

2020 年至 2022 年法律史發展回顧：實務 與研究的對話*

陳韻如**

<摘要>

本文並非對法律史整體學界動態的整體回顧，而是著重於近年來臺灣的法律實務動態與法律史研究之間如同「問答對唱（call and response）」般雙向進行的對話行動。所關注的問題包括：法律史研究者對於這些鑲嵌於當今臺灣社會整體中的法律實務問題，表達了什麼樣的觀點？如何協助釐清法律議題與時空脈絡？如何批判或強化法律論證？甚至進而如何可能影響了法律改革的方向？在討論範圍上，本文聚焦於原住民法（包括西拉雅族原住民身分案、原住民姓氏綁身分案與原住民保留地問題）、祭祀公業派下員資格案、農田水利會改制案與轉型正義等議題，並點狀舉例展現法律史研究與實務間之互動。最終，本文呼籲法學論述應積極面對歷史、抗拒失憶，從而在法律實踐時更清楚地看見臺灣的法事實與法社會。

* 本文的完成，有賴臺大法研所基礎法學組黃玟凱同學在架構設定乃至資料蒐集、整理、分析上的實質協助與來回討論，作者謹致誠摯謝意。惟所有文責，概由作者自負。

** 國立臺灣大學法律學院副教授。

Email:yunruchen02138@ntu.edu.tw

• 責任校對：高映容、辛珮群、李樂怡。

• DOI:10.6199/NTULJ.202311/SP_52.0012

關鍵詞：臺灣法律史、司法實務動態、西拉雅族原住民身分案、原住民姓氏
綁身分案、原住民保留地、祭祀公業派下員資格案、農田水利會改
制案、轉型正義

◆目次◆

壹、序論

貳、原住民法

一、西拉雅族原住民身分案（111 年憲判字第 17 號判決）

二、原住民姓氏綁身分案（111 年憲判字第 4 號判決）

三、原住民保留地問題（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號
民事裁定）

參、祭祀傳統與性別平等：祭祀公業派下員資格案（112 年憲判字
第 1 號判決）

肆、農田水利會：農田水利會改制案（111 年憲判字第 14 號判決）

伍、轉型正義

一、黨產條例案（司法院釋字第 793 號解釋）

二、立法活動（修正促轉條例、施行權利回復條例）

三、臺灣法律史相關研究成果與進展

陸、結論

壹、序論

既有法律史相關的回顧性文章，大多著重於學界研究動態，而包含整體性的研究出版成果與學位論文爬梳、重要學術會議活動介紹，乃至個別子領域為主題的階段性研究成果之評估介紹¹。本文並非對法律史整體學界動態

¹ 相關的法律史回顧性文章，可參見劉恆妏（2002），〈台灣法律史學界動態（2001-

的回顧，而著重在臺灣的法律史研究與法律實務之間的對話關係。本文的主軸在於探討法律史研究者對於這些鑲嵌於當今社會的法律實務問題，表達了什麼樣的觀點，如何協助釐清法律議題與時空脈絡，如何批判或強化法律論證，甚至進而如何可能影響了法律改革的方向？借用 Nan Goodman 對於 19 世紀以來美國國家形成過程中法律政策與人民之間「問答對唱（call and response）」的比喻，本文嘗試勾勒出近來臺灣的法律實務動態與法律史研究之間的雙向進行的對話過程²。具體而言，本文聚焦於近三年與原住民法、祭祀公業派下員資格案、農田水利會改制案與轉型正義等等議題相關之法律實務動態，並從而介紹作為呼應與對話的法律史相關研究。在法律實務內部，則以憲法法庭判決與大法官解釋為中心，並論及大法庭裁定與立法（含研議）。必須說明的是，由於篇幅與作者學力之限，本文在法律實務議題之揀擇上有掛一漏萬之嫌，相呼應的學者論述亦僅能點狀勾勒，而亦未能完整展現日益豐沛的臺灣法律史相關研究的廣度與深度。惟本文希冀能有拋磚引玉之作用，而樂見日後有更多面對臺灣當今社會議題而「具有歷史思維」的法律論證出現³。

2002）》，《法制史研究》，3期，頁373-385；王泰升（2003），〈法律史〉，王文宇（等著），《二〇〇二年學界回顧》，頁294-301，元照；陳韻如（2003），〈2003年臺灣法律史學界回顧〉，《法制史研究》，4期，頁401-416；陳昭如（2006），〈二〇〇五年學界回顧（二）法律史〉，《月旦法學雜誌》，139期，頁163-170；王泰升（2010），〈法律史：臺灣法律發展的「輪替」、轉機與在地化（2007-2009）〉，《臺大法學論叢》，39卷2期，頁165-198。對於法律史個別子領域的階段性研究成果回顧，可參見陳宛妤（2019），〈探尋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；林政佑（2019），〈近三十年臺灣刑事司法史研究的回顧與展望〉，《中研院法學期刊》，2019特刊1，頁253-317；吳俊瑩（2019），〈臺灣法律專業社群的研究史回顧（1992-2017）〉，《中研院法學期刊》，2019特刊1，頁319-370。此外，關於碩博士論文的重視，可參見黃源盛、黃琴唐、江存孝（2008），〈薪傳五十年：台灣法學院法史學碩博士論文〉，《法制史研究》，14期，頁163-219；劉恆姣（2022），〈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卷2期，頁175-215。

² Nan Goodman, *Forming the Nation in Nineteenth-Century America*, in *LAW AND LITERATURE* 172, 173-174 (Kieran Dolin Ed., 2018).

³ 參見王泰升（2010），〈法學研究為何需要歷史思維〉，氏著，〈具有歷史思維的

貳、原住民法

一、西拉雅族原住民身分案（111 年憲判字第 17 號判決）

於 2022 年 10 月 28 日公布之 111 年憲判字第 17 號判決的爭點如下：在憲法解釋上「原住民（族）」之意涵應為何？憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，國家應以法律特別保障其權益之「原住民族」之範圍應為何？是否包含平埔族（其中含西拉雅族）？原住民身分法第 2 條規定僅有所謂「山地原住民」與「平地原住民」（依照本條，前者為「臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者」而後者為「臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者」。底線為本文作者所加）兩者為原住民，是否違憲⁴？憲法法庭最終認為憲法所保障之原住民族不應僅限於系爭規定所定之原住民，而應包括「既存於臺灣之所有臺灣南島語系之民族」，從而認定原住民身分法第 2 條第 2 款關於平埔族原住民身分之定義性規定，違反原住民（族）身分認同權以及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段保障原住民族文化之意旨，要求相關機關應於該判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨修正原住民身分法或另訂特別法⁵。在本案中，專精法律史與原

法學：結合臺灣法律社會史與法律論證》，頁1-38，元照；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18-26。

⁴ 原住民身分法第2條規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。」

⁵ 參見司法院憲法法庭111年憲判字第17號判決理由書第38-42段。

住民史的王泰升與詹素娟皆分別提供了專家諮詢意見書。以下簡介兩位學者之意見書與相關著作⁶。

王泰升從作為「法經驗科學之法律史」與「法之實踐評價的法律論證」的兩者間關係切入。法律史的方法常被用來闡釋作為三段論法之大前提的法規範意涵。例如，考察作為大前提的法規範之原初立法草案或立法理由書，而進行「歷史解釋」或「立法史解釋」。更廣義的「歷史解釋」所考察的對象，更包含了法律制定時的法政社會狀況、立法經過，甚至解釋適用之發展，以探究制定時的政策與實踐目的⁷。這些對於「法制定」的經驗事實的法律史考察，不只可以解釋法規範的意涵，更可以檢視法規範在當今社會是否適當⁸。就本案而言，作為審查標的之原住民身分法第 2 條第 2 款規定之形成，實際上由 17 世紀以來數個時代的法律、政策與價值交疊形塑而來。這些錯綜的制度與背後的價值選擇可以在藉由法律史方法加以釐清後，得以被檢視是否違反現今的憲法誠命⁹。

王泰升指出，原住民族為漢族移入之前的南島語系民族，基於歷史際遇之不同可分為平埔族與高山族，而兩者都是由複數民族構成。清治時期延續鄭氏時期的漢族優越觀，官方以有歧視意味的「番」稱呼原住民，並將其大致分為 3 類：「生番」、曾受荷漢政權治理的「熟番」，以及居住於版圖之外但有繳稅納糧、表示服從的「化番」。此外，清治末官府雖將熟番中之屯兵（用以武力墾殖生番居住地）「編籍為民」，但一般漢人移民仍對其有「民番區別」之觀念，並將居住於平原地區之「熟番」稱為「平埔番」，並從而

⁶ 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〉由其向憲法法庭提出之「專家諮詢意見書」與「專家諮詢意見書（修訂版）」改寫而成。

⁷ 在此值得附帶一提的是，王泰升也指出在解釋適用憲法的情形，憲法規範為三段論法的大前提，而作為審查標的之特定法規範的立法事實（包含法令沿革及社會流變）則是案件具體事實。所以此時法律史研究也可說是提供了解明案件具體事實的作用。參見王泰升（2022），〈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期，頁3-4。

⁸ 參見王泰升，前揭註7，頁2-5。

⁹ 參見109年度憲三字第17號王泰升專家諮詢意見書（修訂版），頁1-2。

相對於所謂的「高山番」（雖然被劃為「高山番」的阿美族實際上是居住於平原而非山地）。換言之，原住民被外來的清帝國政權以及漢人移民加以區分為兩群。現今學者則稱之為平埔族與高山族。在接續而來的日治時期，日本政府將「熟番」以「熟番／蕃」或「平埔族」稱之。對於「生番」，官方則稱為「番／蕃人」、「生番／蕃」或「高砂族」，並將「生番」居住之「境外」稱為「番地」，以相對其外的「普通行政區域」。據此，官方更將「生番」依照其居住區域分為兩類——居住在「番地」者稱為「山地番／蕃人」，而居住在平地者為「平地番／蕃人」。因此，在此特別需注意的是，「平埔族」並不等於「平地番／蕃人」。且在日治戶口調查中「平埔族」仍作為一個種族類別存在（在戶口名簿調查簿種族欄登記為「熟」或「平」）¹⁰。

戰後臺灣一方面以「山地同胞」（意指住在山地、作為中華民族之一支之「同胞」，簡稱為「山胞」）取代「番」之用語，一方面也延續日治時期「山地 vs. 平地」之別，因此將原住民分類為（用詞上邏輯衝突的）「『山地』『山胞』」與「『平地』『山胞』」。在戰後漢化／同化主義政策下，為儘量減少原住民族群人數，規定平地山胞之身分的取得，原則上須以一定期限內申請登記為條件。1994 年第三次修憲時將「山胞」改稱「原住民」，然仍沿用「山地 vs. 平地」之別，是以稱為「山地原住民」與「平地原住民」。至於平埔族之分類概念，則幾乎徹底消失於諸如戶口調查等國家法制之中。1950 與 1960 年代曾准許平埔族限期登記為「平地山胞」。然而，如前所述，「平地山胞／番人」與「平埔族」並不屬於同一族群。事實上，平埔族人而或不知有此限期登記政策，而或不願登記為他族。就算登記為「平地山胞」的平埔族，也並未能保有自身認同，而只能「寄生」他族¹¹。此外，包括戰後的歷來外來政權與國家對於原住民身分的認定，忽略原住民之主體性，而未曾考慮各原住民族自身關於成員資格的傳統¹²。

¹⁰ 參見王泰升，前揭註7，頁6-8。

¹¹ 參見王泰升，前揭註7，頁8-12。

¹² 參見王泰升（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1685-1686。

總的來說，王泰升認為一方面如今應刪除原住民身分法第 2 條源自日治理蕃行政、戰後因循舊章而沿用的「山地、平地」分類，因為此分類悖於當今原住民族法制以民族為主體的思考，另一方面更不應對平地原住民增添山地原住民所無的「須登記有案」要件。基於歷史正義與對於憲法所揭櫫的多元文化價值，並參照原住民族基本法之規定，西拉雅族等平埔族應為原住民族，俾使西拉雅族人得本於個人認同取得原住民身分。各族的法律上優惠措施則可再商議¹³。

詹素娟則指出目前「法定原住民」與「平埔族群」的分類方式，其實是清治、日治到戰後的歷來統治者們為了治理便利、治安控管、族群勢力平衡、國防安全等考量下，藉由島嶼空間分化而產生的人群與身分分類。對於分類與原住民身分的認定賦予，不只在實質內容上與當代社會所追求的價值觀差異甚鉅，就過程而言，原住民族僅能單方面的接受而從來沒有表達意見的機會。今日的我們應以現代價值觀與原住民主體性為出發點，反省為了行政便利而「路徑依賴」於既有「空間綁身分」的國家制度。就平埔族而言，包含西拉雅族在內的平埔族群與「法定原住民」一樣都同屬於南島民族的臺灣原住民。至少在 1960 年代前，平埔族群與一般漢人間仍維持一定所謂「隱形的界線」（例如宗教祭儀、姓氏與語言腔調等）。平埔族群與漢人社會者間的通婚其實是相當晚近之事，有的地區到日治中期乃至戰後才較為普遍。而平埔族的自我身分認知之所以往往只能潛藏在表面之下，實際上是在 1980 年代平埔族復振運動之前，以「炎黃子孫」等漢人中心的同化政策下的惡果。也因此，詹素娟指出對於釋憲過程中「平埔族群未於民國 45、46、48、52 年間等限期准許登記期間辦理（平地原山胞）登記，是否因此不符合原住民身分法第 2 條第 2 款之規定」之爭議，實際上是「假議題」。其原因在於不應以目前後原運時期的多元主義與族群認同驅力的氛圍，去分析 1950 年代的政治邏輯，甚或質疑「炎黃子孫」或「中華民族」宣傳下的平埔族人為何不積極登記¹⁴。

¹³ 參見王泰升，前揭註 7，頁 12-19。

¹⁴ 參見 109 年度憲三字第 17 號詹素娟專家諮詢意見書，頁 1-13。進一步的相關研究，

二、原住民姓氏綁身分案（111 年憲判字第 4 號判決）

2022 年 4 月 1 日公布的 111 年憲判字第 4 號判決之審查標的包括原住民身分法第 4 條第 2 項：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」以及原住民身分法第 8 條準用第 4 條第 2 項部分，而所涉基本權包括原住民（族）身分認同權與（種族）平等權。憲法法庭肯認原住民（族）身分認同權乃憲法第 22 條人格權進一步承認之原住民特殊人格權利，並認為系爭規定以姓氏綁身分（亦即要求「先從姓或取名，而後才有身分」）之限制手段，明顯並非侵害最小之促進原住民認同的方法。且，原住民本無姓之概念或傳統，而係採「親子聯名」、「親子連家屋名」或「親從子名」等不同取名制度。原住民法要求子女從父或母之姓時，此種從姓實為漢人從「漢姓」之傳統，而並非原住民文化傳統之取名¹⁵。就平等權部分，系爭規定已直接在「原住民與原住民結婚所生子女」和「原住民與非原住民結婚所生子女」之間形成種族或族群之分類與差別待遇，就手段目的關聯上，姓氏綁身分之手段與促進文化認同之目的間，難認係絕對必要且無可替代，從而違反憲法第 7 條保障種族平等之意旨¹⁶。

在本憲法判決之前，既有的法律史研究已有若干對於原住民身分，乃至本案的姓氏綁身分條款的相關分析。王泰升爬梳戰後以來的原住民身分法制，指出本案標的（即 2001 年公布施行之《原住民身分法》）有若干創新之處。例如，該法首度以法律位階，而非僅以行政命令位階（例如 1991 年的《山胞身分認定標準》）來規範原住民個人的身分認定。此外，就原漢通婚子女之身分認定，一改長久以來的父系原則，而採取父母雙系主義以及「是

可參見詹素娟（2005），〈臺灣平埔族的身分認定與變遷（1895-1960）：以戶口制度與國勢調查的「種族」分類為中心〉，《臺灣史研究》，12卷2期，頁121-166；葉高華（2013），〈排除？還是放棄？平埔族與山胞身分認定〉，《臺灣史研究》，20卷3期，頁177-206。

¹⁵ 參見司法院憲法法庭111年憲判字第4號判決理由書第15-32段。

¹⁶ 參見司法院憲法法庭111年憲判字第4號判決理由書第33-45段。

否從原住民之父或母之姓或原住民傳統名字」，從而朝向性別平等以及對個人意願／認同的重視¹⁷。陳昭如則指出姓氏綁身分條款建立了名字選擇與原住民身分取得之間的連結，並展現性別與族群命名的「交織性」。此條款固然某程度縮減了漢父的父姓常規紅利，但子女從母姓時，原母的身分傳承卻主要藉由（母親之）「漢姓」而非族名的中介。至於沒能讓子女從母姓或使用族名的原母，在漢人優越與男性優越的共同作用下，她們的子女既從父姓，又不取得原住民身分，從而排除了「原住民女性之原漢子女」¹⁸。

三、原住民保留地問題（最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定）

關於原住民保留地的財產行為與保護，最高法院民事大法庭在 2021 年 9 月 17 日作出最高法院 108 年度台上大字第 1636 號民事裁定：非原住民乙為經營民宿，規避山坡地保育利用條例第 37 條第 2 項以及原住民保留地開發管理辦法第 18 條第 1 項，而進行以下 4 個法律行為——（1）乙與原住民甲成立借名登記契約、（2）乙與另一原住民丙成立之原住民保留地買賣契約、（3）甲為乙設定的地上權登記、（4）甲將所有權移轉登記予丙——皆無異於實現「非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果」，從而違反禁止規定，是以依民法第 71 條本文均歸於無效¹⁹。

¹⁷ 參見王泰升，前揭註 12，頁 1686-1688。

¹⁸ 參見陳昭如（2016），〈父姓的常規，母姓的權利：子女姓氏修法改革的法社會學考察〉，《臺大法學論叢》，43 卷 2 期，頁 283-285；陳昭如（2022），〈母姓難從，漢姓難移：原住民身分的性別與族群交織難題〉，《婦研縱橫》，116 期，頁 50-63。

¹⁹ 裁定主文如下：「非原住民乙欲購買原住民甲所有原住民保留地經營民宿，為規避山坡地保育利用條例 37 條 2 項、原住民保留地開發管理辦法 18 條 1 項規定，乃與原住民丙成立借名登記契約，以丙名義與甲簽訂買賣契約，甲以該地為乙設定地上權後，將所有權移轉登記予丙。乙丙間之借名登記契約、甲丙間之買賣契約、甲為乙設定地上權及將所有權移轉登記予丙之行為，無異實現非原住民乙取得原住民保留地所有權之效果，自違反上開禁止規定，依民法第 71 條本文規定，應屬無效。」

法學界對此裁定有許多討論，包括指出該裁定認定相關債權物權行為一概無效的見解影響層面甚廣²⁰。本文無意討論裁定本身法律見解的妥當與否，而係提供法律史相關視角，分析原住民保留地背後臺灣史長期的原住民族土地流失現象，以及此現象與法律政策及實踐之關係。

臺灣最遲在清治時期開始，就存在保護原住民土地的官方法令政策，以及民間的規避脫法行為。清政府劃定所謂「番界」與「番地」，並在康熙時期禁止漢人墾耕「熟番地」，違者以盜耕問罪。雍正時期官府雖開放租佃，仍嚴禁典賣。然而，社會實踐上漢人移民往往以「租」或「典賣」的名義與「熟番」締約。「番業漢佃」關係中的漢人佃戶逐漸掌控土地，而「熟番」業戶僅能定期收取「番租」，從而形成一田二主或數主²¹。社會學者柯志明在其專書《番頭家：清代臺灣族群政治與熟番地權》中，認為番界內的「熟番地」大約在乾隆中期流失幾盡，並造成「熟番」向近山平埔遷徙的族群重分布現象。熟番地流失之脫法管道包括：康熙至雍正初期為「民番無礙、朦朧給照」（漢業戶假借無主荒地名義報墾番地陞科轉為民業）、雍正時期為「番佃墾戶首報陞科」（名義上是番業主之漢佃，而實際是招攬漢佃之漢人墾戶。其之後在雍正朝取得熟番地的業主地位）、乃至乾隆時期的「番業戶轉賣過戶給漢人」。其中，針對乾隆中期從消極轉向積極保護熟番地的大變革，過往研究將其放在封禁／開發的分析架構下。柯志明則認為應從邊界政策與族群結盟等所謂「三層制族群空間體制」（清政府安排「熟番」居中以將漢人與「生番」隔開）理解。較為具體而言，清官員設立隘番制而引用「熟番」作為邊境守衛，並採取「恤番」原則，將界內外有疑義的地權（其是新

²⁰ 例如，陳忠五（2022），〈2021年民事法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，51卷特刊，頁1184-1187；吳從周（2021），〈民事大法庭裁定選評之一：「原住民保留地買賣予非原住民」案：評最高法院108年度台上大字第1636號裁定〉，《月旦裁判時報》，113期，頁15-25；李建良（2021），〈原住民保留地「借名登記契約」的效力：公法規定的私法效力，或私法自治的公法限制？〉，《台灣法律人》，6期，頁151-156。關於原住民保留地土地所有權之空洞化現象與原因，可參見程明修（2017），〈原住民保留地土地所有權之空洞化現象〉，《臺灣原住民族法學》，3期，頁11-29。

²¹ 參見王泰升（2020），《台灣法律史概論》，6版，頁83-84，元照。

舊界間的私墾田園)盡量歸「熟番」管業。不過,先前被漢人管業的界內「熟番」原領地,則大致寬容默許漢人繼續管業,從而有界內外保護寬嚴不一的情形²²。換言之,保護原住民土地之政策存在著潛規則式的彈性執法、執行不力,乃至就地合法等保護政策空洞化狀況²³。

日治與戰後時期也存在類似狀況。王泰升指出,經過近 50 年統治後,日治晚期欲保留給高山族原住民族使用的土地,僅占日治之初所稱「蕃地」的 15% 左右。換言之,高山族原住民族已不能使用其傳統領域內大部分的土地;就戰後臺灣而言,起初國民黨政權延續日治時期視「蕃地」為國有地,而有「山地保留地」政策。1960 年《臺灣省山地保留地管理辦法》卻開放平地人民或公私營工廠等事業機關團體或個人,經核准租用或使用保留地,進一步為各種開發行為,並在其後引入個人所有權制度。部分保留地從而變成了私有地。最後,在 1980 年代原住民「還我土地」運動推動下,1990 年《山胞保留地開發管理辦法》(即後來的《原住民保留地開發管理辦法》)使保留地範圍不再限於日治時期的「蕃地」概念,而納入了某些在平地行政區域內之土地。此外,原住民於保留地得擁有特定內涵的耕作權、地上權、承租權或無償使用權,而不得任意轉讓或出租。所有權的移轉承受人則以原住民為限。惟原住民保留地制度仍舊以「行政命令」定之,未能如前述原住民身分認定改以法律定之,而生關於法律保留原則之疑義²⁴。監察院雖曾在 2016 年糾正原住民族委員會,行政院於 2022 年 3 月通過原住民族委員會擬具的《原住民族保留地管理利用條例》草案,送至立法院審議,但目前仍未有原住民族保留地專法通過²⁵。

²² 參見柯志明(2011),《番頭家:清代臺灣族群政治與熟番地權》,4版,頁355-365,中央研究院社會學研究所。

²³ 關於清帝國法律體系運作中的「合法/非法」的灰色地帶與潛規則式執法邏輯的相關討論,可參見陳韻如(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430-440。

²⁴ 參見王泰升,前揭註12,頁1663-1664、1676-1679、1688-1690。

²⁵ 相關報導參見原視新聞網(03/17/2022),〈原保地條例政院版草案出爐!將送立法院審查〉, <https://news.ipcf.org.tw/26299> (最後瀏覽日:08/31/2023); 行政院

吳豪人關於原住民轉型正義如何可能的討論不只涉及原住民法，並且將本文後述（「伍」）對於轉型正義的思辨擴及至更具有歷史縱深的族群議題。他一方面透過法律史與法思想史視角，批判國家法「吸納」習慣入法這種做法背後的殖民權謀與計算；另一方面則指出原住民族土地權利回復之轉型正義，將遇到殖民主義與現代資本主義的雙重桎梏。而後者包括了現代法秩序對私有財產權的堅持，以及可進行市場交易的物權假設（從而與原住民傳統的集體所有權概念有根本衝突）之兩種阻礙。因此，原住民族傳統習慣與現代市民法體系終將難以調和。最終，吳豪人主張現代法律人不應試圖主導非現代市民法的傳統規範（如原住民法），而應該讓原住民族自行定義與定位「原住民族法律史」並試圖「自救」（如形成自治組織），進而貫徹原住民族之轉型正義與「復權」²⁶。

參、祭祀傳統與性別平等：祭祀公業派下員資格案（112 年憲判字第 1 號判決）

在 2022 年 10 月 18 日進行言詞辯論、2023 年 1 月 13 日作成的 112 年憲判字第 1 號判決的審查標的為祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」以及同條第 2 項：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」憲法法庭認為祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段與同條第 2 項，因未涵蓋設立人其餘女系子孫，抵觸了憲法第 7 條保障性別平等之意旨。祭祀公業條例未能與時俱進，有害於祭祀祖先、傳承香火之初衷目的。國家亦負有義務積極消弭性

（03/17/2022），〈保障原住民族土地權益 政院通過「原住民族保留地管理利用條例」草案〉，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/0ba8b2ba-a166-437a-bad2-29fffc473a1d>（最後瀏覽日：08/31/2023）。

²⁶ 參見吳豪人（2019），《「野蠻」的復權：臺灣原住民族的轉型正義與現代法秩序的自我救贖》，春山。

別歧視，不應以立法肯認帶有性別歧視之傳統或舊慣²⁷。從而，尚未列為派下員之祭祀公業設立人女系子孫（以現存親等近者為先），均得檢具其為設立人直系血親卑親屬之證明，請求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有派下員之權利義務。但原派下員已實現之權利義務關係則不受影響²⁸。在本案提供專家諮詢意見書、從歷史或憲法觀點出發者，包括王泰升及曾文亮。以下簡介其意見書內容²⁹。

王泰升首先說明在傳統中國法下，「公業」作為相對於各房的私業的財產，目的為祭祀享祀者的在天之靈。這些財產通常為土地，而在日治時期國家法則被稱為祭祀公業。日治時期的祭祀公業法制，則係由總督府法院在訴訟個案中藉由「習慣法」之具體化而形成「祭祀公業派下僅限於男系子孫」的國家法內涵。由於明治憲法並未以性別平等為基本價值，亦乏司法違憲審查機制，故未有機會以憲法審視此國家法規。就同時期的民國中國而言，早在 1931 年 6 月 1 日公布施行之《中華民國訓政時期約法》（此為民國中國時期行憲前之最高位階法規範）第 6 條即揭示男女平等。然 1931 年 12 月 25 日做成之司法院 20 年院字第 647 號解釋第 4 項卻將女性排除於派下員³⁰。

王泰升指出，戰後臺灣的最高法院 70 年度第 22 次民事庭會議決議，繼續以「習慣法」概念延續上述民國中國時期之實務見解。2007 年公布、2008

²⁷ 參見司法院憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決理由書第 31 段。值得一提的是，在本判決之前，2015 年 3 月 20 日作成的司法院釋字第 728 號解釋，以「結社自由」與「私法自治」為理由，肯認了祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段之合憲性。

²⁸ 參見司法院憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決理由書第 32-33 段。本文雖然原則以 2020-2022 年分析範圍，但由於祭祀公業為臺灣法律史的重要議題，且本判決於 2023 年初作成，與本文時段有密接性，故例外地將此憲法判決納入本文的回顧範圍。

²⁹ 王泰升〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉由其向憲法法庭提出之「專家諮詢意見書」改寫而成。關於 1991-2011 年祭祀公業重要裁判之評析，可參見王泰升、陳立夫、陳昭如、黃詩淳、曾文亮（2015），《祭祀公業及神明會裁判評析》，元照。

³⁰ 參見王泰升（2022），〈從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變〉，《台灣法律人》，18 期，頁 1-6。

年生效的祭祀公業條例亦未變更之。然而，所謂習慣法應係指當今臺灣社會的習慣。現今法院所參考之《臺灣民事習慣調查報告》雖為戰後的 1969 年左右做成，然究其內容卻大多基於百年前日治時期舊國家法內涵（即日治時期總督府法院所認定之習慣）。法院亦可檢視「僅限男子為派下員」之「事實上習慣」，若有悖於性別平等而違反公序良俗，則可拒絕適用。就立法者而言，在進行習慣立法時，亦應考慮原本規範所依附之社會或經濟基礎是否存在。先前 2015 年的司法院釋字第 728 號解釋認為該條例第 4 條第 1 項前段雖構成實質上差別待遇，但並非「恣意」。然而我們若就祭祀公業係為享受祭祀者之觀點而言，在少子化之現今，享祀者可能較期待的是有後代辦理祭祀，而不限於男性或女性。於今，雖宜尊重傳統上祭祀公業是以房／派下為單位分享的祀產，但房／派下的成員應包括男系及女系子孫，讓祭祀之事「男女共治」³¹。

曾文亮則指出祭祀公業派下權與民法遺產繼承權事實上是「同源異制」。傳統父系家族與家產具有養生與送死（祭祀祖先）之多重功能。「公業」之主要功能在於輔助家實踐「送死」之任務（雖然也有其他例如凝聚與救濟宗親等功能）。為確保祭祀延續，子孫在分家時有時會保留部分家產不加以分析，而作為祭祀祖先之「公業」。因為未與分析給眾子孫，所以稱之為「公」。不過，「公業」也有可能是後世子孫獨立或共同捐資而成立。「公業」財產之傳承的邏輯與家產無異，僅有具備祭祀資格之男性子孫而得以承繼（即派下）³²。

在日治時期的國家法將「（祭祀）公業」從家族法事項分離。雖然日治臺灣前期有關民商法律乃依照臺灣人「現行之例」（即習慣或「舊慣」），然近代法的分類框架與司法制度仍舊引入了臺灣。在日本現代法的分類框架下，家族法所處理的是臺灣人的親屬繼承事項，被認定為與宗族內喪葬祭祀相關之「公業」，從而被排除於家族法事項之外，被視為特殊主體之財產。是以總督府在舊慣調查時，將宗族組織與家族制度分離。其中由於「公業」

³¹ 參見王泰升，前揭註30，頁6-14。

³² 參見109年度憲二字第110號曾文亮專家諮詢意見書，頁1-3。

涉及祖先祭祀者最為大宗與重要，所以被稱為「祭祀公業」。日治法院則將祭祀公業定性為習慣上法人³³。

戰後司法機關對於祭祀公業的看法，最初乃延續民國中國法制，而未考慮到日治時期臺灣祭祀公業法制的既有秩序，從而否定祭祀公業團體具有法律上之主體地位，而僅以「共同共有」財產的族產等概念理解祭祀公業。就派下權繼承而言，法院一方面認定此為中華民國民法所未規定之宗祧繼承，是以不適用（已經採納男女平等原則的）民法繼承編，繼續將「（祭祀）公業」從家族法事項分離。另一方面，法院認為祭祀公業財產與相關之繼承為「法律所未規定者」，依民法第 1 條之「習慣」處理，並進而依照父系家庭傳統，以男系子孫為原則，女性則必須以奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限。與日治時期的法人化相較，戰後由「祭祀公業非屬法人」、「財產屬共同共有」與「派下權繼承屬民間習慣」此三大法律見解所構成之「拼裝車」，一方面使得祭祀公業財產之流通處分困難，另一方面也因賦予了派下權財產與身分的雙重性，而保留了傳統家產的獨尊父系之特性。此外，祭祀公業與家族法的分離，也使得祭祀公業與漸趨平等的繼承法制脫鉤。就立法而言，祭祀公業條例起初原封不動地保留與承認宗祧觀念中的男性優位，但又在憲法平等權考量下，以第 4 條第 3 項的表決制與第 5 條的個別派下員繼承制度來試圖緩和性別歧視。然而，就目前申報並法人化的祭祀公業而言，女性派下員僅佔一成。總的來說，國家法應該更積極地讓祭祀公業合乎新時代價值，在派下員的認定上，至少應避免由國家法直接承認具性別歧視的規定，而應改以「共同承擔祭祀者作為認定派下員」的基本原則³⁴。

³³ 參見109年度憲二字第110號曾文亮專家諮詢意見書，頁3-5。

³⁴ 參見109年度憲二字第110號曾文亮專家諮詢意見書，頁5-14。進一步的細節，請參見曾文亮（2007），〈台灣漢人祭祀公業問題的歷史考察：殖民統治、法律繼承與民間習慣之間〉，王泰升、劉恆姣（主編），《以台灣為主體的法律史研究》，頁55-90，元照。

肆、農田水利會：農田水利會改制案（111 年憲判字第 14 號判決）³⁵

111 年憲判字第 14 號判決案由為聲請人主張 2020 年制定公布的農田水利法違背法律明確性、不溯及既往、信賴保護原則，並侵害結社自由、財產權、憲法等理由，聲請憲法解釋。大法官針對不同受理標的逐一認定為合憲。由於本案爭點環繞著在臺灣史上不同政權與法制下發展的農田水利組織之定性與財產權歸屬等，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法律史的論辯息息相關。例如，判決理由書破題即說明農田水利組織之沿革以作為論證基礎：最遲在清治臺灣，即有以民間自行興建與維修之灌溉用之埤圳，而依照私人間契約關係處理。日治時期由契約或舊慣的私法關係發展為公法人，且漸將水資源之利用納入公權力管理，並逐步合併為水利組合。戰後政府接收日產後這些組織一開始改名為「農田水利協會」與「水利委員會」。1955 年修訂水利法並公布臺灣省各地農田水利會組織規程時，將其改為「農田水利會」。嗣後為了將農田水利會由公法人改制而納入公務機關，立法院於 2018 年修正農田水利會組織通則第 40 條，停止辦理會務委員及會長之選舉。之後又制定本案所涉之農田水利法，使農田水利組織成為政府部門之一部。值得一提的是，大法官亦參酌日治總督府法院見解（即《覆審高等法院判例》）以及園部敏（曾任臺北帝國大學行政法教授）等日治臺灣行政法學者之著作，作為立論基礎³⁶。

³⁵ 憲法法庭在 2022 年 8 月 12 號公布了 111 年憲判字第 14 號判決（農田水利會改制案）與 111 年憲判字第 15 號判決（農田水利用地照舊使用案）。需要說明的是，有鑑於篇幅與法律史論點集中於前案，本文未能涵蓋到 111 年憲判字第 15 號判決。111 年憲判字第 15 號判決涉及的是，屬人民所有（承認為私有財產）而未以租用、價購或其他方式取得權源，農田水利會為提供水利使用而照舊使用私有土地時，產生個人特別犧牲之徵收補償問題。

³⁶ 參見司法院憲法法庭 111 年憲判字第 14 號判決理由書第 23-49 段。

由於本案涉及之標的與爭點甚多，在此僅以財產權相關之受理標的（即農田水利法第 23 條第 1 項規定：「農田水利會改制後資產及負債由國家概括承受，並納入依前條第 1 項規定設置之農田水利事業作業基金管理。」是否生侵害憲法保障人民財產權之問題）加以例示並簡要討論之。本判決首先說明公法人既為分擔國家任務而存在，其本於公法人地位取得之財產，自不受憲法第 15 條財產權所保障；而後說明日治臺灣的水利組合既係公法人，原財產權利人或所有人將財產移轉予組合時，該財產屬性即由私有財產轉為公有財產，是以難認組合員對組合財產有法律上之財產權。這些財產並在戰後業經政府依法接收，而由農田水利會概括承受，自不生侵害農田水利會財產權之問題³⁷。

關係機關行政院農業委員會的論理，與上述憲法法庭一致。農業委員會主張，日治時期臺灣總督府透過收購私有埤圳將埤圳公共化而不再屬於私產。公共埤圳及官設埤圳之資產由水利組合公法人繼受，而戰後再由農田水利會公法人所繼受。依此，農田水利會之財產性質自難認屬私有財產。農田水利會為公法人，財產屬公有財產而非農民會員之財產，故農田水利會由公法人改制為行政機關，並無侵占會員或其他私人財產之情事³⁸。

聲請人（立法委員費鴻泰等 38 人）則認為農田水利會具有公法人地位。然主張農田水利會財產並非國有財產。系爭規定五及六規定將其財產強制移轉予國家，形同國家沒收人民財產，違反比例原則，侵害憲法第 15 條所保障之財產權³⁹。與此相類，關係人臺灣桃園農田水利會與出具專家諮詢意見書的吳宗謀均主張，即便公共埤圳組合為公法人，然不應將公法人之財產一概認定為國有財產，並且提供更全面與深入的論述。桃園農田水利會主張，作為其前身之公共埤圳桃園大圳組合及桃園水利組合之財產仍為「民有」財產，而與官產集合而成的官設埤圳不同。日治時期成立水利組合時，政府所徵收的「圳主權」（即收取水租之權、管理兼修繕義務）而非「業主權」（即

³⁷ 參見司法院憲法法庭111年憲判字第14號判決理由書第57-75段。

³⁸ 參見司法院憲法法庭111年憲判字第14號判決理由書第19段。

³⁹ 參見司法院憲法法庭111年憲判字第14號判決理由書第15-16段。

後來的所有權)⁴⁰。換言之，民間的埤圳主仍然為財產所有人。吳宗謀則指出日治時期公共埤圳組合與水利組合兩種營運灌溉團體，在當時的法制上屬「公共團體」或所謂公法人，其相關法令都對成員資格設有規定，成立或解散亦須經申請，並排除了普通法院的管轄。臺灣公共埤圳規則施行規則容許地方首長「代為管理」灌溉設施。但此一法律地位並未使灌溉設施之財產權成為當時制定法的官有財產，而是使「舊慣」上之民有財產權利人（同時為本島人）長期、持續、大規模負擔水利行政任務的費用與勞力⁴¹。

值得一提的是，吳宗謀更提出多樣的法律史論據，以深化主張。他認為日治時期臺灣的埤、圳主仍有許多作為埤、圳主之權利，並擁有埤圳之所有權。根據《臺灣私法》，臺灣與埤圳有關的習慣，與日本內地的習慣大異其趣：日本灌溉設施的設置屬於公共工程，完工後由水利組合或町、村所有，亦不會成為買賣或出典的標的，臺灣的埤圳則多為私人所有、亦得為買賣、出典之標的。從日本內地與總督府等機關間的討論與函釋來看，雖有 1901 年臺灣公共埤圳規則的施行，惟其所規範者，僅係目的為用水之事項，不包括埤圳本身的財產歸屬。史料上也顯示有公共埤圳相關的民事訴訟。固然臺灣公共埤圳規則規定，被指定為公共埤圳之灌溉設施的廢止與變更，應獲得官署認可，但其實效極為有限。私設埤圳或認定外埤圳曾合法大量存在。並且，就算公共埤圳組合具有法人格，埤、圳主並未將埤、圳主權讓與組合，僅係由組合代收埤、圳主之前直接收取之水租。在臺北廳芳泰圳、噶里岸圳向原埤主買受灌溉設施的兩份契約中，可以發現公共埤圳之指定或組合成立，並不影響灌溉設施原本埤、圳主之權利狀態；公共埤圳組合成立後，只要未杜賣或買斷埤圳，形式上雖享有收取水租之權利，仍對埤、圳主負擔所謂交付金或其他名義，轉交水租的義務⁴²。

⁴⁰ 參見110年度憲一字第2號臺灣桃園農田水利會憲法法庭言詞辯論意旨狀，頁5-9。

⁴¹ 參見110年度憲一字第2號吳宗謀專家諮詢意見書，頁25-32。

⁴² 參見110年度憲一字第2號吳宗謀專家諮詢意見書，頁2-18。

伍、轉型正義

一、黨產條例案（司法院釋字第 793 號解釋）

2020 年 8 月 28 日公布的司法院釋字第 793 號解釋（黨產條例案），除認為《政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例》（簡稱「黨產條例」）之相關規定合憲，並首次將訓政約法體制定性為「黨國體制」，從而將動員戡亂時期臨時條款所構成之法秩序定性為「黨國體制之延續」。在這樣的定性下，在自由民主憲政體制下的現今立法者，得以制訂轉型正義相關法律，重新評價與匡正屬於「非常時期」的威權體制下「嚴重侵害基本權利之不法或不當過往」⁴³。

二、立法活動（修正促轉條例、施行權利回復條例）

根據 2022 年 5 月 27 日修正公布的《促進轉型正義條例》（簡稱促轉條例）第 11 條之 1 與第 11 條之 2，促進轉型正義委員會（簡稱促轉會）於 2022 年 5 月底退場後，原先業務將改由行政院相關部會負責，並由行政院「人權及轉型正義處」之幕僚單位負責「推動轉型正義會報」。同法第 6 條之 1 至第 6 條之 3 及第 20 條之 1、第 20 條之 2 則進一步處理平復司法不法與行政不法的相關規定⁴⁴。2022 年同日並通過《威權統治時期國家不法行為受害者權利回復條例》（簡稱權利回復條例），設置「財團法人威權統治時期國家不法行為受害者權利回復基金會」（簡稱權利回復基金會）以辦理權

⁴³ 關於司法院釋字第 793 號解釋的內容與分析，請參見蘇慧婕（2021），〈2020 年憲法發展回顧〉，《臺大法學論叢》，50 卷特刊，頁 1367-1371；蘇慧婕（2021），〈轉型正義作為法治國的憲法價值：司法院大法官釋字第 793 號解釋分析〉，《黨產研究》，6 期，頁 161-193。

⁴⁴ 關於促轉會運作期間的任務推動與成果，可參考促進轉型正義委員會（2022），《任務總結報告》，https://drive.google.com/drive/folders/1d28Jse0iZmHNWXlx5r2tcxkhzsD2C6Fv?usp=drive_link（最後瀏覽日期：08/31/2023）。

利回復。被害者及其家屬得向權利回復基金會申請賠償金、名譽回復證書，或是財產所有權被剝奪之權利回復。

三、臺灣法律史相關研究成果與進展

轉型正義向來為臺灣法律史的重要議題。除與國際上轉型正義進行理論對話之外，法律史研究者也試圖從臺灣的歷史與社會脈絡切入此議題。相關研究成果與前述轉型正義法律改革保持著高度互動關係。轉型正義相關史料檔案的解密與解析，也有助於我們瞭解威權法制的形貌與轉型正義法制的發展脈絡。歷年來臺灣法律史對於轉型正義之研究多有積累。惜因篇幅所限，僅舉數例介紹之。

王泰升將轉型正義法制放置於長時間尺度的脈絡加以分析，並釐清臺灣政經發展與轉型正義法制之關係。1990 年初民主轉型後，大法官指出臺灣在威權國家時期有「過去非法」之行為，並陸續否定過去違背人權之法律或憲法解釋之效力。2000 年雖經歷第一次政黨輪替，但由於新執政團隊未能掌握國會多數，故未能以立法權追究「過去合法但現在不正當」之行為，主要係由大法官透過數件解釋，進行有限度的轉型正義。此時呈現一「民主轉型但轉型正義不彰」的現象。例如，1995 年的《二二八事件處理及賠償條例》係「補償」而非「賠償」。轉型正義的進一步啟動，則要到 2016 年民進黨同時主導行政權與立法權時。同年 7 月 25 日立法通過的《黨產條例》即為轉型正義經由立法活動而「實證法」化之適例。在真相調查與責任追究上，王泰升則主張依行為在過去作成時是否合法，可分為「過去合法但於今應譴責」與「過去非法自應受譴責」兩種不正義行為態樣，區分不同類型加以究責⁴⁵。

陳宛妤亦點出前述政治局勢對轉型正義法制的影響，並進一步說明作為特別法之《黨產條例》，為何先於作為普通法、框架立法的《促轉條例》通

⁴⁵ 參見王泰升（2017），〈論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話〉，《台灣法學雜誌》，315期，頁1-24。

過⁴⁶。此外，陳宛妤並針對戰後臺灣初期「接收日產成黨產」過程中的轉帳撥用問題，爬梳訓政時期的統治架構與土地日產接收法規，指出國民黨接收日產成黨產何以「自始非法」、違反訓政時期的法定規範程序，從而主張國民黨於戰後取得之日產戲院與日產文化宣傳事業應屬不當黨產⁴⁷。

黃丞儀主編之 *Constitutionalizing Transitional Justice: how constitutions and constitutional courts deal with past atrocity*，則聚焦於憲法、憲法法院與轉型正義之關係，以集結數個國家的學者專家的比較視野，涵蓋轉型正義的憲政根源、憲政演變過程與憲政效應／後果之主題，反思憲法化轉型正義對新進民主國家而言，是否是個回應過去政治不正義的適當方法等問題⁴⁸。

此外，隨著《司法院大法官解釋檔案》的公開，大法官在威權統治與民主轉型中扮演的角色，成為法律史研究者與臺灣社會的重點關注對象。透過史料檔案的解密與解析，我們能夠檢視大法官在威權法制與民主轉型中的角色，也有助於更全面地理解威權體制的運作。雖然司法院大法官解釋檔案在各種政府檔案中具有相當之重要性，但過去司法院都以此批檔案屬於司法核心評議資料為由，未提出檔案目錄供國家發展委員會檔案管理局審選。直到 2020 年促轉會任務總結報告的撰寫契機，外界終於得以獲得司法院大法官解釋檔案中，關於大法官會議審理運作的進一步細節與會議發言紀錄，而後更取得無遮蔽卷內大法官姓名的版本。促轉會並廣邀包含曾任大法官助理的重要公法、刑法、與法律史學者一同解讀，首先在 2020 年 9 月於臺大法律學院舉辦「大法官與轉型正義：從 9 份解釋談起」學術研討會，後將成果出版為《奉命釋法：大法官與轉型正義》。該書所收錄之攸關臺灣自由民主憲政發展的 9 件釋字，涵蓋「威權統治下的軍事審判」與「萬年國會的建立與

⁴⁶ 參見陳宛妤（2022），〈台灣轉型正義法制之形成：以黨產條例及促轉條例為中心〉，《台灣法律人》，10期，頁3-14。

⁴⁷ 參見陳宛妤（2021），〈論接收日產成黨產過程中的轉帳撥用問題〉，《黨產研究》，6期，頁135-160。

⁴⁸ *CONSTITUTIONALIZING TRANSITIONAL JUSTICE: HOW CONSTITUTIONS AND CONSTITUTIONAL COURTS DEAL WITH PAST ATROCITY* (Cheng-Yi Huang ed., 2022). 關於臺灣的部分，可參見由黃丞儀與李怡俐撰寫之第三章。

終結」兩大主題。9 件檔案的數位影像亦已全數公開於國家檔案資訊網⁴⁹。此書以 9 件司法院大法官解釋的研究起頭，更是後續法律史研究的堅實基礎。近年憲法法庭亦逐步開放其餘解釋得公開之卷內文書，包括各該解釋之「其他公開之卷內文書」欄位⁵⁰。這些線上資料庫的建置，則無論是對學者研究、公共書寫還是與公眾對話，都有相當助益。相關的資料庫包含國家人權博物館「臺灣轉型正義資料庫」、不當黨產處理委員會「政黨不動產查詢系統」與「黨國治理記憶庫」等等⁵¹。

陸、結語

本文透過 2020 年至 2022 年法律史回顧，探討法律實務動態與法律史研究之間雙向進行的對話行動。在範圍設定上，本文選擇了原住民法（包括西拉雅族原住民身分案、原住民姓氏綁身分案與原住民保留地問題）、祭祀公業派下員資格案、農田水利會改制案與轉型正義等議題，並點狀舉例說明法律史研究與實務間的呼應與互動關係。在觀察兩者間的互動中，我們可以發現法律史研究所發現的「實然」，得以在「應然」面作為法律論證與法律改革之資源。

在涉及舊法的具體司法案件，基於法律不溯及既往原則，部分案件須適用舊法（甚至是日治時期的舊國家法）、避免人民既得權的侵害。此時法律史能直接幫助司法者理解舊時代的法條背景與社會脈絡，藉以認定具體個案

⁴⁹ 參見劉恆玟（2021），〈導讀〉，林建志（等著），《奉命釋法：大法官與轉型正義》，頁15-23，促進轉型正義委員會。

⁵⁰ 自2022年11月起，從最後一號的司法院大法官解釋（即釋字第813號解釋）開始分析回溯公布（第一批為釋字第751-813號解釋），迄今（2023/11/01）已公布至釋字第550號解釋。

⁵¹ 關於政治檔案的基本認識與解讀示例，可參考國家人權博物館與臺灣民間真相與和解促進委員會合作出版的《政治檔案會說話：自由時代公民指南》。參見陳進金、陳翠蓮、蘇慶軒、吳俊瑩、林正慧（2021），《政治檔案會說話：自由時代公民指南》，春山。

中雙方的法律關係⁵²。然而法律史研究的角色並不限於此。更一般性地來說，法律史將看似抽象的法律爭議放回臺灣具體的社會脈絡之中，而提供實務長尺度時間脈絡的歷史視角。這樣的視野一方面得以釐清爭議為何發生、從何而來，另一方面也可藉以檢視現行立法、司法或行政上措施是否已因社會背景與價值選擇的改變，而有「情事變更」的必要，而或得「補充或強化」法律論證。就憲法訴訟之法規範審查而言，法律史研究所獲致之立法事實，得以用於檢視「現行有效的法規範本身妥當與否」⁵³。

總而言之，法律人應積極運用歷史解釋方法或其他考量歷史的方式，從而有「認真看待歷史」與「抗拒失憶」的義務，並反思西方比較法論述中，指導與學習、凝視與仰望的權力關係⁵⁴。法學研究與法律論證，則應「看見」臺灣的法社會與法事實⁵⁵。期待本文扮演拋磚引玉之角色，而能激發更多關心當今社會議題而「具有歷史思維」的法律論證⁵⁶。

⁵² 參見王泰升（2000），〈論台灣法律史在司法實務上的運用：以在個案中適用舊的國家法為中心〉，《台灣法學雜誌》，15期，頁1-21。

⁵³ 歷史思維法學(historical-thinking jurisprudence)認為「法律史對於法經驗事實之研究，可呈現出具有規範性格的某個法條、某種學說、某項法律解釋，是在怎樣的可實證觀察到的時空環境底下提出，故一旦現今的時空環境確實已不同於當時，這些法條、學說、法律解釋即失去其正當性，而應有所變更。」從「從法條到法社會發展歷程及其可能的互動示意圖」來看，法律史可以分析「1.法律條文」、「2.法學理論」、「3.司法或行政上對個案適用法律」與「4.社會生活上的運用法律」，將法律條文、法學理論與法適用放在長時間的尺度下，瞭解今日的爭議從何而來，例如，法規範的形成因素與規範內容演變，以及系爭個案發生的相關社會脈絡。參見王泰升（2010），前揭註3，頁1-38；王泰升（2019），前揭註3，頁18-26。

⁵⁴ 參見陳昭如（2010），〈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期，頁81-140。

⁵⁵ 參見王泰升（2022），《建構台灣法學：歐美日中知識的彙整》，頁516-534，國立臺灣大學出版中心。

⁵⁶ 參見王泰升（2010），前揭註3，頁1-38；王泰升（2019），前揭註3，頁18-26。

Development in Legal History in 2020-2022: A Dialogue Between Legal Practitioners and Legal Historians

*Yun-Ru Chen**

Abstract

Rather than an exhaustive introduction of the current development of the study of Taiwan Legal History, this article delves into the dynamic dialogue resembling a “call and response” between legal practitioners (including judges, legislators, and policy makers) and legal historians in Taiwan. The focal points of this exploration include: What perspectives do legal historians bring to bear on the legal practical issues intricately woven into today's societal fabric? How do these perspectives help elucidate legal issues within their temporal and spatial contexts? How do they critically evaluate or strengthen legal arguments? And, perhaps most significantly, how might these perspectives potentially influence the direction of legal reform? In terms of its scope of discussion, the article centers on various topics, including indigenous law (such as cases related to the Indigenous Peoples Status for the Siraya People, the Indigenous People Status of Children of Intermarriage between Indigenous and Non-indigenous People, and the Lands Reserved for Indigenous People), Cases on Gender Equality in the Qualification for Successor of Ancestor Worship Guild, Case on Reforming Irrigation Association Organization, and transitional justice. These examples illustrate the dynamic interplay between legal history research and the development of judicial practice. Ultimately, this article advocates for an active recognition of Taiwan's social and legal realities throughout its legal history, thereby taking history

* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.
Email: yunruchen02138@ntu.edu.tw

seriously and “resisting amnesia”. We anticipate that this article will serve as a catalyst, stimulating further legal discussions that not only address contemporary societal issues but also embrace a “historical-thinking” approach.

Keywords: Taiwan Legal History, Judicial Practice Development, Case on the Indigenous Peoples Status for the Siraya People, The Indigenous People Status of Children of Intermarriage between Indigenous and Non-indigenous People, the Lands Reserved for Indigenous People, Case on Gender Equality in the Qualification for Successor of Ancestor Worship Guild, Case on Reforming Irrigation Association Organization, Transitional Justice

