

《戰爭與社會》研討會，台中東海大學，2006年五月

戰後正義與寬恕

Jus Post Bellum and Forgiveness

朱元鴻

交通大學社會與文化研究所

一、正義戰爭與現代性

每個文明都在戰爭的淬洗之下興亡。我相信，關於發動戰爭理由正當性(*Jus ad bellum*)以及遂行戰爭手段正當性(*Jus in bello*)的義理之辯，在任何文明都可能整理出具代表性的論述體系。《左傳》春秋兩百四十二年，大小四百八十餘起戰爭給予曲折生動的道德教訓，《資治通鑑》同樣可視為神采豐富的戰爭政治評論集成。在印度傳統，《薄伽梵歌》(*Bhagavad Gita*)藉著戰爭訓課而開示「正確生活」或「法」(*dharma*)，以及「業力」(*karma, karmic force*)，廿世紀的甘地從中悟出「堅持真理」，*satyagraha*，亦即俗譯的「不合作運動」，一種非暴力的鬥爭形式。另外兩個悠久的傳統，基督教或西方的「正義戰爭」(*Just War*)，以及伊斯蘭的「聖戰」(*Jihad*)，則因為廿世紀末頁西方與伊斯蘭之間所謂的「文明衝突」而重燃了比較倫理學研究的興趣。可以說，「發動戰爭理由正當性」以及「遂行戰爭手段正當性」是跨越文明的經典問題，不同的文明在這兩個既限制又辯護戰爭暴力的問題上凝結了不同傾向的智慧。說他們是「經典」問題，因為他們不僅表現於悠久的思想傳統，而且與現代性，乃至我們當代情境，有持續相干的重要性。

基督教西方的“*Just War*”以及伊斯蘭的“*Jihad*”牽涉一個重要的歧義模稜：宗教究竟是限制戰爭暴力的規範力量，還是辯護戰爭的無上理由？這個模稜問題在西方歷史上經歷了一個轉折，標示了西方的「現代性」。在伊斯蘭，戰爭有兩個概念：*Jihad*（聖戰），衛護伊斯蘭、為實現立基於伊斯蘭價值的正當政治體而進行的鬥爭，以及*harb*（世俗戰爭），無關乎伊斯蘭、無關乎宗教，世俗政治或其他目的之戰爭。在伊斯蘭傳統，無論遜尼派或什葉派都與基督教「正義戰爭」傳統一樣，講求「戰爭手段正當性」的兩個判準：比例合度（*proportionality*）與區別對待（*discrimination*），前者要求節制不濫施無謂的暴力，後者要求不殃及

非戰鬥的無辜平民。伊斯蘭與基督教傳統一樣都講求戰爭應出於防衛(而非侵略)的理由，一樣要求戰爭在正當權威的公認之下進行，亦即排除了「非正規」手段如綁架、暗殺與恐怖行動。然而只要宗教差異仍被認可為戰爭的可能理由，宗教「聖戰」的上綱即可能模糊「防衛」的正當性，且在不可避免地侵奪之下使得「比例合度」與「區別對待」的判準趨於崩毀，這也就是伊斯蘭原教旨主義(fundamentalist)或好戰激進組織以「非正規」手段進行鬥爭的當代現象。¹ 在基督教的歐洲，經歷了十六世紀漫長的宗教戰爭，「正義戰爭」思想在十七世紀出現了一項轉化，或者可以說「世俗化」：宗教差異不再被視為正當的發動戰爭理由。十七世紀歐洲「正義戰爭」思想的世俗化，可以說是宗教戰爭的一劑解藥；此後，「現代歐洲」戰爭的正當理由限於世俗的動機，例如防衛國家的疆界。

這項轉化可以有不同的陳述方式，政治寓意也跟著不同。自十七世紀以來，現代歐洲政治思想家試圖摒棄流行於十字軍運動與宗教戰爭時代的「正義戰爭」概念，因為這種思想傾向於將戰爭概化以至於混淆了其他社會領域，例如道德與宗教，其結果往往是在宣傳鬥爭中將敵人呈現為邪惡、醜陋、變態。十七世紀現代歐洲的政治思想家，戰爭的現實論(Realism)，主張將戰爭自道德與宗教切分開來，將戰爭視為政治目的之手段，在國際政治裡有其必要與理性的功能。此一立場的經典表達是現代國際法之父格勞秀斯(Hugo Grotius, 1583-1645)所說的：「正義不包括在(現代)戰爭的定義之內」²。這個立場受到政治光譜極端不同的當代思想家所強調、引伸或批評。

法西斯政治理論家史密特(Carl Schmitt)在廿世紀卅年代引述此一「現代」觀點，指出「正義戰爭」的觀念要麼是多餘的，要麼是隱藏了政治僭越的動機。對他而言，一個民族政治體，為自身決斷敵友與戰爭是其政治存在的根本條件，若沒有為其自身決斷戰爭的能力與意志，這個民族就不具有政治的存在，因此對於一個民族政治體，戰爭的正當理由是自明的。任何其他權威要求另外給出戰爭的「正當理由」，都潛藏了政治僭越的野心。³ 史密特所關切的具體情境是啥？德國民族出於自我防衛而對抗一個擴張的敵人，更糟的是，這個敵人壟斷了「人道」的意識形態，運用「正義」這類概念來正當化其自身的政治野心，並妖魔化其敵國(亦即德國)。⁴

在廿一世紀初，激進左翼政治理論家哈特與內格里(Michael Hardt & Antonio Negri)也重申此一「現代」觀點來質疑廿世紀後期「正義戰爭」論述的重現以及當前戰爭與警察行動在概念上的合流。特別在反恐戰爭的脈絡下，「正義戰爭」

¹ John Kelsay, *Islam and War: The Gulf War and Beyond*, Louisville, Kentucky: Westminster/John Knox Press, 1993, pp.40-43.

² Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book 1, Chapter 1, #2, Indianapolis: Liberty Fund, 2005, p.136.

³ Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, translated by George Schwab, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p.49.

⁴ *Ibid.*, p.66.

論述復燃，在政治界、新聞界與學界之間流通，我們聽到呼籲全人類團結對抗如「恐怖主義」這麼個抽象的概念。正義的概念被用來將戰爭普遍化，一方代表超乎個別利益的全人類，另一方是全人類的敵人、侵犯人性的罪行與邪惡。我們似乎回復到十七世紀之前的情境，「誰統治，誰也就決定宗教信仰」(*Cujus region, ejus religio*)：何謂合法政府，何謂人權，何謂戰爭規則。正義與邪惡再度淪為道德宗教式的宣傳。哈特與內格里指出「正義/邪惡」論述的復燃是個徵候，戰爭掙脫了現代思想家試圖加諸它的現代性限制。⁵ 廿世紀後期，「正義戰爭」一度體現於冷戰對於共產蘇維埃的圍堵，再度體現於 1991 年波灣戰爭以恢復科威特國家主權之名建立「世界新秩序」，三度體現於在巴爾幹半島以人道戰爭與維和之名重劃地緣政治地圖，四度體現於 9/11 之後以維護安全為名進行全球秩序重構，迄今還未完成的帝國戰爭。⁶

在廿世紀後期重新提出「正義戰爭理論」，最具影響力的是代表自由派觀點的華爾澤《正義與不正義的戰爭》(Michael Walzer, 1977)。他承認正義戰爭理論一開始便是為權力服務的，奧古斯丁的成就即在於以正義戰爭理論轉化了基督教和平主義，辯護基督教戰士為了帝國的和平而進行道德與宗教上正義的戰爭。然而正義戰爭理論也一開始便是對戰爭暴力進行批判的鋒刃。反倒是當戰爭的現實論者一旦主張現代戰爭超乎道德裁判與法律(*Inter arma silent leges*)，我們對於戰爭暴力也就喪失了批判的立場。然而我們對戰爭卻從未真的噤聲無語，我們仍然用充滿著道德意義的語言議論著戰爭：忠誠、獻身、堅貞、誘騙、出賣、侵略、自衛、姑息、殘忍、冷酷、暴行、屠殺...。我們辯護或譴責個別的戰爭行動，但卻懷疑或不確定自己的裁判能夠觸及戰爭的現實。⁷ 華爾澤既不同意戰爭的現實主義也不同意反戰的和平主義，他主張正義的維護既不能迴避權力與武力的運用，戰爭發動與手段的決斷也必須持續受到批判的檢視。對戰爭行動不懈的批判，是重要的民主責任。他指出，政治哲學重新發現正義戰爭理論的時刻，不是波灣戰爭也不是 9/11 之後的反恐戰爭，不是在帝國武力需要辯解的時候，而是在越戰慘澹落幕之後，在反省之下將道德的困難問題重新帶回戰爭的課程。正義戰爭理論因此是一種批判理論，是對戰爭的藉口與手段雙重的批判與檢查。⁸

這幾種立場的對比，觸及了一些各自立場有待探究的問題，不屬本文的焦點。藉著這樣的對比，我試圖呈現的是正義戰爭論述的歷史轉折及其與現代性關係的不同觀點。

二、戰後正義(*Jus Post-Bellum*)：當代新題

⁵ Michael Hardt and Antonio Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, New York: The Penguin Press, 2004, pp.15-7.

⁶ Ibid., pp.24-5.

⁷ Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, 3rd edition, New York: Basic Books, 2000 [1977], pp.3-4.

⁸ Michael Walzer, *Arguing about War*, New Haven: Yale University Press, 2004, pp.8, 14-5.

相較於 *jus ad bellum*、*jus in bello*這兩個在思想史上超過十五個世紀悠久的問題意識，*jus post bellum*做為一個問題意識的概念詞彙，是這幾年才出現的，幾乎可以說是廿一世紀誕生的詞彙。那麼為何不乾脆用“justice after war”而仍以拉丁文表達呢？很明顯是要上紹*jus ad bellum*、*jus in bello*的問題脈絡，做為「正義戰爭」思想的延伸與補遺。雖然在這幾年之前不會用來做為思考問題的標題概念，戰爭如何終結，戰後如何處置，卻很早就以簡單的理念蘊含在正義戰爭的理由(*jus ad bellum*)之中的。奧古斯丁在《上帝之城》說：「眾所周知，和平是戰爭所欲求的目的，任何人即便是在戰爭之中也企求和平，卻沒有人在媾和之時企求戰爭」。⁹ 康德，儘管不常被認為是正義戰爭的理論家，卻有一套完整細緻的正義戰爭理論，也是最早強調「戰後正義」的思想家：「國際法權/正義(right, justice)部分關涉發動戰爭的法權/正義，部分關涉戰爭過程本身的法權/正義，部分關涉戰後的法權/正義問題，亦即，各國在相互強制之下放棄易於造成戰爭的狀況並創立可以締建永久和平的憲章」¹⁰。然而直到最近幾年，戰後正義的問題很少被當作實質的、特別的問題來思考。

那麼近年來什麼歷史因素引起對於戰後正義問題的關切呢？九〇年代以來一系列破壞性的政治衝突，包括了波灣戰爭(1991)以及索馬利亞(1992-94)、波士尼亞(1992-95)、盧安達(1994-95)相繼的內戰，使得聯合國自二戰之後首度開啓海牙國際戰犯法庭，戰時行為的懲罪於是成為公眾注意的焦點。在學術界，環繞戰爭倫理的「義務論」(deontology)與「後果論」(consequentialism)的辯論、人權問題、正義戰爭與和平主義的爭議都成為受到關注的議題。¹¹ 華爾澤，在其卅年前的經典之作《正義與不正義的戰爭》不曾特別討論過戰後正義，最近(2004)卻在一篇伊拉克戰爭的評論裡明確表達了這個問題為何具有實質的重要性：有可能一場正當理由發動的正義戰爭，而且戰爭過程沒有不正當手段，卻在戰後墮入一場道德上困惑污穢的爛泥，甚至為下一次戰爭搭好臺架；也有可能打的是一場不正義的戰爭（例如誤導之下的軍事介入），卻在戰後產生了高尚的政治秩序（例如推翻一個殘暴的政權而建立了一個正派政府）；還有可能一場雙方都不正義的戰爭結果在協商或相互強制下達成穩定的和平解決。¹² 這些邏輯可能性說明了若不考慮戰後正義，正義戰爭理論是不完全的，而且戰後正義需要其自身的判準。

過去幾年在*jus post bellum*這個標題之下討論的作者幾乎都是北美的學者(哲學、社會科學、政治與國際事務)。雖然他們常能熟稔地以過去一兩個世紀的戰爭實例來舉隅比較，不意外的，他們最主要關切的實例是美國近期介入的戰爭，尤其是波灣戰爭與伊拉克戰爭，因此最能夠貢獻批判觀點是關於佔領、政治重建、戰犯審判等議題。Brian Orend 引述康德的主張：力量不等於正義，勝利的

⁹ Saint Augustine, *The City of God*, book XIX, chapter 12.

¹⁰ Kant, "The Doctrine of Right," translated by H. Nisbet, in H. Reiss (ed.) *Kant: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p.167.

¹¹ Brian Orend, "Jus Post Bellum," *Journal of Social Philosophy*, (Spring 2000) 31-1: 117-37.

¹² Walzer, 2004, p.163.

事實自身並不授與勝利者權利，也不加諸戰敗者義務。只有在正義戰爭的條件之下才可能有意義地討論勝利者與戰敗者的權利義務。他同意華爾澤指出正義戰爭的諺語「恢復戰前狀態」(*status quo ante bellum*)是有問題的，因為戰前狀態正是導致武力衝突的狀態，何況戰爭帶來了深遠的改變。因此戰後所尋求的應是比戰前更為安全與公正的狀態。但是(1)由侵略所獲得的利得(領土、資源、權利)必須捲回(*rollback*)；(2)受害者的損失應獲賠償，發動侵略者(違反*jus ad bellum*)以及戰時犯下不義暴行者(違犯*jus in bello*)應受戰犯審判；(3)侵略的戰敗國應視情況受到去軍事化或政治重建以防止未來的侵略。而且以上所牽涉的賠償與審判懲罪亦應遵循「比例合度」與「區別對待」這兩項*jus in bello*的原則。¹³

Orend (2000)因較早發表而未及反應伊拉克戰爭。華爾澤(Walzer 2004)與Gary Bass (2004)則以*jus post bellum*的問題意識檢視伊拉克戰爭並著重反省「佔領」與「政治重建」兩個問題。華爾澤的評論率直指向問題：正義的佔領是要付出的而不是獲利的，然而伊拉克佔領軍的軍營周圍總是聚集著牟取暴利的食腐動物，以華府布希總統及其顧問為中心的親信資本主義迅速地在伊拉克伸展。由聯合國或法、德、俄等國的多邊佔領理應更有正當性也可能更有效率，排除這個方案而將獲取暴利的合約悉數標給有政商關係的美國企業，不僅是醜聞，也蝕毀了佔領的正當性與所宣稱的民主目標。¹⁴ 佔領多久？何時移交權力？重建的責任到哪裡？誰來回應這些問題？美國人民逐漸瞭解佔領比起交戰是更為艱困的考驗。Bass指出，戰後正義的證明責任落在戰勝者這一方，企圖改變與重建戰敗國的佔領國政治領袖必須負起證明的責任。對戰敗國的戰後政治重建並非都是無私的，卻經常是夾帶著掠奪與經濟宰制動機的。Bass引述史達林二戰後的說法：「這次戰爭不同於以往，不管哪一方佔領了一片領土也就將自己的社會體系強加於上，每一方武力伸展到哪裡也就將其自身的社會體系強加到哪裡」。所強加於戰敗國的新政府並不總是出於仁慈或民主的價值，卻經常是符合戰勝國軍事與經濟利益的處置，驗於歷史實例則不勝枚舉：拿破崙戰敗後聯軍為了專制政體的安全而拱出波旁王朝的路易十八當法國皇帝，一戰後的威瑪共和國因為被視為由敵國所強加的而始終未能獲得德國人民的忠誠擁護。Bass指出，對戰敗國的政治重建若成為戰爭的目標可能會造成不正義的戰爭。兩點理由：其一，若正義戰爭的典範是自我防衛，則沒有理由要去改造一個已戰敗的國家；其二，若對敵國進行政治重建成為戰爭的目的，則此一戰爭將成為全面戰爭，因為不藉著全面軍事征服不可能改造一個國家，而如此將抵觸*jus in bello*的「比例合度」原則。最後，文化上的理由：軍事上的勝利並不能證明政治組織與文化價值上的優越，戰勝國有何權利一定要將其自身的政治與文化價值強加於被征服的國家？¹⁵

Bass 申論駁斥戰勝國有權對戰敗國進行政治重建的推定之後，又反方向申

¹³ Orend, pp.122-8.

¹⁴ Walzer, 2004, p.166.

¹⁵ Gary J. Bass, "Jus Post Bellum," *Philosophy and Public Affairs* (2004)32-4:391-5.

論不能全然排除政治重建的必要。戰後正義有時必須容許外國力量的介入，例如預防可能爆發新的不正義戰爭時。納粹德國政權的罪行使得戰勝的敵國有理由對其進行政治重建。納粹政權對Bass而言是個發生種族屠殺的國家，而種族屠殺或族群清洗的國家是個特別的範疇，對自己境內部分公民進行滅絕，是個喪失道德國格，不能宣稱合法性，也不具國際地位的國家。人道的介入以阻止種族屠殺，並進行政治重建，是戰後正義的責任。歷史上的例子不僅有 1915 年屠殺亞美尼亞人的土耳其，消滅猶太人的納粹德國，還有近期的盧安達內戰，聯合國以人道戰爭介入的波士尼亞與科索夫族群清洗，在這些案例中他國若保持漠然或袖手才是道德災難。即便是柬普寨赤柬政權的屠殺，結果由一個共產極權的鄰國越南以戰爭介入，阻止赤柬的屠殺並建立一個後赤柬的政權，越南的行為也都被認為是正當的。對於一個推翻了專制政權、但其國內人民無法以自力創建一個穩定和平政治體系的狀況，給予政治、經濟與技術上重建的協助是必要的，否則戰敗國人民將陷於無政府狀態，成為武裝派系的魚肉，困溺於戰後社會的悲慘情境。那麼是否必須建立一個穩定的自由民主社會呢？沒必要。為戰後正義的任務是懲兇撫傷、救陷溺於殘酷與混亂，而不是依戰勝國的價值建立一個完美的烏托邦。而且應該盡可能擴大各國政府多邊參與重建任務，避免被認為是一場經濟動機的征服戰爭。¹⁶ Bass相當有張力的論點對於美國在伊拉克戰爭後的佔領情境既提出了批判的警告，卻也保留了期待正義結果的辯護餘地。他從*jus post bellum*問題意識對於佔領與政治重建所提出的批判，對於*jus post bellum*這個世紀新題是個有意義的理論貢獻。

三、戰犯審判的歷史蘊意

無論是*jus ad bellum*或*jus in bello*，既然放在戰爭法權(*jus belli*)的脈絡裡，已經隱含了對於違反*jus ad bellum*或違犯*jus in bello*的犯行者制裁的要求。戰犯審判因此是*jus post bellum*的一項核心議題。「義務論」觀點主張戰犯審判，理由是必須剝除國家高官或主權者假藉職務為脫罪的拖詞，揭露自由意志之下個人決斷的行為罪責。「後果論」觀點也主張戰犯審判，因為可以藉此去除危險的政治領袖、防杜對於所犯暴行的洗刷否認、阻止受害者群體的報復、以及嚇阻未來犯行的教育影響力。¹⁷

近年來戰犯審判熟悉的案例是聯合國海牙國際戰犯法庭審判的前南斯拉夫總統米洛塞維奇（已於今年 3 月 11 日死於海牙國際法庭的牢房）以及由伊拉克特別法庭審判的伊拉克前總統海珊。歷史上更著名的或許是 1945 年國際軍事法庭在紐倫堡對德國納粹政治領袖戈林及第三帝國廿多名要員的大審，以及 1946

¹⁶ Bass, *ibid.*, p.398-403。他與華爾澤一樣批評布希排除法、德、俄等國參與伊拉克重建乃大錯特錯，將正義戰爭墮落為美國企業牟利的專享方案。

¹⁷ Judith Shklar指出紐倫堡戰犯審判用法律語言向具有法律素養的德國菁英充分呈現了納粹違反人性的恐怖罪行，對於德國公眾看待納粹深具教育影響力。見Bass, *ibid.*, p.404。

年在東京的國際法庭對日本首相東條英機與 25 名被告的審判。然而「戰犯審判」在歷史中的出現是一項徵候，我們該問其背後的意義：戰爭的概念經歷了什麼轉變？值得比較的是兩個戰後處置案例：1815 年拿破崙戰爭之後將拿破崙放逐聖海倫那島，以及一戰後凡爾賽和約於 1920 年要求德國交出包括德皇威廉二世與興登堡元帥在內約 900 名人員受審。

1815 年拿破崙戰爭結束到 1914 年一戰（或謂「歐戰」）爆發，之間是歐洲著名的所謂百年和平。這兩場相隔一個世紀的戰爭，其戰後處置如何透顯了相隔一個世紀戰爭概念的轉變？拿破崙戰爭在十九世紀初為歐洲帶來的災難，與廿世紀初的歐戰一樣，各自就其時代而言都是史無前例的。然而 1815 年，維也納會議沒有以戰犯審判的法律途徑處置拿破崙。當時的兩個戰勝的強權，專制的普魯士要的是簡單的解決：槍斃拿破崙。英國則希望比較乾淨的解決：將拿破崙交給戰勝國扶植復庇的波旁王朝進行審判（有點像當前美英兩國將海珊交給伊拉克特別法庭審判），但波旁王朝不認為他們能夠承擔此一審判而不招致自身的覆滅。結果英國採取了放逐。無論槍斃或是放逐都屬法外處置(extralegal means)。打敗拿破崙的英國威靈頓公爵，既不接受槍斃拿破崙，也不把拿破崙當作法律意義下的罪犯。¹⁸ 這樣看待仍反映當時歐洲公法(*Jus publicum Europaeum*)的核心概念：“*justus hostis*”（just enemy，正當敵人，只是敵人，不具有法律意義下的罪犯意涵）。

一戰戰後，英、法、美等協約國公眾對一戰期間的德軍暴行有激烈的制裁呼聲，英國公眾談論的是 Edith Cavell，一位英國護士，因為協助協約國軍人逃出德國占領下的比利時而被處死；法國公眾談論的是德軍佔領里耳(Lille)等城市時的掠奪與破壞；美國公眾談論的是德國潛艇在公海攻擊中立國船隻的行為，促成美國參戰的盧西坦尼亞號郵輪(Lusitania)被擊沈事件尤其是標題。¹⁹ 但是當凡爾賽和約提出德國應向協約國交出德皇威廉二世與興登堡元帥在內約 900 名人員受審的要求時，德國人非常憤怒，協約國也不再堅持，改由德國在萊比錫的最高法院調查審判。結果在協約國提出犯罪證據的 901 人中，888 人被宣告無罪或不起訴，13 名被定罪者也是輕罪處分，且在法庭內外被當作國家英雄般呼擁。這結果在協約國公眾看來像一場鬧劇，然而整個過程在德國卻引起了狂熱愛國主義反抗的示威遊行，非同小可的煽起了納粹主義的擴張（戈林與希特勒就是在示威中結識的）。為什麼協約國無法或不願堅持國際戰犯審判？為什麼德國公眾如此激烈反抗？因為凡爾賽和約不曾有前例的處置抵觸了而且最終蝕毀了歐洲公法的精神，也宣告了戰爭概念的轉變。

¹⁸ Gary J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance: the Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton: Princeton University Press, 2000, pp.37-9。Bass 回溯了自拿破崙放逐以來戰犯審判的歷史實例，可惜的是他未曾問其背後如何見證了戰爭概念的轉變，「歐洲公法」及其戰爭概念不曾進入 Bass 的問題意識。

¹⁹ *Ibid.*, p. 59.

對於這個轉變最具洞察力的回溯分析，或許不意外，是史密特(Carl Schmitt)在二戰後(1950)發表的*The Nomos of the Earth*中的第4部，尤其是第4章〈戰爭意義的轉變〉。1914年一戰開打的時候，歐洲各國仍依歐洲公法的老精神「宣戰」，相互以*justi hostes* (just enemy)對待。侵略(Aggression)，還不屬於當時歐洲國際法傳統裡的法律概念。比利時以「不正義戰爭」指控德國侵犯比利時中立長達四年的軍事佔領，是訴諸違反*jus ad bellum*的議論。如前述英、法、美公眾呼籲制裁的德軍戰時暴行，則在歐洲國際法傳統上屬戰爭過程中違犯「比例合度」與「區別對待」兩項*jus in bello*判準的行為，戰爭犯罪(War Crimes)只能是這個意思，戰爭本身不能視為罪行。只要歐洲公法的*justus hostis* 概念仍然有效，敵人是別於罪犯的，主權國家之間的戰爭本身是不能被罪刑化的。因此當凡爾賽和約(Art. 227)要求起訴德皇威廉二世，要求刑罰一國元首，不是基於違反戰爭法的行為，而是以超乎當時國際法而將戰爭本身以「侵略戰爭」、「違犯人道罪行」名義入罪，那是個無前例的處置，撐破了歐洲公法，摒棄了*justus hostis*概念，否定了「無法律即無犯罪，無法律即無刑罰」原則(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)。此所以Art. 227, Sec. 3 只說所依據的是“the highest motives of international policy”而不說依據的是“international law”。²⁰「違犯人道罪行」這個超乎法律的新概念，當時即便美國代表也有所保留，因為戰爭向來是「不人道的」。侵犯罪是可能的，因為「侵犯」可能是單邊的行動，然而「侵略戰爭」卻通常是個雙邊鬥爭的過程，侵略與防衛不是絕對的道德概念，而是必須在情境過程中判斷的，因此在凡爾賽的德國代表抗議只將德國列為挑起戰爭的侵略者。

凡爾賽和約主張審判戰犯的法律主義(legalism)，卻以沒有前例的「侵略戰爭」、「違犯人道罪行」等超乎法律的新概念要求德皇威廉二世與德國公民的起訴求刑，在德國人看來充滿了對戰敗國歧視、羞辱與報復的臭味兒。萊比錫審判，協約國看來像鬧劇卻只能抗議而無法追究，多少因為當時兩百年歐洲公法為背景的歐洲公共意識尚未認可這些指控的新罪行。但是史密特指出在1919-1939的廿年期間，新的國際法秩序逐漸取代了舊的歐洲國際法。雖然美國未加入國聯(League of Nations)，由美國民間社群積極推動的日內瓦議定書(Geneva Protocol, 1924)終於以「Shotwell決議」成為國聯的正式文件，將「侵略戰爭」定為罪行。1928年的凱洛格非戰公約(Kellogg Pact)，以及1932-34年的「裁軍會議」，美國與蘇聯皆積極介入界定何謂「侵略」與「侵略者」。這些以法律主義形式的成文定義來將戰爭罪刑化的企圖，對遏止戰爭的危險沒有任何成效，反而阻礙了實際問題的解決，無法遏止卅年代在歐洲與亞洲全面復燃的戰爭。可確定的是，這廿年將戰爭罪刑化的企圖逐步拆解了歐洲國際法的戰爭概念。而在二戰後的1945年，將戰爭罪刑化的趨勢以及國際戰犯審判的實例似乎已經確立。但是史密特提的一系列問題仍然迴盪在每個案例中而不易解決：犯罪的事實是什麼？誰是罪

²⁰ Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*, translated by G. L. Ulmen, New York: Telos Press, Ltd., 2003, pp.262-3。

犯？誰是共謀？誰是協犯？誰是原告？誰是被告？誰是法官？法庭是什麼？以誰之名做成判決？²¹ 史密特改編老諺語「攻擊是最佳的防衛」，質問在強權主導的國際司法舞台，會不會「指控侵略的防衛是最有效的侵略？」²² 我們可以用來回想美國在越南、阿富汗、伊拉克進行戰爭的修辭：圍堵、安全。在*The Fog of War*這部回憶訪談紀錄片裡，越戰時擔任美國國務卿的Robert McNamara回憶太平洋戰爭末期美國戰爭部長史汀生在建議原子彈攻擊之前，主導以燒夷彈空襲日本本島主要工業城市，每次一個城市死亡人數約十萬人，不分婦孺。他記得史汀生說：「若這場戰爭我們不贏，我們都將成爲戰犯！」或許是史密特質問的最佳註腳。在日本的空襲焚城、在越南的橙劑化學戰，比起擊沈盧西塔尼亞郵輪的暴行尺度如何？可曾有戰犯受審？

老歐洲“just enemy”的舊思維不再。我們當代充斥的是單極獨佔的指控修辭：「違犯人道罪行」(crime against humanity)、「流氓國家」(rogue states)。這說明了何以史密特在1950年所回溯分析1920年令德國人震驚憤怒的戰犯審判，在廿一世紀初會受到基進左翼引伸來警戒正義戰爭論述的重現。「戰犯審判」在歷史上的出現見證了戰爭概念的轉變，見證了當前「世界新秩序」的邏輯，這是自由派學者不傾向於碰觸的背景，我認爲卻是在*jus post bellum*脈絡下論「戰犯審判」時不應迴避的觀點。

四、寬恕與正義的不同格

Jus post bellum，戰後正義的概念裡，審判懲罪的法律正義是否是絕對的道德責任？許多人權鬥士會說：沒有正義就沒有真的和平。然而，除非要求無條件投降，與敵人協商意味著與「戰犯」協商。而堅持戰後對戰敗者以罪犯身分起訴求刑（我們沒有機會對戰勝者起訴求刑，無論他們犯下了什麼），是否迫使血腥的戰爭領袖不計社會代價的戰至力竭？若和平意味著接受許多不正義，意味著與戰犯協商，那麼在和平與正義兩種道德義務之間，如何抉擇優先高下？其實我們可以見到許多優先選擇和平的例子。以色列總理拉賓與巴解領袖阿拉法特不計前嫌在白宮草坪上握手言和，甚至在伊拉克戰前美國國防部長倫斯裴放話若海珊選擇流亡，可以放棄對其過去戰爭罪行的起訴求刑以換取免於即將發生的戰爭。雖然這兩個例子最後都未成功獲致和平，多數人仍然贊成這樣的提議。Bass主張，和平的責任必須優先於正義的責任，雖然兩者之間經常是痛苦的交換。而且法律意義的正義，與和平、穩定、民主、分配的正義，同屬政治的道德責任，而非不顧一切的責任。²³ 那麼，*jus post bellum*，戰後正義的概念，審判戰犯起訴求刑的法律正義，只能是其狹義的理解。而在許多可能矛盾的道德責任之間的審辨、抉擇與實踐，才是戰後正義的廣義理解。

²¹ Ibid., p.260.

²² Ibid., p.278.

²³ Bass, 2004, pp.405-6.

問題是，當廣義與狹義的正義概念相扞格的時候呢？是否「不計法律正義」的道德抉擇與實踐仍然可以，或者有必要，以正義稱之。康德在《道德形上學》裡討論了一個難纏的題目：恩赦的法權/正義 (*jus aggratiandi*, the right/justice of pardoning, the right/justice to grant clemency)，主權者赦免一個罪犯之罪刑的法權。康德的立場，若非反對的至少也是警告的。他說，這是主權者所運用的法權之中最為滑溜的(*the slipperiest one*)，亦即容易閃失，必須如履薄冰、戒慎小心的。因為這是主權者莊嚴法相最為輝煌的展示，但也同時是極度的不正義。對於他的子民所遭受的罪行，主權者若不能進行懲罪，是對其子民的最大冤屈，他絕無立場來運用恩赦權。只有在當他自己是罪行的承受者時他才可以施以恩赦，即便在此狀況下，若因為他不加懲罪而將使其人民的安全受到威脅，他也不能施以恩赦。那麼康德反對恩赦嗎？又不是。他這節的結語是：只有恩赦這一項才值得被稱為主權者至高莊嚴的法權/正義。²⁴ 康德這一節繃緊呈現了我們的問題：寬恕與正義之間的緊張，卻並未充分提示這裡面容易閃失的滑溜薄冰。

楊凱列維奇在「寬恕」問題上的哲學思考，可以為戰後正義的廣義理解帶來許多啟發。這裡只能扼要提出他呈現「寬恕」的一個面向：寬恕與正義不同格。寬恕對反於法律倫理的體系，超乎任何規範性道德體系。正義要求算帳，要求決算行為者的責任，要求審辨理由，要求復原或賠償。寬恕則違抗、摒棄、逸脫或蔑視這些這些法律正義的邏輯。寬恕不因為任何理由。聽取罪行的理由或是理解罪行的理由，是智性的辯解 (*excuse*)，若能夠因為辯解而證明無辜，或是獲得理解與原諒(*excusable*)，那麼是不需要寬恕的。唯有當罪行是無法辯解，不能理解的時候，寬恕才相干。法律正義要求事物的賠償與復原，但戰爭罪行可賠償可復原的假定是荒謬的，寬恕面對的是無可挽回無法彌補的罪行。寬恕以善報惡，但若夾帶任何細微的交易、利益的觀望（包括和解的利益）、或任何果報的概念（包括對方的皈依），都只是偽善。寬恕不要求制裁，單方面決斷，醜行不必賠償、不義不必贖回、侵犯不必扯平，超越一切刻板的果報回應。²⁵ 寬恕與正義不同格，因為正義體系所講求的任何條件，恰都是足以取消寬恕之所以相干的理由。

將寬恕與正義邏輯對比呈現，我覺得有趣的，與其說是主張寬恕格調高於正義，不如說是揭露了面對巨大戰爭罪行時，正義邏輯裡的利害計算、可理解、可賠償可復原的前提假定都顯出荒謬。而且，若如楊凱列維奇所言，正義是損有餘而補不足的代償機制，沒有一方應該獨佔所有優勢而同時專享正義，²⁶ 然而戰勝的強權單向主導戰犯審判的正義儀式卻正是如此：正義的獨佔專享。

寬恕不是隨著時間流逝的遺忘，記憶是必要的。寬恕是一個獨特的演作事

²⁴ Kant, *Practical Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp.477-8.

²⁵ Vladimir Jankélévitch, *Forgiveness*, translated by Andrew Kelley, Chicago: The University of Chicago Press, 2005, passim.

²⁶ Jankélévitch, pp.51-2.

件，是正義懲罪慣性的革命性逆轉，是解放的作為，是創造，有無限的影響，宣告再生新生，開啓一的新的時代。寬恕不審理由，不計回報，不講條件，似愚而近乎瘋，步乎法外，超於自然。²⁷ 寬恕具有與侵略對等的主動性。侵略行為一旦造業，是無可挽回無法消除的，唯寬恕足以勾消之。一笑泯怨仇，足以完成正義儀式辦不到的事。以上楊凱列維奇的許多觀點也是屠圖主教呼應的：摒棄果報相還的正義，質疑接受賠償的正義，強調沒有寬恕就沒有未來，對未來的關係充滿信心，提供重新開始一切的機會。²⁸

德希達引述評論楊凱列維奇的寬恕哲學，提出了幾個問題是楊凱列維奇強調「自發性」的寬恕所遺略的：寬恕仍然太過依賴民族國家與主權的角色，以及寬恕是否可能不經由制度媒介？至少，罪與恕雙方用什麼共有語言就已是制度媒介了。牽涉戰爭與內戰，政治罪責(political guilt)究竟是什麼意思？誰能夠代表誰向誰要求正義的懲罪與賠償？誰能夠代表誰請求寬恕？誰能夠代表誰接受賠罪表示寬恕？德希達質疑由代表國族(Nation)的主權者之間的談判或索求是成問題的（更遑論由政黨操弄的勒索或炒作），不僅可能完全無濟於受害者與罪行者之間任何有意義的正義或道德關係，且將淪於主權者或政黨利益的籌碼。而自從鄂蘭的〈民族國家的沒落與人權的終結〉一文，我們已知道，民族國家的主權如何既是人權的條件，也是「違犯人道罪行」的主要來源。²⁹

德希達最後提示他的夢想：真正值得稱為寬恕的是無須權力的寬恕，是與主權脫鉤的寬恕。³⁰ 這個構想仍然有待清晰捕捉。想想戰爭/內戰與主權之間近乎必然的關係，想想正義戰爭尚且要求一個正當主權來宣告，這個構想並不容易。目前，正義戰爭與戰後正義的主題與在寬恕哲學上的思考者尚未匯流，而溝連這兩個問題思想流脈的工作仍有待努力。

²⁷ 研討會上的朋友質疑我此處的文字太溜。不，這些表達全屬楊凱列維奇的，他用：folly forgiveness, mad forgiveness, amoral, sur-nature (supernatural), the miraculous, ineffable, extra-judicial, stand outside of any system of justice, truly free, most sovereignly generous.

²⁸ 屠圖著，《沒有寬恕就沒有未來》，江紅譯，新店：左岸，2005。屠圖摒棄紐倫堡式審判的正義，也質疑為何猶太人要接受補償的正義。

²⁹ Hannah Arendt, "The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man," *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harvest Book, 1976, pp.

³⁰ Jacques Derrida, *Cosmopolitanism and Forgiveness*, translated by M. Dooley and R. Kearney, London: Routledge, 2001. pp.267-302.