

追究加害人？從轉型正義之法 (Lex Transitus) 觀察後社會主義國家之捷克 與波蘭經驗*

林佳和**

目次

- 壹、轉型之法：應報或修復？加害人模式？
- 貳、刑事追訴：法治國模式下之追訴義務
- 參、刑事追訴之延伸、變體與替代：特赦
- 肆、除垢與政府廉正性：公部門人事清查
- 伍、公部門人事清查制度實踐分析：捷克
- 陸、公部門人事清查制度實踐分析：波蘭
- 柒、後社會主義經驗？捷克與波蘭的殊途

* 本文曾發表於社團法人中華民國憲法學會主辦「轉型正義的憲法問題」學術研討會，2021年9月25日。

** 國立政治大學法學院副教授。

摘要

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 - 亦常稱之除垢 (Lustration)，並列為轉型之法 (Lex Transitus) 暨五大轉型正義手段內容，其中，刑事追訴、特赦、公部門人事清查，顯然針對被害人，不論站在應報式或修復式正義的幾點上。針對後轉型正義國家之追究昔日國家不法行為之加害人，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。從法治國模式下的刑事追訴義務出發，到與其相關之特赦，再直指以政府廉正性作為核心目的之公部門人事清查，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同手段，不論最終的制度選擇為何，「政治檔案的掌握、處理與公開」，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。以公部門人事清查制度為例，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，或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，均值推動轉型正義工程之台灣參酌。

關鍵字：轉型正義、應報式正義、修復式正義、刑事追訴、特赦、公部門人事清查、除垢、捷克除垢、波蘭除垢。

《不追究過去政權的幫兇，就是與犯罪者的大和解，最後，謀殺犯仍在我們的人群中…》

Ralph Giordanos,
德國作家，1923-2014

《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…》

Halmai & Scheppele, 1997

《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，對此截然不同的價值體系，斷不能採取形式上合法、實體上就合法之延續概念，就算法律秩序形式上確實存在規範上之延續，也不能接受…》

捷克憲法法院，1992

壹、轉型之法：應報或修復？加害人模式？

歐洲人說：真實存在的社會主義國家垮台，所謂 1989 系列革命 (*Revolutions Of 1989*)，波蘭花了 10 年，東德花了 10 個月，捷克花了 10 天。昔日東歐共產國家崩潰，後轉型社會走向民主化，在不同的追求正義之路徑選擇上，相當程度取決於過去「政治與社會控制之強度」：相對較為鬆散，及早即容許某些異議聲音，甚至開放一定的反對力量之政治參與及形成者，如 1979 年後的波蘭，走向真正民主化的時程反而越久，轉型正義之手段選擇，相對較為緩和。而對比例子的捷克共黨，從 1968 布拉格之春的鎮暴落幕後，趨向嚴厲與高壓的政治社會控制，則人民自發之同樣猛烈的天鵝絨革命 (*Sametová revoluce*)，無需太多時日，即動手推翻殘暴的共黨政府，必然的，嗣後轉型正義的手段當屬相同邏輯的激烈。這是一篇簡單談後社會主義國家轉型正義經驗的文章，事實上，轉型正義 (*Transitional Justice*) 的概念，不是誕生於二戰結束的後法西斯時代，而是來自後社會主義年代 - 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，開始大量的使用轉型正義一詞，這篇論文，著眼於後社會主義國家的轉型正義經驗，在眾多不同面向中，選擇切入之主題為加害人之追究，希望提供一些視野與思考。在論文的結構上，在「追究加害人」之主軸上，首先處理轉型之法的路徑抉擇問題：應報或修復，在此鋪陳下，進一步探索以加害人為中心的兩個主要之轉型正義手段：刑事追訴、公部門人事清查，兼及一個特殊的中間類型：特赦。接下來直視捷克與波蘭之經驗，當然，著眼的是兩國之所謂除垢措施 (*Lustration*)，他山之石，足以帶來某些啟發與借鏡，不論正面或負面。

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、希臘等剛告別法西斯主義與軍事獨裁過去的國家¹。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²：

- 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³，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

1 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).

2 Kritz, *The Dilemmas of Transitional Justice*, in: Kritz, *Transitional Justice*, Vol. I (1995), p. xix.

3 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.

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⁴。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，基本上有下列幾個方向：

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⁵。
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符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⁶，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。

4 Turgis, What is Transitional Justice? International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights 1 (2010), p. 9.

5 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.

6 Aukerman, Extraordinary Evil, Ordinary Crime, Harvard Human Rights Journal 15 (2002), p. 39, 48; Werle/Vormbaum, Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Wiesbaden 2018, S. 28f.

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⁷。觀察許多國家之經驗，這項批評顯然站得住腳：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⁸。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⁹。相對的，在公部門人事清

7 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.

8 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 29f.

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

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 年代受到刑事追訴的軍方將領，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¹⁰。

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¹¹，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

10 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> (07. Jun. 2021).

11 Truth and Reconciliation Commission of South Africa, Report, Vol. I (1998), p. 127.

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¹²。

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¹³。

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

12 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 33.

13 Crocker, *Reckoning with past wrongs: A normative framework*, *Ethics and International Affairs* 13(1) (1999), p. 55.

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¹⁴，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*）¹⁵。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¹⁶。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¹⁷。

相對的，修復式正義基礎上的制度選擇通常為「和解」：Audrey

14 Ottendörfer, Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen, in: Mihr/Pickel/Pickel (Hrsg.), Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, Wiesbaden 2018, S. 65f.

15 Ottendörfer, ebenda, S. 73.

16 Ebenda, S. 66.

17 Ebenda, S. 66, 73.

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¹⁸。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¹⁹。

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 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²⁰。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*

18 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.

19 轉引自 Ottendörfer, Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen, S. 68.

20 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.

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*)²¹。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，同時不忘對於被害者為必要的補償；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²²。

從轉型正義相關之法律制度的建構上，從前述國際法再走回國內法，亦可看出前述複雜的發展軌跡。專門研究轉型正義之學者 Fatima Kastner，即提出轉型的法 (*Lex Transitus*) 之概念²³，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，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，如同前述之應報與修復之別，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

21 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.

22 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.

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

加害人取向、被害人取向與其他立法取向²⁴。

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²⁵：

- 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

24 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.

25 Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, S. 22.

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²⁶：

表 1：原始模式選擇²⁷

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）		

26 Eser / Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 23ff., Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 329-332.

27 Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 23.

表 2：轉型正義之刑事上克服過去政策的模式²⁸

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	
	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	

28 Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 25.

表 3：行為人導向的刑事處理模式²⁹

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 ³⁰ 、迦納

表 4：恢復重建與刑事法關聯之各國分布³¹

類型		恢復與重建
有刑事法關聯	針對國家以刑事訴訟 手段犯下之不法	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
	針對國家之刑事不法	捷克 (含追訴期限)、保加利亞 (含 特赦)、希臘 (含特赦)、馬利

29 Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, S. 27.

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

31 Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 329.

無刑事法關聯	以刑法以外之其他手段廢棄國家不法	波蘭、匈牙利、捷克、德國、俄羅斯、希臘
	純道德手段	西班牙、馬利

表 5：賠償補償與刑事法關聯之各國分布³²

類型		補償與賠償
有刑事法關聯	以之前的恢復重建措施為基礎	波蘭、德國、捷克、舊蘇聯所屬共和國
	已先行採取對行為人之刑事追訴	智利
	刑事法院或採取刑事訴訴手段	希臘、馬利
無刑事法關聯	透過完全獨立的補償機關	匈牙利、智利、巴西、南非
	採取國家賠償手段	烏拉圭
	採取民事求償手段	阿根廷
	透過美洲人權委員會	阿根廷
	採取其他方式	南韓
	針對職業不法與行政不法	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：

32 Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 329.

表 6：體制變遷原因與轉型正義手段³³

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
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

33 Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 332.

這裡的主要提問是：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³⁴，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？回到本文主題，著眼於後社會主義之東歐國家，吾人亦可從上述許多整理列表中，觀察到某些東歐國家民主化之後的轉型身影，可梳理出某些共同的軌跡。

貳、刑事追訴：法治國模式下之追訴義務

首先為刑事追訴，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

34 Teitel, *Transitional Justice*, pp. 88-89.

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³⁵。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*)³⁶。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」³⁷。

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

35 Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 254; Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 44f.

36 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.

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

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」³⁸。

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³⁹。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，都將繼續採用；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⁴⁰。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

38 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/Vornbaum, Transitional Justice, S. 46.

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

40 Dencker, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 73 (1990), 311.

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⁴¹，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⁴²。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⁴³，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。

一、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

41 JStGH, Urt. V. 29. November 1996 (Endemović, TC), siehe Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 48.

42 Art. 65 JStGH-Statut.

43 BVerfG, Urt. V. 19. März 2013, BVerfGE 133, 168ff.; Beschl. V. 26. August 2014 = NZStr. 34 (2014), 592ff.

學者公認之國際刑事法發展的里程碑⁴⁴，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⁴⁵。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⁴⁶。

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⁴⁷。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

44 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 5.

45 Teitel, Transitional Justice Genealogy, Harvard Human Rights Journal 16 (2003), p. 69.

46 Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 49.

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

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⁴⁸。

二、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柬埔寨特別法庭（*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*）⁴⁹。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

48 Werle/Vormbaum, Afrika und der Internationale Strafgerichtshof, JZ 70 (2015), 580, 584f.

49 Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, Rn. 81ff.; Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 50f.

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⁵⁰。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⁵¹。

三、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 - 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)⁵²，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 年有期徒刑判決，一年後經德國聯邦最高法院維持⁵³，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

50 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 51.

51 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.

52 Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 289f.

53 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*.

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⁵⁴，處處可見內國法院之不缺席轉型正義刑事追訴工程⁵⁵。

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⁵⁶。實踐上，「一定程度的限縮追訴範圍」，才是真正的普遍現象，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⁵⁷。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*

54 OLG Frankfurt, Urt. v. 29.12.2015, 4/3 StE 4/10 – 4 – 1/15.

55 Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 52f.

56 Longman, Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena, (ed.), Transitional Justice in the Twenty-First Century, p. 206.

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

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⁵⁸。
- 至今為止的法律規範內容不清，時常引起適用上的混淆⁵⁹，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⁶⁰。
- 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⁶¹，例如克服過去國家不法行為之轉型正義。

58 BVerfG 25.05.1993 - 1 BvR 1509/91 - BVerfGE 88, 384 [404].

59 BVerfGE 45, 142 [173].

60 BVerfGE 75, 262 [267].

61 BVerfG 14.05.1986 - 2 BvL 2/83, BVerfG 31.05.1960 - 2 BvL 4/59.

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、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⁶²，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」⁶³，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⁶⁴。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⁶⁵，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

62 BVerfG 95, 96, 131ff.; dazu Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 54 (2001), S. 3001, 3006.

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

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

65 Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, S. 105, 107.

為阻卻違法事由之效力，因為它既是違反人權」⁶⁶；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⁶⁷。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，直接明定無追訴時效問題⁶⁸，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⁶⁹。

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

66 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.

67 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.

68 Marxen/Werle, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz, S. 248.

69 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.

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⁷⁰。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，前者如祕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⁷¹。

參、刑事追訴之延伸、變體與替代：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」，無疑耐人尋味⁷²。在刑法領域，所謂特赦，係指該當一定要件

70 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 58.

71 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.

72 Schmitt, *Glossarium, Aufzeichnung der Jahre 1947-1951*, Berlin 1991, S. 257.

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⁷³，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*)⁷⁴。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*)⁷⁵；
- 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*

73 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States – Amnesties (2009), p. 5.

74 Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 68.

75 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.

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，所謂受理申請之特設 (*beantragte Amnestie*)⁷⁶。

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」⁷⁷，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⁷⁸。

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

76 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 68f.

77 Marxen/Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz*, S. 256.

78 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 69f.

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⁷⁹。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⁸⁰。

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

79 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 69f.

80 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 70.

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，並無如前述般之命運⁸¹。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⁸²。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⁸³。

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

81 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/Prittwitz/Abrão/Svensson Jr./Torelly(Hrsg.), *Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, S. 132ff.

82 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 72.

83 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 72f.

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⁸⁴。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⁸⁵。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⁸⁶。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

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

85 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 75.

86 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).

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⁸⁷。

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⁸⁸，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⁸⁹，二次大戰後於 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」，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」⁹⁰。塞拉里昂特別法院亦言道：內國之特赦法，不得排除國際

87 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.

88 Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Rn. 275.

89 IAGMR, *Urt. v. 14.3.2001 (Barrios Altos v. Peru)*, Ser. C No. 221, paras 225ff.

90 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.

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⁹¹。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⁹²。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⁹³。

91 SLSGH, Beschl. v. 13.3.2004 (Kallon and Kamara, AC), para 71.

92 Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 77; dazu auch Ambos, Internationales Strafrecht, 4 Aufl., München 2014, S 245.

93 IAGMR, Urt. v. 14.3.2001 (Barrios Altos v. Peru), Ser. C No. 75, Sondervotum García-Ramírez, para 10.

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》⁹⁴，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⁹⁵。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⁹⁶。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。

94 IAGMR, *Urt. v. 24.2.2011 (Gelman v. Uruguay)*, Ser. C No. 221, paras 230ff.

95 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 79.

96 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.

肆、除垢與政府廉正性：公部門人事清查

下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*)⁹⁷：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⁹⁸。
- 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

97 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.

98 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.

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。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⁹⁹。

- 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¹⁰⁰。

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

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

100 Werle/Vormbaum, *ebenda*.

得以期待¹⁰¹；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¹⁰²。

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」¹⁰³，從各國實踐看來，有幾種可能的選項¹⁰⁴：

- 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；

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

102 Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 124f.

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

104 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¹⁰⁵。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¹⁰⁶。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，

105 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 126.

106 United Nations Development Programme, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines*, p. 21.

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¹⁰⁷，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¹⁰⁸。

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，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¹⁰⁹。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¹¹⁰。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

107 United Nations Development Programme, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting*, Operational Guidelines, pp. 15-16.

108 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 127.

109 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.)。

110 Giordano, *Die zweite Schuld*, 2 Aufl., 2008, S. 87, zitiert nach Werle/Vormbaum, ebenda.

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¹¹¹。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*)¹¹²。

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¹¹³。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

111 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.

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

113 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.

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¹¹⁴。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，由其判決宣布處以至多 10 年之禁止擔任公共政務職¹¹⁵。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¹¹⁶。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¹¹⁷。

114 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 130f.

115 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 131.

116 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 131.

117 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

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」¹¹⁸。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¹¹⁹。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*

Societies, UN Doc. S/2004/616, 23. August 2004, Rn. 52.

118 Europarat, Doc. 7568 v. 3. Juni 1996, Rn. 56.

119 Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 133.

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¹²⁰。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，建議應採下列基本原則¹²¹：

- 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。

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

120 United Nations Development Programme, *Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines* (2006), p. 22.

121 Europarat, Doc. 7568 v. 3. Juni 1996.

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¹²²。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 (*Bundesland 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 (*Bundesland 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¹²³。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¹²⁴。

根據不同國家實踐經驗，學者 Roman David 將除垢區分為以下四

122 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.

123 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 135f.

124 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; Bílková, *Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic*, Conference on „Past and Present-Day Lustration: Similarities, Differences, Applicable Standards“, 7 September 2015, p. 2.

種類型¹²⁵：

- 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。

伍、公部門人事清查制度實踐分析：捷克

接下來，本文將進一步以捷克、波蘭為例，以公部門人事清查為切入點，做更細膩的分析。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

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

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¹²⁶。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¹²⁷。

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*

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

127 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.

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，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¹²⁸。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¹²⁹。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¹³⁰。

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

128 Brenner, *Vergangenheitspolitik und Vergangenheitsdiskurs in Tschechien*, S. 14f.

129 Ebenda, S. 209.

130 Arnold, *Fortentwicklung der Projektkonzeption*, S. 340.

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」¹³¹。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¹³²，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 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

131 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.

132 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.

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¹³³。

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¹³⁴。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

133 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.

134 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung – Vergleichende Analyse der post-kommunistischen Vergangenheitsbewältigung in Polen und Tschechien, München 2005, S. 7.

勢力希望藉此終結「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¹³⁵。在觀察者的眼中，人事清查與除垢立法，應有下列三項目的¹³⁶：

- 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¹³⁷。捷克《除垢法》明

135 Williams, *Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 5-6.

136 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.

137 Williams, *Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 2-3.

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：

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，不符合者應予解職、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¹³⁸：

1. 第一種職務類型：任職前須經清查方可任職¹³⁹

- (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。

2. 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¹⁴⁰

- 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¹⁴¹；

138 UN Guidelines 2006, p. 43.

139 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。

140 UN Guidelines 2006, p. 43.

141 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。

- 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¹⁴²

- 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。

(3) 類別三：配合合作之個人¹⁴³

- 特務、告密者及陰謀單位之擁有者；
- 受託人或明知之合作者；

142 UN Guidelines 2006, p. 44.

143 UN Guidelines 2006, p. 44.

- 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¹⁴⁴。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¹⁴⁵。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¹⁴⁶，相關之人事清查程序之救濟程序包括¹⁴⁷：

- 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。

144 UN Guidelines 2006, p. 44.

145 UN Guidelines 2006, p. 44.

146 UN Guidelines 2006, p. 44.

147 UN Guidelines 2006, p. 44.

- 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。

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¹⁴⁸。

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¹⁴⁹。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

148 Bílková, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, p. 4.

149 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 8.

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¹⁵⁰，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¹⁵¹。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」¹⁵²。

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

150 Ebená.

151 Bílková, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic, p. 4.

152 Czechoslovak Constitutional Court, Opinion 03/92, 26 November 1992。有趣的是，在 2001 年的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」一指摘《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.

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¹⁵³。憲法法院在此 1992 年 11 月 26 日的第一次判決中¹⁵⁴，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¹⁵⁵，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，對此截然不同的價值體系，斷不能採取形式上合法、實體上就合法之延續概念，就算法

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

154 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。

155 UN Guidelines 2006, p. 44.

律秩序形式上確實存在規範上之延續，也不能接受」¹⁵⁶。

2001 年 12 月 5 日，同法再受捷克憲法法院的「原則上」合憲評價¹⁵⁷，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」¹⁵⁸。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」¹⁵⁹，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案件均屬誤植，難以正當化這項措施的持續¹⁶⁰，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

156 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.

157 File No. Pl. ÚS 09/01; UN Guidelines 2006, p. 45.

158 Simačková, Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 8.

159 Simačková, Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic, p. 5.

160 Nedelsky, Czechoslovakia, and the Czech and Slovak Republics, p. 46.

價為「應予排除於公職之外」，亦即受積極之應除垢評定¹⁶¹。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¹⁶²。

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》至少取代了更令人搖頭之汙名化政策（*Politik der Denunziation*）¹⁶³。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

161 Bilková, *Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic*, p. 3.

162 Application No. 57986/00; Simačková, *Lustration in the Case-Law of the Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 7.

163 Williams, *Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic*, p. 21; Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 9.

國際層次猛烈攻擊之，但該法至今仍持續適用¹⁶⁴。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¹⁶⁵。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¹⁶⁶。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¹⁶⁷。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

164 Lammich, *Strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung in der Tschechischen Republik*, Osteuropa-Archiv, 1, 1994, A28f.

165 UN Guidelines 2006, p. 45.

166 UN Guidelines 2006, p. 46.

167 UN Guidelines 2006, p. 46.

體系以個人責任為核心的基礎¹⁶⁸。

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¹⁶⁹。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¹⁷⁰。

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

168 UN Guidelines 2006, p. 47.

169 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.

170 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 9.

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¹⁷¹。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

171 Nedelsky, Czechoslovakia, and the Czech and Slovak Republics, pp. 51-53.

1938-1945、1948-1989 兩個時期之不法政權¹⁷²。

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¹⁷³。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¹⁷⁴。

172 Werle/Vormbaum, *Transitional Justice*, S. 259.

173 Nedelsky, ebenda, pp. 62-64.

174 Bílková, *Lustration: The Experience of Czechoslovakia/The Czech Republic*, p. 3.

陸、公部門人事清查制度實踐分析：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¹⁷⁵。

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*

175 Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 333f.

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¹⁷⁶。

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¹⁷⁷。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

176 Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, S. 334f.

177 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.

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」¹⁷⁸。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¹⁷⁹。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¹⁸⁰。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

178 Grabowski, Vom "dicken Strich" zur "Durchleuchtung". Ansätze der Vergangenheitsbewältigung in Polen, Osteuropa, 10, 1998, S. 1015.

179 Walicki, Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland, S. 188f.; Grabowski, ebenda, S. 1016.

180 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 10.

下之必然結果¹⁸¹。

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¹⁸²：

- 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¹⁸³，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

181 Stan, Poland, in: Stan(ed.), *Transitional Justice in Eastern Europe and the Former Soviet Union. Reckoning with the communist past*, (2009), pp. 78-79.

182 Stan, Poland, p. 80.

183 在 3278 名檢察官中，最後共有 311 名被免職。

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「希特勒罪行研究委員會」(*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¹⁸⁴。

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¹⁸⁵，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，呼籲應公布「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洙然大波：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¹⁸⁶。在「*Macierewicz* 名單」公

184 Stan, Poland, pp. 92-94.

185 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.

186 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 10.

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讟¹⁸⁷。「*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」¹⁸⁸。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¹⁸⁹；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¹⁹⁰。

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

187 Grabowski, Vom “dicken Strich” zur “Durchleuchtung”, S. 1019.

188 Grabowski, ebenda, S. 1017f.

189 Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, S. 74.

190 Szczerbiak, Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? S. 558.

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¹⁹¹，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¹⁹²。

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¹⁹³。

此 1997 年《除垢法》- 包括翌年 1998 之修正，規範之重心在於

191 Grabowski, Vom “dicken Strich” zur “Durchleuchtung”, S. 1021f.; Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 11.

192 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.

193 Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, S. 74ff.

「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」¹⁹⁴。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，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」。

194 Stan, Poland, p.83.

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¹⁹⁵。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¹⁹⁶。

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¹⁹⁷：

- 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。

195 Stan, Poland, p. 83.

196 Stan, Poland, p. 83.

197 Stan, Poland, pp. 84-85.

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 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¹⁹⁸，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 Jarosław 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

198 Horne, Late Lustration Programmes in Romania and Poland, Democratization 16 (2009), pp. 344, 353; Werle/Vormbaum, Transitional Justice, S. 257.

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聲明不實，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¹⁹⁹。

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²⁰⁰；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」的效果，差異極大²⁰¹，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

199 Stan, Poland, p. 97.

200 David, Lustration Laws in Action, p. 391.

201 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 14.

「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²⁰²，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²⁰³？

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²⁰⁴。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

202 Bingen, *Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen*, S. 76; Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 12.

203 Horne, *Lustration, Transitional Justice, and Social Trust in Post-Communist Countries. Repairing or Wrestling the Ties that Bind?* *Europe-Asia Studies*, Vol. 66, No. 2, p. 227-230.

204 Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 13.

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²⁰⁵。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，已至國家記憶研究所閱覽過個人檔案²⁰⁶。

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

205 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.

206 Stan, Poland, p. 88.

民、與秘密警察合作之人²⁰⁷。

柒、後社會主義經驗？捷克與波蘭的殊途

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²⁰⁸：

- 捷克《除垢法》建立於「人事的斷裂與不延續」之上，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「有與昔日情治單位合作，即應受一定制裁」之基本政策思維。相對的，捷克則明顯較為嚴格、適用範圍更大，波蘭較為輕微與鬆散，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－民主化數年後的共黨重新取得政權，即是明證；
- 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》之制定形成上－所謂「將過去正常

207 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 13.

208 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.

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，道理很簡單：時不我予、錯失先機；

- 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，國際上不乏不應學習之呼聲；
- 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 - 如共黨承繼者選戰戰果好壞等，都是讓兩國採取不同除垢路徑的根本原因²⁰⁹。

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 - 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²¹⁰。對於大部分生活在某

209 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.

210 Szczerbiak, *Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present?* pp. 554-555.

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 年代初期的緊張局勢，捷克國境內之所謂「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，波蘭，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，顯然較無必須進行人事清查與除垢的政治意志²¹¹。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 1989 年 11 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²¹²。

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²¹³。雖然說，幾乎所有東

211 Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung, S. 16.

212 Ruppert, ebenda, S. 17.

213 Walicki, Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland, S. 187.

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²¹⁴。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；波蘭人民不想報復，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²¹⁵。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²¹⁶，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

214 Szczerbiak, *Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present?* pp. 554-555.

215 Bingen, *Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen*, S. 91.

216 Walicki, *Transitional Justice and the Political Struggles of the Post-Communist Poland*, S. 188.

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²¹⁷。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」²¹⁸。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 Böhmens 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

217 Walicki, ebenda, p. 187-188; David, Lustration Laws in Action, pp. 309-311.

218 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.

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²¹⁹。

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，以聽取人民之決定，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²²⁰。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，

219 Ruppert, *Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung*, S. 19.

220 Letki, *Lustration and Democratisation in East-Central Europe*, *Europe-Asia Studies*, 4, (2002), pp. 545-546.

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」²²¹。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²²²。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。

在文章的後半部，針對事實上未採取真正刑事追訴、而以公部門人事清查（「除垢」）作為其針對加害人主要的處理手段，回顧兩個以此聞名於世的國家，捷克與波蘭，不同的發展軌跡與經驗。由一些簡單的討論可知，轉型正義，尤其是聚焦於加害人某種形式的追究，不論道德或甚至憲法法治國秩序上，如何有其正當性 – 就此、作者個人深信不疑，但必須承認，要付諸有效的實踐，達成不論是消極地恢復正義、應報，或積極面的政治與公行政體系之整全性的重建目標，都需要太多主客觀條件的配合，避免不了某種形式與實質的選擇及組合。某些時候，必須同意，如同英國前首相布萊爾（*Tony Blair*）所言：*what matters is what works*，奏效的東西才有用；在思索面對與嘗試克服過去，追求正義的同時，不論面對何一面向之關注議題，例

221 Szczerbiak, *Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present?* P. 570.

222 Williams, Szczerbiak & Fowler, *Explaining Lustration in Eastern Europe*, p. 14.

如本文以後社會主義國家為例，聚焦於加害人之追究可能，確實必須衡量各自之政治、經濟、社會、文化等條件，找出一最適之模式，才能真正實現正義，有了記憶，才能一起遺忘，共同攜手未來。*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*)；如果容許我借用 *George Orwell* 的「語法」，這麼說：有了現在，我們才能探求過去，有了過去，而且是真相的過去，我們才會有光明想望的未來。

最後一句，作者當然意圖指涉我們自己：觀察後社會主義國家，特別是捷克與波蘭，這兩個向為國內倡議者所推崇之「除垢國家」，至少聚焦於推動公部門人事清查，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，他山之石，放諸本國，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。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」，波蘭顯然是一例。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，介於中間類型之以「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，或可能為較理想且符合台灣特殊性之模式，必須從不同的角度，解讀並篩檢出後此類社會主義國家之經驗。為文一誌，就教於方家。

參考文獻

1. Aleks Szczerbiak, Dealing with the Communist Past or the Politics of the Present? Lustration in Post-Communist Poland, *Europe-Asia Studies* 54 (4), 553-572(2002).
2. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 4 Aufl., 2014.
3. Arnold, Fortentwicklung der Projektkonzeption, in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14: *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, 2012, S. 34-73.
4. AUDREY R. CHAPMAN, Approach to studying reconciliation, in: Hugo van der Merwe et al., *Assessing the impact of transitional justice. Challenges for empirical research*, 143-172(2009).
5. Benda, Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in der Tschechischen Republik, in: Unverhau (Hrsg.), *Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn*, 1999, S. 131-140.
6. Bingen, Die Aufarbeitung der kommunistischen Vergangenheit in Polen, in: Unverhau (Hrsg.), *Lustration, Aktenöffnung, demokratischer Umbruch in Polen, Tschechien, der Slowakei und Ungarn*, 1999, S. 57-97.
7. Brenner, Vergangenheitspolitik und Vergangenheitsdiskurs in Tschechien, in: König u.a.(Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, 1989, S. 195-232.

8. Christine Bell and Catherine O'Rourke, Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? *International Journal of Transitional Justice* 1, 23-44(2007).
9. Cynthia M. Horne, Late Lustration Programmes in Romania and Poland: supporting or undermining democratic transitions? *Democratization* 16(2), 344-376(2009).
10. Cynthia M. Horne, Lustration, Transitional Justice, and Social Trust in Post-Communist Countries. Repairing or Wrestling the Ties that Bind? *Europe-Asia Studies* 66(2), 225-254(2014).
11. David A. Crocker, Reckoning with past wrongs: A normative framework, *Ethics and International Affairs* 13(1), 43-64(1999).
12. Dencker, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Lehren aus der Justizgeschichte der Bundesrepublik, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 73 (1990), S. 299ff.
13. Elizabeth Odio 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, 280-289(2012).
14. Eser/Arnold, Einführung in das Gesamtprojekt, in: Eser/Sieber/Arnold(Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14:

- Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik, 2012, S. 12-33.
15. GÁBOR HALMAI AND KIM LANE SCHEPPELE, Living Well is the Best Revenge. The Hungarian Approach to Judging the Past, in: Mcdams(ed.), TRANSITIONAL JUSTICE AND THE RULE OF LAW IN NEW DEMOCRACIES, 129-157(1997).
 16. Grabowski, Vom “dicken Strich” zur “Durchleuchtung”. Ansätze der Vergangenheitsbewältigung in Polen, Osteuropa(48) 1998, S. 1015ff.
 17. Helga Welsh, Dealing with the Communist Past: Central and East European Experiences after 1990, Europe-Asia Studies 3, 413-428 (1996).
 18. JIRI PRIBAN, Oppressors and Their Victims: The Czech Lustration Law and the Role of law, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, USTICE AS PREVENTION. VETTING PUBLIC EMPLOYEES IN TRANSITIONAL SOCIETIES, 308-347(2007).
 19. JONATHAN KLAAREN, Institutional Transformation and the Choice Against Vetting in South Africa’s Transition, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, USTICE AS PREVENTION. VETTING PUBLIC EMPLOYEES IN TRANSITIONAL SOCIETIES, 146-179(2007).
 20. Kastner, Lex Transitus. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtsregimes von Transitional Justice in der Weltgesellschaft, Zeitschrift für Rechtssoziologie, Bd. 34, Heft 1 2015, S. 29ff.
 21. KATERINA SIMAČKOVA, Lustration in the Case-Law of the

Constitutional Courts of Czechoslovakia and the Czech Republic(2015).

22. Kieran Williams, Aleks Szczerbiak and Birgid Fowler, Explaining Lustration in Eastern Europe: A Post-communist politics approach. SEI Working Paper No. 62, Brighton: Sussex European Institute(2003).
23. Kieran Williams, Lustration as the Securitization of Democracy in Czechoslovakia and the Czech Republic, *Journal of Communist Studies and Transitional Politics* 4, 1-24(2003).
24. Lammich, Strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung in der Tschechischen Republik, *Osteuropa-Archiv* 44(1) 1994, A28ff.
25. LAVINIA STAN, Poland, in: Stan(ed.), *TRANSITIONAL JUSTICE IN EASTERN EUROPE AND THE FORMER SOVIET UNION. RECKONING WITH THE COMMUNIST PAST*, 76-101(2009).
26. Marxen/Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht: Eine Bilanz*, 1999.
27. Miriam Aukerman, Extraordinary Evil, Ordinary Crime, *Harvard Human Rights Journal* 15, 39-97 (2002).
28. NADYA 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*, 61-115(2004).
29. Neumann, *Die Rolle von Recht, Gesellschaft und Politik bei der*

- Verarbeitung von „Unrechtssystemen“, in: dersl./Prittwitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly(Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, 2013, S. 39-51.
30. NEIL J. KRITZ(ED.), TRANSITIONAL JUSTICE: HOW EMERGING DEMOCRACIES RECKON WITH FORMER REGIMES, VOL. I: GENERAL CONSIDARATIONS, VOL. II: COUNTRY STUDIES, VOL. III: LAWS, RULINGS AND REPORTS(1995).
31. Neumann/Prittwitz/Abrão/SwenssonJr./Torelly(Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung, 2013.
32. Noémie Turgis, What is Transitional Justice? International Journal of Rule of Law, Transitional Justice and Human Rights 1, 9-15(2010).
33. N. ROHT-ARRIAZA, THE NEW LANDSCAPE OF TRANSITIONAL JUSTICE(2006).
34. Ottendorfer, Rechtsstaatlichkeit und Versöhnung in Transitional-Justice-Prozessen, in: Mihr/Pickel/Pickel(Hrsg.), Handbuch Transitional Justice. Aufarbeitung von Unrecht – hin zur Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, 2018, S. 63-82.
35. PATRICK S. WEGER, THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN ONGOING INTRASTATE CONFLICTS(2015).
36. Paul Gready and Simon Robins, From Transitional to

Transformative Justice: A New Agenda for Practice, *International Journal of Transitional Justice* 8, 339-361(2014).

37. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, S. 105ff.
38. ROGER DUTHIE, Introduction, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, JUSTICE AS PREVENTION. VETTING PUBLIC EMPLOYEES IN TRANSITIONAL SOCIETIES, 16-39(2007).
39. Roman 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, 387-439(2003).
40. ROMAN DAVID, LUSTRATION AND TRANSITIONAL JUSTICE. PERSONNEL SYSTEMS IN THE CZECH REPUBLIC, HUNGARY, AND POLAND, UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA, PHILADELPHIA (2011).
41. Rosemary Nagy, Transitional Justice as Global Project, *Third World Quarterly* 29, 275-289(2008).
42. Ruppert, Lustration, Entkommunisierung, Aktenöffnung–Vergleichende Analyse der post-kommunistischen Vergangenheitsbewältigung in Polen und Tschechien, 2005.
43. RUTI G. TEITEL, TRANSITIONAL JUSTICE(2002).
44. Ruti G. Teitel, Transitional Justice Genealogy, *Harvard Human Rights Journal* 16, 69-94(2003).
45. Schimmel, Transitional Justice im Kontext. Zur Genese eines

Forschungsgebietes im Spannungsfeld von Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung, 2016.

46. Schmitt, Glossarium, Aufzeichnung der Jahre 1947-1951, 1991.
47. SERGE RUMIN, Gathering and Managing Information in Vetting Processes, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, USTICE AS PREVENTION. VETTING PUBLIC EMPLOYEES IN TRANSITIONAL SOCIETIES, 402-447(2007).
48. TIMOTHY LONGMAN, Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena, (ed.), TRANSITIONAL JUSTICE IN THE TWENTY-FIRST CENTURY, 206-228(2006).
49. TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION OF SOUTH AFRICA, REPORT, VOL. I(1998).
50. VALERIA BARBUTO, Strengthening Democracy: Impugnación Procedures in Argentina, in: Mayer-Rieckh/de Greiff, USTICE AS PREVENTION. VETTING PUBLIC EMPLOYEES IN TRANSITIONAL SOCIETIES, 40-79(2007).
51. Veronika Bílková, Lustration: The Experience of Czechoslovakia/ The Czech Republic, Conference on „Past and Present-Day Lustration: Similarities, Differences, Applicable Standards“, 7 September 2015.
52. Weichert, Strafrechtlicher Schutz von Menschenrechten, in: Neumann/Prittwitz/Abrão/SvenssonJr./Torelly(Hrsg.), Transitional Justice. Das Problem gerechter strafrechtlicher

Vergangenheitsbewältigung, 2013, S. 113-147.

53. Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 4 Aufl, 2016.

54. Werle, Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität, NJW 54 (2001), S. 3001ff.

55. Werle/Vormbaum, Afrika und der Internationale Strafgerichtshof, JZ 70 (2015), S. 581ff.

56. Werle/Vormbaum, Transitional Justice. Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Wiesbaden 2018.

57. WILLIAM A. SCHABAS, The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, in: Roht-Arriaza/Mariezcurrena, (ed.), TRANSITIONAL JUSTICE IN THE TWENTY-FIRST CENTURY, 21-42(2006).

聯合國官方文件（按出版時間）

1. 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.
2. UN-SC, Provisional verbatim record of the security council meeting on post-conflict national reconciliation. UN Doc S/PV/2004. 4903.
3. 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.

4. United Nations Development Programme, Vetting Public Employees in Post-Conflict Setting, Operational Guidelines (2006).
5. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States – Amnesties (2009).
6. Guidance Note of the Secretary-General, United Nations Approach to Transitional Justice (2010).
7. 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).

Investigate the Offender? Observing the Experiences in Post-Socialist Countries Czech and Poland from Lex Transitus

Jia-He Lin*

Abstract

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. On the institutional spectrum of criminal prosecution, amnesty and not the least 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 the indispensable prerequisites for all these. 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, 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, also in Poland, can provide us in Taiwan good references about accomplishing the transitional justice.

Keywords: Transitional Justice, Retributive Justice, Restorative Justice, Criminal Prosecution, Amnesty, Vetting Public Employees, Lustration, Lustration in Czech, Lustration in Poland.

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University.