

# 轉型正義的機制及脈絡因素——以台灣為例<sup>\*</sup>

李怡俐

國立臺灣大學法律學院博士生

## 摘要

本文所聚焦討論的問題是轉型正義的機制與其相應的脈絡因素。在有關轉型正義的文獻中，大多數的討論集中於「如何」(how)運用機制處理發生在不同國家的轉型正義問題。對於轉型正義的脈絡因素，尚無根本性與系統性的討論。個別國家「為何」(why)會選擇不同的機制處理轉型正義？基於「何種」(what)考量下選擇該機制？轉型的脈絡因素如何影響機制的選擇？影響的強度？都是值得進一步討論的問題。為回應這些問題，本文整理出六大機制如刑事追訴、真相調查和解委員會、權力淨化、賠償、大赦與遺忘過去與五大脈絡因素如憲政改革、社會集體文化、政權更迭、國際干預以及殖民經驗，並且嘗試以台灣的例子討論彼此的關係。本文認為憲政改革、社會集體文化與政權更迭等因素影響了台灣在轉型正義上的機制選擇。但此種機制留下許多問題與困境。而此種困境是否因台灣簽訂兩大人權公約與制定內國施行法後出現新的契機？是值得進一步探究的問題。

## 關鍵字

轉型正義、轉型機制、轉型因素

.....

## 一、研究動機

台灣自 1980 年代後期開始進行民主轉型的時代工程，從二十多年後的今

---

\* 本文作者甚為感謝兩份審查意見的指正與建言，其對作者現在進行的相關研究助益良多。作者自負文中一切文責。聯絡信箱：d97a21005@ntu.edu.tw。

日眼光觀之，台灣民主化的成就已相當程度地受到國際上的肯定與讚揚。就在民主化看似成熟之時，其實仍有一些過去被刻意壓抑且尚未被妥善解決的問題，漸次地浮現在台灣享受民主成果的時刻，轉型正義便是明顯的例子。在轉型正義問題上，台灣採取了「賠償被害人但不追究加害人」的模式。（Wu, 2005: 77）<sup>1</sup> 然此種金錢賠償機制無法全然處理所有轉型正義的議題，所引發的政治與社會效應因而擴散至賠償機制之外，進而影響了國內民主的發展與政治的穩定性。國內不同的政黨對轉型正義的相關議題如二二八事件的歷史平反及元兇追查與認定、<sup>2</sup> 白色恐怖時期受害事件的真相調查、受害者的歷史平反與真兇調查，政黨不當黨產的追討、<sup>3</sup> 中正紀念堂正名成「台灣民主紀念館」、<sup>4</sup> 陳文成教授命案、林義雄先生滅門血案、海外黑名單的真相與平反、校園政治事件（職業學生）等案件一直有不同調的主張與態度。各政黨間不僅沒有交集：一方積極論述；一方拒絕交談，甚而還經常出現激烈交鋒的場面。

轉型正義的相關議題除了引起政治部門的注意外，在司法界也引發討論。例如大法官在大法官釋字第 272 號中面對戒嚴時期非現役軍人如於刑事案件中有遭不當審判時可否於解嚴後上訴或抗告的問題。大法官在這號解釋中，首先

- 1 為處理二二八事件與白色恐怖時期所生之人權侵害事件，在經過一段時間的籌備與討論後，台灣政府採取以金錢賠償為主的方式來處理上述事件的後續問題。1995年4月7日，立法院通過《二二八事件處理及補償條例》。同年10月在行政院協助下，成立了「財團法人二二八事件紀念基金會」，以基金會的法人形式辦理二二八事件補償申請與核撥賠償金。截至2010年4月15日，該會共受理了2,756件案件，共有2,266件案件成立並核撥71億多賠償金。<http://museum.228.org.tw/pages2.aspx>。（最後造訪日：2012年4月6日）同時為彰顯政府對此事件的重視，2006年籌設「二二八國家紀念館」，該館於2011年2月28日正式運作。此外，台灣政府以同一模式處理戒嚴期間所生之叛亂及匪諜案件中，所謂冤、錯與假等個案的人權侵害事件。立法院在1998年5月28日通過《戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例》。同年，於行政院協助下成立「財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會」。截至2012年3月21日，該會共受理了9,515件案件，共有7,571件案件成立。<http://www.cf.org.tw/data.php>。（最後造訪日：2012年4月6日）
- 2 在二二八事件六十周年（2007年）時，財團法人台灣智庫曾作過一份針對二二八事件與族群關係的民調（民調公佈時間為2007年2月25日）。民調結果顯示有四成四的受訪者認為紀念二二八會影響族群和諧，同時也有四成七的受訪者認為二二八的真相整清工作不足，更有六成一的受訪者認為，確認二二八元兇是蔣介石這件事，並不會破壞台灣社會的族群和諧。從此可以發現，台灣的族群關係仍與轉型正義議題息息相關。
- 3 見陳長文（2008），以及財團法人台灣智庫轉型正義系列座談資料：財團法人台灣智庫（2006a）、（2006b）、（2006c）、（2006d）。根據此系列最後一次座談會公佈的民調顯示，近七成的受訪民眾認為國民黨黨產需還給人民，並在黨產問題未獲得全民共識前，應暫停黨產買賣。民調指出，高達六成七的受訪民眾認為若黨產條例未獲立法院通過，應交由人民決定其處理方式。
- 4 參見李欣芳等（2007）。

肯認戒嚴時期的必要性，進而確認國家安全法第九條第二項的合憲性。大法官此舉阻斷了在戒嚴時期受到不當審判人民的上訴救濟途徑。<sup>5</sup> 而後雖大法官在相關解釋中<sup>6</sup> 對於不當審判案件，均透過放寬冤獄賠償要件以救濟受不當審判人民的權利，但在人民尋求法律救濟的程序上自廢武功，不僅少見於一般新興民主國家，更就此切斷轉型正義在法律救濟程序上的發展機會。此外，近來各級法院也在處理黨產所有權認定所生之訴訟案件<sup>7</sup> 及毀謗案件，<sup>8</sup> 法院的決定不僅成為各方關注的焦點，也決定往後此類案件的發展方向。

轉型正義不僅發生在台灣，當我們拉大視野來思考轉型正義的問題時，就可發現其他新興民主國家也面對著轉型正義所生的各項難題。例如，在鄰近的南韓，其南韓憲法法院因審判全斗煥、盧泰愚等人應如何為光州事件受難者及遺族負責的案件，面對了法律是否可溯及既往的難題。<sup>9</sup> 又如南非的真相與和解委員會面對可否用大赦換取真相與正義，真相取得又是否可帶來真正和解與寬恕的問題。<sup>10</sup> 另外，中東歐國家在民主轉型過程中，除要面對如何使用刑法懲罰前共黨政權的不人道事件外，也面對如何處理前共黨政權不當取得財產與如何處置前共黨人士是否可在新政權任職的相關問題。<sup>11</sup>

這些發生在國家轉型期的正義難題，自然也引起學術圈與文化圈的廣泛討

5 大法官釋字第 272 號。

6 大法官釋字第 507 號、大法官釋字第 567 號與大法官釋字第 624 號。

7 目前黨產訴訟案件的整理，可參見國家資產經營管理委員會網站。<http://igpa.nat.gov.tw/lp.asp?ctNode=5&CtUnit=10&BaseDSD=7&mp=1>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）另外，若干律師與社會團體於 2001 年組成黨產歸零聯盟以監督黨產問題。其網站羅列出多件有關國民黨黨產訴訟案件的資訊。<http://zero-kmt.blogspot.com/>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）

8 毀謗案件的典型例子則為，財團法人二二八事件紀念基金會於 2006 年出版《二二八事件責任歸屬研究報告》指出蔣介石是事件元兇，應負最大責任。對此，蔣氏後人蔣孝嚴除認為該報告扭曲事實，對其先人造成傷害外，亦要求基金會及撰寫人須登報道歉並且向台北地檢署提出毀謗告訴並附帶民事賠償五十億元。見李明賢，羅添斌（2006）。

9 南韓為處理在前總統全斗煥與盧泰愚等人在 1979 年政變與 1980 年光州事件中的責任，國會於 1995 年通過《有關 518 民主化運動等之特別法》，由於該法具有特別法與事後法之性質，故引發該法是否違反溯及既往原則而違憲之爭論。後來南韓憲法法院作出分裂判決（4 比 5）宣告該法合憲。該案可參見 Constitutional Court of the Republic of Korea, May 18 Incident Non-institution of Prosecution Decision case, (7-2 KCCR 697, 95Hun-Ma221, etc., December 15, 1995)。

10 有關為何南非會選擇真相與和解委員會而非審判或是其他機制來處理轉型正義的討論，見 Tutu（2000）、Van（1999）。

11 中東歐國家如何前共產政體倒台後的相關問題，見 McAdams（1997）。

論。而學者基於學術立場亦提出不同的建議與看法。例如 Bruce Ackerman 從防止新政權報復的角度，建議東歐自由革命人士應緩和對應報正義（retributive justice）的熱衷以凝聚民主鞏固的整體資源。他認為當新政權面對前政權的平反與整肅問題時，應理性對待及因應。（Ackerman, 1994: 93-94）而 Ruti Teitel 及 Carlos Santiago Nino 等人則從追尋正義的角度，主張應遵從國際法及國際人道的標準採取刑事訴追的方式懲罰前政權的不人道行為。（Teitel, 1995: 146; Nino, 1998: 187-189）Martha Minow 則從受害者的觀點出發，認為真相委員會（Truth Commission）或者是真相與和解委員會（Truth and Reconciliation Commission）才是處理轉型正義最適宜的機制。其認為治癒受害者的受傷經驗才是轉型正義最重要的目標。因此，相對於起訴的方式強迫受害者與其他目擊者承受審判與交互詰問的折磨，真相委員會較能讓受害者在公開且被傾聽的環境下陳述其受害經驗以達到治癒的效果且進而有寬恕與和解的可能。（Minow, 1998: 118-147）另外，Alex Boraine 則從不同的觀點支持了真相委員會的合適性。他認為在分裂的社會中，審判無法提供分裂社會中的社群一個最終對錯的論斷，分裂狀態的化解與結束必須透過創傷的治癒與和解，而真相委員會才是轉型社會可達成此一目標的最適機制。（Boraine, 2000: 150）

從以上鳥瞰新興民主國家處理轉型正義的機制與文獻的討論，我們可以發現國家機制的選擇與相關討論大多集中在「如何」（how）運用機制處理發生在不同國家的轉型正義問題。對於轉型正義的脈絡因素，尚無根本性與系統性的討論。個別國家「為何」（why）會選擇不同的機制處理轉型正義？基於「何種」（what）考量選擇該機制？轉型的脈絡因素如何影響機制的選擇？影響的強度？在探討完以上問題後，本文在此基礎上檢視台灣的機制選擇與制度因素。此外，本文將進一步分析目前轉型正義在台灣所引發的一連串問題，金錢賠償的機制無法完全解決威權時代所留下的爭議問題，進而使得相關的爭議逸脫於正式機制之外，形成民主治理危機（governance crisis）。此危機如何影響台灣憲政的發展與民主化？在台灣於 2009 年簽訂兩大人權公約並制定了內國施行法後，<sup>12</sup> 國際人權法的思維與國際上對轉型正義的最新討論是否有助於突

12 台灣於 2009 年 3 月底正式批准《公民政治權利國際公約》（International Covenant on Civil and

破轉型正義在台灣困境並開創出新的契機？

## 二、文獻回顧

### (一) 轉型正義的定義

對於轉型正義一詞，<sup>13</sup> 學者各有其不同的定義，本文粗略地將這些定義分類成狹義與廣義的定義。首先，就狹義定義而言，Jon Elster 認為「轉型正義是發生在政權移轉之後（after transition from one political regime to another），包含了審判、整肅與復原」。（Elster, 2004: 1）而 Jon De Brito 則認為「轉型正義」一詞所指的是如何在轉型過程中尋求正義（justice in transition），對其而言，轉型正義是一種機制或是過程。（Brito, 2001, 1）而從此定義，轉型正義可以看作在民主轉型（democratic transformation）的過程中，如何面對過去的威權統治，以達到民主鞏固（democratic consolidation）的目的。除了學者間對轉型正義一詞有所界定外，國際組織與重要的非政府組織如聯合國與國際轉型正義中心，也對轉型正義進行定義。例如聯合國安理會在 2004 年「有關戰後社會中法治與轉型正義的秘書長報告」（Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Post-Conflict Societies）中，認為轉型正義的概念包含了該社會嘗試面對過去大規模人權迫害的完整程序與機制。該完整程序與機制的目的在於確認責任，追求正義與社會的和解。這些程序和機制包含了司法與非司法性的機制，例如個人刑事責任的審判、補償、真相調查與制度改革如行政官員的去留。（Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Post-Conflict Societies, 2004: 4）另外，國際轉型正義中心（International Center for Transitional Justice）則對轉型正義界定為「當

---

Political Rights，簡稱 ICCPR）及《經濟社會文化權利國際公約》（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，簡稱 ICESCR）。同時間，立法院也通過《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利公約施行法》，使兩公約所保障的人權規定，取得國內法律的效力。此一施行法在 2009 年 12 月 10 日正式實施，此後台灣人權的保障正式與國際接軌。

- 13 當代轉型正義可劃分為三個階段來觀察。第一階段可追溯到一次大戰後期與二次大戰。這個階段的轉型正義特色在於其國際性（internationalism）。而冷戰時期的出現結束了這股國際性的浪潮。第二階段（後冷戰階段）則和 1989 年後民主化（democratization）、現代化（modernization）與民族塑造（nation-building）的浪潮有關。最後，由於二十世紀後期，全球政治仍在一種衝突解決與藉由正義尋求和平的狀態下，故轉型正義的第三階段則和全球持續性衝突有關。而這些持續性的衝突也為如何將暴力法則規範化與普遍化帶來理論與實踐的基礎。（Teitel, 2005）

社會由一段暴力衝突或壓抑時期，邁向和平、民主、法治，並尊重個人與集體權利時，社會著手處理過去廣泛或系統性的人權侵害所留下的遺緒（legacy）。而轉型正義所涉及的是這樣一組路徑（a range of approaches）」。<sup>14</sup>

相較於上述有關轉型正義的狹義性見解，Barkan 則對轉型正義一詞採取比較廣義的定義，他認為轉型正義應被視為是政治變遷（political change）後，著手於政治改革使其正常化發展的過程。在這過程中，所要處理的不僅是否進行民主化的問題，也包括國家在國際戰爭或是內戰後，整個社會該如何重建的問題。（Barkan, 2000: 1-2）

由於本文關注的是新政權如何在民主轉型成功後，採取正義原則處理威權或極權統治對人民（尤其是異議分子）所施加過的種種暴行（如任意逮捕、囚禁、酷刑、殺害、栽贓、侵佔等等），因此本文對轉型正義所採取的是狹義定義。

## （二）處理轉型正義的目的

從國家從事轉型正義的經驗中，我們可以了解到轉型正義的核心問題是如何處理過去極權專制或共產體制的邪惡過往。一些代表性的學者基於其學術立場，提出想法與主張回應了此一複雜且龐大的問題。

### 1. 追求正義

有些學者從追求正義的觀點，認為應採取刑事訴追的方式處理高壓統治的過去。例如 Ruti Teitel 從應報理論（retribution theory）、不處罰犯行者形同其共謀和追究國際責任等觀點，認為以刑事訴追國家或個人不人道罪行的方式，有其理論的正當性。其認為懲罰是傳統的正義觀，缺乏懲罰就是缺乏正義。同時，懲罰可以警惕人們罪行的嚴重性，而新政權未能處理前政權的錯誤會被視為是協助前政權逃避犯罪責任，此乃是不正義的行為。同時，新政權若選擇不懲罰或是不調查犯罪時，新政權也形同涉入了犯罪行為。（Teitel, 1995: 146）

另外，Diane F. Orentlicher 從國際法的角度，認為國家起訴罪犯的行為符合

---

14 International Center for Transitional Justice, <http://www.ictj.org/en/tj/>。（最後造訪日：2012年4月6日）

國際條約的要求，而國際法具有優位於國內法的特性，因此當前政權的行為被視為是違反國際法時，後政權自然有義務要處理此犯罪行為。Orentlicher 指出，某些重要的國際人權公約如《公民與政治權利國際公約》（the International Covenant on Civil and Political Rights, “International Covenant”）等<sup>15</sup>均要求其會員國必須尊重與確保人類的基本人權及生命。同時，這些公約也要求會員國調查國內嚴重違反人權的事件，如不人道的待遇、酷刑等。由於這些公約要求會員國的責任是直接的，因此懲罰和審判是最有效的處理方式。（Orentlicher, 1995: 386-389）

此外，Carlos Santiago Nino 亦認為在國際法庭中運用國際法來制裁威權政權罪行是最好且最合情合理的方式。國內大規模違反人道的屠殺事件往往有害民主政府的穩定，但這些事件往往因規模過於龐大，超越國內法院的處理能力，因此透過國際法庭的處理，或許是更可為的方案。（Nino, 1998: 188）

## 2. 切割過去

Ruti Teitel 認為透過轉型時期的刑事制裁，可有效將惡行與過去的政權結合，而使新政權得以區隔開來。同時，透過已知與穩定的法律程序，清楚地劃分過去與現在，重建了新的秩序，讓社會繼續向前邁進。（Teitel, 2002: 28）同時，刑事制裁可讓轉型社會有積極前進的目的，透過法律譴責罪惡，藉此建立了法治與人權標準。（Teitel, 2002: 88）

## 3. 確認責任

Williams 與 Scharf 則認為轉型正義最基本的用意是揭露犯罪者的罪行與追究個別責任，避免讓所有人來承擔責任。尤其是找出特定加害者後，才能避免含混不清的集體罪行，換句話說，是透過罪行的個人化進行族群的去原罪化。轉型正義的處理，不僅是將元兇繩之以法，也在釐清加害者的責任，避免受害

---

15 例如《防止與懲罰種族滅絕罪行公約》（Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; “Genocide Convention”）、《禁止酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》（Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment）、《歐洲基本人權與自由保障公約》（the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, “European Convention”）、《美洲人權公約》（the American Convention on Human Rights, “American Convention”）等公約中都有條文明定國家有義務處理前政權的罪犯罪行為。

者將責任歸咎給整個族群。(Williams & Scharf, 2000: 16-17)

#### 4. 治癒受害者

Martha Minow 認為國際或國內的法院雖可藉由起訴與審判來釐清侵犯人權事件的責任、建立法治與提供公開的人權侵犯紀錄，但卻無助於社會創傷的治癒。從受害者的觀點出發，她認為真相委員會 (Truth Commission) 或者是真相與和解委員會 (Truth and Reconciliation Commission) 是處理轉型正義議題最合適的機制。對 Minow 而言，治癒受害者的經驗是轉型社會中最重要的目標。真相委員會是公正且公開的論壇。受害者若能透過公開的言說，就能達到治癒受害經歷的效果。Minow 認為相對於起訴的方式強迫受害者與其他目擊者承受審判與交互詰問的折磨，真相委員會較能讓受害者在公開且被傾聽的環境下陳述其受害經驗以達到治癒，進而有寬恕與和解的可能。她強調敘述受害經驗與在不受打斷或是懷疑的狀況下被傾聽 (be heard)，對受害者是重要的。此外，她也強調比起刑事訴追，真相委員會可提交出更詳盡及全面的犯罪資料。(Minow, 1998: 118-147) 此外，Williams 與 Scharf 則認為透過新政府處理轉型正義的行為就是明確否定過去舊政權的不正義，如此受害者的創痛才有撫平的可能。(Williams & Scharf, 2000: 20-21)

#### 5. 防止社會分裂

Alex Boraine 認為歷史上違反人權的事件經常發生在壓迫與衝突的時空下，因此，處理這些違反人權事件時必須將歷史、政治和社會的情況、以及政治變遷的本質考量在內。從前南斯拉夫與盧安達的經驗中，可看到要將所有違反人權的加害者送至法院中審判是不可能的事情，因為刑事訴追除了耗時之外，如何確保證據的完整性與精確性也是一大問題。因此，大部分的國家在無法負擔審判程序的高成本考量下，僅能將大部分的加害者無罪釋放。此外，他認為在分裂的社會中，審判的進行與結束無法提供一個最終的對錯的論斷，分裂狀態的化解與結束必須透過創傷的治癒與和解。因此，他認為刑事訴追並非是絕對的選項，在和解與避免社會分裂的前提下，大赦或許是可以考量的機制。從南非經驗來看，種族的衝突並非藉由戰爭或前政權崩潰結束，而是在協商中獲得解決。在此情況下，政治協商便包含了共識與妥協的色彩，大赦便是

無法避免的狀況。然而，他也承認在處理這些違反人道的案件中，必須拒絕全面性的大赦。對其而言，大赦法的執行是有條件的，加害者必須在嚴格的標準下才得以獲得大赦。此外，要注意的是真相與和解委員會並不是刑事審判的替代方式。在南非的例子中，審判通常和真相調查委員會同步進行。（Boraine, 2000: 148-150）

## 6. 教育公眾及嚇阻再犯

Stephan Landsman 主張起訴加害者有教育社會公眾的效果，除了可讓社會公眾理解到加害者侵害人權的罪刑外，也能防止其行為的再犯。（Landsman, 1996: 83）另外，Luc Huyse 認為以紀念碑、博物館、紀念日或是類似非暴力的儀式除可記取過去教訓外，亦可表達受害者的痛苦、沮喪以及憤怒。其也認為，如果新政府在上台之後，不能果斷處理舊政權的罪行，不只其舊勢力會伺機破壞，連一般老百姓也會瞧不起色厲內荏的民選新政府，進而打擊其執政正當性。（Huyse, 1995: 339-344）

### （三）不處理轉型正義的主張

相較以上主張要以法律或政治機制來處理轉型正義的學者，Bruce Ackerman、Samuel P. Huntington 及 Claus Offe 等人則主張新興民主國家不應處理轉型正義。

#### 1. 避免報復

Bruce Ackerman 在觀察東歐民主革命及其如何制定新憲時，建議東歐自由革命人士應緩和對報復正義（retributive justice）的熱衷以凝聚民主鞏固的整體資源。Ackerman 認為對改朝換代的平反與整肅問題，應理性對待及因應。改革的動力不應花費在找尋法律依據以制裁過去實行高壓統治的劊子手或是挖掘情治機關的檔案以便整肅現職官員。一味追究過去的是非是將改革的動力耗損在報復正義的追求上，未必有利於憲政主義的建立。

何況，這些找尋到的資料並非十足正確。這些未必在合理程序下獲得的資料容易成為政治勢力互相整肅以遂一己短利的工具。為避免這些檔案成為政黨鬥爭及媒體審判的工具，傷害到新憲政體制的脆弱基礎及新秩序的建立，應該

燒毀這些秘密檔案。建議作法是透過設立基金對受害人進行賠償。Ackerman認為特別基金的經費，可從原國營企業私有化後所產生的盈餘而來，而受害者對盈餘經費有優先使用的權利。（Ackerman, 1994: 81-94）

## 2. 審判缺乏效率與責任難以真正確認

Ackerman認為，不論從正確性或是效率的角度來看，刑事訴追都不是合適的機制選項，因為對新政權來說，找出加害者是件困難的事情。以德國為例，其特別檢察（Special Authority）單位的人力僅有3,400名，其中具有專業律師身分的人僅占五分之一。然其在成立的前四個月就接到50萬份公家機關人員身家調查的申請書，要求調查這些人員是否參與前政權的不法行為，其中調查的程序難免會有差池。此外，Ackerman以為元兇往往並未親自動手，如果僅僅起訴被受害者指認出來的從犯，難免有打蒼蠅不敢打老虎的嫌疑。（Ackerman, 1994: 75-87）另外，Samuel P. Huntington則認為在政權產生變革和移轉過程時，民主派勿試圖以侵犯人權罪名懲罰威權政體的官員，因為這種努力的政治代價將會超過道德上的收穫。其認為如果要懲罰威權政體的人員，最佳時機是民主派掌權後的一年內，如此才可能獲得在道德上與在政治上都令人滿意的結果。民主派人士必須藉由此黃金時機迅速地懲治威權政權的領導人，同時明白宣示不會懲罰中低階層的官員。（Huntington, 1993: 256）

## 3. 無法真正與過去切割

Claus Offe則認為，處罰式的正義僅能處理一般違犯人權的事件，並無法面對體制性的問題。嘗試將過去與現在一刀兩斷，是自欺欺人的做法，因為舊政權中的部分人士仍可能在新政府中擔任高官，無法藉由法律處理他們過去的罪刑，處罰的儀式只會掩飾這些人與過去的牽連。Offe認為受害者一定會使用各種方式來取得公道，但一旦過了發洩期，社會應該儘快恢復原本運作的態樣，甚至銷毀相關的檔案。因此，他主張應該以非司法的方式來進行個人、教育、歷史、政治或是道德上的論述，而不應該花費資源於司法訴訟之上。（Offe, 1996: 95-96）

## 4. 新政府負荷案件的能力

另外，Bruce Ackerman認為新政權下的司法及行政機關過於脆弱而無法負

荷大量檔案的審查，甚而可能有面臨癱瘓的局面。（Ackerman, 1994: 74-75）Offe也抱持類似的看法，其認為在威權體制崩解以後，新政權百廢待舉。因此，新政權應該把精神放在其他更重要的事情上面而非耗費資源在司法程序上。他認為兩德統一後，一半的前東德法官以及檢察官被撤職，司法體制之所以未崩解實因西德的司法人員可以填補職缺，但該作法未必適合其他國家，因為其他國家未必有這樣的人力資源。（Offe, 1996: 95）

### 5. 造成更大的社會分裂

Offe覺得追究舊政權的行動很難不淪為報復性的政治行為，例如公報私仇、僅找到替罪羔羊或是政治獵巫。此作法不僅無法療傷止痛，且易對新民主政權造成傷害，尤其當加害者在法庭替自己辯護，在證據不清且說理不明的狀況下，反而有機會讓舊政權為其辯護以粉飾太平，對社會或是下一代造成道德上的困惑。（Offe, 1996: 95-96）此外，其亦認為最嚴重的後果是舊勢力的復辟，也就是說，即使能將加害者逮捕下獄甚至判死刑，然而，終究可能引起其他加害者的反彈。特別是，這些人往往掌控軍方或是情治單位，其不僅可能干擾司法程序，甚至發動政變，對新政權而言，追究轉型正義可能會造成得不償失的後果。（Offe, 1996: 84）

#### （四）轉型正義在台灣之討論

台灣處理轉型正義的模式也成為學者間的討論焦點。有些學者認為台灣轉型正義的處理模式實有檢討的空間。例如學者吳乃德即認為以金錢賠償為主的處理方式，造成了一個特點：有一萬多個受害者，卻沒有加害者。此外，其亦認為台灣在民主轉型的過程中缺乏歷史正義。由於台灣社會對過去的暴行沒有共同的與可接受的歷史詮釋，因此轉型正義的討論容易變成不同陣營的權力鬥爭。其認為若要真正處理好台灣轉型正義的難題，台灣社會必須認真地追求歷史正義，而追求歷史正義的前提就是要揭露真相與整理歷史。透過歷史正義的追尋，台灣社會才得以真正建立一個政治共同體並且告別威權時代及其所帶來的族群分裂。（吳乃德，2006：13-34）

此外，張文貞亦認為金錢賠償為主的處理模式雖未損及法治基礎且沒有任何報復行為，但此方式未必對公共的信任與社會的團結有所幫助。此處理模式

的結果是造成不同政治立場人士間嚴重且無法解決的政治分歧。因此，台灣在邁向民主鞏固時，社會內不同立場人士間的不信任卻是每下愈況。若無使大眾了解過去真的發生了什麼事以及誰應為此負責，台灣實在很難有真正的社會互信。因此，其認為應該在憲法中設置人權委員會，透過憲法層次的獨立機關才能揭露過去政府的種種暴行與真相。如此，台灣社會才能有真正的社會互信。（張文貞，2008：325-327）

相較於前者強調處理台灣轉型正義的重要性與揭露過去威權真相對台灣民主鞏固的影響，學者江宜樺則反思了轉型正義在台灣的状态。其以為儘管轉型正義是一重要的價值，但並非唯一且最高的價值。在強調轉型正義的重要性之時，應避免讓其以無上價值的形貌出現，且亦須了解其與其他價值例如和平、和解的衝突關係。而如何讓轉型正義超脫出政黨的濫用，是目前討論轉型正義時所應注意的問題。（江宜樺，2007：65-81）有關江宜樺所提轉型正義在價值定位上的位置及與其他價值間的關係，許家馨認為轉型正義的價值如建立在更深刻的層次時，其與「和平」等其他價值則會相互成就而不發生衝突。因此，其認為除由民間主導真相與和解的工作外，更要繼續透過公民社會與知識分子的力量，系統地記錄、詮釋與論述「寬恕」的實踐與思想，如此才能奠定起轉型正義的精神基礎。（許家馨，2007）

從以上國內外文獻的討論中，我們可以看到對於轉型正義應該如何被處理及面對，學者基於其不同的學術觀點與考量而有不同的看法。從這些立場中，我們可以看到多數討論集中在要採取何種機制處理轉型正義及該機制的優缺點。而國家是在什麼樣的轉型脈絡因素下選擇或不選擇處理轉型正義及轉型正義對後續民主政治發展的影響，則較少回應。本文將會在前述文獻的基礎上，進一步深入分析轉型正義的轉型脈絡因素及機制選擇的互動性與其所帶來的影響。

### 三、轉型正義機制與脈絡的分析：研究架構

為了探究轉型正義機制和脈絡因素的關係與其可能對後續民主化進程所帶來的影響，本文初步歸納出新政權在政治轉型過程中處理轉型正義時所採取的六種主要機制：刑事訴追、真相調查與和解、權力淨化、賠償、大赦與遺忘過

去。其次從理論角度探討轉型正義的脈絡因素如憲政改革、社會集體文化、政權更迭、國際干預及殖民經驗等五面向。最後運用台灣的例子，初步討論機制選擇與脈絡因素的關係與其帶來的影響與問題。

### （一）轉型正義的機制

一般來說，轉型正義會涉及到民主國家如何對過去政府違法和不正義行為的彌補。在實際的運作上，可區分成六種主要的機制，分別是刑事訴追、真相調查與和解、權力淨化、賠償、大赦與遺忘過去。以下，將分別簡潔地介紹每種機制的特點與其可能面對的運作問題。

#### 1. 刑事訴追

追求正義的典型制度是刑事訴追機制（criminal trial or criminal sanctions）。就如一般觀念所認知，轉型時期的正義通常和懲罰及審判舊政權有關。而在人類歷史上審判與懲罰即長久地存在。例如在古雅典的民主政體中曾出現兩次短暫的獨裁政權，雅典人在獨裁政權崩潰後，就曾經溫和地處罰了獨裁政權的領導人和附庸者。又如英國從獨裁政治走向共和統治後，即對英王查理一世（King Charles I）進行審判甚而斷頭；而在 1793 年，法國大革命後，路易十六世（Luis XVI）、瑪莉皇后（Marie Antoinette）及部分貴族也因為民主革命人士的主張而被送上斷頭台。（Elster, 2004: 3-49）

在實踐面上，刑事訴追機制可區分成內國刑事訴追機制與國際刑事訴追機制。內國刑事訴追機制，指的是利用內國刑事法律制度來審判過去的獨裁或軍事政權。典型的例子有 1980 年代民主化浪潮下的阿根廷與南韓。1983 年，阿根廷選出新總統阿法新（Raúl Ricardo Alfonsín），在其主導下以採取刑事審判的方式處理以前總統裴隆（Juan Peron）為首軍事政權的國家暴力與人權迫害問題。在審判的過程中，該國的刑事制度面對了誰該負起這些人權迫害的責任、是否可事後處罰與該為何種行為負責等法律難題。雖然在阿法新政權主導下，若干將領入罪服刑，但是法律制度的難題與國家轉型階段所面對的經濟問題與社會動盪，終使阿法新政權在一次大規模的抗議中提前倒台。（Nino, 1996: 2-104）

另一個在民主轉型過程中，利用內國刑事訴追制度處理前統治者該如何對人權迫害事件負責的國家就是南韓。光州事件是南韓在民主化後首要處理的人權議題。<sup>16</sup> 1993年，南韓選出第一位文人出身的總統金泳三，在一連串的民間聲浪下，金泳三政府於1995年11月24日制定特別法以調查光州事件的真相，國會於同年12月19日通過「有關五一八民主化運動等之特別法」，該法旨在暫停發生於1979年12月12日到1980年5月19日間的犯罪行為的時效。而該法立即引發其是否為特別法與事後法等是否違憲等疑義，而送至南韓憲法法院審理。最後憲法法院並不認為該法違憲，並將相關刑罰的時效計算交由其他下級法院處理。在該法實施下，前總統全斗煥與盧泰愚在1996年12月被南韓最高法院判定其鎮壓光州事件違反了內亂與叛亂等罪，分別處以無期徒刑與17年有期徒刑。1998年新任總統金大中以團結國家，共度金融風暴之名特赦兩位前總統。（Han, 2005: 999-1008）

除了內國的刑事訴追機制外，有些國家亦會利用國際刑事訴追機制來處理內國轉型正義所衍伸的人權與法律的難題。<sup>17</sup> 國際刑事訴追指的是藉由國際力

- 
- 16 「光州事件」指的是1980年5月18日發生在光州全南大學與光州市內的鎮暴事件。該事件是學生與民眾抗議全斗煥強奪政權且要求其進行民主化而起。人民的抗議浪潮早於3月出現，在5月時達到最高峰。全斗煥在掌權後於5月17日宣布戒嚴令且派出空降特戰部隊到光州鎮壓抗議的學生和民眾。此鎮壓事件造成161人死亡，64人失蹤，2,948人受傷與1,364人被逮捕或拘禁。（Ahn, 2002）
- 17 人權侵害並不一定發生在戰爭狀態中，在內國政權穩定的狀況下，亦有可能發生系統性的人權侵害事件。為了防堵這類人權侵害事件的發生，國際人權相關公約與其機制扮演了重要的功能。例如《公民與政治權利國際公約》第4條規定某些權利如生命權、免受酷刑或是殘忍、不人道等權利，即便在緊急狀態亦不得加以扣減。這規定意味著國家在緊急狀態仍受人權保障的約束，不得以國家安全或是其他理由來限制或是侵害公民政治權利。與內國處理大規模人權侵害時所運用的多元機制相比，國際人權法公約採取最強硬的手段——明文規定要求締約國必須採取刑事調查與懲罰的方式來防止大規模的人權侵害事件。例如《防止與懲罰種族滅絕罪行公約》（Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide）第1條與第3條與《禁止酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》（Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment）第2條與第4條是所有國際人權公約中，明文規定要懲罰人權侵害犯罪的公約。而相較於《防止與懲罰種族滅絕罪行公約》與《禁止酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》，國際上重要國際人權與區域人權公約例如《公民與政治權利國際公約》、《歐洲人權公約》與《美洲人權公約》並沒有明訂要求其簽約國必須要起訴或是懲罰人權違反的情況。但是這些國際或是區域人權的執行與監督機制如聯合國人權事務委員會、歐洲人權法院或是美洲人權法院都在相關案件中認為簽約國必須要調查重大或是大規模人權侵害的案件如酷刑、死刑和強迫失蹤等。代表性案件如美洲人權法院 *Velasquez Rodriguez vs. Honduras* 案。Velasquez Rodriguez Case, 4 Inter-Am.Ct.H.R. 1 (1988)。

量所成立的臨時或永久的刑事法院（或法庭）來審判內國前獨裁或軍事政權。二次戰後，國際社會為了處理戰爭發動者與嚴重的人權侵害問題，設置了專責法庭。例如審理第二次世界大戰德國戰犯問題，設於德國紐倫堡的國際軍事法庭（International Military Tribunal）<sup>18</sup> 以及處理日本戰犯問題，設於日本東京的遠東國際軍事法庭（The International Military Tribunal for the Far East）。<sup>19</sup>

紐倫堡大審奠定了日後國際刑事追訴機制的基礎，確立了個人必須負起以國家之名所生暴力侵權行為的刑事責任。<sup>20</sup> 在 90 年代後，<sup>21</sup> 國際刑事追訴機制有了更細緻的發展，就其成員組成與機制存續的模式，可區分成三種類型。第一種類型是臨時性的特別刑事法庭（Ad hoc criminal tribunal），此類法庭主要由國際法學專業者擔任主審官，例子有前南斯拉夫國際刑事法庭

---

美洲人權法院認為強迫失蹤具有系統性且重複性的特質，而且不僅造成特定個人的失蹤，也可能是一種廣泛的狀態，形成一種恐懼及不安全的現象。因國家行為所導致的強迫失蹤現象是一種違反人權的複雜形式。國家的權力並非是無限制的，國家仍必須在法律與道德之下。因此，美洲人權法院在此案中要求締約國必須負起尊重與保障人民的權利。除此案件外，聯合國人權事務委員會亦在 *Tshitenge Muteba v. Zaire* 案中表示過類似的看法。*Tshitenge Muteba v. Zaire*, Communication No. 124/1982 (25 March 1983), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/39/40) at 182 (1984)。

- 18 <http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleId=10007069>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）
- 19 <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/635621/war-crime/224687/The-Nurnberg-and-Tokyo-trials?anchor=refl62400>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）
- 20 二次戰後，國際社會為了處理戰爭發動者與嚴重的人權侵害問題，遂運用法律與審判的方式來處理相關的刑事責任。1945 年 8 月 8 日，二次大戰的戰勝國召開了倫敦會議（London Conference）並且簽署了《紐倫堡規章》（Nuremberg Charter），又稱《國際軍事法庭規章》（the Charter of the International Military Tribunal），並於德國紐倫堡設立國際軍事法庭（International Military Tribunal）。《紐倫堡規章》共有 30 條，其中第 6 條確立了紐倫堡國際軍事法庭對違反和平罪（crimes against peace）、戰爭罪（war crimes）與違反人類罪（crimes against humanity）具有管轄權。同時第 6 條也確立了個人刑事責任的原則，此原則是國際刑事法上的重大突破。該原則推翻了「國際法只規範國家行為」或「元首等僅為國家代表」等理由，確認了個人必須為其戰爭犯罪負起責任。同時，個人不得以其不法行為是上級命令而逃避責任。
- 21 同時期，國際人道法亦蓬勃地發展。國際人道法的主體包括了 1949 年的四個日內瓦公約、1977 年第一與第二附加議定書以及 2005 年第三附加議定書。而當內國發生大規模的人權侵害事件時，日內瓦四公約共同條款第 3 條與 1977 年日內瓦公約第二附加議定書就有適用的餘地。<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/380?OpenDocument>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）日內瓦四公約共同條款第 3 條確立了內國戰爭狀態時，權利仍不得扣減的基本原則。例如其要求所有落入敵手的人都能夠不加任何不利區分地獲得人道待遇；其也特別禁止謀殺、殘傷肢體、酷刑以及殘忍、不人道和有辱人格的待遇，劫持人質和不公正審判。和國際人權法不同的是，國際人道法僅適用於武裝衝突，而不適用於國內零星的緊張局勢或動亂。同時，國際人道法僅在衝突開始後才予以適用，並且平等適用於衝突各方，而不論是哪一方發動的戰爭。

(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)<sup>22</sup> 與盧安達國際刑事法庭 (International Criminal Tribunal for Rwanda)。<sup>23</sup> 第二種是混合型刑事法院 (法庭) (Mixed criminal court / chamber)，此類法庭的主審官除了有國際法學專業者外，亦加入內國專業法官共同審理相關案件，例子有獅子山特別法院 (Special Court for Sierra Leone)、<sup>24</sup> 東帝汶特別刑事法庭 (Special Panels for Serious Crimes of East Timor)<sup>25</sup> 與柬埔寨法院特別法庭 (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia)。<sup>26</sup> 第三種是常設國際刑事法院 (Permanent

- 22 前南斯拉夫國際刑事法庭是聯合國安理會於 1993 年通過第 827 號決議所成立的司法機制。其目的是用來處理 1991 年以來發生在前南斯拉夫地區的嚴重違反國際人道法的罪行。1994 年時，前南斯拉夫法庭設於荷蘭海牙。依照《前南斯拉夫國際刑事法庭條約》第 2 條、第 3 條、第 4 條與第 5 條規定，前南斯拉夫國際刑事法庭對嚴重違反 1949 年日內瓦公約的行為、違反戰爭法或習慣的行為、滅絕種族罪與違反人道罪具有管轄權。同時根據第 6 條與第 7 條的規定，前南斯拉夫國際刑事法庭可以審判個人的罪刑，而個人不論是其直接參與計畫、指揮、幫助或是煽動也必須負擔其刑事上的責任。<http://www.un.org/icty/>。(最後造訪日：2012 年 4 月 6 日)
- 23 1994 年在非洲大陸的盧安達亦發生了震驚國際社會的種族屠殺事件。在將近一百天的衝突中，盧安達胡圖族 (Hutu) 的極端分子殺死了約 80 萬圖西族 (Tutsi) 人。而為了處理這些暴行，聯合國安理會在 1995 年通過第 977 號決議並於坦尚尼亞成立了盧安達國際刑事法庭。根據《盧安達國際刑事法庭條約》第 2 條、第 3 條與第 4 條的規定，盧安達國際刑事法庭對滅絕種族罪、違反人道罪與違反日內瓦公約共同條款第 3 條與第二議定書的行為具有管轄權。同時其第 5 條與第 6 條亦規定前南斯拉夫國際刑事法庭可以審判個人的罪刑，個人不論是其直接參與計畫、指揮、幫助或是煽動必須負刑事上的責任。另外值得注意的是，根據《前南斯拉夫國際刑事法庭條約》第 9 條與《盧安達國際刑事法庭條約》第 8 條規定，此兩國際刑事法庭雖然與內國共享管轄權，但其管轄權具有優先性。國際刑事法庭在審理案件的任何階段中，都可以正式地要求內國的法院必須要依照國際刑事法條規約的條文提交證據或是資料給國際刑事法庭。<http://www.un.org/ictf/>。(最後造訪日：2012 年 4 月 6 日)
- 24 1990 年代，獅子山共和國內發生大規模的內戰。1999 年中期政府與反抗軍 RUF 簽訂了和平協定 (peace agreement)，停止內戰。2000 年 6 月在總統 Ahmad Tejan Kabbah 與聯合國秘書長安南 (Kofi Annan) 的合作下，於該年 8 月成立獅子山特別法院 (Special Court for Sierra Leone) 並且於 2002 年 1 月正式運作。其代表性案件是，該法院受理了賴比瑞亞前總統 Charles Taylor (1997-2003) 在獅子山共和國內戰中侵害人權的罪刑。Charles Taylor 所領導的 NPFL 團體支持了獅子山共和國反抗軍，因此被控觸犯了違反人道罪 (crimes against humanity) 並且在該國特別法院受審。<http://www.sc-sl.org/>。(最後造訪日：2012 年 4 月 6 日)
- 25 1999 年 8 月東帝汶舉行獨立公投，印尼政府派軍入侵。同年 9 月，由澳洲軍隊所領導的聯合國維和部隊進入東帝汶。10 月 25 日，聯合國根據 UNSC R1272 號協議 (Resolution 1272) 在東帝汶設立過渡時期政府 (UNTAET)。2000 年 6 月，過渡時期政府根據 2000/15 號協議設立東帝汶特別刑事法庭 (Special Panels for Serious Crimes) 並根據另一號協議 (UNTAET Regulation 2000/16) 設立特殊刑案小組 (Special Crimes Unit)。該特別法庭至今已判決 102 件案件。<http://socs.berkeley.edu/~warcrime/ET-special-panels-docs.htm>。(最後造訪日：2012 年 4 月 6 日)
- 26 1975 年到 1979 年間柬埔寨前共黨政府 (Communist Party of Kampuchea) 遂行其統治權力，進行大規模屠殺與遷移反抗人民，造成 170 萬餘人死亡。1997 年柬埔寨政府要求聯合國協助成立法庭來審判前共黨高層所犯下的種族滅絕罪、戰爭罪及危害人類罪等罪行。2001 年柬埔寨國會通

International Criminal Court），例如國際刑事法院（International Criminal Court）。<sup>27</sup>

## 2. 真相調查和解委員會

除了刑事追訴制度外，真相委員會（Truth Commission）和真相調查與和解委員會（Truth and Reconciliation Commission）是許多國家在處理轉型正義上常用的機制選擇。在政治激烈變遷時期，新政權除了透過審判來尋求正義、真相與穩定民主外，有些國家的新政權面對分裂的社會及歷史斷裂情況下，藉由新舊政權間協商與妥協，另發展了有別於審判的機制—真相委員會或真相與和解委員會。（Hayner, 1994: 597-656）對於這些國家而言，由於過去的國家暴力行為規模過於龐大，因此在司法機制可能無法負荷如此龐大的案件數量且可能被有限地運用下的考量，真相委員會或真相與和解委員會變成了處理高壓國家之惡的主要機制。從 1974 年迄今，在拉丁美洲、非洲、亞洲等共有超過 20 個國家如阿根廷、智利、薩爾瓦多、瓜地馬拉、宏都拉斯、南非、<sup>28</sup> 烏干達、

---

過新法設立柬埔寨法院中特別法庭法（Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia）。2003 年 6 月在聯合國支助下，該特別法庭成立，2007 年調查且於 2009 年 2 月開始正式審理前紅色高棉高級領導人的案件。目前共審理 5 個案件。包括前共黨中央委員會副書記 Nuon Chea 與前政府副總理及外長 Ieng Sary 等人都正在受審中。<http://www.eccc.gov.kh/en/indicted-person/khieu-samphan>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）

- 27 1992 年聯合國大會通過了要求國際法律協會編撰國際刑事法典的決議，並且籌備設立國際刑事法院的特別委員會，授予權力審查國際刑事法院規約的草案內容。1995 年到 1997 年間，國際刑事法院特別委員會召開了多次的會議討論國際刑事法典的實體與程序條文。1998 年國際刑事法院準備委員會將國際刑事法院草案送交聯合國，在超過 160 個國家與一千多個非政府組織的推動下於 1998 年 7 月 17 日通過了《國際刑事法院規約》（又稱《羅馬國際刑事法院規約》，Rome Statute of International Criminal Court）。2002 年 4 月 11 日有 60 個國家批准此規約，設於荷蘭海牙的永久常設國際刑事法院（International Criminal Court）開始正式運作。從實踐面來看，國際刑事法院自 2002 年正式運作後，至今共受理了 13 件案件。其中包括了蘇丹前總統巴席爾（Omar al-Beshir），因於達佛地區犯下戰爭及違反人道罪而被國際刑事法院檢察官逮捕，目前正在國際刑事法院審理。另外，發生在 2008 年肯亞總統選舉的暴力事件，國際刑事法院亦逮捕且審理了 20 名相關有責任的人員。<http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）國際刑事法院在 2012 年 3 月 14 日作出首例判決，做出剛果軍閥托馬斯·魯班加（Thomas Lubanga）派少年兒童上戰場的罪名成立。其將面對終身監禁的刑罰。
- 28 在採用真相委員會或真相與和解委員會的國家中，南非真相和解委員會是最常被提起且受推崇的委員會。南非在 1995 年時，根據《促進國家團結與和解法案》（Promotion of National Unity and Reconciliation Act）第 34 條所成立該委員會。其官方網站為 <http://www.doj.gov.za/trc/>。（最後造訪日：2012 年 4 月 6 日）該委員會之成立旨在處理南非因種族隔離體制所引發的國家暴力問題。在組織上，委員會下設立三個委員會：侵犯人權委員會（Human Rights Violations Committee）、賠償與回復委員會（Reparation and Rehabilitation Committee）與特赦委員會

查德、東帝汶等運作過真相委員會或真相與和解委員會或類似之機制。真相調查委員會的設置所涉及到的問題有設立真相調查委員會在政治上的限制、什麼才是真相、什麼時候應該開始調查真相及調查真相的時間長短、應該以誰的名義來調查真相、真相委員會的人事及預算問題、應該以公開（public）或是私下（private）來調查真相與應不應該公開被調查者的姓名。

### 3. 權力淨化

另外，有些國家採取權力淨化機制如淨化法（Lustration Law）來追求行政上的正義。1989年後，中東歐許多國家的共黨政權接連倒台。在結束極權高壓統治後，為了推行政治改革，這些中東歐國家採取了一連串行政措施進行政治轉型及淨化與重新分配各行政階層的權力。這些措施的目標在去共產化（decommunization）與去納粹化（denazification）。其中最著名且引發爭議的措施就是淨化法。淨化法旨在「篩選」（screening）和「告發」（prosecuting）前共黨領袖與政府官員並禁止其在新的政府或相關機構中出任公職。而新政權仰賴秘密警察檔案所釋出的資訊來進行這項工作。（Pablo, 2007: 522-544; Duthie, 2007: 15-34）許多中東歐國家如捷克、匈牙利、阿爾巴尼亞、保加利亞、波羅的海三小國、波蘭、羅馬尼亞、蘇聯、烏克蘭、白俄羅斯與中亞共和國等國家皆採用淨化法來處理與前政體有所牽連的人員。由於淨化法旨在剝奪這些在前共黨政權任職人員的政治資格，故往往引發侵害人權的討論，而國際社群通常反對運用此手段來處理政治轉型的議題。

### 4. 賠償

另外，有些國家選擇以賠償（reparation）的方式來面對轉型正義的難題，例如台灣。在前政權國家暴力的侵害下，存在著大批的受害者。因此，新政權面對是否有義務賠償受害者的問題。受害者享有賠償的權利已受到許多國際規範的保障。例如世界人權宣言第8條與公民政治權利國際公約第2條第3款

---

（Amnesty Committee）。該真相與和解委員會經過兩年的聽證與調查，於1998年10月28日公佈其調查的結果。該報告書可見 <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/rep.pdf>。（最後造訪日：2012年4月6日）其中，該委員會所適用法律為 Promotion of National Unity and Reconciliation Act, No. 34 of 1995 (South Africa)，南非憲法法院曾在 Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v. President of the Republic of South Africa, Constitutional Court, 27 July 1996。案中討論該法部分條文的合憲性。

都明白規定當基本人權受到國家侵害時，受害者應受到有效的賠償的保障。<sup>29</sup>另外，聯合國大會在2006年3月21日便通過如何賠償大規模人權侵害下受害者的報告，該報告詳細列出國家在賠償受害者時所應遵守的原則。（United Nations General Assembly, 2006）賠償機制有許多不同的方式，例如金錢賠償、財產歸還與名譽回復。對新政權來說，該機制所要面對的是是否有足夠的財政資源可以回應受害者的請求？賠償機制如何面對優惠性差別待遇的困境？如何訂定符合公平正義的補償原則？賠償機制是否能重塑政權的道德性？（Naomi, 2003-2004: 157-220）

## 5. 大赦

從歷史與當代的經驗中，可以發現大赦（Amnesty）與政治轉型具有緊密的關聯性。為了結束舊政權的統治與開始新政權的可能，政治轉型的代價往往可能是透過談判且允諾大赦舊政權統治時代的人權侵害罪行。大赦在烏拉圭，海地和瓜地馬拉等地都可看見。轉型階段的大赦通常以團結國家之名出現，而放棄處罰是大赦機制最重要的特徵，而被大赦者必須要對某些行為自首，才有可能得到大赦。（King, 2010: 577）由於在轉型時期出現的大赦充斥著非法律因素的政治考量，因而時常受到法理上的挑戰。例如大赦是否抵觸了國際法上對違反人道罪（crimes against humanity）的處罰？大赦是否侵犯了受害者或其家屬可藉由法律機制追求正義的權利？這些都是新政權採取大赦處理轉型正義時所要面對的問題。（Scharf, 1999: 507-527；Binder, 2011: 1203-1231）

## 6. 遺忘過去

不同於以上國家的是，有些國家在民主轉型過程中，刻意選擇遺忘過去的歷史，放棄對統治團體和其幫手做任何的追究。這些國家包括西班牙、

29 《世界人權宣言》第8條原文規定：Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law”。  
《公民政治權利國際公約》第2條第3款原文規定：Each State Party to the present Covenant undertakes: (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted。

羅德西亞和烏拉圭等。而此策略稱為「遺忘過去」(disremembering) 策略。(Encarnacion, 2008: 435-460) 而這種遺忘過去的模式，也是本文的觀察重點之一。

以上所提的機制往往會有利於真相的公開、對被害人的金錢賠償與名譽的回覆，同時亦有可能利於民主政體的發展。此外，這些機制的設置亦同時伴隨及啟動檔案公開法與不當黨產取回的機制。又值得一提的是從各國的經驗中，我們可以觀察到儘管這些機制有其不同的追求正義的功能，但是在機制選擇上，可能會是一種集體的制度選擇 (collective institutional choice)。<sup>30</sup> 在功能面上，則是相互依存而非互斥的關係。

## (二) 轉型正義的脈絡因素

在政治轉型的過程中，新興的政權在何種轉型脈絡因素下面對轉型時期的正義難題，並且採取何種機制來處理轉型正義的難題，是本文所要討論的重心。<sup>31</sup> 為了回答此一問題，本文羅列出五種轉型正義的轉型脈絡因素，這五種轉型脈絡因素分別是憲政改革、社會集體文化、政權更迭、國際干預及殖民經驗。另外，如前所述歸納出新政權在政治轉型過程中處理轉型正義的六種主要機制：刑事訴追、真相調查與和解、權力淨化、賠償、大赦與遺忘過去。而後將討論轉型正義機制選擇與脈絡因素的互動性及其所可能帶來的影響與問題。

### 1. 憲政改革

首先，本文從憲政改革的脈絡因素來探討轉型正義的處置與發展。憲政改革包含制憲與修憲的模式。民主革命後，絕大多數的國家都會進行不同程度的制憲與修憲工程。而反映著政治勢力與結構的制憲與修憲模式，往往牽動著轉型正義的處理方式。因此，本文要探討的是不同程度的制憲與修憲模式如何影響國家處理轉型正義的問題？採取轉型初期一次制憲模式的國家是否有較多的革命改革能量來一次性地處理轉型正義相關問題？而採取多階段制憲模式的國家又是如何保有其改革能量接續地處理憲改與轉型正義的議題？採取大幅修憲模式的國家，如何在舊勢力的反對下，將改革的能量轉向到法律與政治的制度

30 這個詞彙從葉俊榮、張文貞 (2006) 中所借。

31 相關的文獻可參閱 Olsen, Payne & Reiter (2010) 與 Sikink (2011)。

與系統中處理轉型正義的議題？採取多次漸進修憲模式的國家，對於轉型正義的處理又產生何種影響？

在更深入了解憲政改革對轉型正義議題的影響前，我們先簡單地探討憲政改革與轉型正義在特性上的不同。從特性上來看，憲政改革都具有向前看（forward-looking）的特質。然而轉型正義卻是向後看（backward-looking）的特質。因此，從本質上來看，此兩種模式下的機制因其承載著不同的功能，似難以存在於及運作於同一個時空環境下。然而，從實際國家運作的經驗中，我們卻可以發現在轉型時間條件及其他因素的搓揉下，這兩種模式下的機制卻同時出現在轉型政治的脈絡中。

而憲政改革可區分為制憲模式與修憲模式。制憲模式又可分為轉型初期一次制憲模式與多階段制憲模式。（葉俊榮和張文貞，2006：4-6）而從一些國家的經驗中，我們可以得知，採取一次制憲模式的國家，除了可以在憲法時刻中啟動制憲工程外，更可藉由充沛的改革能量一次性集中處理轉型正義的議題，促動更多法律（legal）、司法（judicial）與政治（political）的制度來回應轉型正義的需求。例如南非就在其 1993 年的臨時憲法（Interim Constitution）附言中，明列國家團結與和解是南非處理轉型正義議題的原則，而因為此原則被保留在憲法之故，南非才得以在 1995 年成立真相與和解委員會。又儘管多階段制憲模式無法如一次制憲模式般集中性地處理憲改與轉型正義的議題，但由於其改革力量尚未消失而延續之故，故可在次一階段的改革中，接續地處理憲改與轉型正義的議題。

而修憲模式則可被分為轉型初期大幅修憲模式與多次漸進修憲模式。採取轉型初期大幅修憲模式的國家如南韓，在轉型初期時，因為要滿足各方政治勢力的要求且兼顧人民對憲改的期待，故最後選擇可維持憲法同一性的修憲模式，（葉俊榮和張文貞，2006：4-6）但也因為如此，無法同步處理舊政權下的人權迫害問題。但因這股期待改革的能量仍存於社會中，故轉向到法律與政治的制度與系統中，藉由法律與政治規範與系統處理轉型正義的議題。而採取多次漸進修憲模式的國家，在處理轉型正義的強度上是最微弱的。多次漸進的修憲模式，因為有過多的妥協與協商，除可能消散啟動憲改工程的能量外，亦容

易弱化轉型正義的討論。

## 2. 社會集體文化

此外，本文從社會集體文化的層面分析其對轉型正義的影響。本文粗略地將轉型社會的文化分類成處罰型（punishment）和和解型（reconciliation）。本文想要探討的是不同轉型社會的文化如何影響轉型正義的處理？傾向於處罰型文化的國家，其特點在於藉由刑事訴追界定刑事責任以避免整個社會因為責任混淆而陷於整體之惡的困境。除此之外，處罰策略亦有建立新民主政治秩序的潛力，更可以藉由審判的方式非法化（illegalize）前政權以及合法化新政權的成立與發展，進而促進轉型的政治目標。相較於處罰型的憲政文化，有些國家因為前政權的壓迫統治造成了社會深層的分裂。而這種分裂事實無法因為高壓政權的結束而突然轉變為社會團結的狀態，故該如何面對過去成為社會前進與轉型的迫切問題。而在這些國家中，因為有高度分裂與對立的政治社會背景，故如採審判方式，極可能將這個社會的分裂推向更災難性的狀態。因此在這種考量下，這樣的社會往往會捨棄刑事審判的方案，而另謀得以找尋真相並且可以有助社會和解的模式。（Tutu, 1999: 13-32）在轉型社會裡，法院是重塑社會價值與社會秩序的重要機制，因此本文也特別要探討法院在不同社會集體文化的影響下，所發揮的功能與扮演的角色。例如本文將探討法院如何在不同社會集體文化下建立重塑法律秩序與價值？在不同社會集體文化下，法院該如何面對高度爭議性的訴訟，如要不要追訴加害者？如何認定加害者的刑事責任？對刑事責任的認定應該追溯到何種層級？如何解決事後法（ex post facto law）的爭議？如何認定政黨不當取得國家財產的所有權？如何審理後續衍生的誹謗訴訟？

## 3. 政權更迭

另外，本文也從政權更迭的面向來討論轉型正義的生成與發展。政權更迭的力量往往來自兩個面向：一是來自內部的民主改革勢力，二是來自國際社群的壓力進而產生轉型的契機。因此，本文將分析及比較來自國內外的力量如何影響新興民主國家處理轉型正義的問題。而此兩股內外促使民主轉型的力量，可被當成是民主轉型內生的（endogenous）因素及外生（exogenous）因

素。此外，民主轉型的內生因素又可分成武力型（force）的轉型因素及共識型（consensus）的轉型因素。（Nino, 1996: 107-108）值得注意的是，外生型的轉型因素和藉由武力促使轉型的內在因素往往有所關聯。本文初步認為若前威權政權是藉由武力而瓦解，國際力量介入處理轉型正義的可能性較高，且容易產生外生性的轉型正義，進而在轉型正義的制度選擇上，會選擇較激烈或是較戲劇性的處理方式，如對前政權的主事者進行公開的審判。例如美軍攻打伊拉克，除使其建立新政權外，也促使前伊拉克總統海珊接受刑事的審判。相對於此的，如民主轉型來自內部強大的民主改革力量進而協商成立新政權時，因為政權穩定性的要求，故在制度選擇上，易選擇溫和的機制。

#### 4. 國際干預

本文也將探討國際干預對轉型正義的影響與角色。（Olsen, Payne & Reiter, 2010: 79-95）在轉型正義議題的發展上，國際社群一直是相當重要的推手。例如聯合國以建立特別刑事法庭的機制來處理前南斯拉夫的內戰問題與盧安達的種族屠殺問題。因此，本文將探討以下問題：國際干預是以何種形式出現？其對內國轉型正義的決策造成何種影響？是否使得內國在選擇轉型正義機制時，造成其一定的偏好？國際的干預對內國人權規範帶來何種影響？國際干預對國際人權規範的建立帶來何種程度的影響？

#### 5. 殖民經驗

最後，本文將探討殖民經驗對轉型正義的影響。從歷史與實際面上的觀察，新興民主國家往往有著被殖民的經驗與爭取獨立的奮鬥過往。當前殖民政權離去與崩塌後，新政權除努力建立新的國家圖像、論述、認同與民族塑造外，也會在追求民主與法治的過程中自願地或被迫地檢討被殖民的過往。而殖民的經驗究竟如何影響著一個新興國家的建立與發展？對過去邪惡的處置將如何影響其日後民主與法治的發展？在民族塑造的過程中，新政權又透過何種法律、政治制度在新的民主秩序架構中將自己政權「合法化」？這些處置過往的機制是否得以幫助新生的國家與政權發展出真正的主體性？

面對國家轉型的新政權在上述轉型脈絡因素下會選擇何種機制來處理舊政權的不人道是本文關心的問題。本文將機制的選擇分類成刑事訴追、真相調查

與和解、權力淨化、賠償、大赦與遺忘過去等不同機制選擇。並羅列出五大脈絡因素如憲政改革、社會集體文化、政權更迭、國際干預與殖民經驗，試圖探討轉型正義機制與脈絡因素的關係。本文認為脈絡因素往往決定著國家在轉型正義機制上的選擇。脈絡因素可能是單一的存在亦可能是多重地發生，因此進而影響著機制選擇的單一或多樣性。觀察各國的經驗，可以發現大部分的國家具有多重的脈絡因素進而影響著該國轉型正義機制的選擇。而多重脈絡因素之間的優位關係，則須視各國情況而定。而機制的選擇隨著時間的演進亦會影響著該國民主化或社會轉型的發展。而此亦為本文之後的研究所應加以討論的問題。

### （三）台灣轉型正義的機制與脈絡因素及其影響

最後，本文將討論轉型正義在台灣的發展及其對民主的影響。相較於東歐新興民主國家處理轉型正義的激烈手段，台灣則是發展一種獨特的解決之道：賠償被害人但不追究責任。在此指導原則下，行政院於 1995 年與 1998 年分別設立了財團法人二二八事件紀念基金會與財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件賠償基金會。從運作上，台灣是以基金會為主體，採取金錢賠償的機制來賠償受害人與遺族在相關事件上所受到的侵害。然而，這樣的方式真能處理台灣轉型正義的難題嗎？這樣的處理方式使得相關案件如二二八事件、白色恐怖政治審判、校園政治事件、林宅血案、陳文成博士命案、美麗島事件軍法大審，變成是有「被害人」但無「加害人」的案件。甚而如黨產問題，也因為被害人是「全民」，沒有明顯個別的受害者，其所引發的「轉型正義」的問題就更顯得隱晦難見。以上種種問題更無法僅用金錢賠償的方式來解決。

而我們要問的是為何台灣要採取這種機制來面對轉型正義的難題呢？是在什麼樣的歷史、政治及社會考量下採取這樣的機制？而此制度實施至今，所引發的爭議—有轉型而無正義的看法又該如何被看待？對於上述的問題，本文將從轉型正義的脈絡層面—憲政改革、社會集體文化、政權更迭、國際干預與殖民經驗等加以分析及解釋。如台灣的憲政改革對轉型正義的影響，七次修憲的模式對於轉型正義的處理帶來何種層面的影響？台灣的社會集體文化是什麼樣的文化？法院在此文化影響下，在轉型正義的議題上扮演何種角色？如何定

位法院的角色？法院對相關轉型正義案件的解釋是否以積極引導與促進溝通的方式或是消極迴避的方式來處理轉型正義的議題？本文將從大法官釋字第 272 號、第 477 號、第 567 號及第 624 號等解釋，來分析及解釋法院在轉型正義上的角色與功能。

又台灣從威權政體轉型成民主政體的方式對於轉型正義的影響，也是本文探討的重點之一。政權更迭的途徑為何？進而導致何種型態的轉型正義？而此模式對台灣社會帶來什麼樣的影響？是根除了前威權政體的不正義，還是縱使政體已然轉型，其黨國體制的不正義仍舊深植在政治與社會制度與層面之中。此外，台灣過去被殖民經驗及壓迫的過往如何影響社會與看待轉型正義的問題？處理轉型正義的議題是否強化、加劇台灣自我定位的意識與論辯？

而台灣處理轉型正義的機制對於台灣民主發展的影響又是什麼？這樣的制度選擇是否對於台灣民主化的進展產生影響？對於法治、行政、民主發展與市民社會上的層面影響又是什麼？又從此觀點來看，台灣的民主鞏固條件是否已然完備？台灣所採取的金錢賠償機制是否出現了無法解決相關議題的情況？而此種現象是否造成民主治理的危機（*governance crisis*）？此種不完整的轉型正義（*partial transitional justice*）是否讓台灣在民主化的過程更顯崎嶇？此種困境是否因台灣更加重視國際人權法而有新的發展契機？都是值得注意的問題。

#### 四、初步的結論

在前文中，本文共列舉了轉型正義的六種主要機制與五種可能影響機制選擇的脈絡因素。就如同前文所述，本文將要觀察的是機制選擇與脈絡的相互關係與影響。除此之外，本文也將觀察，在當今轉型正義的機制發展中，是否有某種機制已經取得了機制選擇上的優勢地位。例如在當今國際法日趨受到重視且與內國法律匯流下，國際刑事追訴的規範與機制是否會主導內國在處理轉型正義機制上的選擇，成為最具有正當性且必然要採取的機制。

對於本文所提出機制選擇與脈絡彼此關係的問題，本文嘗試以台灣例子說明。在台灣處理轉型正義的問題上，可發現憲政改革，社會集體文化與政權更迭等脈絡因素影響了台灣在轉型正義上機制的選擇。以憲政改革與政權更迭因

素而言，如前述，當國家選擇多次漸進修憲的模式時，易因遷就政治協商的結果，進而弱化轉型正義議題的討論。加上若是政權的更迭力量是來自內國民民主改革力量，此時在政權穩定性的考量下，易選擇溫和的機制。就台灣而言，在 80 年代末期進行民主化改革前，台灣這塊土地長期被單一政黨－國民黨所統治。四十多年的威權統治鞏固了國民黨的黨國共生關係，使其取得優勢的政治地位與資源。在轉型初期時，為了民主政權的穩定，國民黨內改革派人士與反對黨透過政治協商的機制採取了和平轉型的模式進行民主化的相關改革。此時，儘管台灣已開始進行民主化，但仍是由國民黨人主政，為了避免激烈改革動搖新生的民主政權，相較於其他憲政議題，轉型正義議題並未被放入憲改時程中。且相較於其他憲政問題在轉型之初即加以面對與處理，轉型正義的問題不但被延後，且最後是選擇用較溫和的方式－用金錢賠償代替處罰的方式來面對此高度敏感的政治問題。

在社會集體文化上，如前述，在民主化初期，有些國家因前政權的壓迫統治造成社會深層的分裂，而此分裂事實無法因高壓政權的結束而突然地形成社會團結的狀態。在此高度分裂與對立的政治社會背景下，如採審判方式，極可能會將這個社會的分裂推向更災難性的狀態。在此考量下，這樣的社會往往會捨棄刑事審判的方案，而另謀得以找尋真相並且可以有助社會和解的模式。這點也可以說明為何台灣在轉型初期會選擇金錢賠償的模式來面對轉型正義的問題。在國民黨長期主政的期間，社會內部存有隱而未發的族群問題。為了避免面對二二八等事件所可能延伸的族群問題，在以政局穩定為前提下，選擇以溫和的機制來面對高度爭議性的轉型正義問題。除了以上因素外，也有其他次級因素影響了台灣的機制選擇，例如二二八事件離改革時間過於久遠且國民黨政權在威權統治時期於經濟發展所表現的成績；或是轉型初期，社運團體或是社會大眾在轉型正義議題上並無法像其他人權議題般投入大量的關注，加上沒有強大國際壓力的因素，轉型正義的議題便容易在政治改革過程中，變成政治鬥爭的消費品，而無法集中討論在其所涉及的人權議題上。

相較於其他國家選擇以刑事訴追、權力淨化與真相和解等機制來面對轉型正義的問題，台灣選擇以金錢賠償為主的模式處理轉型正義的問題。然而此種

模式亦留下許多難解的問題，例如加害者並未負起應有的刑事責任。此種不完整的轉型正義（partial transitional justice）使得台灣在民主化的道路上始終出現跛腳狀態。而此種困境是否會因台灣簽訂兩大人權公約且制定內國施行法而出現新的契機呢？兩大人權公約是否帶來不一樣的思維？例如可否參照公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 款<sup>32</sup> 再次檢討台灣的金錢賠償機制？我們是否可以加以解釋與利用此一條款並以特別立法的模式來處理加害者在人權侵害問題上的責任。另外，為保障受害者與家屬知的權利，長期以保護國家安全為名的祕密檔案，是否可早日解密使受害者與其家屬知道更多相關事件的真相，並成為日後的人權教材？這些問題，都是值得進一步回答的問題。

## 參考文獻

### 一、專書與論文

- Ackerman, Bruce. 1994. *The Future of Liberal Revolution*. C. T.: Yale University Press.
- Ahn, Jong-cheol. 2002. "The Significance of Settling the Past of the December 12 Coup and the May 18 Gwangju Uprising." *Korea Journal* 42, 3 (Autumn): 112-139.
- Barkan, Elazar. 2000. *The Guilty of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustice*. 1<sup>st</sup> ed. W. W. Norton & Company.
- Binder, Christina. 2011. "The Prohibition of Amnesties by Inter-American Court of Human Rights." *Denver Journal International Law and Policy* 39: 239-277.
- Boraine, Alex. 2000. "Truth and Reconciliation in South Africa- The Third Way" In Robert I. Rotberg & Dennis Thompson eds. *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commission*: 141-157. Princeton University Press.
- Brito, De. Barahona, Alexander. Aguilar, Paloma. & Carmen, González-Enríquez. 2001. "Introduction." In Brito, De. Barahona, Alexander. Aguilar, Paloma. & Carmen, González-Enríquez. eds. *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*: 1-39.
- Cho, Kuk. 2007. "Transitional Justice in Korea: Legally Coping with Past Wrongs after Democratization." *Pacific Rim Law and Policy Journal* 16: 579-612.
- De Greiff, Pablo. 2007. "Vetting and Transitional Justice." In Alexander Mayer-Rieckh & Pablo

32 《公民與政治權利國際公約》第 2 條第 3 款規定公約締約國須承擔受權利侵害的個人可以藉由司法、行政或立法機關或由國家法律制度規定的任何其他機關保障其權利並且得到司法補償的可能性。對此規定，人權事務委員會在第 31 號一般性意見書中重申公約締約國有積極義務應藉由司法、行政或是立法措施來調查人權侵害的事件並有消極義務應防止該等人權侵害事件的發生。Human Rights Committee (2004)。

- de Greiff. eds. *Justice As Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*: 522-544. New York: Social Science Research Council.
- Duthie, Roger. 2007. "Introduction." In Alexander Mayer-Rieckh & Pablo de Greiff. eds. *Justice As Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*: 15-34. New York: Social Science Research Council.
- Ellis, Mark S. 1996. "Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc." *Law and Contemporary Problems* 59: 181-193.
- Elster, Jon. 2004. *Closing the book: Transitional Justice in Historical Perspective*. M. A.: Cambridge University Press.
- Encarnacion, Omar G. 2008. "Reconciliation after Democratization: Coping with the Past in Spain." *Political Science Quarterly* 123, 3: 435-460.
- Han, In Sup. 2005. "Kwangju and Beyond: Coping with Past State Atrocities in South Korea." *Human Rights Quarterly* 27: 998-1045.
- Hayner, Priscilla, B. 1994. "Fifteen Truth Commissions-1974 to 1994: A Comparative Study." *Human Rights Quarterly* 16: 4, 597-656.
- Huntington, Samuel P. 1993. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. University of Oklahoma Press.
- Huyse, Luc. 1995. "Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past, General Consideration." in *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Volume I: General Considerations*, edited by Neil J. Kritz: 337-350. United States Institute of Peace.
- King, Elizabeth B. Ludwin. 2010. "Amnesties in a Time of Transition." *George Washington International Law Review*, 41: 577-619.
- Landsman, Stephan. 1996. "Alternative Responses to Serious Right Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions." *Law and Contemporary Problems* 59: 81-93.
- Martha, Minow. 1998. *Between Vengeance and Forgiveness*. Boston: M.A. : Beacon Press.
- McAdams, James, A. 1997. "Communism on Trial: The East German Past and German Future" in *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, edited by James A. McAdams: 239-269. University of Notre Dame Press.
- Mendez, Juan & Vivanco, Jose. 1990. "Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on Litigation Experience." *Hamline Law Review* 13: 507-578.
- Minow, Martha. 2000. "The Hope for Healing: What Can Truth Commissions Do?" in *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, edited by Robert I. Rotberg & Dennis Thompson: 235-260. Princeton University Press.
- Naomi, Roht-Arriaza. 2003-04. "Reparations Decisions and Dilemmas." *Hastings International and Comparative Law Review* 27: 157-220.

- Nino, Carlos Santiago. 1998. *Radical Evil on Trial*. C. T.: Yale University Press.
- Offe, Claus. 1996. *Varieties of Transitions: The East European and East German Experience*. M. A.: The MIT Press.
- Olsen, Tricia. D & Payne, Leigh. A. & Reiter, Andrew G. 2010. *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. D. C. : United States Institute of Peace Press.
- Orentlicher, Diane F. 1995. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of Prior Regime, General Consideration." in *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Volume I: General Considerations*, edited by Neil J. Kritz: 375-416. United States Institute of Peace.
- Scharf, Michael. 1999. "The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court." *Cornell International Law Journal* 32: 507-527.
- Sikkink, Kathryn. 2011. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. W. W. Norton & Company.
- Teitel, Ruti. 1995. "How are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses?" in *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Volume I: General Considerations*, edited by Neil J. Kritz: 146-154. United States Institute of Peace.
- Teitel, Ruti. 2002. *Transitional Justice*. Oxford University Press.
- Teitel, Ruti. 2005. "The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice." *Cornell International Law Journal* 38, 3: 837-862.
- Tutu, Desmond Mpilo. 2000. *No Future without Forgiveness*. Image.
- Van, Zyl, Paul. 1999. "Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission." *Journal International Affairs* 52, 2: 647-667.
- Williams, Paul R., & Scharf, Michael P. Scharf. 2002. *Peace with Justice: War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*. Rowman & Littlefield Publishers.
- Wu, Naiteh. 2005. "Transitional without Justice, or Justice without History: Transitional Justice in Taiwan." *Taiwan Journal of Democracy* 1, 1: 77-102.
- 李欣芳等。(2007)。<〈民主館爭議延燒立院 藍綠鬥法〉。《自由電子報》，<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/may/26/today-p3.htm>，2007/05/26。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 李明賢，羅添斌(2006)。<〈蔣孝嚴要求償50億 陳儀深說諷刺〉。《自由電子報》，<http://www.libertytimes.com.tw/2006/new/feb/21/today-p8.htm#>，2006/02/21。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 陳長文。2008。<〈不捨棄黨產，得不到尊敬〉。<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/080331/4/wdvl.html2008/03/31>。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 財團法人台灣智庫。2006a。<〈財團法人台灣智庫轉型正義系列座談一：轉型正義與黨產

- 問題座談會〉。http://www.taiwanthinktank.org/ttt/servlet/OpenBlock?Template=Article&lan=tc&category\_id=59&article\_id=672&BlockSet=。2006/08/27。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 。2006b。〈財團法人台灣智庫轉型正義系列座談三：黨產何處去？如何建立轉型正義新典範〉。http://www.taiwanthinktank.org/ttt/servlet/OpenBlock?Template=Article&lan=tc&category\_id=59&article\_id=685&BlockSet=。2006/10/29。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 。2006c。〈財團法人台灣智庫轉型正義系列座談四：如何透過公投達成轉型正義：黨產與反貪腐〉。http://www.taiwanthinktank.org/ttt/servlet/OpenBlock?Template=Article&lan=tc&category\_id=59&article\_id=684。2006/11/05。(最後造訪日：2012年4月6日)。
- 。2006d。〈財團法人台灣智庫轉型正義系列座談六：黨產何處去？台灣人民的觀點－民調發表〉。http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=77871。2006/11/22。(最後造訪日：2012年4月6日)。
- 江宜樺。2007。〈台灣的轉型正義及其省思〉。《思想》5：65-81。
- 吳乃德。2006。〈轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業〉。《思想》2：1-34。
- 張文貞。2008。〈憲政改造、責任政治與法治〉。收錄於葉俊榮與張文貞主編《新興民主的憲政改造》。281-307。
- 許家馨。2007。〈轉型正義的精神基礎〉。http://groups.google.com/group/yotu/msg/3d66d7efab99fba0，2007/03/02。
- 葉俊榮、張文貞。2006。〈路徑相依或制度選擇？論民主轉型與憲法變遷的模式〉。《問題與研究》。45，6：1-31。

## 二、案件

- Tshitenge Muteba v. Zaire, Communication No. 124/1982 (25 March 1983), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/39/40) at 182 (1984).
- Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v. President of the Republic of South Africa, Constitutional Court, 27 July 1996.
- Velasquez Rodríguez vs. Honduras。Velasquez Rodríguez Case, 4 Inter-Am.Ct.H.R. 1 (1988).
- Constitutional Court of the Republic of Korea, May 18 Incident Non-institution of Prosecution Decision case, (7-2 KCCR 697, 95Hun-Ma221, etc., December 15,1995)
- 大法官釋字第 272 號 (1991/01/18)。http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p03.asp。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 大法官釋字第 477 號 (1999/02/12)。http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p03.asp。(最後造訪日：2012年4月6日)
- 大法官釋字第 567 號 (2003/10/24)。http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p03.asp。(最後造訪日：2012年4月6日)

大法官釋字第 624 號 (2007/04/25) <http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p03.asp>。(最後造訪日：2012 年 4 月 6 日)

### 三、聯合國文件

United Nations General Assembly. “Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.” 21 March 2006. A/RES/60/147.

United Nations Security Council. “Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Post-Conflict Societies.” 23 August 2004. S/2004/616.

United Nations Human Rights Committee. “General Comment No. 31.” 26 May 2004. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

# **The Institutional Choice and Contextual Factors of Transitional Justice -The Case of Taiwan**

Yi-Li Lee

Ph. D. Student, College of Law, National Taiwan University

## **Abstract**

This paper aims to discuss why the countries would choose different mechanisms to deal with the issues of transitional justice and how contextual factors influence those institutional choices. Six main transitional justice mechanisms including criminal trial, truth commission, reparation, amnesty, lustration law and forgotten policy have presence on the issues of transitional justice. Based upon the prior academic literatures, this paper outlines five contextual factors such as constitutional change, constitutional culture, regime change, international influence and colonization to explain why the new democratic governments chose the specific mechanism to face the transitional justice in the course of democratization. Furthermore, this paper employs Taiwan as a case to elaborate the relationship between the institution choice and contextual factor. The finding is incremental constitutional change, constitutional culture and negotiation-oriented regime change are three main factors to influence the institutional choice of Taiwan.

## **Keywords**

transitional justice, institutional choice, contextual factor