

刊登於台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 1-44 頁。

再審黨產條例—兼論大法官釋字第 793 號解釋

湯德宗*

東吳大學王紹琦講座教授

前司法院大法官

目次

前言

壹、黨產條例違憲疑義解析

一、總說

二、適用範圍界定之違憲疑義

三、黨產會組織之違憲疑義

四、黨產會職權之違憲疑義

貳、從許宗力法庭解釋走向，看釋字 793 號解釋

一、詭譎多變的不受理決議—爆衝式程序審查

二、日益萎縮的地方自治空間

三、誰與爭鋒的司法積極主義

四、亟需改造的大法官釋憲制度—當神話破滅後

參、結語

台大公共事務研究所陳所長淳文教授、理律法律事務所李所長念祖律師、報告人黃教授錦堂、董教授保城、林教授三欽、各位貴賓、各位老師、各位同學：

大家午安。很榮幸能在今天的研討會上與大家見面，一同關心大法官「黨產條例釋憲案」對我國民主法治發展的衝擊。

首先說明今天的講題「再審黨產條例」。所謂「再審」，不是指訴訟法上【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 1 頁】嚴格意義的「再審」，而是泛指「再次」就政黨

* 東吳大學王紹琦講座教授。曾任司法院大法官（2011/10/1～2019/9/30）；中央研究院特聘研究員暨法律學研究所籌備處主任、創所所長（2004/7/1～2011/9/30）；國立台灣大學國家發展研究所與政治系合聘專任教授（1989/9～2011/8）、兼任教授（2011/9～）；香港大學法學院鄭裕彤講座客座教授；美國紐約大學（NYU）法學院特聘客座教授；日本東京大學法學部客座教授；德國科隆大學（Universität zu Köln）訪問學者。美國杜蘭大學（Tulane U.）法學博士（SJD, 1989）；美國哈佛大學（Harvard U.）法學碩士（LL.M, 1984）；國立台灣大學法律學研究所碩士（1981）；國立台灣大學法律系學士（1978）。

本文初稿發表於 2020 年 11 月 13 日台大公事所主辦「黨產條例釋憲案對民主法治的衝擊」學術研討會。©作者保留本文所有權利。

及其附隨組織不當取得財產處理條例（105 年 8 月 10 日制定公布，下稱「黨產條例」）是否合憲，進行審查、表示意見的意思。

是的，造化弄人，這是我第二次審查「黨產條例」的合憲性。第一次是當監察院於 106 年 3 月 24 日以行使調查權，適用黨產條例有違反法治國法定性原則、法律保留原則、法律明確性原則、正當法律程序、比例原則及權力分立與制衡原則，牴觸憲法第 1 條、第 15 條、第 16 條、第 23 條、第 171 條第 1 項及憲法增修條文第 3 條第 3 項、第 4 項規定等疑義，依司法院大法官審理案件法（下稱「案件法」）第 5 條第 1 項第 1 款之規定，向司法院聲請解釋憲法。當時我主張受理並作成解釋，但多數大法官堅持不予受理，並於 107 年 10 月 5 日作成會台字第 13398 號（監察院聲請解釋黨產條例違憲案）不受理決議。我不得已提出〈不同意見書〉，但是其中最關鍵的「貳、解釋文與解釋理由書草案試擬」部分未能公開！時隔兩年，大法官併案受理三件法官聲請解釋案，於今（109）年 8 月 28 日作成釋字第 793 號解釋，宣告「黨產條例」合憲。今天（109 年 11 月 13 日）我是以一介平民的身份，再次（但為首次公開地）表示「黨產條例」合憲與否的意見。

為方便大家瞭解其中的脈動，先補充說明期間大法官組成的變化。105 年 5 月 20 日蔡英文總統宣誓就職。同年 11 月 1 日司法院大法官改組，蔡總統除了任命五位新任大法官¹，以遞補原任期屆滿的五位大法官²空缺外，因原任大法官並為院長賴浩敏及原任大法官並為副院長蘇永欽請辭³，乃一併任命卸任大法官許宗力（92/10/1~100/9/30）再任大法官並為院長，及原新竹地方法院法官兼院長蔡炯敦（98/12~100/9）為大法官並為副院長。因此，蔡總統一上任就任命了七名大法官，約占大法官總額的一半（7/15）。前述會台字第 13398 號（監察院聲請解釋黨產條例違憲案）不受理決議就是在許宗力擔任院長後（下稱許宗力法庭）作成的。其後 108 年 10 月 1 日因原任四位大法官⁴任期屆滿，蔡英文總統又再任命四位新任大【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 2 頁**】法官⁵，使得蔡總統所任命的大法官累計達 11 名（11/15），超過作成憲法解釋所需的可決門檻⁶。今（109）年 5 月 20 日蔡英文總統連任就職，8 月 28 日大法官作成釋字第 793 號解釋，宣告「黨產條例」合憲。兩年後（112 年 9 月 30 日）又將有四位大法官任期屆滿，

1 許志雄大法官、張瓊文大法官、黃瑞明大法官、詹森林大法官、黃昭元大法官。

2 黃茂榮大法官、陳敏大法官、葉百修大法官、陳春生大法官、陳新民大法官。

3 參見中華民國憲法增修條文第 5 條第 2 項：「司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，不受任期之保障」。

時任大法官並為司法院院長賴浩敏及大法官並為司法院副院長蘇永欽於 105 年 7 月 11 日向蔡英文總統提出書面辭呈。總統於同年 9 月 13 日發布總統令：「司法院大法官並為副院長蘇永欽已准辭職，應予免職。此令自中華民國 105 年 10 月 1 日生效」；嗣於 10 月 27 日再發布總統令：「司法院大法官並為院長賴浩敏已准辭職，應予免職。特任許宗力為司法院大法官並為院長、蔡炯敦為大法官並為副院長。特任許志雄、張瓊文、黃瑞明、詹森林、黃昭元為司法院大法官。任期均自中華民國 105 年 11 月 1 日至 113 年 10 月 31 日止」。

4 陳碧玉大法官、黃璽君大法官、羅昌發大法官、湯德宗大法官。

5 謝銘洋大法官、呂太郎大法官、楊惠欽大法官、蔡宗珍大法官。

6 參見司法院大法官審理案件法第 14 條前段之規定：「大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過」。

因此蔡總統在卸任（113 年 5 月 19 日）之前，將任命司法院所有的大法官（15/15）⁷。這樣的制度設計，在比較憲法學上實屬罕見⁸。

除了「前言」說個故事之外，本文主要分為兩部分：「壹、黨產條例違憲疑義解析」，說明我對於「黨產條例」所涉主要憲法爭點的看法，並對照評論釋字第 793 號解釋的見解；「貳、從許宗力法庭解釋走向，看釋字 793」，希望從近 5 年來大法官解釋的走向，較宏觀地檢視釋字第 793 號解釋對我國民主法治發展的衝擊。最後，略綴感言數語，以為結。

前言

這是一個真實的故事。故事分為「序曲」、「本事」、「原委」、「六十而耳順」及「終曲」等幾個部分，現容我娓娓道來。

1. 關於「不受理決議」之「不同意見書」的公開歷程

故事的「序曲」要從我對於 108 年 10 月 5 日會台字第 13398 號（監察院聲請解釋黨產條例違憲案）不受理決議所提出的〈不同意見書〉的「小註 1」說起。按最先質疑「黨產條例」是否合憲，而聲請司法院解釋憲法的是監察院，但其時多數大法官不顧司法院解釋先例，堅持：監察院依據憲法行使調查權⁹，尚非「行使職權」；且「黨產條例」非監察院行使調查權時，所需適用的法律，所以也不算是「適用法律」，而與「案件法」第 5 條第 1 項第 1 款所定要件（中央……機關於其行使職權……適用法律……發生有抵觸憲法之疑義）不符，乃決議「不予受理」。我對於多數大法官以牽強的說理，輕率地廢棄了司法院行諸多年的解釋先例，封殺了一件具有高度憲法價值的釋憲聲請案，形同放任極具爭議的「黨產條例」開始施行，造成既成事實，實難苟同，乃提出〈不同意見書〉，並獲得其他四位大法官¹⁰的支持（連署加入）。

這一件就會台字第 13398 號不受理決議所發表的〈不同意見書〉，乍看之下稀鬆平常。近年來大法官每作成一號【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 3 頁**】解釋，輒併同公布許多件「個別意見書」（含協同意見、不同意見、部分協同暨部分不同意見等）。但是，請注意這是一件針對「不受理決議」（而非「解釋」）所提出的「不同意見書」。長久以來，個別大法官就多數大法官所通過的「不受理決議」，雖然偶爾也會提出「個別意見書」，但向例僅「附卷存參」，束諸高閣，不曾對外公布。

7 其實自民國 92 年大法官新制施行以來，凡連任成功的總統，在其兩任八年任期屆滿前，都可任命司法院全部的大法官（15/15）。

8 並參見本文下述「貳、四」之說明。

9 參見憲法第 95 條：「監察院為行使監察權，得向行政院及其各部會調閱其所發布之命令及各種有關文件」；及憲法第 96 條：「監察院得按行政院及其各部會之工作，分設若干委員會，調查一切設施，注意其是否違法或失職」。

10 黃璽君大法官加入「壹、」部分；吳陳銀大法官加入「壹、」部分；林俊益大法官加入「壹、」部分；張瓊文大法官加入「壹、」部分。

本件〈不同意見書〉小註 1 記錄了司法院對外公開大法官就「不受理決議」發表「個別意見書」的奮鬥歷程：

按有民國 47 年 7 月司法院大法官會議法制定公布以來，個別大法官對於多數大法官議決通過之「解釋」（含「解釋文」與「解釋理由書」），即得發表「不同意見書」，與解釋一併公布，接受公評。惟個別大法官對於多數議決通過之「不受理決議」，向例雖亦得提出不同意見書，但僅附卷存參，而不對外公開。是故本席於今（民國 107）年 5 月 4 日大法官第 1476 次會議多數大法官就會台字第 13668 號聲請案（立法委員林為洲等 38 人聲請解釋前瞻特別預算審議程序違憲案）議決「不予受理」後，隨即提出臨時動議：「自即日起，個別大法官對於不受理決議得提出不同意見書，與該次會議議決之不受理決議一併公告」。惟表決未獲通過，致本席就該不受理決議所為之不同意見書乃無從面世。伺同年 6 月 14 日大法官第 5451 次全體審查會始通過決議：「自 107 年 6 月 15 日大法官第 1478 次會議起，不受理決議及相關大法官意見書之公告，比照本院大法官解釋相關規定處理」。

當初會台字第 13668 號（立法委員林為洲等 38 人聲請解釋前瞻特別預算審議程序違憲案）不受理決議公布後，輿論譁然，質疑大法官對如此重大悖離解釋先例的決策，竟無一人反對，殆已變成「一言堂」¹¹。其實，本席當時確曾提【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 4 頁】出「不同意見書」，指出多數罔顧解釋先例，曲解「立委三分之一」的聲請要件，只因多數決議僅能「附卷存參」，而被迫消音¹²！司法院公開大法官就「不受理決議」所提出的「個別意見書」，看似一小步，實為我國釋憲制度邁向「透明公開」的一大進步。這一步走了足足 60 年¹³之久，可見司法風氣之保守！

-
- 11 參見趙相文，〈大法官突襲築高牆，集權風險升高〉，聯合報 A15 版民意論壇（2018.05.09）（「雖然大法官審理案件法規定，總額三分之一以上立委就可行使職權疑義聲請釋憲，但這次大法官突襲地加高門檻，以異於先例的決定，認為缺席或沒有全程投反對票立委，不符合行使職權要件，無權聲請釋憲。……其實大法官本可作出一號解釋，闡釋少數立委釋憲權的遊戲規則，作為與議會民主相互對話的藍本。捨此不為，突然築起高牆便宜地駁回少數黨立委聲請，再加上目前行政立法同屬一政黨，也難怪引發各界泛政治性的議論，特別是集權國家的風險」）；陳長文，〈大法官的智慧不該消聲於集體〉，中國時報（2018.06.11）（「在『不受理前瞻案』持多數意見的司法院長許宗力，5 月 6 日以『個人聲明』反駁外界對他『見解前後不一』的批評，並稱『不受理決議，係合議以多數決所作成，非本人一人之見解所能左右或主導。』筆者體會許院長發聲試弭爭議，但若司法最高首長所做卻只有自我澄清、撇清責任、護個人立場，卻對外界所關切的爭議本身一言不發，實令人失望。正當筆者感嘆諸般呼喊加『狗吠火車』，5 月 25 日湯德宗大法官在另一釋字 764 號解釋『部分不同意見書』末尾加入一段無關前文的短句：『2018/5/4 不受理決議之後，恐難再期待同修福慧。雞鳴兩晦，但求無愧。』又是 5 月 4 日。查當日多件不受理決議，他案皆個別人民聲請，僅前瞻案是由立委所出的重大政策爭議。不免引人聯想，湯大法官是否欲傳達對『前瞻案不被受理』的不同意見？而湯 8 年任期於 2019 年屆滿，何以此時才極隱晦感慨不如歸去？是否透露『與同僚不同意見，無管道伸張』的無奈？」）；李念祖，〈大法官釋憲的政治空氣〉，中國時報，2018 年 6 月 7 日 A14 版（「此案值得討論之處，不在於只差 1 人而不受理，而是在於它的史無前例。此案之前，雖然大法官屢有討論，但從未以立委並未出席、或未投票、或未投票反對、或是曾投票贊成作為將之剔除於聲請人數之外的理由。不這樣做的道理是大法官既不該將法案宜否通過與法案內容是否違憲混為一談，也不該封阻投票贊成的立委仔細研究憲法問題，由其深思熟慮之後挑戰立法違憲。法案是否違憲，當然遠遠超過防止出爾反爾的效率考量」）。
- 12 究外界之所以有此誤會，與司法院當日記者會上發佈之訊息有密切關係。因當事人猶在任上，為與人為善，此間細節我暫且保留。
- 13 我國自立法院於 47 年 7 月 21 日制定公布司法院大法官會議法以來，始有個別意見書的制度。參見該法施行細則（47 年 10 月 3 日訂定公布）第 7 條。並參見湯德宗，〈大法官解釋不同意見的實證研究〉，收於氏著，《違憲審

2. 本事

我就會台字第 13398 號（**監察院聲請解釋黨產條例違憲案**）不受理決議提出的〈不同意見書〉計有 100 段。其大體結構如下：

第[1]～[4]段：案件事實之敘述。

第[5]～[26]段：「**壹、本件不受理決議之商榷**」，說明多數大法官「不受理決議」何以悖離司法院長久以來的慣例，且違反抽象釋憲制度之本旨，而難以苟同。

第[27]～[93]段：「**貳、解釋文及理由書試擬**」，我主張受理，爰併草擬「解釋文草案」（第[27]～[42]段）及「解釋理由書草案」（第[43]～[93]段），接受公評。但很遺憾地，這個部分最後僅公開了「標題」，而無「內文」。為此，我在文中特別註記說明：

※為避免影響未來可能聲請本院解釋之同類案件之審理，本席經考慮，決定接受同仁規諫，此（貳）部分內容僅附卷存參，暫不對外發表。

第[94]～[100]段：「**參、釋憲七十年之回顧與展望**」，其時適逢大法官釋憲 70 週年，撫今思昔，不免傷感，爰抒懷以明志。茲重錄第 100 段全文如下：

[100]讀聖賢書，所為何事？雖未能智周萬物，道濟天下，唯願盡忠職守，明辨是非，為法治社會長留元氣，庶幾俯仰無愧！

本件〈不同意見書〉公布後，許多讀者注意到上述不尋常的註記，紛紛詢問究竟。兩年來我始終隱忍不語。如今司法院已作出釋字第 793 號解釋，釋示黨產條例全部合憲。我已仁至義盡，應該是公開真相的時候了。

3. 原委

各位讀到前述第[100]段文字時，想必已感受到那種「孤臣無力以回天」的【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 5 頁**】悲憤。然而我原先精心草擬的「**貳、解釋文及解釋理由書草案試擬**」（約占該〈不同意見書〉全文的三分之二），何以最後竟未公開？多數大法官究竟給了我什麼樣的「規諫」，使我決定該部分的內容「僅附卷存參，暫不對外發表」？

話說，民國 107（公元 2018）年 10 月 5 日第 1482 次司法院大法官大會的下半場¹⁴會議（AM10：50～12：10）。當書記官逐段「宣讀」，並由主席（許宗力大法官）逐一提交全體大法官「表決」，而通過會台字第 13398 號（**監察院聲請解釋黨產條例違憲案**）不受理決議全文，及該次會議所議決通過的其他不受理決議全文後，主席照例宣布有哪幾位大法官，就哪幾件「不受理決議」提出了哪些個別意見書。大會本來至此應即結束，並改開全體大法官審查會，繼續審理其他待決解釋案。

查與動態平衡·權力分立新論 卷二》，頁 417 以下（增訂四版，2014）。

14 大法官依例於週五舉行「大會」，通過「解釋」全文及擬一併公布之「不受理決議」全文。大會通常於上午 9 點召開，至約 10：30 休會半小時，約 11：00 復會，至 12：00 後散會。

突然，向來快言快語的 X 大法官發言：「湯大法官就會台字第 13398 號不受理決議所提出的不同意見書，寫得太長，對其他大法官不公平」。

我沒有多想，坦率回應：「本席擔任大法官已經七年多，明年就要畢業了。這是第一次聽到有大法官這樣批評其他大法官的個別意見書。如果你／妳的意思是在指教我的行文不夠簡潔，以後自當努力改進；但是，說我的意見書『寫得太長，對其他大法官不公平』，我就聽不懂了。」

X：「你的不同意見書寫得這麼長，我們根本來不及閱讀嘛！所以我說不公平。倒不敢指教你的文章。」

我：「你／妳這麼說，我就更加聽不懂了。大法官提出個別意見書，連同多數大法官議決通過的『解釋』或『不受理決議』一併公布，是大法官依據憲法及法律（大法官審理案件法）獨立行使職權的方式之一。據我所知，過去個別意見書是要在大會上逐一宣讀的，2003 年大法官新制實施後，因為個別意見書數量激增，逐一宣讀太花時間，乃經大法官決議廢除會上宣讀，只要在大會開會時提出，經主席在會議上宣告即可。從我在 100 年 10 月 1 日到院服務以來，一直都是這麼作的。我的不同意見書按例在今天大會開始時，就放在各位大法官的桌上了，怎麼會說對其他大法官不公平呢？」

X：「你的意見書寫得這麼長，我們在會場上根本看不完，要我們怎麼回應？」

我：「X 大法官對個別意見書的制度恐怕有所誤解。按照大法官審理案件法及其施行細則的規定，大法官對於解釋文草案之原則，曾表示不同法律意見者，得提出一部或全部不同意見書。為保障少數大法官有撰寫個別意見書的時間，所以案件法施行細則明定，個別意見書應於解釋文草案及解釋理由書草案經大法官全體審查會議審查通過後五日【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 6 頁】內提出。其用意是在保障個別大法官有足夠的時間撰寫個別意見書，而不是在保障多數大法官有回應個別意見書的時間。因為，案件在審查過程中，多數大法官對於個別大法官的意見早已知悉，並經充分討論而決議不予採納。因此，提出個別意見書如何會對多數大法官造成不公平呢？！

其次，就本件個案而言，我關於黨產條例的審查意見，包括草擬的『解釋文草案』及『解釋理由書草案』全文，及蒐集的『相關法規』與『參考文獻』，大約在兩個月前就送交各位審查了。只是多數同仁不願採納我的審查意見，偏要作成『不受理決議』。我今日提出的『不同意見書』，除了文字上略有潤飾外，見解並無改變。且審查過程中，我也一再向各位說明本案的各項爭點具有哪些重大的憲法意義，何來不公平之有？！

倒是你／妳的發言讓我想起你／妳在釋字第 7_8 號解釋發表的不同意見書。那個案子主席一開始就說，鑑於該件解釋影響重大，希望全體大法官能以『共識決』的方式，作成『無異議解釋』（in unanimous decision）。你／妳在討論過程中，雖曾就個別爭點表達過不同見解，但從沒有挑戰主席希望作成『無異議解釋』的懇求。詎料，大會當天，

你／妳突然提出個別意見書，讓大家嚇了一跳。當時有好幾位同仁曾以此質疑你／妳提出個別意見書的妥適性。因為如果不是尊重主席『相忍為國』的呼籲，大家恐怕都會提出個別意見書的！最後，基於相互尊重的傳統，全體還是尊重你／妳的決定，讓你／妳發表個別意見書。如果你／妳那樣做都不算對多數大法官不公平，我今天依慣例提出不同意見書，如何能說對多數大法官不公平？！」

X 大法官不再發言。會場沈寂了兩秒。平日沈默少言的 Y 大法官接力登場了。

Y：「大法官對『不受理決議』提出個別意見書，不可以討論該案的實體問題（黨產條例是否合憲），只能就受理與否的程序問題表示意見」。

我：「為什麼？現行法哪一條這麼規定？！按事理說，針對『解釋』提出的個別意見書，並不限於對解釋所涉及的『實體問題』才能表示意見。事實上，在個別意見書中表達反對『受理』解釋者，比比皆是。同理，反對『不受理決議』的大法官，往往是因為系爭聲請案具有重大憲法價值，而主張受理並作成解釋。故而在不同意見書中一併草擬解釋文及解釋理由書草案，是很自然的事。本院固然是最近才對外公佈關於『不受理決議』的個別意見書，但美國大法官就『不受理決議』所發表的個別意見書，從來不限於『程序問題』的討論，可供參考」。

Y：「個別意見書討論『實體問題』，就是違反『法官不語』原則，就是不可以！」

我：「這個說法很新鮮。請問 Y 大法官，何謂『法官不語』？」【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 7 頁**】

Y：「『法官不語』就是個別意見書不能透露多數大法官議決通過的『解釋』或『不受理決議』中所沒有討論到的事情。『法官不語』就是要防止洩密。」

我：「是這樣嗎？協同意見書往往在表達多數決議通過的『解釋』（含解釋文與解釋理由書）所不採取的理由，譬如多數意見認為系爭規定違反平等權，然協同意見書認為系爭規定並不違反平等權，而是違反比例原則。這樣是不是也違反你說的『法官不語』？！不同意見書更常提出多數意見所未考慮的理由，而獲致相反的解釋結果。本院實務上，個別意見書的寫作向來是很自由的，這也是個別意見書之所以發人深省的原故。如果照你所定義的『法官不語』，大法官個別意見書的制度恐怕早就被廢除了！」

本席注意到，Y 大法官很少發表個別意見書，但是你在釋字第 7_3 號解釋所發表的意見書，卻令人印象深刻。因為你通篇都在『推銷』Z 制度，而那個制度在該號解釋裡從來就不是爭點，所以有同仁覺得你是在借題發揮。但是，基於大法官相互尊重的傳統，最後也沒有阻止你發表個別意見書。然而，如果照你所定義的『法官不語』，恐怕你自己早就違反了！」

Y：「你這一件不同意見書情形不同，因為你討論到多數大法官尚未審查的實體問題—系爭黨產條例是否合憲。如果讓你的意見書公開，那麼以後當我們審理黨產條例時，

聲請人可能會引用你的意見，企圖影響我們的解釋。」

我：「謝謝你這麼看重我的意見書！人人所見不同，真理越辯越明。大法官發表個別意見書不是無病呻吟，而是為了留下歷史紀錄，希望自己的少數意見有一天能夠被多數接納，成為主流意見。例如當年吳庚大法官在釋字第 271 號解釋的不同意見書，到了釋字第 384 號解釋變成了多數意見，曾傳為佳話；又如主席許大法官以前在擔任大法官時，經常發表個別意見，現在我們審理案件時常常看到聲請人加以引用，其目的不就是希望影響本院的審查與解釋嗎？同理，我主張本件聲請案應受理，但多數認為不應受理，所以我發表不同意見書，並試擬解釋文及解釋理由書草案，希望能保存歷史，接受社會公評，並相信公道自在人心，真理終能彰顯。這有什麼不對嗎？」

現行法規定個別意見書應由個別大法官具名發表，有別於多數議決通過的『解釋』或『不受理決議』由全體出席大法官共同具名，就是為了彰顯『責任』。我的意見書，由我具名發表，當然由我承擔責任，接受公評，不會牽連他人。至於能否影響未來解釋，誰也不知道。Y 大法官所言，似是多慮了。

為了維護個別意見書的制度，大法官應相互尊重。其他大法官縱使不贊同，也無權審查個別意見書的內容！」

Y：「大法官就『不受理決議』提出個別意見書，只能就受理與否的『程序問題』表示意見，不可以討論該案『實【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 8 頁】體問題』（黨產條例是否合憲），否則就是違反『法官不語』原則。違反『法官不語』原則，就要接受大法官自律懲處！」

我：「大法官依據憲法獨立行使職權，不受任何干涉。發表個別意見書是大法官獨立行使職權的一部分，任何人都不得加以干涉！各位的『關切』我已理解，自有決斷。」

主席：「是啊，是啊，大法官應相互尊重。我相信 德宗自會妥適處理。今天會議就到這裡。散會。請提出個別意見書的大法官依例在下午兩點半以前，將定稿送交書記處，以便召開記者會」。

散會後，我即由三樓會議室返回四樓辦公室。哪知進門不到兩分鐘，書記處甲書記官前來通知：「主席說下午一點要加開臨時會」。

我：「為了什麼突發的事情，要加開臨時會？開會通知單在哪裡？」

甲書記官支支吾吾：「湯大法官您知道的嘛，就是關於您……」。

我：「主席剛才不是宣布散會了？怎麼突然又要加開臨時會？」

甲書記官：「是的，您離開後臨時決定的。」

我：「在每週例會之外，要加開大法官臨時會，需經全體大法官公決。請妳轉告院長這個會議我不參加。」

為了阻撓個別大法官發表不同意見而召開臨時會，企圖施加群眾壓力，是開歷史倒車的行為。妳來院服務這麼久，可曾見過這種事？

我湯某人不能做這種違背職務良心的行為，也希望許院長不要做出對不起大法官光榮傳統的行為！」

甲書記官告退，我陷入了今生最煎熬的長考……

據悉，其他大法官果然遵照主席指示，加開臨時會，並因 Y 大法官在會上更為露骨而不得體的發言，引發熱烈爭論。直到下午 2 點 30 分得知我的〈不同意見書〉定稿刪除了原稿「貳、」的內容才散會。

4. 六十而耳順

孔子嘗自述：「六十而耳順」¹⁵。意思是說，他老人家活到 60 這把年紀，聽人說話已經能聽得懂其中的微言真意。今天在座的多數是年輕朋友，你們可能不懂得 Y 大法官所說的「應接受大法官自律懲處」是什麼意思。我給各位解釋一下。

憲法及其增修條文規定司法院為國家最高司法機關，由大法官 15 人組成，以合議方式掌理憲法解釋與統一解釋。依照法官法的規定¹⁶，大法官訂有「司法院大法官自律實施辦法」(101 年 6 月 27 日訂定發佈，自同年 7 月 6 日施行)。**【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 9 頁】**其中有關大法官言行舉止的規範，主要見於辦法的第 2 條（大法官行使職權，應超然獨立，不受任何干涉）、第 3 條（大法官行使職權，應公正無私，中立客觀，不得存有歧視、差別待遇或其他不當行為）、第 4 條（大法官應謹慎、勤勉、妥適行使職權，以其司法職責重於其他一切活動，避免因其他事務影響本職，損及聲請人之權益及審理案件之效率）、第 5 條（大法官應廉潔自持，謹言慎行，保持端正高尚之品格，避免有不當或易被認為損及司法形象之行為）及第 6 條（大法官明知已繫屬於司法院之案件，應避免公開發表評論或提供諮詢意見）。以上各條並無 Y 大法官所說的「法官不語」，更沒有「大法官發表個別意見書不得討論多數意見所未審議之事項」的規定！然而，Y 大法官何以聲稱要對我發動「自律」？

請各位繼續往下看。該辦法第 7 條規定：「大法官違反本辦法者，由其他大法官組成大法官自律會議審議之(以上第 1 項)；大法官五人以上以書面請求召集時，應召集之(以上第 2 項)。」又，第 10 條規定：「自律會議應有大法官現有總額三分之二以上之出席。經出席大法官三分之二以上同意之決議……得移送監察院審查……」。噢，原來 Y 大法官是在「攤牌」！是的，如前所述，我的不同意見書只有其他 4 位大法官加入，且都只加入「壹、」的部分！

15 論語·為政篇，子曰：「吾十有五而志於學，三十而立，四十而不惑，五十而知天命，六十而耳順，七十而從心所欲，不逾矩」。

16 參見法官法第 23 條第 1 項：「司法院大法官為強化自律功能，應就自律事項、審議程序、決議之作成及處分種類等有關事項，訂定司法院大法官自律實施辦法」。

5. 終曲

經過兩個小時的長考，我決定將原〈不同意見書〉的全文「附卷存參」，至於對外公開的〈不同意見書〉在「貳」的部分，則僅保留「段碼」與「標題」，刪除「內容」，並增加「註記」作個說明。因為很重要，容我再次引述：

「★為避免影響未來可能聲請本院解釋之同類案件之審理，本席經考慮，決定接受同仁規諫，此（貳）部分內容僅附卷存參，暫不對外發表。」

這個「註記」表達的是：「我」經過考慮，「我」決定接受同仁「規諫」，而將「貳、解釋文及理由書草案試擬」的內容「附卷存參，暫不對外發表」。這個「註記」沒有明說的是：我之所以這麼作，乃是為了顧全大局，希望維持大法官的機關尊嚴與內部和諧。一時隱惡是為了「與人為善」。厚道並非愚蠢，更非鄉愿！

如今司法院大法官既已作成釋字第 793 號解釋，公布在案，歷史已然翻頁；當初「暫不公開」的考慮，已不復存在。司法院應即（應申請而）公開 2018 年 10 月 5 日會台字第 13398 號（監察院聲請解釋黨產條例違憲案）不受理決議中湯大法官德宗提出的〈不同意見書〉全文，接受公評，以還給人民「知的權利」（right to know）！

記得當年就職時，曾經宣誓「盡忠職守、有始有終」。我自覺有義務完成當年因故未能完成的解釋。因此欣然接【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 10 頁】受陳所長的邀請，參加今天的研討會，公開地「再審」黨產條例的合憲性。

壹、黨產條例違憲疑義解析

為避免「明察秋毫，而不見輿薪」之憾，在我就「黨產條例」所涉各項違憲疑義逐一進行審查以前，有必要先就一些共同而基本的問題，作個總的說明。

一、總說

我想先澄清四個基本問題：一、政治與法律的區分，這是本案審查的前提與界限。二、黨產條例究竟有多特別，能引發這麼多的違憲疑慮。三、大法官應如何界定審查客體（解釋標的），才能有效化解憲法疑義。四、面對如此高度政治性的奇葩立法，本案應採取哪種違憲審查基準（standards of judicial review）進行審理。

1. 政治歸政治，法律歸法律，是為「民主法治國」

民主鮮有一蹴而就者。關於國家從威權政體轉型成為民主政體後，應如何看待、處理前此既存的政治勢力，使之順利融入轉型後的自由民主憲政秩序，以鞏固後續的民主發展，憲法（含憲法增修條文）既未有規定，民選的政治部門（行政、立法兩權）自享有廣泛的裁量空間，例如：保障優遇（如國民政府對於退位的清帝）、既往不咎、甚或檢

討清算（例如制定系爭之「黨產條例」）等¹⁷，並應就其決定向選民負起政治責任。換言之，「是否」採取所謂「轉型正義」（transitional justice）¹⁸措施乃屬「政治問題」（political questions）¹⁹，端【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 11 頁】視執政者的政治智慧，在法律（法規範秩序）上並無絕對的對錯可言；既然欠缺法律上的評價標準，自非釋憲機關所能置喙（審查）。

然而，如執政者（政府）決定推動所謂「轉型正義」，則其所採取的各種「轉型正義措施」，必須符合憲法，尤其實質法治國原則（含實質正當法律程序及比例原則）的要求。唯其如此，才能鞏固民主憲政、保障基本人權，避免執政者假藉「轉型正義」之名，重蹈前此極權（或威權）體制對於政敵（含個人與團體）恣意進行清算鬥爭的覆轍。本此認知，我一向主張大法官應積極面對「黨產條例」的各項憲法爭議，儘早作出明確的解釋，俾利全國各機關及人民遵循²⁰。

總之，「是否」（if）實施所謂「轉型正義」是一件事，「如何」（how）實施所謂「轉型正義」是另一件事。前者為「政治問題」，後者為「法律問題」。釋憲機關依（憲）法僅能（僅有權力）就後者進行審查（解釋），無權對前者進行指導（說三道四）。

就此，釋字第 793 號解釋所見顯然不同。解釋理由書第[18]段先是直接進行「事實認定」，謂：「於動員戡亂與戒嚴之非常時期結束前，政黨因當時之黨國體制，或於非常時期結束後，憑藉執政優勢，以違反當時法令，或形式合法但實質內容違反自由民主憲政秩序要求之方式，自國家或人民取得財產，並予以利用而陸續累積政黨財產，致形成

17 德國國家行政學院教授 Helmut Quaritsch 從比較公法學（比較政治）的角度分析，新政權對於過往的克服約有五種模式：一、不予理會；二、特赦；三、報復；四、追訴；五、對過往之整理與自由討論（Aufarbeitung und freie Auseinandersetzung，即德國針對東德政權的過往所採行者）。參見黃錦堂，〈轉型正義與不當黨產處理—德國的法制及我國的省思〉，載《台灣法學雜誌》第 313 期，頁 114-115（2017 年 2 月）。

18 黨產條例第 1 條揭示係以「落實轉型正義」為其立法目的，釋字第 791 號解釋也多次提到「轉型正義」，但皆未闡明其意涵。

按「轉型正義」（transitional justice）一般係指在政治轉型時期（即由威權獨裁政權轉型為民主政府後）為處理前此政權所造成的大規模人權侵害，以重建社會信任、修補破毀的司法體系，而採取的各種清理措施，包括：刑事追訴（如東京大審、紐倫堡大審）、受害補償（如制定「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」、「戒嚴時期人民受損權利回復條例」）、發掘真相（如組織真相調查委員會）、保存記憶（memorialization efforts）與機構改革（institution reforms）等。為避免語意上的誤導，“transitional justice”一詞允宜譯作「轉型期正義」。See generally RUTI G. TEITEL, TRANSITIONAL JUSTICE (Oxford U Pr., 2000)；並參見董保城，〈轉型正義／黨產條例／法治國原則〉，頁 30～42（2019）；”Transitional Justice”，Wikipedia (https://en.wikipedia.org/wiki/Transitional_justice，最後瀏覽日：2021/04/07)。

19 參見大法官釋字第 328 號解釋（「中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而為「依其固有之疆域」之概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋」）。

「政治問題」法院應不予審查之理由有二：一、按現行憲政體制，系爭問題應由政治部門作成最終決定，方為妥當；二、法院（含釋憲司法機關）對於系爭之政治問題，因缺乏「法院可得發現及運用之解決標準」（“judicially discoverable and manageable standards for resolving it”）或稱「法律上之判斷基準」（rechtlich Massgebenden Kriterien），致實際上無從為裁判。參見湯德宗，〈權力分立原則〉解釋案，收於氏著，〈違憲審查與動態平衡·權力分立新論 卷二〉，頁 369（增訂四版，2014）。

20 參見大法官釋字第 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」。

政黨競爭機會不平等之失衡狀態」；繼而以「民主原則」為基礎，推論「國家有作為義務」，謂：「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」。據上，採取民主轉型措施，以建立政黨公平競爭環境，乃憲法之誠命（constitutional mandate），政府關於「是否」採取民主轉型措施乃無裁量空間可言！²¹

我以為，前述釋示既露骨又跳躍。首先，大法官作為抽象釋憲機關，一般頂多是「尊重」關係機關所作的事實認定，並不介入爭議，直接作成事實認定（自行認定立法事實之真偽）。試問，大法官憑什麼認定「國民黨確實非法累【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 12 頁】積政黨財產，致形成政黨競爭失衡狀態」？是想當然耳的直覺？如果政黨競爭失衡，何來政權三度輪替（易手）的事實？尤其，按照所謂「功能最適」理論，這是大法官所擅長，而應當仁不讓作成的判斷嗎？²²這樣的解釋是不是太「露骨」？！

其次，所謂「民主原則」，本有相當開闊的解釋空間，各國對於「民主原則」的認知與實踐也不盡相同，詎前揭釋示「魚目混珠」地將（列在憲法第一章的）「民主原則」，視同為（列在憲法第二章的）「基本權」，並據以推論「國家保護義務」—國家「應」採取匡正措施，回復政黨公平競爭環境？司法部門（大法官）「諭知」（訓令）政治部門「應」採取所謂「轉型正義措施」，而剝奪了政治部門就此的決策裁量權時，可曾顧慮（或者已經全然不在乎）「法官治國」（juristocracy）²³的批評？！非民選而不具民意基礎的司法機關（含大法官），如果可以取代人民選舉之代表所組成的民意機關，作成統治的決定（政治問題），則「民主國」（democracy）原則豈非蕩然無存？所謂「民有、民治、民享之民主共和國」豈非成了口號！這樣的論證是否過於「跳躍」（jump to conclusions）？其實，多數大法官欲宣告「黨產條例」合憲，只需表明「尊重」民選政治部門（總統與立法院）所作的事實認定即可，何需越俎代庖，涉入政治，自我踐踏僅存的一點司法威信？！

所幸，同一段解釋理由書在諭知政府「應」採取回復或匡正之措施後，仍釋示：「惟

21 或謂：德國因為基本法（GG）第 21 條規定政黨間應公平競爭，立法者乃據以制定「政黨法」，對於政黨的地位、政黨間之機會平等、政黨得接受之捐獻與公費補助，及政黨財務收支之監督等，詳加規定。我國憲法（含增修條文）並無「政黨公平競爭」之規定，釋字第 499 號解釋所謂「自由民主憲政秩序」能否直接證成「政黨公平競爭」之義務，非無商榷。是「**建立政黨公平競爭環境，在我國應屬「立法上之衡量，而非憲法之誠命」**」。參見黃錦堂，前揭（註 17）文，頁 133。

22 釋字第 793 號解釋的另項創舉為在理由書第[9]至[12]段界定「法制背景」，試圖在客觀的事實敘述外，加入「主觀的史觀選擇與價值評價」。參見陳淳文，〈司法無權界定歷史：釋字第 793 號解釋簡評〉，「黨產條例釋憲案對民主法治的衝擊」學術研討會（109/11/13，台大公事所主辦）（「沒有一個政治權力不欲掌控歷史並企圖形塑集體記憶。透過對歷史與記憶的篩選、重組與撰述，既解構又重構，一方面給予過去一個蓋棺論定的說法，同時也依此說法而強化當今權力的正當性，並進而能操控整個社會對未來的想像。……真正駭人聽聞的是以司法權，乃至釋憲權，去書寫歷史並界定歷史；釋字第 793 號解釋即屬此特例。基於司法權具封閉性與終結性的性格，其與歷史本質不僅是截然不同，而且是根本水火不容」）。

不同意見，參見羅承宗，〈再訪「黨國體制」：以司法院釋字第 793 號解釋的歷史認識為考察〉，載台灣法學雜誌 403 期，頁 39~58，頁 41（2020.11.14）（「黨國體制……是司法院大法官在釋憲理由書裡面首次明文予以承認，具有劃時代意義」）。

23 See generally, RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF NEW CONSTITUTIONALISM (2004).

其內容仍須符合法治國原則之要求，即無論何種國家權力之行使，均須合於權力分立原則、基本權之保障，及其所蘊含之比例原則、法律明確性原則及司法救濟等」。亦即，多數大法官也同意：所謂「轉型正義」不是紅衛兵造反，不可以「無法無天」²⁴！這一點，多數大法官與我所見倖有略同。【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 13 頁】

2. 黨產條例乃立法奇葩

究系爭「黨產條例」之所以引發熱烈爭議，實因其打破了立法常規，採用了現行法制所未見的原則，堪稱我國立法之奇葩！舉其犖犖大端：

(1) 溯及既往原則—以今日民主法治國標準，評價行憲前以黨治國的行為

「黨產條例」，顧名思義，就是要追討政黨不當取得的財產。該條例第 4 條第 4 款將「不當取得財產」定義為：「指政黨以違反[民主]政黨本質²⁵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」。但這其實只是關於「不當取得」之定義，還需連結同條例第 5 條的規定，才能窺悉「不當取得之財產」的全貌。第 5 條第 1 項先規定「政黨、政黨附隨組織、及其受託管理人」的不當取得財產，謂：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起取得，或其自中華民國三十四年八月十五日起交付、移轉或登記於受託管理人，並於本條例公布日時尚存在之現有財產，除……外，推定為不當取得之財產」；繼於同條第 2 項規定「受讓之第三人」的不當取得財產，謂：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起以無償或交易時顯不相當之對價取得之財產，除……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」。

準此，「黨產條例」所要調查、追討的「不當取得財產」，應溯及既往自行憲前的中華民國三十四年八月十五日（侵華日軍向國民政府投降之日）起算。然其時中華民國憲法尚未制定（35 年 12 月 25 日），遑論施行（36 年 12 月 25 日）。如此溯及既往的規定堪稱現行法所僅見²⁶！

24 並參見黃錦堂，前揭（註 17）文，頁 113（2017 年 2 月）（「轉型正義是正義取向，其所採取的措施必須排除或延長民事法與刑事法乃至行政法的時效規定，並可能違反信賴保護原則，但這涉及兩難的評價；轉型正義在手段上必須以體制內的方式來實現，並符合國際法庭或國內法所公認的法律原則，例如正當法律程序原則、比例原則、平等原則」）。

25 所謂「政黨本質」，究何所指，實非明確。惟，參照同句「或其他悖於民主法治原則之方式」及黨產條例第 1 條（立法目的）之規定，應係指「違反『民主』政黨本質」而言。爰標示[民主]二字，以利閱讀。

26 黨產條例選擇以「民國 34 年 8 月 15 日」作為認定「不當取得黨產」之基準日，堪稱一項「立法爆衝」。按德國的轉型正義（1990 年 2 月 21 日東德政黨暨政治團體法 ParteiG-DDR 第 20a 條）係以 1989 年 10 月 7 日（東德政權垮台日）為不當黨產之基準日；行政院 2005 年版「政黨不當取得財產處理條例」草案第 4 條則以「民國 90 年 4 月 6 日」為基準日（監察院黃煌雄委員等檢附中國國民黨黨產案調查報告，函請行政院處理之日）。更早之討論中，學者多主張以「2000 年 5 月 20 日」（第一次政黨輪替總統就職日）為基準日，蓋此後國民黨已無法濫用其執政之優勢地位取得財產。參見〈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〉（2002.4.13 台灣法學會座談會紀錄）黃世鑫教授、陳英鈴教授之發言（資料來源：黨產歸零聯盟網站 <http://zero-kmt.blogspot.com/2011/12/2002413.html>，最後瀏覽日：2021//4/14）。詎最後通過民進黨提修動議，以「民國 34 年 8 月 15 日」為基準日。參見劉冠廷，黨產條例政黨起算年限確定為民國 34 年，中央社，2016 年 7 月 25 日（<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201607250218-1.aspx>，最後瀏覽日：2021//4/14）。

尤其，前揭第 4 條第 4 款既定義「不當取得之財產」乃（政黨及其附隨組織）以「悖於民主法治原則之方式」所取得的財產。然，行憲前既無憲法，何來「民主法治原則」？既沒有民主選舉，也沒有規範政黨內部如何實行民主的法律（如政黨法），何來「民主政【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 14 頁】黨之本質可言？因此，「不當取得財產」本身就是一個自相矛盾的概念！而其以行憲後的「民主法治原則」，溯及適用於行憲前（訓政時期）「以黨治國」的行為，顯屬「以今非古」，難怪遭到違憲的質疑²⁷。

（2）不法推定原則：以「推定為不法」，取代「推定為合法」

將「行憲後」的新標準（所謂「[民主]政黨本質」與「民主法治原則」），溯及適用於「行憲前」訓政時期「以黨治國」的執政黨行為，在執行上勢必遭遇困難（諸如年代久遠，不復可考，舉證困難等），「黨產條例」遂大量使用「推定」的立法技術，將原來應由政府負擔的舉證責任，移轉（轉嫁）予相對人負擔。前述第 5 條即是適例。

為配合「溯及既往」原則，第 5 條第 1 項將政黨、政黨附隨組織、其受託管理人「自中華民國三十四年八月十五日起」取得、交付、移轉或登記之現存財產，一律「推定」為「不當取得之財產」；同條第 2 項並將第三人「自中華民國三十四年八月十五日起」，以無償或交易時顯不相當之對價，由政黨、政黨附隨組織、其受託管理人取得（受讓）之現存財產，也一律「推定」為「不當取得之財產」。如此一來，政黨、政黨附隨組織、其受託管理人、及受讓之第三人等皆須成功「反證」—證明被黨產會盯上的「不當取得之財產」並非「不當取得」，其財產才能免於被追討（「命移轉所有」或「追徵其價額」，後詳）的命運。

此外，同條例第 8 條第 1 項²⁸更進一步課予政黨、政黨附隨組織、其受託管理人以「限期申報」（不當取得之財產，無論其現存與否）的義務，並以第 10 條及第 26 條之「推定」，確保其執行。第 10 條規定：凡政黨、附隨組織及其受託管理人「應申報之財產」，經主管機關（黨產會）認定申報不實者，即「推定」其為「不當取得之財產」；第 26 條規定：凡政黨、附隨組織及其受託管理人「應申報之財產」，逾期未申報，經黨產會處罰達五次者，亦「推定」其為「不當取得之財產」。

如此全面「推定」為不法（「不當取得之財產」），已悖離了自 1789 年法國人權宣言以來所確立的「無罪推定」（presumption of innocence）原則²⁹及其【台灣法學雜誌第 413

27 參見林三欽，〈轉型正義與法治國—司法院釋字第 793 號解釋簡評〉，「黨產條例釋憲案對民主法治的衝擊」學術研討會（109/11/13，台大公事所主辦）（「轉型正義、不當黨產回復等制度，其出發點可支持；但在具體執行時，必須體認國家政治的現實，尤其在兩岸長期緊張情勢下，這些歷史事實，若全然以如今的法律思維與法制重新加以徹底檢視，是否合理是否超現實？」）；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，頁 130（2017 年 2 月）。

28 參見黨產條例第 8 條第 1 項：「政黨、附隨組織及其受託管理人應於本條例施行之日起一年內向本會申報下列財產：一、政黨或附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起至本條例公布日止所取得及其交付、移轉或登記於受託管理人之現有財產。二、政黨或附隨組織於前款期間內取得或其交付、移轉或登記於受託管理人之財產，但現已非政黨、附隨組織或其受託管理人之財產。」

29 See, e.g., The Universal Declaration of Human Rights, Article 11 ("Everyone charged with a penal offence has the right to

期，2021 年 4 月，第 15 頁】衍生的「行政機關應負責舉證人民違法（含違規）行為」之原則³⁰，亦屬我國現行法上所僅見！

（3）行政保全原則：授予行政機關「保全處分」之全權

為使前述「不當取得財產」之推定，發揮最大效用，黨產條例更授予主管機關（黨產會）以保全處分之全權，包括「禁止處分」與「命限期移轉所有」。該條例第 9 條第 1 項規定：「依第五條第一項推定為不當取得之財產，自本條例公布之日起禁止處分³¹之。但有下列情形之一者，不在此限：一、履行法定義務或其他正當理由。二、符合本會所定許可要件，並經本會決議同意」。同條例第 6 條第 1 項規定：「經本會認定屬不當取得之財產，應命該政黨、附隨組織、受託管理人，或無正當理由以無償或顯不相當對價，自政黨、附隨組織或其受託管理人取得或轉得之人於一定期間內移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有」。

自其性質觀之，「禁止處分」相當於訴訟法上之「假扣押」，「命移轉所有」相當於訴訟法上之「假處分」，皆為確保訴訟結果能夠獲得實現，而於訴訟確定前所採取的權宜措施。然而，現制下行政機關欲採取「保全」措施，須向管轄法院提出聲請，經法院核准後，【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 16 頁】始得為之。黨產條例前揭條文（第 9 條及第 6 條）竟規定主管機關（黨產會）得直接「禁止處分」及「命移轉所有」，形同將原屬法院的保全處分核可權，授予了行政機關。黨產會有了「禁止處分」及「命移轉所有」的大權，再加上前述「不當取得財產」之推定，簡直是如虎添翼，難怪論者逕以「東廠」相稱。

be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense."); The International Covenant on Civil and Political Rights, Art. 14.2 ("Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law."); The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe, Article 6.2 ("Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law."); The Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 48 ("Because every man is presumed innocent until he has been declared guilty, if it should be considered necessary to arrest him, any force beyond the minimum necessary to arrest and imprison the person will be treated with severity."); Declaration of the Rights of Man and of the Citizen §9 (1789). (Italics added)

30 參見最高行政法院 98 年判字第 494 號判決（「違法事實應依證據認定之，無證據則不得以擬制推測之方法，推定其違法事實，此為司法訴訟及行政程序適用之共通法則。故行政機關本應依職權調查證據以證明違法事實之存在，始能據以對人民作成負擔處分，亦即行政機關對於人民違法事實之存在負有舉證責任，人民本無須證明自己無違法事實。如調查所得證據不足以證明人民有違法事實，即應為有利於人民之認定，更不必有何有利之證據。又認定違法事實之證據，係指足以證明行為人確有違法事實之積極證據而言，該項證據必須與待證事實相契合，始得採為認定違法事實之資料，若行政處分所認定之事實，與所採之證據不相適合，或其採認的事證互相抵觸，即屬證據上理由矛盾」）。

並參見原最高政法院 39 年判字第 2 號判例（「又行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法」）；行政罰法第 7 條立法理由：「三、現代民主法治國家對於行為人違反行政法上義務欲加以處罰時，應由國家負證明行為人有故意或過失之舉證責任，方為保障人權之進步立法」）。

31 「禁止處分」之內容包括：現制登記、凍結帳戶、清償提存等。參見同條第 4 項之規定：「第一項所定禁止處分之財產，如依法設有登記者，本會得囑託該管登記機關辦理限制登記；如係寄託或保管於金融機構之存款或有價證券，得通知金融機構凍結其帳戶；如係對他人之金錢債權，得通知債務人向清償地之法院提存所辦理清償提存，並應將該提存之事實陳報本會備查。非經本會同意，提存物受取權人不得領取。依本項所為之提存，生清償之效力。」

(4) 排除「法安定性」原則與「信賴保護」原則

想係為貫徹前述「溯及既往」原則，斬草除根，除惡務盡，黨產條例並排除「法安定性」原則之適用。其第 3 條規定：黨產會「對於政黨、附隨組織及其受託管理人不當取得財產之處理，**不適用其他法律有關權利行使期間之規定**」。因此，受黨產會調查、追討的政黨、附隨組織及其受託管理人，不得援引「消滅時效」或「除斥期間」等為維護法安定性的規定，作為對抗。

如前所述，黨產條例第 5 條第 2 項將其他個人或團體自中華民國三十四年八月十五日起，由政黨或其附隨組織，**以無償或交易時顯不相當之對價取得之財產**，亦推定為「不當取得之財產」。黨產會依第 6 條第 1 項「應命移轉所有」的對象自然也包括自中華民國三十四年八月十五日起，由政黨或其附隨組織，**以無償或交易時顯不相當之對價取得財產的「受讓人」(第三人)**。黨產會「命移轉所有」之財產固以「移轉時之現存利益」³²為限，惟如因已移轉他人，而無法返還時，依第 6 條第 3 項之規定，黨產會**應就受讓人之其他財產「追徵其價額**」。第 6 條第 3 項與前述第 3 條(排除「其他法律有關權利行使期間之規定」)連結適用的結果，自中華民國三十四年八月十五日起，**凡與曾由政黨或其附隨組織，「無正當理由以無償或交易時顯不相當之對價」取得財產的最初「轉得人」，進行交易而轉手取得之後手「轉得人」，不論已經過多少次轉手，都是黨產會追索(就轉得人之其他財產「追徵其價額」)的對象！**

尤有甚者，該條例第 7 條³³更限縮「善意第三人」受保護的權利範圍—**善意受讓第三人得主張免於(被黨產會)「命移轉所有」或「追徵價額」的財產權，僅限於其於「不當取得之黨產」上存有之租賃權、地上權、抵押權或典權等權利，而不包括「所有權」。**

以上規定嚴重影響市場交易安全與善意受讓人的財產權保護。可以想見的是，隨著黨產條例施行日久，其牽連(影響)的範圍將如滾雪球般地越滾越大！

3. 審查客體(解釋標的)之界定

由於前述黨產條例各項精心設計的立法原則，實際上是**環環相扣、層層相因地連結為一體**，因此如何界定「審查客體」(一稱「解釋標的」)，俾正確評【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 17 頁**】估系爭條文的規範意旨，遂成為大法官審查本案的第一個考驗。如果解釋標的的界定得太狹，甚至刻意切割得支離破碎，只求避重就輕地作成解釋，則不僅是對「奇葩立法」的侮辱(起草者或將抗議：其實你根本不懂我的心!)，且因爭議實際並未化解，勢必有更多釋憲聲請案湧進司法院。

因此，我以為本案大法官應善用「重要關聯性」理論³⁴，將相關條文一併納入審查，

32 惟以不相當對價取得者，應扣除取得該財產之對價。黨產條例第 6 條第 2 項參見。

33 參見黨產條例第 7 條：「善意第三人於前條應移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有財產上存有之**租賃權、地上權、抵押權或典權等權利，不因此而受影響**」。

34 按「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其

俾正確評估各該「系爭規定」連結其他「相關規定」所產生的「相乘效果」(multiplier effect, synergistic effect) 或「擴散效力」(由政黨，至政黨之附隨組織，再至受託管理人與受讓人)。

4. 審查基準之擇定

經綜合考量本件下列各項因素，包括：

(1) **權利屬性**：黨產條例乃關於特定政黨及其附隨組織「不當取得財產」之調查與追討。因「財產權」尚非憲法所保障之最重要基本權，尚難與「人身自由」、「言論自由」、或「人性尊嚴」等量齊觀，實務上乃多以「低標」³⁵進行審查。

(2) **干涉強度**：如前所述，黨產條例因採取「溯及既往(且溯自行憲前)」原則、「推定不法」原則、「行政保全」(由行政機關逕自決定保全處分)原則，並排除「法安定性原則」與「信賴保護原則」之適用等，其對特定政黨之財產權之限制可謂極其強烈，爰應酌予提高違憲審查標準。

(3) **可疑程度**：黨產條例係對於「特定政黨」(及其附隨組織)不當取得財產之調查與追討，且係以特定「在野(失勢)政黨」為目標，參考美國聯邦最高法院 *United States v. Carolene Products*(304 US 144【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 18 頁**】)(1938) 案 Stone 大法官主筆的多數意見書小註 4 (ft. 4)³⁶所例示的「合憲性推定」(presumption of constitutionality) 限縮適用原則，及美國 John Ely 教授所倡議的「參與導向、代議補強式違憲審查理論」(participation-oriented, representation re-enforcing approach of judicial review)³⁷，我以為：凡可能使「執政者繼續執政，在野者永遠在野」的法律，即不宜享有「合憲性推定」。準此，本件亦應酌予提高違憲審查標準。

(4) **事務領域**：黨產條例所以調查、追討特定政黨及其附隨組織「不當取得之財產」，

解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無抵觸憲法情事而為審理」(大法官釋字第 445 號解釋理由書第[7]段參照)。

綜觀本院歷來解釋，大法官就聲請人原未聲請解釋之法規，而以具有「重要關聯性」為由，一併逕行納入審查者，其「關聯之態樣」約有四種：

一、與確定終局「裁判」相關聯者(參見本院釋字第 535 號解釋、第 569 號解釋與第 576 號解釋)；

二、與系爭「事件」相關聯者(參見本院釋字第 445 號解釋、第 580 號解釋)；

三、與系爭規定之「適用」相關聯者(參見本院釋字第 664 號解釋、第 709 號解釋、第 739 號解釋)；

四、與系爭規定之「意涵」相關聯者(參見本院釋字第 737 號解釋、第 747 號解釋、第 776 號解釋)。

本件主要涉及前述第三個類型(適用上相關連)與第四個類型(規範意涵相關連)。

35 是即「合理審查基準」(rational basis review)。法院應審究：系爭法規是否為追求「合法/正當之目的」(a legitimate/permissible governmental end/interest)，且其所採取之「手段與目的之達成間」是否「合理相關」(rationally/reasonably related)?。參見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯(下冊)，頁 611(中研院法律所，2009 年 7 月)。

36 “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments... whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation...whether...statutes directed at particular religious...or nations...or racial minorities...whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities...” (Italics added)。

37 John Ely, *Democracy and Distrust* (1980).

乃為「建立政黨公平競爭環境，健全民主政治，以落實轉型正義」³⁸，是本件表面上涉及「財產權」之侵害，實際更關係民主憲政之維護。故亦應酌予提高違憲審查標準，不能僅視為經濟、社會管制（social and economic regulations）案件。

（5）**權力分立**：按「權力分立動態平衡理論」³⁹，釋憲機關審理此類敏感的權力分立案件時，並應考慮當時的政治權力結構（政治生態）。系爭黨產條例制定於「政黨政府」（party government，即由同一個政黨掌握行政、立法兩權）時期，因國家權力（較在「分裂政府」（divided government，即行政、立法兩權分由不同個政黨所掌握）時期更為集中，為維護權力分立、相互制衡原則於不墜，司法審查（違憲審查）之制衡更形必要。

（6）**憲法解釋先例**：我國釋憲實務上，迄今僅有一件關於言論自由之「事前審查」（prior restraint）並涉及「以言論之內容為基礎而實施管制」（content-based regulation）的案件，明白採取「嚴格審查標準」（strict scrutiny）⁴⁰，直接「推定」【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 19 頁**】系爭規定為「違憲」者外；其餘案件至多採取「較為嚴格之審查」⁴¹（intermediate scrutiny，俗稱「中標」）。

我以為，本案應以「中標」審查為恰當⁴²。亦即，各項系爭限制之「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」，始屬合憲。

解釋理由書第[18]段以本案涉及「政黨公平競爭」為由，亦宣示應採「中標」審查，謂：「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

38 參見黨產條例第 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」。

39 參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據—違憲審查正當性理論初探〉，輯於氏著，《違憲審查與動態平衡·權力分立新論 卷二》，頁 34~38（2014 年增訂四版）。

40 參見大法官釋字第 744 號解釋理由書第[3]段：（系爭規定）「係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之**事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲**。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之**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，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」。並參見釋字第 744 號解釋〈湯德宗大法官部分協同意見書〉：本解釋「正視『事前審查』（censorship, prior restraint）於言論自由之為害，並明確釋示：除立法資料能證明其目的乃為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即且難以回復之危害之**特別重要之公共利益**，而**事前審查之手段與前揭目的之達成間具有直接及絕對必要之關聯，並給予迅速獲得司法救濟之機會者外**，化粧品廣告之**事前審查原則上應屬違憲**。如上釋示乃我國實務上首次採取之『**嚴格審查基準**』（高標），實質上已變更（修正）了本院釋字第四一四號解釋之見解，使我國言論自由保障更向前邁進一步」。

41 例如大法官釋字第 748 號解釋理由書第[15]段（「在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，**受有各種事實上或法律上之排斥或歧視**；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上**孤立隔絕之少數**，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，**難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位**。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用**較為嚴格之審查標準**，以判斷其合憲性，**除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯**，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨」。又如大法官釋字第 649 號解釋理由書第[2]段（「基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重，惟仍用該規定**所追求之目的為重要公共利益**，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有**實質關聯者**，方符合平等權之保障」）。

42 或謂黨產條例乃「一整套嚴苛規定，而且事實上只針對國民黨及其附隨組織，大法官**理應採取『嚴格審查基準』**」，參見黃錦堂，〈釋示第 793 號解釋評論〉，載《台灣法學雜誌》403 期，頁 21~37，頁 24（2020.11.14）。

之公共利益，且其手段與目的之達成間應具有實質關聯」。雖然同採「中標」審查，但因多數大法官極力限縮「解釋標的」(審查客體)的結果，其審查結論與我大相徑庭(詳後)。

綜觀黨產條例所涉違憲疑義約可分為三類：(一)關於黨產條例「適用範圍」界定(即「用語定義」)的疑義；(二)關於黨產會「組織」的疑義；及(三)關於黨產會「職權」之疑義。茲分述如下：

二、適用範圍界定的違憲疑義

關於「黨產條例」適用範圍的界定，至少涉及三項違憲疑義：

1. 關於「政黨」之定義，是否使黨產條例成為「制裁個人之立法」(bill of attainder)而違憲？

2. 關於「附隨組織」之定義，是否違反「法律明確性原則」或「平等原則」而違憲？

【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 20 頁】

3. 關於「不當取得之財產」之定義，是否因違反「法律不溯既往」原則與「合法推定」原則而違憲？

茲更分述如下：

1. 第 4 條第 1 款「政黨」之定義，違憲？

為追討「政黨」及其附隨組織不當取得之財產，黨產條例第 4 條第 1 款定義「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」。按內政部之說明⁴³，符合前述兩要件者，計有中國國民黨、中國青年黨、中國民主社會黨、中國新社會黨、中國中和黨、民主進步黨、青年中國黨、中國民主青年黨、民主行動黨及中國中青黨等 10 個政黨，但如連結前述同條例第 5 條「溯及既往」之規定(自民國 34 年 8 月 15 日起取得財產)，則其顯然「係以中國國民黨為主要受調查及處理之對象」⁴⁴。

然，憲法容許法律鎖定單一個人或法人作為規範對象？我國憲法雖未有如美國聯邦憲法第 1 條第 9 項及第 10 項之明文，分別禁止國會制定「制裁個人之立法」(bill of attainder)及「溯及既往之立法」(ex post facto law)。⁴⁵但基於「權力分立原則」及立法「事物本質」之限制，仍可獲致相同之結論。

按權力分立原則 (doctrine of separation of powers, principe de la séparation des pouvoirs, Prinzip der Gewaltenteilung) 乃現代民主國家立憲主義 (constitutionalism) 之核心，旨在將不同性質的國家權力，交由互不隸屬、彼此獨立的部門職掌，並使之相互制衡，以避免國家權力集中於特定部門、階級或個人之手，致國家得以濫用權力，侵害人

43 參見內政部 105 年 9 月 2 日台內民字第 1050433653 號函。

44 參見釋字第 793 號解釋第[34]段。

45 US Const. Art. I, Sec. 9, Cl. 3 ("No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.")

民權利。大法官早在釋字第 3 號解釋即已明確釋示「權力分立相互制衡」的原則，謂：「我國憲法依據孫中山先生創立中華民國之遺教而制定，載在前言，依憲法第五十三條（行政）、第六十二條（立法）、第七十七條（司法）、第八十三條（考試）、第九十條（監察）等規定建置五院。本憲法原始賦與之職權各於所掌範圍內，為國家最高機關獨立行使職權，相互平等，初無軒輊」。故「考試院關於所掌事項，依憲法第八十七條，既得向立法院提出法律案，基於五權分治，平等相維之體制，參以該條及第七十一條之制訂經過，監察院關於所掌事項，得向立法院提出法律案，實與憲法之精神相符」⁴⁶。

在「五權分治、彼此相維」的憲政體制下，憲法上各權力部門（行政、立法、司法、考試及監察等）行使憲法職權時，除相互制衡外，並應相互尊重。【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 21 頁**】釋字第 461 號解釋釋示：「司法、考試、監察三院既得就其所掌有關事項，向立法院提出法律案；各該機關之預算案並應經立法院審查，則其所屬非獨立行使職權而負行政職務之人員，於其提出之法律案及有關預算案涉及之事項，亦有依上開憲法規定，應邀說明之必要。惟**司法、考試、監察三院院長**，固得依憲法第七十一條規定列席立法院會議陳述意見，若立法院所設各種委員會依憲法第六十七條第二項規定邀請政府人員到會備詢，本於五院間相互尊重之立場，並依循憲政慣例，得**不受邀請列席備詢**。三院所屬獨立行使職權，不受任何干涉之人員，例如法官、考試委員及監察委員亦同」。又，大法官釋字第 682 號解釋釋示：「憲法設考試院賦予考試權，由總統提名、經立法院同意而任命之考試委員，以合議之方式獨立行使，旨在建立公平公正之考試制度；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故**考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神**」。

本此理解，除憲法明文規定者外，各權力部門行使憲法職權時，不得侵犯其他部門之核心權力。立法權為制定一般法律規範的權力，而「法律係對不特定人之權利義務關係所作之抽象規定，並可無限制的反覆產生其規範效力」⁴⁷。因此，「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」⁴⁸。倘立法者得制定「制裁個人之立法」（bill of attainder）⁴⁹，以處罰特定個人（自然人或法人），即無異允許立法部門得行使「個案裁判權」，而侵犯了司法權的核心領域，破壞了權力分立原則。

制定「制裁個人之立法」（bill of attainder）固然違反權力分立原則，惟如有實質上

46 其後大法官釋字第 175 號解釋再次釋示：「司法院為國家最高司法機關，基於五權分治彼此相維之憲政體制，就其所掌有關司法機關之組織及司法權行使之事項，得向立法院提出法律案」。

47 大法官釋字第 391 號解釋理由書第[2]段參照。

48 大法官釋字第 585 號解釋理由書第[20]段參照。

49 See, eg., *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277, 323 (1866) (“the most widely cited definition in modern times of a Bill of Attainder: A bill of attainder is a legislative act which inflicts punishment without a judicial trial. If the punishment be less than death, the act is termed a bill of pains and penalties. Within the meaning of the Constitution, bills of attainder include bills of pains and penalties.”)

正當之理由，要非絕對禁止。如前所述，黨產條例乃為調查、追討民主轉型以前之政黨及其附隨組織不當取得之財產，而制定的特別立法；是其欲達成立法宣示之目的（建立政黨公平競爭環境），即須以威權時期執政的政黨作為規範對象，實屬當然。是故，倘（如前文所述）認為政治部門關於「是否」制定「黨產條例」，具有（立法）裁量權，即不得以黨產條例違反禁止制定「制裁個人之立法」為由，逕行宣告違憲；毋寧更須以其所規範之內容是否符合實質意義之法治國原則（含比例原則及平等原則等），判斷其是否合憲。唯其如此，才能讓政治歸政治、法律歸法律，使得法治國家的「轉型正義措施」與極權國家的「政治清算鬥爭」有所區別。【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 22 頁】

關於「法律可否以單一個人或法人作為規範對象」一節，釋字第 793 號解釋先是抽象地釋示解釋原則，謂：「按法律固以一般性、抽象性規範為常態，惟如以特定人為規範對象，或以一般抽象性方式描述規範特徵，但實際適用結果，僅單一或少數對象受該法律規範者，均屬特殊類型之法律，如其目的係為追求合憲之重要公共利益，且其所採取之分類與規範目的之達成間，存有一定程度之關聯性，即非憲法所不許（本院釋字第 520 號、第 745 號、第 750 號及第 760 號解釋參照）」⁵⁰；繼而具體認定：系爭定義「核其目的係為避免過度干擾政黨活動及耗費行政資源，並有效進行政黨不當取得財產之調查及處理，以建立政黨公平競爭環境，健全民主政治，落實轉型正義，而屬特別重要之公共利益；又其分類手段與其目的之達成間，亦具有實質關聯，與憲法第 7 條平等原則尚屬無違」⁵¹。

上開釋示頗值商榷。首先，多數大法官非但未明確釋示「憲法禁止制定制裁個人之立法（bill of attainder）」的原則，反而將「以特定人為規範對象之法律」一概歸為「特殊類型之法律」。此後，立法者恐將堂而皇之地以「特殊類型之法律」包裝處罰特定個人（含自然人、政黨或法人）的法律；如此解釋無異在原本完好的「權力分立原則」上鑿出一個大黑洞，形成法治大倒退！

其次，上開釋示的論述並有誤導視聽之虞。按其所引用（參照）的解釋（釋字第 520 號、第 745 號、第 750 號及第 760 號解釋）至多屬於就「特定事件」所為之「個案立法」（Einzelfallsgesetz），而非聲請人所指謫⁵²之「制裁個人之立法」（bill of attainder）。前揭釋示將「原則上禁止」的「制裁個人之立法」與「原則上不禁止」的「個案立法」⁵³混

50 參見大法官釋字第 793 號解釋理由書第[33]段。

51 參見大法官釋字第 793 號解釋理由書第[39]段。

52 參見解釋理由書第[32]段（「聲請人等主張黨產條例以 76 年 7 月 15 日前成立，而於 34 年 8 月 15 日起取得財產之特定政黨即中國國民黨為對象所為立法，乃無正當理由之個案立法，違反平等原則等語」）。

53 參見大法官釋字第 520 號解釋理由書第[6]段（「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」）。

所謂「個別性法律」，例如：立法院得為興建第四核能發電廠，而制定「核四興建法」，或為興建（大潭藻礁）中油第三天然氣接收站案，得制定「三接興建法」。

為一談，一齊丟進新發明的「特殊類型之法律」黑箱；魚目混珠的結果，遂得出似是而非的結論—黨產條例第 4 條第 1 款規定之「政黨」定義與「憲法第 7 條平等原則尚屬無違」！系爭規定（第 4 條第 1 款「政黨」定義實際僅適用於中國國民黨）不僅違反「法律平等適用」（所謂「法律之前人人平等」）的原則，因而也違反「（實質）正當程序」（substantive due process，屬於「惡法」非法之流），更是違反了「權力分立原則」—制裁（處罰）特定個人（含政黨）的法律實際業已質變為「個案裁判」的行為⁵⁴！【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 23 頁】

其實，多數大法官既然前已釋示：「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」⁵⁵，大可循此思路，以落實上開「憲法誠命」（constitutional mandate）為由，就禁止制定「制裁個人之立法」的原則，開一個「為達成重要立法目的而不得不然」的例外即可。詎多數大法官竟捨個案「雷射手術」而不為，卻通案創造了一個法治國的大黑洞（「特殊類型之法律」）！

2. 第 4 條第 2 款「附隨組織」之定義，違憲？

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」。據此，「附隨組織」包含兩種類型，一為「現由政黨實質控制其人事、財務或業務經營者」（前段之定義）；另一為「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」（後段之定義）。兩者所涉違憲疑義不同。

關於第 4 條第 2 款「前段」定義之質疑，主要是「實質控制」一語是否符合「法律明確性」原則。我同意釋字第 793 號解釋的審查結論（合憲）與論理（參見理由書第[42]段至第[44]段），不贅述⁵⁶。

關於第 4 條第 2 款「後段」之爭議在於：雖曾由政黨實質控制其人事、財務或業務

54 See, eg., United States v. Brown, 381 U.S. 437, 442 (1965)(The United States Constitution contains two provisions that prohibit Bills of Attainder: Article I, Sections 9 and 10. Both clauses were likely “an implementation of the separation of powers, a general safeguard against legislative exercise of the judicial function, or more simply--trial by legislature.”)

See also, Thomas B. Griffith, *Beyond Process: A Substantive Rationale for the Bill of Attainder Clause*, 70 VA. L. REV. 475 (1984); Michael P. Lehmann, *The Bill of Attainder Doctrine: A Survey of the Decisional Law*, 5 HASTINGS CONST. L.Q. 767, 1012 (1978); Anthony Dick, *The Substance of Punishment Under the Bill of Attainder Clause*, 63 STAN. L. REV. 1177 (2011); Matthew Steilen, *Bills of attainder*, 3 HOUS. L. REV. 767 (2016).

並參見廖元豪，前揭（註 27）文，頁 135（「這樣的法律不以抽象、普遍的行為為規範對象，卻直接針對個別對象；它更跳過審判程序，逕行規定某種人或某類人有罪或受罰。此等立法跳過司法審判逕行以立法處罰特定人，既不合權力分立，也違反正當程序與平等原則，是以成為現代法治國家幾乎一律禁絕的制度」）。

55 參見解釋理由書第[18]段

56 容可改進者，大法官解釋先例既曾宣示「法律明確性」原則亦有寬嚴之不同，例如：釋字第 636 號解釋理由書第[2]段（「又依前開憲法第八條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查」）；釋字第 690 號解釋理由書第[3]段（「強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準」），則本件理應釋示：在「中標」審查基準下，如何適用較為嚴格之「法律明確性」原則，檢視系爭規定是否合乎法律明確性的要求。

經營之法人、團體或機構，但已以非相當對價轉讓而脫離政黨之實質控制者，仍以「附隨組織」，納入黨產【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 24 頁**】條例之適用範圍，是否公平？⁵⁷就此，釋字第 793 號解釋分別以「平等原則」與「比例原則」進行審查，並均獲致「合憲」的結論（分見理由書第[45]段至第[49]段，及第[50]段至第[55]段）。

其論述至少有兩點值得商榷。首先，從形式上說，就同一系爭規定分別以「平等原則」與「比例原則」進行審查，明顯疊床架屋。申言之：

質疑第 4 條第 2 款「後段」之規定有違「平等原則」者，主要是將之與同條同款「前段」之定義相互比較的結果—以為兩者情形有別，不應為相同之對待（同列為「附隨組織」）。亦即，以「不等者，等之」為由，認為有違「平等」。就此，多數大法官援引該條之立法理由，認：「以現由及曾由政黨實質控制之附隨組織與政黨間關係極為密切，該等組織所擁有之財產，亦可能為不當取得財產，因此應一併納為規範對象，俾避免妨礙不當取得財產之調查及處理，影響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，核係基於合憲之特別重要公益目的」⁵⁸；且「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」，進而論結：「是系爭規定五後段與其前段所定義之附隨組織，就是否擁有不當取得財產而言，實屬相同事物……故……均納為黨產條例規範對象，與憲法第 7 條平等原則尚屬無違」⁵⁹。

然，曾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，但已以非相當對價轉讓而脫離政黨之實質控制者，既僅「在不足相當對價範圍內，可能仍實質擁有不當取得財產」，顯見第 4 條第 2 款「後段」所定義的「非典型」附隨組織，與「前段」所定義的「典型」附隨組織，確有不同。那麼，多數大法官是如何證立第 4 條第 2 款後段規定之「手段（將之與「前段」一併納入「附隨組織」予以規範）與目的之達成間具有實質關連」？嗯……請諸位將前揭引文再讀一遍。原來釋字第 793 號解釋關於「平等原則」的審查，只作了「目的合憲性」檢驗（如前揭理由書第[47]段），並未進行「手段與目的關連性」檢驗！

關於第 4 條第 2 款「後段」之規定是否合乎「比例原則」一節，理由書第[51]段先是以和前揭理由書第[47]段幾乎相同的文字，釋示：第 4 條第 2 款「後段」規定「核其目的係為追求特別重要之公共利益，洵屬合憲」。繼而以三段文字，分別說明其採用之手段何以具備「適合性」（*Geignetheit*，即手段「有助於」立法目的之達成）⁶⁰、「必要性」

57 對照德國立法例，系爭規定如此界定「附隨組織」，顯然過於寬泛。參見董保城，前揭（註 18）書，頁 154~162。

58 參見解釋理由書第[47]段。

59 參見解釋理由書第[48]段。

60 參見理由書第[52]段（第 4 條第 2 款「後段」所定義者，既曾是系爭規定五前段定義之附隨組織，雖已脫離政黨之實質控制，但若其脫離實質控制，是以無對價或非相當對價之方式為之，則此等組織所擁有之財產，亦可能屬不當取得財產。是系爭規定五將現由或曾由政黨實質控制之法人、機構或團體，納入附隨組織之定義範圍，使其等受黨產條例規範，以避免妨礙不當取得財產之調查及處理，明顯有助於立法目的之達成」）。

【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 25 頁】(Erfordlichkeit，即手段為達成立法目的「所必要」)⁶¹及「狹義比例性」(Verhältnismäßig im engeren Sinne, Angemessenheit，即手段所造成之損害與其所欲達成之利益間尚非顯失均衡)⁶²，並論結：「綜上，系爭規定五之定義附隨組織規定，其手段與目的之達成間具實質關聯，與憲法第 23 條比例原則尚屬無違」。喔，原來「平等原則」審查中所遺漏的「手段與目的關連性」檢驗，是出現在「比例原則」的審查中！

前述論證反映出多數大法官關於審查方法的認知。多數大法官雖同意在「平等原則」與「比例原則」的審查上，均應使用「二元聯動審查(分析)架構」，亦即將審查項目應二分爲：「目的合憲性」審查與「手段與目的關連性」審查；並視個案所採之審查基準(爲高、中或低標)，而異其審查尺度—本件因採「中標」審查，故系爭規定須係爲追求「重要公共利益」之目的，且其所採用之手段須與目的之達成間須具有「實質關聯」，始爲合憲。⁶³惟關於「平等原則」審查之下所謂「手段須與目的之達成間須具有實質關聯」究何所指，實際並無確信，故而未作審查；並以為「比例原則」審查下所謂「手段須與目的之達成間須具有實質關聯」可以傳統德國比例原則三階段審查爲之。如上認知與本人多年來倡議的「階層式比例原則」(hierarchical proportional principle)⁶⁴可謂不謀而合，所餘僅一問題而已—「比例原則」的分析架構，是否也能適用於「平等原則」之審查？⁶⁵倘大法官能認知：「比例原則」與「平等原則」所探究的「問題取向」雖有不同(前者重在「系爭權利限制」是否「逾越必要程度」，後者重在【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 26 頁】「系爭差別待遇」是否「合理」⁶⁶)，然兩者之「分析架構」並無根本差異(皆須進行「目的」之審查及「手段與目的關連性」之審查)，故應視個案之情形⁶⁷「擇一」進行審查，即可避免「疊床架屋」的批評。⁶⁸

- 61 參見理由書第[53]段(第 4 條第 2 款「後段所定義者，雖已脫離政黨之實質控制，但其既係以非相當對價轉讓而脫離政黨之實質控制，則在不足相當對價之範圍內實質上仍擁有不當取得財產，若未將其併列爲黨產條例之規範對象，不當取得財產之調查及處理易生重大缺漏。是於有效調查及處理不當取得財產上，並無其他相同有效之手段，故系爭規定五定義之附隨組織範圍具有必要性」)。
- 62 參見理由書第[53]段(第 4 條第 2 款「定義之附隨組織範圍者，雖將併同政黨成爲黨產條例之規範對象，從而擴張調查及處理不當取得財產之規範對象範圍，致此等附隨組織之財產因被調查及處理而受影響，但相較於調查及處理不當取得財產之重大缺漏，將影響政黨公平競爭環境之建立及匡正過往違反自由民主憲政秩序狀態之特別重要公共利益而言，尚屬均衡」)。
- 63 參見釋字第 793 號解釋第[18]段。
- 64 參見湯德宗，前揭(註 35)文；並參見釋字第 692 號解釋_湯大法官德宗〈不同意見書〉；釋字第 694 號解釋_湯大法官德宗〈部分協同暨部分不同意見書〉；釋字第 696 號解釋_湯大法官德宗〈協同意見書〉。
- 65 我以為，形式上說，憲法第 23 條所稱「以上各條列舉之自由權利」應包括列在同一章之首(第七條)的平等權，且「自由權利」按中文語法應解爲「自由及權利」；從實質上說，比例原則旨在限制國家限制各種基本權皆屬「合理」或「必要」，是平等權與自由權之性質固有不同，然判斷關於二者之限制是否「合理」的判斷方式(分析架構)，則無不同—皆須考量其「目的」及「手段與目的之關連」。參見湯德宗，前揭(註 35)文，頁 585-586，註 13(2009 年 7 月)。
- 66 參見湯德宗，〈大法官平等權解釋會通釋義〉(2020 年 11 月 5 日司法院法官學院「行政訴訟新制 20 週年研討會」專題演說)。
- 67 綜觀聲請書意旨，應認本件屬於「平等權」案件。故將解釋理由書第[52]段至第[54]段之論述略作文字修正，移列至「平等原則」之分析項下即可。
- 68 疊床架屋的審查最大的問題是針對同一系爭規定，可能出現「合憲」與「違憲」兩種審查結論，而徒增困擾。

其次，前述論證在實質上更堪疑問。關於第 4 條第 2 款「後段」之情形與同條同款「前段」之情形，一齊定義為「附隨組織」是否違反平等原則一節，多數大法官釋示：「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。是……後段與其前段所定義之附隨組織，就是否擁有不當取得財產而言，實屬相同事物」。然，曾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，但已以非相當對價轉讓，而脫離政黨之實質控制者，既僅「在不足相當對價範圍內，可能仍實質擁有不當取得財產」，其情形顯然與「前段」所定義的「典型」附隨組織有所不同。縱使「後段」定義之「非典型」附隨組織亦應同樣接受「調查」，但黨產會能否（依第 9 條）「一概」禁止其處分，並（依第 6 條）「一概」命限期移轉所有或追徵其價額，則非無疑。⁶⁹或許有鑑於此，理由書第[49]段乃不得不限縮（切割）解釋標的，謂：「另系爭規定五僅係附隨組織之定義性規定，至因適用此一定義性規定，進而應適用黨產條例相關規定所生之各種法律效果，則屬適用各該規定所致，尚非因系爭規定五所生。是系爭規定五是否有違憲法第 7 條規定之平等原則，與各該法效規定是否有違平等原則係屬二事，併此敘明」⁷⁰。然如此切割顯然可議，蓋「定義」規定本來就在界定本法（黨產條例）的「適用範圍」，猶須與相關的「作用」規定連結適用，才能產生法律【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 27 頁】效力。陽春的「定義」規定如何判斷其有無違反「平等原則」？！刻意切割解釋標的，縱能獲致空洞的「合憲」結論，卻錯失了及時匡正違憲疑義的良機，自毀了抽象違憲審查的制度優勢⁷¹。

3. 第 4 條第 4 款與第 5 條定義之「不當取得之財產」，違憲？

有關黨產條例適用範圍的質疑，最顯著者莫過於「不當取得之財產」的定義，蓋其涉及兩項絕無僅有的特色：「溯及既往」原則（自行憲前的民國 34 年 8 月 15 日起起算「取得」之財產）與「推定違法」原則（一概推定為「不當」取得之財產）。關於「不當取得」之定義，載在第 4 條第 4 款（「不當取得財產：指政黨以違反[民主]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」）；關於「財產」範圍之界定，載在第 5 條。第 5 條第 1 項⁷²為關於政黨及其附隨組織（自民國 34 年 8 月 15 日起）「取

69 發表個別意見書的大法官對此亦有質疑。參見釋字第 793 號解釋_張瓊文大法官〈部分不同意見書〉（「過往附隨組織，其可能不當取自政黨之財產範圍，與政黨或仍受政黨實質控制之組織相較，於脫離控制伊始即有不同，甚至脫離政黨實質控制後，如該等組織自立經營，於資產另有累積者，則其不當取得財產相較於現存全部財產之比例將更形縮減，此種情況於越早脫離政黨者越明顯，卻同受全部財產為不當取得財產之推定，係不同事物為相同處理，且無任何正當理由，已違反憲法第 7 條之平等原則」）；釋字第 793 號解釋_詹森林大法官〈部分不同意見書〉（「系爭規定五所指『過去之附隨組織』其實係屬被擬制之附隨組織，蓋其已脫離政黨之實質控制，與政黨無關，毋寧係一般人民團體。因此，『現在之附隨組織』與『過去之附隨組織』，在本質上，乃不同之類型。針對上開本質上不同事物之二者，系爭規定五卻予以相同對待，將從前之附隨組織併同納入該系爭規定五之規範中，致其同須受財產被調查、禁止處分、返還及追徵價額等干預。如此不等者等之之規定，如無得以正當化之理由，即為違反平等原則」）。

70 解釋理由書第[56]段（關於第 4 條第 2 款後段是否違反「比例原則」）也作了類似的「解釋標的」切割（限縮）。

71 參見湯德宗、吳信華&陳淳文，〈違憲審查制度之改進—由「多元多軌」到「一元單軌」的改進方案〉，收於湯德宗，《違憲審查與動態平衡：權力分立新論 卷二》頁 169 以下（頁 228~230）（2014 增訂四版，天宏）。

72 參見黨產條例第 5 條第 1 項：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起取得，或其自中華民國三十四

得」，而於黨產條例公布日時「尚存」之財產；第 2 項⁷³為關於政黨及其附隨組織（自民國 34 年 8 月 15 日起）「以無償或交易時顯不相當之對價取得」，而於黨產條例公布日時「已非其所有」之財產⁷⁴。兩項規定之主詞（主體）同為「政黨、附隨組織」，雖其「取得」財產之方式可能略有不同（直接取得 v. 以「無償」或「交易時顯不相當之對價」取得），然規範之邏輯同一：即扣除該條所列舉之「合法財產」項目外，其餘一概「推定」為「不當取得之財產」。

(1) 「溯及既往」是否合憲？

首先，第 5 條規定政黨及其附隨組織「自民國 34 年 8 月 15 日起」取得之財產，皆屬「不當取得之財產」，是否合憲？查民國 34 年 8 月 15 日時中華民國仍處於中國國民黨一黨專政、以黨治國的「訓政時期」。按中華民國訓政時期約法（20.5.12 國民會議制定，20.6.1 國民政府公佈）第 30 條第 1 項之規定：「訓政時期由中國國民黨全國代表大會代表國民大會行使中央統治權」；同條第 2 項規定：「中國國民黨全國代表大會閉會時，其職權由中國國民黨中央執行委員會行使之」。又，該約法第 31 條規定：「選舉、罷免、創制、複決四種【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 28 頁】政權之行使，由國民政府訓導之」；第 32 條規定：「行政、立法、司法、考試、監察五種治權由國民政府行使之」。綜上，訓政時期人民尚無參政權，必待中華民國憲法施行（民國 37 年 1 月 1 日）後，始有（第 4 條第 4 款）所謂「民主法治原則」與（民主）「政黨本質」可言。因此，黨產條例第 5 條溯及既往自行憲前起算「不當取得之財產」，等於要求行憲前「以黨治國」的執政黨，須遵守行憲後「民主政黨」公平競爭的規範。是即以「憲政時期」之「民主法治國」標準，評斷訓政時期「以黨治國」的法律關係，顯屬「以今非古」之規定。因「以今非古」實非一般理性正常之人於行為當時所能預見，故而屬「事實上不能」之規定，自難謂符合憲法上實質正當（substantive due process）原則⁷⁵之要求。依「惡法非

年八月十五日起交付、移轉或登記於受託管理人，並於本條例公布日時尚存在之現有財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，推定為不當取得之財產。

73 參見黨產條例第 5 條第 2 項：「政黨、附隨組織自中華民國三十四年八月十五日起以無償或交易時顯不相當之對價取得之財產，除黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息外，雖於本條例公布日時已政黨、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」。

74 參見黨產條例第 5 條第 2 項立法理由：「政黨、附隨組織或其受託管理人於公布日時尚存在之現有財產及公布日時雖非現有，然係於威權時期以無償或不相當對價取得者，均推定為不當取得之財產。」。

75 我國憲法雖未有（如美國憲法）「法律之正當程序」（due process of law）之用語，然憲法第 8 條之規定實際已寓含此概念。大法官釋字第 384 號解釋爰釋示：「憲法第八條第一項規定……所稱『**依法定程序**』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以**法律規定**，其內容更須**實質正當**，並符合憲法第二十三條所定相關之條件」，是為我國憲法「正當程序保障」（due process guarantee）之濫觴。

並參見大法官釋字第 709 號解釋_湯大法官德宗〈協同聲部分不同意見書〉（「我國憲法上『正當程序保障』之內涵兼指『程序上正當程序』（procedural due process）與『實質上正當程序』（substantive due process）。『程序上正當程序』要求凡剝奪人民生命、自由或財產之公權力（含立法、行政及司法）行為，皆須踐行相應之公正、公平之程序；是『程序正當』所審究者，乃系爭**公權力之行使應經如何程序方為正當**的問題。至於『實質上正當程序』則在要求法律之內容須合乎基本的公平正義（fundamental fairness）」；是「**實質正當**」所關切者，乃系爭**法律規範之內容是否「合理**」，從而能否發生**法之拘束力**的問題。See, James W Ely Jr., *Oxymoron Reconsidered: Myth and Reality in the Origins of Substantive Due Process*, 16 CONST COMMENT 315-345 (1999); Erwin Chemerinsky, *Substantive Due Process*, 15 TOURO L. REV. 1501-1534 (1999); Joshua J. Craddock, *A Workable Substantive Due Process*, 95 NOTRE DAME L. REV. 1961-2010(2020).

法」之法理，應認其為「無效」之規定。⁷⁶

另，第 5 條所規定之「民主政黨財產限定」原則，亦隱含有法律「溯及既往」問題。按第 4 條第 4 款定義「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」，然所謂「政黨本質」其意義並非明確。蓋其可指稱「民主」政黨之本質，亦可指稱「專制」政黨，或訓政時期「黨國一體」之政黨本質，必參酌同句後段「民主法治原則」等語，始可合理解為：係指「民主」政黨之本質而言。惟民主「政黨之本質」不必然能導出「民主政黨財產限定」之原則—民主政黨之合法財產僅限於「黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息」等，而不得有其他來源（如營利活動）之收入⁷⁷。查政黨法第 19 條固規定：「政黨之【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 29 頁】經費及收入，其來源如下：一、黨費。二、依法收受之政治獻金。三、政黨補助金。四、政黨為宣揚理念或從事活動宣傳所為之出版品、宣傳品銷售或其權利授與、讓與所得之收入。五、其他依本法規定所得之收入。六、由前五款經費及收入所生之孳息」；同法第 23 條並規定：「政黨不得經營或投資營利事業，並不得從事第十九條第四款規定以外之營利行為」⁷⁸，以期「建立政黨公平競爭環境」（政黨法第 1 條參照）。惟政黨法制定公布於民國 106 年 12 月 6 日，猶在黨產條例制定公布（民國 105 年 8 月 10 日）之後，如何能將「民主政黨財產限定」原則，溯及既往適用於制定在前之「黨產條例」所規範之「政黨」？！

(2)「推定」是否合憲？

其次，第 5 條「推定」為「不當取得之財產」之規定，是否合憲？依其立法理由，該規定係出於兩項考慮：1. 非剝奪政黨、附隨組織於威權時期因黨國不分而不當獲取之財產利益（既得優勢），不足以建立政黨公平競爭環境；2. 採舉證責任轉換，全面推定為不當取得財產，乃為落實「民主國家政黨之本質」。亦即，認為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，故民主國家政黨之「正當財源應僅限於黨費、政治獻金、競選經費之捐贈、競選費用補助金及其孳息」。然這兩個理由均禁不起分析。

一、非以「推定不法」，將中國國民黨前此取得的既得優勢剝奪淨盡，即不足以建立

76 例如，行政程序法第 111 條第 3 款規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：……三、內容對任何人均屬不能實現者」。

77 並參見陳清秀，〈論轉型正義—兼談不當黨產法制問題〉，《台灣法學雜誌》第 314 期，頁 116（2017 年 2 月）（「德國政黨法並未限制政黨經營營利事業或參加持有營利事業之股份，但對於其經濟活動之收入及支出，以及參加事業之情況，包括政黨對於其業務經營具有一定影響力之黨營事業課予公開『營業活動之收入』透明會計報告之義務（德國政黨法 24 條第項）。可見政黨兼經營營利事業或投資持有營利事業股份，以獲得財政收入，從而維持其財政支出，具有事件本質之合理性，並非與政黨之事物本質不相合。本法既然參考德國立法例似不應遺漏未參考德國政黨法規定」）。

78 此一立法政策是否明智，要非無疑。蓋就民主政治之健全發展言，政黨合法投資或營利所得，未必較其接受「政治獻金」或「競選經費之捐贈」，更值得戒慎恐懼。

德國、法國、奧地利等國並未禁止政黨經營事業，參見董保城，前揭（註 18）書，頁 107-111。

政黨公平競爭環境？⁷⁹這樣的說法顯與事實不符，因為自台灣地區解嚴、開放黨禁、定期改選中央民代與總統直選以來，已經由公平的選舉，造成三次（2000 年、2008 年、2016 年）政黨輪替，足見中國國民黨前此取得的「既得優勢」已然發生變化，並非鐵板一塊，且一般預測近期內中國國民黨很難重返執政。因此比較持平的說法應是：民進黨政府制定「黨產條例」，以剝奪中國國民黨的「不當取得之財產」，乃為防止國民黨重新執政。

撇開立法意圖（動機論）不談，就法言法，「凡人僅得接受犯罪時已經制定，並合法施行之法律之處罰」（罪刑法定主義）；「任何人於經認定為有罪以前，均應推定為無罪」（無罪推定原則）；及「凡法律所未禁止者，皆可為之」（自由原則）乃自 1789 年法國人權宣言以來，舉世民主法治國家所公認的【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 30 頁】憲法基本原則。前揭系爭第 5 條之規定，將國民黨自民國 34 年 8 月 15 日起「取得」之財產，一律「推定」為不當取得財產，縱使有為增進公共利益（改善政黨公平競爭環境）之重要目的，其所使用之手段（不問情形，一律推定為不當取得）顯已逾越必要程度，有違實質正當，自為憲法所不許。

二、為落實「民主國家政黨之本質」須「推定不法」（推定為不當取得之財產）？如前所述，（民主）「政黨之本質」未必等同於「民主國家政黨財產限定」原則—政黨之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等項。如前所述，政黨經營事業與民主政黨之本質並非兩不相容；況，規定政黨財產以列舉之項目為限的政黨法，其制定公布係在「黨產條例」制定公布之後，更難如此溯及既往地適用（解釋）。是前揭黨產條例第 5 條為剝奪政黨「依其他方式所取得之財產」，而不問個別情形，一律「推定」為「不當取得財產」，亦顯已逾越必要程度，有違實質正當，而為憲法所不許。

第 4 條第 4 款與第 5 條所定義之「不當取得之財產」，同時採取「溯及既往」原則與「推定不法」原則，堪稱黨產條例中最突出的違憲疑義，然釋字第 793 號解釋竟說：查此等規定「並非聲請人二審理該黨產條例事件所應適用之法律，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件不符，應不受理」⁸⁰。「視而不見」若此，誠鋸箭之高手！

凡法官審理黨產條例之案件，必然涉及何謂「不當取得財產」之認定，而必須適用由第 4 條第 4 款與第 5 條共同建構的「不當取得之財產」定義，釋字第 793 號解釋的多數大法官居然能說「法官」（注意，這回聲請人可不是「監察院」）審理案件「並未適用」該等條文？！反面而言，釋字第 793 號解釋所釋示的「其他條文」，又是如何被聲請解釋的「法官」所「適用」呢？！

79 影響政黨公平競爭的因素很多，黨產僅是其中之一。參見黃錦堂，前揭（註 42）文，頁 29-30。

80 參見解釋理由書第[63]段。

三、黨產會組織之違憲疑義

這一部分牽涉的條文相對（於前述壹、二、）簡單，但所涉問題同樣具有憲法價值。黨產條例第 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之限制」⁸¹。

1. 黨產條例第 2 條第 1 項抵觸憲法增修條文第 3 條第 3 項與第 4 項？

釋字第 793 號解釋釋示：黨產條例第 2 條第 1 項並未違反憲法增修條文第 3 條第 3 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 4 項（「各機關之組織、編制【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 31 頁**】及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之」）⁸²。蓋前揭憲法增修條文非屬強制性規定，「並未因此而剝奪立法者制定單獨組織法或兼含組織法規定之法律之權限，亦非謂立法者制定關於行政組織之法律時，若未遵循同屬法律位階之準則性法律規定，即構成違憲」⁸³，故黨產條例第 2 條第 1 項規定該條例新設的黨產會「不受組織基準法之限制」，尚不抵觸前揭憲法增修條文。⁸⁴以上釋示尚屬持平，可堪贊同。其實，「政府瘦身」（機關設置不得浮濫，俾符「組織紀律」）猶如「擲節預算」（國家預算不得浮濫，俾符「財政紀律」），各國多難落實。

2. 黨產條例未規定黨產會為獨立行政機關，違憲？

然而，黨產會之組織型態應否設置為「獨立行政機關」，則有研究之餘地。按立法機關對於行政機關之設置（包含「是否」及「如何」設置），固有廣泛的裁量空間，然其裁量並非漫無限制。黨產條例第 20 條第 1 項雖已規定：「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」；同條例第 18 條第 3 項並限制「委員中具有同一黨籍者，不得超過委員總額三分之一」，惟鑑於黨產會所司任務（調查、追討不當黨產），相較於行政院組織法第 9 條所列三個獨立機關（中選會、公平會、通傳會），所應具備之專業性與獨立性，可謂遑不相讓，甚且猶有過之。尤以，轉型正義與政治清算鬥爭僅有一線之隔，更需專業與獨立，俾能獲得人民信賴，確保轉型正義成功。是以黨產條例漏未規定黨產會為獨立行政機關，亦未明定其委員應由行政院院長提名，經立法院同意後任命之⁸⁵，顯已違反體系正義⁸⁶，而與憲【**台灣法學雜誌第 413 期，2021**

81 參見中央行政機關組織基準法第 5 條第 3 項：「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」。

82 查本件聲請人均未指摘黨產條例第 2 條第 1 項違反憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 條之規定，而係指摘黨產條例第 2 條第 1 項、第 2 項、第 81 條第 5 項前段、第 6 條第 1 項、第 14 條等侵犯司法權，違反權力分立及正當法律程序。參見臺北高等行政法院第四庭（107 年度憲三字第 15 號）聲請書第 6-10 頁、臺北高等行政法院第六庭（108 年度憲三字第 9 號）聲請書第 25-28 頁、臺北高等行政法院第六庭（108 年度憲三字第 59 號）聲請書第 5-8 頁。

83 參見解釋理由書第 23 段。

84 參見解釋理由書第 24 段。

85 參見中選會組織法§3-II（「主任委員、副主任委員及委員均由行政院院長提名經立法院同意後任命」）；公平會組織法§4-I（「本會置委員七人，均為專任，任期四年，任滿得連任，由行政院院長提名經立法院同意後任命之，行政院院長為任命時，應指定一人為主任委員，一人為副主任委員」）；通傳會組織法§4-I（「本會置委員七人，均為

年 4 月，第 32 頁】法第 7 條平等原則有違，應限期改正。於此一組織缺陷改正以前，黨產會應暫停行使同條例第 9 條規定之「禁止處分」權及第 6 條規定之「命限期移轉所有及追徵其價額」權。

對此，釋字第 793 號解釋理由書第[25]段僅點到為止：「衡諸黨產條例涉及國家民主轉型之重要事項，且黨產會肩負實現建立政黨公平競爭環境以落實轉型正義之重要憲政任務，立法者如能適時修正黨產條例，明定黨產會之機關層級，應屬較妥；如改列為二級獨立機關，則應參照組織基準法規定其成員人數及任命程序，以消除上述疑慮，並使相關立法間更為一致，併此指明」⁸⁷。這樣的解釋顯然是採取「低標」審查，全然尊重立法裁量的結果。然而，該解釋前文才剛宣示：本案應以「中標」審查，何以多數大法官如此健忘？！

總之，關於黨產會組織疑義的解釋，必須把握「機關組織與機關功能（任務）應併予考量，而為建置」的原則，才能展現憲法解釋的高度！

四、關於黨產會職權之違憲疑義

黨產條例設置黨產會，負責調查、追討政黨及其附隨組織等「不當取得之財產」。關於黨產會的職權爭議，如前所述，主要是黨產條例賦予行政機關以「保全處分」之全權，是否抵觸權力分立原則而違憲？

釋字第 793 號解釋雖亦同意以「權力分立」原則作為解釋原則，卻刻意將「解釋標

專任，任期四年，任滿得連任，由行政院院長提名經立法院同意後任命之，行政院院長為提名時，應指定一人為主任委員，一人為副主任委員。但本法第一次修正後，第一次任命之委員，其中三人之任期為二年」；促轉條例第 8 條（「促轉會置委員九人，由行政院院長提名經立法院同意後任命之。行政院長為提名時，應指定一人為主任委員，一人為副主任委員。主任委員、副主任委員及其他委員三人為專任；其餘四人為兼任。但全體委員中，同一政黨之人數不得逾三人；同一性別之人數不得少於三人」）等。

86 參見大法官釋字第 455 號解釋翁岳生大法官〈協同意見書〉（「按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則」）；大法官釋字第 477 號解釋（戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條適用對象，以「受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者」為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所抵觸）；大法官釋字第 688 號解釋（「惟營業人開立銷售憑證之時限早於實際收款時，倘嗣後買受人因陷於無資力或其他事由，致營業人無從將已繳納之營業稅，轉嫁予買受人負擔，此際營業稅法對營業人已繳納但無從轉嫁之營業稅，宜為適當處理，以符合營業稅係屬消費稅之立法意旨暨體系正義」）；大法官釋字第 667 號解釋理由書（「行政訴訟法第七十三條規定所設之程序及方式，雖已符合憲法正當法律程序之要求，並無違於平等原則，然為求人民訴願及訴訟權獲得更為妥適、有效之保障，相關機關允宜考量訴願及行政訴訟文書送達方式之與時俱進，兼顧現代社會生活型態及人民工作狀況，以及整體法律制度之體系正義，就現行訴願及行政訴訟關於送達制度適時檢討以為因應，併此指明。」）

87 釋字第 793 號解釋蔡炳燧大法官〈協同意見書〉雖亦認為：「既然不當黨產之處理與現代民主體制下政黨政治公平競爭之重大事項息息相關，且與促轉會所處理之事項同屬落實轉型正義之一環，基於憲法對「體系正義」之要求，立法者應盡可能在相關法律間，保持形式上之一致性與評價上之融貫性」。但卻又贊同多數意見之結論：「是立法者日後修正黨產條例時，宜參照促轉條例第 2 條第 1 項之立法模式，僅排除組織基準法及行政院組織法特定條文之適用，並仿照促轉條例第 2 條第 2 項前段規定，明定黨產會為行政院所屬二級獨立機關，讓黨產會委員之任命得經國會同意權之監督，以提升黨產會之民主正當性，強化其公正性，並杜絕相關質疑」。具有拘束力的「憲法解釋」遂淪為僅供參考的「諮詢意見」（advisory opinion）！

的」(審查客體)侷限在第 8 條第 5 項的「調查認定」權和第 14 條的「公開聽證」程序，而堅不碰觸第 14 條【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 33 頁**】明文規定「應經公開之聽證」程序才能作成的關鍵性「處分」；第 6 條所定「命限期移轉所有或追徵其價額之處分」及第 9 條所定「禁止處分」。

解釋理由書第[29]段先把普通人一看就懂的規定，用文詡詡的方式，重新包裝一遍：「上述規定為黨產條例關於由行政機關依職權主動調查及就個案為第一次認事用法之決定，暨就其中依黨產條例第 6 條及系爭規定二所為處分應透過聽證程序以強化決定程序公開、透明之規範」。繼而在第[30]段以模糊焦點的方式，獲致「合憲」的結論：「立法者以黨產條例之特別立法……規範由行政機關即黨產會依法主動且全面性行使職權，而為政黨及其附隨組織不當取得財產之處理，係於個案所為第一次認事用法之決定，乃依據事物屬性所作合於國家機關特性之分配，且相關人仍得依相關訴訟途徑尋求救濟，並未排除司法之審查，自未侵害司法權作為適法性終局判斷者之核心，亦未取代司法機關而使機關彼此間權力關係失衡，故系爭規定一至三尚無違反權力分立原則」。這段話因為刻意規避爭點，說得玄之又玄，不知所云。

試問，聲請人可曾質疑黨產條例賦予黨產會主動而廣泛的「調查權」(第 8 條第 5 項)？沒有啊！又，聲請人可曾質疑黨產會依同條例第 6 條規定，作成「命限期移轉所有」或「追徵價額」之處分前，以及依同條例第 8 條第 5 項規定，作成「認定為政黨之附隨組織及其受託管理人」之處分前，應經「公開之聽證程序」(第 14 條)？也沒有啊！這些處分皆屬行政程序法第 102 條⁸⁸所稱之「不利處分」，行政機關於作成處分前，本應給予相對人「陳述意見之機會」(非正式的聽證權)；如法規明文規定應舉行「聽證」者，更應舉行「聽證」(正式的聽證權)⁸⁹。對照行政罰法等「法規明文規定應舉行聽證」的情形⁹⁰，系爭【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 34 頁**】黨產會「命限期移轉所有」之處分或「追徵其價額」之處分等，既對人民財產權之影響甚鉅(相當於「剝奪」或「沒

88 參見行政程序法第 102 條：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除……者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會……。」

89 參見行政程序法第 107 條：「行政機關遇有下列各款情形之一者，舉行聽證：一、法規明文規定應舉行聽證者。二、行政機關認為有舉行聽證之必要者。」

90 參見行政罰法(94.02.05)§§43, 2-1-②(剝奪資格或權利之處分)；土地徵收條例(101.1.4)§10-III(特定農業區重大建設土地徵收)；農村社區土地重劃條例(91.12.11)§6-I(重劃區選定)；農村再生條例(99.08.04)§8-II(農村再生總體計畫之擬定)；§16-I(農村再生發展區計畫之擬定)；公民投票法(108.06.21)§10-III(公投提案內容確定)；國家通訊傳播委員會組織法(100.10.28)§10-VII(涉及民眾權益重大決策之審議)；有線廣播電視法(107.06.13)§12-II(有限廣播電視之許可，應召開聽證)；放射性物料管理法(91.12.25)§8-III(核子原料、核子燃料生產或儲存設施新建執照之核發)；§17-II(放射性廢棄物處理、儲存、最終處置設施新建執照之核發)；低放射性廢棄物最終處置設施場址設置條例(95.05.24)§10-I(縣市設置低放射性廢棄物最終處置設施場址申請)；天然氣事業法(109.05.27)§32-II(天然氣價格計算方式之核定)；電業法(108.05.22)§21-II(審議一定規模以上電業間之併購案，應會同公平會召開聽證)；再生能源發展條例(108.05.01)§9-I(再生能源發電設備生產電能之躉購費率及其計算公式之審定)；貨品進口救濟案件處理辦法(103.1.13)§11-I(案件調查)大法官釋字第 709 號解釋(都更事業計畫之核定，應經聽證)；都市更新條例(108.01.30)§33-I(都市更新事業計畫之核定，應舉行聽證)；§48-I(權利變化計畫之核定，應舉行聽證)；大法官釋字第 739 號解釋(自辦市地重劃計畫之核准應經聽證)；獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法(108.04.09)§27-I(市地重劃之核准，應舉辦聽證)。

入」)，要求主管機關應履行公開之聽證程序，「只不過是剛剛好而以」（借用蘇貞昌院長的話說）。怎麼會違憲呢？！

此外，聲請人也不曾質疑，相對人如不服黨產會所為「命限期移轉所有」之處分、「追徵價額」之處分、或「禁止處分（財產）」之處分，應有向法院請求救濟之權；黨產條例也沒有禁止處分相對人提起訴訟的規定。前揭理由書竟說：「相關人仍得依相關訴訟途徑尋求救濟，並未排除司法之審查，自未侵害司法權作為適法性終局判斷者之核心」，猶如「此地無銀三百兩」？！

其實，多數大法官心知聲請人所質疑者，乃任何人經黨產會依黨產條例第 8 條第 5 項「認定」為「政黨之附隨組織」或其「受託管理人」後，所將面對的一年串後果，包括：其財產將依同條例第 5 條之規定，一概被「推定」為「不當取得之財產」，並負有（向黨產會）「限期申報財產之義務」（第 8 條第 1 項）；且黨產會應即（依第 9 條規定）「禁止其處分財產」，並應（依第 6 條規定）「命限期移轉所有」或「追徵價額」等。換言之，聲請人質疑的是，黨產條例賦予行政機關（黨產會）如此強大的保全處分權，是否合憲？而非質疑黨產會應否具有「認定」（政黨附隨組織及其受託管理人）的權力，更不可能質疑提供相對人以「正當行政程序保障」⁹¹的「公開聽證程序」！

如前所述，第 9 條規定的「禁止處分」相當於訴訟法上之「假扣押」，第 6 條規定的「命移轉所有」或「追徵價額」相當於訴訟法上之「假處分」，皆為確保訴訟結果能夠獲得實現，而於訴訟確定前所採取的權宜措施。⁹²按保全制度既為訴訟確定前之權宜措施，為保障當事人權益，自應以審慎為原則，是故現行法上關於保全制度無不設有嚴格的要件⁹³，包括須有事實上之急迫性，並應【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 35 頁】權衡保全處分之利弊⁹⁴等，而為決定；且保全制度屬於司法權的核心機能，原則

91 關於「憲法所要求之正當行政程序」，參見湯德宗，〈第 16 章：行政程序法〉，收於翁岳生（主編）《行政法》下冊，頁 27 以下（頁 105~109）（2020 增訂四版，元照）。

92 參見黨產條例第 9 條之立法理由（「為確保不當取得之財產之返還效果，一方面避免脫產致本條例之立法目的無法達成，另一方面避免因保全措施侵害政黨、附隨組織及其受託管理人之財產權，爰明定依第五條第一項推定為不當取得之財產，原則上禁止處分之」）。

93 參見民事訴訟法第 523 條第 1 項（「假扣押，非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之」）；第 532 條第 2 項（「假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之」）；第 538 條第 1 項（「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」）；行政訴訟法第 116 條第 2 項（「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之」）；行政訴訟法第 298 條（「公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。（以上第 1 項）於爭執之公法上法律關係防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分（以上第 2 項）」）。

94 參見大法官釋字第 585 號解釋理由書第[31]段：「如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續……可能對人民基本權利或憲法基本原則造成不可回復或難以回復之重大損害，倘……定暫時狀態，對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免其損害時，即得權衡作成暫時處分之利弊，若作成暫時處分顯然利大於弊時，自可准予暫時處分之宣告」。

並參見大法官釋字第 599 號解釋（解釋文第[1]段）：「司法院大法官依據憲法獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而異。如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要

上行政機關須向法院聲請裁定（所謂「法官保留原則」）獲准，始得採取保全措施。黨產條例第 9 條所規定的「禁止處分」與第 5 條所規定的「溯及既往」原則及「推定不法」原則，連結適用的結果，政黨或其附隨組織自民國 34 年 8 月 15 日起所取得之財產，將一律被推定為具有保全之必要，且黨產會「應」即（而非即「得」）「禁止處分之」。如此規定不僅有悖於保全處分應審慎實施的立法原則，並使行政機關得以「通案推定」的規定，取代法院的「個案審查」（逐案判斷有無實施保全之必要），顯已侵犯司法權之核心領域，違反法官保留原則，牴觸權力分立及制衡原則⁹⁵。縱相關人仍得依相關訴訟途徑尋求救濟，殆緩不濟急，於事無補。

至於黨產條例第 6 條所規定的「命限期移轉所有」，與同條例第 5 條所規定的「溯及既往」原則及「推定不法」原則，連結適用的結果，形同「政黨、附隨組織或其受託管理人之財產」，一經行政機關（黨產會）「推定」為「不當取得之財產」，行政機關（黨產會）即得逕予「剝奪」（沒入），無待聲請法院裁定。縱其目的係在追求重要公共利益，其手段一概以「溯及推定」代替「事實認定」，並概以「行政聽證」代替「法院審查」一亦顯已逾越必要程度，有違實質正當，而為憲法所不許。

尤有甚者，黨產條例第 6 條第 1 項更將第 5 條第 2 項的「推定」效力擴及於「政黨、附隨組織或其受託管理人」以外之第三人。按第 6 條第 1 項後段之規定，凡「無正當理由以無償或不相當對價」，自「政黨、附隨組織或其受託【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 36 頁】管理人」取得或轉得經黨產會認定屬「不當取得之財產」者，黨產會應「命於一定期間內移轉所有」；如該財產已移轉他人而無法返還時，黨產會應就轉得人之其他財產「追徵其價額」（同條第 3 項參照）。由於黨產條例第 6 條第 1 項並未限制「轉得」（轉手）之次數，致凡與最初「無正當理由以無償或顯不相當對價」，自政黨、附隨組織或其受託管理人，取得經黨產會認定（推定）為「不當取得之財產」之最初「取得人」，進行交易而「轉得」（轉手取得）該「不當取得之財產」之後手「受讓人」，無論其間經過多少次轉手（為第幾手受讓人）、各該轉讓契約之內容為何、轉得後之「加工」如何，黨產會均應就該受讓人所有之其他財產「追徵其價額」⁹⁶。上述規定顯然違反契約自由原則，嚴重危害市場交易安全，縱其目的正當，其使用之手段亦顯然逾越必要程度，有違實質正當，而為憲法所不許。

性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態」。

95 類似見解參見劉宗德，〈台灣轉型正義之制度設計芻議—兼論「政黨財產處理條例」之合憲性〉，《台灣法學雜誌》第 313 期，頁 107-108（2017 年 2 月）（第九條第一項所謂禁止處分之保全措施，規範設計卻非由「司法機關」之民事或行政法院掌理此一機能，一律將「推定為不當財產者」作為財產禁止處分之要件，無須他人向法院聲請即產生財產禁止處分之效力，不符「最後手段性」與「司法謙抑性」之精神，毋寧已違反憲法比例原則之最小侵害性原則）；林三欽，前揭（註 27）文，頁 5（「黨產會對於不當黨產於初步調查、認定後，應向法院提起不當黨產確認及交付訴訟。如此一來可以兼顧行政權主動通盤調查的必要；但也設下司法防線，以免浮濫認定」）。

96 早年國民黨曾經投資過的上市公司，如台積電、中華開發、復華金控、台苯等，尤其可能因此一規定而衍生爭議。參見黃錦堂，前揭（註 42）文，頁 29（2020.11.14）。

最後，黨產條例第 7 條規定：「善意第三人於前條應移轉為國有、地方自治團體或原所有權人所有財產上存有之租賃權、地上權、抵押權或典權等權利，不因此而受影響」。將「所有權」一律排除於善意第三人之權利保護範圍外，僅所有權以外的其他物權，才能主張善意保護，免於黨產會的追究。上開規定嚴重危害市場交易安全，縱係為追求重要公益之目的（追討不當黨產），其手段亦顯然逾越必要程度，有違實質正當，而非憲法之所許。

總之，我以為系爭第 8 條第 5 項有關「政黨附隨組織極其受託管理人」之「認定」規定，須以「重要關連性」理論，連結第 5 條有關「不當取得之財產」定義中之「溯及既往」原則與「推定不法」原則一併觀察，才能正確評價其規範意旨⁹⁷—理解系爭「認定」所產生的法律效果；而系爭第 14 條既明定：黨產會「依第六條規定所為之處分，或第八條第五項就政黨之附隨組織及其受託管理人認定之處分，應經公開之聽證程序」，則更應將第 6 條所定「命定期移轉所有」處分與「命追徵其價額」處分，及第 9 條所定「禁止處分」一併納【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 37 頁】入審查，才能正確評價其規範意旨—理解其何以規定應經公開之聽證程序，始得作成此等處分。可惜釋字第 793 號解釋雖亦同意系爭第 8 條及第 14 條涉及「權力分立原則」，終因極力切割相關條文，終致見樹而不見林，答非所問，難以令人信服。

貳、從許宗力法庭解釋走向，看釋字 793 號解釋

以上是我對於黨產條例憲法疑義，對照釋字第 793 號解釋的意見，所作的審查與評論。以下擬從許宗力法庭的解釋走向，進一步評估釋字第 793 號解釋對於我國民主法治的衝擊。

一、詭譎多變的不受理決議—爆衝式程序審查

「案件法」第 5 條第 1 項規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：

一、中央或地方機關，於其行使職權，……適用法律與命令發生有抵觸憲法之疑義者。……

三、立法委員現有總額三分之一以上，就其行使職權，……適用法律發生有抵觸……

97 參見大法官釋字第 737 號解釋理由書第[6]段：「本件聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，然其憲法疑義之本質為犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序是否有權以閱卷或其他方式獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料，以有效行使防禦權，並避免犯罪嫌疑人人身自由遭不法侵害。故本院除審查刑事訴訟法第三十三條第一項規定外，亦應將同法第一百零一條第三項納入審查，始能整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料是否足以使其有效行使防禦權。本件自應將相關聯且必要之同法第一百零一條第三項一併納入解釋範圍」。

並參見大法官釋字第 747 號解釋理由書第[2]段：「本件聲請人雖僅主張系爭規定一有抵觸憲法疑義，然因土地徵收條例第 57 條第 1 項規定：『需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……』（下稱系爭規定二）對需用土地人因興辦該條例第 3 條規定之事業而有穿越私有土地之上空或地下之情形，設有徵收地上權之相關規定，故應將系爭規定二納為整體評價之對象」。

憲法之疑義者。」

這是機關聲請大法官解釋憲法的依據，也是憲法機關發動大法官行使釋憲權的遊戲規則，其重要性不言而喻。自案件法制定公布（82.2.3）以來，歷屆大法官大體秉持「受理從寬」的原則，解釋適用前述規定。但許宗力法庭屢有悖離解釋先例的驚人之舉。譬如，107 年 5 月 4 日公布的會台字第 13668 號不受理決議，就立法委員林為洲等 38 人（剛好達到立法委員現有總額三分之一）聲請解釋「前瞻特別預算審議程序」違憲案，多數大法官忽然變更向來慣例，以前揭案件法第 5 條第 1 項第 3 款所謂「行使職權」不僅指聲請解釋之立法委員必須出席會議，更須參與表決（該案聲請人中有一人因「未曾參與投票」，故而未「行使職權」，致該聲請案不足現有立委總額三分之一）；且所謂「現有總額三分之一」之立委，僅限曾於系爭法案最後一次讀會投下「反對票」者（該案 38 位聲請人於系爭法案最後讀會並未悉數投下反對票，故亦不符「現有總額三分之一」之要件）為由，拒絕受理。然僅時隔一年，許宗力法庭旋又變更見解，就和前述「前瞻預算案審議程序違憲案」聲請人完全相同的 38 位立委聲請解釋「軍、公、教年改三法」違憲案，認：只要議事過程中曾經公開表示異議，縱使「未出席投票」仍屬「行使職權」；所謂「總額三分之一」立委，也不再以「曾在最後讀會程序中投下『反對票』者」為限（按該件聲請人既未出席最後讀會審議，自無從投下反對票），而於 108 年 8 月 23 日作成釋字第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋，宣告「軍、公、教年改三法」實質合憲。難怪坊間流傳「法院見解如月亮，初一十五不一樣」！

又如 107 年 10 月 5 日公布的會台字第 13398 號不受理決議（監察院聲請解釋「黨產條例」違憲案），多數大法官【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 38 頁】用盡蠻荒之力，硬說監察院行使「調查權」尚非案件法第 5 條第 1 項第 1 款所謂之「行使職權」；且「黨產條例」並非監察院行使調查權時，所需「適用」之法律，亦與該款所稱「適用法律」之要件不符，而拒絕受理聲請。兩年後時移勢易，許宗力法庭不但受理三件法官聲請解釋「黨產條例」違憲案，並於今（民國 109 年）8 月 28 日作成釋字第 793 號解釋，宣告黨產條例全部合憲。

程序審查旨在確認聲請案是否合乎形式要件，乃釋憲程序之伊始，歷經多年之運作，按說標準應該相對穩定而可預見，竟如此暴起暴落，真不免予人以「小孩騎大車」的恐懼。最高司法機關如此藐視自己的解釋先例，如何期待人民信任司法？！

二、日益萎縮的地方自治空間

許宗力法庭另一項令人擔憂的發展表現在其對於地方自治的輕漫態度。最顯著的例子莫過於釋字第 769 號解釋。該解釋的爭點為：各地方議會得否自行規定其議長、副議的選舉、罷免方式（無論其為「記名投票」或「無記名投票」）？這是一個實務上爭議多年的老問題，國、民兩黨的立場因其「在朝」或「在野」而有不同一執政時均主張應採

「記名投票」，在野時則均主張應採「無記名投票」。該解釋的多數意見擴張解釋「縣設縣議會」等語，堅持：凡與縣議會組織及其運作有關之重要事項，均屬憲法增修條文第 9 條第 1 項⁹⁸明文賦予中央應以法律定之的事項。循此解釋，今後所謂「受憲法保障的地方自治事項」將蕩然無存。蓋凡中央認為「重要」的事項，均得以「法律」為規範；而地方所能立法並執行的「自治事項」殆僅屬中央認為「不重要」，而尚未以法律規定的「剩餘事項」（雞肋）！

另，107 年 8 月 10 日大法官第 1481 次會議就 107 年度憲一字第 1 號、第 5 號、第 6 號、第 7 號、第 8 號（花蓮縣、金門縣、連江縣、新北市、南投縣、苗栗縣等聲請「教師年改法」違憲案）等 5 件聲請案，皆以「公立學校退休人員退休金給付事項尚非專屬地方自治之事項」為由，議決不予受理。準此，爾後地方僅得就「專屬」地方自治之事項，聲請憲法解釋。

此後，憲法所保障的地方自治還剩下多少空間？憲法規定中央、地方權限劃分還有意義？

三、誰與爭鋒的司法積極主義

他方面，許宗力法庭時常自詡採取「司法積極主義」（judicial activism），勇於突破、敢於承擔。其代表作包括釋字第 748 號解釋（同性二人結婚自由案）與釋字第 791 號解釋（通姦罪違憲案）。

釋字第 748 號解釋釋示：「民法親屬編第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 39 頁】相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記」。本解釋以「結婚自由」（含是否結婚及與何人結婚之自由）乃憲法所保障之「重要基本權」（fundamental rights），同性二人為健全其人格發展、維護其人性尊嚴，亦應享有「結婚自由」為由，促成同婚合法化，使台灣成為亞洲第一個承認同婚的國家⁹⁹。

釋字第 791 號解釋釋示：「刑法第 239 條規定對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字

98 參見憲法增修條文第 9 條第 1 項：「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：……三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。……」

99 見湯德宗，〈司法院大法官釋字第 748 號解釋解析〉，收於虞平（主編），《法治流變及制度構建：孔傑榮教授九秩壽辰祝壽論文集》，頁 200~229（2020 年 6 月，元照）。

第 554 號解釋應予變更」(解釋文第 1 段); 又,「刑事訴訟法第 239 條但書規定:『但刑法第二百三十九條之罪,對於配偶撤回告訴者,其效力不及於相姦人。』與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違,且因刑法第 239 條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附,故亦應自本解釋公布之日起失其效力」(解釋文第 2 段)。本解釋以憲法保障人民「性自主權」為由,宣告通姦罪(刑法第 239 條)違憲,達成了「通姦除罪化」的目標;並連帶廢除了刑事訴訟法第 239 條但書之規定。為了廢除這兩項久為女權運動者所詬病的規定,本解釋變更(推翻)了解釋先例—釋字第 554 號解釋。

釋字第 554 號解釋釋示:「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎,受憲法制度性保障(參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋)。婚姻制度植基於人格自由,具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能,國家為確保婚姻制度之存續與圓滿,自得制定相關規範,約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係,固得自主決定是否及與何人發生性行為,惟依憲法第 22 條規定,於不妨害社會秩序公共利益之前提下,始受保障。是性行為之自由,自應受婚姻與家庭制度之制約」(解釋文第 1 段); 又,「婚姻關係存續中,配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制,以及違反此項限制,應否以罪刑相加,各國國情不同,應由立法機關衡酌定之。刑法第二百三十九條對於通姦者、相姦者處一年以下有期徒刑之規定,固對人民之性行為自由有所限制,惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴,同法第二百四十五條第一項規定通姦罪為告訴乃論,以及同條第二項經配偶縱容或宥恕者,【台灣法學雜誌第 413 期,2021 年 4 月,第 40 頁】不得告訴,對於通姦罪附加訴追條件,此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷,並未逾越立法形成自由之空間,與憲法第二十三條比例原則之規定尚無違背」(解釋文第 2 段)。

細繹前開兩號解釋,可知:

1. 兩案的「審查結論」相反,即

釋字 554 釋示:刑§239_合憲&(可推知刑訴§239 但書_合憲)¹⁰⁰。

釋字 791 釋示:刑§239_違憲&刑訴§239 但書_違憲。

2. 兩案的解釋依據同為憲法第 22 條¹⁰¹,但對於該條最關鍵的要件「不妨害社會秩序公共利益」,則有不同的解讀(論理)方法,即:

釋字 554:立法者就「婚姻、家庭制度之維護」與「個人性行為自由」兩者間所為之價值判斷—個人性行為之自由應受婚姻與家庭制度之制約—應予尊重(「並未逾越立法形成自由之空間」)。

100 釋字第 554 號解釋實際並未審查刑事訴訟法第 239 條但書是否合憲,但依其宣告刑法第 239 條(通姦罪)「合憲」之論理—「尊重立法裁量」觀之,應可合理預測其亦會宣告刑事訴訟法第 239 條但書為「合憲」。

101 憲法第 22 條:「凡人民之其他自由及權利,不妨害社會秩序公共利益者,均受憲法之保障」。其意涵參見湯德宗,《對話憲法·憲法對話》下冊,第 30 講,頁 565~568 (2016 增訂三版)。

釋字 791：配偶一方違反婚姻忠誠義務，不當然妨害婚姻關係之存續，亦尚不致明顯損及公益，且限制個人性自主權所造成之損害顯然大於其所欲維護之利益，而有失均衡，故立法者的價值判斷—個人性自主權須不妨害婚姻與家庭制度，始不妨害社會秩序公共利益—不符憲法第 23 條比例原則（已逾越立法形成自由之空間）。

姑不論釋字第 791 號解釋變更釋字第 554 號解釋的論理是否具有說服力，包括多數大法官究竟如何論證「**刑法第 239 條（通姦罪）**限制個人性自主權所造成之損害顯然大於其所欲維護之利益，而有失均衡」¹⁰²，或所謂「刑法謙抑性」原則¹⁰³何時變成了憲法原則，又該如何納入「比例原則」操作，釋字第 791 號解釋宣告「通姦罪違憲」的實質意義在於：**大法官經由「憲法解釋」，實際上已以自己的價值判斷（通姦應除罪），取代了立法者的價值判斷（通姦應入罪）！**

或謂：釋字第 748 號解釋宣告「民法未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，違反同性二人結婚自由之平等保護」，不也是大法官經由「憲法解釋」，實際上以自己的價值判斷（同婚應合法），取代了立法者（當時尚未形成）的價值判斷？是耶？非也！似是而非也！

我以為，釋字第 748 號解釋與釋字第 791 號解釋實有重大不同與高下之別。首先，就兩者立論之基礎（憲法第【**台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 41 頁**】22 條）而言，釋字第 748 號解釋強調「**結婚自由**」（含「**是否結婚**」暨「**與何人結婚**」之自主決定權）乃「**健全人格發展**」與「**維護人性尊嚴**」所不可或缺之「**重要基本權**」（a fundamental right），且於他人（異性二人）之結婚自由並無妨害，故而應受憲法第 22 條之保障。同時，該解釋特別注意保留立法形成的空間，而釋示「至於以何種形式達成婚姻自由，之平等保護，屬立法形成之範圍」¹⁰⁴。釋字第 791 號解釋則強調婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為（通姦），仍屬憲法第 22 條所保障之「性自主權」，立法者不得以刑罰處罰之。然，「**通姦**」的「性自主權」是「**健全人格發展**」與「**維護人性尊嚴**」所不可或缺的「**重要基本權**」（a fundamental right）？¹⁰⁵「**通姦**」行為對他人之「**婚姻與家庭**」並無妨害？¹⁰⁶如必堅持「性自主權」，而不願受到「**夫妻忠誠義務**」之拘束，大可選擇「**不結婚**」或「**離婚**」（如為已婚者）。**通姦之自由能否列為憲法第 22 條所保障之「重**

102 參見解釋理由書第[32]段。

103 參見解釋理由書第[31]段。

104 參見大法官釋字第 748 號解釋解釋文第 3 句與理由書第[17]段。並參見湯德宗，前揭（註 98）文，頁 208-209&219-220 之說明。

105 釋字第 791 號解釋理由書第[24]段僅謂：「按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權」。但對於「**通姦**」之性自主是否符合第 22 條所定「**不妨害社會秩序公共利益**」之要件，則避而不談。

關於「**重要基本權**」（fundamental right，或譯「**根本基本權**」）之意涵，參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，輯於《**憲法解釋之理論與實務**》第五輯，頁 261-291（中研院法律所，96 年 3 月）。

106 釋字第 791 號解釋理由書第[31]段僅謂：「婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並**有害對方之感情與對婚姻之期待**，但尚不致**明顯損及公益**」。並未論及對他人（相姦人）可能之侵害（包括如其為已婚，對其婚姻關係之侵害）。

要基本權」，實值疑問。

其次，「結婚」與「通姦」固皆涉及「性慾望」，然釋字第 748 號解釋係為保障「少數」具有難以改變的同性性傾向性格者「平等結婚」的神聖基本人權；而釋字第 791 號解釋實際是在解放「多數」人原始的「性欲望」衝動。兩者高下立判。

綜上，許宗力法庭似正在發展一種「誰與爭鋒」、「所向匹敵」的司法積極主義 (unbridled judicial activism)，而且毫不掩飾其意識形態與價值選擇。

四、亟需改造的大法官釋憲制度—當神話破滅後

當大法官作為「憲法守護者」的神話破滅之後，我們必須更嚴肅地思考制度改造的問題，期能選出最適任的大法官，擔負起「維護憲法（權力分立）結構 (constitutional structure) 於不墜、保障個人基本權利免於遭受多數暴力侵害」的重責大任。由於時間的緣故，我今天只能點出改革的重點與目標，其詳當另文專論。

(1) 大法官之任期應 (由目前之 8 年) 延長為 12 年，仍維持「不得連任」之規定¹⁰⁷，俾善用人力資源，並促進新陳代謝。【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 42 頁】

(2) 大法官之總額應 (由目前之 15 人) 減少為 9 人，因此而節省之經費則用以擴增幕僚 (目前每位大法官僅配置一名助理)，俾每位大法官均能獨立承審案件，以提升解釋的效率，嗣應新制 (裁判憲法訴訟) 的實施。

(3) 大法官應每 4 年更換其中 1/3 (3 人)，避免連任成功的總統得任命全體大法官，以平衡意識形態，提高大法官之公信力。

(4) 明定大法官並為院長、副院長者應有固定任期¹⁰⁸，以確保審判獨立。

(5) 明定大法官之退職保障¹⁰⁹，俾使無後顧之憂，以確保審判獨立。

(6) 修正「案件法」施行細則第 30 條之規定 (「大法官審理案件之分配、審理、討論及其他經過情形，均應嚴守秘密」)，兼顧「資訊公開」與「業務機密」，以「適度」公開大法官合議內容，接受公評。

(7) 健全大法官退職保障後，應更「適時」公開大法官審查會及大會之「速記錄」，列入國家檔案，永久保存。

參、結語

不好意思，說了這麼多艱澀難懂的法律問題，對各位的腦力與意志形同疲勞轟炸。現在，讓我跳脫法條的窠臼，跟大家分享一些個人的感受。

107 參見憲法增修條文第 5 條第 2 項：「司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，不受任期之保障」。

108 同前註。

109 參見憲法增修條文第 5 條第 1 項第 2 句：「司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定」。

本文從故事開始，也以故事結尾。最近我在社交網路上看到一則趣聞，大意是說明朝開國元勳劉伯溫有一次造訪成都諸葛武侯祠，難到滿堂俱是頌揚諸葛亮的對聯與匾額，心裡很不是滋味，就想卸下其中一件。哪知取下來後，看到匾額背面有句話：「吾知後世有你，你知後世有誰！」劉伯溫心領神會「前人不可輕侮」，立刻將它掛回原位。

其實，民主國家政黨競爭、政權輪替，無寧為常態；但切忌墮入冤冤相報、仇恨對立的惡性循環！兩岸對峙七十餘年，台灣必須在穩定中求發展，在團結下謀突破。黨產條例雖屬「空前」，當非絕後！不僅台灣將來恐有樣學樣，恐亦連帶遲滯大陸的民主轉型（中共內部有識之士有心推行民主法治，能無恐懼？）

民主與法治猶車之兩輪、鳥之雙翼，須相輔而行，並相互制約。當政府變成了一言堂，縱有民主之形式，殆無法治之實質矣！政治上一時的多數（a contemporary majority）不應亦不容改變憲法對人民（特別是少數人）永久的承諾（人權保障）。歷史是客觀存在的事實，可有不同的解讀，但不可斷章取義、任意截肢，以免喪失自我認同，迷【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 43 頁】失於歷史洪流。陳寅恪先生嘗言：「國可以亡，史不可斷」，足為兩岸鑑省！

政治非我所長，遑論具有政治智慧；復因對於全局所知有限，關於「是否應採取所謂轉型正義措施」，未敢置喙。然我深知並確信：倘政府決定立法推動所謂「轉型正義」，其規範之內容必須符合憲法「實質正當」的要求，始無違民主法治國家之「法治國原則」。以上所言未必有當，然句句肺腑，皆本於「一日為大法官，終身為大法官」的自我期許；也為不敢有負漢朝大儒董仲舒的自勵語「君子於其言，無所苟而已」。孔子「修春秋，意在撥亂反正，因事以明義」見諸行事，不載空言的功夫，非吾所能，然心嚮往之。倘能有助國民全體（民國之主人）明辨是非，見治起於衰亂之中，則幸甚慶甚。【台灣法學雜誌第 413 期，2021 年 4 月，第 44 頁】