

挑动内心报复之欲——过渡司法中的事项：刑事镇压与赦免*

劳拉 M. 奥尔森** 著 / 程之凡*** 译

摘要

本文谨致力于讨论过渡司法中的相关事项，并着重探讨对于违反国际人道法和国际人权法的行为是否在任何情形下均应采取刑事镇压措施，抑或是否存在一些情形，在这些情形下采取其它措施，特别是特赦措施，是否将会更有利于民族和解或国家和平发展。面对上述选择，困境之存在毫无疑问，而解决该困境则需要重大利益冲突中保持明智的平衡，包括是否应挑动内心报复之欲这一基本抉择。

绪论

“[众多政府及一些人士]认为若要在棘手的国家转型过程中避免混乱，或避免重现过去之暴政[及重揭受害者之伤疤]，最好的方法莫过于遗忘过去。此看法表明了人内心存在着报复欲望，吾辈应避免挑动。”¹

在一段暴力或镇压时期之后，新的政治转型期开始，此时的社会经常面临着复杂的违法行为遗留问题。众多国家例如波黑，塞拉利昂，秘鲁和东帝汶正在努力与过去的罪犯达成协议。为了促进正义，和平及和解，对于违反国际人权法和国际人道法的行为，政府官员和非政府主义者可能会考虑同时采取司法措施和非司法措施。这些措施包括个人犯罪行为的起诉，赔偿国家违法行为受害者，追查过去违法行为之真相，改革例如警察机关，法院等机构，以及褫除犯罪者的职务。上述这些措施逐渐被综合运用并形成了“过渡司法”²，这一对于正义进行全面，深度解析的概念。

通过确定相关问题，本文谨致力于讨论过渡司法的相关事项，并着重探讨对于违反国际人道法和国际人权法的行为是否在任何情形下均应采取刑事镇压措施，抑或是否存在一些情形，在这些情形下采取其它措施，特别是特赦措施，是否将会更有利于国内和解或国家和平发展。饶有趣味的是，伴随着国际刑事法院的建立，前南斯拉夫和卢旺达特别刑事法庭的一系列起诉以及普遍管辖权的采用，国际法正沿着惩罚性的趋势发展。而本文中——矫正正义的措辞（相对于分配正义）以及对于犯罪者的宽恕——却与国际法的现行发展趋势相悖。

主要从 19 世纪 80 年代开始，数十个在结束内战及推翻压制政权后采取民主的国家普遍求助于机构建制，例如真相委员会，希冀借此成功转型，如智利真相委员会和阿根廷真相委员会。这些真相委员会的主要优先任务是揭示过去的真相，特别是关于数千失踪人员的命运。与此形成对照，19 世纪 90 年代的南非真相与和解委员会雄心远非如此。超越以往任何真相委员会，它寻求和解作为国家建立的基石。³但在建立该委员会的初始国家文件中，和解这

* 本文仅反映作者的看法，而不必然代表红十字国际委员会的观点。

** 劳拉 M. 奥尔森(Laura M. Olson)，法律博士(J. D.)，法学硕士(LL.M.)，是红十字国际委员会驻美国及加拿大代表处的法律顾问，她曾任红十字国际委员会日内瓦总部法律顾问之职，并曾作为代表负责红十字国际委员会驻莫斯科代表处关于学术方面的项目。

*** 中国人民大学法学硕士。

¹ Neil J. Kritz (ed.), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Vol. 1, United States Institute of Peace Press, Washington, 1995, p. 346, citing Tina Rosenberg, in A. Boraine, J. Levy & R. Scheffer (eds.), *Dealing with the Past: Truth and Reconciliation in South Africa*, 1994, p. 66.

² 关于更详细的解释，参见过渡司法国际中心网站，<http://www.ictj.org>.

³ Richard A. Wilson, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 121.

一概念并未加以充分界定，并且此概念之含义伴随该真相委员会不断衍生，历经变迁。⁴

许多人将和解一词与宽恕及遗忘联系在一起（例如：不要“挑动内心的报复欲望”）；而其他人则持相反的观点。然而，毫无争议的是，鉴于多样化的背景以及人们对于和解一词的不同理解，并不存在单一普遍的和解模式。例如，是致力于达成个人间的和解，抑或民族或政治和解？⁵每一种和解都是一个过程，并不一个单一的事件。在上述两种和解中，达成民族或政治和解是更为现实的目标。民族或政治和解可被理解为注重对政治，社会经济以及文化制度的长期维持，而这些制度能够解决冲突的根源并为和平和稳定提供必要的条件。⁶

“不幸的是，在大多数情况下，受害者必须自己开始和解的过程。并且经常由受害者结束该过程。时常发生的是，压迫者本人对于真正的和解并不感兴趣。在这种情况下，和解变成了一个由受害者与他们自己，他们的家庭以及他们的邻里妥协的过程。对于遭受过暴行的人们，和解经常意味着在重获新生的过程中，学习如何和他们的家庭、社区以及社会相处。”⁷

有的观点认为，和解这一目标不能够强加，应该作为制度加以建立。和解需要知识，因为人们必须知道自己在宽恕什么；并且和解必须存在于弥补之后。如果没有弥补，那么要求受害者去原谅并未悔悟或承认罪行的不法者是不公平的。⁸因此，对于和解而言，真相是不可或缺的。如果真相是促进和解所必需的⁹，那么是哪一方的真相需要得到承认呢——是双方，抑或是整个社区？哪一种真相是所寻求的“真相”呢？

此外，有观点认为真相比正义更可取。鉴于智利和南非的经验，有观点认为真相报告应该取代审判。¹⁰更有观点提出应关闭前南斯拉夫国际刑事法庭并设立类似于沙尔瓦多或者智利那样的真相委员会取而代之。¹¹但是，智利和南非在起诉工作方面同样取得了成功。¹²“宽恕和遗忘能够自动预防将来的不法行为，这一观点是难以成立的。”¹³特赦并未导致对于将来不法行为的预防，海地就是一个很好的例子。¹⁴南非真理与和解委员会，提倡和解远超过其之前任何真相委员会，也意识到其达成完全和解的初始主张是不现实的。大主教德斯蒙德·图图（Desmond Tutu）指出委员会更为现实的目标是“促进”和解。¹⁵

真相必须是整个过程的一部分，但是其必须与正义处于竞争的位置么？叙述真相必须优于正义么？也许真相并不导致责任，其也不是责任的替代品？真相和正义必须是永远并列的

⁴ 同上，第 98 页。

⁵ Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, London, 2001, p. 155.

⁶ See generally K. Kumar, *Rebuilding Societies after Civil War*, Lynne Rienner Pub., Boulder, CO, 1997; *Reconciliation After Violent Conflict, a Handbook*, Handbook Series, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2003.

⁷ Dave Lindstrom, *National Dialog — A Chance for Reconciliation?*, available at: <http://www.fhrg.org/remhi/reconcil.htm>.

⁸ Juan E. Mendéz, “Accountability for Past Abused”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, pp. 255, 274.

⁹ Hayner, 见脚注 5, 第 6 页。

¹⁰ See Charles Krauthammer, “Truth, not trials: A way for the newly liberated to deal with the crime of the past”, *Washington Post*, 9 September 1994, at A27.

¹¹ Neil A. Lewis, “Nuremberg isn’t repeating itself”, *New York Times*, 19 November 1995, at E5 (quoting Robert Pastor a senior aide to President Jimmy Carter); David Forsythe, “The UN and human rights at fifty: An incremental but incomplete revolution”, *Global Governance* No. 1, 1995, p. 297.

¹² Mendéz, 见脚注 8, 第 267 页。

¹³ 同上，第 266 页。

¹⁴ “军队中的每一次自我特赦，都会导致进一步民主的中断以及更多的暴行。”Mendéz, 见脚注 8, 第 266 页, citing Kenneth Roth, “Human rights in the Haitian transition to democracy”, in *Human Rights and Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, Carla Hesse & Robert Post (eds.), 1997.

¹⁵ Hayner, 见脚注 5, 第 156 页。

么？

有关过渡期的所有选择均涉及下述两个事项的解决：1) 承认：是铭记抑或遗忘不法行为；以及 2) 责任：对于不法行为者是否应采取制裁。¹⁶最终，“伴随着民主及和平的建立，国际法新标准的形成以及对于和解的寻求，核心问题在于，真相、正义以及温和措施之间，哪些因素是相互协调的。”¹⁷

国际法中的义务——刑事镇压

法治必须高于政治决定；法治的核心，即民主的基石，¹⁸在于任何人不得凌驾于法律之上。但是，审判身为政治或军队领导人的战犯并不一定是最为恰当或容易的政策决定。正如上文中所提出的，有些观点认为和解是民主的必要条件 (*sine qua non*) 而且坚持起诉战犯将阻碍和解。¹⁹恰恰相反的是，国际人权文献普遍认为刑事处罚是“最有效的预防未来镇压的措施”²⁰并且强调了责任、和解、和平以及民主之间的关系。²¹

在对刑事镇压和特赦展开讨论之前，必须理解国际法下的现有义务，因为国际法中起诉或惩罚特定罪行的义务限制了国家的合法选择权，包括针对特定的不法行为通过特赦法律。如果国家已承担了惩罚犯罪者的义务，那么针对这些罪行的特赦法律应当加以禁止。但是，如果存在着较小义务的非刑事责任，不法行为者可能会通过民事诉讼承担责任，在不违反特定国际法义务的情形下由真相委员会，肃清机制²²以及其它机制加以确定。在考虑责任机制时，是否抛弃或者补充刑事镇压措施，对法治的尊崇是一个至关重要的因素，该因素同样有利于国内和解以及国家和平发展的实现。

国际法中的义务——违反国际人道法的刑事镇压措施

国家有义务镇压违反国际人道法的行为。²³该项义务并不要求国家采取刑事措施，但其允许国家自主决定采取镇压、管理抑或其他措施以履行自己承担的义务。

在国际人道法中，要求国家对无论在何地触犯特定罪行的行为者或起诉或引渡的国际法

¹⁶ Luc Huyse, “Justice after transition: On the choices successor elites make in dealing with the past”, *Law & Social Inquiry*, Vol. 20, No. 1, Winter 1995, cited in Kritz, above note 1, p. 337.

¹⁷ Juan Méndez, “National Reconciliation, Transitional Justice, and the International Criminal Court”, *Ethics and International Affairs*, Vol. 15, 2001, pp. 25, 29.

¹⁸ Diane F. Orentlicher, “Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 2537, 2543.

¹⁹ *Azanian People’s Organization (AZAPO) and Others v. President of the Republic of South Africa*, 1996(4) SA 671, pp. 684–86 (“如果宪法允许无休止的报复和复仇，那么所达成的协议由于受到上述措施的威胁，将永远也不可能实现。”)；同上，第 685 页；Michael Ignatieff, *The Warrior’s Honor: Ethnic War and the Modern Conscience*, Henry Holt & Company, LLC, New York, 1997, p. 184 (“如果审判帮助揭露真相，那么它是否会帮助和解还是存有疑义的。正义的净化功能倾向于受害者。在受害者感受到正义的同时，来自犯罪者的群体也许会感觉到自己成了替罪羊。”)

²⁰ Orentlicher, above note 18, p. 2542. See also Malamud-Goti, “Transitional governments in the breach: Why punish state criminals?”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, p.12.

²¹ Steven R. Ratner, “New democracies, old atrocities: An inquiry in international law”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 87, 1999, pp. 707, 735, citing Méndez, above note 8, pp. 273–75; Larry Rohter, “Huge amnesty is dividing Guatemala as war ends”, *New York Times*, 18 December 1996, at A9 (印第安纳领导者 Genara Lopez 说过“无正义则无真正的和平”)；Judith Shklar, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 158 (审判代替了“私人的没有控制的复仇，而取之以针对各案的标准化定罪量刑，并且剥夺了直接受害者私自进行惩罚的权力”)。

²² 肃清机制是一种行政机制，它被界定为“在新政权下某些公私机构中取消某类公职人员的资格以及开除某类在任人员。”See Herman Schwartz, “Lustration in Eastern Europe”, in Kritz, above note 1, p. 461.

²³ “每一缔约方均有义务采取必要措施镇压破坏公约规定的各种行为但除却严重破坏行为...”，分别见于四个日内瓦公约的第 49 条第 3 款，第 50 条第 3 款，第 129 条第 3 款及第 146 条第 3 款。《第一附加议定书》第 85 条第 1 款规定公约中适用于破坏公约行为及严重破坏行为的条文规定同样适用于议定书。

义务仅存在于对下列公约关于“严重破坏行为”的规定之中：1949年四个《日内瓦公约》²⁴和1977年《第一附加议定书》²⁵。在上述公约中，明确规定了国家基于普遍管辖权或起诉或引渡的义务。其它类似的国际人道法条约²⁶也会针对特定行为要求成员国承担或起诉或引渡的义务，尽管普遍而言明确规定这种义务的情况很少。

在国际习惯法中，战争罪行涵盖国际武装冲突中的严重违反行为以及四个《日内瓦公约》和《第一附加议定书》中所规定的严重破坏公约行为。²⁷现今战争罪行也涵盖了非国际武装冲突中的严重违反行为²⁸，包括对四个《日内瓦公约》第三条的严重违反行为。²⁹战争罪行的外延对适用非国际武装冲突具有重要意义，因为现今大多数武装冲突发生于国内。过渡政府或者过渡民主，如果完全与武装冲突联系在一起，则通常由非国际武装冲突所引起。

根据国际习惯法，国家有义务调查由其国民或军队所犯或发生于其领土内的所宣称的战争罪行，无论该罪行发生于国际还是非国际武装冲突中，且在适当情况下起诉犯罪嫌疑人。国家也必须调查其具有管辖权的罪行，且在适当情况下起诉犯罪嫌疑人。³⁰上述情况应该得到落实，尽管实践中存在着相反情况，例如对于非国际武装冲突中的违反行为施以特赦。³¹

因此，涉及战争罪行的约束国家的法律框架，无论是通过条约或是习惯法加以确立，要求国家“实施国内立法赋予法院的刑事管辖权，包括属地管辖，属人管辖，或者是针对重大破坏条约行为的普遍管辖。”³²这些法律上的分界对于授予特赦的许可程度将产生何种影响，这些将在下文中进行讨论。

国际法中的义务——违反国际人权法的刑事镇压措施

如同国际人道法一样，一些国际人权法公约要求成员国对于被指控犯有公约所规定行为之人或起诉或引渡。此多样性表明了普遍管辖权行使之不同形式。³³

除却上述公约，大多数国际人权法公约，在对违反公约者之起诉义务方面规定较为模糊。国际人权法公约普遍要求成员国，从民事和刑事方面，对违反国际人权行为之受害者均提供补救。例如，《公民权利和政治权利国际公约》包含了相比或引渡或起诉（*aut dedere aut*

²⁴ 严重破坏行为分别规定于四个《日内瓦公约》的第50条、第51条、第130条和第147条。在国际武装冲突中针对四个日内瓦公约所保护的人和财产所进行的重大破坏公约行为构成战争罪。

²⁵ 针对《第一附加议定书》的重大破坏行为见于第11条第4款、第85条第3款和第85条第4款且构成战争罪。

²⁶ 《保护文化财产公约第一议定书》；《保护文化财产公约第二议定书》；《生物武器公约》；《改变环境技术公约》；《常规武器公约第二议定书》；《化学武器公约》；《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》。

²⁷ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Law*, Vol. I, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 574–590.

²⁸ 同上，第590页到第603页。

²⁹ 同上，第590页。

³⁰ 同上，第607页。

³¹ 见授予特赦部分——合法性探讨；同上，第609页到第610页。

³² 同上，第607页。

³³ 1930年关于强迫劳动的国际公约和《防止及惩治灭绝种族罪公约》，都要求成员国惩罚在其领土上犯罪的行为人。1999年关于限制或冻结恐怖主义活动资金的国际公约也要求成员国行使属地管辖权和属人管辖权。1979年关于反对劫持人质国际公约、1984年反对酷刑公约以及1994年美洲关于失踪人员公约都要求成员国或引渡或起诉无论发生于何地的犯罪的行为人。1956年反对奴隶公约和1973年惩治种族隔离罪行的国际公约中的规定最为严格，要求成员国起诉无论发生于何地的犯罪，而并没有选择引渡的权利。《国际刑事法院罗马规约》确立了对于种族灭绝罪、战争罪以及危害人类罪，包括种族隔离罪的管辖权，因此推定其有义务代表成员国起诉上述罪行，当成员国想利用过渡性政权逃避这些起诉义务时；该公约宣言号召“各国均有义务对国际罪行行使国际管辖权。”

judicare) 原则较为模糊的义务, 即“每一缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利”和对其提供“有效的补救”。³⁴欧洲人权公约和美洲人权公约包含了相同的内容。³⁵有效且充分的补救取决于人权法院和人权委员会的解释, 在缺乏明确规定起诉义务的情况下, 这些机构宣称了这样一个原则。³⁶美洲人权法院根据美洲人权公约第一款行使起诉的义务。³⁷欧盟法院在“阿科索诉土耳其”(Aksoy v. Turkey) 一案中声称: “‘有效的补救’, 不仅包括适时予以补偿, 还包括全面有效的调查以确定责任者并对其施之以惩罚, 以及建立有效途径以便于申诉进入调查程序。”³⁸联合国人权委员会基于《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条指出了一项类似的义务。³⁹

路易斯·茹瓦内 (Louis Joinet), 作为人权委员会的特别大会报告起草人, 在其有关“违反人权犯罪者之有罪不罚问题”的报告中写到, 有罪不罚是不可接受的, 不仅因为它有悖于正义理念, 而且还因为它缺乏对受害者最基本权利的尊重。⁴⁰

“有罪不罚源自国家未能履行下列义务: 对违反行为展开调查, 对犯罪者采取适当措施, 特别从正义角度而言应对犯罪者进行起诉、审判和及时的惩罚, 对受害者采取有效的补救以及对伤害进行弥补, 并采取措施防止违反行为的再次发生。虽然是否起诉的决定主要取决于国家的能力, 但应当引进补充性的起诉程序以便于受害者参与制定程序…当政府未能做到时, 特别是作为民事诉讼原告而言。”⁴¹

他还指出了被害者的“知情权”、“追求正义权”以及“求偿权”, 且这些权利实质上都要国家采取各种措施发现真相, 反对有罪不罚以及防止违反行为的再次发生。⁴²“知情权”不仅是受害者的一项基本个人权利, 而且也是一项集体权利, 它“吸取历史教训以防止违反行为在将来的再次发生。该项权利必然导致‘铭记的义务’, 国家必须行使这项义务, 以防止借修正之名曲解历史…; 了解过去的压迫是一国历史之一部分且必须加以保留。”⁴³“追求正义权”意味着每一受害者获得公平有效的补救。从个人权利的角度, 可以总结如下: “社

³⁴ 《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 1 款和第 3 条第 1 款。

³⁵ 《欧洲关于保护人权及基本自由公约》, 1950 年 11 月 4 日, 第 1 条第五项和第 13 条; 《美洲人权公约》, 1969 年 11 月 22 日, 第 1 条第 1 项, 第 10 和第 25 条。

³⁶ Ratner, above note 21, p. 720. See Naomi Roht-Arriaza, “Sources in international treaties of an obligation to investigate, prosecute, and provide redress”, in Naomi Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 1995, pp. 24, 28–32.

³⁷ 美洲人权法院对《美洲人权公约》第 1 条解释如下, 要求成员国“有义务采取适当措施防止违反人权的行, 采取一切可采取的措施对于其管辖权下违反人权的行展开严肃的调查, 确定责任者, 施加适当的惩罚并对受害者予以充分的救济。”Velásquez Rodríguez v. Honduras, Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 29 July 1988, Ser. C, No. 4, para. 174. 即使如此, “美洲人权法院并未特别指出起诉作为惩罚的唯一措施且为只采取行政处罚措施留下了余地。但是, 美洲人权委员会的后续观点表明普遍的特赦与美洲人权公约不相符且其强调了起诉。”Ratner, above note 21, pp. 721–722 (footnotes omitted). Velásquez-Rodriguez Case, Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 1988, Series C, No. 4, para. 174, cited in Ratner, *ibid.*, p. 721.

³⁸ Judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, par. 98.

³⁹ Ana Rosario Celis Laureano v. Peru, UN Doc. CCPR/C/56/D/540/1993.

⁴⁰ “Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)”, revised final report prepared by Mr. Joinet pursuant to subcommission decision 1996 /119, U.N. Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 49th Session (Joinet Report), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1. 2004 年, 联合国人权委员会任命 Diane Orentlicher 教授为独立专家, 并负责处理如何将犯罪人绳之以法的问题; 人权委员会“赞赏地注意到… 通过对犯罪人绳之以法来达到保护和促进人权的目的, 并将此作为一个原则来帮助那些正在惩治犯罪人的国家。”Human Rights Resolution 2005/81, Impunity, E/CN.4/RES/2005/81, para. 20.

⁴¹ 同上, 第 22 页, 原则 18.

⁴² 同上, 第 16 段到第 30 段。

⁴³ Joinet 报告, 见脚注 40, 第 17 段。

会中的多数人并没有权利告诉受害者，为了更高的‘利益’，他们的伤害必须被遗忘。”⁴⁴最后，“求偿权”涵盖了个人措施（例如，归还、补偿和复原）和集体措施（例如，国家对其责任的正式承认或者举行纪念仪式）。⁴⁵

特赦——合法性探讨

特赦一般是指一种官方行为，通过立法，预先禁止对特定人群所为特定行为或事项采取刑事措施。特赦一般与宽恕相对，宽恕指的是对于罪犯部分或全部刑罚的免除但并不免除其定罪。⁴⁶特赦可以是全面的也可以是部分的；可以是官方的，例如，通过立法，也可以是事实上的（*de facto*）即国家未采取起诉措施。条约监督机构所认为不合法的赦免皆为全面的赦免。⁴⁷相比部分赦免而言，人们更倾向于禁止全面赦免。在各种赦免中，自我赦免，即由前任政府所通过之赦免以期后任政府对这些措施免于检查，⁴⁸受到质疑，⁴⁹因为自我赦免否定了新任政府对于政府责任承担（同样包括民主）方式的选择权。此外，自我赦免违背了一项普遍的法律原则，即禁止人们成为自己案件的法官：任何人均不可成为自己事务的法官（*nemo debet esse iudex in propria causa*）。⁵⁰

支持赦免的目的在于反对起诉，其理由在于起诉将会动摇新政府或者延续由前任政府所展示的复仇理念。一些人也认为，从前瞻的角度来看，有些事项（如违反法律的行为）应被遗留在过去，因为最好不要“挑动报复的欲望”。与此完全相反的是，一些人认为无论是国家抑或是社会都不会通过有罪不罚而得以恢复进而向前发展；因此，罪行应予以起诉。然而，涉及严重违反国际法行为的事项方面，持这两种观点的人具有一个相同之处，即：⁵¹罪行应予以起诉，不起诉将导致有罪不罚理念的扩散。国际人权法文献普遍认为刑事处罚措施是必要的震慑行为且其有利于加强法治。但是一些提倡起诉者也不得不承认，赦免作为一种和解的措施，不应该被全盘否定，只要赦免法并未囊括国际法规定的需要予以惩罚的罪行。⁵²因为一国不能通过国内立法排除其承担的国际义务。

给予正式赦免或不起诉（事实上（*de facto*）的赦免）——若不采取赦免，冲突中的敌

⁴⁴ Méndez, 见脚注 8, 第 277 页。

⁴⁵ Joinet 报告, 见脚注 40, 第 40 段到第 42 段。

⁴⁶ 赦免排除起诉且其并不是宽恕。它们之间的区别并不精确：宽恕，和赦免一样，可以排除起诉，并且赦免经常施于服刑的人。See A. Damico, *Democracy and the Case for Amnesty*, University Press of Florida, 1975. The word “amnesty” like “amnesia”, derives from the Greek “amnesia”, which means “forgetfulness” or “oblivion”; an amnesty constitutes a declaration that the government intends to obliterate (and not merely forgive) a crime. See K. Moore, *Pardons: Justice, Mercy and the Public Interest*, 4-5, 1989. Black’s Law Dictionary defines amnesty as “the abolition and forgetfulness of the offense,” while pardon is “forgiveness”.

⁴⁷ 目前为止，尚无对于严重违反人权行为的部分赦免被提交至条约监督机构。Ratner, 见脚注 21, 第 744 页。

⁴⁸ 例如，同上，第 736 页。

⁴⁹ 新政府深思熟虑后采取的赦免措施对于受害者和犯罪者而言具有相同的最终结果但并不应包括自我赦免这种令人厌恶的方式。自我赦免被认为是恶劣的事实进一步表明了一项公认的法律义务即禁止认可自我赦免。同上，第 744 页。See also Robert O. Weiner, “Trying to make ends meet: Reconciling the law and practice of human rights amnesties”, *St. Mary’s Law Journal*, No. 26, 1995, pp. 857, 859 (describing this as “an exercise in power, not legitimacy”).

⁵⁰ Ratner, 见脚注 21, 第 744 页。

⁵¹ “对于过去的违法行为普遍持宽恕的观点，大多数争论者同意两项例外。一项例外是，自我赦免是违法的。另一项例外是在涉及人权方面，国家有义务起诉违反国际法的行为。正如有的观点指出，这些罪行是不能单方面被宽恕的。...危害人类罪必须被起诉的观点见于对 Paul Touvier 的审判。Paul Touvier, 一个法国通敌者，于 1994 年受到了刑事审判，此时距战争结束已有 50 年。”See *Le Monde (Special Issue)*, 17 March 1994; Huyse, 见脚注 16, 第 337 页。

⁵² Orentlicher, 见脚注 18, 第 2550 页。

对行动将永无休止，并且审判可能会充斥着政治因素，从而动摇脆弱的新政府⁵³——使得和平及和解要视通过特赦实现的有罪不罚的情况来定。但全面反对起诉的主张需要加以审查，以判断该项言论是否言过其实。而声称特赦法是和解或修补社会机制所必需的观点可能会错误的推断出除此之外并没有其他措施可采取。⁵⁴“面对军队抵触情绪和实质严重威胁国家生活这两种情况，界限必须予以分清。”⁵⁵一些建议主张授予特赦必须以获取信息为交换条件（例如，失踪人员的命运）。起诉这一措施，特别是在国际审判中，被指责阻碍了信息的收集，因为掌握信息的人往往害怕受到起诉，而无勇气公布所知信息。

不应被忽视的是，起诉特定罪行之法定义务在谈判中具有重大意义，因为国际法普遍要求的起诉义务在于防止国家仅为政治之便宜而放弃审判。⁵⁶国际法，无论从要求惩罚恶劣罪行方面，还是从遵守国际法之国际社会压力方面，均可与呼吁有罪不罚群体之压力相抗衡。双方对于起诉之争论是否已达到不可协商的地步呢？⁵⁷同样，当法律要求起诉时，人们并不会轻易认为这些案件是“复仇之起诉”，也不会认为正义在此情势下等于复仇；⁵⁸因此，争论之关键点并不在于复仇还是和解。不考虑上述争论，对某些罪行或引渡或起诉的法定义务，必然导致授予特赦违背了法治原则。因此，在采取特赦措施时，须认真考虑该措施是否真的有利于民族和解及国家的和平发展。

特赦之合法性——违反国际人道法行为

如上所述，国家有义务制裁违反国际人道法的行为，但其并无义务起诉这些违反行为。只有重大破坏条约行为才需要采取刑法惩治，且这项需要已通过国际习惯法涵盖了其它战争罪。因此，本部分将着重讨论战争罪。

一些国家对于战争罪授予特赦，但这一措施经常被他们的法院认为不合法或者受到了国际社会的批评。⁵⁹例如，在塞拉利昂问题上，联合国从未承认对1999年7月达成的“洛美协议”中对交战人员所为之危害人类罪，战争罪以及其它对于国际人道法的严重违反行为应予以赦免。⁶⁰在《塞拉利昂特别法庭规约》中提及上述罪行时，明确表明该协议中所授予的特赦并不能阻止法院对触犯上述罪行者行使刑事管辖权。⁶¹

对于特定行为，国际人道法并不支持采取特赦措施。《第二附加议定书》第6条第5款呼吁在非国际武装冲突之后应尽可能采取广泛的特赦。⁶²不幸的是，由于对该条文的错误解

⁵³ 同上，第2444页。特别是在那些军队仍掌握实质权力的国家，起诉一些军队成员会导致削弱新的民选政府。

⁵⁴ Ibid., p. 2550. See John Dugard, “Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question”, *South African Journal on Human Rights*, No. 13, 1997, pp. 258, 267; Carla Edelenbos, “Human rights violations: A duty to prosecute?”, *Leiden Journal of International Law*, No. 7, 1994, pp. 5, 20.

⁵⁵ Orentlicher, 同上，第2548页；Méndez, 见脚注8，第257页。

⁵⁶ Angleika Schlunck, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international armed conflicts*, Berlin Verlag, Berlin, 2000, p. 13.

⁵⁷ Orentlicher, 见脚注18。

⁵⁸ 同上，第2549页。

⁵⁹ Henckaerts, 见脚注27，第609页到第610页。

⁶⁰ Antoine J. Bullier, “Souveraineté des Etats africains et justice pénale internationale: une remise en cause?”, *Afrique contemporaine*, No. 198, 2eme trimestre 2001, p. 82.

⁶¹ Statute of the Special Court for Sierra Leone, Arts. 2-4. See also Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 16 January 2002, preamble, para. 2（然而...安理会要求秘书长与塞拉利昂政府达成一项协议以建立一独立之特别法庭，该法庭职责在于负责起诉严重违反国际人道法者以及触犯塞拉利昂刑律者）。

⁶² “《第二附加议定书》第6条第5款中的谈判讨论的背景情况（*travaux préparatoires*）表明该条文目的在于提倡特赦（例如，在敌对行动结束后的一种解脱）。但其并不意味着对于违反国际人道法行为授予特赦...

释，该条款在对战争罪授予特赦时被视为法律依据，例如，在拉丁美洲。⁶³实际上，该条款仅仅鼓励对武装冲突中敌对行为授予特赦，但其犯罪行为则应受到起诉。⁶⁴尽管国际人道法认为某些特赦能够带来和平或为和平创造条件，但国际习惯法认为特赦应授予那些未被怀疑犯下战争罪行的人，⁶⁵且大多数特赦确实排除了被怀疑犯下战争罪行的人。⁶⁶

特赦之合法性——违反国际人权法行为

对于特赦的禁止并不仅限于战争罪。对于其它被认为恶劣的国际罪行，其中包括严重违反人权法的行为，起诉的义务同样存在。联合国人权委员会对特赦持谴责态度。起初，委员会从免于酷刑方面予以考虑：“特赦与国家针对酷刑展开调查的义务相悖。”⁶⁷以后对特赦的禁止延伸至其他方面：“特赦阻止了对违反人权之犯罪者展开调查并予以惩罚，破坏了对人权的尊重，导致了赦免违反人权之犯罪者的风气。”⁶⁸但是，委员会“并未建议国家以起诉替代特赦法（也许是出于对法律溯及力的考虑），但要求国家展开调查程序，对受害者予以补偿，并将罪犯剥夺公职。”⁶⁹联合国人权事务高级专员办事处，联合国人权委员会⁷⁰以及促进和保护人权分会均强调了反对特赦的重要性以及有必要对于国际罪行排除特赦。⁷¹

茹瓦内在其有关“违反人权犯罪者之有罪不罚问题”的报告中列举了对旨在对抗特赦之法律规则的限制措施。⁷²涉及特赦的限制措施包括：

“即使目的在于为和平协定创造条件或者促进民族和解，特赦以及其它温和措施应当维持在下列限度之内：

- (1) 国际法严重罪行之触犯者不能从这些措施中受益除非国家已履行第18条原则中的义务（‘国家司法部的义务’）；
- (2) 不影响受害者的求偿权……”⁷³

无论如何，国家不会接受《第二附加议定书》中的任何强迫国家将违反行为犯罪化的条款。在说明《第二附加议定书》的外交会议中，前苏联代表就议定书草案的第10条（即议定书的第6条）指出他的代表团“确信本次委员会所说明的文本不应当被如此解释，即会导致战争罪犯或者危害和平以及人类的罪犯能够在任何情况下逃避惩罚。”

Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974 – 1977), Berne, 1978, Vol. IX, p. 319.

⁶³ See, e.g., Decision of the Supreme Court of Justice of El Salvador on the Amnesty Law, Proceedings No. 10-93, 20 May 1993, and Douglas Cassel, “Lessons from the Americas: Guidelines for international response to amnesties for atrocities”, Law and Contemporary Problems: Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, Vol. 59, Autumn 1996, pp. 197, 218 and n.127.

⁶⁴ Cassel, 同上，第218页。

⁶⁵ Henckaerts, 见脚注27，第611页到第614页。

⁶⁶ 同上，第612页到第613页。

⁶⁷ General Comment 20(44), Art. 7, para. 15, “Report of the Human Rights Committee”, U.N. GAOR, 47th Session, Supplement No. 40, Annex VI, pp. 193, 195, U.N. Doc. A/47/49 (1992). All cited in Ratner, above note 21, p. 721, n. 62.

⁶⁸ Human Rights Committee, “Preliminary observations on Peru”, para. 9, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.67 (1996). See also Human Rights Committee, “Comments on Argentina”, paras. 153, 158, in “Report of the Human Rights Committee”, U.N. GAOR, 50th Sess., Supplement No. 40, pp. 31, 32, U.N. Doc. A/ 50/40 (1995); Human Rights Committee, Hugo Rodriguez v. Uruguay, Comm. No. 322/1988, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994). All cited in Ratner, above note 21, n. 63.

⁶⁹ Ratner, *ibid.*, citing Human Rights Committee, “Preliminary observations on Peru”, para. 20; “Comments on Argentina”, para. 158.

⁷⁰ See, in particular, the resolution entitled “Impunity” adopted by the Commission on Human Rights in numerous sessions; the latest resolution, E/CN.4/RES/2005/81, was adopted in 2005.

⁷¹ 例如，Henckaerts, 见脚注27，第二卷，第4035页到第4038页。

⁷² Joinet 报告，见脚注40，原则23-22，第24页到第26页。这些原则已被更新，见更新后的原则，见脚注40，原则22-30，第13页到第16页。

⁷³ 原则25，同上，第24页。见更新后的原则，脚注40，原则24，第14页。

美洲人权委员会在下列观点上几无疑虑，即对严重违反人权行为授予特赦违背了《美洲人权公约》的多项规定：“十分清楚，展开司法调查以确定罪犯，查清姓名以及惩罚罪犯是必需的。”⁷⁴美洲委员会建议将自我特赦法替换为“确定有罪团体，确立责任以及有效的起诉犯罪者。”⁷⁵这与委员会早期的做法不同，即“仅提供补偿”以及“采取措施以澄清事实和确定责任者”。⁷⁶除了上述情况，委员会从未在美洲法院的有效判决中提及这些事项。

尽管现今判决和观点普遍支持刑事责任的承担，但在过去数十年中，下列国家在变迁中，选择在政府暴行方面通过广泛的特赦法——或者支持前任政权的特赦：阿根廷⁷⁷，乌拉圭⁷⁸，智利⁷⁹，巴西⁸⁰，秘鲁⁸¹，危地马拉⁸²，萨尔瓦多⁸³，洪都拉斯⁸⁴，尼加拉瓜⁸⁵，海地⁸⁶，象牙海岸⁸⁷，安哥拉⁸⁸和多哥⁸⁹。除此之外，南非宪法法院在“阿扎波诉南非”（AZAPO v. South Africa）一案中认为，一国发现真相与和解的过程，其中包括其特赦程序，并不与国际法相矛盾。⁹⁰2005年，哥伦比亚制定了一部特赦法。最近，阿尔及利亚也通过了一部特赦法。⁹¹

“我强调对某些重大违反人权的行为以及国际人道法中的违反行为不能授予特赦。当联合国面临是否签署塞拉利昂和平协定以结束该国的暴政时，联合国特别指出：和平协定第9条有关特赦和宽恕的规定不适用于灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪以及其它严重违反国际人道法的行为。我们必须谨慎以免发出，在违反人权以及违反国际人道法情况下，有关特赦的错误信息，并且我相信普林斯顿原则正确地表明了一种观点，一些罪行太恶劣以至不能免

⁷⁴ Cassel, 见脚注 63, 第 217 页。

⁷⁵ Report No. 36/96 (Chile), 15 October 1996, para. 111, 1996. Annual Report, Inter-American Commission on Human Rights, 1997, pp. 156, 183.

⁷⁶ Report No. 29/92 (Uruguay), 2 October 1992, para. 54, 1992–1993, Annual Report, Inter-American Commission on Human Rights, 1993, pp. 154, 165, recommending “just compensation” and “measures necessary to clarify the facts and identify those responsible” but not prosecutions. See also Cassel, above note 63, pp. 208–19; Weiner, above note 49, pp. 862–64.

⁷⁷ Law No. 23492, 23 December 1986, reprinted in Kritz, above note 1, Vol. 3, p. 505.

⁷⁸ Law No. 15848, 22 December 1986, *ibid.*, p. 598.

⁷⁹ Decreto Ley No. 2.191, 18 April 1978.

⁸⁰ Lei No. 6.683, 28 August 1979, Art. 1.

⁸¹ Ley No. 26479, 14 June 1995, available at <http://www2.congreso.gob.pe/ccd/leyes/cronos/1995/ley26479.htm>.

⁸² Ley de Reconciliación Nacional, Decreto No. 145-96, 18 December 1996.

⁸³ Decree No. 486, 20 March 1993, reprinted in Kritz, above note 1, p. 546.

⁸⁴ Decreto No. 87-91, 23 July 1991, *ibid.*, p. 546.

⁸⁵ Law No. 81 on General Amnesty and National Reconciliation, 9 May 1990, *ibid.*, p. 591.

⁸⁶ Loi relative à l'Amnistie, published in Le Moniteur, Official Gazette of the Republic of Haiti, 10 October 1994 (Haiti), reprinted and transl. in Michael P. Scharf, “Swapping amnesties for peace: Was there a duty to prosecute international crimes in Haiti?”, *Texas International Law Journal*, No. 31, 1996, pp. 15–16.

⁸⁷ “Ivory Coast parliament passes amnesty law”, Reuters Library Rep., 29 July 1992, available in LEXIS, World Library, BCSWB File.

⁸⁸ “Angola: national assembly approves amnesty law”, BBC Summary of World Broadcasts (Televisao Popular de Angola), 9 May 1996, available in LEXIS, World Library, BCSWB File.

⁸⁹ Tchidah Banawe, Togo-Politics: Trying to heal the wounds, Inter Press Service, 2 March 1995, available in LEXIS, News Library, INPRES File.

⁹⁰ Menno T. Kamminga, “Lessons learned from the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences”, *Human Rights Quarterly*, No. 23, 2001, pp. 940, 957. Dugard批评判决从国际法层面思考较少，但是他承认“国家情势太不稳定以致不能要求国家起诉那些被宣称犯下危害人类罪的人，并且当前国际法未禁止在南非这种情形下施以特赦。”Dugard, 见脚注 54, 第 267 页。See also John Dugard, “Dealing with crimes of the past: Is amnesty still an option?”, *Leiden Journal of International Law*, No. 12, 1999, pp. 1001–15.

⁹¹ 2005年6月20号，议会批准了“和平正义法”，Alvaro Uribe Velez于2005年6月22号签署该项法律。这部法赋予准军事部队成员以政治地位，从而使他们有了从赦免中获利的可能；在复员计划中，准军事领导者可通过坦白罪行以获取4年到8年的监狱刑减刑。2006年2月27号，阿尔及利亚的内阁，由总统Abdelaziz Bouteflika主持，批准了“实施和平和国内和解宪章法令”，避开了议会的辩论，因为当时议会处于闭会期。

于处罚。”⁹²

抉择于刑法惩治与特赦间

如果一国立法者选择通过特赦法来处理战争罪或者重大违反人权行为的罪犯，他们必须意识到未能履行或起诉或引渡将违反一国所承担的国际法义务。国家也必须意识到那些被授予特赦的人在国外并不能免于受起诉。⁹³当做出特赦的选择时，国家必须考虑其实施特赦的目的是否会因与法治相悖而最终不能实现。旨在起诉战争罪犯的法律之目的并不能够由实际的起诉程序所实现，而且，在此种情况下，实际上有必要忽视法律以实现其原始目的；如果决策者准确而公正地得出这一结论，该怎么办呢？这一偏激的观点，如同是在光滑之峭壁摇摇欲坠。

一国决策者能否采取一种特赦并不像全面特赦那样，如部分特赦，那是否算是直接与法治相悖呢？如果可以被允许这样做的话，那么采取何种标准以判断何种人以及何种罪行可以授予特赦？也必须思考寻找一个称职的机构行使这些标准。对于特赦的忧虑是否会减轻，如果知道违法者在国外并不能免于起诉（至少针对战争罪和其它一些各国具有普遍管辖权的犯罪）？或者能否达成一致意见：如果一国不起诉，至少它也不会给予正式赦免？但是，事实上的特赦之非法性并未降低，并且其也推动了有罪不罚。然而是否可以认为事实上的特赦是一种首选的折衷，因为其并未像正式特赦一样冠冕堂皇的宣称有罪不罚？；另外，国家必须避免对违反国际法行为提供帮助并尽全力终止违法行为。⁹⁴特赦法也许会被解释为宽恕战争罪，但仅仅不起诉则会有不同的理解。

鉴于期望达到的目标（例如，民族和解以及国家的和平发展），可以认为：法治必须遵守，不应允许战争罪行以及重大违反人权行为能够逍遥法外。那么，是否存在其它的选择？国家是否能以强制力或者不可抗力（*force majeure*）来为自己辩护，理由如缺乏正常运作的司法系统或者过于庞大的起诉案件量？⁹⁵或者国家是否应采用限制法令？在战争罪行方面，对严重破坏四个《日内瓦公约》以及《第一附加议定书》的行为设置起诉限制将会违背或起诉或引渡的义务，也会与一国行使普遍管辖权进行调查和审判和履行其它条约义务相悖。⁹⁶

⁹² Mary Robinson, UN High Commissioner for Human Rights, Foreword, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, Princeton Project on Universal Jurisdiction, Stephen Macedo (Project Chair and Editor), Princeton University, Princeton, New Jersey, pp. 17-18. 有关普遍管辖权——普林斯顿原则 7：“特赦”：“1. 特赦与国家必须为重大罪行找出责任者的国际法义务相悖，正如在第 2 条原则第 1 款中指出的那样；2. 特赦不应阻止对国际法中的严重罪行施以普遍管辖权（如第 2 条原则第 1 款指出的），因为特赦与国家的国际法义务相悖。”

⁹³ 将在本国被授予特赦的人依照普遍管辖权置于他国的司法程序中，与《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 7 款的规定并不相悖。依据第 14 条第 7 款的含义，授予特赦并不等于“宣判无罪”。因此，该条款规定对于一事不再理（*ne bis in idem*）的禁止在此并不适用。即使真理与和解委员会的一些程序符合标准，人权委员会已指出第 14 条第 7 款的规定并未禁止在另一国家就相同犯罪进行审判。A.P. v. Italy, Comm. No. 204/1986, 2 November 1987, U.N. Doc. A/43/40, at 242. Kamminga, above note 90, pp. 940, 958 and n. 81.

⁹⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Official Records of the General Assembly, Fiftysixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10), Chap. V, Art. 16. See also Henckaerts, above note 27, p. 509-513.

⁹⁵ “不可抗力（*force majeure*）”的定义为“事件的发生不能预见，不能避免且不能抵抗，以至实质无法履行义务。”《国家不法行为的责任》，同上，第 16 条。卢旺达事件是否能构成一个关于不可抗力的例子，鉴于存在过于庞大的起诉量，即使政治上有要提起诉讼的愿望，但一些普通问题也会阻碍审判，特别是在武装冲突以及其它暴力事件之后：一个几乎不能运转的司法系统，或是缺乏人力（例如，专门人员）或者财政支持；警察和检察官缺乏必要的技能进行调查和提起诉讼，或者更糟糕的是，存在着腐败、易于妥协的官员；缺乏具体的证据；起诉大批人员在现实或后勤保障中的不可能性；缺乏必要的国内立法（以履行国际条约义务）。

⁹⁶ GA Resolution 95(I) of 11 December 1946 affirming the Nuremberg principles. 1968 UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity and 1974 European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to Crimes Against Humanity and War Crimes. See

但至少，限制法令并未表明什么行为是合法的，而仅仅排除了起诉的可能。然而，它们的结果是一样，即：毋须承担责任。

国家是否应寻求宽恕来代替特赦呢？被宽恕的情形少于被特赦的情形。寻求特赦的团体认为宽恕并不令人满意。宽恕相比特赦更易让人接受：与特赦相对，当不存在司法裁决时，宽恕是在定罪后由政府废除处罚。至少宽恕保持了有罪判决的完整——但仍然与法治原则相悖；除非有罪判决本身是一种令人满意的惩罚。但仅仅靠有罪判决是否就能符合茹瓦内所提出的责任、承认和真相这几个要求呢？无论如何，对于战争罪犯的处罚取决于一国政府的裁量权，只有在或起诉或引渡的情况下法律义务才能特定。选择宽恕又引起了一个同样的问题：起诉或惩罚的目的何在？涉及到正义、和平以及和解时，刑事镇压（例如，刑事起诉）又扮演了什么角色？

那么，为什么要进行起诉呢？其理由之一就是威慑。⁹⁷虽然何种程度的惩罚具有预防性的作用还不那么清楚，但可以知道的是，有罪不罚，包括通过授予特赦以免除处罚，将有可能导致将来犯罪的发生。同样，起诉是区分集体罪行和个人罪行最有效的方式，这样就能涤除团体内无辜的人来承担历史罪行的污名，否则对其他团体犯下的这些罪行就会被指称为集体罪行。⁹⁸起诉之后采取的惩罚措施能够帮助罪犯重获新生。罪犯受到起诉是否是一种报应呢？反对起诉者主张起诉仅仅是报复性的，延续了仇恨的循环。⁹⁹或者通过起诉，说明社会并不允许破坏规则，特别是保护无辜者和无能力反抗者的规则？¹⁰⁰同样通过起诉，社会展示其对禁止酷刑、强奸和谋杀的规则的高度重视。但是，支持起诉的“知情权”¹⁰¹并不意味着为了起诉而起诉。必须设置司法保障以保证公平的起诉。¹⁰²

必须承认的是，即使是一个运作良好的司法系统，其在促进和解以及和平过渡以避免压制政权方面的作用也是有限的。起诉能够很好的处理个人所要承担的责任问题，¹⁰³但不能处理机构的责任（例如，一些机构，也许甚至包括司法机构，在事实上参与了违法行为），且并不能为机构的改革提供建议。刑事审判针对特定案件依靠证据是否充分以判断个人有罪或无罪；它并不一定寻求如发现真相这样的目的。当然，在刑事审判中真相的确会浮现，¹⁰⁴但是法庭必须遵守证据规则的要求，往往就会限制了事实——真相——的发现。¹⁰⁵审判之目的，

Henckaerts, above note 27, pp. 614–618.

⁹⁷ “刑事处罚案件的关键，在于它是最有效的能防止未来镇压的方式。陈列违法事实并予以谴责，起诉能威慑潜在的违法者并使公众断绝今后参与政府暴行的欲望。”Orentlicher, 见脚注 18, 第 2542 页。

⁹⁸ Méndez, 见脚注 8, 第 277 页。

⁹⁹ “宽恕并不与正义相悖，特别是在矫正正义而不是惩罚性正义的情况下，正义并不首先寻求惩罚罪犯，而是去治愈裂痕，去恢复被暴行扰乱的社会平衡。”Are We Ready to Forgive? Desmond M. Tutu interviewed by Anne A. Simpkinson, 2001, available at http://www.beliefnet.com/story/88/story_8880_1.html#cont.

¹⁰⁰ Méndez, 见脚注 8, 第 276 页。Méndez, 见脚注 17, 第 31 页。

¹⁰¹ 由L. Joinet指出，见脚注 40 以及相应文本。

¹⁰² “当已存在的特赦法发挥作用时仍坚持起诉，是不负责任的态度，因为它会搅乱...法治...且其违反了根本原则既罪刑法定（*nulla poena sine lege*）...由民主机构针对特赦和宽恕立法是另外一回事。”Méndez, 见脚注 8, 第 273 页。

¹⁰³ 法律能处理很多事情，例如，提供赔偿，责任者，法律正义以及官方承认。“法律的特定角色需要予以明晰，这样才能避免法律在处理一些事情时陷于糟糕的境地。”Naomi Roht-Arriaza, “Combating impunity: Some thoughts on the way forward”, Law and Contemporary Problems: Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, Vol. 59, Autumn 1996, pp. 103, 125.

¹⁰⁴ 例如，在阿根廷，十九世纪中期对小团体成员的审判予以了大量的新闻报道，提供了数以百计的证人和受害者的证词；Hayner, 见脚注 5, 第 100 页。

¹⁰⁵ 同上，第 100 页。

既不是为了探寻允许武装冲突或压制政权存在的社会政治经济制度之历史，也不是评价冲突各方或政权所犯下的暴力行为的社会影响。¹⁰⁶但上述两个过程都是机制改革以及建立有利于和解的集体记忆¹⁰⁷所必需的。如此情况下，起诉能够为其它机制所补充并融入冲突管理这一全面处理过去社会之冲突的概念当中。¹⁰⁸

当起诉量庞大而无法进行时，是否应停止起诉而不是起诉其中的某部分人？如果只是起诉某部分人，那么哪些人应当被起诉呢？仅仅起诉那些发布命令者（“大鱼”）而不是执行任务的下属？由塞拉利昂特别法庭采用的起诉承担最大责任者也许并不是最好的办法？有的观点认为，起诉某一部分人并不能实现正义，这样做会导致法律擅断的风险并破坏法律面前平等的原则。但在大部分国家的国内法律制度中，也并不是所有罪犯都最终受到了起诉。起诉裁量权允许检查官不仅仅基于法律或证据规则提起诉讼，还可以依据公共政策。没有人会认为这样做等于否定了正义。对违法者的审判可限于恶劣的罪行。¹⁰⁹

“如果起诉的目的是为了维护法律的权威以及阻止将来犯罪的再次发生，那么就没有必要起诉过去一系列违法行为的所有参与者。这些或其它目的…能够为示范性的审判所实现，只要挑选被告的标准并不损害起诉的正当性，例如，不能仅仅针对替罪羊。”¹¹⁰

卢旺达存在这种挑选的例子。为了决定审理哪些案子以及在何处判案，或者在卢旺达国内法庭抑或卢旺达国际刑事法庭，对嫌疑犯的区分是基于他们罪行的严重程度。在卢旺达，大约有 12 万人因涉及 1994 年的种族屠杀而被羁押，且如果要全部审判他们，则估计会花费卢旺达国内法庭和卢旺达国际刑事法庭至少 100 年的时间。¹¹¹为了缓和这种情形，卢旺达政府建立了“民间传统司法”（gacaca）的方式，采用参与正义和接近正义来替换过渡司法，由群体中的个人担任“人民的法官”。“民间传统司法”坚持依据罪行的严重程度区分犯罪人。

如果在国内起诉和国际起诉中进行选择，应首先选择国内起诉。除了遵守国内管辖优先的原则以外，国内起诉被普遍认为更有利于和解，因为首先是国家、而不是一个外在实体例如国际法庭，需要来承担责任和澄清事实。外在机制被认为是使政府摆脱问题的困扰、因而使得政府无动力去为过去的罪行承担责任或者改革以及建立必要的内部机制的一种机制。外部机构的结论以及建议相比国内法院甚至是国内真相委员会而言，更容易被忽视。当然，一国必须要有具有实际能力的司法机制，且它在执行过程中必须提供最低限度的司法保证。机构必须得到尊重和信任否则公众不会认为已经实现了正义。当然，正义的理念仅仅在机制运作以及得出结果过程中为公众所见。

公众所感知的正义对法律或司法机制在和解过程中具有关键的作用。一个司法系统也许

¹⁰⁶ 前南斯拉夫国际刑事法庭也许会反驳这种对起诉的评价。在波斯尼亚，真相委员会命令的作用十分有限，目的是为了不干预前南斯拉夫国际刑事法庭的工作。因此，这样的真相委员会并不能提供如法庭判决中所能提供的证据。

¹⁰⁷ Wilson, 见脚注 3, 第 121 页。

¹⁰⁸ Schlunck, 见脚注 56, 第 64 页。

¹⁰⁹ Orentlicher, 见脚注 18, 第 2542 页到第 2543 页。

¹¹⁰ 同上, 第 2598 页（脚注省略）。

¹¹¹ “Rwanda: Genocide survivors worried about people’s courts”, Agence France-Presse via NewsEDGE, 10 March 2001. Other estimates include 150 years: Abigail Zopetti, “Crime de guerre. Au Rwanda, retour à la justice coutumière des ‘gacaca’”, Le Temps, 19 July 2001; and 200 years: Gabriel Gabiro and Julia Crawford, “Les Rwandais expriment des sentiments partagés sur les ‘gacaca’”, Arusha International Criminal Tribunal for Rwanda News, Agence de Presse Hirondelle, 4 May 2001.

会坚持法治的所有原则，但如果其被公众认为，例如，仅仅是胜利者的正义，起诉就具有负面影响。“明智起诉”的另外一个原因就是公众所感知的正义的影响力。如果一个司法系统参与了或者被视为参与了前任压制政权的迫害，该司法系统于行使正义之前，需要在社会面前认真全面的改革，无论其是否已进行了正式的改革。否则，社会对审判将会充满疑虑。是虚假的审判么？或者，走向另一极端，仅仅是报复或者复仇的审判么？塞尔维亚对前南斯拉夫国际刑事法庭的不佳印象，就是一个很好的例子。

结论

本文的主要目的是确定与过渡司法相关的问题，特别是刑事镇压和特赦对实现民族和解及国家和平发展所能起的作用。其中提出了许多问题，但并没有明确的答案，这是因为答案主要取决于许多具体的情况。同样，对于一系列领域（大部分并非作者专长）的理解也是得出结论所必需的，包括哲学、社会学、政治学、国际关系以及法律。本文中所确立的一些问题，更多是从哲学层面而非现实层面。正义的概念是什么？正义的目的是什么？我们对于正义的理解是否能够实现正义的目的？司法制度的目的是什么？起诉的目的呢？为这些问题提供准确的答案并不是本文的目的。但是，必须予以承认，过渡司法中的任何决定和措施，例如有罪不罚，特赦，刑事镇压，特别是它们与和解的关系，最终都取决于对这些问题的回答。

回答本文所提出的问题，需要对过渡司法中的事项有更广泛的理解。必须理解特赦和起诉与其它补充机制特别是真相委员会的关系，才能达成恰当的评价。在严重的冲突发生之后，不可能有一种机制能够满足成功过渡的所有要求。“最终而言，惩罚是一种唤起集体良知的手段，但并不是唯一的或者最重要的要求。”¹¹²

也许所谓的两难困境源自既要起诉违法者又要同时促成民族和解的双重目标，这一困境事实上是虚假的，因为如果有罪不罚的循环无法解决，真正的和解就永远不会发生。上述困境也许是虚假的，但困境在应对这类事项时确实存在，要求具备在重大冲突利益间保持明智平衡的能力，包括对是否挑起内心报复的欲望这一最基本决定的取舍。

朱文奇 校

¹¹² Raoul Alfonsin, Argentina's first elected president after the collapse of the military regime, ““Never again” in Argentina”, *Journal of Democracy*, No. 4, January 1993, pp. 15, 19, cited in Huyse, above note 16, pp. 337, 342. See generally, Report of the Secretary-General on the rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, S/2004/616, 3 August 2004.