



台灣法律史 的探究及其運用



LEGAL HISTORY IN TAIWAN
INQUIRIES AND PRACTICE

台灣法律史學會
劉恆玟、曾文亮、劉晏齊 主編

台灣法律史學會叢書系列3

台灣法律史的探究 及其運用

台灣法律史學會

劉恆奴、曾文亮、劉晏齊 主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

台灣法律史的探究及其運用／劉恆紋，曾文亮，
劉晏齊主編．-- 初版．-- 臺北市：元照，
2016.08

面：公分

ISBN 978-986-255-749-5（平裝）

1.法制史 2.文集 3.臺灣

580.93307

105005549

台灣法律史的探究 及其運用

5D392RA

2016 年 8 月 初版第 1 刷

主 編	台灣法律史學會 劉恆紋、曾文亮、劉晏齊
封面照片	國立臺灣大學圖書館藏
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 450 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-749-5

發刊詞

以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，1971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，1979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7月9日明確表示：「自1991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1964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，1684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，1945年9月2日日本簽署投降書，事實上日本喪失對於台灣之統治權；1952年4月28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1945年10月25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1949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，個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1987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愈來愈多，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1997年10月18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1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。

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。

黃宗樂 謹識

1999年11月18日

編者的話

以推動台灣法律史研究為職志的台灣法律史學會，於2000年出版了第一本學會的叢書系列——「台灣法律史研究的方法」，於2007年復出版書系的第二本論文集——「以台灣為主體的法律史研究」。在經過多年的研究累積，書系的第三本書終於要付梓了。

本論文集以「台灣法律史的探究及其運用」為名，收錄台灣法律史學會自2009年到2014年舉行的年度研討會所發表的會議論文，包括八篇學術論文以及一篇座談會紀錄。與前揭書系第二本論文集相同，本書亦將各篇論文依主題分類：第一部分為現實議題取向的提問，也就是法律史作為一種研究方法的論文。第二類則為歷史取向的提問，亦即以法律作為歷史研究之對象的論文。

在第一部分「法律史作為研究方法」，收錄吳欣陽律師改寫自其博士論文一部分的〈台灣語言規劃之典範移轉〉。該文回顧了台灣語言規劃之典範移轉的過程，如何從日治時期作為溝通工具後轉向為國族主義的展現，又如何從戰後之第二次國語運動轉而成強調語言人權的歷史，以期瞭解台灣排他性之單語政策轉型至人權保障的語言法制背景，作為進一步發展相關法制的基礎。陳怡君律師的〈自訴制度之法律史考察〉，則針對長期以來在實務與學說都有重大爭議、甚至論及存廢的刑事訴訟自訴制度，耙梳了自訴制度在剛開始發展西方法制的民國時代中國之生成過程，及其於戰後對日治時期無自訴制度之台灣民眾的影響，並如何因應在地的需求而有所調整。而於〈從法律史觀點論祭祀公業條例的制定及施行〉的座談會紀錄，曾文亮助研究員、陳昭如教授、黃詩淳副教授，以及陳立夫教授，分別從歷史脈絡、性別平等、身分法，以及地政學的角度解析及批判現行《祭祀公業條例》，該法雖嘗試將複雜難解的台灣習慣成文法化，然其施行是解決抑或遺留問題，值得深思。本次座談

會結束後，2015年3月司法院大法官公布了有關祭祀公會的釋字第七二八號解釋，其所呈現的問題，更可與本文相互參照。以上三篇論文強調了法律史作為一學術研究方法，得以如何剖析並批判現實議題的可能。

本書的第二部分「法律作為歷史研究對象」，則著重法律規範的歷史流變及其與社會之間的關係。王泰升教授的〈台灣日治前期民事法制的變革：以法院制度及習慣法為中心〉，分析了日治前期台灣的民事習慣因殖民地政府採屬人的複數法制而得以留存，然「舊慣」的內涵卻得由日本人所組成的國家機關所認定，至於原住民民族更少有人接觸現代意義的民事法制。即使依據日本當局所形塑的台灣人習慣法並參酌歐日法制所草擬的台灣民事法典，都被日本政府否決。因此，在地化的民事規範是否必須在住民有屬於自己的國家之前提下才有可能？而劉晏齊助理教授在〈日治時期台灣法律中的兒童／未成年人：概念的形成及其意義〉一文，以法律規範與法院判決的變遷，說明日治時期法律中的未成年人被形塑的過程及其社會與歷史脈絡，並描繪了不同法律之下兒童／未成年人概念之衝突，嘗試將當代台灣各種關於規範未成年人行為之法律的爭議，連結到歷史之中，用以闡明問題的歷史根源。陳宛好助理教授則於〈台灣日治時期的擔保制度與近代金融機構〉，主張總督府將台灣舊慣中的「典」、「胎」改造為近代歐陸法上的擔保物權，以及引進財團抵押制度，此二種制度因素促成了台灣擔保制度之發展；並進一步大量分析同時期各種金融機構的擔保契約公正證書，探討民間融資的模式，以及讓與擔保此種法未明文之商業習慣如何影響台灣人的融資行為。

第二部分另外集結了曾文亮助研究員的〈日治時期台灣人家族舊慣：由宗法之家朝向戶主之家的多重構造〉，該文分析了台灣家族舊慣因總督府法院與舊慣調查會的發現與重新詮釋，可說是從宗族之家到戶主之家的改造過程，同時牽動了戶口制度，以及個人主義原則之引進對財產繼承與尊卑關係的重新修正，強調到了戰爭結

束之前，家族舊慣制度並不是處於穩定的結構狀態。王祥豪法官的〈日治時期治安警察法與台灣人政治反對運動〉，探討日治時期在日本內地行之有年的治安警察法，延長適用到台灣的歷史背景，且從日治法院檔案及相關史料，觀察總督府及法院運用治安警察法之實態。他主張隱藏在「安寧秩序」的不確定法律概念之下，其實巧妙地包裝統治者對某些異議主張的偏好，值得我們反省當今集會遊行相關法規的施行怪狀。最後，吳俊瑩博士生改寫其於2010年出版之《臺灣代書的歷史考察》，以〈從日治代書業務看台灣人的法律生活〉一文討論日治時期代書制度的設置、發展與國家對之進行的管控，並指出由於代書的可親性較辯護士為高，因此常為對法規制度陌生之台灣人民所利用；而從代書的法定業務內容，包括公證、土地登記等，可一窺當時常民的法律生活。

台灣法律史著重跨領域的研究方法與關懷，本論文集所收錄的法律史論文，都是法律史研究的各種新嘗試，以法律史的方法重新檢視傳統領域的民法、刑法、行政法以及憲法等諸多爭議。本書希望能藉由這些論文吸引更多有志於法學研究的法律人們，蓋當代的法律問題，從來都不會是當下才突然發生，問題必有其歷史根源，而以法律史的觀點省視法律問題，是解決爭議的第一步。最後，感謝台灣法律史學會前秘書林政佑博士生協助收稿，並與台大法律學院法社中心助理李仲昀碩士生共同做成座談會紀錄。更要感謝元照出版公司，支援並促成本書的出版。

劉恆奴、曾文亮、劉晏齊 謹識

2016年4月於台北

作者簡介

(依文章發表順序排列)

吳欣陽

現 職

常在國際法律事務所資深律師

學 歷

美國華盛頓大學法學博士

陳怡君

現 職

永信法律事務所合夥律師

學 歷

台灣大學法學碩士

曾文亮

現 職

中央研究院台灣史研究所助理研究員

學 歷

台灣大學法學博士

陳昭如

現 職

台灣大學法律學系教授

學 歷

美國密西根大學法學博士

黃詩淳

現 職

台灣大學法律學系副教授

學 歷

日本北海道大學法學博士

陳立夫

現 職

政治大學地政學系教授

學 歷

日本神戶大學法學博士

王泰升

現 職

台灣大學法律學院台大講座教授

中央研究院臺灣史研究所暨法律學研究所合聘研究員

學 歷

美國西雅圖華盛頓大學法學博士

劉晏齊

現 職

輔仁大學學士後法律學系助理教授

學 歷

美國加州大學柏克萊分校法學博士

陳宛妤

現 職

清華大學科技法律研究所助理教授

學 歷

日本京都大學法學博士

王祥豪

現 職

彰化地方法院法官

學 歷

台灣大學法學碩士

吳俊瑩

現 職

國史館助修

學 歷

台灣大學歷史學系博士候選人

目 錄

發刊詞.....	黃宗樂
編者的話.....	劉恆妉、曾文亮、劉晏齊
作者簡介	

第一篇 法律史作為研究方法

• 台灣語言規劃之典範移轉	吳欣陽
1. The Japanese Colonial Period (1895-1945).....	6
2. The Chinese Nationalist Party Administration Period (1945-2000).....	16
3. The Democratic Progressive Party Administration Period (2000-2008).....	27
4. Adoption of International Human Rights.....	34
5. Conclusion.....	46
• 自訴制度之法律史考察	陳怡君
壹、問題意識.....	49
貳、近代型刑事訴訟結構下自訴制度之定位： 制衡檢察官之機制.....	51
參、民國時代中國的自訴制度：檢察制度廢棄論下的自訴 「繼受」與擴張.....	56
肆、台灣的自訴制度發展歷程：從自訴優先原則，到公訴為主、 自訴為輔原則之確立.....	72
伍、自訴制度歷史考察之省思（代結論）.....	86

- 台灣法律史學會2014年度春季研討會
從法律史觀點論祭祀公業條例的制定及施行 89

曾文亮、陳昭如、黃詩淳、陳立夫

第二篇 法律作為歷史研究對象

- 台灣日治前期民事法制的變革

——以法院制度及習慣法為中心

王泰升

壹、因成為日本的殖民地而與現代意義法制相遇	141
貳、台灣傳統的「民事」法制內涵	143
參、現代意義民事司法制度在日治前期的確立	145
肆、權利化的舊慣與法院形塑的習慣法	148
伍、對習慣法為立法上修正但卻未能法典化	151
陸、結 論	153
參考文獻	155

- 日治時期台灣法律中的兒童／未成年人

——概念的形成及其意義

劉晏齊

壹、前 言	159
貳、定義法律中的兒童／未成年人	162
參、未完待續的發展	172

- 台灣日治時期的擔保制度與近代金融機構

陳宛好

壹、前 言	175
貳、台灣日治時期的擔保制度	176
參、公正證書中的擔保制度與金融機構	187
肆、結 語	201

• 日治時期台灣人家族舊慣

——由宗法之家朝向戶主之家的多重構造

曾文亮

壹、前言	203
貳、清治時期台灣人的家制度：宗法之家	205
參、日治時期台灣人家族舊慣：朝向戶主之家的改造	209
肆、結語	217

• 日治時期治安警察法與台灣人政治反對運動 王祥豪

壹、前言	219
貳、治安警察法的立法背景與延長適用於台灣	220
參、治安警察法的適用狀況與政治異議活動	226
肆、結論	244

• 從日治代書業務看台灣人的法律生活 吳俊瑩

壹、前言	247
貳、「代書」的制度設計	250
參、代書的業務內容	260
肆、結語	301

第一篇

法律史作為研究方法

- 台灣語言規劃之典範移轉
- 自訴制度之法律史考察
- 台灣法律史學會2014年度春季研討會
從法律史觀點論祭祀公業條例的制定及施行

