

轉型正義法制的形成及反思

自由民主憲政秩序之為物

— 試論台灣轉型正義實證法化的基礎、爭議與侷限

黃丞儀 *

中研院法律所研究員、清大科法所合聘教授

摘要

本文探究台灣以實證法（包含國會制定法、行政機關依法律通過的命令、司法判決或解釋）來將轉型正義具體化所碰到的挑戰。第一部份說明轉型正義的實證法化基礎，亦即所謂的「自由民主憲政秩序」，並指出該概念是在民主化之後繼受自戰後德國基本法和聯邦憲法院判決。第二部份分析歷史記憶和司法解釋之間的緊張關係，以大法官釋字第 793 號解釋為例。第三部分則以近期司法實務的難題，說明「自由民主憲政秩序」可能出現的侷限。

本文認為「自由民主憲政秩序」的具體內涵有賴立法者和司法者共同協力形成。一方面立法者不能在上游就讓「自由民主憲政秩序」變成「空白授權」，另一方面，司法者如何善用目的性解釋，落實轉型正義，將是未來台灣轉型正義實證法化面臨的最大挑戰。

關鍵詞：轉型正義、自由民主憲政秩序、釋字第 793 號、黨職併公職、黨產條例

壹、緒言：轉型正義與法律

貳、台灣轉型正義實證法化的基礎

一、「自由民主憲政秩序」作為第二階層憲法

二、「自由民主憲政秩序」的繼受與擴充

* 本文部分內容曾經發表於中研院法律所主辦「歷史記憶的倫理」學術研討會及台灣法律史學會 2021 春秋兩季研討會「轉型正義法制的形成及反思」，感謝主辦單位邀稿。感謝王泰升教授邀請將拙稿修改後發表於本刊。研究助理陳之昱協助查閱、翻譯德文法學文獻，張竣凱協助統一註釋，一併致謝。

參、台灣轉型正義實證法化的爭議：「自由民主憲政秩序」是否涉及歷史重新詮釋？

- 一、從「非常時期」到「黨國體制」：規範評價的典範變遷
- 二、規範評價會不會改變歷史記憶？

壹、緒言：轉型正義與法律

轉型正義一詞在台灣開始廣受矚目，大約始於陳水扁總統第二任初期。¹當時的討論重點聚焦於黨國體制下的黨產、黨營事業、黨職併公職、政黨控制媒體等議題。²除了國史館曾出版政治案件檔案外，政府部門及社會輿論對於轉型正義的關注，較少觸及戒嚴時期軍事審判的政治案件。這或許是因為 90 年代通過的兩項金錢補償法案，已經初步進行了受難者補償的工作。兩個補償基金會發出的補償金合計將近新台幣 269 億元，相當龐大。³不過，國際社會對於轉型正義的理解，除了補償受害者之外，還包含了追究加害者和歷史記憶的保存。⁴聯合國安理會秘書長安南 (Kofi Annan) 於 2004 年 8 月發布的《衝突與後衝突地區法治與轉型正義》報告 (The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies)，如此定義轉型正義：

「包含各種程序或機制用以處理過去大規模的人權侵害事件，以確立責任、實現正義和達到和解。這同時包含了司法和非司法機制，而且可能有不同程度的國際參與（或完全沒有）、追訴個人、

肆、台灣轉型正義實證法化的侷限：「自由民主憲政秩序」如何具體運用？

- 一、黨職併公職的法律爭議
- 二、有關「附隨組織」的法律爭議
- 三、小結

賠償、真相發現、制度改革、除垢或解職，或者綜合以上各種途徑。⁵

1 「一直到 2004 年十一月立法委員競選期間，陳水扁總統在為執政黨候選人助選的時候，才認真地提到，如果執政黨贏得立法院的多數，他將重新調查過去懸而未決的幾個政治謀殺案。」吳乃德，轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業，思想，2 期，2006 年 9 月，23 頁。

2 汪平雲，國民黨黨產、黨國體制與轉型正義—「有轉型而無正義」的台灣民主化，2007 年 3 月 21 日，<https://old.cipas.gov.tw/igpa.nat.gov.tw/fp838a.html?xItem=1499&ctNode=37&mp=1>（最後瀏覽日：2021 年 9 月 26 日）。

3 1995 年 4 月 7 日總統令公布「二二八事件處理及賠償條例」，嗣後於 2007 年 3 月 21 日總統令修正公布名稱為「二二八事件處理及賠償條例」。1998 年 6 月 17 日總統令公布「戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例」。截至 2021 年 4 月 1 日為止，二二八事件紀念基金會審定賠償金額為 72 億 6,540 萬元。截至 2014 年 9 月 8 日不當審判補償基金會任期結束為止，核發補償金計 196 億 2,300 萬元。請參見二二八事件紀念基金會，賠償金申請相關事宜，<https://www.228.org.tw/pages.php?sn=14>（最後瀏覽日：2021 年 9 月 26 日）；周思宇，真相仍未明 不當審判補償基金會明熄燈，自由時報，2014 年 9 月 6 日，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/811188>（最後瀏覽日：2021 年 9 月 26 日）。

4 吳乃德，民主時代的威權遺產，收於：台灣民間真相與和解促進會編，記憶與遺忘的鬥爭—臺灣轉型正義階段報告書卷一：清理威權遺緒，2015 年 10 月，29 頁。

5 See United Nations Security Council, The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post Conflict Societies, Point 8, p. 4. Source: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-rule-of-law-and-transitional-justice-in-conflict-and-post-conflict-societies-report-of-the-secretary-general/>（最後瀏覽日：2021 年 9 月 26 日）。

由此可見，轉型正義的目的在於確立責任、實現正義並達到和解，而非單純的金錢補償，更非復仇或政治追殺，它和後轉型社會的整體法治實現有密切關聯。尤其近來有些倡議團體和學者嘗試將轉型正義和聯合國在 2015 年（亦即創建七十週年）提出的「2030 議程」（Agenda 2030；聯合國永續發展目標，SDG），進行連結。SDG 第 16 項目標為「創建和平、包容的社會以促進永續發展，讓所有人都能訴諸司法，在各層級建立有效、負責和包容的機構」。⁶循此脈絡，推動轉型正義是為了讓各國在國內可以建立長久和平和多元包容的社會，讓司法成為有效的救濟管道，減少對於弱勢和不同意見者的壓迫，讓人類社會可以良善治理（good governance）和永續發展。無論是法治的建立或民主體制的鞏固，都是為了達成上述的目標，而轉型正義正是讓曾經發生大規模人權侵害事件的國家「通往」（transition to）良善治理的一座歷史橋樑。⁷它不應該以「望文生義」的方式被理解為「變形的正義」或是「勝利者的正義」（the victor's justice），而是一項讓人民重新信任司法，培養民主文化的計畫。轉型正義預設了一個發展終點，就是民主體制和司法獨立的確立。⁸

在法治原則的支配下，轉型正義的核心挑戰就在於如何透過不同制度設計處理過去國家濫權侵害人民權利，在此同時又可以讓人民對司法體系產生信賴感。Ruti Teitel 在其經典名著《轉型正義》（Transitional Justice）當中即分

別透過刑事正義（criminal justice）、歷史正義（historical justice）、修復式正義（reparatory justice）、行政正義（administrative justice）、憲法正義（constitutional justice）來討論政治激烈變動過程中如何透過不同的法律措施建構法治。她強調在此過程中，法治的概念往往是超乎尋常的（extraordinary），而且是逐漸建構出來的（constructivist），並非僵固不變。⁹轉型正義的內涵必然鑲嵌

6 Goal 16 of the UN Sustainable Development Goals: "Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels." Online source: <https://sdgs.un.org/2030agenda> (最後瀏覽日：2021年9月26日)。

7 「歷史橋樑」是南非 1993 年臨時憲法（Interim Constitution）結語〈國家合一與和解〉（National Unity and Reconciliation）的用語。該結語成為南非成立「真相與和解委員會」（Truth and Reconciliation Commission, TRC）的憲法基礎。「本憲法提供一歷史橋樑，介於過去充滿對立、衝突、不可言喻的折磨與不公義所造成的分裂社會，與建立在尊重人權、民主與和平共存、發展機會的未來，不分膚色、種族、階級、信仰或性別。為了追求國家合一、南非公民的福祉及和平，為了南非人民和社會的重建需要和解。」“This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex. The pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society.”

8 Ruti Teitel 的 Transitional Justice 第一次在台灣出版時，書名譯為「變遷中的正義」，可能比較接近該名詞的原意。而日本採用「移行期正義」作為譯名，將重點置於「政治變遷過程」，比較不會造成誤會。關於「轉型正義」譯名對台灣社會的影響，請見 Cheng-Yi Huang, *Law's Liberation*, Opinio Juris, September 18th 2020, <http://opiniojuris.org/2020/09/18/transitional-justice-symposium-laws-liberation/> (最後瀏覽日：2021年9月26日)。

9 Ruti Teitel, TRANSITIONAL JUSTICE, Oxford University Press, 2002, p. 6.

在當地社會的變遷過程中，透過檢討和反省「為什麼過去的行為是不法或不正當」來重建我們對於「什麼是合法」、「什麼是正當」的概念。

這種社會建構論（social constructivism）的轉型正義觀點，強調法律和政治的辯證互動，針對大規模的政治變遷尋找規範基礎。不過，正因為轉型正義的政治過程和法律措施往往交互影響，因此很可能被質疑違反一般法治原則。例如威權體制下的軍事刑法或普通刑法往往具有大量的空白構成要件，以利軍事檢察官或軍事法官便宜行事。假設轉型正義所適用的法律，也採用相當寬泛的構成要件時，讓行政官員或司法者針對個案享有龐大的裁量或涵攝空間，對政治案件進行判斷，會不會淪為「五十步笑百步」？推動轉型正義，還可以宣稱是以「法治」來匡正不法，或目的在於重建法治嗎？又或者，用以判斷過去不法的法律規範，雖然是國會多數通過的法律，是不是有「以今非古」的問題？那麼未來的世代是否也可以推翻今日的判斷？¹⁰

知名的政治學家 Jon Elster 曾經以兩個「理念型」（ideal type）來說明轉型正義的特性。首先是「政治正義」（political justice），最主要的代表就是政治審判（或稱擺樣子審判，show trials）。¹¹另一個理念型就是純粹的「法律正義」（legal justice），強調程序正義和司法獨立。在 Elster 的定義下，這兩者最大的差別就是政治審判的結果早已決定，外部觀察者往往可以預知結果為何。¹²但是他也指

出，在涉及轉型正義的案件上，司法程序經常和嚴格定義的程序正義產生矛盾，例如不溯及既往、追訴權时效、無罪推定、舉證責任分配、審判不受干擾等。甚至負責轉型正義的組織是混合型，包含專業法官、行政官員或相關領域的專家，其行使的權力可能兼具立法、司法和行政性質。Elster 認為當「法律正義」出現多處不合正當程序的情形後，最終會到達一個臨界點，之後便是「政治正義」的場域了。不過，對 Elster 來說，在這兩種理念型中間有許多可能性，最重要的關鍵就在於是不可以完全準確地預知結果。倘若結果仍存在不確定性，雖然正當程序有些不完備，仍然屬於在法律正義的運作範疇。

區分法律正義與政治正義，只是從概念上提供分類架構以便理解轉型正義的複雜和困難。其實，法律正義的實踐不會只限於程序正義，更涉及實質的價值選擇。而實質價值的界定與排除，本身就是具有

10 或許是基於這樣的考量，促轉會於 2021 年 9 月 25 日公布的「任務推動及調查成果報告書」第一部總論，對於轉型正義採取比較限縮的見解認為：「轉型正義是以過去的正義清理過去的不正義。威權統治政權過去侵害人權的行為是在當時即為不法。威權統治時國家不法行為之所以不法，即在它違反當時已經存在的『自由民主憲政秩序』價值基準。」參見促進轉型正義委員會，任務推動及調查結果報告書（上）第一部：總論，2021 年 5 月，1-24 頁。資料來源：<https://www.tjc.gov.tw/public/tjc-uploads/policy/2021/10/de1c34cb708274b677664c76e78f7631.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 9 月 26 日)。

11 劉芳瑜，威權時期台灣的「擺樣子公審」：國民黨對政治案件「形式合法性」的操作，台大法研所碩士論文，2015 年。See Jens Meierhenrich and Devin O. Pendas (eds.), POLITICAL TRIALS IN THEORY AND HISTORY, Cambridge University Press, 2017.

12 Jon Elster, CLOSING THE BOOKS, Cambridge University Press, 2004, pp. 88, 90-91.

倫理意義的行為，很難避免道德評價。這也是轉型正義最深層的問題：我們如何去評價一個行為為惡？民主多數決通過的法律可以做為善惡評斷的標準嗎？政治上的高壓統治有沒有可能是為了一个崇高的目的（保障台灣人民免於共產黨的侵略），因而可以豁免於民主法治的價值評斷？¹³ 這種狀況類似在所謂「緊急狀態」(the state of emergency) 下，可以暫時懸置法治，以保全最多數人的生命和福祉。如果政治統治本身就是隨著情勢變動而有不同需求 (contingency-based)，如何可能用一套固定的法律標準來要求政治人物的決策必須完全合乎理性（或道德社群的標準）？以下將透過促轉條例和黨產條例的內容，探究以實證法（包含國會制定法、行政機關依法律通過的命令、司法判決或解釋）來將轉型正義具體化、可操作化所碰到的挑戰。第一部份探討轉型正義的實證法化基礎，亦即促轉條例和大法官第 793 號解釋都提及的「自由民主憲政秩序」。第二部份進一步探討這種「實證法化」所引發的爭議，亦即歷史記憶和司法解釋之間的關係。第三部分則以近來司法實務上遭遇的問題，說明以「自由民主憲政秩序」作為轉型正義實證法化基礎的侷限。

貳、台灣轉型正義實證法化的基礎

立法院於 2017 年 12 月 5 日通過的「促進轉型正義條例」（簡稱「促轉條例」），開宗明義第一條即規定：「為促進轉型正義及落實自由民主憲政秩序，特制定本

條例。（第一項）威權統治時期違反自由民主憲政秩序之不法行為與結果，其轉型正義相關處理事宜，依本條例規劃、推動之。本條例未規定者，適用其他相關法律之規定。（第二項）」（重點為本文所加）自由民主憲政秩序成為轉型正義的重要基礎，也是轉型正義所欲保障與實踐的終極目標。

在此之前，立法院於 2016 年 7 月 25 日通過的「政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例」（簡稱「黨產條例」）中，法條文字尚未使用「自由民主憲政秩序」一詞，僅在第四條定義「不當取得財產」的立法理由提及「按法治國之基本理念乃在於透過『以法而治』之形式意義法治國概念，進而遂行『價值判斷』、『法律目的』為內涵之實質意義法治國原則，以追求實質正義。根據實質法治國原則，對於政黨之規範，應以自由民主憲政秩序為根本價值。本條例旨在調查及處理政黨於威權體制下所取得之財產，爰參考監察院調查報告所列財產取得之情形，並依據實質法治國原則，斟酌現代民主法治國家政黨應有之地位與功能，定義本條例所稱應返還所取得之財產係指政黨違反政黨本質或其他民主法治原則所取得之財產，或使其附隨組織取得

13 筆者曾嘗試從法實證主義和 Lon Fuller 的「法內在道德」(internal morality of law) 角度探討美麗島大審（一般認為是政治審判）是否符合最低限度的法治，有無可能蘊含 H. L. A. Hart 所謂的「正義胚芽」(germ of justice)。黃丞儀，政治審判與「正義的胚芽」—從法治原則重新檢視美麗島審判，世新法學，第 14 卷第 1 號，2020 年 12 月，1-35 頁。

之財產。」雖然本條並未針對「自由民主憲政秩序」作出清楚的定義，但從其立法理由區分「形式意義法治國」和「實質意義法治國」，認為前者係指「以法而治」（應即法律保留原則、法律優位原則），而後者則係以追求實質正義的「價值判斷」和「法律目的」為主，應可得知自由民主憲政秩序在黨產條例當中，乃化身為符合正義原則和實質法治國原則的價值聯集，並未限於「以法論法」的形式法治國原則。

到了 2020 年 8 月 28 日公布的大法官釋字第 793 號解釋，針對黨產條例相關條文是否違憲，首先論及：「立法者為確立憲法所彰顯之自由民主憲政秩序價值以及憲法之基本權保障，就非常時期違反自由民主憲政秩序及嚴重侵害基本權利之不法或不當過往，認於民主轉型之後有予以重新評價及匡正之必要，且以政黨既能影響國家權力之形成或運作，自應服膺自由民主憲政秩序，以謀求國家利益為依歸，不得藉此影響力謀取政黨或第三人不當利益，而認其利用執政機會或國家權力取得之財產，亦應回復，俾建立政黨得為公平競爭之環境，以落實轉型正義。」（段碼 12）本號解釋將自由民主憲政秩序放置在中華民國憲法的規範框架內，認為這部憲法原本即蘊含自由民主憲政秩序的價值，以及保障基本權利的誠命。從而，大法官認為在民主轉型之後，針對「非常時期違反自由民主憲政秩序及嚴重侵害基本權利之不法或不當過往」有重新予以評價和匡正的必要，因而

從自由民主憲政秩序的角度重新審視戒嚴時期政黨的財產取得手段，乃至於對於政黨政治的影響，進而肯認黨產條例合憲。這雖然並非我國大法官針對轉型正義首次作出的解釋，但卻是最詳盡闡明，也做出最明確定義的一號解釋。實踐「自由民主憲政秩序」的法律即可在中華民國憲法的規範框架內予以正當化，這便是我國轉型正義實證法化的重要基礎。

然而，具體來說，究竟何謂自由民主憲政秩序？一般常以大法官解釋第 499 號揭橥的「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者」作為自由民主憲政秩序的定義，大法官在該號解釋舉例說明包括民主共和國原則（憲法第一條）、國民主權原則（第二條）、人民基本權利（第二章）及權力分立與制衡原則。不過，大法官並未窮盡所有可能作為自由民主憲政秩序內涵的憲政原則，所列舉的四項也只是與該號解釋標的較相關者。而且，這些原則和轉型正義又有什麼關係？

一、「自由民主憲政秩序」作為第二階層憲法

回顧我國釋憲史，「自由民主憲政秩序」一詞首次出現於 1995 年公布的釋字第 381 號解釋，該號解釋的背景是第三次國大修憲，為了推動總統直選，國民黨國大黨團強力主導一讀和二讀程序，民進黨籍國代反對一黨修憲，要求一讀和二讀程序須依照憲法第 174 條規定的 3 分之 2 出席和出席代表 4 分之 3 決議，國民黨則不顧反對仍欲強勢通過黨版 10 條修憲條文，兩黨在議場中發生多次衝突。國大秘書處

遂於 1994 年 7 月 2 日提出釋憲聲請書，請求大法官針對一讀會的出席及議決人數是否有特別規定，進行解釋。大法官在第 381 號解釋文說明，國代一讀會程序的出席人數和議決人數，屬於議會自律事項，只要符合「自由民主憲政秩序之原則」，即與憲法無違。

如果將釋字第 381 號解釋和釋字第 499 號合併觀察，可以發現大法官在 90 年代後期適用「自由民主憲政秩序」時，主要是為了論證修憲過程是否有憲法條文以外的原則需要遵守。換言之，「自由民主憲政秩序」是修憲界限論的相應產物。當大法官作為一個憲法機關，要論證另一個憲法機關（國民大會）所制定或增修的憲法條文「違憲」時，無法單純從憲法條文來進行，因此需要由憲法的規範目的抽繹出法條文字內部蘊含的價值秩序。當大法官採取「修憲界限論」時，它所擁有的就不單只是憲法解釋權，而是進一步擁有否決修憲的政治性權力（political power）。從傳統的國民主權原則來看，政治性權力應該歸屬於由人民透過符合民主原則的定期選舉產生的政治部門。向來被批評具有反多數決性格（counter-majoritarian）的司法權在行使否決修憲的權力時，等同於推翻多數民意所通過的憲法條文，形成司法統治（juristocracy），有違反民主平等（democratic equality）的問題。¹⁴

在釋字第 499 號解釋後，大法官更進一步將「自由民主憲政秩序」的運用範圍從修憲程序的控制擴張到人民基本權利的

保障。因此，在釋字第 567 號當中，針對戒嚴時期公布的戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法，有關政治犯出獄後再給予勞動教育的處分，認為「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期¹⁵，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」（重點為筆者所加）透過釋字第 567 號，大法官將原本屬於「自由民主憲政秩序」內涵之一的基本權利，特別是思想自由，鑲嵌在「人性尊嚴」的圖像中，進而提升為「自由民主憲政秩序」存續的重要基礎。而且，大法官在本號解釋透過自由民主憲政秩序和基本權利的結合，建構出「最低限度人權保障」，以此為基準宣告戒嚴時期有關勞動教育的規定違憲。從而，自由民主憲政秩序不單單只是用在審查修憲是否違憲時的價值基準，更可以用來審查法律或行政

¹⁴ Lars Vinx, *Are There Inherent Limits to Constitutional Amendment? An analysis of Carl Schmitt's argument*, in Matilda Arvidsson et al. (eds.), *CONSTITUENT POWER: LAW, POPULAR RULE AND POLITICS*, Edinburgh University Press, 2020, p. 62.

命令是否違憲的抽象憲法原則。釋憲機關原應以具體憲法條文（或其蘊含之憲法原則）作為法律是否違憲的審查基礎，現在轉而以整體憲法背後的抽象價值秩序（或是在此抽象價值秩序下的憲法原則）作為審查依據。此時，「自由民主憲政秩序」已經轉變為「憲法的後設原則」（meta-rule of the constitution），亦即第二階層的憲法（second-order constitution）。¹⁶

我國大法官之所以需要使用自由民主憲政秩序作為「第二階層憲法」，主要原因在於我國民主轉型並非革命式的轉變，第一階層憲法未有任何改變。對照在同一時期進行民主化的韓國，1987 年全面修正通過的憲法不僅創造了新的憲法法院，更賦予該憲法新的民主正當性，讓憲法法院得以在新的價值座標上，進行違憲審查。¹⁷而南非在終結種族隔離時期後，於 1993 年通過的臨時憲法，即已將轉型正義的憲法誠命寫入其結語（epilogue），而 1996 年通過的新憲法更全面揮別過去的政治陰影。台灣雖然從九〇年代開始歷經七次修憲，始終仿照動員戡亂時期臨時條款的外加方式，通過憲法增修條文，進行憲法改造。中華民國憲法本文在動員戡亂時期和戒嚴時期形式上均未宣告全面停止適用，司法院大法官亦從 1948 年 7 月組成第一屆大法官後，延續至今，即便在威權時期功能有限，仍持續進行釋憲。如果單從中華民國憲法及大法官的運作來看，終止動員戡亂時期並未在憲法形式上出現革命性的變化，因此當時執政黨認為這是「回歸中華民國憲法」的結果。

但是，如果解除戒嚴和終止動員戡亂時期前後，都處於同一憲法支配下，要如何評價威權時期的統治行為或具體的軍事審判案件？促轉會在近期提出的〈任務推動及調查結果報告書〉第一部當中提到：「轉型正義對過去威權政權不法侵害人權行為的匡正，實際上，並不是以今天才有的正義標準來評價過去，而是以過去即存在的正義標準來評價過去。換言之，轉型正義並不真的是『以現在的正義清理過去的不正義』，而是『以過去的正義清理過去的不正義』」。¹⁸促轉會的報告似乎認為「中華民國憲法」就等於「自由民主憲政秩序」，因此以「自由民主憲政秩序」來重新檢討戒嚴時期和動員戡亂時期的國家不法行為，等於就是以當

¹⁵ 此處所稱「憲法的後設原則」近似 Martin Laughlin 討論英國公法的概念。“Understood as the law relating to the activity of governing, public law can be defined as that assemblage of rules, principles, cannons, maxims, customs, usages, and manners that condition, sustain, and regulate the activity of governing. These practices comprise conventions and rules of speech – a vocabulary and a syntax – which are being continuously developed.” See Martin Laughlin, THE IDEA OF PUBLIC LAW, Oxford University Press, 2004, p. 155. 關於「第二階層的憲法」（second-order constitution），宜與 Adrian Vermeule 在討論「憲法作為風險管控機制」（constitutions as risk-management devices）時，提到政治風險是第二階層風險（second-order risks）做區別。對於 Vermeule 而言，憲法是在處理政治風險，而政治風險不同於天災人禍之類的現象界風險，是一種由制度設計不良產生的風險，一旦制度設計不良，就會影響決策系統在處理現象界風險時出現問題。因此，Vermeule 的憲法仍是第一階層的憲法。Adrian Vermeule, THE CONSTITUTION OF RISK, Cambridge University Press, 2014, pp.3-5.

¹⁶ Cheng-Yi Huang & Yi-Li Lee, *Constitutional Courts and Transitional Justice in South Korea and Taiwan*, in Cheng-Yi Huang (ed.), *CONSTITUTIONALIZING TRANSITIONAL JUSTICE*, Routledge, [forthcoming].

¹⁷ 促進轉型正義委員會，同註 10，1-21 頁。

時即已存在的「中華民國憲法」來檢討當時的國家行為。

不過，我們必須留意到「自由民主憲政秩序」在我國憲法規範上，首見於 1992 年 5 月 27 日由第二屆國民大會通過的第二次憲法增修條文，其中第十三條創設憲法法庭審理違憲政黨解散事項，第三項規定：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。」此即所謂「防衛性民主」(militant democracy, streitbare Demokratie) 的概念。當原本應該積極參與民主政治形成過程的政黨，出現違反自由民主憲政秩序的行為時，憲法允許司法者例外地以「干預民主政治」的方式，將該政黨予以解散。這個制度在運用上若稍加不慎，會變成剷除異己或維持一黨獨裁的憲法權力，而且由於憲法法院的終局性，無法再行救濟，對於民主制度會造成很大的影響。這種「防衛性民主」的概念並不存在於仿照威瑪憲法而制訂的中華民國憲法本文當中。因此，從修憲過程而論，「自由民主憲政秩序」一詞也是在台灣民主化之後，繼受德國法制而產生的概念。

二、「自由民主憲政秩序」的繼受與擴充

德國戰後基於納粹的教訓，在基本法當中大量納入「自由民主基本秩序」的概念，其中包括我國第二次修憲時參考的第 21 條第 2 項有關違憲政黨解散的條文。¹⁸ 德國聯邦憲法法院曾經以此條款宣告政黨違憲，強制解散。在 1952 年解散「社會帝國黨 (Sozialistische Reichspartei，簡

稱 SRP) 的判決中，聯邦憲法法院認為：「自由民主基本秩序應該是各種憲法原則背後所根基的價值；自由民主基本秩序至少應該包括尊重基本法中具體化的人權，尤其是關於生命與自由發展的人格權；國民主權原則、權力分立、責任政治、行政的合法性、法院的獨立性，以及有權表達反對意見並參與國家形成的政黨應受平等對待。」¹⁹ 由此可見，作為繼受母國的德國對於「自由民主基本秩序」所列舉的內容比我國大法官第 499 號來得更廣泛。而德國聯邦憲法法院也透過基本權條款中出現的「自由民主基本秩序」構成要件大幅擴張「自由民主基本秩序」適用的範圍。例如德國基本法第十八條：「凡濫用言論自由，尤其是出版自由（第五條第一項）、講學自由（第五條第三項）、集會自由（第八條）、結社自由（第九條）、書信、郵件與電訊秘密（第十條）、財產權（第十四條）、或庇護權（第十六條之一），以攻擊自由、民主之基本秩序者，應剝奪此等基本權利。此等權利之剝奪及其範圍由聯邦憲法法院宣告之。」²⁰

18 其餘如德國基本法第 10 條第 2 項、第 11 條、第 18 條、第 21 條第 2 項、第 73 條第 10b 款、第 87a 條和第 93 條等。基本法其他條文中亦有以「合憲秩序」(verfassungsmäßige Ordnung) 來替換「自由民主基本秩序」的用語。

19 BVerfGE 2, 1 (38). 關於該號判決，請參見 Justin Collings, DEMOCRACY'S GUARDIANS: A HISTORY OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT 1951-2001, Oxford University Press, 2015, pp. 40-45.

20 請參考司法院翻譯的德意志聯邦共和國基本法：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-157-22-dfce6-1.html> (最後瀏覽日：2021 年 9 月 26 日)。

如前所述，我國大法官亦踵步德國聯邦憲法法院，從 90 年代後期以降，除了前述幾號解釋外，更將「自由民主憲政秩序」實質運用到集會結社自由的保障和軍事審判性質的兩個面向上。在集會結社自由的部分，如釋字第 445 號解釋（1998）針對作為「解嚴交換條件」的國家安全法，其中限制集會遊行不得主張共產主義或分裂國土，指出：「本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。」以及第 644 號解釋（2008），針對同樣是「解嚴交換條件」的人民團體法限制不得主張共產主義或分裂國土，大法官指出：「結社自由除保障人民得以團體之形式發展個人人格外，更有促使具公民意識之人民，組成團體以積極參與經濟、社會及政治等事務之功能。」透過這些解釋，大法官雖然沒有使用「自由民主憲政秩序」這個用語，但已運用其實質內容將解嚴後仍然繼續箝制人民集會、結社的法律一一宣告違憲，確立了台灣作為民主的政治社群，人民可以積極參與經濟、社會及政治的事務，透過民主程序形成共識。這種共和主義式的民主政體，就是自由民主憲政秩序發軔之所在。

另外，從權力分立和制衡原則出發，大法官在第 436 號解釋（1997）針對戒嚴時期製造許多政治迫害的軍事審判制度，認為：「惟軍事審判機關所行使者，亦

屬國家刑罰權之一種，具司法權之性質，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序」。後續更在涉及軍事審判案件可否聲請國家賠償的釋字第 624 號解釋（2007）當中重申：「司法審判與軍事審判兩種刑事訴訟程序，在本質上並無不同，人民之自由、權利於該等程序中所受之損害，自不因受害人係屬依刑事訴訟法令或依軍事審判法令受理之案件而有異，均得依法向國家請求賠償，方符憲法上平等原則之意旨。」藉此，大法官徹底揚棄了威權時期宣稱「軍法屬於統帥權、與司法權有間」的說法，等同間接否定戒嚴體制底下軍事審判制度的正當性，批駁其違反正當法律程序、過度向軍事機關傾斜，因而對人民訴訟權造成嚴重的侵害。大法官透過這幾號解釋揭示了自由民主憲政秩序和威權統治兩者在權力運作和節制上，具有本質性的差異和對立。

從憲法解釋學的角度，由憲法本文的基本權利和權力分立與制衡原則去抽繹出「自由民主憲政秩序」，並不是讓大法官創造出「超越憲法」的「更高法」(higher law)，而是一方面重新詮釋中華民國憲法的內涵，另一方面呈現與威權統治截然不同的憲政秩序。不過，「自由民主憲政秩序」是終止動員戡亂時期以後才出現的憲法價值，大法官以類似「普通法」(common law) 的判決先例拘束原則 (stare decisis)，層疊累積出普世肯認的重要憲法價值，並以此充實了「中華民國憲法」的文本。從政治現實來看，這

是大法官推動的「沒有制定新憲的制憲」(constitution-making without writing a new constitution)。這是「寧靜革命」的不得不然，在欠缺重大政治斷裂變革的前提下，以漸增主義(incrementalism)的模式，重塑政治民主化之後的憲法價值。²¹ 借用修憲繼受來的德國基本法「自由民主基本秩序」，再效法德國聯邦憲法法院透過解釋的方式將「自由民主基本秩序」實質化(materialization)，建構出「第二階層憲法」。因此，「自由民主憲政秩序」作為「第二階層憲法」構成台灣這個政治社群共同接受的價值基礎，不僅可以用來檢討過去行為的責任問題，更可形塑未來共同生活的倫理基礎。²²

參、台灣轉型正義實證法化的爭議：「自由民主憲政秩序」是否涉及歷史重新詮釋？

一、從「非常時期」到「黨國體制」：規範評價的典範變遷

大法官釋字第 793 號解釋在理由書部分有關「法制背景」的部分提到：「臺灣於第二次世界大戰結束後，繼受中華民國法制，進入中華民國訓政時期約法(20 年 6 月 1 日公布施行，下稱訓政約法)體制。該約法明文承認中國國民黨在國家體制內，代表國民大會行使中央統治權，具有指導監督政府之地位(訓政約法第 30 條、第 31 條、第 32 條、第 72 條及第 85 條參照)，而於訓政時期形成黨國體制」、「於動員戡亂時期，因

臨時條款之規定，總統權力明顯擴大，且第 1 屆中央民意代表因未能改選而繼續行使職權，加以總統大多並兼中國國民黨總裁或主席，致使中國國民黨事實上長期立於主導國家權力之絕對優勢地位，從而原應隨憲法施行而結束之黨國體制，得以事實上延續」、「如前所述，我國於動員戡亂時期與戒嚴時期，係處於非常時期之國家體制。直至 76 年 7 月 14 日總統令，宣告臺灣地區(不含金門、馬祖)自同年 7 月 15 日零時起解嚴，嗣第 1 屆國民大會臨時會於 80 年 4 月 22 日，三讀通過憲法增修條文，並決議廢止臨時條款，同月 30 日總統令，宣告動員戡亂時期於同年 5 月 1 日終止，國家體制始漸回歸自由民主憲政秩序。」²³

這並非大法官第一次嘗試描述 1945 年至 1991 年之間的台灣統治狀態。過去大法官曾經以「國家發生重大變故」來描

述中華人民共和國的建立，中華民國再無法統治中國。²⁴ 而長達三十八年以上的戒嚴和動員戡亂時期，大法官均以「非常時期」來描述，例如第 272 號解釋「惟算至七十六年七月十五日宣告台灣地區解嚴時止，戒嚴期間達三十餘年，情況至為特殊」、第 477 號解釋「在國家處於非常狀態，實施戒嚴之情況下，軍事審判機關所為認事用法容有不當之處」、第 567 號解釋「我國於動員戡亂時期與戒嚴時期，係處於非常時期之國家體制，國家權力與人民權利之保障固與平時不可同日而語」。或者從正面表述，第 558 號解釋「終止動員戡亂時期及解除戒嚴之後，國家法制自應逐步回歸正常狀態」、第 575 號解釋「回復戶警分立制度，乃配合國家憲政秩序回歸正常體制所為機關組織之調整。」。

但究竟「非常 / 特殊」和「正常」，是以什麼做為區別標準？大法官並未直接言明。我們可以間接從大法官的規範性評價裡面看出端倪，例如大法官在第 567 號解釋的解釋文中指摘「戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法」第二條有關匪諜罪犯服刑或受感化教育結束後，仍可令入勞動教育場所：「縱國家處於非常時期，出於法律之規定，亦不符合最低限度之人權保障」。由此可知，非常時期的法律體制多有不符合最低限度的人權保障。

「重大變故」和「非常時期」都是嘗試以非規範性的語言來描述台灣從 1949 年以來面臨的政治統治狀態。但釋憲者不可能只單純描述事實，必須根據進行解釋

時有效的規範來評價這樣的事實，從而判斷這樣的事實究竟是否該當規範構成要件。因此，從「中華民國憲法」的角度，這只是憲政實施過程中的「例外狀態」，結束後就恢復憲法的常態運作。不過，如果是從民主化之後出現的「自由民主憲政秩序」作為「第二階層憲法」來看，就會辨識出「黨國體制」和憲政體制的差異，已經無法用憲法的「例外狀態」來論，而是具有本質上的差異。因此，從大法官釋字第 261 號解釋到釋字第 783 號解釋，釋憲者對於 1949-1991 這段歷史的規範性評價，經歷了重要的「典範移轉」(paradigm shift)。大法官在釋字第 261 號解釋至第 567 號解釋之間，持續採取「非常狀態」來定性當時的統治權力狀態。表面上雖然未予規範性評價，看似中立，但實際上肯認這是因為國家遭逢「重大變故」，不得不然的處置，符合憲法秩序的「例外狀態」。因此，釋字第 567 號解釋才會委曲求全地指摘，「縱國家處於非常時期，出於法律之規定，亦不符合最低限度之人權保障」，而未指出當時整體統治狀態已經違反憲法秩序，進而否定系爭規範的正當性。

但是到了釋字第 793 號解釋，大法官透過「自由民主憲政秩序」的框架，來檢視 1949 到 1991 年之間的統治權力狀態，進而認定「中國國民黨事實上長期立於

- 21 葉俊榮認為在民主化過程中推動憲政改革的動力還包括市民社會(civil society)蓬勃旺盛的公共參與。See Jiunn-rong Yeh, THE CONSTITUTION OF TAIWAN: A CONTEXTUAL ANALYSIS, Hart Publishing, 2016, p. 244. 王泰升認為「在法制上透過七次修憲，[……]使得台灣的憲法已與 1947 年在中國實施的憲法相距甚遠。此乃因這部中華民國憲法早已成為屬西方陣營一員的台灣的憲法，再經台灣民主化之後，約 20 年間不斷的因應台灣社會的要求而修改，故可謂為『台灣化』。」參見王泰升，台灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，2015 年 8 月，133 頁。
- 22 吳叡人提醒，「轉型正義不只是民主轉型的規範性面向而已，它同時還具有國家整合與民族建構(nation-building)的性質。構成轉型正義理念的諸核心價值如真相、問責、療癒、對話、和解與共同記憶等，正好體現了某種進步的公民民族主義(civic nationalism)的計畫。」參見吳叡人，論道德的政治基礎—南非與台灣轉型正義模式的初步比較，收於：氏著，受困的思想，2016 年 7 月，201 頁。
- 23 司法院大法官釋字第 793 號解釋解釋理由書段碼 10、11、12。

- 24 釋字第 31 號「惟值國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉時」、釋字第 261 號「第一屆中央民意代表當選就任後，國家遭遇重大變故，因未能改選而繼續行使職權」

主導國家權力之絕對優勢地位，從而原應隨憲法施行而結束之黨國體制，得以事實上延續」，「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，致形成政黨競爭機會不平等之失衡狀態。」。大法官在這裡所採認的事實，並非單純建立於歷史研究而產生的經驗性事實，而是經過規範價值檢驗的「立法事實」（基於黨產條例所提供的立法背景）²⁵。換言之，釋字第 793 號所歸納的「黨國體制」（party-state system）並非單純社會科學的描述性概念，而是透過自由民主憲政秩序給予評價的價值性概念，凸顯出釋字第 793 號與釋字第 261 號解釋所採取的價值框架不一樣。

二、規範評價會不會改變歷史記憶？

大法官透過違憲審查，以自由民主憲政秩序來對戒嚴時期及動員戡亂時期進行評價，這樣的「司法事實」（judicial facts）將對於社會造成何種影響？一般認為，台灣社會處於認同分裂的狀態，其中最顯著的差異就是對於國民黨統治的評價。大法官在此所採用的「黨國體制」概念，固然是以「自由民主憲政秩序」予以評價所確定的「司法事實」，但是也和經驗性事實的分析結果重合。從社會科學一尤其是歷史學的角度來看，台灣在 1949-1990 年之間，屬於一黨獨大的黨國體制，並非沒有經驗性證據支持。但

是，歷史學的檔案整理和事實重建，是否如十九世紀蘭克史學所宣稱的具有客觀性，在二十世紀對於歷史學方法論的反省下，並非沒有討論空間。歷史素材所呈現出來的「真實」，往往仍需透過「詮釋」（interpretation）來呈現。如果歷史學家接受這樣的觀點，認為所有的歷史研究都是研究者基於一定觀點所呈現出來的「詮釋」，那麼或許就有所謂「歷史真實」就是一個不斷「發現」的過程。在不同的詮釋或不同的研究預設底下，可能會呈現出不同的「歷史真實」。

針對歷史研究和政治之間的關係，歐盟理事會（the Council of the European Union）在 2008 年通過 Framework Decision on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law，要求各會員國將「公開縱容、否認或極度輕蔑針對特定基於種族、膚色、宗教、血緣或族群而定義的群體進行種族屠殺、殘害人群或戰爭犯罪等罪行」的行為，施以刑罰。²⁶ 在該規範中，並加上「引發

25 關於立法事實和規範性審查的相關爭論，可以參考黃舒梵，數字會說話？—從大法官釋字第 584 號解釋談事實認定在規範違憲審查中的地位，中研院法學期刊，1 期，2007 年 9 月，1-44 頁。邱文聰，被忽略的（立法）事實：探討實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋，台大法學論叢，37 卷 2 期，2008 年 6 月，233-282 頁。

26 原文：“[p]ublicly condoning, denying or grossly trivializing crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in Articles 6, 7, and 8 of the Statutes of the International Criminal Court,[and] the crimes defined in Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal appended to the London Agreement of 8 August 1945, directed against a group

暴力或仇恨」作為構成要件。在此之前，法國於 1990 年就已因眾多反猶行動而通過法律（Loi Gayssot）對種族主義、反猶主義、仇外情緒予以刑罰化。²⁷

在歐盟理事會通過此一綱領性決定後，引來不少歐洲歷史研究團體批評該措施不當。例如義大利歷史學者認為該規定沒有意義，一來提供否認者機會，佯裝成言論自由的支持者，二來國家如果通過法律來規範歷史研究，將造成真相（truth）無法出現，自由的歷史學或知識性研究（free historiographical and intellectual research）將受到極大限制。²⁸

大法官解釋會不會造成歷史真相無法出現？讓自由探索真相的歷史學受到極大的限制？換言之，大法官解釋會不會「禁止」了不同的歷史論述產生（否認國民黨實施的是黨國一體，而是民主憲政）？以國家權力機關的角色對於歷史事實進行詮釋和評價，是否也會引發仇恨或暴力？例如反對轉型正義的一方，就會認為大法官所認定的「黨國體制」是將特定意識形態強加在歷史上，抹煞了另外一個族群的集體記憶？而大法官採認「黨國體制」後，維持〈黨產條例〉的合憲性，將導致國民黨過去為台灣做的各種努力，一面倒都變成負面的？當然這些主張都必須進一步接受歷史事實和憲法價值的檢驗。但是，在這些主張的背後，凸顯的問題仍是對於歷史認知與歷史記憶的南轔北轍。這些差異很大一部份不一定是奠基於客觀歷史素材的詮釋，但它可能就是所謂的「集體記憶」。認同這個歷史論述的群眾支持國民

黨統治的正面形象（經濟奇蹟、解嚴推手、穩定保台），以當時流行的愛國歌曲、軍歌、當時紅遍大街小巷的藝人，讓國民黨統治的時代氛圍、共同經驗作為這些集體記憶的基礎。

關於集體記憶的訴求，歷史人類學家王明珂曾在其羌族研究中指出，「集體記憶常未有其詞所表現的集體性（collectiveness）。在依社會群體中，不是所有人都自然擁有集體記憶；它常被群體中部分人宣稱為本群體的共同記憶，並在人際微觀互動的社會過程（指親近人群間透過語言、文字、肢體行動等等的展演、誇耀、模仿而產生的社會變化過程）之中，逐漸成為該群體之集體記憶。」²⁹ 王明珂將凝聚族群認同的歷史記憶稱為「根基歷史記憶」（primordial history），一方面「強化族群成員間的根基情感認同」，另一方面是「人類歷史記憶的一種非常基本且古老的形式」。

他引用法國學者 Paul Ricoeur 對於詮釋的說法，認為「『一事件』的重要性，受決於其在整體敘事情節中的地

of persons or a member of such a group defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin when the conduct is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred against such a group or a member of such a group.”

27 原文：“every act of racism, anti-Semitism or xenophobia”

28 Lugi Cajani, Legislating History: The European Union and Denial of International Crimes, in Uladzislau Belavusau and Aleksandra Gliszczynska-Grabias (eds.), LAW AND MEMORY, Cambridge University Press, 2017, p. 141.

29 王明珂，反思史學與史學反思：文本與表徵分析，2015 年 7 月，160 頁。

位，也就是其在敘事所展現的整體結構 (configuration) 中的地位」；而人們之所以相信某一些歷史為「真」，是因為我們本身也是具有「歷史性」的存在。根據 Ricoeur 的說法，「人們常將自身存在於『歷史』所造成的社會現實中 (being in history) 與建構『歷史』 (making history) 兩者混為一談；因為存在於『歷史』所造成的社會現實，讓人們相信『歷史』為真實的歷史。」³⁰

國民黨訴諸支持者過去曾經「參與」戒嚴體制底下的生活記憶，而將經歷的「事實」作為歷史真實（例如救國團的團康活動、蔣經國的民間友人、經濟官僚的節約勤勞），進而以此作為一個「大家族」，構築出「國」與「家」與「個人」合而為一的「根基歷史記憶」，強化成員之間的情感連帶。而這樣的歷史記憶已經成為國民黨支持者所認同的「歷史真相」。

前面所提到的規範事實（無論是立法事實或司法事實），無法取代這樣的歷史記憶。但是基於規範效力所產生的排除效果，說不定反而可能強化了這樣的「歷史記憶」，讓國民黨支持者的社群成員面臨了「外來」的挑戰和壓力。違憲審查的目的不在於解決類似的記憶戰爭，但是違憲審查所依據或建立的司法事實，都必須建立在一定的客觀性上，這和集體記憶的可塑性不同。縱然採取後現代史學的觀點認為歷史詮釋也是建構的產物，但如果司法者所認定的事實和歷史事實的距離太過遙遠，就足以成為訴訟程序上可以爭議的標的。在一般司法審判中，若出現新發現

的事實或證據，就足以提起再審，推翻前判決的效力。釋字第 793 號解釋所肯定的立法事實，如國民黨一黨專政，若非歷史事實（假設有人找出證據推翻「萬年代表」和「一黨獨大」的事實，主張當時台灣已經進入常態定期選舉，並且有反對黨執政），當然不會因為大法官加以解釋後，就成為「真實」，無從推翻。事實上，司法的功能之一就在於事實糾錯。因此，擁有不同歷史記憶的族群恐怕無法主張大法官「介入」歷史事實，規定要如何記憶。相反的，大法官也嘗試透過相關制度（如鑑定意見），取得一定的事實確信，或進行不同觀點的辯論，進而在此基礎上，以「自由民主憲政秩序」的價值，針對該歷史事實進行評價，確認立法者並沒有在錯誤的事實上進行立法活動，而該法律的規範價值也符合憲法誠命。這樣的解釋對外發生規範拘束效力，確立了「自由民主憲政秩序」是台灣當前的政治社群價值共識，並非國家權力機關介入歷史解釋，改變歷史記憶。

事實上，大法官的解釋不但不會阻斷歷史學界持續針對當時權力狀態進行研究，站在「自由民主憲政秩序」的基礎上，或許還更能夠容許不同歷史記憶的存在。它不像歐洲的歷史研究者所批評的歐盟理事會決定，要求立法者將「否認歷史」刑罰化。相反的，大法官只是在進行一個規範評價，評價〈黨產條例〉是否背離了「自

³⁰ 王明珂，同註 29，162 頁。

由民主憲政秩序」。在此評價過程中，針對黨產條例的標的「國民黨取得財產的過程」確認其事實基礎，將它與「歷史記憶的排他、刑罰化」相提並論，恐怕誤解了「自由民主憲政秩序」的價值內涵。

至於轉型正義的訴求，有沒有可能透過司法者規範評價的典範移轉，獲得落實？抑或者，司法者默默推動的「典範轉移」，只是讓記憶戰爭延燒的催化劑？這個問題涉及轉型正義可以發揮的社會功能，以及促使轉型正義發生的社會條件。如同 Ruti Teitel 所言，轉型正義是一個「相互形構」(constitutive and constructive) 的概念。縱然大法官在此時做成釋字第 793 號解釋，透過黨產條例的釋憲，確認國民黨的黨國一體和以黨領政事實，但這樣的司法解釋必須以其他形式讓社會大眾接受並瞭解，不可能單單靠宣告此一解釋，就讓「自由民主憲政秩序」的價值直接成為社會不同成員的共識，尤其是反對此一解釋者。共識與和解都需要一定社會條件，才能形成。我們無須太過擔憂權力機關「干預」歷史解釋，反而應該擔心的是大法官高舉的「自由民主憲政秩序」的價值共識在類似爭論當中刻意被忽略，淹沒在政治爭議的紛擾中。

肆、台灣轉型正義實證法化的侷限：「自由民主憲政秩序」如何具體運用？

當轉型正義的概念透過「自由民主憲政秩序」獲得實證法化的基礎後，直接面臨的就是具體的法制應該如何設計？具體

的條文如何解釋？黨產條例和促轉條例在具體運作上出現的許多問題，是否可以透過抽象的「自由民主憲政秩序」加以解決？例如在釋字第 793 號解釋進行言詞辯論時，關係人曾經質疑黨產條例針對「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」剝奪財產權，是否符合自由民主憲政秩序？又如「公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例」（下稱「年資併計條例」）第 5 條第 1 項規定：「依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者，應由核發機關自本條例施行後 1 年內，依下列規定以書面處分令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還之（以下省略）。」關於此處一年的性質，有不同見解。一說認為是特別規定之公法上請求權時效，另一說認為是訓示規定。如果是公法上請求權時效，則該條例施行一年後，就不能再向當時溢領退離給予的領受人或該社團請求返回。最高行政法院因此於去年召開大法庭討論，並於 10 月作成 110 年度徵字第 1 號裁定。類似這種技術性、細節性的法律爭議，攸關「黨職併公職」的處理方式，是否可以從「自由民主憲政秩序」的內涵來加以解決？如果立法技術有瑕疵，司法者是否要使用法律解釋的方式來填補漏洞？或者因為轉型正義涉及重大政治爭議，因此要留待立法者自行修法解決？在這些具體的法律爭議問題中，究竟要如何貫徹轉型正義的價值共識，顯然有從巨觀到微觀的落差。

一、黨職併公職的法律爭議

以最高行政法院 110 年度徵字第 1 號裁定所涉及爭議為例，「年資併計條例」第五條的一年規定究竟是訓示規定或公法上請求權時效？或者是立法者疏忽造成的法律漏洞？

查該條例第四條第一項規定公職人員扣除已採計之社團專職人員年資後，按原適用之退休（職、伍）法令所定給與標準及支領方式，重行核計退離給與。此一重行核計依同條第四項規定，「自本條例施行日起一年後，按重行核計之退離給予發給」。而該條項之立法理由說明：「考量各核發機關全面清查第二條所定公職人員及其社團專職人員年資之採計情形作業之需，以及各領受人退休經濟生活之安排，爰於本條第四項訂定一定緩衝期間，以資因應。」因此，第四條第四項之「一年」，明確規定核發機關一年後始得發給「重新核計之退離給與」。此處之「一年」顯然並非請求權時效，但是否為訓示規定？換言之，核發機關可否於一年內重行核計退離給與？

最高行政法院召開大法庭時，第四庭曾提出補充理由敘及：「客觀上(1)之『核發機關』的『重行核計退離給與』並無不能於『1 年內』完成之理，則負有『重行核計退離給與』義務之『核發機關』當得在『1 年內』行使『追繳』溢領退離給與之權利，從而並不會發生『請求權（權利）尚不能行使，即已罹於消滅時效』之問題」。然而，既然依此見解，第四條第四項屬於訓示規定，可以於一年

內重行核計，也可以於一年後再核計，第五條規定之「應由核發機關自本條例施行後一年內（令返還之）」是否應做相同解釋？如果二者不做相同解釋，會不會發生一年後才重行核計的案件已經無法要求返還？最高行政法院 110 年度大字第 1 號裁定區分「核定機關」與「支給機關」，進而認定第四條的重行核定屬於「原核定機關」權責，第五條的要求返還屬於「原支給機關」的權責，如將第五條第一項解釋為短期消滅時效，則會造成矛盾：「蓋重行核計退離給與之行政處分無論於何時作成，其公法上不當得利返還請求權之時效倘均於社團年資處理條例施行後 1 年屆至而當然消滅，不但實際能行使權利之時效期間甚短，且會因重行核計退離給與之行政處分作成時點不同，導致各支給機關得行使公法上不當得利返還請求權之時間長短不一。」

再察此處條文用語，並非採取一般請求權時效之「得」或「請求」，而是「令」。且第五條第一款和第二款之規定，均將所屬社團列為返還義務人（第一款與退職政務人員共負連帶責任，第二款只針對所屬社團），並非不當得利之受領人（第二條之公職人員）。這是一個特殊的規定，用以避免轉型正義的實踐對於一般人民造成過度的權利限制。黨職併公職的源頭是黨國體制混淆政黨和政府的界線，並非作為受領人的一般人民造成，因此必須由造成黨國不分的特定政黨或從屬之團體負損害填補之責任。亦即原本應由特定社團負擔退離給與之金錢債務，卻因威權時期之黨

國一體，轉變由政府負擔。此種「黨國一體」情形，經大法官在釋字第 793 號確認屬於違憲。為矯正「黨國一體」破壞自由民主憲政秩序的情形，「黨職併公職」的不當得利應由特定社團返還。而政務人員因參與黨國一體的政治運作，因此負有連帶責任。

因此從立法目的和體系解釋來論，第五條第一項的「一年」規定，應解釋為要求核發機關儘速發出書面處分，通知領受人和社團（主要為社團）有溢領的情形，及受通知者有返還義務。立法者在此以一年為限，乃要求核發機關儘速重行核計，並發出通知。但並未明白規定，若逾一年再發出通知，此一不當得利即無法再請求返還。立法者以社團為主要返還義務人，亦須俟核發機關重行核計後，才能發出書面通知。倘依前述，重行核計並無時限，而一年後所做成之重行核計，是否即無法令其返還？如此一來，恐怕與平等適用及矯正黨國一體之立法目的相違。因此，第五條第一項之「一年規定」應理解為訓示規定，要求核發機關儘速確定是否有溢領情形，並發出溢領通知之書面處分。至於，第七條所稱「不適用現行法律有關權利行使期間之規定」，即如最高行政法院 110 年度大字第 1 號裁定所指，是在「排除現行法律有關權利行使期間之規定，與該條例第 4 條、第 5 條之定性無涉」。

上述法律解釋固然有從轉型正義的立法目的來推導，但也必須顧及法律解釋的客觀性和完整性，因此最高行政法院運用文義解釋、體系解釋、歷史解釋等解釋方

法獲得「系爭規定並非消滅時效規定」的結論，而非單純從「自由民主憲政秩序」直接認定。由此可知，在具體個案的適用上，「自由民主憲政秩序」並非萬靈丹，仍有賴法官法律解釋的技術和客觀性。但法官在從事法律解釋的活動時，必須詳察相關法律條文的立法目的，從而將轉型正義放置在「自由民主憲政秩序」的框架下，不致喪失轉型正義的終極目標：建立法治和司法獨立的文化。

二、有關「附隨組織」的法律爭議

承上所論，附隨組織的問題亦須從立法目的是否正當來考察。為何要將「附隨組織」納入不當黨產的範圍？追究其原因大約有二：一、政黨可能藉由公司的型態來脫產，使得黨產條例的立法目的落空；二、相關公司可能再以政治獻金的手段將「黨產」用來輔助特定政黨在民主選舉中取得優勢地位，破壞政黨政治的公平競爭。因此，黨產條例第 4 條第 2 款針對「附隨組織」的規定為「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。」（前段）以及「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。」（後段）其立法理由謂：「惟政黨以捐助或出資之方式控制之營利性或非營利性法人、團體或機構，雖屬獨立存在之組織，但受政黨實質控制，二者有密不可分之關係，應一併納入本條例調查及處理之範圍，以避免藉脫法行為違反政黨政治之平等原

則，爰為第二款之定義。」在認定上，前段強調「實質控制」，且從效果上來看必須產生「密不可分之關係」，始為本條例所稱之「附隨組織」。大法官第 793 號解釋的解釋理由書第 44 段亦稱「實質控制或類似用語之直接或間接控制，不論其文義或於前述法律規定之規範意旨，均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」。

但是立法理由並沒有針對黨產條例第 4 條第 2 款說明為何已經脫離實質控制的法人、團體或機構，亦構成附隨組織。從法條文字來看，其重點應該在於「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」。然而，何謂「非以相當對價轉讓」，須視轉讓當時市場交易秩序和一般社會通念而定。就此部分管制的基礎在於大法官解釋理由書第 48 段所論：「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。」換言之，如果某黨營企業以一元出售，事實上仍可視為政黨實質擁有該不當取得財產。因此，大法官認為將此類型法人、團體或機構列為附隨組織並沒有違反平等原則（與實質控制之法人、團體或機構在控制從屬關係上一致）。

至於法人、團體或機構以顯不相當之對價轉讓後，經營事業成功，賺取大量商業利潤，因被認定為附隨組織，致其財產權受到限制，大法官認為「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」，且其欠缺信賴基礎可言（黨國不分體制所進行的財產分配），並無值得保護之信賴，與法律溯及既往無違（第 61 段）。

然而詹森林大法官在其部分不同意見書中提到，第 4 條第 2 款後段的「附隨組織」財產中可以分析為二：一者為脫離政黨控制後始擁有之「正當取得財產」，一者為來自於政黨的「不當取得之財產」，然而第 5 條一律將附隨組織的財產擬制為「不當取得之財產」，從而產生第六條「移轉為國有」和第九條「禁止處分」的法律效果。詹大法官認為應該對此進行區別，就「正當取得財產」的限制必須符合比例原則。（部份不同意見書第 17 頁）詹大法官因而認為：「是黨產條例就『從前之附隨組織』於脫離後始取得之財產，一併推定為『不當取得』，其在此範圍內對從前之附隨組織所為之財產上干預，實難再以禁止溯及既往之例外，及信賴不值得保護之說法，予以正當化。」（第 21 頁）

就此部分而言，我們可以看到解釋理由書先以「不足相當對價範圍內，可能仍實質擁有不當取得財產」為理由，認定所謂「脫離政黨實質控制的法人、團體或機構」仍然與該政黨有密切關係。既然仍屬於「實質擁有」，即便後續該法人、團體或機構因為從事商業活動而賺取更多利益，該等利益是否得以使用「脫離政黨之實質控制」之時點作為切分：以後取得的利益屬於「正當取得」，以前所取得的利益屬

於「不正當取得」，恐怕不無疑問。既然自始就是以不相當的對價移轉所有，而被視為「在不足相當對價內」繼續擁有該財產，時間點就不是重點。但是，最為難解的在於財產增加部分。固然所謂的「不足相當對價」必須以相對應的物價指數來計算通貨膨脹部分，而非有單一固定價額。但是，既已脫離實質控制，如何認定該法人、團體或機構和特定政黨之間仍存有關係？

依照立法院議事紀錄，有關「附隨組織」之定義，在審查會審查時，多數委員提案均為「獨立存在而由特定政黨控制其人事、財務或業務經營管理之營利或非營利性法人、團體或機構」（葉宜津等 30 人、黃偉哲等 19 人、鄭寶清等 42 人、陳亭妃等 20 人、鄭運鵬等 16 人、高志鵬等 21 人、林俊憲等 17 人、賴瑞隆等 18 人提案），並未包括「曾經受到政黨實質控制」的法人、團體或機構。但在時代力量的提案版本裡面，提到「曾由政黨實質控制」的部分：「附隨組織：指現由或曾由政黨實質控制其人事、財務或業務之社團法人、財團法人、團體或機構。」直到 2016 年 5 月 26 日立法院第九屆第一會期內政、財政、司法及法制三委員會第三次聯席會議，經李俊俋等人提出修正動議，將原版本加入：「曾經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，雖現不受政黨實質控制，惟並非以相當對價轉讓者，亦同。」（立法院公報第 105 卷第 43 期委員會紀錄第 86 頁）可見，「非以相當對價轉讓」為其

立法重點。後來委員會修正通過的版本為「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。」，但並未詳述其立法理由，大概是黨團協商的產物。

依照黨產條例的立法目的來看，在黨國體制底下，政黨可以透過顯不相當的對價轉讓，無論其真實用意是否為扶助特定產業，但其財務來源無法明白交代，而顯不相當的對價也可能是脫產的行為。該法人、團體或機構甚至還可能因為曾經隸屬於政黨而在市場上享有壟斷或寡佔的地位。這些都是在黨國不分的狀況下，可能出現的行為態樣和獲利管道。倘若容許以這種方式「脫產」，將構成黨產條例的規範漏洞。因此，附隨組織透過私經濟手段獲取的財產，不能逕下定論認屬基於自由交易市場所獲得的正當利益。反之，必須視該法人、團體或機構可否舉證推翻，其並非以「顯不相當的對價」轉售？或者，雖然對價關係不對稱，但是該法人、團體或機構可以充分舉證，證明並未因其與黨國體制的關聯而享有特殊的市場利益，亦未因此將所賺取的利益以正式或非正式的形式提供該政黨。換言之，第五條第二項仍屬舉證責任的倒置，讓受處分人有舉證推翻的機會。

三、小結

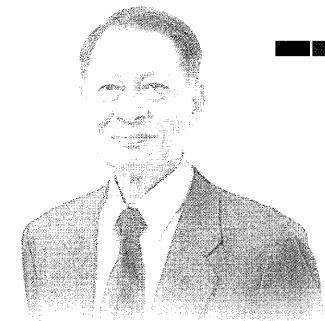
無論是「年資併計條例」第 5 條第 1 項或「黨產條例」第 4 條第 2 款後段規定的「曾由政黨實質控制」，都可以看到立

法技術的跳躍與粗糙。在涉及轉型正義的重要立法上，立法者應該更謹慎仔細，以免造成司法者在適用法律時產生爭議，陷入政治紛爭。轉型正義的目的不在於政治鬥爭，但轉型正義必然會有政治脈絡。推動轉型正義並不是要司法者逾越法律解釋的界線，為了填補立法者遺留的漏洞或矛盾，而刻意採取支持特定政黨立場的法律解釋。司法者應該善用目的性解釋，將「自由民主憲政秩序」框架下的轉型正義具體化。吾人必須再三強調推動轉型正義，是為了讓民主體制更具有韌性，避免發生民主倒退的狀況，其中最重要的工作就在於法治原則和司法獨立的確立。「自由民主憲政秩序」不是空泛的套語，更不應該是政治鬥爭的尚方寶劍，它的具體內涵有賴立法者和司法者共同協力形成。如果立法者在上游就讓「自由民主憲政秩序」變成一種「空白授權」，轉型正義就可能陷入危殆的困境。但是，威權統治涉及的層面非常廣泛，立法者幾乎不可能預見各種具體個案的情境，司法者如何善用目的性解釋，落實轉型正義，這將是未來台灣轉型正義實證法化面臨的最大挑戰。



法律解釋方法

羅勃茲翻觝斗



賴英照

中原大學兼任講座教授

摘要

為擴大實施健康保險，美國的健保法規定，各州原則上應設立保險交易所，提供人民購買健康保險。如果 A 州沒有設立交易所，聯邦政府應在 A 州設立功能相同的交易所。

健保法同時規定，人民向州設立的交易所買保險，可以減稅。有爭議的是，人民向聯邦設立的交易所買保險，能不能同享減稅優惠？

羅勃茲院長執筆的判決書說，依法條的通常文義，州設立的交易所不包括聯邦交易所。但本案法條的意涵不能由通常文義決定，必須依健保法的目的及規範體系做調整。為實現國會立法計畫，減稅優惠應一體適用於聯邦交易所。判決書是以「國會應有意如何規定」的推論，決定法條的意涵。

史卡利亞提出不同意見書，認為法條文義明確，法院必須依法執行。如果「州設立的交易所」，可以包括不是州設立的交易所，文字還有什麼意義？如果國會有意讓聯邦交易所同享減稅優惠，應該在法條明定，不應由法院推論國會的意志，據以變更法律規定。

雙方的論辯，呈現法律解釋方法的歧異，也凸顯對法官角色的不同認知。

關鍵詞：King v. Burwell、州交易所、聯邦交易所、通常文義、國會立法計畫

壹、前言

貳、健保法的爭議

參、巡迴上訴法院的分歧

肆、聯邦最高法院的論辯

一、判決

二、不同意見書

伍、法律解釋方法

陸、結論