

台灣法律史 研究的方法



台灣法律史叢書

1

李鴻禧
黃宗樂
王泰升
顏厥安
黃昭元
許志雄
蔡茂寅
蔡慧玉
陳明通
張正修
林文雄
陳聰富
陳妙芬





台灣法律史叢書 ①

台灣法律史 研究的方法

臺灣法律史研究的方法 / 李鴻禧等作. -- 一版
. -- 臺北市 : 學林文化, 2000[民89]
面 ; 公分. -- (臺灣法律史叢書 ; 1)

ISBN 957-30964-6-3(平裝)

1. 法制史 - 臺灣 - 論文, 講詞等

580.92932

89008091

台灣法律史叢書(1)：台灣法律史研究的方法

發行 者：台灣法律史學會

作 者：李鴻禧、黃宗樂、王泰升、顏厥安、黃昭元、
許志雄、蔡茂寅、蔡慧玉、陳明通、張正修、
林文雄、陳聰富、陳妙芬

主 編：王泰升

助 編：沈靜萍、陳鈺雄

出版 者：學林文化事業有限公司

台北市重慶南路一段13號5樓

電話：(02)23141078 傳真：(02)23319972

E-mail：law@sharing.com.tw

責任編輯：林靜妙

登記證：局版北市業字第1190號

一 版：2000年6月

郵撥帳號：19168499 學林文化事業有限公司

定 價：新台幣300元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。

I S B N(平裝) 957-30964-6-3

發刊詞

台灣因著歷史的發展，已逐步由事實上（de facto）主權獨立國家邁向法律上（de jure）主權獨立國家。

第二次世界大戰後，國共內戰結果，中國共產黨在北京成立政權，中國國民黨政權遷移台灣。國民黨政權為爭中國正統並使其統治台灣正當化，遂主張一個中國，台灣是中國的一部分。中共政權則一再揚言解放台灣，一九七一年取代國民黨政權進入聯合國後，逞其霸權主義，堅持一個中國原則，一九七九年以來更於其憲法序言宣稱：

「台灣是中華人民共和國的神聖領土的一部分」，並企圖以「一國兩制」毒餌，併吞台灣，抑且動輒對我文攻武嚇、欺凌打壓，無所不用其極。迫不得已，李登輝總統終於在今年七月九日明確表示：「自一九九一年修憲以來，已將兩岸關係定位在國家與國家，至少是特殊的國與國的關係，而非一合法政府，一叛亂團體，或一中央政府，一地方政府的『一個中國』的內部關係。」而在此之前，陳水扁先生已明白指出：「台灣、中國是互不隸屬、各自獨立的兩個華人國家，兩國可能產生特殊的關係。」其實，彭明敏教授等早在一九六四年草擬「台灣自救宣言」，即已開宗明義指出：「『一個中國，一個台灣』早已是鐵一般的事實！」。

歷史顯示，台灣自古不屬中國，一六八三年清康熙皇帝，在垂聽群臣激辯後，始採納施琅（鄭成功叛將）的意見，將台灣編入清朝版圖。但清朝始終以台灣為「邊徼」。甲午之役，清廷戰敗，在「宗社為重，邊徼為輕」之下，與日本訂立馬關條約將台灣永遠割讓給日本。第二次世界大戰，日本戰敗，一九四五年九月二日日本簽署投降書，事實上日本喪失對於台灣之統治權；一九五二年四月二八日在台北簽訂「中日和平條約」，日本放棄對於台灣之一切權利、權限及請求權，法律上日本喪失對於台灣之主權，但該條約並未規定台灣主權之歸屬。然而台灣卻在一九四五年一〇月二五日即被代表中國戰區盟

軍最高統帥蔣介石委員長受降的陳儀擅自劃入中華民國版圖，而遭受另一殖民地似的統治。中日和平條約既未明定台灣主權歸屬何國，則國際法上當然歸屬於台灣全體住民。亦即，台灣不是中國的一部分，更不是中華人民共和國的領土，台灣是台灣人的台灣，台灣主權自無他國置喙之餘地。

不寧唯是，施行於台灣斯土之法律，亦與施行於中國之法律有別。台灣原住民族有其固有部落法制，荷、西有其殖民地法制，鄭氏王國有其軍事法制，固勿論，即清治時代，台灣法與清國法亦非全然相同，而日治時代，台灣相對於日本本國亦屬異法地域，尤其國治時代，自一九四九年以來，台灣施行中華民國法，中國則廢除中華民國法，而施行中華人民共和國法，各別形成獨自的法律體系。台灣法係以自由主義、個人主義、資本主義及民主主義為指導原理，而中國法則屬社會主義法制，迄今仍堅持四項基本原則，即堅持社會主義道路、堅持人民民主專政、堅持中國共產黨領導、堅持馬克斯列寧主義及毛澤東思想，兩者之哲學基礎、根本精神，迥然不同。

然而令人遺憾的是，過去台灣在國民黨政權厲行黨化教育，極力灌輸大中國思想之下，台灣主體性教育文化被嚴重漠視、壓制，在法制史的領域，祇知有中國法制史，不知有台灣法制史，若有，亦僅將之作為中國法制史之一部分處理而已。直到一九八七年解嚴後，長期被壓抑的台灣主體意識始有如排山倒海，沛然澎湃，在法制史的領域，本於台灣主體理念，以台灣史觀研究台灣法律史之研究者越來越多，就中，王泰升教授之倡導，功不可沒。為期以團體力量，積極推動台灣法律史之研究，一群熱愛台灣、以台灣為唯一祖國的學者專家，於一九九七年一〇月一八日成立「台灣法律史學會」，預定每年定期於春季與秋季各舉辦一次學術研究會，及不定期舉辦專題研討會或座談會，並將其論文、成果編印成冊，陸續刊行，名曰：「台灣法律史叢書」，以期廣為流布，獲取更多教益。但願本叢書的刊行，對於台灣主體性法學的建立、闡揚，有重大裨益與貢獻。

台灣法律史學會之成立，承李鴻禧教授、林文雄教授、王世榕教

授蒞臨指導，教育文化事業家林金水先生、台灣國際專利法律事務所所長林志剛律師、賴英照教授慷慨贊助；台灣法律史叢書之出版，復承林金水先生鼎力支持，特此感謝。林律師令尊林敏生律師生前堅持台灣主體理念，對台灣法律史之研究，獎勵有加，功德無量，併誌不忘。

四百年來，台灣遭受一個又一個的外來政權的統治，台灣人「眾人食，眾人騎」，而在台灣主體性日益強固、台灣人次第出頭天之際，又面臨中國武力侵略的威脅，然愚確信，否極泰來，因著歷史的發展，台灣、中國法律上終將形成互不隸屬、各自獨立的兩個主權國家，並在對等國家的基礎上，建立、發展友好關係〔不論是「特殊的國與國關係」（李登輝語）或「國與國的特殊關係」（陳水扁語）或「特別親密的關係」（彭明敏語）〕，進而攜手合作，共同為維持國際和平與安全，及增進全體人類之人權與福祉，努力打拼。愚深信，唯有台灣與中國互相尊重、共存共榮，才是台灣人民與中國人民之福。而台灣法律史學會除致力於台灣法律史之研究，以建立、闡揚台灣主體性法學外，並願為起造「新而獨立」、「富而美麗」的台灣國家，略盡棉薄，希祈 讀者諸賢不吝支持、指教。茲值二十一世紀即將來臨之際，謹寄以殷切的期望及由衷的祝福。

一九九九年十一月一日

黃宗樂 謹識

主編的話

以推動台灣法律史之研究為職志的台灣法律史學會，體認到欲建立一個有別於傳統思惟的新興學科，首先須對「研究方法」為廣泛且深入的思辨，故自創會以來，即匯整眾人智慧，戮力於探索此一議題。做為「台灣法律史叢書」的首集，本書忠實地記載著我們在華路藍縷時代所踏出的這第一步。此同時意味著在未來，本叢書將繼續呈現更多面向、更精緻的研究成果，以充實台灣法律史的內涵，使台灣的法律人，能昂首自信地向世界說：「這是我們的法律史！」

在導言式的「台灣法律史研究的展望」，我們可以看到如何從台灣社會的生活經驗裡，汲取出法律史研究的素材，也可以看到從法理學的角度，暢談法律史研究中的理論問題，尚有從憲法學者的立場，思考如何進行「台灣的」憲法史的考察。共同的關心、多元的論點，一直是我們追求的目標。

接著，「台灣法律史研究方法及資料蒐集」係以曾實際操作過這項研究之「做黑手」的經驗，提出來供有意研究台灣法律史者參考，實野人獻曝之作品也。

設計「台灣地方制度」這個主題，乃是為了展現對於台灣當前重大法律議題的法律史關懷，且同時觀摩其他社會科學研究者探討問題的方法。因此除了有兩位法學出身者，分別報告日治及國治兩時期的法律制度外，還邀請歷史學及政治學專攻者，提出不同於法律人視野的觀察與論點，俾能為法律史研究的科際整合起個頭。

最後再回到以法學思惟為主的「法律史學與法律社會學的交錯」。由法律社會學大師韋伯之從西方的法律歷史經驗，發展出「形式理性」的學說，我們可以預期台灣法律史的知識，將有助於建構台灣自己的法學理論。為此，當然有必要先針對法律史學上認識與評價的問題，進行方法論上的反省和批判。

衷心的期盼本書的內容，能夠帶給讀者更多思考上的靈感或啟示，以及對於台灣法律史，或者說是台灣本身，更多的關心與愛護。

台灣法律史學會秘書長王泰升

1999年10月於台北

目 次

□ 台灣法律史的「發現之旅」	
王泰升著	1
□ 法律史研究中的理論問題—評王泰升：《台灣法律史的建立》〈導論〉部分	
顏厥安著	17
□ 關於台灣憲法史研究的一些粗淺看法	
黃昭元著	33
□ 台灣法律史學會成立大會學術研討會紀錄	
.....	41
□ 台灣法律史研究方法及資料蒐集	
王泰升著	53
□ 「台灣法律史研究方法及資料蒐集」座談會紀錄	
.....	75

□ 日治時期州縣廳制度概況（1895-1945）	
王泰升著	81
□ 日治臺灣街庄行政（1920-1945）的編制與運作：相關名詞之探討	
蔡慧玉著	95
□ 選舉制度設計與地方政治勢力的形塑：從日治到國治	
陳明通著	161
□ 戰後台灣的地方制度與法制	
張正修著	173
□ 1998 春季研討會：台灣地方制度學術研討會紀錄	
	193
□ 韋伯論形式理性之法律	
陳聰富著	211
□ 形式理性與利益法學—法律史學上認識與評價的問題	
陳妙芬著	257

□ 「法律史學與法律社會學的交錯」學術研討會	
.....	285
□ 台灣法律史學會章程	
.....	303
□ 台灣法律史學會第一屆理監事名單	
.....	307
□ 台灣法律史學會歷次學術研討會、座談會及其他活動一覽表	
.....	309

台灣法律史的「發現之旅」

王泰升教授

目次

壹、前言

貳、過去法規範之內容被使用於現今法律案件中

- 一、以鬮書分割家產後鬮得部分所有權的移轉
- 二、以贖耕約束證成立的法律關係
- 三、依戶口名簿解讀身分關係

參、過去存在之法律對今日人民法律觀的影響

- 一、女子繼承權的權利意識
- 二、承租人交付「現銷金」的契約類型
- 三、搶搬債務人財物的行為模式

肆、法律發展理論的反省與建構

伍、結語：大家一起來



1

台灣法律史的發現之旅

論文摘要

壹、前言

主席、各位會員，大家好。首先我必須表示對李老師由衷的感激，能夠在這個時機給我們打氣，我個人覺得非常高興，我想在座很多會員也會有同樣的感覺。今天想跟大家來走一趟台灣法律史的發現之旅。台灣法律史，顧名思義就是以研究台灣斯土斯民過去的法律發展為主旨的一門學問，或許因為我們生活在一個快速變遷的社會，所以對「過去」這個名詞，覺得是個沈重的負擔，但其實「過去」不但跟現在有關連，也影響了我們的未來。以下所要談的，就是台灣過去的法律，跟現行法的解釋適用，乃至於當今各種法律現象之間的關係，或者反過來講，如何從現在的法律現象來看到過去法律的蹤跡。只要你展開這樣的台灣法律史的發現之旅，你會發現到你跟台灣這塊土地、這群人，真的有很密切的關係，你也會發現跟你所從事的實務工作或是學術研究工作都有關係。因為今天時間有限，我準備以大綱的二、三、四來說明法律史的知識，在這三個部分都可以有它的用途。

貳、過去法規範之內容被使用於現今法律案件中

一、以圖書分割家產後圖得部分所有權的移轉

請看附件一，在此我找了一個最高法院的判例（六十八年上字第一三三七號），大家可特別注意在附件一當中用線所劃的部分。在本案件中，大正五年（一九一六）時王坤陞依圖書（台語念為ㄅㄨ̍）把財產分析給四個小孩（四房），原審法院的見解主要有兩個，第一，這是一個贈與關係，第二，這應該依日本民法一七六條來認定所有權移轉之效力。但是，當時是大正五年，台灣人的民事關係不是依日本民法而是依台灣的舊慣，假如用台灣的舊慣來看，這不是贈與，而是依圖書所為之家產分割，分割以後，圖得之人可以向登記名義人請求移轉他所分得部分的所有

權，這是一個債法上的請求權。至於所有權是否有變動，則很可能要依當時的「台灣土地登記規則」，這項規則對於物權變動，原則上採登記生效主義，但由繼承而生者則採登記對抗，故取得之人雖沒有去辦理登記，仍已取得取得部分之所有權。退一步言，縱令屬於「贈與關係」，就最高法院的意見，如附件一第四段畫線部分（這部分是判例要旨）所示，係「日據時期贈與不動產，於台灣光復後，仍登記為贈與人之名義者，僅贈與人對受贈人負有移轉所有權之義務」。這句話仍有語病，最大的問題在於沒有時間的觀念，或者說是出於對台灣法律史的不瞭解，因為這句話忽略了一九二三年這一個重要的時點，在一九二三年之後是適用日本民法，之前不是適用日本民法（例如本案），所以怎麼可以不分日治前後期而直接講「日據時期」呢？假如法律關係是發生在一九二三之後，依照日本民法是採登記對抗主義，因此關於贈與物所有權之移轉，只要當事人意思合致就已生效，不一定要登記。在此情形下受贈人有可能已經基於雙方移轉所有權意思之合致而取得所有權，使得贈與人移轉所有權之義務早就已經履行了。

附件一

六十八年度臺上字第一三三七號

……同段二二三之一號、二二三之二號、二二三之三號、二二三之四號、二二三之五號土地五筆，其中二二三之二號及二二三之三號兩筆土地，已被徵收為道路用地屬於被上訴人之父王坤陞所有，日據時期大正五年（即民國五年）五月九日，王坤陞憑中將其財產分贈其子王水傳、王邦枝、王阿妒及王通水（被上訴人），有圖書為證，依當時有效之法律，被上訴人於受贈時，即取得系爭土地之所有權，王坤陞死亡時，為其繼承人之上訴人，對於系爭土地無繼承之權利，上訴人因繼承取得系爭土地之應有部分，顯然違法等情，求為命上訴人塗銷就系爭土地應有部分之判決。

上訴人則以：圖書之內容，僅將王坤陞之所有土地，分交四房分別管理耕作，並無移轉所有權與各房之意，被上訴人迄未為登記，不得以之對抗上訴人等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，無非以：被上訴人之父王坤陞生前就其所有田產（包括系爭土地在內）所書之圖書，衡其性質為贈與契約，其將所有土地分贈被上訴人四兄弟，由分得之四人分別按拈圖所定土地位置及範圍占有使用迄今，既為上訴人所不否認之事實，在被上訴人另案請求所有權移轉登記事件中，上訴人亦自認該圖書為贈與契約無異，茲仍以分管使用為辯，前後矛盾，顯無可取，依日據時期台灣適用之日本民法第一百七十六條規定，物權之移轉，祇須當事人意思表示之合致，即生效力，被上訴人於訂立圖書當時同意受贈，即已取得系爭土地之所有權，其後王坤陞就系爭土地已無所有權，王坤陞之繼承人即上訴人，應無繼承權，其因繼承所為取得系爭土地應有部分之登記，被上訴人得請求塗銷，為其判斷之基礎。

惟原審既認被上訴人之父王坤陞生前將系爭土地分贈被上訴人兄弟四人，為上訴人所不否認之事實，復謂上訴人主張並非贈與而係分管使用，已有判決理由矛盾之違法，且民事訴訟法第二百七十九條第一項所定之自認，以本訴訟中之自認為限，當事人於他訴訟中所為之自認，在本訴訟中僅為證據方法之一種，非經調查程序，不得據為判決基礎，原審以上訴人在另案訴訟中之自認，為認定卷附圖書為贈與契約之唯一證據，亦與證據法則有違。況在日據時期贈與不動產，於台灣光復後，仍登記為贈與人之名義者，僅贈與人對於受贈人負有移轉所有權之義務而已，並非不法侵害贈與人之權利，雖受贈人於台灣光復後，得請求贈與人就受贈之不動產為所有

權移轉登記，如請求塗銷贈與人光復後之所有權登記者，則為法所不許。原審未見及此，遽謂被上訴人為系爭土地日據時期之受贈人，依當時有效之法律已取得系爭土地之所有權，得請求塗銷贈與人王坤陞之繼承人即上訴人因繼承而取得系爭土地應有部分之登記，所持法律上之見解，尤有違誤。上訴論旨，執以指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。

二、以贖耕約束證成立的法律關係

請看附件二。在這張「贖耕約束證」裡，有一個業主叫陳九金，紛爭是發生在現在，整個爭執點在於業主陳九金的後代能否收回建築基地。關鍵就在於大正十三年雙方依照這個契字究竟成立了什麼樣的法律關係，在此情形下，我們必須去瞭解當時的法律是什麼，不然無法解決這個問題。大正十三年是一九二四年，故當時是依日本民法，但我們去看這個契字時，看到的是贖耕、稅金（即今日所謂「租金」）等源自清治時期民間習慣的字眼，假如我們用歐陸式民法來看這究竟是什麼契約，我個人認為這應該是成立日本民法上的基地租賃，因為它有期限二十年的約定。而有無可能依此成立地上權呢？也有可能，因為當時採登記對抗主義，故不一定要有地上權的登記才生效，問題是從契字上看不太出來有地上權設定的合意，故此應被定位為基地租賃。當我們要做這樣的認定時，必須要有很多的背景知識，尤其是台灣法律史的知識，不但是日本法，清治時期台灣民間習慣的知識都要有，不然可能會看不太懂。

附件二

