

台灣法律史在憲法訴訟上的運用

王泰升

臺灣大學法律學院講座教授

壹、台灣法律人輕忽的台灣法律史	158
一、從前不教的一門課	158
二、晚近台灣法律史研究的興起及侷限	160
貳、法律史與憲法規範之解釋	162
一、引用制法史料或法條沿革解釋憲法條文	162
二、以法律變遷史進行歷史解釋或實現活的憲法....	164
三、台灣法律史之運用於解釋憲法條文意涵	167
參、以台灣法律史認定立法事實、裁判事實及案件事實	169
一、憲法訴訟上認定立法事實	169
二、憲法訴訟上認定裁判事實	173
三、憲法訴訟上認定案件事實	176
肆、台灣法律史運用於憲法訴訟的模式化	178
一、歷史思維法學在憲法訴訟上的運用	178
二、運用於論證憲法適用中的評價.....	180
伍、結論	181

壹、台灣法律人輕忽的台灣法律史

一、從前不教的一門課

「台灣法律史」在此指稱的是，在台灣關於人們法律生活，或稱法律現象的歷史，亦即不只是施行於台灣的法規範本身，還及於這些法規範之生成原因及造就之社會狀況等「法經驗事實」。¹ 其有別於觀察具普遍性的法規範如何被解釋適用於個案事實，探究法之解釋適用共通的原理原則的「法釋義學」。更是與屬於「法實踐評價」的法（之）制訂或法（之）適用，可謂不同層次的議題。本文擬敘述**台灣法律史**的這些**法經驗事實**，如何運用於性質上係法實踐評價的當今台灣**憲法訴訟**。

以知識史而論，130 年前的 1895 年日本帝國將現代法及社會科學研究方法傳入台灣，開啟了以源自西方的現代詞彙，建構上述定義下的台灣法律史內涵。日治**前期**因國家法制上僅涉及台灣人的民商事事項「依舊慣」，故《臺灣私法》等論著，乃使用與日本現代法制具有相容性的歐陸法系法學概念，描述台灣社會於「清末民初」，亦即至日治初期為止法律生活的歷史，以便於讓那些被派遣來台、但在日本受現代法學教育時不知台灣歷史的日本人行行政、司法官員進行法適用。不過，隨著日治**後期**國家法制上，只剩下僅涉及台灣人的親屬繼承事項或既有祭祀公業「依習慣」，台灣清治時期施行傳統中國法之法律經驗／法律史知識，對法制訂或法適用已沒有太大的「用處」。亦在日治後期，台灣第一所法學教育機構——台北帝大文政學部政學科——於 1928 年設立，故其在教學上根本不理會台灣法律史，縱令學術研究上仍有少數學者關心日治時期的台灣法律變遷，或日治末期作為「大東亞共榮圈」基礎研究之對於傳統中國法的探討。²

1945 年二戰結束後，台灣改為施行中華民國法。戰後培育法律專業者的法學教育，長期以來一直欠缺關於台灣法律史的課程，但不論學術研究或法律實務對此均有需求，關鍵因素是台灣於**日治 50 年，業已施行現代的歐陸法系法制**。戰後在中華民國法秩序下，基於現代法上保障既得權益之

1 參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，增訂版，2025，以下除特別註明「初版」外均以此增訂版為準），頁 15。

2 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》（台北：臺大出版中心，修訂版，2025），頁 39-55、64-76。

原則，司法或行政機關處理（1）民事法律行為或事實發生於日治時期，或（2）日治時期依據中華民國法所無之規定已發生的民事權利（例如不動產質權），應在怎樣的範圍或程度內，繼續承認其向後地發生法律效力，都必須知悉日治時期民法規範內容是什麼。學界若欲探究身處的台灣社會對近代西方法的繼受，亦需要了解首度遭逢近代西方法衝擊的日治時期法制，以及當時人民如何因應。然而 1950 年代曾在《臺灣省通志稿政事志司法篇》介紹過日治台灣民刑實體及程序法律的蔡章麟、洪遜欣，在台大上民法或民事訴訟法的課，全然不提日治台灣法律。日治時期曾擔任律師的戴炎輝在台大講授民法或法制史時，亦幾乎不講日治時期法律，只 1948 年曾對之撰寫一篇簡評式論文，但傾其全力以《清代台灣之鄉治》這本鉅作，論述施行傳統中國法——法律現代化之前——的清治台灣法律史。二戰後甫自中國大陸移居台灣的法學者，則未經歷也不了解日治台灣繼受西方法的歷程，故起初以彼等占絕大多數的戰後台灣法學界，關於法律繼受的論述只從中國「清末民初」講起。不僅台大如此，其他各校的法律系所皆然，且持續數十年。³

在大學的法律系所沒學到日治法律史的民事法官，辦案時卻經常有了解日治民法內涵的必要。於是 1966 年司法行政部委請戴炎輝等人完成《臺灣民事習慣調查報告》，但當中關於日治時期的記載，依其「編輯凡例」第五點謂：「係以臺灣高等法院〔按：日治時期台灣民事事件終審法院〕之判例解釋為主要資料」，可知絕大多數內容，乃是日治 50 年實證法上以習慣法為法源（法理為補充法源）的日治時期身分法。該書迄今仍是司法界處理個案中法律行為或事實發生於或涉及日治時期民法時的「寶典」，但嚴格來講，不應將性質上屬「舊國家法」的這些日治台灣身分法，視為現行民法所稱「習慣」。且前期（至 1922 年 12 月 31 日止）以習慣法及特別民法、後期以日本明治民法為法源的日治時期財產法，不易寫入以調查「習慣」為名的該報告中，以致一般法官對日治台灣的財產法非常陌生，並因而作出不少法律見解可議的判決。⁴

3 參見王泰升，〈多源的台灣民法—130 年在地匯合（上）〉，《台灣法律人》42（2025 年 5 月），頁 6-7、28-32。

4 已於另文為詳細討論，參見同上註，頁 33-43。

二、晚近台灣法律史研究的興起及侷限

與法學教育輕忽法律史課程互為因果的是，法律史研究者似乎**未提供**充分且可資運用（詳見後述）的專業知識，讓意識到法律史問題的一般法學者或法律實務工作者參考。首先須釐清的是，有**兩個源頭**形塑出戰後台灣一般人法律生活。其一是現行中華民國法規範，及其起初在中國（大陸）、1949年年底起實際上僅施行於台灣的運作經驗；其二是上述稱為「日治台灣法」的二戰前日本帝國統治下台灣（台澎，不含金馬）的實證法——不等於戰前日本法，及其留給台灣社會如地籍和戶籍等等遺緒。

戰後台灣法學界對前揭第一個源頭，總是關注於沈家本等開啟中國清末民初之繼受西方法，以及中國北洋政府所設「大理院」等議題。⁵ 卻長期**忽略**了後來在台灣一黨執政 55 年（1945-2000）的國民黨政權，1928 年成為中國執政當局後創設的**訓政時期國民政府法制**，包括了延續至當今台灣的「司法院」、台灣戰後初期曾施行之標舉以黨治國的《中華民國訓政時期約法》，以及 1927 年設立於中國武漢而在 1949 年年底遷至台灣的「**最高法院**」。⁶ 對於這段南京國民政府從 1928 年在中國執政，至 1948 年 5 月 20 日依憲法選出的總統就任為止的歷史（按 1949 年遷台時已非國民政府），接續在中國執政的共產黨政府視為禁忌或醜化之。1949 年遷台的中華民國政府，事實上延續訓政時期黨國體制，故不願過往訓政時期歷史曝光，以免人們疑惑於法秩序上不是已「行憲」了嗎？民主化後的台灣學界，如下所述忙於填補荒廢數十年的日治時期歷史，尚難兼顧於今亦屬台灣法律史一部分的中國訓政時期法律史。⁷

5 最具代表性的學者之一為黃源盛教授。

6 國民政府於 1925 年設立於廣州，1927 年在武漢的國民政府設置最高法院，1928 年國民黨「統一」中國後在南京設立五院制的國民政府，1931 年公布施行採納 1928 年國民黨制定的《中國國民黨訓政綱領》，且作為國家根本大法的《中華民國訓政時期約法》。參見王泰升，〈國民黨在中國的「黨治」經驗—民主憲政的助力或阻力〉，《中研院法學期刊》5（2009 年 9 月），頁 98、107、114、124-126。筆者於 2007 年 10 月 22 日應司法院之邀，至最高法院木柵庫房勘查，確認一批最高法院 1949 年遷至台灣時攜入，1955 年 1 月封存，包含中國大陸各省民事事件 6,036 件與刑事案件 3,000 件的審判卷宗，遂命名為《最高法院遷台舊檔》。此事恰凸顯在此之前，台灣法界對研究 1949 年前的最高法院運作經驗乏人關心。參見王泰升，〈政府檔案的整編及學術上運用：一位臺灣法律史研究者的經驗談〉，《國史館館刊》54（2017 年 12 月），頁 176。

7 筆者在討論戰後台灣法學之建構時，因而以專章討論 1945 年引進、1949 年即終止之源自清末的民國時代中國法學知識，呼籲台灣法學界：「不宜從『清末民初』直接跳到『遷台後』」。參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 93-94。

對於另一源頭，亦即日治台灣法之研究，**台灣學界曾空白了 30 餘年**。台灣學界除前述台灣省通志稿所載和戴炎輝論文之外，僅黃靜嘉 1956 年完成、1960 年出版一篇偏重於以中國國族主義批判殖民統治，而非處理法院內案件的政治研究所碩士論文。但在北美學界有台大法律系畢業生陳以德，1968 年完成從台灣國族主義討論日治法制的博士論文，且在美國學界任教後至 1980 年代前期為止，發表數篇有關日治台灣法的學術論文，但其被國民黨政府列入黑名單而不能返台，所著亦未傳入台灣。⁸ 自由民主化後的 1990 年代，留學美國的筆者 1992 年完成從法律繼受觀點，探究日治台灣關於憲政體制、司法制度、刑事及民事生活等變革的博士論文，1993 年回台大法律系任教，1997 年以「建立台灣法律史」為論文集之書名。留學日本的吳豪人，亦在 1999 年完成從法社會、法思想史面向，論建立「台灣法史」可能性的博士論文，⁹ 並任教輔大法律系。從 1990 年代中期開始迄今，台大法律系再聘任兩位具有台灣法律史專業的教師，且學界已產出數量頗多有關台灣法律史的碩、博士論文。¹⁰

然而在整個台灣法界，基礎法學位處邊陲。在基礎法學中，相對於法理學或法社會學等具有研究傳統的領域，台灣法律史僅是小眾之學。筆者從 1990 年在美國留學時轉換志業起，迄今之 2025 年，無時不在「孤臣孽子」的主觀感受下，從事台灣法律史之研究。

為引發更多法律人關心台灣法律史，自 20 餘年前即曾撰文討論台灣法律史在司法實務、在憲法解釋上的運用，¹¹ 晚近又從「法知識史」視角，考察台灣法學界關於法源、法解釋適用這些學術知識的發展歷程。¹² 在此將以筆者前述研究為基礎，探究實務界所關切的議題：「台灣法律史如何

8 參見王泰升，〈多源的台灣民法—130 年在地匯合（上）〉，頁 7。

9 參見吳豪人，〈「台灣法史」の可能性：法社会的・法思想史的試論〉（京都大学大学院法学研究科博士論文，1999）。

10 參見劉恆奴，〈二十年來臺灣法律史學位論文研究回顧（1995-2017）〉，《臺灣史研究》29：2（2022 年 6 月），頁 175-215。

11 參見王泰升，〈論台灣法律史在司法實務上的運用〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁 217-260；王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自刊，元照總經銷，2010），頁 30-38。

12 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 329-548。在筆者的學術研究生涯，經常感受到在法學界被視為史學研究者，在史學界被視為法學者的困境，但所欲從事者正是將歷史帶入關於法律的理論認識與實踐評價，將法律引進關於台灣的各種歷史敘事中。

運用於當今的憲法訴訟？」期能釐清法律史（學）在理解或操作法制訂或法適用上的意義，或可扮演之角色，並**針對**《憲法訴訟法》（以下稱「憲訴法」）所定義的**憲法訴訟**，說明可如何運用台灣法律史相關知識。但願有更多人——學者或實務家——從事台灣法律史研究，建構出進行憲法訴訟所需的法律史知識，讓法的「知識」展現其建設美麗台灣的「力量」。

貳、法律史與憲法規範之解釋

一、引用制法史料或法條沿革解釋憲法條文

戰後台灣在國內實證法秩序上，出現戰前／日治時期所無之依《中華民國憲法》設置具有解釋憲法、統一解釋法令之權力的大法官。這些大法官依憲法作成的解釋，除第 1、2 兩號解釋外，都是 1949 年 12 月 9 日中華民國政府在台北重新開啟行政院，並因應治理地域限縮為台澎金馬而調整政府組織規模，事實上在台灣運作一個國家，且**繼受**中華民國法制之後，¹³處於台灣的法學環境及政經社文背景下所為。

台灣歷來大法官身處於法律界，普遍認知到法之條文需要解釋，作為**解釋方法之一**的「歷史解釋」，即涉及本國法律史的知識。戰後台灣法學界就法律（廣義地包括憲法）之解釋方法，起初沿襲明治日本繼受自同時期英、法、德等國之「文理解釋」與「論理解釋」二分，且視個案情形而擇一。（一）文理解釋係指法律**條文本**身因用語、意義之曖昧，或文法不正確、條文前後矛盾等而生**疑義**，需要解釋，其方法則 1. 以平易而通常之意義、2. 依法律上特定用語之意涵、3. 須綜觀法律之全文，4、從法律**制定當時之原意**。不過民國時代中國學者白鵬飛，1928 年曾針對前揭 4，主張亦須兼顧**適用時**的社會情狀，並廣為民國時代中國後期及戰後台灣的學界採納，認為不宜被歷史上的原義所侷限。（二）論理解釋則是法律條文用語明確，但**該當的事物不明**，故須參酌**條文以外**的法律發生之理由、原因、沿革及凡與法律相關之情事，闡明法律的真意。且據以「論理」的解釋方法有數種可能，白鵬飛所舉出的 7 種方法之一是「**沿革解釋**」：**以條文成**

13 1949 年 12 月 9 日中華民國中央政府遷台，形成一個新的事實上國家，並直接繼受原本施行於中國的中華民國法制（1949 年 10 月 1 日中國已另有其法制）。「直接繼受」係指直接採用外國之法律，作為自國之法律，例如 13、14 世紀德意志之繼受羅馬法，近代南德意志各邦之採用拿破崙法典。相關的史料及論述，參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 125-126。

立前歷史的材料為解釋的基礎，此為民國中後期學界主流意見。這些法條以外的材料，如明治日本法學通說所示，包括 1. 法律的淵源，即法律制定之準備書類、草案、及說明書，議會之議事錄、法律材料的習慣、參照的母法等，以及 2. 法律之沿革，即法律制定時之情事、與舊法之關係、法律制定時之目的等。在傳遞至戰後台灣學界，通常被稱為「**歷史解釋**」，但也有一些學者並不將歷史解釋視為論理解釋的方法之一。¹⁴

台灣法學界 1970 年代繼受自戰後德國的法釋義學中，作為法律解釋方法之一的「**立法史解釋**」（或稱歷史解釋），對此即需台灣法律史提供資訊。1980 年代台灣學界依從德國拉倫茲法學方法論所產出的法學論著，大多數不採前述文理解釋與論理解釋二分說。如王澤鑑在關於法釋義學的鉅作中，就法律解釋之「目的」，指出有「探求立法者主觀的歷史意見」的主觀說，及「發現寓存於法律，合於其理念之規範意義」的客觀說，於今以客觀說占優勢。其認為用以探究法律規範意旨的**法律解釋「方法」**有 6 種：法律文義、體系地位、**立法史及立法資料**、比較法、立法目的、合憲性，但無任何一種方法絕對優先，須共同協力，在個案中妥當調和當事人利益。且一旦超過法律可能的文義，即不再是法律解釋，而進入法律漏洞的填補及「法的續造」。同樣受拉倫茲法學方法論影響的黃茂榮，亦持與前揭相似的見解，僅將法律解釋的「方法」一詞換成「因素」，且採取除去「比較法」的其他 5 項因素，故同樣有牽涉法律史知識的「立法史」這項。值得注意的是，最新的王澤鑑 2019 年版論著，不但稱為「歷史解釋」，且**擴大歷史知識的涵蓋面**，表示應包括「制定的立法過程」，以及「法律制定前的法律、社會、政治狀態」，與「法律制定後解釋適用的發展過程」。以上源自戰後德國的法律解釋適用論，嗣後為台灣各世代法學者所普遍接受。¹⁵ 不過依拙見，「合憲性」雖可作為解釋制定法的方法之一，在憲法訴訟中不宜作為解釋憲法條文的「方法」，¹⁶ 蓋此時合憲性已是法規範或裁判憲法審查的唯一基準。

歷來大法官為解釋或判決時，曾經但並不常採取學界向來所稱的**立法**

14 所涉及的眾多法學者及其論述不一一列明，就整體發展的考察，參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 420-422、446-450、457-471。

15 參見同上註，頁 475-483。

16 王海南、李惠宗與筆者採同說。參見同上註，頁 474-475。

史解釋／歷史解釋。依一項 2010 年所為調查，台灣大法官解釋內容，自始即運用前揭沿革解釋／歷史解釋所示之法條以外素材，進行論理解釋。大法官遷台後首次作成的司法院第 3 號解釋即考察原憲法草案之規定，第 14 號考察制憲會議討論，第 16 號考察前揭兩者還參考檔案卷宗，第 28 號甚至參考民法起草人的著作以瞭解立法者原意。1958 年立法院因不滿釋字第 76 號認為國民大會與監察院與立法院共同相當於民主國家之國會，而制定《司法院大法官會議法》，規定大法官「應參考制憲及立法資料」，以示應尊重立憲立法原意，節制大法官「恣意」解釋；1993 年的《司法院大法官審理案件法》，在同條文中增添「修憲」，以涵蓋修憲原意。但如前所述，該等資料其實在 1958 年之前就已是解釋方法之一，且當年立法院或許顧及學界通說，並未嚴訂須以歷史解釋方法為**唯一或最優先**。大法官依循著學界見解，在往後數十年的許多號解釋中，曾引用前述制憲及立法過程史料（尤其是立法院公報）、法律草案、法規沿革等，進行對憲法條文的歷史解釋，不過與其他解釋方法相比，其**被使用的頻率相對地低**。¹⁷

二、以法律變遷史進行歷史解釋或實現活的憲法

就上述台灣的釋憲實況，有學者引用美國學界依美國釋憲實務推論出的「原意主義」（originalism）及相對「活的憲法」（living constitution）的解釋方法，認為憲法條文的解釋，應採取從歷史說明當下現狀的敘事方式，考量**制憲或立法的歷史背景與今日之差異**，來決定過去的規範應否拘束當下。並指出在台灣，司法院釋字第 85 號關於國民大會代表總額之計算基準、第 260 號關於中央、省議會得就特定省府及省議會組織逕予立法，都是以施行憲法／政府遷台之後情事變遷為立論基礎。又大法官釋字第 365 號認為民法 1930 年制定時的傳統文化與社會環境均與今日不同，故於今應修正，第 580 號認為 1951 年的三七五減租條例的立制目標，今已不復存在，第 649 號認為 1980 年殘障福利法制定時視障者得選擇的職業少，但今日其得選擇之職業日益增加等等，皆是根據前述「**變動中的歷史**」，在解釋方法上採取**活的憲法**之例。對於原意主義或活的憲法，在台灣的大法官中，

17 參見陳昭如，〈大法官解釋中的歷史與傳統——女性主義觀點的批判〉，《中研院法學期刊》7（2010 年 9 月），頁 90-91。

均有支持者。¹⁸ 不過，釋憲方法的立場與釋憲結果的價值判斷，仍屬兩事。¹⁹

美國釋憲方法上原意主義和活的憲法，應是**衍生自英美法系國家對制定法（statute）上條文應如何解釋的方式、取徑或準則**。由於英美法系法院可作成具法源地位的普通法（the common law），故在解釋適用由另一個權力部門——議會——所作成的制定法時，務須尊重並實現立法機關作成制定法的「意圖」（intention）。法院為發現「**立法者意圖**」，可採取 1.「**依通常平易文義**」而為解釋的方式，蓋立法機關所通過的就是成為**條文**的這些文字，法院不應介入議會經民主程序所獲致的結論，以維護權力分立與制衡，且大部分人就只依賴條文而知制定法之意思，豈能以彼等未接觸的立法資料加以規範；惟亦可使用字典、法條前後文或法律整體意涵等法律體系相互關聯性，以確認文義。但是依從文義，將造成具有荒謬性的結論，即不必依文義。凡此，在美國稱之為「**文本主義**」。不過文字也只是表徵意思的工具，何不直接參考立法者的討論，如立法時的委員會報告（美國）或議會出版的立法過程辯論記錄（英國、加拿大、澳洲、紐西蘭），且文義解釋的結果是否荒謬，看立法史料最清楚。因此亦有主張 2.「**依立法史**」確認議會的意旨，作為解釋制定法的方法之一。然而，在美國和澳大利亞，法院在解釋制定法的立法意圖時，**較少**參考立法史，經常是依通常平易文義，解釋法律文本。且與上述「依通常平易文義」之解釋方式相對立者為：3. 依制定法所欲達成的「社會目的」而為解釋，或謂：依能夠達成制定法所欲彌補的傷害（或問題）的方式為解釋。前揭 3 種方式，乃至其他取徑或準則，都無絕對的優先性，乃一併地被法院用以正當化對於制定法條文

18 詳細的論述，參見同上註，頁 92-94。

19 純就解釋方法論而言，學院內學者出身的林紀東大法官，可謂極力支持「活的憲法」之釋憲取徑。其所著法學緒論 1972 年版認為「在變動的時代，……尤須機動的解釋，以適合社會情勢的需要。」該書 1978 年版亦表示：「應依照法律的精神、立法的目的，針對社會的情形和需要，為機動的適用，不拘泥於法律的形式」。不過林紀東受二戰前日本具有濃厚國家主義、至為強調國權的公法學影響，且係因中國內戰而流離至台灣的第一代外省人法學者，故傾向於維護動員戡亂時期臨時條款體制，從而可能持國家主義觀點，或僅從外省族群的歷史經驗出發，認知「社會情勢的需要」或「法律的精神、立法的目的」。是以釋憲方法上採取活的憲法，與憲法解釋內容上是否擁護自由主義或台灣在地化，實乃兩件事。林紀東在 1973 年、1983 年認為，司法院釋字第 31 號解釋，「以憲法立法之本旨與情勢變遷原則為解釋基礎，此種立論，自甚適當」，但「中央民意代表，缺少新陳代謝之作用，功能難免衰退，……故各方頗多評論，並提議補救。……於臨時條款上設置增選、補選中央民意代表之條文」。然而，這號解釋在 1954 年或許能解決國民黨統治當局，乃至期待蔣中正政府帶領其回家鄉的外省族群的問題，卻是製造而非解決本省人參與國政的問題。到了 1970 或 80 年代，國會持續不全面改選，更加阻礙台灣的政治民主化。參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 136、141，註 27、464-465。

的解釋，並對經解釋後導出的裁判結果，詳述其社會效應之具有合理性。²⁰

據上所述，英美法系國家縱使釋憲上有原意主義，但與屬於歐陸法系的台灣同樣在解釋憲法條文時，**不常引用立法史料**。今之澳大利亞法係**繼受**（receive）自英國法，歷史上由殖民地法演變為獨立國家法秩序（國家元首仍英國國王）。²¹ 現行澳大利亞憲法係英國議會作成於 1901 年的制定法，澳大利亞終審法院 1988 年，就聯邦憲法中有關聯邦與各邦關係之條文的目的及範圍，採取了一個**全新**的思考，不受限於偏重法安定性的原意主義。在美國，憲法制定年代更久遠、但乃是由為了在北美 13 州殖民地獨立建國的制憲大會所作成者，故主張制憲者有關憲法條文之意義的看法，具有優先之拘束力的**原意主義相當強勢**，但所看重的是**憲法文本**，而非**立法史**。不過若傾向於活的憲法，將否定制憲者原意之絕對具有優先效力，認為釋憲者得依實際之需要、社會之變遷而賦予憲法相關條文**新的內涵**。²² 當以活的憲法為解釋方法時，需要的是關於「變動中的歷史」，即**法與社會**（law and society）的歷史敘事。²³

去社會脈絡地辯論原意主義與活的憲法何者為佳，恐意義不大。須先釐清作為討論議題的某國憲法條文，經怎樣的政經社文的歷史變遷，以檢視形塑該原意主義或活的憲法之背景及理由，是否同樣存在於該國。對**台灣**而言，從制憲史料可知，「中華民國憲法」的條文係 1946 年 12 月 25 日由在中國的制憲國民大會通過，當時出席制憲國民大會的 1,702 位代表中，僅占極少數的 18 位是台灣省的代表（17 位在匆促中由台灣省參議會間接選舉產生，另 1 位竟是日治時期中國在台僑民之代表）。²⁴ 但在關於歷史變遷的敘事上，須指出 1946 年當時在總數中占比極小的來自台灣的制憲代

20 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 507-513。筆者曾以單獨一文論述英美法系的法之適用方法，參見王泰升，〈英美法系的法解釋適用論〉，《台灣法律人》19（2023 年 1 月），頁 1-30。

21 參見 Richard Chisholm & Garth Nettheim, *Understanding Law* (Sydney: Butterworths, 4th ed., 1992), pp. 14-17。

22 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 513-514。

23 參見陳昭如，〈大法官解釋中的歷史與傳統——女性主義觀點的批判〉，頁 92，註 16。

24 1946 年在台制憲國民大會代表的產生經過及人選等，參見王泰升，〈台灣戰後初期的政權轉替與法制的承接（1945-1949）〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁 63-64；陳昭如，〈大法官解釋中的歷史與傳統——女性主義觀點的批判〉，頁 94-95。

表，參與的是**為了**以中國大陸為核心的**中國**，而非現今僅統治台灣的這個國家（中華民國台灣），所制定的憲法。²⁵ 由於此情境**近似澳大利亞**之將原係他國所制定之法，繼受為本國的現行憲法，故較可參照的是澳大利亞終審法院之採用**活的憲法**，不依通常平易之文義，而依社會目的進行解釋，對憲法條文做全新的思考。

三、台灣法律史之運用於解釋憲法條文意涵

晚近從 1990 年代起在台灣制定的憲法增修條文，由於當初以「一機關兩階段」為之，故其條文解釋方法宜有不同的考量。1991 年 4 月由絕大多數在中國大陸選出後、數十年不改選而續任國大代表的「第一屆」國民大會通過（即為「第一階段」），同年 5 月 1 日總統令制定公布的「中華民國憲法增修條文」，在「前言」載明「為因應國家統一前之需要，……增修本憲法條文」，且第 10 條明訂：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」史料亦顯示，在該國民大會占有絕對多數席次的國民黨內部「憲政改革策劃小組」，同年 3 月提出該等增修條文時已強調：修憲須著眼於中國統一。據此可解釋為修憲者「**原意**」是，國家處於「統一前」狀態，故區分自由地區與大陸地區。惟該第一屆國民大會在台灣實欠缺民主正當性，於是出現以**活的憲法**立論之解釋，認為基於主權與治權不可分的法理，前揭前言及第 10 條可解釋為修憲者有意將憲法適用地域限於台灣地區，不再及於法制上所稱大陸地區，台灣與中國已成為「特殊的國與國關係」，亦因此在體系上增修條文的第 1 至 3 條，明訂中央民代僅從台灣地區選出。²⁶ 如美國學說所示，進行活的憲法之解釋，須闡釋「變動中的歷史」，而此正是前揭 1990 年代起**台灣法律史研究**（參見壹、二）的核心關懷。

不過 1991 年 12 月全面改選國代後組成新的「第二屆」國民大會（即進入「第二階段」），已具有**台灣民意基礎**，故解釋 1993 年第二次修憲，至 2005 年第七次修憲為止的憲法增修條文時，應適度尊重**原意主義**。²⁷ 就

25 陳昭如認為制定中華民國憲法時，嚴重欠缺可代表台灣女性及原住民族之人參與，類似的缺憾也發生在當年美國憲法的制定。參見陳昭如，同上註，頁 94-95。

26 相關的史實及學說見解，參見王泰升，《臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」》（台北：中央研究院臺灣史研究所、臺大出版中心，2015），頁 97-98、101-102、130，註 24 和 25。

27 參見同上註，頁 130、133。

憲法條文的解釋，若欲貫徹美國式原意主義，即不宜侷限於向來之沿革解釋或立法史解釋所參考的立法史料，而應採取戰後德國式法釋義學中，如王澤鑑 2019 年提出的「**廣義的歷史解釋**」，除了憲法條文沿革外，須一併關注制定或修改憲法條文當時的政經社文狀態，以及憲法條文造就的社會效應。

例如 2022 年 10 月憲法法庭就「西拉雅族原住民身分案」作成 111 年憲判字第 17 號判決，即依循上述原意主義的方式，**解釋憲法條文上「原住民族」之意涵**。1947 年在中國公布及生效的憲法本文，基於領土包括中國大陸，而設想應如何規範蒙古及新疆等「**邊疆地區各民族**」（憲法第 168、169 條等），但現行有效的憲法增修條文第 10 條第 11、12 項則稱「**原住民族**」。因此在解釋「原住民族」的意涵時，1946 年的制憲史料已不足以說明「立憲者原意」，且「原住」一詞又非如「**少數民族**」之依人數多寡而斷，當另有其意涵。此剛好 1990 年代已出現**不以中國史為中心、不以漢族為唯一關懷的台灣法律史**研究（參見壹、二），距今四分之一個世紀前的 2001 年刊行的台灣法律史論著，業已**相當程度釐清**台灣自 17 世紀荷蘭統治以降，歷來政權在法律上如何稱呼及對待於今所稱「**原住民族**」，²⁸ 從而**可提供**解釋該憲法條文用語的學術知識。

台灣法律史指出，1980 年代崛起的台灣原住民族運動，為追求歷史正義，採納當時國際上如草擬中《聯合國原住民族權利宣言》所稱「**原住民族**」概念，亦即在特定的地域社會，於當今主流的民族遷入之前，歷史上原本居住於該等土地的民族即是原住民族，故在台灣係指漢族移入前已居住於斯地的南島語系民族。伴隨 1990 年代台灣的民主化，1994 年的憲法增修條文從而拒絕沿襲過往所稱「**山胞**」，改採「**原住民**」一詞，1997 年更從作為原住民個人之集體權利的角度，確立「**原住民族條款**」，即憲法增修條文第 10 條第 9、10 項，其後再移至當今的同條第 11、12 項。²⁹ 此所以憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決「主文」第 1 段首行，開門見山地表示

28 參見王泰升，《台灣法律史概論》（台北：元照，初版，2001），頁 5-13、19-30、59-63、183-184、192-193、202-203。此外，2015 年有一篇對原住民族法律史有所更新的論文，參見王泰升，〈台灣法律史上的原住民族：作為特殊的人群、領域與法文化〉，《臺大法學論叢》，44:4（2015 年 12 月），頁 1639-1704。

29 參見王泰升，〈台灣法律史在司法違憲審查上之運用：以西拉雅族原住民身分認定案為例〉，《台灣法律人》15（2022 年 9 月），頁 5-6。

憲法增修條文前揭條項「所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。」³⁰

參、以台灣法律史認定立法事實、裁判事實及案件事實

一、憲法訴訟上認定立法事實

1949 年繼受民國中國晚期創建的司法違憲審查機制 70 餘年後，司法院大法官的運作方式改變為可對個案直接救濟，朝向審理案件全面司法化、程序訴訟化，自 2022 年 1 月 4 日起司法院大法官組成的憲法法庭掌管憲法訴訟。³¹ 憲法訴訟是一個法之適用的「涵攝」過程，亦即將一定的案例事實（具體個案事實），置於法規範的要件底下，以獲致一定的結論，此思維模式可稱為決定法律效果的邏輯三段論法。³²

台灣法律史知識對於作為「法」，亦即邏輯三段論法上之「大前提」的憲法條文**解釋**的作用，已如前述；其同樣甚或更可發揮作用的是，**認定**邏輯三段論法上之「小前提」，即作為「法規範憲法審查」對象的該法規範的**立法事實**、作為「裁判憲法審查」對象的該裁判的**裁判事實**，以及引發該憲法訴訟之原因案件中的**案件事實**，以最終作成合憲或違憲的判決——邏輯三段論法上之「結論」。在憲法訴訟欲作成法之適用的「涵攝」，一方面須從憲法規範去認定案例事實，包括本文所稱立法事實、裁判事實、案件事實等，一方面亦須從前揭事實去尋找憲法規範，分析其構成要件，**來回穿梭於兩者之間**；法之適用的正當性不在「過去」，而在「現在」，故須致力於符合**當前的社會需要**，實踐正義理念。³³ 此亦筆者在**實踐評價**上倡議「**歷史思維法學**」——理解歷史、但超越歷史——的核心觀念。以下將詳述之。

30 參見黃虹霞大法官主筆的本號判決，以及林修澈、王泰升、謝若蘭、蔡志偉、詹素娟的專家諮詢意見書。聚焦於台灣法律史的王泰升所撰諮詢意見書，在 5 份協同意見書中出現於：（1）黃瑞明大法官協同意見書的註 7，（2）黃昭元、謝銘洋兩位大法官協同意見書的註 8、13、14，（3）蔡宗珍、林俊益、張瓊文三位大法官協同意見書的註 1。憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=310021>（最後閱覽日：2025/09/28）。

31 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 226-228。

32 關於法之適用的邏輯結構，參見王澤鑑，《法律思維與案例研習：請求權基礎的理論體系》（台北：王慕華，2 版，2019），頁 164-166。

33 參見同上註，頁 171、174。

英美法系的普通法法院會運用實證資料或法經驗事實，**認定**某項由判決先例歸結出的規則／法規範（rule／law），**所立基的社會基礎或價值理念**，此被稱為不同於一般案件事實的「**立法事實**」（legislative facts），其一如議會為進行討論以決定是否通過一項制定法時，所收集的資料及公共政策的考量；若認為社會情事之變遷，已導致於今維持該規則／法規範成為不妥當，得予以推翻（**overrule**）。³⁴ 在不以普通法為法源的歐陸法系國家，憲法法院為審查立法機關作成的制定法（學說上稱「狹義的法律」）是否違反憲法規範，亦需要運用實證資料或法經驗事實，**認定該制定法的立法事實**，以判斷被審查之（過去作成的）制定法，是否違反經解釋憲法條文後所顯現（當今的）憲法上誠命。按這項作為（憲）法適用上邏輯三段論法之**小前提**的立法事實，相當於屬於法經驗科學的台灣法律史研究對**法制訂——作成法律或命令——之形成原因、規範內容、社會效應，所為「變動中的歷史」敘事**，使得台灣法律史在認定受憲法審查之法規範的立法事實時可派上用場。³⁵

例如 2023 年 1 月憲法法庭就「祭祀公業派下員資格案（二）」所為 112 年憲判字第 1 號判決，於認定憲法審查對象的《祭祀公業條例》第 4 條第 1 項後段等規定的「立法事實」時，即參考了台灣法律史，據以判斷系爭法規範構成「不當差別待遇」。該判決之「理由」第 31 段謂：「祭祀公業之設立，其最主要目的在祭祀祖先發揚孝道（祭祀公業條例第 1 條規定參照）；而就祭祀祖先之香火傳承言，男系子孫與女系子孫原無本質差異，在少子化之今日及可預見之未來，續強予區分，尤不利祭祀香火之傳承；就承擔祭祀之意願及能力言，時至今日，女系子孫不論姓氏、結婚與

34 以 1973 年美國佛羅里達州最高法院 Hoffman v. Jones 案判決為例。該案涉及屬於普通法的侵權行為法上原則（doctrine）的改變，亦即當被害人對傷害之發生與有過失時，原先認為縱令該過失非常輕微，均可免除加害人的侵權責任，但該案判決改為加害人仍應負侵權責任，但可減少賠償金額。為達成這項判決結論，該案大多數的裁判意見書，從歷史、經濟、哲學等面向為考慮及評估，指出舊的規則是作成於侵權行為賠償責任被認為是阻礙產業發展之嚴重威脅的年代，但於今產業已較強盛且普及的保險讓民事賠償不再成為產業生存的嚴重威脅，在今天只因被害人輕微與有過失即否定其求償已被認為不公平且不人道。前揭這些考量因素，通常被稱為不同於案件事實的所謂「立法事實」。參見 William Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States (St. Paul, MN: Thomson/West, 5th ed., 2011), p. 44。關於英美法系中普通法的法律適用方式，參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 487-497。

35 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 32；王泰升，〈台灣法律史在司法違憲審查上之運用：以西拉雅族原住民身分認定案為例〉，頁 3。

否，尤已與男系或冠母姓子孫無顯著不同；其他宗族意識之維持等亦均同。是就無規約或規約未規定派下員資格之祭祀公業言，若繼續任由系爭規定一及二，再以曩昔習慣，作為拒絕設立人之女系子孫，不論性別、結婚或冠母姓與否，列入為派下員之理由，不但於事理已難謂相合，而且顯然未能與時俱進，不合時宜，甚至有害祭祀公業設立之祭祀祖先、傳承香火之初衷目的。……此等立法其目的所欲維護者為傳統、舊慣，此等傳統、舊慣……明顯係出於性別歧視且係以歷史性刻板印象為分類，因而對未列入派下員之其餘祭祀公業設立人之女系子孫，形成不當差別待遇。（註：底線為筆者增添，以下同）。³⁶

前揭判決中對系爭法律規範的「立法事實」，顯然**非單純引述** 2007 年 12 月 12 日公布、2008 年 7 月 1 日生效的《祭祀公業條例》之**立法理由書**等史料。由於台灣法律史的學者對祭祀公業已累積不少研究，故對之可從傳統中國法「家」底下「房」的概念，以及日治台灣施行現代民法後如何依習慣法處理祭祀公業講起。再將該憲法訴訟中系爭法規範之內涵，遠溯至 1931 年中華民國訓政時期 20 年院字第 647 號解釋，接續談 1945 年後台灣的法院依循甚或擴張該號解釋之見解處理祭祀公業案件，最終 2007 年由立法院將之轉化為條文。³⁷ 因此可謂是出於一定的問題意識（不可能漫無目標），對於**特定法規範在整個政經社文大環境下之流變**，所為的**歷史敘事**。³⁸

這些本於憲法規範相關議題之設定而作成的歷史敘事／立法事實（按如前所述須穿梭於案例事實與憲法規範要件之間），須有充分且具有相互批判可能性的**歷史經驗事實**作為**證據**。2020 年 8 月作成的司法院釋字第 793 號的法規範憲法審查標的，乃是簡稱「黨產條例」的《政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例》。其第 1 條以文本表明立法者「原意」在於「落

36 參見黃虹霞大法官主筆的本號判決，以及多位大法官提出的 4 份協同或部分不同意見書。在 4 份專家諮詢意見書中，有兩份係由專攻台灣法律史的學者提出。憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=309875>（最後閱覽日：2025/10/03）。

37 參見王泰升，〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉，《台灣法律人》18（2022 年 12 月），頁 1-11。

38 陳昭如亦指出，歷史研究的客觀性並不等於排除立場觀點的「中立性」與「無觀點的公正性」，而是經得起歷史證據檢驗與社會科學分析的合理性。筆者將經這般歷史研究所獲知的情事，或所建構的知識，稱為「歷史敘事」。參見陳昭如，〈大法官解釋中的歷史與傳統——女性主義觀點的批判〉，頁 95-96。

實轉型正義」，「制法目的」為「調查及處理政黨、附隨組織及其受託管理人不當取得之財產，建立政黨公平競爭環境，健全民主政治」。亦即，該號解釋系爭法規範之**立法事實**，係過去存在著依當今自由民主憲政秩序所不應為的「黨國體制」，故在「理由書」第 10 段指出：「臺灣於第二次世界大戰結束後，……於訓政時期形成黨國體制」，第 11 段表示：「中國國民黨事實上長期立於主導國家權力之絕對優勢地位，原應隨憲法施行而結束之黨國體制，得以事實上延續」。³⁹

這項國民黨長期實施「黨國體制」的歷史敘事，須提出相關的歷史經驗事實。如前所述，戰後台灣學界極少探究中華民國訓政體制，且政府機關檔案向來缺乏管理及定期解密公開。不過就「黨國體制」的議題，仍可在史料堆中找到證據。例如 1986 年 10 月上旬蔣經國總統接受華盛頓郵報訪問，宣示台灣即將解除戒嚴。在國史館〈蔣經國總統文物〉典藏號：00501020800018002，可看到一份同年 10 月「國家建設研究會」，向蔣經國呈報的「政治情勢演變中可能觸發之重大問題研究」，載有：

我黨政軍機構各有其沿革，及功能特性，其中尤以軍事與治安體系，多係針對共匪武力及統戰陰謀而設；黨的組織亦因致力輔導地方自治、及整合黨政軍效能，不得已而沿用訓政體制。過去四十年來，曾藉此種架構加以有效運用，終能達成國家安全、社會安定、人民安康之境地。今後若為適應新情勢而改變其架構，則可能面臨本身調整與任務遂行之雙重困難。

當中還有評估在解嚴後，反對黨可能會從哪些面向批評「黨國制」、「黨政不分」的預判。從這份以「我黨政軍機構」起頭的內部文件，可謂國民黨已「自認」至 1986 年為止的 40 年來，中華民國政府一直沿用旨在「以黨治國」的訓政體制，⁴⁰ 亦即釋字第 793 號所稱「黨國體制」，故解除戒嚴後即面臨改變其架構的挑戰。

39 參見解釋文和理由書，多位大法官的協同或部分不同意見書，以及黃丞儀所撰鑑定意見書「一」的部分。憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310974>（最後閱覽日：2025/10/03）。

40 關於訓政體制之內涵，參見王泰升，〈國民黨在中國的「黨治」經驗－民主憲政的助力或阻力？〉，頁 69-228；王泰升，《台灣法律史概論》，頁 143-146。

台灣法律史研究在 20 餘年前，即有「日產變黨產」、「以訓政經驗行憲」等歷史敘事，⁴¹ 得以證明系爭黨產條例該項立法事實之存在。於今，依照為促進轉型正義及落實自由民主憲政秩序而制定的《促進轉型正義條例》第 4 條之規定，所為的真相調查，已揭露大量政府機關檔案之內容，將可從中發現更多的歷史經驗事實，以強化司法院釋字 793 解釋的正當性，或運用於未來可能再發生之涉及威權統治時代法規範或裁判（如下所述）的憲法訴訟。

二、憲法訴訟上認定裁判事實

台灣現行憲法訴訟制度增列「裁判憲法審查」，明確地將確定終局裁判納為大法官違憲審查的客體；認為縱使法規合憲，法院適用法規範之裁判見解，亦可能違反憲法上誡命（若不涉及憲法即不屬憲法法庭管轄）。蓋憲訴法第 59 條規定人民「對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決」；同法第 62 條第 1 項進而規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」亦即，可能是法規範合憲，僅是裁判違憲，也可能法規範違憲導致裁判亦違憲。憲法法庭對於立法或行政機關作成之法規範給予合憲或違憲之宣告，已如前述，且已行之數十年；接著須討論的是，對於屬司法機關的一般法院（普通法院及行政法院）就個案作成之裁判的違憲與否／合憲性的判斷。⁴²

在進行「裁判憲法審查」的憲法訴訟中，作為審查對象，亦即憲法之

41 參見王泰升，〈中國國民黨的接收「日產」為「黨產」〉，收於同作者，《台灣法的斷裂與連續》（台北：元照，2002），頁 315-326；王泰升，〈台灣憲法的故事：從「舊日本」與「舊中國」蛻變而成「新台灣」〉，收於同作者，《台灣法的世紀變革》（台北：元照，2005），頁 294-298、300-304。國民黨在戰後台灣所為的國庫通黨庫，可追溯至其在中國訓政時期的經驗，參見李福鐘，〈國民黨黨產取得之類型分析〉，《台灣史學雜誌》5（2008 年 12 月），頁 157。筆者等人 2019 年時曾透過研究計畫，考查國民黨黨史館收藏的檔案、邵銘煌和薛化元主編的《蔣中正總裁批簽檔案目錄》、國史館所藏蔣中正總統檔案、當時仍置於史丹福大學胡佛中心檔案館的《蔣中正日記》等史料，作成一份篇幅相當長的「國民黨訓政經驗對戰後台灣憲政運作的影響：以蔣中正在台執政期間為中心」之暫訂稿，但未能一鼓作氣地正式發表。身為台灣法律史研究者，常有「七年之病，求三年之艾」的感慨。

42 就《憲法訴訟法》第 59 條涉及「憲法法庭如何以憲法來審查裁判」的議題，參見陳宗憶，〈臺灣裁判憲法審查制度之難題及其解方〉，《臺大法學論叢》51：特刊（2022 年 11 月），頁 835-839。

適用上作為邏輯三段論法之小前提的案例事實是什麼呢？司法院在提案制定憲訴法第 59 條時曾指出，裁判憲法審查是為了「處理各法院裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形」。⁴³亦即，以一般法院對於**法律解釋適用之見解**，以及其就個案所為之**涉及憲法上權利的利益衡量和價值判斷**，⁴⁴作為憲法規範審查的對象。⁴⁵相對於前揭「立法事實」之概念，本文姑且稱為「**裁判事實**」。誠如憲法學界所指出，大法官在憲訴法制定前，早已有裁判憲法審查的實踐，如司法院釋字第 242、582、656 號解釋。⁴⁶從台灣法律史的觀點，立法時雖謂參考德國聯邦憲法法院的「憲法訴願」而創設裁判憲法審查制度，實為以繼受德國立法例之名，明文化台灣既有的憲法適用經驗。因此過往的這類經驗，恰可作為於今適用憲訴法第 59 條立法上創設的裁判憲法審查之例示，並以之理解前述「**裁判事實**」。

在裁判憲法審查的訴訟中，作為審查標的之裁判本身，亦是一項將法規涵攝至案例事實的**法之適用**。以憲訴法施行前作成的司法院釋字 242 號為例。從歷史／台灣法律史的視角，1949 年中華人民共和國建立、中華民國政府遷移至台灣，接著的 40 餘年台灣與中國之間人民音訊及往來均斷絕，使得法院就 1949 年前在中國已婚者嗣後在台灣의再婚，依照民法上對一般重婚情形所為的法律解釋見解作成的裁判（法之適用），**傷害了在台灣已建立數十年的人倫秩序**。此即該釋憲案的「裁判事實」，若置於現今

43 司法院 2018 年 3 月 29 日院台大一字第 1070008466 號函，所附「司法院大法官審理案件法修正草案」（即憲法訴訟法草案），條文對照表中關於第 59 條之「說明」。立法院法律系統：<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00256CFFAD56000000000000000001E000000005FFFFFA00^04506107121800^000000000000>（最後閱覽日：2025/10/09）。

44 法律適用本身乃是一種評價，亦即利益衡量和價值判斷，並出以法律論證的形式。參見王澤鑑，《法律思維與案例研習：請求權基礎的理論體系》，頁 171-172、175。

45 憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決對於裁判憲法審查的對象，在理由第 30 段有如下的說明：「憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。如何判斷是否構成違憲，難有如水晶般透明之標準，基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其中間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。至訴訟程序中之指揮進行，原則上屬各級法院權責，惟若違反憲法正當法律程序之要求者，亦應同受裁判違憲審查。」憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=340546>（最後閱覽日：2025/10/09）。

46 參見陳宗憶，〈臺灣裁判憲法審查制度之難題及其解方〉，頁 849-851。

之憲訴法底下，將由憲法法庭判斷該裁判是否違反憲法所保障的人民基本權利。

過往被視同命令，可作為憲法審查標的之由最高法院或最高行政法院選編的**判例**，雖已不再具有通案之效力，但人民在新法施行後3年內仍得以之為違憲審查的對象，⁴⁷此時作成該判例的緣由，較接近本文所稱「裁判事實」。例如2023年12月憲法法庭就「日治時期私有土地經土地總登記程序登記為國有案」（憲訴法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件），所為112年憲判字第20號判決謂：「聲請人因請求返還土地事件，認臺灣高等法院臺中分院105年度上字第24號民事判決（下稱系爭判決）援引之最高法院70年台上字第311號民事判例（下稱系爭判例），有牴觸憲法第15條保障財產權等疑義，……聲請解釋憲法」（理由第2段）。在此，該台中高分院105年度上字第24號民事判決，僅是「原因案件」；作為憲法審查**標的**者，乃最高法院70年台上字第311號民事判例的**法律解釋適用之見解**，亦即「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過15年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」（理由第19段）憲法法庭在判決主文認為其「不符憲法第15條保障人民財產權之意旨」。

該112年憲判字第20號判決，**參酌台灣法律史**關於日治時期私有土地，以及戰後初期土地總登記之研究後，即認為前揭判例見解違憲。經查該案系爭土地，已登錄於日治時期土地台帳，戰後初期因未完成土地總登記申報程序，遂被登記為國有地。判決理由謂：「人民為日治時期土地台帳或土地登記簿上所載明之業主或所有人（即類同我國現行法制所稱所有人，註2）」（第26段），且「戰後初期所實施之土地總登記，……並無使不動產物權發生變動之意，……土地法第43條所定依該法所為之登記有絕對效力，……並非否認日治時期土地台帳或土地登記簿上所記載權利之效力」（第28段）。復以「當時之時空環境，絕大多數人民未通曉中文、因戰事流離他所、遺失土地權利憑證，或因社會資訊、教育尚非發達，不諳法令，甚至因36年間之228事件引發社會動盪等特殊原因，致未於限期內申報權

47 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁242-243。

利憑證繳驗，或於申報後未依限補繳證件（註3），終致其所有之土地被登記為國有。於此情形，若使國家仍得主張民法消滅時效，從而透過時效制度維持私有土地登記為國有之狀態，……形成國家對人民財產權之侵害。」（第33段）文中的註2與註3，乃台灣法律史相關論著（第45至47段）。⁴⁸可見憲法法庭係參照當中的歷史敘事，指摘系爭判例之解釋適用見解違憲。

三、憲法訴訟上認定案件事實

在法規範憲法審查或裁判憲法審查的憲法訴訟中，在前述立法事實或裁判事實之外，引發該憲法訴訟的「原因案件」中，可能還有許許多多涉及台灣法律史的「案件事實」。於茲再以憲法法庭就「西拉雅族原住民身分案」，所為111年度憲判字第17號判決為例。非該案憲法審查標的之「系爭規定」，即《原住民身分法》關於平地原住民之認定標準的**立法事實**，但與「原因案件」相關的該憲法訴訟之**案件事實**是，具有西拉雅族自我認同的本件聲請人主張：屬於平埔族的西拉雅族人係《原住民身分法》所稱「平地原住民」（參見理由第2段）。然而從**台灣法律史**可知，居住台南地區的西拉雅族屬於現今所稱原住民族（其定義參見前述），其17世紀即遭荷蘭政權統治，歷鄭氏政權後，於清治時期被稱為熟番或平埔番，日治時期稱其為熟蕃或平埔族，跟先前未受荷、鄭、清統治之稱生蕃、蕃人或高砂族的「高山族」**有所區隔**，兩者適用不同的法律。日治時期的蕃人再分為蕃地蕃人、平地蕃人，戰後中華民國法延續該項分類，而稱山地山胞／原住民、平地山胞／原住民。因此屬於平埔族的西拉雅人，**並非系爭規定**中用以指稱高山族的「**平地原住民**」。惟1957年政府曾讓某些日治時期被編入熟蕃之「歸化生番」登記為平地山胞，且錯誤地通案化為日治時登載為「熟」者可登記為平地山胞（至1992年方廢止）；但由於平埔族之族名**不被國家承認**，故一部分平埔族人只能「寄生」於高山族，方能取得山胞／原住民身分。⁴⁹

這項極具關鍵性的案件事實，使得憲法法庭認為作為審查標的之《原

48 參見詹森林大法官主筆的本號判決，註1至註3之陳立夫、王泰升有關台灣法律史的論著，以及多位大法官的協同或部分不同意見書。憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=309944>（最後閱覽日：2025/10/09）。

49 更詳細的論述內容，參見王泰升，〈台灣法律史在司法違憲審查上之運用：以西拉雅族原住民身分認定案為例〉，頁12-16。

住民身分法》，關於原住民的定義性規定，排除憲法所定原住民族之一的西拉雅族，已構成違憲。該號判決明確地接受台灣法律史的敘事，認定「由臺灣歷史脈絡觀察，除日治時期所稱「高山（砂）族」外，尚有其他南島語系民族」（理由第 30 段）。本於這項案件事實，判決主文第 3 項要求：「相關機關應於本判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨，修正原住民身分法或另定特別法，就本判決主文第 1 項所稱同屬南島語系民族之其他臺灣原住民族之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，予以明文規範。」。⁵⁰ 且不再論斷本件聲請人所提出，系爭規定就山地原住民與平地原住民認定要件不一違反憲法平等原則之主張。⁵¹ 為落實前揭判決，2025 年 10 月 23 日已公布施行《平埔原住民族群身分法》。

特別要指出的是，在台灣的憲法訴訟案件中，一旦所涉及的法律行為或事實發生於日治時期，務須探詢戰後長期被視如敝屣以致「有歷史經驗卻無歷史記憶」的日治台灣法律史。藉以認定當時既存的民事法律關係，甚或讓日治時期法規範內涵在戰後中華民國法上繼續發生一定的效力，2009 年 12 月 11 日公布的司法院釋字第 668 號，即允許人民在中華民國民法自 1945 年 10 月 25 日施行於台灣起至該號解釋公布日之前，依日治時期繼承習慣法上「指定繼承人」制度，合法地指定繼承人。⁵² 又如晚近憲法法庭在審理「農田水利會改制案」（作成 111 年憲判字第 14 號判決）時，由於該案爭點環繞著包括日治法律在內、不同政權與法制下發展的農田水利會組織之定性與財產權歸屬等，故不論是最後判決理由構成、相關言詞辯論意旨書或專家諮詢意見書，都與台灣法律史的論辯息息相關。⁵³

50 參見憲法法庭網站：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=38&id=310021>（最後閱覽日：2025/10/13）。回應憲法法庭的 111 年度憲判字第 17 號判決，立法院採取「另定特別法」的方式，2025 年 10 月 17 日三讀通過《平埔原住民族群身分法》。這項立法等於是，法律上仍維持「原住民」（依《原住民身分法》）與「平埔原住民」（依《平埔原住民族群身分法》）二分，其妥適與否有待討論。

51 參見陳怡君，〈原住民身分認定的法律動員及其展望〉，《台灣法律人》36（2024 年 6 月），頁 63。

52 詳細的討論，參見王泰升，〈多源的台灣民法—130 年在地匯合（上）〉，頁 28-31、37-39。

53 其詳，參見陳韻如，〈2020 年至 2022 年法律史發展回顧〉，《臺大法學論叢》52：特刊（2023 年 11 月），頁 1396-1398。

肆、台灣法律史運用於憲法訴訟的模式化

一、歷史思維法學在憲法訴訟上的運用

筆者針對台灣自 1895 年日本統治並施行現代法制後，迄今（2025 年）長達 130 年的法經驗事實，提出如下「從法條到法社會發展歷程及其可能性示意圖」。並以「歷史思維法學」稱呼將此等**法經驗事實**，**運用於實踐**評價時所為的**法規範論證**。具體言之，（一）關於「法制訂」，敘述過去的 1. 法律條文的「底層因素」，以及 2. 法學理論、3. 法律實務見解、4. 法律生活形態，如何導致現存的法律條文（參見附圖）；只要其中一項於今已不存在或不妥當，則現存的法律條文**應改變**，否則可維持。（二）關於「法適用」，敘述過去的 3. 法律實務見解的「底層因素」，以及 1. 法律條文、2. 法學理論、4. 法律生活形態，如何導致現存的法律實務見解（參見附圖）；只要其中一項於今已不存在或不妥當，則現存的法律實務見解**應改變**，否則可維持。⁵⁴

54 參見王泰升，《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁 27-28。

附圖：從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖

1. **法律條文**〔行動者：政治菁英〕

↓↑ 表現於：各級政府公報或法令匯編、立法理由書

底層因素：政策考量、政經社文條件、科技環境

↓↑

2. **法學理論**〔行動者：法學者〕

↓↑ 表現於：當時各種法學論著

底層因素：法學者的政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別、及個人專業養成之經歷，整體的社會或技術條件及價值觀

↓↑

3. **司法或行政上對個案適用法律**〔行動者：法律專業社群、執法官員〕

↓↑ 表現於：司法裁判或憲法解釋、行政處分或個案指令

底層因素：法律專業者或執法官員的政經社會階層別、性別、族群別、意識型態別、及個人專業養成之經歷，整體的社會或技術條件及價值觀

↓↑

4. **社會生活上的運用法律**〔行動者：一般人民〕

表現於：契約文書、為進行經濟上交易或建立身分上關係而採取的法律措施、法意識

底層因素：一般人民的法律觀念或行為模式、整體的社會或技術條件，且人民內部可能因政經社會階層別、地域別、性別、族群別，意識型態別而有差異

資料來源：王泰升，《具有歷史思維的法學：結合台灣法律社會史與法律論證》（台北：自版，元照總經銷，2010），頁4，但原圖業經部分修改。

就憲法訴訟制度的實質意義而言，**法規範憲法審查**即是對上述（一）「**法制訂**」進行實踐評價，**裁判憲法審查**則是對上述（二）「**法適用**」進行實踐評價。這些以**歷史敘事**所呈現的法經驗事實，可被**轉化為憲法論證**上如本文所稱的立法事實、裁判事實、案件事實。例如，**認定**被審查的「系爭規定」，乃是在某項政策考量、政經社文條件或科技環境底下，配合當時的法學理論、法律實務見解或法律生活形態而制訂的法律或命令，以**裁**

斷該「立法事實」是否符合經解釋後顯現之當今憲法規範上誠命。或者**認定**被審查的裁判之法律解釋適用見解，乃是在某種時代或法文化氛圍底下，適用特定的法律條文，回應當時的法學理論或法律生活形態方作成的「裁判事實」，以對之為合憲性的**裁斷**。且這些法律史的知識，往往有助於釐清各種涉及非現行法或舊國家法的「案件事實」。

二、運用於論證憲法適用中的評價

台灣法律史的歷史敘事，還可在進行憲法論證時，對所為的利益衡量和價值判斷，提供強化或補充性的**理由**。**憲法訴訟的結果**是一種**評價**，亦即利益衡量和價值判斷，故憲法論證須載明作成的理由，以**說服**被規範者，並接受社會公評。對此，可訴諸屬於**台灣人民法律經驗**的敘事，以引發一般人民的共鳴，不需要言必稱外國法學理論、立法例或司法案例。尤其是如下所述，當憲法法庭欲採取與民眾傳統法律觀不一致的評價時，宜援用台灣人民有感的自身法律經驗，闡釋為什麼不宜再延續傳統的法律觀。

例如依通說漢人傳統法律觀強烈支持死刑之施作，憲法法庭若欲說服民眾適時適度地修正這項悠久的刑罰觀，除了須提出眾多當代法學理論乃至外國法制，不妨以**台灣法律史敘事**作為佐證。在台灣社會的歷史記憶中，咸認為日治後期「社會治安良好」。值得注意的是，台灣法律史研究根據當時的法實證資料指出，日治後期法院判處**死刑者極少**，故社會治安良窳之關鍵不在於科處死刑或重罰。事實上日治後期法院所科處的刑罰，絕大多數為屬於財產刑的罰金，並以之取代前期沿襲傳統中國法而僅適用於台灣人（不及在台日人）的笞刑（即鞭刑，1904-1921），屬於自由刑的有期徒刑僅占總數的一成，且通常以刑期6個月以下者占多數，無期徒刑亦甚少；刑罰輕但「必罰」，亦即處罰規定的**徹底執行**，犯罪者極難逃脫法網的制裁，才是造就當時社會治安的主因。⁵⁵ 據此，憲法之適用最終為利益衡量和價值判斷時，死刑的「利益」不能被高估，甚或濫用為執法不力以致治安敗壞的卸責工具。

憲法法庭在對有關程序正義的法規範或裁判進行評價時，亦可提及日

55 日治台灣第一審法院刑事判決被告之刑名（1912-1940）、日治台灣監獄內新受刑人被判有期徒刑之刑期（1910-1942），以及對此所為之分析，參見王泰升，《日治時期的法律改革》（台北：聯經，修訂2版，2014），頁98、295-298。

治台灣法制為達成前述的「必罰」，出於**節省殖民地經營上執法成本**的考量，輕忽東亞國家繼受自近代西方——不存在於傳統中國法——的「程序正義」觀念，⁵⁶ 不惜犧牲台灣民眾的人權。按殖民地台灣和殖民母國日本相比較，在刑事制裁程序上，更大的比例是採取由高階警察裁決的「犯罪即決」制，以減少刑事法院的受理案件數，降低設置法院、任命高薪之司法官的統治成本，卻使一般人較少有機會在法院內受到現代的刑事訴訟程序的保障，例如警察即決程序中犯罪嫌疑人即不得聘請律師為其辯護。⁵⁷ 這項**歷史敘事**的提醒是，於今既然譴責過往殖民統治之不當，刑事政策上即不應跟隨像日治法制那樣利益或價值的選擇，而應**要求國家投入更多經費**，支應為強調程序正義而產生的法院營運成本，以提升人權保障程度，並經由刑罰規定的徹底執行，維持良好的社會治安，勿讓程序正義與社會治安陷入對立狀況。

伍、結論

長期以來被法律界視若無睹的台灣法律史研究，對於學術研究或法律實務均具有意義，在此僅著墨於其在憲法訴訟上的運用。之所以被忽視，實出於法律人對法律史知識在法制訂、法適用，乃至法學發展上可發揮的作用了解有限；這項認識上的侷限，似乎又歸因於往昔法制史的研究內涵。在 1990 年代的民主台灣，興起以台灣為主體、關注法與社會之互動的法律史研究，帶來學術上新的想像，也可提供憲法訴訟更多有用的知識。

台灣法律史的知識在憲法訴訟中，能否或如何運用於解釋憲法條文之意涵，與法律界對法的解釋方法之理解有關。依早期文理解釋、論理解釋二分的方法論，對文理上疑惑之解釋，不應僅參考（過去）制訂時原意還須顧及（現在）適用時通念，而論理解釋中的沿革解釋或稱歷史解釋，亦

56 參見王泰升，《台灣法律史概論》，頁 53-54、109-111。

57 日治時期 1904 年實施擴大版的犯罪即決制，各級法院內法官總人數即從原本的 30 名降到 23 名，檢察官總人數從原本的 13 名，降為 9 名檢察官搭配 3 位代行地方法院檢察官職務的書記官或警官，達到減少司法經費支出的目的。直到 1919 年法院從二審制改為三審制後，法官和檢察官的人數才大幅增加；1927 年在地方法院正式設置合議部及單獨部，法官和檢察官的人數再次躍升。實施犯罪即決程序不僅能節省司法成本，還可增強殖民地警察的權威，故日本統治當局一直維持此制至日治結束為止。參見王泰升，《日治時期的法律改革》，頁 99-100、166-167，表 3-3、218-226。更詳細的討論，參見吳俊瑩，《警察即決的現代：日治臺灣的違警罪與現代生活秩序》（台北：臺大出版中心，2025），頁 126-150；王泰升，《去法院相告：日治台灣司法正義觀的轉型》（台北：臺大出版中心，增訂版，2025）頁，62-70。

僅關注於參考制憲及立法過程史料、法律草案、法規沿革等，從而法律史可發揮之作用相對地受到限制。晚近繼受自戰後德國、作為法律解釋方法之一的立法史或歷史解釋，所關照者與上述沿革解釋相去不遠，惟已有法學方法論權威學者主張歷史解釋應考察者，除法條制訂的過程外，還包括制訂前的法律、社會、政治狀態，與制訂後解釋適用的發展過程。若採此說，強調法與社會之研究的台灣法律史，將有十分廣闊的被引用空間。

台灣釋憲實務上，亦曾採用相當於美國與「原意主義」相對之「活的憲法」的解釋方法，考量制憲或立法的歷史背景與今日之差異，來決定過去的規範應否拘束當下。依比較法之研究，美國、澳大利亞等英美法系國家，係本於同時存在普通法底下對於制定法之解釋方法，由當中的尊重「立法者意圖」，衍生出憲法解釋上的「原意主義」，此在美國相當強勢，惟通常所看重的是憲法文本，而非立法史。另外延伸自制定法解釋中「社會目的解釋」之「活的憲法」，則認為釋憲者得依實際之需要、社會之變遷，而賦予憲法相關條文新的內涵。就台灣而言，中華民國憲法是 1946 年由僅極少數台灣代表參與且係為中國、非為台灣而制定，1949 年台灣成為一個事實上國家時，被繼受為台灣的憲法，此情景近似澳大利亞將 1901 年英國議會所制定之法，繼受成為本國憲法，故應如澳大利亞法院般依從活的憲法之解釋方法。至於自 1990 年代起在台灣制定的「憲法增修條文」，若由絕大多數欠缺民主正當性的萬年國代組成的「第一屆」國民大會通過者，亦應採取活的憲法之解釋方法，參考足以彰顯「變動中的歷史」的台灣法律史研究。但這些憲法增修條文若是由在台灣全面改選、具民意基礎的國代組成的國民大會通過者，即應適度尊重原意主義，且除了憲法條文沿革外，須一併關注制定或修改條文時的政經社文狀態，以及條文所造就的社會效應。

憲法訴訟本身，乃是一個具有邏輯三段論法形式的法之解釋適用。台灣法律史知識不僅可用於解釋作為邏輯三段論法上「大前提」的憲法條文，還可藉以認定作為邏輯三段論法上的「小前提」，即法規範憲法審查時系爭法規範的立法事實、裁判憲法審查時系爭裁判的裁判事實，以及引發該憲法訴訟之原因案件中的案件事實，以作成合憲或違憲的判決——邏輯三段論法上之「結論」。因此憲法法庭，可參考為探究台灣法經驗事實所提出的「從法條到法社會發展歷程及其可能性示意圖」，認定被審查的法規

範或裁判，由「過去」所形塑的立法事實或裁判事實，是否符合「當今」憲法規範上的誠命，並以台灣法律史知識釐清各種涉及舊法的「案件事實」。憲法訴訟的結果乃是一種評價，亦即利益衡量和價值判斷，故憲法論證上亦可運用足以引發一般人共鳴的台灣法律史敘事，作為憲法上評價的理由，說服被規範的人民與時俱進地追求社會公義。