

「政黨財產處理條例」違憲性鑑定意見書

劉宗德（國立政治大學法學院特聘教授）

2020.6.20

壹、前言

台灣轉型正義之實踐，自一九九五年制定「二二八事件處理及補償條例」，並於二〇〇七年修正該法名稱為「二二八事件處理及賠償條例（下稱二二八事件條例）」，作為二二八事件之真相調查、和平紀念、教育推廣及受難者賠償之法律依據。二二八事件條例之施行，迄今已滿二十五年，惟台灣轉型正義之進程，並未因此停歇。二〇一六年八月，台灣制定並正式施行「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例（下稱政黨財產處理條例）」，該法立法目的在於建立政黨公平競爭環境，健全民主政治，以落實轉型正義。由系爭條例之整體架構觀之，規範面向包含命移轉財產所有權或追徵其價額（同條例第六條）、財產申報與行政調查（同條例第八條）、禁止處分財產（同條例第九條）、權利回復（同條例第二五條）等。至於機關組織部分，依政黨財產處理條例第二條第一項規定，行政院設立「不當黨產處理委員會（下稱黨產會）」為本法主管機關，職掌構成要件之事實認定與法律效果之適用裁量。依同條例第十四條規定：「本會依第六條規定所為之處分，或第八條第五項就政黨之附隨組織及其受託管理人認定之處分，應經公開之聽證程序」，且依同條例第十六條規定：「不服本會經聽證所為之處分者，得於處分書送達後二個月不變期間內，提起行政訴訟」，由此可知，針對黨產會違法之行政處分，相對人得提起行政訴訟以資救濟。

處分相對人就黨產會作成之處分提起撤銷訴訟，行政法院即負有依法獨立審判之憲法義務，惟於審理案件之際，針對適用之法律如生違憲確信，依司法院釋字第三七一號解釋：「…憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋…」，由上可知，處分相對人向行政

法院提起撤銷訴訟，法院本於「憲法效力高於法律」之原理，針對適用之法律，本應認定是否合憲，如生違憲確信，行政法院得裁定停止訴訟程序，並提出形成違憲確信之具體理由，聲請大法官解釋。對此，關於現行政黨財產處理條例之違憲性分析，乃涉及「法律明確性原則」、「不當聯結禁止原則」、「平等原則」、「比例原則」、「私法自治原則」及「權力分立原則」等面向，以下，本意見書擬就台灣轉型正義與政黨財產處理條例之制度現狀予以分析，並提出規範之違憲性論議如後，供貴大法官審理之參考。

貳、台灣轉型正義之制度現狀

各國轉型正義之實踐，採取之方式均有不同。以德國為例，於二戰結束與兩德統一時，均面對轉型正義實踐方式之課題¹。另一方面，除德國轉型正義之制度外，舉凡中南美洲、東歐與南歐等第三波民主化國家之轉型正義經驗，亦有可資參考借鏡之處。民主化國家之轉型正義，實踐方式主要包含刑事訴追與審判、特赦、檔案開放、真相調查、淨化措施、賠償及遺忘過去等制度設計²。反觀台灣轉型正義之實踐，目前則以下述制度設計為主：（1）檔案開放：二二八事件條例第十條第一項規定：「紀念基金會為調查受難者受難情形，得調閱政府機關或民間團體所收藏之文件及檔案，各級政府機關或民間團體不得拒絕。（後段略）」，惟二二八事件條例並未設有文件及檔案開放之具體明文。有鑑於二二八事件條例乃將「使國民瞭解事件真相」為其立法目的，且依政府資訊公開法第六條規定，如與人民權益攸關之施政資訊，應以主動公開為原則，仍可推知，政府機關依法負有主動公開二二八事件相關文件及檔案之義務。另一方面，現行檔案法第一條第一項規定：「為健全政府機關檔案管理，促進檔案開放與運用，發揮檔案功能，特制定本法」，同法第十七條規定：「申請閱覽、抄錄或複製檔案，應以書面敘明理由為之，各機關非有法律依據不得拒絕」，同法第十八條進一步規定：「檔案有下列情形之一者，各機關得拒絕前條之申請：一、有關國家機密者。（第二款至第六款略）。七、其他為維護公共利益或第三人之正當權益者」，易言之，涉及國

¹ 吳志光「司法與歷史的轉型正義糾葛——兼論歐洲人權法院關於一九四五至一九四九年德東蘇聯占領區土地改革之裁判」月旦法學雜誌第151期（2007年）41頁以下。

² 李怡俐「轉型正義的機制及脈絡因素——以台灣為例」台灣人權學刊第1卷第2期（2012年）157頁以下。

家機密之檔案，各機關得拒絕閱覽、抄錄或複製檔案之申請。惟依檔案法第二二條規定：「國家檔案至遲應於三十年內開放應用，其有特殊情形者，得經立法院同意，延長期限」，此一「特殊情形得經立法院同意延長期限」之規定，於國家機密保護法第十一條第五項亦有之，其規定：「…（前略）…。國家機密至遲應於三十年內開放應用，其有特殊情形者，得經立法院同意延長其開放應用期限」。惟系爭「特殊情形」之規定乃屬不確定法律概念，是否符合法律明確性原則？容待思量³。（2）真相委員會：二二八事件條例第三條規定：「第一條所定事項，由行政院所設財團法人二二八事件紀念基金會（以下簡稱紀念基金會）辦理。（後段略）（第一項）。前項紀念基金會，由行政院遴聘學者專家、社會公正人士、政府代表及受難者或其家屬代表組成之；受難者或其家屬代表不得少於紀念基金會董事總額之三分之一（第二項）。申請人不服紀念基金會決定時，得依法提起訴願及行政訴訟（第三項）」。同法第三條之一第一項第一款規定：「紀念基金會辦理下列事項：一、二二八事件真相調查、史料之蒐集及研究」，立法理由明確指出：「明定紀念基金會辦理二二八事件真相調查等相關任務」。綜上可知，財團法人二二八事件紀念基金會係由行政院設立，並由學者專家、社會公正人士、政府代表及受難者或其家屬代表組成，針對二二八事件進行真相調查。儘管現行二二八事件條例，並未就真相調查之正當程序予以規範，惟如鑑於公聽會之進行乃有助於公眾參與及確保真相調查之公正客觀，實可借鏡他國法制經驗，藉由調查程序公開，以促進和解及紛爭之解決⁴。（3）賠償：二二八事件條例第一條規定：「為處理二二八事件（以下簡稱本事件）賠償事宜，落實歷史教育，釐清相關責任歸屬，使國民瞭解事件真相，撫平歷史傷痛，促進族群融合，特制定本條例」。同法第九條第一項規定：「紀念基金會應獨立超然行使職權，不受任何干預，對事件調查事實及相關資料，認定事件受難者，並公布受難者名單，受理賠償金請求及支付」。（4）紀念：二二八事件條例第四條規定：「政府應於紀念碑建成屆紀念日時，舉行落成儀式，敦請總統或請相關首長發表重要談話（第一項）。定每

³ 鑑於政治檔案之特殊性，有認為應於檔案法中設置政治檔案之規範專章，或另以專法明定之見解。相關論述參照陳俊宏「檢視台灣的轉型正義之路」新世紀智庫論壇第 71 期（2015 年）23 頁。

⁴ 真相調查委員會進行公聽會之比較法現狀，參照クロス京子「規範的多元性と移行期正義：ローカルな「和解」規範・制度のトランスナショナルな伝播メカニズム」國際政治 171 号（2013 年）91-92 頁。

年二月二十八日為「和平紀念日」，為國定紀念日，應予放假（第二項）。本事件之紀念活動，由紀念基金會籌辦之（第三項）。（5）財產歸還：政黨財產處理條例第二條第二項明定：「本會依法進行政黨、附隨組織及其受託管理人不當取得財產之調查、返還、追徵、權利回復及本條例所定之其他事項」。同條例第六條第一項規定：「經本會認定屬不當取得之財產，應命該政黨、附隨組織、受託管理人，或無正當理由以無償或顯不相當對價，自政黨、附隨組織或其受託管理人取得或轉得之人於一定期間內移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有」。立法者制定法律，以「財產歸還之方式」實踐轉型正義，雖具有目的之正當性；惟有鑑於憲法結社權與財產權之保障，令政黨歸還財產之手段，實應符合憲法第二三條比例原則之最小侵害要求，否則手段仍有違憲之可能。對此，本意見書將以政黨財產處理條例為核心，進行制度分析與違憲性論議。

參、政黨財產處理條例之制度現狀

一、法規範之現狀

（一）立法目的與管制手法

針對系爭條例之立法目的，政黨財產處理條例第一條規定：「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，以落實轉型正義，特制定本條例」，本條立法理由第三點指出：「三、…（中略）…，過去威權體制下，政黨將原屬國家之財產移轉登記為該黨所有，或接受各級政府機構無償贈與土地及建築物，係訓政、戒嚴時期、動員勘亂時期，以黨領政，黨國不分時代之現象，不符實質法治國原則之要求。惟如依現行法律規定請求政黨返還，基於法律安定之考量，或已罹於時效或除斥期間已經過，且可能涉及第三人已取得權益之保障，均有其困難，爰有以特別立法方式，妥為規範處理政黨黨產之必要性」。另一方面，針對系爭條例之管制手法，茲彙整如下：

1.限期申報財產之當事人協力義務

政黨財產處理條例第八條第一項至第五項規定：「政黨、附隨組織及其受託管理人應於本條例施行之日起一年內向本會申報下列財產：一、政黨或附

隨組織自中華民國三十四年八月十五日起至本條例公布日止所取得及其交付、移轉或登記於受託管理人之現有財產。二、政黨或附隨組織於前款期間內取得或其交付、移轉或登記於受託管理人之財產，但現已非政黨、附隨組織或其受託管理人之財產（第一項）。前項應申報之財產如下：一、不動產、船舶、汽車及航空器。二、一定金額以上之存款、外幣、有價證券及其他具有相當價值之財產。三、一定金額以上之債權、債務及對於各種事業之投資（第二項）。前項之一定金額及其他具有相當價值之財產，由本會公告之（第三項）。第一項、第二項之申報，應載明財產之來源、種類、取得方式、取得日期、變動情形及其對價，如訂有書面契約者，並應檢附其契約等相關資料；其格式由本會定之（第四項）。本會得主動調查認定政黨之附隨組織及其受託管理人，並通知其於受本會通知日起四個月內向本會申報第一項之財產（第五項）」。

為確保當事人協力申報財產之實效性，政黨財產處理條例設有以下規範：（1）漏未申報者推定「該財產」屬不當財產：政黨財產處理條例第十條規定：「政黨、附隨組織或其受託管理人依第八條規定應申報之財產，經本會調查認定有故意或重大過失隱匿、遺漏或對於重要事項為不實說明者，該財產推定為不當取得之財產，並依第六條規定處理」。（2）受理檢舉並酌予獎勵：同條例第十三條第一項規定：「向本會提供政黨、附隨組織或其交付、移轉或登記於受託管理人之財產所在、來源、取得方式或處分等相關資訊，並因而使本會發現並追回政黨、附隨組織或其交付、移轉或登記於受託管理人隱匿、遺漏申報之財產或不當取得財產者，本會得酌予獎勵」。（3）逾期末申報者得處罰鍰並得連續處罰：同條例第二六條第一項規定：「政黨、附隨組織或其受託管理人違反第八條第一項或第五項規定，逾期末申報者，處新台幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰。每逾十日，得按次連續處罰」。（4）逾期末申報經裁罰五次者「推定」其財產屬不當財產：同條例第二六條第二項規定：「前項處罰已達五次者，其財產推定為不當取得之財產，依第六條規定處理之」。

2.主管機關之行政調查

政黨財產處理條例第八條第六項規定：「本會除受理第一項及前項之申

報外，亦得主動調查政黨、附隨組織或其受託管理人財產之來源、取得方式、取得日期、變動情形及其對價」。同條例第十一條第二項第四款、第五款規定：「本會之調查，得為下列行為：四、以書面通知相關之人陳述意見。通知書中應記載詢問目的、時間、地點，得否委託他人到場及不到場所生之效果。五、其他必要之調查方法」。同條例第十七條規定：「主管機關為進行本條例所定調查之相關事項，得訂定調查程序辦法」。

另一方面，為確保主管機關行政調查之順利進行，政黨財產處理條例第十二條規定：「受調查之機關（構）、法人、團體或個人，不得規避、拒絕或妨礙調查」。同條例第二八條規定：「受調查之機關（構）、法人、團體或個人違反第十二條規定者，處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰」。

3.禁止處分與使用財產

針對財產之「禁止處分」，政黨財產處理條例第九條規定：「依第五條第一項推定為不當取得之財產，自本條例公布之日起禁止處分之。但有下列情形之一者，不在此限：一、履行法定義務或其他正當理由。二、符合本會所定許可要件，並經本會決議同意（第一項）。前項第一款所定情形，應於處分後三個月內，製作清冊報本會備查（第二項）。第一項所定其他正當理由及許可要件，由本會另定之（第三項）。（第四項略）。政黨、附隨組織或其受託管理人違反第一項規定之處分行為，不生效力（第五項）。（第六項略）」。同條例第二七條規定：「政黨、附隨組織或其受託管理人違反第九條第一項規定者，處該處分財產價值之一倍至三倍罰鍰（第一項）。違反第九條第二項規定者，處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，並得限期命其申報，屆期不申報者，得按次連續處罰（第二項）」。

另一方面，針對財產之「禁止使用」，政黨財產處理條例第九條第四項規定：「第一項所定禁止處分之財產，…（中略）…；如係寄託或保管於金融機構之存款或有價證券，得通知金融機構凍結其帳戶；如係對他人之金錢債權，得通知債務人向清償地之法院提存所辦理清償提存，…（中略）…非經本會同意，提存物受取權人不得領取。依本項所為之提存，生清償之效力」。

4.命移轉所有權或追徵其價額

政黨財產處理條例第六條規定：「經本會認定屬不當取得之財產，應命該政黨、附隨組織、…（中略）…於一定期間內移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有（第一項）。（第二項略）。第一項規定之財產，如已移轉他人而無法返還時，應就政黨、附隨組織、…（中略）…之其他財產追徵其價額（第三項）」。
同條例第十五條規定：「調查結果應經本會委員會決議後，作成處分書。處分書應載明下列事項：（第一款略）二、受調查之財產及其權利現狀。三、財產處理方式之主旨、事實及理由。四、有附款者，附款之內容。（第五款至第七款略）（第一項）。前項第三款所定財產處理方式之主旨，應依第六條規定記載應移轉財產之種類、數量、追徵價額、履行期間及受移轉之對象（第二項）。（第三項略）」。

5.受理權利回復申請並作成權利回復處分

政黨財產處理條例第二四條規定：「依本條例所取回或追徵其價額之不當取得財產，本會應定期公告清單，並揭載於不當黨產專屬網站（第一項）。前項清單，應包含該財產之名稱、內容、取得方式、現狀及其價額（第二項）。」
第二五條復規定：「依本條例所取回或追徵其價額之不當取得財產，如原係政黨或其附隨組織自我國人民或於我國設立之法人或團體所取得者，原權利人或依法繼受該權利之人得於前條公告之日起一年內，向本會申請回復權利（第一項）。前項權利回復處分，以原物返還為原則，不能依原物返還者，給付相當之價額。但不得超過依本條例所實際取回或追徵價額之財產價值（第二項）。第一項申請回復權利之程序及其他相關事項之辦法，由本會另定之（第三項）」。

（二）機關組織與處分程序

1.機關組織

政黨財產處理條例第二條第一項規定：「行政院設不當黨產處理委員會（以下簡稱本會）為本條例之主管機關，不受中央行政機關組織基準法規定之限制」。同條例第十八條規定：「本會置委員十一人至十三人，任期四年，由行政院院長派（聘）之，並指定其中一人為主任委員，一人為副主任委員

(第一項)。(第二項略)。委員中具有同一黨籍者，不得超過委員總額三分之一，且單一性別之人數不得少於三分之一(第三項)。(第四項略)」。同條例第二十條第一項規定：「本會委員應超出黨派之外，依據法律公正獨立行使職權，於任期中不得參與政黨活動」。

2.處分程序

政黨財產處理條例第十四條規定：「本會依第六條規定所為之處分，或第八條第五項就政黨之附隨組織及其受託管理人認定之處分，應經公開之聽證程序」。所謂聽證程序定於行政程序法第一章第十節，行政程序法第五九條第一項規定：「聽證，除法律另有規定外，應公開以言詞為之」。同法第六一條規定：「當事人於聽證時，得陳述意見、提出證據，經主持人同意後並得對機關指定之人員、證人、鑑定人、其他當事人或其代理人發問」。同法第六四條規定：「聽證，應作成聽證紀錄(第一項)。前項紀錄，應載明到場人所為陳述或發問之要旨及其提出之文書、證據，並記明當事人於聽證程序進行中聲明異議之事由及主持人對異議之處理(第二項)。聽證紀錄，得以錄音、錄影輔助之(第三項)。聽證紀錄當場製作完成者，由陳述或發問人簽名或蓋章；未當場製作完成者，由主持人指定日期、場所供陳述或發問人閱覽，並由其簽名或蓋章(第四項)。前項情形，陳述或發問人拒絕簽名、蓋章或未於指定日期、場所閱覽者，應記明其事由(第五項)。陳述或發問人對聽證紀錄之記載有異議者，得即時提出。主持人認異議有理由者，應予更正或補充；無理由者，應記明其異議(第六項)」。

另一方面，依政黨財產處理條例第十六條規定：「不服本會經聽證所為之處分者，得於處分書送達後二個月不變期間內，提起行政訴訟」。本條立法理由指出：「本會依據調查所得之資料及證據，並經聽證程序所為之決議，性質上為行政處分，為符合程序經濟原則，爰參考行政程序法第一百零九條規定，免除訴願程序，逕行提起行政訴訟」。

二、法執行之現狀

黨產會依政黨財產處理條例之規定，不僅得為行政調查(同條例第八條第六項參照)，亦得依法作成命移轉所有權或追徵價額之行政處分(同條例第六條參照)，且依政黨財產處理條例第九條第三項規定：「第一項所定其他正

當理由及許可要件，由本會另定之」，黨產會亦享有「訂定法規命令」之行政立法權限，得就財產例外處分之「正當理由」與「許可要件」予以規範。依據黨產會訂定之「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例第九條第一項正當理由及許可要件辦法（下稱許可辦法）」第二條規定：「本條例第九條第一項第一款所稱正當理由，指有下列情形之一者：一、依本條例第五條第一項推定為不當取得之財產（以下簡稱該財產），就該財產為簡易修繕及保存行為所支出之必要費用。二、政黨或附隨組織依法應繳納之稅捐、規費、特別公課、罰鍰及其他公法上之金錢給付義務。三、政黨或附隨組織依法應負擔之勞工保險之保險費、全民健康保險之保險費或勞工退休金提繳」。同辦法第三條規定：「該財產除為履行法定義務或有前條所定正當理由者外，自本條例公布之日起禁止處分。但有下列情形之一者，政黨、附隨組織或其受託管理人得向不當黨產處理委員會（以下簡稱本會）申請許可處分該財產：一、就該財產為重大修繕所成立之勞務契約所生之給付義務。二、就該財產所成立之行政契約所生之給付義務。三、政黨、附隨組織或其受託管理人依贈與契約將該財產移轉於國家、地方自治團體或其所屬機關。四、依法院確定判決或強制執行命令而移轉該財產於第三人。五、政黨或附隨組織基於本條例公布前已成立之勞務契約所必要支付之薪資、資遣費或退休金等費用。六、其他為增進公共利益或避免減損該財產價值而顯有處分之必要」。

肆、政黨財產處理條例之違憲性論議

針對政黨財產處理條例之違憲爭議，部分學者係以「法不溯及既往原則」之觀點，推論系爭條例屬「不真正溯及既往」，而不違反法不溯及既往原則。亦有認為，於轉型正義之脈絡下，法律得規定一定程度之溯及既往，方得實踐轉型正義之精神。司法院釋字第六二〇號解釋理由書曾指出：「…新法規範之法律關係如跨越新、舊法施行時期，當特定法條之所有構成要件事實於新法生效施行後始完全實現時，則無待法律另為明文規定，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法，根據新法定其法律效果…（後略）」。釋字第七一四號解釋理由書亦指出：「…系爭規定將所列規定適用於本法施行前已發生土壤或地下水污染之污染行為人（下稱施行前之污染行為人），使

其就土污法施行後之污染狀況負整治義務等。其意旨僅在揭示前述整治義務以仍繼續存在之污染狀況為規範客體，不因污染之行為發生於土污法施行前或施行後而有所不同；反之，施行前終了之污染行為，如於施行後已無污染狀況，系爭規定則無適用之餘地，是尚難謂牴觸法律不溯及既往原則…（後略）。綜上可知，系爭政黨財產處理條例之違憲爭議，似非以「法不溯及既往原則」為主要課題。對此，本意見書將以各該憲法原則予以論議，分析如下：

一、法律明確性原則

司法院釋字第四七四號解釋理由書指出：「…時效制度不僅與人民權利義務有重大關係，且其目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關，須逕由法律明定…」。¹⁰所謂「法律明定」除應符合「法律保留原則」外，亦包含「法律明確性原則」在內。司法院釋字第四三二號解釋針對法律明確性原則指出：「…立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違…」。¹¹現行政黨財產處理條例第三條規定：「本會對於政黨、附隨組織及其受託管理人不當取得財產之處理，除本條例另有規定外，不適用其他法律有關權利行使期間之規定」，是否符合上開解釋所謂可理解性、可預見性及司法可審查性之「法律明確性原則」？不無疑問。誠如羅昌發大法官於釋字第七二三號解釋協同意見書指出：「…行政法、民法及刑法均有時效制度；而所有的時效制度目的，均在維持法律秩序之確定性、安定性及司法品質。故應認所有的時效制度，不論事件性質（行政法、民法、刑法事項），不論時效類型（消滅時效、取得時效、追訴權時效、行刑權時效），亦不論涉及權利之種類（人民財產權、自由權或其他權利），均應基於相同理由，適用絕對法律保留原則…」，反觀政黨財產處理條例第三條所謂「不適用『其他法律』有關權利行使期間之規定」，文義上不僅未依行政法、民事法及刑事法之差異予以區分，亦未依實體法與程序法之時效類型予以區別，一概以「不適用『其他法律』有關權利行使期間之規定」排除既有時效制度之適用，解釋與適用上實已欠缺可理解性與可預見性，難謂符合法律明確性原則。

二、不當聯結禁止原則

政黨財產處理條例第二六條規定：「政黨、附隨組織或其受託管理人違反第八條第一項或第五項規定，逾期未申報者，處新台幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰。每逾十日，得按次連續處罰（第一項）。前項處罰已達五次者，其財產推定為不當取得之財產，依第六條規定處理之（第二項）」，系爭條文第二項所謂「處罰已達五次者，其財產推定為不當取得之財產」規定，是否符合不當聯結禁止原則？不無疑問。依據政黨財產處理條例第二六條立法理由第二點可知：「…基於以下理由：其一，該申報義務非第三人所能替代；其二，為恐該義務人認為處罰金額太小，致其申報意願不大；其三，為避免義務人以不申報財產之方式，藉故拖延本會調查程序之進行。如非有強制手段，恐無法達到本條例規範主動申報財產之規定…」，易言之，立法者以「不當財產之推定」作為財產申報之義務履行確保手段。惟問題在於，縱如立法理由所稱「申報義務非第三人所能替代」且「處罰金額太小致申報意願不大」；惟就「財產申報義務」之法執行，行政執行法第三章早已設有「行為或不行為義務」之規範明文，該法第二七條第一項規定：「依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之」。同法第二八條規定：「前條所稱之間接強制方法如下：一、代履行。二、怠金（第一項）。前條所稱之直接強制方法如下：（第一款至第四款略）五、其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法（第二項）」。現行政黨財產處理條例第二六條第一項規定：「…逾期未申報者…（中略）…每逾十日，得按次連續處罰」，所謂「按次連續處罰」之性質屬「怠金」而非「罰鍰」，其為「執行罰」而非「秩序罰」，執行機關以間接強制手法予以執行，如仍無法促使義務人履行其財產申報之義務，尚得以直接強制手法為之，即所謂強制調查，惟不得違反令狀原則。現行政黨財產處理條例第二六條第二項卻規定：「…處罰已達五次者，其財產推定為不當取得之財產…」，此一法律效果並非「以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法」，不符直接強制之態樣，系爭「財產推定為不當取得財產」之立法設計，與行政執行法之體系相違，將未為財產申報者

推定屬不當取得之財產，亦違反不當聯結禁止原則。

三、平等原則

司法院釋字第五九三號解釋理由書指出：「…等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。…（中略）…對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則…」。

惟依政黨財產處理條例第五條第一項規定：「政黨、附隨組織…（中略）…取得…（中略）…之現有財產，…（中略）…，推定為不當取得之財產」，且依同條例第九條第一項本意見書規定：「依第五條第一項推定為不當取得之財產，自本條例公布之日起禁止處分之」可知，無論政黨取得財產之方式為何，抑不論取得之時合法正當與否，一律推定屬不當取得之財產並全面禁止財產處分，實屬未就不同事物為合理之差別待遇，有違憲法平等原則。本意見書認為，首先應將政黨取得財產之方式分為「公法關係取得」與「私法關係取得」，如政黨係因行政處分或行政契約等公法關係而取得財產，本於行政處分之作成與行政契約之締結，係以「依法行政原理」為前提之情況下，處分相對人或契約當事人，理應享有信賴行政行為合法之合理期待。以此作為人民信賴保護之正當性基礎，即不應立法推定其屬「不當取得之財產」。

另一方面，如為私法關係取得之財產，則應進一步區分財產屬「合法正當取得」、「合法不當取得」或「不法取得」等差異，採取合理之差別對待。現行政黨財產處理條例第九條第一項，未依財產取得之方式及其合法與否，全面禁止財產處分之立法方式，係屬不同事物未為合理差別待遇，已構成平等原則之違反。

四、比例原則

上述政黨財產處理條例第九條第一項規定：「依第五條第一項推定為不當取得之財產，自本條例公布之日起禁止處分之。（但書略）」，除有違反平等原則之可能外，依法推定為不當財產者均以禁止處分為原則，是否符合憲法第二三條比例原則之最小侵害性？亦有疑問。質言之，針對保全制度之設計，司法院釋字第五九九號解釋理由書指出：「…保全制度，乃司法權核心機能之一，…（中略）…。如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要

性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態…（後略）」；釋字第五八五號解釋理由書亦指出：「…保全制度固屬司法權之核心機能，惟其制度具基本權利與公共利益重要性，當屬法律保留範圍，應由立法者以法律明定其制度內容…（後略）」。

綜上可知，保全制度乃司法權之核心機能，具有「最後手段性」與「司法謙抑性」之特徵，司法機關非經當事人聲請不得為暫時處分，方符合憲法二三條比例原則之精神。於憲法比例原則下，民事訴訟法第五二三條第一項即規定：「假扣押，非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之」。同法第五二九條第一項規定：「本案尚未繫屬者，命假扣押之法院應依債務人聲請，命債權人於一定期間內起訴」。另一方面，行政訴訟法第二九五條亦規定：「假扣押裁定後，尚未提起給付之訴者，應於裁定送達後十日內提起；逾期未起訴者，行政法院應依聲請撤銷假扣押裁定」。同法第二九七條規定：「民事訴訟法第五百二十三條、第五百二十五條至第五百二十八條及第五百三十條之規定，於本編假扣押程序準用之」，均可參照。

綜上可知，現行民事訴訟法與行政訴訟法就保全制度之設計，符合「最後手段性」與「司法謙抑性」之精神；且為避免當事人財產權因保全處分而受過度侵害，規範上亦以「一定期間內起訴」或「裁定送達後十日內提起給付之訴」為原則，均屬憲法比例原則之體現。反觀現行行政黨財產處理條例第九條第一項規定：「依第五條第一項推定為不當取得之財產，自本條例公布之日起禁止處分之。（但書略）」，本條立法理由第一點雖指出：「…為確保不當取得之財產之返還效果，一方面避免脫產致本條例之立法目的無法達成，另一方面避免因保全措施侵害政黨、附隨組織及其受託管理人之財產權，爰明定依第五條第一項推定為不當取得之財產，原則上禁止處分之，其例外情形為：…（後略）」，惟所謂禁止處分之保全措施，規範設計卻非由「司法機關」之民事或行政法院掌理此一機能，一律將「推定為不當財產者」作為財產禁止處分之要件，無須他人向法院聲請即產生財產禁止處分之效力，不符「最後手段性」與「司法謙抑性」之精神，毋寧已違反憲法比例原則之最小侵害性原則。

五、私法自治原則

司法院釋字第五七六號解釋指出：「…契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎…（後略）」，釋字第七二八號解釋理由書亦指出：「…系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重…（後略）」。綜上可知，釋憲實務上已肯認「私法自治」受憲法第二二條保障。所謂私法自治，得由「實體法層次」與「訴訟法層次」分別觀察，前者以契約自由為中心，後者則以訴訟當事人程序處分權為代表。釋字第五九一號解釋理由書指出：「…人民既為私法上之權利主體，於訴訟或其他程序亦居於主體地位，故在無礙公益之一定範圍內，當事人應享有程序處分權及程序選擇權，俾其得以衡量各種紛爭事件所涉之實體利益與程序利益，合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議…（後略）」，可資參照。現行行政黨財產處理條例第六條第一項規定：「經本會認定屬不當取得之財產，應命該政黨、附隨組織…（中略）…於一定期間內移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有」。依系爭規定，黨產會本於職權，毋庸受理原財產權利人之申請，即得自為財產歸屬之調查並作成財產權移轉之處分。原財產權利人於系爭行政程序中，既非立於程序主體之地位，亦不享有程序處分權與程序選擇權。綜上可知，現行行政黨財產處理條例之規定，實不符合憲法第二二條私法自治原則之精神。

六、權力分立原則

憲法上「機關功能最適原則」之意義，在於判斷憲法機關間之權限分配是否符合權力分立原則。除行政機關與立法機關間之權限爭議外，於行政機關與司法機關間亦有適用。司法院釋字第四六六號解釋理由書指出：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第七十七條定有明文。而憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。…（中略）…我國關於民事訴

訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之…（後略）」。釋字第五一八號解釋亦指出：「…農田水利會所屬水利小組成員間之掌水費及小給水路、小排水路之養護歲修費，其分擔、管理與使用，基於台灣農田水利事業長久以來之慣行，係由各該小組成員，以互助之方式為之，並自行管理使用及決定費用之分擔，適用關於私權關係之原理，如有爭執自應循民事訴訟程序解決…（後略）」。

綜上可知，人民私法關係所生爭執，應由普通法院審判，並適用私權關係之相關原理，循民事訴訟程序予以解決。反觀現行行政黨財產處理條例第二五條規定：「依本條例所取回或追徵其價額之不當取得財產，如原係政黨或其附隨組織自我國人民或於我國設立之法人或團體所取得者，原權利人或依法繼受該權利之人得於前條公告之日起一年內，向本會申請回復權利（第一項）。（第二項略）。第一項申請回復權利之程序及其他相關事項之辦法，由本會另定之（第三項）」，原財產權利人如欲回復自身私法權利，依據現行規定，須提出回復權利申請並經黨產會作成權利回復處分後，方得回復原財產權。此一私權紛爭，定紛止爭之功能最適機關厥為司法機關而非行政機關；縱然行政處分之違法撤銷係由行政法院審理，相較於普通法院之民事審判，行政法院之行政爭訟亦非民事紛爭終局裁判之最適機關，現行行政黨財產處理條例等規定，難謂符合機關功能最適原則之精神。

伍、結論

轉型正義之功能與目的，在以當代法制之價值體系，調整過去之合法不義。藉由立法、行政、司法之多方協力，還原歷史事實並歸整檢討，傳承延續民主法治之精神。台灣轉型正義之實踐，主要包括檔案開放、真相委員會、賠償、紀念、財產歸還等面向，其中又以「財產歸還」之制度具有違憲疑義，本意見書均已分析如上。尤以台灣之訴訟制度雖採公私法二元對立，惟「公法紛爭」與「私法紛爭」仍有相互競合之可能。司法院釋字 758 號解釋認「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，

縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響」，由上可知，公法紛爭與私法紛爭本有相互競合之現象，惟就人民「私權」之爭執，本應由普通法院於民事訴訟程序中進行判斷⁵。以當代法制之價值體系而言，對於人民私權紛爭享有定紛止爭之判斷權限者，厥為民事法院而非行政法院、更非行政機關，已如前述。立法者如欲實踐財產歸還之轉型正義，實應以當代法制之價值體系為前提，保障民事訴訟當事人之程序處分權及程序選擇權（釋字第五九一號解釋理由書參照），並以民事法院作為人民私法權利歸屬之終局認定機關。質言之，僅由行政法院認定行政處分之合法性，並非終局認定私人財產權歸屬之適切途徑，況由行政機關以行政處分認定私人財產權之歸屬，更難謂符合機關功能最適原則之精神。有鑑於轉型正義之課題係於民主政治脈絡中，探討法律制度之健全並追究法律責任⁶，反觀現行政黨財產處理條例之規定，是否符合民主政治之健全制度規定？不無疑問。尤以法律明確性原則、不當聯結禁止原則、平等原則、比例原則、私法自治原則及權力分立原則等憲法原理觀之，系爭條例應有高度違憲疑義。針對今後政黨財產處理條例之修法建議，應以「機關功能最適原則」為依歸，將轉型正義所涉及之責任釐清、財產歸屬及保全制度等判斷權能，回歸由依法獨立審判之民事法院主導，而非由行政法院、更非行政機關為之，方符合憲法權力分立原則與機關功能最適原則之精神。

⁵ 司法院釋字第 758 號解釋理由書謂：「本件原因案件原告葉水源（下稱原告）以桃園市八德區公所（桃園市改制為院轄市前為桃園縣八德市公所）未經其同意即在其所有坐落於桃園市八德區之土地，鋪設柏油路面供民眾通行為由，以桃園市政府為被告，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府剷除柏油路面並返還土地。惟該院以原告係依據本院釋字第 400 號解釋主張上開土地尚不符公用地役權之成立要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，以該院 104 年度桃簡字第 860 號民事裁定，將原因案件移送臺北高等行政法院。前開民事裁定因兩造未於法定期間內提起抗告而告確定。臺北高等行政法院受移送後，分案編號為該院 105 年度訴字第 696 號。嗣該院第六庭（下稱聲請人）向原告闡明，其請求可能符合行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法第 7 條返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，屬民事爭議。聲請人乃以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限。聲請人以其就本件有無受理訴訟權限與臺灣桃園地方法院上開移送裁定所示見解歧異為由，依行政訴訟法第 178 條聲請本院解釋。核其聲請，合於司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 1 款統一解釋之要件及行政訴訟法第 178 條規定，爰予受理，作成本解釋，理由如下：我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋參照）。土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」

⁶ 李建良「轉型不正義？—初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判」月旦法學雜誌第 148 期（2007 年）6-7 頁。

台式轉型正義概念之省思

—黨產條例合憲性之檢討[#]

廖元豪^{*}

目次

- 壹、前言
- 貳、台式轉型正義論述之特徵
- 參、轉型正義論述之憲法功能—為「非正常」憲政手段提供正當事由
- 肆、轉型正義概念之檢討
- 伍、正常憲政手段之所能
- 陸、結論

^{*} 本文原版本曾以「民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？—轉型正義概念的反思」為名，刊登於：台灣法學雜誌，314 期，2017 年 2 月，頁 124-143。

^{*} 國立政治大學法學院副教授，美國印第安那大學莫勒法學院法學博士。

壹、前言

「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例」（以下簡稱黨產條例）是一部無法與「正常」民主憲政體制共存的法律。它針對特定（或可得特定）的政黨予以懲罰、剝奪人民財產權、構成要件模糊到無法辨認意義，又賦予並不中立的行政機關比司法還大的裁決權力。這樣一部法律，如果拿來處置任何（非中國國民黨之其他）「人民」的自由權利，都難逃違憲之指摘。

然而，在「轉型正義」的大旗下，黨產條例似乎取得特殊的正當性，擁有從前「動員戡亂臨時條款」的功能——使侵害基本權之違憲措施變成防衛民主之正當行為。黨產條例第1條之立法目的便是「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，以落實轉型正義」。公平競爭、民主政治，這些概念我們都很熟悉，但何謂「不當」？依黨產條例第4條第4款之規定，所謂「不當」，是「違反政黨本質或其他悖於民主法治原則之方式」。可是整部黨產條例，也都沒有明確定義「政黨本質」或「其他悖於民主法治原則」。從法條本身看不出這部法律到底要怎麼行使，標準為何？但在「落實轉型正義」之目的下，「不當黨產處理委員會」（以下簡稱黨產會）就可以行使這部法律的巨大權力，砍向特定政黨，並且擺脫「正常憲政主義」所課以國家機關的限制。

那到底「轉型正義」是什麼呢？它要擺脫一般憲法的規範，但它在憲法上的正當性又如何呢？如果不澄清它的內涵與意義，那「轉型正義」實在太可怕，黨產會與任何適用黨產條例的機關，都不需要說明意義，只要公文上使用「轉型正義」，就可以消滅一個受憲法保障的政黨。

「轉型正義」在世界各地 1990 年代的民主化浪潮中，是相當重要且熱烈討論的概念。而當時正在民主化過程中的台灣，在摸索台灣民主該如何發展時，也曾對東德、南非以及其他「從威權走向民主」國家的經驗非常有興趣。不管是德國對前東德「衛兵射殺翻牆者」的追究，南非「真相和解調查委員會」，或其他類似的發展，都吸引了不少人加以探討。¹

在這股風潮下，李登輝先生以第一個台灣出生的中華民國總統身分，向二二八受難者致歉。並且在其任內推動通過「二二八事件處理及賠償條例」與「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」，對於二二八事件與威權時期白色恐怖之受難者予以補償。陳水扁總統與馬英九總統任內，多次對於當年政府威權統治之錯誤道歉。馬英九總統時期還特別清查並返還「政治受難者私人書信」。²然而整體而言，我國之前並沒有特別將「轉型正義」當成施政的重點項目，而是以民主化為目標，依據中華民國憲法的體制，一步一腳印地實踐民主憲政。多數民眾與主要政黨似乎認為，台灣能成功從威權轉型成民主憲政國家，並且紮實地鞏固民主體質，才是第一要務。如果其他政黨能夠在正常的民主憲政機制下，擊敗有著威權統治歷史的國民黨，那其實也就表示台灣可以在沒有轉型正義口號的情況下，實踐了民主、法治、

¹ 但在 1990 年代，嚴肅地對此議題加以研究的台灣法學文獻數量較少。

² 見總統府新聞稿，總統出席「102 年戒嚴時期政治受難者紀念追思儀式」（2013.7.15），連結：
<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=131&itemid=30341>（最後瀏覽日 2017.2.12）；李蕙君，白色恐怖受難者「與妻訣別書」觀者拭淚，聯合報，2016 年 4 月 2 日。

人權、正義。

有意思的是，轉型正義在沈寂了多年後，又在 2008 年國民黨重新執政時「復興」了起來。原本，政權二度輪替，應該是台灣民主鞏固的重要象徵。但國民黨能夠在正常憲政體制下，循正常管道選舉獲勝，並重掌執政地位，對某些人來說，似乎正顯示威權統治的遺跡尚未清除乾淨——這套「正常憲政體制」不夠正常，台灣的民主仍有瑕疵。於是，「轉型正義」的討論又更熱烈了起來。而在 2014 年開始，更多的法學文獻重拾此一議題。³待 2016 年政黨輪替，民進黨全面執政，「轉型正義」更是浮上了檯面。「促進轉型正義條例草案」、「政治檔案法草案」，以及爭議極大但已經總統公布施行的「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例」，都是轉型正義工程之一環。

作者在 1988 年就讀大學，正是台灣剛剛解嚴，民主化運動風起雲湧的時候。而追求民主，實踐憲法，讓台灣人生活在一個正常的憲政體制，是我們同儕許多人的理想。這甚至也是我出國攻讀憲法，在台灣教授憲法的重要動機。「轉型正義」概念中，對於舊威權之批判，以及「新天新地」的期盼，我完全能體會並支持。然而，在台灣解嚴將近 30 年，全國性與地方性大選完全由台灣人民參與，政權輪替三次，政治上之表現自由充分開放，法治也頗上軌道的今日⁴，有沒有必

³ 如：吳乃德，台灣民主化的特徵，文化研究，18 期，2014 年，頁 227 以下；施正鋒，台灣轉型正義所面對的課題，台灣國際研究季刊，10 卷 2 期，2014 年，頁 31 以下；鄭德興，中東歐國家之歷史遺緒與轉型正義——以捷克及斯洛伐克為例，台灣國際研究季刊，10 卷 2 期，2014 年，頁 63 以下。

⁴ 參閱廖元豪，法治尚稱及格，人權仍須努力——解嚴後的台灣憲政主義

要使用「轉型正義」這樣一個激烈卻模糊的概念？台灣人民追求的，是擺脫「動員戡亂時期」魔咒，讓一切回歸「正常」的民主憲政。然而今日的「轉型正義」倡議者，卻要把台灣多年來民主憲政發展，定位成一個需要特別守護的「不夠正常」之體制，甚至採用「非正常」之手段來守護。黨產條例與「促進轉型正義條例」（以下稱促轉條例），若依任何正常的憲法標準來檢驗，內容都有諸多顯然違憲之謬誤。但在轉型正義大旗下，如此粗糙離譜的法律，卻有著正義的光環。是否，只要對付的是「威權餘孽」，那麼就無須拘泥於「正常」的憲法標準？我們一向珍惜的法律明確性、正當程序、禁止個案處罰、禁止溯及既往、正當法律程序……等原則，只要是為了轉型正義，就都可以放寬標準，或是採取不同的標準？

本文的重點不在於對「黨產條例」逐條檢視，而是要針對該條例以及整個「轉型正義」工程的憲法論述，進行概念上的檢討。經過研究，筆者以為「轉型正義」，在台灣的脈絡背景下，並不足以作為改變違憲審查標準的「背景理解」（background understanding），至多只是釋憲機關審查政府措施時的「政策目的」或「政府利益」（government interest）。其本身依然是一個「得被審查的」事項。轉型正義所追求之目標，均應以「正常憲政手段」為之，且應受到「正常違憲審查」。準此，政府可以推動轉型正義，包括修改檔案法、國家安全法等法律，亦可對戒嚴時期之不當審判事件，在符合證據法則的前提下做更深入的調查追究。但應以細緻的立法與措施為之，司法

發展，收於《思想》第7期《解嚴以來：二十年目睹之台灣》，頁163以下（2007.11）。

釋憲機關也不能因為這是在追求轉型正義，就放寬了應有的審查標準。亦即，以「正常的憲法手段」來追求轉型正義，是吾人不可妥協的信念。依此，黨產條例雖然揭示要落實轉型正義，但因為它甚至沒有具體的目標與問題意識（政黨財產為何涉及轉型正義？怎樣的「不當」行為需要轉型正義來矯正？），只空談轉型正義。它在限制人民基本權之際，就連「立法目的」正當性這一關都過不去。而其所謂「不當」取得財產，也就沒有任何標準和依據，無法通過憲法的檢驗。

本文第貳部分整理近年來有關「轉型正義」的論述，指出「台式轉型正義」的內涵與重要特徵，其包括：非黑即白、斷裂切割、以今非古，以及實質正義。而其中比較強烈的一派（本文稱為「重型」）更重要的，是它代表了一種「批發式」的整體價值結構。藉由把「過去」打成「不法國家」，而得以重估一切價值。第參部分則指出，從憲法的觀點來看，這種批發式、革命式的轉型正義，是在為包括黨產條例在內的許多措施提供正當理由，期使可能違憲的立法因此被認為合憲。由於威權體制的影響太過深遠，在未能徹底清除「遺跡」前，貿然用「正常」的憲法標準來處理政治，勢必無法真正地實現正義，更無法讓民主體制真正被鞏固。因此，凡是追求轉型正義之法令措施，釋憲機關必須採取順從、尊重的標準來處理。第肆部分則是對批發式的轉型正義論述加以檢討。作者認為，台式轉型正義的黑白二分、斷裂切割，等特徵，並不適用於台灣。而在決定放鬆正常憲法標準以追求轉型正義的政治決定，本身就是一個危險而可能有害憲政主義的作法。相比之下，美國的「延續型」憲政經驗可能與台灣更加相似：過去都有許多完全違反現代憲法標準的措施（外人煽動叛亂法、奴隸制度、女子無投票權、種族歧視、恐同症等等），但在承認國家一體，憲政秩序逐漸成長的前提下，一步步修正改進。該道歉道歉，該修正

修正，該賠償賠償，該追究追究；同時也尊重既有的秩序，讓新發展的正義觀念與維繫秩序求得權衡。更重要的是，新的正義依然要在「正常」憲法架構，依據「正常」的標準為之。台灣的轉型並非一夕變天，而是以「回歸憲法」作為依據，漸漸達成憲法所預設的「自由民主憲政秩序」。這與美國的「延續」性相似，而與東德、南非的「斷裂」不同。作者主張，台灣既然以「正常」的方式能夠欣欣向榮，在民主憲政表現上與先進國家不相上下，更能經過三次政黨輪替而仍能穩定秩序，要說過去威權體制之餘孽能阻礙民主轉型，實在難有說服力。另一方面，批發型轉型正義論述，動輒要用「非常手段」來處理問題，恐怕製造更多風險——這些風險正是憲政主義所欲克制的。第伍部分則舉例說明，轉型正義論者所欲追求之目標，其實多半均可用正常憲政手段為之。較為精緻的立法，毋枉毋縱的證據法則，更深入的調查分析，都是可以達成轉型正義，又不致危害憲政的。與其標新立異，不如謙卑地順服在憲法與多年來的憲政實務下，一點一滴的改革。畢竟，我們已經從「非常時期」走出來，何苦再走回去？最後，基於本文對轉型正義概念的檢討，也具體指出憲法法庭在審查黨產條例合憲性之際，應有的標準與結論。

貳、台式轉型正義論述之內涵與特徵

一、轉型正義論述簡介

轉型正義大致是認為在「政權移轉」或（及）「民主轉型」之際，應有一套機制來面對並處理過去的威權統治，以利未來的民主鞏固。

⁵也就是說，轉型正義的前提，是「舊威權體制」即將或剛剛瓦解，而國家正要邁向新的「民主憲政體制」。所謂的轉型，就是從威權到民主。而其目的，或為單純的尋求正義⁶，或為使轉型順利而真正鞏固民主。⁷若屬前者，那比較接近「回顧」或「向後看」的報償正義；若屬後者，則主要是為了「向前看」，使明天會更好。

而轉型正義的具體實踐機制，則包括：刑事訴追⁸、真相調查和解委員會⁹、權力淨化¹⁰、賠償¹¹、大赦¹²、遺忘過去¹³、追思和紀念¹⁴。

而這套在 1990 年代於「蘇東波」之民主化過程中，崛起於國外

⁵ 較為完整的文獻整理，參閱江宜樺，〈台灣的轉型正義及其省思〉，思想，第 5 期，2007 年，頁 65 以下；李怡俐，〈轉型正義的機制及脈絡因素——以台灣為例〉，台灣人權學刊，1 卷 2 期，2012 年 6 月，頁 145 以下，頁 149-150；王泰升，〈論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話〉，台灣法學會「轉型正義與法治變革」研討會會議論文（2016.11.26）。

⁶ 李怡俐，同上，頁 150-151。

⁷ 參閱陳敦源、張智凱，〈論轉型正義與台灣行政國正當性的重生〉，民主與治理，1 卷 1 期，2014 年，頁 53 以下；王泰升，同前（註 5），頁 19-20。

⁸ 江宜樺，同前（註 5），頁 70；林庸昇，〈轉型正義過程中法律的功能與作用〉，台灣國際研究季刊，12 卷 1 期，2016 年，頁 177 以下。

⁹ 國內就此一機制最深入的比較研究，應屬林佳和，〈轉型正義與真相調查：不同角度的初步觀察〉，台灣法學會「轉型正義與法治變革」研討會會議論文，2016 年 11 月 26 日。

¹⁰ 李怡俐，同前（註 5），頁 162。

¹¹ 同上，頁 162-163。

¹² 同上，頁 163。

¹³ 同上，頁 163-164。

¹⁴ 江宜樺，同前（註 5），頁 71。

的論述，也在國內被援引。而近年來倡議台灣轉型正義的相關文獻，基本上認為台灣的民主化過程中，欠缺了轉型正義，現在應該補足。相關主張包括：

第一，台灣的民主轉型欠缺對威權統治者責任之追究。¹⁵論者指出，即使有二二八與白色恐怖的「補償」機制，但是卻是一種「有被害人卻無加害人」的不完整正義。¹⁶因此應重啟調查與追訴程序，對於過去之加害者予以制裁。

第二，台灣的民主轉型，對「平反」受害人有所不足。¹⁷雖然有了兩個補償機制，但許多人由於並未提出申請，或因年代久遠難以證明，未必能夠真正被補償或被平反。此外，「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」與釋字 272 號解釋，就是轉型正義不足，對被害人救濟有欠缺的代表。¹⁸

第三，台灣的民主轉型，對威權時期之殘害人權與破壞民主事實，

¹⁵ 林雍昇，同前（註 9），頁 193-195；王泰升，同前（註 6），頁 15-16。

¹⁶ 吳乃德，轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業，思想，第 2 期，2006 年，頁 1 以下。

¹⁷ 陳俊宏，檢視台灣的轉型正義之路，新世紀智庫論壇，71 期，2015 年 9 月，頁 21-24。

¹⁸ 在由許玉秀教授指導之國立交通大學科技法律研究所「模擬憲法法庭」課程，所做出的「模憲字第 4 號、第 5 號判決」，2016 年 12 月 24 日（以下簡稱「模憲 4-5 號判決」）中闡釋得相當清楚，連結：<https://sites.google.com/site/civilconstitutionalcourt/judgement/scc45>，最後瀏覽日期：2017 年 2 月 12 日。

未能全盤揭露。¹⁹在解嚴之前，各種政治迫害、限制的「真相」，仍然只有輕描淡寫地提出。而且隨著時間久遠，即將被遺忘。包括白色恐怖與二二八事件，到底冤死人數有多少，就始終無法算清。

第四，台灣的民主轉型，對中國國民黨—威權時期統治者—留存之殘餘勢力未能徹底清除。²⁰雖然中華民國在形式上已於1947年開始「行憲」，但實際操作上依然黨政不分。執政之中國國民黨，與中華民國政府之間無法區分。其取得之龐大「不當黨產」，至今仍成為政黨公平競爭之嚴重障礙。²¹

最後，台灣的民主轉型，對過去威權統治的整體歷史，以及威權時期建構的法律秩序，未能徹底否定。²²此說認為，在解嚴前的台灣政治體制，既不保障人權，又不遵守法治，更沒有民主正當性，因此應定位為「不法國家」²³，認定根本欠缺統治正當性。如此才能避免以「形式法治」來正當化「實質不法」之行為。

二、轉型正義論之特徵

¹⁹ 王泰升，同前（註5），頁12、18-19；陳俊宏，檢視台灣的轉型正義之路，新世紀智庫論壇，71期，頁18以下，2015年，頁22-23。

²⁰ 王泰升，同上，頁12-14。

²¹ 汪平雲，國民黨黨產、黨國體制與轉型正義：「有轉型而無正義」的台灣民主化，當代，230期，頁14以下，頁17-22。

²² 「模憲4-5號判決」，同前（註18），對戒嚴時期政府之侵害人權、踐踏法治做如此詳盡之描述，並徹底認定以往為「不法國家」，似即為此一主張之體現。

²³ 同上。

轉型正義這一套政治與法律理論，有以下幾個特別之處：黑白分明、斷裂切割、以今非古，以及實質正義

首先，在轉型正義的理論下，「舊威權專制」下的不義，與「新民主憲政」時代的正義，是截然二分的，中間沒有灰色地帶。若有任何模糊之處，也要藉由新時代的正義機制來作成清楚的裁決。論者並不相信在不同的時代，會有不同的政治價值與現實需求。在「模憲²⁴字第 4, 5 號判決」的模擬判決中，由孫迺翊與官曉薇教授（模擬大法官）主筆之模擬判決意見書這段文字，極有代表性：

在自由民主憲政國家的光譜另一端，為不法國家（Unrechtsstaat）。不法國家不僅缺乏權力分立相互制衡之原則與人民基本權利之保障，且為一黨專政，法律作為服膺於國家主導意識形態的工具，國家廣泛且密集地進行政權保衛之集權獨裁（totalitäre Diktatur）體制。在不法國家中，統治權力嚴密監控人民、限制其權利，不同政治意見遭受系統性壓制，即便形式上存在法律規範與法律統治，甚至不乏進步之立法，但行政部門與司法部門配合特定意識型態與統治者意志大量曲解適用法律，大量作成不當行政行為與判決（參見鑑定人王韻茹鑑定意見書）。德國 20 世紀所歷經之納粹統治與德意志民主共和國（Deutsche Demokratische Republik），為不法國家之集權獨裁政權。

我國憲法及增修條文中，第 1 條所樹立之民主共和國原則、第 2 條國民主權原則、第 2 章人民基本權利之保障以及有關權力分立與制衡之規定，具有本質重要性，為憲法整體基本原則之所在，其所形塑自由民主憲政秩序（參照司法院釋字第 261 號、

²⁴ 同上。

第 499 號解釋），直到 1992 年民主化之後，才真正成為臺灣當前政治共同體所賴以存在之基礎。在此之前，臺灣並非處於民主憲政秩序統治下。²⁵

依此，在「不法國家」與「民主憲政國家」之間，沒有中間地帶。而且，既然是「是非」分明的事件，那由司法機關來「裁決」（而非政治部門的妥協），也是天經地義之事。由此延伸，當年在威權統治時代的個別行為人，必然也可以依法律程序來斷定有罪或無罪。德國的「柏林圍牆射殺案」，成為眾人討論的對象，也顯示了「法院裁決轉型正義」是可能的。²⁶也就是說，轉型正義相信可以司法模式裁決政治價值。

第二個特點「斷裂切割」，意指轉型正義的「轉型」有很明確的時間分隔點。在此之前是不法國家、威權統治、不公不義；在這個時點之後就是自由民主憲政的新天新地。兩者之間，並不是一脈相承的連續體。從威權到民主，乃是一個質的改變，而且是突然、劇烈地斷裂後新生。黨產條例第 4 條第 2 款將民國 76 年 7 月 15 日前成立並依動員戡亂時期人民團體法規定備案之政黨，列為適用該法加以調查處理之政黨，就是一個明證。而前揭「模憲」判決，認定 1992 年之前，台灣根本不是民主憲政秩序，也是這種論述的代表。而促轉條例草案

²⁵ 同上。

²⁶ 李建良，轉型不正義？—初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，148 期，2007 年 9 月，頁 5 以下；吳志光，司法與歷史的轉型正義糾葛—兼論歐洲人權法院關於一九四五至一九四九年德東蘇聯占領區土地改革之裁判，月旦法學雜誌，151 期，2007 年 12 月，頁 41 以下。

第3條第1款更明確定義「威權統治時期」為「自中華民國三十四年八月十五日至八十年四月三十日止之時期」，其斬釘截鐵之斷裂區隔，昭然若揭。

在「黑白分明」與「斷裂切割」之下，新體制下的「善」就可以審判舊體制下的「惡」。這套理論基本上不願意承認在舊時代的政府、決策者、執行者，有哪些「不得已」或「務實」的困難；更不認為需要「體諒」當年的任何作為。論者不認為舊時代的法律秩序（法律、判決、解釋、行政處分）可以支撐其行為之合法性——只有新時代的自由民主憲政秩序，才可以當作標準。因此，在舊時代完全合法之行為（例如，取得黨產），只要不符合新時代的標準，均可重新審判並翻案。為了要拔除舊時代不法國家，不正價值之遺跡，某種程度的「溯及既往」是必要的。

然而，法治國家所謂的合法性、正當性，一向都是「程序」與「形式」先於「實體」。尤其在「追究責任」之時，「行為時之法律狀態」必然是主要的考量點。然而，轉型正義論不接受威權舊時代的法律體制與價值，那要根據什麼標準來評價？在我們既有的法律訓練，都告訴我們「當時合法就合法」時，轉型正義論者只好以「實質」這個概念來顯示「形式」之不足。

舉例而言，前揭黨產條例第4條第4款，對於「不當」黨產之定義，就跳脫「合法性」，而以「違反政黨本質或其他悖於民主法治原則之方式」取得之財產，作為標準。亦即，即便中國國民黨當年取得財產完全「合法」，但若被認為不符合「新自由民主體制」下定義的「政黨本質」或「民主法治原則」，那就可以被認定不當並收歸國有。而促轉條例草案第6條，對於哪些案件應重新調查並予平復，也是使

用「違反自由民主憲政秩序、侵害公平審判原則」作為標準。單純的「合法」無法阻擋轉型正義列車的啟動。

由上可知，轉型正義的論述，與典型、正常、傳統的「法學」理論有很大差異。在轉型正義的大旗下，新政體下的政府機器可以運用「非典型」的法律手段，來達成更大的理想。信賴保護原則、法不溯及既往原則，甚至法律明確性原則等許多憲法原則，是否會遭到破壞？轉型正義的大理論，在憲法操作上有什麼意義？以下就探究轉型正義在憲法上的功能。

參、轉型正義論述之憲法功能—為「非正常」

憲政手段提供正當事由

轉型正義之目的，是為了國家走向真正的民主憲政而鋪路。弔詭的是，要實現前揭的轉型正義，卻要採取許多（表面上）可能不太符合憲法規定、憲法原則的手段。

以「追究過去行為人之責任」而言，對於依舊法應屬無罪，或是依舊法令執行命令之人，在事過境遷多年後重起追訴，會不會牴觸罪刑法定主義或是法不溯及既往原則？有無違反「有責方可入罪」之原則？如果依一般的證據法則，難以定罪（或課以其他責任），那轉型正義的機制，能將其定罪或處罰嗎？我們是否為了追求「實質正義」，而採取「推定有罪」的認定標準呢？

單純的「平反」或「真相調查」，似乎較無問題。只要在調查時不致侵犯人民權利即可。然而，許多歷史事實有無完全還原之可能？

如果一切重啟調查，同樣面臨要採取何等「證據標準」的問題？對受害者可以從寬認定，但「加害者」該如何認定呢？如果真相無論如何都證明不了的時候，能否逕行以政治認定，並區分被害者與加害者？如果沒有確切的證據與公認的明確標準，確逕自指稱某些人（尤其是從前的公務員）為「殺人兇手」、「幫兇」，會不會變成國家誹謗人民，反而侵犯另一批人的名譽、聲望，與人性尊嚴？尤其轉型正義先天就已經用一種「黑白二分」與「以今非古」的方式，決定了價值與意義，這時的調查、和解，與饒恕，會不會是以政治力量壓迫出來的真相？是非早已界定，真相何需調查？然而，歷史的是非真的如此簡單嗎？

在權力淨化，尤其對於「處理黨產」，可能是問題最多的部分。尤其在台灣，中國國民黨（與其他同樣為黨產條例所涵蓋之政黨）依法乃是合法備案之政黨，屬於人民團體。黨產條例針對可得特定之政黨，以抽象概括之標準將其合法取得之財產認定為不當財產，並可凍結甚至收歸國有。這可能也有著「個案處罰法」（Bill of Attainder）、違反平等原則、違反法律明確性、侵犯人民財產權，甚至破壞民主制度所依賴的政黨競爭之嫌（詳見本文第肆部分）。

因此，轉型正義措施既然可能遭受違憲之指摘，那轉型正義的理論就可能有重要的憲法功能：正當化這些「非正常」而有違憲之虞的手段。其可能以兩種方式來論證。

第一種是比較普遍、正常的方式：就是以轉型正義作為相關措施、手段的「政府目的」或「政府利益」。依此，違憲審查的整體標準²⁷

²⁷ 關於違憲審查基準的多重性，參閱法治斌，司法審查中之平等權：建

並沒有改變、放寬，該用什麼標準就是什麼標準，應經嚴格審查的案件還是要進行嚴格審查。黨產條例或其他相關法律（如：促轉條例草案）若有違憲疑義而進入釋憲程序，大法官並不會因為這些法律有著「轉型正義」的背景，就放寬標準。系爭措施之「目的正當性」以及「手段與目的之關聯性」，依然要逐項檢驗。這或許可稱為「輕型」或「正常型」的轉型正義論。

在「輕型」轉型正義論之下，由於轉型正義的內涵，乃是這些法律（案）的主要「目的」，如果大法官接受轉型正義作為正當理由，則其「目的正當性」或可通過違憲審查。但這些措施是否為達成目的之必要手段，則是另一個問題。「轉型正義」作為一個目的，無論多麼偉大崇高，對「手段-目的」關聯性這一階段的審查，都沒有太大幫助。以黨產條例來說，它可能過份限制特定政黨的結社自由、財產權，以及參政權，相關規定也有牴觸法律明確性原則之虞，而轉型正義可能作為這些爭議規定的「正當理由」，但它們是否「逾越必要限度」或「不具合理/實質關聯」，轉型正義則幫不上忙。

然而，在大法官釋憲實務上，無論從嚴或從寬審查，重點幾乎都在「手段-目的」這一關。「目的正當性」這一關，多半輕騎過關（只要政府「宣稱」某個重大目的就可以了），鮮有認真審查或高度要求

構雙重基準之研究，法治國家與表意自由：憲法專論（三），2003年6月，頁209以下；黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，33卷3期，2004年5月，頁45以下；，廖元豪，高深莫測，抑或亂中有序？——論現任大法官在基本權利案件中的「審查基準」，中研院法學期刊，2期，2008年3月，頁211以下。

者。即使提高標準，要求「重要」而不僅是最低標準的「正當」利益，多半還是可以過關。

此外，目的過關也不擔保「手段-目的」能過關。就以釋字 649 號解釋為例，身心障礙者保護法之「按摩業限視障者獨佔」規定，即使在「目的」端有憲法增修條文之明文規定撐腰，但由於大法官在「手段-目的」這一端採取非常嚴格的高標準²⁸，系爭規定依然被宣告違憲。黨產條例等措施，將來若進入釋憲程序，相信重點也會在此。從這個角度來看，轉型正義的各種論述，未必能讓相關法令措施通過違憲審查——因為大法官的審查標準並不會放寬，「手段-目的」還是可能受到相對嚴格的審查。畢竟這些措施往往都是「非典型」手段，在一般法律標準來看，相當突兀。

第二種方式，則是跳脫既有的憲法技術面，更根本的以「轉型正義」作為此類案件的背景理解（background understanding）或深層基礎，從而主張在追求轉型正義之時，不應拘泥於一般的、正常的、普通的憲法標準。由於轉型正義是一個國家由威權轉變為民主政體的必要基礎工程，憲法上各種原則在此應該有所調整。²⁹此說似認為，國

²⁸ 廖元豪，非視障者比視障者更值得保護？－精細、嚴謹，但欠缺權力敏感度的釋字第六四九號解釋，台灣法學雜誌，123 期，2009 年，頁 187 以下。

²⁹ 蘇俊雄，轉型正義與刑法正義，中研院法學期刊，創刊號，2007 年 3 月，頁 63 以下（「傳統」刑罰論或常態時期的刑法正義，是否能用在「轉型正義」上，有待商榷）；陳信安，轉型正義與時效——以不當黨產處理條例之規定為中心，台灣法學會「轉型正義與法治變革」研討會會議論文，2016 年 11 月 26 日。

另，「模憲 4-5 號判決」，同前（註 18），則認為國家民主化之後，對

家若未經轉型正義的充分洗滌，則有罪的威權靈魂無法得救改造成民主自由的新人。各種「正常」的憲法標準，都應該在「轉型後」或「轉型正義以外」的案件適用之。要是釋憲機關膠柱鼓瑟，如法匠般拿著基本權利、比例原則等技術工具來阻撓轉型正義，那就是為過去威權幫腔的恐龍走狗。大法官處理相關案件，應該充分理解這樣的背景，對轉型正義立法採取從寬審查的標準，甚至可能被認定為政治問題而不予審查。這樣的論述，本文稱為「重型」或「革命型」轉型正義論。

若採取「輕型」的轉型正義論，在憲法操作上的問題不大，但「轉型正義」對相關法令措施的合憲性爭議，未必有太大幫助；若採「重型」論，則因大幅放寬審查基準，讓追求轉型正義工程大幅由政治程序決定—即使外觀上有違反各種憲法原則之虞，憲法解釋上亦應基於大是大非的利害權衡，將轉型正義當成最高價值。依此，所謂違憲之

以往之不正義有回復義務。依此，相關轉型正義措施非但不是「侵犯人權」甚至是「國家憲法義務」：

轉型正義係指由獨裁過渡到民主過程中，國家面對過往不法國家歷史的自我克服 (*Bewältigung*) 它不是戰勝者的征服行動，而是自己的國家與人民對歷史的克服。轉型正義所欲克服者，並非只限對於若干象徵不法國家的機關或單位之檢討，如情治系統的不法 (*Stasi-Unrecht*)，而應探究整個體制的不法 (*System-Unrecht*) 及其成因、存在的基礎、所運用的工具以及產生的後果。……承繼不法國家的自由民主憲政國家，為確認憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值，履行國家基於憲法對於基本權利所負之保護及實現義務，就過往不法國家時期所進行的違反自由民主憲政秩序以及嚴重侵害基本權利的行為，必須加以重新評價，甚至改變評價，尤其對於過往不法國家對人民各種基本權利所加諸之侵害，自由民主憲政國家應採取各種回復性措施，以滿足國家之回復義務。

指控，可能只被當成某種技術問題。換個角度來觀察，採前者方式來理解轉型正義，那追求轉型正義的各種法律機制，依然受到憲法的各種制約，在憲政秩序上並沒有太大衝擊；但後者就全然由政治決定如何追求轉型正義，憲法上的各種控制機制必須讓步。

很明顯的，採取革命型轉型正義論，對憲政秩序的衝擊較大，風險也較高。有鑑於此，本文以下主要針對重型、革命型轉型正義論的憲法功能—改變、放寬憲法標準—加以檢討。

肆、轉型正義概念之檢討

如前所述，「重型」轉型正義論，係作為整體憲政秩序的背景理解。其可能將轉型正義之追求，當成憲法的第一要務。在國家追求轉型正義的大是大非下，個別人民的權利保障、法治國家正常控制機制，都應該做相當讓步。這種論述形同選擇性適用憲法，是否妥當？但若堅持用我們習慣的憲法原則來控制轉型正義相關措施，是否過於嚴苛，而使得轉型正義無法達成？維護民主憲政秩序的憲法，若變成了保護威權餘孽的機制，豈不荒謬？然而，若喊著轉型正義，憲法就要讓步，難道沒有憲政撤守的風險嗎？

基於以下理由，本文以為轉型正義，尤其是重型、革命型的轉型正義論，必須謹慎為之。

一、憲法限制撤守的風險

重型轉型正義論的最大風險，也是最基本的矛盾，就是一方面把自由民主憲政秩序拉到最高地位，同時卻又要求憲法在轉型正義領域

讓步。就如前述「模憲 4,5 號判決」意見書鏗鏘有力地強調「為避免權力集中導致濫權侵害人民的基本權利，即使國家處於緊急危難狀態，而有採取緊急措施之必要，獲得憲法授權之機關仍須受憲法權力分立原則所拘束，且有時間上及事項上之限制，並由另一憲法機關審查是否確實存在緊急狀態、所採取之緊急措施是否逾越憲法」，認為即使國家處於緊急危難狀態，各種緊急措施都不能跳脫憲法約制。但難免令人質疑：如果「國家處於緊急危難狀態」都仍應受到憲法的控制，那為了追求轉型正義為何就能夠改變憲法的適用標準？

真心遵守民主憲政秩序者，應該要對憲法更謙卑。當代人民都有許多政治目標理想，然而政治理想之實踐均應以憲法作為基本框架，在憲法之內運作，而非擺脫憲法。憲法所設下的約束，或許不便，但在修改之前均應服從，努力找尋憲法能夠容許的手段。威權時期最大的問題，就是動輒拿緊急狀態、非常時期等口號來規避憲法秩序。中華民國建國以來，追求民主憲政的前輩們，則不斷強調「不因環境或政治因素而擱置憲政」。³⁰白色恐怖時期的受難者，也有許多人是「回歸憲法」³¹，落實憲政，終止非常時期（戒嚴、動員戡亂）為主

³⁰ 如，胡適曾針對孫中山的「訓政」理論，嚴厲加以批評。「我們不信無憲法可以訓政；無憲法的訓政只是專制。我們深信只有實行憲政的政府才配訓政。」他甚至直接攻擊孫中山本人：「民國十三年之孫中山先生已不是十三年以前的中山了。他的建國大綱簡直是完全取消他以前所主張的『約法之治』了」。胡適，我們什麼時候才可有憲法？—對建國大綱的疑問，收於梁實秋、胡適與羅隆基，人權論集，頁 32（1930，5 月）。

³¹ 戒嚴時期的雷震，及其所辦的「自由中國」雜誌，皆是以中華民國憲法當成標準，要求政府依憲法施政。在動員戡亂時期，即援引憲法長

要訴求。擁有政治權力者總是想方設法要跳脫綁手綁腳的憲法；然而，這些「綁手綁腳」，正足以證明憲法的可貴與有效。如今，轉型正義固然可貴，但真的值得把憲法標準放寬嗎？

或謂，憲法的適用本就有相當彈性，違憲審查也都有各個層級的「審查基準」，在重要目的下放寬審查基準，並無不可。此說固然不錯，但要注意的是，憲法上的各種審查基準，其區分與適用必須符合憲法（學）本身的標準，而不是因政治而讓步。以我國大法官釋憲實務而言，在社會性、經濟性的權利事項，或可採取較為寬鬆的合理審查標準。但法律保留、正當程序、法不溯及既往等原則，並未改變。而轉型正義涉及如此高度的政治性，又影響政治權利（如：政黨存續）、人身自由與名譽權，憲法學上實難想像採取寬鬆標準以待。

更何況，「轉型正義」本身就是一個重大的政治決定，其範圍界定更是高度選擇性的政治行為。試想，為何不當黨產是以 1945 年當成起點，而不包含 1987 年以後成立的政黨？由現在的執政黨，立法去「處理」其他政黨，這難道沒有偏頗不公的可能？為何不以台灣最早的主人原住民族之「還我土地」作為轉型正義的優先順位？台灣女性在多年來父權體制下受到多少委屈，在男女平權時代是否更值得回頭去檢討與批判「從前」父權法制下的獲利者？捨此不為，政府針對「國民黨威權統治」這一塊優先處理，這當然是一個「政治」的抉擇。甚至可說，是以現有的主流政治力量，去決定超越憲法的大是大非。如果這麼敏感嚴重的政治決定，可以跳脫違憲審查的控制，那是否開

期指摘政府威權統治的憲法學者胡佛、李鴻禧教授，也均以「回歸憲法」為主張。

啟了「成王敗寇」，永無寧日的政治鬥爭及報復？國內各政黨，各政治勢力，在統獨藍綠以及左右派別上，均有不同。如果不同的政黨執政，都依據自己的意識形態來個大是大非，否定以往秩序。左派上台就把右派政府的措施說成是牴觸憲法基本國策予以推翻，同時否定既得權利；獨派上台就說統派執政時期立法均違反台灣人民意志，並追訴促進兩岸交流的前任政府官員……這些看來荒謬的場面，以台灣政治來看，並非不可想像。總之，如果今天開了一道門，容許因為自認正確的意識形態，而可以大幅放寬（原本應該嚴格的）審查基準，那請問將來司法院大法官又要怎樣去挑選、評價各種、各黨，各類意識形態的政治判斷？憲政主義要求釋憲者謹守政治價值之中立，任何人（即使是人人喊打，眾人皆曰可殺之人）的權利遭受侵害，都應該予以保障。任何政治價值，只要符合民主程序，皆可充分落實；但其手段必須在憲法所限制的框架內實行。

就以黨產條例的「立法限定對象加以處罰」合憲性來分析。該條例僅針對 1987 年 7 月 15 日前成立之政黨加以規範，實際上僅有「中國國民黨」、「中國青年黨」與「中國民主社會黨」三個政黨。而該法規定，這三個政黨依法取得之特定財產，都逕自被推定為不當取得，並且得被移轉為國有。這種針對個別（特定或可得特定）對象，直接立法予以處罰的法律，很可能構成所謂的「個案處罰法」（Bill of Attainder）³²，或是牴觸憲法第 7 條之黨派平等。在正常的憲政秩序下，可說極為少見。司法院釋字 520 號解釋雖然有限度承認「個別性法律」，但那與「處罰」或「不利待遇」無關。

³² 以往經常被翻譯為「褫奪公權令」，是明顯的錯誤。

所謂「個案處罰法」，就是指直接以法律規定，針對特定或可得特定人，逕行處罰的法律。這樣的法律不以抽象、普遍的行為為規範對象，卻直接針對個別對象；它更跳過審判程序，逕行規定某種人或某類人有罪或受罰。這類法律源自早期之英國，國會可以通過法律逕行對特定人予以處死、沒收財產、取消權利，或做其他類型之處罰，均無須經過審判。³³此等立法跳過司法審判，逕行以立法處罰特定人，既不合權力分立，也違反正當程序與平等原則，是以成為現代法治國家幾乎一律禁絕的制度。美國在 1787 年草擬憲法時，就在憲法中明文禁止個案處罰法。³⁴而且在解釋上，不僅規範刑法，其他類型的處罰或不利處置，只要未經審判即予處罰，也都包含在「個案處罰法」

³³ United States v. Brown, 328 U.S. 437, 441 (1965) The bill of attainder, a parliamentary act sentencing to death one or more specific persons, was a device often resorted to in sixteenth, seventeenth and eighteenth century England for dealing with persons who had attempted, or threatened to attempt, to overthrow the government. In addition to the death sentence, attainder generally carried with it a "corruption of blood," which meant that the attainted party's heirs could not inherit his property. The "bill of pains and penalties" was identical to the bill of attainder, except that it pre-scribed a penalty short of death, e.g., banishment, deprivation of the right to vote, or exclusion of the designated party's sons from Parliament. Most bills of attainder and bills of pains and penalties named the parties to whom they were to apply; a few, however, simply described them. While some left the designated parties a way of escaping the penalty, others did not. The use of bills of attain-der and bills of pains and penalties was not lim-ited to England. During the American Revolution, the legislatures of all thirteen States passed stat-utes directed against the Tories; among these stat-utes were a large number of bills of attainder and bills of pains and penalties.)

³⁴ U.S. CONST. art. I, §9, cl.3: "No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed"; art. I, § 10, cl. 2: "No State shall.....pass any Bill of Attain-der....."

內。³⁵而 1946 年的 *United States v. Lovett*³⁶中，美國國會制定了緊急赤字撥款法（the Urgent Deficiency Appropriation Act of 1943），明文列舉三名聯邦公務員為叛亂，並且禁止任何聯邦政府機關任用而給付薪資。聯邦最高法院認定緊急赤字撥款法具有以下三個特徵，構成個案處罰法而違憲——

(1) 明定特定受處罰者；

(2) 施以處罰；

(3) 未經審判。

此外，在 1965 年的 *United States v. Brown*³⁷，規定（前）共產黨人不得擔任工會理事會成員之法律，也被認定為個案處罰法。最高法院對於所謂的「處罰」，更明顯採取實質認定，及於一切剝奪權利而有處罰意圖之規定；而所謂「個案」也包含可得特定的群體。而在 1977 年的 *Nixon v. General Service Administration*³⁸，最高法院則認定，明文針對前總統尼克森之錄音與文件資料予以有償徵用的總統紀錄與資料保存法³⁹（The Presidential Recordings and Materials Preservation Act of 1974），並非個案處罰法。因為系爭的措施無關「處罰」，而是有著非裁罰性的政策目的。

自此觀之，黨產條例逕行限定三個政黨之黨產受到嚴格檢視，並

³⁵ *Ex Parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866); *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867).

³⁶ 328 U.S. 303 (1946).

³⁷ 381 U.S. 437 (1965)。

³⁸ 433 U.S. 425 (1977)。

³⁹ Pub. L. No. 93-256 (1974)。

將黨費、政治獻金、競選經費捐贈競選費用補助以外的財產推定為不當取得，而得以收歸國有。雖然最終的收歸國有，仍待行政院不當黨產處理委員會之處分，但黨產條例已經逕行指定特定對象，並直接產生足以消滅該政黨之極大不利益（推定不當，申報，並處於可被凍結與收歸國有之狀態）。這對作為人民團體之政黨，顯然也嚴重限制其財產權與（組黨）結社自由。從憲法第 7 條之「黨派平等」觀之，逕行針對特定政黨予以不利待遇的立法，亦應推定違憲，受司法釋憲機關之嚴格審查。更何況，這個法是直接針對目前執政黨最強大的競爭者。釋字 340 號解釋對立委保證金的黨派差別待遇，毅然決然地宣告違憲；釋字 644 號解釋也將干涉政黨（與其他人民團體）目標、意識形態的人民團體法，宣告其違反結社自由與表現自由。那麼，如果採用重型轉型正義的觀點，難道大法官要對這樣具有針對性、處罰性，甚至可能違反信賴保護、法不溯及既往，以及法律明確性的黨產條例，睜一隻眼閉一隻眼（只因為其舉著轉型正義，對付威權餘孽的目標，就能）嗎？

轉型正義論者，或許會認為國民黨雖然在「形式上」是人民團體，但既然它在威權時期黨政不分時代，擁有偌大權力，那就不能適用「普通」或「正常」的基本權論述或法治國家理論來看待它。⁴⁰問題是，這種「實質正義」論存在很大危險性。我們真的容許政府可以依自己的歷史觀、價值觀，而將法律上的「人民」界定為「類似機關」之地位來處置，而完全不理會法治國家原則下的信賴保護、基本權利、正

⁴⁰ 陳信安，同前（註 29）文即有類似見解，認為國民黨犯罪所得根本沒有「信賴利益」可言。

當程序？何況，黨產條例不止「處理」了國民黨，還包括所謂的「附隨組織」（參見黨產條例第4條第2款）！附隨組織乃是「獨立存在」之法人、團體或機構，而且可能僅「曾經」受政黨實質控制，都要硬拗成「非人民」而不適用基本權。甚至可能遭受「所有財產均被移轉國有」之危險！這不但牽強，而且用「一滴血理論」（one drop theory，在美國種族隔離時期，採用此理論之州，係認為任何人只要有任何一點有色人種血統，無論多麼稀薄遙遠，均屬有色人種）株連甚廣。試想，如果在威權時代，國民黨真的如此全面籠罩，能把力量網路延伸到社會上每一個機構，那有幾個（當時存在過的）法人、團體或機構，不是被它「實質控制」？我們真容許一部法律，把這麼多「法人、團體或機構」都「去人民化」或剝奪其基本權適格？

二、在當前台灣的適用性

轉型正義的論述，尤其是「重型」的理論，適用在台灣嗎？台灣的確有威權統治，有民主轉型。但也有以下幾個脈絡，是與其他倡議轉型正義的國家，頗不相同的。

第一個重要的脈絡差異，就是「時點」問題。東德、南非以及前共產國家在處理轉型正義時，是即將/正在/不久前從威權、少數統治，轉型成自由主義下的民主憲政與多數統治體制。在那個時候，對於如何順利但劇烈地轉變至截然不同的體制，忐忑不安。而且舊體制的餘威（孽）仍然存在，新體制尚未穩定。國家是否能夠擺脫過去而邁向將來，仍有許多不確定因素。是以，他們必須探究如何切割過去，怎樣掃除專制的遺跡，並且從事尼采所說的「重估一切價值」。唯有除惡務盡，徹底懺悔，才能夠洗心革面邁向新的時代。基於這樣的考量，

就必須採取真相調查、責任追究、賠償或權力淨化等措施，期使平順「過渡」。

在這樣的時間點，轉型正義有著重要的政治功能，包括：壓制舊勢力的反撲，鞏固新體制的權力，國家基本價值的轉換與界定，以及安撫人心等等。它的前提是擔憂體制轉型能否成功，目標也是民主轉型及鞏固。

然而台灣已經解除戒嚴近 30 年，動員戡亂時期也已終止了超過 25 年。中央政府的政權，在公認的選舉規則下，和平轉換了三次（2000 年、2008 年、2016 年），2016 年更是讓當年威權統治的中國國民黨完全失去行政與立法權。人民的言論自由、人身自由、政治自由，在全世界均名列前茅。司法違憲審查更對政治部門形成重要的控制機制⁴¹，也在政治僵局時擔任裁決者的功能⁴²。台灣的民主憲政或許仍有許多問題，但要說「轉型尚未成功」，時時刻刻擔心威權復辟，憂慮民主無法落實，那就實在是杞人憂天了。除非「民主轉型成功」的定義就是「國民黨完全消失」或「台獨建國成功」，否則實在看不出任何理由，要擔心台灣的民主走回頭路。如果威權政黨這麼有力，那 2016、2020 年，還會如此大敗嗎？

⁴¹ 如釋字 499 號解釋，甚至將民選的國民大會，以 3/4 多數通過的修憲條文，宣告失效。

⁴² 尤其在 2000-2008 年，行政與立法兩權分由不同政黨掌握時，兩權之間的爭議往往都透過司法釋憲程序來裁決。如釋字 520（行政院得否片面停建核四？）、釋字 585（立法院得否設置真相調查委員會）、釋字 613（立法設置獨立機關，能限制行政院院長的任命權至何等程度？）等。

台灣的民主憲政運作當然還有很多缺點，但這不表示就一定要採取「轉型正義」這種過渡時期的理論，把台灣拉回 30 年前那個人心惶惶的時代。即使是老牌的歐美民主國家，近年來也面臨極右派種族主義崛起，排外風潮嚴重、對立愈發嚴重、財政赤字高昇……等等問題。但人家一樣是靠著更多的民主來拯救民主的問題，而無須走回頭路去限縮一般民主憲政模式的適用範圍。

第二個重要的脈絡差異，則是「延續性」與「斷裂性」的差別。

前已論及，轉型正義的理論基礎，在於體制的新舊截然斷裂。在這樣的前提下，新舊是兩個世界，因此可以簡單地劃分黑白，並且以「現時觀念」（present mindedness）評價歷史。然而，台灣的民主轉型，一開始就不是站在斷裂、革命的基礎上發展的。相反的，所謂過去的「威權統治」，反而是憲政的「例外」。戒嚴時期的民主鬥士，要的是「回歸憲法」，正常的憲政手段來經營國家。而戒嚴與動員戡亂，是以憲法允許的程序，以及修憲的方式，所為的例外狀態。無論是從前的威權統治，或是解嚴後的民主政治，形式上都是基於中華民國憲法而為。不管前段或後段的政治行為者，都以中華民國憲法為依歸。

因此，即使我們今日要檢討當年之過，也不是純然創新或斷裂，而是基於中華民國憲法，反省批判當年不符合憲法保障人民權利與權力分立之實務，並且盡可能糾正與救濟。同樣一部憲法，在解嚴之後可以支撐蓬勃發展的台灣民主，也同樣是批判檢討以往之惡的標準。在一部活生生的憲法（living constitution）下，憲政是成長的、延續的。解嚴後的國會全面改選、總統直選、違憲審查發揮功能、法律保留要求愈來愈高、表現自由獲充分保障……也都是依據同一個憲法體

制的進步。憲法變遷並不表示否定過去的一切。一點一滴，個別事件與措施的檢討反省，與整體否定，冠上「不法國家」的態度全然不同。我們今日的台灣人民，要承擔當年與現在施政的好與壞。台灣固然有威權統治、白色恐怖、族群衝突等遺憾；但台灣的民主憲政傲人、經濟蓬勃發展、軍事足以抵禦中共侵犯、國民平均教育水準高，以及土地改革導致的社會資源平均分配，也都是在這部憲法下，讓全民共同享有的成果。

在這個架構下，我們要學習的對象，未必是那些斷裂型的國家。或許有高度延續性卻又大有「進步」與「變遷」的國家，還更有參照的餘地。以立憲已經超過 200 年的美國為例。雖然美國是世界上第一個有成文憲法，並且實施三權分立，又在憲法中制定權利保護規定的國家，然而若將 18 世紀末剛剛制憲的美國，與現在相比，那相差何止千里！以人民權利保護而論，原始的美國憲法保障奴隸制度，有投票權的公民也僅限於白人男性的有產階級。要等到慘烈的南北戰爭結束後，才修改憲法，在增修條文第十三條中廢除奴隸制度，並以增修條文第十四條及第十五條，保障黑人的平等權與投票權。種族隔離措施直到二十世紀中葉以後才開始漸漸受到憲法的挑戰，女性平權更是到了 1970 年代才大幅崛起。美國人最自傲的表現自由，在制憲初年遠遠不能與現在相比：外人煽惑叛亂法（The Alien and Sedition Acts）明文規定處罰任何批評總統之人，當年的法院從未質疑其合憲性⁴³；以刑事誹謗或民事的妨害名譽訴訟壓制非主流團體，也持續到 1960

⁴³ See ANTHONY LEWIS, THE THOUGHT THAT WE HATE: A BIOGRAPHY OF THE FIRST AMENDMENT 15 (2010) .

年代。⁴⁴總之，拿現在的美國與 200 年前，甚至 1970 年代前相比，其憲政秩序都呈現完全不同的風貌。我們現在熟悉的美國個人主義、民權、平等、自由，在 1950 年代甚至不是意識形態的主流。⁴⁵然而，不論何種族群，認同的還是那部變動中的美國憲法，以及美國國族。過去的錯誤，可以藉由修憲、憲法訴訟、修法、社會運動，來一點一滴更改。

例如：黑白的種族隔離，從現在來看，是極大的錯誤。當時的黑人民權運動者當然也要求改變。但他們知道可以靠著憲法，對憲法賦予新的詮釋，去改變這樣的命運。黑人民權運動者經由訴訟與社會運動，修改法令並改變了種族隔離的慣行，但多數並沒有要求白人道歉、賠償，更沒有事後追溯地究責。⁴⁶對比之下，二次大戰時日裔因珍珠港事變而遭遇歧視，住在東西兩岸的日裔人士，更以「間諜」之嫌疑，而被集體強制遷移，連法院都認定這是合憲的措施。事過境遷，各界積極檢討戰爭時期的錯誤，而在 1980 年代由卡特總統組織調查委員

⁴⁴ *Id.*, at 48-55.

⁴⁵ See KEVIN BROWN, RACE, LAW AND EDUCATION IN THE POST-DESEGREGATION ERA: FOUR PERSPECTIVES ON DESEGREGATION AND RESEGREGATION 35-73 (2004). (傳統的美國主義，是一整套社會、宗教，與政治論述，正當地將黑人置於社會的底層)

⁴⁶ 在少數族裔學界與社運界，仍有「賠償」奴隸制度受害者的論述與主張，對個別情況的零星立法亦有。但「整體否定」的「不法國家」概念從未成為民權運動之主流。See Charles J. Ogletree, Jr., Repairing the Past: New Efforts in the Reparations Debate in America, 38 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 279 (2003); Mari J. Matsuda, Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations, 22 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 323 (1987).

會，認定當初基於錯誤情報而採取了此等種族歧視的措施。雷根總統簽署公民自由法（Civil Liberties Act）⁴⁷，對此一事件道歉並賠償每位生存的受害者 20,000 美元。這些也都可以說是某種「轉型正義」：從前認為種族隔離天經地義，也認為日裔就是危險的間諜。然而，隨著時代的改變，價值的進步，這些觀念被扭轉過來了。而憲法下的政治體制，承認以往的錯誤，並以不同的方式予以補救。他們不需要與過去全盤「斷裂」，反而是緊緊抓著過去與現在的那個重要聯繫——美國憲法。

在這樣的延續下，一代代的美國人民，不斷摸索、反省、檢討、進步，讓憲法的內涵日新月異，而且也使得進步有著清楚的共同依據。更因為有著憲法所帶來的延續性，各種進步不會變成成王敗寇，也不是新朝代清算舊王朝；而是「我們人民」（We the People）持續的自我檢討。憲法同時維持了多元、自由，以及社群的集體認同。中華民國憲法，也可以在台灣擔任相同的角色。就如我在 2009 年的論文所述：

台灣社群的基本精神，可說是「民主涵納」（democratic inclusion）。我們有著一代代不同區域、文化之移民來台開拓新天地的歷史，而移民之間的差異或「融合」或「和而不同」，但至今多能相互共存。台灣的面貌，或說台灣社群的圖像，從原住民的包容（或被迫包容？）移民，到後來各地漢族移民的相互包容，以至對新移民的形式包容。這一串歷史，就是不同地位、群體的流亡移民，發揮弱勢（最終）相挺共生的精神，共同生活之故事。

⁴⁷ Pub. L. No. 100-383 （1988）。

而憲法至少在二十年來，使民主憲政逐漸成為台灣人的生活
方式——民主憲政已經成為台灣社群不可逆轉的重要特徵。雖然，
原住民族的主權或自治地位，仍被忽視；新移民的整合在歧視文
化與法律下仍有問題；以及漢族老移民之間偶爾也因為政治意識
型態而生衝突，但這些問題如今都得在憲法之下依現代的民主法
治手段解決。我們追求融合或多元共存，但不是政府由上而下，
鎮壓式的融合；而是民間自發，逐漸在相互接觸中結合成共同體。
這樣透過憲政體制而進行的民主涵納，也就是台灣精神之一部。

憲法在此擔任了台灣社群極重要的「多元整合」功能——憲法
保障每一個人不受排擠貶抑的自由；憲法尊重多元價值，並包容
不同族群的歷史認同與主體性。台灣社群的成功建構與整合，憲
法功不可沒。與美國相比，他們的憲法是從立國開始陪伴美國人
成長兩百年，亦步亦趨地涵納各個群體；中華民國憲法則是在台
灣社群發展到中途時介入，但是至少「確認」了社群的整合。

質言之，「多元融合」與「民主憲政」，可說是台灣社群的
歷史共同特點。⁴⁸

不同時代，不同族群，乃至政治認同有異的人們，都可能在這部
憲法下成為共同生活的社群共同體，都是台灣人！無論是從前或現在，
不管是何種政黨或意識形態，在這部延續著的中華民國憲法下，「我
們」都是一體。我們可以分殊，可以檢討與批判，但不需也不能「斷
裂」。

⁴⁸ 廖元豪，建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的憲法權利途徑——對傳統基
本權理論之反省，收於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第六輯，頁 365 以下，
2009 年，頁 409。

可知，由於民主轉型的時間點不同（台灣已經民主轉型成功多年），而且台灣的民主轉型是有高度延續性的，台灣不必採用「轉型正義」的斷裂概念。加上重型轉型正義具有放鬆憲法標準，放縱政治權力的危險性，我們似乎應該回到正常的憲政模式。現在，就剩下最後一個問題：僅用「正常」的憲政手段，是否足以滿足轉型正義所期待的各個目標呢？

伍、正常憲政手段之所能

如果不採取「重型」的轉型正義論，那前述的各種目的，是否就都無法達成了呢？是否只因為我們現在日子過得還不錯，對於正義議題就全然忽視了呢？

其實不然。即使不使用轉型正義這四個字，或是採取「輕型」的轉型正義論，我們依然可以在憲法的正常框架、標準內，採取正常的憲政手段來達成目標。以下就可以一個個來檢視：

在「真相調查」上，成立對歷史事實的調查機關，本就是立法裁量。無論這個機關放在立法部門（如釋字 585 所界定的真調會）或是行政部門，都沒有問題。至於調查的範圍⁴⁹，調查權的強弱，以及調查的手段，當然都要符合憲法上比例原則及正當程序的要求。這即使不用「轉型正義」，也當然可以。國內曾經產生的爭議，則是政治檔

⁴⁹ 如果該機關具有強制調查權，那麼調查的範圍應該具體，可得確定，方符合比例原則。就此而言，促轉條例第 14 條的調查權範圍，卻以極為概括的第 11 條（轉型正義之報告）來界定，就會比較有問題。

案中含有個人隱私或值得保護之個人資料，是否應該為了揭露歷史真相而讓步？為了轉型正義而行使之調查權，是否必然高過「抓耙仔」的隱私？

在我看來，這個問題可以留給個案，讓行政機關或法院來權衡。若是立法者在大方向採取「揭露重於隱私」，以呈現歷史證據，只要立法夠細緻，對不同的事物做程度上的區分，應該也符合憲法要求。

在「追思與紀念」與「道歉」方面，這屬於政府言論（government speech）與非強制性的措施。政府可以依其對歷史的觀念，做政治決定，並負起政治責任。憲法原則上並不限制這個範圍。

對於「賠償」，目前的二二八與戒嚴時期不當審判條例，就是正常憲政手段實現轉型正義的明證。如果關心轉型正義的人士，認為這兩個機制功能不彰，那儘可以在技術上強化，或在舉證責任上放寬。在分配標準方面，可能會碰到平等權的問題。但若純基於「證據」而有差別待遇，這應該沒有任何憲法爭議。

與賠償有關的，還有「救濟」。「模憲 4-5 判決」就是一個「賠償」與「救濟」的混合爭點。依憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，有權利就有司法救濟。國家安全法 9 條 2 款、戒嚴時期人民受損權利回復條例、釋字 272、釋字 477 等規範，的確都限制人民尋求司法救濟的機會。但，即使不運用「轉型正義」、「不法國家」等概念，修法以達成與「模憲 4-5 判決」相同的結果，可能也是立法裁量之範圍。鑑定人李念祖教授甚至在不推翻釋字 477 號解釋的前提下，以法律解釋的方式，亦可給予當事人救濟之機會。能用法律解釋、修法，甚至

重新解釋的方式，達成同樣的效果。⁵⁰

碰到「究責」可能就比較有爭議，尤其是刑事追訴。若依正常憲政手段，那罪刑法定、法不溯及既往，以及無責任不得處罰的罪責原則，還是要百分之百堅守。對某些原來已經超過追訴時效的案件，若修法特別延長追訴期間，也可能有類似溯及既往之效果，並不可取。至於拿紐倫堡大審來類比，引用所謂普世或自然法價值的概念來當成審判依據，在我看來是完全不能適用在早已非常精緻的國內刑事司法的。

其實跳脫刑事程序，政府依然可以透過調查，公布真相，予以平反。如果真的有「加害者」，那就在事實公布之後，讓國人去評斷——是在時代壓力下不得已的可憐人，還是窮凶極惡的劊子手？何必拘泥於刑事究責？刑事司法那種非黑即白的性格，真的適合評斷歷史嗎？而經過了這麼多年，殘餘的事實證據，足以在正當程序下認定一個人有罪嗎？太過著重刑事追訴，會不會因證據不足而判處許多人無罪，反而使得滿心期望靠著刑事追究來滿足正義感的人更失望？

最後還是回到黨產條例。這個法律是少見的粗糙產品，除了有前述「個案處罰法」與違反平等權的可能之外，其以「違反政黨本質或其他悖於民主法治原則之方式」作為「不當」黨產的依據，也大有違反法律明確性原則之虞。雖然大法官一向容忍「不確定法律概念」，但「政黨本質」到底是什麼？在政治學上，有許多性質完全不同的政

⁵⁰ 李念祖鑑定意見書，連結：
https://drive.google.com/drive/folders/0B0qWqmsO2Nj_WW1HWHhpVmVKX0U (最後瀏覽日期：2017年2月13日)

黨。美國、英國，與歐陸的政黨，在性質與組之上天差地遠，哪一個是「本質」？「民主法治原則」又是什麼？這些概念非常寬泛，即使窮盡政治學與憲法學，也未必整探知範圍。偏偏它又是「收歸國有」這麼嚴重處分的依據，要能通過違憲審查，恐怕也有困難。

然而，以正常憲政手段處理國民黨黨產，依然是可能的。一種就是運用普通的訴訟手段，追討不法佔用國產的黨產。中廣板橋佔地案就是一例。⁵¹在這些訴訟中，國民黨有贏有輸，可見並不是全然不可能解決不當黨產。如果認為國民黨真的有許多黨產，是「形式合法但實質上強取豪奪」，那還是可以制定細緻的黨產條例，先將適用範圍擴大（不只適用於三個政黨，而是適用於所有的政黨），再把明顯不當的取得方式，細細整理後，明文規定出幾種公認強取豪奪的類型，加以調查追究，並透過更適合解決財產爭議的民事訴訟程序為之。這樣既可符合比例原則與明確性原則，也不致構成惡名昭彰的「個案處罰法」。這樣做，雖然少了一點清算抄家的快感，但也免了以破憲方式追求正義的危險。反過來說，明明有侵害較小，更為細緻的方法可以達成目標，卻硬要以現行黨產條例這樣過度侵害人民財產權、結社自由、黨派平等的粗暴措施來做，這樣的法律就很難在憲法上被正當化了。

⁵¹ 林河名，救國團敗訴、中廣也敗訴 綠委要求交通部硬起來，聯合新聞網，即時報導，連結：<https://udn.com/news/story/6656/2277514>（最後瀏覽日期：2017年2月12日）。另可參閱羅承宗，轉型正義在法院的可能性與侷限性——以中廣板橋佔地案判決為中心，科技法務透析，第8期，2015年12月，頁147以下。

陸、結論

轉型正義的目標可以理解，但「重型」的轉型正義論，將過去定位為不法國家，並有著放寬憲法標準，對政治決定過於放縱的危險。

而且，轉型正義並不適合放在台灣的民主發展脈絡。台灣的民主憲政，已經成功轉型多年，相當穩固，無須擔憂「轉不了型」。而且台灣的发展，與過去一脈相傳，以中華民國憲法作為延續的基礎。這與德國、東歐、南非那種斷裂型的民主轉型，也並不相同。

因此，本文主張還是以「正常憲政手段」來處理轉型正義論者所在意的各種問題。以細緻的立法，堅持既有的、一般的憲法標準，來推展各項措施。如黨產條例此類急就章、粗糙，有違憲之嫌的措施，仍須嚴正檢討。這才是對民主憲政真正有信心的做法。

準此，對於黨產條例之合憲性爭議，即應回到「正常」憲法理論，依下列標準檢視之——

- (一) 黨產條例嚴重限制人民基本權利：在正常憲法論述之下，受黨產條例規範、打擊之中國國民黨仍為「人民團體」，並為具有私法人人格之組織，完全符合憲法第二章各種基本權利所保障之主體——人民。因此黨產條例嚴重限制了人民之政治結社自由、政黨平等與財產權，立法者必須負舉證責任，說明有何阻卻違憲之事由。
- (二) 黨產條例之合憲性應採嚴格審查標準：黨產條例針對特定政黨，推定其財產為不當而可收歸國有，形同否定其正當性並將其摧毀，明顯侵害以下權利：
 - 1. 憲法第 14 條保障之政治結社自由：政黨之存續，政黨與其成

員選擇目標與運作方式之自由，在憲法上應受最高之保障。釋字 479 號解釋揭示人民團體之「名稱」受憲法保障；釋字 644 號解釋更指出，人民團體之「主旨」、「目標」受憲法保障——即使共產主義、分裂國土，是所謂「防衛性民主」所不容之價值。揭諸先例，黨產條例對結社自由之侵犯絕不亞於前二例，自應採取嚴格審查標準。

2. **憲法第 7 條保障之黨派平等：**黨產條例並非廣泛適用，而僅適用於特定期間立案之政黨，「針對性」昭然若揭。憲法第 7 條明文規定中華民國人民，無分「黨派」在法律上一律平等。釋字 340 號解釋對於黨派之差別待遇，展現出「甚為罕見之嫉惡如仇與劍及履及，甚至除惡務盡之堅定態度」⁵²，就是因為這種差別待遇乃是「違憲審查時獵殺之標的」。自應以最嚴格之標準對待之。
3. **憲法第 15 條保障之財產權：**財產權負有社會義務，所以法律對財產權之限制，多半會受較寬鬆的審查。然而，若法令已經超越了單純的限制，而達到嚴重的「剝奪」或「特別犧牲」地步，那就可能會提高基準。而在釋字 782 號解釋之解釋理由書第 60 段中，大法官亦表示，若法令剝奪之部分，是個人依法已得、既得之財產，應受較嚴格之保障。此等限制，就相當於徵收，自不得為之。準此，對於政黨在從前依法「合法取得」之財產，突然立法將其推定不當並收歸國有，自應採取「較為

⁵² 法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收於法治斌（註 27）前揭書，頁 244-245。

嚴格之審查標準。

(三) 黨產條例不存在正當目的：黨產條例並未具體論述其所欲追求之「轉型正義」為何，更未明確點出在民國 34 年 8 月 15 日至 76 年 7 月 15 日（所謂威權時期），有何特殊事蹟需要制定黨產條例，並以非正常手段來處理。因此，當大法官審查這些限制人民重要權利的法條，立法者連第一關「立法正當目的」恐怕都無法成立。尤其，既然採取嚴格審查標準，釋憲者就不能「為立法者設想」某種假設的立法目的，而必須能客觀上找到有明確證據支持的「極重要政府利益」⁵³（compelling government interest）或「極具說服力之正當事由」⁵⁴（exceedingly persuasive justification），而且是「真正」的目的，而非為了訴訟才在事後瞎掰出來的正當理由。⁵⁵

⁵³ City of Richmond v. J. A. Croson, 488 U.S. 469, 498-500 (1989).（政府以「彌補過去之種族歧視造成之傷害」，作為採行積極平權措施，優惠黑人企業之理由，不能單以抽象、概括之說法為之。必須有具體之證據，證明政府在當地實施種族歧視措施且造成黑人經濟上之傷害，並已構成固定模式，方能通過嚴格審查標準。）

⁵⁴ United States v. Virginia, 515 U.S. 515, 531 (1996).

⁵⁵ Id., at 533, 539-540.（維吉尼亞軍校以「教育方式多樣化」、「單性教育作為教育方法」，試圖正當化其「拒收女生」的政策。但此並非歷史上之「真實」理由，故無法構成中度審查標準之「重要政府利益」。）

「黨產條例關於附隨組織規範之違憲性探討」之 法律鑑定意見書

陳清秀

東吳大學法律學系教授

壹、問題之提出

貳、黨產條例之立法目的及其正當性基礎

一、立法目的

二、正當性基礎：依據現代法治國原則，實施轉型正義

參、黨產條例將政黨之附隨組織，納入適用範圍，是否合憲？

一、沒收政黨之附屬組織之財產，屬於「絞殺性立法

二、侵犯人民生存權保障及營業自由

三、違反理性自然法思想及自己責任原則

四、違反責罰相當性原則

五、國民黨之附隨組織並非「叛亂團體」，不應沒收其財產

六、國民黨之附隨組織在我國歷史上亦著有重大貢獻，不應全盤抹殺，以維護歷史公道

七、推定附隨組織之財產不當取得，涉及立法裁量濫用，違反憲法上無罪推定原則以及憲法第 23 條比例原則

（一）推定財產不當取得之理由

（二）沒收附隨組織之財產，不應採取法律上推定方式

1. 違反現代法治國家之「無罪推定原則」

2. 違反現代法治國家法安定性原則：年代久遠，消滅時效完成，人民舉證困難，就應將人民財產沒收充公？

(三) 政黨本質不應作為沒收政黨之附屬組織財產之正當理由

1. 從政黨之事物本質，無法導出政黨及其附屬組織不當取得財產之結論

2. 黨產條例對於政黨之事物本質，觀察錯誤

(四) 黨產條例第 4 條第 4 款規定附隨組織「不當取得財產」之意義不明，違反法律明確性原則

八、沒收附隨組織之財產，違反憲法上正當法律程序

(一) 「轉型正義」採取之手段，應符合現代人權保障之理念及價值判斷標準

(二) 有關不當取得財產之認定，應符合憲法上正當法律程序要求

1. 應先還原歷史真相 (Truth-seeking)

2. 應適用憲法上「法官保留原則」，由獨立公正之司法機關進行調查認定

3. 本於權力分立原則，有關附隨組織之財產是否「不當取得」之爭議，應由司法機關獨立審判認定

- 肆、黨產條例第 4 條第 2 款規定以法人、團體或機構是否受政黨「實質控制」，定義附隨組織，違反法律明確性原則
- 伍、黨產條例將附隨組織納入適用範圍，違反法治國家信賴保護與法律不溯及既往原則
- 陸、黨產條例將附隨組織之財產，均推定不當取得，並追徵其價額，違反比例原則與公平合理原則
- 一、立法裁量，漏未斟酌政黨之附屬組織對於財產取得及累積之努力貢獻，而有「恣意立法」之違憲瑕疵
 - 二、違反公平合理原則
 - 三、有關不當利益之計算，黨產條例計算錯誤，導致過於嚴苛
- 柒、黨產條例沒收已經脫離政黨之實質控制之第三人財產，欠缺正當性，亦違反憲法上比例原則
- 捌、黨產條例危害良善政黨競爭環境，有導致我國走向「一黨專政」之危險
- 一、黨產條例有不當連結之違法
 - 二、黨產條例沒收黨產，勢必危害兩黨政治之良性發展
 - 三、黨產條例危害我國社會穩定和平之基礎
- 玖、結語

壹、問題之提出

委託鑑定機構委託受託人對於下列法律問題，提出鑑定意見：

一、政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例（以下簡稱黨產條例）第4條第2款規定：「二、附隨組織：指獨立存在而由政黨實質控制其人事、財務或業務經營之法人、團體或機構；曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構。」將政黨之附隨組織納入黨產條例之適用範圍，是否違憲？

二、黨產條例第4條第2款規定以法人、團體或機構是否受政黨「實質控制」，定義附隨組織，是否違反法律明確性原則？

三、黨產條例第4條第2款後段規定，將曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構，納入附隨組織之定義範圍，是否違反法律禁止溯及既往原則？其範圍是否超出立法目的，而違反比例原則？

本文以下就上述問題，本於學術研究之立場，提出鑑定意見，敬供有關機關參考。

貳、黨產條例之立法目的及其正當性基礎

一、立法目的

依黨產條例第1條規定：「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，以落實轉型正義，特制定本條例。」其立法

理由指出：「二、現代民主政治係以政黨政治方式呈現，各政黨之自由、正當發展必須給予保護。為使各政黨維持競爭之機會均等，須保障各政黨具有在平等基礎上從事活動之權利。是以，為建立政黨公平競爭環境，並健全民主政治，爰以特別立法方式制定本條例調查及處理於解嚴前成立之政黨及其附隨組織取得之財產，以實現政治公平競爭之立足點平等，落實轉型正義。」

依監察院中華民國九十年四月六日函送行政院之調查意見指出，過去威權體制下，政黨將原屬國家的財產移轉登記為該黨所有，或接受各級政府機構無償贈與土地及建築物，係訓政、戒嚴時期、動員戡亂時期，以黨領政，黨國不分時代之現象，不符實質法治國原則之要求。惟如依現行法律規定請求政黨返還，基於法律安定之考量，或已罹於時效或除斥期間已經過，且可能涉及第三人已取得權益之保障，均有其困難，爰有以特別立法方式，妥為規範處理政黨黨產之必要性。」故黨產條例之立法目的有三：其一在建立政黨公平競爭環境，其二在健全民主政治，其三落實轉型正義。因此認為在動員戡亂時期以及戒嚴時期國民黨取得之財產，可能因為黨政不分，而有形式上合法但實質上不當取得財產之情況，故應移轉為國有，以建立政黨公平競爭環境，從而健全民主政治。

二、正當性基礎：依據現代法治國原則，實施轉型正義

轉型正義之實施，乃是為救濟過去威權時代不公不義之體制性暴行以及政府系統性嚴重侵犯人權之行為。因此，以為現代法治國家人權保障之價值理念以及現代法治國原則，重新檢視過去不法行為，給予救濟，以回復社會正義，建立

和解的和諧社會。有關轉型正義處理黨產的適用對象，乃在處理體制性違法侵權行為或體制性暴力違法取得之財產，因此有關不當黨產之返還，原則上以「違法取得」之財產為對象，始始應回復原狀，返還與國家。如果原始取得方式「合法正當」，其財產權即應受憲法上合法權利保障，而不應逕行強制沒收歸屬國庫。

有關轉型正義所要處理的問題，應如何判斷是否違法侵害人權之問題？如參考歐洲人權法院2001. 3. 22在柏林圍牆射殺案的判決中表示：「對於一個法治國家而言，對於在舊政權之下所犯的罪行，予以刑事訴追，具有正當性。同樣的取代以前存在的國家的法治國家的法院，於適用及解釋犯罪行為時有效之舊法規定時，亦得參照法治國家之原則為之。」，且歐洲人權公約「第2條第1款的第一句責成各國採取適當步驟，保護其管轄範圍內的人的生命。這意味著確保生命權的首要義務，即制定有效的刑法規定，以阻止實施危害生命的罪行，並由執法機構予以支持，以防止，制止和懲處違反這些規定的行為尤其是涉及國際法上亦受保護之生命權。」¹該判決認為司法機關在解釋適用舊政權下之法規時，仍得參照現行法治國家所支配之法治國原則以及人權保障之人權公約規定精神進行解釋。因此，可以現在的價值判斷理念作為判斷合法性之基準。

如參考上述歐洲人權法院判決見解，有關機關得以「現代法治國原則」以及「人權保障觀點」，解釋及適用當時之

¹ Strletz, Kessler and Krenz v. Germany (2001),

http://www.menschenrechte.at/orig/01_2/Streletz.pdf 另參見李建良，轉型不正義，初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，148期，2007年9月，頁19。

有關財產取得之法規，在此法律觀點下，如果政黨取得之財產「合法正當」，即不得構成應返還之不當黨產。又如參考拉德布魯赫公式²，必須取得財產之行為時法規，有明顯違反正義理念而達到不堪忍受程度時，才能構成「惡法非法」，而可拒絕適用。

又轉型正義也應發揮「和解功能」（Reconciliation function），常傾向於「修復式正義」，而非報復懲罰的「應報正義」（restorative rather than retributive justice），因此經常努力嘗試進行在衝突事件中分裂的社會之和解，而比較不是追究過去侵害人權的法律責任³。在部分情形，有些國家成立的真相委員會建議修復正義的方式，例如過去損害之賠償，幫助受害人療傷止痛，例如給與財產上賠償、官方道歉、建立過去人權侵害事件的共同紀念碑或紀念館。在此和解，也是透過對於過去政權所犯下的暴行與不法，進行公開的調查、聽證與揭露，以達成最終和解之目的⁴。

參、黨產條例將政黨之附隨組織，納入適用範圍，是否合憲？

一、沒收政黨之附屬組織之財產，屬於「絞殺性立法」

² 「拉德布魯赫公式」（Die Radbruchsche Formel），其區分三種類型的法律。這三種類型的法律，有關其法律上效力敘述如下：1. 實定法律雖然不公正和不合理的，也仍然必須適用。2. 「無法忍受」的不公正的法律，必須臣服於正義之下。3. 如果法律沒有以實現公平為目標時，則其不是法（Recht）（Radbruchsche Formel, https://de.wikipedia.org/wiki/Radbruchsche_Formel）（瀏覽日期：2020.6.21）

³ 望月康惠，移任期正義，初版，2012年3月，頁25。有關轉型正義之探討，另參見蘇永欽，夏蟲語冰錄（四）—多元文化、實質平等和轉型正義，法令月刊，2008年4月，59卷4期，頁109-112。

⁴ 林佳和，轉型正義與真相調查：不同角度的初步觀察，發表於2016.11.26台灣法學會舉辦2016年年度法學會會議「轉型正義與法治變革」研討會，頁15。

按沒收政黨之附屬組織之全部財產，性質上屬於「絞殺性立法」，具有實質上消滅政黨之附屬組織之生存權效果，自應基於重大國家公共利益，並符合憲法上比例原則，並符合憲法上正當法律程序，方始得為之。本案黨產條例對於國民黨之附屬組織之全部財產，除酌留一部分財產外，原則上全部沒收，性質上屬於「絞殺性立法」，自應審慎為之，符合憲法上法治國原則以及基本人權保障之要求，才能落實轉型正義所追求伸張社會正義之價值理念。

二、侵犯人民生存權保障及營業自由

按黨產條例規定政黨之附隨組織，包括獨立存在而由政黨實質控制其人事、財務或業務經營之法人、團體或機構。目前被黨產會認定之附隨組織，包括公益財團法人國家發展基金會（從事政策及法制研究，以供有關政府機關及立法機關參考，屬於公益性研究機構，曾由連戰先生個人巨額捐助）、民權基金會、民族基金會，以及負責勞軍及協助興建軍人住宅等公益性人民團體（中華民國婦女聯合會），黨營事業中央投資股份有限公司以及欣裕台股份有限公司等。上述法人、人民團體及營利事業機構，均具有獨立人格身份，在法律上為權利能力主體，其營運自由及結社自由，應受憲法及法律保障，本案黨產條例僅基於維護政黨公平競爭環境之理由，在欠缺事證證明其財產不當取得之情形下，亦納入沒收財產之適用範圍，顯然「株連過廣、傷及無辜」，侵犯人民之生存權保障及職業自由權利。尤其各該團體各有其股東、構成員以及從業員工，乃至交易相對人（債權人等），如沒收其財產，勢必傷及無辜之第三人權益。

三、違反理性自然法思想及自己責任原則

按釋字第 687 號解釋理由書指出：「基於無責任即無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。」此即處罰法上「自己行為責任主義」。上述自己行為責任主義，基於「無責任，即無處罰」之憲法原則之同一法理，在行政秩序罰上亦有其適用。

有關政黨轉投資成立之公司法人、捐助成立財團法人及主導設立之人民團體，在法律上具有獨立人格而獨立存在，在成立當時均符合當時法令規定，其經營業務也符合當時法令規範，縱令嗣後法律變更，本於憲法上法律不溯及既往原則，亦不應追溯既往處罰。況且各該所謂附屬組織並未有任何違法行為，基於上述釋字第 687 號解釋「無責任即無處罰」之憲法原則，自不應將其財產納入不當取得沒收之對象範圍。否則豈不形同「一人違規，株連九族」之封建思想產物？此一「連坐法」之處罰模式，顯然違反現代法治國家「理性自然法」思想以及「自己行為責任主義」。

我國歷史上採取「株連九族」之封建皇朝，據《史記·秦本記》記載，秦國第四代國君秦文公在公元前 746 年（文公 20 年），「法初有三族之罪。」《前漢書》記載：「秦用商鞅，造參夷之誅」。所謂「參夷」，也就是株三族。又隋書刑法志記載：「及楊玄感反，帝誅之，罪及九族。」此係暴君隋煬帝之作風。我國號稱民主法治國家，實不應模仿古代封建皇朝「株連九族」之作風，蓋「給他人一條生路，即是給自己一條活路。」（參照佛教世尊之開示語）人類共同生活組成國家之目的，在於保障人類生活「共存共榮」，

而非「趕盡殺絕，傷及無辜」，才能符合上天「好生之德」，順乎天理，應乎人心。

四、違反責罰相當性原則

按行政機關或法院進行裁罰處分或判決時，應適用「責罰相當性原則」（參照釋字第 685 號解釋理由書），亦即適用所謂「責任程度原則」（sog.Schuldmaßprinzip）⁵，按照行為人之個別案件違規情節輕重，適度處罰，其量罰額度應符合個別案件的妥當性。不應有過於嚴苛以致顯失公平合理的情形。釋字第 641 號解釋理由書即指出：「對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，應根據違反義務情節之輕重程度為之，使責罰相當。」否則如未參酌具體違章狀況，按情節輕重裁量罰鍰之數額，其處罰顯已逾越必要程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違（釋字第 673 號解釋理由書）。例如劃一之處罰方式，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其罰鍰金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果（釋字第 685 號解釋理由書）。

本案黨產條例對於國民黨附隨組織財產之沒收，不分該附隨組織有無參與不當取得財產之行為，其不當行為之情節輕重，均劃一納入沒收財產之範圍，勢必就個別案件過於嚴苛以致顯失公平合理的情形，其沒收處罰違反「責罰相當原則」，而顯已逾越必要程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。

五、國民黨之附隨組織並非「叛亂團體」，不應沒收其財

⁵ Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, §23 Rz. 71.

產

按我國歷史上沒收人民財產之立法例，有威權時代（戒嚴時期）所制定之懲治叛亂條例（已經廢止）第 8 條規定：「犯本條例第二條第一項、第三條第一項及第四條第一項第一款至第十一款之罪者，除有第九條第一項情形外，沒收其全部財產。但應酌留其家屬必需之生活費。前項罪犯未獲案，或死亡而罪證明確者，單獨宣告沒收其財產。刑法第二條第一項但書之規定，於沒收財產不適用之。」對於叛亂犯罪者原則上沒收其全部財產。如比照維權時代之立法體例，僅對於叛亂犯方始沒收其全部財產，如非屬於叛亂犯，則仍不得沒收其財產。

我國目前已經解除戒嚴，亦已經結束威權時期，進入實質法治國時期，有關人權保障當然應更提升其保障標準，不應參照威權時代之立法，以免人權保障倒退至威權時代。

按國民黨之附隨組織並非「叛亂團體」，其附隨組織亦係依法成立之合法法人組織、團體，並無不法行為，更無叛亂行為，顯然並不屬於叛亂團體，自不應視為「叛亂團體」將其財產全部宣告沒收。

六、國民黨之附隨組織在我國歷史上亦著有重大貢獻，不應全盤抹殺，以維護歷史公道

在國民政府於民國 38 年遷台時，國民黨作為執政黨，率領三軍官兵及全國人民抵禦中共之侵犯，以確保台海安全，對於我國在台澎金馬地區之國家安全，作出重大貢獻，尤其致力於經濟發展，積極推動十大建設，保存並發揚傳統優良中華文化，提升人民道德素養，又普及國民教育，提升國民知識水準，讓人民逐漸安居樂業，加上國民政府在國民黨之

號召下，大陸地區許多傑出優秀人才，一起追隨國民政府遷台，由於人才匯集，對於我國早年經濟繁榮及各方面典章制度之建設，著有重大績效。雖然因為動員戡亂時期宣布戒嚴，國家處於兵荒馬亂之際，又因匪諜問題，導致發生許多不幸白色恐怖事件，致使許多人民為國家安全而蒙受特別犧牲之悲劇事件（此部分應透過損失補償或損害賠償等機制給予回復正義），然而整體而言，國民黨及其附隨組織對於我國立足於台澎金馬地區，免於共產黨之統治，並積極建設我國自由地區，仍有其不可否認之貢獻。尤其國民黨之附隨組織許多屬於公益團體，從事社會公益活動，或者為國培育人才（例如救國團），為國從事勞軍及協助興建國軍眷舍（例如婦女會），為國家政策及法制提供研究諮詢活動（例如國家發展基金會）等，均對於國家社會作出重大貢獻，並未有任何違規不法行為。至於其轉投資事業，以挹注政黨公共任務及業務之生存發展，為民服務（例如民眾服務社），亦對於國家社會具有正面貢獻。本於「賞善罰惡」之正義原則（功績原則），對於國民黨及其附隨組織對於台澎金馬地區所作貢獻，仍應加以肯定，自不應因為政黨輪替，即一筆抹殺，視為洪水猛獸，進行財產清算沒收，否則恐愧對前輩英雄們保國衛民努力之功績。

誠如孟子離婁篇記載，孟子告齊宣王曰：「君之視臣如手足，則臣視君如腹心；君之視臣如犬馬，則臣視君如國人；君之視臣如土芥，則臣視君如寇讎。」倘若政府採取沒收財產之「極端的報復式措施」，迫使社會無法「和解」，達成轉型正義所追求「修復式正義」之目標，雖然短期內執政黨看似取得政治勝利之成果，但此舉不僅激化社會對立，族群

分裂，亦影響執政黨「寬厚待民」、「崇尚法治」以及「保障人權」之民主進步之優良形象，導致親痛仇快，我國社會內部門爭勢必越演越烈，勢將造成社會分崩離析，不利於建設和諧與團結的社會，對於國家發展恐帶來嚴重負面影響。況且依據「物極必反」之自然法則，如果政府嚴重侵害人權，而無所節制，導致「天怒人怨」、「官逼民反」，恐容易引起社會大眾行使抵抗權與公民不服從運動問題。此一社會力量倘若被引導至暴力發展方向，絕非國家之福。

七、推定附隨組織之財產不當取得，涉及立法裁量濫用，違反憲法上無罪推定原則以及憲法第 23 條比例原則

（一）推定財產不當取得之理由

有關政黨及其附屬組織不當取得財產之認定，黨產條例採取「推定」不當取得方式辦理。本法第5條規定：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起取得，或其自中華民國三十四年八月十五日起交付、移轉或登記於受託管理人，並於本條例公布日時尚存在之現有財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，推定為不當取得之財產。」

政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起以無償或交易時顯不相當之對價取得之財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，雖於本條例公布日已非政黨、附隨組織或其受託管理人所有之財產，亦推定為不當取得之財產。」

其立法理由為：「一、在過去威權體制，因黨國不分，政黨依當時法制環境或政治背景所取得之財產，形式上或能符合當時法令，但充其量僅能認其符合形式法治國原則，惟

其混淆國家與政黨之分際，破壞政黨公平競爭之環境，而與實質法治國原則不符。且政黨係基於共同民主政治理念，協助形成國民意志，促進國民政治參與為目的之政治團體，根據此一民主國家政黨之本質，其正當財源應限於黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息。政黨依其他方式所取得之財產，皆與政黨本質不符，爰於本條採舉證責任轉換之立法體例，推定為不當取得之財產，由政黨舉證其取得財產係符合政黨本質與民主法治原則，始能保有該財產。透過此種舉證責任轉換之設計，才能符合實質法治國原則之要求。

二、民主國家政黨之合法財務來源為黨員繳交之黨費、政府對政黨之補助經費(公職人員選舉罷免法第四十三條)及個人、人民團體或營利事業之政治獻金、對於競選經費之捐贈及上述財產所生孳息，爰將上開財產排除於推定為不當取得之財產範圍之外。

三、政黨、附隨組織或其受託管理人於公布日時尚存在之現有財產及公布日時雖非現有，然係於威權時期以無償或不相當對價取得者，均推定為不當取得之財產。」

(二) 沒收附隨組織之財產，不應採取法律上推定方式

1. 違反現代法治國家之「無罪推定原則」

有關沒收人民財產，具有行政處罰性質，參照德國聯邦憲法法院1991年11月22日裁判認為基於憲法上法治國家原則所導出之「無責任(罪)推定原則」(Unschuldsvermutung)，在秩序罰領域上亦有其適用⁶。故在現代法治國家，人民應被推定無辜，適用「無罪推定原則」，法律不得要求人民自己舉

⁶ NStZ 1992, 238; Seitz, in: Göhler, OWiG, 15. Aufl., 2009, §46 Rn.10b.

證清白。亦即在行政處罰程序，如同在刑事訴訟程序般，並不承認當事人的舉證責任。亦即當事人並無證明自己無秩序罰責任之任務。而毋寧必須由法院運用各種證據方法證明當事人之違規行為⁷。因此，當事人保持沈默，原則上並不能導出對其不利益之推論。此項刑事訴訟程序上所適用之原則(指保持沈默)，也適用於行政處罰程序⁸。

按黨產條例規定附隨組織不當取得之財產，應移轉為國有，亦即從私人財產無償移轉為國有，性質上具有行政處罰之沒收罰性質，或不當得利之移轉返還性質，不僅係課予人民公法上義務負擔，且因財產幾乎「全部被沒收」，而發生嚴重剝奪人民財產權乃至生存權之作用效果，本於現代法治國家「無罪推定原則」，此一嚴重侵犯人民財產權以及生存權之規範，自應由國家負擔「舉證責任」，證明人民有不當得利或違規不當行為，始得為之。否則要求人民舉證自己清白，豈不違反現代法治國原則之無罪推定原則以及「不自證己罪」之法理念。是如何能夠伸張社會正義，保障人權？單純假藉「轉型正義」名義，而行暴力統治，豈非獨裁專制行為？

2. 違反現代法治國家法安定性原則：年代久遠，消滅時效完成，人民舉證困難，就應將人民財產沒收充公？

現代法治國家要求法律秩序安定性，目的在維護法律秩序的和平安定，讓人民安居樂業。尤其年代久遠，相關人證物證多已經滅失或不復記憶之情況下，要查明還原歷史事實

⁷ Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. Aufl., 1999, § 155 Rn. 3, Einl. Rn. 80.

⁸ 此為德國 Hamm 邦高等法院判決見解，參見 2 Ss OWi 216/2000 OLG Hamm，
http://www.burhoff.de/rspr/texte/q_00002.htm

真相，相當困難，因此，本於憲法上法安定性原則，乃有消滅時效制度之產生，僅能在事證明確之下進行處理，才不致於傷及無辜。如果歷史真相無法調查明確而還原（在此必須依賴社會公正人士參與，才具有公信力），則不得為不利於人民之推定。亦即不得以人民舉證困難，就應將人民財產推定不當取得而沒收充公。否則，如容許立法者「恣意」制定法律沒收人民財產，此與早年共產國家極權暴政統治下，以「莫須有」的罪名，沒收地主財產有何不同？

（三）政黨本質不應作為沒收政黨之附屬組織財產之正當理由

1. 從政黨之事物本質，無法導出政黨及其附屬組織不當取得財產之結論

按在法理學上，事物之本質，常與法規範對象領域之「事物構造」相通，事物之本質乃是規範對象之生活關係本身所被設定之秩序，由其存在本身可以得知其規範要素而受拘束之秩序。生活關係即負載著其範圍及內在秩序（Ordnung）。亦即事物之本質，乃是指「事物本身之內在秩序」⁹。事物之本質在立法過程中，引導立法者的立法方向，亦即提供立法者立法上的「指導思想」¹⁰。立法者在立法時應遵循法的指導理念，而法的指導理念即包含事物之本質的素材內容，因此，立法者在立法時，即必須將事物之本質納入考慮，以制定出符合事理的法規範。在此事物之本質發揮「積極的決定」立法方向之功能。

⁹ Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1982, S. 51f.

¹⁰ 此為 Radbruch 的見解。引自 Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S. 380.

然而從事物之本質，未必即能推導出唯一正當的特定法規範（應有的法規內容）而仍保留立法者立法裁量之形成空間，但對於若干違背事理的、對於事物本身不適當的可能性，加以排除¹¹。事物之本質不是「建立法的淵源」（Rechtsbegründungsquelle）（法源特徵），僅可以發揮「認識法的淵源」（Rechtserkenntnisquelle）的功能，提供立法者在立法形成過程中適合發揮作用的相關規律因素及形成因素，但不排除在立法過程中或多或少仍可開放考慮其他因素¹²。

因此本法以政黨違反「政黨本質」所取得之財產，即推定為不當取得財產，明顯不符合事物本質仍開放立法裁量自由之選擇可能性，而以違反「政黨本質」取得財產，作為認定違反民主法治國原則之標準，其本身即不合法理學上之通說理論，否則任何法規範將僅有唯一合法規範之可能性，勢必剝奪民主國家承認多元價值社會的自由思想，剝奪國會多數決自主立法決定權，而使法制朝向專制獨裁「定於一尊」的傾向（只有統治者可以認定何謂「事物之本質」，何謂與事物本質相符合之唯一正確之法規範），其背後立基之法理思想，違反民主國家尊重多元文化價值原則。

2. 黨產條例對於政黨之事物本質，觀察錯誤

從政黨設立自由導出，政黨原則上可自行決定以何種方式（包括黨費、捐款、或其他合法方式），籌措財源，以滿足其政黨執行章程任務之財政需要，故政黨應以自己

¹¹ Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論，2010年初版八刷，頁325。

¹² Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S.381.

責任，創造必要的財政收入，以確保其政黨活動業務需要。在憲法上，國家並無義務以公款補助其財政需要以支應保障其生存及業務活動。但由於政黨屬於憲法上之組織，具有公益性質，因此為維持其必要之運作經費，國家宜給予「部分補助」扶持。

為滿足政黨財政需要，德國政黨法並未限制政黨經營營利事業或參加持有營利事業之股份，但對於其經濟活動之收入及支出，以及參加事業之情況，包括政黨對於其業務經營具有一定影響力之黨營事業，課予公開「營業活動之收入」透明會計報告之義務（德國政黨法24條第4項）¹³。可見政黨兼經營營利事業或投資持有營利事業股份，以獲得財政收入，從而維持其財政支出，具有事件本質之合理性，並非與政黨之事物本質不相融合。本法既然參考德國立法例，似不應遺漏未參考德國政黨法規定。

此猶如公益事業為維持公益活動而兼營營利事業，以獲得所得挹注公益事業支出，原則上並非法律所禁止一般¹⁴。因此，縱然從政黨之事物本質而論，以往國民黨經營或投資營利事業，在當時法律屬於合法，且與進步國家立法例相同，並無違反事物本質之問題。故所謂「根據民主國家政黨之本質，其正當財源應限於黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息。政黨依其他方式所取得之財產，皆與政黨本質不符」之見解，顯然對於政黨之事物本質觀察

¹³ Kersten/Rixen (Hrsg.), Parteiengesetz und europäisches Parteienrecht, 2009, §24 Rn. 45.

¹⁴ 所得稅法第4條第13款規定教育、文化、公益、慈善機關或團體，符合行政院規定標準者，其本身之所得及其附屬作業組織之所得，免納所得稅。其中「附屬作業組織」一般指營利事業活動之收益事業部門。

錯誤，違背憲法保障政黨財政自主權以及籌措經費之行為自由，而有違反憲法第22條保障人民之其他自由權利之嫌。

（四）黨產條例第4條第4款規定附隨組織「不當取得財產」之意義不明，違反法律明確性原則

有關不當取得財產之認定，其法律效果為移轉為公有，實質上屬於「沒收」制裁效果，此一制裁處罰，自應符合現代法治國家處罰要件明確性原則，方屬合憲。而依據黨產條例第4條第4款規定：「不當取得財產：指政黨以違反政黨本質或其他悖於民主法治原則之方式，使自己或其附隨組織取得之財產。」其中之類型要件，有二：一為「以違反政黨本質之方式，取得之財產」，二為「以其他悖於民主法治原則之方式，取得之財產」。上述「政黨本質」以及「悖於民主法治原則之方式」之抽象概念，均屬過於抽象不確定之概括條款概念，其內涵充滿歧義性與多樣性，一般人根本無法理解，受規範者也無法預測何者屬於規範內容，而欠缺遇見可能性，其概念之意義範圍，也無法由司法機關經由審查加以確認，或認定及判斷，故該規定違反法律明確性原則，牴觸憲法上實質的法治國原則而應屬於無效。

當然如要對於該法律規定進行「合憲性解釋」，則只能理解限縮解釋為以「違法方式」取得財產。蓋只有「違法取得財產」方具備「違法性」，而得為「沒收制裁處罰」之對象。如果只是「不當取得」，而仍屬合法取得時，即不發生轉型正義所追求法治原則，將違法狀態回復原狀之正義要求問題。而僅單純涉及「道德上或道義上是否妥當」之問題，既然單純涉及「道德上妥當性」爭議，則應屬於有無「道義上自然債務」問題，而非法律上債務，自不應假藉轉型正義

之名，強制課予人民重大義務負擔，而應屬於「政治上和解」協商，如何履行道義責任問題。

因此，以「不當取得」，而非「違法取得」，作為財產沒收要件，為現行法所未有之立法模式，其價值判斷違背整體法律秩序統一之價值判斷原則，而有違反體系正義與憲法上平等原則。

八、沒收附隨組織財產，違反憲法上正當法律程序

（一）「轉型正義」採取之手段，應符合現代人權保障之理念及價值判斷標準

一般認為「轉型正義」（Transitional Justice）起源於政治轉型的需求，從威權獨裁政權轉型為民主政權後，過去在威權時代政府對於人權的大規模違法侵害問題，為伸張正義理念，維護人權，而以「現代人權保障之理念及價值判斷標準」，重新審查以往行為之合法性，進行善後處理，包括採取溯及生效之法律手段及非法律的政治、社會、教育等手段，以矯正過去侵害人權措施（例如通案廢棄有罪判決）¹⁵。因此，採取溯及立法方式，給予被害人救濟。其措施包括刑事追訴、真相委員會、損害賠償或補償，以及其他各種制度改革。轉型正義的實踐在重建社會的信任、修復司法體系、以及建立民主法治的政府治理體系，以確保未來人權保障與和平¹⁶。其事務之本質，必須具備下列特徵：

（1）必須有前朝政府所為「系統性重大侵害人權」的事件或行為（政府系統化之體制暴力）。

¹⁵ 李建良，轉型不正義？—初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判，月旦法學雜誌，第148期，2007年9月，頁5以下。

¹⁶ 陳清秀，法理學，第2版，元照，2018年，頁299；

https://en.wikipedia.org/wiki/Transitional_justice, 瀏覽日期：2017.2.1。

(2) 必須無法在當年政府體制內獲得救濟。

(3) 必須以「國際公認的人權普世價值標準」(天理)，對於過去歷史事件，重新進行法律上評價認定結果，屬於重大違法的行為。

(4) 如不給予被害人平反救濟(在事證明確之情形，甚至於應追究主謀加害人責任)，勢將發生顯失公平的結果。

「轉型正義」之實施，既然是以實現正義及社會和解之名義進行，以實現「憲政法治」為目標，並非單純政黨間之鬥爭，其採取之手段，自應符合「憲法上人權保障標準」以及「憲法上正當法律程序」進行¹⁷。

轉型正義目的在實踐正義，倘「若製造新的不正義(轉型不正義)」，也就失去轉型正義的意義¹⁸。因此，轉型正義所採取的手段，必須符合憲法上法治國家的正當法律程序，例如無罪推定原則，比例原則等¹⁹，其中釋字第709號解釋憲法上正當法律程序之要求，亦應注意及之。

(二) 有關不當取得財產之認定，應符合憲法上正當法律程序要求

1. 應先還原歷史真相 (Truth-seeking)

轉型正義之實施要求「還原歷史真相」，以確認戒嚴時代有哪些違法不當行為，在人權侵害事件中，受害人或其家屬應享有真相權²⁰。真相權要求政府與法院「必須建立符合

¹⁷ 陳清秀，轉型正義，收於陳清秀，法理學，第2版，2018年，頁299以下。

¹⁸ 李建良，前揭文(註13)，頁31。

¹⁹ 蘇俊雄，前揭文，頁3以下。

²⁰ 李怡俐，拉丁美洲在轉型正義上的困境與出路：以美洲人權法院的回應為中心，台大法學論叢，45卷3期，2016年9月，頁868。

當代人權標準的真相調查程序，並重視受害者的賠償權」²¹。這些發現歷史真相過程的目的是使社會審查並正視過去哪些體制性侵犯人權的行為，以防止反覆發生類似事件。

追求真相措施可能包括資訊立法，檔案，調查和真相委員會解密自由²²。因此，除有特殊正當理由外，歷史檔案應予以解密，讓社會大眾可以閱覽知悉，並公正客觀調查歷史事件，以查明事實真相。

有關國民黨名下持有之財產是否涉及違法不當取得，應本於還原歷史真相方式，調查相關事實證據認定之，無證據不得推定人民違規之事實而加以沒收處罰，亦即在此應遵守憲法上無罪推定原則，對於相關責任之追究，應本於職權調查事實真相，在事實真相的基礎下，執行責任追究。如果相關違法事實不明，則本於無罪推定原則，不得憑空以莫須有的罪名進行追究責任，否則恐傷及無辜，違法現代法治國家人權保障原則，只是以「轉型正義」之名，行清算鬥爭之實而已。

2. 應適用憲法上「法官保留原則」，由獨立公正之司法機關進行調查認定

按政黨之附屬組織財產之沒收充公，具有抄家滅族效果，屬於重大侵犯人民財產權之行為，涉及重要之基本人權之侵犯，參照釋字第 708 號解釋：「人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條第一項即明示：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關

²¹ 李怡俐，前揭文，頁 880。

²² https://en.wikipedia.org/wiki/Transitional_justice。瀏覽日期：2017.2.6.

依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」是國家剝奪或限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始符合上開憲法之意旨（本院釋字第五八八號、第六三六號解釋參照）。」應採法官保留原則。亦即「當行政部門主動宣告做成某種可以強制使其實現的決定（如行政處分）時，如又可以逕憑武力而為強制實施，致受強制者就地喪失其受憲法保障之人權（如生命、自由、財產）者，如無某種正當法律程序加以限制，即難免權力濫用以致被剝奪的基本權利無從回復的顧慮，此即為當年美國憲法增修條文第五條其所以規定正當法律程序作為基本人權的必要保障以限制政府權力的緣故；也是正當法律程序原即以法官保留原則為其內容以確保司法審查之可能的道理所在。」²³

按「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之適當程序」（釋字第 689 號及釋字第 710 號解釋參照）。由於政黨之附屬組織財產之沒收，不僅涉及人民數百億元財產權益，也涉及數萬股東以及就職勞工權益（包括成千上萬名退休勞工退休金權益），也涉及我國現代法治建設良窳以及人權保障是否嚴重退步

²³李念祖，從憲法上法官保留原則論提審之射程修正，台灣法學雜誌245期，2014年4月，頁5。

之指標性案件，嚴重侵害基本人權以及涉及以政府體制公權力能否落實實質法治國原則，故攸關人民重大權益以及國家依法行政之重大公共利益，自應由超然公正之司法機關以審慎之訴訟程序調查認定，以昭公信，而如恣意由具有濃厚政黨色彩之黨產會（有所謂「東廠」嫌疑）處理，明顯公信力不足，也不符合憲法上正當法律程序保障。

以附隨組織持有之財產而言，其取得過程有無涉及不法，或有無顯然不當取得而顯失公平之情況，應先經事實調查。當事人間可能發生事實認定以及法律解釋之極大爭議，考量歷史事件年代可能久遠，事實真相要還原有其困難，必須動員諸多人力物力進行獨立公正調查，本於正當法律程序原則以及權力分立原則，應由體制內獨立公正之司法機關（法院）進行調查審理，以探求事實真相，方始符合憲法上正當法律程序原則。

以往中華民國促進轉型正義委員會張副主任委員在內部會議中發言自認是扮演「東廠」角色，偏離行政中立的錄音，被媒體公布以致促轉會被質疑涉嫌政治操作而引發的政治風波，史稱「張 00 東廠風波」²⁴，可見由特定政黨色彩濃厚之人士擔任轉型正義之有關委員會，確實有「球員兼裁判」之疑慮。

從黨產會組成觀察，前主任委員為民主進步黨籍，現任主任委員原任職民進黨政府之國家安全會議諮詢委員，其副主任委員為民主進步黨籍²⁵，足見黨產會之領導人「政黨色

²⁴ 參見維基百科，<https://zh.wikipedia.org/wiki/張天欽東廠風波>。瀏覽日期：2020.6.16.

²⁵ 參見 <https://zh.wikipedia.org/wiki/不當黨產處理委員會>。瀏覽日期：2020.6.16.

彩」濃厚，難以期待其公正執行職務，如何達成本法所追求「建立政黨公平競爭環境」？故非由具有制度保障之獨立司法機關擔任不當取得財產之調查認定機關，顯然容易流於政黨惡性鬥爭，無法確保符合憲法上正當法律程序之要求。

3. 本於權力分立原則，有關附隨組織之財產是否「不當取得」之爭議，應由司法機關認定

依據憲法上權力分立原則，立法機關僅能制定「通案法律」，釋字第585號解釋即謂：「法律之制定，原則上應普遍適用於將來符合其構成要件之多數不確定發生之事件。」有關過去已經發生之具體個別案件「法律上爭議」之裁判權，屬於司法權之範圍，釋字第392號解釋理由書即謂：「按所謂『司法』，觀念上係相對於立法、行政而言（我國之憲制則尚包括考試、監察）。概念上原屬多義之法律用語，有實質意義之司法、形式意義之司法與狹義司法、廣義司法之分。其實質之意義乃指國家基於法律對爭訟之具體事實所為宣示（即裁判）以及輔助裁判權行使之作用（即司法行政）」，此一具體爭訟之司法機關裁判權事項，尚非立法機關可以取代司法機關進行「裁判認定」，此為現代民主國家權力分立原則之精神所在。

本案附隨組織之財產是否「不當取得」，屬於涉及「私法上法律爭議」的個案問題，政府與人民間既有個別法律爭議案件，即應由司法機關民事法院針對具體個案查明事實及法律狀態以個別裁判認定，以維持個別案件正義。

然而黨產條例對於特定政黨之附隨組織過去「個案財產權」取得歸屬之妥當性之「法律上爭議」，竟然逕自取代司法機關，自己立於司法機關裁判者角色，自行「法律上推定」

各個「個案」財產歸屬爭議事實及爭議之法律關係，並交由特別設置而具有「政治色彩」濃厚之委員會之「行政機關」，進行「處罰」沒收人民財產，實嚴重侵犯憲法上司法裁判權，且此亦無異於剝奪人民向司法機關請求裁判救濟之訴訟權，而違反憲法第16條規定訴訟權保障²⁶。

肆、黨產條例第4條第2款規定以法人、團體或機構是否受政黨「實質控制」，定義附隨組織，違反法律明確性原則

按從憲法上法治國家原則導出法的安定性原則，在行政法上，法的安定性追求的目標之一，在於個別行政法律規定，如果課予人民義務負擔，包括其「法定構成要件」與「法律效果」，均應盡可能具有「明確性」，以及其整體法律秩序應儘量具有「透明性」，以便人民可以事先預測其公法上負擔內容，並安排其生活（釋字第 432 號解釋）²⁷。如果立法者使用抽象概念或不確定法律概念，仍必須符合下列三個要件，方始符合明確性原則：

²⁶ 就此學者有認為：「『對於過去合法，現在不正當』的行為，堅持不以須依據行為時法律審判的法院，而必須由具有溯及既往之裁量權力的立法機關，來進行轉型正義，就是因為不宜破壞作為自由憲政體制幾時的權力分立」（王泰升，對台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話，發表於 2016.11.26 台灣法學會舉辦 2016 年年度法學會會議「轉型正義與法治變革」研討會，主題演講，頁 19）。然而以溯及立法方式沒收人民財產，其侵害人權方式恐更為嚴重。況其既然認定過去合法，只是不正當而已，似乎只是情理上有不妥當之處，果爾，既無違法，如何能採取如此激烈侵害人權之手段，以伸張轉型正義？其論理似有矛盾。

²⁷ 陳清秀，稅捐法定主義，收於當代公法理論——翁岳生教授祝壽論文集，頁 598 以下。

其一：其抽象不確定法律概念之意義，並非難以理解，其二：其法律概念之適用範圍（指個案事實是否屬於法律所欲規範之對象），為受規範者（人民）所得預見，其三：其法律概念之意義範圍，並可經由司法機關經由審查加以確認，或認定及判斷（釋字第 432 號解釋、第 521 號、第 594 號、第 602 號解釋）。

黨產條例第 4 條第 2 款規定：「二、附隨組織：指獨立存在而由政黨實質控制其人事、財務或業務經營之法人、團體或機構；曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構。」

其中所謂「實質控制」之意義極其判斷標準為何，並不明確，如參照公司法第 369 條之 2 第 1 項規定：「公司持有他公司有表決權之股份或出資額，超過他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額半數者為控制公司，該他公司為從屬公司。」係以持有股權過半數作為控制之判斷標準。而如參照公司法第 369 條之 3 規定：「有左列情形之一者，推定為有控制與從屬關係：一、公司與他公司之執行業務股東或董事有半數以上相同者。二、公司與他公司之已發行有表決權之股份總數或資本總額有半數以上為相同之股東持有或出資者。」另外以執行業務股東或董事有半數以上相同者，作為控制之判斷標準。

而在所得稅法上，有關關係人交易之實質控制之判斷標準，依據營利事業所得稅不合常規移轉訂價查核準則第 3 條規定：「本法第四十三條之一所稱營利事業與國內外其他

營利事業具有從屬關係，或直接間接為另一事業所有或控制，指營利事業相互間有下列情形之一者：

一、營利事業直接或間接持有另一營利事業有表決權之股份或資本額，達該另一營利事業已發行有表決權之股份總數或資本總額百分之二十以上。

二、營利事業與另一營利事業直接或間接由相同之人持有或控制之已發行有表決權之股份總數或資本總額各達百分之二十以上。

三、營利事業持有另一營利事業有表決權之股份總數或資本總額百分比為最高且達百分之十以上。

四、營利事業與另一營利事業之執行業務股東或董事有半數以上相同。

五、營利事業及其直接或間接持有之股份總數或資本總額超過百分之五十之營利事業，派任於另一營利事業之董事，合計達該另一營利事業董事總席次半數以上。

六、營利事業之董事長、總經理或與其相當或更高層級職位之人與另一營利事業之董事長、總經理或與其相當或更高層級職位之人為同一人，或具有配偶或二親等以內親屬關係。

七、總機構在中華民國境外之營利事業，其在中華民國境內之分支機構，與該總機構或該營利事業在中華民國境外之其他分支機構；總機構在中華民國境內之營利事業，其總機構或其在中華民國境內之分支機構，與該營利事業在中華民國境外之分支機構。

八、營利事業直接或間接控制另一營利事業之人事、財務或業務經營，包括：

(一) 營利事業指派人員擔任另一營利事業之總經理或與其相當或更高層級之職位。

(二) 非金融機構之營利事業，對另一營利事業之資金融通金額或背書保證金額達該另一營利事業總資產之三分之一以上。

(三) 營利事業之生產經營活動須由另一營利事業提供專利權、商標權、著作權、秘密方法、專門技術或各種特許權利，始能進行，且該生產經營活動之產值達該營利事業同年度生產經營活動總產值百分之五十以上。

(四) 營利事業購進之原物料、商品，其價格及交易條件由另一營利事業控制，且該購進之原物料、商品之金額達該營利事業同年度購進之原物料、商品之總金額百分之五十以上。

(五) 營利事業商品之銷售，由另一營利事業控制，且該商品之銷售收入達該營利事業同年度銷售收入總額百分之五十以上。

九、營利事業與其他營利事業簽訂合資或聯合經營契約。

十、其他足資證明營利事業對另一營利事業具有控制能力或在人事、財務、業務經營或管理政策上具有重大影響力之情形。」則有十種類型之實質控制之判斷標準，足見在現行法上不同法律之間，各自明定其不同之控制標準。

黨產條例第 4 條第 2 款規定附隨組織之定義範圍，由於僅抽象空泛規定：「由政黨實質控制其人事、財務或業務經營」，以致於意義不明，適用範圍欠缺具體明確規範，何謂「實質控制」？何謂「人事、財務或業務經營」？均語意

不明，屬於有歧義之概念用語，導致人民毫無預測可能性，難以理解其意義內涵，行政機關以及司法機關亦難以進行法律解釋或法律漏洞補充，使其具體可行，從而該條款規定有違處罰法律構成要件明確性原則。

伍、黨產條例將附隨組織納入適用範圍，違反法治國家信賴保護與法律不溯及既往原則

信賴保護原則為憲法上法治國家原則所導出法安定性原則之要求，對於國家統治權（立法權、行政權以及司法權）之行使，均有其適用。釋字第 525 號解釋理由書即謂：「法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障，此乃信賴保護之法理基礎，故制定或發布行政法規之機關固得依法定程序予以修改或廢止，惟應兼顧規範對象值得保護之信賴利益，而給予適當保障，方符憲法保障人民權利之意旨。

又法律不溯既往原則係從法治國家原則中之法安定性及信賴保護原則（關係人信賴既存之法規狀態之保護）導出²⁸。從法治國家原則產生對於人民信賴現行法之保護的必要性。按國民對於依規定所制定之法規應得加以信賴，如此國民方能進行長期之計劃與投資，亦即方能建立法的存續性及預測可能性²⁹。

因此，立法者對於已經作成之經濟上處置（例如參與經濟上交易，或使用所得於投資，儲蓄、消費）之結果，不得

²⁸ Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, §27Ic, S. 145; Fritz Ossenbühl, Die Quellen des Verwaltungsrechts, In: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988, §9 I 3, S. 135.

²⁹ Paulick, Lehrbuch des allgemeinen Steuerrechts, 2. Aufl., 1972, S. 77 f.

嗣後更為不利之規定³⁰。在負擔的法律，其真正的溯及生效之禁止原則，乃植基於包含於法治國家原則之中之信賴保護的思想。此項原則之例外，僅能適用於人民對於特定的法律狀態之信賴，並不值得保護，蓋於事理上並無正當化根據的情形。

有關政黨是否應禁止經營或投資營利事業，各國立法例不同，屬於國會立法裁量範圍，如要加以限制禁止，因涉及人民自由權利之限制，依據憲法第23條規定，必須有「法律」明文根據，且須符合比例原則，並無法從政黨本質或其他民主法治原則即可當然導出上述限制。故本法以嗣後立法方式，追溯既往認定以往國民黨轉投資或經營事業違法，乃至認定國民黨捐助成立之財團法人或人民團體，從事公益活動違法，並據以沒收該附隨組織之財產，即明顯違反上述憲法上信賴保護原則以及法律不溯及既往原則。

又公民與政治權利國際公約第15條第1項規定：「一任何人之行為或不行為，於發生當時依內國法及國際法均不成罪者，不為罪。刑罰不得重於犯罪時法律所規定。犯罪後之法律規定減科刑罰者，從有利於行為人之法律。」明文規定對於人民之處罰，應以「行為當時」有違法者，始得加以處罰。而依據公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第2條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」故對於人民之處罰，應以行為時法為限，否則即違反上述公約之人權保障精神。上述行為時法處罰原則，可謂憲法上對於人民之處罰原則，刑法第1條規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」

³⁰ Tipke/Lang, Steuerrecht, 12. Aufl., 1989, S. 60.

拘束人身自由之保安處分，亦同。」以及行政罰法第4條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」均本此意旨。有關附隨組織財產之沒收，具有行政處罰性質，自應以附隨組織取得財產之行為時，有違反公法上義務，且取得行為當時法律規定有處罰沒收者為限，方始符合處罰法定原則。本案附隨組織在取得財產時，並未違反公法上義務，且於取得財產行為當時法律並未規定應處罰沒收，則依據上述憲法上處罰法定原則，應不得立法溯及既往，處罰沒收人民財產，否則即違反上述處罰法定原則。

陸、黨產條例將附隨組織之財產均推定不當取得，並追徵其價額，違反比例原則與公平合理原則

黨產條例第5條規定附隨組織自中華民國34年8月15日起取得，或其自中華民國34年8月15日起交付、移轉或登記於受託管理人，並於本條例公布日時尚存在之現有財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，推定為不當取得之財產。附隨組織自中華民國34年8月15日起以無償或交易時顯不相當之對價取得之財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，雖於本條例公布日已非政黨、附隨組織或其受託管理人所有之財產，亦推定為不當取得之財產。在此情形該等財產已經移轉他人所有，而無法返還，則應就附隨組織之其他財產「追徵」其價額（第6條第3項）。

由於附隨組織之法人組織之收入，應無「黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息」之項目（此類項目應係政黨之一般收入），故並無可扣除之收入項目，

從而附隨組織之財產，原則上必須被「全部沒收充公」，包括已經使用而不存在之財產，縱然係已經使用於公益用途（附隨組織之財團法人從事公益活動），其所受利益已經歸公於國家社會而不存在，均仍應被「追徵」其價額。其過度嚴苛侵犯人民財產權之程度，已達顯失公平之程度。上述沒收人民財產之規定，顯然違反比例原則與公平合理原則，其理由如後：

一、立法裁量，漏未斟酌政黨之附屬組織對於財產取得及累積之努力貢獻，而有「恣意立法」之違憲瑕疵

黨產條例立法者並未具體提出事實證據，即推定特定政黨之附隨組織之財產全部為「不當取得」。例如附隨組織之財團法人接受社會各界捐助取得財產（例如財團法人國家發展基金會經前主席連戰先生巨額捐助數億元經費以供使用），均屬合法正當取得之財產，應不得認定為不當取得財產。又如附隨組織公司法人，因為全體員工努力工作投入勞動力而獲得財產收益，乃是全體公司員工努力之成果，應受憲法財產權之保障，如何憑空認定不當取得而全部宣告沒收？足見黨產條例之適用範圍及於政黨之附隨組織，屬於恣意立法，以違憲方式侵犯人民財產權。又其中假設有部分出資價購取得，例如以市價（或公告現值）之半數取得財產，假設構成不當取得而應返還時，則本於利益均衡原則，如認為應構成不當得利返還義務，則按照比例，應返還系爭財產價值（市價）之半數，方符合公平合理原則。然而本法卻僅規定「應扣除取得該財產之對價」（本法第6條第2項），語意不明，如解釋為當年支付之成本，因物價通貨膨脹及不動產財產價值劇烈升值，其支付成本如何認定，即產生爭議。倘若認為

僅能扣除當年取得時支付之金額，則顯失公平，違背轉型正義所追求之正義公平原則，而有侵害人民受憲法第7條保障之平等權之情事。

且本法關於附隨組織財產全部沒收規定，並未充分考量國民黨之附隨組織之財產，其取得時之時代背景，以及取得後成千上萬員工，歷經數十年打拼，所成就之工作貢獻成果（財產累積有一大部分是附隨組織暨其員工數十年來工作貢獻之成果），其中涉及勞工薪資權益以及員工退休金權益（財產必須支應大量員工退休金以及資遣離職金需求），其利益衡量嚴重漏未考量該附隨組織數十年工作成果所累積財富以及數萬員工之無辜第三人權益，也未足額保留勞工權益保障所需財產³¹，其立法沒收侵犯人民財產權以及勞工受憲法保障之勞動權以及勞動福祉權，其立法裁量關於逾越轉型正義所要將不當得利返還回復原狀部分，違反憲法第 23 條之比例原則，而過度侵犯人民受憲法第 15 條保障之財產權。

二、違反公平合理原則

按法律規定內容，應符合公平合理之正義要求，才能伸張社會正義。在數人對於財產之取得及持有具有貢獻之情形，倘若各自貢獻程度無法明確查明，現行法採取推定均等之公平合理原則，就此民法第 817 條規定：「數人按其應有部分，對於一物有所有權者，為共有人。各共有人之應有部分不明者，推定其為均等。」即本此意旨。本案如認為當年取得財產來源以及其增值貢獻不明，是否不當，難以查考時，則如

³¹ 有關黨產支應勞工薪資等權益亦應納入考量，參見臺北高等行政法院105年度停字第103號停止執行之裁定

考量國家與當事人均有貢獻時，參照上述民法第 817 條規定，應推定國家與當事人人民持分均等，則國家可以沒收之範圍為二分之一（半數理論），而非全部。否則即有違反公平合理原則與體系正義。本案黨產條例採取原則沒收全部之作法，顯然無法符合上述公平合理原則。

三、有關不當利益之計算，黨產條例計算錯誤，導致過於嚴苛

按人民財產包括有積極財產以及消極財產，人民所得財產利益應以積極財產減除消極財產（既存債務及未來潛在債務）後之淨額利益，才是其實際上取得之利益。黨產條例第 5 條推定附隨組織之財產原則上屬於不當取得，而應沒收移轉為國有。本文認為縱然假設其追繳不當利益之理論成立，仍應實際確實計算其所得不當利益，在此應採取「淨額利益原則」，而非「總額收入原則」。

如參照行政罰法有關不法利得追繳之法理³²，有「淨額利益原則」以及「總額收入原則」（Bruttoprinzip）之爭論。德國通說採取「淨額利益原則」（Nettoprinzip），認為應扣除行為人從事違規行為所為對待給付或其他費用支出，而以收支結算後之淨額所得為準³³。亦即採取「差額理論」（Saldierung）。如果採取毛收入之總額收入原則，勢必違反憲法上禁止過分原則³⁴。亦即淨額原則比較符合行政罰制裁目的在於剝奪違規行為所取得之經濟上利益，應將其「不當得利」返還，以回

³² 陳清秀，行政罰法，第 3 版，2017 年，頁 301 以下。

³³ Göhler, aaO., §17Rn.41f.; Diethelm Kleszczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2010, S.184.

³⁴ 王碧芳庭長與談意見，收於行政院法規會編印，行政院 103 年學術研討會——行政罰法上裁處不法利得之理論與實務，103 年第 1 版，頁 168。

復至合法之利益狀態，禁止從違規行為獲得所得獎賞，以符合「責罰相當性原則」之衡平正義之要求，並達到特別預防之目的。如單純採取總額收入原則，將使不法利得之計算，單純以收入為準，導致過於嚴苛，而違反比例原則。尤其人民對於交易相對人負擔之債務、退休勞工退休金以及在職勞工之未來應給付之退修金（未來到期之債務），均負擔給付義務，倘若不先減除上述債務，而單純以全部積極財產宣告沒收，勢必導致其喪失給付債務能力，而陷入無法清償債務之破產境地，造成傷及無辜之第三人（社會大眾）等之應得權益，其利益衡量顯然有失公平合理，違反衡平法理。本案有關不當財產之計算，漏未減除債務負擔，違反上述淨額利益原則，導致過於嚴苛，危害附隨組織之生存權益，並傷及無辜，而有違憲法上比例原則。

柒、黨產條例沒收已經脫離政黨之實質控制之第三人財產，欠缺正當性，亦違反憲法上比例原則

本法適用對象範圍，包括第三人亦即政黨之附隨組織在內。所謂「附隨組織」，包括「曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構。」（本條例第4條第2款後段），就其附隨組織屬於獨立法人而言，本於法人格之獨立性，其既非政黨之一部分，則其獨立法人取得之財產，應不在轉型正義之適用範圍。對於該等法人之財產，亦納入本法沒收充公之範圍，難免株連太廣，不符合比例原則。尤其如果現在該獨立法人等已經脫離政黨之實質控制，則與政黨「公平競爭」無涉，自不應再納入轉型正義之處理範圍。再者如果其早年之附隨組織，如救國團等已經轉型為獨立自主之「公益團體」，

其既已經脫離國民黨控制，不涉及政黨競爭問題，又具有促進公益活動之任務功能，如果不問其取得財產是否合法，均將財產全部沒收充公，勢必嚴重損傷其公益活動之能量，反而有害國家社會公共利益，此種「類似抄家滅族」的手法，似屬歷史上封建時代「株連九族」的連坐處罰方式，不僅違背正當法律程序，也不符合憲法上比例原則，該規定應屬違憲。

捌、黨產條例危害良善政黨競爭環境，有導致我國走向「一黨專政」之危險

一、黨產條例有不當連結之違法

本法立法目的，如果單純在於轉型正義，或許具有某種程度之目的正當性。但其又另外連結所謂「建立政黨公平競爭環境」，並指出：「為使各政黨維持競爭之機會均等，須保障各政黨具有在平等基礎上從事活動之權利。是以，為建立政黨公平競爭環境，並健全民主政治，爰以特別立法方式制定本條例調查及處理於解嚴前成立之政黨及其附隨組織取得之財產，以實現政治公平競爭之立足點平等」，因此採取之手段乃是使國民黨黨產歸零方式處理，以求「均貧」，達成「政治公平競爭之立足點平等」。此一目的，已經逾越轉型正義之正當性範圍，而涉及憲法上不當連結禁止原則。且若採取全部沒收黨產之作法，基於公平原則，其他政黨包括執政黨在內，也應一體適用，「全部推定為不當取得」，財產全部歸零，才能真正落實「公平競爭之立足點平等」的立法精神。而非僅針對國民黨之財產為之，故本法亦有違反憲法第7條平等原則之嫌。

再者，所謂「立足點平等」，乃在保障各政黨有公平競爭與發展機會，並不排除各政黨成立時間先後、成長規模以及其績效努力成果之維持，故憲法承認「私有財產制度」，並不採取「齊頭式平等」的共產主義模式，本法認為應將全部黨產沒收為國有後，才能實現立足點平等之見解，明顯漏未考量國民黨及其附隨組織在我國歷史上的貢獻（尤其維護國家安全，創造亞洲四小龍之經濟奇蹟）以及其自己努力經營而獲得財富之成果，故其立法裁量漏未斟酌各政黨各有其時代使命及歷史文化傳統，明顯違反「利益衡平」的正義原則。其以轉型正義之名，而行不正義沒收人民財產之實，違反憲法第15條財產權應予保障之精神，反而製造另類「制度性嚴重侵犯人權之暴行」（所謂「轉型不正義」）。

再者國民黨及其附隨組織縱然持有許多財產，但亦背負諸多歷史包袱，故於多次全國性選舉中，也常出現敗選結果，而執政黨雖然並未持有眾多黨產，卻能夠多次獲得大選勝利成果。足見所謂國民黨及其附隨組織之財產，並未使該政黨處於比較優越地位之不公平競爭地位。故為維持政黨公平競爭，其方式手段甚多，有關相關財產之沒收，並非必要有效之手段。其採取沒收財產之手段，不僅過於激烈嚴苛，且有不當連結之違法。

二、黨產條例沒收特定政黨及其附隨組織之財產，勢必危害兩黨政治之良性發展

按民主政治主權在民，因此透過選舉選出執政者，而選舉必須實際上有真正的選擇存在，才有意義。亦即必須至少有兩個以上可以執政的政黨或政治團體存在，具有政黨輪替的程序（多黨制度）（Mehrparteien-system）。為確保多黨體

系，在法律制度上務必保護所有政黨在設立、活動及參與機會上的平等權利，其目的在促成多數主張不同政綱，且具有治國能力之政黨存在³⁵。就此學者有主張真正民主的關鍵性指標，可以從反對黨的地位來看，只有當一個反對黨可以在一個國家產生，並可以宣揚其理念，而且有機會以權力交替方式獲得政權時，才能稱為真正民主或自由民主³⁶。

本法採取變相全部沒收國民黨及其附隨組織財產之作法，實際上無異於解散消滅國民黨，而執政黨所制定之法律，竟以發生實質上消滅最大在野黨為目的，轉型正義施行結果，其最終結果，使執政黨變成「一黨獨大」，使人民極可能因此喪失政黨選擇機會。從而我國極可能發展生成「一黨專政」之政治環境，在欠缺有效制衡之反對黨情況下，最終有走向「一黨專制」之政治社會之虞，對於我國努力多年的人權保障與法治建設的成果，恐將毀於一旦，故此一黨產條例之立法方式，其適用結果，不僅無法維持良善政黨競爭環境，勢必嚴重動搖我國「人權立國」與「法治立國」之根本基礎，不僅違反憲法上多黨政治之民主政治原理，更與本法之立法目的所揭示：「健全民主政治」之崇高理想背道而馳。

三、黨產條例危害我國社會穩定和平之基礎

黨產條例目的經由沒收財產方式消滅國民黨及其附隨組織，然而國民黨之政治主張，係提倡維護中華民國之存續，維持海峽兩岸現狀，一中各表，與中國大陸保持友善和睦相處之關係，避免激化兩岸對立之緊張關係。此一「中庸之道」的政治主張，有助於維繫兩岸關係之和平穩定發展，對於兩

³⁵ 許育典，憲法，第7版，2016年，頁39。

³⁶ 許育典，憲法，第7版，2016年，頁42。

岸地區人民和睦相處建構中間橋樑，構成兩岸社會穩定和平之基礎。此從馬英九總統執政期間，兩岸經貿文化交流頻繁，兩岸人民互蒙其利，可資証明。倘若國民黨被消滅，則唇亡齒寒，政治上生態平衡遭受破壞結果，國家社會之中道力量趨向薄弱，倘若因此使我國走向與中國大陸極端對立方向（亦即所謂「台獨」，國際上各國基於其經濟上利益考量，難以接受此一作法），勢必使兩岸激烈對立之緊張情勢升高，恐導致區域和平受到嚴重傷害，不利於兩岸人民之福祉與世界和平。故黨產條例如未經司法機關宣告違憲，而貫徹施行結果，固然使國民黨之生存發展受到嚴重傷害，陷入困境，但其發展結果也使整體社會付出慘痛太代價，導致政黨與國家社會兩敗俱傷，勢必成為我國歷史上危害國家安全與人民福祉之關鍵性「惡法」，此為愛護和平與愛護國家之全體國民以及愛國知識份子所應關心者。

玖、結語

中世紀神學家及法學家聖多瑪斯·阿奎納（St. Thomas Aquinas）在神學大全中表示「不公平合理的法律，-----在形式上，如加給屬下的負擔，雖然對公益有利，但分配得不公平，這種法律是強暴，而不能稱為法律。正如奧斯定在『論自由意志』第一卷第五章所說的：『不公平合理的法律，不能稱為法律。』故這些法律對良心沒有約束能力。」³⁷黃帝四經之經法論篇表示：「物各合於道者，謂之理。理之所在，謂之順。物有不合於道者，謂之失理。失理之所在，謂之逆。逆順各有命也，則存亡興壞可知也。」強調法治建設

³⁷ 聖多瑪斯·阿奎納原著，劉俊餘譯，神學大全，第六冊，中華道明會/碧岳學社出版，民國 97 年初版，頁 65 以下。

應符合「事理」，國家始能興盛成功。而道教經典「太上感應篇」（宋朝人編撰）表示：「若或非義而動，背理而行，以惡為能，忍作殘害。」、「耗人貨財」、「破人之家，取其財寶。」、「損人器物，以窮人用。」此類強取豪奪他人財產之行為，均屬於邪惡之不道德行為，勢將承擔因果業障，天必降之禍。故人類應「諸惡莫作，眾善奉行，久久必獲吉慶。」、「積德累功，慈心於物。」才能「天道祐之，眾邪遠之，神靈衛之。」是故不僅個人應遵守上述道德規範，立法者（立法機關）作為人民之表率，於制定法律時，更應遵守上述人類之道德規範，才能使法律取得自然法基礎之「道德正當性」，也才能使社會獲得良善永續發展之環境。

我國有關法治建設成果，歷經數十年來各界之努力，才累積部分優異成果。倘若在欠缺相關事實證據之情況下，憑空推定特定政黨及其附隨組織不當取得財產，而「恣意沒收」人民財產，顯然不符合轉型正義所追求伸張社會正義之精神，勢必嚴重破壞我國多年來厲行法治與人權保障之成果。黨產條例規範尤其有關附隨組織之規範，即含有上述違憲爭議，期盼司法院大法官本於「憲法守護神」之地位，進行違憲審查，以維護民主憲政之精神，建設我國成為人間淨土的祥和社會。

委託鑑定機構：社團法人中國國民黨

受託鑑定人：陳清秀

（東吳大學法律學系教授）

中華民國。 109 年 6 月 22 日

108 年度解釋憲法「黨產條例」專家鑑定報告

中國文化大學行政管理系 助理教授項程華

壹、黨產條例違憲條文與所涉憲法條文：

一、黨產條例第 4 條第 4 款、第 5 條第 1 項、第 2 項、第 9 條、第 10 條。

二、憲法第 15 條、第 23 條。

貳、違憲理由：

一、政黨屬人民團體，人民團體之財產，亦受到憲法直接之保障。

(一)憲法第十九條：人民之生存權、工作權、財產權應予保障。換言之，人民擁有財產的使用、收益、處分之權，受到憲法保障，非經憲法第二十三條之檢驗，不得任意受到限制或剝奪。

(二)司法院大法官釋字第 400 號解釋，說明「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害。」，司法院大法官釋字第 509 號解釋，說明「憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。」大法官在諸多解釋中，多次表示人民之財產權維繫生存即發展人格的功能，不受公權力或第三人侵害。

(三)政黨政治是我國憲法的基本精神，政黨財產屬於政黨活動及存續的基本要素，因此公權力對政黨財產之限制與剝奪應受最嚴密之審查標準，受到法律保留之規範。(參照司法院大法官釋字第 443 號解釋)，而政黨之解散，更是憲法保留事項，

由憲法法庭行之。(憲法增修條文第五條第四項)

二、黨產條例規定竟以「推定」方式來認定政黨、附隨組織、受託管理人之財產為不當取得之財產。

(一)黨產條例「推定」為不當取得之財產共有下列 4 項規定：

- 1.第五條第一項規定：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起取得，或其自中華民國三十四年八月十五日起交付、移轉或登記於受託管理人，並於本條例公布日時尚存在之現有財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，推定為不當取得之財產。」
- 2.黨產條例第五條第二項規定：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起以無償或交易時顯不相當之對價取得之財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其息外，雖於本條例公布日已非政黨、附隨組織或其受託管理人所有之財產，亦推定為不當取得之財產。」
- 3.黨產條例第 10 條：「政黨、附隨組織或其受託管理人依第八條規定應申報之財產，經本會調查認定有故意或重大過失隱匿、遺漏或對於重要事項為不實說明者，該財產推定為不當取得之財產，並依第六條規定處理。」
- 4.黨產條例第 26 條第 2 項：「前項處罰已達五次者，其財產推定為不當取得之財產，依第六條規定處理之。」

(二)世界人權宣言、公民與政治權利國際公約(以下簡稱公政公約)皆採取無罪推定原則。世界人權公約宣言第 11 條第 1 項：「凡受刑事控訴者，有未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。」而我國在民國九十八年四月二十二日總統公布「公民與政

治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」以落實國際人權公約在國內的實施。無罪推定之規定，亦規定在「公政公約」第 14 條第 2 項，其內容與國際人權公約若合符節，如出一轍。

(三)我國刑事訴訟法亦採取無罪推定原則。根據刑事訴訟法第 154 條第 1 項：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」是為無罪推定原則之具體化，時間上更早於兩公約施行法，因此，無罪推定原則早就深植人心，

(四)所謂不當取得黨產，包含刑事不法、行政不法，其舉證責任應屬於政府，黨產條例將不當取得之財產舉證責任加以倒置，先推定該政黨之財產為不當取得之財產，應移轉給國有、地方自治團體等，由該政黨舉出合法取得之證據資料，否則即屬於不當取得之黨產，先推定為不當黨產，再由該政黨舉反制推翻，方能合法擁有財產，意圖增加政黨舉證之負擔，違反公政公約與我國刑事訴訟法無罪推定的規定，對於落實憲法人權保障的精神，亦有相違。

三、按照黨產條例，特定時期取得之政黨財產(民國三十四年八月十五日以後)，不論時空環境一律推定為不當黨產，並且規定其法律效果則屬移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有。(黨產條例第 6 條)，同時以黨產會設立的聽證制度取代訴願程序。

(一) 國家對於個人或人民團體財產之限制或剝奪，必須認定為犯罪所得或是違反行政法上之義務，應依照合於憲法 23 條依規定以法律定之或明確授權以法規命令所訂定。司法

院釋字第 672 號解釋：「行政罰之沒入，係對人民財產不法所得或違反行政法上義務之行為，對其財產加以強制剝奪，其規定應合乎上開意旨，乃屬當然。」。

- (二) 如係犯罪所得須依法律由法院認定，由法院宣告沒收採取的是訴訟程序，允許當事人上訴提起救濟。若以行政罰的方式屬沒入，受行政罰之人民亦或有可能提請上級行政機關訴願，而獲得行政救濟之機會。黨產條例，僅以設置之公聽會程序，僅允政黨提出行政訴訟，而兩者得牽涉到法與不法及當與不當之差異，不宜混為一談。司法院釋字第 553 號解釋：「蓋地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似（參照訴願法第七十九條第三項）；後者得就適法性之外，行政作業之合目的性等實施全面監督。」。足見行政訴訟與訴願之間的差異。黨產條例第九條第六項規定：「關於第一項第一款之範圍認定有爭議，或不服第一項第二款之決議者，利害關係人得於收受通知後三十日內向本會申請復查；對於復查決定不服者，得於收受通知後二個月不變期間內提起行政訴訟。」並無向其上級機關訴願尋求救濟的機會，殊有可議之處。

- (三) 對人民之公益徵收或特別犧牲，應給予補償，以維護憲法財產權之保障與平衡社會公益。學者蔡維茵表示：「蓋「財產權」之保障，在第一線乃是對於「既存財產狀態」的尊重，亦即對人民既已擁有的生活憑藉，由國家給予強度的承認與尊重，非有重大公益事由不得剝奪（徵收），且剝奪必須伴以補償。這與其他自由權之侵害僅考量是

否具有形式與實質的正當性，合乎法律程序即應忍受是有所不同的。在「存續保障」的部份，不論其取得原因是否不勞而獲、也不論其是否為發展人格所必需、是否充分利用，都同等受到法秩序的尊重。」(參照司法院釋字第400號解釋)

四、按黨產條例規定，一旦推定為不當取得之財產，即禁止處分。(黨產條例第9條)，影響人民財產權的自由使用收益處分的權利，將影響財產之價值：

(一)我國憲法第一條即規定中華民國為民主共和國，而民主國家必須透過政黨政治方能匯集民意，形成政策。因此，政黨之存立與我國民主憲政之運作密不可分。政黨政治是我國憲法的基本精神，政黨財產屬於政黨活動及存續的基本要素，政府之限制與剝奪應受最嚴密之審查標準，憲法層級的保障事項。

(二)按照黨產條例之規定，被推定為不當黨產即無法根據憲法財產權之保障，仍夠讓人民得以自由地處分，直接嚴重影響該財產之價值，更直接影響到政黨營運及發展，使得我國政黨政治無法健全運作，對憲法樹立的政體有極大的傷害。職是之故，僅以寬鬆之要件，即使政黨之財產輕易地構成不當黨產，進而導致禁止處

分，

此一規定對我國民主政治賴以維繫的政黨政治，構成極不利之影響。

(三)財產權的保護領域，不僅是靜態的存在，應建立在

交

換與流通，不具流通性之財產，其市場價值顯然低於可以自由交換流通的財產。因此，黨產條例推定為不當黨產將影響拆財產的流通性，使被列為不當黨產之標的，其市場價值立即減少，影響所及將使政黨之活動受到阻礙對於我國民主政治有極大的影響。

五、政黨、附隨組織或其受託管理人依第八條規定應申報之財產，經本會調查認定有故意或重大過失隱匿、遺漏或對重要事項有不實說明者，該財產推定為不當取得之財產，並依第六條規定處理。(黨產條例第 10 條)

(一) 本規定之要件有二項，其一為故意或重大過失隱匿遺漏，其二為對重要事項有不實說明者，兩者皆推定該財產為不當取得。本項規定之中的隱匿、遺失有附加主觀要件故意或重大過失，加以限縮本條的範圍，然而第二項要件不實說明即無附加故意或重大過失的限制，使得該項申報財產的要件只要與真實情況稍有出入，不論該項財產之申報係出於輕過失或不可歸責於該申報人之原因，該項財產即被推定為不當黨產，適用第六條之移轉國有、地方自治團體或原所有人所有。對於政黨之財產權侵害過大，違反憲法第 23 條之比例原則。

(二) 本條推定為不當黨產之要件除了過於寬鬆，手段欠缺最小侵害性，另外依照黨產條例適用第六條強制移轉與第十四條聽證程序，不服聽證程序依照第十六條之規定得提起行政訴訟。該程序之規定其問題亦如上所述，若行政機關做出行政處分的法律要件過於寬鬆，許多不可歸責於申報人之眾多原因，甚至發生不可歸責於申報人之事由，例如：天災地變導致資料滅失、

年代久遠不復記憶等，皆符合對於重要事項與事實不合，或不實之陳述說明，縱使該事項與真實情況有所出入，黨產委員會仍然可以用申報人為不實說明，做出推定不當黨產之處分，縱使經行政訴訟，不實說明之要件仍屬法律構成要件，行政處分無法加以推翻。

參、結論：

綜合以上所述，本鑑定報告認為黨產條例第4條第4款、第5條第1項、第2項、第9條、第10條，違憲，應立即失效。