

「野蠻」的復權：台灣修復式正義與轉型正義實踐的困境與脫困之道*

吳豪人

輔仁大學法律系副教授

摘要

「轉型正義」與「修復式正義」原本是兩組互相指涉的理論：當事人均為受害人、加害人與社群，國家只是配角；懲罰不是正義的第一義；應報主義與國家司法目的的維持，也被真相的探求、加害人的悔悟與道歉、受害人的需求得到滿足、以及包括社群在內的三者共同的和解與療癒等所取代。就近代國家／法而言，兩者都是非常具有顛覆性——因此也是充滿改革能量——的理論。但如果進入實踐的層面，則前者容易被誤解為政治鬥爭，而後者則往往只被視為近代刑法理論的補充與裝飾品。結果，無論是群體正義的轉型，或個人正義的修復，都失去了真正達成和解與療癒的功能。這種困境在缺乏堅實的西方民主／近代司法的人權傳統、缺乏道德的決心與政治的決斷的台灣尤為明顯。本文則試圖在此看似無解的現狀之下，提出另一個思考的切入點：一個在台灣的「轉型正義」與「修復式正義」中原本居於最關鍵位置，卻始終受到忽視的因素——台灣原住民族因素。本文試圖證明：只有理解台灣原住民族的受難歷史，恢復台灣原住民族的諸權利，才能夠在道德上、理論上以及實務上完成主流社會的「轉型正義」與「修復式正義」，並使居於台灣的所有族群得以獲得和解與療癒。

關鍵字

修復式正義、轉型正義、台灣原住民族、加害人／被害人／社群、和解與療癒

* 本文初稿曾發表於長榮大學神學院、東吳大學張佛泉人權中心以及輔仁大學法律系等所主辦之「正義女神的新天平：修復式正義／人權與和平教育2012國際研討會」（2012年3月5-6日）。經修改後投稿本學刊。作者由衷感謝兩位匿名審查人所提供之許多寶貴意見，並就作者疏漏部分進行修改及補充，唯文責由作者自負，自不待言。

「他們 plmukan 侵略我們祖先以來就領有的土地，我們以後一定會變成要耕種卻無土地，要狩獵卻無森林的地步。他們虐待、驅使我們，姦淫婦女，我們最後必將難免於滅亡之命運。」

—《番族慣習調查報告書》第一卷（泰雅族）
第六章第三節，「和平與仇敵之關係」，
1915 年。

導論

轉型正義（transitional justice）與修復式正義（restorative justice）是兩組既有交集又互相排斥的，深具辯證性的理論。一般而言，轉型正義的理論經常用於普通司法體系無法處理的、政治上的「滔天巨惡」，（Nino, 1996: 107-134）其內容較為清楚；而修復式正義理論卻常常被限縮理解為國家司法的補助工具，專門修補、療癒刑事罪犯之類的「小奸小惡」¹ 帶給社會或社群的痛楚。

其實，修復式正義的理念如果推到極致，必然和轉型正義理念交融一體。但現實上如此觀點未必已經是「通說」。就連批評將修復式正義視為「刑事程序及量刑政策與實務的大改革」的觀點太狹隘的 Gerry Johnstone，對於修復式正義理念的最大化描述，也僅限於「根本變革當今的刑事司法體系」「應用於社會的／政治的／日常生活上的關係」而已。（ジョンストン，2006）修復式正義理念被「小覷」的國度，根據筆者的觀察，大約有兩個比較明顯的模式。第一個模式是類似台灣這種雖歷經民主化、卻未碰觸／實踐轉型正義的國家；或日本這類不曾徹底處理戰爭責任、純由外力主導完成民主化的國家。² 這種模式的國家，沒有能力想像轉型正義與修復式正義之間的邏輯連貫。第二個模

1 較常見的，是適用於少年犯、家庭暴力、以及殺人以外的刑事犯罪等。不過，此處所謂「小奸小惡」，當然是相對於「滔天巨惡」而言。因此縱使是殺人犯，相對於納粹當然也只能是「小奸小惡」。

2 日本國內討論戰爭責任者甚夥，但未見有將轉型正義理念運用於其中者。筆者所知的唯一例外是土田久美子對於日裔美國人與旅美日裔秘魯人的補償請求運動的討論。即使如此，土田所使用的關鍵字也不是轉型正義與修復式正義，而是「redress / reparation」。見土田久美子（2010：224-249）。

式例如美國、英國等，本來就是民主國家，無所謂獨裁／民主政體的轉型。他們最關心的，毋寧是近代司法體系理論的破綻，以及新的司法體系典範的想像與建構等更本質性的問題。

很明顯的，第二種模式的國家不是真正的「小覷」修復式正義—雖然實務上確實有這樣的傾向—相反的，由於對修復式正義的深入探討，這個模式必然碰觸到轉型正義，甚至超越轉型正義的過渡性，而直指自啟蒙主義以來的，西方司法各種命題設定的根本破綻。³ 就此而言，它毋寧是轉型正義的一個上位概念。不過，儘管近代司法體系的破綻日益顯豁，但自信有能力將之逆轉的修復式正義，其理念又從何處得到靈感的呢？基督教信仰、古老而美好的時代的中世紀法、前近代的司法、共同體主義，這些都是靈感與養分的來源。但是，這些根植於西方的古老傳統，畢竟是被西方自家的啟蒙主義（之後的近代性）從其根柢所超克的，如果無法被證明具有價值再生的潛力，則復古主義不足以支撐一次典範的再轉移。也因此引發的正反之爭較明顯。

比較特別的靈感來源，則是在西方法律史中，從未經認真檢證，自始就被先驗的定位為「野蠻／未開」的各地原住民族的傳統規範。結果，當代西方社會最先將修復式正義踐履於司法實務的兩種方式—基督信仰等帶動的「被害人／加害人和解（Victim-Offender-Mediation）」運動，⁴ 與原住民傳統規範的家族集團會議（Family Group Conferencing）⁵ 在內，均不約而同的發生於國家坦承殖民罪惡，並願意與國內原住民族共同面對轉型正義的國家—加拿大、紐西蘭、澳洲、德國等。⁶ 這個事實可能非常重要—它有沒有可能證明：「愈不迴

3 例如個人主義、司法的國家壟斷、社群／共同體主義的排除等。

4 一般認為北美的受害者加害者調解則有幾個不同的起源。主要原因在於刑事賠償的推動（刑事司法對被害者的損害賠償行動）、替代性紛爭處理方式（擴大參與刑事以及民事司法社群的運動）、以及以聖經的回復思想（基督教，特別是門諾教派）為基礎的聖經正義研究及實踐。（Van Ness, Daniel W. & Karen Heetderks Strong, 2006）這裡使用mediation而非reconciliation，主要是門諾教派的用語。雖然許多修復式正義的支持者為了縮小適用面而避談reconciliation，但是如果把二十世紀修復式正義思想的源頭，再上溯到深深影響Zehr的，RJ用語創造者Albert Eglash的創造性補償（creative restitution）概念，甚至再上溯影響Albert Eglash補償概念的戰後德國對聖經思想的再詮釋，就知道將修復式正義限制在mediation中，實在太矮化修復式正義的理想了。參見櫻村志郎（2012）。

5 見高橋則夫（2007：63以下、2003：74-75）。

6 美國是一個比較特別的例外，所以筆者將之歸類於第二種模式。而德國雖然沒有原住民族，但卻

避轉型正義的國家，對修復性正義的接受度愈高」的假設呢？

更重要的是，對於同時存在民主轉型後未解決的轉型正義問題、一般司法面臨破綻的修復式正義問題、以及原住民族歷史性不正義問題的國家—例如台灣，這個假設是否潛藏著一舉解決上述三大問題的契機呢？

一、台灣轉型正義與修復式正義實踐的困境

1. 困境的推演

根據修復式正義的先驅 Howard Zehr 的簡潔定義，所謂修復式正義指的是：

「犯罪，是對於人們以及人與人之間的關係的侵害。因此犯罪產生了必須修復此受侵害狀態的義務。司法體系必須與被害人、加害人及其社區／社群共同體攜手合作，推進修復與和解、尋索助長三者自信的解決之道」。(ゼア，2003：184)

接著，Zehr 將近代西方法的應報主義司法與修復式正義的理念逐項對比如下：

「應報式司法主張：①犯罪乃是對於國家與國家法的侵害②司法的焦點在於如何證明有罪③並以定罪結果，將痛苦（懲罰）量化④司法（正義）透過雙方當事人的對抗而獲致⑤對抗的雙方當事人，其一為加害人，另一方為國家⑥程序與（應報）目的比結果更受重視。只有贏家與輸家的分別。

修復式司法則主張①犯罪乃是對於人及人際關係的侵害②司法的目的在於發現（被害人等的）需求與（加害人等的）義務③如此才能產生讓被損壞的秩序恢復健全④司法必須促進對話與合意⑤並讓加害人與被害人扮演主要角色⑥司法的判斷，必須以責任承擔、需求滿足以及療癒（個人與社區）促進的程度為判斷基礎」。(ibid,

是轉型正義的大行家。關於德國的修復式正義的實踐，參照ブラウト（2001）。

2003: 213-214)

若暫不進行細部討論，⁷ Zehr 的定義大概已經可視為通說。相對的，儘管各個國家、文化與歷史不同，實務作法也未必一致，但當我們談到轉型正義，則吳乃德的描述也可以被視為一種通說：

「『轉型正義』是所有從威權獨裁轉型至民主的新興民主國家所共同面臨的政治和道德難題……如何處理過去威權時期犯下侵犯人權、剝奪生命與自由、凌虐人道等罪行的加害者……如何賠償受害者……而……討論轉型正義的動機，主要也是為了未來，為了『讓它不要再發生』(never again)。」「讓歷史真相得以大白、加害者得以懺悔、受害者得以安慰、後代得以記取教訓。同時更重要的，國家社會得以避免分裂」。(吳乃德，2006：1-34)

從上述兩組理念的敘述可知，修復式正義和轉型正義有非常多相似之處。當事人均為受害人、加害人與社群，國家只是配角；懲罰不是正義的第一義；應報主義與國家司法目的的維持，也被真相的探求、加害人的悔悟與道歉、受害人的需求得到滿足，以及包括社群在內的三者共同的和解與療癒等所取代。當然，如果進行細部的對比，則兩者著力的重點又將有所不同，從而遭逢的困難也就不盡相同。若論加害人共犯結構與被害人團體規模、社群被捲入的範圍（時間縱深與空間廣度），甚至「罪行」的極端，則轉型正義所涉及的，遠非一般刑事犯罪意義下的修復式正義主張者所能想像。因此邏輯上，凡贊成轉型正義理念者，必然也贊成修復式正義的理念。而反之未必如此。

以台灣為例，在台灣「修復式正義」是受到官方所認同甚至鼓勵的美好理

7 感謝匿名審查人之一指出：Zehr 自己也承認過度強調這些對比會導致許多錯誤的認識。參照 Zehr (2002)。在這本小書中，Zehr 強調我們也許應該用「什麼不是修復式正義」來取代「什麼是修復式正義」，以避免無謂的誤解。簡單整理，大致如下：修復式正義①最重要的並不是赦免或和解②並非和解 (mediation) 的同義詞③並非著眼於減少慣犯或累犯④不是某個特定的計畫或藍圖⑤不是以微罪或初犯者為唯一對象⑥不是北美獨創⑦不是萬靈丹，未必能夠取代現行司法⑧未必是監獄的替代品⑨未必與應報主義完全對立。我們可以很明顯的理解到，這些修正其實是修正「提問的方式」而非直接進行零和式的爭論。

想，法務部便以「理念倡導、深化理論架構、試行模式之試行及融入學校課程教育等四大面向」推展修復式正義方案。⁸ 社會的氛圍似乎亦並不排斥這個範圍之內的修復式正義（儘管未必使用這個名詞）。⁹ 但是「罪證確鑿／人神共憤的死刑犯」則是一個絕對的例外。在這個修復式正義的「例外狀態」之下，真相、對話、道歉、更生、補償、和解、療癒等關鍵字均遭凍結，社會要的是「以殺止殺」的素樸的應報正義。奇妙的是，這種激烈而毫無轉圜餘地的強硬處罰方式，卻是轉型正義理念中最被認為應該謹慎從事，甚至放棄的處罰方式。反過來說，強烈支持死刑的台灣，卻對獨裁政權的滔天之惡表示了舉世罕見的寬容與不以為意一直至今日為止，我們看到了台灣民主轉型二十餘年的不可思議的現象：「到處都是被害人，卻找不到一個加害人」。

然而，如果從 Zehr 或 John Braithwaite 等修復式正義提倡者的理論觀之，甚至從屠圖大主教或 Ruti G. Teitel 等轉型正義提倡者的理論觀之，我們卻也可以得到一個完全不同的解讀，證明台灣的現象並沒有什麼「不可思議」。因為 Zehr 等人攻擊的是西方民主國家近代司法的原始設定，Braithwaite 則力陳民主制的腐敗與共和主義的復權；（ブレスウェイト，2008：202-239）而 Teitel 則把轉型正義與司法正義放在「自然法 vs. 法律實證主義」的傳統對抗脈絡

8 以台灣為例，法務部推動「修復式正義—建構對話機制、修復犯罪傷害計畫」（2010年10月8日）：「本部推動修復式正義，以人本觀點化解犯罪問題，藉由建立一個以被害人、加害人及社區（群）為主體的恢復性司法運作機制，以尊重當事人之意願為前提，建構安全且溫暖的對話環境，促使兩造共同決定恢復犯罪傷害之方案，並以關係修復為目標導向，賦予被害人、加害人個人及家庭再整合的契機，進而延續社會修復能量。」這是很典型的修復式正義的官方認識。在實際推動之際，則大多均與台灣更生保護會及犯罪被害人保護協會合作（推動修復式正義計畫辦理情形（2009年7月-2010年10月8日），<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/010811132190.doc>）。或是「針對不同學程編製教案教材，以融入學校生活或法治教育，讓學生從小學習以「修復式正義」處理校園的衝突事件、促成同儕與家庭之和好。」（<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=199864&ctNode=28162&mp=001>），或者「推動法務部『修復式正義』及『易服社會勞動—春節送暖 人間有愛』—『媽祖福佑、聲動奇蹟』社區關懷專案」（<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=186227&ctNode=27465&mp=001>）之類的，訴諸「人間有愛」的奇妙行動。這些推廣修復式正義的計畫，就教育功能而言是個不壞的構想。不過，就如同法務部其他計畫一樣，這些結合了識見卓越的學者專家與部分進步法制官僚的計畫，是否確為法務部（乃至於廣義的司法法曹）的主流見解？筆者個人毫無把握。推廣上述修復式正義的法務部，若其部長不是重新處決死囚的曾勇夫，而是反對死刑而下台的王清峰，或許頗有說服力也未可知。

9 稱呼黑道或前科犯為「更生人」且不避諱與之為友的政治人物贏得最近一次大選，或許是個看似諷刺其實準確的，對社會現象的理解。

上。¹⁰ 但是，「新興民主國家」（例如台灣）有過什麼堅實的西方民主近代司法的傳統？有過什麼法律實證主義的傳統？¹¹

我們還可以把這個解讀挖得更深一點。Johnstone 在他的著作 *Restorative Justice: Ideas, Values, Debates* 曾反覆談到，西方許多人反對以修復式正義取代現行司法體制的理由，在於修復式正義理念「雖然動人卻是個不可能實現的幻想……甚至是個危險的幻想」。其危險之處包括「使弱勢者更為弱勢」、「嫌疑人／加害人在現行法上本已獲得的權利保護反受侵犯」、「破壞現有的合理的量刑原則」以及「不但無法限縮刑法的使用，反有擴大刑罰適用／統御範圍的危險（netwidening）」。（ジョンストン，2006：33-37）在此筆者並不急著證明或討論孰是孰非，重點在於以下這個現象：這些民主國家司法體系的捍衛者「真心」相信他們的現行法律制度與精神縱使有缺陷，也仍值得捍衛。但是，「新興民主國家」（例如台灣）有過什麼值得捍衛的司法（與司法精神）？¹²

我們還可以把這個解讀繼續再挖得更深一點。Johnstone 舉出的幾個對修復式正義的疑懼觀點，如果放在轉型正義之上，這些疑懼就顯得相對的無足輕重。因為，這些社會不太需要轉型，因此討論轉型的政治／社會／經濟成本意義不大。縱使假設轉型正義必須被實踐，對於現行司法安定性的撼動也只是暫時的，因為「例外狀態」終究是例外，是暫時性的（在這裡我們也可以「暫時」忽略 Agamben 的警告與悲觀主義）。反正從羅馬法時代至今，都沒有一個長久而安定的刑事法體系有能力宣稱他們可以「依法／依例」處理 radical evil 的。法律實證主義也對此從無幻想。何況從紐倫堡到如今的南非或德國的經驗，加上國際人權法的進展，使得這些國家處理轉型正義的時候最需要的不是成本的考慮、倫理的依據或司法制度的根本變革，而是道德的決心與政治的決斷。因

10 見璐蒂泰鐸（2001）。至於屠圖大主教的基督教精神，在台灣也不是主流。台灣的主流是：除了廣義的基督教之外，尚無任何其他主流宗教領袖出面贊成廢除死刑。

11 這兩個疑問其實出於同一個疑問：台灣轉型了嗎？

12 根據中央研究院社會學研究所最近兩次的「台灣社會意向調查」報告指出：台灣民眾認為法院判決不公平（包含「不公平」與「很不公平」）的約佔 53%，認為公平（包含「很公平」、「公平」及「還算公平」—以下相同）的只有 38%；認為法律制度不公正的約佔 50%，公正的只佔 43%；同意法律已經充分保障人權的約佔 35%，不同意的卻佔了 59%。（<http://www.ios.sinica.edu.tw/si/t6/si2008b/si2008b.fre>），民眾信任法院的比例為 38%，不信任的則佔 52%，另有近 10% 的民眾表示無法判斷。（<http://www.ios.sinica.edu.tw/si/t6/si2009a/si2009a.fre>）

此，在這樣的情境當中，儘管二者的終極理念互通，但轉型正義的實踐遠比修復式正義的實踐成本更低，更具現實可能性。

但是，「新興民主國家」（例如台灣），道德的決心在哪裡？政治的決斷在哪裡？

2. 脫困的契機

於是，我們得到一個暫定的結論：在台灣，死刑其實並不是修復式正義的「例外狀態」；在台灣，「找不到／沒有意願找加害人」也不是轉型正義的「例外狀態」。因為在台灣，不但尚未出現堅實的民主或共和政治，連司法都從未從多數人民信賴。最重要的是，台灣並未存在一個國家或族群規模的、匡正不義歷史的道德決心，台灣大多數國民也並不逼迫政治人物進行政治決斷。假如這個結論是正確的，那麼筆者便能在此斷定：至少在台灣，轉型正義與修復式正義絕對不會發生衝突—因為兩組無用的概念是否衝突，是無人在乎的。而這正是台灣轉型正義與修復式正義實踐的困境所在。

這個暫定結論並非純然只是對於台灣人的批評與非難，極大的部分是在描繪現狀。正如吳乃德所指出的，許多國家對於轉型正義的實踐也不甚關心：

「（因為他們在轉型之後）經常面臨比道德議題更加迫切的難題；（因為）許多人將之視為不同陣營政客之間的權力鬥爭；（因為）一般人對於恢復常態的慾望比回復正義的慾望更為強烈；（因為）新民主社會經常需要借重舊政權底下的政治菁英的治理經驗」「（因為）威權體制在經濟發展上的成功，以及蔣經國個人的統治風格」「（因為）『時間會模糊我們對過去〔殘酷壓迫〕的記憶』」（吳乃德，2006：12）

這些都是在台灣確實可見的理由。然而轉型正義的理念與修復式正義的理念是如此相似，而歷史的不正義與司法的不正義也確實同時存在於今天的台灣，因此台灣若對這兩組概念進行二者擇一毫無意義，只能「畢其功於一役」。這就更加深了兩個理念實踐的困難度。

「脫困」的唯一可能，恐怕就是需要台灣人民接受以下的事實：

「我們的民主轉型其實並未成功。歷史的不正義不是過去式而是進行式。司法的不正義只是轉型失敗的必然結果而已。」

如果接受這個事實，那麼許多混淆不清或似是而非的政治／司法／社會／經濟改革的挫折，至少就可以找到癥結所在。若以筆者的理論，就是「轉型不義論」：

在正義尚未轉型之前，不義已經領先轉型成功。轉型成功的不義，將一切正義價值的修辭通盤接受，並且將之完全的空洞化、戲仿化、形式化，去實務化，進而已經嚴重威脅到台灣過去累積的，雖然尚為貧弱但棄之可惜的民主化成果。（吳豪人：2011）

不過，「轉型不義論」是對於台灣社會的全面檢討，而台灣社會因為政治對立嚴重，容易將這種類型的檢討跳躍地泛政治化。因此在適用該理論的時候，必須縮小打擊面，避開主流社會的對號入座。具體而言，就是以該理論套用在一個非主流的弱勢族群，而仍能證明歷史的不正義不是過去式而是進行式，證明該弱勢族群已經陷入內國殖民地的處境。如果主流社會放任如此進行式的不義於不顧，也就證明了這個主流社會不是也不願是民主國家。假如這個主流社會拒絕承認自己「不是也不願是民主國家」，它就必須針對這個弱勢族群進行真正的轉型正義。而唯其實踐乃是限定性的、超越政爭的，因此社會成本便可以壓到最低，有助於所有台灣人共同實驗一次真正而且徹底的轉型正義。除此之外，假如這個局部實驗的族群樣本，其所擁有的傳統規範「恰好」符合或近似修復式正義的原理，那麼這個實驗不但有助於主流社會對於全面進行轉型正義的信心，還能夠提供新的司法典範，協助主流社會加深對修復式正義的認識。

很明顯的，在台灣這樣的弱勢族群一點都不難找。

二、脫困的知識性前置作業：從法學與人類學看台灣原住民的歷史性不正義¹³

從 1910 年日本總督佐久間左馬太開始積極「理番」，台灣的原住民被捲入近代國家的自我想像運動中，至今已經足足有 101 年的歷史了。對於原住民而言，這是一場不折不扣的民族浩劫，而且直到目前為止，我們也還看不到這場浩劫的終點。由於筆者是一個法律學徒，因此在這場百年浩劫中，我特別關注的，是法學家所扮演的角色。但從少年時代與台灣原住民的接觸經驗裡，我也深深感覺到人類學家的影響力，似乎不在法律人之下。直到 90 年代初期，當我閱讀了日本學者村井紀的《南島意識型態的發生》，（村井紀，1995：8-26）發現殖民官僚柳田國男創建日本民俗學的靈感來自於他對台灣原住民的研究，同時又在深入了解殖民法學家岡松參太郎何以動員如此龐大的人力物力進行「番族慣習調查」的學術動機（吳豪人，2004：511-585）之後，我這個長年的直覺，才算第一次有了知識性的著落。

雖然，人類學和殖民主義密不可分的關係，以及近代歐陸法學和殖民地主義密不可分的關係，不但不是什麼獨創的發現—事實上根本就是一個「古典」議題。（坂野徹，2005：3）但是無論從學術或實務而言，這個「古典」議題，在台灣這個場域裡，至少還有三個空白，至今尚未能被完全填補。第一個空白，是殖民地主義中，人類學與法學如何協力的歷史；第二個空白，是人類學與法學聯手摧毀原住民社會之後，突然分道揚鑣的現象。第三個空白最奇妙：如今，人類學和法學突然有可能成為重建原住民社會的「希望」之所繫，可是兩方的人馬對於為何／如何合作，卻幾乎一無所悉。

1. 第一個空白

在殖民地主義的邏輯裡，人類學的功能和法學的功能是互補甚至互為前提的。非西方社會的人們常常有一個誤解：以為法律的功用只是為了統治。其實「法律為權力所驅使」雖然似乎是現實，但「法律＝權利保護」才是權力正當性的來源。很可惜的，在進行人權保護之前，近代法學必須設定一個進場機制：確認誰是「人」？誰「不是人」？因為在近代法學的基本設定中，能夠得到法

13 本節部分內容摘自筆者於 2011/03/28 中央研究院民族學研究所演講時之未公開演講稿。

律保護其權利的，只限於在法律上被確定為具有法人格的人。權利是一種擬制而非天賦，所以「生物學上的人類」就未必能夠等同於「法律學上的人類」。奴隸就不是法律定義中可以做為權利主體的「人」。這個源自羅馬法的歐陸法律歷史，就是一部各式各樣的「非人」如何前仆後進的擠入「人」的行列的，「為權利而鬥爭」的歷史。坦白說，這套邏輯至今其實沒有什麼變化，只不過可以被法律視為「人」的範疇變大了而已—儘管必要的時候，可以隨時限縮。被監禁在關達那摩美軍基地的所謂「恐怖分子」，就是被阻絕於普世人權理念之外的「裸命」。(アガンベン，2003)

殖民主義興盛之前（甚至之後仍然），在歐陸有限的「世界」經驗中，除了奴隸之外，外國人、窮人、未受教育的人、婦女、兒童、勞工都曾經長期被峻拒於法律=權力的保護圈之外。大航海以來，「世界」的範圍雖然擴大了，「人」的範圍卻沒有隨之擴大的必然性。絕大多數的情形，都是因為「來自非人的抗爭」已達到權力所能應付的臨界點等現實需要，才使得法學所界定的「人的門檻」逐漸放寬。無論如何，法律基於其實用性，在放寬門檻之際，都亟需一個有效—最好是「科學」—的判準。

這個判準，依時代區分，分別由傳教士、博物學家、以及人類學家負責提供，負責建立一個（科學）體系，對所有生物學定義下的人類，進行調查、研究與分類。「野蠻／文明」、「已開／未開」、「原始社會／氏族社會／半文明社會／文明社會」的各種分類自此層出不窮，而法律學對於這些人類學的成果，總是表現得很謙卑而且從善如流。當人類學對於他們研究的對象的「文明度」失望搖頭之際，法學便毫不寬容的拒絕他們加入「人」的行列。當人類學「尚無定論」的時候，法學就劃出一個模糊地帶—被研究主體在法律上權利的多寡，視其接受「文明」的意願或程度而定。¹⁴

至於實際上掌控權力的政治人物，本質上就對權力／權利的下放極為反感，當然更會庸俗化人類學及法學的結論，杜撰出「從排除到同化」的一系列光譜選項，藉以因時因地制宜的正當化他們的殖民統治。台灣總督府就是這個

14 例如德國的人種法學家 A. H. Post，比較法學家 Josef Kohler，殖民法學家岡松參太郎等人，都是最好的例證。

態度。而如果容我甘冒大不韙地直言，則我認為：即使到了二次大戰後很久的時間，許多人類學家仍然「尚無定論」。所以國民黨政府雖然是個反知識反法治的法西斯殘餘勢力，但他們也很樂意趁著人類學家的舉棋不定以及法學家的茫然無措，對原住民進行毫無道理的同化＝滅族政策。對於這段百年歷史，我一向的形容，就是「從飛禽走獸一到炎黃子孫」。（吳豪人，2005）（當然啦，這中間還夾雜著一段「帝國臣民」的時代。）

法學家與殖民主義者既然如此倚賴與「敬重」人類學的研究成果，自然對於人類學研究的支持不遺餘力。雖然法學家與殖民主義者對於人類學研究的支持，基本原因並不完全一致：法學家的主要理由在於「法學」這個學問本身的「科學性」—法學是否能夠稱為一種「科學」？—極度缺乏自信（至今仍然如此）；而宣稱自己的殖民乃是一種「理性的獨裁」（借用溝部英章的修辭）的殖民主義者，也亟需人類學的加持，以強化統治的正當性。¹⁵

2. 第二個空白

相對的，挾著「科學」的光環，與價值中立的自信，人類學家在極為漫長的一段時間中建立他們的論述，但卻似乎對於自己何以擁有能夠侵門踏戶地對「未開人」聚落進行田野調查的特權不甚了了。（說不甚了了實在只是一個禮貌性的措詞—在「文明社會」，這種侵門踏戶的行為，可以讓屋主開槍射殺侵入者而且阻卻違法）。

台灣總督府曾在明治時期與昭和時期，兩度對原住民進行大規模的人類學調查。雖然「大義名份」上都是為了方便推動殖民統治，但此二者性質並不盡相同。明治時期舊慣調查會所完成的《蕃族調查報告書》（全八卷），我曾經為文，指出其「將原住民視為學術研究踏腳石」的動機。（吳豪人、黃居正，2006）而昭和時期的《高砂族調查書》（全六卷）掌握了原住民人口動態的詳細調查，則配合國家總動員原則，開始更進一步的想要「改造」原住民，成為皇民的一部分。（坂野徹，2005：246-249）因此可謂「原住民飛禽走獸論」的忠實繼承者。日後，東京／台北帝國大學的人類學家們，或甚至於是法學家

15 這就說明了，為什麼岡松參太郎們和後藤新平，都能接受如青山道夫的見解：人類學是一門足以幫助殖民統治減少成本、避免遭遇抵抗及確保統治順利的「科學」。

（如增田福太郎）雖然也進行或大或小規模的人類學研究，仍不脫上述兩次調查的路線。也就是說，假如不是純學究趣味（dilettantism），就是為了殖民統治。似乎從來沒有任何一個學者，認真思索原住民文化的現代價值，以及應否或如何保留、保障或改良。縱使人類學本來就與殖民主義是一體的，但在台灣則居然形成一個學術傳統，長久以來，把原住民是為「研究的客體」，不曾設身處地，以主體視之。¹⁶

談到這裡，我們就進入了第二個空白狀態：殖民主義中人類學與殖民主義、人類學與法學、法學與殖民主義三者的融洽合作，究竟是在歷史的哪一個時點結束的？以及如何結束的？—如果這種合作真的已經結束了的話。

純粹就這兩門學科的世界性發展而言，至少在戰後各殖民地紛紛獨立成功之後，法學和人類學就得以無須再受制於殖民主義，從而得到自身的學術生命。法學和人類學之間，也失去了實用性的連接點，開始愈行愈遠，甚至視同陌路。就法學的進展而言，則國家制訂法內容的粲然大備（「人」的同質性受到普遍的承認），使得「習慣法／活法」理論逐漸無用武之地；所謂的法人類學，只好成為法學領域裡邊陲中的邊陲。以現狀而言，讀法律的大多不知道人類學有什麼重要，而讀人類學的絕大多數聽不懂法律語言。那一段美好而古老的過往，隨著殖民主義的退場而遭到遺忘。而連接兩種學問，成了兩個學科中極少數好奇心最旺盛的「純粹學者」炫學或打發時間的高級嗜好。

或許這不是壞事。因為在歷史經驗中，法學與人類學的攜手合作，對於許多「非人」所造成的為害，確實比法學與人類學獨立作業時，對他們「分別造成的」危害來得嚴重。

所以，「在歷史的哪一個時點結束的？以及如何結束的？」兩個問題，其實問得太模糊，我真正要問的是：這種殖民主義意義下的學門合作關係，是「在台灣歷史的哪一個時點結束的？以及如何結束的？」

一般而言，一個學門意識到自己在政治上的幫兇性格，從而產生羞恥心的

16 山路勝彥甚至以馬淵東一為例，指出這群偉大的殖民地人類學家，把他們能自由自在研究台灣原住民的「快樂」，視為一種無人能管束的「梁山泊」。即使鹿野忠雄或森丑之助，也只是梁山泊裡的一種類型而已。山路勝彥（1999：83、86）。

時候，就宣示了該學門與政治權力合作的終點。台灣的人類學界在什麼時候產生這種羞恥心？我不太清楚，不敢妄言。但是法學家的自我反省，確實來得極晚，甚至就整個台灣法學與實務法曹社群的現實面而言，可以說才剛剛邁出第一步而已。

很明顯的，僅就台灣而言，法學家覺醒的契機並不來自於法學的內部自省，而來自於台灣社會的民主化浪潮。所以我猜測人類學家的反省，可能也並不全然來自於人類學的自省，而相當程度來自於「被研究的客體」的造反—例如 1980 年代的原運—所帶來的震撼。在那些激動的年代氛圍裡，不分學門，都有利於進步思考與力量的產生。而進步的思考與力量是積極的，是前瞻的，是講求結盟共鬥的。所以，面對著相同的敵人，過往那個不光榮合作的不光榮歷史，似乎變得不再重要，也無須追究。重點是，隨著民主化的成功（在此姑且假設為成功），不但所有的「漢人」都跨過法律設定的門檻，加入了「人」的行列，連所有的原住民，也都進來了。

可惜的是，未曾進行轉型正義的民主化，終究無法真正解決歷史的不義。

3. 現階段台灣原住民族的處境與填補第三個空白的方法

由於 2005 年《原住民族基本法》的立法，使得台灣的國家權力對原住民的權利保護得以貌似「先進」。但是因為台灣政府把先進的原住民權利保障「形式化、空洞化、戲仿化以及去實務化」了，因此在這樣的基礎上，如果法學家進一步大談美加澳紐英美法系的原住民族權利保障，多少也沾染一點喜劇效果。可是，如果回歸耶林「為權利而鬥爭」的古老命題，放棄「先進」幻想，檢視「後進國（例如美加澳紐日本）」的原住民族，如何使用最古典，最 orthodox 的鬥爭方式，從他們那個對於法律尚有敬意的殖民政府手中，緩慢但堅實的奪回權利的過程，我們就會發現：這個鬥爭主線都集中在如何回歸到原住民族的傳統習慣與規範的尊重與保障。

台灣原住民的處境其實是很不「先進」的。因為憲法上的平等，似乎與歷史的不正義所造成的現狀／處境，有著太大的落差。換句話說，殖民主義的傷痕並不因殖民主義的宣告終結而獲得痊癒。相反的，治療才剛要開始。然而傷痕是如此巨大，大到文化與族群認同的社會根基早就被破壞殆盡。為了重新凝

聚族群認同，原住民族的年輕菁英們，必須用盡所有他們能夠使用的武器來正當化他們的訴求。目前看起來最重要的訴求武器，是人權的普遍性以及文化的特殊性——而這兩者正好是法學家與人類學家的看家本領。換句話說，在一個與殖民主義時代完全相反的社會脈絡裡，不管是知識面或實踐面上，台灣這個場域的法學家與人類學家，居然再一次得到了攜手合作的機會。而且這一次，很可能是非常光彩的合作。

有些嗅覺敏銳的法學家及人類學家，其實很早就察覺到自己的任務，但卻尚未明確意識到兩個學門彼此合作的可能性。

關於察覺自家任務這點，台灣的人類學家遠比法學家進步得多。人類學在 1970 年代就揚棄了戰前的單線進化論觀點，開始建構文化多元主義的可能性。因此台灣原運的許多思想武裝，均來自於人類學家的提供；甚至為了補救原住民們在殖民政權下被強迫罹患的民族失憶症，人類學家重新發掘了他們前輩們（包括法學家們）的人類學文本，以供原住民「回復民族記憶」之用。¹⁷

另一方面，法學家們則在失去了人類學養分補給的同時，還得面對以 Carl Schmitt 的「例外狀態」理論為藉口的獨裁政府對於啟蒙主義以來的民主法治＝羅馬市民法傳統的瘋狂攻擊，因此自顧不暇，沒有能力認清原住民族的真正需求。這種窘境必須要在 90 年代的民主化之後才稍微獲得改善。但隨之而來的，尚有主流社會如何面對轉型正義的諸多問題。儘管如此，最近十年來在捍衛原住民族權利的許多「國家 vs. 原住民」的司法訴訟中，法學家也重新意識到獲得其他學門支援的重要性。法學家們首先引用現行法律與憲法等 common law、引用《原基法》等特別法、引用國際人權法，然而最後卻發現，這些就法論法的法庭辯論，並不足以說服同是法律專家的檢察官或法官。這些人的專業訓練使他們長久以來相信「國民只有一種」，「法律也只有一種」，而且無法相信有任何曾經或至今仍有效存在的「原住民法」。律師、檢察官和法官都同樣需要人類學家站在證言台上，以專家身分為被告作證。¹⁸

17 例如中央研究院民族學研究所重新翻譯的《番族慣習調查報告書》。

18 關於這一類的經典案例，包括國內的和國外的案例，例如日本阿依努族的二風谷訴訟、加拿大的「凡德皮判準 (Van Der Peet Test)」或者司馬庫斯樺木案等等。

我覺得這是法學與人類學彼此需要的，最戲劇性的再一次交會。

三、修復式正義、轉型正義與台灣原住民族

1. 人類學調查成果在修復式正義法學上的運用

雖然在上一節之中，筆者對於殖民主義下人類學與法學的合作多所批判，但是過往人類學所累積的學術成果，仍然可以透過重新理解與詮釋，使之在修復式正義的理論中發揮正面的效益。至於當代人類學的研究成果，更不在話下。依照時間順序，首先可以回顧《番族慣習調查報告書》¹⁹中的記載。

整體而言，舊慣調查會的調查人員在《番族慣習調查報告書》中關於各族裁判慣習的記錄，最能顯示出跨族群特色的，就是犯罪者原住民族盡可能以財產刑（贖財）取代身體刑（特別是死刑）的明顯傾向。第二個跨族群的特色，是沒有連坐制度，「罪不及妻孥父兄」，但贖財應由家產支付。²⁰即便被日人視為「不出十年，……將會改廢固有的慣習，完全本島人化」的賽夏族亦不例外。²¹而各族所持理由，也極為近似。大致上不出應報主義無用論以及同族相殘禁忌論兩種理由。例如：

「私刑為古代番人報復及懲戒的手段，至今仍常被使用。一般而言，以牙還牙，以眼還眼，是他們古代祖先的理想。然而，若家屋被燒毀者必燒對方之家屋，妻子被姦淫者必姦淫對方之妻子，父親被殺者必殺對方之父親，則被報復者及其遺族也必對報復者再施以報復，其鬥爭將永無休止。結果必至同族相殘而滅絕」「古代對不法行為之裁判嚴厲，……但是現在一般都依交付贖財之方法解決。」²²

19 台灣總督府臨時台灣舊慣調查會（1996-2004）。為了向當代人類學家致敬，此處不使用日文原書，而使用中央研究院民族學研究所重新編譯的中文版。

20 例如第一卷（泰雅族），253-258頁；第二卷（阿美族／卑南族）127-131頁。又，贖財由家族共同支付乃原住民族的財產法規範的必然結果，與連坐制度無關。例如第四卷（鄒族），202-204頁。

21 第三卷（賽夏族）138頁。

22 前引第一卷（泰雅族），253-254頁。

「不論故意或過失殺害，加害人和被害人的兩姓間因此發生仇敵關係。然而自古以來就忌諱同族互相傷害，所以這種情形通常會央請有勢力者從中仲裁，由加害人提出贖財了案。」²³

「……私刑之權……若置而放任，則會造成弱者面對強者時無法行使其權利，反之，強者對弱者的報復行為又失於過酷……。」²⁴

在此所謂的「私刑」，當然是殖民者觀點。日本帝國與其他壟斷司法的近代國家一樣，並不承認國家法以外的任何法律。但是從原住民族的立場而言，當然是「公刑」。而且有趣的是，這種公刑「古代」嚴厲，「現在」則儘可能改用贖財解決。不要忘了，《番族慣習調查報告書》出版於 1915 年，所以此處的「現在」就是 1910 年代。換句話說，早在至少一百年以前，絕大部分的台灣原住民就放棄了機械式的應報主義。這樣的調查結果應該令自命文明的日本人相當困窘。比方說，日本調查者無法解釋何以卑南族沒有「放逐、絕交、私刑、死刑」，只好含糊地一筆帶過：

「本族番民散居於肥沃的原野，由於土地糧食豐富且生活安易，因此並不像文明國度苦於種種困難所衍生之諸多犯罪。」²⁵

最值得一提的，是日本人亦驚嘆的，語言中只有「惡」卻無「罪」的用語的排灣族：

「本族對於不法行為之制裁，普通採用收取贖財或體罰，另外亦罕有放逐、禁足等處罰。本族自古以來即幾未行死刑，無論何等重罪，亦以贖財、放逐等解決」「本族所謂體罰，並無因此而傷害犯人肢體等行為，僅止於扯髮、毆打（棒打，亦有拳打者）或踢踏。此辦法如同父母對子女所行之體罰。」²⁶

23 同前前註。

24 第五卷（排灣族）第四冊 29 頁。

25 第二卷（阿美族／卑南族）372-373 頁。

26 前引第五卷（排灣族）第四冊 291-292 頁。

從上述的記載，我們已經可以看到許多與修復式正義理念相重疊的原住民傳統規範。不過關於「社群」在犯罪加害人與被害人之間所扮演的角色，我們還得借助人類學家更進一步的觀察。

山路勝彥指出：

「如同我所介紹的，研究泰雅族的學者曾指出：『縱使是個人的犯罪，也等與所有信奉 gaga 者的犯罪』（李亦園等，1963）。而從筆者所調查的賽德克族部落，也有『一個人犯罪，等於全部落的犯罪 rutyak kana'alang』的說法。這個說法非常富有啟發性。犯罪雖然是特定個人的違反行為，但犯罪者和其他的族人們在犯罪發生之前，即共有著相同的生活體驗，而從這種共同體驗觀之，同是信奉 gaga 者，是不可能與他人的犯罪行為毫無關聯的。」「儘管是個人的違反行為，但是犯罪責任不由個人而由生活共同體負責，這正是泰雅族的習慣法，亦即 gaga 的精神所在。」（山路勝彥，2011：113-114）

當然，「一人犯罪，全族犯罪」的思想並非源自托爾斯泰式的人道主義，而是源自泰雅族的傳統宗教觀。殺人、婚外情、離婚等違反部落重大戒律的行為，對於泰雅族人而言，均是對於神（Utux）的秩序的褻瀆，神將對全族人施予懲罰與災厄。所以當犯罪發生之後，處置的重點並不在懲罰加害者，而在於重建瓦解的世界秩序，平息諸神的憤怒。從而，與其將加害者「繩之以刑」，無寧要求加害者自承錯誤，向被害人及部落悔罪道歉、謫居禁足、提出贖財並創設象徵和解的共食行為。通過這一連串的過程，加害人的罪行才能洗淨。山路勝彥特別指出，此處所謂的「罪行的洗淨」並非單純的外在行為，而是「消解當事人們內心的葛藤」。（山路勝彥，2011：92）憎恨、恐懼、憤怒、懊悔、虛張聲勢、報復以及再報復，凡此種種，均是「不吉之物」，無助於世界秩序的恢復以及諸神怒氣的平息。

吳乃德在論及捷克於 1991 年通過的，在各國轉型正義案例中最嚴厲的《除垢法》(Lustration Law) 之際，曾順道指出該法名稱「來自拉丁文的 *lustratio*，意為『藉由犧牲以完成潔淨』」。 (吳乃德，2006：3) 但羅馬帝國的古俗，

比較接近上述泰雅族的「犯罪淨化」傳統規範，兩者均以牲獸而非以「牲人（人身／人格）」²⁷ 為犧牲以求淨化除垢。再者，泰雅古法的除垢也不是只除去加害人的污垢，還必須將整個社群的污垢一併除去。我們可以說，泰雅族的除垢，目的在於使社群（包括加害人與被害人）儘速恢復正常生活，因此是一種面向未來的除垢。這個特質，使得泰雅族修復式正義的古法，同時也兼具了南非型轉型正義的理念。

Martha C. Nussbaum 對於「人們對於邪惡的反應」的精彩描述，有助於我們繼續挖深泰雅古法純樸的外表下所蘊藏的智慧。Nussbaum 說：

「許多人相信納粹恐怖的那個文化只不過是一種畸形的怪物與脫離常軌的情形」「我們通常告訴自己，兇惡的罪犯是怪物，一點也不像我們。……邪惡在外面，異形與我們沒什麼關係。……藉由將邪惡之人視為噁心的，我們才能方便地使他遠離我們。」「反之，當我們不用噁心來描述納粹，而將納粹描述成跟我們共享相同特徵的人類時……這麼做就會拉警報。因為它要求自我審視，警告我們如果在類似的情況下，很可能也會做同樣的事。」「我們必須面對自己可能變成他們的事實，而這件事在某種重要的意義上意味著『我們已經是他們』：我們恐懼、虛弱無力、道德盲目，所以也能造成同樣的邪惡。」（納思邦，2007：258-260）

2. 原住民族傳統規範的現代適用

目前外國已經有許多將原住民族傳統規範實際運用在修復式正義的案例，最經典的當然是紐西蘭毛利族的「家族集團會議」（Family Group Conferencing），以及接著衍生的立法《兒童、青少年及其家庭法案》（Children, Young Persons and Their Families Act, 1989）「法院委託之修復式正義協議會」（Court-Referred Restorative Justice Conference, 2001）《量刑法案》（Sentencing Act, 2002）等等。（藤本哲也編，2004）國內也有不少有識之士建議自原住民

27 <http://en.wikipedia.org/wiki/Lustratio>。另見 Agamben（1998）。

古法中求取修復式正義的靈感，應用在現行法制之中。但是這些運用原住民傳統智慧以解決當代市民法體系社會（包括被摧毀的原住民傳統社群）犯罪的立法實例，並非本文關心的重點。本文關心的是：**如果這類的立法就是修復式正義的實踐，那麼這種實踐究竟修復了誰的正義？**而這個疑問，必須要先從原住民族傳統規範的現代適用—當然得以修復式正義為例子—談起。

近年來，許多台灣的政府調查報告，以及人類學家、社會學家的研究均不約而同的指出：原住民族社群的犯罪情形有越趨嚴重之勢。²⁸ 其所以如此，均與原鄉傳統社群結構遭到主流社會破壞解體而越呈弱勢有關。因此也開始有犯罪學的研究者建議應該援引國外之例，將修復式正義的概念，重新引進原鄉，以彌補現行司法制度的不足。首先，請容筆者引用一篇相當傑出的碩士論文的兩段內容。第一段可以瞥見作者的基本思路：

「……由上述統計資料可見原住民不論在人口結構、壽命、教育程度、勞動經濟上都屬於社會中較為弱勢的一群。LaFrombois & Rowe 認為當原住民的弱勢文化面對強勢文化衝擊時，會遭遇文化衝突與壓力，當其無法因應壓力時，即會產生反社會行為，容易導致犯罪因素的促發。」「……上述調查研究及統計數字均顯示台灣原住民涉入犯罪的比例同其他國家，皆高於原住民在總人口的比例，此狀況值得關注。原住民涉入犯罪比例高，現有的刑事司法體系是否適合其特殊的民族性、文化性及弱勢的社會環境值得深思」「如果說原住民過去傳統的解決紛爭方式，符合當今的修復式正義精神，並在被害人損害方面能提供更有效的復原與心理支持，則復興原有解決紛爭模式對於在許多方面屬於社會弱勢族群的原住民勢必將更有幫助。」（洪千涵，2008：6-8）

第二段則是以建議的方式呈現的結論：

「一、推廣符合修復式正義精神的和解型態，有效幫助被害人降低

28 例如陳漢瑛、何英奇（2002），黃淑玲（2000）。

損害，減少現行司法訴訟源。二、於泰雅族社區內正式發展各類修復式正義模式，有效解決衝突、幫助受害者復原。三、尊重多元文化，避免同化政策。四、改善原住民刑事司法地位，提供程序正義。」
(ibid: 125-127)

引用這兩段文字的理由，是因為這樣的思路與建議，都很符合台灣（以及其他擁有原住民族的民主國家）主流社會中，較有反省力且對原住民較友善的知識社群的一般見解。不過，這樣的見解，其實有很大的思想漏洞。

在修復式正義理念與近代市民法理念的攻防戰中，類似的見解經常被抨擊為過分樂觀而不切實際。根據 Johnstone 的整理，抨擊者至少有三大理由不同意修復式正義的古典共同體傳統能夠在當代復活：（一）在西方近代資本主義與工業文明的壓倒性勝利之下，早就萎縮不堪的地域性共同體豈有正常運作修復式正義的餘地？（二）國家法與共同體的習慣法之間的緊張關係要如何化解？（三）共同體固有的，象徵性的正義回復方式，若不為共同體以外的他者所接受時又該如何？筆者認為，第三點其實早已被前兩點所涵攝，在此無須討論。針對前兩個質疑，Johnstone 除了提出自己的解答之外，基本上均引用 Braithwaite 明快而充滿機智（但未必具有說服力）的答辯。對於第一點，Braithwaite 自始就拒絕接受批判者想當然耳的，人類世界早就已經從「gemeinschaft」完全過渡到「gesellschaft」的單線進化論前提。換句話說，「現代先進社會」，其實比批判者所想像的要來的更為「共同體」。何況他根本就不認為加害人與被害人均強烈認同的「共同體」非得是「地理的／地域的」共同體。環繞在啟蒙以來被想像的「個人」身邊的各種人際網絡的、職業與休閒的、市民團體型的共同體一樣可以發揮作用。對於第二點，一般的修復式正義論者均主張他們並非要奪取國家的法律主權，而只是要求在違法行為發生時，對於犯罪者的處置不應由國家壟斷，而應該交由共同體的公開討論與決定。這是最制式而且最受國家歡迎的通說。可是共和主義者的 Braithwaite 的回應則是：「修復式正義最了不起的一點就是，只對於當然應該被視為犯罪的犯罪發揮其功能。假如在一個自由的討論空間中，市民團體的對話與協議並不能達成『猥褻行為是犯罪』的合意，猥褻就不應該被視為犯罪」。（ジョンストン，

2006：56-58)

Braithwaite 的第一個答辯雖然精彩而充滿前瞻性，但是仍有不足之處。筆者認為，第一個批判還有一個嚴重的謬誤，就是以承認現狀為前提（承認現行司法制度、承認全球化現象、否認地域社會的發展可能性，以為地域共同體只有被同化或式微兩條路）。但是修復式正義卻是以否定現狀、改革現狀為前提。現狀是數百年的累積，憑什麼要求改革必須獨負「現實可行」的責任？而且現狀雖然是數百年的累積，但是一旦出現難以逆轉的正義破綻，就必趨於毀滅；而相對的，萎縮不堪的地域性共同體，只要能夠證明自己可以解決當前正在發生的正義破綻，就有再生的價值與潛力。²⁹ 這一點之所以重要，是因為可以用來破解上述碩士論文所代表的一般性迷思：在西方近代資本主義、工業文明與殖民主義的壓倒性勝利之下，早就萎縮不堪的原住民地域性共同體，豈有正常運作修復式正義的餘地？依照該論文所代表的思路推論，則原住民族的高犯罪率來自於其全方位的弱勢，而其全方位的弱勢又來自於與近代國家的歷史性邂逅。那麼解決原住民高犯罪率的根本之道，應該是終止國家的介入，怎麼會是提倡修復式正義在原鄉的實踐？何況，這個只會摧毀原住民族的國家所施行的近代法律，理論上既不如傳統規範能夠保護原住民族的權利（否則何來此論文），實務上又已經被歷史證明無心保護原住民族的權利，那麼，為什麼不推位讓國，把原住民的正義還給原住民自己去決定，卻要大兜圈子，要在原住民部落裡推動什麼「修復式正義的復活」，而且還只能是補貼現行國家法之不足的修復式正義？

Braithwaite 的第二個論點容易引起爭論（甚至引起同路人的不安與反對）是可想而知的。這是一種兩面之刃的論點。純粹就弱勢保護的功能而言，國家的立法／司法壟斷權似乎比修復式正義的共同體協議在實務上更能保護弱勢（預防多數暴力）。但另一方面，這種近代法理論的理想也不見得比修復式正義更切實際，例如以「國家利益」或「公共利益」之名行侵害個人或團體之實的法律，往往是少數人所決定的（在台灣，我們對這種事情一點也不陌生）。

29 例如永不饜足的資本主義財產權理論，對地球環境產生的威脅，就可以藉由原住民族的傳統規範「土地不屬於人，人當屬於土地」重建一套符合環境權思想的財產法理論。參見吳豪人、黃居正（2006）。

Braithwaite 說：

「毫無限制的權力會產生兩種型態的犯罪：第一種是統治者的濫權所造成的剝削性的犯罪（國家的犯罪）；第二種是因為被剝削到貧無立錐，憤無可洩，因此鋌而走險的，被統治者的犯罪。」（ブレスウェイト，2008：220）

這段話其實已經代替筆者回答了，為什麼我覺得上述研究生的這一類論文，在思路與結論上均有很大的思想漏洞。因為他們談原住民族的修復式正義，只看到第二種型態的犯罪，卻對於第一種型態的犯罪輕輕帶過。易言之，就是沒有把轉型正義考量進去。

結語

若說近代台灣的歷史，是一個連續殖民的歷史，那麼在台灣這個場域裡曾經登場過的所有族群之中，其絕對弱勢的處境從未有所改變的，而且仍然處於被殖民狀態的，就只有原住民各族。就本文的主題而言，可說台灣的原住民各族弱勢到了連轉型正義的「討論」都很少被納入考量。³⁰ 而雖然有少數慧眼炯炯的學者已經注意到台灣原住民族傳統規範中具有許多修復式正義的因子，不過畢竟是極少數，而且也毫不足以改變原住民族的傳統文化與規範持續被毀滅的現實。但是在台灣這個多族群社會裡，我們卻幾乎看不到原住民各族對主流社會使用仇恨語言（hatred languages），遑論暴力復仇（反而是所謂的廣義「漢族」之間經常在上演這種戲碼）。這種少數對多數的寬容，被害人對加害人的寬恕，對於社會終將回復正義與正常秩序的信心與等待，正是修復式正義與轉型正義精神的最佳詮釋。而我認為，這種寬恕的態度，至少從戰後起算，已經成為一個原住民跨族群的「嶄新的傳統規範」。他們用自身的苦難，向主流社會的加害者與社群殷殷解說：什麼是修復式正義，什麼是轉型正義。但是他們從台灣主流社會得到的回應，可說冷漠到了極點。

如果與紐澳美加等國相比，我們可以發現到一個弔詭的現象：當台灣開始

30 當然也有少數例外，例如吳叡人（2007）。

以及越發意識到修復式正義的重要性的時候，我們就越發了解原住民族傳統規範對於我們的啟示有多麼重要，但是這些傳統規範卻幾乎已經被破壞得已然奄奄一息。我們踐踏信奉修復式正義的民族，而且宣稱修復式正義很重要。

這個現象或許可以用法律史的往事來形容：

蠻族消滅了羅馬帝國，卻繼承了羅馬法。

當然，這個形容諷刺的成分居多，比較正確的形容應該是：

我們是法律典範的海盜。

忽略原住民族的轉型正義，持續破壞原住民族的文化，卻在台灣主張修復式正義—雖然未必是有心的偽善，但顯然本末倒置，成功的機會微乎其微。同理，未經一次徹底的轉型正義的震撼教育，則修復式正義在台灣，永遠只能是應報型司法掩飾其苛酷無情的裝飾品。對於更為深層的、獻祭型的社群共同體的法文化，³¹ 更加起不了什麼變革的作用。說的保守一點，就是修復式正義不會有什麼真正的發展；說的坦白一點，就是這種不用在重大犯罪而用在微罪、違反秩序甚至只是「道德」教條（等等現行刑事司法制度無暇顧及的部分）的修復式正義，還可能會擴大現行刑事司法制度的勢力範圍。³² 那麼，這真的是對修復式正義的提倡者最大的諷刺了。

參考文獻

- Agamben, Giorgio. 1998. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Princeton: Princeton University Press.
- Nino, Carlos Santiago. 1996. *Radical Evil on Trial*. Yale University Press.
- Van Ness, Daniel W. & Karen Heetderks Strong. 2010. *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*. 4th Edition. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Co.
- Zehr, Howard. 2002. *The Little Book of Restorative Justice*. Good Books.
- ゲリー・ジョンストン（Gerry Johnstone）。2006。西村春夫監訳。〈日本語版への序文〉。《修復司法の根本を問う》。成文堂。

31 根據前引中央研究院社會學研究所「台灣社會意向調查」報告指出：在「法官（法院）難免會犯錯」的前提之下，台灣民眾認為把「沒有犯法的人判成有罪」比較嚴重的約佔 33.77%，把「有犯法的人判成無罪」比較嚴重的卻佔了 47.32%。<http://www.ios.sinica.edu.tw/si/t6/si2008b/si2008b.fre>。

32 關於此種危險性，可參考ジョンストン（2006：201-203）。

- ジョルジョ・アガンベン (Giorgio Agamben)。2003。高桑和巳訳。《ホモ・サケル——主権権力と剥き出しの生》。以文社。
- ジョン・ブレスウェイト (John Braithwaite)。2008。細井洋子、染田恵、前原宏一、鴨志田康弘共訳。《修復的司法の世界》。成文堂。
- ハワード・ゼア (Howard Zehr)。2003。監訳：西村春夫、細井洋子、高橋則夫。《修復的司法とは何か——応報から関係修復へ》。新泉社。
- リチャード・ブラート。2001。岡本美紀訳。〈刑事事件における和解——ドイツおよびその他のヨーロッパ諸国における最近の展開〉。《被害者学研究》11。成文堂。
- 土田久美子。2010。〈過去の不正義に対する法的救済の意義と限界——在米日系ペルー人による補償請求運動を事例として〉。日本法社会学会編《刑事司法の大転換（法社会学第72号）》。有斐閣。
- 山路勝彦。1999。〈《梁山泊》の人類学、それとも？：台北帝国大学土俗人種学研究室〉。《関西学院大学社会学部紀要》83。
- _____。2011。《台湾タイヤル族の一〇〇年——漂流する伝統、蛇行する近代、脱植民地化への道のり》。風響社。
- 坂野徹。2005。《帝国日本と人類学者（一八八四-一九五二）》。勁草書房。
- 村井紀。1995。《（増補・改定）南島イデオロギーの発生——柳田国男と植民地主義》。太田出版。
- 高橋則夫。2003。《修復的司法の探求》。成文堂。
- _____。2007。《対話による犯罪解決——修復的司法の展開》。成文堂。
- 樫村志郎。2012。吳豪人譯。〈修復式正義概念的基督教起源——以1950年代德國及美國的思想與實踐為背景〉。「正義女神的新天平：修復式正義／人權與和平教育2012國際研討會」報告論文。
- 藤本哲也編。2004。《諸外国の修復的司法》。中央大学出版部。
- 台灣總督府臨時台灣舊慣調査會。1996-2004。中央研究院民族學研究所編譯。《台灣總督府臨時台灣舊慣調査會番族慣習調査報告書》（中文版全五卷八冊）。台北：中央研究院民族學研究所。
- 吳乃德。2006。〈轉型正義與歷史記憶：台灣民主化的未竟之業〉，《思想季刊》2：1-34。
- 吳豪人、黃居正。2006。〈對市民財產制度的再檢視：由司馬庫斯部落公約到自然資源的歸屬〉。《台灣國際法季刊》3，1：207-263。
- 吳豪人。2004。〈岡村參太郎論〉。《林山田教授退休紀念文集》：511-585。台北：元照出版社。
- _____。2005。〈飛禽走獸如何成為炎黃子孫〉。「第八屆中華民國史專題研討會」報告論文。2005年1月1日。台北：國史館。
- _____。2011。〈台灣經驗？轉型正義的悖論〉。「島弧人權：亞洲人權的理論，實務與歷史」國際研討會報告論文。2011年6月11日～12日。台北：輔仁大學法律學院。

- 吳叡人。2007。〈台灣高山族殺人事件：高一生，湯守仁，林瑞昌事件的初步政治史重建〉。「紀念二二八事件六十周年」學術研討會報告論文。2007年2月26日。台北：台北市文化局、中央研究院台灣史研究所。
- 洪千涵。2008。〈修復式正義對被害人損害影響－以泰雅族為例〉。國立台北大學犯罪學研究所碩士論文。
- 泰鐸（Ruti G. Teitel）。2001。鄭純宜譯。《變遷中的正義》。台北：商周出版。
- 納思邦（Martha C. Nussbaum）。2007。方佳俊譯。《逃避人性：噁心、羞恥與法律》。台北：商周出版。
- 陳漢瑛、何英奇。2002。《台灣原住民與非原住民青少年物質使用行為之預測：文化價值、態度、信念、社會控制與自我控制等因素（第二年）》。行政院衛生署研究計畫案報告。
- 黃淑玲。2000。〈變調的「naasal」婚姻、家庭、性行業與四個泰雅族聚落婦女 1960-1998〉。《台灣社會學研究》4：97-144。

The Rehabilitation of “the Savage”: Breaking the Impasse of Transitional Justice and Restorative Justice in Taiwan

Hao-jen Wu

Associate Professor, Law Department, Fu-Jen Catholic University

Abstract

The theories of “Transitional Justice (TJ)” and “Restorative Justice (RJ)” are essentially interrelated with each other. The concerned parties include the victims, the offenders / perpetrators and their communities. Therefore the state plays merely a supporting role. Punishment can not be of primary concern to justice. In the meantime, the retributivism or the commonly held judicial purposes of the state should be replaced by truth-seeking, by repentance and apology of the offenders, and by the reconciliation and healing among the victims, the offenders, and their communities. Those theories are so filled with reform-oriented energy that they are often regarded as subversive—whether politically or judicially—to modern states and their judicial systems. That is why “Transitional Justice” is prone to be misunderstood as a tool of political struggle, and “Restorative Justice” as a cheap decoration of the criminal policies. Such predicament can be observed more easily in Taiwan, in that the so-called “Taiwan miracle of democratization” lacks nothing but a solid universal human-rights thinking. This article aims to provide a key factor for TJ and RJ so often neglected yet so important—namely a point of view of Taiwan’s indigenous people, and also to argue that Taiwan will never reach any meaningful reconciliation and healing unless indigenous human rights on TJ / RJ issues are fully protected.

Keywords

transitional justice, restorative justice, Taiwan indigenous people, victims / offenders / communities, reconciliation and healing