

比较法律研究与法律国际化

米海伊尔·戴尔玛斯—马蒂女士，法兰西学院院士（政治与伦理科学研究院），教授

李滨译

课程：迈向价值的共同体？——基础的禁止性规定

下面将要讨论的话题是存在疑问的。这就是：如何构思这样一个价值的共同体，它确立了由 1948 年世界人权宣言所宣示的普遍性，同时也尊重由 2005 年联合国教科文组织文化多样性的公约所规定的文化多样性？

这是一个同时涉及法律实践和政治、哲学与人类学解释的问题，因此，不能仅在法律研究中找出答案。但法律至少可以通过将价值规范化（立法功能）和将价值付诸实施（司法和执行功能）而有助于强化价值选择。更重要的是，法律有时能够引发产生那些还没有被表达出来的价值，因此，法律可以先于价值的形成。

换句话说，我们可以观察到伦理与法律之间的辩证关系。这种关系表现为有时价值被转化为法律——这显然是最逻辑的途径，或者说正如最高行政法院关于制定生物伦理立法报告的题目所表明的那样，“从伦理到法律”。但有时更为令人感兴趣的是，伦理与法律之间采取了相反的转化方式，即法律被引申为价值：通过将“反人类”罪规定为刑法所禁止的行为，国际法在象征意义上界定了一种禁止性的规定，尽管人道本身的含义还远没有被明确和被界定为需要保护的普遍性价值。

但是，这里提到的法律是什么呢？根据其宗旨是积极地对需要促进的价值达成一致，还是消极地做出基本的禁止性规定，这里所要提到的法律将主要是指人

权法或刑法，同时要避免根据本体论上的先后关系将二者排序：这里主张的既不是原罪也不是原善，显然它们之间存在着密不可分的联系，这种联系自然地对基础的禁止性规定和基本权利提出了要求。

当然，这里还是先从禁止性的规定谈起，因为法律分析总是认可刑法实践在时间上的先前性。大多数的法律共同体都是围绕着某些禁止性的规定而在象征意义和法律上被稳定化，以至于在像中国这样幅员广阔的国家，法律在几个世纪里被认为与刑法是一回事。

这种奠基性的功能——围绕着价值建立和构造各个人类共同体——并不是法律所独有的，但是法律突出了这种功能，并赋予了这种功能在其他规范体系中所不具备的力量。当然，法律可以服务于不同的目的，不过，随着法律的禁止性规定脱离了其宗教渊源，法律将权利和技艺置于人力的理性之下。而这种将人类实践“置于理性之下”的能力在刑法中变得非常突出，以致刑法被认为在所有禁止性规定中最具“基础性”，因为它表达出每一个共同体阐释生命与死亡、权力、性，以及获得和分享财产的方式。

但是，刑法也存在于每一具体共同体所具有的相对性之中。要在世界范围内建立一个价值共同体，就需要跨越这样一个在全球化下最重要的矛盾，即法律体系是最不能被普遍化的。

因此，要知道的是，通过拒绝“非人道”而被国际化的刑法是否，以及在什么条件下能够成功地构建起这样一个价值共同体。对该问题的回答不可能仅局限于如下判断，即国际刑法本身就是价值的奠基者。答案更应该指向这样一种假定，即通过整合刑事审判程序中表现出来的分歧——这种整合发生在伦理的三个层面上，即痛苦的表面普遍性、关于犯罪与惩罚的法律阐释的相对性，以及以人道

名义提起的诉讼所具有的正在形成的普遍性——刑法的国际化将各种价值相协调，逐步促进共同价值的形成。

这里的难点在于普遍与相对之间的协调被一种双重的分裂提出质疑。首先，这种分裂发生于刑事定罪本身，也就是这里所指的禁止性规定，即在对某种行为界定为犯罪与各种旨在将该行为正当化的法律技术(正当防卫、紧急情形、胁迫，等等)之间存在分裂，前者具有普遍性的意义，而后者则主要根植于不同国家的传统。这无疑是在世界范围内将恐怖主义行为界定为犯罪的努力遭受挫折的主要原因，不同国家有着不同的将恐怖主义行为加以正当化的理由。我们可以进一步得出这种假定，即“禁止/正当化”这一对范畴的两个方面并不存在于同一层次之上：禁止是普遍的，或者说是可以被普遍化的，而禁止本身又被各国持有的正当化理由所相对化。如果说“战争罪”，以及进一步而言“反人类”罪，具有某种普遍的特征，那么从2001年9月11日恐怖袭击以来被激活的“打击犯罪的战争”这种流行话语所形成第三类范式，则宣示了国家相对主义的有力复归。

分裂还发生在对禁止性规定的实施上：在规定责任，赋予起诉与审理案件的权限，或者决定处罚时，具有明显技术特征的各种选择要求在“惩罚/宽恕”这一对范畴之间寻求平衡，在国际和国内层面之间分配正义与社会安宁。

我们还记得阿娜·阿朗特关于宽恕的思想：在保护被征服者或减轻死刑时，与人类自身条件相对应的宽恕——任何人都不得对他自己给予宽恕——，只有在一个如此组织的共同体的层面上才是可以想象的。这就是她所提出并被广泛引用的“既不能惩罚也不能宽恕的罪行”这一话语的深层次原因。这一话语在1958年的一本书中再次被提到，其内容是指“那些极端恶劣的罪行，同时，尽管我们曾经遭受过它们中间某种很少公开表现出来的罪行，我们还是对其了解甚少。我们

所知道的是，我们既不能惩罚也不能宽恕这些罪行，因此，它们超出了人类自身的领域和人类能力的潜力，当这些罪行出现时它们会完全地摧毁前两者。”¹不过，阿朗特参与了1961年以色列对艾希曼（Eichmann）的审判，并通过指出审判程序本身的缺陷和支持贾斯佩尔斯（Jaspers）关于成立国际法庭审判案件的意见，对审判的合理性做出了辩护。遗憾的是，尽管存在技术上的困难，还没有人认真地考虑上述建议，阿朗特认为建立一个国际刑事法院是“极为必要的”。

今天，这个国际刑事法院已经建立起来，但与国际刑事司法几乎同时出现的各国的替代性司法机构，例如以南非、拉丁美洲或摩洛哥的实践为模式成立的“真相与和解委员会”，再次引起了相关争论。如果说国际社会无疑是过于脆弱而不敢宽恕——正如在国际法上以各种形式出现的关于反对不惩罚的流行话语，那么国际社会已经开始通过国际司法机构实施一种全新的关于惩罚的世界法。

正是如此，国际社会可以转化为一个承认共同价值的人类共同体，但这种转化是选择性的和不连续的，因为它与下面两个在其内部存在冲突的范畴相关联：

——“禁止/正当化”这一对范畴，在战争罪、反对犯罪的战争和反人类罪这三个不同范式上，该范畴内的两个构成因素有时是互补的，有时则是相互矛盾的；

——“惩罚/宽恕”这一对范畴，它存在于有关不惩罚的责任和“为了正义的利益”进行起诉与审判，以及关于惩罚的性质这些争论之间。

1. 禁止/正当化：三个范式

赫拉克里特曾指出，战争既与我们相对立，又与我们相同。因此，并不令人感到惊讶的是，国际社会最初并未形成对战争的基本的禁止性规定，同时，由于有关战争的伦理问题仍然模糊不清，也就不存在对战争做出基础的禁止性规定这

¹ H. Arendt, *The Human Condition*, 1958, trad. Calman-Lévy, 2e éd., 1983, *La Condition de l'homme moderne*.

种尝试的失败，因为对战争的评价通常是从两个方面分别进行的，首先是根据国家从事战争的理由，然后是根据国家在战争中采用的手段。这种模糊性反映在著名的战时法与平时法的划分之中，它似乎表达了两种不同的宗旨：一方面通过界定侵略的概念和作为其结果的正当防卫来禁止（或者至少是限制）诉诸战争；另一方面，在战时禁止对战斗员、俘虏或非战斗员实施非人道的待遇。

上述双重的禁止规定最终体现在纽伦堡和东京军事法庭规约所规定的破坏和平罪或侵略罪，战争罪以及由“违反战争法则与习惯”引申出的反人类罪之中。

但是，上述三种罪名却经历了不同的发展演变。有关战争罪的规定得到了巩固，反人类罪成为一种独立的罪名，而侵略罪尽管在纽伦堡审判时被认为是“最大的国际罪行”，但对它的定义仍然尚需各国达成一致来完成。在等待有关达成侵略罪含义的建议过程中（修订罗马规约的会议将于 2009 年召开），可以得出的逻辑结论是，侵略反而成为使打击犯罪的战争这一新范式被正当化的合理根据。

实在法因此发生了这样的变化，即纽伦堡审判确立的三种相互补充的罪行由于选择性的国际化进程而被转变为三个相互矛盾的范式，这种选择性的国际化在每一个历史转折点均与蕴含在“禁止/正当化”这一对范畴内的一种新的关于非人道的观念相重叠。

战争罪的范式：对非人道加以限制

直至 19 世纪，建立在两个支柱之上的国际“人道主义”法才逐步得以形成，这两个支柱是：“海牙体系”，它是国家间的法律，明确了作战人员在军事行动中的权利与义务，同时限制国际武装冲突中对作战手段的选择；“日内瓦体系”，它是旨在保护战争受难者的国际法，并对失去战斗能力的军事人员、平民及其财产提供

保护。

上述两个适用于武装冲突的法律分支已经建立起相当密切的联系,以致人们认为二者逐步形成了一个单独的法律体系,这就是现今的国际人道主义法。该体系的特点是承认禁止性规定的普遍性,但这种普遍性的复杂之处之处在于,它仍然十分依赖于各国的相对主义。

普遍性,虽然被大多数国家批准的法律文本所证明,但在一定程度上还是隐藏在这些累积的文本之下:“法学家建立起的普遍世界仍旧停留在纸面上,在关键的问题上,这种普遍世界与人类始终生存于其中的现实世界相脱离”²。

这种纸面上的普遍世界,在内容上存在混淆、片面并时常发生重复,从而表现为建立真正的价值共同体的某种障碍,但它显然是不可避免的,因为它同时反映出国家抵触的强大和人道主义思潮的矜持。

仅仅规定了作战国家的国际责任而没有涉及个人刑事责任的海牙公约(1899和1907),与从1906年起由国际红十字会倡导建立起来的日内瓦法律体系相重叠。1945年,纽伦堡军事法庭规约将所有“违反战争规则和习惯”的行为界定为罪行,并以非穷尽的方式列举出上述具体的犯罪行为,这些罪行被1949年日内瓦公约所吸收,并明确了“受保护”人员或财产的清单,其范围被1977年第一号议定书再次扩展。

随着前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭的建立,这里的图景被新的谈判和妥协弄得更为复杂。两个法庭的规约根据武装冲突的性质不同而有所区别。国际刑事法院规约并没有将问题加以简单化处理,而是将直接规定为犯罪并适用规约的行为与由国际刑事法院可以根据具体案情具体判定为犯罪的行为相区分,

² M. Walzer, 见前引注。

从而进一步详细明确了“战争犯罪”的定义。

在法学家使用的术语背后,下面提到的细节表现了借用一种能够获得共同含义的语言来表达愤慨的努力,尽管存在着政治的抵触,语言和文化的多样性。这就是在纽伦堡审判开始时,总检察官罗伯特·H·杰克逊(Robert H. Jackson)将该审判表述为一种“人类绝望的努力”,真正的控诉者是“文明”,从而使人道主义法成为人类的共同语言。

基础的禁止性规定的教义也可以被国际刑事法庭的法官们所利用,特别是关于日内瓦诸公约第三条的规定,其目的是确保对“所有文明民族都认为在任何地方和任何情形下均应有效的”人道规则的尊重。通过将规则界定为“由日内瓦诸公约所宣示的人道主义原则的核心”,国际刑事法庭的法官们指出,审判是为了保护人类自身免受“所有文明国家都认为的在任何时候都不能被接受的恶劣行为”的侵害,因为这些行为侵犯了人类享有尊严的权利。

但是,还需要明确的是,在战争时,上述禁止性规定是否可以被排除,以及罪行是否可以因为“军事必要”而被正当化,这些问题促使我们去考虑在实施禁止性规定时存在的相对主义。

*相对性*首先是历史的,每一个民族的过去都可以解释为对战争罪的部分地国家化。例如法国,由于其殖民历史就曾多次表示不能接受将战争界定为刑事犯罪,也不承认对战争犯罪不受时效约束的规则,推迟实施国际刑事法院规约在这方面的规定。2006年的立法草案填补了这一空白,但该草案将战争罪(刑法典第四篇增一)与反人类罪(第二篇)相分离,从而保留了建立某种独立体系的可能性,仅仅确保对国际法不完全的移植,这就印证了我们前面提到的假定,即在禁止性

规定的普遍与正当化(第 461 - 16 条规定的军事必要和第 462 - 9 条将正当防卫与紧急情形相结合的规定)的相对之间存在对立。

法国的上述情形远非某种特例,从拉丁美洲到中国,非洲、中东和欧洲,许多国家都存在这样的情况,它们并没有表现出将国际人道主义法移植于本国刑法典之中的急迫。同样,虽然美国曾经对 19 世纪的国际人道主义法做出了贡献,但它仍然利用其“超级大国”的地位,在 2001 年 9•11 事件之后通过了公然违反国际人道主义法和国际人权法的国内立法。

当然,这种向相对主义的复归也是由于禁止性规定自身存在着不足,即在一定程度上过分地将战争与和平,战斗员与平民相互分离的做法。

维护和平的行动就很难在战争与和平之间找到其位置。无论是国家从事的维和行动(最为常见的是美国的维和行动),还是多国的维和行动(联合国、北约、欧盟、非盟),维和部队存在着一种微妙的升级变化——从维护和平到实施和平,以及建设和平——这些不同的行动使维和部队有时发挥维护秩序的警察功能,有时则成为为征服或占领某地区而被派出的军事力量。向外国派遣军队本身并不能自动地成为敌对行为:接受派遣军队的国家在理论上对其领土保有完全管辖权,不过,派出军队的国家则试图免除其士兵接受驻在国的管辖权,特别是当军事行动所发生的驻在国的刑法体系与其本国存在差异时更是如此(例如,驻在国存在肉刑)。当军事行动受到联合国的控制时,联合国秘书长曾提出一条指令要求对国际人道主义法予以尊重,但该指令赋予了派出军队的国家对严重违反国际人道主义法行为的管辖权。然而,国家管辖权很难适应于多国军事部队,因为它们的行动与警察活动相接近,从而使军事行动与证人及司法辅助人员活动之间的区分变得模糊。

同样地，随着“非法战斗员”这一新概念的产生，敌对作战人员与有可能是犯罪人的平民之间的区分变得模糊了。非法战斗员的概念是在美国在第二次世界大战期间通过判例发展起来的，在 2001 年 11 月 13 日布什总统发布的命令中再次使用了这一概念，以色列最高法院在 2006 年 12 月 14 日做出的关于“有目标的暗杀”案件判决中明确使用了非法战斗员的表述方式。“非法战斗员”既不享有战争俘虏的权利——当他们被逮捕时则被当作罪犯来审理，也不享有平民的权利——他们可以在没有事先审判的情况下像敌对战斗员那样被杀掉，同时，“相关联的损害”，包括无辜平民的死亡也是被允许的。以色列最高法院虽然拒绝事先判定所有有目标的暗杀都是违反或是符合国际法的问题，但它成功地确立了适用于具体案件的比例适当原则，从而限定了“实施暗杀”的合法性条件。

但是，在排除了战争罪范式的同时，以色列最高法院就像以前的美国那样描绘出一个新的范式——打击犯罪的战争——这一范式不仅有可能混淆刑法与战争法之间的界限，而且还会通过将非人道合法化而毁灭共同价值的理念。

打击犯罪的战争的范式：将非人道合法化？

“打击犯罪的战争”最初是一句政治口号，一种针对使大众受到刺激的犯罪（贩毒、有组织犯罪、腐败、恐怖主义）的理念性说教。“打击犯罪的战争”这句话时常伴随着对受害者的同情和对零容忍的强烈要求，它成为旨在使刑事制裁的强化受到大众支持的一种比喻。

这种战争的比喻只是在 2001 年 9·11 事件以后摆脱了各种束缚，而成为一种真正的范式。恐怖主义袭击由于被视为与武装侵略相同，因而在美国促使建立起新的法律安排和一种新的价值体系：阿布·戈来布（Abu Ghraib）监狱的丑闻

发生之后，2006年10月通过的比战争罪法案更加具有限制性的军事委员会法案，弱化了禁止酷刑的规定并授予美国总统解释日内瓦公约含义的权力。

这种新的范式逐步扩展到其他民主或非民主的国家，形成了两种断裂：通过援引战争法的因素，这种范式促使国内刑法发生军事化的转变，并排除了国际法提供的各种保障措施，以致于出现了完全不顾及国际人道主义法和国际人权法所主张的禁止性规定的、对非人道的再次国内化。

军事化表现为权力的转移：通常被赋予警察机关并受到司法审查控制的调查权被转移至由军事部门控制的秘密机关，同时，羁押嫌疑人、审理罪行和判决处罚的权力从普通的司法机关被转移至军事审判机关，甚至是那些具有行政机关特征的军事委员会。

在上述审判程序“去司法化”的现象之外，还发生了罪犯的“非个人化”。在判定有罪或决定刑罚时，战争的范式促使司法伦理的正统观念（罪行、罪过、惩罚）被抛弃，而代之以将国家安全与保护社会联系在一起的实用观念。这种建立在危机状态这种不明确概念基础之上的范式，将罪犯/行为出轨的人简单地归入属于敌人的那一类团体，目的是要将其加以遏制甚至是消灭。

这种国内刑法的真正解体，伴随着对国际法保障措施的排除，有可能像一位英国法官曾经指出的那样，最终成为法治国家的黑洞。

在对2001年9·11事件做出最初反应的时候，布什政府似乎并没有明确地决定恐怖主义袭击应当被视为由受到有关国家支持的跨国恐怖主义集团实施的战争行为，还是属于由尤素福·本·拉登及其共犯和同谋实施的犯罪行为。这种战争和犯罪之间的模糊界限导致了恐怖主义分子地位的不确定性：恐怖主义分子被

同时当作敌人 (由此排除了国内法上规定的保护措施) 和罪犯 (这就排除了国际人道主义法的适用) , 而被界定为“非法战斗员”, 如果没有法官做出的使他们得到法律保护, 并促成建立一种与法治国家相符的范式的努力, 那么恐怖主义分子就会成为法律之外的一类人。

从 2004 年起, 那些坚决奉行“打击恐怖主义的战争”国家 (美国、英国、以色列) 的、与立法者一同采取了铁腕政策最高法院, 开始努力重新引入对恐怖主义分子给予各种保护的规定。在英国, 上议院明确地将欧洲人权公约作为依据, 其他国家则是将安全与自由重新加以平衡, 后者的做法在没有任何超国家监督的情形下就成为了完全的国内选择, 并使那些可能存在的价值冲突没有任何被加以解决的方案, 即便是出现了人们相信能够终结酷刑的使用、包括使其正当化的新争论时也是如此。

*再次国内化*的现象可以回溯到 2001 年 9 月 11 日: 联合国安理会通过承认受到恐怖主义袭击的国家援用正当防卫(2001 年 9 月 12 日和 28 日的两个决议), 为将打击恐怖主义的战争合法化铺平了道路。与此同时, 对非人道的禁止也被再次国内化, 这就是说每个国家都可以自主地决定回击恐怖主义的手段及其程度。

这种对预防性自卫的扩大, 首先由美国政府为支持其进攻伊拉克的行为而提出来, 但是由于受到强烈的反对, 特别是法国的反对, 这种观点最终没有得以确立。但是也有许多人认为这种预防性自卫的扩大, 在一个技术, 特别是原子能技术使大规模杀伤性武器能够被恐怖主义集团利用的时代已经变得不可避免。有人建议修改联合国宪章以授权预防性自卫, 同时限定其适用的条件, 如存在威胁的证据, 或者反击的比例适当性, 或者由建立某种在违反适用条件时的仲裁和赔偿

程序加以保障。

但问题不仅仅在于自卫的合法性；还包括回击的合法性。有关人权保护的国际法律文件主张在生命权和尊严受到尊重的权利之间存在重要的区别：生命权并不排除在符合比例适当性原则的前提下，以正当防卫的方式剥夺生命，而尊严受到尊重的权利不允许对禁止酷刑和非人道或侮辱的待遇做出任何例外的规定。

由于尚不存在世界人权法院，国际刑事法庭实际上最先在世界范围内确认了对酷刑的禁止已经成为强制性的规范（强行法），即在国际法规范体系中处于最高的效力等级：“这是一种任何人都不得侵犯的绝对价值”。如果联合国宪章需要修改的话，那么就有必要重申这些原则以根据普遍价值对打击犯罪的战争这种范式加以限定。这种限定无疑是过渡性的，因为从战争比喻中引申出来的“反人类”罪将会使全球范围内的共同体超越战争与和平之间的对立。

反人类罪的范式：建设作为价值的人道

“反人类和文明罪”或“违反人道”以及“反人类罪”这些表述正如由莎托布里昂（Chateaubriand）提出的“人道规则”那样，在相当长的时期内处于法律领域的边缘，它们被认为与文学修辞或政治见解有关而不是刑法的用语。直至1945年反人类罪才被写进纽伦堡军事法庭的规约之中。但是，纽伦堡法庭没有把反人类罪与规约规定的其他罪行分离开来，法国籍法官亨利·道内蒂尤·德·瓦布（Henri Donnedieu de Vabre）曾经满意地指出罪行随着审判而“消失”，而在此之前他几乎不相信将会发生这种情形。

反人类罪以非常谨慎的方式出现并没有阻碍它逐步发展成一种独立的罪名，1997年前南国际刑事法庭的法官在法庭的首个案件判决（伊尔德摩维奇

[Erdemovic] , 1996) 中就明确地肯定了反人类罪的独立地位：“反人类罪针对的并不是个人，由于该罪行攻击的是整个人类，人道则成为被否认的对象。人道是受害者本身，这突出了反人类罪的特殊性。”

上述关于反人类罪的定义既包括了丰富的内容，也存在模糊之处，在该定义中，人道有时被视为价值，有时则成为受害的客体。作为价值和战争罪的延伸，人道成为禁止非人道的规定的基础。但是，将人道作为受害的客体则表明了一种新的范式的产生，它使我们从国家共同体、国际共同体过渡到一个人类的共同体。前南法庭的法官们还根据其严重性质对罪行进行了排序：“受到反人类罪损害的利益要远远大于直接受害者，因此，反人类罪具有比战争罪更为严重的性质，这一事实反映在构成反人类罪的各种内在因素之上。”

但是这种范式还并不完全，因为被定义为“反人类罪”的禁止性规定的不断扩张仅仅表明了它的重要性，但并没有解释非人道的构成标准是什么。

首先是禁止性规定在时间上的扩张：反人类罪最初与战争罪相联系，因而发生于武装冲突的情形之下，但反人类不断与武装冲突相脱离，以至于在国际刑事法院规约中获得了完全独立的地位。此外，通过对法律文本和判例的比较分析，我们可以发现反人类罪在内容上也发生了扩张：在反人类罪的定罪中间存在着某种咒语式的东西，他们始终处于演变之中，从而似乎与一种对法律的想象力（是指由皮埃尔·布尔迪厄[Pierre Bourdieu]提出的法律的想象力）几乎是魔力般的“信仰”有关。

纽伦堡军事法庭规约已经将某些对平等尊严的损害与侵犯生命权的暗杀或灭绝种族罪行相联系，例如奴役、放逐和“所有其他在战争之前和战争中间对平民实施的非人道行为”，以及“基于政治、种族或宗教原因而实施的惩罚”。国际刑

事法庭规约还特别增加了酷刑、强奸犯罪，国际刑事法院规约中则包括了人员的强制失踪。

国际刑事司法判例还在最近增加了对文化财产的保护。在塔立班炸毁了巴姆彦 (Bamyan) 大佛之后，联合国教科文组织即于 2003 年通过宣言明确禁止对人类共同继承财产的故意破坏，但这还不是刑法上的禁止性规定，因为宣言本身并没有规定相应的惩罚措施。但是，国际刑事法庭通过将其视为能够证明具有灭绝种族行为故意的证据，或者将其视为对战争法则或习惯的违背，或者将其视为反人类罪的构成要素而对破坏文化财产的行为加以了制裁。

上述不断扩大的犯罪行为的清单所具有的含义还需要围绕“作为价值的人道”这一基础概念来做出分析。每一种文化都以自己的方式来解释人道，但毫无例外地均承认人道具有集体的一面，这显然是必然的。但困难就在于将集体与个人二者相联系或对立的方式上。为了使人权和人道相协调，应当考虑到个人与集体之间存在的全部关系。无论是政治的、市民的、经济的、社会的或文化的关系，人道似乎将作为个体的人与其作为共同体的成员不可分割地联系在一起。但是，这里所说的共同体又是什么呢？以普遍性的观点提及人道，就是要呼吁承认平等属于人类共同体的原则，该原则并不否认人类及其中间共同体 (家庭、部落和国家) 的多样性，特别是，这样的共同体有时与受害者，有时则与诸如从事灭种或奴役行为的加害者相并存。

人道并不仅仅受到破坏和罪行的威胁。“生物权力”使人的制造成为可能，以及正如以福柯曾经提到的“彻头彻尾地制造生命”的方式来实施社会的优生改造。优生学和通过克隆实现的无性生殖，以及嵌合体制造，昨日的幻想将在明天成为现实。为了应对这种状况，法国刚刚通过立法在反人类罪中增加了一个新的“反

人种”罪，从而有可能将人类化从人道化中分离出来。

将人类与人道结合在一起致使在定义反人类罪时，将不仅包括所有自愿的行为，而且还包括体系化的或普遍化的行为：其中涉及那些违反个体性原则的行为（灭绝某类种族、民族或基因人群，或者相反的，制造某类基因相同的人，特别是通过克隆的手段）；那些违反平等地属于人类共同体原则的行为（歧视性的行为，以及通过优生学手段创造“超级人”或通过种类杂交创造“低级人”）。

从一种范式过渡到另一种范式，对非人道的普遍的禁止性规定其轮廓和界限逐渐变得清晰，而对这种禁止性规定的侵犯仍然需要一种普遍性的回应。而这种回应究竟是什么呢？

2. 惩罚/宽恕：三种争论

由于存在着“与犯罪不受惩罚做斗争”的话语，特别是要惩罚诸如战争罪、灭绝种族罪或反人类罪这些听起来就让人们感到愤怒的罪行，因此，关于惩罚或宽恕的疑问似乎有亵渎神圣的嫌疑。但是，以捍卫人道的名义而提起的这些审判其宗旨并未因此而得到澄清。

如果像卡尔·贾斯佩尔（Karl Jaspers）关于纽伦堡审判所指出的那样，“审判是要树立起一种先驱性的标志，即今天世界秩序中的人道开始感到它自己是不可或缺的”，但还需要指出的是，我们是否要如此强调和平（政治秩序）、团结（社会秩序）或者对过错的惩罚（法律伦理秩序）。根据对上述问题的不同答案，责任与不惩罚之间的平衡，国家管辖权和国际管辖权之间的平衡，或者在刑罚与其他形式的惩罚（损害赔偿、和解）之间的平衡将是不同的。

责任/不惩罚

第一个争论首先存在于法律伦理领域，因为，价值的共同体不仅存在于对共同的禁止性规定的定义之上，而且，当这种禁止性规定被违反时，还需要辨明负有责任的人。

困难在于，这里所提到的国际罪行，从其性质上看，往往涉及某种政治组织，特别是国家，而且，这种犯罪人的集体性质使探求一种关于责任的*普遍概念*受到限制。因为，各国对国际罪行的看法仍然存在着*不予以惩罚的动机*。

关于探求一种关于责任的普遍概念：“集体犯罪使任何个人都被免予承担责任”。这句被认为是拿破仑说出的话表明了由国际罪行产生刑事责任的不可能性。国家由于是国际法的唯一主体，因此，似乎只有国家才是有罪的。国际刑事法院规约规定了该规约任何有关个人刑事责任的条款都不影响国家在国际法上的责任（第 25 条第 4 款）。但至今为止，还没有任何一个国家被判定有罪，同时，国际法委员会在其最近的一个工作计划中也不再将犯罪这一概念适用于国家。

因此，在国家的刑事责任被确立之前，从纽伦堡审判时起确立起的新规则为使个人承担国际责任开辟了道路：“犯有法院享有管辖权的罪行的人应当承担个人责任，并根据本规约受到惩罚”（国际刑事法院规约第 25 条第 1 段）。

在一个集体框架内适用上述原则是存在困难的。仅仅惩罚具体实施犯罪行为的人，例如扳动扳机的人，与仅仅惩罚国家元首同样都是不公正的。为了避免惩罚替罪羊，有必要像经济刑法那样，将所有因其行为而导致最终犯罪结果发生的人，根据对罪行参与程度的不同而让其承担不同的责任。不过，国际犯罪的情形比企业犯罪更为复杂，因为这种具有大规模犯罪特征的罪行其参与者相当广泛，他们在犯罪中扮演着如同“连带犯罪企业”那样的横向角色，因此，他们应当承担

起非常复杂的细微的责任。

当我们重构犯罪命令的纵向线索时，这种犯罪责任的复杂性同样存在。由纽伦堡审判明确了下面的原则：由下级从事的任何犯罪行为“并不能免除其上级的刑事责任，如果后者知道或有理由知道其下级将要从事或已经从事该犯罪行为，并且没有采取必要与合理的措施来阻止其下级从事该犯罪行为或对其予以惩罚”。实践中，国际刑事法庭的法官以从下级的犯罪行为追溯至其上级的方式，成功地追究了军事首脑的责任，其中包括像普拉希季奇（Blaskic）将军和作为政府首脑的米洛舍维奇。

但是，追究政治领导人的责任只有在排除其享有的传统豁免时才成为可能，也就是说要缩小被普遍化的责任与各国观念中对有关罪行不予惩罚这两者之间存在的距离。

不惩罚的动机和各国的观念：从模糊的意义上讲，不惩罚这一用语在象征意义和法律意义上，同时表达了从各国的刑事责任向具有世界意义的刑事责任概念过渡过程中存在的困难。当从仁慈的措施过渡到免于惩罚时，这种困难会进一步增加。

不管是基于遗忘（时效、大赦）或者宽恕（豁免），仁慈是一种具有强烈象征意义的做法，它并没有消除过错，而只是免除了过错的刑事后果，以巩固国家内部的团结并由此成为走向和平的条件。在不排除各国特殊性的情况下，可以以受害者享有获得公平审判的权利的名义，逐步融合各国关于时效和大赦的制度，以避免对那些最为强大的犯罪者滥用这些对他们有利的制度。

即便是与国家主权有着传统联系的赦免，也因为需要获得法院院长的同意（国际刑事法院规约）为前提而在国际事务中受到限定。

另外还有根据国家理性而延伸出来的豁免，它使得国内法上的制度得到维护，同时要求国家主权在国际法上受到尊重。当以人权和与不惩罚做斗争的名义对国家理性本身进行合理性限定时，冲突就出现了。在国际法上，根据参照纽伦堡军事法庭规约第 7 条而形成的国际刑事法院规约第 27 条：“国家或政府首脑，政府或议会成员，被选举出的代表以及国家公务员这些官方资格，在任何情况下都不得根据本规约被免除刑事责任，也不得因此而被减轻刑罚”。但这一规定仅适用于那些承认国际刑事法院管辖权的国家。

当然，豁免可被国内司法机构根据普遍管辖权来加以否认，这种普遍管辖权适用于本国领域以外和本国国民以外的人，因此，可以用来起诉国外的政治首脑。但是，我们知道美国迁离北约总部的威胁和拒绝任何刑事司法合作的做法，迫使比利时放弃了对那些针对布什、科林·鲍威尔及理查德·切尼提出的控诉行使普遍管辖权。

一方面存在着对能够起诉那些违反禁止性规定的世界共同体的普遍承认，另一方面则存在着垄断国家主权的国内法的相对主义，在这二者之间刑法就像一艘靠视觉航行的船舶，游走于国内法和国际法的交叉地带，绕过那些能够看得见的暗礁而保持前行，但在究竟应该赋予谁来起诉和审判关涉到人类共同体犯罪的管辖权这一问题上，答案并不总是那么明朗。

国家管辖权/国际管辖权

尽管独裁者再也不能逃避审判，但是随着我们曾如此梦想的国际刑事司法的出现，国内法上、国际法上的或者混合的司法机关以人道名义进行的审判还是备受争议。许多观察家的感觉是，目前这种仍然具有某种神秘性的以人道为名义做

出的正义审判远远不能维护和平，恰恰相反，它可能会引起新的混乱。

实际上，随着我们走出梦想进入现实，一种巨大的法律秩序混乱出现了，它同时还伴随着内在的各种矛盾。我们发现，以人类共同体的名义进行审判在政治意义上并不存在，在社会意义上也只是刚刚出现，这种审判排除任何普遍性或主权性的主张，因此也就不存在简单的和毫不含糊的解决方案。这就是近十二年以来发展起来的某种“法律弹性”现象，但是，对此不应存在任何幻想，因为法律救济途径本身的大量增加并没有填补那些在有效保护受害者问题上存在的空白。实际上，法律救济途径的增加反映出三个方面的秩序混乱。

第一个方面的秩序混乱是那些过分保护政治首脑的国内法不能适应现实的情况。在创建接近受害者的法庭方面（如在卢旺达建立的加卡卡[Gacaca]法庭），或者是建立一个以普遍管辖权为基础不受国界限制的法庭方面，只有在将属于国内法管辖的领域与属于国际法管辖的领域之间发生的互动加以秩序化，由此弥补了属于国际法管辖领域自身缺陷的前提下，这些尝试才是令人信服的。

第二个方面的秩序混乱表现为，由于不存在世界性的警察力量，国际法的缺陷影响着由专门法庭构成的在时间和空间上受限制的司法机构，以及由国际刑事法院确立的常设司法机构。尽管在理论上已经开始讨论是否有必要允许国际刑事法院拥有自己的警察力量的问题，但是，这在近期实现的可能性还很小。在此期间，需要迎接的一个重要挑战是探寻出一种能够在那些受到持续暴力蹂躏的国家开展调查和执行逮捕令的方式。

为了尝试填补上面的缺陷，外交家和法律家在考虑各国可能性的基础上，已经构思出某些“国际化”的审判，其含义是指刑事审判仍然在一国领域内进行，这就可以使法院运用国内的警察力量，但从事这种刑事审判的法官与外国的法官建

立联系，因此，这种审判就具有了“国际化”的特征。

普遍管辖权虽非解决一切问题的万能药，但可以看到的是，与普遍管辖权存在联系的法律秩序混乱在现实中伴随着各种形式的管辖权，并且它预示着一个大市场的出现，在这个市场里每一个受害者都可以选择诉诸于适合自己的司法机构（方便法庭选择），从而有可能引发一场真正的“法官之间的战争”。但这是否可以转化成一种真正的跨文化的司法共同体还有待考察。

在迈向一个跨文化的司法共同体进程中，主要的困难是将国内司法与国际司法之间的互动加以秩序化。在这方面，国际司法的优先性已经体现在最初的国际刑事法庭的规约之中。然而，由于一些国家的反对，罗马规约的起草者将国际司法的优先性改为互补性：只有当一个国家不愿意或没有能力开展调查或起诉时，国际刑事法院才有管辖权。这种表述实际上确立了国际司法管辖权具有相对于国内司法管辖权的辅助地位，然而在法官们的主导下，这一规定被逐步扩展适用于其他国际刑事法庭。法官们的做法使人们认为辅助性原则不仅仅具有维护国家主权的政治优势。除了具有避免国际司法机构发生阻滞的实践功能，如果结合各种融合措施最终能够有利于跨文化司法共同体的出现，那么辅助性原则似乎还应该被赋予伦理上的意义。

国际刑事法庭和国际刑事法院的法官和检察官们，在教育、文件和专有技能的传播方面做出了贡献，例如，国际检察官们通过向有关国家派遣观察员来对审判程序的正当性和羁押条件进行监督，进而判断有关国家是否有能力对案件进行审判。在程序问题之外，刑罚的性质也是具有决定意义的因素。例如，由于卢旺达关于死刑的国内立法还没有被修改，目前还没有案件被国际刑事法庭移送至卢旺达国内法庭审理，其目的是为了~~避免~~最轻微的案件也适用死刑这种极端情况的

出现。

但是，在那些法律制度和司法机构均遭受严重破坏而需要重建的国家，融合一种同时尊重文化多样性和国际法的刑法实践要求建立一种能够求诸国际刑事法院做出解释的机制。

尽管这种机制目前还不太可能出现，但它可以对“正义的利益”这种概念做出澄清，而这一概念决定着是否需要某些案件开展调查并予以起诉。如果是为了建立世界秩序而要顾及人类共同体的所有成员，那么刑事起诉就并不总是最好的解决方案，因为它可能扰乱和解进程。就审判程序而言，是否要非当地化取决于其效果是否有利于案件的审理。最后，受害者的权利有时通过赔偿和和解程序能够比通过惩罚罪犯获得更好的保障。这就引出了有关惩罚的复杂争论。

惩罚/赔偿/和解

如果说人道即是不可被地方化的也不具有时间维度，那么如何以人道的名义做出审判，以及如何以其名义惩罚那些违反了作为其基础的禁止性规定的行为？为了解决这一问题，惩罚应该贯穿国内法、国际法、以及所谓被国际化了的刑事审判的各种空间，将审判的时间维度与宽恕的时间维度相结合，最终将赌注投掷在一种要求在国内和世界范围内建立起共同体联系的基础之上。

司法空间的贯穿：从国际法领域出现了惩罚时起，这里所说的要贯穿的空间就是多个的了。国际社会，即便还不是全球性的，对惩罚的运用使有关惩罚的法律不再为国内法所独有，而赔偿的问题则存在不确定性，和解则更多地限于被各国成立的专门委员会所适用。

被国际刑事法庭宣判有罪的罪犯人数(前南国际刑事法庭判决了五十多个罪

犯，卢旺达国际刑事法庭判决了二十多个罪犯)与这些法庭的全部年度预算 (相当于联合国全部正常预算的百分之十五) 之间存在着严重的比例失衡，这使我们质疑国际刑事审判程序的高成本和它所追求的在一个正在形成的世界共同体范围内重新创造出对罪恶的救赎。

因为监禁作为唯一的刑罚，其宗旨根据法官究竟是想惩罚过错还是要消除犯罪行为的危险而有所区别。然而，决定刑罚期限的尺度并非就是已经发生过错的严重性 (例如灭绝种族的故意与谋杀的故意相比较) 和现在或将来的危险性之间的比例。不同判决之间存在的差异表明，判例以及国际刑事法院的规约已经认可了上诉审可以对刑罚做出改变。判决之间的差异促使上诉法庭将会对决定比例适当原则实施的标准加以明确，并由此要求实践的一致性。为了避免以保护人权的名义使“过分的刑法”被正当化，有必要对刑罚的适用做出澄清，因为这种过分的刑法通过翻转历史，以保护人权的名义实际上却削弱了人权。

对于其他种类的惩罚而言，澄清同样是必要的，因为人们可能存在这样的疑问，即国际刑事法院规约是否通过将赔偿措施纳入国际法领域，而强化了已经存在的不平衡性，因为规约更加倾向于刑事打击的观点，或者相反，国际刑事法院规约通过向和解机制的倾斜而重新恢复到一种平衡上来呢？

大多数国家，包括普通法国家，将有关赔偿的诉讼管辖权保留给审理民事案件的法官。因此，并不会令人感到惊讶的是，纽伦堡法庭或国际刑事法庭对于赔偿的问题也没有管辖权：受害人被仅仅当作证人，他们只能通过求助于国内法院的法官来使他们遭受的损害获得赔偿。

不过，有一系列的因素使上面的实践发生了变化。一方面，在那些允许刑事附带民事诉讼的国家 (比利时、西班牙、法国或塞内加尔)，以及在审判民事案

件的法庭(美国)普遍管辖权得到了发展,受害者的重要性在实践中得到了重视,同时,在这些国家的法庭里,由受害者组成的协会可以为受害者提供支持,在诉讼过程中为受害者提供法律辩护,以及帮助受害者搜集证据。另一方面,近些年来那些“历史罪行”的受害者开始获得赔偿,其中包括将瑞士银行中大屠杀受害者的存款返还给其继承人,以慰安妇的名义向日本政府提出的诉讼,以及从更广泛意义上对奴隶制造成的损害提供赔偿等等,重新引起了人们的争论。

国际刑事法院内部存在着有关赔偿的安排,但是,刑事审判程序即便是向市民社会敞开了大门,它仍然还是以能够确定罪犯的身份和他们的责任为前提的。在很多情况下,刑事审判既不能满足受害者获得金钱赔偿的要求,也不能使他们获得精神损害赔偿。

针对上述情况,联合国秘书长呼吁(2004年报告):为了正义和平的目的,有必要“为赔偿受害者做些事情”。其中可以包括和解,因为司法程序被包含在一个更广的含义里,其中就包括“真相委员会”,它被认为是“有利于纠正已经出现了的侵犯人权的情形”。

但是,联合国秘书长的报告里并没有使用人们已经习惯了的“真相与和解委员会”这一称呼,从而显然回避了有关时间的问题:司法审判的时间很少会与和解的时间相重合。那么,审判的时间是否应像在西方被常常认为的那样被置于和解之前呢,还是像那些偏爱和解并把它看作是不太暴力的手段的社会所主张的那样,把审判置于和解之后,作为和解失败时的补救手段?

对时间的挑战:从现有的国际刑事司法来看,和解是恢复和平的条件,但和解首先要求惩罚犯罪。作为对凯尔森的名著《通过法律的和平》的回应,现有的观点是,如果没有司法就不会有长久的和平。不论是强调罪行的严重性(刑罚从

而发挥报复的功能), 还是犯罪人的危险性(通过刑罚消除这种危险或预防其发生), 与不惩罚做斗争成为这种观点首要的宗旨。因此, 有关仁慈的措施(时效、大赦、赦免)均应受到谴责和被排除: 这就是说首先应惩罚, 然后再宽恕。换句话说, “惩罚与宽恕”两者的先后关系是不可以被改变的。

然而, 新出现的“过渡性审判”已经被适用于各种不同的实践, 其中包括司法审判和非司法审判的实践, 这表明普遍性不应当排除文化的多样性。正如在拉丁美洲、非洲和亚洲已经出现和发展起来的真相与和解委员会所表明的那样, 在某些情况和条件下, 以宽恕为起点并把惩罚作为和解失败的补救手段是可能的: 这就说要接受“宽恕或惩罚”。

真相委员会意图将赦免—忘却的模式替换为另一种相反的模式: 真相委员会承担调查在过去特定时期内发生的侵犯人权和违反国际人权法的情形, 把调查结果公布于众, 并且在需要时提供有关的建议。

正是依赖于这种相互承认的程序, 重建共同体的联系才成为可能, 以致于使刑事审判程序变得无用。南非真相与和解委员会(1995 - 2000)是有关和解的最著名的例子, 直到目前为止, 它也是唯一有权赦免犯罪人的和解机构, 当然, 正是因为这项权力它也是最受争议的。

一个作为基石的审判的赌注在于要恢复和重建已经由于冲突而被分裂了的共同体。通过惩罚来重建被犯罪所破坏了的秩序是刑法所坚持的传统的报复观念, 在此之外还存在着一个重建性的观念, 该观念来源于真相与和解委员会主席戴蒙德·图图大主教关于重建性司法认识的启发, 重建性司法的目的是重建能够将共同体所有成员团结在一起的组织联系。当然, 从国内共同体联系的重建是否可以过渡到未来世界共同体的建立还有待考察。

如果将国际法规则与国内和解的实践直接对立起来,就有可能将各个共同体割裂开来而无法建立一个世界性的联系。因此,更好的方式无疑是,寻找出共同的指导原则,这种原则并不要求一致性,而是通过逐渐的融合实践促进世界共同体的建立。因为拒绝赦免—忘却的模式并不必然意味着对任何形式的惩罚的绝对抛弃。正是通过运用上面提到的共同指导原则,可以将惩罚与宽恕相协调而不要求将惩罚作为宽恕的必要前提。还句话说,就是要接受从必须要惩罚(应当惩罚)过渡到对和解的祈愿(最好是宽恕)。

上述共同指导原则并不认为各国国内法体系与规定了国际罪行不受时效限制和具有不可饶恕性质的国际法之间存在不符,反而能够解决当一个国家反对因为和解程序而被剥夺审判管辖权的情形。

这里要呼吁的是,超越而不是取代一个自我封闭的、以国际法严格概念为名的共同体所坚持的文化或宗教基要主义,以及可能与世界共同体观念完全相背的法律基要主义。

结论：基础的禁止性规定与基要主义

如果说上面提到的三种范式反映了实践并解释了它们的结构与逻辑,那么它们还可以表达某些价值。这种伦理维度已经由托马斯·库恩(Thomas Kuhn)指出,不过,他认为这种伦理维度只是假定了某种同质性,因为它主要存在于科学共同体而很少出现于社会科学领域,更少出现于像法律这样的规范领域。

全部的问题即在于此。肯定这种同质性将会把问题(是否存在世界共同体)与答案(世界共同体的存在可以由共同禁止性规定的存在来证实)相混淆。目前的答案还不成熟,因为在以维护国家生存为名而进行的、要把非人道加以正当化

的打击犯罪的战争与主张尽管存在战争情形但仍然需要尊重价值的战争罪之间存在着严重的紧张关系。正因为如此，反人类罪的范式，就像其名称所表明的那样，要求将人道在任何时间、任何地点都作为共同的价值，从而有可能转化为一种新的公理。

将三个范式相对立将不可避免地发生基要主义的危险，这里存在着多个基要主义，表明基要主义从宗教向政治、法律，从一国（绝对的相对主义）到世界（统一的普遍主义）所发生的移植。但这种对立也要求寻找某种答案，也许这种答案被借用了传统观点的“基础”的禁止性规定这一表述所部分地掩盖。因为将“基础”作为形容词来使用不应引起混淆：世界共同体并不是建设在所谓的不变和稳定的基础之上的。而恰恰是这种有活力的和不断演变的建设可以通过确立和重新解释公理来减少基要主义的危险。另外，为了使世界共同体不仅是国家间的，也是个人间的共同体，作为基础的禁止性规定应是针对个人的，既要使个人保持独立，也要使每个个体集合在一起，结合成一个未必和平的、但一定是诉诸和平的团结共同体。反人类罪的范式由此被纳入到人道化的进程之中，而人道化的进程是与人类化的进程不可分割的。

就作为我们研究工作核心的建立一个多元化普遍的方法而言，上面研究的事例一方面表明了辩论和通过摸索、折衷与接近而导致趋同的交叉解释所具有的动力；另一方面也表明了通过向各个文化的深层面进行挖掘，不放弃各文化本身的特质或寻找共同价值，而逐步实现趋同的探索工作所具有的动力。

毫无疑问地要把上述两种动力结合在一起，并且，正如巴士拉尔（Bachelard）对我们的启发那样，要将对根源的研究和由宣示更新与标志拒绝陈腐的萌芽所激发出的双重想象力与法律的想象力结合起来。

当然还要探究问题的另一个侧面，即被称为“基本”权利的那个侧面，它同样引出了与基础的禁止性规定一样的难解之谜，因为它也被认为构成一个共同体的基础，而在这个共同体中其支柱（合法性与法律保障）先于基础而存在。