

黨產條例合憲解釋對社會福利人權保障之侵害

董保城

東吳大學法學院講座教授

壹、前言

2020年8月28日民進黨政府以時空背景不同，開放瘦肉精美豬等進口，司法院大法官隨後就黨產條例作出釋字第793號解釋，以今非古，不受理深水區的舉證責任倒置於被調查者、時效制度廢除等規定，進而宣告列為言詞辯論提綱的條文合憲。相較於開放美豬之雙重標準，大法官既然定調允許基於轉型正義重大公益目的以今非古，爭訟案件該如何處置，方能維持自由民主憲政秩序？

大法官既然就攸關黨產條例其餘重要條文未加以闡釋，面對宣告黨產條例合憲的釋字第793號解釋，行政法院法官與相關案件當事人該何去何從？本文乃繼續拋磚引玉，略述對本號解釋的觀察及後續。

貳、欠缺對歷史之溫情與敬意

歷史學家錢穆在《國史大綱》序言提到：「對其本國已往歷史略有所知者，尤必附隨一種對其本國已往歷史之溫情與敬意。」對於歷史的態度該是如此，但本號大法官解釋理由書「法制背景」就動員戡亂時期臨時條款形成的戒嚴體制只做輕描淡寫的敘述，沒有針對當時歷史背景及事實加以說明，為何國民黨當時非如此做不可？當時那麼做的正當性為何？如果當時民進黨是執政黨，會怎麼做？還是有更壞的作法？如果當初國民黨沒有如此做，就不會今日遭到萬夫所指？這號大法官解釋對我國歷史欠缺溫情與敬意，著實無奈。

大法官在本號解釋認為「所涉基本權」只有憲法第15條財產權、第14條結社自由之保障，卻忽略了當時的政黨及其附隨組織，許多作為是基於大時代

兩岸武力對峙下應運而生，在面臨中共武力解放、血洗臺灣之威脅，國軍在前線為鞏守臺灣、澎湖、金門及馬祖，國民政府遷臺，經濟困頓，民生凋敝，無力照顧國軍眷屬及其遺眷等，這些作為涉及憲法第 15 條生存權之保障，這些社會國原則下的措施，憲法增修條文第 10 條第 8 項明文社會救助，憲法本文第 13 章基本國策中始終規範社會安全等社會福利事項，學者鍾秉正指出，其中攸關社會扶助（soziale Hilfe）制度，乃為因應緊急事件或突發狀況所產生之困境，用以提供人民最低生活保障，在德國為基本法第 1 條第 1 項人性尊嚴之落實，於我國即為憲法第 15 條之體現（鍾秉正，2010：12）。此外，國家對於人民負有保護義務，亦即「國家保護義務」，即所謂「基本權利之保護義務」（grundrechtliche Schutzpflicht），乃「人民可以依據基本權向國家請求保護其基本權利所保障之法益（grundrechtlich geschützte Rechtsgüter），以免受到其他人民之侵害」（Klein, 1994；張嘉尹，2002：51）。亦有謂：「國家負有保護其國民之法益及憲法上所承認之制度的義務，特別是指國家負有保護國民生命和健康、自由及財產等之義務」（李建良譯，2006：411）。在兩岸軍事對峙的艱難時代，國家對於基本權的保障不足，當然也沒有盡到國家保護義務，當時成立的諸如：中華民國婦女聯合會（婦聯會）、中國大陸災胞救濟總會（救總）等公益團體，無非在濟國家社會福利之不足。目前將政黨及附隨組織都當成威權時代的「國家」對待，並將「政黨」及「附隨組織」相提並論，這樣的論證是非常荒謬的。政黨是以取得執政權為目標而成立，但這些公益團體從事社會福利事項，社會福利的本質就不是在取得執政權，社會福利事項需要的經費許多來自國家，以前如此，現在如此，本號解釋理由書就過去式附隨組織之財產認為「後段所定義者則為曾由政黨實質控制其人事、財務或業務經營，且已以非相當對價轉讓而脫離政黨之實質控制者。基於財產原則上具可轉讓性（或原物或換價），現由或曾由政黨實質控制者均可能有源自政黨之不當取得財產，且系爭規定五後段所定義非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制者，在不足相當對價範圍內，可能仍實質擁有不當取得財產。」就是沒有社會國原則的視野所肇致，當然更不會關心條文中規範「且非以相當對價轉讓而脫離政黨實質控制」這個要件難以套用到這些團體上、以及這個要件舉證責任是在黨產會身上。

參、「黨國體制」與「以黨領政」之區辨

憲法的意涵有許多不同分類，我國憲法隨著時代變遷，憲法的意涵也有改變。若套用德裔美籍學者羅文斯坦（Karl Loewenstein）以憲法實施的真正效果來分類，將憲法分為下列三種：規範性憲法（normative constitution）：指憲法如何規定，憲政就如何運作，例如英美先進民主國家的憲法；名義性憲法（nominal constitution）：指憲法規範雖然相當體系完備，但由於現實環境條件或政治文化之不成熟，導致憲法暫時無法實行，故目標的落實寄望於條件成熟之際。許多開發中國家的憲法，事實上就是屬於這一類；語意性憲法（semantic constitution）：即憲法只是憲法字面上的意義而已，其所規範均無法左右權力精英的行為，憲法至多也只是宣傳的工具，許多共產國家之憲法基本上是屬於此一類型（彭堅汶等，2009；法治斌等，2020：4）。我國憲法制定行憲沒有多久，就因為國共內戰，以戒嚴法及動員戡亂體制凍結憲法，但我國的行憲成果，並未有語意性憲法之情況，而是隨著時代演進，逐漸剝褪對政治權利之控制，故評論我國憲法實施狀況之變遷，可謂由名義性憲法漸進到規範性憲法。從而，當今立法動輒將黨國不分視為遺毒欲除之而後快，實應就我國憲法變遷之狀況，檢視臺灣過去的「黨國一體」，方不致有以今非古之譏評。

一、「黨國一體」體質之檢視

「黨國一體」是造就處理黨產的箇中原因，但臺、德之黨國一體之成因及運作過程仍有許多不同，須予以釐清。

在政治學領域中，政黨體系可以分成「非競爭的體系」（non-competitive system）和「競爭性政黨體系」（competitive party system）兩種類型，此為非民主與民主的分野。非競爭往往就是黨國一體，黨國不分，因此也可稱之為「黨國體系」，臺灣在解嚴前的政治體系，就可稱之為非競爭性的黨國體系或是一黨制，但過去的國民黨和中國共產黨不同，依據薩托利（Giovanni Sartori）用意識形態的強度（ideological intensity）做標準，將一黨制分為極權型（totalitarian）、權威型（authoritarian）和務實型（pragmatic）三種類型，解嚴前臺灣的政權被稱為「權威型的政權」（authoritarian regime or authoritarianism），與共產黨統治下的「極權型政權」（totalitarian regime or

totalitarianism) (吳文程 2014: 4)。

據此，東德共產黨德國統一社會黨 (SED) 是對抗西方民主自由主義之信徒、蘇維埃共黨政權之馬前卒，舉凡人身自由、言論自由、結社自由、財產權等憲法保障之權利均非該政黨關切者，尊奉社會主義之國度將共產黨專政明定於憲法，共產導致「共貧」之狀況層出不窮。學者黃世鑫認為，在東德共黨統治時期，當時因為結社自由受到嚴格限制，政黨以外能夠被允許成立之各式組織，包括一般的人民團體，不論用何種名稱，均是 SED 用來鞏固政權之工具，亦均曾受到 SED 控制與支持，在 SED 之保護傘下，否則根本無法生存，因此與政治毫無瓜葛之純粹民間團體或人民團體，幾乎沒有 (黃世鑫，2000: 82)。從而，德國在追討不當黨產時，除政黨外，亦將這些「穩定政權所不可或缺」之聯結性組織或群眾組織納入整理的範疇。

但臺灣的情況就不大一樣，臺灣在解嚴前是「權威型的政權」，和共產黨「極權型政權」本質上之不同，信奉自由民主之三民主義。學者蘇永欽更指出，臺灣的社會轉型比起所有後社會主義國家之幅度小很多，因我們只有政治需要去威權化，經濟從來就不極權。根據哥倫比亞大學政治學教授 Edwin Winckler 觀察，臺灣兩蔣執政，是從硬性威權到軟性威權，而且臺灣的威權體制不僅不及於攸關食衣住行之經濟層面，政治的威權又是以漸進方式逐漸剝褪，所以在 1950 年代初期起大法官即多次宣示黨政分離原則 (如釋字第 5、7、20 號等解釋)，國民黨事實上的獨大是建立於國共內戰衍生的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 (蘇永欽，2016: 64)。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，立即處理不當黨產；臺灣的黨國不分卻是因為非常時期，為了對抗共黨侵略而為之不得已手段。雖然在言論自由、遷徙自由、結社權有高度限制，但在財產權部分則有相關寬裕空間，奠定日後臺灣曾有的經濟奇蹟。所以在檢視分析「黨國一體」時，亟須瞭解臺、德的背景迥然不同。

二、「以黨領政」在時代遞嬗下之蛻變

根據不當黨產處理條例立法目的中所載，且引述監察院中華民國 90 年 4

月 6 日函送行政院之調查意見指出，過去威權體制下，各級政府將原屬國家的財產以無償贈與、轉帳撥用等方式移轉登記為中國國民黨所有，係訓政及戒嚴時期，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。¹ 尤有進者，從黨產會分別對救國團與婦聯會前後調查報告的論述，如中國國民黨改造與青年組訓，蔣經國為救國團首任主任，嗣後為中國國民黨主席、中華民國總統；又，例如婦聯會的主任委員為蔣宋美齡，其同時並為中國國民黨婦女工作指導會議指導長，在在可以看出黨國體制、黨國不分才是轉型正義最大禍源。

在目前占有相當話語權的論述中，凡是黨國一體、黨國不分，就會有前黨產會主委顧立雄於 2017 年 7 月 18 日發言稱：「是否為不當財產的判斷基準，就是國民黨是否利用執政優勢地位，以違反政黨本質及實質法治國原則，使其附隨組織不當取得財產。」（王寓中，2017）明顯採納該日聽證會學者林佳和認為政黨之附隨組織乃「藉由以黨領政／黨國體制下之政黨優勢地位，取得違反實質法治國之不當利益」之判準。從而，黨產會似乎認為黨國一體下，就是特權及優勢地位，所取得之財產即為非基於實質法治國原則而取得之不當黨產，並提出典型案例如下：（一）政黨基於其在國家和社會上之領導地位與權力壟斷強迫人民成為其黨員，從而累積不相當之黨員人數，且非依自由意願加入黨籍之黨員所繳交之黨費亦屬違反實質法治國原則之財產所得；（二）藉由單一政黨之獨佔地位與黨國一體之特權，排除一切競爭、享有國家分配或稅法優惠且無須將利潤繳交國庫，透過經營公司企業之利益轉移和利益收取所組成的財產，此類取自公司企業的利益原本即非屬合於實質法治國原則而取得之財產，其成果當然不可轉變為合於政黨本質之財產；（三）政黨利用國家為統治工具，以國庫通黨庫經援政黨所為之國家分配，此種來自政府經費之撥款補助乃是為了確保政黨權力凌駕國家及社會，其財產所得自不符合實質法治國家原則。² 黨產會更援引學者蔡宗珍的說法，認為：「合於實質法治國而取得財產」

1 中華民國 96 年 10 月 30 日中央選舉委員會公告中選一字第 0963100217 號（你是否同意依下列原則制定「政黨不當取得財產處理條例」，將中國國民黨黨產還給全民）公投案，網址：http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg013208/ch02/type3/gov15/num2/Eg.htm。（最後瀏覽日：2020/09/21）

2 不當黨產處理委員會中華民國 105 年 12 月 22 日臺黨產調二字第 1050001471 號書函，網址：http://gazette.nat.gov.tw/EG_FileManager/eguploadpub/eg022244/ch01/type5/gov01/num1/Eg.htm。（最後瀏覽日：2020/09/21）

一詞中的重點，毋寧是著重在法治國思想作為判斷財產取得是否正當依據：一來，是否正當地取得財產，並非僅依據取得財產時東德「形式」的法令規定，還應依據由法治國內涵所可導出的判準進行判斷；再者，是否合於實質法治國而取得財產是一種事後綜合財產取得當時之狀況的判斷，判斷的憑藉並不是取得財產當時有效的規範，反而可能是當時不被承認的無效規範，換句話說，是根據現時對於法治國的觀點，溯及適用於取得財產當時而判斷該財產的取得是否正當。此外，由於民主國家之政黨負有中介民主程序中之民意、協助人民建構政治性意志的重要功能，因此政黨應該是處於社會領域之中而具有獨立於國家之外的本質，不受國家權力之不法侵害，也不得成為國家機器的一部分（亦即不許有所謂「國家政黨」），致使黨國不分，因此聯邦德國的基本法中明確保障政黨的地位及免於受國家干預之自由（*Staatsfreiheit*），此部分的憲法規定亦包括在實質法治國的內涵之內（蔡宗珍，2001：112-113）。而黨產會委員羅承宗（2016）及學者黃世鑫³均有類似評價「黨國不分」即是罪惡的發言。然而，黨國體制是否必然罪無可赦？應該有更進一步的思索。

英國政治學者布萊斯（James Bryce, 1838-1922）曾指出政府是依憲法規範而設置，但是政黨卻也是憲法中沒有出現的另一種型態的政府。如果政府是一座工廠（國家）不可或缺的機器，則政黨是該機器運轉的發電機。政府如果是法律上的政府，則使其動力的是非法律的政黨（許慶雄，1998：212）。按政黨之性格有國家機關說、社會團體說與連結國家與社會的仲介團體。政黨是民主政治的產物，政黨的民主體制之特徵在於多數政黨互相對立競爭，因此國家就成為政黨政治考量所據有、所控制的國家。只是，臺灣的憲政正式邁向常態化與法治化是隨著長達 40 多年動員戡亂臨時條款的廢止及李登輝於民國 80 年 4 月 30 日終止動員戡亂結束，而次第展開。如眾所周知，動員戡亂最原始風貌，是在賦予總統更多權限以實行戡平共匪叛亂大業，是國家面臨非常變故有必要動員起來去戡平敵亂，動員戡亂體制在此一範圍內確有必要，只是對我國憲政正常運作形成了重大障礙。至於對人民基本權利之限制，依學者葉俊榮（2000：176）之研究，臨時條款偏重於政治權力的集中，僅是對人民的集

3 105 年 10 月 7 日中央投資、欣裕台股份有限公司是否為國民黨附隨組織及其股權案之聽證紀錄，網址：<https://www.cipas.gov.tw/gazettes/8>。（最後瀏覽日：2020/9/21）

會結社與言論自由有所限制，如《國家安全法》、《人民團體法》及《集會遊行法》中所宣示的國安三原則（即不得違背憲法、不得主張共產主義、不得主張分裂國土）。因此，例如救國團成立早期舉辦戰鬥營營隊，協助政府宣傳反共愛國意識，與軍校招生等等，均是因當年政府自大陸播遷來臺，戰亂沒有結束，為避免中共犯臺，實施全民國防教育實為必要。

學者張嘉尹（2015：305）認為中華民國憲法制定已處於國共內戰的非常時刻，公布施行不到半年，因戰爭加劇，中華民國政府即以動員戡亂時期臨時條款凍結憲法。張嘉尹從現實上觀察，一直到1991年之前，中華民國僅有延續訓政時期法制的「黨國體制」，從未有過任何落實憲政主義的憲政體制。張教授進而以「掏空憲政主義精神的『黨國體制』」為題，評價1991年終止動員戡亂時期前臺灣憲法變遷。然而，黨國體制是否必然掏空憲政主義精神，這樣的命題論證過於簡約，而必須細緻化地檢視這段滄桑的歷史現象，才能給予當時的許多政府的作為更為公允的評價。的確，在1991年之前，中華民國憲法雖然於1946年通過，卻因為戒嚴及動員戡亂法制而凍結，導致當時國家徒有憲政主義的外衣，實質上卻因為戰亂而實施不得已的「黨國體制」。然而，黨國一體、黨國不分，在威權時期、或現今民主時期，其實都存在著，在民主時期，例如前總統陳水扁近來主張憲改內閣制，並批評其任內及其他總統任內兼任黨主席，設置的「府院黨黨團的政策協調平台九人小組會議」（王家俊，2017）或類似平台為「黑機關」，其實也是某程度的「黨國體制」。足見在不同時代所實施的黨國一體，有不同的時代背景因素，無法直接將黨國一體與掏空憲政主義精神必然地劃上等號。學者黃世鑫引用匈牙利經濟學家、哈佛大學退休教授 János Kornai 的說法，認為兩蔣採取「列寧式」的統治模式，即「黨、政、軍」一體，「以黨領政」、「以政領軍」，⁴從而有些似是而非的言論，逕謂國民黨是列寧式政黨，這樣的等同式類比是很粗糙的。我國要師法東德處理該國共產黨黨產問題之方式，在出發點上就有極大的不同有待釐清，很可惜

4 參見黃世鑫（2003：77-91）。黃教授亦曾指出東德與臺灣黨國不分的不同，東德是憲政體制，臺灣則是（事實）狀態，其指出：「社會主義國家中的黨國不分是憲法明文規定的。易言之，東德的黨國不分是其憲政體制所規定的，但是我們翻遍中華民國的法律，找不到有『中華民國是在中國國民黨領導之下』的規定。就法的立場說，中國國民黨的黨國不分是非法的一種狀態。」詳見網址：<http://zero-kmt.blogspot.tw/2011/12/2002413.html>。（最後瀏覽日：2020/09/21）

國內立法並未深切肯認到其中的不同處。

而我國因為戒嚴和動員戡亂事實上出現的黨國體制，和共產黨（無論東德、中共，典型的列寧式政黨）明文寫在憲法的黨國體制是不一樣的。依據學者 Carl J. Friedrich 之研究，所謂列寧式政黨具有三個特點：一、意識形態主導；二、以黨領政，國家由一服膺意識形態、獨裁者領導的單一政黨統治；三、國家對社會完全監控，包括以祕密警察強制執行、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（Friedrich, 1969；于有慧，2013：131）。Juan Linz 認為，極權主義政權的國家權力雖然一元化（monistic），卻並非單一化（monolithic），與其他威權國家的差別在於，強調黨代表「人民」，因此國家（執政）必須服膺於黨的領導，極重視群眾參與及政治動員。但這種列寧式黨國體制下所謂的「集中式民主」的參與和民主制度最大的不同是，參與管道單一，且人民參與的目的及形式均須由黨決定（Linz, 2000: 70；于有慧，2013：131）。根據學者 Sartori（1984: 42-47）之界定，列寧式政黨為共產國家與法西斯主義下主要統治型態，執政黨主張黨與國家緊密相連，包括擁有官方指導意識形態、透過各級黨組織掌控官僚、軍警等公職系統、擁有高度滲透社會力量等特徵。中共黨國體制是列寧式政黨的典型案例，而國民黨部分，許多文獻將戒嚴時代的統治視為「威權政體」（Domes, 1981: 1011-1028; Huntington and Moore, 1970; Johnson, 1987），就政黨組織與統治型態而言，有學者認為具有相似的「黨國體制」特徵，而稱之為「準列寧式政黨」（Cheng, 1989）。但是國民黨的統治強度明顯較低，且面臨內外環境也明顯與中共不同，⁵學者呂芳上進而認為，「弱黨國體制」一詞可以用來描述國民黨既與中共統治型態上類似，但又階段性指導民主發展與容許地方自治等相異之處（呂芳上，2008，轉引自黃信豪、賴名倫，2015：8）。根據學者鄭敦仁與海格德（1992）之研究，中國國民黨與其他列寧式政黨的最大差異點主要在於：1、中國國民黨並不主張無產階級專政原則；2、中國國民黨政權允許

5 包括：國民黨的意識型態奉孫中山軍政、訓政、憲政三階段主張為主臬，黨僅扮演階段性指導、培育民主發展的角色。另外，在黨政關係上，國民黨在中央、地方也有「以黨統政」、「黨政並行」的不同。再者，國民黨遷臺後推動改造，以強化黨從中央到地方以及各個場域的統治能力，也透過動員戡亂臨時條款與戒嚴令凍結中央層級選舉，以維繫法統名義展開戒嚴統治。詳黃信豪、賴名倫（2015：8）。

並策劃全國性的政治競爭；3、中國國民黨提倡以私有財產與廣泛市場交易為依據的資本主義經濟。

就現今各國實行的政黨政治觀察，很難以單一標準或價值來評估哪一種政黨體系是較優或較劣，因為各國之所以發展出某種政黨制度必然有其歷史、社會、文化等背景因素（彭懷恩，1987：8），乃為不可忽視。自1960年代後，比較政治學者開始注意開發中國家的政黨現象，發現無法用西方民主或極權政治體系的政理論來解釋，因為多數開發中國家盛行一黨體系，或則是獨一政黨，或則是優勢一黨，或是一黨集權制（同上：13）。學者杭廷頓（Samuel Phillips Huntington）指出開發中國家在建國階段採行一黨制主要原因，是因為社會內存在分歧（bifurcation），政治領導菁英必須用單一（一元）的社會力量，以組織和合法的行動，去執行政治的決策及執行，故開發中國家為避免社會分歧，常用強大政黨來整合（彭懷恩，1987：21；2005：56）。在民國初年，國父等人支持建立類似英美的政黨政治，卻有袁世凱洪憲帝制的政治迫害，使得國父思考對於在一個對民主完全陌生的國家，究應採怎樣的政黨組織，才能符合國家實際需要，於是提出革命時期應實行黨治，即訓政時期應採「以黨治國」的策略，貫徹「黨外無黨，黨內無派」之一黨制，成為建國三程序「軍政、訓政、憲政」之一環（彭懷恩，1987：24；2005：57-58）。學者彭懷恩指出，根據國民黨之歷史經驗，一元化的政治權威體系不僅能維持政治安定，也能促進經濟發展，包括北伐後十年因一黨壟斷政治權力造成「建國黃金十年」，政府遷臺後，一元化的政治權力，一方面避免早期因省籍歧異造成的政治裂痕，另一方面也克服了經濟體系的崩潰危機（彭懷恩，1987：24；2005：59）。平心而論，國民黨的組織系統及大批遷臺的行政人才，提供當時混亂政治系統的「再組織」之工具，使臺灣轉危為安。學者艾爾蒙（Almond）與包威爾（Powell）在《比較政治》（Comparative Politics, 1978）一書，指出臺灣在國民黨統治下，所採取之發展政略是屬於「權威—技術統治—動員型」（authoritarian-technocratic-mobilization），這種策略強調秩序的維持，政府的能力，經濟成長和財富分配，唯有在大眾參與方面採取限制的政策。他們認為同樣採取這種發展策略的國家中，又以臺灣經濟表現為最佳（彭懷恩，1987：19）。

在國民政府成立前期，進行所謂的「訓政時期」，雖然是一黨體系，但黨國並非全然不分，而是有一定的分際。依據民國 17 年 10 月 3 日國民黨第 172 次中常會公布「訓政綱領」（繆全吉，1989：318），提及：「一、中華民國於訓政時期，由中國國民黨全國代表大會代表國民大會，領導國民行使政權。」「三、依照總理建國大綱所定選舉、罷免、創制、複決四種政權，應訓練國民逐漸推行，以立憲政之基礎。」「四、治權之行政、立法、司法、考試、監察五項付託於國民政府，總攬而執行之，以立憲政時期民選政府之基礎。」據此，民國 18 年 3 月 11 日國民黨第 3 次全國代表大會通過「確定訓政時期黨、政府、人民行使政權、治權之分際及方略案」（同上：330-331），第五點提及：「中國國民黨為最高權力機關，為求達訓練國民使用政權，弼成憲政基礎之目的，於必要時得就於人民之集會、結社、言論、出版等自由權，在法律範圍內加以限制。」而國民黨無論在訓政或是戒嚴、動員戡亂時期，對於經濟食衣住行層面並未如列寧式的共產黨般加以限制，在政治權利之控制上也是隨著時代演進而剝褪。從而，東德人民對於該國列寧式共產政黨之統治造成的「共貧」危害，於是「由下而上」透過選舉推翻共黨政府，並清算共黨政府的責任；在臺灣卻沒有類似的背景，自然無法師法東德，標榜師法東德立法，將諸多法治國原則之誠命拋之腦後，刻意去脈絡化地選擇一些似是而非的辭句，曲解其內容，凡是和「黨國」沾上邊的，一律醜化進而清算，只是淪落「畫虎不成反類犬」之不堪。

肆、釋憲理由書引述之轉型正義空泛而難以操作

一、轉型正義（又譯為轉型期正義、過渡正義）之定義

所謂「轉型正義」（Transitional Justice），起源於政治轉型之需求，從威權獨裁政權轉型為民主政權後，過去在威權時代政府對於人權的大規模違法侵害問題，為伸張正義理念，而進行善後處理，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（李建良，2007：5）。

轉型正義此一政治哲學的概念要變成法律原則，其意涵如不釐清，就容易淪為各說各話的問題。尤其，1980 年代初就有人開始辯論「Transitional Justice」之意涵，原指社會走向自由化和民主化的過渡時期當中的正義問題，

應翻譯為「轉型期正義」較能顯示該英文字之意涵，但後來學界譯為「轉型正義」似有誤導之嫌，所謂「Transformation」才是「轉型」的正解（鄭純宜譯，2017：9）。紐約大學法學院學者璐蒂·泰鐸（Ruti G. Teitel）所著之「Transitional Justice」一書，在2001年出版時翻為「變遷中的正義」（鄭純宜譯，2001）也更能顯示此詞之確切意涵，或者翻譯為「過渡正義」（蘇永欽，2016：162）亦可。

轉型正義之定義又有廣義及狹義之分，⁶廣義見解如學者 Barkan 之主張，認為轉型正義應被視為政治變遷（political change）後，著手於政治改革使其正常化發展之過程，在此過程中，所要處理者的不僅是否進行民主化之問題，也包括國家在國際戰爭或內戰後，整體社會該如何重建的問題。狹義論者，學者 Jon Elster 認為轉型正義是發生在政權轉移之後，包括了審判、整肅和復原；學者 Jon De Brito 則認為轉型正義係指在轉型過程中尋求正義，對其而言，轉型正義是一種機制或過程，從此定義可看作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）之目的。

此外，狹義論者亦有如聯合國安理會2004年〈有關戰後社會中法治與轉型正義的秘書長報告〉，認為轉型正義之概念包括該社會嘗試面對過去大規模人權迫害之完整程序與機制，該完整程序與機制之目的在於確認責任，追求正義與社會的和解。聯合國亦成立人權高級專員辦事處（Office of the High Commissioner for Human Rights, OHCHR），則是推動與執行聯合國轉型正義業務的主要機構，除通過相關指導原則外，並訂定每年3月24日為「瞭解真相與維護受害者尊嚴國際紀念日」，強調保存受害者記憶、瞭解真相的重要性，以及出版系列報告書之外，自2012年起，聯合國派任 Pablo de Greiff 為首任「促進真相、正義、賠償與保證不再發生之特別報告員」（Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence），持續推動一個整全性觀點（holistic approach）的轉型正義途徑，強調「促進真相」、「正義」、「賠償」與「保證不再發生」，是轉型正義的四大元素（陳俊宏，2015：19）。

6 廣狹義見解之分析，以下主要參考：李怡俐（2012：149-150）。

再者，德國行政法學家 Helmut Quaritsch 從公法學（或比較政治）之角度，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，有認為帶有「終局解決完成」之意涵（黃錦堂，2017：114-115）。

學者璐蒂·泰鐸藉由分析實施過轉型正義的各國經驗，承認轉型正義中，由於法律的功能就是推動政治轉型的完成，所以相較於法治國家的法律，轉型期法律更容易受到政治價值的影響，而不受法治國核心原則所侷限（鄭純宜譯，2017：341）；轉型期的法治原則，在期待建立民主憲政的前瞻與因而對既往政權不義做出回顧兩者間，自然會存有某種緊張關係，就如安定與動態的關係一般，在這種兩難下，法治原則最終必須依情況而定（同上：30）。

二、轉型正義應有之步驟

符合實質意義法治國的轉型正義，在時間上一定是在獨裁或威權體制結束後，新的民主體制建立未穩之際，其目的不在張揚勝者為王的公道（victor's justice），而單純就為了鞏固新的民主體制，避免重蹈覆轍（蘇永欽，2016：162）。在國際上，聯合國為推動轉型正義，強調「促進真相」、「正義」、「賠償」與「保證不再發生」，是轉型正義的四大元素（陳俊宏，2015：19），已如前述。轉型正義固然是落實實質正義的一種措施，但學者王泰升提醒，轉型正義毋寧是為了追求實質法治國／民主的法治之實現，綜合考量法安定性、妥當性等價值，透過立法處理過去之僅僅符合形式法治國之行為，其首要且關鍵者在於發現真相，否則無從區分當時合法及非法，也就不能做差別性對待（王泰升，2017：20）。學者陳芳明亦指出：「現階段有關轉型正義的討論，並未優先釐清歷史真相，就急性地追究過去威權時代之政治責任……轉型正義建立的目的並非只是譴責或懲罰過去的歷史，還更進一步尋求社會內部的和解；不僅如此，執政者必須為自己找到建立正義的據點，使轉型正義成為全民共識。」（陳芳明，2007）從而，若無法發現確實的真相，就急切地用有違實質法治國原則方式去處理所謂之不當黨產，未來可能會有國家賠償之問題，不可

不慎。

三、本號解釋對轉型正義語焉不詳

就「過去式附隨組織」是否牴觸法律禁止溯及既往，理由書抄黨產條例第1條立法目的，稱「目的係為追求特別重要之公共利益」，繼而認為該法是「溯及既往之法律」，但基於上開公益而例外合憲。轉型正義之意義跟概念，在法學、政治哲學上見仁見智，國際人權法上對於轉型正義概念也意見分歧—如匡正民主、探討人權迫害（後者我國已有如《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》等，早已落實），而多數意見卻僅論道：「基於憲法民主原則保障政黨機會平等及建構政黨公平競爭機制之義務，國家應採取回復或匡正之措施，以確立憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值」，不但對於轉型正義概念語焉不詳，沒有充分詮釋概念定義、在憲法基本權之依據、憲法第23條中哪一個具體理由，甚至僅以「促進政黨公平競爭，匡正違反自由民主憲政秩序之狀態，以落實轉型正義」為由而不違反比例原則、平等原則、法律禁止溯及既往，這是「揮舞轉型正義之大旗進而宣告法律合憲」，欠缺其他憲法上之具體理由，大法官錯失這一次將轉型正義概念清楚表明的機會！再者，多數意見並未預見該法規範實施之後所造成「打擊過廣而殃及無辜」株連九族之後果（如同詹森林大法官部分不同意見所指出），更是忽視該條對於人民團體權益造成嚴重侵害。

大法官多數意見提及：「考量政黨及其附隨組織不當取得財產之調查及處理，不僅涉及政黨公平競爭，外觀上與實質上亦涉及對特定政黨及其附隨組織財產之剝奪，是其限制之目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成間應具有實質關聯」，似採「較嚴格之審查標準」；然而，大法官在操作比例原則、法律不溯及既往原則、信賴保護原則，卻只以「政黨公平競爭環境之建立及過往違反自由民主憲政秩序狀態之匡正，以落實轉型正義」作為「特別重要之公共利益」而合憲，似乎以為「目的」特別重大，大到直接論斷「手段與目的間」具有實質關聯，細緻性（例如不當黨產究竟造成人權侵害等）就不重要了！這是有違過去司法院解釋建構此一審查標準上的「詳實論證」；進者，究竟「自由民主憲政秩序」內涵為何？具體憲法條文及司法院解釋所建構

的內涵為何？本號解釋也語焉不詳；甚至本號解釋少見將「特別重要之公共利益」作為法律不溯及既往原則之例外，但其具體標準及判斷要素也相當空泛而高度抽象，這些都是本號解釋論證上嚴重缺失。

伍、三次政黨輪替後，臺灣早已建立了政黨公平競爭環境

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。筆者曾與德國國會議員 Jens Köppen (CDU/CSU) 談及此一問題，其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 (Starck, 2016: 7、9)。

陸、大法官闡明行政法院法官可用一般法律解釋方法檢視有無實質控制

理由書認黨產條例所規定「實質控制其人事、財務或業務經營」不違反明確性原則，在我國法制上尚非陌生，實質控制或類似用語在彰顯控制者與被控制者間存有支配、管領或從屬之密切關係；且已具體明定實質控制之判斷面向，故從文義、目的與體系關聯性觀之，其意義應非受規範者難以理解，且為其所得預見。在司法審查上，則指出：「實質控制之涵義最終亦可由法院依一般法律解釋之方法予以確認。」闡明行政法院可依一般法律解釋方法來確認是否具有「實質控制」；另也強調對政黨是否實質控制人民團體，法院可從「人

事、財務或業務經營」來判斷政黨與該人民團體間是否具有「支配、管領或從屬之密切關係」；並審查「政黨以捐助、出資或其他方式實質控制之營利性或非營利性法人、團體或機構，是否為該組織等所充分知悉」。期許未來行政法院的法官，可秉持其一般法律解釋及憲法保障人民基本權之意旨，以守護憲法及保障人民權利的高度，就具體個案情形做出合法恰當之判斷。面對公益性「曾為附隨組織」如救國團、婦聯會等在訴訟中尤其在適用公司法的實質關聯性發生困難時，可依前述方法解套外，並參考德國在黨產行政訴訟中多是透過和解方式，來解決爭議。

柒、結語

照顧陷入生活困難與生存權、健康與工作等困難的人民，政府無論是專制時期、戒嚴時期或民主法治時期的政府，均屬政府對人民生活照顧責任，也是憲法義務，過去在法制未備、動亂流離時期參與福利的人民，社會福利之興辦，政府沒錢還是要做，不能說拿所謂「政府的錢」就是附隨組織，附隨組織是執政黨培養接班人，必須是穩固執政黨政權不可或缺之要素（als wesentliches Element der Stabilisierung der politischen Macht angesehen）（許宗力等，2002：184），現在是拿政府的錢，做社會福利事業，釋字第 793 號解釋打擊及危害在臺灣充滿愛心的社福團體，哪一天在政黨惡鬥下，又是遭株連，對社會福利事業是重大打擊。

吾人允宜再度認真回顧形式意義與實質意義法治國之意義。嚴格來說，兩德統一條約所稱「合於實質意義法治國而取得之財產」，是一個新創設之概念，實不宜做過度擴張解釋。因為德國憲法學上，法治國本來就包括形式與實質意義法治國，兩者都基於正義而出發。現任德國聯邦憲法法院法官，也是教授 Peter-Michael Huber，最近寫就之〈德國基本法下的法治國〉一文。在該文中，Huber 氏整理之形式意義法治國為：依法行政、憲法優位性；在實質意義法治國（Rechtsstaat im materiellen Sinne）裡，只列出權力分立、基本權利保障、比例原則、法安定性與信賴保護、法秩序一致性、職業公務員制度、權利救濟等，並不包含處理東德政黨財產之實質法治國原則（Huber, 2020: 63 頁以

下)。⁷由 Huber 憲法法院法官整理之內容可知，前開形式與實質法治國之諸項內容，實與吾人一再強調之法治國原則之解釋相當。吾人認為，兩德統一條約規定、其後納入德國基本法之「合於實質意義法治國而取得之財產」規定，應認為只具有補充性、最後手段性之功能，不能擴大解釋，導致這種取得財產之實質意義法治國原則，竟然可以破壞前述 Huber 法官整理之法治國原則諸項內涵（不論形式或實質意義）；如此則將是憲政秩序之破壞。若允許過於突出「合於實質意義法治國而取得之財產」，就會造成目前台灣的狀況，以違反法治國原則之方式，破壞權力分立原則與財產權，使得台灣地區之社會福利事業，遭到重大打擊。

況且，實質意義法治國在我國絕不陌生，也絕非黨產條例第 4 條第 4 款之規定，才產生實質意義法治國。實際上，在我國憲政發展之演進中早已有其體現。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，雖經戒嚴、動員戡亂時期時臨時條款而凍結部分憲法條文，然而整個憲政實施，乃是時間累積逐步落實，各國皆然，而並非一夕之間突然同步具備而施行。戒嚴解除前，蔣經國總統就已推動許多改革。同時歷年司法院大法官也基於獨立專業，做成許多彰顯德國憲法實質意義法治國內涵之解釋。例如釋字 86 號（1960/08/15），確定審檢分隸，審判獨立之基石；釋字 137 號（1973/12/14），確認法官可審查行政命令，法官並不受行政命令拘束；釋字 177（1982/11/5）、185（1984/1/27），確認憲法解釋效力拘束全國，確立我國違憲審查制度，也貫徹權利救濟之實質法治國原則；釋字 261 號（1990/6/21），確認國會全面改選等等。凡此均可確認，基本權利保障、權力分立原則、法官獨立審判、公權力行為都受憲法拘束等，都已在歷年大法官解釋之中，逐步體現⁸。是以在我國，不論形式或實質意義法治國，皆早已在我國實現，且遠在黨產條例公布實施之前。

此外，大法官在釋字 793 號之說理，亦有不足之處。本號解釋做成之前，委任四位鑑定人撰寫鑑定意見，博採眾議，此點值得肯定。然而既然有四份鑑

7 此文中譯版請見黃仁俊譯（2020）。

8 董保城，司法院大法官審理 107 年度憲三字第 15 號台北高等行政法院地四、六庭聲請黨產條例違憲與否解釋案，鑑定意見書，頁 68-71。

定意見進入憲法爭訟程序，則大法官在解釋理由裡，應對鑑定意見之當否、採納與否，做攻擊防禦之說明才是，此為憲法法院對於進入憲法爭訟之意見，所必須回覆之說理義務。大法官既然利用鑑定人之智慧，則大法官不論贊成或反對鑑定意見，都應留下大法官贊成、反對、或認為超出鑑定範圍而不採納之理由。如此方能使當事人各造與社會公眾，更能明瞭大法官如何形成心證，如何論述其解釋理由之構成，該解釋也才能更有說服力，更具備海納百川之正當性，方符合憲法爭訟設立鑑定意見之本旨，也有利於未來憲法爭訟制度之健全。然而相當遺憾，在 793 號解釋裡，吾人完全看不到對鑑定意見之攻防。大法官幾乎完全採納政府方面意見，亦即大法官贊成法條本身規定，甚至也引用黨產條例立法理由，作為大法官之解釋理由書。但是大法官對於否定黨產條例之鑑定意見，完全沒有說明。大法官此舉縱使合法 --- 現行大法官審理案件法，並沒有課與大法官對鑑定意見有說理義務 ---，然而卻明顯欠缺正當性，也是對於憲法法院說理義務的違反。如此一來，793 號解釋欠缺完整說服力，亦屬理之當然。

回想釋字 633 號解釋，將當年藍委力推的真調會條例若干重要條文宣告違憲，彼時大法官的風骨與素質，令人敬佩。如今自甘附隨政治服務，著實可悲。面對憲政上的風雨如晦，就遭受株連者，期待法官應抱持作為疾風勁草的風骨，避免再一次的憲法破毀。

參考文獻

Christian Starck. 2016. 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）。

Christian Starck 著、李建良譯。2006。〈基本權利之保護義務〉。《法學、憲法法院審判權與基本權利》。元照。

Huber, Peter-Michael. 2020. 〈Der Rechtsstaat unter dem Grundgesetz〉。收錄於陳新民教授六秩晉五壽辰文集編輯委員會，《法治國家的原理與實踐—陳新民教授六秩晉五壽辰文集》（上冊）：63-95。台北：新學林。

Peter-Michael Huber 著，黃仁俊譯。2020。〈德國基本法下的法治國〉。收錄於陳新民教授

- 六秩晉五壽辰文集編輯委員會，《法治國家的原理與實踐—陳新民教授六秩晉五壽辰文集》(上冊)：97-124。台北：新學林。
- Ruti G. Teitel 著、鄭純宜譯。2017。《轉型正義：邁向民主時代的法律典範轉移》。台北市：商周。
- 于有慧。2013。〈列寧式黨國體制與中國貪腐問題的發展〉。《中國大陸研究》56(1)：127-147。
- 王家俊。2017。〈「總統應只是虛位元首」 扁促修憲 2024 改內閣制〉。《蘋果日報》2017/9/24。http://www.appledaily.com.tw/realtime/news/article/new/20170924/1209982/ (最後瀏覽日：2020/09/21)
- 王泰升。2017。〈論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話〉。《台灣法學雜誌》315：1-24。
- 王寓中。2017。〈黨產會質疑：婦聯會受國民黨實質控制〉。《聯合新聞網》2017/7/18。
- 吳文程。2014。〈解嚴後台灣政黨的競爭策略：Downs 理論的再檢視〉。《東吳政治學報》32(3)：1-49。
- 呂芳上。2008。〈近代中國黨國體制發展：歷史的角度〉。論文發表於中研院近代史研究所舉辦之《冷戰時期海峽兩岸的社會與文化學術研討會》，臺灣：臺北。
- 李怡俐。2012。〈轉型正義的機制與脈絡因素〉。《台灣人權學刊》1(2)：145-176。
- 李建良。2007。〈轉型不正義？初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判〉。《月旦法學雜誌》148：5-32。
- 法治斌、董保城。2020。《憲法新論》。元照。
- 張嘉尹。2002。〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉。《當代公法新論翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集(上)》。元照。
- 張嘉尹。2015。《憲法學的新視野(二)：憲法科際整合研究的理論與實踐》。五南。
- 許宗力等。2002。〈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》86：181-194。
- 許慶雄。1998。《憲法入門II(政府體制篇)》。月旦。
- 陳芳明。2007。〈轉型正義與台灣歷史〉。台灣民間真相與和解促進會。網址：http://www.taiwanrc.org/images/images_read_article/read_article24_1.pdf (最後瀏覽日：2020/9/20)
- 陳俊宏。2015。〈檢視台灣的轉型正義之路〉。《新世紀智庫論壇》71：18-28。
- 彭堅汶等編著。2009。《憲政民主與公民社會》。五南。
- 彭懷恩。2005。《台灣政黨論》。米羅文化。
- 彭懷恩。1987。《從政治發展看台灣政黨體系》。洞察出版。
- 黃世鑫。2003。〈正義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》92：77-91。
- 黃世鑫。2000。〈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》9：79-88。
- 黃信豪、賴名倫。2015。〈菁英輪廓與黨國體制的存續：中共與國民黨的比較〉。《政治學報》5：1-28。
- 黃錦堂。2017。〈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》313：111-140。
- 葉俊榮。2000。《珍惜憲法時刻》。元照。
- 蔡宗珍。2001。〈德國統一後處理東德時期黨產之法制析論〉。《月旦法學雜誌》79：108-114。
- 鄭敦仁、海格德。1992。〈台灣政權的轉變：理論與比較的觀點〉，收於張京育主編，《中華民國民主化 - 制度、過程與影響》。政大國關中心。
- 璐蒂·泰鐸。2001。《變遷中的正義》。商周。
- 繆全吉。1989。《中國制憲史資料彙編——憲法篇》。國史館。
- 鍾秉正。2010。《社會法與基本權保障》。元照。
- 羅承宗。2016。〈轉型正義專題 黨國體制下利益輸送的三種類型〉。《自由時報》2016/4/11。網址：<http://talk.ltn.com.tw/article/breakingnews/1661243>（最後瀏覽日：2020/9/21）
- 蘇永欽。2016。〈夏蟲語冰錄（一〇五）—轉型正義〉。《法令月刊》67(10)：160-171。
- Carl J. Friedrich. 1969. "The Evolving Theory and Practice of Totalitarian Regimes," in C. Friedrich, Michael Curtis and Benjamin R. Barer eds.. *Totalitarianism in Perspective: Three Views*. New York: Praeger.
- Cheng, T. J.. 1989. "Democratizing the Quasi-Leninist Regime in Taiwan." *World Politics* 41, 4: 471-499.
- Domes, J.. 1981. "Political Differentiation in Taiwan: Group Formation within the Ruling Party and the Opposition Circles 1979- 1980." *Asian Survey* 21(10): 1011-1028.
- Giovanni Sartori. 1984. *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*. New York: Cambridge University Press.
- Huntington, S. P., & Moore, C., eds. 1970. *Authoritarian Politics in Modern Society*. New York: Basic Books.
- Johnson, C.. 1987. "Political Institutions and Economic Performance: The Government-Business Relationship in Japan, South Korea and Taiwan." In F. C. Deyo, ed., *The Political Economy of the New Asian Industrialism*. New York: Cornell University Press.
- Juan J. Linz. 2000. *Totalitarian and Authoritarian Regimes*. London: Lynne Rienner Publishers, Inc.
- H. H. Klein. 1994. Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: DVBl 1994, S.490.

