

法的文化研究——以轉型正義為例

張 志 銘 *

一 前 言

轉型正義 (transitional justice) 指涉了國家在由迫害壓榨轉型到安定和平的政治動盪期中¹，針對過去不義政權之人權迫害所採行之一系列以司法及司法外行為所進行的矯正策略和政策及依此所建構之制度。其目標在於重建人民彼此的互信，修復支離破碎的司法體系並最終建立一個民主的政府。其核心價值固為正義，但得作為其內涵的並不必然以刑事正義為限，其他形式的正義亦未嘗不可作為其內涵。²

Teitel在Transitional Justice 一書中³，就曾列舉了刑事正義、歷史正義、補償正義、行政正義及憲法正義作為轉型正義之主要內涵。國際轉型正義中心 (International Center for Transitional Justice) 更把轉型正義的內涵，藉用具體的工作程序界定為：1.真相調查；2.起訴加審查；3.賠償受害者；4.追思與紀念；5.和解措施；6.制度改革；7.人事調查。⁴

轉型正義在實務上的起源，可以追溯到二戰同盟國組織國際軍事法庭為了追訴納粹舉行的紐倫堡大審，及其後在戰後德國採行的一系列去納粹化措施。其後在 1970 年及 80 年代對轉型正義的關懷聚焦在人權的議題上，並促成了國際人權法的興盛及相關協約的制度。轉型正義的實務隨著拉丁美洲的民主化浪潮一波波接踵而至而達於高潮。在這些大規模的政治轉型如火如荼的進行，社會一個個脫離專制統治代之以自由民主之際，另一個迫切的問題也隨著隱現：社會該如何面對不義政權的邪惡過往？「轉型期正義」的實務於是應運而生。⁵

* 台灣大學國發所教授。

¹ Guillermo O'Donnell & Philippe C. Schmitter, Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies, P.6, 1986, 特別指出了其過渡時間的特質。

² http://en.wikipedia.org/wiki/Transitional_Justice.

³ S. Ruti G. Teitel, Transitional Justice, Oxford university press, 2000.

⁴ 江宜樺, 臺灣轉型正義及其省思, 登載於：《思想》第五期, 台北 2007, 頁 69。

⁵ Neil J. Kritz (ed), Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes,

而這些廣泛運作中的「轉型期正義」實務，也引起了諸多學理的討論。這些討論大體上可以分為兩大部分。一部分是針對轉型正義在實務上是否達成其目標或應採行何種具體手段才能達成其目標，亦即有關其可行性或有效性。另一部分則是針對轉型正義的理論定位，即轉型正義作為一種轉型時期的非常措施，從法律的基本原理來看，究竟有沒有內在的限制。亦即，在遂行轉型正義之際，國家有必要去採行一系列的必要措施，包括司法上的和司法外的。但涉及司法的部分，國家究竟能否無視於法治原則（rule of law）而以轉型正義之名，透過實證法的立法程序規避，破壞既有的實體法和程序法的法理精神？而甚至某個程度上傾向於成為正常時期的法治？⁶

然而本文的作成，既不是在討論「轉型正義」在實務上的成效及其限度也不是反省其理論在內涵上及邏輯上的一貫性。而毋寧是針對「轉型正義」研究作為理論活動在方法論（作為後設理論）上的定位作一澄清。而其目的除嘗試從方法論上去對迄今為止轉型正義的相關理論研究作一澄清外，更重要的是要藉此以凸顯對相關研究在學科方法上採行科際整合的法文化研究的必要性。⁷

二 「轉型正義」的理論爭議及其相關的學術意見

1 「政治實現」v.s.「法律（正義）理念」：通說及 Teitel 的觀點

有關政治上的自由化和（法律）正義如何因應轉型的學術討論，依Teitel⁸的觀點，主要有兩種論點：其一為政治現實主義者，另一為法治理想主義者。前者認為政治變遷先於法治的建立；後者則反其道而主張法治理念應該引導政治變遷。

Vol. I - III, US. Institute of Peace Press, 1995, 中文著作請參閱：林立，「思索『轉型正義』在『民主原則』下難以被實現的困境及解決之道」，臺灣哲學學會 2008 年學術期刊研討會論文。另請參閱維基百科，「轉型正義」條，「實務」欄，http://en.wikipedia.org/wiki/Zh_hant/%E8%BD%89%E5%9E%8B%E6%AD%A3%E7%BE%A9。

⁶ 有關這方面的理論反省，主要請參考 Ruti G Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, 16 *Harvard Human Rights Journal*, 69 (2003) 及同一作者，*Transitional Justice in a New Era*, 26 *Fordham International Law Journal* 893, 2003.

⁷ 有關法文化的概念，參考—張志銘、林信華，法文化實踐與台灣主體性的重建，《植根雜誌》，第 22 卷第 1 期，頁 25-39，2007。

⁸ 參考 Ruti G Teitel, 前揭書，第一章「The role of Law in Transition」。

就前者的立場而言，自由化的轉型必始於政治變遷，「轉型正義」實務乃國家在轉型期中受到相關政府機關所形塑的政治（政策）影響所採取，其所以採行此一行動以及判斷何種行動是可採取的，乃是政治變遷的產物。後者則認為「轉型正義」實務源於正義的概念，對於過往不義的匡正，正義的法律概念乃是自由化轉型的必要條件，過度的把法律解釋為一種完全封閉的創設性力量。⁹

這兩者的詮釋觀點，受到 Teitel 批評為過於強調單向的因果關係，也因之而流於機械性，因此無法真正解釋在政治鉅變時期「正義主張」的特殊內涵，也無法解釋依循「正義主張以匡正既往不義」對於「政治自由化轉型」的積極作用。

相較於「政治現實vs.法治理念」，Teitel因此提出了她個人對於「轉型正義」的現象學分析。一方面藉由對轉型期種種現象的描述，說明政治變遷時期法律的改變來促成對「追溯既往不義」的正面瞭解；另一方面也針對法律如何回應獨裁專制在建構自由民主的前導下，改變了正義的觀念。相較於前一種對立式的論述，Teitel對「轉型正義」的分析無疑的具有濃厚的辯證色彩：政治變遷時期的轉型正義，具有一種特殊的建設性意義，既因轉型而生，實際上也促成了轉型。Teitel的觀點正好彌補了前述對立式論述的缺失。轉型正義既因政治轉型而生，自然會受限於政治情勢；但轉型正義既促成了政治轉型，當然不僅僅是政治變遷的產物。¹⁰

Teitel的著作中，還特別針對重大政治變遷時期的法治的本質作專章分析¹¹。根據她的見解，在轉型期中的法治原則，在期待建立民主憲政的「前瞻」與因而對既往政權的不義作出「回顧」二者間，存有某種緊張狀態，就如安定和動態之間的辯證關聯。因此，「法治」在此一時期必須依情況而定，因為被視為「正義」的事，端賴從前的「不正義」來決定。「轉型期」的法治因此無法奠定一個穩固的法律秩序，而只能去調解在此一特殊時期「正義」概念的轉變。因為轉型期中正好是正義觀念劇烈變遷的時期。¹²

這種法治意義上的困境，直接衝擊了民主法治的核心觀念，因為在轉型期的政治與法律變革，常常面臨了要不要遵守法的安定性或是服從先例原則的考驗。如前所述，依Teitel的見解，認為轉型期的法治規範無法建構一個具有普遍性的法

⁹ Ruti G Teitel, 前揭書，第七章「Toward a Theory of Transitional Justice」。

¹⁰ 見 Teitel, 前揭書,同註 8。

¹¹ Ruti G Teitel, 前揭書，第一章「The role of Law in Transition」。

¹² Teitel, 同前註。

律秩序，而必須用調解的觀念來緩和其多樣化的規範。此時期的法制，是社會所建構的，在某些方面是法官所決定的。總的說來，在專為轉型期政治量身定作的法治原則指導下，特殊的轉型期法律典範說明了法律能夠為轉型期的正義措施提供協助；反之，法律也具有影響轉型期政治的潛能，即在一個規範轉型的社會中，確立國家權力的根本原則基礎。¹³

2 對 Teitel 理論觀點的初步分析

的確，Teitel 從歷史性和比較性的視野出發，分析了法律在政治轉型期中的作用，既不是單純的把法律簡化為促成轉型的政治力量的平衡下的產物，也不是一廂情願的從「自由的革命」所追求的民主憲政的目標中推論出法治觀念，以作為引領變革的酵素。與這兩種極端的對立立場相比，Teitel 對政治轉型和法律正義論述是一種辯證式的交互影響觀，在承認政治結構約束力的同時，不去否認理念在立法過程和形塑政治過程中的重要性。法律既不能脫離其背景來被評價，卻也不是純粹對此一背景的反應。

當代轉型期正義，作為一種法律現象，其基礎乃是在朝向民主憲政發展的前瞻導引下，回顧不義政權的國家行為，將之視為一種系統性（種族、族群、國籍或其他意識型態……等理由）的迫害，以轉型正義回應了這種迫害並在轉型期法律的指引下，對這種迫害作出回應，以消除轉型前（國家及其）法律所製造出來的不義行為¹⁴。由於轉型正義源於政治迫害，因此迫害政策的全貌僅僅在法律的回應中才能顯現出來，而法律的回應也反映了當前政治轉型期中社會所追崇的民主價值觀基礎。轉型正義這種在前瞻與回顧間的循環說明了法律現象和政治自由化之間的辯證關聯。以二十世紀轉型正義的發展而言，在紐倫堡大審中，首先承繼了歷史上審判國王以重建相對於政府的人民主權，進而強調普遍個人優位原則，凸顯了個人作為最高國際法主體的身分。與此相對應的是在當代的民主轉型中，民主的願景已進一步為關於自治和責任的複雜且流動的認知所取代。這種認知調和了個人與集體、國家與國際間的秩序，隨之而來的是個人人權和國家責任，於焉成為當代轉型正義中的新的理論問題的載體，並為戰後最初的人權保障注入了活水。

¹³ Teitel, 同註 8。

¹⁴ Teitel, 同註 8。

這種對於個人和國家關係的重新定義，透過轉型期法律的運作，間接重建了有關政治成員資格、政治代表和政治參與的條件和規則，並藉以確認了個人在政治社群中的地位及其權利與義務關係，從而牽動了政治自由化規範的轉變。其顯而易見的成效是，承繼政權透過始於個人層面的轉型正義，不但間接達成了國家認同的政治轉型，並可以在這個基礎上去進一步規制出新的自由化歷程。¹⁵

動盪時期中轉型正義對國家政治認同引發的效應又反饋到 Teitel 在她的著作一開始所提出的問題：理想性的法律正義觀念的理論觀點，在多大程度上指引了轉型期間政治變遷？Teitel 在其著作的結尾，再一次明白拒絕作出直接性的肯認，並從比較性的和歷史學的視野，對法律正義得出了一種非理想性的「妥協」認知；而這種妥協的法律正義觀，既受其選擇條件的影響，也構成了其自身的選擇條件。

站在這種論及轉型時期的必要性妥協正義觀的基礎上，作者接著基於轉型期認同的規範性和功能性訴求及依此衍生的救贖性願景，認為轉型正義事實上提供了一套可控制的改革方式。然而這套改革方式乃以不同的價值觀的聚合為基礎，因此透露了人權乃是具時間性且被據以引導轉型的具體政治變化型態所界定的。此所以轉型正義雖然源於放之四海而皆準的正義與人權理念，但因此愈來愈反應了各該當事國家於建構各自國族之際的不同作法，以及各自對於何謂法治及法的正當性的不同理解¹⁶。而進入 20 及 21 世紀交接，最明顯的趨勢是轉型正義與全球化的關聯，而其典型特徵則為對高度政治不穩定及恐怖活動暴力的回應。¹⁷

相較起傳統的法律與社會變遷的法社會學研究，Teitel 的轉型正義理論有著非常強烈的辯證色彩，除了她有關轉型期中的政治變遷與法律正義之間互為條件的關聯以外，尤其可以從她描述憲法正義的章節看出。¹⁸

一般憲法理論沒有充分說明與重大政治轉型相聯繫的憲法變遷現象，Teitel 欲藉由其所謂轉型期憲法的「建構性」來解決這個缺憾。依她的觀點，轉型期的憲法主義不但由現行政治所構成，而且本身也是政治變遷的組成元素，此即是憲法文獻的建構性作用。更有甚者，轉型期憲法經由各種不同的過程產生，不但具體化憲法的功能，也具有其他較激進的功能，此蓋因轉型期憲法也是對昔日舊政權

¹⁵ Teitel, 同註 8。

¹⁶ 其詳請參考 Teitel, *Transitional Justice in a New Era*, (註 6), p.p.895-899；另同一作者, *Transitional Justice Genealogy*, (註 6), p.p.75-89。

¹⁷ Teitel, 前揭文 (註 15), p.p.901-905；p.p.89-93。

¹⁸ Ruti G Teitel, 前揭書，第六章「Constitutional Justice」。

下的政治環境的一種回應。因此，藉由憲法的原則，大幅改變現行的政治系統，可以引發進一步的政治變革。

具體而言，Teitel的理論觀點，嘗試將憲法變遷（就更廣義的觀點，包括法律正義變遷）的討論引入政治現實之中，並且明確的將其聯繫到瞻前（政治改革的目標）與顧後（對不義政權系統迫害的反省）二者，進一步論述以轉型期憲法（正義）作為大眾的新共識起點，在實際上改變了共識，因而與轉型期政治秩序有建構性的關聯，亦即促成了脫離極權統治的政治變遷，並重新建構了自由化政治變遷的過渡時期。憲法因此不是革命的累積或最後階段，而是建構轉型的中介者。¹⁹

三 Teitel 之理論觀點凸顯傳統學說的困境

如前所述，Teitel 之理論觀點具有非常強烈的辯證色彩，深入的描述了政治變遷時期法與正義及政治間互動關聯。此蓋與歐陸，尤其是德國傳統的政治哲學觀點密切吻合，畢竟「政治」在亞里斯多德的學說中屬於實踐哲學的領域，因之亞氏在其政治學的論述中，從有關實務的基礎理論出發，進而討論倫理、經濟、憲法乃至立法等事務，此一傳統在中世紀雖有轉折，但在新教改革後的德國再受重視，並強調國家作為良善法治基礎之重要性。基於此種以亞氏意義下政治作為良善法治之目的的自然法觀，法律之受政治規制乃理所當然。唯此一觀點在近代受到霍布斯和盧梭的理性自然法觀的影響而反轉了法與政治的關係，法律不再遵循良善的政治，反而是政治要受到法的支配，而政治的研究也隨著政治學之成為大學內的建制研究機構而逐漸告別了實踐哲學，至二次大戰後終於追隨美國而轉型為一門理論科學。

然而在政治學尚未完全轉型為一門理論科學之前的 19 世紀初，在德國有關政治的理論敘述開始與當時國家生活中最重要的一些事務，如警察、經濟、行政等密切結合，而綜合在國家學（Staatswissenschaften）這個字彙下。這些相關學科的研究，在當時就構成了公法學的核心，而法學的國家學（juristische Staatswissenschaft）也被稱為國家法（Staatsrecht）。但到了 19 世紀中葉，因受到 18 世紀末葉美國獨立運動及法國大革命的影響，國家法傳統上將國家主要活動集中於政治之核心（國家學）的這一個傳統，開始轉而關注於政治轉型過程中之國家的憲法，尤其專注

¹⁹ Teitel, 同註 8。

於探討基於啓蒙理念之一般性憲法原則以及自由主義式的憲法內容。但當時之憲法觀念並非侷限於形式意義之憲法，而是繼受亞氏政治學傳統，將憲法實質上加以理解成爲國家與社會之規範性的基礎秩序。

實踐中的政治與理念性的憲法在學術上因此緊密的結合以企求制定出一部好憲法。在這樣一個廣涵及動態的憲法理論之下，政治理論（Politische Theorie）、一般國家學（Allgemeine Staatslehre）及國家法學（Staatsrecht）在內容上基本上重疊，也因此常被當作同義字使用。我們甚至可以說，到 19 世紀末爲止，國家法作爲一門法律學門，仍與古典的政治學理論相銜接。

然而自二戰以後，不僅在美國，連歐陸德國，政治理論與國家法學的傳統已然消失，政治學不但無法以政治過程中的政治制度與政治規範作爲研究對象，也無法以形式意義的憲法規範與實質意義的憲法現實之對比，作爲對政治學研究在方法上的切入點。²⁰

根據Porsche-Ludwig的看法，此一分流乃新康德學派區分存在（Sein）與當爲（Sollen）範疇之二元論的後果。在這種背景下，自然及社會科學研究存在域，亦即不具規範性的事實世界；而法學研究當爲域，亦即不具事實性之規範世界。如此一來，國家作爲權力機關與社會作爲民主生活的經驗事實，即無法在此一區分中得到合理的考量。因爲，政治學作爲一門純粹的事實科學自然無法處理與規範和制度相關的理論問題；而法學由於自詡爲單純的規範科學，欠缺社會科學的研究作爲其基礎，其論證因而限於純粹的規範邏輯。²¹就轉型正義的相關議題而言，這個困境基本上反映了Teitel非常中肯的批評：「政治現實主義者」與「法治理想主義者」的觀點堅持了各自「學門上的偏見」。²²

綜上所述，Teitel 正確的指出了在傳統學術分工下有關轉型正義相關研究無可彌補的缺陷，並在對此持批判態度的立場下，採行比較的和歷史的研究取向去對重大政治變遷之際進行她所謂的「法律的現象學」的研究。

四 對 Teitel 研究方法的進一步分析

²⁰ 本節以上詳 Markus Porsche-Ludwig, Die Abgrenzung der sozialen Normen von den Rechtsnormen und ihre Relevanz für das Verhältnis von Recht (wissenschaft) und Politik (wissenschaft), unveröffentlichtes Manuskript, Shanghai, 2007, P.33pp, insbes. 33-61.

²¹ Porsche-Ludwig, 前揭書, P.54pp.

²² Teitel, 前揭書, 緒論章。

1 現象學作為研究方法

Teitel 在 *Transitional Justice* 一書中，自稱其研究為法律的現象學研究，但在具體的研究上其立基於現象學的方法特色卻不明顯。

依據E.Husserl的現象學作為哲學，所謂現象學方法的核心概念乃為意向性（Intentionalitaet）。意向性，亦即人類認知意識的意向性指出了人類的意識永遠是一種「對某物的意識」（Bewusstsein von etwas），只有在某物與一個正在感知、體認、思考中並進行記憶之意識相關時，才會成為真實的時空存有（物）。世界乃一人類意識活動之對應（物）。意識乃是所賦予事物的意義促成了吾人在相應的意思關聯中去理解世界並將之以其所獲得的意義性質當作某一存在著的事物。²³

現象學方法作為知識論批判乃以澄清意識所具有之創制作用的一般結構為其任務，而其重要的方法步驟則為「存而不論」（Epoché）。日常生活中為吾人以一種理所當然的自然態度所接受的對於世界的看法，應當被括號（Einklammerung）起來，逐步還原一直到藉由現象學的反思澄清了意識之一般性的創制作用為止，才能正確的接受這種看法的有效性。²⁴根據Husserl的觀點，藉由「存而不論」來達成的還原步驟有四：1.生活世界的還原 2.現象學的還原 3.本質的還原 4.先驗的還原。前三者涉及意識作用的具體能思—所思關聯（noetisch-noematische Korrelativitaet）；後者則涉及了作為一切意識作用之基礎的先驗主體性（transzendente Subjektivitaet）的抽象能思—所思關聯。綜觀Teitel之書，後者顯然並非其自稱之現象學方法的主要關照。有問題的是，前三者還原步驟中的哪一個層面是Teitel之書的主要關懷點？為了澄清這個問題，乃有必要就Teitel之法律現象學所批判性針對的法律學的性質進一步分析。

傳統法學（Jurisprudence, Rechtswissenschaft）可大分為法義理學（Rechtsdogmatik）、法哲學（Rechtsphilosophie）及法社會學（Rechtssoziologie）。依Friedman的法三面性理論，這三個學科分別以法律條文、法律概念及法律現實為對象，其認知旨趣相應的為條文意義、法理精神及法的真實。根據Teitel自己的說法，她的著作試圖超越現行的理論論述，釐清法律在政治重大變遷時期的本質，

²³ S.Metzler Philosophie Lexikon,P.387,Phänomenologie, Stuttgart,1996.

²⁴ 同前註

並解釋法律在政治鉅變的轉型期所扮演的角色。其分析分為不同的層次，首先是提供對轉型期的描述，藉由轉型期法律的改變，促成對追溯舊惡責任的正面理解；其次是探討法律因應獨裁政府而改變正義的觀念，以及我們對建構自由民主國家所抱持的看法。藉由這樣的分析，作者的結論是轉型期正義的觀念極其特殊，既由轉型所生，也造成了轉型。

從傳統法學的觀點，Teitel 的研究首先涉及了這三個學科，並進而與法制史、比較法學（Rechtsvergleichung）以及法的政治分析（Rechtspolitologie）有關。

詳細的說來，Teitel 描述了許多不同國家施行轉型正義的歷史經驗，以作為比較和綜合分析的基礎。就其所謂法律在轉型期本質的澄清，無疑的會和法義理學及法哲學有關。前者涉及了像違法性、有責性及追訴時效等根深柢固的法律概念，後者則涉及到像是正義作為法的理念及其與其他諸如公平或安定性的法理念的權衡關係。至於法律在政治轉型期所扮演的角色，則明顯的是一種法社會學論述，並與法的政治分析有關。然而，真正將這些不同學科搓合起來一以貫之的，還是她的現象學分析。

從方法論的立場而言，Teitel這裡運用的方法事實上與Alfred Schutz²⁵在分析社會世界的現象學的方法有異曲同工之妙。她要求我們首先將傳統的各種法學科裡面對於轉型期中各種法律現象的理論觀點先行「存而不論」，加以括號起來，還原為生活世界，以凸顯其在各該當下的轉型社會中的自然的態度，讓我們知道，在理論性的法釋義學、法哲學等相關法學概念的理論態度出現之前，在具體的法律社會中生活中的人們對這些問題從遙遠的過去以來，早已對之有一些不具理論意涵的自然看法。Teitel沒有說出的是，除非她主張以這些自然的知識為背景，進一步去作現象學的還原以及本質的還原，否則將無法澄清法律在轉型時期的本質，以及與之相對應的正義觀的變遷。而這些工作正是她在提出她的轉型正義觀的本質之際所欠缺交待的。²⁶

當然，由於進行「自然的還原」而得到了人們在生活世界中對於法律正義的相關概念，這些法律正義的概念以及與之相關聯的法律運作作為符號在生活世界

²⁵ 參考 Alfred Schutz：Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt, Frankfurt a.M.:Suhrkamp, 1993

²⁶ Teitel 在 2003 年發表的兩篇論文中，以一種平鋪直敘的方式對轉型正義的發展作出了「實用主義」化的評價，但其並未從自然的態度以其進一步的還原作立論去歸結出得到的「本質」觀點，例如 Teitel, Transitional Justice in a New Era, P.897.

中的文化意義乃必然的隨之而浮現出來。²⁷

如上所述，轉型期中的法治原則，因立基於期待建立民主意識的「前瞻」與對既往政權的不義之「回顧」的緊張中，因之「法治」在此一時期必須依（具體的社會政經）情況而定。²⁸這裡所謂的「回顧」固然與特定社會所經歷特定不義政權的具體迫害經驗有關；而其「前瞻」何嘗又不與特定社會作為一個「想像的共同体」（B.Anderson）基於同一的歷史文化背景所譜出對未來的共同美好想像無關？可惜的是Teitel的著作依其自我定位顯係一本關於「轉型期的法學」的理論著作，吾人本可期待其揭露如何獲致結論的經驗研究過程，但Teitel對此並未多所著墨。雖然如此，她的現象學分析作為轉型正義的方法基礎所帶來的必然結果是，這樣一個理論的論證，終必建立在對於相關社會之具體的法文化研究的前提上。²⁹這才是她的研究的最大貢獻。

相較於之前及二次大戰後的轉型正義作為第一期與東歐後共產社會轉型作為主要代表的第二期轉型正義，她提出了轉型正義在千禧年交接之際，已經與全球化的政治議題密切相關，而後者的特徵則體現在其強化衝突解決與在法律及社會層面持續關注正義的趨勢上。藉由轉型正義之國際政治議題化，Teitel要強調的是轉型正義為了回應當代恐怖主義活動所肇致的持續衝突狀態，乃步上了將防恐之立法途徑正常化的持久化轉型正義。³⁰

2 系譜學的研究方法

Teitel在完成其有關轉型正義之專書後，隔了三年後，分別以「Transitional Justice in A New Era」及「Transitional Justice Genealogy」為名發表了兩篇論文，對此一複雜的過程進一步做了補充，並將其研究方法重新定位為「系譜學」的研究，並明白

²⁷ 有關法文化的概念請參考，張志銘、林信華，同註7。

²⁸ Teitel, 同註8及註15。

²⁹ 茲以「刑事正義」為例。在涉及法安定性與正義的權衡之際，匈牙利最高法院和德國憲法院對於同屬前不義政權的邊界警察射殺逃亡人民所作出的刑事判決結果卻可以有大相逕庭的轉型正義結論。除非進一步對兩國相關的法文化有進一步認識，否則將無以解釋在相似的情境下國家所採取的不同的轉型正義結論。相似的情況，可以在歷史正義、刑事正義、補償正義乃至憲法正義的部分章節找到。

³⁰ Teitel, 前揭文（註15）。

的上溯到M.Foucault及F.Nietzsche的系譜學觀念。³¹雖然如此，但種種跡象顯示，Teitel研究論文中系譜學的方法色彩卻不是那麼明顯。根據Teitel自己在Transitional Justice Genealogy一文中強調了其系譜學的安排乃遵循了轉型正義理念（作為知識活動，本文作者註）在歷史上發展的三個時期所形成的綱目。這三個轉型正義的理念發展過程，體現了轉型正義的發展乃伴隨知識活動，愈來愈廣泛地朝向「法律本身的實用主義」（pragmatism in the law）與「法律的政治化」（politicization of the law）發展。³²

從前一個註解所引用的Teitel附文，以及接下來她開始敘述所謂轉型正義的三個發展時期之際所使用的詞彙，例如：phase I of the genealogy³³，可以看出系譜學在Teitel的用法中，較多的是被當成具體系譜的具像在使用。與此相較，Foucault系譜學乃建立在其早期的考古學方法的基礎上。Foucault早期以考古學（archéologie）作為探討西方知識體系的架構。³⁴

這種方法的特色是要以（在歷史時空）存檔的文獻（archive）作為研究對象。因為，知識作為論述（discours）係以語言的物質性為基礎，知識在歷史時空中一旦藉由語言的物質性而以論述的方式呈顯出來，就好比知識在歷史時空的檔案中建了文獻檔一樣具有其實證性與不可化約性。³⁵正視論述本身的具體存在與其在歷史時空中的建檔，可以使我們跳出任何先驗性的假設以探討論述自身存在的可能性條件。考古學的目的因此有別於一般追求主、客觀意義的詮釋學方法去垂直的挖掘文獻之下所隱藏的意義；毋寧是在一個平面系統中，將論述構築成為知識之社會實踐（包含了論述實踐與非論述實踐）所構成的場域，並從各種論述形成過程的相互關係中，去找出其內在的結構與轉變³⁶。論述結構（formations discursives）因此是Foucault方法論的核心概念，因為它把社會共同體與話語共同體在空間上連絡起來。Foucault在提出系譜學的觀念後，並沒有改變其對思想物質性及其構成性

³¹ 參見 Teitel, 前揭文（Transitional Justice Genealogy）P69,註 7。

³² Teitel, 同註 31, P70.

³³ Teitel, 同前註。

³⁴ 參見 M.Foucault, L'archéologie du savoir, Gallimard,1969.

³⁵ M.Foucault,前揭書；有關實證性的探討，請參考 Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines, Gallimard,1966.

³⁶ M.Foucault,同前註；于治中，現代性的悖論與開展，錄於思想與文化第八輯，頁 1-31（5），華東師範大學出版社，2008；又，汪民安，福柯的界線，南京大學，2008。

力量的肯定。系譜學與考古學的差異，僅僅是在對知識場域的考察過程中加入了權力的強度³⁷，進一步強調作為話語共同體的社會共同體，具有特定的政治經濟結構，因此藉由論述所表達出來的知識也僅是一種特定權力支配關係下的產物。然而，對具體歷史時空中的社會共同體而言，問題之所以是問題，是透過社會作為言談共同體的論述而形成的，而表面上各該特定學科雖然嘗試以其專業知識的發言權去作出定義；但系譜學的方式提醒了我們，作為言談共同體的社會本身充滿了權力運作的痕跡。

因此如何去發掘出轉型正義在各該社會特有的問題架構，以及從此一問題架構本身的脈絡去體察在歷史時空中發揮力量的權力關係，乃成了對轉型正義求得一個內在性理解的不二法門。把轉型正義純粹就其知識性格去加以分析，也許可以得到諸如Teitel所確認下來的知識「系譜」（作為特定系譜的*genéalogie*³⁸）。

- 1、轉型正義可以追溯到第一次世界大戰後，但其特殊性與國際性卻自二戰以後才隨著紐倫堡大審的序幕而成為（學術及國際）議題。
- 2、1989年以來後冷戰時期民主化及現代化的浪潮促成了轉型正義作為新興民主國家在向民族轉型之際的新訴求。
- 3、千禧年以來充滿恐怖及暴力的國際現實及因此引起的對法律和社會正義的長期追求，促成了藉由將轉型正義以常態立法的方式恆久化的新階段。

然而，從*genéalogie*作為「系譜學」的觀點，這樣的分析恰恰只作到了「考古學」在方法上的要求，正好缺少了要達成對問題之內在性理解所必要的問題架構的權力分析；而後者正是Foucault意義下的*genéalogie*作為系譜學方法的真髓。毫無疑問的，Teitel基於現象學與實用主義的研究方法所得出了其有關轉型正義的系譜，對於吾人理解轉型正義的現象在知識體系上確有相當的助益。然而，在其確認轉型正義作為論述從其誕生以來迄今的（特定）系譜之後，本可以（依其對Foucault系譜學的引用來理解的話：應該）將各該不同系譜階段中有關轉型正義的論述放回其各自的「問題架構」的脈絡中，讓其脫離客觀知識對象的定位，而能以活生生的樣態去展開其自身，開啓其自身的內在性視野。這樣一種Foucault意義下的系譜學研究，與作為他方法論核心概念的「問題架構」（*problématique*）或「問題化」（*problématisation*）息息相關。是「問題架構」或「問題化」讓我們可以在不依賴

³⁷ 參考于治中，同前註。

³⁸ 按 *genéalogie* 這個字的意義有兩個層面：一為系譜學，一為系譜本身。

西方學術傳統中笛卡爾以來既有的（思維性）主體性理解的前提下，去建構新的關於自身與提問的關聯，以質問主體自身所作的各種實踐。³⁹

秉持著這樣的信念，有關「轉型正義」論述的系譜學分析要從一個定位於基於意識而進行反思活動的主體之前的問題化過程（提問的行為）與問題架構（提問的結果）出發，並從歷史時空中的各類實踐活動（包括論述實踐與非論述實踐在內）自身去凝聚出「事物的秩序」。主體與作為客體的轉型正義論述共同組構出相互的關係，建立起有關真與偽的遊戲。對 Foucault 而言，問題化過程的結果並不在產生所謂的真理，而是去掌握使真理述說過程得以成為可能的條件。

可以想像這樣的系譜學研究必然涉及了包羅萬象的論述實踐與非論述實踐作為法的文化實踐。這種廣泛的法文化實踐，不僅處理法作為象徵符號系統及其制度化的規範意義系統之論述與非論述實踐，而乃更包括了生產和再生產這些規範意義或象徵符號的社會文化實踐，亦即社會上有關法規範意義的符號化實踐活動過程（signifying process）之總體。⁴⁰

嚴格而言，就方法論的立場言之，Teitel的研究與其稱之為「系譜學」式的，不如說是基於其對轉型正義之一種實用主義式的「系譜」觀。參考Peirce對實用主義的準則，⁴¹實用主義的思想認為，對一個事物的概念之概念內容乃要從一個事物的實際效果以及對該事務的此種效果在未來的行為活動中可能產生的影響來判斷。也就是說，事物的概念形式就是這個事物在一個具體行為活動過程中所形成的實際內容，以及這個實際內容在未來活動中所可能產生的實踐內容。一個事物的意義只能源於這個事物在某個具體的歷史情境中所能產生的實際效果，同時，這個時的實際效果並不能由此固定下來，從而作為這個事物的唯一意義形式；而是必須再一次回歸到實際過程之中，看它所能引起的未來持續效果而定。⁴²根據實用主義的準則，原有人們對於觀念所持的抽象理性被還原為人類具體行為活動所進行的「偶成」或「習慣」的互動實踐成果，從而拋棄了觀念的自我確定和自我指涉的先驗同一性方式，完成了理性的全新定位。⁴³

³⁹ 參閱于治中，前揭文 PP6-8。

⁴⁰ 參考張志銘、林信華，前揭文（註 27）。

⁴¹ 參見，C.S.Peirce, Collected Papers (8Vols.) ,5.438.

⁴² 參考，汪胤，本質與起源－對皮爾士「實用化主義問題」的現象學詮釋，頁 13，浙江大學出版社，2011。

⁴³ 汪胤，前揭書，頁 79。

Teitel對於轉型正義的實用主義式的理解，同樣的指向了「轉型正義」作為法文化研究的必然性。隨著當代西方學術的語言學轉向，實用主義下的事物（對象）永遠是作為一個符號的事物對象。就這個事物的本質而言，永遠是不確定的。因之，賦予一個符號對象其具體的形式和內容的過程，完全是在語言個體單位名稱上所進行的有關語義學、句法結構、語言學等方面的具體的言語行為，而這種言語行為又同時基於以語言為中介的互動整合模式，這種互動整合模式之最廣泛的基礎就是「生活世界」，⁴⁴在今天，甚至包含全球化下的生活世界。

五 結 論

透過對轉型正義現象之方法論的澄清，可以得到以下的初步結論：

- 1、轉型正義作為實務不是一個具體的東西，也不是一個具有本質性固定內涵的抽象概念，而是指涉在歷史時空中現實裡生成變化中的文化現象。
- 2、作為指涉這種文化現象的轉型正義理念，因此不能被當作特定學科，比如法學、政治學、社會學或哲學等的單一學門的學術概念來加以理解；毋寧是一種包含多學科的科際整合概念。如果把「文化研究」理解成為一種科際整合的研究，那麼，轉型正義便是這種意義下的文化研究。
- 3、轉型正義作為科際整合的文化研究對象，在方法上因此不能侷限於單一學科的學科方法，更不用說不能自限於特定學科的特定科學觀。撇開 Teitel 先後強調過的現象學，實用主義以及系譜學方法，其他多元的學術方法如詮釋學、辯證法乃至批判理論、系統理論等，亦無一不能作為其論述的方法上的出發點。
- 4、如何適當的運用上述不同的方法取向，取決於不同的轉型社會的諸多不同轉型文化。就這個意義而言，沒有所謂正確的或合乎真理的轉型正義論述。
- 5、轉型正義作為恆久的法文化研究議題，除了指向其研究對象的諸多文化面向外，更重要的是透過問題化過程在討論著它的主體，同時也被涉入此一過程的場域中，讓此一過程同時也成了Foucault意義下的主體性化（subjectivation）⁴⁵過程，從而凸顯了轉型正義作為當代人類在全球在地化的過程中，對自身及其自我認同之不可迴避的文化實踐議題。

⁴⁴ 汪胤，前揭書，頁 79。

⁴⁵ 于治中，前揭文，P8。