

台灣轉型正義所面對的課題*

施正鋒

東華大學民族發展暨社會工作學系教授

摘要

我們首先將探討轉型正義的內涵、機制、以及功能，接著嘗試去理解反對者的觀點，再來分析進行轉型正義可能遭遇到的困難，然後，我們要切入台灣著手轉型正義的三項課題，包括二二八事件的遺緒、分配政策與族群認同、以及中華民國體制的框架。

關鍵詞：轉型正義、台灣、二二八事件、中華民國體制

* 發表於台灣國際研究學會主辦「轉型正義學術研討會」，台北：台灣大學社會科學院國際會議廳，2013/10/19。

Remaining passive and silent is not neutrality - it is support for the status quo.

Royal Commission on Aboriginal Peoples (1996)

If a political regime is not yet consolidated, it makes little sense to insist on constitutional permanence. To the contrary, the constitutional opening may well be contingent its transience.

Ruti G. Teitel (2000: 199)

Any process of democratization that does not make conscious attempts to ensure the fair recognition and representation of diversity will quickly become (and become perceived as) a form of domination by one group over others. To be successful, therefore, the politics of reconciliation must itself be framed in light of ideals of democratic inclusion for a plural society.

Bashir Bashir and Will Kymlicka (2008: 5)

If genuine coexistence is to take place, then the building of trust is indispensable. If trust is absent, citizens will not be prepared to invest their energies in the consolidation of democracy.

Alexander L. Boraine (2006: 22-23)

壹、前言

所謂「轉型正義¹」(transitional justice)，是指一個國家正在進行「民主轉型」(democratic transition)之際，如何處理「歷史正義」(historical justice)的課題。換句話說，我們在著手民主化的過程，由自由化、民主轉型、到民主鞏固，除了起碼的自由選舉，還必須面對歷史所留下來的不公不義(injustice)，包括政治支配、經濟剝奪、社會歧視、以及文化流失；如果我們不願意勇敢去挑戰陰暗的過去，就沒有辦法正視現狀所造成的灰色困境，更不可能攜手開創光明的未來。

我們以為，在台灣朝向現代國家跨步邁進的路上，必須同步從事三大任務，包含「國家肇建²」(state-making)、「國家建構³」(state-building)、

¹ 有關於轉型正義的基本理論，見 Elster (2004)、Offe (1996)、以及 Teitel (2000)，或是施正鋒 (2010) 的初步整理。

² 見施正鋒 (2001、2009、2011a)。

以及「民族塑造⁴」（nation-building），具體而言，就是至高無上的國家主權如何確立、健全合宜的國家體制如何改造、以及生死與共的集體認同如何凝聚（施正鋒，2003：119）。因此，轉型正義並不限於對於白色恐怖的平反，而是還要進一步大膽地去挖掘可能存在、而大家卻不願意承認的問題，並且竭盡心力去解決、或是化解（圖 1）。在進入這三個場域之前，我們先將討論轉型正義與時間的接觸，也就是司法如何看待歷史正義。

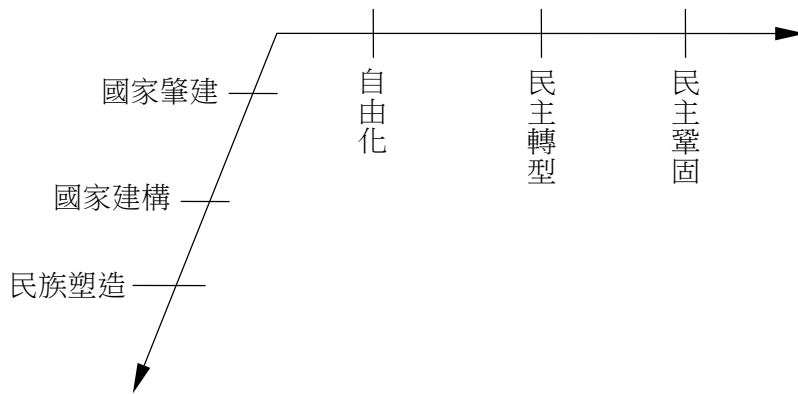


圖 1：轉型正義的場域

貳、歷史正義 — 法律不溯及既往、及憲法救濟

有關於轉型正義與時間的交會，基本上就是如何處理受害者無法揮去的記憶、以及加害者無法掩藏的失憶。就司法層面來看，我們一方面往往面對「追訴年限」（statutory limitations）原則，對於加害者束手無策，無法伸張正義；另一方面，我們又因為政府對於「法律不溯及既往」（non-retroactivity）原則的誤解、甚至於濫用，對於受害者無法進行「憲法救濟」（constitutional remedies）。

³ 見施正鋒（1999、2012a）。

⁴ 見施正鋒（2000、2003、2013）。

對於追訴年限，中歐、東歐的經驗是透過國會立法、或是釋憲方式，解除、或是延長年限，也就是說，不能以一般刑法的原則來處理轉型正義。相對之下，原本是刑法上對於違法者訴究的法律不溯及既往原則，在國內被解釋為無法補償受害者、或是人權保障機制不能「回溯適用」。譬如國會在 2005 年通過『原住民族基本法』，相關單位堅持法律不能溯及既往，不願意矯正現有的侵權作為。

一、法律不溯及既往原則⁵

先前，大法官會議作出『709 號釋憲文』（2013），裁定『都市更新條例』部分條文違憲，特別是缺乏程序正義。不過，台北市政府再表示，根據「法律不溯及既往原則」，釋憲的結果並不會影響「文林苑事件」。如果釋憲不能馬上停止市府的錯誤作為，那麼，就如同美麗灣事件一樣，地方政府可以不顧司法部門的判決，在行政獨大的情況下，台灣的民主發展岌岌可危。

「法律不溯及既往」是一項基本的人權保障原則，用來保護人民免於法律的回溯性處罰（*protection from retroactive law*），特別是刑法。也就是說，如果人民的行為有錯，必須在事先有法律規範，否則不應該處罰。這項原則起源於法國大革命時的『人權宣言』（*Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789*）第八條⁶：

法律只應規定確實需要和顯然不可少的刑罰，而且除非根據在犯法前已經制定和公布的且係依法施行的法律以外，不得處罰任何人。

同樣地，『美國憲法』（*Constitution of the United States, 1789, 1.9.3*）也有類似的規範：「公權剝奪令或溯及既往之法律不得通過之」（*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.*）。另外，『公民與政治權利國際公約』（*International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, 15.2*）

⁵ 主要整理自 Popple (1989)。

⁶ 原文是：“The Law must prescribe only the punishments that are strictly and evidently necessary; and no one may be punished except by virtue of a Law drawn up and promulgated before the offense is committed, and legally applied.”。

同樣規定⁷：

任何人之行為或不行為，於發生當時依內國法及國際法均不成罪者，不為罪。

之所以有這樣的規範，目的是防止回溯性的法律破壞法律的穩定性，避免人民因為新的規定而動輒得咎，進而對於法律沒有信心。總之，出發點在於保護人民的權利。

不過，國際上的法學專家並不認為禁止回溯性立法是絕對地，最主要的理由是現行的法律（包括國際法）可能有所疏漏，因此，如果在必要的時候不進行回溯處罰，可能無法彰顯公義。也就是說，處罰有兩大類，一為嚇阻未來再犯，因此，新法的適用是將來性的（*prospective*），也就是既往不咎；相對地則是修復式的（*retributive*）處罰，是整個社會對於道德犯行的修復，因此，即使犯罪之際並未違背國際法的慣例，然而，傷天害理，已經違犯了自然法則，當然要事後立法加以處罰。

譬如紐倫堡大審，總共有 177 名德國、及奧地利納粹黨羽被起訴，最後，除了 35 人無罪，25 人被判死刑、20 人被判無期徒刑。在過去的戰後軍事審判，審判的對象侷限於國家元首、或是最高軍事統帥，也就是說，其他人可以使用接受上級命令來脫罪；然而，英、美、法、蘇四國法官以「危害人類罪」（*crimes against humanity*）起訴，為國際法前所未有，因此，也有一些有名的法學家反對。終究，大部分的法官同意，納粹的戰爭罪行令人髮指，非得破例回溯加以處罰。⁸

事實上，「法律不溯及既往」只是基本原則，卻不是基本人權，也就是說，如果犯行違背人類的基本原則，就不能無限上綱。因此在國際上，不管是國會、還是最高法院，多半還是願意採取修復式的處罰途徑，也就

⁷ 原文是：“Nothing in this article shall prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations.”。

⁸ 另一個有名的回溯性的例子是英國的 *Shaw v. Director of Public Prosecutions* 判例（1961）。當時，這位 Shaw 出版了一本小冊子，公佈妓女的姓名及住址，因此被控污染公共道德。Shaw 進行上訴，宣稱根據當時的法律，根本沒有這種罪行。然而，不過，法官堅持原判，認為法院是公共道德的捍衛者，具有保留的權力來處罰破壞社會福祉者。

是接受回溯性的立法、或是判決。所以，台北市政府的「法律不溯及既往原則」說法，畢竟只是「原則」，並非放諸四海皆準的「通則」，因為有原則就有特例。

更重要的是，「法律不溯及既往原則」主要適用於保障人民的「權利」(right)、而非用來包庇政府的「權力」(power)。當國會的立法、或是行政的措施有缺失之際，特別是侵犯人民的基本權利，這時候，司法部門出面替人民伸張正義，以防止行政及立法部門沆瀣一氣，這就是三權分立的制衡精神。既然大法官會議已經宣判『都市更新條例』部分條文違憲，而憲法的位階優於國會立法，那麼，在限期修法之前，所有的侵權作為應該停止、甚至於必須採取修復才對。

根據我們對於美、澳、紐、加作法的理解，一旦最高法院作出判例，在完成修法之前，行政部門必須根據判決的精神作為，也就是從前種種譬如昨日死、以後種種譬如今日生。然而，我們的行政部門向來曲解「法律不溯及既往」，把保障人權的原則拿來當作濫權的保護傘，強詞奪理、以訛傳訛、以偽亂真，莫此為甚。當各部會對於立法院通過的『原住民族基本法』視若無睹，其實是藐視民意；當台北市政府公然挑戰大法官會議的判決，令人懷疑，是否企圖在國會之前先下手為強，匆匆地將現有諸多都更案就地合法化？

總之，根據憲政主義 (constitutionalism) 的精神，憲法的用意是為了要保障人民的「權利」、必須限制政府的「權力」；「法律不溯及既往」是為了要保障人民的權利，避免政府以新法來處罰老百姓的過往行為，而不是用來捍衛行政權，畢竟，政府不是權利所有者 (right-bearer)。因此，豈有拿「法律不溯及既往原則」來保護政府「權力」、侵犯人民「權利」的道理？

二、憲法救濟的適用⁹

如果國會立法、或是行政措施侵犯人權的時候，特別是大法官會議判

⁹ 整理自 Fallon 與 Meltzer (1991)。

定違憲後，政府必須加以救濟，也就是「憲法救濟」。憲法救濟可以解析分為適用對象（who）、事項（what）、目的（why、for what）、以及情況（where）等面向。首先，憲法救濟的對象是老百姓、而非政府。再來，憲法救濟的適用事項主要包括刑法、侵權、以及退稅：前者涉及要將違法者繩之以法，也就是限制人民的權利；後者則是再保障人民的權利，也就是放寬限制。

至於憲法救濟的功能，主要有兩種價值觀。傳統的看法是從道德觀著手，重視在個別百姓的權利遭受損害之際，如何進行「有效的／十足的」（effective）救濟。美國聯邦最高法院在 *Marbury v. Madison*（1803）判例宣示道：凡是對於人民的權利有所侵害，就應該加以補償救濟，似乎是沒有打折的餘地；然而，這並竟只是原則，在實務上，理想往往未必能實現。相對地是從法制穩定性著手，認為應該在實務上讓政府有方便而彈性的裁量權，因此，在考量在現有的憲政框架之下，特別是服膺三權分立的基本精神，如何嚇阻行政部門可能的濫權、或是立法部門假借多數民意欺壓少數，卻又能確保政府的運作順暢，主張只要有「充分的」（adequate）救濟就好，以免造成寒蟬效應。前者可以說是個人觀，強調人民的權利，後者則是結構觀，重視司法、或是政治體系的利益。

對後者，美國聯邦最高法院在 *Griffith v. Kentucky*（1986）案說，如果釋憲只是用來做象徵性的宣示，那麼，頂多只有損壞控制的功用，將違反憲法裁決的基本價值，也就是確保公平待遇。政府明明侵犯人民的權利了，既然被司法部門抓包，就應該立即著手救濟，還在跟老百姓斤斤計較日期？換句話說，雖然打破了的雞蛋無法拼回去，即使是覆水難收，還是可以進行補償，除非是不傷大雅的小損失。另外，法官在 *Wood v. Strickland*（1975）判例中更不客氣地指出，即使政府官員在執行公務時之際容或有豁免權（official immunity），然而，只要他合理地知道自身的官方責任可能會侵犯到百姓的憲法保障權利、或是惡意造成損害，那麼，就不可以享有豁免權。譬如說，台北市政府明明知道現行的『都市更新條例』有疏漏，可以善意嘗試進行釋憲的要求，卻為何要執意拆除王家的透天厝？

很大的成本？譬如說，此回釋憲會不會讓執法者有無所適從的困擾？再來，釋憲的目的是甚麼：殺雞儆猴、讓官員有壓力，未來在依法行政時可以多用點心、善盡保障人民權利的各種可能作為，不要一付酷吏的姿態，對於百姓的哀求愛理不理，先下手為強，還是對受害者可以加以補償，以促成「匡正式正義」（corrective justice）？最後，回溯性的規模會不會大到讓政府的財政無法負擔？

參、國家主權的確立

主權是一個國家存在的正當性，也就是被國際社會接受的程度。台灣人自來被外來統治者支配，未曾真正有自己雙手建立的國家。戰後，由於盟軍私相授受，台灣人未能像其他殖民地住民行使自決權，台灣被蔣介石軍隊接收；不久，國民黨政府在國共內戰失利，將整個中華民國政府遷移台灣。儘管在 1990 年代之後，展開民主化的台灣相繼舉行國會全面改選、以及總統直選，政權逐漸取得統治的正當性，然而，由於中國的蠻橫杯葛，「中華民國」在世界舞台被外交封鎖孤立，因此，確立台灣為主權獨立國家的，一直是眾人的共同心願。

當然，由於民族認同與國家認同的糾葛、以及族群分歧與政黨認同的羈絆，除了對當前中共政權的嫌惡，大家對於台灣的外部主權如何呈現，還是有待凝聚進一步的共識。相對之下，儘管眾人對於台灣的內部主權沒有多大的歧見，也就是台灣的主權屬於 2,300 萬住民所有，然而，大家似乎忘了的一件無法抹去的歷史事實，也就是台灣作為一個漢人墾殖社會（settlers' society），墾殖及殖民政權相繼不請自來，國家主權（state sovereignty）的取得（acquisition）是建立在消滅（extinguishment）原住民族主權（indigenous sovereignty）的基礎上。

對於這樣的挑戰，大致上有移墾社會的內地化、以及移民社會的土著化（indigenization¹⁰）兩種看法：前者視台灣為中華民族拓展的一部份，

¹⁰ indigenization 也可以解釋為「原住民族化」；不過，這顯然不是台灣「主流」社會的想像。

經過漢人開發以後，接著進行所謂的「內地化」工作（陳奇祿，1981：1；陳其南，1987：159-76）；相對之下，後者主張台灣的漢人社會已經由「移民社會」轉型為「土著社會」，而原住民族則沒有土著化的問題（陳其南，1987：160-61）。基本上，前者視台灣為中國內地的邊陲之地（*frontier*），後者試圖以「土生仔」（*creole*）將外來政權本土化（*naturalization*）來看政權轉移，都避開原住民族主權的問題。另一種作法，則是以「混血兒」（*mestizo*）社會來建立國家的正當性¹¹；不過，卻衍生一些平埔族後裔是否為原住民族的難題。

一、台灣的漢人國家與原住民族¹²

回顧歐洲國家當年在美洲、以及紐澳的領土擴張，除了有主之地以讓渡、或是征服方式取得有主之地，主要是建立在國際法「無主之地」（*terra nullius*）的發現，認為可以依據先佔、或是以開發的方式來取得主權（Reynolds, 1996; Pocock, 2005）（圖 3）。Lenzerini（2006: 167）認為外來墾殖者佔領原住民族的祖靈之地，是建立在無主之地的「原罪」之上。Macklem（2001）認為，雖然木已成舟，光承認歷史的道德破產沒有用，還必須在憲法加以承認，給內部自決一個機會，否則，會逼迫原住民族不得以之下選擇分離；也就是說，並非因為承認原住民族的主權而造成領土分裂，而是因為拒絕承認而造成分離。

澳洲聯邦最高法院於 1992 年作出『瑪莫案第二號』判例（*Mabo vs. Queensland (2)*）判例，連帶地，美國、加拿大、以及紐西蘭等墾殖國家被迫必須正視如何國家存在的正當性問題，除了正式道歉，肆應之道包括立法、修憲、或是條約。相較之下，我們絕大多數的人似乎對於這種歷史的不公不義視若無睹，彷彿是完全沒有發生過這樣的事情。

¹¹ 有關於「土生仔」（*creole*）、以及「混血兒」（*mestizo*）的討論，見施正鋒（1998）。

¹² 整理自施正鋒（2012b）。

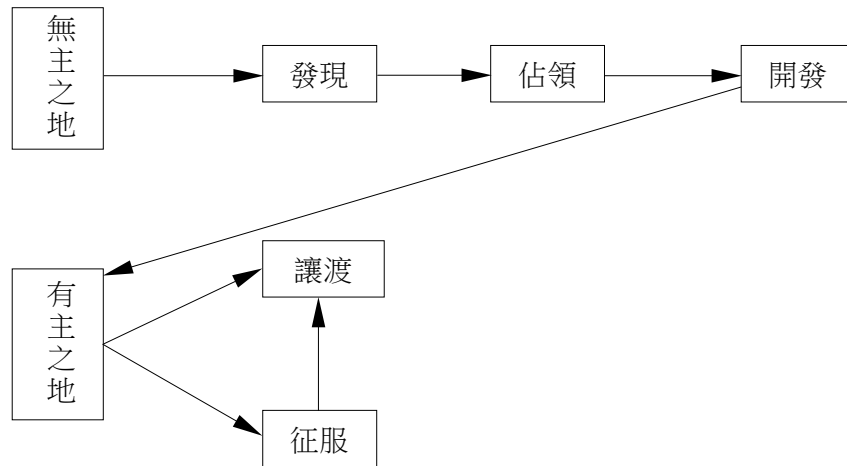


圖 3：國家主權取得的方式

在 2000 年總統大選之前，原住民族尋求各組參選人簽訂『原住民族與台灣政府新的夥伴關係』，開宗明義在第一條就提到「自然主權」的概念（施正鋒，2005: 151）：

一、承認台灣原住民族之自然主權

台灣原住民族世代根植於台灣數千年，原住民族群或各部落自始擁有「自然主權」，原住民族各族雖經殖民國族統治，然而原住民族從無公開宣稱放棄其自然主權。基於尊重族群意願並根據聯合國原住民族權利宣言之原則，統治國應充分尊重原住民族的「自然主權」。

當時只獲得民進黨候選人陳水扁同意（1999/9/10）。另外，『原運版原住民族基本法』建議條文也有「原住民族擁有台灣的自然主權，非原住民族的政府必須與之進行談判」的文字（施正鋒，2005: 8）。在當選總統後，陳水扁又簽署『原住民族與台灣政府新的夥伴關係再肯認協定』（2002/10/19），再度表達「承認台灣原住民族之自然主權」。從此，原住民族自然主權的提法儼然已經不再被當作異端。

陳水扁在連任總統後，承諾在未來的台灣新憲法當中，將會有一個原住民族的專章，因此，行政院原住民族委員會特地成立了一個「憲法原住民族政策制憲推動小組」，提出十項必須深入探討的重大議題，包括「原

住民族的自然主權意義何在」（憲法原住民族政策制憲推動小組，2005）。小組在原先草案提出『台灣新憲原住民族專章』，第二條的文字是「國家承認原住民族之自然主權，並尊重其自決意願」（施正鋒，2005：162）；不過，小組的定稿『原住民族憲法專章草案』只提到自決權、以及在傳統領域上的自治權（施正鋒，2008：85）。後來，由於陳水扁政府因為陷入政治風暴、加上朝小野大，新憲的理想無疾而終。另外，原住民族立委在2005年初突圍成功所通過的『原住民族基本法』，礙於政治現實，未能放入「原住民族主權」等字眼。

對於台灣的原住民族來說，不管是荷西殖民、鄭氏王朝、滿清朝廷、日本總督府、還是中華民國政府，都是外來政權；即使當前的政府是經過民選而取得統治的正當性，然而，卻無法掩飾一個事實：原住民族的主權被外來的統治者硬生生地攫走，再以政權轉移的方式私相授受。因此，只要原住民族主權懸而未決，原漢之間就無法取得歷史和解；只要沒有合理的補償，漢人的良心就必須永遠虧欠原住民族。追根究底，還是離不開一個基本的課題：到底這個由非原住民所帶來的國家，要如何來與原住民族定位？

大體而言，主張與中國做某種政治整合安排的泛藍陣營，把中華民國定義為中國人／中華民族的國家；主張與政治中國保持距離的一些泛綠領導者，在虛與委蛇的考量下，大致上是自我定位為「華人國家」，也就是認為既然擁有安格魯·薩克森（Anglo-Saxon）血緣文化者可以成立英國、美國、澳洲、紐西蘭、以及加拿大等國，那麼，華人也可以至少有中國、台灣、以及新加坡三個國家。然而，不管是「中國人」（Chinese）、「中華民族」（Chinese nation）、還是「華人」（Chinese People），不管是漢人、唐人、華人、還是咱人，如此以「非原住民」（non-indigene）為國家主體的集體認同建構，就一個多元族群的社會而言，不只是拒絕承認原漢之間的差異，也是一種排除、以及歧視的作為，無助彼此之間的歷史和解，更是違背憲法增修條文第十條所揭櫫的「國家肯定多元文化」精神。

二、被剝奪原住民族身份的諸多平埔族群

民間一向有「有唐山公、沒唐山母」的說法，意思是說，台灣的漢人祖先當年來台，大部分是單身的羅漢腳，理所當然要與在地的原住民族女性通婚，也就是居於西部平原的平埔族¹³。在清治時期，滿洲政府根據漢化的程度，將台灣的「土著」分為「生番」、以及「熟番」；由於統治者的同化政策，平埔族陸續被迫接受漢人文化。在「漢＝人」、以及「番＝非漢＝非人」的公式下，熟番被迫接受統治者的循循善誘，選擇努力「作人」（當人）；由於來自漢人社會的同化壓力，平埔族人必須掩飾自己的集體認同，勢必有萬般地無奈，卻種下日後的原罪，徘徊於原住民族身分門外，不得其門而入。

在日治時代，殖民者採取比較文雅的修飾，分別將前者改稱「高砂族」、以及「平埔族」，聽來有幾分東方主義般的異國情調。其實，儘管採取皇民化的威脅利誘¹⁴，日本人原本在戶口調查簿的種族欄有「平」（平埔族）、或是「熟」（熟番）的註記。戰後，省政府硬生生地以行政命令取消他們的原住民族身分，只承認高山族、或是山地同胞，眼中完全沒有平埔族的存在，讓原本馳騁嘉南平原的獵鹿民族在一夕之間消失無蹤¹⁵。在民進黨執政時期，歷任的原民會主委大致支持平埔族的訴求，特別是山地原住民族者¹⁶。國民黨政府上台後，原民會官員採取消極以待的態度¹⁷。當下，沒

¹³ 包括屏東的馬卡道族、台南的西拉雅族、嘉義的洪雅族、彰化的巴布薩族、埔里的巴宰族與噶哈巫族、台中的拍瀑拉族、苗栗的道卡斯族、以及北部的凱達格蘭族。目前，只剩台南、以及埔里有明顯的平埔聚落，苟延殘喘；另外，天主教、以及基督長老教會的信仰，也是平埔族用來隱藏認同。

¹⁴ 在 1930 年代之後，由於總督府禁止漢人仕女綁腳，碩果僅存的平埔族終於失去唯一的文化區隔特徵。

¹⁵ 原住民族在 1994 年 6 月 23 日舉行「爭取『正名權、土地權、自治權』入憲大遊行」，平埔族人幡然現身，一起獲邀晉見前總統李登輝，從此，平埔族向政府要求恢復原住民身分的呼聲不斷。

¹⁶ 山地原住民多對平埔族保持開放的態度，究竟是因為沒有接觸的經驗，或是歷史久遠、恩怨不再，還是因為彼此有攜手合作的經驗，還要留待歷史學者爬梳。

¹⁷ 儘管在總統大選之際，馬英九在埔里簽署了一份「支持平埔族復振大業約定書」，答應幫助平埔族正名；只不過，他加注了「願在文化、歷史層面，全力支持推動」，增加是否跳票的詮釋空間。

有原住民身分的平埔族的抗議對象不再是漢人政府，而是具有原住民身分的兄弟所主事的行政院原住民族委員會。

或許因為擔心有限資源的排擠，包括考試加分、工作權保障、敬老津貼、土地登記、以及立委／議員保留席次¹⁸，目前具有原住民族身分者仍有相當疑慮，尤其是如果大部分的漢人（福佬人）都有平埔血統的話，豈不是大軍壓境？事實上，並非想像中的平埔血統，就可以證明自己是平埔族。根據台南縣政府去年清查日本時代戶口名簿，不管縣民具有平埔身分者有 5,788 人；即使再加上平埔族的大本營埔里，令人懷疑是否總數會超過兩萬人。實事求是，內政部應該立即要求各地戶政人員著手清查，作為原民會、以及立法院的決策依據。

此外，原民會的官員不只一次對外表示，反對平埔族回復原住民族身分的理由，是他們過於漢化，所以喪失資格。行政院原住民族委員會一再表示，平埔族對於語言、文化上的復振成果尚且不夠，言下之意，就是因此還沒有資格當作「真正的」（authentic）原住民。那麼，要努力到哪種程度，才有資格當原住民？難道原住民族的身分，是因為在觀察得到的外觀上，與漢人不同而取得？那麼，究竟要有何種程度的差異，才可以獲得心靈上的昇華？根據『經濟、社會、暨文化權國際公約』（*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966*）所揭櫫的文化權（第二十七條），不管是何種是基於血緣、宗教、或是語言的少數族群，他們的文化權是不可剝奪的¹⁹。

如果平埔族當年因為面對「負面社會化」的壓力而被強迫同化，怕被羞辱、或是污名化而不敢前往登記山胞的身分，是否在多元文化主義高漲、

¹⁸ 其實，如果原住民族的人口數因為平埔族身分恢復而增加，原民會的預算當然應該等比例調整；更何況，平埔族一般社會經濟條件優於部落，應該可以設計排富條款，而現有的保留地並非平埔族的傳統領域，也可以立法設限，美國、以及加拿大都有細膩的安排。明眼人知道，關鍵在於一席平地原住民立委，只是大家都不願意點出來罷了。

¹⁹ 根據聯合國「人權高級長官公署」對於這個條文的說明，文化的表達可以有多種方式，並非一定要一成不變；換句話說，文化的保存並非意味著要把「權利凍結起來」，而是允許相當大的自我調整空間。加拿大最高法院提到「動態權利」的概念，也就是說，原住民族的權利並非博物館所陳列的文物，而是可以與時俱進的。加拿大最高法院也提到，沒有必要太強調「沒有斷裂的聯繫鏈」，否則，只會延續殖民者所帶來的歷史不義。

社會對於原住民族的文化差異傾向於願意包容之際，他們可以出面要回原住民族的身分？也就是說，平埔族過去如果是因為面對漢人的威脅，不管是政治壓迫、經濟剝奪、社會歧視、甚至於肢體傷害，被迫選擇接受同化，是否就可以逕自取消其歷史身分、以及國家保障的權利？相較之下，戰後對於「山地人」、「番仔」的偏見更是強烈千百倍，那麼，我們哪裡忍心苛責四百年來承擔漢人同化壓力的平埔族？

不能公開明說的隱秘意圖，是平埔族與高砂族在歷史上的恩怨情仇，迄今未能公開討論、或是對話，只能停留於私下的囁嚅；我們必須承認，統治者一向以夷制夷，因此，平埔族與高砂族應該是有相當不愉快的歷史記憶。在那開山撫番的時代，失去平原地區祖居地的平埔族人，往往站在第一線擔任隘勇，一方面嚴防生番出草、一方面開墾所謂荒廢的土地，究竟是被驅策、還是自動請纓？恐怕兩者都有吧！作為原住民族事務的最高主管單位，原民會有義務出面進行歷史的解構、以及重建，為兩者的歷史和解鋪路，畢竟，有關於原住民族權利的保障，有相當大的成分是建立在歷史的補償，而絕大多數的歷史記載，尤其是土地剝奪、以及文化支配，最大的受害者是首當其衝的平埔族。

至於一些平地原住民所表現出的嫌惡，應該是延續到戰後的集體記憶了，特別是「平埔族瞧不起山胞」的指控；到底這是普遍的現象、還是某些個人／族群的經驗，應該有更周延的探討，特別是真相、解釋、以及化解之道。不管如何，就社會和諧的角度而言，這是政府必須出面來調解的要務。從二二八事件的經驗來看，唯有真相，才可能有真正的和解，這是政府必須出面來調解的要務。碩果僅存的平埔族人，到底是作了哪些不可原諒的過錯、代替漢人受過、還是有其他不足為外人道的恩怨情仇？當我們在追求閩客、或是省籍和解之際，甚至於高談與中國的和平，政府若堅持將同為南島民族的平埔族拒於千里之外，總是令人覺得時光竟然是在倒退的。

當年國民政府因為行政方便，沒有經過正當程序（*due process*）、以及當事人的同意，剝奪平埔族的身分、以及相關的權利，由人權的角度來看，恐怕在國際上是站不住腳的。『公民政治權利國際公約』、以及『經

濟社會文化權利國際公約』在第一條都開章明義揭櫫「所有的民族都有自決權」，而『原住民族權利宣言』（*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007*）也宣示「原住民族享有自決權」（第三條）、以及「原住民族有權依據自己的慣俗及傳統，決定自身的認同跟成員資格」（第三十三條、第一款），政府應該尊重平埔族的自決權、以及認同權；另外，聯合國『消除各種形式種族歧視國際公約』（*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965*），也是檢驗的標準²⁰。

肆、轉型憲政主義

戰後，中華民國在台灣取得領土的固著（territorialized）；如果說「內地化」以「台灣的中華民國化」為代表，那麼，「土著化」的詮釋就是「中華民國的台灣化」。前副總統呂秀蓮主張，從蔣氏父子的「中華民國到台灣」、李登輝的「中華民國在台灣²¹」、到陳水扁的「中華民國是台灣」，經過 1996 年的總統直選，大家都有台灣已經是獨立國家的共識²²。基本上，這是符合民進黨『台灣前途決議文』（1999）的基調：「台灣已經獨立、國號叫作中華民國²³」。

儘管台灣政府因為民主化而取得正當性，並大致確保實質的主權獨立，但就法理的主權而言，除了中國的掣肘外，更因為「中華民國」的魔障，讓台灣無法享有完整的國際人格。其實，原本只是使用中華民國借殼上市，或許有其政治現實的不得已，而政權移轉原本是打破舊有共犯結構的契機，但是，不少民進黨領導者似乎沒有改弦更張的企圖心；不少藍綠

²⁰ 面對主流社會的同化政策、以及文化壓力，如果說平埔族人多諳閩南語，絕大多數都會區原住民年輕同胞只懂北京話（國語），原民會的身份登記顯然有違公平原則。

²¹ 他甚至於主張，他任內已經達成「台灣中華民國」，只剩下如何進行國家正常化的任務。

²² 民進黨 2012 總統大選候選人蔡英文的「台灣就是中華民國、中華民國就是台灣」，大體相仿。

²³ 正式文字是「台灣事實上成為民主獨立國家」、及「固然依目前憲法稱為中華民國，但與中華人民共和國互不隸屬」。

人士眩惑於中華民國政權而來的無限資源，入鮑魚之肆、久而不聞其臭，彷彿中華民國體制有不可言喻的無限上綱地位，缺乏建構制度雄心大志。以謝長廷為例，由「一中憲法」、「憲法共識」、到「憲政共識」，基本上還是「中華民國派」。

根據「新憲政主義」(New Constitutionalism)，憲政體制不只是消極地在程序上限制政府權力對於人民權利的支配，而且更是想透過憲政變遷(constitutional transformation)的契機，積極地在實質上嘗試著去解決一些問題、或是實踐一些理念(Elkin & Soltan, 1993)，譬如建立國家的正當性、形塑具有政治能力的公民、或是凝聚國民的集體認同。Teitel(2000: 196)進一步提出「轉型憲政主義」(transitional constitutionalism)的概念，主張在進行政治轉型之際，先以政治協商擺脫威權體制，再伺機調整過渡時期的憲政結構，全力建構可以長治久安的肇基體制，掃除殘留的歷史共業(historical legacy)，以免陰魂不散復辟勢力反撲。

一、如何面對中華民國體制

中國在甲午戰爭敗給日本，遭到池魚之殃的台灣，因為馬關條約而被迫當異族的殖民地，吃遍差別待遇的苦頭。戰後，盟軍又私相授受，把台灣丟給蔣介石政權軍事託管；兄弟久別半世紀重逢，一方以勝利者的姿態進行接收，一方則在高度期待中充滿錯挫折感，終於釀成二二八事件，迄今尚難縫合彼此的齟齬。沒有多久，國民黨政權因為在中國的內戰中兵敗如山倒，匆匆忙忙避秦台灣。由於反攻大陸不成，想像擁有中國法統的國民黨，乾脆把整個中華民國體制移植台灣；由軍政到訓政，國民黨採取威權統治，成立了一個人類史上最長的戒嚴政府。

面對外來政權的統治，一些人選擇以留學的方式遠走高飛日本、或是美國，這就是日後台獨運動的濫觴。大多數台灣人沒有出走的機會，對於中華民國政府採取敬而遠之的態度，除非不得已，譬如當兵、納稅、或是拿中華民國身份證，就沒有必要跟國家機器打交道。對於義不帝秦的老百姓來說，不要說駕駛執照，連中華民國護照都要睥睨；對於義不食周粟的知識份子而言，不要說當公務人員，連考預官都覺得羞愧。在政治場域而

言，當早期的那些有良心的員外相繼幻滅，只能在精神上進行犬儒般的抗爭，黨外人士取而代之，開始在增額立委選舉嶄露頭角，以「打著紅旗反紅旗」來說服自己。早年的雞兔同籠論戰（批康事件），其實就是以體制外的社會運動參與，來否定體制內議會路線的正當性²⁴。

由第三波民主化的經驗來看，不外執政黨蛻變、反對勢力挑戰、以及朝野攜手三種模式。領導民主化發軔的李登輝身兼總統以及國民黨主席，由於擔心軍頭及保守勢力反撲，只能以分期付款的方式著手改革，因此，儘管不滿意當前的中華民國憲政體制，卻也只能暫且騎驢找馬。李登輝透過國是會議號召民進黨義助，以增修條文的方式來達到國會全面改選、以及總統直選的任務，階段性以民主政治的雛形來確立政權的正當性，可以視為一方面披著空有的中華民國軀殼、另一方面又要吸取台灣本土的滋養。

當前的憲政體制是依據 1997 年的增修條文而來，一般的看法是「傾向於總統制的雙首長制」，也就是在民選的總統以外，還有一個號稱「最高行政首長」的行政院長；然而，由於總統所任命的閣揆不再必須獲得國會同意，遠離雙首長制「總統與總理都有民意基礎」的必要條件。在憲政體制定位不清的情況下，究竟總統是有權無責、還是有責無權，不要說無法獲致起碼的民主課責（democratic accountability），衍生的行政與立法關係也無從確認，相關的國會改革努力不只是隔靴搔癢，譬如國會減半，甚至於是淪為頭痛醫腳、腳痛醫頭，終究徒勞無功。

不管台灣內部對於中華民國憲法是否能達成共識，也就是說，違章建築到底能維持多久的現狀，得過且過，必定讓我們付出相當大的代價，就是無意中確立中華民國的正當性，並且把台灣的未來前途凍結了，永遠無法跳出中國的掌控。我們知道，從本土的立場來看，中華民國這件沈重的

²⁴ 民進黨成立後，由於派系之間的紛爭，不再堅持社運與議會路線何者的道德優越性比較高，不過，為了要應付社運界的質疑，仍然要強調兩者相互為用。其實，即使是以「政治運動」合理化選舉，一開頭，還是猶抱琵琶半遮面，只能參加中央民代選舉，才能符合「進入體制反體制」的精神。當「以鄉村包圍城市」的說法出現，縣市長選舉不再是禁忌；果真，仁愛路兩頭的直線距離最短，陳水扁終於由台北市政府走入總統府。

袈裟是外來政權所引入的，由於我們一時無力掙脫外人硬加的枷鎖，只好暫時借殼上市，也就是民進黨在兩千年大選之前通過『台灣前途決議文』（1999）的伺機正名說法。然而，有志氣的台灣人總不能把蓑衣當西裝、雨鞋當馬靴、靈骨塔當透天厝，繼續扮演 Kymlicka (2002: 15-16) 所謂「心滿意足的奴隸」（contented slave）。

二、制度的泥沼——十八趴的改革²⁵

朝野政黨近年為了公務人員公保養老給付優惠存款（十八趴）吵得不可開交，在野黨指控執政黨未能進行改革、是政策綁樁，而執政黨疲於奔命，子彈亂轟，連自己人都被流彈打到。經過府院黨三次平台會議，才終於在 2011 年初達成共識，將特任官的優存上限訂為兩百萬，算是暫時止血。不過，對於社會所關心的利率、所得替代率、以及黨職併公職等質疑，還是有待政府戮力處理，不能應付了事。

公務人員優惠存款是年金制度的一部份，基本上是以就業的貢獻來決定退休薪俸，有其歷史的背景。國民黨戰後匆匆遷台，隨行百萬軍民，兵馬倥傯，自然安插軍公教；除了本薪以外，公務人員有各種福利津貼，譬如子弟唸書減免學雜費，社會流動的管道較為通暢，羨煞自嘆欠栽培的本土人士，強烈的相對剝奪感埋下日後省籍齟齬的根源。

從 1980 年代開始，西方國家由於人口成長遲緩、再加上國民的平均餘命延長，各國政府的財政負擔日加吃重，因此，必須面對如何改弦更張的挑戰。我們在民主化的過程，開始引入福利國家的精神，也就是以國民的基本權利做出發，希望國家能從社會福利著手，積極進行重分配的工作。回到歷史現場，十八趴制度有其社會經濟背景，尤其是彌補對於軍公教的強迫儲蓄；由於市場利率一再變動，最後，終於以固定的利率定案。物換星移，沒想到民間利率低落到谷底，相較之下，十八趴的利息就顯得不可思議。在全球化的時代，國家對於內部的財富分配雙峰化，並無積極的因應之道，十八趴淪為朝野政黨拉鋸的夾心餅。

²⁵ 請參閱施正鋒（2011b）。

長期以來，在民進黨的想像中，吃公家頭路者的投票模式習慣性傾藍，甚至視之為國民黨政權的幫兇。然而，即使執政八年，陳水扁政府對於十八趴也無法大刀闊斧²⁶，原因無他，就信賴保護原則來看，國家答應公務人員的，不能因為事過境遷而反悔。某種程度而言，國民黨的確把公務人員當作勢力範圍，在奪回政權之後，當然要想辦法照顧自己人。

坦承而言，在早期，族群差異與職業隔離或許有相當的重疊。然而，對於窮人苦兒來說，拼命念書，想辦法進入公家機關、或是國業事業，可以說是上進脫貧的唯一管道，未必就是外省人的禁嚮。同樣地，如果把所有的軍公教的票都推給國民黨，把自己定位為強調重分配的左派政黨，未免也是自欺欺人；其實，從黨外時代開始，不少人是身在曹營心在漢，默默地在捐錢出力，心裡所想的，不過就是要讓台灣好一點。平心而論，依據現有規定，只要合乎法規，領十八趴並沒有甚麼錯；只不過，近年來因為藍綠惡質對立，爭相鞏固自己的地盤，國民黨以軍公教的代言人自居，而民進黨退而擁農民、以及勞工為地盤，十八趴被污名化，變成有理說不清。

其實，藍綠陣營迄今所提出來的調整方案，不外乎設定上限、以及所得替代率，並不敢觸及敏感的降低利率、甚或取消十八趴，問題出在所謂的「信賴保護原則」(doctrine of legitimate expectations)，也就是政府如果取消先前答應老百姓的權益，只能在政策制定後開始實施，並不能往前追溯適用。誠然，我國的『行政程序法』有「行政行為，應以誠實信用之分法為之，並應保護人民正當合理之信賴」的文字，而大法官會議也有零星釋憲案例，尚未有足夠的討論來挑戰其適用的情形。以外國的判例來看，考量的重點在於整體利益(譬如國家安全)以及個別權益的平衡，另外，

²⁶ 民進黨政府面對教師的反彈，終於雷聲大、雨點小，今日被譏為「肥高官、瘦小吏」。當年，銓敘部部長朱武獻出面解釋改革方案，一再表示不會影響軍公教的現有權益，回頭看來，就是改革不成，乾脆讓政務官搭上順風車，也享有十八趴的優惠存款。國民黨在2010年的立法院臨時會上，趁民進黨以ECFA退席之際，順勢將十八趴的行政命令法制化，並且調整為「瘦高官、肥小吏」，進而在五都選舉之前，匆匆通知有資格的公務人員補足存款。問題是，不管是高官、還是小吏，一般老百姓的仍有強烈的相對剝奪感，因此讓在野黨有大作文章的空間，譏為讓十八趴死灰復燃。

也必須衡量司法原則是否會侷限行政部門政策改弦更張的權力。在政治風暴之後，我們企盼有學理的探究及討論。

問題的癥結在於經濟成長之後，國人對於社會福利的期待高漲，只不過，我們的社會安全制度還是有相當程度的部門間差異，一不小心，就會被政黨拿來當政治鬥爭的工具。坦承而言，目前朝野所提出來的改革方案，仍然脫不了技術層面的調整，也就是所謂的「參數改革」，釜底抽薪的是「結構性改革」，還必須有人針對全球二十多年來的年金改革用心，不要才由一個爛泥巴坑洞掙扎出來，馬上又跳入另一個陷阱。

伍、歷史和解

如果我們同意民族是一種 Anderson (1991) 式的「想像的共同體」(imagined community)，那麼，在多元族群的情況下，民族的塑造不能建立在共同的原生性特色（不管是血緣、語言、宗教、還是文化），而是共同的經驗、歷史、還是記憶。然而，在台灣的歷史發展過程中，不管是原漢、閩客、還是本外省族群之間，即使經經歷民主轉型的洗禮，不平等的結構關係徘徊不去，新舊雜陳；明顯的政治經濟歧視或許可以禁止，隱晦的社會文化偏見卻是難以消除。其實，我們如果想要勇敢邁向未來，不只要健康面對現在，更要誠實看待過去，因為，記憶的傷痕不會自然逝去，必須當代的人願意去洗滌縫合，否則，時間將是穿腸的毒藥。

歷史和解的第一步是真相，唯有挖掘並承認真相，才有可能要求原諒、並且實踐正義；接著，唯有正義及原諒，社會才有可能取得真正的和解（施正鋒，2010：260-61）；有一天，眾人終於有休戚與共的感覺、願意生活在同一個國度，那時候，大家才會有共同的集體認同（圖 4）。然而，除了對受害者進行補償正義（restorative justice），也必須對加害者進行處罰式正義²⁷（retributive justice），否則，歷史只會重演，唯一的差別可能是報復式的角色互換。當然，在轉型時期，起碼的公平是必要的。

²⁷ 兩者合稱矯正式正義（rectificatory justice），有別於分配式正義（distributive justice）（施正鋒，2010：264）。參考 Estrada-Hollenbeck（2001）、以及 Roberts（2002）。

一、叛國者不是想像共同體的成員

然而，歷史和解不是無限上綱，特別是那些叛國者，即使他們在台灣出生、是所謂的「土生土長者」（native），既然選擇當敵國的順民，當然沒有資格作為想像共同體的一員。以林毅夫叛逃事件為例²⁸，也許已經沒有多少人知道，不過，由於他的妻子陳雲英先前以中國人大會議「台灣代表」的身分表示，她的丈夫不能回台祭祖是歷史的悲劇，再度引起媒體的討論。特別是民進黨的發言人羅致政日前登陸參加研討會，被稱為是「破冰」之旅，當然會有人大作文章，既然民共都要接觸了，更不用說國共早已握手言歡，主張讓林毅夫回家探親。

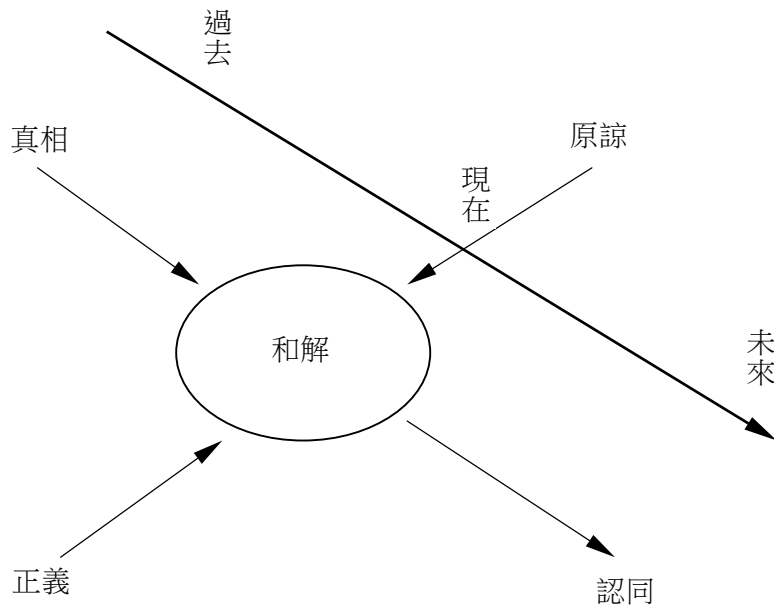


圖 4：和解的過程

林毅夫大學考上台大農工系，在成功嶺接受大專訓練之際，決定投筆從戎，獲得當時的救國團主任蔣經國賞識而頒發「優秀青年獎章」。陸軍

²⁸ 林毅夫是在 1979 年以上尉連長職務叛逃中國，其他還有三名駕機叛逃的空軍少校黃植誠（1981）、陸軍少校李大維（1983）、以及空軍上校林賢順（1989）（羅添斌、許國楨，2013）。

官校畢業後，他以軍職到政治大學念企業管理碩士，儼然是國民黨政府的「催台青」樣板。畢業後，他被派到號稱「天下第一連」的金門馬山擔任連長，竟然攜帶軍事機密洩海到對岸「投誠」，被通緝至今。

根據林毅夫自己的說法，「做為一個中國人，我覺得台灣除了是台灣人的台灣之外，台灣還應該能對中國的歷史發揮更大的貢獻。」因此，他主張「我們台灣人應有一個志氣，不但要做台灣的主人，而且要做中國的主人。」。他由愛國青年搖身一變為統一的急先鋒，充分利用他的台灣人身分，當然獲得重點培養出國留學，取得芝加哥大學經濟學博士，任教北京大學。他除了當過中國政協全國委員會委員，目前是世界銀行的資深副行長，可見中國不會放棄他的宣傳價值。

林毅夫的父親在 2002 年去世，他申請回台奔喪。當時，不少民進黨籍立委幫他緩頰，主張以人道的理由准他入境，相關單位也傾向於核准；最後，由於國防部堅持追究陣前逃亡的罪行，面對唯一死刑的投敵罪，他才不敢回來。現在，輪到國民黨執政，一些媒體又以「光宗耀祖」來製造不再訴究的輿論，甚至於要馬英九總統特赦，完全沒有是非可言。

坦承而言，林毅夫在思想上認為自己是中國人、在政治上主張台灣屬於中國，旁人沒有置喙的餘地。然而，作為革命軍人，竟然背叛生他養他的台灣，厚顏投靠敵國，這是不能諒解的叛國行為。如果政府不加以處罰而輕輕放過，那麼，豈不是公開鼓勵職業軍人、或是官員起而效尤？未來，這些人競相遊走海峽兩岸，國家安全洞開，還需要國防嗎？

林毅夫認為問心無愧，甚至於以個人的成就來表示對得起台灣人。他的老婆也堅持「我們對得起自己、對得起父母、對得起社會、對得起國家，沒有什麼心理負擔」。完全沒有悔過的意思，那麼，我們就沒有原諒的道理。

令人百思不解的是，不少民進黨人物也有類似的看法，特別是他的宜蘭同鄉，彷彿在中國擔任高官是無上的光榮。按照這樣「辜顯榮比顏智（甘地）、蕃薯簽比魚翅、破尿壺比玉器」的邏輯，儘管賣國求榮，只要中國封為高官就可以除罪，吳三桂豈不要滿天飛？

當年在陸軍步校接受預官訓練，原本分發師部，最後被派到最後一個

營的最後一個連的最後一個排去當排長，長官帶著有色的眼光，自己當然了然於胸。由於是台灣人、又是台大畢業的，做一個蕃薯仔，背著原罪，有事沒事被長官叫去無人的地方斥責，這是作為台灣人的悲哀，只能比別人更加努力，怨不了誰。然而，想到多少人因公殉職，最後只剩下骨灰回到台灣，如果林毅夫可以風風光光回台，天理何在？

有關於追訴年限，如果是因為迄今沒有執行的條件、現在卻因為追訴年限已過而無可奈何，從民主轉型的經驗來看，新政權可以延長、或是取消追訴年限 (Teitel, 2000: 21)：譬如在匈牙利國會通過法案，正式將共產時期的謀殺、以及叛國罪的追訴年限解除 (Benomar, 1993: 8)；包加利亞將追訴年限由 20 年延長為 35 年 (Welsh, 1996)；南韓將追訴年限延長，以便起訴光州事件得元凶前總統全斗煥、以及盧泰愚 (Fenwick, 2003: 386)；而捷克國會乾脆立法中止 1948-89 年間的追訴年限 (Welsh, 1996)。另外，聯合國、以及歐洲理事會 (Council of Europe) 分別在 1968 年、以及 1974 年通過不適用追訴年限的國際規約²⁹，已經解決了「延時訴訟」(delayed litigation) 的法理課題 (Bassiouni, 1996: 16; Teitel, 2003: 86)。

二、推動族群平等的想法

在過去二十年來，社會運動對於少數／弱勢族群的關懷，大體是以權利保障作為最主要的訴求。民進黨在 2000 年上台，施政重心在於如何將信念具體法治化，特別是族群平等的理想，譬如『語言平等／公平法』的草擬。儘管『世界人權宣言』(*Universal Declaration of Human Rights, 1948*) 揭櫫「人生而平等」，然而，或許因為受到傳統自由主義對於個人的專注，真正運用到族群之間的互動之際，難免遭到相當的質疑。

在這裡，我們根據 Baker 等人 (2004)，呈現一個族群平等政策推動的概念架構 (圖 5)，釐清彼此之間的因果關係。基本上，我們是以公共政策制定的過程作為主軸，把相關的概念放在一起討論，讓大家了解專業

²⁹ 分別是 *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*、以及 *European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes*。

分工的定位。我們先要面對的是社會上出現不平等，經過觀察及描述之後，必須去解釋這些現象產生，然後，再根據平等這個目標，透過政策及制度來加以規範，近似於醫師問診（what）、病理分析（why）、以及開藥（for what、how）的流程。

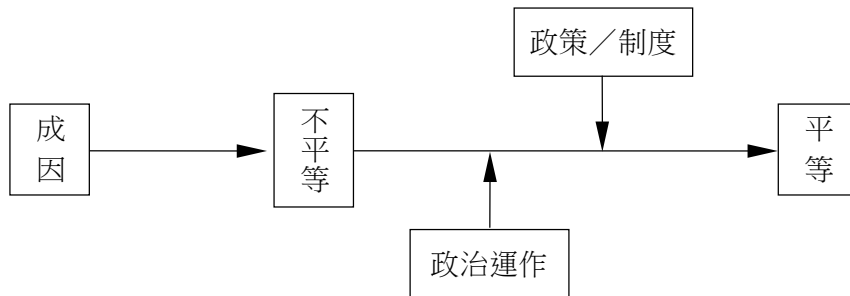


圖 5：族群平等政策的概念架構

首先，就水平面而言（也就是廣化），不管是平等、還是不平等，我們可以分為政治（權力）、經濟（資源）、社會（地位）、以及文化（認同）等四個層面／場域。接著，就垂直面而言（也就是深化），我們可以有基本、機會、以及狀態等三種境界（圖 6）。我們必須指出，就廣化的光譜而言，只能算是概略的分類，未必真的有優先順序；至於內容為何，必須社會內部經過討論來取得共識。就深化軸線來看，基本平等是指作為每個族群及其成員應該都要享有的，機會平等是指族群及其成員在形式及實質上是否能公平競爭，而狀態公平則是所有族群及其成員真的都有選擇、或是獲勝的機會。

基本平等是起碼的要求，譬如參與決策、工作溫飽、相互尊重、以及容忍差異。機會平等是一種消極的調和機制，想辦法去管制彼此的關係，不要讓衝突惡化為流血；狀態平等則是積極地挑戰現有的社會結構，想要透過制度設計來推動社會體系的改造。整體社會結構又可以根據上述四個層面細分：政治（憲政、立法、司法、行政、政黨、選舉、民間團體）、經濟（民營事業、公營事業、非營利事業、組合、工會）、社會（家庭、社團、慈善機構）、以及文化（教育、媒體、宗教、藝術、文學、電影、音樂）。

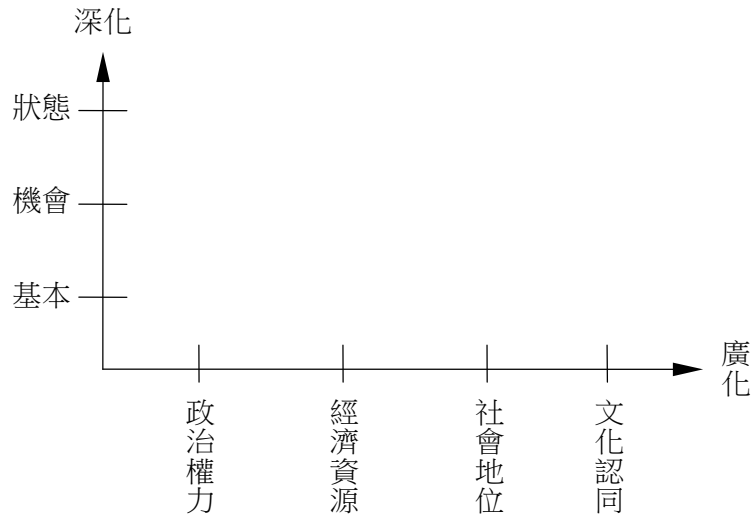


圖 6：平等及不平等的面向

整體來看，以學者的身份來看，我們有三種任務。第一種是透過本身的專業訓練，嘗試著去找出造成族群間不平等的成因；第二種是努力去說服大家，那種境界的平等是我們應該去追求的；第三種是發揮學以致用的精神，將理想化為制度的建構。當然，如果行有餘力，也可以投入政治策略的思考，參與短中長程目標的推動。

陸、結語

台灣的民主政治能否進一步獲得鞏固、是否能避免威權統治復辟、甚至於淪為民主崩解，關鍵在於轉型正義是否能真正落實。針對歷史正義，雖然我們努力去拼圖真相，基本上是以補償為主、希冀不愉快的記憶終將逝去，不能針砭過去不公不義、也不能撫慰持續到現在的憤懣；相較於我們因為囿於追訴年限而對加害者束手無策，對於受害者往往也因為曲解憲法原則，包括法律不溯及既往、以及憲法救濟的適用。

有關於國家肇建的難題，我們迄今把精力用在外部主權的確立，尚未面對漢人墾殖國家主權剝奪原住民族主權的歷史事實，也就是說，究竟這

是一個以漢人為主體、還是原漢並立的國家；如果官方民族主義（official nationalism）依然堅持中華民族、或是華人國家，那麼，被視為是裝飾用、或是欣賞用的原住民族，當作永遠只是客體。然而，當我們嘗試以原住民族來定義集體認同之際，勢必要面對平埔族與高砂族之間的歷史齟齬，不能置身度外、聽任兄弟鬩牆之間無止境地相互敵視。

針對國家建構的課題，大家為了一致對外面對中國的主權挑戰、暫且接受中華民國這個公約數，然而，我們也必須務實地承認，當前的中華民國體制是戰後移植而來的，除了說因為是外來勝利者強制實施而缺乏正當性，最大的困境是在民主化的過程中，已經左支右絀、不敷使用。在這樣的情況下，現有的政治體制已經是我們制度設計的最大阻礙，特別是憲政體制、以及相關的必要改革，如果不能以轉型憲政主義歸零擊劃，政治紛擾將沒有化解的可能。

最後，對於民族塑造的任務，也就是共同體的想像，首要是進行族群之間的歷史和解，也就取得真相、諒解、以及正義之後，彼此學習相互信任，才有可能論及共同的集體認同。在這同時，透過制度及政策來確保起碼的族群平等，是國家必要的作為。

參考書目

- 『709號釋憲文』，2013 (http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=709) (2013/10/10)。
- 『中華民國憲法增修條文』，2005 (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=A0000002>) (2013/10/11)。
- 『台灣前途決議文』，1999 (http://www.dpp.org.tw/upload/history/20100604120114_link.pdf) (2013/10/11)。
- 『行政程序法』，2013 (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=A0030055>) (2013/10/11)。
- 『都市更新條例』，2010 (<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0070008>) (2013/10/10)。
- 陳其南，1987。《台灣的傳統中國社會》。台北：允晨文化。
- 陳奇祿，1981。《民族與文化》。台北：黎明文化。
- 羅添斌、許國楨，2013。〈被叛國者列顧問，前空軍將領錯愕——黃植誠在中國辦飛行學校〉《自由時報》10月14日 (<http://www.Libertytimes.com.tw/2013/new/oct/14/today-p2.htm?Slots=BP>) (2013/10/14)。
- 施正鋒，1998。〈墾殖社會的族群結構與土生仔民族主義——以拉丁美洲為例〉《族群與民族主義——集體認同的政治分析》頁251-58。台北：前衛出版社。
- 施正鋒，1999。《台灣政治建構》。台北：前衛出版社。
- 施正鋒，2000。《台灣人的民族認同》。台北：前衛出版社。
- 施正鋒，2001。《台中美三角關係——由新現實主義到建構主義》頁1-29。台北：前衛。
- 施正鋒，2003。《台灣民族主義》。台北：前衛出版社。
- 施正鋒，2008。《原住民族人權》。壽豐：東華大學原住民族學院。
- 施正鋒，2009。《台灣的國家安全——和平研究的途徑》。台北：台灣國際研究學會。
- 施正鋒，2010。〈轉型正義的探討——由分配到認同〉收於《台灣族群政策》頁259-96。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒，2011a。《台灣涉外關係》。台北：台灣國際研究學會。
- 施正鋒，2011b。〈原來，蔡英文也領十八趴〉《聯合報》1月14日 (<http://faculty.ndhu.edu.tw/~cfshih/politics%20observation/newspaper/20110114.html>)。
- 施正鋒，2012a。《進入二十一世紀的台灣民主制度——常識治國的邪惡》。台中：

- 新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒，2012b。〈原住民族主權與國家主權〉發表於台灣原住民族研究學會主辦「原住民族主權與民主發展」學術研討會，台北，台灣大學社科院國際會議廳，11月17日。
- 施正鋒，2005。《台灣原住民族政治與政策》。台北：新新台灣文化教育基金會。
- 施正鋒，2013。《自我認同與民族認同的追尋》。台中：新新台灣文化教育基金會。
- 憲法原住民族政策制憲推動小組（編），2005。《憲法原住民族專章會議實錄》。台北：行政院原住民族委員會。
- Anderson, Benedict. 1991. *Imagined Communities: Reflections in the Origin and Spread of Nationalism*, rev. ed. London: Verso.
- Baker, John, Kathleen Lynch, Sara Cantillon, and Judy Walsh. 2004. *Equality: From Theory to Action*. Hundsmill, Hampshire: Palgrave Macmillan.
- Bashir, Bashir, and Will Kymlicka. 2008. "Introduction: Struggles for Inclusion and Reconciliation in Modern Democracies," in Will Kymlicka, and Bashir Bashir, eds. *The Politics of Reconciliation in Multicultural Societies*, pp. 1-24. Oxford: Oxford University Press.
- Bassiouni, M. Cherif. 1996. "Search for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability." *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, pp. 9-28.
- Benomar, Jamal. 1993. "Justice after Transitions." *Journal of Democracy*, Vol. 4, No. 1, pp. 3-27.
- Boraine, Alexander L. 2006. "Transitional Justice: A Holistic Interpretation." *Journal of International Affairs*, Vol. 60, N. 1, pp. 17-27.
- Chevron Oil Co. v. Hudson, 1971* (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/97/>) (2013/10/10).
- Constitution of the United States, 1789* (http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm) (2013/10/10).
- Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 1968* (<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/x4cnaslw.htm>) (2013/10/14).
- Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007* (http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf) (2013/10/10).
- Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789* (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf) (2013/10/10).

- Elkin, Stephen L., and Karol Edward Soltan, eds. 1993. *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Elster, Jon. 2004. *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Estrada-Hollenbeck, Mica. 2001. "The Attainment of Justice through Restoration, Not Litigation: The subjective Road to Reconciliation," in Mohammed Abu-Nimer, ed. *Reconciliation, Justice, and Coexistence*, pp. 65-85. Lanham, Md.: Lexington Books.
- European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes, 1974* (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/082.htm>) (2013/10/14).
- Fallon, Richard A., Jr., and Daniel J. Meltzer. 1991. "New Law. Non-retroactivity, and Constitutional Remedies." *Harvard Law Review*, Vol. 104, No. 8, pp. 1731-833.
- Fenwick, Mark. 2003. "Dilemmas of Transitional Justice: Criminal Prosecutions or Truth Commissions?" *Seinan Law Review*, Vol. 35, Nos. 3-4, pp. 1-24.
- Griffith v. Kentucky, 1986* (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/314/>) (2013/10/10).
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965* (<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>) (2013/10/10).
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966* (<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>) (2013/10/12).
- International Covenant on Civil and Political Rights, 1966* (<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>) (2013/10/10).
- Kymlicka, Will. 2002. *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Lenzerini, Federico. 2006. "Sovereignty Revisited: International Law and Parallel Sovereignty of Indigenous Peoples." *Texas International Law Journal*, Vol. 47, pp. 155-89.
- Mabo vs. Queensland (2), 1992* (<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1992/23.html>) (2012/9/9).
- Macklem, Patrick. 2001. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press.

- Marbury v. Madison, 1803* (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>) (2013/10/10).
- Offe, Claus. 1996. *Varieties of Transitions: The East European and East German Experience*. Oxford: Oxford University Press.
- Pocock, J. G. A. 2005. *The Discovery of Islands: Essays in British History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Popple, James. 1989. "The Right to Protection from Retroactive Criminal Law." *Criminal Law Journal*, Vol. 13, No. 4, pp. 251-62.
- Reynolds, Henry. 1996. *Aboriginal Sovereignty: Three nations, One Australia?* St. Leonards, NSW: Allen & Unwin.
- Roberts, Rodney C. 2002. "Justice and Rectification: A Taxonomy of Justice," in Rodney C. Roberts, ed. *Injustice and Rectification*, pp. 7-28. New York: Peter Lang Publishing.
- Royal Commission on Aboriginal Peoples. 1996. "Highlights from the Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples." (<http://qspace.library.queensu.ca/bitstream/1974/7730/1/Highlights%20from%20the%20Report%20of%20the%20Royal%20Commission%20on%20Aboriginal%20.pdf>) (2013/10/10).
- Shaw v. Director of Public Prosecutions, 1961* (<http://cs.anu.edu.au/~James.Popple/publications/articles/retroactive/6.html>) (2013/10/10).
- Stovall vs. Denno, 1967* (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/293/>) (2013/10/10).
- Teitel, Ruti G. 2000. *Transitional Justice*. New York: New York University Press.
- Teitel, Ruti G. 2003. "Transitional Justice Genealogy." *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, pp. 69-94.
- Universal Declaration of Human Rights, 1948* (<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>) (2013/10/12).
- Welsh, Helga A. 1996. "Dealing with the Communist Past: Central and Eastern European Experiences after 1990." *Europe-Asia Studies*, Vol. 48, No. 3, pp. 413-28.
- Wood v. Strickland, 1975* (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/420/308/>) (2013/10/10).

Challenges to Transitional Justice in Taiwan

Cheng-Feng Shih

*Professor, Department of Indigenous Development and Social Work
National Dong Hwa University, Shoufeng, Hualien, TAIWAN*

Abstract

We start with the exploration of the meanings, mechanisms, and functions. Efforts are then made to understand the perspectives of its opponents. After examining probable obstacles in its pursuit, we will look into the challenges Taiwan has met while endeavoring to implement transitional justice so far, including the legacy of the February 28th Uprising, the intertwined relations between distributional policy and ethnic identity, and the iron cage of the Republic of China system.

Keywords: transitional justice, Taiwan, February 28th Uprising, Republic of China