

「透視黨產 不當黨產學術研討會」

〈轉型正義作為憲法誠命與適用原則〉

專題演講紀錄

主講人：林佳和^{*}

在座各位女士各位先生各位先進，大家早安，非常感謝黨產會的邀請，讓我有機會來跟大家分享這個題目，我把它稱為〈轉型正義作為憲法誠命與適用原則〉，當然我必須跟各位好朋友承認，我待會特別著墨剛我們主委提到的那三則行政法院判決，恐怕不會很多，因為一開始在分工上，可能待會比我年輕很多又優秀很多的信安教授會比較多談行政法院裁判本身，所以一開始在邀請的分工上，可能我就比較冒昧，我就不特別針對行政法院判決，雖然最後會稍微帶到，我會用比較多的篇幅，待會比較多的時間來跟大家分享我今天要談的〈轉型正義作為憲法誠命與適用原則〉，也就是說，你如果觀察過去在台灣許多反對轉型正義的論述，你都會發現他們經常拿憲法做為依據，不管叫禁止溯及既往，不管叫某種信賴保護，甚至罪刑法定，這個 Nulla poena sine lege 也冒出來了，不只

^{*} 國立政治大學法學院副教授。

在黨產這邊，我想在過去的促轉會，轉型正義，追究加害人，甚至政治檔案，我們都同時碰到很多轉型正義的反論述，說過去做的沒什麼錯，不少人都說憲法這樣不行，那樣不行，國內甚至有公法學者，大張旗鼓的邀請外國學者來說我國轉型正義違憲，理由都是憲法依據，所以容許我選擇這個角度來談談到底我們憲法如果真要談轉型正義，它會是什麼樣的內涵？對我個人而言，憲法不是一個百寶袋，像機器貓小叮噠的肚子一樣，要什麼、有什麼，什麼都可以抽出來。憲法有它的開放性沒有錯，憲法必須與時俱進，憲法最大的敵人是時間，但是憲法不是一張空白支票，愛填什麼就填什麼，贊成者說轉型正義是憲法要求，反對者則說，你們要政治追殺的轉型正義，憲法有不能跨越的障礙，憲法不該是這樣，如果憲法是這樣，那或許憲法規範性可以關門大吉。我在學校教憲法訴訟法，同學們都被我弄得很迷糊，我看大家累了，我就說中華民國的憲法訴訟也許快要走入末日了，大家學習不必再那麼辛苦了，今天如果有一個明顯的政治動作，要讓憲法訴訟、憲法法庭癱瘓，很抱歉，憲法將不再有作用。憲法會剩下二次大戰前，特別在19到20世紀時，那種所謂價值相對主義之下的政治宣稱，那個政治宣稱在法律上沒有意義。他在政治上也許有某種功能，但在法律上沒有意義。為什麼歐陸各國走過二戰，要在戰後建立強大的憲法審查，就是因為戰前的經驗跟教訓實在太驚人了，國會在某一種，甚至是暴民政治的發展之下，帶領大家一起走向 Hans Kelsen 所說的沉掉的那一條船，那一條船就是民主，所以我們需要憲法的捍衛者，當然我不愛用憲法的維護者這個講法，憲法的維護者最早指的是威瑪的帝國總統，用緊急命令來對抗民主，但「憲法訴訟的前提，就是憲法必須有用，憲法如果沒有用，當然不需要有一個把關的人」。不需要有一個告訴我們，憲法到底說了什麼的人，這就是當前的危機所在，這也是

一開始為什麼選這個角度跟各位分享的原因。

好，那我就開始跟各位分享。我想分三個角度，第一個是憲法，我的提問，這個問題我希望能在最後能夠給各位一個我個人的回答，雖然未必盡如人意。我想提問的是，我國憲法到底能不能找出轉型正義的內涵？有沒有其他足以壓倒轉型正義的憲法原則與誠命？讓轉型正義只能留在政治道德，讓轉型正義只能留在歷史的處理，德國人說處理歷史、克服過去，某個程度好像在暗示：不要來法律領域談，就去其他領域談吧，我在幾年前有做過一個如何追究加害人的研究，我訪談了幾位歷史學者，最後讓我有一點氣餒。歷史學者幾乎都說，那公開政治檔案就好，其他不要做了，在法律上有他的困難，但是我們必須面對，民主之形成，國會制定或修改法律，得否任意創設、修改或廢除轉型正義之類型、方式與效果？今天如果一個國會的多數黨就隨時透過法律的修正，把轉型正義甚至廢除？例如今天，我想像藍白也有關於救國團針對性的提案，試圖修改黨產條例，民主的形成應該要有界線，包括在轉型正義的議題上，到底那個界線會是什麼？如何面對？例如今天國會說，你要依法行政，黨產會不是行政的一部分嗎？黨產會到底是不是獨立機關？這個在行政法學者中甚至有爭論，公平會是獨立的行政機關，NCC是獨立的行政機關，但黨產會、促轉會不可以是獨立機關，到底黨產會是不是獨立管制機關？甚至還有人在爭論這一題，所以民主的形成不要小看，民主例如國會制定、修改法律，甚至廢除一個已經存在的制度，例如我們今天談的，到底有沒有它的界線？最後，法律適用上，轉型正義能不能做為我們在法院認事用法的核心內涵？容許我發明一個字，叫做 *in dubio pro lex transitus*，叫作有疑問的時候，轉型正義之法，那個所謂的法，某種程度、字義上也有正義的意思，就是說有疑問的時候，要不要有轉型正義的適用為

優先？這是我的幾個出發點，跟各位一起來分享我思考的過程。

當然，一開始憲法涉及到我們今天談的這一題，最重要的是 Rule of Law，法治國的問題，世界上法治國家大概都有一個一致性相對穩固的內涵，Rule of Law, not by Law，例如宣稱國會把它制定法化的、就是法治國原則內涵的全部，當然我們知道不是這樣，所有國家的行為都要受法的拘束，排除恣意權力，某個程度不是單指現在，也包括過去，所以法治國它的時間的走向，或是說時間規範的範圍，不會只有當下，某個程度不但包括未來，甚至包括過去，我們談到轉型正義，換言之從法治國原則的角度，過去那個已經，我們今天談法的適用，不會直接碰觸的過去，並不排除在法治國原則之外，其他一些跟今天主題比較沒有關係的內涵，我就先不說。當我們在談法治國原則的時候，有一個非常重要的叫實質法治國原則，就是說法律的內容應該符合正義的要求，對我個人而言，我自己在法律的論述上，我從不用自然法這個概念，我認為自然法可以在法哲學，某個程度在法史學可以談，但我從來不認為在今天的實證法制之下要多談自然法，彷彿我們今天的法秩序沒有這個內容，你必須假藉他求，很多自然法的內容是藉著宗教，很多藉著其他來源，我個人認為當代的自由民主憲政秩序是一個沒有遺漏的秩序，你不必在實證法秩序以外再去找其他。我為什麼要講這個，是因為在二戰後，各位知道走過威瑪的法實證主義，到了戰後，德國法學者 Gustav Radbruch 提出他的實證的法與超實證的不法，告訴我們法一定要符合實質的正義要求，否則這個法不應該要具備法的效力，這就是我們今天在談為什麼戰後要有強大的憲法訴訟，要有強大的憲法法院，這個任務要交給他，不應該完全留任政治形成，即便我們是一個民主體系，這是最重要的。所以在法治國的要求之中，目標是在維護人性尊嚴、自由、正義，接下來我們碰

到一個必須面對的難題叫做法的安定性，法的安定性確實是我們在討論轉型正義上一個非常重要，如果不叫障礙，至少是一個必須面對的困難，法治國有非常多內涵，也會在我們待會提到的所謂追索不當黨產中具備它的意義，包括基本權的拘束。不像歐陸，至少不像德國，他們把政黨認為是憲法機關，政黨在台灣，現在是人民團體，它只是個私人，但畢竟在民主國把它稱之為，所謂政黨同時具備兩個身分，一個叫社會中的政黨、一個叫國家中的政黨，政黨具有太重要的地位，確實不能把它當做一般私人看待，但別忘了他也擁有基本權，政黨成員組織政黨，個人不但有政黨自由，政黨也有政黨自由，這個是我們在談到附隨組織，哪一種身分都同時會涉及到基本權拘束的問題，我們待會在判決中就可以發現。轉型正義，例如追索不當黨產，一個蠻重要的切入當然是法的拘束、司法保障這兩個問題，法的拘束、法律保留，我們現在有黨產條例，有趣的是如果沒有黨產條例，2016 年的黨產條例，如果當時沒有制定，會不會影響我們今天談的這個問題？如果今天有任何的個案直接去敲法院的大門，即便沒有制定法，會不會影響，法律保留在我們今天談的問題會扮演某一種巧妙的影響，例如法的明確性：何謂顯不相當之對價？你可以發現大法官在過去的紀錄中，對於所謂的不確定法律概念，不可能消失，不確定法律概念連稱它為必要之惡都不應該，不確定法律概念是法院在操作中必然要有的東西，雖然我們常開玩笑說司法像月亮，初一、十五不一樣，面對不同的問題，他確實應該要不一樣，但問題就是要如何不一樣，我們在德文裡面的司法，Rechtsprechung 這個字，德文的意思是把法說出來，所以我們法律有一種講法叫做把法找出來，不是創設它而是找出來，你要的東西早就存在法秩序中，所有的法律適用者，例如法官，你的任務在於把它找出來，而不是在個案中只是去實現自己的心證、甚

至是心中某種偏見，法官的角色不是這樣，法官的角色必須把法說出來，那我們當然要告訴他，那個法是什麼，所以法的明確性在，它是整個法體系的適用永遠不可能逃避的。什麼叫顯不相當之對價？不能流於某一種文字遊戲，像我們法律系的同學，大一都會學一個很怪異的名詞叫做「善良風俗」，如果你去看傳統教科書，他一定告訴你，一個正常的健康的人對於社會一個正常健康的理解，很抱歉，沒有這種東西，我從來都不認為我自己是一個正常的健康的人，什麼叫「善良風俗」？1960年代德國民法學就傾向於善良風俗就是憲法基本權的總和，不要再去用過去那種道德社會認知去描述一個民法重要概念，某個程度，我們今天的主題也會涉及這個，法的安定性剛剛提到信賴保護，乃至於例如禁止溯及既往，在司法保障上，例如黨產的追索認定，附隨組織的認定等等，要不要適用「有疑問時自由優先」，如果套到刑事認定，叫做「有疑問時無罪優先」（*in dubio pro reo*），「有疑問時自由恆優先」（*in dubio pro libertate*），請問轉型正義要不要適用？這一點我們法界有少數幾位反對轉型正義的老師，不斷地提到黨產條例用的推定為不當黨產本身就有問題，怎麼會推定呢？很多法界人說為什麼憑什麼可以推定為不當黨產，你應該證明為不當，你應該證明我是不法手段取得，我想大家都知道，在法律適用上有一個非常巧妙的東西叫做舉證責任之倒置，舉證之所在敗訴之所在，要讓那一方落於比較劣勢，就讓他負舉證責任，很多法界人士說黨產條例為什麼要用推定為不當黨產，你如果能夠證明，法院也認證，那我沒有疑問，為什麼用推定，只要我難以證明為正常取得，就必然為不當而被追索，這是類似無罪推定，有疑問時自由優先等等的一個問題。溯及既往這個障礙永遠都存在，雖然我並不認為是我們今討論中比較核心的問題點，但永遠有人提到這個叫做勝利者邏輯，講得直白叫做政治

清算，如果要避免這樣的指控，那溯及既往它會在很多關鍵點帶一些作用，溯及既往有二種，大法官第 781、782 與 783 號解釋，軍公教年金改革，我和信安都算是軍公教年改的受害者，但是還是必須要認真的談這個問題，溯及既往就是當時蠻受關注的點，我們都知道溯及既往涉及到 781、782 與 783 的非真正溯及，也可能涉及到我們今天要談的真正溯及，特別在追究加害人，當然我國目前還沒有這個制度，在追究國家不法實質的加害人，不管用刑事手段，還是用例如像東歐人說的除垢的手段，都可能涉及到真正溯及，真正溯及是一個法律效果的回溯發生，對於一個已經完全結束的事實，用後人的眼光，用後人的法律，去追溯一個在他那個行為當下可能被評價為合法，而今天定性他為非法，必須承認站在法治國原則的立場，本於人民信賴保護和法的安定性，法律的真正溯及原則上是不可以的，但有原則當然就有例外，我們都知道禁止溯及既往它不是一個立法原則，它是一個適用原則，換言之，立法讓它溯及，真正溯及，對於一個完完全全結束的事，而在他行為當下被認為合法的，仍然可以去加以處理，不是不行，但不能恣意，不能夠胡來，有一種可以甚至應該真正溯及既往的類型，就是基於強大的公益考量，或不再存在值得保護的相對人信賴，如果過去是用不法手段取得利益，今天卻說，那你幾十年來即便是不法利益，閣下也經營有功，明明是掠奪來的，而閣下幾十年把財產變大了，閣下經營有方，那應該保護你，對我個人而言，我很難接受這個講法，雖然我不得不承認，例如在權利回復基金會，談到的當時被不當掠奪的財產，金額的返還，很多國家面對這個難題，如果當時的市價是台幣十萬元，今天的市價是台幣壹佰億，你想想看，我說的是真實發生的，你要還他十萬還是壹佰億，還是壹佰億扣掉十萬，然後各拿一半呢？認輸賠一半，還是怎麼樣呢？這個問題我們必須面對，

也許不能像單純的政治決定一樣，像切西瓜一樣隨便切一刀，不應該是如此，但法律適用一定要講出一套道理，即便那個道理是來自於政治決定，政治決定也要有一定的論述，法律應該要講出一套道理，我想克服過去國家不法行為之轉型正義，就是我們被認為非常典型的叫做真正溯及既往的類型，當然必須承認，即便在轉型正義這一題，也不是一直都被這樣看待的，例如我和大家分享一個英國哲學家 H.L.A. Hart 說，大法官終審法院是體制內講最後一句話的人，一個法律體系要能夠運作，並且為社會成員所支持，不是他講出來的大家都喜歡，而是他是體制內講最後一句話的人，你如果讓這樣的人喪失功能，你的法律體系就將崩潰。Lon Fuller 和 Hart 二位都是英國人，在二戰後他們在辯論要如何處理納粹，Fuller 說特定案件之上，道德的權利必須優先於法定的權利，必須拋棄形式上之法治意涵，追求真正符合正義的實質法治精神，*evil legislation lacked the status of law*，邪惡的法律不能擁有法的地位，一定要告別過去，惡法不能擁有法的地位，但相對的，台灣的知識界們更為熟悉的 Hart 同樣針對過去納粹所謂褐衫政權被推翻而民主化，Hart 卻說應該要承認當時法律的有效性，他說如果你不承認當時的法律是有效的，你去選擇某些特定對象、特定事實加以追訴，整個法治會崩潰，他認為先前的成文法，即便是不道德的，仍然應該承認他的合法效益，應該讓承繼的政權所接受，這個辯論深深地影響了戰後許多問題的討論。

我們今天主要的焦點在黨產問題，如果你把視野再擴大一點，也順便處理到其他轉型正義的手段，例如追究犯行，你會發現在戰後，至少在很多面向上都呈現比較不贊成 Hart 的觀點。《歐洲人權公約》第 7 條第 1 項說，對於過去的法律，例如在威權時代獨裁時代的法律，本於法治國的意義加以變更解釋，是應該且正當的。這

個法律，不是我們想像的只有那個法律，甚至包括法院的判決，如果法院根據當時的法律做出了一個判決，有趣的是，甚至只是訴訟上和解，基於轉型正義，今天都應該要加以檢討和推翻，這點非常關鍵，不是只有那個狹隘的法律，我們叫做廣義的法，廣義的法既包括法律也會包括法院的判決，乃至於所謂法官法，甚至包括私人之間來自於自由意志的形成，例如契約，這些都包括在內，這對我們今天談這個問題是蠻具有關鍵意義的。本於法治國的意義加以變更解釋，我剛說廣義的法，對於轉型後的國家，將過去國家行為時之有效法律，以此原則適用與解釋之，無可譴責；對昔日壓迫國家所創造之法治國的虛假外觀，加以嚴肅以對，以內國之法律重新加以解釋，應屬正確。某個程度對於追究重大的犯罪行為會更明顯，

《歐洲人權公約》第7條第2項之「依行為時一般文明人類所肯認之一般法律原則，認行為應為刑事可罰者，不必受罪刑法定原則之限制」，各國在二戰後要不延長，要不根本廢掉追訴時效，追訴時效做為國家追訴的障礙，我想在座各位應該都理解，刑事訴訟上的追訴時效不是讓犯罪自始被治癒—你沒有犯罪，他只是國家追訴的障礙，他只是訴訟上的障礙而已。在戰後，對來自於轉型正義的要求，或是來自於其他刑事政策的考量，各國都有，要不延長、兩次延長，要不廢除追訴時效，追訴時效只是小問題，更嚴重的應該是罪刑法定，罪刑法定幾乎是2000年來人類在刑事追訴上一個非常重要的基本原則，沒有一個人應該為他行為當下被認為可以的事情而以後被追究，這幾乎是人類文明的共通規則，可是《歐洲人權公約》是目前全世界最進步的國際法上人權文件，至少是有它劃時代意義的，它說罪刑法定有時候應該退讓，我記得有次在行政院羅政委主持的會議，我們在討論追究過去的犯罪行為，有幾位刑法學界先進，堅持罪刑法定主義絕對不可以突破，追訴時效也許可以討

論，當時我分享德國一個非常有名的刑事學理的講法，叫做追訴時效如果有用，只能計算民主時代的時間，不能一起算入威權時代的時間，我舉個例子，比方說威權時代結束前30年做的一個行為，那還要經歷過30年，民主時代才到來，那你不能在民主時代計算30年時效已過，追訴時效不能計算威權時代的期間，這是德國刑法學家非常重要的講法，因為不法國家的時代，行為人不能享受追訴時效帶給他的利益，而我們國內的許多刑法學者認為這不能接受，不能讓你任意切割，一定要從行為時開始算，連追訴時效他們都可能認為是天大的不能克服的障礙，更不要說罪刑法定。看看1960年代《歐洲人權公約》到現在60年了，帶給我們的一些啟發，恐怕不是那樣。罪刑法定當然有它的價值，我無意在這裡說罪刑法定原則就把它廢掉吧。在某一些極端的例外，我們應該要考慮罪刑法定到底是不是有它那麼樣神聖不可侵犯的地位，恐怕不是如此。當然我們也要謹慎，我完全同意，所有的適用要有它的穩定性，就算要有例外，那個例外要例外的有理，不恣意，不任意擴大，我們不要把自己推往兩個極端，所有的價值，很可能極度對立，我們都知道不管是法秩序或一般社會秩序，最核心的價值，自由與平等，兩個就是對立的，更不要說我們今天面對問題有很多不同的規範性的內涵，我們必須正視那個衝突，而不是忽略某些衝突，只標榜對我們有用的某個價值，這是我個人的法律觀，跟各位分享。

談到德國獨有的政黨與附隨組織的不當黨產，它並不少見，雖然在許多國家，並不常常看到，我記得主委2019年在烏克蘭選出澤倫斯基約莫相同期間到捷克跟波蘭，捷克跟波蘭很多的專家都回覆「我們的政黨沒有不當黨產」，政黨掠奪的不當財產都收歸國家，這裡追索的是國家的不當取得，而不是政黨，我們台灣非常獨特的例子，我個人把追索不當黨產放這個脈絡下，對於不法措施主

張金錢填補損害，這個各國通常最早的轉型正義手段，慢慢走向被徵收跟剝奪的原有財產的返還，這是一個蠻重要的發展歷程。轉型正義 Transitional Justice 這個名詞、概念誕生在 1991、1992 年，主要是針對東歐社會主義國家，如果追溯至國家以制度性的處理，其實二戰後就開始，所以你會發現，即便二戰後或東歐社會主義國家垮台，我們歷史學叫做真實存在過的社會主義國家，換言之，理論的社會主義國家並沒有真的出現過，我們今天談到的轉型正義，如果不要管概念的誕生，管它實際的作為，溯至 70 幾年前二戰結束，你會發現大家的焦點都是金錢填補損害，追究某些人一開始經常大張旗鼓，例如紐倫堡審判、東京軍事審判，也許一開始大張旗鼓，但以戰後西德為例，去納粹化在 1952 年以後就消失了，跟北大西洋公約組織的成立有很大的關聯，因為西德做為北約的最前線，美國、北約需要一個強大的西德官僚體系，需要強大的西德軍方，而這些人都來自於納粹，至少都走過納粹，他沒有辦法，他必須擁抱這些人，不然要以法國做為北約的最前線嗎？當然不可能。歐洲人說：歐洲最薄的三本書，英國的食譜、德國的笑話集跟法國的戰爭英雄故事，通常一頁沒寫完就寫不下去了，難道你要仰賴法國？你一定要仰賴西德，西德一定要擁抱納粹，不然怎麼辦？某個程度轉型正義如果你去納粹化，很多德文文獻告訴我們，毋寧是失敗的，至少在追究加害人，我們在討論追究加害人經常講你要抓大放小還是抓小放大，抓大例如韓國，抓小例如德國，德國抓奧許維茲集中營（Auschwitz）門口守衛，很多納粹卻在戰後還在擔任高級官員，至少在 1950 年代，你繼續追奧許維茲集中營門口守衛，經過長久的審判，最後判他有罪，例如近年來知名的一個案件：是因為這位老先生最後承認我知道後面發生什麼事情，他以前都說我不知道後面發生什麼事情，所以沒辦法判他有罪，最後他說我知道，就判

有罪，某個程度來說，如果我是納粹大壞蛋一定覺得很慶幸，都抓小嘍囉，抓小放大，追究加害人在世界各國都有非常獨特的軌跡，東歐社會主義國家對於過去的國家不法，他們的理解都是 What we did？我們到底做了什麼？中南美洲的轉型正義，人民對於過去的國家邪惡都說：What they did？他們做了什麼？各位，這兩個思維跟我們今天談到的都很有關聯，所以你會發現，各國一開始仍然聚焦在被害人的補償，而我們看到台灣民主化李登輝總統時代第一步也是這樣做，都是先這樣做，很多國家從此就止步了，不再前往採取其他的步驟，或是其他的措施只是些微的慢慢的往前，所謂的把不當徵收的財產還給人民，其實很晚才開始，例如在 2000 年前後，所謂的 Global Transitional Justice 包括：

1. 與納粹德國相關的，特別是猶太裔受害者之補償請求，財產損失之賠償與補償請求。
2. 有關奴隸交易、人口販運與奴役之補償請求。
3. 與殖民主義相關，特別是因驅逐與屠殺原住民族所生之補償請求。
4. 政權移轉後有關前政權濫行刑事追捕處罰之賠償補償請求。

這些是很晚才發生的，所以對我個人而言，追索黨產必須放在這個體系下去看待它，它確實不是我們在轉型正義的措施跟政府的政策上一個比較常見的，至少不是一開始出現的。在追索黨產，剛跟大家提到的實質法治國原則，如果用德國聯邦憲法法院院長 Hans-Jürgen Papier 的論述來說，他認為要追索黨產必須符合這兩個要件，只要符合這兩個要件就違背實質法治國原則，當然就可以真正溯及加以處理。第一個是直接侵害相對人基本權，這個通常比較沒有問題，那麻煩的是下一個，何謂濫用政黨的壟斷與威勢地位？

以東德為例，符合「東德政黨暨附屬組織違反實質法治國取得不當財產－五原則」之一，就可以被認定違反實質法治國原則：

1. 戒嚴而直接軍事佔領期間內之徵收，不符一般徵收之公益要件、無「徵收公益」可言。
2. 與徵收相當或類似徵收之措施，如取得之過程，足以辨識確認為「濫用權力、貪汙、脅迫、詐欺」之行為。
3. 如以買賣取得，必須滿足兩要件：「取得過程無前述相當或類似徵收之特徵」＋「買賣價金確實給付」，方得免責。
4. 黨營事業財產，必須滿足兩要件：「符合該事業別合法且正當之經營原則」＋「取得過程無前述相當或類似徵收之特徵＝符合實質法治國原則要求」，方得免責。
5. 得主張扣除之「債務」：依該債務之成立事由，且其財產之維護、保全、管理與利用的意義與目的，均符合實質法治國原則者，方得扣除之。

德國聯邦憲法法院在我下面列的三個判決中 *BVerfGE 20, 331-52, 144 - 70, 308*，都同時提到類似的問題，法治國的實質要求，應可回溯至正義－憲法實證化的正義，這幾個都跟我們今天談的問題是有關聯的。如果延伸到非政黨，如果是所謂的附隨組織，德國沒有用這個字，德國用 Massen，德國用群眾組織，我國的立法者用附隨組織，某個程度「附隨」二字會產生某種不好的影響，我在學校也教勞動法，在勞動法中有一個令人尷尬的概念叫做從屬性，從屬性是一個光譜，這邊叫從屬性，這邊叫毫無從屬性，我們在勞動生活上從來都看不到有一個完完全全從屬，有一個完完全全自主，德國勞動法學說從屬性是一個極其尷尬的概念，它事實上無法操作。德國用 Massenorganisationen 叫群眾組織，那是因為納粹是人

類歷史上最成功的民粹運動，它是個群眾 Massen，所以它的想像
是其他的組織必然也有相同的特徵，這是一個群眾的組織，這點很
有意思，我不敢論斷較好或較差，如果是其他組織藉以黨領政／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，到底
該如何處理呢？德國人的經驗，是我希望跟各位分享的：**不是偏狹
的「全組織與全功能」之完全從屬性理解，不是「純度」或「是否存
有自主性可能」之細部或「不同時期」的分別檢驗**，我們不是在比
賽「純度」，你有百分之二十的自主性，百分之八十被國民黨控制，
我請教各位，那是附隨還是不附隨？如果倒過來，我有百分之九十
的自主性，只有百分之十依賴國民黨，若我們的證據甚至是貴組織
的理事名單曾經經過國民黨中常會通過，有三分之一是國民黨的中
常委兼任，「兼任」是指國民黨派去的嗎？或只是重疊？在座很多
法律的先進們，我們回顧一下公司法關係企業裡面的幾分之幾相同
人都彼此有關係，要這麼去看待它嗎？還有不同時期的問題，人民
團體甚至基金會的法人機關，如果每幾年就有幾分之幾的人數變
動，請問還叫「附隨」、「從屬」嗎？我個人認為這不是重點。就像
1933年《蒙特維多國家權利義務公約》提到國家四要件，何謂「國
家」？國家指的是與其他國家交往的能力，很多人把蒙特維多公約
第四要件理解為邦交，與其他國家建立外交關係，那就麻煩了，上
個禮拜邦交國還蠻多的就是國家，下禮拜邦交國不見了我就變成不
是國家，豈不荒唐？這不是純度，不是量的問題，對我而言，我不
認為這真的是重點。我們黨產條例規範的文字帶來了某種程度的束
縛，我認為**關鍵在於：是否於黨國體制內，利用政黨之優勢地位，
取得違反實質法治國原則之不當利益**，還是回到原點，初衷是追索
不當黨產真正的正當性，不在那個「附隨」的全組織功能的認定，
換言之，針對個別事件，甚至針對個別取得的利益，在這個利益

上，我們認定 A 是 B 的附隨組織，而不是因為從純組織面觀察，因為 A 是 B 的附隨組織，所以我要追你那個利益，這點很關鍵，重點在我們今天所要處理的「標的」，這個標的 A 為什麼取得？因為他利用 B 政黨帶給他的某一種優勢地位，而不是因為 A 被 B 所控制，完全是 B 的附隨組織，所以我要追你每一筆，這是德國人在思考這個問題的最大差別。所以才有辦法面對時間的走向，如果某一個組織從誕生到我今天追索它，從來沒有脫離過某個政黨的控制，那也許你那樣認定是有道理，但我們都知道現實不是如此，更何況我們在追索黨產已是在民主化三十年後才做，各位要了解，我不認為時間帶給我們的是障礙，但如果你把全組織的從屬當做一個要件，時間就會是一個障礙。你很難抽離，甚至給法院一個看法，法院說如果三十年內只有前十年是從屬，那追索的利益就不能擴及到後來二十年，就會變成這個問題。3. **針對個別事件，個別的標的、利益加以考察，無須「繼續性的、不中斷的、毫無例外之組織或功能性檢驗」**，法院說今天已經不是，或 B 又賣給 C，B 早已不是，或 C 再賣給 D，C 也不在裡面，這些問題都不是真正的關鍵，但我們常看到法院可能會受困在這些關鍵下，德國聯邦行政法院 *BVerwG* 跟柏林邦行政法院 *LVerwG Berlin* 都有提到類似的問題，**聚焦「政黨附隨組織」（本案：聯結法人）：同樣原則適用於「僅部分之營業，係為某政黨或隸屬該政黨之組織而服務，其他部分仍屬於該組織自主」——就該「部分營業」而言，仍為附隨組織無誤（Case Novum & Transcarbon）**，為什麼人家買單？因為這個組織背後是德國社會主義統一黨，SED，不是我這個組織的一部分隸屬政黨，而是為你這個政黨服務，利用政黨帶來的威勢地位，就算其他部分仍屬自主，至少那個部分也是附隨組織。

德國學者也提出所謂的**連結性三要素**：1. 政治工具化：作為穩

固政治權力的重要元素。2. 組織上融合：以事實個案中的整體形象或組織重要部分加以個別認定。3. 財務上的聯結：財產為政黨潛在財務之一部或其他連結（Verflechtung），這些都是學理上進一步的闡釋，可以協助我們在個案中精準的認定。

我國憲法有沒有相同內涵？中華民國憲法誕生在 1947 年，當時主要起草者不少威瑪時代留學德國，參考的是 1919 年的威瑪憲法，威瑪憲法當時的時代氛圍叫做價值相對主義，叫做英格蘭式的議會萬能主義，當時叫做沒有憲法審判權，如果暫時忘掉奧地利那個比較偏狹的形式，不過中華民國憲法有一點不同，畢竟放進了大法官，用來解釋憲法，這是受到法國的一些影響，中華民國憲法有一段故事，不管怎麼說，我們錯失了戰後三個時代的憲法革命，1950 年代的西歐，例如反國家社會主義做為西德基本法的核心原則，基於戰前經驗走向防衛性民主，我們全部錯失，全部沒有經歷過，1970 年代歐洲最後的法西斯崩潰，伊比利半島的西班牙、葡萄牙，巴爾幹半島的希臘，帶來南歐革命，憲法應該多多追求平等，1990 年代東歐垮台，從匈牙利開放到奧地利的邊界，一直到 1991 年蘇聯降下鐮刀旗，東歐各國全部都在西歐的顧問，一大半是德國法律顧問的建議之下，各國紛紛通過新的憲法，東歐後社會主義國家要的是自由，你會發現戰後三個憲法革命，中華民國憲法通通不相干，讓我們的憲法文本，以今天的眼光看來，非常的落伍。還好，透過過去的司法院大法官，從最早的大法官會議到現在的憲法法庭，透過解釋與形成，走向符合實質法治國要求的憲法秩序，例如針對黨產條例的釋字 793 號解釋，就是一個明顯的例子。

北高行的大孝大樓案，法院說：「總資產未增加（現金變為不動產），非立法理由所示贈與或轉帳撥用，價額高於標售底價，其

他……無法舉證」，換言之，他說這是個違法的處分。在張榮發基金會的案子上，法院說：「於黨產條例 105 年 8 月 10 日公布日已非申報義務人所有之財產，除非申報義務人有違背其申報義務之法定情形，得逕依同條例第 10 條規定推定為不當黨產者外，該財產須屬政黨或附隨組織以『無償』或『交易時顯不相當之對價』之方式取得，又非屬政黨通常財產，才受同條例第 5 條第 2 項之推定為不當黨產……原處分未敘明系爭土地及原建物是否及如何認定為『交易時顯不相當之對價取得之財產』」。在中廣的案子，法院說：「國民黨使中投公司等黨營事業，將華夏公司股權全數過戶予非黨營事業之榮麗公司，原告已因此脫離國民黨實質持有及控制……中投公司、光華公司確實沒有要再取回原告的實質控制權，而是以債權人身分協助出售榮麗公司名下之華夏公司所持有的原告股權，使其債權獲得清償。從而，榮麗公司取得華夏公司全部股權當時，已經切斷國民黨透過中投公司等黨營事業實質持有及控制原告之可能性，亦無證據足以認定國民黨仍實質控制原告之人事、財務及業務經營。」這三個判決應如何看待？我個人覺得，法律沒有那麼難，黑格爾在法哲學原理說「人不需要是鞋匠，也知道鞋子合不合我的腳……人不需要學法律，也知道這個法律好不好……」，正義有時是來自我們心目中最根深柢固赤裸的信仰，大孝大樓案是否該當類似徵收之措施？足以辨識為濫用權力？雖為買賣取得，但仍不能具有前述特徵，並非「價額高於標售底價」，即得治癒違法。張榮發基金會案，「交易時顯不相當對價」（黨產條例第 5 條參照）恐非本案真正重點，是否「違反政黨本質及悖於民主法治而取得」才是實質法治國原則的要求。實質法治國原則才是重點，而非「交易時顯不相當對價」，我必須承認，這是黨產條例帶給黨產會的束縛。中廣案，是否仍實質控制人事、財務及業務，並非重點，「組織性

連結」根本不重要，關鍵在「追索該不當利益取得係本於政黨優勢地位、濫用權力」。如同剛舉的例子，如果數十年前是十萬市價，今天變成壹佰億，我們是否只能選擇全部徵收回來，徒讓國家享有壹佰億的利益，德國人有一句很討人厭的概念叫做「生活關係重大變更」，當生活關係重大變更，你就不能再那麼簡單地說，那還給你吧，你突然擁有壹佰億的利益，有些學者認為這樣會給，比方說政治受難者的第二代不相當的利益，我曾經聽過一位學者跟我說，這樣就讓政治受難者的第二代、第三代突然變成田僑仔，這樣公平嗎？我必須承認，這是個難題。

通往正義，法規範內涵之開放性，永遠保有路徑與可能性，法律解釋，不應、也不會構成障礙……，黨產條例做為一個出發點跟適用基礎，在個案上，我個人還是認為回歸今天談的主題，在憲法上給我們一個該有的指向是比較關鍵的。