

論岡松參太郎的舊慣法學

— 政治僅一時、學問才是永恆^{*}



王泰升

台大講座教授、中研院台史所暨法律所合聘研究員

摘要

岡松參太郎帶著將台灣舊慣與西歐法制融合，以作為日本民法之典範的學術上抱負，來台主持台灣舊慣調查事業。岡松參太郎在《臺灣私法》所記述的舊慣，出於配合立法、司法和行政上運作之動機，以歐陸法系概念轉譯在台漢人的法律傳統；且主張應對舊慣為法律評價，縱令先出以習慣法，最終須做成制定法，故 1914 年提出舊慣立法草案，但終因抵觸當時日本殖民統治政策而失敗。岡松式舊慣法學於日治前期台灣蔚然成風，但日治後期在台日本人法學者、台北帝大政學科幾乎都對之不感興趣，僅首度出現的台灣人法學者較為關注。在戰後台灣，岡松參太郎有關台灣舊慣的論述，因知識內涵與台灣人具親近性而被沿用，但政治上是不討喜的學問；直到 1990 年代台灣民主化後才改觀，且其核心主張—在地習慣的制定法化，已出現在今之台灣法上。總之，岡松參太郎在尚缺台灣人法學者的年代，「替」台灣留下關於在台漢人和原住民族法律傳統的學問，並開啟台灣法律傳統應否及如何現代法化之討論，於今仍可讓台灣人民，本於當下的需求及價值觀而參考之。

關鍵詞：舊慣、習慣法、制定法、法律傳統、殖民地法院、台灣法律史

^{*} 本文先以「在台灣的岡松參太郎：政治僅一時、學問才是永恆」為題，2022 年 11 月 12 日發表於早稻田大學東亞法研究所舉辦的「紀念岡松參太郎誕生 150 年國際研討會：東亞殖民地法制與學知」，會後經修改部分內容及調整論文名稱而定稿。

- 壹、緒言：台灣史上的岡松參太郎
- 貳、在台灣進行舊慣調查事業
 - 一、具法學者與殖民地政府法律顧問雙重身分
 - 二、歐陸法系概念轉譯在台漢人的法律傳統
- 參、對台灣舊慣為實踐評價及制定法化
 - 一、殖民地司法及立法上對台灣舊慣既有的改造

- 二、以舊慣立法草案實踐舊慣法學但政治上時不我予
- 肆、岡松參太郎舊慣法學在戰後台灣的遺緒
 - 一、在中華民國法制下的延續
 - 二、戰後台灣法律人的承襲
 - 三、台灣民主化以後的民事習慣制定法化
- 伍、結語

壹、緒言：台灣史上的岡松參太郎

距今百餘年前，身為日本學者的岡松參太郎，參與了關於台灣的法學知識之建構。台灣在 1895 年自大清帝國轉為由日本帝國統治後，導入西方近代的法學。¹然而在 1920 年林呈祿發表關於台灣「六三問題」的法學論文之前，並無任何台灣人曾提出有關台灣的法學論述。²事實上從 1895 年至 1919 年為止，居住於台灣的法學者—從事法學研究之人，都是以司法或行政官僚、辯護士等為主的在台日本人；惟當時在殖民地台灣所盛行之後述「舊慣法學」，卻是由住在殖民母國、任教於京都大學的岡松參太郎所引領。³

1945 年日本戰敗後，台灣由戰勝的盟軍交予當時在中國執政的中華民國政府軍事接收，故自此迄今一直施行著中華民國法制，不過 1949 年年底中華民國中央政府撤離中國、遷至台灣後，該法制的施行地域就僅限於台灣（含原屬中國的金門馬祖）。1945 年的政治變局，使得在台灣從事法學研究之人，變成以來自民國時代中國（1911-1949）的外省人法學者為主，

但其法學知識養成所在的民國中國，卻恰好深受岡松參太郎為當中的一員的戰前日本法學界影響。戰後台灣從 1960 年代中期起出現以本省人一絕大多數是日治時期所稱「台灣人」—為主的第二代法學者，跳脫戰前日本與民國中國這兩個知識來源，或出國留學深造，或在國內參閱日文法學論著，直接繼受戰後的歐美，尤其是德國的法學，等於學識上經常是與岡松參太郎系出同門—德國法學。⁴前述的歷史巧合，讓作為日本學者的岡松參太郎，從 19 世紀末起就台灣「民事習慣」所建構的知識，在日本帝國結束 51 年的統治而離開台灣

1 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美中知識的彙整》（台北：臺大出版中心，臺大哈佛燕京學術叢書 12，2022），38 頁。

2 參見王泰升，〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，收於同作者，《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2005），79-80 頁。林呈祿可謂為第一位台灣人法學者。葉清耀 1932 年取得明治大學法學博士學位而成為第一位台灣人法學博士，亦是 1919 年即在台灣執業的首位台灣人辯護士（前一年通過辯護士考試），但其創作法學論著的時間在林呈祿之後。

3 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美中知識的彙整》，43、49-52 頁。

4 參見同上註，87-98、145-156 頁。

後，仍得以不絕如縷地被沿用至當今的台灣學界乃至實證法當中。

逢此紀念岡松參太郎 150 歲誕辰的時刻，擬從**台灣人的觀點**，論其到 100 年前的 1921 年過世為止所形塑的舊慣法學，在台灣法學知識史上的意義。筆者於 2006 年時，即有幸進入早稻田大學圖書館特藏室，閱覽「岡松參太郎文書」（以下稱「岡松文書」）原件，並以該文書為主要的參考史料，為文說明岡松參太郎在台灣殖民地民事法制之形成與發展上，扮演的關鍵角色。⁵ 在經過 16 年、已對台灣法學知識史有較全面的了解之後，⁶ 將參考學界新增的關於岡松參太郎其人其事之研究，再次運用岡松文書，闡釋岡松參太郎關於舊慣法學的學問及其實踐活動，當年為何及如何出現在日本殖民統治的現場，及其顯示的歷史意義。

貳、在台灣進行舊慣調查事業

一、具法學者與殖民地政府法律顧問雙重身分

民法學者岡松參太郎之現身於日本帝國新附領土台灣，反映了特定的**政治上**需求。治台一開始尚未清楚確立統治策略的台灣總督府，於 1895 年 11 月先暫時「準任地方的慣例及法理」處理台灣人的民事訴訟案件；⁷ 但 1898 年 7 月 16 日起已確定對台灣民商事採「複數法制」，即涉及在台日本人（法律上稱「內地人」）或西方人者，依仿效西歐的日本民商法典之規定，以便台灣自隔年起與日本內地同步廢除西方強權的領事裁判權，但僅涉及台

灣人或清國人者，或有關土地之權利，則依台灣人的「舊慣」，一如西方強權在其殖民地為避免當地人反抗而常採取的「舊慣溫存」政策。⁸ 惟包括法院在內的日本在台統治機構，須在明治憲法底下依照現代法律概念運作；前揭「舊慣」即已施行於台灣的《法例》第 2 條所稱「依法令規定所承認」之習慣，其「與法律有同一之效力」，成為規範台灣人的民商事項之**習慣法**。⁹ 在台統治的日本行政或司法官員，因此須依整個帝國所採之**歐陸法系民事法概念**，認定台灣人習慣法之內涵，以適用於實際發生的個案。1898 年來台、深受新上任兒玉源太郎總督信任的後藤新平民政長官，認為對於日本人所不熟悉的台灣

- 5 參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說與日治前期民事法變遷：兼論「習慣立法」的生成、消逝與再現〉，收於同作者，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），167-220 頁（以下簡稱：〈再訪岡松參太郎學說〉）。承蒙陳宛妤教授將之翻譯為日文，參見王泰升著，鈴木賢、松田惠美子、西英昭、黃詩淳、陳宛妤、松井直之、阿部由理香譯，《台灣法における日本の要素》（台北：臺大出版中心，日本學研究叢書 14，2014），171-206 頁。該文的初稿，曾以「岡松文書」為副標題，2008 年發表於台灣的法學期刊。參見王泰升，〈學說與政策交織下的日治台灣民事法制變遷：以岡松文書為中心〉，《臺大法學論叢》37：3（2008 年 9 月），47-95 頁。
- 6 於今有前引註 1 所引用的拙作《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，足以鳥瞰整個台灣法學知識史的發展歷程。
- 7 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》（台北：聯經，修訂 2 版，2014），65-66、90-91 頁。
- 8 相關的條文為明治 28 年以日令公布之《台灣住民民事訴訟令》第 2 條、明治 31 年律令第 8 號第 1 條及律令第 9 號，前揭條文的內容為明治 41 年以律令發布之《台灣民事令》第 1、2 條所延續。參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，53-54、94-95、101-102 頁；王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，6 版 2 刷，2022），285-286 頁；西英昭，《『臺灣私法』の成立過程 テキストの層位学的分析を中心に》（福岡：九州大学出版会，2009），26-27 頁。
- 9 參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》44：1（2015 年 3 月），7、18 頁。

舊慣，不能僅憑在台一般官吏的觀察或蒐集，而須經學者以科學，亦即法學，加以研究分析與整理，以讓所有日本人官員都能有所瞭解，因此於 1899 年 12 月囑託熟悉民法學的岡松參太郎，主持台灣舊慣調查事業。¹⁰

岡松參太郎帶著一定的學術上抱負，承接了這項任務。出於對明治民法典一味抄襲西歐法律之不滿，岡松參太郎想藉由將台灣舊慣與西歐法制融合為一部民法典（參見後述），作為日本發展民法學之典範。¹¹或許擅長「將學問運用於政治」的後藤新平，¹²就是以在殖民地台灣可進行具有實驗性的學術事業，打動岡松參太郎的心，投入台灣舊慣調查事業。¹³後藤新平經岡松參太郎推薦而力邀織田萬調查「清國行政法」時，亦曾以具有「學術意義」鼓舞織田萬，表示唯有「既通曉近世法理且能解讀漢文」的日本人，才可從事中國法制的調查，此乃「日本人的天職」。¹⁴岡松參太郎之進行台灣舊慣調查，因此可視為類似當今學者之接受政府部門提出的委託研究計畫，而須忠於委託人—日本帝國—的利益，此決定了他將產出具有什麼樣特質的法學知識。

治理台灣地域的台灣總督府，可能會對什麼是「日本帝國利益」，與在日本內地的帝國政府有不一致的看法，此時岡松參太郎就成為台灣總督府這邊的首席法律顧問。如岡松文書所示，在回應兒玉總督和後藤長官就台灣統治體制所為詢問，岡松參太郎表示關於台灣適切的立法方式，非得等待進行調查之後始能決定大方針，

以此支持「六三體制」的延續，亦即台灣總督應有權發布具有與法律同一效力之律令；且其將原本「依憲法」施行台灣特殊制度之條文，改為「以詔勅」，可見對六三體制所生的憲法爭議，係採取偏向總督府立場之台灣在明治憲法施行地域之外，可逕依天皇大權統治的見解。¹⁵岡松文書亦顯示，由於總督府的律令制定權仍受帝國政府節制，向內閣提出的律令案可能會遭到法制局內法務官僚的質問，此時即需請專精法學的岡松參太郎針對質問提供回應的意見，其可謂是總督府在法律事務上非常重要的顧問。¹⁶

- 10 後藤新平批評過去的台灣統治「無為無策」，欠缺「科學的殖民政策」，故強調「生物學的殖民政策」；認為須立基於生物學的基礎之上，熟知該土地的民俗、習慣，才得施行適當之政策。且其參考英國經營印度，以及日本內地法典編纂而達到國家統一效果的經驗，認為「法制確立」乃是經營台灣的基礎。參見後藤新平，〈臺灣經營上舊慣制度之調查を必要とする意見〉，《臺灣慣習記事》1：5（1901年5月），27-28頁；1：6（1901年6月），33-35頁；山根幸夫，〈臨時台灣舊慣調査會の成果〉，收於同作者，《論集 近代中国と日本》（東京：山川，1976），80頁；鄭政誠，〈臺灣大調查：臨時臺灣舊慣調査會之研究〉（台北：博揚，2005），87頁。
- 11 參見吳豪人，〈岡松參太郎論—殖民地法學者的近代性認識〉，收於林山田教授退休祝賀論文集編輯委員會編，《戰鬥的法律人：林山田教授退休祝賀論文集》（台北：編者自版，2004），546-547頁；王泰升，〈建構台灣法學：歐美中知識的彙整〉，48頁。
- 12 中生勝美，《近代日本の人類学史：帝国と植民地の記憶》（東京：風響社，2016），68頁。
- 13 參見吳豪人，《殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像》（台北：臺大出版中心，2017），36頁。
- 14 參見王泰升，〈建構台灣法學：歐美中知識的彙整〉，53頁。
- 15 參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，169、170頁的註13。關於六三體制的憲法爭議，參見王泰升，〈台灣日治時期憲法史初探〉，收於同作者，《台灣法律史的建立》（台北：自版，2版，2006），187-210頁。
- 16 具體的事例，參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，174-175頁。

岡松參太郎因此透過精湛的法學素養，以各種學理支持總督府的法制上作為。惟依學理推出的結論，若與殖民地統治的實際需求不一致，則學理須退讓。例如岡松參太郎曾指出，台灣舊慣上的墾耕權當中除永佃權之外的佃權，在性質上是債權，1905年發布的《台灣土地登記規則》卻規定其非經登記不生效力，將債權關係之生效與否繫於有無登記，「恐不免於不合法理」；然而總督府政策上欲強制台灣人將常用的權利類型，包括墾耕權，向政府辦理登記，以利土地之管理，故對岡松參太郎的批判不予理會。¹⁷

二、以歐陸法系概念轉譯在台漢人的法律傳統

1899年岡松參太郎來台任職於臨時台灣土地調查局，展開關於土地舊慣的調查；蓋台灣總督府為了在台灣建立含法治在內的現代型國家統治秩序，並切實掌握殖民地的各項資源，亦即今日學界所謂追求殖民現代性（colonial modernity），當務之急係釐清土地的法律關係。岡松參太郎十分有效率地在1900年11月，就根據對台北地區所為的土地習慣調查，編成《臺灣舊慣制度調查一斑》；該書不但作為舊慣調查的範本而散發至全台各單位以供參考，且原受英國法訓練的岡松參太郎還做成英譯本，將之推廣至國際學界。¹⁸ 此除了實現後藤新平自詡的從事傳統中國法制的調查乃「日本人的天職」，亦向國際誇示日本已跟西方國家同樣進入「殖民強權俱樂部」。日本帝國政府因此於1901年10月依勅令第169號設立「臨時臺灣舊慣

調查會」（以下簡稱「舊慣調查會」），正式由曾至德國留學、時任京都帝國大學法科大學教授的岡松參太郎，主持台灣舊慣調查事業。¹⁹

以前揭《臺灣舊慣制度調查一斑》為基礎，舊慣調查會自1901年起，陸續出版調查報告書。其分期進行的舊慣調查，第一期是1901年至1903年針對台灣北部的調查，於1903年出版第一回報告書；第二期是1903年至1905年針對台灣南部的調查，於1906年至1907年出版第二回報告書；最後則是1906年至1907年就台灣中部的調查，並在上述所有調查結果基礎上重新編輯，於1910年至1911年出版總結性的第三回報告書，此即當今學界一般人所知而經常引用的《臺灣私法》，²⁰ 展現費時10年的舊慣調查成果。

17 參見同上註，175頁。

18 參見岡松參太郎，〈敘言〉，收於臨時臺灣舊慣調查會編，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書 臺灣私法，第一卷上》（神戸：編者自版，1910），敘言，2頁；井出季和太，《臺灣治績志》（台北：臺灣日日新報社，1937；台北：南天，復刻版，1997），415頁；鄭政誠，《臺灣大調查：臨時臺灣舊慣調查會之研究》，98-99頁。《臺灣舊慣制度調查一斑》的英譯本：Santaro Okamatsu, *Provisional Report on Investigation of Law and Customs in the Island of Formosa* (Kobe: Kobe Herald, 1902；台北：成文，復刻版，1971)。岡松參太郎就讀帝國大學法科大學的「英法科」（1891-1894），1896年前往歐洲留學，始透過英語學習德語。參見田口正樹，〈岡松參太郎のヨーロッパ留学〉，《北大法學論集》64：2（2013年7月），341、343-346頁。

19 舊慣調查會設立之初，根據調查會規則分為兩部，第一部負責法制之舊慣調查，由岡松參太郎擔任部長；第二部負責農工商經濟之舊慣調查，由愛久澤直哉擔任部長。1910年第二部廢止，改設第三部立法部門，部長亦由岡松兼任。參見山根幸夫，〈臨時台灣旧慣調査会の成果〉，84頁。

20 其共計3卷（6冊），另有「附錄參考書」共計3卷（7冊）。參見岡松參太郎，〈敘言〉，敘言，2-5頁；山根幸夫，〈臨時台灣旧慣調査会の成果〉，89-90頁。亦參見西英昭，《『臺灣私法』の成立過程 テキストの層位学的分析を中心に》，8-9頁。

「舊慣」雖是日治前期國家法上的用語，但並未就此給予立法上定義，欲對舊慣進行整編的岡松參太郎須先賦予特定的意涵，亦即「舊慣」係舊政府時代所施行的法律。需調查的舊慣，因此是指台灣在舊的清朝政府統治時期，從現代法的觀點具有法律上意義的習慣，故其實是饒富新意。舊慣不僅存在於性質上未經書寫成文字的民間習慣規範，亦可能被記載於如《大清律例》等這類官府規定，惟清治台灣漢人社會裡普遍遵行、卻違反清朝官府規定的民間習慣，仍然被承認為日治國家法所稱「舊慣」，亦即學說上所稱「現實中的法」。不過依前述日本《法例》第2條規定，違反日治時期國家所認定的公共秩序善良風俗的舊慣，其在國家法上的效力將被否定。²¹岡松參太郎於《臺灣私法》自序中曾表示，該書旨在「網羅應屬私法之範疇的臺灣自古以來的法制及習慣」；²²從筆者的觀點，實即調查日治初期台灣漢人社會，²³沿襲自清治時期的「法律傳統」(legal traditions)，意指具有特定種族或文化的一群人，長期以來本於社會共識，認為應遵守之某些與現今法律相關的規範。²⁴

在舊慣調查時，岡松參太郎係以漢人固有文化中所無、包括法條上稱為「舊慣」的習慣法等等近代歐陸法系法學概念，轉譯當時尚存在於台灣的法律傳統。舊慣調查事業的目的，誠如岡松參太郎所述，「雖以查明臺灣舊慣之實際情形，提供行政及司法上因應目前需要之措施的資料為目的；亦為遂行中國法制的根本性

研究、完成學理性編述，以作為日後臺灣立法之基礎。」²⁵當時日本在台灣施展行政、司法、立法作用時，係本於以近代西歐的法制及法概念為基調的整個帝國法律體制，故關於「舊慣」的知識，必須與該帝國法律體制具有相容性。進而在行政及司法上進行法律適用時，依邏輯上的三段論法，將以歐陸法系法律概念表達之舊慣中具有普遍適用性的規則(rule)，亦即前述的習慣法，適用於行政(例如土地調查)或司法(例如民事訴訟)上的個案事實，俾能得出該個案的法律判斷。或立

21 參見岡松參太郎，〈臺灣現時的法律〉，《臺灣慣習記事》3:1(1903年1月)，7-9頁；臨時臺灣舊慣調查會編，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書 臺灣私法，第一卷上》(神戶：自版，1910)，48-49頁(以下書名僅稱《臺灣私法》)。

22 岡松參太郎，〈敘言〉，敘言，5頁。

23 亦參見西英昭，《『臺灣私法』の成立過程 于キストの層位学的分析を中心に》，5-7頁。筆者基於當今台灣強調多元並存的「原漢」關係，故特別限定為當時的「漢人」社會。

24 在日常生活中會說，某種做事方式(如結婚時男方提交一定的聘金給女方)，某種交易類型(如設典或胎借)，或某種身分關係(如過房子、螟蛉子、童養媳[福佬人稱「媳婦仔」])，係在台漢人的「傳統」。其中即存在某些具有社會共識之應具備什麼要件才算成立、各關係人應怎樣做、反悔背信者應有什麼作為等等的規範。這些規範中與現今之法律概念相關者，就是此處所稱「法律傳統」，相當於歷史學界所稱「傳統中國法」(原住民族的法律傳統，亦相當於「原住民法」)。該等「法規範」的正當性來自民族文化的傳承，若其受新的思潮衝擊而在社會上失去應遵守的共識，即不再為法律傳統。筆者不擬以東亞地區19世紀繼受西方法制後所使用的「習慣(法)」概念，直接描述在該法律繼受之前社會上普遍被遵行的這些規範，以彰顯下一段所述之以西方法概念進行轉譯的這段歷史經驗。且有時候確實需要區分法律傳統與習慣，例如最高限額抵押權在戰後台灣社會已成為習慣，但其係日治時期移入之日本人的根抵當習慣，故非屬漢族的法律傳統。亦參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，11頁。

25 岡松參太郎，〈敘言〉，敘言，1頁。

法上將從舊慣當中所發現的一般規範制定成法條，而成為「制定法」，甚或進行「法典」化，²⁶ 以讓現代型的行政或司法機關將其適用於個案。因此《臺灣私法》的編排體例區分為不動產、人事、動產、商事及債權四編，雖與日本的西歐式民商法典有別，但兩者大同小異，都是本於德國的概念法學而為體系化的結果。且以作為現代法學核心的「權利」觀念進行類型化時，有意地配合日本民法上的分類基準。²⁷ 按岡松參太郎應允為台灣舊慣調查之初衷，本即據以形塑出一部台灣民法典，以供日本各界參考。

《臺灣私法》所描述的舊慣內涵，實係出於司法和行政上實用動機，所建構之帶有新意的「法律傳統的現代法概念化」。就相當於歐陸法系的**財產法**事項，清治漢人社會中所稱「小租戶」是實際上占有使用收益土地的業主，但仍須向所謂「大租戶」繳租；《臺灣私法》因此將小租戶所享利益轉譯為「小租權」，或逕稱「業主權」，另將大租戶的收租利益轉譯為「大租權」，且當中的「權」字意指傳統中國**所無**之現代/西方法制中的「權利」，權利人得請求國家/法院以強制力實現所享利益。然而從**歐陸法系民法學**理論，大租權是對特定人而非支配特定物的權利，應屬債權，但對任何成為小租戶之人均得請求繳租，又應屬具「對世性」的物權（按：英美法系即無須區分債權或物權），實有方枘圓鑿之弊；小租權則直接支配土地、得以對抗第三人而屬於物權，且除負擔大租義務外擁有完整的使用收益處分之權

利，故可謂是附有負擔的歐陸法系上所有權。²⁸

設典、胎借亦為台灣漢人社會常見之事。出典人將其土地或某種利益交給典主在典期內占有使用收益，以換得一筆現金—典價，且典期屆滿時得以原典價贖回，若不贖回，則繼續維持典關係，典主通常無法變賣出典物以回收典價。在胎借，借款人通常將可證明其為土地或房屋之業主的契字，交給銀主/胎主作為如期還款的信用憑物；但除非訂有特約，銀主/胎主不能占有使用收益契字所載之土地或房屋，若借款屆期不還，亦不得變賣契字所載土地或房屋以抵債，僅能藉由繼續持有契字促使借款人處分土地等以還款。《臺灣私法》準據**歐陸法系民法**的概念，將典主所享利益轉譯為「典權」，並表示典權還不是完全的擔保物權，乃附有回贖權的用益物權，非債權關係；「胎」則僅是附隨於借貸之特約，雖為一種法律行為，但非擔保物權。²⁹

再者，就相當於歐陸法系的**身分法**事項，亦進行法律傳統的現代法概念化。例

26 經立法機關之制定而產出的法規範即稱「制定法」，亦稱「狹義的法律」。「法典」則只是學者對些制定法特別給予的稱呼，若某一部制定法經過學者日積月累的整理，形成綜合性的體系，即可稱為法典。參見王泰升，〈建構台灣法學：歐美日中知識的彙整〉，320-321、402頁；陶安，〈法典與法律之間—近代法學給中國法律史帶來的影響〉，《法制史研究》5（2004年6月），229-230頁。

27 王泰升，〈建構台灣法學：歐美日中知識的彙整〉，46-47頁。

28 參見臨時臺灣舊慣調查會編，〈臺灣私法，第一卷上〉，303-314、329-336頁。

29 參見同上註，659-663、673-674、691-692、710-714、734-736頁。

如清治漢人社會常為繼嗣或求多子多孫，將非親生的男子納入家中作為一房，屬於同姓或同宗且未與生家斷絕關係者稱「過房子」，屬於異姓但已與生家斷絕關係者稱「螟蛉子」。又有出於兩家情誼、生家貧困、節省聘金或增加勞動人口等等考量，將非親生女子帶入家中撫養，稱為「養女」，若預定與家中將來成為其夫之男子結婚者稱「童養媳」。《臺灣私法》對上述情形，都轉譯為現代民法上收養關係。³⁰ 然而依來自西方的現代民法上收養概念，未與生家斷絕關係的過房子等於有生父與養父兩位父親，童養媳在養家既然是養親之女，就不得與其兄或弟的養親之子結婚；這種違反一般民法理論的身分關係，只能用習慣法本具有特殊性而可為例外來解套。

更值得注意的是，將在台漢人法律傳統中各房在分家時對家產為鬮分，以現代個人主義民法上的繼承觀念，轉譯為「繼承權人」所為的「繼承」。《臺灣私法》認知到漢人的家，是由意指兄弟（男子）的「房」所組成、以家之成員勞動所得皆應歸入的「家產」作為核心的共同生活團體，原則上係男性最尊者出任的「家長」可管理家產並對外代表家。通常在祖父母、父母亡故後會進行分家，由各個房，亦即諸子，均分家產並分居，但有時祖父母、父母在世時即分割家產而為分家。³¹ 惟《臺灣私法》以「財產繼承」定性在台漢人世代間財產的移轉，認為家長在世時家產為其所有，亡故後歸於繼承人，故家產之繼承「原則上以被繼承人死亡時為

繼承之開始，……若被繼承人在生前分割財產給予諸子，以分割時為繼承之開始」。換言之，家產是由被繼承人的諸子均分，然後再由諸子分給其子；凡同輩親屬、尊親屬、旁系卑親屬，均非繼承人；在無兒子時，妻得繼承夫之家產，但須為亡夫立子嗣以傳之，女兒亦得繼承其父之家產，惟同樣須再傳給男孫，可見女性僅代為繼承，終將歸男性承受。³² 依漢人的觀念，家產是屬於整個家而非家長個人，但在現代個人主義民法中，家並非權利主體，故刻意轉譯為家產係家長個人所有，並以其為「被繼承人」以進行世代間財產移轉，且受移轉的房同樣非民法上權利主體，故再擬制各個兒子為「繼承人」。不過當祖父母、父母在世時即為分家時，將發生被繼承人還未死亡「繼承」就已開始，以致與繼承法理論產生矛盾。

岡松參太郎如上所述的詮釋台灣舊慣的內涵，固然受當時日本學界盛行的德國概念法學影響，但亦了解這是配合台灣殖民地法制所必需。《臺灣私法》剛出版不久的1912年，富有盛名的法學家穗積重遠曾稱讚該書為台灣私法之大全，福田德三博士亦肯定此為具有高度學術性的作品，足供私法學、法制史學，乃至中國社會史或經濟史研究者參考。³³ 日本於日俄

30 參見臨時臺灣舊慣調查會編，《臺灣私法，第二卷下》（東京：自版，1911），413-418、456-461頁。

31 參見同上註，179-180、184-193、201-205頁。

32 參見同上註，550、561-571頁。

33 參見山根幸夫，〈臨時台灣旧慣調査会の成果〉，92-93頁。

戰爭後在中國東北進行「滿洲舊慣調查」時，大體上是沿用岡松參太郎在台灣的調查方式；³⁴ 不過，日本於二次大戰期間在中國為「華北農村的法慣行調查」時，因並無在行政司法或立法方面準據法律上習慣的政策上要求，故主導者末弘嚴太郎博士改以法社會學的角度，探究人民的法意識或法社會生活實況。這也使得戰後福島正夫於 1958 年時，指出《臺灣私法》的調查方針及綱目符合後藤新平的施政需要、使用比較法的方法、以現代法概念為規準進行分析整理、以文書而非口述為主要參考資料等，但批判岡松參太郎之將西歐型法律概念，強行適用於屬傳統中國法系的習慣，並不妥當。³⁵ 其實岡松參太郎當年即已意識到這個方法論上的問題，但認為既然日本已以歐陸法系建構法律制度，就不能不以歐陸法系概念說明台灣的制度與觀念，且依其留學德國的經驗，就像德國人以羅馬法概念及理論來詮釋日耳曼固有法，也可以用淵源自羅馬法的歐陸法系概念來詮釋台灣人的舊慣。³⁶

岡松參太郎所為的舊慣調查對象，還及於台灣的原住民族。舊慣調查會在 1909 年因已完成對漢人舊慣的調查並出版《臺灣私法》，乃設立如後所述推動舊慣立法的第三部：立法部，同時在第一部下增設「蕃族科」，但對於時稱「蕃族」的原住民族法律方面的舊慣調查，主要由小島由道負責，蓋岡松參太郎起初對此興趣不大。當時在殖民地的實證法上，對於原住民族的法律傳統並未賦予習慣法的效力，理蕃警察雖得參考原住民族的習慣而為法

律上裁斷，但並不受其拘束，因此施政上不必像對漢人法律傳統般，須以現代法概念表述具有普遍適用性的法規範。不過在學術上，岡松參太郎受其私淑的德國法學家柯勒（Josef Kohler）的提醒和鼓勵，出於法學研究上對母系社會的關心，重新認識到高山族原住民習慣的研究價值，故本於其 1917 至 1918 年發表的〈母系主義與台灣生蕃〉一文，整理出《臺灣番族慣習研究》。在該書第一編「番族概況」的第六章「法制（總說、刑事慣習、民事慣習）」以及第三編的「親族、家族、家族制、婚姻制」，可看到現代法學概念的使用。³⁷

34 1906 年 6 月，岡松參太郎擔任滿鐵理事並擔任調查部部長，故台灣的舊慣調查經驗對於滿洲有一定的影響，滿洲舊慣調查報告書亦承認這點。滿鐵調查部的「調查事項細目條」，即與《臺灣私法》相近似，不過滿洲調查並無協助殖民地行政以及立法的政策上目的，不需要探究全部的法律上習慣，而僅是為了保持滿鐵此一特殊會社的利益而已。參見福島正夫，〈岡松參太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘嚴太郎博士〉，408-409 頁。

35 參見福島正夫，〈岡松參太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘嚴太郎博士〉，404-405 頁；西英昭，〈『臺灣私法』の成立過程とキリストの層位学的分析を中心に〉，4 頁。

36 參見岡松參太郎，〈大租權の法律上の性質〉，《臺灣慣習記事》1:1（1901 年 1 月），5-8 頁；吳豪人，〈岡松參太郎論—殖民地法學者的近代性認識〉，545 頁；王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉，316 頁。岡松參太郎 1896 年 10 月進入柏林大學就讀，曾修習「羅馬法」的課程。參見田口正樹，〈岡松參太郎のヨーロッパ留学〉，344 頁。

37 舊慣調查會的蕃族科曾出版《臨時臺灣舊慣調查會第一部蕃族調查報告書》（1913 年至 1921 年，共 8 冊）、《臨時臺灣舊慣調查會第一部蕃族慣習調查報告書》（1921 年至 1922 年，共 8 冊），以及《臺灣番族慣習研究》（1921 年，共 8 冊）。前兩份報告書調查原住民族的語言、風俗習慣、祭典儀式等，偏向人類學的考察；《臺灣番族慣習研究》則是岡松參太郎根據前兩份調查結果，比較從法學的觀點進行編纂。參見王泰升，〈建構台灣法學：歐美日

在此先跳脫歷史敘事，而對當今應否以現代法的概念描述漢族法律傳統 / 傳統中國法、原住民族法律傳統 / 原住民法，表示拙見。了解岡松參太郎在學術上為什麼如此做之後，今之學者須自問為學術研究的**認識目的**是什麼。若學術上係以如實呈現這些法律傳統的規範內涵為目的，就不應以**不存在**於漢族或原住民族傳統文化的現代法概念和思維理解之，³⁸ 頂多明白表示若從比較法的觀點，其**相當於**現代法的什麼概念（例如傳統中國法的戶婚田土錢債，相當於今之民事事項）。³⁹ 但是在如實認識其規範內涵之後，若本於今之法理念而為實踐評價，認為**應採納**為現代國家的實證法之內容，則仍須持現代法概念及理論，將之**轉譯**為現代法的表現形式，俾能運用於立法、司法、行政上。其實岡松參太郎當年亦是出於實踐上動機，對於台灣舊慣先為**理論認識**，再進行**實踐評價**，主張應予以改造、甚或廢止，其整體即構成本文所稱「岡松式舊慣法學」。岡松參太郎撰寫的《臺灣私法》，在國際學界常被視為有關中國法制史的作品，但事實上其參與了台灣 19 世紀末脫離中國統治之後的整個法律發展，與台灣法律史的關係更為密切，此有待如下詳述。

參、對台灣舊慣為實踐評價及制定法化

一、殖民地司法及立法上對台灣舊慣既有的改造

岡松參太郎為實現其為舊慣調查的學術上期待，對漢人法律傳統以現代法概念

加以轉譯只是第一步，緊接著是**改造**為符合其理想的民法規範，以有助於日本民法典的改正。不過，在岡松參太郎陸續產出關於台灣舊慣的法學知識時，殖民地**法院**已同步地在司法實務上，就舊慣調查會所認知的習慣內涵，依律令上「依舊慣」及《法例》第 2 條之規定為法律上實踐評價，亦即透過對司法個案的裁判，做出如下關於習慣法的有權解釋。

日治前期的台灣殖民地法院，曾參考岡松參太郎主導的舊慣調查會在《臺灣私法》之記載，做成規範內涵上有別於日本民法上組合〔即今之台灣法上合夥〕、商法上會社〔即今之台灣法上公司〕的**台灣合股習慣法**。依《臺灣私法》所載，台灣漢人社會有由具有親密關係者，為共同經營行紀、布店、魚塢、開墾土地等事業，出資成立稱為「合股」的經濟性團體，且可區分為「商事合股」和「民事合股」；

中知識的彙整》，55-58 頁；吳豪人，〈岡松參太郎論—殖民地法學者的近代性認識〉，547 頁；吳豪人，〈殖民地的法學者：「現代」樂園的漫遊者群像〉，16 頁；中生勝美，〈近代日本の人類学史：帝国と植民地の記憶〉，59-60、63-65、538 頁；田口正樹，〈岡松參太郎のヨーロッパ留学〉，343、352-353 頁。關於日治台灣實證法上如何規範原住民族，參見王泰升，〈日治時期高山族原住民族的現代法治初體驗：以關於惡行的制裁為中心〉，《臺大法學論叢》40：1（2011 年 3 月），1-98 頁。

38 寺田浩明教授曾以傳統中國的契約制度不同於近代西方法中的契約法，而對於日本的中國法制史學界有人試圖用諾成契約、要物契約、要式契約等西方歐陸法特有的術語來分析中國的契約法史，批評為「這樣的做除羅列概念來炫耀博學以外幾乎沒有任何意義」，其引註中的文獻是仁井田陞所著《中國法制史研究—土地法與買賣法》。寺田浩明著，王亞新等譯，〈權利與冤抑：寺田浩明中國法史論集〉（北京：清華大學出版社，2012），128-133 頁。

39 亦參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，79-80 頁。

並詳述股東（出資者）和當事（經營者）的種種「權利」和「義務」，由於股東可處分其對合股財產的持分，亦即「應有部分」，故合股財產屬於「分別共有」，雖股東私人財產與合股財產截然劃分、兩者可互為借貸，但合股並無獨立的「法人」人格。上述以清治台灣所無之歐陸法系民法概念表述的法律關係，讓熟悉日本近代法（採民商分立）的法官，能輕鬆地將之適用於法院內台灣人的民事訴訟案件，而透過類似判例法（case law）的方式，形成關於合股的習慣法。惟法院對舊慣調查會的報告，並非照單全收。⁴⁰ 例如《臺灣私法》認為合股財產不足以清償合股債務時，股東僅在其股份比例的範圍內，對合股債務負起西歐法上所謂的「無限責任」，但殖民地法院的判決例卻認為股東應負「連帶無限責任」，尤以屬於商事合股者為然，以保護與合股企業交易的債權人，此彰顯了資本主義民法的價值觀，強行課以台灣人所不知的連帶責任。⁴¹

殖民地法院於 1900 年代，曾在少數關於身分法的訴訟案件，以違反公共秩序善良風俗為由，否定台灣舊慣的法律上效力。例如，覆審法院在明治 42 年（1909）控民第 567 號判決指出，贈與或買賣妻係違反公共秩序之行為，不得承認其效力；明治 42 年（1909）控民第 231 號判決表示，不承認有不離婚而放逐妻之習慣；明治 43 年（1910）控民第 50 號判決亦認為，典胎女子是以違反善良風俗之事項為目的，不得承認其為舊慣。⁴² 1906 年覆審法院判官總會決議承認，關於家產，女子

於無男性嗣子時有繼承權，⁴³ 不理會《臺灣私法》所載女子須再傳給男性孫輩的習慣。不過，覆審法院倒是明確支持舊慣中的妾婚姻，1906 年即判認：「妾在本島係一般公認的身分關係，不得謂其違背善良風俗。」⁴⁴

在殖民地台灣屬於政治部門的總督府，也對舊慣調查會認定的在台漢人法律傳統，進行較大幅度的「改造」。台灣總督府為了讓來自小租權的業主權，不再停格於「附有負擔的歐陸法系所有權」，乃依律令對作為「負擔」的大租權，於 1903 年確定其是否存在各筆土地上，再於 1904 年予以廢止，一舉將台灣自清治以來的一田兩主，改變為一田一「主」一等同於擁有歐陸法系所有權的業主權人，此事已清楚載於《臺灣私法》上。⁴⁵ 《臺灣私法》

40 淺古弘教授曾以專文指出，舊慣調查會的報告與總督府法院對舊慣的見解，存在著一定的緊張關係。參見淺古弘，〈慣習と法：臨時台灣旧慣調査会と法院の対立〉，收於早稻田大学法学会編，《早稻田大学法学会百周年記念論文集 第一卷 公法・基礎法編》（東京：成文堂，2022），185-212 頁。

41 參見臨時臺灣舊慣調查會編，《臺灣私法，第三卷下》（東京：自版，1911），119-303 頁；王泰升，〈台灣企業組織法之初探與省思〉，收於同作者，《台灣法律史的建立》（台北：自版，2 版，2006），290-310 頁。

42 谷野格，《臺灣新民事法》（台北：臺灣時報發行所，1923），105 頁；臺灣總督府覆審法院編纂，《覆審法院判例全集 自明治二十九年至大正八年重要判決例要旨》（台北：臺灣判例研究會，1920），246 頁。

43 參見臺灣總督府覆審·高等法院編纂，《覆審·高等法院判例》（東京：文生書院，復刻版，1995），第一卷，340 頁。

44 明治 39 年（1906）控民第 294 號判決。臺灣總督府覆審法院編纂，《覆審法院判例全集 自明治二十九年至大正八年重要判決例要旨》，250 頁。

45 參見臨時臺灣舊慣調查會編，《臺灣私法，第一卷上》，289 頁。

亦表示：1903年以律令規定，借款之債務人無法清償債務時，日本勸業銀行對於設定「胎權」的土地，有優先於其他債權人受清償之權利，迥異於前述傳統胎借的銀主/胎主對信用憑物之無「權利」可言，「實質上已將胎改變為我國〔按：日本〕法上抵當權〔即今之台灣法上抵押權〕，這樣的效力絕非舊慣上的胎所擁有，全然是依新的立法來改變舊慣」。1905年再依律令發布《台灣土地登記規則》，將此觀念擴及一般的胎權，其第2條規定：「具有經登記之典權或胎權，就該提供債務擔保之土地，得先於其他債權人受自己債務之清償。競賣法中關於質權的規定，準用於典權；關於抵當權的規定，準用於胎權。」此後舊慣上胎已變成不動產上的物權，可謂是「同其名而異其實的新物權」。前述曾被定性為「還不是完全的擔保物權」的舊慣上典權，也因該第2條之規定，被改造為擔保物權中屬於由權利人占有擔保物的質權。⁴⁶岡松參太郎為總督府倚重的法律顧問，又是《臺灣私法》的主筆者，對前揭法制變遷必了然於胸，且很可能是持肯定態度；不然即如前所述，對於《台灣土地登記規則》就墾耕權之得喪變更採取登記生效主義，直白地表達反對之意。

二、以舊慣立法草案實踐舊慣法學但政治上時不我予

前述個別的立法上改造毋寧僅是「前菜」，岡松參太郎對整個台灣舊慣的法律上評價，表現在1910年自己兼任舊慣調

查會新設的第三部部長，而透過大約從1908年至1914年持續製作的舊慣立法草案，⁴⁷端出其「主菜」。在當時日本法學界，制定法優於習慣法可謂是通說，⁴⁸且制定法所具有的法之明確性、可預測性有利於日本資本進入殖民地台灣，岡松參太郎自始就有以制定法融合在地習慣與歐陸法律，規範台灣民商事項的構想。以這樣的民事立法模式進行「法的繼受」，⁴⁹不同於日本明治民法、中國清末民初民法草案之幾乎均抄襲西歐民法典，將實現岡松參太郎從理論認識出發、以實踐評價為終結的「舊慣法學」。

當時這項立法工作被稱為「舊慣立法」，係因其宣稱這些法規範的內涵，源自台灣人在舊政府統治時已存在的習慣，但實已業經新來的日本政府予以改造。在岡松文書中，1913年做成的「胎權令草案理由」，於緒言表示：「典及胎可視為舊

46 參見上註，679-680、692、730-731、736頁；陳宛好、王泰升，〈日治初期資本主義財產法制的確立〉，收於王泰升編，《多元法律在地匯合》（台北：臺大出版中心，台灣史論叢法律篇，2019），301-302頁；王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉，336-339頁。

47 包括台灣民事令、台灣親族相續令（含施行令）、台灣不動產登記令、台灣競賣令、台灣非訟事件手續令、台灣人事訴訟手續令、台灣祭祀公業令、台灣合股令等律令案。參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，176頁。

48 1890年岸本辰雄述《濶學通論》、1893年手塚太郎著《法學通論》、1894年織田萬述《法學通論》都有這樣的見解。參見王泰升，〈建構台灣法學：歐美日中知識的彙整〉，227、335-337頁。

49 參見春山明哲，〈法學者・岡松參太郎の台湾経験と知之の射程：植民地統治と「法の繼受」をめぐる〉，收入松田利彦編，《植民地帝國日本における知と權力》（京都：思文閣出版，2019），101-139頁。

慣上的不完全擔保制度。……但不妨解釋為是承認典主有權直接以典物充當清償，或以典物換價後，自該價金取得一定金額以作清償的制度，應為妥當。依此見解，承認了典有找賣權或別售權，而變更其性質，應解釋為係得作為擔保但不伴隨著對人債權之物上負擔。……可稱為屬於廣義的擔保制度（報告書六六八頁以下及六九〇頁以下）。又胎借依其本來的性質，……若約定……當事人債務不履行時，胎主將其物品找賣或別售，從該價金中獲得借貸債權之清償時，可謂已生擔保權之實（報告書七一〇—七一四）。……於臺灣土地登記規則第二條，……已補舊慣上擔保制度之不備。」⁵⁰換言之，法案起草者刻意從舊慣中找出某些特色，藉以合理化其恰為西歐民法上某種權利，並引《臺灣私法》為參考資料。但事實上《臺灣私法》並未認定舊慣上胎主對別售所得款項可優先於其他債主而受清償，該草案第1條卻比照現代民法上的抵押權，規定胎權人有優先受清償的權利，惟亦坦言前揭1905年土地登記規則已補舊慣之不足。果然該草案第1條的「理由」中載明：「本令所認為的胎權，與我〔日本〕民法三三九條所認為的抵當權、及臺灣土地登記規則第二條所認為的胎權，同其性質及效力」。⁵¹

因此雖仍沿用傳統上「胎」等當作「舊瓶」，但已裝入現代民法制度的「新酒」，從而亦以歐陸法系國家法律，作為**供參考的立法例**。在岡松文書，舊慣調查會1908年所擬的「台灣合股令」草案，指出該令

以台灣的合股習慣為基礎，但「舊慣有其不合法理、實際上不適當者，又舊慣欠缺劃一，頗多不明確之處；故關於此等不完備之點，有必要參照各國立法予以補充。」⁵²同年製作的《台灣合股參考立法例》，凡例中言及「本書為供合股令制定之參考，翻譯德瑞法義英諸國關於組合〔即今之台灣法上合夥〕和合名會社〔即今之台灣法上無限公司〕的法規。選擇德法義英等四國法律，旨在代表德國法系、法國法系、英國法系，而瑞士民法草案折衷德法之法律，為最近所制定者，故特別加列之。」明確地將西方的歐陸法系及英美法系民商法制，帶入舊慣立法。且該凡例亦表示「關於合股的判決例，亦可作為參考，故輯錄之」，以納入殖民地法院所形塑的合股習慣法。⁵³

舊慣立法當然願意納入西方法制所無、但為在地人民所使用的法律交易型態。為便於勸業銀行在台辦理貸款而仿效現代民法抵押權所創設的胎權，逐漸為台灣人所知悉，尤其當中的「根抵當」〔現今台灣稱「最高限額抵押」〕，由於貸款時應付的利息最低，故1907年即有報

50 早稻田大學圖書館所藏，〈胎權令草案理由〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C33, 3，本件鉛印成書，岡松參太郎於其封面記明「大正二年九月」。

51 同上註。

52 參見早稻田大學圖書館所藏，〈台灣合股令草案〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C54。該草案已鉛印成書，作者為臨時臺灣舊慣調查會，製作時間為「明治四十一年六月」。

53 參見早稻田大學圖書館所藏，〈台灣合股參考立法例〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C55。該書作者為臨時臺灣舊慣調查會，製作時間為「明治四十一年六月」。

導指出其在台灣相當盛行。按 1913 年的胎權令草案第 2 條已規定：「為擔保附條件的債權或將來的債權，亦得設定胎權。」起草者在「參照」中列了：「法二一三二、德一一一三（二項）、瑞八二四（一項）」，似有意訴諸法國、德國、瑞士等國民法典的權威，但根抵當原是日本固有的習慣，由於不在德、法民法典內，以致未被納入明治民法典，在戰前日本係經由大審院承認其法律上效力。該胎權令草案在「理由」中載有：「雖依我〔日本〕民法的解釋，於學說上有所謂的根抵當，但出以明文，可防止滋生疑義」。⁵⁴ 岡松參太郎似乎想用殖民地台灣這項立法例，告訴日本內地各界，不應一味抄襲外國民法典的內容，在地社會的交易習慣應納入制定法中。不過雖號稱「舊慣立法」，根抵當事實上在台灣並非「舊」的，而是新來的日本銀行所帶入、漸次在社會上形成遵法共識的習慣。

岡松參太郎希望舊慣立法事業，能將先前僅特定而局部的民事立法，擴增為一般而全面的制定法。例如 1905 年的土地登記規則只規範土地台帳已登錄地上 4 種權利（業主權、典權、胎權、贖耕權），但舊慣立法方案則擬涵蓋關於不動產（含土地和建物）的各種權利。岡松文書中有一份「台灣不動產權舊慣法要目」，從目次可知，其第 1 章「總則」係說明「不動產權」的標的物、種類和得喪，第 2 到 8 章分別是規範：業主權、役權、佃權、永佃權、地基權、典權、胎權。⁵⁵ 1914 年做成的「台灣民事令」草案，更是為包括

台灣人〔按：當時不含高山族原住民〕、在台日本人在內整個台灣殖民地政治共同體，規劃所有的人均適用的民商事法制。其章節架構，體系井然，或許已堪稱「法典」。按各章分別是：總則、關於民法之規定、關於商法與破產法之規定、關於施行之規定、附則。在第 2 章「關於民法之規定」底下，有第 1 節總則，第 2 節物權再細分：第 1 款總則、第 2 款民法上的物權、第 3 款地基權、第 4 款永佃權、第 5 款胎權、第 6 款典權，第 3 節債權亦再細第 1 款總則、第 2 款佃，最終為第 4 節親屬及繼承。⁵⁶

岡松參太郎欲藉由這份「台灣民事令」，建立以制定法為主、習慣法為輔的民事法制，取代原先之以習慣法為主。在「台灣民事令」草案第 1 章「總則」，第 1 條規定：「（第一項）關於民事之事項，除本令和其他法令有特別規定外，依民法、商法、明治二十三年法律第三十二號商法第三編、民事訴訟法及其附屬法律。（第二項）附屬法律由台灣總督定

54 參見早稻田大學圖書館所藏，〈胎權令草案理由〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C33, 3；法院月報發行所編輯，〈本島根抵當契約の發達〉，《法院月報》（即後來的《臺法月報》），第 1 卷第 2 號（1907 年 2 月），13-14 頁。

55 參見早稻田大學圖書館所藏，〈台灣不動產旧慣法要目〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C33, 17。做成之年月日未記載，但推測為 1912 年或 1913 年間。

56 參見早稻田大學圖書館所藏，〈台灣民事令 台灣親族相統令 台灣親族相統令施行令 台灣不動產登記令 台灣競売令 台灣非訟事件手續令 台灣人事訴訟手續令 台灣祭祀公業令〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C50。本件封面所載印製時間為大正 3 年（1914 年）8 月。

之。」亦即台灣人及在台日本人之民商事項均依台灣民事令和其他法令，日本的明治民商事法典在台灣地域僅為補充性法源。但在此仍維持向來的「複數法制」，蓋第2條針對台灣人的親屬繼承事項，規定「不依民法親屬編及繼承編之規定，而依特別制定之台灣親族相續令」，表示台灣人的親屬繼承事項，亦依制定法而非習慣法，但所應適用的制定法，並非明治民法典，而是**專為台灣親屬繼承事項制定者**。第3條則允許台灣人及中國人〔按：指清國人或中華民國人〕之「民事的習慣，以及關於土地權利的習慣，限於本令和其他法令無規定之事項，仍照向來之例而有其效力」，也就是台灣人原本適用的民事習慣法，須台灣民事令和其他法令沒規定時，才可作為補充性的法源。值得注意的是此草案的第24條，就物權的得喪變更採取登記生效主義，仍不採明治民法的意思合致即生效、登記僅為對抗要件。⁵⁷

在前揭專為台灣人親屬繼承事項制定的「台灣親族相續令」，岡松參太郎經常以「超前立法」態度，欲**改變**台灣人關於身分事項的法律觀。在岡松文書有一份1912年8月做成的「於親族相續令中改廢習慣之點」，直率地認為某些關於身分法事項的在台漢人法律傳統應予以「改廢」，殖民地法院雖已以公序良俗為由，否定某些身分事項舊慣之法律效力，在岡松參太郎看來僅是最起碼的變革，自然應納入立法草案，但其距離理想仍有一段距離。該親族相續令認為應改廢者，大概可分為兩

類。其一是本於近代西方個人主義民法的預設，每個人都是獨立且具自主意思的個體，故不許有人身買賣或個人遭到奴役或歧視。因此除了法院已承認的不准典賣妻或逐妻，進一步認為不可賣斷子女、應廢止奴婢和妾、婚姻或收養都應基於該身分契約當事人而非家中長輩之意思、不應承認一子雙祧；且除了法院已承認的無男子女兒有繼承權，還主張妻有繼承權。其二是相較於容許胎權之「舊瓶裝新酒」，對身分習慣法上的尊長權、託孤等「舊瓶」，認為應拋棄而易以日本現代民法上的親權、監護制度，或直接引進屬於「新酒」的現代繼承法上應繼分。⁵⁸或許岡松參太郎自認係「文明傳播者」，並不體恤台灣人在日治之前對西方個人主義民法幾乎毫無所悉。

然而舊慣立法事業最終以失敗收場，其關鍵在於得不到**政治力**的支持。以律令形式做成的舊慣立法，須送至帝國行政中心的內閣審議並獲得支持，方可經天皇勅裁而生效；但帝國政府對總督府送來的該等律令案，一直擱置而未給予勅裁。從政治的觀點，這項舊慣立法等於將台灣在整個日本帝國中的特殊性加以固著而制度化，不利於文化上及認同上將台灣人同化為日本人，有礙於「終極統一」的國族國家建構工程。自始就不贊同台灣採取特別統治方式的原敬於1918年成為內閣總理，

57 參見同上註。

58 參見早稻田大學圖書館所藏，〈（親族相續令に於ける慣習の改廢点）〉，《岡松參太郎文書（徵據資料）》，C32, 7-1。

1919年日本帝國為了回應朝鮮三一獨立運動，整個殖民地統治政策已改採強調同化的內地延長主義。⁵⁹

在岡松文書中，1919年做成的「台灣民事令中改正理由書、台灣人事令案理由書、台灣戶籍令案理由書」，顯示舊慣立法路線正在極大的壓力下力挽狂瀾，同年舊慣調查會已廢止。台灣民事令中改正理由書「第三條改正」處，載有：「在舊慣中，如關於土地以外的物權、債權及商事，均不完備且不方便，……關於此等事項的法律，現在幾乎已屬各國共通。我〔日本〕民法商法的規定，與文明諸國相比，已無大差異，故使本島人就此等事項，依我〔日本〕民法商法之規定，……然而關於土地事項，至今還未達應施行民法之規定的時機，故暫時仍有必要依舊慣，……就能力、親屬及繼承等事項，雖未達應施行民法之規定的時機，但舊慣中應改廢補正者不少，是以不得如從前那樣全然依舊慣。故特別設有台灣人事令」。⁶⁰可見岡松參太郎的主張已退讓至：民事財產法部分仍依制定法，但非施行專為台灣量身定做者，而係日本民商法典，不過希望關於土地權利可依習慣法，民事身分法則希望仍以制定法（即台灣人事令）為主，習慣法為補充的法源。1921年岡松參太郎過世。1922年9月16日勅令第406號、407號公布，規定日本民商法典，除民法親屬繼承兩編外，施行於台灣，僅涉及台灣人的親屬繼承事項依習慣，⁶¹亦即上述兩個「希望」均落空。

三、岡松式舊慣法學在殖民地台灣從蔚然成風到式微

岡松參太郎在世時，除最後的2、3年外，其創建的舊慣法學在台灣法學界獲得普遍性支持。自日治之初，殖民地台灣的司法官即本於西歐的法學，就僅涉及台灣人的民事訴訟案件依「舊慣」判案，為民事辯護者亦參與其中，彼等經常從法院判決例或舊慣調查報告，歸納出習慣法的一般構成要件，再依演繹方式適用於具體案件，舊慣立法事業的啟動更引發一陣討論熱潮。這些從事法學研究者全都日本人，並均受岡松式舊慣法學指引。但如同1919年岡松參太郎已無力挽回舊慣立法之頹勢，台灣法學界在1919年日本殖民地統治政策轉向內地延長主義之後，盡量與日本內地在法律上統一已成為主旋律，且自

59 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，67、82、110-111、324頁；王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，59-60頁。春山明哲教授認為此舊慣立法之失敗原因有四：立法技術困難、帝國議會反對、台灣法曹界要求適用日本民商法、第一次世界大戰後的世界情勢，不過前揭第2、4兩點與殖民政策之改從內地延長主義互為表裡，至於立法技術或台灣法曹界的意見恐怕都是次要之事。吳豪人教授則認為舊慣立法路線的挫敗，「另外有學術上之原因，亦即潛藏於人種法學或比較法學中學問之異端性格」。參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，107-110、115-116頁；春山明哲，〈台灣舊慣調查と立法構想—岡松參太郎による調査と立案を中心に—〉，105-107頁；吳豪人，〈岡松參太郎論—殖民地法學者的近代性認識〉，549-551頁。

60 早稻田大學圖書館所藏，〈台灣民事令中改正案理由書 台灣人事令案理由書 台灣戶籍令案理由書〉，《岡松參太郎文書（微捲資料）》，C50.4。

61 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，339-342頁；王泰升、陳宛妤，〈日本民商法典等的施行〉，收於王泰升、薛化元、黃世杰編，《追尋臺灣法律的足跡—事件百選與法律史研究》（台北：五南，3版，2016），154-157頁。

1923年1月1日起，日本民商法典施行於台灣，只有僅涉及台灣人的親屬繼承事項、祭祀公業才「依習慣」，終致岡松式舊慣法學式微，學風丕變為跟日本內地法學發展亦步亦趨的「內地延長法學」。⁶²

岡松參太郎和1920年代首度出現的台灣人法學者，大概無緣進行學術上對話。於1921年，日本民商法應否施行於台灣及應否設置例外，已成為各方注意的議題，可謂第一代的台灣人法學者曾對此表達意見。時任辯護士的鄭松筠曾為文主張，將習慣法予以法典化乃是最符合人民利益的法律改革方式，可視為支持岡松參太郎主張的舊慣立法路線，但有所不同的是鄭松筠反對廢妾。⁶³ 曾任殖民地法院書記官、赴東京留學後參與推動設置台灣議會等政治反對運動的林呈祿，認為應在台灣施行日本民商法（但物權得喪變更應特殊地改採登記生效主義），僅台灣人身分法事項應依習慣法，但某些身分法上舊慣仍應廢除，故與岡松參太郎的舊慣立法主張相悖，惟在廢妾上立場一致。⁶⁴ 岡松參太郎於1921年12月15日過世，且很可能不會閱讀刊載前揭鄭、林論文的台灣人政治異議者發行的《臺灣青年》，更無從知悉1920年代受過現代教育的台灣人知識菁英，對自身漢族有關婚姻、養女、婦女權益、奴婢等法律傳統的存廢，已有熱烈的討論且意見紛歧。⁶⁵

至日治後期，在殖民地台灣的日本法學者，絕大多數已對岡松參太郎提出的舊慣法學不感興趣。當時台灣法學界占多數的是法律實務工作者，其因而僅出於了

解實證法上仍有效的台灣人親屬繼承事項、祭祀公業等習慣法之需，方留意及日治前期岡松參太郎主導的舊慣調查事業。當中最著名的判官 齒松平，1930年代曾在參閱《臺灣私法》後，進一步依殖民地法院判決例，勾勒出祭祀公業在進入日治中後期的發展；但論及台灣人親屬繼承習慣法時，雖仍有所參考卻強烈地指摘不能將《臺灣私法》所載當作「金科玉律」，且盡量以日本民法上規定來理解、補充、乃至改變台灣人親屬繼承方面的法律傳統，以推動台灣法律的日本內地化，並主張應將日本民法親屬繼承兩編，除了極少數的例外（例如家督繼承），直接施行於台灣人。⁶⁶ 此顯然與岡松參太郎1919年仍堅持的應為台灣人親屬繼承事項制定專法，大相逕庭；與岡松參太郎1912年「於親族相續令中改廢習慣之點」揭示的兩個改革方向相比較，齒松平不太關心本於近代西方個人主義民法的預設，每個人均

62 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美中知識的彙整》，49-53、60-63頁。

63 參見鄭松筠（署名「鄭雪嶺」），〈就民商法施行而言〉，《臺灣青年》，第3卷第4號（1921年10月），漢文部，17-21頁。

64 參見林呈祿（署名「記者」），〈施行民法商法宜置除外例〉，《臺灣青年》，第3卷第4號（1921年10月），漢文部，21-26頁；林呈祿，〈民法の親族規定を臺灣人に適用する法案の疑義〉，《臺灣》，第3卷第6號（1922年9月），和文部，21-35頁。

65 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，124-125頁。

66 參見王泰升，〈日治時期的司法官僚法學：以齒松平之生平及研究業績為例〉，收於同作者，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），229、235、237-238頁。

為獨立而具自主意思的個體，倒是非常熱衷於替換或引進日本現代民法親屬繼承兩編的制度。

岡松參太郎在日治前期形塑的舊慣法學，從而對日治後期殖民地法院所承認的台灣人親屬繼承習慣法，或予以一定的影響，但有其極限。岡松參太郎在 1910 年代台灣親族相續令草案表達之對台灣人親屬繼承法律的見解，關於禁止子女賣斷、廢除尊長之決定收養與否、親權之承認等，與殖民地法院其後以判決做成的台灣人親屬繼承習慣法一致。惟這些法院判決係受到岡松參太郎的舊慣法學影響，抑或處於日治後期「內地延長」的政治氛圍所致，尚難以辨識；且親族相續令草案力主廢妾，殖民地法院則僅僅以「無視妾的人格，束縛其天賦的自由」為由，否定妾不得離去夫之習慣，使妾得以自由離去其夫，卻不像認定奴婢之約定無效那樣直接廢除妾制。⁶⁷

值得注意的是，台灣因 1928 年設置「臺北帝國大學」文政學部政學科，首次出現與岡松參太郎同樣屬性的學院內法學者，有別於之前僅有擔任司法或行政官僚、辯護士的法學者。政學科這些全屬日本人的法學教師，就算日本內地亦有重視法的慣行與人民社會生活關聯性的末弘嚴太郎法學，亦未承襲台灣殖民地學術上早已臻成熟的舊慣法學，蓋彼等對根植於漢族或原住民族文化的台灣習慣欠缺情感，除非為研究實證法上還有效力的親屬繼承習慣法方參考之。⁶⁸

日治後期始出現的台灣人法學者，或

因法學知識內涵關係到自身社會，似乎較注意到岡松參太郎關於台灣人親屬繼承事項的研究業績。時任滿洲國司法部事務官的台灣人林鳳麟，參與滿洲國民法親屬繼承兩編的草擬時，即參考 1910 年代完成的台灣親族相續令草案。⁶⁹ 在沒有任何一位台灣人可在殖民地台灣出任法學教師的情形下，⁷⁰ 日治後期以辯護士為業、積極發表法學論文的戴炎輝，探究台灣人關於親屬繼承的習慣時，除了引用當時殖民地法院判決例，也大量參考岡松參太郎主持之舊慣調查事業的研究成果。⁷¹

肆、岡松參太郎舊慣法學在戰後台灣的遺緒

一、在中華民國法制下的延續

1945 年日本戰敗、中國的國民政府接收台灣，日本人因而離開戰後台灣了。然而戰後施行於台灣的中華民國法制及其法學，原深受日本薰陶，以致日本法學其實並沒離開台灣，直到 1980 年代仍和德國法學一起指引台灣法學發展，迨 1990 年

67 參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，194-196 頁。

68 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，67 頁。

69 參見小野博司，〈滿洲國親屬繼承法と林鳳麟〉，收於瀧口剛編，《近現代東アジアの地域秩序と日本》（大阪：大阪大学出版会，2020），221-223、227、233 頁。

70 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，77-79 頁。

71 詳細的論述，參見王泰升、堯嘉寧、陳韻如，〈戴炎輝的「鄉村臺灣」研究與淡新檔案—在地「法律與社會」研究取徑的斷裂、傳承和對話〉，《法制史研究》5（2004 年 6 月），262-267 頁。

代後方演變為由德、美兩國法學主導，但日本法學仍有一定的影響力。⁷² 在上述法學史的框架下，戰後日本學界少有人注意的岡松參太郎關於台灣舊慣的研究業績，因知識內涵與台灣人具有親近性，同樣**沒有離開戰後台灣**，尤其是 1990 年代台灣民主化之後，岡松式舊慣法學的核心主張——在地習慣制定法化，如後所述的在台灣法上「美夢成真」。

首先，岡松參太郎**動機**上為日本帝國的利益，對漢人有關土地的法律傳統所進行的轉譯及改造，**結果**上恰巧讓 1945 年台灣的財產法秩序，相當順暢地轉換到中華民國法制，減輕當時無從自主的台灣人遭受政權不斷替換之苦。在如下附圖：「台灣土地法律關係演變示意圖」，可顯現其「從傳統中國法移向近代西方法/現代法」的過程。⁷³ 圖中延續「清治時期法律關係」而來的「日治前期舊慣上權利」，即岡松參太郎傾其學力所建構之舊慣法學的產物（如前所詳述）。例如岡松參太郎出於法律實踐上的動機，將在台漢人的法律傳統中稱為「賸」〔按：此詞彙來自荷蘭政權治台時帶入的 pacht 制，不存在於中國大陸〕之使用他人土地的法律關係，在《臺灣私法》中分類為賸佃（再細分：佃、永佃）、賸地基、賸地。⁷⁴ 該「賸地基」係指使用目的在於建造房屋或其他工作物者，正是為了配合日本民法典所稱的「地上權」，⁷⁵ 並在日治前期台灣習慣法上權利化為「地基權」。果然 1923 年 1 月 1 日之後，既存的習慣法上地基權，直接適用日本民法典上地上權之規定即可；又因

1945 年 10 月 25 日施行於台灣的中華民國民法典，關於地上權之定義與日本民法典一樣，故可輕易地接軌。

72 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，48、90-101、112-123、169-171 頁。

73 參見王泰升，《台灣法律史概論》，298、302 頁。

74 參見臨時臺灣舊慣調查會編，《臺灣私法，第一卷上》，571-651 頁。

75 參見同上註，619、644 頁。

【附圖：台灣土地法律關係演變示意圖】

時代別 類別	清治時期 法律關係	日治前期 舊慣上權利 (1895.5.8 以後)	日治後期 歐陸式民法上權利 (1923.1.1 以後)	中華民國 歐陸式民法上權利 (1945.10.25 以後)
1	業主 (小租戶) 【大租戶】	→業主權 →【大租權】 (1904 消滅)	→所有權	→所有權
2	為擁有工作物或竹木 之約定期限 20 年以上 的「贖地基」	→地基權、或具有左 揭內容之贖耕權及 永佃權	→地上權	→地上權
3	為耕作或畜牧之「贖 佃」中約定期限為 20 年以上的「永佃」關係	→具有左揭內容之贖 耕權及永佃權	→永小作權 (期限為 20 年以 上、50 年以下，得 更新)	→租賃權 永佃權 (新設)
4	典、起耕胎	→典權 (1905 後可能 「準質權」)、起 耕胎權	→質權 (期限為 10 年以 下)	→「臨時典權」 典權 (新設)
5	胎	→胎權 (1905 後可能 「準抵押權」)	→抵押權 (根抵押)	→抵押權 (最高限額抵押)
6	(1) a. 約定期限少於 20 年之「贖地 基」 b. 建造茅屋等簡 單房屋或其他 類型之「贖地」 (2) a. 「贖佃」中約 定期限少於 20 年之「永佃關 係」 b. 「佃」關係	→具有左揭內容之 贖耕權 →具有左揭內容之 贖耕權、永佃權 及佃權	→賃借權 (債權，期限為 20 年以下，得更新)	→租賃權 (債權，期限為 20 年以下，得更新)
權利 得喪 變更		某部分時期及部分權 利採登記生效主義	登記對抗主義	登記生效主義

資料來源及說明：王泰升繪製。以“→”表示法律關係存續期間（從發生到消滅）跨越不同時期時，所應為之轉換；若其存續期間僅在某一時期內，則依該時期之法律規定即可。表上之贖耕權若屬於 1905 年台灣土地登記規則所稱的「贖耕權」，方有登記生效主義之適用。賃借權及租賃權無登記對抗或生效主義的問題。

該圖示中其他關於土地權利之演變，亦**大多數**依循著類似的模式。岡松參太郎在《臺灣私法》如前已述，認定小租戶為業主，其業主權性質上為附有繳納大租義務的所有權；經殖民地以立法廢除大租權，1923年後既存的業主權可直接適用日本民法所有權之規定，差別僅在土地台帳已登錄地包括所有權在內的物權，關於得喪變更須改依日本民法的登記對抗主義。1945年施行的中華民國民法的所有權概念，與日本民法一樣，只不過採取台灣日治前期曾實施過的物權登記生效主義。岡松參太郎亦以「學理」，支持將胎借轉譯並改造為等同現代民法上抵押權的胎權，1923年後既有胎權直接適用日本民法有關抵當權/根抵當之法規範。1945年時，僅須名稱上改為中華民國民法的「抵押權」即可；中華民國民法典上所無的最高限額抵押權，其後亦獲得法院的承認。⁷⁶屬於例外的是，岡松參太郎將台灣舊慣的典關係，轉譯為典權並經立法改造為現代民法上的質權；1923年後既有的典權，即適用日本民法包括權利期限為10年之有關不動產質權的規定，在台灣從清治時期以來持續至日治時期的典關係，因此至10年期限屆滿的1932年12月31日為止所生之質權已消滅，不過在日治時期另有1923年後新設的不動產質權。惟1945年後施行的中華民國民法上，**沒有**不動產質權這項權利，日治時期既有的不動產質權，在戰後起初完全不被承認，後來方被承認為所謂「臨時典權」，其權利內涵比照日本民法上不動產質權。⁷⁷換言之，戰後台灣民

法上關於典權之規定，係1945年從中國移入而非台灣原生的，乃民國時代中國少見之將中國大陸社會習慣予以制定法化的產物。⁷⁸

岡松參太郎以現代民法概念，對漢人有關親屬繼承的法律傳統所為之轉譯，亦**被沿襲**至戰後台灣。蓋1945年後施行的中華民國民法，與戰前日本民法同屬歐陸法系，且日本法學於1950年代及60年代仍引領著民法研究。⁷⁹舉例而言，岡松式舊慣法學及日治時期法院認為，養女與童養媳乃是習慣法上兩種不同的「收養關係」，前者以成為女兒、後者以成為媳婦作為收養目的，且允許兩者互換。按日治法院1925年的判決指出，童養媳「如同已成婚的媳婦般，於本姓之上冠以養家之姓，對養家之親屬發生姻親關係。至養女……從養家之姓，對養家親屬發生與親生女相同的親屬關係。」；1920年的判決亦謂童養媳關係「目的在於養媳與其未婚夫結婚，故於養媳與其未婚夫結婚時，即因目的達成，收養關係當然解

76 其詳，參見王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），24-27頁。

77 參見王泰升，《台灣法律史概論》，305-307頁。

78 中華民國民法學界視典權為用益物權，雖與《臺灣私法》認為典權乃附有回贖權的用益物權十分相似，但乃其自發的見解，非受到岡松參太郎的影響或指導。依岡松文書內的書信，幫清朝起草現代刑典並在中國講學的岡田朝太郎，曾邀請岡松參太郎至中國，修改由松岡義正草擬的清國民法典草案，但終未成行。參見淺古弘等，〈岡松參太郎の學問と政策提言に関する研究〉（科學研究費補助金基盤研究成果報告書，2003），329頁。

79 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美中知識的彙整》，136頁。

消」。⁸⁰戰後中華民國法院仍視童養媳為民法上「收養」關係，但由於民事法源上須依民法典，已無習慣法可優先適用之法律依據（如1922年勅令第407號第5條），故只有一種「對養家親屬發生與親生女相同的親屬關係」的收養，以致在剛銜接日治法制不久，接連以幾號大法官解釋，為屬於在台漢人法律傳統的童養媳關係排除障礙。大法官在1954年釋字第32號已開示，依中華民國民法，「被收養為子女後，而另行與養父母之婚生子女結婚者，自應先終止收養關係」，否則就變成兄妹結婚了。但社會上本非以現代民法的收養關係看待童養媳，故大法官教大家如何利用法院來解套，1956年釋字第58號謂：「如養女〔按：實即童養媳〕既經養親主持與其婚生子正式結婚，則收養關係人之雙方同意變更身分，已具……終止收養關係之實質要件。縱其養親未踐行……形式要件，旋即死亡，以致踐行該項程序陷於不能，則……聲請法院為終止收養關係之裁定，以資救濟。」1961年釋字第91號乾脆釜底抽薪，認為「養親收養子女時，本有使其與婚生子女結婚之真意者」，故法律上稱為「養女」的童養媳，當然可與養親之婚生子女結婚，不用再找法院了。至此，在法律效果上和日治時期舊慣法學已沒兩樣，但形式上未制定法化。

二、戰後台灣法律人的承襲

岡松參太郎主導的舊慣調查事業的研究成果以及所建構的舊慣法學，能續存於

戰後台灣的關鍵人物是戴炎輝。按台灣的第一代法學者當中的台灣人/本省人，可依其從事法學研究的時間是在日治或戰後，而分為新與舊兩群；這兩群唯一有交集者就是戴炎輝，他才有機會在戰後台灣，承接日治前期的岡松式舊慣法學。⁸¹

機會之窗出現在戰後的中華民國法院，跟日治前期的台灣總督府法院一樣，在司法審判實務上需要了解所謂「台灣民事習慣」。惟日治前期是因制定法明訂「依舊慣」，戰後依民法典第1條，僅「法律所未規定者」方可「依習慣」，而屬於歐陸法系的民法典在內容上已包羅萬象，習慣法補充地成為法源的空間極小，以「事實上習慣」解釋或補充意思表示或法律行為的需求可能還高一點。但無論如何，在戰後不久的法院內，一定有相當多案件事實是發生在舊的國家法施行期間，依既得權益應受保障之法理，此應準據舊的國家法認定其法律效果，然而法院內絕大部分的民事法官卻不知日治時期的法律是什麼。⁸²因此1960年代司法行政部委託戴

80 參見王泰升，〈論台灣法律史在司法實務上的運用〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），248-249頁。

81 日治時期出現的台灣第一代法學者，屬於日本人者戰後已離開台灣，屬於台灣人者除戴炎輝外，戰後都在一個不友善的政治與學術環境下，放棄法學研究的志業。參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，120-122頁。

82 戰後台灣，大量不具有日治經驗的外省人司法官，填補了日本司法官離台所留下的空缺，知悉日治時期法律的本省人司法官為數很少，就讀法律系再經考試錄取的本省人司法官，雖家族有日治經驗，但其個人在法律專業培育過程，恐未曾接觸過日治時期法律。參見王泰升，《台灣法律史概論》，232-235頁。

炎輝等調查而出版的《臺灣民事習慣調查報告》，「編輯凡例」第4點表示：「各編就前清、日據時期、光復後之臺灣民事習慣，為縱的敘述，……可知其演變之跡」，顯示當中「前清」和「日據」部分係描述過去的法制內涵，即舊的國家法；其第5點進而謂：「日據時期部分係以臺灣高等法院之判例解釋為主要資料，並參酌『臺灣私法』、……所載學者之論著、質疑回答、司法公牘等」。⁸³亦即藉由其所調查的親屬、繼承、祭祀公業等事項，在日治後期法制上係「依習慣」，而將日治法院判決例等所認定的習慣法，當作中華民國法上習慣，以致「舊國家法」與「習慣」兩個不同概念被混而為一。日治台灣的財產法事項，從1923年起不依習慣，而是適用日本民商法，這部分的舊國家法因此沒被寫入民事「習慣」調查報告。

在上述情境下，岡松參太郎關於原住民族法律傳統的研究成果，即不被納入《臺灣民事習慣調查報告》。蓋戰後凡原住民，一律適用中華民國民法典，故如前所論，不太需要適用到習慣法，而其發生在日治時期的案件事實，當時就沒有依據特定的法律處理，並無「蕃人」民商事項「依舊慣」或「依習慣」這類規定，故也不必調查根本不存在的日治時期法律。

更關鍵的因素是，岡松參太郎所討論的是「台灣」，而非「中國」的舊慣。戰後台灣由蔣中正及蔣經國領導的國民黨政權（1945-1988），向來以中國國族主義為法政及教育體系的中心，視台灣為一個

法域（jurisdiction）而為敘事，等於觸犯了禁忌，蓋其將令人聯想到政治上最敏感的台灣人意識或台灣獨立議題。此類似前述日本帝國政府基於日本國族主義，忌諱岡松參太郎以台灣為單一法域制定出「台灣民法典」。再以戴炎輝為例，其在戰後台灣雖運用日治時期舊慣調查的研究成果，但似乎盡量避免逾越官方劃定的「台灣史僅是中國地方史」的紅線，故稱其所考察的是「清代（中國）」在台灣之「鄉治」，且教學上講授中國法制史，指導的碩士論文之主題均限於中國的唐律、清律或法律思想，不及於台灣自身的法制史。⁸⁴岡松參太郎關於台灣舊慣的論述，因此在戰後台灣數十年來，政治上是「不被祝福」的學問。直到1980年代後期，台灣的法律系學生幾乎都不明瞭日治時期法律是什麼，故不會接觸《臺灣私法》，更不知岡松參太郎何許人也。⁸⁵

1990年代崛起的以台灣為主體的法學研究，⁸⁶讓台灣的法學者跟岡松參太郎的舊慣法學有了交集。在走向民主化的1990年代，已有台灣學子在美國、日本所完成

83 法務部，《臺灣民事習慣調查報告》（台北：法務通訊雜誌社，6版，1992），編輯凡例，1頁。

84 參見王泰升、堯嘉寧、陳韻如，〈戴炎輝的「鄉村臺灣」研究與淡新檔案—在地「法律與社會」研究取徑的斷裂、傳承和對話〉，257、286-287、325頁。

85 台大法律系的教學中，勉強可看到日治時期法律的是，戴炎輝老師在「中國法制史」的教科書中，談到「地基權的清理」時，提及「日據時代」曾為土地調查，但語焉不詳，更沒有說明乃是為了施行西式法制之故。參見戴炎輝，《中國法制史》（台北：三民，3版，1971），310頁。該書第1版刊行於1966年，「自序」中表示此係上課時使用的教科書。

86 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，182-191頁。

的博士論文，以台灣為主體論述法律史，且不約而同地提及岡松參太郎的舊慣調查事業，⁸⁷並在回台灣任教後持續深化對舊慣法學的理解。此後即在台灣的學界，逐漸形成了台灣法律史研究社群，⁸⁸攸關日治台灣民事習慣法及特別立法的岡松參太郎舊慣法學，因而成為台灣法律史這個學科重要的學術資源。台灣學界晚近整編後公開的《日治法院檔案》，亦在台灣、日本及整個國際學界，吸引不只台灣法律史，還包括日本法制史、殖民地統治史、比較法史、經濟史等各方研究者的注目，⁸⁹若欲探究台灣殖民地民事法院的判決，當然須先了解影響這些法官至深的岡松參太郎學說。

今之研究者可與岡松參太郎的舊慣法學，展開「互為主體、相互尊重」的對話與思辨。當今的學者與岡松參太郎處於不同的時代氛圍與思潮中，亦可能出於不同的問題意識，甚或擁有不同的國族認同，但同樣基於學者的本務，欲探求複雜的法律現象所共通的原理原則，建構出關於「法學」的知識。⁹⁰例如，欲考察台灣斯土斯民的法律史時，對於具特定實踐動機的舊慣調查會之報告，須再經過從現代法律概念加以還原之後，方可顯現清治晚期台灣漢人法律生活上的各種規範。⁹¹21世紀的今天探求台灣原住民族固有的法律傳統時，雖可運用日治前期所做的蕃族習慣調查；但須注意其可能以不存在於傳統的歐陸法系概念來表述。在不重蹈往昔殖民主義、帝國主義、甚至現代主義的覆轍下，於今為了能夠被納入整個現代國家法制內

運作，或稱「國家法化」、「法律化」，以現代法律詞彙及法學概念轉譯原住民族習慣後，應由誰、經由怎樣的程序、以習慣法或制定法的形式，就實質內涵做出維持或變更的價值判斷呢？在在需要深思與討論。⁹²

三、台灣民主化以後的民事習慣制定法化

岡松參太郎1910年代已完整提出的台灣民事習慣制定法化構想，於1990年代台灣民主化後，獲得實現。向來較受關注的台灣漢人社會的法律傳統，如合會、祭祀公業，以及原係日本習慣但日治後為台灣社會接受的最高限額抵押，戰後的法院數十年來視為事實上習慣或習慣法，而納入司法裁判中。⁹³以該等司法實踐為基礎，合會於1999年被納入民法債編「各種之債」的一種（第709條之1至之9），

87 參見 Tay-sheng Wang (王泰升), "Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule (1895-1945): The Reception of Western Law," Ph.D. dissertation, University of Washington, 1992, pp. 202-204, 339; 吳豪人, 〈「台灣法史」の可能性: 法社会的・法思想史的試論〉(京都大学大学院法学研究科博士論文, 1999), 51-67 頁。

88 參見王泰升, 《建構台灣法學: 歐美中知識的彙整》, 189 頁。

89 相關的研究, 參見王泰升主編, 《跨界的日治法院檔案研究》(台北: 元照, 2009)。

90 參見王泰升, 《建構台灣法學: 歐美中知識的彙整》, 9 頁。

91 亦即就《臺灣私法》使用歐陸法系概念所記述的習慣內涵, 改以當今不屬於法學術語的日常語言來表達, 且保留透過史料修正由日本人所為之他族記載的可能。參見王泰升, 《台灣法律史概論》, 79-98 頁。

92 參見王泰升, 《建構台灣法學: 歐美中知識的彙整》, 61-62 頁。

93 參見王泰升, 〈論台灣社會上習慣的國家法化〉, 35-39 頁。

最高限額抵押權於 2007 年被納入民法物權編（第 881 條之 1 至之 17）。先前未被司法裁判承認的傳統上當舖的「當」關係，2007 年亦以「營業質權」為名納入民法物權編（第 899 條之 2）。有別於進入民法典者，祭祀公業採取制定民事特別法的方式，《祭祀公業條例》於 2007 年 12 月 12 日公布，隔年 7 月 1 日生效。⁹⁴ 如前已述，台灣早在 1910 年代，就已出現納入等同於最高限額抵押之根抵當的胎權令草案，也有祭祀公業令草案。

相較於 1914 年之後，因台灣社會所隸屬的國家還有另一大塊「內地」，以致如台灣民事令草案、胎權令草案、祭祀公業令草案等等單獨就台灣民事法事項所為的立法，遭日本政府擱置；1990 年代台灣政府的任何立法行動，不必得到日本的東京、中國的南京或北京、美國的華府的統治當局批准。1949 年 12 月 9 日中華民國中央政府的行政院開始在台灣運作，事實上即以稍後確立的台澎金馬作為領域成為一個國家。建立該所謂「遷占者國家」的蔣中正領導的國民黨政府，未經民主程序逕將原本為民國時代中國所制定的憲法，當作這個「台灣史上第一個台灣國家」的憲法，於是法規範的宣稱上，台灣社會所在的國家還有另一塊「大陸地區」，亦不能單獨為自己之需立法。在全國尚有「大陸地區」的擬制下，台灣出現未經改選的民意代表所組成的國會，特別是數十年後大多數的國會議員已垂垂老矣，無心也無力為台灣之需修改法律。欠缺民主正當性、未經改選的老代表占多數的國民大

會，於 1991 年修憲，形式上維持國家領土還有「大陸地區」，但確立國會在台灣全面改選的制度。⁹⁵ 此後在台灣選出的國會議員，為獲得選民支持，樂於將存在於台灣社會的習慣制定法化，而不理會法律上虛擬的「大陸地區」，故有上述 1999 年以後的習慣立法。這是 1910 年代岡松參太郎所遇不到的政治格局，若日治台灣後來成為自治殖民地，台灣民事令草案等等或有可能制定，但此已因 1945 年日本戰敗而成為不可能。

岡松參太郎在 1910 年代，以制定法大幅改造台灣人親屬繼承法律傳統的期待亦告落空，但此事已發生在 1980 年代後期及 1990 年代以後的台灣，且修改幅度更大。例如，戰後台灣民法關於收養，除了基於個人主義民法概念，定位為收養人與被收養人之間的契約關係，民法親屬編於 1985 年以保障養子女之利益為旨調整收養制度，2007 年的修正進一步強調未成年養子女之最佳利益。該 2007 年民法親屬編的修正，亦捨棄經由一定儀式即可成婚的傳統觀念，要求須向國家為登記始能成立婚姻關係，並背離「勸合不勸離」的漢族法律傳統，放寬裁判離婚事由。且依照傳統漢族的家產觀念，父債子應還；但出於國會議員的倡議，民法繼承編 2008

94 參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，211-212 頁。

95 參見同上註，209-210 頁；王泰升，《台灣法律史概論》，139-140 頁；若林正文著，李承機、林果顯、林琪禎、岩口敬子、洪郁如、周俊宇、陳文松、陳桂蘭、陳培豐、顏杏如譯，《戰後臺灣政治史：中華民國臺灣化的歷程》（台北：臺大出版中心，2014），92-96、101-102、230-232 頁。

年修正為：對於保證債務、以及無行為能力或限制行為能力，採法定的限定繼承，至 2009 年進而採全面限定繼承，父債子均不必還。今之台灣的法學者，對於台灣社會中涉及親屬繼承法的傳統，**自我批判**的力道，比當年屬「他族」的岡松參太郎還要強，蓋不用擔心被批評為欺壓他族的文化。且岡松參太郎當年如廢妾之主張，未被殖民地統治當局接受，乃因殖民者考量該項改變可能傷及統治協力者的利益，或擔心被殖民者藉機進行反殖民的政治動員。⁹⁶ 在當今民主的台灣，法學者對於法律傳統的批判，可經由國會選舉或公民投票決斷，故以制定法改造親屬繼承的法律傳統更為常見。例如大法官對同性婚姻所為的憲法解釋，再經特別立法，制定法化為《司法院釋字第七四八號解釋施行法》（2019 年 5 月 22 日公布、同年 5 月 24 日施行）。⁹⁷

習慣的制定法化或以制定法改造法律傳統的可能，如上所述都有賴於特定的政治局勢或思潮。法學者所持學說之獲得實現，經常須待並非學者所能控制的政經社文外在大環境的改變。只要發揮學者探求真理的本務，非為特定的政治、經濟、社會團體的利益服務，而基於從學術研究中所獲致的確信，提出法學論述，不必在乎當時的政治條件，總可能等到足以開花結果的政治環境。⁹⁸ 就算始終等不到，從知識之建構本身，亦能獲得一種心靈上的自我滿足。⁹⁹

伍、結語

岡松參太郎以研究台灣舊慣，為日本民法的發展提出另一種可能性的夢想或許落空，但所建構的學問本身留下來了，知識的衍生物亦對後世有一定的影響。於今讓台灣人懷念的是岡松參太郎在其學問中，對於台灣法律傳統現代法化的關懷，而非其當年在執政者支持下，如何意氣風發地主導台灣地域的立法和司法。不過仍

96 參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，215-217 頁。

97 參見鈴木賢，《台灣同性婚法の誕生—アジアLGBTQ+燈台への歷程》（東京：日本評論社，2022），231-251 頁。

98 筆者對於台灣漢人原有之祭祀公業派下資格限於男性的法律傳統，認為社會共識已有動搖，且不符當代的價值理念，應予以改造。惟馬英九總統執政後期的 2015 年 3 月大法官釋字 728 號解釋，仍以契約自由為託詞而支持過往以男性為尊的祭祀公業派下權觀念。至蔡英文總統執政後期的 2023 年 1 月憲法法庭憲判字第 1 號判決，已判認祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項未涵蓋設立人其餘女子孫係屬違憲，但猶不更動釋字 728 號解釋之肯認以規約保障男性獨享派下權。就此或可詮釋為：全然翻轉該法律傳統中性別不平等的部分，時候尚未到。參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，50-51 頁；王泰升，〈人的歷史、法的歷史：多元法律在地匯合〉，《台灣法律人》1（2021 年 7 月），26 頁；王泰升，〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉，《台灣法律人》18（2022 年 12 月），1-14 頁。憲法法庭 2023 年憲判字第 1 號判決的主文、理由、協同或不同意見書之內容，參見 <https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=309875>（最後瀏覽日：2023 年 2 月 7 日）。

99 國家立法、行政、甚至司法機關，經常是出於某些政治社會經濟或文化上的考量，而採用某些法學者的學說，倒不一定是學說本身的理路或結論較其他學說優越。固然學說本身的理路或結論愈精緻、愈具有說服力，則「被需要」的機會將越大、程度將越高，但即使是完美的論述也可能「不被需要」，粗糙的理路也可能因結論打動人心而「被需要」。因此學者之見，若不能為其所處的當代社會或國家所接受亦無妨，因有可能當時的國家或社會條件與文化觀念尚不能配合。身為法學者，只要抱持為人類文明的累積貢獻一分心力，來看待自己所從事的學術性心智活動，即無所求、也就無所悲。參見王泰升，〈再訪岡松參太郎學說〉，206-207 頁。

須從知識政治學、知識社會學的視角，解析和思辨這些學問的內涵。

岡松式舊慣法學的第一項主張是，以歐陸法系概念轉譯在台漢人的法律傳統，亦即法律傳統的現代法概念化。在認識及描述經驗事實上，使用現代 / 歐陸法系概念為表達的工具，除了有陷入「西方中心式」偏見的風險，可能對於本身並無這些現代 / 西方概念的漢族法律傳統，不具有分析上的效度，反而由於這些概念原已預設了許多制度背景，以致讓人誤解為法律傳統中存在著該等預設之制度，故有待商榷。然而，對傳統的延續，非出於義務，而是出於必要，自可予以適時、適度的改造。因此岡松式舊慣法學提出的：對法律傳統為**評價而制定法化**—不僅止於習慣法的形式，即為一個值得考慮採取的法律政策。若以此為目標，則為了融入像台灣這樣屬於歐陸法系的現代國家法制，當然須先有意識地以歐陸法系概念，**轉譯**漢族或原住民族法律傳統，以配合現行法制既有的規範上用語及框架。

在建構關於台灣的法學知識上，岡松參太郎已經「替」台灣人做很多了。岡松1921年過世之時，恰是出現台灣人第一代法學者的1920年代，但台灣人法學者在政治上被打壓，也沒機會與岡松參太郎對話。惟政治僅是一時的一雖是相當漫長的70年，從殖民、威權，終至1990年代的自由民主。於今已可自由追求學問的台灣法學者，應全力以赴、「為」台灣建構有系統性的法學知識，並留給世世代代的台灣人。本文有多處僅是舉例，表示有待未

來進行更全面、更深入的研究，期待台灣和日本的有志者一起來參與，讓下一次為紀念岡松參太郎誕辰而進行的學術研討，更加豐富而精彩。

台灣的法學者還從岡松參太郎的故事獲得一個啟示，學者不可被取代的本務是**做學問**。今之台灣，扮演法律專業者、政治工作者等角色的法律人很多，但仍迫切需要有一群法律人，選擇以自己的學術信念，孜孜不倦地建構法學知識，¹⁰⁰ 貢獻於台灣、貢獻於人類社會，這才是永恆的。



100 法學論述的深度及法學知識的學術貢獻，應由學界自主判斷；法學理論之為妥當，應來自法學界，而非立法、行政或司法部門的肯定。法官、檢察官、律師，乃至政治工作者，都各有其專業及要求；學者亦有其不可替代的專業及所由生的要求，當然可「不卑」，但也應尊重法律實務工作者的專業而「不亢」，不宜自認高人一等。參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，201頁。