域，只是徒然消耗庞大国费，而且完全没有成效可言。”参见山根幸夫：“清国行政法解说”，收入氏著：《清国行政法索引》，东京大安株式会社，1967年，页2，转引自郑政诚，同前注[6]，页12。

[13] 鹤见祐辅：《后藤新平》第1卷，东京劲草书房，1990年，页910。后藤曾有言，“……故统治台湾，首先需以科学方法调查当地之习惯制度，采顺应民情之措施。若未详加调查，即将日本内地之法制施行于台湾，无异是将比目鱼的眼睛变为鲷的眼睛一般，是不解政治真义之行为。”参见鹤见祐辅：《后藤新平》第2卷，东京劲草书房，1990年，页397，转引自郑政诚，同前注[6]，页45。

[14] 后藤新平：“经营台湾必须调查旧惯制度”，载台湾省文献委员会编译：《台湾惯习记事》，第一卷上第5号（1984），页154—156。

[15] 刘恒奴在文中多处将该敕令误为169号，显系疏失，参见刘恒奴，同前注[7]，页62、156；而黄静嘉先生在书中将敕令第196号的公布时间写为1899年，也系有误，参见黄静嘉，同前注[7]，页126—127。关于“临时台湾旧惯调查会”的详细情形，迄今为止最为全面的研究当推郑政诚的《台湾大调查：临时台湾旧惯调查会之研究》，同前注[6]；另可参看张志祥：“日本帝国主义的报马仔——临时台湾旧惯调查会及其主要成就”，见 <http://www.lungteng.com.tw/publish/newspaper/003/society/07.htm>（最后访问日期2005年8月17日）。

[16] 其中最为后人称道的是集前三期之大成的《临时台湾旧惯调查会第一部调查第三回报告台湾私法》，此即今天所说的《台湾私法》。我在台湾访学期间，所见到的《台湾私法》第1至3卷共有6册，《台湾私法附录参考书》共3卷7册。这是“临时台湾旧惯调查会”第一部法制科在1910年2月至1911年9月重新修订刊行的《台湾私法》各卷，合计6卷13册，共5866页；今已由陈金田将《台湾私法》第1至3卷译为中文（台湾省文献委员会，1990,1993），中译本共3册。刘恒奴在文中写道“前后三回报告书以及其附录参考书共十四册”，应系笔误，参见刘恒奴，同前注[7]，页156，注[17]。

案,以达到台湾旧惯成文化的目的。<sup>[17]</sup> 而在这三部工作中,与本文的主题密切相关的是第一部(法制旧惯的调查)与第三部(旧惯立法)。“临时台湾旧惯调查会”由京都帝大的民法教授冈松参太郎主持<sup>[18]</sup>,其参加者还有著名学者织田万等人。<sup>[19]</sup> 后藤新平对这些参加旧惯调查的学者相当尊重,给了他们充分的自由。一个例子是,后藤新平曾亲至织田万在京都的私宅拜访,恳请织田万调查清朝制度,并明确表示调查工作的一切事宜悉听织田万自己安排,他并不提出任何有关的具体要求,也正是在听了后藤这番话之后,织田万才欣然接受邀请从事调查,也才有了我们今天看到的皇皇巨著《清国行政法》。<sup>[20]</sup>

与“临时台湾旧惯调查会”这个官方调查机构相呼应的,还有由台湾总督府与法院中有志于旧惯调查的人士在1900年组织成立的“台湾惯习研究会”。任该会会长的是儿玉源太郎,后藤新平为副会长,时任覆审法院院长的铃木宗言为总干事,伊能嘉矩(著名人类学家)担任干事,后来分任“临时台湾旧惯调查会”第一、第二部部长的冈松参太郎与爱久泽直哉均在首届委员之列。“台湾惯习研究会”后来会员大增,最盛之时人数曾多达2600名之多。<sup>[21]</sup> 唯须注意的是,该会虽自称为民间团体,但人事规划上与“临时台湾旧惯调查会”多有重合。该会从1901年1月25日开始每月发行其机关刊物《台湾惯习记事》,到1907年8月解散停刊时,已经发行到第7卷第8号,共计发行80期,今有“台湾省文献委员会”编译的中译本共13册。<sup>[22]</sup>

这一时期的旧惯调查,对日据台湾前期的民事法制影响深远。

[17] 关于“临时台湾旧惯调查会”工作的介绍,详细的介绍请参考郑政诚,同前注[6],页139—227;另见刘恒奴,同前注[7],页156。

[18] 冈松参太郎毕业于东京帝大法科大学(法学部),专研民法与国际私法,汉文解读能力甚佳,还曾到德、法、英留学三载,1899年回国后担任京都帝大法科大学民法第一讲座教授。其就任“临时台湾旧惯调查会”部长一职,系得益于时任“临时台湾土地调查局”局长的中村是公的大力推荐。而冈松亦没有辜负中村的厚望,在他的领导下,“临时台湾旧惯调查会”展开了颇有成效的调查工作。冈松参太郎对台湾总督府立法有着重要影响,已是学界共识,有大量论文论述此点,参见郑政诚,同前注[6],页26—27。一个较晚近的例子则是,2003年6月中旬在日本关西大学举办的日本台湾学会第五次学术大会上,“法学博士冈松参太郎与台湾总督府的立法政策”即为八个会议分科之一,参见陈小冲:“日本国内殖民地台湾史研究述评”,载《台湾研究集刊》2004年第1期,页87。

[19] 除了冈松参太郎和织田万之外,“临时台湾旧惯调查会”还网罗了当时日本的一大批法学与财经的杰出人才,例如爱久泽直哉、田岛锦治、宫尾舜治、波多野高吉等人。

[20] 何勤华:《20世纪日本法学》,北京:商务印书馆,2003年,页304。关于《清国行政法》编纂情形的介绍,详见山根幸夫:“清国行政法解说”,收入氏著:《清国行政法索引》,东京大安株式会社,1967年,页1—21。

[21] 转引自郑政诚,同前注[6],页62。

[22] 参见山根幸夫:“临时台湾旧惯调查会的结果 附记:台湾惯习研究”,吴密察译,载《台湾风物》第32卷第1期(1982),页25—53。“台湾惯习研究会”至1907年解散,其主要原因在于它仅为官方附属机构,而并无总督府经费为奥援,详见铃木宗言:“惯习研究会解散に就て一言す”,载《台湾惯习记事》第7卷第8号,“终刊记事”,台湾惯习研究会1907年8月25日发行,页4—5。

### 三、“旧惯”在殖民地民事法制中的角色变迁

日据台湾殖民史的历史分期,学界历来是众说纷纭。在林衡道主编的《台湾史》一书中,将之分为“尊重现状之绥抚时期”、“内地延长主义之同化时期”与“皇民化时期”。<sup>[23]</sup>这种分类固然不无道理,但若将之用于法律史的叙事,则无法凸显法制层面的特点。为了叙述的方便,我参照黄静嘉先生的做法,将1895—1945长达五十余年的台湾殖民地史,分为殖民统治前期(1895—1921)与殖民统治后期(1922—1945)。<sup>[24]</sup>这两个时期在法制层面的各自特点是,在武官总督之下的殖民统治前期(1895—1921),系以总督律令立法为原则,而到了殖民统治后期(1922—1945),则改为于文官总督之下,以敕令立法为原则。这种统治策略的改变,反映在民事法制上,突出表现为“旧惯”角色的变迁。

#### (一) 殖民统治前期(1895—1921):“尊重旧惯”

中国在甲午战争失败后,被迫于1895年与日本签订《马关条约》。同年6月2日,由中国代表李经方与日本代表桦山资纪(后任首任台湾总督)于基隆舟次交割台湾主权。但日本对台湾的事实占领并不那么顺利,此后大概花了五个多月的时间,才浴血攻占了台湾本岛。台湾殖民地历史上的军政时期亦由此开始。从法制的角度来看,此一时期的特点是,“当时台湾一切‘法律事项’(必须由法律规范之有关人民权利义务事项),均须由台湾总督以军令规定之,此种军令通常系以‘日令’之名义发布,采用军中日令(即每日命令)之形式。”<sup>[25]</sup>作为过渡的军政时期,在法制上极为简陋,但此后五十年中的台湾殖民地司法制度的若干基本原则,此时即已成形,台湾殖民地法制的若干基本形态,也在这个时期成其雏形。就民事法制而言,这突出体现在承认旧惯上。

承认台湾旧惯的举措,始于台湾总督府于1895年11月17日公布的《台湾住民民事诉讼令》。该令共12条,虽为民事之程序法,但亦有关于实体法上的规定,这集中体现在第2条“审判官依地方惯例及条理审判诉讼”上。

[23] 林衡道主编:《台湾史》,台湾省文献委员会1977年印行,页492—494。

[24] 黄静嘉,同前注[7],页1—19。

[25] 郭嘉雄:“日据时期台湾法制之演变历程及其性质”,收入《日据初期司法制度档案》,台湾省文献委员会1982年印行,页1145—1146。该文认为,这种“日令”虽然与此后律令立法时期的“律令”同为台湾总督以行政机构制定之命令,但两者还是有着显著的不同,其差异为:“律令”系基于国家法律之授权而制定,属于委任立法,其制定受有限制,即律令立法在形式上须经勅裁(天皇裁可),虽在紧急时,总督得以即时制定,但仍须于制定后立即奏请勅裁,如果不获勅裁,总督须即时公布该法令向后失其效力;而“日令”则既非基于国家法律之授权,亦非委任立法,而且在法律上亦无何种限制(不需奏请勅裁)。参见该文,页1146。

《台湾住民民事诉讼令》为属地性的立法，其效力及于台湾住民全体，包括在台湾日本人（内地人）、台湾人（本岛人）及在台外国人，但不及于日本本土或台湾以外之其他日本殖民地。惟在适用上，在对台湾人与此外之住民，仍有下列差异：

一、对台湾人（本岛人）应优先适用旧有的地方民事惯例，无习惯或不能依习惯时，才适用条理。

二、对台湾人民以外的住民包括日本人等，除了有关土地权利之民事案件，适用台湾旧惯外，其余案件则以其日本国内法作为条理，而排除了旧惯的适用。<sup>[26]</sup>

军政时期从1895年6月17日起至1896年3月31日结束，仅持续八个多月的短暂时间，从1896年4月1日起，就进入所谓的“民政时期”。但关于台湾的统治方针此前却一直没有最终建立，对于日本这样一个殖民政权来说，如何统治台湾在日治初期就成了一个焦点。日本国内有两派见解争论甚烈，其中一主急进，一主渐进。急进论者认为台湾既为日本统治权所及之范围，日本法制自当然适用于台湾；渐进论者则认为台湾人和日本人在语言、风俗及习惯方面各不相同，其道德观念与社会组织亦复异其趣，故应以采取特别法制主义为妥。<sup>[27]</sup>

持渐进论的“台湾总督府则以日本领有台湾日期尚浅，百事草创，且台湾抗日事件风起云涌，屡仆屡起，地方不靖，而且台湾距离日本本土遥远，如大小政事必须逐一经过其本国国会，殊非妥适，因此主张因地制宜，另订法制。”<sup>[28]</sup>从法律的层面上看，渐进派的主张中有一点特别值得注意，那就是他们提出了领域（统治权所及之范围）与法域有所区别的主张。这个观点认为，“领土之变更乃统治权之变更，而非社会之变更；而法律为规律有关社会之准绳，即法规以社会为对象（Gegenstand），社会未变更时，实不容立即以本国法制统治新领土。”<sup>[29]</sup>日本政府鉴于当时台湾的治安状况，遂采纳了台湾总督府的意见，几经周折后终于确定在台湾采取特别法制主义，并于1896年3月31日以法律第六十三号颁布“有关施行于台湾之法令之法律”（即所谓“六三法”），从而奠定了日据台湾初期委任立法制度的基础，日据台湾史上所谓的“律令立法时期”亦由此开始。六三法一直施行至1906年12月31日，其后为同年4月颁布的法

[26] 黄静嘉，同前注[7]，页80—81；郭嘉雄，同前注，页1147—114。

[27] 戴炎辉、蔡章麟：《台湾省府通志稿·政事志司法篇》，台湾省文献委员会1955年印行，页142。

[28] 郭嘉雄，同前注[24]，页1150。

[29] 戴炎辉、蔡章麟，同前注[26]，页142。

律第三十一号(即三一法)所代替,而后者之内容实为六三法之延长。<sup>[30]</sup>

“六三法—三一法”体系的颁布施行,使得台湾总督发布的命令成为该时期立法的原则。这种以特别立法主义为立法基本原则的做法,对殖民统治前期的台湾社会影响甚大,限于本文的主题,我在这里仅论述其对民事法制的影响:“律令立法时期”的律令民事立法,始于1898年7月16日公布并实施的律令第八号“有关民事、商事及刑事之律令”,而在此之前,仍袭用军政时期的“台湾住民民事诉讼令”。与律令第八号“有关民事、商事及刑事之律令”同日发布的,还有律令第九号“有关民事、商事及刑事之律令施行办法”。与这两个律令同为该时期的基准民事法源的,还有1908年8月28日公布并于同年10月1日施行的律令第十一号“台湾民事令”,但与前述律令第八号“有关民事、商事及刑事之律令”相比,“台湾民事令”的内容几近雷同。<sup>[31]</sup>

就“旧惯”而言,此一时期的民事法制方面,呈现出因“人”而异的“复数法制”之特点,即在台湾人(本岛人)以及清国人的民事、商事上,原则上适用旧惯,但若涉及其余人士的民商事项时,原则上依据日本民商事法律。<sup>[32]</sup>但有一个例外,那就是在土地权利方面,无论涉及何人,均一应适用台湾旧惯。

日据初期的“尊重旧惯”,体现在民事司法方面,首先面对的就是如何认定旧惯的问题。殖民地法院早期的做法,多是依赖证人、证物以及熟悉地方习惯的鉴定人来认定究竟是否为台湾旧惯。<sup>[33]</sup>一个例子是,在“明治三八年控民五八号”判决例(1905)中,为了调查系争地方有无在为典的回赎时,应连同未缴纳的赎税银一并付清的地方习惯,法官除了参考两名证人的意见外,还听取了

[30] 郭嘉雄,同前注[24],页1150—1158。

[31] 黄静嘉,同前注[7],页109—116。

[32] 王泰升:《台湾法律史的建立》,作者1997年自刊,页366—367。王泰升在引用浅野丰美的研究后指出,造成这种特点之原因在于,“日本政府一方面拟将规定着废除领事裁判权的新条约延伸至台湾(以排除外国势力),不得不依该新条约的要求,施行西方式法典,另一方面又顾及若在台湾全面施行日本民法典,可能导致台湾人因一时之间难以适应而群起反抗政府,乃经深思熟虑后设计了上述因‘人’而异的‘复数法制’。”详见浅野丰美:“近代日本的‘条约改正’与台湾殖民地法制之初步建构”,载若林正丈、吴密察主编:《台湾重层近代化论文集》,台湾播种者文化有限公司,2000年,页329、337、343,转引自王泰升:《台湾法的世纪变革》,台湾元照出版公司,2005年,页62。

[33] 其中最重要的要属旧惯咨询会在各级法院的成立。“在‘临时台湾旧惯调查会’创立前夕,台湾各级法院既相继设立咨询会,旨在以询问当地耆老贤达的方式,快速掌握台湾的旧惯讯息及自然法、习惯法。”据文献所示,早在1901年4月就已于复审法院设立咨询会;同年6月,经法官会议裁定,在各地法院自行组设“有志惯习咨询会”。以上参见自郑政诚,同前注[6],页66—72。其他学者也讲到,“有志惯习咨询会”自1906年6月开始,由各地方法院每月定期召开,旨在以招揽娴熟台湾风俗的岛民加以咨询的方式确定民事纠纷以及土地、继承、婚姻、质权等方面旧惯是否存在,参见木母浮浪:“台湾旧惯调查事业史(未定稿)”,载《台湾时报》第63号(1914年12月15日),页9—10。

三名专门请来的鉴定人的陈述,其后方始认定当地确有该习惯存在。<sup>[34]</sup>但这种作法往往容易劳师动众,多有不便,而在“台湾旧惯调查委员会”的官方调查报告面世后,这种情况有所好转。在这一时期的民事司法档案中,我们经常可以发现在判决例中援引“台湾旧惯调查报告”为证的例子,不仅法院在对旧惯的认定上经常据此参酌,而且也有诉讼当事人以“台湾旧惯调查报告”为证的例子。例如在1912年8月20日“明治四五年控民四二四号”判决例涉及的典权赎回典权抹消登记请求事件中,控诉代理人就以《临时台湾旧惯调查会第一部调查报告第三回报告书》中的内容为证明。<sup>[35]</sup>

日据台湾殖民统治前期(1895—1921)的民事法制中,这种对旧惯的所谓尊重,有一点需要特别注意,那就是“旧惯”之认定,其决定权系在日本政府及其法院。对旧惯的尊重,并不意味着对其采取放任自流的态度,相反,欲求旧惯在法律上的效力,必须经过法院的认定。而这个认定的过程,其实是一部分往昔与国家法分庭抗礼的民间习惯,逐渐转化为“国家实定法”的过程。<sup>[36]</sup>在这个过程中,法院并非对一切“旧惯”均是加以重申而径为适用,在判决例中试图以各种理由变异“旧惯”者,亦不少见。兹举数例以明之<sup>[37]</sup>:

(一三)妻妾关系:未有妻子夫死亡后,得任意驱妻而令其归宗之旧惯。[明治三九年控字第三七号,同年三月九日判决](第262页;1906年)  
(三一二)亲权:亲权之损失,不得单以其系出自亲属多数之意思,而径使母丧失亲权。[明治四〇年控字第四三二号、明四十一、七、十三判决](第312页;1907年)

(二九)妻之放逐离户:不经离婚手续而驱逐己妻,习惯上不应存在。[明治四二年控字第二三一号,同年五月二八日判决](第264页;1909年)  
(三四)婚姻之一般情形:赠妻、卖妻、买妻等有违公秩良俗之行为,难

[34] “明治三八年控民五八号”判决例,参见《台湾惯习记事》(中译本),第6卷下第11号,页167—168。

[35] 原载《台法月报》第6卷第10号,页21—22,转引自刘恒奴,同前注[7],页63。

[36] 王泰升也指出:“在日本近代国家法权体制底下,民间习惯的内涵,必须经过法院或有权的行政机构的认可,包括为必要的调整,才能被接纳为国家法当中的‘习惯法’,进而运用到个案当中。”参见王泰升:《台湾法的断裂与连续》,台北:元照出版公司,2002年,页133—134。

[37] 下引判决例文均出自台湾法务部编印:《台湾民事习惯调查报告》2004年7月第6版,页260—320。据黄静嘉先生所称,此部分殖民地法院判例原系由戴炎辉先生选编。黄氏曾从台湾司法通讯杂志社1979年印行的《台湾民事习惯调查报告》中选摘了一部分作为其著作之史料依据(详见黄静嘉,同前注[7],页158—170)。需要指出的是,我在下面将引用2004年版的《台湾民事习惯调查报告》所收判例原文(具体页码我在各判例文之后列出,同时也标注出该判决作出之时的西元纪年),而不是从黄静嘉先生的摘编中援引。根据其编辑凡例八所称,该书所引日据时期之判例,其判决日期在日本大正八年(1919)八月九日以前者,案号为控字,属于覆审法院之判例;同月十日以后,案号为上民字者,属台湾高等法院上告部(第三审)判例;为控民字者,属台湾高等法院复审部(第二审)判例。感谢匿名审稿人之一提醒我对此加以说明。

认有其效力。[明治四二年控字第五六七号、同年十二月十日判决](第265页;1909年)

(五二)婚姻之要件:于本島结婚仍以当事人依习惯在自由意思下进行为条件,非得依判决,据一方之意思,予以强制者。[明治四四年控字第六一〇号,同年十二月十九日判决](第267页;1911年)

(七六)离婚:习惯上男尊女卑之观念甚强,夫得任意弃离毫无过咎之妻或妾,斯时夫可先与妻妾之本生家洽商,视聘金而受领相当金钱。此乃在于下层社会视婚姻为买卖,聘金为身价之观念者。故据此习惯,于离婚时,要求返还聘金,殊为不合。[大正六年控字第九〇号,同年四月十四日判决](第271页;1917年)

对于这种试图以法院判例导正若干旧惯的司法实践,戴炎辉教授认为其中的原因在于:

……关于亲属继承等事项,虽仍然延用旧惯,祇因法院(判官)愈来愈不懂台湾的旧惯,假如懂的也有意识地,欲把它改向于日本法制的路线。所以习惯在无形中,逐渐地变质起来。审判官就把日本民法的规定,以条理的名目,适用于台湾人间之亲属继承的事件,或者关于祭祀公业的争执事件。<sup>[38]</sup>

在我看来,说殖民地法院的日籍法官对“旧惯”越来越不了解,则未必符合史实<sup>[39]</sup>,但称日籍法官企图引进日本本土的相关法律来改变台湾旧惯,倒是一语中的。实际上,日据台湾前期之所以“尊重旧惯”,也是迫于要较为顺利地建立在台统治根基的压力,“尊重旧惯”,可以在相当程度上减轻作为一个外来政权治台之初所可能激起的震荡,而到了其统治根基大致稳固的时候,自然会试图以统治者母国(日本)的法律来规范其殖民地(台湾)。这一点,可谓是各国殖民地史上的一个通例。只不过是,在日据台湾前期,这种对“旧惯”的导正尚算温和,而到了日据台湾后期(1922—1945),“旧惯”在民事法制中的角色被予以颠覆性的改变。

## (二)殖民统治后期(1922—1945):“旧惯”的淡出与消亡

以律令立法为原则的殖民统治前期,一直持续到1921年12月31日方才结束,历时26年之久。尽管依据学者的研究,即便在以律令立法为主要法源的时期,也有以敕令将日本本国法律适用于台湾的例子<sup>[40]</sup>,但大规模地以敕令立

[38] 戴炎辉:“五十年来之台湾法制”,载《台湾文化》第5卷第1期,页10—11。

[39] 这一点已为黄静嘉先生所驳正,参见黄静嘉,同前注[7],页141。

[40] 刘恒效指出,早在1899年,日本即以敕令第289号将本国施行的国籍法施行于台湾,参见刘恒效,同前注[7],页21。

法为主要法源的时代,要到 1921 年 3 月 14 日以法律第三号公布《有关施行于台湾之法令之法律》(世称“法三号”)才开始真正形成。敕令立法时期的特点在“法三号”中得到全面的体现,即以“敕令”(指依日本天皇大权或法律的委任,经敕裁所发布的命令)施行日本本国法律的全部或一部于台湾,必要时并以敕令规定特例为原则,但也有例外,即于台湾必须以法律规定之事项,因法律尚未制定,或虽已制定法律但不适合台湾,或因台湾情形特殊,有设特例的必要之情形下,台湾总督得以命令(律令)规定之。<sup>[41]</sup>

这种以“内地”延长主义为基本原则的敕令立法体制,对此一时期的民事法制影响极大。一份统计结果显示,在台湾殖民地民事司法方面,如果以性质类别区分律令立法与敕令立法,则在律令立法时期中,其数量比例为 30:6,而到了敕令立法时期,则变为 1:29。<sup>[42]</sup>此中的巨变可见一斑。依 1922 年敕令第四〇六号“有关施行于台湾之民事法律之敕令”的指定,并经同年敕令第五二二号增列,包括日本民法、商法、民事诉讼法、民事诉讼费用法、民事诉讼印纸法、商事非讼事件用印纸法、人事诉讼手续法、非讼事件手续法、竞卖法、不动产登记法、商法施行法、破产法、和议法等在内的大批日本本国法律,于 1923 年 1 月 1 日起适用于台湾。<sup>[43]</sup>日本本国的民事法制由此几乎全部施行于台湾一地。唯须说明的是,同年的敕令第四〇七号“关于施行于台湾之法律之特例之件”,于台湾的民事事项上作出个别例外的规定。<sup>[44]</sup>

就“旧惯”的角色变迁而言,敕令立法时期的特点是,在律令立法时期适用旧惯的民事事项上,如今原则上均适用日本本国法律,唯一的例外是,在本岛人亲属继承事项以及若干特例中,即使日本民法适用于台湾,此一部分仍适用台湾旧惯。但这种承认旧惯也只仅限于本岛人而言,即便是“蕃人”(本岛人之外的台湾原住民),在亲属继承事项上也已径行适用日本法。

与此一时期日本本国法律原则上全面适用于台湾紧密相关的,则是此前包括《台湾民事令》在内的诸多旧惯立法的顿挫。“临时台湾旧惯调查会”最初之所以调查台湾旧惯,乃是为了暂时解决日本殖民政府当时面临的行政、司法中因不解台岛旧惯造就的困境,但此并非其全部目的,它最后真正要达到的,是将调查结果化约为法案,以资施政之需,旧惯立法亦因此成为该会后来的工作重点。1909 年 4 月 21 日,台湾总督府依敕令第 105 号改正旧惯调查会规则,新设第三部“立法部”,起草审议有关台湾总督府所指定的法案,但立法部的真正运

[41] 黄静嘉,同前注[7],页 95—96;郭嘉雄,同前注[24],页 1159。

[42] 黄静嘉,同前注[7],页 103—104。

[43] 同前注,页 129—131。

[44] 同前注,页 131—134。在敕令第四〇七号中,台湾总督府曾就这些例外的条文向内地政府提出了立法理由,其中的一个例子是认为台湾的祭祀公业不宜以日本民法上的法人规定加以规范。

作,要到同年7月15日台湾总督府以训令第141号将“临时台湾旧惯调查会”事务章程加以相应修改才开始算起,而这次修改内容中的一个重要举措则是增列了“法案审查会”等五条条文。<sup>[45]</sup>自1909年8月以来,立法部共起草了《台湾合股令案》、《台湾宽限令》、《台湾祭祀公业令》、《台湾亲属相继(继承)令》等诸多法案,其中多项法案并经由“法案审查会”决议。而最为重要的则当属1914年8月召开的第五次“法案审查会”三读通过的《台湾民事令案》、《台湾亲属相继令案》、《台湾亲属相继施行令案》、《台湾不动产登记令案》、《台湾竞卖令案》、《台湾非讼事件手续令案》、《台湾人事诉讼手续令案》、《台湾合股令改正案》、《台湾祭祀公业令案》等九种草案,其中尤以《台湾民事令案》最为重要。《台湾民事令》原草案自1913年开始由冈松参太郎、石坂音四郎、雉本朗造等三位法学博士起草,在一定程度上移植日本民事法典的基础上兼及采用台湾由来已久的旧惯法则,为台湾民、商法事务的综论。<sup>[46]</sup>但因为“临时台湾旧惯调查会”立法部终非真正的立法机构,虽依照台湾总督府训令第167号之规定享有起草审议各法案的权力,最后仍需将其制定的法案交付台湾总督府之“律令审议会”审议,并经日本内地“法制局”审议方可定案施行。由于台湾总督府之“律令审议会”成员皆为临时台湾旧惯调查会“法案审查会”委员,故法案得其附和通过实属必然之事;强有力的制约力量则在于日本国内的“法制局”。<sup>[47]</sup>而在日本方面,“无论是国会议员、政府官员或法界人士多持反对意义,台湾总督府虽极力支持,‘法案审查会’也多所努力,延聘法学家针对台湾各民商法案三修三研,并经再台之‘律令审议会’裁决而成。然由于日本律师协会台湾分会的极力反对,此等法案最终在送交日本法制局裁决时遭驳回”<sup>[48]</sup>,以至于冈松参太郎面对此一心血付诸东流的局面感慨说,“如此苦心所起草之法案,因法制局的彷徨,而遭到立刻消失的命运”。<sup>[49]</sup>而随着《台湾民事令》等九种律令案的胎死腹中,台湾旧惯亦丧失了在立法中得以栖息的容身之所,其为日本本国法所驱逐也就指日可待。

[45] 郑政诚,同前注[6],页174—176。

[46] 《台湾民事令》原草案共分八章,分别为“通则”、“民法总则编”、“民法物权编”、“民法债权编”、“民法亲属编及继承编”、“民法施行编”、“商法及商法施行法”与“商法破产编及旧商法施行条例”,条文总数共计220条;后来由“法案审查会”三读决议通过后修订整编成《台湾民事令》,内容被压缩为“总则”、“民法规定”、“商法及破产法的规定”与“有关施行规定”等四章,正文216条加上“附则”4条,总数仍为220条,但其实质内容与原草案相差无几,详见郑政诚,同前注[6],页279—281。

[47] 郑政诚,同前注[6],页182、327。

[48] 同前注,页182、393。关于日本国内反对旧惯立法的情形之描述,详见该书页330—334。

[49] 春山哲明:“法学博士·冈松参太郎と台湾”,载《台湾近现代史研究》第6号,东京绿荫书房1988年出版,页210,转引自郑政诚,同前注,页182。

日本本国法此一时期在台湾的全面适用,几乎将旧惯从民事法制中驱逐殆尽(尤其是在土地权利事项方面),但有一点需要特别注意,那就是对本岛人亲属关系方面的旧惯之“摇摆不定”。在勅令立法时期的判例中,我们经常可以发现这种与其他方面的积极态度形成强烈对比的独特现象<sup>(50)</sup>:

(一四二)妾与离婚之原因:娶妾为台湾习惯所容许,故不能仅以娶妾一事而卒(疑为“率”字之误笔——引者注)云夫对妻有重大侮辱,自不待言。[大正十二年控民字第五六六号,同年一月十五日判决](第281页;1923年)

(一四九)媳妇仔:依台湾习惯,媳妇仔不论于收养当时,其未婚夫已未特定,而系以将来必以之为子妇为目的所养入异姓之养女;犹如已婚之妇,于其本姓上冠以养家之姓,对养家之亲属发生姻亲关系。养女则异乎是,并无上述目的,从养家之姓,对养家之亲属发生与亲生女同一之亲属关系。两者成立完全不同之身份关系。[大正十四年上民(原文遗“民”字——引者注)第一零二号,同年八月四日判决](第282页;1925年)

蓄妾、媳妇仔(即童养媳)等与近代民法理念相悖的旧风俗固然借此判决得以承认,但另一方面,我们也可以在此一时期的判例中找到殖民地法院对此予以适当导正的例子,在对待妾的问题上表现得尤其明显:

(一〇四)夫妻关系:1. 夫妻关系,如当事人之一方已无存续之意思者,除有使其存续之正当理由外,使其解消较为合理。2. 既承认妾对夫有离婚请求权,则妾对夫请求时,应犹夫对妾之请求,使其易于离去。3. 依台湾习惯,夫离异其妾极易。殆无何等限制;反之,妾对夫则无请求离去之权。此种习惯,忽视妾之人格,并束缚天赋之自由,违反公序良俗,自无法律上之效力。[大正八年控民字第八五三号,大正九年二月十六日判决](第276页;1919年)

(一三五)妾之离婚:夫离异其妾时,既无限制,则妾对其夫求离时,理论上,应一律平等予以同视。[大正十一年控民字第三八七号,同年六月二七日判决](第280页;1922年)

(一四八)妾之离婚:夫妻关系,不但有违一夫一妻之善良风俗,且有损妾之人格。故妾要求解消时,除因子女教养或其他事由特有使其存在续之必要者外,其夫不得拒绝。[大正十三年控民第三〇〇号,同年八月十三日判决](第282页;1924年)

细读上面的判例不难发现,殖民地法院虽仍然承认蓄妾此一台湾旧俗的存

(50) 转引自黄静嘉,同前注〔7〕,页146、150。

在,但已并非听之任之,而是基于“欲将夫妾陋习及早消灭”<sup>[51]</sup>的动机,在司法判决中对其予以相当程度的导正。谓殖民地法院在司法审判上亦有保护妾之人格之见解也许非其本意,但这些判决在事实上有助于此似应无太大问题。类似的做法也反映在对待媳妇仔(即童养媳)的态度之上,更为明显的例子则为在法律上明确禁止“嫡媒娴”制度。<sup>[52]</sup>

从上述分析可以看出,虽然总的说来,勅令立法时期在所谓本岛人亲属继承事项以及若干特例中仍例外地适用旧惯的名目下,对诸如蓄妾、童养媳等不应保留的旧风俗也一并予以承认,但已并非消极地听之任之,而是在司法中多有导正,而且其力度较之前期更是有力,旧惯变质亦逾趋彻底。日据台湾后期任台湾高等法院上告部部长一职多年的姉齿松平就认为,台湾旧惯为旧时代之遗习,早晚将被遗弃而为日本民法亲属继承两编所取代,惟因台湾社会之特殊性,不得不暂时适用旧惯,但务须使其改良进化,而在司法裁判上以日本民法为条理来匡正台湾旧惯之缺陷,正系改良之一途径,同时亦为全盘适用日本民法之阶梯。<sup>[53]</sup> 姉齿松平对待台湾旧惯的这种态度在日据台湾后期有着相当的代表性,故而司法实践中对本岛人亲属继承方面之旧惯加以强势导正也就不足为奇,台湾旧惯淡出乃至消亡亦因此成为时势所趋。

如果考虑到殖民地法院此一强有力司法导正实践在一定程度上亦有助于保障人权(尽管非其本意),那么仅仅以日本殖民者的“愚民政策”来在看待勅令立法时期排除日本民法亲属继承两编亦适用于台湾人,而规定仅涉及台湾人的身份事项仍依“旧惯”的做法,平心而论,从学术上的客观评价而言则未免有失公允。台湾大学法学院的王泰升教授曾经指出这一点,但其给出理由却显得捉襟见肘,大有牵强附会之嫌。<sup>[54]</sup> 以所谓“当时多数台湾人的期待”来认定台湾总督府此举反而是“尊重民意”,姑且不论所谓“当时多数台湾人的期待”的论断之得出是否论据充分与推导适当,仅是王氏以所谓“尊重民意”来看待殖民地政府之做法,就已显得作茧自缚,掉入他自己批评的“对西方‘近代性’之具有绝对普世永恒的价值不加怀疑地接受”的陷阱,因为他对所谓“尊重民意”的褒扬态度,同样是源自西方“近代性”价值的内涵,更何况王氏所谓的“尊

[51] 台湾“法务部”编印:《台湾民事习惯调查报告》2004年7月第6版,页115。

[52] “嫡媒娴”制度乃一种女奴之称呼,身份低微,等于主人之属物,买断后,主人可以将其转卖或典当,亦可为妻妾之候补人,但要服劳役。日本统治台湾之后,以此种风俗制度违反公序良俗而不予承认,并在法律上明确禁止。参见《台湾民事习惯调查报告》,同前注,页164、182。

[53] 转引自《台湾民事习惯调查报告》,第二编“继承”(陈瑞堂执笔),同前注,页330—331。

[54] 王泰升写道:“按继续沿用习惯法来处理台湾人身份事项,其实是当时多数台湾人的期待,故台湾总督府反而是‘尊重民意’,不强迫台湾人适用日本的亲属继承法。若仅仅因为‘结果’上不符合西方法上对‘近代性’的要求,就质疑日本统治者‘动机’不良,事实上即是‘对西方‘近代性’之具有绝对普世永恒的价值不加怀疑地接受,似有失东亚社会‘主体性’的立场与思考。”参见王泰升:《台湾法的世纪变革》,同前注[31],页65—66。

重民意”，亦不过是其掺入自身诠释所得出的一己之论而已，以此事后的价值评断来反对其他学者对日本殖民者动机不良的质疑，同样显得力有未逮。囿于隐藏于学术之后的政治立场，王泰升无法在学术与政治之间保持适度的张力，进而得出具有说服力的学术解释，甚是遗憾。

在我看来，勅令立法时期之所以在本岛人亲属继承事项以及若干特例中仍保持台湾旧惯的例外适用，其中牵扯到的原因固然众多，但若就一个法律研究者的学术眼光而言，似从法律移植之难易上入手探讨较为妥当。事实上，相较而言，在亲属、婚姻、继承等事项上，历来是最不容易适用移植来的法律，前者殊难为移植来的外来法律所变异。这也许是因为这些固有法则，恰是萨维尼所谓的与民族性最为息息相关的部分。<sup>[55]</sup> 对于日本这样一个外来的殖民政权来说，若强制性地规定将其本国近代性的民法典之相关内容适用于旧惯根深蒂固的台湾，其结果注定将是无法遂其所愿。<sup>[56]</sup> 与其将来忍受事与愿违的尴尬困境，倒不如在适度承认台湾旧惯的前提下，通过司法实践渐次予以导正，以收殖民统治安定之效。谓此源自殖民者的“愚民政策”使然也许并非全无道理，但若就严谨的法学研究而言，如此定调则容易遮蔽其他关键之处，进而错过深刻洞见其间缘由的契机。这一点，在分析勅令立法时期日本本国法在台湾全面适用，而唯独在本岛人亲属继承事项以及若干特例中仍适用台湾旧惯的事实时尤其需要谨记。

#### 四、殖民者的治理术：透过“旧惯”角色之变迁史的分析

从台湾“旧惯”的角色变迁史切入，考察日据台湾时期的民事法制，最为理想的做法莫过于利用“日治法院档案”。“日治法院档案”为日据台湾时期的司法部门运作实录，包括了“台湾高等法院”木栅档案室、司法官训练所，以及新竹、台中、嘉义等三个地方法院所藏的日据时期卷宗文书，时间上涉及 1895—

[55] 最为突出的例子是，法、德两国在制定民法典之时，尽管都在追随罗马法传统，但在涉及身份、家庭关系方面，都程度不一的明显保留了本国那种保守的家长制习惯，罗马法对亲属、继承方面的穿透性支配远没有在物权、债权等其他方面那么彻底，这可以被看作是资本主义民法发展史上的一个规律。可参见 K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：法律出版社，2003 年，页 135—136、228；由嵘主编：《外国法制史》，北京：北京大学出版社，1992 年，页 271；Franz Wieacker：《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，台北：五南图书出版公司，2004 年，页 442。

[56] 在这一点上，日本本国对固有习惯的态度很可能对其有着重要影响力，因为即便是日本 1898 年开始施行的新民法，虽然系移植德国民法典之模式并对欧洲大陆各国民法兼收并蓄的产物，但亲属、继承两编在很大程度上却保留了封建性因素，日本固有习惯在其中得到了大量的选择性保留。

1945 年整个日据台湾时期。<sup>[57]</sup> 在这批档案中,民事判决文书占了大部分,透过这些文书,有望能够全面厘清法院如何解释与认定旧惯,以及在实践中究竟是如何予以维护或导正的史实。可惜的是,这批档案尚未被科学整理,即使是台湾学者利用起来也是多有不便。

但另一方面,即便在目前无法接触到“日治法院档案”的情况下,我们也可以从另外一个角度切入来探讨日据台湾时期民事法制的面相。以“旧惯”作为线索,我们可以去追问,为什么在殖民统治前期会将“尊重旧惯”作为统治方针的重要部分,而到了殖民统治后期,又为什么会转而将日本本国法律适用于台湾,只保留极小部分领域仍适用台湾旧惯?在这种变迁中,所反映出来的究竟是统治方针的断裂,还是在某种总方针下的具体策略转变?如果是后者,那么这种方针为何,导致具体策略转变的因素又有哪些?对这些问题的回答,可以帮助我们认清日据台湾时期民事法制的真实面貌,进而揭露其问题实质。

### (一) 为什么“尊重旧惯”

在从 1895 年 6 月 17 日起至 1896 年 3 月 31 日结束的“军政时期”中,日本殖民统治者之所以在前述的《台湾住民民事诉讼令》中表示承认“旧惯”,在很大程度上是迫于时势的权宜性办法。在日本占据台湾的初期,台湾岛内对殖民者的反抗活动风起云涌,日本殖民者尽管以血腥的手段残酷镇压人民的起义,但仍然是疲于奔命,此处熄彼处起。一个极具讽刺意味的史实是,台南抗战失败后,首任台湾总督桦山资纪在 1895 年 10 月底,大吹大擂地宣告台湾“全岛平定”,而同年 12 月就爆发了著名的林大北起义。<sup>[58]</sup> 在这样的时势下,日本殖民统治者的主要精力,都放在对民政权的掌控与人民起义的镇压上,对于“旧惯”,则甚少顾及,率由旧章,尊重成规而已。实际上,在民事法制上承认“旧

[57] “日治法院档案”的发现,颇具戏剧性。1998 年,台湾大学法律系王泰升教授受台湾“高等法院”之托,整理“台湾高等法院”旧藏图书时,无意中发现“台湾高等法院”木栅档案室收藏有台湾总督府高等法院于 1943 至 1945 年所为的民事判决书原本、以及台湾高等法院办理接受工作的卷宗。后经司法当局的调查,于 2000 年又确认仅有新竹、台中、嘉义等三个地方法院保存有日据时期的司法文书,2002 年又发现台北的司法官训练所保存了由日据时期台中地方法院检察局整理编纂的中部地区法院的刑事判决原本。据介绍,“台湾高等法院”木栅档案室收藏有台湾总督府高等法院于 1943—1945 年所为的民事判决文书;新竹地方法院及其竹东简易法庭收藏有台湾总督府法院司法文书约 301 册,其中民事判决原本 109 册,时间跨度为 1919—1941 年;台中地方法院收藏的台湾总督府法院司法文书,共约 1297 册,其中民事判决原本 379 册,时间跨度为 1895—1945,另还有同时期的民事刑事案件簿 256 册;嘉义地方法院收藏有约 953 册的台湾总督府法院司法文书,其中民事判决原本约为 552 册,时间跨度为 1919—1945。这批档案正由王泰升教授率领工作团队将文书内容与目录制作成光盘。参见王泰升、陈昭如:“近代政府档案与台湾法律史研究”,载《档案季刊》第 3 卷第 1 期(2004);王泰升:“台湾总督府法院文书目录编纂について”,阿部由理香译,收入台湾史研究部编:《台湾の近代と日本》,中京大学社会科学研究所,2003 年;王泰升:“旧台湾总督府法院司法文书の保存と利用”,松平德仁译,载林屋礼二、石井紫郎、青山善充编:《明治前期の法と裁判》,东京信山社,2003 年,页 426—441。

[58] 王芸生:《台湾史话》,北京:中国青年出版社,1955 年,页 67。

惯”，也不无殖民者试图以此笼络台湾人民的用心，这事实上也是日本殖民者在据台初期，试图于较短时间内稳固殖民统治根基的诸多措施中的一部分。

短暂的军政时期结束后，承认“旧惯”的做法在“特别法制主义”的统治方针下得以延续。如同黄静嘉先生所指出的，“殖民统治前期的民事法制，其采取‘承认旧惯的原则’，则可认为乃一经过深思熟虑所采取的法律政策。”<sup>[59]</sup> 在前面的叙述中，我已经提到了在治台的（前期）统治方针确立过程中，急进派与渐进派的激烈争论与暗中较量，而渐进派主张的最后胜出，正好标示了在民事法制中承认“旧惯”之做法所处的历史背景。黄静嘉先生所谓的“深思熟虑”，也正体现于此。<sup>[60]</sup> 这种理解固然不错，但我们更应该看到的是，导致承认“旧惯”的民事法制之方针得以确立的，尚有太多的因素起了作用。承认“旧惯”的做法，在某种意义上讲，是众多错综复杂的因素之博弈后产出的结果。而这些错综复杂的因素，并不能仅仅从法律上去理解<sup>[61]</sup>，它甚至还包括个人的权力野心在内。

在前文所述的渐进派赖以据的理由中，我们在表面上看到的是一个根基未稳的殖民政权如何以较小的成本统治台湾的论述，而实际上，其后却隐藏着一番日本政府内部围绕台湾问题的权力斗争。<sup>[62]</sup> 我们一旦了解渐进派背后是由台湾总督府支持的事实，就不难明白个中奥妙。在六三法颁布以前，台湾总督府仅是以军令作为统治手段，而军令并非基于国家法律之授权，亦非委任立法，不过是迫于时势的权宜之制而已。而六三法颁布之后，台湾总督府获得了在施行特别法制主义的台湾的委任立法权。六三法第1条明确规定“台湾总督得在其管辖区域内，制定具有法律效力之命令”，虽然在第2条中规定了“前述之命令，应经台湾总督府评议会之决议，经拓殖大臣奏请敕裁”，但台湾总督府评议会系由台湾之军政枢要，即台湾总督府所属的重要官员组成，仅为总督之

[59] 黄静嘉，同前注[7]，页106。

[60] 黄静嘉先生将其解释为，“对于台湾的统治权，虽然以割让而移转，但殖民地民事法律之规范，是否立即骤予更张，甚或使之日本本土（内地）化，犹待审酌观察，一时的或较长期的承认旧惯，容有其客观上之必要，并足维持法秩序的安定。”参见黄静嘉，同前注[7]，页106。

[61] 例如戴炎辉曾指出，这可能与明治二五年（1892）日本内地法届、政界的新旧民法论争中强调民族固有性、反对外来法的模仿直译的历史法学派的胜出有关，参见戴炎辉，同前注[37]，页9。日本于1890年公布“旧民法”，并决定于1893年开始施行，由此引发出日本法制史上著名的“法典之争”，其最终结果是在1892年召开的第3届议会上通过了延期施行的方案。“法典之争”中的交锋要点在于对待日本旧有“习惯”的方式之不同，而戴炎辉所谓的“历史法学派”大致是指星野英一所称的作为三股力量之一的“稳健派”（也可能包括“封建守旧派”的个别人物），详见星野英一：“日本民法典编纂中遇到的难题——‘习惯’在民法中的地位”，渠涛译，载渠涛主编：《中日民商法研究》（第一卷），法律出版社，2003年，页34—43。

[62] 桧山幸夫：“台湾总督府的刷新与统治政策的转换”，载《台湾总督府文书目录》第三卷，ゆまに书房，1996年，参见陈小冲：“日本国内殖民地台湾史研究述评”，载《台湾研究集刊》2004年第1期，页85。

辅助机构而已,而不同于此后大正十年(1921)田健治郎(第八任台湾总督)时期由官选的官民代表所组成的咨询机构性质的台湾总督府评议会。而第3条又规定,“在临时紧急时,台湾总督得不经前条第一项之手续,即时制定第一条之命令”,紧接着的第4条虽然写道,“依前条所发布之命令,应于发布后立即奏请勅裁,并报告台湾总督府评议会,如不得勅裁者,总督须立时公布该命令向将来失效”,但其制约作用也是微乎其微。这是因为,即便台湾总督制定律令后不获勅裁,也不过是仅向将来失效而已,至于依律令所为之行为,其已发生之效力不受任何影响,更何况,在实际上,几无不得勅裁的实例。<sup>[63]</sup>

六三法的颁布,使得台湾总督在因地制宜的“特别法制主义”幌子下,集立法、司法、行政三权于一身,由此建立了在台湾施行专制独裁统治的法律依据,台湾亦因此与日本国内处于不同的法域之中。联系到这种时代背景,我们就不难明白,所谓的承认“旧惯”,其实也不过是台湾总督府所标榜的“特别法制主义”的题中应有之义,甚至从某种意义上讲,对“旧惯”的强调,乃至其后来极力推动的旧惯立法,也是其用以支持施行“特别法制主义”,以期获得庞大权力的论据之一。

日据台湾前期,“旧惯”之所以能够得到承认,并且在立法与司法中能够真正适用,除了台湾总督府基于权力争逐的因素促成外(尤其是“旧惯”在立法上得以承认),不得不提到后藤新平(特别是“旧惯”能够在司法中真正适用方面)。前已讲过,后藤为第四任台湾总督儿玉源太郎时期的民政长官,其早年的医生生涯对其治台理念的形成影响极大。他提倡“生物学”的治台理念,希望效仿英国通过法典编纂确立对印度的殖民统治的手法,借由台湾“旧惯”调

[63] 参见郭嘉雄,同前注[24],页1150—1152;黄静嘉,同前注[7],页87—88;陈孔立主编:《台湾历史纲要》,台北:九州图书出版社,1996年,页338。但也有学者对此提出质疑,例如王泰升认为,通过阅读台湾总督府档案和日本公文书馆相关档案,可以了解到总督律令权仍在内地政府掌控中,也就是说,主管台湾事务的大臣、法制局都可能对律令案有修正意见,内阁会议亦对律令案进行审议,参见王泰升:“台湾总督府档案在法律史研究上的运用”,见 [http://www.law.ntu.edu.tw/faculty/prof/Tay-sheng\\_Wang.htm](http://www.law.ntu.edu.tw/faculty/prof/Tay-sheng_Wang.htm)(最后访问日期2005年8月25日);王泰升:《台湾日治时期的法律改革》,台北:联经出版事业公司,1999年,页80—81;王泰升:“从日本国立公文书馆所藏史料试探日治时期台湾立法权之操作”,载《台湾史研究》第6卷第1期(2000),页35—57。持类似看法的还有徐国章,参见氏著:“由六三法看日本治台的基本理念——天皇大权统治主义”,载《台湾风物》第48卷第2期(1998),页40。但即便是王泰升,也不否认台湾总督在律令立法中的重大影响力,“日治五十年里,台湾总督一直拥有(虽非绝对但相对的)极大的权力决定台湾法律的内容。”参见王泰升:《台湾日治时期的法律改革》,台北:联经出版事业公司,1999年,页14、80—85。他指出根据一项未出现在条文、由日本内阁会议作出的决议,可以认定由日本内地政府发布的决定日本内地法律是否及如何施行于台湾的事宜的敕令,也是依照台湾总督的报告或经征询其意见后才决议的(参见氏著《台湾日治时期法律改革》,页83—84)。在我看来,上述的分歧只有等大量阅读相关档案后才可以真正澄清,而这尚待学者的进一步努力,但有一点基本上可以肯定,那就是台湾总督府对此一时期的台湾立法有着极其强势的影响。

查的开展,以此作为殖民立法之基础<sup>[64]</sup>,其所大力推动的台湾旧惯调查所产出的成果(查看本文第二部分),也为这一时期司法上能够真正适用“旧惯”创造了便利的条件。

透过这些分析我们可以发现,日据台湾前期之所以承认“旧惯”,并不像通常认为的那么简单,而是在各种因素交互博弈后产出的必然结果,其中一些不乏偶然性的因素,对于我们深入看待这一政策,尤其值得注意。

## (二) “旧惯”为什么淡出

前文已经述及,即便在日据台湾殖民统治前期,殖民地法院也并非对所有“旧惯”全面保留,在判例中也经常予以导正。而到了日据台湾后期,由于统治政策的转变,不再需要如此费事地在司法工作中“偷天换日”地进行。在日据台湾后期的民事法制上,从先前的承认“旧惯”,转向仅在极少数领域(本岛人的亲属继承事项)内仍保留“旧惯”,在其他事项上均适用日本本国法。如果从日本对“先进”殖民国家的殖民经验之参酌上看,日据台湾后期,其在台的殖民统治政策已从初期的仿效英国统治印度的“尊重原有风俗习惯”模式,改为借鉴法国式的以“同化”为中心的殖民政策,致力于推销本国的文化于殖民地。<sup>[65]</sup>这种策略上的转变,同样是由于各种错综复杂的历史因素之促成。

今天的学者论及造成这种转变的原因时,常常会这样解释,即在全球性民族自决风潮的刺激下,台湾全岛兴起了台湾议会设置运动,主张自治,而在法制上首先要反对的就是六三法一三一法体系,因为在先前的法制体系下,采取的是因人异法的措施,而这被认为造成了日台不公的差别待遇。对于日本方面来讲,经过四分之一世纪的在台统治,台湾社会的商业已经相当资本主义化,资本主义经济必然要求在继金融货币等体制“日台统一”后,台湾也能施行日本本国的比较现代化的民商事法律。在这种情势下,日本政府才转而实行“内地延长主义”的同化政策,以期使殖民地人民与母国融合,断绝其脱离或独立之心。在这种“内地延长主义”的同化政策下,法律所担负的统治目的也有了相应的改变,这个时期的法律,“被赋予了促成日台统一的功能,成为担负起教导台湾殖民地人民成为真正的日本人,为大日本帝国天皇效忠之子民的社会改造根据”。日本本国的民商事法律正是在这种“内地延长主义”的同化政策下,原则

[64] 春山哲明:“台湾旧惯调查と立法構想—岡松參太郎による調査を中心に—”,载《台湾近现代史研究》第6号(1988),页90;鶴見佑輔:《后藤新平传·台湾統治篇》,东京都太平洋协会出版部,1943年。

[65] 法国在北非与中南半岛的殖民统治,系以“同化”为中心,重视本国文化的传导与中央集权化,经济上的利益反到次之。参见张汉裕:“涉谈大英殖民国协”,载氏著《职业伦理与日本研究——张汉裕博士文集(六)》,张汉裕博士文集出版委员会1994年印行,页302;台湾文献委员会:“日人治台政策与欧美各国东南亚殖民地政策的探讨——第二十四次台湾文献学术座谈会记录”,载《台湾文献》第20卷第3期,页190—194。

上全面适用于台湾。<sup>[66]</sup>

这番解释固然无错,但如果从历史的层面上观察,我们还不得不提到促成此一转变的一些关键性的人物。尽管承认“旧惯”的律令立法时期,要到1921年12月31日方才结束,但对台殖民主导方针的转变,在此之前就已开始,其中一个关键性的事件就是日本宪政史上第一个政党内阁——原敬内阁——于1918年9月诞生。原敬向来主张以“内地延长主义”来治理台湾,在他当政期间,更是不遗余力地将自己的理念施行于治台措施上,其中的一个重要举措就是以“法三号”取代延续六三法而来的三一法,日本本国的民事法制由此得以原则上全面施行于台湾。这种治台方针此后一直延续到1945年,在臭名昭著的“皇民化运动”时期,甚至计划就亲属、继承事项也适用日本民法,只是未能付诸实施而已。<sup>[67]</sup>

“旧惯”的淡出趋势,其实早在日据台湾前期就已逐渐呈现。刘恒奴以台湾“典”规范变迁为例子,将这种趋势概括道:

初期“尊重旧惯”下对台湾旧惯先概括承认、吸收入实定法体系中,继之,大规模调查、整理旧惯,并借由土地调查、土地登记等工作,将台湾之土地关系逐渐纳入西式权利体系中由国家掌控。于此过程中,不但将部分典主转为业主,更重要的是,将其原来的“典”规范关系修正、改造为具有欧陆法概念中“物权”概念之习惯上“典权”,并赋予部分类似日本民法“不动产质权”才有的“优先权”、“竞卖”等权利。其后,又因日本民法物权编依用于台湾而全数改依“不动产质权”之规定,使得“典”的相关制度在台湾暂时划下句号。<sup>[68]</sup>

现代西式法律体系对台湾“旧惯”的逐渐取代,正是在这种通过司法的“蚕食”(特别是日据台湾前期)与立法上的径自排除(尤其是日据台湾后期)的历史背景下渐此展开。而“旧惯”的淡出,所昭示的毋宁是殖民地旧惯在现代西式法律体系的冲击下的必然命运。

### (三) 一以贯之的“殖民属性”

从尊重旧惯到原则上全面施行日本本国民商事法律,这样的一个过程,乍看起来似乎是断裂性的转变,但事实上,其背后却有一条一以贯之的总方针,所改变的,不过是具体的策略而已。这就是日据台湾时期民事法制的殖民属性。

无论是初期“特别法制主义”下的“尊重旧惯”,还是后期“内地延长主义”

<sup>[66]</sup> 参见黄静嘉,同前注[7],页96—97;刘恒奴,同前注[7],页166;郭嘉雄,同前注[24],页1160;《台湾民事习惯调查报告》,前言部分(戴炎辉执笔),同前注[50],页5—6。

<sup>[67]</sup> 参见近藤正己:《总力战と台湾——日本殖民地崩坏の研究》(上册),东京刀水书房,1996年,页427—429,转引自刘恒奴,同前注[7],页167。

<sup>[68]</sup> 刘恒奴,同前注[7],页90。

的同化政策，其根本目的都是为了满足日本殖民统治的需要。至于其间日本本国政府与台湾总督府在治台权力上的微妙角逐，也不过是殖民者内部的权力争斗而已，其实质都是期望将台湾建成日本帝国的“宝库”，以便能从台湾源源不断地掠夺资源。在一篇论文中，山下训仪认为早期的六三法与三一法等，是为了将来同化台湾的暂时统治政策，以同化为最终之精神目标，并非将台湾当作殖民地看待的殖民主义政策。<sup>[69]</sup> 此种论点根本就无视日据台湾期间民事法制的殖民掠夺史实，应而也几近荒谬。<sup>[70]</sup> 即便在“尊重旧惯”的殖民统治前期，基于殖民掠夺的需要，随时都可以对“旧惯”予以更改甚至完全废止。这种表现，并不仅仅限于前文所述的殖民地法院可以根据需要在判例中对“旧惯”予以导正，还突出表现土地权利方面。

其中的一个典型例子是“大租权”的废止。“大、小租”制度作为民间习惯在台湾由来已久。<sup>[71]</sup> 早在 1903 年，日本殖民者就成立大租权调查委员会，同时以律令第九号规定大租权的内容，一方面承认大租权此种旧惯之存在，另一方面禁止其于 12 月 5 日之限期后新设。而到了 1904 年调查工作完成后，既于 5 月 20 日以律令第六号“关于大租权整理之件”宣告废止大租权，以基于台湾事业公债法发行的公债收买废止大租权，并确定过去的小租主为土地

[69] 山下训仪：“六三法之研究”，成功大学历史学研究所 1999 年硕士论文。

[70] 事实上，山下训仪的这个论点不仅“忽略”了日据台湾期间的殖民掠夺史实，也无视当初日本殖民者的公开论述。第二任台湾总督桂太郎在其就职训示中就说道：“将努力一面以指导教养使之服于皇国教化，一面以刑罚严明以示威信；尤其对蒙昧无知之生蕃人，以恩待之太过则狎，以威待之太过则惧，其结果均不能达到抚育之目的”，其殖民统治之意图业已一目了然；而后藤新平在 1898 年就任民政长官时发表的训示，则讲得更为露骨，他说：“曰同化，曰压迫，毕竟不过是著述家任意所加之名词，不能不看到其内容互有复杂之关系。考虑如何实行怀柔或同化时，吾认为镇压主义亦有实际之需要。”参见依田惠家：《近代日本与中国：日本的近代化——与中国的比较》，上海远东出版社，2004 年，页 23—24。陈艳红也指出，儿玉一后藤时期在台“卓越的殖民地统治”，其所有作为均出自殖民利益，详见陈艳红：“后藤新平在台殖民政策之研究”，淡江大学日本研究所 1987 年硕士论文。

[71] 台湾的“大、小租权”与东南沿海的一田两主有所不同，详见陈其南：《家族与社会》，台北：联经出版公司，1991 年，页 72。在清朝统治的台湾，是由官方给开垦者以官有地的开垦权，征收地税，但取得开垦权的人却不得直接从事开垦事业，而是对实际从事开垦事业的人借贷土地，由此形成征收“大租”的“大租户”，而从“大租户”借贷土地的人，则投入资金、雇用人力从事开垦事业，并不直接从事耕作，而是将土地再租给直接耕种者，成为从中收取“小租”的“小租户”。详见依田惠家：《近代日本的历史问题》，雷家慧等译，上海：远东出版社，2004 年，页 151。日本取得台湾之初，1897 年新殖民政府即设立“临时台湾土地调查局”，对土地有关的文书展开调查和采集工作，其成果于 1904 年编印为“大租取调节付属参考书”上、中、下三卷，书中包含了各种类型的大租契字及相关数据，是说明台湾早期大租沿革和性质的重要书籍，台湾银行经济研究室于 1963 年重新整理这批资料出版，定名为《台湾清代台湾大租调查书》（台湾文献丛刊第 152 种），参见胡家瑜：“古文书与平埔研究——台大人类学系平埔古文书的搜集与再现”，见 [http://ccs.ncl.edu.tw/Newsletter\\_75/75\\_01.htm](http://ccs.ncl.edu.tw/Newsletter_75/75_01.htm)（最后访问日期 2005 年 8 月 20 日）。

业主。<sup>[72]</sup>“大租权”旧惯的废止,使得台湾土地恢复了单一所有权制,土地交易的安全也得以确保。<sup>[73]</sup>而这一切,均有利于田赋的改订增征(土地调查之后地租提高到原来的3.5倍)与便利日本投资家来台投资(进一步的经济掠夺)<sup>[74]</sup>,也正因为如此,以至于有日人将之诩为“社会革命”<sup>[75]</sup>;另一方面,日本殖民者也是想借承认小租主的土地所有权,利用其在当地的权威支持殖民统治。

在土地权利方面以律令变革旧惯的例子,还体现将土地登记制度引入台湾的措施上。<sup>[76]</sup>在日人据台之前,台湾社会在土地权利关系方面,当事人意思表示一致即可生效、成立,而以立契字为交易证明。而这一台湾旧惯在1905年被引进的德国民法上的“物权变动登记生效”制所取代,日本殖民当局于是年以律令第三号公布《台湾土地登记规则》及府令四十三号公布《台湾土地登记规则施行细则》,此后凡是土地权利之设定、移转、变更、处分等变动,除因继承或遗嘱而发生者以登记为对抗要件外,其余均以登记为生效要件。<sup>[77]</sup>而之所以这样做,其重要目的之一就是试图掌控土地的实际情况,进而为田赋的征收创造便利的条件,不至于因为土地所有人的故意隐瞒而有太多的漏征,而台湾社会土地方面的“旧惯”,亦因此被予以改变。更有甚者,日人在进行土地清查之时,布告是通过小租主为主的各地权势者下达,很多农民往往不知道有申报登记这回事,致使很多土地都未申报,而对未经办理申报登记的土地,殖民当局径行宣告收为国有,并拨与日本财阀(例如日本制糖公司)使用。<sup>[78]</sup>类似的掠夺行径还发生在“林野调查”之时。早在1895年,殖民当局就以日令第二十六号制定“林野取缔规则”,其中第1条就宣布“凡无证明所有权之地契或其他确证之山林原野,皆属官有”,而当时台湾住民中保留地契券据者甚少,“许多有证件者也因害怕被征重税或因不懂衙门一套事情等等原因,没有去向日寇政府办

[72] 温丰文:“台湾土地所有权制度之变迁”,载《东海大学法学研究》第10期(1996),尤其是该文中的第六部分。关于日据时期台湾大租权的消灭经过之专题研究,请参见魏家弘:“台湾土地所有权概念的形成经过——从业到所有权”,台湾大学法律学研究所1996年硕士论文,页149—169。

[73] 温丰文指出,“大租户经此整理后,完全消灭,小租户成为地主,确立了单一业主的所有权制,促进了台湾地权制度现代化,又因土地之买卖交易可获得安全保障,因而开启了日本资本家来台投资之大门”,参见温丰文:“日治时期台湾的土地法制”,载《台湾法制一百年论文集》,台湾法学会1996年出版,页506。

[74] 详见矢内原忠雄:《日本帝国主义下之台湾》,周宪文译,台北:帕米尔书店,1985年。

[75] 例如曾有日人说道:“对消灭大租权的意义是根本性地消灭大租权,使小作人享有完全的土地所有权,非不可谓是一台湾的社会革命……思此革命之结果,因为拔除了使奸民逞其奸诈之弊源,内使田制安全,外使资本家安心投资于田园,其成效得以永恒。”参见竹越与三郎,明治三八(1905)年,《台湾统治志》,页214—215,转引自魏家弘,同前注[72],页168。

[76] 关于日据时期台湾土地登记法制的建立过程的专题研究,请参见魏家弘,同前注[72],页169—226。

[77] 刘恒奴,同前注[7],页69。

[78] 黄静嘉,同前注[7],页114;依田惠家:同前注[70],页151—152。

理登记”，其结果是被没收为官有的林野多达 916775 甲（约占台湾林野的 96%），而民有的仅 56961 甲，不及官有的十分之一。<sup>[79]</sup> 土地清查与林野调查的展开与完成，为日本资本进占台湾进而掠夺殖民地财富奠定了基础。<sup>[80]</sup>

对土地林野的掠夺，体现在民事法制上是根据殖民需要对“旧惯”径予积极的变更，而与之形成鲜明对比的则是，在商事领域沿用“旧惯”迟迟不予改变。早在乙未割台之时，台湾社会的商业资本就已相当活跃，但直到 1923 年，日本本国的现代化《商法》才对台湾本岛人适用。而在此之前，于 1899 年施行于日本本国的新《商法》<sup>[81]</sup>，仅仅施行于日本本国人与清国人外的外国人，而排除对“本岛人”（及清国人）的适用。一个例子是，《公司法》早在 1893 年就已部分施行于日本本土，日本殖民者非但不积极地将之施行于台湾，反而定有罚则限制本岛人采取现代化的公司组织形式。这种因人而异的法制造就的一个吊诡例子是，拥有数百万资金的林本源制糖，在名义上也只能按照旧惯上的“合股”组成，与此构成鲜明对比的则是，1900 年 12 月，日本人以本国的三井物产公司为中心，在台湾建立了以日本皇室和华族的毛利族为大股东的台湾制糖股份公司。<sup>[82]</sup> 这一切，正如黄静嘉先生所一针见血地指出的，乃是为了束缚殖民地人民经济活动的自由，抑制殖民地人民民族资本的抬头，以便利于建立日人资本的支配地位与独占。<sup>[83]</sup>

## 五、余论：马基雅维利的隔世遗音？

“旧惯”在日据台湾时期的角色变迁，让我们看到的，是以掠夺为本质的殖民地民事法制下的具体策略变迁。这种具体策略变迁的变迁，其实并非日本殖民者的独特做法，在世界性的殖民体系中也常可见到。一个类似的例子，体现在穆斯林国家的对外扩张之中：

对于被征服的非穆斯林以及那些新皈依的但仍保留非穆斯林习惯法

[79] 陈孔立，同前注[62]，页 344；杨克煌：《台湾人民民族解放斗争小史》，湖北人民出版社，1956 年，页 64；黄静嘉，同前注[7]，页 126。

[80] 这一点早就为学者所指出，例如东嘉生就指出：“这是台湾资本主义化，亦即日本资本征服台湾的必要前提或基础工程”，参见东嘉生：《台湾经济史概说》，周宪文译，台北帕米尔书店，1985 年；更为详细的论述则请参见矢内原忠雄：《日本帝国主义下之台湾》，周宪文译，台北帕米尔书店，1985 年，页 17—18。日本殖民者这种借调查之名行吞占之实的伎俩，1910 年至 1918 年间在朝鲜故伎重施，同样是使大量土地在“无主地国有”的名目下，成为其后廉价抛售给日本垄断资本的国有地，参见依田惠家，同前注[70]，页 155。

[81] 日本的商法典于 1890 年公布，但因各种因素而延期实施，唯其中的公司法于 1893 年部分施行，至 1899 年新商法才正式施行，详见何勤华：《日本法律发达史》，上海人民出版社，1999 年。

[82] 依田惠家，同前注[70]，页 149。

[83] 黄静嘉，同前注[7]，页 116。

的居民,如何适用法律的问题在倭马亚时代出现,并且一直是穆斯林国家管理中主要问题。吸收外来的法律概念与做法,特别是接受习惯法、承认其效力在被征服地区的延续,构成了对这一问题的部分解决办法。就实际操作而言,基于上述安排生成的法律体制,随着时间的推移和穆斯林征服地的改变而各式各样。总体上,对属地法律设施,包括对习惯法的一些保护措施体现了征服策略的特征……<sup>[84]</sup>

劳伦·本顿于此有过一番精彩的概括,他在书中写道:

在任何一个地方,每当一个群体将自己的法律强加于新攫取的领土以及该领土上的居民的时候,都需要对法律控制的程度和性质做出策略性的决定。有一种统治策略是大胆尝试将自己的法律体系原封不动地移植过去。然而,更常见的统治策略是,刻意地维持既存制度的要素,限制法律的变化,以维持社会秩序。<sup>[85]</sup>

在我看来,无论是劳伦·本顿所说的这些统治策略,还是日本在台湾的殖民统治实践,所响应的,都不过是意大利政治家马基雅维利的隔世遗音。在我引为本文题记的那段话,马基雅维利在四百余年前写就的《君主论》中给后人准备的,其实就是后世殖民统治的三种策略。对于日本殖民统治者来说,“把它们毁灭掉”显然不合乎帝国的利益,其最终选择的,是后两种策略的交错运用。在根基未稳的据台初期,在适当程度上“允许它们在它们自己的法律之下生活”,并且派人“亲自前往驻在那里”,在时机成熟之时再将本国的法律体系适用于台湾。这种与马基雅维利当年所鼓吹的统治方式遥相呼应的治理术(我只是借用福柯的一个术语),其本质是彻底服务于日本殖民者的利益,至于它在无意中打下了台湾法制近代化的初步根基,则多少有些阴错阳差的意味。

这段民事法制中的“旧惯”变迁史,对一些不明就里的人们的诱惑在于,它可能被不假思索地当作现今中国的民事立法应该参酌民间习惯的一个论据。而同样可能会被当作论据的例子,还有20世纪上半叶发生在中国大陆的两次为立法做准备的民商事习惯调查活动。<sup>[86]</sup>但一旦仔细追究起来,即便是日据台湾前期的“尊重旧惯”,支配此种做法的理念是,如何从台湾这个殖民地汲取更多的政治、经济利益,绝非要在台湾稳健地建构近代民事法制。殖民者在掠夺野心下可能带来的法制革新与现代化进程,是建立在对殖民地的血腥掠夺与

<sup>[84]</sup> 劳伦·本顿:《法律与殖民文化:世界历史的法律体系(1400—1900)》,吕亚萍、周威译,北京:清华大学出版社,2005年,页121。

<sup>[85]</sup> 同前注,页3。

<sup>[86]</sup> 这两次民商事习惯调查活动,分别发生在清末与民初。关于这两次调查的介绍,可参看胡旭晟:“20世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义”,载《湘潭大学社会科学学报》1999年第2期。

残酷剥削的基础之上,绝对不能和 20 世纪上半叶的两次民商事习惯调查活动同日而语,也自然绝不在同一层面上谈论对今日中国民事立法的借鉴意义。<sup>[87]</sup>

透过“旧惯”在日据时期民事法制中的变迁史,我们所看到的是日本殖民者在台湾的殖民统治具体策略的变迁,与极其血腥的刑事法制一样,构成日据时期台湾法制的殖民属性的不同面相,尽管从表面上看相对温和,却同样无法掩饰殖民法制的实质。这一点,我们必须谨记。至于从这种这种殖民属性的治理术中,我们是否可以领悟到一些也许有用的道理,那又是另外一个值得专文论述的问题。

(初审编辑:李威)

---

[87] 但这并不意味着我们无法将之与近代中国的类似史实进行比较,我只是强调,在做比较之时必须牢记要区分不同的层面。事实上,如果我们对日据台湾时期发生的这段传统的中国法实践被罗马法化的法典内容所逐渐取代的历史做谨慎的处理,将会发现其中包含着诸多启发性的问题,特别是一旦将之与清末民初大理院将民事习惯罗马法化的司法实践相比较,更会凸显出高度的研究价值。而这也正是我正在撰写的另一篇论文的主题。但在这里,为了保证本文论题的集中,仅是寥寥数语而已。