

衡量惩罚和宽恕的影响：过渡司法的评价体系

皮埃尔·阿藏*/宋威译**

摘要

真相委员会、国际刑事法庭、赔偿、公开道歉和其它一些过渡司法机制是冷战结束后出现的新流行语。这些机制的宗旨是在遭遇过大范围人权破坏的社会中促进和解，并推动改革和民主进程，最终目标是缓和紧张状态。但是，这些在经济上和政治上得到国际社会和非政府组织大力支持的机制在何种程度上真正有效呢？实际上，人们对其影响知之甚少。通过考察过渡司法的基本假定和运行方式，就评价其效果的标准提出一系列建议，本文有助于弥补这个空白。

冷战结束后至今，过渡司法已经成为国内和国际政治中的新流行语。在 20 年内，真相委员会的数量在世界范围内增加，国际刑事司法取得了空前的发展，公开道歉和在人权案件中对受害者给予赔偿的情形之多也前所未有。从 1989 年以来，记住历史暴行的活动空前频繁。

过渡司法具有 20 世纪 90 年代两个相互矛盾的特征——既有希望，又有悲剧。从好的方面讲，前苏联帝国的共产党专政倒台了，南非的隔离制度结束了，拉丁美洲的民主制度得到了巩固。从坏的方面讲，有卢旺达的种族灭绝事件和巴尔干、高加索和非洲地区的种族清洗政策。在所有这些地区中，应付过去的和某些情况下仍在进行的犯罪的努力导致了大量煽动人们情绪的行动的出现。20 世纪 90 年代中期，宽恕政策和惩罚政策的倡议者之间的争论愈演愈烈，每一方都认为自己的主张更有助于实现“和解”目标，南非真相与和解委员会和前南斯拉夫问题国际刑事法庭最终得以同时建立的事实是这场争论的标志性事件。¹

当今国际社会既重视适应社会重建需要的非司法机制，也重视刑事惩罚的谴责作用。在过渡司法本身的领域内，恢复性司法和刑事司法都被认为是必不可少的，因为它们相互补充。²冷战后的世界以国际关系中道德哲学的苏醒著称，在这种环境中，刑事司法和恢复性司法的互补性发挥着根本作用。它既是社会文明支柱的捍卫者，又是追求更好世界的脆弱希

* 皮埃尔·阿藏(Pierre Hazan)是位于华盛顿特区的美国和平研究所的高级研究员。作者要感谢美国和平研究所，瑞士国家科学基金(ref 100.012-102025)(2003 年 10 月至 2005 年 9 月)，哈佛法学院人权项目(2005 年 1 月至 7 月)和日内瓦大学经济与社会科学系和法学系全体教师。

** 清华大学法学院国际法专业硕士研究生。

¹ See the writings of Desmond Tutu, and in particular, *No Future without Forgiveness*, Rider, London, 1999. 于 1994 年建立卢旺达问题国际刑事法庭的联合国安理会第 955 号决议，明确赋予法庭实现卢旺达人民和解的目标，指出：“相信在卢旺达的特定环境中，起诉对严重违反国际人道法的行为负有责任的人……将促进国内和解的进程，并促进和平的重建和维持……”。

² 见联合国秘书长《冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法》的报告，2004 年 8 月 3 日，第 616 号报告。联合国通过在塞拉利昂建立特设法庭和真相委员会的方式检测这种综合方法的作用。有征兆性的是，德斯蒙德·图图(Desmond Tutu)如今主张在南非起诉那些未向真相与和解委员会要求特赦的政治罪犯。See “Tutu urges apartheid prosecutions”, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4534196.stm>. (last visited January 2006). 前南斯拉夫问题国际刑事法庭声称它自己支持在前南斯拉夫地区建立真相委员会。

望的呵护者。³

在那些价值和社会结构正在崩溃的、面临分裂威胁的国家看来，过渡司法是避免暴力和复仇升级的一种可供选择的方法。适应受害人和社会的要求，过渡司法追求实现对受害人的补偿。但是，它所意欲实现的目标不限于这些。它着眼于调动社会的能动力量，以帮助它们面对大规模侵犯人权的历史，从而使其能够沿着通向民主曙光的道路前进。从这个意义上讲，过渡司法就像是新的耶路撒冷：它指明了机构和政治改革的道路，这将有助于逐渐建立和巩固和平和法治。过渡司法在此具有末世论的一面——一个社会脱离历史悲剧和阻止命中注定的灾祸发生的愿望。

从该表述的积极意义上讲，过渡司法是一个理想的境界。就目的而言，过渡司法要使得相关社会整体上动员和行动起来，不忘其面临的严峻挑战，正如联合国在《冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法》报告中指出的那样⁴：

“在一个饱受战乱的社会中，制度遭破坏，资源被耗竭，安全无保障，国民饱受创伤和意见分歧，如果要在这样一个环境中帮助恢复法治，并抚平过去的大规模虐害行为造成的伤痛，任务必然非常艰巨，而且经常令人力有不逮。为此需要注意无数的欠缺，其中包括：欠缺进行改革的政治意愿，欠缺司法部门内的机构独立性，欠缺本国的技术能力，欠缺物质资源和财政资源，欠缺公众对政府的信任，欠缺官方对人权的尊重，而且更为笼统地讲就是，欠缺和平与安全。”

过渡司法的宗旨即在于促进安全，在一个滋生紧张的社会中，这无疑是一个异常艰巨的任务。正如我们看到的，过渡司法涉及到基本的社会选择。它要参与国际体系基本运作规范的创立。处于道德标准、政治、法律、历史和心理学的十字路口，过渡司法已经通过限制外交豁免和可允许的特赦范围的方式缩小了国家主权的行使范围。另外，它也影响到了当前各类冲突的解决，给冲突调停方带来了一系列棘手的问题，毕竟对于将来可能被指控犯有严重罪行的政治和军事领袖或军阀，调停者很难给他们任何保证。

过渡司法已经成为后冷战时代的显著特征。国际社会在经济上、政治上和象征性地为宽恕和惩罚的政策和机制发展做出了很多努力。联合国在萨尔瓦多和海地等真相委员会中发挥了关键作用。联合国安理会也为前南斯拉夫和卢旺达建立了两个联合国特设法庭，其运作的经费超过了联合国当前预算的 15%。自 1993 至 1994 年间建立以来，仅仅这两个法庭就花去了联合国 16 亿美元的经费。现在它们每年的花费超过 2 亿 5 千万美元。⁵

在 15 年的时间里，过渡司法已经发展为一门独立的学科，有自己的体系、实践、机构、专家、学者及出版物，相关争论也是喧嚣不息。2000 年以来，它已经被纳入某些大学的课程。它因为主张社会和国际社会的新价值，所以成为激烈争论的话题，得到了媒体的广泛报道。

虽然关于过渡司法的论述很多，但是成功地破译它的运行方式并实证地评估其影响的著

³ See in particular Eleazar Barkan, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, W.W. Norton and Company, New York, 2000; Alex Boraine, *A Country Unmasked, Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2000; Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths, Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, New York and London, 2001; Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1998.

⁴ 见脚注 2，联合国秘书长《冲突中和冲突后社会的法治和过渡司法》的报告。

⁵ 见脚注 2，第 14 页。

作实际上非常少。出现这个问题主要有两个原因：所涉及的方法上的障碍（见下文）和关于过渡司法，尤其是国际刑事司法的争论具有强烈的意识形态色彩的事实。这些分歧如同某种固定的仪式，几经分析，最终总是徒劳无功。传统上，存在过渡司法的拥护者和激进的反对者的对立，前者认为过渡司法是一个混乱但却必要的过程，但是通过释放社会的能动力量，它可以赋予政治更多道德合理性；后者则批判整个过渡司法过程或至少其中的某些方面。比如，作为持这种观点的人，加卢瓦将军（General Gallois）认为国际刑事司法仅仅是一种选择性的司法的政治形式。一种在非常强大的西方社会和弱小的国家之间建立“司法隔离”的专横工具：

前南斯拉夫问题国际刑事法庭是一种战争武器，就像轰炸或经济封锁一样。当代的战争包括几个阶段……为了迷惑敌人而提供虚假情报的阶段……，通过审判战败者对战争的正当性进行最后的修饰。在人道和军事层面进行干预的权利如今得到了在刑法领域进行干预的权利的补充。⁶

其他人，如印度的人类学家南迪尼·孙达尔（Nandini Sundar），将过渡司法看作是西方国家伪善政策的表现形式。当国际刑事机构打击它们的敌人时，这些国家就对其表示支持，另一方面，它们对于自身的种种劣迹却表现得讳莫如深。⁷

实际上，很多观察人士和实践人士正确地指出，过渡司法的效用几乎不被人知晓。很多国家都在国际社会和非政府组织的协助下建立了过渡司法体制。但是，这些经济性、象征性和政治性投入的回报是什么呢？这些司法和非司法程序产生了什么结果呢？过渡司法在何种程度上实现了其承诺（和解、稳定、民主……）呢？国际社会应该如何更好的选择其支持的目标来壮大平民社会并帮助它们克服国内冲突导致的分裂呢？

上文提到的联合国报告已经吸取了教训。⁸ 作为一点微不足道的贡献，本文致力于帮助填补这个空白。⁹ 本文将要揭示过渡司法的运行方法，并评估其结果。为了达到这个目的，首先必须对过渡司法机制做出定义，然后分析它暗含的推理逻辑，最后分析过渡司法应该接受的十项挑战。

过渡司法：一套机制

正如上文所说，过渡司法的倡导者认为宽恕和/或惩罚政策提供了一种方式，以此来恢复受害人的尊严，通过探寻象征性或刑事上的真相和正义来促进国内和解，通过进行机构和政治改革来防止新的犯罪的发生、参与和平重建和维持、建立或巩固法治。

过渡司法的目标涵盖从平复受害者个人的心理创伤到通过形成新的集体身份而实现“国

⁶ Pierre Marie Gallois, Jacques Verge's, *L'apartheid judiciaire: le Tribunal pénal international, arme de guerre*, L'Age d'Homme, 2002, p. 11.

⁷ Nandini Sundar, "Toward an anthropology of culpability", *American Ethnologist*, Vol. 31, No. 2, pp. 145–63.

⁸ 见脚注 2。

⁹ To cite only some, Eric Stover and Harvey M. Weinstein (eds.), *My Neighbor, My Enemy, Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, 2004, Cambridge University Press, Eric Brahm, "Getting to the bottom of truth: evaluating the contribution of truth commissions to postconflict societies", paper presented at the International Studies Association Annual Meeting, Honolulu, Hawaii, March 1–5, 2005; *Forgotten Voices: A Population-Based Survey on Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda*, ICTJ and the Human Rights Center, University of California, Berkeley, July 2005; *A Call for Justice: A National Consultation on Past Human Rights Violations in Afghanistan*, <http://www.aihrc.org.af>. (last visited January 2006); Hayner, above note 3.

内和解”等不同方面，因此既有个人目标，又有社会目标。

过渡司法通过多种做法来实现这些目标：司法程序、真相委员会、净化和甄别法律、赔偿、公开道歉、达成对历史的共识。¹⁰ 根据具体情况，这些方法可能被选择适用、同时适用或相继适用。例如，有些国家选择不起诉，有些国家则建立了并行的真相委员会和刑事程序，还有的一开始实施宽恕政策，随后却实施惩罚政策。与过渡司法的扩展趋势背道而驰的是莫桑比克于 1992 年在骇人听闻的内战结束后宣布进行大赦，阿尔及利亚在 2005 年秋天也做出了同样的举动。¹¹

过渡司法的主要机制

司法程序

这些司法程序构成了惩罚政策的多种形式。惩罚政策最初是通过纽伦堡国际军事法庭的建立来实施的：国际刑事法庭、半国际性法庭、国际刑事法院和国内法院。它们的目标是打击国际罪行（战争罪、反人类罪和灭种罪），并根据其宗旨，惩罚严重践踏人权的行为。

真相委员会

真相委员会（有时也称作真相与和解委员会）是以受害人为导向的。它们构成司法外程序，根据具体的环境，辅助或替代刑事司法程序。

赔偿

赔偿的历史和战争一样悠久。但是，我们这里提到的赔偿是一种较新的现象，其对象是受害人或那些由于出身或信仰而受到迫害之人的继承人。第一次这类性质的赔偿是由德意志联邦共和国政府自 1952 年起给予纳粹灭绝政策和集中营的生还者的。它是国家出于道义或政治原因自愿支付给个人或某些集体的。¹² 此外，某些刑事法院目前也可以做出给予赔偿的命令。

公开道歉

国家元首或高级官员表达歉意并不是什么新生事物。但是，冷战结束至今，这种忏悔行为的增加之多前所未有。在 20 世纪 90 年代末期，所有西方国家的首脑都为历史上的罪行公开道歉，有些罪行甚至发生在几个世纪之前。例如，托尼·布莱尔（Tony Blair）为英国在 19 世纪造成的爱尔兰人的饥荒道歉，雅克·希拉克（Jacques Chirac）为法国驱逐犹太人的责任道歉，格哈特·施罗德（Gerhardt Schröder）为德国的纳粹历史道歉，比尔·克林顿（Bill Clinton）则为美国在卢旺达灭种事件中的态度、奴隶贸易和奴隶制度以及支持拉丁美洲的独

¹⁰ 这是大多数前苏联阵营中的社会主义制度国家所选择的方法。本文将不对其进行讨论。

¹¹ 阿尔及利亚当局组织了一次全民公投。多数公民被迫投票通过了大量的赦免性法律，对内战作恶者的种种罪行给予赦免。国际上的观察人士质疑这次投票的结果。

¹² This definition is based to a large extent on that of Eric Posner and Adrian Vermeule, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, Vol. 103, pp. 689–748, 2003, esp. p. 694.

裁制度而道歉。

形成对历史的共识

司法程序、真相（与和解）委员会、公开道歉和赔偿都在一个国家通过表明其身份和新的价值理念来认识其历史的过程中发挥着作用。这个认识历史的过程是与另一个以开放档案、重写历史教科书、建造纪念碑和纪念馆、设立纪念日为标志的覆盖范围更广的过程结合在一起的。

过渡司法的基本原理

专门探讨过渡司法基本原理的理论著作不多。深入的研究表明，过渡司法建立在两个基本且互为补充的原理之上。第一个原理是以“胡萝卜加大棒政策”为后盾，通过灌输尊重人权的观念，促使“坏学生”向国际社会看齐，从而确立起规范。这种模式注重对政治精英和军事人员的教化，因此可以说是一个自上而下的教化过程。相反，第二个原理则是一个所谓的自下而上的过程。它源于这样的理念，即经历了内战血雨腥风的社会和饱受独裁之苦的人们只有获得慰藉方可忘却那段布满创伤的历史。这个“国民宣泄”的过程旨在通过将社会成员的情绪导向民族认同方式的重建上，从而使人们摆脱精神压力。

通过建立规范实现和平

过渡司法的发展是建立在这种理念之上的，即新规范的建立会逐渐使“种族清洗者”或军阀等人社会化，并最终实现国际社会体系的稳定。有两位作者，玛莎·芬尼莫尔（Martha Finnemore）和凯瑟琳·辛金克（Kathryn Sikkink）满怀信念地解释道，规范就如国家的紧身衣，逐渐缩小其行动的空间。¹³ 它们限制各类参与者的行为，重新界定他们的身份并输入新的价值理念，而这些理念将逐渐渗透到各个国家机构的方方面面。

根据芬尼莫尔和辛金克，这个规范变化过程就如同一个三级火箭一样：首先，“规范的制定者”——非政府组织——运用其谴责力量宣称侵犯人权者违法并将其孤立；这可谓“声音之法”。为了实现这个目的，非政府组织与一些在国际关系中有着独特地位的国家结成同盟，这些国家在国际关系中扮演着道德价值的捍卫者、仲裁者或调停者的角色，如瑞士、瑞典、挪威和加拿大。它们基本是新教国家，不是大国，并且没有受到殖民历史重担的阻碍，因此与法、英等国不同，它们没有要保护的专门对象。

随后，非政府组织在国际组织和国家的协助下使这些规范得到普遍认同。这些国际组织或国家看到的是坚持某个道德立场的政治利益。最后，通过这种方法，这些规范逐渐被所有国家采纳。

抵抗国家往往会面临着一场“战略博弈”。如果它们接受国际社会的规则，它们将有权

¹³ Martha Finnemore and Kathryn Sikkink, “International norm dynamics and political change”, *International Organization*, Vol. 52, No. 4 (Autumn 1998), pp. 887–917. See also Jack Snyder and Lesli Vinjamuri, “Trials and errors, principle and pragmatism in strategies of international justice”, *International Security*, Vol. 28, No. 3 (Winter 2003/04), pp. 5–44.

获得遵守这些规则的好处（如获得世界银行或国际货币基金组织贷款和申请加入欧盟的权利），如果它们拒绝采纳这些规则，它们将为自己的孤立地位付出代价。前南斯拉夫国家与海牙法庭的合作是这种博弈的完美体现：塞尔维亚之所以将斯洛博丹·米洛舍维奇（Slobodan Milosevic）移交给前南斯拉夫问题国际刑事法庭是因为西方国家将移交前塞尔维亚总统至前南法庭作为给予塞尔维亚 100 亿美元贷款的条件。这种“支票外交”随后被欧盟国家采纳，这些国家决定将塞尔维亚和克罗地亚与前南斯拉夫问题国际刑事法庭合作作为这两个国家加入欧盟的先决条件。这种压力解释了为什么所有被告最终都被逮捕了。这种战略博弈迫使抵抗国家在其体制内建立起符合西方倡议国家要求的程序。最终，这些外部限制逐渐内化直至成为这些社会体制的整体文化的一部分。这种社会化进程一旦完成，压力就会自国家内部产生，一个真正按法治原则统治的国家将会逐渐形成。

通过国民宣泄建立和平

这种方法是与一种建立在民族认同改变这一概念之上的心理学方法结合在一起的，目标是实现“国内和解”，即在不诉诸暴力的条件下，曾经敌对的各方实现共存。它要求拟定新的社会协定，打破“暴力和复仇的怪圈”，这也是过渡司法的基本信条之一。它建立在叙事的救赎功能之上，即通过在刑事法庭或真相委员会的庄严背景下讲述自己悲惨遭遇的方式，受害人可以“重获”尊严。

通过叙述真相，国民宣泄得以实现，以此形成对历史的共识，代替相互排斥和敌对的记忆和立场。民族认同发生改变。最具代表性的例子是南非：它建立了真相与和解委员会，更换了国旗和国歌，有效利用这些标志促使民族认同围绕“彩虹之国”新南非理念进行转变。

对结果的评估

至此，我们已经阐明了过渡司法的机制及其基本原理，但是这些机制在何种程度上实现了其目标呢？必须首先强调回答这个问题面临的困难。首当其冲的是方法上的困难：如何评估一个国际刑事法庭或真相委员会在舆论眼中的政治性和象征性价值？这些机制的特定作用必须与它们在其它方面发挥的作用区分开来，如对国家的政治演变的影响。其次，与此相联系的还有使用真相、宽恕或和解等模糊的道德概念而引起的困难。仅以和解为例：应该将其定义为不存在复仇的状态吗？还是定义为曾经敌对的群体的和平共处？或是定义为以不同群体之间的密切交往为标志的社会现实？另外，有些学者使用这个术语时比较谨慎，他们更倾向于使用“社会重建”这个表达方式。¹⁴ 第三个困难是采用何种衡量标准来评判过渡司法引以为豪的对防止新罪行发生的作用。威慑从定义上来讲是很难领会的，且要求进行“如果……怎么样？”的假设性论证。

简而言之，分离变量的困难，模糊概念的使用，建立在假设上的推理——所有这些都导致对效果的评估任务困难重重。尽管存在这些困难，考虑到这些亟待解决的社会问题的重要性，让我们对澄清相关概念做一尝试。

¹⁴ See, for example, Eric Stover and Harvey M. Weinstein (eds.), above note 9, pp. 13–15. We ourselves have conformed to general usage and use the term “reconciliation”.

过渡司法的时间维度

首先应该认识到过渡司法在不同的阶段都发挥着作用。德国是个尤其显著的例子。研究表明直到 20 世纪 60 年代，绝大多数德国人依然认为盟国建立的纽伦堡法庭仅仅实现了胜利者的正义。在他们看来，美、英空军对德累斯顿、汉堡和柏林的全面轰炸已经是德国社会为纳粹罪行付出的代价。直到 20 世纪 70 年代，纽伦堡法庭才成为德国人参照系的一个组成部分，并在年轻一代对前辈在战争中态度的质疑中发挥了一定作用——这种质疑在和平主义迅速崛起的过程中得到了体现。

为了研究冷战后过渡司法的影响，有必要定义时间变量。与纽伦堡审判不同的是，国际司法程序有时在冲突结束之前就开始运行。例如，前南斯拉夫问题国际刑事法庭就是在前南斯拉夫战事正酣时建立的；类似地，联合国安理会将仍在继续发展的达尔富尔危机（在苏丹）提交给了国际刑事法院。

考虑到过渡司法不但反映力量对比，而且在改变这种力量对比中发挥着作用，因此在分析其影响时考虑时间因素就显得更加重要了。随着时间的不同而做出的评估便反映出现实的发展变化。被打败或削弱的领导者往往在被打败或削弱后的初期尚保留有破坏性的余威，可以参与到选择新的国内秩序模式的谈判中来。但是，长远看来，由于过渡司法的影响，他们获取支持的威力和能力会逐渐减弱。这正是曾发生在智利的情况。在那里，真相委员会加速了奥古斯托·皮诺切特（Augusto Pinochet）将军声望下降，推动了新的力量对比局面的出现，最终在数年后为原先无法启动的司法程序开辟了道路。

根据具体情况，过渡司法的运行过程可以分为四个阶段。

1. 武装冲突或镇压阶段。在这个阶段，由于那些政治和军事领导人部分或完全掌握着力量，战事和舆论宣传已经将人民大众动员起来，国际法庭（能够在这个阶段介入且使用最为广泛的过渡司法机制）难以发挥作用。¹⁵
2. 冲突结束后初期（前 5 年）。此时，军阀能够（但不必然）运用其力量造成社会动荡，能够动用忠于他们的媒体和资源。
3. 中期（第 5 年到第 20 年）。此时，经历着社会和政治重建的国家发展出新的观念。在新的政治环境中，被指控有罪的人和支持他们的网络得到削弱。因此，在前南斯拉夫，对超过 80% 被告的逮捕和关押——除了那两个最有名的逃亡者外——都发生这个时期。
4. 长期。新一代人成长起来，他们对克服原有分裂的需要更加认同。

我们必须结合这些不同阶段来评价过渡司法机制的作用。

评价过渡司法的 10 项标准

国际社会赋予过渡司法帮助实现国内和解、区域稳定和国际安全的目标。我们选择了 10 项标准来评价其在完成这些目标方面的效用。

这些标准都是过渡司法作用的评判者。一些只适用于惩罚政策，另一些只适用于宽恕政策，还有一些同时适用于这两种情况。它们反映了对社会，尤其是对严重践踏人权行为的受

¹⁵ 除了在战争和/或国内冲突的情况下，过渡司法机制也在其它情形下得以建立，如南非的情况。

害人的承诺。它们就是过渡司法机制的参照标准。

评价国际（和半国际）刑事司法的标准

1. 国际性和混合性刑事法庭的刑罚效用
2. “示范性”审判（“show trial”）的影响
3. 威慑

评价真相委员会的标准

4. “真相”的产生
5. “真相”的表述
6. 对制度改革和实施的建议

共同标准

7. 平复创伤的作用
8. 公开道歉的效用
9. 赔偿的效用
10. 达成共识的过程

评价国际刑事司法的标准

国际刑事司法的刑罚效用

国际刑事司法制度的拥护者认为，确立真相和惩罚罪犯对于实现和解、恢复和维持和平必不可少。¹⁶

在这一部分，我们只探讨刑事司法的效用问题。有助于实现这种效用的条件是什么？简单的研究表明国际法庭刑罚效用的实现取决于两类主要因素：与国家的合作相关的外部因素和与这些司法机构的运作相关的内部因素。国际司法制度的两个局限性将在下文中提到。其一，除非国家愿意与法庭合作，否则这个法庭采取行动的能力将大大降低。其二要注意这种现象，即在冲突中或冲突刚刚结束后审判大规模犯罪的主要罪犯时应适用的既存规范具有模糊性。

外部限制因素 国际法庭实现正义的能力在很大程度上取决于那些掌握政治和军事力量的实体。大体而言，这些实体可以分为两种：强大的国家，特别是联合国安理会的常任理事国，和作为国际司法程序的调整对象的国家或非国家实体（军队、民兵组织、游击队等）。

就这两个特设法庭而言，它们的刑罚能力是大国通过多种途径帮助确定的：这些国家确立了法庭的任务，选择了法官和检察官；它们决定是否给予政治和财政支持；它们根据其本国利益调整与法庭的合作；它们有完善的供其使用的监控系统，可以通过指挥链条追踪相关

¹⁶ 见特别是联合国安理会建立两个联合国特设法庭的第 808、827 和 955 号决议。

联系，协助检察官获取证据；它们常常在激烈的突击行动过程中逮捕被告人；它们向交战方施加（或不施加）压力以迫使它们与检察官合作。

国际刑事司法程序要想发挥效用，以上提到的每种途径都很重要。相反，如果大国没有合作的政治意图，那么国际司法制度的能力是很有限的。卢旺达问题国际刑事法庭可以作为例子来说明这一点。

在做出建立卢旺达问题国际刑事法庭的第 955 号决议时，安理会将“国内和解”确立为法庭的目标。决议授权法庭对造成 80 万图西族人死亡的种族灭绝事件的主要犯罪者和在卢旺达爱国军进行的报复行动中犯下战争罪、反人类罪的主要罪犯进行惩罚。人们认为正义是实现卢旺达人民和解必不可少的前提条件。

可是，到底发生了什么呢？刚开始时，卢旺达政府为了向那些持怀疑态度的人证明灭种事件的真实性，并考虑到否定主义者的主张，与法庭进行了合作。在这个目的实现后，当政权中某些关键人物面临因其之前被指称所犯的罪行而被起诉的危险时，卢旺达政府开始实施积极的阻碍政策。这个政策实施得很成功：在法庭建立后的十年里，对于针对灭种行为的报复行动中发生的罪行，法庭没有发出一个起诉书。当法庭的检察官卡尔拉·德尔蓬特（Carla Del Ponte）公开宣布其起诉几位与卢旺达政权联系密切之人的意图后，基加利政府最终成功地迫使她离职，尽管她离开时有关的外交惯例得到了遵守。

由于最初的几年里，卢旺达问题国际刑事法庭完全不起作用，破坏了其信誉，所以，卢旺达政府阻碍法庭发挥其作用的能力愈发强大。但是，由于政治的或地缘战略的原因卢旺达从未像塞尔维亚那样处于强大的与国际刑事法庭合作的压力之下，这也是事实。¹⁷

在这种情况下，如果只有某些国际罪行被起诉，那么这种程序揭示出的真相怎么能够满足实现国内和解目标的需要呢？大湖区问题和卢旺达国际刑事法庭问题的权威专家艾利森·德福尔热（Alison Desforges），对这种过渡司法是促进了国民的团结还是导致了其进一步的分裂表示了疑问。¹⁸ 尽管法庭成功地证明了对图西族人的大屠杀事件是不争的事实，而十年前人们并不这么认为，但是我们仍有理由对这种正义表示怀疑。毫无疑问的是，至今为止法庭花费的 7 亿美元还不如用于在卢旺达重建司法体系和法治，以抑制政府走向独裁主义的倾向。

内部限制因素 这些限制因素与司法机制本身的运作相关，它包括对正当法律程序的尊重、律师和证人的安全、检察官的刑罚策略、证据的确定和宣判等。

作为其中一个内部限制因素，让我们仔细研究一下检察官在冲突中或冲突结束初期采取的刑罚策略对过渡司法制度的影响。这是执行国际司法程序时最需要慎重行事的时期，因为它引起两个国际关系体系的冲突——一个强调追求正义，另一个则更加重视追求和平。对那些被怀疑犯有国际罪行、但却是唯一具有签署和平协议地位的国家首脑或重要人物进行审判是否合适值得商榷。应该适用什么样的规范？具有模糊性的规范普遍存在——国际刑事法院也不例外。《国际刑事法院规约》赋予检察官可以根据“受害人利益”而免于起诉

¹⁷ 例如，当 1996 至 1997 年 20 万胡图族人在原扎伊尔东部地区被劫杀后，联合国安理会没有进一步扩大法庭的管辖权限。这种起诉罪犯时的选择性本质上是要用西方的良心罪过感来解释：让华盛顿、巴黎或伦敦去谴责犯有国际罪行的卢旺达当局是困难的，因为在 1994 年时，是以图西族人为主的卢旺达爱国军结束了在西方人默许态度下进行的种族大屠杀。此外，卢旺达政府是美国和英国在非洲那个地区的珍贵盟友。

¹⁸ Alison Desforges, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999, p. 41.

战争罪犯的权力。¹⁹国际现实也显示出互相矛盾的决定。联合国阿富汗问题协调员拉赫达尔·卜拉希米（Lakhdar Brahimi）与联合国人权高级专员玛丽·罗宾逊（Mary Robinson）持不同意见，他认为作为联合国支持的政府的成员，即使某些部长被怀疑犯有战争罪，也不应对他们进行审判，否则寻求和平和稳定的努力将会受到不利影响。²⁰

另一方面，塞拉利昂特设法庭的检察官在利比里亚总统前往和平谈判的途中宣布了对他的指控，这个行动破坏了和谈，但是也重整了政治秩序。²¹和平与正义是两种不同的模式。虽然讨论和平与正义之间的紧张关系必然会远远超出本文的范围，但是我们有必要在研究过渡司法的影响时考虑一下二者的关系。因为检察官不是凭空行动的，而是处于具体的环境中，所以许多因素会对其行动产生影响。这种环境取决于冲突中的内部力量对比、国际社会施加压力的能力、可能的指控引起的政治合法性的丧失、在谈判和司法程序的过程中应遵守的合适时机等。

“示范性”审判（“show” trials）的影响

正如马克·奥西尔（Mark Osiel）所言，重要的审判是“教化的典范”。²²它们要向社会叙述暴行、告知人们基本的社会规范和新的国内和国际秩序。从某种意义上说，判决是次要的：考虑到罪行的恐怖性，任何惩罚都不足以伸张正义。所以，只有当审判起到教化的作用时，它们才是有价值的，这正是审判的核心价值所在。认为国际法庭只是对正义的展示而对它们进行批评是不对的，因为正义的目的恰恰是表明它正在得以实现。俗话说，正义不仅要被实现，而且要用看得见的方式实现。因此，问题是要研究这种展示的性质和评估它的效用。

在这方面，标准应该细化。这个“示范性”审判在不同舞台同时上演。为了评价它的效用，必须将几类观众分开考虑，首先是最直接相关的社会，即这个真相和惩罚的舞台主要针对的群体，也就是理论上的目标群体，如前南斯拉夫、卢旺达、塞拉利昂、苏丹、乌干达等国的居民。然后是国际社会整体。正如国际刑事法院的检察官指出，二者都是国际司法程序的当事人，但是他们的期待、反应和感受是完全不同的，任一群体内部意见也不是统一的。国际司法程序的最大困难就是要用所有相关方都接受的方式实施，尤其是要得到受害人、警察、军队、民兵组织等目标群体的接受。

前南斯拉夫问题国际刑事法庭有很多值得学习的地方。不管它的任务是什么，起码当前南斯拉夫的暴行正在发生的时候，它的角色是去平息西方舆论中的罪过感。法庭的设计者根据三角的逻辑确立了它的任务，该逻辑按照台球原则进行：选手瞄准一个球是为了通过它去击中成为他真正目标的另一个球。就前南法庭而言，其瞄准的对象是前南斯拉夫的

¹⁹ 注意国际社会的发展演变。检察官理查德·戈德斯通（Richard Goldstone）根据1993年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》声称：“除非得到战争罪犯的赞成，否则没有正义的和平不比所消耗的纸墨更有价值”，因为它会是虚幻的。相反，前南斯拉夫的调停者认为追求正义的和平将会导致战争的延续和全体人民的死亡和痛苦。

²⁰ John F. Burns, “Political realities impeding full inquiry into Afghan atrocity”, *New York Times*, 29 August 2002.

²¹ 我们需要指出的是，尽管在开始之前和平谈判已经结束，但是因为该指控的原因，利比里亚总统马上丧失了其合法性，使他沦为了一个战争罪犯。它削弱了总统的力量，在国际社会的压力下，总统终于下台并在尼日利亚寻求庇护……尼日利亚随后拒绝将他移交给法院。

²² Mark Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transactions Publishers, New Brunswick, 1999, p. 4.

居民，但是它真正的目标群体却是西方国家，起码在战事正酣时是这样的。再看看我们的时间段分类，我们就会更加清楚地发现由于实际的和设想的目标群体的差异而造成的影响。在冲突中或冲突结束初期的这段司法时期——事件刚刚结束后的时期——起码在科索沃战争之前，前南法庭在西方舆论眼中是个巨大的胜利。²³ 法庭开启了反对有罪不罚（impunity）的斗争，随后国际诉讼的增多导致了許多法庭的建立——卢旺达问题国际刑事法庭、塞拉利昂特设法庭、国际刑事法院——和普遍管辖权制度的发展，该制度导致西班牙和比利时的法官对前独裁者奥古斯托·皮诺切特和侯赛因·哈布雷（Hissene Habre）（乍得）的刑事指控。因为事实上前南斯拉夫国际刑事法庭在那段时间并没有审判国家高级官员，所以它的成功本质上是制度性和象征性的。冲突结束后的中期内，当被告需要出庭对他们的行为做出解释的时候，媒体和西方舆论开始对法庭辩论的高度专业性和审判的漫长（平均为 18 个月）感到疲倦。西方国家本希望通过对米洛舍维奇的审判丑化这位巴尔干前领袖，并证明北约干预的正当性，从这个角度来说法庭完全没有发挥效用。

在巴尔干舞台上，情节完全不同。冲突中和冲突结束初期，前南斯拉夫国际刑事法庭被波斯尼亚人看作是不干涉原则的托辞，或是被大多数塞尔维亚人和克罗地亚人认为是西方的工具，其合法性受到了广泛的质疑。国际社会和法庭都有责任。对前南斯拉夫国民就任法庭高级职位的禁止、在组建法庭的最初阶段联合国大会排除了所有穆斯林或东正教法官的事实、法庭位于海牙、遥不可及的地理位置、积极沟通政策在前南斯拉夫地区的缺失、持民族主义倾向的塞尔维亚和克罗地亚媒体对法庭的敌对态度都加剧了法庭与前南斯拉夫人民的隔阂，而这些人才是法庭原则上应该面向的对象。北约组织成员国在科索沃战争激烈进行的时候急于加强与法庭的合作，这使大多数塞尔维亚人更加确信法庭只是大西洋联盟伸出的法律手臂。

因此，除了在波斯尼亚，前南斯拉夫问题国际刑事法庭在各个阶段的战争中或战争结束后初期，甚至是在中期，都没有成功地树立自己的威信。²⁴ 2005 年 12 月，克罗地亚将军戈托维纳（Gotovina）受到指控，称其应对塞尔维亚平民，尤其是老年人的死亡负责，并遭逮捕。该行为激起了 4 万人在斯普利特（Split）的大游行，他们赞扬这位“英雄”和“解放者”，并嘲弄法庭。在塞尔维亚，舆论广泛敌视这个法庭并很可能形成了一种语境，最终导致总理佐兰·金吉奇（Zoran Djindjic）在 2003 年 3 月被暗杀，以及有人企图暗杀法庭的检察官卡尔拉·德尔蓬特。

还有一个因素加剧了许多塞尔维亚人和克罗地亚人对前南斯拉夫问题国际刑事法庭的敌对情绪，我们可以称之为超规范压力。为什么当美国人试图摆脱国际司法制度时，前南斯拉夫人却应该服从它呢？这种双重标准和其它一些因素结合在一起降低了法庭在巴尔干人心中的威信。当美国威胁前南斯拉夫的共和国，尤其是塞尔维亚和克罗地亚，如果它们拒绝与前南斯拉夫问题国际刑事法庭合作，或者如果它们批准《国际刑事法院规约》的话，

²³ 在很大程度上，西方公众是赞许前南斯拉夫问题国际刑事法庭的，尽管在科索沃战争期间对米洛舍维奇的起诉引起了有关法庭的独立性的争议，因为它的主要发起者和政治支持来自西方，而这种支持是有多种原因的。

²⁴ 在 2002 年进行的一次民意测验中，被调查的塞尔维亚人中只有 20% 相信与前南斯拉夫问题国际刑事法庭的合作“在道德上是正确的”，只有 10% 的人认为前南斯拉夫问题国际刑事法庭是“服务正义的最佳途径”，“Serbia: Reform Constituency Shrinks”，results of the nationwide survey conducted by Greenberg Quilan Rosner Research, NDI, June 2002, p. 2.

美国将实施经济报复时，怎么能不产生敌对情绪呢？

至此，我们已经考察了不同群体在战争中和战争结束后的短期和中期里对前南斯拉夫问题国际刑事法庭的印象。关键问题却是它的长期影响。对于前南斯拉夫地区 20 世纪 90 年代发生的罪行，法庭的工作在 10 年或 20 年后能在多大程度上有助于形成对这些罪行的共识呢？如果法庭能够阻止对大规模犯罪的否认——已经有表明这种趋势的迹象，如克罗地亚、塞尔维亚和波斯尼亚的法庭已经审判了它们自己的战争罪犯，塞尔维亚人承认了斯雷布雷尼察（Srebrenica）大屠杀、塞族共和国当局表示了歉意——那么，国际司法制度的工作就有所收获了。

威慑

国际司法的主要目的之一就是阻止新的犯罪的发生。建立前南斯拉夫问题国际刑事法庭的联合国安理会第 808 和 827 号决议特别指出了这一点。这个威慑的视角也在非政府组织反对有罪不罚、拥护人权的活动中处于核心地位。例如，《人权观察》的网站上指出：“对过去的犯罪的审判为阻止未来暴行提供了必要的法律基础。”²⁵

讨论伊始，我们先来简单回顾一下相关事实。前南斯拉夫问题国际刑事法庭建立两年后，波斯尼亚的塞尔维亚军队在联合国宣布的“安全区”斯雷布雷尼察进行了自二战结束后欧洲最严重的大屠杀。联合国安理会在 1994 年建立了卢旺达问题国际刑事法庭。在 1996 到 1997 年间，卢旺达爱国军参与了在基伍（Kivu）的大规模犯罪。在局部地区，威慑作用遭到了更大的失败：许多组织估计 1998 年至 2003 年间有超过三百万人（绝大多数为平民）直接或间接由于战争而死于刚果民主共和国。我们很难想象还有比这更彻底的失败。

法庭必然完全没有威慑能力吗？真正的问题是交战各方如何看待被起诉的风险。实证的观察表明，当然这需要通过更全面的研究来证实，当参战者认为审判短期内可能会发生，并构成对个人的威胁时，他们会意识到法律风险的存在，并会相应地做出行为。位于前南斯拉夫地区的联合国维和部队的报告表明，在 1993 年前南斯拉夫国际刑事法庭建立之初的几周里，参战者考虑到了这种法律风险。随后，他们认识到法庭力量薄弱，相信自己不会得到惩罚，于是实施了斯雷布雷尼察大屠杀。同样，在达尔富尔，根据见证者的报告，当民兵感到可能会因为暴力行为招致麻烦时，就减少了暴力活动。这两个例子似乎表明，只要交战各方认为法庭是受到大国的控制并得到大国政治和军事的支持，他们就会考虑被起诉的风险。但是，这些报告也表明，当没有出现及时的指控和逮捕时，威慑作用很快就消失了。

除了这些影响交战方对法律风险进行判断的因素外，还有一些超规范因素也会产生影响，即在某个既定的时间，国际社会价值天平的取向。“反恐战争”尤其以作为超级大国的美国对国际人道法某些方面的质疑、对酷刑概念和禁止酷刑的规则的挑战以及布什政府对国际刑事法院强烈敌视而著称，它无疑改变了人们对法律风险的认识。同样，在这个问题上，确认这些假定还需要进行相应的研究。

²⁵ See <http://www.hrw.org/justice/about.php>. (last visited January 2006).

评价真相委员会的标准

“真相”的产生

过渡司法的拥护者主张，真相的揭示会引发一个国民宣泄的过程。这个过程可以疏导国民的能量，使之朝着国内和解的方向发展。一个关键问题涉及揭示出的“真相”的性质。

“真相”这个词语本身就引发了很多争论。让我们采用南非真相与和解委员会副主席亚历克斯·博雷纳(Alex Boraine)的方法，区分三个层面的真相——事实真相、个人真相和社会或对话真相——尽管它们都想要“同时证明和分析实际发生的践踏人权的事件与纵容和协助这些事件的体制。”²⁶ 事实真相向一个家庭提供了有关其死亡亲属的临终遗迹的具体信息。个人真相理论上是为个人宣泄情绪而吐露的真相。²⁷ 最后，如南非法官阿尔比·萨克斯(Albie Sachs)所言，“对话”真相是社会接纳的真相：“对话真相即社会真相，是人们通过互动、探讨和争论所确立的有关经历的真相。”²⁸ 我们在这里只讨论事实和对话真相（关于个人真相见标准7）。什么是使这两个层面的真相得以产生的条件？据我们所知，事实真相和对话真相的产生分别是由具体的因素决定的。

证明事实真相的能力很大程度上取决于内政部长、军队、警察、情报部门、民兵等前专制机器的合作。但是它也依赖于一个包括公共机构、医院、太平间和墓地等部门在内的网络，这些部门的记录经常最为关键。

国家拥有证明事实真相的王牌。它可以授予委员会发出传票的权力，使委员会能够获取文件并迫使证人出庭作证，其中包括使犯罪人出庭。南非就是这样做的。同时，南非使众多专制机构的工作人员出庭作证，将那些政治犯罪的一贯手法公之于众。换句话说，委员会的权威越大，它确定事实真相、从而确定个人真相和对话真相的能力就越大。

对话真相是要澄清谁应该对犯罪行为承担政治责任的问题。因为社会内部的争论将会对历史产生新的共识，并改变现存的政治力量对比，所以对政府而言，这种历史性政治活动既有使其获得合法性的可能，也有使其面临局势失控的危险。这个现象解释了为什么新、旧精英在谈判确定对话真理产生的舞台时会有如此激烈的争论。因此，诸如如何定义委员会的任务和受害人权利、²⁹ 罪犯是否必须出庭、是否有可能审判某些高级领导人、委员会的公开陈述（见标准5）、委员会报告中做出的建议以及如何对其进行跟进（见标准6）等问题就显得至关重要了。

这些因素中的每一个都在决定委员会的影响方面发挥着一定作用。另一个重要因素是社会能否关注并认同委员会的工作。受害人影响力的大小、政党、教会、工会和前冲突各方的态度、各实体之间的力量对比和转型过程的特殊性质都决定了对话真相产生的范围。在这个问题上，非政府组织发挥着决定性作用。在南非，非政府组织的力量非常强大，尽管它们也批判真相委员会，但是它们帮助“支撑住”了委员会。在塞拉利昂，非政府组织

²⁶ Alex Boraine, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2000, p. 287.

²⁷ 见前注，第290页。

²⁸ 见前注。

²⁹ 例如，智利委员会的任务是证明数以千计的人死亡的真相，而不是调查众多前政治犯遭受的酷刑。一些人认为他们自己被排除在了这个寻找真相的程序之外，因为这个程序没有认识到他们也是独裁统治的受害人。

虽然力量比较薄弱，但是与西方国家联系紧密，它们促使国际社会创立并随后支持了真相委员会，但却不能从其所在国得到任何真正支持，这一点是不言而喻的。³⁰

我们在这里举两个不同的例子，即智利和萨尔瓦多的例子。这两个例子凸显了社会能够通过认同或不认同委员会的工作来改变国内力量对比的局面。

最终产生的真相往往是部分由新、旧政府的力量对比决定的。在智利，委员会的构成反映了前皮诺切特的支持者和民主派人士的力量对比。最终结果证实了一个建立在“两个魔鬼理论”之上的历史观点，将国家机构实施的镇压行为和左翼极端组织从事的暴力行为（受其有限能力的限制）放到了同样的地位上；但是实际上绝大多数的罪行是军政府犯下的。这种共识，尽管从历史角度讲是可疑的，但是在受害人协会、工会、非政府组织和某些政党的压力下，使得皮诺切特的理论丧失了威信。因此，尽管委员会的工作有其局限性，但却确实改变了智利国内的力量对比，在冲突结束后中期内促进了与历史真相符合的社会真相的出现。结果，司法程序被重新启动，然而，由于军事团体支持者的反对，作为司法程序的替代物反而成了委员会的存在目的。

虽然萨尔瓦多委员会（完全由外国人组成）在确立和解释事实时与智利委员会相比具有更大的自由，但是最终产生的真相却受到了前冲突方的严重限制。他们的代表非但没有遵循委员会关于起诉约 50 名国家官员和游击队领导人的建议，反而一致认为国会应该宣布大赦。

“真相”的表述

正如国际法庭的审判一样，真相委员会的价值也在于它们的公共影响。它们关于宽恕政策的宣扬正是为了实现分裂社会的和解。

在这方面，关键问题是政府当局和委员会应该如何表述那段不堪的历史：如何表述人类暴行？应该采取对其轻描淡写的做法吗？或者，应该举行同司法氛围一样庄严的公共听证吗？如果这样的话，罪犯应该出庭吗？这些公共听证应该进行电视转播吗？

这个抉择通常是由有待传达的信息的性质和人权活动者和旧的专制制度的代表之间的力量对比决定的。与过去的历史划清界限的愿望越强烈，使用某些象征性表达方式传达这种愿望的欲望就会越强烈。南非和摩洛哥的情况可以表明有待传达的信息的差异。在南非，真相委员会追求双重目标，即既要表明原有政权的犯罪性质（和非洲国家议会的滥用权力行为的罪恶性质），又要给德克拉克（F. W. De Clerk）和纳尔逊·曼德拉（Nelson Mandela）达成的以真相换特赦的交易披上合法的外衣。在摩洛哥，真相委员会的目标则是在不损害政权延续性的情况下为民主争取更大的空间。不管在何种环境中，委员会成员都是新的身份的缔造者，因为它们在为国家创造新行为规范的过程中发挥着作用。

真相的表述形式实际上反映了某种潜在的政治目的，真相委员会则是传达这种目的的信使。南非以祷告作为公共听证程序的开始，从而传达出了一个明确的政治信息，即委员会探求真相的活动和在这种活动中达成的真相换特赦的交易得到了最高宗教权威的庇佑。受害人和施害者之间的激烈对质反映了公众的期望：既要谴责罪犯的可耻行为，但为了新

³⁰ Rosalind Shaw, *Rethinking Truth and Reconciliation Commissions: Lessons from Sierra Leone*, USIP Special Report No. 130, 2005.

国家更高的利益又要放弃正义。

真相委员会主席德斯蒙德·图图（Desmond Tutu）大主教对宗教和文化标志的应用以及对非洲的恢复性司法较之西方的刑事司法的“优越性”的赞赏都是为了使新出现的力量对比局面合法化。这些做法也将特赦转变为宽恕。

在摩洛哥，2005年，受害人在现任国王穆罕默德六世（Mohammed VI）和他已故的父亲、前任国王哈桑二世（King Hassan II）的肖像面前向真相委员会作证。而正是在这两个国王的统治下，受害人遭到了安全保卫队的酷刑折磨。与南非的情况不同的是，那些曾经的施虐者、绑架者甚至一些杀人凶手并没有在真相委员会中出庭。王室想要传达的信息是在确保君主制度和专制机器的延续性的情况下，谴责黑暗年代的专制行为，同时继续民主化进程。

这两个真相委员会都完美地完成了其被赋予的目标。它们不是进行游说的委员会，但是不可否认的是它们在新政府获取合法性的过程中发挥了作用。对真相委员会做出评价必须考虑其特定目标。

对体制改革和实施的建议

真相委员会的潜在影响之一在于它们在报告中提出的建议，因为这些建议从过去的罪行中吸取了教训，并指出了建立一个真正实行法治的国家所要进行的改革。

埃里克·布拉姆（Eric Brahm）列举了约20个真相委员会，指出其中3个举行了公共听证并发表了报告，8个发表了公开报告（但未经过听证程序），3个国家在小范围内发行了报告，5个国家（玻利维亚、津巴布韦、1986年乌干达、菲律宾、厄瓜多尔）没有发表任何报告。³¹ 在阿根廷，委员会的报告连续几个月都很畅销。报告的发行是一个关键因素：它使有关社会感到其能够在决定自己命运的过程中发挥作用。报告描述了过去发生的暴力行为，指出应承担责任人名字，指出巩固法治应遵循的方向。接下来就要由社会大众向国家机构施加压力以确保委员会建议的改革措施——常常具有改善警察和军队行为方式、真正制止酷刑事件和保证公正审判的目标——能够被采纳。最令人满意的情况发生在智利。在那里，真相委员会报告中的建议被广泛采纳。例如，这份报告提倡赔偿受害人，并进一步建议将委员会的工作成果作为确定受害人权利的基础，这个建议被采纳了。真相委员会做出的各种不同建议都是为了加强法治以及稳定人们依然高涨的情绪。摩洛哥真相委员会在其报告中宣布将向大约1万名前政治犯进行赔偿，还主张要进行深远的体制和政治改革以维持正义、加强议会对国家机关的控制和限制行政权力的行使。

遗憾的是，据我们所知，尚没有政府当局执行真相委员会报告中建议的情况分析。华盛顿美国和平研究所的尼尔·克里茨（Neil Kritz）提出政府应该发行有关建议的执行情况的阶段性报告，而且要在必要的时候解释为什么政府觉得某些建议是不合适的。

但是，真相委员会的大多数建议好像都没得到实施，也没有关于这些建议的实质性讨论。问题是这些建议在多大程度上促进了社会的民主化进程，即使它们没有被付诸实践。换句话说，这些关于体制改革建议的提出本身就是一个值得称赞的事实，那么它是否在这些社会中为引发未来改革的民主论辩开启了一个新的舞台呢？

³¹ For a more detailed discussion see in particular Eric Brahm, above note 9, p. 35.

适用于国际司法制度和真相委员会的共同标准

平复创伤的作用

过渡司法制度特别关注受害人。该制度的目的就是揭开真相和实施象征性或刑事性惩罚，使受害人得以恢复创伤和并得到赔偿，从而使社会本身也可以从历史的伤痛中恢复过来，并实现重新统一。但是，“承认”、“正义”、和“真相”真的象许多过渡司法拥护者宣称的那样具有疗伤作用吗？³²

首先，许多心理学家认为不起诉施虐者就等同于酷刑的延续：“有罪不罚会给受害者带来无助和被遗弃的感觉，并伴有诸如噩梦、抑郁、失眠和躯体化等症状。”³³

另一方面，与有罪不罚的斗争是满足某些受害人对事实真相和个人真相的需要的一种方式。让人们知道一个亲密亲属死亡的情况、那个人埋葬的地点、谁应该对他或她的遭遇负责等消息有助于他们排解悲痛情绪。个人真相尤其与澄清历史事实有关，但是除此之外，很多证人怀有诉说自己的遭遇并让国家知晓这些遭遇的需要。这些证人认为在某个公共场合陈述他们的证词是必要的排解悲痛的方式，无论这是通过司法程序还是非司法程序来进行的。我们在这里只讨论这类证人。他们中的一些人告诉我们，除非罪犯得到了惩罚，否则他们认为自己有责任向后代灌输要为死去的亲人复仇的义务。³⁴

除了这些促使受害人作证的动机（对死者的道德义务感、意识形态上的确信或心理上的需要）外，受害人还希望作证可以帮助恢复自己的尊严，并在一定程度上使自己从过去的伤痛中解脱出来。但是，作证也有一定的危险，并可能影响作证行为的疗伤作用，因为受害人必须回忆起极其悲痛的事实。受害人在法庭作证和在真相委员会作证时心理上面临的危险是不同的。因此，对这两种情况应该分别讨论。

在司法程序的情境中的危险

作证的人身危险 在卢旺达、前南斯拉夫和其它司法程序中，法庭保证受害人证人是匿名的。不幸的是，尤其是在卢旺达，某些证人的身份暴露了，结果他们和家人的生活都受到了威胁，有时还被迫逃跑。这种危险扰乱了证人的内心，并勾起了他们对过去伤痛的回忆，因此影响到疗伤作用的实现。

再次经受创伤的危险 对于两个联合国特设法庭而言，因为它们的程序是建立在普通法基础上的，所以受害人只有证人的地位。³⁵ 他们在那里不是要复述自己的悲惨经历，而是要证实检察官的指控。因此，他们要接受法庭的交叉盘问。有时候，这种交叉盘问是由非常有攻击性的律师进行的。根据美国的实践，为了削弱检察官的指控，那些律师努力使证人思维混乱。时为卢旺达刑事法庭检察官的卡尔拉·德尔蓬特沉痛地指出了阿鲁沙

³² For detailed research see Jamie O'Connell, "Gambling with the psyche: Does prosecuting human rights violators console their victims?", *Harvard International Law Journal*, Vol. 46, No. 2, 2005, pp. 295-345.

³³ Diana Kordon et al., "Argentina: Psychological and clinical consequences of political repression and impunity", *Q.J. Rehab of Torture and Prevention of Torture*, Vol. 8, 1998, pp. 43-4.

³⁴ Pierre Hazan, *Justice in a Time of War. The Secret History of the International Tribunal for Former Yugoslavia*, Texas A&M, 2004, p. 160.

³⁵ 国际刑事法院从前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭不能正常发挥作用的问题中吸取了“教训”，最终给予了受害人证人民事主体地位。

(Arusha) 法庭的交叉盘问竟成为“酷刑工具”的事实。³⁶ 这有点夸大其辞，但是它强调了当律师意欲使非常脆弱的证人（如遭受多次强奸的妇女）思维混乱时交叉盘问程序的不正当性。国际刑事法院从这些先例中吸取教训，制定了意在防止受害人再次经受过创伤的程序。还需要考虑到的是判决：受害人常对刑罚感到失望，认为刑罚太轻了，并因此受到不利影响。但是司法毕竟不是一个疗伤程序，尽管有时它确实会在这方面产生令人满意的结果。

南北差异 国际司法是富国的产物。它根据富国的标准给与被告人基本权利，而贫穷国家的受害人却不一定能享有这些权利。卢旺达是最极端的例子。在卢旺达，种族灭绝事件幸存的受害人和犯罪者之间待遇的差异令人瞠目结舌。这些罪犯曾将艾滋病毒传染给了卢旺达人，但是，由于卢旺达资金短缺，只有犯罪者能享有接受治疗的特权。这种施害人和受害人待遇的差异令人目瞪口呆，影响了作证的疗伤作用。

我们在这里强调的是不能想当然地认为作证会产生疗伤作用，我们还必须考虑作证的具体情境。

在真相委员会情境中的危险

真相委员会的运作机理与司法程序不同。犯罪人没有得到惩罚的事实会在受害人中激起许多不同的反应。根据受害人个人的不同情况，有人感到给予宽恕是非常不公平的，还有人则在某种程度上恢复了内心的平静。一般而言，受害人在真相委员会程序中面临的心理风险似乎比司法程序中少一些。他们不会与施害人对质（南非的情况除外），他们也不是指控方和辩护方之间的“乒乓球”。他们甚至象征了法的主体——他们是这个舞台的主角。初步看来，这些因素证实了恢复性司法对受害人，尤其是对作证的受害人，有益的观点。

但是据位于南非开普敦的暴力和酷刑受害人伤痛治疗中心估计，在他们接触的众多受害人中有 50% 至 60% 的人在作证之后出现了非常严重的心理问题，或表示后悔参加真相委员会的听证。³⁷ 特鲁迪·德里德 (Trudy de Ridder) 是为在真相委员会中作证的受害人进行治疗的心理专家。他认为一些受害人“再次经受过创伤”的打击非常严重，因此他对为了社会的政治利益而使受害人在真相委员会听证程序中经受这样的痛苦是否正当产生了疑问。³⁸ 此外，正如罗莎琳德·肖 (Rosalind Shaw) 指出的那样，真相委员会可能会破坏传统的司法机制，塞拉利昂就出现过这样的情况。³⁹

我们在这里不是主张证人受到制度的不当对待，而是想强调作证并不必然对受害人起到疗伤作用的事实。一些受害人确实通过公开陈述其所知道的真相感到了心理上的满足。有时，他们知道了亲属死亡情况和尸体下落等重要细节，这有利于他们排解心中的悲痛情绪。他们也可能因为看到加害自己的人得到社会的惩罚而感到满足，无论这种惩罚是刑罚性的还是至少是象征性的。有些人因为看到对自己施加酷刑的人或杀害其亲属的凶手进行忏悔而平静下来。但是，对另外一些受害人而言，公开他们的痛苦（他们的亲人常常并不

³⁶ In the TV documentary *Rwanda: la justice prise en otage*, ARTE/TSR/Article Z, produced by Gonzalo Arijon and Pierre Hazan, 2003.

³⁷ Hayner, above note 3, p. 144.

³⁸ Trudy de Ridder, *The Trauma of Testifying: Deponents' Difficult Healing Process*, Track Two, Vol. 6, Nos. 3 & 4, December 1997, http://ccrweb.ccr.uct.ac.za/archive/two/6_34/p30_deridder.html. (visited October 2004).

³⁹ Shaw, above note 30.

知道这些痛苦)和回忆过去的悲惨遭遇非但没有带来任何安慰,反而给自己造成了严重的心理问题。法庭和真相委员会默认了这一事实,一些有能力的法庭和真相委员会还为受害人提供心理支持,防止他们在作证过程中精神崩溃。

公开道歉的效用

过渡司法特别强调道歉的重要性。原因很简单:当司法程序被排除或当权者对发生的罪行并不负有任何责任时,公开表达歉意的目的是让国家承认其责任,以防止那些罪行的再次发生。

最具标志性的例子是德国总理维利·勃兰特(Willy Brandt)进行的道歉。1970年12月9日,他在位于华沙的犹太人死难者纪念碑前恭敬地下跪,预示了公开道歉时代的到来。这位反对纳粹制度的老兵通过这种方式做出的道歉非常新颖并极具说服力,它启动了一个良性循环:通过这一表达忏悔的动作,维利·勃兰特总理将他人犯下的罪行归结到自己身上,以便对这些罪行进行道歉。于是他参与到恢复受害人和德国之间正常关系的进程,也对德国象征性地重新回到文明社会大家庭做出了贡献。这是一个建立良性三角关系的过程,道歉行为改变了道歉人、受害人和在本事件中作为公众的国际社会之间的关系。这种谦卑的行为也为道歉人带来了象征性的利益:他的牺牲姿态(因为是在为他人的行为道歉)增加了他的道德威望。

受这个先例的启发和冷战后时代盛行的道德化意识形态的诱导,在过去的几年里,道歉举动成倍增长,数不胜数,以至无法准确记录国家首脑和高级官员为发生在近期或几世纪之前的罪行进行道歉的次数。

目前,非政府组织也支持这种道歉。它们认为道歉的举动可以使国家在“黑暗的过去”和现时代之间划上清晰的界限,有助于巩固法治,并增加公民对制度的信心。⁴⁰但是,这种道歉的效果是相对的。道歉有助于洗刷罪恶,但前提是社会大众并不认为该举动是没有任何实质内容的例行公事的做法。这个基本的标准可以用于区分真诚的道歉和那些公众眼中的有政治目的的象征性道歉。希拉克总统首次承认法国应对其在二战中遣送犹太人的行为负责而进行的道歉产生了实质性影响。相反,克林顿总统不是在美国,而是在一个历史上与奴隶制度和奴隶贸易没有直接联系的非洲国家进行的针对奴隶制度和奴隶贸易的道歉则没有产生什么实质影响。非裔美国人和受跨大西洋奴隶贸易影响的非洲国家认为这道歉没有什么份量,几乎没有给予关注。由于道歉的地点不合适(乌干达),道歉的对象不明确,这次道歉没有产生什么效果。另一方面,道歉行为是符合台球原则的,表面上它是面向某些受害人的,但是其真正的目标群体却是另外一些人。1999年,联合国秘书长科菲·安南(Kofi Annan)对其没有尽到保护前南斯拉夫和卢旺达人民的责任而道歉,就是一个这样的例子。这种道歉的真正目的与其说是让受害人相信其道歉的诚意,不如说是“净化”联合国维和行动在国际社会中的形象,并使这些行动得以继续。就该道歉行为的真正的目标群体(国际社会)而言,道歉实现了其目标;但是就该道歉行为理论上的目标群体(前南

⁴⁰ 引用一个事例,美国组织人权观察要求摩洛哥当局“承认在真相委员会审查的时期内发生的践踏人权的行為是系统性、由国家最高机构指示的,(要求摩洛哥政府)要通过官方声明向受害人和他们的家属道歉”。“Morocco's truth commission: Honoring past victims during an uncertain present”, <http://hrw.org/reports/2005/morocco1105/>. (last visited January 2006).

斯拉夫和卢旺达)而言,道歉并没有实现其目标。

忏悔行为可以通过多种模式发挥作用。关键是要知道这种戏剧性艺术如何发挥作用。什么是表达忏悔最合适的场合?哪些群体是真正的目标群体?必须适用三角曲线逻辑来影响真正的目标群体吗? 维利·勃兰特的例子表明悔过行为可以在平复社会情绪的过程中发挥作用。

赔偿的效用

有人认为确立真相和谴责罪犯是在补偿受害人。但是,在过去几年里,除了奉行宽恕和惩罚政策外,社会开始强调要给予往往生活在极度贫困状态中的受害人物质补偿。与联合国特设法庭不同的是,国际刑事法院建立了一个旨在向受害人作赔偿的自愿捐助的基金。

用金钱对受害人进行赔偿具有强烈的象征意义。它首先引发了补偿性质的问题,而这个表述本身就是非常模糊的。⁴¹真正要补偿的是什么?是丧失的亲人?是承受的痛苦?是受害人因被非法拘留而损失的收入?是物质财产的损失?不管怎样,赔偿传达出一个信息,即承认犯罪的存在。在集体层面和个人层面上,这个问题都有一个政治的和社会的维度。

对阿登纳(Adenauer)统治下的德国而言,给予受害人赔偿是德国回到正常状态的代价。美国要求给予该希伯来国家和集中营的生还者赔偿是西德成为联合国会员国和北约会员国的必要条件。西德向以色列人支付的赔偿是它重新进入国际社会大家庭的入场券。

赔偿问题既涉及这样一个政治维度,又涉及主要与受害人有关的社会维度。有些受害人认为这种赔偿金不能弥补他们失去的那些不可取代的东西,而且也是无法接受的,因为它沾满了死者的鲜血。相反,另一些人却认为他们过去遭遇的痛苦必须得到某种赔偿,即使这种赔偿不可能挽回他们曾经失去的岁月。因此,对于很多南非人而言,真相委员会是建立在一个交易上的:犯罪者获得了赦免,而作为交换,受害人得到了赔偿。⁴²然而,给予赔偿只是真相委员会的建议,政府当局实际给予的赔偿姗姗来迟且微不足道。⁴³以往隔离制度的许多受害人都感觉自己被欺骗了,他们开始憎恶委员会以及和解的理念。⁴⁴

赔偿问题除了涉及受害人个人的态度,还涉及社会整体的一场争论。赔偿是谈判的结果,表明标准是变化的,新的均衡正在社会内部形成。关键问题是这种道德和政治之间的交易的性质。这种交易的条件在多大程度上是可接受的?这个问题不仅涉及到受害人和政府,还涉及到相关的所有社会。

瑞士的例子清楚地表明,这种交易的可接受性不仅仅与那些赔偿得到了其成员接受的社会有关,给予赔偿的社会也会对交易的可接受性进行评价。例如,在瑞士的一次全民公投中,大多数瑞士人投票反对政府为建立一个人道基金而出售瑞士国家银行的一部份黄金

⁴¹ 赔偿的概念是模糊的:它代表一个复杂的现实,几种做法经常重叠或结合在一起。(restitution/indemnification/compensation and reparation)。为了防止付款被用于煽动性目的、并使社会公众能够根据对事实的全面认识评价这种道德与金钱的交易,明确付款的性质是很重要的。

⁴² 请求赦免的7112人中有849人得到了赦免,其余的人也没有受到非常不利的影响。

⁴³ 直到2003年12月,在真相委员会得出结论超过5年后,政府才开始向受害人赔偿。政府建立了一个6亿6千万兰特(1亿美元)的基金给予2万2千名受害人每人3万兰特的一次性赔偿。这笔赔偿金大大少于真相委员会建议的30亿兰特。

⁴⁴ “赔偿”与“和解”这两个模糊术语之间的关系本身就问题重重,这表现为布宜诺斯艾利斯五月广场(Plaza de Mayo in Buenos Aires)的母亲和祖母们的不同态度:有些“不想忘记仇恨”,认为这是对遇害的晚辈的忠诚;另一些人则出于其它的道德考虑或经济困难更愿意接受赔偿。

储备的计划。这个基金的目的之一是为二战期间瑞士在其边界实施的抵制犹太人的政策进行赔偿。这次全民公投揭示了一个普遍真理：赔偿不仅仅是给予者和接受者的二元关系。由于其象征作用，它还牵涉并触动整个社会。比如，以色列本·古里安（Ben Gurion）政府宣布的一个有关德国赔偿的协定造成了部分舆论紧张，引发了暴力示威。暴力来势凶猛，安全部门甚至为总理安排了保镖，第一次担心以色列人会企图暗杀他。

在印度尼西亚，政府设立了一个项目，以受害人宽恕罪犯为条件给予受害人赔偿。这个交易让受害人感到自己在出卖良心，因此在道德上无法接受。这个项目随后被取消了。在阿根廷，国家给予受害人赔偿的同时通过了所谓的《句号法》（Punto Final）（特赦）。在这两个事例中，给予受害人赔偿都是作为释放施害人的交换条件的。

归根结底，这种道德和金钱交易的条件的可接受性取决于社会和受害人做出的选择。赔偿既可能导致社会正常化进程中的紧张状态，也可能有助于该进程的发展，这取决于社会和受害人如何看待这种赔偿。

达成共识的过程

过渡司法的倡议者强调有必要书写一个共同的历史，超越狭隘的、因身份不同而各异的叙述。在这方面，档案的开放、纪念馆和博物馆的建立、历史学家的工作、学校教科书的重新编写、艺术家的工作等等都发挥着主要作用。

在《涤罪和毁灭》（*Purifier et détruire*）一书中，雅克·塞姆兰（Jacques Sémelin）引入“虚妄理性”概念解释人类群体剥离和反文明化的过程，这个过程创造了一个容易发生大屠杀和种族灭绝事件的社会环境。⁴⁵ 而社会重构逻辑则着眼于通过一系列机制使人与人的关系重新仪式化、人性和文明化。规范升级的过程一定是一个多维度的（制度的、政治的、象征性的、艺术的）连续过程。这个过程也体现了文化的维度。莫桑比克在 1992 年内战结束后基本上没有建造任何纪念物，因为其社会重新整合的传统机制是以仪式而非言语表达为基础的。

记忆按定义理解就是一个连续的过程。它不但在过渡司法制度中发挥着作用，而且也反映着过渡司法机制已经取得的成绩。如此看来，它本身既是一个标准，同样也是一个过程，它随着时间的改变提供评价所有其它过渡司法机制效用的信息。连接那两个社群的莫斯塔尔桥（Mostar Bridge）的重建，斯雷布雷尼察大屠杀事件的寡妇和母亲将亲人在离其死亡地点更远的地方重新埋葬的决心，以色列和巴勒斯坦的历史学家对有关阿以冲突的历史教科书的重新编写——所有这些都可以通过抚慰伤痛，但却不可能使创伤完全愈合。这些因冲突而四分五裂的社会面临的挑战是在不否认过去的情况下建立起一个象征性的维系社会的体系。要知道的是，所幸记忆是一个包含忘却的动态过程，每一代人对历史都有自己的解读。

⁴⁵ Jacques Sémelin, *Purifier et détruire: Usages politiques des massacres et génocides*, Seuil, 2005, p. 87 (*Purify and Destroy: The Political Uses of Massacre and Genocide*, Hurst, April 2006).

结论

自冷战结束以来，西方政府和非政府组织给予过渡司法机制经济上、政治上和象征性的投入——使其逐渐成为了全球化的动力，旨在使所有人民获得稳定、平静和安宁。

只要不成为一套被机械地、不分场合地使用的工具，在这一前提下，这些机制具有长期使社会“再文明化”的能力。由于过渡司法机制迎合西方舆论，所以国际社会动辄将其引入，常常不惜代价，而不考虑机制所针对的社会内部有千变万化的情况。有时，媒体宣传产生的短期政治利益被认为比当地的实际需求更加重要。过渡司法机制能够在因冲突而濒临瓦解的社会中发挥举足轻重的作用，但前提是，它们必须有效地促进当地人实现这一愿望：通过调整政治上和制度上的保障措施防止大规模犯罪的再次发生而掌握自己命运。

为了更好地界定国际社会的角色、在过渡司法机制不发挥作用时找出问题所在和鉴定过渡司法机制促进社会转型和民主化进程的潜力，有必要确立起对它的评估程序。因此，我们的目标就是利用时期划分和系列指标创造出一套那样的标准。只有保证运作的透明度并引入监督程序，过渡司法机制才可能最终生效，否则它们就将成为安于现状的一个方便的托辞，甚至破坏作为其创立之本的实现社会和解的目标。