

日治初期臺灣土地調查事業階段的 「公業」概念演變

張安琪

摘 要

日本領有臺灣，總督府帶來現代治理模式——即透過土地調查事業釐清土地的所有權人，將清代的土地關係轉變為以所有權為中心的現代土地權利秩序。1898年展開土地調查事業後，各類團體皆面臨業主權申告問題。這些團體財產該如何申告？本島各類祭祀舊慣團體，因多登錄為神佛名稱，既非自然人，也非法人，此時，是否符合民法下權利主體的資格？因此，近代政府面臨如何用近代權利體系的概念加以轉換舊慣團體性質的難題。

土地調查制度建立「公（團體所有）—共（數人共有）」的申告制度，讓團體可來申告，等同承認這些團體具有權利主體的地位。但這種團體申告的方式，無法釐清各團體不同的權利狀態與法律性質。因此，舊慣調查會、土地調查局、法院各機關針對各團體性質展開法律析辨，但因機關目的不同，解釋也有若干差異。要之，土地調查事業期間寬鬆的「公業」定義有了分化。舊慣調查會、法院所創造指稱各類祭祀團體財產的「公業」，逐漸限縮為「祭祀公業」，法律性質為「特殊法律關係」，為日後舊慣立法事業的搭橋。寺廟、神明會則從「公業」概念中脫離，被認為是具有法人格的社團、財團或共有關係，完成公業土地權利化的初步概念轉換。

關鍵詞：土地調查事業、舊慣調查事業、公業、共有、祭祀公業

Changes in the “Kou-Gyo” Concept of Land Survey in Taiwan under Early Japanese Rule

An-chi Chang*

Abstract

During the early years of colonial rule in Taiwan, the Japanese Governor brought in a modern model of land survey to identify real property ownership. In order to convert the existing old land relations into the modern property ownership principle, the Japanese government in Taiwan began the land survey in 1898. The old local public benefit associations and the new Kou-Gyo came to meet face to face with the issue of how to declare the ownership of the property as respectively required? Under the Japanese colonial rule, because “deities and ancestors” were regarded as neither natural persons, nor legal persons, there arose the issue whether “deities and ancestors” were eligible to be the owners of the various properties claimed in their names under the old traditional customs organizations. If not, how to convert such systems into the modern legal system.

The policy of land survey was to establish the land declaration system of “individual ownership and ownership in common”. In other words, it provided that public benefit associations could claim the individual ownership of the property, meaning that land survey institution recognized the ownership of these public benefit associations could be the eligible legal entity. But these associations still couldn’t clarify the difference of nature of their real estate rights from the juridical/natural persons under this land self-declaration method. As a result, Traditional Customs Research Organization, an affiliated organization of the government and Courts was establish to focus on the legal analysis and distinguishing of such various kinds of public benefit associations. During the period of the Governor’s implementation of the land survey, the concept of “Kou-Gyo” as created by Traditional Customs Research Organization was gradually changed and reduced to that of “Ancestor Worship Guild”, which served as the form of property ownership for the worship and honor in one’s family’s ancestors. It was a sort of “special legal relationship”, which was the first step in the building up of the relevant property law derived from the traditional customs. Besides, the “Temple and Deities guilds”, after having been detached

* Ph.D. candidate, Graduate Institute of Taiwan History, National Chengchi University

from the “Kou-Gyo” (Ancestor Worship Guild) concept, were turned into the entities that could have the juridical personality as other public benefit associations, and thus become the corporation personality or ownership in common, by which the first step of the transformation into the modern concept of legal ownership of property was completed.

Keywords: land survey, traditional customs investigation project, Kou-Gyo, ancestor worship guild, ownership in common

日治初期臺灣土地調查事業階段的 「公業」概念演變^{*}

張安琪^{**}

壹、前言：公業知識生產的制度性背景—— 「依用舊慣」的臺灣民事實體法

日本統治臺灣初始，即宣示「接收官有、保障私有」的近代法價值，有民有證據者，私有產權受保障。一方面，總督府接收官有財產、公共事業財產整理，劃出官、民有財產的界線；另一方面因財政之需，1895 年徵收官租、1896 年徵收地租。1898 年後藤新平上任後，更實施縮編行政機關編制與經費、地方稅、專賣事業等，¹ 亦開始著手地租改正事業。地租改正的前提，便要先展開全島性的土地調查。² 大致來說，總督府為了努力持續擴充財政基礎，必須以土地調查作為其政策工具來達到此一目的。

根據魏家弘的研究，土地調查事業可使總督府財政達到稅源明確、確立稅基

* 本文承蒙二位匿名審查人提供寶貴的修改建議，謹此致謝。

收稿日期：2016 年 5 月 24 日；通過刊登日期：2016 年 9 月 21 日。

** 國立政治大學臺灣史研究所博士候選人

¹ 井出季和太著，郭輝譯，《日據下之臺政卷一臺灣治績志》（臺北：海峽學術出版社，2003 年），頁 352-366。

² 魏家弘，〈臺灣土地所有權概念的形成經過——從業到所有權〉（臺北：臺灣大學法律學研究所碩士論文，1996 年），頁 112-113。

的目的，同時也讓國家力量將臺灣土地法律上種種資格與權能的主體、客體、範圍以及內容，進行書面化、明確化工作，為地租改正、大租整理做準備，也為日後土地登記法制的建制奠定基礎，完成土地權利化的近代轉換。³ 因此，除了財政目的外，在土地權利化的脈絡下，土地調查讓總督府能全面性釐清與掌握人民土地的法律關係，以瞭解統治土地的法律關係與狀態。⁴ 就行政面上的執行來說，透過業主的申告與土地調查局的查定，達到業主權明確的法律效果。職此，土地調查局需要認定各類舊慣團體的土地財產的業主是誰，因此需要掌握這些土地關係的舊慣知識。

另一方面，日治前期臺灣民事法的基本原則是「依用舊慣」，排除現代型法律的適用。先是 1895 年底總督府發布「臺灣住民民事訴訟令」，規定「審判官准任地方之地方慣例及法理審斷訴訟」（第二條）。此精神由 1898 年 7 月律令第八號「有關民事商事及刑事之律令」所繼承，規定涉及臺灣人或清國人之民商事事項，依「現行之例（即地方慣例及法理）」（第一條）。同時律令第九號「有關民事商事及刑事之律令之施行規則」中，規定關於臺灣土地的權利，一律依照舊慣，不論關係人是日本人或臺灣人（第一條）。換言之，臺灣人關於民事事項的「依用舊慣」原則乃以 1895-1898 年律令所建立的民事實體法為制度性基礎；排除日本內地仿效德國、採行歐陸個人主義等民法三大原則的現代意義民法典之適用。⁵

這裡所謂的依用舊慣，並非全盤接受清代社會運作的「舊慣事實」而毫無更新。具體來說，近代西方式的國家體制裡，把民間的習慣規範經過特定機關依一定程序予以承認，始能成為國家的法律。日治時期，即由臺灣總督府法院及有關的行政官署進行習慣規範的國法化，於處理案件之際，為了適用依舊慣的成文法上的規定（即 1898 年律令第八號），法官需解釋說明案件涉及臺灣舊慣中何種法律關係，及關係人有何權利、義務，並據以做成判決。換言之，國家實定法上的

³ 魏家弘認為，土地調查、大租權確立與廢除、土地登記法制與相關民事法實施等 3 個階段事業，乃透過法律達成重整人民土地法律關係與概念的重要改革，使得清代的「業」逐步「近代歐陸法化」，轉化為具有私性質、觀念性、絕對性的近代歐陸法上所有權。魏家弘，〈臺灣土地所有權概念的形成經過——從業到所有權〉，頁 111、123。

⁴ 魏家弘，〈臺灣土地所有權概念的形成經過——從業到所有權〉，頁 114。

⁵ 王泰升，〈臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」〉（臺北：臺大出版中心，2015 年），頁 22-23。

「舊慣」，是經法院或某些「依舊慣」辦事的行政官署所承認的習慣規範；其可稱為習慣法，有別於單純的民間習慣。⁶

因此，本文所指稱的舊慣或是舊慣知識的生產，非指涉清代民間習慣的事實，而是依照近代民法上的習慣法所相應而生、具有法律效果的舊慣知識。本文的分析材料有：作為行政方的土地調查局，為了解決業主權認定及相關土地法律事項而蒐集的土地慣行資料；總督府舊慣調查事業，為了提供行政、司法機關實務運用，以及法典化之目標而生產的調查報告；作為司法方的總督府法院，為了解決司法實務上因舊慣而生的訴訟，而召開慣習諮問會、參考舊慣會報告，並融合不違善良風俗、以法理說明詮釋的舊慣內容。綜上，即以土地調查機關、舊慣調查機關、法院等所生產的舊慣知識作為分析材料。

就法律體制運作來說，日本帝國在臺灣施展行政、司法、立法作用時，是本於近代歐陸法制及法概念為基調的整個帝國法律體制，故關於舊慣的知識必須與該帝國法律體制具有相容性。⁷ 這裡的舊慣知識，就是在上述行政與司法機關依循臺灣民事實體法「依用舊慣」原則的制度性基礎上，進行舊慣整理或實務運用，而產生具有法律效力的舊慣法學。

因此，本文將以土地調查局、法院與舊慣調查會等行政與司法機關，因應行政與司法實務需求，蒐集、整理舊慣資料，並以近代法概念加以分析並重新詮釋的舊慣知識作為主要分析材料，探討「公業」概念變遷、演化的過程。這些機關的官僚與調查員，或許因機關性格本位、目的不同，所生產的舊慣知識有不同見解；但因都是受過近代法學教育養成、具有近代法學概念，其詮釋框架有其共同基礎。以本文所分析的「公業」來說，各機關之所以孜孜矻矻地推敲、修正「公業」的內涵，乃因為必須回歸近代民法對所有權主體的區分是「自然人或法人」，那麼，這些持有土地財產的團體、公業，到底能不能算是（或不是）法人？是否具備作為權利主體的資格？此一根本的法律命題，也攸關土地權利化的推動。因此，各機關所使用的共同法學概念不外是：團體財產在法律性質上是個人所有或是團體所有，權利狀態是單一所有或是共有。在共同的近代法學概念上，各機關

⁶ 王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》（臺北：聯經出版事業公司，1999年），頁309-310。

⁷ 王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁24-25。

對公業的法律性質有不同詮釋。

貳、「公（團體所有）——共（數人共有）」申告制度（1898-1900）與各機關立場差異

1898 年 7 月總督府發布律令第十四號「臺灣土地調查規則」，要求製作土地臺帳和地圖，且業主需要申告各自土地（第一條）；未申告者，業主權歸為國庫（第七條）。該律令確立了「官、民有」的二元原則——不是民有，就是官有。同年 9 月，發布府令第九十一號「臺灣土地調查規則施行細則」，第一條說明土地申告的類別為業主申告、官租地由佃戶申告、官衙保管地由官衙申告。該施行細則的凡例第二條申明：業主二人以上，連名申告。根據以上申告規則，業主可以是一人所有或是二人以上共有的權利狀態。但團體、公號該如何申告並未在此階段闡明。就此顯見土地調查事業推展之初，未有團體申告的設定，顯示了土地調查事業的行政先行。

團體申告的遺漏，於事隔 2 年後的細則改正中補齊。1900 年 4 月 5 日總督府修正發布府令第三十四號「臺灣土地調查規則施行細則」，其凡例第三、四條，補充 1898 年規則所欠缺的團體申告辦法：

三、氏名（欄）記入本名；公業或團體土地，記入公業名、團體名及管理人的住所姓名。（團體申告）

四、業主四人以上土地，其申告書上，何某外何名、坐落地號（無地號土地乃依第二項），及記入業主姓名並添附連名書。（共有申告）

1898 年的土地調查規則施行細則欠缺團體、公號的申告方法，1900 年的規則改正中予以補充，確立了「公（團體所有）——共（數人共有）」申告制度。其法律意義在：凡例三不限定自然人，肯認了團體為業主，創造一種類似法人申告所有的權利狀態。凡例四則是依循著 1898 年的凡例二，由數個自然人申告「共有」的權利狀態。（見表 1）1900 年的規則改正，可能是土地調查現場遭遇實際申告狀況後，衍生出來的補充性規定。

表 1、1900 年申告制度示意表

權利狀態 法律性質	所有	共有 (1898 年施行細則凡例二即出現)
自然人	自然人所有(1898 年施行細則)	數個自然人、數個團體、或自然人 + 團體共有
團體 ⁸	團體所有(1900 年施行細則凡例三的法律意義)	

土地申告達到使土地法律狀態明確化的效果，也透過土地調查施行細則的改正，補充申告形式的不足，如 1900 年的凡例三暫時解決了團體申告的問題。但這些團體申告為業主，在法律實務上會面臨兩個層次的問題：第一，這些團體財產實際的權利歸屬狀態，是否與申告規則中的「團體所有」（凡例三）、「數人共有」（凡例四）所代表的權利狀態相符合。亦即，申告名義與實際落差的問題。第二，這些公號、團體因土地申告取得業主權，但是否為法律上承認的權利主體（是近代法人嗎）？

針對這些查定糾紛的部分，總督府設計了專責處理土地查定糾紛的高等土地調查委員會來審理查定不服的部分；⁹ 並用施行細則改正「就地合法」這些團體的申告需求。如上述，1900 年的細則改正，建立了「公（團體所有）—共（數人共有）」不同的權利狀態。到了 1902 年 6 月，發布訓令第二十九號「土地調查規程」，第二十八條：「以番社、祠廟、公號、神佛或祖先等之名為業主的慣習，其名義由頭目、管事、董事其他管理人申告。」該規定等同針對 1900 年凡例三的團體申告再行補充。即原本 1900 年的凡例三規定：公號、團體由管理人申告，使其取得業主權，其外觀為「團體所有」。而 1902 年將「團體申告」的適用對象，

⁸ 當時尚未適用內地有關社團財團法人法規。惟土地調查施行細則中，讓公號、團體進行申告，以取得所有的權利狀態。

⁹ 總督府於 1898 年 7 月以律令第十五號發布「高等土地調查委員會規則」，第一條為：「臺灣總督府為裁決依『臺灣土地調查規則』第五條所定之查定不服聲明，設置高等土地調查委員會，以委員長一人，委員九人組織之。」〈律令第十五號高等土地調查委員會規則〉，《臺灣總督府報》第 331 號（1898 年 7 月 17 日），頁 60-61。

明列含括番社、祠廟、公號、神佛、祖先名等都可由管理人申告，與 1900 年凡例三的團體申告一樣，都是「公業／團體＋管理人」的申告外觀。

除了土地調查局成立高等土地調查委員會與規則改正之外，難道總督府並未針對舊慣土地法律關係進行先行調查嗎？其實土地調查規則發布後，到 1901 年臨時臺灣舊慣調查會成立之前，總督府曾委託岡松參太郎進行舊慣調查。1899 年 12 月，總督府計劃展開舊慣調查事業，兒玉總督和後藤民政長官聘用京都帝國大學的岡松參太郎博士主持該研究，到 1900 年度為止。此階段事業經費先由民政部及土地調查局經費中撥出，該事業調查的職員，或以總督府囑託名義，或以土地調查職員資格充任。¹⁰ 岡松在此階段的調查成果編為《臺灣舊慣制度調查一斑》，¹¹ 但其中並未針對團體土地業主進行討論。

在該書前言，岡松提到：土地、親族、相續（繼承）乃各國最特殊的慣習制度之所存，但因時間短促，故只能先調查有關土地的舊慣制度，關於親族、相續等特殊慣習只能留待他日。¹² 從該書前言中，反映了岡松舊慣調查的思考框架不只是土地關係而已，而是在近代民法制度的框架下，如何將臺灣特殊習慣加以權利化的制度轉換工程。

另一方面，此時土地調查事業的土地申告與查定後，隨著業主權明確化，於地租徵收、財政挹注有直接效益。若有糾紛，則以高等土地調查委員會進行查定裁量，或以規則改正藉以修正舊慣團體的申告問題。甚至日後需要透過法院訴訟才能加以釐清。¹³ 總的來說，有財政和業務壓力的土地調查事業和岡松調查乃整

¹⁰ 井出季和太著，郭輝譯，《日據下之臺政卷一臺灣治績志》，頁 392。

¹¹ 該書中針對「業主權」一項，只提到厝主、大小租戶的業主權，並未提及關於團體、公業土地的業主權。臨時臺灣土地調查局，《臺灣舊慣制度調查一斑》（臺北：臨時臺灣土地調查局，1901 年），頁 24-27。

¹² 包含關於「海埔、墓地、社寺、道路、河川、堤防、土地的境界」等舊慣、地役、入會等慣習；動產的買賣、賃借、質、寄託；人事制度的葬祭、失蹤、姓名……；債權關係的金錢、利息、委任……；商事關係的各種組合、手形（匯票）、倉庫……；船舶關係、行政法各種制度，不一一枚舉。臨時臺灣土地調查局，《臺灣舊慣制度調查一斑》，頁 1。

¹³ 關於公業、祠廟的訴訟判例要旨，可參考臺灣總督府覆審高等法院編纂，小森惠再編，《高等覆審法院判例全集》，冊四（東京：文生書院，1995 年），頁 59-62、81-92、344-352。臺灣總督府覆審高等法院編纂，小森惠再編，《高等覆審法院判例全集》，冊十，頁 488-690。關於公業

體地將臺灣習慣以近代民法架構重新鋪排的舊慣調查事業，兩者因目的不同、土地行政業務推動在即等問題，似乎無法有很好的搭配。

在土地調查事業階段所遺留的各類問題，正是日後臨時臺灣舊慣調查會、外圍研究團體乃至法院等，透過對舊慣知識的調查分析、判例解釋，來完成岡松所規劃的臺灣習慣近代法化的工作。在臨時臺灣舊慣調查會成立前，1900 年岡松接受總督府舊慣調查委任到 1901 年《臺灣舊慣制度調查一斑》出版，才短短 1 年，¹⁴ 該報告並無法細緻到針對本文所討論的團體法律性質的討論。1901 年 10 月成立臨時臺灣舊慣調查會之後，岡松對臺灣舊慣權利化的藍圖、土地調查遺留的問題，於此階段進一步反覆討論、加以定義。

後藤新平在〈經營臺灣必須調查舊慣制度的意見〉中提出土地調查制度和舊慣摩擦的窘境，終致必須全面性地調查舊慣制度之必要：

明治 31 年 7 月，以律令第十四號發布「臺灣土地調查規則」，從事土地調查，但期間存在著異例異習，當局者在處置上遭遇種種困難。尤其是關於土地權利，及因親族關係所產生的權利得失等，到底存在著不得使用本邦法律及歐美諸法的事實，因此該局〔按：土地調查局〕特別設置舊慣調查部，於土地調查之前，先行調查關涉土地的地方性慣習，然後定實地調查方針。該部調查委員所調查之舊慣，止於土地業主權之存否，當然不能視為涉及全般私法之舊慣制度調查。在此發現，如未能擴充調查範圍，對人事百般法規、一切舊慣精確調查，畢竟無法視為是企圖確立法制所需的基本材料。¹⁵（底線為作者所加，以下同）

後藤的感言提到兩個問題：個是土地調查局成立後（1898 年 9 月）到實施土地調查之前，內部委託岡松主持的舊慣調查工作，針對土地權利的舊慣做調查，

的法律性質分析，可參見刊載於《臺灣慣習記事》、《臺法月報》之論文，以及姉齒松平，《祭祀公業與臺灣於特殊法律的研究》（臺北：眾文出版社，1991 年）。

¹⁴ 1899 年 12 月以來，岡松參太郎和愛久澤直哉依據總督府內局課、司法官衙、土地調查局等所蒐集之舊慣資料，又依據臺灣的舊記雜書等，調查舊慣梗概，一面編擬調查綱目，以待舊慣調查會成立，而做為實地調查之準備。其調查成果編有《臺灣舊慣制度一斑》、《臺灣農家經濟始末書》、《臺灣番人事情》等書。井出季和太著，郭輝譯，《日據下之臺政卷一臺灣治績志》，頁 394。

¹⁵ 本譯文引自山根幸夫著，吳密察譯，〈臨時臺灣舊慣調查會的成果〉，《臺灣風物》，第 32 卷第 1 期（1982 年 3 月），頁 23-24。

以訂定實地調查方針。第二，由於土地調查局內部的舊慣調查相對有限（止於土地業主權），若今後要全面調查私法的舊慣制度，調查範圍勢必擴充。

後藤所提到的土地調查局曾做過局部舊慣調查，即是 1899 年 12 月高層聘用岡松、由土地調查局支撥舊慣調查經費等臨時編制。從後藤認知到土地調查局進行的局部調查不足以作為全面性的舊慣調查，因此需要有舊慣調查的專責機關，深入而全面地調查舊慣才能打好統治的基礎，也宣示了土地調查事業和舊慣調查事業兩者目的的基本差異。

土地調查局成立後第四年，1901 年 10 月發布勅令第 196 號「臨時臺灣舊慣調查會規則」，組織臨時臺灣舊慣調查會，第一部主辦法制調查，第二部主辦農工商經濟調查事項。1909 年增設第三部，掌理法案起草、審議事項。會長由民政長官後藤新平擔任，並聘請京大教授岡松參太郎擔任第一部部長，主持法制舊慣的調查。¹⁶ 至此，土地調查局完成了土地業主權申告的業務，但土地實際權利狀態的法律分析則成為舊慣調查會第一部的任務。

臨時臺灣舊慣調查會成立之前一年，1900 年時舊慣研究團體的臺灣慣習研究會成立，其成員包含總督府官僚、學校教員與法院成員，並發刊《臺灣慣習記事》（1901-1907 年）。¹⁷ 該刊物刊載了舊慣調查員、司法人等所考察各類本島人慣習內容。其調查報告，處處可見舊慣調查員、司法人努力找尋近代法概念來解釋舊慣，以內地經驗思考臺灣狀況，發現現狀和理論落差，並提出修正論的討論。

特別的是，《臺灣慣習記事》同時有舊慣調查會系統和法院系統的兩派成員投書，顯示同一民事事項，因各機關性格和立場不同，見解也各異。首先，兩派相同點在於，各機關在共同的法律制度基礎上，即實體法的「依從舊慣」原則，以明治維新發展出的日本現代意義的法學概念來詮釋舊慣，藉以符合機關在行政或司法實務上的需求。因此，不管舊慣調查報告還是司法判例，其所生產的舊慣內容，都是以近代歐陸法學概念框架轉譯後的產物。

其相異點在：舊慣調查會旨在「發現舊慣」，並提供舊慣報告讓行政及司法

¹⁶ 井出季和太著，郭輝譯，《日據下之臺政卷一臺灣治績志》，頁 392-393。

¹⁷ 山根幸夫著，吳密察譯，〈臨時臺灣舊慣調查會的成果〉，頁 23-24。

機關法院認定舊慣內容時參考，不能拘束法院。¹⁸ 但法院的判例則有改進舊慣的使命，於國家法律中被援引的習慣，不可違反公共秩序善良風俗。再者，法官們比起舊慣調查學者，更習慣以日本民商法上類似的法律關係來解釋臺灣舊慣內容。¹⁹ 換言之，以舊慣法典化為目標的舊慣調查會報告，其詮釋比較符合特別統治主義的方針；但法官見解則比較傾向以內地民商法為援引對象，讓臺灣習慣法更加統合於日本民商法。

以本文所分析的「公業」概念來說，法院因具有不違背善良風俗，或是以日本民法概念解釋公業的性質可能類似財團法人；²⁰ 土地調查局則因土地行政業務的推動，在行政現場上便宜行事地採取寬鬆認定各團體為公業以完成申告作業，日後再慢慢細緻化對公業的認知；舊慣調查會則在特別統治主義的脈絡下，其論點則較關照、貼近一般人民的法律觀。²¹ 「公業」，原本在土地調查局和舊慣調查會的報告中，都先寬泛地認定；後來再發展到舊慣調查會、法院實務，皆限縮指涉為不同於一般社團財團的「祭祀公業」。要之，土地調查局行政上的便宜行事、舊慣調查會的舊慣立法任務，都可看到統治前期特別統治主義的痕跡；但法院因為負有改進風俗、和內地民商法統合的理念，未必以特別主義為依歸。各機關因目的不同造成公業知識的詮釋異同，即是本文關注的核心。

以下將繼續以「公業」的概念為核心，來看土地調查規則引進後，各機關（土地調查局、舊慣調查會、法院）如何在近代法框架下重新詮釋這些團體財產的法律性質。分析文本包含：代表舊慣調查局觀點的前二回調查報告（1903-1906 年）；夾雜法院和舊慣調查員觀點、由慣習研究會所發刊《臺灣慣習記事》（1900-1907 年），以及土地調查局的《臺灣土地慣行一斑》（1905 年）等行政機關的事業報告，觀察土地行政機關、舊慣調查員、法官各自機關本位見解，及「公業」概念演化、修正的過程。

¹⁸ 王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 310。

¹⁹ 王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 310-311。

²⁰ 根據曾文亮的整理：1904（明治 37）年控民第 144 號判例：「公業具有類似財團之性質，雖本島無法人規定，慣例上，已認為得以公業名，享有權利」。曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉（臺北：臺灣大學法律學研究所碩士論文，1999 年），頁 64。

²¹ 王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 26。

叁、「公業」的權利狀態與法律性質的討論 (1900-1907 年)

一、舊慣調查機關的首波見解(1903 年):奠定近代法下「公業」的知識體系

行政當局感於舊慣調查事業推行之必要，於 1901 年成立舊慣調查會專責機構。關於舊慣調查事業之目的，第一部部長岡松參太郎有過以下說明：「臺灣舊慣調查會之事業，一以查明臺灣舊慣之實際，應目前行政及司法上之需求，提供施設之資料為目的；一以遂支那法制之根本的研究，成學理的編述，以為他日臺灣立法基礎為目的」。²²

這段話很典型描述了舊慣調查會的論述特徵：一方面是為了因應行政、司法之實務需求；一方面是學理的編述，以期他日舊慣立法。²³ 首先，這裡的「舊慣」不是清代民間習慣的延續，而是依據 1898 年律令第八號「依用舊慣」原則的脈絡下，整理、提供的舊慣論述，作為行政與司法機關認定習慣法的重要參考。而這些機關作用因本於以近代歐陸法制及法概念為基調的帝國法律體制，因此，所謂「學理的編述」，即是以歐陸近代法為基礎的學理編述而成。如舊慣調查會第三回調查報告結果——《臺灣私法》，即將臺灣舊慣直接以不動產、人事、動產、商事及債權等近代民事法形式編纂而成。²⁴

²² 山根幸夫著，吳密察譯，〈臨時臺灣舊慣調查會的成果〉，頁 23-24。

²³ 臺灣舊慣調查會中調查法制舊慣的第一部，共有三回調查報告。第一期 1901-1903 年、第二期 1903-1905 年、第三期 1906-1907 年。最後在 1910-1911 年間編輯刊行《第一部調查第三回報告書臺灣私法》。第一部部長岡松參太郎，在《臺灣私法》序言便留下上述「以他日臺灣立法基礎為目的」之說。1907 年改訂調查會規則，新設第三部為「基於前項調查，起草審議臺灣總督所指定法案」之立法部門。新設的第三部委員，全是總督府官僚，他們的工作與其說是調查，不如說是起草審議法案。亦即調查會自 1907 年改訂規則後，調查機關的性格大幅修正，轉為以法案起草審議為重點。山根幸夫著，吳密察譯，〈臨時臺灣舊慣調查會的成果〉，頁 26、29。

²⁴ 王泰升認為舊慣調查會可謂職司「權利化」的專責機構，並採用羅馬法之近代歐陸法概念，來說

職此，舊慣調查的範疇將普遍涵括民法規範的財產與人事法律關係，並一步釐清土地調查階段所無法解決的法律性質疑義。就臺灣的舊慣團體來說，即以近代歐陸法學的權利體系，來檢視其是否能轉化為近代的法人團體。²⁵ 土地調查事業的申告制度，是直接讓公號團體申告；但這些取得業主權的公號團體，是否具有法律上權利主體資格並未有定論。舊慣調查會的第一回報告書便針對臺灣的舊慣團體財產，以「屬於特別主體的財產權」來闡明。根據以上的分類架構，何謂「特別主體」？報告指出：

關於臺灣慣習中，雖然財產權主體乃以一個人為本則，但往往財產歸屬於特別的主體。屬於官府或番社也是一例，除此之外，不屬一個人、或團體、或營造物，或完全無歸屬者作為一個財團所存立，蓋此等可認為由近世法學所稱有社團或財團法人資格者呢？或是屬於無法人格的社團或財團呢？或尚且有其他法關係呢？無法一概而論。然而，非以一個人做為主體是清楚的，關於特殊狀況，在此一括記述其性質，於各場合曉諭之，於現行法承認社團財團得為權利主體者，即明治 30 年 12 月訓令第 161 號：屬於社團或財團收入的金種，過去為了便益，於地方廳徵收或支付之舊慣，得總督認可繼續其舊慣……。²⁶

該敘述延續 1897 年訓令第 161 號，將清代地方公共事業暫定為「社團財團」來加以存續的設定，即：不屬一個人，或為團體，或為營造物，或無歸屬者的財團，在第一回報告書中先一概歸類為「特別主體」。在此架構下，進一步直接回應是否為近代法下「有法人格的社團財團」的問題。

首先，「特別主體」分化為 3 種類型：

（一）儒學書院學會、廟、育嬰堂、義倉、義渡、義塚等清代地方公共事業。

明臺灣舊慣的法律內涵。此等權利體系等法律概念原本並不存在清治時代臺灣法律，因此舊慣調查事業的編纂，可謂具有「臺灣固有法的羅馬法化」的意義。王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 308-309。

²⁵ 曾文亮，〈近代國家與宗族土地：臺灣日治時期祭祀公業問題〉，頁 4，「The Colonial Land Law and Local Communities in Asia」，香港：香港中文大學、香港中文大學歷史系，2013 年 7 月 1 日。

²⁶ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》（京都：臨時臺灣舊慣調查會，1903 年），頁 412-413。

(二) 公業 (祭祀團體財產)。

(三) 共業 (共有關係)。

亦即，不只是「公」、「共」之別，就算是「公」也有不同的公，有祭祀團體類的「公業」，還有公共事業的「公」。1900 年的土地調查規則施行細則是「公（團體所有）一共（數人共有）」。²⁷但第一回調查報告則分成 3 種：公業、共業、其他公共團體。將公業限縮為祭祀團體的財產，非祭祀團體財產又為一類，共業是單純的共有關係。

第（一）類，是獨立出「公業」的清代地方公共事業部分，包含：儒學書院、廟、育嬰堂、義倉、義渡、義塚等。這些是由地方士紳、官民、庄民等捐獻建設而成，或有官督民辦的分工性質，也具有地方公共財性質。報告書中分析各團體的性質、管理、經費、財產，最後推論：該類團體性質大概可視為有法人格的社團或財團。²⁷等同為這些團體是否可轉型為近代法人進行背書。

包含在廟裡面的神明會一項，則有較為多元的法律性質。如財產成立時，有成員少而固定（如天上聖母會 30 人、福德祠 16 人），也有成員多數而不確定（如金漳安 1,200 人）的兩種類型。通常成立時也訂定規約，規範會員在財產上的權利義務，如依各自持分來分股，自己的股份可自由買賣等。²⁸因為神明會購買土地時合約中多由成員列名，加上可以分股、分配剩餘金等特徵，因此其法律性質被認為是共有關係的組合團體；另一種則是出資者和財產已經脫離關係的社團法人或財團法人。²⁹

再者，「公業」和「共業」的分類部分。依照調查報告，「公業」最廣義的解釋是相對於一人專管的私業。但調查會選擇「與共業對稱的公業」的詮釋，具有「供作一定目的財產、有多數享益者」的特徵。第一回調查報告接受土地調查事業「公（團體所有）共（數人共有）」的架構，並將「公業」的種類限定為祭祀團體的財產（參見圖 1 的(1)(2)(3)(4)），而不是包山包海的各類團體。

²⁷ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 412-461。

²⁸ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 447。

²⁹ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 448。

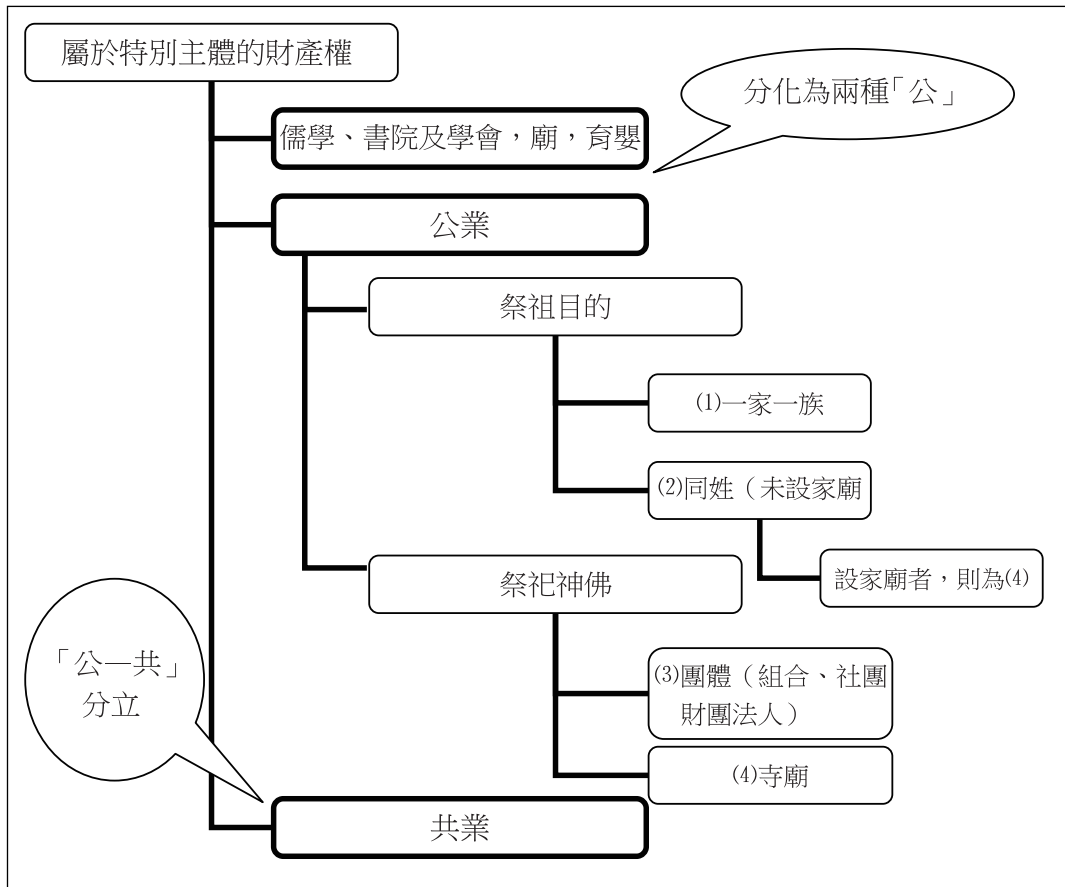


圖 1、1903 年《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第一回報告書》中有關「特別主體財產權」與「公業」概念示意圖

為何「公業」限縮在這 4 類祭祀目的團體產業？調查報告指出公業是「不屬一人私有，供於共同目的者」。³⁰ 但那些不屬公業、共業的清代地方事業，其實也有類似「不屬一人私有、有共同目的」的性質。根據《淡新檔案》中關於「公業」一詞的使用脈絡，大抵指涉「鬮分時抽存作為祖先祭祀經費的財產」（祭祀公業）。³¹ 此外，第一回調查報告附屬參考書所收集的契字中，也將該神明會產

³⁰ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 462。

³¹ 在《淡新檔案》的「公業」一項中，乃家族「公業」所引發的訴訟文件。其使用辭彙為「謀買公

業稱為「福德爺公業」。³² 而其餘團體財產的相關合約字，似乎未見以「公業」稱之。因此，按照契字所載，有用「公業」指稱祭祀類財產的使用習慣。可能因此讓調查會繼續沿用之，獨立出「公業」來指稱祭祀類團體財產。因此，這裡的「共同目的」專指祭祀目的。在第一回報告書所羅列於公業中的 4 種項目（上述的(1)(2)(3)(4)），都有祭祀目的。

另一可能是，依照財產性質和其他公共團體財產有差異而自成「公業」範疇。首先，光是「公業」範疇就有 4 種祭祀團體，性質也不一致：

（一）以祭祀祖先為目的而屬於一家或一族產業。可稱為公業或蒸嘗業、祭祀業、香祀業、踏公租、抽公租等。繼承開始進行鬮分時，部分財產作為公業而不鬮分，做為一家或一族的公用財產……以收益經營祖先的祭祀或充當子孫學費等……。

（二）同姓者捐金、捐地充作祖先的祭祀之產業。有時設置家廟，此場合可列入（四）。在此所言非家廟，單只限定作為公業存在的場合。

（三）為神佛信仰而集合的團體財產（即神明會）：可以是組合、或社團財團法人。

（四）廟產：以廟為主體。

在「公業」範疇中的 4 類團體中，比較特別的是選項（一）的描述：「選項（二）有時設置家廟時，可歸入（四）」；³³ 但在此描述者是非家廟、而單作為公

業」、「盜買公業」、「承祖遺下公業」、「公置祀田……先人公置嘗祀之業」、「抗吞嘗祀」、「圖霸祀業」……等用語。「公業、嘗祀、祀業」乃指涉，相對於「自分家業」，或「除留存公用外，其餘按作四房鬮分」的「留存公用」款項。可知，「公業」在當時語境乃指涉不鬮分的家庭公產的常用詞彙。「輪管公業合約」等數筆「公業」文獻，收錄於臺灣大學圖書館「深化臺灣核心文獻典藏數位化計畫淡新檔案」：<http://dtrap.lib.ntu.edu.tw/DTRAP/index.htm>（2016/03/20 點閱）。

³² 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書附錄參考書》（京都：臨時臺灣舊慣調查會，1903 年），頁 302。

³³ 但根據日後由小林里平（臺北地方法院書記，也曾任舊慣調查會第一部囑託）的家廟研究來看，「家廟」（私人祭祀一宗一家祖先的祠廟），可分為「同宗者」（大宗）、「同姓者」（小宗）兩種。小宗乃指宗族關係明確的數家相倚，為了祭祀祖先所營造，其財產為公業財產。大宗乃廣及一般同姓者，祭拜同姓始祖而設立，成員只要「同姓者關係」即可，不問是否同宗、原籍、身

業存在者。」關於家廟，在第一回調查報告時僅在「祠廟」項目「官廟、公廟、家廟」中提及：「家廟乃同姓者安置祖先牌位而設立的廟。和普通的廟大異其趣者，家廟乃同姓者間設立；普通的廟乃祭祀神像，家廟則祭祀同姓者祖先，或種族間祭祀同姓者祖先兩種。」³⁴ 換言之，在「祠廟」分類的「家廟」不是真正血緣團體的「家」，而是「同姓者團體」。因此在「公業」分類中的「(二) 同姓者捐金、捐地充作祖先的祭祀之產業」，則區分為：和公廟無異、同姓集團所建立的「家廟」；以及非家廟、單單作為「公業」者兩種。亦即，第一回調查報告的「公業」是包含非血緣集團和血緣集團的祭祀財產的概括稱呼。但第一回調查報告特別在「公業」項目中，另外分析「限定(一)和(二)(未設家廟者)的公業財產」，隱然地把血緣集團財產和非血緣集團財產性質加以區分。

第一回調查報告中指出(一)和(二)(未設家廟者)的公業，在法律上的性質同時具有「共有」和「財團」的雙重性質：³⁵

類似財團者：

1. 公業目的在經營祭祀；
2. 公業多明記子孫決不可變賣他人；
3. 公業明訂其收益扣除祭祀費所剩餘者，編入公業；
4. 公業設定後經過多年，設定者子孫甚多，有無法定其關係者的狀況；
5. 公業多以公號作為不動產業主的名義。

類似共有者：

1. 子孫陷於貧窮，分配公業的事例不少；

分，因此其派下員甚多，如其他公設祠廟，其財產常作為一財團法人。小林里平，〈臺灣の私廟〉，《臺法月報》，第7卷第6號(1913年6月)，頁23-25。因此，此處(二)所指同姓祭祖財產，提到：設置「家廟」者多歸入(四)。筆者認為，若對照小林見解，公業(二)所指「有時設置家廟」，此場合可列入(四)云云，乃意指無血緣關係的同姓者(大宗)所立家廟，大抵可以歸入(四)，與一般財團法人的廟相同。而後段「非家廟，單只限定作為公共產業」者，即有宗族關係的小宗之公共財產。

³⁴ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁441。

³⁵ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁463-464。

2. 公業依照關係當事者協議作存廢易置，或者買賣一部分權利者為多；
3. 收益中扣除祭祀費用之剩餘，均分給關係當事者多。

以上的公業性質討論中，（一）和（二）（未設家廟者）被認為同時有財團、共有雙重特徵。其中，類似財團的特質：以祭祀為目的、不可變賣、剩餘費編入公業、以公號為不動產業主、多年後難以決定關係者等。具財團屬性的寺廟，也幾乎具備類似的性質。此也可能是將寺廟神明會和祭祀公業一同歸類為「公業」的原因。要之，在第一回調查報告中，「公業」作為 4 種祭祀團體財產的泛稱，包含了血緣團體和非血緣團體的祭祀財產。

這些公業無法單從公號名稱、外觀來歸類其社團、財團或共有屬性。如祭祀公業的法律性質有財團、也具備共有的雙重特徵，以致日後在討論祭祀公業的法律性質時，應如何歸類，存在各類說法。³⁶ 報告指出，因其性質歧異，最後仍要視各種情形來決定其性質。³⁷

調查會意識到土地調查事業申告制度的推行結果，雖能讓團體申告，但無法釐清各團體的法律性質。就連「公業」的單一團體，如（一）和（二）同時具有財團、共有的特徵，（三）神明會視內容認定是社團或財團或組合等。報告書認為，因為土地調查規則並無解決這些公業是否為法人的問題，該調查事業只是便宜行事地概括以公業名和管理者申告，這些法律性質問題需待他日研究。³⁸ 因此土地調查規則施行細則所創造「公業一共有」的權利狀態，光靠此申告規範，依舊無法釐清像「公業」範疇中具有社團、財團、共有雙重性質。這種夾雜不同法律性質（法人—自然人）、不同權利狀態（所有一共有）的舊慣面貌，就是近代法律定義難以吸納前近代習慣的難題。

調查報告也很明白土地調查的團體申告制度，無法清楚釐清權利實態：³⁹

³⁶ 小島由道，〈公業の權利主體〉，《臺法月報》，第 5 卷第 3 號（1911 年 3 月），頁 21-26。

³⁷ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 462-464。

³⁸ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 465。

³⁹ 團體可依循 1900 年所發布「臺灣土地調查規則施行細則」申告書凡例樣式第三「公業或團體土地記入其公業名、團體名及管理人住所、姓名」來解決申告的問題。而土地調查局調查規定第二十八條也接受管理人以番社、祠廟、公號、神佛、祖先等之名申告為業主。這種寬鬆解釋的規範，幾乎等同於只要業主不是單一個人、不是數人（共有）的團體財產，都可以提出申告。但從以上

「土地調查規則的分類並非確定了這些團體的性質，需要他日研究；總體來說，只是迴避了揭露關係者的複雜性，不過是便宜行事地以公業名和管理者來結束土地調查」。⁴⁰ 但從調查結果來看，已經將這些團體做了初步的分類：具法人格的社團或財團、公業和共業。而公業中可能有類似財團及共有關係的雙重性質。

報告書以「特別主體」來命名舊慣祭祀團體，縱使對其是否可直接等同近代法人仍有疑義，但已用社團財團法人、共有等近代法概念加以定性分析，並提出類似近代法人的見解。日後各機關的分析，也大抵圍繞著此共同法律概念來加減修正。要之，舊慣調查會的初次分析，展示了歐陸近代法下法人、單一所有、共有等法律視角；但也注意到近代法人和舊慣團體的差異性，不輕易將其直接歸類為法人。此反映了舊慣調查會採取習慣法的論述路徑，不輕易統合於內地民商法的機關性格。

二、舊慣調查會補助委員安藤靜：理論先行的「共有論」⁴¹ (1904 年 6 月)

舊慣調查會第一部補助委員安藤靜，自 1902 年起任職舊慣調查會，並於 1903-1907 年擔任補助委員。⁴² 其調查報告，成為 3 次調查報告的原始材料；但最後執筆者岡松參太郎對材料內容的性質詮釋和分類，未必按照安藤靜的見解。由於舊慣調查報告書中，有關公業、社團財團、共業項目的內容，皆為安藤調查範圍，可知安藤應該是此類項目的專任調查員。⁴³ 安藤也持續將調查意見刊載於

分析，團體的性質可能同時具有財團、共有的雙重屬性。

⁴⁰ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 465。

⁴¹ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 6 號（1904 年 6 月），頁 19-29。

⁴² 舊慣調查會所設補助委員，乃受委員指揮，補助調查事務。委員除了岡松等若干大學教授外，多為總督府官僚，他們實際參與多少調查工作，實屬疑問。補助委員大多是專任者，多從事現地調查事業，擔任主要調查事務者。山根幸夫著，吳密察譯，〈臨時臺灣舊慣調查會的成果〉，頁 25-26。

⁴³ 安藤的調查範圍包括：業主權、公業、共業、地役及入會習慣、浮洲、海埔溪埔、埋立地習慣、儒學書院租等土地舊慣。日後轉換為舊慣調查會的第一回「特別主體」或第三回的「不動產的特別物體」的主要調查內容。

《臺灣慣習記事》，顯示其對習慣和新制扞格不入的思辨結果。

首先，安藤認為「公業」在臺灣已經成為泛稱，其中包含許多共有關係；而土地調查事業所創造的「公業—共業」體系，有很多名實不符之處。他認為「公業」中很多都是共有性質，應將「公業」當作共有之一來討論。

安藤認為土地調查的「公業—共業」的分類體系和現狀相距甚遠，這種質疑大抵和第一回舊慣調查報告結論一致。第一回調查報告把各類團體細分為「社團財團—公業」兩大類來談；安藤認為當下的「公業」早已成為一種泛稱，是不屬一人所有的不動產的總稱。而且有許多「共有關係」卻以「公業」形式加以申告者。如金同成公號是大龍峒街 44 人所共有的土地，卻稱為「公業」，並以王慶忠為管理人。以土地調查規則施行細則凡例三、四的區別來說，公業、共有是全然不同性質者。

安藤認為，本島人無法區辨「公業、共業」，但制度上這是很明確不同的法律性質。安藤繼續指出，書院、公廟雖也稱為公業，但比一般公業更具有共有性質。公業、共業與其說是獨立並列的關係，不如說「公業」是共有的名稱之一。⁴⁴ 安藤的分類法，大致把團體財產都當作共有關係，即「泛共有論」。在安藤的共有產生因素中，包含：⁴⁵

- (一) 繼承：祭祀業，各房共有。
- (二) 合夥：數人經營事業。稱合夥、合股。歸合夥人全體所共有。
- (三) 合買：數人共買一物。可以以「公號」或「聯名」為所有人。
- (四) 神明會：神佛信仰團體。財產應歸各會友共有。
- (五) 祖公會：同姓間以祭祖為目的的團體。財產屬各會員。
- (六) 廟：分官、公、家廟。官廟為營造物。公廟為同一街庄、同一聚落、同一街庄同一聚落之同縣、州人士，建築為創建人共有物。家廟為建立家廟的同姓者共有。
- (七) 附合：沿河海而附加土地，如浮洲、海埔。歸母地業主所有。

⁴⁴ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，頁 21。

⁴⁵ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，頁 25-29。

(八) 界址：相鄰建物，歸相連人家共有。

(九) 營造物：官廟、考棚、書院、養濟院、同善堂、育嬰堂、義倉等，設定為營造物。歸府縣、一街庄、一市街的讀書人共有。

(十) 番社：全番社共有（土地、大小租等動產、不動產等財產）。

安藤所舉例的繼承、神明會、祖公會、廟、番社等，若按照第一回調查報告的分析來看，可能會有共有，或社團、財團法人等多重性質。⁴⁶ 這至少維持著「公（團體所有）—共（數人共有）」的權利狀態架構。但根據安藤分類，把原本可能歸類為「（公業）所有」的廟、神明會，完全轉向解釋為創建者共有、會員共有。也就是「公」通通變為「共」，這樣申告規範的「公業」就沒有存在的必要。此外，被吸收為官有物的營造物（官廟、考棚、書院等）也被認為是府縣共有、一街庄或一市街讀書人共有。⁴⁷

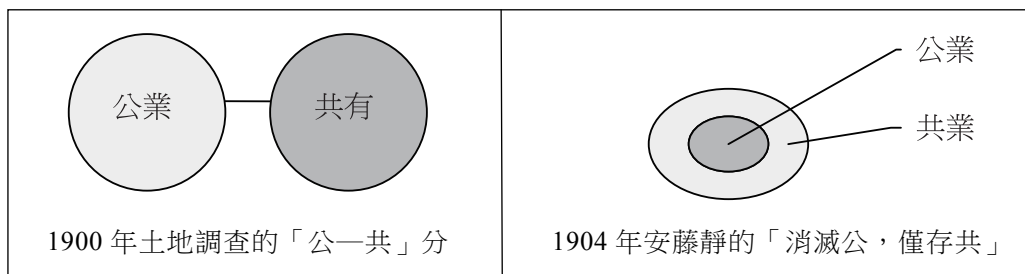


圖 2、1900 年與 1904 年的公業與共有關係圖

這種解釋的好處是，權利狀態的設定相當清楚：數個主體共有的狀態。但壞處是，廟或神明會在創建之初，或許規模小還能夠清楚辨認創建者、成員是誰；但時日久遠、關係鬆散或無相關證明文件、會員名冊者，誰具有共有者資格？⁴⁸

⁴⁶ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 441-442、448。

⁴⁷ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，頁 28。

⁴⁸ 根據第一回舊慣調查報告，寺廟神明會中可能具有共有關係者是神明會。神明會在買收土地、寫定合約時，會將各自會員姓名列入，且通常不特別規定土地買收目的或祭祀方法等，呈現共有的外觀。用於祭祀後的剩餘金也可均分。此類似一種成立組合關係，財產屬於共有。……神明會性質可依合約內容來決定，出資者尚且有財產上權利義務者，可認為是「組合」；反之，出資者完

安藤靜也提出：共有關係要取得共有人一致同意，則可處分共有物，也可隨時提出分割共有物的權利。職此，安藤靜所言：「廟、營造物、圍牆、天井窗戶、界標等共有物，在性質上是不容許分割的。」⁴⁹ 該主張變成一種「理論為共有，現實狀況卻不可分割」的互相矛盾狀態。

安藤靜指出舊慣的實態是：「清代對於廟有土地皆以廟號或神佛來做土地主體，換句話說，是將它視為廟有財產」。⁵⁰ 即從清代以來，這些團體財產一直都是以團體公號為單位作為契字、丈單下付的單位。而土地調查事業創造的「公（團體所有）一共（數人共有）」架構中，以「公業團體」來申告的形式，恰好符合清代丈單和契字上，多以公號團體名稱為業主的習慣，又同時讓公業達到作為一個權利主體存在的法律效果。安藤靜的「泛共有論」認為土地調查的申告制度，並無法釐清這些團體的法律性質，因此才嘗試提出「共有」論的解釋。

縱使安藤想將「團體所有」全部解釋為成員共有（創建人共有），以帶來明晰的權利狀態，嘗試解決「公（團體所有）一共（數人共有）」制度中的各團體申告混亂的問題。但直接將各團體歸為共有，會產生「誰是共有人」、「如果是共有，可不可以分割」等理論和現實落差的界定問題。且，安藤靜所列舉的公共事業和各類團體財產，在清代契字中，縱使是董事數人來登錄，但大家並不會認定該物業就歸為這些董事所有。因此，安藤靜的共有論，毋寧是過於理想化、簡化權利實態的理論先行，也顯示了舊慣調查會的知識生產是否要完全貼近殖民地現實仍有內部歧異。

三、趨向與內地民商法統合的法院見解：「公業」為財團法人（1904 年 8 月）

1903 年第一回舊慣調查報告把「公業」（祭祀神佛或祖先的團體財產）和其

全供出財產，無直接的財產上關係，則依情況可視為社團或財團法人。臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 448。

⁴⁹ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有の舊慣（承前）〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 7 號（1904 年 7 月），頁 17。

⁵⁰ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，頁 27。

他地方公共事業團體加以區別。「公業」被認為是具有財團和共有的雙重特徵，而地方公共事業則大致可被認定為具法人格的社團財團。第一回調查報告大致以近代法人視角，嘗試詮釋各類公共團體，分為性質、管理、經費、財產等項目。內容雖未細緻到法人各機關、內部關係、外部關係以及會員權利義務等法人理論的完全套用，但大致上在分析法人或共有關係時，都有提到持分、股份、分割、處分等辭彙。⁵¹

這種分析視角反映了舊慣調查事業將習慣加以權利化的工作目的，此也成為日後相關論述的討論基礎。在 1901-1907 年《臺灣慣習記事》相關公業知識論述中，除了有舊慣調查補助委員安藤靜主張將各團體都詮釋為共有關係之外；另也刊登了法院內設立的慣習諮問會中對習慣的相關問答。和舊慣調查會一樣，也大多是朝向「社團／財團法人」的設定來闡述。⁵²《臺灣慣習記事》同時呈現舊慣調查機構、土地調查局及法院等各機關對該習慣的立場差異。

如 1904 年 8 月號的「問答」欄中有會員提問：「祭祀業、恤孤寡業等公業，可否視為財團法人？」答覆該問答者有高田富藏（時任高等土地調查委員會調查委員、臺北地方法院／覆審法院判官）、藤井乾助（時任覆審法院判官）、伊藤政重（時任臺北地方法院判官）3 位法官。研究者曾文亮指出，「舊慣」的內容需由法院認定，當時法官都是接受西方法律教育養成，且認為臺灣未來和日本適用

⁵¹ 曾文亮認為第一回報告和稍後的《臺灣土地慣行一斑》，除了介紹公業定義，還提到公業設立、管理、收益等消費方法，惟均屬於清治時期公業舊慣介紹而已。到了 1906 年第二回舊慣調查報告書，已經掌握祭祀公業內涵，標題中也有持分、分割、處分、業主名義等法律用語。可知釐清祭祀公業內涵後，舊慣調查會已經嘗試從實定法角度解讀民間舊慣。曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 48。筆者認為，雖然在第一回報告書中對於公業的內容掌握相當有限，但若不只限定在「公業」章節，考察更多篇章後，大抵來說，第一回報告的分析方法上不乏法律用語：分割、處分、業主等概念，對團體習慣進行記述。臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第一回報告書 上卷》，頁 439-448。

⁵² 法院判例也有朝向將（祭祀）公業視為「財團」作解釋。根據曾文亮的整理：1904（明治 37）年控民第 144 號判例：「公業具有類似財團之性質，雖本島無法人規定，慣例上，已認為得以公業名，享有權利云云。」1920（大正 9）年控民第八十五號判例：「本島之公業，係屬於一種財團法人。管理人對公業，具有法律上代理人資格。」1920 年控民第 495 號判例：「祭祀公業，係以祭祀祖先為目的而設立之財團……」。由此，法院認為祭祀公業性質接近民法財團法人。曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 64。

同樣法律情況下，要將民間習慣認定為「舊慣」似乎不太可能。因此在判決時，法官會盡量讓民間習慣和日本法體系間取得一個平衡點。⁵³ 在解釋祭祀公業性質時，法院也會朝向從日本實定法規範去解釋，「法人說」就是從日本民法體系尋求法律依據。⁵⁴ 這篇答覆者為法官，比起舊慣調查的見解來說，更具有司法實務上的意義，也可說是為「公業」內涵定調。其答覆為：

本問題所述諸業，是本島人所稱公業，業主必須使用公號，絕不能使用公業派下某一個人名字。(一) 管理方法，特設一管理人，或由派下每一人輪流管理，不與私人產業混淆。(二) 設有管理人而因公業負債，償還方式必以公會財產次年收入或原資產支出，不得與公業派下任何人財產有關。(三) 如與(二)相反，收入應使用原設定目的事業，有盈餘時，方才投入公業財產中，絕不使用其他目的之事業。(祭祀業盈餘可以分配，其他公業如經全體成員一致通過，亦可加以分配)。(四) 這些公業財產與其他私人產業完全是個別財產，因此疑問中稱為財團法人應屬正確。無須懷疑。⁵⁵

上述問答中，法官見解其實和第一回調查報告中，祭祀公業具有財團性質的部分有高度相似，包括：必須使用公號，公業財產公業使用、不做其他目的使用等類似處。唯獨問答中的(三)中提到，盈餘若扣除祭祀費用後，可分配給關係當事者。這種「剩餘金分配」的特徵，舊慣調查會認為是接近「共有關係」；但在此問答中，法官認為即使有剩餘金分配的習慣，並無礙認定公業為財團法人。此種說法，也成為法院判例。⁵⁶ 另一個傾向是，法院判例中的「公業」定義更為

⁵³ 曾文亮將當時各種祭祀公業的解釋分為三種類型：(一)直接從民間習慣加以解釋；(二)從日本實定法規範解釋；(三)從近代西方法律體系解釋。曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 60-64。根據這些判例來看，將祭祀公業性質解釋傾向民法財團法人，大致就是所謂的「從日本實定法規範來解釋」的範圍中。

⁵⁴ 曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 61-62。

⁵⁵ 著者未註，〈祭祀業は法人なるや〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 8 號(1904 年 8 月)，頁 30。

⁵⁶ 有關「公業收益盈餘分配」，從法院判決來看，原則上認為收益應分配給派下。根據 1906(明治 39)年控民第 625、656 號判決：「除去充當祭祀公業之祭祀及其他諸費用，所殘餘之收益，除了其設定行為或全體派下之間，協議禁止分配的情況外，都應分配給派下。」1908(明治 41)年控民第 588 號：「公業所產生租穀，於充用祭祀業而有剩餘時，得分配給派下。如不分配的情形，以派下合約或圖書中有明記者為限。」曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 66。

狹義：「公業」乃是不鬪分用以祭祀祖先的祭祀公業（不含廟業、神明會之業）。這種狹義解釋，和本島人的公業認知漸趨一致。⁵⁷

法官們雖在慣習問答中認為公業可視為民法上的財團法人，但在明治期的判例上，認定其法律性質「類似財團」。⁵⁸ 但觀其法官問答之脈絡來看，仍可明顯發現，即使是在特殊統治主義方針下，法官們仍選擇日本民法體系來尋求理論依據，舊慣調查的習慣立法取徑，未必能影響法官。

四、土地調查局：以「社團財團」取代「公業」（1905 年）

作為土地行政業務執行機關的土地調查局，也有組織內部的舊慣調查計畫。土地調查局在 1905 年推出《臺灣土地慣行一斑》三編（以下皆稱《慣行一斑》），第一編是北中南開墾情況和清國土地行政；第二編是土地種類與各類土地稅目；第三編是土地權利關係（包含業主種類、契約、貨幣與度量衡）等，大致是土地調查局為了瞭解臺灣土地稅務行政舊慣所編，因此該分類可說是具有符合土地調查行政實務的業務參考書性質。

《慣行一斑》將「業主」區分為「個人—社團財團」（即：自然人—法人）的法律性質。「個人」項目中，只有婦人、外國人；「社團財團」則有番社、祠廟、神佛會、義塚，以及公業。《慣行一斑》中「社團財團」內容，可能是因應 1902 年 6 月訓令第二十九號「土地調查規程」第二十八條中：「以番社、祠廟、公號、神佛或祖先等之名為業主的慣習，其名義由頭目、管事、董事其他管理人申告」，這些團體因可直接進行團體申告，因此土地調查局也深入調查，可謂因應其能否

⁵⁷ 在 1904 年 7 月 26 日於臺北地方法院召開的慣習諮問會有以下問答：「問：公業有哪些種類財產？答：公業有祭祀業、書田、恤孤寡業等，祭祀業是提供祭祀費的產業；細別可分為葬式費、祭墓費，此為主要公業。有使用尚有餘裕，始供應其他以下之費用。總而言之，主要公業就是祭祀業，其他可以說是附帶的……」。問答內容中，本島人所指涉的「公業」，指的就是祭祀公業——未鬪分而以祭祀祖先為目的的財產。著者未註，〈公業に関する件（臺北地方）〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 12 號（1904 年 12 月），頁 27。

⁵⁸ 1904（明治 37）年控民第 144 號判例：「公業具有類似財團之性質，雖本島無法人規定，慣例上，已認為得以公業名，享有權利。」臺灣總督府覆審法院編，《覆審法院判例全集自明治二十九年至大正八年》（臺北：伊藤正介，1920 年），頁 207。

成為權利主體疑義的調查結果。

《慣行一斑》將番社、祠廟、義塚等和「公業」兩者都直接歸納為「社團及財團」，並描述「○○（該公業名稱）的名義作為財產權的主體」云云。此和第一回調查報告一樣，直接承認舊慣，以公號團體之名在丈單契字上登錄為業主者，都認定可為財產權的主體，也大都具有社團、財團的性質。唯獨第一回調查報告時，稱為「特別主體」，此次則直接稱「社團及財團」，等於直接把舊慣（公業、地方公共事業）以近代法概念加以套用（社團財團）了。

和第一回調查報告相同處是：「公業」架構一致，即祭祀團體的財產。包含祭祀祖先的一家或同姓同族財產，和祠廟神佛會財產兩大類。《慣行一斑》指出：⁵⁹

公業乃相對於專屬一人私業的名稱，意味著供於公用的財產，廣義解釋的話：

- （一）寺廟、神佛會的財產
- （二）一家內供於祭祀祖先、亡兄弟財產
- （三）同族同姓相議捐金或寄附土地以祭祀祖先的財產。

當然作為其他各種團體財產，以一個公號或團體名為業主，公號或團體名乃看作思想上的人格，稱該財產為公業。若狹義解釋，限定在言談和文書間所言明的公業，即本島人所首肯的普通公業，即所說的（二）、（三）場合。⁶⁰

該段落顯示，縱使土地調查規則創造出「公（團體所有）一共（數人共有）」申告制度，但本島人所普遍認知者，「公業」僅限於一家用於祭祀祖先的財產，或是同族同姓間祭祀祖先的財產即（二）、（三）。連寺廟、神明會財產都不在本島人普遍認知的狹義「公業」範疇。因此，《慣行一斑》和第一回調查報告相同，將祭祀團體的財產泛稱「公業」，不和其他公共團體混合。但土地調查局進一步知道，本島人普遍認知公業只有（二）、（三），不含（一）廟、神明會之業。但

⁵⁹ 臨時臺灣土地調查局，《臺灣土地慣行一斑 第參編》（出版地不詳：臨時臺灣土地調查局，1905年），頁70。

⁶⁰ 另有（四）繼承人曠缺場合，直到他日決定適當的繼承人為止，以死者遺產為祭祀業，於繼承人確定同時消滅之過渡性質的公業。（五）父祖死亡後，子孫將全部財產作為公業，以其收入支持各自生計及祖先祭祀。（四）被認為畢竟是為了繼承人利益而存立，不具有永久性質。（五）則被認定為是純然的共有關係。臨時臺灣土地調查局，《臺灣土地慣行一斑 第參編》，頁71。

《慣行一斑》依舊將寺廟神佛會納入「公業」，則是認為「公業乃非一人私產，供作公用的財產」性質。⁶¹

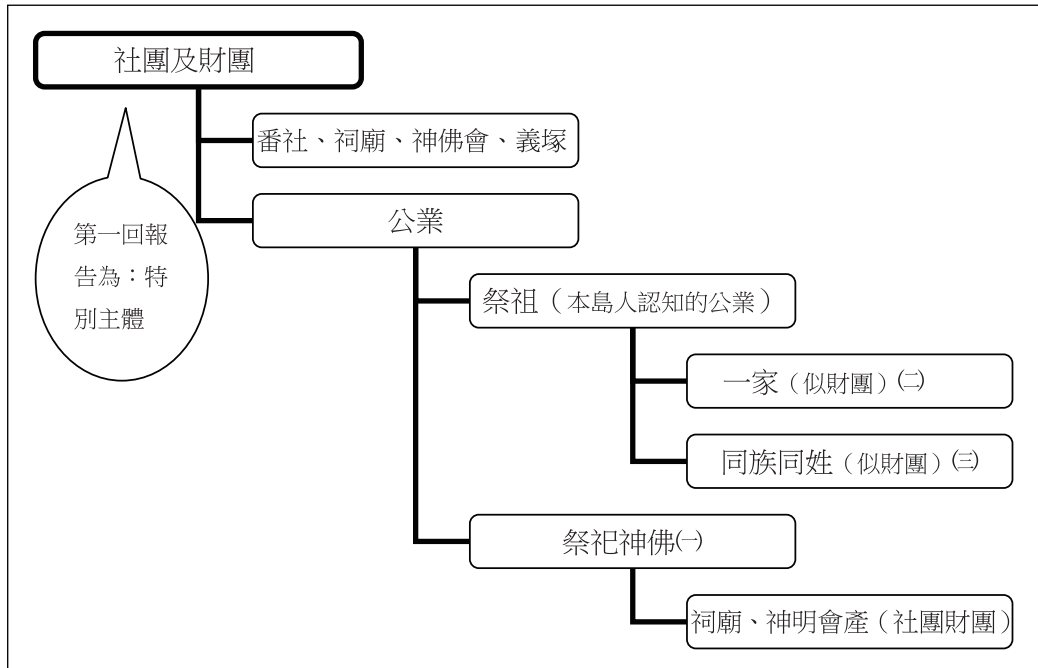


圖 3、1905 年《臺灣土地慣行一斑》中業主的種類圖

針對公業的法律性質，《慣行一斑》指出：

……如（二）、（三）場合，1. 乃依照捐贈行為成立，2. 有為了一家或同族同姓的公共目的，3. 有永久繼續性質的話，視為財團是適當的……。

……蓋本島人本來觀念，祭祀神佛或祖先為目的財產的權利主體，並不是創設的關係當事人，而是把神佛或祖先的靈位，具有思想上的人格。

如此，許多契字乃以神佛名或祖先名為業主，把關係當事者稱為爐下眾或祀內人，把董事首事稱為管理人……。

……有一朝關係人失其生計、遭遇窮狀，依協議買賣或分配者，或是將收益充作祭祀費用，剩餘者分配給關係人，從這些點來看，有公業宛如共有

⁶¹ 臨時臺灣土地調查局，《臺灣土地慣行一斑 第參編》，頁 70。

財產的觀點。但這畢竟是基於關係當事者的不法，並不是公業本性所許可……。

……公業乃以某公田名義下附丈單、徵收地租，此等乃依從本島一般慣行、進行清釐迄今，無非是認可其為法人……。

《慣行一斑》的公業論點，第一是直接依舊慣認定權利主體，以供神佛、祖先作為公業主，具有法人格，可視為法人。⁶² 曾文亮認為這是一種「直接從民間習慣加以解釋」的視角——「享祀者主體說」，祭祀公業主體是死亡的享祀者，派下只是管理人。⁶³ 土地調查規則的團體申告推行現狀就是各類團體都可以來申告，這種實態也是清丈事業或各類契字所使用的老辦法，認定事業名稱為業主，只是現在套上「社團財團」的外觀。這是一種在承認舊慣現況的前提下，對舊慣所作的現代詮釋。

二則是，逐漸淡化「公業的共有性質」之說。在第一回報告書中提到，祭祀公業的剩餘金分配、陷於貧窮時出售、或依照關係人協議分割等共有特徵。此時《慣行一斑》認為分割公業是關係當事人的不法、敗壞德義，並非公業本質如此。⁶⁴ 但是按照公業以公田名義、下付丈單至今的習慣來看，可認可為法人。此論點也與法院見解合流，即認為祭祀公業縱使有被認為共有的特性，但並非原則，無礙認定為「法人」的見解。

第三，《慣行一斑》依舊將「公業」作為祭祀團體財產的泛稱，包含血緣團體和非血緣團體的祭祀財產；也瞭解到唯有（二）、（三）是本島人普遍認知的「公業」內涵。報告也指出，（二）、（三）共同點在：捐贈行為成立、一家或同族同姓的公共目的、永久性質，可視為「財團」。比較特別的是，《慣行一斑》在「公業設定的方式」中，特別分析了作為血緣團體的「（二）一家內供於祭祀祖先、

⁶² 舊慣調查會補助委員小島由道曾整理祭祀公業性質的各種論述，有財團說（財團自體為全力主體）、共有說（各房共有）、同有說（德國法同有關係）、特別法律關係說、家祖處有說（屬於家祖的財產，死後仍為財產權的主體）諸種，特別是最後的「家祖處有說」最接近臺灣祭祀公業的狀況。小島由道，〈公業的權利主體〉，《臺法月報》，第 5 卷第 3 號（1911 年 3 月），頁 17-27。

⁶³ 曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 60-61。

⁶⁴ 臨時臺灣土地調查局，《臺灣土地慣行一斑 第參編》，頁 70-71。

亡兄弟財產」和「(一) 寺廟、神佛會的財產或(三) 同族同姓相議捐金或寄附土地以祭祀祖先的財產」的兩者財產設定方式不同。

作為血緣團體的「(二) 一家內供於祭祀祖先、亡兄弟財產」，乃依照生前處分或遺言於鬮分之際，抽出祖先遺業一部分作為公業；或是兄弟各房相議捐金買地、捐地作為公業；或是鬮分時各自均分後，所生總數作為公業。而(一) 寺廟、神佛會的財產或(三) 同族同姓相議捐金或寄附土地以祭祀祖先的財產，則是由關係人捐贈行為而設立。此外，(二) 以鬮分字或遺書內記載抽出事由，或立合約字設立；而(一)、(三) 通常記載於帳簿，有時只有田園的賣契字，沒有製作帳目。⁶⁵

根據以上，可看出一個有趣現象，雖然本島人普遍認知的「公業」為血緣團體(二)，加上擬血緣團體(三) 兩者祭祀祖先的財產。但就財產設定上，擬血緣團體(三) 和(一) 寺廟、神佛會的財產設定比較相近，和真正的血緣團體(二) 的財產設定大大不同。要之，雖然本島人將祭祖財產都稱為「公業」，但其所包含的「一家內不鬮分用來祭祀祖先的財產」和「非血緣集團的祭祖財產」，根本是兩個不同範疇(一家、同姓同族或信仰集團)、不同性質的財產。

從日後的演化分類來看，這種真正血緣集團的「一家內不鬮分的祭祖財產」，成為 1906 年第二回調查報告的「公業」內涵：「以祖先祭祀為目的，而特別抽存、捐出的祭祀業、辦事公業、育才公業三者」。而(一) 寺廟、神佛會、(三) 同族同姓相議捐金或寄附土地以祭祀祖先的財產(可能是祖公會、祠堂) 則歸入社團或財團。⁶⁶

要之，土地調查局的《慣行一斑》，直接將各類團體(包含公業) 視為社團或財團，其見解也和法院逐漸合流。土地調查局在申告實務上已認定各類團體具有登記主體的資格，而《慣行一斑》的性質認定為社團財團，更顯示了土地調查局已經將各團體轉型為社團財團做政策準備。就機關性格來看，土地調查局的業務執行和調查結果，一直都是以最低行政成本來將「舊慣」朝向新制轉化。

⁶⁵ 臨時臺灣土地調查局，《臺灣土地慣行一斑 第參編》，頁 72-73。

⁶⁶ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第一卷》(神戶：臨時臺灣舊慣調查會，1906 年)，頁 757。

五、概括認定、簡化現實的「泛公業論」(1905 年 10 月)

1903 年舊慣調查會補助委員安藤靜提出「泛共有論」——即公業都是共有關係，試圖釐清公業的權利狀態，其意見並未成為主流，也未能撼動土地調查局的「公共分立」制度。原本的泛共有論雖然帶來清楚的權利狀態，但到底這些財產能否找出共有者不無疑問。安藤靜分別從書籍、契字、島民口述中拼湊公業面貌。在清代律典中找到「祀產、祭田」詞彙，並無「公業」一詞。從契字上，所謂的「公業」是「鬮分之際，將殘留或抽出部分為業，可知其指多為祭祀業也」。⁶⁷ 安藤進一步詢問本島人士紳如何理解「公業」。這裡凸顯的是：沒有相對應話語權、行政權的本島人如何發聲？在權利化過程中，本島人除了協助行政調查、土地調查事業之外，也扮演著報導人的角色，闡述他們當時的認知。

根據安藤靜所蒐集的訪談紀錄，本島人士紳的「公業」定義如下：

舉人王藍玉：公業起初僅稱祭祀業，如今非屬私業、官業者，則乃屬社團的或財團的財產，且不問是否屬於共有的財產，此種不動產即視為公業者也有。

舉人蔡國琳：公業的「公」字，因有祖公的「公」與公眾的「公」的意義存在，以為祖公之業，如其屬於私業時，就不得稱為公業。所以也有將「祭祀祖公」、「辦事」、「育才」之業，即有視為公業者。

鳳山舉人盧德祥：祀業、書田二種，⁶⁸ 單獨稱其為公業。至於第二章第四以下的業，不得單獨謂為公業；如屬廟宇則不得不稱為：何廟的公業，如屬書院就不得不稱為：何書院的公業。

白其祥外三名：公業包括祭祀業、書田、恤孤寡業等，亦有作為祭祀業為主要的公業，其他則為附從公業者。⁶⁹

⁶⁷ 安藤靜，〈臺灣に於ける公業〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 10 號（1905 年 10 月），頁 6-7。

⁶⁸ 書田乃一族內用以鼓勵獎勵子孫讀書為目的而設立的公業，因此稱其為育才租，書田與祭祀業及辦事公業相同，多在鬮分時留存或抽出，故又稱為育才公業。安藤靜，〈臺灣に於ける公業(3)〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 12 號（1905 年 12 月），頁 2-3。

⁶⁹ 安藤靜，〈臺灣に於ける公業〉，頁 7。

以上 4 種說法，以第三種盧德祥之說最為狹義、最接近清代時期習慣。唯有祀業、書田才能單獨稱為「公業」，其餘財團則必定要加上「廟／書院的公業」作為辨識。第四種也和第三種範疇一致，「祭祀業」為主，書田、恤孤寡業則是用祭祀剩餘費去附帶支辦。⁷⁰ 第一、二種比較有趣的是，本島人所提供的說法顯然已經遭到新制的影響，夾雜土地調查局或是舊慣調查報告的分類框架來詮釋。

第一種王藍玉之說，和現行土地調查制度相一致。「非私業、官業」，所有「社團財團」、無關「共有」與否都可以申告，其辭彙夾雜各種日本統治後的法律新造語。這種說法等同於安藤靜所提出「泛共有論」時，申告現狀就是：「公業已成為不屬一人所有之不動產的總稱」，其中可能產生「公共不分」的亂象，才會想要用「泛共有論」去整理所有團體的法律關係。土地調查雖然帶來「公共分立」的制度，但實際執行的狀況卻變成「只要不屬一人私業者」都可以公號、團體來申告。這些申告團體中，可能混合具有「共有」關係者，以致於造成制度上是「公共分立」，事實上是「公共不分」的實況，因此「公業」也變成各團體的總稱。

第二種蔡國琳有兩種「公」說法——祖公的「公」、公眾的「公」。「公有兩種」的說法，也各自呼應著舊慣調查報告：將公共團體、祭祀團體各自分成公共事業和祭祀類公業的兩種「公」的分化範疇。亦即，原本本島人頗為一致的「公業」為「未鬮分用以祭祖的財產」的認知；蔡國琳則以比較擴張性的說法，把一般公共事業涵括進來。因此，很難分辨蔡國琳之說到底是根據自我判斷，還是受到第一回舊慣調查報告或是《慣行一斑》的分類影響。此外，「辦事公業」、「育才公業」也不是清代所習慣使用的稱呼，而首次出現在這篇安藤靜的〈臺灣に於ける公業〉所列舉的 15 類項目中。換言之，蔡國琳提到「將『祭祀祖公』、『辦事』、『育才』之業，即有視為公業者」的說法，其實是閱讀安藤靜研究後的影響。

⁷⁰ 第四種說法的原始出處為：1904 年 7 月 26 日「臺北地方法院慣習諮問會問答筆記」中，島人回答：「公業有祭祀業、書田、恤孤寡業」。當時接受問答的本島人為：陳少碩、李孫蒲、白其祥、歐陽長庚等。著者未註，〈公業に關する件（臺北地方）〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 12 號（1904 年 12 月），頁 27。此範疇也為法院所吸收，認定「祭祀業、恤孤寡業等公業，可視為財團法人。」著者未註，〈祭祀業は法人なるや〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 8 號（1904 年 8 月），頁 30。

從王藍玉的泛公業論（不屬一人者都算公業）和蔡國琳兩種「公」（祖公、公眾的分類）答覆來看，當時對舊慣的理解，是在一種「官民相互」的語境下所界定，很難說是「純粹的」本島人定義，毋寧可視為歷經土地調查新制後，本島人吸收新制、新造語後的現代闡釋。這種新造語、新制度所帶給本島人觀念的影響，也回饋到作為報導人的本島人答覆，已經很難說是原始舊慣。

安藤靜曾訪問本島人對於「共有」的意義？鹽水港葉瑞西回答：「雖無共業字句，但有共有字句，亦即關係者最多者稱其為公有，關係者少者稱為共有，且無其他的共有之字句。」從本島人的回應中，可知共業、共有、公有等配合土地調查事業所衍生的法律制度語彙已經為本島人所吸收；但是本島人對於這些法律用語的確切法律意義，未必能精準掌握。比如區分「公」和「共」的關鍵，不是關係人多或寡，而是權利狀態是單一所有還是共有。安藤也發現到葉氏受到新造語的影響，誤將改隸後所見的日本語當作改隸前的臺灣語。共有乃日本創造的法律語，於清國和臺灣似無存在云云。⁷¹ 因此，縱使安藤收集了清代律典、契字和當下本島人的訪談，但本島人所吐露者，是一種「吸收新制後對習慣的再詮釋、再創造」，這點安藤是清楚的。

因此，安藤靜認為當下對於公業的定義，已經演變為「十人十說」的局面，唯獨「祭祀業」乃本島人異口同聲所認同的答案：亦即鬮分祖公業時，予以留存或抽出部分財產所為祭祀業者。但安藤並不將「公業」作狹義解釋，他認為：「祭祀業是僅屬各房管理，具有永久相傳性質。換句話說祭祀業非屬一房的私業，因係公業，所以具有不得出售或出典的性質。正因如此，和祭祀業有同樣性質的業，以及類似的業，也以公業為總稱」。⁷² 「公業」依舊是總稱，但是不得出售和出典的性質變成認定的必要條件。

必須注意的是，「永久相傳、不得出售、出典」的性質，並非安藤靜首先提出。早於安藤靜提出「公業論」之前，舊慣調查會補助委員小林里平針對土地登記規則發布後所產生的登記疑問，其中針對公業性質有進行整理。在其文〈有關

⁷¹ 安藤靜，〈共有に關する舊慣（調查中部以及南部地區）〉，《臺灣慣習記事》，第 7 卷第 7 號（1907 年 7 月），頁 1。

⁷² 安藤靜，〈臺灣に於ける公業〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 10 號（1905 年 10 月），頁 8。

登記手續上二大疑義〉解析「贍養費是否是為公業予以管理？」的問答時，小林提出了「公業三種性質」：（一）用於祭祀，不做他用；（二）屬於永久性目的；（三）業主權屬於公號。⁷³

特別是第二個特徵「永久目的」，乃是根據第一回舊慣調查報告參考書提供「鬮分財產中殘存公業作為分配以外之例」的鬮書內容。⁷⁴ 鬮書中提到：父親遺下產業，先存為公業，然後抽出大孫、過房承嗣、老母養贍者；其餘由各房均分。亦即，遺產可區分出給各房鬮分者和不鬮分者。其中「老母養贍」（贍養費）到底是否為「公業」引發討論。

表 2、1904 年安藤靜「泛共有論」和 1905 年「泛公業論」比較表

「泛共有論」（1904 年）		「泛公業論」（1905）不得出售、出典	
1.繼承	10.番社	1.祭祀業	12.義塚的業
2.合夥		2.辦事公業	13.共有的業
3.合買		3.書田	14.義渡的業
4.神明會		4.廟業	15.義學、義塾的業
5.祖公會		5.神明會的業	
6.廟		6.齋堂的業	
7.附合		7.書院的業	
8.界址		8.養濟院的業	
9.營造物		9.普濟堂的業	
(官廟、考棚、書院、養濟院、同善堂、育嬰堂、義倉、明善堂、城牆、隘門)		10.育嬰堂的業	
		11.恤嫠局的業	

小林主張，贍養費不應視為「公業」。因為贍養費可以由所有者（享利者）任意處分；並且契字中「贍養費」和「公業」通常併記，予以區別。且舊慣調查報告書撰寫者岡松參太郎解釋該鬮書時提到：「本契字中尚餘存大孫額及公業，

⁷³ 小林里平，〈登記手續上に於ける二大疑義〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 7 號（1905 年 7 月），頁 19-24。

⁷⁴ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書附錄參考書》，頁 327-330。

但從合約觀之，該公業係單為老母生存中日食甘旨費用，死亡時充作喪葬費，尚有剩餘者由四房均分。根據此點，該公業非具有永久性質者，似不能稱為真正的公業。」第一回調查報告書據此也提到：「公業乃不鬻分作為一家或一族公用財產」。因此，「永久性質」應可視為第一回調查報告書對公業性質的整體立場。

小林里平的第二個根據，是依據當時臺北地方法院判官早川彌三郎的見解「公業乃具有永遠不得分割之性質」（早川氏講義筆錄 63 丁）。由於筆者未見「早川氏講義筆錄」，無法還原早川氏的完整說法。小林根據第一回舊慣調查報告附錄參考書以及早川講義，主張公業性質中必有「永久性目的」。這種精神，大致就在安藤靜此篇所繼承，即公業具有不可出賣、出典性質。

比對安藤靜 1904 年的共有論，和 1905 年的公業論。1904 年他在共有架構下，解讀這些團體的權利狀態是「共有關係」，即泛共有論。「公業」是屬兩人以上不動產的意思，公業不過是「共有」中的名稱之一。⁷⁵ 但 1905 年的公業研究，以「不可出售、出典」為公業原則。比如說，1904 年的「繼承」中包含祭祀（公）業，當時安藤靜解讀為「各房共有」；⁷⁶ 1905 年則變為「祭祀業」，主張以不得出售、出典為原則，除非不得不處分時，可出典或出售。⁷⁷ 安藤提出「泛公業論」，等於翻轉了以往自己的論點。認為 1904 年論及「公業要在共有中來敘述」是有誤的；1905 年時，主張應將公業廣義解釋，「共有應在公業中來敘述」。因此，「公業」的法律性質，除了社團或財團法人性質，也有共有的性質。

在此，令人費解的是，安藤靜將「共有」放入「公業」中（圖 4，右）。⁷⁸ 照理來說，1905 年的公業論主張「不可出售、出典」，應該是為了作為「公業」和「共有」的區分標準。因為從「共有關係」來看，欲變更共有物，原則也需要共有者一致同意，但有些地方仍有異例。此外，共有者可買賣其持分、並可隨時提出分割共有物的權利，這就和「不可出售、出典」性質截然不同。⁷⁹ 用「不可出

⁷⁵ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，頁 21。

⁷⁶ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，頁 25

⁷⁷ 安藤靜，〈臺灣に於ける公業（續）〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 11 號（1905 年 11 月），頁 6-7。

⁷⁸ 安藤靜，〈臺灣に於ける公業（3）〉，頁 26。

⁷⁹ 安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有の舊慣（承前）〉，頁 17-19

售、出典」作為區分「公業」和「共有」的標準，方為適當。

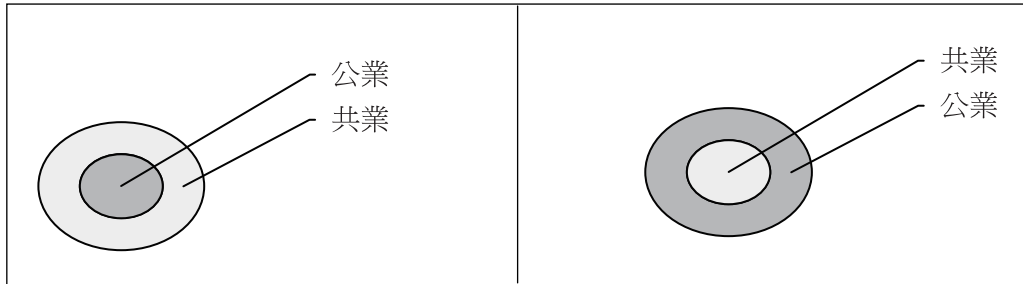


圖 4、1903 年「共」消滅「公」(左)與 1905 年「公」中有「共」(右)

但安藤靜這種「公中有共」(圖 4, 右)論點，造成「公／共」界線無法確立，使得「不得出售、出典」的公業中，包含了可處分的「共有」。就法律的實益來說，並沒有解決什麼問題。因為若從「不可出售、出典」作為公業標準來看，「共有」卻是遭遇到「非請求分割不可」、「有份之人全體同意時」可以分割。⁸⁰ 因此，把「共有」納入「公業」中有矛盾之處。

此外，安藤所舉例的數個公業中，早有被分割、處分的狀況。如寺廟部分，安藤靜雖認為即使寺廟關係人全體同意也不得出售、出典；⁸¹ 但事實上，自從寺廟財產處分法規頒布後，寺廟解散、財產處分的案例並非罕見。⁸² 神明會部分，只要爐主一致同意，出售或出典都不罕見。因此，安藤靜雖然將「公業」認定為「不得出售、出典」為原則，但現實上這些團體產業的出售、出典並非罕例。正如 1904 年的共有論一樣，1905 年的公業論也產生了理論和現實上的落差。使得土地調查規則的推行，表面權利狀態清楚，實則不清的現狀也沒有進一步釐清。

要之，安藤認為大眾已經將「公業」視為各類團體的通稱，因此比較 1903

⁸⁰ 安藤靜，〈臺灣に於ける公業〉，頁 7-8；安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有の舊慣（承前）〉，頁 17-19。

⁸¹ 安藤靜，〈臺灣に於ける公業（3）〉，頁 7。

⁸² 關於廟產處分檔案，請參見溫國良編譯，《臺灣總督府公文類纂宗教史料彙編明治 42 年 5 月至明治 44 年 11 月》（南投：國史館臺灣文獻館，2008 年）。更多的寺廟財產處分案，請參見該宗教史料彙編的相關系列。

年和 1905 年安藤靜的公業論述差異，其共同問題意識都是將「公業」做一概括定性（皆為共有，或皆為不可處分的公業）。這種概括式認定能達到權利關係明確化的效果，卻往往過於理想化，簡化舊慣的複雜度。

儘管第二回舊慣調查會報告書的官方論點（岡松參太郎執筆）並未採取安藤靜這種概括式的公業分類（泛共有論、泛公業論），而是檢選部分安藤靜對各團體內涵的調查結果。因此，若論及舊慣調查會的內部差異，做為主持人的岡松參太郎必須取捨調查員涉入個人理念的過度詮釋和現實的落差後，加以調整和重新詮釋報告，以平衡現實與舊慣概念的落差。安藤靜的公業分析也大致依循：業的設立、管理、權利、處分、業主名、收益等近代民法架構下所使用的概念。因此，其研究可說是扮演近代公業知識相當重要的推手角色。

六、貫徹「特殊主義」的法律詮釋：「公業」、「社團財團」分離

1900 年土地調查規則確立「公（團體所有）一共（數人共有）」架構後，但申告團體夾雜各類性質不一的團體，造成的表面清楚、實際混淆的實況，舊慣調查員、土地調查局、司法機關都曾有過想要對「公業」的內涵、範疇進行清理。1903 年具有行政、司法參考之實用機能的舊慣調查事業，大致依循「公共分立」原則將祭祀業和地方公共事業作初步的分類整理，即「公的分化」（祭祀的公、公眾的公）。這種分類分式，成了日後論述基礎討論架構——團體所有（公）、共有，是否為具法人格社團財團等。各機關所生產的泛共有論（安藤靜，1903 年）、泛公業論（安藤靜，1905 年）、廣義公業（1903 年，舊慣調查會第一回報告書祭祀神佛、祖先都是公業）、狹義公業（1906 年，舊慣調查會第二回報告，限定一家祭祀祖先財產、育才公業、辦事公業）等，都是圍繞著這些團體的法律性質來進行討論。

從 1906 年第二回舊慣調查報告書的分類來看，社團財團包含：（一）1903 年第一回報告書中的「特別主體」，其以 1897 年訓令第 161 號所承認的舊慣社團財團為主，⁸³ 即在前清時期由地方廳經手的地方事業。根據 1897 年訓令第 161

⁸³ 訓令第 161 號（1897 年 12 月 11 日）：「屬於社團財團或個人收入的金種，過去為了便益於地

號，先作為地方財團被地方廳保管，再由地方廳擬定事業管理辦法（如：學租取扱規則等），後來陸續轉化、實質官有化。⁸⁴（二）1905 年《慣行一斑》的「社團財團」則針對 1902 年土地調查規程所預設的民間申告團體（番社、祠廟、神佛、祖先、公號）。第二回報告書即是在此兩大脈絡（1897 年訓令第 161 號的舊慣社團財團，和 1903 年土地調查規程的民間團體）基礎之上進行統合分類。第二回調查報告書中的「社團財團」，其事業整理狀況如下：

養濟院：臺南慈惠院所屬	適用訓令 161 號。整合為臺南慈惠院。
普濟堂：臺南慈惠院所屬	
育嬰堂：臺南慈惠院所屬	
卹嫠局：臺南慈惠院所屬	
義塚：臺南慈惠院所屬	
樂局：適用訓令 161 號，地方廳長管理	
賓興館：適用訓令 161 號，地方廳長管理	
番社：公法上的法人，承認為財產權的主體	1902 年 6 月訓令二十九號「土地調查規程」第二十八條：「以番社、祠廟、公號、神佛或祖先等之名為業主的慣習，其名義由頭目、管事、董事其他管理人申告」。
廟：可視為財團法人	
神明會：可為財團性質和組合關係 （會員有共有權）兩種	
齋堂：可視為財團法人	

圖 5、第二回調查報告中「社團財團」整理狀況

方廳加以徵收或支付之舊慣，總督認可後，得將其舊慣繼續履行。於前項場合，關於徵收或支付規程，就其種類由知事廳長定之，並請本總督認可」。〈訓令第百六十一號〉，《臺灣總督府報》，第 209 號（1897 年 12 月 11 日），頁 170。

⁸⁴ 1898 年 5 月 22 日發布「民學二十二號」，說明「學租」適用 1897 年訓令第 161 號，由地方廳管理。1899 年各救恤類財團結成立臺北仁濟院。1899 年義倉，依照律令第三十一號「臺灣罹災救恤基金章程」編為罹災救助基金。1903 年府議決議，城工租、義渡租編入地方稅經濟項目。千住精一，《臺灣稅務史下》（出版地不詳：臺灣總督府民政部財政局內稅務職員共慰會，1918 年），頁 508-509。以上，地方公共事業的整理過程，筆者已另以專文處理。

在第二回報告書「社團財團」的兩大類別中：適用訓令第 161 號編入「地方財團」者，其管理辦法由地方廳訂定，廳長管理，最後整合為慈惠院體系，院長由廳長充任，以及該院評議員任免與財產處分都需要總督許可，等同實質官有化。⁸⁵ 另一種依照土地調查相關規定進行團體申告，其法律性質大致被詮釋為：公法人（番社）、社團財團法人（寺廟、神明會）、組合（神明會）等。⁸⁶ 亦即，前者朝向官有化、制度化（如罹災救助基金、地方稅、官設財團法人）邁進；後者也朝向法人制度、共有關係轉化。

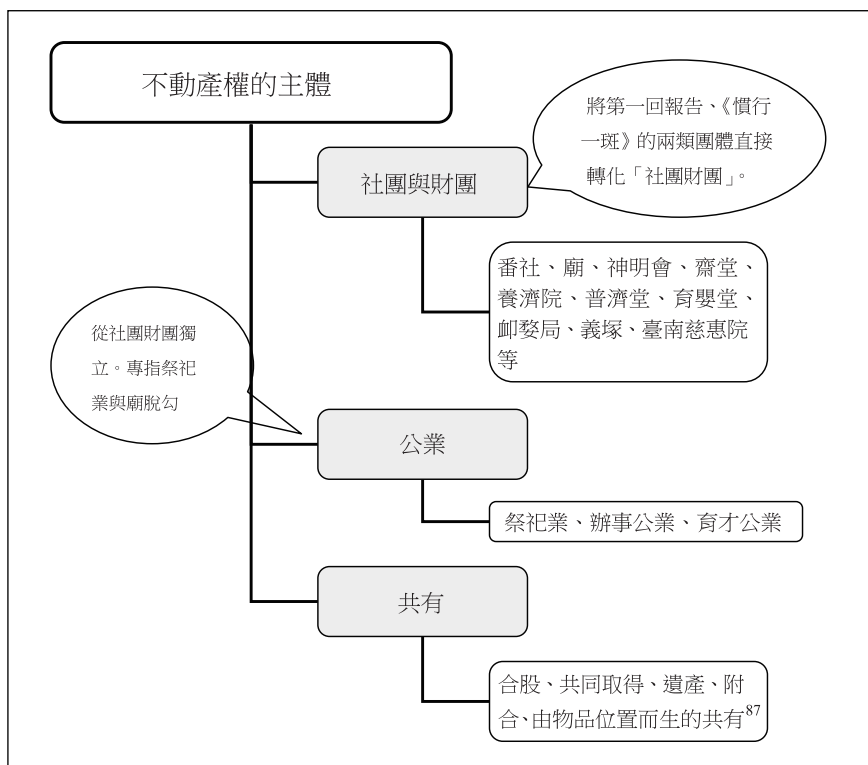


圖 6、第二回報告書（1906 年）不動產的主體示意圖

⁸⁵ 千住精一，《臺灣稅務史下》，頁 1141-1143。

⁸⁶ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第一卷》，頁 723-754。

⁸⁷ 「附合」：沿河沿海土地業主，亦有取得連接浮洲或海埔者，該土地如共有時，連結的浮洲或海埔亦屬於此等業主共有。「由物品位置而生的共有」：兩鄰兩地的厝壁、圍牆屬於相鄰者共有，如公壁、公井等。臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書第一卷》，頁 774。

至於在《慣行一斑》中被劃歸為「社團財團」的「公業」，到了第二回調查報告中也和「社團財團」分離。這也意味著「公的分化」的完成，即「公眾的公」歸類為「社團財團」，而「祭祀祖公的公」則獨立為「公業」。報告書指出：

……於本島人觀念中，以祖先祭祀為目的而抽存的產業為公業習慣，此點無疑……而富豪家除了祭祀業之外，也有為了讀書獎勵或支辦捐贈、交際費用稱為育才公業、辦事公業而抽出留存的慣習……。

……公業的法理性質，如前記臺灣慣習上的公業的範圍並無一定，故而無法一概而論。即很多公業中有純然共有性質、有社團或財團法人格者；或者不屬於何者，寧可說公業是一種特別法律關係是為適當。特別是本節所記載的公業，即有認定為特別的法律關係之必要。

……本節公業乃無異議的以祖先祭祀為目的而抽存或捐出的祭祀業、辦事公業、育才公業三者慣習；以外的公業乃記載於前節屬於社團及財團的產業……。⁸⁸

此段敘述特別的是，過去在第一回報告書或《慣行一斑》中「公業」被作為祭祀團體財產的總稱，不管是血緣團體用以祭祖的財產，或是非血緣團體的祭祀財產、祭祀神佛的財產都稱為「公業」。但在此處，則選擇了本島人最無異議的「用以祭祀祖先而抽存的財產」。以一家血緣團體用以祭祀祖先的祭祀業，以及法律性質無異但目的不同的「辦事、育才公業」三者作為第二回「公業」內涵。其法律關係則捨棄社團財團或共有的選擇，標舉出「特殊法律關係」。而其他非血緣團體的祭祀財產（廟、神明會、齋堂等）則歸類為「社團財團」，朝向法人制度轉化。

在第一回報告和《慣行一斑》被納入「公業」的神明會、寺廟歸入「社團財團」。「同姓者捐金、捐地充作祖先的祭祀之產業」（第一回報告用語）或是「同族同姓相議捐金或寄附土地以祭祀祖先的財產」（《慣行一斑》用語）也不再被列入「公業」中。其有營造物者，被歸類為第二回報告的「人事編／人／宗教／宗教營造物／民設營造物」的「祠堂」；若無營造物、僅有團體者，歸類為「人事編／人／宗教／宗教團體」的「祖公會」。⁸⁹ 亦即，「公業」排除以同姓、同族

⁸⁸ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第一卷》，頁756-757。

⁸⁹ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第二卷上》（神戶：臨

為範疇的祠堂、祖公會。

祠堂（又稱家廟）設立者為同宗或同姓，有大宗、小宗之分。小宗為宗族關係明確的數家，為了祭祀近世祖禰而營造的廟宇。不是財團法人而是同宗數家共有。大宗為同姓者祭祀同姓始祖而建立的廟宇，設立者單就同姓、不需要同宗、不問原籍、身分，可認為是財團法人。和民間神祠寺觀相異處在大宗乃祭祀同姓始祖，其性質和一般祠廟相同。⁹⁰ 換言之，大宗是非血緣團體，雖有時稱為家廟，但成員間並無血緣關係，和一般公廟並無二致，但小宗則是宗族關係明確的數家。

那麼，宗族關係明確的小宗到底可否視為由「一家用以祭祖而抽存的祭祀公業」呢？其範圍如何？在第二回報告中提到小宗性質，可能屬於同宗數家共有、或祭祀業（即祭祀公業）、或子孫捐出，分割時屬於同宗共有者。⁹¹ 但小宗祠堂也可能是祖公會。報告中的「宗教團體／祖公會」指出：祖公會乃指同姓者為祭祀祖先而組織的團體，屬於社團或組合（共有），而非財團組織；雖以祖公會為名，但性質和社團神明會或小宗祠堂無異。⁹² 換言之，在第二回報告中，小宗祠堂約略有：宗族關係明確的數家共有、祭祀公業性質，或是同姓者社團性質的祖公會兩種。

此性質差異到了 1909 年第三回調查報告有更細緻的分析（請參見圖 7）。⁹³ 第三回報告中，將小宗分為屬於祖公會和屬於祭祀公業的祠堂。前者以南投簡氏家廟為例，始祖德潤公以傳下 16 世，道光年間已成數十房，每房釀資組織兩個祖公會，後來更組織德潤公祖公會，於同治年間由祖公會資金建造祠堂。後者則以臺北加蚋仔庄的楊氏家廟為例，該廟以為子綦祖抽存的祭祀公業，由派下 4 房輪管，後以結餘金建造祠堂。

第二回報告將「祠堂／家廟」分為大小宗，小宗被認為是同宗數家共有的財產或是祖公會；但到 1909 年第三回報告，小宗更具體細分為祖公會和祭祀公業

時臺灣舊慣調查會，1907 年），頁 266-272、283-284。

⁹⁰ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第二卷上》，頁 266-272。

⁹¹ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第二卷上》，頁 267-268。

⁹² 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第二卷上》，頁 283-284。

⁹³ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書 臺灣私法 第一卷下》（出版地不詳：臨時臺灣舊慣調查會，1910 年），頁 351-354。

兩種性質。第三回報告更表示，祖公會乃將全部財產依出資分股，有份者死後，其子孫不得繼承合同，只在會內互相隨意買賣，因此不被認定為祭祀公業。⁹⁴

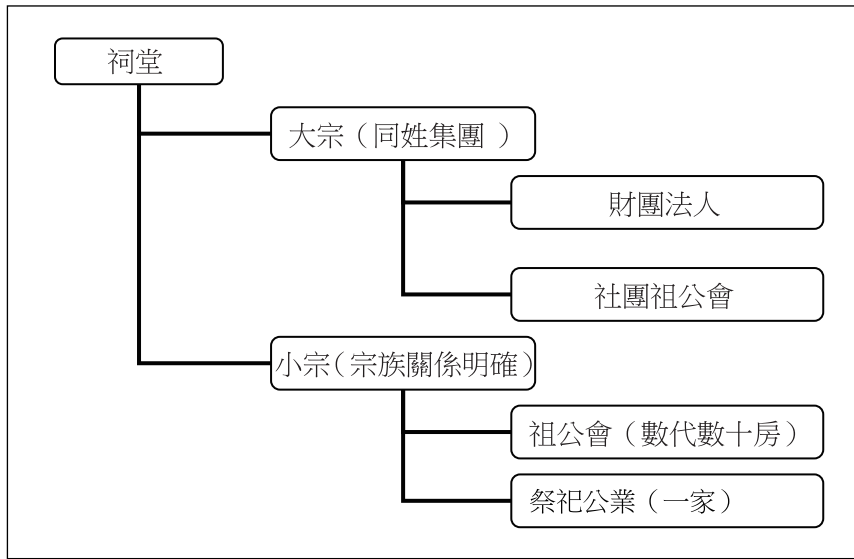


圖 7、《臨時臺灣舊慣調查會第三回報告書》的「祠堂」概念示意圖

根據以上，在第二回報告中，「公業」已經完全排除神明會、寺廟等祭祀神佛的團體。而同樣是祭祀祖先的同姓者團體來說，其所成立的祠堂（家廟）歸入「民設營造物」中。若為大宗，則和一般民設神祠寺觀性質無異，可能是一財團法人或社團性質的祖公會。若是小宗，則屬於同宗數家共有、祭祀業（祭祀公業）或祖公會。具體來說，「祠堂／家廟」不必然進入「公業」，惟具有祭祀公業性質者，由該公業出資建立的小宗祠堂，則可為祭祀公業。這裡的「家廟的家」的範疇，由大到小為：同姓、同宗數十代、或是一家祭祀公業都有可能。

第二回報告中的「公業」已經限縮解釋為「以祭祀祖先為目的而抽存的產業」；富豪之家可能會有為讀書獎勵的育才公業；或支辦交際、捐贈的辦事公業三種。這種認知，可說和清代鬮分字上的「公業」使用習慣相當接近。到了第三

⁹⁴ 臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書 臺灣私法 第一卷下》，頁 395。

回報時，依舊保持其框架、未作改變。故本文在此不另處理第三回報告。

調查事業第一部主持人岡松參太郎曾於 1905 年明確表態，提倡舊慣立法；1908 年也持續表示經過舊慣調查會長期調查後，已達到「本島立法的時機」，主張以內地民法結合本島舊慣為之。同年，總督府也決定對臺灣民事習慣法進行法典化工作。⁹⁵ 因此，第三回調查組成時，已經開始為舊慣立法起草做準備。⁹⁶ 換言之，舊慣調查會報告大體上是在舊慣法典化的脈絡下，為打造一殖民地法典而產生，不特別和內地法律同化為依歸。

從「公業」概念的演變來看，在第一回報告中被認為法律性質可定性為社團法人或財團法人或共有關係，如寺廟、神明會；1906 年第二回舊慣調查報告則直接歸類為社團財團、脫離「公業」。被認定其性質和社團、財團，或共有等概念相當接近。而在第一回報告中，某些特定「公業」則同時具有財團、共有特徵，⁹⁷ 舊慣調查會認為其雙重特質甚為特殊。縱使司法實務中已將祭祀公業解釋為「類似財團」，此朝向內地民商法的解釋。⁹⁸ 但舊慣調查會其機關性格不採統合路線，到了第二回調查報告也不硬套用日本實定法的概念，而是標舉「特殊法律關係」之說。此可說是一種為了未來施政方向所作的預備論述。到了第三回調查報告時，「祭祀公業」性質亦採社團財團，或共有論，而是以獨逸法（德國法）的「合有關係」作解釋，⁹⁹ 可以說，舊慣調查會一貫地特殊主義性格，也反映在論述選擇上，不特別選擇和內地民法制度接軌，而針對本島特殊性選擇最適合的法律理論。

⁹⁵ 曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 51-52。

⁹⁶ 舊慣調查會第三部立法部於 1909-1904 年間召開 5 次法案審查會，完成「臺灣民事令」、「臺灣親族相續令」、「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」等草案。王泰升，〈臺灣日治時期的法律改革〉，頁 318。

⁹⁷ 同時具有「財團」與「共有」性質特徵的「公業」，乃指「以祭祀祖先為目的而屬於一家或一族產業」、「同姓捐金、捐地充作祭祀祖先的財產」兩種。臨時臺灣舊慣調查會，〈臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷〉，頁 463-464。

⁹⁸ 1904 年控民第 144 號判例：「公業具有類似財團之性質，雖本島無法人規定，慣例上，已認為得以公業名，享有權利云云。」轉引自曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉，頁 64。

⁹⁹ 臨時臺灣舊慣調查會，〈臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第三回報告書 臺灣私法第一卷下〉，

肆、結語

1898 年律令第八號發布，本島人民商事項「依用舊慣」成為臺灣民事實體法的原則，此也是本文分析的制度性背景。因此，本文所指舊慣已經非延續清代傳統的民間習慣，而是依循此制度性背景下，行政或司法機關整理舊慣資料，轉換以法律形式的舊慣知識。其中，土地行政機關、舊慣調查會、院各機關的「公業」論述有著共同的根本命題——即近代民法下的權利主體是自然人或法人，那麼這些具有土地財產的團體或公業，能否視為法人？而又因機關目的差異，演化出不同的公業性質之詮釋是本文論述核心。

1898 年土地調查事業展開，土地調查局建構「公（團體所有）一共（數人共有）」的申告法規。申告實務上相當寬鬆地接受各類團體申告，加上本島人未能明確區分兩者不同的法律意義，因此申告結果可能出現「公共不分」的混淆現象，無法單從申告名義確認該團體真實的權利狀態。因此，土地調查事業雖然形式上清理了土地的權利關係，但這些被申告為業主的團體，是否具有權利主體資格、其法律性質為何，仍有疑義。從此土地行政實務困境出發，本文闡述土地調查局、舊慣調查會、法官雖都是本於近代法概念對公業團體進行法律分析——公業可否為近代法人？具權利主體資格？該團體財產權利狀態是團體所有？還是共有？但又因機關目的不同，見解各異。

本文選擇舊慣調查會前兩回的調查報告（1903-1906 年）、土地調查局的《臺灣土地慣行一斑》（1905 年），以及當時舊慣研究刊物的《臺灣慣習記事》（1901-1907 年）所刊載舊慣調查委員的調查研究、法院的慣習諮問會、法官見解等論述，來呈現當時行政、司法界共享的近代法概念為基礎，卻又因機關目的差異，而發展出不同公業法律性質詮釋的演變過程。

很明顯地，土地調查局一開始以完成業主權申告，以確立稅基、穩固財政為首要核心；縱使機關內部有相關舊慣調查成果，但和行政實務無法有效搭配。只

能以高等土地調查委員會和數次規則改正，來救濟查定不服以及建構最低行政成本的申告制度。對於團體法律性質疑義，就成為舊慣調查事業的任務。

舊慣調查會旨在整理、發現舊慣，轉換以法律形式，提供給行政、司法機關參考；他日以學理性編述發展出融入現代法理念的殖民地民事法典。也因律令規範「依用舊慣」的制度性背景，其產出的舊慣論述，已是近代歐陸法學概念轉譯後的產物，和帝國現代法律體制具有相容性。¹⁰⁰ 誠然 1910 年代中期舊慣立法事業中挫，轉向內地延長原則，但舊慣事業調查報告依舊代表著總督府為了貫徹特殊統治的政治方案，建立一舊慣調查的專責機關，去詮釋、翻譯臺灣習慣，加以建構一套殖民地近代民事法典的意向。

舊慣調查會在 1903 年出版第一回報告書，將公業範疇擴張解釋，將祭祀神佛和祭祀祖先的財產一併納入「公業」，分析這些祭祀團體各有社團財團、或共有，或兩者兼而有之的特質。調查會點出舊慣和近代法概念不完全相容、混雜之處，不輕易將之以近代法概念概括。也看出舊慣調查會重視殖民地特殊性，不以和內地實體法統合為依歸的機關態度。

其中，調查會中專責舊慣團體調查的補助委員安藤靜，前後提出共有論（1903 年）、公業論（1905 年），希望以清晰明確的權利關係，解決申告實務上名實不符的落差。但因和社會現實落差太大，其激進見解未被主持人岡松參太郎所接受。安藤靜代表了舊慣調查會中有法律見解不均質的內部意見，但主事者最終不輕易以全稱概括的方式來分類公業。毋寧選擇以較貼近社會習慣（限縮公業範疇為祭祀、育才、辦事公業）、幾乎回歸至和清代習慣最為接近的公業範疇；以及符合其法律性質的學說（第二回「祭祀公業」獨立於「社團財團」，第三回「特殊法律關係」、德國「合有關係」）來主張。報告書逐一闡釋各類團體的法律性質，成為理解當時殖民官僚初步將舊慣權利化的重要論述基礎。

舊慣調查會選擇以舊慣立法的路徑發展舊慣知識，不輕易和內地實體法統合。但由於舊慣調查會報告僅作為提供法院認定舊慣內容時的參考，不能拘束法院，最終，習慣法的實質內涵依舊必須回歸法院判決或決議為依歸。法曹們有改進不符公序良俗、汰除不合法理的法理念性格，因此更常以日本民法上相似的法

¹⁰⁰ 王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 24-25。

律關係來解釋臺灣舊慣內容。¹⁰¹ 對於公業，法官以日本實定法（財團法人說）來解釋。因此，本文不在認定舊慣調查會之舊慣知識更有影響力，而是指出縱使舊慣調查會和司法實務之間法律見解不同，但都是在近代歐陸法學此一共享的法律架構和語境上，進行學說的分析、修正，與擺盪在舊慣與近代概念的困境和思辨過程。

此外，在舊慣近代法化過程中，本島人並未缺席，而是扮演報導人的角色。但必須注意的是，本島人意見可能已經摻雜自日本領臺以來的新制度、新法律用語的近代概念的影響，形成一種不精確、概念誤用的理解（如「公業」訪談中，本島人的 4 種解釋），可看出最初本島人吸收近代法概念的青黃不接。要之，舊慣知識並非一開始就有明確定義的，毋寧是歷經「錯誤預設—調查、討論—修正」後，其概念不斷演化的動態過程。

¹⁰¹ 王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》，頁 310。

徵引書目

一、公報

《臺灣總督府報》，1897-1898 年。

二、史料彙編

溫國良編譯，《臺灣總督府公文類纂宗教史料彙編（明治 42 年 5 月至明治 44 年 11 月）》。南投：國史館臺灣文獻館，2008 年。

三、專書

千住精一，《臺灣稅務史下》。不詳：臺灣總督府民政部財務局內稅務職員共慰會，1918 年。

井出季和太著，郭輝譯，《日據下之臺政卷一臺灣治績志》。臺北：海峽學術出版社，2003 年。

王泰升，《臺灣日治時期的法律改革》。臺北：聯經出版事業公司，1999 年。

王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》。臺北：臺大出版中心，2015 年。

姉齒松平，《祭祀公業與臺灣於特殊法律的研究》。臺北：眾文出版社，1991 年。

臺灣總督府覆審高等法院編纂，小森惠再編，《高等覆審法院判例全集》，冊四、冊十。東京：文生書院，1995 年。

臺灣總督府覆審法院編，《覆審法院判例全集自明治二十九年至大正八年》。臺北：伊藤正介，1920 年。

臨時臺灣土地調查局，《臺灣土地慣行一斑 第參編》。出版地不詳：臨時臺灣土地調查局，1905 年。

臨時臺灣土地調查局，《臺灣舊慣制度調查一斑》。臺北：臨時臺灣土地調查局，1901

年。

臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書附錄參考書》。京都：臨時臺灣舊慣調查會，1903 年。

臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會 第一部調查第一回報告書 上卷》。京都：臨時臺灣舊慣調查會，1903 年。

臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第一卷》。神戶：臨時臺灣舊慣調查會，1906 年。

臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第二回報告書 第二卷上》。神戶：臨時臺灣舊慣調查會，1907 年。

臨時臺灣舊慣調查會，《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書 臺灣私法第一卷下》。出版地不詳：臨時臺灣舊慣調查會，1910 年。

四、期刊、會議論文

小林里平，〈登記手續上に於ける二大疑義〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 7 號（1905 年 7 月）。

小林里平，〈臺灣の私廟〉，《臺法月報》，第 7 卷第 6 號（1913 年 6 月）。

小島由道，〈公業の權利主體〉，《臺法月報》，第 5 卷第 3 號（1911 年 3 月）。

山根幸夫著，吳密察譯，〈臨時臺灣舊慣調查會的成果〉，《臺灣風物》，第 32 卷第 1 期（1982 年 3 月）。

安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有に關する舊慣〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 6 號（1904 年 6 月）。

安藤靜，〈北部臺灣に於ける共有の舊慣（承前）〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 7 號（1904 年 7 月）。

安藤靜，〈共有に關する舊慣（調查中部以及南部地區）〉，《臺灣慣習記事》，第 7 卷第 7 號（1907 年 7 月）。

安藤靜，〈臺灣に於ける公業〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 10 號（1905 年 10 月）。

安藤靜，〈臺灣に於ける公業（續）〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 11 號（1905 年 11 月）。

安藤靜，〈臺灣に於ける公業（3）〉，《臺灣慣習記事》，第 5 卷第 12 號（1905 年 12 月）。

曾文亮，〈近代國家與宗族土地：臺灣日治時期祭祀公業問題〉，「The Colonial Land Law and Local Communities in Asia」，香港：香港中文大學、香港中文大學歷史系主辦，2013 年 7 月 1 日。

著者未註，〈公業に關する件（臺北地方）〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 12 號（1904 年 12 月）。

著者未註，〈祭祀業は法人なるや〉，《臺灣慣習記事》，第 4 卷第 8 號（1904 年 8 月）。

五、學位論文

曾文亮，〈臺灣法律史上的祭祀公業〉。臺北：臺灣大學法律學研究所碩士論文，1999 年。

魏家弘，〈臺灣土地所有權概念的形成經過——從業到所有權〉。臺北：臺灣大學法律學研究所碩士論文，1996 年。

六、網路資料

「輪管公業合約」等，收錄於臺灣大學圖書館「深化臺灣核心文獻典藏數位化計畫淡新檔案」：<http://dtrap.lib.ntu.edu.tw/DTRAP/index.htm>。（2016/03/20 點閱）