

委託研究報告

威權統治時期人事清查處置  
及相關救濟程序之研究

成果報告書

研究主持人：林佳和 副教授

促進轉型正義委員會委託研究

中華民國 108 年 12 月

# 委託研究報告

## 威權統治時期人事清查處置 及相關救濟程序之研究

受委託單位：國立政治大學

研究主持人：國立政治大學法學院 林佳和 副教授

研究助理：易大為、王仁邑、高慧玲

研究期程：中華民國 108 年 4 月 18 日至 108 年 12 月 18 日

研究經費：新台幣 64 萬 2,500 元（含稅）

本報告純為學術研究，不代表委託單位立場

促進轉型正義委員會委託研究

中華民國 108 年 12 月

# 威權統治時期人事清查處置及相關救濟程序之研究

## 目次

### 架構部分 4

- 一、中英文研究摘要 4
- 二、研究緣起、目的與過程 7
- 三、研究結果 8
- 四、研究建議 10

### 內容部分 12

#### 第一章 國家不法與轉型正義－基礎理論 12

##### 第一節 國內文獻概觀 12

###### 第一目 轉型正義之定義與理念 12

###### 第二目 轉型正義之法學上評價 14

###### 第三目 人事清查與除垢之分析 17

##### 第二節 本研究之取向 22

#### 第二章 處理國家不法體系與制度選擇 29

##### 第一節 轉型正義之法律框架 29

##### 第二節 轉型正義之手段 33

###### 第一目 刑事追訴 34

###### 第二目 特赦 41

###### 第三目 真相委員會 47

###### 第四目 賠償補償與財產返還 71

###### 第五目 公部門人事清查（除垢） 87

#### 第三章 聚焦：人事清查相關制度建構各國轉型正義制度比較與分析 95

##### 第一節 轉型正義政策與轉型的法（Lex Transitus） 95

##### 第二節 聯合國 2006 年人事清查操作框架 99

###### 第一目 人事清查與體制改革 100

###### 第二目 國際行動者角色功能 102

第三目	轉型的人事改革條件	102
第四目	操作要點	105
第三節	聯合國 2006 年人事清查操作指引	111
第一目	後衝突人事清查必要性	112
第二目	影響制度設計不同要素	113
第三目	人事清查的類型與範圍	117
第四目	人事清查程序設計步驟	120
第五目	其他人事清查改革需要	124
第六目	補充資訊（六個附件）	125
第四章	各國人事清查制度比較分析	130
第一節	各國制度與發展概觀	130
第二節	捷克	139
第三節	波蘭	153
第四節	德國	167
第一目	二戰後之司法人事清理	170
第二目	兩德統一後之人事清理	180
第五節	聯合國 2006 年指引所附國家案例	200
第一目	波士尼亞與赫塞哥維納	200
第二目	希臘	203
第三目	匈牙利	204
第六節	智利	206
第五章	研究結論、評估與立法建議暨草案	219
第一節	研究結論	219
第二節	可行性評估	223
第三節	立法建議暨草案	229
	參考文獻	260
	附錄一：2019 年 5 月 15-26 日捷克、波蘭考察參訪記錄	272

附錄二：兩次專家學者諮詢會議會議記錄 287

附錄三：捷克《大洗滌法》（1991 年第 451 號法律）條文 300

附錄四：捷克《小洗滌法》（1992 年第 279 號法律）條文 306

## 架構部分

### 一、中英文研究摘要

促進轉型正義條例第 4 條第 2 項規定，促轉會任務之一為「回復威權統治時期相關歷史事實真相，釐清壓迫體制加害者及參與者責任」，依同條第 3 項規定，促轉會並應規劃人事清查處置及相關救濟程序，呈現於最終調查報告之中，接續之後立法者可能的立法思考與行為。是以，如何本於法律所期待之任務，有助於規劃相關人事清查處置暨相關救濟之制度，即屬本研究之目的，在進行相關文獻之研究探討後，特別是著重於外國類似經驗、制度，加上本國轉型正義工程上之特殊事實與框架限制，提出分析與制度規劃。在國家不法與轉型正義之發展脈絡中，於刑事追訴、特赦、真相委員會、賠償補償與財產返還之外，公部門人事清查、亦常稱之除垢（Lustration），並列為轉型之法（Lex Transitus）暨五大轉型正義手段內容之一，不同國家與社會，在各自不同的主客觀條件下，交互、組合或前後動態式的運用之。從聯合國 2006 年所公布之操作框架與指引中，可看出從不同實踐經驗暨理論考察下，公部門人事清查所涉及之制度要素，例如必要性、制度內容、類型與範圍、實施步驟與改革條件等，一個國際比較下的「規範性內容」，可資參酌，雖然其較聚焦於時間緊密連結之後衝突國家與社會。在「公部門人事清查」所呈現的制度性光譜上，必須衡量個別國家與社會所面臨之「特殊轉型條件」，從全面採取、部分採取（不同質與量）到可能的不予採取，不論最終的制度選擇為何，「政治檔案的掌握、處理與公開」，應均屬不可或缺的前提要件，它扮演著轉型之法得以實踐的關鍵地位。類似捷克之大規模、以集體性究責、形式資格（特定職務、特定身份）為聯繫因素的做法，恐不宜於台灣，相對的，以真相調查為主、將相關政治檔案公諸於世之措施，或較符合台灣當前之環境與條件，不論是否進一步採取類似波蘭般之申報制度，至如有特定刑事犯行追訴之事實，則連結至現行公務人員懲戒體系即有處理之依據及必要，當無問題。不論是否採取刑事上犯行追訴，一併採取較和緩之人事清查，以重大侵害人權為主要構成要件，連結至非刑罰性質之公務員法地位的不利益，由專責轉型正義機關發動、經由聽證、獨立委員會審議後，再送作為司法機關之公務員懲戒委員會懲戒，非完全縱容與不加任何處理，就正義之實踐上亦有其意義。本研究並提出《威權統治時期公務員人事清查條例草案》含總說明暨 18 個條文，規劃可適用於台灣之公部門人事清查原則與做法，提供未來立法者參考。

關鍵字：轉型正義、公部門人事清查、除垢、政治檔案

## Abstract

Article 4 (2) of Act on Promoting Transitional Justice provides that one of the tasks of Transitional Justice Commission (hereinafter referred to as the TJC) is 'to comprehensively reconstruct the true historical facts of the period of authoritarian rule and promote social reconciliation, and to ascertain the responsibility of perpetrators and participants in mechanisms of oppression'. In accordance with the third item of the same article, TJC shall 'write investigative reports, plan measures for vetting and removing abusive public employees, and draw up related remedy procedures', in order to continue possible legislative thinking and actions by legislators. Hence, how to focus on and help plan the tasks expected by law serves as the purpose of this study. After conducting research and discussion of related literature, it focuses on similar foreign experiences and systems. Based on the facts and framework constraints of transitional justice project in Taiwan, analysis and institutional planning are proposed.

In the context of the development of state wrongdoing and transitional justice, in addition to criminal prosecution, amnesty, truth commission, reparations, compensation and return of ill-gotten assets, vetting public employees, also known as Lustration, is also listed as *Lex Transitus* and one of the five major means of transitional justice. Different countries and societies, under their own different subjective and objective conditions, use them interactively, combined or dynamically. From the operational framework and guidelines promulgated by the United Nations in 2006, it can be seen that from different practical experiences and theoretical studies, the institutional elements involved in the vetting process of public employees, such as the necessity, content, type and scope, implementation steps and reform conditions, etc., 'regulatory content' under an international comparison can be considered, although it is more focused on post-conflict countries and society which the time is closely linked.

On the institutional spectrum of 'vetting public employees', the 'special transition conditions' faced by individual countries and societies must be measured, from full adoption, partial adoption (different quality and quantity) to possible non-adoption, regardless what the final choice of the system is. 'Grasping, processing and disclosure of political archives" should be indispensable prerequisites. It plays a key role in the practice of Lex Transitus. The large-scale approach of the Czech Republic, which uses collective accountability and formal qualifications (such as specific positions or identities) as connecting factors, may not be suitable for Taiwan. On the contrary, measures mainly based on truth investigations and access to relevant political files are more suitable for Taiwan's current environment and conditions, whether or not a Polish reporting system is further adopted. And if there are facts suggesting a specific criminal offense, it would be appropriate and necessary to deal with it through the existing public service disciplinary system.

No matter criminal prosecution is carried out or not, adopting a more modest vetting procedure does not mean condoning injustice. A vetting procedure, mainly concerned with major violations of human rights, linked to the non-penal adverse status of civil servants, initiated by a specialized transitional justice agency through hearings, and handing over to the disciplinary committee of the civil servants, is also meaningful in the practice of justice. This study also drafts the "Public Employees Vetting Bill during Authoritarian Regime", which contains a general description and 18 provisions. It suggests some principles and practices of vetting suitable for Taiwan, and provides reference for future legislators.

Key words: transitional justice, vetting public employees, lustration, political archives

## 二、研究緣起、目的與過程

促進轉型正義條例第 4 條第 2 項規定，促轉會任務之一為「回復威權統治時期相關歷史事實真相，釐清壓迫體制加害者及參與者責任」，依同條第 3 項規定，促轉會並應規劃人事清查處置及相關救濟程序，呈現於最終調查報告之中，接續之後立法者可能的立法思考與行為。是以，如何本於法律所期待之任務，有助於規劃相關人事清查處置暨相關救濟之制度，前期之研究工作即顯其重要性，不論是外國類似經驗、制度，抑或本國轉型正義工程上之特殊事實與框架限制。一般常稱之為「除垢」(*Lustration*)之人事清查－特別是來自於東歐國家之實踐經驗，其實可從各國推動轉型正義之制度模式中，看出軌跡與端倪，諸如以下所述。促進轉型正義條例的通過，使我國處理威權時期國家不法行為之轉型正義工程，進入一個嶄新的階段。在一般所認識之以「大規模且有系統的人權侵害」為客體，運用相關手段作為尋求正義與遠離傷痛的轉型正義體系，或者將轉型正義理解為「在民主轉型過程中，為求民主鞏固為目的，面對過去威權統治的程序與機制」的脈絡下，不可諱言，「人事清查」，屬比較特殊的一環：它顯然有別於刑事追訴，當非特赦與否之問題，不是著眼於被害人，是以無法直接歸入真相調查、賠償補償類別，但它卻是前述不同轉型正義手段可能的交集。在轉型正義的理念基礎上，不論是追究加害者責任之應報式正義觀 (*retributive justice*)，重新確立法與不法之對立價值，或強調修復式正義 (*restorative justice*)，放眼未來，著重於加害者、被害人與社會間之關係修復，乃至於民主鞏固，在人事清查之手段上，都必須尋找其精準的座落，有必要進行此項研究工作，做清楚的論述與建構，此即為本研究計畫之緣起與目的。

在研究過程方面，本研究主要採取文獻研究法，包括法律內容分析、法學暨政治學學術著作研究，偏向制度論研究方式，「國際經驗」－包括對之的學理上分析，係研究之核心主軸，並基於此等心得，最後著眼於台灣特殊的歷史軌跡暨政治社會發展路徑，提出吾國實施公部門人事清查之具體法律草案，以供將來執行之參考。。

### 三、研究結果

1. 理論或實務上普遍認為，警察與國安單位之人員，應屬進行公部門人事清查之首要目標，因該等與過去體系性壓迫與侵害人權之關聯性最大。
2. 透過人事清查，乃至於聯繫之後的免職或職業禁止，針對當事人過去行為之制裁，亦屬這項轉型正義手段之重要功能，在東歐國家之除垢中，甚至將清查結果公諸於世，任何人得以索閱該等資訊，換言之，亦作為帶有濃厚羞辱性質制裁措施，以取代因不採取或個案上無法貫徹之刑事追訴。除垢手段與刑事追訴/特赦等之交互影響與關係。
3. 進行人事清查的實體標準，核心內涵是「涉及國際法犯行、重大的人權侵害行為、貪污、濫用權勢地位或根本缺乏專業資格與能力」。
4. 在目的與取向的選擇上，容有不同的考量路徑，包括：強調公務人員是否能夠期待遵守人權標準之所謂廉正性；強調從事民主法治國之行政機關活動，應具備一定之資格(例如司法人員－專業上不適格)；著重於財政財務正當性、紀律 (**financial propriety**)，強調公務人員對於政府預算經費之運用必須值得信賴；乃至於實踐上最常見的是形式標準：因具備某一昔日威權政黨之黨員身分，即直接加以免職或為其他處理(例如捷克或波蘭等東歐國家)。
5. 進行除垢措施，需要一些制度上的條件，包括：除垢手段必須以「形式上的合憲法律」為之，幾乎是民主化後政府的唯一選擇；亦多見直接聯繫至轉型前業已存在之有關免職公務人員的行政法上規範；處理上應設有專責機構，常見如法院，或設置特別的、享有獨立地位並獨立行使職權之委員會；整體歸責或個人歸責的選擇必須謹慎，再者，法院挑戰除垢措施與手段之合憲性，例如阿爾巴尼亞、保加利亞、捷克、匈牙利，亦須在制度設計上加有預先準備。
6. 在除垢之具體法律效果方面，可能有不同手段之設計選擇，包括：免職，調動至本機關或他機關之其他職務，一定期間而非永久之一定活動任務的禁止，課予其他之特殊負擔。在各國經驗上，常見遭清查對象自行離職，無須為進一步處理，不論原先清查程序有無終結。國際上極為少見將機關內所有公務人員免職，再透過重新篩選程序而加以任命，所謂 **firing & hiring**，大致上僅見於所屬多數成員都顯有重大侵害人權嫌疑之特定機關。
7. 不同國家之主客觀條件不同，差異大，也當然影響除垢制度之形成與選擇，例如一個常見之說法：波蘭革命花了 10 年，東德 10 個月，捷克 10 天，是以，三個國家採取之除垢程度與強度，便有從弱到強之區別。德國二戰後去納粹

化之雷聲大雨點小，之後轉為「公務員忠誠義務」的審查，與冷戰之發展有關；而南非 1993 臨時憲法、真相委員會 1998 年報告中所說的：除垢與人事清查制度「不適合於南非」，阿根廷等許多國家均未採取－雖然民間不無強烈要求應進行除垢的呼聲，這些都是在不同結構條件之下，面臨是否選擇人事清查制度時之借鏡。

8. 關於除垢措施之採取，國際組織有諸多值得參酌之建議，例如聯合國 2006《後衝突背景下公部門人事清查與運作指引》(Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines)，建議轉型國家處理相關事務之應遵循規範，應符合國際上之程序標準，包括程序公開、檔案閱覽權、聽審與法律扶助辯護之保障、保有法律救濟之可能性、舉證責任應由進行清查之機關負擔等。歐盟理事會亦頒佈有所謂《去除過去共產極權體系所留遺產之應行措施》(Measures to Dismantle the Heritage of Former Communist Totalitarian Systems)，針對各國之處理轉型正義、特別是公部門人事清查與除垢，建議應採取下列基本原則：應設置獨立之特別委員會以處理之；採取之措施不應以刑罰、報復等為目標；私人或準私人機構應該排除在除垢之外；禁止擔任公職期間不應長於 5 年；「在某一特定時點具有某一合法組織之成員身分」，不得作為免職之標準，但如與侵害人權有關者，不在此限。在較高位階職務之公務員，得推定其與該等侵害人權行為有關，進而合理化其免職。
9. 可區分為四種不同類型，作為建構人事清查制度之參酌基礎，包括：排他型 (exclusive)，禁止與過去政權有一定關聯之人，擔任新政府的特定職務；融入型 (inclusive)，目的在於賦予與過去政權有一定關聯者「第二次機會」，只要主動揭露過去所涉情節即可；和解型 (reconciliatory)，當事人主動揭露與過去政權之關係後，再進行相關的比對查證，以驗示其陳述聲明之正確性；混合型 (mixed)，組合前述三種類型之不同要素。
10. 推動公部門人事清查之後威權國家，似均有「存在相對明顯、明確的『時代斷裂』」，所謂原威權/獨裁統治的結束，甚至是政府體系的解體解散、至少清晰的領導階層（非僅單一或少數領導者）退位與更迭，原先作為統治正當性基礎的政治意識形態或類似之最高價值拘束（種族的或其他）消失或嚴重稀釋，失去作為左右政經社體制力量之功能，遠非例如單純的民主轉型所能比擬」等共同特徵，台灣似乎不具太多的共通性，如考量距離威權統治時期結束已將逾 30 年（在任公職者應屈指可數）、國內事實上支持與貫徹轉型正義

之意識意志薄弱、聚焦於具體之個人責任追索是否可能弊大於利，乃至於整體轉型正義工程之是否應採以「真相與和解」模式等，都是普遍可觀察到之「不應實施公部門人事清查」、應代之以政治檔案的公開等考量因素。

11. 然而，不論台灣的轉型正義是否採行刑事追訴手段，則公部門人事清查措施，在兼顧轉型正義之實踐、降低政治衝擊等方面，或仍可提供一中間的「補充刑事追訴模式」，當然，如果決定進行以刑罰手段追訴犯行，則當無捨棄人事清查之理，站在轉型正義之法的實踐角度，實在無法接受：為何對於諸如重大的人權侵害行為，應該採取完全放棄追究咎責的政策選項。基於一定考量，建議以「於威權統治時期涉及重大侵害人權」為標準，一方面社會普遍接受度應較高，二方面，可與刑事追訴與否保持一微妙的互補關係，應為較理想且符合台灣特殊性之模式。

#### 四、研究建議

在思考建構我國除垢與人事清查制度之制度工作上，謹提出初步法制上研究建議如下：

1. 應制定單一特別法，作為現行相關公務人員人事法令—特別是公務員懲戒法之特別規定，兼顧制定特別法以因應特殊需求、但又銜接現行公務員懲戒法制以同時穩定適用體系之優點，同時符合國際組織之法制建議，進行轉型正義之重大工程。
2. 在公部門人事清查的實體標準上，參酌國際上作法與我國至今之制度實踐成果，集中於「特定重大侵害人權行為」，即違反自由民主憲政秩序之鎮壓、強迫失蹤、酷刑或強暴、法外處決、強制勞動、強制思想改造及其他於逮捕、拘禁、調查、偵查、起訴、通緝、審判、刑事執行程序中不法侵害人民生命、身體、自由、健康、名譽及財產之行為，同時包括決策與執行等不同行為樣態，著重個人咎責，不採納集體咎責與形式標準。
3. 對於雖非「特定重大侵害人權行為」之行為人，但與該等行為有出於故意之協助或其他積極行為者，對之採取資訊揭露、非狹義人事清查之其他手段，一方面兼顧正義需求與真相呈現，二方面將之排除於人事清查範圍之外，縮小直接的打擊範圍。
4. 雖本於政治檔案為基礎之職權調查原則，但兼採融入與和解等模式下之當事

人主動陳報與協力作法，亦即採取採取各國轉型正義下人事清查之融入型與和解型模式，即賦予與過去政權有一定關聯者「第二次機會」，只要主動揭露過去所涉情節，由當事人主動揭露與過去政權之關係，更重要的：聯繫至所違犯之人權侵害行為後，再進行相關的比對查證，以驗示其陳述聲明之正確性後，進行類似刑事法領域之「特赦」，即不再移送公務員懲戒委員會進行懲戒。

5. 於法律效果上，聯繫至公務員懲戒法（免職或其他處分）、公職人員選舉罷免法，亦即特定職務入口出口管制模式。在程序上，捨棄現行法「公務員須先由監察院調查彈劾再送懲戒」之作法，由作為專責單位之促轉會擔任發動角色，先踐行兩個程序：首先舉行聽證，以落實國際組織所建議之保障當事人聽證權。再者，鑑於公部門人事清查之特殊性，應由獨立之外部參與，再明定由相關機關（構）、團體代表、學者專家及社會公正人士等組成獨立之委員會，交其審議，並於審議通過後方接續移送公務員懲戒委員會之程序，同時主動陳報其人權侵害行為之當事人，在融入與和解之模式下，因既再無加以追究懲戒之作為，則無須再行辦理聽證及審議。
6. 在進行公部門人事清查任務上，對其相對人，應設有相關程序原則與保障，包括閱覽權、聽證權（不建議公開審理）、法律扶助權。因放諸公部門人事清查，國際組織迭有「應保障其訴訟權並為法律扶助等措施」，此與原則上「公務人員之故意或重大過失所致者應排除法律扶助」不同，威權統治時期畢竟仍常有國家行為的外觀，甚而假以維護國家安全與公共利益之名，情況仍有不同，特設此明文，使行為人得受辯護暨法律上之協助，不受《公務人員保障法》第二十二條第二項之限制。
7. 在公部門人事清查之實體標準上，雖已以重大侵害人權行為為據，但仍建議應審酌公務員、法官或檢察官為決定、指示或實施侵害人權行為時之職務地位、受長官指示及命令之範圍及程度、執行職務與維護國家安全或公共利益之關連及必要性等情狀，併為處分輕重之標準，以適度緩和進行清查可能產生之人人自危衝擊。
8. 本研究不建議設置除垢特別機關或委員會，專責此等任務之履行，而是交由未來之轉型正義專責機關，如無，則由檔案處理機關，以檔案為基礎，並踐行內部聽證、審議程序後，再移送予司法機關性質之公務員懲戒委員會懲戒，同時建置其相關救濟途徑，以臻完備。

## 內容部分

### 第一章 國家不法與轉型正義－基礎理論

#### 第一節 國內文獻概觀

國內理論及實務上，都於轉型正義之探討並不陌生，相關之文獻汗牛充棟，在著重於實體內容、不追求「文獻回顧之完整無遺漏」的前提下，在此將先對國內相關文獻進行整理與初步探討，再與本研究獨立進行之以下論述做一定的區隔，當然，非自然科學之研究無所謂新發現或創見，所有論述都是站在前人之基礎上試圖前進，本研究之「本體論述」部分之或許未參酌太多國內文獻，比較以外文文獻為止，理由當不在於國內之相關研究不重要或不理想，而在於透過本研究之進行，能夠更豐富國內對於轉型正義之理解，必須先加以說明。再者，由於本研究較偏向制度、特別是法律制度觀點的取向，是以，如非特殊考量，以下的文獻探討亦先暫時多聚焦於法學論述部分，亦請注意。

#### 第一目 轉型正義之定義與理念

對於轉型正義（*transitional justice*）一詞，各學者間有不同的定義<sup>1</sup>，不過觀察國內多數法學文獻對轉型正義的理解，可略整理為：當一個國家從獨裁政體轉型為民主政體後，政府對過去系統性的國家暴力、人權侵害，進行真相調查、加害者究責與受害者賠償的政治工程，其除了有修復社會創傷的功用，更能積極鞏固民主制度、教育下一代。更直白地說，轉型正義係指「在民主轉型過程中，為求民主鞏固為目的，面對過去威權統治的程序與機制」<sup>2</sup>。國內法學文獻討論轉型正義時大多聚焦於「民主轉型」後如何對過去威權進行法律評價的問題，學者李怡俐亦指出，在全球化的背景下，各國學者其實已發現，轉型正義不必然與民主轉型有關，轉型正義的原因是多元的，例如戰爭、種族滅絕、宗教迫害等，進而提倡「整全性（*holistic*）的轉型正義觀」，認為凡是經歷「大規模且有系統

---

<sup>1</sup> 整理請參李怡俐，*轉型正義的機制及脈絡因素－以台灣為例*，*台灣人權學刊*，第 1 卷第 2 期，2012，頁 149。

<sup>2</sup> 參王韻茹，*處理政黨不當取得財產的憲法思維*，*黨產研究*，第 1 期，2017 年 8 月，頁 21。

的人權侵害」，皆可運用轉型正義作為尋求正義、遠離傷痛的一組方法<sup>3</sup>。這個國際發展趨勢相當值得關注，當然，這是劃定觀察與論述範圍的「選擇題」，並非是非題。

論及轉型正義之理念基礎，國內論述多從幾個不同的出發點著手，首先是應報式正義（**retributive justice**）：應報理論乃傳統的正義觀，講求「追究加害者責任」，如國際上或國內的刑事審判、懲罰，同時能警惕人們<sup>4</sup>。學者林雍昇亦從刑法的社會功能切入，討論「刑事制裁」在轉型正義中的重要性。一來透過找出特定的加害者，能避免含混不清的集體罪行，即以罪行的個人化來進行族群的去原罪化；二來確認誰是加害者，能使「法」與「不法」價值再度得到確定與強化，實踐法治原則，蓋法律必須經一再確認與貫徹其效力，方能使守法者認為其信守的規範價值是正確的，而應堅持下去。故刑事追訴應該是所有轉型正義工程中的奠基措施<sup>5</sup>。

其次則是所謂修復式正義（**restorative justice**）：有認「正義」的探求可分為「應報式正義」及「修復式正義」，前者以犯罪為中心、回顧過去（**backward-looking**），認為國家的責任是孤立並處罰加害人；後者則放眼未來（**forward-looking**），關注如何回復加害者與被害人或加害者與社會間的關係<sup>6</sup>。比起應報正義，「修復式正義」更是許多學者心目中轉型正義的核心<sup>7</sup>，講求加害者與被害人之間的和解，作為轉型正義之目的，而由於和解與真相公開密切相關，故許多學者皆提及諸多國家「真相委員會」之設計，語多推崇與建議吾國採行之意。學者吳豪人則從另一角度指出，若將修復式正義的理念推到極致，必然和轉型正義理念交融一體，蓋「轉型正義」與「修復式正義」有許多相似之處，諸如：

- 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；
- 刑事懲罰(應報主義)，常被「真相探求、加害人的悔悟道歉、受害人的需求

---

<sup>3</sup> 李怡俐，當代轉型正義的制度與規範脈絡－兼論南韓與臺灣的經驗比較，台北：元照出版，2016年3月，第一章：緒論，頁15至19。

<sup>4</sup> 參李怡俐，同前註，頁150。

<sup>5</sup> 林雍昇，轉型正義過程中法律的功能與作用，台灣研究季刊，第12卷第1期，2016年，頁185、186及頁192、193。

<sup>6</sup> 參吳佳樺，影響智利轉型正義因素之分析(上)，月旦裁判時報，第45期，2016年，頁48。

<sup>7</sup> 參陳清秀，論轉型正義－兼談不當黨產法制問題，台灣法學雜誌，314期，2017年，頁98

得到滿足、當事人間共同的和解與療癒」等所取代。

從國內學者的論述可觀察到，若說轉型正義與修復式正義的不同處，或許只是規模大小之別。畢竟轉型正義理論多用於一般司法體系所無法處理的、政治上的「滔天巨惡」，其加害者結構、被害人團體規模，皆遠超一般刑事司法下的修復式正義<sup>8</sup>。不過，由於修復式正義也強調受害者與加害者的對話，「受害者」和「加害者」的角色缺一不可，因此學者吳乃德便批評我國過往僅以金錢賠償為主之轉型正義，只見無數受害者，卻不見一個加害者，有被害而無加害者，是未竟的轉型正義<sup>9</sup>，換言之，即便強調修復式正義，亦當有一定的堅持與內涵。

經常被提及的另一轉型正義目的，則是所謂的民主鞏固(有稱為「記取教訓、絕不再犯」—**Never Again**)。轉型正義的另一個核心是為了鞏固民主，因此可能得以採取諸如公部門人事清查、昔日威權政黨之不當黨產處理等措施。轉型正義亦講究將過去國家迫害人權的歷史錯誤化為對下一代的民主教育，深化民主價值、不再重蹈覆轍，更藉此形成集體記憶，促進當代社會對民主社群的積極認同。

## 第二目 轉型正義之法學上評價

轉型正義起初多屬政治學的理论研究，並非法學概念，其指涉的是一連串為了處理威權過往、促進社會和解、穩固民主體制所做的政治工程，那麼在法學上應如何評價「轉型正義」？觀察相關論述，或可暫且先歸納為：轉型正義係評價「過去違反實質法治國的政府作為」的一種法秩序回應，其旨在「追求實質法治國/民主法治的實現」，惟「所採取之措施仍應符合實質法治國原則」。

首先，轉型正義係針對「過往不法國家」進行評價。轉型正義針對的是過往獨裁政權「違反實質法治國原則」的所作所為，在轉型為民主政體後，有立法處理之必要。例如學者吳明孝認為<sup>10</sup>：轉型正義在法律學上的思考即是對過去的「舊

<sup>8</sup> 參吳豪人，「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，第一卷第三期，2012年，頁67至71。

<sup>9</sup> 參吳乃德，轉型正義和歷史記憶：台灣民主化的未竟之業，思想季刊，第2期，2006年，頁7及頁11。另參李怡俐，當代轉型正義的制度與規範脈絡，頁171。

<sup>10</sup> 吳明孝，「附隨組織」之解釋與適用初探—黨國體制與轉型正義，黨產研究，第1期，2017年8月，頁85至86。

體制」進行法律評價，其評價的法規範依據在於構成「自由民主憲政秩序」的憲法基本原則（大法官釋字第 499 號解釋參照），而評價的法律效果，乃對舊體制「違反正義的狀態」予以匡正、修補。學者王泰升亦言<sup>11</sup>：「轉型正義毋寧是為了追求實質法治國/民主的法治之實現，綜合考量法的安定性、妥當性等價值，而透過立法來處理過去之僅僅符合形式法治國的行為」。如此的思維，亦可見於我國之立法中，例如《政黨及其附隨組織不當取得產處理條例》（以下簡稱不當黨產條例）第 5 條之立法目的：「在過去威權體制，因黨國不分，政黨依當時法制環境或政治背景所取得之財產，形式上或能符合當時法令，但充其量僅能認其符合形式法治國原則，惟其混淆國家與政黨之分際，破壞政黨公平競爭之環境，而與實質法治國原則不符」，是以突顯立法者認為轉型正義的推行，乃是要處理不符實質法治國的過往，以追求法治國原則之真正實現。

再進一步來觀察，學者王泰升認為台灣的轉型正義理論，應細緻區分「過去即為非法」以及「過去合法但現在不正當」兩種情形處理，蓋前者只要依「法治原則」便可以處理，僅須排除時效之障礙—故在此不必太過敵視過去的法律；而後者則要依「轉型正義原則」處理，這部分也是轉型正義理論最想掌握的目標，需要用到溯及既往的立法行動<sup>12</sup>。學者陳信安亦表示，德國法上認為轉型正義有「克服過去」之特性，故本質上具有溯及性<sup>13</sup>，亦即學理上所稱之「例外允許之真正溯及既往」。然而，學者陳清秀對此則持反對意見，認為學者王泰升之見解忽略了人類歷史的演進中正義的價值一直在變化，倘若每次認為過去的法律不符合當今之正義觀念，便要立法溯及評價一次，則將有翻不完的舊帳，嚴重破壞法律秩序安定性。尤其這種不利人民的溯及立法，將導致人民對國家法律之善意信賴保護蕩然無存<sup>14</sup>。可見即便著眼於轉型正義，法學論述中仍不乏反對、任並無正當性支撐之說法出現。

其次，轉型正義所採取之手段問題，學者多論述到，所採措施必須符合實質法治國原則，所謂「矯正過去之違法實質法治國原則的行為，本身仍然必須符合

---

<sup>11</sup> 參王泰升，論台灣的轉型正義：過去、現在與未來之間的對話，台灣法學雜誌，315 期，2017 年，頁 19。

<sup>12</sup> 參王泰升，同前註，頁 5 至 7 及 19。

<sup>13</sup> 參陳信安，轉型正義與時效—以不當黨產處理條例之規定為中心，發表於台灣法學會「轉型正義與法治變革」研討會，2016 年 11 月 26 日，頁 4。

<sup>14</sup> 參陳清秀，論轉型正義—兼談不當黨產法制問題，頁 4

實質法治國原則」。由於涉及的是國家公權力之行使，自須符合法治國原則—含形式與實質法治國，此點亦為多數學者所肯認。例如學者李建良便點出：「在政治轉型的過程中，新興民主政府面對的最大挑戰，厥為如何處理、究責過去的不法，而又不越脫民主法治的常軌」<sup>15</sup>。一個衍生與延伸的問題是：國家在民主化後，是否有義務實行轉型正義？轉型正義是憲法的誠命嗎？對此問題談得最深入的，要屬學者孫迺翊、官曉薇主筆的「模憲字第 4 號、第 5 號判決」，其由憲法第 16 條（人民有請願、訴願、訴訟之權）、第 24 條（公務員違法之責任與國家責任），推導出國家須進行真相調查、追究加害者、填補受害者損害之憲法義務，亦即推動轉型正義亦屬國家義務<sup>16</sup>。學者陳信安也支持國家有推行轉型正義之義務<sup>17</sup>，至於其他國內法學文獻，則對之較無著墨，應認尚有相當之討論空間。

如何對轉型正義之立法進行違憲審查？學者廖元豪特別提出此項見解，其針對台灣轉型正義的違憲審查模型，提出兩種可能的分析模式<sup>18</sup>：

- 所謂「輕型」的轉型正義論：僅把轉型正義當成「政府目的」而已，審查標準不因此改變，盡以一般習以為常之後端「手段目的關聯性」比例原則，加以做一般性的照常檢驗；
- 所謂「重型」的轉型正義論：以轉型正義作為此類案件的「背景理解」，主張追求轉型正義時不應拘泥於一般的憲法標準。由於這是威權轉型為民主政體的必要基礎工程，故可能要從寬審查。

以結論而言，學者廖元豪認為不該選擇性適用憲法，以免憲政撤守，故不應採「重型」，而採取所謂「輕型」的轉型正義論。相對的，學者吳明孝似採取「重型」的見解，蓋其強調在解釋不當黨產條例時，應以「轉型正義」等作為法律的「先前理解」、作為詮釋法律的基礎。因此若對應學者廖元豪的理論，有可能便是「重型」的轉型正義論<sup>19</sup>。

---

<sup>15</sup> 參李建良，「轉型不正義？初論德國法院與歐洲人權法院「柏林圍牆射殺案」相關裁判」，月旦法學雜誌，148 期，2007 年，頁 6。另參王韻茹，同註 2，頁 22，亦持相同見解。

<sup>16</sup> 參「模憲字第 4 號、第 5 號判決」，2016 年 12 月 24 日作成，頁 23、26、30 及 31。

<sup>17</sup> 參陳信安，「轉型正義與時效—以不當黨產處理條例之規定為中心」，頁 1、2、3 及頁 7。

<sup>18</sup> 參廖元豪，「民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？轉型正義概念的反思」，台灣法學雜誌，第 314 期，2017 年 2 月，頁 130 至 133。

<sup>19</sup> 參吳明孝，「附隨組織」之解釋與適用初探—黨國體制與轉型正義，頁 86 及頁 98。

反對轉型正義，特別是聚焦於反對不當黨產條例之立法，反對者常見之論述如下：

- 明明國家可運用普通訴訟手段，追討不法占用國產的黨產(且亦有勝訴案例)，為何要採用清算式的特別立法，針對國民黨追討黨產<sup>20</sup>？
- 不當黨產條例立法粗糙、違反許多憲法原理原則(如比例原則、不溯及既往、信賴保護、法明確性、個案立法禁止等)，表面打著轉型正義的大旗，卻反而形成另一種不正義，甚至法治國的危機<sup>21</sup>；
- 質疑我國是否仍有必要採取激烈手段追討黨產，蓋 1990 年時東西德剛統一，恰好是政府體制劇烈轉變之時，舊體制餘孽尚存、新體制尚未穩定，因此有必要掃除威權遺跡、鞏固民主；然而，我國解嚴至今已 30 年，民主體制運作已上軌道，政黨輪替亦有三次，可見黨產之影響力沒那麼大，並無激烈追討之必要<sup>22</sup>。

此外，學者廖元豪亦對我國之轉型正義論提出許多質疑，例如對於「不法國家」與「民主憲政國家」的區分太過截然二分，彷彿對與錯間沒有灰色地帶，但事實上舊威權專制以及新民主憲政之間，應不是如此「是非分明」，毋寧應承認不同時代會有不同政治價值與現實需求<sup>23</sup>。此外，轉型正義論者以 1992 年作為威權統治「轉型」為自由民主憲政的明確時間分隔點<sup>24</sup>，亦過於「斷裂切割」，以台灣「延續性」的民主轉型歷史而言，不宜以一個時點斷裂劃分新舊體制，並以新體制的價值否定過去的一切<sup>25</sup>。

### 第三目 人事清查與除垢之分析

在國內學術專業言說中，學者施正鋒是少數直接關注於中東歐之轉型正義實

<sup>20</sup> 參廖元豪，民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？，頁 142。

<sup>21</sup> 參蘇永欽，夏蟲語冰錄(一〇五)－轉型正義，法令月刊，第 67 卷第 10 期，2016 年 10 月，頁 166。另參陳清秀，同註 7，頁 115。另參廖元豪，同前註，頁 125 及頁 133。

<sup>22</sup> 參廖元豪，民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？頁 126、137 及 138。另參蘇永欽，同前註，頁 166。

<sup>23</sup> 參廖元豪，同前註，頁 128 至 129。另參陳清秀，論轉型正義－兼談不當黨產法制問題，頁 5，持相近見解。

<sup>24</sup> 最明顯者，要屬促進轉型正義條例第 3 條第 1 款之用語定義：「威權統治時期，指自中華民國 34 年 8 月 15 日起至 81 年 11 月 6 日止之時期。」

<sup>25</sup> 參見廖元豪，民主憲政 2.0，抑或改朝換代算舊帳？頁 129 及頁 138。

踐，也鑑於其中多有人事清查之軌跡，是以提出相當值得參考的觀察<sup>26</sup>：在《捷克的轉型正義》一文中，施正鋒介紹與分析捷克除垢法之適用範圍、所謂人權保障之爭議衝突、社會之普遍反應，特別是所謂大洗滌法（原作者用語）之重要內容，氏認，捷克氏是最早採取「洗滌」措施、也被認為是執行比較徹底的國家，他也對西方國家認為「捷克民主轉型的成功要歸功於徹底之執行洗滌」，做了一定的評述，值得進一步研究。在《中、東歐的轉型正義》一文中，施正鋒再著眼於中東歐國家所採取之洗滌措施，做了比較全面性的比較分析。以下則簡述其重要整理結果。

首先，「洗滌」通常分為三個步驟：先滌洗擔任公職的候選人，再禁止具有汙點者任職，最後則是移除目前任職者，引用學者 Cynthia M. Horne 的說法，區分為強制解職、幡然悔悟、自動去職三類，亦即 Kieran Williams 等學者所言之強制解職、審查切結書、透過輿論讓當事人知難而退三種類型<sup>27</sup>。次就洗滌之對象而言，施正鋒研究發現：「洗滌的範圍通常很少把所有的人都換掉，頂多是大家都重新聘任」，不論如何，一般而言，洗滌的對象以政府官員為主，特別是安全單位、司法部門，聯合國開發計畫署（UNDP）亦建議將洗滌優先順序放在軍方、安全部門、情治單位、司法機構，以縮小打擊面<sup>28</sup>。在實施洗滌的年限方面，施正鋒的研究亦關注到：最短的是匈牙利，1994-2005 年，保加利亞在 1990 年將 20 年延長為 35 年，捷克先是延長 5 年，嗣後再改為無期限，波蘭直至該文撰寫的 2016 年止，仍繼續實施中，作者也提到：「通常，國會中的民主黨派會支持延長年限，只有共產黨、或改頭換面的政黨才會公然表示反對」<sup>29</sup>。

在洗滌的對象上，施正鋒的研究引述學者 Daan Bronkhorst、Cynthia Horne、Natalia Letki、Marks Ellis 等之發現，認為東歐國家洗滌的職務，包括 12 大類：正副總統、部長、政務官；國會議員、駐外大使、正副領事；事務官；政府雇員；地方行政首長；大學教授；法官、檢察官、監察委員、公證員；國營事業或是官股過半的經理或董事；特務機構人員；軍官或內政部警政人員；選舉委員會委員；律師、教師、編輯、記者、負責洗滌者。以波蘭為例，就有 56 種「公共信任的

<sup>26</sup> 參見施正鋒，中、東歐的轉型正義，台灣原住民族研究學報，6 卷 3 期，2016 年 9 月，頁 73-99；施正鋒，捷克的轉型正義，台灣國際研究季刊，12 卷 4 期，2016 年 12 月，頁 113-154。

<sup>27</sup> 施正鋒，中、東歐的轉型正義，頁 85。

<sup>28</sup> 施正鋒，中、東歐的轉型正義，頁 86。

<sup>29</sup> 施正鋒，中、東歐的轉型正義，頁 86-87。

職位及職業」必須接受洗滌，還包括中小學校長、媒體主管。匈牙利國會 1994 年通過的洗滌法，包含 25 種職務：國會議員、國家銀行正副總裁、國營媒體的主管、警察局長、國立大學主管、司法人員、報紙及雜誌總編輯、國營事業主管<sup>30</sup>。相對的，以所謂執行洗滌較為徹底的捷克為例，適用之對象則顯然較狹，施正鋒亦參酌研究者 Roman David 之整理，提出下表的觀察：

表 1：捷克洗滌法適用的對象<sup>31</sup>

	領導者	積極成員	一般成員
特務組織	秘密警察幹部 秘密警察特別身分線民 蘇聯 KGB 出身幹員 政治、安全大學訓練出身	共黨高幹 國安部隊政治管理部 人民部隊軍官	不適用
違憲組織	整肅委員會成員	不適用	不適用
政府部門	不適用	不適用	不適用

在其他期刊論文方面，李怡俐在所發表之《轉型正義的機制及脈絡因素—以台灣為例》的論文中，亦提及「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」，分析言中東歐國家採取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，其中最著名且引發爭議的措施就是淨化法。李怡俐認為「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訊息來進行這項工作」、「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」<sup>32</sup>。雖然言簡意賅，但李怡俐的論文似乎明確地指出一點：「國際社群通常反對運用此手段」，是否確實如此？如此強烈的觀察是否本於「某種規範性目的與預設」？或有加以深究之必要。

<sup>30</sup> 施正鋒，中、東歐的轉型正義，頁 87。

<sup>31</sup> 施正鋒，捷克的轉型正義，頁 123。

<sup>32</sup> 李怡俐，轉型正義的機制及脈絡因素—以台灣為例，台灣人權學刊，1 卷 2 期，2012 年 6 月，頁 162。

法學者吳志光在其所著《司法與歷史的轉型正義糾葛—兼論歐洲人權法院關於一九四五至一九四九年德東蘇聯占領區土地改革之裁判》一文中，於註釋中簡單處理相關議題，分析道：「東歐民主轉型國家在 1989 年後，曾制定了程度不一的「淨化法」(Lustration Law)，即規範任何曾經任職於共產黨或其附屬機關的個人，可否在民主新社會的政府機關與公民利益有關的機構擔任職務(其中捷克與德國最為積極，俄羅斯則無明確的措施)，波蘭的起步則有點晚...1997 年波蘭雖有類似的立法，但適用範圍有限...增修 1997 年的立法，這個被稱為波蘭清算前共黨同謀者法案增補條例，預計自 2007 年 3 月 15 日開始生效...任何拒絕合作或者隱瞞過去的人將不准擔任公職。其主要內容如下：一、包括議員、國家與地方政府工作人員、律師、學校教職員、記者、商界領導人士必須公開他們與前共黨秘密員警的關係；二、委託波蘭國家回憶研究所(IPN)將秘密檔案中記載的所有前波蘭秘密警察系統的工作人員、線人和受害人名單整理成冊，供今後的歷史研究與查證所用...而如何「淨化」，有時亦可能出現類似「獵殺女巫」的爭議。許多波蘭國內媒體和政治家要求停止這種「淨化」活動，因為清算過去往往是被政治利用，而與正義無關...但 2007 年 5 月初此一法案遭波蘭憲法法院宣告部分違憲，而被迫停擺」<sup>33</sup>。其中簡單的提到特別是波蘭的一些狀況，臚列部分的除垢對象，也同樣論及「波蘭國內媒體和政治家」之反對，有趣的是，所謂反對者，經常被認為來自於與共黨有密切關聯的社會人士、大企業家及其開設之媒體，值得進一步探討。

在學位論文方面，盧丞莘 2012 年 2 月於國立政治大學俄羅斯研究所提出之《捷克轉型正義與淨化法之研究》碩士論文，相較於其他可能只是部分內容涉及者，此篇是目前國內搜尋到唯一以人事清查、除垢作為主題之研究，非常值得參考。在此篇論文中，作者在第三章專注分析捷克淨化法的制訂與施行，包括淨化法的背景與制訂，乃至於該法之內容與施行狀況，在第四章則進一步處理淨化法之成效與爭議，相當全面的考察捷克有關轉型正義下所採取之人事淨化的制度與實踐。以該文所謂「受影響的人與職務」為例，盧丞莘的論文便列舉包括「前共黨秘密警察、線民、合作者與共黨官員，禁止擔任聯邦政府和共和國層級的公職

---

<sup>33</sup> 吳志光，司法與歷史的轉型正義糾葛—兼論歐洲人權法院關於一九四五至一九四九年德東蘇聯占領區土地改革之裁判，月旦法學雜誌，第 151 期，2007 年 12 月，頁 44，註 14。

人員與官員；捷克斯洛伐克軍隊少校以上軍職；聯邦情報單位；聯邦警察；總統辦公室；聯邦議會；捷克國家議會辦公室；斯洛伐克國家議會辦公室；捷克斯洛伐克聯邦政府辦公室；聯邦憲法法院辦公室；聯邦高等法院辦公室；捷克斯洛伐克科學院主席團；此法規還禁止出任捷克斯洛伐克重要企業高層的職務，捷克和斯洛伐克的電台、電視以及捷克斯洛伐克新聞；此外還禁止國有企業的管理階層和銀行；學院和大學的學術單位；法官和檢察官」<sup>34</sup>。刻意原文摘錄，可以從中觀察到：至少相較於前揭學者施正鋒之描述除垢適用範圍，兩者容有差距，可能需要更進一步的校正。此外，盧丞莘的碩士論文也提到捷克憲法法庭的審查，2001年5月12日的判決（9/2001Pl. US），其中僅提到「法院認為淨化法的修正案取消有效時間的限制規定，是會影響其法律的意義」、「儘管法院仍認為淨化法應該被當做為臨時的立法措施，但法院認為應保護『現存的公共利益』和『積極保護民主體制，免於組織成員因忠誠度堪慮或信任問題，而威脅民主發展的法律目標』」<sup>35</sup>；敘述上較為簡略，即便論文內容呈現出非常詳盡之「政治實踐考察」，但過於簡單的法律制度面分析與說明，包括憲法規範性的檢視判斷，是這篇學位論文較為可惜之處。

2008年8月國立台灣大學法律學系，由劉正祥撰寫之碩士論文《轉型正義之法治課題及應有方向之探討：除了真相還要什麼？以懲罰制度之必要性與可行性為重心》，其中第五章第三節、第六章第一節，分別探討人事清查制度之可行性，特別從捷克淨化法、德國人事清查制度之分析出發，主張以「建立忠誠與可信賴之政府」為主要、以「懲罰加害者」為次要目的，因此「比較需要值得忠誠、信賴，對於民主政權之存在比較具關鍵性，本文認為，應該就是司法人員中的法官與檢察官」<sup>36</sup>，從作為應有之懲罰刑事出發，認為人事清查制度有可落實的空間存在，「並不涉及刑事責任的認定，雖然有時候在操作上為人詬病，但如果能將該制度之目的釐清清楚，並且就標準或程序之設計上使之更加完備，那麼也不是一種完全無法落實的懲罰制度」<sup>37</sup>，直接從法學研究觀察，論證並試圖劃定出人事清查之正當性與合憲性界限。詹凌瑀提出之淡江大學歐洲研究所碩士論文

<sup>34</sup> 盧丞莘，捷克轉型正義與淨化法之研究，國立政治大學俄羅斯研究所碩士論文，2012年2月，頁71-72。

<sup>35</sup> 盧丞莘，捷克轉型正義與淨化法之研究，頁76-77。

<sup>36</sup> 劉正祥，轉型正義之法治課題及應有方向之探討：除了真相還要什麼？以懲罰制度之必要性與可行性為重心，國立台灣大學法律學系碩士論文，2008年8月，頁285-286。

<sup>37</sup> 劉正祥，同前註，頁310。

《轉型正義的實踐－以波蘭與台灣為例》(2016年)，聚焦於波蘭，在頁56以下亦分析波蘭除垢法之立法制定、成效與爭議等，亦頗值得參酌，惟並未做制度內容較為精準的介紹與說明。

## 第二節 本研究之取向

在國內如前述之現行研究基礎上，本研究繼續以外文文獻為師，體系性的探討關於轉型正義之定義、內涵、理念與制度實踐等不同面向，以充實並尋求與國內言說之對話。

關於轉型正義，已經難尋其一致性的定義。一般提到所謂轉型正義(transition justice)，毋寧是從各國的實踐經驗中去試圖描繪，例如下列常見的形式：針對舊政權應負責者之刑事司法，透過解除原職而制裁舊政權之官員，對於被害人為物質上補償之民事司法或國家補償性給付，對於舊政權之過去建立新的評價－所謂平凡，這也是知名的轉型正義研究者 Ruti G. Teitel 所區分的：刑事正義、歷史正義、修復正義、行政正義與憲法正義<sup>38</sup>。然而，一個幾乎無從逃避的問題是：如果沒有真相，如何能做到轉型正義？如要實踐正義，是否需要真相作為序曲、所謂的 Truth als Prelude to Justice<sup>39</sup>？轉型上的說出真相(transition truth-telling)，本身就是正義的一種形式，還是說，實踐轉型正義，真相不但其實只是一種選項，在某些論述中，它甚至根本可能是取代正義、特別是刑事司法正義的替代選擇？所謂要真相、還是要正義(Truth or Justice)<sup>40</sup>？放眼當代民主，對於不法行為，如果向來堅持「刑事制裁作為首要最佳之回應選擇」(first-best)，則沒有或較小程度之刑事制裁，如何侈言繼續作為轉型正義工程？這個前提提問，始終影響著對於轉型正義之追求與理解。不論如何，從概念上出發，Neil Kritz 在 1995 年出版之三冊《Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes》中，處理之對象為從獨裁過渡至民主的國家，包括於蘇聯解體之後建立民主結構的東歐與中歐國家，面對軍事獨裁遺留之挑戰的拉丁美洲國家，甫結束種族隔離制度的南非，以及特別是西班牙、

<sup>38</sup> Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press (2000), Contents.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 89; Murphy, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, Cambridge University Press (2017), pp. 7-8.

希臘等剛告別法西斯主義與軍事獨裁過去的國家<sup>41</sup>。依照 Kritz 的說法，這些在後獨裁統治的國家，都面臨類似的挑戰：在舊的獨裁與新的民主國家秩序中，呈現清楚的斷裂，有著使國民中相互敵對之群體和解，同時預防未來侵害人權之再度發生；為了達成這些目的，該等國家面臨相同的難題與障礙（Kritz 稱之為 Dilemmas）<sup>42</sup>：

- 過去政權之行為人，是否應以刑法加以追訴？或應加以特赦？
- 如何確認過去政權所為之體系性不法的真實性？
- 受害人應如何適當的補償？應依何等標準明定擁有補償請求權之資格？
- 對於直接或間接支持舊政權的國家公職人員，應如何加以處置？

Kritz 的闡釋，已廣為討論轉型正義之學者與組織所接受，後者包括聯合國、歐盟、非洲聯盟或國際國內之許多非政府組織<sup>43</sup>，Kritz 雖然不是第一位提出此概念者，事實上，1992 年在奧地利薩爾茲堡舉行的會議《轉型時刻的正義》（Justice in Times of Transition）中，已經大量的使用轉型正義一詞，特別是被公認為概念創始者的 Ruti G. Teitel，但一般還是公認 Kritz 三冊著作之影響力最為深遠<sup>44</sup>，不論如何，「在政治轉型或後衝突社會的期間，從法律上去回應昔日壓制迫害政權或衝突方之不法行為（wrongdoing）」，即屬論述者對於轉型正義的一般認知<sup>45</sup>，由於在普遍實踐上常見出現於「後衝突社會」（postconflict societies），因此亦曾有著眼於轉型正義之「轉型」難以理解，不妨改為「後衝突正義」之提議<sup>46</sup>。當然，1995 年提出有關轉型正義的完整論述，不免引起爭論，特別是在 1980 年代以前所發生之事件與法制發展，是否應一併放入此概念體系中加以理解？Ruti G. Teitel 即主張如此，而將轉型正義劃分為三個不同階段，其中第一個、所謂戰後階段，開始於 1945 年 11 月 20 日針對主要戰犯進行之紐倫堡大審，即當然發生於

---

<sup>41</sup> Kritz(ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I: General Considerations, Vol. II: Country Studies, Vol. III: Laws, Rulings and Reports, (1995).

<sup>42</sup> Kritz, *The Dilemmas of Transitional Justice*, in: Kritz, *Transitional Justice*, Vol. I (1995), p. xix.

<sup>43</sup> 聯合國如 Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN Doc. S/2004/616, 23. August 2004, p. 4; Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice (2010), p. 2.

<sup>44</sup> Weiffen, *Transitional Justice: Eine konzeptionelle Auseinandersetzung*, in: Mihr/Pickel/Pickel(Hrsg.), *Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*, Wiesbaden 2018, S. 85.

<sup>45</sup> Roht-Arriaza, *The new landscape of transitional justice*, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena(ed.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press (2006), p. 1; Murphy, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, p. 1.

<sup>46</sup> Roht-Arriaza, *ebenda*.

Kritz 提出之 1995 年以前<sup>47</sup>。基本上可以如此說：在「轉型正義概念」著實誕生於 1990 年代中期，來自於不久前，亦即 80、90 年代發生於特定國家「從獨裁到民主」之發展經驗所致者，雖屬明確，但不代表在此之前沒有類似的處理理念與制度作法，雖然說，不論是二次大戰後或 70 年代的兩次「後法西斯之處理國家不法」（德國、西班牙、希臘），並未使用轉型正義之概念。

當然，雖然談轉型正義，但是必須說明，並非所有經歷過國家體系性不法之社會，都毫無例外地支持且建構轉型正義工程，相反地，同樣站在和解之立場，亦有國家終究並未採取相關的轉型正義手段，而是遵循所謂的排斥、壓抑政策（Verdrängungspolitik），而拒斥轉型正義脈絡下的真正和解政策，如學者 Veit Straßner 所提出之下表觀察：

表 2：壓抑與和解政策對比<sup>48</sup>

壓抑政策	次級政策	和解政策
不必採取任何措施	直接協助	廣泛的支持被害人
讓過去成為過去	真相	廣泛的處理及認定過去
往前看，合理化過去的軍事干預衝突或國家不法	記憶	廣泛的記憶與懷念文化，平反與恢復被害人之名聲
普遍性的特赦	刑法	廣泛的刑法上追訴與處罰
維持現狀，繼續維護軍方或衝突當事者之特權與自主性	改革	從事不再發生類似不法之改革，創設得以處理過去之制度條件

一個國家與社會，意志與決斷上不採取壓抑政策，而決定面對過去之歷史，不論接下來採取何種內容之處理形式，從文化社會學角度來看，確實是一個值得探索的問題。在轉型正義的論述上，經常被引用的是法國社會哲學家 Maurice Halbwachs 之理論，亦可在此簡述，雖然說，由於本研究比較屬於制度取向，是僅點到為止，不再根本改變研究的進路。Maurice Halbwachs 提出「集體的記憶」（*mémoire collective*）理論：試圖從個人記憶呈現的社會根源出發，探索某一

<sup>47</sup> Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, *Harvard Human Rights Journal* 16(2003), p. 69.

<sup>48</sup> Straßner, *Versöhnung und Vergangenheitsaufarbeitung. Ein Vorschlag zur Begriffsbestimmung und Konzeptionalisierung*, in: Schmidt/Pickel/Pickel(Hrsg.), *Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung? Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen*, Wiesbaden 2009, S. 33.

社會族群或群體之集體記憶形式<sup>49</sup>，Halbwachs 在 1920 年代所提出之說法，參考但明確與佛洛伊德及尼采的回憶與記憶理論（Erinnerungs- und Gedächtnistheorien）區隔，對之後的研究產生相當大的影響，特別是 1980 年代廣受關注的文化學者 Aleida Assmann<sup>50</sup>、以及埃及學學者 Jan Assmann 之所謂記憶研究（memory studies）<sup>51</sup>。Halbwachs 認為，要探討特定社會文化氛圍內當代與過去事件之間的相互影響，可以運用集體記憶之概念；所謂的記憶，其實是一種社會上所形成之過程，是以，集體性的記憶呈現，會進而制約某一社會群體成員之典型的集體行為基礎，在此，群體的個人方能超出其個別層次之外，形成一種集體的共同性。推衍至此，所謂之記憶的（Erinnerlich），只會是在特定社會群體成員相互間，透過互動的、中介的或意識的交換交流關係，方得以形成與銜接<sup>52</sup>。Halbwachs 的集體記憶，可聯繫兩個截然不同的記憶模式：

- 一方面是個人的記憶，作為個人有機之記憶活動的心理過程，塑造與形成於特定社會氛圍的脈絡中；
- 另一方面則是群體成員共同援引至過去事件的集體記憶，這是在特定社會群體或文化共同體的範疇內形成，因為社會互動形式、媒體媒介、相關制度之間複雜的相互關係而出現<sup>53</sup>。

對 Halbwachs 而言，追溯其本質，記憶的本身就是一社會實踐過程，個人與集體的記憶相互貫穿與穩固彼此之過程；換言之，記憶不是將存在於回憶之中、早就在那裡的印象與觀感「重新挖出」，而是站在當代的觀點與角度，將過去之事物當代化（Vergegenwärtigung des Vergangenen），亦即，過去其實無法簡單地「獲取」，而是必須擺在當代的時空下，從歷史與社會的視野中去形塑與建構<sup>54</sup>。在此，Halbwachs 提出所謂「框化」（Rahmungen）的概念：社會成員的記憶，事實上處於一變遷過程，雖然不是任意遊走，但卻相當程度取決於從當代觀點出發的某種條件，亦即暫時性的制約於特定之社會「框化」，正是此物，決定了個

---

<sup>49</sup> 這部份可參考 Halbwachs, *Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen*, Ffm. 1985。

<sup>50</sup> Assmann, *Geschichte im Gedächtnis: Von der individuellen Erfahrung zur öffentlichen Inszenierung*, 2 Aufl., München 2014.

<sup>51</sup> Gudehus/Eichenberg/Welzer(Hrsg.), *Gedächtnis und Erinnerung. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart 2010, S. 247ff.

<sup>52</sup> Halbwachs, *Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen*, S. 22.

<sup>53</sup> Halbwachs, ebenda; dazu auch Kastner, *Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, Hamburg 2015, S. 254.

<sup>54</sup> Halbwachs, *Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen*, S. 22.

人與集體對於歷史事件之想像的流傳形式<sup>55</sup>。這種集體的展現 ( *repräsentation collective* )，關鍵在於：只要涉及過去、談到歷史，事實上都是為了當代的需求，個人與社會群體對於過去事件的「內化」，本身就是一與認同及導向有關的選擇過程，亦即所謂「當代特有之建構過去」 ( *gegenwartsspezifische Vergangenheitskonstruktionen* )，只有憑藉之，特定群體之積極的認同形成，方有可能；要追求成員們共同之對於過去想像的社會建構，必然來自於「各自當代的意涵需求與關聯」<sup>56</sup>。

Maurice Halbwachs 的集體記憶論，乍看有些類似 George Orwell 在《1984》中的名句：控制過去，就控制未來，控制現在，就控制過去 ( *Who controls the past controls the future; who controls the present controls the past* )，但兩者其實指涉截然不同：談到集體記憶，並非試著站在當代的觀點，甚至是特定的政治社會經濟目的，特別是運用 Antonio Gramsci 所謂的文化霸權 ( *kulturelle Hegemonie* )<sup>57</sup>，去「控制」、去導引、去形塑或甚至捏造過去，如果它叫做真相的話。這裡談的集體記憶，毋寧偏向一認識論的角度，去參透為何出現、乃至於未來可能如何形成特定的集體記憶，在殘缺與破碎的個人記憶之外、之上；任何的集體記憶過程，都是在特定的「框化」下呈現與推展，因為要建構過去，描繪歷史的真相，必然是站在當代的基礎上，去開展與完成。追求真相，本身就是一政治的過程，談到轉型正義，其實某些制度上的新創與調整，不論何種形式與強度，都是後端的政治結果，但舉其關鍵，仍然在於面對昔日不法政權之當代，究竟吾人要形成如何之集體記憶？那個不是要刻意塑造與捏造，而是在當代轉型正義政治運動脈絡下，呈現政治與事實上真相的記憶？由此可知，和解政策下的「真相」，對於轉型正義工程而言，極其重要：轉型正義，指涉過去，事實上間接牽連當代與未來，沒有植基於真相而形成的集體記憶，無法想像從當代而出發前進至未來的政治的過程，如果不願意看到僅流於所謂政治清算或報復的話。不論世人對於轉型正義下的真相，採取如何之制度設計與效果聯繫，都必須回到這個根本的提問與目的導向。

---

<sup>55</sup> Ebenda, S. 181f.

<sup>56</sup> Ebenda, S. 48; dazu auch Kastner, *Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, S. 255.

<sup>57</sup> Gramsci 以「擴大的國家」 ( *erweiterter Staat* ) 來描述當代資本主義國家霸權形式，不意外的，法律亦屬其中重要指涉，作為文化霸權的一種常見形式；siehe nur Röttger, *Gramsci und die Kritik des hegemonialen Neoliberalismus. Politische Re-Konstitution des Marktes und neoliberale Erweiterung des Staates*, in: Hirschfeld (Hrsg.), *Gramsci Perspektiven*, Hamburg 1998, S. 139, 152。

回到本研究主要的制度取向：從轉型正義建構之制度而言，亦即針對昔日獨裁政權所犯下之體系性不法，所建立之處理手段選擇 - 所謂的轉型正義機制或工具（transitional justice mechanisms, transitional justice instruments, transitional justice tools），一般可區分為古典的、新興的兩種類型，前者多為轉型正義概念形成時，可以觀察到之現實選擇，後者則為之後所漸次發展與提出者<sup>58</sup>。

首先是古典的轉型正義手段，一般而言包括下列五種類型：

- 刑事追訴，
- 特赦，
- 真相委員會，
- 補償賠償，
- 公務員、公部門人事清查（除垢）。

這五種手段並非互斥，而是當有組合與合併採取之可能，例如刑事追訴加上真相委員會，即屬常見之機制，如聯合國與非洲聯盟 2015 年締結之解決南蘇丹衝突協定，為了所謂「處理衝突所遺留之問題，同時支持和平、國家和解與治癒」，同時建立特別刑事法院及真相委員會，即為適例<sup>59</sup>，塞拉里昂也是一個常經提及之例。南非經驗中的真相和解委員會，亦同時提出有關補償種族隔離受害者之建議，而 1990 年統一後的德國，即同時採取刑事追訴犯罪行為人、補償東德共黨政權之受害人，以及國家公務員之人事清查與免職等作法，都是明顯之例。

在前述五種「傳統而古典」之轉型正義手段外，亦逐漸有不同作法與理念的提出，可歸類為新興的或廣義的轉型正義機制<sup>60</sup>，例如採取懷念紀念受害者之措施，所謂的記憶計畫（memorial projects），或是為防止未來再度發生侵害人權之情事，所推動之制度改革，所謂 institutional reforms，當然，這些也並非與前述傳統機制沒有交集，例如啟動之記憶計畫，就經常連結至接下來的補償被害

---

<sup>58</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 2018, S. 6f.

<sup>59</sup> Agreement on Resolution of the Conflict in South Sudan, 17. August 2015.

<sup>60</sup> 主張在古典的五種手段之外、之後衍生發展的新興手段，應一併稱之為廣義的轉型正義機制（古典的五種則稱為狹義的機制），請參見 Roht-Arriaza, *The New Landscape of Transitional Justice*, in: Roht-Arriaza & Mariezcurrena, *Transitional Justice in the Twenty-First Century* (2006), pp. 1-2。

人手段<sup>61</sup>。更重要的，針對過去轉型正義制度過度侷限於法律手段之狀況，國際轉型正義中心（International Center for Transitional Justice）、聯合國秘書長與歐盟執委會，整合各國處理昔日政權侵害人權之處理經驗，提出應將轉型正義理解為「一系列法律與非法律措施」的建議，亦即將轉型正義定義為：「一社會在面對特定過去所犯下之體系性人權侵害時，為使有責者負起責任、建立正義、同時達成和解，所採取之整體過程與機制之謂」<sup>62</sup>。從行動者的角度而言，轉型正義也不再侷限於國家內部，而是越多的納入國際組織或其他第三人，例如聯合國、歐盟、非洲聯盟、國際刑事法院、歐洲人權法院或國際上之轉型正義行動者團體<sup>63</sup>；在批評轉型正義過度集中於菁英作為發動主體，多集中於國家或國際組織為主角等氛圍中，亦有越來越多主張應納入地方性受害者組織與團體，或由社會掌握主動 – 所謂的基層行動主義（grassroots activism）等之建議，主張法律方面的措施固應由國家部門主導，然而其他法律手段與措施，則不妨改「由下而上」之由民間接手<sup>64</sup>。

公務人員人事清查與除垢，作為轉型正義手段之一，必須擺在整體「處理國家不法體系與制度選擇」的光譜下，加以觀察，同時具體關照到不同國家之不同主觀與客觀條件，前者如國民意識、文化與政治菁英之態度，後者如迭有差異政經社、特別是轉型模式之背景，方能有理論暨實踐，制度與理念等各面向之精準定位。這便是本研究的基本設定，以下將先分析轉型正義之處理體系，再從中書理出看似獨立、實則與其他手段密不可分 – 即便有些國家望似僅採取某些措施 – 之人事清查與除垢的坐落與軌跡。

---

<sup>61</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, 2018, S. 9.

<sup>62</sup> 原文：《The full range of processes and mechanisms associated with a society's attempt to come to terms with a legacy for large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation》，Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN Doc. S/2004/616, 23. August 2004, p. 4; Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice (2010), p. 2; Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union von 16. November 2015, S. 7.

<sup>63</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 11.

<sup>64</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 11f.

## 第二章 處理國家不法體系與制度選擇

### 第一節 轉型正義之法律框架

雖然不同國家有自己在轉型正義脈絡下的不同制度發展，但「處理過去政權體系性之國家不法行為」之轉型正義核心價值與內涵，也當符合國際法上之規範與基本原則，如同國際法學者 Noémi Turgis 所分析的：在國際法基礎上，轉型正義包含人權保障之標準，同時為後獨裁之新興政權，指出其應為何等優先順序之處理<sup>65</sup>。由此觀點出發，可以觀察國際法規範上有關轉型正義之制度內容，基本上有下列幾項：

- (1) 受害者權利：從國際法相關規範基礎可看出，以矯正過去之不法、回復正義之「受害者權利」，一直是國際法著墨之重心，例如受害者之要求刑事追訴其加害人、重建歷史真相、要求為適當之補償等。此類規範之相對人，自然是負有人權保障義務之國家，如國家拒不履行，甚至可以有於國際上貫徹之可能性<sup>66</sup>。
- (2) 加害者權利：為了處理國家的體系性不法，必須追究加害者責任，但不代表任意使用不合法治國要求的手段，是以，除了一般刑事法原則的繼續適用外，例如禁止溯及既往、罪責原則外，「公平審判」(fair trial)之程序法要求更是關鍵，例如保障法律上的聽證權、聽審之要求、得請求為辯護等<sup>67</sup>，進一步的，除了刑事上的追溯加害人外，在人事清查之除垢上，也同樣賦予相對人法律救濟與訴訟保障權利，如此方能強化轉型正義的正當性。
- (3) 是否應繼續侷限於重大侵害人權：轉型正義制度實施以來，「過度侷限於重大之政治與公民權侵害行為」的批評不斷，使得昔日政府所為之其他體系性不當行為遭邊緣化或甚至漠視<sup>68</sup>。觀察許多國家之經驗，這項批評顯

---

<sup>65</sup> Turgis, What is Transitional Justice? *International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights* 1 (2010), p. 9.

<sup>66</sup> 此即所謂國際共同體之第二層刑事追訴義務 (sekundäre Strafverfolgungspflicht der internationalen Gemeinschaft)；Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, 4 Aufl. (2016), Rn. 252。

<sup>67</sup> Aukerman, Extraordinary Evil, Ordinary Crime, *Harvard Human Rights Journal* 15 (2002), p. 39, 48; Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 28f.

<sup>68</sup> 提出如此批評者如：Nagy, *Transitional Justice as Global Project*, *Third World Quarterly* 29 (2008), p. 275。女性主義者亦經常提出類似的觀點，認為「主流的轉型正義」忽視了女性被害人的特殊狀況；Bell & O'Rourke, *Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice?* *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007), pp. 23; dazu Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 29。

然站得住腳：以德國為例，對於非涉及重大侵害政治或公民權之行為，例如過去東德國安局之侵害人民私領域，法院經常停止其程序，不再追究，在阿根廷與智利，刑求或遭謀殺或失蹤者，都列為補償之對象，但其他「相較屬輕微」之受害人，即便受獨裁政權之迫害與歧視，數十年之工作與生活遭受相當影響者，亦被排除在補償之列，是以有越來越多的倡議者，主張轉型正義的「變體」或「延伸」，特別針對特定群體之痛苦，進而提出諸如「性別正義」(gender justice)、侵害社會與經濟權利之「社會正義」(social justice)或「社會-經濟正義」(socio-economic justice)等概念<sup>69</sup>。當然，理念上雖然正確，但麻煩在於：基於國家體系性不法的「結構性特徵」，摭拾皆是，事實上不可能全面性地加以處理，所以僅能站在「追求最小正義」之務實目標下，將轉型正義手段限縮於重大之人權侵害行為。當然，近年來，特別是在真相委員會的發展脈絡下，有越來越多的國家將範圍擴大至社會經濟領域，例如迦納、利比亞、東帝汶、塞拉里昂（獅子山共和國）、查德等<sup>70</sup>。相對的，在公部門人事清查、除垢領域，則即便不涉及重大人權侵害，許多國家仍將之列為處理對象，例如後社會主義的東歐國家，即將涉入國安情報單位之非正式合作對象，同樣列為應使之喪失公職的對象，可見在不同的事項上，「侷限於重大人權侵害行為」並非絕對之障礙。

兩個不同的路線：報應式與修復式正義，前者重在加害人的罪責，後者則側重受害者之利益。主張追究責任的報應式正義，首重刑事追訴作為轉型正義手段，如前所述，既然轉型正義常聚焦於重大人權侵害犯行，採取刑事追訴便顯得極為合理正當，雖然必須說，它也經常帶來刺激與激怒舊政權支持者的不穩定效果，使得透過轉型正義意圖達成和平、解決衝突之效果更加難尋。例如 80 年代受到刑事追迫的軍方將領，大喊雙重標準，控訴政府為何不追究當年指示軍方行事的政治領袖；悲劇則如 2013 年的孟加拉，國際刑事法院判決 1971 年獨立戰爭時犯下戰爭暴行的穆斯林政治人物，應為其當年犯行負責，結果引發穆斯林群眾的暴力示威抗議，造成多人死亡<sup>71</sup>。

---

<sup>69</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 29f.

<sup>70</sup> Gready & Robins, *From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice*, *International Journal of Transitional Justice* 8 (2014), pp. 339, 345.

<sup>71</sup> Human Rights Watch on 1. March 2013, *Bangladesh: End Violence over War Crimes Trials*; <http://www.hrw.org/news/2013/03/01/bangladesh-end-violence-over-war-crimes-trials> (19. May 2019)

相對的，修復式正義（restorative justice）之目的不在於追究加害者責任，而是重於受害人及其需求，透過調查報告與對話之過程，尋求加害人與被害人間建設性關係的建立以真相委員會、補償被害人等手段，作為轉型正義主要之選擇手段，舉世聞名的南非真相與和解委員會，即是採取修復式正義理念的著名例子<sup>72</sup>，以致常有將轉型正義與修復式正義直接劃上等號、以為南非真相和解就是轉型正義唯一作法的誤解。國際上採取修復式正義的國家不少，例如蒲隆地的 Ubushingantahe、盧安達的 Gacaca、東帝汶的 Lisan、莫三比克的 Magamba、烏干達的 Matu Oput 等，當代已經很難試圖作出清晰的劃分，說「西方國家採取者皆為報應式、而其他『土著型國家』則較多有修復式轉型正義之呈現」，易言之，企圖以文化背景之差異解讀不同轉型正義模式之選擇，但事實上未必如此，例如德國的刑事追訴手段，其實夾雜著相當的修復式正義內涵<sup>73</sup>。

報應式與修復式正義的路線之爭，也經常被描述為法治國與和解（Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung）的對立差異，前者強調程序與實體的法治國，最小程度理解的法治國，重在程序正義與承認人性尊嚴，最大程度理解的法治國，則相對的主張人權保障的實體價值，也經常稱之為實質的法治國原則（Rechtsstaatsprinzip i.m.S.），強調罪責原則、身體不可侵犯、個人自由權等。在轉型正義的脈絡下，法治國主要有兩個面向：

- 轉型正義之結果必須符合法治國：透過轉型正義手段，目的在於處理昔日之國家體系性不法，重建民主的、符合法治國原則要求之法制基礎；
- 轉型正義之手段必須符合法治國：對於過去國家不法的處理，政治上必須中立，應努力使所有的衝突主體接受處理結果<sup>74</sup>。

如同 Jane Stromseth 提出的概念：「透過制裁、尋求改善」（Verbesserung durch Bestrafung），藉由對於重大人權侵害的刑事追訴，才能重建一相符之法治國文化，是以，「法院」應該是制度化規範上課責的關鍵所在，法院被認為是「告別昔日不法、通往未來的正義、銜接舊的不法與新的法治國」最適切的場所<sup>75</sup>，

<sup>72</sup> Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Report, Vol. I (1998), p. 127.

<sup>73</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 33.

<sup>74</sup> Crocker, Reckoning with past wrongs: A normative framework, Ethics and International Affairs 13(1) (1999), p. 55.

<sup>75</sup> Ottendörfer, Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen, in:

在國際法上也可看到諸多先例，包括盧安達國際臨時刑事法庭（*International Criminal Tribunal for Rwanda ICTR*）、前南斯拉夫國際臨時刑事法庭（*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia ICTY*）<sup>76</sup>。許多觀察者也深信，法院的審判事實上有助於和解，一方面被害人可以得到「犯行遭追究與課責」的寬慰，再方面，藉由個別加害人的究責，「在群體、集體層次上可以得到和解」，不再將責任歸屬於某一特定群體，同時能使激進的行動者被排除在政治舞台之外<sup>77</sup>。雖然說，至少從 90 年代的經驗看來，這項理想中的制度規劃與想像，經常受阻於個別具體的政治權力關係上，因為舊有的政治菁英將窮盡所有的努力以避免遭到刑事追訴，這裡存在一個弔詭：如果將之排除於轉型正義制度實踐過程中，將遭來只是「勝利者的清算司法」，如果將之納入，結果將是困難重重，是以，許多國家遂紛紛將此手段視為畏途，認係風險過高，漸漸趨向於以和解為主，逐步告別法治國理想下的刑事追訴手段，正義終不可得；即便在前述的國際刑事法庭中，也經常得以觀察到：採取法庭審判之形式，可能帶來危害和平與延長衝突的不幸影響<sup>78</sup>。

相對的，修復式正義基礎上的制度選擇通常為「和解」：Audrey Chapman 認為，透過轉型正義手段，至少能夠達到重建社會關係的最小程度和解，所謂「重新將關係與社會導回一致的過程」（*a process of putting relationships and societies back together again*），或如其他倡議者所主張的，一個沒有暴力的共存，在沒有物理暴力爆發的狀況下，不同的個人得以享有同一空間的能力，藉以建立相互的信任，對於其他人得以同情之發展，以建立民主社會<sup>79</sup>。James Gibson 則將和解定義為四個不同面向的理解：在社會群體、政治容忍、政治制度的正當性、促進人權法上原則等之間，這是建構民主社會所無可或缺者，換言之，在政治層次上的和解，不可缺少整個制度體系及立憲主義之核心原則<sup>80</sup>。

法治國與和解是否終究不可兼得？例如前述之「要真相？還是要正義」的看似二擇一？聯合國從 1990 年代末期以來，即提出所謂整體、整全性策略（*holistic*

---

Mihr/Pickel/Pickel(Hrsg.), *Handbuch Transitional Justice*, S. 65f.

<sup>76</sup> Ottendörfer, ebenda, S. 73.

<sup>77</sup> Ebenda, S. 66.

<sup>78</sup> Ebenda, S. 66, 73.

<sup>79</sup> Chapman, *Approach to studying reconciliation*, in: Hugo van der Merwe et al., *Assessing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research* (2009), pp. 143, 145.

<sup>80</sup> 轉引自 Ottendörfer, *Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen*, S. 68.

strategy)，企圖將修復式正義整合入原先居於主流之法治國轉型正義處理模式。從聯合國經濟社會委員會出發，主張最高層級的負責官員，乃至於重大犯行的行為人，仍應繼續採取不可或缺的刑事追訴手段，但針對中層或底層之行為人，則不妨採取和解手段，因為透過刑事追訴，事實上有助於和解，而不至於阻撓和解，兩者並進將有助於法治國體系的建立<sup>81</sup>。如同聯合國秘書長 Kofi Annan 在 2004 年《於衝突及後衝突社會中之轉型正義與法治》(On transitional and rule of law in conflict and post-conflict societies) 中所說的：正義、和平與民主，不該是互斥的目標，而應該是相互支持強化的必然 (Justice, peace and democracy are not mutually exclusive objectives, but rather mutually reinforcing imperatives)<sup>82</sup>。國際上可觀察到之真相委員會，遂成為此整體性策略的最佳呈現，一方面透過昔日內戰或前政權結構性、物理性暴力的呈現，再方面追求敵對團體與個人之和解，共同促成民主改革，同時不忘對於受害者為必要的補償；藉由真相委員會之設置，在採取刑事追訴手段之餘，同時促進和解，通往民主、和平與穩定的發展<sup>83</sup>。

## 第二節 轉型正義之手段

如前所述，不論理論或實踐上，常見的轉型正義制度脈絡下的手段，所謂的古典型，大致有下列五種模式<sup>84</sup>：

- 刑事追訴，
- 特赦，
- 真相委員會，
- 補償賠償，
- 公務員、公部門人事清查（除垢）。

---

<sup>81</sup> ECOSOC, Report of the meeting group of experts on restorative justice. UN Doc E/CN.15/2002/5/Add. I; UN-SC, Provisional verbatim record of the security council meeting on post-conflict national reconciliation. UN Doc S/PV/2004. 4903.

<sup>82</sup> UN-SG, Report of secretary-general on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. UN Doc S/2004/216.

<sup>83</sup> ECOSOC, Report of the meeting group of experts on restorative justice. UN Doc E/CN.15/2002/5/Add. I; UN-SC, Provisional verbatim record of the security council meeting on post-conflict national reconciliation. UN Doc S/PV/2004. 4903.

<sup>84</sup> 國內亦同以「轉型正義採取之手段類型」加以詳細分析者，請參見：城兆毅，法治國原則與臺灣的轉型正義－兼評非常法制並以美麗島事件為例，國立臺灣大學國家發展研究所博士論文，2014；李怡俐，當代轉型正義的制度與規範脈絡－兼論南韓與台灣的經驗比較，國立台灣大學法律學系博士論文，2013。

## 第一目 刑事追訴

第一種手段為刑事追訴，特別是針對國際法上的重大犯行與其他嚴重侵害人權之行為，進行刑事法上的訴追與處罰。第一個面對的難題自然是：是否存在所謂刑事處罰的義務（*Strafpflichten*）？亦即以對之進行刑事追訴為原則，而非僅列為轉型正義可以考量是否採取的選項之一？在國際法上之核心犯罪行為，特別是種族屠殺、反人性之暴行、戰爭罪、侵略罪等，一般咸認，發生地所在之國家有應對之進行刑事追訴與處罰之義務，不論來自於國際習慣法，基於該等犯罪涉及國際社會整體、不應對之採取不受處罰之容忍放任態度，或是基於國際人權公約，強調所有國家都有於其管轄區域內保障人權、實踐有效之法律保護的義務，是對於重大侵害人權行為存有進行刑事追訴之義務，抑或本於國際條約法上之防止及懲治滅絕種族罪公約》（*Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*，簡稱《種族滅絕公約》），第三與第四《日內瓦公約》（*Geneva Conventions III & IV*），以及反刑求之數公約等，均可得出相同的結論<sup>85</sup>。對於無涉暴行的第三國而言，本於追訴國際法上核心暴行之普遍原則，任何第三國都有對之進行刑事追訴的權限，乃至於在國際武裝衝突下對於戰爭罪的相同適用，尤其是在發生地國居於某種理由不願進行訴追時（例如過去獨裁政權人士仍於民主時代具有一定影響力），第三國仍得對之發動，國際上最知名之例，無非英國在倫敦逮捕智利獨裁者皮諾契，所謂的皮諾契效應（*Pinochet-Effect*）<sup>86</sup>。當然，這個所謂普遍原則也遭到不少反對，例如非洲聯盟就認為此屬「由非洲以外的國家，針對非洲領袖所進行之追訴，根本就是濫用普遍管轄原則」<sup>87</sup>。

刑事追訴產生的影響，首先是所謂個別化罪責（*Individualisierung von Schuld*）：所有體系性的國家不法，都來自於特定個人的執行，是以，不再只是歸咎於不知名的「集體」，而是具體找出策劃、組織與執行這些國家不法之特定人群體，它不會帶來遮蔽或掩飾社會集體責任的結果，但，不可諱言的，即便在

<sup>85</sup> Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 254; Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 44f.

<sup>86</sup> Roht-Arriaza, *The Pinochet Effect and the Spanish Contribution to Universal Jurisdiction*, in: Kaleck u.a., *International Prosecution of Human Rights Crimes* (2009), p. 113；轉引自 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 45.

<sup>87</sup> *Beschluß der Afrikanischen Union v. 31. Juni/1. Juli 2008*, Werle/Vormbaum, *Afrika und der Internationale Strafgerichtshof*, JZ 70 (2015), 580f.

刑罰額度裁量時，可以考慮其受國家命令與指揮之情狀與程度，換言之：相對化其個別責任，但卻不能造成掩飾國家體系性不法真相的結果，就像二次大戰後紐倫堡軍事審判判決書的名句：「違反國際法之犯罪，不是由抽象的個體、而是由具體的人所為之，只有透過對於犯下這些罪行之個人的處罰，才能讓國際法得到它應有的效力」<sup>88</sup>。

對於被害人而言，「對加害者之刑事訴追」通常具有獨特的意義，亦即正式的、官方的確認其所遭受之不法行為，雖然說，透過真相委員會或於補償之範疇中，亦可能帶來「受害人要求真相之權利」得以實現之類似效果，但其象徵意義仍有不同，簡言之，透過刑事訴追，對於該當不法行為，等於提出法律上最嚴厲的指控，往往對於當事人有非常關鍵而重要的意義<sup>89</sup>。相對的，利用刑法追訴手段，亦不免有其侷限性：首先，刑事訴訟法上的重要原則，亦同樣適用於轉型正義脈絡，是以如無罪推定、當事人拒絕陳述權等原則，都將繼續援用；此外，由於刑事法院的任務在於調查與澄清「與被告罪責暨量刑」密切相關之事實，是以，刑事法院總傾向於降低整體事實關聯的複雜性，以有利於判決的作成，而這在轉型正義的領域，可能適得其反<sup>90</sup>。再者，刑事訴訟領域，漸有所謂最小化事實調查與確定之發展趨勢，一方面降低判決的困難，二方面增加被告的接受程度，例如常見的所謂程序協商與約定（*Verfahrensabsprachen, plea bargaining*），這在處理轉型正義所涉及之體系性不法上，並不罕見，例如 1996 年 11 月南斯拉夫刑事法院處理 Dražen Endemović 的判決，幾乎侷限於被告自己陳述的、某個程度避重就輕的犯罪事實，沒有任何的舉證<sup>91</sup>，而在國際刑事法院實務上，亦定有一特殊程序：只要被告自認其罪，則不再進行主程序，直接轉為量刑的審訊<sup>92</sup>。當然，並非所有國家的刑事訴訟制度都類似的開放，容許相當程度的協議與彈性處理空間，例如德國《刑事訴訟法》第 257c 條，以及聯邦憲法法院近年來之判決<sup>93</sup>，

<sup>88</sup> IMG, Urteil v. 1. Oktober 1946, in: Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg 14. November 1945 – 1. Oktober 1946 (1947), Band 1, S. 249; dazu Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 46.

<sup>89</sup> 提出這項觀察者，請見：Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, 1999, S. 246.

<sup>90</sup> Dencker, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 73 (1990), 311.

<sup>91</sup> JStGH, Ur. V. 29. November 1996 (Endemović, TC), siehe Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 48.

<sup>92</sup> Art. 65 IStGH-Statut.

<sup>93</sup> BVerfG, Ur. V. 19. März 2013, BVerfGE 133, 168ff.; Beschl. V. 26. August 2014 = NZStr. 34 (2014), 592ff.

都對刑事訴訟程序約定與協議設下界限，包括禁止針對罪責或保安處分直接協商，但相對的，仍然容許刑罰上下限之約定，可見不無影響，這些都可能對轉型正義制度「澄清真相、追究責任」之目的，造成一定的傷害與障礙。

在刑事追訴作為轉型正義手段的實踐上，可以區分為國際刑事法院、混合法院及內國法院三種不同形式，以下分別介紹之。

### (1) 國際刑事法院

在獨裁政權或戰爭結束之後，透過國際法層次上的刑事法院審判權之建立，對體系性不法行為做刑事法上的追訴，歷史上可以說始自二次大戰後 1945-1946 年的紐倫堡國際軍事法庭、1946-1948 年之東京遠東國際軍事法庭，兩次均以一級戰爭犯為追溯對象，不但是刑法學者公認之國際刑事法發展的里程碑<sup>94</sup>，亦是知名轉型正義研究者 Ruti G. Teitel 心目中轉型正義的誕生時刻<sup>95</sup>。隨之而來的 40 年冷戰，國際刑法趨於靜默，國際間的衝突與緊張關係難以催生必須普遍被接受的如此機制，直至冷戰告終，國際刑事審判權又重新活躍，一開始是聯合國安理會對於巴爾幹半島上之戰爭與重大侵害人權。乃至於盧安達駭人聽聞的種族屠殺，使聯合國努力建置所謂前南斯拉夫與盧安達之國際臨時刑事法院，但都還是基於個別事件之臨時、特別 (ad hoc) 性質，直至 1998 年，在羅馬會議上，通過設置《常設國際刑事法院暨其章程》—所謂 Rome Statute to International Criminal Court，2002 年正式成立，共有 123 個簽署國，只是令人遺憾，幾個大國如美國、俄羅斯、中國與印度都未加入，且不斷地批評國際刑事法院，非洲國家的抵制更是激烈，一般咸認，此與國際刑事法院追訴之被告多來於非洲國家有關<sup>96</sup>。

國際刑事法院並非僅限於對結束後之事件等為調查，針對持續進行中的衝突，法院亦得發動之，例如對巴勒斯坦、奈及利亞（所謂 Boko Haram）、烏干達或中非共和國<sup>97</sup>。不論如何，聯合國與歐盟都視國際刑事法院為處理轉型正義的重

<sup>94</sup> Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 5.

<sup>95</sup> Teitel, Transitional Justice Genealogy, Harvard Human Rights Journal 16 (2003), p. 69.

<sup>96</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 49.

<sup>97</sup> Weger, The International Criminal Court in Ongoing Intrastate Conflicts, 2015; siehe Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 50.

要機制，不管是內國法院基於何種理由而未進行任何追究，或是站在支持內國法院的立場均然。2014年，非洲聯盟通過所謂《Malabo 議定書》，準備在非洲正義、人類與人民權利法院（African Court of Justice and Human and Peoples' Rights），亦即一般所稱之非洲人權法院之內，增設刑事法庭，以受理包括人口販賣、毒品交易、恐怖主義等國際罪行之審判，雖然至今仍只見樓梯響<sup>98</sup>。

## （2）混合法院

第二種類型則是混合內國與國際所組成之所謂混合法院（hybride Strafgerichtshöfe），例如針對紅色赤棉政權進行追訴的東蒲寨特別法庭（Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia）、追訴塞拉里昂（獅子山共和國）內戰相關罪行之特別法庭（Special Court for Sierra Leone），以及追究查德獨裁政權時期犯行之非洲特別法庭（Chambres Africaines Extraordinaires）（設於塞內加爾），乃至於科索沃衝突罪行追訴特別法庭與特別檢察辦公室（Specialist Chambers and the Specialist Prosecutor's Office for the Kosovo）<sup>99</sup>。混合法院的組成與合議審理規則，經常同時包含內國與國際刑法之不同要素，同時組合來自於國內與其他國家之法官共同組成合議庭，來自於國際組織，例如聯合國、歐盟或非洲聯盟之資源與人力協助，是這類混合法院得以運行的重要基礎。一般而言，混合法院在國際上被普遍認為是好的機制，屬於國際和平行動上漸次重要的一環，前述之舊南斯拉夫、盧安達之國際臨時特別法庭即為著例，最新之例如 2015 年的南蘇丹，在真相委員會與補償措施之外，在國際協助之後，即成立所謂南蘇丹混合法院（Hybrid Court for South Sudan）。經驗上來說，「國際的參與」是此類混合法院得以成功之不可或缺要素，因為它等同於程序之獨立性與公平性，雖然說，畢竟與單純國際上臨時特別刑事法院不同，混合法院有顯著較多之「內國成分」，它通常設置於發生當事國國內，同時引入較多之該國行動者進入此機制，產生所謂「Ownership」的感情效應，間接使法院的最終裁判，得以獲取該國人民較為廣泛的支持，至少比遠在天邊的國際法院來得理想<sup>100</sup>。混合法院模式之刑事追訴，也常與其他內國轉型正義手段相互搭配，例如真相和解委員會，即便在激烈內戰結束之後衝突區域，與許多觀察者所預測的不同，兩者之

<sup>98</sup> Werle/Vormbaum, Afrika und der Internationale Strafgerichtshof, JZ 70 (2015), 580, 584f.

<sup>99</sup> Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 81ff.; Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 50f.

<sup>100</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 51.

搭配往往未必如想像般的扞格與不容，塞拉里昂便是一個顯著的正面之例<sup>101</sup>。

### (3) 內國法院

站在國際刑事法庭之作為補充、輔助性角色的前提下一國際刑事法上之所謂「補充性原則」(Komplementaritätsprinzip)(《常設國際刑事法院章程》前言暨第 17 條第 1 項)<sup>102</sup>，以內國法院處理國家體系性不法行為，法律及理論上似乎理所當然，揆諸歷史，應始自二次大戰結束後之德國法院審理納粹罪行，而非僅有紐倫堡國際軍事法庭，在戰後的諸多歐洲國家，也有類似的、主要以德國戰犯罪犯為對象的各國刑事追訴，例如最為知名的法國。直到 2015 年、終戰後 70 年，德國仍有著名之針對 Oskar Gröning 的審判，呂內堡邦法院(Landgericht Lüneburg)之 4 年自由刑判決，一年後經德國聯邦最高法院維持<sup>103</sup>，堪稱歷久不墜，持續進展之中。自 1990 年代以降，亦即國際上處理國家體系性犯行之轉型正義普及以來，尤可見諸多以內國法院進行追訴之例，如南斯拉夫、盧安達，中南美洲之針對昔日軍事獨裁政權而廢止特赦法、重新發動訴追之阿根廷、祕魯、烏拉圭，德國法院對東德時代之行為，衣索比亞針對獨裁者 Mengistu 政權之暴行，2012 年孟加拉之追訴 1971 年與巴基斯坦戰爭時之戰爭罪行，2016 年南非之終於針對種族隔離期間犯下對民權份子暴行之軍警人員，展開訴追等，都是著例，甚至可由其他國家的第三國法院來進行之，例如德國法蘭克福邦法院的審判盧安達戰犯<sup>104</sup>，處處可見內國法院之不缺席轉型正義刑事追訴工程<sup>105</sup>。

刑事正義論來正當，但事實上困難重重，首先遭逢的難題，無疑是刑事訴追的範圍：理論上，針對國家體系性的暴行，「所有行為人」都應受追訴，無所謂自行限縮的問題，1994 年盧安達種族屠殺之追究，可能是少數基於此目標而盡其全力的特例，國際法院、內國法院、甚至傳統的「草地法院」—Gacaca Court，全部派上用場<sup>106</sup>。實踐上，「一定程度的限縮追訴範圍」，才是真正的普遍現象，

<sup>101</sup> Schabas, *The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena, (ed.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, p. 39; Roht-Arriaza, *The new landscape of transitional justice*, p. 10.

<sup>102</sup> Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 289f.

<sup>103</sup> LG Lüneburg, Urt. v. 15.07.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14); BGH, Beschl. v. 20.09.2016 – 3 StR 49/16.

<sup>104</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 29.12.2015, 4/3 StE 4/10 – 4 – 1/15.

<sup>105</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 52f.

<sup>106</sup> Longman, *Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda*, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena, (ed.),

以兩德統一為例，聯邦德國的刑事訴追就自限於重大的人權侵害、東西德邊界之暴行、凌虐受刑人等，別無其他，除非在統一前即由舊東德司法機關開始訴追之諸如選舉舞弊、濫用職權、貪汙等，方由統一後國家機關續行之<sup>107</sup>。談到刑事追訴，一個法體系上的重大障礙，無疑所謂禁止溯及既往（*Rückwirkungsverbot*），特別是在國家體系性罪行的追訴上，涉及的往往正是真正的溯及問題。所謂真正溯及（*echte Rückwirkung*），學理上亦稱為「法律效果之回溯發生」（*Rückbewirkung von Rechtsfolgen*），係指對於一個已經結束而完成的事實，立法者透過法律而加以干預，亦即將法律效果直接適用於法律施行前已經結束的構成要件，等於讓法律效果回溯至一過去不但發生、而且已然結束之事實。站在法治國原則的立場，本於人民的信賴保護與法的安定性，法律的真正溯及原則上應為憲法所不許，然而，如同前述，禁止溯及係法律適用原則，並非立法原則，是以，如果本於特殊而重大之公共利益或其他憲法法益之維護與實踐，立法者仍得制定真正溯及的法律，例如以下常見之事例：

- 對於法律制定前之過去事實，客觀上即存在對於新法律內容之一定理解與接受，例如將過去已廣為流傳的司法實務見解制定法化，使之變為法律之內容<sup>108</sup>。
- 至今為止的法律規範內容不清，時常引起適用上的混淆<sup>109</sup>，或是司法實務突然改變向來之見解，進而透過法律之修正加以釐清及扭正。
- 既有之法律規定被普遍認為無效，因此加以修正，甚至是對於相對人而言更加不利之修正<sup>110</sup>。
- 最重要的：基於強大的公益考量，或不再存在值得保護的相對人信賴<sup>111</sup>，例如克服過去國家不法行為之轉型正義。

由前述可以發現，「禁止溯及既往」，即便從學理角度出發，都未必是轉型正義脈絡下針對昔日國家犯行進行刑事追訴的障礙，換言之，轉型正義下的追究過去國家犯行，並無成立違法之溯及既往，歐洲人權法院亦肯定德國聯邦憲法法院、

---

Transitional Justice in the Twenty-First Century, p. 206.

<sup>107</sup> Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, S. 239f., 242; zitiert nach Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 54.

<sup>108</sup> BVerfG 25.05.1993 - 1 BvR 1509/91 - BVerfGE 88, 384 [404].

<sup>109</sup> BVerfGE 45, 142 [173].

<sup>110</sup> BVerfGE 75, 262 [267].

<sup>111</sup> BVerfG 14.05.1986 - 2 BvL 2/83, BVerfG 31.05.1960 - 2 BvL 4/59.

聯邦最高法院的這項看法，認為並未違反《歐洲人權公約》第 7 條第 1 項<sup>112</sup>，同時強調：「轉型後之國家，對於過去之法律，必須本於法治國之意義而加以變更解釋。對於轉型後國家，將過去國家行為時之有效法律，以此原則加以適用與解釋之作法，無可譴責；對於昔日壓迫的國家所創造之法治國的虛假外觀，加以嚴肅以對，以內國之法律重新加以解釋，應屬正當」<sup>113</sup>，即便刑法學界對此不無保留與意見，進而主張「不能任以轉型正義為名而大量地放寬禁止溯及既往之拘束」，但並未根本否認此可能性，而毋寧是傾向僅侷限於「重大的不法」( *gravierendes Unrecht* )，《歐洲人權公約》第 7 條第 2 項之「依行為時一般文明人類所肯認之一般法律原則，認行為應為刑事可罰者，不必受罪刑法定原則之限制」，其實，彰顯的均屬相同之意旨<sup>114</sup>。面對過去之「惡法」，「惡法亦法」，1946 年著名的拉德布魯赫公式( *Radbruchsche Formel* )已告訴我們，如果實定法明顯違背正義、已達不可容忍之程度時，必須加以揚棄<sup>115</sup>，這個方法直到數十年後的 90 年代，仍然歷久不衰，德國聯邦最高法院繼續據以堅持「在國家所為之殺害行為上，必須否認其作為阻卻違法事由之效力，因為它既是違反人權」<sup>116</sup>；類似之嘗試如處理東西德邊界射殺案時，由法院所發展之所謂「有利於人權的解釋方法」( *menschenrechtsfreundliche Auslegung* )，以亦簽署《政治與公民權利公約》之東德轄下之邊界法的執行與解釋為例，著眼於轉型正義，不論對於統一前該法之解釋、乃至於統一後法院審判時之法律適用，強調都應以有利於人權保障作為標準<sup>117</sup>。與此息息相關的，「追訴時效」，至少在國際刑事法院上之「核心犯行」而言，並不適用(《常設國際刑事法院章程》第 29 條)，德國《刑法》第 5 條第 5 項亦同之，針對其他之犯行，亦常見再修法延長或甚至廢除追訴時效—例如德國 1965 年針對納粹暴行之追訴、延長時效至 30 年，1979 年乾脆直接廢止(德國《刑法》第 211 條)，爾後針對東德之犯行追訴，亦在多個別法上，直接明定無

<sup>112</sup> BVerfG 95, 96, 131ff.; dazu Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 54 (2001), S. 3001, 3006.

<sup>113</sup> EGMR, Urt. v. 22.3.2001 – 34044/96, 35532/97, 44801/98: *Streletz, Kessler und Krenz VS Deutschland* = NJW 54 (2001), 3035ff; Werle, ebenda.

<sup>114</sup> Neumann, Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“, in: ders./Prittowitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly(Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, S. 51f.

<sup>115</sup> Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, S. 105, 107.

<sup>116</sup> BGH, Urt. v. 3.11.1992 = BGHSt 39, 1, 14ff; BGH, Urt. v. 25.3.1993 = BGHSt 39, 168, 183f.; BGH, Urt. v. 20.3.1995 = BGHSt 41, 101, 105.

<sup>117</sup> BGH, Urt. v. 3.11.1992 = BGHSt 39, 1, 23ff; BGH, Urt. v. 26.7.1994 = BGHSt 40, 241, 249f; BGH, Urt. v. 20.3.1995 = BGHSt 41, 101, 106.

追訴時效問題<sup>118</sup>，再者，國際刑法上所強調的「被害人之權利」，特別是參與審判暨獲得賠償之保障，諸如前述《常設國際刑事法院章程》第 68、75 條，也對於內國實體法、程序法之制定與實踐，產生一定的影響<sup>119</sup>。

國家體系性暴行的一項常見特徵，常是「層級組織之集體行為人」結構，換言之，真正進行大規模暴行犯行之組織與計畫者，通常不是親身執行屠殺、刑求或傷害之最後行為人，這種刑法學上稱之為「行為人背後之行為人」(Täter hinter dem Täter)，雖然並非不能運用一般刑法上的教唆犯或幫助犯加以繩之，但總遭認為此種認定與科刑，未必真的符合體系性國家犯行之特性。在 1960 年代，特別是來自於艾克曼訴訟 (Eichmann-Prozess) 的影響，德國刑法學界開始另闢蹊徑，認為「前面的人」(Vordermann) 為構成要件該當、違法且有責，則本於在層級組織結構中的「後面的人」(Hintermann)，應完全等同於前者而處理，因此應認係間接正犯，而非再用教唆或幫助之概念來適用，這項見解也運用在兩德統一之後處理邊界射殺之案件上<sup>120</sup>。德國刑法學界的這項發展，也影響了其他國家與國際刑事法院之實踐，前者如秘魯之追訴前總統藤森 (Alberto Fujimori)，後者如《常設國際刑事法院章程》的第 25 條第 3a 項第 3 款<sup>121</sup>。

## 第二目 特赦

相對於前述的刑事訴追，面對國家體系性不法的另一個處理選擇，就是其對立面之「不追訴」，所謂放棄刑罰 (Strafverzicht)，之所以仍屬處理手段，未必代表著完全不作為、不啟動任何調查措施，仍也可能是「論罪但不科刑」的特赦。當然，特赦無疑是兩面刃：一方面，可以結束敵對當事人的衝突，帶來社會的和解，但免除行為人的處罰，經常也會阻撓真相的發現，甚至波及影響被害人之補償請求權的貫徹與實踐。曾附庸納粹的著名政治哲學家、公法學者 Carl Schmitt 曾說：「內戰，只能用特赦來終結，無法依靠政治司法的法院裁判」，無疑耐人尋

<sup>118</sup> Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, S. 248.

<sup>119</sup> Benito, The International Criminal Court: possible contributions of the Rome Statute to judicial processes in transitional societies, in: Almqvist/Espósito, The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain, Routledge (2012), pp. 288-289.

<sup>120</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 58.

<sup>121</sup> Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, Urt. v. 7.4.2009 – AV 19-2001; Art. 25 Abs. 3 a) Var 3 IStGH-Statut.

味<sup>122</sup>。在刑法領域，所謂特赦，係指該當一定要件之下，對於不特定之案件，同時免除刑罰之制裁，包括在案件審判繫屬中，仍滿足特赦要件，則成立程序障礙（*Prozesshindernis*），亦或廢棄作為刑罰基礎的法院判決，形式上不僅包括赦免已遭有罪判決之行為人的刑罰—這在轉型正義之脈絡下特別常見<sup>123</sup>，亦可能為單純的不發動刑事追訴，所謂的事實上特赦（*de-facto-Amnestie*）<sup>124</sup>。在實踐上，特赦常見有下列的不同形式：

- 特赦所有在一特定期間內違犯之犯罪行為，所謂的空白特赦（*Blanketamnestie*）；
- 僅針對一定群體成員（例如警察或軍方）所為犯行而為之，所謂群體特赦（*Gruppenamnestie*），亦或毫無限制的廣納所有行為人，所謂普遍特赦（*Generalamnestie*）；
- 僅侷限於特定犯罪行為，或排除某些重大情形（如種族屠殺）之特赦，所謂部分特赦（*Teilamnestie*）；
- 不僅針對刑罰，亦可能連帶包括民事求償之免除，所謂刑法與私法上之特赦（*strafrechtliche und zivilrechtliche Amnestie*）<sup>125</sup>；
- 連結一定條件方予特赦，諸如放棄武裝對抗、提出自白書、協助追捕其他特定行為人等，所謂有條件的特赦（*bedingte Amnestie*）；
- 將某些特赦形式連結至「向特設之委員會或專責單位提出申請」之程序限制，所謂受申請之特設（*beantragte Amnestie*）<sup>126</sup>。

作為處理國家體系性不法之轉型正義手段，特赦無疑引發許多的爭論，許多人視之為處理轉型正義的障礙，因為它經常誕生於轉型關鍵期或即將完成民主化的前夕，甚至是由原先的獨裁統治者自行所為之「自我或空白特赦」，尤其針對國家安全單位成員在協助其取得政權時期所犯下之暴行，如果承認其對之後進行相關刑事追訴將構成限制與禁止，則此特赦可能阻礙真相的發現、被害人對加害人或國家的求償。但相對的，此種類型之特赦亦可能為民主化所不可或缺的條件，或說：必要的代價；如果沒有特赦，民主化甚至可能難以順利完成，原先的政權

<sup>122</sup> Schmitt, *Glossarium, Aufzeichnung der Jahre 1947-1951*, Berlin 1991, S. 257.

<sup>123</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States – Amnesties* (2009), p. 5.

<sup>124</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 68.

<sup>125</sup> 國際上知名者如南非之例，請參見：Constitutional Court of South Africa, *Urt. v. 25.07.1996* (Azanian Peoples Organisation et al. v. President of the Republic of South Africa et al.), para 35.

<sup>126</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 68f.

控制者將繼續頑抗不從，轉型正義之大業亦可能直接胎死腹中。從另一角度論之，特赦常意味著「間接承認所犯下之罪行」<sup>127</sup>，它也不必然代表之後只能束手無策，相反的，即便先有特赦，仍能在接下來發動諸如真相委員會進行真相調查，乃至於正式承認國家犯下之體系性不法，南非就是典型之例，在此，特赦無疑成為重要的轉型正義手段，對於昔日受國家迫害而受政治追捕、監禁或流亡者，特赦也經常作為免除其形式上仍存續之刑罰的必要工具，就此而言，特赦尤屬必要的轉型正義手段<sup>128</sup>。

在實踐上，即便有前述引人非議的特赦，也不代表後繼者只能袖手旁觀，典型的例子為祕魯及智利。祕魯總統藤森，在 1995 年主導訂定相關的《特赦法》（1995 年 6 月 15 日第 26.479 號法律）中，即訂有前述之所謂空白、自我特赦規定，例如在該法第 1 條，對於軍方成員、警察及其他私人，就其「在 1980 年 5 月至本法公布施行日止」、「因對抗恐怖主義」因而所犯之普通或軍法犯罪行為，不論其地位身分，一概排除而免受刑事告訴、偵查、起訴、法院審判與有罪判決，第 6 條進一步埋下一個耐人尋味的特別規定：「本法規定，包括所有因本法規定而終結相關程序之決定，將來均不得對之為任何調查或偵查程序」，由於該法引發祕魯司法體系的反彈，於是在不到一個月之後，發佈第二個《特赦法》（1995 年 7 月 2 日第 26.492 號法律），更進一步擴大特赦範圍，同時重申排除一切的法院審查<sup>129</sup>。在祕魯民主化之後，相關的刑事追訴聲請、民事求償行動，均遭法院以該法明文而駁回，最後案子進入美洲人權法院，法院在知名之 *Barrios Altos* 判決中，認為「祕魯特赦法違反《美洲人權公約》，構成所謂 *manifest incompatibility*，不具法律效力」，是以終開啟嗣後追訴行為人、被害人求償之行動，改變了祕魯轉型正義的面貌，而類似情形也發生於智利：獨裁者皮諾契（Pinochet）於 1978 年制定公布《特赦法》，赦免在其發動之軍事政變期間，己方所犯下之人權侵害行為的所有罪行，在 1990 年智利民主化之後，法院同樣依據該法而阻止相關的刑事訴追，直到美洲人權法院援引 *Barrios Altos* 案判決，宣告該法牴觸《美洲人權公約》為止，方開啟智利國內的追訴加害人行動，如出一轍<sup>130</sup>。

<sup>127</sup> Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, S. 256.

<sup>128</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 69f.

<sup>129</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 69f.

<sup>130</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 70.

這並不代表，其他國家亦如同祕魯與智利一般：例如巴西、迦納與西班牙，針對昔日統治者所主導之國家體系性不法犯行，「排除刑事訴追」之特赦法不但繼續存在，而且均經各國終審法院裁判合法，並無如同前述般之命運<sup>131</sup>。當然，必須強調，這不代表三國沒有啟動其他的轉型正義手段：巴西有真相委員會（*Comissão Nacional da Verdade*），迦納則設有國家和解委員會（*National Reconciliation Commission*），西班牙則在佛朗哥法西斯獨裁政權結束的 40 年後之 2007 年，立法者通過所謂《歷史記憶法》（*Ley de la Memoria Histórica*），以追究歷史真相，該法明白表示「在內戰與獨裁統治期間，基於政治、意識型態或宗教理由所為之暴力行為，自始即非正當」（*radicalmente injusto*—歷史記憶法第 2 條第 1 項），同時啟動辨識被害人的真相調查，可見其選擇不同之轉型正義實踐路徑<sup>132</sup>。其他國家亦得見以特赦作為處理機制的選擇，例如義大利 1946 年頒行之 *Togliatti-Amnestie*，即針對法西斯獨裁統治及隨後內戰期間之犯行的短暫追緝，本於撫平分裂之義大利社會的目標，再行免除行為人之罪責，甚至有實踐上已經接近全然之普遍特赦的觀察<sup>133</sup>。

為人所關注的南非真相與和解委員會，也同時含有特赦之機制。1995 年結束種族隔離之後，頒行促進《國家統一與和解促進法》（*Promotion of National Unity and Reconciliation Act, Gesetz zur Förderung der nationalen Einheit und Versöhnung*），該法訂有相關特赦之實體要件，但卻無免除刑罰之具體規定，依該法，欲申請免除刑罰者，必須向專責之特赦委員會申請（第 18 條第 1 項），該委員會不受任何包括真相與和解委員會在內之其他機關單位的指示，地位超然獨立。申請書中必須明列「與政治目標相關之行為」（*associated with political objectives*）、「與過去之衝突相關」的具體說明，委員會審查也會考量行為與政治目標間之比例原則。此外，申請人必須向特赦委員會揭露與其犯行相關之所有重要事實（*full disclosure of all relevant facts*），同時在程序中「自白」，以有助於和解程序之進行。接下來的免除刑罰分為兩個步驟：首先必須確認罪責之存在，然後再免除刑罰；在實踐上，充分揭露（*full disclosure*）的要求，相較於政治動

<sup>131</sup> 對此由國際法角度嚴厲批評，特別是針對巴西之例，請參見 Weichert, *Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten*, in: Neumann/Prittowitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly(Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, S. 132ff.。

<sup>132</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 72.

<sup>133</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 72f.

機與比例原則，經常構成最大的障礙，換言之，絕大多數對於特赦申請之駁回，都與申請人未充分揭露有關：在 40%遭駁回的案件中，有 25%是單純基於未充分揭露<sup>134</sup>。南非模式對於其他國家產生一定的影響，例如 2014 年啟動的尼泊爾調查失蹤人口暨真相與和解委員會，在成立該委員會之 2014 年 4 月 25 日第 2071 號法律（Act on Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation）的第 26 條第 4 項，規定在武裝衝突期間之重大人權侵害行為，如行為人說明其所犯罪行、表示悔悟、承諾不再犯而提出申請者，委員會得免除其刑罰，即是仿效南非之作法<sup>135</sup>。當然，尼泊爾的做法遭到許多的批評，因為只要依其規定提出申請，即便是非常嚴重的暴行，也能得到寬恕，甚至是國際法上的重大犯行，聯合國人權高專即非常不以為然<sup>136</sup>。類似之例亦可見哥倫比亞 2005 年 7 月 25 日施行之所謂《正義與和平法》（Ley de Justicia y Paz），針對內戰時武裝團體的暴行，雖未完全免除刑罰，但最多可減至僅剩 5 至 10 年的自由刑——相對於相關犯罪行為在哥倫比亞《刑法典》可處至 50-60 年有期徒刑，政策目標亦極相似，如同該法第 3 條所言，目的在於有助於國家和平、與司法機關之合作、對於被害人之補償，乃至於自我的再社會化<sup>137</sup>。

關於特赦之作為轉型正義的處理選擇，學者間多持正面看法，認站在主權國家之角度，對於其內國所發生之體系性暴行，在促進與維護和平、民主之目標下，應屬正當，但碰到的最大挑戰，如同前述祕魯、智利之例，無疑是國際法上針對重大犯罪行為之刑罰義務（Strafpflichten）原則，換言之，從國際刑法的角度，對於特定之重大人權侵害暴行，規範上存在訴追與處罰義務<sup>138</sup>，如同美洲人權法院所強調的，特赦將侵害被害人尋求法律上聽審、權利保障與追求真相的權利<sup>139</sup>，二次大戰後於 1949 年 8 月 12 日簽署的四個《日內瓦公約》，其中第一公約第 49 條第 1 項、第二公約第 50 條、第三公約第 129 條、第四公約第 146 條，都明定對於公約所列舉之重大侵害人權行為，締約國有「制定內國法律加以制裁的義務」，

---

<sup>134</sup> Bois-Pedain, *Transitional Amnesties in South Africa*, 2007, p. 140; zitiert nach Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 75.

<sup>135</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 75.

<sup>136</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Technical Note: The Nepal Act on the Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation*, 2071 (2014).

<sup>137</sup> Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court* (2010), p. 4; zitiert nach Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 75.

<sup>138</sup> Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 275.

<sup>139</sup> IAGMR, *Urt. v. 14.3.2001 (Barrios Altos v. Peru)*, Ser. C No. 221, paras 225ff.

同樣在第一公約第 49 條第 2 項、第二公約第 50 條第 2 項、第三公約第 129 條第 2 項、第四公約第 146 條第 2 項，均進一步明文：「對於犯下或發佈命令以犯下重大侵害行為之一而遭指控者，締約國有進行偵查之義務，無須考量其國籍而得於締約國之內國法院審訊，亦得依照自行頒訂之法律而裁判將前開之行為人移送予其他有意追訴之第三國，但以第三國對行為人已提出足夠事證為限」<sup>140</sup>。塞拉里昂特別法院亦言道：內國之特赦法，不得排除國際法上核心罪行之刑罰，強調在世界法原則(*Weltrechtsprinzip*)原則下，任意第三國都有管轄及訴追之權利，不受行為地國家特赦法的拘束，此乃本於人權法上之保護義務，發生所謂絕對權(*erga omnes*)之效力<sup>141</sup>。值得注意的是，從人道國際法的觀點，同時認為在武裝衝突結束之際，特赦同樣犯下重大人權侵害暴行之「戰俘」，並不違反國際法，諸如前述 1949 年 8 月 12 日簽署之《日內瓦公約》，其簽署於 1977 年 6 月 8 日之附加議定書第 6 條第 5 項，針對非國際上之武裝衝突下被害人的保護，即明文：「在結束敵對狀態時，擁有權力之一方，對於參與武裝衝突或與此有關而遭剝奪自由之受拘留或監禁之人，應盡可能給予特赦」，是以，兩者間似乎存在某種規範上的落差。學者 Werle/Vormbaum 即認為，即便國際法上存在所謂的追訴義務，但不能由此導出「所有特赦國際法犯行之作法皆牴觸國際法」，特別是在轉型之際，從南非之例，所謂「以真相取代刑罰」(*Wahrheit statt Strafe*)，站在澄清並確認所犯下之罪行的前提上，有助於結束暴力衝突，同時也兼顧被害人尋求真相的利益，未必是國際法規範所不樂見的<sup>142</sup>。事實上，在美洲人權法院 *Barrios Altos* 判決中，García-Ramírez 法官提出協同意見書，主張在違反《美洲人權公約》之祕魯《特赦法》之外—因其規範者係空白與自我特赦、甚至接近全面特赦，必須區別合法而不牴觸人權公約的其他特赦形式，亦即那種建立於和平過程之中、擁有民主基礎、且容許針對重大人權侵害暴行仍進行刑事追訴之特赦，易言之，並非且無須全盤禁止<sup>143</sup>。

另有兩個延伸的附帶問題：首先，民主化之後的立法者，甚至人民，得否同意制定前述特赦國際法上核心犯行之法律？1986 年的烏拉圭，針對昔日軍事獨

<sup>140</sup> 詳細討論請見 Schimmel, *Transitional Justice im Kontext. Zur Genese eines Forschungsgebietes im Spannungsfeld von Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung*, Berlin 2016, S. 476。

<sup>141</sup> SLSGH, *Beschl. v. 13.3.2004 (Kallon and Kamara, AC)*, para 71.

<sup>142</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 77; dazu auch Ambos, *Internationales Strafrecht*, 4 Aufl., München 2014, S 245.

<sup>143</sup> IAGMR, *Urt. v. 14.3.2001 (Barrios Altos v. Peru)*, Ser. C No. 75, *Sondervotum García-Ramírez*, para 10.

裁政權時代的犯行，民主化之後的國會制定免除刑罰之特赦法，同時歷經 1989、2009 兩次公民投票複決通過；然而，烏拉圭最高法院( *Suprema Corte de Justicia* ) 在 2009 年宣告該法違憲，美洲人權法院於 2011 年宣告該法抵觸《美洲人權公約》<sup>144</sup>，理由都是「違反國家對於失蹤者有調查並處罰行為人之義務」，例如《美洲人權公約》第 1 條第 1 項、第 8 條第 1 項、第 13 條、第 25 條，均強調被害人之親屬有要求真相之權利，同時公約明確表示必須對抗人民的失蹤，而烏拉圭最高法院亦認為：「多數決主權之界限，在於侵害個人基本的權利」，即便運用公民投票亦同<sup>145</sup>。另一問題則為所謂私法上的特赦，此通常伴隨著加害人之參與轉型正義程序，作為鼓勵其參加之誘因，南非就是著名之例，其免除民事上責任之對象，甚至包括國家與解放組織，這項作法亦經南非憲法法院宣告合憲，理由無非基於財政考量，以及堅持相關之補償應針對全體人民、而非僅限於個別被害人之謂<sup>146</sup>。要留意的是，這當然不代表國家亦不能為其他的補償措施，即使是南非之例，真相與和解委員會在最終報告中，事實上亦提出類似的建議，兩者不可混淆。

### 第三目 真相委員會

下一個轉型正義之重要手段，甚至可以說是國際上廣為稱頌而「受歡迎」的選擇，是所謂的真相委員會( *Truth Commissions* )。轉型正義體系中的真相調查，作為其主要執行機制的真相委員會，究竟在實踐與理論建構中，被觀察者如何的分析、看待與評價呢？作為學術界開路先鋒，研究真相委員會最知名的學者 *Priscilla Hayner*，在觀察 1974-1994 年間的 15 個真相委員會後，提出其著名的經典說法：大多數的真相委員會誕生於某一國家之政治轉型時點，目的通常在於展示或強調與過去侵害人權記錄的斷裂、決裂，促進國民之和解，獲取或維持政治正當性；在此要特別注意這個特徵：「促進國民之和解，獲取或維持政治正當性」，這兩個目的，尤其是前者之「和解」，經常變成談論真相委員會的必要要素。*Hayner* 並提出真相委員會的要件標準，包括<sup>147</sup>：

- 以「過去」為焦點；

<sup>144</sup> IAGMR, *Urt. v. 24.2.2011 (Gelman v. Uruguay)*, Ser. C No. 221, paras 230ff.

<sup>145</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 79.

<sup>146</sup> Constitutional Court of South Africa, *Urt. v. 25.7.1996 (Azanian Peoples Organisation et al. v. President of the Republic of South Africa et al.)*, para 36.

<sup>147</sup> Hayner, *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994. A Comparative Study*, *Human Rights Quarterly*, Jg. 16, H. 4 (1994), p. 604.

- 不是聚焦於單一具體事件，而是針對一定期間內特定的人權侵害、違反國際人道法律等事件，試圖做一整體的描繪；
- 通常係暫時性、僅有一定期間的存續，以最終提出對於其發現的報告，作為結束；
- 通常被賦予一定的公權力，以便有效取得相關資訊，為使其得以挖掘並進入敏感議題而享有相當之保護，同時其最終報告將帶來一定程度的影響。

Mark Freeman 批評 Priscilla Hayner 在 1994 年對於真相委員會的定義，認為不應將非國家所組織與發動的委員會納入。Freeman 進一步將真相委員會定義為：一為此目的而特別成立的（ad hoc）、自主的、以被害人為中心的查詢性質之委員會，由國家所設立與授權，目的包括：針對於該國一定期間內，因濫用法制或衝突，所生之廣泛的、相對而言較屬近期的特定暴力或壓迫行為，含其主要原因，進行調查並提出報告；同時建議糾正與未來預防之方式<sup>148</sup>。Freeman 所提出之「國家官方的授權或批准」、「聚焦於人權受害者」、「建議如何克服與預防未來的犯行」，是與 Hayner 定義下比較明顯的差距，特別值得關注。依 Freeman 的定義，1982 至 2006 年間，國際上大概可觀察到 28 個國家的真相委員會，亦即排除了原先在 Hayner 定義下、亦被歸屬為真相委員會的某些組織，例如 1974 年的烏干達、1984 年的辛巴威、1985 年的烏拉圭、1995 年的浦隆地、以及 1992/1993 由南非之非洲國民議會（African National Congress, ANC）所成立之委員會<sup>149</sup>。

在 Mark Freeman 提出其批評後，Priscilla Hayner 在 2011 年的著作中，修正其有關真相委員會的定義，並依此新定義，將例如盧安達國際調查委員會，不再列為真相委員會之列，易言之，最核心的修正，便是將官方的發動、授權與主導性，增強作為內涵的重要性，在此修正下，1974 至 2011 年，符合新定義的真相委員會即減少至 40 個。綜合觀察，Hayner 的新定義下的真相委員會，其特徵包括<sup>150</sup>：

- 聚焦於過去、而非進行之事件；
- 調查一定期間內所發生事件之模式；

<sup>148</sup> Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness*, New York (2006), p. 18.

<sup>149</sup> Krüger, *Wahrheitskommissionen. Die globale Verbreitung eines kulturellen Modells*, Frankfurt/New York 2014, S. 23.

<sup>150</sup> Hayner, *Unspeakable Truths. Facing the challenge of truth commissions*, London, New York (2011), pp. 11-12.

- 直接與廣泛地與受影響與波及之人民接觸，蒐集其相關經驗與資料；
- 作為暫時性組織，目標在於提出最終的報告；
- 由國家所授權或支持，並受國家之監督。

約莫同時的 2010 年，三位學者 Geoff Dancy, Hunjoon Kim & Eric Wiebelhaus-Brahm，在著眼於「真相委員會對於民主化產生何等影響」的主題上，也提出他們對於真相委員會的定義；依循發展至當時的討論狀況，三位亦同意：國家作為發動的官方主體、公布帶有如何克服衝突之建議的最終報告，應是真相委員會的核心特徵。三位學者提出之真相委員會定義如下<sup>151</sup>：

- 新設立，且預定僅存續一定期間之暫時性委員會；
- 由國家正式發動與設立；
- 委員會成員具有調查權限；
- 實際上開始運作；
- 調過過去一段期間內對於人權侵害之行為，包括由國家行動者所準備與犯下者。

美國和平研究所（United States Institute of Peace, USIP）在其建立之真相委員會數位資料庫中，亦分析 1974 至 2011 年全球曾經設立的 32 個真相委員會，其標準主要為是否提出各該國家之最終報告，當然，其中亦計入由公民社會或教會所推動組成之調查委員會，是顯然未必以由國家官方發動為要件，呈顯出另一個真相委員會的形貌<sup>152</sup>。專門研究轉型正義之學者 Fatima Kastner，觀察各國各式不同的真相委員會，認為在下列事項上顯示其差異性<sup>153</sup>：

- 形成與發展的經過；
- 由國家、公民社會或國際行動者，為主要發動對象；
- 委員會人與行政之組成方式；
- 要處理之社會政策的任務範圍；
- 委員會權限；
- 運作與實施之期限；

<sup>151</sup> Dancy/Kim/Wiebelhaus-Brahm, *The Turn to Truth: Trends in Truth Commission Experimentation*, *Journal of Human Rights*, Jg. 5, H. 1 (2010), p. 49.

<sup>152</sup> 請參見該研究所網站：[www.usip.org/publications/truth-commission-digital-collection](http://www.usip.org/publications/truth-commission-digital-collection) (16.10.2016)；dazu auch Krüger, *Wahrheitskommissionen*, S. 24. °

<sup>153</sup> Kastner, *Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, S. 239.

- 法律基礎：例如來自政府的官方指示與決定，抑或來自於國會、國際組織或非官方之私人團體（例如教會）；
- 財務與制度方面的條件；
- 歷史與社會結構的不同基礎與狀況；
- 處理之社會衝突的類型；
- 調查之要件；
- 是否納入媒體與公共性至其工作範疇中。

當然，在如此看似諸多分其中，所有真相委員會仍有其共同特徵：涉及的對象是過去的不法，而目的則在於實踐受害者對於「真相與正義」的權利。真相委員會並不自限於特定的、單一的事件之調查，而是試圖對於過去政權的體系性犯行，提出一整體圖像的描繪<sup>154</sup>。亦即，針對過去政權以政治為出發點的犯行，包括由軍方、政府、情報特工或甚至武裝之反對力量所犯下者，透過真相委員會之發現與處理程序，從歷史上加以澄清，最後公諸於世<sup>155</sup>。真相委員會的另一特徵在於：不須成立一持續的常設機構，而是在有限的期間內，針對不法的調查、發現與處理，由各自的推動者賦予一特定的機制來為之。這裡所謂的「不法」，包括：屠殺，失蹤，刑求，暗殺，恣意逮捕，驅逐，誘拐，種族攻擊，歧視，故意搗毀住宅與土地，性侵與其他對於女性之殘酷暴行，來自於過去的壓制性政權，由武裝之民兵、軍人、警察或其他該不法政權之機關成員，在體制更迭前所為；真相委員會的任務，就是對這些不法犯行，加以調查、澄清、記錄，同時開啟至一社會共同承擔的重新自我審視與反省的過程<sup>156</sup>。

當然，真相委員會要能夠成功，必須具備一定的條件：如果沒有存在一定程度的社會和諧，或是新舊執政者在體制更迭後的政治均勢，恐將難以達成目標，最典型的例子是 1990-1992 年間的非洲國家查德：由於社會不穩定情況甚為嚴重，貿然啟動真相委員會的結果，就是內戰中的交戰團體，一起透過武裝衝突而根本破壞委員會的調查工作，胎死腹中，難以為繼<sup>157</sup>。在政權更迭與啟動真相委員會

---

<sup>154</sup> Kastner, ebenda, S. 240.

<sup>155</sup> Ebenda.

<sup>156</sup> Hayner, Fifteen Truth Commissions, S. 597.

<sup>157</sup> Dokumentation von Human Rights Watch unter <http://www.hrw.org/de/news/2005/07/12/tschad-komplizen-des-ex-diktators-noch-immer-der-macht>(17.10.2016).

的時間間隔上，可以觀察到不同國家的發展軌跡，學理上大概分為幾類：

- 緊鄰政權更迭之際：例如 1983 年的阿根廷，1986 年的烏干達，1992 年的德國，1995 年的南非；
- 另一類則為在過去政權消滅後相當時日之後，方啟動真相委員會之模式，例如：2000 年的烏拉圭，2001 年的巴拿馬，2002 年的迦納，這三個國家都在舊政權消滅後 10 至 15 年後，才有真相委員會的啟動，亦即學理上所稱之「遲來的真相委員會」(verspätete Wahrheitskommissionen)<sup>158</sup>。

真相委員會一個令人注意的發展特徵：「特別強調被害人」，也就是透過真相委員會的發動，開啟一揭穿被害人所遭暴行的公共論壇，藉由所謂「拾起對於沈默的記憶」(Erinnerung an das Schweigen)，亦即對於不法與暴行的「沈默」，重新還給被害人尊嚴<sup>159</sup>。換言之，「由國家承認對於被害人所犯下之暴行」，成為真相與和解委員會最重要的特徵之一<sup>160</sup>。真相委員會的另一重要任務，是對於被害人之補償、賠償與恢復名譽<sup>161</sup>，以重建其自我價值、減輕其痛苦，最終得以告別其個人的不幸經驗，這不僅限於物質上的損害，目的仍在於重建其人格尊嚴。為了達成此目的，「聆聽被害人心聲」，是首要任務，必須賦予被害人機會，表達並陳述其個人遭遇與痛苦的心路歷程，藉由回憶與證言，重建尊嚴，並至少得以部分的擺脫過去的負擔與不幸。

就此，真相委員會所面臨的一個問題是：應該如何將被害人之遭遇公諸於世。各國作法不一：例如南非，選擇的是真相與和解委員會所舉行的公開聽證程序，2005 年的摩洛哥，甚至藉由電視與電台的現場立即轉播，直接揭露予眾人<sup>162</sup>。就補償、賠償與恢復名譽方面，目的在於創設與強化相關的制度，以預防未來類似的侵害人權行為，當然，這種預防的思維，未必出現在法律的層次上，不見得是法律作為的目標，主要是藉由對於過去不法之真相公開，配合諸如某些象徵性的措施，例如國家的公開道歉、國家之請求原諒、紀念活動或其他懺悔省悟之宣

<sup>158</sup> Ranft, *Verspätete Wahrheitskommissionen in Theorie und Praxis*, Potsdam 2009, S. 51f.

<sup>159</sup> Kastner, *Transitional Justice*, S. 242.

<sup>160</sup> Hayner, *Fifteen Truth Commissions*, S. 607.

<sup>161</sup> 關於被害人之補償與賠償，可參見後述或林佳和，*轉型正義下的財產返還 – 台灣與國際經驗*，台灣教授協會主辦：轉型正義與法律學術研討會，台北：國立台灣大學社會科學院，2016 年 4 月 23-24 日。

<sup>162</sup> Kastner, *Transitional Justice*, S. 243.

示等，來表達以下三個意涵<sup>163</sup>：

- 國家正式承認對於被害人所犯下之不法行為；
- 國家對於過去政權之行為，承認並承擔責任；
- 作為預防措施，宣示政權更迭後的社會不再發生此類犯行。

在真相委員會的調查工作中，由於辨識與分析國家結構性暴行模式之原因與結果，是最關鍵的重心，而要達成此艱鉅任務，特別在通常極短的委員會存續時間內，就必須取決於一前提：昔日作為國家鎮壓機器的成員，部會、軍方、警察、法院、情報特務單位、民兵、游擊隊等，必須願意打破沈默，願意誠實地「回憶」，能夠與委員會調查人員真心的合作。這當然不容易，是以，依據各國經驗，為了避免與這些昔日政權「幫凶」的正面衝突，以達成真相委員會的目標，就經常必須思索，是否藉由某些特赦之規範，表明願意放棄追究、遺忘其參與的犯行，或是請其基於道德、政治或法律上的義務，為了貫徹國家追緝侵害人權之犯行的責任，必須協助以刑法制裁犯罪行為人<sup>164</sup>。所謂的和解，當然不是專指這種類似特赦性質的個別寬恕行為，而是指涉更高層次的社會與族群和解，但不可諱言的，由於真相調查經常與和解相聯繫，在法律效果面上，已經有相應之特赦等機制之設計，而為了促使真相調查得以順利進行，又必須相當程度取決於這些加害人與幫凶的合作，這既是真相調查所難以逃避的「雙重和解束縛」，也常成為是否成功的重要關鍵；本文之後將再回到這個問題。

真相委員會的任務，通常結束於提出最終的委員會報告，通常包括以下的內容：

- 對於所蒐集分析的材料，列舉調查之結果；
- 對於證人證詞的整理、分析與評價；
- 列舉出結構的、個人的問題與不幸；
- 對立法、行政與司法提出社會政策上的改革建議；
- 提出補償、賠償與恢復名譽之計畫與綱領；
- 對於如何預防與處理未來可能出現的體系性侵害人權，提出行動建議；

---

<sup>163</sup> Ebenda.

<sup>164</sup> Freeman, Truth Commissions and Procedural Fairness, p. 18.

- 提出如何對社會體系做民主與法治上的重建建議，以使加害人與被害人，都能處理個人與集體之暴力夢魘，學習如何告別並與黑暗的過去共生，共同面對其挑戰<sup>165</sup>。

在調查方式上，真相委員會即便有特殊的權限，但仍與一般的刑事司法有相當的差距，換言之，真相委員會的調查程序，通常不適用刑事訴訟程序，它既無直接傳喚證人，亦無對「被告」為司法意義上之有罪或無罪判決的權力<sup>166</sup>。事實上，在真相委員會的建置思維上，自始就不是想像為一個擁有制式之舉證、審判程序或制裁機制，而是著眼於整體社會希望弭平並克服一定社會衝突之要求與期望。相反的，真相委員會之基本思維，始終圍繞在自願性的處理過去之犯行，給予被害人一個能夠說出個人不幸之不法遭遇的機會，也就是學者 **Claire Moon** 所說的 **No More**、或是 **John D. Inazu** 所言之 **No Future Without Forgiveness**<sup>167</sup>，代表著全球轉型正義思潮下的常見思考：揭露有關歷史罪責之事實，防止犯行再度發生，同時有助於被害人之撫慰。在此思維下之真相委員會，自與一般刑事訴訟審判不同，是以被害人為中心，而非加害人，這是兩者最大的歧異<sup>168</sup>。吾人可以清楚地分辨兩者之差別：

- 在刑事訴訟程序，主要是針對犯罪行為，深究其個別犯行內容，認定行為人之個人刑事責任，涉及的是報應式的正義；
- 相對的，在真相與和解委員會，主要在於揭露導致體系性暴行的結構性原因，重在對於被害人為社會上的補償賠償與重建，方法為公開過去被害人所遭受的犯行，正式承認被害人所遭逢的痛苦、以及過去政權所應承擔之道德責任，並同時使國內與國際社會得以周知委員會報告的詳細內容，涉及的是修復式的正義<sup>169</sup>。

真相與和解委員會的核心目標與自我理解是：和解，也就是透過對於過去政

---

<sup>165</sup> Freeman, ebenda, S. 18ff.; Kastner, *Transitional justice*, S. 245.

<sup>166</sup> Blümmel, *Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, Berlin 2002, S. 22ff.

<sup>167</sup> Moon, *Narrating Political Reconciliation: South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Lanham (2008); Inazu John D., *No Future Without (Personal) Forgiveness. Reexamining the Role of Forgiveness in Transitional Justice*, *Human Rights Review* 10, no. 3 (2009), p. 309.

<sup>168</sup> Blümmel, *Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, S. 337.

<sup>169</sup> Kastner, *Retributive versus restaurative Gerechtigkeit. Zur transnationalen Diffusion von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen in der Weltgesellschaft*, in: Kreide/Niederberger(Hrsg.), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, München 2010, S. 194f.

權所犯下之暴行與不法，進行公開的調查、聽證與揭露，以達成最終和解的目的。就此，作為先驅的南非真相與和解委員會，自然是之後各國仿效的對象，例如塞拉里昂（獅子山共和國 *Sierre Leone*）、東帝汶（*Timor Leste*）、祕魯、塞爾維亞、賴比瑞亞、所羅門群島等國，即直接以南非模式（*Modell Südafrika*）作為其啟動機制的稱號<sup>170</sup>。當然，南非模式也相當程度制約人們對於真相調查的想像，包括和解的目標、以被害人為中心等，這些都有助於吾人理解轉型正義下真相調查之內涵，但它當然不是全貌，必須做進一步的觀察。

一個在國際上研究轉型正義之專家們所公認的所謂和解政策，必須建立在一基本目標上：重建政權更迭後新社會之「道德上最低共識」，所採用之方法，一方面讓被害人藉由回憶與真相發現的過程，得以處理自身的不幸遭遇與經驗，另一方面，也讓加害人透過罪責之確認與懺悔，能夠進行自我澄淨與改過。這種「藉由說出真相以達成和解」（*Versöhnung durch Wahrheit sprechen*）之方向，作為核心的「和解」，其實不只是目標，更是一個轉型與和平過程中不可或缺的要件與社會價值，方能重新建立一正常化的社會，使被害人與加害人都能同時從作為整體社會一部分之暴行泥淖的過去中，得以重生，得以和解<sup>171</sup>。從政治轉型後的國家分布、特別是採取真相委員會模式的發展看來，可以有如下主要參考學者 *Anne K. Krüger* 研究的一些觀察：

表 3：真相委員會全球擴散之不同階段<sup>172</sup>

全球擴散之四個階段	代表性國家
開始發展之第一階段	玻利維亞、阿根廷
形式化發展之第二階段	智利、塞爾瓦多
標準化發展之第三階段	南非
全球擴散影響之第四階段	東帝汶、摩洛哥

表 4：真相委員會質性分析之變項<sup>173</sup>

<sup>170</sup> Kastner, *Transitional Justice*, S. 247.

<sup>171</sup> Ebenda, S. 247-248; dazu auch Moon, *Narrating Political Reconciliation*.

<sup>172</sup> Krüger, *Wahrheitskommissionen*, S. 78.

<sup>173</sup> Krüger, *Wahrheitskommissionen*, S. 86.

類別	質性分析各類別下主要提問
形式結構	真相委員會來自於如何設計之形式上結構？
原因	基於如何之事件與原因，導致決定組織真相委員會？
功能	真相委員會所欲達成與實現之功能為何？
目標	真相委員會所設立之重要目標為何？
其他	與真相委員會相關之其他轉型正義機制為何？

表 5：真相委員會運作分析體系<sup>174</sup>

類別	相關所屬次類別
原因	轉型
	使過去漸次消失
目標	真相
	和解
	正義
	民主
	和平
	人權
	積極的未來願景
	對於法治國的信賴
功能	調查與處理
	公知於世
	針對被害人：承認被害人、支持被害人
	針對加害人：責任之歸屬
	社會整合
	制度性改革
	預防未來的犯行
形式結構	形式上的組織結構
	形式上的程序設計
	形式上的目標設定：建議書、最終報告
其他	與報復追緝之區別
	司法：合作、分工、個人犯罪行為之追緝

<sup>174</sup> Krüger, Wahrheitskommissionen, S. 90.

表 6：真相委員會與不同定義之歸類一覽表（1974-2011）<sup>175</sup>

國家別	真相委員會	Freeman (2006)	Dancy (2010)	Hayner (2011)	USIP (2011)
烏干達 (1974)	Commission of Inquiry into the Disappearance of people in Uganda since 25 January 1971		+	+	+
玻利維亞 (1982-1984)	Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos	+	+	+	+
阿根廷 (1983-1984)	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas	+	+	+	+
烏拉圭 (1985)	Investigative Commission on the Situation of Disappeared People and its Causes		+	+	
辛巴威 (1985)	Zimbabwe Commission of Inquiry into the Matabeleland Disturbances		+	+	
烏干達 (1986-1995)	Commission of Inquiry into Violations of Human Rights	+	+	+	+
菲律賓 (1986-1987)	Presidential Committee on Human Rights		+	+	
智利 (1990-1991)	Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación	+	+	+	+
尼泊爾 (1990-1991)	Commission of Inquiry to Locate the Persons Disappeared during the Panchayat Period	+	+	+	

<sup>175</sup> Krüger, Wahrheitskommissionen, S. 213f.

查德 (1991-1992)	Commission d'Enquête du Ministère Chadien de la Justice sur les Crimes de Régime de Hissène Habré	+	+	+	+
德國 (1992-1994, 1996-1998)	Enquete-Kommissionen Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland und Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozess der Deutschen Einheit	+	+	+	+
薩爾瓦多 (1992-1993)	Comisión de la Verdad Para El Salvador	+	+	+	+
斯里蘭卡 (1994-197)	Commission of Inquiry into the Involuntary Removal or Disappearance of Persons	+	+	+	
海地 (1995-1996)	Commission Nationale de Vérité et de Justice	+	+	+	+
蒲隆地 (1995-1996)	Commission d'Enquête internationale sur les violations des droits de l'homme au Burundi depuis le 21 octobre 1993		+		
南非 (1995-2002)	Commission of Truth and Reconciliation	+	+	+	+
厄瓜多 (1996-1997)	Comisión de Verdad y Justicia	+	+	+	+
瓜地馬拉 (1997-1999)	Comisión para el Esclarecimiento	+	+	+	+

	Histórico				
盧安達 (1999-2002 , 2002 改為常 設)	Commission Nationale dUnité et de Réconciliation				+
奈及利亞 (1999-2000)	Human Rights Violations Investigation Commission	+	+	+	+
印尼 (1999)	Commission for Human Rights violations in East Timor		+		
烏拉圭 (2000-2003)	Comisión Para la Paz	+	+	+	+
南韓 (2000-2003)	National Committee for Investigation of the Truth about the Jeju April 3rd Event		+		
南非 (2000-2004)	Presidential Truth Commission on Suspicious Deaths	+	+	+	+
巴拿馬 (2001-2002)	Comisión de la verdad de Panamá	+	+	+	+
祕魯 (2001-2003)	Comisión de la Verdad y Reconciliación	+	+	+	+
塞爾維亞－蒙 地內哥羅 (2001-2003)	Truth and Reconciliation Commission for Serbia and Montenegro	+	+	+	+
迦納 (2002-2004)	National Reconciliation Commission	+	+	+	+
東帝汶 (2002-2005)	Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação de Timor-Leste	+	+	+	+

格瑞那達 (2001-2006)	Truth and Reconciliation Commission	+			
塞拉里昂(獅子山) (2002-2004)	Truth and Reconciliation Commission	+	+	+	+
智利 (2003-2005)	Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura			+	
中非共和國 (2003)	Truth and Reconciliation Commission		+		
阿爾及利亞 (2003-2005)	Commission d'Enquête ad hoc chargée de la question des disparus		+		
巴拉圭 (2004-2008)	Comisión Verdad y Justicia	+	+	+	+
摩洛哥 (2004-2006)	Instance Equité et Réconciliation	+	+	+	+
美國北卡羅萊納州格林斯伯勒市 (2004-2006)	Grennsboro Truth and Reconciliation Commission			+	
剛果民主共和國 (2004-2006)	Commission Verité et Réconciliation	+	+	+	+
印尼 (2005 成立但未啟動)	Truth and Reconciliation Commission	+			
印尼與東帝汶 (2005-2008)	Commission for Truth and Friednship		+	+	
南韓 (2005-2010)	Truth and Reconciliation Commission			+	+

利比亞 (2006-2009)	Truth and Reconciliation Commission	+	+	+	+
厄瓜多 (2008-2010)	Comisión de la Verdad para Impedir la Impunidad			+	+
模里西斯 (2009-2011)	Truth and Justice Commission			+	+
所羅門群島 (2009-2013)	Truth and Reconciliation Commission			+	+
多哥 (2009-)	Truth, Justice and Reconciliation Commission			+	
加拿大 (2009-)	Truth and Reconciliation Commission			+	
肯亞 (2009-2012)	Truth, Justice and Reconciliation Commission			+	+
宏都拉斯 (2010-2011)	Comisión de la Verdad y la Reconciliación				+

從以上簡單的列表分布，一些資訊性的整理，可以讓我們在觀察其他國家轉型正義實踐下之真相委員會模式時，有更多的線索，特別是從目的指涉出發，在運作相關之目標、功能、結構之選項與排列組合下，面對各自來自於迥異政治轉型背景與因素之不同國家實踐中，找出一有意義的「紅線」，進而助於社會行動者找尋自己所合適的模式。

當然，在政治轉型之後，真相委員會未必只是選擇題，它更有可能其實為是非題，必須更加深刻的去探求；例如這裡要討論的後社會主義時代之東歐經驗。東歐和平革命之特徵，並無完全的統治菁英之更迭替換，亦沒有對於舊政權人士之刑事追訴出現，在歷史學者 Timothy Garton Ash 的眼中，要能夠維持民主的

永續發展，則必然要公開的、充滿象徵意涵的、決意的處理自己過去之艱困歷史，唯有如此，方可能在痛苦的過去與充滿希望的未來之間，畫上一條清楚的界線；是以，Ash 認為，真相委員會應該是整個東歐革命重要的一部分<sup>176</sup>。在 Ash 看來，真相委員會是後社會主義國家民主鞏固的必要條件，藉此，舊有的統治菁英方能去正當化，才能防堵重新掉回前民主的統治關係之中，也就是說，對於東歐共產國家的民主化而言，真相委員會應該是穩固政治轉型過程的決定性手段<sup>177</sup>。然而，如果觀察前述從 Freeman、Dancy et al、Hayner 到 USIP 對於真相委員會的定義與列表，應可發現：除了德國、塞爾維亞－蒙地內哥羅，後社會主義時代的東歐各國，似乎沒有啟動定義下的真相委員會。究竟原因為何？

在 1992 年 10 月底在布達佩斯所舉辦的一場「真相與正義：微妙的平衡」(Truth and Justice: The Delicate Balance) 會議中，在分析阿根廷與智利之真相委員會實施經驗後，與會者有個「東歐國家之條件與狀況是否足可類比？」之激烈討論，如同與會的美國自由記者 Tina Rosenberg 的現場紀實：與會者察覺出拉丁美洲與東歐的截然不同，在拉丁美洲，即便是處於轉型期，軍方仍然擁有令人畏懼的力量，足以阻礙任何刑事的追訴，而在東歐，軍方原則上已臣屬於民選政府；在拉丁美洲，侵害人權之暴行，於犯下時，本身就是犯罪，但在東歐，某些社會主義政權的侵害人權之舉，不論當時或之後，都不被視為是犯罪；在拉丁美洲，人們知道是誰犯下這些暴行，可是在東歐，大家其實弄不清楚；最後，在拉丁美洲，問題是去發現「他們做過什麼」(what they did)，然而在東歐，問題卻變成去發現「我們做過什麼」(what we did)，這些，就是拉丁美洲與東歐轉型正義最大的不同<sup>178</sup>。這個角度非常重要：如果比較兩個區域轉型正義工程，單就真相委員會而言，「社會與前政權相互關係與交疊形式」，乃至於軍方的角色、前政權所犯暴行的樣態等，都是影響重大的背景因素，那甚至直指「究竟誰才是加害人？」、「轉型正義措施到底要針對何人？」的艱難問題。當然，拉丁美洲與東歐條件與狀況的不同，是否正好凸顯以刑事追訴手段，在東歐轉型正義實踐中未必合適，或說有重大困難？但同時顯示真相委員會反而為較貼切之選擇？亦是

---

<sup>176</sup> Ash, *Facts are Subversive: Political Writing from a Decade without a Name*, Atlantic Books(2009), p. 22.

<sup>177</sup> Krüger, *Wahrheitskommissionen*, S. 184.

<sup>178</sup> Albon, *Bericht zur Konferenz »Justice in Times of Transition« in Salzburg, vom 7.-10. März 1992*; siehe <http://www.beyondconflictint.org/wp-content/uploads/2014/02/SALZBURG-Report.pdf>.

歐洲學界不斷辯論的議題<sup>179</sup>。

與前述較為不同的，除德國外，政治學者 Lavinia Stan 認為波羅得海三小國與羅馬尼亞等四國，亦設有定義下的真相委員會。在 1998 年 9 月至 11 月間，拉脫維亞、愛沙尼亞、立陶宛三國的總統，分別設立一所謂的歷史學者委員會，任務為調查於納粹德國、蘇聯軍隊等佔領期間的暴行；在羅馬尼亞，總統 Traian Basescu 於 2006 年 4 月 11 日，亦設有所謂「研究羅馬尼亞共黨獨裁統治之總統委員會」(Presidential Commission for the Study of the Communist Dictatorship in Romania)，同樣在於調查共黨統治期間之犯行<sup>180</sup>。事實上，另位學者 Carlos Closa Montero，甚至認為這四國在更早以前，就已催生出或許足以定性為真相委員會的調查機制，例如 1992 年 3 月，愛沙尼亞就已成立以檢視昔日高壓政策為目的之國家委員會：「愛沙尼亞檢視壓迫政策國家委員會」(Estonian State Commission on Examination of the Policies of Repression)，調查期間同樣橫跨納粹與蘇聯佔領階段，或是 2005 年 8 月在拉脫維亞所設立之委員會：「辨識共黨佔領與其他殘留區域被害人數目暨蒐集壓迫與驅逐資訊、預估對拉脫維亞與其領土所生費用委員會」(Commission for Identifying the Number of Victims of the Communist Occupation and their Final Resting Places, Aggregating Information on Repressions and Deportations, and Calculating the Costs to the Letvian State and Ist Inhabitations)，此委員會的主要任務在於向俄羅斯提出賠償要求。在羅馬尼亞，2003 年 10 月啟動所謂「研究羅馬尼亞大屠殺國際總統委員會」(International Presidential Commission for the Study of the Holocaust in Romania)，調查羅馬尼亞猶太人於 1937 至 1945 年間所遭逢之暴行，2006 年再發動「分析共黨獨裁統治之總統委員會」(Presidential Commission for Analyzing Communist Dictatorship)<sup>181</sup>。

有趣的是，即便 Carlos Closa Montero 提出上述的觀察，仍認為僅有羅馬尼亞的兩個總統委員會，性質上屬於真相委員會，其他波羅的海三小國的此類「發

---

<sup>179</sup> 例如同時與會的捷克人權工作者 Jan Urban，即主張真相委員會是「打破國家對於過去歷史之控制」的最佳手段，讓社會面對自己的過去，但波蘭華沙大學的法學教授 Wiktor Osiatynski 則強烈主張：對於過去的侵害人權，只有司法體系才是唯一有效的工具；內容請參前註文獻。

<sup>180</sup> Stan, Truth Commission in Post-Communism. The Overlooked Solution? The Open Political Science Journal, H. 2(2009), p. 7-8.

<sup>181</sup> Zitiert nach Krüger, Wahrheitskommissionen, S. 186.

現真相之機制」(truth-seeking mechanisms)，雖然是類似的組織形式(similar bodies)，但仍非真相委員會<sup>182</sup>。Lavinia Stan 觀察東歐共產國家，提出與 Tina Rosenberg 類似的見解：為何不是所有的共黨政權、後社會主義國家，都合適、且也真的啟動真相委員會？Stan 認為，原因很簡單，如此的轉型正義方法，需要一明確的「被害人定義與範圍」，是以，那些被蘇聯所佔領、強烈要求獨立於莫斯科以外的國家，比較具有啟動真相委員會的條件。相對的，那些蘇聯佔領並不被理解為嚴重侵犯其領土與主權之國家，或許採取教育、閱覽檔案或「除垢」—將昔日秘密警察或共產成員逐出國家機器之外，是較之真相委員會來得更適合的轉型正義手段<sup>183</sup>。

「真相委員會」之作為許多國家行動者、研究轉型正義學者的「偏好」，是一個經常可以觀察到的現象，它未必需要跟其他的轉型正義手段「互斥」，一定形式的排列組合與搭配，配合各轉型正義國家特殊之主客觀條件，至少作為其他可能措施與機制的「基礎」，也在論述與分析轉型正義制度實踐上處處可見。以下，本研究僅針對德國、智利、乃至於舉世聞名的「真相委員會模式典範」—南非，做一些簡要的介紹與分析。

## 一、德國

一個比較特殊的後社會主義時代經驗，可能是從東德到統一後德國的路徑：兩德統一後，德國聯邦議會分別在 1992、1995 年，啟動兩次調查委員會：「處理德國社會主義統一黨獨裁統治之歷史與影響調查委員會」(Enquetekommissionen zur Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland)、「德國統一過程中克服社會主義統一黨獨裁統治影響調查委員會」(Enquetekommissionen zur Überwindung der Folgen der SED-Diktatur in Prozess der Deutschen Einheit)。這兩個委員會經常被認為是極少數後社會主義時代轉型正義工程中，足稱為真相委員會之機制，不過與拉丁美洲的前驅者關連並不大。雖然說，從戰後西德之處理納粹時代經驗以降，德國人向來直接面對國家所犯暴行之自我認知與決心，不過此後東德時代的轉型正義，首先還是要歸諸於東德社會的公民運動者：早在統一前，東德議會已啟動對於領

<sup>182</sup> Ebenda, S. 187.

<sup>183</sup> Stan, Truth Commission in Post-Communism, p. 12.

導階層們的刑事追訴程序，也因為公民運動者的絕食抗議，促使 1991 年的開放東德國家安全局檔案，即便是前述調查委員會的構思與通過，亦是德國議會中來自於德東地區的代表們之推動；換言之，直接來自於東德共產獨裁統治下的慘痛經驗，是後社會主義時代轉型正義最重要的助力<sup>184</sup>。

1992 年 5 月 20 日，德國聯邦議會通過組成調查委員會之決議，同時組成一專案小組，其任務在於：「做出政治－歷史分析、提供政治－道德上的評價」<sup>185</sup>。小組有意區隔而不同於刑事司法上的處理方式，提出了五項目標<sup>186</sup>：

- 使應負責之人，在政治上失去一定的資格；
- 使被害人享有透過法律與物質上之補償所難以達成之歷史正義；
- 有助於德國人民內在的一致、確立民主之基本共識；
- 重點不在將應負責之人送上法庭審判；
- 而是發掘所形成的痛苦與背後隱藏的責任結構，予以道德上的批判，這些透過法院審判所無法達成的目標。

經常引發爭論的是：1992 與 1995 年的這兩個調查委員會，是否為學理定義中之真相委員會？特別是在德國的研究脈絡下，向來清楚區分其他國家的轉型正義經驗與制度，以及德國自己兩次處理獨裁政權之所謂「處理過去」（*Vergangenheitsaufarbeitung*），間接使這個問題變得難以回答<sup>187</sup>。由聯邦議會所啟動之調查委員會，得以延攬外部之學者專家，以便從不同面向出發去觀察與分析歷史素材，進而研究與剖析其發生背景，最後並被賦予應提出建議的任務，同時，兩個調查委員會都極為強調「以被害人為中心」，這些要素，都被視為應屬真相委員會之重要特徵<sup>188</sup>。1992 年的委員會報告中，極為明顯的強調「沒有真相、就沒有和解」（*Keine Aussöhnung ohne Wahrheit*）的基本主軸，「過去不法政權之受害者，擁有要求真相的權利」、「只有真相公開，加害人自承其罪，才有

---

<sup>184</sup> Beattie, Andrew, *Playing politics with history. The Bundestag inquires into East Germany*, New York, Oxford (2008).

<sup>185</sup> Deutscher Bundestag, Bericht der Enquete-Kommission »Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland«, BT-Drucksache 12/7820, S. 9.

<sup>186</sup> Ebenda, S. 5.

<sup>187</sup> 雖說如此，德國聯邦議會議員、PDS 黨之 Angelika Barbe，1992 年 3 月 12 日之發言中，仍透露「確實有參考阿根廷 CONADEP 調查委員會」之訊息；siehe Protokoll der 82. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 12. März 1992, S. 6758。

<sup>188</sup> Heyer, Christian/Liening, Stephan, Enquete-Kommissionen des Deutschen Bundestags. Schnittstellen zwischen Politik und Wissenschaft, Deutscher Bundestag, S 9.

談和解的可能」、「從歷史上嚴肅地評價社會主義統一黨之獨裁統治，作為發現事實，指出應負責之元兇，同時符合人們過往之經驗的處理方式」等，都是這份報告所散佈的關鍵訊息<sup>189</sup>。

德國調查委員會一項非常重要的發展背景，是相對於最早有關「是否組成特別法庭以審判東德時代發生之侵害人權事件」的討論，各界慢慢形成一共識：單靠刑事追訴程序，無法帶來眾人企盼之道德上非難。相反的，透過發現事實，將責任與罪責劃分清楚，或許是更好的告別昔日獨裁統治，同時啟動社會關注討論之較佳方式。當然，組成特別法庭，即便是運用之來做所謂道德上的批判非難之想法，最後胎死腹中，但許多的思維與想法，影響了後來成立的調查委員會，該委員會特別參酌了所謂 Russell 法庭（Russell-Tribunal）的經驗，亦即哲學家 Bertrand Russell 在 1966 年所倡議成立，調查美國在越戰期間所犯下之暴行的專責委員會，目的在於研究、記錄並提出道德方面的評價<sup>190</sup>。

東歐國家在後社會主義時代的轉型正義經驗，特別是在舊有政治菁英並未完全消失，特別是加害人與被害人之指涉均未必清晰，至少無法跟拉丁美洲相提並論的背景下，如單以數量相較，確實僅有為數極少的國家，採取與導入真相委員會之機制，雖然不是沒有例如東德－德國的例外，但有趣的是，「東德消失、各邦以一外來者之身分個別加入西德」，也呈顯出與其他東歐國家「和平革命」截然不同的實踐形式，所謂主體之延續性與斷裂，而就算有其他的東歐國家採取真相委員會模式，也常聚焦於類似拉丁美洲情狀的「蘇聯與納粹統治時期」，在在都與自身的民主化路徑截然不同。事實上，Transition 與 Transformation 的「轉型」，並不相同，前者是政治與制度上，直接從獨裁或威權體制進入到民主，至於後者，則是指民主之形成與鞏固<sup>191</sup>；相視於東歐經驗，兩者之差距與不同，確實影響轉型正義的路徑，換言之，不同形式與實質的政治轉型與民主化，一定程度制約是否採取真相委員會，乃至於整體轉型正義目標與手段的選擇，值得思索。

---

<sup>189</sup> Deutscher Bundestag, Bericht der Enquete-Kommission »Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland«, BT-Drucksache 12/7820, S. 281.

<sup>190</sup> Krüger, Wahrheitskommissionen, S. 193.

<sup>191</sup> Puhl, Transition, Demokratisierung und Transformationsprozesse in Südeuropa, in: Merkel(Hrsg.), Systemwechsel 1. Theorien, Ansätze und Konzepte der Transitionsforschung, 2. Aufl., Opladen 1996, S. 173.

## 二、智利

在智利，與真相委員會機制較有關聯性的，主要為 Retting 委員會、圓桌 (Round Table) 兩個組織。首先是 1990 年成立的真相與和解委員會，俗稱 Retting 委員會，任務在於考量智利政權移轉、民主化的「有限條件下」，同時進行政治和解與法律上的處理。在 Patricio Aylwin 總統的召集下，依據智利《憲法》第 32 條第 8 款所賦予總統之自主命令權，透過 1990 年 4 月 25 日所頒佈之第 355 號命令，成立該特種委員會，以負責處理昔日政權的侵害人權問題，但因特赦法仍繼續適用，使其運用刑事司法手段以處理轉型正義的空間，相對受限。多元組成的該獨立委員會，主要工作為調查過去由國家代理人或其他為國家效命之第三人所犯下之重大侵害人權暴行，另一重要目標，則是所謂被害人的個別化 (Individualisierung der Opfer)，調查並整理個別被害人之命運、遭遇與下落。對於 Aylwin 政權所強調的國家和解政策，Retting 委員會一般認為成功的達成兩項目標：一方面在全國的層次上，藉由諸多人權團體的合作與協助，得以蒐集過去侵害人權事件的資料與資訊，另一方面，透過前述的基礎，得以推進其他轉型正義的措施<sup>192</sup>。

Retting 委員會調查 1973 年 9 月 11 日至 1990 年 3 月 11 日之間所發生的暴行，不限於與國家有關之人，其他例如因政治動機、而由非國家之私人所犯下之綁架與謀殺，亦在調查之列，包括與軍事政權敵對之團體所為之恐怖行動，一般咸認，納入這些反政府團體所犯之罪行，是委員會贏得多方支持的重要原因之一。相對的，委員會捨棄有關其他侵害人權行為的調查，例如未帶來死亡結果的刑求，亦遭來一些批評。在委員會的職掌上，並不具有司法裁判之功能，亦不進入接下來的法院訴訟程序中，甚至禁止公開表達特定個人所應負之刑事責任，換言之，委員會既不明指加害人姓名，因為不是法院，是以當然不得為刑罰或其他制裁之宣告，而是將適當且可信之資訊提供給法院。在原先設定為 6 個月、後再延長為 9 個月之運作期間內，委員會之調查並不公開，而是在調查工作結束後，提出報告，其內容亦含有關補償與平反措施、立法或行政機關應採取之措施等建議，以避免將來發生類似的悲劇<sup>193</sup>。在 9 個月期間內，委員會共受理約 3400 件調查申請，

<sup>192</sup> Arnold, a.a.O., S. 346.

<sup>193</sup> Arnold, a.a.O., S. 346.

也獲得特別是教會等相關人權團體的協助，尤其是大量資料的提供，此外也針對被害人、國家安全機關之特務與工作者自願提供之證詞，進行評估與分析。委員會獨立行使職權，不受干預，對於事實的採認，通常採取共識決，只有極少數的案件必須動用到表決，至於未形成確信、或是不屬於委員會職權範圍內之事件，則自然排除在外，之後於最終報告書中，對於個別審視認定之案件，均運用有限的文字加以說明，同時提出委員會之所以形成確信的主要論據。最終報告書向社會公開，普遍被認為是集體國家記憶的關鍵文件，然而，委員會設置的核心目標，所謂「在確定事實之基礎上，開啟和解之路，同時通往司法上的接應處理」，由於出現於智利轉型階段的許多障礙，致最終功虧一簣<sup>194</sup>。

在 Aylwin 總統的請求下，智利最高法院針對 Retting 委員會所提出之個案，開始受理其再審之聲請，包括那些因適用特赦法而經免刑之案件，最後統計約有 320 件訴訟；在其中，特別來自於軍方的反彈極大，造成法院莫大的壓力，更進一步削弱政府處理轉型正義的決心與意志，殊為可惜。智利國會也依據委員會的建議，制定通過針對被害人暨其家屬之損害賠償與補償專法，該法同時也確立被害人家屬對於發現事實、領回失蹤者遺體等之權利，同時成立所謂「平反補償與和解法人」（Corporación para la Reparación y Reconciliación），除受理賠償補償作業外，也進一步受理該委員會所不及處理之其他案件的調查<sup>195</sup>。

智利另一亦被定性為真相委員會組織的，係所謂圓桌（Round Table）：圓桌成立於獨裁者 Augusto Pinochet 於英國遭到逮捕之後，其目的在於政治上啟動全面性的國家和解，也就是試圖達成 Retting 委員會所無法實現的「承認共同之歷史真相」。圓桌的出發點在於，將 Pinochet 軍事獨裁政權下的不法行為，直接視為國家的犯罪行為，進而主張，處理某些國家機關成員於軍事獨裁期間所製造之侵害人權不幸事件的唯一正確態度，就是嚴拒、譴責與認錯，同時決心不再重蹈覆轍。跟前述真相委員會不同的是，此處圓桌的最終報告撰寫，有許多軍方人員、重大人權侵害事件被害人家屬之委任律師等參與。2000 年 6 月 20 日，根據圓桌報告的內容，智利通過第 19.687 號法律-所謂《職業秘密法》（Gesetz über das Berufsgeheimnis），其中規定，由軍方、警察與其他安全機關所蒐集之資料資訊，應呈交給共和國總統，再由其交給管轄法院，開啟相應的司法程序。比較

<sup>194</sup> Arnold, a.a.O., S. 347.

<sup>195</sup> Arnold, a.a.O., S. 347f.

特殊的是，智利為此成立特別法院，僅管轄有關人權事務，在適用國際人權公約的基礎上，進行刑法上的追訴審判。當然，如同前述的 **Retting** 委員會，圓桌也被認為無法達成國家和解的目標，關鍵在於對軍事獨裁政權暴行做一終局性清算處理，能夠產生社會共識的意圖，因為許多的阻撓而無法實現，雖然說，許多來自於民間的呼籲，例如「失蹤之被逮捕者家屬團體」(AFDD)，就強烈堅持對於真相與正義的追求，永遠不得捨棄，使得智利內部的行動仍然未告結束<sup>196</sup>。

### 三、南非

眾所周知，南非真相與和解委員會誕生於從種族隔離過渡到民主之協商過程，1993 年的過渡期憲法，明文委託國會，應制定關於來自政治動機之犯罪的行為人特赦法律，1995 年通過之《國家統一與和解促進法》(Promotion of National Unity and Reconciliation Act, Gesetz zur Förderung der nationalen Einheit und Versöhnung)，正式催生南非真相與和解委員會，其核心目標在於：基於理解之精神，協助克服過去的衝突與分裂，共同促進國家統一與和解的達成。該委員會之任務如下<sup>197</sup>：

- 調查 1960 年 3 月 1 日至 1994 年 5 月 10 日之重大人權侵害事件，包括應對之負責的個人與組織之認定，並揭露其動機與目的；
- 向總統建議防止未來人權侵害犯行所應採取之措施；
- 重建重大人權侵害事件之被害人的個人與社會尊嚴，主要之方法為證人證詞、對於總統所提出之平反與補償建議；
- 對於來自政治動機之犯罪、經相當事實得以成立之加害人，施以特赦。

南非真相與和解委員會含委員 17 人，由總統與內閣選定，主席由屠圖主教 (Desmond Tutu) 擔任，以下並分為三個小組<sup>198</sup>：

- 人權侵害委員會 (Committee on Human Rights Violations)：負責調查該時期內之重大侵害人權事件；
- 賠償與重建平反委員會 (Committee on Reparation and Rehabilitation)：負責提供總統有關重大侵害人權事件被害人之賠償與平反等建議；

---

<sup>196</sup> Arnold, a.a.O., S. 348f.

<sup>197</sup> Arnold, a.a.O., S. 357.

<sup>198</sup> Arnold, a.a.O., S. 357.

- 特赦委員會（Committee on Amnesty）：由法官、律師與神學家所組成，處理特定要件下加害人之特赦事宜。

南非真相與和解委員會，為履行其所付託之任務，擁有相當之刑事訴訟上的權限，包括傳喚與審訊、一定處所之搜索、文件與物品之扣押等，如拒絕與委員會合作或拒絕履行該等處分，得科以罰金或自由刑。就真相之澄清而言，前述真相委員會所屬之人權侵害委員會，最為重要：該委員會共蒐集與登錄 2 萬 1 千 297 則關於侵害人權事件之證詞，確定記載 4 萬 6 千 696 件犯罪行為，被害人合計有 2 萬 8 千 750 人，其中超過 2000 位被害人親自提供證詞。在公開舉辦的聽證程序中，種族隔離政策的被害人（包括從事反對運動而牽連受害者）親臨陳述，敘說著自己的故事，進而被委員會正式認定為被害人。1998 年 10 月 29 日，南非真相與和解委員會正式完成任務，將五大冊報告呈交給曼德拉總統，雖然有著非凡無比的成就，但由於南非財政困窘，難以對被害人為適當的賠償與補償，一般認為是南非轉型正義最大的缺憾之一<sup>199</sup>。

南非屠圖主教說：揭露就是癒合（Revealing is healing）<sup>200</sup>，述說著一個真相與和解之機制的最高目標，然而，弔詭的是，觀察各國經驗，真相的調查與揭露，並不必然帶來社會的和解，相對的，和解也未必是以充分的事實調查與公開為前提，尤有甚者，如果加害人沒有公開承認其犯行，不法也沒有被確認與釐清，要如何通往和解，恐怕也是緣木求魚。至少從各國經驗看來，似乎已少有人主張或堅持真相與和解委員會是唯一或最有效處理體系不法的方式，尤其是企圖在轉型正義制度形成的一開始，就標榜無刑罰性、與刑事追訴的截然切割，類似的路線，已得不到普遍的支持，至少站在和解的這個目標軸線上<sup>201</sup>。

必須承認的是，一般普遍存在對於真相與和解機制抱持懷疑或至少失望的態度，可能的原因如下<sup>202</sup>：

---

<sup>199</sup> Arnold, a.a.O., S. 357f.

<sup>200</sup> Poppe, Wahrheit, Gerechtigkeit und Versöhnung. Die Auseinandersetzung mit dem Systemunrecht des untergangenen Staates am Beispiel der DDR, S. 5.

<sup>201</sup> Eser in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, , S. 418.

<sup>202</sup> Eser, ebenda, S. 422f.

- 調查之時間區間，如果僅限於特定的政府階段、某些不法形式或對象，則難以期待最後得以描繪出整體體系不法的面貌，結果就經常是眾所週知的某些「元兇」不在其列、某些被害人只能選擇刻意保持沈默，兩相作用，造成致命的傷害；
- 如果調查委員會無法擁有足夠且有效的調查權限與機能（例如南韓與烏拉圭），則各國常見只有少數被害人出面合作，重要的舊政權應負責之人，則根本躲過調查、相安無事，看著少數人意圖找出他們的真相；
- 許多國家都發現，原本目的正當、旨在保障個人資訊自決權的個人資料與隱私保護法律，反而變為阻撓真相調查的重大障礙，特別是正值調查前夕或關鍵時刻的「檔案自動銷燬」、「被失蹤被遺棄」，更是造成真相難以探究的主因；
- 就算調查有所成果，但如果加害人無法進一步究責、被害人無法得到應有的補償賠償（例如南非），則就算有真相，也無法企求和解；
- 令人遺憾的是，許多國家都發生社會與政治對於真相和解運動的支持不足，即便連道德上的堅定都難以期待，轉型正義的正面力道並不如想像中的大、劇烈，直接造成真相釐清與通往和解之不能。

當然，即便真相與和解努力的成效不如預期，但不表示它不重要，如果沒有進行這方面的嘗試，事實上更不可能期待轉型正義的落實，是以，問題關鍵或許不是該不該做，而是究竟應該如何運用方法與手段，使之更有效的達成目標。研究者 Albin Eser 就提出以下的建議<sup>203</sup>：

- 對於昔日政權的體系不法、包括其成因與發展，必須做全面性的研究與分析；
- 特別優遇寬待或歧視報復特定對象，過猶不及，或是半推半就、虛情假意的推動，最終將傷害目標的達成與公信力；
- 真相調查不能依賴願意合作者之主動坦承，而是必須憑藉更有效的手段與方式，令昔日政權人士誠實告知，才能竟其功。就此，調查手段與權限必須認真的檢討與建構；
- 調查機關、組織與人事，必須具有相當的專業與人格特質，建立公信力；

---

<sup>203</sup> Eser, ebenda, S. 424.

- 真相與和解機制的成功與否，很大程度取決於所提出之建議是否認真落實，以及調查成果是否確實公諸於世，使當事人等均能取得與揭露。

#### 第四目 賠償補償與財產返還

參考其他國家處理轉型正義的經驗，或可看出許多不同的背景思維與政策想像，接下來要分析的賠償補償手段，亦不例外。在轉型正義的發展中，較早的國家作為，可追溯自二次大戰後對於受納粹德國迫害者，包括身體創傷與痛苦、長年之權利與自由遭剝奪之人，猶太人，乃至於同性戀者、身心障礙者、「非社會者」(Asoziale)、醫學實驗之受害者等，所為之平反與補償措施，不僅針對個人，亦包括可能之企業在內<sup>204</sup>，一般對此即稱之為德國補償政策 (Deutsche Wiedergutmachungspolitik)<sup>205</sup>，以作為政府所推動之整體「克服過往」(Vergangenheitsbewältigung)政策的一部分<sup>206</sup>。當然，在德意志聯邦共和國成立之前，亦即在四國佔領期間的 1947-1949，已經於不同地區進行程度不一的補償作法，其根源來自於 1943 年 1 月 5 日由 18 國簽署的所謂倫敦宣言 (Londoner Erklärung)，一般也稱為所謂同盟國宣言，全名為«同盟國針對受敵人所佔領或受其控制區域內所為剝奪財產行為之宣言» (Alliierte Erklärung über die in den vom Feinde besetzten oder unter seiner Kontrolle stehenden Gebieten begangenen Enteignungshandlungen)，透過此宣言，同盟國明確表示：在受軸心國所佔領或控制之區域內所為之財產、權利等之任何移轉與轉讓，亦即於 1933 年至 1945 年間，基於種族、宗教或政治理由遭追捕而不法不當剝奪徵收的財產，保留宣告該等行為無效之權利，即便該移轉與轉讓係以表面合法且無強制之法律行為形式為之<sup>207</sup>。

---

<sup>204</sup> 以猶太人所有的企業財產為例，即遭納粹進行所謂的「亞利安化」(Arisierung)與「去猶太化」(Entjudung)，類型有三：將猶太人之資產移轉予亞利安裔的私人；將猶太人的資產直接移轉予國家；解散與消滅猶太人之企業與營業。

<sup>205</sup> Hockerts, Wiedergutmachung. Ein umstrittener Begriff und ein weites Feld, in: dersl./Kuller, Nach der Verfolgung. Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in Deutschland? Göttingen 2003, S. 7.

<sup>206</sup> Frei/Brunner/Goschler(Hrsg.), Die Praxis der Wiedergutmachung. Geschichte, Erfahrung und Wirkung in Deutschland und Israel, Wallstein Verlag Göttingen 2009, S. 9.

<sup>207</sup> Bundesministerium der Finanzen, Entschädigung von NS-Unrecht. Regelung zur Wiedergutmachung, November 2012.

二次大戰結束後，同盟國佔領德國，在透過軍事政府第 2 號法律以扣押所有納粹政權與政黨之財產後，即準備開始依據倫敦宣言而進行被害人的財產返還措施。例如在美國佔領區，透過軍事政府第 59 號法律，將遭納粹德國強制徵收或強制出賣之不動產與其他財產，歸還予原所有權人。此軍事政府第 59 號法律原名為《返還可資確定之財產客體予國家社會主義壓迫措施受害者法》（*Militärregierungsgesetz Nr. 59 zur „Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen*），主要規範財產返還的程序，最早實施於該美國佔領區（1947 年 11 月 10 日），法國佔領區於同年則另有內容差異不大的類似作為，英國佔領區則施行該第 59 號法律於兩年後的 1949 年 5 月 12 日，雖然必須強調，事實上在施行之前，英國佔領區內已多有直接返還財產予被害人之舉措，相對的，蘇聯佔領區內也同有類似相當的返還財產之作法，但並無一致性的法律制定<sup>208</sup>。

以一開始實施於美國佔領區的軍事政府第 59 號法律為例，全文共 75 條，是有關轉型正義政策下第一個規範詳盡的法律，特別是針對返還財產的部份，尤具參考意義，以下簡述該法之重要內容<sup>209</sup>：

- 第 1 條明示法律目的，在於「就可資確定之包括物、權利在內之財產客體，返還予於 1933 年 1 月 30 日至 1945 年 5 月 8 日間，基於種族、宗教、國籍、世界觀或對於國家社會主義之政治敵對而遭剝奪者」，返還之對象為原所有權人或繼承人，但如為保護善意取得之第三人，則可有除外之不同規定。
- 第 2 條明定「不法剝奪」之構成要件，包括「因國家行為或濫用國家行為而徵收」，以及「違反善良風俗、強行法或受脅迫所為之法律行為」，兩者皆在其內。
- 第 3 條規範「徵收推定之除外」：如以相當之價格出賣與買受、且出賣人得自由支配該價金者，則可推翻為不法剝奪徵收之推定。
- 第 4 條明定 1935 年 12 月 15 日，亦即所謂紐倫堡法施行日作為基準日，在該基準日之後的所有法律行為，均得因可成立轉讓人之受強制狀態（*Zwangslage*）而遭撤銷。但基準日之後的法律行為，如無國家社會主義

---

<sup>208</sup> Ebenda.

<sup>209</sup> Ebenda.

之統治，仍得期待其為之，或取得人已特別考量轉讓人之利益者（例如財產移轉至外國），則排除在適用之列。

- 依據第 9 條，如係「來自與相關企業進行通常且一般之商業交易，因而取得之動產」，不在應予返還之列，但如為文化財與特別具有藝術價值之物，抑或其他來自於受追捕者之私人占有或來自基於利用遭剝奪之財產客體所為拍賣之類似性質之物，則仍應命返還之。
- 第 10 條明定，無人繼承之財產或應予返還之權利，不歸國庫，而應交付予由軍事政府指定之承繼組織。
- 第 11 條規定登記返還請求權之時效，以及保全措施之申請期限，均至 1948 年 12 月 31 日止。
- 第 55 至 65 條，包括登記返還請求權之程序，地方補償機關之核可，移送邦法院所設之補償專庭審理，異議與執行名義效力等。第 66 條且明文，前述邦法院補償專庭三位合議庭法官之一，必須具有屬於本法第 1 條所稱遭追捕被害人群體之身分。依第 69 條規定應設置審核局（Board of Review），其權限為審查並必要時變更原有返還准否處分之決定。
- 根據第 74 條，取得不動產與公司營業之所有人，有查詢閱覽土地登記簿、土地登記檔案、船舶與營業登記簿之義務，以確認所涉財產是否屬本法明定應予陳報之客體。
- 因故意或過失而未為陳報，以及故意向補償機關為不實陳報之所有權人，應適用第 75 條施以刑事處罰。

在同樣受納粹統治的奧地利，亦於戰後進行類似的補償與返還措施。1945 年 8 月 1 日，奧地利轄下 Kärntner 邦臨時政府政府頒布命令，針對特別是遭納粹驅逐並強制徵收其農地之斯洛維尼亞人，明定「廢止所有前任政府所為之農地扣押處分，且無須考量現時之占有關係，無條件返還予原所有權人」，即為其適例<sup>210</sup>。返還受納粹迫害之猶太人原有之財產，不僅在戰後的德國實施，也擴及其他在戰時被納粹直接佔領或間接影響（例如存在當地的通敵政府－法國維琪政權即為其適例）之地區所在的國家，與佔領德國之同盟國軍事政府相同，均明確制定法律，推動返還猶太人原有財產事宜，較次要的，有時也延伸至非猶太人之其

---

<sup>210</sup> Malle/Elste/Entner/Jesih/Sima/Wilscher, Vermögensentzug, Rückstellung und Entschädigung am Beispiel von Angehörigen der slowenischen Minderheit, ihrer Verbände und Organisationen, Oldenbourg Verlag Wien München 2004, S. 195ff.

他同遭迫害的人民。當然，執行時不免存在一些爭議，例如何等財產「應認屬於市場經濟發展的一部分」，應排除返還之列？而何等財產又應為「納粹特有之財產客體」而必須返還？再者，各國同樣面臨難題：就基本政策而言，究竟應該優先選擇哪一路線：「將徵收剝奪之財產返還予原所有權人」？還是「應考慮在經濟重建與發展的思維下，將已生之財產秩序變動往回頭推的不利問題，是以不應實施返還個人財產」？戰後初期，在歐洲顯然是美國獨霸與主導的時期，美國政府傾向前者，亦即應以將財產返還予個人為優先目標，決定了幾個歐洲國家的政策政治方針，雖然說，不同國家間仍然有所差異<sup>211</sup>。

在聯邦德國成立後，推行之納粹政權受害者補償政策大致有下列之不同措施：

- 延續前述佔領軍政府的作法，繼續將過去受強制沒收的不動產與其他財產價值，返還予原所有權人或繼承人，如無繼承人，則直接交付給猶太人團體；
- 對於生命受侵害、喪失自由健康與職業生涯的被害人，進行個別直接的金錢給付補償，以填補其損害；
- 在特別是社會保險領域的不同法律範圍中，建置被害人補償法制；
- 司法上的平反，包括刑事司法與其他例如剝奪國籍與學位等被害人之回復措施；
- 與其他國家（例如舊蘇聯與波蘭）、基金會或由權利人組成之組織，締結各自不同補償內容之協定；
- 在東德，雖無對於個別納粹政權受害者的補償措施，但卻有統整入社會照顧給付與榮譽退休年金中的做法<sup>212</sup>。

---

<sup>211</sup> 例如是否採行「回復如同納粹未曾統治過的前原有狀態？」，也就是說，戰後返還的財產，特別是透過價值的計算，究竟應該回到例如 1938 年遭剝奪徵收前的狀態（例如知名的瑞士 CRT – Claims Resolution Tribunal – 請求權裁決法庭審理決定之

Blaoch-Bauer 案）？還是應以 1945 年戰爭結束時為準？從道德觀點來看，「受害人不該共同承擔戰爭的不幸影響」，應屬適論，但在實施財產返還的戰後初期，本於經濟重建與復甦之需求，如此之主張恐怕不切實際，也將使業已返還但可能違反此原則之個案，難以重新開啟補償返還程序，換言之，各國多以「返還 1945 年戰爭結束時該當狀態下之財產客體」，作為基本原則。

<sup>212</sup> Bundesministerium der Finanzen, Entschädigung von NS-Unrecht. Regelung zur Wiedergutmachung, November 2012.

德國處理納粹受害人與戰爭後果之補償事宜，從歷史發展看來，主要有下列依時間順序排列之不同做法<sup>213</sup>：

- 同盟國佔領軍政府時代之補償措施（如前述）；
- 1951/52 年以色列協定（Israel-Abkommen）、海牙議定書（Haager Protokolle）、移轉條約（Überleitungsvertrag）；
- 1953 年《聯邦統一補償補充法》（BErgG）、1956 年《聯邦補償法》（BEG）暨施行細則（DV-BEG）；
- 1957 年《聯邦返還法》（BRÜG）；
- 1957 年一般《戰爭後果法》（AKG）；
- 1959-1964 年與歐洲各國簽署第一次整體協定（Erste Globalabkommen）；
- 1965 年《聯邦補償法終局處理法》（BEG-Schlussgesetz）；
- 1969 年與歐洲各國簽署第二次整體協定（Zweite Globalabkommen）；
- 1979 年聯邦指令（Richtlinien des Bundes）、第 2 條公約（Artikel 2-Abkommen）；
- 1990 年東歐民主化後，與東歐各國簽署協定，成立東歐基金（JCC）；
- 1998 年召開之華盛頓大屠殺受難者財產會議（Washingtoner Konferenz über Holocaustvermögen）；
- 2000 年 8 月成立「記憶、責任與未來基金會」（Stiftung Erinnerung, Verantwortung und Zukunft），處理強制勞動與其他納粹迫害受害人之補償；
- 2007 年頒布猶太人特區勞動之認可指引（Anerkennungsrichtlinie für Arbeit im Ghetto）、經認可者之年金補償措施。

有關後納粹時代轉型正義脈絡下的財產返還，戰後德國最重要的法律，無非 1957 年 7 月 19 日通過施行之《規範返還德意志帝國與相關法人金錢債權之聯邦法》（Bundesgesetz zur Regelung der rechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichgestellter Rechtsträger, BRÜG）亦即一般轉型正義法制所稱之《聯邦返還法》（Bundesrückerstattungsgesetz），以此處理遭戰前德國政府與納粹黨組織所不法侵奪之財產返還問題，該法第 2a 條第 1 項所明文

---

<sup>213</sup> Ebenda.

之「違反法治國原則而原始或繼受取得所有權、所有權地位、占有或處分權」，即為其目的。本法全文共 7 章 48 條，除第 1 章總則與概念定義外，分別處理新成立之返還請求權（第 2 章），返還請求權之處理（第 3 章），第 4 章的行使返還請求權之登記與其他程序，包括新成立之返還請求權、登記期限與其他程序（第 1-3 節），德國聯邦政府的給付義務（第 5 章），含德國聯邦政府的財務負擔方式與效果、相關程序，第 6 章特別規範急迫情形之特別補償措施，最後一章則為附則。體系非常完整，從適用範圍、返還請求權與不得/部分返還時之金錢賠償、申請期限與程序至政府義務等，皆有清楚的明文規範<sup>214</sup>。

在此介紹《聯邦返還法》—最後一次修正為 2013 年—之重要內容，以更清楚地觀察有關轉型正義下財產返還之處理原則暨方式。本法第 2 條定義返還法上的請求權，包括返還可資確定的財產客體，以及無法返還時，返還請求權人或其繼承人對於相對人之金錢或其他損害賠償請求權，兼及無法原物返還情形之處理方式。第 2a 條進一步規範應適用返還財產之該當情狀，包括法律所稱之任何法律主體的下命或強制，以令受害人將特定財產客體移轉予一個或數個繼受取得之第三人（第 2 項），包括受害人本人被迫同意或提供協力之情形（第 3 項），亦足當之。當然，相對的，法律亦明文排除無須返還之特定情形，例如原財產所有權人係為償付違法行為之財產處罰，或原本即為讓與目的而移轉財產（第 4 項）；同樣銜接前述第 2 條規定，如經不法剝奪徵收之財產客體已喪失、損害或減損其價值者，相對人仍須負損害賠償責任，不能因此而主張免責（第 2a 條第 5 項）。至於該損害賠償金額的確定，依第 16 條第 1 項規定，應依照賠償時重新取得相同財產之價值核計之，以臻明確，當然，同條第 2 項復明文，受害人如未遭剝奪徵收所可期待取得之積極性質的履行利益，不得計入損害賠償範圍之內，但其他如利息、金錢價值利益等之消極利益，則當得主張賠償之，法律直接明定為 25%，權利人毋庸再行舉證該消極利益的範圍。

對於本法適用前已經司法訴訟程序處理之案件，不論是經由法院確定判決或當事人為訴訟上和解而業經終局解決者，為防產生抵觸法律所設目的之不正義結果，第 6 條特別加以處理，明定該等確定判決或當事人和解，仍應發生本法所強制賦予之效力，換言之，如逾越本法所定效力範圍，其全部或一部判決與和解將

---

<sup>214</sup> Ebenda.

失效，是一明確強制溯及既往的規範，以追求實體正義。從 1957 年制定至今，最後一次修正為 2013 年的《聯邦返還法》，至今仍然有效適用中，可見有關國家社會主義納粹政權統治下受害人之財產返還、相關之損害賠償問題，特別是與其他相關法律之結合、區分與競合適用，直至二次大戰結束 70 年後的今日，仍未完全解決，迭有繼續處理之必要，應值注意。

二次大戰後主要針對納粹不法所推動的補償政策，成為之後各國轉型正義的先驅與典範，但其中衍生出另外一種請求權基礎或模式：重點不在性質上類似社會保障體系下之社會補償( *soziale Entschädigung* )—不論著眼於有因或無因<sup>215</sup>，而是站在一國家作為犯下體系性不法之加害者的出發點，換言之，立基於加害行為之賠償法的角度，建構起國家之財產返還義務，如不可為(財產客體已散失或消滅)或難以期待，則改採名為補償、但實為賠償之手段，或可稱之為「財產損失之補償」，則其內涵與前述之一般補償賠償已有不同，是必須將之獨立考察，也就是前述所看到的一些，例如德國聯邦返還法的發展。整體看來，今日所稱之全球轉型正義( *global transitional justice* )運動的脈絡下，大致上有下列不同的補償請求路徑與類型<sup>216</sup>：

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

以下謹在此全球轉型正義的脈絡下，特別敘述 1990 年代中期以來的最新發展，以資借鏡。

## 一、補償猶太裔受害者之所謂千禧年回合：大屠殺時期資產損失之補償請求( *Holocaust Era Assets* )

在 1980 年，有關二次大戰時期對於日裔美國公民或合法居留於美國之日本

<sup>215</sup> 此種手段常聯繫於「戰爭」，針對戰爭的影響( *Kriegseinwirkungen* )，諸如從事戰鬥任務、處於戰爭特有之危害狀態、戰俘、監禁、其他財產損害者，予以補償，作為社會給付行政上常見之社會補償，參見：Eichenhofer, *Sozialrecht*, 10 Aufl., Tübingen 2017, Rn. 421f.。

<sup>216</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht. Entschädigung und Restitution in einer globalen Perspektive*, Wallstein Verlag Göttingen 2014, S. 69.

國民拘禁之事實，由於集體訴訟之成果與之後眾議院組成之委員會的推動，美國正式開啟對於戰時受害之日裔美國人或日本國民的補償程序，每人補償金額為 2 萬美元，總計花費 16 億 5 千萬美元<sup>217</sup>。延續此行動，1990 年代初期，補償猶太人於納粹統治時期所受財產損失的所謂「千禧年補償運動」(Millenniumsentschädigungsbewegung)開跑，但基本思維與邏輯卻有所不同：相較於之前的「個人定額金錢補償」，此波行動之訴求毋寧在於「財產損失的補償」，在美國統稱為大屠殺時期之資產損失補償；主要針對大屠殺受害者，重點聚焦於受害之財產價值，更重要的是，在戰後初期所為之金錢補償，歷經數十年，一般被公認為明顯不足且未符真正的公平正義，方有改弦易幟，轉向被害人所受財產損失補償之舉<sup>218</sup>。美國 1990 年代的此項千禧年補償運動，成為之後其他國家處理轉型正義、特別是與納粹德國相關問題的典範，各國爭相仿效，例如接下來介紹之法國、奧地利、瑞士與荷蘭。

#### (一) 法國

首先是法國：1999 年 12 月，法國總理 Lionel Jospin 成立所謂「受佔領期間因反閃族主義之立法而受侵奪之受害人補償委員會」(La Commission pour l'indemnisation des victimes de spoliations intervenues du fait des législations antisémites en vigueur pendant l'Occupation, CIVS)，以處理在貝當元帥擔任總統之維琪政權統治下的不當財產徵收剝奪。在迅速推動下，法國政府總共進行三次的補償措施：首先是支付一筆補償金予「大浩劫紀念基金會」(Fondation pour la memoire de la shoah)，其次是針對於該委員會設置之程序中提出補償申請之個人，為有關財產損失之特定補償給付，最後則是給付於集中營中遭屠殺之猶太人所遺子女(orphelins de déportés)的養老年金，每月 450 歐元。在有關財產損失的補償方面，直至 2010 年底為止，委員會總共受理超過 2 萬 7 千件的補償申請，其中有三分之一係針對銀行帳戶存款的返還；總的來說，委員會總計核定超過 5 億歐元的給付，其中大約有 10%的申請遭駁回，其中逾三分之二都是申請當年遭沒收之銀行存款的返還，相對的，只要是申請遭剝奪之實物的補償，則核

<sup>217</sup> Yamamoto/ Ebesugawa, Report on Redress: The Japanese American Internment, in: Pablo de Greiff/The international Center for Transitional Justice, The Handbook of Reparations, Oxford (2006), 257.

<sup>218</sup> Unfried, Vergangenes Unrecht, S. 69.

定通過比率超過 95%。法國政府的補償政策，十多年經常遭受不同角度與團體的批評，最核心者乃兩套不同補償概念之爭：究竟應該、而且只能補償具體可以證明的個別損失？抑或應將猶太人視為集體的受害族群，國家應直接對之為補償給付，根本無需再個別證明其具體損失？當然，由於美國律師所提起的集體訴訟，乃至於美國政府的強力干預，法國政府終究試圖兼顧兩者，例如可證明與辨識之銀行帳戶，總計超過 5 千萬美元，只是釋明、但未達清楚證明程度的，亦超過 2250 萬美元，相對的，只要提得出父母曾在維琪政權或納粹德國佔領區內曾有銀行帳戶者，就至少可獲 3000 美元的補償給付<sup>219</sup>。

值得注意的是，法國轉型正義的補償政策呈現多元，早在前述 CIVS 成立之前，法國政府即成立所謂 *Mattéoli* 委員會，同樣處理納粹受害人的補償事宜，理由在於，許多受害人對於單一的補償措施不滿，於是透過政治遊說再另起爐灶。*Mattéoli* 委員會在 2000 年 4 月提出報告，強烈建議法國政府應側重遭剝奪財產的補償 – 不只是遭德國人剝奪、亦包括遭許多法國人趁火打劫掠奪的猶太人財產，不應自我侷限於齊一式的固定金額補償給付。根據法國政府統計，對於非金錢財產之補償、亦即一般所稱之實物補償，不計入銀行帳戶存款的補償部分，核定者之平均財產價值約為 2 萬 8 千歐元。該委員會估計有極高比例應予返還之財產，仍在政府之手，是以法國政府再以 4 億歐元成立前述之大浩劫紀念基金會，繼續處理之，據估計，至少有超過 2 萬件的申請，得以將依其他法律與措施而未能獲得完全補償之損失，當然特別是實物財產方面的損失，能夠得到無漏洞的補償。事實上，前述德國 1957 年通過之「規範返還德意志帝國與相關法人金錢債權之聯邦法」(BRÜG)，在其 1964 年之修正中，加入對於家用財產與其他財產作為應予補償之客體，提供遭其他法律所排除或不足補償之特別案例之適用，準此，有超過 2 萬名猶太裔之法國國民獲得補償。總括來看，關於受納粹政權迫害之受害者的補償，在法國法制上，總計有四波：1946 年戰後初期之法國戰爭損害補償法、1957-59 之德國 BRÜG 法、1964-66 之德國 BRÜG 法修正法、2001 年後之 CIVS 補償機制<sup>220</sup>。

在返還遭不法徵收剝奪之財產上，可從以下一些數據，看出法國數十年來的

<sup>219</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 147f., 465ff.

<sup>220</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 149f., 471f.

一些發展軌跡<sup>221</sup>：

- 2001 年以前，據估計，約有八成的損失得到補償，另外的 20%則以「仍留在法國境內」視之，未獲法國政府補償，但 CIVS 啟動後則依循應 100% 補償的原則，即便是金錢，也必須依照今日之貨幣價值加以合理折算；
- 據統計，住宅遭侵占與掠奪，以及企業與經營事業遭亞利安化，是最重要的補償類型，前者佔所有申請案的 34%、後者則為 24%，此外，63%的申請都涉及遭遣送至集中營時之財產扣押。

## （二）奧地利

由於美國猶太團體的遊說與推動，美國政府不斷地向奧地利施壓，兩國終於在 2001 年簽署《奧地利聯邦政府與美利堅合眾國政府有關規範國家社會主義受害者補償與返還事宜公約》（*Abkommen zur Regelung von Fragen der Entschädigung und Restitution für Opfer des Nationalsozialismus zwischen der Österreichischen Bundesregierung und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika von 2001*），亦即一般所稱之「華盛頓公約」，奧地利政府隨即成立《國家社會主義受害人一般補償基金》（*Allgemeiner Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus*），目標在於「在今日奧地利共和國領土範圍內，提供尚未解決之國家社會主義受害人補償問題一個廣泛的解決」。此基金下設兩個部門：金錢補償申請委員會，以及所謂申請返還財產之實物返還裁決處（*Schiedsinstanz für Naturalrestitution für Restitutions beanspruchter Objekte*），分別處理有關金錢補償與財產返還事宜。相較於前述法國政府較龐大的預算空間，奧地利政府在 2001 年即設定最高補償總額之上限為 2 億 1 千萬美元，換言之，所有申請者就必須在此最高上限下為相對比例的分配，廣受各界批評。基於此預算，一半金額之補償給付係依據申請程序、另一半則以合理程序（*Billigkeitsverfahren*）進行，在後者的程序中，申請人只要一定程度的釋明、無須到舉證責任較重的證明程度，即可獲補償給付<sup>222</sup>。

至 2011 年止，約有 2 萬零 7 百位申請人提出共 12 萬件的申請案（每一符合

<sup>221</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 471f.

<sup>222</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 134f., 484f.

補償要件之事實均獨立一案)，經核定總計有 2 萬 2 千件申請核予補償，受益人共 2 萬 4 千人（含非原申請人之繼承人）。約有 10%申請遭委員會駁回，在核准的案件中，30%之申請涉及與職業或教育相關之損失，雖非直接與財產相關，但仍為委員會所受理並核可，20%之申請客體為遭解散或徵收之企業，另外的 50%則為符合補償要件之財產類別，包括銀行帳戶、股份、債務、抵押權、動產、保險給付請求權、不動產與其他具財產價值之損失。所有經委員會核准之補償總額，合計為 15 億美元，但如上述，在僅有 2 億 1 千萬美元的預算上限下，經申請程序核可者，僅得獲償 10.56%，進入合理程序核准者之獲償率則為 17.16%，在保留給保險目的下之請求權的 2 千 5 百萬美元特別部分中，獲償率則為 20.74%。相對於 40 年前向補償基金提出的 1 萬 1 千件申請，2001 年的補償基金則高達 2 萬零 700 件，一般評價為遲來的正義，雖然說，不免因預算總額之上限而只能達成「部分的遲來正義」<sup>223</sup>。

奧地利 2001 年的補償基金運作中，不斷出現的難題是：究竟應如何定義受害人與繼承人？在 2001 年的補償作業中，僅有 10%不到的申請人，是納粹統治時代直接受財產侵奪的被害人，絕大部分的申請人，均是主張本人或其父母在 1938-1945 年間，因淪入特定窘困之生活狀況而主張財產受損，並非其財產直接遭不法徵收與剝奪。法律規定極為清楚：「申請人係指，遭國家社會主義政權，基於出身、宗教、國籍、性傾向、身心障礙或所謂非社會性之污名，致遭追捕或驅逐，或於今日奧地利領土範圍內在國家社會主義統治期間內因而蒙受損失或損害之個人與團體」，換言之，從該後段之規範，可得出奧地利採取「請求權可繼承性」(Vererblichkeit der Anspruchsberechtigung) 原則，再加上「因而蒙受損失或損害」即屬具請求補償資格之人，是以出現大量的與職業活動與教育相關之受害人的申請案件，此外，由於合理程序中所容許之寬鬆舉證要求，這些都是奧地利處理補償與財產返還制度，較不同於其他國家的運作特徵<sup>224</sup>。

在申請返還財產之實物返還裁決處方面，本於 2001 年華盛頓公約，奧地利政府補償基金同時成立此單位，實施所謂「返還不動產程序」(In-rem-Verfahren)，但範圍侷限於國家所佔有之私人財產：在最終延長至 2009 年底的申請期限中，

<sup>223</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 137, 486f.

<sup>224</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 140f., 488.

共有 2229 件申請提出，其中超過 1 千 4 百件是所謂沒有實質理由或未備理由的表面申請，主要是避免遲誤申請期限；在其他的 525 件實質申請案中，至 2011 年 11 月止，有 403 件做出裁決，313 件經駁回，90 件經裁決核准返還，據此返還之不動產總價值超過 4 千 2 百萬歐元<sup>225</sup>。

### （三）瑞士

與其他國家情況大相逕庭的，有關瑞士銀行針對納粹政權受害人之補償，並非來自於瑞士政府所設立之專責委員會，包括所謂瑞士歷史學家委員會（Schweizer Historikerkommission, UEK），以及運作於 1996-1999 年間之俗稱 Volcker 委員會的「傑出人士獨立委員會」（Independent Committee of Eminent Persons, ICEP），這兩個專門處理與納粹統治相關之轉型正義的機構。關鍵契機來自於 1999 年 12 月：基於瑞士銀行團與美國集體訴訟律師團在 1998 年 8 月所達成的和解，前者願意支付 12 億 2 千 5 百萬美元，雙方決定委由在之前的 1997 年 6 月，由 ICEP 與瑞士銀行公會共同設置之請求權裁決法庭（Claims Resolution Tribunal, CRT），由其處理所謂 1998 年該項和解的支付事宜（第二請求權裁決法庭-CRT II），以相對於之前專責處理所謂「沈睡帳戶」之第一請求權裁決法庭（CRT I）<sup>226</sup>。

至 2011 年 12 月止，對於申請返還「無聲無息之沈睡帳戶」存款的申請人，該法庭計核可准許達 6 千 5 百萬瑞士法郎（約 4 千萬美元）之金額，但其中僅不到三分之一的 1 千 2 百萬美元，係支付予納粹之受害人，不論基於何一預估與推測—包括 Volcker 委員會預推之 1 億 6 千萬瑞士法郎的直接帳戶、10 億瑞士法郎的間接帳戶，實際支付之金額都引起許多的批評與失望<sup>227</sup>。

### （四）荷蘭

荷蘭之補償基金由政府與私經濟部門共同協商，其中 20% 補償給付予猶太人團體，作為集體性的補償措施，其他的 80% 則給付給個人作為所謂「粗糙正義

<sup>225</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 145, 491.

<sup>226</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 121, 498f.

<sup>227</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 500.

» (rough justice) 的實踐。由荷蘭政府委託之猶太中央委員會 (Centraal Joods Overleg)，設置中央權利申報處，開始受理申請補償。第一階段至 1999 年 12 月止，共收受 3500 件申請，其中只有少數之案件提出具體之財產損失證明，有為數甚多之關於返還動產的申請，經查明已在戰後初期返還無誤。在此第一階段，有 276 位申請人獲得合計約 20 萬歐元的銀行帳戶存款返還，371 位則獲得共 75 萬歐元之有價證券損失補償，主張保險權利受損者則得到 3 百 30 萬歐元之補償給付，至其後的 2004 年，該基金再支付 3 億 2 千 5 百萬歐元予新設立之「對於盜用基金之道德責任與恢復正義之基金會」 (Morele aansprakelijkheid roof en rechtsherstel)，亦即一般簡稱之 Maror 基金會，其中 17.5% 保留給具體證明財產損失之個人，其餘的基金則準備做為實現「粗糙正義」之未能具體證明財產損失之人申請補償之用<sup>228</sup>。

荷蘭前述補償措施已告一段落，因所規定之申請期限早已屆至，處理也已完畢，但因著名之 Jacques Goudstikker 案<sup>229</sup>而又開啟新的財產返還回合，主要是針對遭納粹搜刮之藝術品的返還。在此領域，藝術品財產的返還較為順利，在專責之「評定具藝術價值之財產返還申請與二次大戰之諮詢委員會」 (Advisory Committee on the Assessment of Restitution Applications for items of cultural value and the Second World War)、亦即俗稱之「返還委員會」 (Restitutions Committee) 的執行下，至 2007 年 7 月止，共有 89 件要求返還藝術品之申請，其中逾半已處理完畢，被視為財產返還的典範<sup>230</sup>。

## 二、有關奴隸交易、人口販運與奴役之補償請求

關於特別是非裔美人遭奴隸交易、人口販運與奴役之害的轉型正義，1980 年代以前多集中於所謂的優惠性差別待遇，包括教育、就業等領域之定額進用與

---

<sup>228</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 502f.

<sup>229</sup> Jacques Goudstikker (1897.8.30-1940.5.16)，猶太裔荷蘭人，藝術經紀商，被譽為兩次大戰間最成功的荷蘭藝術商人，在納粹入侵荷蘭後，有其收藏之逾 200 幅、特別是古典派大師畫作，遭納粹奪取沒收，戰後，盟軍將所有畫作與藝術品發還予荷蘭政府，作為「親善歸還權利」(amicable restitution of rights)的一部分，荷蘭政府遂將之收歸國有，收藏於國立博物館中，後經不斷的請願與要求，荷蘭政府終於在 2006 年將全部收藏發還予 Goudstikker 的家族。

<sup>230</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 417f.

優先錄取，進行所謂「積極歧視」，此類偏向集體性的補償，至此漸漸式微，與前述猶太裔受害者約莫同時，開始轉向金錢補償之運動訴求，轉捩點是 1998 年：聯合國人權委員會正式宣告，跨大西洋的奴隸交易與人口販運為違背人性之罪行。2001 年，在南非德班召開之聯合國反種族主義會議之預備會議中，正式確立「針對奴隸交易受害人之國際補償模式」(international compensation scheme for victims of the slave trade) 原則。在此原則下，對於奴隸與奴役被害人之補償，分為兩類：一類為物質的、金錢的補償請求，另一類則為對過去不法之廣泛的平反補償，例如美國政府之認錯與道歉，以及對於所涉族群成員之優惠性差別待遇。雖然美國政府做了許多轉型正義之努力，特別是針對自我認知與認同方面，然最終之補償手段，仍未能擴及金錢給付之形式<sup>231</sup>。

### 三、與殖民主義相關，特別是因驅逐與屠殺原住民族所生之補償請求

此種形式之轉型正義措施，始自 1946 年開啟之美國印第安人請求委員會 (Indian Claims Commission) 之推動，在 1970 年代之後，則多見類似優惠性差別待遇之獎學金與健康醫療支援計畫，印第安保留區之販售彩券專賣，原侵佔土地之返還，以及特定之金錢補償等，不一而足。1990 年代之後，主要來自於美國當地之黑人補償團體 (Black Reparations Groups) 以及非洲知名人士的發動，以非洲之低度發展作為奴隸與殖民主義的不幸結果之理由，提出應獲補償 7770 億美元之請求；接踵而來的，2008 年，義大利政府同意於 20 年內支付 50 億美元，以補償 1911 年以來殖民與奴役利比亞所造成之損害，在法國，亦有由移民之少數族群所提出之補償請求。

### 四、前壓迫之威權政權後對於侵害人權之補償

在南非與拉丁美洲，轉型正義之補償請求主要係針對受前政權所不法侵害之被害人的補償：最知名者當係南非之所謂和解與發現真相過程 (Versöhnungs- und Wahrheitsfindungsprozess)，2002 年，在美國有一針對 20 家曾支持南非種族隔離政策之公司與銀行所提起的集體訴訟，請求高達 4000 億美元的補償，而南非政府同列被告。南非總統公開表示美國法院對於南非之補償事務無管轄權，

---

<sup>231</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 70f.

相對的，被列為被告之某些企業，主動釋放善意，直接支付補償金進入南非政府補償計畫所設置之「總統基金」之內。南非藉此補償計畫，對於 1 萬 6 千名受害者之家屬，各支付 3000 美元之補償金，當然，同時還有包括厚葬、刪除刑事犯罪記錄、設置紀念碑與紀念館、街道易名、訂定紀念與和解之國定節日等象徵性措施，以及眾多優惠性差別待遇，例如於公部門優先僱用昔日受歧視之族群成員，乃至於民營企業中推動所謂「黑色經濟培力」(Black Economic Empowerment) 計畫。最新的發展為非洲補償運動 (Africa Reparations Movement)：行動者提出所謂「反體制性的補償要求」(antisystemische Reparationsforderungen)，也就是主張遭掠奪與侵佔之土地的返還，如此之土地返還 (Landrestititionen)，無疑意味著「正確描繪非洲歷史且重建非洲人之尊嚴與自信」(an accurate portrayal of African history and thus restore dignity and self-respect to African people)<sup>232</sup>。呼應此要求，南非政府提出國家補償計畫，但並未如行動者所主張之應追溯至 17 世紀的殖民時代，而是僅溯及至自 1913 年開始實施種族歧視措施而將黑人族群強制遷徙至 homelands 起算，返還自該時起強行徵收的土地。這項返回土地之補償計畫的核心，並非針對殖民政權歧視的報復與平反，所謂的「受歧視者對獲利者」，毋寧是來自於對侵害人權行為的彌補與平反，所謂之「受害人對加害人」，應加注意。這項土地返還補償計畫，由南非政府特別成立之土地權利返還委員會 (Commission on Restitution of Land Rights) 執行之，雖然不是沒有成果—開始實施至 2004 年已返還 7% 的土地，但仍遭各界批評速度緩慢<sup>233</sup>。當然，畏懼返還與重新分配土地，是否帶來有害經濟之疑慮從未消失，但南非之土地補償計畫並未直接間接證實此項擔憂的必要，但相對的，同樣推行激進之土地全面返還與重分配的鄰國辛巴威，就帶來令人遺憾的經濟全面崩潰，始料未及。

拉丁美洲的轉型正義中，在最核心之真相委員會任務之外，對於受害人的補償亦屬各國重要工作，例如智利政府對於皮諾契政權受害者家屬的物質補償措施：免費醫療，子女的教育扶助，無償住宅的提供，免服兵役，以及金錢補償。就金錢補償而言，同屬國家財政較佳的阿根廷，以及相對較差之瓜地馬拉，均與智利相同，皆屬國家轉型正義的重要作為<sup>234</sup>。以阿根廷為例，1991 年，阿根廷政府與

<sup>232</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 75.

<sup>233</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 76.

<sup>234</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 77.

美洲國際人權法院簽署和解契約，由其支付每名受害者最高達 22 萬美元之政府公債，相對的，阿根廷內國法院亦判決對於軍事獨裁受害家庭的補償，最高金額亦有 300 萬美元之譜，總計已花費超過 7 億 5 千萬美元。歷經 30 年內戰之苦的瓜地馬拉，1980 年代曾發生軍方屠殺原住民並掠奪其土地之暴行，內戰結束後，1999 年，政府組成之真相委員會，提出關於軍事獨裁期間之侵害人權調查報告，隨後真相委員會遂正式建議應採行補償受害者之計畫，催生亦有諸多受害者團體代表所加入之所謂國家補償委員會的組成，最終提出國家補償計畫（Programa nacional de resarcimiento），內容包括道德上（紀念碑、儀式等）、物質上、心理—社會上補償手段，在經濟性補償方面，主要財源來自於歐盟政府的發展援助基金；比較值得一提的，瓜地馬拉一開始並無針對個別受害人之補償措施，而是對於族群與群體，特別是遭驅逐與流亡之原住民部落，直接返還過去所侵奪之土地，但之後隨著被提起訴訟，特別是在所謂 Sánchez 村計畫所犯下的屠村暴行，瓜地馬拉政府遭美洲國際人權法院判決敗訴，遂自 2004 年起，政府決定直接給付受害個人金錢補償，每人 2000 歐元，對於平均每日所得約 1 美元之農村居民而言，此補償金額並非小數目<sup>235</sup>。

國際上一個知名的個案是烏干達：1970 年代，在獨裁者 Idi Amin 所謂「烏干達經濟本土化」的政策下，大量驅逐被污名為「亞洲吸血鬼」（asiatische Blutsauger）的印度裔移民，當然亦隨同剝奪其包括營業、農業生產與企業在內的一切財產，強制徵收後因承繼者的無能，使烏干達經濟隨之淪入敗壞與崩潰。獨裁政權遭推翻後，烏干達政府決定由財政部下屬之「離境亞洲人財產保管局」（Departed Asians Property Custodian Board）來處理財產返還事宜，諷刺的是，這個官署當年就是負責將徵收之財產分配發予烏干達國民承繼的單位。根據受害者團體的估計，約有 95% 遭徵收的財產價值已經發還，包括農地、工廠、營業與社團財產，直至 2002 年止，在 4700 件財產返還申請中，有超過 4000 件核定准許。比較特殊的是，由於烏干達境內的印度裔移民並無強而有力的利益代表團體，因此政府之補償與返還完全以「個別方式」為之，是其特徵<sup>236</sup>。

---

<sup>235</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 78f.

<sup>236</sup> Unfried, *Vergangenes Unrecht*, S. 81f.

## 第五目 公部門人事清查（除垢）

最後一項常見的轉型正義手段，係所謂公部門人事清查（*Überprüfung des öffentlichen Dienstes*），雖然說，在概念上，經常產生許多的混用與模糊，例如特別是後蘇聯與東歐國家所採取之所謂除垢（*Lustration*）手段。公部門人事清查，通常是指將過去政權所轄之公務人員，進行一定之「篩檢」（*screening*），如未符標準，則接下來可能通往職業上失格或職業禁止，一般而言，為建立民主化之後的法治國行政，重拾人民對於國家政府的信賴，一定之公部門人事清查應屬必要，然而其爭議並不因而少見。如前所述，在概念上，必須先行區別幾組不同的名詞：

- 清查（*Vetting, Überprüfung*）<sup>237</sup>：針對相對人，一方面為過去錯誤行為的調查，二方面為未來行為、特別本於是否尊重人權等角度之預測，如結果為負面，則可能帶來免職或職業禁止之效果。
- 除垢：原則上與前述清查之內涵相近，字源上來自於希臘時代之 *lustrare* — 民俗上潔淨之慶典儀式，常用於後蘇聯與東歐國家採取之公務人員清查之稱呼，例如波蘭的使用 *lustracja* 一詞<sup>238</sup>。
- 行政正義與制度改革：在從威權統治過渡至民主時代，公部門體系經常採取一連串之行政法上措施，例如常見之將原先中心化的行政體系，改之以去中心化的新形式，此通稱為所謂的行政正義（*administrative Gerechtigkeit*）。相對的，民主化之後的改造國家制度，特別是國家安全單位，乃至於將武裝團體之解除武裝、解除動員或重新整編等，亦常稱之為所謂制度改革（*institutionelle Reformen*）。這兩種形式，都可能夾雜有公務人員之調查，所以在聯合國的報告書與學理上，亦均認知為轉型正義下與人事清查相重疊的手段<sup>239</sup>。
- 清洗（*Säuberung, Bereinigung*）：這個概念通常連接至「政權過渡期間之大量免職」，採取的多為形式之標準 — 例如特定政黨之黨員，換言之，並未進行進一步的、個別個案之清查檢驗。清洗的概念常回溯至納粹或史達

<sup>237</sup> Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN Doc. S/2004/616 v. 23.8.2004, Rn. 52.

<sup>238</sup> Williams/Szczerbiak/Fowler, Explaining Lustration in Eastern Europe, Sussez European Institute Working Paper No. 62 (2003), p. 3; zitiert nach Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 122.

<sup>239</sup> United Nations Development Programme, Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines (2006), p. 9; Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 123.

林時代，恐怖的政黨或特定陣營內部之「清洗」、「大清洗」，是以當前在轉型正義之研究上，一般均建議避免再用此名詞，以免誤導<sup>240</sup>。

之所以有進行公部門人事清查之必要，其實不難理解：從威權獨裁統治過渡至民主，社會上普遍存在對於政府人事，特別是與壓迫體制直接相關的司法、警察、民意代表與其他相關公行政人員之不信任，應該等人員無疑背負著「幫兇」的負面烙印，透過個別個人的審查，必要時予以免職或甚至職業禁止，確實能作為強化轉型後民主正當性之重要貢獻。再者，人事清查亦有明確的預防效果：透過相當程序去排除昔日具有人權侵害紀錄之公務人員，形同散發一清楚的訊息：未來將能有效防堵過去侵害人權之事跡重現，新的法治國秩序將得以期待<sup>241</sup>；由此角度出發，普遍認為，警察與國安單位之人員，應屬首要目標，因為該等與過去體系性壓迫與侵害人權之關聯性最大。再者，透過人事清查，乃至於聯繫之後的免職或職業禁止，顯然，針對當事人過去行為之制裁，亦屬這項轉型正義手段之重要功能，在東歐國家之除垢中，甚至將清查結果公諸於世，任何人得以索閱該等資訊，換言之，亦作為帶有濃厚羞辱（shaming）性質制裁措施，以取代因不採取或個案上無法貫徹之刑事追訴，後者如因特赦法之適用故，雖然說，此等作法亦引發不少批評，認為這無疑等於「較輕微之刑事追訴」（Strafverfolgung light）或「開後門的處罰」（Bestrafung durch die Hintertür），但一般說來，基於對行為人亦可能產生之重大不利益，加上本身即有獨立之意涵與功能，公務人員除垢仍被視為一有效而重要之轉型正義手段<sup>242</sup>。

至於進行人事清查的實體標準，學者 Serge Rumin 分析，通常引據的核心內涵是「涉及國際法犯行、重大的人權侵害行為、貪污、濫用權勢地位或根本缺乏專業資格與能力」<sup>243</sup>，從各國實踐看來，有幾種可能的選項<sup>244</sup>：

- 強調公務人員是否能夠期待遵守人權標準之所謂廉正性；
- 強調從事民主法治國之行政機關活動，應具備一定之資格；

<sup>240</sup> Werle/Vormbaum, ebenda.

<sup>241</sup> Duthie, Introduction, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies (2007), p. 17, 30.

<sup>242</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 124f.

<sup>243</sup> Rumin, Gathering and Managing Information in Vetting Processes, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, Justice as Prevention, pp. 403, 404.

<sup>244</sup> United Nations Development Programme, Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines, p. 20.

- 著重於財政財務正當性、紀律（**financial propriety**），強調公務人員對於政府預算經費之運用必須值得信賴；
- 實踐上最常見的是形式標準：因具備某一昔日威權政黨之黨員身分，即直接加以免職或為其他處理（例如東歐國家）。

在各國實踐上，基於不同的主客觀條件，進行之公部門人事清查呈現出相當差異的狀況，比較常見的，則是相對限縮範圍，將除垢之對象僅限於「參與人權侵害最密集而嚴重之機關」，例如侷限於國安情報單位、軍方與警察，但亦有擴張至司法、公營媒體、民意代表、大學或金融機構者<sup>245</sup>。為了區隔昔日政權之體系性不法，避免落入「新政權政治鬥爭舊政權」之批評，「形式上的合憲法律」幾乎是民主化後政府的唯一選擇，且多見直接聯繫至轉型前業已存在之有關免職公務人員的行政法上規範，當然，必須加上轉型後特別立法所啟動之人事清查任務。就處理的專責機構而言，常見如法院，或設置特別的、享有獨立地位並獨立行使職權之委員會，當然，如本身就作為人事清查之對象，則原本承擔類似任務之司法或行政機關即未盡適合<sup>246</sup>。次就人事清查之法律效果來說，則存有幾種可能形式：全部免職，調動至本機關或他機關之其他職務，一定期間而非永久之一定活動任務的禁止從事，乃至於課予其他之特殊負擔，實踐上亦常見遭清查之對象自行離職，無須為進一步的處理，不論原先的清查除垢程序有無終結。當然，現實上亦可能出現先將機關內所有公務人員免職，再透過重新篩選程序而加以任命，所謂 **firing & hiring**，換言之，在申請任命程序中去進行內涵相同的人事清查，不過此種方式並不多見，因產生之影響與耗費甚鉅，僅見於所屬多數成員都顯有重大侵害人權嫌疑之特定機關<sup>247</sup>，或是本於種族或宗教事由，在轉型前政府相當程度的排除特定族群擔任公職者，亦見轉型後對於該原遭歧視族群的優惠待遇，使其較高比例的就任該等公職<sup>248</sup>。

德國在二次大戰後，主要由西方三國之佔領盟軍所啟動的去納粹化（**Entnazifizierung**）措施，總共進行逾 600 萬人次的人事清查，但至 1950 年後，

<sup>245</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 126.

<sup>246</sup> United Nations Development Programme, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines*, p. 21.

<sup>247</sup> United Nations Development Programme, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines*, pp. 15-16.

<sup>248</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 127.

去納粹化漸次停止，有諸多原先於納粹政權擔任重要職務之官員，重返行政、警察與司法部門，雖然說，在之後的西德聯邦政府之公務人員任命中，「憲法忠誠義務」仍然是一個存續的檢驗依據，也引發不少爭端<sup>249</sup>。義大利於戰後所實施的去法西斯化（defascistizzazione），也與德國類似，基於冷戰開啟、兩國政府出現嚴重的人事缺口等考量，同樣雷聲大雨點小，不再進行一定規模的人事清查與除垢，如同 Ralph Giordano 的名言：與犯罪者的大和解，最後，謀殺犯仍在我們的人群中<sup>250</sup>。必須承認，許多國家基本上反對以公務人員人事清查，作為轉型正義的手段選擇，例如南非結束種族隔離後的 1993 年臨時憲法（Interim Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993），其中第 229 條（法的持續）、第 235 條及第 236 條（政府、公務人員、軍人與警察）、第 241 條（司法），即清楚標榜人事的延續性，不採行人事清查與除垢措施，換言之，民主與人權結構之建構，憲法決定交給原有「國家體系性不法推動者」之公部門人員，即便南非真相與和解委員會，亦在其 1998 年的最終報告中承認：「因為在南非的脈絡下並不合適」，所以不採取人事清查措施<sup>251</sup>。阿根廷亦未選擇人事清查手段，幾乎全體國安部門人員均倖免，雖然民間人權團體仍不遺餘力的，揭發並公開軍方及警界有重大侵害人權記錄之人員名單，原來目的在於防止該等人員受晉升，但事實上也發生迫使其離職的效果，所謂的「異議」（impugnación）<sup>252</sup>。

關於公部門人事清查，最為人津津樂道者，當屬後社會主義時代的東歐：最為重要的，係「大量於國安情報單位中擔任專職或兼職線民特工等之公務人員」，從民主化後搜獲之國安情報人員名冊，正好揭發出有待除垢之範圍。知名之例當屬捷克，1991 年即通過特別的法律，排除許多特定公職人員的再任職，尤其是共黨幹部、警察、國安情報機關之成員，進而包括捷克研究院暨學術機構、國營媒

---

<sup>249</sup> 例如德國聯邦憲法法院 1975 年 5 月 22 日作成之所謂激進者裁定（Radikalenbeschluss）：一法律系學生因不願表明支持自由民主的基本秩序，遭官署拒絕其實習之申請，最終提起裁判的憲法訴願，法院以為：公務員忠誠義務在基本法之適用下有其重要地位，因為憲法不再是價值中立，而是將某些核心的基本價值納入其保護之列，並課以國家保護之義務，因此憲法規定了某些條文以對抗危害，憲法建構了一防衛性的民主...憲法的基本決定並不允許，一合憲機能完全取決於公務員內在是否受憲法拘束之國家，讓拒絕並對抗自由民主、法治國及社會國秩序之國民，成為國家的公務員或繼續擔任之；請參見 BVerfGE 39, 334 (349, 368f.)。

<sup>250</sup> Giordano, Die zweite Schuld, 2 Aufl., 2008, S. 87, zitiert nach Werle/Vormbaum, ebenda.

<sup>251</sup> Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Report, Vol. V (1998), p 311; Klaaren, Institutional Transformation and the Choice Against Vetting in South Africa's Transition, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, Justice as Prevention, pp. 147-150.

<sup>252</sup> Barbuto, Strengthening Democracy: Impugnación Procedures in Argentina, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, Justice as Prevention, pp. 41-43.

體通訊社、國營銀行、國營企業等之成員，在捷克斯洛伐克分裂後，捷克繼續延長該法適用期間為 5 年，而後廢止落日期限，改為持續適用<sup>253</sup>。統一後德國對於昔日東德之公務人員，則採取顯然較為「輕微」之除垢作法，主要對象為東德國安局（Stasi—史塔西）之成員，至於原東德之法官與檢察官，統一條約中規定，必須依統一前東德最後制定之新法官法一同，交予地方議會、邦議會議員、4 名法官或檢察官所組成之委員會，個別審查是否得以續任<sup>254</sup>。波蘭則為另一知名之例：1997 年制定《除垢法》，要求 2 至 3 萬名民意代表、法官、檢察官、國營媒體通訊社之主管們，提出是否曾與秘密警察合作之聲明，如為肯定，並不直接免職，而是公開其姓名，如為否定，則將聲明與相關資料傳遞予檢察署，由其依據檔案資料詳加比對，如經證明聲明有偽，則稱之為「除垢說謊者」（Lustrationslügner），向特別之除垢法庭起訴，由其判決宣布處以最多 10 年之禁止擔任公共政務職<sup>255</sup>。相較於阿爾巴尼亞的仿效捷克，愛沙尼亞則以波蘭為師，在 1992 年 7 月 8 日指定之法律中，明定民意代表予公務人員必須提出「未擔任線民且未參與迫害人民行動」之宣誓聲明書，如證明不實，則得以免職或進行刑事追訴，值得注意的是，無人依該法而遭免職或訴追。1995 年 2 月 6 日的新法下，明文與國安情報單位合作之人，應公開其姓名於政府公報中，惟如遵期自認者不在此限，結果就是幾無人遭公布姓名<sup>256</sup>。關於捷克、波蘭之人事清查，在後述之各國轉型正義制度分析中，將再進一步探討之<sup>257</sup>。

從法治國原則的角度觀察，公部門人事清查經常遭到某些批評與質疑，特別是諸如阿爾巴尼亞在其除垢法中所採取的所謂「無個別評價、僅聯繫至公務人員的整體行為」作法，易言之，只要在獨裁統治期間擔任特定的重要公職，即在轉

---

<sup>253</sup> Priban, *Oppressors and Their Victims: The Czech Lustration Law and the Role of law*, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, *Justice as Prevention*, pp. 309-315.

<sup>254</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 130f.

<sup>255</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 131.

<sup>256</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 131.

<sup>257</sup> 附帶一提的是：不僅從威權獨裁統治過渡到民主化，即便在內戰結束之後的轉型正義，亦常見類似之人事清查措施，例如 1992 年簽署和平協議而結束內戰的薩爾瓦多，在叛亂團體 Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional 遭解除武裝後，即針對警察、軍方與司法進行全面性的人事清查，1995 年締結 Dayton 協定之後的波士尼亞—赫茲哥維納亦有針對類似對象（同時擴及至檢察官）的作法，有時，國際機構組織或甚至其他國家，亦會涉入與協助內國之類似作為，例如聯合國之介入東帝汶、利比亞與海地，而在伊拉克，因為美國及同盟國之故，伊拉克過渡聯合政府即針對昔日所謂 Baath 黨的成員是否於政府中任職，進行所謂「去 Baath 化」

（Entbaathifizierung）的人事清查，亦為著例；詳見 Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN Doc. S/2004/616, 23. August 2004, Rn. 52。

型後全面認定不適格，篩檢門檻甚低，招致歐盟的關心，乃有歐盟理事會 1996 年 6 月之正式照會，建議阿爾巴尼亞政府「在法律的適用上，應限縮於國家所任命之重要且與人權侵害相關的職務，例如公行政、軍方、安全單位，同時不應該影響準備參加國會選舉之候選人；亦可將範圍限縮至 1980 年 1 月 1 日至極權政府垮台日止積極從事、受僱或做為其成員者」<sup>258</sup>。捷克斯洛伐克《除垢法》亦採取類似「整體歸責」(pauschale Schuldzuweisung) 的出發點，只要具有特定組織的成員身分，即可排除於公職之外，也在其國內外引發不少爭論與批評。這種「不分個人、只看群體」之作為人事清查基礎，事實上始自二次戰後紐倫堡軍事法庭，依其法院章程第 10 條，只要有「經法庭認定為具犯罪性質之組織」的成員身分，即屬刑事可罰，但之後在法庭實踐上並未真正實施，而在之後數十年來的國際法實務上，亦未再聞見類似思維<sup>259</sup>。再者，東歐轉型國家的最高法院、憲法法院，亦經常針對個案或甚至除垢法本身的規定，做出全部或一部的廢棄決定，例如阿爾巴尼亞、保加利亞、捷克與匈牙利，可見從法治國拘束言之，公部門人事清查仍須謹慎為之。

一個值得參考的規範性基準，是聯合國於 2006 年所提出之《後衝突背景下公部門人事清查與運作指引》(Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines)，建議轉型國家處理相關事務之應遵循規範，首先是要要求應符合國際上之程序標準，包括程序公開、檔案閱覽權、聽審與法律扶助辯護之保障、保有法律救濟之可能性、舉證責任應由進行清查之機關負擔等<sup>260</sup>。此外，歐盟理事會亦頒佈有所謂《去除過去共產極權體系所留遺產之應行措施》(Measures to Dismantle the Heritage of Former Communist Totalitarian Systems)，針對各國之處理轉型正義、特別是公部門人事清查與除垢，建議應採取下列基本原則<sup>261</sup>：

- 應設置獨立之特別委員會以處理之；
- 採取之措施不應以刑罰、報復等為目標；
- 私人或準私人機構應該排除在除垢之外；
- 禁止擔任公職期間不應長於 5 年；

<sup>258</sup> Europarat, Doc. 7568 v. 3. Juni 1996, Rn. 56.

<sup>259</sup> Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 133.

<sup>260</sup> United Nations Development Programme, Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines (2006), p. 22.

<sup>261</sup> Europarat, Doc. 7568 v. 3. Juni 1996.

- 「在某一特定時點具有某一合法組織之成員身分」，不得作為免職之標準，但如與侵害人權有關者，不在此限。在較高位階職務之公務員，得推定其與該等侵害人權行為有關，進而合理化其免職。

聯合國與歐盟理事會的兩項建議，雖然不具直接的拘束力，但在各國採行相關公部門人事清查工作上，深具參考價值，兩項建議都側重一些核心內涵，包括以贏得人民之信賴、防止再有人權侵害行為作為最重要目標，同時不偏失對於當事人之程序上保障，切勿淪為報復下的產物，均甚為重要。雖然形式上看似人事清查，但正當性有所不同之路徑，常見關於服務於昔日威權政府之人員的「專業上不適格」，亦即欠缺應有之職業能力，這特別在各國處理司法體系問題中可以觀察到<sup>262</sup>；本研究將在後面以更多的篇幅再為詳盡的分析與介紹，以供參考。例如在統一前的東德，要擔任諸如法官般的特定高階職務，必須符合「信賴政治、毫無懸念的準備貫徹黨的決定、政治與意識型態上值得信任」，而這顯然與聯邦德國之基本理解與要求截然不同，德國對此，並未採取「全盤清查與免職」之作法，而是個案檢驗，而德東地區各邦之標準亦不盡相同，例如薩克森邦(Sachsen)，其公務員第 6 條第 3 項即明文「於東德群眾組織擔任重要職務者，即推定不具建立公務員關係所需之必要資格」，布蘭登堡邦(Brandenburg)則規範一般性的任命要件，亦即必須「提出擁護自由民主基本秩序的保證」，實踐上則常輔以問卷或詢問國安局檔案管理機關，以探求個人之真實狀況<sup>263</sup>。一個比較負面的例子是捷克斯洛伐克：在其人事清查中，將大學社會科學院所有學術人員均認定為不適格—所謂有嫌疑的位置(suspected positions)，進而迫使其主動離職，被普遍認為是相當不明智的作法<sup>264</sup>。

根據不同國家實踐經驗，學者 Roman David 將除垢區分為以下四種類型<sup>265</sup>：

<sup>262</sup> United Nations Development Programme, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines* (2006), p. 20; Duthie, Introduction, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*, p. 17.

<sup>263</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 135f.

<sup>264</sup> Appel, *Anti-Communist justice and Founding the Post-Communist Order: Lustration and Restitution in Central Europe, East European Politics and Societies* 19 (2005), S. 379, 384, 386; zitiert nach Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 136; Bilková, *Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic*, Conference on „Past and Present-Day Lustration: Similarities, Differences, Applicable Standards“, 7 September 2015, p. 2.

<sup>265</sup> David, *Lustration and Transitional Justice. Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary, and Poland*, University of Pennsylvania, Philadelphia (2011), pp. 27-39.

- 排他型 (exclusive)：禁止與過去政權有一定關聯之人，擔任新政府的特定職務；
- 融入型 (inclusive)：目的在於賦予與過去政權有一定關聯者「第二次機會」，只要主動揭露過去所涉情節即可；
- 和解型 (reconciliatory)：當事人主動揭露與過去政權之關係後，再進行相關的比對查證，以驗示其陳述聲明之正確性；
- 混合型 (mixed)：組合前述三種類型之不同要素。

基本上，四種模式並無所謂好壞優劣之別，之所以做出某種制度選擇，毋寧來自於政治傳統、現實條件，特別是民主轉型之路徑，例如經過激烈抗爭之捷克，便採取與過去最激烈的斷裂告別模式，「排他型除垢」自然浮上檯面，相對的，經由政治協商而達成民主化的國家，如波蘭與匈牙利，便顯然較為傾向融入型或和解型，當不意外，本研究在之後的各國經驗分析中，會再回顧這項觀點。

### 第三章 聚焦：人事清查相關制度建構各國轉型正義制度比較與分析

#### 第一節 轉型正義政策與轉型的法（Lex Transitus）

專門研究轉型正義之學者 **Fatima Kastner**，提出轉型的法（Lex Transitus）之概念<sup>266</sup>，認為該法域直接處理之客體，係社會作為一整體下的衝突，換言之，轉型正義的法，涉及的是「制度」，亦即針對特殊的地方、區域與國際三個場域之不同問題與狀況，個別的加以制度化（*institutionalisiert*），而其主要的構成要素，則包括形成形式、程序、處理範圍。而此轉型的法，必然來自於特定的政治決定，也就是轉型正義之政策（*Transitionspolitik*），在德國一般亦稱為過去政策（*Vergangenheitspolitik*）。在學理與實踐的分析，基本上可區分為刑法上與非刑法上之政策，前者又別稱為轉型刑法（*Transitionsstrafrecht*），以下再細分為加害人取向、被害人取向與其他立法取向<sup>267</sup>。本章的論述，站在前述轉型正義手段之體系性認識的前提下，將繼續追蹤各國不同的路徑選擇，特別是國際上廣為周知或甚至模仿之例。

從學理上的某些歸類方法，可以讓我們更清楚的觀察不同國家所選擇之轉型正義處理模式，例如 **Albin Eser** 與 **Jörg Arnold**，便從「人權保障之刑法的轉型模式」出發，亦即著眼於「是否採取刑事法手段來處理」，提出一些相當重要的觀察線索<sup>268</sup>：

- 威權獨裁體制之侵害人權行為，當屬刑事上可罰，不論從國際刑法可以得到相同結論，作為以有效人權保障為職志的刑法可言，更屬必要，從一般刑法之適用上來說，應無障礙可言；
- 具有刑法關聯之克服過去的轉型正義政策，兼具或得以選擇制度、行為人、被害人或規範導向的反應方式；
- 轉型過程中侵害人權行為之刑事追訴，可能受不同之政治目標與其他因素的影響，不論是政治、歷史、個人或甚至經濟角度之因素，每個國家都截

<sup>266</sup> Kastner, *Lex Transitus. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtsregimes von Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Bd. 34, Heft 1, 2015, passim.

<sup>267</sup> Arnold, *Fortentwicklung der Projektkonzeption*, in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14: *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Berlin 2012, S. 48.

<sup>268</sup> Eser/Arnold, *Einführung in das Gesamtprojekt*, in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, S. 22.

然不同；

- 在轉型正義之處理過去的工程中，刑法並非主角，因為刑法不是未來對於過去之社會及歷史論辯之最佳替代品，刑法不能保障未來，雖然說，從各國經驗看來，刑法當然不是完全無能為力。

從各國轉型正義經驗，包括前述不同個別手段之列舉分析中，無疑可得到一些觀察：如果以是否採取刑事追訴手段（甚至是所謂一筆勾銷模式 *Schlussstrichmodelle*）、特別是針對國家所採取之刑法上司法不法（*strafrechtliches Justizunrecht*）為經，以包括恢復名譽、真相調查，以及是否採取賠償補償途徑為緯，可以得出如下數表所展現的線索與軌跡<sup>269</sup>：

表 7：原始模式選擇<sup>270</sup>

一筆勾銷模式	絕對的一筆勾銷	純粹（無其他）	西班牙、喬治亞、迦納
		帶有重建措施	俄羅斯、白俄羅斯、烏拉圭
	相對的一筆勾銷	帶有重建措施	保加利亞、波蘭、立陶宛、匈牙利、捷克
		帶有多重修正措施	阿根廷、智利、南韓、馬利、希臘、德國
刑事追訴模式	德國（兼有多重修正措施）		
和解模式	南非（智利）		

表 8：轉型正義之刑事上克服過去政策的模式<sup>271</sup>

制度路徑選擇	制定新的刑事立法	
	行為人導向的刑法處理	刑事追訴
		完全放棄刑事追訴
		有條件的放棄刑事追訴
	藉由特別委員會或機關以澄清過去歷史	
平凡、重建、補償、回復名譽		
政治目標	歷史正義	

<sup>269</sup> Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 23ff., Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 329-332.

<sup>270</sup> Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 23.

<sup>271</sup> Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 25.

	澄清過去歷史
	和解
	維持政治穩定性
影響轉型正義路徑之政經社文化等因素	菁英之更迭
	擁有之資源
	精神、宗教、世界觀等之意識觀點
	國際關係

表 9：行為人導向的刑事處理模式<sup>272</sup>

刑事追訴	廣泛的刑事追訴	德國
	有限的刑事追訴(部分放棄刑事追訴)－如區分個人、構成要件、時間、時效、特赦或其他免除刑罰	保加利亞、波蘭、匈牙利、捷克、立陶宛、愛沙尼亞、希臘、葡萄牙、阿根廷、智利、瓜地馬拉、烏拉圭、馬利、南韓
放棄刑事追訴	有條件的放棄刑事追訴(行為人自白)	南非
	廣泛的放棄刑事追訴	俄羅斯、白俄羅斯、喬治亞、西班牙、巴西 <sup>273</sup> 、迦納

表 10：恢復重建與刑事法關聯之各國分布<sup>274</sup>

	有刑事法關聯		無刑事法關聯	
	針對國家以刑事訴訟手段犯下之不法	針對國家之刑事不法	以刑法以外之其他手段廢棄國家不法	純道德手段
恢復與重建	捷克、波蘭、匈牙利、德國、俄羅斯、喬治亞、白俄羅斯、愛沙尼亞、立陶宛	捷克(含追訴期限)、保加利亞(含特赦)、希臘(含特赦)、馬利	波蘭、匈牙利、捷克、德國、俄羅斯、希臘	西班牙、馬利

<sup>272</sup> Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 27.

<sup>273</sup> 關於巴西之特殊「特赦」路徑，請參見 Neumann/Prittitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly(Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, Ffm. 2013。

<sup>274</sup> Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 329.

表 11：賠償補償與刑事法關聯之各國分布<sup>275</sup>

	有刑事法關聯			無刑事法關聯					
	以之 前的 恢復 重建 措施 為基 礎	已先 行採 取對 行為 人之 刑事 追訴	刑事 法院 或採 取刑 事訴 手段	透 過 完 全 獨 立 的 補 償 機 關	採 取 國 家 賠 償 手 段	採 取 民 事 求 償 手 段	透 過 美 洲 人 權 委 員 會	採 取 其 他 方 式	針 對 職 業 不 法 與 行 政 不 法
補 償 與 賠 償	波 蘭、德 國、捷 克、舊 蘇聯 所屬 共和 國	智利	希 臘、馬 利	匈 牙 利、智 利、巴 西、南 非	烏 拉 圭	阿 根 廷	阿 根 廷	南韓	匈 牙 利；捷 克、德 國、保 加利 亞、希 臘、巴 西

如果再連結轉型之成因與方式，可以看到與接下來轉型正義採取之手段相互間的關聯性：

表 12：體制變遷原因與轉型正義手段<sup>276</sup>

國家別	體制變遷轉型原因與方式	重建恢復與補償
德國（東德）	國家解體而加入第三國	與刑事法相關之重建恢復與補償
蘇聯	內爆與瓦解	與刑事法相關之重建恢復與補償（俄羅斯、白俄羅斯、喬治亞、立陶宛、愛沙尼亞）
捷克	內爆與瓦解	與刑事法相關之重建恢復與補償（不含斯洛維尼亞）
波蘭	協商	與刑事法相關之重建恢復與補償
匈牙利	協商	與刑事法相關之重建恢復、刑事法以外的補償

<sup>275</sup> Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 329.

<sup>276</sup> Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 332.

希臘	軍事政權內爆	與刑事法相關之重建恢復與補償
西班牙	由上層發動	轉型中之道德補償
葡萄牙	軍事政變與革命	無
阿根廷	軍事政權內爆	與刑事法無關之補償
巴西	協商	刑事法之外的補償
智利	協商	與刑事法相關的補償
瓜地馬拉	協商	無
烏拉圭	協商	刑事法之外的補償
馬利	軍事政變	與刑事法相關之補償
迦納	由上層發動	無
南非	協商	刑事法之外的補償
南韓	協商	刑事法之外的補償

這裡的提問是：在前述主要以刑事法關聯（**Strafrechtsbezug**）為準的分佈中，我們可以看到，實施轉型正義的國家，採取諸如最為常見之平反、重建、賠償與補償手段時，難以避免地必須與刑事法有一些牽扯與聯繫，而這些繁複的排列組合，又與其政治轉型的成因及形式有關。站在經常出現之「刑事正義還是歷史正義？」的對立命題下<sup>277</sup>，作為「無刑罰」（**Straflosigkeit**）之轉型正義代表典型形式的真相委員會，是否絕然涇渭分明、毫無聯繫？還是此命題事實上不存在，因為真相委員會仍與其他帶有刑事法關聯的轉型正義手段，藕斷絲連或根本無法完全切割？例如真相公布後、不甘於「和解」的被害人之請求刑事制裁？這樣的提問是在挑戰「真相與和解」這組選擇下的標準說法，刑事正義與歷史正義，不但無法切斷，更不會是完全對立；究竟觀察某些國家的實踐，能夠提供如何之思索？再聚焦於作為本研究主題之「公部門人事清查」，在轉型的法之體系下，如同前述的分析，是否作為刑事正義的替代、所謂無刑罰政策下的配套措施？伴隨著刑事正義，所謂「較輕」的刑事法關聯下，落實「行政正義」目標之手段？抑或某些論者眼中的「獵殺女巫」、徒留政治清算、所謂「國際社群通常反對」？在轉型的法之視野下，無疑值得進一步探討。

## 第二節 聯合國 2006 年人事清查操作框架

<sup>277</sup> Teitel, *Transitional Justice*, pp. 88-89.

聯合國人權高專（OHCHR），針對後衝突國家之人事清查與除垢，於 2006 年頒佈所謂的《後衝突國家人事清查法治工具：操作框架》（The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Rule of Law Tools for Post Conflict States Vetting: an operational framework, 2006）<sup>278</sup>，而與下一節由聯合國發展計畫辦公室針對類似問題，於同一年 2006 製作之《聯合國發展計畫辦公室：危機預防與重建司法暨安全部門改革，後衝突背景下公部門人事清查與運作指引》（United Nations Development Programmes Bureau for Crisis Prevention and Recovery Justice and Security Sector Reform, Vetting Public Employees in Post-conflict Settings: Operational Guidelines, 2006）—所謂運作指引，有所不同，兩者並稱聯合國關於除垢議題上最重要的規範。本研究將在本節與下節做詳細的介紹。首先是關於操作框架的內容，茲說明如下。

## 第一目 人事清查與體制改革

改革公務體系是從獨裁或衝突過渡到民主與和平國家的核心任務。延續衝突或為獨裁政權服務的公務體系，應使之轉型成為支持轉型、永續和平並維護法治之主體。侵害人權與為政黨利益包庇的體系，需要成為保障人權、防止濫權公正服務於公共。失能且不公平的體系需要轉變成為享譽公民信任之效能且公正的體系。在建立效能且公正的體系時，體系改革有助於以兩種主要方式提供轉型正義。首先，效能且公正的公務體系在預防未來侵害上扮演重要角色。在歷經長期大規模的人權侵害後，預防再次發生被視為合法正當且效能的轉型正義策略之核心目標。

其次，體系改革有助於使尤其是安全和司法部門等公務體系對於過去濫權的刑事究責之轉型正義。例如，一個改革後的警察系統，得以專業地調查在衝突或獨裁政權期間的濫權侵害行為；改革後的檢察官系統可以有效能地進行訴追；改革後的法院則可以公正地對過去的濫權侵害作出評斷。因此，體系改革將作為內國得對於過去衝突或獨裁期間侵害進行刑事究責的先決條件。有效而永續的體系改革是複雜且具挑戰性的任務。體系改革措施含括監督、申訴與紀律程序的建立；

---

<sup>278</sup> The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Rule of Law Tools for Post Conflict States Vetting: an operational framework, 2006.

法律架構的改革或建立；道德準則和行為規範的建構或修正；置換與濫權侵害相連結的象徵，以及適足薪水、設備及基礎建設的調整。有效的改革成果也包含必須檢視整個公部門的功能運作而考量合併、解散或建立公務機構。至於有關上述措施的準確內容和範圍則取決於具體國家的脈絡情形。

然而，一個得以確保效能和永續的全面性體系改革是重要的，關鍵在於機構的人事改革，蓋公務體系的基本組成在於內部的職員，過去的失能和濫權多是體系內部人員各種程度不等的缺失所致。人事清查是轉型國家中很重要的面向：人事清查可以被界定為評斷整全性以決定是否適於留在公務體系。整全性指涉職員對於人權國際標準及職務行為的遵循，包含財務正當性（**financial propriety**）。違反國際法的大規模人權侵害和嚴重罪行應負責之特定公務員，應認基本的整全性欠缺，進而破壞了理當為其服務的公民信任。公民，尤其是受害者將難以信任或倚賴仍然保留或僱用整全性有缺失之公務員的公務體系，這將從根本上削弱該機構履行其職責的能力。人事清查程序旨在排除嚴重整全性缺失的公務員，以重建公民信任並重新正當化公務體系。

整全性由一個人的行為加以衡量。清查程序因此需要建立在個別行為的評斷基礎上，而非群體或機構的成員資格。全面性或其他僅僅基於群體或政黨的聯繫因素所進行的大規模清洗或排除，不僅違反國際標準，亦可能牽連過廣。同時，群體排除的手段亦將忽略不屬於團體卻濫權侵害的個人。基此，此種集合式的群體排除手段，非但違反正當程序要求、無法達成預設的改革目標，亦將有損於轉型。除了支持機構與體系的改革成果外，在完整的轉型正義策略中，人事清查亦可以滿足另一項重要功能。在後衝突或後獨裁背景下，資源和手段的缺乏、法律的障礙、人力的缺乏以及大量存在的幫兇，阻礙了對於所有濫權侵害者進行刑事訴追的機會，徒留所謂「免於制裁的缺口」（**impunity gap**）。儘管人事清查也需要大量資源，然而在程序上卻比刑事訴追來得較不複雜。在有限和遲延的刑事訴追情形下，透過非刑事究責措施，將侵害人權者排除於公務體系之外有助於填補「免於制裁的缺口」。此等手段藉由剝奪侵害者的職務、公權力，其他特權及利益而具有懲罰性效果。然而，此不應作為不進行刑事訴追的託詞。我們不僅對於嚴重的人權侵害犯行具有訴追義務，轉型正義策略亦能透過不同的措施而得以更具成效，尤其包括訴追、提出真相、賠償及體系改革，彼此互為補充。

通常，整全性缺失並非公務人員的唯一問題，單純排除欠缺整全性的公務員也不足以建構公正而效能的公務體系，而達到預防再發生的效果。重點在於，公務員可能不僅欠缺整全性，亦缺乏資格能力或必要職能，整體而言，可能欠缺代表性或留存欠缺效能的組織文化。許多公務員可能是違反程序及資格要求而非法地被任命，公務體系中人事多面向的問題時常是過去體系失能和濫權侵害的多重且互為關聯之原因。因此，以下的操作指南將包括整全性檢驗之人事清查整合進更廣泛的人事改革方案。

## 第二目 國際行動者角色功能

在從衝突或獨裁中脫離的國家，國際行動者時常扮演支持脆弱的民主體制的重要角色，幫助建立和平與法治。國際於人事改革方案的設計與實施之參與，需要受到來自內國當局或反對者的請求。國際要求提供了國際行動者直接干預內國事務的權力及手段，並且於必要時得否決內國程序。取決於具體情形與要求的不同，國際行動者得建議當局人事改革的方案，抑或透過訓練、建議、監督和提供資源的方式給予協助，甚或在人事改革中扮演領導角色，建構一個國際化的人事改革程序。然而一般來說，相對於國際化的人事改革程序，多傾向於由內國領導。原因在於得避免外部干擾的不滿，並提供一個當地願意承擔及永續性的程序，亦可確保在地知識的運用。然而，人事改革程序因為牽涉政治權力架構的取得與排除，時常在一個從衝突和獨裁體制脫離的國家之脆弱政治環境中遭受質疑，尤其在一個仍然受到前濫權政府施加實質影響的國家中更是如此。就此而言，國際化的程序或可產生必要的槓桿作用，進而確保一個有效而公正的人事改革實施。

當國際化程序被建立時，應盡可能納入內國人員自始而廣泛的參與，確保與內國法律的整合，並制定得以擔保從特別過渡的人事改革程序，到通常內國招聘和紀律程序的無縫轉換的規定。建立一個內國與國際混合的委員會抑或受到國際組織秘書處支持的內國組成委員會，應該可以考量。

## 第三目 轉型的人事改革條件

## 一、後衝突或後獨裁背景：實用主義的需要

在衝突結束或獨裁政權垮台之時，公部門通常已陷入危機，公務體系經常是支離破碎而不穩定的。時常，公部門持續在支持獨裁規範的組織架構下運作；公務體系亦時常保留與前領導者的連結，沿著黨派路線持續分裂並追求特定政黨利益。經歷衝突或獨裁年代的公務員經常反對現狀的改變；公務員的數量通常是過多的；有些機構已無法運作，留下治理缺口。多數時候，公共基礎設施是失能的，不同的改革需求爭相競逐稀少資源，對於公部門的公民信任通常是低的。

對體系改革來說，後衝突或後獨裁背景處境是極具挑戰性的。對於公部門改革的需求及反對同時興起，並牽連糾葛於過去。體系改革方案需要去考量到現實及後衝突/後獨裁時期的矛盾。對於改革的反對應該加以克服，蓋未經改革的體系將對於和平及法治的鞏固形成威脅。然而被撤離的公務員可能將轉而從事犯罪活動並減損轉型。改革成效亦須考量在後衝突/後獨裁時期的需求。在過渡階段，殘缺的公共服務通常要比全無服務來得好，亦可能必須就現有機構進行臨時性的安排，以避免治理缺口。在後衝突/後獨裁時期的體系改革需要實用主義、決心及耐性。

## 二、人事改革的法律要求

一個衝突或獨裁政權的終結時常以一項正式的協議為註記，例如和平條約、權力分享協定或基於聯合國憲章所作聯合國安理會決議制定和平的執法措施。這些協定或決議會設定談和條款、非暴力衝突解決機制，過渡的權力分享安排、選舉規範以及走向憲政國家的路線。上述協定或決議通常界定了各方的角色和責任，並描述在過渡期間要完成的任務，人事改革規定亦將包含在其中。在缺少正式要求的情形下，人事改革方案較不可能實踐或有所遲延。尚且，儘管一個對於體系改革的廣義要求應包含人事改革，然而一個明確的人事改革及清查規範更能夠清楚呈現各方義務，且較難以規避。因此，在政治條件許可之下，和平協商者應促進一個明確要求人事改革的規範納入和平協定當中，以確保呈現各方的明確義務。

一旦人事改革要求得以被建立，即須將此轉譯成具體的責任及程序。這麼做往往涉及採取有爭議的措施，對國家和受制於該程序的個人產生重大影響。為了避免長久持續的不確定性，人事改革方案應在充分考量主要利害關係人意見，包括國家適當的立法機關後，於政治及運作條件許可之下迅速制定。此外，人事改革立法應遵循憲法及國際規範，並且應清楚明確以建立法的明確性，避免模糊不清和造成政治干預。若是採行國際化的程序，則相關規範應該融入內國的法律架構。

### 三、人事改革的優先順位

在後衝突或後獨裁的背景下，整個公共行政體系都將受惠於人事改革方案。然而，人事改革應該將軍事單位、執法機構、情報系統和司法部門等鞏固法治基礎的機構列為優先順位。這些公務部門對於維持穩定、基本安全及保護人權多負有直接責任，因此，改革這些機關及人事得以為有效而迅速的轉型至和平及法治創造重要條件。然而，衝突和獨裁統治經常導致公務體系，特別是安全部門的破碎，任務相近或重疊、人員數量過多。對此，一個有效的人事改革方案應該涵蓋整個有問題的部門，而且應該將高階主管列為優先對象，蓋其等所擁有的權力及影響力得以對整個改革程序產生槓桿作用。最後，特別應注意那些眾所皆知犯下重大人權侵害的職員。他們被視為具有重大責任，而對於這些人的持續留任將減損了公務體系的信任。

### 四、公共資訊及諮詢

為了重建公共信任並重新賦予公務體系合法性，公眾需要了解並信任體系改革的努力。關於改革努力的透明度及有關其目標的諮詢，有助於建立程序公正客觀性與有效性的信心，俾確保其有效地回應受害者和整體社會的實際需要，並減少改革進行的不確定性。公共意識也有助於預先回應後續對於改革程序合法性的可能質疑。基此，改革程序不僅應包含有效的公共資訊系統，程序本身的設計也應該納入與公民社會的廣泛諮詢，尤其受難者群體及其他關心改革的選民。以下將提供了許多工具以確保改革建立在完整評斷及廣泛公共諮詢的基礎上。

## 第四目 操作要點<sup>279</sup>

欲建立人事改革計畫，建議採取三階段方法：

- 現況評估：評估目前機關與人員的狀態，並評估社會脈絡，以確認人事改革之需求狀況。
  - 界定標準：以上開評估為基礎，界定人事改革之標準。
- 設計改革流程。

整理此三大步驟，如下表<sup>13</sup><sup>280</sup>：

A. 現況評估	B. 界定標準	C. 設計改革流程
評估公眾需求	決定機關權限	設立特殊處理機制
評估整體人事（須建立資料庫）	決定組織架構與組成	兩大主要模式
評估替代人才庫	決定個人清查標準	覆核程序
評估政治意願及反抗力道	平衡各標準之衝突	重新選任程序
	決定「未達清查標準」之法律效果	三階段流程 (登錄、審查、認證)

但不同機關有不同需求，因此以下操作要點參考即可，未必要逐一符合，可發展適合自己的改革計畫<sup>281</sup>。

### 一、改革第一步：現況評估

經歷過武裝衝突或者獨裁政權的國家，關於公務員人事的基本資訊往往掌握不充分，因此應執行徹底的評估作業，以確認人事改革之需求。這項評估作業應有 4 項重點，分述如下<sup>282</sup>。

#### 1. 評估公眾需求及國家之能力

必須先得知公眾的需求，才能相應地確定國家組織應有何等架構，因此應先透過民調或與公民社會廣泛諮商，以了解公眾需要什麼，尤其是受害者、婦女、

<sup>279</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 13.

<sup>280</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 13.

<sup>281</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 14.

<sup>282</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 14.

少數弱勢群體的需求，更應受到重視<sup>283</sup>。再來亦應評估國家施行人事改革的能力、資源，才能作出務實的規劃<sup>284</sup>。

## 2. 評估整體人事

a. 能力及整全性框架（CIF）之運用。

b. 確定系爭機關之權限：在獨裁統治期間，各機關經常承擔與其法定職責不同的任務。因此應先分析所欲改革機構的權限，才能作為組織結構和各職位職權範圍的實質參考<sup>285</sup>。

c. 登錄：獨裁時期的人事檔案往往未建立或未妥適維護，因此在評估改革需求階段，先進行公務員的登錄是重要的，透過登錄可得知各公務員的專業能力及過去活動<sup>286</sup>。

d. 建立整全性之資料庫：過去的人權侵害事件多會被隱瞞，即使經過登錄的程序，仍舊不足以評價公務員的整全性。此時應建立一個整全性資料庫，積極蒐集各方資訊，包括法庭紀錄、政黨檔案、選舉登記冊、聯合國報告、NGO 報告、真相委員會報告、媒體報導和獨立調查報告。但這些資訊務必交叉比對、檢驗其可信度<sup>287</sup>。此外，過去祕密警察所製作的祕密檔案也是重要的資訊來源，可以整併入資料庫中。然而，祕密檔案中包含的資訊通常值得懷疑，必須非常謹慎對待。同時，受害者、證人、無涉人事清查之第三人的隱私需要特別保護。另一個蒐集公務員整全性資訊的好方式，是給大眾提供資訊的機會<sup>288</sup>。

e. 應事先評估解僱這些公務員的風險：被解僱的公務員（尤其武裝安全機關人員）若無法找到工作、融入社會，很可能會成為潛在的犯罪者，不利改革進程。故應事先評估此等風險，並思索是否可能提供資遣費或暫時的生活協助<sup>289</sup>。

## 3. 評估可能的替代人才庫

人事改革計畫需要招聘新的公務員以替換舊的，但可能無法輕易找到，故應事先對此評估。國家可能也須提供特殊培訓課程以建立新公務員的能力。

---

<sup>283</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 14.

<sup>284</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 14.

<sup>285</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 16.

<sup>286</sup> OHCHR, Operational Framework, pp. 16-17.

<sup>287</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 17.

<sup>288</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 17.

<sup>289</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 18.

#### 4. 評估政治意願及反抗改革的力道

在後衝突或後獨裁國家，抵制改革是一個常見特徵，對此應納入事前評估。

## 二、改革第二步：界定清查標準與清查結果

進行完現況評估後，接下來的目標是依序決定以下事項：

- 決定機關權限；
- 決定組織的架構與組成；
- 決定個人的聘用標準；
- 平衡各清查標準所生之衝突；
- 決定「未達清查標準」之法律效果。

### 1. 決定機關權限

在法治國下的國家機關權限可能與前獨裁政體不同，而權限的劃分會決定機關組織的架構，可能要整併、裁撤等等，因此先決定機關的權限是第一步<sup>290</sup>。

### 2. 決定組織的架構與組成

機關權限的改變將決定其需要何等組織能力，例如組織規模、員工人數、高低階主管比例、機關的人事組成，皆須隨之調整。其中，機關的組成是否具備代表性便很重要。法治國下，國家機關的人事組成應盡可能反映國家人口的組成，例如性別、種族、出身地區、信仰等，以成為一個有代表性的機關，這對於經歷過族群衝突、地區衝突、信仰衝突的國家更是重要<sup>291</sup>。

### 3. 決定個人的聘用標準

- a. 「個人能力」之審查標準決定：指公務員的專業能力、經驗。前面進行「登錄」所得資料可以派上用場。
- b. 「個人整全性」之審查標準決定：此涉及公務員的操守審查，檢視公務員過去的行為是否涉及嚴重的人權侵害，倘若犯下嚴重罪行，例如種族滅絕、戰爭罪、違反人道罪、法外處決、凌虐人犯、強迫消失等，則已然影響其擔任公職的信用，

<sup>290</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 19.

<sup>291</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 20.

應予免職<sup>292</sup>。至於較輕微的濫權、不正行為，或許有其時代背景的不得已，因此可藉由以下問題，檢視這些公務員的操守(整全性)是否已修復或有恢復之可能。

- 該不正行為之本質為何？有何背景脈絡？
- 這是個普遍的制度實況嗎（例如身處普遍性貪污的環境）？
- 該不正行為是否已結束？或者仍持續？
- 若已結束，則該行為是否被承認？行為的紀錄之後有改善嗎？
- 該不正行為是否根本性地影響公眾的信任？若是，則有無機會重建信任？有什麼前提條件？

#### 4. 平衡各清查標準所生之衝突：

前述步驟已決定了 CIF 框架中的若干參數—即組織能力、個人能力、個人整全性之標準，然而這不同的目標之間可能存在衝突，例如經篩選後的公務員皆十分有操守但個人能力卻不足（難以達成機關任務），或者能力雖足夠但機關的組成傾向單一種族（恐難獲得其他種族的信任）。故在設計人事改革方案時，有些妥協恐怕是在所難免<sup>293</sup>。

#### 5. 決定「未達清查標準」之法律效果：

未達清查標準、失格的公務員，可能有許多種結果，例如被禁止擔任特定職位，也甚至禁止擔任所有公職。其可能被重新分配職務，可能被要求須有試用期，可能被降級，也可能禁止其升遷。禁令可能是暫時的，也可能是永遠的。或者在某些條件下(例如承認錯誤或支付補償金)，公務員也可能被重新接納擔任公職。但若係因嚴重缺乏操守(整全性)而遭解僱，其未來不該再擔任相近職位。如何決定適當結果是視具體情況而定的，例如嚴重侵犯人權者原則上應被取消擔任公職，但實際上卻很大程度須取決於該國轉型的具體情況<sup>294</sup>。若該員僅是因為組織結構、人員數量的改變而被解職，則不應對其未來的求職產生任何影響，其可立即申請其他職位。且應注意，對於因操守以外的理由而解僱者，應盡力預防其可能受到的不利待遇<sup>295</sup>。

---

<sup>292</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 21.

<sup>293</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 22.

<sup>294</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 23.

<sup>295</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 23.

### 三、改革第三步：設計改革流程

#### 1. 設立特殊處理機制<sup>296</sup>

要求機關的自我改革太困難了，因此對於轉型期的人事改革，應設立特別委員會，依特殊處理機制實行。視情況而定，可為整個公務部門設立一個委員會，也可為特定機關設立單獨的委員會。為增進特別委員會之獨立性與正當性，可納入非本國人之委員。而為增加委員的被接受度，應由享有廣泛公民信任的高等、獨立機構（如憲法法庭、國家元首或其他國際機構）負責任命，且任命前經廣泛諮詢。在人事改革期間，委員不應遭到撤換。人事改革程序之成功與否取決於是否進行完整徹底的評估。且特別委員會需要一個人員充足的秘書處來準備必要的資訊並支持決策過程。秘書處的工作人員應該是跨學科的，包括計畫經理人員、資訊系統管理人員、律師和技術專家。委員會應有充足的資源，包括辦公室、資訊管理系統、運輸及調查設備，並確保委員的人身安全。

#### 2. 人事改革的兩大主要模式

主要為兩個模式：

- 覆核程序：審查原公務員是否適合繼續擔任公職，理念為「制度重組」。
- 重新選任程序：解散機關、所有公務員重新申請新機關之職位，理念為「制度重建」。

亦可能出現第三種類型，所謂的一般懲戒程序<sup>297</sup>。依序說明如下。

##### a. 覆核程序：制度之重組

- 概念說明：

要建立覆核程序，需有以下兩前提：第一，需要建立一個特殊機制處理，正常的懲戒及解僱程序將不足。第二，透過汰除不適任公務員便可達成改革目標，而無須進行組織變更。因覆核程序較適合處理「個人面」的問題，即個人能力及個人整全性之不足。但若欲進行重大的組織變革，則重新選任程序會比較適合<sup>298</sup>。

<sup>296</sup> OHCHR, Operational Framework, pp. 23-24.

<sup>297</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 24-25.

<sup>298</sup> OHCHR, Operational Framework, pp. 25, 27.

- 相關法律要求：

受審查者應受正當行政程序原則之基本保障。第一，解職須以成立「個人責任」為前提，所謂集體責任（Group liability）通常已違反正當程序。第二，應有公平受審之權利，包括合理的受審期間、公開審判、事前通知、獲取相關資訊以準備辯護、提出證據及回應之機會、委任律師、告知決定之理由、謹守武器平等原則、得向法院或其他獨立機構救濟<sup>299</sup>。原則上，舉證責任落在覆核機構，除非該單位過去有眾所周知的人權侵害歷史時，方會使舉證責任倒置。至於證明度之要求，行政程序只需要有優越蓋然性即可<sup>300</sup>。對於解職而生的契約義務（例如資遣費、退休金等）仍應予履行，尤其是非因操守問題而解職的公務員<sup>301</sup>。

b. 重新選任程序：制度之重建

重新選任程序為消除結構性不平等和實施必要的體制改革提供了更好的機會，例如顯著改善公共機構的種族或性別組成比例，同時也會向外部公開招募人才，適合用在需要重大組織變革的時候。但也因為其侵害人民的正當程序權利甚多，故應限於例外情況方得使用。

c. 一般懲戒程序：制度之重生

在法治國下，一般的懲戒程序可以用來汰除能力或操守不佳的公務員，然而對於轉型期的國家，機關自我改革的能力及意願實在有限。但也不能完全拋棄此種可能性。若需清查的公務員數量很少或僅限於機關內的特定部門，並有夠強的政治意願來實施自我改革，則可以也應該使用正常的程序<sup>302</sup>。

3. 人事改革程序之三階段流程

a. 登記

登記的主要目的在於確定公務員名單，一來確定將受人事清查的範圍，二來確定未在登記冊中者即非公務員（如欲進入公務機關須循正常途徑）<sup>303</sup>。

b. 審查

<sup>299</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 26.

<sup>300</sup> 原文為 a balance-of-probabilities standard，應指民事訴訟之優越蓋然性，即心證程度大於 51%，審查機關認定此事實存在的可能較不存在還高一些即可。相較之下，刑事訴訟必須要有非常高度之蓋然性，也就是所謂的超越合理懷疑之心證（beyond-reasonable-doubt standard）。

<sup>301</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 27.

<sup>302</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 29.

<sup>303</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 39.

運用前述第四目 A 部分建立的資料庫，及 B 部分建立的各种標準，對公務員進行評估<sup>304</sup>。

#### c. 認證

符合審查標準者，將給予認證，此即該公務員之最終清查結果。當所有公務員皆完成，人事清查程序即可告終。此外，國家仍可要求一定之試用期，在此期間若發現更多關於過去不正行為的資料，則可予以解僱<sup>305</sup>。

#### 4. 分階段進行人事改革

實際的人事改革推動仍與各國政治脈絡有關，因此同時運用所有人事改革標準可能不切實際，不如分階段實施人事改革進程，以考慮到政治現實、政府資源和轉型期的改革能力。也可以優先考慮某些公務員群體，尤其高階管理階層之清查<sup>306</sup>。

### 第三節 聯合國 2006 年人事清查操作指引

如前論述公部門人事清查、除垢作為轉型正義重要手段時，提及之國際組織的建議與作法，在此部分，本研究將聚焦聯合國相當重要的所謂 2006 年指引，亦即在觀察東歐國家歷時 15 年餘之嘗試與努力後，綜合與總結經驗，特別加上學者專家之研究與建議，提出重要之建議，非常具有參考價值。這個由聯合國於 2006 年所提出，全名為《聯合國發展計畫辦公室：危機預防與重建司法暨安全部門改革，後衝突背景下公部門人事清查與運作指引》（United Nations Development Programmes Bureau for Crisis Prevention and Recovery Justice and Security Sector Reform, Vetting Public Employees in Post-conflict Settings: Operational Guidelines, 2006），建議轉型國家處理相關事務之應遵循規範，首先是要求應符合國際上之程序標準，包括程序公開、檔案閱覽權、聽審與法律扶助辯護之保障、保有法律救濟之可能性、舉證責任應由進行清查之機關負擔等，亦在指引的一開始，分析與總結過往之不同國家實踐經驗，通篇都非常值得參考，以下原則上將忠實呈現該指引之原始內容，僅在指引之不同章節標題上，為本研

<sup>304</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 30.

<sup>305</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 30.

<sup>306</sup> OHCHR, Operational Framework, p. 31.

究統一規劃故而略作改寫（並於註釋中複誦指引之原標題），以作為研究與思考之借鏡。

## 第一目 後衝突人事清查必要性<sup>307</sup>

人事清查通常指涉評價一個人的整全性（*integrity*）以決定是否適合留在公務體系的程序。所謂「整全性」指的是個人對於人權及職務行為相關標準的信念，包含了他的財務正當性（*financial propriety*）。在後衝突的時空背景下，人事清查擁有一個特定目標：要將過去涉入嚴重侵害的體制轉型成為享有公民信任及保護人權的公共機構。社會大眾，尤其受難者實難以倚賴一仍留下或僱用在整全性上有嚴重缺失的公務員。人事清查程序旨在排除於整全性上有嚴重缺失的公務員，藉以重建公民信任及重新正當化公共體制，並且去解構那些涉入嚴重侵害行為的公務員人事結構。清查公務人員，尤其在安全及司法部門，是當前被廣泛認識到，那些從衝突中擺脫的國家而言，應為重要之治理革新措施。

然而，為了最大化效應及確保永續性，一般來說人事清查需要成為更廣泛制度性改革的一環。通常而言，公務員的整全性缺失並非在後衝突時空背景下公務體系的唯一弊病，尚且將那些缺乏整全性的個人排除於外，也無法直接催生建構一公平且有效運作的公務體系。儘管對於全面制度性改革的細緻討論不在這份文件的處理範圍，以下的準則將人事清查定位在更廣泛的人事改革脈絡中，此外也介紹其他關鍵的制度性改革措施。

制度性改革是全面性轉型正義政策中不可或缺的組成部分，也是在國際法下對於嚴重侵害回應的義務。改革制度不僅對於預防人權侵害的再發生具有重要性，也使安全及司法部門體制得以對過去侵害行為進行刑事究責。清查並將侵害者排除之，在後衝突時空背景中，應屬國際法下國家被鼓勵應採取的制度改革措施。在有限或遲延的刑事訴追情形中，藉由確保那些對於過去侵害有責任的人們，至少不再繼續坐在公務機關的辦公室裡坐享報酬和特權，人事清查亦有助於填補「免於制裁的缺口」（*impunity gap*）。然而，人事清查不應作為不進行刑事訴追

---

<sup>307</sup> 指引第一章原標題為：「為何要在後衝突的時空背景（*post-conflict settings*）下清查公務人員？」。

的託詞。但是，在後衝突背景下的資源不足、法律阻礙以及大量的罪行，時常阻卻對於所有侵害者進行刑事訴追的可能，形成障礙。

## 第二目 影響制度設計不同要素<sup>308</sup>

後衝突情勢代表了極具挑戰性的背景，時常也提供了制度性改變的獨特歷史機會。在這些脈絡中，許多重要元素在設計人事清查程序時需要加以考量。一方面是，在建置清查程序之前有許多基本條件需要被滿足（A.）；另一方面，清查程序的設計應該要尋求去避免不受歡迎的結果發生（B.）。對於上述條件進行徹底分析並對於上述結果的風險評斷，是在設計清查程序前必須做的事情。

### A. 確保基本條件

#### 1. 政治條件：有政府權力和政治意願嗎？

人事清查程序需要一個具有穩定、實際政府權力及政治意願的方法。任何特定的轉型都有它的特徵和脈絡，進而左右是否適於進行人事清查。特別在後衝突的情境下，清查程序規制對於權力位置的進用且是高度政治性的工程。在從衝突中擺脫的國家裡，反對改革是常見的特徵，而後衝突時期的政府處境經常是脆弱而單薄的。在清查程序中遭遇失去權力風險的個體，必然反對人事清查的實施，且涉入或共謀於過去侵害行為的公務人員，對於掩蓋這些侵害事蹟並保護自己的地位，顯然有其利益。面對特定體制的實際政府權力及政治意願，兩者都是不可或缺的。轉型的本質應被小心地分析，對於清查程序的可能反對，應該在事先加以考量，尚且，那些有助於設計和實施清查程序的改革支持者，也應該被識別出來。

政治承諾的層次對於清查程序的設計也是有所影響。例如，覆核現職公務員將會導致權力位置的除去，這很可能將掀起顯著的政治風暴；較為和緩的選項如單純檢視新的人事任命，通常則相對具有較小的政治爭議，也僅需要較低程度的政府權力和政治意願。

---

<sup>308</sup> 指引第二章原標題為：「哪些要素影響清查程序的設計？」。

## 2. 制度條件：有哪些職位需要受到清查？

對於哪些位置必須受到清查，一個清楚的界定其範圍，是任何人事清查程序的先決條件。在衝突之後，公部門通常已陷入危機。經常地，公部門持續在使衝突延續的結構中運作，體制環境通常已支離破碎。有些機構已無作用，留下治理缺口（**governance gap**）；有些則受到重複授權，導致責任交疊和累贅多餘的職位。公務員人數通常是過多的。體制的結構通常已扭曲變形而無法滿足國家踐行法治的需求。普遍來說，體制內的人員無從代表其被授權服務的人口。

在這樣的脈絡中，整個公部門需要被改變以滿足國家踐行法治的需求。體制可能有被合併改組、縮編重建之必要，而體制中的人事組成亦有必要隨之調整修正以反映人口組成，而過去衝突方之戰鬥人員（**ex-combatant**）也需要被整合進來。公部門改革和內部組織變革決定職位的數量、影響個別位置的職務需求，並限制可提供與任一性別、族群、宗教群體和來自不同地域人們的職位數量。在大多數的案例中，如果對於清查的職位將有所影響，組織變革應該先於建立清查程序而進行。否則，很可能被清查的個別職務緊接著即因為組織變革而改變或撤除。如此一來，清查程序將變得多餘而極無效率，亦減損整個改革成果的可信性。然而在一些案例當中，組織的重整冗長而曠日費時，某些形式之特定/目標清查即有必要先於組織變革而進行，以作為這些清查並非僅能屈服於正在進行之改革程序之例證。而公部門的改革及內部的組織變革，代表了一個有意義之清查程序的條件，這本身亦被視作重大的改革成果。附件二所提出之**The Capacity and Integrity Framework (CIF)**是一個簡單的工具，可資以評斷在後衝突時空背景下的體制改革需求。

制度的類型也會影響清查程序的設計。例如：清查法官，即有必要對於審判獨立和權力分立進行適當考量。就民選官員或民選職位候選人的清查程序來說，應盡量減少干擾選民意願的風險。清查國安機構通常則涉及處理大量人事所帶來的重大挑戰。

## 3. 個別條件：誰是那些需要被清查的人？

除了界定須受清查的職位之外，須受清查的個人也需要被識別。後衝突局勢在這方面亦帶來了重大而特殊的挑戰。在許多案例中，在公共體系中的「身份」並非被清楚界定的，人員的數量亦是未知；在其他案例中，體制裡的身份可能無法取得—例如聽命於國家而運作的秘密組織（**clandestine organizations**）。從衝突中擺脫的國家體制，其界線經常是流動而充滿漏洞的。在清查程序中，如果目標群體（**target group**）—例如某一機構（**institution**）的人員或機構中的目標群體等並不清楚，即有需要透過調查或登記程序加以識別，而對於受到清查群體的非正式接觸，以及人員的離職（**informal access to and departure from the group of persons to be vetted**），即須中止。在建立清查程序之前，若未能識別目標群體，將產生規避的可能，恐使整個程序淪為無用。尤其就國安部門的人員識別來說，則經常代表改革程序一個相對無爭議的開始，其本身也會被視為是一項改革成果。

人事的調查統計，也將為如何提供人員範圍的問題，提供可靠可參考的資料，此非但有助於規劃一個實際而完整的清查程序，亦得用以建構一個適當的人事管理系統；請參考附件三。

光是識別並不足夠，關鍵在於要有對於應受清查人員的整全性之可靠紀錄。歷經數十年的衝突下來，關於過去侵害的資訊、證據和人事檔案通常都被掩蓋、毀損或被有意操弄更改，甚或根本沒有建檔；普遍地，警察、檢察官和法院無能針對侵害進行調查訴追，留下許多犯行免於制裁；此外，並非少見的，非政府組織對於人權侵害的監督與調查也經常不足。

清查程序應該擴及於在職公務員及外部候選人兩者。就潛在的公職候選人來說，應該要去評價他們的權限和整全性，這涉及到降低治理缺口的風險，以及在人事清查之後的新血填補與取代。

要在後衝突期間蒐集可靠的資料，有必要主動自不同來源蒐集背景資訊：包括人事檔案、法庭紀錄、政黨檔案、選舉名冊、聯合國報告、非政府組織報告、真相委員會報告、媒體報導與獨立調查報告等。提供公眾得以接觸資料的機會亦

是有效蒐集資料的管道。呈現安全狀況許可、羅列人員名單都將得以被廣泛周知，促成公眾接觸而得以蒐集關於這些人員進一步的背景資料。

#### 4. 法律條件：人事清查的要求為何？

堅實的法律基礎有助於建構人事清查程序，任何的清查程序都可能招致政治反對。在和平協議或經由聯合國安理會的決議而明確承諾( **explicit commitment** )者，展開清查作業將較難以規避。和平的協商者應盡可能將特定的清查規範納入和平協議當中，藉以明確當事人的義務。如果有特定的內國立法需求，則應該清楚準確，並依循憲法要求和國際標準。

#### 5. 運作條件：資源適足充分嗎？

成功或失敗的人事清查取決於對於運作需求條件的全盤評估及適足時間和資源準備。從衝突中脫離的社會，通常能力有限且資源稀少。不同的改革方案競逐有限的資源，而對於人事清查的需求經常被低估。人事清查程序是複雜的、需時冗長的和資源耗費的，尤其針對大量人員的機構單位，需要多元面向的技巧。國際的支持經常成為人事清查得以成功實施的充分條件。(關於國際在清查程序中的角色，可參見以下第4段4.D)

#### 6. 時間條件：時機恰當嗎？

在後衝突的脈絡中，有許多不同而經常衝突的議程和時間表，人事清查並可能與其他的轉型程序相競合。例如政治轉型可能需倚靠某位將受到清查的人；選舉程序可能受惠抑或受限於人事清查；真相追尋亦然。人事清查的時點抉擇伴隨許多複雜的問題，諸如其後續影響和與其他轉型程序的關聯性，同時，程序的選擇亦須適於政治發展。時間點亦涉及策略性的設計選擇，包括目標的機構或群體(參見以下第4段4.B)、所擇定的機制類型(參見以下第3段)和清查委員會的組成(參見以下第4段4.D)。

#### B. 避免不欲發生的後果

## 1. 政治權力濫用（政治誤用）

人事清查可能被基於政黨的政治目的所濫用。例如：清查法官可能被用以減損司法獨立性；人事撤離可能基於屬於特定群體或政黨的原因而非針對其個別行為；鎖定政治敵人，並淪為政治清洗（**political purges**）。凡此都將減損人權及法治，使得那些受清查者產生怨恨，也因此難以達成所需的改革目標。因此，為了避免政治濫用，在實施人事清查的過程中應該要恪遵國際人權標準。（參見以下附件第4段4.E）

## 2. 治理缺口

在後衝突期間的公共服務需求是需要被考量的。透過人事清查將龐大數量的公務人員（尤其高階和專門的人員）撤除，將影響公共服務運作並造成治理缺口。畢竟，殘缺的公共服務總比喪失公共服務來得好些，人事清查應該要分階段進行，而潛在的替換人員則需要主動識別，藉以填補治理缺口。

## 3. 不穩定性

遭撤離而找不到替代工作的公務人員，在復歸或整合進社會的情形下，很可能引發犯罪並破壞政治平衡。尤其大規模安全部門的人事撤除可能導致武裝抗爭、組織犯罪並造成國安威脅。因此，潛在的不穩定效應應該要在設計人事清查程序前加以評估。並且，提供資遣費及其他暫時性的協助選項都需要去研究建構。清查程序也可能與裁軍、解除動員或退伍等解除武裝及復歸社會的方案有關。簡言之，不僅須考量受害者的權利，同時亦需平衡兼顧對於遭撤離人員的協助，以降低社會風險。

## 第三目 人事清查的類型與範圍

人事清查程序的類型和範圍各有不同，以下所描述的類型並非完整詳盡，彼此間亦非完全互斥。具體的案例可參見以下附件三。

#### A. 清查全部抑或是特定的職位？

清查程序可能以所有職位為目標，抑或僅以特定職位或特定類型的職位為目標。粗略來說，選擇以所有職位為目標的考量無非希望全面確保達到最低標準的整全性（to meet minimum standards of integrity）；然而基於運作因素，這並不可行。比較實際的做法是，以高階的管理階層（senior managers）為優先，不僅耗費較少的資源，實施也較為快速。尚且，由於這些群體擁有權威而得以對整個改革程序產生催化作用及影響力，進而傳遞改革將會持續進行的明確訊息。而一旦使得高階管理人員達到最低標準的整全性，機關內部的紀律和相關機制將能一併貫徹，間接對於一般職位的人員產生作用。值得注意的是，由於將影響權力位置，清查高階管理階層勢必會面對強烈反對，因此需要更強大的政治意願加以貫徹。

此外，對於那些眾所皆知侵害人權和濫用權力的特定單位人事加以清查也很重要，這甚至被視為改革程序上應盡的責任。未能排除在整全性上嚴重缺失的人員，將會減損整個公共體系的可信度，並可能違反國際法。（參見以下第4段4.C）

#### B. 覆核抑或重新選任在職公務員？

覆核程序，透過特別機制的建立以篩選出不適任的在職公務員。基本的正當程序標準：舉證責任落在覆核機構身上，蓋然性的平衡將成為適當的舉證標準。審核程序的採用，適於在例行性的紀律和任命機制無法運作，或更廣泛的人事改革尚無必要之時。

關於重新選任程序，首先需解散公務機構，設置承受之機構及所有職位的競爭聘任機制。所有在職公務員和外部的公職申請候選人都必須再次提出申請。而為避免治理缺口，在整個程序終結前，在職公務員可能需保留現職。應注意的是，重新任命程序的關鍵在於使所有公務員重新轉為應試者，並轉換舉證責任，使應試者自己證明適任。即便最後未獲選任，應試者也沒有請求聽證或司法審查的權利。採行此一程序的好處在於，這些程序明顯簡化了清查程序，亦得落實基本的

人事改革，例如調整性別和族群比例、將相關機構進行合併或瘦身。

然而重新選任程序亦隱含不少風險。包括形成可能的政治干預，使得行政部門經常得以介入獨立機關運作，進而減損基本正當程序要求；程序進行中也可能產生治理缺口而對於合格替代人員擁有大量需求。因此，此一程序的採行應限縮在公務體系已然完全失調而需要徹底改革的場合；該程序並應盡可能在情況允許之下儘早進行，以避免長期的法律不安定。

#### C. 清查在職公務員抑或外部申請人？

除了前述情形，人事清查程序亦可以侷限在包含調任升遷的新人事任命，僅僅對於空缺的職位進行篩選。好處是政治風險較小且較無爭議，亦被視為使公務體系專業化的重要長程措施。

然而這種較溫和的手段無法確保撤除擁有嚴重整全性問題的在職公務員，大大地遲緩了人事更新，亦不適用於體制框架的基本改革。然而，這也無妨被視為第一階段的人事清查程序，待日後政治條件成熟時，再擴張納入在職公務員的清查。

#### D. 一個特別的抑或通常的機制？

一般來說，必須設置一個特別而臨時的（special, ad-hoc）委員會來實施人事清查程序。（參見以下第4段4.D）然而在某些案例中，亦有可能透過通常程序來完成，好處是不違背法律的確定性，成本較低且較不具破壞性。在通常程序中亦包含了內部紀律機制抑或行政決定的不同手段。

通常程序的採行適於受清查人事比例較小的場合：體制仍然維持功能運作、並無更廣泛改革的迫切需求，且有足夠的政治意願以進行自我改革。然而，在後衝突的現實背景下，這些條件時常難以期待。

透過行政命令的任命：好處是較無正當程序的顧慮而較能迅速進行；然而缺

點是較容易被濫用，且正式法定程序的缺乏時常帶來偏見。在後衝突的背景下，透過行政命令取代政治任命也時常引發質疑，特別是在脆弱的和平進程導致權力分享關係的情形下。基此，建立一個較為正式的人事清查程序，同時伴隨行政任命和撤除程序是需要被考慮的。

#### 第四目 人事清查程序設計步驟<sup>309</sup>

以下步驟有助於設計符合特定脈絡需求及國際標準的人事清查程序。對程序條件和不良後果風險的評估(參見第2段)應該為清查程序的整個設計提供訊息。第1段提供了清查程序設計的清單。

##### A. 告知並諮詢公眾

要重建公民信任和公務體系的正當性，公共需求及對於改革程序的信任不可忽視。清查程序的透明性及對於清查對象的諮詢將有助於建立程序的信任、減少受清查人員的不確定性，並確保能夠有效回應受害者和社會。策略上並沒有「一套適於全部情形 (one-size-fits-all)」的方法，公眾意識亦有助於取代並化解後續對這一過程合法性的可能懷疑。因此，關鍵在於人事清查程序應包含公共資訊機制並建立與公民社會，尤其受害者群體和關心改革的選民間更為廣泛的諮詢。必須提供受害者和公民團體提出公務人員和候選人背景資料的機會，以作為清查決定基礎的資料蒐集程序。

##### B. 建立清查的優先順位及擇定清查類型

在後衝突背景下，整體公共行政將受惠於人事清查程序。具體來說，清查應優先針對軍隊、平民保安部門、情報部門、司法人員和其他作為法治基礎的機關單位。基本上上述機關在過去均涉入最嚴重的權力濫用，他們對於維持穩定性和安全性負首要責任，以保護基本人權。改革上述機關得以創造重要條件，以有效而迅速的轉型邁向和平及法治。

---

<sup>309</sup> 指引原第4章標題為：「清查程序是如何設計的？」。

在評估確定清查程序設計的基本因素之基礎上（參見第3段），有關最合適的機構清查程序類型，亦請參見第2段）。

### C. 界定清查的標準和效果

如前所述，公務人員的整全性涉及個人對於人權國際標準及職務行為的嚴守，包含個人的財務正當性。至於對整全性需求的精確類型或範圍的選擇，則取決於特定職位及後衝突背景的具體情況。標準的設定應該建立在對於特定職位的需求和實際面向之整體評斷基礎上，以達成建立公平而有效能的公務體系。例如：超高的整全性標準，只會導致大量未達標的公務人員被排除；一個難以證明的標準則難以執行實踐。許多國際法及指導原則提供了有助於發展整全性標準的相關指標。

惟應注意的是，人事清查程序不應與更廣泛的人事改革措施脫鉤，蓋通常而言，公務員的整全性缺失並非只是後衝突背景下的唯一問題，尚包括了能力不足、缺乏代表性等缺陷。因此，清查程序應該將包括個人能力（專業能力、身體素質等）及代表性（性別、種族、出生地區等）等因素納入標準。進一步的資訊請參見以下附件5。

標準之間會產生競合，一個全面性的人事改革方案勢必須要就不同改革對象進行困難的權衡。大致上，人事改革的正當性及有效性取決於達到包括整全性、能力及代表性的最低標準。然而，一個通案的規則是，涉及違反國際法的重大人權侵害或嚴重罪行一律是不適格的。這包括了特定的大屠殺、戰爭罪行、違反人性的犯罪、法外處決、嚴刑拷打及其他類似殘酷不人道而具侮辱性的行為、強迫失蹤與奴役。這些嚴重犯行都指出一個人欠缺最低標準的整全性而不適於從事公務。如果一個人已被證明有罪或受到制裁一事實上，國家有義務追訴這些犯行，準此，排除於公務體系也是一可預見的合理後果。

實質標準（整全性、能力與代表性）可以透過正式標準加以補充，例如遵守清查程序，在公告的面談時間出現，完成登記和審查表格，提交出生證明或學校證明等所需文件，並列在人員名單上。此等正式標準在被清查人員的可靠背景資

訊有限的程序中顯得益發重要。而整全性嚴重缺失的個人，經常缺乏意願接受審查，也因此會自主性地將自己排除於清查程序之外。

經過清查程序認定未達最低標準的效果應為如何，則取決於免職的原因和特定脈絡。例如整全性有嚴重缺失的公務員可能不適任特定類型的職位抑或公務體系的所有職位；不適任的情形亦可能是暫時或永久的；復歸與否取決於特定條件的滿足，例如對特定失職行為的承認或賠償。公務員亦可能被重新進用、置於觀察期、降職抑或禁止升遷。如前所述，除了涉入違反國際法的重大人權侵害或嚴重犯行者應該當然被排除於公務體系之外，對於其他情形賦予適當效果則取決於具體特定的情狀。

基於欠缺專業能力，或可申請其他職位抑或嗣取得技能後再行申請同一職位；單純基於人事組成調整原因的，則可以立即申請其他公務職位。然而應注意的是，要避免獎勵濫權者，亦應注意防免，或至少減緩對於非基於整全性缺失而遭撤離者的不利益效果。最後，人事改革程序也應該預見替代職位的準備、資遣費、復歸的協助及其他再培訓措施的需求。

#### D. 發展機制

一般來說，僅透過通常機制進行人事清查並不足夠，應該建立特別的臨時委員會（參見以下第3段3.D），該委員會應賦予獨立性，以確保客觀合法地實施程序，並且，成員應該是傑出而受到廣泛尊重，且與先前交戰雙方團體無關的人。在選任成員之前應透過高層級而獨立的權力機關（例如憲法法院、國家元首或國際組織）進行廣泛徵詢。尚且，高階成員應被任命至人事改革程序終結為止，不宜中途被撤免更換。

特別委員會將需要一個健全組成的秘書處，以協助準備所需資訊及支持決策作成程序。秘書處的成員應含括計畫經理、資訊系統管理人、律師及專業技師等多元組成。此外，委員會應被賦予充足的財務及物質資源，而國際支持時常是需要的。尚且，委員會很可能做出不受歡迎的決定而致使相關成員遭受人身危險，相關安排並應確保人身安全。

如果可行，內國掌握所有資訊，應是優越於國際化程序的，因為它有助於程序合法性、確保在地知識技能的運用，並為國內支持和程序的永續性提供較好的基礎。然而，人事清查無可避免面臨反對，尤其在後衝突背景下，時常先前交戰雙方團體的代表仍然對於當局者施加影響力。此時，國際上的有力支持，包含政治和運作上的，即很重要。而納入國際成員於臨時委員會亦被視為有助於提升獨立性及正當性。

在某些案例中，國際領導無可避免。在國際領導的程序中，應盡量而廣泛地納入內國人員參與，確保納入適用內國法律，並制定規範以將臨時性的清查程序無縫轉換至通常的內國招聘及紀律程序。

#### E. 恪遵國際程序標準

未能恪遵國際標準的人事清查程序將減損人權保障及法治，且難以建立公民信任。國際標準的關鍵要求在於，建立於「個別行為」的評斷，而非群體或機構的成員資格。僅僅建立在「群體聯繫或從屬」基礎上所進行的大規模清洗或排除不僅違反國際標準，亦可能牽連過廣。同時，群體排除的手段亦將忽略不屬於團體卻濫權侵害的個人。基此，此種集合式的群體排除手段非但無法達成改革目標，亦將有損於轉型。

清查程序中應賦予什麼樣的權利，取決於所採取的程序類型。在覆核程序中，行政訴訟的最低正當程序要求是必須遵循的：包括適時提起訴訟及公開審理、受告知資訊權保障、含括閱覽卷證的防禦權賦予、陳述意見等聽審權保障、訴訟結果及附理由的通知，以及上訴於法院的機會。相對於上述的例外情形是，公務員被非法基於程序性或不符資格之原因所任命，得以不附其他理由地加以免職。

在覆核程序當中，蓋然性標準的平衡通常是適當的，而一般是由清查機構負擔舉證責任。相對於此的例外情形是，當特定群體或單位的公務員涉及眾所皆知的人權侵害時，舉證責任發生轉換，公務員需要積極證明其未參與其中。

特別的國際或憲法保護得以保障司法獨立性，包括權力分立、法官身份任期保障、不得透過行政命令撤職、司法程序的干涉禁止等。涉及到法官的清查或覆核，都應該特別注意確保法官的獨立性。一般來說，清查法官應經由同等通常或特別組成之臨時的司法審查委員會（a regular or ad-hoc judicial review commission）來進行。

在重新選任程序，公務員將回復成為應試者身份，因此在參加徵選招募程序中未獲選任，應試者並沒有聽證或司法審查的權利。一般來說，經政治任命者在經由行政決定免職之後，亦沒有聽證或司法審查的權利。

## 第五目 其他人事清查改革需要<sup>310</sup>

採取一個全面性的方法進行體制改革，對於確保有效性和永續性而言是重要的。通常來說，在後衝突背景下公務體系的缺陷是多面向的，體系運作失調和濫用的原因亦是複雜而互為關聯的。大致上，單是人事清查和改革並不足以確保成果及未來公務人員的品質，毋寧需要更廣泛的改革措施，包括根除政治干預及政黨控制，並建立運作獨立性和公共可問責性，以下為關鍵的改革措施方針：

- 終止源於非正式權力的不當干預，例如軍閥、特定族群、氏族或非法軍事組織。
- 啟動體制文化的改變，包含對於訓練方法和內容的適當修正。
- 替換與人權侵害相關聯的象徵（例如制服、權位標誌和旗幟）。
- 創造公務人員在體系中的認同感，例如：容許參與定義機關的選擇（機關價值、願景和象徵等），抑或提供額外的獎勵和服務如就學、居住。
- 建立有效的平民監督（憲法的、議會的、部會機關的、公共的、社區的層級，設置專責之監察申訴人員（ombudsperson））。
- 提出對於失職行為的有效矯正。（內部紀律規範或公共申訴程序）。
- 改革選任程序（價值基礎的、確保有效代表特定群體、確保正當程序、創造專業的職業路徑、限制行政部門的任命權限）。
- 確保權力分立，建立司法獨立及其他公務體系的運作獨立性（例如警察和檢察官辦公室）。
- 建立公務人員的有效代表（專業關聯性）。

---

<sup>310</sup> 指引原第 5 章標題為：「還有哪些其他的制度性改革是需要的？」。

## 第六目 補充資訊（六個附件）

### 附件一：人事清查之確認清單（Vetting Checklist）

#### A. 表 14：設計人事清查程序前應考量之因素

1. 確認基礎條件	
(1)	是否有最低限度的政府穩定度、政府權力及政治意願？
(2)	欲清查之職位是否已明確界定？是否不會因組織改組導致該職位改變？
(3)	欲清查之職位是否將引起一定的制度顧慮（例如司法獨立）？若肯定，則是否已將其納入程序設計的考量中？
(4)	欲清查之對象是否已明確界定？若否，則是否已開啟必要的調查？
(5)	若有必要，是否已採行暫時措施維持所欲清查團體之封閉性？（指不讓人民任意加入或離開該團體）
(6)	若程序中有納入外部的公職申請候選人，則是否已一併納入評斷？
(7)	對於受清查對象整全性的可靠紀錄存在嗎？若無，這些資料如何建構？
(8)	對於受清查對象能力的可靠紀錄存在嗎？若無，這些資料如何建構？
(9)	人事清查程序的法律要求為何？
(10)	有任何特別的內國立法措施是需要的嗎？
(11)	所需的人事及物質資源是可取得的嗎？
(12)	有來自國際上的承諾支持人事清查程序嗎？包含政治和運作方面的？
2. 避免不欲發生的結果	
(1)	在人事清查程序中有政治權力濫用的危險嗎？
(2)	存在治理缺口的危險嗎？若有，則如何避免？
(3)	程序中是否存在破壞穩定性的危險？若有，則如何避免？

#### B. 表 15：人事清查程序設計過程中的重要步驟

(1)	考量條件與不欲發生結果的風險。（參見上述 A）
(2)	廣泛諮詢公眾關於改革的需求，尤其對於遭侵害的受害者。
(3)	確定要審查機構的優先順序。

(4) 擇定最適當的清查程序類型。
(5) 界定清查標準。
(6) 界定成果。
(7) 若有需要，建立獨立的特別臨時清查委員會。
(8) 恪遵國際標準。
(9) 識別必要之更廣泛的制度性改革以保障清查程序的成果，並確保未來公務體系人事的品質。

## 附件二：能力及整全性框架（CIF）

所謂的「能力及整全性框架」（The Capacity and Integrity Framework，簡稱CIF）是一套用來評估機關改革需求並協助制定可行改革方案的方法工具，其由兩組參數交織而成，說明如下。

（一）第一，公務人員有兩面向：

1. 「個人面」：指機關中的個別公務員。
2. 「組織面」：指機關中所有公務員做為一個整體。

（二）第二，人員素質亦有兩面向：

1. 「能力」：該人員完成任務之能力。
2. 「整全性」：完成任務之餘，能否兼顧基本權保障、專業及法治。

（三）綜合以上兩組參數可得出若干指標，用以評估一機關公務員的狀態：

表 16：公務人員能力及整全性框架

	個人面	組織面
能力	(1) 普遍教育程度。 (2) 專業訓練與經驗。 (3) 身心能力。	(1) 員工數量、組織架構。 (2) 資源多寡。 (3) 資訊系統。
整全性	(1) 是否遵守國際人權標準。 (2) 是否符合專業行為標準。 (3) 個人財務正當性。	(1) 為使該機關之原則、價值制度化所採行之程序（包含懲戒程序、救濟程序、監督機制、道德準則、行為準則）。  (2) 表現。

在後衝突的組織改造必須迅速，但也不能太隨意或零碎。此時，能力及整全性框架（CIF）便可發揮以下功用：

- 迅速分析系爭公務機關之狀態，評估是否有迫切改革需要。
- 為有效的改革方案設計必要措施。
- 衡量改革方案實施的進展情形。
- 促進各方利害關係人之溝通，包含公務員、政治行動者，公民社會行為者、國際組織代表等。

### 附件三：人事調查與登記

#### （一）人事調查

在剛擺脫衝突的國家，公務機關的成員往往未明確界定，因此並無完善的人事檔案，尤其是國安部門。故應在設立人事清查程序前對所有公務人員進行調查，並應建立人事登記處，以確定人事檔案供後續人事清查之用。這項人事調查也有利於決策者評估需求及制定計畫，其可為決策者提供以下兩層面的關鍵數據：

表 17：組織及個人層面

<b>1. 組織層面</b>	
	(1) 總人員數。
	(2) 人員之組成（性別、出身地區、年齡、種族、信仰、政治派別）。
	(3) 中、高、低階公務員之比例，及實際的人事結構。
	(4) 平均教育水準。
<b>2. 個人層面</b>	
	(1) 教育程度與專業水平。
	(2) 專業行為與背景。
	(3) 工作狀態。

#### （二）人事登記

接著在人事普查的基礎上，應設立「人事登記處」，將普查所得資訊和現有資訊整合，替每個公務員建立人事檔案。經人事普查確定並列入人事登記冊者，

即確立為公務機關之一員，應發給新識別證，此即日後進行人事清查程序之目標族群。惟應注意，列入人事登記冊和發給識別證只不過是初步確認其為「事實上的」公務機關成員，並不代表賦予該非法任命之公務員任何法律上權利與地位。進行人事普查和建立人事登記冊本身便是重大改革，且相對較無爭議。以人事登記冊為基礎，可建立有效的人事管理系統，防止他人非法冒充公務員，且後續的人事清查程序皆以該人事檔案為基礎，重要性不容忽視。

#### 附件四：相關公約、法規與指引（略）

#### 附件五：建議的審查標準類別

表 18：審查標準類別

1. 個人的整全性	
	(1) 人權紀錄
	(2) 專業行為
	(3) 財務正當性
	(4) 未與非法組織有連結
2. 個人的能力	
	(1) 公民身分；最低年齡
	(2) 教育程度
	(3) 專業資格，能力和經驗
	(4) 身心能力
3. 表現	
	(1) 性別
	(2) 種族
	(3) 宗教信仰
	(4) 出身地區
	(5) 先前交戰時所屬團體派別
4. 程序標準	
	(1) 遵守審查程序
	(2) 填寫表格及聲明

	(3) 提交所需文件
	(4) 在宣布的時間出現
	(5) 在人員名單上出現

## 第四章 各國人事清查制度比較分析

### 第一節 各國制度與發展概觀

學者 Lavinia Stan 針對東歐及前蘇聯下轄共和國獨立後之人事清查立法，有一簡單明瞭之列表，由中可看出在時序、適用對象與範圍、相關立法行為等之發展軌跡，相當值得參酌。吾人可先從整體性之概觀出發，理解並掌握各國在光譜分布上採取之不同路徑。

表 19：不同強度之人事清查立法<sup>311</sup>

	類別	例子
1	採取強而有力（ <b>strong</b> ）的轉型正義措施，包含人事清查、檔案開放、司法審判皆有。	德國、捷克、波羅的海三小國
2	較溫和（ <b>mild</b> ），追求轉型正義的範圍較不激進，或者時間點較遲。	匈牙利、波蘭
3	較弱（ <b>weak</b> ），僅採用一、兩種轉型正義措施。	羅馬尼亞、保加利亞
4	拒絕評價過去，似遵循「原諒及遺忘」（ <b>forgive and forget</b> ）。	斯洛伐克、斯洛維尼亞、阿爾巴尼亞、蘇聯各國

表 20：不同程度之人事清查措施<sup>312</sup>

1	東德、捷克斯洛伐克	率先實施且最徹底、積極，禁止擔任的職位範圍廣，期間也長（德國 15 年、捷克無期限）。
2	保加利亞、阿爾巴尼亞	次之，雖仍有解職，但受禁止的職位較有限，或禁止期間較短。
3	匈牙利、波蘭	晚實施，最為溫和。 <ul style="list-style-type: none"><li>- 除垢與淨化限於國安機構的特務，並未追究共黨官員、軍方等。</li><li>- 且受調查之職位限於民選官員或候選人，而未對公務體系進行全面的調查。</li></ul>

<sup>311</sup> Stan, Conclusion: Explaining country differences, in: Stan, L.(ed.), *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist past*, Routledge, New York, 2009, p. 262.

<sup>312</sup> Stan, Conclusion: explaining country differences, p. 248.

		- 並未要求強制免職。只有為不實陳述者才有遭免職之風險。
--	--	------------------------------

表 21：東歐及前蘇聯各國之人事清查立法（1989-2007）<sup>313</sup>

國別	立法時間	法律名稱及主要規範內容說明
阿爾巴尼亞	1995	共產時期種族滅絕及人道犯罪處理法 <sup>314</sup>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 曾被定罪為違反人道罪之行為人或共犯，且曾擔任公職（政治局、中央委員會、部長、國會議員、最高法院院長、Sigurimi 特務）者，不得被選於國會、政府、大眾傳媒中擔任職務。</li> <li>● 本禁令於 2002 年中止。</li> </ul>
	1995	確認官員道德品性法（除垢法） <sup>315</sup> <ul style="list-style-type: none"> <li>● 公務員須於選舉前接受特別驗證委員會（the Special Verification Commission）之確認。凡是曾任以下 20 種共產時期職位者—如政治局、中央委員會、政府、最高法院、Sigurimi 之職員、特務或合作者—皆不得擔任政府、教育、大眾傳媒、司法體系中的選任或派任之職位。</li> </ul>
1998	種族滅絕法與確認法之修法 <sup>316</sup>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 縮減人事清查之範圍，限於政治局成員、前特務及犯下人道犯罪者。</li> </ul>	
保加利亞	1992	銀行及信用活動法（Law on Banks and Credit Activity）
		<ul style="list-style-type: none"> <li>● 下列人員禁止被選派擔任銀行的管理職位：               <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 曾被選為保加利亞共產黨、共產主義青年團、反法西斯及資本主義積極鬥士聯盟、保加利亞工會及保加利亞人民聯盟之領導人者；</li> <li>2. 被任命為保加利亞共產黨中央委員會管理職者；</li> <li>3. 國安局之官員、同夥。</li> </ol> <li>● 本禁令於 1997 年中止。</li> </li></ul>
1992	學術組織主管成員暫時課予義務法 <sup>317</sup>	

<sup>313</sup> Stan, ebenda, pp. 249-253.

<sup>314</sup> Law on Genocide and Crimes against Humanity Committed during the Communist Regime for Political, Ideological and Religious Motives.

<sup>315</sup> Law on the Verification of the Moral Character of Officials and Other Persons Connected with the Defense of the Democratic State (the "Lustration Law").

<sup>316</sup> Amendments to the Genocide and Verification Laws.

<sup>317</sup> Law on the Temporary Introduction of Additional requirements for Members of Executive Bodies of Scientific Organizations and the Higher Certifying Commissions (the "Panev Law").

		<ul style="list-style-type: none"> <li>●審查學術組織（如研究機構、大學）領導人過去與共產黨的連結。</li> </ul>
	1997	<p>公共行政法（Law on Public Administration）</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●禁止前共產官員擔任高階文官。然而此一除垢條款於 1998 年 1 月時遭憲法法院宣告違憲失效。</li> </ul>
	2002	<p>機密資訊法（Law on Classified Information）</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●公務員申請使用北約（NATO）機密資訊者，應受國家資訊安全委員會（The State Commission on Information Security）審查並核發許可。若申請人為特務機關合作者，則委員會可拒絕批准。</li> </ul>
捷克	1991	<p>捷克斯洛伐克共和國除垢法（第 451 號法律）之實施<sup>318</sup></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●審查國安局特務及合作者、地方層級以上的共產黨官員、人民民兵組織成員、國家安全部隊官員，1948 年及 1968 年清洗委員會成員、KGB 學校的學生等過去之活動。</li> <li>●禁止擔任聯邦政府之職位（除國會議員外）、上校以上軍官、國有企業的管理階層、官方新聞機構、捷克廣播電視台的高階職位、高等學術職位、最高法院、法官和檢察官。</li> <li>●本禁令原於 1995 年中止，後延長至 2000 年，最後延長為無期限。</li> </ul>
東德	1990	<p>兩德統一條約（German Unification Treaty）</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●審查過去與國安局（Stasi－史塔西）之合作。</li> <li>●雇主可請求檢視員工過去與國安局之關聯。</li> <li>●本規範原於 2006 年中止，惟對於位處領導地位之人（如國會議員）延長至 2011 年。以官方身份參與國安局文件者（如檔案管理員）則可無限期審查。</li> </ul>
愛沙尼亞	1995	<p>公民身分法（Citizenship Law）</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●對於現任或過去的外國特務以及曾對愛沙尼亞有不利行動者，拒絕給予公民身分（與隨之而來的政治權利）。</li> <li>●2004 年時宣告合憲<sup>319</sup>。</li> </ul>
	1995	<p>除垢法（Lustration Law）</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>●要求曾與納粹或蘇聯特務合作之人進行登錄。不過登錄內容原</li> </ul>

<sup>318</sup> Enforced the Czech and Slovak Federal Republic Screening Law no. 451/4 October 1991. (按：1993 年捷克斯洛伐克共和國解體後，成為捷克共和國及斯洛伐克共和國 2 個國家，其中捷克共和國仍繼續實施 1991 年之除垢法，而斯洛伐克共和國則於 1996 年廢止該法)。

<sup>319</sup> 原文僅說“Ban upheld in 2004.”，推測應屬合憲之意。

		則上是秘密的，除非登錄人是國會議員或總統。拒絕合作者將禁止擔任公職直至 2002 年。
匈 牙 利	1994	第 23 號法律—篩選重要職位者及公眾意見領袖 <sup>320</sup> ● 審查過去是否為國內鎮壓部門 Main Division III/III 之特務。 ● 審查對象：國會及政府成員；國家銀行之正副總裁；大使；軍隊指揮官；匈牙利電台/電視/新聞之正副總裁、編輯；警察局長；公立大學校長/院長/主任/部門負責人；法官；地方檢察官；日報和週刊雜誌之編輯；國有銀行/保險公司的經理。 ● 審查程序於 2000 年 6 月 30 日中止。
	1996	第 23 號法律之修法（Amendments to Act XXIII of 1994） ● 審查所有 1972 年 2 月 14 日之前出生、在議會或總統面前宣誓就職的公務員。
拉 脫 維 亞	1994	城市等地方議會選舉法 <sup>321</sup> ● 禁止蘇聯特務、前拉脫維亞共產政權情報人員以及 1991 年 1 月 13 日後持續活躍於特定共黨組織者參加地方選舉。 ● 2004 年時宣告合憲。
	1994	公民身分法（The Citizenship Law） ● 有下列情形者拒絕賦予其拉脫維亞公民身分： 1. 1990 年 5 月 4 日後宣傳法西斯主義、本族至上主義（chauvinist）、民族社會主義（national-socialist）、共產主義者或其他極權主義思想者； 2. 在外國的武裝部隊、安全部門或警察（民兵）服務者； 3. 擔任 KGB 或外國情報部門之員工、告密者、特務； 4. 1991 年 1 月 13 日以後，在蘇聯共產黨、拉脫維亞共產黨聯盟等組織中，對拉脫維亞共和國進行反對活動者。
	1995	拉脫維亞議會選舉法（The Saeima Election Law） ● 禁止蘇聯特務、前拉脫維亞共產政權情報人員以及 1991 年 1 月 13 日後持續活躍於特定共黨組織者參加地方選舉。 ● 1998、2002、2003、2006 年時宣告合憲。
立 陶	1991	禁止 KGB 僱員及告密者擔任公職人員（第 418 號法） <sup>322</sup> ● 禁止任命 KGB 特務及告密者為立陶宛政府等公務機關之職

<sup>320</sup> Act XXIII on the Screening of Holders of Some Important Positions, Holders of Positions of Public Trust, and Opinion-Leading Public Figures.

<sup>321</sup> The Election Law on City and Town Councils, District Councils and Pagasts Councils.

<sup>322</sup> Decree Banning KGB Employees and Informers from Government Positions no. 418.

宛		員。已擔任該職務者須於 1992 年 10 月 1 日前辭職。 ●本禁令於 1996 年中止。
	1991	與外國特務合作之議員查核法（第 I-2115 號法） <sup>323</sup> ●調查被指控與 KGB 合作之立陶宛國會議員及地方議員。 ●若指控屬實，則將投票決定其是否去職。
		1999
波 蘭	1997	除垢法（Lustration Law） ●審查現任公務員過去與國安局的合作，包含總統、國會議員、內閣成員、法官、檢察官、檢察總長、總統提名之高階官員、部長，皆須提交聲明，表明其是否與國安局合作。不過僅有作出虛假陳述者將失去公職 10 年。
	2006	除垢法（Lustration Law） ●審查對象擴大，高階官員、法官、教師、記者、外交官、市政官員、國營企業高階主管、編輯、出版商和學校校長，皆必須向國家記憶研究院(IPN)申請證明他們未與國安局合作的證書。 ●紀錄將向大眾公開。 ●公務員若被揭發為前秘密特務，可能會被解僱。 ●本法律於 2007 年 3 月生效，但隨即被宣告違憲。
羅 馬 尼 亞	2006	第 16 號緊急法律—對 1999 年第 187 號法律（自身檔案取得及政治警察揭露法）之修正 <sup>324</sup> ●審查與羅馬尼亞情報局（the Securitate）之關聯。 ●公開過去未被揭露的特務及告密者之姓名。 ●不過這些人無須辭去公務員職位。 ●本法於 2008 年 1 月被宣告違憲。
斯 洛 伐 克	1991	捷克斯洛伐克共和國除垢法（第 451 號法律） <sup>325</sup> ●規範內容同前（參捷克共和國），惟斯洛伐克共和國於 1996 年廢止本法，並未實施。

<sup>323</sup> Law on the Verification of Mandates of Those Deputies Accused of Consciously Collaborating with Special Services of Other States no. I-2115.

<sup>324</sup> Emergency Ordinance no. 16, amending Law no. 187 of 1999 on Access to One's Own File and the Unveiling of the Securitate as a Political Police (the 'Ticu Law').

<sup>325</sup> Czech and Slovak Federal Republic Screening Law no. 451/4 October 1991.

欲進行一定的公部門人事清查，必須以秘密檔案之開放及處理為前提與基礎，Stan 繼續整理各國秘密檔案開放之發展軌跡，亦可搭配觀察之。

表 22：共黨統治時期秘密檔案開放之發展<sup>326</sup>

國別	立法時間	法律名稱及主要規範內容說明
保加利亞	1997	開放共產時期秘密檔案法 <sup>327</sup> ●開放共產時期高階官員（含憲法法院法官）之檔案，並於 1 年內供公眾閱覽。 ●公務員有 1 個月的時間可承認其與 KDS 之關聯。
	2006	開放檔案暨確認保加利亞公民與情報機關聯繫條例 <sup>328</sup> ●保加利亞公民有權閱讀自身之秘密檔案，除非該檔案內容涉及國家安全。
捷克	1996	第 140 號檔案開放法（Act no. 140 on Access to Secret Files） ●允許公民檢閱自身的檔案，而第三方的名字全被屏蔽。
	2002	第 107 號法律（Act no. 107） ●擴大檔案開放範圍，允許成年公民檢閱自身檔案、國安局合作者檔案及國安局人事檔案，以及透過智能科技監控的項目。
	2004	第 499 號檔案法（Archive Act no. 499） ●更擴大，公民甚至可檢視過去反共異議人士的檔案，包含妥協資訊。（按：卻也引發更大爭辯。）
愛沙尼亞	1995	法律（Law） ●公民可閱讀自身檔案、特務之報告、祕密警察於任務之陳述、對普通人之觀察以及被捕者的檔案。但公民無法取得 KGB 特務之檔案。 ●所有 1960 年以前的 KGB 秘密文件都向公眾開放。該法於 2002 年修正。
德國	1990	前國安局個人資料之保護暨使用法 <sup>329</sup> ●有資訊獲知權、但無檔案存取權（Right to information without

<sup>326</sup> Stan, ebenda, pp. 256-257.

<sup>327</sup> Law on Opening Communist Secret Files.

<sup>328</sup> Law on Access and Disclosure of Documents and Determining Connections of Bulgarian Citizens to the State Security and Army Intelligence Agencies.

<sup>329</sup> Law on the Securing and Use of Individual-Based Data of the former Ministry of State Security Office for National Security.

		right to documents): 公民僅能透過工作人員之告知, 了解自身秘密檔案中的資訊, 但不允許其閱讀或複印檔案文件。
	1992	國安局 (史塔西) 檔案法 (Stasi Files Law) ●有資訊獲知權、亦有檔案存取權 (Right to information with right to documents): 公民可閱讀及複印自身檔案。不過軍事情報機關編製之秘密檔案仍舊維持機密。
匈牙利	2003	法律 (Law) ●公民可閱讀自身檔案, 以及監視他們的線人之檔案。 ●惟涉及國家安全之檔案仍維持機密。
拉脫維亞	2007	法律 (Law) ●揭露 KGB 檔案之內容, 包含前秘密特務之姓名。
立陶宛	2006	法律 (Law) ●開放所有現存的 KGB 秘密檔案, 不限制公眾之取得。
波蘭	1997	共產時期秘密檔案開放法 <sup>330</sup> ●經篩選之檔案予以解密。而歷史學家及記者可取得部分公務員之檔案。公民可取得自身被國安局監控收集之檔案。
	2006	除垢法 (Lustration Law) ●公眾可取得現任外交官、部會首長及國會議員之檔案。
羅馬尼亞	1999	第 187 號法律—自身檔案取得及政治警察揭露法 <sup>331</sup> ●公民可閱讀並複印自身秘密檔案, 及他們是否與國安局進行合作的聲明。 ●惟涉及國家安全之檔案仍維持機密。
斯洛伐克	2002	第 553 號法律—關於國安局特務於 1939 年至 1989 年間活動之檔案開放暨國家記憶研究所設立法 <sup>332</sup> ●斯洛伐克公民及外國人可取得涉及自身資訊之秘密檔案。 ●然而以下二者仍維持機密: 1. 若予揭露恐危及他人生命和公共利益之外國人檔案 2. 受共黨政治警察迫害者的個人資料。

由下表整理, 亦可看出執行秘密檔案開放暨公部門人事清查之專責單位, 在

<sup>330</sup> Law on Access to Communist Secret Files.

<sup>331</sup> Law no. 187 on Access to One's Own File and the Unveiling of the Securitate as a Political Police (the "Ticu Law"); 2006 年時曾對此法進行修正。

<sup>332</sup> Act no. 553 on Access to Documents Concerning the Activities of the State Security Services between [18 April] 1939 and [31 December] 1989 and the Establishment of the National Memory Institute.

東歐各國的發展軌跡下：

表 23：東歐及前蘇聯各國轉型正義獨立機關（構）簡介<sup>333</sup>

國別	機構	設立時間	說明
保加利亞	檔案公開暨建立前國安局連結委員會 <sup>334</sup>	2001	共 7 位成員，任期 5 年。其中 5 位由國會選出、2 位由內閣選出。
	與前國安局之連結揭露委員會 <sup>335</sup>	2001	共 5 位成員，任期 5 年。主席由總統任命。
	檔案公開暨確認公民與情報機關之連結委員會 <sup>336</sup>	2007	共 9 位成員，任期 5 年，均由國會選出。
捷克	檔案及共產時期犯罪調查局 <sup>337</sup>	1995	於 2002 年成為捷克警察體系（the Czech Police）之一部分
東德	國家安全檔案聯邦委員會（BstU） <sup>338</sup>	1990	-
愛沙尼亞	鎮壓政策審查委員會 <sup>339</sup>	1993	-
	危害人類罪國際調查委員會 <sup>340</sup>	1998	共 7 位成員，由總統任命。於 2006 年發表總結報告。
匈牙利	1956 年革命歷史研究院 <sup>341</sup>	1989	-
	歷史局 <sup>342</sup>	2001	隸屬於內政部。

<sup>333</sup> Stan, ebenda, pp. 258-259.

<sup>334</sup> Commission on the Disclosure of Documents and Establishing Affiliation with the Former State Security and Intelligence Directorate with the General Staff (the "Andreev Commission").

<sup>335</sup> Commission on the Disclosure of Affiliation with the Former State Security and Intelligence Directorate with the General Staff.

<sup>336</sup> Commission on the Disclosure of Documents and Determining Connections of Bulgarian Citizens to the State Security and Army Intelligence Agencies.

<sup>337</sup> Office for the Documentation and the Investigation of the Crimes of Communism in the Czech Republic (Úřad dokumentace a vyšetřování Zločinů komunismu služby kriminální policie a vyšetřovací or UDV).

<sup>338</sup> Federal Commissioner for the Files of the State Security Service of the Former German Democratic Republic (Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik or BstU, the "Gauck Commission", later "Birthler Commission")

<sup>339</sup> State Commission on Examination of the Policies of Repression.

<sup>340</sup> International Commission for the Investigation of Crimes against Humanity.

<sup>341</sup> Institute for the History of the 1956 Revolution (As 1956-os Magyar Forradalom Történetének Dokumentációs és Kutatóintézete Kozalapítvány).

<sup>342</sup> The Office of History.

拉脫維亞	獨裁政權犯罪調查委員會 <sup>343</sup>	1992	運作至 1996 年。
	獨裁政權犯罪評估委員會 (拉脫維亞的歷史委員會) <sup>344</sup>	1996	由總統設立。 以下又分為四個子委員會。
立陶宛	立陶宛種族滅絕及抵抗研究中心 <sup>345</sup>	1993	包括種族滅絕及抵抗研究所 <sup>346</sup> 以及種族滅絕受害者紀念研究所 <sup>347</sup> 。
	納粹及蘇維埃佔領政權之罪行評價委員會 <sup>348</sup>	1998	-
波蘭	國家記憶研究所 (IPN) <sup>349</sup>	2000	由以下四個部門所組成： 1. 反波蘭民族罪行起訴委員會 <sup>350</sup> 2. 檔案紀錄保存及傳播局 <sup>351</sup> 3. 公眾教育局 <sup>352</sup> 4. 人事清查局 <sup>353</sup>
羅馬尼亞	秘密檔案研究委員會 (CNSAS) <sup>354</sup>	2000	共 11 名成員，皆為無黨籍，任期 6 年，由國會政黨任命 <sup>355</sup> 。
斯洛伐克	國家記憶研究所 (UPN) <sup>356</sup>	2003	-

<sup>343</sup> Commission for the Investigation of Totalitarian Regime Crimes.

<sup>344</sup> Commission for the Assessment of the Crimes of Totalitarian Regimes (Latvia's "History Commission").

<sup>345</sup> Genocide and Resistance Research Center of Lithuania (Lietuvos Gyventojų Genocido ir Rezistencijos Tyrimo Centras).

<sup>346</sup> the Lithuanian Genocide and Resistance Research Institute.

<sup>347</sup> the Lithuanian Genocide Victims Memorial Institute.

<sup>348</sup> International Commission for the Evaluation of the Crimes of the Nazi and Soviet Occupation Regimes in Lithuania (Tarptautinė Komisija Nacių ir Sovietinio okupacinių režimų nusikaltimams Lietuvoje ivertinti).

<sup>349</sup> Institute for National Remembrance (Instytut Pamięci Narodowej or IPN).

<sup>350</sup> Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation.

<sup>351</sup> Office for Preservation and Dissemination of Archival Records.

<sup>352</sup> Public Education Office.

<sup>353</sup> Vetting Office.

<sup>354</sup> National Council for the Study of Securitate Archives (Consiliul National pentru Studiul Arhivelor Securității or CNSAS).

<sup>355</sup> 11 non-party members appointed to 6-year terms by political parties represented in Parliament.

<sup>356</sup> Institute of National Remembrance (Ustav Pamati Naroda or UPN).

## 第二節 捷克

社會主義政權垮台後的捷克，成立「共產主義罪行調查與記錄署」(Amt für Dokumentation und Ermittlung von Verbrechen des Kommunismus)，作為一追訴該等犯行之行為人的特殊刑事偵查機關，然而，根據學者的觀察，這個原本作為追訴元凶、進行相關刑事訴訟程序的機關，事實上也擴及有關政治犯於勞改營與監獄中之處境、所謂不受歡迎者之精神病學手段的濫用、橫越國境邊界者的槍殺等調查暨研究等，換言之，該署在實務上，已經超越單純的刑法面向，而是兼及對於國家壓迫機器的全面性分析與掌握<sup>357</sup>。在民主化初始，捷克政府即著手針對過去國家安全機關成員的違法犯行，展開調查，首先在 1989 年即成立「聯邦內政部所屬國家安全活動調查與記錄署」(Amt des Föderativen Innenministeriums für Dokumentation und Ermittlung der Tätigkeit der Staatssicherheit)。1993 年 3 月 1 日，在捷克檢察總長的指示下，於最高檢察署成立「1945 年 5 月 8 日至 1989 年 12 月 31 日針對捷克人民所為罪行調查與記錄協調中心」(Koordinationszentrum für Dokumentation und Ermittlung der Gewalt am tschechischen Volk in der Zeit vom 9. Mai 1945 bis zum 31. Dezember 1989)，主要以政治犯為調查焦點，但由於最高檢察署之人力不足，一年後即併入司法部之「共產政權違法行為記錄中心」(Zentrum für Dokumentation der Rechtswidrigkeit des kommunistischen Regimes)，爾後再與前述內政部所屬國家安全活動調查與記錄署合併，最後即更名為共產主義罪行調查與記錄署<sup>358</sup>。

與波蘭類似的，捷克亦採取除垢昔日政權幫兇之行動：1991 年 10 月 4 日，捷克國會通過所謂《國家機關與組織特定職務行使要件法》(Gesetz über die Voraussetzungen für die Ausübung einiger Funktionen in den staatlichen Organen und Organisationen)，亦即一般俗稱的《除垢法》(Lustrationsgesetz)，或說《大除垢法》(Great Lustration Act, GLA)，其前身為 1990 年 7 月捷克聯邦議會所設立之特別委員會，該委員會的原始任務在於調查 1989 年 11 月 17 日開始的革命，爾後改組為具有傳喚與偵訊權之獨立調查機關，該機關即擴大調查對象，

<sup>357</sup> Brenner, Vergangenheitspolitik und Vergangenheitsdiskurs in Tschechien, in: König u.a.(Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, Opladen/Wiesbaden 1989, S. 216.

<sup>358</sup> Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, Teilband 14: Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik, Berlin 2012, S. 338f.

納入對於共產時代國家公務員與民意代表，最終認定：16 位國會議員、14 位部長、48 位政府官員、34 位國會其他任職人員，均為國家安全局的特務，當然，應予剝奪職務<sup>359</sup>。雖然在國會設置該等機制的一開始，即表明「特定範圍內之國家機關、大學、軍方、情報單位、廣播電視、國營事業的重要職務」，無須在禁止之列，但在隨後的五年內，仍然逐步公布，禁止昔日，特別是 1948 年與 1968 年之後曾為國家安全機關人員與線民、地方鄉鎮以上層級之共產黨幹部、民兵幹部、捷克暨蘇聯共產黨學校之畢業生等，擔任前述公職<sup>360</sup>。關於《除垢法》的適用範圍，將在下面進一步詳述。雖然遭致不少的批評，捷克《除垢法》與根據該法所為之處分，仍經憲法法院認定合憲，雖然說，憲法法院強調，在個別認定當事人與國家安全機關之「合作意圖」上，應該更加謹慎與小心。從 1997 年 12 月 1 日至 2000 年 6 月 30 日，捷克政府開放人民至內政部，申請閱覽並抄錄影印與其相關之檔案資料，人民已得無礙地知悉是否曾被國家安全機關刺探、監視與追捕，雖然相關規範的法律，要晚到一年多之後才制定通過與施行<sup>361</sup>。

讓我們再重頭觀察捷克關於人事清查與除垢的路徑發展。學者 Halmai & Scheppele 有個對於捷克轉型正義的精準評價：「捷克共和國採取的觀點是：他們希望在過去的人民、制度與社會條件上，做到洗淨自我，而且採取了最激烈的方式去實現它」<sup>362</sup>。1989 年發生在捷克斯洛伐克的天鵝絨革命（*Sametová revoluce, Nežná revolúcia*），在其領導者哈維爾（Vaclav Havel）的思維下，不應與舊政權有任何的妥協，必須與改革共產主義的期望決裂，痛斥「有人性之社會主義」的任何主張，是以，將所有共產黨人排除於任何權力位置之外，即成為捷克斯洛伐克民主轉型時之核心路線，事實上，自數月後的 1990 年初始，昔日共黨政權之違法行為，已經開始遭到程度不一的追究<sup>363</sup>，換言之，人事清查，除垢，在共黨統治結束崩解的當下，就是一浮上檯面的火熱政治問題。由於在 1993 年公民投票，正式分裂為捷克與斯洛伐克兩個國家之前，整個捷克斯洛伐克全境都實施人事清查，而到 1993 年之後，只有捷克繼續採行，獨立後的斯洛伐克在

---

<sup>359</sup> Brenner, *Vergangenheitspolitik und Vergangenheitsdiskurs in Tschechien*, S. 14f.

<sup>360</sup> Ebenda, S. 209.

<sup>361</sup> Arnold, *Fortentwicklung der Projektkonzeption*, S. 340.

<sup>362</sup> Halmai & Scheppele, *Living Well ist the Best Revenge. The Hungarian Approach to Judging the Past*, in: Mcdams(ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in new Democracies*, University of Notre Dame Press, 1997, p. 179.

<sup>363</sup> Benda, *Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in der Tschechischen Republik*, in: Unverhau(Hrsg.), *Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn*, Münster 1999, S. 131ff.

Vladimír Mečiar 領導下（1992-1994、1994-1998 三次擔任總理），基本上放棄執行除垢措施，是以在之後的介紹與分析中，均通用「捷克」來稱呼，包括 1993 年之前的捷克斯洛伐克與之後的捷克共和國。

捷克之所以在人事清查與除垢上相當積極，一般論述認為有以下幾個原因：首先，天鵝絨革命始自暴力鎮壓，亦即 1989 年 11 月 17 日之警察攻擊學生的和平示威，被害人要求追究元兇的聲音始終不墜；1990 年初，國安局被揭發長期持續地跟監刺探反對運動，運用大量的線民潛伏其中，是以輿論紛紛要求揭露擔任國安局線民的名單，群眾一方面義氣填膺，一方面也人人自危。約莫同時，新的民主政黨之政治人物，也爆發涉嫌濫用國安局檔案，以污名化政治對手的事件，政黨為了自清，針對 1990 年的大選，自行「淨化」黨內的參選人，先內部「除垢」了起來（雖然程度不一），當時的社會與政治氛圍均認：民主化後的新興捷克，面臨經濟與制度等方面的艱困局勢，民主機制必須擁有較高的正當性，否則將功虧一簣。就此，應為相當程度的人事清查與除垢，竟成為社會與朝野之共識<sup>364</sup>。

1991 年 1 月，新組成之捷克國會通過一項決議：「應進行所有本會所屬議員之清查」，在清查措施告一段落後，國會給予「與舊政權合作者」兩週的時間「自行引退」，期限屆至，未自行辭去議員職務者，則於議會全院會議中直接公佈姓名。有多位「被強烈懷疑」的議員拒絕遵照辦理，嚴斥有辭職的必要，同時大聲捍衛自己的清白，引起社會騷動。學理上的觀察以為：捷克國會的這項除垢措施既不周延又顯魯莽，最後徒傷自己身為人民代表之國會的尊嚴與形象，依當時的一項普遍民調，有 33% 的捷克人民因之而失去對國會的信任與尊重，可謂得不償失<sup>365</sup>。在此發展下，除「公民論壇」（Občanské forum, Bürgerforum, OF）以外的其他右派政黨，於 1991 年初，即共同提出應徹底解決人事清查問題的提議，數月後的夏初，中間政黨，包括從「公民論壇」分裂出來的黨派「公民運動」（Občanské hnutí, Bürgerbewegung, OH），以及偏向執政黨及總統 Havel 之中間偏左政黨，也公開支持右派政黨要求的建立人事清查制度，多個政治勢力希望

<sup>364</sup> Williams, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, *Journal of Communist Studies and Transitional Politics*, 4, 2003, pp. 5-6.

<sup>365</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung – Vergleichende Analyse der post-kommunistischen Vergangenheitsbewältigung in Polen und Tschechien, München 2005, S. 7.

藉此終結「野蠻的除垢」，必須以「非公開的、值得信賴的、法律清楚規範的、官僚程序上的人事清查制度與措施」取而代之<sup>366</sup>。在觀察者的眼中，人事清查與除垢立法，應有下列三項目的<sup>367</sup>：

- 保護國家安全；
- 得以獲取優於政治對手的權力優勢，自然，主要指涉即為削弱左派共黨之政治勢力與影響力，此雖非官方提出之立法目的，但實際政治生態卻無疑顯現如此；
- 試圖從道德上對威權合作者和非合作者進行區分。

在捷克國會 15 個政黨黨團的共同努力下，1991 年終於通過《除垢法》，亦即一般所稱之「捷克 1991 除垢法」(Lustrationsgesetz 1991)。不同陣營與政治光譜之政黨，存有共識：如果無法阻止昔日共黨菁英繼續活躍在政壇上，新民主將岌岌可危、危機四伏。第一個除垢法草案由「公民運動」提出，由於難以達成多數同意，是以不斷的在爭執中修改原先之設計，關鍵之爭點都在於「應將哪些哪類過去的政府官員列入為除垢對象？」。在低空掠過的甫過半支持，特別是來自「公民論壇」與「公眾反對暴力」(Verejnost' proti násiliu, Öffentlichkeit gegen Gewalt, VPN) 兩個政黨的最終力挺下，1991 年 10 月 4 日，除垢法草案正式通過(451/1991 號法律)，值得注意的是，許多國會議員拒絕投票或投下反對票<sup>368</sup>。捷克《除垢法》明文：「經選舉、提名或任命而於國家行政機關、捷克軍方或國防部、警察單位、情報單位、國營事業、公法上之媒體事業任職或充任法官、檢察官或調查單位之公務員者，於 1948 年至 1989 年之期間，不得具國家安全局成員，共產黨高階幹部，人民民兵、民族陣線檢查暨行動委員會成員，蘇聯菁英大學學生身分。此項事實應由內政部簽發證明書或經本人宣誓之聲明代之。不符此要件、拒絕提出經宣誓之聲明或為不實陳述者，不得擔任前列職務，已任職者應予免職...無經除垢者之同意，相關證明、決議及證明文件均不得公開。勞動關係消滅之合法性，當事人得提請法院審定之」，由此可看出捷克除垢法的核心設計內容。以下謹整理該法最重要之適用範圍與效果：

---

<sup>366</sup> Williams, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 5-6.

<sup>367</sup> Nedelsky, Czechoslovakia, and the Czech and Slovak Republics, in: Stan(ed.), Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist, pp. 61-63.

<sup>368</sup> Williams, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 2-3.

1. 適用對象：自 1948 年 2 月 25 日共黨掌權起到 1989 年 11 月 17 日間，曾擔任以下職務者。
  - (1) 自地方層級以上之共產黨官員。
  - (2) 國家安全局的特務、職員
  - (3) 知情的國家安全局合作者。
  - (4) 人民民兵（People's Militia）之成員。
  - (5) 國家安全部隊的政治管理部門。
  - (6) 1948 年或 1968 年 8 月 21 日後的清洗委員會（purge committees）成員。
  - (7) 曾在蘇聯 KGB 學校當學生超過 3 個月者。
  - (8) 國家安全局下轄陰謀單位之擁有者。
2. 規範內容：前開人員於未來 5 年內，禁止擔任以下職務：
  - (1) 聯邦政府中之多數民選或任命職位，但國會議員不在此限。
  - (2) 上校以上軍官。
  - (3) 國營企業的管理階層。
  - (4) 官方新聞通訊社。
  - (5) 捷克斯洛伐克、捷克、斯洛伐克廣播電視台的高階職位。
  - (6) 高等學術職位。
  - (7) 法官和檢察官職位。
3. 原任或欲擔任上述職位者，必須得到內政部簽發之證明，不符者應予解職、降職或拒絕僱用。
4. 政黨、出版商、廣播或電視製作人得對「參與形成傳播媒體內容的員工」進行審查，但以經當事人同意者為限。審查結果非經當事人同意者不得公布。
5. 第三人得繳納 35 美元保證金後，申請對特定高階官員應啟動調查。如調查結果為無疑者，沒收保證金。
6. 本法施行期間至 1996 年 12 月 31 日止。

1991 年第 451 號法律、1992 年第 279 號法律之《除垢法》，為擔任特定公職設下條件，基本上區分為兩種不同職位類型：第一種職位，是任職前須經清查始可擔任的公務員職位；第二種職位，是不得擔任第一種職位的過去特定共產政權職位擁有者，兩種不同類型如下<sup>369</sup>：

<sup>369</sup> UN Guidelines 2006, p. 43.

(一) 第一種職務類型：任職前須經清查方可任職<sup>370</sup>

1. 法官和檢察官；
2. 所有憲法機關中，主管級別以上的公務員以及高級行政職；
3. 上校以上之軍官或警察；
4. 專門從事政治監督及迫害的情報部門。但內政部長得基於國家安全考量例外准許；
5. 國營企業、國有銀行、國有媒體及新聞機構的管理階層；
6. 高等學術職位，如大學行政職位在主任以上者，及科學院的董事會董事。

(二) 第二種職務類型：原擁有特定身分者不得擔任之特定職位(再分為三類)

1. 類別一：政治職位<sup>371</sup>
  - 地區委書記以上的共產黨委書記；
  - 地區以上共黨支部執委會成員<sup>372</sup>；
  - 共黨中央委員會委員；
  - 前開委員會之政治宣傳人員；
  - 人民民兵成員；
  - 1948 年和 1968 年就業審查委員會 (the employment review committees) 成員；
  - 共產黨宣傳與安全大學 (the Communist Party propaganda and security universities) 之畢業生。
2. 類別二：協助鎮壓的秘密警察、情報部門<sup>373</sup>
  - 部門主管以上之高級警官；
  - 情報部門成員；
  - 參與政治迫害的警察；
  - 例外：經內政部長、情報局長和警政署長基於國安考量例外赦免之前秘密警察成員，不在此限。

<sup>370</sup> UN Guidelines 2006, p. 43。指引本文特別強調，若是「一般民主選舉競爭選出之職位」，則不受除垢法規範。

<sup>371</sup> UN Guidelines 2006, p. 43.

<sup>372</sup> 但於 1968 年 1 月 1 日至 1969 年 5 月 1 日間擔任委書記、執委會成員者，由於已是布拉格之春後的民主化時期，故予以豁免；參見 UN Guidelines 2006, p. 43。

<sup>373</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

3. 類別三：配合合作之個人<sup>374</sup>

- 特務、告密者及陰謀單位之擁有者；
- 受託人或明知之合作者；
- 潛在之合作者 (**candidates for collaboration**)：他們不一定有意識地合作，往往只是警察監視和審訊的對象。

在相關的人事清查作業實施上，捷克成立所謂獨立委員會，或稱上訴委員會 (**The Independent (Appeal) Commission**) 之專責單位，由以下成員組成：1 名主席，1 名副主席，1 名由國會議長任命的成員，2 名由內政部長任命的成員，1 名由國防部長任命的成員，6 名成員均由捷克國會主席委員會 (**Chair Committees of national Parliaments**) 任命，其中兩位內部部長任命者，各一位來自捷克與斯洛伐克內政部<sup>375</sup>。獨立委員會的工作是在進入司法審查之前，以行政程序受理人民之權利救濟，性質上類似訴願，並應嚴謹而保密地調查事實<sup>376</sup>。至於前端人事清查的程序，主要由內政部之行政人員處理，由於內政部同時負責共產時期秘密警察檔案之保存，是以在實際作業上，被認為最為合適執行這項職務。1992 年捷克憲法法院將類別三之規定宣告違憲後 (詳後述)，獨立委員會便因失去功能而遭解散，此後內政部安全局 (**the Security Office of the Ministry of Interior**) 便實質上完全執掌人事清查程序，由內政部安全局核發人事清查證明 (**the lustration certificate**)，此性質屬行政處分，人民可提起行政爭訟甚至民事訴訟<sup>377</sup>，相關之人事清查程序之救濟程序包括<sup>378</sup>：

- 任何人皆得向內政部安全局申請核發人事清查證書，且該部有責任核發。
- 惟僅有「已任職或欲任職」本法所定職位之人，方有強制申請證書之義務。
- 若某員工之職位適用本法規範，則雇主始得申請對該員工進行人事清查。若清查結果為陽性 (**a positive lustration result**，即內政部肯認其為除垢對象)，則相對人可對內政部提起行政爭訟，性質上為撤銷訴訟；若調查後仍維持原處分，則可對內政部提起民事訴訟，主張個人名譽 (**personal integrity**) 之保護，較為特殊。

---

<sup>374</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

<sup>375</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

<sup>376</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

<sup>377</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

<sup>378</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

值得一提的是關於司法審查的問題：《除垢法》第 18 條雖然明定，對於除垢措施之決定，得向行政法院提起撤銷訴訟，但一方面，此項救濟權僅適用於業已擔任公職者，並不包括欲尋求任命之申請或候選人，再方面，捷克憲法法院在 1993 年的判決中，卻認為機關簽發之證明，並非行政處分，是以不得對之提起撤銷訴訟。結果，遭認定為「應予除垢」之人，反而去提起民事訴訟，主張其人格權、名譽與尊嚴之保護，請求因遭積極認定而有人格權等損害之賠償，以國家安全局為被告，從實務發展上看來，最後獲致勝訴者不在少數<sup>379</sup>。

藉由《除垢法》，公眾並不因此自動得知哪些議員或部長曾經支持過共黨政權，相對的，各政黨有權以須經人事清查無虞作為提名候選人之要件，在實踐上，並非所有政黨均遵照辦理，亦有政黨拒絕追究與調查其提名之候選人的過去<sup>380</sup>。捷克《除垢法》的制定引來不少反對聲浪，不僅昔日的共產黨人，包括異議人士亦有一些批評，例如指摘國安單位的檔案欠缺證據能力，法律本身帶有一定的歧視意涵，再者，《除垢法》立基於集體、而非個人責任的追究，這個出發點顯有問題等等云云。公眾對《除垢法》的反應並不特別熱烈，即便如此，該法仍然在 1995 年延長 5 年適用期限（第 245/1995 號法律），2000 年再刪除原有之期限規定（第 422/2000 號法律），亦即不再有適用上的限制時間範圍，對此，僅有 16% 的人民表示贊同，20% 則為有保留的同意，超過三分之一的民眾反對，領導天鵝絨革命的總統 Vaclav Havel（任期 1989/12/29-1992/7/20、1993/2/2-2003/2/2）亦公開反對：1991 年簽署《除垢法》的 Havel 總統，從未隱瞞他對該法的保留，進而在 1995 與 2000 年兩度拒絕簽署公布修正後的新法（國會對此表決駁回）。約莫同時，歐盟與美國國務院亦嚴厲批評該法恐有侵害人權之疑慮<sup>381</sup>，特別是非立基於「個人罪責」與「無罪推定」，例如即有不少人即因單純具有特定組織之成員身分，或甚至只是因為名字在國安局的名單上，就遭禁止擔任特定公職<sup>382</sup>。尤有甚者，相較於歐盟之建議「除垢應至多實施 5 年」，沒有期限限制、施行業已超過 25 年的捷克《除垢法》，從 1992 年捷克憲法法院當時提出的見解而言，格外耐人尋味：「除垢應僅適用於一相對較短的期間，直至可以預見民主化之進程即將終了之時」<sup>383</sup>。

<sup>379</sup> Bálková, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, p. 4.

<sup>380</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 8.

<sup>381</sup> Ebena.

<sup>382</sup> Bálková, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, p. 4.

<sup>383</sup> Czechoslovak Constitutional Court, Opinion 03/92, 26 November 1992。有趣的是，在 2001 年的

捷克憲法法院雖判決《除垢法》一些條文與憲法不相容—提交憲法法院裁判，並非來自法院之聲請或被害人，而是左翼政黨，但仍肯定地表示：國家有權採取必要措施，以防止或至少降低重返集權統治或受顛覆之風險<sup>384</sup>。憲法法院在此 1992 年 11 月 26 日的第一次判決中<sup>385</sup>，宣告部分違憲的本法所謂「類別三」合作者 (category c collaborators)，其中也包含「可能潛在之合作者」(candidates for collaboration)，此二類型將不再援用，蓋此類別三，所謂與秘密警察有關的公民活動—嫌疑職務，一直存有極大爭議，蓋難以確認一個人的行為屬於有意識合作、無意的合作或其實是受害者，要將合作者與受害者區分開來幾乎不可能。在公眾強烈抗議和眾多法律爭訟後，1992 年憲法法院宣告類別三違憲而廢除，然而，如同前述除了本條以外，整體而言憲法法院仍支持本法的合憲性，並表示它並未違反主要的國際人權公約<sup>386</sup>，同時回顧捷克民主化過程，提及在 1989 年 12 月，由於眾多檔案文件仍握在國家安全局與秘密警察單位之手，這些文件的可能遭到銷燬與滅失，恐造成國家的不安，傷害憲法秩序，對於保護捷克的民主及其原則、國家安全暨保護國家機密之目的而言，《除垢法》所採取的有限範圍設定，特別是聚焦於權力基礎、行政機器與重要的經濟管理，應屬合理，更何況採取採取之措施並不構成所謂「不容溯及既往的制裁」(impermissible retroactivity of penalties)，因此無違憲疑慮，憲法法院言道：「建構當代法治國家，在一開始就必須與過去的集權政權暨其價值決裂，則當對於此截然不同的價值體系，斷不能採取形式上合法就實體上合法之延續概念，就算法律秩序形式上確實存在規範上之延續，也不能接受」<sup>387</sup>。

---

第二次除垢法判決中，捷克憲法法院針對聲請人之著眼於「時間因素」—指摘《除垢法》不得刪除其原先的限時法規定，憲法法院則以「雖然時間因素在審視該法之合憲性上，具有重要地位，但第一次除垢法判決也無疑地告訴我們：還有其他更重要的理由，特別是民主必須要能防衛自由，以及，國家行政及軍事體系中，需要政治上忠誠之人」；Simačková, *Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 6.

<sup>384</sup> Benda, Benda, *Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in der Tschechischen Republik*, p. 134f.; Williams, *Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 15-16.

<sup>385</sup> 捷克憲法法院在 2001 年針對除垢法做出第二次判決，主要是就「廢止適用期間」之合憲性進行判斷，詳見後述。

<sup>386</sup> UN Guidelines 2006, p. 44.

<sup>387</sup> Simačková, *Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic*, Conference on „Past and Present-Day Lustration: Similarities, Differences, Applicable Standards“, 7 September 2015, pp. 4-5.

2001年12月5日，同法再受捷克憲法法院的「原則上」合憲評價<sup>388</sup>，雖然憲法法院還是認為特別是在「與國家安全警察單位合作者，這個類別違憲，因為無從證明之」<sup>389</sup>。在這個一般所謂的第二次除垢法判決中，法院援引防衛性民主（*démocratie apte à se défendre*）概念，認為「民主有權要求對於民主體制的忠誠，包括擔任公職之個人的忠誠...不值得信賴的公職人員與國家行政，結果將危害民主，是以，民主必須有權保護自己，免受那些因公職人員無法展現對於公眾之忠誠、無法減少疑慮而帶來的傷害」<sup>390</sup>，然而，兩次的憲法法院判決中，法院都提醒：正本清源之道，還是應該留待整個新的公務員法中，一併處理之。事實上，憲法法院的見解亦得到專責之獨立人事清查委員會（*Independent Lustration Commission*）主席 *Jaroslav Bašta* 的支持，因「類別三」所指稱之合作者，原本即可上訴至獨立委員會來確認其是否真為告密者，而1992年的600件案例中，獨立委員會發現竟僅有3%真的有進行合作之事證，換言之，原所認定之極大多數比例均屬誤植，難以正當化這項措施的持續<sup>391</sup>，由此可見進行人事清查與除垢手段之複雜性。根據估計，在實施人事清查的期間內，約有40至50萬人接受除垢之調查，其中約有5%被評價為「應予排除於公職之外」，亦即受積極之應除垢評定<sup>392</sup>。雖然捷克《除垢法》最終被送上歐洲人權法院，所謂的 *Turek vs. Slovakia* 案，然而，在2006年2月14日的判決中，歐洲人權法院並未真正著眼於除垢與人事清查，而是以當事人之訴訟權、受公平審判之權利（主因為訴訟期間過長）、不當影響其私生活之權利（因缺乏關於取得必要證據之有效保護）為焦點，是以，在歐洲法的層次上，並無針對捷克除垢制度的真正「司法評價」出現<sup>393</sup>。

捷克《除垢法》之施行，伴隨著不少醜聞與社會八卦，1998年，隨著媒體報導一專門製作生產「經清查結果無不良紀錄」之黑市，使得除垢措施形象大崩盤，然而，在學者的評價中，捷克《除垢法》至少阻止了昔日野蠻淨化的不幸，相對的，數量上只有不多的當事人經公開宣布指控為「合作者」，《除垢法》至少

<sup>388</sup> File No. Pl. Ú S 09/01; UN Guidelines 2006, p. 45.

<sup>389</sup> *Simačková*, Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 8.

<sup>390</sup> *Simačková*, Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 5.

<sup>391</sup> *Nedel'sky*, Czechoslovakia, and the Czech and Slovak Republics, p. 46.

<sup>392</sup> *Bílková*, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, p. 3.

<sup>393</sup> Application No. 57986/00; *Simačková*, Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 7.

取代了更令人搖頭之汙名化政策（Politik der Denunziation）<sup>394</sup>。1993年7月，經過數個月的激烈討論，捷克國會通過所謂《共黨政權暨抵抗運動之非法性質法》（Gesetz über den illegalen Charakter des kommunistischen Regimes sowie über den Widerstand gegen dieses），本法從道德上直接否定昔日共黨政權，但並無太多具有實質效果的條文設計，毋寧較為偏向政治宣誓性質，除了兩個引人注目的例外：刪除1948-1989年間所為且尚未經追訴之犯罪行為的追訴時效、擴大平反規定之適用。雖然有許多的政黨質疑該法的合憲性，共產黨亦不斷地在國內與國際層次猛烈攻擊之，但該法至今仍持續適用<sup>395</sup>。值得一提的，為減少對政治之衝擊，本法一開始便朝向不適用於一般民主選舉選出之公職，故參與選舉之候選人，即使清查結果為陽性，法律上仍可參選，不致於剝奪其候選人資格，不過，如前所述，實際上多數政黨會自我規範，要求黨所提名之候選人應提出清查結果之陰性、消極證明（a ‘negative lustration’ certificate）。

從法律、特別是憲法角度，《除垢法》之爭議不斷。有從平等權保障之觀點，認《除垢法》形成特定群體不得擔任公職之差別待遇，有違反平等權之嫌<sup>396</sup>。再者，亦有認難以通過溯及既往禁止原則之檢驗，批評《除垢法》破壞法的安定性、違反溯及既往之限制，雖然說，不論聯合國指引或一般法律學者，多認即便從刑事責任角度來看，並無成立溯及之問題<sup>397</sup>。亦有批評《除垢法》採納集體罪責原則（the principle of collective guilt and responsibility），似為法治國原則以個人責任為中心之出發點所不容；然而，識者亦多認，此時個人僅僅是對他們過去的政治活動「初步」須負責任而已，同時法律亦不能、也沒有禁止所有具共黨黨員身分者進入公職，其實未到所謂僅以集體罪責追咎的程度<sup>398</sup>。不論如何，即便連聯合國的指引都提醒，《除垢法》如何區別壓迫者及受害者是至關重要的，若法律的規範最後導致這兩群體適用完全一樣的人事清查程序，遭逢隨之而來相同的服公職權利之限制，則《除垢法》將必定失敗的，或許在法律責任的建構上，應更加注重立法之個人層面（the personal aspect），回到法體系以個人責任為核心

---

<sup>394</sup> Williams, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 21; Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 9.

<sup>395</sup> Lammich, Strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung in der Tschechischen Republik, Osteuropa-Archiv, 1, 1994, A28f.

<sup>396</sup> UN Guidelines 2006, p. 45.

<sup>397</sup> UN Guidelines 2006, p. 46.

<sup>398</sup> UN Guidelines 2006, p. 46.

的基礎<sup>399</sup>。

在進行人事清查相關工作上，檔案開放一直是最重要的基礎，乃至於限制，例如在民主化初始的臨時政府執政之際，當時的祕密警察即「非常輕率地」處理、乃至於破壞與銷燬許多珍貴檔案，最明顯的證據是：在革命開始的數週之內，國安局的成員幾乎完全不受限制的自由進出，當然，未必只是銷燬，據時人轉述，應有不少檔案文件被自由攜出或影印複製，淪為之後「野蠻除垢」與進行敲詐勒索之用，許多遍尋不著的檔案，在之後的某些事件中又突然浮現，引起諸多揣測與爭議<sup>400</sup>。1996年4月24日，捷克國會制定《使用因過去從事國家安全活動而設置之檔案法》(Gesetz über das Zugänglichmachen von Akten, die auf Grund der Tätigkeit der ehemaligen Staatssicherheit angelegt worden sind)，依據本法，對於所有捷克國民（包括1948至1990年間曾為國民之第三人），內政部有回覆告知之義務，關於國安局是否存有關於其個人之檔案，並於可能時提供其閱覽，同時，依當事人之申請，如於檔案中有使用匿名稱呼之人，政府機關有揭露並告知其真實姓名的義務<sup>401</sup>。

在捷克的檔案開放上，可以區分為幾個階段，首先是第一階段：1996年，制定第140/1996號法律，允許公民檢閱他們自己的檔案，而可能擔任線民角色的第三人姓名全部遮蔽。到了第二階段：2002年，第107/2002號法律，擴大檔案開放範圍。其允許公民閱覽與國安局合作之第三人的檔案，以及國安局本身之人事檔案，但如該檔案可能危及人身安全、涉及外國間諜/代理人(foreign agents)或國家安全利益時，則例外不予開放閱覽。同時，這些檔案不開放予外國人，包括1993年分裂後、以前同為捷克斯洛伐克公民之斯洛伐克人，此外，一年之後將公布所有國安局合作者的名單。該法之提案人表示，這些設計是為了「允許捷克人了解他們自己的歷史」，但也引起激烈之爭辯。到了第三階段：2004年，第499/2004號法律，更進一步開放檔案，規定由國安局於1990年1月1日前製作之檔案，排除個人資料保護。從而，人民不僅可檢視「國安局特務及與國安局合作之線民」的個人檔案，而且自2005年本法生效日起，人民更可檢視「與過去

<sup>399</sup> UN Guidelines 2006, p. 47.

<sup>400</sup> David, Lustration Laws in Action: The Motives and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Republic and Poland (1998-2001), Law and Social Inquiry, 2, (2003), p. 401; Williams, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 4.

<sup>401</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 9.

政權敵對之人士」的檔案及其個人資料，包含昔日反對共黨政權之異議分子的私人生活記載，都開放予公眾自由閱覽，可想而知，此舉引起更大的爭辯，過去的異議分子也認為此侵害其隱私權。依本法，人民可至檔案局申請閱覽相當的資料文件，捷克檔案局大約收藏有 6 萬份文件，以及長達 22 公里之書面紀錄，且不僅包括國安局製作之文件，還包括其他例如由邊防警察單位所保管之安全文件。自 2005 年以來，大多數請求閱覽之申請都是根據第 499/2004 號法律提出，原因在於：如依第 107/2002 號法律提出要求，則將僅收到該文件複製後的「數位化檔案」，且將無法讀取第三人的個資，但若依第 499/2004 號法律，則可取得「原件」或「原件影本」，其中沒有任何記載會被遮蔽，形同全部內容揭露<sup>402</sup>。2007 年，捷克政府成立集權政權研究所（Ústav pro studium totalitních režimů, Institut für das Studium totalitärer Regime），由該所負責檔案之管理與研究，針對 1938-1945、1948-1989 兩個時期之不法政權<sup>403</sup>。

一個值得探討的問題是：在 1993 年捷克斯洛伐克和平分裂為兩個國家之後，捷克與斯洛伐克，在同為一國時的兩年餘除垢法治與實踐經驗後，卻採取截然不同的發展，雖然說，斯洛伐克仍繼續實施除垢措施至 1996 年為止<sup>404</sup>；學者 Nadya Nedelsky 有個如下表所示之對比：

表 24：捷克、斯洛伐克之轉型正義手段比較<sup>405</sup>

	捷克	斯洛伐克
人事清查	非常積極	從未認真處理
檔案開放	時間較早、範圍廣	較晚推動
刑事追訴	成效有限，但較積極	無一人因此入監

其中原因自然耐人尋味，Nedelsky 認為，首先，前共產政權之本質應有相當影響：在共產時期的最後 20 年，捷克人生活在官僚威權主義之下，而相對的，斯洛伐克人則較處於所謂民族寬容與家父長式混雜的共產主義之中（a combination of national-accommodative and patrimonial communism），是以，

<sup>402</sup> Nedelsky, *Czechoslovakia, and the Czech and Slovak Republics*, pp. 51-53.

<sup>403</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 259.

<sup>404</sup> Bálková, *Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic*, p. 2; Simačková, *Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 6.

<sup>405</sup> Nedelsky, *ebenda*, p. 66.

相對於壓迫與控制感受上較為鬆散的斯洛伐克，捷克對於轉型正義的追求顯然較為強烈。再者，主流菁英的意識型態傾向亦有相當影響，在捷克，不論是人事清查立法的支持者或反對者，其立論基礎皆是自由主義政治哲學、自由民主原則，例如維護市場競爭公平性、個人自我負責等，換言之，「自由主義傳統」顯然在捷克地區較為普遍，相較之下，斯洛伐克的自由主義思想就未必那麼主流，在此基礎差異下，自由主義者通常較為支持轉型正義，對之提出相當的道德論證，這也說明了，為何捷克即使在偏左翼政府領導執政時，仍多有支持轉型正義之舉，而斯洛伐克卻始終對轉型正義興致缺缺<sup>406</sup>。

觀察人事清查立法施行後的結果，可以看到一些有趣的現象：首先，前共黨菁英仍在經濟市場中活躍、擁有相當的影響力，畢竟他們多十分富有、有許多門路，雖然不能在公領域活動，但進入私領域依舊能成為一方企業霸主，且能透過金流操控政治人物。其次，捷克之除垢措施，至少許多觀察顯示，恐怕產生「抓小放大」之流弊：在共黨統治時期，當告密者嗣後成為共產黨員，便會被國安局從名冊中直接註銷，因此，如果僅透過國安局名冊去進行除垢，結果就只能處理較低階之非共黨黨員身分的告密者，相對的，創造與製作這些檔案的人—所謂的大魚，反而未遭波及。再者，由於除垢法嘗試對人民進行道德上的區分，許多人誤以為，只要分類上未落入合作者陣營中，便不必對前政權的不法與不義行為負責，但這項認知可能存在根本的錯誤的，因為從某個角度言之，在共產政權下，幾乎所有人皆是某種程度的共犯，群體呈現出集體性質的共犯結構；如同某些觀察者所言，捷克人事清查手段，將社會成員區分為「好人」與「壞人」，這反而導致人們逃避政權不義責任的歸屬問題，雖然這確實極為困難，這使得人們普遍地認為：不論捷克或斯洛伐克，都沒有做好處理過去（deal with the past），功虧一簣<sup>407</sup>。不論如何，作為轉型正義之手段，「保護新興民主免受舊有集權政權之菁英的威脅，防堵集權體制再現」，在捷克的轉型正義工程中，人事清查、除垢，始終佔有重要的一席之地<sup>408</sup>。

---

<sup>406</sup> Nedelsky, ebenda, pp. 66-68.

<sup>407</sup> Nedelsky, ebenda, pp. 62-64.

<sup>408</sup> Bílková, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, p. 3.

### 第三節 波蘭

共黨政權垮台後，波蘭成立所謂的「國家記憶研究所」（Instytut Pamięci Narodowej, Institut des Nationalen Gedenkens），它的另一稱號為「追訴針對波蘭人民暴行委員會」（Kommission zur Verfolgung der Verbrechen gegen das polnische Volk），任務為針對波蘭國家安全機關在 1939 年 9 月 17 日至 1989 年 12 月 31 日止、乃至於納粹第三帝國與蘇聯占領軍安全機關之所有檔案文件，進行蒐集、整理、管理並登錄儲存為國家檔案，同時開放予民眾閱覽，當然，這裡所謂擁有閱覽權的民眾，其實限於納粹德國與波蘭共產政權的被害人，亦即遭國家安全機關有意蒐集其個人祕密資訊之相對人，比較特殊的是，此單位亦配置有檢察官，可主動代理被害人提起告訴，就此，一般多認為波蘭採取與南非類似的模式，也就是一定程度結合真相委員會與刑事追訴<sup>409</sup>。

波蘭亦採取人事清查、除垢手段：在政治上檢視過去警察、國家安全機關與單位、檢察官等所犯下之侵害人權犯行後，直接剝奪行為人的公職，當然，由於波蘭眾議院（Sejm）的決議中，排除所涉行為人的自我辯護權利，該作法遂遭憲法法院以違反法律保留原則而宣告違憲。1997 年 4 月 11 日，波蘭國會通過名為《國家安全機關所屬公務員暨與該機關合作之其他公務員 1944-1990 年間工作與勤務公開法》（Gesetz über die Offenlegung der Arbeit oder des Dienstes von öffentlichen Amtsträgern in den Sicherheitsorganen des Staates bzw. der Zusammenarbeit mit denselben in den Jahren 1944 bis 1990）之法律（第 443 號法律），但隨即因為可能產生的法官人數不足（許多法官因該法而有遭剝奪公職之虞），國會再次修法（1997 年 9 月 1 日、1998 年 11 月 27 日），直接指定華沙上訴法院作為管轄法院；依該法，所有相關公務員必須向專責人員報告過去與國家安全機關之接觸情形，經認定為不實者，即移送華沙上訴法院審理，認有理由者，可宣告至多 10 年之禁止公職，不再採取其他的刑罰手段。當事人不服者，得向同一法院提起撤銷之訴，再由該法院其他同為三名法官組成之審判庭受理之，如駁回其上訴則終局確定，雖然仍保留向最高法院提起再審以救濟之可能。經法院判決確定者，即公告該等公務員姓名於政府公報，作為道德制裁的處分，基本上，已再無其他法律上的處罰規定，除少數滿足特定要件下之剝奪退休法官或檢察官

<sup>409</sup> Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 333f.

之退休金請求權。一般認為，波蘭制度的特徵，不在於將做為過去不法政權幫兇之人，一律逐出公共生活與政治體系，而是審查相關公務員的可信度，作為「除垢」的首要目標<sup>410</sup>。

一個簡略的初步整體觀察之後，讓我們進一步分析所謂的波蘭路徑。一般咸認，相較於捷克或東德，在處理過去之歷史，特別是攸關調查與追究國家安全機關成員之行為上，1989年民主化之後的波蘭，顯得意興闌珊，至少進展不多。後共產時代的第一任總理 Tadeusz Mazowiecki，非常明確地對去共黨化（Entkommunisierung）與人事清查除垢作業，採取消極態度，立下不少的執行障礙<sup>411</sup>。在1989年9月於民主化後的首次波蘭國會的就職演說上，Mazowiecki 說道：「由我組成的新政府，將不承擔承繼而來的負債...面對過去，我們將劃下一條「粗線」：我們只負責自己所做的事情，以便使波蘭跳出當今瀕臨崩潰的狀態」<sup>412</sup>。在如此之政策決定下，任何人，不論其過去，都有政治上重新開展生涯的機會，昔日之個人事蹟與行為，均不得作為未來加以歧視之理由；事實上，觀察者咸認，Mazowiecki 總理其實別無選擇：雖然在1989年7月的有限自由選舉中，共產黨大敗，但居於關鍵地位的內政部與國防部，仍明顯掌握在共黨之手，波蘭憑藉著1989年秋所謂「協商下的革命」（ausgehandelte Revolution），邁向民主，但當時還身處華沙公約組織的眾多社會主義國家陣營之中，採取明確的所謂「粗線政策」（Politik des Dicken Strichs, the “thick-line” policy），使波蘭共黨（PZPR）成員免受任何刑事追訴，進而促使他們勉強願意接受已經無可翻轉的敗局<sup>413</sup>。不論是否真心如此，「粗線政策」已儼然「不再追究過去」的代名詞，不可諱言，這個路線確實有助於轉型關鍵期間的政治社會秩序之穩定，但它並未根本解決問題，只是推遲或暫時排擠之，是以，在接下來的發展中，去共產化與人事清查除垢，遂不斷地出現在波蘭的政治生活中，不停地被提起與炒作<sup>414</sup>。試舉一例：在1990年，波蘭國會立法設立國家保護局（the State Protection Office, UOP），以取代共黨執政時代惡名昭彰的波蘭共黨秘密警察局（SB），以杜悠悠

---

<sup>410</sup> Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 334f.

<sup>411</sup> Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, in: Unverhau(Hrsg.), Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn, Münster 1999, S. 1999, S. 73.

<sup>412</sup> Grabowski, Vom “dicken Strich” zur “Durchleuchtung”. Ansätze der Vergangenheitsbewältigung in Polen, Osteuropa, 10, 1998, S. 1015.

<sup>413</sup> Walicki, Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland, S. 188f.; Grabowski, ebenda, S. 1016.

<sup>414</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 10.

之口，結果，原屬波蘭秘密警察單位之特務只要通過認證，便可以繼續回到新設之國家保護局工作，政府無意重新審查適格之新進人員，理由是為了避免汰除過多有經驗之特務，影響機關運作，就是典型的粗線政策下之必然結果<sup>415</sup>。

當然，即便在粗線政策路線下，早期亦非毫無人事清查除垢之作為，最重要的例外是司法人員：波蘭社會普遍認為，過往共產時代的法官及檢察官多屬協助壓制異議者的順從工具，是以社會對於司法改革、特別是應該進行人事清理的呼聲極高。對此，波蘭採用迥異於捷克的新穎方法，從 1989 年起即對法官及檢察官進行人事清查，主要措施包括<sup>416</sup>：

- 首先，自白承認犯罪之司法人員，不論其情節嚴重，皆一律獲得赦免。
- 其次，特別針對檢察官：必須提供描述其共產主義時代活動內容並親自簽名之聲明書，但並不予以公開。如司法部認為該聲明不實，則該檢察官不會被重新任命。

換言之，整套程序僅規定將解僱提供虛偽不實聲明之檢察官，而不能免職可能侵犯人權卻未受任何制裁懲罰之司法人員，只要其等未聲明不實。藉此，約有 10% 之檢察官和 1/3 的檢察署職員因而遭到免職或解僱<sup>417</sup>，不能說毫無成效，但波蘭社會普遍認為，司法體系內應該還有更多侵害人權並與共黨秘密警察單位合作之司法人員，該項措施常被以為效果有限。

必須先加區別的是，即便波蘭所進行之所謂除垢，未必如捷克般之明確與效果令人印象深刻，但並不代表波蘭並未針對特定的歷史上暴行或特殊事件，沒有一定的追究作為，只是，這些追究的發展脈絡，與這裡所處理之人事清查與除垢，應認存有相當之差異，至少在不同的脈絡之下，必須加以留意。例如，1989 年 8 月，眾議院成立一委員會（由 Jan Rokita 領導——一般稱為 Rokita 委員會），調查波蘭秘密警察單位之特務於戒嚴後參與政治謀殺的行為。1991 年之成果報告共提出 88 個案件，建議檢察官予以起訴，並列出不適合再擔任公職的 100 個特務、70 個檢察官姓名。不過實際上罕有案件進入法院。再者，1991 年，國會開始設立委員會來調查過去的人權侵害犯罪，依此成立之「希特勒犯罪研究委員會」

---

<sup>415</sup> Stan, Poland, in: Stan(ed.), *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist past*, (2009), pp. 78-79.

<sup>416</sup> Stan, Poland, p. 80.

<sup>417</sup> 在 3278 名檢察官中，最後共有 311 名被免職。

(Committee for the Research of Hitler's Crimes)，負責調查 1940 年代末至 1950 年代初的犯罪，並配套立法延長刑事追訴期，欲對相關人權侵害者進行刑事訴追，但效果不彰，有些行為人已老死，有些證據不足，有些真相被鎖在秘密檔案中，許多文件已毀損，法院作為空間有限。相較之下，「對波蘭民族所犯罪行研究協調委員會」(Coordinating Committee for the Study of Crimes against the Polish Nation)，成效則較佳，截至 1995 年止，檢察官已起訴 20 起案件，包括知名之公安部調查局前負責人 Adam Humer。1996 年 3 月 7 日，Humer 被判處 9 年有期徒刑，10 位下屬被判 3 至 8 年不等。1992 年 2 月 1 日，國會設立了一個憲法究責委員會 (Parliamentary Commission on Constitutional Responsibility)，以確定司法是否應審判戒嚴令之宣布者，共黨政權獨裁者 Jaruzelski，乃至於受其指揮之執行者及其他支持者。該委員會的調查重點是戒嚴令是否具正當性。Jaruzelski 之支持者則主張，戒嚴是為了避免蘇聯等外國勢力入侵，雖有少數人被監禁甚至死亡，仍有必要性；而反對者則主張，戒嚴是對波蘭人犯下不可饒恕之罪行<sup>418</sup>。

隨著 1990 年始的眾家社會主義國家接連垮台，「粗線政策」也逐漸遭到國內的嚴厲批評，經濟改革失利的雪上加霜，使得波蘭新政府心力交瘁，特別是右派的政治勢力，包括團結工聯 Solidarność，便開始呼籲應該進行人事清查與除垢，參與 1990 年總統大選的團結工聯領袖華勒沙 (Lech Wałęsa)，選戰的主打政見之一，就是要處理過去歷史，理所當然的也將除垢列為重要課題。華勒沙當選總統之後，事實上並未認真處理，毋寧採取擱置的策略，然而在其友黨的陣營中，已然蓄勢待發，無法再停歇。1991 年，Jan Olszewski 組閣，由承繼團結工聯的一些政黨組成聯合政府，一上路即嚴厲批判舊有之畫粗線政策，1991/92 年之交替時節，「除垢」成為波蘭政壇最熱門的話題<sup>419</sup>，新成立之政府大有下定決心清算不法過去之態勢。1992 年 5 月，國會針對一提議而做出決議：內政部長 Antoni Macierewicz—昔日反抗波蘭共黨之知名人權運動者暨歷史學者，應公布「1945 年至 1990 年間與國家安全單位合作之名單」，然而，國會的決議僅止於此，針對是否對於內政部長之後的公布，應採取獨立的任何審查形式，抑或賦予遭指控者

---

<sup>418</sup> Stan, Poland, pp. 92-94.

<sup>419</sup> Szczerbiak, Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? Lustration in Post-Communist Poland, *Europe-Asia Studies*, 4, (2002), p. 557; Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 10.

任何防禦與抗辯撤銷之可能性，完全付之闕如。之後的名單揭露引發洶然大波：諸多與昔日共黨陣營「眉來眼去」的人士名列其上，政治圈甚至謠傳，總統華勒沙也同樣榜上有名，特別是知名的國家天主教廣播電台 **Radio Maryja**，始終火力全開，堅持華勒沙就是國安局的領導者<sup>420</sup>。在「**Macierewicz** 名單」公布後述日，華勒沙在內政部閱覽了自己的檔案，但卻被阻止將之公諸於世，因為「於法無據」，雖然總統再三聲明與保證，他並非檔案中所出現的線民「**Bolek**」，但卻無從真正塗銷或洗刷可能的誤植與污衊<sup>421</sup>。「**Macierewicz** 名單」公布未久，眾議院通過對內閣的不信任投票案，政府垮台，提案的理由說明簡單明瞭：「這個舉措，只合適用來讓最高國家機關陷入混亂」<sup>422</sup>。不久後，波蘭憲法法院宣告國會之「除垢決議」違憲，因牴觸憲法法治國原則，要做除垢，必須具有制定法作為基礎<sup>423</sup>；至此，波蘭民主化之後的第一波人事清查與除垢嘗試，正式宣告失敗收場，不僅如此，觀察者以為，這種倉促草率公布名單的近似「自廢武功」之政治行動，無疑是後社會主義時代初期，波蘭所出現的最嚴重政治危機之一。無能輕率，純粹政治動機催生之「拉倒昔日菁英領導階層」的舉措，使得嚴肅的除垢政策與過程，一開始就蒙上得不到普遍信賴的污名<sup>424</sup>。

1995/96 年間，發生所謂 **Józef Oleksy** 事件，政治人物被混沌不清的除垢問題所惑所敲詐訛騙，使得究竟應該如何處理過去？波蘭政壇爭辯不休。1993 年的國會選舉，右派政黨敗選，使得延伸至 1995 年秋季的總統大選，欲求連任的華勒沙形勢看壞，共黨推出的候選人 **Aleksander Kwaśniewski** 聲勢日漲，最後終於拉下華勒沙的連任企圖。在 **Kwaśniewski** 即將上任之際，隨將卸任的華勒沙總統與內政部長突然連袂指控道：在任的共黨籍總理 **Józef Oleksy**，與舊蘇聯、俄羅斯情報單位有所來往，總理嚴詞駁斥，更反將一軍，指華勒沙的親信在事前便要求他自動請辭，否則將啟動對他個人之除垢清查程序。在國會調查委員會提出「無法證明總理有任何遭指控之事證」報告後，**Oleksy** 仍然辭職引退；如同前述的華勒沙本人，**Oleksy** 終其一生，無法完全擺脫這項指控<sup>425</sup>，雖然在後來的發展中，波蘭國家記憶研究所曾公開某些「不無可疑」而對其不利的檔案，在

<sup>420</sup> Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 10.

<sup>421</sup> Grabowski, *Vom "dicken Strich" zur "Durchleuchtung"*, S. 1019.

<sup>422</sup> Grabowski, *ebenda*, S. 1017f.

<sup>423</sup> Bingen, *Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen*, S. 74.

<sup>424</sup> Szczerbiak, *Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present?* S. 558.

<sup>425</sup> Grabowski, *Vom "dicken Strich" zur "Durchleuchtung"*, S. 1021f.; Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 11.

訴訟程序中，法院據此而稱 Oleksy 為「除垢說謊者」(Lustrationslügner)，喧騰一時，到了 2005 年，Oleksy 終於被處分 10 年不得擔任公職。許多觀察者深信，所謂的 Oleksy 事件，其實就是爭奪政治權力而來的血腥鬥爭，然而，亦有越來越多的公眾，要求應該實施人事清查與除垢<sup>426</sup>。

政黨輪替之後，在共黨籍總統所領導的新政府下，鑑於立法大權在握，新政府於是進行了《除垢法》的立法，由總統 Kwaśniewski 親自草擬提案，雖然最後通過的是另一由中間及偏右政黨結盟所提出之較為嚴苛的修正案。1997 年始，在共黨政權垮台的 8 年之後，國會兩院—眾議院與參議院，終於壓倒共黨的激烈反對，以低空飛過的剛過半數，通過《除垢法》。第一個 Kwaśniewski 草案之設計，是希望能任何人均得無障礙地閱覽關於其本人的檔案，由於後來爭論不休，為免延宕立法時程，最後朝野均有「檔案閱覽權再以他法另定之」的共識，總統亦在最後一刻，放棄原本躍躍欲試的覆議及否決權行使，《除垢法》終於能見天日<sup>427</sup>。

此 1997 年《除垢法》—包括翌年 1998 之修正，規範之重心在於「明知的、非受強制的、於民間及軍事安全機關內之服務」，易言之，並非針對所有具一定共黨幹部身分之前官員，而是僅針對與波蘭秘密警察單位「有特定連結」的人員。在適用對象上，欲服公職之申請候選人，以及於法律通過時擔任該等職務之人，對「關於在國家安全機關服務或非正式的與其合作」之事實，有為陳述聲明之義務。《除垢法》所稱之「合作」，係指「與國家安全機關有意的、密謀性質的共同工作，旨在操作式的獲取資訊上，扮演秘密之告密者或協助者的角色」，在波蘭憲法法院的認知中，這裡的「合作」，必須是有意識地、秘密地，同時與波蘭秘密警察單位之業務活動相關者，始足當之，若僅係提交「合作意向聲明」，不足以證明該當「合作」之成立，當事人必須有一定的資訊提供與報告繳交，方能證明為實質意義上的行動，如此方可稱之為「合作」<sup>428</sup>。至於《除垢法》所稱之公職，則包括：總統，眾議院與參議院議員，經由任命之總理或其他履行領導之國家功能者—包括副省長以上至部長等級之所有民選官員，法官，檢察官，律師，

---

<sup>426</sup> Walicki, *Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland*, in: Mcdams(ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in new Democracies*, University of Notre Dame Press, 1997, S. 203f.

<sup>427</sup> Bingen, *Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen*, S. 74ff.

<sup>428</sup> Stan, *Poland*, p.83.

波蘭電視台、廣播、官方通訊社之職務。當事人所為之聲明將公開；由最高法院所任命、任期 6 年、與共黨無任何淵源之所謂「公共利益代理人」( *Fürsprecher des öffentlichen Interesses* )，負責檢查上開書面聲明之正確性進行對該等聲明之審查，評斷其是否為真實或涉及虛偽不實之陳述。在審查後，如認定為虛偽不實，則向上訴法院聲請啟動所謂的除垢程序，上訴法院組成所謂除垢法庭( *Lustration Court* )，由 21 名法官組成，並由 1 名檢察官協助，除垢法庭得至 UOP、內政部、國防部等調閱檔案，如法庭確認代理人之聲請為有理由，則判決宣告「當事人聲明不實、喪失履行公共職務所必需之道德上資格、自宣告起 10 年內不得擔任特定職務」。此外，對於聲明不實或隱匿事實者，亦得處以最高 10 年的有期徒刑；當事人得於 14 日內對法院判決聲明不服，提起上訴救濟以廢棄之，最高法院如廢棄原判決，則重新回到除垢法庭進行再一次審查<sup>429</sup>。由此可清楚地看到，波蘭之人事清查並未施以所謂自動的制裁機制( *automatic sanctions* )：並非一經查獲「特定連結」，即當然喪失一定公職，而是啟動接下來相對複雜的審查與認定程序，這是與捷克較為不同之作法<sup>430</sup>。

1997 年《除垢法》制定後，業經三次比較大的修正，簡單分析如下：

(1) 1998 年<sup>431</sup>：

- 因許多法官不願擔任除垢法庭之法官（施行後只有 11 位法官同意），故國會直接決定以華沙地區上訴法院為除垢法庭，以避免無法實施之問題。
- 將除垢檢察官( *lustration prosecutor* )的角色，由單純的政府代表轉變為主導人事清查除垢程序之人，職責包括分析書面聲明、蒐集資料和訊問證人。
- 導入所謂的「國會告發」( *parliamentary denunciation* )，亦即國會有權直接檢舉特定人事，法院受理後須直接啟動人事清查程序。

(2) 2002 年（通過 *Kwaśniewski* 於 2000 年提出之大幅限縮的修正草案）：

- 將情報、反情報部門、邊防部隊予以豁免，不適用除垢法。
- 檢察官必須在審判程序開啟前，通知被懷疑聲明不實之當事人。
- 「合作」之定義被進一步限縮為：傷害教會組織、民主異議人士、國家主權等之間諜活動（通常該等活動被認為難以證明）。

(3) 2006 年修法（總統 *Lech Aleksander Kaczyński* 與總理 *Jarosław Aleksander*

---

<sup>429</sup> Stan, Poland, p. 83.

<sup>430</sup> Stan, Poland, p. 83.

<sup>431</sup> Stan, Poland, pp. 84-85.

Kaczyński 兄弟，為履行競選承諾，推動更激進的人事清查措施)：

- 大幅擴大須提出「是否曾與秘密警察單位合作？」書面聲明的適用範圍，擴及至 53 個職位、約莫 70 萬人民必須提出聲明<sup>432</sup>，其中包含學術人員、老師、記者、國營企業高階主管等，已顯然延伸進入私領域。
- 由國家記憶研究所 (IPN) 負責確認聲明之正確性。
- 說謊之個人將被解職，且十年不得擔任該職位。

必須注意的是，2007 年 5 月，波蘭憲法法院宣告 2006 年修法之部分關鍵條文違憲，同年底 Jaroslaw Aleksander Kazynski 失去總理職務，2007 年之修法便不了了之，未真正付諸實施。在人事清查與除垢上，波蘭雖在十年間從溫和走向激進，然而在憲法法院宣告 2006 年除垢法 (尚未有具體實施結果) 違憲後，波蘭的人事清查便停留於 1997 年的除垢法狀態。在依法提交聲明的大約 23,000 人中，只有幾十名官員被認定為聲明不實者，因而放棄公職者更少。且除垢法庭確認聲明真偽的速度非常緩慢，溯自 2001 至 2002 年的修法，更導致企圖「從政治人物中清除昔日秘密警察特務」之任務變得更加困難，形同虛設<sup>433</sup>。

在一般的評價上，波蘭的人事清查與除垢，顯然來得太晚，已經不足以在民主化之際的黃金時刻，排除舊政權同路人與幫凶之進入新的國家政治生活，相反的，「該被除垢之人，參與除垢制度之訂定」成為波蘭異於捷克的特徵，是以，「更複雜、更狹隘、更少制裁」，成為波蘭人事清查制度的註冊商標<sup>434</sup>；再者，波蘭《除垢法》其實旨不在制裁當事人，而是揭露情報國安單位活動暨其工作人員網絡的全貌，試圖「淨化與洗滌」公共生活，使波蘭之國家生活得以更加透明清明。相對於捷克創造了明確「舊政權菁英之排除在新政權重要位置之上」的效果，波蘭就顯得貧乏而有限，相較於捷克之擴及許多高層的共黨幹部—延伸至許多領域，波蘭卻僅聚焦於秘密警察與情報單位，換言之，兩者之「去共黨化」(Entkommunisierung) 的效果，差異極大<sup>435</sup>，雖然捷克也未必全盡其功—所公布之「共黨爪牙」(apparatchiks) 亦未必甚多，但波蘭之看似僅有「要求大家聲明陳述」，更顯得左右制肘，難有重要作為，更何況，即便要達成前述所謂「透

<sup>432</sup> Horne, Late Lustration Programmes in Romania and Poland, *Democratization* 16 (2009), pp. 344, 353; Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 257.

<sup>433</sup> Stan, Poland, p. 97.

<sup>434</sup> David, *Lustration Laws in Action*, p. 391.

<sup>435</sup> Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 14.

明清明」的「政治教育作用」，波蘭也顯得效果不彰，即便可能公開某些欲競選公職之人的「不實聲明」，但揭露者亦僅止於此，至於所聯繫之動機、受害人、如何與秘密警察等單位合作共事，則毫無公開予社會周知，就此而言，波蘭顯然採取了與捷克不同之路徑<sup>436</sup>，此亦為學者 Cynthia M. Horne，特別針對包括波蘭在內的許多「除垢國家」之著名提問：究竟是在重建、抑或角力政治信任<sup>437</sup>？

與捷克之情節類似：檔案，特別是秘密情報與國家安全單位之檔案，是試圖進行人事清查與除垢的成功關鍵。據一般估計，波蘭安全機關之檔案，至少有 40-50% 呈現散失狀態，早在 1956 年，史達林統治下之蘇聯佔領波蘭期間的檔案，業遭有計劃的銷燬；從 1989 年 10 月，波蘭共黨總書記、國家元首 Wojciech Witold Jaruzelski，下令銷燬 1982-1989 年間波蘭政治局的所有會議記錄時起，就有越來越多的檔案遭到移除或失蹤，事實上，至 1990 年 2 月止，由於不同陣營在「圓桌」(Runder Tisch) 上的暫時妥協，內政部與國防部盡在共黨的掌握之中，是以檔案遭到有計畫而無所障礙地摧毀，直到媒體發現殘留之珍貴檔案，終於發出警訊與報導，吸引波蘭社會的關注。1990 年 1 月 31 日，內政部長下令停止銷燬檔案，兩個月後，Michnik 委員會成立，由該委員會專責安全機關檔案保存狀態之研究，同時建立利用檔案之規則，情況才得到控制<sup>438</sup>。在秘密警察單位解散後，內政部接受其原有檔案，並進行分配至新成立之不同安全機關留存之作業。直至 1994 年為止，內政部基於「檔案屬於國家機密」之基本立場，並未開放關於檔案的閱覽，1994 年 6 月 22 日，波蘭憲法法院宣告此舉違憲，從此之後，法院及檢察署，至少在大多數之情形，得以閱覽安全機關之檔案，特別是那些已經移至國家記憶研究所 (IPN) 格但斯克分所保存之檔案<sup>439</sup>。1998 年成立之此國家記憶研究所 (Instytut Pamięci Narodowej, Institut des nationalen Gedächtnisses)，經《除垢法》賦予以下權責：協助調查合作者，審查公職應徵者之背景，以及授權研究者、歷史學者審閱檔案等。至 2005 年止，約莫有 1 萬 4 千名波蘭人，已

---

<sup>436</sup> Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, S. 76; Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 12.

<sup>437</sup> Horne, Lustration, Transitional Justice, and Social Trust in Post-Communist Countries. Repairing or Wresting the Ties that Bind? Europe-Asia Studies, Vol. 66, No. 2, p. 227-230.

<sup>438</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 13.

<sup>439</sup> Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, S. 81ff.; Paczkowski, Polen 1989-1998: Die Politik in den Archiven – Die Archiv in der Politik, in: Unverhau(Hrsg.), Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn, Münster 1999, S. 48ff.; Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 13.

至國家記憶研究所閱覽過個人檔案<sup>440</sup>。

對一般波蘭人民而言，自由閱覽檔案仍然是一未終局解決的問題。依現行法律，只有經國家記憶研究所認定為「具受共黨政權壓迫者之身分資格者」，方得請求閱覽與其個人相關之檔案。2005年2月，一位新聞記者Bronislaw Wildstein，在網路上公布逾20萬名包括「秘密警察機關常僱之工作人員」、「非正式之合作者」、「應爭取或受刺探之目標人物」等之姓名，有趣的是，在這些名單中，究竟何人係屬何一類型或功能，完全看不出來。所謂的Wildstein名單，是記者從國家記憶研究所的閱覽室電腦中下載，是以遭違反資料保護法而經訴追並判刑，也經其雇主Rzeczpospolita報社解僱。Wildstein宣稱，他此舉是為了要促使更多更深入的除垢措施得以啟動，他呼籲，應該讓秘密警察的所有檔案都向社會公開，人人得以自由閱覽，必須盡可能地揭露所有與之合作之人。在Wildstein名單公開後，數百件閱覽申請案湧入國家記憶研究所，多半為姓名在名單之人的當事人，他們急於確認，在檔案中的自己，究竟是被害人還是被人唾棄的線民、與秘密警察合作之人<sup>441</sup>。

對於人事清查與除垢上，兩個幾乎最重要、至少最常為人所分析之捷克與波蘭，吾人似可得出以下之差異觀察<sup>442</sup>：

- 捷克《除垢法》建立於「人事的斷裂與不延續上」，而波蘭之作法，側重於「揭露事實真相」；
- 波蘭除垢措施之目標，不在於將昔日共產黨人排除於特定的公職之外，在適用範圍的劃定上，波蘭顯然聚焦於共黨秘密警察與情報安全單位，同時並無「本於與其合作，即應受一定制裁」之基本政策思維。換言之，捷克更嚴格、適用範圍更大，波蘭顯然較為輕微與鬆散，適用上更屬侷限；
- 捷克似有明確「以集體責任進行究責」為基礎之作法，波蘭則顯然沒有；
- 捷克對於「去共黨化」有明顯效果，相對的波蘭則極其貧乏至幾無；
- 時間因素非常重要：相較於捷克於民主化之後的幾乎隨即啟動，8年後的波蘭，特別在共黨菁英甚至贏得總統大選、一定程度共同形成《除垢法》之制

---

<sup>440</sup> Stan, Poland, p. 88.

<sup>441</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 13.

<sup>442</sup> Szczerbiak, Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? p. 567-568; David, Lustration Laws in Action, pp. 408, 431; Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, S. 92.

定形成上一所謂「過去的正常化」(Normalisierung der Vergangenheit)，已然失去先機，在告別「粗線政策」的時分，鄰國的捷克反而已多完成人事清查與除垢。「人事上應有的斷裂與不延續」已無從作為波蘭除垢措施之正當事由；

- 相對的，國際上多認波蘭之人事清查「較為文明與進步」，所謂「賦予第二次機會」的公共理念，使「波蘭模式」廣為稱羨，相較於捷克之爭論頗大；
- 在捷克與波蘭的不同路徑上，學者 Helga A. Welsh 提出相當有力的原因解讀。氏認，諸多結構性因素，包括政治壓迫的規模與力道、秘密警察貫穿社會之程度、政治暴力不同階段的時間上差距，轉型之方式不同，現實政治狀態一如共黨承繼者之選戰戰果好壞等，都是讓兩國採取不同除垢路徑的根本原因<sup>443</sup>。

最後一點：一定的制度與結構性條件，制約與決定了除垢的不同路徑，在捷克與波蘭之比較上非常明顯。Aleks Szczerbiak 便分析道：波蘭共黨政權是一相對自由的體制，容許一定程度的不同意見與抗議，在政治學者 Herbert Kitschelt 的社會主義政權光譜中，與匈牙利近似，波蘭都是被歸類為「較為自由、國家一寬鬆型」(more liberal national-accommodative category)，它被普遍認為是東歐共黨國家中，唯一未曾真正經歷過集權統治的國度，是以，不妨將波蘭列為「輕威權」、而非「後集權主義」國家<sup>444</sup>。對於大部分生活在某些「政治較不活躍」特定區域的波蘭人民而言，共黨政權不是極權，毋寧是一沒有效率的、貪汙腐化的體系，基本上沒有至「道德邪惡」，是以必須加以清算淨化的地步，相較於 1968 年布拉格之春失敗後，歷經軍事鎮壓與長期嚴密控制之捷克，既使有 1980 年初期的緊張局勢，相對於捷克之所謂「僵硬不堪的後集權主義」(frozen posttotalitarianism) — 堅拒與抗議人士對話、以血腥手段對付並剝奪其領導者之社會地位等，不但容許反對黨，同時執政之共黨政權亦不斷尋求與反對派對話之波蘭，顯然較無必須進行人事清查與除垢的政治意志<sup>445</sup>。對於多數捷克人民而言，華沙公約國家部隊 1968 年之進軍布拉格，進行所謂「社會主義的正常化」(sozialistische Normalisierung)，毋寧留下深刻的夢魘與傷痛，直至 1998 年 11

<sup>443</sup> Welsh, Dealing with the Communist Past: Central and East European Experiences after 1990. Europe-Asia Studies, 3. (1996), p. 414; Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 16ff.

<sup>444</sup> Szczerbiak, Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? pp. 554-555.

<sup>445</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 16.

月的大規模示威抗議為止，捷克政府幾無任何預防性的改革措施，一旦民主化，來自學生、工人、地方政府官員的「除垢」要求，大規模的人事清查，便顯得無可抵擋，特別是針對秘密警察與國安單位，與東德、蘇聯並稱社會主義國家三大邪惡情治體系的捷克，除垢之呼籲自然高漲<sup>446</sup>。

再者，「進入民主化階段」之不同方式，也當然影響除垢措施之採行可能性，例如知名的西班牙：在沒有明確「斷裂」、而是新舊政權「協商共識」之背景下，西班牙根本難以想像進行人事清查。相對的，如同捷克之例，直到最後不得不交出政權之前，共黨執政者始終拒絕任何改革、不為任何讓步，直至無可挽回的「斷裂」發生，至此，清算過去之人事除垢，便顯得理所當然<sup>447</sup>。雖然說，幾乎所有東歐社會主義國家在轉型期間，都有程度不一的新舊勢力協商，但波蘭應屬唯一一個國家，在政治轉折期間即透過所謂的「圓桌」對話，讓共黨領導者接受且自行發動改革，直到最後已超越原先設想之目標後，乾脆整個放棄權力<sup>448</sup>。如同 Dieter Bingen 所分析，波蘭之過渡到民主化，基本上是一沒有暴力的轉型過程，團結工聯、天主教會、甚至波蘭共黨內部的改革力量，一起催生；波蘭人民不想抱負，新的政治菁英願意接受「圓桌共識」的拘束，多方彷彿締結了一個互不侵害條約：以權力的讓渡，交換放棄復仇<sup>449</sup>。1989 年大選，團結工聯意外地贏得國會多數席次，共黨決定接受此結果，同時先行採取明確偏向資本主義體制的改革措施，投桃報李的，團結工聯決定繼續支持共黨籍的 Jaruzelski 擔任總統，作為國家持續而非斷裂的象徵；當時波蘭社會即盛傳：團結工聯與共黨進行多次秘密協商，在要求更多的權力分享之際，團結工聯方應有做出「放棄追究共黨人士」之承諾或至少默契<sup>450</sup>，這應是為何民主化初始階段，幾無人支持政治淨化之主因。

捷克之路徑自然不同：如同東德，共黨政權的垮台完全在意料之外，其間沒有做出對任何共黨幹部前途與未來之討論。在天鵝絨革命後，即便亦有類似圓桌協商，然而，奄奄一息的捷克共黨已無有意義的實力與協商籌碼。1990 年大選，反對黨大獲全勝，妥協下產生的新政府，國會則幾為反對運動之政黨，特別是「公

---

<sup>446</sup> Ruppert, ebenda, S. 17.

<sup>447</sup> Walicki, *Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland*, S. 187.

<sup>448</sup> Szczerbiak, *Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present?* pp. 554-555.

<sup>449</sup> Bingen, *Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen*, S. 91.

<sup>450</sup> Walicki, *Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland*, S. 188.

民論壇」(OF)、「公眾反對暴力」(VPN)所掌握，是以，國會中的「公民論壇」之中間右派，便擁有得以貫徹其主張人事清查與除垢之多數，隨著 1993 年的斯洛伐克分離，原先捷克斯洛伐克之國家延續終結，國會趁機在 1993 年 7 月 9 日通過《共黨政權不法行為法》(Gesetz über die Illegalität des kommunistischen Regimes)，作為最重要之清算過去的里程碑<sup>451</sup>。由此可清楚看到，意圖處理舊政權的人事，「過去遺留之背景與因素」影響至深，推翻舊政權的當下，應是實施政治淨化的黃金時刻，只要錯失此「時間條件」，則嗣後所推行之人事清查措施，將毋寧存在更多的政治鬥爭，取決與受制於各當下的政治局勢，前景則大不相同，值得深思。

一個除垢法制如何催生？其中應含何等之制裁形式？這些不僅受制於昔日的環境與條件，也當然無從脫免當代政治的影響，如同 Williams, Szczerbiak & Fowler 所分析道：「國會中動態變化下的政黨體系，否決型行動者真實或可能引致之回應方式，總統制，憲法法院，嘗試與失敗，乃至於鄰近國家之經驗，都會影響除垢制度之形成，是以，對於後共產時代之政治競爭、國會之合縱連橫而言，除垢無疑是其中一項重要指標，充斥著對於修辭、行動與妥協之強調」<sup>452</sup>。在民主化伊始之後的大選中，只要共黨或其承繼政黨有所斬獲，則人事清查與除垢便難以開展，事實上，不難想像，在多數國家的發展軌跡中，除垢都是由反共黨的政黨所發起，如同捷克，是以從 1989 年民主化之後，未真正思索改革之承繼組織，所謂 Böhmen 與 Mähren 領導下的捷克共產黨，直至 90 年代為止，在政治上幾無重要性可言。波蘭之情形正好相反：轉型之際，共黨人士繼續佔有重要的政治位置，於新國會中依然舉足輕重，這使得除垢制度的建立幾無可能。之後的幾個重要事件，使得波蘭社會重新面對與思索如何清算過去之問題，人事清查在此發展軌跡重新復出，卻令人遺憾地淪為右派政黨的鬥爭工具，1995 年華勒沙與 Kwaśniewski 之間的激烈總統選戰，就是最好之例。在政治發展中，「如何清算過去」，包括相應的除垢，成為政治勢力與光譜分布的清楚指標，不同的左右派政黨屬性，如何決定選舉行為，都不脫對於清算歷史與人事清查之議題<sup>453</sup>。

<sup>451</sup> Walicki, ebenda, p. 187-188; David, Lustration Laws in Action, pp. 309-311.

<sup>452</sup> Williams, Szczerbiak & Fowler, Explaining Lustration in Eastern Europe: A Post-communist politics approach. SEI Working Paper No. 62, Brighton: Sussex European Institute (2003), p. 20.

<sup>453</sup> Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 19.

根據學者 Natalia Letki 的觀察，在中歐國家的轉型經驗中，「公共意見」對於是否採取除垢措施的影響並不顯著，沒有任何一個國家對此舉辦公民投票，已聽取人民之決定，非正式的民意調查雖然所在多有，但常有相互歧異的結果與詮釋，這當然與不同之調查方式、題目設定等有關。一個常被引用之民意調查，布達佩斯中歐大學於 1992-1994 年間，對於捷克、斯洛伐克、匈牙利、波蘭四國人民的調查，關於「您是否同意應將過去的共產黨員排除於重要位置之外？」，最後結果，支持與同意之受訪者，捷克為 56.8%、斯洛伐克 44%、匈牙利 42.6%、波蘭 38%，差距相當明顯<sup>454</sup>。結果雖然不令人訝異，但必須注意到：即便在支持率最高的捷克，也有相當多的受訪人民反對除垢措施，相對的，雖然於受訪時，波蘭尚無實施任何的去共產化作法，但已有接近四成的民眾支持，在學者 Szczerbiak 的眼中，這或許是後來波蘭終於往前踏一步的重要原因，他說道：「除垢是受到歡迎的...波蘭人並不是就偏向原諒共產黨人，過去秘密情治單位的活動，其實引來相當的嫌惡與羞恥感。雖然人民在後共黨時代的政治取向不一，但有相當明顯的多數波蘭人，支持進行一大範圍的公務人員人事清查，追究他們是否在共黨統治時代與秘密警察、情治單位有所關連，甚至有不少人表明支持一更加激烈的去共黨化政策」<sup>455</sup>。Williams, Szczerbiak & Fowler 也有類似的觀察，認為波蘭的公共意見，事實上與政壇「對除垢消極以對」之態度未必相符，特別是在制定通過《除垢法》之後，民間支持應進行人事清查之呼聲日益高漲，與政治菁英們主導的過程（an élite-driven process）呈現不同之軌跡，不論在波蘭、捷克與匈牙利，都有類似的現象，「對於除垢的社會需求」應該是明確可觀察到的<sup>456</sup>。即便在波蘭，公共意見的期待除垢，乃至於之後政治權力關係的演變，應該皆屬民主化數年後，仍然可以誕生除垢法制之建設的重要原因，更可推知，「保護民主，不讓過去傷害踐踏民主之人重返或繼續留在政治領域」，是觀察波蘭發展軌跡的重要線索。

---

<sup>454</sup> Letki, Lustration and Democratisation in East-Central Europe, *Europe-Asia Studies*, 4, (2002), pp. 545-546.

<sup>455</sup> Szczerbiak, *Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present?* P. 570.

<sup>456</sup> Williams, Szczerbiak & Fowler, *Explaining Lustration in Eastern Europe*, p. 14.

## 第四節 德國

在前述「第二章第二節第五目」所介紹之轉型正義手段—公部門人事清查、除垢中，已簡單提及兩次轉型經驗之德國，在二戰後、兩德統一後之作法；在本節中，將再做進一步的分析與回顧。

首先還是德國經驗之概觀，之後再區分兩次不同的轉型正義，作更細膩之分析。從整體上而言，特別在第一次轉型之二次大戰後，所謂「藉由法之再文明化」（Re-Zivilisierung mittels Recht），「將過去加以法律化」（Verrechtlichung der Vergangenheit），向為德國人克服與清算過去不法政權歷史之核心理念，戰後的紐倫堡軍事大審，公認為現代戰爭國際法（das moderne Kriegsvölkerrecht）之里程碑，帶來了德國知名之「自我轉型」的原動力，透過將法治國、和解與民族榮譽的結合，作為接下來追訴納粹黨人、補償賠償、人事清查等措施之基礎與出發點，德國人為轉型正義似乎樹立一個難以跨越的典範；從民主研究的角度來看，歐洲之克服法西斯統治、建立廣泛的人權體制、逐步形成文明的政治文化與結構，在這三者之間，德國的轉型正義經驗與其似乎有著強烈的因果關係，也對後來不同時期的轉型國家之追求轉型正義，不論是 1970 年代的南歐法西斯國家，抑或 1990 年代的東歐社會主義國家，「德國之克服過去」、「法治國思維下的重建策略」幾已成為各國仿效的典範，影響深遠<sup>457</sup>。

二次大戰後，1945 年 8 月 2 日締結之波茲坦協定中，即對於即將展開的四國佔領，確定「去納粹化、去軍事化、民主化、去中心化」（Denazifizierung, Demilitarisierung, Demokratisierung, Dezentralisierung）的四個基本發展走向，其中第一項去納粹化—在一般觀察中亦經常使用 Entnazifizierung 用語，即包括人事清查：經確認「可歸責者」，應將其免職。波茲坦協定簽署後的數個月內，不同國家之佔領區內，便開始程度不一之去納粹化工作，例如 1946 年 3 月 5 日公布之盟軍管制委員會第 104 號法（Kontrollratsgesetz Nr. 104），即為「公平的判斷應負之責任」故，將當事人區分為 5 類別：主犯（Hauptschuldige）、從犯（Belastete—納粹活躍分子、軍官、受益者）、較輕微之從犯（Minderbelastete）、

---

<sup>457</sup> Weinke, Die Bundesrepublik Deutschland – ein Fall von Transitional Justice avant la lettre? in: Mihr/Pickel/Pickel(Hrsg.), Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, S. 251ff.

追隨者（Mitläufer）、未涉案者（Entbelastete）。不同的佔領區政府，即依據此法，進一步制定各相關規定以推動去納粹化措施，例如美國佔領區之第 8 號軍事法（詳後述）<sup>458</sup>。當然，各佔領國所採取之措施與作法，並不相同，美國藉由發送數百萬份當事人必須填具的問卷，試圖鑒別出不同的歸責類型，相對的，英國與法國佔領區則範圍較小，整體官僚作業之規模也無法與美國相比，然而，藉由人事清查而去職之公務人員，數目上仍相當可觀，以巴伐利亞為例，直至 1946 年 3 月，共有 80 萬問卷出現，其中約有 23% 之當事人最後遭免職<sup>459</sup>。

1947 年中，隨著東西方冷戰的開啟，西方佔領國之去納粹化態度趨緩，人事清查作業較為消極，因而去職者也日益減少，「寬大與緩和」成為西方三國佔領區的處理特徵。1951 年，針對基本法第 131 條特別制定之《基本法第 131 條所稱人員法律關係規制法》（Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen）（《131 法》），讓諸多原本因去納粹化而去職之公務人員，重新回到公職體系<sup>460</sup>，包括不久之前，1949/50 年間通過之特赦與免除刑罰之法律<sup>461</sup>，諷刺的是，1950 年 11 月 4 日於羅馬簽署、1953 年 9 月 3 日正式生效之歐洲人權公約（EMRK），德國竟是以「拒絕溯及適用國際刑法規定」作為加入之條件<sup>462</sup>，觀之不免突兀：在全面建構人權之當下與同時，「面對昔日重大侵害人權之納粹與戰爭暴行，應採取免除刑罰政策」，實難想像其尷尬與雙重標準<sup>463</sup>。當然，接近 1960 年代初始的「強化追訴納粹罪犯」，特別是 1958 年 5 月 9 日，位於 Landsberg 的美國戰爭軍事監獄再度為三組納粹菁英戰犯而「重啟大門」（Ernst Biberstein、Martin Sandberger、Adolf Ott），西德告別過去那種「反美國改造計畫、反紐倫堡大審」之態度，必須留待其他的脈絡下討論，不論如何，西德人民之不分教育程度、宗教信仰、政黨屬性與世界觀，尤其是中產階級，在戰後初期之對於「去納粹化」所抱持之敵視與批判心態，影響了這裡所討論之除垢措施的實施與成效<sup>464</sup>。

<sup>458</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 232.

<sup>459</sup> Ebenda.

<sup>460</sup> Friedrich, *Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik*, Berlin 2007, S. 272ff.

<sup>461</sup> Weinke, *Die Bundesrepublik Deutschland – ein Fall von Transitional Justice avant la lettre?* S. 260.

<sup>462</sup> 直到 2001 年 3 月歐洲人權法院的所謂「政治局判決」（Politbüro-Urteil）之後，德國方正式放棄歷經 50 年之對於歐洲人權公約的這項敵視態度。

<sup>463</sup> Ebenda.

<sup>464</sup> Ebenda, S. 261.

相對的，在蘇聯佔領區暨之後的東德，基於「反法西斯」的堅定路線與意志，去納粹化之情況大相逕庭，以司法體系為例，就有高達 2/3 的司法人員遭到免職，為此，東德政府培養人數眾多的「業餘人士」，經過數個月的「教學與訓練」，使其成為所謂的人民法官（Volksrichter），以滿足司法之需求<sup>465</sup>。

在德國的第二次轉型正義經驗－所謂雙重的克服過去（*doppelte Vergangenheitsbewältigung*），事實上，早在德意志民主共和國（東德）尚未消滅前，1990 年 3 月，首次民主選舉組成之國會，即決議「應清查每一位國會議員是否曾為國家安全局（Stasi）之非官方工作人員」，一方面宣示與舊共黨政權之決裂，另一方面意圖藉此贏得人民對於代表們之信任。1991 年 11 月 14 日，統一後的新德國聯邦眾議院，制定通過所謂《舊德意志民主共和國國家安全機關卷宗檔案法》（*Das Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, Stasi-Unterlagen-Gesetz - StUG*），其中第 19 條以下，明定對於申請擔任公職者，得藉由國安局檔案加以進行人事清查作業，其適用範圍包括：民意代表、公務員、法官、軍人暨其他公務人員<sup>466</sup>。在兩德統一條約（*Einigungsvertrag*）中，已明定「缺乏公務員關係之應備資格」、「不具繼續雇用之需求」之適用，例如，如經證明與東德社會主義統一黨（SED）政權關係密切，則可認定為缺乏專業或人格上之資格，經一定期間預告後即得終止公務員關係－所謂一般終止（*ordentliche Kündigung*），在缺乏人事需求或原任職位置已喪失者，亦同。如情況特殊，遭認定為「違反人性或法治國原則」，或「曾為國家安全部、國家安全局工作者」，則可不經預告立即終止－特別終止（*außerordentliche Kündigung*）<sup>467</sup>。換言之，二次戰後初期的消極與漠視態度，受到後來 1960 年代以降的「轉變」，乃至於東德公民運動的強大要求，乃至於社會、學界暨司法界普遍以為之「德國處理納粹之不法歷史，應屬失敗收場」的批判<sup>468</sup>，兩德統一後聯邦德國之面對昔日東德的過去，已有截然不同的戰後的環境與條件。當然，這並不意謂著「業竟其功」，雖然說，直至今日，

---

<sup>465</sup> Vormbaum, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, 2015, S. 36; zitiert nach Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 233.

<sup>466</sup> Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 238.

<sup>467</sup> *Einigungsvertrag*, Anlage I, Kapitel XIX, Sachgebiet A, Abschnitt III, Nr. 1 Abs. 5; dazu Werle/Vormbaum, ebenda, S. 238f.

<sup>468</sup> 例如 1991 年，積極參與追訴東德刑事不法行為之 Jutta Limbach－以後的德國聯邦憲法法院院長，即自承道：為何積極參與？是因為不想讓「德國司法處理集權之過去，再度以失敗收場」；Weinke, *Die Bundesrepublik Deutschland – ein Fall von Transitional Justice avant la lettre?* S. 271。

只有不多的昔日東德人民仍然以為：東德國安局成員「毫髮無傷」，但越來越多的所謂「東德國安系統遊說團體」(MfS-Lobby) — 致力於享有諸如退休金、公職之法律上保障，乃至於選擇性的解釋與曲解歷史，試圖美化東德時代的獨裁統治，間接降低公眾要求澄清歷史真相的意志，同時以暴力或威嚇對付主張轉型正義之人士與團體，與現行德國左派政黨及勢力合作等<sup>469</sup>，仍然是重要的警訊：關於公務人員人事清查，著眼於民主的鞏固，德國的第二次克服與清算過去，仍然問題重重。

## 第一目 二戰後之司法人事清理

二戰結束後的德國，分別由四國分區佔領。在此同時，一方面有盟軍管制委員會 (Alliierter Kontrollrat) 在德國佔領區頒布多達62條法律，其中有三分之一是用以取消國家社會主義不法政權制定的法律<sup>470</sup>。巴伐利亞、黑森、不來梅與符騰堡—巴登等美國佔領區，亦同時展開所謂的「去納粹化」工程等：不僅是針對一般人，也是針對在國家社會主義不法政權下服公職者，進行的廣泛審查與審判。在1950年德意志聯邦共和國—所謂西德之統治開始，以至於德國法官法制定時，由於冷戰情勢嚴峻，加上國民對於軍事佔領時期進行的去納粹化並非全然認同，德國立法者一方面對於全面性的人事清理採取擱置爭議的態度，在立法層面上制定特赦法，以及相關之基本法第131條施行法；同一時期，在法學者社群內，討論國家社會主義不法政權的聲音，側重於司法制度的變革，例如建立起不受行政權干預、獨立的司法，或是修法以合乎基本法揭示的自由民主精神，而未直入深究人事清理問題，這是在探究德國面臨第一次轉型正義時期，有關人事清理之重要背景。

即便發展至德國法官法制定，戰後的司法人員人事清理都未能落實，或可從幾個層次予以解釋。首先是國際法上用以追訴戰爭，或是為大規模迫害某特定族群定罪的「反人性罪」罪名，通常與國內法上的刑法罪不太相容。且在實務上，戰敗國未必能誠心接納戰勝國司法 (Siegerjustiz) 的審判結果。再者，就國內法

---

<sup>469</sup> Knabe, Die Täter sind unter uns. Über das Schönreden der SED-Diktatur, 4 Aufl., Berlin 2011, S. 328f.

<sup>470</sup> Matthias Etzel, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat, 1945-1948, Tübingen 1992, S. 80.

上的刑法典，對於侵害各種法益的情形，通常會將構成要件限縮到具體而有特定範圍，然而，類似國家社會主義不法政權底下的司法人員，因為服膺國家社會主義的法以及領袖意志，而間接導致人命的迫害與傷亡，一般人雖公認為這種所謂「書桌共犯」與主要正犯如希特勒等人同罪，但在刑法典上，司法人員並未直接殺人或傷害人命，甚至可能沒有扭曲法律或恣意做出枉法起訴或裁判的情形，是以在刑事審判上，通常只能給予無罪或不起訴的法律評價，難以定罪。刑法上的罪必須透過嚴格的證據法則，以及證明構成要件該當、具有違法性及罪責等，始得成立。然而，聽命行事的法官、檢察官、公務員，雖然未必犯下刑法之罪，但是至少應就其政治上責任，與道德層面上的罪責負責。因此，如果僅僅希望透過刑法，對於服務於不法政權的法官、檢察官、公務員追究罪責，並試圖剝奪其職位，未必能夠獲致預期的成果。誠如學者Nadya Nedelsky在討論人事清理的一般性質時所表示的：「這是最低限度的正義，因為這些人並沒有透過刑事追訴，讓他們為自己在以往不法政權的不法行為負起責任」<sup>471</sup>。

根據二戰後的統計顯示，舉例而言，威斯發倫地區（Westfalen）的所有司法人員中，有93%的人是納粹黨員，或者是在該黨附隨組織占有職缺。又例如班堡（Bamberg）邦高等法院轄區的309位法律人中，有302位加入納粹黨；在施偉因福特（Schweinfurt）區法院，更是整個院的法律人與員工都加入了納粹黨<sup>472</sup>。根據1948年的一項統計，英國佔領區的法院院長當中，有三成曾經是納粹黨黨員，邦法院的主管當中，更是高達八到九成，曾經是納粹黨員。而1949年在巴伐利亞的司法統計顯示，該邦924位法官與檢察官中，有752位曾經是納粹黨員<sup>473</sup>。在法國佔領區部分，雖然戰爭結束後不久，就有不少公務員與職員去職，但留下來服務的人，仍有四分之一曾經是納粹黨員<sup>474</sup>，相對的，同在法國佔領區內的律師，據報絕大多數亦都有納粹黨員的背景<sup>475</sup>。司法機關與法律人幾乎被納粹黨員佔據高位，對於盟軍而言是無法接受的情況，因此除了由盟軍管制委員會重整國家社會主義不法政權所制定的法律外，美、英、法佔領區軍政府，復依據盟軍管制委員會法第4號（Kontrollratsgesetz Nr. 4）規定意旨：應將德國法院組織中的納粹

<sup>471</sup> Nedelsky, *Czechoslovakia and the Czech and Slovak Republics*, pp. 45-46.

<sup>472</sup> Müller, *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1978, S. 204-205.

<sup>473</sup> Müller, *Furchtbare Juristen*, S. 205.

<sup>474</sup> Görtemaker/Safferling, *Die Akte Rosenberg: Die Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München 2016, S. 71.

<sup>475</sup> Görtemaker/Safferling, *Die Akte Rosenberg*, S. 83.

黨員或追隨者予以去除，曾經涉及希特勒統治下刑事審判的法官、檢察官，或是律師，則不允許繼續行使職權或執業，各自進行去納粹化工作<sup>476</sup>。

其中，美國採取的是刑事審判的模式，依據1945年9月26日制定的第8號軍事法（*Militärgesetz Nr.8*）規定，透過填寫問卷方式（該問卷共有131題，又稱為『131問卷』），調查佔領區內人民是否曾經加入納粹與其附隨組織<sup>477</sup>。其進行方式如下：凡年滿18歲之德國人民，都需要填寫問卷，並且由公訴人依據問卷填寫結果，判斷涉入納粹與其附隨組織程度深淺，將其歸入以下五類：主犯（隸屬於遭紐倫堡國際軍事法庭宣告為犯罪組織的黨衛軍SS、秘密警察Gestapo、納粹黨的領導階層）、從犯（納粹活躍分子、軍官、藉此受益者）、情節較輕的從犯、追隨者、未涉案者<sup>478</sup>。這種透過問卷交代個人在納粹與其附隨組織的涉入程度，藉以定罪的方式，很快就在審判實務上發生問題。在美國佔領區高達90萬件待審案件的重大壓力下，僅能以545個審判專庭，搭配少數被判定未涉案，或涉案情節較輕的德國法律人，以及由榮譽法官出任的審判長，共同組成合議庭處理案件，這造成審判機器的重度癱瘓<sup>479</sup>。再者，在刑事審判上，當事人並不需要自證己罪，舉證責任在公訴人一方，而因時過境遷，難以調查，法院只得對許多人做無罪判決，使得獲無罪判決者，戲稱拿到了「清白券（*Persilschein*，*Persil*為德國著名的洗潔劑品牌）」，藉機宣告自己與納粹相關罪行無關<sup>480</sup>。

在此時期，大約有14萬名公務員（其中服務於司法機關者甚多）遭到解除職務，但請注意，許多之前遭到解除職務的法官與檢察官，又重新回任司法體系。根據美國佔領區軍事政府（OMGUS）的法律與司法事務部門統計，在1946年至1947年間，回任的法官共有609位，檢察官有188位，但到了1947年9月1日統計數據顯示，回任的法官暴增為2,167人，檢察官為430人<sup>481</sup>。是以，透過刑事審判程序，進行大規模人事清理，並不是可行的方法，除有癱瘓審判機器，以及無法舉證其確有犯罪事實的困境外，更重要的是，二戰結束後德國法律人與技術官僚人數損失慘重，倘若開除這七成曾加入納粹的法律人，在無法短時間培養大批可接

<sup>476</sup> Müller, *Furchtbare Juristen*, S. 204.

<sup>477</sup> Reichel, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland*, S. 31-33.

<sup>478</sup> Reichel, *ebenda*, S. 33.

<sup>479</sup> Görtemaker/Safferling, *Die Akte Rosenberg*, S. 69.

<sup>480</sup> Reichel, *Vergangenheitsbewältigung in Deutschland*, 33-34.

<sup>481</sup> Görtemaker/Safferling, *Die Akte Rosenberg*, S. 81.

手法官、檢察官、律師等法定法律職務人員的完全法律人情況下，人事清理勢必只能宣告失敗，不得不重新起用這批人。畢竟，法院平常處理的案子，像是竊盜、侵占、偽造文書、債務不履行、不當得利、侵權行為、塗銷抵押權、分割共有物、離婚、酌定親權行使與會面交往，跟納粹與民主法治之間的緊張衝突關係，多半難以想像。

英國與法國佔領區的情況，又與美國佔領區大不相同。英國人並未像美國人一樣，在佔領區進行人口相關調查，以致於沒有辦法確切掌握境內曾經加入納粹的人數。再者，英國人並沒有仿效美國佔領區以刑事審判的方式進行去納粹化，而是援引類似美國佔領區軍事法第8條的判斷標準，對掌握到的納粹前黨員進行分類。結果，在未經審判的情況下，主犯與從犯兩項沒有留下數據，絕大多數人都被歸類為未涉案者<sup>482</sup>。法國佔領區始終無法進行有系統的去納粹化，除了在1946年向美國佔領區官員抱怨過，在法國佔領區的律師全是納粹黨員，因為限制其執業，以至於當地無律師可用之外。在1949年時，法國佔領區高達70%以上，有納粹黨員背景的司法人員再度回任公職<sup>483</sup>。從外部情勢觀察，1946年至1947年期間，以美國為首的西方勢力，與蘇俄及其佔領區，透過代理戰爭方式，使雙方衝突升高，1947年3月12日美國總統杜魯門於國會宣告，鼓動二戰時期的同盟國再度團結，對抗蘇俄，亦同時為長達近半世紀的冷戰揭開序幕<sup>484</sup>。這個歷史的外在變局，使得穩定位居歐洲中部，以及冷戰前線的德國情勢，變成第一要務，從而使得美國放棄去納粹化的工作。

在盟軍佔領區的去納粹化工程失敗後，因為冷戰與東德成立的壓力，美、英、法三國決定將其佔領區合併而成立西德，在此之前，應由德國法學者、政治人物與公務員等專家共同制定新憲。新憲法必須包含民主、三權分立、司法獨立等原則，同時在美國的要求下，必須打造一個以聯邦制為基礎的國家組織<sup>485</sup>。然而，在一開始的憲法草案內，並未放入針對曾服務於國家社會主義不法政權的公務員清理條款。基本法制憲會議之主要委員會進行憲草一讀時，該會決議，希望將職業公務員的法律地位從常規提升到憲法層次，並明定如何處理1945年5月8日德國

---

<sup>482</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 82-83.

<sup>483</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 83.

<sup>484</sup> Herbert, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, München 2014, S. 591.

<sup>485</sup> Möllers, Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt, 3. Aufl., München 2019, S. 18.

投降後所遺之公法上勤務法律關係，幾經討論，於1949年1月14日將此條納入憲法草案中，並決定條次為基本法第131條第1段與第2段，後續增列第3句阻卻條款（Sperrklausel）；其詳細內容，分別於1949年2月10日與5月5日確定；並於1949年5月6日二讀通過、5月8日三讀通過<sup>486</sup>。基本法第131條之內容如下：

「凡於 1945 年 5 月 8 日任公職之人，包括難民及被放逐者，因公務員規程或俸給規程以外之原因離職，迄今未任職或未就任與其以往地位相當之職位者，其法律地位由聯邦立法規定之。凡於 1945 年 5 月 8 日有權領退休金或受其他救濟之人，包括難民及被逐者，因公務員規程或俸給規程以外之原因未再領此項退休金、救濟金或相等之物者，亦同。除各邦法律另有規定外，在聯邦法律施行前，不得提出法律上之請求權」。

其中，該條第三句限制條款所稱的「聯邦法律」，是指聯邦議會於 1951 年 5 月 11 日制定的《基本法第 131 條所稱人員法律關係規制法》（Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen）（下稱《131 法》）。該法第一章規定，原先在 1945 年 5 月 8 日之前擔任公勤務人員，然而在前揭時點後，因為國家組織被取代、裁撤或解散，而未能接續其公法上或是勞動契約上之職務關係與照顧處理方式，其處理對象包括：公務員（Beamte）、暫時退職的公務員（Wartestandsbeamte）、退休公務員（Ruhestandsbeamte）；同時包括受撫卹人員與遺族（Versorgungsempfänger und Hinterbliebene）、雇員與工人（Angestellte und Arbeiter）、職業軍人（Berufssoldaten）、過去在軍隊中服務的，或者是擔任邦警察的帝國勞動職務專業人員（berufsmäßige Angehörige des früheren Reichsarbeitsdienstes）、郵政與鐵路等公營事業人員暨遺屬，以及原地方自治團體法人（Gebietkörperschaften）人員<sup>487</sup>。第二章規範以上所稱公勤務或勞動關係人員，在 1945 年 5 月 8 日後，因為公務員或薪資法以外原因去職，然而還未復職與原先職位為相稱的職位，且又非納粹或其附隨組織屬員，在去納粹化法庭，或是依據「自國家社會主義與軍國主義解放德意志民族法」之精神，均無遭到定罪者，始得適用本法第 1 章第二節（惟第 12 條到第 18 條，第 25 條到第 28 條，第 42 條到第 46 條除外）、第三節、第五節、第八節與第九節<sup>488</sup>。第三章則是過渡條款：針對特定軍事技術人員進行職務歸類、以及因公造成體傷與

<sup>486</sup> Maunz/Dürig, GG Kommentar, München 2016, Art. 131 Rn. 3-4.

<sup>487</sup> Bundesgesetzblatt, Teil 1.(13. Mai, 1951), 307-316.

<sup>488</sup> Bundesgesetzblatt, Teil 1.(13. Mai, 1951), 317.

健康損害的公務員、職業軍人之處理方式，與依據 131 法第 67 條規定，先前在去納粹化時期，曾經服務於秘密警察、帝國航空部研究局 (Forschungsamt RML) 與黨衛軍者，如在德國投降時已成就退休條件，或者嗣後再任其他單位，於上述三個單位服務的年資不予計入，重新起算；但在特別情況下，最高勤務機關可以將這段年資予以計入退休年資，而其遺屬之撫卹金計算方式，亦同<sup>489</sup>。

該施行法容易產生爭議之處，在於第 11 條至第 24 條規定，如何為具有專門且無法取代技術者（例如政治從業人員、法官、公務員等）、遭納粹迫害而被迫去職者等，去安排與其過去服務職務同等的職位<sup>490</sup>。雖然這對過去在 1933 年後，依據《帝國職業文官體制重建法》(Reichsgesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums) 而被迫去職的公務人員、法官、檢察官等具有補償作用，然而這也同時打開一扇門，讓過去是納粹員或支持者，但卻沒有受到有罪宣告的公勤務人員，重新得以進入新生的聯邦共和國政府體系中。據此，學者 Horst Dreier 即認為，《131 法》如此規定，無疑是「舊職務菁英可以再度融入（法治國）體制的終點站」，是聯邦德國在「政治上有害的失足」<sup>491</sup>。《131 法》施行初期，在聯邦憲法法院引發多個憲法訴願案，相關爭議始終不墜<sup>492</sup>。

對於剛成立的聯邦德國而言，去納粹化的人事清理，無論在道德上或是法律上，甚至是政治需要上，都不是最重要的事，甚至是想要遺忘的記憶<sup>493</sup>。在此氛圍看來，不僅對於人事清理遙遙無期，對於司法人事清理更是如此。類似的想法出現，並非一朝一夕。例如 1946 年 9 月 10 日，奧芬堡 (Offenburg) 邦法院，於審理國家社會主義犯罪分子 Heinrich Tillessen 時，法院一度判決赦免其罪，但最終因本案的法國檢察官，在採納三位活躍於國家社會主義統治時期的法學者

<sup>489</sup> Bundesgesetzblatt, Teil 1.(13. Mai, 1951), 317-318.

<sup>490</sup> Bundesgesetzblatt, Teil 1.(13. Mai, 1951), 309-311.

<sup>491</sup> Dreier, GG Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl., Tübingen 2008, S. 1425-1426.

<sup>492</sup> 例如聯邦憲法法院彙編第 3 冊第 58 頁 (BVerfGE 3, 58) 的公務員關係案、第 3 冊第 162 頁的受僱者關係案 (BVerfGE 3, 162)、第 3 冊第 288 頁的職業軍人關係案，與第 3 冊第 6 冊第 132 頁的秘密警察案 (BVerfGE 6, 132)。

<sup>493</sup> 當時德國一般人認為，去納粹化的結果是抓大放小，沒有抓到真正位高權重的犯行重大者。到了 1950 年，聯邦議會曾就去納粹化行動表示，這是一場「現代的獵巫行動 (modernes Hexentreiben)」，「出於對極權主義思想以及階級鬥爭目標的錯誤產物」，「戰勝國司法 (Siegerjustiz) 主導整個過程」。而法學者 Frotscher 與 Pieroth 在其《憲法史》一書表示，去納粹化僅是一場「紙上革命 (Revolution aus dem Papier)」而已。可知對於當時某些德國人而言，去納粹化僅僅是戰勝國用以羞辱戰敗國人民的藉口。Reichel, Vergangenheitsbewältigung in Deutschland, S. 34; Herbert, Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, S. 659-660; Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 15. Aufl., München 2016, Rn. 725。

—公法學者 Theodor Maunz、刑法學者 Eduard Kern 與 Eduard Kohlrausch 的法律意見，廢棄法院所為給予 Tillessen 之赦免裁判。前述這三位法學者，卻對赦免的理論依據發展不遺餘力，可見得對附從國家社會主義而犯下刑法罪責者應予特赦的想法，早已在戰爭結束後開始發芽，其原因可能為，過往盟軍佔領時期透過刑事司法進行去納粹化，而在進入新生民主國家西德之後，因為時過境遷，舉證困難等因素，已無法透過德國本身的刑事訴訟程序定罪。因此希望推動特赦，從源頭減低去納粹化對於公勤務人員與人力應用上的衝擊<sup>494</sup>。1947 年，後來成為聯邦德國司法部的部長 Dehler，在巴伐利亞邦議會中表示，對於國家社會主義，與在此過渡期間出生者，對於「許多從國家社會主義的斷裂，以及過渡期中產生的罪行，應該要有溫和的處理手段...應該要為他們尋求特赦」，可見司法菁英對去納粹化的看法，表示應用溫和緩進手段為之，甚至應該放棄追訴，並予以特赦<sup>495</sup>。

是以，1949 年至 1950 年初期，聯邦政府公布一系列對於因政治因素（特別是指因附從國家社會主義而犯下刑法罪責者）獲罪者，應予特赦之法，所謂的《免除刑罰法》(Gesetz über die Gewährung von Straffreiheit)。首先，草案原先設計，在 1949 年 9 月 15 日前，針對刑事犯罪者與違反秩序，並受有罪宣告者，其應服刑度為最高刑度一年，以及被判處一萬馬克罰金刑者，得以豁免刑罰，免繳罰金<sup>496</sup>。之後經討論，降低可免刑刑度為 6 個月，以及 5,000 馬克罰金刑，或是 10,000 馬克的秩序罰罰緩。但在第 10 條第 2 項設有不能免責的罪名，分別是觸犯德國刑法典第 211 條至第 213 條（謀殺罪、殺人罪、殺人罪減輕情節），以及出於不名譽意志，或是私利，犯下慘無人道的兇殘暴行，皆不列入在免刑範圍內，倘若是違反稅法案件，亦不能免其刑罰。本法在 1949 年 12 月 31 日刊登於聯邦法律公報<sup>497</sup>。《免除刑罰法》的制定，使得同盟國不滿，並且施加壓力。於立法期間，同盟國最高全權代表，要求限縮免刑範圍，僅限 1945 年 5 月 8 日後至 1949 年 9 月 15 日之間刑度為免刑法規定範圍者，始得予以減刑。即使限縮適用範圍，根據統計，截至 1951 年 1 月，已有 792,176 人獲釋，其中屬於附從國家社會主義而犯罪

<sup>494</sup> Müller, Furchtbare Juristen, S. 242.

<sup>495</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 179.

<sup>496</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S.180.

<sup>497</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 180; Bundesgesetzblatt, Teil 1.(31. Dezember 1949), 37-38.

者，其數應達萬人以上<sup>498</sup>。

在《免除刑罰法》施行後，迫於同盟國壓力，無法全面免除前述入監服刑者刑期，僅得將部分刑期較少，約為 2 至 3 年者予以免刑。爾後在 1954 年 7 月 17 日，又頒布《免除刑罰與罰金暨豁免刑事程序與罰金刑程序法》(Gesetz über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren)」，該法案施行後，計有四十萬人因此受惠，得以享有免除其刑罰<sup>499</sup>。然而，曾經服務於國家社會主義不法政權的舊菁英階級，從法律面加以反撲，使得先前去納粹化付諸東流，使其得以重新進入政府與社會體制中，另一方面也意味著，司法人事清理遙遙無期之情況。

在更為專業化的司法部門，人事清理的過程更是困難，此一困境，不僅來自於德國社會無意再度進行去納粹化，同時體制內部的問題，更是影響深遠。從枉法裁判罪、法官法制定與聯邦司法部人員組成等面向，都可觀察到如此之發展軌跡。首先是枉法裁判罪 (Rechtsbeugung)：在國家社會主義不法政權時的德國刑法典，已經有該項罪名的存在。例如 1942 年德國刑法典註釋書記載，刑法典第 336 條規定為：「公務員或從事審判的法官，在主導或審判訴訟案件時，以故意對一方有利，或曲解法律造成另一方不利益，而導致受有不利益一方獲判有罪者，處 5 年以下有期徒刑」。然而，這條罪名的問題是：犯罪成立的門檻很高，在主觀構成要件上必須滿足直接故意，不可以是有條件的直接故意，亦不可以是間接故意，更不能夠是過失，始該當此罪<sup>500</sup>。二次大戰結束後，有一些在國家社會主義時期，曾受到不當審判者，意圖透過刑事審判程序，控告當時審判的法官枉法裁判。例如 1952 年 5 月 29 日，聯邦最高法院對一件枉法案即進行審判<sup>501</sup>。此案係三名逃兵遭逮捕，並送至國家社會主義統治時期的戰爭法庭審判。一名職業法官與兩名素人參審法官將此三人判處死刑，下判決時已是 1945 年 5 月 9 日，判決作成時是 1945 年 5 月 10 日，以上兩個時間點，德國均已投降，然而判決仍

<sup>498</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 182.

<sup>499</sup> Bundesgesetzblatt, Teil 1, (17. Juli, 1954), 203ff.; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 183-190.

<sup>500</sup> Schönke, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Kommentar, München und Berlin 1942, S. 697-698.

<sup>501</sup> BGH, MDR 1952, 693. 轉引自 Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, Berlin 2003, 22。

然予以執行完畢<sup>502</sup>。後續發展，本案依當時德國刑法典第 336 條枉法罪起訴，理由係認為職業法官曲解死刑法律，以及錯誤連結士兵應承擔罪責與死刑之關聯性<sup>503</sup>。另一案例，於 1953 年 6 月 9 日作成之聯邦最高法院判決，因為某分析戰爭情報者被處以死刑<sup>504</sup>，當時判案的法官被控告，量刑與與罪責顯不相當，有枉法裁判的嫌疑。但因為無法證明有直接故意，獲判無罪<sup>505</sup>。

對於枉法案件經聯邦最高法院平反之法官，是否該當刑法典第 336 條枉法罪？在 1967 年 7 月 3 日，柏林陪審法院，對國家社會主義統治時期人民法院法官是否構成枉法罪作成判決。判決表示，運用國家社會主義的法以判處死刑，是所謂法盲（Rechtsblindheit）的行為，如要予以追究法官的責任，則會是純粹的錯誤禁止，在此，並不成立直接故意<sup>506</sup>，換言之，法官無須負擔任何刑罰。即便是聯邦最高法院對法官進行枉法罪的審判，往往也因為無法證明法官有枉法裁判的直接故意，而無法定罪，沒有任何法官需要接受處罰，所以，如過透過刑事訴訟程序，為服務於不法政權的法官定罪，從結果來說並不實際。

而曾經附從國家社會主義統治，並依據其所定之法律進行裁判的法官們，又到哪裡去了？根據第一位有系統地就國家社會主義不法政權的司法人員問題，進行法律史研究的學者 Ingo Müller，在其著作《恐怖的法學者：我們司法尚未克服的過去》（Furchtbare Juristen – die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz）中表示，二戰結束後，絕大多數的法官與檢察官，如果尚未屆至退休年齡，則依據《131 法》，得重新加入西德司法體制，繼續從事審判工作，例如曾在人民法院服務的檢察官：Karl-Hermann Bellwinkel、Dr. Brichhaus、Dr. Heinz-Günther Lell、Kurt Jaager、Dr. Konrad Höher、Helmut Scherf 與 Karl Spahr 等人，在 1945 年後仍繼續擔任檢察官工作，並且皆有升職，無人因為在國家社會主義不法政權服務過而遭到懲處<sup>507</sup>。在法官部分，曾經在國家社會主義不法政權從事審判工作者，情況也是一樣，未曾受到任何懲處，且屢攀高位。例如 1951 年 9 月 8 日聯邦憲法法院開始運作時，因為定位尚不明確，聯邦司法部曾經想要對憲法法院之

<sup>502</sup> Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, S. 22.

<sup>503</sup> Quasten, ebenda.

<sup>504</sup> BGH 1 StR 198/53. 轉引自 Quasten, ebenda, S. 23.

<sup>505</sup> Quasten, ebenda, S. 23.

<sup>506</sup> Quasten, ebenda, S. 145.

<sup>507</sup> Müller, Furchtbare Juristen, S. 217.

法官實施職務監督機制，但該院其中一位法官 Gerhard Leibholz 堅持聯邦憲法法院作為一個憲法機關，不宜由司法行政機關介入進行對法官們的監督，因為法官應當要有全然的獨立性。同院法官 Willi Geiger，以及聯邦憲法法院首任院長 Höpker-Aschoff 也為文支持 Leibholz 的觀點，守護其他法官擁有全然的獨立性<sup>508</sup>。諷刺的是，看來極為維護法官獨立性的 Geiger，曾經參加過納粹，也當過該黨的衝鋒隊員（SA），與國家社會主義不法政權的審判體系有很深的連結<sup>509</sup>。戰後班堡邦高等法院為了要招募一批「可用的」德國法律人，參與戰後的司法審判業務，於是召開預審委員會（Vorprüfungsausschusse）審核，Geiger 參加後，被歸類為「未涉案」，所以重回審判工作，此後仕途一路順遂，並且在戰後擔任聯邦憲法法院法官<sup>510</sup>。

西德並非全無意識到，對司法人員未曾進行正式人事清理所帶來的問題。在 1961 年 9 月 8 日德國《法官法》（Deutsches Richtergesetz）制定時，在第 116 條「特別情形下之退休」（Eintritt in den Ruhestand in Sonderfällen）規定：

「曾於 1939 年 9 月 1 日起至 1945 年 5 月 9 日間，擔任法官或檢察官，並為刑事司法提供協力者，允其提出退休申請（第一項）。申請應於 1962 年 6 月 30 日前提出（第二項）」<sup>511</sup>。

此規定係針對在曾經於 1939 年 9 月 1 日起至 1945 年 5 月 9 日為行政部門之需求進行刑事起訴或審判者，柔性勸導其可於 1962 年 6 月 30 日前辦理退休/離職，並保證退職金額度不因此減少，但僅有 149 位具有上述情形的法律人因此離開工作崗位<sup>512</sup>。透過勸導優退，或屆齡退休的方式，是這個時期處理曾在國家社會主義政權進行審判與起訴工作者的唯一方式，除此之外別無他法。

要了解德國戰後司法概況，以及與國家社會主義不法政權間的牽連關係，可參閱德國聯邦司法部在 2012 年至 2016 年間，委託德國波茨坦大學歷史系 Manfred Görtemaker 教授，以及愛爾朗根大學法學院刑法中心的 Christoph Safferling 教授，合作進行之研究「羅森堡計畫（Die Rosenberg-Projekt）」的成果報告，所謂的《羅森堡檔案》（Die Akte Rosenberg）。在聯邦司法部建立初期，對部內的

<sup>508</sup> Görtemaker /Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 297-298.

<sup>509</sup> Görtemaker/Safferling, ebenda, S. 293.

<sup>510</sup> Görtemaker /Safferling, ebenda, S. 295.

<sup>511</sup> Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz: Kommentar, 1. Aufl., München 1962, S. 520.

<sup>512</sup> BT-Drs. 10/6566, S. 23; Müller, Furchtbare Juristen, S. 218.

人員背景進行調查，發現有 155 位通過兩次國家考試的完全法律人 (Volljurist)，其中 90 位擁有至少一個以上的博士學位（另一個取得的學位往往是榮譽博士學位）。在取得學位的時間來看，有 17 人取得學位時間不明、28 人在 1945 年後獲得學位、19 位在 1933 年取得博士學位，另外有至少 28 人，是在 1933 年至 1945 年間，大學內實施一體化時期 (Gleichschaltung) 取得博士學位，在其著作中或多或少體現了國家社會主義的世界觀與法律觀<sup>513</sup>。研究曾特別抽取之 170 名聯邦司法部的工作者資料，結果顯示，其中有 90 人具有納粹黨員身分，且無一例外，全是在 1933 年後，納粹掌握統治機器後始加入其中，且同時也是國家社會黨附隨組織—國家社會主義法律維護者聯盟 (Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund, NSRB)，及其前身—國家社會主義德意志法學者聯盟 (Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, BNSDJ) 的成員<sup>514</sup>。

研究報告中亦顯示，若以五年為一個統計區間，可以發現聯邦司法部人員中，同時為前納粹黨員之人數，在 1955 年至 1960 年間達到最高峰。類似的情況，也對應到曾在帝國司法部任職人數的統計上：同樣在 1955 年至 1960 年達到最多人數，約莫達到當時聯邦司法部任職人員的五成左右。而在 1973 年時，有 93 位人員退職/退休，使得上述人數大幅下降後，就一路逐年下降，直至 1986 年最後一位具有納粹黨員身分者退休，聯邦司法部自始全無納粹黨員身影<sup>515</sup>。從另一個角度來看，也是希望透過屆齡退休自然淘汰方式，逐漸淡化國家社會主義不法政權對司法的影響。

## 第二目 兩德統一後之人事清理

### 一、背景與目的

#### 1. 兩德統一後的衍生問題

在二次世界大戰結束後，美、蘇、英、法四國，將德國與柏林地區各分為四個區域，進行佔領與軍事政府統治。然而，在冷戰開始後，於 1948 年，蘇聯將

<sup>513</sup> Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 261-262.

<sup>514</sup> Görtemaker/Safferling, ebenda, S. 262.

<sup>515</sup> Görtemaker/Safferling, ebenda, S. 263-265.

其佔領區，交由所支持的共產黨領導者統治，並於 1949 年成立德意志民主共和國（Deutsche Demokratische Republik, DDR，下稱東德），施行一黨專政統治。在政治制度上，東德受到蘇聯扶植的德國統一社會黨（Sozialistische Einheitspartei Deutschland, SED）行一黨專制，對蘇聯依賴甚深<sup>516</sup>；在經濟上，取消資本主義式的市場經濟，改以社會主義經濟與計畫經濟；在公勤務關係上，由於東德不採行公務員體制，以及私有制的市場經濟，在包括政府文武官員的各行業之從業人員進用上，一律以勞工身分為國家聘用，其身分保障等事項係依勞動法規範事項辦理<sup>517</sup>。龐大的聘用人數，使得兩德統一之際，受僱於國家的東德勞工，高達 175 萬人<sup>518</sup>。因此，統一固然結束兩德在政治上的長期對抗狀態，然更為重要也棘手的問題，大抵可歸於兩端：首先，基於國家繼承所帶來的東德原有制度、人員與財產等處理問題；再者，如何消弭德西與德東兩地區之法律水準不一，使之在法律制度與法律思想上，都能成為實質法治國的領土一部分。<sup>519</sup>

## 2. 國家繼承問題

如前所述，兩德做為長期分立，且在立國思想與法律制度上存有重大落差的國家，一旦合併，首要處理的問題，就是兩國合併後，加入國原有的法律制度，政府人員、國家責任與債務，應當如何安排處理，這是一個橫跨國際法與國內法間配合調整的問題。就連兩德之間對於彼此間所涉及的法律定位，也有著類似的認知。例如 1973 年 7 月 31 日，由聯邦憲法法院就 1972 年東西德簽訂基礎條約（Grundlagenvertrag）進行抽象法規審查，提及關於兩德關係應如何在法律上予以定位。所謂的基礎條約，係東西德雙方以十項條文，律定雙方建交、在國際安全之控制下裁減軍武、尊重雙方主權並節制自身主權僅能行使於國內，以及兩國學術、科技、法律事務、郵遞、電信、衛生、文化、體育、環境保護等交流事

<sup>516</sup> Wilfried Fiedler, "Die deutsche Revolution von 1989: Ursachen, Verlauf, Folgen," in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8 (Heidelberg: C. F. Müller, 1995), S. 4-5.

<sup>517</sup> Hartmut Zimmermann, Horst Ulrich und Michael Fehlauer (Hrsg.), DDR Handbuch, 3. Aufl. (Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1985), S. 73; 160。又，陳敏大法官曾以「公勤務受僱人」稱呼服務於東德公勤務者，詳見：陳敏，〈兩德統一之法制調整統一條約有關行政法部分之簡介〉，《政大法學評論》，第 43 期（1991 年 6 月），頁 37-38。

<sup>518</sup> 吳綺雲譯，〈關於『統一條約停止及定期限結束東德公職務工作者法律關係規定判決〉〉，收入司法院大法官書記處編，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）－職業選擇自由與工作權》（台北：司法院秘書處，1997），頁 334。

<sup>519</sup> Görg Haverkate, „Rechtseinheit als Aufgabe,“ in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9 (Heidelberg: C. F. Müller, 1997), Rn. 1.

務正常化等事務進行原則<sup>520</sup>。若聚焦國際公法的角度來說，兩德統一有別於二次世界大戰後，國家社會主義不法政權，自美國、英國與法國同盟國佔領軍政府，過渡到德意志聯邦共和國（即西德），屬於同一政治實體裡面，不同政權過度的「政府繼承」，在性質上屬於「國家繼承」。從定義上出發，所謂國家繼承的前提，必須發生國家領土或組織的變更，而不僅止於同一領土之內政權的移轉，之後兩個各自獨立的國家合併成一個國際公法上的主權實體之外，在內部政治上一統與國家外觀上難以分離，並且沒有持續不斷的認同問題<sup>521</sup>。國家繼承在功能上，除了兩個國家合併，或者是國與國間移轉領土之外，繼承原先該國或地區所承擔的條約，或者是其他權利義務，因此移轉到他國，合併後的國家，具有承擔被合併國（地區）權利義務的責任<sup>522</sup>。

而在國家繼承的形態上，區分全部繼承與部分繼承類型，其中兩德統一後，東德（即被繼承國）消失，加入西德，屬於全部繼承，按照國際公法上的「全部繼承說」，西德應承受東德的全部財產，與加入時仍續存的權利義務<sup>523</sup>。舉例而言，應繼承事項包括被繼承國的法律、外國人在被繼承國的私有財產既得權、國家財產、國家檔案、國家債務等<sup>524</sup>。公勤務人員則隨其業務與兩國間約定事項，而有未被新國家繼承，或者是部分留任的情況發生，例如兩德統一後，原有的國家職工大多數未獲留任，而法官檢察官等司法人員，則必須透過停職後重新審核，待通過留任後，使得重新任官的情況。

### 3. 界定不法：不法國家／前法治國併入法治國的必經過程

如前所述，兩德統一，需要處理的繼承事項眾多，其中事涉重大且牽一絲動全身者，係法律制度與其衍生事項的繼承。倘按國際公法的繼承原則，被繼承國的法律，原則上需全部繼承，但在不符合繼承國法秩序的情況下，可以由繼承國的立法推翻<sup>525</sup>。以統一條約為例，該條約第 9 條第 1 句規定，如東德的邦法符合基本法規範者，繼續適用；若是聯邦法，經國會同意後，可以繼續有效，係採取

<sup>520</sup> BVerfGE 36, 1, S. 3-5.

<sup>521</sup> Johannes Dietlein, *Nachfolge im Öffentlichen Recht: Staats- und verwaltungsrechtliche Grundfragen* (Berlin: Duncker & Humblot, 1999), S. 440-441.

<sup>522</sup> 丘宏達、陳純一，《現代國際法》，修訂三版（台北：三民，2012），頁 369。

<sup>523</sup> 丘宏達、陳純一，《現代國際法》，修訂三版，頁 371-374。

<sup>524</sup> 丘宏達、陳純一，《現代國際法》，修訂三版，頁 383-384；389-394。

<sup>525</sup> 丘宏達、陳純一，《現代國際法》，修訂三版，頁 383。

正面表列，排除不合乎基本法之東德法律適用。同時在附件 2，列舉應繼續適用之東德法律；並在附件 1，將不合乎基本法精神的法律規定，已過渡時期立法的方式，制定相關處理法規，納入統一後的西德現有之各項立法內。然而，上述內容涉及另一層問題，也就是如何判斷哪些東德法律是要被統一後的西德繼承，或者予以廢止？在此，較為人所知的判斷標準，是依照個別東德法律，是歸屬在「合法」或「不法」的範疇，逐一進行判斷。

「法」與「不法」、「不法國家」/「前法治國家」與「法治國家」這兩個截然對立的概念，這個討論的發軔，是來自於二次大戰後的德國法理學界，對於國家社會主義不法政權的法，是否能稱之為法；當時公務員執行國家社會主義的法，是否連帶有相關刑法上的罪與行政責任產生。然而，說明相關法理學論爭的發展，並非本報告之目的。法與不法之間的區分，重要的是為兩德統一後，對於東德統治過往的清理，以及消弭兩國法律制度的水準落差，最終促進德東德西地區的法律制度與實踐的水準達到一致，真正納入實質法治國的統治之中。在某些為人所熟知的觀點來說，類似像國家社會主義不法政權的極權國家，為了鞏固自己的統治，所謂的三權分立名存實亡，僅剩行政權獨大，對於不受國家歡迎的人，或是關押於集中營，並且強迫勞動，甚至在欠缺司法判決的情況下直接予以大量殺害；又或是將不受國家歡迎的政敵，透過司法審判處以極刑。以上這些情況，在當時看起來都是合法的，因為法律將希特勒的個人指示，視為法律的一部分或是有權解釋，法官、檢察官再將這些合乎國家社會主義的法律，予以執行。尤其是在刑事司法的部分，法官與檢察官等於是極權國家的幫助者，在承平時間維護人民權益的法官與檢察官，在極權統治下因為缺乏思考法律的內涵，而僅僅只是實踐該法律規定，是以不法的法得以實際為害。<sup>526</sup>因此，德國公法學者 Bodo Pieroth 在此借用德國公法史學者 Ingo Müller 於其著作《恐怖的法律人（Furchtbare Juristen）》所提出的「恐怖法律人」概念，表示「恐怖的體制裡，有著恐怖的法律人」<sup>527</sup>。Pieroth 認為，同樣的道理，放在檢視東德的過往，也有互通之處。由於東德國家體制缺乏現代法治國的權力分立、基本權概念，或是司法獨立，而純以馬克思—列寧思想，以及國家統一黨的黨機器，做為統治最高指導原則。因此，對東德來說，司法是黨與統治者的工具，用以控制人民<sup>528</sup>。相

<sup>526</sup> Bodo Pieroth, in: *VVDS:RL* 51(1992), 96-97.

<sup>527</sup> Bodo Pieroth, in: *VVDS:RL* 51(1992), 97.

<sup>528</sup> Bodo Pieroth, in: *VVDS:RL* 51(1992), 97-98.

對於此，另一位德國公法學者 Christian Starck，針對「不法」提出更為確切的定義。所謂的不法，是相對於合法（合憲）而言。Starck 在討論這個問題時，使用較為中性之「前法治國（Vor-rechtsstaat）」概念，他認為，所謂的前法治國，並非指涉一個國家在發展成法治國的前階段，而是指涉與法治國原則背道而馳的國家，亦即某些法學者所稱的「不法國家」<sup>529</sup>。現代法治國的內涵在於權力分立、人民主權、司法獨立、人民對基本權具有主觀公權利，更在於他的法規範與法律基礎兩者一致。白話地說，執行或服膺法律者，不需要時常面對歸屬於自然法的個人良知領域，與法律規範間的衝突，人民亦可要求國家保障基本權利，而不需為了國家利益放棄主張之。Starck 教授表示，前法治國的國家行為，本身就與法治國背道而馳，甚至已達不法（Unrecht）的程度。國家行使不法，已經到有系統性地執行，且拒絕對該不法予以補償的程度<sup>530</sup>。而前法治國的法律制度核心，並非如法治國一樣的權力分立、人民主權、司法獨立，其法律解釋往往受到，甚至聽從於最高統治者個人、群體或政黨，甚至有權干預該前法治國統治的外國政府的影響或指令，例如希特勒之於國家社會主義不法政權，東德社會統一黨或蘇聯政府之於東德。

東德學者 Lothar Reuter 於其編著的東德刑法教科書表示：「法律解釋必須依據在社會發展整體階段的勞動階級與黨的政策為基礎。法律解釋形成在現存條件下，對社會主義刑法內容的認識」。<sup>531</sup>而勞動階級與黨的政策何以彰顯，則必須依據馬克思—列寧政黨的決議、社會主義的目的與階級意志，並且透過社會統一黨的獨裁黨權進行解釋。<sup>532</sup>換言之，法律解釋的核心並不是安定的，而是由特定意志可得隨時改變之。而東德的法院組織加深了上述法律解釋不穩定的狀態。整體來說，東德的法律制度在文字上並沒有過多差異，例如法治國引以自豪的法官獨立—事物獨立與人事獨立，在東德憲法第 96 條第 1 項規定：「法官、參審員與社會主義法院的成員，在審判事務上獨立。他們僅受憲法、法律、與其他德意志民主共和國的法律規章拘束」。話雖如此，在東德實際上無法實踐法官獨立。在人事方面，主要由於東德的職業法官的身分保障，實際上並沒有非因法律規定或法院判決，不得調職或去職的規定。除了職業法官可能每五年就因為形式問題，

<sup>529</sup> Christian Starck, in: *VVDStRL* 51 (1992), 11.

<sup>530</sup> Christian Starck, in: *VVDStRL* 51 (1992), 14.

<sup>531</sup> Christian Starck, in: *VVDStRL* 51 (1992), 17.

<sup>532</sup> Christian Starck, in: *VVDStRL* 51 (1992), 16-17.

被認為是違反法官職務規章而去職外，東德最高法院的法官，是由人民議會的國家諮議會提名任命之，區法院或地方法院的法官，則由司法部長提名任命之。另外，在事務方面，由於黨或上級審能夠干涉審判，並影響審判最終結果，是以事物獨立亦不可能實踐<sup>533</sup>。在刑事審判中，法官從事法律解釋時，會出現因為須符合勞動階級與黨的利益，而自行加重該當法條的刑度，使得法律形同具文，法律解釋成為黨機器所把持的統治工具<sup>534</sup>。

綜上所述，國家不法透過行政權與司法權對人民的基本權利侵害展現，Starck 教授認為，國家行為違反法治國結構，多出現於人事、黨與監督（視）等三種面向，並根據以上原則，將國家不法歸類成以下幾種具體情況，做為判斷標準。倘若發生類似情況，則可知這是屬於國家不法：

- 對人民生命與身體的侵害：主要集中在國家不當使用刑罰，尤其是死刑。例如東德刑法典第 213 條非法跨越邊境（*Ungesetzlicher Grenzübertritt*）罪，一般違反情況者處以兩年以下有期徒刑，違反情形較嚴重者，處一年以上八年以下有期徒刑，預備或著手實施者亦受處罰。然而，實際上東德政府對於違反此罪者，動輒處以過重刑罰，邊境警衛甚至可以開槍對意圖闖越邊境者，予以當場狙殺，國家使用暴力與刑罰顯已逾越比例。
- 對於人民自由的侵害：根據 Starck 教授所述，東德過去常有發生警察或行政機關，為了人人於罪，而行栽贓之實的不法情狀，主要發生在政府壓抑人民意欲展現表意自由，或是集會自由的情況。
- 在日常生活中侵害人權：這主要集中於東德國家安全局（*Stasi* 或 *MfS*）利用秘密線民對全國人民進行綿密的監控。
- 無正當理由剝奪親權：例如父母獲罪成為政治犯，由於該父母在「政治上不可靠」，是以未經當事人同意，任意將其子女帶離身邊，或是強制出養。
- 對於財產權的侵害：例如 1950 年代，東德對前東普魯士的大地主進行土地徵收，雖名「徵收」，但卻是強制參加，並且沒有發給徵收補償金。

---

<sup>533</sup> Georg Brunner, „Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik,“ in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 1 (Heidelberg: C. F. Müller, 1995), Rn. 70-71

<sup>534</sup> Christian Starck, in: *VVDStRL* 51 (1992), 18.

- 對於職業選擇自由的侵害：過去東德統治時期，一個人如果想要上大學接受教育，必要條件之一是「政治出身」或「政治行為」良好，否則無法接受高等教育<sup>535</sup>。

判斷前法治國的國家、司法、行政、團體，或個人的「不法」，不能直接援引法治國的觀點進行判斷。法治國原則的派生原則「無法律，無刑罰（*Nulla poena sine lege*）」，在針對前法治國進行其不法過往的清理時，仍然必須遵守之，是以必須要根據當時已有的法律，或者是前法治國曾經加入過的國際公約做為標準（例如東德曾經於 1973 年簽署並批准公民與政治權利國際公約〔*Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*〕）判斷之，如此則可避免人言言殊的爭議。同時對於統一後的德國，釐清何為不法，也是消弭分立兩國原先落差不一的法律水準的第一步。

## 二、實施根據

在釐清東德國家不法的可能態樣後，東西德兩國法律制度落差的平衡，首先透過統一條約規定，將東德原有的國家組織、公勤務人員與法律，有選擇性的納入或捨去。再者，德國聯邦議會在 1992 年 3 月，決議組成調查委員會，並且於 1995 年，發布「針對德國統一社會黨獨裁統治之歷史與其餘緒之清理（*Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland*）」大型研究報告，針對東德過往，大至實際掌控國家的德國統一社會黨權力架構、意識型態，法律、司法與警察、兩德關係、東德境內教會活動、反抗運動、前東德國家安全局、東德獨裁政權，檔案等方面進行研究調查<sup>536</sup>。此外，該調查委員會又於 1995 年至 1998 年間，執行第二階段研究，針對如何在法治國架構下清理東德不法過去，與東德社會、文化、日常生活與學術等項目進行研究，並於 1999 年發表第二階段研究報告。上述兩報告係做為了解東德，以及清理東德不法過往的調查工作。

### 1. 統一條約有關於東德國家聘僱勞工、法官、檢察官、律師、公證人等各個法

<sup>535</sup> 以上六大標準整理自 Starck 教授文章，原文請參 Christian Starck, in: *VVDStRL* 51 (1992), 19-20.

<sup>536</sup> 另，聯邦東德國家安全局檔案託管局（BStU）於同一時間，亦進行針對東德過往，進行政治歷史與政治道德之分析報告撰擬。

## 定法律職業的處理方式

做為兩德統一進程中，統一法律水準與辦理統一事項依據的統一條約，對於東德公勤務人員，以及各種法定法律職業（*gesetzlicher geregelter juristischer Beruf*）人員如法官、檢察官與律師的處理方式均有規定。前段提及，在東德沒有像西德一般的公務員關係，甚至是法官關係存在，且由於東德非實行市場經濟，所以相同職務在其他國家為私經濟之雇主或受僱者，在東德全為國家聘用的勞工，是以了解統一條約如何處理東德遺留之國家聘僱勞工的勞動關係，有助於從整體了解對於東德公勤務人員的總體處理原則<sup>537</sup>。統一條約針對此一情況，在第 20 條「在公勤務方面的法律關係」制定接軌與處理的相關條款如下：

- 第 1 項：在附件一商定之過渡規則，係處理（東德）加入時點之公勤務人員法律關係。
- 第 2 項：公共任務履行（即基本法第 33 條第 4 項規定意旨之高權權限立即移交公務員。公務員法根據記載於達成協議之附件一相關規定執行之，基本法第 92 條（即司法權相關規定）保持不變。
- 第 3 項：軍人法根據記載於達成協議之附件一相關規定執行之。

以上所稱的附件一規定，即統一條約附件一第 19 篇第 A 章「常任公勤務人員法」，與第 B 章「軍人法」，以及相關之聯邦公務員法的修正規定。與本文討論範圍相關的聯邦公務員法修正條文，記載於統一條約附件一第 19 篇第 A 章第 3 節第 3 款（*Anlage I Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III*）有關於規範東德常任國家聘用公勤務勞工法律，在統一後如何處理：「（第一項）在東德加入生效之時，於德意志民主共和國（包括過去未適用基本法之柏林部分地區）之公行政，根據本項條約下列條件（特別是第 2 款到第 7 款）規定，相關從事服務勞工，在加入生效之日起之勞動關係繼續有效；與此條件衝突或不相符之規定不再適用。倘如勞動契約雙方，對勞動條件商定表示同意，則在其餘聯邦地區已存在之公勤務工作條件，優先有效」。

---

<sup>537</sup> Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen (Hrsg.), “Staatsfunktionär“, DDR-Handbuch, 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd. 2 (Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1985), 1278; BVerfGE 84, 133.

對於因為不符合國家需求，而未能繼續勞動契約的東德國家聘僱勞工，其處理方式如下：「（第二項）依據統一條約第 13 條第 2 項之安排，聯邦之全部或部分公勤務勞工法律關係轉變如次：在聯邦層級，東德服務之公勤務勞工的勞動關係，根據前述第一項處理，符合統一後德國公行政需求者，轉入聯邦直屬之公法法人、營造物或基金會任職。其餘（未獲繼續聘用）勞工之勞動關係，於加入生效之日起停止。與此同時，給予根據第 2 項（即本項）規定而未獲繼續聘用勞工待職金（Wartegeld）請求權，每月最高可領取在職最後六個月平均薪資的百分之七十。在此，一次性或是特別給付不在考慮之列」。從上述統一條約對於東德國家聘僱勞工之處理措施來看，有幾點值得留意：首先，統一後的德國，對於東德以國家名義聘僱之勞工，採取勞動關係繼續存在之原則，且此關係未於統一後立刻終止，反映兩德統一在法律上不僅是德國內部的法律問題，同時在人員、國家組織與責任上，仍採國際法的國家繼承相關原則處理之。再者，如前段所述，身為共產國家，東德在經濟體制上採取計畫經濟，而非資本主義式的市場經濟，因此沒有私人所有之經濟活動，勞工也全數由國家所聘僱之。然而，東德所聘僱的國家勞工數量極為龐大，依據統計，除去於各地方機關、郵政與鐵路事業工作之勞工，東德所聘用的國家勞工，約計有 175 萬人之多<sup>538</sup>。

在 1990 年代的德國，法治國概念在國家法律與組織的應用上，可說相當成熟，任何爭端與糾紛，都可透過法律規範與司法權，做為最終解決手段。對於東德遺留之國家組織、法律、財產與人事的清理，一樣也可透過法律規範，進行合乎實質法治國概念的清理。就以東德國家聘僱勞工的情況來說，統一條約附件一第 19 篇第 A 章第 3 節第 3 款也提及勞動契約終止的一般終止事由，與非常終止事由。一般終止事由規定如下：

- 勞工因為缺少專業資格，或是個人能力不符合需要，或，
- 勞工由於（職位）不再需要，而不被雇用，或，
- 過去服務部門被廢除而無替代部門，或是服務部門結構由於解散、分割或必要改組，使得恢復過去之僱用，或另行僱用不再可能。

特別終止事由規定如下：

---

<sup>538</sup> BVerfGE 84, 133.

- 違反人權或是法治國原則，特別是 1966 年 12 月 19 日聯合國大會決議通過之公民與政治權利國際公約保障之人權，或損害 1948 年 12 月 10 日聯合國大會決議通過之世界人權宣言（Allgemeine Erklärung der Menschenrechte）包含之原則，或，
- 過去曾任職於東德國家安全部/國家安全局，以及因此在勞動關係中，顯示與上述機關有超乎預期緊密聯繫者。

就以前段所提及之東德國家聘僱勞工，與 1990 年之西德公勤務人力數量的對比，統一後之德國政府，勢必無法給予東德國家聘僱勞工職位，更遑論回任同等職位。加上類似職位在統一前的西德，均為私人聘用，是以私人之間的勞動契約規範，國家並未擔任雇主的角色，因此也無法在統一後，提供其類似的國營事業職位予以復職。因應國家組織的人力縮減，裁汰人力勢在必行，是以缺少相關任職能力與機關縮減裁撤，而不再需要相關人力，就成為合法的終止勞動契約事由。由於兩德統一後，仍須針對東德的不法過往進行清理，首要掃除的目標，即為利用線民嚴密掌控東德人民、軍隊、政府組織的東德國家安全局。根據統計，在 1990 年統一之前，東德總人口數為 1 千 6 百 11 萬人。又，根據聯邦前東德國家安全局檔案託管局（Der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik）統計，1989 年時，東德國家安全局共有約 18 萬 9 千線民（Inoffizieller Mitarbeiter, IM），其中有 17 萬 3 千人在東德國防軍（Abwehrdienst）之中、超過 1 萬 3 千 40 人在東德境內活動，另有 1 千 5 百 10 人在西德境內活動，有 89% 的東德市民曾經或正在當線民，這是相當驚人的數據。<sup>539</sup>

線民透過監視他人，甚至自己的家人，回報給東德國家安全局，使之可以掌控人民或外國人士的言論與行動。若以本文前述 Starck 教授所稱的不法判準來看，線民的行為已經侵害他人表意自由等相關基本權，不僅達到不法的程度，也已觸犯刑法。是以法治國的公行政機關，無法繼續任用具有線民者，已然滿足非常解僱事由所稱之為東德國家安全局服務，或過從甚密的情況。對於因為一般與非常解僱事由而被解僱之東德國家聘僱勞工，在統一條約附件一第 19 篇第 A 章

<sup>539</sup> Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Hrsg.), Inoffizieller Mitarbeiter. <<https://www.bstu.de/mfs-lexikon/detail/inoffizieller-mitarbeiter-im/>>(accessed on November 7, 2019).

第 3 節第 3 款第 2 項與第 3 項，也設計待職金，或過渡金（Übergangsgeld）補償機制。實施方式為每月最多可以領取在職最後六個月平均薪資的 70%，且不能請求一次性或特別給付。如果勞工於 1990 年 10 月 3 日統一日時已滿 50 歲，離職時另外獲得收入或薪資替代給付，額度以月待職金計算方式計之，並根據其收入與待職金總數，待職金計算基礎予以寬估。在上述解僱勞工的就業促進事項上，統一條約附件一第 19 篇第 A 章第 3 節第 3 款第 2 項規定，要求雇主與勞政機關（構）合作，對再僱用之解僱勞工給與繼續教育或再培訓措施。

總結來說，統一條約對東德國家聘僱勞工的處理方式，可理解為首先繼承與國家間的勞動關係，再者審查其任職資格（職業能力、是否有違反法治國原則，或擔任東德國家安全局線民之過往），第三決定去留，最後對無法留任者給予待職金與相關就業促進扶助。

## 2. 統一條約有關於法官、檢察官、律師、公證人等各個法定法律職業的處理方式

### （1）東德法官與檢察官處理方式

類似的處理思維，也反映在對法官檢察官等行使公權力的法定法律職業處理方式上。統一條約附件一第 19 篇第 A 章第 3 節第 3 款第 7 項提到，法官與檢察官適用附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 2 款特殊規定。此種區分方式，一方面是基於法官與檢察官，前者代表法治國三權分立下的司法權，享有獨立於公務員關係之法官關係，具備於審判案件時不接受上級指令，僅依法律而為判決；未經其同意或法院判決，不得任意調動或免職之權利。後者雖配屬於行政權（司法行政）之下，須接受同檢察署的上級檢察官指揮，惟仍保有事物獨立，對於所承辦案件作出起訴與否之決定時，原則上不接受上級指令，且在行政訴訟上，檢察官被賦予國家公益代表人的地位。另一方面，以德國的法律國家考試制度來看，凡欲從事大專院校法學系所教師、法官、檢察官、律師、公證人、非技術性之高階公務員，或其他相關之法律職業者，均須通過第二次國家考試，做為任職的基本資格。法官與檢察官行使職權皆涉司法權，並以同一管道養成（一元一軌之完全法律人制度），是以在分類上往往被放在一起討論。

以上有關法官與檢察官之統一配套措施，記載於統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款之德國法官法修正條文。共有 25 點，以及有關東德法律人如何與統一後德國之法律人訓練接軌之規定 10 點，檢察官適用規定 3 點。內容主要可區分出兩大重點：對於現職法官（含檢察官）職務關係繼續，以及重新考核。與針對東德法律人訓練，與統一後德國法律人養成教育之融合措施。由於兩德統一所代表的意義，不僅是兩個分裂國家的再統一，同時也如本文前段一直重申，是在進行德東與德西兩地法律制度水準統一的工程。對於西德而言，在統一當時，業已將現代意義的實質法治國在國內發展至高峰，其重要特徵，在於除了政治問題以外的爭議，都能透過法律與司法權的共同作用，獲得解決方案，而這個解決方案，也能獲得人民的信服。在統一前的西德，甚至有一句俗諺「去卡斯魯爾之路（Der Gang nach Karlsruhe）」，亦即所有爭端，到了司法權的頂點—德國聯邦憲法法院，都可獲得能使多數人信服的解決方式，由此可知司法權已然建立起相當程度的信任感。因此，在統一後的德東地區，建立起同等能受人信服的司法權秩序，不僅重要，也是後世討論德國統一時，必然提到的課題。

對於東德法官與檢察官的重新審核規定，規定繁多。在此依照統一條約本文與附件的理路，爬梳其相關程序如下。首先，統一條約第 20 條「在公勤務方面的法律關係」第 2 項第 2 句後段規定，「基本法第 92 條（即司法權相關規定）保持不變」。以此原則，在統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款德國法官法修正條文之條件（為求行文與閱讀方便，統一條約附件一之 Maßgabe 一詞譯為『條件』）a 與 b，即開宗明義表示：

- 根據德意志民主共和國法律取得擔任職業法官資格者，在本條約第 1 條第 1 項所列地區亦得任命為法官。
- 依德意志民主共和國法律取得擔任職業法官之資格，且在加入生效後擔任法官職務三年以上者，得任命為終身職法官（Richter auf Lebenszeit）。

此處規定與前段討論東德國家聘僱勞工法律關係，有類似效果，亦即統一後的德國先全數承認並接受東德法官之任職能力，使其在統一後的德國，與德西地區的法官，同樣成為依據德國法官法第 3 節（3. Abschnitt）所稱之法官關係，並得繼續進行審判工作。然而，如第一段所述，東德的法學教育，以及司法權運

作，旨在訓練法律人在從事法律解釋時，必須依據在社會發展整體階段的勞動階級與德國社會統一黨的政策為基礎。以及法律解釋在現存條件下，如何呼應對社會主義刑法內容的認識。因此，東德的法官、檢察官、其他法定法律職業工作者，甚至是法律人，是否在統一後，能夠正確地了解並運用以基本法為核心的法秩序，以做成合乎法治國原則的裁判，或是提供法律服務，是有可質疑之處。因此，重新審核其法律知能，與過往審判是否已經有違反法治國原則，甚至是與東德國家安全局合作或過從甚密，則是保障德東地區未來能否得到合乎法治國原則的法律服務之重要事項。

其進行方式，規定於條件 o、p 與 x，條文規定如下：

- o) 依據德意志民主共和國法官法與法官選任委員會組成與工作準則，在加入生效之日起之現職法官之法官關係繼續成立。根據是項原則，法官選任委員會之組成，同樣維持以邦為單位召開之。根據人民議會（*Volkskammer*）規定，或其附隨組織之許可，各邦議會應不予理會。人民議會代表，以及根據德意志民主共和國法官法第 12 條第 3 項與法官選任委員會組成與工作準則第 4 條第 2 項組成之法官選任委員會成員，邦法律得指定邦議會代表替代之。擔任法官選任委員會成員之人民議會代表，即使已喪失議會代表資格，仍可繼續執行職務，至邦議會代表取代之時為止。法官選任委員會最遲應於 1991 年 4 月 15 日決定依據德意志民主共和國法官法之規定，有權執行審判職務之法官，其法官關係是否繼續。至法官選任委員會決定為止，現有在職法官有權執行審判職務。對於司法部長之職權，於各邦政府成立時，移轉各邦主管部長。
- p) 各邦依據條件 h，進行廢棄進用或選任之管轄權與程序。只要各邦未有相關規範時，即按照德意志民主共和國法官法與法官選任委員會組成與工作準則之廢棄進用或選任之管轄權與程序辦理。
- x) 除條件 P 至 w 另有規定外，本條約第 1 條第 1 項所列地區有義務在 1992 年 12 月 31 日前依據德國法官法第 71 條第 1 項與第 2 項規定，規範法官之法律關係。聯邦政府以法律規範確定，有效之法官法與法官適用之聯邦公務員法，在本條約第 1 條第 1 項所列地區之邦法官，以何種過度規定生效之，以及考量本條約第 1 條第 1 項所列地區之特殊現狀需求，確定自何日與以何種配套措施，於該地區之其餘直接或準用有效之聯邦公務員法律，適用於邦法

官。在法律規定公布之前，相關邦之政府須依第 2 句原則聽取（意見）。如果該法律規定有關之法律須經聯邦諮議會同意時，該法律規定亦須經過聯邦諮議會同意之。

以上規定之重點，首先為重新審查東德法官，在統一後德國繼續任官資格之依據。此非直接援用西德於 1961 年制定之德國法官法，而是依德意志民主共和國 1990 年 7 月 5 日制定之法官法（GBl. I Nr. 42 S. 637），與 1990 年 7 月 22 日制定之德意志民主共和國之法官選任委員會組織與工作準則（Ordnung über die Bildung und Arbeitsweise der Richterwahlausschüsse, ORWA, GBl. I Nr. 49 S. 904）進行之。1990 年制定之東德法官法，在結構與法律規定上，與統一條約之德國法官法修正條文已有許多相似之處。東德法官法之法官選任規定，規範於第 11 條至第 14 條，其中第 12 條第 1 項規定如下：

- 職業法官之選任須由司法部長，依據由六位人民議會代表所擔任之當然成員、以及四位由法官互選，並經人民議會法律委員會同意之法官代表所組成之法官選任委員會（Richterwahlausschuss）通過後，始得任命之。
- 第 13 條第 4 項規定如下：各主管之法官選任委員會，應就各別被推薦擔任法官職位者，是否具備擔任法官職位之事物與人事上之先決條件考量之。

何謂事物與人事之先決要件、法官選任委員會運作方式，以及選任法官的標準，記載於東德法官法施行細則之法官選任委員會組織與工作準則之中。其中有關於選任標準者，規定於上開準則之第 5 條第 2 項：「法官選任委員會應特別就下列選任之先決要件，對申請職位者審查之：對自由的、民主的、聯邦的、社會的與生態取向的法治國忠誠；道德上與政治上正直無瑕；專業能力與具備繼續進修之意願；具有職業倫理。東德於 1989 年至 1990 年初，曾經歷過一次政治上的革新。不僅將原本以德國統一社會黨為主的執政團隊替換，同時也進行唯一一次的民主選舉。在其法官選任標準上，可見其朝向現代意義的實質法治國邁進之企圖。也因此在此制度變革時，參採西德經驗，制定法官選任委員會制度與標準。法官選任委員會乃透過立法權（人民議會）與法官共同推舉，並且由行政權任命之，此制度代表的是行政、立法、司法三權在法官選任機制上的相互合作，而不再是由行政權全盤掌控法官任命事務。此外，重新審核東德法官之任職能力，所費時間甚長，德東地區亦無法長期缺乏法官處理案件。針對此問題，在本條約附件一

第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款德國法官法修正條文條件 o 第 6 句提供以下處理方式：「至法官選任委員會決定為止，現有在職法官有權執行審判職務」，是以東德法官是有權可在統一後之過渡期間，擔任法官職務，而不必然要立即免職或休職。

然因此另有一衍生問題。東德法官在統一後維持法官關係，但是以法官關係中的何種身分繼續擔任法官？由於東德終身職法官在經過東德法官法與法官選任委員會組織與工作準則重新審核後，依據東德法官法第 16 條第 1 項與第 2 項規定，不可直接回任終身職法官，而必須重新回歸候補法官（*Richter auf Probe*）的地位。並且於最遲五年內通過審核，才可重新任命為終身職法官，否則仍然會失去擔任法官職務之能力。在通過重新審核前的東德法官，根據本條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款德國法官法修正條文條件 g，其身分改為定期法官（*Richter auf Zeit*），此期間以三年為限，然實際上，依據前開所引條件 o 第 5 句「法官選任委員會最遲應於 1991 年 4 月 15 日決定依據德意志民主共和國法官法之規定，有權執行審判職務之法官，其法官關係是否繼續。」之規定，新加入各邦必須在 1991 年 4 月 15 日前，決定個別東德法官是否能夠在統一後德國繼續以法官身分任命之，是以東德法官未必能夠在未重新審核狀態下，繼續任職至三年。本條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款德國法官法修正條文之另一重點，在於東德法律人培訓制度的改善與處理方式。其改革方式與內容，大抵與德國法官法第 5 條以下，有關透過大學法學教育、第一次國家考試、準備職務，以及第二次國家考試之完全法律人（*Volljurist*）選拔規定類似。然而值得注意的是，在條件 y)ee 以下，重複出現「畢業於波茨坦—愛舍法學專業大學（*Juristische Hochschule Potsdam-Eiche*）或其他類似學校者，不具備上述資格」之規定。由於在東德統治時期，除了一般大專院校的法律系所之外，另外東德國家安全部，亦設有自辦的波茨坦—愛舍法學專業大學。在學位授予上，東德一般大專院校的法律系所，與波茨坦—愛舍法學專業大學，均可授予主修法學之畢業生法律人文憑（*Diplom-Jurist*），惟波茨坦—愛舍法學專業大學的課程設計，除了前三年如同一般大學之法學系所學習法學專業科目外，尚需學習馬克思、恩格斯、列寧思想、政治經濟學、軍事教育、俄語、政治行動工作（*politisch-operative Arbeit*），到第四年時，還需要前往東德國家安全局相關部門進行實習<sup>540</sup>。因此，該校被認

<sup>540</sup> Günter Förster, Die Dissertationen an der “Juristischen Hochschule” des MfS: Eine annotierte Bibliographie, 2. Aufl. (Berlin: Der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes

定為不具備培養擔任法官、檢察官、律師、公證人等法定法律職業人才之能力，而僅是東德國家安全局的種子學校<sup>541</sup>。

在均衡德東與德西地區法律水準的考量上，波茨坦—愛舍法學專業大學做為已被認定為不法組織的東德國家安全局附隨機構，其畢業生無法取得擔任法定法律職業的資格，也屬於司法人事清理工作的重要環節。

另有關東德檢察官之相關處理方式，則規定在附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款德國法官法修正條文條件 z，原則上採取準用前揭德國法官法修正條文相關規定的方式處理之，並且於條件 y)aa 表示，1990 年 7 月 5 日修正通過之德意志民主共和國檢察官署法繼續有效，其所任命之檢察官，在統一後職務關係繼續有效，惟其仍須如法官職務一樣，須通過重新審核後，始取得在統一後德國繼續任官的資格。相對的，在東德律師與公證人處理方式方面，在西德與統一後德國，同屬一元一軌完全法律人制度所養成的律師與公證人職務，根據統一條約附件二第 3 篇第 A 章第 3 節第 1 款 (Anlage II Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt III)，有關於東德律師與公證人處理原則之規定，有別於東德法官與檢察官，必須經過重新審核，始得取得繼續任官資格的情形，原則上對律師或公證人乃採直接加入統一後德國的聯邦律師公會 (Bundesrechtsanwaltskammer) 或聯邦公證人公會 (Bundesnotarkammer)，而不做任職資格審核之方式處理。然而值得注意的是，德國法官法第 10 條第 2 項，設有開放其他職業轉任法官 (或檢察官) 職務的規定，於以下職務任職滿 3 年者，得申請轉任終身職法官：

- 擔任較高職級的公務員；
- 若於德國公行政、國際或超國際組織擔任職務，並根據其職務執行方式與意義，被認可為較高職級公務員者；
- 在大專學院，擔任已通過法學教授資格論文之教師；
- 擔任律師、公證人，或候任律師、公證人 [ Assessor bei einem Rechtsanwalt oder Notar ] 者；
- 如果擔任其他職務，而依據該項職務之方式與意義，係類似上述第一款至第四款規定者，其認知與經驗被認為足堪擔任法官職務者。

---

der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, 1997), 19-22.

<sup>541</sup> BT-Drucks. 11/7817, S. 23.

但統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款條件 c，卻規定以上轉任申請，不得包含統一前擔任前揭得轉任法官職務的經歷。在某種程度上，也表現出意欲進入國家組織內服務之法定法律工作者，在個人知能與對法治國原則之認識等方面，較未直接代表國家執行司法權的律師或公證人，任職標準更為嚴格。

### 三、實施方式

#### 1. 新加入邦（市）政府的法官法立（修）法與實施結果

根據統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款條件 o 規定，法官選任委員會移由新加入之各邦自行召開，分別針對邦內之東德法官與檢察官進行任職資格的重新審查，同時根據條件 p、q、r、s、t、u 與 v，都提及各邦必須配合制定邦法官法，以及與法官諮議會（Richterrat）、法官評議會（Präsidialrat）<sup>542</sup>、懲戒規則之相關施行細則的立法。那麼，在各邦立法與實際實施情況，自然是東德司法人事清理程序的重點。以下分別就柏林、布蘭登堡邦、梅克倫—前波美恩邦、薩克森邦、薩克森—安哈特邦、圖林根邦的實施情況，分別討論之。

##### （1）柏林邦

做為西德與東德的邊境城市，西柏林早在統一前數月，即已開始在法制上進行準備工作。有別於統一條約本文第 20 條第 2 項第 2 句後段，以及附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款條件 a 之規定，表示東德法官（與檢察官）得在統一之後繼續擔任原有職務的規定，於 1990 年 5 月 22 日通過柏林法官法修正案，其中第 3b 條第 1 項規定（部分）如下<sup>543</sup>：

- 直到 1993 年 12 月 31 日為止，法官由於與構成重大公共利益有關之緊急狀況，公勤務職務申請者得自願同意從事如下工作：受託從事包括一般日常勤務工作之兼職工作，其持續期間總計達到 15 年者；其受託期間持續到其退休年齡成就之年滿 55 歲之受託者，得於一般日常勤務中擔任兼職工作；受託者同意以留職停薪方式休假，總計期間以六年為限，最少一年。

<sup>542</sup> 此處譯名係參考翁岳生，〈西德法官之任用資格、任用方式及其身分保障〉，收入氏著，《行政法與現代法治國家》（台北：三民，2015），頁 457。

<sup>543</sup> Fünftes Gesetz zur Änderung des Berliner Richtergesetz, v. 22. Mai 1990, GVBl. S. 1086.

- 其受託期間持續到其退休年齡成就，且在公勤務全職服務滿至少 20 年，以及年滿 55 歲之受託者，得以留職停薪方式休假之

雖此處規定未曾直接指涉係處理東德法官，然而，根據當時柏林負責司法事務的諮議員（Senatorin）Jutta Limbach 教授提出有關兩德統一後的東柏林司法重建報告指出，在統一後，柏林採取激烈手段處理東德法官、檢察官、法院組織內的非從事法官職務之人員。尤其對於法官與檢察官，在其按照統一條約附件一相關規定，重新審查是否具備在統一後之德國擔任法官，或檢察官職務之能力前，柏林採取要求前述人等暫停執行原有審判職務，待命以待審查結果出爐之方式處理<sup>544</sup>。兩相比對之下，此規定應為規範東德法官與檢察官，在獲得繼續任職許可前之過渡措施。根據 Jutta Limbach 教授之報告，柏林為重建東柏林的法律制度，除了前述要求法官與檢察官停職以待重新審核結果以外，同時也進行關閉東柏林各個市法院（Stadtgericht）、市區法院（Stadtbezirkgericht），並於 1991 年至 1992 年間，於按照西柏林法院組織，重建東柏林地區之各級法院。或許是因為柏林重整司法秩序的手段較為嚴峻，在統一前夕，原於東柏林地區共有 195 位男女法官，以及 86 位檢察官，在經過重新審查後，僅有 33 位男女法官，以及 10 位檢察官得以通過審查。此一巨大司法人力真空，使得自統一之日起，柏林陸續進用 317 位男女法官，以及 85 位檢察官，其中在邦法院檢察署任職的檢察官，有超過 50% 者為首次任職<sup>545</sup>。

## （2）布蘭登堡邦

由於布蘭登堡邦屬於新加入邦，加上原先並沒有獨立的邦層級法官法，按照統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款條件 o，就東德法官（含檢察官）之繼續任職資格重新審查，交由各邦自行決定之。是以在 1993 年 2 月 24 日制定之布蘭登堡邦法官法之第 100 條以下，設有配合上述統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款相關規定的過渡條文。<sup>546</sup>根據統一條約本文第 20 條第 2 項第 2 句後段，以及附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款條件 a 之規定，東德法官（與檢察官）得在統一之後至 1991 年 4 月 15 日前繼續執行審判業務。同一時間，在該

<sup>544</sup> Jutta Limbach, Der Aufbau des Rechtswesens in den östlichen Bezirken Berlin, NJW 1993, 2499-2500.

<sup>545</sup> Jutta Limbach, Der Aufbau des Rechtswesens in den östlichen Bezirken Berlin, NJW 1993, 2500.

<sup>546</sup> Richtergesetz des Landes Brandenburg v. 24.02.199, GVBl. I, Teil I, S. 20.

邦進行對東德法官與檢察官之繼續任職能力的重新審核。根據時任布蘭登堡邦司法部長 Hans-Otto Bräutigam 博士之重建布蘭登堡邦司法秩序報告指出，於 1990 年 11 月時，該邦共有 294 位法官，以及約 300 左右之檢察官在職，接受重新審查者，計有 242 名法官，以及 166 位檢察官，其中有 35% 的法官與 22% 的檢察官之重新審核申請被撤回。在此過渡時期，共有 45% 的法官與 67% 檢察官得以繼續留任<sup>547</sup>。同時為了補充人力的空缺，截至 1993 年 8 月 1 日止，另有 41 位擁有法律人文憑者擔任法官或檢察官職務，另外再從以北萊茵—威斯發利亞邦等德西地區，引進已通過第二次國家考試之候任者，擔任候補法官或候補檢察官職務，其人數分別為候補法官 130 人、候補檢察官 56 人<sup>548</sup>。

### (3) 梅克倫—前波美恩邦

同樣屬於新加入邦的梅克倫—前波美恩邦，於 1991 年 4 月 25 日公布新的法官法（Landesrichtergesetz des Landes Mecklung-Vorpommern），並且同樣在第 61 條以下，設有與統一條約附件一第 3 篇第 A 章第 3 節第 8 款相關之過渡措施<sup>549</sup>。根據時任梅克倫—前波美恩邦司法部長 Herbert Helmrich 所寫之該邦司法重建報告表示，在 1990 年 10 月 3 日兩德統一日時，梅克倫—前波美恩邦共有 348 位法官與檢察官在職。為進行後續司法重建，他們也採取比較激烈的手段，首先是在 1990 年 11 月至 12 月時，關閉原有的區法院與區檢察署，以及較為大型的縣法院，並且申請自德西地區調動一批法官與檢察官，前往該邦服務。另有關對東德法官與檢察官之重新審查程序方面，其中有約 100 名的法官與檢察官自願放棄參與是項程序；另有 124 名法官參與重新審查程序，並有 83 名法官通過審核，而根據 Helmrich 部長表示，這無法留任的 41 人，都是過往在東德時期已有違法情形者。同樣的情形，也出現在檢察官的重新審查程序上，總計有 97 位檢察官參與重新審查程序，其中有 38 人未獲繼續任職資格<sup>550</sup>。較為特別的是，根據統一條約附件二無需經過重新任職審查的律師與公證人職務，在梅克倫—前波美恩邦，依據「對律師執業許可、公證人聘任與派任榮譽法官重新審查法（Gesetz zur Überprüfung von Rechtsanwaltszulassungen, Notarbestellungen und

<sup>547</sup> Hans-Otto Bräutigam, Der Aufbau des Rechtswesens in Brandenburg, NJW 1993, 2503.

<sup>548</sup> Hans-Otto Bräutigam, Der Aufbau des Rechtswesens in Brandenburg, NJW 1993, 2504.

<sup>549</sup> Landesrichtergesetz des Landes Mecklung-Vorpommern, v. 6.6.1991, GS Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 200-1-7.

<sup>550</sup> Herbert Helmrich, Der Aufbau des Rechtswesens in Mecklenburg-Vorpommern, NJW 1993, 2056.

Berufung ehrenamtlicher Richter)」，一樣受到審查，總計有在 65 名公證人中，有 46 人接受審查程序，600 名律師中，共有 210 人接受審查程序<sup>551</sup>。

#### (4) 薩克森邦

同屬於新加入邦的薩克森邦，於 1991 年 1 月 29 日制定邦法官法（*Richtergesetz für den Freistaat Sachsen, SächsRiG*），亦於第 61 條以下配合統一條約附件一設有相關之過渡措施<sup>552</sup>。根據時任薩克森邦司法部長 **Steffen Heitmann** 所寫有關統一後薩克森邦司法重建之報告指出，根據統一條約與附件一之規定，無法斷然將從東德時期已經在直之法官與檢察官直接免職，而必須透過重新審核的過程，確定其是否具有繼續任職能力。截至 1991 年底，已有多位東德法官與檢察官，重新以候補法官，或候補檢察官的身分繼續服務，並且已經將涉及政治刑法（*politisches Strafrecht*）以及與東德國家安全部合作者，從司法圈予以清除。又，重新審查後留下的人力空缺，尤其是檢察官部分，係向德西地區申請調任 52 位檢察官，前來補充所需人力<sup>553</sup>。

#### (5) 薩克森—安哈特邦

同屬於新加入邦的薩克森—安哈特邦，於 1993 年 4 月 1 日制定邦法官法（*Richtergesetz Landes Sachsen-Anhalt, RiG-LSA*），亦於第 61 條以下配合統一條約附件一設有相關之過渡措施<sup>554</sup>。根據時任薩克森—安哈特邦司法部長 **Walter Remmers** 所寫之重建薩克森—安哈特邦司法秩序之報告指出，該邦原有 312 位法官與 172 位檢察官，但在 1990 年 10 月 3 日兩德統一日時，僅有 266 位法官與 158 位檢察官在職，並且接受重新審核程序。在此期間，除了東德法官選任委員會組織與工作準則第 5 條第 2 項之四項判斷標準外，同時也運用所謂的高克局（*Gauck-Behörde*），也就是聯邦前東德國家安全局檔案託管局所藏檔案，交叉比對該接受審查之法官或檢察官，在東德時期是否有私下與東德國家安全局合作之情況。以上針對法官與檢察官之重新審核程序，於 1991 年 10 月全部結束，總計有 67 位法官、43 位檢察官其任命或委託遭到廢棄，並且有 70 位法官與 49 位檢察官，未獲推薦續任職務。雖然如此，仍有 314 名法官與檢察官通過此審核程

<sup>551</sup> Herbert Helmrich, *Der Aufbau des Rechtswesens in Mecklenburg-Vorpommern*, NJW 1933, 2056.

<sup>552</sup> *Richtergesetz für den Freistaat Sachsen*, v. 29.01.1991, SächsGVBl. S. 21.

<sup>553</sup> Steffen Heitmann, *Der Aufbau des Rechtswesens in Sachsen*, NJW 1993, 2508.

<sup>554</sup> *Richtergesetz Landes Sachsen-Anhalt*, v. 29.01.1993, GVBl. LSA, S. 170.

序，其中通過者，有 41%的法官、38%的檢察官，是在 1989 年秋天東德民主化政治改革後始任法官與檢察官者<sup>555</sup>。

#### (6) 圖林根邦

同屬於新加入邦的圖林根邦，於 1993 年 4 月 1 日制定邦法官法（*Thüringer Richtergesetz, Thür-RiG*），亦於第 85 條以下配合統一條約附件一設有相關之過渡措施<sup>556</sup>。根據時任圖林根邦司法部長 Hans-Joachim Jentsch 博士，於重建圖林根邦司法秩序之報告指出，針對東德法官與檢察官之重新審核，為此，圖林根邦申請自德西地區調任法官前來支援，並且將審判長職務交由這批法官擔任。另外，為了彌補司法實務工作的人力空缺，招募第二次國家考試通過之候任者前來圖林根服務，並於 1991 年四月宣示就職。兩年半後已有 286 位法官於一般法院服務。至 1993 年秋天，於行政法院服務之法官計有 52 名、勞動法院服務之法官計有 36 名、社會法院服務之法官計有 21 名，一位法官被分配到財稅法院服務。同時圖林根邦之檢察官人數為 172 人。

### 第五節 聯合國 2006 年指引所附國家案例

#### 第一目 波士尼亞與赫塞哥維納

##### 一、對警察之人事清查：審查程序

內戰後波士尼亞與赫塞哥維納（以下簡稱波赫）的警察約有 44,750 名（戰前之三倍），且許多警察繼續支持民族主義的分離主義議程，對少數民族繼續壓迫。對於這些地方警察的改革工作，是由聯合國波赫特別任務團（*United Nations Mission in Bosnia and Herzegovina*，簡稱 UNMIBH）負責執行的。UNMIBH 先經安理會授權調查當地警察濫用職權情形，而後又負責對警察進行人事清查，其建立三步驟人事改革程序：登記，臨時授權和認證（*certification*）<sup>557</sup>。

<sup>555</sup> Walter Remmers, *Der Aufbau des Rechtswesens in Sachsen-Anhalt*, NJW1993, 2512.

<sup>556</sup> *Thüringener Richtergesetz v. 17.05.1994*, GVBl., S. 485.

<sup>557</sup> UN Guidelines 2006, p. 38.

- 登記：由聯合國波赫特別任務團人權辦公室地方警察登記處（**Local Police Registry Section of the Human Rights Office of UNMIBH**）負責登記所有警察人員的資料，包括任用資格、目前任務、專業歷程和背景。登記處由 2 名聯合國專家、28 名國際警察、20 名本國員工組成<sup>558</sup>。
- 暫時授權：符合最低審查標準者，得予以暫時授權，有犯罪紀錄者則排除。經暫時授權之警察，將核發識別卡<sup>559</sup>。
- 認證<sup>560</sup>：經暫時授權之警察將接受更廣泛的背景調查與值勤表現檢驗，通過調查者將獲得全面認證。最終的決定者為 UNMIBH 之警務委員（**the UNMIBH Police Commissioner**）。未獲認證之警察得申請覆核，不過最終決定者仍是 UNMIBH 之警務委員。通常會不予認證之情形有四：第一，有嚴重違反職責或法律的獨立證據；第二，為不實陳述致影響判斷；第三，違反財產法規；第四，於 1992 年 4 月至 1995 年 12 月間曾有不願遵守國際人權標準之行為。且只要有理由懷疑該名警察曾犯下戰爭罪行，便不予認證。這是極低的舉證責任門檻。

最後，在 23,751 名「登記」的警察中，有 16,803 名獲得「暫時授權」，最後共 15,786 名獲得「認證」，UNMIBH 任務結束時確定不予認證的共 481 名。此程序使警員總數減少，並改善警察中的族裔結構<sup>561</sup>。惟仍有若干不足，例如並未全面評估警察表現是否因此程序有所改善、UNMIBH 並未建立對認證程序提出質疑的上訴機制、UNMIBH 的作業指引並未與波赫的國內法同步等等<sup>562</sup>。

## 二、對司法官之人事清查：採重新任命程序

由於透過審查程序移除不適任法官的方式失敗，故國際司法獨立委員會（**the international Independent Judicial Commission**，簡稱 IJC）決定將「審查程序」轉為「重新任命程序」，要求所有法官、檢察官皆須重新申請方能任職<sup>563</sup>。此一重新任命司法官並重新建構司法體系的任務，由法官暨檢察官高等委員會（**High**

<sup>558</sup> UN Guidelines 2006, p. 38.

<sup>559</sup> UN Guidelines 2006, p. 38. °

<sup>560</sup> UN Guidelines 2006, p. 38. °

<sup>561</sup> UN Guidelines 2006, p. 38.

<sup>562</sup> UN Guidelines 2006, p. 39.

<sup>563</sup> UN Guidelines 2006, p. 39.

Judicial and Prosecutorial Councils，簡稱 HJPC）負責，其有 17 名本國委員、8 名國際委員（2004 年完成任務後離開）<sup>564</sup>。

在重新任命過程中，所有司法官職位都被宣布為空缺，現任法官、檢察官皆必須重新提出申請，參加外部競爭者亦可參加之公開競爭。進一步修憲，把法官之終身職保障移除<sup>565</sup>。申請人則必須提交關於遵守財產法、自身政治關係、個人資產、與服役相關的資訊。如不服申請結果，可申請複審。至 2004 年 5 月，HJPC 在 953 個法官及檢察官職位中填補了 878 位，而原本現任在職的申請人約有 30 %沒有被重新任命<sup>566</sup>。

### 三、對上開程序的制度性分析

UNMIBH 的審查驗證程序強調移除不適任者（警察），而 HJPC 的重新選任程序則著重選出最具資格條件者（司法官）<sup>567</sup>。但無論是哪種人事清查，伴隨的都有組織改造的效果，包括改善體制中的性別、種族組成<sup>568</sup>。然而亦有若干正當程序的質疑，例如在重新任命的程序中，若未被選中繼續擔任司法官也無法請求司法審查或舉辦聽證。更甚者，採行「覆核程序」與「重新選任程序」的舉證責任設計完全不同，前者須由審查機構負責舉證公務員不適任，然而後者則須由申請人證明自己最適合該空缺的職位。因此，採行「重新選任程序」之設計將可能嚴重破壞法治國原則，同時也構成恣意干涉其他獨立部門運作的風險。從而，「重新選任程序」之制度應有以下適用條件：

- 限於特殊例外狀況方能使用，亦即系爭公共機構已從根本上失能（*fundamentally dysfunctional*），若不經重新任命程序則無法全面改善法治時；
- 應由一個獨立機構實施，並遵循明確、透明及公平之程序；
- 應在過渡期間盡早實施，以避免長期的法律不確定性<sup>569</sup>。

---

<sup>564</sup> UN Guidelines 2006, p. 39.

<sup>565</sup> UN Guidelines 2006, p. 39.

<sup>566</sup> UN Guidelines 2006, p. 39.

<sup>567</sup> UN Guidelines 2006, p. 40.

<sup>568</sup> UN Guidelines 2006, p. 40.

<sup>569</sup> UN Guidelines 2006, p. 41.

## 第二目 希臘

### 一、對學術人員之人事清查（Vetting Academics）

希臘經驗較特別的地方是其對學者亦進行人事清查。1974 年的憲政法（The Constitutional Act）有兩大重點：第一，被軍政府解僱的學者自動復職；第二，評價那些與軍政府公開合作的學者，此有「由軍政府任命者」和「在大學系統內積極支持軍政府者」二種。為此，特別懲戒委員會（The Special Disciplinary Council，共 9 名成員）被設立來重新評價軍政府任命之學者。且該法對較低級別的學者較不寬容，任何 1967 年 4 月後被聘用，且屬副教授級別以下之學者都要接受重新評價，其必須獲得所在部門教授三分之二投票支持才能保住職位<sup>570</sup>。

特別懲戒委員會審查了 92 個學者，其中僅 78 人受到一些懲戒處分，例如暫時停職，並有未經證實但極少的教授被解僱。事實上，這波對學者的清查並未太深入，其中一個爭議是，有人主張正是因為自己的級別較低，才被迫服從那些與專制政權合作的高階學者的命令，本法規定實有不公<sup>571</sup>。

### 二、對軍隊之人事清查

1974 年 8 月，最高國防委員會（the Supreme National Defense Council）開始審查軍官。11 名將軍被迫退休，中下階軍官則有部分（數量未經證實）遭暫時停職。審查標準是：該軍官是否趁軍政府倒台前夕佔據高位，或積極參加 1967 年 4 月或 1973 年 11 月的政變。不過審查程序的細節、接受審查的官員人數，都不是公開資料。消息人士指出，在 1970 年代中期希臘軍隊約有 15,000 名軍官，其中 500 至 1,500 人曾受到人事清查<sup>572</sup>。

### 三、希臘經驗小結

整體而言，希臘的人事清查程序雖是迅速而漸進的，但也十分破碎。希臘缺

---

<sup>570</sup> UN Guidelines 2006, p. 60.

<sup>571</sup> UN Guidelines 2006, p. 60.

<sup>572</sup> UN Guidelines 2006, p. 61.

乏得以用來清查所有行政機關的一般性清查程序，也沒有專門負責人事清查程序的中央機構，審查標準更是以特定個人案例為導向<sup>573</sup>。不過就程度而言，希臘對於軍方及大學學者的人事清查，要比公務員、警察來得深入<sup>574</sup>。

### 第三目 匈牙利

#### 一、人事清查及檔案管理之立法

1994年，第23號法律（Act XXIII），人事清查範圍從國會議員到高階公務員皆有，審查是否與內政部之 III/III 委員會（the Ministry of the Interior III/III directorate，為過去的國內鎮壓部門）有所關聯。若調查發現某人有參與相關活動，該法給予其機會主動辭去公職，如此便不會公開該資訊；但若其選擇保留職位，則法院可以發布裁定公開該資訊。因此，法律的唯一制裁是「公開揭露資訊的威脅」。惟憲法法院宣告該法律的主要條款違憲<sup>575</sup>。2000年，第93號法律（Act XCIII），將清查範圍擴及媒體代表人（media representatives）<sup>576</sup>。

1996年，第67號法律（Act LXVII）對憲法法院的裁判做出回應，並設立了歷史局（Historical Office，簡稱 HO），收藏所有無涉國安的 III / III 理事會官員檔案，為行使檔案資訊自決權提供了充分的法律條件。2001年，第67號法律（Act LXVII）再將 HO 轉變為檔案局，除了前國安機關的檔案外，也應放置現今國安機關的檔案<sup>577</sup>。

#### 二、人事清查法之實施與結果

就審查機構而言，1994年的第23號法律設置二至三個清查委員會進行人事清查，每個委員會由三名法官組成，由國家安全委員會（the National Security Committee）與最高法院院長協商提名，並由議會選舉產生，具固定任期，通常

---

<sup>573</sup> UN Guidelines 2006, p. 62.

<sup>574</sup> UN Guidelines 2006, p. 62.

<sup>575</sup> UN Guidelines 2006, p. 63.

<sup>576</sup> UN Guidelines 2006, p. 63.

<sup>577</sup> UN Guidelines 2006, p. 63.

是兩年<sup>578</sup>。在人事清查順序方面，依重要性高低，該法依序界定了人事清查的優先順序，從國會議員、總統、中央政府成員開始，到高階公務員、媒體代表人、地方政府成員、司法機關<sup>579</sup>。就受清查之機關而言：

- 1994 年，政黨內部職員、黨員不受清查，不過 2000 年時得對政黨執委會（presidium）進行清查，惟限於受中央預算補助的政黨<sup>580</sup>。
- 1994 年，法官或檢察官不受清查，但憲法法院法官，最高法院院長及副院長，檢察總長及其副手得予清查。2000 年修法重新納入法官和檢察官此一清查類別，但至今也只審查過清查委員會中任職的法官<sup>581</sup>。
- 1994 年，對公務機關之審查包含地方首長、公立大學之校長/院長，但 1996 年時範圍限縮至總統、內閣閣員、高階公務員<sup>582</sup>。
- 警察體系中，清查至警察局長（police chiefs）位階，不過從未更深入審查過軍隊或警察<sup>583</sup>。
- 雖然 1994 年的法律包括對媒體界的廣泛審查，但 1996 年修法後只包括匈牙利公共電視和廣播電台的董事長、副董事長，以及匈牙利新聞局的總經理<sup>584</sup>；
- 2000 年，範圍擴大到那些「直接或間接影響政治公眾輿論的人」<sup>585</sup>，並由清查委員會行使解釋權<sup>586</sup>。

### 三、清查委員會之審查程序

清查委員會之審查程序以 1996 年行政程序法(Administrative Procedure Act) 為基礎，並包括以下步驟：

- 識別應受本法清查之對象：尤其留意定義較不明確者，如媒體界<sup>587</sup>。
- 自 III/III 委員會檔案登記冊中蒐集相關資料：法官並不會自行調查蒐集資訊，而是從歷史局 HO（原先從內政部）那裡取得。清查委員會提供待清查人員

---

<sup>578</sup> UN Guidelines 2006, p. 64.

<sup>579</sup> UN Guidelines 2006, p. 64.

<sup>580</sup> UN Guidelines 2006, p. 65.

<sup>581</sup> UN Guidelines 2006, p. 65.

<sup>582</sup> UN Guidelines 2006, p. 65.

<sup>583</sup> UN Guidelines 2006, p. 65.

<sup>584</sup> The presidents and vice presidents of the Hungarian Public Television and Radio, and the Head Manager of the Hungarian New Agency.

<sup>585</sup> Those, who have the effect to influence political public opinion either directly or indirectly.

<sup>586</sup> UN Guidelines 2006, p. 65.

<sup>587</sup> UN Guidelines 2006, p. 65.

名單後，HO 的檔案管理員便會搜尋檔案登記冊、提交資料。而 HO 每年會向國會提交一份報告，其中包括為清查委員會工作的概況<sup>588</sup>。

- 舉辦聽證會：所有案件皆須舉辦聽證會，直到 2000 年改為「僅有已發現犯罪資料者方須聽證」。受審查人會先被告知已找到的犯罪資料，其可質疑本案的有效性<sup>589</sup>。
- 證據之評價：欲證明受審查人與 III/III 委員會之連結，清查委員會至少須提出兩樣證據。以最常提出的證據「6 號卡」(the No.6 card，每位 III/III 特務皆持有的卡)而言，就非搭配第二項證據不可。且憲法法院已表明舉證責任不在受審查人身上<sup>590</sup>。
- 清查委員會之決定：若清查委員會認定某人有參與 III/III 活動，則會要求其於 30 日內辭職，若不辭職，委員會會告知此一決定將公開，不服得提起救濟<sup>591</sup>。
- 向法院上訴：清查委員會之決定應受司法審查，法院並得延遲該決定之公開<sup>592</sup>。通常，前端委員會之調查程序耗時數月，法院審理程序耗時 1 年，故整個清查程序約長達 2 年<sup>593</sup>。

## 第六節 智利

限於所搜集之資料，本節關於智利之探討，將較聚焦於「法院之角色」，包括法院於軍事獨裁統治期間與民主化之後的實踐活動中，如何對於體系性的國家不法行為做當下暨嗣後之追訴，以及其微妙角色的演變。除了考量法院於獨裁統治期間作用的重要性外，1960至1990年代末期位於拉丁美洲的人權侵害，不能被理解為各別無關之令人厭惡的事件，亦不能被視為一個殘酷而具野心的獨裁者之偶然殘忍表現，毋寧，應已形成對於人權的系統性侵害。這些侵害實則是國家壓制的政策 (repressive policies) 與包含對於不法行刑者赦免保證之結果。觀察智利的狀況，極其明顯的，侵害是制度性的：包括行政權、立法權及司法部門皆涉

---

<sup>588</sup> UN Guidelines 2006, p. 66.

<sup>589</sup> UN Guidelines 2006, p. 66.

<sup>590</sup> UN Guidelines 2006, p. 66.

<sup>591</sup> UN Guidelines 2006, p. 66.

<sup>592</sup> UN Guidelines 2006, p. 66.

<sup>593</sup> UN Guidelines 2006, p. 67.

入其中，此外，公共會計、軍警、監獄、外交使團、交通公共組織、財政權力、商業、工會等等亦同。另外，統計暗殺、強制失蹤、酷刑凌遲與其他殘忍、不人道或侮辱性對待、強迫流放、恣意的拘禁關押等等的受難者，違法行為基本上也被歸類為大規模的犯行<sup>594</sup>。

從獨裁統治期間的司法權力出發，可以首先看出一些端倪。智利軍事獨裁政權第一個通過的法案，所謂 1973 年 9 月 11 日第一號法（law decree no 1 of 11 September 1973），該法建立了軍政府之合法性。其中第 3 條規定：「軍政府為了執行任務，應確保司法權力職權範圍之完全作用，且應尊重憲法及共和國法律，在國家現況的容許範圍內，遵循向前推進之基本假設」<sup>595</sup>，這是有關於司法權力的重要基礎條文。智利最高法院院長在 1973 年 9 月 12 日，亦即該法通過的翌日，發佈一則重要聲明：「認識到新政府對於尊重及確保遵循司法部門決定，而沒有任何針對其合法性事前審查的主張」，換言之，最高法院期待所有司法部門繼續遵循其向來依法審判之義務，同時認為甫上台的新政府亦由此出發，當然，這顯然是重大的誤會。次日，所有最高法院成員正式簽署了這份聲明，其後則一一被拘提軟禁，法官們並未謹慎地認知到，該法第 3 條後段特別提到「在國家現況之容許範圍內，遵循『軍政府』向前推進之基本假設」，重點不是憲法與法律，而是軍政府，這是一所謂正式與制度性民主分道揚鑣的開始<sup>596</sup>。

在此背景下，吾人得以清楚理解智利何以成為拉丁美洲極少數國家，在經歷軍事政變（*coup d'etat*）且具有明確法西斯內容的事實上政權，卻未如同該區域的歷史慣例一般，將最高法院之在職法官撤職：既然新的法官不會更加服從，乾脆讓在職法官續留原位<sup>597</sup>。法院從未提及戰爭或其他緊急狀態，而這些卻都在同時間經所謂的「事實上政權」宣佈，此外，法院審判實務上，亦未曾提及未經審判即執行之行刑處決及全面運作的集中營，司法權，彷彿置身事外。從政變以降，事實上軍事政權即採取了諸多立法措施，左右法官的作為。首先，由普通法轉變

---

<sup>594</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, in: Almqvist, J./Espósito, C., *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, Routledge, 2012, p. 82.

<sup>595</sup> The Junta, in exercising its mission, shall guarantee the full efficacy of the terms of reference of the Judicial Power and shall respect the Constitution and the laws of the Republic, to the extent that the current situation in the country permits it for the best compliance with the postulates that it advances.

<sup>596</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 83.

<sup>597</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 84.

為軍法。鑑於軍官拒絕參與政治滋擾最初所犯下的暴行<sup>598</sup>，軍事法庭總是取回對於這些犯行的審判權限，而結果往往是平安無事，此即為罪行為何未受處罰的主要原因。同時，相對的，自此刻開始，所有在《國家安全法》及《武器與爆裂物管制法》等法律中，典型被視為政治犯、良心犯或預備犯者，亦均被從普通審判權中移出，進入軍事審判權的範疇之內。其次，非戰時軍法取代了戰時軍法，在一般的戰時軍法體系，審判庭由六位軍官組成，其中沒有任何的法律專業者及軍事律師，是以，在此體系下，所有面臨訴追者將處於沒有任何防禦可能的狀態。1974年，國際壓力雖促成智利非戰時軍法體系的部分重建，結束了原先的戰時軍法，但仍然不脫軍法之範疇，也因此，在這些法庭當中，沒有任何一個侵害人權的軍官，曾經在此軍法體系下遭到訴追與審判<sup>599</sup>。

相對的，在此司法體系下，針對政治反對者所犯之所謂政治犯行，司法制裁則大幅增加，導致大量的定罪並判處死刑之出現。究其主因，獨裁者建立起強而有力的例外狀態，並以此建立其法制，該等條款阻礙了法官在保障人權與自由所應扮演的角色，同時容許並開放了拘留、驅逐出境或在未經任何形式審判之下對異議者的剝奪法定資格地位（*relegation*）等制裁手段。在獨裁統治期間，最高法院駁回了超過一萬件以上人身保護令狀之聲請，智利所謂的*writ of amparo*，意即被拘禁者得以獲得自由及相符之程序保障，上訴法院同時承認肯定其駁回，如拘禁之當局回覆並聲稱當事人並未受拘禁，則人身保護令狀之聲請便遭駁回，法院將不會進一步調查是否果真有受到拘禁之事實。反之，若當局聲稱特定人確實遭受拘禁，令狀之聲請有時仍被駁回，蓋拘禁當局並無正當化人身自由剝奪之義務。以此方式，與外界隔絕之拘禁（*incommunicado detentions*），被智利當時的戒嚴狀態法律所授權及正當化。即便在拘禁14歲孩童的案例中，最高法院仍然認為戒嚴狀態法制優先於未成年人保護規範，一般以為，這正是智利駭人聽聞之強迫失蹤現象下，司法無所作為（*the lack of judicial action*）的主因<sup>600</sup>。

再者，對於人權侵害行為的大量赦免（*impunity*），亦屬此時重要的發展。在獨裁統治初期，不僅事實上（*de facto*）如此作為，在1978年後並透過一特赦

---

<sup>598</sup> Given the disavowed participation of army officers in the atrocities committed within the first minutes of political disturbances.

<sup>599</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 84.

<sup>600</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 84-85.

法 (amnesty law decree) 而從法律上得到合法認定。同年，美國政府基於所蒐集之證據，要求引渡一位涉嫌於17個月前在華府參與暗殺前智利外交部長 Orlando Letelier 的美籍人士。為了回應年輕官員之中對於可能遭受與該美籍人士相同命運的恐懼，獨裁者皮諾契 (Pinochet) 下令通過一部大赦法律。這部特赦之法律，前言聲稱立法係為尋求國家團結 (national unity)，實則意在確保國安特務們過去與未來所涉之犯罪，得以經大赦法而得豁免其追訴<sup>601</sup>。面對此問題，人權團體企圖向普通法院起訴，嘗試說服軍事法庭對謀殺、凌虐及非法拘捕等罪行並無追審判權，蓋此等罪行不可能被視為「在執勤中犯下之罪行 (crimes committed while in service)」<sup>602</sup>。以此方式，人權團體主張《軍事審判法》第5條：「歸屬於軍事審判權者：在戰爭期間、在執行任務時、在軍隊服役或與之相關時，在營房，營地...等，由現役軍人所犯之普通罪行<sup>602</sup>」，無法適用於戒嚴時期大量出現的軍人犯行，因為無法視之為軍事審判權所涵括之「現役軍人執行任務」。然而，最高法院從未採納這項見解，認為所有與權限有關的爭執都歸屬於軍事審判權。話雖如此，實則刑事法院與軍事法庭相比，並無太大的差異，普通法院的刑事庭並無動機與利益去調查犯罪，是以樂意拒絕自身的審判權限，欣然肯定軍事法庭。自前述大赦法令施行開始，甚至在沒有查明犯罪是否已經發生之情形下，法院便大量的終局或暫時地中止起訴<sup>603</sup>。

自1978年10月18日起施行之第2.191號大赦法始，作為該法適用之結果，上訴法院及最高法院便立即結束原先審理之案件。只有在極少數的案件中，法院認定在拘捕時，已成立所謂非法拘捕、或說：綁架擄人罪行 (the crime of kidnapping)，同時完結，即使被綁架者未曾再出現。在智利法界，根據一致見解，「強迫失蹤」即指涉非法拘捕罪，由政府人員所實施之恣意人身自由剝奪。諸如此類的犯行，並非僅限於強制抓捕之時點而已，而是立基於整體行為來綜合考察與理解。換言之，只要其犯罪行為之違法性終止前，犯行即是持續<sup>604</sup>，即便在大赦法施行之後亦同<sup>605</sup>。尚且，被害人之律師爭執既然大赦法之赦免適用於非法拘捕罪、謀殺罪、凌虐行為及其他犯罪之「正犯、共犯及庇護者 (authors, accomplices and hiders)」，

<sup>601</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 85.

<sup>602</sup> 'It corresponds to the military jurisdiction to admit: (3) the cases involving ordinary crimes committed by army officers during the state of war, when carrying out their missions, when acting in military service or in connection to it, in the barracks, camps...'

<sup>603</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 85-86.

<sup>604</sup> the crime continues as long as the delinquent does not end his criminal activity.

<sup>605</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 86.

則應該是針對個別行為人之主觀的適用，亦即，僅能在個別確認具體犯罪行為上之正犯、共犯及嫌疑人時，始能加以適用，然而，有悖於條文文義的，法院卻聲稱赦免是「客觀地」適用於所有之非法拘捕犯罪行為本身，而與個別具體之正犯、共犯及嫌疑人無涉。另一項由受波及家庭之辯護人主張的是：倘若獨裁政權聲稱在智利發生「戰爭」，則戰時法律應該被完全地適用，特別是從1952年即於智利生效施行的1949年四個日內瓦公約。這些公約不僅規範介於雙方或多方締約方之間的武裝衝突，亦適用於那些不具國際間紛爭之特徵、僅發生於締約方國家內部者。然而，再一次地，法院迴避了所有論理並維持認定赦免必須適用於單純定罪的基础上（*on the basis of the sheer conviction*），或換個角度主張，有關行為應為大赦範圍所涵蓋：「對於法院而言，已無必要去進一步檢驗那些遭指控被違反的法律規範或國際公約」。最後，法院總結道：日內瓦公約在此並無適用餘地，蓋在智利國內並未發生戰爭，僅是一「在戰爭狀態下的國家」（*there was no war, but only a "state of war"*）<sup>606</sup>。

在智利大赦法及國際人權法間所謂的不相容性，原則上即《公民與政治權利公約》之批准條款，於1972年曾被遭推翻的原合憲政府所交存聯合國秘書處者，究竟有無適用效力？嗣後通過的特赦法令是否牴觸該公約而應趨於無效？然此主張均被法院駁回，維持公約在智利並無效力的見解<sup>607</sup>。在此情形下，人們可能會思考真相及和解委員會（NCTR）所作之判斷：「司法部門並沒有足夠努力去回應人權侵害」。在1975年3月，最高法院院長於就職演說中作出如下的聲明：「智利一直以來盡心盡力遵守這些權利，並非如國外所認知那般，是一個野蠻人的土地，被那些符合政治利益的壞智利人或外國人所治理。當提到凌虐或其他暴行，我可以肯認在這裡並沒有高牆和鐵幕，與此相反，此是因為傳教理念而得以肯定在我們國家並沒有也不會讓上述暴行得以蓬勃」<sup>608</sup>，留下了司法陰暗而留存長久的痕跡。

接下來將聚焦於司法權力與民主轉型之關係。智利的轉型可以被區分為兩個時期：1998年10月16日之前與之後，以獨裁者皮諾契在英國倫敦被逮捕之日為

<sup>606</sup> Corte Suprema de Justicia, decision of 24 August 1990; Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 87.

<sup>607</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 87.

<sup>608</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 87-88.

據。從 1990 年 3 月 11 日至 1998 年 10 月 15 日，所謂第一階段的智利轉型正義期，基本上無甚改變，儘管民主體制恢復，法院仍持續將赦免奉為聖旨<sup>609</sup>，反映這個事實的是最高法院對於真相及和解委員會（NCTR）報告的尖銳回覆。在一份充斥藉口、語意不清、錯誤與矯飾的文件當中，法院將 NCTR 報告認定為「一個對於規制國家重要機關且使機關間得以平衡之規範的公然攻擊（**flagrant attack**）」法院也補充道那些在報告中所闡述的批評，「渲染了基本上建立在主觀感知上的政治激情，尤其在歸咎意圖與想像在法官與行政當局之間的一種未明說的共識方面到達了極致，一種欺罔的共謀，意在擁護對個人自由和人格之濫用<sup>610</sup>。」在此時，將國際與美洲人權文件於憲法層次上納入智利法律規範體系中，也沒能改變法官們所謂來自民族主義的信念。即便在當時的憲政改革之中，憲法要求將此等人權文件納入治理智利的重要規範，法院仍然系統性地拒絕適用。尚且，軍事審判系統持續收回所有在程序進行中之人權侵害案件，而智利最高法院持續以有利己的方式，解決權限爭議。案件在爭議未獲澄清下被終結程序，抑或基於赦免法而作出停止審判之聲明，這些做法反覆由軍事法庭、最後透過最高法院所確認<sup>611</sup>。

有關最高法院公開拒絕適用新民主政權所通過之法律，一個例子是有關「平民向武裝部隊侮辱案件之調查及訴追」，修正後法律將之移除於軍事審判權之外，然而，軍事法院軍法官卻持續不斷地開啟程序，追訴曾經發表或表達為武裝部隊所不喜之聲明與意見、質疑獨裁統治暴行的政治領袖、記者和人權律師。法律既然廢止該等對武裝部隊的侮辱罪行之軍事審判權，軍事法院既然改弦易轍，改認定這些聲明或意見為法定刑 6 日至 5 年有期徒刑的煽動叛亂罪（**sedition**）。最高法院透過承認軍事法庭確有審判煽動叛亂罪之權限，間接合法化軍事法庭的權力濫用<sup>612</sup>，相對的，普通法院亦沒有做到太多轉型正義所賦予之角色，而是傾向與擁護 Aylwin 總統「最重要的是建立在獨裁統治期間所發生事情的真相，但正義只能在可能的範圍內做到」<sup>613</sup>的曖昧態度。普通法院的法官們，對於即便已查明之罪行及其犯罪者，仍大量適用大赦法，結果，經由普通法院審理裁判的案件與歸

<sup>609</sup> In spite of the democratic restoration, the courts continued to consecrate impunity.

<sup>610</sup> a kind of deceitful complicity directed to protect abuses of the liberty and integrity of persons.

<sup>611</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 88-89.

<sup>612</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 89-90.

<sup>613</sup> What mattered was to establish the truth of what had happened during the dictatorship, but that justice could only be done 'to the extent possible'.

屬於軍事法院審判權限之案件，幾無差別，雖然說仍有些例外存在<sup>614</sup>。

到了1990年代中期，出現首波正面的決定，是由少數幾個資深普通法院法官所作成，受惠於極具爭議的憲法修改，使得智利人所說的「最高法院清理」成為可能，但也因而付出了代價：賦予Pinochetismo – 所謂沒有皮諾契的皮諾契黨人，就「法官提名」擁有前所未有的否決權，這項權利也事實上被不客氣的行使。透過這樣的方式，使得一度被軍事法院搶去審理，但在degollados案（在適用大赦法後所犯）與Orlando Letelier案中應負刑責之人，得以先被定罪，而最終仍被豁免刑事責任<sup>615</sup>。1998年9月9日，最高法院宣稱1974年7月的所謂失蹤，係發生在戰爭例外之戒嚴狀態生效期間之內，這意味著1949年四個日內瓦公約均可以適用，這些公約並不容許嚴重侵害人權的案件獲得大赦<sup>616</sup>。此外，根據智利的法律，最高法院裁判僅在有關案件中有效力，並不構成具有拘束力的裁判先例。智利法院為人詬病的傾向是在未有參照任何國際法的情形下適用大赦法，自從Poblete Córdoba案中的裁判之後，最高法院已確認中止四起失蹤案件的審判，與軍事法院所做成的赦免裁判形同一致。這些案件分別為Ziede Gómez、López Stewart、Enríquez Espinosa、Eltit Contreras、Acuña Reyes、Martínez Hernández。在這些案件當中所做的判斷，顯示又回到由Aylwin總統所提議之早期學說，因此，在Poblete Córdoba案中的論理出現了明顯的矛盾。法院在這四起案件當中肯認在適用大赦之前，不必要完備刑事調查程序；法院亦否認了四個日內瓦公約及《公民與政治權利公約》的可適用性<sup>617</sup>。

智利於1998年10月16日發生改變，這天前獨裁者因為被西班牙刑事法院起訴涉犯危害人類、屠殺、凌虐與恐怖罪行而在倫敦被拘留。在這一時刻之前，政治菁英的官方說法都是國家已經和解、轉型已然成功、智利人過著民主生活、軍隊已經臣服於文人政府、法律再一次的民主化、人權議題已無人感興趣、任何問題已經由真相的揭露而獲得解決等，如同於1991年出版的NCTR報告所言。對皮諾契的拘留，顯示以上說法純屬虛構：智利並未民主化，和解事實上僅限於政治精英<sup>618</sup>。轉型並未結束，但事實上從未開始；所謂的民主權利並不存在、軍人們同情

<sup>614</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 90.

<sup>615</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 90.

<sup>616</sup> Corte Suprema de Justicia, case of Pedro Poblete Córdoba, Judgment of 9 September 1998.

<sup>617</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 91.

<sup>618</sup> The reconciliation was limited to the political elite as a result of the failure of the democratic

他們的老長官，並且時間的經過亦沒有使得恐怖的記憶消失。很快地，對於獨裁政權所犯下人權侵害問題，隨著皮諾契的被捕，開始佔據政治辯論的舞台中心。促使法官必須伸張正義的刺激並非來自這個國家的政治菁英，而是來自於外部。智利的法官受到「Garzón effect<sup>619</sup>」的影響，並且希望彌補因其向獨裁政權屈服所造成的信譽損失，他們開始對那些涉犯危害人類罪行的軍官進行追訴。在這段過程當中，不適用1978年自我赦免（the self-amnesty of 1978）的論點被提出。並且，當英國將前獨裁者遣返回智利時，智利內國法院基於其曾「正式地」宣稱其為共和國總統而取消憲法所賦予參議員所能擁有之國會豁免權<sup>620</sup>。在解決這個問題方面的失序騷亂與政治上的失敗，促使政府在1999年組織了一個人權圓桌對談（Mesa de Diálogo sobre derechos humanos），目標在於至少找出失蹤者的遺骸，並且邀請受害者與現役最高軍事長官，以及教會代表和文化與學術界領袖齊聚。即便部分直接受害者的家屬組織拒絕參與對談，長期以來捍衛人權的律師仍介入其中並扮演協調角色。僅該圓桌對談的出現，即帶給法官一個直接且正面的訊息，亦帶來顯著效果：在圓桌對談進行期間，面臨被起訴涉犯違反人道罪嫌的軍官人數幾乎成長了一倍（從開始對話的45人到10個月之後的79人，其中包含7位將軍）<sup>621</sup>。

圓桌對談討論了官方對於暴行的認證，一方面經由將軍與軍中各部門總司令的授權，另一方面指派「客座法官（visiting judges）」調查人權侵害案件，兩者都得到肯定的結論<sup>622</sup>。到2008年4月21日為止，即有345件審理程序被公開或被定罪，從而對1135名遭處決或失蹤的受害者展開調查，對629位軍官及警察進行控訴，其中包含40名將軍與將領。其中84人被判處最重之刑，即便如此，只有38人被

---

sectors actually to democratize the country.

<sup>619</sup> 編按：1998.10.10 奧古斯托皮諾契將軍因其於智利所涉犯的人權侵害罪行被西班牙地方法院法官 Baltasar Garzón 正式追訴。爾後，「Garzón 效應」意味著全世界的法官認識到在涉及違反人道的罪行當中伸張正義是可能的。（資料來源：

<http://www.ipsnews.net/2010/04/latin-america-feels-the-garzon-effect/>最後瀏覽日期：2019.10.24)

)

<sup>620</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 92.

<sup>621</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 92-93.

<sup>622</sup> 原文註 42 中進一步說明：法院組織法授權最高法院及上訴法院得以選任（Ministers of the respective court）擔任第一審法院法官，作為常設法院的客座法官（visitors to the regular courts）在可能的情况下影響國際關係或製造公眾恐慌（produce public alarm）。最高法院僅任命兩位客座，但指派了多位擁有專屬任務（exclusive commitment）的法官，以及其他擁有優越貢獻（privileged dedication）的法官以調查在 1973-1990 年間的犯罪。參見：Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 93.

剝奪人身自由，其中部分已經完成服刑或經減刑<sup>623</sup>。

至今，智利第一審法院、上訴法院及最高法院皆承認人權團體自1973年9月11日以來所主張之下列原則<sup>624</sup>：

- 有權就侵犯人權案件審理裁判的是普通法院（**the civil ones**）。將此類違法行為視作軍事行動的一部分是不合理的。
- 消失的被拘留者曾經存在：那並非是由極端主義者所發明用以毀譽「軍政府」而做的一些姓名組合；他們沒有在戰爭中死亡，他們沒有逃亡，他們也沒有自殺。
- 相反地，所有消失的人都曾經存活而被拘留，人權團體在數以千計的辯護案件及控訴中，痛訴法院置之不理。
- 拘禁幾乎均是不合法，這些都是刑事犯罪行為。
- 赦免並非客觀，因此直到正犯、共犯及庇護者被識別之後才得以被適用。這項見解在 **Rio Negro** 案當中於 2004 年 5 月 3 日的第一審裁判中作成，而後為最高法院所確認，並且在幾近所有的判刑中被重申。
- 在涉及非法拘捕案件中，赦免及法定追訴時效皆不適用，因為這是持續性的犯罪行為。只要被拘捕之人沒有被證明獲釋或死亡，則必然會推定拘捕仍然持續，則犯罪者即無法受益於法律赦免。這是當前被許多裁判所維持的見解，在這其中，最終一致的最高法院裁判於 2004 年 11 月 17 日作成，駁回了因 **Miguel Ángel Sandoval Rodríguez** 的失蹤而被定罪者的訴請上訴。
- 在智利，若戰爭狀態被正式宣佈，則必須受到規範非國際性武裝衝突的法律所規範，此並且禁止「被視為嚴重違法之罪行」依賴於免除刑事責任（**which prohibit the reliance upon extinction of criminal responsibility**）—諸如赦免及法定時效。（根據 1949 四個日內瓦公約）這個立場在聖地牙哥上訴法院針對一系列審酌 **Miguel Ángel Sandoval** 的失蹤、**Rio Negro** 案及 **Diana Frida Arón** 案之決定中被維持。
- 《公民與政治權利公約》及《美洲人權公約》的準則可適用於違反生命權的案件，這是法官及法院自從最高法院就 **Rio Negro** 及 **Miguel Ángel Sandoval** 作成裁判時起所維持的。這是被持續採納於絕大多數司法裁判中的標準，儘管時常是建立在三比二的基礎上作成決定。

<sup>623</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 93.

<sup>624</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 94-95.

然而，赦免的「主觀性」、無法定追訴時效原則、違反國際法罪行之不可赦免性以及人權條約與國際人道法的可適用性等，並不為少數法官所接受。這些法官的主張在近期有關Carlos Prats將軍及他的妻子之謀殺案的裁判中被加以宣示。這些少數法官以為：「追訴時效制度並不為經常援用的國際立法所影響，特別是對於本案的動機並無危害人類罪（crimes against humanity）特徵，並且，去具體化持不同政見者在該期間所犯罪行的案件，究竟受到何種控制，在軍政府期間和行政體系內的人員必須負何等責任之主張等，都是相當重要的<sup>625626</sup>。」

2010年6月30日之後的發展有些新的影響，432件涉及危害人類罪的刑事程序開啟，結果不一，有些判決肯認了罪行，有些最終為無罪，亦有因被告死亡而為免訴判決。被起訴及定罪者攀升到782件，亦即在兩年間成長了23%，其中64名被告被判處有罪而剝奪自由，比在2008年高出68%。551件判決共處以291位犯下罪行之被告（包括同一案件之一二審判決），有些則涉及不只一件的起訴，例如Manuel Contreras將軍即被超過20個以上的判決判處有罪，據了解，被以這類罪名定罪的被告中，智利是拉丁美洲數目最多的<sup>627</sup>。所有這些進展是兩項對於內國法院與政治領袖有所影響的兩項因素之發展結果。首先是對人權的守護，首先由教會於軍事政變（military coup d'état）的幾天後所展開，公民社會，特別是受迫害者與被害人之家屬於人權保護組織中找到援助與保護。再者，國際人權法以及國際社會的存在，不論是政府間或非政府的，紛紛建立起新的法文化：所謂針對嚴重侵害人權之提起法院救濟的人權（the human right to justice for grave human rights violation.）。這項權利是如同所認識之「向法院救濟之權利」的一個具體面向，不論是《美洲人權公約》（Inter-American Convention of Human Rights）第8、9、25條、《公民與政治權利公約》（International Covenant on Civil and Political Rights）第2條第3項、第14條，以及《歐洲人權公約》（European Convention for the Protection of Fundamental Rights and Freedoms）第5、6、7條。「向法院救濟之權利」是任何曾經受到大規模人權侵害之人獲得真相、正義及賠償之權利。就犯罪層面而言，這是一項可以在內國、國際、外國或混法院及法庭所行使之權利；就人權層面而言，在區域人權委員會與法院、立基於國際

<sup>625</sup> The dissident has sustained in cases regarding crimes committed during that period.

<sup>626</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 95.

<sup>627</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 96.

條約之人權委員會以及聯合國特別調查員與工作小組之前<sup>628</sup>629。

智利法院自從1998年10月16日以來的成就，促成了一連串對於那些從未被揭露犯行之司法行動；智利政府被迫成立新的委員會來調查獨裁統治期間的犯行：政治性非法拘禁與凌虐國家委員會（Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura, National Commission on Political Imprisonment and Torture），即為多數人所知的Valech委員會（Valech Commission），該委員會並於2004年提出報告。在2010年初，智利並制定法律，已追究那些在Retting(1990/1991)及Valech(2003/2004)報告中尚未被究責的即行處決（summary execution）、強迫失蹤、凌虐致死與政治性非法拘禁等案件<sup>630</sup>。在2008年，論者觀察到即便有了明顯進展，在軍法系統中灰色地帶仍然存在。即便軍法系統追訴平民的權限已經被限制，法律如《軍事審判法》（Code of Military Justice）《與國家安全法》（Law of the Security of the State），仍然容許軍事法庭追訴平民所涉犯的外患及內亂罪，規範於《軍事審判法》的其他罪名亦然，例如非法煽惑他人叛亂罪（improper sedition）。此外，若被害人具有軍官或民警的身份，抑或公民與軍官共同犯罪，則平民亦得因所謂rationce personce罪行而受到軍事法庭追訴。實則，軍事法庭有權追訴歸屬於軍事審判權限之犯罪的正犯，亦有權追訴所有其他對此等犯罪應負責之人，即便依據慣例他們並非正犯。在2007年，平民經由軍事審判的數量約仍有20%之譜，雖然這個數目無論如何是遠遠低於智利於1990年代中期所發生的<sup>631</sup>。

近年來，另一灰色地帶出現：違反國際法原則，戰爭罪或危害人類罪必須依據犯罪的嚴重性而為適當且成比例的制裁。例如，《禁奴公約》第6條（嚴重處罰）、《聯合國禁止酷刑公約》第4條（考慮到嚴重性的適當處罰）、《防止及懲治滅絕種族罪公約》第5條（有效的處罰）、有效防止暨調查法外、恣意及即行處決原則（Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions）中的第一項原則（考慮到此類犯行之嚴重

<sup>628</sup> 直到幾年前獨裁者對於國際社會仍感到輕蔑。皮諾契（Pinochet）即在他呼籲全國協商以反對聯合國之於1978.1.4作成決定將成立工作小組調查他的犯行所隱含之侵略行動時，表明了其對於如此荒謬之反對（objection to absurdity）。

<sup>629</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 97.

<sup>630</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p.97-98.

<sup>631</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 98.

性適當處罰)、《消除對婦女一切形式歧視公約》第6條(適當措施以打擊所有形式的婦女人口販運以及性剝削,必然包含了適當處罰)、《美洲強迫失蹤人口公約》(Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons)(相稱於其嚴重性的適當處罰)、《保護所有強迫失蹤人口宣言》(Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance)第4條,以及《保護所有人免遭強迫失蹤國際公約》第7條第1項(應將其嚴重性納入考慮的適當處罰)等。在國際人道法亦得找到類似的規範,如四個日內瓦公約均包含了一項共通條款,即要求國家必須實施「對於本身犯有或令人犯有下條所列之嚴重破壞本公約行為之人,處以有效之刑事制裁<sup>632633</sup>。」

智利最高法院的法官,在量刑時,適用了一套廣為周知不符合國際法規範及原則的標準。為此,智利最高法院經常借助於兩項託詞。第一,對於涉犯數十項罪行之罪犯前無可非難的行為,最高法院法官適用了在刑法中所考量的抗辯事由<sup>634</sup>。例如,在Carlos Prats將軍以及那些被判處數百年徒刑之被告的案件中,法官認為:「即便被告之辯護人,並未要求在定罪的案件中應適用所提及的情堪憫恕之情形,但仍得以從他們的犯罪紀錄中加以推斷<sup>635</sup>」,換言之,最高法院仍然援引「情堪憫恕」而加以判決。第二,藉以減低刑度的託詞來自於刑法第103條,所謂「部分時效限制」(media prescripción)之抗辯事由,此類情形使那些因犯下侵害人權罪行者,得以基於自犯罪行為以降的時間經過而取得減刑。根據最高法院多數意見,豁免刑事責任的法律追訴時效,明顯可與第103條所規範的合法抗辯事由區分開來<sup>636</sup>。事實上,犯罪後的時間間隔,經常被理解為一種合法的抗辯事由,授權法官在很大程度上給予那些犯下侵害人權罪行者減低刑度的空間<sup>637638</sup>。

---

<sup>632</sup> 'effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention.'

<sup>633</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 98-99.

<sup>634</sup> The judges apply the extenuating circumstance contemplated in the Penal Code related to the previously irreproachable conduct of the delinquent to subjects who have committed tens of crimes.

<sup>635</sup> ...given that there is no registration in these instruments of previous convictions for the preparation of the crimes under consideration in these cases and, hence, one takes as agreed the modifying circumstance in question.

<sup>636</sup> the time limit placed on the legal action that extinguishes criminal responsibility is clearly distinguishable from the qualified extenuating circumstance affirmed in Article 103.

<sup>637</sup> the fact that time lapse since the commission of the crime is understood as a qualified extenuating circumstance authorizes the judges to lower, to a significant extent, the sentences given to them.

<sup>638</sup> Garretón, Roberto, Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime, p. 99-100.

觀察智利的轉型正義，雖然近年來有明顯的進步，但去處理那些仍然留待解決的重要問題是必須的，首先是諸多法官在尋求於內國司法脈絡中適用國際人權法時仍然面臨困境。相較於影響涉及獨裁統治期間人權侵害的案件，挑戰毋寧在於就新的個案裁判中加以呈現及運用，尤其在經濟、社會和文化權利的脈絡當中，去對抗任何形式的歧視。第二個問題則是欠缺真正且有效的措施去根除那些仍然被用以對待一般犯罪嫌疑人的酷刑，以及任何形式之殘忍、不人道或侮辱性對待或處罰<sup>639</sup>。

赦免有四個面向：法律上的赦免 - 使顯然構成人權侵害的犯行免受制裁，政治上的赦免 - 使在專制政權中行使權力的人喪失權能，道德上的赦免及歷史上的赦免。相較於刑事赦免的根除，對於政治的、道德的和歷史的赦免之爭取，至少在智利，仍然舉步維艱，雖然說，在南美洲的鄰國，仍然有一些令人印象深刻的進展。一個例子是1985年瓜地馬拉民主憲法，以及其對軍事政變領袖與長官，以及作為此等事件結果之「被選任擔任政府領導職位之人」的選舉禁令（第186條）。針對此一條款，在一項極具爭議的解釋之下，容許前獨裁者José Efraín Ríos Montt投身參與2003年一場選舉，雖然人民使其落入第三名，但仍不能加以輕忽<sup>640</sup>。對於透過人事清查措施而防止諸如此類的參與選舉，聯合國人權委員會認為：「儘管近來積極措施的採行，試圖克服過去的不正義，包含在1998年Law of Due Obedience and the Punto Fianl Law的廢止，委員會關注到許多行為受到上開法律規範之人，卻仍然服務於軍隊或公務單位之中，有些甚且享有在一定期間內升遷的機會。委員會因此重申了其對於赦免氛圍的憂心，尤其對於那些應為在軍事統治期間重大人權侵害負責的人<sup>641</sup>...再者，薩爾瓦多應努力持續積極的行動，以確保那些與人權侵害密切關聯之人不再重返警察、軍事或安全單位<sup>642</sup>」。

---

<sup>639</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 100.

<sup>640</sup> Garretón, Roberto, *Chilean transitional justice and the legacy of the de facto regime*, p. 101.

<sup>641</sup> 聯合國人權委員會，「阿根廷總結觀察」，UN Doc CCPR/CO/70/ARG，2000.11.3，段落9。

<sup>642</sup> 聯合國人權委員會，「薩爾瓦多總結觀察」，UN Doc CCPR/C/79/add.34，1994.4.18，段落14。

## 第五章 研究結論、評估與立法建議暨草案

### 第一節 研究結論

透過至此為止的前述研究，在關於轉型正義下公部門人事清查之事項，本報告可以得出以下 10 點結論：

1. 在國家不法與轉型正義之發展脈絡中，刑事追訴、特赦、真相委員會、賠償補償與財產返還、公部門人事清查（亦常稱為除垢 *Lustration*），並列為轉型之法（*Lex Transitus*）五大轉型正義手段內容。不同國家與社會，在各自不同的主客觀條件下，交互、組合或前後動態式的運用這五項可能的措施，由於處理國家不法的特殊性，「非單一而為動態、非短期而屬長期變動」，成為轉型正義之法的特徵。**One size can't fit the all**，這個在比較社會福利制度上典型的說法：沒有任何一個制度模式適用於所有不同的國家與社會，在轉型正義體系之具體實踐下，亦不例外。
2. 就轉型正義體系與脈絡的五項作法而言，公部門人事清查，一般而言，屬於較為少見的選擇，這並非指多數轉型國家完全不處理人事更迭，而是指在「於刑事追訴之外，或說不綁於刑事追訴為前提之作為延續的法律效果的前提下，獨立的進行全面性的、非個別具體個人的人事清查，以將之逐出於公部門服務體系之外」，在此理解下的公部門人事清查，其實在轉型諸國而言是極為少見的，甚至有明確表示原則性的捨棄此手段，例如傾向於以調查真相與和解為主軸的南非與南美國家。
3. 在明確採取公部門人事清查的國家中，如加以分類，大致有種不同類型：（1）歷經內戰或類似內戰之激烈武裝衝突的所謂後衝突國家（*Postconflictual States*），特別是有種族/族群衝突、而現政權明顯屬於交戰一方之情況，例如非洲國家；（2）東歐後社會主義國家，以德國、捷克、波蘭最為知名，其他東歐國家亦有顯著較小規模之採行，國際上最為關注者為所謂「革命花了 10 天」、歷經暴力鎮壓而原政權迅速垮台的捷克；（3）其他有特殊背景，特別是在真相調查為轉型主要手段之後，依據其結果所延伸之人事清查，其質與量

之規模均較前兩者類型為小。這三種類型的共同特徵：存在相對明顯、明確的「時代斷裂」，所謂原威權/獨裁統治的結束，甚至是政府體系的解體解散、至少清晰的領導階層（非僅單一或少數領導者）退位與更迭，原先作為統治正當性基礎的政治意識形態或類似之最高價值拘束（種族的或其他）消失或嚴重稀釋，失去作為左右政經社體制力量之功能，遠非例如單純的民主轉型（**democratic transformation**）所能比擬。請注意：這裡所稱之共同特徵，係指採取結構性的、集體性的公部門人事清查，而非進行轉型正義的國家，換言之，不具該等特徵之國家，並非即不進行轉型正義措施，而是經驗上較看不到採取公部門人事清查。

4. 觀察實施公部門人事清查的國家，可整理出三種不同的類型，亦可稱之為進行人事清查的三種不同之實體標準，包括：（1）涉及國際法犯行或重大的人權侵害行為；（2）涉及貪污或濫用權勢地位之行為；（3）針對缺乏專業資格與能力，不適合繼續在政府部門服務。在體系上的這三類不同指涉下，在進行公部門人事清查之目的與取向選擇上，即有不同的考量路徑，包括：強調公務人員是否能夠期待遵守人權標準之所謂廉正性（第 1 類）；強調從事民主法治國之行政機關活動，應具備一定之資格（例如司法人員－專業上不適格，第 1 類暨第 3 類，此時之專業能力也經常與法治國素養息息相關，例如東德之公務員與司法人員）；著重於財政財務正當性、紀律（**financial propriety**），強調公務人員對於政府預算經費之運用必須值得信賴（第 2 類）；乃至於實踐上常見於東歐國家的形式標準：因具備某一昔日威權政黨之黨員身分，即直接加以免職或為其他處理（捷克、波蘭等，可能兼具第 1-3 類）。
5. 站在前述 4 的觀察基礎上，之所以要推動與採取公部門人事清查措施，即可能有三種不同的目標設定：（1）排除有侵害人權行為與紀錄之當事人－甚至是排除有普遍性重大侵害人權行為之特定機關的所有公務員，重建社會對於政府的信任；（2）重建得以順暢運行的合法政府體系，主要是功能面的思維；（3）以健全憲政主義下之政黨政治為出發點，排除昔日獨裁政黨成員、至少重要成員的參與政治生活，例如禁止參加公職人員選舉或現任者之解職。不同的國家，本於其特殊之背景與考量，經常以單一目標為主，亦當有兼採而同時帶有不同目標者，但因背後的核心思維有異，在不同之時空背景與具體

之政治權力關係中，即可看出其「政治合目的性」指引下的發展軌跡。

6. 理論或實務上普遍認為，警察與國安單位之人員，應屬進行公部門人事清查之首要目標，因該等與過去體系性壓迫與侵害人權之關聯性最大，與此相關而可能進一步延伸的，則包括軍方、司法人員（法官檢察官），如以捷克與波蘭為例，則再擴展到特定重要的公共或準公共職位，包括民意代表或如媒體、國營事業等。當然，這個觀察立基於以人權侵害作為人事清查的核心目的上，如果是站在其他目的，例如建立廉能政府或排除不具專業資格能力之公部門人員，則其清查劃定範圍將有明顯的差異，其實體標準自然大相逕庭。值得注意的是，諸如屬於司法人員之法官檢察官，其專業能力向與法治國人權保障有著密切關聯，因此常本於重疊之目的思維而列為重要人事清查對象，例如東德各邦加入聯邦德國。
  
7. 關於公部門人事清查措施之採取，國際組織有諸多值得參酌之建議，例如聯合國 2006《後衝突背景下公部門人事清查與運作指引》（**Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines**），建議轉型國家處理相關事務之應遵循規範，應符合國際上之程序標準，包括程序公開、檔案閱覽權、聽審與法律扶助辯護之保障、保有法律救濟之可能性、舉證責任應由進行清查之機關負擔等。歐盟理事會亦頒佈有所謂《去除過去共產極權體系所留遺產之應行措施》（**Measures to Dismantle the Heritage of Former Communist Totalitarian Systems**），針對各國之處理轉型正義、特別是公部門人事清查與除垢，建議應採取下列基本原則：應設置獨立之特別委員會以處理之；採取之措施不應以刑罰、報復等為目標；私人或準私人機構應該排除在除垢之外；禁止擔任公職期間不應長於 5 年；「在某一特定時點具有某一合法組織之成員身分」，不得作為免職之標準，但如與侵害人權有關者，不在此限。在較高位階職務之公務員，得推定其與該等侵害人權行為有關，進而合理化其免職。值得注意的是，不論在聯合國或歐盟的相關指引，「捷克經驗」似乎均為「不太受到推崇與建議」的制度模式，換言之，不論進行人事清查的實體標準或相關程序，國際普遍上並不認為捷克應為典範，特別是「以形式標準進行類似集體性的究責模式」，不以個人行為與責任為聯繫，引人「一竿子打翻一條船」之「整體歸責」印象，至少站在聯合國與歐盟的觀點，顯

然是不值得鼓勵的「負面經驗」。

8. 進行人事清查後所連結之法律效果，原則上可分為下列三種類型：(1) 排除於公職之外，直接免職去職；(2) 職業禁止：針對未來的禁止為一定公職，包括國家任命公務員或民選公職；(3) 其他之資訊公開，透過檔案的公開揭露，使利害關係人或任何第三人得以申請查閱。如果以研究報告中所提及之 Roman David 的分類來觀察，可再區分為四種不同類型，作為建構人事清查制度之參酌基礎，包括：排他型 (exclusive)，禁止與過去政權有一定關聯之人，擔任新政府的特定職務，類似前述的 (1)；融入型 (inclusive)，目的在於賦予與過去政權有一定關聯者「第二次機會」，只要主動揭露過去所涉情節即可，較接近前述的 (3)，但課予當事人一定的陳報義務；和解型 (reconciliatory)，當事人主動揭露與過去政權之關係後，再進行相關的比對查證，以驗示其陳述聲明之正確性，再視其狀況而聯繫至不同的法律效果，包括符合事實者之真正和解型、不符合事實者之可能排他型(前述 1)；最後，混合型 (mixed)，組合前述三種類型之不同要素，例如波蘭之特殊作法。在除垢之具體法律效果方面，可看到在前述不同設計模式下的選擇，包括：免職，調動至本機關或他機關之其他職務，一定期間而非永久之一定活動任務的禁止，課予其他之特殊負擔。在各國經驗上，常見遭清查對象自行離職，無須為進一步處理，不論原先清查程序有無終結。國際上極為少見將機關內所有公務人員免職，再透過重新篩選程序而加以任命，所謂 firing & hiring — 例如對於警察人員之波士尼亞，大致上僅見於所屬多數成員都顯有重大侵害人權嫌疑之特定機關，如秘密警察單位，1990 年起統一後德國的原東德司法人員，亦可歸類入此一脈絡下的人事清查模式，雖然說，究其內容，仍然是本於「法律關係承繼原則下之任命程序」，並非如經常誤解般的全部先解職、再重新認定。
9. 進行人事清查措施，需要一些制度上的條件，包括：手段必須以「形式上的合憲法律」為之，幾乎是民主化後政府的唯一選擇；亦多見直接聯繫至轉型前業已存在之有關免職公務人員的行政法上規範，如果在所謂的 firing & hiring，亦常見聯繫到特定公職原有之任命程序與主體上（例如東德司法人員、波士尼亞的法官），當然亦可以獨立的人事清查實體與形式法的內容，直

接單獨立法。在人事清查作業的處理上，應設有專責機構，例如設置特別的、享有獨立地位並獨立行使職權之委員會，同時踐行特別的處理程序，符合正當法律程序的要求。前述聯合國 2006 年指引，建議轉型國家處理相關事務之應遵循規範，應符合國際上之程序標準，包括程序公開、檔案閱覽權、聽審與法律扶助辯護之保障、保有法律救濟之可能性、舉證責任應由進行清查之機關負擔等，均為其適例。

10. 在法治國家的法律救濟途徑保障拘束下，所有的公部門人事清查措施，均當得對之提起法律救濟，雖不乏先有行政內部自我審查之訴願或其他類似訴願之前置先行政程序。在此，可能有直接挑戰人事清查制度之違憲審查聲請，不論是抽象或具體法規審查，例如捷克或波蘭憲法法院數則不論合憲或違憲的判決，乃至於保加利亞憲法法院 1998 年 1 月之宣告《公共行政法》部分條文違憲。再者，於個案中也當有挑戰人事清查專責機關（構）之決定的向法院提起上訴，甚至經法院撤銷原處分者不在少數（例如波蘭）。是以，在進行人事清查之程序與實體決定上，都須注意正當法律程序與實體合法性之問題，以避免在某些國家實踐中曾經出現的遭大量廢棄現象，徒增對於轉型正義工程之傷害。

## 第二節 可行性評估

本於前述關於公部門人事清查理論暨實踐之觀察基礎，連結至國內脈絡，《促進轉型正義條例》第 4 條所稱「為完整回復威權統治時期相關歷史事實並促進社會和解，促轉會應主動進行真相調查，依本條所徵集之檔案資料，邀集各相關當事人陳述意見，以還原人權受迫害之歷程，並釐清壓迫體制加害者及參與者責任（第 2 項）。促轉會應基於相關陳述、調查結果及檔案資料，撰寫調查報告，並規劃人事清查處置及相關救濟程序（第 3 項）」，所謂「進行真相調查、規劃人事清查處置及救濟程序」，無疑就是本報告所處理轉型正義之法體系中的公部門人事清查，換言之，促轉會在進行法律所賦予之任務時，即應關照並考量其他國家之經驗，乃至於國際組織所提出之建議，不論正面或負面。

當然，前述結論 2 所言之「於刑事追訴之外，或說不綁於刑事追訴為前提之作為延續的法律效果的前提下，獨立的進行全面性的、非個別具體個人的人事清查，以將之逐出於公部門服務體系之外」，如觀察《促進轉型正義條例》第 2 條第 2 項所列舉之任務：開放政治檔案，清除威權象徵、保存不義遺址，平復司法不法、還原歷史真相，並促進社會和解，不當黨產之處理及運用，至少以表面觀之，並未明確採行刑事追訴之轉型正義手段—當然，「明示其一未必絕對排除其他」，《促進轉型正義條例》似乎也無法解讀為排除刑事追訴的一切可能—，而全法唯一與「刑事犯罪」有關的，係第 6 條針對威權統治時期違反自由民主憲政秩序或公平審判原則之刑事案件，所必須進行之司法平反任務，均與所謂「國家不法行為體系下之國家履行輔助人的犯行追訴」，無直接關聯。在兩相比對第 4 條第 3 項應規劃人事清查之任務要求，似應得出一結論：在我國轉型正義工程上，立法者似有一定程度以「公部門人事清查」取代「刑事追訴」手段的意圖；論理上相當清楚，前者的範圍一定比後者大，因於威權統治時期為不法犯行而受刑事追訴者，不可能想像能於民主化後繼續擔任公職，但未達應受追訴之犯行程度者，並不代表即無法透過人事清查而排除於公部門之外，只要其本於前述結論 4、5 之第 2 及 3 類型的思維，不論是針對涉及貪污或濫用權勢地位之行為，抑或針對缺乏專業資格與能力，不適合繼續在政府部門服務的情形。是以，相較於國際上知名的南非「真相與和解」模式，台灣同樣追求真相，尋求檔案公開與揭露歷史事實，同樣放棄刑事追訴（「和解」），但與南非不同的是，1998 年南非真相與和解委員會所言之「人事清查不適用於南非」—其他南美洲轉型國家亦有類似軌跡，台灣的立法者採取不同的態度，至少從要求促轉會必須進行規劃的規定上看來。不論如何，如欲採取公部門人事清查，則是否必然「不採取」刑事追訴？論理與政策上均似為兩個不同命題，未必得一概而論。本於公平正義之實踐，如涉及諸如重大之人權犯行（如同後述草案之主要規劃適用行為），卻得見容於刑事制裁體系，恐係轉型正義實現之重大挫敗，則在採取包括撤除追訴期限等之程序障礙外，亦能考量免刑或減輕其刑之「刑罰」方面的處理，但在「論罪」上仍然對之為處理，亦屬進行刑事追訴的一種選擇，不論如何，都與本研究所針對的公部門人事清查得以併行不悖。

不論如何，站在促進與實踐轉型正義的目標下，本於《促進轉型正義條例》之明確立法委託，乃至於確立國際經驗中三種不同目標之正當性：排除有侵害人

權行為與紀錄之當事人繼續擔任公務員，重建社會對於政府的信任；從功能面重建得以順暢運行的合法政府體系；乃至於以健全憲政主義下之政黨政治為出發點，我國均有進行規劃並實施公部門人事清查之必要。即便在可行性評估之基礎上，可能出現諸多困難與障礙（如同下述），但從轉型正義工程的圖像與核心目標看來，至少由轉型之法的主軸觀察，「公部門人事清查」不但正當、且為不可亦不應或缺的一塊拼圖，此亦屬立法者明確將之放入促轉會規劃任務之一的關鍵理由，轉型之法的法政策核心內容。

當然，既言之可行性評估，「政治與社會考量」自然難以避免。比對國際經驗，似乎有幾個發展軌跡與線索，使得回答台灣究竟是否適合進行公部門人事清查的問題上，顯得障礙重重、困難多多：

- (1) 前述結論 3 所提及之共同特徵，「存在相對明顯、明確的『時代斷裂』，所謂原威權/獨裁統治的結束，甚至是政府體系的解體解散、至少清晰的領導階層（非僅單一或少數領導者）退位與更迭，原先作為統治正當性基礎的政治意識形態或類似之最高價值拘束（種族的或其他）消失或嚴重稀釋，失去作為左右政經社體制力量之功能，遠非例如單純的民主轉型（**democratic transformation**）所能比擬」等，似乎在台灣呈現截然不同的軌跡，也就是說，經常被歸類為第三波民主、民主轉型典範的台灣，正好就缺乏這些實施公部門人事清查國家常有之共同特徵。這當然不是說，如此便絕不能去推行人事清查措施，但在可能的利弊得失衡量上，即可能產生一定的質量變，進而主宰一開始是否應該推動的決斷意志。
- (2) 其次，採取公部門人事清查之「起始時間」，與其他轉型正義措施有所不同，似乎有著明顯的「轉型接續性」，換句話說，如未於「舊政權消失、新政權上台伊始」即採行，例如捷克，而等待數年後方才推動，尤其是在舊政權相關人物仍活躍於政治舞台的情況下，例如共黨甚至重新贏得總統大選的波蘭，則可能出現多重困境：首先，處理人事所必需之政治動能，不但可能先天不足，至少將每況愈下，特別是「潛在的處理對象」尚存續於政治系統中，甚至佔有重要公職或身為執政黨成員、聯合政府閣員，則更難以想像有推動人事清查之決斷與意志。其次，如民主化後歷經政黨輪替，作為威權統治時期的執政黨下野，則嗣後的推動將可能遭渲染為「政

治鬥爭」，在通常難以避免的政治極度混亂下，人事清查經常無疾而終或失去公信力，再陷入遭污名化而難以推動的窘境，90年代的波蘭就是適例。在台灣國內對於轉型正義仍存在許多誤解，朝野政黨對其仍存在重大歧見，以目前已具體實踐之「非關具體個人之不當黨產追索」為例，亦即尚不及個人與具體事件之層次，即已現社會仍爭論不休，政治領域或甚至學術界仍有視之為政治鬥爭的評價存在之際，則是否合適推行以個人究責為特徵的公部門人事清查？特別是如在刑事追訴不採納，或雖採行但人事清查仍擴及非受刑事追訴以外的其他行為人時，也就是意圖清查出雖未涉及重大刑事犯行、但仍認「不適合繼續服務公職」之人員，則社會是否普遍支持？貿然繼續清查，是否僅淪為治絲益紛？最後徒然引發更多的政治紛爭與傷害轉型正義工程？再惡性循環地使人事清查更加困難，更失其公信力？2018年發生的促轉會張天欽副主任委員風波，殷鑑不遠，此亦為專家諮詢座談中，多位專家均感憂心與保留之處。

- (3) 再者，既言公部門人事清查，雖有可能針對「未來經過選舉而擔任民意代表者」，但最大宗還是指向「現任公職」，由於65歲為公務員強制退休年齡，亦即，「距離威權統治時期結束越久，將越少有因於該時期內之特定行為，應遭人事清查而去職者，仍屬在職」；以台灣來說，威權統治時間既經法定至1992年11月6日止（《促進轉型正義條例》第3條第1款），就算本研究進行之翌年度2020年，立法者可能通過人事清查法制，距離威權統治的結束也歷時28年之久，亦即，衡諸公務員65歲強制退休年齡，即便在威權統治結束前夕甫犯下透過清查而應予免職之行為，行為人也必須在37歲以下，如果加上昔日公務員自請退休要件較為寬鬆之情形—歷來公務員實際自請退休平均在59-56歲之譜，甚至有低至55歲以下的公務員平均退休年齡出現過，則年齡再往前拉，甚至必須在威權統治時期結束前，必須在31歲或更年輕，方有可能去「免除其職務」，前提是還必須在威權統治結束前夕甫犯下特定行為，如再將最大宗侵害人權行為發生之1950、60年代考量進去，即便是考慮至1970年代，都已無從想像尚有當時犯行者，在2020年之後還在職<sup>643</sup>，換言之，是否還有進行公部門人事

<sup>643</sup> 試舉一例：以1979年12月發生的美麗島事件為例，如以翌年之1980年為基準，算至假設通過公部門人事清查立法的2020年，正好距離40年，如有在美麗島事件時犯下應予清查且連動一定法律效果之行為，2020年仍在職，則計算至公務員法定退休年齡，則行為人必須在1980年時

清查之必要？特別是針對令其喪失公職之法律效果連結（別忘了清查核心目的之重建政府正當性暨公信力）？如果確有於 2020 後立法通過施行起仍在職者，則想像中人數應極少，沒有其他國家進行人事清查時「必須重視且清理政府部門嚴重之體系性問題」的背景，則大張旗鼓採取如此之人事清查措施，而可能的「當事人範圍」卻極其有限—如果還有的話，在前述幾乎期待中的障礙與困局不減之情況下，則是否仍有實施之必要？即不無疑問，如果雖未在職但仍在世，除了全部或一部刪減其退休年金之法律效果外，已再難想像其他具體而有意義的處理方式，這也是專家諮詢座談中，數位專家所提出之相同提醒，直接提出在此時間點推動公部門人事清查之必要性與現實可行性。

- (4) 一個結構性的困難或許為：台灣國內缺乏具可操作性之「威權統治時期國家不法行為之履行輔助人圖像」，亦即從歷史描繪（**historical profile**）的角度，勾勒出一定的「行為人結構、分佈、類型、行為模式」圖像，我們可能知道有許多人在威權統治時期服務於特定部門與機關，但我們並不非常清楚，在特定「行為人圖像」的基礎上，究竟應如何區分與辨別特定而具體的人，如果不能或不願採取「集體性究責」、而固守於個別行為責任的出發點的話。研究者透過對於歷史學界的探詢與請益，乃至於委託單位之告知，進而從專家諮詢會議中得到之訊息，在在都透露出相同的觀點，研究者無意說：這是國內史學界的共識，絲毫沒有不同看法或嘗試，也當然無法預測到，是否未來即不可能有指涉之歷史描繪出現，進而提供吾人「具體的行為與行為人圖像」，但站在當前的時點，既然此基礎尚不可得，時日之久遠，政治檔案之開放與整理尚需相當時間之際，試圖以相對穩定之基礎以規劃公部門人事清查之「人的適用範圍」，可能即有重大困難。換言之，在法制規劃甫始，如果不存在足具社會公信力之「威權統治時期應予清查之行為暨行為人圖像」，不但史學界不存在，政治系統與行動者更無有至少達可操作程度之描述，則是否合適推動，實不無疑問。

- (5) 一個不無價值的考察線索或許是：為何極少有國家採取公部門人事清查措

---

為 25 歲以下，如再考量通常自請退休年齡大致都在 59 歲以下，亦即距離法定退休年齡至少 6 年，則必須行為時為 19 歲以下！以此為例，則發生在 1979 年以前的國家不法行為，殊難想像尚有行為人於 2020 年後尚在職者，應屬明顯。

施？除可能缺乏前述「存在相對明顯、明確的『時代斷裂』，所謂原威權/獨裁統治的結束，甚至是政府體系的解體解散、至少清晰的領導階層（非僅單一或少數領導者）退位與更迭，原先作為統治正當性基礎的政治意識形態或類似之最高價值拘束（種族的或其他）消失或嚴重稀釋，失去作為左右政經社體制力量之功能，遠非例如單純的民主轉型所能比擬」特徵外—此無疑應屬現象學角度的敘述，並不代表本質上不符此特徵者即絕然無法實施—，然而，另一個重要的思考線索，無疑「轉型正義工程之核心目的與主軸」，這在以「真相與和解」（Truth & Reconciliation）為主的轉型正義模式中，例如舉世聞名的南非，更能突顯思考制度選擇的關鍵：衡諸台灣社會的具體時空，政經社文化條件，國民意識與分裂社會典型的「整合期待」，普遍對於威權統治時期之「正義觀暨歷史責任」，識者即常有呼籲，「真相與和解」或許是最適合於台灣的轉型正義模式，如同本研究報告第二章第三目「真相委員會」所述，在其模式下，刑事追訴與人事清查，原則上不予採取，換言之，如果制度上對於威權統治時期之國家體系性不法的處理選擇，確實傾向於「真相與和解」—現已實施經年之不當黨產處理基本上並不違反之、蓋不當黨產非屬「國家體系性不法」—，則或許代之以政治檔案的公開，甚至採取波蘭等國家「第三人得任意取得相關資訊」之公開模式，藉以呈現歷史之真相，責任之追索留任「社會」、法律上追訴與其他處理不保留予「國家暨法律」，亦屬適當的回復歷史正義之手段，至少在「真相與和解」的主軸與目的設定上；此亦為專家諮詢座談中，數位專家站在此角度上之建議，以間接避免進行公部門人事清查所可能引發之副作用與不當影響。

從以上的五點分析，可以看出在台灣轉型之法的制度選擇中，是否確實要進行公部門人事清查？由威權—後民主—制度實施之時間差序，國民與社會普遍的意識與認知，政治系統及政治權力的關係與生態，乃至於不同的轉型正義路線的倡議與辯論等角度觀察，似乎可行性不無疑問，此亦為專家諮詢座談中，甚至多數專家均表疑慮者。從法律技術面來看，要精準地設計出「清查標準」，又要符合聯合國與歐盟的惇惇提醒—切勿流於集體性究責與採取形式資格作為聯繫，無疑有其相當困難，本報告所摘錄之捷克大小洗滌法，即是清楚之「反證」，亦即國際組織所建議勿重蹈覆轍者，有趣的是，不論從文獻探討或個人之參訪捷克相

關機關、民間團體，似乎多認正面，至少已使昔日共黨人士相當程度遭排除於政治公共生活之外，但顯然，偏向漸進式民主轉型的台灣，很難想像有如此「天翻地覆」般的實踐可能。這當然不是說：公部門人事清查措施，在台灣絕無實施的正當性或可行性，只不過，本於現實，必須提出以上的觀察與評估。公部門人事清查，既具有其實踐上的重要性，攸關轉型正義的落實與公平正義的達成，雖具有以上政治與社會層面之可能障礙與顧慮，本研究仍建議應進行規劃實施，或許可以考慮在打擊面上做必要的「限縮性調整」，將評估下可能出現的問題努力降低與減少，進而反向的強化其普遍接受程度，使轉型正義工程不致有所缺憾。

### 第三節 立法建議暨草案

基於研究者以上的結論，進一步提出我國實施公部門人事清查的立法建議與草案。由於研究者傾向於雖以特別法形式出現、但一定程度連結至現行公務員人事法令與體系中，以下將先觀察國內相關法令之規範，尋找出必要的基礎聯繫，再結合進行至此的研究心得，提出立法建議與草案。

#### 一、前提：公務員法懲戒體系

人事清查制度往往關乎特定職位公務員之身分取得限制（入口管制）及身分剝奪（出口管制），前者以公務員之消極任用要件為主，後者則透過撤銷任用、撤職、免職等方式為之。以下，將整理我國關於公務員資格管制之現行法規及遭受不利處置時之救濟程序，以作為進一步研究人事清查處置之基礎。必須說明的是，本處所稱之公務員，係採較廣義之公務員概念，包含民選公職人員，亦包含教師，以做較完整觀察。

公務員之資格管制，不外乎公務員身分之得喪變更，觀察重點可分為公務人員關係之成立、變更、消滅：

- 以公務人員關係之成立而言（或可稱為「入口之管制」），可略分為「積極資格要件」與「消極資格要件」。
- 而公務人員關係之變更，係指公務人員身分仍繼續存在之前提下，發生原有

職位之變動，包含轉任、調任、停職（含休職及留職停薪）等情形<sup>644</sup>。

- 公務人員關係之消滅（或可稱為「出口之管制」）則包含辭職、撤職、免職、撤銷任用、退休、資遣、任期屆滿、罷免等法律原因，以及公務員死亡之事實原因<sup>645</sup>。

### （一）公務人員關係之成立（入口之管制）

#### A. 積極資格要件

若以「依公務人員任用法銓敘任用為公務人員者」為例，須具有中華民國國籍，須屆滿一定年齡，並須具備法定之任用資格<sup>646</sup>。其他不同類型公務員亦有不同法規予以積極資格規範，在此不逐一列出，僅將重點放置與人事清查較具關聯的「消極資格要件」。

#### B. 消極資格要件

首先，公務人員任用法第 28 條第 1 項為不得任用為公務人員之消極資格概括規定。而同法第 32 條規定：「司法人員、審計人員、主計人員、關務人員、外交領事人員及警察人員之任用，均另以法律定之。但有關任用資格之規定，不得與本法牴觸。」第 33 條規定：「教育人員、醫事人員、交通事業人員及公營事業人員之任用，均另以法律定之。」因此尚有各該法律之特別規範。再來更有對民選公職人員之規範。以下擇其要者進行整理，並以表格方式呈現，以便閱讀。

表 25 我國公務人員消極資格要件綜整

	消極資格要件之條文規定
公務人員考試法	第 12 條第 1 項：「中華民國國民，年滿十八歲，具有本法所定應考資格者，得應本法之考試。但有下列各款情事之一者，不得應考：一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。二、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。三、褫奪公權尚未復權。四、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。」

<sup>644</sup> 陳敏，行政法總論，9 版，2016 年 9 月，頁 1095 至 1099。

<sup>645</sup> 陳敏，行政法總論，頁 1101 至 1104。

<sup>646</sup> 陳敏，行政法總論，頁 1088 至 1092。

公務人員任用法	第 28 條第 1 項：「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：一、未具或喪失中華民國國籍。二、具中華民國國籍兼具外國國籍。但其他法律另有規定者，不在此限。三、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。四、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。五、犯前二款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。六、曾受免除職務懲戒處分。七、依法停止任用。八、褫奪公權尚未復權。九、經原住民族特種考試及格，而未具或喪失原住民身分。但具有其他考試及格資格者，得以該考試及格資格任用之。十、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。」 <sup>647</sup>
警察人員人事條例	第 10 條之 1 第 1 項：「第六條人員經查核有下列情形之一者，不得任用：一、公務人員任用法第二十八條第一項各款情形之一。二、曾服公職依公務人員考績法受免職處分或依公務員懲戒法受撤職處分或其他違法犯紀行為依法予以免職處分。三、曾列警察職權行使法第十五條第一項各款之治安顧慮人口。四、曾犯刑法第二百六十八條、中華民國九十五年七月一日刑法修正施行前第二百六十七條、第三百五十條之罪，經有罪判決確定。五、依刑事訴訟程序被羈押或通緝中。六、曾經中央警察大學、中央警官學校、臺灣警察專科學校、臺灣警察學校、軍事院校勒令退學或開除學籍。七、依其他法律規定不得為公務人員。」
法官法	第 6 條：「具有下列情事之一者，不得任法官：一、依公務人員任用法之規定，不得任用為公務人員。二、因故意犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告確定，有損法官職位之尊嚴。三、曾任公務員，依公務員懲戒法或相關法規之規定，受撤職以上處分確定。四、曾任公務員，依公務人員考績法或相關法規之規定，受免職處分確定。但因監護宣告受免職處分，經撤銷監護宣告者，不在此限。五、受破產宣告，尚未復權。六、曾任民選公職人員離職後未滿三年。但法令另有規定者，不在此限。」 第 89 條第 1 項前段：「本法...第六條...有關法官之規定，於檢察官準用之。」

<sup>647</sup> 補充說明，第 26 條第 1 項尚有應迴避任用人員之規定：「各機關長官對於配偶及三親等以內血親、姻親，不得在本機關任用，或任用為直接隸屬機關之長官。對於本機關各級主管長官之配偶及三親等以內血親、姻親，在其主管單位中應迴避任用。」亦屬一消極資格要件。

<p>教育人員任用條例</p>	<p>第 31 條第 1 項：「具有下列情事之一者，不得為教育人員；其已任用者，應報請主管教育行政機關核准後，予以解聘或免職：一、曾犯內亂、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。二、曾服公務，因貪污瀆職經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。三、曾犯性侵害犯罪防治法第二條第一項所定之罪，經有罪判決確定。四、依法停止任用，或受休職處分尚未期滿，或因案停止職務，其原因尚未消滅。五、褫奪公權尚未復權。六、受監護或輔助宣告尚未撤銷。七、經合格醫師證明有精神病尚未痊癒。八、經學校性別平等教育委員會或依法組成之相關委員會調查確認有性侵害行為屬實。九、經學校性別平等教育委員會或依法組成之相關委員會調查確認有性騷擾或性霸凌行為，且情節重大。十、知悉服務學校發生疑似校園性侵害事件，未依性別平等教育法規定通報，致再度發生校園性侵害事件；或偽造、變造、湮滅或隱匿他人所犯校園性侵害事件之證據，經有關機關查證屬實。十一、偽造、變造或湮滅他人所犯校園毒品危害事件之證據，經有關機關查證屬實。十二、體罰或霸凌學生，造成其身心嚴重侵害。十三、行為違反相關法令，經有關機關查證屬實。」</p>
	<p>第 31 條第 5 項更有配套規範：「為避免聘任之教育人員有第一項第一款至第十二款及第二項規定之情事，各主管機關及各級學校應依規定辦理通報、資訊之蒐集及查詢；其通報、資訊之蒐集、查詢及其他應遵行事項之辦法，由教育部定之。」</p>
<p>公職人員選舉罷免法</p>	<p>第 26 條：「有下列情事之一者，不得登記為候選人：一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂、外患罪，經依刑法判刑確定。二、曾犯貪污罪，經判刑確定。三、曾犯刑法第一百四十二條、第一百四十四條之罪，經判刑確定。四、犯前三款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。五、受保安處分或感訓處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢。六、受破產宣告確定，尚未復權。七、依法停止任用或受休職處分，尚未期滿。八、褫奪公權，尚未復權。九、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。」</p>
	<p>第 27 條第 1 項：「下列人員不得登記為候選人：一、現役軍人。二、服替代役之現役役男。三、軍事學校學生。四、各級選舉委員會之委員、監察人員、職員、鄉（鎮、市、區）公所辦理選舉事務人員及投票所、</p>

開票所工作人員。五、依其他法律規定不得登記為候選人者。」
------------------------------

(二) 公務人員關係之消滅 (出口之管制)

A. 撤銷任用、撤職及免職

消滅公務人員關係的法律原因包含撤銷任用、撤職、免職、辭職、退休、資遣、任期屆滿、罷免，地方制度法第 79 條亦有解除職務之規定。以下以撤銷任用、撤職、免職為討論重心。首先，「撤銷任用」係溯及地自始消滅公法上職務關係，亦即「任用時」便有不得任用之消極資格情事，只是任用後才發現，故撤銷其公務人員任用資格；相較之下，撤職與免職則是嗣後發生撤/免職原因，而向後終止公法上職務之關係<sup>648</sup>。呈現如下表。

表 26 撤銷任用與撤職、免職之異同<sup>649</sup>

	公務人員任用資格	公務人員身分 (公法上職務關係)	職務之執行
撤銷任用	X	X (自始消滅)	X
撤職	○	X (停止任用 1 至 5 年)	X
免職	○	X	X

至於撤職與免除職務之差異，若以公務員懲戒法之懲戒處分觀之，公務員懲戒法第 11 條規定，免除職務係指「免其現職，並不得再任用為公務員」。相較之下，依公務員懲戒法第 12 條，撤職則是「於一定期間停止任用」，待停止任用期間屆滿後仍得再任公務員。不過，若屬依公務人員考績法懲處免職者，如具有任用資格，則得依法再任用為公務員<sup>650</sup>。以下將對此三者逐一進行法規範整理。

<sup>648</sup> 周志宏，我國現行法制有關停職、復職及免職相關規定之探討，月旦法學雜誌，90 期，2002 年 11 月，頁 93。

<sup>649</sup> 本表參考周志宏，同前註，頁 96，表三。

<sup>650</sup> 陳敏，行政法總論，頁 1102。另參銓敘部 63.07.16. (63) 臺為甄五字第 0 五三二號函：「按免職人員免職後，即已卸去原任職務，自不能聲請復職，惟如具有任用資格，經該機關長官同意後，仍可予以任用。」另參行政院人事行政局 73.11.06.七十三局參字第 27647 號函。更深入之比較，可參劉昊洲，撤職與懲處免職的區別，轉載自公務人力發展中心游於藝電子報第 185 期，網址：<http://www.skyman.url.tw/note/D-04.pdf> (最後瀏覽日期：2019 年 10 月 25 日)。

## B. 撤銷任用之相關法規

撤銷任用之規範，基本上皆依附著前述公務員之「消極任用要件」而來，整理如下表：

表 27 我國現行法制下撤銷任用之規定

	撤銷任用之條文規定
公務人員任用法	第 28 條第 1 項：「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：（見表 25）。」 第 28 條第 2 項：「公務人員於任用後，有前項第一款至第九款情事之一者，應予免職；有第十款情事者，應依規定辦理退休或資遣。任用後發現其於任用時有前項各款情事之一者，應撤銷任用。」 第 28 條第 3 項：「前項撤銷任用人員，其任職期間之職務行為，不失其效力；業已依規定支付之俸給及其他給付，不予追還。但經依第一項第二款情事撤銷任用者，應予追還。」
警察人員人事條例	第 10 條之 1 第 1 項：「第六條人員經查核有下列情形之一者，不得任用：（見表 25）。」 第 10 條之 1 第 2 項：「於任警察官後發現其於任用時有前項各款情事之一者，應撤銷其任用。」 第 10 條之 1 第 3 項：「前項撤銷任用人員，其任職期間之職務行為、俸給及依第六條第一項查核結果之處理，依公務人員任用法之規定辦理。」
法官法	第 6 條：「具有下列情事之一者，不得任法官：（見表 25）。」 第 12 條第 2 項：「法官於任用前有第六條所列各款情事之一，或不合各該審級法官任用資格者，撤銷其任用或該審級法官之任用資格。」 第 12 條第 3 項：「第一項代理之停止及前項任用之撤銷，不影響其在任時職務行為之效力；業已依規定支付之給與，不予追還。」 第 89 條第 1 項前段：「本法...第十二條...有關法官之規定，於檢察官準用之。」

## C. 撤職之相關法規

公務員懲戒法第 9 條第 1 項：「公務員之懲戒處分如下：一、免除職務。二、撤職。（略）。」而依同法第 12 條第 1 項：「撤職，撤其現職，並於一定期間停止任用；其期間為一年以上、五年以下。」第 2 項：「前項撤職人員，於停止任用

期間屆滿，再任公務員者，自再任之日起，二年內不得晉敘、陞任或遷調主管職務。」撤職為公務員懲戒處分之一種，嚴重性僅次於「免除職務」。關於懲戒之事由，現行公務員懲戒法區分「執行職務行為」及「非執行職務行為」作規範。公務員懲戒法第 2 條：「公務員有下列各款情事之一，有懲戒之必要者，應受懲戒：一、違法執行職務、怠於執行職務或其他失職行為。二、非執行職務之違法行為，致嚴重損害政府之信譽。」考量撤職之嚴重性，應限於公務員有第 2 條所列行為且達情節嚴重之程度時，方得撤職。對於其救濟程序，由於撤職屬於懲戒處分，係由公務員懲戒委員會作成（採一級一審制），故若對公懲會所為撤職之懲戒處分不服，僅得依公務員懲戒法第 64 條以下之規定提起「再審」進行救濟。

#### D. 免職之相關法規

免職可分為兩種：第一是不具究責性質，為「貫徹公務人員任用資格要求」所為之免職。而相較於撤銷任用乃「任用時」便有不得任用之消極資格情事，免職係「任職後」始發生該等情事，政府為貫徹資格要求而終止公務人員關係，例如公務人員任用法第 28 條第 2 項。第二是用以「追究行政責任」之免職，包含公務員懲戒法第 11 條之免除職務，以及公務人員考績法第 12 條第 1 項第 2 款第 2 目之重大過免職<sup>651</sup>。分別整理相關條文如下表。

表 28 我國現行法制下免職之規定

免職之條文規定	
1. 貫徹公務人員任用資格要求之免職	
公務人員任用法	第 28 條第 1 項：「有下列情事之一者，不得任用為公務人員：（見表 25）。」 第 28 條第 2 項：「公務人員於任用後，有前項第一款至第九款情事之一者，應予免職；有第十款情事者，應依規定辦理退休或資遣。任用後發現其於任用時有前項各款情事之一者，應撤銷任用。」
教育人員任用條例	第 31 條第 1 項：「具有下列情事之一者，不得為教育人員；其已任用者，應報請主管教育行政機關核准後，予以解聘或免職：（見表 25）。」

<sup>651</sup> 陳敏，行政法總論，頁 1102。

2. 追究行政責任之免職	
公務員懲戒法	<p>第 2 條：「公務員有下列各款情事之一，有懲戒之必要者，應受懲戒：一、違法執行職務、怠於執行職務或其他失職行為。二、非執行職務之違法行為，致嚴重損害政府之信譽。」</p> <p>第 9 條第 1 項第 1 款：「公務員之懲戒處分如下：一、免除職務。(略)」</p> <p>第 11 條：「免除職務，免其現職，並不得再任用為公務員。」</p>
公務人員考績法	<p>(1) 年終考績列丁等者，免職</p> <p>第 6 條第 3 項：「除本法另有規定者外，受考人在考績年度內，非有左列情形之一者，不得考列丁等：一、挑撥離間或誣控濫告，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。二、不聽指揮，破壞紀律，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。三、怠忽職守，稽延公務，造成重大不良後果，有確實證據者。四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者。」</p> <p>第 7 條第 1 項第 4 款：「年終考績獎懲依左列規定：...四、丁等：免職。」</p> <p>第 12 條第 1 項第 1 款：「各機關辦理公務人員平時考核及專案考績，分別依左列規定：一、平時考核：獎勵分嘉獎、記功、記大功；懲處分申誡、記過、記大過。於年終考績時，併計成績增減總分。平時考核獎懲得互相抵銷，無獎懲抵銷而累積達二大過者，年終考績應列丁等。」</p> <p>(2) 另予考績列丁等者，免職</p> <p>第 8 條：「另予考績人員之獎懲，列甲等者，給與一個月俸給總額之一次獎金；列乙等者，給與半個月俸給總額之一次獎金；列丙等者，不予獎勵；列丁等者，免職。」</p> <p>(3) 專案考績一次記二大過者，免職</p> <p>第 12 條第 1 項第 2 款第 2 目：「各機關辦理公務人員平時考核及專案考績，分別依左列規定：...二、專案考績，於有重大功過時行之；其獎懲依左列規定：(二) 一次記二大過者，免職。」</p> <p>第 12 條第 3 項：「非有左列情形之一者，不得為一次記二大過處分：一、圖謀背叛國家，有確實證據者。二、執行國家政策不力，或怠忽職責，或洩漏職務上之機密，致政府遭受重大損害，有確實證據者。三、違抗政府重大政令，或嚴重傷害政府信譽，有確實證據者。四、涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據者。五、圖謀不法利益或言行不檢，致嚴重損害政府或公務人員聲譽，有確實證據者。六、脅迫、公然侮辱或誣告長官，情節重大，有確實證據者。七、挑撥離間或破壞紀律，情節重大，有確實證據者。八、曠職繼續達四日，或一年累積達十日者。」</p>

法官 法	<p>第 49 條：「法官有第三十條第二項各款所列情事之一，有懲戒之必要者，應受懲戒。」</p> <p>第 30 條第 2 項：「法官有下列各款情事之一者，應付個案評鑑：一、裁判確定後或自第一審繫屬日起已逾六年未能裁判確定之案件，有事實足認因故意或重大過失，致審判案件有明顯違誤，而嚴重侵害人民權益。二、有第二十一條第一項第二款情事，情節重大。三、違反第十五條第二項、第三項規定。四、違反第十五條第一項、第十六條或第十八條規定，情節重大。五、違反辦案程序規定或職務規定，情節重大。六、無正當理由遲延案件之進行，致影響當事人權益，情節重大。七、違反法官倫理規範，情節重大。」</p> <p>第 50 條第 1 項：「法官之懲戒處分如下：一、免除法官職務，並不得再任用為公務員。二、撤職：除撤其現職外，並於一定期間停止任用，其期間為一年以上五年以下。三、免除法官職務，轉任法官以外之其他職務。（略）」第 2 項：「依應受懲戒之具體情事足認已不適任法官者，應予前項第一款至第三款之處分。」</p> <p>第 89 條第 1 項前段：「本法...第四十九條、第五十條...有關法官之規定，於檢察官準用之。」</p>
<b>3. 二者性質兼具者</b>	
警察 人員 人事 條例	<p>第 4 條：「警察官、職分立，官受保障，職得調任，非依法不得免官或免職。」</p> <p>第 31 條第 1 項：「警察人員有下列各款情形之一者，遴任機關或其授權之機關、學校應予以免職：一、公務人員任用法第二十八條第一項第一款、第二款及第六款所定情形之一。二、動員戡亂時期終止後，犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝。三、犯貪污罪、強盜罪，經有罪判決確定或通緝。四、犯前二款以外之罪，經處有期徒刑以上刑之判決確定，未宣告緩刑或未准予易科罰金。五、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告。六、公務人員考績法所定一次記二大過情事之一。七、犯第二款及第三款以外之罪，經通緝逾六個月未撤銷通緝。八、持械恐嚇或傷害長官、同事，情節重大，有具體事實，嚴重影響警譽。九、假借職務上之權勢，意圖敲詐、勒索，有具體事實，嚴重影響警譽。十、假借職務上之權勢，庇護竊盜、贓物、流氓、娼妓、賭博，有具體事實，嚴重影響警譽。十一、同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過。十二、依其他法律規定應予免職或喪失服公職權利。」</p> <p>第 31 條第 3 項：「依第一項免職者，並予免官。」</p>

法官法	<p>第 42 條第 1 項：「實任法官非有下列情事之一，不得免職：一、因犯內亂、外患、故意瀆職罪，受判刑確定者。二、故意犯前款以外之罪，受有期徒刑以上刑之宣告確定，有損法官尊嚴者。但宣告緩刑者，不在此限。三、受監護之宣告者。」</p> <p>第 89 條第 1 項前段：「本法...第四十二條第一項...有關法官之規定，於檢察官準用之。」</p>
司法人員人事條例	<p>第 32 條第 1 項：「實任司法官非有左列原因之一，不得免職：一、因內亂、外患、貪污、瀆職行為或不名譽之罪，受刑事處分之裁判確定者。二、因前款以外之罪，受有期徒刑以上刑事處分之裁判確定者。但宣告緩刑或准予易科罰金者，不在此限。三、受撤職之懲戒處分者。四、受禁治產之宣告者。」</p> <p>第 32 條第 2 項：「公務人員考績法關於免職之規定，於實任司法官不適用之。但應依公務員懲戒法之規定移付懲戒。」</p>

#### E. 救濟程序

對於公務人員關係消滅之救濟，大致上可分為兩大情形：首先，若是依「公務員懲戒法」所為之懲戒處分，例如撤職（第 12 條）、免除職務（第 11 條），則由於此係公務員懲戒委員會所為之懲戒處分判決，性質上屬一級一審之司法確定判決，故應依公務員懲戒法第 64 條以下之規定向公務員懲戒委員會提起再審進行救濟。再者，扣除上述懲戒處分，其餘遭撤銷任用、免職之公務員，因已改變公務員之身分關係，性質上屬於行政處分，相對人得依公務人員保障法第 25 條向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，如仍有不服，得依公務人員保障法第 72 條及司法院釋字第 243 號解釋意旨提起行政訴訟。例如，遭依警察人員人事條例第 10 條之 1 第 2 項規定撤銷任用之警察，得先向保訓會提起復審，如不服復審決定，再提起行政訴訟尋求救濟<sup>652</sup>。至於法官則有特別規定。法官法第 53 條第 1 項：「法官不服司法院所為撤銷任用資格、免職、停止職務、解職、轉任法官以外職務或調動等職務處分，應於收受人事令翌日起三十日內，以書面附具理由向司法院提出異議。」同法第 54 條第 3 項規定：「法官不服前條所列機關對異議所作之決定，應於決定書送達翌日起三十日內，向職務法庭起訴。」又依同法第 47 條第 1 項：「公務員懲戒委員會設職務法庭，審理下列之事項：一、法官懲戒之事項。二、法官不服撤銷任用資格、免職、停止職務、解職、轉任法官以

<sup>652</sup> 參臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2204 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 1614 號判決。

外職務或調動之事項。(略)」因此對法官之懲戒，以及撤銷任用、免職等職務處分之救濟，係由公懲會下設之職務法庭審理，不服時可上訴至職務法庭第二審，判決確定後亦可提起再審。

對於上述針對公務人員關係消滅(此指撤銷任用、撤職、免職)之救濟程序，整理如下表。

表 29 我國公務人員關係消滅之救濟程序

類型	救濟程序
1. 公務員懲戒法：撤職、免除職務	再審
2. 其餘公務員法規：撤銷任用、免職	復審、行政訴訟
3. 法官法：撤銷任用資格、免職	異議、職務法庭

### (三) 公務人員關係之變更

此處將以「停職」為主軸進行相關法規整理。所謂停職係暫時停止公務人員職務之執行，惟其公務員身分仍存在<sup>653</sup>（公法上職務關係仍存續），性質上屬暫時性措施，通常用於公務員相關法律責任確定前，因不宜繼續執行職務而予以暫停，待停職原因消滅後，該公務員得復職，並補發停職期間內之本俸或年功俸<sup>654</sup>。至於公務員懲戒法第 9 條第 1 項第 4 款之「休職」亦屬與停職相近的概念<sup>655</sup>，參公務員懲戒法第 14 條第 1 項：「休職，休其現職，停發俸（薪）給，並不得申請退休、退伍或在其他機關任職；其期間為六個月以上、三年以下。」及第 2 項：「休職期滿，許其回復原職務或相當之其他職務。自復職之日起，二年內不得晉敘、陞任或遷調主管職務。」

整理我國關於停職之法律規範如下表：

<sup>653</sup> 公務人員保障法第 9 條之 1 第 2 項：「公務人員於停職、休職或留職停薪期間，仍具公務人員身分。但不得執行職務。」

<sup>654</sup> 周志宏，我國現行法制有關停職、復職及免職相關規定之探討，頁 78 至 80。但復職必須以有職可復為前提，因此若已遭撤職、免職而終止公法上職務關係，則無復職問題。至於停職人員薪俸之發給及復職後薪俸之補給，參公務人員俸給法第 21 條及公務員懲戒法第 7 條。

<sup>655</sup> 周志宏，我國現行法制有關停職、復職及免職相關規定之探討，頁 79。

表 30 我國現行法制下停職之規定

	停職之條文規定
<p>公務員懲戒法</p>	<p>(1) 當然停止職務 第 4 條：「公務員有下列各款情形之一者，其職務當然停止：一、依刑事訴訟程序被通緝或羈押。二、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告。三、依刑事確定判決，受徒刑之宣告，在監所執行中。」</p> <p>(2) 先行停止職務 第 5 條第 1 項：「公務員懲戒委員會合議庭對於移送之懲戒案件，認為情節重大，有先行停止職務之必要者，得通知被付懲戒人之主管機關，先行停止其職務。」 第 5 條第 2 項：「主管機關對於所屬公務員，依第二十四條規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審理而認為有免除職務、撤職或休職等情節重大之虞者，亦得依職權先行停止其職務。」 (復職規定請參第 7 條。)</p>
<p>警察人員人事條例</p>	<p>第 29 條第 1 項：「警察人員有下列情形之一者，應即停職：一、動員戡亂時期終止後，涉嫌犯內亂罪、外患罪，經提起公訴於第一審判決前。二、涉嫌犯貪污罪、瀆職罪、強盜罪，經提起公訴於第一審判決前。但犯瀆職罪最重本刑三年以下有期徒刑者，不包括在內。三、涉嫌假借職務上之權力、機會或方法，犯詐欺、侵占、恐嚇罪，經提起公訴於第一審判決前。但犯最重本刑三年以下有期徒刑之罪者，不包括在內。四、涉嫌犯前三款之罪經法院判決有罪尚未確定；或撤銷判決發回更審或發交審判案件，其撤銷前之各級法院判決均為有罪尚未確定。五、涉嫌犯第一款至第三款以外之罪，經法院判處有期徒刑以上之刑尚未確定，未宣告緩刑或得易科罰金；或嗣經撤銷判決發回更審或發交審判，前一審級法院判處有期徒刑以上之刑尚未確定，未宣告緩刑或得易科罰金。六、依刑事訴訟程序被通緝或羈押。但犯內亂罪、外患罪、貪污罪、強盜罪被通緝者，依第三十一條第一項第二款或第三款規定辦理。」 第 29 條第 2 項：「警察人員其他違法情節重大，有具體事實者，得予以停職。」 第 29 條第 3 項：「第一項停職人員，由遴任機關或其授權之機關、學校核定。前項停職人員，由主管機關核定。」 (復職規定請參第 30 條、第 30 條之 1。)</p> <p>第 31 條第 1 項：「警察人員有下列各款情形之一者，遴任機關或其授權之機關、學校應予以免職：...六、公務人員考績法所定一次記二大過</p>

	<p>情事之一。七、犯第二款及第三款以外之罪，經通緝逾六個月未撤銷通緝。八、持械恐嚇或傷害長官、同事，情節重大，有具體事實，嚴重影響警譽。九、假借職務上之權勢，意圖敲詐、勒索，有具體事實，嚴重影響警譽。十、假借職務上之權勢，庇護竊盜、贓物、流氓、娼妓、賭博，有具體事實，嚴重影響警譽。十一、同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過。...」</p> <p>第 31 條第 2 項：「前項第六款至第十一款免職處分於確定後執行，未確定前應先行停職。」</p>
公務人員考績法	<p>第 18 條：「年終辦理之考績結果，應自次年一月起執行；一次記二大功專案考績及非於年終辦理之另予考績，自主管機關核定之日起執行。但考績應予免職人員，自確定之日起執行；未確定前，應先行停職。」</p>
法官法	<p>第 43 條第 1 項：「實任法官，除法律別有規定者外，非有下列各款情事之一，不得停止其職務：一、依公務人員任用法之規定，不得任用為公務人員者。二、有第六條第五款之情事者。三、依刑事訴訟程序被通緝或羈押者。四、依刑事確定判決，受徒刑或拘役之宣告，未依規定易科罰金，或受罰金之宣告，依規定易服勞役，在執行中者。五、所涉刑事、懲戒情節重大者。六、有客觀事實足認其不能執行職務，經司法院邀請相關專科醫師及學者專家組成小組認定者。」</p> <p>第 43 條第 2 項：「經依法停職之實任法官於停職事由消滅後三個月內，得申請復職，並依公務人員保障法及公務員懲戒法復職之規定辦理。」</p> <p>第 89 條第 1 項前段：「本法...第四十三條第一項至第三項...有關法官之規定，於檢察官準用之。」</p>
地方制度法	<p>第 78 條第 1 項：「直轄市長、縣(市)長、鄉(鎮、市)長、村(里)長，有下列情事之一者，分別由行政院、內政部、縣政府、鄉(鎮、市、區)公所停止其職務，不適用公務員懲戒法第三條之規定：一、涉嫌犯內亂、外患、貪污治罪條例或組織犯罪防制條例之罪，經第一審判處有期徒刑以上之刑者。但涉嫌貪污治罪條例上之圖利罪者，須經第二審判處有期徒刑以上之刑者。二、涉嫌犯前款以外，法定刑為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，經第一審判處有罪者。三、依刑事訴訟程序被羈押或通緝者。四、依檢肅流氓條例規定被留置者。」</p> <p>(復職規定請參第 78 條第 2、4、5 項。)</p>

關於遭停職之救濟程序：

- 首先對於依公務人員任用法律任用之公務員，因停職屬行政處分，故相對人得依公務人員保障法第 25 條向保訓會提起復審，如對復審決定不服，得依同法第 72 條提起行政訴訟。
- 再來，法官得依法官法第 53 條第 1 項向司法院提出異議，再依同法第 54 條第 3 項向職務法庭起訴。
- 最後，遭停止職務之直轄市長、縣市長、鄉鎮市長、村里長，可依序提起訴願、行政訴訟。

在全面疏理現行公務員法關於公務人員消極資格、乃至於懲戒之規範後，在接下來的法律草案設計上，應盡量銜接相關法令，而建議研擬的單一特別法，亦可思考僅創設實體構成要件，令其下令與作成懲戒處分之主體與程序，得以聯繫至現有之制度，而不盡以—雖然其他國家的經驗大相逕庭—特設機關、特別程序加以處理，在研究者眼中，此應為減少公部門人事清查所可能帶來之副作用的方法之一。

## 二、以人權侵害犯行為核心

在採取公部門人事清查措施的前提下，也因為台灣現在似無明確的「威權統治時期整體國家不法結構圖像」，包括清楚的行為模式、組織架構與人事，則試圖留諸未來「藉由檔案勾勒出具體行為人」之開放性，再加以聯繫至特定的法律效果，應該是較為可行的方式；台灣不是捷克，亦非波蘭，更不是面對納粹消亡的西德或東德消失的聯邦德國，時序的長久斷裂、或說：根本隱然的延續，使得台灣將難以採取「先有圖像、再去劃定、最後執行」，而似乎只能採取「先有開放性概念、再從檔案中抓出行為與行為人、最後執行」步驟。在此模式下，則首要面對的問題，即屬「該當行為與行為人」的敘述。

研究者傾向於以「具刑事可罰性之重大侵害人權」作為核心要件，不論在轉型正義的體系下，是否決定對之採取刑事追訴的手段，但至少在其公務員地位、公務員法範疇下加以處理，站在「個人究責」的基礎上，連動至公務員法中的懲戒效果，應較為可行，其理由如下：

1. 以人權侵害，且以具刑事可罰性之犯行為對象，較不易引發無謂之政治聯想、操作，避免政治濫用清算之指控，社會普遍之接受度應較高，同時要件較為明確，不論主觀或客觀要件，得通過合憲性檢驗；
2. 衡諸各國經驗，公部門人事清查雖以「司法領域」之警察、國安單位、司法人員為主，但如以重大侵害人權為聯繫要素，則除可適用該等範圍外，亦可擴展至其他同樣構成要件該當的公務員身上，不至於掛一漏萬；
3. 在進行刑事追訴可能引發想像上更大之紛爭與波折之際，「以公部門人事清查」代之，作為顯然較為和緩的替代手段，一方面滿足「究責不法行為人」、「有被害人亦當有加害人」之正義要求，二方面在不採納刑事追訴之前提下，仍賦予行為人不利之法律效果，不致淪為毫無制裁效果，應屬得宜<sup>656</sup>；
4. 從另一角度觀之，如以之替代刑事追訴，即便意圖辯護者，有所謂「國家不法行為乃限於特殊時空背景」或「根本不足論之以國家不法行為」說法，亦因採取人事清查後，僅在公務員法範圍內去進行處理，一定程度避免刑事追訴所可能引發之刑事法體系內的認事用法，可能陷入類似納粹褐衫軍（知名的 Fuller VS. Hart 辯論）或東德邊界警察射殺跨境者之法律爭論；
5. 此並非意謂著：非違犯重大侵害人權之行為者，即無加以一定清查與處理之必要，而僅為「不放入本研究所稱之公部門人事清查」脈絡下去看待，換言之，透過政治檔案的公開與揭露，公開歷史真相，留待社會去自行處理與檢視，應係可以思考之平行作法，並非刻意縱容其他諸如某些國家實踐經驗下的線民、密告合作者等一採取者即類同波蘭、捷克之措施。

至於人權侵害，由於銜接至具刑事可罰性之犯罪行為，原則上應可連結至現行刑事實體法之罪章罪名，但比較特殊的，是必須冠之以威權統治時期的「特殊意涵」，亦即必須聯繫至國家體系性不法行為的脈絡。以促轉會於 108 年 8 月 22 日，以促轉二字第 1085200195 號令訂定發布之《促進轉型正義委員會審定不義遺址作業要點》為例，其中第二點，關於不義遺址之定義，即指稱於威權統治時期，統治者侵害人權之下列處所：（一）鎮壓、強迫失蹤、法外處決、強制勞動、強制思想改造及其他侵害人權事件之場所；（二）透過行政、司法、軍隊、警察、情治及其他體制系統，實施違反自由民主憲政秩序或侵害人權行為之逮捕、拘禁、

---

<sup>656</sup> 當然，如果制度上選擇對涉及國家不法的行為人採取刑事追訴，則依據現有之公務員法制，原本即會連動至公務員懲戒的法律效果，至屬當然，並不衝突矛盾。

酷刑、強暴、偵訊、審理、裁定、判決、執行徒刑、拘役、感化感訓、槍決、埋葬及其他相關場所。此應為目前所能找到，最新且官方所訂，關於威權統治時期人權侵害內涵與樣態之「定義」；去除「場所」，留下「行為」，即為進行人事清查的客觀構成要件，前述論及真相委員會時，所提到學者 Priscilla Hayner 綜合各國真相委員會經驗，所定義之國家體系性不法，包括「屠殺，失蹤，刑求，暗殺，恣意逮捕，驅逐，誘拐，種族攻擊，歧視，故意搗毀住宅與土地，性侵與其他對於女性之殘酷暴行，來自於過去的壓制性政權，由武裝之民兵、軍人、警察或其他該不法政權之機關成員，在體制更迭前所為」者，其實相當類似。當然，在引入法律草案時，應努力銜接至目前相關法律概念與用語。

至所謂自由民主憲政秩序—首次出現於 1992 年 5 月增訂之《中華民國憲法增修條文》第 5 條第 5 項，有關解散違憲政黨之要件規範中，這個主要引自德國基本法自由民主基本秩序（*freiheitliche demokratische Grundordnung, fdGO*）的概念，始終存在其內涵究竟為何的爭議。德國聯邦憲法法院在 1952 年社會主義帝國黨（SRP）判決中，有具一定程度拘束力之認定，法院認其內涵應為：「排除任一暴力或恣意統治的，以國民依當時之多數及自由、平等之自決為基礎，所建立之法治國的統治秩序；此秩序之基本原則應包括：尊重基本法所具體規定之人權，特別是人格權、生命權及自由發展權，國民主權原則，權力分立原則，責任政治原則，依法行政原則，司法獨立原則，多數政黨政治原則，所有政黨機會均等原則，具合憲形成及反對之權利的原則等」<sup>657</sup>。套入本研究之脈絡，可見最關鍵之自由民主憲政秩序內涵，在於人權—首當其衝者當為生命權、人身自由權等，誠然，「違反自由民主憲政秩序」只是一構成要件要素，如前所述，仍必須扣合接下來之「描述下的該當行為」—具體侵害人權之行為樣態。

### 三、法律草案

在思考建構我國除垢與人事清查制度之工作上，謹提出初步法制設計構想如下：

1. 應制定單一特別法，作為現行相關公務人員人事法令—特別是公務員懲戒法之特別規定；

---

<sup>657</sup> BVerfGE 2, 12f.

2. 集中於「特定重大侵害人權行為」，包括決策與執行；
3. 明示雖非「特定重大侵害人權行為」之行為人，但與該等行為有出於故意之協助或其他積極行為者，對之採取資訊揭露、非狹義人事清查之其他手段；
4. 雖本於政治檔案為基礎之職權調查原則，但兼採融入與和解等模式下之當事人主動陳報與協力作法；
5. 法律效果聯繫至公務員懲戒法（免職）、公務人員任用法、公職人員選舉罷免法，亦即特定職務入口出口管制模式；
6. 程序原則與保障，包括閱覽權、聽證權（不建議公開審理）、法律扶助權；
7. 檔案處理機關或未來轉型正義專責機關，以檔案為基礎後，移送予公務員懲戒委員會懲戒（不建議設置除垢特別機關或委員會處理），同時建置其相關救濟途徑。

在執行主體、亦即「公部門人事清查專責機關」之問題，如同前述研究所示，不論在國際組織之相關建議，乃至於不同國家的實踐經驗，「交由專責機關處理」，似乎為普遍的共識，這一方面是本於轉型正義之特殊性，使之在「行政組織」面向上，或可超脫既有行政體系暨組織之束縛，特別強調其獨立性，二方面應該基於轉型正義之複雜性，尤其是政治檔案之特殊且繁複的處理需求—不論質或量，在在都顯示既有機關部門，在本身原屬之職務範圍之外，再難承接此一重任之考量。《促進轉型正義條例》第 2 條第 2 項第 5 款之「其他轉型正義事項」的規劃、推動，應得包括未來設置轉型正義專責機關、乃至於進行公部門人事清查專責機關的立法準備，訂定諸如《不當黨產條例》、黨產會之法律暨專責機關，此時可考量業務之需求與負荷，選擇由統籌並執行所有轉型正義相關業務之單一機關、抑或由專門從事公部門人事清查業務之單一機關來行使，不一而足。當然，從本研究傾向之「下一階段銜接既有公務員懲戒制度」，乃至於再回歸一般司法救濟看來，「發動、非決定主體」應是該專責單位的核心任務，是以，如果站在「設置新的專門機關」之前提上，則交給統籌並執行所有轉型正義相關業務之單一機關，而非謹負責公部門人事清查之新設機關，應是較佳的選擇，否則如不斷的成立新設單位，不但事多力分，且可能產生彼此之步調不一，扞格不入，當然，除非如處理不當黨產之繁複，或可另當別論。至少就以政治檔案為主的公部門人事清查而言，研究者認為應尚未及之，因此，「設置專責轉型正義之單一機關」，如果促轉會或將來的立法者傾向於此一選項，則交由其來一併處理公部門人事清查，

應為首要建議。依現有制度與組織，如作為目前除黨產會以外之唯一轉型正義專責機關－促轉會，透過修法而繼續存續，包括「轉型為未來之轉型正義執行機關」－不論是更名或新設，則性質上最為合適，因此研究者選擇在後述的法律草案設計中，以此為第一選項。

當然，相對的，如果促轉會或將來的立法者，並不傾向於維持促轉會的存在，保留現行法「限時立法暨限時機關」之特性，未來亦不設置專責轉型正義業務之機關的話，則揆諸以下兩項考量：

- 政治檔案作為公部門人事清查的主要依據，以及
- 公部門人事清查單位定性為「發動」、非決定主體，並進而銜接既有公務員懲戒體系－當然，建議不受當今「監察院調查彈劾後再送公務員懲戒委員會」之限制等，

「專責政治檔案之機關」，根據現行《政治檔案條例》第 2 條規定，即為行政院國家發展委員會檔案管理局，抑或其他經指定之相關檔案應用機關等，應屬政策上的第二選項，由其擔任公部門人事清查的發動單位，在進行政治檔案的相關應用處理之過程中，順帶執行此任務，理應適合，當然，為求慎重，尤其考量其一定程度取代既有監察院「調查彈劾公務員再送公務員懲戒委員會」之功能與程序，再於政治檔案專責機關之內部，加入針對公部門人事清查業務之次級組織或特別審議程序，應較適當，是以，本研究傾向於規劃「促轉會因階段性任務完成或政策已改變而經裁撤者，由受理相關轉型正義業務之其他機關或單位，如無，由國家發展委員會檔案管理局或其他經指定之相關檔案應用機關或單位，執行本條例所定促轉會之任務」，作為專責單位規劃的核心考量。

本於以上的結論，以下謹提出相關法律草案，提供參考。

## 《威權統治時期公務員人事清查條例草案》總說明

《促進轉型正義條例》第 4 條第 2 項規定，促進轉型正義委員會（下稱促轉會）任務之一為「回復威權統治時期相關歷史事實真相，釐清壓迫體制加害者及參與者責任」，依同條第 3 項規定，促轉會並應規劃人事清查處置及相關救濟程序，呈現於最終調查報告之中，接續之後立法者可能的立法思考與行為。是以，本於法律所交付任務，規劃威權統治時期相關人事清查處置暨救濟制度，爰特研擬《威權統治時期公務員人事清查條例草案》（下稱草案）。草案以「具刑事可罰性之重大侵害人權」作為核心要件，亦即在國際轉型正義之法（*Lex Transitus*）發展下所普遍接受之人事清查實體標準：「涉及國際法犯行、重大的人權侵害行為、貪污、濫用權勢地位或根本缺乏專業資格與能力」中，衡諸我國特有之威權統治經驗，僅聚焦於國際上咸認共識度最高之「重大人權侵害」類型，以為處理。不論在轉型正義的體系下，是否決定對之採取刑事追訴的手段，但至少在其公務員地位、公務員法範疇下加以處理，站在「個人究責」的基礎上，連動至公務員法中的懲戒效果，蓋以人權侵害，且以具刑事可罰性之犯行為對象，以提高社會普遍之接受度，復因行為要件相對明確，不論主觀或客觀要件，得以通過合憲性檢驗。再者，衡諸各國經驗，公部門人事清查雖以「泛司法領域」之警察、國安單位、司法人員為主，但如以重大侵害人權為聯繫要素，則除可適用該等範圍外，亦可擴展至其他同樣構成要件該當的公務員身上，將不至掛一漏萬。而在是否就威權統治時期不法行為應進行刑事追訴之爭論下，代之以公部門人事清查，作為顯較和緩之替代手段，一方面滿足「究責不法行為人」、「有被害人亦當有加害人」之正義要求，二方面在如不採納刑事追訴之情形下，仍賦予行為人公務員地位之公務員法上不利效果，不致淪為毫無制裁效果，應屬得宜。草案同時參考聯合國 2006《後衝突背景下公部門人事清查與運作指引》（*Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines*），採納所建議之轉型國家處理相關事務的應遵循規範，包括程序公開、檔案閱覽權、聽審與法律辯護之保障、保有法律救濟之可能性、舉證責任由進行清查之機關負擔等原則，此外，歐盟理事會 1996 年亦頒佈有《去除過去共產極權體系所留遺產之應行措施》（*Measures to Dismantle the Heritage of Former Communist Totalitarian Systems*），針對各國之處理轉型正義、特別是公部門人事清查與除垢，建議採取下列基本原則：應設置獨立之特別委員會以處理之；採取之措施不應以刑罰、報復等為目標；私人或

準私人機構應該排除在除垢之外；禁止擔任公職期間不應長於 5 年；「在某一特定時點具有某一合法組織之成員身分」，不得作為免職之標準，但如與侵害人權有關者，不在此限等，共同作為制定草案之重要參考依據。在國際上有關民主化後轉型正義下公部門人事清查的制度選擇上，草案不採所謂「禁止與過去政權有一定關聯之人，擔任新政府的特定職務」之排他型（exclusive），而採融入型（inclusive）暨和解型（reconciliatory）作法：賦予與過去政權有一定關聯者「第二次機會」，只要主動揭露過去所涉情節即可，當事人主動揭露與過去政權之關係後，再進行相關的比對查證，以驗示其陳述聲明之正確性等；雖考量與參酌國際指引與各國經驗，但針對吾國特殊歷史發展、時序差距與一定程度民主轉型之不同影響，將人事清查之範圍與作法為相當之限縮，緊密聯繫於「侵害人權行為」一旦對之侷限以「重大情節之國家體系性不法」的範疇，未採納如捷克、波蘭或某些東歐國家曾施行之「集體究責」暨「形式標準」。本於前述之政策思維，草案特採取下列之基本原則：

1. 制定單一特別法，作為現行相關公務人員人事法令—特別是公務員懲戒法之特別規定；
2. 集中於「特定重大侵害人權行為」，包括決策（定）、指示與執行實施；
3. 雖本於政治檔案為基礎之職權調查原則，但兼採融入與和解等模式下之當事人主動陳報與協力作法；
4. 法律效果聯繫至公務員懲戒法（免職、撤職或已退休離職者之剝奪、減少退休職金）、公職人員選舉罷免法之一般規定，亦即採取特定職務入口出口管制模式；
5. 在程序原則與保障方面，包括閱覽權、意見表達權、聽證權（原則上不公開審理）等；
6. 由現行或未來轉型正義專責機關，如無，則由《政治檔案條例》之政治檔案處理機關，以政治檔案為基礎後，經由聽證暨特別組成之委員會審議通過後，再移送予公務員懲戒委員會懲戒，同時銜接至現行公務員懲戒制度下之救濟途徑。

草案共十八條，其內容要點如下：

- 一、 本條例之立法目的。（草案第一條）
- 二、 威權統治時期公務員人事清查及處置，應依本條例為之。（草案第二條）

- 三、 有關威權統治時期、政治檔案、政府機關（構）、公務員、侵害人權行為之定義。（草案第三條）
- 四、 促轉會以政治檔案進行調查後，發現有侵害人權行為之公務員、法官、檢察官者之移送公務員懲戒委員會處理。（草案第四條）
- 五、 當事人於經識別確認前主動陳報者之免移送懲戒。（草案第五條）
- 六、 侵害人權行為基於服從長官命令而實施者，免移送懲戒，但情節重大者不適用之。（草案第六條）
- 七、 促轉會移送公務員懲戒委員會前之舉行聽證、召開審議委員會審議等必要程序；聽證不公開、另訂定審議委員會組成暨程序等授權規定。（草案第七條）
- 八、 促轉會應將聽證、審議等紀錄卷證等資料併同移送之義務。（草案第八條）
- 九、 促轉會移送公務員懲戒委員會者，當事人職務即當然停止。（草案第九條）
- 十、 公務員懲戒委員會之確認或確認並懲戒處分判決，包括針對已退休（職、伍）或其他離職者之特殊處分。（草案第十條）
- 十一、 法官及檢察官依法官法而適用公務員懲戒法之懲戒規定。（草案第十一條）
- 十二、 明定除公務員懲戒法第十條外之其他特殊應予審酌之情狀，併為處分輕重之標準。（草案第十二條）
- 十三、 懲戒程序、執行暨作為救濟程序之再審，應適用公務員懲戒法規定。（草案第十三條）
- 十四、 經公務員懲戒委員會確認侵害人權行為存在者，禁止登記為公職人員候選人暨其救濟。（草案第十四條）
- 十五、 相關政治檔案之申請閱覽、抄錄或複製，適用政治檔案條例規定之明文。（草案第十五條）
- 十六、 當事人應受公務人員職務涉訟之辯護及法律上協助。（草案第十六條）
- 十七、 促轉會經裁撤者之承繼機關的任務延續執行。（草案第十七條）
- 十八、 本條例自公布日施行。（草案第十八條）

《威權統治時期公務員人事清查條例草案》

條次	立法理由
<p>第一條（立法目的）</p> <p>為促進轉型正義及落實自由民主憲政秩序，以真相調查之結果，還原人權受迫害之歷程，釐清壓迫體制加害者及參與者責任，重建政府廉正及威信，特制定本條例。</p>	<p>轉型正義脈絡下作為重要手段之一的公部門人事清查，除為促進轉型正義，落實自由民主之憲政秩序外，並圖以歷史真相調查之結果，在還原人權受迫害之歷程外，嘗試於釐清壓迫體制加害者、參與者責任的目標上，透過本條例明定之人事清查措施，排除有重大侵害人權行為之公務人員（公務員、法官、檢察官）繼續存留政府體制之中，以重建政府廉正及威信，特參考《促進轉型正義條例》第一條、《威權統治時期歷史真相調查辦法》第二條第一項之目的及宗旨，明定本條例之立法目的。</p>
<p>第二條（人事清查及處置）</p> <p>威權統治時期違犯侵害人權行為之政府機關（構）所屬公務員、法官或檢察官，應依本條例進行人事清查及處置。</p>	<p>《促進轉型正義條例》第四條第二項明定，為完整回復威權統治時期相關歷史事實並促進社會和解，促轉會應主動進行真相調查，依所徵集之檔案資料，邀集各相關當事人陳述意見，以還原人權受迫害之歷程，並釐清壓迫體制加害者及參與者責任，同條第三項並規範促轉會應基於相關陳述、調查結果及檔案資料，撰寫調查報告，並規劃人事清查處置及相關救濟程序，特此明定本條，以公務員、法官、檢察官為對象，於促轉會規劃之本條例為基礎，進行人事清查。</p>
<p>第三條（定義）</p> <p>本條例用語定義如下：</p> <p>一、威權統治時期，指自中華民國三十</p>	<p>關於本條例適用上居於關鍵重要地位之名詞，爰參酌《促進轉型正義條例》第三條有關威權統治時期之期間範</p>

<p>四年八月十五日起至八十一年十一月六日止之時期。</p> <p>二、政治檔案，指政治檔案條例所稱之政治檔案。</p> <p>三、政府機關（構），指中央、地方各級機關、行政法人及受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，及各級機關設立之實（試）驗、研究、文教、醫療等機構、財團法人或公營事業機構。</p> <p>四、公務員，指受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員。</p> <p>五、侵害人權行為，指違反自由民主憲政秩序之鎮壓、強迫失蹤、酷刑或強暴、法外處決、強制勞動、強制思想改造及其他於逮捕、拘禁、調查、偵查、起訴、通緝、審判、刑事執行程序中不法侵害人民生命、身體、自由、健康、名譽及財產之行為。</p>	<p>圍，連結至《政治檔案條例》所稱政治檔案以作為進行人事清查之基礎，同法第三條第三款攸關政治檔案之政府機關（構）範疇，同時援引《公務員懲戒法》有關公務員受懲戒對象之適用範圍，分別加以定義。就作為人事清查實體標準之侵害人權行為，促轉會於 108 年 8 月 22 日，以促轉二字第 1085200195 號令訂定發布之《促進轉型正義委員會審定不義遺址作業要點》中，曾就不義遺址為定義（第二點），係目前官方對「國家不法行為」所為之較新而明確之規範，其中即指稱於威權統治時期，統治者侵害人權之行為態樣，而以其所違犯之處所為不義遺址，包括：鎮壓、強迫失蹤、法外處決、強制勞動、強制思想改造及其他侵害人權事件之場所；透過行政、司法、軍隊、警察、情治及其他體制系統，實施違反自由民主憲政秩序或侵害人權行為之逮捕、拘禁、酷刑、強暴、偵訊、審理、裁定、判決、執行徒刑、拘役、感化感訓、槍決、埋葬及其他相關場所等。再者，國際上居於權威地位的研究者 Priscilla Hayner，綜合各國真相委員會經驗，定義所謂國家體系性不法，應包括「屠殺，失蹤，刑求，暗殺，恣意逮捕，驅逐，誘拐，種族攻擊，歧視，故意搗毀住宅與土地，性侵與其他對於女性之殘酷暴行，來自於過去的壓制性政權，由武裝之民兵、軍人、警察或其他該不法</p>
--	---

	<p>政權之機關成員，在體制更迭前所為」者，並同時參酌此統整各國經驗，試以描繪本條例進行公部門人事清查所該當之「侵害行為」，為如是之定義。</p>
<p>第四條（真相調查與移送公務員懲戒）</p> <p>威權統治時期，違反自由民主憲政秩序而蒐集、製作或建立之政治檔案相關資料，促進轉型正義委員會（以下簡稱促轉會）以之進行調查後，發現有侵害人權行為之事實，經識別確認之決定、指示或實施該侵害人權行為之公務員、法官或檢察官，促轉會應檢具事實資料連同證據，移送公務員懲戒委員會審理，不受公務員懲戒法第二十三條之限制。</p>	<p>公部門人事清查應以《促進轉型正義條例》第四條第一項所稱「威權統治時期，違反自由民主憲政秩序而蒐集、製作或建立之政治檔案相關資料」為調查之基礎，於發現公務員、法官或檢察官有侵害人權行為之事實時，即連結至現行公務員懲戒制度，由公務員懲戒委員會進行司法裁判，以作成懲戒處分。惟在現行制度下，《公務員懲戒法》第二十三條明文：「監察院認為公務員有第二條所定情事，應付懲戒者，應將彈劾案連同證據，移送公務員懲戒委員會審理」，亦即以監察院調查並為彈劾，作為啟動公務員懲戒之先行程序，爰明定本條由促轉會經過一定程序後、逕行移送公務員懲戒委員會，不受該條須經監察院之限制，即由專責轉型正義處理業務之促轉會，在此事項上平行於監察院而同時作為啟動公務員懲戒之程序。在進行人事清查之實體標準上，雖考量與參酌國際指引與各國經驗，但針對吾國特殊歷史發展、時序差距與一定程度民主轉型之不同影響，將人事清查之範圍與作法為相當之限縮，緊密聯繫於「侵害人權行為」一旦對之侷限以「重大情節之國家體系性不法」的範疇，未採納如捷克、波蘭或某些東歐國家曾施行之</p>

	<p>「集體究責」暨「形式標準」；再者，侵害人權行為之類型，可能有決定（決策）、指示或個別實施等，就前二者而言，未必為當事人「親身實現侵害人權行為」，但亦納之為處理對象，以免滋生輕縱真正元兇之弊，特此明定。</p>
<p>第五條（主動陳報者之例外）</p> <p>決定、指示或實施侵害人權行為之公務員、法官或檢察官，於促轉會依前條規定進行調查而識別確認前，主動陳報相關事實及行為，並經查證屬實者，不移送公務員懲戒委員會審理及懲戒。</p>	<p>爰採取各國轉型正義下人事清查之融入型與和解型模式，即賦予與過去政權有一定關聯者「第二次機會」，只要主動揭露過去所涉情節，由當事人主動揭露與過去政權之關係，更重要的：聯繫至所違犯之人權侵害行為後，再進行相關的比對查證，以驗示其陳述聲明之正確性後，進行類似刑事法領域之「特赦」，即不再移送公務員懲戒委員會進行懲戒，特此明定。</p>
<p>第六條（服從長官命令者之例外）</p> <p>侵害人權行為之實施者，如係服從於長官監督範圍內所發之命令者，不移送公務員懲戒委員會審理及懲戒。但出於故意且其實施明顯逾越命令內容及範圍，情節重大者，不在此限。</p>	<p>《公務人員保障法》第十七條第一項明文：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面署名下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務」，惟該條係結束威權統治、邁向民主化發展之後的後修訂條文，各界迭有應考量威權統治時期「公務人員不敢不服從」之現實，是參酌前揭《公務人員保障法》規定，明文只要在服從於長官監督範圍內之命令者，免受懲戒，但仍於但書中明定仍應予追究之要件，使於個案上仍</p>

	有進行懲戒之機會，爰訂定本條。
<p>第七條（聽證及審議程序）</p> <p>促轉會依第四條規定移送公務員懲戒委員會審理前，應進行下列程序：</p> <p>一、依行政程序法舉行聽證。</p> <p>二、召集由相關機關（構）、團體代表、學者專家及社會公正人士組成之委員會審議通過之。</p> <p>第五條之情形，不適用前項規定。</p> <p>第一項第一款之聽證應不公開，不受行政程序法第五十九條限制。</p> <p>第一項第二款委員會之組成、相關審議處理程序及其他應遵行事項之辦法，由促轉會定之。</p>	<p>本條明定於促轉會移送公務員懲戒委員會進行懲戒處分前，必須先踐行兩個程序：首先是援引《行政程序法》之規定（第一章第十節第五十四條以下），舉行聽證，以落實國際組織所建議之保障當事人聽證權（第一項第一款），但基於其可能產生之不利影響，特排除《行政程序法》第五十九條「聽證原則上公開」之規定，令之以不公開（第三項）。再者，鑑於公部門人事清查之特殊性，應由獨立之外部參與，爰明定由相關機關（構）、團體代表、學者專家及社會公正人士等組成獨立之委員會，交其審議，並於審議通過後方接續移送公務員懲戒委員會之程序（第一項第二款），同時明訂該委員會相關事項之授權規定（第四項），包括其組成、審議處理程序等，俾便適用。本條第二項復明文，業依第五條規定主動陳報其人權侵害行為之當事人，在融入與和解之模式下，既再無加以追究懲戒之作為，則無須再行辦理聽證及審議。</p>
<p>第八條（紀錄卷證移送義務）</p> <p>促轉會依前條規定舉行聽證及進行委員會審議者，其聽證紀錄、審議意見、審議會紀錄及其他相關卷證資料，應併同移送公務員懲戒委員會。</p>	<p>促轉會移送個案予公務員懲戒委員會，除第四條所示事實資料及證據外，並應連同第七條舉行聽證暨審議所得之紀錄、意見及其他相關卷證資料，一同移送，以利公務員懲戒委員會之審理，爰明訂本條以為適用。</p>
<p>第九條（停職）</p> <p>公務員、法官或檢察官決定、指示</p>	<p>《公務員懲戒法》第四條明定：「公務員有下列各款情形之一者，其職務當然</p>

<p>或實施侵害人權行為，經促轉會移送公務員懲戒委員會者，其職務當然停止，不受公務員懲戒法第四條之限制。</p>	<p>停止：一、依刑事訴訟程序被通緝或羈押。二、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告。三、依刑事確定判決，受徒刑之宣告，在監所執行中」，惟經促轉會認定且經審議委員會審議通過，認有違犯人權侵害行為者，性質上已不宜令其繼續執行公務，爰明訂本條，使其職務當然停止，直至公務員懲戒委員會作出懲戒處分為止。</p>
<p>第十條（確認及懲戒處分判決）</p> <p>公務員懲戒委員會，對於決定、指示或實施侵害人權行為之公務員、法官或檢察官，得為確認該侵害人權行為存在或併科以下列懲戒處分之判決：</p> <p>一、免除職務。</p> <p>二、撤職。</p> <p>三、剝奪、減少退休（職、伍）金。</p> <p>前項第三款之處分，以退休（職、伍）或其他原因離職之公務員為限。</p>	<p>依本條例進行公部門人事清查，政策上銜接至現行公務員懲戒制度，是連結至《公務員懲戒法》第九條明訂之懲戒處分類型，惟涉及重大人權侵害行為，茲事體大，宜為較嚴厲之懲戒，是區分仍在職（免職與撤職）、已離職（退休或其他原因），區分不同之法律效果，明訂本條第一項三款及第二項。公務員懲戒委員會亦得僅確認侵害人權行為之存在，但依個案具體情狀而不選擇任一懲戒處分，是於第一項中明定「確認該侵害人權行為存在」之確認判決部分，以為區分。</p>
<p>第十一條（法官與檢察官之懲戒處分）</p> <p>決定、指示或實施侵害人權行為之法官，依法官法之規定予以懲戒，經受免除法官職務之懲戒處分者，不受同法第四十二條第一項、第五十一條第一項限制。</p> <p>決定、指示或實施侵害人權行為之檢察官，其懲戒、移送及審理程序，適用前項及法官法第八十九條第八項規</p>	<p>作為特殊類型公務員之法官與檢察官，《法官法》明訂其特殊保障，納入於本條例之人事清查，亦須有相應之處理。本於公部門人事清查連結至現行公務員懲戒制度之出發點，明訂法官有違犯侵害人權行為者，應依《法官法》予以懲戒，規範上該法亦聯繫至公務員懲戒委員會審理—雖設有特殊之職務法庭。再者，該法第四十二條第一項：「實</p>

<p>定。</p>	<p>任法官非有下列情事之一，不得免職： 一、因犯內亂、外患、故意瀆職罪，受判刑確定者。二、故意犯前款以外之罪，受有期徒刑以上刑之宣告確定，有損法官尊嚴者。但宣告緩刑者，不在此限。三、受監護之宣告者。」，第五十一條第一項：「法官之懲戒，除第四十條之情形外，應由監察院彈劾後移送職務法庭審理」，不論在前者的實體要件上，抑或後者的「監察院彈劾作為前提」之程序要件上，本條例均作為特別法而加以適用，特此明訂本條第一項。依《法官法》第八十九條第八項規定，檢察官之懲戒，由公務員懲戒委員會職務法庭審理之，其移送及審理程序亦均準用法官之懲戒程序，是特設本條第二項作為銜接。</p>
<p>第十二條（懲戒之標準）</p> <p>為第十條、第十一條之懲戒處分時，除注意公務員懲戒法第十條所列各款事項外，應審酌公務員、法官或檢察官為決定、指示或實施侵害人權行為時之職務地位、受長官指示及命令之範圍及程度、執行職務與維護國家安全或公共利益之關連及必要性等情狀，併為處分輕重之標準。</p>	<p>《公務員懲戒法》第十條規定：「懲戒處分時，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為處分輕重之標準：一、行為之動機。二、行為之目的。三、行為時所受之刺激。四、行為之手段。五、行為人之生活狀況。六、行為人之品行。七、行為人違反義務之程度。八、行為所生之損害或影響。九、行為後之態度」，此作為一般公務員懲戒之法律效果選擇上的裁量要素，爰參酌國家體系性不法行為脈絡下之特殊性，特別是行為人之職務地位、受該管長官指示及命令之範圍與程度，特殊情狀下可能涉及維護國家安全或公共利益的關連、必要</p>

	<p>性等，諸如區分正當執法之過當實施、惡性重大之非正當執法或遂行私益私慾等不同類型，作為進行懲戒之審酌標準，特此明訂本條。</p>
<p>第十三條（懲戒程序、再審及執行）          決定、指示或實施侵害人權行為之公務員、法官或檢察官之懲戒，其審判程序、再審及執行，適用公務員懲戒法規定。</p>	<p>在銜接至現行公務員懲戒制度之前提下，相關救濟程序亦同，特別是再審，爰明訂本條，使之適用《公務員懲戒法》相關規定。</p>
<p>第十四條(擔任公職人員候選人之禁止)          決定、指示或實施侵害人權行為之公務員、法官或檢察官，經公務員懲戒委員會為確認該行為存在之判決後，不得登記為公職人員候選人，不受公職人員選舉罷免法第二十六條限制。          對於前項不得登記為公職人員候選人之處分不服者，得於決定書送達之次日起二個月內提起行政訴訟。</p>	<p>各國公部門人事清查上，多有「排除該當人員透過選舉而再度進入公職」之作法，亦有「現任經選舉產生之公職人員應逕予解職」之措施，考量我國情況，採取前者之設計，使經公務員懲戒委員會作成「確認侵害人權行為存在」、不論是否作成相應之懲戒處分的當事人，禁止參加公職人員選舉，特明訂本條第一項。再者，《公職人員選舉罷免法》第二十六條明文：「有下列情事之一者，不得登記為候選人：一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂、外患罪，經依刑法判刑確定。二、曾犯貪污罪，經判刑確定。三、曾犯刑法第一百四十二條、第一百四十四條之罪，經判刑確定。四、犯前三款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。五、受保安處分或感訓處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢。六、受破產宣告確定，尚未復權。七、依法停止任用或受休職處分，尚未期滿。八、褫奪公權，</p>

	<p>尚未復權。九、受監護或輔助宣告，尚未撤銷」，本條作為該條之特別規定，特於第一項後段明訂不受其限制，以臻明確。第二項針對「不得登記為公職人員候選人」之情節，聯繫至一般此種爭議之救濟程序，明訂當事人得於決定書送達次日起二個月內，提起行政訴訟，以為救濟。</p>
<p>第十五條</p> <p>本條例政府機關（構）政治檔案之申請閱覽、抄錄或複製事宜，適用政治檔案條例規定辦理，並不受行政程序法第四十六條第一項但書之限制。</p>	<p>本條例所涉者既為《政治檔案條例》所稱之政治檔案，則關於該等政治檔案之申請閱覽、抄錄或複製等事宜，即應回歸該條例之規定，特此明文。再者，《行政程序法》第四十六條明定：「當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗。但以主張或維護其法律上利益有必要者為限」，鑑於轉型正義處理之必要性，復以本條例作為特別法，已再無回歸行政程序一般資訊權所需之「利益關聯性要件」，特排除該條項但書之限制，以為明確。</p>
<p>第十六條（辯護及法律上協助）</p> <p>公務員、法官或檢察官，因執行職務而涉及決定、指示或實施侵害人權行為時，服務機關應輔助其延聘律師為其辯護及提供法律上之協助，不受公務人員保障法第二十二條第二項之限制。</p>	<p>《公務人員保障法》第二十二條第一、二項規定：「公務人員依法執行職務涉訟時，服務機關應輔助其延聘律師為其辯護及提供法律上之協助。前項情形，其涉訟係因公務人員之故意或重大過失所致者，應不予輔助；如服務機關已支付涉訟輔助費用者，應予追還」，放諸公部門人事清查，國際組織迭有「應保障其訴訟權並為法律扶助等措施」，蓋與原則上「公務人員之故意或重大過</p>

	<p>失所致者應排除法律扶助」不同，威權統治時期畢竟仍常有國家行為的外觀，甚而假以維護國家安全與公共利益之名，情況仍有不同，特設此明文，使行為人得受辯護暨法律上之協助，不受《公務人員保障法》第二十二條第二項之限制。</p>
<p>第十七條（促轉業務之承繼機關）</p> <p>促轉會因階段性任務完成或政策已改變而經裁撤者，由受理相關轉型正義業務之其他機關或單位，如無，由國家發展委員會檔案管理局或其他經指定之相關檔案應用機關或單位，執行本條例所定促轉會之任務。</p>	<p>促轉會是否延續或轉為轉型正義業務之執行單位，猶待未來之行政暨立法行為決定，爰參酌《中央行政機關組織基準法》第十條第六款，有關機關裁撤而業務移撥之規定，特設本條，明文如因階段性任務完成或政策已改變而裁撤促轉會者，由受理相關轉型正義業務之其他機關或單位，如無，則由國家發展委員會檔案管理局或其他經指定之相關檔案應用機關或單位，執行本條例所定促轉會之任務，以搭配特別是政治檔案處理與運用之便利性，執行本條例明訂之工作。</p>
<p>第十八條（施行日）</p> <p>本條例自公布日施行。</p>	<p>本條明定施行日。</p>

## 參考文獻

### 一、中文部分

(按姓氏筆劃順序)

1. 丘宏達、陳純一，現代國際法，修訂三版。台北：三民，2014年。
2. 司法院大法官書記處編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）－職業選擇自由與工作權。台北：司法院秘書處，1997年。
3. 李怡俐，當代轉型正義的制度與規範脈絡－兼論南韓與台灣的經驗比較，國立台灣大學法律學系博士論文，2013年。
4. 李怡俐，轉型正義的機制及脈絡因素－以台灣為例，台灣人權學刊，1卷2期，2012年6月，頁145-176。
5. 吳志光，司法與歷史的轉型正義糾葛－兼論歐洲人權法院關於一九四五至一九四九年德東蘇聯占領區土地改革之裁判，月旦法學雜誌，第151期，2007年12月，頁41-56。
6. 林佳和，轉型正義下的財產返還－台灣與國際經驗，台灣教授協會主辦：轉型正義與法律學術研討會，台北：國立台灣大學社會科學院，2016年4月23-24日。
7. 周志宏，我國現行法制有關停職、復職及免職相關規定之探討，月旦法學雜誌，90期，2002年11月，頁77-98。
8. 迪特爾·格魯瑟爾 (Dieter Grosser)，德國統一史 (Geschichte der deutschen Einheit)，鄧文子譯，2冊。北京：社會科學文獻出版社，2016年。
9. 城兆毅，法治國原則與臺灣的轉型正義－兼評非常法制並以美麗島事件為例，國立臺灣大學國家發展研究所博士論文，2014年。
10. 施正鋒，中、東歐的轉型正義，台灣原住民族研究學報，6卷3期，2016年9月，頁73-99。
11. 施正鋒，捷克的轉型正義，台灣國際研究季刊，12卷4期，2016年12月，頁113-154。
12. 翁岳生，行政法與現代法治國家。台北：三民，2015年。
13. 陳敏，兩德統一之法制調整統一條約有關行政法部分之簡介，政大法學評論，43期，1991年6月，頁35-41。

14. 陳敏，行政法總論。新學林，2016年9月。
15. 詹凌瑀，轉型正義的實踐－以波蘭與台灣為例，淡江大學歐洲研究所碩士論文，2016年。
16. 劉正祥，轉型正義之法治課題及應有方向之探討：除了真相還要什麼？以懲罰制度之必要性與可行性為重心，國立台灣大學法律學系碩士論文，2008年。
17. Peter Badura 與 Horst Dreier 編，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集，蘇永欽等譯，全二冊。台北：聯經，2010年。

## 二、外文部分

(按姓氏字母排列順序)

1. Alexander, N. Vergangenheitsbewältigung als Zukunftschance. »Wahrheit« und »Versöhnung« in Südafrika, in: Alexander/Limbach/Gauck, Wahrheitspolitik in Deutschland und Südafrika. Drei Pfade zur Aufarbeitung der Vergangenheit, Hannover 2001, S. 21-49.
2. Arnold, Jörg, Die Normalität des Strafrechts der DDR, Bd. 1. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995.
3. Arendt, H. Denktagebuch 1950-1973, Bd. 1, München 2002.
4. Arendt, H. Vita activa, München 2002.
5. Ash, T. G. 2009, Facts are Subversive: Political Writing from a Decade without a Name, Atlantic Books.
6. Assmann, A. Geschichte im Gedächtnis: Von der individuellen Erfahrung zur öffentlichen Inszenierung, 2 Aufl., München 2014.
7. Aukerman, M. 2002, Extraordinary Evil, Ordinary Crime, Harvard Human Rights Journal 15, pp. 39-98.
8. Beattie, A. 2008, Playing politics with history. The Bundestag inquires into East Germany, New York, Oxford.
9. Beck, U. Die Erfindung des Politischen. Zu einer Theorie reflexiver Modernisierung, Ffm. 1993.
10. Benda, V. Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in der Tschechischen Republik, in: Unverhau, D.(Hrsg.), Lustration, Aktenöffnung,

- demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn, Münster 1999, S. 131-140.
11. Benito, E. O., The International Criminal Court: possible contributions of the Rome Statute to judicial processes in transitional societies, in: Almqvist, J./Espósito, C., The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain, Routledge, 2012, pp. 280-289.
  12. Bílková, V. Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, Conference on „Past and Present-Day Lustration: Similarities, Differences, Applicable Standards“, 7 September 2015.
  13. Bingen, D. Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, in: Unverhau, D. (Hrsg.), Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn, Münster 1999, S. 1999, S. 57-97.
  14. Blanke, T. Der „Rechtshistorikerstreit“ um Amnestie: Politische Klugheit, moralische Richtigkeit und Gerechtigkeit bei der Aufarbeitung deutscher Vergangenheiten, in: Redaktion Kritische Justiz(Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, S. 131-150.
  15. Blümmel, R. Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung, Berlin 2002.
  16. Bogumil, Jörg und Werner Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland: Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2. Aufl. Wiesbaden: Verlag für Wissenschaft, 2009.
  17. Bräutigam, Hans-Otto, Der Aufbau des Rechtswesens in Brandenburg, NJW 1993, 2501-2505.
  18. Brenner, C. Vergangenheitspolitik und Vergangenheitsdiskurs in Tschechien, in: König u.a.(Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, Opladen/Wiesbaden 1989, S. 195-232.
  19. Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen (Hrsg.), DDR-Handbuch, 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Bd. 2. Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1985.
  20. Bundesministerium der Finanzen, Entschädigung von NS-Unrecht. Regelung zur Wiedergutmachung, November 2012.
  21. Bundesaufträge für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (Hrsg.), Inoffizieller Mitarbeiter.

- <<https://www.bstu.de/mfs-lexikon/detail/inoffizieller-mitarbeiter-im/>>(accessed on November 7, 2019).
22. Chapman, A. 2009, Approach to studying reconciliation, in: Hugo van der Merwe et al., *Assessing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*, pp. 143-172.
  23. Crocker, D. A. 1999, Reckoning with past wrongs: A normative framework, *Ethics and International Affairs* 13(1), pp. 43-64.
  24. Dancy, G./Kim, H./Wiebelhaus-Brahm, E. 2010, The Turn to Truth: Trends in Truth Commission Experimentation, *Journal of Human Rights*, Jg. 5, H. 1, pp. 45-64.
  25. David, R. 2003, Lustration Laws in Action: The Motives and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Republic and Poland (1998-2001), *Law and Social Inquiry*, 2, pp. 387-439.
  26. David, R. 2011, *Lustration and Transitional Justice. Personnel Systems in the Czech Republic, Hungary, and Poland*, University of Pennsylvania, Philadelphia, pp. 27-39.
  27. Dencker, F. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 73 (1990), 299-312.
  28. Denninger, E. Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, *VVDStRL* 37, 1979.
  29. Deutscher Bundestag, Bericht der Enquete-Kommission »Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland«, BT-Drucksache 12/7820.
  30. Dietlein, Johannes, *Nachfolge im Öffentlichen Recht: Staats- und verwaltungsrechtliche Grundfragen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
  31. Dreier, H. GG Kommentar, Bd. 3., 2. Aufl., Tübingen 2008.
  32. ECOSOC, 2002, Report of the meeting group of experts on restorative justice. UN Doc E/CN.15/2002/5/Add. I.
  33. Eichenhofer, E., *Sozialrecht*, 10 Aufl., Tübingen 2017.
  34. Eser, A./Sieber, J./Arnold, H.(Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14: *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, Berlin 2012.
  35. Etzel, M. *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat, 1945-1948*. Tübingen 1992.

36. Freeman, M. 2006, Truth Commissions and Procedural Fairness, New York.
37. Frei, N./Brunner, J./Goschler, C.(Hrsg.). Die Praxis der Wiedergutmachung. Geschichte, Erfahrung und Wirkung in Deutschland und Israel, Göttingen 2009.
38. Friedrich, J. Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik, Berlin 2007.
39. Frotscher W./Pieroth, B. Verfassungsgeschichte, 15. Aufl. München 2016.
40. Fuchs, F./Jesse, E. Der Streit um die streitbare Demokratie, Aus Politik und Zeitgeschichte 1978, Bd. 3, S. 389-421.
41. Förster, Günter, Die Dissertationen an der "Juristischen Hochschule" des MfS: Eine annotierte Bibliographie, 2. Aufl. Berlin: Der Bundesbeauftragte für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, 1997.
42. Görtemaker, M./Christoph S. Die Akte Rosenberg: Die Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit. München 2016.
43. Grabowski, S. Vom "dicken Strich" zur "Durchleuchtung". Ansätze der Vergangenheitsbewältigung in Polen, Osteuropa, 10, 1998, S. 1015-1023.
44. Gready, P./Robins, S. 2014, From Transitional to Transformative Justice: A New Agenda for Practice, International Journal of Transitional Justice 8 (2014), PP. 339-361.
45. de Greiff, P. The international Center for Transitional Justice, The Handbook of Reparations, Oxford 2006.
46. Gudehus, C./Eichenberg, A./Welzer, H.(Hrsg.). Gedächtnis und Erinnerung. Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart 2010.
47. Halbwachs, M. Das Gedächtnis und seine sozialen Bedingungen, Ffm. 1985.
48. Halmai G. & Scheppele, K. A. 1997, Living Well ist the Best Revenge. The Hungarian Approach to Judging the Past, in: A. James Mcdams(ed.), Transitional Justice and the Rule of Law in new Democracies, University of Notre Dame Press, pp. 155-184.
49. Hayner, P. 1994, Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994. A Comparative Study, Human Rights Quarterly, Jg. 16, H. 4, p. 597-655.
50. Hayner, P. 2011, Unspeakable Truths. Facing the challenge of truth commissions, London, New York.
51. Heitmann, Steffen, Der Aufbau des Rechtswesens in Sachsen, NJW 1993, 2507-2511.

52. Helmrich, Herbert, Der Aufbau des Rechtswesens in Mecklenburg-Vorpommern, NJW 1933, 2505-2507.
53. Herbert, U. Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert. München 2014.
54. Hockerts, H. G. Wiedergutmachung. Ein umstrittener Begriff und ein weites Feld, in: Hockerts, H. G./Kuller, C. Nach der Verfolgung. Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in Deutschland? Göttingen 2003, S. 7-33.
55. Horne, C. M. 2009, Late Lustration Programmes in Romania and Poland, Democratization 16, pp. 344-376.
56. Horne, C. M. 2014, Lustration, Transitional Justice, and Social Trust in Post-Communist Countries. Repairing or Wresting the Ties that Bind? Europe-Asia Studies, Vol. 66, No. 2, p. 225-254.
57. Inazu, J. D. 2009, No Future Without (Personal) Forgiveness. Reexamining the Role of *Forgiveness* in Transitional Justice, Human Rights Review 10, no. 3, p. 309-326.
58. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
59. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 8. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.
60. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9. Heidelberg: C. F. Müller, 1997.
61. Jakobs, G. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? In: Isensee, J.(Hrsg.). Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Berlin 1992, S. 37ff.
62. Jaspers, K. Die Schuldfrage. Heidelberg 1946.
63. Jentsch, Hans-Joachim, Der Aufbau des Rechtswesens in Thüringen, NJW 1993, 2513-2517.
64. Kastner, F. Retributive versus restaurative Gerechtigkeit. Zur transnationalen Diffusion von Wahrheits- und Versöhnungskommissionen in der Weltgesellschaft, in: Kreide, R./Niederberger, A.(Hrsg.). Staatliche Souveränität und transnationales Recht, München 2010, S. 194ff.
65. Kastner, F. Transitional Justice in der Weltgesellschaft, Hamburg 2015.
66. Kastner, F. Lex Transitus. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtsregimes von Transitional Justice in der Weltgesellschaft, Zeitschrift für Rechtssoziologie, Bd. 34, Heft 1, 2015.
67. Knabe, H. Die Täter sind unter uns. Über das Schönreden der SED-Diktatur, 4 Aufl., Berlin 2011.

68. Kritz, N.(ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. I: General Considerations, Vol. II: Country Studies, Vol. III: Laws, Rulings and Reports (1995).
69. Krüger, A. K. *Wahrheitskommissionen. Die globale Verbreitung eines kulturellen Modells*, Frankfurt/New York 2014.
70. Lammich, S. *Strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung in der Tschechischen Republik*, *Osteuropa-Archiv*, 1, 1994, A28-29.
71. Letki, N. 2002, *Lustration and Democratisation in East-Central Europe*, *Europe-Asia Studies*, 4, pp. 529-552.
72. Limbach, Jutta, *Der Aufbau des Rechtswesens in den östlichen Bezirken Berlin*, *NJW* 1993, 2499-2501.
73. Longman, T. 2006, *Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda*, in: Roht-Arriaza, N./Mariezcurrena, J.(ed.), *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, pp.206-228.
74. Malle, A./Elste, A./Entner, B./Jesih, B./Sima, V./Wilscher, H. *Vermögensentzug, Rückstellung und Entschädigung am Beispiel von Angehörigen der slowenischen Minderheit, ihrer Verbände und Organisationen*, Oldenbourg 2004.
75. Mamdani, M. *Die Kommission und die Wahrheit*, in: *Medico International, Der Preis der Versöhnung. Südafrikas Auseinandersetzung mit der Wahrheitskommission*, Ffm. 1998, S. 17-22.
76. Marxen, K./Werle, G. *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz*, Berlin 1999.
77. Maunz T./Dürig, D. *GG Kommentar*, München 2016.
78. Mayer-Rieckh, P./de Greiff, A. 2007, *Justice as Prevention. Vetting Public Employees in Transitional Societies*.
79. Moon, C. 2008, *Narrating Political Reconciliation: South Africas Truth and Reconciliation Commission*, Lanham.
80. Möllers, C. *Das Grundgesetz: Geschichte und Inhalt*, 3. Aufl., München 2019.
81. Müller, I. *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München 1978.
82. Murphy, C. 2017, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, Cambridge University Press.
83. Ndebele, N. *Of lions and rabbits: Thoughts on democracy and reconciliation*. Paper delivered at The TRC: Commissioning the Past Conference, University

- of the Witwatersrand, 11-14 June 1999.
84. Nedelsky, N. Czechoslovakia, and the Czech and Slovak Republics, Stan, L.(ed.), *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist past*, Routledge, New York, 2009, pp.37-75.
  85. Neumann, U./Prittwitz, C./Abrão, P./Swensson Jr., L. J./Torelly, M. D.(Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ffm. 2013.
  86. Neumann, U. Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der Verarbeitung von „Unrechtssystemen“, in: Neumann U./Prittwitz, C./Abrão, P./Swensson Jr., L. J./Torelly, M. D.(Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Ffm. 2013, S. 39-52.
  87. Nagy, R. 2008 *Transitional Justice as Global Project*, *Third World Quarterly* 29, pp. 275-289.
  88. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2009, *Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States – Amnesties* .
  89. Ottendörfer, E. Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen, in: Mihr, A./Pickel, G./Pickel, S.(Hrsg.), *Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*, Wiesbaden 2018, S. 63-82.
  90. Paczkowski, A. Poen 1989-1998: Die Politik in den Archiven – Die Archiv in der Politik, in: Unverhau, D.(Hrsg.), *Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn*, Münster 1999, S. 47-55.
  91. Posel, D. 1999, *The TRC Report: what kind of history? What kind of truth?* Paper delivered at the TRC: Commissioning the Past Conference, University of the Witwatersrand, 11-14 June 1999.
  92. Preuß, U. K. *Legalität und Pluralismus*, Ffm. 1973.
  93. Puhl, H. J. Transition, Demokratisierung und Transformationsprozesse in Südeuropa, in: Merkel, W.(Hrsg.). *Systemwechsel 1. Theorien, Ansätze und Konzepte der Transitionsforschung*, 2 Aufl., Opladen 1996, S. 173-194.
  94. Quasten, D. *Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR*. Berlin 2003.
  95. Radbruch, G. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg 1946.
  96. Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 8 Aufl., Stuttgart 1973.

97. Ranft, F. Verspätete Wahrheitskommissionen in Theorie und Praxis, Potsdam 2009.
98. Reichel, P. Vergangenheitsbewältigung in Deutschland. Die Auseinandersetzung mit der NS-Diktatur in Politik und Justiz, München 2007.
99. Remmers, Walter, Der Aufbau des Rechtswesens in Sachsen-Anhalt, NJW 1993, 2511-2513.
100. Roht-Arriaza, N. 2006, The new landscape of transitional justice, in: Roht-Arriaza, N./Mariezcurrena, J.(ed.), Transitional Justice in the Twenty-First Century, Cambridge University Press, pp. 1-16.
101. Ruppert, N. A. Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung – Vergleichende Analyse der post-kommunistischen Vergangenheitsbewältigung in Polen und Tschechien, München 2005.
102. Schabas, W. A. 2006, The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, in: Roht-Arriaza, N./Mariezcurrena, J.(ed.), Transitional Justice in the Twenty-First Century, Cambridge University Press, pp. 21-42.
103. Schimmel, C., Transitional Justice im Kontext. Zur Genese eines Forschungsgebietes im Spannungsfeld von Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung, Berlin 2016.
104. Schlink, B. Die Bewältigung der Vergangenheit durch das Recht, in: König, H./Kohlstruck, M./Wöll, A.(Hrsg.). Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts, Opladen 1998, S. 433-451.
105. Schmitt, C., Glossarium, Aufzeichnung der Jahre 1947-1951, Berlin 1991.
106. Simáčková, K. 2015, Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic, Conference on „Past and Present-Day Lustration: Similarities, Differences, Applicable Standards“, 7 September 2015.
107. Schmidt-Räntsch, G. Deutsches Richterrecht: Kommentar, 1. Aufl., München 1962.
108. Schönke, A. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Kommentar. München und Berlin 1942.
109. Stan, L. 2009, Conclusion: Explaining country differences, in: Stan, L.(ed.), Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist past, Routledge, New York, pp. 247-270.
110. Stan, L. 2009, Poland, in: Stan, L.(ed.), Transitional Justice in Eastern Europe

- and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist past, Routledge, New York, pp. 76-101.
111. Stan, L. 2009, Truth Commission in Post-Communism. The Overlooked Solution? *The Open Political Science Journal*, H. 2, pp. 1-13.
  112. Straßner, V., Versöhnung und Vergangenheitsaufarbeitung. Ein Vorschlag zur Begriffsbestimmung und Konzeptionalisierung, in: Schmidt, S./Pickel, G./Pickel, S.(Hrsg.), *Amnesie, Amnestie oder Aufarbeitung? Zum Umgang mit autoritären Vergangenheiten und Menschenrechtsverletzungen*, Wiesbaden 2009, S. 23-36.
  113. Szczerbiak, A. Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? *Lustration in Post-Communist Poland*, *Europe-Asia Studies*, 4, (2002), pp. 553-572.
  114. Teitel, R. G., 2003, *Transitional Justice Genealogy*, *Harvard Human Rights Journal* 16(2003), pp. 69-94.
  115. Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Report, Vol. I (1998).
  116. Turgis, N. 2010, What is Transitional Justice? *International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights* 1 (2010), p. 9-15.
  117. Unfried, B., *Vergangenes Unrecht. Entschädigung und Restitution in einer globalen Perspektive*, Göttingen 2014.
  118. United Nations. 2004, Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies, UN Doc. S/2004/616, 23. August 2004.
  119. United Nations Development Programme. 2006, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines*.
  120. United Nations. 2010, *Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice*.
  121. United Nations-Secretary General. 2004, Report of secretary-general on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. UN Doc S/2004/216.
  122. United Nations-Social and Economic Council. 2004, *Provisional verbatim record of the security council meeting on post-conflict national reconciliation*. UN Doc S/PV/2004. 4903.
  123. United Nations & African Union. 2015, *Agreement on Resolution of the Conflict in South Sudan*, 17. August 2015.
  124. *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen*

- der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, Bd. 51. Berlin: De Gruyter, 1992.
125. Walicki, A. Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland, in: Mcdams, A. J.(ed.), Transitional Justice and the Rule of Law in new Democracies, University of Notre Dame Press, 1997, S. 185-237.
  126. Weichert, M. A. Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten, in: Neumann, U./Prittwitz, C./Abrão, P./Swensson Jr., L. J./Torelly, M. D.(Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, Ffm. 2013, S. 113-148.
  127. Weiffen, B. Transitional Justice: Eine konzeptionelle Auseinandersetzung, in: Mihr, A./Pickel, G./Pickel, S.(Hrsg.), Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, Wiesbaden 2018, S. 83-104.
  128. Weinke, A. Die Bundesrepublik Deutschland – ein Fall von Transitional Justice avant la lettre? in: Mihr, A./Pickel, G./Pickel, S.(Hrsg.), Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, Wiesbaden 2018, S. 249-274.
  129. Welsh, H. A. 1996, Dealing with the Communist Past: Central and East European Experiences after 1990. *Europe-Asia Studies*, 3, p. 413-428.
  130. Werle, G. 2001, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, *NJW* 54 (2001), 3001-3008.
  131. Werle, G./Vormbaum, M. Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Wiesbaden 2018.
  132. Werle, G./Vormbaum, M., Afrika und der Internationale Strafgerichtshof, *JZ* 70 (2015), 581-588.
  133. Werle, G. & Jeßberger, F. *Völkerstrafrecht*, 4 Aufl., 2016.
  134. Williams, K. 2003, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, *Journal of Communist Studies and Transitional Politics*, 4, 2003, pp.1-24.
  135. Williams, K./Szczerbiak, A./Fowler, B. 2003, Explaining Lustration in Eastern Europe: A Post-communist politics approach. SEI Working Paper No. 62, Brighton: Sussex European Institute.
  136. Yamamoto, E. K./ Ebesugawa, L. Report on Redress: The Japanese American

- Internment, in: de Greiff, P./The international Center for Transitional Justice, The Handbook of Reparations, Oxford 2006, pp. 257-283.
137. Zimmermann, Hartmut, Horst Ulrich und Michael Fehlauer (Hrsg.), DDR Handbuch, 3. Aufl. Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1985.

## 附錄一：2019 年 5 月 15-26 日捷克、波蘭考察參訪記錄

本研究計畫主持人於 2019 年 5 月 15-26 日，至捷克與波蘭參訪，其中訪談 9 個機構，與其主事者或代表討論有關該國轉型正義之問題，包括發展背景、採取路徑、具體措施之成效觀察、社會意識與接受程度等，其中許多議題均涉及公務人員人事清查與除垢。本次參訪雖與本研究無直接關聯性，亦非於研究計畫安排之內容中，惟仍得有參考之價值，特先予列舉於后，提供參酌。

20190516 上午

歐洲良知及記憶平台 European Network Remember and Conscience (捷克)

Peter Rendek 執行長：

1948 年共黨政權上台，至 1989 民主化，捷克持續在處理經徵收為國有之人民財產的處理，但在國會受到不小的阻力，因為共黨繼續於國會中擁有席次。

但追索黨產並非此平台的主要工作。

主要任務：受共黨政權迫害之人民，特別是跨越邊界而遭逮捕或迫害者，對之應為之轉型正義措施。

捷克國會國防委員會、安全委員會副主席 Pavel Zacek 博士，國會議員：

政府處理黨產上不是非常積極，過去徵收之人民財產（例如教育機構等）經常已遭嚴重破壞，在後社會主義國家中，在處理政黨不當黨產與歸還人民財產上而言，波蘭是較為領先的國家，雖然在法制上，並不是非常熟悉該如何運作，不斷地在學習中。有些個案很難去認定所有權的歸屬，何等之財產應該予以歸還？如何從政黨內部資料中去找出？私人經共黨政府徵收後的財產，民主化後繼續為國家所持有，如不予歸還，因為有公益上或其他考量，應如何處理？目前比較多的是著墨於「教會財產的歸還」。立法上仍然有許多有待補強的，例如死亡之被害人的家屬，許多也不具捷克國籍，應如何處理其權利與其他補償問題？許多人民因為不願意接受共黨統治而離開捷克，遺留下來之財產（莊園與住宅）皆被視為拋棄，收歸國有，則民主化後應如何處理？關於工廠或其他財產，如果無法歸還原先之企業主或股東，則在工廠從國有回歸私有化時，則由全民依照政府發送之有價證券認購股份。

捷克青年團，依照當年的捷克法律成立，民主化後繼續保有其財產，成為新的營利/非營利組織，繼續運用共黨時代取得之財產，是另一棘手問題。

即便無法要求完全歸還，亦努力追求部分的歸還昔日遭共黨不法取得之財產。

也有與斯洛伐克處理如何劃分歸屬過去捷克共黨政府財產之問題。

面對共產黨繼續捍衛過去取得之財產，捷克政府透過法制的努力，面臨諸多阻礙但仍堅決地努力中。

捷克仍然寬容地容許共產黨繼續存在，這是唯一能夠給予的。雖然民主化後，成立新的政黨，但原先共產黨的財產所有權持續歸屬之（雖然當時曾經立法將許多黨之財產收歸國有，但仍有許多爭議存在於「直接隸屬於黨的財產」如何認定，例如檔案）。

從人民的角度來看，問題在於資訊不對稱，例如無從得知工廠或企業相關資訊，亦無必要的資力，是以無法去認購私有化後的股份。

捷克於民主化之初曾舉行公民論壇，其中亦提出應處理不當黨產之問題。

司法訴訟上的個案有，尤其是關於是否屬與「應歸屬國有而非特別屬黨所有之財產」的爭議。

捷克民主化後，成立新的民主政府，新成立的共產黨宣稱與舊的沒有關係，隔年制定法律處理不當黨產（應該依然有承繼組織與團體的問題...）。

執行關於歸還黨產之特別機構已經不復存在，比較多的爭議存在於教會，教會要求索回現歸屬於國家的財產。

捷克面臨的比較多是「國有財產如何私有化、如何歸還人民」之問題。

設置一些基金會處理相關歸還黨產事宜，但個人不確定這些基金會是否還繼續存在。

捷克共產黨所擁有之財產應該也在百億克朗以上，但原則上在黨國不分之結構下，多屬國家所有之財產。

比較大宗有 20-30 億克朗，不過一般估計顯然多更多。

解體之後的第一波浪潮時，人民的意志非常堅定，黨產應該歸還國家、歸還人民。

接下來的期間，爭議多出在教會，大約 2010 前制定法律，規範國家應返還教會相關財產或補償其損失，之後再制定法律，容許政府分 30 年期間，各種形式的履行此任務。如屆滿 30 年，政府即不再歸還財產，也有些左派政黨的國會議員覺得不應全部歸還教會，而是可以留在國家而提供辦理公益之用等，是以多要求應再修改法律改變之。

人事清查：共黨秘密警察等身份者在政府機關、特定企業中不得任職（波蘭則是不得於大學任教），當然有許多的爭議，不能任職之公職如軍警，被提名公職者不得曾為共產黨員（常任文官）。

20190517 上午

當代歷史研究所 Dr. Oldrich Tuma（捷克）

研究所是否為捷克公民論壇成員的延續組織或活動？90 年代成立以來作為歷史研究中心，不只包括政治，也包括經濟等其他領域，主要研究期間是戰後共黨統治期間，包括相關的調查與研究等。

請教研究所之經費來源以及與國家政府部門之關係（台灣背景：調查與研究方面之困難，難以取得相關資料檔案，學界研究同樣面臨困難）：捷克政府設置國家研究院，一年共約 60 億克朗預算，旗下設有不同的研究所再進行分配，歷史研究所就是其中之一（非獨立之基金會組織）。

研究所大概拿到 5.2 億克朗，以不同程度支助各型研究計畫，有些計畫亦可至歐盟申請（例如人道、意識形態），研究所有 50 多位同仁，基本上可之動用之經費並不多。

研究成果之運用：發表於學術期刊、論文或書籍，透過研討會之舉辦，亦會將研究成果傳遞至鄰近其他國家（包括譯成其他語文），共同交流，會努力將研究成果提供予包括媒體在內之所有公眾知悉參考。在國有財產私有化之轉型正義工程上，研究所主要並不處理這個議題上的相關研究工作。

在過去黨國不分時期，所有公有相關財產都是國家所有，但各級亦有許多共黨附隨組織，也涉及佔有所有國家公共財產。在私有化處理過程上，比較重視的是經濟層面，至於道德、法律等面向較受忽視。

歸還之標的多為餐廳、學校、企業及工廠等，引起之法律訴訟不少（最大宗受惠者是律師！）。訴訟類型多為行政訴訟，挑戰政府的處分行為。

問題：企業私有化之後的經營問題。人民拿到債券或價值憑證後，可直接作為企業出資，或交予基金為投資，再透過基金轉投資企業。

要求共黨交還財產，大致花費多少時間？其實並無太大困難，民主化之後共黨在國會的席次不到 12%，由於共黨之劣蹟明確，在許多壓力之下難以阻擋國家之收回（事實上直接隸屬共黨所有之財產並不多，與台灣之情況截然不同），在共黨

時代並不存在自由市場，是以在政策上比較容易證立民主化之後之返還義務。  
附隨組織：要求返還財產之情形，與共黨並無分軒輊，法律同樣明定，例如經收回之共黨革命大學，即將相關設施交予布拉格查理大學，其他例子如工會組織，則同樣將其相關財產交付分配予同一區域之一般工會。

關於附隨組織之定義，是否曾發生爭議？通常有明確之隸屬關係，直屬黨組織之下，例如婦女會（章程明載隸屬共黨），民主化之際即成立替代組織，當時即發生直接取得原先共黨附隨組織財產的情形。

除垢，人事清查：曾任國家安全局、秘密警察不准擔任民主化後特定職務，90年代當時亦引起重大紛爭，今日看來問題已不太大，最多僅為個別政治醜聞與事件，例如個別官員或媒體人物，產生之對於民主化捷克之不利影響。

轉型正義工程，歷經 30 年，對於未來的展望或認為仍需補強的部分？歷史研究所許多研究著重於民主化後的一些社會發展，例如女性地位之轉變、民族認同、少數民族地位等，但當然也包括 89 之前的捷克政治社會研究。在受害人部分，對於平反，有一次性地對超過十至十五萬人民為補償，但比較僅是象徵性，亦有所謂附加懲罰條例，針對許多因欲逃離共產捷克而犯下犯罪行為者，施以減刑等措施，對於加害人部分，特別是秘密警察或警察、具有一定共黨專員身份者等，但最後並未為太多的處罰措施。

20190517 下午

安全部門檔案局

Dr. Hazdra, Zuzana Svehelkova（主任與副主任）（捷克）

前身為內政部的檔案管理局。

兩個獨立的機構，本於同一法律，成立並不久，主要專責研究、檔案史教材，處理時期包括納粹及共黨統治時期，比較多處理為與秘密警察相關之檔案資料。

檔案管理局成立未許久，主要處理與秘密警察相關資料，2007 年成立後，也繼續搜集過去與共產黨相關之檔案。公共安全、國防安全等相關檔案亦在其列。大約 150 人，分於三個不同的地方（包括 Bruno）。

檔案對所有人民開放，任何人均得申請閱覽。

亦有檔案經過數位化處理，得供人民線上閱覽。

問題：檔案如何取得？取得方式為何？如何處理相對人拒絕提供之情形？主要來

源為內政部、國防單位、共產黨與司法部。檔案局擁有公權力，於 2007 年法律明定之，各機關必須於一定期間內移轉檔案，當然共產黨比較緩慢地配合。

為何距離民主化近 20 年(2007)方制定此法律？起初的檔案並非完全對外公開，而是採取逐步開放的做法，內政部檔案局的移轉也需要時間，因此透過法律漸次擴充其適用範圍。

相對於其他國家，捷克的開放檔案較晚，例如波蘭早於 2000 年，斯洛伐克亦早於捷克，捷克主要在 2003 年開始採取開放，捷克政府與社會不斷的在思考為何要公開檔案？公開檔案會產生什麼樣的影響與後遺症？但因各界的要求，最後仍然採取此類作法。

德國早於 1991 年即開放，當時曾考慮加鎖，是否僅對研究人員開放？是否採取部分開放？是否提供複本或經處理過的檔案？捷克的作法則是完全公開，提供原始檔案，雖然說，使用者都應有不應對外任意散佈的義務。德國當時曾引起許多的爭議，包括信任危機與人際關係的衝擊，捷克在 90 年代首次開放時，當時並未經政府確認其中之真實性，例如有許多人報名當秘密警察，但其實並未受核准，接下來的第二波開放，在 2003 年左右，資料真實性經過政府確認，包括曾擔任秘密警察、監聽、密告等工作人員，引起不小的爭議，某些知名人物之前途亦因過去相關事蹟而受不利影響，但基本上捷克社會都予正面看待。

關於個人資料保護的問題（各國都有遭受侵害個資等控訴之爭議出現）：捷克經驗，重點在於取得資料者，不得對外散佈，所以如有爭議，多為當事人主張資料取得者之不當散佈，而非主張政府機關不得徵集其檔案。在歐盟，有制定關於個人資料保護之指令，捷克亦非常重視，但捷克之政策與法律制定，都主張基於公共利益而公開此檔案，大於個資保護之私人利益。捷克開放的部分主要是有關秘密警察的檔案，此部分不適用個資保護，其他檔案則仍繼續適用之。

無法只看名單而決定個人的行為，例如自願與被迫，就無法得知與共黨政府合作的模式與原因為何，但如果不公開，又怎能試圖正確的解讀過去？

許多工作都會要求出具「清白證明」，例如檔案局的清潔同仁。

不知有無出現過當事人控告政府，不應公開涉及其本人檔案之案例？有過，控告之對象為內政部，並非檔案局，法院會審查是否存有「當事人與國安局合作之同意書紙本」，如果有，則仍可公開，如無，例如僅有電子檔，則僅加註記，公開紀錄上將找不到該當事人，檔案局會回覆申請人前述法院決定書，說明不得公開之理由。建置有電子資料庫，提供所有線民名單。名單上會做各種註記，例如對

黨友善、不友善、有合作可能等。目前建置有 500 萬頁之資料，申請人必須先至檔案局備個人身分證件後註冊，方得進入資料庫使用。

檔案局重點在於呈現檔案的真實性，例如 1950 年代，捷克有非常大反抗共黨統治的浪潮，國安局即派許多人員潛入與滲透反對組織之中，從檔案中即可研究推測中當時許多狀況。

當時曾發現內政部秘書有份「應銷毀之檔案清單」，其中列舉許多知名之「對黨不友善、黨之敵人」的藝術家、知識份子等。1989/10/27 學生開始示威，接下來大量罷工與抗議活動，當時政府於 12 月份開始銷毀檔案，因此應有不少數量之檔案未能保存下來。

蒐集之檔案包括秘密警察、線民、偵查所得資料（監聽錄音）等，錄音資料完全轉為逐字譯稿。

20190520

捷克共黨罪行調查警務局

主任：Eva Michálková 博士（捷克）

針對過去共產統治時代的犯罪行為，調查項目並非針對所有的犯行，而是侷限於共黨所為者，具有一定的效力，銜接至後續之起訴等。調查 1948 年 2 月 25 日至 1989 年 12 月 29 日止期間內的相關犯罪行為。在政權移轉之前，本局就已經事實上存在，之前有兩個機關作為前身（算來已逾 30 年），在後社會主義國家中，沒有類似捷克如此機關的設置。主要處理對象：在共黨時代應被制裁，卻因無法律規定或其他原因而未受處理之案件，特別是秘密警察、警察與其他國家機關人員所為之犯行，例如刑求。

是否制定特別法律來加以因應？還是過去就有足以處理之法律，只是在程序上溯及加以處理？民主化之後有立特別法律（藍絲絨革命五年之內），但還是依照一般刑法論斷。規定特定的犯罪可以免受追訴期間的限制，不適用禁止溯及既往。法律並未限時，法律規範對象包括因良心而拒服兵役或因宗教理由而遭迫害之情形下，間接侵害其權利之人，包括上級長官（過去共黨時代的檔案均有明確的上級知情且指揮之記載，可清楚得知），只要加害人尚存在，則可起訴，如已死亡，則仍須進行調查。

警務局分工：在檢察官指揮下進行調查，如發現罪證不足則停止調查程序，如罪

證充足則交由檢察官起訴，視其情節而可判處 5 或 10 年以上有期徒刑，其審判程序均對外公開。共產黨毀損資料，或某些資料因保存狀態不佳而不利於調查，主要仰賴國家檔案局的配合傳遞，但原則上大部分的案件仍可以被起訴。

捷克與斯洛伐克分開後，斯洛伐克與其關係向來極為密切的波蘭並未有類似設立獨立機關的做法，斯洛伐克設置者比較近似研究機構。

如果加害人是斯洛伐克人，則捷克會移轉予斯洛伐克處理，不過依經驗可能無疾而終，如果加害人是捷克人，被害者是斯洛伐克公民，則捷克當會繼續處理，包括予以起訴與審判。

實務上，常見下級警察對於上級長官之不實指控，不論過去或現在。

過去處理經驗，約各半由民間、其他包括國防部在內之政府機關申請或移送之事件。

2018 年案件，交付給檢察官共 52 件，最後起訴有 50 件共被告 8 人，數十年來約 235 名被告，共 127 案件遭定罪。案件數看來雖然不多，但其實調查上非常不容易，因為被告常為 80 歲以上之老人。判決定罪之狀況：最大宗案件為公務員濫用職權，包括經過國家授權之任何侵害人民權利之第三人均屬之，例如政黨附隨組織，通常被告遭判決 2-4 年有期徒刑（50 年代一個知名的案件遭判 5 年，屬於較長者），審理期限通常為一年，大部分被告為男性，僅有少數女性。

歷經近 30 年的處理，政府方面並沒有改組等規劃，國會中常有共黨籍議員提議是否應考慮改組，不過一般認為如果德國目前還在追緝納粹，可見仍有繼續存在的必要。作為後社會主義國家中處理的典範，主任認為捷克經驗彌足珍貴，也經常為其他國家所稱頌，邀請分享經驗，例如以色列、英國。

捷克年輕世代對於警務局之任務較不清楚。

關於不當侵佔搶奪人民財產的部分，如果是過去的公務人員受長官指示為此行為，警務局當可以追究，至於財產部分的追償等，則歸屬其他國家機關。

過去犯下不法行為之公務員，應該會主張受長官指示，請問警務局如何處理如此之抗辯？只要命令違反當時之憲法或違法，則仍屬違法。如當時遭受恐嚇或脅迫為而犯行之人，現今對於恐嚇或脅迫者、乃至於受恐嚇或脅迫而違法者，均一併追究之。

警務局目前的人力：有在第二大城市有分支機關，同仁有正規警察與文官，共 53 人。其權限與一般警察機關相同。由於在檔案中通常有清楚的犯行記載，警務局通常無須特別的調查行動，甚至搜索或扣押等強制處分。

20190521 上午

Dariusz Gawin 教授

波蘭歷史博物館 Muzeum Powstania Warszawskiego (波蘭)

今年正好是共黨政權垮台 30 週年，當時是共黨與華勒沙率領之反對運動的妥協結果，在戰後東歐諸國中，波蘭的情況非常特殊，事件頻繁，例如 1954、1968、1970、1974、1985 團結工聯等，五百萬人上街支持團結工聯，1985 年團結工聯並無推倒共黨政權的能力，相對而言政府也無法再遏止，必須直到 1989。大致花了四五年的時間轉型，直至 1989 年的共黨政權垮台，轉型為民主國家，有兩重大意義：

- 共產黨自行瓦解。
- 並未發生流血暴力革命。

直到兩年後的 1991 年才有第一次自由選舉，共產黨員再次集結，之後贏得兩次國會大選、一次總統大選，就因為在此背景，要去清算昔日共黨政權可想見非常困難。同時，團結工聯也做了一些事情：發起一連串活動，請人民反思共黨執政時代的國家行為；第一次組成的自由派政府，對於過去歷史之處理，秉持較為中立的態度，因此轉型正義主要來自於民間團體，當時的自由派政府，內部也分為兩派，一派主張中立地面對過去，但另一派保守主義者則主張應該追究過去共產政權的不法行為，採取法律手段處理，要求法律與正義。

至今的 30 年間，前 15 年，共產黨仍然是政治社會爭議的焦點，熱烈討論應該如何反思與處理過去的國家不法，包括共黨的財產等，但在後 15 年即不復如此。1991 年新政府的總理有句名言：不要看過去、應該看未來；後來當選的共黨籍總統，則主張我們要選擇未來。保守的自由派主張應該要回顧過去，政府應為積極的介入處理（目前的執政黨），當作重要之政治議題。但回復不去，不是只有積極的處罰，還包括照顧受害之人民。1998 年，保守自由派政府成立新的國家機關，處理納粹及共黨所犯下之罪行，當時有個爭論：在共黨時代擔任重要公職的人應如何處理。20 年前，國家公布共黨時代一些與國家部門合作之名單，但遭法院判決違法，亦即不能揭露所有人，只能限於那些位高權重者，反對者事實上有相當成員曾經參與過昔日共黨政權的活動，包括團結工聯的成員，其中甚至有史達林主義的信徒（例如目前最大報紙之總編輯，由於自己有段熱衷參與共黨活動的

過去，因此反對追究)。

在目前，共黨在政治光譜上已不具重要性(1999-2005 間共黨曾經當選兩任總統)，當前大致為自由派與保守派輪流執政。

關於轉型正義，有成立博物館、揭露相關資訊與事實、放入歷史教科書中，使人民得以知道過去這段歷史，但並未為太多其他的進一步追究。

針對過去不當取得之財產，政府有進行訴訟索回，再將之私有化(類似捷克)。波蘭與其他共產國家最大的不同：波蘭並未剝奪農民的土地，不過在二次大戰前，波蘭有數百萬猶太人，遭屠殺而倖存之猶太人許多亦離開波蘭，是以他們留下之土地該如何處理，是一棘手之問題。美國的猶太人團體極力主張應歸還之。

國家檔案中心的研究比較完整，包括共黨執政與納粹佔領期間。

納粹鎮壓華沙起義，屠殺了二十萬人，並在淨空華沙情況之下破壞城市兩個月。波蘭是二次大戰中受創最深、受納粹荼毒最慘烈的國家之一，有超過五六百萬人喪生。

波蘭與德國間關於二戰賠償之問題未休。

共黨統治期間，就是將私產國有化，所以民主化後就是同樣移轉國家，但進一步處理私有化的問題(例如當時有許多地主都被徵收土地，收歸國有，只能進入城市工作，在史達林主義時代，資產或地主階級家庭備受歧視待遇)。

歸還財產的訴訟，主要是涉及何等型態？原則上政府並不介入，但至今為止，大部分的財產仍未返還人民。

20190521 下午

國家記憶研究所 (Institute of National Remembrance) (波蘭)

主題：人事清查 (Lustration)

申報部門主管：

已經設置本機關逾 20 年，主要是調查二次大戰至 1990 年為止之罪行，共產時期擔任高階文官者必須至本機關申請，包括職務與工作內容等。如有一定之事蹟，就先予以停職，再聲請法院判決是否解職或回復原職。最近 10 年處理過逾 1500 個案件，這項工作始自 2008 年，有歷史學者、檢察官等配合作業。本機關亦公布過去曾與秘密警察合作過之人員資料(第一類)，並公開於網路上供查閱，以

及 1945 至 1989 年間位居共黨政權高階官員等之資料（第二類），第三類資料則是曾被共黨政權迫害之被害人資料。提供予民眾閱覽、學者研究之用，收集有 45 萬件調查紀錄，包括共黨時期曾經想爭取特定職務者之資料。

調查單位有 32 位調查人員及檢察官，人力上有所不足。每個案件的法院審判過程極為冗長。

2008 年開始調查，是否因為當時制定特別立法？有多少人主動申報？是否有申報義務？是的，法律規定有申報義務，如誠實申報，即可免責，否則如查獲將具以處罰。曾有法官、檢察官、國會議員經查獲，被處以 3-10 年之刑罰，同時對於過去共黨時代從事一定職務者，禁止其擔任一定公職，但如果誠實申報，即可擔任原先之公職。

聯合國在 2004 年曾建議法治國原則與和解並行，建議中下層官員不予追究，但位居一定職位以上者仍應進行刑事追訴，在波蘭是否有類似思考？即便其忠誠申報？德國的做法，曾經與秘密警察合作者，一經查獲就立即解職，波蘭的做法經歐洲法院認為是符合人權保障的做法。

機關共受理逾 10 萬件，約有 1% 走至起訴而法院訴訟（約 1500 件）。主要是與事實不符，謊報事實而遭起訴，亦會遭一定期間的停職。

檢察官介紹相關調查程序：

主要調查對波蘭民族所為之犯行，受檢察總長指揮。納粹於二次大戰時、共黨政權秘密警察所為之罪行，包括戰爭罪、反人道罪行等，均為調查之對象。查獲者則適用一般刑法規定。

調查期間自 1917 年 11 月至 1990 年波蘭成為民主國家為止。

調查對象主要為政府所僱用之秘密警察，以及其他違反人權之情事與行為，尚包括當時所追究之違法行為是否確實為違法、非政治迫害之故。不是聚焦於單一事件，而是體系性的不法。最常見的犯行為剝奪人民自由，例如強迫取供，因共黨當時想瓦解反對的勢力，是以當時一旦逮捕反對勢力人員即嚴刑拷打或甚至殺害，以莫須有的罪名任意加以追訴，以嚇阻反對勢力的蔓延。如果查證屬實，當會進行刑事追訴，以追究其責任。

納粹罪行即便是依據當時合法有效的法律，仍然是屬於調查之犯行，只要該行為違反人道。

1981 年波蘭曾宣告戒嚴，以處理團結工聯之問題，調查也會特別針對這段戒嚴時

期之事件，包括鎮壓人民，即便依當時的法律為合法，仍受現在機關之追究。濫行逮捕是典型的共黨政權行為，也是本機關調查的一項重點。

二次大戰期間納粹德國對波蘭民族犯下許多罪行，包括集中營，如果當時的協助者仍在世，亦會透過調查將之起訴。德國政府亦有類似之舉措，判之以重罪。至目前為止，大約有 200 多人起訴，有許多事件雖查證屬實，但行為人已不在世。是否制定法律排除追訴期限的限制？違反人道之犯罪行為無追訴期限，如果是共產黨所為之非殺人罪行，則追訴期至 2020 年 1 月。

針對此類罪行，是否有成立特別法院或特別法庭？還是依照一般的管轄去處理？不論是針對納粹、共產黨或特別犯行，都適用一般的普通管轄，並未設置特別法院或法庭。法院可能判決無罪，會繼續上訴，法院如判決無罪，常是認為被害人之證言不足採信。

（1950 年代的著名事件，當時的法院判決無罪，後追究時雖經地院高院同樣判決無罪，均以 1950 年代已經審判為由，最後上訴最高法院判決有罪確定）

已退休者遭法院判決有罪者，亦得再部分扣減金額。

國家記憶中心的檔案館，會接收來自於國家的檔案，應該可以從中找尋出相關事證。（檔案長達一公里長）

由於黨國一體，是以共黨時代均收歸為國有之財產，民主化後亦同移轉國有。檔案是否均已公開？一般人民得否自由調閱？原則上均可，包括一般民眾與學者、研究機構者，必須提出相關身份證明文件，同時說明一定之目的。取得後亦可散佈之。涉及敏感的資料，確實可能會有某些遮蔽。

20190522

Karta 基金會，主席，總編輯 Zbigniew Gluza（波蘭）

本基金會成立於 1989 年（雖然從 1981 年波蘭宣布戒嚴始就開始），是與政府無關之非政府組織，主要是研究 20 世紀的歷史（歷史與政治是分不開的），包括二次大戰後至共黨政權垮台，以及納粹佔領、蘇聯蘇維埃化時期。

1981 年波蘭戒嚴，在共黨統治下有無實施戒嚴有何差別？到 1960 年代以前，波蘭社會非常困苦，所以一般人民對於政治無甚興趣，只擔心生存問題。1965 年之後，開始有些學生與工人發起的自主運動，但未對共黨政權造成太多的威脅。

到 1976 年，工人階級受到許多不平等待遇，引發許多埋怨與社會不安；開始有反對勢力，但尚未成形，主要來自於工人團體，1978 年若望保祿二世登基，多次造訪波蘭，激勵波蘭社會，使人民更加團結。這兩個應該最具關鍵性的因素：工人團體與教宗。

團結工聯在 1980 年左右，約有一千萬人加入（並非全部都是勞工，亦包括農民或其他人），將近波蘭四分之一人口，形成明確的反對勢力，團結工聯原先是非法團體，但在 1980 年曾發起 16 個月罷工，迫使共黨政權妥協，也接到蘇聯方面的指示，接受團結工聯組織，與主席華勒沙簽下書面協議。如此協議容許波蘭社會一些自由，包括著作出版言論等自由等，舒緩了共黨統治時代的高壓，引進一些自由的空氣。但是長達 16 個月的罷工，也造成糧食短缺，人民生活更加困苦。1981 年 11 月過渡至 12 月的那個週末，共黨政權突然宣布戒嚴，當晚即逮捕一萬多名異議人士，造成非常明顯的寒蟬效應。宣布戒嚴之後，關閉邊界，沒有廣播與電視，交通須持通行證，將之前的些許自由開放措施緊縮。

1982 年，為了回應這些發展，異議人士開始試圖發行報刊，宣揚理念，就是本基金會的前身（當時內容印發在一個小張紙上，而紙的波蘭文即為 Karta，因此基金會就取名為 Karta，還有另外兩個理由，70 年代捷克反對運動中，亦有以 Karta 為名者，是呼應其反對精神，接下來人權憲章也叫 Karta）。

1990 年 5 月始方開始有真正的言論自由。1989 年共黨政權與團結工聯聯合召開圓桌論壇（在兩次罷工之後由共黨政權主動邀請），達成一些妥協，妥協內容包括舉行部分的自由選舉，35%國會席次可以自由選舉（上議院），但 65%席次仍然直接歸屬共黨（下議院），最後選舉結果，共黨沒有在上議院獲得任何一個席次，共黨表示接受選舉結果，蘇聯克里姆林宮也表示沒有意見，此舉等同於宣佈共黨統治正當性的滅亡，開啟共黨政權垮台的開始，選舉結束半年後（1989 年 6 月 7 日舉辦自由選舉），正式結束共黨統治，波蘭也從社會主義國家轉為資本主義國家。

波蘭民主化 30 年來，有許多的混亂，例如不同政黨間的惡鬥，也間接引起社會的分裂與衝突。波蘭民主化，特別是 1989 年 6 月的自由選舉，乃至於共黨政權的接受選舉結果，也影響並帶動了周邊國家民主化的浪潮，有人說，波蘭花了 10 年，匈牙利花了 10 個月、東德花了 10 個星期、捷克則只花了 10 天，達成了推翻共黨統治的民主化目標。1980 年代，本團體只是一個小報社，主要在傳遞訊息給人民，教導如何對抗共黨政權。個人曾經在戒嚴時期遭逮捕入獄半年，在獄中

反省，認為應研究歷史，出獄後 1987 年即成立歷史研究資料庫，開始由報社轉型為現今的組織形式。1989 年之前本團體都還是地下活動，當時認為共黨與團結工聯妥協合作應屬謠言，一直等到選舉結果為政權所接受後，才開始轉為公開發行。1989 年秋天，本人受邀到共黨電視台上節目，即宣揚並呼籲應該正視並研究共黨統治期間的歷史。1990 年 2 月正式轉型為基金會，在成立後的前十年，由於政府並不重視歷史研究，所以本基金會便承擔起如此之角色。之後政府開始比較正視歷史的研究，但多與政府要達成之任務與目標有關，與基金會的定位不同，基金會成立以來，均維持獨立，作為社會公益之組織，不接受政府的任何補助。目前本基金會主要有兩個任務：

- 建立歷史檔案，以一般民眾作為來源，整理後並公開於網站。
- 設立出版社，發行出版品，公開販售，使一般人民得以取得。

我們看待的歷史，比較是從個人的角度出發，例如從一般人民所提供之個別資料，以試圖喚起波蘭民眾的認同感。本基金會也做一些其他非政府組織比較忽略的，例如曾舉辦波蘭與烏克蘭的對話，以面對波蘭與周邊國家的複雜歷史，或如特別關心納粹統治期間的歷史。

共黨並未佔據有太多在政治上具有政治意義與影響力的財產，當然，特別在 80 年代私有化過程中，確實有共產黨人或第三人運用其職權而獲取個人利益，甚至成為富豪。

由於目前波蘭各政黨都是民主化之後所成立者，所以原則上並無如同台灣一般，有現存政黨是否擁有不當影響政黨公平等之不當黨產問題。

波蘭處理不公義問題的方式，不外由國會進行討論，或是由公民直接於街頭上解決，例如發動罷工。

20190522 下午

極權主義研究中心（波蘭）

主要是研究極權主義之機構，四年前方更名，之前為團結工聯中心。

中心不僅從事學術研究，也辦理公開展覽、文化講座等教育性質的活動，不只跟波蘭國內，也跟各國相關機構合作（美國、德國與亞洲各國學術機構）。目的在於了解波蘭歷史，特別是 20 世紀共產極權與納粹統治歷史。尋找在國內外波蘭人的事蹟，共同勾勒在極權主義時代之圖像。

我們曾經邀請總統至中心，頒發勳章給在二戰期間協助過波蘭之人。

中心有 50 位同仁，包括研究者、歷史學者等，中心設有圖書館，也有其他的分部。

中心是由政府制定法律（2018 年 8 月），特別設立之研究結構。國家記憶研究所（IPM）與本中心性質相近，亦會彼此合作，IPM 有幾千名專家，我們則僅有數十位，中心比較是在補足 IPM 的不足，例如承接 IPM 比較忽略的課題，IPM 的調查研究素材比較侷限於波蘭當地，本中心則會尋找在其他國家的資料，與其他國家建立合作關係，使用其資料（例如德國），同時翻譯成英文，以便與其他國家交流，IPM 任務在於蒐集資料，本中心則是做一定整理後對外界的展現。中心舉辦過國際會議，探討二次大戰時之相關問題，也會與其他國家研究「波蘭與極權主義」之學者交流，舉行研討與論壇，共同探討極權主義下的波蘭。我們建立有紀年式之資料庫，對外公開，從中可以看到某些具體事件與具體人事與談話等之記載，為了讓其他國家民眾亦可閱覽，這個資料庫均以英文呈現（例如從 IPM 所提供之數萬份戰時納粹統治時期之受害人資料）。

關於轉型正義，本中心重點在於找尋犯罪者，公布受害者資料，與其他如博物館等機構合作辦理展覽，也提供給獎學金給有興趣研究相關議題之學者。

一年預算大概有 500 萬波幣加以支應。

目前主要在進行中或準備進行之主題：主要有兩類工作，一方面是資料庫的建構，另一則是提供展覽之用，包括國際上。過去兩年多的工作主要是將資料數位化，以及尋找在二戰時協助過波蘭人之名單。接下來準備主辦三四場大型國際研討會，邀請國際上專攻相關議題的學者與會。我們許多出版都跟皮勒奇先生（Mr. Pileckiego，當年潛入 Auschwitz 集中營留下紀錄之地下組織成員，經由其當時將記載傳入在英國的波蘭流亡政府，同時發布予各國了解納粹惡行，後來也由聯合國根據徒獲的檔案證實）之事蹟有關，其他例如當年波蘭於瑞士之外交官與南美洲國家合作，核發波蘭猶太人出國簽證以援救等事件。

我們工作很大部分與轉型正義有關，事實上，波蘭從事轉型正義工程也不過是最近三十年的事情。

20190523

歐洲記憶及良知平台（波蘭）European Network Remember and Conscience

數年前舉辦鄰近幾個國家之轉型正義會議，主題為記憶與轉型正義。

因為機關之故，我們比較希望了解有關共產黨財產的追索問題。回答：其他的機構擁有檔案，可以進行研究與個別事件的追究，包括除垢，以及對公眾公開，民主化之後，1972 年以後出生者即無申報義務。

成立在民主化之後的新政黨，並未存在與前共產黨之聯繫，雖然尚有某些前共黨人士仍活躍，例如在國會，但已未在政府機關任職（2008 之後），但並不存在政黨的延續。但因為執行長並不非常熟悉相關的過程，可能要另外請教專家，有關共黨財產是否有特殊的問題及處理方式。原則上，就是在民主化之後直接移轉給國有，除非當時有人民為特別的主張。

在二次大戰後，亦有些遭共黨徵奪之財產，或是對於國家公共建設等之投資等，直接被徵收，但這些原則上都不是政黨財產的問題，而是國家政府必須去面對的。在納粹德國佔領期間亦有此侵奪人民財產的問題。

波蘭並非完全沒有所謂黨產問題，因為許多黨幹部官員透過貪污、或是利用擁有資訊而賺取利益，或利用國有化私有化等機會，即便是藉由合法管道，成為富豪者比比皆是。共黨時代並非完全國有化，仍容許一定程度的私人財產，例如中小農民，仍有土地。

土地集中化為何沒有完成？是否存在一定的資本市場？容許何等之市場交易？共黨政府控制著市場，實施價格管制，私人的生產必須投入一管制下的市場，許多中間交易商都是由共黨幹部擔任。

國有化之前，仍為私人所有，該如何處理？有些私人財產是國有企業所有，但隨著管制之逐漸減除，情況有些不同。

關於平台的任務（整個歐洲許多國家非政府組織共同建構的平台），經常舉辦跨國的研討會論壇等交流活動，此外亦宣導給年輕人知道過去之歷史與轉型正義的重要，並與其他機構保持合作。

## 附錄二

### 兩次專家學者諮詢會議會議記錄

#### 一、威權統治時期人事清查處置及相關救濟程序之研究 第一次專家學者諮詢會議會議紀錄

時間：2019 年 10 月 16 日（週三）上午 9 時 30 分至 12 時 00 分

地點：東吳大學城中校區第四大樓 4 樓 4308 會議室

主席：計畫主持人林佳和副教授

出席學者專家：胡教授博碩、劉副教授恆奴、孫教授迺翊、邵助研究員允鍾

列席人員：促進轉型正義委員會張研究員軒安

紀錄：王仁邑

一、報告事項：（略）

二、討論事項

- （一） 台灣是否確有進行人事清查措施之政治、社會、文化等環境與條件？如無，理由為何？如有，正當性基礎為何？正反考量是否亦可延伸至「實施之密度與模式選擇」？
- （二） 如實施人事清查措施，如何關照台灣獨特之獨裁與威權統治的歷史事實，劃定應實施之範圍與方式？
- （三） 對於人事清查制度之相關內容，包括適用對象、所涉部門、行為類型、清查方法、處理程序、法律效果、救濟模式等，有何具體建議？
- （四） 參考聯合國與歐盟相關準則與建議，哪些是值得台灣進行人事清查措施所應參酌與學習的？

（以下依發言順序）

胡教授博碩

1. 自立法之實效性觀之，考量我國民主化已然 20 多年之特殊時空背景，加上過去的人權侵害事件難以逐一平反，因此贊同計畫主持人提出之觀察：應集中針對特別重大之侵害人權行為進行處理。如將處理範圍擴及線民與合作工作者，一來範圍非常大，二來未必與現今急需解決之問題（例如司法問題）有直接關係。對此應思考：吾人要走到什麼程度？

2. 肯定刑事訴追或其他方式之訴追仍有其意義，尤其是針對過去便違法的情形（例如違反當時刑事訴訟法取供）。惟因過去的人權侵害者如今皆已年邁，對其進行刑事訴追，即使定罪也難以執行其刑（例如健康考量），因此其實是形式意義大於實質意義。
3. 吾人應檢討過往威權機關的留存必要性：威權國家常有許多情報機關（旨在互相牽制），我國亦多有保留至今者。對此吾人應省思，這些機關今日是否仍有存在必要性？以「調查局」為例，國外情報已有國安局、犯罪偵查有檢警系統、公務員犯罪有廉政署，則調查局存在之意義與定位為何？
4. 就刑事訴追，在推行前必須留意「是否有充足證據」。因為若證據不足而無法證明其罪，貿然推行無異只是讓法院認證其無罪，反而造成受害者與轉型正義的二度傷害。因此，如果司法機關無法肩負訴追這個任務，則宜讓行政機關先進入調查、還原歷史事實、點出加害者，以事實的還原為首要任務。
5. 承上，如涉及加害者為「目前在職之公務員」，對於其責任追究，雖無法透過刑事訴追處理，但可考慮透過特別法或者公務員懲戒法的方式，對其服公職權利進行處理，不失為相對柔性之手法。
6. 以德國之除垢經驗而言，有文獻顯示並非十分成功，有許多東德時的情報人員仍留在公務機關中，並未清查出去。而考量我國檔案保存狀況如此不佳，情形更令人憂慮。
7. 然而仍應肯定轉型正義的推動有其必要性。促轉是為了使吾人能從威權國家的思考轉換為法治國家的思考。例如國防部，民主化後即使上司有所更替，但體制中人治色彩依然濃厚，仍停留於威權心態，便是欠缺思考上之轉型。因此，即便無法做到百分百成功的轉型正義，仍應堅持推行，這象徵著吾人已進入法治國家，與過去進行切割。

#### 劉副教授恆奴

1. 關於戒嚴時期留下的制度（黨化司法）至何年解消，有若干可能時間點：
  - (1) 戒嚴時期曾制度性地招募司法官入黨。考量司法官第 25 期係 1987 至 1988 年間受訓，因此按理說第 25 期之前的司法官皆經歷過戒嚴時期的制度性招募入黨。
  - (2) 而調查局人員附訓制度，報載自司法官第 30 期學員（1991 年）取消。
  - (3) 另個可能性是調查局人員之招考，時至 1994 年才回歸考試院，過去都

是調查局自己進行身家調查、招考而來。

2. 承上，對黨化司法的清查（甚至名單揭露）有其宣示意義，代表與過去的黨化時代進行切割，令年輕一輩司法官無須概括承受黨化之質疑。
3. 自 2012 年法官退黨名單觀之，2012 年時法官體系有 24% 具黨籍。而檢察官體系約 18% 具黨籍（1371 位檢察官中有 256 人退黨）。其中絕大部分皆是國民黨籍。不過，對於司法官之黨籍身分，制度設計上應全面揭露或者全面隱藏？法官可否主張此為隱私？皆值得討論。
4. 除了揭露之外，如欲進一步與年金制度進行連結（例如剝奪退休金），則應謹慎。畢竟若有特定重大案例之證據，或可個案處理；但若全面性進行處理，是否會招致不當連結之質疑？亦即年金之意義為何，而當前的處理措施是否能符合？會否引起反效果？尤其過去有些法官之所以加入國民黨是為了自保而已，不見得真的有做侵害人權之事，倘若僅因具備國民黨黨籍便對其進行清查，恐引起不小反彈。
5. 承上，除非個案中能掌握確實證據，顯示法官有明確施壓或違法判決，例如蓬萊島案，則較有處理的正當性，可考慮個案作特殊處理。

孫教授迺翊

1. 觀捷克洗滌法之立法邏輯，就是先抓「背景」（例如國安單位等）、再抓「職務」、最後加上「職級」。這種立法模式在捷克轉型之初較有政治處理之正當性，但考量我國較為緩和的轉型模式，恐怕較難透過如此範圍廣大的立法例去處理，應予限縮。
2. 承上，如何限縮？
  - (1) 同樣建議綁定重大人權侵害事件的加害者，正當性較高。尤其依據受害者的口述歷史，某些加害人的圖像其實是清楚的，例如高一生的女兒—高菊花曾提到她受到某特定人士威脅，被迫擔任交際花。若配合促轉會檔案去勾稽，其實部分加害人入選是清楚具體的，那麼這些人可以先處理。
  - (2) 以司法人員之處理而言，或可考慮先透過某些程序認定過去某判決屬於枉法裁判並予撤銷，接著才能去追查相關司法人員之責任。但須強調，該司法人員是否有責，仍須進一步符合個人特別責任要件。在此只是說明，若要啟動某些政治審判案件的追訴，應先就裁判本身的違法性進行

認定，再來追究參與者的責任。

- (3) 承前，對於早期具有特工身分的法官，應該將這些資訊公開，待歷史評價；但如果過去司法體系中的檢察官、法官，不是明顯具有特工身分，則建議針對特定案件去追查，會較為明確。
3. 法律效果上，假設要連結年金制度（例如停發退休金），應該要立特別法來處理。而對於黨職併公職之年資採計問題，德國作法並非完全停發該筆退休金，而是將那些黨職年資認定為一般的勞保年資，不得以公務員身分進行計算，而縮減其公務員退休年金數額。此供參考。

### 邵助研究員允鍾

1. 諸位委員皆提及時間因素，確實是我國的困難點，加上我國民眾對於轉型正義的理解似乎偏向負面。此時，若採取相對激烈的除垢法規範，即使立法的外觀是通案的一般性規定，但實際上可以適用到的人是特定少數，那麼可能會遭質疑為針對性措施立法、政治鬥爭（一般民眾的觀感尤可能如此），形成挑戰，因此個人持較為保留之意見。也誠如計畫主持人在期中報告第 157 頁所提醒的，我們是否已錯過最適合推動除垢的黃金時刻？
2. 關於法律效果之部分，若對於選舉候選人進行資格限制（不讓他進入公職選舉）、或者不發給年金，也很容易挑起敏感神經，並面臨政治正當性之挑戰。因此以法律效果而言，或許現實上較可期待的方式是透過調查釐清歷史事實，告知人民哪些判決不當、哪些人應該負責，藉此做出 **public shaming** 即可（不論是否透過不名譽證明）。這或許已是政治現實之極限。
3. 或許上述見解較為消極，但旨在提醒吾人注意是否可能迎來弊大於利之結果？對於是否採行狹義之人事清查處置，個人仍持有較大疑慮。

### 三、計畫主持人林佳和回應與總結

（一）對於司法人員之處理，觀察重點有三：

1. 單純對於具有黨籍之身分作為清查標準，是不合適的。
2. 但肯認，個案判決中如有重大侵害人權情況，應予處理。只是如何認定該案屬判決違誤或者政治干預，在證明上有相當難度。
3. 在兩德統一之經驗，認為法官應有相較於一般公務員更高之要求，法官須證明自身具備強烈憲法忠誠。因此，如果法官並非單純具有黨籍身分，

而是積極參與某些黨內事務，且該事務可以連結到轉型正義欲處理之對象，則德國認為仍可予以免職，這也是一種針對法官的中間模式。不過以立法層面而言，似較難寫入條文。

(二) 至於報告中提及之轉型正義專責機關（參期中報告修正版第 6 頁，初步研究發現第 10 點），可能性有數個，例如透過促轉會再做延續，或者在行政院層次設立一個專責委員會，也可能銜接到現有機關進行（如檔案局或銓敘部），有待討論。

(三) 關於手段（法律效果）之選擇：

1. 有認為透過檔案公開處理即可。亦即不進入狹義之人事清查，不在法律體系內做出法律效果的直接處理，而是回歸政治、回歸社會處理。確實，政治衝擊恐將影響狹義人事清查立法的實施成效，這是大家最擔心的。
2. 有認為可以給予不名譽證明，並附帶追回褒揚令之效果。
3. 也有更進一步認為要停發退休金者。
4. 此外，捷克、波蘭的立法經驗告訴我們，人事清查之立法，務必要規定其作為個資保護的特別法。
5. 以上，皆容待未來進一步討論。

四、散會：12 時 00 分。

## 二、威權統治時期人事清查處置及相關救濟程序之研究 第二次專家學者諮詢會議會議紀錄

時間：2019 年 10 月 31 日（週四）下午 13 時 30 分至 15 時 30 分

地點：東吳大學城中校區崇基樓 1 樓 1104 會議室

主席：計畫主持人林佳和副教授

出席學者專家：林助研究員正慧、許教授恒達、程教授明修、曾副研究員文亮、李助理教授東穎

列席人員：促進轉型正義委員會張研究員軒安、促進轉型正義委員會高副研究員毅

紀錄：易大為

一、報告事項：（略）

二、討論事項

（一）台灣是否確有進行人事清查措施之政治、社會、文化等環境與條件？如無，理由為何？如有，正當性基礎為何？正反考量是否亦可延伸至「實施之密度與模式選擇」？

（二）如實施人事清查措施，如何關照台灣獨特之獨裁與威權統治的歷史事實，劃定應實施之範圍與方式？

（三）對於人事清查制度之相關內容，包括適用對象、所涉部門、行為類型、清查方法、處理程序、法律效果、救濟模式等，有何具體建議？

（四）參考聯合國與歐盟相關準則與建議，哪些是值得台灣進行人事清查措施所應參酌與學習的？

（以下依發言順序）

林助研究員正慧

1. 台灣過去就轉型正義的工程而言，已經有一些東西先行了，例如對於「被害人」的補償、和解等等，就當前的條件與現況來說，有別於報告內文所呈現諸多後衝突國家的實踐案例，不太適合徹底進行制度面的人事清查；然而，轉型正義仍然必須找出「加害者」，因此人事清查仍有必要性，但手段上必須將困難度及社會影響納入考量。
2. 比較法上例如波蘭、捷克，主持人也有提到許多檔案處理（人事清查名單）的工作。對應到台灣，我們的許多名單都不是現成的，而需要進一步去整理歸納，因為過去威權時期許多機關內部的人員多是化名，僅有一些公開部門內的情治機關，例如國安系統、警察機關可能是相對好找的。基此，單就檔案公開而言即具有相當門檻。
3. 具體來說，透過調查研究，逐步公開檔案，會是現階段比較可行的方式。那也是一種清查的形式，但是著重在揭露歷史真相的面向。就檔案公開而言，並沒有進一步連結到懲處，這或是台灣目前比較可以做的。
4. 此外，對於新進公務人員的「入口管制」，亦即針對將來申請公務職位者，去對於過去行為加以考量、審查，這或許也是台灣現階段可以做的。但應注

- 意的是，作法上或許進一步區分特定職位的屬性、職務內容，細膩化處理。
5. 從期中報告對於諸多比較案例的介紹可以看出，台灣的體質與條件和其他許多國家都不相同，或許我們可以考慮走出一條自己的路。就現有期中報告的內容而言，已經將各國的介紹分析整理地非常完整，因此後續工作即是嘗試擘畫出台灣自己的路。
  6. 不建議區分階段、選擇性地去做，換言之，不適合去挑選例如二二八事件要做，白色恐怖之中的某個其他事件不做；亦不適合去概括劃分例如六零、七零年代以前、以後是否進行等等。相反地，應該要去關照具體事件的狀況、特定行為人做了什麼？
  7. 考量到本計畫在定位上為政府機關委託研究，或可在目前已將轉型正義及人事清查理論及背景完整整理的基礎上，具體回應委託單位所要求的事項，在考慮到台灣的政治現實與社會條件之下，究竟應做哪些東西？方式、程度如何？

#### 許教授恒達

1. 就現有的期中報告內容及計畫主持人所作簡報看來，目前對於具體做法如何，尚無定見。但是就「是否」以及「如何」進行人事清查二層次而言，至少第一層次在結論上是一定程度肯定，關鍵在於如何（程度及範圍）來做？
2. 在手段上，就特定人事清查對象的辨識標準而言，可二分為「形式面」與「實質面」。首先就「形式面」來說，台灣向來所面對的困境是：究竟要標誌出哪一特定機構/組織作為轉型正義對象？我們在面對過去不法行為時很難找出一個具體特定的線索（clue）；因此，看似必須從「實質面」著手，然而此具有被指摘事後進行刑事訴追的風險。
3. 承接上述，從「實質面」審查，亦可能遭遇困境例如：在司法界，法官或可能託辭：即便在威權時期，我們仍是依法審判，而毋須去顧慮實質正當性如何如何。
4. 此外，根據親身接觸經驗，在司法界多有認為「事後清查」的轉型正義手段對於司法官而言情感上或感受辱，蓋他們認為當時皆是依法審判。例如：彼時某位曾參與美麗島大審的軍法官，因為這項經歷而在後來仕途曲折，但司法界並不傾向認為此應歸責於該名軍法官，蓋當時伊僅是一個服義務役的少尉，聽從長官之命行事。類似案例或值得對照著名的東德柏林圍牆射殺案。

從諸如此類的案例反思，或許關鍵在於：我們在法律制度上是否已經給了這一類人一個可期待的其他選項？換言之，我們是否可以合理期待這些人在彼時當下選擇為一個合法（實質法治國）行為？

5. 「人事清查（vetting）」、「除垢（lustration）」等詞彙經過中譯後，單就詞面本身在台灣政治社會的現實上即相當敏感，不可忽略。
6. 就檔案公開而言，贊成波蘭作法。亦即，我們不透過國家權力的查核機制去處理檔案真偽，反之，而是留待後續的社會公共討論。
7. 在檔案公開後，是否要進一步進行狹義的人事清查措施？若答案為肯定，恐怕須將範圍限定在「特別重大侵害人權」之行為人較為妥適可行。但是在台灣，恐怕難以找到符合國際法上所定義嚴重違反人道的態樣，毋寧多半屬於「漸進式」的情形。
8. 承接上述，何謂「特別重大侵害人權」？涉及不確定法律概念的詮解，應有加以界定之必要。在此提供幾點思考：
  - (1) 從法益侵害角度：涉及生命損害。
  - (2) 從義務違反角度：行為人濫用其於體制中的權勢地位，而在程度上達到對於整個國家機制的扭曲破壞。
  - (3) 從人事層級角度：建議侷限在居於較高層級而具有掌控國家機器、下命指揮權限之人，或毋須過度責難較低位階的執行者。
  - (4) 綜合上述，建議把實質法律效果的反映侷限在較高層級的下命指揮者，較低層級的執行者則僅做檔案揭露。
9. 組織程序面向：比較建議成立專責機關負責程序發動；若交由既有政府各部門負責而非專責，實踐上承辦者可能會採取較為消極的態度（蓋只是眾多業務之一）。
10. 最後，就法律效果而言，主持人在簡報中提及三種類型（排他型、融入型、和解型），個人建議若要貫徹立法，在具體設計上應有必要納入排他型（例如：作成不利處分），搭配融入、和解型。用意在於以排他型作為事實真相（fact）呈現的擔保（guarantee），避免行為人融入或和解後卻沒有任何作為。基此，排他型的法律效果在定位上居於補充地位，且考量到台灣政治現實，程度上亦不宜過強。

## 程教授明修

1. 合憲性思考：
  - (1) 形式合憲性：
    - A. 法律保留：以「去職」處置為例，若對象為法官，則涉及法官法的身分保障問題；若對象為軍職，亦涉及有關軍人的法規範。從法律保留的角度，規範位階至少需提升至相當於現行考績法位階（法律層次），而不能僅以授權命令為之。
    - B. 法明確性：法構成要件的行為描述是否已符合法明確性的要求，應予留意。
  - (2) 實質合憲性：人事清查程序具有一定目的性，如同期中報告內文提及：在於排除嚴重整合性缺失的公務員，重建公民對於公務體系的信任。就這個角度而言，對於已退職人員進行人事清查，其正當性基礎何在？即有必要釐清。
2. 實定法規範：促進轉型正義條例第 4 條第 3 項規定：「促轉會應基於相關陳述、調查結果及檔案資料，撰寫調查報告，並規劃人事清查處置及相關救濟程序。」就將現職公務人員去職之措施而言，類似於日本所談的「公職追放」。這件事情在整體轉型正義工程上是否具有如此大的「能量、量體」？換言之，動用龐大國家資源去處理是否具備正當性？
3. 台灣的條件及背景：不若東歐國家的民主轉型，所有措施在一夕之間變動，我國解嚴至今已逾三十餘年，威權時期大部分的公務員迄今多已屆齡退休。
4. 人事清查的發動主體及清查對象：
  - (1) 發動主體：法院、公懲會、原服務機關？
  - (2) 清查對象：威權時期涉及人權侵害的行為人或參與者可能涵蓋黨、政、軍各領域層面，範圍如何劃定？
5. 組織程序面向：或可參考新修正的法官法——審職務法庭、二審公懲會（職司救濟審），類似於主持人所言第一種模式。

## 曾副研究員文亮

1. 當前台灣進行人事清查，必須強調者，其目的並非對於過去進行追殺，而是面向未來確立價值。因此，雖然於實踐上或難以再從現行公務體系當中清查多少人事，然而就價值面向而言，意義仍然重大。

2. 在威權統治時期，許多人的至親好友死得不明不白，甚至可能缺乏一個形式上的合法判決，我們今天來做人事清查，當有必要性。
3. 過去參與人權侵害者，倘若至今仍身在公務體系當中，當有進行清查的必要。其思考在於，既然過去第一次無法承受重大政治壓力，則未來亦有可能發生第二次的崩盤。
4. 目前台灣的檔案公開、真相揭露並不完整。且在檔案處理上，時常面臨困難，包括檔案不完整、甚至沒留下檔案（例如威權時期當時多有所謂「秘裁案件」）。
5. 就對象特定而言，應區分「集體」及「個體」面向：
  - (1) 集體面向：例如保密局對應到國家機關的層級與權限為何？
  - (2) 個體面向：例如保密局內部具體特定成員的化名究竟是誰？
6. 過去威權統治時期國民黨政權的特徵應予掌握：其與台灣社會並非全然對立，而使有採取一定程度的吸收，即所謂「以黨透政」。例如：當時的黨職人員（例如中常委）可能是大於政府人員的；且當時實際掌握國家權力者，可能不單僅局限於公部門，還散佈於黨、黑機關。此一威權體制的背景，在進行人事清查之前，要有基礎認識。

#### 李助理教授東穎

1. 人事清查如何進行？包括方式、程度及範圍，都須考量。
2. 從憲法角度思考，無論採取刑事訴追或行政人事清查手段，皆涉及溯及既往問題。自目前期中報告看來，已有援引幾則德國聯邦憲法法院的判決進行討論，包括著名的柏林圍牆射殺案。如何突破相關憲法原則，必須注意。
3. 就目前期中報告內容看來，針對德國部分的處理，或許比較沒有那麼深入精細。然而可以理解，主持人為呈現諸多比較案例的分析介紹，必須在有限篇幅內琢磨各國的處理面向與問題。

#### 三、計畫主持人林佳和回應與總結

##### （一） 台灣是否應進行人事清查？（合憲性、容許性）

1. 在威權統治時期濫用其權勢地位侵害人權之人，不應隨著時間經過而被寬恕或原諒。
2. 根據聯合國、乃至於歐盟的國際標準，進行人事清查之目的在於排除

嚴重整合性缺失的公務員，重建公民對於公務體系的信任，具有正當性及必要性。

3. 如同台大法律學院王泰升教授所言，在思考上應進一步區分在威權統治期間的「合法」與「違法」行為。而轉型正義的關鍵在於：處理過去形式上合法，實質上卻是違反實質法治國之行為。
4. 憲法上所謂法不溯及既往原則，理解上應區分「真正溯及」與「不真正溯及」：前者原則上禁止，僅例外容許；後者原則上容許，例外禁止。（編按：我國釋憲實務見解亦同，參見司法院釋字第 717, 781, 782, 783 號解釋）而學理上對於「真正溯及」最常討論之容許例外即是轉型正義的推動。
5. 當然，轉型正義的價值仍必須與其他憲法價值進行權衡，亦受到其他法律（例如個人資料保護法）之拘束，應予注意。

## （二）台灣應如何進行人事清查？（對象、範圍、手段、組織程序、立法模式）

### 1. 對象：

- (1) 比較法上，各國所處理的對象不盡一致，例如智利，其政府打從一開始即不打算處理軍方，因為即便經過了民主轉型，真正經由民主程序有所改變者僅民選政權，軍方結構則未有變動。
- (2) 又如捷克，甚至將具有「過去曾赴莫斯科就讀黨校」經歷之人納入清查對象。但台灣顯然不具那樣的條件，應做不同處理。
- (3) 然而就各國案例比較觀察，均將國安部門、警察機關作為重點處理對象，蓋此等人員與人權侵害至為關聯。
- (4) 針對過去不在公務體系、卻做了人權侵害行為之人，倘若後續進入了公務體系，從人事清查為重建公務體系信任之目的而言，仍然應納入處理對象。

### 2. 範圍：

- (1) 比較法上，捷克、波蘭所採取人事清查之不同模式為觀察重點。簡言之，捷克的做法是採取「整體歸責模式」，亦即，將處理繫於「特定身分」之有無。聯合國、歐盟均不建議採取捷克模式，歐盟更認為捷克的處理是失敗的。
- (2) 另一方面，對於「極其嚴重的人權侵害」，捷克、波蘭並不嚴格限定於國際人權法定義下的「種族屠殺」；毋寧，例如過去警察機關

的大規模濫權逮捕亦納入處理範圍。此部分值得台灣借鏡。

- (3) 小結：並不會採取捷克模式（連結身分），而是以具體侵害人權事件作為連結，觀察個人所扮演的角色、參與程度（例如決策者、執行者、協力者等等），個別發動。

### 3. 手段：

#### (1) 檔案公開、真相揭露

- A. 捷克、波蘭對於檔案的處理方式都是完全揭露，至於對記載可能非真實者如何處理？他們的回覆皆為：不去進行查核、證明，而是留待未來社會公共討論。
- B. 波蘭的作法即所謂「真相換免責」，亦即給予一定期限讓加害者主動進行自白，並將自白選擇性抽樣交由後端查證，僅有少數情節嚴重者交由檢察官起訴，而遭起訴者多數為法院所駁回。此一作法即是透過課予加害者揭露、釐清歷史真相之義務，以免除不利益處分作成等究責措施。但採取此一作法的前提是：若加害者不為自白則會連結後續處置之發動，換言之，制度設計上需有一個擔保存在。
- C. 南非的作法雖然叫「真相和解」，但在南非真相和解委員會的運作過程中，社會各界不斷要求要究責（雖然官方沒有明確採取），因此在社會壓力之下，出來認錯的人其實是非常少的，且真正主動出來的人大概都是公認罪行輕微者，我們可以想見，不會有人願意出來說：我殺了很多人，請各界寬恕原諒。此在制度設計上必須注意。

#### (2) 狹義人事清查處置

- A. 考量台灣政治現實及社會條件，將人事清查限縮於較小範圍，會是目前傾向的作法。
- B. 對於已退休者，現實上幾乎不會出現「再任」情形。因此手段上，全部或一部剝奪退休金、發給不名譽證書，並附帶追回褒揚令或許是較為可行的方式。

### 4. 組織程序：

- (1) 比較法上，波蘭起初並無成立專責機構，但後來因業務量超出預期，而設置了一個非典型國家機關（國家記憶機構）。人員組成包

含檢察官，負責進行訴追等程序發動（蓋司法機關為不告不理）。

- (2) 目前構想，如果未來有一個轉型正義專責機關，就交由該機關處理；倘若沒有，就不建議另設置一個專責處理人事清查的機關，反之，較傾向於交給現有機關（參考外國作法例如內政部）處理。
- (3) 具體而言，若以「免職」為例，基本上不交由各機關處理，即便特別設置一個專責機關，其僅是作為程序發動單位（例如處理檔案、查明事實），後續即交由公懲會進行懲戒。
- (4) 救濟程序部分，可能採取的模式有二：一，公懲會；二，最高行政法院（人事清查救濟法院）。

5. 立法模式：

- (1) 轉型正義人事清查具有特殊性，因此若是僅在現行公務人員相關法規中的免職事由另加上一個事由（款項），立法技術上是最為簡單，但實際上卻是最不可行。
- (2) 就立法言，法律規範上無法聚焦特定人員，亦不會出現具體事件，因此，會採取「抽象行為效果描述」的方式，類於刑法上對於某種罪行、行為加以描述。當然，應注意憲法對於法明確性之要求。

（三） 小結

1. 綜合上述，並歸結目前已完成的期中報告內容而言，後續研究重點在於台灣「如何」進行人事清查？包括檔案處理及狹義的人事清查處置。
2. 其次，就方法論上，仍然必須相當程度連結「時間」要素，因為就台灣而言，威權時期的許多時間點與人權侵害事件的重大程度具有關聯性。（七零年大概是一個明顯的分界點）
3. 最後，就研究進度來說，目前已就比較法上的案例做了相當的考察，後續會進一步比較分析台灣與各國實踐的差異，且一定會去處理台灣與其他國家不同之處。

四、散會：15 時 30 分。

### 附錄三

#### 捷克《大洗滌法》(1991 年第 451 號法律) 條文

#### 《捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國及斯洛伐克共和國 關於擔任特定國家職務之先決條件法》

捷克斯洛伐克聯邦共和國聯邦議會決議通過本法：

#### 第 1 條

- (1) 欲經選舉、任命或指派擔任下列組織之特定職位者，須符合本法所定條件。
  - a) 捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國及斯洛伐克共和國之行政機關；
  - b) 捷克斯洛伐克軍隊；
  - c) 聯邦安全資訊局、聯邦警察單位、總統特勤單位；
  - d) 捷克斯洛伐克聯邦共和國總統辦公室；聯邦議會、捷克國民議會、斯洛伐克國民議會之辦公室；捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國、斯洛伐克共和國之政府辦公室；捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國、斯洛伐克共和國之憲法法院辦公室；捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國、斯洛伐克共和國之最高法院辦公室；捷克斯洛伐克科學院常委會、斯洛伐克科學院常委會；最高行政法院；
  - e) 捷克斯洛伐克、捷克、斯洛伐克之廣播電台、電視台及新聞通訊社；
  - f) 國營事業、國家組織、國家為主要股東之股份有限公司、外國貿易公司、捷克斯洛伐克國營鐵路、國家基金、公營金融機構、捷克斯洛伐克公營銀行；
  - g) 地方自治政府，除非法律另有規定。
- (2) 前項第二款人員在軍中之升遷以上校為限。
- (3) 第一項第六款所定職位係指該組織之負責人及直屬其下的高階職位。在大學和公立大學<sup>658</sup>，則包括經普選出的學術官員及經大學學術評議會核准的職位<sup>659</sup>。第一項第七款所定職位係指地方政府首長和高階官員。
- (4) 關於法官、非職業法官、檢察官、公證人、仲裁人、實習法官、實習檢察官、實習公證人、實習仲裁人之任職，本法亦設有特定條件。
- (5) 關於特定行業之經營許可，本法亦設有特定條件<sup>660</sup>。

<sup>658</sup> Act No. 111/1998 Coll. (Universities Act) (轉引自英文版條文註腳 5))

<sup>659</sup> 第一條第一項第六款之「國家組織」包含大學及公立大學，而依第一條第三項，大學及公立大學裡頭經普選或經學術評議會核准的主管，皆須接受洗滌，亦即主任、院長及校長。參施正鋒，捷克的轉型正義，台灣國際研究季刊，第 12 卷，第 4 期，頁 122，2016 年 12 月。

<sup>660</sup> Section 27 (2) of Act No. 455/1991 Coll., on trade business (Trade Act), and Annex 3 to this Act.

## 第 2 條

- (1) 公民於 1948 年 2 月 25 日至 1989 年 11 月 17 日間具下列身分之一者，不得擔任前條所列職位：
- a) 國家安全警部<sup>661</sup>中被分派至國家安全局<sup>662</sup>之官員；
  - b) 經國家安全局檔案登記為國家安全局之區域首長、特務、出借單位擁有人、陰謀單位擁有人、告密者或者意識型態合作者；
  - c) (刪除)
  - d) 捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨地區委員會層級以上之委書記、前開委員會之常務委員會成員、捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨中央委員會之成員、捷克黨務工作管理局(委員會)之成員，但僅於 1968 年 1 月 1 日至 1969 年 5 月 1 日間任職者不在此限；
  - e) 於前款體系中負責國家安全警部政治運作之部門職員；
  - f) 人民民兵之成員；
  - g) 1948 年 2 月 25 日後之國家前線行動委員會、1948 年 2 月 25 日後之審查委員會或 1968 年 8 月 21 日後之審查暨普通化委員會之成員；
  - h) 蘇聯執行委員會培訓國家安全局官員附屬 Felix Edmundovic Dzerzinsky 大學、蘇聯內政部培訓公共安全局官員附屬大學或蘇聯內政部政治學院之學生、研究生或參與三個月以上課程者。
- (2) (刪除)
- (3) (刪除)

## 第 3 條

- (1) 公民於 1948 年 2 月 25 日至 1989 年 11 月 17 日間具下列身分之一者，不得於聯邦內政部、聯邦安全資訊局、聯邦警察單位、總統特勤單位中擔任第一條所列職位：
- a) 國家安全警部中被分派至國家安全局反情報單位之官員；
  - b) 國家安全局處長以上之職位；
  - c) 蘇聯執行委員會培訓國家安全局官員附屬 Felix Edmundovic Dzerzinsky 大學、蘇聯內政部培訓公共安全局官員附屬大學或蘇聯內政部政治學院之學生、研究生或參與三個月以上課程者；

---

(轉引自英文版條文註腳 1))

<sup>661</sup> the National Security Corps，簡稱 SNB，其中分為 VB（公共安全局）與 StB（國家安全局）兩大組織。

<sup>662</sup> the State Security Service，簡稱 StB，屬於便衣祕密警察、特務單位。

- d) 國家安全警部中捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨之總委員會之  
委書記或成員、捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨之地區理事委員  
會之成員、國家安全警部中被分派至聯邦內政部政治訓練暨教育、文化  
及宣傳活動部門之官員；
- e) 前條第一項第二款至第七款之職位。

(2) (刪除)

#### 第 4 條

- (1) 公民應以聯邦內政部核發之人事清查證明書(下稱證明書)證明第二條第一  
項第一款及第二款之事實。
- (2) (刪除)
- (3) 公民應以切結書證明第二條第一項第四款至第八款之事實。
- (4) (刪除)

#### 第 5 條

欲於第一條所列之機關或組織中擔任職位之公民，應依情形向該機關或組織之首  
長提交證明書、切結書或裁決。聯邦內政部核發之證書，除本法另有規定外，應  
由公民提出申請。

#### 第 6 條

- (1) 下列各款之人應向聯邦內政部申請核發證明書：
  - a) 經選舉擔任第一條職位之公民，且該機關具舉辦該選舉之權能者；
  - b) 經指派擔任第一條職位之公民，且該機關具指派該職位之權能者；
  - c) 經任命擔任第一條職位之公民，且該機關具任命該職位之權能者。同時，  
該機關或組織之首長應通知該公民，其負有於通知送達時起三十日內提  
交證明書之義務。
- (2) 本法施行時擔任第一條所定職位之公民，應自本法施行起三十日內向聯邦內  
政部提出證明書之申請。
- (3) 聯邦內政部應自提出申請時起六十日內將證明書付與相關公民，並通知申請  
核發證明書之主體。
- (4) 本法施行時擔任第一條所定職位之公民，未於機關或組織之首長通知時起三  
十日內提交證明書者，該機關或組織之首長應於七日內向聯邦內政部請求付  
與證明書之副本。

#### 第 7 條

捷克斯洛伐克聯邦共和國之總統聯邦議會、捷克國民議會或斯洛伐克國民議會之主席團；捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國、斯洛伐克共和國之政府；捷克斯洛伐克聯邦共和國、捷克共和國、斯洛伐克共和國之檢察總長，應就其任命之人向聯邦內政部申請核發證明書。聯邦內政部應立即核發該證明書。

#### 第 8 條

- (1) 十八歲以上之公民，得向聯邦內政部申請核發第二條第一項第一款至第三款之證明書或第十三條之裁決。
- (2) 前項之申請須支付 200CZK 印花稅並附申請人之簽名。

#### 第 9 條

- (1) 聯邦內政部應核發證明書，並送達於公民本人。但依第七條核發之證明書，不在此限。
- (2) 核發證明書所須之檔案為其他機關所有者，該機關應於內政部請求後七天內提供所有核發證明書必要之檔案或資訊。

#### 第 10 條

基於本法之立法目的，證明書、裁定及其中所含之檔案不得列為機密資訊。

第 11 條（刪除）

第 12 條（刪除）

第 13 條（刪除）

#### 第 14 條

- (1) 依第二條規定不得擔任特定職務者，機關應自知悉時起十五日內免除其職務並予通知。但雙方已先行透過合意或其他方式免除職務，或經調離第一條所定職位者，不在此限。
- (2) 前項規定，對於依第三條規定不得擔任特定職務之公民，亦適用之<sup>663</sup>。
- (3) 前二項規定，對於拒絕以切結書證明第二條第一項第四款至第八款之事實，或切結書陳述不實之公民，亦適用之。

#### 第 15 條

檢察官符合第二條規定情形者，亦應免除其職務。

---

<sup>663</sup> Section 16 (1) c) of Act No. 334/1991 Coll.1, on the service of officers of the Federal Police Force and the Castle Police Force. (轉引自英文版條文註腳 2))

## 第 16 條

符合第十四條第一項要件者，權責機關應開啟免除法官職務之程序。

## 第 17 條

勞工法下組織須取得相關工會同意始得解僱勞工之規定<sup>664</sup>，於依第十四條及第十五條免除職務時不適用之。

## 第 18 條（刪除）

## 第 19 條

未經當事人同意，不得出版人事清查證明書或裁定，或其所含之資訊，或與核發證明書相關之文件。

## 第 20 條

第一條至第三條之規定，不適用於 1971 年 12 月 1 日後出生之公民，其不須提交第四條證明書或切結書。

## 第 21 條

- (1) 新聞週刊之發行人及電台、電視、新聞機構及視聽節目之經營者，得就自身或參與傳播媒體內容製作之員工，經其書面同意後，向聯邦內政部申請核發證明書或向委員會申請裁決。第六條第三項、第九條第一項、第十條、第十二條、第十三條、第十八條至第二十條規定應予適用。
- (2) 政黨、政治組織之黨主席或代表人<sup>665</sup>，得就自身或負責黨務管理之成員，經其書面同意後，向聯邦內政部申請核發證明書或向依第十一條設立之委員會申請裁決。

## 第 22 條

- (1) 若國民議會立法授權捷克共和國及斯洛伐克共和國之內政部長及司法部長應調查第二條所列情形者，聯邦內政部及委員會應同意核發證明書或裁決。
- (2) 捷克共和國監獄矯正單位、斯洛伐克共和國監獄暨法警部、捷克共和國警察單位、斯洛伐克共和國警察單位之官員之免除職務應受國民議會立法規範。

---

<sup>664</sup> Section 59 (2) through (4) of the Labour Code（轉引自英文版條文註腳 3）

<sup>665</sup> Act No. 83/1990 Coll., on association of citizens, as amended by Act No. 300/1990 Coll.（轉引自英文版條文註腳 4）

第 23 條

本法自公布日施行。

## 附錄四

### 捷克《小洗滌法》（1992 年第 279 號法律）條文\*

#### 《任命或指派捷克共和國警察及監獄矯正單位官員之先決條件法》

捷克共和國國民議會決議通過本法：

#### 第 1 條

欲經任命或指派擔任下列組織之特定職位者，須符合本法所定條件。

- a) 捷克共和國內政部（下稱內政部）
- b) 捷克共和國警察單位
- c) 捷克共和國監獄矯正單位

擔任內政部與警察單位特定職位之條件

#### 第 2 條

(1) 前條第一款及第二款受本法規範之特定職位係指下列職位：

- a) 內政部之警察或警官<sup>666</sup>；
- b) 經分派至捷克共和國調查局之警察或警官；
- c) 經分派至警察署之警察或警官；
- d) 任職於捷克共和國地區警察分署、同級都會區警察分署、市警察分署之主任、副主任、局長、外勤單位指揮官、行政管理部門首長、督察長；
- e) 任職於捷克共和國地區警察總隊及首都布拉格警察總隊之總隊長、副總隊長、局長、外勤單位指揮官、部門首長、特種警察（霹靂小組）指揮官、行政管理部門長官、科長、警政監（長）；
- f) 任職於捷克共和國地方調查局及首都布拉格地方調查局之局長、副局長、部門長官、資深調查員；
- g) 任職於捷克共和國地區調查局、同級都會區調查局及市調查局之局長、副局長、部門長官。

(2) 本法規範之職位係指前項第一款至第七款所列職位或與之相同位階之職位。

---

\* 本文翻譯自英文版條文，來源：Institute for the Study of Totalitarian Regimes, “Relevant Legislation”

(<http://www.ustrcr.cz/en/relevant-legislation>) (最後瀏覽日期：2019 年 9 月 19 日)

<sup>666</sup> Section 51 of the Czech National Council’s Act N. 283/1991 Coll., on the Police of the Czech Republic (轉引自英文版條文註腳 1))

(3) 第一項及第二項所定之職位係指特別法下之職位<sup>667</sup>。

### 第3條

(4) 公民於 1948 年 2 月 25 日至 1989 年 11 月 17 日間具下列身分之一者，不得擔任前條所列職位：

- a) 國家安全警部<sup>668</sup>中被分派至國家安全局<sup>669</sup>反情報單位之官員；
- b) 國家安全警部中被分派至國家安全局組長以上之職位；
- c) 經國家安全局檔案登記為國家安全局之區域首長、特務、出借單位擁有人、陰謀單位擁有人、告密者或者意識型態合作者；
- d) (刪除)
- e) 捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨地區委員會層級以上之委書記、前開委員會之常務委員會成員、捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨中央委員會之成員、捷克黨務工作管理局(委員會)之成員，但僅於 1968 年 1 月 1 日至 1969 年 5 月 1 日間任職者不在此限；
- f) 國家安全警部中捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨之總委員會之委書記或成員、捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨之地區理事委員會之成員；
- g) 於前二款體系中負責國家安全警部政治運作之部門職員；
- h) 國家安全警部中被分派至聯邦內政部政治訓練暨教育、文化及宣傳活動部門或政治訓練有關部會之官員；
- i) 國家安全警部中被分派至政治訓練暨教育副長(副指揮官)職位之官員；
- j) 人民民兵之成員；
- k) 1948 年 2 月 25 日後之國家前線行動委員會、1948 年 2 月 25 日後之審查委員會或 1968 年 8 月 21 日後之審查暨普通化委員會之成員；
- l) 蘇聯執行委員會培訓國家安全局官員附屬 Felix Edmundovic Dzerzinsky 大學、蘇聯內政部培訓公共安全局官員附屬大學、蘇聯內政部政治學院或其他蘇聯安全學校之學生、研究生或參與三個月以上課程者；

(5) 公民經調查確定有第五條第一項第三款及第四款之情事者，亦不得擔任前條所列職位。

<sup>667</sup> Act No. 361/2003 Coll., on the service of officers of security forces(轉引自英文版條文註腳 1a))

<sup>668</sup> the National Security Corps, 簡稱 SNB, 其中分為 VB (公共安全局) 與 StB (國家安全局) 兩大組織。

<sup>669</sup> the State Security Service, 簡稱 StB, 屬於便衣祕密警察、特務單位。

## 擔任監獄矯正單位特定職位之條件

### 第 4 條

- (1) 第一條第三款受本法規範之特定職位係指下列職位：
  - a) 監獄矯正單位中被分派至監獄矯正署之官員；
  - b) 監獄矯正部門或相同位階監獄矯正單位之局長及副局長；
  - c) 監獄矯正部門中或相同位階監獄矯正單位中之組長；
  - d) 監獄矯正部門中被分派至預防組之官員。
- (2) 第一條所定之職位係指特別法下之職位<sup>670</sup>。

### 第 5 條

- (1) 公民於 1948 年 2 月 25 日至 1989 年 11 月 17 日間具下列情形之一者，不得擔任前條所列職位：
  - a) 經調查確定有第三條第一項所列之情事；
  - b) 為捷克共和國懲治單位（下稱懲治單位）中之捷克斯洛伐克共產黨部門委員會成員，或懲治單位下屬部門中之捷克斯洛伐克共產黨部門委員會成員；或懲治單位下屬部門（未設有部門委員會者）中之捷克斯洛伐克共產黨地區理事；
  - c) 擔任懲治單位負責政治訓練之副總隊長或副處長；
  - d) 擔任懲治單位之組長或內國保護組長官；
  - e) 經懲治單位之檔案登記為懲治單位內國保護組之區域首長、特務。
- (2) （刪除）

## 證明書及切結書

### 第 6 條

- (1) 第三條第一項第一款至第四款之事實，應以聯邦內政部核發之人事清查證明書（下稱證明書）或依特別法<sup>671</sup>核發之裁決證明之。
- (2) 第三條第一項第五款至第七款、第十款、第十一款之事實，及第五條第一項第二款至第五款之事實，應以切結書證明之。

### 第 7 條

欲於內政部或警察單位擔任第二條特定職位，或於監獄矯正單位擔任第四條特定

<sup>670</sup> Act No. 361/2003 Coll., on the service of officers of security forces(轉引自英文版條文註腳 1a))

<sup>671</sup> 指大洗滌法第 8 條、第 11 條及第 13 條。(轉引自英文版條文註腳 2))

職位之公民、警察或監獄矯正單位官員，應依情形向各該機關提交證明書、裁決或切結書；同時，在開始任職前，其必須提交其非屬外國情報單位或反情報單位之合作者之證明。

## 第 8 條

- (1) 內政部及司法部有義務就第三條第一項第一款至第四款之事實，向特別法所定之機關申請證明書或裁決<sup>672</sup>。
- (2) 內政部及司法部得授權負責任命該特定職位警察、監獄矯正單位官員或公民之機關申請證明書或裁決。
- (3) 同時，該機關或其首長應通知該警察、監獄矯正單位官員或公民，其負有於通知送達時起三十日內提交證明書或裁決之義務。
- (4) 關於警察或監獄矯正單位官員證明書之申請，應自本法施行起三十日內向聯邦內政部提出。
- (5) 警察或監獄矯正單位官員未於機關(首長)通知時起三十日內提交證明書者，該機關或其首長應向聯邦內政部請求付與證明書之副本。

## 免職及調職

## 第 9 條

- (1) 警察或監獄矯正單位官員符合第三條第一項第一款至第五款或第五條第一項第二款至第五款規定情形者，應為免除職務之事由<sup>673</sup>。有關機關應自知悉該事由時起十五日內決定該警察或監獄矯正單位官員之免職。
- (2) 警察或監獄矯正單位官員符合第三條第一項第六款至第十二款規定情形者，應為調離第二條及第四條職位之事由。
- (3) 經免職者，應於免職之通知送達二個月後停止其職務。但與機關合意約定更短期間者，從其約定。
- (4) 符合第三條第一項及第五條第一項規定之警察或監獄矯正單位官員主動請求免職者<sup>674</sup>，應於免職之請求送達二個月後停止其職務。但與機關合意約定更短期間者，從其約定。
- (5) 第一項之規定，對於拒絕於本法施行起六十日內以切結書證明第三條第一項、第五條第一項第二款至第五款及第七條之事實，或切結書陳述不實之警察或

<sup>672</sup> 指大洗滌法第 22 條第 1 項。(轉引自英文版條文註腳 3))

<sup>673</sup> Section 106 (1) c) of Act No. 186/1992 Coll., on the service of officers of the Police of the Czech Republic (轉引自英文版條文註腳 4))

<sup>674</sup> Section 105 (1) of Act No. 186 /1992 Coll. (轉引自英文版條文註腳 5))

監獄矯正單位官員，亦適用之。

## 一般性規定

### 第 10 條

除本法另有規定外，核發證明書及裁決之條件及方式、送達、事實之確認、公布、分類、許可、對裁決救濟之法院管轄權，皆應適用特別法<sup>675</sup>之規定。

### 第 10 條之 1

本法不適用於 1971 年 12 月 1 日後出生之公民。

### 第 10 條之 2

除本法第二條、第三條第一項第一款、第二款、第六款、第八款及第九款、第三條第二項、第四條及第五條外，本法亦應適用於經任命或指派於捷克共和國消防單位、關務行政單位、安全資訊局、外國關係暨資訊局任職之人，其於 1948 年 2 月 25 日至 1989 年 11 月 17 日間不得具備下列身分：

- a) 安全資訊局、外國關係暨資訊局之職位，不得具備下列身分：
  - 1. 國家安全警部中被分派至國家安全局反情報單位之官員；
  - 2. 國家安全局處長以上之職位；
  - 3. 國家安全警部中捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨之總委員會之委書記或成員、捷克斯洛伐克共產黨或斯洛伐克共產黨之地區理事委員會之成員、國家安全警部中被分派至聯邦內政部政治訓練暨教育、文化及宣傳活動部門之官員；
- b) 捷克共和國消防單位、關務行政單位之資深職位，不得具備國家安全局官員之身分。

### 第 11 條

本法自 1992 年 1 月 1 日施行。

---

<sup>675</sup> 指大洗滌法。(轉引自英文版條文註腳 6))