

## 轉型正義過程中法律的功能與作用

林雍昇

新台灣國策智庫研究員

### 摘要

本文研究之目的乃係藉由闡述：一、近年來國際法理論與實務的快速發展，及二、法學界對法律功能的更清楚瞭解這兩個面向，來試圖論證法律在轉型正義過程中所應該扮演的角色，可能比之前相關的討論中所認知的更為重要及關鍵。台灣雖然在民主運動者的長年努力與廣大人民的支持下，已躋身民主國家之林，甚至中間已歷經過兩次政權輪替，但強人威權統治時期所殘留的種種歷史性不正不義的法令制度、人事組織、資源分配，或甚至是價值體系與思想觀念，不僅往往與民主的基本價值互相違背，也與民主的運作方式多所齟齬。如今，如果不以法治國原則處理轉型正義的問題、並加以徹底解決，台灣的民主絕對必將倒退。

**關鍵詞：**轉型正義、法律功能、法治國原則、政權輪替

## 壹、前言

依學者施正鋒的歸納，就學術的範疇而言，轉型正義至少包含法學（刑法、人權）、政治哲學（正義論）、以及比較政治學（民主化）等三個專門領域，甚至於有「轉型學」（transitology）的用法（施正鋒，2007：4）。事實上，從歷史學及人類學觀點切入者亦不乏其人（施正鋒，2006；吳豪人，2012：76-86）<sup>1</sup>。而根據統計，截至 2013 年 10 月，美國威斯康星大學「轉型正義資料庫」收錄的相關文獻已近 2,500 份（Transitional Justice Data Base, n.d.）。2001 年，國際性非政府組織「轉型正義國際中心」（International Center for Transitional Justice，簡稱 ICTJ）成立，專門致力於該問題的研究與實踐。2007 年 3 月，《國際轉型正義期刊》（*International Journal of Transitional Justice*）正式創刊，成為該領域的第一本國際性學術雜誌。因此，說轉型正義這個議題是當前國際學術界最具爭議性的議題之一，應不為過。

本文研究之目的乃係藉由闡述：一、近年來國際法理論與實務的快速發展，及二、法學界對法律功能的更清楚瞭解這兩個面向，來試圖論證法律在轉型正義過程中所應該扮演的角色，可能比之前相關的討論中所認知的更為重要及關鍵。

就前者而言，2004 年 8 月，聯合國秘書長安南（Anna, 2004）向聯合國安理會，提交了名為〈衝突中和衝突後社會的法治和轉型正義〉的報告。說明在冷戰後由於國際刑法、國際人權法及國際人道法學術上的迅速發展，以及「前南斯拉夫國際刑事法庭」（ICTY）、「盧安達國際刑事法庭」（ICTR）等各種臨時國際刑事法庭及混合刑事法庭的豐富實務經驗，以及其所立下及累積的典範與標準，在對於轉型正義過程中，刑事追訴的重要性與正當性已有了更為普遍的共識。

就後者而言，過去對刑罰目的的思考，主要仍以應報思想及預防思想

<sup>1</sup> 這兩位台灣學者對原住民包括轉型正義在內的相關問題，有相當深入的研究且著作豐富，藉由他們的著作亦可獲得更多從此二面向探討轉型正義的外文學術論著。另參見陳翠蓮（2008）。

為主，但在 1990 年代後期，一種新的理論形成，對法律系統在社會中所擔當的功能有了更為精確的認知與掌握，因此，嘗試透過其觀點，對於法律在轉型正義中所能產生的作用，可以有比起之前更為清楚的認識與評價。

## 貳、轉型正義的一般論述

根據轉型正義國際中心的定義，轉型正義過程是指「為了回應系統化與廣泛的違反人權作為時，所採取的一切方式、手段、制度及機制」。這些程序和機制既可以是司法性質的，也可以是非司法性質的，其中包括起訴、賠償、真相調查、機構改革和人事淨化（*lustration*）。事實上，早在 1995 年美國和平研究中心的 Neil Kritz（1995）就出版了三大本資料豐富，針對各國處理轉型正義所採取的各種措施與機制，以及其後續發生的影響與評價有詳盡敘述之專著。故轉型正義過程中採取的措施及機制，依各面臨轉型正義國家之客觀政、經、社環境需要或障礙，應依循不同的路徑與模式。

總言之，絕大多數學者都同意，轉型正義過程中可採用的機制是多元化和多重性的，最主要是為了因應不同客觀條件與階段的需要。以刑事處罰、賠償性懲罰或者歷史正義的方式，是為了對強化民主制度以及提高社會中相互間的信任。因為司法程序、行為調查委員會、補償、公開道歉或者達成一種共享的歷史觀等等機制，都是足以影響社會大眾行為，促進轉型正義目標的工具（Hazan, 2006: 23-24）。

聯合國秘書長的報告中也強調，「在進行轉型正義時，戰略必須是全面的，包括兼顧起訴個人、賠償、尋求真相、改革機構、審查和革職的問題，或這些行動的任何適當組合」。

甚至於，如果只有單純的審判，補助受害者、真相調查委員會，或更替與淨化的機制，將不會對社會和解有長期重大影響，對民主化的促進更是效果不彰。而是應該同時、平行地針對結構性不平等進行改革，並改善社會中受壓迫族群之基本物質需求換句話說，只有透過持續地、衡平地與合併不同措施的作法，才能對民主制度有長遠的影響（Hayner, 2002）。

然而，對於最核心的問題，也是最難回答的問題，即何種措施、哪項機制乃轉型正義得以成功的最基本必要條件，學界顯然至今仍未有共識。本文即試著以轉型正義理論與實踐發展至今所累積的研究成果，及豐富的實務經驗，論證刑事追訴應被視為是所有轉型正義工程中，必須採取的奠基措施。

### 參、轉型正義階段的分類標準——以法律為導向

剛開始時，轉型正義的討論主要集中在其與民主化及民主之間的關係，尤其受到杭廷頓 (Huntington, 1991) 針對 1970 和 1980 年代有關南歐、拉丁美洲及東歐的第三波民主討論的著作影響極大。而 1991 年冷戰結束後，為數眾多的民主國家誕生，更促成了許多的研究方法的擴展，也更增加了對轉型正義對民主化民主鞏固和民主的品質的衝擊的關注，因此，對轉型正義的發展階段的劃分，常與民主的發展階段相聯結。

相對於其他政治學者習慣以民主發展階段，做為轉型正義的階段劃分標準，Ruti Teitel (2003) 對轉型正義的時期分界，即主要以國際法的發展及其實際上的適用做為標準。第一階段為「戰後轉型正義」，將「紐倫堡大審」及「東京大審」視為是人類歷史上，首次國家主權在與對嚴重的人權侵害進行追訴發生衝突時，必須退居次位，也就是一國的政治與軍事領導人必須為其犯行負起刑責。而藉此也為之後許多在人權發展史上具有重大意義的審判程序，如經聯合國安理會決議設立的 1993 年「前南斯拉夫國際刑事法庭」、1994 年「盧安達國際刑事法庭」、先後在 2003 年與柬埔寨、在 2002 年和獅子山簽訂協定，成立「柬埔寨刑庭」與「獅子山刑事法院」，以及波西尼亞、東帝汶、科索沃、黎巴嫩等地設立的各種混合刑事法庭所立下及累積的典範與標準。第二個階段則是「後冷戰的轉型正義」，其特色是對於過往不義政權的處理，國際法與內國法之間開始進行整合，另一種新趨勢是真相與和解委員會的設置。第三階段則是以在 1998 年通過，2002 年生效的『國際刑事法院規約』（又稱『羅馬規約』）及海牙國際刑事法院的成立 (Schabas, 2011)，做為往後對體系不義處理的共通程序與模式。

Teitel 的分類標準與方法，無疑地對轉型正義的研究具有重要的啟發效果。因為在論及成功的轉型正義過程中，刑事追訴是否為必要條件時，法、政學者不是採取否定的看法，例如 Huntington (1991: 267-68)、以及 Ackerman (1992: 69)，更多則是模稜兩可的看法：認為在應報理論的影響下，國家在道義上必須盡力以刑法追究過去威權政權侵害人權的嚴重罪行，否則形同受害人的人性尊嚴仍然繼續受到蔑視，也無以伸張正義、法治等立憲法秩序的規範價值；但同時又質疑，應報的正義觀往往會被報復性的情緒所挾持，其實踐可能有害於鞏固民主所必要的社會和解。另一方面，在一般預防理論的影響下，認為以刑罰權來處理轉型正義，有助於嚇阻、避免侵犯人權的政府犯罪再度發生；不過，又擔心其所欲追求的預防、嚇阻目的，是否具有真正必要性（蘇俊雄，2007：68）。

另外值得一提的是折衷模式的運作。南非在結束種族隔離後，參考各國在處理轉型正義的經驗，最終決定在「刑事追訴模式」（Strafverfolgungsmodell）和「一筆勾銷模式」（Schlußstrichmodelle）之外，另開第三條道路：「和解模式」（Versöhnungsmodell）—成立「真相與和解委員會」（Truth and Reconciliation Commission，簡稱 TRC）。TRC 具有以下幾個突出特點：第一、以真相換取赦免，或者說以赦免換取真相。為了全面釐清種族隔離制度下的種種罪行，同時又不至於強化加害者與被害人所共處社會的敵對進程中，TRC 不採無條件大赦的模式，而實行一種有條件的赦免，亦即：凡是在特定期間出於政治目的實施罪行的個人，只有在其披露事實的全部真相並經審定後，才能獲得赦免令。第二、受害者本位。TRC 與刑事訴訟最大的區別就在於它不僅旨在查明加害者的罪行，更是要為受害者提供一個公共場域，讓受害者通過訴說真相的方式釋放內心的悲痛，恢復其作為人和公民的尊嚴。TRC 還有一項重要工作就是為受害者及其家屬制定賠償計畫，但該計畫最終未能徹底落實。第三、通過真相實現和解。不同於其他單純以澄清真相為目標的真相委員會，TRC 從一開始就被寄予了和解此一任務，進而被視為「恢復性司法」的典範。此外，由普受崇敬的大主教屠圖擔任 TRC 主席，也反映出 TRC 對寬恕、和解等心理因素的重視，對 TRC 的順暢運作具有關鍵的影響力（Tutu, 2000）。

然而，對於 TRC 的設置及其運作成效的爭議從未息止過，支持者認為，拜 TRC 的公開透明、諒解與寬恕的運作過程，讓世人進一步認識了真相委員會的功能，比起個案審判，它不僅可以更完整地展現歷史的全貌，其關注的是受害者的感受及社會整體的和諧與未來的繁榮。但對於反對 TRC 的另一陣營而言，在實際上 TRC 不過是一種對白人政治迫害的障眼法；法律學者則指責 TRC 根本就是以和解為名對暴徒給予明目張膽的赦免，讓法律要求的公平正義蕩然無存，並且過分強調寬恕甚至給受害者造成了不應有的義務與責任壓力 (Govier, 2006: 93-96)。此外，儘管 TRC 為南非和解之路開了一個好頭，但和解絕非朝夕之事，也絕非 TRC 一己之力就能實現的，南非種族歧視的陰影至今未能消除，各種族之間仍有諸多嫌隙。一般認為正顯示出真相委員會絕不能完全替代其他機制，也並不是次優選擇，它與起訴、賠償等機制相互補充，各自都發揮著獨特的重要作用 (Leebaw, 2008: 104)。

國內學者吳乃德更援引國外學者的實地調查，認為在經過 TRC 的罪惡坦白與請求原諒的程序之後，被害人在知道具體加害者為誰，卻又未見其受到任何懲處，於是將原本對體制的憤怒，轉化成為對加害人個人的仇恨。(吳乃德，2006: 14) 是故吾人不否認，的確，如何處理轉型正義在理念上與實踐上規範價值的兩難，無疑是轉型正義之規範理論的重要課題 (Teitel, 1997: 2044-48)。但採取否定看法的學者一方面多屬較早之前的論者，根本未目睹到聯合國自 1993 年 ICTY 以降所取得的實際上重大成就，且另一方面過度將焦點集中於拉丁美洲或東歐<sup>2</sup> 等新興民主國家之內國法院無法讓人心存期待，或實際上令人失望的表現上，以致得出此一結論。但經歷過聯合國在國際人權法實踐上顯著的成果，東歐後期民主化的表現後 (Gibney, 1997)，原本採取質疑立場的學者亦逐漸變少，愈來愈多論者支持「國家應該在可能的範圍內追懲舊政權之犯罪行為」此一規範立場的趨勢 (蘇俊雄，2007: 68; Hesse & Post, 1999: 13, 15)。

<sup>2</sup> 東歐新興民主國家在冷戰甫結束後的混亂國情及殘存舊勢力的龐大，確實難以令人有所期待。但之後的表現證明其原先君主立憲或民主制度的政治傳統，仍然有著重大的影響作用。

例如一般懷疑論者總以犯罪之追訴、審判與處罰，恐有違罪刑法定主義及其所衍生的刑法不溯及既往原則。然而，對於嚴重侵害人權、凌虐人道之罪行的嚴重性，不僅國際法上已有公約明文要求內國與國際刑法對其所為訴究不受時效限制<sup>3</sup>。其次，常被舉為反例的：匈牙利的憲法法院曾以違反法治國形式正義為由，判定該等對延長犯罪追訴時等效溯及性的立法是違憲的，也漸顯牽強。第一、匈牙利憲法法院認為違憲的部分僅指「非嚴重罪行」，換言之，對「嚴重罪行」部分是承認其合憲性的。第二、德國也遇過同樣的質疑，但該國聯邦憲法法院認為射殺穿越邊界者的行為是無可忍受的不法行為，基於實質正義的理由，取消追訴時效之規定，並未違反回溯禁止原則。最後，該判決被告到提歐洲人權法院（EGMR），EGMR 在 2001 年 3 月判決認定為德國聯邦憲法法院的判決，並無牴觸『歐洲人權公約』第七條第一項關於罪刑法定主義及禁止溯及既往的規定，理由在於雖然是無可否認的法治國原則之一，但仍容許其例外之存在，因為東德這種射殺穿越邊境者的駭人聽聞行為，乃係對於生命權這個在國際人權法的價值天平上最高法益的侵害，不受『歐洲人權公約』第七條第一項（罪刑法定原則）的保護。歐洲人權法院的判決對所有歐盟會員國具有法律上之拘束力，匈牙利在加入歐盟之後，當然也受該判決的效力拘束。

就此，對舊政權的刑事訴追與法治國原則間的緊張關係，應該被視為已有定論，無須再以此例進行無謂的爭論。學界意見這樣的轉變趨勢，也讓人對於未來在轉型正義過程中採取刑事追訴手段時，有較多積極正面的期待。再加上以下所述及的近年來對法律功能的新認知，應該可以更肯定司法程序對轉型正義的正面貢獻。

但類似捷克前總統 Vaclav Havel 對於過去捷克的威權政治反省：「雖然程度有別，我們所有人都要為極權政權的出現負責。我們中間沒有人是單純的受害者；我們全體都有責任。」這固然是具有高貴道德心靈者的深刻反省，也是吾人期待體系不義永不再發生的長期性與永久性所應努力追

<sup>3</sup> 包括 *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity* (1968)、以及 *European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes* (1974)。

求的目標，但如果真要深究到底，就算在一般常態民主法治國家中，依照 Durkheim (1968: 3ff.) 的犯罪理論，所有犯罪都是社會犯，也就是因為社會客觀環境的結構性制約，才會使特定部分人成為罪犯，如此推論，所以只要這世界上還有任何一個犯罪行為發生，應該全人類都有責任。所以，以此來警惕與提醒吾人的良知自覺，當然是治根之道，但若因此模糊政治上或道義上責任與刑事責任，恐怕反而讓僥倖之徒以此為藉口，阻礙刑事追訴的發動，此絕非 Havel 之本意也。

#### 肆、法律—尤其是刑法—的社會功能與作用

當今在德國刑法中佔有絕對主導地位的刑罰理論：積極的一般預防論 (Roxin, 2006: 60ff.)，乃是由現代德國最重要的社會學者之一 Luhmann 從系統論 (Systemtheorie) 的角度所進一步開展，針對法律與刑法的社會功能分析而得的理論。概言之，Luhmann 認為社會構成的本質為溝通，而溝通又是由意義所組成，意義指的就是主體間的訊息交換，因此，從法律社會學的角度來看，規範做為社會的溝通的基礎架構，法律真正的社會意義即在於穩定社會大眾的行為期待，或謂「對法律忠誠的穩定化」。

Luhmann (1972: 40ff., 53ff., 106ff.) 將人類社會秩序的產生區分為認知的期待 (kognitive Erwartungen) 與規範的期待 (normative Erwartungen)，前者如對朋友、同事或一般人期待其穿著得體、行為有禮、約會準時等等，如果事實不如預期，則人們會對自己的認知進行修正，不再對對方有如此的期待，從而也在行為上作出相對應的調整 (也不以穿著得體、行為有禮、約會準時與對方相待)；至於後者最典型者即法律規定，即每人對他人都有合法行為的規範性期待，若是對方令自己的期待落空，則人們不會去改變自己的行為，而是會繼續堅守自己的期待，並要求違反期待者改變其行為或受到處罰。若一個社會的規範性期待時常落空轉變成認知上的期待，例如偷竊、詐騙及傷人等事件一再發生，行為者卻未受到處罰，則人們將會支出大量的經濟或精神上成本以自保，這個社會的秩序將趨於不穩定。因此，規範對社會中所有個人主體所要表達的意義是，透過法律規定一再



地被社會中公私部門公開地適用後，不僅在思想上讓守法者堅信其期待是正確的，並且也會以實際的行動表示支持。故而法律必須經一再確認與貫徹其效力，亦即對違法者加以處罰，才能使守法者認為其信念與行動是正確的，社會秩序的穩定性才能繼續維持（Luhmann, 1972: 40-94; 1993, 25ff.）。

這個理論受到德國法學界廣泛的認同，尤其是刑法學者，因為它可以讓傳統的刑罰論有另一種新的論述模式與理論根據，也使人對刑法與刑罰的功能與目的，有更完整的認識與掌握。據此所發展出來的即所謂的「積極的一般預防理論」（Positive Generalpräventionstheorie）<sup>4</sup>。

換言之，就刑法角度而論，每個犯罪行為所造成的損害都具有雙重性格：一種損害是對其攻擊客體所造成的外在的、五官可感受的危險與實害；另一種損害則是對其所違背的規範造成否定或至少削減的危險與實害。就本質而言，前者的損害通常發生在具體個人所擁有的法益之上，但由於其表現的型態（受囚、身體傷害、死亡等）較容易讓一般人感知，故其實是較屬於個人化與微觀化的觀點。相對的，後者強調的損害，即對於規範效力無形上的削弱與被否定的思考，所涉及的是對法律規範在整體社會中的拘束力損害的關切，其實才是屬於社會性與宏觀化的觀照，但過去刑法學界對這種規範效力的減損及其如何回復，較缺少社會學式的觀察，而一般社會學者因為現代法律的快速發展，也大多失去宏觀性的法社會學的觀察與建構能力<sup>5</sup>。因此，刑法學者困在以纏鬥百年的傳統應報理論與預防理論兩者間，只能採取綜合或折衷的理論態度，難以跳脫其框架。甚至因此對於何種犯罪應該處罰，處罰程度輕重及具體個案的量刑，被批評淪於法律

<sup>4</sup> Dubber (2005) 從美國法學者的角度也認為，「積極的一般預防理論」是現代德國刑法學界的兩項重大理論貢獻之一，讓包括英美法系的西方刑法學界從傳統刑罰理論爭論中跳脫出來，提供另一個全新的視界。另一個重大成就他認為是「法益理論」（Rechtsgutstheorie）。

<sup>5</sup> Luhmann 在他的法社會學一書的開始就描述 1937 年德國社會學年會開會時的情景，該次以法社會學為主題，但請來的主講者卻是一位法律人，即當時極具聲望的法律學者 Hermann Kantorowicz，而 Kantorowicz 也毫不客氣地當著在座的社會學者直接了當地說，法學發展到現在（1930 年代末期）的複雜程度，已不是任何社會學者可以進行宏觀式的觀照了，所以真正的法社會學往後只能交給法學家來研究。

人的主觀及恣意認定的結果 (Jakobs, 1995: 850-52)。

但相對於傳統預防理論的心理威脅觀點認為，刑法預防社會大眾犯罪的方式，乃藉由法律對刑罰的內容及界線明確宣示，再加上法院對犯罪行為人的審判宣示並執行，使人民認識到國家對刑罰權的行使，瞭解國家不容許任何破壞法秩序的犯罪行為，進而對社會大眾產生一般性的威嚇警戒效果，而達到預防犯罪再發生的目的 (林山田, 2002: 63)<sup>6</sup>。積極的一般預防理論則認為刑法的功能是針對能夠作出清醒的決定，有能力在服從還是違反規範之間作出選擇的人，也就是絕大多數合法行為的大眾。其目的在於強化民眾的法律與規範意識，穩固其法律忠誠的信心，「故刑法的作用在於，對違反了社會規範的行為進行否定」(Jakobs, 1995: 843-44)，「刑罰在法律共同體面前證明了法秩序的牢不可破性，因此強化了人民對法的忠誠」(Jakobs, 1991: 6-10)。

犯罪行為人實施犯罪行為的社會意涵，主要表現在行為人對社會多數所承認的規範價值的異議與否定，而法律對其進行制裁的社會意義，即是對此異議與否定的再否定，意即向社會多數宣示其所認同的規範價值是對的，是應該繼續堅持下去的，錯的是行為人應該改正的也是行為人，透過規範→犯罪→刑罰制裁→回復規範效力等過程，就類似於人與人之間的溝通互動過程：意見表達→反對意見→否定反對意見→確立原先意見。才是法規範所要處理的對象與標的 (Luhmann, 1972: 79-85)。<sup>7</sup>

<sup>6</sup> 其代表人物為費爾巴哈 (Paul Johann Anselm von Feuerbach)。

<sup>7</sup> 此與哈特著名之「主要規則」(primary rules)與「第二層規則」(secondary rules)之「法律雙重結構理論」有高度相似之處，其中，「第二層規則」裡居最高地位的「承認規則」所指的，它是判定其他一切規則是否足以具備法律身分的基準；即我們要認定某一規範為法，是因為他們符合承認規則所定的條件。哈特認為：「最終極的『承認規則』」的存在只能是一個『事實問題』，即接受，就是社會全體成員，包括私人、法官、公務員事實上接受某一種規則之正當性、接受其由某人、某機關、經某程式發出的規範具有法律身份、視其有加以遵守的義務並真的加以實踐出來了。也就是說，在一個社會中，其人民就是信仰（並且以行動支持）某種價值或程序具有終極的正當性；因此也認定由其導出的規範體系便是應被承認且遵守的法」。在此，最關鍵的重點是，最終極的「承認規則」的「有效性」及其「實際上能夠起作用」是不可分的；而它必須「被實際行動不斷支持」才能夠存在的，並持續地成為整個體制能夠存在的基石 (Hart, 1961)。

## 伍、「紐倫堡審判」的重新檢視

對於轉型正義的探討，無論是從政治、歷史、或法律為主要觀察取向的所有學科，為何都一致地將「紐倫堡審判」視為是轉型正義發展史上的開啟者？從歷史上來看，以刑事訴訟的方式來追究戰爭或暴政元兇並不是首創，更早也更具戲劇性的審判，即法國大革命中對路易十六的全民公審，從當場參與人數及最後被公開處以極刑的結果來看，更符合民主與正義的要求，為何從未被賦予轉型正義史開創者的地位？尤其法國大革命一樣是從專制過渡到民主體制的轉型。如果是以程序及審判理由的不夠嚴謹為標準而排除之，則 1919 年根據『凡爾賽和約』所進行的「萊比錫戰犯審判程序」（*Leipziger Kriegsverbrecherprozesse*）<sup>8</sup>，其同樣有特殊法庭設立及審判程序進行的規章，而其根據的法律更比紐倫堡大審還具正當性中。根據和約第二二七條及第二二八條規定，針對審判德國皇帝威廉二世及興登堡（*Paul von Hindenburg*）在內等其他戰犯的審判，出乃依據 1864 年『日內瓦保護戰場受傷者公約』，以及 1907 年『海牙協議』（*Haager Abkommen*）中的附件「海牙戰爭規則」（*Haager Landkriegsordnung*）。這兩個條約都不是以甚麼自然法或習慣法的形而上理由事後強加諸上去的，而是戰前德國就自願參與締約的國際公約。即使最後由於荷蘭政府庇護威廉二世及德國拒絕引渡興登堡而使得兩大元兇未能伏法，但那屬於實際判決執行之障礙，與審判程序及判決結果無關，因為仍有許多德國高級將領被處以極刑。而且德國也因此由帝制轉為民主制度（即威瑪共和），為何無人認可「萊比錫大審」在轉型正義史上的重要性？

就此，有必要回顧當初「紐倫堡國際軍事法庭」（*International Military Tribunal*，以下簡稱 *IMT*）成立與「紐倫堡審判」程序的背景。二次大戰眼見即將結束前，盟軍對於在取得勝利後應如何處理納粹的問題上，曾有激烈的爭辯，蘇聯主張以盟軍通過決議方式，將全部納粹領導人一律處以極

<sup>8</sup> 關於『凡爾賽條約』詳細文件見 *Anschütz* (1926)。

刑，英國也表示贊成，但美國則力主透過刑事審判確認納粹的罪責再施予制裁 (Wechsler, 1961: 138, 151)。這是當時美國戰爭部的一位法律顧問 (出身律師) Murray C. Bernay 建議的一個策略，最後也在紐倫堡大審時得到採行，雖然結果與預期大有出入。

在 Bernays 的規劃中，聯軍應該正式地對主要的納粹組織提出指控並起訴，而 IMT 的法官則負責對納粹組織所犯下的犯罪行為加以定罪 (Pomorski, 1990: 213, 216)，至於對各相關組織個別成員之判刑，再由其後聯軍於各國所分別設置的軍事法庭為之。該策略第一步是在由 Bernay 起草的『紐倫堡憲章』中，針對團體或組織追究刑事責任進行規定，憲章第九條曰：「本法庭可以宣告 (與可能被定罪之個人行為有關)，某個人所屬之團體或組織為犯罪組織。」第十條則規定：「如果某個團體或組織被本法庭宣告為犯罪組織，則所有締約國都有權將這組織的成員提起公訴，無論是在其本國；軍隊或是個人所在地法院。在此情況下該團體或組織的犯罪性質被認為已經得到證明而無需懷疑。」<sup>9</sup>而由於 IMT 的判決對盟軍其他軍事法庭具有拘束力，因而在後續這些個別審判程序中，除非被告能證明其並非自願參與該組織，或者對該組織的犯罪目的欠缺認知，否則即應擔負刑責 (Pomorski, 1990: 220)。

Bernay 的目地在於：一、透過司法審判為聯軍懲處納粹黨徒，取得道德上的正當性，二、希冀透過這種舉證責任轉換的方式，可以對納粹組織內數以千計甚至萬計的成員課處刑事責任 (Taylor, 1992: 75)。如此一來，追求正義的美名歸諸於聯軍，納粹黨徒的伏法被視為正義得以伸張實現。如此聯軍才能面子裡子兼顧，而不至於造成勝王敗寇的報復者形象，受處罰的德國人也不至於像一戰之後，因割地賠款條約的訂立而深感受辱充滿怨恨，不久即又發動二次大戰<sup>10</sup>。最後，在紐倫堡審判的起訴書中總計有高

<sup>9</sup> 東京國際軍事法庭規定及東京國際軍事法庭的設立，其規定內容與國際軍事法庭規定完全一樣。

<sup>10</sup> 根據『凡爾賽條約』，戰後法國軍隊迅速控制了魯爾工業區的重要城市如蓋爾森基興等，德國失去 16% 的煤產地及半數的鋼鐵工業，並割讓所有的海外殖民地 (包括德屬東非、德屬西南非、喀麥隆、多哥蘭、以及德屬紐幾內亞)。其次，根據協約國賠償委員會決定，德國共需賠償 2,260 億馬克 (約合 113 億英鎊) 且以黃金支付，後減至 1,320 億帝

達兩百萬人被以組織犯罪罪名起訴<sup>11</sup>。

對熟悉美國法中「共謀」(conspiracy)理論的人而言，大約一眼就會看出 Bernay 的原始提議中，明顯地是要以共謀理論做為處理大規模犯罪行為的法律工具：「納粹政府及其政黨與國家機關應該依據共謀謀殺、恐怖主義及以違反戰爭法的方式破壞和平生存加以起訴」。如果共謀的罪名成立，則組織中任何成員在組織存續期間所從事以達成共同犯罪目的的任何行動，都可以對所有成員究責 (Pomorski, 1990: 213, 216)。

孰料，IMT 法官在實際進行審判時，卻無畏於個別追究眾多納粹黨徒個人刑事責任時，所可能帶來的訴訟程序上的繁瑣與沉重負擔，而採取輕便的集體或組織責任的捷徑，反而依據現代刑法個人罪責原則，基於責任要件欠缺而排除多數的犯罪組織。理由是，不管是發動紐倫堡審判所依據的倫敦憲章或是檢察官的起訴書中，都無法提供一個對犯罪組織的定義 (Tusa & Tusa, 1984: 425)。法官因此得出以下結論：控方必須證明其所稱的犯罪組織確係一堅實而團結一致的團體，且其個別成員必須清楚認知到，個人乃出於認同共同目標之原因始參與該組織，才能被認定為犯罪組織。最後，IMT 法官將被盟軍檢察官指控的七個犯罪組織中的四個宣告無罪，而只有納粹禁衛軍、秘密警察、及保衛梯隊(衝鋒團)被以犯罪組織論處<sup>12</sup>。

更有甚者，在其後盟國各刑事法庭所進行的一連串審判中，多數法官都要求檢方必須證明每一個被控者都是自願加入犯罪組織，且充分認知該

---

國馬克。1921 年賠償金額確定為 49.9 億英鎊，即 1,320 億馬克。之後雖又經過兩次減免，但賠款加上利息直到 2010 年，由德意志聯邦共和國支付最後一筆七千萬歐元才算完全還清 (Martin, 2010)。美國提出條約草案內容遠比此寬鬆，但因威爾遜對國會關係處理得極為拙劣，不僅導致其草案無法強力推動，完全由英、法兩國主導，最後美國國會甚至拒絕批准凡爾賽條約，使美國連締約國的身分都不具備。一般咸認這筆沉重的賠償給德國經濟戴上了一副沉重的枷鎖，並間接導致了納粹黨在德國的崛起，即使對此觀點史學界仍有不同意見，但德國人因感於極大的羞辱與憤怒，並快速發動二次大戰則是不爭的史實。

<sup>11</sup> 被起訴的納粹組織有：納粹禁衛軍 (Nazi Leadership Corps)、秘密警察 (Gestapo/SD Sicherheitsdienst)、保衛梯隊 (SS/Schutzstaffeln)、衝鋒團 (SA/Sturmabteilungen)，帝國內閣 (Reich Cabinet/Reichsregierung)、以及德意志總司令部及最高指揮部。參見 International Military Tribunal (1947a: 27, 80-82) (即紐倫堡起訴書中之附件 B)。

<sup>12</sup> International Military Tribunal, Judgment (1947b: 171, 278) (即紐倫堡判決書)。

組織所從事者乃係倫敦憲章中所列之犯罪行為。如果檢方無法證明後者，則必須證明被告本身曾親自實施該等犯罪行為 (Taylor, 1992: 558)。IMT 及各別法庭的一連串判決結果，幾乎完全違背 Bernay 等人所事先預期的。Bernay 原本預期數以千計甚至萬計的集體判決，最後被聯軍以去納粹化的行政措施所取代，因為在相繼的判決中，納粹組織之成員幾乎大多數未被判刑 (Taylor, 1992: 559)。

事實上，如果依據嚴格的法律標準，IMT 審判過程中仍有諸多瑕疵 (Jescheck & Weigend, 1996: 120ff.; Oehler, 1983: 616ff.)<sup>13</sup>，儘管如此，1946 年 12 月 11 日及 1947 年 11 月 21 日聯合國大會還是分別通過兩項決議，肯定了紐倫堡及東京軍事法庭憲章和判決所確定國際刑事法的原則。等於國際社會共同承認了「紐倫堡國際軍事法庭」規定在國際刑法上的鉅大貢獻，足以成為國際社會共同遵守與受其拘束的原則與規範。其理由正由於 IMT 的法官在最大的範圍內堅守了現代法治原則，包括個人責任，程序公平及嚴格證據法則等，相較之下，之前的戰犯審判則離現代刑事程序及實體法的原則甚遠；而最關鍵的原因在於，之前審判程序仍是循傳統國際法以國家為主體，而「紐倫堡審判」乃人類歷史上首次個人成為國際法主體，並在相對嚴謹的現代刑事訴訟程序中，因違反國際法的規定而受到刑罰。

## 陸、再定位「紐倫堡審判」的功能與作用

是故，透過重新檢視紐倫堡（及東京）審判過程，紐倫堡（及東京）審判做為現代轉型正義的原型理由在於：一、將犯罪責任擺脫政治組織或國家的集體責任，而回歸現代刑法的個人責任原則，讓罪犯不再是漫無邊際的特定民族或個別國家，而是具體可指的個人。二、其定罪處罰方式（依

<sup>13</sup> 這裡面包括：就訴訟程序規定，則主要根據英美刑事訴訟規則，例如容許一造缺席辯論及判決（第一二條）、不採迴避制度（第三條）及嚴格證據法則（第一九條）。法庭組織的結構則是由四個強權（美、英、俄、法）分別指定四個法官及其代理人，檢察機關則同樣由四強分別各指派一個主檢察官。就實體刑法而言，其中除了戰爭犯罪有舊的國際習慣法可遵循之外，像違反人道犯罪及侵略戰爭罪等犯罪構成要件都是第一次使用，而且具有回溯適用的效力，不顧罪刑法定及禁止溯及既往原則等。

現代刑事訴訟法原則進行的公開審判程序），及原因理由乃基於人類特定發展階段的共同價值（現代人權法）時，才使其具有開創性的意義。就如同許多論者指出，刑事司法對於轉型正義的追求，重點其實在於「追訴」而不是「處罰」（Teitel, 1997: 2050; Méndez, 1997: 15）。這樣學術與實務發展的結結果，正好印證了上面第肆章對法律功能新定位的「積極一般預防理論」的內涵。

同樣的，在冷戰後聯合國也依循同樣的邏輯，不斷複製「紐倫堡審判」模式，也就是實踐「積極一般預防理論」，因此，在 1993 年 ICTY、1994 年 ICTR 及其後一連串臨時軍事法庭與各種混合刑事法庭的設立，獲得積極與正面的成果與經驗，甚至在 2002 年促成常設國際刑事法院後，才有足夠的信心對過去一向避而不談的轉型正義問題，提出聯合國第一份的正式文件。而如同 Teitel（2003: 89-92）所說的，由於戰爭和暴力衝突時常發生，對暴行的處理已成為一種經常和普遍的現象，它不斷通過國際法的形式予以擴張和規範化，轉型正義逐漸成為常態（steady state）。而且，儘管不存在統一的回應模式，但是回應（response）本身就體現了一種基本的道德態度：人們有責任去對暴行作出積極的反應，而不是無動於衷。Posner 和 Vermeule（2004）兩位學者發表的一篇論文甚至就直接以〈轉型正義做為常態正義〉（Transitional Justice as Ordinary Justice）為標題。這樣的態度與反應其實正是「積極的一般預防理論」所認為刑法或刑罰所要達到的目的，也就是有犯罪即有法律的適用，一再重複之後多數人就會將守法當成理所當然，視為常態的事情，而且也樂於從眾去守法。

就如國際人權法及刑法學者 Landsman 所說的，以刑事訴訟來回應暴行的優點包括：通過訴訟將加害者繩之以法，有助於在民眾中樹立「法律至上」的觀念，從而促進法治的建立，而法治正是確保民主與和平的關鍵；訴訟是認定受害者、治癒社會創傷的基礎，無懲罰就無寬恕可言。換言之，訴訟才是恢復社會和諧的第一步，訴訟甚至還是制定補償方案的最有效手段之一（Landsman, 1996: 83-84）。Williams 與 Scharf（2002: 16-17）講得更清楚，為轉型正義的最基本用意是揭露罪行的個別責任，以免讓所有人來承擔責任，尤其是在找出特定的加害者之後，才能避免含混不清的集體

罪行，換句話說，要以罪行的個人化來進行族群的去原罪化，刑罰的適正運用可以明確區隔新興民主與舊威權政權的不同；而對於個人罪責的追究，也有助於讓社會擺脫集體性的罪惡感（Hesse & Post, 1999: 13-15）<sup>14</sup>。這不正都是「積極的一般預防理論」的訴求嗎？

換言之，在轉型正義的理論和實踐中，法律與道德不再是最棘手的問題，這一變化在某種程度上是因為二戰後國際法所確立的尊重人權和人性的原則，已經獲得了普遍認可，通過訴諸國際法即可在邏輯上消解兩者之間的緊張。因此，雖然之後學術界針對轉型正義內涵的討論更深入也廣泛而豐富，誠為學術帶領人類思考進步之典範。但最核心與關鍵的刑事起訴及處罰部分，如果因之後面臨轉型正義的各國基於差異的政經社背景所做的各種妥協或權宜的措施，而因此被當成只是多種選項中可有可無的一種而遭到稀釋或忽略，則恐怕可能造成轉型正義的意涵更為模糊不清，甚至只被當作為專為進行學術爭論的名詞，或從事選舉及政治鬥爭時的政治口號，而完全違背其初衷<sup>15</sup>。

## 柒、結論

在台灣，政府透過『二二八事件處理及補償條例』、『戒嚴時期人民受損權利回復條例』、『戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例』等立法，對在過去遭受威權政權迫害的受難者或其家屬，提供了一定的金錢

<sup>14</sup> 當然，其前提乃對於舊威權政府犯罪之追訴、審判與處罰，必須符合法治國維護刑事程序正義的各種規範要求。舉凡無罪推定、不自證己罪、公正法院、證據法則、被告或犯罪嫌疑人之權利保護等，另外，除了程序正義的要求外，法的安定性與可預見性（即溯及既往禁止原則），也是法治國的重要規範價值，都必須切實遵守（蘇俊雄，2007：70-71）。

<sup>15</sup> Murray C. Bernay 當初一定沒想到他終究還是裡子面子都得到了，面子除了戰後美國的正義形象外，隨著時日遷移，紐倫堡和東京審判不管在戰勝國或戰敗國，一般大眾或知識份子，受到肯定的評價越來越多，僅以當今學界將其視為國際人權及轉型正義的典範來看即知。至於得到的裡子雖不是納粹黨徒的人頭及割地賠款，但德、日兩國在二戰後所實質付出的金錢代價絕對是天文數字，而且大多是心甘情願的支付。至於冷戰時期，德、日做為美國最忠實的兩大盟邦，左右箝制蘇聯的戰略價值，更是無法計算，而且多了兩個堅定而進步的民主國家，對世界文明的貢獻更是無價。



補償與權利回復，而政府與民間就調查、公開、教育相關歷史真相，也作了相當的努力，但就如同吳乃德（2006：11）在評述台灣的轉型正義的特色時，就明白指出：「在台灣至少有一萬多個受害者，可是沒有任何一個加害者。將近 20 年了，我們還不知道到底誰應該為這一萬多件侵害人權、凌虐生命的案件負責。」。由於對於以往威權統治時期政府侵害人權的罪行，我國的刑法秩序既未積極追究相關刑責，也無慎重正式的赦免寬恕，相當程度致使台灣轉型正義的理念形象，至今仍然模糊不清（蘇俊雄，2007：63-74）。

Eser 等人（2001：15）針對 23 個國家所進行的大型研究計劃：「刑法對體系不義之反應－轉型正義過程的比較觀察」，將轉型正義區分為三種基本模式（圖 1）：一、一筆勾銷模式（Schlußstrichmodelle），二、刑事追訴模式（Strafverfolgungsmodell）及三、和解模式（Versöhnungsmodell）。所謂刑事追訴模式，是指將廣泛地懲處之前體制不義為目標；而一筆勾銷模式，係指根本未對過去的體制不義進行刑事追訴（亦即絕對一筆勾銷模式，*absolutes Schlußstrichmodelle*）、或刑法處罰只針對特定人及特定事件（亦即相對一筆勾銷模式，*relatives Schlußstrichmodell*）。我們可以看到，採刑事追訴的國家像德國、希臘及葡萄牙等，未必全部又陷入無止境的循環報復之中，而採取一筆勾銷模式的國家，則更多是只換得一時短暫的民主自由，隨即便由又重歸獨裁統治體制的國家行列，但在妥協過程中公平正義卻已確定徹底被犧牲掉了。

所以轉型正義的過程最重要的一件事就是「確認誰是加害者」。確認加害者的目的在於定出法律對於不法的標準，加害就是不法行為，於是法與不法價值區分就得到再度的確定與強化，也是法治原則的實踐；而誰是加害者的「誰」，正是啟蒙時期之後個人主義及理性主義的基礎，也就是「個人罪責原則」－每個人都有選擇的自由，並對自己的選擇負責。正如雅斯培對紐倫堡大審評論，「這個審判對德國人的好處是，它分辨了政治領導人的罪刑，而沒有譴責所有的德國人。」台灣的轉型正義中正因為缺乏了這個最關鍵的步驟，所以法與不法、是非對錯的價值認知混淆，特

定個人的責任與族群、集體的責任混為一談，社會對立的持續甚至擴大與惡化，主要即源自於此。要對有責者進行懲處或放過、赦免他們，這個嚴格的政治挑戰，要求新興民主國家，要在其奠基的、根本的存在與延續的原則間，做出抉擇 ( Teitel, 2003: 71; Orentlicher, 1991: 29 )。具體而言，就是如何在滿足正義的要求，與防止持續的軍方或其他勢力的威脅之間，取得平衡 ( Orentlicher, 2007: 10-22 )。

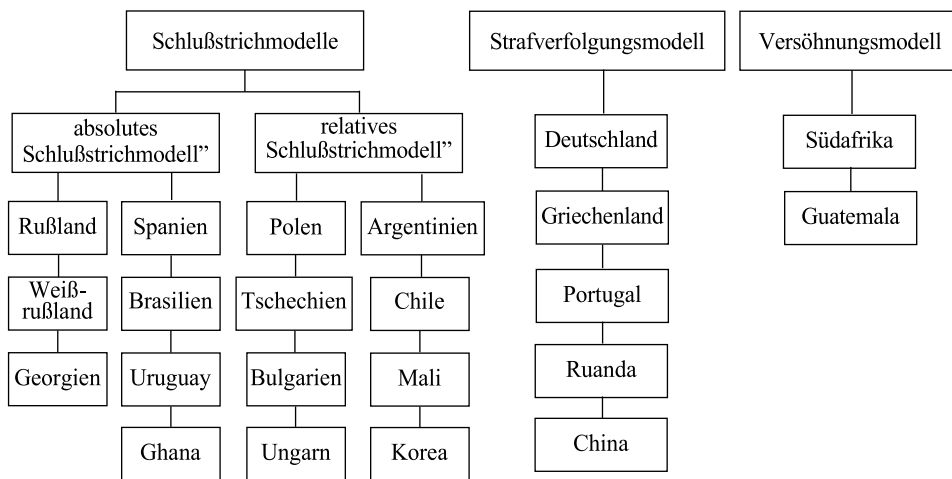


圖 1：轉型正義區分為三種基本模式

但是，沒有轉型正義措施的落實，一個處在民主過渡或者已是民主政治的社會必將面臨制度性的潰敗。所有民主政治的制度，包括行政權，立法權和司法權在面對政治或經濟上的危機時，將欠缺有效的應變能力，因為他們的效率主要立基於多數人民的公開與公共的信任 ( Teitel, 2004: 146-53 )。轉型正義措施也是一個公民行為、民主表現或文化之間的跨域連結點。這些措施應該在整個民主化過程和進入民主鞏固階段後被普遍地採行。民主制度在回應公民的需要與訴求時，也同時在形塑與決定社會的態度與認同，並且引導公民的行為，這些都足以反映民主文化的深度及民主制度的效度。也因此，轉型正義措施能強化民主制度的建構與增進民主的品質 ( Gibson, 2006: 418-21 )。

台灣雖然在民主運動者的長年努力與廣大人民的支持下，已躋身民主國家之林，甚至中間已歷經過兩次政權輪替，但強人威權統治時期所殘留的種種歷史性不正不義的法令制度、人事組織、資源分配，或甚至是價值體系與思想觀念，不僅往往與民主的基本價值互相違背，也與民主的運作方式多所齟齬。如今，如果不以法治國原則處理轉型正義的問題、並加以徹底解決，台灣的民主絕對必將倒退。

## 參考文獻

- 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 期，頁 1-34。
- 吳豪人，〈「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〉《台灣人權學刊》1 卷 3 期，頁 67-93。
- 林山田，2002。《刑罰學》。台北：台灣商務印書館。
- 施正鋒，2006。《台灣族群政治與政策》。台北：翰蘆。
- 施正鋒，2007。〈轉型正義的探討——由分配到認同〉《台灣史學雜誌》3 期，頁 3-31。
- 陳翠蓮，2008。〈歷史正義的困境——族群議題與二二八論述〉《國史館學術集刊》16 期，頁 179-222。
- 路蒂·泰鐸（鄭純宜譯），2001。《變遷的正義》。台北：商周出版。
- 蘇俊雄，2007。〈轉型正義與刑法正義〉《中研院法學期刊》創刊號，頁 63-74。
- Ackerman, Bruce. 1992. *The Future of Liberal Revolution*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
- Anna, Kofi. 2004. "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Society: Report of the Secretary-General." S/2004/616 (<http://www.ipu.org/splz-e/unga07/law.pdf>) (2013/11/5)
- Anschütz, Gerhard, hrsg. 1926. *Handbuch der Politik*, Band 63. Berlin: Aufl.
- Dubber, Markus Dirk. 2005. "Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117, 485ff.
- Durkheim, Emile. 1968. "Kriminalität als normales Phänomen," in F. Sack, and R. König, Hrsg. *Kriminalsoziologie*, 3-8. Frankfurt: Akademische Verlagsgesellschaft.
- Eser, Elbin, Jörg Arnold, and Helmut Kreicker. 2001. *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (<http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/FA-Systemunrecht-Int.pdf>) (2013/11/5)
- Gibney, Mark. 1997. "Prosecuting Human Rights Violations from a Previous Regime: The East European Experience." *East European Quarterly*, Vol. 31, No. 1, pp. 93-110.
- Gibson, James. 2004. *Overcoming Apartheid: Can Truth Reconcile a Divided*

- Nation?* New York: HSPC Press.
- Govier, Trudy. 2006. *Taking Wrongs Seriously: Acknowledgement, Reconciliation and the Politics of Sustainable Peace*. New York: Humanity Books.
- Hart, H. A. L. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon.
- Hayner, Priscilla B. 2002. *Unspeakable Truths, Facing the Challenges of Truth Commissions*. New York: Routledge.
- Hazan, Pierre. 2006. "Measuring the Impact of Punishment and Forgiveness: A Framework for Evaluating Transitional Justice." *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 36, pp. 19-47.
- Hesse, Carla, and Robert Post. 1999. "Introduction," in Carla Hesse, and Robert Post, eds. *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, pp. 1-12. New York: Zone Books.
- Huntington, Samuel P. 1991. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press.
- International Military Tribunal. 1947a. "Appendix B: Statement of Criminality of Groups and Organizations," in *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 1 (<http://avalon.law.yale.edu/imt/countb.asp>) (2016/3/23)
- International Military Tribunal. 1947b. "Judgment of the International Military Tribunal," in *Nuremberg Trial Proceedings*, Vol. 1 ([http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp)) (2016/3/23)
- Jakobs, Günther. 1995. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken." *ZStW*, 107, 850ff..
- Jakobs, Günther. 1991. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage. Berlin: De Gruyter.
- Jescheck, Hans-Heinrich, and Thomas Weigend. 1996. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Berlin: Aufl.
- Kritz, Nei. ed. 1995. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 3 Vols. Washington, D.C.: United States Institute of Peace.
- Landsman, Stephan. 1996. "Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions." *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, pp. 81-92.
- Leebaw, Bronwyn Anne. 2008. "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice." *Human Rights Quarterly*, Vol. 30, No. 1, pp. 95-118.
- Luhmann, Niklas. 1972. *Rechtssoziologie*, Bd. I. Reinbek: Rowohlt.

- Luhmann, Niklas. 1993. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Martin, Michelle. 2010. "Germany to Settle last World War I Debt." *Toronto Star*, Sept. 28 ([http://www.thestar.com/news/world/2010/09/28/germany\\_to\\_settle\\_last\\_world\\_war\\_i\\_debt.html](http://www.thestar.com/news/world/2010/09/28/germany_to_settle_last_world_war_i_debt.html)) (2013-11-05)
- Mendez, Juan E. 2001. "In Defence of Transitional Justice," in A. James McAdams, ed. *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, pp. 1-26. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Minow, Martha. 2000. "The Hope for Healing: What Can Truth Commissions Do?" in Robert I Rotberg, and Dennis Thompson. eds. *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, pp. 235-260. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Oehler, Dietrich. 1983. *Internationales Strafrecht*, 2 Aufl. Koln: Carl Heymanns.
- Olson Tricia D., Leigh A. Payne, and Andrew G. Reiter. 2010. *Transitional Justice in Balance; Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington, D.C.: United States Institute for Peace.
- Orentlicher, Diane F. 1991. "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime," in Neil Kirtz, ed. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1, pp. 375-402. Washington, D.C.: United States Institute of Peace.
- Orentlicher, Diane F. 2007. "Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency." *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, No. 1, pp. 10-22.
- Pomorski, Stanislaw. 1990. "Conspiracy and Criminal Organizations," in George Ginsburgs, and V. N. Kudriavtsev, eds. *The Nürnberg Trial and International Law*, pp. 213-47. Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- Posner, Eric A., and Adrian Vermeule. 2004. "Transitional Justice as Ordinary Justice." *Transitional Justice*, Vol. 17, No. 3, pp. 762-825.
- Roxin, Claus. 2006. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck.
- Schabas, William. 2011. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Taylor, Telford. 1992. *The Anatomy of the Nürnberg Trial*. Boston: Little, Brown & Co.
- Teitel, Ruti. 1997. "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation." *Yale Law Journal*, Vol. 106, pp. 2035-51.
- Teitel, Ruti. 2003. "Transitional Justice Genealogy." *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, pp. 69-94.

- Teitel, Ruti. 2004. "How Are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses?" in Neil Kirtz, ed. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 2<sup>nd</sup> ed. Vol. 1, pp. 146-53. Washington, D.C.: United States Institute of Peace.
- Transitional Justice Data Base. n.d. "Transitional Justice Bibliography." (<https://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/transitional-justice-bibliography>) (2013/11/5)
- Tusa, Ana, and John Tusa. 1984. *The Nürnberg Trial*. New York: Atheneum.
- Tutu, Desmond. 2000. *No Future without Forgiveness*. New York: Random House.
- Wechsler, Herbert. 1961. *Principles, Politics, and Fundamental Law: Selected Essay*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Williams, Paul R., and Michael P. Scharf. 2002. *Peace with Justice: War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*. Lenham, Md.: Rowman & Littlefield.

# Legal Functions of Transitional Justice

Iong-sheng Lin

*Research Fellow, Taiwan Brain Trust, Taipei, TAIWAN*

## Abstract

The purpose of this study is to highlight two not enough noticed tendencies: firstly, both the rapid development of international law theory and its continued engagement in reality in recent years, and secondly, the clearer acquaintances to the function of law, may make it play a more important role as research approaches than before. Taiwan moves downwards though in all the year round make great efforts and extensive support of the people of democratic movement person, already ranking among the forest of democratic state, centre had already got through two time of regime rotation, the strongmen regime relic in governmental organization , resource assignment governing a variety of historic obliquities injustice decree system , consciousness of the outside world been left over by period, is value system and ideas and concepts or even, goes against each other not only sometimes with democratic fundamental value, also with many democratic operation way institutes discord. Now, if not solve the transition justice probleme with rule of law principals and completely running the country according to law, Taiwanese democracy will certainly go backwards absolutely.

**Keywords:** transitional justice, function of law, rule of law, power transition