

(별쇄본) 법사학연구 제46호

日帝統治 前期 臺灣에서의 民事法制的 變革

—法院制度 및 慣習法을 중심으로—

王泰升

韓國法史學會

2012.10

日帝統治 前期 臺灣에서의 民事法制的 變革

— 法院制度 및 慣習法을 중심으로 —

王泰升*

목 차

- I. 일본의 식민지가 됨으로써 근대적 의미의 법제와 만나다
- II. 대만 전통 '민사'법제의 내용
- III. 일제통치 전기 근대적 의미의 민사사법제도의 확립
- IV. 權利化된 구관과 법원이 창출한 관습법
- V. 관습법에 대한 입법적 수정. 그러나 법전화되지 못함
- VI. 결론

[국문 요약]

1895년 대만은 일본의 식민지가 됨으로써 근대적 의미의 법제와 만나게 되었다. 근대법제 아래에서 민사법률관계는 반드시 국가가 규정한 유일한 기준에 의거하여 인정된다. 그러나 일본 통치당국은 대만인(대만에 있는 漢人과 漢化된 平埔族人)의 '舊慣'을 대만인의 민사사항 및 일체의 대만토지관계를 처리하는 유일한 기준으로 삼았고, 설사 광범위한 지역에서 지방행정기관이 舊時代와 같은 調解를 행하는 것이 허용되었다 해도 대만총독부법원은 이 기준에 의거하여 재판을 행하였다. 高山族 원주민의 민사분쟁의 대다수는 경찰의 臨機處分에 의해 혹은 관습을 참작하여 처리되었다. 그러나 이것이 일본당국이 구시대의 법제를 연속하였다는 것을 결코 의미하지는 않는다. 司法상 또는 行政상 근대법 위에서 구관을 운용하는 때에는 반드시 대만인사회 속에 이미 존재하는 관습법상의 규칙을 발견하였고 이를 당시의 舊慣調査事業은 서구법적 개념과 일본민법상의 분류에 의해 해석하였다. 그리고 몇몇 민사특별법을 통해 구관상 권리의 내용이 다시 서구적 민법에 접근하게 됨으로써 일본적 색채가 강화되었다. 대

* 미국 시애틀 워싱턴대학 법학박사(Ph.D), 국립대학 법률학원 特聘教授, 중앙연구원대만사연구소·법률학연구소 合聘研究員

만총독부는 같은 목적에 입각하여 舊慣立法을 하여 개조를 거친 구관과 서구의 입법례를 참작하여 臺灣民商事法草案을 작성하였다. 그러나 帝國 중앙이 대만인의 일본화에 저해가 된다고 하여 구관입법을 거부하였다. 마침내 1923년 이후 민법 친족상속 양편을 제외하고 일본의 민상사법을 일체가 대만에 시행되었다.

[주제어] 近代法, 舊慣, 習慣法, 民法, 權利, 臺灣, 臺灣總督府

I. 일본의 식민지가 됨으로써 근대적 의미의 법제와 만나다

조선을 놓고 벌인 전쟁에서 패한 大清帝國은, 1895년 시모노세키 조약에 따라 아직 대만을 다스릴 준비가 되어 충분히 되어있지 않았던 일본제국에게 대만에 대한 주권을 할양하였다. 당시 유럽의 국제법에 근거하여 일본제국은 양국의 상호조약 비준서에 따라 그 해(1895년) 5월 8일부터 ‘臺灣 全島 및 그 部屬島嶼의 토지 주권’을 가지게 됨으로써 대만 역사상의 ‘日治時期’(1895~1945)가 시작되었다. 그 당시 대만(澎湖列島 포함, 이하 같음)에 거주하던 사람들은 漢人 移民者에 속하여, 한족의 의식을 가지고 있었지만 아직 서양의 ‘민족주의(國族主義, nationalism)’를 몰랐기 때문에 그 후에 중국대륙에서 일어난 중국민족의식이 없었을 뿐만 아니라 심지어 스스로를 ‘臺灣人’이라고 칭하는 일도 적었다(1887년이 되어서야 대만은 실질적인 청나라의 省 중 하나가 되었다). 1895년 5월 25일 청나라의 대만에 있던 지방관리는 대만 지역에 표면적으로 근대 주권국가의 의미를 가지는 것처럼 보이는 ‘臺灣民主國’을 세웠으나 오래지 않아 패망했다.)¹⁾ 따라서 대만인민은 스스로 주권국가의 지위에서 법률의 근대화[現代化]를 진행하기 전에 이미 동아시아에서 가장 먼저 근대화를 이룬 日帝

1) 대만민주국의 건국지는 ‘공화국’ 등의 근대적 개념을 사용하여 정치행위를 포장하였으나 그 진정한 의미를 이해하지는 못했고 독립적인 건국의 의지와 행동력 또한 없었으므로 같은 해(1895년) 10월 19일까지 이어지다가 바로 사라져 버렸다. 王泰升·薛化元·黃世杰 共著, 『追尋臺灣法律的足跡: 事件百選與法律史研究』(臺北: 五南, 2006), 62~63면 참조.

에 국제조약 및 군사적 정복을 통하여 통치권에 편입되었다. 그러므로 일찍부터 동아시아 天朝體制下에서 독자적인 왕국이었었고 또 서양 국제법상 주권국가로 인정되고 근대적 의미의 민족주의를 지녔던 한국인과는 실제로 그 역사적 상황이 다르다.²⁾

대만은 일본제국 최초의 식민지가 되었다. 일본통치 초기 대만인들은 줄곧 무장 항쟁을 하였다. 明治政府는 대만이 얼마 전 日本内地의 일개 縣으로 복속된 류구(琉球, 오키나와)하고는 다르다는 것을 깨닫게 되었다. 여전히 존재하고 있는 종족문화가 일본인과는 큰 격차가 있기 때문에 일본내지와는 다르게 특별한 방식으로 대만을 통치해야겠다고 인식하게 하였다. 즉 이미 근대화된 서양의 강대국들이 아시아 및 아프리카 식민지에서 모국에서와는 다른 통치모델을 취하고 있는 것을 참고하였다. 그리하여 대만을 일본제국 내에서 서양인들이 말하는 ‘식민지’적 성질의 정치공동체로 삼는 것을 계획하였으나,³⁾ 법률상 그 명칭을 피하기 위해 ‘新附領土’ 또는 ‘外地’(이후 일반적으로 이렇게 불림)라고 불렀던 것이다. 그런데 식민지로 간주되어 일본이 대만을 통치한 후에

2) 한국의 법근대화는 1894~1895년 일본군의 협조를 받아 특정한 친일개화파 정권에서 비롯되었다. 1895년 근대형 법원건립을 목표로 한 ‘개판소구성법’이 제정되었다. 1896년 친일개화 파정권이 무너지면서 서방법제를 배우자는 국정방침이 좌절되었다. 비록 민사형사소송제도가 있었고 1897년에는 ‘대한제국’이 건국되었을 지라도 동아시아 전통의 法政 운용방식은 여전히 성행하였다. 1905년 舊韓國이 일본의 보호국이 되면서 일본은 다시 사법제도근대화 및 법전편찬을 추진하였다. 그런데 1909년 대한제국의 사법권이 일본이 행사하게 되면서 구 한국에 원래 있던 최고법원은 폐지되고 고등법원만 남게 되었다. 1910년 한일합방 후 보호국시대 이래의 근대화는 지속되었지만 조선인은 자신의 국가를 잃었기 때문에 그러한 법률 근대화 과정은 일본에 의해 10여 년간 조금씩 잠식되었고 나라를 잃는 것과 거의 동시에 진행되었다. 상대적으로 대만은 1895년에서야 몇 개월 동안 일본의 우세한 군사력으로 병탄되었고, 식민지적 근대화를 위한 졸속한 법제 개조가 시작되었다. 예컨대 1896년 ‘臺灣總督府 法院條例’가 제정되었는데 이것은 조선의 1909년 ‘統監府裁判所令’에 상당하는 것으로서, 高等法院을 최종심으로 하는 근대형 법원체계를 수립하였다.

3) ‘식민지’라는 개념은 서양문명에서 파생된 것이다. 예컨대 스페인, 포르투갈의 식민지가 중남미에 있고 영국과 프랑스의 식민지가 북미에 있었는데 그 식민지들은 정치·경제적으로 식민모국의 통제에 종속되었지만 그 통제에서 벗어날 기회가 있어서 이후 국제법상 모국과 평등한 주권독립국이 되었다. ‘식민지’는 바로 이러한 정치적 함의를 가지고 있었기 때문에, 일제는 공식적인 법률제도에서 대만을 ‘식민지’가 아닌 ‘新附領土’ 또는 ‘外地’라고 칭했다.

야 비로소 대만의 漢人들은 스스로를 ‘피식민 민족’으로 인식하고 점차 ‘臺灣民族’의 의식이 생겨서 ‘대만인’으로 자칭하기도 하였다.

일본 明治政府는 근대적 의미의 법제를 가지고 대만에 온 최초의 정권이다. 법적으로 “대만지역”이라는 명칭을 가진 대만식민지에서 구체적으로 국가통치권을 시행하는 행정 및 사법기관은 원칙적으로는 식민통치자인 일본의 법률에 따르면서 현지인이 오랜 시간 행해온 제도를 겸하여 채택했다. 입법권은 위임 입법제도(혹은 ‘律令制度’라 칭함, 조선 식민지의 ‘制令制度’와 동일)를 통하여 현지의 民情을 잘 이해하는 식민지 행정 수장에게 대폭 주어졌으나, 최종 결정권은 여전히 제국중앙정부가 쥐고 있었다. 통치 및 사회질서에 영향을 미치는 형사법은 식민통치자인 일본의 법률에 따랐고 일반 인민의 일상생활과 관계되는 민·상사 법률은 대만 현지의 관습에 따랐다.⁴⁾ 매우 기괴하지만, 앞에서 말한 ‘일본 식민통치자의 법률’은 근대성(modernity)을 가진 법규범의 성질을 가졌으나, 대만 본토의 관례는 전통적 법규범에 속했다. 이렇듯 근대적 의미의 법제는 ‘일본법’이라는 외투를 걸치고 대만에 들어왔던 것이다.

일제 통치하에서 대만에는 다양한 민족군이 있었다. 민족군은 법률용어에까지 영향을 미쳤으므로 이에 대한 설명이 필요하다. 일제통치시기 대만 인구에서 절대 다수를 차지한 민족군은 국가법상의 ‘本島人’, 속칭 ‘대만인’이었고(90~95%) 여기에는 한족 이민자(여기에는 福佬와 客家 두 개의 한인 민족군이 포함됨) 및 원주민 중 漢化된 平埔族이 포함된다. 그 외에 한화되지 않은 원주민으로 당시 국가법상 ‘生蕃’, ‘蕃人’, ‘高砂族’ 등으로 칭해진 高山族이 있었는데, 그 수는 상대적으로 적었다(2.5~3.7%). 세 번째 민족군은 대만에서의 식민민족인 일본인으로서 대만 총인구에서 매우 적은 수(1.3~6%)를 점하나 국가법상 ‘內地人’으로 불렸다.⁵⁾

4) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經, 1999), 86~102면 참고

5) 姉齒松平, 『本島人ノミニ關スル親族法及相續法ノ大要』(台北: 臺法月報發行所, 1938), 7, 11면; 陳紹馨, 『臺灣的人口變遷與社會變遷』(台北: 聯經, 1979), 96~97면 참고

II. 대만 전통 '민사'법제의 내용

우선 전통적 의미의 법제를 설명해야 근대적 의미의 법제와의 차이 및 동아시아 사회에 대한 영향을 밝힐 수 있을 것이다. '민사' 제도의 서양법적 개념은 원래 동아시아의 전통법제에는 존재하지 않았으나, 연구 결과 오늘날 '민사'적 생활관계라 부르는 것은 전통법률 아래에서는 어떻게 재산적 이익을 분배하느냐 또는 어떻게 신분관계를 결정하느냐(오늘날의 '실체법'), 관청에서 분쟁을 어떻게 해결하느냐(오늘날의 '절차법') 하는 것과 같다는 결론을 얻었다.

19세기 말, 臺灣 漢人の 法律觀은 이전에 대만(또는 중국대륙의 고향도 포함)을 다스렸던 청나라의 통치경험 및 수천 년 동안 이어져 온 한족의 법률관을 계승한 것이었다. 청 황제가 관료에게 반포한 성문규정(大清律例)에 일반 민민의 재산, 신분과 관계된 戶婚·田土·錢債 등의 내용을 규정하여 관료가 준수하여야 하는 규범을 일부 제정하였으나 독립된 장으로 처리하지는 않았다. 모든 관련 사항에 대해 균일하게 성문규정을 반포할 의도도 없어서, 지방관에게 각지의 구체적인 실정과 사건에 따른 적절한 대책을 세울 수 있도록 하는 재량을 주었다. 또한 민간에서는 특정한 戶婚·田土·錢債 관계를 어떻게 처리해야 할 것인지에 관해 사회적으로 보편적으로 받아들여지는 방식이 자연히 형성되었는데 이를 '民間習慣'이라 불렀다. 예컨대 청나라의 통치하에서 대만 민간에서 승인된 것 중에는 하나의 토지에 '大租戶'(官府에 출원하여 경작 인허[墾照]를 받은 자)와 '小租戶'(자기의 노동력과 자본을 투입하여 개간하고 토지를 실질적으로 통제하는 자) 두 개의 '業主'가 존재했던 것이다. 이는 大清律例상의 명문규정에 뿌리를 두고 있으나, 민간에서 大小租 관계가 어떻게 성립하는지, 당사자 피차간에 어떤 이익을 상대방에게 교부하여야 하는지 등에 대해서는 명문으로 작성되지 않는 관습법상의 방식이 있었다. 물론 당사자는 서면('契子'라 부름)으로 쌍방의 법률관계를 명확히 하는 것도 가능하였으나 반드시 정착되지는 않았다. 다른 예로, 당시에는 대만 한인의 관습으로 매도인이 나중에 목적물을 되찾을[回贖] 수 있는 '活賣'(조선시대의 權賣에 해당. 역사)

와 매도인이 후에 매수인에게 어떠한 청구도 할 수 없는 ‘絶賣’(조선시대의 永賣에 해당. 역자)를 인정하고 있었다. 賣買契子에 ‘杜賣盡根’ 등의 문구가 있으면 절매를 명시한 것이지만, 훗날 매도인이 본인의 곤궁에 빠지거나 또는 매도 후에 땅값이 등귀하는 등의 요인이 발생하면 매수인에 대해 원금 외의 추가액을 청구할 수 있는 등, 사람들이 개별 사건에서 인정하는 ‘人情義理’가 고려되기도 했다.⁶⁾

위에서 말한 상황에서 혼인·토지·금전채무와 관련한 분쟁이 발생하면 어떻게 해결해야 하는가? 민간은 물론 우선 쌍방의 和解를 유도할 것이고 만약 화해가 성립하지 않으면 다시 쌍방이 신뢰하는 자가 ‘公親’(調解人)을 담당하도록 요청하여 분쟁을 해결하도록 한다. 그래도 여전히 해결할 수 없을 경우에는 소송을 제기할 수밖에 없는데, 지방관리가 ‘聽訟’한 후에 裁斷을 한다(당사자는 그 재단에 따를 것을 표시하여야 한다). 지방관리는 분쟁을 다시 민간으로 돌려보낼 수도 있지만, 만약 실제로 그 분쟁을 해결할 방법이 없는 경우에는 무엇에 의해 처단해야 하는가? 古典에 따라 중원문화가 줄곧 답습해온 전통적 관념은, 정치적 권위가 법령을 반행한 때에 ‘國法’이라 불린 성문규정 위에는 다시 더 높은 권위를 가지는 ‘하늘[天]’의 권위 및 유가가 천명하는 ‘禮’의 규범이 있다는 것이다. 그러나 중국은 진나라 이래로 스스로 ‘하늘’의 ‘아들’로 명명하는 황제를 그보다 높은 것이 없는 지고한 권위로 삼는 天朝體制를 줄곧 유지해 왔고, 또한 황제가 ‘법’으로서 제정·집행하는 ‘예’가 궁극적으로 무엇 인지를 제약·구속할 수 있다고 인정되는 권력을 가진 기구가 없었으므로, 황제는 그가 인정하는 ‘禮’의 규범으로써 이미 반포·시행된 성문규정을 수시로 개변할 수 있었다. 황제의 명을 받아 지방에서 牧民하는 ‘父母官’은, 한편으로는 관료체계의 내부규율에 입각하여, 사안을 심판할 때 반드시 (대청올레와 같은) 황제의 명령을 따라야 했으나, 다른 한편으로는 황제가 가변적인 법령의 내

6) 자세한 것은 王泰升, 『具有歷史思維的法學：結合臺灣法律社會史與法律論證』(台北：作者自刊, 元照總經銷, 2010), 261~263면 참조

용의 최고 결정자라는 전제하에 ‘국법’을 버리고 地方習俗이나 개별사안적인 情理로 옮겨가기도 했다.)⁷⁾ 그 예로 과거 청나라 시기에 대만에 임관된 陳盛韶가 저술한 『問俗錄』에는 지방습속에 따라 변통하는 것을 인정하여, 반드시 사사건건 ‘番地例禁典賣’(蕃地에서 토지의 전매를 금지하는 예, 역자)의 규정을 따르지는 않았으나 ‘異姓不准亂宗例’(이성양자로 종법을 어지럽히는 것을 금하는 예, 역자)의 집행을 견지하고 ‘臺民無子者買異姓爲子’의 ‘명령자’(螟蛉子) 풍속(아들이 없는 대만인이 이성자를 사서 아들로 삼는 풍속, 역자)은 승인하지 않은 것을 들 수 있다.⁸⁾ 여기에서 나타나는 것은 당시의 법률관에 의거한 것으로서, 관청 내의 성문규정은 개별 사건을 판단하는 준칙 ‘가운데 하나’(之一)이지 ‘유일’(唯一)한 것은 아니라는 것이다. 청송하는 父母官은 민간관습이나 정리를 고려해서 개별 사건에서 당사자의 이익의 균형을 이룰 수 있는 해결방식을 찾아야 한다.

그 외에 대만의 산림계해(山林溪海)에서 활동하는 원주민인 高山族은 部落式的 생활에 어울리는 법률관을 가지고 있었다. 어떤 몇몇 사람이 어떤 자연자원을 소유·이용하거나 상호간에 어떤 신분관계가 존재하는지 등등에 대하여 구전되거나 대대로 인습해온 자신들의 규범이 있었다. 분쟁이 발생하면 보통 나이가 많거나(長老) 영향력이 큰 사람이 우두머리로 나서서 분쟁을 조정하였다. 그러나 분쟁의 당사자가 양보하지 않고 맞서면 사냥이나 힘겨루기로 승패를 가려 어느 쪽 주장을 들어줄 것인지를 결정했고, 서로 믿는 조상신이나 신령이 시비곡직에 대해 판단하기를 기다려 理가 있는 한 쪽의 손을 들어주었다.⁹⁾

7) 王泰升, 위의 책, 245, 252~253면 참조

8) 陳盛韶, 『問俗錄』, 收入四庫未收書輯刊編纂委員會編, 『四庫未收書輯刊』(北京:北京出版社, 清道光刻本, 2000), 第10輯, 第3冊, 265, 275면 참조

9) 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北:元照, 3版, 2009), 20~23면 참조

Ⅲ. 일제통치 전기 근대적 의의의 민사사법제도의 확립

일제통치초기 軍政時期(1895.8.6~1896.3.31)를 거치며 대만총독부는 당분간 대만관습으로 대만인의 민사사건을 해결하기로 결정했다. 1895년 11월 日令(군사명령)으로 공포한 ‘臺灣住民民事訴訟令’ 제2조는 “審判官은 지방의 관례 및 法理(일본어 한자로는 ‘條理’ 필자 주)에 준하여 소송을 審斷한다”고 규정하였다. 民政時期(1896.4.1~1945.10.24)에 들어간 후, 일본 민법전이 발효된 날이자 일본이 1년 후에 대만에서의 영사재판권을 폐지하기로 선포한 날이기도 한 1898년 7월 16일에 이르러서야 비로소 공식적으로 민사실체법에 관한 일반적 성격의 입법이 이루어졌다. 1898년 율령 제8호(‘民事·商事 및 刑事에 관한 율령.’ 譯者) 제1조는 “‘민사·상사…에 관한 사항’은 ‘민법·상법…민사소송법’에 의한다고 하면서 동 조항의 단서 규정에서 “本島人 및 淸國人 외에 관계하는 자가 없는 민사·상사사건은 특별규정이 있는 경우를 제외하고 현행의 예에 따른다”고 하였는데, 이는 앞에 든 日令이 말한 ‘관례 및 법리’를 가리키는 것이다. 같은 날 공포된 율령 제9호 제1조는 또한 “토지에 관한 권리는 당분간 민법 제2편 물권의 규정에 따르지 않고 舊慣에 의한다”고 규정하였다. 이에 의해 족군(族群)에 따라 적용되는 법률이 달라지는 ‘複數法制’ 원칙이 확립되었다. 즉, (1) 일본인 및, 淸國人 외의 외국인과 관련된 민사사건은 일본 민법전에 의하고, 토지에 관한 권리는 구관에 의한다, (2) 대만인이나 淸국인에 관계하는 민사사건은 구관에 따른다.¹⁰⁾

따라서 1922년 말까지 이어진 ‘일본통치 전기’에 대만인의 민사사건은 모두 ‘구관에 의함’이 원칙이었다. 1908년 8월 율령으로 공포된 ‘臺灣民事令’은 상술한 규범의 취지를 거듭 확인한 것이었다. 일본제국의 식민통치정책이 1919년 조선의 3·1독립운동의 영향을 받아 ‘內地延長主義’로 바뀌면서 전술한 민사

10) 王泰升, 앞의 책(주 4), 89면 참조

사건 복수법제 원칙을 포기하였다. 1922년 칙령 제46호는 일본 민법, 상법 및 그 관련 법률을 지정하였고 1923년 1월 1일부터 대만에서 직접적으로 시행되었으며 이러한 민·상법전의 구속을 받는 자에는 일본인 및 대만인이 포함되었다. 그러나 1922년에 공포된 칙령 제47호인 ‘대만에서 시행되는 법률에 관한 특례’는, 일본통치 전기에 기존의 권리가 어떻게 일본 민법상의 권리(제6조 내지 10조, 17조)로 이행하였는지 외에도, 민법과 상법(후에 수표법[小切手法]과 유한회사법 및 파산법이 추가됨)을 겨냥해 대만에서만 효력을 갖는 특별규정을 만들었고, 대만인의 친족·상속과 관련된 사건 및 기존의 祭祀公業에는 모두 일본 민법이 적용되지 않고 “관습에 따른다”(제5조, 제15조)고 규정했다. 요컨대 1923년부터 대만인의 민사실체법은 이미 일본 민·상법으로 바뀌었고 친족·상속과 제사공업 사건은 대만인의 관습에 따랐는데 ‘일본통치 후기’의 민사법제에 관해서는 본고에서 논하지 않는다.¹¹⁾

상술한 일제전기 식민지 대만의 민사복수주의 법제는 대만총독부가 식민지 통치를 안정시키기 위해 동원한 수단으로 어느 민족군에게 절대적으로 유리하거나 불리하지는 않았다. 대만인은 계속해서 비교적 익숙한 법률규범(비록 과거와는 다른 것이지만. 상세한 내용은 후술)에 따라 민사법률생활을 했다. 그러나 일본인 주주[股東] 한 명을 두는 것을 제외하고는 일본 상법에 따라 조직된 근대식 회사를 제대로 활용하지는 못했다.¹²⁾ 대만에 있던 일본인 특히 일본 자본가는 대만식민지에서는 물론, 모국과 같이 일본 민상법의 적용을 받았다. 그러나 거래의 대상이 토지인 경우에는 완전히 생소한 대만인의 구관에 따라야 했기 때문에 불편함을 느꼈다. 이는 구관 입법(후술한다)의 동기 중 하나로 작용했다.

11) 위의 책, 100, 114, 332~334면 참조

12) 법률관계에서 일본인 한 사람이라도 관계하면, ‘구관에 의하는’ 요건으로서 ‘대만인만 관계한다’는 요건에 부합하지 않게 되기 때문에, 일부 대만인은 일본 상법에서 규정한 회사 관련 규정을 활용하기 위해 자격을 갖춘 1인의 일본인 주주를 찾아 회사 설립의 목적을 달성하려고 했다.

민사절차법과 관련해서는, 일본이 대만을 통치한 두 번째 해인 1896년 7월 15일부터 ‘臺灣總督府法院條例’(율령)에 따라 법률에 근거하여 민·형사소송 사건을 심판하는 것을 직책으로 하는 대만총독부법원(이 법원은 군정시기에는 군사법원에 속했다)이 설치되기 시작했다. 동 법원의 사법행정 감독권은 대만 총독이 가지기는 하였으나, 대만의 민·형사소송사건은 제국의 최종심법원(대심원)의 관할이 아니었기 때문에 대만에서는 하나의 자주적인 사법체계가 형성되었다. 대만 식민지 법원은 1898년 3심제가 2심제로 바뀌면서 地方法院과 覆審法院으로 분화되었고, 1919년에 이르러서야 다시 3심제로 돌아왔는데, 이때에는 高等法院 上告部가 최종심법원이 되었고 그 아래에는 高等法院 覆審部와 地方法院이 있었다. 이 글에서 다루지 않는 일본통치 후기인 1927년에는 지방법원이 합의부와 단독부로 다시 나누어졌다. 법원내의 判官(일본법에서는 판사), 검찰관, 변호사는 일제 초기 몇몇의 사건을 제외하고는 원칙적으로 모두 전문시험을 통과한 사람들이었다. 비록 1899년부터 율령의 규정으로 인해 대만총독부 법원이 일본 민사소송법을 정식으로 따르게 되었으나, 이전에도 대체적으로 일본 내지의 재판소 소송절차를 모방하였다. 또한 1905년에는 율령으로 ‘民事訴訟特別手續’ 1922년 말까지 시행)을 제정하여 민사소송절차에서 判官(판사)의 권한을 강화함으로써 고유의 당사자주의적 색채를 약화시켰다.¹³⁾

그밖에 대만총독부는 ‘대만인의 구관 존중’을 표면적 이유로 내세워 일본 내지, 조선 식민지와는 다른 ‘民事爭訟調停’ 제도를 시행하였다. 전술한 바와 같이 청조의 지방관은 衙門에 고소된 민사분쟁을 반드시 관부의 규정에 따르지 않고 바로 관리가 판단하여 결정할 수 있었는데, 대만총독부는 1897년 府廳에 의해 지방관은 근대적 의미의 법제하에서 조정을 할 수 있도록 허가하여 민사분쟁의 당사자가 법원 밖에서 화해에 이를 수 있게 하였다. 1904년 민사법원의 사건 부담을 경감시키고 식민지의 사법비용을 줄이기 위하여 대만총독부는 구

13) 법원제도의 자세한 내용은 王泰升, 앞의 책(주 4), 101, 129~192면; 王泰升, 앞의 책(주 9), 224~227, 231~232면 참조

관을 이유로 올령으로 ‘廳長으로 하여금 民事爭訟調停等を 취급하게 하는 건’을 제정하여 청장이 당해 ‘調停’(일본식 한자를 써서 일제시대의 법제를 보여 주려는 것임, 필자 주)사무를 ‘調停主任’(즉 ‘調停官’)에게 넘겨주어 책임을 지도록 하고, 당해 조정 절차에서는 변호사를 사용할 수 없게 했다. 만약 분쟁의 쌍방이 화해에 이르면 조서[筆錄]를 작성하여 분쟁이 다시 법원에 제소할 수 없게 하되 조서에 근거하여 해당 관청에 민사강제집행을 신청할 수는 있었다. 이 올령의 원래의 규정에 따르면 법원소재지와 거리가 먼 澎湖廳, 恆春廳 및 臺東廳의 청장이 조정권을 가지고 필요시에만 총독이 이 권한을 앞의 3곳의 청 외의 청장에게 부여할 수 있었으나, 1912년에 대만의 모든 청장이 조정권을 가지는 것으로 개정되었다.¹⁴⁾ 일본은 1910년 조선을 빼앗은 후 행정기관이 민사조정을 맡는 제도를 시행하였으나 이는 목적물 가액이 비교적 작거나 사소한 특정한 민사분쟁의 처리에만 한정되었다.¹⁵⁾ 일본에서는 메이지유신 초기 재판소에서 판사가 화해를 위한 절차를 시험삼아 시행한 적이 있었다. 하지만 1898년부터 민법 등이 시행된 후 민사분쟁은 법에 따라 해결되어야 함이 강조되면서 조정제도를 인정하지 않았고 대략 대만의 일제 후기인 1920년대가 되어야 차지·차가, 소작, 임금 등의 쟁의에 대해서 조정절차를 다시 마련했다.¹⁶⁾ 그러나 행정기관이 민사분쟁에 개입하는 강도는 강제집행의 정도에는 이르지 못하도록 하였다.

조선식민지와 다른 또 한 가지는, 대만에는 高山族이라는 원주민이 있었고 대만총독부가 올령이나 법률로 그들의 민사실체법 또는 절차법상 권리가 무엇

14) 王泰升, 앞의 책(주 4), 194~198면 참조

15) 조선식민지에서 원래의 규정은 區裁判所의 관할에 속하는 민사사건에 한정하여 경찰관이 조정을 할 수 있도록 했지만, 후에 목적가액이 2백 원을 넘지 않는 경우(원래의 규정에 따르면 1천원을 넘지 않아야 했다)에 조정을 할 수 있도록 개정되었다. 명치43년 제령 제11호, 명치 45년 제령 제10호 참조

16) 예를 들어 소작쟁의의 조정은 여전히 재판소에서 진행되도록 규정되어 있었으나 실제로는 소작관(행정관리)이 법정 밖에서 이를 행하였다. 山中永之佑 著, 堯嘉寧 譯, 『新日本近代法論』(台北: 五南, 2008), 232~238면, 273~275면 참조

인지 규정하지 않았다는 점이다. 1903년부터 대만총독부는 ‘蕃地’에 거주하는 고산족의 통치와 관련된 사무를 경찰기관에게 넘겨주었고 그 族內外 사람과의 민사분쟁은 경찰이 臨機處分하거나 관습을 참작하여 처치하도록 했다. 게다가 고산족의 거주지 일부가 蕃地에서 일반행정구역으로 귀속된 후에도 이들은 여전히 경찰통치를 받았다.¹⁷⁾ 다만 1912년의 일부 자료는 이전에 법원이 공증사무를 처리했음을 보여주고 있는데¹⁸⁾ 이 자료에 근거하면 법원에 민사소송을 제기하였을 수도 있을 것이다. 그러나 설사 그러한 고산족이 있었다 해도 그 수는 매우 적었을 것이다. 따라서 일본통치 전기에 고산족 원주민은 대만 한인과 같이 후술하는 민사관습의 권리화 등을 거의 경험하지 못했다.

IV. 權利化된 구관과 법원이 창출한 관습법

일본은 유럽의 법을 모방해서 대만에 立憲型 국가법제를 도입하여 제국의회의 승인을 거친 법률로 민사사건을 규율하는 법규범의 내용을 확립하고자 했다. 또한 전술한 근대형 법원이 사건을 심리할 때는 반드시 이러한 법률에 근거하여 재판을 해야 했는데 이는 전술한 전통 중국지방관이 관청의 규정에 따를 필요가 없었던 것과는 다르다. 대만에는 제국의회의 법률과 같은 효력을 가지는 율령이 있었다. 1898년에 일본인의 민사사건은 거의 모든 내용을 갖추고 있는 일본 민법전에 근거하여 법원이 보편적으로 적용되는 성문법 조문의 규범적 의미를 해석하고 이를 개별 사건에 적용하였다. 그런데 율령은 대만인의 민사사건에는 ‘舊慣에 의한다’고 규정하고 있었으므로 법원은 구관 중 보편타당성을 가지는 규칙(rule)을 준거로 삼아 대만인의 모든 민사법률 생활관계를

17) 고산족의 법률적 지위에 관해서는, 王泰升, 앞의 책(주 9), 161~162면, 179~180면 참조.

18) 司法院司法行政廳 編, 『臺灣總督府檔案司法文書選輯』(台北: 編者出版, 2010), 322~323면 참조.

판단해야만 했다. ‘구관’이라 일컬어지는 규칙은 이미 ‘事前’에 사회에 존재하고 있었다고 여겨지나 기록이 되지는 않아(즉 성문화되지는 않아) 개별 사건을 심리하는 법원이 이를 ‘발견’하는 것에 의지할 수밖에 없었다. 이렇게 구관상의 규칙을 인정하는 작업은 유럽의 법학을 계수한지 얼마 되지 않았고 또 대만한인의 생활경험도 없는 일본인 행정·사법관리의 어려움을 가중시켰다. 만약 구관을 인정하는 작업에 일관성이 없다면 대만인의 원망을 사게 될 것이고 식민 통치의 안정성을 해칠 수도 있었기 때문이다.

1899년 12월에 독일 법학박사인 교토대학 岡松參太郎(오카마츠 산타로) 교수는 兒玉源太郎(고다마 겐타로) 총독과 後藤新平(고토오 신페이) 민정장관의 초대를 받아 대만에서 舊慣調査事業을 진행하였고 1901년에 성립된 臨時臺灣舊慣調査會를 주관하기도 했다.¹⁹⁾ 구관조사사업의 목적에 대해 岡松參太郎 교수는 ‘①대만 구관습의 실제상황을 조사하여 오늘날 행정 및 사법상 필요한 자료를 제공하기 위함, ②중국법제를 근본적으로 연구하고 학리적 저술을 완성하여 대만입법의 기초로 삼기 위함’이라고 밝혔다.²⁰⁾ 소위 ‘구관’이라는 것은 청나라가 대만을 통치하던 시기에 존재하던 관습 중, 근대법의 관점에서 법률적 의의를 가지는 것을 가리킨다.²¹⁾ 그러므로 이 조사는 유럽의 법률개념 및 이미 유럽법화 된 일본 민법상의 분류를 근거로 대만인의 구관상의 규칙이 무엇인지를 해석하였다. 더 나아가 행정 및 사법에서는 3단 논법에 따라 구관 중 보편적 적용성을 가지는 규칙을 행정(예컨대 토지조사)이나 사법(민사소송)상

19) 山根幸夫, 「臨時台灣旧慣調査會の成果」, 『論集近代中國と日本』(東京: 山川, 1976), 80면; 鄭政誠, 『臺灣大調査: 臨時臺灣舊慣調査會之研究』(台北: 博揚, 2005), 87면 참조.

20) 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』第一卷上(台北: 臨時臺灣舊慣調査會, 1909), 序言, 1면.

21) 岡松參太郎 교수는 구관을 구정부 시대에 시행하던 법률로 이해했다. 이는 성문화되지 않은 관습규범으로 나타나기도 하고 대청올레 등과 같은 관청의 성문규정에 기재되어 있는 것도 있었는데, 청나라가 대만의 한쪽을 다스릴 때 보편적으로 따른 관습이라면 청나라 관청의 성문규정에 위배되더라도 구관으로 인정하였다. 岡松參太郎 「臺灣現時の法律」, 『臺灣慣習記事』 3-1(1903.1), 7~9면 참조.

개별 사건의 사실관계에 적용하여 그 사건에서 법적 판단을 도출해냈다. 또한 입법적으로는 구관에서 발견된 일반적 성질의 규범을 성문화, 法典化하였다.

일본통치 전기의 민사법제에서 구관은 대만인의 진실한 관습과 완전히 같지는 않았다. 청나라 통치시기에도 근대적 의미의 법률이 ‘민사사건’으로 일컫는 것과 관련하여 관청의 성문규정에 몇몇의 규범이 있었지만 완전하지 않았고, 한족 이민자가 민족군이나 거주지에 따라 상이한 대우를 받는 관습도 있었다. 일본 당국의 구관조사사업은 최대한 대만인의 관습을 있는 그대로 밝히려고 노력하였으나 민족군이나 지역별 관습이 상이하야 큰 틀에서의 공통점은 취하고 작은 차이점은 버리는 방식으로 대만 전체에 일반적으로 적용할 수 있는 규범을 정리했다. 전술한 大租·小租 관계를 예로 들 수 있다. 구관조사보고에 따르면, 대만 북부 및 남부에서의 大小租 관계는 발생 연혁이 서로 달랐는데, 남부에서 많은 大租戶는 스스로 자본을 갖추고 개간하여 실질적으로 토지를 지배하는 業主를 의미하였다. 그러나 일본정부가 설치한 土地調查局은 ‘남북 일률’적으로 小租戶를 ‘業主’로 인정하여 大租戶는 겨우 小租戶에게 大租額만 받을 수 있었다.²²⁾ 앞에서 본 구관조사의 목적에 근거하여 이렇게 대만 전체의 관습규범을 균일화시킨 것은 국가 행정·사법기관이 ‘구관’을 원용하는 때에 편리함을 주었다.

그러나 다른 측면에서 대만인의 관습은 ‘권리화’를 거친 뒤 형성된 ‘구관’이었으므로, ‘권리자’가 된 자는 법원제도를 활용하여 그 이익의 획득을 확보할 수 있었다. 이미 근대화된 일본 제국법제에 따르면, 권리는 법률이 특정인이 일정한 이익을 향유하고 이 특정인이 법률상의 제도를 이용하여 실천력과 지위를 관철시킬 수 있는 것을 가리킨다. 권리를 가지는 자는 보장된 이익에 대해 의무가 있는 자로 하여금 어떤 범위 내에서 이익을 실현하게 할 것인지, 법원에 그 이행을 명령할 것을 청구할 것인지를 자주적으로 결정할 수 있다. 법원

22) 臨時臺灣舊慣調查會 編, 앞의 책(주 20), 280~289면 참조

은 일단 이 권리가 존재하는 것을 확인하면 권리자가 청구한 이익의 범위에 근거해 의무자에게 급부를 명하고, 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 임의로 그 이익을 증감할 수 없었다. 예컨대 채무자에게 채권자가 청구한 금액의 절반만 급부하도록 임의로 판결을 내릴 수는 없었다. 전술한 구관조사 사업은 대만인과 관계있는 민사사건에서의 관습으로부터 일반적 성질의 규범을 상세히 해석하여, 어떠한 요건하에서 특정인이 다른 특정인에게 어떤 권리를 가지게 되는지를 밝혀내어 각종 권리 및 의무를 내포하는 민사법제도를 형성하고자 하였는데, 小租戶가 가지는 ‘業主權’은 현재의 耕佃人(소작인)에 대하여 租金(소작료)청구권을 가지고, 大租戶는 小租戶에게 租金을 청구할 수 있는 ‘大租權’을 가지는 것을 그 예로 들 수 있다. 청나라 통치 시기의 법제와 비교해 보면 더 명확하고 예측가능성이 있으며 인민의 결정을 더 존중한 것을 볼 수 있다. 다만 현실적으로 지주나 유산자 등에 더 유리한가의 여부는 별개의 문제이다.²³⁾

구관을 적용해야 하는 사법·행정부서는 개별 사건을 처리할 때 임시대만구관조사회가 행한 조사보고를 참고하여 ‘구관’ 규범의 의미에 관한 유권해석을 했다. 대만총독부법원이 인정한 구관상의 일반적 성질을 갖는 규범은 유럽식 법제에서 일컫는 ‘관습법’이다. 임시대만구관조사회가 인정한 구관은 법원이 만든 관습법과 의미가 완전히 일치하지는 않는데, 그 예로 구관조사보고에서는 공동으로 출자한 주주는 보유한 주식의 비율에 따라 회사 채무에 대해 ‘무한책임’을 진다고 지적하였으나, 관습법에서는 법원이 구관에 따라 이를 ‘연대책임’으로 판단한 것을 들 수 있다. 또 법원은 구관이 공서양속에 위배된다고 판단 되면 그 법적 효력을 인정하지 않고, 그 구관을 관습법에서 제외시켰다.²⁴⁾

23) 자세한 것은 王泰升, 앞의 책(주 4), 306~310면 참조

24) 王泰升, 앞의 책(주 9), 280면 참조

V. 관습법에 대한 입법적 수정. 그러나 법전화되지 못함

율령상의 ‘구관에 의한다’는 규정에 기초하여 법원이 만든 민사관습법은 대만총독부가 일본법을 참고하여 제정한 민사법령상의 특별규정으로 인하여 수정되었다. 1900년 율령 제2호(토지임차의 기간에 관한 율령. 역자 주) 규정은 “토지의 대차기간은 임대차의 경우 20년을 넘지 못하고, 기타의 경우는 백년을 넘지 못한다. 정한 기간이 전항의 기간보다 길면 전항의 기간만큼 단축된다”고 규정하여 원래 관습법에서 기간의 제한이 없었던 地基權(지상권과 유사. 역자), 永佃權(영소작권과 유사. 역자), 토지의 役權 등의 권리는 1백년을 넘지 못하게 하였고 관습법상 佃權(소작권, 역자)의 존속기간도 20년을 넘을 수 없게 하였다. 1903년에는 율령으로 관습법상 大租戶를 다시 설정하거나 租額을 올릴 수 없게 하였고, 1904년에 다시 율령으로 大租戶가 보유하는 大租權을 완전히 폐지하여 하나의 토지 위에는 小租戶가 가지는, 어떠한 민사법상 의무(大租를 납부하는 의무)도 부가되지 않은 業主權만 남겨두어 유럽식 일본법상의 ‘一物一權’ 주의를 실현하였다.²⁵⁾

관습법이 만들어낸 구관상의 권리관계는 이러한 민사특별법 때문에 의미상 이미 유럽민법상의 권리에 가까워져 ‘헌 부대에 새 술에 담는’(舊瓶裝新酒) 격이 되었다. 예를 들어 청나라 통치 시기 대만 한인의 ‘胎借’ 관습에 따라 채권자인 承胎人이 기한이 되었는데도 빌려준 금액을 돌려받지 못하면 채무자인 出胎人에 대해 채무의 상환만을 청구하거나 또는 기존의 특약에 근거하여 담보품인 契子(토지증명서의 보유)에서 지정된 토지를 점유·사용·수익하였으나 채무를 청산하기 위해 그 토지를 파는 것은 허용되지 않았다.²⁶⁾ 일본통치前期의 구관에 의한다는 규정하에서 채권자 承胎人(저당권자와 유사. 胎權人과 같음. 역자)은 위에서 말한 의미의 ‘胎權’만 가질 수 있었다. 그러나 1905년

25) 王泰升, 앞의 책(주 9), 290면 참조

26) 臨時臺灣舊慣調查會 編, 앞의 책(주 20), 710~714면 참조

에 율령으로 ‘臺灣土地登記規則’이 제정되었는데, 이 규칙이 적용되는 토지대장에 등록된 토지에 관해서는, “등기된” 태권을 가지는 자는 “채무의 담보로 제공된 토지에 대해서는 기타 채권자에 우선하여 자신의 채권을 변제받을 수 있고”, 일본의 “경매법 중...저당권에 관한 규정은 태권에 이를 준용한다”(동 규칙 제2조)고 승인하였다. 바꾸어 말해 유럽식 일본법에서 저당권자는 저당물의 경매를 신청하여 우선 변제를 받을 권리가 있었다. 원래의 관습법상으로는 이러한 권리를 부여받은 胎權人은 없었다. 동 규칙 제2조는 또한 구관상의 典權이 이미 등기되었으면 채무는 제공한 담보물인 토지를 처분한 대금으로 우선 변제된다고 하여 경매법상의 質權에 관한 규정을 준용하였는데, 이는 유럽 민법에서의 질권과 유사하게 바뀐 것이다. 또 다른 중대한 변혁으로 토지대장에 이미 등록된 業主權, 胎權, 典權, 賤耕權의 득실변경은 등기를 통해 효력이 발생하게 하였다. 이는 원래의 관습법상 일단 의사가 합치되면 효력이 생기는 것과는 다르다(동 규칙 제1조 참조).*

상술한 민사특별법으로 구관을 변화시킨 것에는 일본통치 전기의 대만법에 일본법의 색채를 더 칠하거나 유럽법화 시키려는 목적이 있었다. 이러한 방법은 岡松參太郎 교수가 주장한 ‘舊慣立法’을 실현한 것으로 유럽 민법과 대만의 관습을 절충해서 대만인에게 적합한 민법전을 제정함으로써 일본인의 관습을 소홀히 한 일본민법전의 본보기가 되고자 하였다.²⁷⁾

* (역주) 본문에서 언급되고 있는, 대만구관상의 부동산 권리들 중에는 한국의 독자에게 익숙하지 않은 것도 있다. 업주권은 본문의 내용으로 대략 설명이 되었다고 보고, 胎權, 典權, 賤權에 대해 『臺灣私法』(위의 책)의 설명을 빌려 소개하면 다음과 같다.

(1) 胎權 : 대만의 구관상 태 또는 胎借는 채무자(出胎者)가 채권자(承胎者, 胎主, 대권자)에 대해 담보물로서 물건을 교부하고 금전을 대차하는 관계를 말한다. 부동산 물건으로서의 胎權은 채권의 담보로서 부동산에 관한 契券의 점유를 취득하거나 또는 동산·부동산 위에 일정 범위의 권리를 취득하는 것을 말한다. 그러나 담보물로 제공하는 물건은 반드시 경제적·담보 가치가 있는 물건에 한하지 않고 단지 채무자의 신실을 표창하는 기호에 불과한 경우도 있으며, 경제적 가치가 있는 물건을 담보로 삼은 경우에는 그것으로 채무변제에 충당하는 방법에 대해 일정한 관습이 없다. 따라서 저당권과 같다고 할 수 없다. 다만 특약의 내용에 따라 저당권, 부동산·부동산권리의 질권, 동산질이 되는 경우가 있다(같은 책, 710~714, 734년).

岡松參太郎 교수가 주도한 임시대만구관조사회 제3부 立法部는 1909년부터 입법 작업에 착수하여 1914년까지 ‘구관입법’이라 불리는 ‘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’ 등을 포함한 많은 대만의 민·상법전의 초안을 완성하였다. 초안의 각 조문은 일본, 독일, 프랑스, 스위스, 영국을 참조하였는데 그 중 근대 서양의 규정을 자주 모방하였다. 또한 대만식민지 법원 및 특별민법을 계승하여 원래의 관습을 개조시켰으며 소위 말하는 구관이라는 것은 청나라 통치말기나 일제 식민지 당시의 대만인의 관습이 절대로 아니었고 근대법의 이념이 녹아들어간 민사법전이었다.²⁸⁾ 대만식민지에 일본내지와는 다른 민상법전을 시행하는 것은 대만인과 일본인의 법률상 차이를 고정·제도화한다는 것을 선포하는 것과 같았다. 이는 문화 및 공동

(2) 典權 : 전권은 금전(典價, 대체로 典으로 제공된 토지 가액의 5~8할)을 교부하고 그 대가로 타인의 부동산을 점유·사용·수익할 수 있는 권리로서 동시에 채권담보의 효력을 갖는다. 전의 객체가 농경지인 경우 承典者(=典主)는 직접 이를 경작하거나 타인에게 소작시킬 수 있으며 건물인 때에는 자기가 직접 거주하거나 타인에게 세를 놓을 수도 있다. 승전자는 자신의 책임으로 典으로 제공받은 물건을 제3자에게 다시 전으로 제공하는 轉典도 가능하며, 典權을 제3자에게 양도하여 典관계에서 이탈할 수도 있다(退典). 出典者(=原主)가 승전자에게 당초의 典價에 상응하는 금전을 제공하고 물건을 회속(回贖)하는 경우 典관계가 소멸하는데, 만약 轉典이 된 상태라면 제1승전자가 자기 책임으로 典物을 회속하여 출전자에게 반환해야 한다(같은 책, 161, 659~660, 701~708면). 『대만사법』은 전권의 법적 성질을 부동산질권과 유사한 것으로 보았는데, 대만구관조사 사업 당시부터 환매특약부매매설, 질권설, 용의물권설 다양한 설명이 제시되었다(西英昭, 「慣習調査における「典」を巡る論議過程」, 『國家學會雜誌』 118-11·12(2005), 48~49면).

(3) 厝權 : 복권은 일정한 목적으로 타인의 토지를 사용하는 권리를 총칭하며 물권관계인 것과 채권관계인 것이 있다. 복(厝)이란 토지의 업주권을 이전하지 않고 일정 범위 내에서 토지를 사용·수익하는 관계를 말하며, 널리 토지의 대차를 총칭하는 말로 쓰이기도 했다. 그 발생 원인에 따라 3가지로 분류된다. ① 厝佃 : 경작, 목축 기타 농업상의 목적으로 하는 토지의 대차를 말하며, 기간의 장단 및 권리의 성질에 따라 佃과 永佃의 두 종류가 있다(전자는 소작과 유사하며 채권적 성질을, 후자는 영소작과 유사하며 물권적 성질을 가진다고 봄). ② 厝地基 : 건물 기타 공작물의 건축을 목적으로 하는 토지 대차로서, 承厝者가 당해 토지에 대해 물권적 권리를 취득한다(지상권과 유사). ③ 厝地 : 厝佃 이외의 토지의 채권적 대차를 총칭하며, 건축 목적의 토지임대차도 포함된다(같은 책, 161, 571면).

27) 王泰升, 앞의 책(주 6), 197면 참조

28) 위의 책, 176~194면 참조

체상 대만인을 일본인으로 변화시켜 하나의 민족국가를 세우려는 프로젝트에는 불리했으나 훗날 대만을 자치식민지나 독립국가로 만드는 데에는 유리했다. 따라서 일본중앙정부는 이러한 구관입법의 제정에 동의하지 않았다. 1919년에 일본제국이 ‘內地延長’이라는 식민지통치정책을 수립한 후에 대만민사법제의 개혁은 일본의 민상법전을 시행하는 방향으로 나아갔다.**29)

VI. 결론

오늘날 경제적으로 번성하고 법치가 발달한 대만 공동체(台澎金馬)가 근대적 의미의 민사법과 처음 만난 일본통치 전기를 돌아보면 상전벽해의 느낌이 든다. 19세기 후기에 대만인민은 여전히 청나라의 통치하에서 근대적 의미의 법제와는 접촉하지 못했고 근대법학분야의 지식인도 없었기 때문에 전체 민사법률 근대화의 계발 여부, 발전과정 모두를 일본 식민지정권의 통치이익에 따라 결정되도록 맡겨둘 수밖에 없었다. 일치전기의 민사법제는 실체법상 屬人的 복수법주의를 채용하여 대만인은 구관에, 일본인은 일본 민상법에 따랐다. 절차법상으로는 屬地的 내·외지 차별주의를 적용해서 외지인 대만에 일본 내지와 분리된 법원심판체계를 세워 일본 내지와 비슷하지만 한 심급이 적은 민사

** (역주) 일본정부는 1922년 9월에 칙령 제406호로 ‘민사에 관한 법률을 대만에 시행하는 건’을 공포하고 일본의 민법, 상법, 민사소송법 등의 법률을 대만에 시행하는 한편, 같은 날 공포된 칙령 제407호 ‘대만에 시행하는 법률의 특례에 관한 건’에서 민사에 관한 특례를 정했다. 칙령 제407호에 따르면, 대만인민의 친족·상속에 관한 사항은 일본민법 친족·상속편을 적용하지 않고 별도로 정하는 것 외에 구관에 의하며(제5조), 본령 시행중에 발생한 업주권, 지기권(地基權), 복경권(廢耕權), 영전권(永佃權), 전권(佃權), 전권(典權), 기경태권(起耕胎權), 태권(胎權) 등은 그 법적 성질을 감안하여 각각 일본 민사법상의 상응하는 권리에 관한 규정의 적용을 받는다. 즉 업주권에는 소유권, 지기권 및 공작물이나 수목의 소유를 위하고 존속기간이 20년 이상인 복경권 기타 영전권에는 지상권, 경작이나 목축을 위한 존속기간 20년 이상의 복경권 기타 영전권은 영소작권, 전권(典權) 및 기경태권에는 질권, 태권(기경태권을 제외)에는 저당권, 앞의 사항에 해당하지 않는 영전권 및 전권(佃權)에는 임차권의 규정이 각각 적용된다.

소송절차를 시행하였다. 또한 식민지 대만 특유의 민사쟁송조정제도도 있었다. 그러나 대만인의 구관이 일본인이 만든 국가기관이 인정한 것을 의미한다는 상황에서 대만의 漢人은 근대적 권리의 개념 및 법원제도를 이용하여 자신의 재산과 신분상의 이익을 보장받았다. 또한 헌 병에 새 술을 담는 방식으로 유럽식 민법의 소유권, 지당권, 질권과 비슷한 민사제도를 운용하였다. 고산족 고유의 ‘민사’규범은 근본적으로 국가에 의해 법률화되지 않아서 극소수의 사람만이 근대적 의미의 민사법제와 접촉할 기회를 가졌다. 마지막으로 일본 당국이 만든 대만인의 관습법에 따라 유럽이나 일본 민사법을 참고하여 만들어진 대만 민사법전은, 대만이 하나의 자치적 정치공동체가 되는 것을 피하기 위한 생각에서 비롯된 것이지만 이는 일본제국정부에 의해 부결되었다. 민사법이 정치가 아니라고 누가 감히 말할 수 있는가? 대만의 일치전기 민사법제의 이야기는 우리에게 ‘자신의 국가가 없으면 자신의 민사법전도 없다’는 것을 말해준다.

번역 : 辛知延

(부산대학교 대학원 법학과 박사과정)

■ 참고문헌

- 山中永之佑等 著, 堯嘉寧 等 譯, 『新日本近代法論』, 台北 : 五南, 2008.
- 山根幸夫, 「臨時台灣旧慣調査會の成果」, 『論集近代中國と日本』, 東京 : 山川, 1976.
- 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』, 台北 : 聯經, 1999.
- _____, 『台灣法律史概論』, 台北 : 元照, 三版, 2009.
- _____, 『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.

- 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, 2006.
- 司法院司法行政廳 編,『臺灣總督府檔案司法文書選輯』,台北：編者自刊, 2010.
- 岡松參太郎,『臺灣現時的法律』,『臺灣慣習記事』3-1, 1903.
- 姉齒松平,『本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要』,台北：臺法月報發行所, 1938.
- 陳紹馨,『臺灣的人口變遷與社會變遷』,台北：聯經, 1979.
- 陳盛韶,『問俗錄』,收入四庫未收書輯刊編纂委員會 編,『四庫未收書輯刊』,北京：北京出版社, 清道光刻本, 2000.
- 鄭政誠,『臺灣大調查：臨時臺灣舊慣調查會之研究』,台北：博揚, 2005.
- 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』,台北：臨時臺灣舊慣調查會, 1909.

<Abstract>

The Transformation of Civil Law in Taiwan during the Former Period of Japanese Rule : Concentrating on the Court System and the Customary Law

Tay-sheng Wang*

Taiwan initially encountered with the modern law due to her becoming a colony of Japan in 1895. Under the modern law, civil matters should be decided in accordance with the criterion that is provided by the state. Surprisingly, the Japanese authorities provided that the civil matters involving Taiwanese only or the land in Taiwan should be decided in accordance with the old customs of Taiwanese by the Government-General of Taiwan Court. The local government, however, had also power to mediate Taiwanese civil disputes, as the former regime in Taiwan did. The civil disputes of indigenous peoples who were not assimilated by ethnic Chinese were resolved by the police according to his free discretion with reference to customs of those peoples. That does not mean that the Japanese authorities in colonial Taiwan followed the law of the Ch'ing government in Taiwan. When the "old customs" in the modern law were applied in

* Distinguished Professor, College of Law, National Taiwan University; Joint Appointment Researcher Fellow, Institute of Taiwan History and Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica

judicial or administrative cases, judges or officials must find the rule in the customary law. In fact, those rules in the customary law had been interpreted by an agency for investigation on old customs with the terminology of modern European law and the classifications in the Japanese civil law. Through some of special statutes on the civil law, the rights in the customary law of Taiwan had been transformed to be more similar to their counterparts in the modern European law so that they were close to the Japanese civil law. For the same purpose, the Government-General of Taiwan was engaged in drafting Taiwanese civil codes to incorporate the transformed rights in Taiwan's customary law with reference to civil codes of Western Europe. This codification of Taiwan's customary law, however, was conflict with the political goal of assimilating Taiwanese to be Japanese. The central government of Japanese Empire thus rejected to enforce these Taiwanese modern-style codes in Taiwan. By contrast, the Japanese Civil and Commercial Code, except the books on family and succession in the Civil Code, had become effective in colonial Taiwan since 1923.

[Key Words] modern law, old customs, customary law, civil law, right

접수일 : 2012.8.28., 심사일 : 2012.9.19.-10.3., 게재확정일 : 2012.10.3.

台灣日治前期民事法制的變革： 以法院制度及習慣法為中心

王泰升*

目次

- 一、因成為日本的殖民地而與現代意義法制相遇
- 二、台灣傳統的「民事」法制內涵
- 三、現代意義民事司法制度在日治前期的確立
- 四、權利化的舊慣與法院形塑的習慣法
- 五、對習慣法為立法上修正但卻未能法典化
- 六、結論

[中文摘要]

1895年台灣因成為日本的殖民地，而與現代意義法制相遇。在現代法底下，民事法律關係須依國家所規定唯一的基準而為認定，而日本統治當局竟以台灣人（在台漢人與漢化的平埔族人）的「舊慣」，作為處理台灣人的民事事項及所有台灣土地關係的唯一的基準，並由台灣總督府法院依此基準進行裁判，雖也廣泛地允許地方行政機關進行如舊時代一樣的調解。高山族原住民的民事紛爭，則仍大多由警察臨機處分或參酌習慣而為處置。然而，此絕不意味著日本當局延續舊時代的法制。現代法上的舊慣運用於司法或行政上時，須先發現存在於台灣人社會中的習慣法上規則，而當時的舊慣調查事業係以歐陸法的概念及日本民法上分類詮釋之。且透過一些民事特別法，使舊慣上權利的內涵更接近歐陸式民法，以強化其日本法色彩。台灣總督府基於同樣的目的而為舊慣立法，將經改造後的舊慣，再參酌歐陸立法例，制定出台灣民商事法典草案。這等於是編纂出台灣的現代式法典，但帝國中央以其有礙於台灣人之日本化而拒絕之，且自1923年起，將除民法親屬繼承兩編以外所有的

* 美國西雅圖華盛頓大學法學博士(Ph. D.); 國立臺灣大學法律學院特聘教授、中央研究院臺灣史研究所暨法律學研究所合聘研究員。

日本民商事法律施行於台灣。

〔關鍵詞〕現代法、舊慣、習慣法、民法、權利

一、因成爲日本的殖民地而與現代意義法制相遇

爲爭奪朝鮮利益而戰敗的大清帝國，於1895年依馬關條約將其對台灣的主權，讓渡給對領台尚無充分準備的日本帝國。依源自歐洲的國際法，日本帝國從兩國互換條約批准書的該年5月8日起，擁有「台灣全島及其附屬島嶼之土地的主權」，開啓台灣史上的「日治時期」（1895~1945）。此時居住於台灣（含澎湖群島，以下同）的人們，屬漢人移民者固然有其漢族意識，但尚不知源自西方的所謂「國族主義」（Nationalism），故並無其後在中國大陸興起的中國國族意識，甚至鮮少以「台灣人」自稱（按1887年台灣才實際上作爲清朝的一省份）。雖1895年5月25日清朝在台地方官員曾創立貌似現代意義主權國家的所謂「台灣民主國」，但旋即敗亡。¹⁾是以，台灣人民在還不會自己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。其與早已在東亞的天朝體制下存在著獨自的王國，且被西方的國際法認爲係主權國家，故已具有現代意義國族主義的朝鮮人民，實處於不同的歷史情境中。

台灣成爲日本帝國第一個殖民地。日治之初遭台灣人前仆後繼地武裝反抗，使明治政府領悟到台灣有別於不久前才被當作日本內地之一個縣的琉球，其上猶存在著種族文化上與日本人有一道鴻溝的台灣人民，故應以異於

1) 台灣民主國創建者雖套用「共和國」等現代概念包裝其政治行爲，然並不了解其真義，更無獨立建國之意志力與行動力，故僅曇花一現，至多持續到同年10月19日在台南的民主國政府崩潰。參見王泰升、薛化元、黃世杰，〈追尋臺灣法律的足跡：事件百選與法律史研究〉（台北：五南，2006），頁62~63。

內地的特別方式統治台灣。亦即擬參考已現代化的西方強權國家，在亞非殖民地所採取之不同於母國的統治模式。於是，台灣被規劃為日本帝國內一個具有西方人所謂「殖民地」性質的政治共同體²⁾，只不過在法律上為避免此稱呼而謂「新附領土」或「外地」（後來一律稱此）；然正因被視為殖民地，日本治台後在台灣的漢人才自認為是「被殖民民族」而漸次滋生「台灣民族」意識或自稱「台灣人」。

日本明治政府是第一個將現代意義法制帶到台灣的政權。在法定名稱為「台灣地域」的台灣殖民地上，具體施展國家統治權的行政及司法機關，原則上依日本殖民統治者的法律，兼採當地人行之有年的制度，立法權則透過「委任立法」制度（或稱「律令制度」，等同於朝鮮殖民地的「制令制度」），大幅授予了解當地民情的殖民地行政首長，但帝國中央政府仍握有最終決定權。涉及統治與社會秩序的刑事法，依日本殖民統治者的法律；較涉及一般人民日常生活的民商事法律，則依台灣當地習慣即可³⁾。弔詭的是，上述「日本殖民統治者的法律」，事實上就是具有現代性（modernity）的法規範，而台灣本地的慣例，則屬傳統的法規範。就這樣，現代意義法制披著「日本法」的外衣，隨著日本尖刀踏入台灣。

日治下台灣有多元的族群，且涉及法律上用語，合先說明。日治時期台灣人口中占絕對多數（從95%至90%）的是國家法上的「本島人」，即俗稱的「台灣人」，包括了漢族移民（內含福佬、客家兩個漢人族群）以及原住民族中被漢化的平埔族人。此外即原住民族中，未被漢化而被漢族移民乃至當時國家法稱為「生蕃」、「蕃人」、「高砂族」的高山族原住民，其人數相對甚少（從3.7%至

2) 「殖民地」的概念源自西方文明，就如西班牙和葡萄牙在中南美洲的殖民地，或英國和法國在北美洲的殖民地，其係一個政治單元，而在政治、經濟上從屬於殖民母國的控制，但亦有機會擺脫之，而成為在國際法上與母國平等的主權獨立國家。因為殖民地有這樣的政治意涵，且此一概念於19世紀傳入東亞時常伴隨著「白人對亞非殖民地的剝削」的負面形象，故日本帝國在正式的法律制度上從不稱台灣為「殖民地」，而是稱為「新附領土」或「外地」。

3) 參見王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉（台北：聯經，1999-），頁86~102。

2.5%)。第三類則是，在台灣總人口數中亦很少（從1.3%至6.0%），但在政治或社會上均屬優勢族群之國家法上所稱「內地人」，亦即在台灣屬殖民民族的日本人。⁴⁾

二、台灣傳統的「民事」法制內涵

首先須說明傳統意義法制的內涵，方能彰顯現代意義法制與之有別及其對東亞社會之衝擊。「民事」係西方法的概念，原不存在於東亞的傳統法制內，但在此欲探究相當於今所稱「民事」的生活關係，在傳統法律底下如何分配財產利益或決定身分關係（相當於今之「實體法」），以及官府如何解決由是所生的紛爭（相當於今之「程序法」）。

於19世紀末，台灣漢人的法律觀其之前在台灣（或加上在中國大陸的原鄉）受清朝統治的經驗，以及承襲已有數千年之久的漢族法律觀。在清朝皇帝對官僚所頒布之通稱「大清律例」的成文規定裡，就一般人民涉及財產或身分的「戶婚田土錢債」等事項，雖制定了一些官僚應遵行的規範，但並未以專章處理，且無對所有相關事項均頒布成文規定之意圖，俾能給地方官更多地制宜、因案制宜的裁量空間。而民間對於某特定的戶婚田土錢債關係應如何處理，自然會形成被該社群/社區所普遍接受的作法，在此稱為「民間習慣」。例如，清治下台灣民間所承認之一田存在著「大租戶」（從官府領得懇照者）與「小租戶」（自備工本開懇並實質控制者）兩位「業主」，即本於大清律例上的明文規定；而民間對於大小租關係應如何成立、當事人彼此間應交付什麼樣的利益給對方等，則存在著未被明文書寫的習慣上作法。固然當事人可能以書面（稱「契字」）將雙方法律關係明確化，但也未必定著化。例如當時

4) 參見姉齒松平，〈本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要〉（台北：臺法月報發行所，1938），頁7、11；陳紹馨，〈台灣的人口變遷與社會變遷〉（台北：聯經，1979），頁96-97。

台灣漢人習慣上存有承認賣方日後尚可贖回的「活賣」，和賣方日後不得再向買方為任何請求的「絕賣」。但縱令在買賣契字上已有「杜賣盡根」等詞，明示係絕賣，仍可能發生原賣主基於本身變貧困或賣後地價騰貴等因素，向原買主請求除原價金之外的追加額，蓋人們認為個案中的「人情義理」應被考量。⁵⁾

在上述情況下，戶婚田土錢債事項發生爭議時如何解決呢？民間當然會先由雙方尋求和解，若不成，再央請雙方信賴者擔任「公親」（調解人）以促成，若仍無法解決歧見，只好向官府提起「訴訟」，請求地方官「聽訟」後為裁斷（當事人仍須表示其遵從該裁斷）。地方官可能再將爭議推回民間，但若紛爭實在無法平息，其又將如何處斷呢？從古典中原文化一直沿襲而來的傳統觀念是，在政治權威所頒行之時稱為「國法」的成文規定之上，還有更高之稱為「天」的權威以及儒家所闡述的「禮」的規範，但中國自秦朝以降一直維持著以自命為「天」之「子」的皇帝為至高無上權威的天朝體制，並任何有權力認定足以約束皇帝制「法」或執「法」的「禮」究竟是什麼，皇帝因而可隨時以其所認定的「禮」規範改變已頒行的成文規定。受皇帝之命在地方牧民的「父母官」，一方面基於官僚體系內部紀律，於辦事時須遵從皇帝命令（如大清律例），但另一方面在皇帝作為可更動法令內涵之最高裁決者的前提下，亦可捨「國法」，而遷就地方習俗或個案的情理。⁶⁾ 例如，曾於清治台灣任官的陳盛韶在其撰寫的《問俗錄》中，認為可依地方習俗為變通，不必事事皆依從「番地例禁典賣」的規定，但又堅持執行「異姓不准亂宗例」，不准「臺民無子者買異姓為子」的「螟蛉子」風俗。⁷⁾ 在此所展現的是依當時法律觀，官府內成文規定僅是裁斷個案的準則「之一」，而非「唯一」，聽訟的父母官還須參酌民間習慣或情理，而就個案尋得一個平衡各方利益的解決方式。

5) 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：作者自刊，元照總經銷，2010），頁261~263。

6) 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〉，頁245、252~253。

7) 參見陳盛韶，〈問俗錄〉，收入四庫未收書輯刊編纂委員會編，〈四庫未收書輯刊〉（北京：北京出版社，清道光刻本，2000），第10輯，第3冊，頁265、275。

此外，在台灣的山林溪海中活動的高山族原住民族，亦有其與部落式生活相搭配的法律觀。對於哪一些人擁有或可利用哪些自然資源，或彼此間存在怎樣的身分關係等等，自有其經由口傳、代代相沿襲的規矩。爭議發生時，通常是由長老，或具有影響力者，例如頭目，出面協調，促使爭議雙方各自讓步以平息之。而當爭議雙方僵持不下，可能就以打獵或角力之輸贏等，決定採取何方之主張，按其相信祖靈或神靈對是非曲直對出判斷後，將出手幫助有理的一方。⁸⁾

三、現代意義民事司法制度在日治前期的確立

日治之初曾經歷軍政時期（1895/8/6~1896/3/31），台灣總督府暫時性地決定以台灣習慣處理台灣人的民事事項。1895年11月間依日令（軍事命令）公布的「台灣住民民事訴訟令」，於第二條規定：「審判官準任地方的慣例及法理（日文漢字用「條理」，筆者註）審斷訴訟」。進入民政時期（1896/4/1~1945/10/24）後，一直拖延到1898年7月16日，亦即日本民法典生效並宣布包括台灣在內的日本將於一年後廢除領事裁判權之日，才正式就民事實體法為一般性立法，在1898年律令第八號第一條規定：「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」。同日公布的律令第九號第一條又規定：「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。」據此而確立不同族群適用不同法律的「複數法制」原則，亦即（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

8) 參見王泰升，〈台灣法律史概論〉（台北：元照，3版，2009），頁20~23。

灣人或清國人的民事事項則依舊慣。⁹⁾

於是，至1922年年底為止的「日治前期」，台灣人的民事事項均以「依舊慣」作為原則。1908年8月間另以律令發布「台灣民事令」，但其母寧是再次重申上述規範意旨。直到日本帝國殖民統治政策，因受1919年朝鮮三一獨立事件影響而改採「內地延長主義」，才放棄前述民事事項複數法制的作法。1922年勅令第四〇六號指定日本民法、商法及其相關的法律，從1923年1月1日起直接施行於台灣，故受這些民商法典規範者包括日本人及台灣人。但同時發布的1922年勅令第四〇七號「有關施行於台灣之法律的特例」，除規定日治前期既存權利應如何過渡為日本民法上權利（第六至十、十七條）外，並針對民法、商法（嗣後增列小切手法、有限會社法及破產法）設置僅在台灣生效的特別規定，其最要者為規定：台灣人的親屬繼承事項及既存的祭祀公業，均不適用日本民法，而是「依習慣」（第五、十五條）。換言之，從1923年起，台灣人的民事實體法已改為日本民商法律，僅剩親屬繼承與祭祀公業事項依台灣人習慣，本文將不討論這段可稱「日治後期」的民事法制。¹⁰⁾

上述日治前期殖民地台灣的民事複數主義法制，乃台灣總督府為追求殖民地統治安定所採措施，並沒有對哪一個族群絕對有利或不利。按台灣人得以繼續依其較熟悉的法律規範（雖已不同於往昔，詳如後述）來過民事法律生活，但卻不能依日本商法組織現代式會社，除非其引進一位日本人擔任股東。¹¹⁾ 在台日本人，特別是日本資本家，在台灣殖民地固然可使用與母國同樣的日本民商法；但是一旦交易對象是土地，就必須依從其完全不熟悉的台灣人舊慣，故亦感到不便，或許這也是進行舊慣立法（見後述）的動機之一。

9) 參見王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉，頁89。

10) 參見同上註，頁100、114、332~334。

11) 只要法律關係中涉及一位日本人，就不符合「僅涉及台灣人」之適用「依舊慣」的要件，從而就可依日本商法設置會社，有些台灣人即運用此法律規定，找一位日本人當「人頭」股東以達設置會社的目的。

在民事程序法方面，日本治台第二年的1896年7月15日起，即開始運作依「臺灣總督府法院條例」（律令）所設置、以依法律審判民事刑事訴訟案件為職責的臺灣總督府法院（該法院在軍政時期屬軍事法庭）。該法院的司法行政監督權屬於台灣總督，但也因台灣的民刑訴訟案件不受帝國最終審法院（大審院）管轄，而為在台灣形成一個自主的司法體系。不過，此一台灣殖民地法院於1898年時，將三審制改為二審制，並分為地方法院及覆審法院；直到1919年才改回三審制，以高等法院上告部為最終審法院，其下有高等法院覆審部和地方法院；到本文不討論的日治後期的1927年，又在地方法院內分合議部和單獨部。法院內的判官（日本法稱「判事」）、檢察官、辯護士，除日治之初有些例外，原則上都是通過專業考試的法律專業人員。雖日本民事訴訟法自1899年起才因律令的規定而正式為臺灣總督府法院所遵循，但在此之前大體上也是仿效日本內地裁判所的訴訟程序；倒是1905年曾以律令制定「民事訴訟特別手續」（施行至1922年年底為止），強化判官在民事訴訟程序上的職權，降低原有的當事人進行主義的色彩。¹²⁾

此外，臺灣總督府以「尊重台灣人舊慣」為表面上理由，而實施與日本內地、朝鮮殖民地皆不同的「民事爭訟調停」制度。如前所述，清朝地方官就投訴於衙門的「民事」紛爭可不必依從官府規定而逕以官威裁斷，故臺灣總督府於1897年即依府令允許地方官為現代意義法制下的調解，促使民事紛爭當事人在法院外達成和解。至1904年，為減輕民事法院的案件負荷，以減少殖民地司法成本，臺灣總督府以此係舊慣為由，以律令制定「廳長處理民事爭訟調停之件」，由廳長將該「調停」（用日文漢字以示其係日治法制，筆者註）事務，交由「調停主任」（即「調停官」）負責，且在該程序上不得使用辯護士；若紛爭雙方達成和解則記明筆錄，不得再就此紛爭向法院提起訴訟，但得據此筆錄向該廳聲請民事強制執行。按該律令原係規定與法院所在地距離遙遠的

12) 關於法院制度的詳細論述，參見王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉，頁101、129~192；王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁224~227、231~232。

澎湖廳、恆春廳及台東廳之廳長有該調停權，總督僅於必要時得將該權賦予此三廳以外的廳長，但1912年修改為全台廳長皆有調停權。¹³⁾ 日本於1910年併吞朝鮮後，亦施行這類由行政機關進行民事調解的制度，但其僅限於處理標的金額較小或某些特定種類的民事紛爭。¹⁴⁾ 就日本本身而言，雖其明治初期亦有在裁判所由判事嘗試為和解的勸解程序，但自1898年民法等施行後即強調民事紛爭解決須依法進行，不承認調停制度，直到大致上已相當於台灣日治後期的1920年代，才對租地租屋、佃耕、勞資等爭議設置調停程序，¹⁵⁾ 但不會讓行政機關介入民事紛爭的強度達到可為強制執行。

另一個與朝鮮殖民地不同的是，居住於台灣者尚有高山族原住民族，而台灣總督府並未以律令或法律規定其民事實體法或程序法是什麼。自1903年起，台灣總督府就確定將居住於「蕃地」的高山族原住民族的統治事務交由警察機關負責，故其族內或與族外之人所生民事紛爭，係由警察臨機處分或參酌其習慣而為處置。不過，有一部份高山族原住民的居住地從蕃地中被劃歸一般行政區域，這些人雖仍受警察統治，¹⁶⁾ 但依一份1912年的資料顯示其可前往法院辦理公證事務，¹⁷⁾ 據此其亦可至法院提起民事訴訟；然縱令有這類高山族原住民，其人數也可能是極少。因此於日治前期，高山族原住民幾乎都不能如在台漢人般經歷如下所述的民事習慣權利化等等。

13) 其詳，參見王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉，頁194~198。

14) 在朝鮮殖民地，原規定限於屬區裁判所管轄之民事事件，得由警察官為這項調停，其後再修改為：標的金額不超過二百元者(依原規定為不超過一千元)，可進行此項調停。參見明治43年制令第11號、明治45年制令第10號。

15) 如佃耕爭議的調停仍在裁判所進行，雖事實上佃耕官(行政官員)會進行法庭外調停。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232~238、273~275。

16) 關於高山族原住民族的法律上地位，參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁161~162、179~180。

17) 參見司法院司法行政廳編，〈臺灣總督府檔案司法文書選輯〉(台北：編者出版，2010)，頁322~323。

四、權利化的舊慣與法院形塑的習慣法

日本仿效自歐陸而帶來台灣的立憲型國家法制，要求應以經帝國議會協贊的法律確立民事事項應遵守的法規範內容，且前述現代型法院於審理個案時，必須依據這些法律做裁判，此有別於與前述傳統中國地方官之不必然須遵從官府規定。在台灣具有與帝國議會法律同等效力的律令，於1898年規定日本人的民事事項依內容包羅萬象的日本民法典，故法院可透過解釋這些具有普遍適用性之成文法條的規範意義，而將其適用於個案。然而律令又規定台灣人的民事事項「依舊慣」，於是法院就必須準據「舊慣」中具有普遍適用性的規則（rule），來判斷台灣人所有各式各樣的民事法律生活關係。這些被稱為「舊慣」的規則被視為已「事先」存在於社會中，但並未被書寫下來（即「未成文」），故只能靠審理個案的法院「發現」之。這項認定舊慣上規則的工作，對於才繼受歐陸法學不久、又無台灣漢人生活經驗的日本人行政或司法官員，實難上加難。若各個案件認定不一，引發民怨，恐將衝擊殖民統治的安定性。

1899年12月，擁有德國法學博士之任教京都大學的岡松參太郎，受兒玉源太郎總督與後藤新平民政長官之邀請，來台灣進行舊慣調查事業，並主持1901年成立的臨時臺灣舊慣調查會。¹⁸⁾ 舊慣調查事業的目的，誠如岡松參太郎所述，「一為查明臺灣舊慣之實際情形，以應目前行政及司法上之需要，提供設施資料為目的；二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。」¹⁹⁾ 而所謂的「舊慣」，即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。²⁰⁾ 因此該項調查係根據歐

18) 參見山根幸夫，〈臨時台灣日慣調查會の成果〉，收於氏著《論集近代中國と日本》（東京：山川，1976），頁80；鄭政誠，〈臺灣大調查：臨時臺灣舊慣調查會之研究〉（台北：博揚，2005），頁87。

19) 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，1909），序言，頁1。

陸法的法律概念以及已歐陸法化的日本民法上的分類，來詮釋台灣人「舊慣」上規則是什麼。進而在行政及司法上，依邏輯上的三段論法，將「舊慣」中具有普遍適用性的規則，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。或在立法上，將從「舊慣」中所發現的一般性規範予以成文法化法典化。

日治前期民事法制上的「舊慣」，不一定等於台灣人真實的習慣。按清治時期對於現代意義法律所稱的「民事事項」，在官府成文規定中雖有若干規範但並不完整，且漢人移民可能因族群別或在台所居住之地域別而有相異的習慣。日本當局的舊慣調查事業，雖盡量如實地揭示台灣人習慣內涵，但面對各族群或各地相異的習慣時，不免以取大同捨小異的方式，整理出可適用於全台灣的。例如前述大小租關係，舊慣調查報告中承認台灣北部及南部發生大小租關係的沿革不同，在南部有許多大租戶係自備工本開墾而被認為是實質掌控土地的業主，然而日本政府所設的土地調查局卻「南北一律」地認定小租戶均為「業主」，大租戶則僅能向小租戶收取大租額。²¹⁾按基於前揭舊慣調查的目的，這般全台習慣規範的均一化，將使國家行政或司法機關在援用「舊慣」時較為方便。

但另一方面，台灣人習慣經「權利化」後所形成的「舊慣」，讓身為「權利人」者得以搭配法院制度來確保其利益之獲得。按在已現代化的日本帝國法制裡，「權利」是指法律為使特定人享有一定的利益，所賦予該特定人可透過法律上之制度，得以貫徹實施之力或地位。有「權利」之人對於被保障的該項利益，可自主地決定負有「義務」之人應在怎樣的範圍內實現該利益，包括請求

20) 岡松參太郎認為「舊慣」即是舊政府時代所施行之法律。其不僅表現於不成文的習慣規範，亦被記載於如大清律例等官府成文規定上，惟清治台灣漢人社會裡被普遍遵行、卻違反清朝官府成文規定的習慣仍屬「舊慣」。參見岡松參太郎，〈臺灣現時之法律〉，《臺灣慣習記事》3：1(1903.1)，頁7-9。

21) 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，頁280-289。

法院命令該義務人履行。法院一旦確認該權利存在，即須依權利人所請求利益之範圍命義務人給付，不得任意增減該等利益，除非法律另有規定；例如不得任意判決債務人僅需給付債權人所請求債額的半數即可。前述舊慣調查事業欲從台灣人有關民事事項的習慣，闡釋出一般性規範，指出在何種要件下某特定人對另一特定人擁有某種權利，以建構一個以各種權利及義務為內涵的民事法制度，例如小租戶擁有「業主權」，對現耕佃人有租金請求權，而大租戶則擁有得向小租戶請求租金的「大租權」。相較於清治時期法制，此較為明確、具可預測性，且較尊重人民的決定；至於現實上是否對地主、有資產者等較有利，則屬另一問題。²²⁾

應適用「依舊慣」之規定的司法或行政部門，在處理個案時即參考臨時臺灣舊慣調查會所為的調查報告，而做出關於「舊慣」之規範內涵的有權解釋。台灣總督府法院所認定的舊慣上一般性規範，即歐陸式法制上所稱的「習慣法」。惟臨時臺灣舊慣調查會所認定的「舊慣」與由法院所形塑的習慣法內涵不全然一致，例如舊慣調查報告指出，合股股東僅依股份比例對合股債務負「無限責任」，但在習慣法上，法院卻「依舊慣」判認此時應負「連帶責任」，尤以屬商事合股者為然。又，法院可能認為舊慣違反公序良俗，而不承認其法律效力，此時該舊慣即不屬習慣法一部份。²³⁾

五、對習慣法為立法上修正但卻未能法典化

基於律令上「依舊慣」之規定而由法院形塑而成的民事習慣法，可能因台灣總督府律令上有遭到修正。例如，1900年律令第二號規定：「土地借貸之其間，貸借不得超過二十年，其他者不得超過一百年。如所訂期間長於前項

22) 其詳，參見王泰升，〈台灣日治時期的法律改革〉，頁306~310。

23) 參見王泰升，〈台灣法律史概論〉，頁280。

期間，縮短為前項期間。」原本在習慣法上無期間限制的地基權、永佃權、地的役權等權利因之期間不得超過一百年，習慣法上佃權之存續期間也因而不得超過二十年。尤有甚者，1903年以律令規定，不得再設定（習慣法上）大租權或增加租額；1904年再以律令完全廢除了大租戶所擁有的大租權，以使一塊土地上僅由小租戶擁有不附任何民事法上負擔（如繳納大租的義務）的業主權，實現歐陸式日本法上「一物一權」主義。²⁴⁾

原由習慣法所形塑的舊慣上權利關係，可能因這類民事特別法之故，而在內涵上已接近歐陸民法上的權利，此堪稱「舊瓶裝新酒」。例如，依清治時期台灣漢人的「胎借」習慣，作為債主的承胎人對於屆期不返還借額之作為欠債人的出胎人，只能請求清償債務，或依既有的特約而占有、使用、收益作為擔保品之契字（擁有土地之證明書）所指涉的土地，但不得為了債務之獲得清償而出賣該土地。²⁵⁾ 在日治前期「依舊慣」的規定下，該承胎人僅能擁有如上所述內涵的「胎權」。然而，1905年以律令制定的「台灣土地登記規則」，就該規則所適用的土地台帳已登錄地，承認「已登記」之胎權，「就供債務擔保之土地，得優先於其他債權人而受自己債權之清償」，日本「競賣法中…關於抵當權之規定，準用於胎權」（該規則第2條）。換言之，已將歐陸式日本法中抵押權人之擁有得聲請拍賣抵押物以優先受償的權利，賦予原在上此權利內涵的胎權人。同樣依該規則第2條，舊慣上的典權若業已登記，則其所擔保之債務即可就供擔保土地的變價優先受償，得準用競賣法中關於質權之規定，亦即被改造為類似歐陸式民法的質權。另一重大變革是，就土地台帳已登錄地之業主權、胎權、典權、贖耕權的得喪變更，非經登記不生效力，迥異於原在習慣法上的一旦意思合致即生效（參見該規則第1條）。

上述之以民事特別法改變舊慣，無非是為了使日治時期的台灣法，更具日

24) 參見同上註，頁290。

25) 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，頁710~714。

本法色彩，或者說是更加歐陸法化。該項作法正體現岡松參太郎所主張的「舊慣立法」，亦即應歐陸民法與台灣在地習慣，以制定一部符合台灣人需要的民法典，並提供給當初忽略日本人習慣的日本民法典當作參考。²⁶⁾

岡松參太郎主導的臨時臺灣舊慣調查會第三部立法部，自1909年著手自始即決定進行的立法工作，至1914年止，完成可稱為「舊慣立法」的許多台灣民、商法典的草案，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」、「台灣人事訴訟手續令」、「臺灣祭祀公業令案」、「臺灣合股令改正案」等。從草案中各條文記明「參照」日本、德國、法國、瑞士、甚或英國，可知其仍經常仿效近代西方法的規定，且已承襲台灣殖民地法院及特別民法對於原有習慣刻意的改造，故在此所謂的「舊慣」絕非清治末期、甚至非日治當時台灣人的習慣，而毋寧是已融入現代法之理念的民事法典。²⁷⁾ 然而，倘若在台灣殖民地施行上揭與日本內地不同的民商法典，等於宣告台灣人與日本人在法律上的差異性被固定化且制度化，將不利於文化上及認同上將台灣人轉變為日本人的整個國族國家建構工程，反而有利於台灣他日成為自治殖民地甚至獨立國家。日本中央政府因此不同意這些舊慣立法的制定。待1919年日本帝國確立了「內地延長」的殖民地統治政策後，台灣民事法制的改革方向已朝施行日本民商法典前進。

六、結論

從今日經濟繁榮、法治發達的台灣共同體（台澎金馬），來回顧其與現代意義民事法初次相逢的日治前期，令人有滄海桑田之感。19世紀晚期仍在清朝統治下的台灣人民，幾乎未接觸過現代意義法制，亦無具有現代法學專業

26) 參見王泰升，〈具有歷史思維的法學：結合台灣法社會史與法律論證〉，頁197。

27) 其詳，參見同上註，頁176~194。

知識者，故整個民事法律現代化開啓與否、進程爲何，都只能聽任外來的日本殖民政權依其帝國統治利益而爲決定與安排。日治前期的民事法制，在實體法上採屬人的複數法數，台灣人依舊慣、日本人依日本民商法；程序法上則採屬地的內、外地差別主義，作爲外地的台灣自成一個與日本內地相分離的法院審判體系，施行著與日本內地相近但少一審的民事訴訟程序，還有殖民地台灣特有的民事爭訟調停制。然而台灣人「舊慣」的內涵，悉由日本人所組成的國家機關所認定，台灣漢人在此侷限下得利用現代的權利概念及法院制度，來保障自己財產或身分上的利益，也在舊瓶裝新酒的方式下運作了類似歐陸式民法上所有權、抵押權、質權的民事制度。高山族原住民族的固有「民事」規範則根本未被國家法律化，僅有極少數人有機會接觸現代意義民事法制。最後，即使是依據日本當局所形塑的台灣人習慣法並參酌西歐或日本民事法所草擬的台灣民事法典，都出於避免台灣成爲一個自治的政治共同體的考量，而被日本帝國政府所否決。誰敢說民事法就不「政治」？台灣日治前期民事法制的故事告訴我們：沒有自己的國家，就沒有自己的民事法典。