

法學論集 別冊 第20卷 第4號

台灣對歐陸民法的繼受及其獨特性

王 泰 升

梨花女子大學校 法學研究所

2016. 6

台灣對歐陸民法的繼受及其獨特性

王 泰 升*

〈要 約〉

台灣從1895年起成為日本的殖民地，而跟隨日本繼受歐陸民法。由於日治前期台灣人的民事事項大多數情形是依習慣，故主要是以歐陸民法概念及用語，將台灣人原有習慣轉譯為現代法制上的習慣法，但透過民事特別法，亦將歐陸的所有權、質權、抵押權等部分地導入台灣。到了日治後期，繼受歐陸民法的日本民法典的財產法部分已在台灣生效，但台灣人的身分法事項仍適用以歐陸法概念所形塑的習慣法。

台灣在二次大戰後的四年間作為中國一省，使得繼受歐陸民法的民國時代中國民法典全面施行於台灣，故身分法事項亦改為適用歐陸民法了。台灣自1949年年底後成為一個事實上國家，雖繼續施行原在民國時代中國所制定的民法典，但由於在政經方面長期的與美國結盟，故民事特別法部分已增添許多美國法色彩。不過戰後台灣的第一代法學者大多數來自民國中國，深受屬歐陸法系的戰前日本法學影響，而屬於本地人的法學者更因曾受日本統治而習於戰前日本法學。尤要者，從第二代法學者開始，直接從德國或繼續從日本，引進戰後歐陸民法制度及學說，使得台灣民法的理論及實踐，全都籠罩在以德國為主的歐陸法系思維及操作方式。

就在法學界已將歐陸民法學融會貫通的情況下，從1990年代台灣民主化之後，經由法院、大法官、社運團體、立法機關等，已形塑出以符合在地社會需求為旨、相對於他國已具獨特性的台灣民法。

[關鍵詞] 繼受、民法、歐陸法系、英美法系、舊慣、所有權、抵押權、質權、財產法、身分法、物權、民主化

* 西雅圖華盛頓大學法學博士，現任國立臺灣大學法律學院臺大講座教授、中央研究院臺史所暨法律所特聘研究員。

一、歷史背景概述

歐洲民法早在16世紀，就由西班牙人帶到其在中南美洲的殖民地，以致後來獨立的中南美洲國家，於今仍施行著歐陸式民法。近代歐洲第一部民法典，亦即採取私有財產權絕對、契約自由、過失責任等民法三大原則的拿破崙法典，於1804年誕生。該法國民法典陸續為義、荷、葡、西等歐陸國家的民法所仿效，至1900年方施行的德國民法典，基本上仍維持著前述的民法三大原則，雖已有所調整。前述歐陸國家的民法被稱為「歐陸法系民法」（以下稱「歐陸民法」），以相對於同屬近代西方法律文明，但在規範形式上以不成文的普通法為主的「英美法系民法」。¹⁾

隨著19世紀西方勢力的擴張，近代歐陸法系民法在全球各地普遍地被繼受。從19世紀後半葉起，歐洲強權或者將歐陸民法施行至其在亞洲、非洲的各個殖民地，例如今之越南，或者以廢除領事裁判權為誘因，促使如日本、泰國、中國等亞洲國家繼受歐陸民法。甚或間接的透過日本之已繼受歐陸民法，而將整個繼受歐陸民法的地域，擴及日本帝國所統治的殖民地，例如本文所欲探究的台灣。但在二次大戰後的脫殖民地浪潮中，台灣有別於同受日帝統治的朝鮮殖民地，並未獨立並建立本國法制，而是再次由另一個外來的中國政權以中國法律進行統治（詳見後述）。單單就繼受歐陸民法的歷程，台灣即具有不同於曾是西方人殖民地、或僅僅曾遭日本殖民統治之國家的獨特性。²⁾

同樣係繼受歐陸民法的國家，因各有其政治、經濟、社會及文化面向的特色，而在規範內涵上具有相對的獨特性，台灣亦然。台灣於1895年成為日本的殖民地，開啟了對歐陸民法的繼受，但台灣人的武裝抗日使得日本當局採取「特別統治」政策，故直到1923年才在台灣大幅施行日本的歐陸式民法。於1945年，當時的中國政府代表戰勝的盟軍接收台灣，並立即在台灣施行其於1929-1930年所制定的歐陸式民法。³⁾然而，就在1949年中國改由當今的共產黨政府統治之時，台灣自同年12月9日起，因存在著一個因中國內戰敗北而遷至台

1) 較詳細的討論，請參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，4版，2012），頁101-102、105-106。

2) 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》（台北：聯經，修訂版，2014），頁6-7。該書有英文版：Tay-sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: The Reception of Western Law* (Seattle, WA: The University of Washington Press, 2000)，不過內容上已有別於上揭修訂版。

3) 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁109-116。

灣的中央政府（中華民國政府），而成為一個事實上（de facto）的主權國家。⁴⁾ 因此台灣不會施行今之中國（中華人民共和國）的民法，而是維持台灣從1945年被軍事接收時起就施行、原制定於民國時代中國（1911-1949）的「中華民國民法」。但該中華民國民法的規範內涵從1950年迄今，一直跟隨著台灣政治經濟社會文化的發展而變遷，構成「中華民國法台灣化」的一部分，⁵⁾ 故於今可稱之為「台灣民法」。台灣的歐陸式民法原本為中國而制定，但其現實上規範的對象，於大多數的時間裡（1950年迄今），卻是在台灣，而非在中國的人民，此又不免產生一定的獨特性。

二、主要係繼受歐陸民法之概念而非內容的 「舊慣民法」（1895-1922）

於19世紀末的1895年，跟朝鮮人民不一樣的是，台灣人民在還不曾本於主權國家的地位進行法律現代化（modernization）之前，就已被東亞率先現代化的日本帝國以國際條約及軍事征服納入統治了。但日治之初，相對於日本人而稱為「台灣人」的在台漢人，以民間武力激昂地對抗日本正規軍，使日本政府了解台灣人在種族文化上，確實與日本人存有一道鴻溝，從而仿效西方強權在其亞洲、非洲殖民地的法制設計，原則上以台灣人源自華人/漢族法律傳統的習慣，作為處理其民事事項的準據。⁶⁾

4) 在台灣的實證法（positive law）上，關於國家領土仍宣稱除了台灣之外，還包括中國大陸，故尚未宣示台灣是一個國家。在國際社會，台灣通常被視為如同國家的政治共同體，但由於中國的反對，目前如聯合國等國際組織並不承認台灣為國家。參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁109-119；Tay-sheng Wang, "The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward A Liberal and Democratic Country," *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 11, No. 3 (June, 2002), pp. 533-537.

5) 「中華民國法台灣化」的概念所強調的是，中華民國法秩序已因應1950年之後台灣政經社文的發展，而顯現出不同於1949年最終作為民國時代中國法時的內涵。參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》（台北：中央研究院臺灣史研究所、臺大出版中心，2015），頁121-123。

6) 筆者在韓國所發表的另一文（譯為韓文），已詳述其情形，參見王泰升著，辛知延譯，〈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〉，《法史學研究》，第46號（2012年10月），頁132-134。在19世紀近代西方的國家及國籍觀念傳入亞洲後，種族文化上屬於漢族者被稱為「華人」，蓋在國籍上其可能屬於西方國家的國民，例如英籍華人、法籍華人、荷籍華人等。參見王泰升，《台灣人的國籍初體驗：日治台灣與中國跨界人的流動及其法律生活》（台北：五南，2015），頁48-52。因此於今在國際社會上，就屬於漢族之人，可不問國籍歸屬而統稱為「華人」，而與擁有中國國籍之「中國人」做區別。在台灣的情境，由於同時存在著屬於南島語系民族的原住民族，故與之相對的稱為「漢族」，通常即稱兩者為「原漢」關係。

因此日治前期，台灣人的民事事項係「依舊慣」。台灣總督府於1895年11月間，以日令（軍事命令）公布的《台灣住民民事訴訟令》第2條規定：「審判官準任地方的慣例及法理〔按：日文漢字用「條理」〕審斷訴訟」。其於日本民法典生效的1898年7月16日，再以律令（相當於日本統治下朝鮮的「制令」）第8號第1條規定：「關於民事商事……事項，依「民法商法……民事訴訟法」，然同條但書規定「本島人〔按：即台灣人〕及清國人以外即無關係人之有關民事及商事事項，除有特別規定外，依現行之例」，意指依前揭日令所言之「慣例及法理」。同日公布的律令第9號第一條又規定：「關於土地的權利，暫時不依民法第二編物權的規定，而依舊慣。」綜觀之，即（1）日本人及清國人以外之外國人的民事事項依日本民法典，惟其關於土地之權利須依舊慣，（2）僅涉及台灣人或清國人的民事事項，則依舊慣。此一規範模式，為1908年8月以律令發布的《臺灣民事令》所沿襲，並一直施行至1922年12月31日。由於台灣人口中台灣人占絕大多數，故實際上在台灣民事事項大多是「依舊慣」。另有少數當時稱為「蕃人」的高山族原住民，其民事事項原則上由警察參酌（而非「依據」）原住民族習慣而自由裁斷。⁷⁾

在台灣殖民地的司法或行政官員所適用的「舊慣」，實乃經歐陸民法的法律術語及基本概念所詮釋或轉譯後之產物。按日本來台進行殖民統治時，其本身早已從明治初期之導入以法國為主的西歐法學，而隨著日本現代型法典的制定，逐漸發展成一門用以解釋國家法律之意涵的實用之學；當時日本的民法學乃是以德國的概念法學為根據，而加以體系化。⁸⁾雖如上所述，在台灣僅於法律關係涉及一位日本人時，才可援用日本民商法典，以致那些著眼於日本民商法典之釋義的法學知識，可發揮的空間有限，但前述條文中關於「舊慣」之意涵，仍須與使用歐陸法律用語及概念的整個日本帝國法秩序具有「相容性」。亦即，在行政及司法上進行法律適用時，須依邏輯上的三段論法，將以歐陸法律概念所表達之存在於「舊慣」中、具有普遍適用性的「規則」(rule)，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，以得出該個案的法律判斷。⁹⁾或在立法上，將從「舊慣」中所發現的一般規範予以條文化，讓現代型的行政或司法機關得將其適用於個案。因此，日本

7) 參見王泰升著，辛知延譯，〈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〉，頁138-139、141-142。

8) 參見山中永之佑等著，堯嘉寧等譯，《新日本近代法論》（台北：五南，2008），頁378-380、386。

9) 較詳細的論述，請參見王泰升著，辛知延譯，〈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〉，頁142-145。日本1898年勅令第161號指定《法例》在台灣自1898年7月16日起，與日本內地同步生效，其第2條規定「依法令規定所承認的習慣與法律有同一效力」，亦即可準據該習慣法，而律令上的「依舊慣」，就是《法例》第2條所稱的「依法令規定」。參見王泰升，〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，40卷1期（2015年3月），頁18。

官方提出的台灣舊慣調查報告，在編排體例上區分為不動產、人事、動產、商事及債權四編，¹⁰⁾ 雖與日本的歐陸式民商法典有別，但兩者大同小異，均是本於德國的概念法學而為體系化的結果。且以作為歐陸法學核心的「權利」觀念，對各種法律關係進行類型化時，有意地配合日本民法上的分類基準。¹¹⁾

另一方面，某些歐陸民法上權利類型，曾透過民事特別立法的方式，被夾帶至台灣。日本統治當局以歐陸民法概念來詮釋或轉譯台灣人固有規範時，雖可以某程度形塑成其所偏好的態樣，但終究有其界線存在，亦即不能任意的扭曲或創造，此時若有轉化為西歐式民事權利之統治上需要，則不能不出以特別立法。例如，清治台灣某些土地有「一田二主」現象，實質上開墾並控制土地、被稱為「小租戶」的地主，須向從官府獲得開墾執照、被稱為「大租戶」之人繳納一定的租穀。在「依舊慣」的規定下，該獲取租穀之利益已依歐陸民事概念而權利化為「大租權」。這使得該地主對土地所享有的利益雖亦被權利化為「業主權」，但其上卻存有民事法上負擔，不同於歐陸民法上所有權之具有絕對性。台灣總督府因而於1904年，以同年律令第6號消滅大租權並補償該等權利人（其效力優先於「依舊慣」之普通法），¹²⁾ 實現歐陸民法上「一物一權」主義。再於1905年，以同年律令第3號發布《臺灣土地登記規則》，規定土地台帳已登錄地之業主權的得喪變更，須經登記始生效（第1條）。¹³⁾ 換言之，原本以歐陸法概念轉譯而成的「業主權」，此後在實質內容上被改造為歐陸民法上所有權。該項土地登記規則亦將原本以歐陸法概念轉譯的「胎權」、「典權」，在實質內容上分別改造為歐陸民法上屬於擔保物權的抵押權、質權。¹⁴⁾

10) 日本政府於1901年10月依勅令第169號設立了「臨時臺灣舊慣調查會」，由曾至德國留學、時任京都帝國大學法學部教授的岡松參太郎博士主導。該舊慣調查會之報告書共有三回。第一期調查針對台灣北部的調查自1901年至1903年，出版第一回報告書；第二期調查是台灣南部的調查，自1903年至1905年，出版第二回報告書；最後中部的調查自1906年至1907年，並在上述所有調查結果基礎上，重新編輯、刊行第三回報告書。《臺灣私法》共計3卷（6冊），另有《臺灣私法附錄參考書》共計3卷（7冊）。參見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（台北：臨時臺灣舊慣調查會，1910），頁2-5、8。

11) 例如，台灣人原有以支付一筆費用、換得使用他人土地的舊慣上「贖」關係，《臺灣私法》對此，就借用目的之不同，區分為「贖佃」、「贖地基」、以及「贖地」，應是有意配合或對應至日本歐陸式民法典上「永小作權」、「地上權」、以及「質貸借」的權利類型。

12) 條文內容，見條約局法規課，《律令總覽（「外地法制誌」第三部の二）》（東京：條約局法規課，1960），頁105-106。

13) 條文內容，見條約局法規課，《律令總覽（「外地法制誌」第三部の二）》，頁163。

14) 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁335-339。亦參見王泰升著，辛知延譯，〈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〉，頁146-147。

不過，如上以特別民事立法進行改造的例子並不多，台灣總督府才會在1914年，擬全面的就已用歐陸法概念轉譯的習慣法上權利，進行可能改造其規範內容的「舊慣立法」，而提出了許多台灣民事法典草案。包括「臺灣民事令」、「臺灣親族相續施行令」、「臺灣不動產登記令」、「臺灣競賣令」、「臺灣非訟事件手續令」、「臺灣人事訴訟手續令」、「臺灣祭祀公業令案」、「臺灣合股令改正案」等在內的律令案，除了承襲前述以歐陸民法用語、概念甚至權利類型所為的轉譯或改造之外，還經常直接「參照」日本、德國、法國、瑞士等歐陸國家立法例，將之訂入條文中。¹⁵⁾ 換言之，殖民地政府欲制定出融合台灣習慣法及歐陸民法、可謂具有台灣獨特性的歐陸式民法，但此正抵觸了帝國政府將台灣統合進日本國族國家的政治目標，故該等法案終未能施行於台灣。

三、以繼受日本的歐陸式民法為主（1923-1945）

1923年是台灣繼受歐陸民法之劃時代的一年，蓋歐陸民法典當中的財產法部分，已不僅僅是法律概念，而是完整的法規範內容，均成為台灣民法的一部分。就在1919年日本帝國的殖民地統治政策確立為「內地延長」之後，台灣的民商法制改革方向，已從制定台灣特有的民法典，改為朝著施行日本的民商法典前進。依1922年勅令第406和407號規定，自1923年1月1日起，日本內地的民法總則、債編、物權編均施行於台灣（但並未施行於朝鮮殖民地），惟僅涉及台灣人的親屬繼承事項以及既存的祭祀公業，不適用日本民法親屬繼承兩編，而是「依習慣」。¹⁶⁾ 不過，台灣人親屬繼承習慣法的規範內容，從日治前期，特別是在內地延長政策當道之後，因為以日本人法官為主的殖民地法院有意將台灣人同化為日本人，而帶入更多日本民法親屬繼承兩編之規定，使得歐陸身分法上親權、監護、親屬會議、個人主義婚姻或收養、代位繼承、限定繼承、拋棄繼承等制度，順勢某程度被引進台灣。¹⁷⁾ 殖民地法院也儘量將日本民法中屬於日本傳統之以戶主為中心的家制，帶入台灣

15) 關於這項舊慣立法的詳細討論，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：作者自刊，元照總經銷，2010），頁176-199。亦參見王泰升著，辛知延譯，〈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〉，頁148-149。

16) 其詳，參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁110-112、115-116、325-326；條約局法規課，《日本統治下五十年の台灣（「外地法制誌」第三部の三）》（東京：條約局法規課，1964），頁80-83。相關的條文，見條約局法規課，《台灣の委任立法制度（「外地法制誌」第三部の一）》（東京：條約局法規課，1959），附錄，頁29-30。

17) 參見曾文亮，〈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），頁137-150、154、158；王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁

人習慣法上關於家的制度，¹⁸⁾ 但日本民法中非繼受自歐陸的家督繼承，亦即原則上由長子一人繼承戶主地位及戶主之全部財產，並未被引進台灣，蓋台灣人習慣法仍採取所有男子繼承家產之制，¹⁹⁾ 惟該台灣人習慣法同樣否定了歐陸民法上之男女均擁有繼承權。

與歐陸民法的繼受相關者，還有解釋歐陸式民法條文的各種學說，此涉及所謂的「學說繼受」。與同時期的朝鮮人不同的是，台灣人在1895年遭日本殖民統治之前，並沒有曾受現代/西方法學教育者，大約從1910年代中期才開始有具備日文能力的台灣青年前往東京學習法律；於1920年代，其人數漸多。²⁰⁾ 由於1920年代起所育成的台灣人法學者係在日本內地，尤其是東京，學習法律，故其所熟悉者，乃是繼受自歐陸學界的戰前日本民法釋義學。本於這些歐陸式民法學的訓練，台灣人習法者展現了具有台灣人主體意識的民法學說，例如從事政治異議活動的林呈祿及鄭松筠，即以爭取全體台灣人最大利益為旨趣，對1920年代日本民法典應否施行於台灣的議題表示意見。但從該等論著非刊載於法學專業期刊，可知其關於民法的主張，並不被幾乎均由日本人組成的台灣法學界所重視。²¹⁾ 雖然人數很少，但日治時期台灣人中仍存在著民法專家。例如，1930年代前往滿洲國任官的林鳳麟，曾在滿洲國長春（時稱「新京」）法政大學兼課，且以其民法學素養，參與草擬滿洲國民法親屬繼承兩編。²²⁾

另一方面，還有少數的台灣人習法者，是在1928年所創設的台北帝大文政學部政學科接受法學教育。但台北帝大法學教育所傳授者，與日本內地其他大學法科幾無差異，並未因位於台灣而承繼日治前期以歐陸民法概念所建構之具有台灣獨特性的舊慣法學。倒是在東京帝大習法後返台擔任辯護士的戴炎輝，曾部分參考作為舊慣法學代表的《臺灣私法》，發表有關台灣人收養、婚姻、祭祀公業、合會等民事方面的論著。然戴炎輝未能進入學院內任教，其對當時法學界的影響力似相當有限。²³⁾ 綜上所述，在1923年日本民法典之效力

371。

18) 參見沈靜萍，《多元鑲嵌的臺灣日治時期家族法：從日治法院判決探討國家法律對臺灣人之家及女性法律地位之改造》（台北：元照，2015），頁172-173。

19) 參見曾文亮，〈全新的「舊慣」：總督府法院對臺灣人家族習慣的改造（1898-1943）〉，頁133-134、147-148、156-157、165；王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁370。

20) 參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁170-172。

21) 參見王泰升，〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉，《政大法學評論》，第130期，頁232-234。

22) 參見司法院司法行政廳，《台灣法界耆宿口述歷史 第一輯》（台北：司法院司法行政廳，2004），頁116。

23) 參見王泰升，〈殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展（1895-1945）〉，頁

延長至台灣殖民地後，台灣的法學大體上僅是戰前日本法學的一個支流，欠缺台灣在地特色。

不過，日本歐陸式財產法在經日治前期20餘年的過渡，以及嗣後的全面施行，於「社會繼受」上已達到相當高的程度。從表面上看，自1923年1月1日起，先前「依舊慣」所發生的民事財產法上權利，皆轉化成日本民法上各種權利，似乎對台灣人的法律生活有重大影響，但其實台灣人在此之前就已承受過類似的衝擊，就像事先已打過預防針一般。按如前所述，歐陸式所有權、抵押權、質權，自1905年起即實質上出現於台灣，並經由相當廣泛且精確的土地調查而確認其權利人，故1923年所變動者僅是改依日本民法上稱呼，以及關於物權得喪變更改採日本民法上登記對抗主義。日本歐陸式民法上的地上權、永小作權、租賃權等，雖是1923年起始導入，但其與之前「依舊慣」所認定的地基權、永佃權、佃權亦有相當大的類似性。²⁴⁾ 復以台灣人於進行不動產交易時，已漸習慣於委請具有歐陸民法專業知識的司法書士，代為撰寫契約及辦理登記，使得歐陸式民事財產法上權利已相當普遍地為台灣人所運用。²⁵⁾ 凡此，不但迥異於同時期歐陸民法在中國之難以推展，且為二次大戰後該中國歐陸式民法在台灣之施行，奠定堅實的基礎（參見後述）。

四、戰後改行民國中國歐陸式民法典及美國式民事特別法 (1945年迄今)

由於自1945年10月25日起，作為民國時代中國民法現代化成果的中華民國民法典，開始施行於台灣，故在此須先說明該中華民國民法典及學說的由來。二次大戰日本戰敗，台灣乃是由國民黨主政的中國國民政府，代表同盟國為軍事接收。雖國際法上台灣的主權尚待國際條約釐定，但中國接收當局已宣布將台灣納入其版圖，並自1945年10月25日起在台灣施行其包括民法典在內的所有法律。²⁶⁾ 然而，日本歐陸式民法的影響力其實並未因而離開台灣，因為新來的中華民國歐陸式民法及其學說，如下所述，具有相當重的日本色彩。

222-230、234-236。

24) 詳細的情形，參見王泰升，《台灣日治時期的法律改革》，頁339-342。

25) 參見王泰升，〈台灣民事財產法文化的變遷－以不動產買賣為例〉，載於同作者，《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2005），頁358。

26) 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁112-113。

在民法典部分，中國於清末欲制定現代型民法時，即是聘請日本學者松岡義正擔任起草工作。1911年完成的「大清民律草案」，計分五編：總則、債權、物權、親屬、繼承，大體仿效德、日兩國民法。中華民國於1912年正式成立後，北洋政府於1925年提出「第二次民律草案」，維持五編，總則與物權原則上與前次草案相近，債編酌採瑞士債務法，親屬繼承兩編則部分納入中國法院的判例，而當時中國關於民事事項的實證法，乃是清朝律例中關於戶婚田土錢債之規定，尚未施行歐陸式民法典。南京國民政府1928年形式上統一中國後，欲即刻完成民法典的制定，故總則編於1929年公布並施行，債編與物權編於1929年公布、1930年生效，親屬編與繼承編則1930年公布、1931年生效。²⁷⁾ 其條文內容與第一次及第二次草案有若干差異，例如不同於日本等國的民商分立，而改採「民商合一」，並納入具中國傳統特色的「典權」，且在親屬繼承部分改以兩性平等為理念，不認為妻為限制行為能力人，還承認女子有遺產繼承權。²⁸⁾ 不過整體而言，中華民國民法在財產法方面，不論法律用語或規範內涵都與日本民法十分類似，蓋均繼受自歐陸民法，但在身分法方面比日本民法接納更多歐陸個人主義民法規範。

關於民法學說，民國時代中國亦深受本身就崇尚歐陸法學的日本法學的影響。中國於晚清派遣學生出國學習法政，雖有遠赴歐美者，但以前往日本者居多數；日本方面也為此特別設立一年期的法政速成科，如法政大學即由日本民法權威梅謙次郎來主導。在中國國內接受法學教育者，亦經常研讀那些充滿著漢字甚或已被翻譯成華文的日本法學著作。於北洋政府時代，為迎合學子準備法官考試之需，出現了許多關於民法學的日本法學論著之翻譯。梅謙次郎所著的《民法要義》，包含總則、物權、債權、繼承、親屬五部，從1910年起，由著名學者孟森等人執筆翻譯，1913年全部出版，一直到1920年代，仍不斷再版。在中國完成歐陸式民法後的1930年代和1940年代，雖已出版眾多論述中華民國民法的書籍，但其對於歐陸、日本的民法學說，經常不加分析批判，甚至忽略條文內容之可能有別，而全盤移植。按在國民黨「以黨治國」的訓政體制底下，中國法學界較可能持獨特見解的是，與統治權密切相關的公法領域，而非民法。在國民政府主政時期，研究法學之人已從過去以留學日本為大宗，逐漸增加了前往美國及歐洲等地留學者，但由於語言的相似性，日本法學論著仍較易親近。²⁹⁾

27) 參見國史館中華民國史法律志編纂委員會編，《中華民國史法律志（初稿）》（台北縣新店：國史館，1994），頁333-334。

28) 詳細的情形，參見國史館中華民國史法律志編纂委員會編，《中華民國史法律志（初稿）》，頁335-340。

29) 其詳，參見王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，《臺大法學論叢》，40卷特刊（2011年

試舉一例，說明民國時代中國的法學界，在詮釋其民法時的高度依賴日本學說。在中華民國民法公布生效後，中國學界仍沿襲日本學界關於「事實上之習慣」及「習慣法」的通說。然而，中華民國民法在總則編的第1條僅言「法律所未規定者，依習慣」，以表示習慣法有補充法律的效力，有別於日本《法例》第2條之「依法令規定所承認」或「關於法令中未規定的事項」，「習慣」即「與法律有同一效力」。但具有留日經驗的中國學者在解釋民事習慣之效力時，卻自動添加法條上所無之「法律另有特別明文，此時則習慣法反有優先成文法之效力」。³⁰⁾ 又中華民國民法並無如同日本民法第92條之規定，但民國中國的法學界還是跟隨日本學者根據該92條所得出之解釋，認為任意規定本得依意思表示避去適用，而當事人的意思表示即得由事實上習慣來補充或解釋，故事實上習慣得排除任意法規；但倘若法律條文中已明定事實上習慣先於任意規定而適用，則當然依從各該條文之規定。³¹⁾

民國時代中國民法與戰前日本民法的相似性，使得1945年雖然發生整個國家法秩序遭更換的法制形式上大變動，但不致於過分干擾台灣社會對於歐陸民法的繼受。1945年來台的國民黨政權並未像1895年來台的日本政權般，在經一段過渡期才以其民法規範台灣人，而是在台灣即刻全面施行其既有民法。中華民國民法雖近似戰前日本民法，但兩者還是存有若干差異，例如就物權得喪變更，前者採登記生效主義、後者採登記對抗主義，而國民黨政權於1947年辦理土地總登記時，有時竟然將在登記對抗主義下可能非真正權利人的登記簿上所有人，登載為中華民國法上所有人。尤其是既有之依日本民法設定的不動產質權，因中華民國民法上沒這項權利而戰後不被承認，直到1951年才以「臨時典權」之名被接納。³²⁾ 前述情形確已造成不少之前受日本統治的「本省人」民事權利受損，不過對多數的本省人而言，正因為兩國民法上權利類型及規範內容的相似，而得以延續其日治時期既有的民事法律運作經驗。另一方面，從1945年起自中國移居台灣的「外省人」，原本在中國大陸時即處於中華民國民法底下，到了台灣，可得到一個這個比中國大陸更便於運作歐陸式民法的大環境，例如台灣有日本統治當局留下之精準的戶籍及地籍。此外，台灣在戰後東西方冷戰中歸屬於以美國為首的西方陣營，也讓包括本省人及外省人的台灣人民，有更多可適用歐陸民法的資本主義經濟活動。

10月)，頁1374-1388。

30) 陳瑾昆，《民法通義總則》（北平：北平朝陽學院，1931），頁12。陳瑾昆為東京帝大法學士，曾任大理院庭長，時任北平大學法學院教授及北京大學與朝陽學院講師。

31) 參見陳瑾昆，《民法通義總則》，頁12；張正學、曹傑，《民法總則註釋》（長沙：商務印書館，1938），頁32；胡長清，《民法總則》（上海：商務印書館，實用法律叢書，1935），頁13。

32) 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁292-294、297。

1950年6月韓戰爆發後，欲圍堵共產主義勢力的美國即與台灣建立緊密的軍事及經濟上同盟關係，這項政治因素使得台灣在沿用上述民國中國歐陸式民法的同時，在民事特別法部分頗多引進屬英美法系的美國法上制度。透過美國對台經濟援助（1951-1965），美國深刻地影響了台灣的經貿法體制。³³⁾ 這些與經貿相關的法規，有些即屬歐陸民法概念下所稱的「民事特別法」。例如，以動產擔保交易法引進歐陸民法所無、源自美國法的「動產抵押」；在民商合一底下作為民事特別法的公司法，於1966年所為修正深受美國「企業所有與企業經營分離」觀念影響；1968年更公布施行作為公司法之特別法、仿效美國法制的證券交易法。美國於1970年代晚期與台灣斷絕正式的外交關係，轉而與中國建交，但仍維持其對台灣政經的強大影響力。1985年由於美國以貿易報復威脅，台灣在著作權法上接受了傳統上為歐陸法系所無，卻為美國法所採取的懲罰性損害賠償觀念。其後，商標法和消費者保護法在民事賠償責任上，也接納懲罰性損害賠償制度。於1990年代，留學美國者人數漸增，美國法對台灣法學界的影響力增強，台灣已透過立法，主動採取例如信託法等英美法上制度。³⁴⁾ 雖然如此，台灣在民法的基本概念及法釋義方法上，仍一直堅守歐陸法系的傳統，此與下述德、日兩國民法學在戰後台灣的主導性地位有關。

五、從第二代法學者開始大量引進戰後歐陸民法學

戰後台灣歐陸法學之興盛，來自前往德國習法者人數眾多。戰後以外省人法學者占大多數的台灣第一代法學者，所呈現出的外國法視野，並未以德國法為限，還涉及有多國法律的引介與比較，³⁵⁾ 且這些法學者的留學國別亦遍及日、德、法、英、美等諸國。³⁶⁾ 不過，作為戰後台灣第一所法學教育機構的臺大法律系，教師們普遍認同德文在法學訓練上的重要性，並認為人數占多數的本省人學生既已熟悉日文，則應另外學會德文，留學法國

33) 參見陳維曾，《法律與經濟奇蹟的締造—戰後台灣經濟發展與經貿法律體系互動之考察》（台北：元照，2000），頁110-118。

34) 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁288-289。

35) 關於台灣各個世代法學者之形成及其學術特色的整體描述，參見王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，頁1396-1411。以屬於第一代法學者、曾參與過中華民國民法制定過程的學者史尚寬為例，在其所著述的各種民法教科書中，不僅只有說明法規範本身所繼受的外國法制，也會另就其他設有相關制度的外國立法例加以介紹，不過其對各種外國立法例的認識，可能是來自日本學者的法學譯著。

36) 參見王泰升，〈台大法學教育與台灣社會（1928-2000）〉，載於同作者《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2004），頁181-202，「表3-2：臺大法律系教師背景一覽表」。

的梅仲協擔任系主任時（1950年代）更確立碩、博士班的研究生必修德文的制度。³⁷⁾ 此有助於已具德文能力的臺大法律系學生在學費較低和獎學金的激勵下，³⁸⁾ 選擇前往德國留學，後來成為第二代法學者的主力。³⁹⁾

眾多留學德國的台灣第二代法學者，學成歸國後，一方面在制度層面，為台灣法界更新了戰後德國的法律，另一方面在教學與研究上，引介了法學方法與法學理論等思想層面的知識，並據以作為研討實務判決內涵的標準。按民法學在歐陸法學中具有最基本、最核心的地位，故其在整個「學說繼受」中亦最為重要。於是，留學德國的第二代法學者，例如王澤鑑教授，開始在台灣提倡「請求權規範基礎」的思考方法，並採取「實例研習」的教學方法，除了在著作中設計虛擬的討論案例，也有針對實務判決內涵進行研討的作品。就「實例研習」的體裁，於今已成為各法律系所廣泛使用的教學方法，甚至做為各類法科考試的主要命題方式。⁴⁰⁾ 這些具有創新意義的法學方法與理論，深深吸引著台灣各法律系的有志學子（不再侷限於在臺大受教者），為進一步探求法學之美而前往其來源所在的德國，使留德的法律人才構成第三代法學者的主力，儘管此時投身法學研究之留學美國者已逐漸增多了。在留德的第二代法學者帶領下，留德的第三代、第四代學者，都相當勤於以華文撰寫民法論著，讓多數未以法學研究為志業、或未曾接觸過德文的法律人，對於其所引用的德國民法或其學說有所認識，並使德國民法學說在台灣法律界備受尊崇。

由於德國民法學對於台灣的影響，已由具體的法制上規範內容，進入由學說理論所構築的思考方法層面，例如上述法律之適用在於探尋「請求權規範基礎」的思維模式。⁴¹⁾ 縱令戰後台灣在民事特別法上頗多仿效美國法之例，這些繼受自屬英美法系之美國的法律，仍須被納入前述籠罩在戰後德國法釋義學的概念及思考方法的法體系內，進行解釋適用。⁴²⁾

37) 參見王泰升，〈台大法學教育與台灣社會（1928-2000）〉，頁149、167、173。

38) 任教於臺大法律系的俞叔平教授曾擔任DAAD獎學金的主考官，也是臺大法律系學生較易獲得留德獎學金的因素之一。參見王泰升，〈台大法學教育與台灣社會（1928-2000）〉，頁210。

39) 以臺大法律系為例，從戰後初期設系到60年代初，教師中有國外留學經驗者，赴美加者與赴日本者各為14人，赴法國與赴德奧者各為3人；60年代中期以後至80年代前期，卻是以留學德國為最多，亦即赴德國11人、日本9人、美國6人、法國4人；80年代後至2000年，仍以留德者最多，有11人，其次為留美（及英國）者9人、日本4人、法國及瑞士2人。王泰升，〈台大法學教育與台灣社會（1928-2000）〉，頁209-210。

40) 參見陳忠五，〈戰後台灣財產法學說變遷〉，載於台灣法學會台灣法學史編輯委員會編，《戰後台灣法學史》（台北：元照，2012），上冊，頁222-223、235-237。

41) 參見王澤鑑，《法律思維與民法實踐》（台北：王慕華，1999），頁60-64。

42) 參見王澤鑑，《法律思維與民法實踐》，頁276。

戰後留學日本的台灣法學者，亦為歐陸民法學說之繼受，增添強大的力道。從戰後到1970年代為止，台灣法學界的法學理論基本上仍跟隨著日本法學界，包括沿襲自戰前日本者。就民法學而言，由於眾多由民國時代中國或日治時期台灣所培育的第一代法學者，均相當仰賴日本的法學論著，故日本自戰前延續至戰後的民法學說，仍引領著戰後台灣的民法理論。⁴³⁾ 大約1960年代中期後出現之以留德為主、前往歐陸學習的第二代法學者，直接繼受德國、法國等歐陸國家的學說，並據以批判原受日本影響的既有民法學說。但另一方面，以本省人占大多數的第二代法學者中，基於對日本的熟悉而前往日本習法者仍相當多，其帶回日本戰後雖已受美國法影響、但猶以歐陸法系為主的民法理論及學說。且第二代法學者中還有不少司法官，因曾在日治時期受教育而具有日語能力，故得以參考日本法學論著，例如孫森焱大法官在民法學研究上即有出色表現。⁴⁴⁾ 至第三代、第四代法學者，留學日本者人數漸少，故日本包括民法學在內的法學理論，在台灣法學界的影響力，從1990年代起即逐漸走下坡。不過，日本社會現狀較德國、美國等西方國家更接近台灣，故日本法制常常是台灣所仿效的範本，且日本還可提供如何在歐陸法系民法概念的基礎上，納入原屬英美法系如信託法等經驗。⁴⁵⁾ 日本民法學說因此在今之台灣民法學界，仍普遍受到重視，也等於是確立歐陸法系民法學在台灣不受動搖的地位。

六、伴隨民主化而呈現台灣民法的獨特性

在長期接觸歐陸式民法及學說底下，台灣社會大體上已習於歐陸式民事法律生活。按中華民國民法典在民國時代中國廣大的農村地區，實難以貫徹執行，⁴⁶⁾ 1945年將其施行於台灣之後，才是該民法典上現代型法律規範能夠真正落實於民生，發生定紛止爭、正常活絡交易之功能的開始。⁴⁷⁾ 其主要原因是，日本政權在台灣（台澎）留下了相當完整之施行個人主義、資本主義民法所需的人籍、地籍資料。⁴⁸⁾ 占絕大多數人口之具有日治經驗的

43) 參見陳自強，《臺灣民法與日本債權法之現代化》（台北：元照，2011），頁343。

44) 參見王泰升，〈四個世代形塑而成的戰後台灣法學〉，頁1398-1399。

45) 台灣於1995年制定的信託法，主要是以日本及韓國的信託法為本，只參酌英美的信託法原則，其原因應是台灣法與日本法同屬歐陸法系，在法律概念上有其親近性，較易仿效。參見陳自強，《臺灣民法與日本債權法之現代化》，頁180。

46) 參見王泰升，《台灣法的斷裂與連續》，頁154。

47) 參見國史館中華民國法律史編纂委員會編，《中華民國史法律志（初稿）》（台北：國史館，1994年），頁381，此部分為蘇永欽撰。

48) 金門馬祖於今同樣施行中華民國民法，但其未經歷日本統治50年，故在民事法律生活上與台澎有若干

台灣人民，早自1923年，於中華民國民法在中國都還未公布生效之時，即已開始體驗與中華民國民法典同樣以繼受德國法為主的日本民商事法典。因此當1990年代台灣因政治民主化，國會改為全由台灣人民定期選出的代議士所組成，亦即台灣社會可自主地配合其需求而決定自身的民法規範時，所參考的法律規範模式及概念，仍是歐陸法系的。

台灣在國民黨一黨執政時期（1945-2000）即將結束時，1999年修正的民法債編，已顯現出歐陸式民法及學說的在地化。按1999年4月21日公布的民法債編修正，計修正123條、增訂67條、刪除9條，增修幅度達到38%，並自2000年5月5日正式施行。觀其修正內容，多以明文承認（有少數係否認）最高法院判例、判決或決議以及學說理論。例如：加強人格權及身份法益的保護、締約上過失的規定、不完全給付的法律效果、定型化契約的效力等，而這些判決判例等所處理的，都是真實發生於台灣社會之民法問題，而不僅僅是外國法學論著內的學理或案例。修正後民法債編又創設新的規定、設置新的有名契約類型，藉以規範商品責任、一般危險責任、混藏寄託、旅遊契約、合會、人事保證等，這些均屬台灣常見的經濟活動態樣。⁴⁹⁾ 這次修正也是為了回應中華民國法制在台灣所制定的「勞動基準法」、「公平交易法」、「消費者保護法」等特別民法的立法衝擊，最明顯的就是消費者保護法對債編契約法與侵權行為法方面的修正。故有實務界出身的民法學者表示：「這是為『我們自己的社會』量身修正的民法，希望能夠適應本土的民情」。⁵⁰⁾ 此一語道出中華民國民法之台灣化，及可能有別於歐陸各國，乃至東亞日本、韓國、中國等國之獨特性。

台灣在2000年後進入政黨輪替時代，終結一黨執政的民進黨與2008年再次掌政的國民黨，接續完成的民法物權編修正，再次經由在地化而顯現台灣歐陸式民法的獨特性。台灣民法物權編的修正，於國民黨長期一黨執政即將結束時，已有草案但未能完成立法。民進黨政府於2003年將之分為擔保物權、通則及所有權、用益物權及占有等三類來進行。最終「擔保物權」部分在2007年3月28日修正公布並於6個月後施行，「通則及所有權」部分則於國民黨再執政時，在2009年1月23日修正公布並同樣於公布後於6個月後施行。⁵¹⁾「用益物權及占有」部分，再於2010年2月3日修正公布並將於公布後於6個月後施行。⁵²⁾

差異，例如較欠缺完整的土地登記、仍有不少典權存在等。這項議題還有待未來詳細研究。

49) 參見詹森林，〈民法債編及民法債編施行法修正內容概述〉，《台灣本土法學雜誌》，2期（1999年6月），頁180-185。

50) 孫森焱，《新版民法債編總論》（台北：自刊，1999），上冊，序，頁2。

51) 參見陳榮隆，〈互動而成之新物權通則及所有權〉，《月旦法學雜誌》，168期（2009年5月），頁6。

52) 參見謝在全，〈物盡其用與永續利用：民法用益物權之修正〉，《台灣法學雜誌》，146期（2010年2

上述物權編的修正，除持續原有之參酌台灣司法實務見解及參照外國立法例之外，⁵³⁾ 還顯現出積極規範台灣社會之法律傳統的態度。日本銀行業習用之稱為「根抵當」的最高限額抵押，在日治下台灣，於1907時即已相當盛行，再經數十年，於戰後雖改行中華民國法制，但其仍是通行於台灣社會的慣例。⁵⁴⁾ 原本在中國制定的民法物權編並未規定最高限額抵押權，但在台灣的最高法院不顧「物權法定」原則而以判例承認之。⁵⁵⁾ 為了更周延地加以規範，前述2007年的修正將最高限額抵押權，明文納入物權編（第881條之1至之17）。又，向來以繼受歐陸法制為旨趣的中華民國民法典，對於屬於華人/漢族法律傳統且在台灣社會仍相當活躍的當舖，所發生之「當」的法律關係抱有敵意，物權編施行法第14條還明文規定當舖不適用有關質權之規定；在國家法上，僅以「當舖業管理規則」（2001年8月27日廢止）及「當舖業法」（2001年6月6日公布施行）加以規範。隨著對台灣在地經濟活動的更加關注，2007年的物權編修正將當舖所發生的「當」關係，以「營業質權」為名納入民法典中（第899條之2）。⁵⁶⁾ 2009年的物權編修正，亦允許依習慣法來創設物權關係，除了可避免僅能依制定法創設物權之僵化，還可讓物權法更貼近社會生活；⁵⁷⁾ 並新增可依習慣創設共同共有關係之規定，同樣使得物權法更貼近台灣的真實社會生活；⁵⁸⁾ 且從法的解釋適用而言，前揭修正所稱的「習慣」應包括原住民族源自傳統的習慣規範。另有在台灣屬於華人/漢族法律傳統的祭祀公業，不再如過去僅由法院以習慣法或事實上習慣的方式承認，而出於更積極地整頓祭祀公業之目的，於2007年12月12日公布「祭祀公業條例」（2008年7月1日施行），以制定法的方式來規範，且允許祭祀公業得登記為「祭祀公業法人」（該條例第21條）。但該條例就祭祀公業派下員之資格及繼承，仍支持傳統上的限於男系子孫（第4條、第5條），引發主張兩性平權者的批判。⁵⁹⁾ 惟無論如何，這等於是日治

月)，頁2。

53) 陳榮隆，〈互動而成之新物權通則及所有權〉，頁9-15、23-28。

54) 參見王泰升，〈近代西方法對台灣華人的影響〉，收於王泰升，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁135-136。

55) 最高法院66年台上字第1097號判例：「所謂最高限額之抵押契約，係指所有人提供抵押物，與債權人訂立在一定金額之限度內，擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言。」

56) 不過，最高法院在1997年某判決中，曾基於當舖質係民間習慣而承認其屬特殊性質之質權。參見陳榮隆，〈擔保物權之新世紀與未來之展望〉，《台灣法學雜誌》，93期（2007年4月），頁36-37。

57) 民法第757條修正為：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」參見謝在全，〈物權法新紀元：物權編通則及所有權之修正〉，《台灣法學雜誌》，122期（2009年2月），頁2；陳榮隆，〈擔保物權之新世紀與未來之展望〉，頁36。

58) 修正後的民法第827條規定：「依法律規定、習慣或法律行為，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，為共同共有人（第1項）。前項依法律行為成立之共同關係，以有法律規定或習慣者為限。（第2項）各共同共有人之權利，及於共同共有物之全部。（第3項）」

59) 其詳，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），頁50-51。惟司法院大法官於2015年3月20日公布釋字第728號解釋，認為祭祀公業條例關於派下權之規

時期1914年「舊慣立法」的復活，台灣透過自己的法律來規制在地的民事傳統，不再受域外政治權威的干涉。

不過，現行台灣民法仍保有其來自民國時代中國的歷史遺緒，例如在晚近這波改革中，並未將典權從民法典中剔除。按「典」關係雖然是華人/漢族的法律傳統，但台灣於日治後期，既存的典關係都已被轉化成日本民法上不動產質權。⁶⁰ 是以在戰後的台灣生活共同體內，除了先前未曾受日本50年統治的金門馬祖外，已極少人使用典權。依據台灣近十年來（以修正時為準）用益物權登記件數統計，次數最少者即是設定典權的223件，亦屬少見的設定永佃權尚有267件。然而2010年的物權編修正，卻保留被稱為「唯一純出於固有法」的典權，而刪除永佃權。⁶¹

台灣民法的另一項獨特性是，其親屬編已因婦運團體的推動而大幅修改。台灣的民法親屬編於1930年在中國制定時，仍相當程度受傳統的男尊女卑觀念影響，⁶² 這些歧視女性的條文，隨著戰後台灣法學界自當代歐陸引進重視兩性平權的學說，而遭到批判。1985年時親屬編即以「貫徹男女平等」為由，修改一面倒向夫的夫妻財產制，增設夫妻可均分婚姻中所得財產等規定；但從1980年代台灣社會已浮現的女性主義觀點，該次修正僅重視形式平等，例如將「妻對於夫」，改為「夫妻之一方對於他方」，無視於台灣女性真實的困境。⁶³ 且其他明顯歧視女性之法律規定，也常以「另有約定者，從其約定」裝扮出當事人可自主決定的外觀，掩飾通常由男性主導是否另為約定的社會現實。⁶⁴ 台灣隨著1987年的解嚴，社

定，並未違反憲法保障性別平等之旨。對釋字第728號解釋的檢討，參見許玉秀主持，林明昕、陳昭如、詹森林、官曉薇與談，〈私法自治vs.性別平等－從釋字第728號論祭祀公業條例之合憲性〉，《台灣法學雜誌》，270期（2015年4月），頁47-84。

60) 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁297。

61) 參見謝在全，〈物盡其用與永續利用：民法用益物權之修正〉，頁18、22。

62) 舉其要者，如妻冠夫姓、妻從夫居、子女從父姓、子女隨父居、離婚子女監護權歸夫、父母對子女親權之行使以父優先、妻之婚後所有財產均歸夫所有、妻之原有財產由夫管理等等。參見尤美女，〈民法親屬編夫妻財產制暨其施行法修正內容概述〉，《台灣本土法學雜誌》，38期（2002年9月），頁181。

63) 例如就民法第1050條第4款所規定的裁判離婚事由，從「妻對於夫之直系尊親屬為虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，至不堪為共同生活者」，修正為「夫妻之一方對於他方之直系尊親屬為虐待，或受他方之直系尊親屬之虐待，至不堪為共同生活者」，表面上以男女平等之名照顧了少數與妻方親屬同居的家庭，卻對更多從夫居的妻子所面臨的困境，並未加以給予救濟。參見陳昭如，〈權利、法律改革與本土婦運－以臺灣離婚權的發展為例〉，《政大法學評論》，62期（1999年12月），頁52-53。

64) 例如「妻要從夫居。但有約定者，從其約定」、「子女監護權歸夫。但有約定者，從其約定」、「夫妻財產原則上各自所有，債務各自負擔，離婚或死亡時，夫妻婚後財產扣除債務後夫妻平分」，但「夫妻財產權由夫管理，即妻之所有財產由夫管理、使用、收益、及處分。但有約定者，從其約定」。然而

會運動蓬勃發展，婦女團體逐漸成為立法的壓力團體，在各個法領域爭取婦女權益。⁶⁵⁾ 1994年9月間，婦女團體首度以提起大法官釋憲的方式，挑戰民法中偏惠男性的條款。⁶⁶⁾ 大法官因而在釋字第365號解釋，認為「民法第一千零八十九條，關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」⁶⁷⁾ 此促使法務部組成民法親屬編男女平等小組，提出三階段修法計畫。⁶⁸⁾ 1996年第一階段親屬編的修正工作，係針對前揭釋字第365號解釋之回應，修正重點是以男女平等原則及保護未成年子女、非婚生子女為主旨，修正內容則以父母行使親權為核心。⁶⁹⁾ 這也是在身分法領域中，首次由台灣婦運所推動完成的立法改革。⁷⁰⁾ 1998年則是對女子待婚期間禁婚、夫妻之冠姓、夫妻之住所等規定做出修正。⁷¹⁾ 2002年6月再對夫妻財產制做了比1985年時更大幅度的修正，使妻之財產不再當然歸夫所有，夫妻財產各自所有、管理、使用、收益、處分，於離婚或死亡時有剩餘財產分配請求權，於婚姻關係存續中有自由處分金。⁷²⁾

台灣民法繼承編晚近的修正，經常來自回應台灣社會輿論，從而展現台灣民法的獨特性。台灣的民法繼承編於1930年在中國制定時，對於傳統上的「父債子還」採取相對肯定的態度，若繼承人未於一定期間內表示拋棄或限定繼承，即應承擔被繼承人之債務。其自1945年施行於台灣後，亦因符合台灣漢人的傳統而被維持。直到進入21世紀後的民進黨執政晚期，許多弱勢家庭或是未成年人繼承巨額債務等案件不斷發生，隨著經濟不景氣及媒體的推波助瀾，繼承法中的「父債子還」規定逐漸成為社會關注的焦點，並在「出生即負債」

在台灣現實社會中，只要夫妻約定不成或無法約定，即回到原則，仍以父權優先。參見尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，《律師雜誌》，313期（2005年10月），頁76。

65) 參見尤美女，〈台灣婦女運動與民法親屬編之修正〉，頁5-8。例如婦女新知基金會在1990年代，曾邀請律師、法官、學者共同組成「民間團體民法親屬編修正委員會」，並於1993年草擬出「新晴版民法親屬編修正草案」。見尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，頁76。

66) 參見尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，頁78。

67) 釋字第365號解釋文，1994年9月23日。見司法院大法官網站：
http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=365（最後瀏覽日：2015/05/16）

68) 參見戴東雄，〈民法親屬編七十年之回顧與前瞻—從男女平等之原則談起〉，收於謝在全等著，《民法七十年之回顧與展望紀念論文集（三）物權親屬編》（台北：元照，2000），頁219。

69) 參見戴東雄，〈民法親屬編七十年之回顧與前瞻—從男女平等之原則談起〉，頁220。

70) 參見尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，頁78。

71) 參見戴東雄，〈民法親屬編七十年之回顧與前瞻—從男女平等之原則談起〉，頁226。

72) 尤美女，〈從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐〉，頁79。

的案例出現後達到高峰。欲爭取選票的立法委員紛紛提案，要求修改繼承編以免除該等債務，甚至成為總統大選的競選政見。因而2008年1月2日修正公布，對於保證債務、以及無行為能力或限制行為能力人，改採法定限定繼承制度。⁷³⁾並於2008年5月7日增訂公布繼承編施行法第1條之2，將上開條文為溯及既往之適用。於2008年國民黨再次執政後，國民黨主控的立法院為保護一般繼承人之利益，要求法務部須即提出改採全面限定繼承的法案，最後於2009年6月10日修正公布民法第1148條第2項為：「繼承人對於被繼承人之債務，以因繼承所得遺產為限，負清償責任。」使得繼承人在概括繼承之後，皆負法定的有限責任，但仍得拋棄繼承。⁷⁴⁾值得注意的是，上揭繼承法的修正，是來自政治界，而非法學界的倡議。

七、結論

台灣自1895年迄今，作為日本殖民地50年、戰後初期成為中國一省、其後65年作為事實上國家，但法制上一直以繼受歐陸法系為主，最終造就了當今的台灣民法。

就台灣之繼受歐陸民法，第一階段是自1895年日本領有台灣，到日治中期的1922年。此時在制定法上規定台灣的民事事項，在許多情形下都須「依舊慣」，但由於整個國家法秩序已採歐陸法系，故在民事法律實務及學說上，均須運用歐陸民法的法律術語及基本概念，詮釋或轉譯台灣人社會中具有哪些具有普遍適用性的規則。況且有時還以民事特別立法改造台灣人習慣法，以引進歐陸式民事制度。以前揭時期為過渡，從1923年起，日本歐陸式民法中的財產法部分已全面施行於台灣，且學說及社會實踐上皆有進展。戰前日本身分法中具有歐陸民法元素者，也經常被納入台灣人習慣法，但近代歐陸親屬繼承法僅僅部分被帶入日治台灣。

從1945年10月25日起，作為民國時代中國民法現代化成果的中華民國民法典，開始施行於台灣。新來的民法典與先前的日本民商法典的相似性，使得台灣繼受歐陸民法的大方向

73) 亦即增訂民法第1148條第2項：「繼承人對於繼承開始後，始發生代負履行責任之保證契約債務，以因繼承所得之遺產為限，負清償責任。」以及第1153條第2項：「繼承人為無行為能力人或限制行為能力人對於被繼承人之債務，以所得遺產為限，負清償責任。」

74) 以上發展過程，參見王泰升，〈法律史：臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009）〉，《臺大法學論叢》，39卷2期（2010年6月），頁193-194。

未受影響。許多來自中國的台灣第一代法學者習於日本民法學說，使日本學說在戰後台灣繼續擁有主導的地位。延續日治時期的民事法律運作基礎設施及一般人民既有的使用經驗，讓歐陸民法在台灣得以不斷地滲透入一般人的日常社會生活。但同時也在民事特別法上，增添了许多美國法的色彩。第二代法學者以降，前往德國為主之留歐學者，將戰後歐陸民法制度及學說帶回台灣，包括在台灣推廣德國式的法律思維模式，以致歐陸民法成為台灣民法運作及學說發展的核心。第二代法學者中留學日本或出身實務者，對於戰後台灣的持續繼受歐陸民法，亦有所貢獻；1990年代後日本法對台灣法學界影響力，雖已稍降但仍相當強大，可在台灣推銷日本將英美法系民事制度納入歐陸法系運作之經驗。

台灣的故事中最值得注意的是，伴隨著1990年代的民主化，台灣在法學界已將歐陸民法學融會貫通的基礎上，透過法院、大法官、社運團體、立法機關等，針對台灣社會的需求，形塑自身的民法體制。當台灣民法展現出相對於其他國家民法的獨特性時，也正是宣告台灣已成為一個自主成熟的歐陸法系國家。

원고 접수일 : 2016년 3월 03일

게재 심사일 : 2016년 3월 14일

게재 확정일 : 2016년 6월 17일

参 考 文 献

- 王泰升,『台灣法律史概論』(제4판, 台北:元照, 2012).
- _____,『台灣日治時期的法律改革』(修訂版, 台北:聯經, 2014).
- _____,『臺灣法律現代化歷程:從“內地延長”到“自主繼受”』(台北:中央研究院臺灣史研究所, 臺大出版中心, 2015).
- _____,『台灣法的世紀變革』(台北:元照, 2004).
- _____,『台灣法的斷裂與連續』(台北:元照, 2002).
- _____,“法律史:臺灣法律發展的‘輪替’, 轉機與在地化(2007-2009)”,『臺大法學論叢』(2010.6.), 제39권 제2기.
- 王澤鑑,『法律思維與民法實踐』(台北:王慕華, 1999).
- 胡長清,『民法總則』, 實用法律叢書, (上海:商務印書館, 1935).
- 陳瑾昆,『民法通義總則』(北平:北平朝陽學院, 1931).
- 張正學, 曹傑,『民法總則 註釋』(長沙:商務印書館, 1938).
- 孫森焱,『新版民法債編總論』(台北:自刊, 1999), 上冊.
- 林鳳麟, 滿洲帝國司法研究會編,『滿洲帝國新法律全集第三卷「債權總則」』(新京東光書苑, 康得5年.2.10.).
- 陳忠五, 灣法學會台灣法學史編輯委員會編,“戰後台灣財產法學說變遷”,『戰後台灣法學史』(台北:元照, 2012), 上冊.
- 陳自強,『臺灣民法與日本債權法之現代化』(台北:元照, 2011).
- 陳維曾,『法律與經濟奇蹟的締造-戰後台灣經濟發展與經貿法律體系互動之考察』(台北:元照, 2000).
- 司法院司法行政廳,『台灣法界耆宿口述歷史第一輯』(台北:司法院司法行政廳, 2004).
- 國史館中華民國史法律志編纂委員會編,『中華民國史法律志(初稿)』(台北縣新店:國史館, 1994).
- 國史館中華民國法律史編纂委員會編,『中華民國史法律志(初稿)』(台北:國史館, 1994).
- 條約局法規課,『日本統治下五十年の台灣(「外地法制誌」第三部の三)』(東京:條約局法規課, 1964).
- _____,『台灣的委任立法制度(「外地法制誌」第三部の一)』(東京:條約局法規課, 1959).
- Tay-sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: The Reception of Western Law*(Seattle, WA: The University of Washington Press, 2000).

王泰升 著, 辛知延 譯, “대만의 일본지배 전기 민사법제의 변혁: 법원제도와 관습법을 중심으로”(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), 『법사학 연구』(2012.10.), 제46호.

王泰升, “殖民現代性法學: 日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展(1895-1945)”, 『政大法學評論』(2012.12.), 제130기.

_____, “四個世代形塑而成的戰後台灣法學”, 『臺大法學論叢』(2011.10.), 제40권 특집호.

_____, “論台灣社會上習慣的國家法化”, 『臺大法學論叢』(2015.3.), 제44권 제1호.

謝在全, “物權法新紀元: 物權編通則及所有權之修正”, 『台灣法學雜誌』(2009.2.), 제122기.

_____, “物盡其用與永續利用: 民法用益物權之修正”, 『台灣法學雜誌』(2010.2.), 제146기.

詹森林, “民法債編及民法債編施行法修正內容概述”, 『台灣本土法學雜誌』(1999.6.), 제2기.

陳榮隆, “互動而成之新物權通則及所有權”, 『月旦法學雜誌』(2009.5.), 제168기.

_____, “擔保物權之新世紀與未來之展望”, 『台灣法學雜誌』(2007.4.), 제93기.

許玉秀, 林明昕, 陳昭如, 詹森林, 官曉薇, “私法自治 vs. 性別平等 - 從釋字728號論祭祀公業條例之合憲性”, 『台灣法學雜誌』(2015.4.), 제270기.

尤美女, “民法親屬編夫妻財產制暨其施行法修正內容概述”, 『台灣本土法學雜誌』(2002.9.), 제38기.

_____, “從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐”, 『律師雜誌』(2005.10.), 제313기.

陳昭如, “權利、法律改革與本土婦運 - 以臺灣離婚權的發展為例”, 『政大法學評論』(1999.12.), 제62기.

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』(2010.3.), 제17권 제1기.

沉靜萍, 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』(2010.3.), 제17권 제1기.

許雪姬, 曾金蘭, “林鳳麟: 滿洲國法務生涯回憶, 林鳳麟先生訪問紀錄”, 『口述歷史』(1994.2.1.), 제5기.

Tay-sheng Wang, “The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward A Liberal and Democratic Country,” Pacific Rim Law & Policy Journal, Vol. 11, No. 3 (June, 2002), pp. 533-537.

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=365 (최종방문일 2016.5.16.)

<http://jirs.judicial.gov.tw/FLAW/FLAWDAT0202.asp?lsid= FL000002> (최종방문일 2016.6.1.)

www.jfe-21st-cf.or.jp/jpn/hokoku_pdf_2011/a02.pdf (최종방문일 2016.6.1.)

<https://zh.wikipedia.org/wiki/林呈祿> (최종방문일 2016.6.1.)

<https://zh.wikipedia.org/wiki/鄭松筠> (최종방문일 2016.6.1.)

<https://zh.wikipedia.org/wiki/戴炎輝> (최종방문일 2016.6.1.)

Abstract

The Reception of Continental European Civil Law in Taiwan and Its Uniqueness

Tay-Sheng WANG*

Taiwan became a colony of Japan in 1895, and thus followed Japan to transplant Continental European civil law. During the former period of Japanese rule, the civil matters of Taiwanese were largely decided in accordance to customs, which were translated by concepts and terminology of Continental European civil law. However, the ownership, pledge and mortgage of Continental European law had been partly introduced to Taiwan. During the latter period of Japanese rule, the property law in the Japanese Civil Code, receiving Continental European law, had taken effect in Taiwan; in contrast, the status law relating to Taiwanese was still applied to customary law shaped by terminology of Continental European civil law.

Taiwan became a province of China during the period of four years after the World War II, and began to implement the civil law of China in the Republican era. As a result, the Taiwanese status law has also modeled on Continental European law. Taiwan has been a de facto state since 1949, the year China began to be ruled by the Communist. Taiwan continues to enforce the civil law which is originated from Republican China, with the root of Continental European law, and adds many elements from American law in the special civil law due to her close ties with the United States in politics and economy. However, the theory and practice of civil law in Taiwan has been dominated by the jurisprudence and laws of Continental Europe, especially Germany. In post-war Taiwan, the majority of the first generation legal scholars came from Republican China, who had been deeply influenced by Continental European law; the minority had been trained by pre-war Japanese law, which received Continental European law as well. Many Taiwanese legal scholars, from the second generation to today, directly borrowed from Germany or learned from Japan for introducing the civil law and its theories in post-war Europe to Taiwan.

After the democratization of Taiwan in the 1990s, the people in Taiwan have reformed their legal system for the needs of Taiwan itself. With the legal knowledge incorporating the ideas of Continental European civil law, a Taiwanese civil law has been shaped by the decisions or interpretations of courts, the struggle of social movements and reaction of legislature in Taiwan. This law is unique among countries in East Asia because it is based on the social needs of Taiwan.

[Key Words] Reception, civil law, Continental European law, Anglo-American law, old customs, ownership, mortgage, pledge, property law, status law, the right on things, democratization

* NTU Chair Professor, National Taiwan University College of Law

〈번역〉

대륙법계민법에 대한 대만의 계수와 그 독자성

王泰升*

번역 : 김성수**

〈요 약〉

대만은 1895년부터 일본의 식민지가 되어 이에 따라 일본의 유럽민법의 계수를 따랐다. 일본지배 전기에 대만인에 대한 민사사항이 대다수의 경우에 관습에 의하였고 이에 따라 주로 대륙법의 민법개념과 용어를 가지고 대만인이 원래 가진 관습이 현대 법제도의 관습법으로 전환되었지만 민사특별법을 통하여 대륙법의 소유권, 질권, 저당권 등이 부분적으로 대만에 도입되기도 하였다. 일본지배 후기가 되어 대륙법계 민법을 계수한 일본민법전의 재산법이 이미 부분적으로 대만에서 시행되었지만 대만인의 신분법의 사항은 여전히 대륙법 개념으로 형성된 관습법이 적용되었다.

대만은 2차 대전 이후 4년 동안 중국의 1개 성(省)으로 유럽민법을 계수한 중화민국시기 중의 중국민법전이 대만에 전면적으로 시행되었다. 이에 따라 신분법 사항도 유럽민법을 개정되어 적용되었다. 대만은 1949년 말 이후에 1개의 사실상의 국가가 되었고 원래의 중화민국 시기에 중국이 제정한 민법전을 계속 시행하였지만 정치경제 분야에서 장기간 미국과 동맹을 체결하여서 민사 특별법은 부분적으로 이미 많은 미국법의 색채가 추가되었다. 하지만 전후에 대만의 제1세대 법학자는 대다수 중화민국이던 중국에서 와서 대륙법계의 전쟁 전의 일본법학에서 영향을 크게 받았고 현지인이던 법학자는 이미 일본 지배를 받아서 전쟁 이전의 일본법학을 배웠다.

* 시애틀 워싱턴대학 법학박사, 현 국립 대만대학 법학원 대만대 강좌 교수(國立臺灣大學法律學院臺大講座教授), 중앙연구원 대만사 및 법률연구소 공동초빙 연구원(中央研究院臺史所暨法律所合聘研究員)

** 경찰대 법학과 교수, 법학박사

무엇보다도 2세대 법학자는 직접 독일 또는 계속하여 일본으로부터 전후의 유럽의 민법제도와 학설을 도입하여 대만민법의 이론과 실무가 모두 독일을 위주로 한 대륙법계의 사고와 운용방법으로 편만하게 하였다.

법학계에 이미 유럽민법학에 정통한 상황에서 1990년대의 대만 민주화 이후부터 법원, 대법관, 사회단체, 입법기관 등은 이미 사회적 필요에 부합할 것을 목표로 하여 상대적으로 다른 나라보다 이미 독특성이 있는 대만민법으로 형성되었다.

[검색어] 계수, 민법, 대륙법계, 영미법계, 구관습, 소유권, 저당권, 질권, 재산법, 신분법, 물권, 민주화

I. 역사적 배경 일반

대륙법계 민법^[역주]은 일찍이 16세기에 스페인 사람이 이를 중남미의 식민지에 도입하였고 그 후 중남미 국가에서는 지금까지도 계속 대륙법계 민법이 시행되고 있다. 1804년 사유재산권의 절대성, 계약의 자유와 과실책임이라는 근대민법의 3대 원칙을 취한 법전이 최초의 근대 대륙법계 민법전으로 탄생되었다. 이 프랑스 민법전은 이탈리아, 네덜란드, 포르투갈, 스페인 등 유럽 각국의 민법에 차례로 계승되었고 이미 일부 수정되기는 하였지만 1900년에야 시행된 독일 민법전까지도 기본적으로는 위에서 말한 민법의 3대 원칙을 계속 유지하고 있다. 위에서 말한 대륙법계 각국의 민법을 ‘대륙법계 민법’(이하 ‘대륙법계 민법’이라고 함)이라고 하고 이와 대립하는 것으로 동일하게 근대 서양 법률 문명에 속하기는 하지만 규범의 형식에서 불문(不文)의 보통법을 위주로 하는 ‘영미법계 민법’이 있다.¹⁾

19세기 서양 세력의 확장에 따라 근대의 대륙법계 민법은 전 세계 각지에 보편적으로 계수되었다. 19세기 후반부터 유럽은 강제적으로 대륙법계 민법을 아시아, 아프리카의 여러 식민지에 시행하였다. 가령 오늘날의 베트남이나 영사재판권의 폐지를 이유로 일본, 태국, 중국 등과 같은 아시아 국가들이 대륙법계 민법을 계수하였다. 심지어 이미 계수된 대륙법계 민법을 일본을 통해 간접적으로 계수한 지역이 일본제국이 통치하였던 전

[역주] 원문은 歐洲民法이고 본 논문에서는 歐陸民法, 歐陸式民法이라는 용어도 혼용하고 있다. 원래는 유럽민법, 유럽대륙(유럽식 민법)의 의미이지만 본 논문은 ‘대륙법계 민법’의 계수를 대주제로 하고 우리 용례에 익숙한 ‘대륙법(계) 민법’으로 하였다.

1) 더 자세한 논의는 王泰升, 『台灣法律史概論』(제4판, 台北: 元照, 2012), 101-102면, 105-106면.

체 식민지로 확대되었고 가령 본 논문에서 연구하고자 하는 대만도 그러하다. 하지만 2차 대전 후 탈식민지의 조류에서 일체의 통치를 받았던 식민지 한국과는 달리 대만에서는 본국법제도를 독자적으로 구축하지는 아니하였고 다시 중국법에 의하여 별개의 외래의 중앙정권에 의한 통치를 받았다(자세한 것은 후술). 다만 대륙법계 민법을 적용하는 과정에서 대만은 이전에 서양 식민지이었거나 일체의 지배를 받았던 국가와는 다른 독자성을 가지고 있다.²⁾

마찬가지로 대륙법계 민법을 계수한 국가는 각자 그 정치, 경제, 사회와 문화적 특징을 가지고 있어 규범의 의미도 상대적으로 독자성을 가지고 있는데 대만도 그러하다. 대만은 1895년 일본 식민지가 되어 대륙법계 민법의 계수를 개시하였지만 대만인의 무장항일 투쟁으로 일본은 ‘특별통치’ 정책을 취하면서 1923년이 되어서야 일본의 대륙법계 민법이 대만에 대폭 시행되었다. 1945년 승전한 연합군을 대표하여 중국정부가 대만을 접수하였고 대만에 즉시 1929-1930년에 제정한 대륙법계 민법을 시행하였다.³⁾ 하지만 1949년 중국이 현행 공산당 정부 통치로 변경될 때에 중국 내전의 패배로 대만은 그 해 12월 9일부터 대만으로 이주한 중앙정부(중화민국정부)가 존재하면서 1개의 사실상(de facto)의 주권국가가 되었다.⁴⁾ 이로 인하여 대만은 현재의 중국(중화인민공화국)의 민법을 시행한 적이 없고 원래 중화민국 시기에 제정되었고 1945년 군사 접수된 때로부터 대만에 시행되고 있는 중국(1911-1949년)의 ‘중화민국 민법’이 유지되고 있다. 하지만 이 중화민국민법의 규율내용에서는 1950년부터 현재에 이르기까지 대만의 정치경제, 사회문화의 발전에 따라 계속 변화되어서 ‘중화민국법의 대만화’(中華民國法台灣化)의 일부분이 되었고⁵⁾ 이에 따라 오늘날은 이를 ‘대만민법’이라고 할 수 있을 것이다. 대만의 대

2) 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』(修訂版, 台北: 聯經, 2014), 6-7면. 이 책의 영문판으로는 Tay-sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1895-1945: The Reception of Western Law*(Seattle, WA: The University of Washington Press, 2000). 다만 내용상 이미 전술한 수정판과 다른 것이 있음.

3) 王泰升, 『台灣法律史概論』, 109-116면.

4) 대만의 실정법(positive law)에서는 국가의 영토에 관하여 대만 외에 중국 대륙도 포함되므로 이에 따라 여전히 1개의 국가로 선언하지는 아니한다. 국제사회에서 대만은 통상 국가의 정치공동체와 같이 보지만 중국의 반대로 현재 유엔 등과 같은 국제조직에서는 대만을 국가로 승인하지는 아니한다. 王泰升, 『台灣法律史概論』, 109-119면 참조; Tay-sheng Wang, “The Legal Development of Taiwan in the 20th Century: Toward A Liberal and Democratic Country,” *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 11, No. 3 (June, 2002), pp. 533-537.

5) ‘중화민국법의 대만화’(中華民國法台灣化)의 개념에서 강조되는 것은 중화민국 법질서가 이미 1950년 후 대만의 정치경제 사회문화의 발전으로 1949년 최종 중화민국시대의 중국법시기로서의 내용과 동일하지 아니한 것을 보여준다는 것이다. 王泰升, 『臺灣法律現代化歷程: 從“內地延長”到“自主繼受”』(台北: 中央研究院臺灣史研究所, 臺大出版中心, 2015), 121-123면.

[역주] 원문은 ‘현대화’로 하고 있으나 우리 용례에 비추어 ‘근대화’로 하되 경우에 따라서는 ‘현대화’로

륙법계 민법은 원래 중국이 제정하기는 하였지만 대부분의 기간(1950년부터 현재)에 그 사실적 규율대상이 중국에 있는 사람이 아닌 대만이었고 이 점에도 어느 정도 특수성이 발생한다는 것을 부정할 수 없다.

II. ‘구관습 민법’의 내용이 아니라 대륙법계 민법의 개념을 주로 계수(1895-1922년)

19세기 말 1895년 대만 사람은 한국 사람과 달리 아직 주권 국가의 지위에 근거하여 법의 근대화^{1)역주}(modernization)를 하기 전에 이미 동아시아에서 선두로 근대화한 일본제국에 의한 국제조약과 군사 정복으로 그 지배로 편입되었다. 하지만 일본지배 초기에 일본인과 상대적으로 ‘대만인’이라 부르던 대만에 있는 중국인은 민간의 무력으로 일본의 정규군에 격렬하게 저항하였고 이는 일본 정부로 대만 사람이 민족문화에서 일본사람과 확실하게 큰 격차가 있다는 것을 인식하게 하였고 이에 따라 서양이 아시아, 아프리카의 식민지에 한 강제적인 법제건설을 모방하여 원칙적으로 대만인으로 중국인/한족의 법전통의 관습에서 기원된 것을 그 민사사건을 처리하는 준거가 되게 하였다.⁶⁾

이에 따라 일본지배 전기에 대만사람에 대한 민사사건은 ‘구관습에’(依舊慣)하게 되었다. 대만 총독부가 1895년 11월 일본령(군사명령)으로 공포한 ‘대만주민 민사소송령’(台灣住民民事訴訟令) 제2조에서는 다음과 같이 규정되었다: 법관은 재임지방의 관례와 법리(일본한자는 ‘조리’라고 함-필자 주)에 준하여 소송을 심리하여 결정한다. 일본민법이 시행된 1898년 7월 16일에는 다시 율령(일본이 지배한 한국의 ‘제령’에 상당한 것임) 제8호의 제1조는 ‘민법, 상법…에 관한 사항’은 ‘민법, 상법…민사소송법’에 의한다고 규정하

하였다.

6) 필자는 한국에서 발표한 다른 논문(한국어로 번역됨)에서 이미 그 사정에 대하여 상술하였다. 王泰升 저, 辛知延 역, “대만의 일본지배 전기 민사법제의 변혁: 법원제도와 관습법을 중심으로(台灣日治前期民事法制的變革: 以法院制度及習慣法爲中心)”, 『법사학연구』(2012.10.), 제46호, 132-134면. 19세기 근대 서양국가와 국적관념이 아시아에 전파된 후에 종족문화상 한족에 속하는 것은 ‘중국인’으로 불려지고 이는 가령 영국 국적의 중국인, 프랑스 국적의 중국인, 네덜란드 국적의 중국인 등과 같이 국적상 서방국가의 국민에 속할 수 있다. 王泰升, 『台灣人的國籍初體驗: 日治台灣與中國跨界人的流動及其法律生活』(台北: 五南, 2015), 48-52면. 이렇므로 이제 국제사회에서 한족에 속하는 자는 국적의 귀속여부를 묻지 아니하고 통칭하여 ‘중국인(華人)’이라고 할 수 있고 중국 국적을 가진 ‘중국인(中國人)’과 구별할 수 있을 것이다. 대만의 경우에 남방어계(南島語系) 민족에 속하는 원주민족이 동시에 존재하므로 이와 상대적으로 ‘한족’이라고 칭하고 통상은 양자를 ‘원래의 한족(原漢)관계로 칭한다.

였지만 같은 조 단서에서는 ‘본 섬 사람(바로 대만인을 말함-필자 주)과 청나라 사람 이외의 자로 (그와) 관계가 없는 자의 민사와 상사에 관한 사항은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 현행의 예에 의한다’고 규정하는데 이는 전술한 일본령이 말한 ‘관례와 법리(조리)’에 의하는 것을 말한다. 같은 날 공포된 율령 제9호 제1조도 다음과 같이 규정한다: 토지의 권리에 관하여는 임시로 민법 제2편 물권의 규정에 의하지 아니하고 구 관습에 의한다. 이러한 것을 종합하여 보면 ① 일본인과 청나라 사람 이외의 민사사건은 일본민법에 의하고 다만 토지의 권리에 관한 것은 구관습에 의한다. ② 대만인이나 청나라 사람에 관한 민사사건에만 구관습에 의한다. 이런 규율방식은 1908년 8월 율령으로 공포된 ‘대만민사령’에 답습되었고 이는 1922년 12월 31일까지 계속 시행되었다. 대만의 인구는 대만인이 절대 다수를 차지하고 있으므로 대만의 민사사건의 대부분은 사실상 ‘구관습’에 의하였다. 이와 별도로 당시 ‘번인(蕃人)이라 부른 소수의 고산족 원주민의 민사사건은 원칙적으로 경찰이 원주민의 관습을 참작하여(‘의거’가 아니라) 자유롭게 결정하여 판단하였다.⁷⁾

대만 식민지에서 사법이나 행정관료가 적용한 ‘구관습’은 사실상 대륙법계 민법의 법률용어와 기본 개념을 해석하거나 중역한 결과물이었다. 일본이 대만에서 식민통치를 할 때에 원래는 일찍이 명치 초기부터 도입된 프랑스를 위주로 한 서양 법학에 의하였는데 그 후 일본의 근대적 법전제정에 의하여 점진적으로 발전되면서 국가의 법률의 의미를 해석으로 사용하는 실용학문으로 발전되었다. 당시 일본 민법학은 독일의 개념 법학을 기초로 하여 체계화한 것이었다.⁸⁾ 위에서 설명한 것같이 대만에서는 법률관계가 일본인과 관련된 경우에만 일본 민상법전을 인용할 수 있어서 일본 민상법전의 해석에 착안하여 법학지식을 발휘할 수 있는 경우는 제한적이었다. 하지만 앞에서 말한 조문의 ‘구관습’의 의미는 여전히 대륙법의 법률용어와 개념을 사용하는 일본제국의 전체 법질서와 ‘호환성’을 가졌다. 다시 말하면 행정과 사법상 법률을 적용할 때에는 논리적 삼단논법에 의하여야 하였고 대륙법의 법개념을 가지고 ‘구관습’에 표현되어 내재하는 보편적으로 적용될 수 있는 ‘원칙’(rule)을 행정(가령 토지조사)이나 사법(가령 민사소송)의 개별 사건에 적용하여 해당 개별 사건의 법적 판단이 도출되었다.⁹⁾ 또한 입법적

7) 왕태승 저, 신지연 역, “대만일본지배 전기 민사법제의 변혁 : 법원제도와 관습법을 중심으로”, 138-139면, 141-142면.

8) 山中永之佑 등 저, 堯嘉寧 등 역, 『新日本近代法論』(台北:五南, 2008), 378-380면, 386면.

9) 더 자세한 논의는 王泰升 저, 辛知延 역, “대만의 일본지배 전기 민사법제의 변혁 : 법원제도와 관습법을 중심으로”, 142-145면; 일본 1898년 칙령 제161조로 정한 ‘법례’는 대만에서 1898년 7월 16일부터 일본 본토와 동시에 시행되었다. 그 제2조는 ‘법령의 규정에 의하여 승인된’ 관습은 ‘법률과 동일한 효력이 있다’고 규정한다. 즉, 해당 관습법에 준거할 수 있고 율령상의 ‘구관습’은 바로 ‘법례’ 제2조

으로 '구관습'에서 발견된 일반규범을 조문화하여 현대형의 행정이나 사법기관이 이를 개별 사건에 적용하게 하였다. 이에 따라 일본 관방 정부당국이 제출한 대만 구관습 조사보고는 편별체제로 부동산, 인사, 동산 및 상사와 채권의 4편으로 구분되어¹⁰⁾ 일본의 대륙법계 민상법전과 차이가 있기는 하지만 양자 대동소이한 것으로 모두 독일의 개념 법학을 기초로 하여 체계화한 결과이다. 또한 대륙법의 법학을 핵심으로 하는 '권리'의 관념으로 각종의 법률관계를 유형화할 때도 일본 민법의 분류기준에 의하여 의도적으로 배치하였다.¹¹⁾

다른 한편 대륙법계 민법의 몇 가지 권리유형은 민사특별입법의 방법을 통하여 이미 대만에 도입되었다. 일본 당국이 대륙법계 민법의 개념을 가지고 대만의 고유한 규범을 해석하거나 중역할 때에 어느 정도 편향된 형태로 형성되기는 하였지만 결국에는 한계선은 있었고 임의로 왜곡하거나 창조할 수는 없었고 이 경우에 서양식의 민사 권리로 전환할 통치상의 필요가 있다면 이를 특별입법으로 하지 않을 수 없었다. 가령 청나라 시기의 대만에서는 '1개 토지 2명의 주인'(一田二主)이라는 사정이 인정되었는데 이는 실질적으로 토지를 개간하여 지배하는 '소임차인'(小租戶)이라고 하는 지주가 관청으로부터 개간 허가를 받아야 했고 '대임차인'(大租戶)이라고 하는 자에게 일정한 차임을 곡식으로 지급하여야 하였다. '구관습'에 의한다는 규정에서 해당 곡식에 의한 차임을 취득할 이익은 이미 대륙법의 민사 개념에 따라 권리화되어 '대임차권'(大租權)이 되었다. 이는 해당 지주가 토지에 대하여 가지는 이익도 '업주권'(業主權)으로 권리가 되게 하였지만 그에는 민사상의 부담이 있어 대륙법계민법에서의 소유권이 갖추어야 할 절대성과 다른 것이었다. 이로 인하여 대만 총독부는 1904년 율령 제6호로 대임차권(大租權)을 소

에서 말하는 '법령의 규정에 의한' 것이다. 王泰升, "論台灣社會上習慣的國家法化", 『臺大法學論叢』(2015.3.), 제40권 제1기, 18면.

- 10) 일본 정부는 1901년 10월 칙령 제169호에 의하여 '임시 대만 구관습조사회'(臨時臺灣舊慣調査會)를 설치하여 이전에 독일에서 유학하고 당시 교토(京都) 제국대학 법학부 교수이던 岡松參太郎 박사가 이를 주관하였다. 이 구관습조사회 보고서는 모두 3회가 있었다. 제1기 조사는 대만 북부의 조사로 1901년부터 1903년까지이고 제1회 보고서로 출간되었다. 제2기 조사는 대만 남부의 조사로 1903년부터 1905년까지이고 제2회 보고서로 출간되었다. 마지막 중부의 조사는 1906년부터 1907년까지이고 이상의 모든 조사결과를 기초로 재편집하여 제3회 보고서를 출간하였다. '대만사법'(臺灣私法)은 모두 3권(6책)이고 이외에 '대만사법 부록참고서'(臺灣私法附錄參考書)가 모두 3권(7책)이 있다. 臨時臺灣舊慣調査會編, 『臨時臺灣舊慣調査會第一部調査第三回報告書臺灣私法』(台北: 臨時臺灣舊慣調査會, 1910), 第一卷上, 2-5면, 8면.
- 11) 가령 대만인은 원래 대량의 비용을 지급하고 타인의 토지와 바꾸어 사용할 수 있는 구관습법상의 '복'(贖)의 관계가 있었고 '대만사법'은 이에 대하여 차용목적의 차이에 의하여 '복전'(贖佃), '복대지'(贖地基)와 '복지'(贖地)로 나누고 일본의 유럽식 민법전상의 '영소작권'(永小作權), '지상권'(地上權)과 '임대차'(賃貸借)의 권리 유형과 의도적으로 배치하거나 대응하여야 하는 것으로 하였다.

멀하게 하고 그러한 해당 권리자에게는 보상(그 효력은 ‘구관습’의 일반법에 우선하였다)을 해주어¹²⁾ 대륙법계 민법의 ‘1물1권’주의를 실현하였다. 다시 1905년 율령 제3호로 공포된 ‘대만토지등기규칙’(臺灣土地登記規則)에서는 토지대장에 이미 등록된 업주권의 취득, 상실과 변경은 등기하여야 효력이 있다고 정하였다(제1조).¹³⁾ 다시 말하면 원래 대륙법 개념으로 증역된 ‘업주권’이 후에 그 실질적 내용에서 대륙법계 민법의 소유권으로 개조된 것이다. 해당 토지등기규칙은 원래 대륙법의 개념으로 증역된 ‘태권’(胎權), ‘전권’(典權)을 실질적 내용에서 대륙법계 민법상 담보물권에 속하는 저당권, 질권으로 개조하기도 하였다.¹⁴⁾

하지만 위와 같이 민사특별입법으로 개조된 예는 많지 아니하였고 1914년이 되어서야 대만 총독부는 이미 대륙법의 개념을 사용하여 증역된 관습법상의 권리에 대해 그 규율 내용을 개조할 수 있는 ‘구관습입법’을 전면적으로 진행하여 많은 대만민사법전 초안을 마련하였다. 이에는 ‘대만민사령’, ‘대만 친족상속 시행령’, ‘대만 부동산등기령’, ‘대만 경매령’, ‘대만 비송사건절절차령’, ‘대만 인사소송절차령’, ‘대만 제사중증령안’(臺灣祭祀公業令案), ‘대만 합자(合股)령 개정안’ 등을 내포한 율령안이 포함되어 있었고 앞에서 말한 대륙법 민법의 용어, 개념과 심지어는 권리 유형을 답습하여 증역하거나 개조하는 외에도 일본, 독일, 프랑스, 스위스 등의 대륙법 국가의 입법례를 빈번하게 직접 ‘참조’하여 이를 조문으로 편입하였다.¹⁵⁾ 다시 말하면 식민지 정부는 대만 관습법과 대륙법 민법을 융합하여 대만의 독자성이 있다고 할 수 있는 대륙법계 민법을 제정하고자 하였지만 이는 제국정부가 대만통합을 일본민족국가로 하려는 정치 목표와 정면으로 충돌하는 것이었고 이에 따라 결국 이들 법안은 대만에서 시행되지 못하였다.

12) 조문내용은 條約局法規課, 『律令總覽(『外地法制誌』第三部の二)』(東京: 條約局法規課, 1960), 105-106면.

13) 조문내용은 條約局法規課, 『律令總覽(『外地法制誌』第三部の二)』, 163면.

14) 王泰升, 『台灣法律史概論』, 335-339면; 王泰升 著, 辛知延 譯, “대만의 일본지배 전기 민사법제의 변혁: 법원제도와 관습법을 중심으로”, 146-147면.

15) 이러한 구관습 입법에 관한 자세한 논의는 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: 作者自刊, 元照總經銷, 2010), 176-199면; 또한 王泰升 著, 辛知延 譯, “대만의 일본지배 전기 민사법제의 변혁: 법원제도와 관습법을 중심으로”, 148-149면.

Ⅲ. 일본의 대륙법계 민법을 위주로 한 계수(1923-1945년)

1923년은 대륙법계 민법에 대한 대만의 계수에 획기적인 연도인데 이는 대륙법계 민법전 중 재산법 부분이 법률개념으로 뿐만 아니라 완전한 법규범의 내용으로도 대만민법의 일부가 되었기 때문이다. 1919년 일본제국의 식민지 통치 정책이 ‘일본 본토의 연장’(內地延長)으로 확립된 후에 이미 대만의 민상법제의 개혁방향은 대만의 독자적 민법전을 제정하는 것에서 일본의 민상법전을 발전시켜 시행하는 것으로 변경되었다. 1922년 칙령 제406호와 제407호에 의하여 1923년 1월 1일부터 일본 본토의 민법총칙, 채권편과 물권편이 모두 대만에서 시행되었고(하지만 조선 식민지에서는 시행되지 않음) 다만 대만인의 친족상속에 관한 사항과 이미 존재하던 제사중중(祭祀公業)^[역주]의 부분만 일본 민법이 아닌 ‘구관습’에 따르는 것으로 하였다.¹⁶⁾ 하지만 대만 사람의 친족상속의 관습법의 규율내용은 일본지배 전기부터 특히 일본본토의 연장정책이 진행된 후에 일본인 법관을 위주로 한 식민지 법원이 의도적으로 대만사람을 일본사람으로 동화시켜 일본민법의 친족상속 2편의 규정을 더 많이 도입하였고 이를 통하여 대륙법계 신분법의 친권, 후견, 친족회, 개인주의적 혼인이나 입양, 대습상속, 한정상속, 상속포기 등의 제도가 대만에 편입되게 되었다.¹⁷⁾

식민지 법원도 가능한 한 일본 민법 중 일본 전통인 호주를 중심으로 한 가족제를 대만사람의 관습법상의 가족제로 도입하였다.¹⁸⁾ 다만 일본민법 중 대륙법에서 계수되지 아니한 가족상속(家督繼承), 즉 원칙적으로 장남 1인이 호주의 지위와 호주의 재산전부를 상속하는 것은 대만에 편입되지 않았다. 이는 대만인의 관습법에서는 여전히 모든 남

[역주] 원문은 ‘제사공업(祭祀公業)으로 제사전답(祭田)이라고 부르기도 한다. 대만의 상당히 특수한 사회단체로서 조상의 제사를 목적으로 설치된 독립된 재산을 말하고 그 기원은 송나라 시대의 ‘제사전답(祭田)에서 연유한 것이다. 명, 청 이후의 대만인은 종종 1필의 토지나 부동산(物業)을 남기고 후손이 공동으로 소유하면서 위원회를 선임하여 매년 공과나 이자수익의 관리하게 하여 묘지의 관리와 제사 등의 경비에 사용하게 하였다. 이러한 점에서 우리 법의 용례를 참조하여 ‘제사중중’으로 하였다.

16) 자세한 내용은 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 110-112면, 115-116면, 325-326면; 條約局法規課, 『日本統治下五十年の台灣(『外地法制誌』第三部の三)』(東京: 條約局法規課, 1964), 80-83면; 관련 조문은 條約局法規課, 『台灣の委任立法制度(『外地法制誌』第三部の一)』(東京: 條約局法規課, 1959) 附錄, 29-30면.

17) 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』(2010.3.), 제17권 제1기, 137-150면, 154면, 158면; 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 371면.

18) 沈靜萍, 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』(2010.3.), 제17권 제1기, 137-150면, 154면, 158면; 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 37면.

자가 가족의 재산을 상속받는 제도를 취하였기 때문이다.¹⁹⁾ 다만 그런 대만인의 관습법에서도 동일하게 대륙법계 민법에서 남녀가 모두 상속권을 가지는 것을 부정하였다.

대륙법계 민법의 계수와 관한 것으로는 유럽민법의 조문을 해석하는 여러 학설도 있는데 이는 이른바 ‘학설계수’와 관련된 것이다. 같은 시기의 한국사람과 다른 점은 대만 사람은 1895년 일제의 식민통치를 받기 전에 이미 근대 서양의 법학교육을 받은 사람이 없었고 대체로 1910년 중반이 되어서야 비로소 일본어 능력이 있는 대만 청년이 동경에 가서 법률을 학습하기 시작하였다는 것이다. 1920년대에는 그 수가 점점 증가하였다.²⁰⁾ 1920년부터 육성된 대만법학자는 일본 본토, 특히 동경에서 법률을 공부하였고 이에 따라 그들에게 익숙한 것은 바로 대륙법학계로부터 계수하였던 전쟁 전의 일본민법의 해석학이었다. 이러한 대륙법계 민법학의 훈련을 기본으로 하면서 대만의 법을 공부한 사람들은 대만인의 주체의식을 가진 민법학설을 전개하였다. 가령 정치적 반일 활동을 한 임정록(林呈祿)과 정송균(鄭松筠)^[역주]은 1920년대에 대만인 전체의 최대한의 이익을 쟁취할 것을 취지로 하여 일본 민법전이 대만에서 시행되어야 하는가라는 논제에 대한 의견을 개진하였다. 다만 이러한 논저는 법학전문 잡지나 간행물에 게재된 것이 아니어서 민법에 관한 주장은 대부분 일본 사람으로 구성되어 있던 대만 법학계에서 중시되지는 못하였다는 것을 알 수 있다.²¹⁾ 적은 수의 인원이지만 일본지배시기에 대만사람 중에도 민법전문가가 존재하였다. 가령 1930년대 전에 만주국에 가서 관직을 가졌던 임봉린(林鳳麟)은 만주국 장춘(당시에는 ‘신경’(新京)이라고 부름)의 법정대학에서 가르치는 일을 겸하여 그 민법학의 소양으로 만주민법의 친족상속의 양편의 초안의 기초에 참여하였다.²²⁾

다른 한편 소수이기는 하지만 법을 공부한 대만사람으로는 1928년 창설된 대북 제국 대학(台北帝大) 문정학부(文政學部) 정치학과에서 법학 교육을 받은 사람도 있었다. 다

19) 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』(2010.3.), 제17권 제1기, 137-150면, 154면, 158면; 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 371면.

20) 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 170-172면.

[역주] 임정록에 대하여는 <https://zh.wikipedia.org/wiki/林呈祿> (최종방문일 2016.6.1.); 정송균에 대하여는 <https://zh.wikipedia.org/wiki/鄭松筠> (최종방문일 2016.6.1.)

21) 王泰升, “殖民現代性法學: 日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展(1895-1945)”, 『政大法學評論』, 제130기, 232-234면.

22) 司法院司法行政廳, 『台灣法界耆宿口述歷史第一輯』(台北: 司法院司法行政廳, 2004), 116면.

[역주] 그의 회고담은 “林鳳麟: 滿洲國法務生涯回憶”으로 하여 『口述歷史』 제5기에 실린 『林鳳麟先生訪問紀錄』에 실려 있다. 그는 또한 하얼빈 지방법원 심판관(哈爾濱地方法院審判官)이면서 특히 다음의 만주민법(채권법)에 관한 책을 쓰기도 하였다: 林鳳麟著, 滿洲帝國司法研究會編, 『滿洲帝國新法律全集第三卷「債權總則」』(新京東光書苑, 康得5年.2.10.).

만 대륙 제국대학의 법학 교육의 강의자는 일본 본토의 다른 대학의 법학과와 거의 차이가 없는 것이었고 대만에 위치하여 일본 통치 전기에 유럽의 민법개념으로 구축된 대만의 독자성을 가진 구관습법학을 계승하지는 못하였다. 오히려 동경제국대학에서 법학을 공부하고 대만에 돌아와 변호사를 하던 대염휘(戴炎輝)^[역주]가 이전에 구관습법학을 대표하는 ‘대만사법’(臺灣私法)을 부분적으로 참조하여 대만인의 입양, 혼인, 제사중중, 계 등의 민사 분야의 논저를 발표하였다. 하지만 그는 학계에 가서 교수로 임명될 수는 없었고 당시의 법학계에 대한 그의 영향력은 상당한 한계가 있었던 것 같다.²³⁾ 이러한 것을 종합해보면 1923년 일본 민법전의 효력이 대만 식민지에 연장된 후에 대만의 법학은 대체로 전쟁 이전의 일본 법학의 한 지류에 불과하였고 대만의 지역적 특징은 없는 것이었다.

그러나 일본의 대륙법계 재산법은 일본통치 전기 20여년을 과도기와 이후의 전면 시행을 거치면서 ‘사회계수’(社會繼受)에서 이미 상당히 높은 정도에 도달하였다. 외형적으로 보면 1923년 1월 1일부터 그 전의 ‘구관습’에서 발생된 민사재산법의 권리는 모두 일본민법의 여러 권리로 전환되어 대만사람의 법생활에 중대한 영향을 끼친 것으로 보인다. 하지만 대만인은 사실 이전에 이미 유사한 충격을 받았고 이는 사전에 이미 예방주사를 한 대 맞은 것과 같은 것이었다. 즉, 앞에서 본 것같이 대륙법계의 소유권, 저당권과 질권은 1905년부터 실질적으로 대만에 출현되기 시작하였고 상당히 광범위하면서도 정확한 토지조사를 거쳐 그 권리자가 확인되었다. 이에 따라 1923년 변경된 것은 일본민법의 명칭으로 수정되고 물권의 취득상실, 변경에 관하여 일본민법의 대항요건주의를 취한 것일 뿐이었다. 일본의 대륙법계 민법의 지상권, 영소작권, 임차권 등은 1923년부터 도입되기는 하였지만 이는 이전의 ‘구관습’이 인정하던 대지권(地基權), 영소작권(永佃權), 전권(佃權)과도 상당히 유사성이 크다.²⁴⁾ 또한 대만인이 부동산을 거래할 때에 이미 대륙법계 민법에 전문 지식이 있는 사법서사에게 대리하여 계약을 작성하고 등기 처리를 위탁신청하는 것이 점차로 습관이 되어 대륙법계의 민사 재산법의 권리가 이미 상당히 보편적으로 대만 사람에게 이용되게 되었다.²⁵⁾ 이러한 것은 같은 시기에 중국에서는 대륙법계 민법이 추진되기 어려웠던 것뿐만 아니라 2차 대전 후에 해당 중국의 대륙법

[역주] 대염휘에 대하여는 <https://zh.wikipedia.org/wiki/戴炎輝> (최종방문일 2016.6.1.)

23) 王泰升, “殖民現代性法學：日本殖民統治下台灣現代法學知識的發展(1895-1945)”, 政大法學評論, 제 130기, 222-230면, 234-236면.

24) 상세한 사정은 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 339-342면.

25) 王泰升, “台灣民事財產法文化的變遷－以不動產買賣為例”, 王泰升, 『台灣法的世紀變革』(台北: 元照, 2005), 358면.

계 민법이 대만에 시행되어 견고한 기초를 마련하였던 것과 완전히 다른 것이다(아래의 설명 참조).

IV. 전후 대만에서의 중국의 대륙법계 민법전과 미국식 민사특별법의 개정(1945년-현재)

중화민국 시기 중국민법 현대화의 성과인 중화민국 민법전이 1945년 10월 25일부터 대만에 시행되기 시작하였다. 이에 따라 이에 앞서 그 중화민국 민법전과 학설의 유래를 설명하여야 할 것이다. 2차 대전에서 일본이 패망하고 국민당이 정권을 잡은 중국 국민당 정부가 동맹국을 대표하여 군사적으로 대만을 접수하였다. 국제법상 대만의 주권은 국제조약의 정함을 기다려야 하는 것이었지만 대만을 접수한 중국 당국은 대만을 그 판도로 선포하였고 1945년 10월 25일부터 대만에 민법전을 포함한 모든 법률을 시행하는 것으로 하였다.²⁶⁾ 하지만 일본의 대륙법계 민법의 영향력이 이로써 실제로 대만에서 사라진 것은 아니고 새로 들어온 중화민국의 대륙법계 민법과 그 학설도 이제 설명하는 것같이 상당히 많은 일본 색채를 띄고 있다.

중국은 청나라 말기에 현대적 민법을 제정하고자 할 때에 민법전 분야에서는 바로 일본학자 松岡義正^[역주]를 초빙하여 기초하게 하였다. 1911년 완성된 ‘대청민률초안’(大清民律草案)은 총칙, 채권, 물권, 친족과 상속의 5편으로 나누면서 대체로 독일과 일본 양국의 민법을 본받았다. 1912년 중화민국이 정식으로 성립된 후에 1925년 북양정부는 ‘제2차 민률초안’을 제출하였고 이는 5편을 유지하면서 총칙과 물권은 원칙적으로 제1차 초안과 유사하고 채권편은 스위스 채무법을 참작하여 취하고 친족상속의 양편은 중국 법원의 판례를 부분적으로 편입하였지만 당시 중국의 민사에 관한 사항의 실정법은 청나라의 율례 중 ‘호주, 혼인, 전답토지, 금전채무’(戶婚田土錢債)에 관한 규정이어서 아직 대륙법계 민법전이 시행되지는 못하였다. 1928년 남경의 국민정부는 형식적으로 중국을 통일한 후 즉시 민법전의 제정을 완료하고자 하였고 이에 따라 총칙편은 1929년 공포와 시행이 되었고 채권편과 물권편은 1929년 공포되어 1930년 시행되었고 친족편과 상속편은 1930년 공포되어 1931년에 시행되었다.²⁷⁾ 그 조문내용은 제1차와 제2차 초안과 약간

26) 王泰升, 『台灣法律史概論』, 112-113면.

[역주] 松岡義正(마츠오카 요시마사[まつおかよしまさ])(1870.10.16.-1939.8.25)에 대하여는 熊達雲, 『清末における中國法律の近代化と日本人法律顧問の寄與について-松岡義正と民事關係法律の編纂事

차이가 있었다. 가령 일본 등의 국가의 민상법 분리와는 달리 ‘민사법 통일’로 수정하였고 중국 전통의 특징인 ‘전권’(典權)이 편입되었고 친족 상속 분야에서는 양성평등을 이념으로 수정하여 처를 제한행위능력자로 인정하지 아니하고 여자에게도 상속재산의 상속권을 인정하였다.²⁸⁾ 하지만 전체적으로 보면 중화민국 민법은 재산법에서는 법률용어나 규율내용을 불문하고 일본민법과 아주 유사한 것이었고 이는 모두 대륙법계 민법을 계수한 것이었다. 다만 신분법에서는 일본민법보다 대륙법의 개인주의 민법의 규율을 더 많이 수용하였다.

민법의 확설에 관하여는 중화민국 시기에 중국도 본래 유럽법학을 숭상하던 일본법학의 영향을 강하게 받았다. 중국은 청나라 말 외국에 학생을 보내 법과 정치를 공부하게 하였고 멀리 구미로 간 사람도 있었지만 일본으로 간 사람이 다수를 차지하였다. 일본에서도 이를 위하여 특별히 1년의 기간으로 한 법정속성과를 설치하였다. 가령 법정대학은 일본민법의 권위자인 梅謙次郎이 이를 주도하였다. 중국 국내에서 법학교육을 받은 사람도 통상적으로 한자로 가득차 있거나 이미 중국어로 번역된 일본 법학책을 읽었다. 북양정부 시기에 학생들의 법관시험에 대한 응시의 필요를 위하여 많은 민법학에 관한 일본 법학의 논저가 번역되어 출현되었다. 총칙, 물권, 채권, 상속과 친족의 5부가 포함된 梅謙次郎이 저술한 ‘민법요의’(民法要義)가 1910년부터 저명한 학자 맹삼(孟森) 등에 의하여 번역되어 1913년 전부 출간되었고 1920년에 이르기까지 끊임없이 계속 재판되었다. 중국에서 대륙법계 민법이 완성한 후인 1930년대와 1940년대에는 이미 중화민국 민법을 설명하는 많은 책들도 나왔지만 이는 유럽, 일본의 민법학설에 대하여 통상 분석하여 비판을 하지 아니하였고 심지어는 조문내용에서 가능한 구별도 생략하고 전체를 이식하였다. 국민당에서 ‘당이 국가를 다스린다’(以黨治國)를 정치목표로 하는 체제에서 중국 법학계가 비교적 독특하게 가질 수 있었던 견해는 통치권과 밀접하게 관련이 있는 공법 영역이었고 민법에서는 그러하지 아니하였다. 국민당 정부가 정치를 주관하던 시기에 법학을 공부하는 사람은 과거 일본으로 유학을 갔던 것이 주류이던 것에서 점차 미국과 유럽 등지로 유학을 가는 자가 증가하였지만 언어의 유사성으로 여전히 일본 법학 책이 더 친근하였다.²⁹⁾

業を中心にして』(アジア歴史研究報告書, 2011): www.jfe-21st-cf.or.jp/jpn/hokoku_pdf_2011/a02.pdf (최종방문일 2016.6.1.)

27) 國史館中華民國史法律志編纂委員會編, 『中華民國史法律志(初稿)』(台北縣新店: 國史館, 1994), 333-334면.

28) 자세한 사정은 國史館中華民國史法律志編纂委員會編, 『中華民國史法律志(初稿)』(台北縣新店: 國史館, 1994), 335-340면.

29) 그 상세한 것은 王泰升, “四個世代形塑而成的戰後台灣法學”, 『臺大法學論叢』(2011.10.), 제40권 특집

예를 하나 들어 설명하면 중화민국 시기 중국 법학계는 그 민법을 해석할 때에 일본 학설의 의존도가 높았다. 중화민국민법이 공포되어 시행된 후에도 중국학계는 여전히 ‘사실상의 관습’과 ‘관습법’에 관한 일본 학계의 통설을 답습하였다. 하지만 중화민국민법은 총칙편 제1조에서 ‘법률이 정하고 있지 않은 것은 관습에 의한다’고만 하여 관습법이 법률을 보충하는 효력이 있다고만 표시하여 일본 ‘법례’ 제2조가 ‘법령의 규정에 의하여 승인’ 또는 ‘법령 중 규정되지 아니한 사항에 관하여’ ‘관습’은 바로 ‘법률과 동일한 효력이 있다’고 한 것과 구별되었다. 하지만 일본에 유학 경험이 있던 중국학자는 민사관습의 효력을 해석할 때에 자동적으로 법조문에는 없는 ‘법률에 달리 특별한 명문이 있으면 이때에는 반대로 관습법이 성문법에 우선하는 효력이 있다’는 것을 추가하였다.³⁰⁾ 또한 중화민국민법은 일본 민법 제92조와 같은 규정이 없지만 중화민국의 법학계는 여전히 일본학자들이 제92조에 근거하여 도출한 해석에 의하여 임의규정은 본래 의사표시에 의하여 그 적용을 피할 수 있는 것이고 당사자의 의사표시로 사실상의 관습을 보충하거나 해석할 수 있다고 인정하였다. 이에 따라 사실상의 관습은 임의법규를 배제할 수 있었다. 다만 법조문에 이미 사실상의 관습이 임의규정을 우선하여 적용된다고 명시하면 당연히 각각의 해당 조문의 규정에 의하였다.³¹⁾

중화민국 시기에 중국 민법이 가졌던 전쟁 전의 일본민법과의 유사성은 1945년 국가 전체의 법질서가 그 법제형태에서 대변동을 겪었지만 대만사회가 대륙법계민법에 대한 계수에 대하여 과도하게 간섭하지는 아니하였다. 1945년 대만에 들어온 국민당 정권은 1895년 대만에 들어온 일본 정권과는 다르게 일정한 과도기를 거치고 나서야 그 민법을 대만인에게 규율하지 아니하고 즉시 전면적으로 대만에 기성민법을 시행하였다. 중화민국 민법은 전쟁 전의 일본민법과 유사하기는 하였지만 양자에 약간의 차이도 존재하였다. 가령 물권의 득실변경에서 전자는 성립요건주의를 취하였고 후자는 대항요건주의를 취하였는데 국민당 정권이 1947년 토지의 보존등기(總登記)를 할 때에 경우에 따라 대항요건주의에서는 진정한 권리자가 아닐 수 있는 등기부상의 소유자를 뜻밖에도 중화민국 법상의 소유자로 등록하였다. 특히 기존에 있던 일본민법에 의하여 설정된 부동산질권은 중화민국민법에는 이러한 권리가 없어 전후 승인되지 못하였고 1951년에 와서야 비

호, 1374-1388면.

30) 陳瑾昆, 『民法通義總則』(北平: 北平朝陽學院, 1931), 12면. 陳瑾昆은 동경제국대학 법학사로 전에 대리원(大理院) 법원장을 역임하였고 당시 북평대학 법학원 교수와 북경대와 조양학원의 강사이었다.

31) 陳瑾昆, 『民法通義總則』(北平: 北平朝陽學院, 1931), 12면; 張正學, 曹傑, 『民法總則 註釋』(長沙: 商務印書館, 1938), 32면; 胡長清, 『民法總則』(實用法律叢書, 上海: 商務印書館, 1935), 13면.

로소 ‘임시전권’(臨時典權)의 명칭으로 수용되었다.³²⁾ 앞에서 말한 경우는 확실히 이미 그전에 일본 지배를 받던 ‘내지인’(本省人)의 민사권리에 적지 않은 손해를 받게 하였지만 다수의 본토인에게는 양국 민법의 권리유형과 규율내용의 유사로 인하여 일본지배시기에 이미 존재하던 민사법률의 운용경험이 연속될 수 있었다. 다른 한편 1945년부터 중국에서 대만으로 이주한 ‘외지인’(外省人)은 본래 중국대륙에 있을 때에 중화민국 민법의 규율을 받았는데 대만으로 와서 중국 대륙에서보다 대륙법계 민법의 운용에 더욱 편리한 좋은 환경을 얻을 수 있었다. 가령 대만에서는 대만을 지배하던 일본당국이 남긴 정밀하면서도 정확한 호적과 지적이 있었다. 이외에 대만은 전후 동서양의 냉전 중에 미국을 주축으로 한 서양의 진영에 속하였고 이로 내지인과 외지인을 포괄하는 대만국민에게 더욱 대륙법계 민법을 적용할 수 있는 자본주의 경제활동을 할 수 있게 되었다.

1950년 6월 한국전쟁이 발발한 후 공산주의 세력을 봉쇄하고자 한 미국은 바로 대만과 긴밀한 군사외 경제상의 동맹관계를 맺었고 이러한 정치적 요소로 대만은 앞에서 말한 중화민국의 대륙법계 민법을 답습함과 동시에 민사특별법에서는 부분적으로 영미법계에 속하는 미국법의 제도를 아주 많이 도입하게 되었다. 대만 경제에 대한 미국의 지원을 통하여(1951-1965년) 미국은 대만의 경제무역법 체계에 심각한 영향을 미쳤다.³³⁾ 이러한 경제무역과 관련된 법령은 어떤 것은 대륙법계민법의 개념에서 말하는 ‘민사특별법’에 속하는 것이었다. 가령 대만에 편입된 동산담보거래법은 대륙법계민법에는 없는 것이고 원래 미국법의 ‘동산저당’(動產抵押)에서 유래한 것이다. 민상법통일의 체계에서 민사특별법이 된 회사법도 1966년 개정으로 미국의 ‘기업소유와 기업경영분리’라는 관념으로부터 심각한 영향을 받았다. 1968년 다시 제정되어 시행된 회사법의 특별법은 미국 법제의 증권거래법을 모방하였다. 미국은 1970년대 말부터 대만과 정식 외교관계를 단절하고 중국과 수교하는 것으로 전환하기는 하였지만 대만의 정치경제에 대한 여전히 막강한 영향력을 유지하고 있다. 1985년 미국의 무역보복의 위협으로 대만은 전통적으로 대륙법계에는 없지만 미국법이 취하는 징벌적 손해배상의 관념을 저작권에 받아들였다. 그 후 상표법과 소비자 보호법도 민사배상책임에 징벌적 손해배상 제도를 수용하였다. 1990년대 미국 유학자의 수가 점차 증가하면서 대만 법학계에 대한 미국법의 영향력도 증가하였고 대만은 입법을 통하여 가령 신탁법 등과 같은 영미법상의 제도를 적극적으로 채택하였다.³⁴⁾ 그렇다고는 하지만 대만의 민법의 기본개념과 법해석방법은 여

32) 王泰升, 『台灣法律史概論』, 292-294면, 297면.

33) 陳維曾, 『法律與經濟奇蹟的締造-戰後台灣經濟發展與經貿法律體系互動之考察』(台北:元照, 2000), 110-118면.

34) 王泰升, 『台灣法律史概論』, 288-289면.

전히 대륙법계의 전통을 계속 견지하고 있고 이는 이후에 말하는 독일, 일본 양국의 민법학이 전후 대만의 주도적 지위와도 관련되어 있는 것이다.

V. 2세대 법학자에 의한 전후 대륙법계 민법학의 대규모 도입

전후 대만에서의 대륙법계 법학의 부흥은 독일에 가 법을 공부하고 온 사람의 수가 많았기 때문이다. 전후 외지인 법학자가 대만의 1세대 법학자의 대다수를 차지하였고 외국법의 시각을 드러내기는 하였지만 독일법으로만 제한하지는 아니하였고 많은 국가의 법률과 관련하여 인용소개와 비교도 있었고³⁵⁾ 이러한 법학자가 유학한 국가도 특히 일본, 독일, 프랑스, 영국, 미국 등 여러 국가에 편재하였다.³⁶⁾ 하지만 전후에 대만에서 최초의 법학교육기관이던 대만대학 법학과의 교육자들은 보편적으로 법학교육에서의 독일어의 중요성을 인정하여 대다수의 본지인 학생이 이미 일본어가 능숙하였음에도 별도로 독일어를 배워야 하였고 프랑스에 유학하였던 매중협(梅仲協)이 과주임을 담임하던 때(1950년대)에는 더 나아가 석사, 박사 대학원생이 독일어를 필수적으로 이수해야 하는 제도를 확립하였다.³⁷⁾ 이는 독일어능력을 갖춘 대만대학 법학과 학생이 비교적 저렴한 학비와 장학금에 자극을 받아³⁸⁾ 독일로 유학을 가는 것을 선택하였고 이들은 그 후 제2세대 법학자의 주력이 된다.³⁹⁾

많은 독일 유학을 한 대만의 제2세대 법학자는 학업을 마치고 귀국 후 한편으로는 제

35) 대만 각 세대 법학자의 형성과 그 학술적 특징의 전체적 서술에 관하여는 王泰升, “四個世代形體而成的戰後台灣法學”, 1396-1411면. 1세대에 속하는 법학자로 이전에 중화민국 민법전의 제정과정에 참여한 학자인 史尙寬을 예로 하면 그가 저술한 각종의 민법교과서 중에서 법규범이 본래 계수된 외국법제를 설명할 뿐만 아니라 이외에 기타 관련있는 제도의 외국입법례를 소개하기도 하지만 이러한 각종의 외국입법례의 인식은 아마도 일본학자의 법학 번역서에서 유래한 것일 수 있다.

36) 王泰升, “台大法學教育與台灣社會(1928-2000)”; 王泰升, 『台灣法的世紀變革』(台北:元照, 2004), 181-202면, 표3-2: 대만대 법학과 교수 배경 일람표 참조.

37) 王泰升, “台大法學教育與台灣社會(1928-2000)”, 149면, 167면, 173면.

38) 대만대 법학과에서 교편을 잡은 유숙평(俞叔平) 교수가 이전에 DAAD 장학금의 심사관을 담당했던 것이 대만대 법학과의 학생이 비교적 쉽게 독일장학금을 취득하는 원인의 하나이기도 하였다. 王泰升, “台大法學教育與台灣社會(1928-2000)”, 210면.

39) 대만대 법학과를 예로 보면 전후 초기에 학과 설치부터 60년대 초까지 교사 중 해외 유학 경험자중 미국, 캐나다와 일본에 간 자는 각각 14명이었고 프랑스, 독일과 오스트리아에 간 사람은 각각 3인이었다. 하지만 60년대 중반부터 80년대 전기에는 독일 유학이 가장 많았다. 즉, 독일 11명, 일본 9명, 미국 6명, 프랑스 4명의 유학이었다. 80년대 후반부터 2000년까지도 여전히 독일이 가장 많은 11명이었고 그 다음으로 미국(및 영국)이 9명, 일본 4명, 프랑스와 스위스 2명이었다. 王泰升, “台大法學教育與台灣社會(1928-2000)”, 209-210면.

도의 측면에서 대만 법학계를 위하여 전후 독일의 법률을 갱신하였고 다른 한편 교육과 연구에서 법학방법과 법학이론 등의 이념적 측면의 지식을 인용·소개하였고 이는 실무판결의 내용의 연구검토의 기준이 되었다. 민법학은 대륙법계 법학에서 가장 기본적이고 가장 핵심이 되는 지위를 차지하는 것이었고 이에 따라 전체 ‘학설계수’ 중에서도 가장 중요한 것이었다. 그리하여 가령 왕택감(王澤鑑) 교수와 같은 독일유학을 한 제2세대 법학자들은 대만에서 ‘청구권규범의 기초’라는 사고방법을 주장하기 시작하였고, ‘사례연구’의 교수법을 취하여 저서에 가상의 논의사례를 설정한 것 외에도 실무판결의 내용에 대하여 논의한 것도 있다. ‘사례연구’의 체계는 오늘날에는 이미 각 법학과에서 광범위하게 사용되는 교수법이 되었고 심지어는 각종 법 과목 시험의 주된 시행방법이 되기도 하였다.⁴⁰⁾ 이러한 참신한 의의가 있는 법학방법과 이론은 대만의 법학과의 뜻이 있는 여러 학생(더 이상 대만대에서 교육을 받는 자로 제한되지 아니함)을 폭넓게 흡수하였고, 더욱 법학의 아름다움을 탐구하는데 나아가 그 기원이 된 독일로 향하게 하였고 이는 독일의 법률가로 다시 제3세대 법학자의 주력을 형성하게 하였다. 이러한 때에도 법학연구에 투신하기 위하여 미국으로 유학하는 사람도 점점증하고 있었다. 독일에 있던 제2세대 법학자의 인솔로 독일로 유학한 제3세대, 제4대 학자는 모두 중국어로 상당히 부지런히 민법의 저술을 집필하고 있고 이는 법학연구에 직업적인 뜻을 두지 않았거나 이전에 독일어에 접촉하지는 않은 다수의 법률가가 그 인용되는 독일민법이나 그 학설을 인식하게 하였고 독일민법의 학설이 대만 법률계에서도 존경을 받게 되었다.

대만에 대한 독일 민법학의 영향으로 이미 구체적인 법제상의 규율내용도 학설의 이론이 구축한 사고방식의 단계로 진입하였다. 가령 앞에서 말한 법률의 적용은 ‘청구권의 규범기초’를 찾는 사고체계에 두고 있었다.⁴¹⁾ 전후 대만이 민사특별법에서 미국법을 모방한 예가 상당히 많지만 이러한 영미법계에 속한 미국법의 법률로부터의 계수는 여전히 앞서 말한 독일의 법해석학의 개념과 사고방법이 충만한 법체계 내에서 편입되어 해석적용 되어야 하는 것으로 하고 있다.⁴²⁾

전후 일본에 유학한 대만 법학자도 대륙법계 민법의 학설을 계수하여 강력한 힘을 추가하였다. 전후부터 1970년대까지 대만 법학계의 법학 이론은 기본적으로 여전히 일본 법학계를 추종하고 있고 이에는 전쟁 전부터의 일본의 답습한 것을 포함한다. 민법학에서 보면 중화민국 시기의 중국이나 일본지배 시기의 대만에서 육성된 수많은 1세대 법

40) 陳忠五, 灣法學會台灣法學史編輯委員會編, “戰後台灣財產法學說變遷”, 『戰後台灣法學史』(台北: 元照, 2012), 上冊, 222-223면, 235-237면.

41) 王澤鑑, 『法律思維與民法實踐』(台北: 王慕華, 1999), 60-64면.

42) 王澤鑑, 『法律思維與民法實踐』, 276면.

학자는 모두 일본의 법학논저를 상당히 의지하였고 이에 따라 일본은 전쟁 전부터 전쟁 후의 민법학설에 연속되고 있고 여전히 전쟁 후 대만의 민법이론을 영도하고 있다.⁴³⁾ 대략 1960년대 중반 이후에 출현한 독일을 주로 한 유럽에 가서 공부한 제2세대 법학자는 직접 독일, 프랑스 등의 유럽국가의 학설을 계수하여 원래 일본에서 영향을 받은 기존의 민법학설을 비판한다. 하지만 다른 한편 본지인이 대다수를 차지하는 2세대 법학자 중에서 일본에 대한 친밀함에 기초하여 일본에 가서 법을 배운 자가 여전히 상당히 많고 일본이 전쟁 후 이미 미국법의 영향을 받기는 하였지만 여전히 대륙법계를 위주로 한 민법이론과 학설을 가지고 귀국한다. 또한 제2세대 법학자 중에 아직도 적지 않은 법관이 이전에 일본통치시기에 교육을 받아 일본어 능력이 있어서 일본의 법학저작을 참고할 수 있어 가령 손삼화(孫森火) 대법관은 민법학 연구에 현저한 활약을 하고 있다.⁴⁴⁾ 제3세대, 제4세대 법학자는 일본에서 유학한 사람의 수가 점점 줄어들었고 이에 따라 민법학을 포함한 일본의 법 이론의 대만 법학계의 영향력은 1990년대부터 점차 하강세를 그리고 있다. 하지만 일본 사회의 현황은 독일, 미국 등의 서양 국가에 비하여 대만에 더 가깝고 이에 따라 일본법계는 항상 대만이 모방하는 모델이 되고 일본은 대륙법계 민법의 개념을 기초로 원래 영미법계에 속하는 가령 신탁법 등을 어떻게 편입할 것인가에 대하여 경험을 제공할 수도 있다.⁴⁵⁾ 이로 인하여 일본민법의 학설은 오늘날의 대만 민법학계에서도 여전히 보편적으로 중요시되고 있고 이는 대륙법계 민법학이 대만에서 요동하지 않는 지위를 확립하는 것과 동일한 것이다.

VI. 민주화에 수반하여 출현된 대만민법의 독자성

오랫동안 대륙법계 민법과 학설을 접한 것에 기초하여 대만사회는 대체로 이미 대륙법계의 민사법률생활에 익숙하다. 중화민국법전이 중화민국 시기에 중국의 광활한 농촌 지역에 그 집행을 관철하기는 실로 어려웠기 때문에⁴⁶⁾ 1945년 대만에 이것이 시행되

43) 陳自強, 『臺灣民法與日本債權法之現代化』(台北: 元照, 2011), 343면.

44) 王泰升, “四個世代形塑而成的戰後台灣法學”, 1398-1399면.

45) 대만이 1995년 제정한 신탁법은 주로 일본과 한국의 신탁법을 기초로 하면서 다만 영미의 신탁법 원칙만은 참작한 것이다. 그 원인은 대만법과 일본법은 모두 대륙법계에 속하여 법률개념상 친근성이 있어 모방하기가 비교적 쉽기 때문이었다. 陳自強, 『臺灣民法與日本債權法之現代化』, 180면; 陳自強, 『臺灣民法與日本債權法之現代化』(台北: 元照, 2011), 343면.

46) 王泰升, 『台灣法的斷裂與連續』, 154면.

고 나서야 참으로 그 민법전의 현대적 법률규범이 민생에 정착되어 분쟁을 막아 정상적인 활발한 유동적 거래의 기능이 개시될 수 있었다.⁴⁷⁾ 그 주된 원인은 일본정권이 대만(대만과 평후열도[台澎])에 상당히 완전하게 개인주의, 자본주의 민법의 시행에 필요한 인적, 지적 자료를 남겼기 때문이다.⁴⁸⁾ 절대다수를 차지하는 인구가 일본지배를 받은 경험이 있는 대만사람으로 이들은 일찍이 1923년 중화민국민법이 중국에서 공포되어 시행되기 전부터 이미 중화민국 민법전과 동일하게 독일법을 주로 계수를 한 일본의 민상사법전의 체험을 개시하였다. 따라서 1990년대가 되어 대만이 정치적 민주화로 인하여 국회가 전부 대만 국민이 정기적으로 선출한 대의원으로 변경되어 구성되었을 때, 즉, 대만 사회가 자율적으로 그 필요에 따라 자신의 민법규범을 정할 수 있게 되었을 때에도 참작된 법률규범의 모델과 개념은 여전히 대륙법계의 것이었다.

대만에서 국민당의 1당 집권기(1945-2000년)가 막 종료된 때인 1999년 개정민법 채권편에는 이미 대륙법계 민법과 학설의 현지화가 두드러지고 있다. 1999년 4월 21일 공포된 민법 채권편의 개정은 123개조 수정, 67개조 신설, 9개조 삭제의 조문수정이 되었는데 수정신설의 정도가 38%에 달하였고 2000년 5월 5일부터 정식으로 시행되고 있다. 그 개정 내용을 보면 다수가 대법원의 판례, 판결이나 결정과 학설의 이론을 명문으로 인정(소수의 것은 부정된 것임)한 것이었다. 가령 인격권과 신분적 법익에 대한 보호의 강화, 계약체결상의 과실에 관한 규정, 불완전급부의 법률효과, 약관에 의한 계약의 효력 등이 그러하다. 또한 이러한 판결, 판례 등에 의하여 처리된 것은 외국법학의 저술에 있는 이론이나 사례에 불과한 것이 아니라 모두 실제로 대만 사회에서 발생한 민법 문제이었다. 개정 후 민법 채권편에는 새로운 규정을 신설되기도 하고 새로운 전형계약유형이 인정되기도 하였다. 이에 의하여 제조물책임, 일반위험책임, 혼장임치, 여행계약, 계, 신원보증 등이 규율되었는데 이는 모두 대만에서 흔히 보는 경제활동형태에 속하는 것이었다.⁴⁹⁾ 이러한 개정은 또한 중화민국 법제가 대만에서 제정한 ‘근로기준법’, ‘공정거래법’, ‘소비자보호법’ 등의 특별민법의 입법적 충격에 대응하기 위한 것이기도 하다. 가장 두드러진 것은 소비자보호법에 의한 것으로 채권편의 계약법과 불법행위법 분야에 대하여

47) 國史館中華民國法律史編纂委員會編, 『中華民國史法律志(初稿)』(台北: 國史館, 1994), 381면. 이 부분은 소영흠(蘇永欽)이 집필하였다.

48) 금문도(金門) 마조도(馬祖)는 오늘날과 동일하게 중화민국 민법을 시행하였지만 이는 일본 통치 50년을 경험하지 않았고 이에 따라 민사법을 생활에 대만 평후열도(台澎)와 약간의 차이가 있다. 가령 완전한 토지등기가 상당히 부존재하여 여전히 적지 않은 전권이 존재하는 등이 그러하다. 이러한 논제는 아직도 장래 자세한 연구를 기다려야 할 것이다.

49) 詹森林, 詹森林, “民法債編及民法債編施行法修正內容概述”, 『台灣本土法學雜誌』(1999.6.), 제2기, 180-185면.

한 개정이다. 이에 따라 실무출신의 민법학자는 ‘이는 “우리 자신의 사회”를 위한 민법의 맞춤형 개정을 한 것으로 현지 일반인의 현황에 잘 적용될 수 있기를 바란다’고 하기도 하였다.⁵⁰⁾ 이 말은 중화민국민법의 대만화(中華民國民法之台灣化)를 도출한 것으로서 이는 다른 유럽 각국 내지 동아시아의 일본, 한국, 중국 등의 국가와는 구별되는 독자성을 가진 것이다.

2000년 이후 정당 교체 시기에 들어가면서 대만은 민진당에 의하여 1당에 의한 정권 집행이 종료되고 2008년 다시 국민당이 정권을 장악하였고 계속하여 민법 물권편의 개정이 완료되면서 현지화를 거쳐 대륙법계 민법에 대한 대만의 독자성이 다시 출현되었다. 대만민법의 물권편의 개정은 국민당의 장기적 1당집권이 막 종료되던 때에 이미 초안이 있었으나 입법으로 완성되지는 못하였다. 2003년 민진당 정부는 이를 담보물권, 통칙과 소유권 및 용익물권과 점유의 3가지로 나누어 진행하였다. 이에 따라 최종적으로 ‘담보물권’ 부분이 2007년 3월 28일 개정공포되어 6개월 후부터 시행되었고 ‘통칙과 소유권’ 부분은 국민당이 재집권한 시기인 2009년 1월 23일 개정공포하여 동일하게 공포 후 6개월 후에 시행되었다.⁵¹⁾ 다시 ‘용익물권과 점유’ 부분은 2010년 2월 3일 개정공포되어 공포 후 6개월 후에 시행되었다.⁵²⁾ 앞에서 말한 물권편의 개정은 원래 있던 대만사법의 실무견해와 외국 입법례를 계속적으로 참조한 외에도⁵³⁾ 대만사회의 법 전통을 적극적으로 규율하는 태도도 보였다. 일본 은행업에서 흔히 통용되는 명칭인 ‘근저당’인 최고한도액 저당(最高限額抵押)이 1907년의 시기 일본이 지배하던 대만에 이미 상당히 성행하였고 다시 수십 년을 거쳐 전쟁 후 중화민국 법제로 개정되기는 하였지만 이는 여전히 대만사회의 관행으로 통용되어 오고 있다.⁵⁴⁾ 원래 중국에서 제정된 민법 물권편은 근저당권을 규정하지 아니하였지만 대만의 최고법원은 ‘물권법정주의를 고려하지 않고 판례로 이를 승인하였다.’⁵⁵⁾ 이를 더욱 주도면밀하게 규율하기 위하여 앞에서 말한 2007년 개정은 근저당권을 명문으로 물권편에 편입(제88조의 1 내지 17)하였다. 또한 계속적으

50) 孫森火, 孫森焱, 『新版民法債編總論』(台北:自刊, 1999), 上冊, 序, 2면.

51) 陳榮隆, “互動而成之新物權通則及所有權”, 『月旦法學雜誌』(2009.5.), 제168기, 6면.

52) 謝在全, “物盡其用與永續利用: 民法用益物權之修正”, 『台灣法學雜誌』(2010.2.), 제146기, 2면.

53) 陳榮隆, “互動而成之新物權通則及所有權”, 9-15면, 23-28면.

54) 王泰升, “近代西方法對台灣華人的影響”, 王泰升, 『台灣法的斷裂與連續』(台北:元照, 2002), 135-136면.

55) 대법원 66년 제1097호(台上字第1097號) 판례는 ‘이른바 최고한도액 저당계약은 소유자가 저당물을 제공하고 채권자와 일정 금액의 한도 내에서 체결하고 모든 사람들이 제공하는 담보물로, 채권자와 일정 금액의 한도 내에서 현재 이미 발생하였고 장래 발생할 수 있는 채권의 저당권을 설정하는 계약을 말한다(所謂最高限額之抵押契約, 係指所有人提供抵押物, 與債權人訂立在一定金額之限度內, 擔保現在已發生及將來可能發生之債權之抵押權設定契約而言)’라고 한다.

로 대륙법제도의 계수를 골자로 한 중화민국 민법전은 중국인/한족의 법 전통에 속하고 대만사회에 여전히 상당히 활발한 전당포(當舖)로 발생된 '전당(當)의 법률관계에 대하여 적대감을 품고 있고 물권편 시행법 제14조에서는 전당에 질권에 관한 규정을 적용하지 아니한다고 명시하기도 하였다. 국법에서는 '전당포 관리규칙'(2001년 8월 27일 폐지)과 '전당포영업법'(當舖業法)(2001년 6월 6일 공포 시행)으로 규율하고 있을 뿐이었다. 대만이 경제활동에 더 많은 관심을 돌리게 되면서 2007년 물권편은 전당포에서 발생된 '전당' 관계를 '영업질권'의 이름으로 민법전(제899조의 2)에 편입하였다.⁵⁶⁾ 2009년의 물권편 개정은 관습법에 의하여도 물권관계의 창설을 인정하여 제정법에 의하여만 창설된 물권의 경직화를 피할 수 있는 외에 물권법이 더욱 사회생활에 접근할 수 있게 하기도 하였다.⁵⁷⁾ 또한 관습에 의하여 공유관계(共同共有關係)를 창설할 수 있다는 규정을 신설하여 동일하게 물권법이 더욱 대만의 실제 사회생활에 근접할 수 있게 하였다.⁵⁸⁾ 또한 법의 해석적용에 의하여 말해보면 앞에서 말한 이른바 '관습'은 원주민의 원래의 전통에서 유래한 관습규범을 포함하여야 하는 것이었다. 이외에 대만에서 중국인/한족의 법 전통에 속하는 제사중중은 더 이상 과거와 같이 법원에 의하여 관습법이나 사실상의 관습의 방법으로만 승인되는 것이 아니고 더욱 적극적으로 제사중중을 정돈할 목적으로 2007년 12월 12일 '제사중중조례'(祭祀公業條例)(2008년 7월 1일 시행)를 공포하여 제정법의 형태로 규율하였고 제사중중이 '제사중중법인'으로登記할 수 있는 것을 인정하였다(해당조례 제21조). 다만 그 조례는 제사중중의 구성원의 자격과 상속을 여전히 전통적인 남계 자손으로 제한하는 것을 유지(제4조, 제5조)하고 있어 양성평등을 주장하는 자의 비판을 받고 있다.⁵⁹⁾ 어떠한 간에 이는 일본 지배 시기인 1914년의 '구관습입법'의

- 56) 하지만 대법원은 1997년의 판결에서 이미 전당포의 질권 관계에 기초한 민간관습에 그 특수한 성질이 있는 질권으로 인정하였다. 陳榮隆, “擔保物權之新世紀與未來之展望”, 『台灣法學雜誌』(2007.4.), 제93기, 36-37면.
- 57) 민법 제757조는 '물권은 법률 또는 관습에 의하는 외에는 창설될 수 없다'(物權除依法律或習慣外, 不得創設)로 개정되었다. 謝在全, “物權法新紀元: 物權編通則及所有權之修正”, 『台灣法學雜誌』(2009.2.), 제122기, 2면 이하; 陳榮隆, “擔保物權之新世紀與未來之展望”, 36면.
- 58) 개정 후의 민법 제827조는 다음과 같다: 법률규정, 관습이나 법률행위에 의하여 공동관계가 된 수인이 공동관계에 기초하여 어느 물건을 공유하는 경우에는 공유로 본다(제1항). 전 항의 법률행위에 의하여 성립된 공유관계는 법률규정이나 관습에 의하여 경우에 한한다(제2항). 각각의 공유자의 권리는 공유물의 전부에 미친다.(제3항).
- 59) 자세한 것은 王泰升, “論台灣社會上習慣的國家法化”, 『臺大法學論叢』(2015.3.), 제44권 제1호, 50-51면. 다만 사법원의 대법관은 2015년 3월 20일 내린 제728호 해석에서 제사중중조례의 구성원권(派下權)의 규정에 관하여 헌법의 양성평등보장의 취지를 위반하지 아니한다는 취지를 인정하였다. 제728호 해석의 검토에 관하여는 許玉秀에 의한 사회로 林明昕, 陳昭如, 詹森林, 官曉薇가 토론한 “私法自治 vs. 性別平等—從釋字728號論祭祀公業條例之合憲性”, 『台灣法學雜誌』(2015.4.), 제270기, 47-84면.

부활과 같은 것이고 대만은 자신의 법률로 현지의 민사전통을 규제하고 있고 더 이상 외부의 정치적 권위의 간섭을 받지 아니하고 있다.

하지만 현행 대만민법은 여전히 중화민국 시대의 중국역사로부터 온 유산을 보유하고 있다. 가령 최근의 이러한 개혁의 광풍 중에서도 전권을 민법전에서 삭제하지는 아니하였다. 덧붙이면 ‘전’(典) 관계는 중국인/한족의 법률전통이기는 하지만 대만에서의 기존의 전 관계는 모두 일본지배 후반에 일본민법의 부동산질권으로 전환되었다.⁶⁰⁾ 이에 의하여 전쟁 후 대만 생활공동체에서는 전은 일본의 50년 지배를 경험하지 않은 금문도(金門馬祖) 외에는 이미 극히 적은 사람만이 전권을 사용하고 있다. 대만의 최근 10년 동안(개정시를 기준으로 함) 용익물권의 등기 건수의 통계에 의하면 빈도가 가장 적은 것이 바로 전권의 설정으로 223건이고 다음으로 적게 보이는 것은 영소작권(永佃權)의 설정으로 267건이 있다. 하지만 2010년 물권편 개정은 ‘순수하게 고유법에서 나온 유일한 것’으로 하는 전권은 유보하였지만 영소작권은 삭제하였다.⁶¹⁾

대만민법의 또 다른 독자성은 친족편이 여성단체(婦運團體)의 추진으로 이미 대폭 수정되었다는 것이다. 대만민법의 친족편은 1930년 중국에서 제정될 때에 상당한 정도로 전통적 남존여비의 관념의 영향을 받았다.⁶²⁾ 이러한 여성차별 조문은 전후 대만 법학계가 양성평등의 권리를 중시하는 당시 유럽의 학설을 받아들이면서 비판을 받았다. 1985년 당시 친족편은 ‘남녀평등의 관철’을 이유로 부(夫)에게만 편중된 부부재산제를 개정하여 부부가 혼인 중 취득한 재산을 균분하는 등의 규정을 신설하였다. 하지만 1980년대부터 이미 대만사회에 떠오른 여성주의의 관점에 의하면 그 개정은 형식적 평등을 중요시한 것일 뿐이었다. 가령 ‘처는 남편에 대하여’를 ‘부부의 일방은 상대방에 대하여’로 수정하였는데 이는 대만여성의 현실적 어려움은 도외시한 것이었다.⁶³⁾ 또한 명백하게

60) 王泰升, 『台灣法律史概論』, 297면.

61) 謝在全, “物盡其用與永續利用：民法用益物權之修正”, 18면, 22면.

62) 그 중요한 것을 들어보면 가령 처는 남편의 성을 가진다(如妻冠夫姓), 처는 남편의 주거에 따르고 자녀는 남편의 성을 따르고 자녀는 아버지의 주거에 따르고 이혼한 자녀는 후견권은 부에 속하고 부모의 자원에 대한 친권의 행사는 부가 우선하고 처의 이혼후의 소유재산은 모두 부의 소유에 속하고 처의 원래의 재산은 부가 관리한다는 등등. 尤美女, “民法親屬編夫妻財產制暨其施行法修正內容概述”, 『台灣本土法學雜誌』(2002.9.), 제38기, 181면.

63) 가령 민법 제1050조 제4호에 규정한 재판상 이혼사유는 ‘처가 남편의 직계존속에 대하여 학대를 하거나 또는 남편의 직계존속의 학대를 받아 공동생활을 감당할 수 없게 이른 경우’에서 ‘부부 중 1인이 상대방의 직계존속을 학대하거나 직계존속으로부터 학대를 받아 공동생활을 감당할 수 없게 이른 경우’로 개정하여 표면적으로 남녀평등의 이름으로 소수의 처쪽 친족과 동거하는 가정을 고려하였지만 더 많은 남편의 가에서 사는 처자가 직면한 곤란에 대하여는 구제하지 아니하였다. 陳昭如, “權利、法律改革與本土婦運—以臺灣離婚權的發展為例”, 『政大法學評論』(1999.12.), 제62기, 52-53면.

여성을 차별하는 기타의 법률규정도 항상 '별도의 약정이 있는 경우에는 그 약정에 의한'다는 것으로 하여 당사자가 자율적으로 정할 수 있다는 외관으로 장식하여 통상적으로 남성이 주도하여 별도로 약정하는 사회현실을 위장하기도 하였다.⁶⁴⁾ 대만은 1987년 계엄이 해제됨에 따라 사회운동이 빈번하게 발생되었고 여성단체가 점차 입법에 대한 압력단체가 되어 여러 법 영역에서 여성권익을 쟁취해나가고 있다.⁶⁵⁾

1994년 9월 여성단체에서는 최초로 대법관의 헌법해석의 방법에 의하여^[역주] 이의를 제기하여 민법 중의 남성에 편향된 조항에 도전하였다.⁶⁶⁾ 이에 따라 대법관은 제365호 해석에서 '민법 제1089조는 부모가 미성년인 자녀의 권리의 행사의 행사에 의사가 불일치할 때에는 부가 행사한다는 규정 부분에 대하여 헌법 제7조의 국민은 남녀를 구분하지 아니하고 일률적으로 법률적으로 평등한 것이고 신설헌법조문^[역주] 제9조 제5항의 성차별 금지의 취지에 부합하지 아니하므로 수정을 검토하여야 하고 본 해석이 공포된 날로부터 늦어도 만2년이 경과하는 때에는 그 효력을 상실한다'고 인정하였다.⁶⁷⁾ 이는 법무부로 민법 친족편의 남녀평등을 위한 소위원회를 구성하여 3단계 법개정 계획의 제출

64) 가령 '처는 남편의 주거에 따른다. 다만 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다'(妻要從夫居。但有約定者，從其約定), '자녀의 후견권은 남편에 속한다. 다만 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다'(子女監護權歸夫。但有約定者，從其約定), '부부재산은 원칙적으로 각자 소유하고 이혼이나 사망한 때 부부이혼 후의 재산은 채무를 공제한 후에 부부 균분한다'(夫妻財產原則上各自所有，債務各自負擔，離婚或死亡時，夫妻婚後財產扣除債務後夫妻平分)。 다만 '부부재산권은 남편이 관리한다. 즉 처가 소유하는 재산은 남편이 관리, 사용, 수익과 처분한다. 다만 약정이 있는 경우에는 그 약정에 따른다'(夫妻財產權由夫管理，即妻之所有財產由夫管理、使用、收益、及處分。但有約定者，從其約定)고 한다. 하지만 대만의 현실사회에서는 부부의 약정이 성립하지 아니하거나 약정할 수 없으면 바로 원칙으로 돌아가 여전히 부권이 우선한다. 尤美女, "從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐", 『律師雜誌』(2005.10.), 제313기, 76면.

65) 尤美女, "台灣婦女運動與民法親屬編之修正", 5-8면. 가령 여성 신지식 기금회(新知基金會)는 1990년대 이미 변호사, 법관, 학자를 초청하여 '민간단체 민법 친족편 개정위원회'를 결성하고, 1993년부터 '신청판(新晴版) 민법 친속편 개정초안'을 입안하였다. 尤美女, "從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐", 76면.

[역주] 중화민국 헌법 제78조와 헌법신설조문(憲法增修條文) 제5조에 의하면 대법원에 해당하는 사법원의 대법관은 헌법해석, 통일적 법률과 명령의 해석의 책임이 있고 이를 통하여 내린 해석이 대법관 해석이고 이에 통상 '釋字第○號 解釋'이라고 인용된다. 특히 대법관 해석 제185조에 의하면 사법원의 대법관이 한 해석은 전국 각급 기관과 개인에 구속력이 있다. 원래의 헌법 제78조의 조문내용은 다음과 같다: 第78條 (司法院之法律解釋權) 司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權; 헌법개정조문 제5조는 사법원에 관한 조항이다(조문내용은 생략).

[역주] 헌법신설조문(憲法增修條文)은 1991년 공포되어 2005년 최종 개정된 것으로 원래의 헌법과 병존하고 있다. 조문내용은 우선 <http://jirs.judicial.gov.tw/FLAW/FLAWDAT0202.asp?lsid=FL000002> (최종방문일 2016.6.1.)

66) 尤美女, "從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐", 78면.

67) 제365호 해석의 해석내용은 1994년 9월 23일 사법원 대법원 홈페이지 참조: http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=365 (최종방문일 2015.5.16.)

을 추진하게 하였다.⁶⁸⁾

1996년 제1단계 친족편 개정작업은 앞서 말한 대법관 제365호 해석에 대하여 대응한 것으로 개정중점은 남녀평등의 원칙과 미성년인 자녀, 혼외자의 보호를 주된 취지로 한 것으로 개정내용은 부모의 친권 행사를 핵심으로 한 것이었다.⁶⁹⁾ 이는 또한 신분법 영역에서 최초로 대만의 여성운동단체에서 추진하여 완성한 입법개혁이기도 하였다.⁷⁰⁾ 1998년에는 여성의 재혼금지기간(待婚期間^[역주])에 의한 혼인금지, 부부의 성씨부여, 부부의 주소 등의 규정에 대한 것이 개정되었다.⁷¹⁾ 2002년 6월에는 다시 부부재산제에 대하여 1985년보다 더 대폭적 개정을 하여 아내의 재산은 이제는 당연히 남편의 소유가 되지 아니하고 부부의 재산은 각자가 소유, 관리, 사용, 수익과 처분하고 이혼 또는 사망한 때에는 남은 재산의 분배청구권을 가지고 혼인관계가 존속 중에는 자유처분금(自由處分金)을 가지는 것이 되었다.⁷²⁾

대만민법의 상속편의 최근 개정은 주로 대만사회의 여론에 대하여 반응한 것으로 따라서 대만민법의 독자성을 보여주고 있다. 대만민법의 상속편은 1930년 중국에서 제정될 때에 전통적으로 ‘아버지의 채무를 자녀가 상환한다’(父債子還)는 것을 상대적으로 긍정하는 태도를 취하였고 상속인은 일정한 기간 내에 포기나 한정상속을 표시하지 않으면 피상속인의 채무를 부담하여야 하였다. 이는 1945년부터 대만에서 시행된 후에도 대만의 중국인의 전통에 부합한 것이어서 그대로 유지되었다. 21세기에 막 들어선 후 민진당 집권 말기 많은 빈곤가정이나 미성년자들이 거액의 채무를 상속하는 등의 사건이 계속하여 발생되었고 경제 불황기와 언론매체의 부화뇌동의 부채질에 의하여 상속법 중 ‘아버지의 재산을 아들이 상환한다’는 규정이 점점 사회에서 주목받는 대상이 되었고 이는 ‘출생으로 바로 부담하는 채무’(出生即負債) 사건이 발생된 후에 최고조에 달하였다.

68) 戴東雄, “民法親屬編七十年之回顧與前瞻-從男女平等之原則談起”; 謝在全 등 저, 『民法七十年之回顧與展望紀念論文集(三)物權·親屬編』(台北:元照, 2000), 219면.

[역주] 이 민법 조문은 그후 이러한 개정작업을 통하여 1996년 9월 25일 다음과 같이 개정되었다: 第1089條 [1] 對於未成年子女之權利義務, 除法律另有規定外, 由父母共同行使或負擔之。父母一方不能行使權利時, 由他方行使之。父母不能共同負擔義務時, 由有能力者負擔之。[2] 父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時, 得請求法院依子女之最佳利益酌定之。[3] 法院為前項裁判前, 應聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構之意見。

69) 戴東雄, “民法親屬編七十年之回顧與前瞻-從男女平等之原則談起”, 220면.

70) 尤美女, “從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐”, 78면.

[역주] 원문은 待婚期間으로 ‘혼인을 대기하는 기간’을 말한다. 우리 민법의 여자의 재혼금지기간(2005년의 삭제 전의 제811조)을 말한다. 남자의 재혼에는 아무런 제한이 없는데 여자의 경우에는 혼인관계가 종료된 날로부터 6개월을 지나야만 결혼할 수 있다는 제한을 두었다.

71) 戴東雄, “民法親屬編七十年之回顧與前瞻-從男女平等之原則談起”, 226면.

72) 尤美女, “從婦女團體的民法親屬編修法運動談女性主義法學的本土實踐”, 79면.

선거에서 표를 쟁취하고자 한 국회의원들은 연달아 법안을 제출하여 상속편을 개정하여 그러한 채무를 면제할 것을 요청하였고 심지어는 대통령 선거의 경선 공약이 되기도 하였다. 이에 따라 2008년 1월 2일 보증채무와 행위무능력자나 제한행위능력자에 대하여 법정 한정상속 제도로 개정되었다.⁷³⁾ 또한 2008년 5월 7일 신설된 상속편 시행법 제1조의 2는 이러한 조문을 이전에 소급적용하는 것으로 하기도 하였다. 2008년 국민당이 재 집권한 후 국민당이 장악한 입법원(국회)은 일반 상속인의 이익을 보호하기 위하여 법무부에 한정상속으로 전면 개정하는 법안을 제출할 것을 요구하였고 2009년 6월 10일 최종 개정 공포된 민법 제1148조 제2항은 ‘상속인은 피상속인의 채무에 대하여 상속으로 취득한 상속재산을 한도로 하여 변제할 책임이 있다’(繼承人對於被繼承人之債務, 以因繼承所得遺產爲限, 負清償責任)고 정하여 상속인은 모두 일반상속을 한 후에 법정유한 책임을 부담하고 다만 여전히 상속을 포기할 수는 있는 것으로 되었다.⁷⁴⁾ 주의하여야 할 것은 앞에서 말한 상속법의 개정은 정치계에서 온 것이고 법학계가 주창한 것이 아니라는 것이다.

VII. 결 론

대만은 1895년부터 현재까지 일본 식민지로서 50년, 전쟁 후 초기에 중국의 1개 성(省)이었고 그 후 65년을 사실상의 국가이지만 법제상으로는 계속 대륙법계의 계수를 주로 하면서 최종적으로는 현재의 대만민법을 만들어내었다.

대만의 대륙법계 민법의 계수에서 제1단계는 1895년부터 일본이 대만을 점령하여 보유하던 때로부터 일본 지배 중기인 1922년까지이다. 이때에는 제정법에 의하여 대만의 민사사항을 규정하여 많은 경우에 모두 ‘구관습법’을 의하여야 하는 것으로 하였지만 국가법질서 전체가 이미 대륙법계를 취하였고 이에 따라 민사 법률실무와 학설은 모두 대

73) 신설된 민법 제1148조 제2항 : ‘상속인은 상속개시 후에 비로소 발생된 대위하여 이행할 책임의 보증계약의무에 대하여 상속으로 취득한 상속재산을 한도로 하여 변제책임이 있다’(繼承人對於繼承開始後, 始發生代負履行責任之保證契約債務, 以因繼承所得之遺產爲限, 負清償責任)와 제1153조 제2항 : ‘상속인은 행위무능력자나 행위제한능력자를 위하여 피상속인의 채무에 대하여 상속재산의 한도에서 변제책임이 있다’(繼承人爲無行爲能力人或限制行爲能力人對於被繼承人之債務, 以所得遺產爲限, 負清償責任).

74) 이상의 발전과정은 王泰升, “法律史：臺灣法律發展的‘輪替’，轉機與在地化(2007-2009)”, 『臺大法學論叢』(2010.6.), 제39권 제2기, 193-194면.

륙법계 민법의 법률용어와 기본개념에 의하여 대만사회에서 보편적으로 적용할 수 있는 그런 규정을 해석하거나 중역하였다. 또한 경우에 따라서는 민사 특별입법으로 대만의 관습법을 수정하여 대륙법계 민사제도를 수용하기도 하였다. 위에서 말한 시기가 지나고 1923년부터는 일본의 대륙법계 민법 중 재산법의 일부가 대만에 전면 시행되었고 학설과 사회의 현실도 모두 발전을 거듭하였다. 전쟁 전의 일본 신분법 중 대륙법계 민법의 요소를 가진 것은 자주 대만인의 관습법으로 편입되었지만 근대 대륙법계 친족상속법은 일본지배를 받던 대만에 부분적으로만 유입되었다.

1945년 10월 25일부터 중화민국 시기에 중국민법의 현대화의 성과로서 나온 중화민국 민법전이 대만에서 시행되었다. 새로 도입된 민법전과 그 이전의 일본 민상법전의 유사성으로 대륙법계 민법은 큰 방향에서 대만에 영향을 주지는 못하였다. 중국에서 온 많은 대만의 1세대 법학자들은 일본민법의 학설을 공부하여 일본의 학설이 전후 대만에서 계속 주도적 지위를 차지하였다. 일본지배시기의 민사법 운용의 기본체계의 계속과 일반인의 기존의 사용경험은 대륙법계 민법이 대만에서 일반인의 일상 사회생활로 끊임없이 스며들게 하였다. 다만 이와 동시에 민사 특별법에서는 많은 미국법의 색채가 가미되었다. 2세대 법학자 이후 독일에 가는 것을 주로 한 유럽 유학자들은 전쟁 후에 대륙법계 민법의 제도와 학설을 가지고 대만에 돌아왔다. 이에는 대만에 독일식의 법적 사고방식을 추진하여 대륙법계 민법이 대만민법의 운용과 학설 발전의 핵심이 된 것도 포함된다. 2세대 학자 중 일본에 유학하였거나 실무출신인 자도 전후 대만의 대륙법계 민법의 지속적 계수에 대하여 기여하였다. 1990년 이후 일본법이 대만 법학계에 대하여 미치는 영향력은 이미 약간 감소하기는 하였지만 상당히 강력하여 대만에 일본에서 확장하여 영미법계의 민사제도를 대륙법계로 편입하여 운용하는 경험을 촉진하게 할 수 있었다.

대만 이야기에서 가장 주목할 가치가 있는 것은 대만은 1990년대의 민주화와 함께 법학계에서 이미 대륙법계 민법학에 정통한 것을 기초로 하여 법원, 대법관, 사회단체, 입법기관 등을 통하여 대만의 사회적 수요에 대하여 자신만의 민법체계를 형성하였다는 점이다. 대만민법이 다른 나라의 민법에 비하여 독자성을 보여주는 바로 그때에 대만은 이미 하나의 자주적으로 성숙된 대륙법계 국가가 되었다는 것을 선포하는 것이기도 하다.