

# 跨時代的台灣人—日治時期台灣店鋪營業讓與習慣的法律

## 史考察（1895—1945）

蔡仲閔\*

### 目錄

壹、前言 .....	1
一、研究動機.....	1
二、研究方法、範圍及史料運用 .....	1
（一）研究方法 .....	1
（二）研究範圍 .....	2
（三）史料運用 .....	2
貳、日治時期台灣店鋪營業讓與相關法律規範內容（1895-1945） .....	3
一、法律現代化與權利化.....	3
（一）現代性與法律現代化 .....	3
（二）權利化 .....	4
二、日本現代型民事法律階段性施行 .....	4
（一）日治初期與台灣舊慣並存的現代民事法（1898-1922） .....	5
（二）日治後期現代型民事法律的全面適用（1923-1945） .....	6
三、1898 年日本現代型商標法施行於台灣.....	7
四、1904 年日本現代型公證制度施行於台灣.....	8
五、現代型法院與民事爭訟調停制度的建立.....	9
參、日治時期台灣店鋪營業讓與習慣的變遷.....	10
一、台灣人店鋪營業讓與之習慣 .....	10

---

\* 台灣大學法律系碩士班基礎法學組。

(一) 清治時期店舖營業讓與契字之內容考察 .....	10
(二) 店舖營業讓與之習慣 .....	11
(三) 對於「物」的習慣 .....	12
(四) 店號及標頭之習慣 .....	12
二、日治時期台灣人對現代型契約制度的接觸 .....	13
三、日治時期台灣人店舖營業讓與習慣之「權利化」 .....	14
(一) 現代「動產/所有權」概念的運用 .....	14
(二) 「生理」與「營業權」 .....	15
四、日治時期的台灣人與現代型商標 .....	15
(一) 日治時期台灣人與現代型商標的相遇 .....	15
(二) 對於現代型商標的運用 .....	17
五、現代型法院的運用 .....	18
(一) 在法院之外的店舖紛爭解決方式 .....	18
(二) 使用法院解決紛爭的有限性 .....	19
(三) 公證制度作為紛爭的預防 .....	20
六、綜合觀察：從法律生活變遷中看見台灣社會自主性 .....	20
(一) 權利化過程中社會的自主學習 .....	20
(二) 國家規範變遷中的社會自主選擇 .....	21
肆、結論 .....	22
參考文獻 .....	23

## 壹、前言

### 一、研究動機

台灣的社會上存在著各式各樣的店舖營業活動，在每個人的生活中皆會有前往店舖消費的經驗，而在消費的時候是否有注意到幾種情況，一種是店舖在營業的過程中也在旁邊貼出「頂讓」或者「盤讓」的訊息；一種是店舖貼出員工旅遊的訊息後，再次開始營業時，老闆已經悄悄的換人；另一種則是即將結束營業而要將生財工具進行轉賣。雖然這些情況在台灣人的觀念中常被稱之為「店舖頂讓」或者「店面頂讓」，在消費者的立場也僅有看到經營者的變動，但在變動的過程中，實際上移轉了什麼樣的內容並未對外公開，不禁令人想一探究竟。藉由文獻的考察，可以發現「店舖頂讓」是存在於台灣社會中的交易習慣，因此在稱呼上並無統一固定的詞彙，且在我國的相關法律中僅有民法 305 條<sup>1</sup>較具相關性，那麼現代的國家法規與店舖頂讓習慣之間，如何進行詮釋與適用亦令人感到好奇。

基於上述的疑惑深入追問，店舖頂讓的習慣於清治時期的台灣便已存在，但清治時期的習慣內容是什麼？嗣於 1895 年起，台灣社會開始受到日本政府的殖民，而日本於明治維新時，繼受西方現代型法律制度，並將該法律制度階段式施行於台灣。在這動盪的時代之中，跨時代的台灣人面臨什麼樣的國家法規變化？在法律生活中產生了什麼樣的轉變？且在這些轉變之中，台灣人如何運用現代型國家法來保障自己的營業利益，進一步使這些營業利益，在店舖頂讓的過程中成為具有交易價值的標的？此外，在遇到店舖的衝突時，傳統與現代的紛爭預防與解決方式是否有所不同？在前揭問題意識下，本文欲透過法律史的考察，從清治時期台灣社會的店舖頂讓習慣出發，觀察從清治時期進入日治時期後，該店舖頂讓習慣產生什麼樣的變化，以及被殖民的台灣社會及台灣人是否有自主性。

### 二、研究方法、範圍及史料運用

#### （一）研究方法

本文在論述脈絡上，係以台灣為主體進行法律史之研究，並從中觀察「法律與社會」的互動，用以分析施行在台灣社會的法律規範體系/法律秩序，與生活在台灣土地的人民現實上所經歷的經驗，如何相互影響，同時以「多元而多元」的觀察視角，探究在各個不同的時代中，台灣人民實際上存在的法律生活<sup>2</sup>。於

---

<sup>1</sup> 民法第 305 條第一項：「就他人之財產或營業，概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通知或公告，而生承擔債務之效力。」。

<sup>2</sup> 王泰升（2010），《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證的法學》，頁 1-34，台北：元照。

研究方法上，主要透過運用既有文獻、法院檔案、史料等進行研究分析。在清治台灣到日治台灣此段期間，將運用清治時期的「契字」<sup>3</sup>與日治時期的「契約」作為觀察起點，從中考察店舖營業讓與的習慣，在清治、日治的台灣社會中如何實踐發展，以及如何產生變化，同時運用報紙、日記等資料，深入觀察台灣人在現代型法律施行下，如何去接觸、學習及選擇。

## （二）研究範圍

本文主要觀察台灣社會上的「店舖頂讓」的習慣，在本文中為方便論述故以「店舖營業讓與」稱之。而店舖營業讓與之習慣，隨著營業項目的不同，讓與的內容也會有所不同，因此有其複雜性及個案差異性存在，然而在實踐上也有共同之部分，因時間及篇幅因素，本文將聚焦於共通點進行討論，例如在讓與的過程中，較常見之約定是讓與「生財工具」，在此情況下因生財工具對於不同的營業有著不同的內容，因此本文僅會討論對於這個「生財工具」這個共通概念理解上產生的變化，至於因營業項目不同而產生的差異性則不在本文討論範圍。此外，在觀察的營業活動上，本文會將焦點放在較一般性的店舖營業活動上，並從中進行分析，且關於店舖營業是採取何種出資型態，例如係以公司、合夥模式等，亦不另行區分及研究，該更深入觀察及細分之研究則有待其他人進行之。另為使本文討論得以聚焦，故觀察之重點主要在於考察「現代化」及「權利化」的脈絡。

## （三）史料運用

本文主要運用的檔案及資料庫，有《淡新檔案》、《日治法院檔案》、《臺灣日日新報》及《臺灣日記知識庫》。因對於日治時期的店舖營業及讓與習慣，目前並無完整的研究存在，故對於當時的台灣社會實踐情況，本文將從《日治法院檔案》中的公證契約書出發，並輔以《臺灣日日新報》及《臺灣日記知識庫》中記載的相關社會事實，作為論述上的支持依據，同時描繪該習慣的輪廓；在紛爭解決的議題上，也會運用《淡新檔案》中的相關的文書來論證，並呈現當時台灣人民對於紛爭解決機制最直接的認識。在史料的概況上，因清治時期台灣的店舖營業讓之習慣實踐，有作成書面且被完整保留者非常的少，故本文只能盡最大的努力，運用在能力範圍所能獲得的資料，做出完整的觀察及分析。

---

<sup>3</sup> 在清治時期之台灣，尚無「契約」此一現代法中之用語與概念存在，當時的台灣人皆以「契」或「字」稱之，從而本文在論及清治時期時，亦從之。

## 貳、日治時期台灣店舖營業讓與相關法律規範內容（1895-1945）

在本文中欲考察台灣的「法律現代化」及「權利化」過程，因此在論述上本文將對該相關概念先進行定義。再者，台灣社會的人群組成具複雜性，故在日治時期本文的觀察對象以「台灣人」為主，不包括未接受漢族文化的高山族原住民，蓋於日治時期，高山族原住民之民事事項，原則上是由警察依個案內容「參酌」原住民習慣而自由裁斷，並非強制要「依據」之<sup>4</sup>。而於 1895 年起，台灣社會開始接觸到由日本殖民政府引入的西方現代型法律制度，故在討論台灣人的店舖營業讓與習慣如何在日本現代型法律制度施行下產生的變化前，本段將先對於日治時期的國家法規範上的變化進行說明，並於下一段中討論習慣的具體變遷。

### 一、法律現代化與權利化

#### （一）現代性與法律現代化

對於西方社會或文化共同體在時序上進入「近代」後所發展出的事物和價值，在英文中係以「modernity」指涉，在日文與韓文中向來使用漢字「近代性」來稱之，但在華文世界裡則多數人譯為「現代性」<sup>5</sup>，雖然兩者看起來似乎成為了同義詞，但當「近代」和「現代」所指稱的是「歷史時間上的某一個時代」，則在不同的歷史脈絡、不同的地域社會下，所指涉的時間斷代點或時段可能不同<sup>6</sup>。

在台灣或使用華文/中文的國家，常以「現代化」、「現代性」、「後現代」之詞彙，來翻譯 modernization、modernity、post-modern。台灣法律史研究者王泰升，亦本於溝通上之方便，自 2009 年起即從華文世界之翻譯，並將 modern law 譯為「現代法」，不再受日文漢字之影響而在華文中稱「近代法」，但「近代」一詞仍可用於指稱歷史上的一個時代<sup>7</sup>。因本文係對台灣的法律史進行考察，在用詞上亦採用台灣法律史研究者王泰升之翻譯，故本文中的「近代」一詞，係帶有特定意涵的時序上指稱；「現代性」一詞，係指近代西方所發展出的事物與價值；「現代法」一詞，則指近代西方社會基於其物質文明與精神層面的價值觀所形成的法律規範，在本文中亦會以「現代型/現代式（modern-style）法律」來指稱具有現代法特性的法律規範<sup>8</sup>。而就台灣的「法律現代化」，在本文係指台灣一般人

<sup>4</sup> 雖然在 1945 年時，日本政權為使高山族原住民族能逐步融入日本這個現代型國家，曾表示 10 年後將對其適用包括現代的民刑事法律在內的「一般法令」，但隨即離開台灣。王泰升（2015），〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、地域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44 卷 4 期，頁 1679-1680。

<sup>5</sup> 王泰升（2012），《台灣法律史概論》，4 版，頁 101，台北：元照。

<sup>6</sup> 處於西方歷史脈絡下，modern 一詞大致上指工業革命以後的時代，在日本的脈絡下，則指 1868 年的明治維新後的時代。

<sup>7</sup> 王泰升（2019），〈臺灣法律史的提出及學科化〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 1，頁 15。

<sup>8</sup> 王泰升，前揭註 2，頁 42。

的法律生活，從「傳統」轉化為「現代」，亦即從漢族或原住民固有的法律生活法方式，轉換為由近代西方所發展出來的法律生活方式<sup>9</sup>。

## （二）權利化

「權利化」在本文中係指將社會中固有的民間習慣，以現代型法律中的「權利」或「法學」概念進行表述或改造的過程。其方式在台灣法律史的脈落下可以從立法權、司法權及行政權三個面向進行觀察。「立法權」主要係透過制定法律的方式來進行，例如：日本政府以 1904 年律令第 6 號《關於大租權整理之件》，改造清治時期「大小租關係」之舊慣，使小租戶成為業主權人<sup>10</sup>；又如 1905 年律令第 3 號《台灣土地登記規則》，改造清治時期「典關係」和「胎關係」之舊慣，使其成為「典權」和「胎權」，並與現代型民法中之質權及抵當權相比擬<sup>11</sup>。在「司法權」方面，主要係透過判決例的方式為之，例如：日治台灣於 1922 年年底以前，成文法條僅概括的規定應依「舊慣」及「法理」，而未具體的表示特定法律關係所涉及之舊慣或法理的內容究竟是什麼，故處理個案的司法機關在「依法裁判」的憲政原則下，即必須認定什麼是「習慣」，使台灣社會上的習慣成為法律適用之邏輯三段論法上的「大前提」即「習慣法之權利」，進而以判決方式承認之<sup>12</sup>。在「行政權」方面，主要係透過行政行為的方式為之，例如：日本政府在台灣進行的舊慣調查事業，於 1901 年委由法學博士岡松三太郎主持臨時台灣舊慣調查會，這項舊慣調查即係根據現代型法律概念及已現代化的日本民法上分類，來詮釋台灣人的舊慣<sup>13</sup>。

## 二、日本現代型民事法律階段性施行

在論及日治時期台灣的相關法令時，對於當時台灣的立法制度自應先行說明。1895 年日本取得台灣的主權後，嗣於 1896 年 3 月底，帝國議會通過法律第 63 號「有關應施行於台灣之法令之件」（以下簡稱六三法）<sup>14</sup>，確立了台灣的立法制度，其主要特色為「委任立法」<sup>15</sup>。1906 年以法律第 31 號修改「有關應施行

<sup>9</sup> 王泰升（2015），《臺灣法律現代化歷程—從「內地延長」到「自主繼受」》，頁 9，台北：中研院台史所、台大出版中心。

<sup>10</sup> 此稱業主權人而不稱所有權人，其原因在於日治初期日本政府面對「業」之關係，係先將其權利化為「業主權」，直至 1923 年日本現代型民法直接在台灣生效後，業主權才改稱之為所有權。

<sup>11</sup> 該台灣土地登記規則第 2 條規定：「具有經登記之典權或胎權者，就該提供債務擔保之土地，得先於其他債權人受自己債權之清償。競賣法中關於質權的規定，準用於典權；關於抵當權的規定，準用於胎權。」。

<sup>12</sup> 王泰升（2015），〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，44 卷 1 期，頁 17。

<sup>13</sup> 同前註，頁 19。

<sup>14</sup> 王泰升，（2014），《台灣日治時期的法律改革》，修訂 2 版，頁 65-69，台北：聯經。

<sup>15</sup> 指帝國議會將其對於台灣的立法權力委託給台灣總督來行使，使其在管轄的台灣地域內，得制定具有與帝國議會之「法律」同等效力的「命令」，此項命令特別稱呼為「律令」。王泰升，前

於台灣之法令之件」，而成為世稱的「三一法」，其對六三法中有關總督享有律令制定權之規定並未改變，只就律令的效力做補充規定<sup>16</sup>。在 1919 年之後，日本的帝國的殖民地統治政策改採「內地延長主義」，為了因應這項新的政策，遂於 1921 年以法律第三號修改「有關應施行於台灣之法令文件」，此即一般所稱的「法三號」，其重要之處在於創設了「特例勅令」制度，使日本內地的法律易於將其施行地域延長至台灣，並可技術性地調整兩地因官署職權、法律上期間等之差異所滋生的法律適用的問題，以及實質地因應不同社會文化而變更法規內容<sup>17</sup>。

#### （一）日治初期與台灣舊慣並存的現代民事法（1898-1922）

在日治時期之初，台灣社會的習慣規範即被採用為有關台灣人之民事事項的法律。於 1895 年 11 月 17 日發布的軍令一日令 21 號《臺灣住民民事訴訟令》，先暫定審判官依地方慣例及法理審理台灣住民之民事訴訟，這項措施嗣後為 1898 年由台灣總督發布的律令第 8 號《有關民事商事及刑事律令》所延續，當中的第 1 條規定了民事事項依照日本民法，但僅關於台灣人及清國人的民事事項，則依照現行之例。同年律令第 9 號的施行規則第 1 條再規定「關於土地的權利，目前不依照日本民法第二編物權之規定，而依照台灣舊慣。」。根據此兩號律令之規定，當時台灣的民事法律關係基本上採「屬人原則」來決定適用法規，日本人即適用日本民法上規定，台灣人則適用「現行之例」，而當法律關係涉及日本人時，即令台灣人也一併適用日本民法。在土地相關權利即採「屬地原則」，只要關於土地事項，即令當事人是日本人，也必須適用台灣人民的「舊慣」來處理土地相關事宜。如此確立了存有日本民法和台灣舊慣等複數的法規範，並依屬人與屬地原則決定準據法的民事法制<sup>18</sup>。

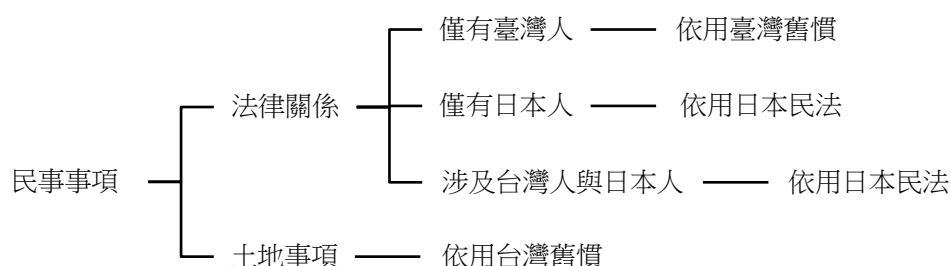


圖 1：日治初期（1898-1922）台灣民事法律適用方式<sup>19</sup>

揭註 14，頁 71。

<sup>16</sup> 王泰升，前揭註 14，頁 69-71、78。

<sup>17</sup> 所謂「特例勅令」係指：當日本帝國議會原本為日本內地社會所制定的法律，因施行勅令的規定而將其施行地域擴及台灣時，得依中央行政機關所發布的勅令為特別的規定，以取代其中若干不符合台灣情事的法律條文。同前註，頁 78-79。

<sup>18</sup> 陳宛妤（2017），〈日治時期土地法律關係之法源〉，《月旦裁判時報》，63 期，頁 24-25。

<sup>19</sup> 筆者自製。

在此種法律制度的架構下，日本政府即須了解台灣的「舊慣」內容，並以來自西方的權利概念加以表述，使其得以在日本的現代西方式法律體制中運作<sup>20</sup>，台灣總督府遂在統治初期即開啟舊慣調查之工作，並陸續出版《第一回報告書》、《第二回報告書》、以及通稱為《臺灣私法》的《第三回報告書》公佈調查之結果<sup>21</sup>，但岡松參太郎在《臺灣私法》基本上係以近代歐陸法的權利概念來描寫並整理台灣習慣，將台灣習慣以近代歐陸民法進行定位，歸類為債權或物權，但這些概念並不存在於日治以前的台灣社會，故事實上已重新塑造了台灣習慣<sup>22</sup>。而在現代型國家體制裡，民間的習慣規範必須經由特定機關依一定程序予以承認，始能成為國家的法律，直接自政治權威機構取得其法的正當性，不必再仗恃反覆慣行及社會遵從的共識。因此，在上述律令等制定法上所謂「舊慣」之規範內容，須由國家司法或行政機關於處理個案時為認定，這些以裁判或行政處分形式出現的「習慣法」之內涵，亦已有別於清治法中的民間習慣與情理<sup>23</sup>。

## （二）日治後期現代型民事法律的全面適用（1923-1945）

1922 年 1 月 1 日「法三號」施行，依其中之「特例勅令」制度，1922 年勅令第 406 號《有關民事法律施行於臺灣之件》即指定日本民法、民事訴訟法等日本法律，自 1923 年 1 月 1 日起施行於台灣，同時發布勅令第 407 號《有關施行於臺灣之法律的特例》，針對已施行的日本法律制定若干適用於台灣的特別規定，其中包括僅涉及台灣人的親屬繼承事項，不適用日本民法親屬繼承兩編之規定，而係「依舊慣」來處理。換言之，僅涉及台灣人的財產法事項，從此改依具有個人主義價值的日本民商法典，但其身分事項仍依照舊慣，而業已依台灣習慣法所發生的各類財產法上權利，須轉化為日本現代型民商法上相對應的權利種類，例如：典權、胎權等台灣習慣法上的權利。日本民商法典因勅令施行於台灣，也使得台灣人必須去適應一套原本是為了其他社會而制定的現代式民事法典<sup>24</sup>。

日本民商法典的施行，對台灣人民的生活在「契約」與「物權」方面也產生了「權利化」的過程。在「契約」方面，現代的契約法是前揭背景下的產物，在康德所代表的近代個人主義哲學中，強調個人意思的自律，運用在法的世界中即成為：只有出於個人自由意思的合致始得有法律上拘束力。而現代型的「契約自由」不僅是國家不隨意介入契約的消極面向，同時亦有國家須實現如契約內容的

<sup>20</sup> 王泰升，前揭註 14，頁 316。

<sup>21</sup> 陳宛妤（2019），〈日治初期資本主義財產法制的確立〉，王泰升著，《台灣史論叢法律篇：多元法律在地匯合》，頁 289-290，台北：台大出版中心。

<sup>22</sup> 陳宛妤（2019），〈探詢臺灣財產法秩序的變遷－臺灣財產法史研究的現狀與課題〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 1，頁 205-206。

<sup>23</sup> 王泰升，前揭註 14，頁 317。

<sup>24</sup> 陳宛妤，前揭註 18，頁 25。



積極面向，契約內容受國家法律保護之實現，係仰賴一個依據法律獨立審判的現代法院體系。經濟活動的參與者基於合意所做成的一個交易上安排，在私法自治的原則下，國家的法律承認其具有拘束當事人的效力，使得一方擁有某種法律上權利稱之為「債權」，另一方具有某種法律上義務稱之為「債務」，當該義務未被履行時，權利人得請求法院以強制力令其履行（法律上稱為「強制執行」），法院不得以法律以外之理由拒絕執行，此即實現了契約的「可執行性」<sup>25</sup>。

在「物權」方面，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。在 1905 年時，歐陸式所有權、抵押權、質權等就已實質上出現於台灣，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」<sup>26</sup>。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。復以台灣人於進行不動產交易時，已逐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<sup>27</sup>。

### 三、1898 年日本現代型商標法施行於台灣

日本國內的商標法立法歷程，最早可追溯到 1876 年、1878 年明治政府先後提出的兩份商標法草案，但皆未成功通過。正式將商標制度法制化，始於 1884 年所頒布的太政官佈告第 19 號《商標條例》，並歷經 1888 年敕令第 86 號《商標條例》、1899 年法律第 38 號《商標法》、1909 年法律第 25 號《商標法》及 1921 年第 99 號《商標法》等之修法。然而，這部具有現代性的商標法真正影響台灣社會係於 1898 年時，日本政府正式以敕令第 290 號將日本《商標法》施行於台灣，使其在台灣社會生效<sup>28</sup>。

日本這部具有現代性的商標法在 1898 年施行於台灣後，其中含有哪些現代制度、理念或價值在其中？第一，其係以「登錄主義」為原則，即商標權之成立須由人民向政府提出商標登錄申請。第二，商標權人具有「專有權」，得以對他

<sup>25</sup> 陳宛妤、王泰升，前揭註 21，頁 287-288。

<sup>26</sup> 王泰升（2004），〈台灣民事財產法文化的變遷—以不動產買賣為例〉，《臺大法學論叢》，33 卷 2 期，頁 14。

<sup>27</sup> 王泰升（2017），〈臺灣的繼受歐陸民法：從經由日中兩國到自主採擇〉，《法令月刊》，68 卷 4 期，7-8 頁。

<sup>28</sup> 鄭育安（2016），《商標法與臺灣社會—從清治至日治時期的變遷》，頁 32-33，國立成功大學歷史學研究所碩士論文。

人主張權利，並因有對世性、排他性而得對商品取得獨占地位，惟設有專用權期限之限制。第三，商標被視為財產權而得移轉與他人，且移轉時必須連同營業一同讓與。第四，為保護交易市場秩序，侵害商標之行為課予刑事責任。第五，對於商標構成的文字、圖形、顏色進行規範，以達到識別商品之效果<sup>29</sup>。然而，日本的商標法立法與後續幾次修正，皆係立基於日本社會的考量，例如：境內工業發展迅速、申請案件過多等<sup>30</sup>，並未顧及到台灣社會中的民間習慣，從而在具有現代性內涵的商標法與台灣社會交會時，其適用過程中即必須經過些許的調和。

#### 四、1904 年日本現代型公證制度施行於台灣

在日本現代型法律相繼施行於台灣後，相關的配合的制度也同時被施行於台灣，尤其是日本現代型民法帶來的現代「契約」，其搭配的「公證制度」亦被引進台灣。在清治時期的台灣，契字通常具有一定之格式及項目，也要求要有公親、中人、在場人等角色與當事人一同署名畫押，用以記述及證明過去的合意。惟契字中有許多「地方脈絡性」不易掌握，同時由於大多委由代筆人書寫，與事實不符者亦不少見，在此社會脈絡背景下，於 1903 年時，台灣總督便發布了律令第 12 號《公證規則》，並定於 1904 年 2 月施行<sup>31</sup>。

在《公證規則》的施行下，原則上各法院及其出張所要設置公證課，且由地方法院判官取代過去代筆人或中人的角色，聽取聲請人的陳述而製作契約文書，故在文書的一開始會寫「法院判官 ○○○○ 依照法律，為證 ○ 年 ○ 月 ○ 日雙方當事人的意思表示，而做成此證書」，此契約文書稱為「公正證書」，公正證書的原本由製作之法院所保管。最重要的是，公正證書的原本由製作之法院保管，若證書中有記載願意受強制執行的要旨，則可不用經過法院的確定判決，就可以直接依此作為執行名義，向法院聲請強制執行，透過國家公權力要求債務人履行債務，可說是對債權人相當有保障的制度<sup>32</sup>。此外，公證制度並未限制僅有日本人可以使用，台灣人民間要締結契約，亦可向法院聲請公證，從《日治法院檔案》看來<sup>33</sup>，利用公證制度締結契約者以台灣人占多數，且過去已成立的契據亦可再申請公證。如此一來，做成公正證書的舊契字事實上已不再僅有傳統中國法下的「事實紀錄」的作用，而是轉化成為現代西方法下契約的意涵，由國家確保契約的可執行性<sup>34</sup>，從而公證制度運作之其一場域即現代型法院亦為重要。

<sup>29</sup> 同前註，頁 34-38。

<sup>30</sup> 鄭育安，前揭註 28，頁 33。

<sup>31</sup> 陳宛妤、王泰升，前揭註 21，頁 294。

<sup>32</sup> 同前註，頁 294-295。

<sup>33</sup> 關於《日治法院檔案》的相關介紹以及學術上之運用，可參王泰升（2009），〈日治法院檔案的整編與研究〉，《臺灣史研究》，16 卷 1 期，頁 169-201。

<sup>34</sup> 陳宛妤、王泰升，前揭註 21，頁 295。

## 五、現代型法院與民事爭訟調停制度的建立

日本於 1895 年 6 月 17 日在台北城宣佈始政後，擬將司法事務劃歸三縣（台北、台中、台南）一廳（澎湖）的地方官處理，亦即由警察部掌刑事裁判、內務部掌民事裁判，嗣於同年 10 月 7 日以日令（軍事命令）發布「台灣總督府法院職制」創設「台灣總督法院」，然事實上於 11 月 20 日才開始營運。在軍政底下，此一機關本質上為「軍法會議」（即軍事法庭），但日本統治當局認為戰事終止後，既不宜立刻改為日本法上的「裁判所」，若繼續使用帶有軍法會議色彩之名稱亦有不妥，不如一開始就使用「法院」一詞，以免設立後不久即須改名<sup>35</sup>，故 1896 年開始，專職行使國家司法裁判權的現代型法院機構，首度出現於台灣社會。終止軍政，進入民政時期（1896 年 4 月 1 日起）後，國家的司法裁判權，已不再歸軍事機關掌理，由於日本的《裁判所構成法》並未施行於台灣，依律令制度下之律令《台灣總督府法院條例》，成為規範台灣司法制度的基本法律，依前揭條例設置之擁有司法裁判權的台灣總督府法院，於 1896 年 7 月 15 日開始運作，並啟動台灣人民的現代司法經驗，自始即自成一司法體系，擁有不受域外司法權威指揮或干預的管轄權<sup>36</sup>。

日本政府雖然建立了現代型法院，但直至 1899 年時，才為了統一法院程序而依用日本民事訴訟法，這項現代民事訴訟程序實施不久後，台灣總督府亦擬簡化其程序，以提高法院審理案件之速度，於 1905 年所發布《民事訴訟特別手續》，即強化法官在民事訴訟程序上的職權，削弱當事人等在程序上的權益，1908 年《台灣民事令》，繼續延續前述有關民事訴訟程序的規定<sup>37</sup>。然而，日本統治當局既然對台灣人的民事法律生活採取「舊慣溫存」態度，則基於實體法加上程序法才是人民真實的法律生活，故程序法也是在既已引進的現代法院之外，另闢一條依「舊慣」所構築的紛爭解決機制，即「民事爭訟調停制度」<sup>38</sup>。理論上此項制度不同於法院所為的裁判，調停乃基於「行政權」的發動，以促成紛爭雙方同意和解為目的，並非如法院裁判般以官府一方的裁決拘束紛爭者，但行政官員在運作上常得以從事類似民事裁判的工作，並部份阻斷民事紛爭流向法院，尤其竟容許地方行政機關與法院同時擁有民事強制執行的權力，直至 1945 年的政權轉替亦終結該制度之施行<sup>39</sup>。

<sup>35</sup> 王泰升，前揭註 14，頁 133-134。

<sup>36</sup> 王泰升，前揭註 5，頁 199。

<sup>37</sup> 王泰升，前揭註 14，頁 103。

<sup>38</sup> 王泰升（2018），〈再訪臺灣的調解制度：對傳統的現代化轉譯〉，《臺灣史研究》，25 卷 1 期，頁 102-103。

<sup>39</sup> 王泰升，前揭註 5，頁 215-216。

## 參、日治時期台灣店鋪營業讓與習慣的變遷

對於日治時期的相關規範變化有所理解後，那麼身處於該法律體制施行的台灣社會，以及生活在台灣社會的台灣人的法律活動是否有所變化？在本段中，本文將運用清治時期的契字，以及《臺灣私法》來考察店鋪營業讓與的習慣，蓋《臺灣私法》雖然記載了台灣人民的舊慣內容，但觀察者卻是「日本人」，且紀錄者已運用現代型法律概念去理解，故書中記載的未必就是清治時期台灣人民真正的社會實踐<sup>40</sup>，職是之故，本文除了參照《臺灣私法》之記載外，同時運用清治時期的契字來理解當時的社會實踐內容，再運用《日治法院檔案》中的公證契約書進行比對，從中觀察現代化及權利化的歷程，以及運用相關的案例，觀察並詮釋台灣人的自主性。

### 一、台灣人店鋪營業讓與之習慣

#### （一）清治時期店鋪營業讓與契字之內容考察

在清治台灣社會中，買賣的活動並不以作成契字為必要，然而將「店鋪營業」讓與卻有作成書面，本文便以清治時期的店鋪營業讓與契字作為觀察出發點<sup>41</sup>，進一步而言，本文欲觀察在店鋪營業讓與的過程中，究竟讓與了什麼樣的內容？在一紙 1798 年「立盡收回生理本銀字」中，該立字人為「林文瑑」，其與林炎、林月三人一起合開「怡順號染房生理」，契字中記載「今因瑑欲別創生理，乏銀抵用，先盡問至親叔侄併夥記人等不欲承頂，自情愿將自己所有壹份之瓦店，併生理、貨物數項、家器、現錢銀等項，托中引就與宗叔林仕叔邊承頂。」<sup>42</sup>，在此紙契字中可以看見店鋪營業讓與的實踐，係由林文瑑將「店」、「生理」、「貨物」、「現錢銀」讓與給林仕叔「承頂」，讓與的原因乃係其欲另創生意。

在 1849 年「怡記立歡愿收清在本生理銀字」中，該店鋪「張德順號生理」是立字人「麟宏」、「崇宏」、「官應」三人開設，因生意不佳而欲轉讓，該契字記載「愿將德順號店底、貨物、家器併及瓦店共連式欄，及來去借項數目等款，列在簿內分明，即日盡退于夥內人元愷、元聰、元添全出首承頂開張。」，亦即將「店」、「店底」、「貨物」、「家器」、「來去借項數目」讓與給元愷、元聰、元添三

<sup>40</sup> 王泰升，前揭註 2，頁 77-78。

<sup>41</sup> 在清治台灣契字的選擇部份，須加以說明的是辨識部份，較易辨識的「店鋪營業轉讓」契字，於內容上可能會提到「生理」、「店底」、「承頂」等字，較難辨識的是隱藏於「房屋買賣」中的營業讓與，蓋清治時期的台灣漢人，對於「房屋」的觀念會因功能不能而有不同的稱呼，亦即在契字上會呈現出「厝」與「店」的差異，故雖然都是將該「房屋」轉讓，契字的標的是「厝」就可能是單純的房屋讓與，在契字標的是「店」的情況，則除了將「房屋」讓與外，亦有可能包含「營業/生理」的轉讓，通常此種情形在契字中會在記載「前去開張」、「前去掌管」、「生理掌管」等文字，但仍須完整觀察整份契字內容的上下文脈絡，才能進行判斷。

<sup>42</sup> 國立台灣大學，《台灣歷史數位圖書館》，檔名:〈cca100100-od-002590038-001-n.txt〉。

人，由他們來「承頂」<sup>43</sup>。

在 1871 年「立盡抽生理在本母利銀字」中，該店舖「隆茂生理字號」是立字人「黃邱氏」與「黃阿俊」一同合作開設，後因經營過程中有些許紛爭，而立字人也想要另外開創新生意，從而在協商計算後，契字記載「隨將隆茂號生理、貨物、家器及現存項等件，邱氏全公人族人等即點交與吳盛昌官掌管，自行設法，或別建，或改易字號等款，任從其便，不敢異言滋事。」<sup>44</sup>，亦即將「隆茂號生理」、「貨物」、「家器」及「現存項」等店舖營業事項，讓與給吳盛昌前去承受，而在本契字中讓與的標的並無「店」，但也未另外有「稅屋」的記載，從而本文推測承受店舖營業之人可能就是「店」的業主。

另在 1886 年「全立退股字」中，該「貞元生理」係由嘉燠、宗會、宗會三人掌管，後因三人皆「不欲承受貞元生理」，故在家族開會之後，契字記載「愿將貞元內所存錢銀貨物以及來往數項，并表侄陳馬借項伍拾大員，按銀現分，托文選官、嘉惠弟引就四弟嘉與出首承坐。」，亦即將「生理」、「現存銀錢」、「存貨」、「來往數項」、「陳馬借項伍拾大員」讓與給嘉與。此外，在此契字中可以發現「店」並未成為讓與的內容，故在契字後段另有記載「時三面議定，每年稅銀伍拾大員，庫平叁拾伍兩正，交付嘉燠、宗會收入均分，每年面約店稅不能加多降少，逐月若無清還店稅，聽嘉燠、宗會辭店，不得刁難，批明再炤。」，亦即透過約定的方式，將「店」「稅」給讓受人，使其可以繼續的經營生理<sup>45</sup>。

## （二）店舖營業讓與之習慣

藉由對於清治台灣契字的考察，可以發現產生店舖讓與的原因有很多種，舉凡另外創業、家族不願意經營及生意不佳等，讓與的標的也有所不同。但因契字的被保存者有限，故本文另參照《臺灣私法》之記載。於該書中就「典賣營業」之觀察，係記載「台灣的慣例，典賣營業不僅所謂讓渡營業，亦包括因廢止營業僅讓渡存貨或僅讓渡營業用器具。典賣營業通常稱為承生理或擇店底，是承受營業之意。」<sup>46</sup>，而「典賣營業範圍」則記載「典賣營業的範圍由當事人決定，僅典賣存貨、僅典賣營業器具或僅典賣商品及債權債務，且有將店舖、店地及營業上的祕密、標頭一併典賣者。無條件讓渡營業時，店號亦要讓渡。顧客以不讓渡為例，一般認為顧客可以到任何店舖自由購買，約定讓渡顧客亦無任何效果，所

<sup>43</sup> 國立台灣大學，《台灣歷史數位圖書館》，檔名：〈ntul-od-bk\_isbn9789860013450\_0031500315.txt〉。

<sup>44</sup> 國立台灣大學，《台灣歷史數位圖書館》，檔名：〈cca100100-od-002590304-001-n.txt〉

<sup>45</sup> 國立台灣大學，《台灣歷史數位圖書館》，檔名：〈cca100100-od-002590941-001-n.txt〉。

<sup>46</sup> 臨時臺灣舊慣調查會編（1911），《臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書：臺灣私法》第三卷上，頁 216，東京：臨時臺灣舊慣調查會。

以讓渡人在讓渡後再經營時得以自由招徠舊顧客」<sup>47</sup>。從該記載可知「店舖」、「生理」及其他事項，皆可以作為讓與的標的，就範圍也可以自由約定，而這樣的觀察內容，對照本文觀察清治台灣契字內容，大致相符。

### （三）對於「物」的習慣

延續著對於店舖營業讓與契字的觀察，在契字中讓與之標的常有「店底」、「貨物」及「工具」的記載，那麼清治時期的台灣漢人在運用這些概念稱呼時，是建立在怎樣觀念上？這涉及到對「物」的習慣及認知。在《臺灣私法》中對於臺灣舊慣的「物」的觀察，其記載係「清律對於動產並無概括的觀念，而以其形體是否會隨移動改變為標準。」<sup>48</sup>。對於「物的擁有者」，該書記載為「田宅的權利人為業主，動產的所有人卻無適當的名稱。律文以『官物』『他人物』『人財』之語表示物屬於自己或他人」<sup>49</sup>，故將台灣人的舊慣敘述為「臺灣的舊慣，動產所有人通常稱為物主，並與田宅業主對稱。」，而在該書中也就此舊慣稱之為物主權<sup>50</sup>。

### （四）店號及標頭之習慣

而在店舖營業的讓與過程中，可以發現「店號」似乎是附隨「生理」一同移轉，根據《臺灣私法》就店號之觀察，其記載為「店號即是店舖的名稱，除小商人之外皆有之」，且「台灣在清代並無官府保護店號之例，只有保護標頭之例而已，從而亦無店號專用權的概念，通常將店號與營業一同讓渡典賣。在同一城堡街內使用與他人相同或相似的店號競爭生意時，只會被眾人排斥，並無法律上的救濟方法。然台灣的商人非常重視信用，絕少使用與他人相同的店號營業。」<sup>51</sup>。從該記載可得知，清治台灣店舖之營業會創立店號，且甚少在店舖附近另以相同或相似的店號經營生理，在店舖營業讓與時，店號也會一同移轉，但倘若有人使用相同或相似的店號進行競爭時，官方並無相關的救濟方式。

既然「店號」無法用以與其他店舖進行區別，「標頭」此一具有商品、貨物區別性之習慣便逐漸發展，在《臺灣私法》中對標頭之觀察，係記載「台灣的慣例，稱商標為做對號、標頭或標號，大多稱為標頭，即為分別自己製造或販賣的商品與他人的商品而設的標誌。」<sup>52</sup>，而有關標頭的讓渡「標頭通常與營業一併讓渡，亦有典賣者（據說對岸的商號有甚多此例）。典賣標頭時猶如僅典賣標頭，

<sup>47</sup> 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 46，頁 217。

<sup>48</sup> 同前註，頁 1。

<sup>49</sup> 同前註，頁 17。

<sup>50</sup> 同前註，頁 18。

<sup>51</sup> 同前註，頁 219。

<sup>52</sup> 同前註，頁 222。

因為讓渡人大多廢止舊營業及不再使用舊標頭，因而可視為讓渡營業。」<sup>53</sup>。從該記載中可知，標頭主要的功能在於與其他店舖的商品進行區別，進而保障自己在市場中建立的口碑、信用等，同時也因為具有一定的經濟價值而有販賣轉讓的價值。

## 二、日治時期台灣人對現代型契約制度的接觸

日本現代型民法帶來了現代「契約」，也在台灣引入「公證制度」，該國家法規範相關之變化及其內容業如前述，但這些現代的制度雖然施行於日治台灣社會中，當時的台灣人卻不一定會知道有這項改變存在，換言之，當時台灣人可能仍然使用著清治時期的契字，而未意識到現代型契約締結方式已施行在台灣社會，不過當台灣人選擇使用公證制度時，由於公證過程是由各法院的判官依照「法律」將當事人雙方的意思書寫成契約，故此時台灣人的契字習慣與現代的契約制度即會產生交會，那麼在這締約的形式中，從傳統到現代產生了什麼樣的改變？本文藉由觀察清治台灣的契字與《日治法院檔案》的營業讓渡契約，可發現法律現代化之脈絡。

首先，在內容的撰寫陳述上有所不同。清治台灣的契字係採「單方陳述」並僅規定賣主應如何為之，用以表示出讓某種地位的概念，契字的開頭會有「立 OOOO 人 OOO」之記載。而在日治時期，於現代民法所蘊含的個人主義價值底下，「買賣」概念所強調的是兩個私法上的個體各為意思表示，故契約書寫格式係採「雙方併陳」<sup>54</sup>，因此契約書上之開頭會載有這份文書的當事人，亦即記載「讓渡人 OOO」與「讓受人 OOO」，用以表示這份契約是雙方約定之內容。

再者，有關讓與之標的，如何以文字去特定之，方式上也有所改變。清治的契字係以載明當地人之稱呼、地貌、以及「四至」的方式，特定讓與標的物之所在，記載上呈現「前至 OOO、後至 OOO、左至 OOO、右至 OOO」，在店舖營業讓與的情況下，四至的方式也會被運用來特定該「店」的位置或內部範圍<sup>55</sup>。日治時期契約書上就土地及建物之座落，係以某某「番號」，而非以「四至」等，來表示土地之所在<sup>56</sup>，例如：「臺北市榮町壹丁目參拾六番地」<sup>57</sup>。不過這樣的特定方式僅限於「房屋」或「土地」之交易，倘若是物品的交易，不論是清治或日治，「形式上」特定標的之方式皆係以表格逐一記載。

<sup>53</sup> 臨時臺灣舊慣調查會編，前揭註 46，頁 224。

<sup>54</sup> 王泰升，前揭註 26，頁 22-23。

<sup>55</sup> 張炎憲、曾品滄（2003），《楊雲萍藏臺灣古文書》，頁 110-111，台北：國史館。

<sup>56</sup> 王泰升，前揭註 26，頁 25。

<sup>57</sup> 《日治法院檔案》，台北地院，公正證書原本昭和 15 年，第 130 冊，頁 17。

最後有關參與知人的轉換，在清治台灣的契字中常會看到後段記載「知見銀人、為中人、代書人、在場人」等，亦即在清治契字的締結過程中，參與者視交易情況可能人數眾多，而且都有其功能性存在，似乎是功能性角色。但到了日治時期，契約的當事人被限縮在「讓渡人、受讓人」外，中介人、代書人、土地登記制度、現代型法院、公證制度等，取代了過往功能性角色的地位，尤其在公證制度中，判官除具中人之角色外，更兼具代筆人。

### 三、日治時期台灣人店鋪營業讓與習慣之「權利化」

日治時期台灣人透過公證制度締結契約，也從中接觸到現代型契約制度，並在運用的過程中產生法律現代化的歷程。接下來在本段將繼續考察，當台灣人運用公證制度進行店鋪營業讓與契約締結時，判官依據「法律」將台灣人的陳述及意思記載，那麼判官是怎樣運用現代型法律中的概念來表述？以下將討論其台灣人「店鋪營業讓與習慣」如何被權利化。

#### （一）現代「動產/所有權」概念的運用

在清治的契字中，店鋪營業讓與常見之標的，根據前述考察可見「店底」、「貨物」、「家器」之記載，而在《臺灣私法》中對於台灣人就「物」的觀察，認為沒有一定的定義存在，且對於物的擁有者也沒有特定的名稱，習慣上可能會用「物主」等名稱的去指涉，並與「田」、「宅」的「業主」相對應。那麼當台灣人選擇運用公證制度時，執筆的判官如何運用現代法的概念去表述？觀察《日治法院檔案》中的營業讓渡契約，可發現有將前揭標的以「物品」、「物件」稱之，例如 1931 年的「物品賣買並二營業權讓渡契約」<sup>58</sup>、1932 年的「營業權並二物件讓渡契約」<sup>59</sup>，此二件契約皆為製造業的轉讓，並在契約後方有表單逐一記載讓與之物品。另一種則是運用現代型民法中的「動產」概念來表述，例如 1942 年的「營業權並二動產讓渡及其他ノ契約」<sup>60</sup>。

承上述，在讓與的標的上，以「物」等詞彙稱之，對於台灣人而言是一種習慣上的用法，而「動產」一詞則是屬於現代型法律中的概念而會顯的陌生，但無論如何，對於將這些「物」或「動產」的支配讓與給他人，判官是以現代法中的「所有權」概念來去理解並處理其讓與之關係。從 1931 年的「營業權讓渡並二建物及物品質貸借契約」觀察<sup>61</sup>，該契約中僅讓與營業，讓渡人同時保留了「建物」及「物品」的所有權，並將其租賃給受讓人，而這份契約中的安排與前述清

<sup>58</sup> 《日治法院檔案》，台中地院，公證書原本第 43 冊昭和 6 年，第 532-537 頁。

<sup>59</sup> 《日治法院檔案》，台中地院，公證書原本第 63 冊昭和 7-8 年，第 214-221 頁。

<sup>60</sup> 《日治法院檔案》，台中地院，公證書原本第 256 冊昭和 17 年，第 177-195 頁。

<sup>61</sup> 《日治法院檔案》，台中地院，公證書原本第 44 冊昭和 6 年，第 89-92 頁。



治時期 1886 年「全立退股字」的安排相似<sup>62</sup>，然而現代民法中「所有權」與「使用權」分離的概念，台灣人在利用公證程序的過程中是否會有所認知，從契約中並無從推知。

## （二）「生理」與「營業權」

在前述的公證契約中，可以發現「營業權」的存在，這是權利化後的結果。清治時期的台灣社會，台灣漢人會開店進行營業，習慣上稱之為「開店做生理」，但「做生理」是什麼卻沒有一定的定義，本文考察契字認為，在習慣上可以理解為，是對於一間店的事物與金錢掌管，並對於交易活動的反覆施行，而對於「生理」的讓與毋寧是將「掌管」地位的出讓。日治時期將「做生理」以「營業權」的概念來進行權利化，亦即將對於店的事物掌管地位賦予法律上「權利」的地位，而可以要求國家透過公權力進行保障。

附帶言之，與營業相關的「店號」是否會隨同讓與？在清治時期的台灣是依賴契字中的約定，但若原本的老闆不願將店號讓與給受讓人，本文並未尋找到相關的處理方式。在日治時期，店號是否一同移轉同樣是有賴契約中的約定，但與清治時期同樣的行為，卻呈現不同的結果，現代型民法中的「契約債權」，將賦予契約當事人特定之權利，亦即倘若買賣雙方有約定移轉店號之情況，買受人可以依照該契約的內容向出賣人作請求，並請求法院以強制力要求出賣人履行。

## 四、日治時期的台灣人與現代型商標

清治時期的「標頭」，在日治時期被權利化為「商標」，在 1923 年的「膏藥營業并商標權讓渡契約」中<sup>63</sup>，載有商標登錄名冊。然而，在清治時期的習慣上，標頭會附隨生理一同讓與，在日治時期的《商標法》同樣規定，於營業讓渡時須一同讓與，由此可見「標頭/商標」對於店舖的營業具有重要性定位，因為本文在此方面將進一步考察，日治時期台灣人與《商標法》間的互動。

### （一）日治時期台灣人與現代型商標的相遇

現代的商標具有與他人商品相區別之功能，同時可用以表示商品的來源、品質，亦得用以表彰商譽及廣告宣傳，因此成為商人對於其營業資產及利益的保護工具之一，但同時也成為商人間爭奪的場域。而業如前述，現代型商標法雖施行於台灣社會而具有普遍適用性，但並不一定代表台灣人會知悉這部法律的存在，那麼台灣人會在什麼樣的情況下而接觸呢？在明治 33 年（1900 年）11 月 21 日

<sup>62</sup> 該契字中的「稅」房屋，即是「租賃」之意，在本文並未討論此變化，但在現在的社會中，尤其長輩在小孩去離鄉去讀大學時，常會聽到要小孩去「稅厝」，即是「租房子」之意。

<sup>63</sup> 《日治法院檔案》，台中地院，公證書原本第 97 冊大正 12 年，第 61-76 頁。

有一則報導（標點符號為筆者所加）：

烏龍茶、包種茶各附以商標，自得競其聲價，就中若包種茶，其數不下數百種，其中有一定商標，而博聲價者，他之包種館直擬作其商標，而不論茶之品質，如此所為，雖一旦暢銷，未免有害及信用，其遭厄實不少矣。茲聞大稻程太平橫街郭春秧者，此次向農商務省稟請登錄自家之商標六種，以杜防此等弊端，刻下既經允許，今後如有人假冒其商標以侵害其權利，則不免法律之責，而奸商亦從而束手矣<sup>64</sup>。

這一則報導主要涉及台灣包種茶的銷售，並指出大稻程的郭春秧<sup>65</sup>為第一個將台灣包種茶 6 個相關的商標申請登記獲准之人，但郭春秧將包種茶商標申請為自己所有的行為，對於其他茶商而言是損害到他們的使用商標的權利，在銷售利益更是大大影響，故大稻程的茶商便群起反對，同時向茶商公會以及台北縣廳提起陳情，而最後台北縣農商課長則暫時決定，不准郭春秧禁止其他茶商使用其所註冊的商標<sup>66</sup>，在當時明治 33 年（1900 年）11 月 28 日、12 月 4 日的報導中寫到（標點符號為筆者所加）：

大稻程各鋪家之與郭春秧爭較也，實因郭獨占眾人之利，何則鋪家以五印双鳳金葫蘆諸商標為外國所最愛，故每年所裝約有十二萬茶，而該商標估得八、九萬，乃郭以此為謀利之藪，因而向農商務省稟請六種商標，該五印双鳳金葫蘆竟在其中，諸鋪家咸作不平之論，聞共訴於茶商公會，且擬向縣廳提呈陳情表……<sup>67</sup>。

從報導中可以觀察到，台灣人對於具有現代性的商標法，是在商業利益的爭奪過程中，逐漸的接觸及運用。當時作為行動者的郭春秧，將眾茶商共用的包種茶商標申請登記為自己所有，其至少已意識到這部現代的法律對於其財產或銷售是有所保障的，其他茶商則透過郭春秧的申請登記，也意識到現代的「商標」與過去已經不同，被登記過的商標自己就不能為之使用，自己的商業利益將遭受巨大的損失。在這些生氣、覺得不公平的過程中，台灣人意識到過往「標頭」的習慣與現代的「商標」有所不同，且會主動去了解國家法律規範的內容，及尋找其想的到的救濟方式。

---

<sup>64</sup> 〈島政/包種商標〉，《臺灣日日新報》，1900 年 11 月 21 日，3 版。

<sup>65</sup> 有關郭春秧的介紹，可參釋明瑛（2016），〈被遺忘的豪商——以日治時期活動為主題〉，《臺灣學研究》，第 20 期，頁 31-68。

<sup>66</sup> 鄭育安，前揭註 28，頁 39-40。

<sup>67</sup> 〈島政/商標異議〉，《臺灣日日新報》，1900 年 11 月 28 日，3 版。

## （二）對於現代型商標的運用

《商標法》既然施行於台灣社會，那麼台灣人如何去運用？於明治 34 年（1901 年）6 月 9 日有一則報導寫到（標點符號為筆者所加）：

營業久而馳名者，世人謂之老號一種，射利奸徒往往會竊其商標以混世，如鹿港施錦玉名香、泉州之遠志神油皆然，掃帚標水油者，臺灣須用水油中第一暢銷者，也近聞大稻埕某者專買他種水油，每於夜闌人靜，則行其魚目混珠之術，甚至汲其真油增以白水，可謂毫無心肝者，矣然此事關係商務甚鉅，且大損該號之名譽，聞該號偵知此事，已派人前來阻止，如不見聽，則將鳴之官府……<sup>68</sup>。

在該則報導中，可以看見在日治時期的營業活動中，經營許久的「老字號」及其所擁有之「商標」，代表著是一間店的商譽，並能使店鋪之商品得與他人商品做出區別，也因此有心人士透過仿冒的行為，希望能藉由其名氣從中獲取利益，但對店家而言就是商譽大大減損，此時《商標法》成為店家保護自己營業的一種方式。前揭報導中的鹿港施錦玉名香，在其後代所撰之《施翠峰回憶錄》中對於商標的保護營業資產與利益之功能，提到「在清代施錦玉香鋪苦於市面上冒名貨的頻頻出現，遠者臺南或臺北，近者臺中或彰化，屢見不鮮。真是防不勝防，可是當時沒有任何法律可繩之以法，只能眼睜睜地看著仿冒品在全臺市場橫行。……。某日有日本友人得知施錦玉香鋪經常受到仿冒之苦，遂告知他若向中央政府特許局申請『登錄商標』，則可以獲得店名與商標之專利。當時祖父有些不敢相信，因為過去在腐敗而軟弱的清廷之下，商人只有繳稅義務，哪裡曉得政府亦有保護商人之責<sup>69</sup>」。從該段記載中可以觀察到，向日本政府申請商標，能獲得「店名」與「商標」的專利，同時可與市面上的仿冒品做出區別，且現代型商標經申請後，是可以請求國家以公權力進行保護。

當台灣人對於現代型商標的有所認知，有些人便會開始去向日本政府申請登記商標，這樣的商標申請登記過程對當時的人民來說可算是新的體驗。在《施翠峰回憶錄》中，其基於前述日本友人的告知，也去做了商標的登記，並對商標登記的過程記載「本來以為單純的商標登錄手續，結果主辦單位為了慎重起見，還需要對於店鋪本身的身家調查、在社會上的信用度等<sup>70</sup>」，最後該店鋪之申請經日本政府准予登錄後寫到，「『限六十日內惠寄印花票叁拾圓為送審手續費』。商標登錄所需費用叁拾圓日幣，現值多少？據家父稱：明治時代中級公務人員的月

<sup>68</sup> 〈雜事/以假亂真〉，《臺灣日日新報》，1901 年 6 月 9 日，6 版。

<sup>69</sup> 施翠峰（2010），《施翠峰回憶錄》，頁 17-18，新北：新北縣政府文化局。

<sup>70</sup> 同前註，頁 19。

薪約拾圓左右，當時僅以叁拾圓為資本，即可以做一筆生意。最初以為申請費用未免太昂貴了，可是後來逐漸瞭解到真相，就曉得真是『物超所值』，更使我稱讚的是該局規定：審查通過後始要支付申請登錄手續，若不合格則不必花費一毛錢，這樣的做法就顯得很合理了<sup>71</sup>」，從該商標申請登錄的過程可發現，在日治時期的商標申請審查過程甚為嚴謹，收費上雖屬昂貴，但僅在准許後始支付費用。

申請的費用雖然昂貴，該記載卻稱「物超所值」，這是因為該施錦玉香舖時常遭到冒用，對於店舖的老闆而言，花費 30 日圓去換取營業資產及利益的保護，真的是太划算。而該香舖的老闆之所以有這樣的想法，係因其有依據現代型商標法上之權利向他人請求之法律經驗，在其書上記載「商品被假冒的事件頻頻發生，及至昭和時代仍然如故，我從小學到高中前後十一年間就發生過四件，其中最扯的一件是對方使用『拖錦玉』為店號，該店主以為『托』字非『施』字，不可能犯上冒名之罪，可是臺中地方法院認為臺灣人姓氏中並無姓『拖』者，加上該店主人姓黃，證據確鑿<sup>72</sup>」。故藉由上述的實踐記載，可以發現台灣人在涉及到自身利害關係的時候，便有可能會主動/被動去接觸及利用現代法，尤其在現代法可以保護自己時，例如上述的現代型商標，台灣人也會試著去利用，且在這樣的過程中，也產生了法律現代化的歷程。

## 五、現代型法院的運用

台灣社會中的店舖營業與讓與習慣，從清治時期到日治時期，在國家法律規範上產生改變化，台灣人亦經歷法律現代化與權利化，那麼在紛爭解決的方式在現代型法院設置後，是否有所不同？此即為本段所欲探討的內容。

### （一）在法院之外的店舖紛爭解決方式

在清治時期的台灣，店舖之間具有強烈的「地方性」及「團體性」，故當店舖之間產生紛爭的時候，地方秩序亦容易受到動搖，此時紛爭解決的內容除了個人間之恩怨外，更有地方秩序的恢復的意義，也因此逐漸有代表同街舖戶共同聯銜的「舖戶公記」出現，例如同治 6 年（1867 年）九芎林街出現的「九芎林舖戶公記」<sup>73</sup>、光緒 12 年（1886 年）中港街出現的「中港金和順公記」<sup>74</sup>，該組織除了基於自己的商業利益外，也負責街庄自治組織的各項公務<sup>75</sup>，故在地方上

<sup>71</sup> 施翠峰，前揭註 75，頁 20。

<sup>72</sup> 同前註，頁 21。

<sup>73</sup> 《淡新檔案》12209 案，檔名：〈ntul-od-th12209\_001〉。

<sup>74</sup> 《淡新檔案》12515 案，檔名：〈ntul-od-th12515\_006\_00\_00\_1〉。

<sup>75</sup> 林玉茹（1999），〈清代竹塹地區的商人團體－類型、成員及功能的討論〉，《臺灣史研究》，5 卷 1 期，頁 50-52。

之店舖間若遇有紛爭，舖戶公記能提供一處理途徑。

到了日治時期，清治時期的運作轉換成民事爭訟調停，成為了店舖之間紛爭解決的途徑之一，但在實際的運作上，卻仍保持著許多清治時期的樣貌。延續對前揭郭春秧商標申請登錄爭議的觀察，該爭議於民事爭訟調停程序中，當爭執的雙方爭執不下時，除了行政機關從中扮演居中協商的角色外，尚有當時台北縣的農商課長、台北縣知事從中參與，皆希望爭執的雙方可以各退一步，和平解決紛爭，雖然最後在調停的程序未達成共識。在民事調停之外，政府也委託台北茶商公會，繼續從中為雙方化解爭執，但最後皆有一方不同意而告終<sup>76</sup>，最後僅能透過現代型法院來解決<sup>77</sup>。

## （二）使用法院解決紛爭的有限性

日治時期的店舖間的紛爭，尤其在「店舖營業讓與」的爭執中，從《日治法院檔案》較少找到相關的判決，探究其原因可能與上述與法院平行的紛爭解決途徑相關。在民事爭訟調停中，實踐上該程序中的調停官常運用其權威，來促成紛爭案件的雙方同意其擬定的方案，並從事類似清治時期地方衙門內大老爺的裁斷，這也同時阻斷了案件進入現代型法院<sup>78</sup>。在《水竹居主人日記》中，於 1910 年 7 月 30 日寫到「晴天，乘初幫〔班〕列車往台中，到民事調停室再質，仍定價金百員，予不肯允，調停官強寫調書婉勸，予一時錯誤，捺印與他，捺後方自懊悔不已，蓋此事不應當百金與他也。……」<sup>79</sup>。從日記中的記載，民事爭訟調停程序的運作，在當時與台灣人民的清代衙門運作的經驗部份相似，也導致應由現代型法院進行審判的工作，在民事爭訟調停中就已經被預先進行。

店舖間的紛爭在進入法院後，最終的解決方式也會有所差異，在前揭的施錦玉廂舖商標仿冒案件中，法院雖然向其說明可以請求鉅額的賠償，但施翠峰之父親依據過往的家內習慣，僅要求仿冒者捐款 5 元日幣給慈善機構<sup>80</sup>。另在前揭郭春秧的商標申請登錄紛爭中，因紛爭雙方皆未達成協議，郭春秧反而遂率先依據商標法之規定，向法院控告洪英開設之文川號侵害其商標<sup>81</sup>，最後因為郭春秧所登錄的包種茶商標遭農商務省特許局撤銷，才又重新與大稻埕 18 家茶商進行協商，最終在政府官員的見證下，於大稻埕媽祖宮焚香進行和解<sup>82</sup>，同時其和解

<sup>76</sup> 〈島政 / 和解不成〉，《臺灣日日新報》，1901 年 2 月 3 日，5 版。

<sup>77</sup> 鄭育安，前揭註 28，頁 47-48。

<sup>78</sup> 王泰升，前揭註 38，頁 104-105。

<sup>79</sup> 張麗俊作、許雪姬等編纂、解讀，〈水竹居主人日記〉，《臺灣日記知識庫》，1910 年 7 月 30 日。

<sup>80</sup> 施翠峰，前揭註 69，頁 21。

<sup>81</sup> 〈雜事/商標呈控〉，《臺灣日日新報》，1901 年 1 月 16 日，4 版。

<sup>82</sup> 鄭育安，前揭註 28，頁 48、54。

書亦被登載於報紙之上<sup>83</sup>。從這些實踐中，可發現縱使案件進入了法院，但法院在處理上仍有其侷限，當事人更希望訴諸社會上、家族內的習慣，亦即在當時台灣人民的觀念中，透過傳統的方式來解決紛爭，事情才是「實質上」被解決，法院的判決可能就只是「形式上」處理了事情，心靈、情緒層面仍未被撫平。

### （三）公證制度作為紛爭的預防

在店舖營業讓與的過程，日治時期的公證制度發揮了紛爭預防的作用。由於日本的現代型民法中具有「債權」行為與「物權」行為分離的概念，同時覆審法院明治 37 控 203 號判決，明治 37.10.19「以他人的權利為買賣標的所為之契約，在當事人間雖然有效，但不得拘束標的物真正之業主。」；覆審法院明治 37 控 324 號判決，明治 37.11.21「以他人之物為買賣的標的物時，當事人間雖有效，但與之無關係之他人，法律上並未賦予撤銷契約之權利，雖得主張該買賣對自己是無效的，但不得撤銷他人間的法律行為。」。法院在其判決中，表示買賣他人之「權利」或「物」不必為真正的所有人，且與「契約」是可以分離的，同時宣示了「契約相對性」之觀念<sup>84</sup>，而這在店舖營業讓與的過程中就產生了些許問題。

在店舖營業讓與的過程中，清治以來的習慣是以包裹式讓與的方式，但日治時期透過現代法的概念轉譯及權利化，例如：標頭成為商標權、物成為動產所有權等，但在一家店舖之中，如何確保該店舖內的權利、物品皆屬出賣人所有？又或者縱使皆為出賣人所擁有，但在債權行為、物權行為的區分下，所產生締結契約後無法立即交付問題，店舖的所有人不願離開店舖，或其害怕買受人不支付價金。在這些情況下，現代型公證制度提供了一個管道，一方面可以確定私權上之關係，另一方面使契約具有可執行性，且經公證之契約皆有記載自願接受強制執行的文字。換言之，因為「債權」並未如「物權」一樣具有公示性、對世性存在，在店舖讓與的情況中，該紙「契約」並無法產生公示性及對抗第三人的效果，因此透過公證制度賦予可執行性，應可認為是另一保障的方式。

## 六、綜合觀察：從法律生活變遷中看見台灣社會自主性

### （一）權利化過程中社會的自主學習

從清治到日治，台灣在國家法規範上面臨了轉換的過程，作為法規範適用的台灣社會，也在時代動盪中學習新的事物。就「契約」締結方面而言，由於現代法中的「契約」可以成為「債權」而受保障，故身為店舖的老闆知悉到這件事的時候，為了自身的營業利益，或者為了擴大與日本人進行交易等緣由，會開始去

<sup>83</sup> 〈商標紛議の和解〉，《臺灣日日新報》，1908 年 8 月 13 日，4 版。

<sup>84</sup> 陳宛妤、王泰升，前揭註 21，頁 292。

學習新的、具有現代性的國家法，進而在新的時代中可以繼續累積自己的資產。同時，在「物」方面，有別於以往的物主概念，在現代型民法中的「物權」，是可取得排他性地位，更可以將使用收益的權能進行經濟利益上的安排，亦及具有一定的經濟價值，且為動產所有權人所享有。當台灣社會中的商人，主觀上可能接收到相關資訊時，便會開始自主去學習日治時期現代型國家所帶來的現代法。此外，公證制度的存在也提供了一個確保契約被執行的可能，在《日治法院檔案》中利用公證制度締結契約者也以台灣人占多數，同時過去已成立的契據亦被再次用以申請公證，從這樣的現象中也可以發現社會自主學習的歷程。

從具體的例子而言，本文前揭觀察的商人郭春秧，其在日治時期現代型商標法施行後，雖然對於該商標法之內容未完全明瞭，但仍將以往整個茶商團體共用的商標，拿去申請為個人所有，因為郭春秧至少在主觀上有認知到，現代型商標法對財產權是有保障的，而其他茶商則透過郭春秧的申請登記，發現自己的營業利益遭受侵害而忿忿不平，並在生氣、覺得不公平的過程中展開其社會學習的過程。另一個具體社會學習的例子則是施錦玉香舖，其最初是透過他人的轉述而得知商標法的存在，並因此也去申請商標，而在申請過程中雖然認為費用過於昂貴，但在嗣後用以對侵害其商標權者進行排除，便認為是「物超所值」，用些許的費用去換取營業資產及利益的保護，從商人角度確實是低成本高報酬。

## （二）國家規範變遷中的社會自主選擇

在台灣社會經歷權利化的過程中，並非單純由國家單一面的對社會進行改造，台灣人民也會在各種情況下自主的去參與及學習，但縱使經歷了學習的過程，在具體實踐上也不會完全的依從，社會有著自主選擇存在。例如在前述的契約締結中，雖然「物/物主」成為「動產/所有權」，其中的經濟利益可以被維護，但相對呈現在店舖營業讓與的契約上，就只會選擇將一些較重要的物件進行記載，而不會全部都記載使其成為動產或契約之一部。又例如前述的施錦玉香舖排除商標侵害的訴訟中，雖然承審的法官告訴他可以要求高額的賠償金，且這也現代型法律下所允許的事項，但最後仍依循「家訓」而僅要求侵害者捐款少少的 5 元日幣給慈善機構，而非依循法律。

在前述的郭春秧行動中，也可以看見社會自主選擇的歷程。在大稻埕的茶葉商標爭執中，有著許多的紛爭解決機制：法院、民事爭訟調停、茶商團體及官府等，郭春秧在策略的選擇上是直接運用現代型法院來處理紛爭，因為在其申請商標核准後，現代型法院會確保其權利被保障以及排除他人之侵害，然而對其他茶商而言，透過向官府「陳情」或「茶商團體」等方式，運用集體的輿論壓力反而比尋求法院更好，因為情、理會的考量順序會優先於法律，在商標案件進入尾聲，

郭春秧與其他茶商也是採用「大稻程媽祖宮焚香和解」的方式，該方式同時結合了傳統與現代。故雖然台灣社會從清治到日治，經歷了法律現代化與權利化的歷程，但社會仍會有策略性的行動，並有自主的選擇存在，國家法規範不一定會被完全實踐於社會中。

## 肆、結論

店舖營業讓與的習慣存在於台灣社會之中歷時已久，台灣社會中的台灣人，尤其是被稱為「頭家」、「老闆」之人如何在時代轉換中，歷經了國家法、法律生活的變遷，也不斷的在法律變遷之中，進行適應及保障自己的商業利益。清治時期，台灣漢人對於「物」無一定之概念，對於「標頭」亦無從透過官府來進行保障，「生理」讓與之更僅是社會中的習慣實踐，但這些情況到了日治時期就有了不同，國家法規範上的變化同時影響了台灣人的法律生活實踐。

日治時期的現代型民法以 1923 年為分界，階段性施行於台灣社會，清治的「契字」成為了現代法中的「契約」，在形式面的變遷上，陳述面向從單方轉換成雙方，契約標的之特定方式亦從四至到以地號表述，參與契約締結之人同時也有了轉換，功能性角色其部份功能被現代制度所取代；在實質面的變遷上，契約自由的價值被帶入，契約被賦予法律上之請求權，請求權人得透過法院以強制執行的方式使債務人履行其義務。另一變遷即是從「物/物主」到「動產/所有權」，現代型民法透過立法技術將動產、不動產予以區分，並各自賦予排他性之所有權，過往的物被納入動產概念中，這也使得動產所有權之使用收益權限，得被用作經濟運用上的安排。而過往「做生理」的社會習慣實踐，經司法機關權利化為「營業權」，該對於店的事物掌管地位被賦予法律上「權利」的地位，進而成為國家公權力保障之內容。

在商業利益保護及競爭方面，清治時期的「標頭」在現代型商標法施行下成為「商標」，除了用以區別商品外，申請登記核准後亦能取得排他性權利，而成為保護營業利益的途徑，但同時也成為了商業利益爭奪的工具，在本文觀察的大稻程郭春秧與眾茶商間的紛爭，以及施錦玉香舖的紛爭，皆能發現商標的重要性。而在紛爭的解決上，日治時期建立了現代型法院，同時也參照舊慣設立了民事爭訟調停制度，然而非官方的紛爭解決機制同樣也存在社會之中，亦因此提供了諸多途徑給與紛爭者有策略性選擇的空間。而為了避免紛爭的發生，又或者避免解決紛爭的時間過於冗長，公證制度亦提供了一個事前紛爭預防的途徑，能在締約的過程中先行確認私權的歸屬，並透過強制執行條款的記載，使在契約紛爭類型的情況下，能更快速獲得權益上的保障。



最後透過對法律與社會間的觀察，可發現兩者處於互動的狀態。前述的「法律現代化」、「權利化」過程觀察，國家法規範上的變化及施行於台灣社會，並非是一個由上而下的穿透過程，台灣社會在該過程中會進行「自主學習」，如本文觀察的商人，會在國家法的變化中，去學習、理解並用以保障自己的商業利益，而利益遭侵害之人，也會在生氣、感到不合理中進行學習。而縱使對於現代法有所知悉或認識，也並非會完全實踐於台灣社會中，國家法不一定會完全被依從，社會亦有其「自主選擇」，例如在紛爭解決中，傳統與現代的途徑會併存，在尋求形式上的紛爭解決外，同時也注重地方面、團體面、心靈及情緒的實質解決。

## 參考文獻

### 一、原始檔案

《淡新檔案》

《日治法院檔案》

《臺灣日日新報》

《臺灣日記知識庫》

### 二、中文文獻

#### 書籍

王泰升（2010），《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證的法學》，台北：元照。

———（2014），《台灣日治時期的法律改革》，修訂二版，臺北：聯經。

———（2015），《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》，台北：台灣大學出版中心。

———（2017），《台灣法律史概論》，五版，台北：元照。

戴炎輝（1979），《清代臺灣之鄉治》，臺北：聯經。

張炎憲（1988），《台灣古文書集》，台北：南天書局。

張炎憲、曾品滄（2003），《楊雲萍藏台灣古文書》，台北：國史館。

## 期刊

王泰升（2019），〈台灣法律史的提出及學科化〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 1，頁 1-45。

——（2018），〈再訪臺灣的調解制度：對傳統的現代化轉譯〉，《臺灣史研究》，第 25 卷第 1 期，頁 101-136。

——（2017），〈臺灣的繼受歐陸民法：從經由日中兩國到自主採擇〉，《法令月刊》，68 卷 4 期，1-20 頁。

——（2015），〈論台灣社會上習慣的國家法化〉，《臺大法學論叢》，第 44 卷第 1 期，頁 1-69。

——（2004），〈台灣民事財產法文化的變遷－以不動產買賣為例〉，《臺大法學論叢》，33 卷 2 期，頁 1-41。

陳韻如（2019），〈「刁婦/民」的傳統中國「（非）法」秩序－預測論、潛規則與淡新檔案中的姦拐故事〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 1，頁 371-454。

陳宛妤、王泰升（2019），〈日治初期資本主義財產法制的確立〉，《多元法律在地匯合：台灣史論叢法律篇》，頁 277-312，台北：台大出版中心。

陳宛妤（2019），〈探詢臺灣財產法秩序的變遷－臺灣財產法史研究的現狀與課題〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 1，頁 199-251。

——（2017），〈日治時期土地法律關係之法源〉，《月旦裁判時報》，63 期，頁 23-30。

林玉茹（1999），〈清代竹塹地區的商人團體－類型、成員及功能的討論〉，《臺灣史研究》第 5（1）期，頁 47-89。

周茂春（2013），〈日治時期台灣市地利用之探討〉，《土地問題研究季刊》第

46 期，頁 102-113。

### 碩士論文

鄭育安（2016），《商標法與臺灣社會—從清治至日治時期的變遷》，國立成功大學歷史學研究所碩士論文。

### 三、外文文獻

臨時臺灣舊慣調查會編（1911），《臨時台灣舊慣調查會第一部調查第三回報  
告書：臺灣私法》第三卷，東京：臨時臺灣舊慣調查會。