

司法院大法官 107 年度憲三字第 15 號、108 年度憲三字第 9 號、第 59 號臺北高等行政法院第四庭、第六庭聲請解釋案之鑑定意見書

劉靜怡*

June 20, 2020

目次

一、政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例（下稱黨產條例）第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定部分	2
（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
1. 政黨事務並無明文憲法規範	3
2. 黨產條例系爭規定並非就憲法保留之事項而為規範：比較憲法經驗的移植	4
3. 政黨相關事務得以法律予以規範，並非專屬於憲法規範之事項	5
（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？	8
1. 1997 年修憲增訂憲法增修條文第 3 條第 3 項與第 4 項規定之原始意旨	8
2. 立法者基於特定需求依憲法第 61 條規定創設行政機關之自由	10
3. 黨產條例之立法體例並無作用法取代組織法之現象	11
（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？	12
1. 系爭規定未違反權力分立原則：功能論的取向	12
2. 系爭規定並未在違反權力分立原則之際侵害人民之正當法律程序保障權利：美國憲法之分析與比較	14
二、黨產條例第 4 條第 1 款規定，是否屬於個案立法而違憲？	26
1. 黨產條例並非規範具體個案亦非個案立法	27
2. 從權力分立原則之功能論立場分析個案立法禁止之有限意涵	28
3. 我國大法官解釋所詮釋之個案立法	28
4. 美國比較憲法下的個案立法考察	29

* 國立台灣大學國家發展研究所專任教授、中央研究院法律學研究所合聘研究員、中央研究院資訊科技創新中心合聘研究員。美國芝加哥大學法學博士（J.S.D.）、哈佛大學法學碩士（LL.M.）、國立台灣大學法學碩士與法學士。

三、黨產條例第 4 條第 2 款規定部分	36
(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？	36
1. 法律明確性原則之大法官解釋分析	36
2. 「實質控制」之比較法分析	43
(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？	46
1. 系爭規定不違反法律禁止溯及既往原則	46
2. 系爭規定之定義範圍並未違反比例原則	48

鈞院為審理 107 年度憲三字第 15 號、108 年度憲三字第 9 號、第 59 號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第 2 條、第 4 條第 1 款、第 2 款、第 8 條第 5 項前段及第 14 條規定聲請解釋案，囑託本人擔任鑑定人。本人針對 鈞院所提示之憲法法庭言詞辯論爭點題綱，依其先後順序，敬提鑑定意見書如下：

一、 政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例（下稱黨產條例）第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定部分

黨產條例第 2 條規定「（第 1 項）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。（第 2 項）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」，其次，黨產條例第 8 條第 5 項規定「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」，而第 14 條則是規定「本會依第 6 條規定所為之處分，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」，關於這三個規定所潛藏的違憲爭議，本鑑定意見書茲就爭點題綱逐一分析如下：

（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？

此一問題爭點之釐清，應從「政黨」在我國憲政體系與法律制度中之地位談起，循此方向探究政黨相關事務應該如何規範方合於憲法規定的爭點核心。同時，此一爭點題綱所稱「憲法保留之事項」的意涵，是否應該適用於政黨之所有相關事務，本鑑定意見以下將一併予以分析說明。

1. 政黨事務並無明文憲法規範

政黨在現代民主國家的政治運作中扮演重要角色，各國皆然。無論是兩黨制或多黨制的國家，政黨是社會成員的政治力組織及動員基礎，人民對各種公共政策的意見和權益，可以透過政黨予以匯聚與保護，政黨並可透過定期選舉等管道，取得執政權力，進行民主治理。換言之，政黨既是民主政治的產物，也是確保民主政治健全發展的條件。然而，「政黨」在凝聚人民集體政治意志與政治行動時，同時受到來自人民社會領域和國家權力領域的雙重影響¹，這也是鈞院過往解釋所稱之「政治團體係國民以共同民主政治理念，協助形成國民政治意志，促進國民政治參與為目的而組成之團體」²。

基於政黨這類政治團體的重要性，各民主國家基於促進政黨政治良善運作的理念，針對政黨組織及其活動予以規範，均屬常態³。這也是我國政黨法第 1 條所揭示之立法目的「為建立政黨公平競爭環境，確保政黨之組織及運作符合民主原則，以健全政黨政治，特制定本法」之核心理念所在。至於黨產條例第 4 條特別針對「政黨」此一用語定義為「指於中華民國 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者」，雖藉此界定本條例適用對象之範圍，但並不影響此處對政黨的理解或詮釋。

¹ 參見：蔡宗珍，憲法、國家與政黨，收錄於氏著：憲法與國家（一），頁 138（2002 年）。

² 參見大法官釋字第 644 號解釋理由書：「政治團體係國民以共同民主政治理念，協助形成國民政治意志，促進國民政治參與為目的而組成之團體（同法第四十四條）；性質上皆屬非營利團體。」

³ 德國於第二次世界大戰結束之後（即基本法時期），對於政黨的規範，除了基本法之外，尚包括政黨法、聯邦選舉法以及德意志聯邦議會職權法等其他非屬於憲法位階的法規範。相關法制內容之介紹，可參見：蔡宗珍（註 1），頁 148-168。

以憲法規定內容來看，我國憲法本文對於政黨及其地位，並未有任何明文規範，和政黨有關之憲法用語，僅出現在憲法第 7 條、第 80 條、第 88 條及第 138 條等規定中所稱之「黨派」。其次，在憲法增修條文第 4 條第 2 項之規定中，則是就不分區立法委員之選舉，以「政黨」決定其產生方式和選舉方式。另外，憲法增修條文第 5 條第 4 項和第 5 項，則是針對政黨解散之事由及審理予以規範，亦即規定應由司法院大法官組成「憲法法庭」，針對「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者」之「違憲」政黨解散事項，進行審理。綜合上述後不難發現，就憲法地位而言，我國的政黨並未在憲法及其增修條文中具有明確的角色與任務依據，我國憲法也未有任何保障政黨的明文規定，這和德國在其基本法第 21 條中明文規定政黨的地位與任務⁴，截然不同。基於此一並無明文規定保障政黨的憲法規範事實，就政黨相關權益之分析而言，大致上僅能從保護人民基本權利的規定中，去尋求關於政黨組織自由與活動自由的實質保障依據，藉以保障政黨相關權益⁵。

2. 黨產條例系爭規定並非就憲法保留之事項而為規範：比較憲法經驗的移植

本鑑定意見認為，黨產條例設置黨產會認定並處理政黨及其附隨組織之不當取得財產，並非就憲法保留之事項而為規範，關於本鑑定意見採取此一立場之理由，則進一步說明與分析如下：

首先，憲法增修條文第 5 條第 5 項所規定之「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲」，以及同條第 4 項規定之「司法院大法官，除依憲法第 78 條之規定外，並組成憲法法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項」，其規範意旨在於政黨違憲審查權。觀察上述憲法增修條文之規定文字與制定歷史，司法院執掌政黨違憲審查，是修憲當時的特定選擇，也就是移植比較憲法經驗的產物。關於此一比較憲法經驗之移植過程，我國有不少學者指出：我國在第二次修憲以後，賦予司法院大法官政黨違憲審判權的

⁴ 關於德國基本法第 21 條規定政黨之保障與任務，內容包括：政黨的任務、政黨創立自由、政黨內部民主之要求、政黨財務公開之要求、違憲政黨之處理、立法委託，參見蔡宗珍（註 1），頁 472-473。

⁵ 類似見解可參見：蔡宗珍（註 1），頁 153-163。

理由，是仿效德國政黨的特殊保障規定⁶。德國基本法第 21 條第 2 項規定：「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」⁷，至於政黨違憲解散的理由，「危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序」，則是我國的「防衛性民主」的建置⁸。

大法官政黨違憲審判權此項職權的行使方式，憲法增修條文第二次修訂時即要求必須以「憲法法庭」為之⁹。相較於其他訴訟類型，違憲政黨審查是由憲法增修條文明文規定的訴訟類型，並且要求應該以「憲法法庭」的司法形式為之，應是制定此一憲法規定者對於司法院大法官作為「審判機關」的制憲要求，實難直接推導出「政黨事項應由司法院大法官加以審查」的結論。

換言之，當時制定此一憲法規定的修憲者，為了確保我國之國家存在與自由民主憲政秩序，特別將本條規定入憲，並且規定此處的「政黨違憲」爭議，應由「憲法法庭」審理，其原始用意應在於維護我國之存在不受違憲政黨的威脅，並且有鑒於自由民主憲政秩序茲事體大，所以特別明定政黨違憲與否的爭議，應該由司法院大法官組成憲法法庭審理，並無將一切政黨相關之事務，提升至憲法層次予以規範的意涵可言。同時，觀諸此一修憲結果也未對政黨相關事務賦予其他限制或保障規定之規範事實，因此更足以證立「違憲政黨解散事宜應由憲法法庭審理」此一憲法規定之獨特性與排他性，以及足以證立制定此一憲法條文的修憲者從無意圖將「違憲政黨解散之審理」以外的政黨相關事務入憲的原始用意。

3. 政黨相關事務得以法律予以規範，並非專屬於憲法規範之事項

承上所述，倘若此處的「憲法保留」是指政黨相關事務皆應由憲法層次的規範始得為之，而證立此一主張的主要理由，是上述憲法增修條文之規定內容，則本鑑定意見認為並無說服力，所以，黨產條例設置黨產會認定並處理政黨及其附隨組織之不當取得財產，並非就憲法保留之事項而為規範。相對地，本鑑定意見

⁶ 參見如：蔡宗珍，我國憲法審判制度之檢討，月旦法學雜誌，98 期，頁 52（2003 年）；湯德宗、吳信華、陳淳文，論違憲審查制度的改進—由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，收錄於湯德宗編：憲法解釋之理論與實務（第四輯），頁 555（2005 年）。

⁷ 此處翻譯引自司法院德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五）之附錄。

⁸ 張嘉尹，防衛性民主的幽靈—檢討大法官釋字第 644 號解釋，法令月刊，60 卷 8 期，頁 73-75（2009 年）。

⁹ 參見：張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，收錄於廖福特編：憲法解釋之理論與實務第八輯，頁 129（2014 年）。

認為，政黨相關事務——例如，政黨之法律定位與權利義務等事項——應該是屬於得以法律予以規範甚至限制之事項，並非專屬於憲法規範之事項。當然，既然屬於法律得以規範之事項，則自得針對各該規定進行合憲性檢驗，探討各該法律規定之內容是否實質合憲，例如是否合於比例原則之要求¹⁰。

簡而言之，有關政黨權利之限制，其規範形式並無專屬於憲法保留之理，關於規範形式的檢驗，也不該是政黨權利限制之爭論核心。大法官在檢視政黨權利限制之爭議時，不應該將憲法保留當成形式合憲的基本要求，因為根本無此基本要求可言。大法官應該專注審理的重點，是針對限制政黨權利的法律是否實質合憲，予以審查。例如，鈞院釋字第 644 號解釋指出：「憲法第 14 條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由等。結社自由除保障人民得以團體之形式發展個人人格外，更有促使具公民意識之人民，組成團體以積極參與經濟、社會及政治等事務之功能。各種不同團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，受法律保障與限制之程度亦有所差異。惟結社自由之各該保障，皆以個人自由選定目的而集結成社之設立自由為基礎，**故其限制之程度，自以設立管制對人民結社自由之限制最為嚴重，因此相關法律之限制是否符合憲法第 23 條之比例原則，應就各項法定許可與不許可設立之理由，嚴格審查**，以符憲法保障人民結社自由之本旨」，即可證立此一主張。

究諸實際，釋字第 644 號之解釋對象，是人民團體法規定人民團體之設立「不得主張共產主義」，導致人民組成職業團體、社會團體及政治團體之自由受到限制，政黨自屬結社自由受到系爭規定限制之政治團體，而大法官在該號解釋中，並未針對限制政黨之基本權利是否應以憲法規定為之此一形式合憲性爭議，予以處理，相對地，大法官在該號解釋中的審查重點，是系爭法律規定所為之限制內容是否合於比例原則，而該號解釋選擇之審查基準，則是嚴格審查標準，可見政黨事務相關規範並無「憲法保留」之必要，否則該號解釋即應有所處理，不必留待今日再予爭執。

從另一個角度來說，與其爭執黨產條例乃針對憲法相關事務予以規範，屬「就憲法保留之事項而為規範」，不如進一步釐清我國公法學領域的「憲法保留」概

¹⁰ 我國亦不乏公法學者持類似主張者，例如蔡宗珍教授曾經主張政黨相關規範不應以人民團體法為之，應就政黨之規範單獨立法，可見其亦認為限制政黨之規範得以法律為之，並非專屬於應以憲法規定。參見：蔡宗珍（註 1），頁 171-173。另外，吳信華教授也認為，政黨之權利主張，應該符合相關法律規範，也可推論出其認為政黨的權利是可以透過法律規範予以限制的事項，並非專屬於憲法規範之事項。參見：吳信華，憲法釋論，頁 129（2015 年）。

念，究竟所指為何，藉以理解何以黨產條例系爭規定對於政黨權利的限制，與「憲法保留」的概念之間，實無相涉。就歷來 鈞院有關基本權利限制的解釋而言，凡涉及就憲法保障之基本權利予以限制者，均要求應該符合「法律保留」原則，幾無二致，學界就法律保留原則的適用，也少有爭議，至多僅對法律保留所要求的密度高低有歧異見解¹¹。

相對地，參照 鈞院在釋字第 443 號解釋理由書中所提出之「憲法保留」，亦即「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第 392 號解釋理由書），而憲法第 7 條、第 9 條至第 18 條、第 21 條及第 22 條之各種自由及權利，則於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要」，究其實際，這號解釋所提出之「憲法保留」的概念，目的是用以闡釋我國憲法第 8 條所規定的人身自由不受立法干預的內涵與範圍。換言之，鈞院在這號解釋中將人民身體自由的規定，納為「憲法保留」的事項，其原始意旨應在於，凡是關於人民身體自由的保障，一律應該以憲法第 8 條為其保障程序與保障組織之標準，並且優先適用，即使是透過立法手段，也不得另以法律降低上述已經明訂於憲法中的標準¹²，以免淘空憲法第 8 條的特別地位。也就是「憲法第 8 條中某些事項不被憲法第 23 條所涵蓋，也就是排除了憲法第 23 條之基本權干預之法律保留的適用」¹³。

¹¹ 參見：蔡宗珍，法律保留思想及其發展的制度關聯要素探微，臺大法律論叢，第 39 卷第 3 期，頁 42（2012 年）。

¹² 類似見解可參見：蔡宗珍，前揭文，頁 43-46。

¹³ 蔡宗珍，前揭文，頁 44。

換言之，大法官在上述解釋理由書中所稱之「憲法保留」，重點在於排除憲法第 23 條之適用，也就是大法官認定憲法第 8 條賦予人民身體自由「絕對保障」，此一絕對保障禁止立法者再透過立法的手段，以法律變更或限縮憲法的保障內涵，亦即毋寧說是「憲法優位」，也就是學者進一步闡釋之「憲法之明文規定拘束一切國家權力，亦包括立法者。憲法既已實質規定了人身自由所受憲法保障的具體細節，此等憲法實質規定當然拘束立法者，立法者不得為違反該等憲法規定之立法，否則即牴觸憲法優位性要求」¹⁴。不過，即使如此，第 8 條人身自由保障「亦並未脫離第 23 條基本權干預之法律保留體系，人身自由之具體限制，仍應是法律保留的範圍」¹⁵。

基於以上所述，本鑑定意見認為 鈞院針對憲法第 8 條人身自由保障所作成之「憲法保留」解釋，亦即大法官釋字 443 號解釋理由書中提及的「憲法保留」概念，其作用在在於說明憲法第 8 條的人身自由保障，不受立法干預的範圍，也就是不容許法律限縮憲法明文規定所提供的人身自由保障範圍。此種「憲法優位」的要求，拘束一切國家權力，包括立法者在內，而憲法第 8 條已經明文規定人身自由所受的憲法保障範圍和具體細節，立法者自然不得違反憲法第 8 條而另為抵觸憲法規定的立法，否則便違背憲法優位性的要求。相對地，關於政黨相關事務的規範，並無憲法第 8 條的規範架構可言，因此實難認定黨產條例系爭規定是針對憲法保留之事項而為規範，以致於有違憲之虞。

（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？

本鑑定意見認為：黨產條例第 2 條第 1 項之規定，並未違反憲法增修條文第 3 條第 3 項、第 4 項等規定，主要理由與論證如下：

1. 1997 年修憲增訂憲法增修條文第 3 條第 3 項與第 4 項規定之原始意旨

我國憲法第 61 條規定「行政院之組織，以法律定之」，在 1997 年修憲時，則於憲法增修條文第 3 條第 3 項規定「國家機關之職權、設立程序及總員額，得

¹⁴ 蔡宗珍，前揭文，頁 45。

¹⁵ 蔡宗珍，前揭文，頁 46。

進一步言之，憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項的規定，其目的在於為行政機關組織法的建制，提供另一種比憲法本文第 61 條所規定的「以法律定之」更具彈性的選擇，除此之外，並未賦予立法者或行政機關其他應該遵守的憲法要求。也就是 1997 年修憲之後的結果，隨著中央行政機關組織基準法在 2004 年制定並公布施行，雖然其成為中央行政機關組織法建制的基本原則，但是，1997 年當時的修憲者選擇使用「得」以法律為準則性之規定此一用語，作為中央行政機關組織基準法的憲法依據，已經明示其並未以憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項的規定，禁止立法者另行選擇以法律制定組織法的原始意圖。

2. 立法者基於特定需求依憲法第 61 條規定創設行政機關之自由

既然 1997 年修憲之本意，僅在於創造出中央行政機關組織建制的彈性選擇空間，因此，若是立法者想要創設特定行政機關、以便賦予其履行重大特定任務時，仍然可以選擇修憲者未予凍結、仍屬有效的憲法本文第 61 條所規定之「組織法律保留」¹⁸模式，另外制定特定機關的組織法，排除組織基準法此一準則性規定的適用，此一立法者的選擇，實難構成憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項之違反。尤其，組織基準法此種準則性規定雖有憲法授權依據，但立法者在根據此一授權訂定準則性規定時，往往仍僅能基於中央行政機關之一般任務共同特徵，制定通則性的規範，一旦有立法者未能預見的新興任務出現且未能充分納入組織基準法的通則性規範下之際，除非立法者選擇修改組織基準法，否則僅能在組織基準法之外另行制定特定行政機關的組織法。本鑑定意見書認為：這也是立法者行使其裁量選擇權力的結果，實難想像立法者基於特定需求創設行政機關時，應該受限於自己制訂的組織基準法，更難以想像立法者在此種特定需求下制定特定機關的組織法，有可能違反憲法增修條文第 3 條第 3 項和第 4 項之規定，而落入違憲之結論。

除此之外，就黨產條例的制定形式而言，中央法規標準法第 2 條規定「法律得定名為法、律、條例或通則」，同時，同法第 5 條規定「左列事項應以法律定之：...三、關於國家各機關之組織者」，而就立法資料來說，立法院制定黨產條

¹⁸ 我國已故行政法學者吳庚認為，就中央法規標準法第 5 條各款的內容，就中央法規標準法第 5 條各款之內容，法律保留已不限於干涉保留，尚包括機關組織之保留及其他重要事項之保留。該條第三款將行政部門之組織權限（Organisationsgewalt）剝奪殆盡，是否與憲法所欲建立之依法行政體制完全相符，並非毫無疑問。參見：吳庚，行政法之理論與實用，9 版，頁 93（2005 年）。

例之際，對於黨產條例第三章組織之條文，已經予以實質審議並三讀通過方設置黨產會，因此，黨產會之組織，並未違反中央法規標準法關於機關組織設立之程序規範。換言之，黨產會之設立，是依據立法院三讀通過之黨產條例，在形式上符合中央法規標準法的要求，應無疑義。其次，就黨產條例的實質內容而言，有關黨產會委員之任免方式及政黨比例限制等規定，實質上也並未違反組織基準法之規定¹⁹，因此，應可推論黨產條例之實質內容，實則符合中央行政機關組織基準法之規範內涵，並無違反之處，不應該僅因黨產條例第 2 條第 1 項規定不受組織基準法之限制，即作成黨產條例違反組織基準法甚至違憲之結論。

3. 黨產條例之立法體例並無作用法取代組織法之現象

中央行政機關組織基準法第 5 條第 3 項規定「本法施行後，除本法及各機關組織法規外，不得以作用法或其他法規規定機關之組織」，基於此一規定，或有認為立法者在黨產條例中以不同章節規定黨產會之組織（即組織法）以及黨產處理程序及其法律效果（作用法），並且明文規定不受組織基準法之限制，可能違背上述組織基準法第 5 條第 3 項之規定，甚或有違憲之虞。然而，本鑑定意見認為，立法者在黨產條例中以同章節規定組織法與作用法，並且明文規定不受組織基準法之限制，應該仍屬立法者之形成自由，並無違憲疑慮。

探究中央行政機關組織基準法第 5 條第 3 項規定之立法理由，乃是「為區分組織法與作用法，揚棄曩昔法制未備時逕以作用法替代組織法之陋習，並劃一本法適用之優越性，爰於本條第三項，明文禁止以作用法或其他法規規範機關之組織」²⁰。由此不難得知，此一要求組織法和作用法兩者分離之規定，其由來具有歷史淵源，主因在於過去法制未備而常見逕以作用法替代組織法之情況，乃以組織基準法第 5 條第 3 項明定之。然而，黨產條例所呈現出來的規範模式，並無抵

¹⁹ 中央行政機關組織基準法第 21 條第 1 項規定「獨立機關合議制之成員，均應明定其任職期限、任命程序、停職、免職之規定及程序」，同條第 3 項則規定「第一項合議制之成員，除有特殊需要外，其人數以五人至十一人為原則，具有同一黨籍者不得超過一定比例」，上述規定的主要目的之一，在於賦予合議制獨立機關成員任期保障，藉以確保其職務獨立性和維持獨立機關的自主性。至於限制同一黨籍成員比例的目的，則是在於避免獨立機關為特定政黨所控制，以便確保其政治上的獨立性。與上述規定類似的規定，同樣明訂於黨產條例第 18 條第 1 項（任期、任命程序）、第 3 項（委員同一黨籍比例限制）、第 20 條及第 21 條（免職規定及程序）。

²⁰ 參見：中央行政機關組織基準法（93 年 06 月 11 日），立法理由，立法院法律系統，網站連結：

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00024F87C699000000000000000000000014000000004FFFFFFA00^01050093061100^00036001001>（最後瀏覽日：2020 年 6 月 19 日）。

觸「不得以作用法或其他法規規定機關之組織」之處。相對地，毋寧說是立法者經過思考辯論之後，為使黨產處理相關事務之規範內容，在同一立法中完整呈現與運作，於是，在立法體例的選擇上，將作用法及組織法兩者一併統整於黨產條例中，進而於不同章節中分別規定作用法與組織法之內容。在此一同時涵納組織法與作用法的規範架構下，由於黨產條例的性質並非純粹的作用法，而且，關於黨產條例的解釋適用，可以清楚區分組織法和作用法之間的差異，不至於出現中央行政機關組織基準法基於歷史經驗而明文禁止的「以作用法或其他法規規定機關之組織」之違法疑慮。相對地，黨產條例將黨產會之組織法內容，詳細明確地規定於第三章，此與過去法制未備時期因為未明確區分作用法及組織法、逕以作用法取代組織法之情形，相去甚遠，此一立法體例，毋寧說是立法者在其具有形成空間的立法技術細節事項上所做的選擇結果，將此一選擇結果明文化為不受組織基準法之限制，應未違反中央行政機關組織基準第 5 條第 3 項之規定。

（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？

1. 系爭規定未違反權力分立原則：功能論的取向

權力分立原則在我國憲法上，是具有「本質重要性」的基本原則²¹，其意涵在於使不同的權力部門之間，能夠透過「分權」（separation of powers）的設計而達成相互「制衡」（check and balance）的目的。以美國憲法為例，對於權力分立原則的解釋立場，大致上可以歸納為「形式論」（formalism approach）以及「功能論」（functionalism approach）²²。簡言之，「形式論」強調權力部門之間應該截然劃分，除非有憲法明文的依據，否則禁止權力之間出現相互融合的現象。至於「功能論」則是認為權力部門之間只要不侵及其他權力部門的核心領域、不影響彼此之間的制衡關係即可，不必緊守截然劃分的要求，也就是可以出現一定的

²¹ 參見釋字第 499 號解釋理由書第 9 段：「我國憲法雖未明定不可變更之條款，然憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法基本原則之所在。」

²² 關於美國憲法上權力分立原則的解釋方法，中文文獻可參考：林子儀，憲政體制問題釋憲方法之應用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，廖義男教授祝壽論文集編輯委員會編：新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁 5-58（2002 年）。

相互融合彈性。不過，其彈性並非毫無界限，界限所在即是不得侵犯其他權力部門的「核心功能」。此處附帶一提的是，形式論和功能論各有其優缺點，即使是學界爭論多年，也難以論斷何者較優²³。

整體而言，我國大法官解釋關於權力分立原則的立場，其實已經透過相關案件的解釋，發展出頗為穩定的審查模式，大致上可以說是採取以下步驟：首先觀察是否有憲法規定的明文禁止事項，若無憲法明文規範，接著即判斷某一權力部門是否侵及他種權力部門的核心功能領域。換言之，我國大法官在權力分立原則的立場上，大致上比較偏向「功能論」。

舉例而言，在涉及真相調查委員會合憲性的釋字第 585 號解釋中，其理由書第 8 段即指出「各該法律規定之組織及議事程序，必須符合民主原則；其個案調查事項之範圍，不能違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙」，這號解釋大致上即是採取美國憲法上的「功能論」立場，彈性判斷系爭權力部門的核心功能，是否受到其他權力的侵入與實質妨礙，而導致無法行使，以認定是否違反權力分立原則。

其次，在涉及國家通訊傳播委員會組織條例合憲性爭議的釋字第 613 號中，其解釋理由書第 5 段也指出：「蓋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，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地，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，除不能牴觸憲法明文規定外，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 585 號解釋參照）或導致責任政治遭受破壞（本院釋字第 391 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....」，這號解釋也是明顯是受到前述美國憲法上的「功能論」立場影響，所作成的權力分立原則審查結論²⁴。

再者，在涉及公投審議委員會委員產生方式的合憲性爭議中，大法官釋字第 645 號解釋也繼續沿用上述解釋方法，在其解釋理由書的第 8 段指出：「...關於

²³ See generally William N. Eskridge, Jr., *Relationships Between Formalism and Functionalism in Separation of Powers Cases*, 22 HARVARD J. L. & PUB. POL'Y 21 (1998).

²⁴ 參見：劉靜怡，釋字第六一三號解釋後的獨立機關：NCC 傳奇簡評，月旦法學雜誌，137 期，頁 28（2006 年）。

委員之任命，由政黨依立法院各黨團席次之比例獨占人事任命決定權，使行政院院長對於委員之人選完全無從置喙，僅能被動接受提名與送交總統任命，實質上完全剝奪行政院應享有之人事任命決定權，顯已逾越憲法上權力相互制衡之界限，自屬牴觸權力分立原則...」。這號解釋同樣自功能論的角度出發，認為系爭立法規定政黨依立法院各黨團席次之比例獨占人事任命決定權，完全剝奪行政院應享有之人事任命決定權，已經侵及行政權之權力核心領域，因此違反權力分立原則。

綜合以上所述，就黨產條例系爭規定而言，亦即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，本鑑定意見認為其未違反權力分立原則。本鑑定意見持此立場的主要理由在於：從權力分立原則功能論的分析角度而言，在黨產條例系爭規定中，司法權之核心功能並未遭到侵奪。換言之，在黨產條例系爭規定下，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，本質上仍屬行政機關之權力行使，並非司法審判行為，黨產會之認定處分，不具有最終效力，受處分人得向司法機關尋求救濟（因此才會有本次由台北高等行政法院多位法官針對黨產條例聲請釋憲之後續發展），透過司法程序爭取權利保護，就此而言，應可斷定黨產會此一行政機關的權力行使，並未侵奪司法權的「審判」此一核心功能。應無違憲疑慮。

2. 系爭規定並未在違反權力分立原則之際侵害人民之正當法律程序保障權利：美國憲法之分析與比較

前述的權力分立原則「核心功能論」，雖然已經在我國憲法實踐中生根，而且其內涵大致上是參考比較憲法的實踐經驗，應無疑問。不過，本鑑定意見要提醒鈞院的是，在考量比較憲法經驗的參考價值時，應該隨時衡量本國憲法與外國憲法之間、本國憲法爭議與外國憲法爭議之間的「可比較性」與「不可比較性」，不僅應就各該憲政歷史詳細查考比較，關於各該爭議的社會背景與發展脈絡，更應該詳加區辨。

美國制憲者在制定聯邦憲法時，在第 1 條第 9 項第 3 款明訂「禁止剝奪權利條款」或「褫權條款」（Bill of Attainder Clause）²⁵，對於立法者的立法行為賦予一定限制，明訂「不得通過任何剝奪權利或者溯及既往的法律」，也就是規定立

²⁵ 該憲法本文規定之原文為 No Bill of Attainder or ex post facto Law will be passed. See Article 1, Section 9, Clause 3 of the U.S. Constitution.

法者不得通過針對「特定個人」的「剝奪權利的立法」或「事後法」。深究這個規定在美國聯邦最高法院的實踐歷史，其對於分析黨產條例系爭規定是否違反權力分立原則而侵犯人民基本權利而言，或可說是可能產生比對與參照效果的美國憲法明文規定。然而，本鑑定意見同時也認為，在衡酌美國禁止剝奪權利條款的制憲歷史，以及此一條款兩百多年來在美國憲法實務上的司法實踐經驗之後，本案黨產條例系爭規定之違憲爭議，應該如何釐清，卻很難率爾援用美國憲法上的禁止剝奪權利條款，直接予以套用類比，而是應該進行更細緻的比較與區辨之後，才能獲致正確的輪廓。本鑑定意見以下即說明「禁止剝奪權利條款」在美國憲法上的發展脈絡與分析架構，以建立比較和區辨的基礎。

(1) 禁止剝奪權利條款的憲法史脈絡

禁止剝奪權利條款具有相當明顯的英美法傳統²⁶，而美國憲法之所以明文納入此一條款，也可以說是繼承英國法制傳統的產物。探究當時美國十三州代表制定聯邦憲法的獨立戰爭後之時空背景，可以發現美國制憲者之所以在憲法中明訂制定禁止剝奪權利條款，其原始目的所在，很明顯地，就是要預防立法機關濫用其立法權力壓抑政治異議者。究其實際，以國會通過立法的方式，判處特定個人或一群人死刑，在 16 世紀、17 世紀和 18 世紀的英國非常普遍。而在美國革命期間，十三個殖民地的立法機關也曾使用通過剝奪特定個人或特定一群人權利的立法的方式—通常是死刑或者其他較輕的刑罰，有時稱為「痛苦和刑罰立法」(Bill of Pains and Penalties)一來處罰仍然選擇效忠英國者。有鑑於此一殖民地時期的歷史發展，為了避免基於政治動機的立法行為對特定個人施以刑事制裁時，欠缺司法審查所賦予的程序保障，因此，在美國建國之初的制憲會議上，制憲者一致決定，包括聯邦層級的美國國會和州層級的立法機關在內，均禁止通過這種類型的剝奪權利立法，並將此一禁止明文納入美國聯邦憲法第 1 條中²⁷。

²⁶ 關於禁止剝奪權利條款與英美法傳統的關係，長期以來的觀點便是認為，凡是「該罪行是惡名昭彰 (notorious)」的，就可以剝奪其權利。而「惡性」(notoriety) 往往就是個「信號詞」(signal word)，讓眾人覺得「在當事人不在場時決定其處置方式」(To proceed against him in his absence) 也不至於是不正義的²⁶。剝奪權利條款在英國的發展，可以上溯到西元 1665 年的法案，授權國王 Charles II 藉由皇家公告 (royal proclamation) 頒布命令，而將政府所發現之效忠敵軍的英國人驅逐至敵國。剝奪權利條款早期是用來針對反叛君王者，也針對反叛的暴徒 (rioters)，或是被認定其行為有「破壞穩定」的嫌疑者。See generally Matthew Steilen, *Bills of Attainder*, 53 HOUS. L. REV. 891, 892 (2016).

²⁷ 就美國的歷史經驗來考察，立法機關會通過剝奪權利的立法，可能是因為立法者已經知道前述的「惡名昭彰」者有哪些罪行 (offenses)，在此種情況之下，立法機關類似早期英國陪審團

至於要構成禁止剝奪權利條款的規範對象，其具體要件或者判斷因素（步驟）有三：一為立法者針對特定團體成員或個人制定法律，二為立法者透過系爭法律對受規範對象施加「處罰」（punishment），而非僅是管制受規範對象而已，三為系爭立法欠缺司法救濟程序²⁸。

(2) 禁止剝奪權利條款的早期判決

究其實際，美國憲法中並未定義究竟何謂剝奪權利的立法，但是，在最早涉及禁止剝奪權利條款的判決中，美國聯邦最高法院則是將其範圍擴大到立法執行死刑之外的案例。例如，在南北戰爭之後出現的 *Cummings v. Missouri*²⁹ 此一判決中，系爭立法規定（the Missouri Constitution of 1865），凡是欲擔任任何公私職務之個人，均需宣誓表明其從未在內戰期間給予過南方邦聯任何支持或同情，法院審理結論則是認為這項法律在性質上相當於剝奪權利立法。在該判決中，法院認為，上述宣誓，和所欲擔任職務的資格確認之間，並無任何關係可言，究其實際，此種宣誓的目的，是要找出在美國內戰期間支持叛亂的人。於是，法院在本案中，將禁止剝奪權利條款的適用範圍，從前述的「死刑」擴大到其他「處罰」，包括剝奪其追求合法職位的資格在內。簡言之，由於密蘇里州系爭立法是既針對特定個人的立法，又以「處罰」這些特定個人為目的，因此法院宣告其違憲。

禁止剝奪權利條款的解釋適用方向，此後並無太明顯的差異，直至二十世紀中期，聯邦最高法院在 1946 年的 *United States v. Lovett*³⁰ 判決中，才再次針對禁止剝奪權利條款的意涵與適用範圍，進行檢視。*United States v. Lovett* 這個案件的緣由，是源於 1930 年代末期和 1940 年代初期的一連串以聯邦僱員（federal employees）為對象，調查其思想有無「顛覆性」並且是否涉嫌倡導「推翻憲政形

（English jury of presentment）一般地採取「自知」體制（self-informing body），而其所掌握的資料，可能是透過「情報」來，而完全不受一般法律程序拘束，例如紐約在戰時的秘密委員會（secret wartime committees of New York）即是如此運作，而紐約州和賓州則是授權執行機構（executives）可以透過簡要程序除去（summarily remove）所謂「危險人士」（dangerous persons）。在西元1773年至1774年之間，由 Ethan Allen 為首組成的「綠山男孩」（Green Mountain Boys）民兵組織，試圖對抗政府控制其領土控制，後來政府也對其發動了剝奪權利的程序。簡言之，因人民起義、暴動或內戰等等狀況發生而導致社會無法運作時，政府往往會將剝奪權利當成一種解決反叛問題的簡易法律程序。See generally *id.* See also JOHN HATSELL, PRECEDENTS OF PROCEEDINGS IN THE HOUSE OF COMMONS 77-90, 217-24, 300-06 (1796); RICHARD WOODDESON, A SYSTEMATICAL VIEW OF THE LAWS OF ENGLAND 621-26 (1792).

²⁸ See Steilen, *supra* note 26, at 892.

²⁹ *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 27 (1867).

³⁰ *United States v. Lovett*, 328 U.S. 303 (1946).

式的政府」之作法。這一連串行動的具體展現之一，是當時美國國會的眾議院撥款委員會（Appropriations Committee of the House）著手進行調查，並且在其通過的撥款立法（Appropriations Act）中指名三位特定的個人，規定不得向該三人支付薪資或任何經費，因而引發違憲爭議。聯邦最高法院在審理該案時，認定系爭規定是屬於違憲的剝奪權利立法。該法院認為，就像 *Cummings* 案中遭到挑戰的立法一樣，這樣的撥款立法所欲追求的目的，是「適用於特定個人」，而且是在欠缺司法審查的情況下，就對這幾位特定個人進行處罰。在這兩個判決確立了剝奪權利立法的判斷標準之後，美國聯邦最高法院之後也曾經運用 *Cummings* 和 *Lovett* 這兩個判決所建立的原則，宣告某項規定共產黨員擔任工會領導階層或僱員構成犯罪的立法違憲無效。

(3) 禁止剝奪權利條款的晚近判決取向與檢視重點

特別值得注意的是，儘管上述判決的結論，都是認為凡是透過國會立法的手段，對特定個人施加「處罰」，即屬違反禁止剝奪權利條款，但是，卻未能從上述判決中建立起一般性的原則，用以區別憲法所容許的管制，以及違憲的處罰，也是美國憲法發展史上不可忽略的事實。不過，美國聯邦最高法院最終在 1977 年 *Nixon v. General Services Administration*³¹ 這個判決中，朝向建立區別原則的方向邁出了明顯的一大步。這個判決是美國憲法中關於總統行政特權（presidential privilege）內涵的指標性判決之一，這個判決與本案此處爭點相關的是，當時聯邦國會通過了一項名為 The Presidential Recordings and Materials Preservation Act³² 的法律，要求聯邦政府總務署署長（the Administrator of General Services）必須取得 Nixon 總統任內的總統文件與錄音帶，並且頒布管理法規，使一般大眾可以近用這些資料。此一立法通過之後，因為水門案下台的前總統 Nixon 提出多項理由反對總務署執行這項法律，其中之一即包括這項立法違反禁止剝奪權利條款在內。換言之，前總統 Nixon 主張，上述立法是一項剝奪權利的法律，因為該立法特別將他個人的名字明白寫入，並且假定其具有不當行為而剝奪其財產³³。

³¹ *Nixon v. General Services Administration*, 433 U.S. 425 (1977).

³² Presidential Recordings and Materials Preservation Act (PRMPA) of 1974, Pub. L. 93-526, title I, §§ 101-106, Dec. 19, 1974, *codified* at 44 U.S.C. § 2111.

³³ 此處的財產，即 The Presidential Recordings and Materials Preservation Act 此一法律要求取得的 Nixon 總統任內文件與錄音帶。

然而，在 *Brennan* 大法官所撰寫的判決意見書中，在回顧了禁止剝奪權利條款的歷史之後，其所得出的結論，雖然同樣認為剝奪權利立法必須同時包含以下三個要素：一是系爭立法必須針對特定個人或群體，二是必須構成施以處罰，三是必須是缺乏司法救濟的規定，但是，針對本案，該法院則是認為系爭立法並未合乎上述三個要件，所以 *Nixon* 前總統在該案中也就以敗訴告終。

這個判決特別值得重視的原因，是其澄清了前述認定某項法律是否構成禁止剝奪權利條款意義範圍內的「處罰」。首先，本案法院審視歷史經驗，檢視系爭立法的内容，是否屬於傳統上被認為是禁止剝奪權利條款所反對的剝奪權利類型，例如死刑、流放、處罰性沒收財產以及 *Cummings* 案中之類具有爭議的僱傭限制，若其答案是肯定的，則應該便是屬於禁止剝奪權利條款所框定的潛在違憲範圍內。其次，該判決法院進一步進行功能性的檢驗，也就是探究系爭立法是不是屬於「就所施加的負擔類型和嚴重性而言，可以合理地認定其立法目的不具有處罰性」的類型。最後，聯邦最高法院進一步釐清的是，國會通過系爭立法的動機為何，亦即從立法事實的證據上，確認是否「立法記錄載明國會有意處罰特定個人」³⁴。在逐步完成上述三個步驟的分析之後，本案法院認為系爭立法均不符合以上三項判斷標準。

換言之，在本案中，聯邦最高法院認定系爭立法並未施加傳統上與處罰有關的負擔，國會通過係爭立法，乃是屬於具有正當性且不具有處罰性質的管制理由，例如，在此一判決中，立法者的原始意旨相當明顯地是在於促成歷史記錄保存的結果，以及有助於刑事訴訟程序的順利進行，而且，從系爭立法的立法記錄來看，也看不出任何內容足以證明國會該等立法是侵犯司法權能之舉³⁵。透過 *Nixon v. General Services Administration* 所建立的以上判斷標準，已經成為美國憲法上判斷有無違反禁止剝奪權利條款而違憲的標準。

根據上述關於美國聯邦最高法院判決歷史的回顧與分析，本鑑定意見認為可以歸納出以下重點：

³⁴ See Wilson C. Freeman, *Huawei v. United States: The Bill of Attainder Clause and Huawei's Lawsuit Against the United States*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, 2-3 (March 14, 2019).

本案逐步分析，首從「歷史」(history)觀察，是否有「傳統上認為禁止剝奪權利條款所中的「剝奪」，例如死刑、流放、處罰性沒收財產，以及，在 *Cummings* 案中具爭議性的僱傭之限制；次從「功能檢驗」(functional test)，以觀察是否「系爭規定所課予之負擔，可合理地調其立法目的係不具處罰性」、最後，則從「動機」(motivations)觀察動機解釋從立法過程的紀錄加以判斷，視國會是否存在處罰之意圖。

³⁵ *Id.*, at 3. 法院謂其並無顯示著「侵犯司法權能」(encroaching on the judicial function)。

首先，剝奪權利條款的制憲者原意，在於禁止「非法處罰」（*illegal punishment*）³⁶，亦即禁止立法者針對特定個體，制定其剝奪生命、自由或財產權。換言之，必須先有受到憲法保障的生命、自由或既得財產權，因為系爭立法而遭到剝奪，該剝奪才構成處罰³⁷。同時，剝奪權利條款對於立法者的節制作用，和正當法律程序（*due process*）條款對於行政部門的節制作用相仿，其用意均在於避免兩者規避司法程序，濫權輕率地剝奪人民生命、自由、財產權³⁸。此處須予提醒的是，在禁止剝奪權利條款下，關於可能受到剝奪的財產權範圍，原則上並不包括補貼與特權（*gratuitous privilege*）在內³⁹。換言之，在禁止剝奪權利條款的分析架構下，立法部門在處理補貼與特權（而非權利）時，和行政部門在處理補貼與特權的情形相仿，司法者認定其具有比較寬廣的形成空間⁴⁰。

其次，深究禁止剝奪權利條款在美國憲法上所欲追求的目的，是要發揮禁止立法者透過不當分類（*classification*）的方式，進而針對構成特定分類群體的成員或個人，特別施以處罰，以免讓異議者成為立法機關多數透過立法手段予以壓制的對象。就黨產條例系爭規定而言，是否足以構成不當分類，本鑑定意見稍後將有比較詳盡的分析，此處的重點則在於分析是否構成「處罰」。

從美國歷史的發展脈絡來看，禁止剝奪權利條款所欲避免的「處罰」，究竟定義為何，是判斷有無違反該條款的關鍵之一。整體而言，美國聯邦最高法院在1977年前述 *Nixon* 案的判決出現以前，就此曾有「原意主義」（*originalism*）與「功能主義」（*functionalism*）之爭⁴¹。持原意主義立場者主張：禁止剝奪權利條款所欲避免的處罰，其內涵僅限於處以個人死刑，並且剝奪其後嗣繼承權利（*corruption of blood*），因為這正是歷史上壓制異議者的典型手段。例如，學者 Raoul Berger 即認為，禁止剝奪權利條款的含義，是奠基於美國的立國制憲時期（*Founding Period*）所承繼的普通法傳統，亦即「禁止剝奪權利條款不可分割的

³⁶ See *Selective Serv. Sys. v. Minn. Pub. Interest Research Grp.*, 468 U.S. 841, 852 (1984); *Nixon*, 433 U.S. at 478. 關於禁止剝奪權利條款的發展脈絡及其內容分析，*see, e.g.*, Michael P. Lehmann, *The Bill of Attainder Doctrine: A Survey of the Decisional Law*, 5 HASTINGS CONST. L.Q. 767 (1978); Anthony Dick, *The Substance of Punishment Under the Bill of Attainder Clause*, 63 STAN. L. REV. 1177 (2011).

³⁷ See *Nixon*, 433 U.S. at 472. See also Dick, *supra* note 36, at 1181, 1196.

³⁸ See Dick, *supra* note 36, at 1198, 1204.

³⁹ See *Douds*, 339 U.S. at 390. See also Dick, *id.* at 1194, 1197, 1205-1206.

⁴⁰ See also *id.* at 1205-1206.

⁴¹ See *id.* at 1177, 1181; Raoul Berger, *Bills of Attainder: A Study of Amendment by the Court*, 63 CORNELL L. REV. 355, 356 (1978).

記號是死刑和剝奪其後嗣之繼承權利」⁴²。Berger 進一步指出：凡是非屬死刑的處罰，應該是屬於普通法傳統中「禁止痛苦和處罰條款」(bills of pains and penalties)的範疇，不該納入禁止剝奪權利條款的定義範圍內。換言之，Burger 主張美國的立憲者透過禁止剝奪權利條款，是要禁止立法針對特定群體或個人予以剝奪權利的作法，並非要達成上述禁止痛苦和處罰條款的目的，兩者迥然相異⁴³。

上述原意主義之見解，不僅可見於 *United States v. Lovett* 這個由 Black 大法官所主筆的判決中⁴⁴，也可從 Frankfurter 大法官的協同判決意見中看出⁴⁵。Frankfurter 大法官的協同判決意見指出：美國憲法中並沒有明確定義禁止剝奪權利條款，背後理由在於，從當時英美兩國的普通法傳統來看，禁止剝奪權利的意義，對於美國憲法的制定者而言是顯而易見的。因此，立憲者僅以簡單的用語，即足以描述憲法所禁止之立法者以個案立法方式，逕行認定特定團體成員或特體有罪，迴避司法審判程序的救濟，施以處罰的剝奪權利情狀⁴⁶。

相對地，功能主義者則主張：禁止剝奪權利條款所禁止的「處罰」，不侷限於特定形式的剝奪⁴⁷。換言之，功能主義者認為處罰的定義，應該取決於系爭法律所使用之管制手段，是否具備其他處罰性質的特徵⁴⁸。基於此一主張，功能主義者進一步發展出兩個不同的分支立場⁴⁹。

⁴² See Berger, *supra* note 41, at 355, 356; Dick, *supra* note 36, at 1177, 1181.

⁴³ See Dick, *supra* note 36, at 1177, 1183-1190.

⁴⁴ *Lovett*, 328 U.S. at 303.

⁴⁵ *Id.* at 321 (Frankfurter, J., concurring). See also Thomas B. Griffith, Note, *Beyond Process: A Substantive Rationale for the Bill of Attainder Clause*, 70 VA. L. REV. 475, 485 (1984) (“Justice Frankfurter’s historical approach to the bill of attainder clause commanded a Supreme Court majority for roughly twenty years after *Lovett*.”) See also Harrison A. Newman, *Corporations Under the Bill of Attainder Clause*, 69 DUKE L. J. 923, 932 (2020).

⁴⁶ 大法官在本案中提出相當重要的協同判決意見，其特別指出：美國憲法中並沒有明確的定義禁止剝奪權利條款的意涵，因為禁止剝奪權利條款本身的意義，已經由歷史加以界定了。相對地，本判決的多數意見則是指出禁止剝奪權利條款的意思是：以立法的方式（判斷有罪、必須受處罰）並取代司法審判。在後續數個重要判決中，則是繼續援用 Frankfurter 大法官的見解，可見其重要性。See *Douds*, 339 U.S. at 382, *Garner v. Bd. of Pub. Works*, 341 U.S. 716 (1951), *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960), *Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd.*, 367 U.S. 1(1961).

⁴⁷ 此一主張的代表性學者為 John Hart Ely. See Comment, *The Bounds of Legislative Specification: A Suggested Approach to the Bill of Attainder Clause*, 72 YALE L.J. 330, 359-60 (1962) (stating that “the right-privilege dichotomy must be rejected” as inconsistent with the underlying rationale of the Bill of Attainder Clause).

⁴⁸ See *id.*

⁴⁹ 分支立場的出現，同樣始於 John Hart Ely 上述發表於 Yale Law Journal 的論文。Ely 在該論文中認為，禁止剝奪權利條款的處罰定義，應該擺脫探討立法者動機與法規效果的功能性等窠臼，相對地，Ely 主張，應該從權力分立的角度，禁止個案性或個別性立法，且大幅擴張剝奪之定義，並就剝奪之客體抽象化。這篇論文的主張，後續也影響到 Warren 大法官所主筆的 *Brown* 該案判決意見。See *United States v. Brown*, 381 U.S. 437 (1965).

第一種分支立場為功能基準（functional test）論者。此一立場主張，從施加負擔的類型和嚴重程度來看，是否可以合理地將系爭法律認定為是追求處罰以外的立法目的，若是確定其並無處罰以外的其他立法目的，司法者即可合理斷定，系爭法規的原始意旨，便是在於致特定團體成員或個體於不利之地位。然而，此處應該注意的是，就立法目的而言，縱使是一般不具處罰性質的立法目的，也往往混合嚇阻、應報和預防等等具有處罰性質的作用在內，因此在判斷上並不容易。同時，美國聯邦最高法院也曾以系爭立法是否具有「回溯」性質（retrospective）或者「報應」性質（retributive），當成判斷系爭立法是否具備處罰性質的標準。換言之，系爭法律必須是針對被規範者過去的特定行為，施以報復，才構成處罰性質的規範⁵⁰。不過，美國聯邦最高法院嗣後即明確揚棄以是否具備回溯性質或報應性質，作為判斷是否構成禁止剝奪權利條款下所稱的處罰的基準。在 *United States v. Brown*⁵¹ 這個判決中，聯邦最高法院即拒絕承襲過去將處罰限定在「報應」（retribution）的判斷慣例，認定「處罰」的意涵同時可以包括報應（retribution）、改造（rehabilitation）、威嚇（deterrence）、預防（prevention）等意義在內⁵²。

第二種分支立場為立法者動機基準（motivational test）論者。此一立場主張，應該檢視立法記錄，作為判斷立法者是否曾經表明有意對特定群體成員或個人施予處罰的依據⁵³。不過，嚴格說來，截至目前為止，美國聯邦最高法院並未在判決實務上發展出足以斷定立法者具有處罰特定團體成員或個體之原始立法意旨的具體判斷標準，主要原因，應該跟不容易將具有各種不同政治利益和政治動機的個別立法者，直接視為單一立法主體，確定其共同的立法動機與想法為何有關⁵⁴。

如前所述，這段美國聯邦最高法院判決歷史上就禁止剝奪權利條款下的處罰定義爭執，在水門案後續效應餘波蕩漾中的 1977 年，也就是前述的 *Nixon* 案判決中，出現了轉折，促成了美國聯邦最高法院就剝奪權利條款之處罰的界定，採用三個因素（步驟）的判斷基準：一是歷史因素判斷基準，也就是探究系爭立法是不是符合歷史意義中的處罰定義；二是功能性判斷基準，也就是探究由立法者透過系爭立法所施加之負擔類型（type）和處罰之嚴厲程度（severity），合理判

⁵⁰ See *Douds*, 339 U.S. at 414.

⁵¹ See *Brown*, 381 U.S. at 437.

⁵² See *Brown*, 381 U.S. at 458. See also Harrison A. Newman, *Corporations Under the Bill of Attainder Clause*, 69 DUKE L. J. 923, 934 (2020).

⁵³ See *Dick*, *supra* note 36, at 1191-1192.

⁵⁴ See *Dick*, *supra* note 36, at 1192.

斷系爭立法是否追求處罰以外的立法目的；三是立法者動機基準，也就是探究立法記錄，確認是否立法者明確表示有意針對特定團體成員或個體施予處罰⁵⁵。此一判決建立的判斷基準，在美國聯邦最高法院其後之 *Selective Serv. Sys. v. Minn. Pub. Interest Research Grp.*,⁵⁶判決中，也予以援引，並成為之後美國下級法院審查法規是否違反憲法禁止剝奪權利條款時，所使用的判斷基準⁵⁷。美國法院實務上的具體操作模式，或有參考價值，因此，本鑑定意見簡要說明如下：

上述判斷標準在美國法院實務上發展數十年來仍受遵循，聯邦最高法院至今也未曾出現改變分析模式與判決見解的跡象。因此，以幾個美國聯邦上訴法院最近的幾個重要判決來看，在何種情況下，特定的法定負擔會構成「處罰」，則往往是重點所在。首先，在 *SBC Communications v. FCC*⁵⁸案，聯邦第五巡迴上訴法院就 *SBC Communications* 針對美國 1996 年電信法⁵⁹中的數個規定提出挑戰，質疑系爭立法立法針對特定的 20 家 AT&T 的前子公司（亦即通稱貝爾電話公司，Bell Operating Companies，或簡稱 BOCs）施加諸多限制，乃是剝奪權利的立法，違反禁止剝奪權利條款而違憲。該法院同樣循過去判決先例的審查模式，先回顧了禁止剝奪權利條款的歷史，接著則是一一檢視 *Nixon v. General Services Administration* 所建立的判斷標準在該案中的解釋適用，最終得出的判決結論，是認為係爭電信法並沒有對上述 BOCs 施加任何「處罰」，因此並無違憲之處。儘管此一判決與前述 *Cummings v. Missouri* 判決中所爭執的聯邦雇員聘僱限制相較之下，有相似之處，而且，深究當時國會立法辯論時的紀錄，的確是特別提及上述 BOCs 在市場上的種種負面行為，但是，即使如此，該法院仍然認為，系爭立法的原始用意，並非在於處罰，而是在於追求重要的公共利益，也就是藉由限制 BOCs 使用 AT&T 具有反市場競爭效果的技术此一方法，確保電信市場上的公平競爭，而且，從系爭立法的完整立法記錄來看，由於呈現出許多非關處罰的理由，足以推知立法者的整體意旨，並非在於透過遭到挑戰的系爭規定，去處罰受到系爭行政管制立法所規範的 BOCs。

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ 468 U.S. 841 (1984).

⁵⁷ See, e.g., *SBC Communications v. FCC*, 154 F.3d 226 (1st Cir. 1998); *ACORN v. United States*, 618 F.3d 125 (2nd Cir. 2010); *Kaspersky Lab, Inc. v. DHS*, 909 F.3d 446 (D.C. Cir. 2018).

⁵⁸ 154 F.3d 226 (5th Cir. 1998).

⁵⁹ 1996 Telecommunications Act Sections 271-275 of the Telecommunications Act of 1996. See also JERRY KANG, COMMUNICATIONS LAW AND POLICY CASES AND MATERIALS 676 (3rd ed., 2009).

其次，聯邦第二巡迴上訴法院在 *ACORN v. United States*⁶⁰ 這個 2010 年的判決中，也觸及禁止剝奪權利條款的分析。該判決中所涉及的，是美國國會針對非營利組織 ACORN 捲入的種種貪污、欺詐和其他犯罪醜聞的事實，以立法手段介入以便達成導正目標的作為，也就是在 2010 年的 the 2010 Consolidated Appropriations Act 中，美國國會明確將 ACORN 及其「分支機構、子公司及策略聯盟」從聯邦經費補助中加以排除，同時，此一立法還要求 Government Accountability Office 必須重新檢視 ACORN 過去已經獲得的聯邦經費補助，以確定上述補助經費是否遭到濫用。在該判決中，聯邦第二巡迴法院指出：根據前述的三要素（步驟）檢驗方法，系爭立法中的這些限制，並不構成處罰。首先，法院指出根據歷史經驗的探索結果，在系爭立法中要求刪除特定個人，使其無法成為聯邦經費的撥款對象，並不構成傳統的處罰形式。其次，在進行功能性檢驗之後，並且衡量系爭立法所施加負擔的嚴重性之後，法院也肯認了通過該立法的國會動機是在於確保政府經費不會遭致無謂的浪費，就系爭立法所採取的扣發聯邦經費手段而言，應該具有達成上述目的之正當性。最後，從國會立法紀錄中所引述的證據來看，雖然在立法過程中，的確有立法者指稱 ACORN 是「罪犯」，並且也有立法者表明了某些「處罰性的意圖」，但是，該法院認為，類此少數幾個立法者所發表的意見，並不足以構成處罰特定個人的「明確證據」⁶¹。

此外，最近一個出現在華盛頓特區巡迴上訴法院的 2018 年判決，也有類似的參考價值。在 *Kaspersky Lab, Inc. v. DHS*⁶² 這個判決中，原告為具有俄羅斯背景的網路安全公司 Kaspersky Lab 這家公司，該訴訟挑戰的對象是 the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2017（即「2017 財政年度國防授權法」）⁶³ 中某項規定的合憲性。換言之，系爭規定禁止政府機構使用 Kaspersky Lab 這家公司所開發的任何硬體、軟體和服務⁶⁴，因此原告即據此主張系爭規定是違反禁止剝奪權利條款而違憲。這個判決最值得重視的是，法院在回顧了先前判決之後，特別指出，在 *Nixon v. General Services Administration* 所建立的三要素（步驟）判斷標準中，最重要的，應該是功能性檢驗。此一判決的法院指出，根據功

⁶⁰ 618 F.3d 125 (2d Cir. 2010).

⁶¹ See Freeman *supra* note 34, at 3. But see Akhil Reed Amar, *Attainders and Amendment 2: Romer's Rightness*, 95 MICH. L. REV. 203, 210 (1996) ("Without the nonattainder principle, the legislature could simply single out its enemies — or the politically unpopular — and condemn them for who they are, or for what they have done in the past and can no longer change.").

⁶² 909 F.3d 446 (2018).

⁶³ See Freeman *supra* note 34, at 3.

⁶⁴ *Id.*

能性檢驗，探究的關鍵，應該要聚焦在如何確定系爭立法在何種情況下會構成「不成比例」或「過度特定」(disproportionate or exceedingly specific)⁶⁵，凡是認定其不成比例或過度特定，無論構成任何其中一個，都是構成處罰的指標。

接著，法院指出，就 Kaspersky Lab 這家公司而言，由於國會已經聽取專家所提供的實質證詞，認為卡巴斯基實驗室與俄羅斯之間的關係，可能會危害聯邦機關電腦系統的完整性。有鑑於此，法院指出：在面對這種威脅時，國會從聯邦機關的網路中去除 Kaspersky Lab 這家公司的系統，所表現的無非是一種合理而平衡的反應。尤其值得注意的是，在本案中，法院認為，要通過前述的功能性檢驗，國會面對這種威脅時所提出的答案，不必是「精確校準」(precisely calibrated) 之後的結果，立法者只需要避免對受規範者施加不必要的負擔，即可通過檢驗⁶⁶。同時，在歷史檢驗的部分，法院也明確地將 Kaspersky Lab 這家公司所受的管制，與 *Cummings* 和 *Lovett* 等聯邦最高法院的判決先例予以區分，指出 Kaspersky Lab 這家公司並不是一個具有血肉之軀的自然人，相對地，Kaspersky Lab 這家公司僅是一家面臨部分收入損失的公司而已，法院認為，這種導致公司收入損失的傷害，並不足以構成美國憲政歷史上透過禁止剝奪權利條款所要杜絕的那種處罰。至於在動機檢驗上，該法院則是指出根本無法從立法記錄中發現任何證據，足以證明系爭立法具有處罰性質，尤其，法院特別指出，在立法史的可援用性上，本就該受到限制，因此，在欠缺相當明確證據的情況下，本案的立法史料，幾乎毫無用處。

(4) 黨產條例系爭規定不構成剝奪權利條款之違反

基於以上分析，本鑑定意見認為，就黨產條例系爭規定而言，無論是就其所規定之管制程序或管制效果而言，即使是援用美國憲法實務中關於禁止剝奪權利條款的分析架構，檢視結果也仍難以認定系爭規定會構成該條款所欲禁止的權利剝奪或者處罰，因此，也就難以進一步認定其違反正當法律程序的保障而違憲。同時，依黨產條例第 2 條、第 8 條第 5 項及第 14 條規定，在行政院下設黨產會，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，就各個權力部門的功能性考量而言，也未違反權力分立制衡原則，並無侵犯司法權核心功能之現象。

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*, at 4.

因為，黨產條例 8 條第 5 項雖然規定「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」，但是，此一規定僅是賦予黨產會初步調查及釐清黨產性質的權力，亦即黨產會上述調查與認定程序，是為了判斷各該案件中系爭黨產到底是應受憲法完整保護的典型財產權，還是不當取得甚至非法取得的財產，抑或是過去從政府部門透過各種流用、撥用或補助等等手段所挹注的資源。換言之，黨產會所行使的是釐清系爭黨產是否構成應受憲法保障的既得權利此種初始判斷的權力，黨產會依其程序調查與處理後的判斷結果，對於黨產條例的受規範者而言，並無最終之拘束力，仍屬可以透過司法程序進行審理與救濟的行政機關決定，因此更難構成正當法律程序保障和權力分立原則之違反。

進一步言之，根據前述關於美國憲法上禁止剝奪權利條款及正當法律程序保障之分析，以及考量我國關於正當法律程序保障之要求，兩國憲法所共同禁止者，僅限於行政部門或立法部門以不當方式剝奪受處分人受保障之正當財產權。至於以不當方式取得之財產，或者是具有類似恩給或特權性質的財產，透過系爭黨產條例所規定之程序，逐案釐清每一黨產的權利性質，確認每一黨產是否屬於應該受到憲法財產權保障的範圍之內，應屬前文關於美國憲法案例分析中所認定之合乎重要公共利益之管制目的，受處分人若對黨產會透過此等程序作成之處分不服，仍可向法院起訴，要求釐清其權利歸屬。所以，本鑑定意見認為，在此一管制架構下，更難認定黨產條例的立法者是逕行以立法手段，剝奪受處分人的既得權利，而且使其無從獲得司法審判和救濟之舉。

再者，自黨產條例第 1 條明訂的立法目的觀之，乃是「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」，加上前述針對權利剝奪之處罰內涵的分析，本鑑定意見認為，黨產條例系爭規定，無論就其之立法目的和規制性質來說，均不具備處罰之意義，實難以美國憲法上的剝奪權利條款，作為認定黨產條例系爭規定違憲的論據。同時，以前文之分析架構來說，黨產條例的立法目的，既然明揭是為了建立政黨公平競爭環境，以健全民主政治，並且據以落實轉型正義，從前述的立法歷史資料探究立法者意旨此一面向來說，難以確認黨產條例的處罰針對性，加上其立法文字也採中性用語，並未針對特定政黨，其縱有一定程度的回溯性質，也不具備應報、嚇阻、預防等等處罰目的，因此，實難認為黨產條例系爭規定構成對特定政黨的處罰。

最後，如前所述，黨產條例系爭規定僅僅是賦予黨產會初步判斷特定財產之屬性的權限，並未賦予黨產會為終局決定的權力，也未剝奪受處分人請求司法審理該處分、尋求司法救濟的權利，這從黨產條例第 14 條所規定之「本會依第 6 條規定所為之處分，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」，以及同條例第 16 條所規定之「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」，即可得知，在確認系爭黨產性質的程序中，賦予潛在受處分人聽證權利，事後也賦予受處分人提起司法救濟的保障，應屬踐行我國正當法律程序所要求之程序保障，未有立法者侵奪司法權之情事。所以，本鑑定意見認為，難謂黨產條例系爭規定構成立法者侵犯司法權核心功能，並無違反權力分立原則之疑慮。

二、黨產條例第 4 條第 1 款規定，是否屬於個案立法而違憲？

關於此一爭點之釐清，關鍵在於黨產條例第 4 條第 1 款規定之政黨，指「於中華民國 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者」，依此規定，再配合黨產條例第 5 條規定「（第 1 項）政黨、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。（第 2 項）政黨、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」，亦即判斷是否構成不當黨產之時間點為 34 年 8 月 15 日，凡自該日起取得黨產條例所定義之財產者，均屬受規範之對象，而目前受規範之對象，應有 10 個政黨⁶⁷。然而，由於解釋適用上述黨產條例規定之結果，僅中國國民黨受到拘束，亦即上述規定是否僅規範具體個案，因此衍生出黨產條例有無構成個案立法而違憲之爭議，此亦為聲請人主要聲請理由之一。

⁶⁷ 依內政部 105 年 9 月 2 日臺內民字第 1050433653 號函所示，符合黨產條例第 4 條第 1 款規定之政黨，共有社團法人中國國民黨、社團法人中國青年黨、社團法人中國新社會黨、社團法人中國中和黨、社團法人民主進步黨、社團法人青年中國黨、社團法人中國民主青年黨、社團法人民主行動黨、社團法人中國中青黨、社團法人中國民主社會黨等 10 個政黨。

1. 黨產條例並非規範具體個案亦非個案立法

本鑑定意見認為，黨產條例將凡是抵觸政黨之基本目的或以違反民主國家法治原則取得財產，而該等財產之持有是有礙我國政黨公平競爭者，均納為黨產條例規範對象，就此一立法目的和立法特色而言，黨產條例並非僅規範具體個案。

關於個案立法禁止之意義，李惠宗教授曾經指出，此為立法行為界限所在。換言之，個案立法之禁止，乃是權力分立原則在各個權力部門的職權分配上予以具體化的結果，此一禁止要求立法者應該履行的是「抽象規範形成」的任務，而立法之內容，則應「以假設性命題作成規範要求」⁶⁸。換言之，立法者不得就特定之人或具體事件為處理對象，即不得專為特定之人或特定具體事件立法，否則無異於立法權取代行政權與司法權之行使，違背權力分立原則之基本要求⁶⁹。類似的見解，也出現在前大法官陳新民教授的論著中，其亦主張個案式之禁止原則，是法治國家之立法原則，所以法律之規範對象與事件均應廣泛且抽象⁷⁰。

然而，除此之外，亦有論者認為所謂一般性誡命（或稱「個案法律禁止」）不應該具有我國憲法原則內涵之地位。其理由主要是基於比較憲法的觀點，認為個案立法禁止原則在德國憲法中的規範效力較弱，而且在德國引起相當紛爭，因此不宜貿然引入。同時，其亦指出個案立法禁止原則在我國憲法規範中並無根基，其內涵與我國其他憲法原則重疊，甚或和其他憲法理論之間有所矛盾等等⁷¹，作為反對這個一般性誡命的理由。

本鑑定意見認為，從黨產條例的立法意旨來看，凡是抵觸政黨之基本目的或是以違反民主國家法治原則獲致之不當取得財產，而該等財產之持有有礙我國政黨公平競爭者，均屬於黨產條例的規範對象，因此，在歸類上，即難以將黨產條例直接歸類僅規範具體個案的立法。其次，即使黨產條例在解釋適用上，導致單一受規範對象的結果出現，形成所謂個案性立法的現象，從美國憲法的經驗來說，也不必然導致違憲判斷之結果。

⁶⁸ 參見：李惠宗，個案立法之禁止－立法行為之界限（一），月旦法學教室，29期，頁9（2005）。

⁶⁹ 參見：李惠宗，憲法要義，7版，頁580（2015）。

⁷⁰ 陳新民，憲法學釋論，8版，615（2015）。

⁷¹ 詳細說明，參見顧以信，「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，43卷2期，頁238以下（2017）。

2. 從權力分立原則之功能論立場分析個案立法禁止之有限意涵

就上述將個案立法禁止視為權力分立原則具體化結果，因此主張立法者以特定人民或具體事件為規範對象而制定專法，則會導致違反權力分立原則之違憲結果之見解而言，或許是基於「功能論」⁷²的理論立場而來，然而，深究之下，「功能論」固然是強調各個政府權力部門依其最適功能而分配並行使其權力，但是，只要各個權力部門所獲分配與行使的權力，並未侵犯其他部門的「核心功能」，似乎尚難直接以個案性法律的專法形式，推導出其必然違反權力分立原則的結論。

因此，本鑑定意見認為，倘若國家遇有特殊情形，而立法者有制定特定具體法律之必要、以便具體授權並規範行政機關履行特定國家治理任務時，若拘泥於前述個案立法禁止原則，導致立法者毫無作為之可能性，如此一來，若非放任行政權專斷並獨佔此等涉及特定人民或具體事件之權限，就可能是此一國家治理任務無人承擔，無論是上述任一情況，均非正確結果。尤其，在「核心功能」理論下，本即承認立法權及行政權兩者之間，在功能上有難以明確區分的模糊之處此一前提，因此，更不該將個案性法律與違反權力分立原則直接畫上等號，以此逕行認定立法者僅得選擇以一般性規定為其規範內容的立法形式。有鑑於此，本鑑定意見認為，即使個案立法禁止原則有其學理依據，但是，此一原則否具有絕對不可違反或調整之地位，尚有疑問，本鑑定意見認為其應該容許一定的例外空間，強調一律不得出現個案立法，未免矯枉過正。同時，從美國憲法的比較經驗而言，亦有足以支持此一立場的論據，本鑑定意見稍後將就此予以進一步說明分析。

3. 我國大法官解釋所詮釋之個案立法

究諸實際，我國大法官解釋中亦有曾經觸及個案立法者。首先，釋字第 520 號在處理行政院決議停止興建核能第四電廠並停止執行相關預算所衍生之憲法爭議時，認為該案係屬國家重要政策之變更而未按相關法定程序處理，已有瑕疵，故而認為行政院院長或有關部會首長應依當時憲法增修條文第 3 條及立法院職權行使法第 17 條等規定，向立法院提出報告。如立法院於聽取報告後作成反對或其他決議，則應視其決議之內容而由各有關機關選擇適當途徑解決，此處所謂適當途徑之一，即包括由立法院通過興建電廠之相關立法。針對個案立法，釋字

⁷² 請參見本鑑定意見書前文關於功能論的分析，頁 11 以下。

第 520 號特別指出：「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」⁷³。

再者，大法官曾經在處理真調會條例違憲爭議的釋字第 585 號解釋中，特別指出：「再審為訴訟程序之一環，立法者就再審理由固有自由形成之空間；惟法律之制定，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。真調會條例第 13 條第 3 項規定『本會調查結果，與法院確定判決之事實歧異者，得為再審之理由』，乃針對個案所制定之再審理由，違反法律平等適用之法治國家基本原則，且逾越立法院調查權之權限範圍，應非憲法之所許」。

本鑑定意見認為，就上述大法官解釋的內容來看，亦無法推導出黨產條例第 4 條第 1 款規定應該構成個案立法而違憲的結論。首先，就釋字第 520 號來看，該號解釋關於個別性法律的說明，重點在於我國憲法並未完全禁止或排除個別性法律之立法可能性，而且僅限於此，並未有進一步的論述。換言之，到底個別性法律應該符合哪些要求，才能跨過合憲的門檻，無法從該號解釋中得知，仍然有待深究⁷⁴。至於釋字第 520 號解釋所指稱之個別性法律為何，雖有認為應係指通過電廠興建之預算者⁷⁵，然而，由於該號解釋理由書中已經援引釋字第 391 號解釋將法定預算稱為「措施性法律」，整體解讀之下，實難認定個別性法律即是指通過電廠興建的法定預算。尤其，該號解釋特別指出「此種法律內容縱然包括對具體個案而制定之條款」，因此，本鑑定意見認為，釋字第 520 號所稱之個別性法律，應該解讀為針對具體個案通過之立法。

至於釋字第 585 號解釋否定「針對個案所制定之再審理由」，就大法官針對當時真調會條例第 13 條第 3 項規定所做成之憲法解釋內涵整體觀之，並未明確禁止個案立法，相對地，該號解釋是以「法律平等適用」此一法治國家基本原則有無遭到違反，當成系爭個案立法合憲性有無的評斷依據。至於應該如何確定系爭個案立法有無違反法律平等適用原則，該號解釋則未有進一步之闡釋。

4. 美國比較憲法下的個案立法考察

就比較憲法的觀點來看，立法者通過個案性法律以為規範依據，也不應該當然就構成違憲。此處的比較憲法分析，特別值得一提的是，美國憲法兩百年來憲

⁷³ 參見：釋字第 520 號解釋理由書第 6 段。

⁷⁴ 類似見解可參見：顧以信（註 71），頁 237 以下。

⁷⁵ 參見：李惠宗（註 69），頁 9。

政實踐經驗，對於立法者權是否具有制定個案性立法之權力，雖曾有爭議，但自 1977 年 *Nixon* 案以降，聯邦最高法院可說已經肯認聯邦國會或州議會，可以制定特別法或所謂的「私人法案」(private bills)⁷⁶，或者是可以針對合理的「一人的分類」(legitimate classes of one)⁷⁷，也就是針對特定對象所獲之恩給或特權，進行立法予給付或者廢止⁷⁸。在具體的審查順序上，則是必須先釐清「權利」和「既得權利」之定義，始能檢驗系爭立法是否剝奪受規範者的權利，進而認定系爭立法是否具有前述的處罰性質⁷⁹。美國聯邦最高法院在 *Am. Commc'ns Ass'n v. Douds*⁸⁰ 判決中即指出：立法機關僅僅是撤銷政府無償授予的特權，並不會構成剝奪，性質上亦非處罰⁸¹。此外，美國聯邦最高法院在 *Flemming v. Nestor* 這個判決中，處理某項法律取消遭驅逐出境的外國人所享有的社會福利保障，是否構成禁止剝奪權利條款中的剝奪與處罰時，也明確指出：憲法不會自動對自稱遭立法者剝奪權利者提供特殊保護，除非其先前已經具備既得權利⁸²。因此，一言以蔽之，無論是從禁止剝奪權利條款的角度來看，或者是從平等保護原則的角度來檢視，美國憲法基本上並不禁止個案立法的規範模式。

換句話說，從平等保護的分析角度來說，美國聯邦最高法院對於禁止剝奪權利條款的解釋適用，應該說是自前述的 *Nixon v. General Services Administration* 判決出現以後，即採取不禁止個案立法的明確立場，並且也未禁止立法者基於「一

⁷⁶ Private Bill，所謂私人法案，其基本意旨是指，立法者挑選特定對象作為規範對象，例如授益行政的特定給付對象。*Nixon*, 433 U.S. at 472. *Dick*, *supra* note 36, at 1178.

⁷⁷ 所謂一人的分類，是指立法是針對特定個人或團體為之。美國聯邦最高法院對於立法者為「一人的分類」(class of one)，在 *Village of Willowbrook v. Olech* 這個 2000 年的判決中，定義如下：立法者於類似情況，不具合理基礎(rational basis)，故意針對特定個人或團體為差別待遇。*See Village of Willowbrook v. Olech*, 528 U.S. 562 (2000). 接著，在 *Engquist v. Oregon Department of Agriculture* 這個 2008 年的判決中也指出，依據平等保護條款，原告必須針對上述非常類似情況，負實質的舉證責任，同時，政府或立法者只需對於立法目的及其手段之合理關聯性，負舉證責任即可。*See Engquist v. Oregon Department of Agriculture*, 553 U.S. 591 (2008).

⁷⁸ 立法權與行政權是否可以針對特定對象，必須區分所剝奪之客體是生命、自由、財產權等受憲法保障的權利，抑或是恩給和特權。若是前者，立法權和行政權受到禁止剝奪權利條款及正當法律程序條款的限制，若是後者，則偏向於屬於政治部門的裁量範圍。*See Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 261 (1970) (美國聯邦最高法院曾擴張正當法律程序條款所保障之生命、身體與財產權，到包含政府所給予的社會福利上，但是該擴張解釋，僅限於受規範者具有嚴酷生存需求的案例)。關於以上兩者的區分，主要的學界討論，可以參照：Thomas C. Grey, *The Disintegration of Property*, in *NOMOS XXII: PROPERTY* 69, 81 (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds., 1980). *See also Dick*, *supra* note 36, at 1203.

⁷⁹ *See Cummings v. Missouri*, 71 U.S. (4 Wall.) 277, 325 (1867). *See also Dick*, *supra* note 36, at 1196.

⁸⁰ *Douds*, 339 U.S. at 414.

⁸¹ *Id.* at 390.

⁸² *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603, 611 (1960).

人的分類」(class of one)，作為立法基礎⁸³。美國憲法學理上對於一人的分類，大多集中在聯邦憲法增修條文第 14 條平等保護條款意涵的討論。聯邦憲法增修條文第 14 條的第 1 句規定「州政府對於在其管轄範圍內的任何人，不得拒絕給予平等法律保護」⁸⁴。該條款大致上的解釋方向即「等者等之」，也就是政府對於處境相似者，應為相似之對待⁸⁵。儘管上述規定並未訂定明確的基準，但是，在美國憲法的傳統上，平等保護條款往往是以避免弱勢群體成員或個人的基本權利，受到政府任意不當干預，作為追求目的⁸⁶。究其實際，制定於美國內戰結束之後的憲法增修條文第 14 條，有相當長的一段時間，聯邦最高法院鮮少以違反該款為由，宣告州政府的措施違憲⁸⁷。一直到了 1954 年，也就是 *Brown v. Board of Education* 此一判決出現以後，聯邦最高法院才開始頻繁地適用平等保護條款，宣告許多州政府因為採取差別待遇的措施而違憲⁸⁸。

就平等保護條款的整體分析而言，當政府或立法者進行「一人分類」(class of one)，而且受到差別待遇之個人或團體，具有「嫌疑分類」(suspect class)的特徵時，聯邦最高法院在進行審查時，會採用嚴格審查標準⁸⁹。進一步言之，此處所稱的「嫌疑分類」⁹⁰，包含但不限於種族⁹¹和外國人身份或出生地⁹²等，當政府或立法者，以嫌疑分類進行差別待遇時，美國聯邦最高法院在從事司法審查，會採取嚴格審查標準⁹³，相對地，若是系爭立法或措施所使用的分類涉及性別⁹⁴或非婚生子女⁹⁵時，聯邦最高法院多採用中度審查標準⁹⁶，至於當政府或立法者

⁸³ Dick, *supra* note 36, at 1194.

⁸⁴ U.S. CONST. amend. XIV, § 1.

⁸⁵ See *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 216 (1982); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631-32 (1996).

⁸⁶ Nicole Richter, *A Standard for "Class of One" Claims Under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment: Protecting Victims of Non-Class Based Discrimination From Vindictive State Action*, 35 VAL. U. L. REV. 197, 199 (2000).

⁸⁷ See ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW 526 (1997).

⁸⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 495 (1954).

⁸⁹ See Richter, *supra* note 86, at 206.

⁹⁰ See CHEMERINSKY, *supra* note 87, at 550.

⁹¹ See *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432, 440 (1985).

⁹² See *Examining Bd. v. Flores de Otero*, 426 U.S. 572, 606 (1976); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 647 (1973); *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, 371-72 (1971).

⁹³ See CHEMERINSKY, *supra* note 87, at 550.

⁹⁴ See *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 531 (1996); *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127, 135 (1994); *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724-25 (1982); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976).

⁹⁵ See *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988); *Mills v. Habluetzel*, 456 U.S. 91, 99 (1982); *Lalli v. Lalli*, 439 U.S. 259, 265-66 (1978).

⁹⁶ See Richter, *supra* note 86, at 208.

採用社會與經濟相關分類（social and economic classifications）⁹⁷時，聯邦最高法院則多採取最寬鬆之合理性審查標準⁹⁸。

至於所謂「一人的分類」（class of one），如前所述，是指系爭立法乃針對特定個人或團體為之，而美國聯邦最高法院對於所謂「一人的分類」，除了在 *Village of Willowbrook v. Olech*⁹⁹是將其定義成「立法者於類似情況，不具合理基礎（rational basis），故意針對特定個人或團體為差別待遇」¹⁰⁰之外，在 *Engquist v. Oregon Department of Agriculture*¹⁰¹中則是指指出：依據平等保護條款（equal protection clause），主張系爭立法違憲的原告，必須對於所謂「非常類似」¹⁰²情況，負實質的舉證責任。相對地，法院針對政府或立法者的作為，只需確定具有合理基礎或合理管制目的（rational basis），並且針對立法目的及其手段之間的合理關聯性，負舉證責任即可¹⁰³。如果援用上述美國憲法的判決架構來分析，即使認定黨產條例是個案性立法，然其是否構成針對特定團體或個人為差別待遇至違反平等保護原則的地步，原告應該負擔實質的舉證責任。

其次，在禁止剝奪權利條款的分析脈絡下，美國聯邦最高法院的判決態度，也是容許立法者進行「一人的分類」。美國聯邦最高法院在 1977 年的 *Nixon v. General Services Administration* 此一判決中即指出：縱使立法者通過的系爭立法規定內容，是指名前總統 Richard Nixon，但是其也不自動牴觸聯邦憲法中的禁止剝奪權利條款而導致無效¹⁰⁴。在這個判決中撰寫協同意見書 Stevens 大法官也指出：因為前總統 Nixon 在遭到參議院發動彈劾程序後請辭並且接受特赦此一特殊的政權轉移歷史事實，足以正當化制定系爭法律的立法者特別指名 Nixon，賦予 Nixon 這位前任總統不同的待遇，也就是與其他前任總統為差別對待¹⁰⁵。而

⁹⁷ *City of Cleburne*, 473 U.S. at 440; *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297, 303 (1980); *Vance v. Bradley*, 440 U.S. 93, 97 (1979); *Cleburne*, 473 U.S. at 446; *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190-96 (1986), *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 631-32 (1996).

⁹⁸ See Richter, *supra* note 86, at 209.

⁹⁹ See *Olech*, 528 U.S. at 562.

¹⁰⁰ *Id.* at 564.

¹⁰¹ See *Engquist*, 553 U.S. 591 (2008).

¹⁰² See *Griffin Industries, Inc. v. Irvin*, 496 F.3d 1189, 1199-1210 (11th Cir. 2007); *McDonald v. Village of Winnetka*, 371 F.3d 992, 1001-09 (7th Cir. 2004).

¹⁰³ *Club Italia*, 470 F.3d at 298 (6th Cir. 2006) (“government action amounts to a constitutional violation only if it ‘is so unrelated to the achievement of any combination of legitimate purposes that the court can only conclude that the government’s actions were irrational’”); *RJB Properties, Inc. v. Bd. of Ed. of the City of Chicago*, 468 F.3d 1005, 1010 (7th Cir. 2006)

¹⁰⁴ 433 U.S. at 425.

¹⁰⁵ 依據美國卸任總統文件管理相關規定，卸任美國總統可以保有部分私人信件和檔案。但在 Nixon 總統任內發生水門案之後，美國國會則通過特別法即 Presidential Recordings and Materials

且，此一立法雖然指名前總統 Nixon，但是，立法者是針對職務本身（calling），而非針對個人（the person）而制定該個案性法律¹⁰⁶。除此之外，該判決的 Stevens 大法官¹⁰⁷與 Blackmun 大法官¹⁰⁸在其所提出的協同意見書也都表明：基於 Nixon 前總統任期上所發生的非常態性總統更替此一特殊的歷史脈絡，國會所通過的系爭立法，僅僅針對 Nixon 前任總統一人，而未及於其他已經卸任或者未來即將卸任的總統，此一個案性立法有其正當性，並不抵觸美國憲法中的禁止剝奪權利條款。

最後，值得附帶說明的是，雖然美國知名憲法學者 Ely 曾經將禁止剝奪權利條款比擬為聯邦憲法第三條，其作用在於限制立法權的過度延伸¹⁰⁹。然而，無論是從聯邦憲法的規定本身看來，或者是檢視歷來的聯邦最高法院判決，都可以得出這樣的結論：立法機關可以在不造成「剝奪權利」或「處罰」的情況下，通過個案性質的立法。換言之，禁止剝奪權利條款的原始意旨，是要避免在欠缺通常司法審判程序以及基本權利保護機制的情況下，剝奪特定群體成員或個體的生命、自由與財產權。正因為如此，有學者便認為，美國聯邦憲法禁止剝奪權利條款與正當法律程序條款之保護意旨相同¹¹⁰，目的均在避免行政或立法權，規避司法程序，針對特定群體成員或個人，逕行對生命權、自由權或財產權予以剝奪，也就是禁止剝奪權利條款和正當法律程序條款兩者，形成了憲法對生命、自由與財產權的結構對稱保護¹¹¹。再者，也只有在肯認生命、自由或財產權利的保護底線之後，才能進一步探討該等權利在具體個案中，是否受到立法權或行政權的威脅甚至剝奪。畢竟，倘若禁止剝奪權利條款之適用範圍，包括禁止立法者撤回或撤銷特權在內，那麼，反將造成憲政權力運作的不對稱結果，也就是會發生禁止立法機關剝奪特權，但是行政機關卻能自由拒絕賦予特權的詭異現象¹¹²。所以，無論生命、自由和財產權的實體內涵與權利保護範圍如何，在禁止剝奪權利條款和正當法律程序條款下，兩者的適用範圍必須相同。既然正當法律程序的保護範圍，

Preservation Act（Public Law 93-526），規定 Nixon 的所有私人信件和檔案，都必須先交出。此一立法明定所有文件的交付義務，而且只有 Nixon 前總統一人適用，Nixon 總統之前和之後的卸任總統，都不適用此一特別法。See *Nixon*, 433 U.S. at 472.

¹⁰⁶ *Nixon*, 433 U.S. at 486.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Nixon*, 433 U.S. at 491.

¹⁰⁹ See Comment, *The Bounds of Legislative Specification: A Suggested Approach to the Bill of Attainder Clause*, 72 YALE L. J. 330, 347, 366 (1962).

¹¹⁰ See *Nixon*, 433 U.S. at 472. See also Dick, *supra* note 36, at 1196.

¹¹¹ See Dick, *supra* note 36, at 1204.

¹¹² See Dick, *id.* at 1198.

並未擴張至生命、自由和財產權以外的特權或恩給，那麼，禁止剝奪權利條款，自然也應該做相同的解釋¹¹³。

換言之，某一立法是否已經構成處罰，必須以憲法基本權利的保護為底線（baseline），方屬正確分析。美國聯邦憲法增修條文第 5 條和第 14 條所規定的正當法律程序原則，要求聯邦政府及州政府，不得在未經正當法律程序的情況下，剝奪任何人的生命、自由與財產¹¹⁴。相對地，禁止剝奪權利條款的目的，則是要求立法機關不得制定法律，剝奪特定對象的生命，自由或財產。因此，凡是在不涉及生命、自由或財產剝奪的情況下，就不該出現剝奪權利條款的相關爭議¹¹⁵。立法者如同行政權一般，若是其立法規範結果未涉及剝奪人民的生命，自由或財產權利，那麼就可以劃出特定分類，規定對屬於該分類的群體成員，應該予以差別待遇。無論是立法權或行政權，也都可以授予特定群體成員補貼與特權，然而，在授予補貼或特權之後，無論是行政權或是立法權，嗣後均非不得予以撤銷¹¹⁶。有鑑於此，學者 Matthew Steilen 即主張，究其實際，美國憲法並未徹底將立法權與司法權分離，國會在某些意義上，其實具備一定的準司法（quasi-judicial）權限，例如，國會可以通過前述的「私人法案」（private bills），即屬典型實例¹¹⁷。而禁止剝奪權利條款，則是僅可解讀為允許國會通過「私人法案」的例外限制¹¹⁸，而且此等例外限制的解釋射程，就歷史經驗來說，實屬有限。

總結以上所述，就美國的比較憲法經驗來說，立法者針對特定對象予以個案性法律進行規範的模式，所在多有，聯邦最高法院並不會直接基於表面上的個案性立法形式，即論斷其為違憲。而就美國聯邦最高法院和巡迴上訴法院的判決立場來看，也可以顯示出美國實務上相當重視「功能性因素」（functional factor）。換言之，如果系爭立法具有正當的非懲罰性功能、目的與結構，則不會構成禁止剝奪權利條款下的處罰。所以，就黨產條例所涉及的個案性立法的爭議而言，美國憲法所提供的比較經驗是，只要系爭立法具有非懲罰性目的（nonpunitive purpose）的特性，尤其是該等目的是具有重大公共利益的特質時，則更具有個案性立法的正當性，應該不至於形成違憲之疑慮。即使或有可能有人主張黨產條例系爭規定之解釋適用結果，將導致特定政黨或附隨組織受到極為嚴重的影響甚

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ U.S. CONST. AMEND. V & AMEND. XIV, §1.

¹¹⁵ *See Dick, supra* note 36, at 1203.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *See Steilen, supra* note 26, at 896. *See also Nixon*, 433 U.S. at 472.

¹¹⁸ *See Steilen, id.*

或消滅，或者系爭規定將對其形成巨大的財務負擔，然而，就美國的判決先例來看，這類負擔與 *Cummings* 案中對於人這種「血肉之軀」（flesh and blood）的職業限制相較之下，恐怕仍有相當差距。所以，若要以上述理由來證立黨產條例是具有處罰性質的個案性立法而違憲，從比較法的經驗來說，說服力仍屬相當不足。即使是從「動機（目的）因素」（motivational factor）著手，即使在黨產條例的立法紀錄中，不乏對特定政黨的討論，但是，以立法者的意見或評論，證明系爭立法即是立法者刻意鎖定特定政黨處罰，也同樣有牽強之處，尤其，司法者在審查這類個案性立法時，應該整體探究並理解立法過程的記錄，以黨產條例的立法資料來看，若能確定其所追求之目的，包括不具有處罰性質的正當目的，或者，若能進一步證立黨產條例所規範的黨產調查與處理程序，與「正當的預防性措施」（legitimate protective measure）有類似之處，例如為了預防過去不合乎民主憲政正常運作邏輯的政黨不公平競爭環境繼續存在或再起，那麼，黨產條例即使具有個案性立法的實質意義，恐怕也不該將其認定為違憲。

根據以上分析，系爭黨產條例第 4 條第 1 款規定「一、政黨：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」，本即並非針對特定政黨，也應無侵害司法權之疑慮。值得一提的是，衡諸前述美國聯邦最高法院的判決先例立場，即使將上述黨產本條例規定解釋為針對特定政黨，因為我國過去特殊憲政歷史經驗使然，而成為黨產條例系爭規定唯一實際上受影響對象的特定政黨，正如同 *Nixon v. General Services Administration* 該判決被特別指名的 Nixon 前總統一樣，也就是應該認定其在我國憲政歷史經驗上的特殊性，大致上相當於美國聯邦政府歷史上少見的遭到彈劾並主動辭職的前任總統此一特殊歷史因素，所以應該是屬於合理而具有正當性的「一人的分類」¹¹⁹，這與平等保護原則的一般分析，會著重於探究其是否構成遭到代表多數者意志的立法者侵犯的弱勢階層或團體成員¹²⁰，截然不同，因此可以容許特殊的個案性立法與差別待遇。

¹¹⁹ See *Nixon*, 433 U.S. at 476 & 477.

¹²⁰ *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966) (“courts have consistently regarded the Bill of Attainder Clause of Article I and the principle of the separation of powers only as protections for individual persons and private groups, those who are peculiarly vulnerable to non-judicial determinations of guilt.” See also Harrison A. Newman, *Corporations Under the Bill of Attainder Clause*, 69 DUKE LAW J. 923, 946 (2020).

三、黨產條例第 4 條第 2 款規定部分

針對 鈞院就黨產條例第 4 條第 2 款規定部分之提問，本鑑定意見之回應與分析如下：

（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？

黨產條例第 4 條第 2 款規定「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」，簡言之，此一規定認定附隨組織之構成之要件，即「控制其人事、財務或業務」、「相當對價」和「實質控制」等用語，其中尤以「實質控制」之意涵最為關鍵。本鑑定意見認為，系爭規定以法人、團體或機構是否受政黨「實質控制」，定義附隨組織，並未違反法律明確性原則，理由分析如下：

1. 法律明確性原則之大法官解釋分析

關於法律明確性原則之闡釋，主要可見於 鈞院釋字第 432 號和釋字第 767 號等解釋中。簡言之，如果系爭法律規範的意義並非難以理解，而且是受規範者所得預見，並且可以經由司法審查加以確認，即可認定其合於法律明確性原則之要求。其次，在 鈞院釋字第 767 號解釋中，對於此一原則有進一步的澄清，其重點即關於系爭不確定法律概念，凡是有實務上諸多案件累積者，也可以作為受規範者得否預見的判斷標準。

首先，釋字第 432 號指出：「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或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之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」¹²¹，簡言之，本號解釋提出三個法律明確性原則的基本內涵為：意義非

¹²¹ 參見：司法院釋字第 432 號解釋理由書第 1 段。

難以理解、受規範者得得以預見、得為司法者審查，這也是我國目前學理上和實務上解釋適用法律明確性原則的共識。

除此之外，鈞院在釋字第 767 號中，針對法律明確性原則，有進一步的釐清：「系爭規定所謂『常見且可預期之藥物不良反應』，係屬不確定法律概念。

『常見』、『可預期』之意義，依據一般人民日常生活與語言經驗，尚非難以理解，而藥物『不良反應』於藥害救濟法第 3 條第 4 款亦已有明確定義。又一般受規範者（即病人及其家屬）依系爭規定縱無法完全確知其用藥行為是否符合請求藥害救濟之要件，惟應可合理期待其透過醫師之告知義務（即醫療機構、醫師於診治病人時，應向病人或其家屬等告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及藥物可能之不良反應等，醫療法第 81 條、醫師法第 12 條之 1 參照）、藥袋上標示或藥物仿單上記載，就用藥之不良反應之可預期性、發生機會及請求藥害救濟之可能性等，可以有合理程度之預見。另常見、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』（改制前行政院衛生署 100 年 10 月 7 日署授食字第 1001404505 號函參照）；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。綜上，系爭規定與法律明確性原則尚無不合」¹²²，簡言之，釋字第 767 號所提示者，是指在法律明確性原則的解釋適用時，凡涉及不確定法律概念者，只要實務上累積諸多案例足供參考，應該就判定係屬受規範者得以預見，亦即符合法律明確性原則。

基於以上釋憲者先前作成的引導，本鑑定意見針對我國現行法令內容與實務見解稍作檢索之後，認為黨產條例第 4 條第 2 款規定，以法人、團體或機構是否受政黨「實質控制」，亦即政黨是否「控制其人事、財務或業務」，認定附隨組織，此類立法技術與法律用語，常見於我國種不同行政管制領域之相關法律規範中，包括公務人員退休資遣撫卹法、政務人員退職撫卹條例、財團法人法、公司法、保險法、公平交易法施行細則、土壤及地下水污染整治法.....等規定中，截至目前為止，這些類似立法尚未曾因違反法律明確性原則之嫌疑而遭到挑戰，甚至，以上述所舉各種行政管制法令適用頻繁之程度，甚至可推論該等法令應該已

¹²² 參見：司法院釋字第 767 號解釋理由書第 5 段。

經在實務上累積諸多案例足供參考，足以判斷其乃受規範者得以預見者，不至於違反法律明確性原則。職是之故，實難想像仿照上述各該行政管制法規之立法體例而制定的黨產條例第 4 條第 2 款有關「實質控制」之規定，應該被認定為違反法律明確性原則。

首先，公務人員退休資遣撫卹法第 77 條第 1 項第 2 款有如下規定：「（四）受政府直接或間接控制其人事、財務或業務之下列團體或機構之職務：1.財團法人及其所屬團體或機構。2.事業機構及其所屬團體或機構」，亦將凡依本法經審定支領或兼領月退休金之退休公務人員，再任有給職務且符合此一規定者，即應停止領受月退休金權利，至原因消滅時，方恢復權利。此處即以「人事、財務或業務」之「直接或間接控制」此一「實質控制」模式規範之。同時，政務人員退職撫卹條例第 15 條第 1 項第 4 款，也是以「受政府直接或間接控制其人事、財務或業務之下列團體或機構之職務」之同樣規定，規範支領或兼領月退職酬勞金之政務人員再任有給職務且有此一情形時，應停止領受月退職酬勞金權利，至原因消滅時方予以恢復。同樣地，依據財團法人法第 63 條第 1 項第 3 款規定，「政府直接或間接控制該財團法人之人事、財務或業務」者，即有加強監督之必要，可經主管機關指定而準用該法律中多條監督規定，亦屬「實質控制」之立法體例。附帶值得一提的是，我國解決退休軍公教人員權益爭議之既有司法判決，對於「實質控制」亦無關於違反法律明確性之疑義¹²³。

其次，在保險法、公平交易法、公司法與金融法等行政管制領域，亦不乏以「實質控制」決定受規範對象之範圍者。以保險法為例，保險法第 168-6 條第 1 項規定「第一百六十八條之二第一項之保險業負責人、職員或以他人名義投資而直接或間接控制該保險業之人事、財務或業務經營之人所為之無償行為，有害及保險業之權利者，保險業得聲請法院撤銷之」，其構成要件之關鍵，亦是「實質控制」。至於公平交易法施行細則第 6 條第 1 項第 2 款關於「本法第十條第二項與第十一條第二項所稱控制與從屬關係，指有下列情形之一者：二、事業直接或間接控制他事業之人事、財務或業務經營，而致一事業對另一事業有控制力」之規定，亦然。

再者，以公司法與相關金融法規為例，尤其可以彰顯出「實質控制」在我國法制中實屬常見，同時也已經在實務上累積諸多案例足供參考，足以判斷其乃受

¹²³ 例如：最高行政法院 105 年度判字第 368 號判決。

規範者得以預見者，同時也足以證明此一立法體例與立法用語，應難謂有違反法律明確性原則之疑義。

究其實際，「控制」此一概念，在社會活動中相當常見。例如從一般商業組織與經濟活動中，A 控制 B 以進行特定活動，事屬尋常，這也是公司法等商業組織與經濟活動重要法令頻繁出現類似用語的原因。公司法第 8 條第 3 項規定：「公司之非董事，而實質上執行董事業務或實質控制公司之人事、財務或業務經營而實質指揮董事執行業務者，與本法董事同負民事、刑事及行政罰之責任。但政府為發展經濟、促進社會安定或其他增進公共利益等情形，對政府指派之董事所為之指揮，不適用之」，即以「實質控制」為其核心判斷標準。

公司法上的「控制」概念，可謂我國財經法與經濟法領域在使用此一概念的共同基礎。其實定法依據，則見於公司法的「關係企業」專章，公司法第 369-2 條與第 369-3 條則為主要規範。公司法第 369-2 條規定「（第 1 項）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 2 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」，**公司法第 369-3 條則規定「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」。**從以上兩個條文的結構中，不難發現，公司法中的「控制」，主要是建立在「股權或投票權過半」此一核心概念上。詳言之，此處的「股權」實際意義，應該是指：(1)「決策人士（在公司法意義下為董事）的任命權」、(2)「營運內容（組織財產使用）的指揮」、及 (3)「營運成果（即組織之獲利或收穫）之分配分享」。相同的意義，也展現在公司法第 369-2 條第 2 項的規定中。換言之，倘若能直接進行組織的人士、財務或業務經營的支配決定，即可認定有「控制」之存在。至於公司法第 369-3 條，則是以補充性的方式，提出兩個推定方式。亦即當 A 組織與 B 組織間，有高度的「具決策權人士」或「決策權」的重疊時，即推定其間有控制權的存在。此一規定之緣由，是基於「直接或間接控制」的證據難以取得，為了避免出現規避公司法規範的現象，所以適度將舉證責任予以倒置。同時，公司法第 369-9 條「（第 1 項）公司與他公司相互投資各達對方有表決權之股份總數或資本總額三分之一以上者，為相互投資公司。（第 2 項）相互投資公司各持有對方已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數者，或互可直接或間

接控制對方之人事、財務或業務經營者，互為控制公司與從屬公司」之規定，也明確使用「實質控制」此一用語。

除了公司法之外，關於證券交易法、銀行法和其他金融法之若干規定，也值得一併說明之。究其實際，我國的證券交易法並未針對「控制」或「控制關係」，有不同於公司法的獨立定義或者更為細緻的定義。不過，在證券交易法中，則有另一類似概念，亦即「利用他人名義」¹²⁴。此一概念，主要是對兩者組織、名義或形式上之差異予以忽視，而以實際指揮權限的行使與利益分享，界定特定行為的實際歸屬主體，將之歸於行使控制權之人。此一概念，在銀行法與相關金融法令頻繁出現，透過「關係人」(詳後述)的定義，將規範之對象範圍及於關係人，而將其在法律效果的關連上，視為同一。

相對地，在金融控股公司法中，對於「控制性持股」，則是出現稍有不同的定義。根據金融控股公司法第4條第1項第1款之規定，**控制性持股是「指持有一銀行、保險公司或證券商已發行有表決權股份總數或資本總額超過百分之二十五，或直接、間接選任或指派一銀行、保險公司或證券商過半數之董事」**，該條規定，針對控股關係的控制性有無，調降了公司法上所定義的標準，而依具體規範情況的需要，另訂較低的標準。換言之，在此只要持有表決權股份達25%，即可認定有控制關係存在。

同時，如前所述，在銀行法與金融法領域中，大量使用「關係人」的概念，用以呈現「因關係緊密而推定行為或結果歸屬同一」之情形。例如金融控股公司法第4條第2項及第3項規定何謂「關係人」¹²⁵，並據以規定關係人間的交易必須受到大量額外限制。此一規定，實際上又進一步放寬了「行為與效果歸屬上同一」的範圍，將特定關係存在視為歸屬同一的情形，以處理實際上「控制」或「影響」行為經常無法直接取得證據的問題。詳言之，當兩組人或兩個組織關係密切到一定程度，其往往會有彼此照應與利益與共之情形，此時，可能存在單向控制，也可能存在相互影響或控制，在此種情況下，控制的型態或方向已經不再重要(或者難以證明)，但是，由於其彼此間的高度關連性，足以使得特定規範的目的擴

¹²⁴ 參見：證券交易法第22-2條、第28-2條、第155條、第157-1條等規定。

¹²⁵ 參見：金融控股公司法第4條第2項規定為「前項第八款所定同一自然人之關係人，其範圍如下：一、同一自然人與其配偶及二親等以內血親。二、前款之人持有已發行有表決權股份或資本額合計超過三分之一之企業。三、第一款之人擔任董事長、總經理或過半數董事之企業或財團法人」，第2項之規定則為「第一項第八款所定同一法人之關係人，其範圍如下：一、同一法人與其董事長、總經理，及該董事長、總經理之配偶與二親等以內血親。二、同一法人及前款之自然人持有已發行有表決權股份或資本額合計超過三分之一之企業，或擔任董事長、總經理或過半數董事之企業或財團法人。三、同一法人之關係企業。」

張至另外一組形式上獨立的個體或組織，賦予規範上的相同處理¹²⁶。上述立法體例與立法用語使用的背後，所隱含的立法目的，的確頗值得 鈞院在探究黨產條例系爭規定是否符合法律明確性原則時參考。

最後，就黨產條例第 4 條第 2 款所規定認定附隨組織之構成要件中的「相當對價」概念，在我國民事法規中亦非陌生概念，例如民法第 1030-3 規定即有類似規定，消費者保護法施行細則中亦可看到類似規定。就民法第 1030-3 條而言，其規定為「(第 1 項)夫或妻為減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視為現存之婚後財產。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。(第 2 項)前項情形，分配權利人於義務人不足清償其應得之分配額時，得就其不足額，對受領之第三人於其所受利益內請求返還。但受領為有償者，以顯不相當對價取得者為限。(第 3 項)前項對第三人之請求權，於知悉其分配權利受侵害時起二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同」，而此一規定似乎也已經在實務上形成了穩定的解釋適用案例足供參考，足以認定就其判定為受規範者得以預見，不至於有違反法律明確性原則之處。同理，黨產條例系爭規定中關於附隨組織構成要件中的「相當對價」概念，也難以想像其可能違反法律明確性原則。除此之外，在人口販運防制法中，其第 32 條第 1 項規定「意圖營利，以強暴、脅迫、恐嚇、拘禁、監控、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使人從事勞動與報酬顯不相當之工作者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金」，在多層次傳銷管理法中，其第 19 條第 1 項規定「多層次傳銷事業不得為下列行為：一、以訓練、講習、聯誼、開會、晉階或其他名義，要求傳銷商繳納與成本顯不相當之費用」，可見黨產條例第 4 條第 2 款所使用之「相當對價」概念，並非我國法制之陌生用語，在實務上也未曾引發違反法律明確性原則之質疑。簡而言之，鑑定人實難想像黨產條例第 4 條第 2 款有關附隨組織規定構成要件之「實質」和「相當對價」概念，有任何與 鈞院釋字第 432 號和釋字第 767 號解釋所確立之法律明確性原則內涵產生矛盾之處。

最後，值得附帶一提者，關於「實質控制」的概念，在會計準則上亦非陌生。首先，在會計準則方面，有企業會計準則公報的第七號「企業合併及具控制之投

¹²⁶ 此處值得附帶一提的是，公司法中使用「控制關係」做為「關係企業」的兩種定義之一，也展現了類似的想法。換言之，「控制」與「關係」，經常呈現出互為表裡的情形，而可被認為是雙生概念。

資」¹²⁷和第十四號「關係人揭露」¹²⁸揭示相關概念，在國際財務報導準則方面，國際會計準則理事會（International Accounting Standards Board，簡稱「IASB」）於 2011 年 5 月 12 日發布 IFRS 10「合併財務報表」¹²⁹，其中，對於「控制關係」予以頗為廣泛的定義。在 IFRS10 中，關於「控制」的定義，包括三大要素，亦即：（一）對被投資者之權力、（二）暴露於或是有權取得被投資者之變動報酬、以及（三）有能力行使其對被投資者之權力以影響投資者之報酬。投資者必須同時滿足以上三個要素，才會被認定為投資者控制被投資者的結論。至於控制有無之評估，則是基於所有事實及情況，若有跡象顯示上述三項控制要素至少一項發生變化，便應該重新評估其結論。另外，IFRS 10 也提供在數種情況下（包括代理關係及持有潛在表決權之情況），應該如何應用控制原則的詳細指引¹³⁰。

其次，在國際會計準則公報（IASs）第 24 號「關係人揭露」¹³¹中，針對關係人予以定義，亦即關係人係指與編製財務報表之個體（以下簡稱「報導個體」）有關係之個人或個體。

(a) 個人若有下列情況之一，則該個人或該個人之近親與報導個體有關係：

- (i) 對該報導個體具控制或聯合控制；
- (ii) 對該報導個體具重大影響；或
- (iii) 為報導個體或其母公司主要管理階層之成員。

(b) 個體若符合下列情況之一，則與報導個體有關係：

- (i) 該個體與報導個體為同一集團之成員（意指母公司、子公司及兄弟公司間彼此具有關係）。
- (ii) 一個體為另一個體之關聯企業或合資（或為某集團中某成員之關聯企業或合資，而另一個體亦為該集團之成員）。
- (iii) 兩個體均為相同第三方之合資。

¹²⁷ 財團法人中華民國會計研究發展基金會，企業會計準則公報第七號「企業合併及具控制之投資」，<http://dss.ardf.org.tw/ardf/eas07-1.pdf>（最後瀏覽日:2020 年 6 月 19 日）。

¹²⁸ 財團法人中華民國會計研究發展基金會，企業會計準則公報第十四號「關係人揭露」參考範例，<http://www.ardf.org.tw/eas6/eas14.pdf>（最後瀏覽日:2020 年 6 月 19 日）。

¹²⁹ IFRS Foundation（國際財務報導準則，簡稱 IFRSs）下載專區：http://163.29.17.154/ifrs/ifrs_2019_approved/IFRS10_2019.pdf?1589811（最後瀏覽日:2020 年 6 月 19 日）。

¹³⁰ 詳細說明，可參考 <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/audit/ca-en-audit-clearly-ifs-consolidated-financial-statements-ifs-10.pdf>（最後瀏覽日:2020 年 6 月 19 日）。

¹³¹ IFRS Foundation，國際財務報導準則（IFRSs）下載專區：http://163.29.17.154/ifrs/ifrs_2019_approved/IAS24_2019.pdf?1589814（最後瀏覽日:2020 年 6 月 19 日）。

- (iv) 一個體為第三方之合資且另一個體為該第三方之關聯企業。
- (v) 該個體係為報導個體或與報導個體有關係之個體之員工福利所設之退職後福利計畫。若該報導個體本身即為前述計畫，則主辦雇主亦與該報導個體有關係。
- (vi) 該個體受(a)所列舉之個人控制或聯合控制。
- (vii) 於(a)(i)所列舉之個人對該個體具重大影響或為該個體（或該個體之母公司）主要管理階層之成員。

至於個人之近親，係指個人之家庭成員，在其與報導個體往來時，可能被預期會影響該個人或受該個人影響者，包括：

- (a) 該個人之子女及配偶或同居人；
- (b) 該個人之配偶或同居人之子女；
- (c) 該個人或其配偶或同居人之扶養親屬。

另外，依據政府會計準則公報第九號「政府預算執行控制之會計處理」，其中「貳、定義及說明」中三，定義控制為「直接持有資本或有表決權之股本比例（簡稱投資比例），合共在百分之二十以上者」。¹³²

2. 「實質控制」之比較法分析

關於「實質控制」的概念，在比較法上亦非陌生，本鑑定人認為可以藉此說明黨產條例系爭規定並無特別值得質疑之處。就美國公司法對於「控制」(control)的定義而言，根據 Delaware general Corporation Law 的 Section 203 (c)(4)規定，乃是定義如下：

“Control,” including the terms “controlling,” “controlled by” and “under common control with,” means the possession, directly or indirectly, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting stock, by contract or otherwise. A person who is the owner of 20% or more of the outstanding voting stock of any corporation, partnership, unincorporated association or other entity shall be presumed to have control of such entity, in the absence of proof by a preponderance of the evidence to the contrary; Notwithstanding the foregoing, a presumption of control shall not apply where such person holds voting

¹³² 行政院主計總處，政府會計準則公報，網站連結：

<https://www.dgbas.gov.tw/public/Attachment/61121452456OJ7OK6W.pdf> (最後瀏覽日:2020 年 6 月 19 日)。

stock, in good faith and not for the purpose of circumventing this section, as an agent, bank, broker, nominee, custodian or trustee for 1 or more owners who do not individually or as a group have control of such entity.

此一規定將「控制」定義為指揮或決策之權力，同時，只要具有 20%以上的持股，就會被推定為具有控制力。Securities Act of 1933¹³³的規定，基本上也採相同定義。

另外，在 Securities Exchange Act section 20(a)和 Securities Act section 15 中，也規定了 control person 的概念。但是上述概念的界定，主要是用來輔助責任認定，亦即當公司在證券法上的違法行為，被認為是 control person 所致時，將處罰責任一併擴張至 control person¹³⁴。

值得注意的是，有論者將控制區分為“Hard” or “Majority” Control 以及 “Effective” or “De Facto” Control 兩種。前者可稱為「絕對控制」，意指具有過半表決權股份之情形；後者則可稱為「實質控制」。後者又區分為三種控制模式，分別為(1) structural, so as to give rise to an inference of control、(2) actual control asserted pervasively over the enterprise or its board 和(3) actual control exercised over a specific transaction (through control of the board directly or the board's deliberative process).¹³⁵ 至於在有關「實質控制」的判斷標準，則是經常會包括以下列因素：
(1) a significant (but not majority) position within the capital structure of the enterprise、
(2) material contract rights, such as blocking rights、(3) board representation、(4)
material managerial roles or influence within the enterprise、(5) close relationships with

¹³³ See 17 CFR § 230.405 (Definitions of terms. The term control (including the terms controlling, controlled by and under common control with) means the possession, direct or indirect, of the power to direct or cause the direction of the management and policies of a person, whether through the ownership of voting securities, by contract, or otherwise.)

¹³⁴ Brian A. Melhus, *Control Person Liability: A Repudiation of Culpable Participation*, 37 J. CORP. L. 929, 931 (2012).

¹³⁵ 關於第一種控制，也可以稱為「結構性控制」，論者所提出的判斷方式，包括對於業務經營關鍵人士的特別接觸管道或影響，特別具有參考價值：Structural control does not necessarily involve a specific demonstration that control is being wielded in any particular way.....Rather, structural control is inferred from an array of largely tangible factors, which may include a substantial minority stock position, substantial (but not majority) representation on the board, blocking rights, unique access to or influence over key members of management, and things of that nature. See R. Montgomery Donaldson, *Inside Funding Rounds in Venture-Backed Companies: The Perils of "Effective Control"*, 43 DEL. J. CORP. L. 419, 425-26 (2019).

or material leverage over key members of management or other directors¹³⁶，也具有參考價值。

關於 actual control 的認定，案例法通常扮演相當重要的角色，歸納起來，以下則是觀察影響力有無以至於構成實質控制的主要判斷標準：(1) relationships with particular directors that compromise their disinterestedness or independence、(2) relationships with key managers or advisors who play a critical role in presenting options, providing information, and making recommendations、(3) the exercise of contractual rights to channel the corporation into a particular outcome by blocking or restricting other paths 以及、(4) the existence of commercial relationships that provide the defendant with leverage over the corporation, such as status as a key customer or supplier，整體而言，上述判斷標準的內涵，與黨產條例系爭規定的構成要件實屬類似。

此處值得一提的是，關於控制有無的分析，應該著重於「事實認定」，爭執重點並非在於「實質控制」是否違反法律明確性原則。以美國公司法領域的知名判決 *Kahn v. Lynch Communication Systems, Inc.*¹³⁷ 為例，本案是公司法該領域中對控制股東討論與分析最為基本也最受廣泛引用的判決，該判決即闡明系爭定義乃偏向「事實認定」此一重點。換言之，「控制」是否存在，本質上是個事實問題，必須依據個案的各個行為，就當事人之間的互動情況逐步綜合檢視，方足以做成判斷¹³⁸。同樣地，在新近的 *Basho Tech. Holdco B, LLC v. Georgetown Basho Inv., LLC*¹³⁹ 此一判決中，雖然提到更多控制股東隱晦地行使控制權各種情境，包括剝奪董事會協商能力（deprived the board of an ability to negotiate）、超大影響力（outsized influence）」以保證人身份控制公司是否能順利貸到款，及其他長臂策略（strong-arm tactics）等等，但是與前一判決也採取同樣立場，可見事實認定在美國公司法中關於實質控制判斷上的重要地位，本鑑定意見認為，美國公司法關於實質控制之解釋適用此一比較法上的重要經驗，實具有相當值得鈞院在審查黨產條例系爭規定的實質控制等立法用語意涵時之參考價值。

¹³⁶ See generally R. Montgomery Donaldson, *Inside Funding Rounds in Venture-Backed Companies: The Perils of "Effective Control"*, 43 DEL. J. CORP. L. 419 (2019).

¹³⁷ *Kahn v. Lynch Comm. Sys., Inc.*, 638 A.2d 1110 (Del. 1994).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ 2018 WL 3326693 (Del. Ch. July 6, 2018).

(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？

關於此一爭點，本鑑定意見認為，黨產條例上述系爭規定，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，並不違反法律禁止溯及既往原則，而且，系爭規定之射程範圍也不至於超出立法目的，所以並無違反比例原則之疑慮。

1. 系爭規定不違反法律禁止溯及既往原則

法律不溯及既往原則，源自於法治國家的法安定性與信賴保護考量，藉此保障人民之既得權益。不過，國家社會不免有特殊社會或經濟考量，因此，一成不變地要求政府行為和決定應具有穩定性或一致性，並不合理。然而，倘若法律因為具有正當理由的特殊情形而有所變動，針對人民對法律秩序的信賴，應該如何予以保護，例如是否應該採取過渡條款、損失補償或者例外規定等方法為之，則同時應予重視¹⁴⁰。然而，此處應該注意的是，前述所謂人民的信賴，應以值得保護的信賴為前提，否則即不在保護範圍內¹⁴¹。而且，憲法也不須保護人民認定現行法律應該永不變更的主觀期待¹⁴²。

從大法官解釋內容的發展脈絡，觀察法律禁止溯及既往原則的詮釋，則可以發現。鈞院先前針對如何區分「真正溯及既往」和「不真正溯及既往」，已有觸及。所謂「真正溯及既往」，乃指法律適用於該法律生效前已經終結之事實或法律關係而言，亦即「真正溯及既往」係指法規之適用時間範圍，擴及於過去已終結之「構成要件事實」，並賦予法律效果，只有在「真正溯及既往」之情形，才會牴觸法律不溯及既往原則¹⁴³。

¹⁴⁰ 參照：司法院釋字第 525 號、釋字第 589 號。

¹⁴¹ 參照：司法院釋字第 589 號、釋字第 781 號、釋字第 782 號、釋字第 783 號。

¹⁴² 參照：司法院釋字第 525 號、釋字第 620 號。李建良，法律的溯及既往與信賴保護原則，臺灣本土法學雜誌，第 24 期，頁 85（2017 年）。

¹⁴³ 參照：司法院釋字第 629 號、釋字第 717 號、釋字第 781 號、釋字第 782 號、釋字第 783 號解釋。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，74 期，頁 47-48（2018 年）。

至於所謂「不真正溯及既往」，則是相對於禁止法律溯及既往原則要求新訂法規不得適用於該法規生效前已經終結之事實或法律關係，指稱如果新法規所規範的法律關係，是跨越新法規與舊法規施行時期，而構成要件事實是在新法規生效施行後才完全實現者，那麼，除了法規另有規定之外，則應適用新法規¹⁴⁴。換言之，這種情形，是新法規適用於舊法規施行時期內已發生、而且在新法規施行後繼續存在的事實或法律關係，並非全然將新法規溯及適用，因此，即使涉及受規範對象既存之有利法律地位或可得預期之利益受到減損，仍非屬於違反禁止法律溯及既往原則之情形，鈞院釋字第 717 號解釋早已明示此一立場。

根據以上分析，黨產條例第 4 條第 2 款後段系爭規定是否違反禁止法律溯及既往原則，必須視其所規制之法律事實是否終結，而決定其結論為何。本鑑定意見認為，黨產條例之制定目的，既然在於回復黨國統治時期不當的財產歸屬狀態，將該等不當財產，透過黨產條例所規定的程序，決定是否返還於人民、地方自治團體和國家，以及將已移轉他人無法返還者追徵其價額，究其實際，黨產條例所規範的法律事實，應可認定為是存續至今而尚未終結之法律事實，也就是不當財產不符合應有歸屬秩序的狀態，並未終結，所以，本鑑定意見認為，黨產條例解釋適用之系爭情形，屬於不真正溯及既往的類型，不違反禁止法律溯及既往的原則。

其次，此處應該附帶一提的爭議，則是「曾」受控制的法人、團體或機構，目前若已不受政黨的控制，那麼，透過黨產條例將其規定為「附隨組織」，是否違反法律禁止溯及既往原則。本鑑定意見認為，黨產條例之規範客體為不當黨產，而且，依據區分真正溯及既往和不真正溯及既往的標準，此處應該確認的法律事實是指「財產之歸屬不符合應有之歸屬秩序」此一狀態，亦即必須確認此一狀態是否終結，至於上述屬於規範對象範圍內的法人、團體或機構，目前是否仍受政黨的控制，與判斷財產歸屬狀態之法律事實無關，自非應該納入考量之因素。換言之，即使是目前已經不受政黨控制的系爭法人、團體或機構，若目前歸其所有但不符合應有之財產歸屬秩序的財產，並未透過一定程序返還或回復正當歸屬狀態，而使上述不當歸屬狀態的法律事實終結者，即應該認定此一法律事實依然存在，所以也不至於違反法律禁止溯及既往原則。同樣地，系爭規定透過「非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制」此一要件，將此等法人、團體或機構限於仍具有不符合應有之財產歸屬秩序者，也可以認定立法初衷的確是僅限於法律事實

¹⁴⁴ 參照：司法院釋字第 620 號解釋。林佳和（註 143），頁 48-49。

未終結之情形，所以應可確認系爭規定為不真正溯及既往的類型，並未法律禁止溯及既往原則。

2. 系爭規定之定義範圍並未違反比例原則

此處黨產條例系爭規定定義附隨組織的目的，在於調查及處理其自受政黨實質控制之時起，到脫離政黨實質控制後仍持續取得或保有之不當取得財產。就其立法性質而言，是立法者透過一般性的抽象方式，規定可以進行調查及處理之不當取得財產之範疇，而此一規定，也構成受影響之財產相關權益之內容與界限。

因此，本鑑定意見認為，立法者在訂定系爭規定時，仍然應該受到比例原則的檢驗，固然並無疑義。然而，司法者基於比例原則針對黨產條例系爭規定所劃定的財產相關權益進行違憲審查時，應該考量黨產條例的特殊性，亦即其所處理與調查之財產，是限定於透過違背正常法治國家原則的方式而取得之「不當取得財產」範圍內，同時，如本鑑定意見前文所述，此等不當黨產，就其本質而言，與一般受憲法保障的典型財產權，內涵與性質尚屬有別。基於以上考量，本鑑定意見認為，立法者在型構黨產之財產權益內容和界限時，應該具有比較寬廣之立法形成自由空間，司法者應該予以尊重。而且，基於清楚區分政黨與國家、落實轉型正義、建構與維持政黨公平競爭機制等等維繫民主憲政體制正常運作之必要，此處之審查，應該採取比較寬鬆之審查密度。

關於本鑑定意見所主張之比較寬鬆的審查標準，從 鈞院過往的解釋中，亦可獲得支持。如前所述，黨產條例的規範對象，是以違反法治國家基本原則之手段而不當取得之財產，其應受保護之程度，顯然無法與國家基於政策補貼之政策優惠互相比擬，而 鈞院在釋字第 717 號解釋¹⁴⁵，以及釋字第 781 號至 783 號解釋¹⁴⁶當中，針對涉及國家政策性補貼或優惠的立法，僅僅採取寬鬆之審查標準，

¹⁴⁵ 鈞院釋字第 717 號解釋指出：「且系爭規定亦有兼顧國家財政資源永續運用之重要目的。故系爭要點之訂定確有公益之考量。又系爭規定並未驟然取消優惠存款，而係考量優惠存款之制度，其性質本為對公務人員於退休金額度偏低時之政策性補貼，……衡酌系爭規定所欲達成之公益及退休或在職公教人員應受保護之信賴利益，系爭規定所採措施尚未逾越必要合理之程度，故未違反信賴保護原則及比例原則」，此即肯認若系爭規定所涉及者為國家政策性補貼，即應採取比較寬鬆之審查密度。

¹⁴⁶ 至於 鈞院釋字第 781 至 783 號解釋意旨乃揭示就涉及財產權審查乙事，依據審查之財產是源自於個人關聯性，抑或者源自於政府預算之恩給制，而分別採取較嚴格審查立場，抑或者較為寬鬆之審查密度。

那麼，相較之下，針對調查及處理不當取得之財產之黨產條例系爭規定，應該並無提高審查密度之理。

總而言之，倘若系爭規定之規範標的，是源自於國家資源、政府經費或預算等等而取得累積所成者，就該規範即應採取較為寬鬆之審查密度，亦即判斷系爭立法所追求之目的是否正當，以及系爭手段與目的之間是否具有合理關聯，據此檢驗是否與憲法第 23 條比例原則無違¹⁴⁷。相形之下，就違背法治國家基本原則而取得累積之不當黨產，司法者在審查黨產條例系爭規定合憲與否時，自然更無提高審查密度之理，亦即採用合理審查標準下，即屬妥適。

根據上述合理審查標準，本鑑定意見認為黨產條例系爭規定將非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制之法人、團體或機構納入不當取得財產之調查及處理範圍，就其目的而言應屬正當，而且至少合乎追求重要之公共利益的要求，至於其所採取之手段與該等目的之達成間，也可判斷兩者間具有實質關聯性，從而應與比例原則無違。

詳言之，黨產條例系爭規定之所以將「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」等附隨組織納入規範，立法意旨應該在於不欲僅因該類附隨組織在立法之際，已經脫離政黨之實質控制，便無視於其「非以相當對價而轉讓」此種惡意方式脫離政黨實質控制的法律事實，而將其排除在黨產條例的調查與處理範圍外，否則將與前述黨產條例所欲追求之區分政黨與國家、落實轉型正義、建構與維持政黨公平競爭機制等等維繫民主憲政體制正常運作必要之具有重要性之正當目的，無法合致。

至於在手段與目的之關聯性方面，本鑑定意見認為，系爭規定為了將因為政黨不當取得財產所造成之財產正當歸屬秩序破壞與政黨公平競爭秩序侵擾予以去除，以系爭規定防止附隨組織藉由各種非以相當對價而轉讓之方式脫離政黨之實質控制，從而規避對其不當取得財產之調查及處理，並且限縮在「非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制」者為規範對象，應可認定兩者之間有合理關聯性。

此處值得附帶一提的是。黨產條例基於「避免因保全措施侵害該等附隨組織之財產權」此一考量，在第 9 條第 1 項但書規定中明定，如為履行例如繳納稅捐等法定義務（例如繳納稅捐）或有其他正當理由，以及在符合黨產會所定許可要件，並經黨產會決議同意時，即得例外允許其處分經推定為不當取得之財產。就其實際，黨產會已經依此規定之授權，訂定「政黨及其附隨組織不當取得財產處

¹⁴⁷ 參見：司法院釋字第 768 號解釋及第 788 號解釋。

理條例第九條第一項正當理由及許可要件辦法」，明文規定前述正當理由之情形及許可處分之要件。此一例外規定之目的，應係避免在調查及處理過程中，對附隨組織產生過度侵害，足證黨產條例之立法者對如何在黨產調查處理過程中落實比例原則，確已慎重考量。

最後，除黨產條例第 8 條第 5 項所規定之主動調查並認定之外，從同條例第 11 條及第 14 條之規定，亦可得知黨產會之調查及認定，應經公開之聽證程序，並應遵守正當法律程序，以符合比例原則之方式為之，而本鑑定意見前述分析也已明確提及，黨產條例所規定之黨產調查與處理程序，與憲法之正當法律程序保障要求，並無違背之處。換言之，並非在黨產條例公布施行後，即直接將曾與政黨有所關聯之所有法人、團體或機構視為該款規定之規範對象，相反地，黨產條例之規定，乃是要求必須在確保受規範對象之正當法律程序權利的前提下，進行黨產之調查與處理，更難謂其不合比例原則。