

司法院大法官審理 107 年度憲三字第 15 號等台北高等行政法
院第四、六庭聲請黨產條例違憲與否解釋案 鑑定意見書

董保城*

董保城

目錄大綱

壹、前言 2

貳、黨產條例第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定部分 3

 提綱（一）：以法律位階規範之黨產條例，設置不當黨產處理委員會（下稱黨產會）認定並處理政黨及其附隨組織之不當取得財產，是否就憲法保留之事項而為規範？ 3

 一、比較憲法上規制政黨屬憲法保留事項 4

 二、我國憲法對於「政黨國」圖像之形塑 7

 三、爭點題綱一、（一）之回應 15

 提綱（二）依黨產條例第 2 條第 1 項規定，黨產會之組織，不受中央行政機關組織基準法之限制，是否違反憲法增修條文第 3 條第 3 項、第 4 項規定？ 16

 一、黨產會組織定位與準據法 16

 二、憲法增修條文第 3 條第 3、4 項之修憲意旨 17

 三、中央行政機關組織基準法非「定於一」的絕對「基準」 19

 四、另為特別立法巧門惡例不足為訓 19

 提綱（三）依黨產條例第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定，於行政院下設黨產會，由黨產會主動調查並經聽證程序作成認定附隨組織之處分，是否侵害司法權而違反權力分立原則？ 20

 一、確保機關獨立性是行政司法混合性組織之必要前提 21

 二、黨產會並非獨立機關 23

 三、黨產會之運作欠缺超然中立與多元專業性 25

 四、黨產條例第 4 條第 4 款之最終認定應屬司法權之範疇，不能由黨產會取代司法權 27

 五、黨產會之職權侵害司法權與監察權兩權而違憲 29

參、黨產條例第 4 條第 1 款規定部分 29

 黨產條例第 4 條第 1 款規定，是否屬於個案立法而違憲？ 29

 一、個案立法之意涵 30

 二、屬個案立法之黨產條例是否違憲—比較法觀察 33

 三、黨產條例第 4 條第 1 款有關政黨之定義屬於個案立法而違憲 38

二科

* 德國波昂大學法學博士；東吳大學講座教授、國立政治大學法學院兼任教授。

肆、黨產條例第4條第2款部分	39
提綱(一)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？	39
一、黨產條例第4條第2款「附隨組織」法釋義學之詮釋	40
二、挪移公司法定義之齟齬	41
三、德國法之借鏡與比較觀察	42
四、黨產條例第4條第2款以實質控制認定附隨組織違反法律明確性原則	44
提綱(二)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？	49
一、轉型正義並非憲法誠命而不足作為迫切重大公益目的	50
二、法律禁止溯及既往原則以及司法審查標準之選擇	55
三、黨產條例第4條第2款後段「曾」為之規定違反法律禁止溯及既往而違憲	57
四、黨產條例第4條第4款「不當取得財產」定義誤認德國實質意義法治國之歷史背景	60
五、黨產條例第4條第2款後段規範之附隨組織範圍、第4條第4款不當取得財產認定、第5條及第6條規定，已然超出立法目的，不符合違反比例原則	66

壹、前言

司法院大法官為審理臺北高等行政法院第四庭、第六庭就政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例（下稱黨產條例或系爭條例）第2條、第4條第1款、第2款、第8條第5項及第14條聲請釋憲案，邀請本人出具鑑定意見。本次司法院大法官言詞辯論之爭點題綱，分成以下三大部分：就爭點「一」、「二」，涉及黨產會組織及其決定做成程序是否須以憲法規範之憲法保留以及是否符合我國憲法權力分立與制衡原則；就爭點「三」之問題，則涉及黨產條例是否違背我國憲法上之法治國原則（法律明確性原則、法律禁止溯及既往原則以及比例原則），侵害政黨及其附隨組織受憲法保障之地位問題，茲依司法院大法官所臚列之題綱，以本人之專業，就我國憲法、釋憲實務及比較法觀點，提出意見供大院酌參。

本次言詞辯論爭點題綱，雖然僅列出黨產條例第 2 條、第 4 條第 1、2 款、第 8 條第 5 項前段及第 14 條是否違憲作為違憲審查及言詞辯論討論範圍，然而現行大法官釋憲制度屬於抽象法規審查，屬「客觀訴訟」，旨在「維護客觀憲法規範秩序」¹，違憲審查職司者未必完全侷限於聲請人聲請意旨中所指摘之法條，釋憲機關亦得審查整個法律案的各個條文，同時也未必完全侷限於聲請人所提理由之拘束，而得一定程度地決定其審查之範圍。故縱使聲請人未提及，但與聲請案件所涉之規範，即與系爭規定之適用有「重要關聯」者，應可一併納入進行審查²，如釋字第 445 號解釋理由書指出：「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」，此外，之後的釋字第 530 號（處理司法院有無規則制定權，以及司法院在憲法上定位）、第 664 號（處理少年事件處理法就常逃學逃家虞犯少年收容感化教育）、第 709 號（都市更新條例之正常行政程序）、第 739 號（市地重劃之正常行政程序）、第 781、782、783 號（軍公教退休金改革案）、第 785 號解釋皆有先例。可見，未經聲請人聲請，但與聲請案件所涉規範具有「重要關聯性」之規範，亦得一併納入審查。為求論述之完整，本人會就其他具有「重要關聯性」之規範，一併納入本次各該爭點題綱討論，合先敘明。

貳、黨產條例第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定部分

提綱(一)：以法律位階規範之黨產條例，設置不當黨產處理委員會（下稱黨產會）認定並處理政黨及其附隨組織之不當取得財產，是否就憲法保留之事項而為規範？

本鑑定意見認為，爭點題綱（一）是在探討「政黨在憲法上之地位問題」及「處理合憲政黨黨產之憲法依據」。按黨產條例第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定，行政院下設黨產會，依第 8 條第 5 項及第 14 條對於政黨、附隨組織及其受

¹ 法治斌、董保城，憲法新論，7 版，元照，2020 年 3 月，頁 522；我國釋憲實務上用語不一，然皆指涉此等基本理念。

² 翁岳生，憲法之維護者—省思與期許（主題演說），收錄於廖福特主編「憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊）」，中研院法律所，2009 年 7 月，頁 77 以下；法治斌、董保城，同註 1，頁 522。

託管理人不當財產享有主動調查、返還、追繳、以及作成推定為不當取得財產之處分，並以聽證程序為之。此關乎政黨在憲法上之地位、政黨國原則、我國民主政治健全與政黨政治之存續，即憲法第 2 條國民主權原則、第 7 條之平等原則（黨派平等下之機會平等原則）、第 11、14 條結社表現自由、以及憲法增修條文第 5 條第 5 項大法官對違憲政黨之審查，以下從政黨在我國憲法上地位與黨產處理之關聯分析。

一、比較憲法上規制政黨屬憲法保留事項

「憲法保留」(Verfassungsvorbehalt) 是德國憲法學上之用語，釋字第 384 號解釋理由書稱「凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留範圍」；釋字第 443 號解釋理由書亦謂「內容屬於憲法保留之事項，縱令立法機關亦不得制定法律加以限制」，違警罰法先後兩次因牴觸憲法保留原則而違憲。就字面上理解，「憲法保留」的意思是「保留給憲法」，更精確地說是「保留給憲法自行規定」，即「保留給制憲者或修憲者去規定」的意思。就已生效運作的成文憲法而言，通常可以在憲法上找到憲法保留規定，如我國憲法第 8 條人身自由或第 45 條總統、副總統候選資格等諸多條文。

若欲使憲法與時俱進，有時必須對憲法進行修訂或增刪，但在憲法未曾明文規定的情況下，哪些欲新增的事項應屬憲法保留事項，則有賴透過憲法解釋予以釐清，一方面要有比較法的視野，另一方面須遵從我國憲法體系脈絡，包含解釋憲法在內的所有法律解釋行為是否需要參照外國法制？端視被解釋法規範本身之屬性；如果被解釋之法規範是外來移植，或深受外國法之影響（例如我國憲法），或其具有普世性之人權領域，則重視「比較法原則」或「比較解釋」做為重要解釋指導原則³。尤其本案涉及之政黨規制與轉型正義事項，是完全移植德國法制之產物，更需參照德國法的相關規範情形，作為比較參照的基準。

一個民主法治國，如欲特別制定限制或剝奪政黨權利的法規範，一定要有最嚴謹且堅實的規範基礎，即憲法保留與憲法明確授權。事實上，規制政黨的立法

³ 詳見陳淳文，論憲法解釋原則，中研院法學期刊，2019 特刊 2，2019 年 12 月，頁 180 以下。

行為，可能會出現的最大弊病在於其很容易成為政黨鬥爭的工具：執政黨透過立法行為來抑制，甚至消滅反對黨，而立憲主義者制定成文憲法的目的之一，就是要以憲法對抗一時的國會多數，避免執政黨藉由擁有國會多數而為所欲為，例如納粹時期德國國會的諸多立法惡行。為達此目的，憲法保留與憲法明確授權等兩項要求，成為確保人民結社自由與政黨自由發展的重要基礎。而其中攸關政黨權利最重要的事項，如政黨之解散，乃屬憲法保留範疇；至於其他較次要的事項，如強制政黨財務公開等其他限權性規範，則可在憲法明確授權的前提下，由立法者透過法律予以補充⁴。

以歐洲的情形來看，憲法出現「政黨」一詞，首見於冰島 1944 年 6 月 17 日憲法第 31 條第 3 項：「基於選舉結果所分配之席次，必須盡可能地符合政黨基於其所獲選票所反應的代表性」⁵；二戰後之歐洲各國新憲法開始將政黨入憲，其原因不外三端⁶：歐洲國家在 20 世紀上半葉逐次擴大選舉權，民主體制乃透過普選制度逐步轉型成大眾民主；在大眾民主體制下，政黨成為選舉的介面，成為人民與政府間的橋樑；國會內部也因多元政黨的存在，必須考慮席次之分配、黨團的成立條件，乃至立法程序中政黨之角色與不同政黨互動之規範等問題。冰島憲法正是為處理國會席次分配問題而於憲法中論及政黨。

另外，由於納粹黨、法西斯黨與共產黨的崛起，對於民主體制尚不穩固的歐陸國家而言，無疑是極大挑戰。這些政黨不僅導致民主崩潰，甚至釀成巨大戰爭災難。故戰後的制憲者，特別如德國或義大利等飽受此類政黨摧殘的國家，在其新憲法中將政黨納入規範，並特別強調民主原則的重要性，以防止政黨再次摧毀民主體制。例如義大利 1947 年新憲法過渡條款第 12 條規定：「任何形式的法西斯黨不得重新再組。」同憲法第 49 條規定：「所有人民在民主規則之下，得自由組成政黨。」又如德國 1949 年基本法第 21 條規定：「一、政黨應參與人民政見之形成。政黨得自由組成。其內部組織須符合民主原則。政黨應公開說明其經費與財

⁴ 陳淳文，憲政民主體制之政黨規制：國際準則與中華民國政黨法制比較，政治科學論叢，第 75 期，2018 年 3 月，頁 121。

⁵ 該條文於 1984 年修憲被更改至憲法第 31 條第 4 項，其內容雖經修改，但對政黨的規範精神相同。

⁶ 以下參照陳淳文，同註 4，頁 109-111。

產之來源與使用。二、政黨依其目的及其黨員之行為，意圖損害或廢除自由、民主之基本秩序或意圖危害德意志聯邦共和國之存在者，為違憲。至是否違憲，由聯邦憲法法院決定之。三、其細則由聯邦立法規定之。」法國雖然沒有出現納粹或法西斯黨，但法國共產黨十分活躍，並與共產國際關係密切。戰後 1946 年的第四共和憲法雖想規範政黨，但為左派政黨所反對而未為規定。直到 1958 年法國第五共和憲法第 4 條才規定：「政黨及政治團體促成選舉民意之表達。其組織與活動均屬自由。政黨及政治團體必須尊重國民主權原則與民主原則。」⁷再者，脫離獨裁政黨體制而走向民主化的新憲法，基於過去一黨獨大時期其他政黨皆被抑制的歷史經驗，新憲法特別強調政黨地位、自由組黨之權利與民主原則。例如西班牙 1978 年憲法第 6 條規定：「政黨表達政治多元主義，它們協助人民意志的形成及其展現，它們是政治參與的基本工具。在尊重憲法與法律的前提下，政黨得自由地組成並自由地活動。政黨的內部組織與其運作皆須以民主方式為之。」

可見，基於各國不同的歷史經歷與憲政傳統，論者將政黨入憲的規範方式歸納為以下三種類型⁸：第一類是因為普遍選舉制度與國會運作需求而在憲法中提及政黨，主要規範的內容通常涉及席次分配、議事程序中之政黨角色，以及相關政黨補助事項。第二類則是以防衛性民主概念為訴求，主要關懷政黨在議會外之行為，其規範重心強調政黨必須遵守自由民主憲政秩序，政黨內部必須依循民主原則，政黨財務必須公開透明，並制定解散政黨之要件與程序等。第三類則以保障結社自由與表意自由為出發，強調組黨及政黨活動之自由，使得政黨得以合法存在與運作，民主體制因之而得以存立。總之，不論是何種類型的規範方式，都必須在憲法上呈現最重要的規範事項；而前述德國基本法的規範模式，就是以防衛性民主為規範目的，憲法上所直接規範的重要事項包括：黨內民主原則、財務公開原則與違憲政黨解散之規範等。

⁷ 葡萄牙 1976 年 4 月 2 日憲法第 10 條第 2 項的規定內容，與法國憲法此條文十分相近。其內容為：「政黨在尊重國家獨立原則與政治民主原則的前提下，促成民意之形成與民意之表達。」

⁸ Biezen, Ingrid van., *The Place of Political Parties in National Constitutions: A European Overview*, Working Paper Series on the Legal Regulation of Political Parties, 2009, No. 1: <http://www.partylaw.lcidenuniv.nl/uploads/wp0109.pdf> (last visited 06/19/2020).

二、我國憲法對於「政黨國」圖像之形塑

(一) 我國憲法上之要求

在民主憲政中，「政黨」具有特殊且重要的地位。政黨作為國民政治意志中介者並參與其中，凝聚各種政治權力其行使者之不同意見，試圖在國家意志形成的範疇內加以貫徹，當代代議體制的意志形成程序，係以政黨的存在為前提，因為只有政黨才有能力聚集組織成參與選舉的政治行動單位⁹，亦即民主政治過程中之言論、選舉、議會 (parliament)、內閣 (Cabinet) 等如欠缺政黨，則無法發揮功能，可謂民主憲政國家即「政黨政治民主」、「政黨國家 (Parteienstaat, Party-state)」¹⁰。政黨既然為民主憲政中不可或缺之要素，政黨法制完善建構是鞏固民主，提升法治之重要關鍵。根據「以法律強化民主之歐洲委員會」(The European Commission for Democracy through Law, 簡稱「威尼斯委員會」: The Venice Commission of the Council of Europe) 於 2010 年第 84 次全會中所提出之報告，認為政黨法制之建構必須符合以下十項原則：1、結社自由原則 (Right of individuals to associate)：人民有享有組成或不組成、參加或不參加政黨之自由，國家有義務防止任何外來或其他第三人之干涉；2、國家保護個人結社自由權利之義務 (The state's duty to protect individual right of free association)；3、合法性 (Legality)；4、比例原則 (Proportionality)；5、不歧視原則 (Non-discrimination)；6、平等對待原則 (Equal Treatment)；7、政治多元主義 (Political Pluralism)；8、良好之政黨立法管理原則 (Good Administration of Legislation Pertaining to Political Parties)；9、權利遭受侵害時有效救濟原則 (Right to an Effective Remedy for Violation of Rights)；10、課責原則 (Accountability)¹¹。

⁹ 法治斌、董保城，同註 1，頁 39；蕭文生，國家法 (I) -- 國家組織篇，元照，2008 年 7 月，頁 198；林佳和，憲法民主國原則的教條與挑戰，月旦法學雜誌，第 264 期，2017 年 4 月，頁 25。

¹⁰ 程明修，國家法講義 (一) — 憲法基礎理論與國家組織，1 版，新學林，2006 年 10 月，頁 166；法治斌、董保城，同註 1，頁 39。

¹¹ 此委員會是歐洲委員會有關憲法問題的諮詢機構，在 1990 年 5 月由 18 個國家參加組成，至今已有 61 個會員國，五個觀察員國家。該委員會每年在威尼斯召開四次會議，議決各類報告及諮詢意見。其在 2010 年 10 月 15-16 日第 84 次全會所通過之「政黨規制之指導原則」中，臚列了有關政黨規制不可或缺之十項原則。See generally, Guidelines on political party regulation, in OSCE/ODIHR AND VENICE COMMISSION, CDL-AD(2010)024:

我國憲法本文僅使用「黨派」一詞，如憲法第 7（黨派平等）、80（法官超出黨派獨立審判）、88（考試委員超出黨派獨立行使職權）、138（軍隊超出黨派）、139 條（禁止黨派以軍隊作為政爭工具），未曾出現「政黨」。後來多次修憲後的憲法增修條文雖加入席次分配門檻與「防衛性民主（wehrhafte Demokratie）」—政黨違憲解散制度，但無其他規制內容。然過去透過修憲方式將政黨規範事項入憲，一方面符合事物之本質，另一方面也與此處之移植參照對象，也就是德國基本法，若合符節。德國法在其基本法上明定政黨規制事項，特別是涉及限制政黨權利的部分，也就是政黨必須公開經費收支與財產情況的限權性規定，乃是透過修憲的方式增列於基本法第 21 條第 1 項之內。基於這些憲法規定與憲法明確授權，德國聯邦國會才進一步制定政黨法¹²。德國聯邦憲法法院先後將政黨定位為「憲法機關」或「憲法上制度」，即顯示政黨在憲法上有其特殊地位，故規制政黨乃屬憲法層次之位階，與一般立法行為截然不同。

我國在 1990 年代全面民主化以前，是由人民團體法來規制政黨。但正是因為人團法僅具法律位階，對於當時的在野黨民主進步黨（下稱民進黨）通過台獨黨綱，有牴觸人民團體法第 2 條之疑慮¹³，執政黨卻不敢依法由內政部解散民進黨，才於 1992 年第二次修憲全盤移植德國基本法第 21 條政黨違憲解散規定。既然過去乃以修憲方式處理政黨規制問題¹⁴，本件涉及合憲政黨財產處理，自當由憲法規定或者憲法明確授權為依據，方得為之，倘若立法者透過法律（黨產條例）來限

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)024-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)024-e), 9-11 (last visited 06/04/2020)；類似見解，參陳淳文，同註 4，頁 119-125（亦參考該委員會臚列以下幾點政黨法制之建構標準：1、政黨結社自由；2、一定事項之規制，必須符合憲法保留及憲法明確授權；3、憲法第 23 條比例原則；4、憲法第 7 條政黨機會平等原則、政黨公平競爭原則；5、多黨政治—多元政黨原則；6、監督機關獨立性、專業性原則，其組成上更要求須具備民主正當性；7、即時有效救濟—賦予政黨獲立即司法救濟之機會；8、課責原則。

¹² 沈玄池，德國政黨經費來源之研究，歐美研究，1993 年，第 23 卷第 1 期，頁 48-49。

¹³ 1989 年 1 月 20 日修正公布之舊人民團體法第 2 條規定：「人民團體之組織與活動，不得違背憲法或主張共產主義，或主張分裂國土。」

¹⁴ 例如司法院釋字第 721 號解釋有關增修條文第 4 條第 2 項有關分配席次之門檻規定，大法官在此號解釋理由書第三段謂：「至系爭憲法增修規定二關於百分之五之政黨門檻規定，雖可能使政黨所得選票與獲得分配席次之百分比有一定差距，而有選票不等價之現象。惟其目的在避免小黨林立，政黨體系零碎化，影響國會議事運作之效率，妨礙行政立法互動關係之順暢。何況觀之近年立法委員政黨比例代表部分選舉結果，並未完全剝奪兩大黨以外政黨獲選之可能性，是系爭憲法增修規定二有關政黨門檻規定，既無損於民主共和國與國民民主權基本原則之實現，而未變動選舉權及平等權之核心內涵，即應屬修憲機關得衡情度勢，斟酌損益之範疇，自未違反上開自由民主憲政秩序。」

制人民結社自由與財產權等，其必然無法通過憲法第 23 條之檢驗。因為在憲法第 23 條得以限制權利的理由中，僅有「增進公共利益」可資運用於黨產條例。然而此概念實在過於寬泛、不明確，留下太大的立法裁量空間，特別是以如此抽象的「轉型正義」作為立法目的之黨產條例更極具爭議性，尤其在政治敏感性最強的政黨領域，欲以此理由作為限制政黨權利的基礎，特別容易引發紛爭¹⁵。若從我國憲法的規制架構來看，可以清楚看出政黨不同於一般社團，其已具有特殊的憲法地位。人民團體法對於社團的設立目的與其行為並無特別規制，人民團體只要沒有違反法令、章程與妨害公益之行為者，即不會遭主管機關強制解散¹⁶；但政黨之目的與行為卻受憲法規範，違反者即可能被宣告為違憲政黨而遭到解散。試問連政黨之目的都屬憲法保留事項，由憲法增修條文自行規範，其他嚴重侵害政黨權利之事項，豈能僅由法律規範即已足矣？

事實上，憲法第 14 條結社自由的保障範圍除了設立、加入與否之自由外，亦包含結社目的與行為之自由，包含自主組織權、自主運作權與經濟自由權。詳言之，我國憲法第 11、14 條結社表現自由，承認政黨有促進合理之政治社會活動功能，維持民主多元社會正常發展（釋字第 509、644、678、734、756 號解釋參照），並據以形成多黨政治¹⁷；同時結社自由與經濟性權利具密切關聯，即追求與捍衛其經濟利益之權利，包括從業自由、營業自由與財產權等。另外，我國憲法第 7 條特別明定「黨派平等」之要求，不但凸顯出我國制憲者相較於其他團體賦予政黨的特殊憲法地位¹⁸，宣示是我國憲法保障黨派平等、還政於民，奠定政黨政治之基礎；其中，平等原則更要求「政黨平等對待」及「機會平等原則（Grundsatz der

¹⁵ 這也是違憲政黨解散為何需入憲的原因。如果不寫入憲法，握有國會多數的執政黨可以輕易地以為維持社會秩序或為增進公共利益所必要而立法限制在野黨的成立與其發展，以及可以輕易解散具威脅性之在野黨。此外，林子儀大法官在釋字第 644 號解釋協同意見書第中曾指出：「人民團體法第 2 條依其立法史料所示，該條之立法目的應係在維護國家安全，惟維護國家安全，實係相當空泛之概念，尚難予以審查其合憲性。」

¹⁶ 人民團體法第 58 條參照。另人民團體法第 35 條及第 39 條分別規定職業團體與社會團體之設立目的，但並無違反設立目的即可被主管機關予以解散之規定。

¹⁷ 法治斌、董保城，同註 1，頁 47；程明修，同註 10，頁 166。從憲法第 11、14 條也可以看出，我國制憲者是基於多黨政治的立場觀點得出此一要求。亦即憲法第 14 條保障人民組成政黨之自由，必然導出多黨政治或多黨體系。類似見解，參見蔡宗珍，我國憲政體制下政黨的定位、發展及其危機，收錄於氏著「憲法與國家（一）」，元照，2004 年 4 月，頁 208。

¹⁸ 許志雄等，現代憲法論，2 版，元照，2008 年 10 月，頁 268（蔡宗珍執筆）。

Chancengleichheit)」，任何政黨機會均等，不得享受任何特權，並在選舉時享有同等機會來取得國家權力¹⁹。

再者，從我國已將之國內法化的聯合國公民與政治權利公約第 22 條第 2 項規定來看有關結社權的限制：「除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共秩序、維護公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使。」此規定與我國憲法第 23 條「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」規範方式相近，不同處僅在該條沒有「增進公共利益」要件。換言之，公政公約允許限制結社權的目的都是為了「去除或防止危害發生」，而不能僅為了抽象的「增進公共利益」而限制結社權。類似的規定也見於歐洲人權公約第 11 條第 2 項：「除法律所規定外，以及在民主社會中為了國家安全或公共安全，為了防止混亂或犯罪，為了保護健康或道德，或為保護他人的權利與自由所必要者外，不得對結社權之行使施加任何限制。」歐洲人權法院對此條文適用於政黨管制領域的穩定見解是：該條所提之例外可以限制結社權的情況，必須採取嚴格限縮解釋，僅有非常充分且具說服力，並且是不得不為之理由，才能合法設立結社權之限制措施。在此領域，國家僅有非常有限的裁量空間²⁰。以前述兩項國際公約來看政黨規制，當為了維護國家安全與公共秩序，保障他人自由與權利等理由，才能立法規制政黨。若以此為標準，則為了「建立政黨公平競爭環境、健全民主政治，以落實轉型正義」而介入政黨財務之立法行為，理由顯然不夠充分，除非憲法本身有明文規定。這也就是為什麼德國必須透過修憲程序後，才能立法介入政黨財務領域。

早在 1980 年代至 90 年代，我國憲法及釋憲實務即肯認政黨在憲法上定位。在動員戡亂終結前，1990 年作成終結「萬年國大」之釋字第 261 號解釋明示：「依憲法之精神...，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運

¹⁹ 法治斌、董保城，同註 1，頁 38、47、351-352；程明修，同註 10，頁 169-170；蕭文生，同註 9，頁 202。

²⁰ CEDH, 13 fév. 2003, Refah et autres c. Turquie, para. 100.

作。」此號解釋亦促成 1991 年第一次修憲，該次修憲採行「政黨比例代表選制」，大幅提升了政黨在選舉程序中之地位；之後憲法增修條文第 4 條第 2 項的立法委員全國不分區代表及僑選代表亦明定以「政黨比例方式選出之」；釋字第 331 號解釋亦指出：「依中華民國憲法增修條文第四條規定，僑居國外國民及全國不分區之中央民意代表，係按該次選舉政黨得票總數比例方式產生，...此種民意代表如喪失其所由選出之政黨黨員資格時，自應喪失其中央民意代表之資格，方符憲法增設此一制度之本旨。」都在在顯示政黨於國家意志建構上扮演特別角色，以及在政治領域中實際影響力²¹。

我國自 1992 年第二次修憲仿效德國基本法第 21 條，以憲法明定構成違憲政黨要件（其行為及目的危害中華民國自由民主憲政秩序）及解散之特殊處理程序，這種憲法保留之事項，不但彰顯政黨在憲法上不同於一般的人民團體是本於結社自由而形成、或在違反法規隨時都可能被主管機關解散，可見政黨顯然受到憲法特殊的存續保障，並將此將政黨解散之認定專屬保留給司法院大法官組成之憲法法庭，就「存續保障」而言，政黨在此享有「政黨特權（Parteienprivileg）」²²；另外，作為憲法賦予「政黨特權」之規定，這條同時代表國家權力機關無權另行定義或判斷何謂「違憲政黨」，憲法明白限定只有司法院大法官組成憲法法庭可以審理、處理政黨違憲事由（憲法法庭的獨佔權！），一般行政機關是無權決定該政黨是否違憲而得依法解散，可見此憲法規定國家如果要對政黨原基於憲法第 14、23 條進行干預時，受到「憲法保留」之限制，劃定出有別於一般人民團體之人民進行政黨行為活動時不受國家恣意侵害其（政黨結社）自由領域及界限²³。

（二）憲法保留與政黨財產處理之關聯性

從前述憲法保留概念及政黨法制之要求，政黨具有形塑自由民主憲政秩序之重要功能，但也正因政黨扮演反映多元民意之重要角色，有關「政黨權利之限制」—

²¹ 蔡宗珍，憲法、國家與政黨—從德國經驗探討政黨法制化之理論與實踐，收錄於氏著「憲法與國家（一）」，元照，2004 年 4 月，頁 170。

²² Alfred Katz, Staatsrecht, 1999, 14. Aufl., Rn. 280; Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2010, 6. Aufl., § 11, Rn. 22; 蔡宗珍，同註 21，頁 171；釋字第 721 號解釋陳新民大法官協同意見書，頁 12。

²³ 蔡宗珍，同註 17，頁 207。

特別是針對「合憲政黨財產之處理」是否要具備憲法保留？抑或僅須「國會過半數通過之法律依據」即足？從上開憲法條文來看，政黨勾勒出我國憲法民主政治的圖像，其組成、以及如何運作、以及財產如何運用，攸關政黨體制是否得以順利發展、民主制度得否健全；再者，政黨財產是一個政黨運作之基石，是政黨政治順利運作所不可或缺之要件，如以立法剝奪黨產之運用及處理，不僅會扼殺政黨運作，剝奪黨員之工作權及財產權，甚至因扼殺政黨運作，成為執政黨操控之工具，進而使我國憲法政黨秩序「窒息」，此絕非制憲者建構政黨國時所樂見，更根本違背當代立憲主義精神。憲法保留之意義，在於面對此種攸關民主體制存續之政黨制度，不容淪為國會一時之禁臠，否則如以法律規定，則將會造成執政黨利用國會多數的實力，通過法律來抑制甚至消滅處於競爭狀態之在野黨²⁴。

本件黨產條例對於政黨財產之處理，以異於一般舉證責任原則例外透過推定立法例認定不當取得財產，並要求於一定期間內移轉為國有（黨產條例第 6 條參照），迫使各該政黨面臨過往已久至今所受僱的職工累積之勞退費用之追討，迄今有已完成法院訴訟面臨強制執行²⁵。各該政黨未來運作已陷入斷炊窒息，如何期待黨產條例具有完成建立政黨公平競爭之環境之立法目的？倘若非要處理「合憲政黨」過去取得之財產以建立政黨公平競爭環境，就須有憲法層次之依據。

從比較憲法的角度，亦可證明此一觀點：統一後德國處理過去德意志民主共和國（即東德，Deutsche Demokratische Republik，下稱 DDR 或東德）各政黨及其附隨組織之財產之法源依據，主要是根據東西德於 1990 年 8 月 31 日簽訂的「兩德統一條約（Einigungsvertrag）」之規定。早在兩德統一之前，東德於 1990 年 3 月 18 日第一次（也是唯一一次）經由民主自由的選舉產生國民議會（Volkeskammer），並於同年 5 月 31 日修訂過去由「德國統一社會黨（即東德共

²⁴ 陳淳文，同註 4，頁 113。

²⁵ 例如國民黨因為財務困窘，於 2017 年大量解僱黨工，雖然已經給付符合勞動基準法之資遣費，仍尚餘「優於勞基法」之剩餘款項沒有給付，部分遭資遣之黨工（17 位），因認同國民黨理念，共同向台北地院聲請強制執行中投之股利，債權金額共計新台幣 23284779 元，參臺北地方法院 107 年度司執字第 66327 號強制執行事件、臺灣高等法院 108 年度抗字第 1560 號民事裁定。另外企業工會等人陸續向各地方法院聲請查封國民黨不動產（包含多處地方黨部），之後國民黨為避免其不動產遭法院查封後拍賣，而造成其地方黨務無法運作，聲請執行法院盡速發予債權人支付轉給命令。

產黨，Sozialistische Einheitspartei Deutschlands，SED，以下稱 SED）」²⁶當時所主導之「東德政黨暨政治團體法（Gesetz über Parteien und andere politische Vereinigungen，ParteiG-DDR，即東德政黨法，以下稱之）」，增訂了第 20a、20b 兩條規定，並以此開始著手處理東德各政黨、各種從屬於政黨之組織、法人以及群眾組織的財產清理問題。而後兩德簽署「統一條約」，並約定對於過去東德政黨及相關組織財產處理之程序其要件，其中，依據兩德統一條約第 8 條之規定，當東德併入德意志聯邦共和國（Bundesrepublik Deutschland，BRD，當時之西德，即現在的德國）後，德意志聯邦共和國的政黨法（Parteiengesetz）擴大適用於德東地區；而東德原有之政黨法，除了第 20a、20b 條規定繼續有效外，其他規定自動失效，而第 20a、20b 條規定正是有關黨產處理之部分，並在兩德統一條約當中規定許多新的處理準則²⁷，其中包括若東德各政黨及所屬附隨組織所取得之財產，無法舉證證明其係符合德國基本法所定之實質意義法治國者，該財產將歸還原所財產權人，若仍無法歸還者，則作為德東地區經濟重建之經費²⁸。兩德統一條約第 8 條第 2 項如此之規定，是具有「憲法性的條約（Verfassungsvertrag）」，東德憲法廢止之後由西德基本法（即現在的德國基本法）以憲法地位取代²⁹，足見德國如此作法就是要以憲法位階來處理舊體制的東德各政黨違反實質意義法治國取得財產，來確保政黨競爭機會公平；東德時期之政黨，尤其是 SED，之所以取得眾多財產，正是因為其濫用權力地位而得來，為致力於消除舊體制下所遺留下來的政黨機會不平等狀況，以保障民主體制下之政黨政治公平競爭空間³⁰，以特別具有憲法性條約之兩德統一條約規範黨產之處理及程序。而台灣與德國間最大的不同，在於台灣沒有消除舊體制之問題，台灣是逐步朝向民主法治發展轉型階段，東德則是統治

²⁶ SED 後來改組為民主社會主義黨（Partei des Demokratischen Sozialismus，PDS）。

²⁷ 詳參兩德統一條約第 2 項附件二第三章事項 A（Kapitel II Sachgebiet A Abschnitt III Anlage II）

²⁸ 蔡宗珍，德國統一後處理東德時期黨產之法制析論，月旦法學雜誌，第 79 期，2001 年 12 月，頁 109。

²⁹ Klaus Stern, Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts : die Verfassungsentwicklung vom Alten Deutschen Reich zur wiedervereinigten Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, Beck, München 2000, S. 1977.

³⁰ 蔡宗珍，同註 28，頁 109。

階級堅守社會主義烏托邦思想，不曾有轉型為民主法治國思想³¹。在德國處理東德財產皆有憲法位階的兩德統一條約為基礎，對於處理合憲的國民黨之黨產，難道不需有憲法位階的規範依據嗎？德國處理黨產，並將此程序規範納入兩德統一條約之規定，正是基於政黨公平競爭而來，蓋黨產之運用及處理，攸關政黨公平競爭此一憲法原則能否被落實，而政黨公平競爭，更與憲法建構之政黨政治、多黨體制重要基石，如何透過憲法來塑造公平的政黨競爭環境，是憲法民主政治能否和平發展之關鍵議題。尤其是對於一個曾經長期執政之政黨合法或非法累積巨額之經濟資產，與掌控龐大的國家資源，在和平轉型至多黨競爭之國家，要如何處理其財源與黨產，塑造一個公平競爭之政黨環境，依學者黃世鑫之見解，這已經是政黨政治能否被落實之憲法層次問題³²。故而對於政黨財產之重大限制及影響，避免破壞憲法所建構之政黨政治及政黨公平競爭，其相關處理及運作，必須要有憲法明文具體授權始屬合憲。正如學者黃銘輝剝切指出，修憲固然是一種高度動員之憲法政治活動，如果一旦國會特別多數與人民複決通過修憲，全民皆曰戒嚴時期專制政黨可殺，這恐怕已非法律事項所能遏止的問題了³³。

再者，我國釋字第 451、291 號皆指出：「時效制度係為公益而設，依取得時效制度取得之財產權應為憲法所保障」，既然這種基於時效取得之黨產為憲法所保障，是否可以僅用國會簡單多數（立法院過半數）通過立法之黨產條例第 3 條，一概不適用其他法律有關權利行使期間之規定，已非無疑³⁴。透過黨產條例掏空受

³¹ Christian Starck, Rechtsprobleme des taiwanesischen Parteivermögensgesetzes vom 10. August 2016—Rechtsgutachten im Auftrage des China Youth Corps, S. 13; Christian Starck, 臺灣於 2016 年 8 月 10 日公布之政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例相關法律問題受中國青年救國團委任出具之專家意見書（中譯），頁 9。以下援引以中譯版為主。

³² 黃世鑫，政黨重建抑或政黨公平競爭—評中國國民黨黨產之處理兼論政黨財源問題，月旦法學雜誌，第 92 期，2003 年 1 月，頁 77-78。

³³ 黃銘輝，走向「形式兩黨制的實質多黨制」—促進臺灣政黨政治健全運作的法制構想，政大法學評論，第 155 期，頁 94；其在該文註 92 指出，這些為追究國民黨威權時期諸多行為責任所力推之轉型正義相關立法，不但為面臨到憲法個案立法禁止原則之挑戰外，而且我國已經歷經三次政黨輪替，今日推動轉型正義立法之正當性，自須嚴肅檢驗，這種轉型正義之立法，並非不可為，只是形式上應以獲得憲法規範的明文具體授權為宜，如此才能有助於緩和執政黨借助通常立法程序，以轉型正義為名，行整肅敵對政黨之實之指摘。

³⁴ 參照黨產條例第 3 條立法理由：「本條例係以特別立法方式處理政黨、附隨組織及其受託管理人不當取得之財產，由於該等財產取得之行為距今時日久遠，依現行法律規定，或因時效消滅或因除斥期間，已無法要求返還該等不當取得之財產，受害人亦無法請求回復權利，爰明文規定本會對於不當取得財產之處理，排除其他法律有關權利行使期間之規定，例如民法、土地法等法關於請求權

憲法保障之因時效取得之財產，除必須受到嚴格審查之檢驗外，更必須要有憲法層次之依據，始得為之。

三、爭點題綱一、(一)之回應

從我國憲法學及參酌統一後的德國對於前東德政黨財產以具憲法位階之「統一條約」為處理依據觀之，本鑑定意見認為，這種限制合憲政黨黨產及資產處理行為，攸關政黨公平競爭之憲法原則，以及對於政黨結社自由之保障，應符合「憲法保留或憲法明文授權依據」之要求；有關政黨財產的移轉、禁止等事項，對政黨存續有重大影響者，屬憲法保留事項，立法者為制定相關政黨法制以及政黨財產之處理，自當以憲法所設之框架性規定或授權規定為之。從黨產條例之立法目的，相較於政黨法又更為特殊，其係以轉型正義為目的處理「過往非常時期之非常態威權體制」之黨產取得問題，會陷於是否有個案立法違憲性之問題外（也就是大院所詢問之爭點題綱二部分），甚至是有對現存過去威權轉型成民主政黨之溯及究責之爭議，因此本鑑定意見認為，黨產條例此類針對特別時期、特殊個案且爭議極大之特別立法，對於法安定性原則（法律禁止溯及既往原則、信賴保護原則）及政黨公平競爭（憲法第 1、7 條）會造成不可回復之重大破壞，自須嚴肅檢驗，至少要有憲法明文之授權依據，否則未來國會多數黨以其執政優勢，利用其掌控行政或立法之權力來行政治鬥爭，不僅造成多黨政治之扼殺、窒息，更讓憲法所形塑之自由民主憲政秩序瀕臨破毀。因此，從黨產條例第 1 條之立法目的、憲法對於政黨國之構思，以及政黨在我國憲法上所具備之特殊地位來看，黨產條例以黨產會來處理政黨「違反實質法治國原則的不當取得」，直接清查處理其財產來源之憲法正當性，應屬憲法保留事項加以規定。

綜上所述，在沒有憲法本身規範或憲法明文授權的情況下，單以「建立政黨公平競爭環境、健全民主政治，以落實轉型正義」為立法理由對合憲政黨或其他人民團體財產進行規制的作法，在行政院之下設置黨產會，負責執行黨產之調查及處理，實際上已經影響合憲政黨之發展與存續，而非由憲法增修條文第 4 條第 5

消滅時效、取得時效及除斥期間等規定之適用。」

項明文規定，由司法院大法官組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散，實質上已與憲法保留有關³⁵，而又顯然與前述德國法及國際標準不符。除非透過修憲朝野政黨對於黨產條例有高度政治共識，否則此種立法行為極可能淪為執政黨打壓敵對在野黨的工具；故其不僅不能健全民主政治，反而是屬摧毀民主法治體制，侵害人民結社自由與財產權保障的違憲規範，應屬違憲。

提綱（二）依黨產條例第 2 條第 1 項規定，黨產會之組織，不受中央行政機關組織基準法之限制，是否違反憲法增修條文第 3 條第 3 項、第 4 項規定？

就提綱（二）系爭條例第 2 條第 1 項明定黨產會之組織排除中央行政機關組織基準法之限制，是否抵觸憲法增修條文第 3 條第 3、4 項之立法院制定行政機關組織框架法律之規定。本人鑑定意見如下：

一、黨產會組織定位與準據法

系爭條例第 2 條第 1 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。」立法理由指出：「不當黨產處理委員會職掌事項重大且具有特定任務，故宜有特別建制，而不受中央行政機關組織基準法規定之限制。」可見，黨產會任務重大且特殊（處理政黨及其附隨組織違反實質意義法治國原則而取得之財產），因此立法者特別立法將之排除適用中央行政機關組織基準法之規定；另外，同條例第三章就黨產會組織為框架規範，第 19 條第 3 項授權行政院訂定黨產會之組織規程，故行政院發布不當黨產處理委員會組織規程，臚列有關黨產會之相關職權。

由此可見，黨產會是以系爭條例作為其組織法依據，屬於行政院下設之具有獨立性之合議制機關³⁶，各該委員必須依法獨立行使其職權。惟其作為超然獨立、

³⁵ 同說，詳參黃俊杰，政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例之法律適用—關於黨產會針對「救國團」補充調查報告之法律意見，人權會訊，第 128 期，2018 年 5 月，頁 17。

³⁶ 官方稱不當黨產委員會為「三級獨立行政機關」，參見全國主計機構系統圖暨行政院所屬機關主計機構系統圖，行政院主計總處，組織職掌與人力：<https://www.dgbas.gov.tw/public/Attachment/91091144463HCL2DJO.pdf>（檢索日期 2020 年 6 月 16

公正行使職權之合議制機關，其組織及人事任命必須符合我國憲法相關條文及權力分立原則。憲法增修條文第 3 條第 3、4 項授權立法者制定行政機關組織設置編製之準則性法律，惟立法者制定各該行政機關組織法時，仍應參酌憲法增修條文第 3、4 項及制憲目的。

二、憲法增修條文第 3 條第 3、4 項之修憲意旨

有關憲法對於行政機關之設立及建置，憲法第 61 條及第 137 條第 2 項規定，行政院之組織及國防之組織，應以法律定之；此外，中央法規標準法第 5 條第 3 款規定：「關於國家各機關之組織者」，應以法律定之，就這些中央各級行政機關（組織）之設立、整併、職掌及編制設定與調整等組織上相關事項，憲法明文規定納入應以法律規定之範疇，屬絕對法律保留，稱為「制度上之法律保留（institutioneller Gesetzesvorbehalt）」，在中央法規國家機關不論層級高低，其組織均應以法律加以規定，因此單從本條款之規定來看，我國對於行政機關之組織採取相當嚴格或高密度之法律保留，行政機關之組織權限幾乎所剩無幾³⁷；然這畢竟不同於憲法第 23 條之人民基本權限制之法律保留原則（干預保留），在權力分立原則及行政組織運作下採如此嚴格且幾乎全面性之法律保留，不但沒有憲法明文，亦對行政效能構成妨礙，其正當性及必要性屢遭質疑³⁸。

為使行政組織事項功能最適地回歸行政權之決定權限範疇內，1997 年第四次修憲時，增訂憲法增修條文第 3 條第 3 項規定：「國家機關之職權、設定程序及總員額，得以法律為準則性之規定。」第 4 項：「各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之。」考其修憲原意，當初第三屆國民大會議程中，出自荆知仁、謝瑞智及許勝發等 133 人提出之修憲提案案號第一號，案由為：「為推動憲政改革，提升行政效率與國家競爭力，以因應總統、副總統直選

日)；另參監察院黨產條例聲請釋憲理由書，頁 4；蔡震榮，行政法概要，3 版，五南，2019 年 11 月，頁 130。

³⁷ 法治斌，董保城，同註 1，頁 72。

³⁸ 許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著「法與國家權力（一）」，2 版，元照，2006 年 8 月，頁 211；陳敏，行政法總論，9 版，2016 年 9 月，頁 175；詹鎮榮，政府組織改造第一講：中央政府組織改造：方案與一般法制框架，月旦法學教室，第 152 期，2015 年 5 月，頁 46。

後之政治情勢，爰依中華民國憲法增修條文第一條第三項第四款之規定，擬具憲法增修條文部分條文章案，提請公決案。³⁹當時提案是基於下列理由：第一，國家機關負責政策之擬定與推動，其內部之組織編制宜保持彈性，以發揮效能；第二，依外國法例，各機關之設立均須有法律依據，惟無須每一機關均有個別組織法，則能隨實際需要機動調整各機關之組織編制；第三，在授權行政部門得彈性調整機關組織後，為控制員額之膨脹，國家機關員額應以法律規範之，至於各個機關的員額，則授權主管部門決定之，以其能在法令範圍內發揮彈性功能⁴⁰。據此，修憲者將行政組織權之歸屬及行使，在一定範圍內由立法權往行政權位移與修正（也就是將行政組織權，部分劃歸給「行政權」領域），故而對於國家各機關之組織，不再如同過往依據中央法規標準法第 5 條第 3 款規定般，受嚴格之法律保留原則拘束。

在憲法增修條文第 3 條第 3 項所示之組織共同規範原則下，2004 年訂定「中央行政機關組織基準法」，作為建立中央行政機關組織共同規範之準則性法律（該條第 1 條參照）⁴¹；2010 年又制定「中央政府機關總員額法」，以作為管理中央政府機關員額之準則性法律⁴²，該法第 2 條規定行政院及所屬各級機關亦為該法規範對象之一，故現在有「中央行政機關組織基準法」及「中央政府機關總員額法」兩部具準則性之法律以規範中央層級行政組織。其中，又以「中央行政機關組織基準法」最具指標性，因為該法將中央行政機關之層級、種類、建制規模及標準、設立、調整、裁撤、權限、職掌及內部單位等議題，為一般性、準則性、框架性之規定。再者，該法主要乃以上述行政院組織改造推動委員會所決議之政府改造目標、方向及策略為圭臬而訂定及配合修正，與現階段之政府改造精神若合符節，

³⁹ 提案參見第三屆國民大會第二次會議實錄（上冊），國民大會秘書處，1998 年 3 月，頁 127。

⁴⁰ 參見第三屆國民大會第二次會議修憲提案，國民大會秘書處出版，1997 年 5 月，頁 16。

⁴¹ 中央行政機關組織基準法第 1 條立法理由：「一、本法依據中華民國憲法增修條文第三條第三項『國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。』及第四項『各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之。』之規定制定之。二、本法制定之目的，在於建立精簡、彈性、創新與具有應變能力之中央政府機關組織共同規範，以期增進其效能。」

⁴² 中央政府機關總員額法第 1 條之立法理由：「依據中華民國憲法增修條文第三條第三項規定，『國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。』及第四項規定，『各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之。』爰制定本法，以資適用。」

可謂政府組織再造法制化之產物⁴³。可見，憲法增修條文第 3 條第 3 項、第 4 項授權立法者就中央行政機關組織以法律制定準則性共同規範，讓各機關組織、編制及員額，受該準則性法律的框架性規定拘束。

三、中央行政機關組織基準法非「定於一」的絕對「基準」

從憲法增修條文第 3 條第 3、4 項之修憲意旨及中央行政機關組織基準法之立法目的來看，就是要讓組織法不再受嚴格法律保留及增加行政組織權之彈性與應變，這也表現在中央行政機關組織基準法第 2 條第 1 項但書之規定：「國防組織、外交駐外機構、警察機關組織、檢察機關、調查機關及海岸巡防機關組織法律另有規定者，從其規定。」換言之，該基準法本身並非全然「定於一」組織法上的絕對性基準，而是相對性基準。此外，憲法增修條文第 3 條第 3 項僅規定「國家機關之職權、設立程序及總員額，『得』以法律為準則性之規定」，條文既曰得，基於立法院為代表國民全體行使立法權，如立法院認為有必要另為特別建置，仍得另定組織法，故似難推論黨產條例第 2 條第 1 項規定黨產會不受中央行政機關組織基準法之限制，有明顯違反憲法增修條文第 3 條第 3、4 項之規定。

四、另為特別立法巧門惡例不足為訓

然而，黨產條例第 2 條第 1 項明文排除中央行政機關組織基準法之適用，在憲法意義上，是立法者破壞當初自己所設定之設置行政機關基本原則。中央行政機關之設置，以準則性法律制定之，立法者制定相關組織法時，依照中央行政機關組織基準法所要求之組織建制基本原則來制定法律。倘若立法者基於特殊重大事項及目的需設置特別機構處理特別議題，宜先直接修改調整中央行政機關組織基準法特殊機構設置之準則性規定，不修中央行政機關組織基準法直接排除，而另外特別立法（制定專法），此一「巧門惡例」一開，中央行政機關組織基準法將形同架空，更將造成組織體系之混亂⁴⁴。特別是現今民進黨於 2016 年 2 月終於在

⁴³ 詹鎮榮，同註 38，頁 47。

⁴⁴ 黨產會是中央行政機關組織基準法的獨立機關？或者只是一個獨立行使職權的合議制機關（三級機關），組織法上的定位頗具爭議性。參考爭點題綱一、（三）之論述。

立法院掌握過半數席次，千載難逢之機會，同年 7 月 25 日以超快速立法效率通過黨產條例⁴⁵，難免使人聯想執政黨抄近路抓緊機會教訓在野黨。此種明文排除中央行政機關組織基準法之立法，縱使沒有違憲，惟對於憲法增修條文第 3 條第 3、4 項及中央行政機關組織基準法所造成之負面衝擊，難以預期。

提綱（三）依黨產條例第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定，於行政院下設黨產會，由黨產會主動調查並經聽證程序作成認定附隨組織之處分，是否侵害司法權而違反權力分立原則？

依照黨產條例第 2 條規定，行政院下設黨產會，並依照第 8 條第 5 項規定，黨產會得主動調查政黨之附隨組織及其受託管理人，財產之來源取得方式、取得日期、變動情形及其對價；調查時並得封存、攜去、留置資料。而同條例第 14 條規定，黨產會依同條例第 6 條規定所為之處分（即不當黨產之認定及命相對人政黨及其附隨組織返還之行政處分），或第 8 條第 5 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」。此外，黨產會並得對其所推定不當之財產命禁止處分，對於違反者亦得依黨產條例處以高額罰鍰（第 27 條參照）。綜上，黨產會依黨產條例享有主動調查、認定、返還、追徵、權利回復等不問原權利人之意願，剝奪其依司法程序請求救濟之權。可見，黨產會是一個兼具行政權與司法權的混合性特殊行政組織，具有獨立廣泛的主動調查權與強制處分權，且可逕行作出剝奪或限制人民財產權的決定；本質上與權力分立原則相抵觸。此種具有獨立性、混合性之行政組織雖可見於現今民主法治國家，但必然有相當嚴格縝密的制度設計，以免損害權力分立原則。以下先從比較法的觀點來看此種混合

⁴⁵ 過去民進黨 2000-2008 年的陳水扁總統時期，總統與立法院的多數席次係由不同政黨掌控，稱「分裂政府（divided government）」。然 2016 年 1 月 16 日蔡英文以 689 萬 4744 票當選中華民國第 14 任總統，立法院民進黨更取得 68 席立法委員，並自同年 5 月 20 日起由同一個政黨同時掌控總統與立法院多數席次，稱為「政黨政府（party government）」。時任立委、曾任黨產會主委顧立雄更指出：「國民黨從 34 年以來不當取得的這些財產，早在動員勸亂時期終止的時候就應該要做一個清理了。我們跟東、西德合併當時的狀況的確不同，因為東德在被西德併了之後，馬上就做了應該要做的轉型正義的處理，我們卻比他們遠遠晚了幾十年。早該做、應該做而沒有做，這個責任在誰？答案非常、非常清楚。因為我們一直沒有辦法達到立法院的多數，沒有辦法好好地來通過這樣一部我們認為早就應該要做的合於轉型正義的法律。」參見立法院公報，第 105 卷，第 65 期，頁 284。

性組織之建置，再進一步檢討黨產條例。

一、確保機關獨立性是行政司法混合性組織之必要前提

在三權分立制度之下，行政權與司法權二者皆在執行法律，但行政權主要是「執行法律」，即將抽象法規範執行於具體個案並作出決定，故以「決定權」為主要任務；司法權亦是在具體個案中落實法規範意旨，但其作成之個案裁決具有「阻止權」特性，用來阻止行政權濫權決定或違法錯誤之決定；另外尚有「制裁權」之性質，用以處罰違法行為。一旦行政司法兩權混合在一起，自然會弱化原本欲透過權力分立制度而產生的制衡效果，必須謹慎為之。尤其若此類混合性組織之權限影響人民權利甚鉅，則強調其獨立性成為其不可或缺的組織特徵。此外，基於此類混合性組織的權力屬性，很難將其納入單一權力部門，視其為純粹的司法權之組織或行政權之組織，歐陸的檢察官體系或是美國法上的獨立管制機關正可呈現此類組織難以歸類的混生特質。故不論在組織隸屬上如何歸類，此類組織之獨立性必然成為其與其他機關最重要的區別基礎；例如檢察體系在組織上隸屬於行政權，但其並非一般行政機關，釋字第 392 號解釋將之稱為「廣義司法機關」。最後，由於此類權力混合性組織享有較大的權力範圍，確保其獨立性成為其不牴觸權力分立原則的擔保。

隨著行政任務日益多元，具權力混合性質的「獨立機關」亦隨之成長。論者分析歐陸國家創設此類組織之五項背景因素中，其中即有一項是「民主競爭與政黨輪替」，而創設此類組織之主要理由之一就是因「國家、政府及其行政機關失去公正性」⁴⁶，希望透過此類獨立組織來重建政府的公信力。而黨產條例所設置之黨產會涉入高度衝突競爭的政黨規制領域，不論其職權內容為何，其最重要的組織特性要求就是要具有「獨立性」、「公正性」、「專業性」與「多元性」。

此類獨立機關之「獨立」的意義為何？論者指出：就是要獨立於當下的執政勢力之外，獨立於民主體制下透過選舉所形構的暫時多數民意之外。故獨立機關

⁴⁶ 陳淳文，從法國法論獨立行政機關的設置緣由與組成爭議—兼評司法院釋字第 613 號解釋，台大法學論叢，第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 251。

應該是一種「非多數機構」(non-majoritarian institutions)，也就是其與政治上的一時多數處於一種「時間上不一致」(time inconsistency)的關係，因而可以與執政者保持一定距離，在一定程度上達到「去政治化」的目標，從而不受執政勢力直接控制或深入影響之謂。為達此目的，在制度設計上必須包含幾項安排：組成成員多元、任命分權、任期與選舉脫鉤與職位保障等。組成成員多元至少包含兩種意涵：一是政黨屬性多元，其決定不能由同一政黨或政治利益團體掌控，並透過國會多黨政治之影響（不同黨派之共治）達到機構「去政治化」目標，常見的制度上設計就是同一政黨人員不得過多。二是經驗多元，交錯任期安排即可達此目標。任命分權的意思是指：不能全由同一機構或同一權力部門掌握人事權。由行政權提名，立法權同意是常見的分權安排；另也有直接由不同權力部門分享任命權，例如法國憲法實務常見由總統與兩院議長分享人事任命權。至於任期與選舉脫鉤，就是要確保該機關是一個「非多數機構」，與一時的選舉多數有時間上的不一致。具體的作法就是任期長於選舉期程，不會使該機構完全隨選舉結果而改變其組成。最後，為避免勝選執政勢力壓迫或影響其獨立性，任期時間長且不得連任，任期期間有職位保障，原則上不得被解聘等。

我國黨產會的委員，依照黨產條例第 18 條第 1 項由行政院院長直接任命並掌握人事權，未經立法院參與同意任命此一具高度衝突、競爭政黨規制問題之機關，由於欠缺多元民意、政黨參與而缺乏民主正當性，所以爭議不斷。按立法者制定組織法、或是特別設置特殊機關處理特殊事務時，必須符合權力分立與制衡原則，維護「五權分治，平等相維之體制（釋字第 3 號解釋）」，憲法第 1 條「民主共和國原則」及第 2 條「國民主權原則」要求所有憲法機關行使國家權力必須回溯至國民全體，並與國家權力的真正擁有者（國民）有一定程度之聯繫，此即「民主正當性(demokratische Legitimität)」⁴⁷，亦即國家權力行使應以人民的意志為出發，並以大多數人民之同意為基礎；民主正當性目的，在於「促進及確保國民對於國家權力運作之影響效力」，被委託執行國家公務之機關和其公務員身上，必須存在

⁴⁷ Hartmut Maurer, a.a.O. (Fn.22), Rn. 21.

著持續不中斷、且可回溯至國民上之「民主正當性鎖鏈」⁴⁸，使國家組織、人員、決策，都能直接由人民組成或監督。故當一個遂行國家任務之「合議制機關」，其所為之多數決決定，須考量其中具民主正當性之人員占多數意見人數的多數，凝聚各方意見（例如重大決策參與由不同政黨、社會團體人士一定比例作成），以達決策公平、公正、可接受性、正確性，該決定始具民主正當性⁴⁹。

然而，黨產條例規範黨產會組織成員組成，依系爭條例第 18 條第 1 項規定：「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。」完全由執政黨指派，未經立法院同意，人事成員之組成欠缺人民與政府間之民主正當性鎖鏈，更沒有其他黨派之代表。比較法上，德國黨產獨立調查委員會之委員共有 16 名，其中有 7 名是由在東德時期由東德自由選舉後組成之人民議會所選派，另外 6 名是由在統一後德國聯邦政府指派，尚有正、副主席，以上 16 名委員均須經國會同意，這 16 名委員部分是由政黨所推派，甚至包括前東德農民黨（DBD, FDP, Zescha）之代表 Georg Zschornack、前東德自由意志青年（Freie Deutsche Jugend, FDJ）之代表 Dr. Andreas Schönfeldt、東德民主社會黨（SED/PDS）代表 Prof. Christa Luft、以及代表自由民主黨（FDP）的 Pro. Dr. Joachim Rottmann（曾任德國聯邦憲法法院的法官）⁵⁰。可見，德國獨調會組成不僅具有民主正當性，涵蓋不同政黨代表，甚至包括當時被列為要處理的政黨如 SED/PDS 及附隨組織 FDJ 之代表。

二、黨產會並非獨立機關

觀諸黨產條例全文，其並未將黨產會明文定位為「獨立機關」⁵¹。事實上，黨產條例第 18 條規定黨產會委員任期四年，無禁止連任之規定，由行政院長直接任命；另同條例第 20 條僅規定該會委員於任期中不得參與政黨活動，給予政黨菁英

⁴⁸ Hartmut Maurer, a.a.O. (Fn.22), Rn. 28.

⁴⁹ BVerfGE 93, 37, 67f., 71f.

⁵⁰ Sven Berger, Die treuhänderischer Verwaltung des Vermögens der Partei und Massenorganisationen der DDR, 1998, S. 93, 94.

⁵¹ 惟按行政院主計總處將黨產會列為三級獨立機關，詳參本鑑定意見書之註 36。中央行政機關組織基準法第 11、32 條規定，只有二級獨立機關（併參行政院組織法第 9 條規範三個二級獨立機關），沒有三級獨立機關。

最大的任職空間。這些規定使得黨產會完全是一個純粹的「多數機構」，由掌握行政權的政治多數控制黨產會，黨產會因之在制度上完全不具獨立性；甚至人事組織上也欠缺多元民意，民主正當性有所欠缺。

應否設置「獨立機關」，原屬立法權的裁量範圍，但若創設一個擁有混合性權力之機關，且該機關享有限制或剝奪人民權利的權能，影響人民權利甚鉅時，自不容許以一般行政組織的模式來處理。故中央行政機關組織基準法第 3 條第 2 款界定獨立機關之概念，行政院組織法第 9 條亦列了三個獨立機關。相較而言，黨產會之權限對我國政黨政治健全發展和人民的影響完全不會低於前述三個獨立機關。此外，促轉條例第 2 條第 2 項亦將促轉會定位為行政院所屬二級獨立機關。立法者未將黨產會設置為獨立機關，未透過相關制度建置以確保黨產會之獨立性，係屬不當擴大行政權之行為，破壞權力分立原則。再者，立法者亦違反其立法之體系性，任意將原應設為獨立機關之組織予以一般行政機關化，破壞法律體系應有的體系正義要求，將相同的情況予以不同的對待，核屬違反憲法平等原則。

相較於我國只有一個黨產會獨攬大權，單獨行使認定黨產範圍之多寡、兼有行使司法權之職權，德國在處理黨產問題時設立了兩個重要的組織：一是在 1990 年兩德統一之前，由東德政府成立之獨立調查委員會（簡稱獨調會，UKPV），專門職司黨產之調查，於兩德統一後改隸於德國聯邦內政部，並於 2006 年解散；對於黨產之信託及執行，另有設立信託營造物法人（THA），於 1995 年後改名為聯邦統一特殊事務局（Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, BvS），一直存續至今。被獨調會認定是附隨組織者，其財產即全部交付於信託營造物法人，由信託營造物法人管理，凡財產之買賣、私有化等，均須交由 BvS 處理。之後，獨調會再逐筆審查判斷該財產是否符合依實質法治國原則而取得，倘若符合，獨調會和信託營造物法人共同同意作成返還財產給附隨組織之處分；如果不符合依實質法治國而取得之財產，則須將財產返還原所有權人，如果返還於原所有權人已經不可能，就必須專款專用，用於統一後東德五邦的基礎建設。以上可見，德國處理黨產問題時進行行政分權，認定財產範圍、與執行財產處理，兩個機關

各有權責，不論是否依實質法治國原則而取得，對於違反實質法治國之財產要做如何的返還與處置，也必須兩個機關共同同意，以防止專擅。如果聯邦統一特殊事務局要作成某項決定時，需要超然獨立之獨調會同意，讓決定作成能夠超然中立⁵²。

三、黨產會之運作欠缺超然中立與多元專業性

雖然黨產會是否為中央行政機關組織基準法中所稱之「獨立機關」容有爭議，但黨產會之執掌涉及合憲政黨及相關組織之財產處理，不但會對合憲政黨、人民團體之結社自由、財產權，更可能造成政黨政治、憲法要求之政黨國、民主國之重大衝擊；同條例第 20 條另規定：「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（第 1 項）。違反前項規定者，經本會委員會議決通過後，由行政院院長解除其職務（第 2 項）。」⁵³ 及其立法理由⁵⁴ 來看，黨產會之組成以及決定必須超然公正、獨立。然而，從黨產會成立運作至今，種種不超然、不中立、不專業的表現屢見不鮮。例如當初力推黨產條例立法之時任民進黨立法委員顧立雄，於黨產條例通過後擔任首任黨產會主任委員，其立場旗幟鮮明，黨產會創會立規，由於各個委員欠缺民主正當性，難免以主任委員馬首是瞻。黨產會近幾年之運作結果，也屢屢見到其與政黨糾纏，例如 2019 年 2 月 15 日，民進黨秘書長羅文嘉宣布是日起由黨產會委員李晏榕於接任民進黨發言人一職；內政部、黨產會、婦聯會三方原擬簽訂和解性行政契約，因婦聯會最後拒絕簽署該行政契約，隔日即遭到黨產會認定為附隨組織⁵⁴。以下相關情形，皆使我

⁵² 有關德國在處理黨產問題行政分權之詳細內容，可參考董保城，轉型正義/黨產條例/法治國原則，元照，2019 年 10 月，頁 119-123；蔡宗珍，同註 28，頁。

⁵³ 黨產條例第 20 條立法理由：「一、基於本會應獨立、超然之性質，爰明定委員於任期中應維持中立，並保障其獨立行使職權之地位，以利公正執行本條例所賦予之職權。二、違反前項規定者，與本條例立法目的相違，經本會委員會議決通過後，由行政院院長解除其職務。」

⁵⁴ 婦聯會自 106 年 3 月經黨產會決議調查是否為國民黨附隨組織，又經內政部 105 年 7 月 6 日認未提供勞軍捐資料違反公益而依人民團體法規定警告、106 年 6 月 7 日內政部提出與婦聯會、黨產會行政協商建議、106 年 12 月 22 日因婦聯會拒簽行政協議而撤換正副主委、106 年 12 月 29 日三方達成行政契約共識簽署備忘錄，107 年 1 月 31 日婦聯會會員大會決議不簽署行政契約，旋遭黨產會於 107 年 2 月 1 日認定為附隨組織。董保城，婦聯會進退維谷...黨產爭議 大法官責無旁貸，聯合報，2018 年 1 月 31 日：<https://www.npf.org.tw/1/18117>；董保城，自由喪鐘，內政部違憲拔頭籌，聯合新聞網，2020 年 4 月 27 日：<https://udn.com/news/story/7339/4520932>（檢索日期 2020 年 6 月 20 日）。

國黨產會組織及人員之超然中立備受質疑。例如：1、用公帑主辦以轉型正義為名之各種研討會、座談會、展覽，從未邀請有「異見」的學者專家；2、經常對特定媒體放話，混淆視聽，製造輿論，誤導民眾⁵⁵；3、在網路社群媒體，小編製作懶人包、影片、圖示等，醜化特定民間團體⁵⁶；4、對個案指摘行政法院，干涉審判獨立⁵⁷；5、作成處分前之聽證程序，若干委員提問時早有定見，做成處分之程序不正當。相對於處理東德黨產之德國獨調會，對外行為均以嚴肅、沉著、尊重歷史之態度秉公處理，看不到任何敲鑼打鼓、對外放話之動作。

再者，黨產處理的問題涉及民主憲政及國家歷史發展，需要有憲法、行政法之專業，由於涉及歷史問題，更需要有相當年紀、甚至經歷過那段歷史之人，才足以勝任此項工作。德國獨調會組成之成員，通常有豐富的憲法、行政法學素

⁵⁵ 茲舉例如下：中廣、中影、救國團案，黨產會下半年收網，2017年4月5日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1091679>；不只勞軍捐...婦聯會有6大財，2017年4月12日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1093474>；黨產會軍友社前舞劍意在震懾婦聯會，2017年4月5日：<https://www.new7.com.tw/SNewsView.aspx?Key=%EF%BF%BD%25&i=TXI20170405141337IHL&p=246>；黨產會質疑婦聯會是逃稅慣犯，2017年5月12日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1101594>；黨產會擬先認定婦聯會是附隨組織，2017年5月29日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1106126>；救國團是否附隨組織黨產會盼年底前處理，2017年6月13日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1110130>；四大基金會將移交吳黨產會：證實是附隨組織，2017年6月15日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1110767>；黨產會「收網」先鎖定婦聯會案，2017年6月16日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1110988>；婦聯會曾發行難胞獎券蔣宋美齡強銷，2017年6月26日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1113754>；18日二次聽證會釐清是否附隨組織黨產會最快8月凍結婦聯會資產，2017年7月13日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1118399>；救國團是受國民黨控制的國家組織老蔣日記裡有寫明，2017年10月17日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2224965>；中影最快11月被認定為附隨組織凍結財產，2017年10月18日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2226236>；林峯正：救國團和國民黨未切割，2017年10月23日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1145719>；救國團年資併公職黨產會追查，2017年10月24日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1145964>；黨產會明認定婦聯會為國民黨附隨組織，2017年12月25日：<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1163011>；黨產會認定中影為國民黨附隨組織資產將全數凍結，2018年9月12日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2548506>；反擊國民黨「仿德偽造說」林峯正：請吳主席提證據，2019年2月28日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2712404>；黨產會：救國團向KMT「報請鑿核」軍訓教育，2019年9月1日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2902481>；黨產會：中廣歸還不當黨產就不是附隨組織，2019年9月26日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/1320559>（檢索日期2020年6月18日）。

⁵⁶ 包括 Facebook 粉絲團：<https://www.facebook.com/cipas.tw/>，以及 Youtube：https://www.youtube.com/channel/UCxyw-PJp9ZJkUugJ_pNPIYQ。

⁵⁷ 例如婦聯會案，黨產會委員批評台北高等行政法院聲請釋憲，指摘：「北高行3位法官捨棄在本案訴訟釐清事實，對婦聯會何以累積385億元鉅金不探求真相」，詳陳鈺馥，婦聯會案釋憲前「停止訴訟」黨產委員批法官不探求真相，自由時報，2019年3月7日：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2719379>（檢索日期2020年6月18日）。

養，甚至為公法學巨擘，獨調會之主席之一，任職長達七年（1991-1997）的 Hans-Jürgen Papier，其後更擔任德國憲法法院之院長及副院長十二年。其他成員也都是具有豐富社會人生經驗、不同黨派之政治磨練、聯邦憲法法院審判經驗等⁵⁸。反觀我國黨產會當中的各個成員，大都是年紀較輕、人生歷練尚不豐富，甚至政治性格特強，絕大多數成員非以史學與公法學為專業，難以期待黨產會委員對處理黨產此一涉及我國經緯萬端的憲政上爭議，能夠以相當智慧、並以宏觀的歷史角度，秉持保障基本權之信念，忠誠勤勉地審慎處理。

四、黨產條例第 4 條第 4 款之最終認定應屬司法權之範疇，不能由黨產會取代司法權

黨產條例第 4 條第 4 款有關不當取得財產之認定，是以具剝奪、限制效力之公權力行為，變動財產權之歸屬及運用，而財產權歸屬於權利人名下，得以法律意義判斷為不當者，其內涵主要是有關民事、刑事或行政不法之事項。而這些構成民事、刑事或行政不法之「不當事項」之最終認定權，是司法權之核心範疇，憲法第 77 條規定「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。」可資參照。且現在各類法院置獨立、專業法官，設公開、對等、嚴謹、審級及合致事件本質之訴訟程序，足以供運用以定紛止爭，法官於審理相關案件時，須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉（憲法第 80 條參照），因此從憲法第 77、80 條規定可知，黨產條例第 4 條第 4 款對於不當取得財產之最終認定權，應由司法權擔當，方屬最適⁵⁹。

以正常憲政手段處理悖於民主法治而取得之財產，依然有可能——即運用一般訴訟手段追討不法佔用之國有財產⁶⁰，我國法院實務上早已有許多藉由民事訴訟追

⁵⁸ 已故之德國黨產會成員之一 Joachim Rottmann，曾經是德國聯邦憲法法院的法官（1971-1983 擔任），並自 1991 年開始擔任基森大學（Justus-Liebig-Universität Gießen）榮譽教授。

⁵⁹ 此與台北高等行政法院六位法官之見解相同，參見台北高等行政法院第四庭釋憲理由書，頁 8-9；台北高等行政法院第六庭釋憲理由書，頁 26-28。

⁶⁰ 廖元豪，民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？——轉型正義概念的反思，台灣法學雜誌，第 314 期，2017 年 2 月，頁 142；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，科技法律評析，第 8 期，2015 年 12 月，頁 147-179。（前黨產會委員羅承宗從板橋中廣佔地案法院審理情形，以「行為時即違反相關法律規定」、「形式與實質均合法的財產交易」與「行為時

討不法佔用國有財產之案例。例如：財政部國有財產署基於無權占有之法律關係，向救國團請求返還台北市松江路上之土地⁶¹；國有財產局向中華日報，請求確認台南土地所有權存在並塗銷移轉登記⁶²；交通部基於移轉土地所有權關係，向中國廣播股份有限公司請求塗銷台北縣八里鄉（現新北市八里區）等土地所有權登記⁶³；交通部基於確認土地所有權存在之法律關係，向中國廣播公司請求塗銷新北市板橋區民族段等土地所有權登記，並回復所有權登記為中華民國所有（板橋中廣佔地案）⁶⁴；交通部基於確認土地所有權存在之法律關係，向中國廣播股份有限公司請求塗銷花蓮縣花蓮市民勤段等土地所有權登記，並回復所有權登記為中華民國所有⁶⁵；交通部基於終止信託之法律關係，向中國廣播股份有限公司請求移轉彰化縣芬園鄉土地登記予中華民國⁶⁶。以上所舉之例子，皆為勝訴判決，由法院作出最後裁決命相關組織返還財產於國有，這些都是經由公平、公正之司法判決來回復財產狀態，終局定紛止爭，彰顯憲法正義之重要案例。

然而，黨產條例所設定之標的，如果因不法情事登記於中國國民黨或何種組織名下，原權利人或其繼承人本於依照民事、刑事、行政訴訟程序，針對原因事實請求權利之回復，但從黨產條例來看，主要是由黨產會此一行政機關主動進行調查、返還、追徵、權利回復，不經司法程序就為不當黨產之認定及命返還國有，亦已侵害到司法權為最終法律適用認定之核心權力。台北高等行政法院第四庭、第六庭釋憲理由書從憲法規範司法權之核心事項，以及司法權公正、超然、獨立之特性，分析並主張之黨產會侵奪司法權之違憲理由，其來有自。

形式上合法，實質上卻非『合於實質法治國而取得財產』為架構，進而探討法院認定及處理黨產取得之合法性及民法上依據公序良俗條款之適用課題。）

⁶¹ 台灣高等法院 103 年度重上字第 38 號判決，最高法院 106 年度台上字第 326 號民事判決參照。

⁶² 台南地院 96 年度重訴字第 319 號民事判決、臺灣高等法院臺南分院 102 年度重上更(二)字第 2 號民事判決參照。

⁶³ 台南地院 97 年度重上更(一)訴字第 111 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 2345 號民事判決。

⁶⁴ 台灣高等法院 101 年度重上更(三)字第 42 號民事判決、最高法院 103 年度台上字第 1075 號民事判決，相關訴訟過程，參考羅承宗，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，科技法律評析，第 8 期，2015 年 12 月，頁 153-161。

⁶⁵ 台灣高等法院花蓮分院 103 年度重上更(三)字第 4 號民事判決。

⁶⁶ 台灣高等法院 95 年度上字第 313 號判決、最高法院 96 年度台上字第 1094 號民事判決參照。

五、黨產會之職權侵害司法權與監察權兩權而違憲

司法院釋字第 613 號解釋理由書指出：「作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，……要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。惟權力之相互制衡仍有其界限，除不能抵觸憲法明文規定外，亦不能侵犯各該憲法機關之權力核心領域，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙（本院釋字第五八五號解釋參照）或導致責任政治遭受破壞（本院釋字第三九一號解釋參照），例如剝奪其他憲法機關為履行憲法賦予之任務所必要之基礎人事與預算；或剝奪憲法所賦予其他國家機關之核心任務；或逕行取而代之，而使機關彼此間權力關係失衡等等情形是。」由此可看出，所有憲法權力機關都有其核心事項，行政機關既不能享有逾越行政權的權限，亦不得侵犯其他機關憲法或法律上之核心權限。從黨產條例授權黨產會得主動調查任何相關案件，進而可推翻身為國家最高監察機關之監察院調查結果，並取代經法院獨立審判之確定判決，對相同案件之國民黨財產重新加以調查、計算、或甚逕行推定為不當黨產而予以追徵或處罰。黨產會所享有之調查權與重新檢視確定判決，其享有逾越其行政權核心事務之權限，顯已實質侵害司法院及監察院之審判、調查之權力核心事項，違反權力分立原則。另外，黨產會圖以兼具行政權與司法權混合性之合議制機關處理黨產，欠缺民主正當性與獨立性；再者，黨產會多年運作頻頻對外放話、指責行政法院判決、運作社群媒體醜化黨產，實難期待其超然中立、專業客觀。綜上，黨產會以行政權取代司法權及司法程序判斷決定財產權變動，並以身兼行政權加司法權的設計，造成其超越司法權與監察權，嚴重違反權力分立原則而違憲。

參、黨產條例第 4 條第 1 款規定部分

黨產條例第 4 條第 1 款規定，是否屬於個案立法而違憲？

就大院所示爭點題綱二部分，依黨產條例第 4 條第 1 款規定，系爭條例所稱

之「政黨」，係指「於中華民國七十六年七月十五日前成立並依動員戡亂時期人民團體法規定備案者」，系爭條例第 4 條第 1 款是否屬於個案立法而違憲？依照提綱意旨，可以分為二部分：系爭條例第 4 條第 1 款為個案立法，此其一；該個案立法是否違憲，此其二。茲就這二部分，分別提出鑑定意見供大院酌參。

就問題一，正如台北高等行政法院第四庭、第六庭共六位法官在釋憲聲請書中質疑黨產條例第 4 條第 1 款為個案立法，而從大院所列本次黨產案爭點題綱中問題之呈現，可推知大院亦肯認黨產條例第 4 條第 1 款為個案立法。本鑑定意見書將從代議民主制度下之立法權說明個案立法之意涵。

一、個案立法之意涵

任何立憲主義國家憲法的結構，其一是權力分立，其二是基本權保障。在權力分立方面，就立法權而言，特別是針對限制或剝奪人民基本權之立法，必須是具「普遍性」及「抽象性」。所謂「普遍性」或有稱「不特定性」，是指立法機關所制定之法律適用的對象必須是所有的人。至於「抽象性」是指立法機關所制定之法律所規範事項必須抽象，不能針對特定的時、地、事、物等非常具體的案件。換言之，立法機關是作出「抽象、反覆實施之一般性事務規範」⁶⁷，不能針對某特定的人或團體的基本權就特定事件「量身訂作」而立法。而針對特定的人（團體）、具體的事件量身訂作個別決定，在立憲主義權力分立之下，只允許行政權和司法權。為何要求立法者所制定限制基本權利的法律必須是具普遍性與抽象性之本質，這是因為人都有一自利的天性，如果法律可以不具備普遍性與抽象性，則立法者可能制定僅對自己有利的法律內容，特別是當執政黨在國會掌握多數就可能針對特定的人（或團體），具體的事制定限制或剝奪基本權之法律。德國基本法第 19 條第 1 項第 1 句明定只有普遍性與抽象性法律始可以限制人民基本權，德國學者稱此規定為基本法之「一般性誡命」⁶⁸。此外，對於有時外觀看起來像普通、抽象立法，德國學者認為此屬「偽裝式」、「掩蓋式」的個案立法（getarntes oder

⁶⁷ Ipsen, Staatsrecht I, Staatsorganisation, 2002, 14 Aufl., Rn. 742；許宗力，同註 38，頁 179-183。

⁶⁸ 顧以信，「個案法律禁止」作為我國憲法原則？—兼評政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例之「政黨」定義，憲政時代，第 43 卷第 2 期，2017 年 10 月，頁 219。

verdecktes Individualgesetz) ⁶⁹。例如：

1、看似一個或多個相對人 (Adressaten)，但這些人幾乎可以指出個別名字，或者是；

2、相對人雖然看起來普通、抽象，然而只是針對或意圖針對某特定人 (或團體) 而改寫 (umschrieben)。

這些偽裝式、掩蓋式的個案立法，本質上不符合基本法第 19 條第 1 項的憲法正當性 (Verfassungsrechtliche Rechtfertigung) ⁷⁰。

就本件就黨產案大法院設定之言詞辯論爭點題綱二：黨產條例第 4 條第 1 款有關政黨之定義是否屬於個案立法而違憲，由於本釋憲案主要是針對不當取得財產之政黨，因此基於與系爭規定之適用有「重要關聯性」，不能僅處理第 4 條第 1 款「政黨」之定義，第 5 條有關政黨尚存的現有財產推定為不當取得財產之規定，亦應一併納入討論進行審查。

依黨產條例第 4 條第 1 款規定，該法所稱之「政黨」，係指「於中華民國七十六年七月十五日前成立並依動員戡亂時期人民團體法規定備案者」。將黨產條例適用的對象範圍特定為「76 年 7 月 15 日前成立之政黨」，乍看此一定義看似非針對某特定政黨，然如果參照立法資料及依據內政部民政司政黨名冊便可查知，符合規定者，只有在解嚴前成立的少數如中國國民黨等 10 個政黨十個政黨⁷¹。而立法理由對於解嚴之後新成立的政黨，被排除於本條例的適用範圍外，作出相關說明⁷²。

⁶⁹ Hans Peter Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, §5, Rn. 69, 221.

⁷⁰ Kingreen/Poscher, Grundrechte, Staatsrecht II 34. Aufl, 2018, Rn. 361-362; Hans Peter Bull, a.a.O (Fn.69), Rn. 221.

⁷¹ 立法院公報，第 105 卷第 43 期，2016 年 5 月，頁 81 以下。當時有立法委員在委員會審查時認為，黨產條例應納入所有依照人民團體法登記成立之政黨，然而未獲多數支持；有關 105 年內政部分政黨數之統計數據，可參 105 年 7 月 18 日內政部備案政黨名冊(該政黨名冊中總計有 322 個政黨)。基本上，這 10 個政黨是中國國民黨、民主進步黨、中國青年黨、中國民主社會黨、中國新社會黨、中國中和黨、青年中國黨、中國民主青年黨、民主行動黨、中國中青黨，資料參照黨產會之公布，網址：<https://www.cipas.gov.tw/faq> (檢索日期 2020 年 6 月 19 日)。

⁷² 參見黨產條例第 4 條立法理由第 2 點：「考量七十六年七月十五日解嚴前成立的政黨，其體制多未完備，且其在解嚴前的政治環境即得生存，其取得之財產有重新加以檢視之必要。另按動員戡亂時期人民團體法於七十八年修正公布後，增訂「政治團體」專章，開放政治性團體結社，始確立政黨之法律地位，依主管機關統計資料顯示，目前合法備案之政黨數目約三百個，為避免本條例規範政黨數目過多，造成不必要之中報、調查程序，爰於第一款明定本條例所稱政黨，指中華民國七十六年七月十五日解除戒嚴前成立並於七十八年一月二十七日動員戡亂時期人民團體法修正公布後依該法第六十五條但書備案者。」

本鑑定意見認為，從黨產條例之制度、目的、規制上，檢驗黨產條例第 4 條立法理由，可以發現立法者於制定黨產條例時，對於黨產條例之適用範圍僅限於特定政黨，已有明確認知，故而欠缺「目的一般性」；復觀察黨產條例第 4 條的適用對象，該條例僅針對特定期日前成立的政黨（依內政部民政司之政黨名冊，屬於前述規定的政黨約有中國國民黨等 10 個政黨），受規範者基本上可得確定，不符合法律規制上之一般性要求；甚至，從關鍵的「對未來的開放性」要件觀察，黨產條例第 4 條第 1 款，將該條例適用範圍特定為「76 年 7 月 15 日前成立之政黨」，已排除其他適用對象在未來出現的可能性，當屬個案法律無疑⁷³。

進者，參酌系爭條例第 5 條第 1 款推定不當財產之規定，其係限於 1945 年 8 月 15 日起取得或交付、移轉、登記於受託受託人之財產，且同條第 2 項推定 1945 年 8 月 15 日起以無償或交易時顯不相當之價額取得之財產為不當取得財產，從國共內戰歷史來看，1945 年當時有能力取得財產之政黨僅有中國國民黨，故系爭條例僅適用於中國國民黨。同樣地，就附隨組織在立法過程中亦係針對「救國團」、「婦聯會」、「中影公司」等，因而黨產條例第 4 條第 2 款，就有「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」之規定⁷⁴。從這些規定來看，黨產條例是針對所有政黨、附隨組織，然而，實質上卻是針對某特定政黨或附隨組織而改寫，是一個「偽裝式」或「掩蓋式」個案立法。

另外，由台北高等行政法院六位法官聲請釋憲之理由書中⁷⁵指出符合第 4 條第 1 款「政黨」之定義，法條文字看起來雖然抽象而未具體，然而除了在立法院審議中，各政黨均以中國國民黨為對象進行討論⁷⁶之外，符合黨產條例第 4 條第 1 款之

⁷³ 參考顧以信，同註 68，頁 244（其在否定個案立法禁止原則是憲法原則前，也運用德國聯邦憲法法院建立之標準檢驗此一規定，並認為必須具備更為重要之利益支撐，否則有抵觸平等原則與權力分立原則之高度疑慮）；廖元豪，同註 93，頁 135-136（甚至從憲法第 7 條黨派平等切入認為黨產條例具高度針對性）；葉慶元、謝時峰，不當黨產處理條例：違憲的轉型正義？，全國律師，2017 年 1 月號，頁 26-27；李念祖，立法權的界限不容逾越，中國時報，2016 年 10 月 6 日：<https://www.chinatimes.com/opinion/20161006006330-262104?chdtv>（檢索日期 2020 年 6 月 19 日）。

⁷⁴ 董保城，同註 52，頁 119-123。

⁷⁵ 台北高等行政法院第四庭聲請釋憲理由書，頁 10-13；台北高等行政法院第六庭，頁 8-11。

⁷⁶ 可參見立法院第 9 屆第 1 會期內政、財政、司法及法制委員會第 1-4 次聯席會議紀錄。

政黨僅有 10 個⁷⁷，再結合適用黨產條例第 5 條推定為不當取得財產中要件，即「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」之時點認定財產之當與不當，則符合第 4 條第 1 款定義之 10 個政黨當中，僅有中國國民黨擁有符合第 5 條時間要件之財產，其結果即僅中國國民黨受黨產條例之拘束，亦即黨產條例之立法設計，是藉由黨產成立之報備時間，以及政黨擁有財產之時間，特定適用之政黨僅為中國國民黨，黨產條例具有個案立法事實，應無疑義，實屬正確。

二、屬個案立法之黨產條例是否違憲——比較法觀察

從以上的論證，本鑑定意見肯認黨產條例第 4 條第 1 款政黨定義之部分為個案立法，於確認系爭條例第 4 條第 1 款係個案立法後，本人需進一步檢視該個案立法在我國是否違憲。

按「個案立法」或「個案性法律」在我國憲法及釋憲實務上，未見其用語，惟我國釋憲實務有提及所謂「措施性法律 (Massnahmegesetz)⁷⁸」或「個別性法律⁷⁹」。雖然釋字第 520 號解釋指出：「個別性法律，並非憲法所不許」，惟何謂個別性法律一詞，在該號解釋理由書既未附原文，亦未附說明，因此有論者認為此種僅提出概念而未加說明的作法，會讓人產生混淆⁸⁰。例如，蘇俊雄大法官對於多數意見全然肯定個別性法律尚非憲法不許見解有所質疑：「多數通過之解釋理由認為立法院若進而制定要求興建特定電廠的『個別性法律』，尚非憲法所不許。惟

⁷⁷ 參見本鑑定意見書註 71。

⁷⁸ 釋字第 391 號解釋理由書：「預算案係以具體數字記載政府機關維持其正常運作及執行各項施政計畫所須之經費，每一年度實施一次即失其效力，兩者規定之內容、拘束之對象及持續性完全不同，故預算案實質上為行政行為之一種，但基於民主憲政之原理，預算案又必須由立法機關審議通過而具有法律之形式，故有稱之為措施性法律 (Massnahmegesetz) 者，以有別於通常意義之法律」；釋字第 520 號解釋：「預算案經立法院通過及公布手續為法定預算，其形式上與法律相當，因其內容、規範對象及審議方式與一般法律案不同，本院釋字第三九一號解釋曾引學術名詞稱之為措施性法律。」

⁷⁹ 參見釋字第 520 號解釋理由書：「立法院通過興建電廠之相關法案，此種法律內容縱然包括對具體個案而制定之條款，亦屬特殊類型法律之一種，即所謂個別性法律，並非憲法所不許。」

⁸⁰ 李建良發言。參見李鴻禧、湯德宗、葉俊榮、李建良，釋字第 520 號解釋座談會，月旦法學雜誌，第 70 期，2001 年 3 月，頁 89；學者李建良指出，特別是我國的法定預算並非以法律的形式呈現，因此我國得否援用「措施性法律」此一詞本即有疑問，而現在又冒出「個別性法律」的概念，自然更容易引起爭議，加上在理由書後段提到「……所謂個別性法律，並非憲法所不許」，更因其有預斷之嫌而顯得不當，蓋個別性法律是一種例外情況，其合憲性其實一直受到質疑，此一問題日後尚且可能成為釋憲的標的，而今本號解釋卻對此先予以言及，恐已超越釋憲的範圍。

公法學理上固未禁止『措施性法律』之存在，但對所謂之『個案性法律』（Einzelfallgesetz）仍多所質疑；解釋理由就此是否混同『措施法』與『個案法』之概念，恐有檢討的餘地。」⁸¹許宗力大法官在過去撰寫的文章當中，也對於釋字第 520 號解釋就個別性立法並非憲法所不許有所質疑：「所謂對具體個案而制定之『個別性法律』，本號解釋認為這種特殊類型之法律『並非憲法所不許』，其實正確的說法應該是『非憲法所當然不許』，而不是『非憲法所不許』，因個別性法律（Einzelfallgesetz）是否合憲還須視有無違反平等原則、有無構成形式之濫用（Formenmißbrauch）而違反權力分立等，才能作進一步判斷，大法官未稍作保留就為『個別性法律』打開綠燈，恐後患無窮。」⁸²

從上開批評可知，釋字第 520 號解釋理由書所謂「個別性法律並非憲法所不許」，不但混淆了措施性法律以及個別性法律概念，甚至對於這類個別性法律或措施性法律具體內涵及合憲性亦未具體交代。因此對於釋字第 520 號解釋理由書所謂「個別性法律並非憲法所不許」，必須進一步探究辨清：這是措施性法律？還是個案性法律？考其釋字第 520 號解釋理由書所處理原因案件（行政院得否片面停止執行核四預算）和前後文之討論，以及學者之解釋，釋字第 520 號解釋理由書所指之個別性法律，實指「措施性法律」⁸³。可見，釋字第 520 號解釋理由書所指「即所謂個別性法律，並非憲法所不許」，是專指對具體事項規制之措施性法律，而非指對「特定個人」以立法所為之制裁（處罰）或優惠（獎賞）⁸⁴；這種措施性

⁸¹ 參見釋字第 520 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書，頁 24。

⁸² 參見許宗力，迎接立法國的到來？！—評釋字第五二〇號解釋，台灣法學雜誌，第 20 期，2001 年 3 月，頁 60。

⁸³ 吳庚前大法官認為，法律與行政措施之區別，前者係抽象及一般性之規範，後者多為具體及個別性之處置，如立法機關制定處置性（即指措施性法律）或個別性法律，則破壞權力分立原則，同時若允許此類法律存在，則諸如法律平等適用或不溯既往等原則，亦將難予貫徹。現時無論學說或德國憲法法院之裁判對於處置性法律（措施性法律）或個別性法律，應受容許，皆無疑問。處置性法律（措施性法律）之古典例子，為年度預算法，蓋其內容為施政項目及金錢數字，並非抽象之規範。司法院釋字第 391 號解釋，亦採立法院通過之年度預算案係措施性法律，有別於普通意義之法律為其立論基礎。...其後公布之釋字第 520 號解釋，除重申法定預算為形式上之法律外，並認為法定預算之內容如涉及國家重要事項者，基於尊重立法院之參與決策權，如停止執行（即核能第四電廠），行政院應獲得立法院明示或默示之同意，參見吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，15 版，三民，2017 年 9 月，頁 35-36；學者葉俊榮亦認為，核四實施環境影響評估時應實施「個別開發環評」，其條件、地點甚至契約各方面均相當具體，自非解釋理由書中所能以法律通過個別性法律（個人認為應指措施性法律）方式解決爭議。參見葉俊榮發言，李鴻禧等，同註 80，頁 86。

⁸⁴ 湯德宗，憲法結構與違憲審查—司法院大法官釋字第 520 號解釋評釋，收錄於氏著「憲法結構

法律在我國所在多有，例如針對二二八事件受難家屬所制定之「二二八事件處理及賠償條例」、過去針對持有戰士授田憑證者所制定之「戰士授田憑證處理條例」，大法官所說的「個別性法律並非憲法所不許」，應指這類法律而言⁸⁵。本件黨產條例爭點題綱二所示「黨產條例第 4 條第 1 款是屬於個案立法」，為台北高等行政法院法官聲請釋憲理由書與大法官所肯認，而此一個案立法經前述分析分屬較無爭議之措施性法律，而是具有高度違憲之個別性法律，亦即實指黨產條例是否屬於針對特定人或可得特定的人（法人團體）逕行懲罰之個別性立法，即一般學理上所稱之個案（別）立法，此種個別性立法是否為憲法所許，可參見德國或美國憲法實務得到具體答案，下面就分別介紹德國及美國對於個別性立法之概念。

（一）德國基本法上之個案立法禁止原則

德國基本法第 19 條第 1 項第 1 句明定只有普遍性與抽象性法律始可以限制人民基本權：「凡基本權利依基本法規定得以法律予以限制者，該法律應具一般性、且不得僅適用於特定事件。」德國基本法第 19 條第 1 項前段之「禁止個案立法原則」或「一般性誡命」，是源自於康德人類共同生活於「普遍性法律」（allgemeinen Gesetzen）之下。「普遍性」，指法律應適用於所有的人，以防止國家的專斷（Willkür）。禁止個案立法原則同時也是確保法律之前人人平等（die Gleichheit vor dem Gesetz）。

德國基本法第 19 條揭櫫的「禁止個案立法原則」，歷史背景為 1949 年制定基本法時，從過往經驗在納粹統治時期經常透過個案立法方式達到納粹專制立法（Willkürgesetzgebung）⁸⁶。德國納粹黨在 1932 年德國第六屆國會選舉，透過民主選舉成為國會第一大黨，自 1933 年希特勒經興登堡總統任命為總理，開啟了 12 年納粹統治時期，於此時期在納粹黨第一大黨主導下，國會通過針對個案特定族

與動態平衡：權力分立新論卷一」，4 版，天宏，2014 年 10 月，頁 129。

⁸⁵ 湯德宗發言，參見李鴻禧等，同註 80，頁 82。不僅僅湯德宗前大法官所指之這些，司法院釋字第 585 號解釋處理的「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」（不過該案司法院大法官並非以個案立法禁止原則宣告違憲，而是認為該組織上和程序上違反權力分立原則與比例原則）、莫拉克颱風災後重建特別條例即屬事例。另可參照湯德宗，「三一九槍擊事件真相特別調查委員會條例」釋憲案鑑定意見書（二）真相條例是否違憲，收錄於氏著「憲法結構與動態平衡：權力分立新論卷一」，4 版，天宏，2014 年 10 月，頁 537-538。

⁸⁶ Friedrich Hufen, Staatsrecht II, Grundrecht, 7 Aufl., 2018, §9 Rnr. 27.

群為對象，並且溯及既往違反法治國原則的法律，例如 1935 年紐倫堡種族法，剝奪猶太人國籍、公民身分、財產與工作權等⁸⁷。

德國基本法第 19 條第 1 項禁止個案立法之規定主要在遵守權力與功能分立 (Lehre von Gewalten oder Funktionenteilung) 之理論，避免對基本權利之限制或剝奪例外的透過法律賦予特定的人特權或加以歧視，而這類個案立法律同樣是違反德國基本法第 3 條「平等原則」。從「功能分立」角度觀察，這種規定就是為了防止法律概念的全然瓦解及防止所謂「披著法律外衣的行政行為」(Verwaltungsakten in Gesetzesform)，且由於法律無法像一般法院提起撤銷訴訟，但是這種針對個人法律，卻會對特定人基本權給予特權或歧視。為避免人民的基本權受到侵害又苦無救濟之門，立法者自不得僭越權限到具體形成的層次，須等到行政權（依法行政）與司法權（依法審判）之階段，才能就具體個案之間作具體的比較，並作實質正義的調整⁸⁸；另外，從「平等原則」之角度觀察，「個案法律禁止」即「平等原則—恣意禁止」之展現，故基本法第 19 條第 1 項第 1 句規定應被理解為：「一個透過國會立法者所為對個案的規制，在內容上——與其他可比較的案例相較——不可含有針對個案的差別待遇。」⁸⁹。德國聯邦憲法法院於 1969 年的 Lex RheinStahl 判決中提到：「基本法第 19 條第 1 項第 1 句的規定內容也包含平等原則的具體化。」⁹⁰本段文字傾向於以「平等原則」來理解個案立法禁止原則之內涵。德國聯邦憲法法院一方面要求法律的效果非僅可發生一次；另一方面也指出，並非只要法律單純的被以抽象的措辭所起草（具備「制度的一般性」），即可滿足基本法第 19 條第 1 項第 1 句的要求。即使法律是以抽象的措辭所組成，也不得隱含與具體個案相關聯的規制⁹¹。

（二）美國憲法上之個案立法—褫奪權利之法律、個案處罰法之概念

⁸⁷ 法國在二戰期間的維琪政權，亦具民主政府之外觀。然而其存續之四年期間通過諸多法律或命令，其中破壞法治侵害人權最嚴重的部分，都是以「針對特定對象」與「溯及既往」為其最主要之特徵。陳淳文，如何對待特殊性立法？以救國團為例，人權會訊，第 128 期，2018 年 5 月，頁 42。

⁸⁸ 顧以信，同註 68，頁 221-222。

⁸⁹ 顧以信，同註 68，頁 224-227。

⁹⁰ BVerfGE 4, 219, 244.

⁹¹ BVerfGE 99, 367, 400.

美國憲法第 1 條第 9 項第 3 款規定：「國會不得通過針對特定個人所設之剝奪權利或溯及既往之法律 (No bill of attainder or ex post facto Law shall be passed)。」其中的「bill of attainder」，概念上即為「個案立法禁止原則」⁹²，更精確地說，即「個案處罰法⁹³」、「褫奪權利之法律」、「個人性立法⁹⁴」。就是指直接以法律規定，針對特定或可得特定人，逕行處罰之法律。換言之，國會立法已經質變成「判決」的意思⁹⁵。這種法律不以抽象、普遍的行為為規範對象，卻直接針對個別對象，更跳過司法審判程序，逕行規定某種人或類人有罪或受罰（例如立法直接明定處死或懲罰某類人），甚至亦適用在針對處罰公司團體之個案立法⁹⁶。此規定是源於英國，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。此等立法跳過司法審判，逕行以立法處罰特定人，既牴觸權力分立，也違反實質正當法律程序與平等原則，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，就明訂禁止個案處罰法。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」內⁹⁷。

1946 年的 *United States v. Lovett*⁹⁸ 中，起源自國會制定了「緊急赤字撥款法 (the Urgent Deficiency Appropriation Act of 1943)」，目的是要處理被認為具有「叛亂性 (subversive)」並被懷疑提倡「推翻我們憲政模式之政府」的聯邦公務員，因此該法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

⁹² 湯德宗，同註 84，頁 129。

⁹³ 廖元豪，民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？——轉型正義概念的反思，台灣法學雜誌，第 314 期，2017 年 2 月，頁 135。

⁹⁴ 釋字第 709 號解釋湯德宗大法官部分協同暨部分不同意見書，頁 11 (註 13)，特別強調實質正當法律程序原則中，亦包含「個人性立法」。

⁹⁵ 美國聯邦最高法院在 1867 年之 *Cummins v. Missouri* 案中，將「個案處罰法個案法律」定義為：「未經司法審判即給予處罰的立法行為。」71 U.S. 277, 323(1867)。

⁹⁶ 例如 2019 年 3 月中中國大陸電子產品製造大廠華為公司 (Huawei Technologies Co.) 在美國法院提起訴訟，主張美國 John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019 就是某種以「立法代替審判」，違反美國憲法第 1 條第 9 項第 3 款「個案處罰法」之憲法誠命而違憲，參見華為或起訴美國政府，勝算幾何？，BBC 中文網，2019 年 3 月 6 日：<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/world-47464900> (檢索日期 2020 年 6 月 17 日)。該案涉及個案處罰法是否適用在針對處罰公司團體之個案立法，以及個案處罰法之適用範疇。See generally Harrison A. Newman, *Corporations Under the Bill of Attainder Clause*, 69 DUKE L.J. 923-958 (2020).

⁹⁷ 廖元豪，同註 93，頁 135-136。

⁹⁸ 328 U.S. 303 (1946).

資，聯邦最高法院認為系爭法律具有以下三個特徵，構成「個案處罰法」而違憲：

1、該法必須明文特定受處罰者（specifically identified the people to be punished）；

2、該法律是施加處罰（imposed punishment），以及；

3、該法律欠缺司法審判之規定（it did so without benefit of judicial trial）。

此外，1965年 *United States v. Brown*⁹⁹，就限制（前）共產黨人不得擔任工會理事會成員之法律，亦被聯邦最高法院認定為是個案處罰法。法院對於「處罰」明顯採取實質認定，不論是具體指名或是透過敘述之方式（by name or by description）而對可得確定之個人或群體（specifically designated persons or groups），透過立法直接加以處罰者，即構成「剝奪權利之個案法律」而違憲¹⁰⁰。

而在1977年的 *Nixon v. General Service Administration*¹⁰¹，聯邦最高法院認定，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（The Presidential Recordings and Materials Preservation Act of 1974），並非個案處罰法。該案主筆大法官 Brennan，檢視過去處理個案處罰法之判決歷史，並得出系爭措施無關「處罰」，而是有著非裁罰性的政策目的。換言之，個案處罰法是禁止那些「未經司法審判即給予處罰的立法行為」，但法院並不禁止國會通過一項法律，專門就特定的個人、公司或團體為特殊管制。

三、黨產條例第4條第1款有關政黨之定義屬於個案立法而違憲

我國憲法本文和增修條文雖無類似德國基本法和美國憲法有規定，然而釋字第520號解釋理由書所指「即所謂個別性法律，並非憲法所不許」，專指對具體事項規制之措施性法律，而非指對「特定個人」以立法所為之制裁（處罰）或優惠（獎賞）；另外從立法權是針對抽象不特定人之情形制定法律、司法權就具體個案依法審判，以及憲法平等原則——不得有恣意差別待遇而觀，個案（別）立法之禁

⁹⁹ 381 U.S. 437(1965).

¹⁰⁰ *Id.* at 461.

¹⁰¹ 433 U.S. 425 (1977).

止是我國憲法原則¹⁰²。再者，個別性法律本質上構成形式之濫用而違反權力分立原則和平等原則，因為這種限制或剝奪某一個人民基本權或某類人民之「個案立法（個別性法律、美國憲法所稱之個案處罰法、褫奪公權法）」，本質上與平等原則，以及立法權就抽象事件制定通用性法律之特性違背，因屬違憲。蓋法律須具有普遍適用性，不得針對特定個人制裁性立法，否則立法質變成判決剝奪侵害某一種或特定一類人民，不但重蹈過去德國納粹時期納粹政府以立法侵害猶太人殘酷行為之恐怖夢魘，更與自由民主憲政秩序根本違背！

本鑑定意見認為，從個案立法禁止原則各種面向分析，黨產條例第 4 條第 1 款之「政黨」定義，屬不折不扣的個案法律，此規範嚴重侵害特定政黨運作及發展，且內容對於特定政黨具有明顯的敵意，嚴重破壞我國憲法所賦予政黨之政黨特權；以黨產條例此種個案立法之方式，敵視合憲政黨及其他人民團體之存續及其所取得之財產，造成政黨或其他組織之結社自由、財產權，以及其組織員工、往來交易人、股東之財產權、工作權、名譽權嚴重侵害，進而對我國憲法預設之政黨國原則、民主國原則造成難以回復之危害，重創釋字第 499、721 號解釋所揭櫫之自由民主憲政秩序，因此黨產條例第 4 條第 1 款有關政黨之定義，屬於個案立法，違反權力分立與平等原則而違憲。

肆、黨產條例第 4 條第 2 款部分

提綱（一）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？

爭點題綱三、（一）所欲處理的問題，是附隨組織之定義，以其有無受政黨「實

¹⁰² 國內有主張個案立法禁止原則並非我國憲法原則，如顧以信，同註 68，頁 238-243（認為此原則不符合社會法治國之現代法律理念，且此一原則在德國被認為是較弱的憲法原則，承認此一原則，會與其他憲法原則基本上重疊，甚至在我國憲法第 144、145 條規範下失其立足）；亦有主張是我國憲法原則，如法治斌、董保城，同註 1，頁 68-69、211-212；陳新民，憲法學釋論，8 版，2018 年 7 月，頁 436（基於平等原則與法律安定性原則推導出）；李惠宗，法學方法論，3 版，元照，2018 年 9 月，頁 159 以下；李惠宗，憲法要義，8 版，元照，2019 年 9 月，頁 623（編碼 26105）；李惠宗，個案法律之禁止—立法行為之界限，月旦法學教室，第 29 期，2005 年 3 月，頁 9（認為此一原則是權力分立原則的具體化）。

質控制」為標準，是否符合釋字第 432 號解釋以降有關法明確性原則之要求。本鑑定意見將從比較法的觀點，詮釋黨產條例第 4 條第 2 款定義附隨組織之不當，以及系爭規定是如何違反法律明確性原則。

一、黨產條例第 4 條第 2 款「附隨組織」法釋義學之詮釋

黨產條例第 4 條第 2 款定義「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。」¹⁰³所謂「實質控制」，依政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例施行細則第 2 條有下列解釋：「本條例第四條第二款所稱實質控制，指政黨得以直接或間接之方式，對特定法人、團體或機構之人事、財務或業務經營之重要事項為支配¹⁰⁴。」考察立法背景，1993 年 6 月 22 日立委黃煌雄等 52 人擬具「政黨財產管理條例草案」¹⁰⁵可視為黨產條例之濫觴。當時第 1 條立法目的為：「為斷絕國庫通黨庫、確保國民權益、促進經濟發展、建立政黨公平競爭環境，特制定本條例。」所謂「黨產」，規定在草案第 2 條，各款主詞均以「政黨或其關係人」稱之，並於立法理由釋明：「所稱政黨關係人包括自然人及法人。因為目前政黨多將財產置於核心黨員名下，或者另以財團法人等形式持有黨產或經營事業，凡此型態皆為代替政黨持有黨產及經營黨營事業之變相行為。」換言之，上開草案之黨產定義，主要聚焦在當時存在之「黨營企業」上，且依草案第 5 條，各政黨或其關係人之黨產等自該條例施行之日起禁止出售或移轉。而「附隨組織」之名，在 2005 年版本¹⁰⁶中已然出現，

¹⁰³ 該款立法理由指出：「政黨依人民團體法第 47 條但書規定得設立分支機構，故分支機構擁有之財產即屬政黨財產之部分，自不待言。惟政黨以捐助或出資之方式控制之營利性或非營利性法人、團體或機構，雖屬獨立存在之組織，但受政黨實質控制，二者有密不可分之關係，應一併納入本條例調查及處理之範圍，以避免藉脫法行為違反政黨政治之平等原則，爰為第 2 款之定義。」

¹⁰⁴ 其立法說明指出：「政黨以直接或間接之方式，對於特定法人、團體或機構之人事、財務或業務經營之重要事項，行使支配之影響力者，無異該政黨即係實質控制該法人、團體或機構，從而該法人、團體或機構乃屬本條例所稱政黨之附隨組織，爰予明定，俾利適用。」

¹⁰⁵ 參見黃煌雄、張清溪、黃世鑫主編，還財於民：國民黨黨產何去何從？，商周出版，2000 年，頁 287 以下。

¹⁰⁶ 行政院決定以制定特別法方式，爰為規範處理政黨之財產，隨即責成法務部起草「政黨不當取得財產處理條例」（草案）。經該部自 2001 年 12 月 10 日起召開六次專案小組會議，迄 2002 年 9 月上旬完成相關條文之擬定後，行政院於 2002 年 9 月 13 日、2005 年 10 月 17 日併同「政黨法」（草案）二度函送立法院審議。此版本草案可見黨產歸零聯盟，網址：

也具備目前黨產條例就附隨組織定義的原型¹⁰⁷。然而，在立法說明內，除明列「受政黨實質控制、二者密不可分」外，並無其他細緻判準可資定義為附隨組織，亦未提及這些條文背後的比較法思維，此一高度不確定法律概念在適用上即產生疑義，故本人將以法釋義學觀點檢視之，如後述。

基於歷史解釋，現行黨產條例前身是 2004 年 1 月法務部研擬之「政黨不當取得財產處理條例」草案，也曾指出係「參考德國統一前後清理前東德黨產之法律依據及處理模式」並在 2005 年 10 月 17 日提交立法院草案第 27 條施行日之理由，敘明：「依德國實務經驗，該國處理類似政黨不當取得財產問題，歷經 10 年猶未能完成。惟為顯示政府處理此案之決心及效率，並考量實務上之運作可能遭遇之困難，概估處理期間為 5 年。¹⁰⁸」凡此種種，以上皆佐證我國師法德國法制之制定黨產條例第 4 條第 2 款來處理我國政黨及附隨組織財產取得問題，然立法者並未以德國法的「防衛性民主」考量或是東歐法制的「社會經濟體制保護兼及民主育成」作為出發點，在立法上嚴重違反憲法基本秩序而違憲。

二、挪移公司法定義之齟齬

黨產條例中「人事、財務或業務經營」要件，檢視目前所有現行法，發現其屬商法概念，如公司法第 369 條之 2 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。（第 1 項）除前項外，公司直接或間接控制他公司之人事、財務或業務經營者亦為控制公司，該他公司為從屬公司。（第 2 項）」即屬之¹⁰⁹。此條是放在公司法「關係企業」章中，這是因為公司法以「每一公司均是獨立個體」之假定，並沒有反映現實公司經營之真正情形，某些公司相當程度之控制權為他公司所掌握，換言之，一家公司雖在法律上為獨立之主體，但在實質經營上卻非

<http://zero-kmt.blogspot.tw/2011/12/20051017.html>（檢索日期 2020 年 6 月 20 日）。

¹⁰⁷ 當時的附隨組織定義為：「指獨立存在而由特定政黨控制其人事、財務或業務經營之非營利性法人、團體或機構。」

¹⁰⁸ 此立法理由亦為立委葉宜津等 30 人、黃偉哲等 19 人、鄭寶清等 42 人、陳亭妃等 20 人、高志鵬等 21 人，2016 年提案不予採納第 27 條之立法理由。

¹⁰⁹ 公司法第 8 條、第 369 條之 9 亦有此要件。套用此概念者尚有保險法第 168 條之 2、第 168 條之 9、簡易人壽保險法第 35 條、土壤及地下水污染整治法第 43 條，其餘均為法規命令。

完全獨立經營，而必須聽命於其他公司，故 1997 年立法院為正視此種控制權之存在，對關係企業加以規範，乃參考德國、美國之立法例並衡量我國國情，增訂關係企業章，以「維護大眾交易之安全」，「保障從屬公司少數股東及其債權人之權益」，「促進關係企業健全之營運」，並「達成商業現代化」之目標¹¹⁰為其立法宗旨。

然而，學者王文宇、林國全指出，實質控制關係在公司法領域內即已認定不易¹¹¹，故公司法第 369 條之 3¹¹²特別另設推定從屬關係之規範，學者洪貴參指出，本條之推定效果可藉由變更董事或股權變動等方式，避免為本條所推定，致使本條成文具文¹¹³。

是以，我國黨產條例引進公司法關係企業章處理「公法上政黨與附隨組織如何認定的問題」，除了承繼原來公司法的無法達成原來規範目的之立法先天不足外，更在本質上完全把「國民黨是否為民主政治下的政黨」的前提、與「是否該附隨組織是維持國民黨政權統治系統穩定不可或缺要件的要素」之要件完全隱沒¹¹⁴，如此之後天失調，從而增加了恣意的成分。

三、德國法之借鏡與比較觀察

與我國黨產條例第 4 條第 2 款文義上「附隨組織」相關者為東德政黨法第 20a 條第 1、2 項以及第 20b 條第 1、2 項¹¹⁵。接受到獨調會調查的「財產」，基本上必須屬於前東德政權下與 SED 相關的民主同盟各政黨及其聯結性組織、法人、群眾

¹¹⁰ 劉連煜，現代公司法，8 版，元照，2012 年 9 月，頁 613。

¹¹¹ 王文宇，公司法論，3 版，元照，2006 年，頁 636。林國全，控制從屬公司之形式認定基準，月旦法學雜誌，第 77 期，2001 年 10 月，頁 16。

¹¹² 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。」

¹¹³ 洪貴參，關係企業法——理論與實務，元照，1993 年 3 月，頁 211。

¹¹⁴ Hans-Jürgen Papier, Das Parteivermögen in der ehemaligen DDR: aktuelle Rechtsfragen der Feststellung, Sicherung und Verwendung, 1992, S. 10.

¹¹⁵ 東德政黨法第 20a 條規定：「I、總理設立獨立委員會對於東德各政黨及其聯結性組織、法人、群眾組織在國內外之財產進行調查報告。」「II、政黨及其聯結性組織、法人、群眾組織不論義務與否，均必須向依第 1 項成立的委員會提出下列完整說明，(a)自 1945 年 5 月 8 日以來在其財產或其前身、後繼之組織經交易、徵收或其他方式所獲取或是已出賣、贈與或其他特殊方式脫手之財產價額。(b)1989 年 10 月 7 日後之財產以及其後之變動尤須提出財產概述書。」第 20b 條：「本法生效時，政黨及其聯結性組織、法人、群眾組織所得進行之財產變動僅於獲得獨立委員會主委之同意而生效（第 1 項）。為確保政黨及其聯結性組織、法人、群眾組織之財產價額，政黨及其聯結性組織、法人、群眾組織之財產於 1989 年 10 月 7 日已存在或自斯時起該財產之替代品，均需交付信託（第 2 項）。」GBI. I, 1990, S. 275.

組織者，方有受調查之必要。換言之，若不能先確認是否為前東德不法政權的政治支配系統維繫的重要元素(als wesentliches Element der Stabilisierung der politischen Macht angesehen und entsprechend gesteuert.)的政黨與其群眾組織，則無從處理「該政黨或是其政治組織」的「財產」之問題。這些政治組織或機構對 SED 政權而言，是政治權力穩固的重要元素，且這些聯結性組織、法人或群眾組織必須遵循該政黨的領導，在認定為是構成東德不法政權政治權力穩固的重要元素後，才能夠被認定為是應受調查的聯結性的政治組織，而經確認為應受調查的聯結性政治性群眾組織後，才會進入該組織所取得之財產不當與否應受調查的問題¹¹⁶。

我國黨產條例中之附隨組織，應係參酌 1990 年 3 月 18 日東德政黨法第 20a 條第 1 項之文字。從而在黨產條例中附隨組織的認定上，應與東德政黨法第 20a 條與第 20b 條之標準相當，黨產會在 2017 年 7 月 12 日在救國團補充調查報告針對「附隨組織」定義也是援引了東德獨調會提出「聯結性」與「群眾組織」¹¹⁷，對於穩固政治權力並為政黨所控制視為重要元素。因此就我國黨產條例第 4 條第 2 款附隨組織的文義乃指：「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。」事實上這種描述蘊含實質性要件的「構成威權政權執政黨（中國國民黨）的政治權力穩固的重要元素」，因為對比黨產條例第 1 條：「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。」其中的落實轉型正義的意涵，正是意味我國法上的附隨組織事實上也必須有「構成威權政權執政黨（中國國民黨）的政治權力穩固的重要元素」後，才能夠符合「附隨組織」的定義。

德國哥廷根大學公法學者 Christian Starck 教授認為，對於是否屬於「東德政治系統維持不可或缺」之聯結性組織和群眾組織（我國泛稱為附隨組織），須依循

¹¹⁶ Hans-Jürgen Papier, a.a.O. (Fn. 114), S. 10.

¹¹⁷ 聯結性組織和群眾組織之詳細區分，參見董保城，同註 52，頁 154 以下。

以下判準¹¹⁸：

- 1、聯結性組織或群眾組織服膺於馬列主義，這是根據東德憲法第 1 條而來。
- 2、民主同盟政黨、聯結性組織、群眾組織與法人都遵循 SED 黨的領導，這裡聯結性組織或應受調查的群眾組織遵循的並非國家的領導，而是該政黨的領導。
- 3、遵循該政黨領導的「附隨組織」（聯結性組織或群眾組織）成員可以成為國家行政機器的公務員，並享有社會上的優越地位與利益。

實質控制一詞既然為公司法領域之產物，本身具有高度不確定性已如前述，移植到公法、憲法政治領域內更是不倫不類，附隨組織之概念援引德國聯結性組織及群眾組織之概念，正如同 Christian Starck 教授指出這些組織必須在其章程中明訂為黨服務、服從黨之領導，這些都必須由黨產會來證明，該組織是政黨維繫政權不可或缺之要素，方足論定某團體是否確為政黨之附隨組織。

四、黨產條例第 4 條第 2 款以實質控制認定附隨組織違反法律明確性原則

（一）法律明確性原則（Bestimmtheitsgrundsatz）之定義及審查標準

立法機關制定限制性之法規範（emischänkendes Gesetz）時必須遵循法律明確性原則，蓋一個不清楚、不明確的法規範條文容易逾越法律原先之立法目的，而違反法安定性原則並造成侵權¹¹⁹；稱「法律明確性原則」者，指法規範之內容（構成要件、法律效果）必須明確，使受規範者得以事先預見其行為將該當何種構成要件、將產生何種法律效果。基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。

法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。實務上在適用法律明確性原則進行審

¹¹⁸ Vgl. Christian Starck Christian Starck (1991), Die Behandlung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der ehemaligen DDR, *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 2, S. 317 ff.

¹¹⁹ Kingreen/Poscher, a.a.O. (Fn. 70), s. 99, Rn. 365.

查時，已發展出類似比例原則操作之層級化（*Abstufung*）審查標準，亦即對於基本權限制愈重大、愈強烈，愈要求法規內容更清楚明確（*Je schwerer die bewirkte Grundrechtsbeeinträchtigung auffällt, desto präziser muss sie in Gesetztext erkennbaren Ausdruck finden*）。這也是德國法上對於法律明確性嚴格審查其合憲性之標準¹²⁰。

基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依大法官歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體關聯性，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可經由司法審查加以確認，始與法律明確性原則無違（釋字第432、521、594、617、623、636、690、767、777號解釋參照）。綜上所述，立法者運用不確定法律概念或概括條款，必須合乎以下三個要件，始不違反法律明確性原則：1、意義非難以理解；2、為受規範者所得預見；3、可經由司法審查予以確認。所謂「理解」，包括法必須是人民「可及」的，所以要被公布或送達；規範內容必須是「清楚明確」；以及「可被理解」等三部分；所謂「預知」，是指在時間上人民對於規範之施行期間與施行方式可以「預測」，而且此預測必須是「可靠穩定」的¹²¹。黨產條例中無論系爭條款「實質控制」，乃至於立法目的「轉型正義」均有高度不確定性，與明確性原則顯然有悖。

法律明確性原則固為法治國家之重要原則，明確性三要件亦普遍受到認同，惟其實際運用時，卻因所涉憲法上權利之特質，以及法領域之異同，而對明確性程度有高低不一之要求。換言之，法律明確性原則與比例原則類似，並非一成不變之原則¹²²。通說認為，必要區別其適用領域，進一步發展出不同的審查標準，來認定相關法令是否符合法律明確性的要求，例如：若牽涉基本權的侵害、限制越嚴重，則對法律明確性的要求越趨嚴格¹²³；若涉及受規範人為具有特定專業知

¹²⁰ Vgl. Michael Sachs, *Verfassungsrecht II Grundrecht*, 2000, A10, 48.

¹²¹ 吳庚、陳淳文，*憲法理論與政府體制*，6版，自版，2019年9月，頁59-60。

¹²² 許多大法官亦認為，操作法律明確性原則必須要有寬嚴之分，參見釋字第767號解釋許志雄大法官協同意見書，頁7-8、釋字第767號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁6-7。

¹²³ 陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？*月旦法學雜誌*，第88期，2002年9月，頁254-255。

識之人，且對該規範領域有較高之注意義務，則放寬對法律明確性的要求¹²⁴。學理上整理相關法律明確性適用情形：在刑法領域，基於罪刑法定主義所內含的罪刑明確原則，其所要求的明確性程度應該最高，司法也應從嚴審查；又如言論自由內容管制的法律，因涉及表意自由的限制，也應從嚴審查，以免造成寒蟬效應。稅法方面，「課稅要件明確主義」為租稅法律主義之內容，自亦要求高度明確性。至於藥害救濟制度之給付要件、範圍及效果，或是涉及會計師、醫師，及教師之處罰，因涉及國家以法律創設之公法上給付請求權及經驗上難以完全確定的科技風險，甚至是涉及對於該領域屬專業性較高之領域，即承認立法者就規範內容有較廣泛之形成自由，在法律明確性的審查上，自應從寬審查¹²⁵。另外，不同領域法律所使用的同一法律概念或用語，也有可能適用不同的審查標準來操作法律明確性原則。例如民法第 72 條的「善良風俗」可能還不致違反法律明確性原則，但同樣的「善良風俗」如用於刑法或行政法之構成要件，則有可能因從嚴審查而違反法律明確性原則¹²⁶。

我國釋憲實務操作法律明確性原則時，亦認為有寬嚴之分：

1、涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，其構成要件是否符合法律明確性原則，應受較為嚴格之審查（釋字第 636、690、777 號解釋參照）。

2、「就各項調查方法所規定之程序，有涉及限制人民權利者」，以及「對違反協助調查義務者課以罰鍰之法律規定，……，其裁罰要件及標準」必須符合憲法上法律明確性原則及正常法律程序之要求（釋字第 585 號解釋）。該號解釋就三一九槍擊事件真相調查特別委員會（下稱真調會）合憲性，認為真調會條例第 15 條第 1 項「本會委員有喪失行為能力、違反法令或其他不當言行者，得經本會全體委員三分之二以上同意，予以除名」規定當中，以「違反法令或其他不當言行」為除名事由、同條例第 8 條第 4 項前段規定「本會行使職權，不受國家機密保護法、

¹²⁴ 釋字第 767 號解釋詹森林大法官不同意見書，頁 2-3；許宗力，論法律明確性之審查：從司法院大法官相關解釋談起，臺大法學論叢，第 41 卷第 4 期，2012 年 12 月，頁 1708-1709。

¹²⁵ 參見釋字第 767 號解釋許志雄大法官協同意見書，頁 7-8；釋字第 767 號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁 6-7。

¹²⁶ 釋字第 767 號解釋許志雄大法官協同意見書，頁 8；釋字第 767 號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁 7。

營業秘密法、刑事訴訟法及其他法律規定之限制」、同條第六項規定「本會或本會委員行使職權，得指定事項，要求有關機關、團體或個人提出說明或提供協助。受請求者不得以涉及國家機密、營業秘密、偵查保密、個人隱私或其他任何理由規避、拖延或拒絕」，其中涉及人民基本權者。以上皆被大法官認為違反正當法律程序、法律明確性原則。

3、「鑒於會計師為經國家考試及格始得執行業務之專門職業人員，於其執行業務時何種作為或不作為構成業務上應盡義務之違反或廢弛，足以損及當事人之權益暨大眾之交易安全，可憑其專業知識予以判斷，並非難以理解，對於懲戒權之發動亦非不能預見.....，個案事實是否屬該規定所欲規範之對象，仍可經由司法程序依照社會上客觀價值、職業倫理等，按具體情況加以認定及判斷，要無礙於法安定性之要求。」(釋字第 432 號解釋)；「惟其涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合」(釋字第 545 號解釋)；「惟法律就其具體內涵尚無從鉅細靡遺詳加規定，乃以不確定法律概念加以表述，而其涵義於個案中尚非不能經由適當組成、立場公正之機構，例如各級學校之教師評審委員會.....，依其專業知識及社會通念加以認定及判斷；而教師亦可藉由其養成教育及有關教師行為標準之各種法律、規約.....，預見何種作為或不作為將構成行為不檢有損師道之要件。且教育實務上已累積許多案例，例如校園性騷擾、嚴重體罰、主導考試舞弊、論文抄襲等，可供教師認知上之參考。」(釋字第 702 號解釋)；「...常見、可預期之意義，主管機關參照國際歸類定義，將不良反應發生率大於或等於百分之一者，定義為系爭規定所稱之「常見」.....；且前揭標準業經藥害救濟法第 15 條所定之藥害救濟審議委員會所援用，於實務上已累積諸多案例可供參考。是其意義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識加以認定及判斷，且最終可由司法審查予以確認。」(釋字第 767 號解釋)以上分別牽涉會計師、醫師、教師之處罰，以及藥害救濟「常見且可預期之藥物不良反應」之構成要件部分，已是改以（或兼以）各該專業機構的知識能力為準，而非僅以一般人民的理解能

力為準，來認定法律文義是否可理解、可預期，這正是大法官採用寬鬆審查標準操作法律明確性原則¹²⁷。

本鑑定意見認為，在操作法律明確性時，必須就個案審查之標的及所設之基本權種類，以及對於整體法秩序維護有何影響，來選擇審查標準；倘若對於基本權的侵害、限制越嚴重，則採取嚴格審查；若涉及受規範人為具有特定專業知識之人，且對該規範領域有較高之注意義務、或是涉及專業領域之事項，則採寬鬆審查。就黨產條例第 4 條第 2 款之內容，乃進而至整部黨產條例所有內容（包含應納入審查範圍之黨產條例第 4 條第 4 款「不當取得財產」定義），其所涉及侵害之憲法權利，乃憲法第 14 條政黨結社（表現）自由及憲法第 15 條財產權之保障；此外，從本條例的立法目的觀之，其欲處理及調查者是合憲政黨及其附隨組織有無違反自由民主憲政秩序而取得相關財產之情況，以真正溯及既往的方式追究過去之行為，已經破壞法安定原則；不僅如此，黨產條例對於政黨公平競爭原則，及憲法建構之政黨國圖像、憲法第 1 條民主國原則、法治國原則之法安定性原則，都產生重大的影響甚至是破壞。基於政黨乃我國自由民主憲政之根本，具有促進民主政治有不可忽視之重要地位，為憲法民主（政黨）國原則基石，且此規定是屬於真正溯及既往之情況，嚴重影響法安定性原則之角度，就本件黨產條例違憲與否，在層級化法律明確性原則概念下，應採用「嚴格審查標準」進行「法律明確性原則」審查。

（二）黨產條例第 4 條第 2 款以實質控制認定附隨組織違反法律明確性原則

有關以「實質控制」來認定何謂附隨組織，比較法上德國並沒有使用我國目前的立法例。我國採取「實質控制」一語，從時任立法委員顧立雄於之發言：「實質控制的概念在公司法上有明文，並不是我們發明的條文」可知，是參考公司法而為之立法。然誠如前述，公司法「實質控制」概念之引進，在於健全公司治理部分，保護少數股東而設，則援引此概念來「處理」政黨附隨組織，是牛頭不對馬嘴。究竟為何要以「實質控制」作為認定標準，立法理由也只提到「受政黨實

¹²⁷ 同說，釋字第 767 號解釋黃昭元大法官協同意見書，頁 9。

質控制、二者密不可分」，為了「避免藉脫法行為違反政黨政治之平等原則」之立法目的，而為附隨組織之定義規定，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體關聯性加以觀察，受規範者在威權統治時代產生，效忠國家，無從理解、預見其為政黨之附隨組織，這段歷史糾葛、法律爭議，很難經由司法審查加以確認。由於本件黨產條例適用上不但溯及適用那些合憲政黨或其他類型人民團體，且對於已經因時效取得而受憲法保障之財產更是造成難以回復之損害，嚴重破壞法律安定性及憲法民主國原則、政黨國原則，黨產條例除涉及憲法保留，更攸關政黨及其附隨組織之結社權、名譽權與財產權等，故應採取嚴格審查標準，認定我國舉世獨創的附隨組織定義違反法律明確性原則而違憲。

提綱（二）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？

爭點題綱三係關於黨產條例第 4 條第 2 款曾由政黨實質控制而後脫離之附隨組織，其定義所生之憲法爭議。由於是否為系爭條例之附隨組織，前提必須是有「不當取得之財產」，而不當取得財產之定義是規定在第 4 條第 4 款中：「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。」因此同條第 4 款應納入審查範圍。尤為甚者，黨產條例第 4 條只是條例用詞定義，真正的適用及處理反而是第 5 條「推定為不當取得之財產」，及第 6 條「命該政黨、附隨組織、受託管理人……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」。因此爭點題綱第三點僅列出系爭條例第 4 條第 2 款之用詞定義，遺漏了同條例第 4 條第 4 款及第 5、6 條，無法完整呈現系爭條例規範上及適用上產生何種違憲爭議，基於維護客觀憲法秩序，系爭條例第 4 條第 3、4 款及第 5、6 條，而與系爭條例第 4 條第 1、2 款具有「重要關聯性」，應一併納入審查範圍。

一、轉型正義並非憲法誠命而不足作為迫切重大公益目的

根據黨產條例第 1 條立法理由¹²⁸及第 5 條立法理由¹²⁹可知，黨產條例係基於建立政黨公平競爭環境，健全民主政治，並藉此處理過去黨國不分下不符合實質法治國原則之財產處理，以落實轉型正義，然本鑑定意見認為，以轉型正義作為黨產條例立法，並非憲法誠命，不足作為「迫切、極其重大之公共利益」之目的。

(一) 轉型正義（轉型期正義、過渡正義）概念

「轉型正義」(Transitional Justice)，指從威權獨裁轉型成民主政權之國家，對於過去威權時代政府大規模違法侵害人權之問題，為伸張正義而為善後處理，包括採取法律手段及非法律的政治、社會、教育等手段，以清理過去侵害人權措施¹³⁰。其原指社會走向自由化和民主化之過渡時期中的正義問題，故譯為「轉型期正義」較能顯示該詞之意涵，譯為「轉型正義」似有誤導之嫌¹³¹。紐約大學法學院學者 Ruti G. Teitel 所著之「Transitional Justice」一書，2001 年之翻譯版是譯為「變遷中的正義」¹³²，亦能顯示此詞之確切意涵，或翻為「過渡正義」¹³³亦可。

轉型正義有廣義及狹義說¹³⁴，前者是指轉型正義應被視為政治變遷後進行政治改革政治正常化發展之過程，欲處理的不僅是民主化之問題，亦包括國家

¹²⁸ 黨產條例第 1 條立法理由：「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。三、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。」

¹²⁹ 黨產條例第 5 條立法理由節錄：「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。」

¹³⁰ 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。

¹³¹ Ruti G. Teitel 著、鄭純宜譯，轉型正義：邁向民主時代的法律典範轉移，2 版，商周，2017 年 1 月，頁 9。

¹³² Ruti G. Teitel，變遷中的正義，商周，2001 年 10 月。

¹³³ 蘇永欽，夏蟲語冰錄（一〇五）——轉型正義，法令月刊，第 67 卷第 10 期，2016 年 10 月，頁 162。

¹³⁴ 廣狹義見解之分析，參見李怡俐，轉型正義的機制與脈絡因素，台灣人權學刊，第 1 卷第 2 期，2012 年 6 月，頁 149-150。

在戰亂後，如何重建整體社會的問題；後者則認為轉型正義是指發生國家轉型過程中尋求正義，並對於不法政權之審判、處理及復原，亦即在民主轉型之過程中，如何面對過去的威權統治，以達到民主鞏固(democratic consolidation)。論者指出，推動轉型正義，必須採整全性觀點(holistic approach)的途徑，即「促進真相」、「正義」、「賠償」與「保證不再發生」¹³⁵；德國學者 Helmut Quaritsch 亦指出，新政權對於過往的克服約有五種模式，包括：不予理會、特赦、報復、追訴，以及德國針對東德政權的過往所採行者，亦即對過往之整理與自由討論，兩德統一後對於「前於法治國」階段遺緒之「過往之克服」(Vergangenheitsbewältigung)。其中使用(Bewältigung)一詞，帶有「終局解決完成」之意涵¹³⁶。

然轉型正義是否可作為「真正溯及既往」例外？部分援引德國法院及歐洲人權法院就「柏林圍牆射殺案¹³⁷」來證立轉型正義可作為真正溯及既往之例外¹³⁸。按兩德統一後，前東德時期「不法政權」的種種問題浮上檯面，包括東德時期邊境守衛及其上級長官，乃至於政治領導人，是否要為射殺「非法越境」人民的行為，負刑事責任？德國法院見解分為兩種：1、系爭行為依照當時東德的法律，構成要件該當，且不符合阻卻違法事由的要件，即屬違法¹³⁹；2、系爭行為依照當時東德法律及實務解釋，雖具有合法化事由（認為依照當時實務非法越境屬重罪），惟因與正義處於無法忍受的衝突，應視為一種不法之法，而向正義退讓（即「賴德布魯赫公式」），基於此「超制定法」來否定制定法，仍應負刑事責任。柏林邦法院及歐洲人權法院見解屬於第一種，聯邦普通法院是第二種見解，而德國聯邦

¹³⁵ 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 9 月 30 日，頁 19。

¹³⁶ 黃錦堂，轉型正義與不當黨產處理——德國的法制及我國的省思，台灣法學雜誌，第 313 期，2017 年 2 月 14 日，頁 114-115。

¹³⁷ 此案之詳細內容，可參李建良，同註 130，頁 5-32。

¹³⁸ 林佳和，真正與非真正溯及既往之區辨——臺北高等行政法院 106 年度簡上字第 122 號判決，月旦裁判時報，第 74 期，2018 年 8 月，頁 48-50。另有學者認為黨產條例之處理是不真正溯及既往，參見王韻茹，法治國原則與黨產條例，黨產研究，第 5 期，2020 年 4 月，頁 20；陳信安，「黨產處理與民主鞏固」——台德黨產處理法制與經驗比較學術座談會與談稿，台灣法學雜誌，第 315 期，2017 年 3 月，頁 70 以下；李孝悌，黨營事業不當黨產處理之合憲性與難題：以臺南地區接收日產為例，黨產研究，第 2 期，2018 年 3 月，頁 16 以下。

¹³⁹ 略以：東德國防部的值勤指令載有阻止非法越界，暫時拘禁或殲斃越界者之規定，依東德警察職權法為阻止重罪之即將施行或繼續，得使用槍械，柏林邦法院指出系爭案件不屬於重罪，故依照東德法律系爭行為構成違法。

憲法法院的立論則較為曖昧，其一方面論證基本法第 103 條第 2 項之嚴格溯及既往之禁止於一定條件下應予限縮，另一方面卻說系爭案件之可罰性「無須訴諸超制定法之法原則」。

本鑑定意見認為，處理我國政黨及附隨組織之財產，未必可直接套用，畢竟這些案例均屬典型造成人民生命、自由之侵害。而且，SED 雖然之後被視為獨裁政權，但在追究法律責任時仍須遵循民主法治原則，且並未一概否定該時期之所有法規範，蓋這些規範可能「還是符合內在道德的」，倘若直接援用此論點，以當前執政黨對「正義」及「轉型正義」的偏頗認知，而將合憲政黨與附隨組織取得財產均認為不合公平正義，不細繹該財產取得是否符合內在道德，而不去討論法律的可預見性與安定性之破毀，是有違憲疑慮的。

（二）轉型正義與處理黨產欠缺重大關聯，不能作為處理黨產之重大公益

黨產條例第 1 條揭示「建立政黨公平競爭環境，健全民主政治，以落實轉型正義」相較於東德處理黨產之東德政黨法第 20a、20b 條之立法理由，僅有「重建政黨財產上機會平等」與「消除過去的不正義，以避免東德政黨在統一後德國實施新的貨幣和經濟制度獲取利益」¹⁴⁰，德國處理黨產是著重政黨公平競爭，對於在東德時期以非正義的手段針對人民因政治因素遭逮捕、判刑、財產沒收、流放等，則是以轉型正義之名恢復平反及補償受害個人，例如東德最後一屆社會主義政府就頒布恢復平反被定罪或受到其他懲罰之異議人士。東德國會在兩德統一前四週亦通過「恢復平反法」，統一後之德國國會並通過的「共產時期非正義補償法」，此一法律中也規定所有介於 1945 年 5 月 8 日和 1990 年 10 月 20 日有違反法

¹⁴⁰ 德國在處理東德政黨與附隨組織的財產立法理由之所以沒有像臺灣冠以「轉型正義」之名義，主要在於就轉型正義之正解應為「轉型期正義」之謂，即社會走向自由化和民主化的過渡時期當中的正義問題。本人曾與德國國會議員 Jens Köppen (CDU/CSU) 談及此一問題，他認為東德是被自己的人民於 1990 年 3 月 18 日唯一一次自由民主選舉產生政黨絕大多數同意儘速與西德合併統一。換言之，是東德這個國家於兩德統一合約生效日 1990 年 8 月 31 日立即消失，東德所有法律命令隨之失效，沒有所謂東德社會走向自由化和民主化的過渡時期的正義，就東德而言根本沒有存在「過渡時期」。德國國會議員 Köppen 這種見解可以在德國黨產調查委員會的調查報告中也找不到任何所謂「轉型正義」的敘述，得到佐證。至於我國自 1987 年政治解嚴後，許宗力院長的指導教授 Christian Starck 之 70 歲祝壽論文當中就指出：「在八十年代末在國民黨統治精英的『自行』帶領 (selbst eingeleitet) 下推動了台灣民主化和自由化……」臺灣迄今 30 幾年深化民主，已全面自由的選舉，甚至歷經三次政黨輪替，臺灣早已渡過了轉型期。Christian Starck，同註 31，頁 7、9。

治國原則東德法院之判決皆屬無效。此外，1994年7月1日德國國會通過第二個「共產時期正義補償法」就曾因受教育、就業機會權利受損害者補償金額，2007年6月23日國會又通過對前東德政治受難者補償。

我國立法院針對過去戒嚴時期對於部分異議人士或人民所造成冤案，特別是1947年「二二八事件」和1951年代白色恐怖時期（1949-1987），早已於通過「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」。據此，政府為道歉賠償、恢復名譽、設置紀念碑、訂立國定紀念日及成立基金會等措施，盡可能平復受難者與家屬中的悲痛與不平。甚至監察院也多次就過去戒嚴時期之迫害事件進行調查、糾正及平反¹⁴¹。因此就平反與賠償而言，已無必要再以轉型正義之名，甚至臺灣已被國際社會認定為完全自由的民主國家，是否還需移植德國模式處理黨產，還要「溯及既往」處理合憲政黨及附隨組織之財產，已非無疑；進者，臺灣自1990年代以來，在憲政改革與政治開放獲得舉世矚目之成果，甚至已經多次進行民主選舉，並已有三次政黨輪替，早已步入民主常軌，黨產處理與轉型正義之落實、政黨間公平競爭，根本欠缺實質關聯。目前追討黨產除了政黨以外，被認定為附隨組織之各類人民團體，渠等未必透過資源壟斷行為獲取不當利益，反而在社會扮演公益角色，致使許多人民受惠、感念或感恩，甚至沒有所謂被害人之存在，不是為了政黨一己之私益妨害經濟上的交易秩序與公平競爭，而是為了國家社會公益之增進，如果因為這些團體的「第一桶金」被認定來自於政黨，但卻不能整體評價該組織團體在臺灣社會所扮演之角色，未免有些以偏概全，轉型正義此一抽象不確定之哲學概念在此淪為撕裂社會的藉口，因此以轉型正義如此抽象多義之哲學概念作為真正溯及既往禁止之例外，根本欠缺具體明確及實質關聯。至於黨產條例立法理由提到之「處理『黨國一體』、『黨國

¹⁴¹ 近期監察院處理白色恐怖時期之「鹿窟基地案（又稱鹿窟事件）」，監察院糾正國防部，指出當時軍方審判草率，不但違反法律，更嚴重侵害人權，即是轉型正義處理之展現，參見高委員鳳仙、楊委員美鈴，監察院106年度國調第0018號調查報告，監察院：<https://www.cyc.gov.tw/CvBsBoxContent.aspx?n=133&s=5833>；最大白色恐怖事件鹿窟基地案，逮捕及訊問896人，判刑及感訓112人，補償及賠償5億4,563萬4,000元，監察委員高鳳仙、楊美鈴提案糾正國防部，監察院，2017年10月20日：https://www.cyc.gov.tw/News_Content.aspx?n=124&sms=8912&s=8213（檢索日期2020年6月21日）。

不分』¹⁴²，我國憲法並沒有如東德憲法明定黨國一體，故無法與東德相比¹⁴³；且黨國一體要如何解讀，可由不同政治學角度探討，特別是臺灣在解嚴前是屬於「威權型政權」，有別於共產國家之「極權型政權」，甚至依據中華民國憲法奉行三民主義。故臺灣社會轉型比起所有後社會主義國家之幅度小很多，蓋我國只有政治需要去威權化，經濟從來就不極權；臺灣的兩蔣執政，是從硬性威權到軟性威權，而且臺灣威權體制不僅不及於攸關食衣住行之經濟層面，政治的威權又漸進地剝褪，故在 1950 年代初期起大法官就多次宣示黨政分離原則（如釋字第 5、7、20 號等解釋），所謂的「一黨獨大」，事實上是建立於動員戡亂法制和戒嚴法制，因此民主化實質上就是這些非常法制的逐步減弱和去除¹⁴⁴。德國之所以厭惡共黨極權政權，在於東德共黨政權統治使得民不聊生，在其被迫垮台後新民意組成之新國會，立即處理其黨產，臺灣的黨國不分卻是因為非常時期，面對中共武力解放、血洗臺灣的威脅，不得已實施戒嚴及動員戡亂法制凍結憲法部分條文，形成黨國體制，雖然在言論自由、遷徙自由、結社權有高度限制，但在財產權及經濟活動部分則有相關寬裕空間，奠定日後臺灣曾有的經濟奇蹟，所以有關「黨國一體」之論述，鑒於臺、德的背景迥然不同，立法上更不能無差別地移植東德處理黨產之規定¹⁴⁵。

（三）黨產條例之「轉型正義」立法目的時空錯亂

轉型正義最終的目的在於社會和解，推行轉型正義首要的關鍵在於發現真相，畢竟唯有真相才能有真正的正義，唯有正義才有真正的和解。我國既然已被

¹⁴² 董保城，同註 52，頁 42 以下。

¹⁴³ 東德 1968-1974 年憲法第 1 條規定：「德意志民主共和國是屬於工人和農民的社會主義國家，是由城市和鄉村中的勞動人民所組成的，由工人階級和馬克思列寧主義政黨所領導的政治實體。」從該條可知，SED 之地位是明文寫在東德憲法當中。這些列寧式政黨（無論東德 SED 等共產國家之共產黨）明文寫在憲法之黨國體制，依據學者 Carl J. Friedrich 之研究，具有三個特點：1、意識型態主導；2、以黨領政，國家由一服膺意識型態、獨裁者領導的單一政黨統治；3、國家對社會完全監控，包括以秘密警察強制執行、掌控媒體、軍隊及所有包括經濟組織在內的所有組織，實施中央計畫經濟。Carl J. Friedrich, *The Evolving Theory and Practice of Totalitarian Regimes*, in *TOTALITARIANISM IN PERSPECTIVE: THREE VIEWS*, 126(C. Friedrich, Michael Curtis and Benjamin R. Barer eds. 1969)；于有慧，列寧式黨國體制與中國貪腐問題的發展，中國大陸研究，第 56 卷第 1 期，2013 年，頁 131。

¹⁴⁴ 蘇永欽，同註 133，頁 164。

¹⁴⁵ 詳參董保城，同註 52，頁 42-56。

國際社會認定為完全自由的民主國家，早已度過自由化和民主化的過渡時期，之後所立法的黨產條例，其立法目的之「轉型正義」，既然和造成人民生命、自由之侵害而需要進行轉型正義之情形無涉，黨產條例第 4 條第 2 款後段規定「曾」為政黨實質控制之附隨組織規定，欲將其財產移轉國有，更突顯立法目的的時空錯亂，似乎我國的政黨輪替從未發生般，還活在威權時期，顯然與事實不符。

學者李怡俐認為，黨產問題因為被害人是「全民」，沒有明顯個別的受害者，所引發的轉型正義問題就更顯得隱晦難見¹⁴⁶，從而要靠處理黨產特別是「曾」為政黨附隨組織之財產，來達成轉型正義之立法目的，更是緣木求魚。學者蔡宗珍在黨產條例未立法前，認為現行民法、刑法或是透過行政法都有可能來追究原本屬於國家，卻成為國民黨財產之情事，但這樣容易陷入是否為政權鬥爭、政治清算之疑慮中，從而蔡教授認為以制定特別法方式，是最明確、打擊面最小之方式，也不會涉及清算歷史甚至是重寫歷史之疑慮中，透過特別法清查現有的財產，而如果有財產已經佚失或是已經移轉予第三人，雖然這些財產可能涉及不義，但因為已經與政黨公平競爭之前提脫鉤，這裡就不再需要去檢討¹⁴⁷。所以財產倘若佚失或移轉第三人，蔡大法官當時認為若還是去檢討這些佚失或移轉之財產，將有為違反政黨公平競爭（之立法目的），同理可證，在處理政黨及其附隨組織之財產時，特別是檢討佚失或移轉之財產，也和造成人民生命、自由之侵害而需要進行轉型正義之情形無涉，也逾越立法目的。

二、法律禁止溯及既往原則以及司法審查標準之選擇

法治國原則為憲法基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。法律一旦發生變動，除法律有溯及既往之特別規定外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力（釋字第 574、629、751 號解釋參照）。釋字第 717、781、782、783 號解釋理由書闡明：「按新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之

¹⁴⁶ 李怡俐，同註 134，頁 149-168。

¹⁴⁷ 許宗力等，重建政黨公平競爭的基礎：從法制層面談政黨不當財產與黨營事業之處理，月旦法學雜誌，第 86 期，2002 年 7 月，頁 186-187（蔡宗珍發言）。

事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。」明顯以「事實」或「法律關係」作為是否於新法規施行前業已終結。又法律溯及既往分為「真正溯及（echte Rückwirkung）」與「不真正溯及（unechte Rückwirkung）」，前者指對於業已終結之事實或法律關係，以事後制定之法律重新予以評價，亦即法規原則上僅適用於其生效之後所發生之事實或法律關係，但卻例外對於「業已終結之事實或法律關係」回溯適用，以事後制定之法律重新予以評價，又稱「追溯性的效力（retroaktive Rückwirkung）」。¹⁴⁸由於是變動已經終結之法律關係，嚴重破壞法安定性，故基於「既得權」保障與「信賴保護」之法理，此真正溯及之法律違反「法律禁止溯及既往原則」，原則上違憲，在例外恆須從嚴解釋之下，僅於下列五種情形始被許可¹⁴⁸：

- 1、法規適用之利害關係人，對於法規未來溯及效果有預見可能性者；
- 2、法規不合理、不明確、有重大漏洞或違反體系，致有違憲之重大疑義，而未來透過溯及效力，始能改正、消除該法規之缺失並帶來法安定時；
- 3、現行法律違憲而無效，立法者以新規定予以取代者；
- 4、溯及性法律僅造成當事人極為輕微或微不足道之負擔者，當事人之信賴保護必須犧牲者（微害保留）；
- 5、基於迫切重要的公共利益（*zwingende Gründe des Gemeinwohls*），其重要性高於法安定性之要求（如信賴保護）時。

由於黨產條例之溯及，不僅重大影響政黨及其附隨組織之結社自由、名譽權與財產權等，更直接影響相關團體成員之名譽權、生存權、工作權與財產權，特別是本件爭點題綱三（二）黨產條例第 4 條第 1 項第 2 款後段之「附隨組織」，明定「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」，將法規之適用溯及至曾為政黨實質控制之法

¹⁴⁸ BVerfGE 13, 261(271); 18, 429(439); 30, 367(387, 389); 45, 142(173 f.); 48, 1(25); 88, 384(404). 以上為聯邦憲法法院第一庭裁判；BVerfGE 72, 200(258 ff.); 87, 48(60 f.). 以上為聯邦憲法法院第二庭裁判。李建良，法律的溯及既往與信賴保護原則，台灣本土法學雜誌，第 27 期，2001 年 7 月，頁 85；釋字第 717 號解釋黃璽君大法官部分不同意見書，頁 1，其並提出第六個例外：「有利於受規範者。」

人、團體或機構¹⁴⁹。基於貫徹「禁止法律溯及既往」此一重要憲法原則，該款後段適用屬「真正溯及既往」，並對政黨國、政黨公平競爭等憲法基本秩序造成嚴重破壞，造成結社自由及財產權難以回復之嚴重侵害，故應採「嚴格審查標準」；針對已經結束的具體事實如須溯及既往，目的必須具備「迫切、極其重大之公共利益」，並賦予人民足夠的過渡時間（hinreichende Übergangsfrist）¹⁵⁰及立即司法救濟之機會。

三、黨產條例第 4 條第 2 款後段「曾」為之規定違反法律禁止溯及既往而違憲

臺北高等行政法院第六庭在婦聯會案釋憲聲請書第 8 頁提及，黨產條例第 4 條第 2 款附隨組織是以「曾由政黨實質控制」及「脫離政黨實質控制」為構成要件，實質意義是針對「已發生而已終結之事件」為規範對象，換言之，就是以現在之法律來處理過去已結束之特定事件，屬於（真正）溯及既往，使當事人無法理解也無法預見，而無期待可能性、意識得到之可能性，要求當事人遵守「當時不存在之法」；縱使為特殊公益而必須為此不得不之規範，在立法上應給特殊之待遇，或相對而為有利之措施，但在黨產條例上不僅未見，反而因為規範之一致性，導致「舉證責任轉換」及「權利行使期間」兩項事務上蒙受更大之不利益。前述見解可謂深中肯綮：

（一）黨產條例第 4 條第 2 款後段規定之「曾」為附隨組織指「過去完成式」

黨產條例第 4 條第 2 款後段「曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營」此一附隨組織之類型，應指「過去完成式」。由於黨產條例之溯及不僅重大影響政黨及其附隨組織之結社權、名譽權與財產權等，更亦直接影響附隨組織成員之名譽權、生存權、工作權與財產權，特別是黨產條例第 4 條第 2 款針對「附隨組織」，後段明定包含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

¹⁴⁹ 該款之立法理由：「政黨依人民團體法第四十七條但書規定得設立分支機構，故分支機構擁有之財產即屬政黨財產之部分，自不待言。惟政黨以捐助或出資之方式控制之營利性或非營利性法人、團體或機構，雖屬獨立存在之組織，但受政黨實質控制，二者有密不可分之關係，應一併納入本條例調查及處理之範圍，以免藉脫法行為違反政黨政治之平等原則，爰為第二款之定義。」

¹⁵⁰ Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2018, 7. Aufl., §9, Rnr. 24.

而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構。」換言之，即針對已經結束的具體事實如須溯及既往，更須有迫切的重要公益理由且賦予足夠的過渡時間。

（二）考證立法史，「曾」為附隨組織之類型，是不折不扣具「台灣特色」的個案立法

細查黨產條例附隨組織之定義，在過去立法過程版本草案¹⁵¹僅有第 4 條第 2 款前段文字¹⁵²，後段是我國此次立法新增的文字，是由時代力量黨團臨時提案加入「曾由政黨實質控制」。雖然時代力量黨團版本未就此部分有任何立法說明，此提案經學者羅承宗建議納入黨產條例¹⁵³，立法院第 9 屆第 1 會期第 21 次會議議案關係文書僅記載：「照委員李俊俤等七人修正動議修正通過。」而呈現為現行條文文字，亦未有增訂之理由，但第 4 條第 2 款後段規範是「過去完成式」，前段是規範「現在進行式」，時空有別，卻擁有相同的法律效果，畢竟「曾」字意味「過去是，但現在不是」，針對「過去為附隨組織已終結之事實」而用溯及既往方式加以規範，依據前述德國聯邦憲法法院見解，立法者如欲制定溯及既往法律，必須是基於「迫切的重要公益考量，且其重要性高於法安定性之要求者」始得為之，然從立法理由來看等於沒有理由，只是為了「先射箭再畫靶」之個案針對性所由設，此為真正溯及既往，嚴重違反法安定性原則。臺北高等行政法院裁定 107 年度訴字第 260 號亦認為，黨產條例第 4 條第 2 款前段為「不完全溯及：原則上應允許，僅於例外情形始有禁止必要」，後段為「完全溯及：原則上不應允許，如有例外非得許可者，自當限於非常特別的情形」見解誠屬的論，與本文前開見解一致。

¹⁵¹ 行政院決定以制定特別法方式，妥為規範處理政黨之財產，隨即責成法務部起草「政黨不當取得財產處理條例」（草案）。經該部自 2001 年 12 月 10 日起召開六次專案小組會議，迄 2002 年 9 月上旬完成相關條文之擬定後，行政院於 2002 年 9 月 13 日、2005 年 10 月 17 日併同「政黨法」（草案）二度函送立法院審議。此版本草案可見黨產歸零聯盟：<http://zero-kmt.blogspot.tw/2011/12/20051017.html>（檢索日期 2020 年 6 月 18 日）。

¹⁵² 當時的附隨組織定義為：「指獨立存在而由特定政黨控制其人事、財務或業務經營之非營利性法人、團體或機構。」

¹⁵³ 針對被視為國民黨附隨組織的救國團、婦聯會，應如何追討？羅承宗說，這可以參考時代力量黨團版「不當黨產處理條例草案」，條文裡載入「現在或曾由政黨實質控制的人事、財務或業務社團法人及財團法人」等文字，就可納入規範，例如救國團旅館業務、開補習班等如有違法，就可停租，甚至徵收建物，假使救國團要錢補償，就要先結算過去的不當得利。參見追討黨產，學者憂雷聲大雨點小，自由時報，2016 年 4 月 10 日：<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/977503>（檢索日期 2020 年 6 月 18 日）。其說法具有針對性，違反個案立法禁止原則，參考董保城，同註 52，頁 209。

另外，德國處理東德黨產，不會有「曾」由政黨實質控制附隨組織的問題，因為在東德執政的 SED 及其附隨組織是同時存續到東德政權結束為止，在威權過渡到民主階段立即進行黨產處理¹⁵⁴；我國卻是在民主化約 30 年、政黨輪替三次後，才有反對黨贏得選舉取得完全執政的執政者，高揭政黨公平競爭、轉型正義的大旗，在過晚的時點（參考時任立委顧立雄語¹⁵⁵），憑著絕對優勢的國會席次三讀通過黨產條例。況且此次立法突然地增列第 4 條第 2 款後段，卻沒有就此部分設有不同之配套，如就不當取得之財產，「曾由政黨實質控制」之附隨組織與當今仍受政黨實質控制之附隨組織在財產限制上有何不同。由是可知，這款以「曾」由政黨實質控制之附隨組織，是非常怪異「台灣特色」的附隨組織定義。

至於「極為重要公益理由」是否存在，由於「轉型正義」及「處理過去黨國一體」概念過於模糊難符構成真正溯及之重大理由，況且為追訴重要侵害人權的刑事犯罪行為而以真正溯及既往方式立法，我國也制定「二二八事件處理及賠償條例」、「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」就受害人之賠（補）償例外溯及既往。然黨產條例以溯及既往方式剝奪人民團體結社權及財產權，侵害憲法保障「政黨特權」，並非為了追訴重大侵害人權之刑事犯罪行為，或是給予受害人賠（補）償，而且不論是所涉及政黨或其他團體，在為相關財產行為時，並無客觀存在且內容明晰之具普世價值之法規範禁止其相關財產行為，其不利後果於行為時亦不能預見。最後，就其宣稱所欲追求之立法目的而言，更達不到如果不立法介入，國家即將陷入危難之境地¹⁵⁶。足見，黨產條例所處理「政黨」與「附隨組織」均以溯及為對象，立法時點（2016 年）距第一次政黨輪替已經 16 年，離國會全面改選也已超過 26 年，卻在第三次政黨輪替後，挾執政黨在立法院席次之優勢，制定溯及適用的法律，給人秋後算帳，淪為政黨惡鬥之情勢。綜上，基於法律禁止溯及既往原則，特別是當人民因溯及既往法律而被置於不法狀態時，例如其行為事後被法律評價為違法，且應受一定制裁或不利處分者，此類法律不具

¹⁵⁴ Christian Starck，同註 31，頁 11。

¹⁵⁵ 參見本鑑定意見註 45。

¹⁵⁶ 陳淳文，同註 87，頁 46 以下。

憲法正當性¹⁵⁷。故黨產條例第 4 條與第 5 條溯及適用結果，導致合憲政黨與其他團體之財產均遭政府凍結及強制徵收，這種回溯性處罰應屬違憲。

四、黨產條例第 4 條第 4 款「不當取得財產」定義誤認德國實質意義

法治國之歷史背景

(一) 處理東德黨產與實質意義法治國原則

按黨產條例第 4 條第 4 款對於「不當取得財產」之定義，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」與第 5 條¹⁵⁸，從其立法背景與立法理由¹⁵⁹均提及「實質意義法治國原則」，而此一概念是移植東西德於 1990 年 8 月 31 日簽訂的「兩德統一條約」。依據兩德統一條約第 8 條之規定，東德併入西德之後，西德政黨法（Parteiengesetz）擴大適用於被併入之德東地區，原東德政黨法除第 20a、20b 條規定繼續有效外，其他的條文自動失效。依照兩德統一條約之規定，第 20a、20b 條繼續適用應符合下列標準，其中第四點針對前東德政黨財產處理之部分，有下列規定：

1、東德所有政黨與其附隨組織，必須證明其財產是符合德意志聯邦共和國基本法（即西德基本法）所蘊含實質意義法治國原則（Materiell-rechtsstaatliche Grundsätze）而取得，如果符合，該政黨或其附隨組織仍得向處理黨產之「聯邦信託局」請求返還財產，而不是全部視為不當黨產全部清算充公。

¹⁵⁷ 李建良，同註 148，頁 7。

¹⁵⁸ 黨產條例第 5 條立法理由節錄：「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。」

¹⁵⁹ 黨產條例第 4 條第 4 款立法理由：「法治國之基本理念乃在於透過『以法而治』之形式意義法治國概念，進而遂行『價值判斷』、『法律目的』為內涵之實質意義法治國原則……。根據實質法治國原則，對於政黨之規範，應以自由民主憲政秩序為根本價值。本條例旨在調查及處理政黨於威權體制下所取得之財產，爰參考監察院調查報告所列財產取得之情形，並依據實質法治國原則，斟酌現代民主法治國家政黨應有之地位與功能，定義本條例所稱應返還所取得之財產係指政黨違反政黨本質或其他民主法治原則所取得之財產，或使其附隨組織取得之財產。例如：政黨由各級政府依贈與或轉帳撥用方式以無償或不相當對價取得財產、政黨投資或經營營利事業取得財產等。」

2、如果東德所有政黨或其附隨組織財產取得之當時，不符合西德基本法中之實質意義法治國原則，則該財產依序三種方式來處理¹⁶⁰：(1) 歸還原所有權；或(2) 原所有權人之法定繼承人；或(3) 為重建舊東德地區公共建設。

3、至於認定是否符合德國基本法規範中之實質意義法治國判斷標準，有這三種¹⁶¹：(1) 是否有侵害第三人之自由權與財產權；(2) 是否有利用 SED 在國家和社會上之執政角色；(3) 是否在沒有基於個人和人民同意之基礎下，欠缺法治國的統治秩序並且濫用和恣意行使統治權。

以上可知，東德所有政黨與附隨組織的財產，必須經過「實質意義法治國」之檢驗，此一回溯根據是「兩德統一條約」中明文規定。

兩德統一條約中引用「實質意義法治國」一詞，是相對於形式意義法治國。將法治國分成形式和實質概念，是源自德國不同時代的憲政歷史，在威瑪共和時期與納粹統治初期，對於法治國思潮是「法實證主義」，其概念多半限於純粹形式意義法治，內涵為權力分立、法律優位、司法與行政受法律拘束、法律保留、行政應受司法審查¹⁶²，至於超出上述形式意義法治範圍之其他內容則付之闕如。當時對法治概念是採取狹窄的法實證主義 (Rechtspositivismus)，即懸法亦法 (Gesetz ist Gesetz)，認為法律就是法律，不去論究法律的內容，只承認法律與國家權力的其他行為，只要這個法律滿足它訂定之形式與程序要件——只要經過東德人民議會通過即可。德國國社納粹時期的法律 (national sozialistisches Recht) 之最大問題問題，即在法實證主義支配下純粹形式法治，只要符合形式要件即可，至於內容上的要求則不包含在內。從 1933 年納粹非法治國時期 (NS-Unrechtsstaat) 與東德共產獨裁的實施經驗，促使東德憲法理論基本教義變動 (Paradigmenwechsel) 並逐漸走向實質意義法治國，此從 1945 年西德基本法 (即德國基本法) 即有依據。例如在基本法第 20 條第 3 項要求立法者必須受憲法根本秩序 (verfassungsmäßige

¹⁶⁰ Sven Berger, a.a.O. (Fn. 50), S. 218-220.

¹⁶¹ Sven Berger, a.a.O. (Fn. 50), S. 218-220.

¹⁶² 黃世鑫，兩德統一後之前東德 SED 黨產的處理經驗：他山之石，新世紀智庫論壇，第 9 期，2000 年 4 月，頁 86-87(其文註 16)；Hans Herbert von Arnim, Wem steht das Vermögen der DDR-Parteien zu?, 1993, S.54-59.

Ordnung) 實質的拘束，特別是基本權保障、基本權不可侵犯、不可轉讓、行政權應遵守法律和法 (Gesetz und Recht) 以及公權力行為均應受憲法法院審查。此外，基本法第 28 條第 1 項規定：各邦之憲法秩序應符合本基本法所定之共和、民主及社會法治國原則。

法治國原則之實質意義植根於「正義」理念，而追求公平合理的人類生活。今日吾人所了解之法治國原則，不但包括形式上，也包括實質意義之實現，因此形式意義法治國與實質意義法治國原則乃相輔相成，絕非相互對立之概念，即國家必須同時具備形式與實質法治國之要素¹⁶³。惟當特定之憲政秩序，因情勢變更而失去形式意義法治之依據時（如德意志民主共和國憲法—東德憲法失其效力），應當如何與憲法法治國之精神相調和？本人認為，應可援引關於法治國原則之性質與功能，換言之，法治國原則之功能如同球類比賽之後衛，藉以防止國家恣意行為，以及作為維護憲法之最後手段。其性質或定性乃先於憲法制定時之指導原理，是以推論出人性尊嚴不可侵之自然法精神、實質正義之實現，直接回歸於正義，因此具有超越憲法之位階，有時如同德國學說¹⁶⁴，在無其他原則可適用時，可直接援引此一原則，可見此一原則具有指引性、超越性、多義性、補充性與最後手段性。

德國統一後處理東德黨產問題，在兩德統一條約中明白要求東德所有政黨及其聯結性組織財產之取得必須證明符合實質意義法治國原則，最主要的原因是在東德憲法明定黨國一體政治體制下政府的行為僅依循形式意義法治國原則。對於實質意義法治國原則之內涵及運作不僅陌生，更不可能遵循，再加上東德的舊憲法及其法秩序，因統一後不被承認而全部失效，其原先所運作的形式意義法治秩序當然也失所附麗，取而代之就是西德自 1945 年實施之基本法第 20 條等所蘊含之實質意義法治國原則。

統一後的德國處理東德政黨財產時，於兩德統一條約明訂採實質意義法治國原則的標準就是斷然地拋棄東德的司法實證主義 (Juristischen Positivismus)，並有

¹⁶³ 法治斌、董保城，同註 1，頁 60。

¹⁶⁴ Hartmut Maurer, a.a.O. (Fn.22), S. 207ff.

意將德國基本法中核心價值（人性尊嚴、自由與正義）貫徹於前東德統治之地區，這些價值，除了針對人民個人自由、平等與正義之外，也包括一些政治上自由（politische Freiheit），而此一自由要求國家施政及法規範必須來自於人民決定，即民主國、法治國原則。在兩德統一條約中實質意義法治國也包含了民主國原則，特別指出「政黨競爭與機會平等原則（die Wettbewerbs-und Chancengleichheit der Parteien）」屬於民主國原則重要內涵¹⁶⁵。

（二）我國處理黨產援用德國「統一條約」「實質意義法治國原則」之合憲正當性？

以上是對於有關兩德統一條約當中對於政黨之財產取得需符合基本法所蘊含實質意義法治國原則概念上的憲政背景。然而我國與德國情形迥異，德國統一前後面臨到解決兩個不同憲法秩序問題，因為兩個地區（德東、德西）之憲法秩序完全不同，所以只能求諸具補充、防漏性之實質法治國原則；然而我國並無德國統一經歷不同之憲法規範秩序變更，我國自始、存續中華民國之自由民主憲政秩序，則為何黨產條例第 4、5 條立法理由只強調實質意義法治國原則？其依據又何在？恐是欠缺對兩德憲政體制變遷的歷史觀而盲目抄襲？對於德國而言，是兩德統一後不得已之憲法解釋運用方法，我國既無此一背景，憲政秩序適用亦未如德國般困難情況¹⁶⁶，若只是強調實質意義法治國原則，而忽略形式意義法治國之精神，則將抹煞大院長期以來，遵循憲法精神，所為之有關法治國原則非常寶貴與精闢之解釋意旨！

尤有進者，實質意義法治國原則在我國之展現不是因為黨產條例第 4 條第 4 款之明訂，在我國憲政發展之演進中早已有所體現。我國憲政實施初期，因抗日戰爭、國共戰爭之對峙，從中國大陸到台灣，雖然曾經因戒嚴，並頒布動員戡亂時期臨時條款凍結憲法部分條文，在民主的發展與法治國原則之踐行受到諸多限

¹⁶⁵ Hans Herbert von Arnim, a.a.O. (Fn. 162), S. 56.

¹⁶⁶ 司法院長許宗力之指導教授，德國哥廷根大學 Chirstan Starck 教授特別指出：「...因此台灣立法者欲仿效德國當年規定，要求返還『違反基本法意義下實質法治國原則所取得財產』之手段，為政黨及其附隨組織創造未來公平競爭環境，則該正當立法目的必須透過充分反映二者間差異之具體規範來實現。隨者 1987 年解嚴以及開放黨禁，台灣早在三十年前便已達到東德在柏林圍牆被推翻、1990 年 3 月舉辦首次自由選舉，乃至東德政權正式終止之前從未達到的開放程度，如此重大的歷史背景差異，不允許 2016 年的台灣無差別的繼受 1990 年東德制定的德國法」，Chirstan Starck，同註 31，頁 9-10。

制。然而民國 76 年（1987 年）戒嚴解除之前，蔣經國總統就順應民意，推動許多改革計畫，包括國會全面改選、解除黨禁、並修改集會遊行法，台灣由轉型民主的政治過渡期，漸漸進入憲法政治的發展期，同時當時司法院大法官依其獨立性、專業性所作成大法官解釋亦彰顯德國基本法中實質意義法治國之內涵，以下舉其犖犖大者：

1、民國 49 年 8 月 15 日，大法官在當時司法院大法官會議法超高門檻，仍作出影響後世深遠之釋字第 86 解釋，明確釋示：「高等法院以下各級法院及分院既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院」。此「審檢分隸」之重要解釋，奠定憲法第 80 條「審判獨立」之重要基石。

2、民國 62 年 12 月 14 日作成之釋字第 137 號解釋：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」明確宣示法官於審判案件時，對於行政命令，主張法官依照法律獨立審判，原則上不受其絕對拘束；爾後在民國 76 年 6 月 19 日，大法官作成釋字第 216 號解釋，除明確指出基於憲法第 80 條審判獨立，法官依法律獨立審判，依據相關法律表示見解：「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，……；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。」再次宣示實質意義法治國原則下法官獨立審判之重要意旨。

3、民國 71 年 11 月 5 日作成之釋字第 177 號解釋，解釋理由書明確肯認：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，為符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定，該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟。」爾後民國 73 年 1 月 27 日，大法官作成釋字第 185 號解釋：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機

關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。」從這兩號解釋，明確肯認憲法解釋及憲法效力拘束全國各機關及人民，各機關在適用法律時，必須依照憲法意旨為之，貫徹憲法實質意義法治國原則，並據以確立我國釋憲制度及人民受憲法第 16 條之權利救濟保請求權。

4、民國 69 年 11 月 7 日，大法官作成釋字第 166 號解釋，認為：「違警罰法規定由警察官署裁決之拘留、罰役，係對於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第 8 條第 1 項之本旨。」民國 79 年 1 月 19 日之釋字第 251 號解釋，認為「違警罰法第二十八條規定所為『送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能』之處分，同屬限制人民之身體自由，其裁決由警察官署為之，亦與憲法第八條第一項之本旨不符，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。」這二號解釋認為違警罰法之規定違憲，乃因對於憲法第 8 條人民身體自由所為之處罰，必須依循憲法第 8 條所規定之法定程序為之，不容由法院以外之機關為之。彰顯我國憲法基本權利保障之貫徹。

5、民國 79 年 6 月 21 日大法官作成釋字第 261 號解釋，明確表示：「為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作」，國會全面改選及憲政改革更加速啟動，自由民主憲政秩序才能生生不息。

從以上大法官解釋，皆清楚表明過從去動員戡亂及戒嚴時期，早已落實德國基本法實質意義法治國原則之基本內涵，充分展現即便在過去非常時期，亦已貫徹落實憲法基本權保障、權力分立原則、法官依法獨立審判以及公權力行為均應

受大法官審查等重要憲法基本秩序逐步體現¹⁶⁷，我國自不得與德國納粹時期及東德政權之形式意義法治國時期相比較，率爾將比較法搬移至我國黨產條例作為不當取得財產之定義當中。倘若系爭條例被大法官認定全部合憲，恐又回到惡法亦法之形式意義法治國時代，無形中是摧毀了我國大法官歷經 72 年以來釋憲的正義果實。如前所述，形式意義法治國與實質意義法治國乃相輔相成，絕非相互對立，國家行為必須同時具備法治國之要素，若僅強調實質意義法治國原則，忽視需兼具形式意義法治國原則要求時，如本件黨產條例，強加適用，則將來政黨再次輪替，恐淪於政治上冤冤相報之惡性循環，不可不慎！

五、黨產條例第 4 條第 2 款後段規範之附隨組織範圍、第 4 條第 4 款

不當取得財產認定、第 5 條及第 6 條規定，已然超出立法目的，
不符合違反比例原則

從黨產條例第 4 條第 2 款段對於「曾」為附隨組織之認定及溯及既往、第 4 條第 4 款有關不當取得財產之認定、第 5 條推定為不當黨產之措施，以及第 6 條於一定期間內將政黨、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或其他私人所有等規定，不僅重大影響政黨及其附隨組織之結社權、名譽權與時效取得之財產權保障等。由於對政黨國、政黨公平競爭等憲法基本秩序造成嚴重破壞，並且對於政黨結社自由及財產權造成難以回復之嚴重侵害，審查標準應採取嚴格審查標準，必須具備特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合本條例之立法目的及憲法比例原則，分述如下：

1、黨產條例第 1 條及其立法理由揭示其目的在於政黨政治公平競爭、健全民主法治，以落實轉型正義。由於「曾」為政黨附隨組織此一類型已和立法目的脫鉤。「曾」之判斷，其基準點為何，即欠缺明確，在認定上本來就比較困難¹⁶⁸。人

¹⁶⁷ Christian Starck，同註 31，頁 7-8。

¹⁶⁸ 學者陳英鈴也認為，「至於其他團體如何認定是過去國民黨的附隨組織倒是比較困難」，參陳英鈴，重建政黨公平競爭的基礎：從法制層面談政黨不當財產與黨營事業之處理：

民團體一旦被認為「曾」為政黨附隨組織，表示現在不是，但對「過去完成式之附隨組織」¹⁶⁹，今日已不受政黨實質控制的團體，解嚴 30 年之後卻來清算其財產與 2016 年所通過黨產條例所追求之健全政黨公平競爭環境立法目的有何關聯？

2、再者，我國黨產條例以特別立法方式來處理過去政黨財產之取得，但觀察黨產條例第 4 條第 2 款後段內容及現行實務運作，只要「曾」為附隨組織（包括曾為威權統治時期之政府機關，如救國團¹⁷⁰），無論被實質控制之久暫、是否能舉證脫離政黨實質控制、是否為穩定政權所不可或缺的要素、財產是否已經佚失或是已經移轉予第三人，都將受到黨產會要求申報財產，並就該條例推定為不當取得之財產禁止處分，以及各種調查、追還、追徵、權利回復等之規制，無疑還是擺脫不了「政權鬥爭」、「政治清算」之疑慮。此種在立法過程中臨時由部分立委提出之即興式立法，未經法規影響評估、欠缺歷史觀與法治論辯，恐又被質疑政黨報復目的而已。特別是考量到婦聯會身懷鉅款而懷璧其罪，救國團在全國有許多的活動中心資產，這種針對性立法如何符合立法者預期之轉型正義？

3、黨產條例第 5 條立法理由揭示：「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」，然而法諺云：「舉證責任之所在，敗訴之所在」，從而 2016 年 8 月 10 日黨產條例公布時所存之財產是否為不當取得之財產，溯及既往近 71 年，過去既有法制未要求就「人事」、「財產」或「業務經營」資料予以保存，欠缺證據資料下，黨產條例設計舉證責任轉換給被調查者，就超過後來制定帳冊、會計憑證等資料之法定保存年限者¹⁷¹顯然強人所難，無期待可能性。以婦聯會案為例，

http://zero-kmt.blogspot.com/2011/12/blog-post_9253.html（檢索日期 2020 年 6 月 17 日）。

¹⁶⁹ 針對婦聯會、救國團之部分，依本人之研究，這兩個組織過去也根本不是中國國民黨的附隨組織，參見董保城，同註 52，頁 169-276。

¹⁷⁰ 救國團自成立之日至今，不同時期有不同身分，包括：1、民國 41-58 年為行政機構隸屬國防部總政治部。2、民國 58-78 年內政部認定為「社會運動機構」（非法人團體）。3、民國 78 年迄今，公益社團法人。此為最高法院 106 年度台上字第 326 號民事確定判決，維持臺灣高等法院 103 年度重上字第 38 號民事判決之見解。

¹⁷¹ 就政治團體之財產申報，內政部於 2006 年 11 月 16 日訂定政黨及政治團體財務申報要點；就社會團體，內政部 1989 年 6 月 30 日根據人民團體法第 66 條發布「社會團體財務處理辦法」，該辦法第 29 條（曾於 2005 年 12 月 8 日修正）就社會團體財務之各種憑證、帳簿、表報等之檔案保管，除永久保管檔案外，諸如經費收支帳冊、傳票、憑證、備查簿等設有 10 年或更短之保管年限。

黨產會於 2018 年 9 月 21 日就婦聯會之財產是否為不當取得之財產調查報告，第 17 頁亦稱：「本會(黨產會)依婦聯會現存之 75 年至 77 年各地勞軍捐獻清單所載，向銀行函查若干進出口公會之帳號，因時間久遠，多數帳戶業已銷戶，其交易明細因逾保存年限而無法調取銀行明細相互勾稽比對。」¹⁷²但卻使用口述歷史、行政調查筆錄等二手史料，推估婦聯會之財產為不當取得之財產，年屆耳順乃至耄耋職員在黨產條例第 28 條之罰鍰恫嚇下接受行政調查，或因臺北地檢署偵辦銷毀婦聯會資料案而接受刑事偵查，心理壓力甚大，內心恐懼侵犯其人格自由，所為之陳述作為移轉不當取得財產為國有之重要證據，其證據能力及證明力顯屬薄弱。溯及既往 71 年，在知道真相的人已逐漸凋零、記憶模糊或喪失，事物皆已經事過境遷之情況下，黨產會以臆測為主的證據鋪陳剝奪人民團體之財產，同時將引起當時已存在，而與國民黨主政之政府有任何人事、財產、業務經營有往來之團體，恐遭到黨產會冠以「附隨組織」之名來處理財產之手法而顯得惴惴不安，影響該團體之結社權、財產權等憲法保障之權利甚鉅。

4、就舉證責任轉換的問題，黨產條例第 10 條規範¹⁷³只要求政黨、附隨組織或其受託管理人應據實申報財產之義務，若違反有推定為不當取得財產問題，但此條並未涉及是否符合附隨組織定義之舉證責任，故是否符合「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」之舉證責任仍在黨產會身上。

5、以比例原則檢驗，黨產條例第 4 條第 2 款處理這些「曾」為政黨附隨組織，早已和政黨毫無瓜葛，則如何達成維持「政黨政治之平等原則」的立法目的？即非適當立法，而被認定為政黨及其附隨組織後，財產即推定為不當黨產並移轉為國有之嚴重法律效果，亦非最小侵害手段，當然也無法通過衡平性原則之檢驗。

董保城 0624

¹⁷² 黨產會，中華民國婦女聯合會之財產是否為不當取得財產調查報告，2018 年 9 月 21 日：<https://storage.googleapis.com/cipas-production/news/2018/09/caa8888919303ed76574b5173836704c.pdf> (檢索日期 2020 年 6 月 17 日)；另詳參董保城，同註 153，頁 169-227。

¹⁷³ 黨產條例第 10 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。」