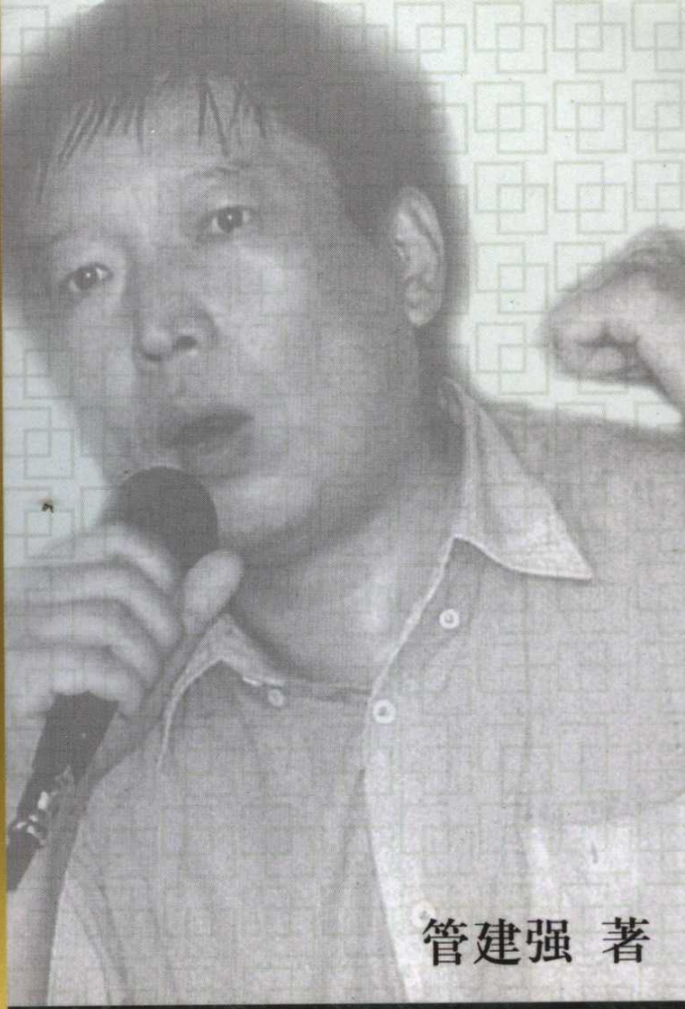
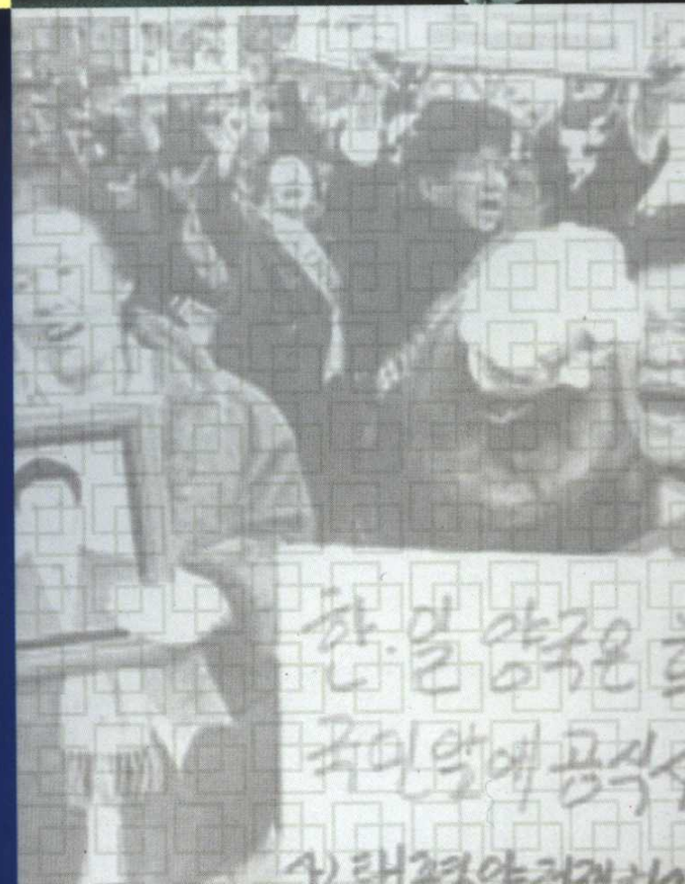
公平·正义·尊严

中国民间战争受害者对日索偿法律基础



管建强 著





上海人民出版社

世纪出版

ISBN 7-208-06157-2

9 787208 061576 >

定价：38.00 元

易文网：www.ewen.cc

上架建议：法学理论







公平·正义·尊严

中国民间战争受害者对日索偿法律基础

管建强 著

上海人民出版社

图书在版编目（CIP）数据

公平·正义·尊严：中国民间战争受害者对日索偿的法律基础/管建强著.
—上海：上海人民出版社，2006
ISBN 7-208-06157-2

Ⅰ.公… Ⅱ.管… Ⅲ.中日关系—战争赔偿—法律—研究 Ⅳ.D995

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 019318 号

责任编辑　陈莉莉
封面装帧　马立原

公平·正义·尊严
——中国民间战争受害者对日索偿的法律基础
管建强 著
世纪出版集团
上海人民出版社出版
（200001　上海福建中路 193 号　www.ewen.cc）
世纪出版集团发行中心发行
上海商务联西印刷有限公司印刷
开本 635×965　1/16　印张 28　插页 4　字数 384,000
2006 年 7 月第 1 版　2006 年 7 月第 1 次印刷
印数 1-3,250
ISBN 7-208-06157-2/D·1057
定价 38.00 元



管建强，男，1958年出生在上海。1986年毕业于华东政法学院，1995年获（日本）亚细亚大学法学硕士学位，2005年获华东政法学院法学博士学位，现任华东政法学院副教授。主要兼职：侵华日军南京大屠杀史研究会日本历史教科书问题研究会研究员、731细菌战受害者原告团法律顾问。主要研究领域：国际法基本理论、国际人权法、对日民间索偿、台湾的法律地位。讲授的课程有：国际公法学、当代西方政治制度、中国外交史、国际组织法等。主编和参编、参著的著作有：《国际法》、《国际公法学》、《日本法律发展史》、《人权法学》、《对日民间索偿的法律与实务》等。发表的论文数十篇。



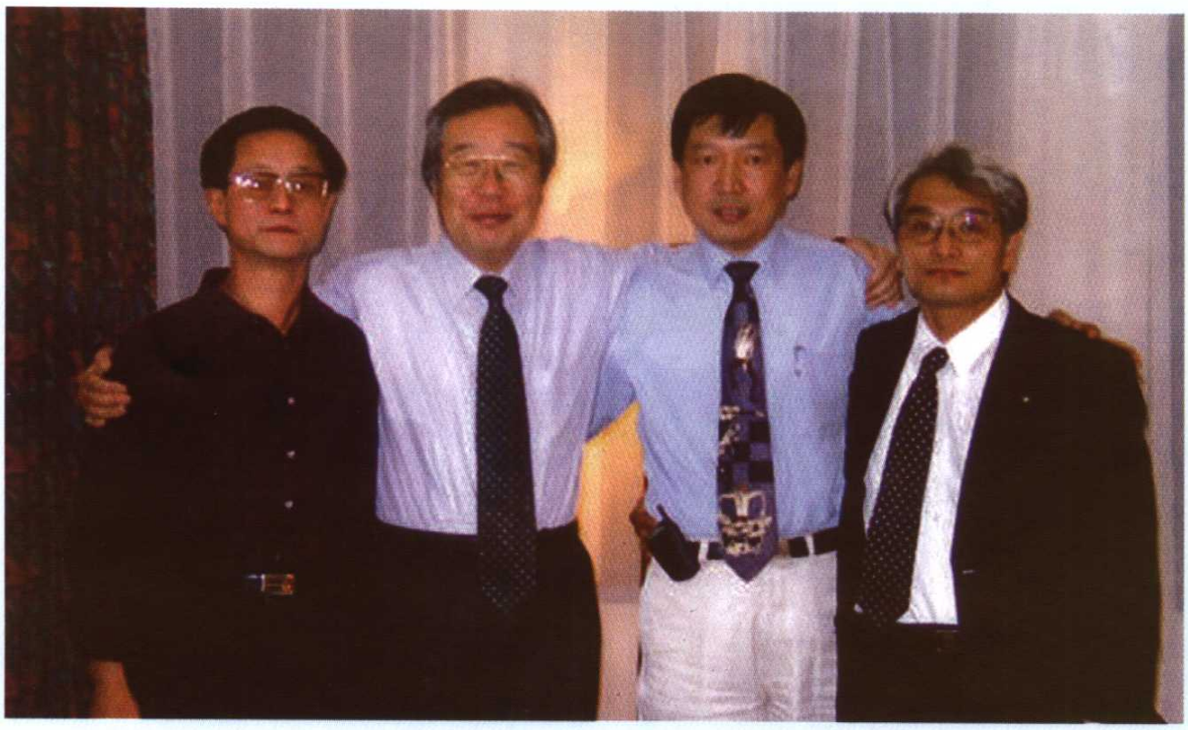
● 2002年8月27日，作者在原告团、原告辩护团和日本市民声援团等声讨日军暴行、抗议判决不公的集会上发表演说。



● 2002年8月底，作者（中间）与浙江省义乌市电视台记者陈仲龙（右一）专程采访居住在日本静冈县的日本社会活动家森正孝先生（左一）。



● 2004年12月7日，即将在东京高等法院出庭作专家证言前，作者与731细菌战中国原告诉讼辩护团的日本律师在土屋公献律师事务所合影。左起为荻野淳律师、土屋公献律师（辩护团团长，前日本律师协会会长）、作者、一濑敬一郎律师（辩护团事务局长）。



● 2003 年 10 月 29 日，中国人战争受害索偿诉讼日本律师辩护团团长小野寺利孝律师（左二）、干事长南典男律师（左四）专程抵沪，与“中国 918 爱国网”总编吴祖康先生（左一）和作者（左三）洽商合作事宜。



● 2005 年 8 月 31 日，细菌战诉讼中国原告团三审首次工作会议在浙江省义乌市王氏曲江宗祠举行。原告团团长王选（左一）、作者（左二）在会上。



● 2005 年 6 月 23 日，刘连仁事件诉讼团、律师团和声援团正步入东京高等法院大门。前列左起依次为作者、森田太三律师、高桥融律师、原告刘连仁之子刘焕新、中国律师康健和傅强、小野寺利孝律师。

对日民间索偿诉讼与中日友好

（代序）

土屋公献[①]　一濑敬一郎[②]

管建强先生作为国际法学者就中国战争受害者对日民间赔偿请求权的研究，受到日本专家学者的高度评价。受180名细菌战受害者的委托，我们作为细菌战诉讼案原告的代理人，是通过细菌战诉讼活动才与管建强先生认识的。细菌战诉讼案的诉讼准备起始于1995年，正式起诉于1997年。现此案仍在日本国最高法院审理中。以下介绍细菌战诉讼案与管建强先生的相关关系，并就管建强先生的赔偿请求权研究的意义进行阐述。

一

首先，我们日本律师参与细菌战诉讼案活动的思考基点，即我们围绕细菌战辩护活动的考虑问题的原动力，正是与管建强先生交流的“通用语言”。

日本在侵华战争期间，动用细菌战部队（731部队和1644部队等），散布鼠疫和伤寒菌，被这种疫病感染后的中国人多数死亡。细菌武器的研制始于哈尔滨市郊外平房中设置的731部队本部的活体实验等，行为残酷，与日本殖民中国东北地区有直接关联。如此开发细菌武器用于细菌战是基于当时日本最高权力者昭和天皇裕仁的命令。日本军所实施的上述细菌战是与德国法西斯对犹太人实施大规模屠杀有着同样性质的非人道的杀戮行为，是确定无疑的战争犯罪行为。

---

① 土屋公献律师是731部队细菌战受害赔偿请求诉讼辩护团团长。

② 一濑敬一郎律师是731部队细菌战受害赔偿请求诉讼辩护团事务局长。

可是，日本政府将731部队等实施的细菌武器研究的内容秘密地递交给了美国，日美共谋隐瞒了细菌战的犯罪事实。由此，在远东军事法庭审判日本战犯时的判决便全然没有涉及细菌战犯罪。今天日本政府仍然隐藏了关于细菌战的大量证据。

1997年细菌战受害者起诉后至翌年期间，在日本国会上栗原君子议员曾三次就日本军在中国实施细菌战的事实对日本政府进行质询。栗原议员不仅出示了原日本陆军参谋本部的井本熊男的业务日记等难以抵赖的客观证据，而且提出了尖锐的质问。然而，时任日本首相的桥本龙太郎和村冈兼造官房长官虽然承认有731部队等防疫给水部队组织，但始终强调因时间久远该组织的活动内容无法查明等托词，顽固地拒不承认日本军细菌战实施的事实。

日本政府如今仍然坚持这种态度，这也是战后日本政府的一贯的态度。这正反映了日本政府以及支持这一态度的相当部分的日本人缺乏对侵略战争的反省。其结果，日本政府于20世纪90年代中期以后，违反日本国宪法向海外派遣了自卫队；进入21世纪的今天，更企图篡改宪法，抛弃和平主义原则，对于亚洲，特别是对中国、朝鲜甚至瞄准了再度发动侵略战争的机会。这样的日本帝国主义和军事大国的态势，持续地伤害着中国的战争受害者。

1995年，我们日本辩护律师与日本从事和平运动的市民团体一起赴细菌战受害地浙江省义乌市崇山村进行调查访问。在细菌战中双亲或兄弟姐妹被杀害的村民们，为了寻求作为人的尊严，委托我们起诉日本国，提出要求日本国“谢罪和赔偿”。

是年，笔者土屋公献在日本律师团体即日本律师协会任会长。同年10月律师协会召开了维护人权的大会，作出了“战后50年、关于和平与人权的宣言”的决议。土屋先生作为日本律师协会会长为实现上述宣言长期来呕心沥血不懈地努力着。该

宣言的内容表达了细菌战诉讼团日本律师团的心情，故将相关内容介绍如下：

“我国在此前的战争中以及在战前的殖民地支配下，从亚洲、太平洋地域开始由内向外地实施了屠杀当地居民、活体实验、性奴役（从军“慰安妇”）、强掳强制劳动、抢夺财产、抹杀文化等违反人道法的重大的人权侵害行为，导致了受害国无数重大的惨祸与牺牲。战后，日本国决意为了不使政府再度发起战争的惨祸，制定了和平主义、尊重基本人权、国民主权为原理的宪法。”“可是，在这50年间，日本国懈怠了对于上述重大的人权侵害行为的真相探明与采取恢复被害者尊严的措施，同时，将战争与殖民地支配的真相和历史正确地向后代进行教育尤其显得十分不足。”“我们日本律师，强烈要求国家查明上述重大的人权侵害行为的真相，并对此迅速地采取适当和可能的恢复被害者尊严的措施，并且要求日本政府必须积极地将这一战争与殖民地支配的真相正确地教育后世。”“战后50年之际，我们日本律师再度宣誓，为了维护基本人权与和平，我们将竭尽全力。”

细菌战诉讼辩护团的日本律师认为，秉持上述人权大会宣言的立场，细菌战受害者对日赔偿请求权有法律上的依据，因此，日本法院必须判令日本国“谢罪和赔偿”。承认原告的诉讼请求才是实现法的正义的途径。

1995年12月，笔者一濑敬一郎与律师同僚鬼束忠则、西村正治等寻访了浙江省义乌市崇山村。同行的还有上海的王选女士，她热心地为我们做翻译工作，并在此后的细菌战诉讼原告团成立之际任团长（王选的父亲王容海出生于崇山村，王容海的胞弟死于细菌战的鼠疫）。此后，王选女士又将管建强先生介绍给我们。就这样我们渐渐地对管建强先生从认识到熟知。

翌年11月，我们首次赴湖南常德细菌战受害地进行调查访问。同去的还有庆应大学的松村高夫教授，在常德我们向当地

的居民调查了细菌战鼠疫的流行事实。

在一年半多的时间内，我们去中国进行实地调查取证大约有十次。当地细菌战受害者向我们控诉了日本军在侵略战争期间的非人道的残酷行为，给我们留下了很深刻的印象，调查侵略战争的犯罪事实从某种角度来看也是学习历史的极重要的机会。我们认为这种体验正是在随后的诉讼斗争中克服艰辛万难的原动力。

我们细菌战诉讼案辩护团，在上述思想的指导下不断地进行着诉讼准备，至1997年8月，由浙江省和湖南省的战争受害者作为原告对被告日本国提起了诉讼。

二

提起诉讼之前，中国的法律界已经提出了中国战争受害者的民间赔偿请求权不受日中共同声明(《中日联合声明》)影响的观点。有少数的学者开始对民间赔偿请求权的法律问题进行研究，管建强先生正是这样的先驱研究者之一。

2002年8月27日，东京地方法院的一审判决书认定了如下的三个重要的问题。第一，1940年至1942年期间，日本军在中国浙江省和湖南省实施了细菌战，导致1万以上的中国人遭到杀害；第二，日本军实施的细菌战违反了1925年的日内瓦毒气议定书公约；第三，日本国基于1907年海牙陆战条约第3条规定的损害赔偿的国家责任成立。可是该判决同时强调，日本国上述所负的国家责任不是对于受害者个人的，而是对受害国中国所负的赔偿义务，该赔偿义务因1972年的《中日联合声明》等而消灭。

所以，我们辩护团在东京高等法院审理的二审阶段中，就细菌战受害者作为个人享有对日本国提出损害赔偿请求权(根据来自国际法和国内法)，这个损害赔偿请求权没有因为《中日联

合声明》等任何规定而消灭的问题提出论证和依据。

在一审判决后不久，我们咨询了管建强先生并委托他撰写关于《中日联合声明》的国际法的分析鉴定意见书。管建强先生非常优秀地完成了这份专家意见书，这份意见书作为原告方面的证据递交给了东京高等法院。不仅如此，根据我们的申请，东京高等法院接受了国际法学者管建强先生作为专家学者证人出庭作证。

管建强先生的法庭证言，是中国第一位国际法学者在法庭上从法的角度分析和论证了中国战争受害者个人当然地享有损害赔偿请求权的证言，这一对于伸张正义，维护中国民间战争受害者合法权益具有历史意义的重要证言，于2004年12月7日午后1时半，在东京高等法院101号法庭进行陈述。法庭上的原、被告双方询问证人的准备工作由辩护团的一濑敬一郎与荻野淳律师组织和实施，在法庭上原告方询问证人的工作是由荻野淳律师完成的。管建强先生论证了1952年“日华和约”的无效，指出了各种媾和条约中早已存在区别国家的战争损害赔偿请求与民间损害赔偿请求的不同规定，同时论证了1972年的《中日联合声明》第5项没有放弃中国战争受害者的民间赔偿请求权，中日复交三原则与《中日联合声明》的关系等。在论证和回答询问时管建强先生的言行和态度无不流溢出坚定和自信，他对于日本国方面的反方询问的回答也表现得相当出色。

2005年7月，遗憾的是东京高等法院的二审判决仍然驳回了原告的上诉请求。不过，东京高等法院的判决中对于管建强先生的法庭证言中所论证的中国民间战争受害者享有对日索赔权而不受《中日联合声明》的影响以及“日华和约”是无效的观点，因无法否定，故回避了本该作出的判断。与此同时，恢复细菌战受害者作为人的尊严的斗争仍然在继续。发起细菌战诉讼以来，首次知道细菌战的人在日本和在世界各地越来越多。对

细菌战受害者命运关心的范围通过诉讼而扩大，通过诉讼关于细菌战的受害与加害双方的调查迅速地推进，并发现了许多有力的证据。

日本最高法院曾经在审理家永教科书的第三次诉讼案时认定："作为实施细菌战为目的的731部队以活体实验的方法杀害了许多中国人这一事实，已经是本案鉴定之时的学会方面无法否定的定论。"进而认定了删除731部队记述的1983年的教科书鉴定为违法(1997年8月)。最高法院关于"731部队实施细菌战的目的"的上述事实认定，对于细菌战诉讼也有重大的意义。

2005年年末，细菌战辩护团向最高法院提交的上告理由书中，在指出上述家永教科书诉讼中最高法院判决的意义的基础上，强调了细菌战诉讼中应当实现法的正义。

三

然而，自1995年以来，日本法院审理和判决了数十起中国战争受害者作为原告的民间赔偿请求案件，这些战争受害的核心问题，除细菌战问题以外还涉及南京大屠杀、强制奴役劳动、"从军慰安妇"、遗弃毒气弹等，这些战争损害赔偿诉讼中，管建强先生所研究的中国战争受害者对日民间赔偿请求以及《中日联合声明》问题，成为了极其重要的法律诉争焦点问题。

2002年4月26日，福冈地方法院对于强制中国劳工诉讼的判决中，基本上采用了与管建强先生相同的法律解释，明确地作出了旨在认定中国人战争被害者的民间赔偿请求权没有被放弃的判决。可是进入2003年，在细菌战审判的二审阶段，被告日本国在向法庭递交的抗辩理由书中针对福冈地方法院的上述判决理由进行了猛烈的反驳。在2004年5月24日，福冈高等法院对于该上诉案件所作出的判决中完全颠覆了福冈地方法院的一审判决。由此，关于中国战争受害者的民间赔偿请求权问

题在司法实践中出现了逆流现象。在这种背景下，管建强先生的法庭证言就显得尤其重要。

2005年3月18日东京高等法院在对中国人“慰安妇”诉讼案的判决中认定，“中华民国”[①]将“旧金山和约”第14条(b)项的内容加入到所缔结的“日华和约”中，由此，中国的国家以及国民的对日本国所拥有的基于战争受害导致的损害赔偿请求权业已放弃。

东京高等法院的这一判决，是对1972年《中日联合声明》的否定。上述判决的背景之一，是日本国方面正面临着其所依据的“国家无答责”的法理以及时效和除斥理论遭到了下级法院的排斥判决的增加，为了扭转这一势头而策划了这一判决。

当然，有必要透视其最根本的、本质的背景。换言之，即该判决所考虑的根本问题与小泉首相执着地参拜靖国神社的策划是同步的，日本国有这么一股“再度入侵亚洲的冲动”，企图吞没政界和财界。上述3·18判决书的判决理由的最后部分是战争受害者民间赔偿请求权内容，判决对此进行封杀，采取了露其意图而不容疏漏的判示。因包含极其重大的问题的判决，以下引用若干判决书内容作简单分析。

其曰：“战争，在21世纪的今天，仍然是国际间解决纷争的终极手段，其本质上没有任何变化。”这一判示除了鼓励以战争的方式解决国际纷争的思路以外，没有其他的含义可言。也是与日本国宪法第9条第1项“日本国民诚实地希求以正义与秩序作为主旋律的国际和平，国家权力发动战争与武力威胁和武力的行使作为解决国际纷争的手段，将被永久地放弃”的规定发生正面抵触。

该判决声称：“古往今来，在开始之际，不标榜正义的战争是

① 编者注：指台湾当局。

不存在的，从历史教育方面而言，判断战争是否正义是后世的历史判断的领域问题，并不是法的纷争解决的基准。”这也是对过去日本的侵略战争性质的行为予以否定的表述。

该判决声称：“在应当避免战争的问题上，虽然不曾见到相反的意见，但是，从反面而言，只有不回避战争和不退却的意念以及以武装力量为后盾，才有可能存在一种避免战争的现状，这是无法否定的。”这一论断公然地容忍军备和战争、武力的行使，也是与日本国宪法第9条第2项规定的“为达成前项的目的，陆海空军及其他的战斗力，不得保持。国家的交战权不予承认”的表述发生抵触。

该判决声称：“根据现行法律的解释无法获得救济，又及，实现是否适合救济的判断，不是法院的职责。法院最忌讳情感流溢，肆意的判断。”该论调反映了法官早已经忘却了法是为了实现正义。

如上所述，3·18判决是企图在21世纪复活那些露骨的帝国主义思想的一种强势意识形态的表现，是极端恶毒的。这一判决的思想来自于现在美国的布什政权及其老巢的“新保守主义”以及通过修改宪法来自由处置自卫队海外派兵的日本小泉政权的思考方法，从这个意义上来看，3·18判决很显然反映了由政府向司法部的政策介入的特点。

另一方面，日本政府推进的走向新的战争的动向，2005年10月下旬日美安全保障协议委员会公布的在日美军再编中间报告（或称临时报告）更是有着露骨的表述。即，美军的最高前线司令部在日本的东京周边地区设置两个基地（座间与横田），同时，明确了自卫队根据美军军事作战的需要进行大幅度的动员方针。日美军事同盟的强化举措，无疑是针对中国和朝鲜的战争策略。

日本政府修改宪法抛弃和平主义的理由是出于日美军事同

盟急速强化和自卫队再度侵略亚洲的迫切需要。

为了阻止日本国中正在膨胀的上述走向战争的动向，我们包括中国战争受害者有必要与全体亚洲战争受害者加强合作。

我们绝对不同意东京高等法院2005年3月18日的判决。与此同时，我们也应该直面它的登场，冷静地构想并予以反击。

现在，围绕中国战争受害者的民间赔偿请求权的斗争又进入了一个新的阶段。管建强先生今后的研究的新课题已经明确地被设置。

四

我们与管建强先生从认识到现在快要10年了。对管建强先生的印象而言，最初见面时留下的认识是他为人热情，可是随着我们不断的交流，我们也不断地了解到管建强先生在学问方面有着极强的专业意识。不仅如此，管建强先生还洋溢着快乐与热情，作为法律专家立足于正义感，作为学者有着全身投入研究的热情。

在日本的侵略战争中同胞的父母姐妹被残酷地杀害，至今中国民间战争受害者的伤口尚未痊愈，他们精神上的痛苦依然持续着，以法律的正义如何才能解决这些同胞的苦境的问题，正是管建强先生学问研究的出发点。

现在的中国采取改革开放的政策，发展经济是国策的轴心。我们无数次来中国与细菌战受害者进行面谈，他们大部分经济上贫穷，而且，大部分的中国受害者现在都已是70岁以上的高龄，他们对日本政府不顾中日缔结的《中日联合声明》，实行反中日友好、给亚洲带来军事威胁的措施抱持着强烈的愤怒。管建强先生为这些处于社会弱势地位的战争受害者们毫无报酬地研究损害赔偿请求权的法律根据，面对权力、强者和世俗舆论决不迎合，坚守严格的法律意识。管建强先生以现实民众的立场和

利益作为检验自己学术进步的标准是具有良心的学者。

我们通过与管建强先生长期的交流，了解到管建强先生强烈地希望维护亚洲与世界的和平。管建强先生的日本语非常优秀，对日本语文献和日本的法院的动向也掌握得十分详细。而且管建强先生精通日本的法律和政治，因此，管建强先生以战争受害者民间赔偿请求权的研究为课题是具备了极其有利的条件。我们确信管建强先生今后在国际法方面的研究成果将为人们寻求和平的斗争作出贡献。

另外，管建强先生为人不仅热情，而且坦率和耿直。管建强先生与我们日本律师经常自由地交换意见，他对于我们而言是完全值得信赖的。

确实，现在的中日关系很严峻。日本政府与财界为了强力地推行战争政策，靖国神社问题、历史教科书问题、钓鱼岛问题等，中日之间存有巨大的障碍，日本大多数媒体采信战争政策。我们对于现在的日本政府与这样的社会现象深感耻辱。

可是，我们通过细菌战诉讼，如今任何微小的努力都是实实在在地培育着真正的中日友好的萌芽。这株萌芽不会轻易凋谢，而是有着顽强的生命力。此外，我们确信，日本广大的劳动者阶级，迟早会在追求和平和反对侵略战争的斗争中崛起。20世纪的历史告诉我们，侵略战争必然走向失败和灭亡。

我们决不会放弃信念，将继续与之斗争，我们确信在不远的将来真正的中日友好必然会实现。在搁笔之际，我们以此信念和确信作为共勉赠送给管建强先生。

2006年1月15日

自　序

日本国发动的侵华战争以失败而告终，时至今日历史已经走过了一个甲子。作为活着的人们，尤其是经历过那场战争的人们，感受到的那场战争并不只是国家之间的较量和军队之间的厮杀，而且是日军对平民的虐杀、对妇女的强暴、对人性的摧残、对人道的践踏，其惨绝人寰的程度简直可以称作是野兽的行为。作为主导发动侵略的组织、策划者和实施暴行的违反战争法规的战争犯罪者，除了必须承担战争犯罪的刑事责任以外，还应当向受害国以及受害国国民给予赔偿。①

中国民间战争受害者对日索偿是一项战后遗留的，并有待解决的历史问题。岁月本来是可以医治战争创伤的，但是日本右翼保守势力偏偏不断地旧账翻新。中国受害民众迄今不仅没有得到日本政府正式的毫不含糊的认罪、道歉和赔偿，而且还不时受到日本政府领导人参拜靖国神社和篡改历史教科书等事件的屡屡伤害。

在20世纪90年代，中国的战争受害者打破沉默，开始要求日本政府谢罪、赔偿。1992年至1993年通过日本驻华大使馆向日本政府提出记载受害事实和要求的诉讼状，然而，日本政府对此置之不理，于是他们决定在日本提出要求谢罪、赔偿的诉讼，并寻求日本律师支援。

在中国民间战争受害者展开的对日索偿的司法实践中，关于追究加害方责任的法律依据的争议问题，是整个对日索偿进

① 管建强：《讨还公道》，载《新民晚报》，2005年7月3日。

程中所面临的最具有挑战性的课题。日本政府以“个人不得援用国际条约对加害国提出损害赔偿的请求”、“国家无答责”、“诉讼超过时效”以及“国家间的条约已经放弃民间战争受害者个人的对日赔偿要求”等作为主要的抗辩理由并为大多数日本法院所接受。导致中国民间对日索偿案件，如细菌战、化学武器、“慰安妇”、中国劳工、大屠杀等受害原告伸张正义的诉求屡屡受阻。这些所谓的日本政府的抗辩理由已经成为中国民间战争受害者对日索偿进程中的重大的法律障碍。

长期以来，日本政府由其法律专家组成的智囊团队创立了所谓的抗辩理由和法理依据，其内容非常庞大并成为一种防御的理论体系，并且正在不断地加以修饰。该抗辩理论体系早已经严重地威胁着中国民间战争受害者的合法权益，而突破这种抗辩理论体系，从其意义、涉及理论研究的深度和广度来说，当属国家重大的课题。

至今为止，国内的学者对于中日战争遗留问题的研究成果较多的是反映在历史、国际关系等研究领域中。虽然国内也有其他学者发表过相关课题的法学著作，然而，相对而言似乎较简略，有些则缺少针对性，在一些重要的焦点问题上，没有法律和法理上实质性的交锋和较量。此外，日本的辩护律师和学者在批判日本政府的抗辩主张方面提出了许多有价值的主张和理论，可是，其中有一些主张的依据和理论比较薄弱，需要充实和完善，有些主张则需要重新思考。

笔者自 1990 年至 1995 年自费留学日本攻读国际法。1994 年 5 月，羽田内阁法务大臣永野茂门发表了“南京大屠杀是捏造的”、“大东亚战争并非侵略战争”等谬论，激起了笔者的无比愤慨并动员了在东京地区留学的一些中国学生，计划组织到日本国会前抗议、示威。后经中国驻外机构官员的劝导，搁置了这一激进的活动。从此，笔者开始理性地关注、收集和研究中日战争的遗留问题。

笔者长期以来关注中国民间战争受害者的对日索偿活动。

从1998年开始直接参与和帮助中国民间对日索偿活动，曾经两次推动、组织和筹办了在华东政法学院举办的对日民间索偿的国际问题研讨会，多次出席关于对日民间索偿的国际或国内学术会议。2000年12月曾作为代表中国民间起诉团的检察官出席了在东京举办的审判日本政府的“女性国际战犯法庭”并代表中国的起诉团在法庭上作最后的法律陈述。

2001年，就“花冈和解”协定中存在的诸多法律问题与日本律师展开了针锋相对的论战，笔者发表在人民网和日本国《留学生新闻》上的论文《析“花冈和解”》和《再论“花冈和解”的模式》，从法理上清晰地说明了“花冈和解”的诸多隐患的法律问题，为维护受害的花冈劳工的尊严、拒绝领取“基金”并保留对日诉权提供了法律依据。

2002年8月，赴日本并多次赴浙江省义乌市进行受害者调查，参与拍摄和制作了反映最早由日本民间社会团体、左翼社会活动家在中国进行社会调查，揭露日军细菌战历史事实并推动细菌战受害者对日索偿活动的电视文献片。

2003年8月4日，齐齐哈尔发生的日军毒气弹泄漏事件后，由于日本政府拒不谢罪和赔偿，笔者参与组织并发起了抗议日本政府的网上百万人的签名活动，数以万计的民间爱国网站首页张贴了由笔者主笔的从法律角度撰写的两篇公开信，该网络签署抗议活动，影响了另一起生化武器受害者对日诉讼案件，使其于9月29日获得了全面的一审胜诉。

在长期的对日民间索偿的活动中，笔者与许多支持中国民间索偿活动的日本律师、学者和左翼社会活动家以及中国民间对日索偿的原告结下了深厚的友谊。期间，笔者与“中国战争受害者日本律师团”代团长和事务局局长还建立了长期合作的机制。在各种友人的热情帮助下，笔者得以收集到相对比较完整的各类对日索偿的诉讼资料和判决书。这些大量的资料不仅为笔者深入研究提供了广阔的视野，也使得研究内容更具有针对性和前瞻性。针对日本法院各项显失公正的判决，笔者尽力争

取在第一时间发表学术研究的评论文章，这些文章发表在国内外的杂志和媒体上。为了推动对日民间索偿活动的深入发展、方便更多的人们了解或研究对日索偿的经纬和焦点问题，笔者还建立了一个时事与国际法（http://www.publiclae-events.com）网站，将相关论文及观点公开供读者参考或借鉴。长期以来笔者坚持以法律视角理性地对日本政府和日本法院的任何新的举措予以分析、揭露和驳斥。

中日两国之间是否放弃了民间战争受害者的对日索偿权利是所有日本政府抗辩理由中最为关键性的问题，如果在这个问题上没能有效地驳回日本的抗辩，那么，对于其他的法律障碍的突破就会变得毫无意义。

作为731细菌战受害者原告团的法律顾问，应731部队细菌战受害者原告团的日本律师委托，笔者作为专家证言于2004年12月7日在日本高等法院出庭作证和答辩。笔者撰写的5万余字的“鉴定书”，以翔实的历史事实、国际法一般原则和理论论证了《中日联合声明》不可能放弃中国民间战争受害者的对日索偿权以及1952年台湾当局和日本政府签署的所谓“日华和约”的无效性。此后，笔者又向东京高等法院寄送了《补充意见书》，针对“日华和约有效论”的各种所谓法理依据，根据日本政府解密的外交档案、历史事实以及相关的国际法原则和法理进行了深入的驳斥。

有理由推断，日本高等法院已经评估出日本政府主张的“《中日联合声明》放弃论”以及“日华和约有效论”只是无颜面世的荒谬逻辑，故而在判决书中有意回避。同样，东京高等法院分别在2005年3月31日、4月19日、5月13日、6月23日、7月19日的5起中国民间战争受害者上诉案的判决，全都回避了原本应当判断国家间是否放弃了民间个人请求权的问题。从2005年一系列最新的判决结果中可以感知，中国民间对日索偿活动在日本政府人为设置的法律障碍方面已经打开了缺口，并取得了阶段性的突破。从这个意义上来说，笔者研究的课题在

弥补国内学术领域中这方面的空缺起到了积极的作用并取得了正面的效果。

中国民间战争受害者展开的对日民间索偿是以司法诉讼的方式进行的，因此，在大多数日本管辖法院已经不得不认定事实的条件下，诉讼的法律依据就成为胜负的关键问题。如前所述的日本政府提出的四类所谓的抗辩理由和依据已经成为摆在中国民间战争受害者面前的十分棘手的法律障碍。

本论著约40万字，涉及众多的学科和各种不同的领域，笔者耗时若干年，对收集的大量的资料进行了归纳和整理，并有针对性地就日本政府各项主要的抗辩理由和法理依据，进行了较为全面的解析，求证了中国民间战争受害者对日本享有固有的求偿权。事实上，日本政府人为设置的法律障碍，概括而言是缺乏实体法依据的，其抗辩理由漏洞百出，毫无实体法意义上的依据可以支撑。笔者所研究和撰写文章的最大的特点是具有针对性，从法律和法理上与日本政府在法庭上的反论或者日本法院的判决有着实质性的交锋和较量。

笔者之所以研究这个课题是为了论证：战争受害者对加害国的求偿权是一项相对独立的权利，任何加害国均有义务在国内法层面上履行国际法义务并承担赔偿的法律责任。这是一个在传统(近代)国际法上所不曾创立过的国家法律责任原则，今天研究和推动这项规则的实现，有着重大的国际法上的意义。区别近代国际法与现代国际法的最为重要的标志之一是国家的战争权完全受到了限制(除自卫权、民族解放武装运动)，而创建一项关于发动战争的加害国家直接向民间战争受害者承担法律义务的国际法规则，不仅是对维护世界和平有着重大意义也是对国际法尤其是国际人权法发展的重要贡献。以这个角度而言，本论著在国际法实践和学术理论上均有着不同寻常的意义和价值。

中国民间战争受害者展开的对日索偿斗争，其行为过程本身就意义非凡，60多年前侵华日军在中国实施反人类(细菌战

等)的罪行被进一步揭穿,而中国民间的正义之诉被全世界越来越多的人们所关注。[①]它在揭露日军侵华战争的暴行的同时,不仅是对日本右翼势力的有力回击、遏制日本军国主义的复活,也是为了维护人权和民族尊严,告慰3 500万死难的同胞。

日本政府和有关方面只有向中国政府和人民作公开、真诚的谢罪,公平、合理地向战争受害者个人进行赔偿,才能使中日两国的关系走向健康、正常、友好的发展方向。因此,对日民间索赔不仅不会影响中日两国正常的外交关系,相反,只有公正、彻底解决战争遗留问题才有可能维护和发展中日两国人民的世代友好关系。[②]

本论著完稿于2005年4月底,作为附件的中国民间战争受害者对日索偿表中增加了此后提诉和最新的判决时间记载。

在长期的对日民间索偿的活动中,有幸获得各方友人的热情帮助,笔者得以收集到相对比较完整的各类对日索偿的诉讼资料和判决书。经常给予提供资料的有"中国人战争受害赔偿诉讼日本律师辩护团"干事长小野寺利孝先生、事务局长南典男先生;"侵华日军细菌战中国受害者索赔诉讼原告团"团长王选女士和该诉讼团的日本律师辩护团团长土屋公献先生、干事长一濑敬一郎先生;"日本考虑战后补偿问题的律师联络协议会"高木喜孝先生;"中国归还者联络会"的熊谷伸一郎先生。在此谨向他们表示由衷的感谢。另外,抗日战争史实维护会以及该会吕建琳女士长期以来给予了许多协作和帮助,借此机会表示感谢。

长期以来,笔者在与中日各方的学者、律师、专家和社会活动家的交流和虚心学习的过程中,思路得以拓宽,深感受益匪浅,然施惠者众多难以一一枚举,借本论著发表机会,真诚地叩谢各位前辈和同仁。

---

① 管建强:《违反常规,刻意偏袒》,载《人民日报》,2005年8月10日。

② 管建强:《对日民间索赔:为了民族的尊严》,载《北京日报》,2002年8月19日。

本论著承蒙爱国人士钟惠明先生和有关爱国团体的鼎力资助以及上海人民出版社领导的支持和厚爱，终于得以问世。为此，笔者深感荣幸的同时，且言谢之意尚不足以交代，唯有在维护受害者权益，促进世界和平方面，尽自己之所能，以此回报各位的厚望。

管建强

2006年1月10日

于上海青浦金水湾

目　录

对日民间索偿诉讼与中日友好(代序)
…… 土屋公献　一濑敬一郎 / 1
自　序 …… / 1
导　言 …… / 1
第一章　日本侵华战争导致的民间损害 / 9
第一节　日军大规模地屠杀平民 / 11
第二节　强制劳工的问题 / 27
第三节　“慰安妇”受害者 / 38
第四节　细菌战、毒气战对中国平民造成的侵害 / 49
第五节　日军侵华期间的其他罪行 / 61
第二章　对日民间索偿的初步展开 / 66
第一节　强制劳工诉讼 / 71
第二节　“慰安妇”诉讼 / 104
第三节　其他类别的受害者诉讼 / 116
第三章　战争权限制及区分国家赔偿权与个人索赔权 / 130
第一节　国际法限制战争权的沿革 / 130
第二节　限制非法战争的手段——惩罚战争犯罪 / 140
第三节　人道主义法的发展与限制战争 / 150
第四节　战争赔款与民间战争损害赔偿的区别 / 162
第四章　关于《中日联合声明》等放弃对日战争赔偿要求的研究 / 174
第一节　日本政府曲解“旧金山和约”、否定《中日联合

声明》的效力 / 178
第二节 日本政府以“日华条约”否定《中日联合声明》的效力 / 196
第三节 《中日联合声明》自身并未放弃民间个人索偿权 / 217
第五章 关于民间索偿中的法律障碍“国家无答责” / 231
第一节 “国家无答责”由来与沿革 / 231
第二节 原、被告在法庭上关于“国家无答责”的争辩 / 245
第三节 析“国家无答责”法理上的缺陷 / 252
第六章 对日民间索偿的若干国际法问题 / 274
第一节 个人是否享有援引国际条约的资格争论 / 275
第二节 涉及私权益的国际人权公约在缔约国内的适用理论研究 / 288
第三节 个人在日本援引条约的问题 / 303
第七章 相关时效、除斥期间的适用 / 315
第一节 诉讼时效、除斥期间适用的概述 / 315
第二节 从判决看对日民间索偿诉讼的时效适用问题 / 321
第三节 限制消灭时效和除斥期间适用研究 / 338
第八章 对日民间索偿途径的探讨 / 349
第一节 加害国境外对日民间索偿的法律途径 / 349
第二节 中国民间战争受害者对日索赔的其他途径 / 368
第三节 正确认识对日民间索偿的意义 / 399
附录 1 中国民间对日索偿诉讼及判决情况列表 / 417
附录 2 违反常规 刻意偏袒——驳东京高等法院 731 部队细菌战诉讼案二审判决 / 421

导　言

中国民间战争受害者对日索偿是一项战后遗留的并有待解决的历史问题。1972 年 9 月 29 日中日两国政府签订的《中日联合声明》中，“日本方面痛感日本国过去由于战争给中国人民造成的重大损害的责任，表示深刻的反省”，而“中华人民共和国政府宣布，为了中日两国人民的友好，放弃对日本国的战争赔偿要求”。岁月本来是可以医治战争创伤的，但是日本右翼保守势力偏偏不断地旧账翻新。中国受害民众迄今不仅没有得到日本政府的正式的毫不含糊的认罪、道歉和赔偿，而且还不时受到日本政府领导人参拜靖国神社和篡改历史教科书等事件的再次伤害。

从 20 世纪 80 年代初，日本的战争历史认识及战争责任问题激起了中国人民的强烈不满。1982 年日本文部省审定通过了歪曲、篡改日本对外侵略历史的历史教科书；1985 年，作为战后的首相，中曾根首次在 8 月 15 日所谓“终战纪念日”正式参拜靖国神社。日本首相正式参拜合祀着东条英机等甲级战犯的靖国神社是十分严重的政治事件，它反映了日本政府否定侵略、美化战争的企图。此后，日本的各届内阁中不断地涌动着复辟军国主义的思潮，并且有愈演愈烈之势。日本右翼势力，于 1986 年再次推出歪曲侵略战争历史的《新编日本史》，日本文部省置中国、韩国等亚洲邻国的强烈反对于不顾，又审定予以通过，致使篡改日本教科书的问题继续发展。

2001 年，小泉纯一郎组阁。同年 4 月，日本文部科学省批准歪曲

历史和美化侵略的扶桑版历史教科书《新日本史》，其余七家出版社的历史教科书也全面“倒退”；小泉纯一郎在2001年竞选时承诺每年8月15日参拜靖国神社。此后又多次公然地参拜了靖国神社。在他的直接影响下，2004年10月19日由日本超党派国会议员组成的“大家一起参拜靖国神社国会议员会”，趁秋季例行祭祀活动之际前往靖国神社进行集体参拜。①

在2002年4月9日，日本文部科学省又审定通过了日本右翼保守势力编的明成社版历史教科书《最新日本史》，而这部教科书就是1986年引起亚洲各国人民强烈反对的原书房版《新编日本史》的改头换面。

2005年4月5日，日本文部科学省通过了由日本右翼团体“新历史教科书编撰会”编写的新版中学历史教科书，这本历史教科书包含不少严重歪曲历史、篡改侵华历史的内容。在这本新版教科书中，公然宣称：日本发动“九一八”事变是由于“中国排日运动激烈”；卢沟桥事件是由于“中国方面对日持续射击，进入战争状态”，“发展为以后8年间的日中战争”；日本侵略者的屠杀是因为“没有一个国家在战争中没有任何杀害和虐待非武装人员的事情，日本也不例外”，甚至南京大屠杀“在资料上也出现了疑点，有各种各样的见解，现在仍在争论”。

中国政府对日本政府不顾中方多次严正交涉，允许这本混淆是非、颠倒黑白的教科书出台表示了强烈的愤慨。这本新编历史教科书实际上体现了日本政府的历史观；教科书问题的实质是日本政治右倾化和新军国主义抬头的最新的标志和集中体现。它反映了日本右翼势力蓄意炮制的历史教科书竭力为日本军国主义开脱罪责，美化侵略，甚至公然鼓吹侵略有功。这是对人类正义和良知的挑衅，是对所有受害国人民感情的严重伤害，也是对日本青少年思想的毒害。这理所当然要遭到包括中国人民在内的所有亚洲受害国人民的强烈谴责。

以小泉纯一郎为代表的日本新生代政治家，将修改教科书、修改《和平宪法》、重新解释“集体自卫权”、制定“有事法制”、向海外派兵

① 《79名超党派国会议员参拜靖国神社》，《日本共同社》，2004年10月19日报道。

和在“终战纪念日”参拜靖国神社等，作为主要施政目标，追求军事大国和政治大国的心情更为迫切，从而成为日本政治家保守派的核心力量。在战争历史认识和战争责任政策上，以新生代政治家为核心的政治家保守派，同学术保守派、媒体保守派、原军人保守派、右翼团体、企业利益集团等势力的政治诉求完全合拍，形成右翼保守势力，共同推动日本社会思潮向着否认侵略战争历史，推卸战争责任的方向发展。

日本政府的这些举动招致亚洲各国的强烈批评，特别是中国方面，把日本政府歪曲历史和美化侵略战争视为十分严重的政治事件。在这种背景下，为了向世人警示日本右翼势力的猖獗和日本国内不断地涌动着的复辟军国主义的思潮，也为了维护国家和民族的尊严以及受害者个人的正当权益，一些中国的战争受害者毅然选择了在日本提起对日本政府和一些日本企业的索偿诉讼。从而触发了中日关系中的历史遗留问题。

中国民间战争受害者认为中国政府并没有放弃过民间战争受害者的对日索赔权。20 世纪 90 年代初一些学者和全国人大的代表也开始关注着这一涉及国家和人民的重大利益的对日民间索偿问题。对于《中日联合声明》中关于中国政府放弃战争赔偿的问题，我国一些国家领导人曾作过公开表示：民间求偿和政府赔偿不是一回事，遭受战争创伤的中国人民通过正常的渠道，提出他们的要求是完全正当的；……《中日联合声明》并没有放弃中国人民以个人的名义行使向日本政府要求赔偿的权利。

催生中国民间战争受害者发起的对日民间索偿活动有着众多的因素，除了日本缺乏对战争责任应有的反省之外，还有着其他紧密关联的国际、国内以及历史的因素。

在国际因素方面，国际人权法的发展推动了对日民间索偿活动的展开。第二次世界大战后，战胜国行使对战败国的战争赔偿权的内涵发生了深刻变化。战争赔偿已经超越了经济、军事的领域更多地体现了政治和道德的意义。由此产生了“战争赔偿”和“损害赔偿”的两个赔偿方面的问题。从战后民间索偿的国际实践上看，战后德国

通过与有关国家缔结关于战争赔偿的条约，同时又在国内制定了有关战争赔偿的法律并设立相关基金对战争受害者进行了赔偿或补偿的救济。

二战后，战胜国制定了一系列有关日本赔款问题的国际文件，战争受害者对日本的索赔诉讼本应该在战争结束后就开始的。但是在冷战的局势下，官方和民间的对日索偿都被搁置了。德国则以东西分离的理由一直拖延了实行国家赔偿。战后德国通过国内立法对民间战争受害者进行了赔偿，但是受益的对象有限。酝酿于战后，求索于东西方冷战前夜的对战争责任国家的民间索赔，随着东西德国的统一和东西方冷战的结束，和平与发展已经成为国际社会的主题，国家间关系逐步正常化，发展中国家的国际地位有所提升且处理国际事务的自主性增强，处理民间战争受害者的问题得以向纵深发展。2000 年德国政府和企业共同出资 100 亿马克设立的“记忆·责任·未来”基金表明了德国政府在对待过去的战争犯罪的赔偿方面的积极态度。这为亚洲受害国的国民开展对日民间索偿提供了有利的国际环境。

同是战败国的德国在战争赔偿责任的履行方面与日本有着鲜明的对比。联邦德国以国家间赔款的形式对西方占领国及原苏联、东欧 12 国和以色列进行赔偿。1952 年 9 月 10 日联邦德国与以色列签署了“卢森堡协议”，该协议规定，联邦德国共向以色列赔款 34.5 亿马克。这笔赔款虽是以国对国的形式完成的，但以色列实际上是作为一个国家来接受德国对受迫害犹太人的个人赔偿。①

此外，联邦德国制定了《联邦赔偿法》、《联邦财产返还法》以及《苛酷缓和最终规定》等若干国内法，以支持战争中德国军队和企业暴行的受害者的求偿要求，并建立了相应的基金以落实对战争受害者的赔偿。许多曾驱使犹太人服劳役的企业，在赔偿谈判后，都相继支付了受害者个人赔款。1988 年联邦德国奔驰公司对战时在该公司被迫服劳役的犹太人支付了 2 000 万马克，1991 年德国大众公司向犹太人民间索赔团体支付了 1 200 万马克的赔偿。此外 AEG 公司、克尔普公

① 杨德利：《关于德国的战争赔偿问题》，载《德国研究》，1996 年第 1 期第 11 卷。

司、西门子公司、拉因梅塔尔公司等企业，都相继支付了受害者个人赔款①。截至1993年1月1日，德国根据《联邦赔偿法》、《联邦财产返还法》等有关法律已支出的补偿金合计为904.93亿马克。同日，德国联邦财政部预测，根据国内的相关法律和国际协定，德国为此还将支付1 222.65亿马克的赔偿或补偿金②。

第二次世界大战的教训和人类文明程度的提高，使得国际社会对人权十分重视，在以联合国为代表的国际组织的推动下，国家间缔结了数量很多的人权条约，人权原则成为国际社会普遍承认的国际法原则，人权观念也日益深入人心。在这种国际背景下，对日民间索偿活动受到了国际社会的关注和国际舆论的支持。国际人权法理论的发展和实践，推动了以亚洲受害国国民为主的声讨和清算日本侵略暴行的诉讼运动，并且，在这种国际背景下，对日民间索偿活动受到了国际社会的关注和国际舆论的支持。1990年起，以朝鲜人战争牺牲者正式起诉日本政府要求损害赔偿为开端，拉开了战争受害国国民的对日民间索赔的序幕。

在国内因素方面，中国人民法律意识和权利意识的觉醒是对日民间索偿活动展开的内在因素。中国的“文革”结束后，经历了拨乱反正。1978年12月，中国共产党举行了第十一届中央委员会第三次全体会议。这次会议高度评价了关于真理标准问题的讨论，确定了解放思想、实事求是、团结一致向前看的指导方针，提出要健全社会主义民主和加强社会主义法制的任务。十一届三中全会是建国以来党的历史上具有深远意义的重要会议，它从根本上冲破了长期“左”倾错误的严重束缚，端正了党的指导思想，重新确立了党的马克思主义的正确路线。

改革开放后的社会主义市场经济催生民众的权利意识。市场主体的自主性使得人们对自身的权益予以更多的关注，催发了民众的权

---

① 姜维久：《日本与德国战后国家赔偿及个人受害赔偿比较研究》，载《抗日战争研究》，1995年第3期。

② 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994年出版，第232—233页。

利观念和民主意识。市场经济发展到一定程度就会呼唤法治。而且，中国市场经济的发展推动了民众受教育程度的提高，这为人们对自身权利意识的觉醒和法律素养的提高提供了主观上的条件。

与此同时，法治化进程在中国已经开始。中国党和政府十分关注法制建设和法学教育，经过二十多年的努力，中国终于建立了比较完善的法律体系，法律职业者的队伍不断壮大，司法机关人员的素质有了较大提高。在法学家和各界有识之士的大力倡导与推动下，法治也不再仅是以学术界的理念形态存在，法治观念已经深入民心，并被政府所认可以及推崇为治国方略。

随着中国向法治国家逐渐迈进，中国民众越来越重视用法律途径来维护自己的权益，中国社会出现了此起彼伏的各种民间维权活动。对日民间索偿虽然具有国际性因素，但是从性质上看，亦是中国民众权利意识觉醒的结果，是中国民众自觉以法律为依据和途径维护自己权益的活动，因此也是中国民间维权运动的组成部分。

就对日民间索偿活动来看，国际公约和国际习惯很久以来就确认发动侵略战争的国家有着向被侵略的国家及人民因其侵略而遭受的人身和财产的损失进行赔偿的义务。日本的有关国内法，如民法等，也早就确认了侵权行为的赔偿责任。然而，一些中国民众因日本的侵略战争而遭受了巨大的人身和财产上的损害，但是却一直没有能得到日本方面的谢罪和赔偿。这种国际法上赋予个人应该获得战争损害赔偿的权利在现实中却没有被落实。随着中国人民权利意识的觉醒和中国民众对法律（包括国际法）认识的不断提高，战争受害者便自觉地以诉讼的方式来维护自身的合法权益。

在历史因素方面，还涉及日本的侵略暴行没有承担应有的法律责任，以及日本在战争赔偿上不充分。这些均是催生对日民间索偿的背景和因素。在此恕不赘述。

根据相关资料和作者的整理，显示了至2005年4月底为止，外国民间战争受害者向日本法庭提出的关于战争赔偿的对日民间诉讼已达84起（已经立案开庭受理的）。其中以中国大陆方面的战争受害人为原告提起的诉讼有25起（包括李秀英名誉侵权诉讼案件），中

国台湾和香港方面的对日民间索偿诉讼近 10 起，韩国及在日韩国人的对日索偿诉讼约 30 起，其余的则分布在菲律宾、美国、英国、荷兰等一些国家。

本书所要论述的是“中国民间战争受害者对日索偿的法律基础”，事实上，中国的民间战争受害者，广义而言既包括中国大陆也包括台湾和香港等地的受难民众。尽管台湾和香港等地的受难民众的对日索偿问题可一并研究，可是，鉴于战后复杂的外交历史背景，以及从普遍性和特殊性的角度来看，以中国大陆民间战争受害者作为研究的对象则更具有代表性。因此，本书仅以中国大陆民间战争受害者为研究的对象。

1931 年至 1945 年的日本侵华战争超越了战争的伦理、突破了战争的界限，它不再是国家之间的较量和军队之间的厮杀，而是对平民的虐杀、对妇女的强暴、对人性的摧残、对人道的践踏，其惨绝人寰程度简直可以称作是野兽的行为。作为主导发动侵略的组织、策划者和实施暴行的违反战争法规的战争犯罪者，除了必须承担战争犯罪的刑事责任以外，还应当向受害国以及受害国国民给予赔偿。

在中国民间战争受害者展开的对日索偿的司法实践中，关于追究加害方责任的法律依据的争议问题，是整个对日索赔进程中所面临的最具有挑战性的课题。日本政府①以“个人不得援用国际条约对加害国提出损害赔偿的请求”、“国家无答责”、“诉讼超过时效”以及“国家间的条约已经放弃民间战争受害者个人的对日赔偿要求”等作为主要的抗辩理由并为大多数日本法院所接受。这些所谓的日本政府的抗辩理由已经成为中国民间战争受害者对日索偿进程中的重大的法律障碍，不仅关系到对日民间索偿的胜负成败，更重要的是关系到正义能否伸张，世界和平的秩序是否会遭到破坏等问题。因此，中国的学者有责任就日本政府的抗辩理由的法理依据从法理、事实等方面进行

① 中国民间战争受害者以诉讼方式追究日本方责任时，被告为日本国，其代理人为日本政府内阁法务大臣，从某种角度而言，被告日本国在法庭上的抗辩理由也系日本政府的抗辩理由，故本书中将日本国的立场简称为日本政府。

深入的研究、分析、揭露和驳斥。关于这一课题中许多棘手的法律问题研究在目前中国依然是一个空白，为了维护人权和民族尊严，中国急需这方面的有深度的研究成果。

苔花如米小，也学牡丹开。尽管笔者个人力量微薄，研究水平有限，但是，为能够推动对日民间索偿的不断深入，以及为了国际人权法的进一步发展作出微薄的奉献，笔者谨作此拙文。

第一章

日本侵华战争导致的民间损害

第二次世界大战后，自“旧金山和约”的缔结以及日本国与交战国缔结和约以后日本政府就一直自称由战争及殖民地统治所产生的问题，除与北朝鲜之间的问题尚未解决之外，其他问题已经全部解决。[①]并认为，自1972年《中日联合声明》发表后，中日之间有关战争问题的处理都解决了。1995年在二战结束50周年、日本国会要讨论通过“不战决议”时，自民党右翼“终战50周年国会议员联盟”发表文告表示：“战争问题已在外交上解决，如果重新在国会表决这项让日本在国际社会中给世界留下历史祸根的议案是不可容忍的。”[②]日本前首相中曾根康弘也表示：“国会不是历史判定的场地，以前该向外国谢罪的都谢罪了，该赔偿的也赔偿了，还要这么做有什么意思呢？……相反，这项决议将为赔偿要求埋下种子。”[③]这种认为战争问题的处理都解决了的观点一直是日本政府的主流观点。在生化毒气弹受害者诉讼案和731细菌战受害者诉讼案的诉讼过程中，日本政府的抗辩理由也均有同样的表示。甚至在2003年齐齐哈尔“8·4毒气事件”后，“日本政府于是年9月2日决定对于中国黑龙江省齐齐哈尔市发生的原日军遗留毒气泄漏事件，将支付‘慰问金’等约1亿日元。”日本官方的

① 田中宏：《花冈事件与战争遗留问题》，载《抗日战争研究》，1992年第41期，第6页。

② 陆陪青：《日本“不战决议”为何提不出来》，载《参考消息》，1995年3月25日。

③ 《日军侵华暴行(国际)学术研讨会文集》，新华出版社，1996年出版，第605页。

立场认为,“由于中国政府已在一九七二年签署的日中联合声明中放弃了战争赔偿请求,因此不存在赔偿问题”。①

但是与这种主张相反,近年来,国际上要求日本解决战争遗留问题的呼声越来越强烈,在日本有一批坚持正义的学者长期致力于研究战争遗留问题。日本一批学者在原来“日本战后赔偿国际听证会实行委员会”的基础上成立了民间研究机构——“日本战争责任资料中心”,并出版了颇具影响的季刊《战争责任研究》。1992 年发起建立了“思考战后补偿问题辩护律师联络协会”,简称“辩联协”,并积极推动日本国会的战后补偿的立法。②不仅如此,中国是日本发动侵略战争期间最大的受害国,日本的律师界为了帮助中国受害者在日本法律框架内找回自己的权利,于 1994 年成立了“中国人战争受害要求索赔律师团”。在日本,这是一个专门为日本侵华战争的中国受害者提供法律支持的组织,现有 300 多位律师成员。日本律师小野寺利孝是“中国人战争受害要求索赔律师团”的发起人,他对同行表示,应该通过这个团体的工作,促使日本民众和政治家正视历史,承担罪责,解决历史遗留问题。8 年来,他们几乎代理了所有中国受害者的对日诉讼,包括广为人知的劳工案、细菌战案、“慰安妇”案、化学武器伤人案等,累计近 30 件。③

对于战争遗留问题,中国政府的态度相当明确。中国外交部门的负责人也多次发表谈话,就战后遗留的领土问题、战俘劳工问题、“慰安妇”问题、化学武器问题向日本方面进行交涉。1992 年 3 月 23 日,国务委员兼外交部长钱其琛在七届全国人大五次会议期间,回答记者提问时说:“从甲午战争到抗日战争胜利,日本军国主义使中国遭受灾难达半个世纪之久,对于侵华战争中造成的复杂问题,日本方面应该妥善处理。”④1995 年 3 月,钱其琛外长在全国人大会议上再度明确指

---

① 《“8·4 事件”日本将支付 1 亿日元慰问金》,《日本共同社》,2003 年 9 月 1 日报道。

② [日]今村嗣夫、铃木五十三、高木喜孝编著:《战后补偿法》,明石书店,1999 年出版,第 3 页。

③ 范涛:《对日诉讼中的日本律师:为正义起诉自己的政府》,载《北京日报》,2003 年 10 月 27 日。

④ 晓图著:《死神的呼唤》,中国人民出版社,1993 年出版,第 135 页。

出："中国尽管放弃了国家赔偿，但是，并没有放弃民间赔偿。"①1995年6月29日，外交部发言人陈健答记者问时指出："强迫中国劳工劳动，并对他们进行奴役，是日本军方在侵略中国战争中的暴行之一，我们要求日本方面本着负责的态度认真对待这一问题并合理加以解决，包括给予必要的赔偿。"②1996年4月10日，在联合国人权委员会关于"慰安妇"问题会议上，中国政府代表团副代表张义山对日军"慰安妇"问题发表意见时指出："日本政府必须面对历史和现实，他们有责任对这一问题进行切实的解决。"③

由于战后《中日联合声明》等双边协定不仅没有放弃中国民间战争受害者的对日索偿权，而且中日两国之间就受害者的问题也没有统筹地解决过。因此，侵华战争遗留的问题中，关于民间战争受害者的种类和主体范围等问题非常值得研讨。

广义的民间对日索偿除了受害最为惨烈的中国民间受害者以外，其诉讼主体还有其他国家的民间战争受害者。鉴于各国民间战争受害者的国籍国与日本战后就民间损害赔偿问题的处理方式不尽相同，本书中所研究的"对日民间索偿"仅指中国大陆的民间战争受害者。

第一节

日军大规模地屠杀平民

一、日本侵略军无视战争法规

日军侵华期间，有计划地实施"杀光、烧光、抢光"的三光政策，对

---

① 1995年3月9日，日本朝日新闻及读卖新闻同时刊登："中国副总理兼外交部长钱其琛"，在人大会期间答复记者及人大代表时说，中国民间索赔权利并未经中日友好条约而放弃——笔者注。

② 《外电报道中国要求日本给予个人赔偿》，载《参考消息》，1995年7月1日。

③ 何天义：《日本侵华战争遗留问题概述》，载《抗日战争研究》，1997年第4期，第143页。

手无寸铁的平民和放下武器的战俘进行了惨无人道的大屠杀，在中国占领区制造了成千上万起的惨案暴行。

战后远东国际军事法庭曾对日军在中国的暴行追究过其刑事方面的战争责任，不足的是，虽然清算了日军的暴行，但仅仅是部分的。就日军在中国所实施的成千上万起惨案暴行而言，远东军事法庭所清算的只是有限的一部分而已，另外由于法庭的性质属于军事法庭，所以没有就刑事附带民事诉讼问题加以审理。即使如此，远东军事法庭所认定的日军暴行也足以令世人震惊。

在远东军事法庭的判决中就日军的暴行做了如下的认定①：自中日战争起至1945年8月日本投降止，已证明日本陆海军曾任意实行拷问、杀害、强奸及其他最无人道的野蛮的残酷行为。……暴行的规模既十分巨大，而在一切战争地区又完全采取着同样的方法，所以这也就只能有一个结论。也就是说这种暴行如果不是日本政府或个别官吏及部队指挥官所密令实行的，就是为他们所故意容许的。

把俘虏残忍地枪毙、砍头、淹死；或用其他方法加以杀害。把生病的俘虏放在普通俘虏一起作死亡行军，即强使他们在健康士兵所不能忍受的状态下作长距离行军，而落伍的人多半被监视的日兵所击毙或刺死。在酷暑下，在没有防御烈日的设备下而实行强迫劳动。因为完全没有宿舍和医药品以致数千人常常死于疾病。为了逼出情报或口供，或者为了轻微的过错，就施以殴打或各种拷问。对于逃出后再行被捕的俘虏及企图逃跑的俘虏，不加审判即行杀害。……甚至吃人肉等等这些事情都是本法庭已经证明了的暴行中的一部分。

（一）所谓“战争法规不适用于对华战争”的主张

从“九一八事变”的爆发到二战结束为止，日本历届内阁都不承认在中国的敌对行为是战争。他们坚持地称它为“事变”。以此为借口，日军当局主张战争法规不能适用于这一敌对行为的实行。

---

① 日本每日新闻社编，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第478～491页。

日军的首脑认为这场战争是“膺惩战”，因为中国人民不承认日本民族的优越性和领导地位，拒绝与日本合作，所以为惩罚中国人民而作战。这场战争所引起的一切后果都是非常残酷和野蛮的，日军首脑者的意图是要摧毁中国人民的抵抗意志。为了切断对华援助，当进行南方的军事行动时，华中派遣军参谋长在1939年7月24日致陆军大臣板垣的情势判断中说：“陆军航空部队对（中国）内地重要地点进行攻击，为的是威吓敌军及人民，使起酝酿厌战与和平的倾向。对于内地进攻作战所期望的效果，与其说为直接给予敌军及军事设施的物资损失，勿宁是给予敌军及一般民众的精神威胁。我们所期待的是他们因恐怖过甚，终至激发为反战运动。”日本政府和日军代言人，同样地也经常主张战争的目的是为了使中国人“猛省”其行为的错误。这事实上就意味着接受日本的统治。①

（二）把战争中的中国俘虏当作“土匪”处理

国际联盟在1931年12月10日的决议中决定设立李顿委员会并命令日方作事实上的停战。日本代表在接受这个决议时，曾声明说，他是在下列了解下接受这个决议的，就是说这个决议不得妨碍日军在满洲对“土匪”所采取的必要行动。日本军部主张说：日本和中国之间没有存在战争状态；所以不能适用战争法规；抵抗日军的中国军队不是合法的战斗员，仅仅是“土匪”。为了消灭在满洲的“土匪”，所以开始了无情的作战。

中国军队的主要部队，虽然在1931年底撤退到了长城以内，但广泛分散的中国义勇军部队却继续不断地对日军进行抵抗。关东军的特务部列举了许多中国某路军的名称，仍旧是1932年义勇军的分区编制。这些义勇军活跃在沈阳及营口附近的地带。1932年8月在沈阳附近发生了战斗。……1932年9月16日，追击退却中的中国义勇军的日军，到达了抚顺附近的平顶山、千金堡和李家沟，令这些村庄村

---

① 日本每日新闻社编，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第479～480页。

中居民沿着沟渠集合，强迫他们跪下，于是将这些非战斗员的男女小孩，用机枪射死。凡没有被机枪扫射死的人，立即被刺刀刺死。在这场屠杀中被消灭的人有非战斗员 2 700 人。日本关东军根据其消灭"土匪"的计划而主张这是合法的。这次屠杀行动的指挥官小矶在此后不久，就向陆军次官呈送了"满洲国指导要纲"，其中说，"不能不预期到中日两国间的民族斗争；因此，在不得已时，当然不能不使用武力。"一旦对中国军队实际给予援助或被怀疑给予援助时，日军就根据上述意旨，对都市或村庄居民实行屠杀以为报复，这就是日方所谓的"膺惩"行为。这些行为在中日战争中一直未停过，其中最坏的例证就是 1937 年 12 月对南京居民的大屠杀。

"七七事变"后日本未改变其政策。国际联盟未能阻止日本对中国所实行的所谓"膺惩"战争，即自 1937 年在卢沟桥所爆发的敌对行为。日本将中日战争作为"事变"处理的这一方针，一直没有改变过。就是在设立了大本营以后，对于在对华战争进行中如何履行战争法规一事，也没有作过任何的努力。在 1937 年 11 月 19 日的内阁会议中，正像陆军大臣所说的一样，只有在"事变"的规模达到了需要宣战的程度时，才能认为设立大本营是适当的。日本国和陆海军，虽然组成了完全的战时态势，但依旧把中日战争作为"事变"来处理，并借此而蔑视了战争法规。

二、南京大屠杀

根据《远东国际军事法庭判决书》中关于日本军"违反战争法规的犯罪暴行"部分的记载：1937 年 12 月初，当松井所指挥的华中派遣军接近了南京市的时候，中国百万军民的半数以上及全体中立国的国民——其中除少数留下来以便组织国际安全地区以外——都逃出了南京。中国军队除留下 5 万左右以便保卫南京外，其余都撤退了。1937 年 12 月 12 日夜，当日军猛袭南门时，留下的 5 万军队中的大部分，就从南京市的北门和西门撤退了。因为中国军队差不多已全部从南京市撤退，或已弃去武器和军服到国际安全地区中避难，所以 1937 年 12 月 13 日早晨，当日军进入市内时，完全没有遭遇抵抗。日本兵云集在市内并且犯下了种种暴行。据目击者之一说：日本兵完全像一

群被放纵的野蛮人似的来污辱这个城市。据目击者们说:南京市像被捕获的饵食似的落到了日本人的手中;该市不像只是由有组织的战斗所占领的;战胜的日军捕捉他的饵食犯下了无数的暴行。日军单独的或者以二三人为一个小集团在全市游荡,实行杀人、强奸、抢劫、放火。当时是任何纪律也没有的。许多日本人喝得酩酊大醉。日军在街上漫步,一点也未被开罪并且毫无缘由、不分青红皂白地屠杀中国男女和小孩,终至在大街小巷都横陈着被害者的尸体。据另外一个证人说:中国人像兔子似的被猎取着,在日方占领南京市的最初两三天内的期间,至少有 12 000 个非战斗员的中国男女和儿童被杀害了。

强奸事件很多。不管是被害人或者是为了保护她的家族,只要稍微有一点抗拒,经常就遭到被杀害的处罚。全城中无论是幼年的少女或老年的妇人,多数都被奸污了。并且在这类强奸中,还有许多变态和淫虐狂行为的事例。许多妇女在强奸后被杀,还将她们的躯体加以斩断。在占领的一个月中,在南京市内发生了 2 万起左右的强奸事件。

日本兵向老百姓抢劫他们所想要的任何东西,据目击者说:日本兵在街道上唤住没有携带武器的平民,搜查他们的身体,如果搜不出任何值钱的东西,就将其枪杀。无数住宅和商店被侵入和被抢劫。被抢去的物资用卡车运走。在日本兵抢劫了店铺和仓库以后,经常是放一把火烧掉它。最重要的商业街太平路被火烧掉,并且是城内的商业区一块一块地、一个接着一个地被烧掉了。日本兵竟毫无一点理由地就把平民的住宅也烧掉。这类放火在数天以后,就像按照预定的计划似的继续了六个礼拜之久。因此,全市约三分之一都被毁掉了。

对于一般男子的有组织的大量屠杀,显然是得到了指挥官的许可而实行的。它的借口是中国兵脱下了军服混入在平民之中。中国平民被集成一群一群的,反绑着手,押运到城外,用机枪和刺刀集体被屠杀。据现在所知道的,达到兵役年龄的中国男人,这样被害的达 2 万人。

德国政府从它的代表者得到报告说:“这不是个人的而是整个陆军、即日军本身的残暴和犯罪行为。”在这个报告的后段中,曾形容“日军”就是“兽类的集团”。

在城外的人们比在城内的人稍稍好一点。在南京四周二百华里

以内的所有村庄，大体上都处于同样的状态。居民为了躲避日本兵，逃到了乡间。在各处他们都组织了难民村。日本人占领了许多这样的村落，对于这些难民也施以像对待南京居民一样的办法。从南京逃出的平民中，有57 000人被赶上和被拘禁。在拘禁中，他们遭受了饥饿和拷问，以致许多人都死掉了。其余的人，又被机关枪和刺刀杀死了。

好些中国兵在城外放下武器投降了。在他们投降后72小时内，在长江江岸被机关枪扫射而集体被屠杀了。这样被屠杀的俘虏达3万人以上。对于这样被屠杀的俘虏，连虚设的审判都没有实施过。

据后来估计，在日军占领最初六个星期内，南京及其附近被屠杀的平民和俘虏，总数达20万人以上。这种估计并不夸张，这由掩埋队及其他团体所掩埋尸体达155 000人的事实就可以证明了。根据这些团体的报告说，尸体大多是被反绑着两手的。这个数字还没有将被日军所烧弃了的尸体，投入到长江的，或以其他方法处死的人们计算在内。

据巴兹博士(Dr. Bates)作证说：南京失陷后在两个星期半到三星期的期间恐怖达于极点，从第六个星期到第七个星期期间的恐怖是严重的。

据国际安全地区委员会干事斯麦士(Smythe)说：在最初的六个星期中，曾每天提出两次抗议。在南京的外交团的人们、新闻记者和日本大使馆官员，都曾报告过南京及其附近所犯暴行的详情。日本派到中国的无任所公使伊藤述史，从1937年9月至1938年2月是留在上海的。关于日军的行为，他从南京的日本大使馆、外交团人员及新闻记者方面得到了报告，并将报告的概要送给了日本外务大臣广田。广田将这些提供着关于南京所犯暴行的情报、报告及其他许多报告，都转送给陆军省的次官梅津。这些报告在联络会议中加以讨论。这种会议，总理大臣、陆海军大臣、外务大臣、大藏大臣、参谋总长是照例出席的。

远东军事法庭的判决中还列举了日军在广州、汉口、长沙、上海、桂林、柳州、海南岛博文市等地所施行的残暴屠杀平民的暴行。在上述地区日军实施了放火、抢劫、强奸、酷刑和屠杀平民的无数暴行，甚至日军以设立工厂为口实招募女工实为强迫他们为日军娼妓。

以上仅仅是远东军事法庭在审理日军战犯时所认定的事实[①]。实际上还有大量发生在中国各地的日军不分皂白屠杀无辜中国平民的暴行[②]尚未纳入审判视野。

中国军事法庭于1946年12月15日设立，除收审在中国捕获的有关日本战犯外，还将南京大屠杀重要罪犯谷寿夫、向井敏明、野田毅、田中军吉等先后引渡来华受审。1946年12月21日，中国军事法庭审讯谷寿夫时，400余人出庭作证。12月31日，该庭检察官对谷犯起诉。集体屠杀列为28起，零散屠杀列为858起。1947年2月6日至8日，中国军事法庭在励志社对战犯谷寿夫进行了为期3天的公审，有80余名证人出庭陈述谷寿夫等部日军在南京的暴行，其中有外籍证人3名。3月10日，中国军事法庭在进一步调查、核实的基础上，确认："我被俘虏军民遭日军用机枪集体射杀并焚尸灭迹者，有单耀亭等19万余人"，被日军零星屠杀"其尸体经慈善机构收埋者15万余具。被害总数达30万以上"。在南京大屠杀中，日军第六师团师团长谷寿夫因在侵华战争中有特殊表现，于1938年1月回国"述职"时受到嘉奖。[③]"谷寿夫在作战期间，共同纵兵屠杀俘虏及非战斗人员，并强奸、抢劫、破坏财产"，被判处死刑。4月26日，在南京执行枪决。此后，中国军事法庭又对从无锡至南京沿途进行"杀人比赛"的刽子手向井敏明、野田岩和屠杀南京同胞300余名的刽子手田中军吉等3名战犯，进行审判，1947年12月18日判处死刑，1948年1月28日在南京执行枪决。[④]

在对日本战犯谷寿夫的判决书中指出[⑤]：至其陷城后，与各会攻部队，在南京市各区，展开大规模屠杀，计我被俘军民，在中华门花神

---

① 日本每日新闻社编，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第484～487页。

② 伴随着国际人道主义法的发展战争法产生了给予战时平民保护的专门规定（见于1907年海牙第四公约附件、1949年关于战时保护平民的日内瓦第四公约、1977年日内瓦四公约第一附加议定书等公约的规定）。这些规定明确了不得攻击和屠杀平民，禁止对平民不分皂白的攻击，违反这项战争法规则，即构成战争罪。——作者注

③ http://www.people.com.cn/GB/tupian/75/20011212/625620.html。

④ 《南京大屠杀重要罪犯的审判》，载《北京青年报》，2001年12月13日。

⑤ 《日本战犯谷寿夫判决全文》，转引自丘宏达编辑：《现代国际法基本文件》，三民书局，1984年出版，第446页。

庙石观音、小心桥、扫帚巷、正觉寺、方家山、宝塔桥、下关草鞋峡等处，惨遭集体杀戮及焚尸灭迹者，达19万人以上，在中华门下码头、东岳庙、堆草巷、斩龙桥等处，被零星残杀、尸骸经慈善团体掩埋者，达15万人以上，被害总数共30余万人。此项事实，已据身历其境之证人……1 250余人及当时主持掩埋尸体之许传音、周一鱼、刘德才、盛世徵等具结证明(详见附件甲1号至28号附件乙1号至858号京字9号至12号各证暨本庭侦查及审判笔录)，且有红十字会掩埋尸体43 071具，崇善堂收埋尸体112 266具之统计表及伪南京督办高冠吾为丛葬灵谷寺无主孤魂3 000余具所立碑文为凭(见京字3号16号17号各证)。复经本庭按丛葬地点，在中华门外雨花台、万人坑等地，发掘坟冢五处，起出被害人头颅数千具，由法医潘英才、检验员宋士豪等，验明尸骨，多有刀砍、中弹或钝器击损伤痕，填具鉴定书在卷可稽(见本庭勘验笔录及京字14号证)①。

南京安全区国际委员会主席、德国人拉贝(JohnH. Rabe)，曾是德国纳粹在南京的负责人，南京沦陷期间，他保存了两千多页日记。1996年，他的日记被发现。值得注意的是，它不仅出自一个日本盟友的德国人之手，此外，他还曾将日记呈交希特勒。59年后，拉贝的外孙女厄休拉·莱因哈特夫人读了这本日记后，向中国《人民日报》的一位记者坦言，日本人在南京对受难者的摧残甚至超过了纳粹的残暴程度②。

德国外交官记录日军罪行的报告：1938年1月15日，德国驻华使馆外交官罗森给本国外交部递交了一份报告，在报告中，他记录了日军杀戮洗劫后的南京的惨状(原件藏于德国档案馆波茨坦分馆)。在这份档案中，用灰色标出的段落指出：在郊区小港口下关，大约还有3万具尸体遍布荒野。这些尸体来自有史以来最残忍的大屠杀。收尸团体每天往万人坑里掩埋大约500至600人。

抗战期间，中国军民伤亡达3 500万人，最大惨案是南京大屠杀，

① 《国防部公报》，第二卷第五期，1947年3月5日出版，第62～66页。

② http://news.sina.com.cn/china/2000-04-25/84452.html。资料来源于中国人民抗日战争纪念馆。

被害30余万人。

三、 其他地区的无差别大屠杀

南京大屠杀只是日军暴行中的一例，日军的屠杀恶行无处不在，贯穿了日本长期侵华的全过程。根据中国抗日战争史学会和中国人民抗日战争纪念馆编写的《日军侵华暴行实录》(北京出版社1997年版)的记载，仅大的血案就有许多，如平顶山惨案：1932年9月16日，200名日本守备队和宪兵队士兵在辽宁抚顺平顶山村用6挺机关枪集体屠杀村民3 000余人，焚毁800多间房屋；镇江屠城：1937年12月8日，江苏镇江沦陷，日军屠杀民众上万人，焚毁房屋16 700余间，奸淫妇女数以千计；潘家峪惨案：1941年1月25日，日军在河北丰润县潘家峪村屠杀村民1 230人(其中妇女、儿童658人)，烧毁房屋约1 000间；潘家戴庄惨案：1942年12月5日，日军在河北滦南县潘家戴庄集体屠杀平民1 280人(其中遇难女性672人，孕妇63人，儿童385人)，强奸妇女100余人，烧毁民房1 030间。厂窖惨案：1943年5月，日军华中派遣军总司令畑俊六率部在湖南厂窖地区枪杀中国民众3万余人，强奸妇女2 000多人；平阳惨案：1943年秋，日本侵略军以4万兵力对河北阜平县平阳村一带农村，进行疯狂的“扫荡”，持续87天，用刀砍、活埋等手段残杀村民700多人，甚至灭绝人性地吃被杀者的心、肉……①

日本军国主义对中国人民犯下的累累血债，是无法偿还的，也是无法否定和掩盖的。

为了“剿灭”东北抗日联军，日军还在东北建立所谓“集团部落”，将群众赶出村庄，集中居住，以切断抗日武装同人民群众的联系。到1938年，日军强行在东北建立的“集团部落”有12 565个。在建立这些“集团部落”时，日军和伪满洲国当局大肆破坏、烧毁民房，迫害、屠杀老百姓。从1937年到1938年2月，日伪当局仅在伪三江省的桦川

① 中央档案馆等：《日本帝国主义侵华档案资料选编——东北历次大惨案》，中华书局，1989年出版，第3～13页。

县南部地区就烧毁村屯120多个，烧毁或拆掉民房24 000余间，杀害与冻饿致死村民13 000余人，荒芜土地2 100多垧①。

1942年，日本帝国主义对我华北敌后抗日根据地进行连续、残酷的扫荡。就以从古北口到山海关长约700余里的长城两侧，包括承德、密云、兴隆、平泉、青龙、滦平、尊化、凌源等9县来说，日本侵略者划定长城以北40里，以南20里的广阔地区为无人区。

日军先是把三家五家零散户集中到村子里，然后把所有小村子里的人都集中到离长城40里以外山沟口较大的村子里，取名为“部落”，老百姓叫它“人圈”。群众进行各种反抗，日军每天就在山沟里、山顶上进行扫荡与搜索，见人就杀，见房子就烧，大片土地人烟罕见，一片凄凉。被逼迫到“人圈”里的人们，过着非人的生活。人们只要稍有不满的表示，就被加上一切罪名处死。一旦进入“人圈”就与外界断绝一切联系，10里以外的土地，不许耕种。承德等9个县，在“无人区”政策的摧残下，有600多万亩土地荒芜，1 000余个村庄的房舍片瓦无存，将近50万的人民过着非人的生活，被杀害和死亡的人数无法计算。在集家并村的过程中，日军展开了血腥屠杀。这当中，兴隆的反抗最为强烈，被杀百姓也最多，达6万余人。当时的兴隆几乎家家戴孝、村村悲啼②。

大凡历史上的战争，都是敌我双方以军队作为攻击的目标，而对平民不进行大肆伤害，可是侵华日军无视国际法上的战争法规，视善良无辜的中国平民为羔羊，对中国平民进行疯狂的杀戮。以上仅仅是日军无差别屠杀平民的几则剪辑。

从抗战胜利40周年到50周年，各地党史、文史、地方志等部门对日军在当地制造的惨案暴行进行了调查整理，并出版了一大批日军暴行的资料，全国范围的暴行资料也出版了不少。内容比较全面、资料比较充实的有两部，一部是由河北省政协文史资料委员会牵头，全国各地政协文史部门共同参加编写，由河北人民出版社出版的《侵华日军暴行

---

① 军事科学院历史研究部编：《第二次世界大战》第二卷，军事科学出版社，1995年出版，第752页。

② 芦海英、刘勇：《“人圈”幸存者的控诉》，载《燕赵都市报》，2002年11月4日。

总录》，全书共收录日军暴行 2 272 条，约 140 万字，另附历史照片 83 幅。另一部是中国社科院《近代史资料》编辑部和中国人民抗日战争纪念馆合编，由北京出版社出版的《日军侵华暴行实录》(4 卷本)，全书近 200 万字。有关日军暴行、屠杀的证验、调查和研究著作在日本也出版了不少。

另外，从一些历史资料可以看出，当时日军所实施的轰炸行为是为了震慑中国民众抗日决心，为此，其结果也必然导致死伤者的主要对象是平民。被轰炸的地区有晋、冀、苏、察、绥、粤、豫、赣、桂、浙、闽、皖、湘、陕、鄂、川、甘、滇、青、黔、康等省份。其中战时陪都山城重庆为大后方遭受损害最为严重的城市。

由于日军疯狂轰炸，中国人民的财产损失十分严重，城市、乡村、工厂、学校、医院、铁路、矿山、水利设施、电讯、邮政、商店、民房、民航、金融、公私财产等均遭受到严重损失。

1923 年的国际空战规则规定，禁止对贫民造成恐怖，破坏或损害非军事性质的私人财产或伤害非战斗员为目的的空中轰炸；禁止对城市、市镇、乡村、居民点或建筑物进行轰炸。但是，日军在全面侵华战争期间，公然藐视战争法规，频繁出动飞机对中国城乡实施狂轰滥炸，给中国人民的生命财产造成了重大损失。这种野蛮的屠杀，完全是赤裸裸的恐怖主义。

四、 关于抗战期间中国军民的伤亡人数

关于战争损害，国民政府自 1938 年就着手进行了《对日战争损失评价》的调查，1941 年春潘嘉林的《抗战三年来我公私损失初步估计》(非公开)，对抗战初期的损失进行了统计。1945 年 8 月，韩启桐发表了《中国对日战事损失之估计》(1937 年至 1943 年的损失)。

1946 年 12 月，国民政府在行政院设置了赔偿委员会。该委员会就战时中国的被害损失作出了如下的统计：中国的直接损害在金银、交通设备、道路、船舶、农林、商工、水利、发电、公共家屋、个人财产方面为 313.42 亿美元，间接的损害为 200 亿美元以上。①

---

① 冈野鉴记著：《日本赔偿论》，东洋经济新报社出版，1958 年版。转引殷燕军著《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996 年出版，第 115 页。

1947年5月20日，在南京召开的第四届国民参政会议第三次大会上，行政院赔偿委员会向大会提出的工作报告公开列举了中国在抗战中的各项损失。根据该报告，中国的人财损失如下：公私财产直接损失为313亿美元；公私财产其他间接损失为204亿美元；军费损失为41.6亿美元；军民总伤亡为12 784 974人；军人作战伤亡3 227 926人(其中死亡1 328 501人、负伤1 769 299人、失踪130 126人)；军人因病死亡为422 479人；平民伤亡为9 134 569人(其中死亡4 377 504人，负伤4 737 065人)。①

1947年6月4日，国民政府对日赔偿委员会发表了抗日战争中的直接损失为313亿美元，间接损失为200亿美元。②从1937年7月7日"卢沟桥事变"到1945年8月14日日本投降为止的中日战争历经八年又一个月零七天。这一侵略战争给中国造成了莫大的直接损失和间接损失。鉴于中国地域广大，且战后交通通讯欠缺，损失的调查非常困难，此外，加上中国共产党领导下的抗日根据地的损失，因此，要在全中国作出正确的统计是非常困难的。

1966年中国台湾当局外交问题研究会编撰了《日本投降与我国对日态度及对俄交涉》一书。该书根据战后初期，中国国民政府军令部以远东委员会的损失项目为基准，作成的《全国公私财产直接损失统计》、《抗战以来历年我军伤亡官兵统计》、《海外华侨战时损失统计》等初步的战争损失统计重新进行了编撰。其中《国民政府的抗日战争损失统计》部分，就战争损失问题作了比较详细的论述。《国民政府的抗日战争损失统计》资料的附注中有六项说明："1.本表项目是以远东委员会的损失项目为基准。2.本表所记录的损失计算时期，仅起自于民国二十六年(1937年)七月七日至民国三十四年(1945年)九月二日，日本投降之日为止。3.本表所记入各项目的损失，仅限于除所有的东北各省市以及台湾以外的中国领土内。4.我国蒙受了长达8年

① 《行政院关于抗战损失和日本赔偿问题报告》，载《中华民国史档案资料汇编》第5辑，第3编，江苏古籍出版社，2000年出版，第232页。

② 殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996年出版，第367页。

的抗战损失，短时间内无法完成调查，对于被日本长期占领地损失的统计，仍在进行中，尚未调查完毕或遗漏调查数字的所有战争损失，中方理应享有保留日后补充统计之权利。5. 间接损失、人力损失、人民流失损失、战费损失等无论何种损失都是莫大的数字。6. 关于全国军民死伤人数，经初步调查，人民的死伤者为八百四十二万八百九十八人，军人死伤者为三百三十一万一千人。"①这些损害数据不包括中国共产党领导下的抗日根据地所遭受的损害。

日本自 1931 年 9 月 18 日的"九一八事变"起，特别是 1937 年 7 月 7 日的"七七卢沟桥事变"发动了对中国全面的侵略战争，直至扩大到太平洋战争和战败为止，持续经历了 15 年的战争，这场战争也被日本称之为 15 年战争。在这场战争中人命的牺牲、财产的损失、生活和生产基础的破坏、领土的蹂躏、人民难以忍受的痛苦、中国所蒙受的直接的间接的损害完全超出想象的。根据中国人民抗日战争纪念馆公布的资料(较早前的资料，现已经修正——笔者注)，从"七七事变"开始的八年抗日战争期间，中国军队和人民的死伤数字为：死亡者 932.5 万人；重轻伤者 947. 万人；失踪者 289 万人；合计为 2 168.5 万人。以上的统计不包括原"满洲"的辽宁省、黑龙江省、热河省及台湾省的死伤人员。此外，当时流亡到全国各地的无家可归者人口达一亿。这在当时占中国四亿五千万总人口的四分之一。按照 1937 年 6 月的汇率计算(当时日本政府的一般会计年度支出总额为七亿七千万美元)，直接的公私财产损失为 313 亿美元，间接的损失为 200 亿美元，杜勒斯(J. F. Dulles，1950 年 4 月 6 日被任命为美国国务院顾问)认为中国可以向日本要求赔偿 500 亿美元。②此外，就中国的战争损失问题，日本政府从未发表过正式的损失数字。但是，东京大学教授宫地正一在《朝日新闻》中列举的因战争死亡和失踪者的人数为 1 221.5 万人。③

---

① 中国国民党中央委员会党史委员会编：《中华民国重要史料初编——对日抗战时期》第二编作战经过(四)，中国国民党中央委员会党史委员会，1981 年出版，第 31～40 页。转引殷燕军著《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996 年出版，第 379～384 页。

② 林金茎著：《梅与樱——战后的日华关系》，サンケイ，1984 年出版，第 42 页。

③ 殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996 年出版，第 107 页。

日本学者都留重人在1981年2月23日《朝日新闻》的“论坛”上撰文指出:“在日中战争中,日本给予中国造成的战争损害,不考虑人命被杀害损失,就已被推定为800亿美元。”①

抗日战争期间中国军民死伤的人数,在国民政府时期和新中国政府建立后所作的初期的统计并不相同,这是十分正常的。然而,有鉴于新中国政府建立后立即投入复兴国家基本建设、此后又遇受朝鲜战争和国内政治运动,如“文革”等影响,全面的统计工作受到了耽误。

国内目前对中国在抗日战争期间伤亡人数较为完整的统计数据有刘庭华在《中国抗日战争与第二次世界大战系年要录·统计荟萃》中提供的数据:国民党陆军阵亡1 319 950人,失踪130 126人,负伤1 761 335人,空军阵亡4 321人,负伤347人,合计3 216 079人;中共武装部队中伤亡584 267人,民众伤亡18 744 974人,共计损失人口22 545 320人。②

1981年的第五届全国人大第四次会议时,人大代表就重新核实日本侵略中国时期的中国军民伤亡人数向大会提交了议案,该议案得到了国务院的重视并落实由中国军事科学院和中国社会科学院等单位牵头,各级地方政府配合着手展开了调查。其最新的研究统计成果体现如下:

(1) 1991年11月中国国务院新闻办公室发表的《中国人权状况》白皮书披露:在1937年开始的日本帝国主义的全面侵华战争中,2 100余万人被打死打伤,1 000余万人被残害致死。其中,在1937年12月13日后的6个星期内,日本侵略军在南京就杀害了30万人。日本全面侵华战争期间(1937—1945年),中国有930余座城市被占领,直接经济损失达620亿美元,间接经济损失过5 000亿美元……社会财富遭洗劫,中国人民失去了最起码的生存条件。然而,这一连串饱蘸血泪的数字,还不包括被日本军在战争中致死伤的中国同胞的生命价值。

---

① 殷燕军著:《中日战争赔偿问题》,御茶水书房,1996年出版,第108页。

② 《抗日战争研究》,1992年第3期。转引袁成毅著《浙江抗战损失初步研究》,陕西人民出版社,2003年出版,第10页。

(2) 在1995年于莫斯科的纪念世界反法西斯战争胜利50周年的二战各同盟国领导人集会之际，中国国家领导人江泽民主席引用了军事科学院的研究成果公布了："抗日战争中，中国军民伤亡总数达3 500万人。"如今这一统计成果已经公布在中国抗日战争纪念馆的大厅里，应该说这是中国政府的官方统计数字。然而必须说明的是中国抗日战争期间中国人口损失数字前后的差异原因。1988年以后，中国军事科学院组织有关专家对日本侵华战争中中国军民伤亡人数进行了重点研究，他们根据东北新发现的近60座"万人坑"以及对日军制造的"无人区"进行实地调研，对战争前后人口变化状况进行了比较分析，发现了一批有价值的材料，此外还发现了大批的日军修筑"机密工程"后屠杀劳工的遗址。他们在分析调研的基础上最后得出的结论①："据近年调查研究的不完全统计，抗日战争中，中国军队伤亡380余万人，中国人民牺牲2 000余万人，中国军民伤亡总数达3 500万人以上；中国的财产损失600余亿美元(按1937年美元计算，下同)，战争消耗400多亿美元，间接经济损失达5 000亿美元。"②

虽然3 500万人数与此前统计的伤亡失踪的人数合计的2 100余万人，在反映日军藐视战争法规实施屠杀无辜平民的暴行方面并无质的差别，可是本着实事求是的精神，全面统计抗日战争中中国军民的伤亡人数是后人理应承担的历史责任，只有这样才能告慰在战争中死难的中国人民。

五、屠杀平民的违法性

根据战斗员与非战斗员(一般居民)的区别、军事目标和非军事目标的区别，必须将非战斗员(一般居民)和非军事目标免于直接敌对行为的直接影响并给予保护的原则(区别原则)在很久以前就被国际社会所认可，特别是近代国家的军事制度的普及，正规军以外的平民和

---

① 袁成毅著：《浙江抗战损失初步研究》，陕西人民出版社，2003年出版，第10～11页。

② 中国人民解放军军事科学院军事历史研究部著(王道平主编，罗焕章、支绍曾副主编)：《中国抗日战争史》，解放军出版社，1994年12月出版，下卷，第625页。

一般居民只要他们不直接参加战斗，他们就享有国际法所确立的非战斗员不可侵原则的保护。1874 年的布鲁塞尔宣言规定："开放和不设防城市，不得攻击和炮击。"此后，海牙陆战法规采纳了这些规则。海牙陆战规则第 23 条规定"特别禁止：(三)杀、伤已经放下武器或丧失自卫能力并已无条件投降的敌人"；第 25 条规定"禁止以任何手段对不设防的城市、村落、住宅以及建筑物进行攻击或炮击"；第 28 条规定"禁止抢劫即使是以突击攻下的城镇或地方"；第 46 条规定"家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产以及宗教信仰和活动，应受到尊重。私有财产不得没收"；第 47 条规定"应正式禁止抢劫"。

关于陆战法规惯例的规则，以及关于陆战法规惯例的条约(海牙条约)的附属规则，日本国于 1911 年 11 月 6 日就已经批准，并于 1912 年 2 月 12 日在日本生效。海牙条约第 2 条规定："第一条所指章程及本公约各条款，应在缔约国之间，并且只有在交战各方都是缔约国时方能适用。"中国是在 1917 年 5 月 10 日加入该公约的，因此，日本国对该公约具有义务。不仅如此，至少该公约第 25 条的关于禁止攻击一般平民的规则在 19 世纪以来已经成为国际习惯法，关于这一点，纽伦堡和东京的国际军事法庭宣布包含区别原则的海牙规则为文明国家之间应当遵守的习惯法。

所谓防守是针对占领的抵抗，对于中方军队已经撤退后又被日本军占领的地域，如当时的南京就无防守可言。1937 年 12 月 12 日，日军杀到南门时，中国军队残留军 5 万人大部分从南京市的北门和西门作了撤退。由于中国军队基本上全部撤离市区或者抛弃武器和军服进入国际安全地带进行避难，所以 12 月 13 日，当日军进入南京市区时没有遭遇任何抵抗，可是，日本军人对老人、孩子、男性或女性进行了无差别的屠杀，并实施了强奸、抢劫和放火的暴行，这种行为违反海牙条约第 28 条对于不设防的城市"禁止抢劫即使是以突击攻下的城镇或地方"的规定。日本军还对逃避至城外的难民进行收容，许多人在饥饿和拷问下死亡。而大多数生存者被机关枪和刺刀杀死。这些行为违反了海牙条约第 46 条的关于在占领地尊重生命的义务。不仅如此，当中国军人扔弃武器投降后，在投降后的 72 小时中，这些人在扬子江的江岸被日本

军的机枪扫射而杀害。这些行为违反了海牙条约第23条关于特别禁止杀、伤已经放下武器或丧失自卫能力并已无条件投降的敌人的规定。

十分显然，日本军的行为违背了对日本国有效的国际义务。根据海牙陆战条约第3条规定："违反上述法规的条项的交战当事者，有损害行为的时候也应该承担赔偿的责任。交战的当事者，对于军队组成人员的一切行为也要承担责任。"为此，现日本政府理应继承前政府的法律责任向民间战争受害者进行赔偿。

第二节

强制劳工的问题

侵华战争期间，日军除了在中国各地进行疯狂的烧杀抢掠外，还对中国劳工进行残酷的奴役和蹂躏。日军在伪满、伪蒙疆和华北，建立了战俘劳工集中营，其行为公然违背海牙公约等国际法规。日军残害和虐待的中国战俘和无辜群众中，仅从华北地区强掳到东北的劳工就达800多万（含眷属），其中战俘劳工（即特殊工人）数十万，强掳到日本的中国劳工约4万。广大劳工在集中营和就劳地，从事着繁重的劳役，过着非人的生活，遭受残酷的刑罚和瘟疫的摧残。

一、 伪满时期的中国劳工

在伪满洲国建立的同时，日军建立了实施经济侵略的各种机构，制定了第一、二次"满洲""产业开发计划"、1937年至1941年伪"满洲国军事经济发展计划"和"北边振兴计划"。这些计划的中心内容是掠夺东北的物产资源，大力发展军事工业，把伪满洲国建立成一个"大军火仓库"，并由日本政府、军部、财阀组成的特殊会社承担这些计划的实施。由此，大批财团、富商纷纷涌入东北，相继设立了伪满洲轻、重工业会社，伪满铁会社等各种特殊会社104个，其下属公司达2 348家。到1937年这些会社的投资总额占整个东北工业投资的50%，从

而使东北的交通、钢铁、煤炭、石油、电业等能够左右东北地区国计民生的经济命脉被日本帝国主义垄断。

日本帝国主义要想实现这些庞大计划和完成浩大的军事工程，就需要大批的劳动力，而这些劳动力如何解决，成为日本侵略者的大难题。在日本国内，由于对外扩张，大批男性公民充军，劳动力严重不足，致使不少土地荒芜，民用工业停产。在中国东北，则地广人稀。据1936年伪满洲临时户口调查局统计，全东北人口3 600万(男子1 900万，女子1 700万)，土地面积5 000万顷，每年还要有大批青年服兵役，劳动力也很缺乏。

为解决这一矛盾，日本政府先后颁布了1938年3月的国家动员法、1939年4月的防止从业人员移动令和7月的国民征用令等多种法令，但是，由于向中国派兵的不断增加和国内军工生产的日益扩大，国内劳动力不足的状况日益严重，特别是太平洋战争爆发后，更多的日本青年投入侵略战场，劳动力更加枯竭。在这样的情况下，日本侵略者采取了“以战养战”、“以华治华”的政策，不仅从伪满洲国搜刮劳力，而且在中国其他地区大量招募、诱骗、抓捕中国老百姓及抗日军民，押往东北，充当劳动力，为其侵略战争服务。此后，在日军占领的东北地区出现了大量的中国劳工。这些劳工，被强抓到日本侵略者开设的铁路、矿山、电力、水利及军事工程等作业场服苦役，受尽了日军的摧残和奴役，过着暗无天日的悲惨生活，造成众多的劳工死亡、残废，给无数个中国家庭带来巨大灾难。①

二、伪满劳工的管理机构及其沿革

日军统治下的伪满洲国建立后，即设立了实业部，由实业部兼营劳工输出事务，之后不久，改为民生部，该部下设劳务司。每年招募输出劳工的数量，由民生部和伪总务厅合议后拿出计划，报关东军批准，然后以民生部名义向伪满各省下达任务。各省民生厅动员科以同样的形式向各市县区逐级下达指标，进行摊派。按照此令由各市县的劳务

① 党福民著：《日军奴役下的伪满劳工》，载于何天义主编：《伪满劳工血泪史》，新华出版社，1995年出版，第2页。

事业担当人员，将招募、抓捕的劳工押送到民生部指定的工场或矫正辅导院进行短期“训练”，再按照日本人的需要分配到各工场当劳工。

1933 年 9 月，日本关东军设立了劳动统制委员会，与大东公司配合大肆蒙骗劫掠华北及东北贫民。1938 年 1 月，日本帝国主义在“满洲”成立了伪满洲劳工协会（后改为“满洲劳务兴国会”），此协会名义上是法人团体，实为日本关东军直接操纵指挥，其管理机构中的各级主要负责人均由日军或日军退役人员担任。

凡是被抓捕、招募、摊派的劳工，由各市县“出张所”或劳工协会负责造册登记后，移交上级劳工协会，然后编成大、中、小队，实行连坐、连环保。押运劳工由闷罐火车或汽车，由荷枪实弹的日伪军看管，完全失去自由，与囚犯无异。这些劳工被送往日本人开办的特殊会社的工场和日本关东军雇用的八大包工组如大林、大同、大包、清水、高岛、鹿岛等承包的军事工程中服苦役。

1943 年日本侵略者开始建立矫正辅导院，抓捕收容对象是所谓的“思想犯”、“经济犯”、“刑事犯”、“浮浪者”等等。经过“矫正”、“辅导”，然后送到工场矿山进行无偿劳动。从 1943 年 8 月至 1945 年投降，日军先后在哈尔滨、本溪、鞍山等地设立矫正辅导院 90 处，关押人数达 5 万余人。①

据日本人伪满洲国总务长官武部六藏笔供，1937 年以前，每年从华北进入东北的劳工就达 100 万人；据伪华北政务委员会的经济中枢——“中国联合准备银行”调查室及日伪统制劫掠华北劳工的罪恶机构——华北劳工协会统计，从 1936 年至 1945 年 2 月，日本侵略者先后以欺骗、强制手段从华北劫掠劳工总数达 695.9 万余人，伴随家属 223.6 万余人，两项总计 919.5 万余人。②其中掠往东北做劳工的

---

① 党福民著：《日军奴役下的伪满劳工》，载于何天义主编：《伪满劳工血泪史》，新华出版社，1995 年出版，第 3～5 页。

② 中国联合准备银行调查室编：《中外经济统计汇报》第 4 卷第 3 期，1941 年 9 月；第 6 卷第 3 期，1942 年 9 月；华北劳工协会编：《1942 年至 1944 年度出境劳工登记发证统计表》、《1944 年 9 月至 1945 年 2 月华北劳工出境统计表》；天津档案馆藏。载于何天义主编：《华北劳工协会罪恶史》，新华出版社，1995 年出版，第 24 页。

有673万人，伴随家属211.2万人；掠往蒙疆地区的有17万余人，伴随家属1万余人；掠往华中近6万人，家属近1.5万人；直接劫往日本本土的，据目前有据可查的近4万人。①这样从1932年算起到1945年2月，仅华北劳工就达1 200余万人。而从东北本地劫掠的劳工数量更大。

日本帝国主义在东北对中国劳工施行了疯狂的、惨无人道的奴役和迫害，劳工们遭受着残酷的刑罚，过着非人的生活，经受着苦难的煎熬，从事着最繁重、最危险的苦役，遭受着痛苦的精神摧残和折磨。

日军为修建"满洲筑垒地域"，被秘密屠杀的中国劳工人数至少有120万，比南京大屠杀更触目惊心。日本于1931年9月18日武装侵占我国东三省之后，在中苏、中蒙边境战略要地修筑了17处庞大的秘密"筑垒地域"，全长1 700多公里。这些要塞掩藏在群山之中，鲜为人知。只有黑龙江东宁要塞、虎头要塞近年间得到了初步挖掘。

占地两万平方米的东宁劳工坟，浅浅一层土下面，就是劳工的白骨。从骨骼看，这显然是非正常死亡。这里的尸骨多为二三十岁的年轻人，尸骸横七竖八，周围没有布片，连一个纽扣都没有找到。更令人震惊的是，很多人的下肢骨是被锯断的。②

据不完全统计，在东北的万人坑就有上百个。在东北，只要是使用劳工比较集中的地方，都有埋葬中国劳工尸骨的万人坑。

三、劳工集中营

在日伪筹建华北劳工协会的同时，日军也先后在北平、石家庄、太原、济南建立了几座战俘劳工集中营。这些集中营有的称战俘收容所，有的称劳工教习所，有的称劳工训练所，其目的都是把所谓的战俘、囚犯和被抓捕的抗日军民集中起来，经过短期所谓的教习训练，送

---

① 引自《天津地区日本官兵善后联络部长内田银之助关于日本政府归还运送在日华工的轮船准备在塘沽登陆给中方施奎龄代表的函件》内称运回在日劳工总数31 601名，又据天津水上公园抗日战争纪念馆存日方送回在日死亡劳工名册6 874名。载于何天义主编：《华北劳工协会罪恶史》，新华出版社，1995年出版，第24页。

② 王尧：《日军秘密杀害我国120万劳工》，载《中国青年报》，2001年9月18日。

往东北和日本国当劳工。早期的集中营，基本上是由日本军方管理，劳工协会只是负责联系办手续，把被抓的抗日军民送往华北、东北、伪蒙疆各地当劳工。从1943年底开始，华北劳工协会开始直接参与集中营的管理，并派进去一批日伪职员配合日军管理。为了往日本送劳工，日伪政权华北劳工协会又于1943年在塘沽和青岛两地，建起了集中营和转运站，把华北劳工协会各地办事处送来的劳工集中后编队办理手续，送往日本或境外。由于战俘集中营生活条件恶劣，所以战俘劳工们把集中营称作“死亡营”。日军在华北建立了五大集中营，有北平集中营、太原集中营、石家庄集中营、济南集中营、塘沽集中营。①

日军侵华期间，不仅在占领区大肆掠夺资产物资，而且强行劫掠廉价劳动力。华北沦陷区是日本侵略的重灾区，也是日本掠夺中国人力的资源地。而日伪当局建立的华北劳工协会便是日本侵略者掠夺中国劳动力的帮凶和工具。

四、 战时在日本的中国劳工

1941年12月，太平洋战争爆发后，大量的日本男性劳力投入战场，国内劳动力不足的状况更加严重。1942年11月27日，日本东条英机内阁会议通过的《有关将华人劳工转移到日本内地事宜》称：“鉴于内地（指日本国内）劳动供需关系日益紧张，尤其是重体力劳动部门显著不足的现状，将华人劳工转移到内地以便使其协助推动大东亚共荣圈的建设。”根据日本东条内阁的旨意，侵华日军从1943年3月至11月将1 411名中国人先行“试验性地移入”日本，从事重体力劳动。经过一年的试行之后，1944年2月28日，日本次官会议又作出《关于促进华人劳工移进国内事项》的执行细则，列入《1944年度国民动员计划》中为3万名，从此开始实施无代价地大量抓捕中国人到日本从事重体力劳动的计划。这样，从1944年8月起至1945年5月止，共有161批计41 762人由中国当地的收容处强行移送日本。途中死

① 李扬、何天义著：《华北劳工协会罪恶史》，载于何天义主编：《华北劳工协会罪恶史》，新华出版社，1995年出版，第11页。

亡、逃跑等 2 823 人，实际乘船者为 38 939 人。

从乘船至登陆日本的这段时间，死亡了 584 人，实际登陆日本的有 38 355 人。在分配到劳作的事业所前又死亡了 238 人。实际被安置从事强制劳动的共计为 38 117 人。这 38 117 人被分配到日本的 35 个会社中的 135 处事业所。到日本战败时，中国劳工已经死亡了 5 999人。实际死亡率高达 15%以上。①根据 1990 年 12 月 20 日出版的日本田中宏等人编著的《强掳中国人的记录》一书记载，他们当中多数为青壮年，15 岁以下的儿童为 157 人；60 岁以上的老人为 248 人。

从中国抓捕的战俘、劳工运抵日本后，由日本厚生省分配到日本各地的 35 家公司的 135 个作业场。这些作业场从北方的库页岛，到南方的琉球群岛，遍布日本各地。分配到各作业场中的中国劳工主要从事重体力劳动，在矿山、装卸行业、国防土木工程、建筑及其他工场中使用。其中在矿山业的有 47 个作业场，计 16 368 人；在军事土木工程的有 63 个作业场，计 15 253 人；在港湾装卸业的有 21 个作业场，计 6 099 人；在造船业的有 4 个作业场，计 1 215 人，从开采煤矿劳工的情况看：采矿工 44.7%，搬运工 10.3%，掘进工 27.3%，破碎工 1.8%，堆土工 0.3%，机械工 1.4%，其他 14.2%，几乎全是矿井内的重苦工。②

在日本的中国劳工生活条件十分恶劣，境遇悲惨。他们食不果腹，衣不避寒。从事的是超强度的重体力劳动，可是每天的口粮大多是用大量稻米糠、糠麸做成的窝头，且十分有限。在作业现场的都是些手里拿着棍棒、锤子、铁棍等凶器的日本监督员，他们不断地挥舞着棍棒驱使劳工们不停地干活。监工们视中国劳工如俎上之物，任意宰割。不仅如此，劳工从事的苦役既危险又繁重，各个事业所接受军需省分配给的产量和劳动量，强迫中国劳工每天必须完成一定的定额，劳工每天起早摸黑工作时间长达 12 甚至有时是 16 小时，劳工们稍有

① 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994 年出版，第 75 页。

② 何天义主编：《中国劳工在日本》，新华出版社，1995 年出版，第 22 页。

怠慢，就横遭监工的拳打脚踢，每天都有不少劳工被砸死、狼狗咬死、日本监工打死，或压死、累死、病死、饿死、冻死。①

日本战败后，日本政府预测中国方面就强掳、强制劳动的问题会进行追究。日本政府要求135个曾配置中国劳工的作业场所提出报告书的同时，也派了专家对此进行了调查，以调查为基础制作了“华人劳务者就劳事情调查报告书”（昭和21年[1946年]3月1日），该报告书共分为五部分，第一部移入、配置（第一分册）及送还事情（第二分册），第二部死亡疾病、伤病及相关事情（第三分册），第三部就劳事情、纷争及就劳成果（第四分册）、事业场所概要（别册）。可是，其后日本政府烧毁了该报告书，并且否定报告书的存在。该“外务省报告书”被再度浮出水面，是由于在美国国立公文书馆调查横滨BC级战犯被审判记录中，发现了曾被日本政府派遣调查上述135个作业场所的调查官的姓名，并由此按图索骥地对一个一个线索人调查过程中，判明其中一人仍持有“外务省报告书”。②

尽管日本政府在法庭上一贯坚持“无法确认其存在”的立场，但是，鉴于客观事实和舆论的压力，日本政府最终承认了报告书的存在。日本《每日新闻》报道：2003年7月18日，外务省在东京的外交史料馆公开了战后日本各企业递交的关于在第二次世界大战中强制中国劳工和奴役劳工实态的“华人劳务者事业场别就劳调查报告书”，日本政府就该报告书的问题，在中国劳工诉讼过程中，一贯以“无法确认其存在”为由予以答辩。直至2003年6月，日本外务省公开承认在外务省地下书库存有“华人劳务者事业场别就劳调查报告书”。该报告书40册，约2万页。该报告书记载了强制奴役劳工的矿山等135个事业所，于1946年3月前后，应外务省的要求而制作此报告书。该报告书详细记载了38 935名被强制和奴役的劳工名单，以及6 830名死亡劳工和残酷的奴役状况。外务省以该报告书为基础于1946年制作了“华人劳务者就劳事情调查报告书”（外务省报告

① 何天义主编：《中国劳工在日本》，新华出版社，1995年出版，第6～7页。

② 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994年出版，第77页。

书),但是,在证明强制劳工的事实方面,外务省曾同时否定过上述两项报告书的存在。①

另据《日本共同社》的报道:1958 年,厚生省(当时)也指示各都道府县对中国劳工的死亡状况进行调查,并在 1969 年之前汇总制成该份死难者名单。上面详细记述了劳工的死亡时间、年龄、所属事业所、死因以及遗体状况。名单是战后由厚生省(当时)调查统计而得的,此前一直被认为"不存在"。围绕强掳中国劳工问题,在原劳工要求日本政府进行损害赔偿的诉讼中,外务省曾伪装战后所作的报告"已全部被烧毁"并将之隐匿起来的事实去年(2003 年)已经被暴露出来。原告方辩护团虽怀疑"厚生劳动省此前一直将之藏了起来",但厚生省仍声称:"保管方法不佳(才会一直找不到)"。②

据日本外务省统计,中国劳工在日本各企业共死亡 6 830 人,占被抓到日本劳工总数的 17.5%。平均 5.5 人就有一人被夺去生命。在 135 个劳工场所中,就死亡率而言,在 10%以上的有 57 个,其中 40%以上的有 7 个。他们是:鹿岛花冈、川口芦别、空知天盐、日本蜂之泽、日铁釜石、石河足尾和战线仁科等。其中战线仁科死亡率最高,200 人中就死亡了 104 人,高达52%。③

五、 强制劳工的违法性

强掳交战国的国民和战俘实施强制劳动,为国际法所禁止,日本政府为了躲避这样的反人道的罪行遭到国际社会的批判和抨击,于是巧立名目,在中国建立了"华北劳工协会",并通过该协会对中国民众和战俘实施强掳和强制劳动,为了掩人耳目还通过该协会抛掷出所谓的劳工是依据他们自由意思来日本劳动的契约劳动者谎言。为了把非法的强掳变成合法的劳务,日本政府和企业在使用中国战俘和劳工

① 《外务省公开强制中国劳工文书,存在否定后,于地下书库被发现》,《每日新闻》,2003 年 7 月 18 日夕刊。

② 《"不存在"的强掳华人死难者名单被发现》,《日本共同社》,2004 年 9 月 28 日报道。

③ 何天义主编:《中国劳工在日本》,新华出版社,1995 年出版,第 8 页。

上，确实动了不少脑筋，中国劳工到日本确实签有“契约书”，但这契约书的一方为华北劳工协会，而另一方是日本的企业株式会社缔结的，并不是中国劳工本人同日本企业签订的。如上所述华北劳工协会是一个日军的御用工具和傀儡机构。从日伪华北劳工协会职员名簿可以看到，协会总部职员 290 人，日本职员就有 150 人，各地办事机构职员 631 人，日系职员占 219 人；合计人数 994 人，日系职员 412 人。协会各部科主要领导和各地事务局办事处主任和业务科长基本上都是日本人担任。在同日本各企业签订的契约书上甲方代表名义上是中国职员——华北劳工协会理事赵琪，[①]他仅仅是一个汉奸傀儡而已。长期来致力于研究中国劳工问题的石家庄市党史研究会会长何天义指出，实际上把中国战俘和劳工强征到日本的契约是日伪政权和日本企业财团签订的，而战俘和劳工的权利只是在劳工从事书上和劳工名簿上被强行摁个手印留个指纹。这个指纹是在日本枪刺下逼迫留下的，而所谓的契约书并不能代表中国的战俘和劳工的意愿。[②]

日军对中国人所实施的强掳、强制劳动的行为，系日本政府授意的政府行为，且根据大量受害者的控诉所反映的实况，当时劳工的生存状态几乎与奴隶无异，没有工资报酬，近乎难以维持生命的有限的粮食，危险和超劳动强度的重体力工作，并且所有的劳动都是在日本皮鞭、凶器的威吓下完成的，劳工毫无人身自由可言。这样的强掳、强制苦役完全符合国际习惯法所禁止的奴隶制度。

（一）违反国际法及国际习惯法

早在 1814 年和 1815 年巴黎和平条约、1841 年伦敦条约、1862 年华盛顿条约等就已经存在着关于禁止奴隶制条款。1885 年的《柏林公约》和 1890 年的《布鲁塞尔公约》等条约中，也有关于谴责和制止奴隶贩卖的条款。1919 年的《圣日耳曼公约》中，签字国承诺，将设法完

---

① 何天义主编：《中国劳工在日本》，新华出版社，1995 年出版，第 20 页。

② 何天义著：《谎言掩盖不了事实——驳斥日本某些人为强制中国战俘劳工辩解的言论》，载何天义主编：《中国劳工在日本》，新华出版社，1995 年出版，第 21 页。

全消灭奴隶制度和海上与陆上的奴隶贩卖(日本是签字国之一)。奴隶制度是人类历史上早在古代就存在的社会现象,与其他的人权问题相比较,国际机构对奴隶制禁止的约定早就开始。

国际联盟十分重视殖民地、委任统治下的奴隶制的问题,国际联盟盟约第22条规定"对委任统治地的原住民及土著民给予保护,禁止交易奴隶"。另外,第23条规定"加盟国各国及工商业上的关系所涉及的所有领域,应努力确保和维持公正且符合人类的劳动条件"。其后,国际联盟于1922年设置了调查关于奴隶制度一切问题的临时委员会。在该委员会的第一次报告中强调了必须采取措施以抑制类似奴隶制度的一切苦役。

在该委员会的推动下,1926年9月国际社会签订了《禁奴公约》,公开宣布"缔约各国应相互支援,以便实现消灭奴隶制和奴隶的贩卖",又表示要"制止强迫劳动生产与奴隶制相类似的情况"。这项公约随后便成为国际习惯法。而日本实施的强掳、强制劳工的各项行为都是违反《禁奴公约》的。

1929年国际法学会通过的《国际人权宣言》,开宗明义第1条就规定:"每一个国家有义务承认每一个人对于生命、自由和财产的平等权利,并有义务给予该国领土上的一切人,不分国籍、性别、种族、语言和宗教以关于这些权利的充分的和完全的保护。"

日本虽然没有缔结、批准《1956年废止奴隶制、奴隶贩卖及类似奴隶制的制度与习俗补充公约》,但是,禁止奴隶制度已经于1938年为当时的国际习惯法所确立。①

1948年《世界人权宣言》的第4条宣示,"任何人不容使为奴役;奴隶制度及奴隶贩卖,不论出于何种方式,悉应予禁止"。可以说该宣言是再度确认了至此为止的禁止奴隶制的国际习惯法。

在《禁奴公约》第5条规定:"缔约各国承认实行强迫或强制劳动可能带来严重的后果,并承允在各自主权、管辖、保护、宗主权或监护下各领土的范围内,采取适当的措施,以避免强迫或强制劳动不致引

① 日本律师联合会编:《日本的战后补偿》,明石书店,1994年出版,第288页。

起与奴隶制相类似的状态。”这说明在当时，强制劳动与奴隶状态或奴隶类似状态的极其密切性已经被广为认识。

（二）违反人道的罪行

“违反人道罪”，由第二次世界大战后，纽伦堡国际军事法庭首次将其实体化，远东军事法庭也承袭了“违反人道罪”的定义，在这两个军事法庭宪章中就违反人道罪作了这样的定义：“指战争发生前或战争发生进行中之杀害、灭种、奴役、借暴力强迫迁居，以及其他不人道行为，或基于政治上或种族上之理由之虐害行为，此种虐害行为系于执行或共谋归本法庭管辖之任何罪状时所施行者，至其是否违反犯罪所在地之国内法，则在所不问。”上述的强掳、强制劳动的行为，正恰如“奴隶的虐害”、“其他非人道的行为”。而日本在“旧金山和约”也接受了远东军事审判的结果。

（三）违反禁止强迫劳动公约

1929 年，国际劳工组织就许多国家强制居民离开家园，到偏远地区从事强制劳动一事向第 12 届劳工大会递交了报告书，呼吁国际社会对此引起应有的重视。接着次年通过了 ILO 第 29 号条约，即《禁止强迫劳动公约》。该公约第 2 条第 1 款规定：“就本公约而言，‘强迫或强制劳动’一词系指以任何惩罚相威胁，强迫任何人从事的非本人自愿的一切劳动或服务。”该公约第 1 条第 1 款规定：“凡批准本公约的国际劳工组织会员国承诺在可能的最短期内禁止使用一切形式的强迫或强制劳动。”同时，该公约第 1 条第 2 款对于在过渡时期，对使用劳动者的限制、劳动期间与劳动时间的限定、相当的报酬的保障、劳动灾害的补偿、健康的保持、地下矿山劳动的禁止（第 21 条）等作出了禁止性的规定，而且公约第 4 条明文禁止私人企业实施的强制劳动。

公约制定后，日本政府于 1932 年 11 月承诺加入。在二战期间，日军采用种种恶劣手段欺骗或强迫中国劳工充当苦役，受到非人的待遇。日本政府和企业对中国平民实施强掳、强制劳动的实际状态如前所述，其强制劳动的时间长，基本上无报酬可言，也没有灾害后的补偿，健康

的保持更是全然不顾，而且其被强制劳动的大部分系矿山中的危险劳动。日本政府、军队和企业实施的强掳、强制劳工的行为是难逃其强迫劳动的罪责的，因为此类行为系《禁止强迫劳动公约》所禁止的事项。

（四）强掳强制劳工违反陆战法规

日本军所实施的强掳、强制劳工违反了1907年海牙第四公约《陆战法规和惯例公约》，该公约日本国于1911年11月批准。该公约第46条规定，在占领地域"家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产以及宗教信仰和活动，应受到尊重"。日军在占领地实行的以所谓"狩劳工"、"狩兔子"为名的针对中国人的强掳、强制劳动以及对俘虏的中国劳工极度的虐待、虐使是与海牙公约明显地相违背的。

第三节

"慰安妇"受害者

一、性奴隶制度的推广

1932年7月15日，冈村宁次调任关东军副参谋长离开上海。因侵华有功而屡获提升，于1944年11月升任日本中国派遣军总司令。当战争结束后，冈村宁次回忆这段往事时，仍不无得意，他在1949年由中国返回日本的轮船上，接受记者采访时说："我是无耻至极的'慰安妇'制度的缺席的始作俑者，昭和七年（1932年）上海事变时，发生了二三起官兵强奸驻地妇女的事件，作为派遣军副参谋长的我，在经过调查后，我只有仿效海军已经实行的征召妓女慰军的做法，向长崎县知事申请征召来华进行性服务'慰安妇'团，事实证明，当从本土征募而来的'慰安妇'团到达时起，便不再发生强奸的事情。"①

① 苏智良著：《日军性奴隶》，人民出版社，2000年出版，第9页。

日军全面推行“慰安妇”制度的契机是南京大屠杀。

淞沪战争之后，日本华中方面军开始考虑战争的长期化问题，作为司令官的松井石根，他最担心的是军中秩序和性病蔓延的事实，为了预防因性病流行而丧失战斗力，遂决定模仿冈村宁次在“一·二八”事变中征召“慰安妇”团的做法，制定从日本本土征召“慰安妇”并建立军队直接管辖“慰安妇”的计划。不仅如此，还决定在部队驻地周围由“方便屋”老板出面创办民间的慰安所，并为此拨出了巨款。奉令策划此事的是华中方面军参谋长冢田攻少将。12月初，他将这一计划通报给上海派遣军参谋长饭沼守，并要求饭沼守具体执行。

南京大屠杀前后，日军高层意识到：在短期内已无法击败或迫使中国投降，因此不得不面对在华进行长期艰苦作战的现实。日本军部对在沪、宁地区作战中发生的大规模强奸事件，极为担忧。因为这会导致性病的流行，所以他们要求尽快组建大量的慰安所，以改变现状。于是，1938年4月，陆军省兵务司在给华北、华中方面军参谋长的《关于招募军队“慰安妇”的文件》中，明确命令各部建立慰安所。1942年，陆军省对在华日军各部队中性病的蔓延表示了极大的担忧，该省的卫生司要求：“各部队慰安所要在卫生司方面严加管理，不要疏忽。”尽管当时已经建立了大批的慰安所，但陆军中央部门仍要求加速建立。在9月3日的陆军省会议上，决定追加“将校军官以下的慰安设施，拟按以下规模：华北100所，华中140所，华南40所，南方100所，南海10所，库页岛10所，共400所。”①

日军在华部队分别隶属于华中方面军、华北方面军和关东军，在陆军省的指示下，各部队每到一地，首要任务便是征集妇女，辟室觅屋，快速建立“合法的强奸中心——慰安所”。

正式实施“慰安妇”制度后，所需要的性奴隶再也不能像开始时那样，从国内征召，而是在中国当地征召，而且，随着战争的扩大和升级，侵华日军人数的增加，日军更加残暴地掠夺中国女子充当“慰安妇”，途径主要有以下几种：

---

① 矢野玲子著：《“慰安妇”问题研究》，辽宁古籍出版社，1997年出版，第220页。

第一，使用暴力强行掳掠当地妇女。日军在战场或占领城乡时，公开抢夺中国妇女，这种做法对于暴虐的日军来说，是最为便利的，既不需要支付任何费用，也省去了许多麻烦的手续。所以自从战争开始后，这种抢夺便遍及各地，有时是日军自己参与抢掠，有时则通过其傀儡政权的行政人员和军事人员进行的。

第二，设下各种圈套，引诱妇女坠入陷阱。常见的是以招聘女招待、洗衣妇等名义进行诱骗。

第三，日军占领一地，形势稍稍稳定后，日军便依靠汉奸组织协助，挑选妇女充当“慰安妇”。其中一个手法便是借口登记“良民证”挨家挨户地挑选年轻美貌的女性。在南京陷落时，日军除了经常到国际安全区强奸妇女外，也利用发放“良民证”之际，从中拉来数千名中国妇女，这些妇女没有一个人逃过被强奸或虐杀的厄运；其中一些人还被运往东北，充当关东军的性奴隶，从此再无下文，无人知晓她们的生死命运。

第四，将中国女俘强逼为性奴隶。在中国战场上，日军极少设立女战俘收容所，在战场上被俘虏的女俘部分在审讯后即杀死外，其余的大部分便被日军弄到华北、华中属于偏僻的、荒凉的地区和前线去充当“慰安妇”，以防止她们逃跑或与八路军等中国抗日部队取得联系。日军还经常将参加抗日斗争的女青年逮捕摧残，逼迫为性奴隶。

第五，征用妓女。在大城市，日军机关常常征用现有的妓女来充实其“慰安妇”的队伍。上海、南京、武汉、广州和天津等地，都有不少妓女被迫加入“慰安妇”的行列。这里有必要指出的是，就是这些妓女也不是甘愿去做“慰安妇”的，她们往往被日军或汉奸政权强征，被迫充当日军的性奴隶，有些没有报酬，有些所得少得可怜。妓女们为逃避军队性奴隶的悲惨命运常常以生病、家人有难等理由推脱，甚至在送往日军部队的途中仍设法逃亡。1944 年 6 月 8 日，天津防卫司令部派遣中井曹长押送 86 名中国妓女前往河南郾城，在途中的 20 天里，有几乎是半数的 42 人逃亡而去。①

---

① 松井やより、西野瑠美子、金富子、林博史、川口和子、东泽靖编著：《女性国际战犯法庭的全记录[Ⅱ]》，绿风出版，2002 年出版，第 43 页。

日军侵华期间相继在中国的南方和北方等地区如黑龙江、吉林、辽宁、内蒙古、山西、北平、河北、河南、山东、江苏、安徽、江西、湖北、湖南、上海、浙江、福建、广东、广西、云南、贵州、海南和台湾等地的占领区设立了大量的慰安所。①

由于上海是南方日军的集结地，日军部队蜂拥而至，经休整后再奔赴各方。因此上海是日军实行“慰安妇”制度的发源地，也是日军“慰安妇”制度最完善的城市之一。日军直接管理的、日侨经营的各种慰安所充斥各地，日军在沪慰安所数量至少有 80 多家。世界上第一个慰安所始建于 1932 年初的上海。是年 1 月，日本海军将虹口地区的“大一沙龙”等 4 家风俗店指定为海军特别慰安所。根据中国“慰安妇”问题研究中心的上海师大教授苏智良的调查研究，估计二战中中国约有 20 万妇女沦为“慰安妇”，其中 75％被日军凌辱致死。2000 年，我国所知的幸存的“慰安妇”有六七十人。②这些慰安所里的性奴隶多由被抢劫和被诱骗来的中国妇女充当，一直延续到日军战败。③

二、 实施性奴隶制度的系统

（一）日本政府的系统

关于最初的“慰安妇”征集，是在松井石根为首的日军华中方面军司令部命令下完成的。华北方面军甚至日本中央军部、朝鲜总督府以及日本外交机构等均参与了“慰安妇”的募集与运输。

在战争的初期“慰安妇”的征集一度十分混乱。因此陆军省兵务局发布了《关于募集军队慰安所从业妇等的通牒》一文，规定今后凡有此类招募，一律由派遣军一级“统制”；各军在征集“慰安妇”时，一定要选择适当的人来担任这项任务；而进行招募时，要事先与当地的警宪取得联系。尽管如此，日军对“慰安妇”的征集经常仍是野蛮、无序的。

1938 年 3 月，陆军省在《关于募集军队“慰安妇”从业妇等通牒》

---

① 松井やより、西野瑠美子、金富子、林博史、川口和子、东泽靖编著，《女性国际战犯法庭的全记录[Ⅱ]》，绿风出版，2002 年出版，第 44～45 页。

② 曹静：《烙在民族心头的痛》，载《解放日报》，2004 年 8 月 13 日。

③ 苏智良著：《“慰安妇”研究》，上海书店出版社，1999 年出版，第 67 页。

中要求:“在募集时,应周全到确切地在派遣统一管理下,选定适当的人选。”①在1938年5月25日,日陆军省规定的教育总监部向部队发出《战时服务提要》,共分为8章,在第八章《人马的卫生》中规定:关于性病要有积极的预防方法,军队慰安所的卫生设施必须完备,并严禁官兵接触军队指定以外的娼妓、土民等。②

1940年9月19日,陆军省副官川原直一向陆军部下发一机密文件,题为《由中国事变的经验观测军纪振作的对策》。文中承认,日军在中国战场出现很多的“掠夺、强奸、放火、杀害掳掠”的事件,因此,要求对慰安所进行有效的管理。由于战场中性病流行,一些老兵回国后,将性病也带回到日本,从而引起了日本内地和军部的极大恐慌,因此,1942年6月18日,陆军省医务局卫生科起草了《关于大东亚战争中将兵处置文件》。该文件规定:第一,必须对作战部队的性病进行切实的指导,尽量避免感染的机会,值勤地的慰安所等的管理应得到加强。第二,在官兵返回内地前,须在现地进行严格的性病检查,发现患者必须由医院收容治疗,治愈后才能返回内地。第三,如性病在治愈后仍有复发可能的,须由医院院长在病人返乡之际通知其出生地的地方长官。文件要求有关各方从民族的前途着想而严防性病在日本国内蔓延。③

(二) 日本中国派遣军及军队内部系统

战时日军的战略单位是师团,师团中枢司令部以下,设有参谋部、军医部、兽医部、兵器部、管理部等,慰安所由军医部和管理部共同负责。军医部主要在卫生方面确保“慰安妇”的正常工作,它负责召集军医对慰安所进行检查,防止性病的流行。由于军队内妇科医生较少,

---

① 陆支密第745号:《副官给北支那方面军及中支派遣军参谋长的通牒》,1938年3月4日。该通牒是由陆军省次官梅津美治郎及兵务局长今村均签发。现藏于日本防卫厅防卫研究所。

② 吉见义明编:《从军“慰安妇”资料集》,第163页。转引自苏智良著:《“慰安妇”研究》,上海书店出版社,1999年出版,第213页。

③ 同上。

因此，这一任务多由内科或外科医生来完成。军医部掌握着整个师团所有“慰安妇”的档案。在健全的师团内，每个“慰安妇”都有户籍本的译本，上面贴有该“慰安妇”的照片，记录着她的征用、体检等基本情况。军医部还有权命令患病的“慰安妇”停止性服务。而管理部则负责慰安所的建立、运行和转移等事务。

有些部队或兵站下专门设立慰安所科，以具体管理慰安所事务。如日军第7331部队，就设有慰安所科。每逢“慰安妇”到达时，兵站慰安所科即协同慰安所的老板一起调查“慰安妇”的照片、户籍抄写本、警察的许可书、地方政府颁发的身份证明书、病历等。一般的慰安所都要让卫生兵给“慰安妇”拍照，然后分送军医部和宪兵队等，军医部将她们的半身照贴在制作好的花名册上，这就是“慰安妇”的户籍册。而宪兵队则依照“慰安妇”的档案进行警卫和监视。

（三）在大城市及部队的通过地，由兵站部负责建立和管理慰安所

在南京、上海、武汉等主要城市，日军对慰安所系统更为重视，由多方协调管理。1938年4月16日，驻南京的日本陆军、海军和领事馆方面举行联席会议，对“慰安妇”问题作如下决定：一、陆海军专属的慰安所与领事馆无关；二、关于一般人也能利用的慰安所，其老板由领事馆之警察管理，对出入其间的军人、军属则由宪兵队负责；三、在必要的时候，宪兵队可以对任何慰安所进行检查、取缔；四、将来开设慰安所时，须将“慰安妇”的原籍、住所、姓名、年龄、出生及死亡等变动情况及时通报给领事馆。同年7月5日，上海的日军和领事馆也达成协议，其内容与南京基本相同，一般的慰安所由领事馆负责，而军队慰安所由军队监督、统制。

三、 军事性奴隶制与日本政府的责任

“慰安妇”制度的罪恶在于，它是当时的日本政府和军队运用国家的力量，有计划实施的军事性奴隶制度；是数千年人类文明史上找不到第二例的暴行，是日本军阀违反人道主义、违反两性伦理、违反战争常规的制度化了的国家犯罪行为；它严重侵犯了受害妇女的人权，是

世界妇女历史上最为惨烈的一页。

日军在实施对中国大陆的侵略战争期间，在其占领区内极其残忍地对广大中国女性进行了性奴役，犯下了国际法上的战争罪和违反人道罪。作为二战结束后，纽伦堡法庭审判的德国战争罪犯的法律基础文件，《欧洲国际军事法庭宪章》在其第六条中明确规定了“战争罪”和“违反人道罪”。

“战争罪”所指的是违反战争法规或惯例。此种违反包括谋杀、为奴役或其他目的而虐待或放逐占领地平民、谋杀或虐待战俘或海上人员、杀害人质、掠夺公私财产、毁灭城镇或乡村或基于军事上必要之破坏，但不以此为限。

“违反人道罪”是指，在战前或战时，对平民施行谋杀、歼灭、奴役、放逐及其他任何非人道的行为，或基于政治的、种族的或宗教的理由，而为执行或有关本法庭裁判权内之任何犯罪而作出的迫害行为，至其是否违反犯罪地之国内法则在所不问。

同样远东军事法庭依据其审判日本战争罪犯的《远东国际军事法庭宪章》第二章中也确认了这两种战争罪行。其中第五条规定：“战争罪”所指的是违反战争法规或惯例。“违反人道罪”是指，在战争发生前或战争进行中之杀害、灭种、奴役、借暴力强迫迁居，以及其他不人道行为，或基于政治的、种族上之理由之虐害行为，此种虐害行为系于执行或共谋归本法庭管辖之任何罪状时所施行者，至其是否违反犯罪地之国内法则在所不问。凡参与规划或实行旨在完成上述罪行之共同计划或阴谋之领导者、组织者、教唆者与共谋者，对于任何人为实现此种计划而做出之一切行为，均应负责。①

需要强调指出的是，1968 年的联合国大会通过了《战争罪及危害人类罪（即违反人道罪）不适用法定时效公约》，该公约主要参照 1945 年的《国际军事法庭宪章》的规定对战争罪和违反人道罪下的定义，但不考虑犯罪行为的日期，并进而规定应采取措施，保证法定的时效不

① 王铁崖、朱荔荪等编：《战争法文献集》，解放军出版社，1986 年出版，第 190～199 页。

适用于这两种罪行的追诉和惩罚。

关于陆战法规惯例的规则、以及关于陆战法规惯例的条约(海牙条约)的附属规则,日本国于1911年11月6日就已经批准,并于1912年2月12日在日本生效。1899年和1907年的两次海牙和平会议,制定了限制战争手段和行为的一批法律文件。这两次海牙会议的先后两个《陆战法规和惯例公约》都做出了保护战时平民的规定。其中涉及对妇女的特殊保护,主要包括应防止强奸、强迫卖淫和对妇女任何形式的非法侵犯。如海牙《陆战法规和惯例公约》中第43条规定:"占领者应尽力采取一切措施……恢复和确保公共秩序和安全……尊重当地现行的法律。"第46条规定:"家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产……应受到尊重。"另外,按照1907年海牙《陆战法规和惯例公约》中的"马顿斯条款",即使是在缔约国所签订公约规定没有包括进去的情况下,战时平民仍然受到国际法原则的保护和支配。这些国际法原则是"来自文明国家之间已确定的惯例、人道法则和公众良心的要求"。

日军的"慰安妇"制度大量囚禁、强迫妇女充当军事性奴隶,完全违反了上述公约和国际法原则。在侵略中国的战争期间,日本军队强掳中国大陆20万以上的妇女,[①]向其官兵提供性服务,甚至不分昼夜地进行蹂躏,这既是粗暴地违反了战争法规和国际人道法,而且已经严重地侵害了中国大陆包括20万以上受性奴役妇女在内的全体民众的人权。

(一)"慰安妇"制度违反《禁奴公约》

1815年维也纳会议的有关条约、1814年的伦敦《制止非洲奴隶贸易条约》、1885年的《柏林公约》和1890年的《布鲁塞尔公约》等条约中,就有关于谴责和制止奴隶贩卖的条款。1919年的《圣日耳曼公约》中,签字国承诺,将设法完全消灭奴隶制度和海上与陆上的奴隶贩卖(日本是签字国之一)。在国际联盟的监督下,各国又于

① 曹静:《烙在民族心头的痛》,载《解放日报》,2004年8月13日。

1926年制定了《禁奴公约》，再次作了重申，该公约把奴隶定义为人所处于的一种状态，在这种状态下，他（她）的与生俱来的任何权利都受到了限制。这项公约随后便成为国际习惯法。而日本实施的“慰安妇”制度就是使妇女，尤其是使敌国或殖民地妇女沦为军队的性奴隶的获取、运送使用、买卖人身的制度，它再现了奴隶买卖的残暴与灭绝人性，因此，强制征集和使用“慰安妇”的各项行为是违反《禁奴公约》的。

（二）“慰安妇”制度违反禁止强迫劳动公约

1929年，国际劳工组织就许多国家强制居民离开家园，到偏远地区从事强制劳动一事向第12届劳工大会递交了报告书，呼吁国际社会对此引起应有的重视。接着次年通过了《禁止强迫劳动公约》。公约后，日本政府于1932年11月承诺加入。在二战期间，日军采用种种恶劣手段强迫中国等国家的妇女远离故乡，到战火弥漫的战场或日军占领区，充当日军的性奴隶，受到非人的待遇。胁迫充当“慰安妇”就是一种严重、特殊的强迫劳动。上述公约的第11条明确规定，禁止女性从事强迫劳动，因此，日本政府和军队实施“慰安妇”制度是难逃其强迫劳动的罪责的。对此，国际劳工组织（ILO）在1997年也曾明确指出“对‘慰安妇’的虐待是绝对符合《禁止强迫劳动公约》所禁止的事项”。因此，日本政府在法律上负有责任。

（三）“慰安妇”制度违反禁止妇女卖淫公约

1904年5月，世界主要国家在法国巴黎召开了争取妇女权利、禁止买卖妇女的国际会议，并通过了《关于取缔为经营丑陋业而买卖妇女的国际协定》。6年后的1910年5月4日，各国在该项协定的基础上通过了《关于取缔为经营丑陋业而买卖妇女的国际条约》。到1921年9月30日，各国又在日内瓦签署了《关于禁止买卖成年妇女和儿童的国际条约》，1933年更进一步补充制定了《关于禁止买卖成年妇女卖淫的国际条约》。概而言之，这些条约的主要内容有三点：第一，凡以经营为满足他人情欲的丑陋业为目的，劝说、引诱或拐带未成年妇

女(21 周岁以下)者,虽已得到本人的同意,将构成犯罪。第二,凡以经营为满足他人情欲的丑陋业为目的,使用暴力、胁迫、滥用权利及其他一些强制手段,劝说、引诱或拐带成年妇女者,将构成犯罪。第三,无论任何人,凡以在别国经营为满足他人情欲为目的,劝说、引诱、拐带成年妇女者,虽已经得到本人的承诺,将构成犯罪。

对于以上四项国际条约,除了 1933 年的条约,日本政府以国情不同为由未予批准外,对于其他三项条约均于 1925 年寄呈批准书,成为这些条约的成员国。不过日本在批准这些条约时,也曾利用这些条约中歧视条款和对殖民地的歧视等条约本身的漏洞,作了相当大的保留。但尽管如此,日本作为国际联盟的创始会员国,理所当然必须遵守《国际联盟盟约》(1919 年 6 月 28 日列入《凡尔赛条约》第一部分),该盟约明确规定禁止贩卖妇女、儿童等。日本军队在第二次世界大战中使用欺骗、劝诱、绑架等暴力手段强征"慰安妇",毫无疑问的是属于"经营为满足他人情欲的丑陋业为目的"而买卖妇女的行为。而且大量无可辩驳的证据证明,在这一过程中,自始至终都有日本政府的参与,这当然是一种不折不扣的国际性犯罪和国家犯罪。

关于成年妇女的年龄,1910 年条约中规定为满 20 岁,1921 年的条约规定为 21 岁,日本政府当时以满 18 岁为成年作为保留条件而承诺了上述条约,但因枢密院有损于"帝国体面"的责难而于 1927 年撤回了保留条件。也就是说仍承认 21 岁为成年的标准。而在 40 万日军征用的"慰安妇"中,有大量的低于 21 岁的未成年女子。据日军的官方文件,曾征用 14 岁的中国台湾少女运至中国大陆南方。在中国各地几乎都有未成年的日军"慰安妇",云南、海南和广西等地的一些少数民族被掳掠为日军性奴隶时,年龄很多只有十四五岁。

(四) 日本政府的责任

面对性奴役受害者的诉讼,日本政府不仅否认事实,而且日本政府官员还发表了反对受害者合法地位和维护权利的评论和政策,所有的这些都深深地伤害了受害者。尤其,这些官员们坚持所谓法律辩

护，拒不承担惩罚战犯和赔偿受害者的责任。

关于受害者法律权利包括以下几点。第一，在国际法中，日本有义务惩罚战犯，但仍不履行这一职责。没有任何双边或多边的条约可使日本免除这一职责。因此，日本缔结的任何国际协议都不能使日本有理由说它已经通过国际协议完成了这一职责。当一个国家不履行此职责时，它有责任赔偿。因此，日本有责任为它没有被起诉和惩罚战犯而赔偿。

第二，在1972年，中国和日本签署联合声明的时候，中国政府同意在日本深刻反省侵略战争罪行的条件下，放弃对日本的战争赔偿要求。但是这里放弃的只是中国政府的对日战争赔偿部分。中国从未放弃过对日本因侵略战争导致的民间损害的求偿权利。日本没有任何根据可以声称中国受害者的赔偿问题已经通过国际条约的方式予以解决了。

天皇就二战时日军强迫韩国及菲律宾、新加坡等东南亚诸国妇女充当“慰安妇”一事，在各种外交场合和访问中，都进行了不同程度的表示谢罪和赔偿意愿，但惟独对强迫中国妇女充当日军“慰安妇”的问题，表现出令整个世界困惑的回避的态度。只是在1990年4月13日，中国总理出访日本时，明仁天皇说了“对于近代有一段不幸历史之事，表示遗憾之意”的话。

历史证明，在“慰安妇”制度实施过程中，日本政府负有不可推卸的责任。慰安所是日本陆军、海军以及各派遣军、方面军先后设立的，并由军队的最高中枢统筹策划、决定和管理的。外务省、警察部门等有关政府部门为实施这一计划而不遗余力。在“慰安妇”的征集与运输方面，日本政府外务省、内务省及其他部门和宪兵、警察予以紧密配合。

1945年8月15日，日本政府接受了《波茨坦公告》，无条件投降。公告的第11章提出了对战犯起诉。与此同时，日本内阁决定烧毁许多政府军政文件。陆军参谋部和陆军省通知所有的军事单位，命令他们烧毁所有的机密文件。他们甚至给众议院和新闻社施加压力破坏机密会议的记录和战犯的照片。海军也收到了同样的命令。内务省也决定烧毁官方文件。这样，如果要寻找一些有关日本的关于“慰安妇”的文件就很困难。

在战后日本与亚洲各国缔结和平条约时，隐瞒了它直接介入建立慰安所的真相，之后又以签订了这些条约为口实以逃避其责任。

“慰安妇”制度的始作俑者，“中国派遣军总司令”冈村宁次，在中国犯下了滔天罪行，在日本投降后，他自料难免一死，可在蒋介石的庇护下，竟被宣判无罪，让其回国。时至今日对于日本政府所从事的“慰安妇”制度下的性奴役犯罪行为，始终没有得以清算，虽然若要追究这部分组织者策划者等人的刑事责任，在实际操作上仍有很大困难，但是这并不影响受害的“慰安妇”为维护自身的尊严和合法权益通过诉讼的途径寻求司法救济的权利。

第 四 节

细菌战、毒气战对中国平民造成的侵害

一、 日军在华实施细菌战

(一) 日本军对细菌战的研究

日本，于 1932 年 8 月在陆军军医学校内，设立了以石井四郎为主干的防疫研究所，此外在“满洲”的背阴河编制了关东军防疫班(东乡部队)，着手研究生物战。其后，该防疫班发展成为关东军防疫给水部 731 部队，与此平行的有北支派遣军防疫给水部(1855 部队，在北平)，中支派遣军防疫给水部队(1644 部队，别称[荣部队]，在南京)，南支派遣军防疫给水部(8604 部队，别称[波部队]，在广东)，南方军防疫给水部(在新加坡)等分别编制而成，从事生物兵器的研究、开发，直至实战上的应用。

日本军对细菌战的研究，其组织的规模非常庞大，以 731 部队为例，人员最多时有 3 000 人，下设 4 个支部，1 个研究所，飞机数架，还有飞机场，各组织间的关系，研究、开发层面，指挥系统层面，人事层面都有非常紧密的联系。以防疫研究室为中枢，各部队进行着实验和开发。在这里的中心人物是石井四郎。石井是防疫研究室最初的骨干，

他是731部队的第一任部队长①。

(二) 实战使用方面

日本军在上述的领域中开发的生物兵器已经被证明在实战中使用的有②:

(1) 诺门坎事件

1939年5月,诺门坎附近爆发了日苏两国军队的战斗。关东军在苏联20个军团前苦战并溃亡。在激烈的战斗中,731细菌部队挺进队队员中组成的决死队员20名,为了让苏联军受到感染而实施了在哈尔哈河内倾倒含有伤寒菌的液体。(在苏联的哈巴罗夫斯克的审判——又称伯力审判中西俊英的供述;中国中央档案馆编《日本帝国主义侵华档案资料选编》第5卷《细菌战与毒气战》所收录的田村良雄供述书。)

(2) 宁波作战

日本军于1940年4月为了阻断援蒋的供给线,开始了占领浙江东部的浙东作战。731部队在作战中准备了鼠疫跳蚤(pest nomi)5公斤,大肠伤寒杆菌(typhus)70公斤,霍乱菌(cholera)50公斤,并于同年10月前后,在浙江的宁波(鄞县)、衢县、金华地区以飞机撒播的方法传播了上述的细菌。这次作战编制了以石井四郎为负责人的派遣队,在撒播细菌的作战后,为了调查其效果,特别行动班还在受害地专门收集残存的情报,并且还拍摄了记录资料。(在苏联的哈巴罗夫斯克的审判中,川岛清、柄泽十三夫、西俊英、佐藤俊二的各自供述;前述《细菌战与毒气战》所收录的田村良雄供述书。)细菌撒播后,宁波地区受感染者有99人,其中97人死亡。

(3) 常德作战

日本军于1941年秋,在湖南省常德市附近以飞机撒播鼠疫跳蚤

---

① 解学诗、松村高夫等著:《战争与恶疫——731部队罪行考》,人民出版社,1998年出版,第2~10页。

② 日本律师联合会编:《日本的战后补偿》,明石书店,1994年出版,第38~39页。

的方式传播细菌，当时编制成的是 40 至 50 人的派遣队。（在苏联的哈巴罗夫斯克的审判中，川岛清、佐藤俊二的各自供述；前述《细菌战与毒气战》所收录的容启荣作成的《湖南西部鼠疫预防、治疗经过报告书》及陈文贵作成的报告书。）

（4）浙赣作战

日本军于 1942 年，在华东进行了浙赣作战。731 部队与南京荣部队（1644 部队）参加了这次行动，1942 年 8 月，玉山、金华附近，日军撒播了鼠疫、霍乱等细菌。鼠疫通过鼠疫跳蚤，其他的细菌通过放入水壶、储水池、水井、河川、居住地等污染的方法来达到传播的目的。当时，仅炭疽菌等就有 130 公斤由 731 部队空运至作战地。（在苏联的哈巴罗夫斯克审判时川岛清、柄泽十三夫、古都良雄、三品某的各自供述；美国陆军中国前线司令部 GⅡ参谋副长 1944 年 12 月 3 日作成的《在中国日本军的细菌使用》报告，前述《细菌战与毒气战》所收录的榛叶修供述书。）

另，根据古都良雄的供述，被伤寒污染的馒头在分给 3 000 名中国俘虏吃完后，为了广泛地传播而将他们释放。还在市中心放置被细菌污染的饼干企图感染一般市民。

（5）山东霍乱战

北支派遣军第 59 师团于 1943 年 9 月，在山东省鲁西地区发动了霍乱战。日军向卫河撒播了霍乱菌后，即毁坏河堤，使受污染的河水流往各处，由此，很多的中国平民受到了霍乱的感染和死亡。（前述《细菌战与毒气战》所收录的广濑三郎、林茂美的各自供述。）

（二）活体实验

伴随着研究开发生物兵器及毒气，日军在中国实施了活体实验。活体实验最多的是 731 部队，其他的部队如南京荣部队（1644 部队），北支派遣军防疫给水部（1855 部队）齐南支部，以及关东军化学部（“满洲”516 部队）与 731 部队联手进行过活体实验。

这种否定人类尊严的军国主义，无视并毁灭了人类长期发展所形成的文化与伦理道德，滋生并纵容着研究者的恶魔般思想的泛滥。这

种活体实验已不仅发生在军队，而且在日本的九州大学和一些学术研究机关也从事了活体实验的恶行。

以731细菌部队所进行的人体活体实验为例，被活体实验的对象，一般是被逮捕的刑事、间谍的嫌疑犯以及被日军抓捕到的一般平民或有抗日思想者。他们被称之为“原木”。所有这些“原木”最终全部被杀害。受活体实验者如果在一次实验后尚未死亡，就会被再度实验，或者以活体解剖直至死亡为止。在监禁中女性生产婴孩，其孩子将悉数被杀。被活体实验和杀害者的总数约为3 000人。①

(1) 干燥和饥饿实验

将受验者放置在干燥机内，从事研究各种体能的人在脱水多少程度时会导致死亡。饥饿实验通过对受验者断水、断食获取死亡过程的数据。

(2) 冻伤、冻死实验

在零下40度的环境中，将受实验者身体的一部分放置一定的时间获取冻伤的数据。以及在零下50度的环境中，实验裸体冻死需要经过的时间。

(3) 鼠疫跳蚤弹的射弹实验

将“原木”投入封闭的囚禁室内，对实验对象生存环境中，即囚禁室内发射鼠疫跳蚤弹，获取感染能力的实验。

(4) 鼠疫菌下雨实验

将“原木”绑在十字架上，从飞机上播撒鼠疫菌，观察实验效果。

(5) 毒气实验

将受实验者“原木”连同鸟类、小动物放置在玻璃房中，并向房中送入毒气，通过玻璃房观察、摄影、记录“原木”、鸟类、小动物的变化状况，经过一定的时间，中止毒气送入，对死亡的“原木”进行解剖，尚未死亡的“原木”将继续作为其他实验的受验品。此外，为了再次观察其心脏和脉搏的跳动，则将一些“原木”的身体编上号码，用心电图等器械记录、观察其死亡的过程和变化。

---

① 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994年出版，第42页。

(6) 活体解剖

对受到细菌感染的活体进行活体解剖，在这种情况下，鲜血全部被抽取，以供进一步培养细菌。731 部队的活体实验是人类历史上最为残虐、非人道的行为。而且令人震惊的是 731 细菌部队所从事的活体实验是极具规模和组织的国家行为。

二、侵华日军的毒气战及其遗留化学武器

(一) 日军的毒气战的研究

1907 年签署的海牙陆战规则第 23 条、第 25 条的规定禁止使用毒物或有毒武器，其中当然包含了对毒气弹的禁止，日本政府于 1911 年批准了该文件。

第一次世界大战后，1925 年在日内瓦签署了《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌战作战方法的议定书》，又称“日内瓦禁用毒气议定书”。日本于 1925 年 6 月 17 日签署并于 1970 年 5 月 21 日寄存批准书并公布。虽然日本寄存批准书是在第二次世界大战结束后，但是该议定书禁止毒气弹作为作战方法上的使用，并且早在第二次世界大战之前业已成为国际习惯法的一部分。

可是，日本陆军为了研发毒气武器，于 1929 年起在广岛县大久野岛的忠海兵器制造所进行了毒气的生产，1938 年起在福冈县的曾根兵器制造所填充毒气炮弹，1943 年以后在神奈川县的相摸海军工厂生产毒气。

日本军最早是由陆军科学研究所、陆军第六技术研究所等机构进行毒气兵器的研究、开发，以及在东京陆军第二兵厂忠海兵器制造所等工场及曾根兵器制造所大量制造填充毒气弹。毒气兵器使用的教育是在陆军习志野学校等地进行的。在占领地也编制了专门部队。例如，在“满洲”的齐齐哈尔郊外，就建有关东化学部(516 部队)，并且在前线进行了许多次的毒气实战。日军研制的毒气中有糜烂性、呕吐性、窒息性、催泪性等毒气。这些毒气填装在炮弹、空投炸弹、手榴弹、散布器、下雨器、喷射器等各种兵器中，成为毒气兵器并在战场上使用。

在侵华战争中，日本军队对我国多次使用了化学武器。对此，日

本法庭也不得不承认“日本陆军从1937年开始，把黄剂弹（糜烂性毒气称为黄剂）带至中国，并主要配备给驻在中国东北地区的关东军，并在参谋总长和当地日本司令官的命令下使用过此毒气弹”，并且还承认“临近1945年8月战争结束，日本军把在中国配备的毒气武器通过扔在河里，埋在当地的地下，和其他的普通武器一起扔到仓库等手段，把毒气武器遗弃在中国”。

据中国有关方面统计，目前在中国境内已知约有200万枚侵华日军遗弃的化学炮弹，即使按日本的统计也有70万枚左右。这些遗弃化学武器是非“储藏”型的，外表没有保护，锈蚀相当严重，无法使用机械自动化处理，而且长年在地下，不但腐蚀严重，而且一部分有泄漏，其中的炸药还有爆炸的危险。另外，遗弃在华的化学武器以呕吐性和糜烂性毒剂为主，这两类毒剂中都含有对人体危害严重和对环境污染严重的砷，且相当难以分解。就化学武器处理技术而言，主要分为炮弹解体、毒剂无害化和环境保护三个过程。其中，毒剂无害化需要特殊的技术和设备，目前仍处于探讨阶段。①

（二）实战使用

在毒气兵器的实战使用方面，根据日本律师联合会在1994年编撰的《日本的战后补偿》一书，列举了以下在实战中的暴行②：

（1）在攻打武汉时使用毒气

在《武汉攻略的化学战实施报告》中详细的报告是由中支派遣军司令部来完成的。在这些报告中，日本军在上述的作战中实际上使用了数百次。

（2）山西省曲沃附近实战使用了55例

陆军习志野学校作成的“支那事变的化学战例证集”中记载了在山西省曲沃附近55例的实战使用。《毒气战关系资料》（栗屋宪太郎、

① 韩世峰、王茜：《战争危害仍在继续侵华日军遗弃毒弹伤人揭秘》，载《瞭望新闻周刊》，2003年6月23日。

② 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994年版，第39～42页。

吉见义明编·解说)记载了23例在中国具体实施的毒气战事例。这里所记载的其中一部分战例与上述的《武汉攻略的化学战实施报告》中所使用的战例是同一的,这也说明在这些战例以外有着更多的使用毒气兵器的事实。

日军在中国实施的毒气战事例表

番号	使用场所	年月日	使用部队
1	河南省刘台附近	1938年9月24日	第10师团
2	江西省岩岭山附近	1938年10月8日	
3	河南省中山铺附近	1938年10月11日	第10师团
4	河南省鸣风冈附近	1938年9月23日	第10师团
5	湖北省南津关附近	1940年11月6日	第13师团
6	江西省奉新		
7	浙江省大洲镇附近	1942年6月3日	第22师团
8	山西省曲沃附近	1938年7月6日	第20师团
9	河南省罗山附近	1938年9月28日	第10师团
10	上海大场镇坍石桥附近	1937年10月11日	第3师团
11	山西省董封镇附近	1938年7月18日	第20师团
12	河南省洪砦附近	1938年10月1日	第10师团
13	山西省太行山脉	1942年2月8—15日	第36师团
14	同上、东崖底附近	1942年2月13日	第36师团
15	河南省王家湾附近	1938年10月11日	第10师团
16	湖北省通山西方行黄泉附近	1938年11月5日	第27师团
17	湖北省襄阳南东张家集附近	1939年5月19日	第16师团
18	湖北省宜昌附近	1941年10月7—11日	第13师团
19	河南省郑州附近	1941年10月31日	第35师团
20	浙江省歌山附近	1942年5月19日	第22师团
21	湖北省武汉北方载家山附近	1938年10月25日	第6师团
22	江西省修水河畔	1939年3月20日	第11军
23	河南省光州城附近	1938年9月29日	第10师团

1937年左右开始，日本军将毒气武器运往中国，配备在伪满洲国驻留的关东军。1939年关东军中建制了毒气化学部，至1941年建成毒气训练部队，该部队在日本战败时驻屯在黑龙江的齐齐哈尔市。1937年7月的卢沟桥事变后，伴随着中日战争的展开，日本军在中国战场上开始使用了毒气兵器，1943年6月，美国总统罗斯福对日本发表声明，指责并警告日本使用毒气的违法性。可是至1945年5月8日豆腐屯（音译）战役，日军却继续使用。

参加东京审判的美国国际法官莫罗就日军在中国使用毒气的情况写了一篇题为《在中国进行毒气战的一般说明——1937—1945年》的报告书。这份报告指出，卢沟桥事变发生后，日军在1937年8月的淞沪战役中首次使用催泪性毒气和喷嚏性（呕吐性）气体。此后日军便在中国各地纷纷使用毒气，尤其是1938年8月开始的攻占武汉战役起，日军使用毒气更加肆无忌惮，并开始使用剧毒的糜烂性毒气（芥子气）和路易氏毒气。

1945年8月14日日本接受了波茨坦公告，开始解除武装。日本军队很清楚，使用化学武器是违背国际公约的，所以日军在临近投降或撤退之前，许多部队都接到命令：烧毁所有的文件，埋藏或投弃化学武器。在中国的日本军根据上级军官下达的隐匿的命令，将所配备的毒气兵器或投入河川或掩埋。由于当年日本军队在战败时，对化学武器进行了极不负责的弃置，而且，埋藏或投弃的地点对中国方面是绝对保密的，并没有标注任何标记。因此，凡是有日本军队驻扎的地方，就有遗弃化学武器的可能。于是战后化学武器大量地散落到中国各地，不断给中国人民带来伤害。这种随意抛弃毒气弹的做法，给中国带来了持续的伤害。随着毒气弹的锈蚀和泄露，以至于战后在中国约有2 000余人受到伤害。

二战后的东京审判，因为没有涉及日军在中国使用化学武器问题，使得这项卑劣的罪恶，逃避了国际审判。

有资料显示，从1931年到1945年，日本生产的化学毒剂总量达7 376吨。虽然至今没有一个具体的数据来表明日本军队带入中国的化学武器的数量，但是根据美国在战后的统计，遗留在日本的化学毒

剂数量是3 647吨，可见有3 729吨化学毒剂已经被运送到中国战场用于战争。①

中国各地已由中方销毁或暂作初步处理的化学弹约30余万发、由中方销毁的毒剂20余吨。1993年1月，《禁止化学武器公约》中，确立了生产化学武器的国家有责任销毁遗弃在别国的化学武器这一原则。经过多年外交谈判，中日两国政府于1999年7月正式签署《关于销毁中国境内日本遗弃化学武器的备忘录》。日方在《备忘录》中明确承认在华遗弃化学武器的事实，承诺履行《禁止化学武器公约》规定的销毁义务。可是，这些工作在实际操作中，并没有太大的进展。

2002年10月7日，禁止化学武器组织第七届缔约国大会在海牙开幕。中国代表团团长朱祖寿强调，中国政府对日本遗弃在华的化学武器问题十分关切。但应当看到，就消除遗弃化学武器危害的迫切性和公约的时限要求而言，处理进程不容乐观，仍有大量实质性工作摆在面前。中方再次希望日方做出努力，早日完成准备工作，尽快实施销毁。

三、 细菌战、毒气战、活体实验的违法性

（一）细菌战的违法性

生物兵器是随着科学高度发达而出现的一种兵器，由此，生物兵器的历史以及规制生物兵器条约的历史并没有古老的渊源。尽管如此，国际法的发展史上还是比较及时地在有关国际公约中禁止了生物兵器的使用。

《海牙陆战规则》（日本国于1911年11月6日批准，同年12月13日交存批准书）。该公约第23条规定，（禁止事项）除各专约规定禁止者外，特别禁止：使用毒物或有毒武器；使用足以引起不必要痛苦的武器、投射物或物质；第25条规定，禁止以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物。

---

① 殷骏：《日本“遗毒”：中国之痛》，载南京《周末》，2003年05月22日。

《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌战作战方法的议定书》又称"日内瓦禁用毒气议定书"(日本国于1925年6月17日签署,1970年5月21日交存批准书并公布)。该公约的主要内容为:鉴于在战争中使用窒息性、毒性或其他气体,以及使用一切类似的液体、物体或器件,受到文明世界舆论的正当的谴责。鉴于在世界上大多数国家缔结的条约中已经宣布禁止这种使用,为了使这项禁令被普遍接受为国际法的一部分,对各国良心和实践具有同样的约束力,兹宣告:各缔约国如果尚未缔结禁止这种使用条约,均接受这项禁令,各缔约国同意将这项禁令扩大到禁止使用细菌作战方法,并同意缔约国之间的关系按照本宣言的条款受到约束。

1969年12月16日联合国大会通过的《关于禁止化学武器的决议》强调,禁止在国际武力纷争中使用"所有的化学战争剂"、"所有的生物战争剂",以及1925年6月15日日内瓦签署的关于禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌战作战方法的议定书中表现的禁止方法,承认所有这些被禁止的方法是违反国际法的。

《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》(1972年4月10日)又称"生物毒素兵器废弃条约"(日本国于1982年6月8日批准并公布),根据1977年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》,日本于1982年6月9日加入、并公布。

从以上各个条约的成立经过来看,生物兵器早已于《海牙陆战规则》中被禁止,虽然没有明确对应的条款,但是根据马顿斯条款可以认为这一规则已经建立并实施。"马顿斯条款"(Martens clause)最初写在1899年《海牙第二公约》中的《陆战法规和惯例章程》中。按照这一条规定,即使在没有相关条约或习惯法时,平民和作战人员也受到国际法规则的保护,这些规则源于已确定的习惯、人道法原则和公众良知。①即使不考虑这一规则,那么根据1925年的日内瓦禁用毒气议定书来看也是十分明确地禁止的。

① 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社,1995年出版,第634页。

关于日内瓦禁用毒气议定书，日本最早于1925年6月17日就签署了，但是直到1970年5月21日才将批准书交付。表面看来，在15年的侵华战争中，该条约本身是无法拘束日本的，可是，上述议定书的内容在当时已经为绝大多数国家所赞同，尤其是该公约中的缔约国宣言，“各缔约国如果尚未缔结禁止这种使用条约，均接受这项禁令，各缔约国同意将这项禁令扩大到禁止使用细菌作战方法，并同意缔约国之间的关系按照本宣言的条款受到约束。”因此，即使日本当时仅仅签署而没有批准该公约，考虑到当时的国际社会对生物兵器的禁止已经形成了国际习惯法，所以，日本政府依然逃脱不了违反国际法的责任。

（二）毒气战的违法性

关于毒气兵器的禁止，有着以下诸条约的存在。

《禁止使用专用于散布窒息性或有毒气体的投射物的宣言》（1899年7月29日海牙第二宣言）又称“禁止毒气的海牙宣言”（日本于1900年9月3日批准，同年11月22日公布）。该宣言“宣告：各缔约国禁止使用专用于散布窒息性或有毒气体的投射物。本宣言仅对各缔约国在两个或两个以上国家之间发生战争时具有约束力”。中国于1904年11月21日交存批准书，日本于1900年10月6日交存批准书。中日两国均是缔约国又是交战国，因此，该宣言对日本有拘束力。

根据《海牙陆战规则》第23条、第25条的规定，禁止使用毒物或有毒武器。

如前所述，《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌战作战方法的议定书》又称“日内瓦禁用毒气议定书”（日本于1925年6月17日签署，1970年5月21日交存批准书并公布）。该议定书当然禁止毒气弹作为作战方法的使用，并且早在第二次世界大战之前业已成为国际习惯法的一部分。

此外，1920年6月4日与匈牙利缔结的《特利阿农条约》中第119条规定：“严格禁止设计使用火焰喷射器及窒息性、毒性和其他类似的气体、液体，并禁止上述物质在匈牙利生产或运进（日本和中国均加入

了这个条约)。"①

第二次世界大战后,国际社会还达成了以下的条约:《关于化学及生物兵器禁止的决议》(1969 年 12 月 16 日联合国大会通过)、《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》(1972 年 4 月 10 日)、《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(1977 年 5 月 18 日)等。虽然战后的条约未必有法律上溯及力,但是这些条约可以看作是对长期以来在国际社会中形成的国际习惯法的确认。由此可见,日本所实施的毒气战是违反当时的国际法规定的。

(三) 活体实验的违法性

被活体实验的对象,一般是被逮捕的刑事、间谍的嫌疑犯以及被日军抓捕到的一般平民或有抗日思想者。国际法的战争法上就战俘或一般的平民都有着极为详细的保护规定。早在 1929 年 7 月 27 日,国际社会就在日内瓦缔结了《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》,日本国于 1934 年 12 月 18 日递交了批准书。该公约第一条规定"军队和其他正式随军服务的人员受伤或患病时应在任何情形下受到尊重和保护;交战国对于在其权利下的上述人员应不分国籍,给予人道的待遇和照顾"。上述公约于 1949 年 8 月 12 日在日内瓦得到了修订,此后又于 1977 年 6 月 8 日再次增加了补充议定书。该补充议定书第 11 条的对人身的保护条款中规定:"一、由于第一条所指的场合而落于敌方权力下或被拘禁、拘留或以其他方式被剥夺自由的人的身心健全,不应受任何无理行为或不作为的危害。因此,迫使本条所述的人接受非为该有关的人的健康状况所要求并与进行医疗程序一方未剥夺自由的国民在类似医疗情况下所使用的公认医疗标准不符的医疗程序,是禁止的。二、特别禁止对这类人员实行下列各项办法,即使经本人同意,也应禁止:(1)残伤肢体;(2)医疗或科学实验;(3)除依据第一款所规定的条件系属政党的行为外,为移植而取去组织器官。"

---

① 吉见义明著,步平译:《日本军队的毒气战与美国》,载《抗日战争研究》,2004 年第一期,第 98 页。

虽然1929年的上述日内瓦公约没有这么具体地规定禁止条款，但是对这类反人道罪暴行的禁止是显而易见的。事实上，任何人未经法庭审判，其生命不得被非法剥夺，即使是战俘或间谍。这一理念早已为世界文明国家所认可。更何况，日本军对中国人所采取的是残忍的活体实验，主要的对象是普通的中国平民或者是具有抗日思想的中国人。屠杀交战国平民为国际法所禁止，残忍地将交战国的平民作为活体实验对象，更是超越了当时文明国家的想象。1929年的日内瓦公约没有具体地禁止这类恐怖、残忍的反人道罪行，不是因为国际法对此类恶行的容忍，而是这类残忍的暴行在国际社会中实属罕见。这类暴行正如欧洲军事法庭宪章第六条中所描述的违反人道罪那样，即属于在战前或战时，对平民实行谋杀、歼灭、奴役、放逐及其他任何非人道的行为。

第五节

日军侵华期间的其他罪行

一、掠夺中国资源

中国是亚洲最早遭受日本军国主义侵略、抗战时间最长的国家之一，因而灾难最为深重，损失也最为巨大。日本军国主义在中国还进行疯狂的经济掠夺。日军每到一地，即以间接或直接的方式控制当地产业，无偿占有当地的财富，大肆掠夺资源，剥削劳动力。其方式主要是通过各种公司以及银行机构，控制和垄断中国的经济，有计划地掠夺中国的财富和资源。如在中国东北设立的“南满铁路股份公司”和“满洲重工业股份公司”，就完全独占了中国东北的重工业和铁路交通，控制了东北的经济命脉。1937年5月，日本通过伪满政府公布了“重要产业统制法”，把21种工业产品置于日本控制之下。在华北和华中地区，日本也在1938年11月成立了“华北开发股份公司”与“华中振兴股份公司”，分别主管对华北和华中的经济掠夺。在华南等地

区，日本由“台湾拓殖股份公司”、“台湾银行”等机构代行劫掠。日本还封锁了中国的海陆交通，并在此基础上进一步控制和垄断了中国的对外贸易。1938年5月，日本正金银行正式接管了英国汇丰银行代管中国海关税收的权力，1939年修改了华北关税，将日本商品的进口税率降到最低限度；同时发行“联银券”、“蒙疆券”、“华兴券”、“中储券”等没有信用的伪钞，凭借日军的刺刀压榨中国人民的血汗和财富。到1939年前后，日本政府和军方通过上述间接方式已经基本完成了对中国经济的控制和垄断。到1940年，在全部东北工业中，日本资本已占到资本总额的80.8%，①据统计，从1932—1944年，日本在东北的总投资为90亿日元，而同期汇回日本国内的利润则高达32亿日元，相当于资本输出额的35%以上。②

从1939年前后到太平洋战争期间，日本军国主义在基本完成了对中国经济的控制和垄断后，为进行新的战争准备，采取了直接手段大肆掠夺重要的资源和重点产业，掠夺的目标主要是盐、棉花、铁和煤以及粮食等。在中国东北，日本强制征购粮食，推行所谓“粮食出荷”政策，强迫农民将生产的大部分粮食按规定的最低收购价交售，各县“出荷”的粮食大多在总产量的40%—50%以上。从1939年到1941年，仅“东安省”交售的粮食就达33万吨。③在华北，日军变相抢掠军粮，1943年在密云、通县等9个县征收小麦时，一次即征去700余吨。此外，还以仅及市价一半左右的价格，对粮食强行征购。如1939年，仅从华中地区就运出大米7亿升，1940年增至9亿升以上。在矿产方面，仅1940年一年，日本从华北运回其国内的物资，计有煤450万吨，铁矿石30万吨，棉花2.14万吨。④

---

① 陈真等编：《中国近代工业资料》第2辑，生活·读书·新知三联书店，1957年出版，第951页。

② 吴承明著：《帝国主义在旧中国的投资》，人民出版社，1953年出版，第93页。

③ 中央档案馆：《日本帝国主义侵华档案资料选编——东北经济掠夺》，中华书局1991年出版，第542页。转引李玉、骆静山主编：《太平洋战争》，中国社会科学出版社2000年出版，第371页。

④ 日本历史学研究会编：《太平洋战争史5·太平洋战争1》，东京青木书店，1972年出版，第236页。

根据1937年12月的“中国事变对处要纲”，为日本获得收益起见，规定设立国策公司，以便将华北的盐业及矿业都接收下来。“华中振兴公司”的子公司“华中矿业公司”是为了开发估计一亿吨的华中煤炭，在1938年4月设立的。

华北的煤的埋藏量是极丰富的，估计占中国总埋藏量的50%以上。日本采取了统制对中国方面的供给的方针。年产额最高的大同煤矿，就被“华北开发公司”的子公司“大同煤矿公司”接收经营。

估计约有两亿吨埋藏量，占中国全国半数以上的华北铁矿，1937年7月被“华北开发公司”的子公司“龙烟铁矿公司”接收了。这个公司所挖掘的430万吨总掘出量中，有70万吨用于生产铣铁，此外就以140万吨运往“满洲”，以百余万吨运往日本。①

二、 制造贩卖鸦片

侵华战争期间，日本军部和政府（兴亚院）为了扩大财源、补充军费，还有计划地在中国栽培罂粟，进行罪恶的鸦片贸易，毒害中国人民。1937年5月，国家鸦片贩运委员会指出，全世界90%的非法海洛因是日本在大连、天津等地生产的。因为鸦片交易的利益非常大，所以像三菱商事和三井物产这种日本贸易公司，由于外务省的斡旋，竟签订了规定各自的鸦片贩卖地域和供给额的契约。

早在1929年，中国政府就努力地履行1912年和1925年禁烟公约所负的义务。中国政府公布了禁烟法，并自1929年7月25日开始施行。计划在1940年前禁绝鸦片的生产和消费。日本是上述禁烟公约的签字国，有义务协助中国政府限制在中国境内制造贩卖鸦片，并防止鸦片秘密输入中国境内。

1935年“土肥原·秦德纯协定后”，中国军队撤出了北察哈尔，日本势力侵入察哈尔及绥远省。于是奖励农民种植更多的鸦片。在华北，尤其是在河北省、山东省，自1933年的“塘沽停战协定”和规定非武

① 远东军事裁判所言语部译：《远东国际军事裁判所判决》，日本每日新闻社，1949年出版，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第366页。

装区以后，中国人就不能取缔鸦片的买卖了，于是鸦片中毒者的数目有着惊人的增加。关于鸦片的供给，是由日方所管理的各公司和组合来办理的。1937年天津被占领后，毒品吸食者有明显的增加。天津日本租界以海洛因制造中心而闻名。设立在日本租界的海洛因工厂至少有200家。在华中也是如此，在1937年前，南京差不多已经肃清了鸦片吸食者。自被日军占领后，公开进行毒品买卖，甚至在报纸上登载广告。在1939年秋以前，在南京每月贩卖鸦片的收入估计为300万美元。①

三、抢夺民间财物和中国文化财产

文物图书是一种特殊的财产，有些文物是无价之宝。

抗战时期，日军强占了我国大片领土，据不完全统计，中国的930余座城市被日军占领，其中被侵占的大城市占全国的80%以上。国民党政府1947年统计，沦陷区有26个省1 500余县市，面积达600万平方公里。在这广大的沦陷区内，图书、古物、艺术品多遭日军掠夺。战时要对被劫文物的数量作出准确估计实非易事。就图书而言，1938年底，沿海重要城市相继沦陷，所有图书馆无一幸免。如北平图书馆、清华大学图书馆、南京国立中央图书馆筹备处、江苏省立国学图书馆、杭州浙江省图书馆、商务印书馆南京太平路分馆、杭州保佑坊分馆等。这些图书馆收藏丰富，且多善本精抄，结果多遭劫夺。

据国民党政府教育部编制的《战时文物损失目录》及《文物损失数量估价表》可知，战时我国被劫被毁的公私文物、艺术品、杂件等共3 607 074件又1 870箱，古迹741处。②抗战胜利后，经过交涉，日本只归还了少量的文物，大量的稀世之宝，如1929年在北平周口店发掘的第一个北京人头盖骨，至今下落不明。据韩启桐所著的《中国对日战争损失之估计(1937—1943)》一书统计，中国各类图书损失约1 500万册，仅沦陷区公共图书馆被日本劫运出境的图书，北平约20万册，

① 远东军事裁判所言语部译：《远东国际军事裁判所判决》，日本每日新闻社，1949年出版，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第317～370页。

② 李正堂著：《中国人关注的话题：战争索赔》，新华出版社，1999年出版，第130页。

上海约 40 万册，天津约 20 万册，杭州、广州等各地约 15 万册。战后，日本只清退劫夺的中国书刊 158 873 册，只占被劫图书的 1/10，其余大部分现在仍在日本。

仅以南京为例，从 1938 年 3 月起，日本上海派遣军动用了 367 名士兵、330 名特工人员、830 名苦力，劫掠南京图书文献。被劫的单位包括中国外交部、国民政府文官处、中央研究院、省立国学图书馆等。被劫走的图书共 88 万册，比当时日本最大的帝国图书馆藏书还多 3 万册，其中有国民党政府和地方政府的各种公报，种类齐全。还有中国经济、产业的情况调查及发展计划等等，十分珍贵。这些图书文献，日军搬运了 310 辆次才搬完，后全被劫走。

四、 日本残留公债问题

战时日本为了支付其巨大的军费开支，在中国沦陷区发行了大量公债，有日本政府直接发行的，有日本企业财团和民间组织发行的，也有通过伪政权发行的。这些债券，多为战争后期日本财政困难时，由日本政府和军队通过国家权力强行发行的，一般而言，期限长，利率高，由于战争很快结束，基本上没有兑现。仅以日元计值的就有大东亚战争国库券、大东亚特别国库债券、大东亚割引国库债券、支那事变国库债券、战时国库债券、日本国库债券、日本债券等 45 种之多，计为当时的日币 26 亿元，加上伪满币、中储券、中联券、旧台币计值的，按当时的外汇兑换比值计算，日本战后残留在中国的公债仅不完全统计就达 471 亿日元，这还不包括日本在我根据地周边和伪蒙疆地区发行的公债，不包括日伪发行的变相公债，不包括约 50 多年应付的利息。[①]很明显，这是日本军国主义强加给中国民众的一个负担，也是中国人民的一个损失。按国际惯例日本政府和银行财团应该向中国民间赔偿这笔损失。

---

① 戴建兵：《战债——抗日战争时期日本和傀儡政权公债在中国残留》，“纪念七七事变 60 周年国际学术讨论会”论文。转引何天义著：《日本侵华战争遗留问题概述》，载《抗日战争研究》，中国科学院近代史研究所编，1997 年第 4 期，第 143 页。

第二章

对日民间索偿的初步展开

根据相关资料和作者的整理，至2005年4月底为止，外国人民间战争受害者向日本法庭提出的关于战争赔偿的对日民间诉讼已达84起(已经立案开庭受理的)。其中以中国大陆方面的战争受害人为原告的诉讼有24起(包括李秀英名誉侵权诉讼案件)，中国台湾和香港方面的近10起，韩国及在日韩国人的诉讼约30起，其余的则分布在菲律宾、美国、英国、荷兰等一些国家，对日民间的战争索赔诉讼不仅存在于中日之间，其涉及的范围还相当广泛。

自20世纪70代初，日本周边国家的战争受难者就掀起了对日民间索偿的运动。最早的关于民间对日战争索赔的诉讼是由在日本的韩国人于1977年提出来的，70年代这样的诉讼有5起，80年代有3起，其余的占总数90%的诉讼都是在20世纪90年代以后提起的。绝大多数案件是在冷战结束后、在多元化的国际社会背景下提起的。

随着中国的改革开放和民主化进程的发展，中国人民的人权保护意识不断得到提高，在20世纪80年代末已经有战争中的民间受害者思考和探索着对日民间索偿的问题。早在1984年“花冈惨案”的幸存者就开始与鹿岛株式会社进行交涉，1989年12月，幸存者聚会北京，向当年残酷奴役过他们的鹿岛株式会社发出公开信并提出谢罪、赔偿、建立纪念馆等三项要求，就此拉开了中国人追究日本企业战争责任的序幕。

20世纪90年代初一些学者和全国人大代表也开始关注着这一

涉及国家和人民重大利益的对日民间索偿问题。在1991年日本海部首相执政之时，日本媒体就特别关注中国民众的对日索赔动向。共同社记者于1992年8月10日从北京发回的题为《中国市民要海部首相支付2 000万亿日元的民间受害赔偿》的报告震动了日本朝野。

在海部访华之前的4月，中国的七届全国人大四次会议在北京召开，北大教师童增的一篇题为《中国要求日本"受害索赔"刻不容缓》的万言书，呈递给了全国人大办公厅。这份万言书在人大代表间引起了强烈反响。

该文认为："1931年—1945年间，日本侵略者给中国造成的损失，理论上约3 000亿美元，其中战争赔偿约1 200亿美元，受害赔偿约1 800亿美元，1972年中国政府虽然放弃战争赔偿要求，但是，就日本军国主义战争罪行的赔偿要求，也就是其中的1 800亿美元的赔偿要求，中国政府在任何场合都没有宣布予以放弃。"

安徽代表团在会议上讨论了民间对日赔偿问题，在许学受、王工的牵头下向大会写出了建议书。甘肃、台湾、山东、贵州四个代表团的代表分别联署提案，10号议案的领衔人是王录生。由人大代表王工领衔并向七届全国人大四次会议提交了《请全国人大、政协依法主张日本1931年—1945年损害索赔权利》的(7)号议案。至此，持续多年、被海内外舆论广为传播的中国大陆民间对日索赔活动，公开地披露于国人面前。①

对于《中日联合声明》中关于中国政府放弃战争赔偿的问题，中国的国家领导人曾作过解释。1992年3月11日，中国外交部新闻发言人发表讲话时说："中日战争中的民间受害者可以直接要求日本赔偿损失"。1992年3月23日，国务委员兼外交部长钱其琛在七届人大五次会议举行的记者招待会上回答记者提出的中国民间赔偿要求时说："从甲午战争到抗日战争胜利，日本军国主义使中国遭受灾难达半个世纪之久。对于侵华战争所造成的一些复杂问题，日本方面应该妥

① 王钟伦，刘太享主编：《从甲午到乙酉1 800亿美元民间受害大索赔》，海南出版社，1993年出版，第8～14页。

善处理。关于战争赔偿问题，中国政府在1972年《中日联合声明》中作了明确表达，这个立场没有变化。人民代表有权提出议案提议，人民代表大会秘书处负责议案的机构将按规定来处理这些议案和建议”。另据日本《朝日新闻》（东京路透社电）1992年9月21日报道，中国国务院副总理吴学谦访日前，在北京机场告诉记者：“民间通过正常途径提出要求是正常的。我相信日本政府将适当解决这个问题”。①1995年3月，国务院副总理兼外交部部长钱其琛在全国人大会议上，再一次表明了中国政府的立场：“《中日联合声明》并没有放弃中国人民以个人的名义行使向日本政府要求赔偿的权利”②。

关于中国民间战争受害者对日提起诉讼要求赔偿行为的表述，中日两国学者对此有着各自不同的表述，日本学者对此通常称之为战后补偿，而中国学者对此的称呼中有“对日赔偿”、“索偿”、“索求”等。所谓战后补偿，日本学者秋山义昭归纳为：“直接或间接地在第二次世界大战中由于日本军的行为对于国内外的被害者在今天的时点给予补偿或赔偿，概称‘战后补偿’”。③另有日本学者认为，战争赔偿用于战后的国家主体之间，而战后补偿是针对非国际法主体之间的，即民间诉加害国（包括加害企业）的战后救济方式。日本学者芝池义一认为：“战后补偿这一表现，其文义被使用的经纬并不清楚，可是在判决中被追究的不应当是补偿，而是赔偿”。④事实上战后补偿至多仅能指司法判决以外的，日本立法机构制定的法律或行政机构颁布的政策以及国家之间的外交等途径对民间战争受害者进行的救济或者此类受害人与被告达成和解所获得的救济的解决方式。由于补偿一词并不是日本民法中侵权行为法中的法律用词，因此，笼统地以补偿代替赔偿一

---

① 王钟伦，刘太享主编：《从甲午到乙酉1 800亿美元民间受害大索赔》，海南出版社，1993年出版，首页。

② 《不放弃个人的补偿请求权》，载日本《朝日新闻》，1995年3月9日；《不放弃民间的请求权——中国外长对战争赔偿的见解》，载日本《读卖新闻》，1995年3月9日。

③ 秋山义昭：《从行政法看战后补偿》，载于奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002年出版，第48页。

④ 芝池义一：《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》，载《法律时报》2004年第76卷第1号，第25页。

词的运用，一方面可以避重就轻地淡化侵权赔偿责任的形象，另一方面也不能排除日本方面使用这一措辞具有自我安慰的作用。

战后的国家之间往往缔结和约。历史上有许多这类的事例，和约往往规定战败国应付给战胜国一笔款项。原因可能是要使战胜国增加财富，可能是为了惩罚战败国，也可能是为了同时实现这两种目的；也许只是为了偿还战胜国的战费。这种付给款项过去通常称为“赔款”。①可见，为了惩罚战败国、增加战胜国财富或偿还战费，传统国际法上的战争赔款是适用于国家之间而并不直接涉及民间战争受害者的救济。

然而，在第一次世界大战结束时，和约中并非是上述这种意义的战争赔款。1919 年对德和约第八部分（赔款）规定（和约第 231 条），德国自己并代替其同盟国接受“因德国及其同盟国用侵略办法将战争强加于协约及参战国政府而致使它们和它们的人民受到损失和损害的责任”。依据和约第 232 条规定，德国负责“补偿在各协约及参战国对德国交战期间因海、陆、空侵略而对协约及参战国平民及其财产所造成的损害以及‘条约这一篇的’附件（一）所规定的一般损害”。该条约建立了一个称为“赔偿委员会”的盟国委员会，以便决定按照上述规定应行赔偿的数字，并监督赔偿的支付。

第二次世界大战后，关于德国付给赔偿的原则，曾由盟国在一系列协定中，特别是西方盟国 1946 年 1 月 14 日在巴黎签订的关于“德国赔偿，设立盟国赔偿机构以及归还货币黄金”的协定中，加以决定。②可见，上述的战争赔偿的内容既包括了战胜国的国家损失，同时也包括了战胜国的民间战争受害者的损失。

归纳起来，至今为止，在国际法的实践上，提出战争赔款和战争赔偿的主体是国家，战争赔款的标的是战胜国的战费、国家的损失或者带有惩罚性的“罚款”，而战争赔偿的内容既有国家的损失同时也包括民间战争受害者的损失。为了与国家之间的战争赔款、战争赔偿相区

---

①② 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译，《奥本海国际法》下卷第二分册，商务印书馆，1981 年出版，第 104 页。

别，同时，也为了有别于普通的民事侵权责任的赔偿，①本文就民间战争受害者个人的对日诉求行为简称为“对日索偿”。

从1995年首例中国花冈劳工诉日本鹿岛会社开始至2005年4月底为止，中国大陆的战争受害者向日本法院提起索偿诉讼的已经有24起。

其中，原告的诉求获得法院支持或部分支持的有：(1)刘连仁强制劳工损害赔偿请求诉讼案件(2001年7月12日一审判决)；(2)中国劳工诉三井会社的福冈诉讼案件(2002年4月26日一审判决)；(3)李秀英南京大屠杀名誉毁损诉讼案件(2002年5月10日一审判决、2003年4月10日二审判决)；(4)生化毒气受害事件诉讼(2003年9月29日一审判决全胜)；(5)新潟中国劳工诉讼(2004年3月26日一审判决)；(6)西松劳工诉讼(2004年7月9日二审判决)。

“和解”的有二例，即花冈劳工诉讼案(2000年11月29日，二审“和解”)以及京都大江山劳工诉讼(2004年9月29日，大阪高等法院作出“和解劝告”，原告仅与被告中的企业达成了“和解条款”，对于另一被告日本政府的诉讼继续进行)。

被驳回起诉的有：(1)花冈劳工诉讼(1997年12月10日一审判决驳回)；(2)中国人战争受害者(南京大屠杀、731部队活体实验和无差别轰炸)损害赔偿请求诉讼案(1999年9月22日一审判决驳回；2005年4月19日二审判决驳回)；(3)中国人性暴力受害者损害赔偿请求(第一次)诉讼案(2001年5月29日一审判决驳回；2004年12月15日二审判决驳回)；(4)中国人性暴力受害者损害赔偿请求(第二次)诉讼案(2002年3月29日一审判决驳回；2005年3月18日二审判决驳回)；(5)平顶山屠杀事件损害赔偿请求诉讼案(2002年6月28日一审判决驳回)；(6)西村建设强制中国劳工损害赔偿请求诉讼案(2002年7月9日一审判决驳回)；(7)731细菌战中国受害者诉讼(2002年8月27日一审判决驳回)；(8)京都大江山劳工诉讼(2003年1月15日一

① 笔者较赞同丁伟教授在《日本侵华战争的民间受害者对日索偿问题研究》(《法学》杂志，1999年第10期)论文中主张的使用“索偿”的表达方式。

审判决驳回);(9)生化毒气受害事件诉讼(2003年5月15日一审判决驳回);(10)北海道中国劳工诉讼(2004年3月23日一审判决驳回);(11)福冈劳工诉讼(2004年5月24日二审判决驳回);(12)山西省性暴力受害者诉讼(原告10人)(2003年4月24日一审判决驳回;2005年3月31日二审判决驳回)。其余的诉讼案件,尚待审理判决。

第一节

强制劳工诉讼

1937年7月7日,日军以卢沟桥事变为借口向中国的华北地区展开了全面进攻,继而轰炸上海,占领南京,挑起了全面的侵华战争。随着对中国的侵略不断扩大,日本国内开始出现劳动力匮乏的问题,为此,日本天皇多次颁布法令,进行"连根拔"式的劳务动员,把大量的日本妇女和儿童安置在工厂充当劳动力。

1941年12月8日,日军偷袭美国海军基地珍珠港,太平洋战争爆发,日本青壮年被大量投入到侵略战场,劳动力不足的问题更为突出。为了确保军国主义侵略战车的能量、维持侵略战争时期的日本经济,1942年11月27日,为解决由于发动侵略战争带来的国内劳动力不足问题,日本政府决定了有关强掳劳工的政策,日本内阁会议通过了《关于华人劳务者内地迁入案》的决议,决定强制押送中国劳工到日本劳动。

1942年11月至1945年5月,日本官方统计有39 000名中国劳工被强掳到日本;另外还有日本共从中国和朝鲜半岛强掳走70万劳工的说法。被强掳到日本充当苦役的劳工受尽非人的折磨,许多被榨干血汗后惨死在工地。

在这些被强征到日本的中国劳工当中除了一部分战俘,绝大多数都是平民百姓,日军和汪伪政权用强行抓捕和欺骗招募的方式把他们带到劳工集中营强制关押。1945年8月14日,陷入战争泥潭的日本政府向同盟国投降。被强征到日本的中国劳工由盟军接管后陆续被

遣返回国。

劳工幸存者回到了国内，但还有数千名中国劳工再也没能回到自己的家乡。据日本《外务省报告书》的统计，当年有 6 830 名中国劳工死亡，占劳工总数的 1/6 以上；另有 467 名劳工身患残疾，其中有近一半人双目失明。

日本侵华战争给很多中国人带来了深重的灾难，如今一些战争的受害者为了讨回公道拿起了法律的武器。自花冈受害者中国劳工在 1995 年首先拉开了民间对日索赔的序幕以来，中国劳工以司法诉讼的方式起诉日本政府和企业的已有 16 起。至今劳工诉讼案件中获得一审支持或部分支持的仅有 3 例，二审获得部分支持的仅为 1 例。大部分的劳工诉讼案在一审被法院驳回，案件已经进入上诉程序。直至今日劳工诉讼案件中尚未有任何案件终审。有鉴于此，有必要分析和归纳中国劳工对日索赔进程中已经取得的突破和依然存在的法律障碍。

至今为止，中国劳工起诉日本政府或企业的诉讼约占了中国民间对日索赔的一半以上。过去日本法庭在此类案件中设置的几个主要障碍如下：

(1) 所谓“国家无答责”，是日本天皇制度下的一条法理，即国家不因国家行为承担民事责任。

(2) 所谓“除斥期间”，实际上是一个诉讼时效相关的问题，即只要过去了 20 年，针对非法行为请求诉讼的权利就消灭了。

(3) 所谓“个人请求权”，日本政府认为中国已放弃了一切战争索赔权利。

以下按照一审判决时间先后来分析中国劳工对日索赔的曲折进程中所突破的障碍和依然需要克服的难点。

一、强制劳工诉讼案和其他相关诉讼案

1. 花冈劳工诉讼案

花冈劳工 11 名原告于 1995 年 6 月 28 日向东京地方法院起诉鹿岛建设株式会社，但是，东京地方法院没有进行实质性的庭审，由此可见日本地方法院最初并没有诚意救济受害的中国劳工。在 1997 年 2

月第7次开庭时，突然强行结束审理。同年12月10日，该法庭以“已超过20年的诉讼时效”为由无理判决原告方败诉。随后，原告们向东京高等法院提出了上诉。东京高等法院在开庭审理后，于1999年9月10日以职权劝告双方用和解的方式来解决诉讼问题。2000年11月29日，花冈劳工诉讼案最终达成了和解，和解的方式是，11名原告和被告鹿岛株式会社之间，中国红十字会作为利害关系人加入，红十字会作为受托者，而鹿岛建设株式会社出资5亿日元，通过信托设立基金，向被鹿岛组（鹿岛建设株式会社前身——作者注）强掳并强迫劳动的全部受害者（986名）进行补偿或“赔偿”，以谋求鹿岛建设株式会社强掳中国人并强迫其劳动的事件之“全面解决”。花冈劳工诉讼是中国民间对日诉讼后第一起结案的诉讼。①

作为原告和日本的辩护律师方面，也许考虑到这是第一起对日民间索偿案件，为了减少法律上的诉讼障碍，因此，花冈劳工诉讼案的被告是鹿岛株式会社，并没有针对日本政府。

虽然一审法庭以超过诉讼时效为由驳回了原告的诉求，但是原告们向东京高等法院提出了上诉。东京高等法院在开庭审理后依职权劝告双方用和解的方式来解决诉讼问题。2000年11月29日，花冈劳工诉讼案最终达成了和解。在“和解协议”中，被告鹿岛建设株式会社再度确认原被告之间于1990年7月5日达成的《联合声明》。在《联合声明》中，鹿岛建设株式会社承认了中国劳工被强征并被强迫劳动的历史事实。由此，可以说由于原告和日本律师的不懈的斗争，迫使被告承认了这段残酷的强制劳工的历史。

对于“花冈和解”，在中日学者之间甚至在媒体方面褒贬不一。肯定其有积极意义的，表现在：(1)承认了强掳中国人做苦役的“历史事实”，明确了道义上的“所负的责任”；(2)不限于11名原告的问题，而是花冈惨案受害者全体的问题得到了解决。认为其存在不足的，主要是表现在“和解协定”超越法律授权擅自认定所有的花冈受难者的问题已经完全解决等方面。

---

① 《日本经济新闻》，2000年11月30日（朝刊）报道。

在大多数媒体，尤其是日方媒体的赞誉声中，人们仍然可以听到一些不同的声响："花冈事件经过调解，加害企业鹿岛建设公司支付5亿日元设立基金，但是否认了自己的法律责任，拒绝向受害者及家属谢罪，因此引起了战争受害者和中国民众的极大愤慨，在中国国内和国外引起强烈不满。"①

2. 刘连仁诉讼案

1944年，刘连仁在山东高密县的家中被侵华日军抓走并被押至日本北海道的矿山强迫从事奴隶劳动。由于不堪忍受非人的折磨，刘连仁逃进山中，和外界隔绝，在日本战败后仍在山中过了13年野人生活，长年过着非人的生活，饱受惊吓，直到1958年被人偶然发现。刘连仁回国前，抗议日本政府敷衍了事的态度，并要求赔偿。1996年3月25日，刘连仁在日本友人的帮助下向仍然不认罪不赔偿的日本政府提起诉讼，要求给予2 000万日元的赔偿。刘连仁控告日本政府战争罪行并索赔一案历经5年开庭23回，一审法院终于终结审理。2001年7月12日，东京地方法院以所谓的战后1947年日本国家赔偿法颁布后，日本政府对刘连仁没有尽到关心和保护义务为由，判决日本政府向刘连仁支付2 000万日元的赔偿金。一些日本媒体认为，历经5年多艰苦诉讼赢得的这纸"胜诉"判决将对有关个人向日本政府要求战后赔偿的诉讼产生深远影响。②

首先，关于国家的战争赔偿责任问题。在"刘连仁案"的判决书中，东京地方法院仍然坚持，"对于由强掳劳工、强制劳动本身造成的伤害，无论根据国际法还是战前日本的民法，国家都不负有赔偿责任"。这与以前类似案件的判决主旨相同，但判决书继而指出，在刘连仁于1945年7月逃走至1958年2月被发现的13年中，将其强掳到北海道的日本政府没有尽力寻找、加以保护；特别是在1947年日本通过战后赔偿法后，应对刘连仁负有救济义务的日本政府始终没有任何

① 杨文凯，《"野人"刘连仁劳工案在东京终结审理》，载《人民日报(海外版)》，2001年2月28日。

② 日本《朝日新闻》，2001年7月13日(朝刊)报道。【登载判例集】第一审(东京地裁2001.7.12)判例タイムズ1067号、讼务月报49卷10号。

作为，法庭据此判决政府向刘连仁支付2 000万日元的赔偿金。刘连仁所受的深重灾难源自战时日本政府的强掳劳工政策，遗憾的是，判决书没有认定日本政府制定强制劳工政策应负有赔偿责任，但本案将强掳劳工的受害情况与战后救济的必要性联系起来，作为首个认定战后政府有义务保护战时政策受害者的判例，本案的判决仍然具有相当积极意义。

此外，由于历史的原因，民间对日索偿的诉讼大都是近一二十年的事，“刘连仁案”也是1996年才提起诉讼的。按照此前的惯例，日本政府及有关法庭经常以所谓诉讼时效的理论来驳回民间对日索偿的诉讼，然而在本案中，判决书认为“按诉讼时效对国家予以免责有悖于正义、公平的理念”，坚持判定了国家的赔偿责任。①因此，法庭这一不拘泥于诉讼时效的判决是具有积极意义的。

在中国劳工对日索赔的案件中，刘连仁诉讼案是劳工诉讼案件一审首次“胜诉”的个案，而且刘连仁诉讼的对象直指日本政府。

但是，该判决尚存在明显的局限和缺憾：其一，沿用以往民间索偿案例，将劳工蒙受巨大损害所带来的国家赔偿义务予以否定，从而推卸了日本政府在这一问题上应负的赔偿责任；其二，该判决对战前和战后的赔偿责任有意做了技术性分割处理，使该案适用于战后生效的国家赔偿法，突出刘连仁案的特殊性，以阻止该案的判决结果在其他同类案件中援用。

被告日本政府拒不接受一审法院的判决，于2001年7月23日向东京高等法院提起了上诉。日本政府以“日本国没有保护刘连仁的义务，不能预见他的生命安全受到威胁”为由，向东京高等法院提起上诉。而日本政府拒不接受刘案判决的直接原因，是惟恐此案成为其他类似案件的样板，由此打开对日索偿障碍的突破口。他们要竭力堵塞这个突破口，以压制中、韩等国人民因劳工、细菌战、“慰安妇”等案由向日本发起的索偿浪潮，从而逃避应负的政治经济责任。

---

① 2001年7月13日，《朝日新闻》朝刊。【登载判例集】第一审（东京地裁2001.7.12）判例タイムズ1067号、讼务月报49卷10号。

刘连仁于2000年9月去世(享年87岁),其本人并没有等到一审的"胜诉"判决。上诉审已于2004年10月26日审结,并可能将于2005年的5—6月间作出二审判决。二审审结后,原告方律师团提出"由高等法院对日本政府做出劝告,以促使政府进行政治解决"的强烈要求。2005年3月19日,刘连仁的遗属(赵玉兰、刘焕新、刘萍)向日本内阁总理大臣和日本高等法院发出《要求函》,"要求日本政府再不要错过机遇,应早日承认历史事实,不要推卸理应承担的战争责任。我们再次请求日本政府早日做出选择,给刘连仁及全体中国受害劳工做出谢罪和赔偿;要求裁判长给予公正、公道、有人性的判决,或劝告日本政府主动早日承认过去的历史事实,诚心谢罪,并做出补偿,恢复刘连仁的尊严"。

自刘连仁遗属公开其《要求函》后,中国的一些民间网站发起了网上签名活动,声援这一正当的要求。①日本的一些民间网站也积极地展开了网站签名的支持活动。

原告在一审获得"胜诉"的条件下,在二审阶段仍然有获得维持原判的可能性。可是,原告方在最后的时刻提出了"要求裁判长给予公正、公道、有人性的判决,或劝告日本政府主动早日承认过去的历史事实,诚心谢罪,并做出补偿"。其中第二项的要求依照日本法律来说,就是要求日本法院依职权对被告进行"和解劝告"。这样的要求,可能会使长期以来关心、支持对日民间索赔的中国人民不能理解。为此,有必要从以下几个方面来说明:

(1) 从法律的角度来看,原告方要求法院劝告日本政府主动谢罪和赔偿来结束诉讼,这是当事人的一项权利。

(2) 长期以来,日本国政府在对日民间索赔的处理问题上,不愿承认侵略战争,处心积虑地编造理由以逃避法律责任。尽管在一审"获胜"的劳工案件,在二审被否定的也并不鲜见,福冈劳工诉讼案件

① 2005年3月20日起,时事与国际法网、918爱国网、中日网以及中国"慰安妇"问题研究中心、南京大屠杀历史研究中心等数十个网站以及社会、学术和团体发起的网上声援活动。——笔者注

就是如此。

(3) 虽然刘连仁案件在一审阶段获得“胜诉”,但是,所谓的“胜诉”也仅仅认定的是日本国政府在日本国国家赔偿法颁布以后所谓的“违反安全配虑义务”(未尽关心的义务——笔者注)的责任,并未对强制、奴役中国劳工这一违法行为的法律责任进行过认定。换言之,即使本案在二审的判决中获得了维持原判的结果,那么,日本政府也会提出上告(进入三审阶段),使本案久拖不决。更何况,这种以日本国家赔偿法的适用为前提的“胜诉”,不仅没有谢罪,而且仅仅可适用于中国劳工受害者刘连仁本人,而对其他的中国劳工受害者的对日诉讼不会产生多少积极的影响。

(4) 本案原告方提出的这项要求,不是仅仅针对日本政府在战后的“未尽关心义务”的责任,而是要求日本政府对于其实施的强制、奴役劳工的违法行为向受害方进行谢罪和赔偿,不然的话,劝告日本政府主动谢罪和赔偿的本身就缺乏任何积极的意义。日本政府如果能够在判决前主动谢罪和赔偿,至少间接地表明日本政府因为背负法律责任,才不得不接受这种劝告。因此,这样的要求,一方面体现了原告方的原则性和灵活性的有机结合,另一方面,也是向国际社会表达了只要日本政府有勇气在判决前主动地谢罪和赔偿,中国人民还是愿意以宽阔的胸襟来接受日本政府对战争责任反省的,中国人民是希望看到中日两国和两国人民间友好关系向前发展的。

(5) 中国人战争受害者日本律师辩护团正在积极地推动日本国会制定法案,通过一项具有谢罪和赔偿内容的“全面解决中国劳工问题、设立补偿基金”的方案。对日民间索赔活动展开以来,日本政府从未向中国民间战争受害者原告正式谢罪和赔偿。若日本政府接受刘连仁遗属这样的要求,必将有助于推动上述基金的建立。

(6) 事实上,刘连仁的遗属和日本代理律师们并不相信日本政府真的会主动谢罪和赔偿。这种要求的提出,从另一个角度来看,是一种策略,它将逼迫日本东京高等法院和日本政府难以抉择。面对来自中国民间战争受害者递释出的人类普遍具有的理性和善意,日本法院或日本政府如果也断然拒绝的话,其藐视中国人民和反人类社会公平

正义的行径则会得到进一步的暴露。进而其行径不仅将遭到广大中国人民和日本社会正义人士的进一步猛烈声讨，而且在国际社会中必将为世人所不齿。

原告方提出的上述要求，对于日本国政府而言也是有着积极意义的，这是一次加害方向中国民间战争受害者以及中国人民表达善意和对战争责任反省的机会。

3. 福冈劳工诉讼案

日本战败后，为了应付同盟国对日本战争罪行的追究，日本外务省管理局对强征到日本的中国劳工的情况进行了秘密调查，在1946年夏季整理成外务省报告书，一共只制作了30套并作为绝密文件保管，随着50年代冷战局面的形成，美国跟日本的关系由打击变成拉拢，最终使日本逃脱了劳工问题的审判。1950年，日本外务省决定把30套外务省报告书及35个企业、135个作业所提供的基础资料全部烧掉。但是参与制作外务省报告书的几名调查员，悄悄地把其中的一套送到东京华侨总会保存。此后，日本政府一直以没有证明资料为借口否认强征劳工的历史。

这个报告书被湮没了几十年，到90年代才浮出水面。1993年，东京华侨总会将这份世间仅存的外务省报告书对媒体公开，日本政府被迫承认外务省报告书的存在和当年强征中国劳工的事实。从此，《外务省报告书》就成了中国劳工状告日本政府和日本企业最有力、最直接的证据。这次福冈劳工诉讼案的15名原告当时登记的姓名，都能在《外务省报告书》附件中的三井矿山公司劳工名单里查到。

2000年5月10日，刘千、张五奎、杜宗仁、卢勤等15名当年被强征到日本福冈的中国劳工幸存者向福冈地方法院提起诉讼，要求日本政府和三井矿山公司公开谢罪并给予经济赔偿总额为34 500万日元。福冈劳工代表张宝恒还亲自去法院递交了诉状。帮助他们打这场官司的是一群日本律师。2002年4月26日福冈地方法院作出判决。判令被告三井矿山公司向原告每人支付1 100万日元(折合人民币约70万元)，驳回原告对三井矿山公司的其他要求，驳回原告对日

本政府的所有要求。至此，福冈劳工诉讼案部分胜诉。①

福冈劳工诉讼在一审阶段的部分胜诉是继刘连仁诉讼的一审案件胜诉后的又一胜诉的案件。福冈诉讼的被告既有日本国家也有企业，这与此前的同类中国劳工诉讼的对象有所不同。该判决的意义在于：在认定事实方面，它认定的是日本政府和企业共同策划、共同实施了强掳中国劳工的这种行为。第二，它确认了三井矿山公司承担的是战争期间侵权行为的责任，这一点非常重要，相比较刘连仁的诉讼案的判决又往前迈了一步。还有重要的突破点就是，它首次非常明确地确认了，不能认为1972年中日恢复外交关系时签订的中日共同声明，使中国公民个人也放弃了索赔权。

在1972年中日政府签署的建立外交关系的联合声明中，中国政府宣布“为了中日两国人民的友好，放弃对日本国的战争赔偿要求”，虽然这一声明放弃的只是政府间的战争赔偿要求，中国战争受害者仍然有权以个人名义要求战争赔偿，但日本法院却常常以此为由驳回中国战争受害者的起诉，而福冈地方法院的一审判决首次以法律文书的形式明确了中国战争受害者的个人索赔权。

福冈地方法院的判决理由要旨书中强调，如果对本案适用除斥期间制度（作为学说，除斥期间是指权利的法定期间，在日本经过20年的法定期间，权利本身消灭），其结果将是明显地违反正义和公平的理念。而对于被告根据日本民法724条提出的消灭时效主张，法庭认为其主张是违反信义的，是失当的。上述法庭对由于战争原因引起的民间索偿诉讼不适用死板的诉讼时效制度的做法，反映了该法庭的法官是力求追求公平公正的审判目标，其职业道德还是值得人们尊敬的。这是中国民间战争受害者对日索偿以来，继刘连仁案件的判决打破诉讼时效制度以来的又一次实践。

福冈地方法院认定日本国和企业所实施的强制奴役劳工为共同的侵权行为。在围绕战后赔偿的问题上，福冈地方法院是日本法

---

① 【登载判例集】第一审（福冈地裁平14.4.26）判例タイムズ1098号、判例时报1809号（2003年4月1日）、讼务月报50卷2号。

院中首次认定企业方面负有赔偿责任。但是对于国家责任问题，法院判决认为“在旧宪法之下，国家的行为即使对个人造成损害，国家也没有赔偿义务”。因此，此次判决的不足之处是法庭没有突破“国家无答责”的传统法理，没有追究国家责任，以及这次一审判决结果是只赔偿不谢罪。

福冈劳工案一审宣判之后，原告立即提起上诉，要求被告日本政府和三井矿山公司不仅要赔偿，而且要谢罪。被告三井矿山公司也提起了上诉，是年4月30日，张五奎、杜宗仁和日本律师团到东京的三井矿山公司总部进行交涉，三井矿山公司召开了高层会议，他们仍然作出了一不赔偿、二不谢罪、三不和解的决定。

一审阶段认定的事实，在二审中同样会被维持。三井矿山公司上诉的理由是，他们认为自己当年是根据国家的命令做的，所以国家也应该承担责任。一般而言，原告在二审中对三井矿山公司理应有胜算的筹码，有难度的问题是在于能否追究国家的责任、要求日本国家作出赔偿。

在2003年12月8日的二审庭审之际，原告方面进一步出具了记述日本国外交历史内幕的文章细节，说明了在1960年3月，岸信介内阁串通外务省、总理府和自民党作出决定并销毁证据资料。此后即以没有资料为由无法证明事实关系来反复地加以搪塞。原告提出的是日本的官方资料。如警视厅内部资料“华人劳动者遗骨问题”和1942年11月27日的日本政府“关于强掳中国人的内阁决定”。

在上诉审中，原告辩护团认为，外交文书证明了日本政府在掌握强制劳工实态的情况下毁灭了证据，充分说明侵权行为一直持续着，为此时效没有结束。

同时在二审期间，被告三井矿山公司则继续强调强制劳工是在国家的统制下实施的，企业没有决定权，所以不应承担责任。

然而，二审的判决结果与预料的大相径庭。2004年5月24日，日本福冈高级法院针对15名中国劳工及家属诉日本国与三井矿山公司损害赔偿案的上诉案作出了二审判决，法院虽然认定日本政府和三井矿山公司当年对劳工们的所作所为属非法行为，但是仍以诉

讼时效已过为由驳回劳工们的上诉请求，作为原告方的中国劳工们在二审中败诉。

该判决对于“国家无答责”问题进行了批判，指出“强掳以及强制奴役是否定人的价值，甚至是人伦的倒退”，并判定“国家无答责”是“显著地违反正义和公平的”。在此基础上，针对侵权行为超过 20 年的损害赔偿请求权消灭的除斥期间以及时效问题，检讨了限制适用的特别情节。判决书中也认定了日本“国家在战后从事了证据隐灭的活动”这一事实。

可是判决又认为，关于国家的损害赔偿问题，为免于除斥期间的限制，被害者的权利只要可能应当尽速行使。在中国方面，《中华人民共和国公民出境入境管理法》于 1986 年 2 月 1 日起实施，本案原告已经经过了 14 年，而原告从归国至提诉已经经过了 55 年（2000 年 5 月 10 日起诉）。由于原告没有尽速地行使权利，所以认定适用除斥期间，原告对日本政府的损害赔偿请求因除斥期间的经过所以权利消灭。判决书对于原告就三井矿山公司的损害赔偿责任的问题也以除斥期间与消灭时效为由判定原告权利已经消灭。①

总之，围绕着福冈劳工诉讼的审理，一审认为除斥期间的适用的主张是违反公平和正义的，判令加害企业承担赔偿的法律责任，但同时以“国家无答责”对被告日本政府进行袒护。在二审的判决中，却颠倒了一审法院的理由，认为“国家无答责”是显著地违反公平和正义的，并强调适用除斥期间的必要性。其结果，不仅免除了日本国的责任，也否定了一审已经判定的企业的法律责任。其实一审和二审相互之间能够轻易地否定或肯定对方的主张，也能说明上述一审和二审法院意欲否定原告的理由不仅漏洞百出、自相矛盾，而且多少表现出司法审判的随意性。

不过，二审法院对于一审所认定的“不能认为 1972 年中日恢复

---

① 日本《朝日新闻》，2004 年 5 月 24 日（夕刊）报道。【登载判例集】第一审（福冈地裁平 14.4.26）判例タイムズ1098 号、判例时报 1809 号（2003 年 4 月 1 日）、讼务月报 50 卷 2 号。

外交关系时签订的中日共同声明，使中国公民个人也放弃了索赔权”的判断没有进行否定。从另一方面来看，这个判决是经受二审挑剔后仍能够立于不败之地。这也是福冈劳工诉讼案原告所取得的成就。

4. 西松强制劳工诉讼案

在刘连仁诉讼案和福冈劳工诉讼案件的判决中对诉讼时效的问题上，相继地认为“按诉讼时效对国家予以免责有悖于正义、公平的理念”；“如果对本案适用除斥期间制度，其结果将是明显地违反正义和公平的理念，是违反信义的，是失当的”。尽管同类案件的判决已经突破了“诉讼时效”的障碍，但是，此后的西松强制劳工诉讼、大江山劳工诉讼和第2次集团诉讼的三例中国劳工的诉讼案并没有在这个公正的轨迹上顺利地运行。

侵华战争期间，日本国强掳了360名中国人至日本广岛山县郡加计町的安野发电所建设工地，被迫从事危险和过苛的重体力劳动，期间死亡29人，此外因劳工不堪凌辱和求生本能而抵抗奴役者的近20人被收监于广岛刑务所，他们还成为了原子弹轰炸的受害者。

日本战败后归国的中国劳工，身心深负重创和痛苦。1993年当时被西松建设会社（当时西松组）奴役的中国劳工吕学文等人重回广岛与西松建设会社进行交涉，要求正式谢罪、赔偿精神和肉体的痛苦、设立纪念馆以将这段历史事实告知后人。此后又经过多次的交涉，而西松建设会社则以强掳、奴役劳工属于日本国方面的问题，企业没有责任，且中日联合声明已经解决了战争赔偿问题为由拒绝了诉求者的要求。1998年1月16日原告吕学文等5人向广岛地方法院提起了诉讼。

2002年7月9日，广岛地方法院作出判决。判决认定强掳、奴役劳工系违法行为，同时也“违反安全配虑义务”，但是判决又以原告超过了诉讼时效和除斥期间为由驳回了诉求。此后，原告提起了上诉。

2004年7月9日，广岛高等法院对中国劳工诉西村建设的上诉案件作出支持受害劳工的判决。审判长铃木敏之在认定强掳、强制奴

役基础上，指出“时效的适用是显著地违反正义的”。广岛高等法院撤销了一审的判决，判令西村建设全额赔偿原告的诉讼请求（每人550万日元）。

判决认定西村建设的侵权行为与“违反安全配虑义务”。同时判决研讨了原告的损害赔偿请求权，认为侵权行为之时起除斥期间已经超过20年，以侵权行为为基础的损害赔偿请求权业已消灭。另外，关于“违反安全配虑义务”的损害赔偿请求权，在提诉前的1996年的时点，时效已经消灭，“除非存在着违反正义、公平、条理等特别的情节，可不允许时效的适用”。

在此基础上，判决总结并指出，(1)原告的人权受到侵害，且受害严重；(2)根据西村在强掳、强制奴役的资料中作了虚伪的记载等情节，对于西村建设“免除其损害赔偿义务是显著地违反正义的，时效的适用犹如权利滥用决不允许”。①

5. 大江山劳工诉讼案

第二次世界大战中，被日本国强掳至日本京都府大江山镍矿从事苦役的有200人。在监视工极端的暴力之下，被迫从事苛酷的重体力劳动。刘宗根等被奴役的6名中国劳工及5名遗属，于1998年8月14日向京都地方法院起诉了日本政府和日本冶金工业株式会社，要求谢罪、偿还劳资和精神赔偿。2003年1月15日，该法院作出一审判决，判决否定了“国家无答责”的法理，认定日本国的违法行为，也承认企业的违法行为的责任、“安全配虑义务”的违反、不当得利的还偿义务。但认为由于时效、除斥期间过期，驳回原告的请求。此后，原告向大阪高等法院提起了上诉。

在大阪高等法院审理期间，法官作出和解劝告，经过多次调解，被告之一的企业愿意与原告进行和解。2004年9月29日，被告日本冶金工业株式会社与原告达成了和解。

不过该“和解条款”中，被告企业并没有承认事实和谢罪，仅仅对

① 日本《朝日新闻》，2004年7月10日（朝刊）报道。【登载判例集】第一审（广岛地裁平14.7.9）判例タイムズ第1110号（2003.3.15）。

6名受害者给予350万日元，这不能不说是一个遗憾。①

6. 第2次集团诉讼案②

李万忠等42名中国劳工于1997年9月18日，向东京地方法院起诉日本国以及间组、古河机械金属、铁道建设、西村建设、宇部兴产、同和矿业、日铁矿业、飞岛建设、三菱等10个株式会社，要求赔偿和谢罪。之所以称其为第2次集团诉讼是因为该日本辩护团体继支持刘连仁第一次诉讼后的第2次诉讼。该案于2002年3月26日审结，并于2003年3月11日法庭作出判决，判决虽然否定了被告提出的"国家无答责"的反论，但是又以原告超过诉讼时效和除斥期间为由驳回了原告的诉求。原告于2003年3月19日已提起上诉，本案尚未审结。

西松强制劳工诉讼、大江山劳工诉讼和第2次集团诉讼的判决是在刘连仁诉讼案、福冈劳工诉讼案判决部分胜诉之后所作出的一审判决。

上述三例被驳回的诉讼判决有着某些共同的地方。首先，三个判决均认定强掳、奴役劳工系违法行为，同时也违反了"安全配虑义务"。除了西松劳工诉讼没有起诉日本国以外，其他两个案件的原告均起诉了日本国，判决书中同样也认定日本国的违法行为。但是这三个判决又以原告超过了诉讼时效和除斥期间为由驳回了诉求。在东京地方法院和福冈地方法院分别就刘连仁诉讼案和福冈劳工诉讼案的判决上树立了否定被告日本国家和企业所抗辩的"诉讼时效"和"除斥期间"的情况下，此次的判决依然以原告超过诉讼时效和除斥期间为由驳回了原告的诉求。这无疑是个倒退。

这三例劳工诉讼案在是否超过"诉讼时效"的问题上，与刘连仁诉讼案和福冈劳工诉讼案并没有本质的区别，可是，既然刘连仁诉讼案和福冈劳工诉讼案法庭驳回了被告的以超过"诉讼时效"的抗辩，而此

---

① 日本《每日新闻》2003年1月15日，大阪夕刊。【登载判例集】第一审（京都地裁平15.1.15）判例时报1822号；《日本共同社》通信，2004年9月29日。

② 【登载判例集】第一审（东京地裁2003.3.11）讼务月报50卷2号。

类劳工诉讼却被超过诉讼时效所驳回，从现象上来看，由于日本不是判例的国家，各个日本法庭法官对同类案件可以作出司法独立的解释和不同的判决。可是这种截然不同的判定结果，也反映了在一个不是判例的国家中继续进行对日民间诉讼的艰巨和曲折。

7. 北海道劳工诉讼案①

北海道地处日本的最北端，严寒的气候条件下的超重的劳动，使得这一地区的劳工死亡率远远高于其他地区。被告川口组芦别碳矿的坑道掘进死亡 278 人(死亡率 46.3%，为当时日本第 2 位)、北碳手盐碳矿死亡 136 人(死亡率 45.3%，为当时日本第 3 位)、地崎组大夕张(三陵大夕张碳矿的坑道掘进)死亡 148 人(死亡率 38.1%，为当时日本第 8 位)。北海道中国劳工对日索偿诉讼案中的原告是目前所有对日劳工诉讼中一审原告最多的，共有 43 名当年被掳掠的劳工提起诉讼，包括家属在内共 70 人。被告为日本国和三井矿山、住友石炭、熊谷组、新日铁、地崎工业、三菱综合材料株式会社 6 家日本企业。原告在 1999 年 9 月 1 日提起诉讼，此后于 2002 年 8 月 26 日又有原告追加。

2004 年 3 月 23 日，日本北海道札幌地方法院对中国北海道劳工受害者起诉日本国和一些奴役中国劳工的企业作出判决。该法院以“国家无答责”(国家豁免法律责任)、日本掳掠劳工的不正当行为已超过 20 年、中国劳工的损害赔偿请求权已失效等为由，驳回了中国劳工受害者及家属对日本政府提出的 86 000 万日元赔偿的诉讼要求。与西松强制劳工诉讼、大江山劳工诉讼和第 2 次集团诉讼的判决相比较，这个判决除了继续坚持“诉讼时效”以外，还推翻了大江山劳工诉讼和第 2 次集团诉讼判决中法官所建树的否定“国家无答责”法理先例。可以说北海道劳工诉讼的判决是一个严重的历史倒退。

札幌地方法院就该诉讼作出判决驳回了原告诉讼。对此，原告方

① 【登载判例集】第一审(札幌地裁 2004. 3. 23)讼务月报 50 卷 12 号。《北海道新闻》，2004 年 3 月 23 日夕刊报道。

因不服判决而于2004年4月1日将该案上诉至札幌高等法院。

8. 新潟劳工诉讼案①

在1944年至1945年间，共有901名中国劳工被强掳至日本新潟港湾被迫从事搬运货物船上沉重货物，他们主要来自中国的河北省。由于在风雪严寒的日本海岸从事苦役，并常常空腹透支体力，至日本战败时，在仅仅一年间，这些劳工中有20%的人死亡，他们往往死于肺炎、肺结核、营养失调等并发症。悲惨的生活和过苛的奴役环境下，劳工们的身心都受到了极大的伤害。其中，张文彬被怀疑有破坏行为，被作为间谍嫌疑而逮捕和拷问并被关押在广岛刑务所，在那里遭受了原子弹爆炸后的强烈辐射，身体受到严重损害。

在张文彬于1999年8月31日向新潟地方法院对日本政府和新潟市港湾运输公司起诉后，2000年9月12日，2002年3月13日又有受害劳工加入到诉讼的阵营，合计中国劳工原告为12名(其中遗属2名)。原告要求被告谢罪并赔偿总额27 500万日元。新潟地方法院于2004年3月26日下达判决，判决认定被害事实、认定被告方国家和企业违反了“安全配虑义务”，并命令被告日本国家和企业向原告支付8 800万日元的损害赔偿。

自2001年7月的刘连仁诉讼案获得了对被告日本政府的一审“胜诉”后，2002年4月福冈劳工诉讼也获得了对被告企业的一审胜诉。此次受害劳工的获胜是劳工诉讼案中首次同时对被告日本国家和企业胜诉。这是对日民间索赔进程中的一个新的里程碑，它反映了维护人权的潮流正在朝着正确的方向发展。

在北海道劳工诉讼案一审全面败诉的第三天，新潟地方法院的这一判决，一改以往日本各地方法院法官的立场，判令被告日本国和企业同时败诉。尽管被告日本国主张“国家无答责”法理，强调个人对于国家在《国家赔偿法》实施前的行为不得提出赔偿请求。但该判决认为：“从正义、公平的观点出发，适用(该法理)的做法是明

① 【登载判例集】第一审(新潟地裁2004.3.26)讼务月报50卷12号。

显缺乏适当性的”，新潟地方法院认为，“国家无答责”是战前很陈旧的法理，在面对劳工受害这样一种很不人道的事实的时候，再用这种理论，显然是不妥当的。法院判定，日本国和企业共同施行了侵权行为，没有尽到对劳工的安全保护义务。通过一系列详细描述的事实，说明是日本政府把劳工抓过来的，抓来以后，还用警察进行看守，这些都是国家的责任。因而对被告日本国主张的“国家无答责”不予支持。可以说这次新潟判决又再一次地排除了关于“国家无答责”的障碍。

与福冈劳工诉讼案件相比较，2002 年 4 月 26 日，日本福冈地方法院作出判决，命令三井矿山株式会社向 15 名中国受害劳工原告每人支付 1 100 万日元赔偿，但却以“国家无答责”为由，认为虽然日本国和企业共同施行了违法行为，赔偿责任还是仅由企业承担，驳回了公开谢罪和对日本国的赔偿要求。这一次虽然赔偿数额少了些，但是却否定了“国家无答责”的法理，而且同时对被告日本政府和企业判令赔偿，可以说这是一次较为全面的突破和胜诉。

关于“个人请求权”问题，在这次新潟判决中也作了突破。判决强调没有充分的理由就 1972 年《中日联合声明》中国政府所放弃的对日赔偿要求，可以解释为当然地包括放弃了民间的对日赔偿要求。

在“诉讼时效”的问题上，判决在认定被告的不法侵权行为所造成损害的同时，却认为基于侵权损害的请求权因为超过了除斥期间而权利消灭，所以驳回诉求。可是，判决又认定被告方国家和企业违反了“安全配虑义务”，在这个范围内被告不得滥用“消灭时效”。虽然，新潟地方法院对于追究侵权行为的“诉讼时效”的解释并非合理也难以自圆其说，但是，至少在相当的范围内否定了被告的“消灭时效”的法理，依然有着积极的意义。最终法庭从大局上把握，判令被告日本国和企业承担违反“安全配虑义务”的法律责任。

是年 3 月 31 日，日本国表示不服，并向东京高等法院提出了上诉。这次宣判是继福冈宣判以来，在中国劳工受害案中又一次重大突破。但是，这次新潟判决没有支持的是刊登谢罪广告的请求。

二、若干中国劳工诉讼案“胜诉”可能产生的影响

目前日本各地方法院已经受理的16起中国受害劳工诉讼案件，不管胜负如何，败诉一方都提起了上诉或上告。对于中国劳工受害者赔偿诉讼，日本不同的法院有不同的判决，这是因为日本和中国一样，采用的是大陆法系，即成文法，在审理案件时，法官按照法律条文规定进行独立审判，对以往的案例可以参考，但不作为依据。从这一点上说，新潟劳工诉讼案和西松劳工诉讼案的“胜诉”并不能决定其他劳工案诉讼的结果。

但是，以往的案例是会对今后的判决起参考作用的。况且法院在作出一种判决时，一定会对自己的理由作出详细的论述。从京都判决、第2次集团诉讼和新潟判决来看，判决均分别阐述了“从正义、公平的观点出发，适用(该“国家无答责”的法理)的做法是明显缺乏相当性的”；“‘国家无答责’是战前很陈旧的法理，在面对劳工受害这样一种很不人道的事实的时候，再用这种理论，显然是不妥当的”。总之对于这一障碍，日本国一些有正义和责任感的法官归纳和树立了这样的理论，即国家权力有正当和不正当之分，对于不人道的不正当行为，不能引用“国家无答责”。从这一点看，这两起判决会给其他法院以一定的影响。

在时效的问题上也同样如此，在刘连仁诉讼案和福冈劳工诉讼案件的判决中对诉讼时效的问题上，法官相继地认为“按诉讼时效对国家予以免责有悖于正义、公平的理念”；“如果对本案适用除斥期间制度，其结果将是明显地违反正义和公平的理念，是违反信义的，是失当的”。新潟劳工诉讼案的判决认定被告方国家和企业违反了“安全配虑义务”，在这个范围内被告不得滥用“消灭时效”。因此，随着日本各个地方法院在中国民间对日索偿问题上，时效障碍逐步被打破后，必然也会形成一个比较有利于维护受害者诉权的氛围。

在所有中国民间对日索偿的障碍中，“个人请求权”的障碍是一个首要的具有前提性质的障碍，这个障碍如果不能排除，其他诉讼的实质性诉求就无法在诉讼程序中获得实现。关于“个人请求权”

问题，长期以来日本法院均以《中日联合声明》已经放弃了包括个人的对日战争索赔权为由而驳回中国民间的战争受害者的对日索赔。在福冈劳工诉讼案的判决中首次非常明确地确认："不能认为1972年中日恢复外交关系时签订的中日共同声明，使中国公民个人也放弃了索赔权"。在2004年3月26日的新潟判决中也强调："没有充分的理由就1972年《中日联合声明》中国政府所放弃的对日赔偿要求，可以解释为当然地包括了放弃了民间的对日赔偿要求。"在中国民间战争受害者们执著的追求下，部分诉求获得法院的支持也表明铁板一块的防御已经破裂，通过诉讼的方式不仅能够揭露日本国的侵略罪行，同时也是能够彰显公平、正义的精神和维护战争受害者的基本人权。

在艰难曲折的对日索赔的进程中，今天原告的部分诉求能够获得阶段性的法院肯定实属不易。在全球人权意识高涨的背景下，中国民间对日索赔所取得的进展，离不开具有正义和责任感的日本国民的支持。长期以来，他们不仅执著地与日本极右势力展开顽强的斗争，而且为了中日两国人民的世代友好，为了世间的公平和正义，对中国民间战争受害者提供了无私的帮助。在日本市民运动的援助下，尤其是在日本律师界律师们无私的帮助下，公平、正义的观念正在不断地影响着日本的法官。在这个过程中中日两国学者就民间对日索赔问题的研究成果以及国内外媒体的广泛的报道，都为民间对日索赔朝着胜诉方向的发展创造了良好的氛围。

同时也要看到，在同一个案件中，如福冈劳工诉讼案件，一审被肯定的法律依据在二审却被否定；一审被否定的法律依据在二审反而被肯定。虽然日本法院已经对数起中国劳工对日索偿的部分诉求给予肯定，但这并不等于今后的其他对日索赔案的诉求，一定会得到日本法官们的支持。即使广岛高等法院的二审支持了西松劳工诉讼的诉求，但是，由于日本的司法审判制度是三审终审制，以及日本法院内部、法院与日本行政当局之间的关系也有着相当的复杂性，因此，中国劳工对日民间索赔的道路依然还很长，而且还会十分曲折。

对日索偿诉讼的过程是相当漫长的，最终结果目前还难以预料。

尽管如此，就诉讼的过程本身而言其意义仍非常重大，1995 年以来，对日索偿诉讼在日本多次开庭审理，虽然没有获得最终的胜诉，但是诉讼过程本身已经在日本社会产生的影响，事实上是对否定侵略战争责任的言行进行有力的反击，在客观上有促进日本社会加深对侵略战争责任的认识。

三、关于以和解方式实现诉求所需注意的法律问题

花冈劳工的对日诉讼是第一起中国民间通过日本司法机构寻求司法救济的诉讼。1995 年 6 月 28 日，花冈劳工受害者正式起诉，至 2000 年 11 月 29 日与被告鹿岛建设株式会社（以下简称“鹿岛会社”）达成和解协议。

“花冈案件”、“和解协议”引起海内外媒体的高度重视。日本有些媒体认为“这是中国人在战后民间对日索偿首次的解决并以和解的方式为结局，这一模式将为今后同类案件的解决树立典范”。①长期以来对花冈事件受害人的正义斗争一直采取否定态度的一些日本右翼媒体，对这次“和解协议”也给予赞赏，认为这是一个避开无谓之争的、现实的解决方法。②中国一些媒体和学者也表现出胜诉者的姿态，认为我们为花冈受害者讨还了公道、恢复了尊严。新华社（2000 年 11 月 30 日，新华社北京电）在“和解协议”达成的次日发表消息，强调“奴役劳工的鹿岛建设株式会社已经承认当年的历史事实，并对劳工幸存者及遇难者家属表示深切的谢罪”。可是在和解协定公布的同时，被告鹿岛会社向媒体发表了《关于花冈事件和解的声明》，强调：“本基金的捐出，不含有补偿、赔偿的性质。”

这实在令人雾里看花，不得其解。为此有必要对“花冈案件”的背景作一个概要的回顾，并对“和解协议”的内容作一个法律上的剖析。

1. 花冈事件的由来

1942 年日本为补充国内劳力不足，通过了名为“华人劳务者移

① 日本《每日新闻》，2000 年 11 月 29 日（夕刊）报道。

② 日本《产经新闻》，2000 年 11 月 29 日报道。

人”的内阁决议。1943 年到 1945 年间，近 4 万的中国平民和战俘被强掳到日本，过着奴隶般的生活，被迫从事超强度的苦役。在秋田县花冈镇为鹿岛会社（原鹿岛组）工作的 986 名中国劳工在极度饥饿、被虐待之下，不到一年就惨死 300 多人。1945 年 6 月 30 日，劳工大队长耿谆率领众人暴动，惨遭日本军警血腥镇压，有 130 多人被严刑拷打致死，这就是震惊中外的“花冈惨案”。至 1945 年 12 月，986 名中国劳工中，有 418 名死于非命。1948 年 3 月，在审判 B、C 级战犯的横滨军事法庭上，鹿岛会社职员和有关警察 6 个直接责任者分别被处以死刑和有期徒刑。花冈事件是二战期间发生在日本本土的惟一一次由外国人发动的暴动，也是惟一一件在战后战犯法庭上被审判和被定罪的强制劳工事件。1984 年“花冈惨案”的幸存者开始与鹿岛会社进行交涉，1989 年 12 月，幸存者聚会北京，向当年残酷奴役过他们的鹿岛会社发出公开信并提出谢罪、赔偿、建立纪念馆等三项要求，就此拉开了中国人追究日本企业战争责任的序幕。

1990 年 7 月 5 日，在受害者谈判代理人新美隆、内田雅敏律师以及田中宏、林伯耀等人士的努力下，鹿岛会社和花冈事件受害者发表了“联合声明”（日文名为“共同发表”）。在“联合声明”中，鹿岛会社承认了中国劳工被强征并被强迫劳动的历史事实，认识到自己应负的责任，而且表达了向中国劳工幸存者及遇难者家属表示深切的谢罪之意，并认为应该通过协商尽快解决该问题。

1995 年 6 月 28 日，因鹿岛会社迟迟没有履行承诺，耿谆等 11 名花冈事件的幸存者及遗属，向东京地方法院正式起诉鹿岛会社。1997 年 12 月 10 日，东京地方法院在突然中断审理之后，以原告的诉讼已超过诉讼时效为由，作出了驳回中国原告一切诉求的一审裁决。1997 年 12 月 12 日，耿谆等 11 名中国原告向东京高等法院提起上诉。1999 年 9 月 10 日，东京高等法院审理此案的三名法官（法庭庭长为新村正人）意识到以和解的方式解决花冈案件的重大意义，于是对当事人双方正式下达了“和解劝告”。2000 年 11 月 29 日，经过 20 多次艰难曲折的法庭调解，终于达成和解。

2. “和解的成果”及鹿岛会社的单方面声明

“和解协议”墨迹未干，鹿岛会社却在日本的各大媒体上发表单方面的《关于花冈事件和解的声明》。为此，有必要将“和解协议”的内容与鹿岛会社的“声明”联系起来作进一步的法理分析。

“和解协议”的主要内容为：

1. 被告鹿岛会社再度确认1990年7月5日的“联合声明”。

2. 被告主张，上述“联合声明”并非承认自己负有法律责任。上诉人对被告的这一主张表示了解。

3. 鹿岛会社出资5亿日元作为基金，委托中国红十字会托管，中国红十字会作为利害关系人参加和解。该基金专用于花冈事件的中国受害者(986人)、遗属的慰灵、生活资助等方面。

4. 上诉人以及其他受难者及其遗属承认：有关花冈事件的所有悬而未决问题已经全部解决，包括放弃今后在日本国内以及其他国家和地区的一切请求权。

5. 利害关系人及上诉人等保证，今后上诉人(11人)等以外的人向被告人要求补偿等情况发生时……利害关系人及上诉人有责任进行解决，承诺不给被告造成任何负担。

1990年7月5日“花冈事件”的受害者与鹿岛会社双方达成的“联合声明”，其主要内容为：

1. 在花冈矿山受难的中国人是基于内阁的强制劳工的决定所导致的历史事实，鹿岛会社承认这一事实，并认识到作为企业也有责任，本社对花冈事件的幸存者以及遗属表示深切的谢罪。

2. 鹿岛会社认识到，应通过双方的协商，努力地尽早解决该问题。

鹿岛会社单方面的《关于花冈事件和解的声明》，其主要内容为：

1. 鹿岛会社在当时根据日本国政府的内阁决议(向日本内地输入劳工)，曾在花冈使用过中国劳工。因为是在战争时期，这些劳工所处环境十分艰苦，尽管本社诚心诚意予以最大限度的照顾，还是出现了许多人因病亡故等不幸之事，对此，我们一向深感痛心。

2. 在高级法院建议和解之后，本社在不承认诉讼的法律责任的

前提下，进行了和解协商。

3. 本社主张解决这个问题其对象应包括在花冈从事劳动的986名全体人员，该主张得到了法院和控诉人的充分理解，并且由于中国红十字会的参与使得具体实施上有所保证。

4. 本社捐出法院建议的金额，设立“花冈和平友好基金”。本基金的捐出不含有补偿、赔偿的性质。

3. 与和解协议相关的问题①

综观上述和解或声明文件，不难发现其中值得人们思考的问题。

(1)“谢罪”的问题

在“和解协议”中，被告鹿岛会社再度确认1990年7月5日的“联合声明”，而该“声明”的主要内容是鹿岛会社承认强制劳工这一事实，并认识到作为企业也有责任，鹿岛会社对花冈事件的幸存者以及遗属表示深切的谢罪。可是在“和解协议”中，鹿岛会社又强调“被告主张，上述‘联合声明’并非承认自己负有法律责任。上诉人对被告的这一主张表示了解。”很显然，就同一问题的前后两项条款的内容不是统一的。

所谓“谢罪”，它是承认有罪为前提，原本系属法律范畴。可是在“和解协议”中，鹿岛会社又任意地解释这种“谢罪”不等于承认自己负有法律责任，不仅如此，而且白纸黑字让上诉人也对此表示“了解”。这种不持异议的“了解”，等于默认和接受被告的主张。在法律上，处在当事人不变更的情况下，就同一事项有前后两项约定相互冲突时，后项约定地位优先。这一法律原则为大多数国家所接受。

既然当事人双方均认同了上述“联合声明”并非鹿岛会社承认自己负有法律责任，所以，“联合声明”中鹿岛会社对中国受害人所谓的“谢罪”也就不具有法律意义，更不具有政治意义(对中国方面而言)。当然中国民间受害者是否要求被告“谢罪”，这是他们的权利，别人无权要求他们非要向被告提出谢罪。可是，“和解协议”达成后，不少媒体是这样报道的：“原告和被告双方达成的和解书说，当事者双方再次

① 管建强：《析花冈事件的和解模式与对日民间索偿》，载《法学》杂志，2001年第4期。

确认了1990年7月5日发表的'联合声明'。在《联合声明》中,鹿岛建设株式会社承认中国劳工被强征并强迫劳动的历史事实,并且认识到所负的责任,向中国劳工幸存者及遇难者遗属表示深切的谢罪之意。"①这种不全面的报道方式,只夸大了受害者"获胜"的一面而没有揭露被告鹿岛会社不诚实的真相,造成广大中国民众以为鹿岛会社在"和解协议"中向花冈劳工作出了"谢罪"。

针对这样的质疑,花冈劳工对日索偿的日本代理律师作了如此的解释:"关于'谢罪'问题应该根据日本社会和日本国法律来对其作出定义。'谢罪'根据日本法而言,只是表示伦理和道德的判断用语,而不是法的概念。尽管表明'谢罪'也并不能解释为发生了直接和全部承认法律上责任的效果(最近,像新闻媒体所报道的,有关企业和政府机关的职员的不良事件那样,虽然责任者低头反复地表示谢罪的意思,但这不等于表明他领受法律责任)。正确地来说,和解条款第一项的前后内容并无矛盾,而只是管论文(指笔者管建强的论文——笔者注)中的'谢罪'概念与日本社会和日本法的'谢罪'概念不同而已。②在现代的民主国家中,在政治与宗教分离的同时,伦理、道义上的责任与法律责任有着严格的区别,并贯彻法律不得任意地介入和干涉人的内心自由为原则的法治主义。这就意味着〔除了在名誉毁损事件法庭命令被告在媒体登载'谢罪广告'以外〕'谢罪'并不是国家权利可以强制执行的。③"

将这种"谢罪"定义仅限定为非法律上的概念,这样的话,1990年

---

① 新华社东京2000年11月29日电(记者张焕利报道)。

② 2001年2月15日、3月1日在日本国《留学生新闻》上连载了笔者关于《和解:圈套与谎言》的文章,在2001年《法学》杂志第4期上也发表笔者撰写的《析花冈事件的和解模式与对日民间索偿》文章,此后该论文在人民网上转载。而花冈劳工对日索偿日本代理律师新美隆针对笔者的这篇文章以《对于花冈事件的和解研究》一文(《专修大学社会科学研究所月报》,2001年9月20日)进行反驳。故被称为"管论文"。此后,由笔者所撰写的《再论"花冈案件"的和解模式——答日本律师新美隆的反驳》发表于人民网(2002年2月20日)http://japan.people.com.cn/2002/02/20/riben20020220_17011.html。此文也载于《当代国际法论丛》,上海人民出版社2003年10月。——笔者注

③ 新美隆《对于花冈事件的和解研究》,载《专修大学社会科学研究所月报》,2001年9月20日,第459号,49页以下。

鹿岛会社在“联合声明”中向花冈劳工谢罪的概念就与2000年的“和解协议”中关于被告(鹿岛)主张“上述‘联合声明’并非承认自己负有法律责任”显得不矛盾了。这也算是一种兵不厌诈的新发明。

事实上“谢罪”,其文字本身来自于中国,在日本除了“谢罪”之外也还有许多表示承担伦理和道义上责任的用语。但是,“谢罪”是承认有过错为前提的,这种过错既可能是法律上的过错也可能是道德上、伦理上的过错。从亚洲的传统文化、尤其是从日本的传统法律文化上来看,所谓“谢罪”是当事人承认自己有“罪”为前提的。因此,这里的“罪”当然具有法律责任上的概念。不过,现代法治社会的法官判定一方当事人向另一方当事人“谢罪”主要用于名誉侵权案件。此外,当事人主动或被动地向另一方“谢罪”也有是用来表达自己的道德或伦理的责任。因此,“谢罪”一词有承担法律责任的内涵,也有承担道义和伦理的责任的因素成分。如果说“谢罪”一词,在日本社会仅仅是道德和伦理的范畴,那只能是信口雌黄的解释。

另外,从日本的司法实践来看,法庭判定被告向原告“谢罪”的案例也是大量存在的。日本《民法》第723条就名誉毁损案件作出了明确的规定:“对于损害他人名誉者裁判所根据被害人的请求可以判令被告赔偿损失或赔偿损失的同时采取适当的处分判令恢复名誉。”在恢复名誉的执行方式上主要是判令被告在新闻媒体上登载“谢罪广告”。①

在日本的法学理论界确实也有少数人认为,法庭判令被告登载“谢罪广告”,有可能会使被告本身并不相信、不承认的东西向世人表明他是相信和承认的。这样就会侵害到被告的伦理信念和良心自由。这是涉及《日本国宪法》第19条关于公民的良心自由不得侵犯的问题。可是在对日本《民法》第723条没有作出违宪审查的结论或限定适用范围之前,在现行的日本法律仍然适用“谢罪广告”方式情况下,任何具有法律常识的人都不会否认“谢罪”具有法律责任的意义。

---

① 五十岚清、高森八四郎等著:《民法(1)总则,侵权行为》,有斐阁,1988年出版,第235页。

花冈劳工有权要求鹿岛会社“谢罪”。这是因为花冈劳工在日本国侵华期间，非法地遭到了极端的非人道待遇，他们不仅失去了人身自由，被迫从事超体能的劳动，更重要的是鹿岛会社非法地剥夺了他们做人的尊严，使他们处于奴隶的状态。他们受到的损害不仅是物质的而且还有精神上的。因此，花冈劳工提出的要求鹿岛株式会社“谢罪”，来恢复他们尊严和名誉的要求不仅有事实上的根据，同时也有法律上的依据。

同样，花冈劳工也有权利放弃要求鹿岛会社的“谢罪”。在法庭和解的情况下，当事人完全有权利根据事实和法律提出各种要求，也可以放弃这样或那样的权利要求。这是原告的权利，任何人都不能剥夺他们的这一权利。

从最终的“和解协议”的条款内容上来看，鹿岛会社不仅没有“谢罪”，而且对 1990 年“联合声明”中涉及“谢罪”的问题作了限定性的解释，具体表述为：“当事者双方再度确认平成 2 年(1990 年)7 月 5 日的‘共同发表’(即“联合声明”)。但是，被控诉人(鹿岛会社)主张上述‘共同发表’并不具有承认被控诉人的法律责任的目的，上诉人(花冈原告)对此表示了解。”

既然在“联合声明”中的“谢罪”不是法律上的责任，那么可以理解为被告只是愿意承担道德和伦理上的责任，而“和解协议”也没有专门对鹿岛会社出资的 5 亿日元的性质另作解释，而只是对 5 亿日元的用途作了限定而已。因此通观“联合声明”和“和解协议”的精神，鹿岛会社对花冈劳工受难者所作的赔偿的基础只是建立在道德和伦理上的。换言之，花冈受难的原告起诉鹿岛会社的法律依据并没有被东京高等法院认可，而该法庭所从事的工作，他们扮演的只是道德仲裁员的角色。

(2) 信托法的权限问题

“和解协议”规定：“鹿岛建设株式会社出资 5 亿日元作为基金，委托中国红十字会托管，中国红十字会作为利害关系人参加和解。该基金专用于花冈事件的中国受害者(986 人)、遗属的慰灵、生活资助等方面；上诉人以及其他受难者及其遗属承认：有关花冈事件的所有悬

而未决问题已经全部解决，包括放弃今后在日本国内以及其他国家和地区的一切请求权。利害关系人及控诉人等保证，今后上诉人（11人）等以外的人向被告人要求补偿等情况发生时……利害关系人及上诉人有责任进行解决，承诺不给被告造成任何负担。”花冈案件原告的日本代理律师认为，这是按照日本《信托法》为依据的处理方式。

事实上，这些条款严重侵犯了花冈事件除11名上诉人以外的其他花冈事件受害者的合法权益。理由是，上述11名花冈事件受害者或其代理律师并没有得到其余975名受害者的全权委托。事实上，花冈事件大多数受害人或其遗属至今下落不明，至今仍有不少于500人的身份或与其遗属的关系有待确定。①代理人不可能得到所有花冈事件受害者或其遗属的授权委托。大多数花冈事件的受害人或其遗属是否愿意接受上述“和解协议”，完全应该尊重他们本人的意志，他们有权选择接受“和解协议”，或另行向日本的法院起诉鹿岛会社。任何人没有权力强迫他们只能接受上述“和解协议”。协议不能拘束第三者，这是国际社会各国普遍公认的一项法律原则。

“和解协议”规定“控诉人以及其他受难者及其遗属承认：有关花冈事件的所有悬而未决问题已经全部解决，包括放弃今后在日本国内以及其他国家和地区的一切请求权”。显然，这是超越控诉人以及其他受难者及其遗属权利范围的无理要求。

“和解协议”又规定：“利害关系人及上诉人等保证，今后上诉人（11人）等以外的人向被告人要求补偿等情况发生时，……利害关系人及上诉人有责任进行解决，承诺不给被告造成任何负担。”这是日本法院罔顾天良，公然唆使利害关系人及控诉人对他人行使不法的侵权行为。这也是对花冈事件的其他受害人又一次严重侵权和人格侮辱。

针对这种十分荒谬的做法，日本的《每日新闻》在2000年11月29日晚刊的社论中一语道破了天机：“东京高级法院促成了和解，可是对原告以外的被害人是不具有法的拘束力的。不过，由于在中国的社会主义体制下，作为隶属于政府机关的红十字会确认了‘一揽子’的解

① 日本《每日新闻》，2000年11月29日（夕刊）报道。

决模式，今后，花冈事件其他的受害者提起新的诉讼的可能性则极低。”

按日本《民事诉讼法》的精神，诉讼中和解的内容必须是不违反法律规定的，否则和解无效。作者认为，这一条款不仅违反国际惯例，同时也有违日本国有关法律及宪法精神。至少就这一条款而言，有利害关系者可以主张其无效。

个别的日本律师辩称，以《信托法》来全体解决花冈受难者最为适合。①日本的媒体和一些学者对此给予了高度的评价，认为以《信托法》为基础“全体解决”了花冈受难者，是日本司法实践中对日民间索偿案件中的首创，体现了日本《宪法》的和平主义的原理。②

日本《信托法》就信托的定义而言，是指信托者根据委托者的委托，以自己的名义为了一定的目的而为委托者办理处分或管理财产。依据日本的《信托法》对 11 名花冈受难劳工上诉人以外的受难者的救济一并考虑也是可行的方法。

通常依据《信托法》，为了尽可能一并解决今后其他可能出现的诉讼，通过和解可以设定条件，让 11 名花冈上诉人以外的受害者在接受“和解协议”的同时，承认其个案的司法救济已经解决并承诺放弃今后就同一案由另行起诉。

然而，仔细阅读“和解协议”就会发现，该“和解协议”以《信托法》之名实际上是非法剥夺了 11 名上诉人以外的花冈受难者的合法诉讼权利。

在“和解协议”中第 5 项规定：“本案和解是对于所谓花冈事件力求解决其所有的悬案，包括上诉人（11 名花冈受难者）在内的受难者以及遗属确认所有的悬案已经解决，并确认今后放弃包括从本国到其他国家以及地区范围内的一切请求权。利害关系人（中国红十字会）以及上诉人对于今后上诉人以外的人在他们对被上诉人（鹿岛会社）提出补偿请求的情况下，不论是否提出第 4 项⑤号的书面文件，作为

---

① 新美隆：《对于花冈事件的和解研究》，载《专修大学社会科学研究所月报》，2001 年 9 月 20 日，第 459 号，第 20 页。

② 内藤光博：《战后补偿裁判方面花冈事件诉讼的和解意义》，载《专修大学社会科学研究所月报》，2001 年 9 月 20 日，第 459 号，第 65 页。

利害关系人以及上诉人负有责任解决、并保证不使被控诉人承担任何的负担。”即使按照代理律师新美隆所提供的上诉资料来看，上述规定也存在着严重的违法性。

首先，虽然本案和解可以力求解决整体花冈悬案，但是所谓包括上诉人在内的受难者以及遗属，就是指所有的花冈受难者以及遗属，事实上“和解协议”并没有权利确认有关花冈的所有悬案已经解决，并确认今后放弃包括从本国到其他国家以及地区范围内的一切请求权。从法律上来说，对于11名上诉人以外的受害人和遗属，任何人都不能强迫他们接受“和解协议”。除了11名上诉人以外，只要有一名花冈的受难者或者其遗属不愿意接受上述和解条款（这种可能性是完全存在的），那么，有关花冈的所有悬案就不能被认为已经全部解决。“和解协议”要求包括上诉人（11名花冈受难者）在内的受难者以及遗属确认所有的悬案已经解决，这不仅有违事物发展规律，同时也是超越法律权限的。另外，“和解协议”本来可以规定凡接受“和解协议”的花冈受难者必须确认今后放弃包括从本国到其他国家以及地区范围内的一切请求权。但是，除11名花冈上诉人以外，在其他的受难者有可能不是全部接受“和解协议”的情况下，“和解协议”却擅自确认有关花冈的所有悬案已经全部解决，并无理地规定：包括上诉人（11名花冈受难者）在内的受难者以及遗属确认今后放弃包括从本国到其他国家以及地区范围内的一切请求权。这一规定不是根据《信托法》的原理给受益人设定条件，而是非法剥夺除11名花冈上诉人以外的受难者和遗属的诉讼权利。

其次，条款还规定：利害关系人（中国红十字会）以及上诉人对于今后上诉人以外的人，在他们对被上诉人（鹿岛会社）提出补偿请求的情况下，作为利害关系人以及上诉人负有责任解决、并保证不使被上诉人承担任何的负担。这一条款的内容体现了意欲非法剥夺除11名花冈上诉人以外的受难者和遗属的诉讼权利。作为利害关系人和上诉人他们与上诉人以外的受难者和遗属之间法律地位平等。平等者之间没有管辖权这是世人公认的法律原则。因此利害关系人和上诉人是没有权力强迫上诉人以外的受难者和遗属接受“和解协议”的，上

诉人以外的受难者和遗属完全有权依法另行起诉，这是法律赋予他们的权利。另外，《日本国宪法》第16条就请愿权的问题作了如下规定：任何人对于损害的救济享有平稳的请愿权，对于任何人的请愿行为不得给予任何形式的差别待遇。“和解协议”明显地违反了《日本国宪法》的这一规定。因此，可以说该“和解协议”的这一条款是非法剥夺有关当事人的法定权利。

综上所述，“和解协议”存在着诸多有违法律和法理的事实。在日本高等法院法官的主持下竟然抛掷出这样的侵犯其他受害人权益的“和解协议”，难怪引起众多花冈受难者和遗属的抗议。

鹿岛会社在不承担法律责任的前提下，以5亿日元建立的“花冈和平友好基金”实际上与日本民间就“慰安妇”诉讼问题所建立的“女性亚洲和平国民基金”没有什么本质上的差异。惟一不同的是前者是企业不愿承担法律责任，而后者是国家不愿承担法律责任。

可是他们忽视了一个重要的问题，中国的民间战争受害者通过法律手段向日本司法机关提起诉讼，主要是为了追求获得公平、伸张正义、维护作为一个中国人的尊严。对这些基本的人权保护并不是简单地用金钱就可以弥补的。只要中国的民间战争受难者的诉讼问题得不到公正合理的解决，中日两国人民之间的友好关系就会受到影响。

由于“和解协议”没有对“花冈和平友好基金”的性质作出定义，因此给鹿岛会社留下了二度伤害花冈事件受害者尊严的空间。鹿岛会社单方面《关于花冈事件和解的声明》强调：“本基金的捐出，不含有补偿、赔偿的性质。”既然鹿岛株式会社不负有法律上的责任，同时其捐出的基金也不含有补偿、赔偿的责任，显然，鹿岛株式会社傲慢的言行所暗含的内容是：自己捐出5亿日元是行仁施善，而花冈事件的受害者则是在无理乞讨。

从上述分析不难看出，被告鹿岛会社对受害者不仅没有诚心悔过之意，而且还耍手腕搞文字游戏，缺乏应有的反省。其所作所为不但使自己声名狼藉，也是给大多数正直的日本人脸上抹黑。

对于向日本法院提出诉讼的11名花冈事件的受害者，中国人民理应充满深切的敬意。他们有权向日本法院起诉，也有权放弃属于自

己个人范围内的权利，任何其他组织或个人无权要求他们这样或那样。在长达十年之久的艰难的诉讼过程中，有的老人尚未看见“和解协议”就撒手人世，我们没有理由要求他们继续坚持。笔者对“和解协议”作了严厉的分析和判研，但无意苛求受害者。代理花冈劳工诉讼的日本律师以及协助者，为受害者能获得实际的救济，事实上他们为此长期以来也付出了辛勤的努力，这是应当肯定的，中国人民仍然应当将他们视为友好的朋友。不过，面对“花冈和解”达成后，招致中国人民非议的事实，他们也理应从以下几个方面反思：急于追求“一揽子”解决的效果，却侵犯了第三人的诉权；从“联合声明”退让到“和解协议”，却没有在程序上细致地获得原告的一致认可；在众多的非议声中，却非要继续为“和解协议”贴金，强调它具有对日民间索赔的里程碑的意义。

另外，“和解协议”达成后，一些媒体未经深入调查，将基金说成是赔偿，将被告仅仅在道义上的歉意说成是已经作了（法律意义的）谢罪，盲目拔高“和解协议”的政治意义，这不仅是有违事实真相，也会误导中国广大人民。

4. 大江山“和解条款”的问题

2004 年 9 月 29 日，中国民间战争受害者被奴役劳工与被告之一的企业达成了“和解条款”。这是继 2000 年 11 月 29 日“花冈和解”后的又一次和解。以和解的方式处理法律争讼，在对日民间索偿的斗争中应当如何定位的问题，必然会引起长期以来关注对日索偿的广大中国人民的思考。为此，就此问题作简要的探究。

（1）和解的主要内容①

和解条款的前言为：本案是基于中华人民共和国国民上诉人的以下主张而提起的诉讼。即在第二次世界大战时被日本强掳，在被上诉人公司恶劣的环境下强制从事残酷的劳动。原审京都地方法院虽然在结论上拒绝了上诉人的请求，但在判决理由中认定了被告实施的强制押送、强制劳动的事实与违法性。

① 《日本共同社》，2004 年 9 月 29 日报道。

于是，本法院作为上诉法院审理了本案，但考虑到第二次世界大战结束后60年，本案提诉至今又经过6年时间的流逝，且上诉人系高龄，故认为为避免更为长期的审理而尽早解决本案是最为强烈的希求。因此，本法院认为当事人双方依以下和解条款实现和解尽早地解决本案最为理想，特劝告和解。

上诉人认为在京都地方法院对于强掳、强制劳动的事实和违法性已经明确，并且，在被上诉人国家无意和解的情况下，对于被上诉人公司的诚意给予（肯定的）评价，故响应法院提出的和解劝告，接受和解条款。

被上诉人公司赞同立即结束本案争讼的法院意见，并且期望以和解的方式全面解决被上诉人公司曾有的强制劳动问题，致使今后不会引起同类纠纷，故响应法院的和解劝告，接受和解条款。

和解条款的主要内容为：分别对6位上诉人（受害人）每人支付和解金350万日元。一审和二审的诉讼费用由各自负担。

（2）日本律师界的见解

帮助大江山劳工受害者对日索偿的日本律师阵营是团长畑中和夫（“中国人战争受害要求索赔律师团”副团长，立命馆大学教授）、副团长山下洁（原大阪律师协会副会长）、副团长薊立明（原京都律师协会会长）。

对于大江山和解的方案，2004年9月4日和5日两天，日本的“中国人战争受害要求索赔律师团”举办专题法律研讨和评估，与会律师40余名。与会者大多数认为，鉴于未来诉讼结果的不可预知和艰难性，虽然这样的和解不是胜利，但是也算向前迈进了一步，它可以推动今后的同类诉讼。同时指出大江山和解与花冈和解有着如下的不同[①]：

① 和解仅限于原告（上诉人），其他受害者仍有权利诉讼；

② 和解仅仅是受害者与企业之间的和解，对日本国的诉讼依然进行着；

① “中国人战争受害要求索赔律师团”副团长，立命馆大学教授畑中和夫，“中国人战争受害要求索赔律师团”事务局局长南典男律师于2004年9月19日在北京与笔者研究大江山和解方案时提供的信息资料。——笔者注

③ 受害者是在了解和解内容和认识和解利弊的基础上达成的和解；

④ 和解是在受害者理解和同意的前提下达成的。

对于上述第一点，有必要做背景介绍。花冈和解是以建立基金的方式，“受益”对象虽然涉及花冈事件的所有中国受害者(986 人)，可是该和解自称“上诉人以及其他受难者及其遗属承认：有关花冈事件的所有悬而未决问题已经全部解决，包括放弃今后在日本国内以及其他国家和地区的一切请求权。”不仅如此，花冈和解还规定：“利害关系人及上诉人等保证，今后上诉人(11 人)等以外的人向被告人要求补偿等情况发生时……利害关系人(中国红十字会)及上诉人有责任进行解决，承诺不给被告造成任何负担。”因此，花冈诉讼的 11 名上诉人以外的受害者的诉权被“花冈和解”无端地剥夺了。而大江山和解是在上诉人和被告企业之间展开的，该和解并不限制其他受害者的诉权。尽管“被上诉人公司期望以和解的方式全面解决被上诉人公司曾有的强制劳动问题，致使今后不会引起同类纠纷”，但是，这项说明并不能限制其他同类受害者的诉权。

(3) 尊重受害人的选择，和解不具有指导意义①

从法律上来说，这项和解并没有侵犯到其他受害者的权益，而且当事人有权处分自己的权利，因此，人们也应当尊重当事人作出和解的选择。不过，这种和解并没有达成受害者最初的谢罪、赔偿和立碑的要求和目标。因为，和解中被告企业不仅没有承认事实和谢罪，甚至连道义上的反省都没有表示，因此，这种和解不应当成为今后中国受害劳工对日索偿所追求的模式。

虽然根据“和解金”可以推理出被告以这样的方式来承担或是法律的或是道义的责任，但是，鉴于被告企业在和解协议书中缺乏最起码的反省，想必，中国人民不会就此原谅这一被告企业。

日本的“中国人战争受害要求索赔律师团”律师们代理此案受害者进行诉讼已逾 6 年。在日本律师竭尽全力地与被告进行斗争中，一

① 管建强：《对日民间索赔：和解不能替代道歉》，载《中国青年报》，2004 年 9 月 30 日。

审法院虽然以种种借口驳回原告的诉求，但是，法院不得不认定被告的侵权行为和违法性。在一审法院判定事实的基础上，考虑到受害者年事已高，故达成此和解。虽然这次和解的结果并不理想，但这也是满足受害者最低限度要求的途径。同时，受害者对于被告日本政府的诉讼依然继续进行。

这些代理中国民间战争受害者进行诉讼的日本律师，他们对于受害者的帮助是真诚的。长期以来，他们为了替受害者伸张正义、追究加害者的法律责任，进行了大量细致的调研，其付出是难以用金钱衡量的。他们的行为对于推动日本社会反省战争责任，促进中日两国人民之间的和平友好起着积极的作用。

由于日本加害方面对于战争责任缺乏真诚的反省，因此，今后对日民间索偿斗争的道路依然十分艰难。从对日民间索赔的大局来说，中国人民应当认识到，中国民间战争受害者的对日民间索偿的过程，其意义并不亚于结果，如果接受缺乏彰显公平正义的和解，反而会丧失主动性。虽然坚持诉讼、上诉或上告会面临被法院驳回的风险，但是，一旦日本法院作出显失公平的判决，受到国际社会谴责的必然是日本政府和加害企业。被告将永远背负着沉重的历史罪恶的包袱。

要求日本政府和加害企业向中国民间战争受害者真诚反省和谢罪是中国民间对日索偿的主要斗争目标。惟有如此，才能达成维护和尊重受害者人权的目的，才能创造出中日两国人民和平友好的基础。

第二节

“慰安妇”诉讼

1990年初春，洛杉矶的KDED电视台播出一档“战争时的世界”的节目，期间，一名在美国发了财的日本人竟然忘乎所以地宣称，在太平洋战争初期，日本人之所以会胜利，是因为有韩国“慰安妇”照顾着日本士兵。此言一出，大大伤害了韩国人的民族感情，尤其是那些幸

存的“慰安妇”们，她们隐忍多年的伤口于是迸裂，愤怒的情绪如火山爆发。是年5月18日，韩国妇女团体联合发表声明：必须彻底揭露战时日本法西斯强征“慰安妇”的滔天罪行。6月6日，面对韩国各界的同声谴责，日本政府发言人却宣称，从军“慰安妇”是“为民间业主带去各地的”，没有任何官方文件足以证明此事与政府和军队有关。这一敷衍态度激起了韩国妇女的更大的抗议。同年11月6日，以韩国梨花大学教授尹贞玉为首的“韩国挺身队问题对策协会”正式成立，她们表明要发动民众与之长期斗争。1991年8月14日，金学顺老人第一个勇敢地站出来作证：“我就是一名被日军强制卖春的‘慰安妇’”。1923年，金学顺出生在中国吉林省，1939年她才16岁，当她和养父正在北平的一家餐厅吃饭时，被日军强行抓走，用卡车载往哈尔滨北部的日军基地铁壁镇，开始沦为“慰安妇”。1991年12月6日金学顺老人与那些同受苦难的老姐妹们状告日本政府，要求承认战争罪行并给予原告受害者每人赔偿2 000万日元。这是世界上第一个向东京地方法院起诉日本国并就日本国强征“慰安妇”罪行作证的受害妇女。

1992年初，日本社会党众议院议员尹东秀子，通过内阁外政审议室，在日本防卫厅防卫研究室图书馆找到了日本当局在战时的3份秘密文件，证实日军曾在中国台湾招募“慰安妇”的事实，此后又经不懈的努力，共找到47件关于日本政府和军队在战时征集“慰安妇”的档案资料，其中有《关于军队慰安所从军妇的募集》、《关于军人对居民行为注意事项通知》和《关于大东亚战争中有关将校的性病处置》等军部文件。在尹东秀子向媒体披露后，1992年2月6日，日本《每日新闻》即对此事作了专题报道。她指出：“太平洋战争时日军征召‘慰安妇’甚多，并不只是朝鲜、(中国——笔者注)台湾和中国大陆而已，还有东南亚等地。”这些过去从未公开过的历史档案向全世界表明，在第二次世界大战中，日军曾大规模地掳掠中国、朝鲜等国女子充当随军“慰安妇”，充当日军泄欲的性奴隶。于是，亚洲各国彻底清算日本战争罪行旧账的呼声日益强烈。

在中国，1992年初，中国驻日本国大使杨振亚明确指出：“让妇女充当‘慰安妇’是当年日本军国主义者在亚洲犯下的可耻罪行之一，有

报道说，在中国妇女中也有受害者，我希望进一步查明事实真相，我们在注视这个问题。”①

是年7月4日，日本驻华大使向中国方面通报了有关“慰安妇”问题的初步调查结果，显然，日本政府参与了“慰安妇”征召与管理。中国外交部立即表明了立场：“（关于“慰安妇”的问题）无论今后日本采取什么措施，希望日本把中国与韩国同样对待。”该月7日，中国的4名在战时被迫充当“慰安妇”的老太太和另外3名“慰安妇”的遗属一起，打破了47年的沉默，通过一个民间组织，向日本驻中国大使馆递交了一份请愿书，要求日本政府对此道歉并赔偿每人5万至12万美元。这是中国人首次就“慰安妇”问题提出战争索偿的要求。②

1995年8月7日，被日本军强掳为“慰安妇”的李秀梅等4名中国山西省的受害妇女向东京地方法院起诉了日本国政府，她们要求日本政府谢罪，并赔偿原告每人2 300万日元。在1942年至1944年期间，驻扎在中国山西省盂县的日本军将她们强掳到驻地，长期监禁，进行轮奸，当时4名女性中年纪最小的才15岁，最大不过21岁。③日本律师界通常称这次诉讼为：中国山西省性暴力被害赔偿请求诉讼（第一批诉讼）。被称之为山西省“慰安妇”第二批诉讼的是1996年2月23日的诉讼，原告为郭喜翠和侯巧莲，侯巧莲在提诉后因病去世，该诉讼由其遗属继承。她们要求日本政府谢罪，并赔偿原告每人2 000万日元④。而日本律师界称这次诉讼为：中国山西省性暴力被害赔偿请求诉讼（第二批诉讼）。1998年10月30日，又有一批山西省性暴力受害者“慰安妇”向东京地方法院起诉了日本政府，这次原告（10人中被害人9人，遗属1人。）她们的诉求也是要求日本政府谢罪，并赔偿原告每人2 000万日元。

与此同时，中国台湾的日军性暴力受害者也向日本方面提起诉讼，在台湾妇女救援基金会的工作下，1999年7月以“阿珠”老人为首

---

① 《参考消息》，1992年2月25日报道。

② 苏智良著：《“慰安妇”研究》，上海书店出版社，1999年出版，第8页。

③ 《读卖新闻》，2001年5月31日朝刊报道。

④ 《每日新闻》，2002年3月30日朝刊报道。

的9名原日军“慰安妇”向东京地方法院状告日本政府，要求公开谢罪并向原告每人赔偿1 000万日元。可是，日本法院在2002年10月15日的一审判决、2004年2月9日的二审判决和2005年2月25日的终审判决中均驳回了原告的诉求。①

海南岛地处中国的最南端，拥有丰富的矿物资源，战时海南岛北部为日军陆军（饭田支队）所占领，南部以及大半个海南岛为日军海军第5舰队所占领。日军在海南岛不仅实施了“三光”政策，而且设置慰安所并强掳、强制当地妇女成为性暴力的侵害对象。2001年7月16日，当初曾受性奴役的海南岛的8位中国少数民族妇女向东京地方法院提起诉讼，要求日本政府赔偿8位妇女共计2 400万日元（合20万美元），并作出正式道歉。②

2001年5月30日，日本东京地方法院驳回了中国“慰安妇”诉求。此次被驳回的是第一批起诉的4人，她们均是山西省盂县农民。此案件审理近6年，东京地方法院作出判决声称“诉状所根据的条约并没有将国际法上的损害赔偿请求权提供给个人”，也就是说，判决认定4名原告没有请求赔偿权，并据此驳回起诉。

此案经过多次开庭，其中的3名妇女还亲自赴日本在法庭上陈述事实，律师团也提交了大量的证据。但是判决时，法官却不对事实进行任何评判，这显然是为了回避对日本军队野蛮行径是否违法进行判断。而且，本案的判决也是对国际法的曲解。

山西省性暴力受害者的第一批诉讼，继2001年5月30日被东京地方法院驳回后，又于2004年12月15日被东京高等法院驳回。此案已经进入上告阶段。山西省性暴力受害者的第二批诉讼，于2002年3月29日被东京地方法院驳回，并于2005年3月18日被东京高等法院驳回。③此案件原告也已经提起上告。同样，关于另一批山西省性暴力受害者的诉讼，日本东京地方法院于2003年4月24日对于

---

① 【登载判例集】第一审（东京地裁2002.10.15）判例タイムズ1162号；《日本共同社》，2005年2月25日报道。

② 日本《每日新闻》，2001年7月16日（夕刊）报道。

③ 日本《朝日新闻》，2005年3月18日夕刊报道。

受害事实予以认定的同时也驳回性暴力受害者的诉求，不过，法官在判决书中寄语日本国通过立法和行政的方式解决这类战后遗留问题。①可是，时至2005年3月31日，东京高等法院也驳回了受害人的上诉。受害人已经提出上告。

中国台湾省性暴力受害者的诉求被东京地方法院于2002年10月15日驳回，并于2004年2月9日被东京高等法院驳回上诉。至2005年2月25日，该受害人的上告也被日本国最高法院驳回。至今尚未作出一审判决的是海南岛8名受害者于2001年7月16日的起诉案。

至2005年4月为止，“慰安妇”受害者起诉日本国的案件共有10起。其中不同国家和地区的受害者提起的诉讼中，韩国有4起，菲律宾有1起，中国台湾有1起，中国大陆有4起。综观亚洲各国性暴力受害者起诉日本政府的案件，至今为止，日本法院的判决全部驳回了受害人的诉求。韩国受害者的4例诉讼案的判决中，其中3起诉讼案件分别已经经过三审的审判，均被驳回诉求。其司法救济途径已经用尽。中国台湾和菲律宾受害者的诉讼案则已经被一审、二审和三审连续驳回。②中国大陆的3起诉讼案件也已经进入了最后关键的终审阶段。

在中国“慰安妇”性暴力受害者起诉日本国的同时，1996年4月10日，在联合国人权委员会关于“慰安妇”问题会议上，中国政府代表团的副代表张义山首次对日本“慰安妇”问题发表意见，指出：“日本政府必须面对历史和现实，他们有责任对这一问题进行切实的解决。”③

一、山西省“慰安妇”的对日诉讼

中国山西省第一批和第二批“慰安妇”以及另一批山西省性暴力受害者的诉讼均被东京地方法院和东京高等法院所驳回。这些性暴力受害者所请求的法律依据是：1.海牙陆战条约、强制劳动条约、禁止

① 【登载判例集】第一审（东京地裁平15.-4.24）判例时报1823号、判例タイムズ1127号、讼务月报50卷5号。

② 日本《朝日新闻》，2003年12月26日朝刊报道。

③ 《中国政府首次言及“慰安妇”问题》，载《朝日新闻》，1996年4月11日。

妇女卖春条约等国际法；2. 中国民法；3. 日本法；4. 以日本国立法不作为为根据，要求法庭否定被告日本政府的辩解主张。

关于中国山西省第一批和第二批“慰安妇”的诉讼，东京地方法院的两次判决分别于 2001 年 5 月 30 日（针对第一批诉讼）和 2002 年 3 月 29 日（针对第二批诉讼）作出。这两个判决均驳回了原告的请求，而且驳回请求的理由都基本上相同。针对原告的请求依据两次判决驳回的理由概要如下①：

1. 关于海牙陆战条约，判决认为：“条约以及其他的国际法，原本是规定国家与国家之间的权利义务，就条约而言，其缔约国和其他的缔约国享有条约规定的权利和负有条约规定的义务。……因此，条约为了保护个人的权利利益所设置的规定，并非当然地赋予个人针对缔约国享有请求权”（关于第二批诉讼的判决）。“从海牙陆战条约第 3 条的用语、宗旨、目的以及条约作成后的国家实例来看，无法解释为已经承认了个人的损害赔偿请求权。因此，依据原告依据海牙陆战条约第 3 条的请求是没有理由的。”另外，关于其他的强制劳动条约和禁止妇女卖春条约的问题上，判决认定：“因为任何个人对国家的损害赔偿请求权均没有被承认，所以，原告以这些条约为依据的请求是没有理由的（关于第二批诉讼的判决）。”由此，判决驳回了原告的这一请求依据。

关于依据中国民法的问题。法庭认为：“因为公权力行使的原因所产生的损害赔偿请求的责任问题，虽然公权力的行使的适当与否是重要的争议之一，可是，由于作为公权力行使的这样那样的依据当然是依据我国的法律为基础的，由此，其公权力行使的适当与否，若依据外国法来判断的话是不相称的（关于第二批诉讼的判决）。”由此，原告的这一请求依据被驳回。

关于依据日本法的问题。法庭认为：“在国家赔偿法实施之前，国家即使由于违法的公权力的行使导致对他人的损害，可是作为损害赔偿的法律根据并不存在，所以被解释为国家不负损害赔偿的责任（所

① 水岛朝穗编著：《作为未来创造的“战后补偿”》，现代人文社，2003 年出版，第 34～36 页。

谓的“国家无答责”的法理)(关于第二批诉讼的判决)。”“在大日本帝国宪法下的我国,为认定对于权力作用赔偿责任的特别的依据规定是没有的,鉴于以民法适用方面从未实施过的实体法上的理由为基础,该行为只要是权力作用的情况下,被害者无论是日本人还是外国人,也不论行为地是日本国还是在外国,也不论违法性的程度如何,损害赔偿请求权理所当然不能享有,所以,原告上诉的主张无法采用(关于第一批诉讼的判决)。”判决以“国家无答责”为理由驳回了原告的这一请求依据。

以日本立法不作为为根据,原告要求法庭否定被告日本政府的辩解主张。法庭认为:“日本国宪法前文宣示了宪法基本原理,从该前文自身对于战争被害赔偿的问题无法解释其产生具有再磋商的立法义务。宪法第9条规定了放弃国家的战争权,军备以及交战权的否定,可是从该条的理念,即和平主义和国际协作来看,并没有直接地导致国会对原告那样的战争被害者应当负有赔偿和补偿的义务。”判决以此为理由驳回了针对立法不作为的原告的请求。

在上述“慰安妇”诉讼的一审判决中,日本法院对于原告的主张一个都没有予以认可。第一次和第二次诉讼的原告均已提出上诉。由此可见,与强制劳工诉讼案的部分判决相比较,在“慰安妇”诉讼的问题上,日本政府和法院的态度十分顽固和强硬。

另一起中国山西省女性性暴力诉讼案件,东京地方法院于2003年4月24日作出判决。判决对于10名原告的受害事实大体上认定,不过,判决书没有认定国家在法律上的责任,强调“通过法律适用的司法救济是不得不否定的”,并认为:“通过立法和行政的解决途径是十分可能的。”判决的附言指出:期盼司法解决以外的其他解决问题的途径向受害者“慰谢”。①

2004年12月15日,东京高等法院对中国“慰安妇”第一批诉讼案作出二审判决,驳回了上诉人的诉求,而原告则提出上告。虽然该

① 【登载判例集】第一审(东京地裁平15.4.24)判例时报1823号、判例タイムズ1127号、讼务月报50卷5号。

案的一审判决中法院未对原“慰安妇”的受害事实作出认定，但在该案的二审中，关于战争期间旧日军曾在中国建立“从军慰安所”，当时年龄在15—20岁不等的原告4人遭旧日军强掳和监禁并受到6天至5个月不等的连日施暴行为，二审的判决认定了这一事实。

然而，二审判决认定：在旧宪法下，国家行为应当适用“国家无答责”是不被追究赔偿责任的，“日本军的侵权行为不能成立”。此外，即便旧日军行为构成违法行为，接下来经过20年诉讼请求权自动归于消灭这一“诉讼时效”问题也将成为讨论的焦点。虽然判决也认为：“鉴于极其深刻的受害烙印至今仍在不断伤害着4位老人，应该承认免去(旧日军)责任是有违正义、公平的理念”，但最后仍得出结论：“自战争结束起的20年诉讼时效已经结束”。此外，对于日本政府提出的“根据《日中联合声明》个人的赔偿请求权已被放弃”这一主张，法院也予以驳回。①

2005年3月18日，东京高等法院对中国“慰安妇”第二批诉讼案作出二审判决，驳回了上诉人的诉求，而原告也提出上告。

有关二审判决理由，审判长表示：“士兵们为了满足欲望实施残暴行为，给原告的身体和精神造成了严重的伤害”，由此承认了被告的损害赔偿义务，但审判长同时指出：“根据《日华和约》(1952年)中方放弃了索赔权，而且非法行为过去20年后，索赔权消灭的除斥期间已过。”在战后索偿相关诉讼判决中，根据《日华和约》认为索赔权归于消灭的司法判断尚属首次。

2005年3月31日东京高等法院驳回了中国山西省性暴力受害者10名原告的上诉。判决承认有许多当时十几岁至二十几岁的女性遭到日军士兵强暴的事实，同时也引用了一审判决中关于“通过立法和行政的解决途径是十分可能的，期盼司法解决以外的其他解决问题的途径向受害者慰谢”。可是关于赔偿责任，判决仍坚持旧宪法下，国家行为适用“国家无答责”原则而驳回了受害人的诉求。原告方面以国际法、中国和日本的法律为基础要求损害赔偿，同时也强调日本政

① 《中国原“慰安妇”二审再度败诉》，《日本共同社》，2004年12月15日报道。

府和国会懈怠了赔偿的立法和行政措施。可是这些主张均未获得二审法院的认可。①

二、亚洲妇女和平基金会的问题

如前所述，日本政府最初对“慰安妇”问题采取“不承认主义”，但到了20世纪90年代中期，面对大量受害者的铁一般证言，又想避重就轻地解决这一战争遗留问题。村山富市担任日本首相后，建议设立一个名为“亚洲妇女和平基金会”，简称“亚洲妇女基金会”。日本政界企图通过民间筹款解决原“慰安妇”的赔偿问题，而政府只提供后勤支援和支付操作费用。1995年7月19日，“亚洲妇女基金会”在东京港区赤坂成立。同年12月8日，政府确认财团法人“亚洲妇女基金会”的资格，决定由总理府和外务省共同管理。

基金会从日本投降纪念日1995年8月15日起公开向日本各界募捐，目标是10亿日元。政府支付了部分基金，然后基金会向国民募捐。尽管村山富市首相带头捐献了100万日元，但是，民间筹款却举步维艰，到1996年夏，全国只有2万人捐献，仅勉强筹集到3.26亿日元。到1997年3月止，共募集了4.75亿日元。基金会计划首先向来自韩国、中国台湾、菲律宾的300名妇女作出赔偿，原定每人赔偿2.8万美元，但由于基金的不足，每人只能获得赔偿1.9万美元。②

对于“亚洲妇女基金会”的民间活动，亚洲舆论认为，这是日本政府为回避对过去的行为负法律责任的权宜之计，因而对其采取批评的态度，各地的原“慰安妇”团体也都对基金会的活动予以拒绝，表现了高度的正义感。如近年在中国台湾已经登记的原“慰安妇”共60多人，后又有不少人去世，1996年仅剩33位，1996年，基金会派人到台联系，并准备向每人发放新台币52万元的“人道慰问金”。这些历经磨难和创伤的老人认为，她们要的是公道，而不是民间募集的怜悯慰问金。③

---

① 日本《中日新闻》，2005年4月1日朝刊报道。

② 苏智良著：《“慰安妇”研究》，上海书店出版社，1999年出版，第379页。

③ 梁玉芳：《台湾33名“慰安妇”均表拒领》，载台湾《联合报》，1996年6月6日。

三、联合国对“慰安妇”问题的调查

“慰安妇”问题提出后，应韩国等国家的要求，联合国人权委员会对日本战时招募从军“慰安妇”的问题进行了全面调查，并责成特别报告官、斯里兰卡的女法律专家拉蒂卡·科马拉斯瓦密（Radhika Coomaraswamy）起草报告。于是，联合国代表团于1995年7月18日至22日访问了韩国，7月22日至27日访问了日本，与政府代表和非政府代表举行座谈，并对一些原“慰安妇”进行了调查。朝鲜民主主义人民共和国也提供了书面材料。

1996年2月，科马拉斯瓦密完成了名为《对女性施暴的报告书》，4月9日，联合国人权委员会一致通过了该项报告。报告书首先指出：日军在第二次世界大战中强制把朝鲜半岛等地的妇女抓去充当从军“慰安妇”，无疑是把她们当作“性奴隶”，而且把这种“性奴隶”移送他国，是“非人道行为”，因此，“把女性及少女诱拐为‘慰安妇’，并对她们进行有组织的强奸，显然是施于一般市民的非人道的行为，是对人类的一种犯罪行为。”报告书劝告日本政府以国家立场向前日军“慰安妇”进行谢罪和赔偿，并对加害者加以惩罚。报告书还向日本政府提出以下六点忠告：一、日本帝国陆军创立的慰安所制度违反国际法，政府应当承认其法律责任；二、日本应对被抓去充当性奴隶的受害者进行个人赔偿；三、公开所有有关慰安所及关联活动资料；四、对每位受害的妇女进行书面上的谢罪；五、在教育场所中，加深日本人对这个问题的理解；六、尽可能追究及处罚募集“慰安妇”和设立慰安所的责任人。①

对于联合国的报告，亚洲各国纷纷发表意见，要求日本政府了结这一历史陈案，中国、朝鲜和韩国等则劝告日本政府“应马上接受报告书中提出的劝告”。1996年3月，国际劳工组织也发表了一份声明，指出“慰安妇”制度违反该组织第29号条约，因此，希望日本政府真诚关注国际机构的见解，以国际立场负起国际责任。

---

① 苏智良著：《“慰安妇”研究》，上海书店出版社，1999年出版，第381页。

可是，日本政府却继续置国际舆论于不顾，公然抗拒各国的批评。甚至日本政府对联合国的调查书还绞尽脑汁地进行抨击、抵赖并提出反驳。

四、侵害女性国际战犯法庭

面对日本政府顽固的立场，日本社会的一些市民团体与亚洲受害各国联合举办了声势浩大的“世纪末大审判”。由“战争与对女性暴力”对策问题日本连线、韩国挺身队对策协议会、朝鲜“从军慰安妇”太平洋战争补偿对策委员会、中国上海“慰安妇”研究中心、中国台北市妇女救援社会福利事业基金会、菲律宾女性人权亚洲中心、印度尼西亚正义与民主主义女性联合等民间团体，在2000年12月8日至12日在日本东京九段会馆成功地举办了对日本军性奴隶制进行审判的“侵害女性国际战犯法庭”。此次法庭，因系非政府民间组织主办，故其判决并无法律上的强制力。有人称其为“模拟法庭”，但是它的权力渊源直接来自于受害国的人民，所以称其为“人民法庭”更为贴切。

此次法庭的法官阵容强大：麦克唐纳(Gabrielle Kirk McDonald，前南国际战犯法庭院长，美国人)、琴津(Christine Chinkin，伦敦大学国际法教授，英国人)、阿吉拜(Carmen Maria Argibay，法官，国际女性法律家联盟会长，阿根廷人)、穆通加(Willy Mutunga，肯尼亚人权委员会委员长，肯尼亚大学教授，肯尼亚人)。总检察长为：塞拉兹(Patricia Viseur-Sellers，前南、卢旺达国际战犯法庭性犯罪法律顾问)、道格波(Ustinia Dolgopol，辅林德思大学国际法副教授，澳大利亚人)。

出席这次“女性国际战犯法庭”的各国代表团的成员共计390名，受害者代表(原告)为64人出席这次开庭审判。中国代表团成员有28名，其中6名是受害人(原告)，她们是万爱花、袁竹林、杨明贞、何君子、郭喜翠、李秀梅；成行的检察官代表是：周洪钧(华东政法学院国际法教授)、苏智良(上海师范大学教授，上海“慰安妇”问题研究中心主任)、龚柏华(复旦大学国际法教授)、朱成山(南京侵华日军南京大屠杀遇难同胞纪念馆馆长)、康健(北京中元律师事务所主任)、陈祖梁

（云南保山地区行署离休干部，“慰安妇”研究中心特邀研究员）、管建强（华东政法学院国际法副教授）。

本次“国际法庭”的举办，引起了世界各国新闻媒体的关注。据统计，全世界共有143家新闻媒体、305名记者报名采访了此次法庭的审判活动。其中，日本当地新闻媒体为38家，参加的记者有105名，海外的新闻媒体为105家，参加采访的记者为200人，中国电视媒体记者有3家，它们是中央电视台、北京电视台和河北电视台。

与其他出席会议的代表团相比较，韩国代表团有220人，代表中国台湾地区的代表团成员也有63人，菲律宾有42人。

这次的法庭审理程序很严格，比如证人出庭作证，必须经过宣誓，在开庭之前法庭还向被告日本政府发出了传票。尽管日本政府没有答理，但是为了体现公正，法庭还是指派了日本的律师为日本政府做辩护，由他归纳迄今为止的日本政府的正式辩解。尽管该辩解表达了日本右翼学者否认“慰安妇”制度的国家性质，认为这是民间企业征集的民间经济活动，但是出庭作证的日本学者指出，战争期间，日本实行的国家统治经济，所有活动均为国家管理，根本不存在纯粹的民间企业。

12月12日上午，宣判会场转移到日本青年会馆举行，法庭回顾了三天审理的过程后认定，检察方面提出的证据是有效而且令人折服的，法庭认定当时作为日本陆海军最高责任者的裕仁天皇理所当然地应该知晓日军在南京做出的性犯罪。法庭宣布，鉴于战时日军的强奸以及性奴隶制度，裕仁天皇对于人道犯有罪行。[①]此时全场掌声雷动，经久不息。人们甚至激动地站了起来，因为这个判决弥补了前一次东京审判开脱裕仁天皇罪行的缺憾。

除了认定裕仁天皇有罪以外，法庭还初步地作出如下判决：1. 日本政府应全面、诚实地谢罪，请求受害者原谅并保证不再重犯；2. 日本政府应建立法律措施，向被害人进行赔偿，其金额以罪行的不同程度而确定；3. 日本政府应公布所有关于“慰安妇”的政府文件；4. 日本政府应动员人力进行全面调查；5. 日本政府应恢复“慰安妇”的尊严，在

① 内海爱子著：《从战后补偿考虑日本与亚洲》，山川出版社，2002年出版，第78页。

特定的地方建立慰灵碑；6. 日本政府应在非正式和正式的场合鼓励在教科书中载录“慰安妇”的历史事实，诚实地告诉青年一代并建立奖学金制度鼓励学者调查；7. 日本政府应采取措施保障妇女权益，反对不平等和防止性侵犯；8. 二战时同盟国方面应尽快公开有关书面记录，法庭将要求联合国劝告日本政府尽快对受害者进行赔偿。

法庭的审判活动业已告一段落。虽然女性国际战犯法庭的判决不具实质上的法律拘束力，但是作为“人民的法庭”，“正义的法庭”，其判决结果在国际上有着不可估量的影响力。它反映了国际社会的良知和道德，对国际反战运动、对恢复和提高妇女地位将产生深远的影响。在日本国文部省决定自 2001 年起取消在教科书中关于“慰安妇”历史记载之际，本次审判活动将进一步唤醒日本人民的良知，让日本的青年一代不忘记这段历史事实。尤其是该法庭首次宣判日本原天皇有罪，战时日本政府有罪，这凸显了正义的胜利，反映了正义的呼声。

“慰安妇”受害者的诉讼与其他战争受害者的诉讼相比较，日本法庭的判决中不仅回避这段历史事实，并且至今对这类诉讼案件的诉求全部予以驳回。因此，在“慰安妇”受害者的诉讼之路上，有着更为艰巨的困难和障碍有待逐一地攻克。

第三节

其他类别的受害者诉讼

一、731 部队活体试验、南京大屠杀和无差别轰炸的受害者诉讼

本案提起诉讼的是由三种不同受害类别的战争受害者联合起诉的。他们分别是，一、731 细菌战活体试验受害者二人（遗属）；二、南京大屠杀受害者；三、无差别轰炸受害者。

1932 年，“九一八”事变第二年，侵华日军在哈尔滨郊外的背阴河

村驱赶了当地的居民，并建立了日军第一个细菌研究机构，当时叫加茂部队。1934 年 9 月，16 名被关押在这里的中国俘虏，侥幸地逃离这里后，细菌武器研究所的内部机密，就被泄露出去。1936 年 8 月细菌研究所接到了天皇的命令，成为正式部队，命名为关东军防疫给水部队，这就是今天被世人共知的日军 731 部队，石井四郎是这支部队的创建者和第一任部队长。①

在这支部队里，日军所进行的实验可谓闻所未闻、无所不用其极。除了在人体上注射细菌，用来取得各种数据以外，还有一些难以想象的试验，比如从人身上抽取多少水分可以生存，将人置于低压下或真空里结果如何，把人血换成动物血会发生什么情况等等。

当时，日本侵略中国，中国各地出现了抵抗日本侵略者的运动，这些参加抗日抵抗运动的人和那些被怀疑从事抗日抵抗运动的人，被捕后由日本宪兵队秘密地押送到 731 部队细菌研究所。

原告敬兰芝的叔叔敬恩瑞和丈夫朱志盈，当年都是抗日情报站的地下工作者，这个情报站被日军破获后，敬恩瑞和朱志盈都被日军抓去，从此不知踪迹。直至 1951 年敬兰芝接到一封来自北京的信件后，才知道其亲人早已牺牲，成了 731 细菌战的试验材料。

另两名 731 细菌战活体实验的受害人是王耀轩和王东升，他们均是抗日情报站的地下成员，于 1943 年 6 月被日军宪兵逮捕，并于 1944 年 2 月送往 731 细菌部队。受害人家属于 1959 年从长春市公安局获知王耀轩和王东升被送往 731 细菌工场，遭受了人体实验而被杀害。王耀轩的子女王金淑、王国平、王亦兵、王桂兰、王渔佐及王玉孔和王东升的妹妹王慧敏作为原告起诉了日本政府。

李秀英是南京大屠杀受害的幸存者，1937 年 12 月 19 日，侵华日本兵在南京五台山一学校地下室企图强奸怀有身孕的李秀英，遭到她的反抗，三名日本兵用刺刀在李秀英面部、腹部、腿上留下 37 处刀伤。美国医生威尔逊和美国传教士麦卡伦、德国西门子（南京）公司经理拉贝和美国牧师马吉的日记、电影和照片中都有记录。

---

① 赵冬苓、李九红著：《未被审判》，中央编译出版社，2004 年出版，第 150 页。

原告高熊飞出生于1939年2月4日，在1943年11月4日中午，原告和其母亲在家正吃午饭，当时日军动用军用飞机16架对福建省永安市进行大规模的无差别轰炸，记投下的炸弹有200多发，其中一颗炸弹落入原告受害人家的院子，顿时原告本人和其母亲同时失去了右腕。原告受害时不满5周岁。

上述受害人以及家属于1995年8月7日向东京地方法院起诉日本国政府，7位受害的原告及家属均要求被告日本国谢罪并向各受害者赔偿2 000万日元。

1999年9月22日，日本东京地方法院对侵华战争的受害人提起的索偿诉讼作出了驳回诉讼请求的判决。

本案争议点：一、被告的加害行为是否存在以及历史背景与被害性质的认定；二、国际法上的战争行为导致个人的损害，受害人是否享有直接寻求损害赔偿的权利；三、被害者个人直接寻求损害赔偿的权利是否已经成为国际习惯法；四、关于本案受害人是否可以根据当时中华民国民法中关于侵权行为的赔偿责任作为法律依据；五、除斥期间是否应当适用。①

对于上述的争议各点，东京地方法院在判决中作了如下判定：

该判决的要旨书(以下简称要旨书)表明："本法庭就本案原告所指控的加害行为概要地予以认可……但是就原告们陈述的具体事实很难判别。"(要旨书第22页)"关于细菌研究部队为实战使用为目的大量生产细菌兵器并进行人体实验的问题，1945年8月日本战败之际，为了毁灭证据，研究所建筑物被爆破毁坏，虽然远东军事法庭没有对此进行审判，但是这些事项在苏联及中国的军事法庭曾被追及，因此，关于731细菌部队的存在以及人体实验等事项，没有怀疑的余地，本法庭认定其事实。"(要旨书第29页)"……由于我国的侵略行为造成了大多数中国人民的莫大的战争灾害，对此，我国完全应该向中国人民作出真诚的谢罪。"(要旨书第24页)要旨书在承认"尽管对日本在侵华战争期间给中国人民造成极度的损害这一历史事实及原告受

① 日本《每日新闻》，1999年9月23日东京朝刊报道。

到的悲惨遭遇”的同时，却认为“战争导致的个人损害应通过国家间的和平条约及其他外交手段来解决”，甚至说“和平条约缔结后被害人提起诉讼会扰乱由于和平条约确立的友好关系。为了避免两国回到战争状态，否定个人的诉讼权利是合乎理性的”（要旨书第 38 页）。该判决要旨书指出：“关于本案件中日本国、日本军、日本军人对中国国民进行的战争行为，军事行动以及由此而产生的个别事情中偶发的各种残虐行为、卑劣行为所导致的损害赔偿等问题，基本来说应当属于由战后国家间根据和平条约的缔结而处理的外交问题、政治问题而已。”（要旨书第 36 页）“……1972 年 9 月 29 日，日中两国政府发表了共同声明中‘日本方面痛感日本国过去由于战争给中国人民造成的重大损害的责任，表示深刻的反省’，‘中华人民共和国政府声明为了中日两国人民的友好，放弃对日本国的战争赔偿请求。’而原告方面认为上述的放弃并非指中国国民作为个人对日本国请求赔偿的权利。本法院认为尽管有此观点，但是该问题的解决完全应当通过国家间的外交途径，个人对我国直接的损害赔偿请求权是没有的。”（要旨书第 37 页）

在判决要旨书中，法官还作了这样的说明：“从传统古典的国际法来看，海牙陆战规则对于个人的损害赔偿以及个人直接向违反海牙陆战规则的行为者所属的交战当事国请求赔偿权是不具有的。仅仅是 80 至 90 年代之际，国际法学者们对该规则起草的详细过程进行研究，并作出了重新的认识，认为可以解释该规则赋予个人有直接向交战当事国起诉的权利。但是在实践中也仅仅是抵达到解释的程度而已，在欧美国家中，根据海牙陆战规则（条约）第三条而承认个人的起诉权的实例基本上是没有的。至于最近（1992）德国的波恩地方法院对于海牙陆战规则（条约）的起诉权解释为包括了个人的直接起诉权，但是具体的这类案件的审理还是适用了德国的国内法，而没有适用海牙陆战规则”（要旨书第 33 页）。日本法官们的本意是通过以上的说明和举例，强调在实践中同类情况下的德国也没有采纳国际法而是适用了国内法。而个人不能作为国际法的主体。

此外，判决要旨书还认为：“对于个人依据外国的私法就我国的国家损害赔偿主张权利，并没有被我国认可。上述战争引起的在外国对

他人造成的损害解释为属于外国私法上的侵权行为是不适当的(要旨书第35页)。至少是属于我国国家赔偿法实施之前的事项。根据这样的解释,在我国国家赔偿实施之前的'国家无答责'的法理、原则,无论结论是否属于国家赔偿法乃至本质上是公法或私法,都不受左右。"此项结论驳回了原告主张的依据中华民国民法的根据,并且法庭再次坚持了"国家无答责"的法理。①

2005年4月19日,东京高等法院对此案作出了二审判决,驳回了受害人的诉求。判决理由为:"国际法上,对于外国军队的加害行为,被害者个人不具有向外国提出损害赔偿的权利。"与一审判决相比较,二审判决完全回避了对事实的认定和关于日本政府责任的见解。判决还针对原告提出的"根据当时中华民国民法,其侵权行为应该赔偿"的主张,作出"对于遭到日本军损害的问题,不能适用中华民国民法"的判断。进而言之,即使可以适用该法的话,在旧宪法之下,国家行为也不负赔偿责任的"国家无答责"以及由于从加害行为起算为20年的请求权消灭的"除斥期间"的经过,所以,国家也没有赔偿责任。②

与上述案件相关的是李秀英南京大屠杀名誉毁损诉讼案。在李秀英诉讼后,日本作者松村俊夫在1998年出版的作品《"南京大屠杀"的大疑问》中称李的控诉与当时的记录不一致,从而断定她不是实际的受害者。李秀英随后以"损害名誉"为由向日本法院提出起诉,要求作者及出版社赔偿1 200万日元。

经过两年多的审理,东京地方法院于2002年5月10日对此案作出判决:被告向原告李秀英赔偿150万日元,但不支持在媒体上道歉。

一审判决后,被告向东京高等法院提出上诉。李秀英也以被告未登报公开道歉以及赔偿金太少为由,提出上诉。

2003年4月11日,南京大屠杀幸存者李秀英名誉损害案在东京高等法院二审判决胜诉(维持一审原判)。李秀英的胜诉是对日本右翼势力企图借此案诬称"南京大屠杀是谎言"的有力回击。此次判决

① 管建强:《从国际法看侵华战争的民间赔偿问题》,载《法学》杂志,2000年第3期。

② 《中国遗属二审败诉》,《东京新闻》,2005年4月19日报道。

和一审一样，金额是150万日元。[①]虽然这个金额对李秀英的名誉毁损来说很少，但最重要的是确定了判决胜诉的结果。

二、细菌战受害者诉讼案

使用细菌、生物武器和有毒化学武器是为国际公法所禁止的。在日军侵华期间，不仅对中国平民实施活体解剖而且对平民使用鼠疫、霍乱、炭疽等细菌武器进行攻击，致使成千上万的中国平民丧失生命以及留有终生的残疾。1945年8月15日，日本政府虽然宣布无条件投降，同时，日本侵略军却毁灭了731细菌战基地和资料。日本政府在战后也刻意隐瞒。由于731细菌战的头目石井四郎狡猾地以实验资料作为交换条件提供给美国，于是，远东军事法庭免除了对于细菌战犯的审判。这起严重的战争犯罪事实被掩盖了。直至1949年苏联在伯力对日军细菌战犯审判后将材料公布于世，国际社会才对731细菌战有了初步的了解。1989年7月，东京新宿区旧陆军军医学校校址地下挖出“人骨”，研究者认为是研究细菌武器的“遗物”。此事在日本国内引起轩然大波，纷纷要求政府说明真相。

1988年，解放军文艺出版社出版了《日本侵略军在中国的暴行》，书中记述了浙江崇山村受害的历史事实：“……731部队的派遣队和南京1644部队协同，在浙赣铁路沿线的金华、衢州、玉山一带进行了细菌战。崇山村受害非常大，380户人家的村子，因鼠疫死亡的村民达380人以上，约30户全家死绝。”1991年时任日本静冈市立长田南中学社会科教师森正孝[②]得知后，自费开始对浙江省细菌战受害情况

---

① 马莉英：《南京大屠杀幸存者李秀英案二审胜诉》，载《南京现代快报》，2003年4月11日。

② 森正孝：《日本细菌战在浙江危害深重——刻骨铭心的调查》，载《文化交流》杂志（浙江省），2001年第4期。森正孝1964年国立静冈大学毕业，现任日本静冈市立长田南中学社会科教师。1980年制作了描写日本向中国发动侵略战争的影片《侵略》系列片，在日本全国各地放映，观众达300万人。1991年开始对浙江省的细菌战受害情况进行调查；1996年成立“日军细菌战历史揭露会”；1997年帮助细菌战受害者向日本政府提出赔偿诉讼（资料来源：浙江日报，2000年10月12日，第9版）。补：森正孝先生现受静冈大学所聘，讲授和平学。——笔者注

的调查，并建立了“侵华日军细菌战危害调查会”。调查的结果仅仅浙江省因细菌战造成残疾的人数就有10万以上。另据中国对细菌战研究的郭成周先生等人1998年的统计报告，全国(20个省和自治区的63个地区)死于细菌战的人数为27万人。①

1994年崇山村代表吴利琴、王国强、王焕斌三人起草《中华人民共和国浙江省义乌市崇山村在日本国侵华战争中，日军在崇山村使用细菌武器和进行细菌人体实验所造成的损害要求日本国履行“受害赔偿”的联合诉状》，由崇山村一带1万多名村民具名，状告日本政府。同年10月8日该控诉状寄交至北京日本驻华大使馆。该《联合诉状》寄出后如同石沉大海，日本政府没有丝毫反应。

此后，曾东渡留学日本的王选女士积极地参与并推动了对细菌战受害情况的深入调查。1997年，崇山村村民联合各地遭受日军细菌战武器残害的民众代表，进行了跨国诉讼。由湖南常德30人，浙江宁波6人，衢州5人，江山6人，义乌绸城31人，崇山30人共108名诉讼代表，组成“侵华日军使用细菌武器中国民间受害诉讼代表团”，推选王选为总代表。在日本律师的帮助下，1997年8月8日，原告代表和日本律师向东京地方法院提交了诉状。1999年追加了72名原告，他们来自浙江义乌18人、衢州9人、宁波3人、江山9人、东阳2人，湖南常德31人。至此原告总人数为180人。

原告的诉求为：被告须对每位原告书面以及登报谢罪；要求判令被告对每位原告支付1 000万日元。

经过一审的27次开庭审理，历时5年，东京地方法院于2002年8月27日作出一审判决。围绕731细菌部队于第二次世界大战中在中国大陆实施的细菌战，东京地方法院驳回了中国原告们要求日本国政府进行赔偿的诉讼请求，但是在判决书中认定了日军在中国实施细菌战的事实。该判决书认定：“确实，细菌战带来了

① 森正孝：《日本细菌战在浙江危害深重——刻骨铭心的调查》，载《文化交流》杂志(浙江省)，2001年第4期。

巨大的伤害及悲惨的后果，不得不说旧日本军实施细菌战的行为是惨无人道的。”[①]这在日本司法判决上尚属首次。

判决在法律关系方面也有着积极的意义。关于日军于20世纪40年代在中国各地开展细菌战这一问题，判决书认为：日内瓦·瓦斯议定书以及通过该协议形成的国际惯例法……也同样适用于海牙陆战条约第3条为内容的国际惯例法的规定，由此产生了国家责任。因此，根据以海牙陆战条约第3条为内容的国际惯例法作为法律依据，判定日本政府负有国家责任。

判决书还指出：本法庭认为若以国内法及国内措施加以解决，是否采取某种措施，如果采取某种措施的话应采取何种措施，应由国会依据上述种种事实作出高层次的裁量。

因此，可以说本案判决不仅具有在事实认定方面的意义，而且法庭首次在明确指出日本国政府对细菌战负有国家责任的基础上，提示了将来对细菌战受害者实施某种立法补偿的必要性。

可是，在具体的几个法律争议的问题上，法庭却全面采纳了被告方所持的论点。主要反映在：一、法庭采用了“国家无答责”的法理，对国际法所规定的个人请求权加以否定，进而否定国际惯例法及条理。二、法庭判决强调国际法的“传统的思维”，认为国际法是国家之间的法，个人不是法律主体，受害者个人不能直接对加害国提出损害赔偿的请求。三、判决还提出了1972年的中日联合声明和1978年的中日和平友好条约中中国政府已经放弃战争赔偿请求，以此断定在国际法上本案被告日本政府的国家责任问题已得到了解决。

中国民间细菌战受害者在日本正直律师和正义人士的帮助下，在诉讼团团长王选的积极推动下，日本侵华日军所从事的违反国际法的事实和细菌战暴行已经公之于世。这至少在反对侵略战争，制止暴行和维护人权等方面有着积极的意义。目前本案已经进入二审阶段，激烈的正反双方的法律辩论正在展开，中日两国正直的人民也在期盼着东京高等法院能够作出公正的判决。

---

① 日本《朝日新闻》，2002年8月29日报道。

三、遗留生化毒气弹受害者的诉讼案

日军在侵华战争期间，公然违反《禁止战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》，以残酷和极不人道的化学武器在中国境内屠杀中国人民。1945年8月15日，日本天皇宣布无条件投降前后，日本政府为了隐瞒其丑恶的违反战争法和反人道罪的犯罪行为，唆使其化学部队在未作任何防护措施的情况下，将化学武器秘密地掩埋或抛弃于中国境内的土壤、河流、湖泊之中。战后，日本遗留化学武器伤害中国人民的事件屡屡发生，且日本遗弃化学武器在中国十几个省份的30余处地方被发现。据不完全统计，遗留化学武器数目在200万枚左右，中国各地的日本遗留化学武器受害者已经超过2 000多人，在中国东北地区危害尤为惨烈。日本遗留化学武器散布面积从北到南，遍布大半个中国，其数量之大，在受害国分布之广，在世界上都属罕见，遗留化学武器的现实危害性也是空前的。

不仅如此，由于日本政府的刻意隐瞒，其使用化学武器以及细菌武器的违反战争法和反人道罪的犯罪行为逃避了在远东军事法庭审判时本应受到的惩罚，更令世人不齿的是即使在中日两国缔结联合声明和条约之际，日本政府对明知必然会危害中国人民生命健康、财产和生态环境的遗留化学武器，始终隐瞒，没有做过任何积极的作为表示。其故意逃避法律责任和无意履行道义上的责任，昭然若揭。

侵华日军遗弃在中国各地的生物和化学武器炮弹大部分被埋在地下，锈蚀情况相当严重，随时都有泄漏或爆炸的危险。如果日本遗弃在中国的化学武器得不到尽快、全面、彻底的处理，将会有更多的中国人受到伤害。

中国政府在1990年同日本政府进行了严正交涉，要求日本政府承担一切责任，提出了解决日军遗弃毒气弹的要求。1992年2月，在日内瓦召开的军缩会议上，中国就日本的遗弃化学兵器的发现状况提出了以下的报告资料：现在为止被发现而未处理的化学炮弹约200万枚，大部分被掩埋在地下。中国方面进行废弃或暂时处理的化学炮弹

约 30 万发。被发现的而未作处理的化学剂约 100 吨。日本遗弃在中国的生化武器数量庞大，后患无穷。

1997 年，中日两国同时加入了《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》（以下简称《禁止化学武器公约》）。经过一系列艰苦的谈判，中日两国政府终于在 1999 年 7 月签署了《关于销毁中国境内日本遗弃化学武器的备忘录》。该备忘录确定了日本政府必须根据《禁止化学武器公约》的规定，为处理遗弃化学武器提供资金、技术、专家、设施以及其他资源。两国设立了“中日联合工作小组”，具体商讨销毁遗弃在中国的化学武器问题。根据有关规定，日本方面必须在 10 年之内彻底销毁遗弃在中国的化学武器，必要时，这一期限可以延续至 2012 年。从缔结《禁止化学武器公约》到现在，7 年的时间过去了，日本方面并没有真正努力地兑现自己的承诺。根据中国媒体的调查，迄今为止，日方所做的工作仅仅是与中方联合进行了 14 次调查，并在遗弃化学武器最为集中的吉林敦化哈尔巴岭修了一条路，真正的销毁工作基本上没有启动。与日方的动作迟缓相对应的是，日本遗弃的化学武器却不断出现在中国各地，对中国人民的生命安全形成了极大的威胁，也损害了中国人民的生活秩序。正是由于日本政府的拖延，其遗弃化学武器的潜在危害一步步变成了实实在在的伤害。

情况稍有变化的是，2003 年 8 月 4 日在中国黑龙江齐齐哈尔市内，由于日军遗弃的毒气弹泄漏事件导致 40 多位中国平民受害，其中一人救治无效死亡（“8·4 事件”受害者总人数已达 49 人，其中入院者 42 人）。[①]同年 9 月 2 日日本共同社报道：“日本政府于 9 月 2 日决定对于中国黑龙江省齐齐哈尔市发生的原日军遗留毒气泄漏事件，将支付‘慰问金’等约 1 亿日元。中方已要求日方对受害者作出赔偿，但是，日本官方的立场认为，由于两国恢复邦交时中国已放弃战争赔偿请求权，因此不答应赔偿要求。但由于这次事件中共有 40 多人受害并有 1 人死亡，考虑到事态严重，日方决定支付‘慰问金’等。”日本政

① 张瑾：《齐齐哈尔日军毒弹伤人事件》，载《燕赵都市报》，2003 年 8 月 18 日。

府极力回避“赔偿”二字，并以“由于中国政府已在1972年签署的日中联合声明中放弃了战争赔偿请求，因此不存在赔偿问题”为由予以拒绝。为此，激起了中国人民的极大的愤慨。

自齐齐哈尔“8·4事件”发生后，鉴于日本政府不诚恳的态度，中国国内民众和媒体反应激烈，强烈要求日本政府对此事件负责并进行赔偿。一些中国民间网站发起了“百万人网上签名”运动，①在一个月的时间中，获得100余万人的签名支持。除了民间反日情绪高涨以外，中国政府对日本的立场也出现了趋于强硬的迹象。

最终就“8·4事件”的解决方式上，日本政府提供了3亿日元。日本外务省事务次官(副部长)竹内行夫在2003年10月20日傍晚的记者会上，就日本将就“8·4事件”支付3亿日元一事说道：“和中国方面达成一致，这笔钱作为‘遗弃化学武器处理事业所需费用’支付。不是支付给受害者个人的补偿或者代替措施”，再次强调此次的支付不是战后赔偿。竹内指出：“两国都很清楚，在1972年日中共同声明签署以后(中国方面的赔偿请求权)已经不存在。”②面对日本政府拒绝向受害人道歉，刻意歪曲中日联合声明中中方放弃的对日赔偿权限的范围，进一步激起了“8·4事件”受害者的愤怒。2004年3月6日，“8·4事件”受害者成立了“诉讼原告团联谊会”，着手进行诉讼。既然日本政府声称这笔钱不是赔偿金，那么受害人依然享有追诉日本政府的法律责任，并要求日本政府谢罪。

在另一方面，日本东京地方法院对于早在1996年时就起诉日本政府的黑龙江毒气弹泄漏、爆炸的13名受害者于2003年9月29日作出的一审判决中判定中国受害者原告胜诉，判决被告日本国对7名中国受害者原告分别支付200万日元；对3名受害者原告分别支付

---

① 由中国918爱国网，爱国者同盟网，时事与国际法网，中国鹰盟网，918战争网，搜狐网发起的《声援侵华日军化学武器受害者，网站联合声明和网络签名行动》，签名活动的发起声明由笔者主笔的两篇声明构成：《要求日本政府赔偿毒气弹中国民间受害者并彻底清除毒气弹的联合声明》、《决不允许日本政府企图逃避法律责任》。自2003年8月15日至2003年9月15日为止，一共有12 518个网站响应，网友签名达到1 119 248人，网站声援的有12 518个。——笔者注

② 《日本共同社》，2003年10月21日报道。

1 000万日元;对另 3 名原告分别支付 666 万日元;诉讼费由日本国政府负担。这一判决实质上是在日本国司法机构中首次认定日本国就生化毒气弹的战争遗留问题负有法律赔偿责任。①然而,对于另一起同样类型的生化武器受害者的起诉,日本国东京地方法院在 2003 年 5 月 15 日作出的判决是驳回原告的起诉。对这两起同类的法律事实,日本法院最终以不同的法律依据和法理解释作出了截然不同的判决结果。也许"9·29"的判决结果多少标志着日本司法的独立和进步,然而不可否认的是,这一结果与中国政府就"8·4"毒气泄漏事故后对日本政府的强硬立场、中国民间反日情绪的高涨和国际舆论的高度重视不无一定关联。

尽管如此,日本政府就日本东京地方法院"9·29"的判决,最终作出了上诉。由此,也可以说迄今为止中国民间对日本国索偿的案子尚未有最终胜诉的案例。中国民间战争受害者未能在日本法院获得公平公正的司法救济,也给中日两国人民友好关系的发展造成了负面的障碍和影响。

第一次毒气弹受害者诉讼案:1996 年 12 月 9 日,毒气弹受害者以及遗属孙景霞等 13 人分别要求被告日本国赔偿 2 000 万日元(其中 7 人要求)、1 000 万日元(其中 3 人要求)、666 万日元(其中 3 人要求)不等。上述原告分别于 1974 年,1982 年,1995 年在中国东北地区由于日军遗弃的毒气兵器和炮弹的事故发生导致死亡和伤害。

2003 年 9 月 29 日东京地方法院民事第 35 部作出判决,全面支持原告赔偿诉求,判令被告日本国向原告作出赔偿。但驳回了原告要求日本国谢罪赔偿的诉讼请求。

第二次毒气弹受害者诉讼案:1997 年 10 月 16 日毒气弹受害者及遗属崔英勋等 5 人向东京地方法院起诉了日本国,要求日本国向受害者谢罪,并附带民事赔偿总额为 8 000 万日元。上述原告分别于

---

① 此前刘连仁诉讼案,原告虽然胜诉,可是判决书中回避了日本政府强制中国劳工的法律责任,胜诉的理由只是认定日本政府在战后未有尽到对原告的保护义务。另,2002 年 4 月 26 日日本福冈地方法院就中国劳工诉三井矿山会社和日本政府的一案,认定中国劳工对三井会社享有诉权并判决原告胜诉,但是驳回了原告对日本国的起诉。——笔者注

1950年,1976年,1980年和1987年在中国东北地区由于日军遗弃的毒气兵器和炮弹的事故发生导致死亡和伤害。

2003年5月15日,东京地方法院民事第49部作出判决驳回了原告的诉讼请求。

就同样的受害事实,在同一个法院中竟有如此天壤之别的判决,为此,就上述两个判决的有关问题作一个比较:

"5·15判决"和"9·29判决"分别认定了原告所主张的受害事实。"5·15判决"认定的事实主要是被害人受害时的状况、症状和治疗病历。而"9·29判决"在认定上述事实的基础上还就被害导致了受害人的经济负担(医疗费用、丧失工作的能力和机会等)和精神上的伤害给予了判定。

在避免危害结果发生的可能性方面,"5·15判决"认为中国境内的遗弃毒气弹不属于日本国主权管辖的范围。在1990年(平成2年)中国政府向日本政府要求处理遗弃毒气弹,期间,日本政府虽然认识到毒气兵器的危害性,可是对照中国政府的要求,日本国单方面采取回收活动是非常困难的。如果委托中国政府回收、保管遗弃毒气兵器的话,中国政府是否接受委托的决定权是在中国方面。另外,要实际上回收毒气兵器避免危害结果的发生,其前提是必须对毒气兵器具体遗留的所在地有所把握。可是无法认定日本国在事发前为止对具体的特定的场所已经有所把握。因此,避免危害结果发生的可能性是不存在的。

"9·29判决"认为,对于终战时的日本军部队的配备以及毒气武器的配备状态,弹药仓库的场所,毒气兵器和炮弹的遗弃状况,各种兵器的特征和处理方法,作为日本国政府可以在尽可能收集的基础上向中国政府就遗弃毒气兵器的调查和回收提出告知的可能性是存在的,或者至少对于被遗弃的毒气兵器和炮弹存在之可能性很高的场所,实际配备兵器的形状和性质以及处理方法等情报向中国政府提供并委托中国政府采取措施以防止危害发生的可能性是存在的。

在请求权放弃的问题上,"5·15判决"认为,毒气兵器是战时的延迟的攻击和防御的问题,因为中日联合声明,中国政府已经放弃了

对日本的战争赔偿要求，所以驳回原告的诉求。“9·29判决”认为，作为本案的问题是发生在中日联合声明以后至各种各样危害发生时为止的持续的日本政府不作为的问题。这不是战争进行中的行动，所请求权没有被放弃。本案件的遗弃行为无法证明是“战争的进行中”所实施的行动，所以驳回被告的“请求权放弃”的主张。尽管“9·29判决”对于中日联合声明的解释也有片面之处，不过，就支持本案原告获胜这一点而言，是有着积极意义的。

日本政府已经回收了遗留在中国的36 000枚毒气弹和炮弹，但仍然有70多万枚炮弹需要挖掘和处理，有些具体的埋藏地点也不十分清楚。这对当地居民的人身安全构成极大威胁。据不完全统计，已经有2 000多人受到不同程度的侵害，许多人在忍受着疾病的折磨。

第三章

战争权限制及区分国家赔偿权与个人索赔权

第一节

国际法限制战争权的沿革

从一般社会学角度而言，战争是人类社会发展到一定阶段才产生的，用以解决不同利益集团（氏族、部落、阶级、阶层、民族、国家乃至国家集团）间矛盾的有组织的暴力斗争。作为一种古老的历史现象，它是原始社会末期不同利益共同体之间交往扩大所导致的利益矛盾激化的产物。

随着人类社会的发展和主权国家的产生，以规范战争法规则为主要内容的近代国际法应运而生。近代国际法认可当时国家主权所行使的战争权的同时，也对国家行使战争权至少在手段、目的方面给予了一定程度限制。然而主权国家如果拥有绝对的战争自由权以扩大追求本国的极端利益，则势必危害整个国际社会的稳定秩序，为此，1899 年和 1907 年两次海牙国际会议提出和平解决国际争端。此后，人类第一个全球性的国际联盟组织在其盟约中进一步对国家的战争权在程序上进行了限制，强调和平解决国际争端。在这样的背景之下，1928 年的《巴黎非战公约》得到了当时国际社会绝大多数国家的赞同和确认。《巴黎非战公约》禁止缔约国以战争作为推行国家的政策，标志着国际法否认战争权是主权国家权利的历史开端。它实际上

宣布了在国际社会中除了自卫战争以外的所有战争都是非法战争，因而这是一个全面禁止战争的公约。①

第二次世界大战结束后，国际社会建立了新的国际秩序，除了国家的自卫战争，《联合国宪章》不仅禁止国家行使战争，而且还禁止行使武力和武力威胁。为了有效地遏止侵略战争，联合国安理会被赋予享有认定侵略行为是否构成以及行使集体防卫安全、对发动侵略国家进行制裁性质的军事行动的权限。

在战争法的发展进程中，逐渐形成了禁止以战争为手段解决国际争端或者发动侵略战争和追究发动战争国家的赔偿法律制度。限制战争，追究国家的战争责任是人类文明发展的必然结果。研究加害国对民间战争受害者的赔偿责任离不开对人类社会战争历史发展中的战争法规则的剖析和研究。

一、“正义”战争的盛衰

当今国际社会，禁止将战争作为推行国际政策的手段不仅早已经为国际法所确认，同时也已经成为国际社会的共识。然而这种思想观念并不是从古代就确立的。早在中世纪和近代国际法产生之初的欧洲，有相当长的阶段，战争并不是可以自由地实施的。行使、发动战争权必须有一定正当的原因和理由，当时发动战争是受到“正战论”的支配，即以神的意志为基础。例如，为实现正义而执行的战争和自卫战争才属于“正义的战争”(bellum justum)，除此以外的进攻性战争都是非正义的战争。

正义战争(just war)原本是一项基督教传统的自然法观念，亦即战争的进行必须是符合上帝的神圣旨意。由 4 世纪的奥古斯丁(St. Augustine)到 13 世纪的阿奎那(St. Thomas Aquinas)，皆认为正义战争必须是处罚从事侵权行为者，且必须有一个正当和正义的理由才能进行战争行为。②被称为“国际法之父”的格劳秀斯(Hugo Grotius)进

---

① 曹建明、周洪钧、王虎华主编：《国际公法学》，法律出版社，1998 年出版，第 673 页。

② 田畑茂二郎、石本泰雄编著：《国际法》，有信堂，1990 年出版，第 273 页。

一步有系统地讨论战争与和平法等问题，并尝试将宗教理由抽离于正义战争概念之外，在他的《战争与和平法》一书中认为，不仅是对生命的侵害，即使是对身体、贞操、财产的侵害也是构成防卫的“正战”原因，并认为正义战争的进行必须是基于自卫、保护财产、惩罚不法等法律理由。①根据当时斯考勒的正战论的理论，国家的自卫战争与个人的正当防卫并无二致，两者可以适用同一原理。总之，在当时，个人的正当防卫或为了自卫的城堡之间的战争都被一视同仁。德国的军事理论思想家克劳塞维茨也将防卫、财产的收复、制裁视为战争的正当原因，而且在这些问题上，他将个人的防卫与国家的防卫均视为正战的原因。而且在进行战争前必须先有某种形式的宣示或通知，亦即宣战的必要性。②

在人类历史上，采取诉诸武力的方式解决纷争并由此产生的一些战争习惯法则，虽然曾经适用的面很广，不过，自近代国际法诞生以来，所谓的战争是指两个或两个以上国家通过武装部队的争斗，其目的在于彼此制服并由战胜国对他方强加以它所任意要求的和平条件。③

在15、16世纪，伴随着欧洲经过中世纪战乱后一批独立主权国家的出现，当时的法学家们开始论述国际法的各种问题，以满足这些国家在交往中对法律规则的需求。④

1643年至1648年，为结束欧洲30年的战争而召开的威斯特伐利亚公会(Congress of Westphalia)，标志着近代国际法的开端。这次国际会议上所签署的闵斯特和约和奥斯纳布鲁克和约(一般将这两个和约总称为威斯特伐利亚和约)，承认了荷兰、瑞士等国的独立地位，也承认了355个德意志各城邦国家享有主权。在这个重要的国际

---

① H. Grotius, De iure belli ac pacis, Lib. Ⅱ, Cap. Ⅰ, Ⅱ, 2，转引自《战争与人权》，宫崎繁树著，学阳书房，1976年出版，第39页。

② St. Thomas Theologica, Secunda, qu. 64，转引自《战争与人权》，宫崎繁树著，学阳书房，1976年出版，第39页。

③ 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷，第一分册，商务印书馆，1981年出版，第145页。

④ 李适时著：《中国的立法、条约与国际法》，载《中国国际法年刊》(1993年)，中国对外翻译公司，1994年出版。

文献中，主权原则取代宗教神学原则，得到了广泛的认同："帝国诸侯在有关国家大事的会议上……享有无可争论的表决权。"①和约划定了欧洲大陆各国的边界，初步体现了领土主权和国家平等原则，推动了在全欧洲范围内建立国际法律的秩序和进程。与威斯特伐利亚公会相适应的是，荷兰国际法学者格劳秀斯在1625年发表了他的代表作《战争与和平法》，这是第一部有完整内容结构的国际法著作。他认为主权是国家的最高统治权，主权行为不受其他权力的制约。②中世纪时期，皇帝统天下，教皇操灵界，战争行为的正义与否受到宗教的制约。《战争与和平法》为结束神学的正战论提供了有力的思想武器。

格劳秀斯从国际法的角度，并不认为战争都是不正当的。如果战争是为和平而战，他认为是正当的战争。归根到底，格劳秀斯并不是不要战争，只是不要不合理的战争。他在这本书中提出了有别于神学的正义战争的著名理论。按照他的观点，如果没有法庭对争执的问题作出裁决，战争作为达到正义的手段是可取的。争执一方可以用武力保卫自己的财产和权利，夺取属于自己的东西，或者惩罚犯罪行为。因此，战争实质上是由于缺乏能够处理该案的法庭而诉诸武装部队进行的诉讼。

受格劳秀斯的影响，威斯特伐利亚公会确立了各个主权国家权利平等的实践开端。国家的主权平等意味着国家对他国不具有管辖的权力。就战争而言，作为法理的观点，交战双方都具有正当性。随着法王和罗马皇帝权威的失却，各国对内对外的权力得到了加强，并且，在现实的国际社会中，由于缺乏一个判断客观战争行为正义与否的权威机构，国际社会不得不承认战争当事者的对等性。由此，代替正战论的无差别战争论逐渐上升到占支配的地位。其结果，导致战争交战的任何各方都视己为绝对正义一方。近代战时国际法正是这一时期的产物，是通过交战法规(jus in bello)、中立法规对非人道的以及不必要的战争手段加以规制，在防止战争规模扩大的思想基础上逐渐产生的。

---

① 王绳祖等编选：《国际关系史资料选编(17世纪中叶～1945年)》(修订本)，法律出版社，1992年出版，第4～5页。

② 曹建明、周洪均、王虎华主编：《国际公法学》，法律出版社，1998年出版，第26页。

在1928年《巴黎非战公约》订立以前，战争的制度在国际法上履行两种互相矛盾的职能，在没有一个执行法律的国际机关的情形下，战争是实现基于国际法的或自称基于国际法的权利主张的一种自助手段。这种把战争看作执行法律的工具的概念有如此巨大的法律和道义权威，以致在一个国家诉诸战争尽管是为了削弱其他国家而增加自己的权力与扩张领土的情形下，有关国家总是把战争说成是为了保卫法律权利而进行的。这种战争的概念是与国际法形成时期所确立而始终没有完全消失的正义战争与非正义战争之间的区别密切有关的。在没有一个国际立法机关的情形下，战争曾执行着使法律适应已改变情况的职能。而且，战争曾被认为是一种法律所许可用以攻击和改变国家现有权利的工具，而不问所要造成的改变的客观是非如何。国际法并不认为一个自认为这种目的而从事的战争是非法的。在这个限度内，国际法当时就拒绝了正义战争与非正义战争之间的区别。战争在法律上是国家的一种自然职能，而且是国家的不受控制的主权的一种特权。①

在历史上，战争曾作为推行国家政策的工具，尽管其合法性在传统国际法上得到肯定。但是国际社会限制战争的努力从来没有放弃过，在19世纪末20世纪初，于1899年和1907年先后两次召开海牙会议，签订了两个《和平解决国际争端的条约》，提出并确立了和平解决国际争端的国际法原则。1899年和1907年两次海牙会议和争取和平解决国际争端的运动，标志着通过改变法律权利的方法对战争权利加以限制的开端。同时，对于战争权利的限制，还作了更直接的尝试。1907年关于限制使用武力索取契约债务的海牙公约，除了某些例外情形外，禁止使用武力作为强制执行关于这类性质的契约义务的法律救济方法。

1914年，为了解决美国与许多国家之间的纠纷，根据在华盛顿签订的一系列所谓布莱恩仲裁条约，设立了常设调查委员会。这些条约比第一海牙公约的规定进步的地方似乎有下述几点：第一，它们不将涉及荣誉或重大利益的争端排除在外；第二，调查委员会是事先组成

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷，第一分册，商务印书馆，1981年出版，第130页。

的，在发生争端时即可利用，而第一海牙公约所规定的调查委员会则是于需要时临时组成的；第三，在委员会报告发表前不从事敌对行为的义务表现了延缓原则，而这个原则后来以更完善的形式体现在国际联盟盟约第12条中。①

这些对于作为法律工具的战争权利加以限制的尝试主要是在程序方面的，而同时还有更坚决的努力来宣布“侵略战争”——即不顾其他国家的现有法律权利而从事的战争——为非法。1923年的未生效的互助条约草案第1条宣布侵略战争是一种国际罪行。1924年的未生效的日内瓦议定书的序文也使用类似的语句；该议定书第2条规定除该议定书所列举的特定情况外“无论如何不诉诸战争”的义务。1927年9月，在波兰代表团的提议下，国际联盟大会通过了一项决议，表示一种信念：“侵略战争永远不能作为解决国际争端的方法，因此也是一种国际罪行”；该决议并宣称，“一切侵略战争应被禁止，并且永远被禁止”，而且，“应使用一切和平方法解决各国间可能发生的各种争端”。依据1925年的洛加诺条约，各缔约国相互承允，除某些例外的情形以外，“它们无论如何不彼此攻击或侵入，或彼此诉诸战争”。这一时期还订立了其他类似的条约。1928年2月，第六次泛美大会通过了一项决议，宣称：“侵略战争构成对人类的罪行……一切侵略都是非法的，因此宣告予以禁止”。

当时的国际社会已经形成了一定程度的限制侵略战争的共识，虽然国际组织的决议尚不具有条约那样的强制力，但是，它们对于国际习惯法的形成具有重大的推动作用。

二、国际联盟时期

国际联盟（League of Nations）是根据1919年4月28日巴黎和会所通过的《国际联盟盟约》而成立的，它作为人类历史上第一个世界综合性的国际组织，具有重大的政治与法律意义。第一次世界大战结束了19世纪以来的欧洲协调和军事竞赛，战争对人类导致的毁灭灾

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷，第一分册，商务印书馆，1981年出版，第10页。

难使得人们又再次开始讨论战争本身的合法性问题。随着国际联盟的成立，国际社会开始讨论如何建构一套制度，以减少国家利用战争解决争端的机会。但是国际联盟的争端解决制度，并没有将战争或武力使用予以非法化，亦即并没有要求其会员国不得以战争或武力使用作为与他国交往的政策工具。

国际联盟盟约建构了一套限制国家从事战争行为的争端解决制度：盟约第10条规定，国联各成员国保证尊重并保持一切成员国的领土完整与政治独立，反对外来侵略。第11条规定采取防止战争或战争威胁的措施，并且成员国有权提请行政院和大会讨论严重影响国际关系的任何情势。在实践中，这一条款曾多次成为行政院采取行动的根据。第12条至15条，叙述和平解决国际争端的各种程序。其中规定，会员国间发生重大争端时，当事国应将该争端提交仲裁、司法解决，或是交由国际联盟行政院（Council）来处理；如果争议提交行政院讨论，行政院需以一致通过方式产生决议或建议，而如果有一方当事国接受行政院决议，则其他当事国不得诉诸战争行为；在争端提交某种程序解决之前不得诉诸战争，只有经过上述程序作出某种决定后，在推迟3个月后才可以进行战争。

国际联盟的争端解决制度虽是对于诉诸战争行为比较以往有重大限制，但是由于制度设计的缺陷而无法产生实际约束效果。第一，第15条明文陈述如果行政院无法以全票通过决议，会员国得以行使任何行动（包括战争和武力使用）维护其权利和正义。第二，所谓“3个月后”才能发动战争的冷却期，实际上是承认了国家有诉诸战争解决争端的权利。第三，国际联盟制度仅是在限制“战争”的发生和进行，对于未达战争规模的武力冲突却是缺乏限制。

三、巴黎非战公约的性质

1928年8月27日各国签署了历史性的“关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约”（简称《巴黎非战公约》或是《凯洛格—白理安公约》Kellogg-Briand Pact）。该公约最初由15国政府的代表签字，同日，这些代表还邀请其他政府加入该条约。至第二次世界大战爆发为

止，共有 63 个国家签署和加入了该公约，而没有加入的国家仅为阿根廷、玻利维亚、萨尔瓦多、乌拉圭 4 个国家。1933 年，缔结了与《巴黎非战公约》内容大体相同的《关于废弃侵略与和平解决争端公约》（拉丁美洲非战公约），参加的国家有 20 个，其中包括了上述没有加入《巴黎非战公约》的 4 个国家。由此可见，《巴黎非战公约》的原则在当时已经被世界上所有国家所承认。①

《巴黎非战公约》有一个序言和两个条约文，具体的条约文为：

第一条，缔约各国用各该国人民之名义郑重宣告，彼等谴责持战争以解决国际纠纷，并废弃以战争为在国家相互关系中施行国家政策的工具。

第二条，缔约各国互允，各国间设有争端或冲突，不论属何性质，因何发端，永远不得用和平方法以外的方法解决之。

《巴黎非战公约》使得在非战公约前对于限制战争的努力和尝试得到了权威的和几乎普遍的体现。而且在该公约的序文中，各签字国表示了它们的信念，认为“所有各国关系之改变，只可用和平方法来实现，这种改变只能是和平和有秩序的程序的结果；此后任何签字国如欲持战争以增进其国家利益，即不准享受本约给予之惠益”。

该公约承诺在法律上禁止了以战争行为作为国家政策工具，从此战争非法化由纯道德诉求，转变为具有法律拘束力的条约原则。这个公约不仅将战争予以非法化，签约国更同意所有争端或冲突的解决都应以和平方式达成。《巴黎非战公约》使各缔约国负有义务不以和平以外的方法寻求解决彼此间的争端，但该公约并没有规定将争端提交有拘束性的司法和其他解决的具体义务。这种没有规定有拘束性的和平解决以及没有规定关于依这种解决作出的决定的执行办法的情形，从该公约的最终有效性来看，是该公约的主要缺陷之一。②除此以外，该公约还存在着以下的缺陷：第一，公约仅是将“战争”非法化，但

---

① 宫崎繁树著：《战争与人权》，学阳书房，1976 年出版，第 14 页。

② 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷，第一分册，商务印书馆，1981 年出版，第 134 页。

却没有讨论其他武力使用的限制；第二，公约并未明确指出“自卫”的法律地位，因此许多国家在加入批准此公约时，均提出了广泛的自卫性使用武力的保留条款；第三，公约废弃战争作为“国家政策工具”，但是却留给国家以其他借口，如宗教、区域和平或意识形态的理由，作为逃避公约限制进行战争的解释。

虽然随之而来的第二次世界大战证明了国际联盟制度和非战公约的失败，但是不可否认的是它们在国际法规范武力使用的发展上的地位和贡献，大战之后联合国宪章起草人就是基于二者的架构和缺失，设计出联合国的武力使用规范制度。且自非战公约起，国际社会和外交圈对于战争和武力使用的词汇产生重大改变，战争和武力使用受到道德上和言词上的完全谴责，而“国际文化”的改变则是实践国际社会规范和行为改变的前奏。

四、联合国宪章的禁止武力使用与威胁原则

第二次世界大战之后，联合国的成立代表着国际社会再一次企图在普遍性的国际组织架构内，共同处理复杂的国际事务。只是在国际联盟的前车之鉴下，联合国以更全面的架构，规划国际规范和制度以及设立执行机构等，希望能够让仍然是以强权权力平衡为主轴的国际关系，围绕着国际法规范架构运作。因此，在处理战争和武力使用问题上，联合国宪章起草人设计出一套更为完善的规范和制度，其中最重要的就是对于使用威胁或武力的禁止，这项规定明定于宪章第 2 条第 4 项，该条款是在联合国宪章第 1 章“宗旨与原则”之内，其内容为：

各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。第 2 条第 4 项建立了对于武力使用的一般性禁止，更规定武力威胁(threat offorce)也同样是属于禁止的范围。因此，战争当然是非法的，更进一步，凡是有侵害其他国家之“领土完整或政治独立”的武力使用或武力威胁都一律被禁止。

第 2 条第 4 项对武力使用的禁止指出了自从第二次世界大战结束以来，以联合国宪章为规范核心的国际秩序的主要特质，亦即维持

国际和平与国际现存秩序的重要性。

有鉴于战争所带来的毁灭与破坏，更严重的是人的伤亡，使得国际社会认知到战争或武力使用均不能作为解决争端或寻求正义的手段和方法。和平是最高的价值，因此国际社会的现有秩序和政策的改变或修正，均不得以诉诸战争或武力方式达成之。第2条第4项虽然是要求联合国会员国在其国际关系上，遵守武力非法化的规定，但是这条规定已经获得国际习惯法(customary international law)的地位，对于所有国家均有拘束力。在尼加拉瓜案例中，国际法院确认“联合国宪章第2条第4项对于武力使用的禁止具有国际习惯法的效力，这可由各国的宣示中均表示该条文不仅是一项习惯国际法，更是构成习惯国际法的基本核心原则获得确认”，①这项宪章禁止武力使用与威胁的规定，在后来许多其他国际公约和联合国决议案获得了进一步的确认。1970年联合国大会通过的《友好关系及合作之国际法原则之宣言》重申了《联合国宪章》有关禁止使用武力或武力威胁的规定，并对其作了比较具体的解释。1974年12月14日第29届联合国大会通过的《关于侵略定义的决议》中，又再次确认第2条第4项相关规定的效力，该决议第1条规定：“侵略是指一个国家使用武力侵犯另一个国家的主权、领土完整或政治独立，或以本《定义》所宣示的与联合国宪章不符的任何其他方式使用武力。”该决议枚举的七种使用武力方式都是非法的，绝不属于解决争端的武力模式之列。1978年联合国大会通过了《为各社会共享和平生活做好准备的宣言》，郑重宣布“侵略战争以及策划、准备或发动侵略战争均系危害和平的罪行，是国际法所禁止的”。1984年联合国大会又通过《人民享有和平权利的宣言》，把禁止非法使用武力与各国人民的和平权利联系起来，表达了各国人民反对侵略战争。因此，侵略战争的武力使用是一项国际罪行，发动战争的国家需负国际责任，而有罪的个人也必须面对国际罪行责任。

《联合国宪章》和联合国其他有关文件的前述规定，对国际社会具

---

① 中国政法大学国际法教研室编：《国际公法案例评析》，中国政法大学出版社，1995年出版，第219页。

有重大的意义。根据《联合国宪章》的规定，合法使用武力是允许的。宪章第51条又规定："联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。"《宪章》的这些规定形成了现代国际法解决国际争端的两种基本模式，即和平模式和特定条件下的武力模式。

现代国际法所确立的特定条件下解决争端的武力模式，是和平模式的必要补充。武力模式是指当国家遭受外国武装侵略时，被侵略的国家可单独用武力自卫或集体用武力自卫，也可以由安理会根据《联合国宪章》的规定作出决议，由国际组织集体采取武力措施制止外来武装侵略。武力模式还包括一个国家用武力收复失地、武力统一祖国、反抗殖民统治的武装解放斗争等。解决争端的武力模式必须限定在严格的范围之内，以正义、公理、秩序以及人类共同最高利益为标准，依照《联合国宪章》的规定而使用武力，严格禁止非法使用武力。武力模式必须以持久和平为目的，并以使用武力之后建立恒久的、公正合理的社会秩序为条件，否则，武力模式便失去了存在的意义。

第二节

限制非法战争的手段——惩罚战争犯罪

日本军国主义在其侵略中国大陆政策指引下，于1931年发动"九·一八"事变，揭开侵华战争序幕，1937年发动"七·七"卢沟桥事变，全面推进其对中国的征服战争。中国的举国抗战，挫败了日本的速战速决的攻势战略。从1931年至1945年日本战败，日本军国主义在中国实施了长达约15年之久的违反国际战争法的侵略暴行。远东军事法庭在战后对犯有破坏和平罪、违反战争法法规及惯例罪、违反人道罪的日本战犯进行了审判。东京审判确认了计划、准备、发动、实施侵略战争，即破坏和平是最大的犯罪。

民间战争受害者对于加害国的索偿与加害国发动战争行为是否

具有侵略性质本身没有必然的联系，从国际人道主义法和人权法的角度来看，只要加害国违反战争法和人道主义法规就构成了赔偿义务。可是，时至如今，一些日本的政要和右翼团体竭力否定远东军事法庭的管辖权、片面强调“法无明文规定不为罪”等主张，他们仍公然地美化战争以此否定侵略战争，否定日本在二战中的侵略历史，日本的司法机构至今依然拒绝中国的民间战争受害者的对日索偿。这些否定日本侵略历史的言论和立场，极大地伤害了中国民间战争受害者的情感，为此，就围绕远东军事法庭的管辖权和法律依据作进一步的研究和分析。

一、 第二次世界大战后对战犯的审判

国际社会建立国际刑事法院的过程是艰辛漫长的。第一次世界大战以后，由战胜国的代表组成10人委员会，该委员会同意由轴心国对第一次世界大战负责，并且认定他们使用野蛮和不合法的战争方法违反了战争法、侵犯了人权。然而，在由哪个人为这些战争犯罪负责以及用何种机制制裁战争犯罪这些问题上，委员会内部产生了分歧。欧洲国家的观点是不考虑主权问题，所有人都应对国际社会负责，当他们违反了战争法、侵犯基本人权时，就应受到惩罚。1919年签署的凡尔赛条约规定，成立一个由战胜各国组成的高级法庭审判德国皇帝威廉二世，但由于荷兰政府不同意引渡威廉二世而未能成功。

1937年11月16日国际遏制恐怖主义大会最后文件第二部分《建立国际刑事法院公约》(the Convention for the Creation of an Internaitonal Criminal Court)全面勾画了国际刑事法院的管辖范围、法庭组成、活动方式的规则、被告人权利等内容，但该公约未能生效。

在第二次世界大战中，1943年11月6日斯大林元帅曾声明要“严厉惩办这次战争发动者一切法西斯罪犯”。第二次世界大战以后，纽伦堡军事法庭和远东军事法庭审判战犯的实践，使建立国际刑事法庭从构想走向现实。

(一) 纽伦堡审判

欧洲国际军事法庭或纽伦堡国际军事法庭是同盟国在第二次世

界大战之后建立的审判战争罪犯的国际刑事特别法庭。1943 年 10 月 30 日，苏联、英国、美国和中国政府在莫斯科签署的《中苏美英四国关于普遍安全的宣言》(即《莫斯科宣言》)，是建立国际军事法庭决定性的步骤。宣言称：(甲)德国武装部队和执政党的成员，凡对占领区内的暴行、屠杀、处决和杀死人质行为应负责者，都要被“押回犯罪地点，并在当地由被他们侵凌的人民予以审判”；(乙)“其罪行不限于某一地区者”，将依“各盟国政府的共同决定”加以惩罚。1945 年 8 月 8 日，英、美、苏、法执行了《莫斯科宣言》的规定，在伦敦签订了《关于控诉和惩处欧洲轴心国首要战犯的协定》即《伦敦协定》，规定设立国际军事法庭，并附有欧洲军事法庭宪章，规定法庭的组织、职权、审判程序和基本原则。①

《伦敦协定》第 1 条规定：“依照德国管制委员会的决定应建立国际军事法庭对战犯进行审判，对其所犯罪行不存在特定的地域性，不论其作为个人或者作为组织和集团成员的身份，或者两者兼而有之而被起诉者，均具有同等性质。”根据《欧洲军事法庭宪章》第 6 条第 2 款规定，法庭有权进行审判和惩处的罪行包括：破坏和平罪、战争罪、违反人道主义罪。

纽伦堡国际军事法庭于 1945 年 11 月 10 日开始至 1946 年 10 月 1 日结束，判决 12 人绞刑；7 人无期徒刑或有期徒刑；宣布纳粹党领导机构、秘密警察和党卫军为犯罪组织。

(二) 东京审判

第二次世界大战后，同盟国在远东地区建立一个与纽伦堡法庭性质和目的相同的国际军事法庭，即远东国际军事法庭。远东国际军事法庭是根据《波茨坦公告》和《日本投降书》，以及 1945 年 12 月美国、苏联和英国三国外长在莫斯科召开的外长会议上通过的决议建立的。根据这些决议，1946 年 1 月 19 日太平洋战区盟军最高统帅麦克阿瑟

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷，第二分册，商务印书馆，1981 年出版，第 91～92 页。

将军代表远东委员会颁布了建立远东国际军事法庭的命令。同日，通过了《国际军事法庭宪章》。远东国际军事法庭由 11 名成员组成，其中包括与日本签订投降协定的 9 个国家的代表。法庭在性质、职责、管辖权等方面与纽伦堡法庭基本上一致。根据远东国际军事法庭宪章第 5 条的规定，该法庭有权审理三种犯罪：(甲)破坏和平罪；(乙)战争犯罪(远东军事法庭宪章中称为违反战争法规及惯例罪)；(丙)违反人道罪。参加远东军事法庭起诉日本国战犯的国家有中国、苏联、美国、英国、法国、荷兰、加拿大、澳大利亚、新西兰、印度和菲律宾 11 个国家，审讯自 1946 年 5 月 3 日开始，到 1948 年 11 月 12 日终结，历时约两年半，开庭共 818 次，记录 48 000 余页，出庭作证的人达 419 名，书面作证的人有 779 名，受理证据约 4 300 余件，判决书长达 1 213 页。经过两年半的诉讼活动，25 名被告被法庭指控犯有破坏和平罪、战争罪和反人道罪，最后法庭判决 7 人绞刑，16 人无期徒刑，2 人有期徒刑。

纽伦堡和远东军事法庭的判决，夯实了侵略战争为犯罪。根据纽伦堡国际军事法庭的判决，侵略战争“不仅是一个国际性犯罪；它是最大的国际性犯罪。它与其他犯罪的区别，仅在于它里面聚积了全部罪恶”。并且两个法庭不仅确定了发动及执行侵略战争是犯罪，还确定了凡计划和准备发动侵略战争也是犯罪，而领导侵略战争者应负刑事责任。该军事法庭的判决宣告了国际正义与和平的不容破坏。此外，由于纽伦堡和远东国际军事法庭的判决，确定了违反人道罪，即将“战时或战前对于非武装人民的屠杀、灭种、奴役、放逐及其他不人道的行为，或基于政治的人种的或宗教的理由而施行的虐待……”规定为战争犯罪，其行为均不能逃脱国际正义的裁判。

二、关于远东军事法庭管辖权的争议

(一) 远东军事法庭对日本战犯的判决

远东军事法庭是依据 1943 年 12 月 1 日的《开罗宣言》，1945 年 7 月 26 日的《波茨坦公告》，1945 年 9 月 2 日的日本国投降书以及 1945 年 12 月 26 日的莫斯科会议而付诸实施的。

《开罗宣言》系由美国总统、中国国民政府主席和英国首相所宣布，

其相关内容如下:“三国军事代表团,关于今后对日作战行动,已获得一致意见。我三大盟国此次进行战争,在于制止及惩罚日本之侵略。”

《波茨坦公告》系美国总统、中国国民政府主席和英国首相所宣布,后获苏联参加。其中相关的条款有:“对日本应予以一机会,以结束此战争。

“欺骗及错误领导日本人民使其妄欲征服世界者之威权及势力,必须永久剔除。盖吾人坚持非将滥不负责之黩武主义驱出世界,则和平安全及正义之新秩序势不可能。

“吾人无意奴役日本民族或消灭其国家,但对于战犯,包括虐待吾人俘虏在内,将处以严厉之法律裁判。”

日本国投降书由日本天皇及日本政府的代表签字。其中除其他事项外,包含着以下的宣布、担承和命令:“我们兹宣布日本帝国大本营及驻扎各地的一切日本武装部队,以及在日本控制下的一切武装部队,向联合国无条件投降。

“我们兹担承日本天皇、日本政府及其继承者忠实实行波茨坦公告的各项条款,此外,并须发布盟国最高统帅或盟国其他特别代表在实施上项公告时所需之一切命令和采取为其所需之一切措施。

“日本天皇及日本政府统治国家的权力,隶属于盟国最高统帅。最高统帅将采取其认为适当的措施,实施投降条款。我们兹命令一切官厅、陆军及海军官员,遵守并施行盟国最高统帅为实施投降所认为适当的、由其本人或由其授权所发布的一切布告、命令和指示。”

在莫斯科会议中,美、英、苏各国政府曾就下列事项获得协议,并曾获得中国的同意。即:“最高统帅得颁发关于实施投降条款、占领及管制日本之命令及其他补充命令。”

依据上述协定,1946 年 1 月 19 日,盟国最高统帅发表特别通告设置了远东军事法庭,以便“审理犯有破坏和平罪及包括破坏和平罪行在内的个人、团体成员以及兼有此双重资格而被起诉者”。

起诉书列举了 55 项罪状,控告日本国的 28 名被告从 1928 年 1 月 1 日至 1945 年 9 月 2 日止这一时期的破坏和平罪、违反战争法规及惯例罪、违反人道罪。起诉书中的第一项罪状是控告全体被告与其

他人等，参加了这一共同计划或阴谋的拟定或执行，并认为这一共同计划的目的，系欲为日本取得对东南亚、太平洋及印度洋，以及该地区内与其接壤的国家或岛屿之军事、政治、经济的控制地位。为达到此目的，日本单独或与其他具有同样目的之国家，发动侵略战争，以对付反对此侵略目的的国家。

在1931年日本国发动了对中国的侵略战争，占领了“满洲”和热河。到1934年，他们已经开始侵入了华北，在华北驻兵，并树立了专为他们的目的服务而组织的各种傀儡政府。自1937年以后，对中国继续进行了大规模的侵略战争，侵略和占领了许多中国领土，设立了仿效上述形式的各种傀儡政府，并且开发中国的经济和天然资源以供应日本之军事和一般人的需要。此后在1941年12月7日发动了对美国和英国的侵略战争等。

为实行侵略战争的这类广泛计划，对这类侵略战争的复杂的准备以及实行，并不是一个人的工作，这是为了达到共同目的、欲实行共同计划而从事活动的许多指导者的工作。他们的共同目的是借准备和实行侵略战争来确保日本的控制，这是一种犯罪的目的。实际上不可设想还有什么比阴谋发动的侵略战争和实行侵略战争更为严重的罪行；因为这种阴谋威胁了全世界人民的安全，而它的实行是破坏了全世界人民的安全。这类阴谋的可能结果及其付之实行的必然结果，是使无数的人类遭遇死亡和痛苦。①

远东国际军事法庭在此基础上，经过两年半的诉讼活动，分别对25名被告被法庭指控犯有破坏和平罪、战争罪和反人道罪，最后法庭判决7人绞刑，16人无期徒刑，2人有期徒刑。

（二）法庭管辖权的争议

对于远东军事法庭审理起诉书中的起诉事实及判决时的管辖权，辩护方曾提出异议，其主要理由如下：

---

① 日本每日新闻社编，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第563～566页。

(1) 联合国并未具有由最高统帅指定将“破坏和平罪”(第5条第1项)包括在法庭宪章内而付之审判的权力。

(2) 侵略战争本身并不是非法的,废除以战争为国家政策工具的1928年的非战公约,并没有扩大到战争犯罪的意义。

(3) 战争是国家的行为,因此,在国际法上个人并无责任。

(4) 法庭宪章的规定,是“事后”(Ex post facto)法,所以是非法的。

(5) 规定必须履行波茨坦公告的投降书中,设有下列条件;即只有在宣言当时(1945年7月26日)国际法上所公认的普通战争犯罪,才可以被控为犯罪。

(6) 交战中的杀害行为,除了构成违反战争法规及惯例以外,战争中的普通事故,不能算作杀人。

(7) 有数名被告是俘虏,根据1929年日内瓦公约的规定,可以用军法会议审判,但不应由本法庭审判。

东京远东军事法庭在判决书中,就辩护方面的上述异议引用了在纽伦堡开庭的国际军事法庭于1946年10月1日的判决理由。在该判决书中,曾发表如下的见解[①]:

“法庭宪章并非战胜国方面权力之武断的行使,而是宪章颁布制定时现行国际法的表现。

“问题在于这个条约(1928年8月27日在巴黎缔结的非战公约)具有什么样的法律效力。这个条约的签字国或参加国,无条件地斥责将来以战争作为政策的工具,并明白地废弃了战争。在这个条约签字以后,任何国家凭借战争作为国际政策的工具,就是违反这个条约。依据本法庭的见解,庄严地废弃以战争作为国家政策的工具,其中必然包括承认战争在国际法上是非法的原则,凡是从事计划和实行这类产生不可避免的可怕结果的战争者,都应该被视为从事于犯罪行为。

“在某种情形下,保护国家代表者的国际法原则,是不能适用于那些在国际法上被视为非法行为的犯罪者的。干了这些行为的人,不能

① 日本每日新闻社编,张效林译:《远东国际军事法庭判决书》,群众出版社,1986年出版,第13~14页。

以他们的公职为庇护，企图避免在适当审判下的惩处。

“‘法律无规定者无罪(Nulum crimen sine lege)’的原则，并不是对主权加以限制，而是一般的正义原则。主张对于蔑视条约和保证不经警告就进攻邻国的惩罚为有失公道，那显然是错误的。因为在这种情况下，进攻者必然知道他的行为是非法的，那么对他加以惩罚并没有什么不公道，如果对他非法的能够容许放任、不加惩罚，那才真正是不公道的。

“法庭宪章明确规定……‘被告依照本国政府或上级命令所做的事实，并不能使被告免除责任。但在刑罚的减轻上，得加以考虑’这种规定，和任何国家的法律都是一致的。……虽然在程度上有种种不同，可是就大多数国家的刑事法看，真正的标准，不是命令的存在，而是事实上有没有做道德上的选择的可能。

“对于纽伦堡法庭的上述见解和这种见解的推论，本法庭完全同意，这些见解对于辩护方面所强调的头 4 项理由，作了完全的答复。

“辩护方面的第 5 项理由，是对法庭管辖权的抗辩，他们依据投降书和波茨坦公告认为只有波茨坦公告当时国际法上所公认的战争犯罪才应受审。即只限于法庭宪章第 5 条(第 2 项)所说的普通战争犯罪。”

远东军事法庭在判决书中作了这样的答复：

“还在波茨坦公告以前，侵略战争在国际法上就是犯罪的，所以辩护方面想给法庭宪章作限制性的解释是完全没有根据的。总之，认为当日本政府同意接受投降书的条款时，事实上日本政府竟未了解到对有战争责任的日本人将予以控诉，这是一种奇特的议论。

“这种议论是毫无事实根据的。根据本法庭认为满意的实证，在投降书签字以前，日本政府已考虑了这个问题，当时主张接受投降条款的阁员，已经预料到确属负有战争责任的人，将被付之审判。早在 1945 年 8 月 10 日，即在投降书签字的三星期前，天皇对被告木户说：‘念及战争责任者的惩罚……实有所难忍者。……但认为今日乃不能不忍人所难忍之际。’”

此外，法庭对第 6 项关于杀人行为的起诉事实问题的辩护以及第 7 项关于战俘地位的问题的辩护主张也分别予以据理驳回。远东军

事法庭的判决书就辩护方面的理由，明确地指出，对于本法庭管辖权的争辩，完全不能成立。①

远东军事法庭已经在判决书中就否定法庭管辖权的理由一一进行了驳回。此外，需要补充说明的是，远东军事法庭行使对战争罪犯的审判权是此前日本国投降书中也表示接受的，如果说法庭的审判管辖权或者法庭若有滥用权力的情况出现，日本国仍有表示反对的机会，可是此后日本国政府从未公开地对此表示过任何异议，而且在1951年日本国与联合国方面签订了《旧金山和约》。这也说明日本国政府接受了远东军事法庭的判决。

从国际法发展的角度来看，战争权被限制和禁止、破坏和平罪的战争罪犯被绳之以法正是近代国际法发展为现代国际法的重要标志之一。如果一定要按照近代国际法的做法，那么，作为战败国的日本国所面临的要么是国家的消亡、要么是割地赔偿。按照这种做法，有很大可能性的是今天的世界上已经没有日本这样的一个国家。为了世界的和平和人类社会免于再度的侵略和惨不忍睹的暴行的发生，依据巴黎非战条约等国际法所暗含的精神，对计划、准备、发动和实施侵略战争的人，以及参与共同计划的同谋者判定犯有破坏和平罪、战争罪和反人道罪是理所当然的，也是符合人类公平和正义的。

三、纽伦堡审判和东京审判的意义

纽伦堡审判和东京审判开创了追究战争犯罪个人刑事责任的先例，是国际法上的历史性创举。首先，它扩大了战争犯罪的概念，为战争犯罪的惩处提供了明确的法律依据。它把原有的战争罪，扩大为反和平罪、战争罪和反人道罪。把战争犯罪的主要矛头指向计划、准备、发动和实施侵略战争的人，并把它扩大到参与共同计划的同谋者，从而使侵略战争是国际法上的最严重的罪行这一原则规定变成了明确具体的条文。其次，确立了战争罪犯承担个人责任并因而应受惩罚的

① 日本每日新闻社编，张效林译：《远东国际军事法庭判决书》，群众出版社，1986年出版，第15页。

原则。传统国际法上，虽然也有战争罪的责任问题，但往往只引起国家责任。国家责任形式主要是限制主权、赔偿等，而这些割地、赔偿等处罚的实际负担都转嫁到了人民的头上，个人实际承担责任因而受到惩罚的情况并不存在。纽伦堡审判和东京审判不仅肯定了国家责任的存在，同时也认定了个人责任的存在。纽伦堡法庭指出："违反国际法犯罪行为主体是个人，而不是抽象主体的行为，因此，只有惩治那些犯有这些罪行的个人，才能发挥国际法各项规定应有的效力。"《纽伦堡法庭宪章》第7条和第8条进一步说明，犯罪人的身份以及依照命令实施的行为均不影响法庭行使管辖权。最后，纽伦堡审判和东京审判丰富了国际法的内容，创设了一些新的规则。1946年12月1日联合国大会通过决议一致确认《欧洲国际军事法庭宪章》所包含的国际法原则。联合国国际法委员会根据大会的决议，1950年编纂了《国际军事法庭宪章》和判决中所包含的原则。这些原则是：(1)从事构成违反国际法的犯罪行为的个人承担个人责任，并因此应受惩罚；(2)不违反所在国的国内法不能成为免除国际法责任的理由；(3)被告的地位不能作为免除国际法责任的理由；(4)政府或上级命令不能作为免除国际法责任的理由；(5)被控有违反国际法罪行的人有权得到公正审判；(6)违反国际法的罪行是：反和平罪、战争罪、反人道罪；(7)共谋上述罪行是违反国际法的罪行。

这次审判使全世界人民，包括日本人民进一步了解了日本帝国主义从"九·一八事变"到太平洋战争期间的侵略真相和罪恶事实，是对日本法西斯分子的一次清算和重大打击。东京审判和纽伦堡审判在人类历史上开创了将战犯押上国际法庭接受法律严惩的先河。远东盟军最高统帅部的《特别通告》和纽伦堡国际军事法庭的判决书一样，肯定了一些原则，更加明确了反和平罪、战争罪、反人道罪和共谋上述罪行都是违反国际法的罪行，犯有上述罪行的人应承担个人责任，1946年12月11日的联合国大会第95(1)号决议确认了上述原则为国际法原则。这在国际法上开了先例，促进了战争法规的发展。

由于是历史上第一次设立国际刑事法庭对国际犯罪进行审判，纽伦堡审判和东京审判有一定的历史局限性。例如，从法庭的运用程序

和证据规则上看，在诉讼活动进行中，被告人对目击证人经常使用拒绝对质权和反诘权，严重阻碍了案件的审理，使法官们只能运用书面陈述进行审判。在东京审判中，一些本该受到审判的日本首要战犯并未成为被告，一些罪大恶极的战犯并未受到严惩，给深受其害的各国人民留下了不良的印象。

此外，在中国也举行了多次审判。1946 年 2 月，中国国民党政府组成了“国防部审判战犯军事法庭”，开始对侵华日军乙、丙级战争罪犯 2 000余人的审判工作。国民党政府分别在南京、上海、北平、汉口、广州、沈阳、徐州、济南、太原、台北等地成立审判战犯的军事法庭，南京大屠杀的刽子手谷寿夫等一批罪大恶极的战犯被判死刑，在南京执行枪决。

需要说明的是，尽管国际社会对一些日本战犯进行了惩罚，但这仅仅是从国际刑事责任的角度对罪犯的惩处，而民间战争受害者的救济尚未解决。

第 三 节

人道主义法的发展与限制战争

一、 人道主义法的产生

从国际法的角度来看，战争是两国或更多的国家间武装部队互相从事暴力行为的竞争。通常这些行为还伴随有损害敌人的其他措施。战争的目的是打败对方以便对之强加诸如胜利者准备给予的和平条件。至于个人之间的殴斗、决斗或者冲突，这些行为根本不能构成一种法律的战争状态。

在上古和大部分中世纪时期，战争是各交战国全部居民之间的争斗。在战争时期，一个交战国的任何人，不论是否携有武器作战，不论男女，不论成年或未成年，都可以被交战国他方所任意杀害或执为奴隶。支持这一行为的理论依据并不是自然法则，而是奴隶制社会中，

奴隶主对奴隶所享有的不受限制的奴役和屠杀权力，其理论依据是基于人与人之间地位的不平等的观念，由此衍生了对胜利者拥有杀死被征服者的权力的表象理解。英国哲学家霍布斯从学理上极力宣传人与人之间平等的观念，法国思想家卢梭不仅确认了霍布斯的人与人之间平等权利的观念，而且还深刻地批判了格劳秀斯在《战争与和平法》中所宣扬的征服者可以屠杀被征服者的理论。

1625 年，格劳秀斯发表的堪称奠定了近代国际法理论的著作《战争与和平法》。该书原意是根据自然法来阐明战争的动机、方式和结局等关系。对于实际战争中的各种复杂情形，作者提出了许多合乎自然法的人道主义的看法，诸如：自卫战争是适合自然法的；在一定条件下，人民反对统治者的战争是合理的。同时，他也注意到，在战争时期各国之间必须制定一种彼此都能适用的法则，借以维护各国的主权、派遣使节、签订条约以及保护非战争人员的权利等等。然而，在当时的历史条件下，作者更多的是关注着为否定宗教战争的“正战论”理论，而在维护封建君主国家的主权权力的强权理论上走向了极端。

卢梭(J. J. Rousseau)认为，任何人对于自己的同类都没有任何天然的权威，而且强权并不能产生任何权利。卢梭指出“格劳秀斯和其他一些人，从战争里籀引出了这种所谓奴役权的另一个起源。照他们说，征服者有杀死被征服者的权利。但被征服者可以以自己的自由为代价来赎取自己的生命；据说，这种约定似乎要更合法的多，因为它对双方都有利。”①

洛克(John Locke)在他的《政府论》中也指出，自然状态……既然大家都是平等的、独立的，所以就没有一个人应该伤害别人的生命、健康、自由和财产。②卢梭在他的《社会契约论》中对此作了进一步的深刻分析：这种所谓杀死被征服者的权利，无论怎样都决不会是战争状态的结果。在人类生存于原始独立状态的时候，彼此之间绝不存在任何经常性的关系足以构成和平状态或者战争状态。所以，他们就天然

---

① 让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆，2003 年出版，第 13 页。

② 约翰·洛克著：《政府论》下篇，商务印书馆，1997 年出版，第 7 页。

地决不会彼此是仇敌。构成战争的，乃是物的关系而不是人的关系，因此，私人之间的战争，就既不能存在于根本还没有出现固定财产权的自然状态之中，也不能存在于一切都出于法律权威之下的社会状态之中。个人之间的殴斗、决斗或者冲突，这些行为根本不能构成一种战争状态。

因此，战争决不是人与人的一种关系，而是国与国的一种关系；在战争中，个人与个人决不是以人的资格，甚至于也不是以公民的资格，而只是以士兵的资格，才偶然成为仇敌的；他们决不是作为国家的成员，而只是作为国家的保卫者。即使是在正式的战争中，一个公正的君主尽可以占有敌人国土上全部公共所有物，但是他尊重个人的人身和财富；他尊重为他自己的权利所依据的那种权利。战争的目的既是摧毁敌国，人们就有权杀死对方的保卫者，只要他们手里有武器；可是一旦他们放下武器投降，不再是敌人或者敌人的工具时，他们就又成为单纯的个人，而别人对他们也就不再有生杀之权。战争决不能产生不是为战争的目的所必需的任何权利。这些原则是得自事物的本性，并且是以理性为基础的。

至于以战争为手段的征服权，除了依据最强者的法则之外，就没有任何别的基础。可是即使是最强者也决不会强得足以永远做主人，除非他把自己的强力转化为权利，把服从转化为义务。由于战争的目的并不赋予征服者以屠杀被征服的人民的权利，因此，迫使敌人转化成为奴隶，就不是来自杀死敌人的权利。使人以自己的自由为代价来赎取别人对之并没有任何权利的生命，那就是一场不公平的交易。纵使假定有这种可以杀死一切人的可怕的权利，那么，一个由战争所造成的奴隶或者一族被征服的人民，除了只好是被迫服从之外，对于其主人也完全没有任何义务。征服者既然攫取了被征服者生命的等价物，所以对被征服者而言根本就没有什么恩德；因此，征服者远远没有在强迫之外获得任何权威，战争状态在他们之间依旧继续存在着。[①] 换言之，如果客观物质条件具备的话，被征服者也拥有征服者行使奴

① 让·雅克·卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆，2003年出版，第13～16页。

役权依据的那种权利来奴役原来的征服者。孟德斯鸠(Montesquieu)在《论法的精神》一书中(第10卷第3章)指出:"征服的目的是自存;奴役永远不能成为征服的目的,虽然有时它可能是求自存所必需的一种手段。在这种情形下,要使这种奴役成为永久性的,便是违反事物的本性了。"那种根据奴役权来确定生杀权,又根据生杀权来确定奴役权的恶性循环,只能导致国际社会无序的战争,可是人类的形成并不只是为了要相互毁灭。因此,无论从自然法则或是理性的角度来考察事物,奴役权都是不存在的,不仅因为它是非法的,而且因为它是荒谬的,没有任何意义的。

经历了上古和大部分中世纪时期的不分皂白的屠杀,以及经过宗教战争残酷洗礼后,"绝对君主之间的战争,换句话说是基督教文明内主权国家之间的战争也不是完全彻底的。与很少有导致对手死亡的决斗一样,绝对君主进行的战争也只是一种礼仪,互相拥有被成为雇佣兵的私人军队,战争进行到一定程度便媾和,以适当分割领土而告终。在这种意义上,是一种维持现状的战争"。"这种战争观与正战论相比较,存在正反两个方面。一方面,可以被称为'依据规则的亚正战论',即战争成为一种规格化、仪式化的战争,所引起的危害也能得到控制。但是,另一方面,战争被看作是主权者的权利,因而也有容易发生战争的一面。"①正如学者富勒所指出的,西欧专制国王之间的战争是有限战争,这种战争活动中,"平民的生活与战争是完全脱离的"。"那里,战略的手段是要消耗敌人,而不是歼灭敌人",因此,"当时的决定性因素是钱,而不是血"。②可是这种情形存在的时间并不长。随着资本主义生产关系的发展和第一批资本主义民族国家的建立,国际战争变得越来越残酷。

在17、18世纪,欧洲版图的变更和新的主权国家的出现急剧地改变了人们对于战争及战争受害者命运的观念和看法。三十年战争

---

① 中曾根康弘等著:《冷战以后》,东方编译所编译,上海三联书店,1993年出版,第41～42页。

② J. F. C. 富勒著:《战争指导》,解放军出版社,1985年出版,第13页。

结束后签订的威斯特伐利亚和约在欧洲建立了新秩序，战争不再被认为是使一项教义、一个理由或一种宗教占上风的手段，而仅仅被视为是——虽然还很不完善——在两个主权国家之间发生争端、但又没有共同仲裁员情况下解决问题的一种办法。主权国家的兴起同样也使得旨在阻止战争灾难的规则被接受。战争是王子们的事情；国与国之间通过它们穿着不同制服的强大的军队作战；不参与战斗的平民与受伤并退出战争的人员不应受到战争的影响。同样，国家同意不再使用背信弃义的手段，并且禁止使用可以造成巨大痛苦的诸如炸裂弹和有毒武器类的武器。他们只能使用与其惟一合法目的成正当比例的武器，该目的就是为了削弱敌人的军事力量。①

19 世纪的国家之间的战争，交战的双方基本上能够恪守的原则是：屠杀的对象仅仅是对方国家的手持武器作战的敌人。随着兵器科技的发展，战争越来越残酷。越来越多的思想家呼吁遵守战争习惯法规则。他们提出战争的目的是使敌人屈服，而不是杀人，当对方军人放下手中的武器、投降即不作抵抗的时候，他们就不是属于可以被屠杀的敌人，否则就违反了战争的目的，违反了人道。

理论上，战争是国家通过武装部队的争斗。各交战国的不直接或间接属于武装部队的私人并不参加战争；他们既不进攻，也不防御；因此，也不应该向他们进攻。这个理论结果的形成是与以卢梭为首的思想家们对于人类间的违背战争目的以及非人道战争行为所造成的不必要的痛苦所进行的深刻反思和强烈的谴责有着相当的关系。

在资产阶级启蒙家思想家的人道主义思想影响下，国际社会从限制战争手段、作战方法，保护平民、战争受难者和战斗员方面，自 19 世纪中叶起，相继制定了一系列的战争法规，这些战争法虽然不能阻止战争爆发，也不能保证所有交战国及有关国家都能严格遵守，但却是动员世界舆论保护平民和战争受难者，反对侵略战争，维护世界和平的重要手段。

---

① 《关于在战争中放弃使用某些爆炸性弹丸的宣言》（圣彼得堡宣言，1868 年 12 月 11 日），载《战争文献集》（王铁崖、朱荔荪等编），解放军出版社，1986 年出版，第 7 页。

二、人道主义法的主要内容

从传统的意义上来讲，国际人道主义法的宗旨和目的是在发生武装冲突的情况下，保护战斗员和非战斗员免受不必要的痛苦和伤害，尽可能地保护人民的生命财产和生存的环境。在国际社会对战争规则的创建、发展的过程中大批的对非战斗员、战俘和平民保护的国际条约应运而生。广义的战争法，它主要的两个支柱，一个是海牙体系，一个是日内瓦体系。海牙体系主要是规范怎么打仗，采取什么样的方法、什么样的方式打仗是不违反战争游戏的规则的；日内瓦体系主要是着重于保护那些不直接参加战斗的人员：平民或放下武器的战俘这些人的法律规则。日内瓦公约已经几乎被整个国际社会所普遍接受，世界上几乎所有的国家都是日内瓦公约的缔约国，因此，日内瓦公约的宗旨和原则已经成为国际强行法的原则，也成为了国际社会的一种共同的责任。无论是什么人，只要违反了规则，都应该承担责任。

这些规则逐渐被编纂，尤其是在 1864、1906、1929 和 1949 年诸《日内瓦公约》，1868 年圣彼得堡宣言，1899 年和 1907 年海牙公约中。

如前所述，限制战争暴力的规则主要有两类：

第一类是与战争行为有关的规则。这些规则规定作战手段和作战方法，并禁止不分青红皂白的攻击及针对非战争人员的攻击、禁止使用滥杀滥伤、造成极大痛苦的武器及禁止背信弃义的作战手段。

第二类是保护非战争人员与退出战争人员的规则，即：部队伤病员、战争俘虏、军队救护人员和平民。

但需要指出的是，这两类规范是互相依存和互为补充的，其中有些规则是相同的。那些限制空袭和禁止无区别轰炸的规则，如果从飞行员的角度看就属于关于战争行为规则；但如果从轰炸的后果看，则属于保护平民的规则。订立于 1977 年 6 月 8 日的关于《日内瓦公约》的附加议定书同时收录了这两部分的规则。它既订立与战争行为有关的规则，也订立了关于保护战争受难者的规则。

国际社会制定的与人道主义相关联的战争法规主要有：

《改善战地武装部队伤者境遇的公约》(1864 年 8 月 22 日订于日

内瓦）；

《关于在战争中放弃使用某些爆炸性弹丸的宣言》（1868年12月11日订于圣彼得堡）；

《陆战法规和惯例公约（1899年7月29日海牙第二公约）》（订于海牙）；

《关于1864年8月22日日内瓦公约的原则适用于海战的公约（1899年7月29日海牙第三公约）》（订于海牙）；

《禁止使用专用与散布窒息性或有毒气体的投射物的宣言（1899年7月29日海牙第二宣言）》（订于海牙）；

《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的公约》（1906年7月6日订于日内瓦）；《关于战争开始的公约（1907年10月18日海牙第三公约）》（订于海牙）；

《陆战法规和惯例公约（1907年10月18日海牙第四公约）》（订于海牙）；

《关于战时海军轰炸公约（1907年10月18日海牙第九公约）》（订于海牙）；

《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》（1925年7月17日在日内瓦签署）；

《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》（1929年7月27日订于日内瓦）；

《关于战俘待遇的日内瓦公约》（1929年7月27日订于日内瓦）；

《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》（1945年8月8日订于伦敦）；

《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》（1949年8月12日日内瓦第一公约、第二公约、第三公约）；

《关于战时保护平民的日内瓦公约》（1949年8月12日日内瓦第四公约）；

《关于武装冲突时保护文化财产的公约》（1954年5月14日）；

《禁止使用核及热核武器宣言》（1961年11月24日联合国第16届大会第1 063次全体会议通过）；

《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》(1968 年 11 月 26 日于联合国);

《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》(1972 年 4 月 10 日在伦敦、莫斯科和华盛顿开放签署);

《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》(1973 年 12 月 3 日联合国第 28 届大会第 2 187 次全体会议通过);

《在非常状态和武装冲突中保护妇女和儿童宣言》(1974 年 12 月 14 日联合国第 29 届大会第 2 319 次全体会议通过);

《武装冲突中对人权的尊重》(1974 年 12 月 14 日联合国第 29 届大会第 2 319 次全体会议通过);

《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(1976 年 12 月 10 日经第 31 届联合国大会通过,1977 年 5 月 18 日在日内瓦开放签署);

《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(第一议定书)》(1977 年 6 月 8 日订于日内瓦);

《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书(第二议定书)》(1977 年 6 月 8 日订于日内瓦)等等。

有关限制战争的作战方法和手段的公约和宣言等文件还有许多,如《联合国禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器会议最后文件》(1980 年 10 月 10 日),《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器实验条约》(1963 年 8 月 8 日),《不扩散核武器条约》(1968 年 7 月 1 日),《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种武器的公约》(《禁雷公约》1997 年 12 月 3 日开始签署,并于 1999 年 3 月 1 日生效)等等。这一系列公约和文件充分反映了基于人道主义影响下所产生的成果和限制或禁止战争手段的走向。

为减轻交战双方军人战争的痛苦,抑制其无益的苦难和改善战地受伤军人的命运,从人道主义角度出发,国际社会率先制定了 1864 年的《改善战地武装部队伤者境遇的公约》,此后就战俘和伤员地位等问题还相继制定了 1906 年的《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的

公约》、1929年的《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》、《关于战俘待遇的日内瓦公约》、《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》(1949年8月12日日内瓦第一公约、第二公约、第三公约)。

在保护平民和限制作战对象方面,国际社会制定的公约有《关于战时保护平民的日内瓦公约》(1949年8月12日日内瓦第四公约);《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书(第一议定书)》(1977年6月8日订于日内瓦);《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书(第二议定书)》(1977年6月8日订于日内瓦)。《关于战时保护平民的日内瓦公约》第3条,在一缔约国之领土内发生非国际性的武装冲突之场合,冲突之各方最低限度应遵守下列规定:(一)不实际参加战事之人员,包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留,或其他原因而失去战斗力之人员在内,在一切情况下应予以人道待遇,不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。因此,对于上述人员,不论何时何地,不得有下列行为:甲、对生命与人身施以暴力,特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑;乙、作为人质;丙、损害个人尊严,特别如侮辱与降低身份的待遇;丁、未经具有文明人类所认为必须之司法保障的正规组织之法庭宣判,而遽行判罪及执行死刑。第27条规定:妇女应受特别保护以免其荣誉受辱,尤须防止强奸、强迫为娼或任何形式的非礼之侵犯。虽然从法的角度而言,条约不具有溯及力,可是对上述违离战争目的的施暴行为的禁止,更多的是来自习惯法。对平民的保护原则是来源于文明国家间制定的惯例、人道主义法规和公众良知的要求。[①]这是不言而喻的自然和人类理性的法则,没有谁可以说,由于在第二次世界大战前没有具体直接的保护平民生命、人身以及尊严的公约,因此,任何敌国对于被占领土的平民可以肆意屠杀而不受法律(国际习惯法或国内法)的追究。

在禁止使用非常规武器和作战手段方面的公约有:《禁止使用专

① 参见《陆战法规和惯例公约(1907年10月18日海牙第四公约)》前言,载《战争法文献集》(王铁崖、朱荔荪等编),解放军出版社,1986年出版,第46页。

用与散布窒息性或有毒气体的投射物的宣言(1899 年 7 月 29 日海牙第二宣言)》(订于海牙);《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》(1925 年 7 月 17 日在日内瓦签署)。1899 年的海牙第二宣言主要针对的是禁止化学武器在战场上的使用,而 1925 年的议定书则不仅禁止在战争中使用化学武器还包括细菌武器和其他毒性和气体。该议定书开宗明义表示:"鉴于在战争中使用窒息性、毒性或其他气体,以及使用一切类似的液体、物体或器件,受文明世界舆论的正当的谴责;鉴于在世界上大多数国家缔结的条约中已经宣布禁止这种使用;为了使这项禁令被普遍接受为国际法的一部分,对各国良心和实践具有同样的约束力;兹宣告:……各缔约国同意将这项禁令扩大到禁止使用细菌作战方法,并同意缔约国之间的关系按照本宣言的条款受到约束。"该议定书制定的目的就是要将禁止细菌作战方法作为普遍国际法的一部分。成为普遍国际法可能通过的途径是大多数国家以双边或多边的形式参加条约,使条约的规定为大多数国家所遵守,另一个途径是在国际交往中,经反复实践而逐渐形成的不成文的行为规则,后来则为许多国家所采用,并反复地实践。1899 年的海牙第二宣言禁止的是化学武器在战场上的使用,至 1925 年日内瓦议定书已经认定"在战争中使用窒息性、毒性或其他气体,以及使用一切类似的液体、物体或器件……在世界上大多数国家缔结的条约中已经宣布禁止使用",伴随着大多数国家加入双边或多边的条约,使得条约的规范已经成为国际习惯法的一部分。

在当时国际社会容忍国家拥有战争权的情况下,国际社会仍然就作战规则制定了公约。《陆战法规和惯例公约(1899 年 7 月 29 日海牙第二公约)》(订于海牙);《陆战法规和惯例公约(1907 年 10 月 18 日海牙第四公约)》(订于海牙);《关于战时海军轰炸公约(1907 年 10 月 18 日海牙第九公约)》(订于海牙)等;值得一提的是,1907 年(10 月 18 日)海牙第四公约《陆战法规和惯例公约》第三条规定:违反该章程规定的交战一方在需要时应负责赔偿。该方应对自己军队的组成人员作出的一切行为负责。根据这一条款的规定来看,交战双方仅有权在不违背该章程规定的范围内,进行交战。陆战公约责成国际社会的

交战国家，作战时必须遵守战争法规，不仅不得屠杀俘虏和伤员，更不能杀害平民。一旦违反上述相关的战争法规，则由交战国家承担赔偿义务。这些公约的出现是人类文明发展的必然结果，也是人道主义的必然要求。日本国当时签订了陆战公约，这些公约是今天中国民间战争受害者对日提出与战争有关的民间索偿的重要的法律基础之一。

第二次世界大战之前的限制交战国作战手段、禁止国家以战争作为推行国家政策的工具以及二战禁止国家间行使武力和武力威胁包括禁止使用热核武器等一系列公约和文件充分反映了基于人道主义影响下所产生的成果和限制或禁止战争手段的走向。

三、人道主义法的新发展

如前所述日内瓦公约的宗旨和原则已经成为国际强行法的原则，也成为了国际社会的一种共同的责任。无论是什么人，只要违反了规则，都应该承担责任。但是，在最近的十年当中，国际人道主义法，包括国际刑法，它的概念有了非常大的变化。

首先就是国际人道主义法的范围有所扩大，已经不仅仅局限于武装冲突，而且也扩大到了和平时期。例如，在前南问题，联合国成立的前南斯拉夫国际刑事法庭以及为卢旺达问题成立的联合国卢旺达问题的国际刑事法庭。前者是起诉应对 1991 年以来南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法负责的人的国际法庭，后者是对在卢旺达境内所犯的灭绝种族罪和其他严重违反人道主义法行为的暴行进行起诉。只要是违反了国际人道主义法，那么这个法庭就有管辖权。灭绝种族罪和危害人类罪是不一定和战争相联系的，在和平时期也可能犯下这两种罪行。但是通过法院的规约和规章，已经把这两种罪行列为国际刑事司法机构可以管辖的罪行。在《防止及惩治灭绝种族公约》的第 1 条就规定了“缔约国被确认的灭绝种族的行为，无论发生在平时还是在战时，均系国际法上的一种罪行，应对其加以防止并惩治”。《国际刑事法院罗马规约》已经不再要求危害人类罪与武装冲突间有任何的联系。目前国际上一些著名的法学家也主张在和平时期也同样可以适用国际人道主义法。

其次是国际人道主义法和国际人权法的界限日渐模糊不清。传统上国际人道主义法和国际人权法在渊源、适用范围等方面存在着较大的差别。但是，一方面，灭绝种族罪和危害人类罪中的许多罪目原本都是属于国际人权法的，另一方面，《国际刑事法院罗马规约》对灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪行为做了列举，其内容均为违反国际人道主义法的行为。

再则，国际刑事审判机构得到了非常广泛的建立。第二次世界大战以后，英苏美法四国签订了《伦敦协定》，制定了《纽伦堡宪章》和《东京宪章》，展开了历史上第一次由国际审判机构对犯下战争罪、反和平罪和反人道罪的个人进行起诉和审判。但是在半个世纪以来，由于种种原因一直没能建立起任何的国际审判机构。直到 1993 年 5 月 25 日联合国安理会鉴于在前南斯拉夫发生的形势已经危及国际的和平与安全，并且根据联合国宪章第 7 章采取行动，通过第 827 号决议，建立了前南国际刑庭。1994 年 11 月 8 日联合国安理会以 13 票赞成，2 票弃权通过了 955 号决议，建立了卢旺达刑庭。

1998 年 7 月 17 日，联合国设立国际刑事法院。联合国代表大会以 120 票赞成 7 票反对通过了《国际刑事法院规约》（又称《罗马规约》），并于 2002 年 7 月 1 日正式成立，标志着人类历史上第一个全球的和永久性的国际刑事法院的诞生。国际社会、国际法学界普遍认为这是国际法在世纪之交最重大的发展。

第二次世界大战的教训和人类文明程度的提高，使得国际社会对人权十分重视，在以联合国为代表的国际组织的推动下，国家间缔结了数量很多的人权条约，人权原则成为国际社会普遍承认的国际法原则，人权观念也日益深入人心。在这种国际背景下，对日民间索偿活动受到了国际社会的关注和国际舆论的支持。国际劳工组织等一些国际组织和非政府间国际组织对此给予关注，而且一些国家的民间组织还进行了一些跨国合作。例如，2000 年 12 月 8 日由韩国挺身队问题对策协议会、朝鲜“从军慰安妇”太平洋战争补偿对策委员会、中国上海“慰安妇”研究中心、中国台北妇女救援社会福利事业基金会、菲律宾女性人权亚洲中心、印尼正义与民主主义女性联合和“战争与对女性暴

力”日本连线等民间团体在东京九段会馆组织“侵害女性国际战犯法庭”，开始对日本军国主义在二战中的“慰安妇”制度进行历时5天的世纪末“人民的审判”。这一活动在国际社会产生了巨大的反响，也向日本民众揭示了历史的真相，在日本国内引起了不小的轰动。

第四节

战争赔款与民间战争损害赔偿的区别

一、国际法上和约中赔款的演变

传统国际法终止战争的方式，主要有三类。第一，交战国双方不再作战争行为，也不特别缔结条约以明白表示媾和，而不知不觉地进入和平关系；第二，交战国双方正式缔结特别和平条约以正式建立和平状态；第三，交战国一方用灭亡对方的方法结束战争。

虽然战争有时由于简单停止敌对行为而结束，虽然灭亡并不是十分罕见或很不正常的现象，但是最常见的结束战争的方法是缔结和约。简单地停止敌对行为肯定是一种不正常的方式，而灭亡则多半不在胜利者的意图之内，或者是不能实现的；因此，以缔结和约为正常的终止战争的方式是十分合理的。①

和约往往规定战败国应付给战胜国一笔款项。这种给付款项过去通常称之为“赔款”（或称战争赔款），其原因一般可能是有以下几种情况：1. 要使战胜国增加财富；2. 为了惩罚战败国；3. 为了偿还战胜国的战费；4. 为了补偿因战争导致的政府和民间的损失与损害。如果战败国不能满足战胜国的赔款要求，就只能以割地赔偿的方式用来抵债。否则，战争将继续直到对方战败亡国为止。当然战胜国

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本害国际法》下卷，第二分册，商务印书馆，1981年出版，第112页。

所提出的巨额的赔款也可能是个幌子，其本来意图就是以攫取战败国领土为目的的。

换言之，在近代国际法逐渐形成之前，战胜国对于战败国和约要求往往是赔款和割地赔偿。然而关于赔款的问题，仍需要指出的是，在当时的国际法实践中，终止战争的和约中所确认的赔偿往往是一个总体的款项数额，并无细分其构成内容，更无细分国家赔偿和民间个人损害赔偿的例子。因此，交战国之间在和约中所规定的战争赔偿，通常是被认为国家和民间个人的索赔权利已经行使的表现。如果国家放弃了战争索赔权，则意味着民间的损害索赔权利也已经放弃。

在过去的人类社会，大小不同的各种各样的战争屡屡发生，其结果导致交战国双方巨大的损失。赔偿问题是伴随着战争的附属问题。18 世纪末之前，对于战争损失的赔偿主要是战争费用的赔偿，即根据战败国通过和约向战胜国支付赔偿金，也可以说这是对战败国的罚金。进入 19 世纪后半叶，战争的赔偿金大体上是任由战胜国自由地裁断。典型的事例是 1871 年的法兰克福和约法国向德国支付了 50 亿金法郎的赔偿金。1895 年的马关条约，中国清朝政府向日本国割让了台湾以外还向日本支付了白银 23 000 万两的战争赔偿金。这一金额是当时清政府两年间的财政收入，相当于日本约三年的财政收入。不过，在国家赔款的事例中，也有以违反国际人道法为依据要求加害国给予赔偿的。例如，1877 年俄罗斯与土耳其缔结的君士坦丁堡[①]媾和条约中的第 5 条规定："对于在土耳其受到战争损害的俄罗斯人的赔偿请求，经俄罗斯住君士坦丁堡大使馆的审查，土耳其政府被通知后应立即支付。"[②]

在近代国际法的末期，国际法产生了因违反战争法规行为的赔偿原则。国际社会认识到如果能够使一个交战国对于它的违反战争法规的行为所造成的一切损害都给付赔偿，这无疑是保证合法作战的一

① 土耳其的第一大城伊斯坦布尔(Istanbul)的旧城名称为君士坦丁堡(Constantinople)。——笔者注

② 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994 年出版，第 314 页。

种间接方法。在过去并无任何规定这种赔偿的规则，虽然违反战争法规当然总是一种国际不法行为。相反地，依照确立的习惯规则，在媾和以后，除和约有相反的规定外，就不得再对违反作战规则所造成的损害提出赔偿要求。直到第二次海牙会议，情形才发生了变化。在修改陆战法规和习惯公约时，除了其他变动外，还采用了一个新的第 3 条。该条规定："违反上述(海牙)章程的规定的交战国一方，在必要时，应负赔偿之责。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责。"

上述海牙第四公约第 3 条显然创建和明确了如下的规则：1. 违反海牙章程的交战国在必要时应给付赔偿；2. 交战国应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责。

以往的国际习惯法认为，一个国家对其武装部队成员的国际不法行为，只要此项行为不是它下令或授权而作的，只负转承责任。[①]但是，根据海牙第四公约第 3 条的规定，该国于必要时仍须为这些行为给付赔偿。海牙第四公约第 3 条的规则已经成为适用于其违反会致使敌国或中立国人民遭受损失的任何战争法规则。这一点是没有理由可以怀疑的。[②]

从国际法的实践方面来看，历史上虽然有许多不细分国家和民间个人损害对象的总体性"赔款"，可是，随着国际法的发展，这种传统上的习惯规则已经完全被改变了。在第一次世界大战结束时，和约中不仅规定了国家之间的赔偿，而且规定了战败国对民间损害必须承担的义务。1919 年对德国和约第 8 部分(赔偿)规定，德国应赔偿第一次世界大战期间它和它的同盟国所造成的损失和损害。依照和约第 231 条的规定，德国自己并代替其同盟国接受"因德国及其同盟国用侵略办法将战争强加于协约及参战国政府而致使它们和它们的人民受到损失和损害"的责任。同时依据和约第 232 条的规定，德国负责"补偿在各协约及参战国对德国交战期间因海、陆、空侵略而对协约及

---

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》上卷，第一分册，商务印书馆，1981 年出版，第 269 页。

② 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷，第二分册，商务印书馆，1981 年出版，第 103 页。

参战国平民及其财产所造成的损害以及[条约这一编的]附件(一)所规定的一般损害”。该条约规定建立一个成为“赔偿委员会”的盟国委员会,以便决定按照上述规定应行补偿的数字,并监督补偿的支付。

根据上述对德和约第 231 条的规定,不难看出,条文区分了战争国的政府损失与国民的战争损害,而根据第 232 条所建立的“赔偿委员会”则更是着眼于对民间战争损害赔偿。第一次世界大战后的凡尔赛对德国的条约,德国被课以 200 亿金马克以上的战争赔偿,这一赔偿在含有传统的战争赔偿意义的同时,也涉及了侵略战争与非正义战争的问题,赔偿的内容不仅仅涉及的是国家,而且还包含了人民以及人民财产的损害赔偿,战争赔偿的内涵已经有了很大的变化。①

有学者认为,第一次世界大战后,战争赔偿(Indemnity)的含义发生了变化,战败国除了对战胜国作出传统意义上的战争赔偿外,还须对因战争直接导致参战国平民及其财产遭受的损失作出赔偿,前者成为“战争赔偿”,后者成为“受害赔偿”。由于战争赔偿的含义发生了变化,原先的 Indemnity 一词被 Reparation 一词所代替。不过持相反意见的学者指出:赔偿(Reparation)或战争损害赔偿(Compensation)两个词过去是被当作同义词来使用的。战争赔偿(War Indemnity)一词以前也作同义词来使用的。只是在第一次世界大战后被赔偿(Reparation)一词所代替,这个词自从第二次世界大战以来在国际法实践中被普遍使用。②

“战争损害赔偿”的概念在此前的国际法中没有明示的定义。直至今日,国际法也没有明示地区分战争赔款、战争赔偿以及战争损害赔偿的具体规定。

“战争赔款”或“战争赔偿”(War Indemnity)的名称,根据《现代高级英汉双解辞典》对于 Indemnity 的解释为:“保证物;赔偿物;尤指战败国的赔款或作为赔偿的货物。(sth. That gives security against damage or loss; sth. Given or received as compensation, esp. a sun of meny, or

---

① 殷燕军著:《中日战争赔偿问题》,御茶水书房,1996 年出版,第 9 页。

② [德]马克斯·普朗克比较公法及国际法研究所主编,中山大学法学研究所国际法研究室译:《国际公法百科全书:第四辑,使用武力、战争、中立、和约》,中山大学出版社,1992 年出版,第 538 页。

goods, demanded from a country defeated in war.)"①虽然它反映了传统意义上的战胜国对战败国拥有战争赔款或赔偿的权利,但是,Indemnity一词包含了 compensation 内容,而 compensation 一词主要是指民事上的赔偿和补偿。因此,不能轻易地说,战争赔款或战争赔偿(Indemnity)的概念业已明确地排除了民间战争受害者的损害赔偿的内容。

而 Reparation 一词,根据《现代高级英汉双解辞典》的解释,虽然通常解释为一般的补偿或赔偿,但是在使用复数的情况下仅表示战败国的赔偿或赔款。②问题是第二次世界大战后,一些重要的和约中使用的是"战争赔款"(Reparations)。例如,《旧金山对日和约》第 14 条(b)规定:除了本条约中另有规定之外,联合国家放弃所有的赔款请求权、放弃战争期间日本及日本国民实施行为所导致的联合国家以及其国民的其他请求权和关于占领的直接军事费的联合国家请求权(Except as otherwise provided in the present Treaty, the Allied Powers waive all **reparations** claims of the Allied Powers, other claims of the Allied Powers and their nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war, and claims of the Allied Powers for direct military costs of occupation.)。

由此可见,强调单数的 Reparation 一词是指战争损害赔偿,也并无现实的积极意义。事实上,无须死抠字眼,只要客观地回顾两次世界大战后各国在和约方面的实践,就不难看出:伴随着人道主义法和国际人权法的产生,在和约中将交战国政府的损失与交战国国民损害予以明确的区分已经为国际社会普遍认同。

二、国家赔偿权与战争受害者个人索赔权的区分

虽然在近代国际法上,大多数交战国之间在缔结和约时并没有

---

① 《The Advanced Learner's Dictionary of Current English with Chinese Translation》, Oxford University Press, Ely House, London W I, News Building, North Point, Hong Kong, p. 543.

② 同上书, p. 904.

将战争赔偿细分为国家和民间赔偿的两部分，只是笼统地提出总的赔偿数额。但是在理论甚至逻辑上，战争赔偿的内容构成应当有两方面的组成部分，即国家（政府）的损害赔偿部分和民间的损害赔偿部分。

随着国际法的发展，在处理因战争导致的损害赔偿问题上区分国家（政府）与民间的损害赔偿权利越来越明确。

（一）战争损害赔偿

战争损害赔偿概念的法律内容可以在1907年《关于陆战法规与惯例的海牙第四公约》第3条及附加于该公约的海牙章程第22条以及附加于1949年8月12日日内瓦各公约的1997年《第一议定书》第91条中去寻找。根据海牙章程第22条规定，交战者无绝对自由去选择伤害敌人的方法。海牙公约第3条及《第一附加议定书》第91条都规定，凡分别违反海牙章程的规定或1949年日内瓦各公约或《第一附加议定书》的规定的交战者要负赔偿责任。

一般来说，在两个连续的时间内拿同一事的状态或同一物的状态作比较，如可发现不利的变化（损失、损害、变质、价值降低等等），就可使用“损害”一词。因此，战争损害就是与战争有关而出现的不利变化或由于战争固有的危险而出现的不利变化。战争通常在国家之间进行，由此产生的不利变化不仅影响作为交战国的国家，而且通常也影响那些国家的国民以及逗留在交战国领土内的第三国国民。因此，从影响的对象来看，“战争损害”涵盖了交战国、交战国的国民以及第三国的国民。从战争的后果来看，一方面，“战争损害”一词包括一个国家为应付打一场战争的开支和对其战争受难者及死者家属的救济金和抚恤金的开支而遭受到额外支出；另一方面，这个词也可能包括收入损失，公民个人未来权利的损失或减少。

（二）民间战争损害赔偿

民间的战争损害通常被认为是非战斗员关于其人身、财产或财富通过战争行为或通过交战国之一的占领或直接与战争有关

而遭受的损失和损害。对于平民居民，战争损害概念不包括由战争引起的对交战国及其国民的经济的次要损害，这些损害是由于经济危机、失业、贸易中断等战争伴随现象引起的。它也不包括诸如作为后效的战后货币贬值的损害，这些损害不能认为是战争的直接结果。

长期以来在习惯法中形成的国家责任制度是国际法中一个重要的法律制度。国家责任是指国家作为国际法主体对其国际不法行为所应承担的国际法律责任。构成国际不法行为通常被认为有两个要素，即，第一，该行为可以归因于国家而被视为国家行为；第二，该行为违背国际义务。因此，战争损害赔偿责任必须考虑到与战争合法性有关的问题。《海牙第四公约》第 3 条及《第一附加议定书》第 91 条作为对战时作战方式所制定的战时法，它们都确立了违反载明在它们之中的法律义务时的赔偿责任。这些规定也显示了非法施加损害的国际责任的一般原则。

战争损害的索赔者可以是交战国及冲突各方自己，也可以是国际法的中立主体。索赔者的地位及索赔的主张服从一条公认的原则，即国际不法行为所归因的国家应对被损害国负赔偿责任。但是，一旦提出战争损害赔偿要求是私人而非国家以国家名义的情况下，通常适用下列规则。1. 在一些国家里（例如法国、意大利及德意志联邦共和国），从公法或从自然法及人道法规则中抽出一些原则并以国内法形式提出来，由国内法规定赔偿的性质和范围及所需的司法程序。在某些情况下，外国求偿者也有资格提出个人战争损害赔偿，这些赔偿是战后赔偿国所创设的国内法给予他们的（例如德意志联邦共和国 1950 年 12 月 12 日，联邦照管法第 1 及 7 条第 3 款）。2. 有时，条约也根据国际法向战败国强制赔偿特殊战争损害的义务。例如适当赔偿德国公民在第一、第二次世界大战后在国外被扣押财产的义务是分别由《凡尔赛和约》(1919 年)第 297(i)条加给德国和由 1952 年 5 月 26 日《关于解决战争与占领所发生的问题的公约》第 6 章第 5 条加给德意志联邦共和国的（见《波恩与巴黎关于德国的协定》[1952 年及 1954 年]）。在第二次世界大战后，德意志联邦共和国在国内外面临着数不

清的索赔和诉讼。[①]3. 在加害国国内没有为民间战争损害者制定国内法予以赔偿，或者战胜国也没有对战败国强制规定具体的特殊赔偿义务的情况下，根据国际法上的条约必须遵守的这条恒定的原则，结合《海牙第四公约》第 3 条及《第一附加议定书》第 91 条的规定，作为缔约的加害国有义务对民间战争损害者予以救济。这是条约必须遵守的要义。条约必须遵守就是全面实际地履行条约的义务，其履行的平台主要有两个层面，一个是在国际社会层面的履行，另一个是在国内层面上的履行。如果加害国拒绝救济民间战争损害者，其结果可能导致受害者国籍国援用外交保护权。如果民间战争损害者的权利是不足以用法律予以保护，那么第一、第二次世界大战后大量的和约中就没有必要区分国家（政府）和国民的求偿权了（关于这一规则的法理根据，将在本文第六章中展开阐述）。

综合上述的因素考虑，民间战争损害索偿权是指非战斗员关于其人身、财产或财富通过战争行为或通过交战国之一的占领或直接与战争有关而遭受的损失和损害，并享有对非法发动侵略战争以及违反战时法的加害国行使索赔的权利。

（三）民间战争损害索偿权为战后和约所承认

如前所述，1919 年对德国和约第 231 条的规定，德国自己并代替其同盟国接受“因德国及其同盟国用侵略办法将战争强加于协约及参战国政府而致使它们和它们的人民受到损失和损害”的责任。

第二次世界大战后，战胜国对战败国的战争索偿规则发生了进一步的深刻变化。战争赔偿已经超越了经济、军事的领域，更多地体现了政治和道德的意义。由此产生了“战争赔偿”和“损害赔偿”的两个赔偿方面的问题。

首先，联合国家在战争中所蒙受的巨大损失是因为轴心国的侵略

---

① ［德］马克斯·普朗克比较公法及国际法研究所主编，中山大学法学研究所国际法研究室译：《国际公法百科全书：第四辑，使用武力、战争、中立、和约》，中山大学出版社，1992 年出版，第 543 页。

战争所直接导致的结果，联合国家由于抗战而蒙受的巨大人身的死伤和财产损失，理所当然应当由轴心国负担。同时，损害赔偿是发动侵略战争的轴心国违反战争法规和人道原则给被侵略国人民和财产所造成的巨大损害所做的赔偿。赔偿并不是双方交战的结果，而是对侵略者方面故意的行为造成了民间平民和俘虏的死伤的法律责任。第二，从赔偿的方式来看，战争赔偿协定主要是“实物赔偿”和“劳务补偿”。第三，损害索偿的主体除了国家之外，受害者个人和团体也是行使索偿权利的主体。因此，损害赔偿不仅仅是国际公法的问题，同时也是涉及国际私法的问题。

从损害赔偿的实践来看，联邦德国于1953年与西方各国缔结了伦敦债务协定，联邦德国以“人员和财产损失”的赔偿，约定支付赔偿金600亿马克，联邦德国履行了这一赔偿义务向相关国家支付了赔偿金。就1953年的伦敦债务赔偿协定明确了战争赔偿(赔款)和损害赔偿这一点而言，是对战后处理的贡献，大大地推进了国际人道主义法的发展。此外，犹太人并不囿于战争赔偿(赔款)，犹太人因纳粹德国加害的损害向东西德两国提起了损害赔偿的要求。犹太人通过长期的交涉，从联邦德国方面获得了34亿马克的赔偿。1988年民主德国向犹太人承认了造成犹太人损害赔偿的道德权利，给予第二次世界大战中遭受迫害的犹太人生存者620亿马克的赔偿。①

1951年签订的《旧金山和约》中规定联合国家放弃战争赔偿请求权之第14条(b)款的内容为：“除本公约另有规定的以外，联合国家放弃联合国家的一切战争赔款请求权，放弃在战争期间因日本及其国民的行为而产生的联合国家及其国民的其他的请求权”。该条款十分清楚地写明“联合国家的一切战争赔款请求权”(英文为“all Reparations Claims of the Allied Powers”)以及“联合国家及其国民的其他的请求权”(英文为“Other Claims of the Allied Powers and Their Nationals”)。尽管缔结《旧金山和约》的大多数联合国家不仅放弃了对日本的国家索款权，同时也放弃了其本国国民的对日索赔权。但是，这种

① 殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996年出版，第9页。

在条款中明确区分国家的索款请求权和联合国家及其国民的其他请求权的表述，不仅反映了国际社会肯定了因战争导致民间损害赔偿的固有权利，同时也说明国际社会已经充分地认可战败国对受害国家或政府的赔款和对受害民间的赔偿是完全不同的两码事。

又，1953 年，波兰虽然宣布放弃了战争赔偿的请求权，可是作为个人被纳粹强制收容和强制劳动所相关的损害赔偿请求权并没有放弃。波兰政府对于战时被纳粹绑架和强制劳动的 100 余万波兰人的损害向联邦德国提出了损害赔偿的要求。1953 年，法国并没有以伦敦债务协定为依据向联邦德国提出战争赔偿，而联邦德国向那些由于纳粹暴行而蒙受损害的法国人支付了 3 亿马克的损害赔偿。1990 年，美国政府对于在战时被强制收容的美国日裔支付了每人 2 万美元的补偿金，并同时向受害人递交了布什总统亲笔署名的谢罪信函。①

二战后，战胜国制定了一系列有关日本赔款问题的国际文件，战争受害者对日本的索赔诉讼本应该在战争结束后就开始的。但是在冷战的局势下，官方和民间的对日索偿都被搁置了。德国则以东西分离的理由一直拖延实行国家赔偿。尽管战后联邦德国通过国内立法对民间战争受害者进行了赔偿，但是受益的对象有限。酝酿于战后，求索于东西方冷战前夜的对战争责任国家的民间索偿，随着德国的统一和东西方冷战的结束，和平与发展已经成为国际社会的主题，发展中国家的国际地位有所提升且处理国际事务的自主性增强，处理民间战争受害者的问题得以向纵深发展。2000 年德国政府和企业共同出资 100 亿马克设立的“记忆·责任·未来”基金表明了德国政府在对待过去的战争犯罪的赔偿方面的积极态度。

撇开其他国家的外交实践不谈，仅仅就日本在第二次世界大战后与亚洲国家缔结的各种协定中，早就已经存在着为数可观的区分国家（政府）的战争损害赔偿求偿权与民间战争损害索偿权的两类不同权利的外交法律实践。

在 1956 年 10 月 19 日苏联和日本国之间签订的《日本国与苏维

---

① 殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996 年出版，第 10 页。

埃社会主义共和国联盟的共同宣言》中也已经有了区别国家索偿和民间索偿的先例。此外，在以下的日本国和交战国以及中立国在战后所缔结的和约、协定中无一例外地区分了国家和民间的对日求偿权。如，1954 年 11 月 5 日，日缅两国签署的“日本国与缅甸联邦的和平条约”，1958 年 1 月 20 日在雅加达签订的《日本国与印度尼西亚共和国的和平条约》，1965 年 6 月 22 日，日韩两国政府缔结的《日本国与大韩民国之间关于请求权及经济协力协定》，《日本国与新加坡共和国之间的 1967 年 9 月 21 日的协定》，《日本国与马来西亚国家之间的 1967 年 9 月 21 日的协定》，1955 年 7 月 9 日签订的《日本国与泰国关于特别日元协定》，1969 年 4 月 18 日，根据《旧金山和约》第 14 条(a)作为基础，日本与美国之间缔结的《关于太平洋诸岛信托统治地域的日本国与美利坚合众国之间的协定》。

第二次世界大战的中立国瑞士、丹麦、瑞典、西班牙等国，在战争中，日本军在南方地域以及中国，对上述国民的人身和物质所造成的损害，根据国际法的原则享有请求赔偿的权利。日本与瑞士之间、与西班牙之间、与瑞典之间、与丹麦之间都在战后所缔结的协定中明确地区分了国家的战争赔款权与民间战争损害者的索偿权。

从战后民间索偿的国际实践上看，战后联邦德国通过与有关国家缔结关于战争赔偿的条约，同时又在国内制定有关战争赔偿的法律并设立相关基金来解决对战争受害者的赔偿问题。加拿大、美国均对战争期间被扣押的日裔加拿大人或日裔美国人做出了赔偿。

海湾战争后，1991 年在联合国安全理事会下设立了伊拉克赔偿审查委员会，受理因伊拉克军队对科威特的侵略而遭受损害的受害者个人(如石油公司等)所提出的赔偿请求。在这个案例中，联合国的实际行动表明了对侵略国的求偿权中个人的求偿权是独立的部分。联合国的这一做法实际上是对长期以来国际法发展的肯定。1991 年海湾战争期间的 17 名美国战俘及 37 名战俘家属，以他们在被伊拉克政府拘捕期间曾受到虐待为由，向美国联邦法院提起了诉讼。1996 年以来美国国会通过的几项法律允许战争受害人向虐待他们的国家要求经济赔偿。

毫无疑问的是，在《中日联合声明》公布之前，民间战争损害赔偿

作为不同于国家的战争赔偿权利已经为大量的国际法实践所确立。大量的和约、协定中将国家战争赔偿权与民间战争损害索偿权区别表述的目的不是证明国家(政府)间的和约、协定就当然可以处理、放弃民间战争受害者的权利,恰恰相反,它表明了民间战争受害者的损害赔偿权是一项需要单独在和约中明示的权利,这一明示的方式意味着,如果和约没有这类的明示,国家间达成的和约就意味着没有处分过这项独立的索偿权。在近代向现代国际法发展的过程中,之所以在和约中会出现区分两类不同性质的求偿权,这与国际人权和人道主义法的发展不无一定关系。这是人类历史发展的进步。

虽然个人尚不能称之为国际法上的主体,但是这并不妨碍依照相关的法律和法理对这项独立的权利进行捍卫。民间战争损害索偿权与国家战争索偿权都是国际法所认可的权利,只是各自所实现的途径不同而已。

第二次世界大战的惨痛教训促使国际社会对人权十分重视,人权原则成为国际社会普遍承认的国际法原则,国际人权法理论的发展和实践,推动了以亚洲受害国国民为主的声讨和清算侵略暴行的诉讼运动,并且,在这种国际背景下,对日民间索偿活动受到了国际社会的关注和国际舆论的支持。1990 年起以朝鲜人战争牺牲者正式起诉日本国、要求损害赔偿为开端,拉开了战争受害国国民的对日民间索偿的序幕,至今为止,民间战争受害者向日本国或加害企业提诉并已被法院做出判决(不包括提诉后尚未判决)的诉讼案件已经达到了 84 起。

中国民间战争受害者自展开对日民间索偿以来,面临着日本政府和一些日本法院所主张的各种否定诉求的法律依据或理论。有关加害国的一些主要法律依据或理论根据,本文将在以下各章中做进一步的阐述。

第四章

关于《中日联合声明》等放弃对日战争赔偿要求的研究

在中国民间战争受害者展开的对日索偿的司法实践中，关于追究加害方责任的法律依据的争议问题，是整个对日索赔进程中所面临的最具有挑战性的课题。日本政府以“个人不得援用国际条约对加害国提出损害赔偿的请求”、“国家无答责”、“诉讼超过时效”以及“国家间的条约已经放弃民间战争受害者个人的对日赔偿要求”等作为主要的抗辩理由并为大多数日本法院所接受。这些所谓的日本政府的抗辩理由已经成为中国民间战争受害者对日索偿进程中重大的法律障碍，不仅关系到对日民间索偿的胜负成败，更重要的是关系到正义能否伸张，世界和平的秩序是否会遭到破坏等问题。

上述日本政府主张的四种抗辩理由，只要其中任何一项抗辩理由得以成立的话，那么，中国民间战争受害者的诉讼就难以获胜。虽然这些抗辩理由具有相互之间的关联性以及研究和驳斥这些抗辩理由均具有同样的重要性，但是，其中关于“国家间的条约已经放弃民间战争受害者个人的对日赔偿要求”的抗辩理由，是各项抗辩理由中必须作为首选的对象进行研判、揭露并予以否定。如果这项法律障碍不能突破，中国民间战争受害者的对日索偿诉讼活动的进行就会被当然地打断。在这种情况下，即使对于其余的法律障碍获得了突破性的研究成果，也无济于事。

在中国民间受害人相继在日本起诉日本国和企业要求赔偿和谢罪后，关于个人请求权的问题，日本政府和日本法院最初均以《中日联

合声明》(日文为《日中共同声明》——笔者注)中的"放弃"已经包含了民间的对日索偿权为由而加以驳回。作为被诉一方的日本政府在庭审时所作的抗辩理由中,就日本法院认定的"战争导致个人的损害应通过国家间的和平条约以及其他外交手段来解决"①的问题而言,最初,被告日本国,还是比较谨慎地仅以1972年《中日联合声明》已经放弃了包括民间的对日索赔权为由予以抗辩,可是日本政府因为深知仅以这一抗辩理难以弥补漏洞,于是一方面声称《中日联合声明》已经确认放弃了中国民间战争受害者的个人请求权,另一方面又声称所谓:"中国对日战争索赔权以及结束中日两国战争状态早已于1952年与当时中国的合法政府签订的'日华和约'中处分过此事项,因此,在1972年的《中日联合声明》中,中方只能以放弃对日本的战争赔偿要求,而不是放弃对日本的战争索赔权来表达;中方只能以结束两国不正常的状态,而不能以结束两国的战争状态来表达。因为这两项权利,中国此前已经处分过了。"②其实日本政府真实的意思是指由于当时的台湾当局放弃了对日战争赔偿权,所以,现在的中国民间受害者已经没有权利行使诉权。

日本政府于2003年8月4日向东京高等法院递交的"准备书面(1)"(抗辩理由书——笔者注)体系庞大,以洋洋洒洒约3万余字的篇幅从《中日联合声明》、关于"金山和约"战后处理框架、日本与中国之间的战后处理等方面论证了中国民间战争受害者的个人请求权已经被台湾当局、中华人民共和国政府所放弃。

---

① 1999年9月22日,日本东京地方法院对三起侵华战争的受害人提起的索赔诉讼作出了驳回诉讼请求的判决。在该判决的要旨书(以下简称要旨书)中,尽管对日本在侵华战争期间给中国人民造成极度的损害这一历史事实及原告受到的悲惨遭遇予以承认,却认为战争导致的个人损害应通过国家间的和平条约及其他外交手段来解决,甚至说和平条约缔结后被害人提起诉讼会扰乱由于和平条约确立的友好关系。为了避免两国回到战争状态,否定个人的诉讼权利是合乎理性的(要旨书第38页)。——笔者注

② 参见平成15年(2003年)9·29东京地方裁判所审理的卷宗为平成8年(ワ)第24230号的损害赔偿请求案的判决书,其中包含了东京地方裁判所民事第35部在审理日军生化毒气受害者孙景霞等13名原告起诉日本国政府时,日本政府提出的反论。资料由原告辩护团律师小野寺、律师南典男提供。——笔者注

应细菌战原告团的日本律师辩护团团长土屋公献和辩护团事务局长一濑敬一郎律师的委托，笔者作为专家证言，于2004年向日本东京高等法院第2民事部递交了“关于《中日联合声明》等对日战争赔偿请求权问题的鉴定书”，经该法庭法官的认可，笔者于2004年12月7日在日本高等法院第2民事部听审该案时出庭作证和答辩。“鉴定书”以翔实的历史事实和国际法的一般原则、理论论证了《中日联合声明》不可能放弃中国民间战争受害者的对日索偿权以及“日华和约”是无效的。

在一个半小时的证人证言的询问过程中，从日本政府的代理人的提问中，既反映了日本政府已经打算放弃过去仅仅以《中日联合声明》作为否定中国民间战争受害者的个人请求权的“《中日联合声明》放弃论”，同时，也暴露了日本政府仍决意坚持“‘日华和约’有效论”用以否定个人的请求权。

有迹象表明笔者的证言对日本东京高等法院已经产生了一定的影响。2004年12月15日东京高等法院对中国“慰安妇”第一次诉讼的上诉案的判决中，在驳回原告诉求的同时，也驳回了日本政府关于“根据《日中共同声明》个人的赔偿请求权已被放弃”这一抗辩主张。这是日本高等法院首次认定《中日联合声明》没有放弃个人的赔偿请求权的判决。①

可是这样的判决一方面说明了东京高等法院已经无力支持过去日本政府主张的“《中日联合声明》放弃论”，另一方面反映了东京高等法院为了配合日本政府否定中国民间战争受害者诉权所调整策略的一个信号。其真实用意则在2005年3月18日的东京高等法院对中国“慰安妇”第二次诉讼的上诉案的判决中表露无遗。该判决支持了日本政府的最新主张并给予了认定，即：“根据‘日华和约’(1952年)中方放弃了索赔权……”在战后，民间对日索偿的相关诉讼判决中，根据‘日华和约’认为索偿权归于消灭的司法判断尚属首次。②

① 《中国原“慰安妇”二审再度败诉》，《日本共同社》，2004年12月15日报道。

② 《关注：原“慰安妇”诉讼二审再度败诉》，《日本共同社》，2005年3月18日报道。

总之，无论是日本法院以“《中日联合声明》放弃论”来涵盖中国民间战争受害者个人的诉权或者是日本法院支持的“‘日华和约’有效论”，或者是日本政府鼓吹“日华和约”来刻意歪曲和否定《中日联合声明》法律地位，这一切都说明从法律和历史事实的角度科学严谨地解释《中日联合声明》相关条款的内容、驳斥日本政府和日本法院的谬论，不仅十分必要而且已经刻不容缓，不然的话，大量的中国民间战争受害者的诉讼，如“慰安妇”、强制劳工、生化武器、细菌战诉讼等诉讼都将在日本政府和法院所设置的第一道法律障碍前受到阻碍。

针对所谓的“‘日华和约’有效论”的法律依据，笔者于 2005 年 3 月 12 日，就日本政府所谓的该项法理主张，以专家证言的身份向东京高等法院寄送了《关于“〈中日联合声明〉等对日民间赔偿请求权问题鉴定书”的补充意见》，在该补充意见中笔者针对“‘日华和约’有效论”的各种所谓的法理依据，根据日本政府解密的外交档案、历史事实以及相关的国际法原则和法理进行了深入的研判和驳斥。笔者深信这一补充意见书同样具有十分重要的意义，它是针对日本政府企图以“‘日华和约’有效论”来否定中国民间对日索偿权利的又一次沉重的回击。

有理由可以推断，日本高等法院似乎不愿或无力继续支持日本政府主张的“‘日华和约’有效论”。2005 年 3 月 31 日，东京高等法院对于中国另一起“慰安妇”上诉案件的判决中，虽然驳回了受害人的诉讼请求，但是判决没有公然支持日本政府主张的“‘日华和约’有效论”并回避了这个棘手的问题，同样。在 2005 年 4 月 19 日，东京高等法院在针对 731 部队人体试验、南京大屠杀和无差别轰炸受害者的上诉案件的判决中，尽管受害者的诉求遭到驳回，但是，该判决同样回避了原本应当判断国家间是否放弃了民间个人请求权的问题。①

从 2005 年的一系列最新的判例中可以感知，日本法院在支持日本政府主张的所谓中日联合声明已经放弃了中国民间战争受害者个

① 《中国遗属二审败诉》，《东京新闻》，2005 年 4 月 19 日报道。

人请求权，以及"'日华和约'已经放弃了中国民间战争受害者个人请求权"的这一道立体的法律防线上，已经显得力不从心。因此，从这一层面上来说，中国民间对日索偿活动在日本政府人为设置的法律障碍方面已经打开了缺口，并取得了阶段性的突破。

既然中国民间的战争受害者通过司法途径来解决战后遗留问题，那么有必要分析、研究日本政府作为被告针对中国民间原告的诉讼理由所提出的抗辩依据以及日本法院支持日本政府抗辩的理由。惟有如此才能站在理性的层面，依法追究违反战争法的侵犯人权者的法律责任，以维护中国民间战争受害者的合法权益、维护人类社会共有的人权价值观，为实现国际社会真正的和平环境创造条件。

日本政府在中国生化武器毒气弹受害者和细菌战受害者起诉日本国的日本法院庭审过程中，向法庭提交的旨在否定中国民间战争受害者个人请求权的抗辩理由书，其体系庞大，所涉范围甚广。为此，有必要介绍日本政府具体主张的抗辩理由和所谓的法理依据。本章对此抗辩理由和法律依据，以笔者向东京高等法院递交的"关于《中日联合声明》等对日战争赔偿请求权问题的鉴定书"以及《补充意见》为基础，作进一步的深入研究和法理分析。

第一节

日本政府曲解"旧金山和约"、否定《中日联合声明》的效力

在东京地方法院民事第35部审理日军生化武器毒气弹受害者孙景霞（以下简称毒气弹诉讼案）等13名原告起诉日本国时，以及在东京高等法院民事第2部审理日军细菌战受害者程秀芝（以下简称细菌战诉讼案）等180名原告起诉日本国时，日本政府的反论中均有以"旧金山和约"以及"日华条约"否定《中日联合声明》的观点的公然表述。为此，有必要就日本政府的反论的说理部分作较为具

体的介绍。①

首先，介绍以下中国劳工诉三井矿山株式会社的判决背景，2002年4月26日，日本福冈地方法院第3民事部就中国劳工诉三井矿山株式会社和日本国政府一案，认定中国劳工对三井矿山株式会社享有诉权并判决原告胜诉，但是驳回了原告对日本国的起诉。尽管如此，福冈地方法院在判决书中就《中日联合声明》（即《日中共同声明》）以及《中日和平友好条约》相关联的对日战争赔偿请求权放弃的主体范围问题作了如下的判示②："日中共同声明规定'中华人民共和国政府宣布：为了中日两国人民的友好，放弃对日本国战争赔偿要求。'日中和平友好条约规定：'确认上述联合声明是两国间和平友好关系的基础，联合声明所表明的各项原则应予严格遵守。'另外，旧金山和平条约缔结当时，中国及其国民对日本政府就日中战争所遭受的损害享有可以请求赔偿损害的立场。考虑到当时的钱其琛副总理兼外交部长，于平成7年（1995年）3月表示了日中共同声明放弃的是国家间的赔偿，不包含个人的赔偿请求，赔偿请求是国民的权利，政府并不应该干涉的见解。根据日中共同声明及日中和平友好条约，中国国民固有的损害赔偿请求权，是否被中国政府所放弃的问题，从法律的角度来看不得不说还存有疑义。为此，原告们的损害赔偿请求权，根据日中共

---

① 本文所列出的日本政府抗辩（反论）的理由和法理依据，其资料来自于731细菌战诉讼案、毒气弹诉讼案庭审时日本政府所提出的书面反论。资料由三个部分，1. 平成9年（ワ）16684号、平成11年（ワ）27579号损害赔偿请求事件（细菌战诉讼案）案件，东京地方法院民事第18部于2002年8月27日所作出的判决书中的被告的主张部分（该判决书第187～224页）。2. 平成14年（ネ）第4815号，损害赔偿请求事件（细菌战上诉案），东京高等法院在审理该上诉案件期间，日本政府于2003年8月4日向东京高等法院第2民事部递交的"准备书面（1）"中第93～124页的"第8关于中日联合声明"（"书面准备"即抗辩[反论]理由书——笔者注）。3. 平成8年（ワ）第24230号损害赔偿请求案件，东京地方法院民事第35部在审理日军生化毒气受害者孙景霞等13名原告起诉日本国政府时，日本政府向法庭递交的"准备书面"第28～56页。上述日本政府抗辩（反论）书面资料分别由细菌战受害起诉团团长王选女士、日本律师辩护团事务局长一濑敬一郎律师以及"中国人战争受害损害赔偿请求事件日本律师辩护团"代团长小野寺律师、干事长南典男律师提供。

② 参见平成14年（2002年）4月26日对如下三起诉讼的一并判决的判决要旨：平成12年（2000年）（ワ）第1550号损害赔偿等请求事件、平成13年（2001年）（ワ）第1690号损害赔偿等请求事件、平成13年（2001年）（ワ）第3862号损害赔偿等请求事件。

同声明及日中和平友好条约，无法认定已经被直接地放弃。”

应该说福冈地方法院对《中日联合声明》中关于放弃战争赔偿要求的主体范围的解释是尊重客观事实的。可是，在细菌战诉讼案和毒气弹诉讼案件中，日本政府作出了如下的抗辩：“日本政府认为，福冈地方法院的判决，就各种各样的日中共同声明不仅没有考虑到作为日中共同声明的当事人日本政府的见解，而且也没有考虑到中国政府的官方见解，仅仅以原告所揭示的旁证和片断的事情为依据，对作为日中两国间外交关系基础的日中共同声明等的条款进行肆意的解释，不得不说这是判断失当的。”

围绕在1972年《中日联合声明》放弃的对日战争赔偿要求的主体范围或法律地位的效力问题上，日本政府为了论证其上述观点的正确和完整性，还在日本政府抗辩中有着包含以下几个部分就此问题作了系统的阐述。这些部分主要有：1. 日本政府对于日中共同声明的见解；2. 第二次世界大战后请求权的解决方法；3. 日本与“中华民国”之间的处理；4. 关于日本与中华人民共和国之间的处理；5. 关于日中共同声明的第5项。

概括上述这些抗辩的内容可以归纳为：第一，“旧金山和约”是解决中日战后和解的基础框架；第二，“日华和约”已经解决了战后遗留问题。

日本政府的抗辩理由（以下简称为“反论”）不仅日渐成为“丰富和完善”的理论体系，而且也严重地成为中国民间对日索偿的重要障碍并影响到中国民间战争受害者诉讼获胜与否的重要关键问题。以下就日本政府在这个问题上的反论依据进行深入的揭示和批判。

一、日本政府肆意歪曲“旧金山和约”所引申出来的问题

1. 反论认为：“日中共同声明的这个问题结合中国国民对日本以及日本国民的请求权来说的话，根据‘日华和约’第11条以及‘旧金山和平条约’第14条(b)项，中国国民对日本以及日本国民的请求权，已被‘国家’（指中国的台湾当局——笔者注）所‘放弃’，日中共同声明第

5项的所谓'战争赔偿的请求',包含请求权在内中华人民共和国已'放弃'与作为旧金山和平条约的当事国的联合国①(以下称联合国家)国民的请求权一样,以此为基础回应请求的法律义务已经消灭的结果,所以原告的请求没有认可的余地。"

2. 反论强调,"'旧金山和平条约'第14条(b)规定:除了本条约中另有规定之外,联合国家放弃所有的赔款请求权、放弃战争期间日本及日本国民实施行为所导致的联合国家以及其国民的其他请求权和关于占领的直接军事费的联合国家请求权(Except as otherwise provided in the present Treaty, the Allied Powers waive all reparations claims of the Allied Powers, other claims of the Allied Powers and their nationals arising out of any actions taken by Japan and its nationals in the course of the prosecution of the war, and claims of the Allied Powers for direct military costs of occupation.)。对于上述'旧金山和平条约'第14条(b)的规定的解释和法律效果,日本政府认为联合国家及其国民与日本及其国民之间相互的请求权由于'旧金山和平条约',而完全地最终地得到解决。该条款的法律效果之内容如下:a. 联合国家对于日本国以及国民所享有的请求权,因该条款而放弃。这一请求权不仅仅限于战时因违反国际法的国际法请求权,而且包含了放弃各国国内法为基础的债权。b. '旧金山和平条约'第14条(b)的文义上,联合国家国民的请求权(包括债权)均被联合国家'放弃'。其法律意义如下:从各国国内法为基础行使请求权或债权来看,联合国家国民在各国国内法上对于日本或者日本国民所享有的请求权经和平条约的'放弃',具有何种意义只是该条约在国内法中的效力问题。在我国(日本国)根据该和平条约的该条款,对应这些请求权以至债权为基础的请求在法律上的义务已经被消灭,其结果,救济只能被拒绝。"

---

① 《旧金山和约》中所使用的联合国,也有翻译成为盟国,英文为 Allied Powers,此联合国与依据《联合国宪章》所创建的联合国国际组织(United Nations)是不同的概念。《旧金山和约》第25条是关于"联合国的定义"即"本约所称联合国,系指曾对日本作战或曾为本约第23条所称国家之领土之一部分,并均已签署并批准本约之国家。"——笔者注

反论中在“关于我国与中国之间的战后处理”的段落中还作了如下说明:“我国在与参加旧金山和平条约的盟国之间进行了战后处理。日本与中国之间,关于战争状态的终止、赔偿以及财产请求权问题的解决是反映了当时复杂的国际情势,经两国政府的努力,谋求与旧金山和平条约的战后处理的框架同样的解决的产物。”

3. 反论强调:“日本政府认为,根据‘旧金山和平条约’的日本责任,在请求权及关于财产的条款(第5章)方面日本国承认应当向联合国家支付赔偿,同时,缔约国也承认对于所有的损害以及痛苦给予完全的赔偿并且履行其他的债务的话,日本的资源并不充分。由此,我国没有被要求对于自战争中所产生的所有损害以及痛苦给予正确的对应和完全的赔偿。但是日本履行了被要求的义务。”

“在被要求履行的义务中‘旧金山和平条约’第14条(a)2规定日本放弃在联合国家内的财产,当时在联合国家领域约有40亿美元的日本人资产被联合国没收。这些收益由各国依据国内法分配给联合国家的国民。中国虽然不是旧金山和平条约的当事国,但是中国也是第14条(a)2规定所获得利益的国家,旧金山和平条约第21条认可了在中国领域内处分日本国以及日本国民资产的权利。”

反论认为:“中国作为联合国家的一员,在昭和24年(1949年)中华人民共和国政府成立、昭和25年朝鲜战争爆发等当时的政治以及国际状况的原因下,中华人民共和国政府以及‘中华民国’政府均未受到旧金山和会的邀请。可是按照‘旧金山和平条约’第21条(不管该条约的第25条的规定,中国享有该条约第10条以及第14条(a)2款之利益的权利)来看,作为不是条约的当事国的中国也认可了在中国领域内对于日本以及日本国民资产的处分规定(该条约第14条(a)2款)。中国在1945年(昭和20年)10月公布了‘日侨财产处理办法’,并在该领域内没收了日本人的财产(每日新闻社编“对日和约”第234—235页)。根据1946年(昭和21年)9月,外务省及大藏省共管并设置的在外资产调查会的‘我国在外财产评价额推计’,终战当时,在中国存在的日本财产规模方面,台湾有425亿4 200万日元,中华民国东北有1 465亿3 200万日元,华北有554亿3 700万日元,华中

以及华南有367亿1 800万日元。”

“关于中国，在和平条约作出最终赔偿之前，1945年12月有关方面向美国总统提出了中间赔偿计划的劝告案（所谓的“鲍莱中间案计划”）并以此为基础进行了中间赔偿。中间赔偿是以日本成为非军事化为目的，拆除日本多余的工业设施（资本设备），并将此给予特别是亚洲近邻各国作为补充赔偿的一部分。1950年5月为止，捆包拆去了工厂机械合计43 919台，按照昭和14年的日元价格为1亿6 500万日元，换算当时的美元约为4 500万美元，其中中国占有54.1%的份额。”

上述日本政府围绕《旧金山和约》的问题所得出的结论，简而言之，第一，根据“日华和约”第11条以及《旧金山和平条约》第14条(b)项，中国国民对日本以及日本国民的请求权，已被“国家”（指“中华民国政府”）所“放弃”，第二，中华人民共和国政府已经从《旧金山和约》中获得权益；第三，在旧金山媾和条约的框架下，战后赔偿由国家间直接处理，或者通过在求偿国国内的旧敌国资产来满足的方式加以解决作为被害的国民原则上是由获得赔偿的各当事国的国内问题，各国考虑其财政等事情进行救济立法来加以解决。

二、 对日本政府关于“旧金山和约”法律地位的评析

（一）“旧金山和约”缔结过程和内容概要

1945年8月14日，日本接受了《波茨坦公告》，该公告第11条规定：“日本将被准许维持经济所必需及可以偿付货物赔款之工业，但可以使其重新武装作战之工业，不在其内。为此目的，可准许获得原料，以别于统制原料。日本最后参加国际贸易关系，当可准许。”按照国际法，交战国以和约来结束战争状态，缔结和约之际，战胜国对战败国，尤其是对于发动侵略的战败国，理所当然拥有战争索偿权。这是几百年以来国际法发展形成的规则。这一权利在波茨坦公告中业已提出，对此日本的投降书中也明确地表达了愿意接受。

美国于1951年7月20日，发表其所起草的对日媾和条约草案，并向与日本处于战争状态之下的其他联合国家发出和平会议邀请帖，

战争受害最为惨重的中国、朝鲜没有被邀请。邀请帖以美英两国为邀请国，被邀请的国家包括日本在内，共达50个国家，其中绝大多数实际上没有参加对日作战，加上邀请国美英两国，一共为52个。

对日和平会议从1951年9月4日到8日，在旧金山召开，签署了“与日本的和平条约”(Peace Treaty With Japan)，即所谓“旧金山和约”(San Francisco Peace Treaty)，苏联、波兰、捷克3国虽出席会议，却没有签署，结果联合国方面的签署国仅48国，加上战败国日本共49国。苏联等三国出席了会议，但是中国、印度、缅甸等却没有参加，故旧金山和平会议不足视为全面性的媾和，只能算是多数国家间的媾和而已。

翌年，1952年4月28日该条约生效。“旧金山和约”第5章从第14条至21条专门规定了“请求权及赔偿”问题。其中与对日赔偿密切关联的是如下所示的第14条[①]：第14条(a)日本对于战争导致的损害以及痛苦承认向联合国家支付赔偿责任。可是，缔约方承认日本为维持足以生存之经济，则其资源目前不足以完全赔偿所有此类损失及灾难、同时承担其他义务。由此，1. 对于现有领域曾被日本军队占领，并且曾遭受到日本损害的联合国家，只要他们提出要求，在生产、沉船打捞及其他作业方面，日本通过日本人的劳役向该联合国家提供使用，向这些国家提供补偿、修复所受损害的费用，为此目的，日本必须尽速与该联合国家开始交涉。另外，当使用原料的制造为必需之场合下，对日本不课以外汇方面的负担，原材料由该联合国家提供。2. 各联合国家对于日本及日本国民的被其管辖下的财产，享有没收、留置、清算和其他方式处分的权利(其他略)。

第14条(b)除了本条约中另有规定之外，联合国家放弃所有的赔款请求权、放弃战争期间日本及日本国民实施行为所导致的联合国家以及其国民的其他请求权和关于占领的直接军事费的联合国家请求权。

---

① 殷燕军著：《中日战争赔偿问题》中附属资料5，御茶水书房，1996年出版，第408～414页。

虽然“旧金山和约”是东西方冷战的产物，但是，该和约依然规定了日本负有一定的赔偿责任。

（二）关于“旧金山和约”中赔偿规定的研究

“旧金山和约”于1952年4月28日生效。按照“旧金山和约”来说，中国不是“联合国家（“盟国”）”，在该条约第25条前段中有如下规定：“本约所称联合国，系指曾对日本作战或曾为本约第23条所称国家之领土之一部分，并均已签署并批准本约之国家。”无论是中国的“国民政府”还是中华人民共和国政府均没有在该条约上签署，当然也没有批准，所以不是“旧金山和约”所谓的联合国。该条约第25条后段规定：“除第21条另有规定外，本约对于非本条所指为联合国之任何国家，不给予任何权利、权利名义或利益；又日本之任何权利、权利名义及利益，亦不因本约之任何规定而对某一非本条所指联合国之国家，有所减削或损害。”这一条款的规定，明确了日本国与某一非本条所指联合国之国家在缔结和约时，“旧金山和约”对第三国没有任何关联和法律上的影响。

“旧金山和约”第21条是有关给予中国和朝鲜受益权的规定，在此没有说“中华民国”而说“中国”，不用说是因为有代表权的问题存在着。该条款有如下规定：“虽有此条约第25条之规定，但中国仍享有第10条及第14条(a)2之利益。”

由此说明，中国不是拥有整个“旧金山和约”全体的受益权，而只是在上述条款所规定的范围内，才有受益权而已。在“旧金山和约”中还有一个特别应该注意的条款，那就是第26条，该条款前段为：“日本准备与签署、或加入1942年1月1日《联合国家宣言》（日语为《联合国共同宣言》）且曾对日作战或与曾为本约第23条所指国家的领土之一部分之国家而非本约签字国者，订立与本约相同或大致相同之双边和约。”符合上述规定未缔约国之中，“为联合国共同宣言之当事国，而且曾对日作战”的国家，为中国、苏联、波兰、捷克，以及印度。而缅甸则符合“第23条所指国家领土一部分之国家”，而现在日本已经与这些国家恢复了邦交。这一规定表示日本准备与曾与之宣战和交战国

按照“旧金山和约”缔结大致相同的双边和约，这一规定与该26条的后段实际上是相互关联的，主要是为了满足“旧金山和约”的缔约国享有最惠国待遇。该26条的后段规定：“若日本与任何国家缔结媾和协议或战争有关的要求之协议，而该协议给予该国以较本约规定更大的利益时，则该项利益应由本约缔约国平等享受之。”换言之，即使在“旧金山和约”缔约国以外的国家与日本国缔结双边和约时，要求一旦日本国给予对方国家所获得的利益超出“旧金山和约”缔约的当事国时，此类当事国也享有要求日本国给予满足的权利。然而，这一条款丝毫不影响未与日本国缔结“旧金山和约”的国家，受约束的仅仅是日本国。

虽然“旧金山和约”第14条b项在原则上规定放弃联合国家之对日赔偿请求权，但第14条(a)款1项却规定“现有领域曾被日军占领并曾遭受损害的联合国家”，只有在该国“希望”赔偿时，才予以赔偿。符合此条款的条件，而不放弃要求赔偿的是印度以东的东南亚各国。依照和约规定，日本仅能对这些国家提供“服务”，而不能提供“资本财”(金钱、货币之意——笔者注)。日本若对其中一国以“资本财”作赔偿的话，他国也可以有同样的要求。

当初，日本国决定依照该和约规定，对所有的赔偿要求都以提供服务来充当，而于1952年1月18日，在临时签署的“关于赔偿中间协定案”中再加以确认，并对同月26日菲律宾所提出的高达80亿美元的赔偿要求，也坚持了同样的立场。但是，菲律宾态度强硬，日本不得不让步。1953年10月，冈崎胜男外相在访问菲律宾等东南亚四个国家后决定“将‘旧金山和约’所规定的‘服务’扩大解释，提供各国所要求的‘资本财’”。①因为如对一国以提供“资本财”作为赔偿的话，其他的国家也会援用和约第26条的规定。所以，日本不是只对一国，而是对印度以东的东南亚各国提供了赔偿协定；而对于老挝、柬埔寨，虽是作为放弃赔偿的补偿，但实际上，仍是提供了可视为赔偿的“资本财”。

① 日本国外务省百年史编撰委员会编：《外务省的百年》下卷，原书房，1969年出版，第809～810、821页。

（三）《旧金山和约》与中国的法律关系问题

从另一个角度来看，“旧金山和约”的一切规定对于非缔约国来说完全有权利加以拒绝。根据条约规则方面的国际习惯法，条约的效力基于缔约国对其效力的自愿接受，因而条约只能适用于缔约国之间，未经第三国同意，对该国不产生拘束力。条约不拘束第三国原则也是一项古老的、公认的国际法原则。它源于“罗马法”中的“约定对第三者既无损，也无益”（Pacta tertiis nec nocent nec prosunt）的原则。《维也纳条约法公约》第 34 条规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务。”该公约第 35 条还规定，如果条约当事国有意在条约中确立一项义务，这种义务又经第三国书面明示接受，则该第三国可以对此负有义务。该公约第 36 条进一步规定，如果条约当事国有意通过条约给予第三国以权利，而该第三国表示同意，或无相反之意思表示可推定，第三国即可享有这一权利。中国政府从未签署过“旧金山和约”，并且对该和约始终持否定的态度。因此，该和约的规定对中国不产生任何法律效力。

为何当初对日和约非得以集体形式在旧金山签订，难道国际法中结束战争状态的方式不能直接根据各国的意思采取双边的形式缔结吗？研讨这里的原委，不难发现有两个原因在发生着作用。第一，1942 年 1 月 1 日，对德、日、意宣战的 26 个为对抗共同敌人而联合的国家（此后又有其他国家加入宣战），在华盛顿签署《联合国家宣言》，声明约定“全力对轴心国作战，决不单独停战和单独媾和”。由于有着这一规定，所以结束对日战争状态需要曾经宣战国家集体地联合一致共同缔结和约。第二，在朝鲜战争爆发后，出于政治上的考虑，美国为对抗和压制社会主义阵营的力量，急于拉拢日本并重组资本主义军事阵营的力量。

由此可见，“旧金山和约”的前约是 1942 年 1 月 1 日的《联合国家宣言》，可是最终实践的结果，当时的宣言国家如中国、苏联都没有参加，因此不得不说“旧金山和约”是违反了前约，或者说至少是与前约相违背的。

朝鲜战争爆发后，日本作为美国反共战略基地的作用日益突出。

美国便加快片面对日媾和活动。1950年美国提出对日媾和备忘录。同年11月，苏联对美国的备忘录提出质询。对美苏关于对日媾和的往来外交文件，中国政府进行了分析，并于同年12月4日授权周恩来外长就对日媾和问题阐述了中国政府的立场："对日和约的准备和拟制如果没有中华人民共和国参加，无论其内容和结果如何，中央人民政府一概认为是非法的，因而也是无效的。"①在旧金山和会前夕的1951年8月15日，周恩来总理声明保留对日赔偿请求权，1951年9月15日声明反对"旧金山和约"，9月18日，中国总理周恩来又郑重地声明："中国绝对不能承认该和约。"在1952年4月28日片面的对日和约生效后，周恩来总理再次代表中国政府发表声明："美国政府包办制造的单独对日和约，决不是什么恢复日本主权、独立和改变日本被占领地位的条约；恰恰相反，它是彻底变日本为美国军事基地和附属国的备战条约和奴役条约。"1952年5月5日，中国政府再次声明，中国绝对不承认"旧金山和约"，并坚决反对敌视中国人民的"日蒋和约"。②

此外，在《中日联合声明》以及《中日和平友好条约》中，丝毫没有出现任何认可或肯定"旧金山和约"的文字或意思。"旧金山和约"不仅是违法的，而且"旧金山和约"理所当然丝毫不得约束中国，《中日联合声明》与《中日和平友好条约》的签订与"旧金山和约"没有必然相关的联系。

日本政府反论中称："日本及其国民与中国及其国民之间相互请求权，并同上述的'旧金山和约'14条(a)1为基础的赔偿请求权以及该和约第14条(b)的规定，所有的权利已经被放弃"。"日中共同声明第5项的所谓'战争赔偿的请求'，包含请求权在内中华人民共和国已'放弃'与作为'旧金山和平条约'的当事国的联合国国民的请求权一样，以此为基础回应请求的法律义务已经消灭的结果，所以原告的请求没有认可的余地"。"我国在与参加'旧金山和平条约'的盟国之间进行了战后处理。日本与中国之间，关于战争状态的终止、赔偿以及

①② 石志夫主编、徐昕副主编：《中华人民共和国对外关系史》，北京大学出版社，1994年6月出版，第197、198～199页。

财产请求权问题的解决是反映了当时复杂的国际情势，经两国政府的努力，谋求与旧金山和平条约的战后处理的框架同样的解决的产物。”此说辞纯属别有用心，尽管日本政府自己可以依据“旧金山和约”的框架作为与他国交涉和谈判政策或原则，但是“旧金山和约”任何规定都不是《中日联合声明》或《中日和平友好条约》的前提、共识或母约，日本政府极其不负责任地将“旧金山和约”作为中日双边协定的前提或共识，这在客观上也是对中国主权和中国人民的藐视和冒犯。

（四）日本政府诬称中国政府依据“旧金山和约”获得了利益的问题

日本政府的反论的要点，第一，中国政府依据旧金山和约在本国领域中没收了日本人（平民）的财产，第二，战后日本遗留在中国境内大量的财产已经被中国所没收。对于上述日本政府的辩称，不妨从以下几个方面来分析。

1. 关于“接收日伪财产处理办法”

经查当时中国政府在 1945 年 10 月，并没有一个旨在没收“日本侨民财产处理办法”。当时中国政府确有发布过一些相关的文件，例如“接收日伪财产处理办法”、“华人与日伪合办产业处理规定办法”等，但是这些规定、办法是针对敌产而非日本侨民所有的合法使用物品和财产。在这个问题上日本政府故意混淆了没收敌产（没收战利品）与将日本侨民财产充抵赔偿的概念。

另外，日本政府的反论中声称“按照‘旧金山和平条约’第 21 条来看，作为不是条约的当事国的中国也认可在中国领域内对于日本国以及日本国民资产的处分规定。中国在 1945 年（昭和 20 年）10 月公布了‘日侨财产处理办法’，并在该领域内没收了日本人的财产。”这又是故意将中国政府依据战争法则没收敌产的权利和事实与“旧金山和约”中关于赔偿条款问题相混同。中国政府没收敌产其权利渊源首先不是依据‘旧金山和约’所设定的权益，而是依据国际战争法的规则。因为对日本在中国领域的敌产处理行为早于“旧金山和约”，因此这项行为与“旧金山和约”没有丝毫的关系，这是十分显然的。日本政府在这里混淆了这两项行为的时间上的差别。

1945年9月2日，日本天皇公布了日本投降文书，其第三项规定："余等兹命令驻扎任何地域之日本军队及日本人民，立刻停止一切敌对行动，保持所有船舶、航空器及军民财产，使免毁损，并遵照履行盟邦统帅或在彼指挥下日本政府之代理机关之一切要求。"

1945年9月9日，日本政府向中国递交了投降书，其第5项规定："投降之全部日本陆海空军，立即停止敌对行动，暂留原地待命，所有武器、弹药、装具、器材、补给品、情报资料、地图、文献、档案及其他一切资产等，当暂时保管。所有航空器及飞行场一切设备，舰艇、船舶、车辆、码头、工厂、仓库与一切建筑物，以及以上第2款所述地区内日本陆海空军，或其控制之部队所有或控制之军用或民用财产，亦均保持完整，全部缴于蒋委员长及其代表何应钦上将所指定之部队长，及政府机关代表接收。"

"接收日伪财产处理办法"具有缴获战场上战利品的特点。按照一项旧的国际法规则，交战国在战场上所能拿到手的一切敌国公私财产都是战利品，都可以予以没收。但从海牙章程第4条和第14条以及1949年战俘公约第18条可以明显看出，对于属于战俘他们个人的一切物品，除武器、马匹和军事文件外，仍归他们所有。因此，按照国际法交战国可以没收战场上发现的有价值的公有财产以及一定范围内供战争行动之用的私有财产，苏联于1945年在它所占领的中国东北各省提出了战利品的要求。它主张一切曾经为日本军队服务的日本企业都是战利品。①苏联并且还以此实施了没收了上述区域的大部分日本企业的设备，此后的日苏共同宣言中双方没有就此事进行交涉和表达过各自的态度，因此，可以认为日本政府对于苏联的"战利品"观点是默认的。

1943年12月7日，即在开罗会议一周以后，国民政府获得美中首脑的合意，即以政府政令的形式发表了《敌产处理条例》。其中对于敌国的公私财产按照国际法的惯例处理之外该条例第1条规定：没收

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷第一分册，商务印书馆，1981年出版，第298页。

一切充作军用品的敌国公私财产。即第一，不动产；第二，输送机械、船车、军需品、粮食及其他军需品动产；第三，现金基金、有价证券及应由国家课税之对象；没收敌国人民可用于军事用途的私有财产，或销毁之。同日设立了“敌产管理委员会”，规定了组织规则的原则。1944年1月7日，行政院发布了《敌产处理条例实施细则》，明确了敌产的登记及管理方法。①从国际战争法的规则而言，至少在日本国投降、停战之前，被中国政府没收的日本国在中国境内的充做军用品的公私财产，理应视为战利品，这部分财产与赔偿无关。

1944年11月13日，国民政府外交部召开了“对日赔偿要求准备会议”。同日，外交部作成了《关于索取赔偿与归还劫物之基本原则及进行办法》草案并获得国民政府“对日赔偿要求准备会议”的承认和通过。在赔偿请求权方面，共规定了11项原则，其中主要的5项原则规定：(1)日本对中国赔款以实物为主；(2)中国与其他国家相比，受害最巨，故对日索取各项赔偿，应有优先权，如盟国实行总额分摊，中国应占日本赔偿总额的50%以上；(3)凡在中国境内之日本公私财产(建筑物、工场、船艘、港口、机械、矿山、电报、无线电设备、铁钢)，全部归中国政府没收；(4)日本境内可以充当赔偿之各种实物，应交中国以作赔偿之一部，这些实物包括军需工业及重工业工厂设备等；(5)日本每年应将若干原料和产品，在规定期限内分期定量运交中国。在返还掠夺物方面规定，日本从中国国内(包含东北地方)掠夺的全部公私财产(例如机械、货币、金银、宝石、古董品、文献、书类及艺术品等被证明掠夺之物)必须返还。②由此可见，抗战行将结束时，国民党政府所索要的实物赔偿也不是依中国所受损害数，而是依据日本当时的赔偿能力而定。此外，当时的中国政府并没有不分青红皂白地没收日侨的私有

---

① 秦孝仪编：《中华民国重要史料初编——抗日战争时期》第七编战后中国(四)，中国国民党中央委员会党史委员会编印，1981年9月，第65页。转引自殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996年出版，第49、50页。

② 秦孝仪编：《中华民国重要史料初编——抗日战争时期》第七编战后中国(四)，中国国民党中央委员会党史委员会编印，1981年9月，第25～27页。转引自殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996年出版，第111～114页。

合法财产。

抗战八年，日本侵略者采取“以战养战”的政策，不断搜刮中国沦陷区的财产物资，直接侵占或控制了许多工矿企业，对其产品进行统制，直接为战争服务。至于伪组织中的汉奸，仗势敛财，无一不成为腰缠万贯的富豪。故在抗战胜利之时，为了开展收复区的经济接收工作，早在1946年12月，国民政府在行政院设置了赔偿委员会，该委员会就战时中国的被害损失作出了如下的初步统计：(1)除中国台湾、菲律宾以外，东南亚的损害为20亿美元，而中国台湾的损害就达60亿美元。(2)日本在华资产为3.8亿美元。其中75%是在中国获得的侵略财产。(3)在金银、交通设备、道路、船舶、农林、工商、水利、发电、公共家屋、个人财产的损失方面，中国的直接损失313.42亿美元以上，间接损失在200亿美元以上。①

按照国际惯例和美国的要求，国民党政府将在华接收日本产业以作为赔偿中国损失之一部。1946年6月13日，国民党政府行政院赔偿委员会通过了《接收国内日本产业赔偿我国损失记账原则及办法》，规定凡缴获日本方面的军舰、军械、飞机以及其他军事用品，皆为我方之战利品，战利品和伪组织、汉奸的财产不在赔偿之列。由于苏联对日参战并进入中国东北，根据鲍莱(Edven Pauley)调查团的统计，大约有20亿美元的日本资产被苏联先期拆运回苏联，其余日本的五分之四的资产(主要为工场及其设备)被苏军破坏，为此中国的经济复兴将会有一代人时间上的延迟。②而苏联的理论是，这些资产全部属于战利品(War Booty)，拆运回自己的国家是理所当然的，尽管国民政府认为这些战利品应该属于中国的并对此观点据理反驳，然而仍无法改变既成的现状。

需要指出的是，日本在中国境内的日本人的公私资产或企业主要集中在东北，可是由于被苏联作为战利品已先行没收。而所谓“根据

---

① 冈野鉴记著：《日本赔偿论》，东洋经济新报社，1958年出版，第173页。

② 资料来源：Report on Japanese Assets in Manchuria to the President of the United States, July 1946, By Edwin Pauley, pp. 1—2，转引自殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996年出版，第120页。

1946年(昭和21年)9月,外务省及大藏省共管并设置的在外资产调查会的'我国在外财产评价额推计',终战当时,在中国存在的日本财产规模方面,台湾有425亿4 200万日元,中华民国东北有1 465亿3 200万日元,华北有554亿3 700万日元,华中以及华南有367亿1 800万日元"的说辞,存在至少有两个问题,第一,关于日本国当时在中国有多少财产,仅凭推计而没有对照实物核实,再则,其财产的价值系日本单方面认定的,不能说这种认定的方式是科学的,在国际上通常的做法是应该展开国际调查,在这个问题上较有根据的权威解释是鲍莱调查团的统计:大约有20亿美元的日本资产被苏联先期拆运回苏联,其余日本的五分之四的资产(主要为工场及其设备)被苏军破坏。

日本侵华15年期间,在东北建立了旨在补给军需的工业基地,其资产被苏联没收或基本毁损殆尽,至于在华北、华中以及华南地区,主要是交战双方的作战战场,日本在这些地区的财产,除了一部分属个人财产外,大多数是与武器相关联的资产。为此,这部分资产属于敌产,理应归属于战利品的范畴。同时日本政府也没有任何证据证明,当时的中国政府没收了纯属日本人个人的合法私有财产。

日本投降后,国民政府与其他的联合国采取同样的行动在中国国内整理和接收了日本的公私资产。在中国境内,以当时美元计算,日本在中国国内的资产总额约3亿5 000万美元。如果包含东北和台湾的份额的话,则有38亿6 000万美元,可是由于苏联先期已经拆运了20亿美元的日本公私资产,为此,中国国民政府通过接收的方式仅仅获得日本在中国资产总额不足五分之一而已。①

总之,日本政府反论中认定的日本在中国境内的公私财产的份额,其依据并不科学,就这部分财产而言,其中相当部分的财产属于军事用途,在战争期间被中方收缴,应属于战利品而不能作为代替赔偿

---

① 资料来源:台湾外交问题研究会编撰的《日本投降与我国对日态度及对俄交涉》,中日外交史丛书(7),台湾,1966年版,第308页。转引自殷燕军著:《中日战争赔偿问题》,御茶水书房,1996年出版,第118页。

的部分。另，中国政府依据战争法的规则对交战国的敌产所依法没收并不是对日侨合法私有财产的没收，更何况所接收的资产中约75%是日本在中国国内通过掠夺的方式获得的。由此可见没收敌产的行为并不等同于抵充日本国的赔偿。

2. 关于中间赔偿的问题

战后初期，美国对日本的占领政策的基调是置日本于非军事化、产业和平化的框架之下，在赔偿政策方面，除了直接解除日本军事的破坏力之外，还表现消除日本的战争潜在力和寄予各战争受灾国战后复兴的打算。1945年12月6日，美国赔偿专家鲍莱在经过对中国东北、朝鲜、日本一些地区的考察后，发表了一个“中间赔偿计划”（我国有的学者称其为“鲍莱临时赔偿报告”）。强调联合国负有两个义务，第一，要使日本军国主义不可能东山再起。第二，促使日本走向经济稳定和政治民主的制度。鲍莱认为，日本目前的钢铁生产能力是1931年侵略“满洲”时的2倍以上的可使用的生产设备，将日本工业限制在1931年的水准，而其余工厂设备尽速移交至各受害国（拆充赔偿），以复兴东亚工业，监视日本之再起。既有利于被害国国民的生活水准的提高，也不会促使日本人民生活水准的倒退。[①]这个“临时赔偿报告”由美国政府提交远东委员会第一（赔偿）委员会讨论，成为“临时赔偿方案”的蓝本。

1946年12月，美国政府援用远东咨询委员会组织规程规定的办法，采取单独行动，向远东咨询委员会建议制定“先期拆迁计划”。这个“先期拆迁计划”是按“临时赔偿方案”的范围，其实施范围是指必要以外的日本国内资本设备和设施全部转移给联合国家方面，即日本的产业设施的30%移交赔偿给四个战争受害国，这些产业设施大多数与军工业有关，而且一部分在受害国领土内。分配比例为先提30%，作为直接受日本侵略国家的赔偿物资，其中中国可得15%，菲律宾、荷兰（代表荷属东印度）、英国（代表马来西亚、缅甸和其他远东殖民

① 冈野鉴记著：《日本赔偿论》，东洋经济新报社，1958年出版，第80～81页。转引自殷燕军著：《中日战争赔偿问题》，御茶水书房，1996年出版，第79～81页。

地)各得5%。①

如前所述,战后国民政府就战时中国的被害损失作出的统计是国民政府对日本国赔偿要求的基础数据,可是依据先期拆迁交付30%的计划,中国也只是获得其中的50%。这对于蒙受过巨大损害的中国而言仅仅是九牛一毛而已。

1949年5月12日,美国政府片面通知远东委员会会员国,决定停止拆迁作为临时赔偿的日本工厂设备。6月初,盟军总部正式宣布停止日本工厂的拆迁工作。这样一来,国民党政府只获得先期允诺分给中国15%中的极小部分,约2 200余万美元,与最初期望的50%及1947年9月远东委员会分配给中国的摊赔额30%相距甚远,赔偿已成为一种象征性的行为。即使按照当时中华民国行政院赔偿委员会最保守估计的513.42亿美元损失,以中国分得的赔偿物资约为2 200万美元计算,仅占万分之四而已。

由此可见,即使是依据中间赔偿的政策所获得的赔偿部分也是极为有限,仅仅是象征性的,如果说一旦获得了一些先期拆迁赔偿计划的利益,就等于丧失与日本国缔结和约时的索赔要求的话,那么,在亚洲已经获得中间赔偿的一些国家,如菲律宾、越南等国就无权再度正式地要求日本国赔偿。可是,即使是"旧金山和约"也并没有这种限制性的规定,而且这些国家依然有权并与日本国就战后赔偿问题达成了协议。因此,中国政府仅仅在战后获得了有限的中间赔偿的利益是丝毫不影响在与日本国缔结和约时对日本国提出赔偿的权利的。

1991年11月中国国务院新闻办公室发表的《中国人权状况》白皮书披露:在1937年开始的日本帝国主义的全面侵华战争中,2 100余万人被打死打伤,1 000余万人被残害致死。其中,在1937年12月13日后的6个星期内,日本侵略军在南京就杀害了30万人。日本全面侵华战争期间(1937—1945年),中国有930余座城市被占领,直接

---

① 秦孝仪编:《中华民国重要史料初编——抗日战争时期》第二编作战经过(四),中国国民党中央委员会党史委员会编印,1981年9月,第108页。转引自殷燕军著:《中日战争赔偿问题》,御茶水书房,1996年出版,第144~147页。

经济损失达620亿美元，间接经济损失过5 000亿美元……社会财富遭洗劫，中国人民失去了最起码的生存条件。然而，这一连串饱蘸血泪的数字，还不包括在抗日战争中死伤的中国同胞的生命价值。

据军事科学院军事历史研究部的统计："据近年调查研究的不完全统计，抗日战争中，中国军队伤亡380余万人，中国人民牺牲2 000余万人，中国军民伤亡总数达3 500万人以上；中国的财产损失600余亿美元(按1937年美元计算，下同)，战争消耗400多亿美元，间接经济损失达5 000亿美元。"①日本战败投降后，理应对中国赔偿。而作为战胜国的中国，无论是出于民族感情还是按一般的国际惯例，都有权向战败的日本索取战争赔偿。

总之，即使有过中间赔偿的事实，但是当时的中国政府仅仅获得2 250万美元的份额。

第二节

日本政府以"日华条约"否定《中日联合声明》的效力

一、日本政府肆意解释"日华条约"以否定《中日联合声明》的效力

(一) 日本政府以"日华条约"肆意否定《中日联合声明》②的所谓依据

东京高等法院第2民事部在审理程秀芝等180名细菌战受害者上诉日本国时，日本政府向法庭递交的"准备书面(1)"中，关于日本国

① 中国人民解放军军事科学院军事历史研究部著(主编王道平，副主编罗焕章、支绍曾)：《中国抗日战争史》，解放军出版社，1994年12月出版，下卷，第625页。

② 《中日联合声明》的日语表示为《日中共同声明》。——笔者注

与“中华民国”之间战后赔偿问题的说明部分，日本政府强调：“1952年4月28日，我国与‘中华民国’之间签署了‘日华和约’。换言之，对于我国赔偿请求权的问题，该条约的议定书1(b)规定：‘为对日本人民表示宽大与友好之意起见，‘中华民国’自动放弃根据‘旧金山和约’第14条甲项第1款日本所应供应之服务之利益。’根据这些规定，日本及其国民与中国及其国民之间相互请求权，并同上述的‘旧金山和约’第14条(a)1为基础的赔偿请求权以及该和约第14条(b)的规定，所有的权利已经被放弃。”①

关于日本与中华人民共和国之间战后处理的说明部分，日本政府强调：“共同声明系两国站在各自的立场相互制成的产物。例如，关于战争状态的终止，‘日华和约’第1条规定‘日本国与中华民国之间战争状态，自本约发生效力之日起，即告终止。’日中间的战争状态由于‘日华条约’而终止是我国的一贯立场。这是一度(曾经——笔者注)有限的处分行为，从法律角度来看，日本与当时代表中国的合法政府即‘中华民国政府’之间，用法律规范国与国之间关系的事项已处理完毕，日本政府正是基于这样的基础来思考的。对此，中华人民共和国的立场是‘日华和约’自始就是无效的。这与我国的思考方法有着根本的不同。在战争状态终止的问题上，有着上述日中双方基本立场关联的困难的法律问题，其交涉的结果，《日中共同声明》的第1项规定：‘自本声明公布之日起，日本国和中华人民共和国之间迄今为止的不正常状态宣告结束。’这里的‘不正常状态’我国的理解是指迄今为止我国与中华人民共和国之间的没有国交的状态，这与日中之间的战争状态因‘日华和约’而终止的立场并无任何矛盾。这样的表述在日中关系的任何意义方面就被正常化的观点而言，是谋求日中双方的一致认识。”②

在关于《日中共同声明》的第5项部分，日本政府强调：“赔偿与财产及请求权问题与战争状态的终止是同样的，关于这一度有限的处分

---

①② [2002年]平成14年(ネ)4815号控诉人程秀芝及其他179名原告案(中国细菌战受害者诉讼案)，日本政府于2003年8月4日提交法庭的“准备书面意见书(1)”，第119、120～121页。

行为，根据‘日华和约’法律上处理完毕，是我国的立场，而在‘日华条约’有效性的问题上，中华人民共和国基本立场与我国不同有必要加以解决。关于这个问题，日中双方反复交涉的结果，表现在共同声明第5项：‘中华人民共和国政府宣布：为了中日两国人民的友好，放弃对日本国战争赔偿要求。’日中两国在十分理解相互不同立场的基础上，自然要谋求在实体上对这个问题的完全和最终的解决。如此规定的方式是与之一致的。换言之，在战争实施中由于日本国及其国民的行动所产生的中国及其国民的请求权，法的角度如前所述，由于‘日华条约’，国家已经放弃，这是我国的立场。这样的立场《日中共同声明》没有变更的道理。因此，《日中共同声明》第5项仅仅言及‘战争赔偿的请求’，在这里，与之前大战关联的中国国民的对日本国以及日本国民的请求权问题已经处理完毕的认识当然被包含其中。关于这一点中国政府也有着同样的认识和知晓。”日本政府还强调：“在这样的情况下，《日中共同声明》第5项是我国的立场与对方相互制成的产物。由此很清楚，日本及其国民对于因《日中共同声明》第5项规定，基于中国国民的国内法上的请求权毫无回应其请求的义务。”①

（二）日本法院支持日本政府关于“日华和约”有效论主张的理由

2005年3月18日，日本东京高等法院对中国性暴力受害者的诉求的判决书中引用了日本政府在该案中呈堂的主张：“在《中日联合声明》发表之际，关于复交三原则，仅承认了其中‘中华人民共和国是代表中国惟一合法的政府（中日联合声明第2项）。’而该原则的其余内容，虽然在序言中有着‘日本方面重申在充分理解中华人民共和国政府提出的‘复交三原则’的立场上，谋求实现日中邦交正常化这一见解。’但是日本方面的承诺仅仅停留在以下规定：‘自本声明公布之日起，中华人民共和国和日本国之间迄今为止的不正常状态宣告结束

① ［2002年］平成14年（ネ）4815号控诉人程秀芝及其他179名原告案（中国细菌战受害者诉讼案），日本政府于2003年8月4日提交法庭的“准备书面意见书（1）”，第121—122页。

(第1项)',以及'中华人民共和国政府重申:台湾是中华人民共和国领土不可分割的一部分。日本政府充分理解和尊重中国政府的这一立场,并坚持遵循《波茨坦公告》第8条的立场(第3条)。'因此,不能认定中华人民共和国政府的主张已经被(日本方面)接受。"

日本东京高等法院在判决书中不仅支持了上述日本政府主张而且判定:"《日中共同声明》是包含着'中华人民共和国政府宣布了放弃对日本国的战争赔偿要求(第5项),如上所述,因战争而产生的中国国家以及国民对日本的损害赔偿权,在'日华和约'中业已被放弃,《日中共同声明》中关于战争赔偿的上述条项,仅仅是业已形成的权利关系进行重新的确认而已。应该说不是为了使其产生新的法律效果的产物。"①

日本东京高等法院对于上诉人提出的:"'中华民国'在当时缺乏对中国大陆的实际支配权,而且'日华和约'对中国大陆的居民也没有约束力"的主张认为:"虽然上诉人有上述主张,可是在'日华和约'缔结的当时,'中华民国政府'已经得到(国际社会)35国的承认;在联合国的代表权问题上,(国际社会)承认'中华民国政府'的有20个国家,可是,在联合国61个会员国中,中华人民共和国政府仅仅获得12个国家的承认。因此,在国际社会中,不得不承认(当时)作为代表中国的正统政府而被承认的是'中华民国'。'中华民国'代表中国,拥有通过条约处分中国国民的权利义务的权能与我国之间缔结的和平条约,享有作为国家的中国与日本国之间缔结(条约)的效果,其范围不仅包含当时'中华民国'实际支配领域,包括中国大陆全体也适用的解释是适当的。"②

关于上述日本政府和日本东京高等法院以"日华条约"覆盖《中日联合声明》效力的主张和理由,作如下法理分析和研判。

二、对日本政府主张"日华和约"法律效力的评析

(一)日本与台湾当局战后处理的背景

中国政府没有受邀参加旧金山媾和会议,而"旧金山和约"就签署

---

①② [2005年]平成17年3月18日东京高等法院对"中国第二次慰安妇诉讼"的判决书,平成14年(ネ)第2621号损害赔偿等请求控诉事件,第15、14页。

了，但日本国会在审议该条约的过程中，在野党一致主张应与中华人民共和国政府缔结和约。吉田首相似乎也以“国民政府”只是地方政权来回答。这给予美国政府和参议院中的“国民政府”支持者很大的冲击。因此，美国于 1951 年 12 月，再度派遣杜勒斯(J. F. Dulles，1950 年 4 月 6 日被任命为美国国务院顾问)任特使到日本。同月 8 日举行的吉田和杜勒斯会谈的结果，日本于 24 日给杜勒斯特使的“吉田书简”中，向美国传达：如果“中华民国国民政府”希望的话，日本准备依照“旧金山和约”的原则，与其缔结恢复日华正常关系的条约，而不与中国共产党政权缔结条约。①日本惟恐美国参议院不批准“旧金山和约”，而决定与美国所支持的“中华民国”缔结和约。

1952 年 2 月 17 日，日本全权代表河田烈抵达台北，从 1952 年 2 月 30 日谈判正式开始，至 4 月 28 日和约签字，前后进行了正式会谈 3 次、非正式会谈 18 次。最初台湾当局强硬要求赔偿，说是如果不向日本索取赔偿的话，则无法获得中国大陆“国民感情”之谅解。对此日本不予承诺，一度中止谈判，甚至考虑到要撤回代表团。台湾当局所以采取强硬态度，是因为期待美国参议院部分议员为中心的“国民政府”支持者的支持。但是，因为美国参议院批准了“旧金山和约”，台湾当局的期待落空而赔偿要求不得不就此作罢。②但是在形式上，台湾当局决定自动放弃赔偿要求，而且在议定书上，表示“为对日本人民表示宽大和友好起见，‘中华民国’自动放弃根据‘旧金山和约’第 14 条 a 项第 1 款，日本国所应供给服务之利益(见议定书 1b 项)”。“《日本国与中华民国之间的和平条约》”(简称“日华和约”)于 1952 年 4 月 28 日签署，并于同年 8 月 5 日生效。该条约共 14 条，此外还有议定书、交换公文。其中“议定书”为“该条约不可分割的一部分”。

从日本、台湾当局会谈的经过与结果来看，从中国大陆退守至台湾的“中华民国政府”国际地位直落，会谈处于弱势立场，不得不违背

---

① 西村熊雄著：《サン・フンランシスコ平和条約——日本外交史(27)》，鹿岛研究所出版会，1971 年出版，第 316～320 页。

② 日本国外务省百年史编纂委员会编：《外務省の百年》，原书房，1969 年出版，下卷，第 812 页。

原意，并以宽厚与善意之名作出了自发地放弃赔偿请求权，以此谋求日本对台湾当局的承认。期间，战败国日本，在美国积极地支持台湾当局的背景下，充分利用优势的地位来对付弱势地位的台湾。当然不用说，日本与台湾当局缔结和平条约是与日本的国家利益一致的。事实上，对于台湾蒋介石政权提出的“以德报怨”，放弃求偿权的问题，中华人民共和国政府反馈出强硬的赔偿要求之态度。根据北京新政权周恩来的主张，要求日本赔偿的额度至少达500亿美元，相当于1946年的货币价值约18兆日元。因此，日本选择了台湾当局作为和约的缔结者，另外，由于美国的赞同，对于因为放弃赔偿请求所引起的岛内舆论起到了一定的安抚作用。①

（二）《日华和约》的问题点

1. “日华和约”的缔结，引起了中国人民的强烈抗议，1952年5月5日，即和约签字一周后，周恩来总理代表中华人民共和国政府严正声明：“对于美国所宣布生效的非法的单独对日和约，是绝对不能承认的；对于公开侮辱并敌视中国人民的吉田蒋介石和约，是坚决反对的。”并且指责蒋介石所谓放弃赔偿要求的允诺是“慷他人之慨”，中国政府和人民绝对不予承认。周恩来总理严正地表明了“日华和约”是违法和无效的。②

2. 据国际法继承方面的规则，内战中在革命所建立的革命政府的实际支配确立前，旧政府代表国家与他国所订立的条约等国家行为，只有在排除恶法和政治性、人身性条约外，才能对其后所成立的革命政府有着拘束力。不仅如此，当革命政府在国内确立了无法逆转的政权后，旧政权与他国所缔结的条约对革命政府无拘束力。在“日华和约”缔结的当时，新中国政府在“中华民国政府”过去支配的地域内除了台湾、澎湖、金门、马祖外已经支配着全中国的领域，并已经有效地管辖了二年半的时间。因此，根据上述的国际法原则，“日华和约”

① 永野慎一郎金、近藤正臣著：《日本の戦後賠償》，劲草书房，1999年出版，第160页。

② 日本律师联合会编：《日本の戦後補償》，明石书店，1994年出版，第173页。

对于中国革命后由中华人民共和国政府代表的中国无拘束力。

3. “日华和约”不仅无权拘束中华人民共和国政府，而且是无效的。在“日华和约”中规定了结束两国的战争状态，以及在附件议定书中规定了中国放弃对日本的战争索偿权。须知战争是一种国家间的法律状态，结束国家间的战争当然需以国家的名义而不是政府间的名义，当然政府在国家授权的情况下也是有权缔结和约的。不过，“日华和约”是以两个国家间的名义缔结的，那么就必须考虑当时台湾当局是否有权代表全中国与日本缔结旨在结束两国战争状态条约的资格问题。当时退据台湾的“国民政府”无论从其所占据和管辖的有限的领域或是居民来看，丝毫无力反攻或管辖大陆，虽然历史上曾经是一个代表中国的合法政府，但是随着被人民的武力推翻，其法律地位仅相当于一个交战团体的地位。国家理应只有一个代表它的政府，虽然在动荡时期可能出现两个或三个政府，那只是暂时的。由于“日华和约”中第 1 条所谓的“中华民国与日本国之间战争状态，自本约发生效力之日起，即告终止”的规定是以国家的名义作出的，可是，事实上“国民政府”已经不可逆转地根本无法控制、管辖大陆的领域和居民。《维也纳条约法公约》规定了缔结国际条约的国家须以拥有国家的缔结能力的资格为前提。显然，“国民政府”不具有代表全中国的资格与日本国缔结和约，为此，“日华和约”缔结的涉及全中国人民利益的处分是无效的。

其实，日本和台湾当局当时也考虑到这个问题，为此，在“日华和约”的附件即议定书中作了所谓的补充说明。议定书第 1 项甲规定了所谓的：“凡在旧金山和约内有对日本国所负义务或承担而规定时期者，该项时期，对于中华民国领土之任一地区而言，应于本条约一经适用于该领土之该地区之时，开始计算。”

日本以如此强硬的立场迫使“国民政府”放弃赔偿，可是担心缺乏在中国大陆的支配实效，“日华和约”、议定书签署的同时还相互交换了公文。在日本全权代表河田烈致“中华民国”全权代表叶公超的照会中，日方要求“国民政府”确认所谓的“关于本日签订之日本国与中华民国间和平条约，本代表谨代表本国政府提及贵我双方所成立之了

解，即：本约各条款关于中华民国之一方，应适用于现在中华民国政府控制下或将来在其控制下之全部领土。上述了解，如荷贵代表惠予证实，本代表当深感纫。本代表顺向贵代表表示崇高之敬意”。“中华民国”全权代表叶公超复日本全权代表河田烈的照会为：“关于本日签订之中华民国与日本国间和平条约，顷准贵代表本日照会内开：‘内容与日本照会同’，本代表谨代表本国政府证实，贵代表来照所述之了解，本代表顺向贵代表表示崇高之敬意”。[①]议定书和交换公文重点关注和想要解决的问题是“本约各条款关于‘中华民国’之一方，应适用于现在中华民国政府控制下或将来在其控制下之全部领土”。退而言之，假设《日华和约》在当时是有效的，那么，其效力也无法涉及中国大陆的民间战争受害者。

3. 从国际法上来说，“日华和约”的一方无缔约资格能力，因此缔约双方既无权缔结终止两国的战争状态，也无权代替中国人民放弃对日战争索偿权。归根结底，所谓经过“中华民国”国会批准的“日华和约”，构成其最高权力机关的权力渊源纯属子虚乌有。因此，“国民政府”在没有缔约权资格的情况下，未经全中国人民的特别授权而放弃国家和人民对日本国的战争索偿权是非法的，也是无效的。

《维也纳条约法公约》第 29 条规定：“除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土。”这是公约规定的条约的领土适用的一个总原则。一般地说，条约适用于当事国的全部领土。虽然缔约国可以规定条约仅限定适用在一定的领土空间，可是战争是国家之间的一种法律状态，对于结束国家间战争状态的问题上，缔结和约只能是在双方国家的全部领域的基础上缔结，而不可想当然地规定仅适用于一国的一部分领域。如果缔结的和约当时只能适用一国的一部分领域和居民，即“应适用于现在中华民国政府控制下或将来在其控制下之全部领土”的话，那么，从根本上来说，这种假定将来适用的逻辑是违反为了终止战争状态目的所缔结的和约的。

---

① “中华民国外交部”编，《中外条约编辑》，台湾商务印书馆，1958 年出版，第 248—255 页。

因为，这种所谓的“和约”根本没有达成缔约国全部境内与交战国的终止战争状态，而且交战的两国之间到底什么时候为最终的结束战争状态就不得而知。作为日本政府理应知道“国民政府”无权缔结代表中国全部领域的终止战争状态的和约。为此，无效的后果，日本政府理应承担。

综上所述，所谓日本政府强调的：“关于战争状态的终止，‘日华和平条约’第1条规定‘日本国与中华民国之间战争状态，自本约发生效力之日起，即告终止。’”是完全没有法律依据的。

三、《中日联合声明》、《中日和平友好条约》的实质内涵

（一）中日和约缔结的背景

1972年2月，尼克松访问了中国，中美双方发表了《上海公报》，它标志着美国结束了20多年的对华遏止政策。在中美关系解冻的同时，日本政府却依然追随着美国从前的仇华政策。1971年9月22日，佐藤荣作首相宣布日本政府决定就中国在联合国代表权问题与美国联合向第26届联大提出所谓“重要问题”案和“双重代表权”案，妄图使台湾当局的代表继续赖在联合国。尼克松宣布访华后，日本民间对佐藤内阁的敌视中国政策十分气愤，不断予以谴责。在全国一片反对声中，佐藤内阁被迫下野。日本在野的各政党以社会党、社民党、公明党为代表先后派遣代表团访华，提出恢复日中邦交正常化的原则。1971年7月2日，竹入义胜为团长的公明党第一次访问中国时，与中国方面签订了共同声明，其中“五项原则”中的前三项的内容，中国方面作了简略式的表述，即，中日复交三原则。具体内容为：一、中华人民共和国政府是代表中国人民的惟一合法政府；二、台湾是中华人民共和国领土不可分割的一部分，已经归还中国，台湾问题纯属中国内政；三、“日华和约”是非法的、无效的，必须废除。①

① 石井明、朱建荣、添谷芳秀、林晓光编，《记录与考证：日中国交正常化·日中和平友好条约缔结交涉》，岩波书店，2003年8月出版，第42页。

1972年9月25日，日本首相田中角荣率领政府代表团访华，9月29日，周恩来总理和姬鹏飞外交部长代表中国政府，日本首相田中角荣和外相大平正芳代表日本政府签署发表了两国政府联合声明。该《中日联合声明》宣布："自本声明公布之日起，中华人民共和国和日本国之间迄今为止的不正常状态宣告结束"，日本方面还表示"痛感日本国过去由于战争给中国人民造成重大损害的责任，表示深刻的反省"。中国方面则宣布："为了中日两国人民的友好，放弃对日本国的战争赔偿要求。"联合声明还宣布："日本方面重申站在充分理解中华人民共和国政府提出的'复交三原则'的立场上，谋求实现日中邦交正常化这一见解。中国方面对此表示欢迎。""日本国政府承认中华人民共和国政府是中国的惟一合法政府。中华人民共和国政府重申：台湾是中华人民共和国领土不可分割的一部分。日本国政府充分理解和尊重中国政府的这一立场，并坚持遵守《波茨坦公告》第8条的立场"。随着中日建交，日本与台湾之间的原有官方关系一律失效，日本只与台湾保持民间关系。

1978年7月21日，中日双方在北京重开谈判。8月12日，中日双方在北京正式签订了《中日和平友好条约》。1978年8月16日，中国人大常委会批准了条约。10月16日、18日和20日日本众参两院和政府先后批准了条约。1978年10月22日至29日，邓小平副总理率领中国代表团访问日本。23日双方就《中日和平友好条约》互换批准书，条约正式生效。

（二）《中日联合声明》的"复交三原则"是对"日华和约"有效论的否定

1972年9月25日下午，在举行中日首脑第一次会谈时，日本外务大臣大平正芳提出："有一个关于日华和约的问题，中国方面站在认定这个条约是非法和无效的立场，对此我们十分能够理解。可是，这个条约是获得国会的可决并由政府批准的，若日本政府同意中国方面的这种见解的情况下，日本政府不得不承受在长达20年期间，对国民和国会持续隐瞒（事实真相）的污名。因此，希望中国方面能够理解日

华和约在国交正常化的瞬间已经完成了这项任务。”周恩来总理回答:“……战争状态终结的问题,虽然对日本政府而言是个难题,可是,对于大平大臣的提案不能完全同意。因为,若判定自旧金山和约到至今为止(同盟国家与日本国之间)已不存在战争状态的话,那么,该和约无视中国是当事者,该条约没有包含中国。我想这个问题委托两位外相,以中日双方能够同意的方式进行表达。关于‘复交三原则’,应当使该精神得到反映,表达方式则拜托两位外相。”①

在第二次会谈中(9月26日),周恩来总理指出:“……对于日华和约需要明确的是,这是蒋介石的问题,听了外务省主张的因为蒋(介石)放弃了赔偿中国就没有必要放弃的思考方式,令人吃惊。蒋(介石)逃到台湾后,而且是在旧金山和约之后对日本放弃了赔偿,慷他人之慨为自己撑面子是不可以的。战争的损害是大陆所承受的。我们知道赔偿的痛苦,也不想让日本人民品尝这种苦难……为了中日两国人民的友好,我们考虑放弃赔偿。可是蒋介石放弃了,这事情就结了的思考方式,我们是不能接受的,这是对我们的侮辱。”② 周恩来总理还指出:“田中、大平首脑已经表示十分理解‘复交三原则’。在此基础上运作,中国方面也表示了可以照顾日本方面的问题。如果不是这样,国交正常化就成了匪夷所思的东西。”③

原本日本政府所准备的日本国政府与中华人民共和国政府的共同声明草案第1条为:“日本政府及中华人民共和国政府确认日本国与中国之间的战争状态终止。”④ 但是这项内容对于中日之间的战争状态在什么时候终止的问题十分暧昧。原本中国方面所准备的中日联合声明大纲第1项规定:“中华人民共和国与日本国之间的战争状态自本声明公布之日起终止。”⑤

在《中日联合声明》中直截了当地明确“中日之间的战争状态自本声明公布之日起终止”当然就是对“日华和约”有效性的否定。但是这样直接的表述,会使日本政府在其国内处于十分难堪的处境。

---

①②③④⑤ 石井明、朱建荣、添谷芳秀、林晓光编,《记录与考证 日中国交正常化·日中和平友好条约缔结交涉》,岩波书店,2003年8月出版,第54—55、57、59、116、119页。

为了照顾日本政府的面子，中日双方达成了在《中日联合声明》中表明“日本方面重申站在充分理解中华人民共和国政府提出的‘复交三原则’的立场上，谋求实现日中邦交正常化这一见解，中国方面对此表示欢迎”。尽管如此，但是这一句子至少表明了“复交三原则”是中日邦交正常化的前提和基础。事实上，没有这个前提，《中日联合声明》就不可能问世。

“复交三原则”的第一个原则就是中华人民共和国政府是中国惟一的合法政府。这一原则已经体现在《中日联合声明》中的第 2 项，对于这个问题在中日两国之间已经不成为争议的问题。第二个原则，即台湾是中华人民共和国领土不可分割的一部分，已经归还中国，台湾问题纯属中国内政。对于这个问题，在《中日联合声明》中以第 3 项的形式来处理的，即“中华人民共和国政府重申：台湾是中华人民共和国领土不可分割的一部分。日本国政府充分理解和尊重中国政府的这一立场，并坚持遵守《波茨坦公告》第 8 条的立场。”①第三个原则是，“日华和约”是非法的、无效的，必须废除。这一原则虽然没有在《中日联合声明》中落实到具体的条项，但是，该声明的序言以及有关条款的内涵已经显而易见地表明了中日两国政府在该声明中达成了“日华和约”是无效的共识。关于这样的结论可以通过以下几个方面来论证。

日本政府强调：“日中共同声明的第 1 项规定：‘自本声明公布之日起，日本国和中华人民共和国之间迄今为止的不正常状态宣告结束。’这里的‘不正常状态’我国的理解是指迄今为止我国与中华人民共和国之间的没有国交的状态，这与日中之间的战争状态因日华条约而终止的立场并无任何矛盾。这样的表述在日中关系的任何意义方面就被正常化的观点而言，是谋求日中双方认识的一致。”②事实上这

---

① 《波茨坦公告》第 8 条规定：“开罗宣言必须履行”，而《开罗宣言》中规定了：“同盟国的目的是……使日本所窃取于清国（中国）之领土，例如东北四省、台湾、澎湖群岛等，归还中华民国”。《开罗宣言》所指中华民国意味着作为国土的中国，所以中华人民共和国政府主张台湾属于中国。——笔者注

② [2002 年]平成 14 年(ネ)4815 号控诉人程秀芝及其他 179 名原告案（中国细菌战受害者诉讼案），日本政府于 2003 年 8 月 4 日提交法庭的“准备书面意见书(1)”，第 121 页。

种主张是毫无任何事实和法律上的依据。1969年《维也纳条约法公约》第31条(一)的规定,“条约应就其用语按照上下文并参照其目的和宗旨所具有的通常意义,善意地予以解释。”根据这一规定,解释条约应遵循三个总的原则:第一,按照善意的原则进行解释;第二,应推定条约的用语具有通常的意义;第三,条约用语的通常意义应按照用语的上下文并参考条约的目的和宗旨决定。第31条(三)规定,“应与上下文一并考虑者尚有:1.当事国嗣后所关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;2.嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例;3.适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。

因此,解释《中日联合声明》中的用语时,若用语的解释会造成荒谬,或与条约的其余部分产生矛盾,则应以缔约国订立条约时的原来意思进行解释,若条约中的特定用语有疑义,应参照条约的宗旨来解释。同时,在解释条约用语时,应联系上下文,包括条约的序言、附件在内的全部约文以及缔约国嗣后所订的关于条约的任何协定结合起来,通盘考虑。此外,除与条约其他部分或有关文件的字句一致外,还应与现行的国际法原则、规则相一致。此外,解释条约应符合合理性。若遇到条约的一般性条款与特殊性规定相抵触,其特殊性规定应优先于一般规定。

根据上述条约解释的一般规则,仅仅分析《中日联合声明》全文就足以证明日本政府的上述主张是荒谬的。首先,在国际社会中国家与国家之间没有建立外交关系不是特殊的现象,通常作为国家并没有义务必须与其他国家建立外交关系。换言之,国与国之间没有建立外交关系,至少在国际法层面来看是属于正常的现象。由此,以“日本国和中华人民共和国之间迄今为止的不正常状态宣告结束”表述就武断地归结为“我国(日本国)与中华人民共和国之间的没有国交的状态”,是缺乏任何法理根据的。

针对“不正常状态”的用语,还应当联系上下文和该声明的序言。如果说中日两国政府在当时均认为“日华和约”是有效的话,那么,中日之间的战争状态于1952年4月28日就业已结束。在这种背景条件下,《中日联合声明》的序言的第四自然段中就不可能出现“两国人

民切望结束迄今为止存在于两国间的不正常状态。战争状态的结束，中日两国的正常化，两国人民这种愿望的实现，将揭开两国关系史上新的一页”。

在这一自然段中，第一句句子表明了这种“不正常状态”是迄今为止（《中日联合声明》公布前）依然存在的。紧跟其后的句子为“战争状态的结束，中日两国的正常化，两国人民这种愿望的实现，将揭开两国关系史上新的一页”。这里的“战争状态的结束，中日两国的正常化”恰恰是与前文“切望结束……不正常状态”所追求（切望）的对象或结果。十分显然，前后句子的表述是有着紧密关联的。换言之，前句的“不正常状态”就是“战争状态尚未结束”和“中日两国尚未正常化”，因此，后句才会表述为“战争状态的结束，中日两国的正常化，两国人民这种愿望的实现，将揭开两国关系史上新的一页”。同时，需要指出的是，这一句子中“战争状态的结束”、“中日两国的正常化”是两个并列的主语，并且前后两者是明显地具有因果和递进关系的，没有战争状态的结束，就不会产生中日两国的正常化的结果。只有结束战争状态才能进入正常化状态。这两者是紧密联系的不可分割的。尤其需要强调的是，仅以“战争状态的结束，中日两国的正常化……这种愿望的实现，将揭开……新的一页”的表述，就可判明“战争状态的结束，中日两国的正常化”，是一种在中日联合声明公布前尚未实现的愿望。可以肯定的是作为“愿望”的对象（宾语）“战争状态的结束”，不是过去时态或过去完成时态，也就是说它不是指“日华和约”中的“战争状态的结束”，而是指中日两国政府为实现两国人民的这种愿望，将以《中日联合声明》宣布结束中日两国战争状态。

由此可见，《中日联合声明》中第1项中关于“不正常状态”的表述主要是指中日两国之间在公布《中日联合声明》前依然存在的战争状态，这是不容否认的事实。既然该声明是中日两国政府的共识，由此可推理出中日两国政府均认为“日华和约”并没有结束中日两国的战争关系，因此需要在《中日联合声明》中明确自该声明公布之日起终止中日两国之间的“战争状态”。从这点来看，《中日联合声明》是中日两国政府共同对“日华和约”无效的认定。

其次，根据条约的一般性条款与特殊性规定相抵触，其特殊性规定应优先于一般规定的规则进行分析，“日华和约”是无效的，而“不正常状态”主要是指战争状态尚未结束。在《中日联合声明》中提到了“日本方面重申站在充分理解中华人民共和国政府提出的‘复交三原则’的立场上，谋求实现日中邦交正常化这一见解。中国方面对此表示欢迎”。换言之，日本政府是充分理解了中国政府所提出的“复交三原则”是建立中日邦交正常化的前提条件，由于日本政府基于这样的充分理解而与中国政府联合发表声明，因此，可以说日本政府是对中国政府的这一立场持认可态度的。不仅如此，在此后的《中日和平友好条约》也再次“确认上述联合声明所表明的各项原则应予严格遵守”。联系这两个条约文件来看，日本政府已经不能仅仅处在“充分理解”的立场上，而是处于必须严格遵守的问题。因为“确认上述联合声明所表明的各项原则应予严格遵守”中的各项原则理所当然地包含了“复交三原则”。而“复交三原则”中的第三个原则的内容，是“日华和约”是非法的、无效的，必须废除。

此外，根据《维也纳条约法公约》第32条的规定，如果在运用上述解释原则后，条约用语的意义仍属不明，或者难以理解，或所获结果显属荒谬，不合情理，为确定条约用语的含义，可使用条约解释的补充资料，包括与条约准备工作和缔约时情况有关的资料。2001年4月，日本国实施了《情报公开法》，由此外交文书得以公开。反映1972年当时的田中首相、大平外相与周恩来总理会谈基本概貌的日本外务省文书和竹入义胜公明党委员长与周恩来总理的秘密会谈记录也公之于世。以此为史料依据，由日本和中国学者共同编撰的《记录与考证：日中国交正常化·日中和平友好条约缔结交涉》一书详实地记载了“复交三原则”的内容以及中日两国首脑在会谈时，以“复交三原则”作为《中日联合声明》的前提和基础所达成的共识，以及为了照顾日本政府的困境，最终中日双方达成了以间接的方式表达“日华和约是非法的、无效的，必须废除”的共同立场。结合上述日本外务省公开的相关史料的内容，同样可以清晰地判明《中日联合声明》已经认定了“日华和约是无效的”；所谓“不正常状态”主要是指中日两国之间尚未结束的战争状态。

四、析“日华和约”的无效

1972年9月29日上午,《中日联合国声明》签字仪式结束后,大平正芳根据田中角荣的指示及其向周恩来的承诺,立即在北京民族文化宫大厅设立的新闻中心举行了记者招待会,他宣称:“开罗宣言规定台湾归还中国,而日本接受了承继上述宣言的《波茨坦公告》,鉴于这一原委,日本政府坚持遵循《波茨坦公告》的立场是理所当然的;作为中日邦交正常化的结果,日台条约(指“日华和约”)已失去了存在的意义,可认为该条约已经完结;日台间的‘外交关系’也不能维持,驻台湾的原日本大使馆处理善后事宜后将予关闭。”①

对于条约的终止与条约的无效都意味着条约效力的丧失,但二者却有着本质的不同②。

首先,从产生的原因来看,条约无效的原因具有原始性,它们存在于缔约的当时,这些原因包括:无缔约权或超越缔约权、错误、诈欺、贿赂、强迫、违反强行法,等等。而条约终止的原因具有传承性,它们发生于缔约之后。这些原因包括:同意、当事人国际人格丧失、履行不能、(长期不适用)履行完毕、新的强行法规则的产生、单方契约、解约或退约、战争、单方违约、情势根本变更,等等。其次,从效力丧失的时间来看,绝对无效的条约自始至终没有效力,而终止的条约自缔约以后法定终止事由出现时才丧失其效力。最后,从二者产生的法律后果来看,条约的无效往往系一方的过错、违法行为或无缔约权所致。条约在丧失其效力之时一般便是被其错误地调整的情事恢复原状之时,也是有关当事国的国家责任产生之时。而条约的终止除单方违约或废约以外,并非系有关缔约国不法行为或无缔约资格所致,而只是自终止时不再继续受其调整而已。

依据国际法来看,“日华和约”应当被认定为无效的。如果说日本

---

① 杨明伟、陈扬勇著:《周恩来外交风云》,解放军文艺出版社,1997年出版,第325—329页。

② 韩德培主编,万鄂湘等著:《国际条约法》,武汉大学出版社,1998年出版,第334页。

政府认为在缔结、发表《中日联合声明》前,“国民政府”是中国“正统政府”,“日华和约”是有效的,其法律效力仅仅是在《中日联合声明》公布之日起终止的话,那么,根据“日华条约”所谓的第1条规定:“生效时中华民国与日本国之间战争状态,自本约发生效力之日起,即告终止。”由于在1952年8月5日该条约生效日起,中日两国就理应已经结束战争状态,这样的话,《中日联合声明》的序言中宣布的“战争状态的结束,中日邦交正常化,两国人民这种愿望的实现,将揭开两国关系史上新的一页”则是多余的。

同样,根据“日华和约”附属议定书第1项(乙)规定:“为对日本人民表示宽大与友好之意起见,中华民国自动放弃根据金山和约第14条甲项第1款日本国所应供应之服务之利益。”因此,《中日联合声明》中第5项规定的“中华人民共和国政府宣布:为了中日两国人民的友好,放弃对日本国战争赔偿要求”也是多余的。因为日本国与“当时代表中国的中华民国”双方已经就赔偿问题处分过各自的权利和义务,这一权利义务的对象已经不存在,因此若再次就同样的问题与另一个主体进行处分不仅是无效的也是违背逻辑和不可思议的。

对于中国政府放弃战争赔偿要求的问题上,尽管日本政府主张中国对日战争索赔权以及结束中日两国战争状态早已于1952年与当时中国的“合法政府”签订的“日华和约”中处分过此事项,因此,在1972年的《中日联合声明》中,中方只能以放弃对日本的战争赔偿要求,而不是放弃对日本的战争索赔权来表达,因为该项权利,中国此前已经处分过了。① 另一方面也有日本学者认为,实际上日本政府已经在缔结“日华和约”上全部完成了“放弃战争赔偿权”的法律程序,由于法律上的权利放弃只能处分一次,所以在《中日联合声明》中,才有“放弃战

① [2002年]平成14年(ネ)4815号控诉人程秀芝及其他179名原告案(中国细菌战受害者诉讼案),日本政府于2003年8月4日提交法庭的“准备书面意见书(1)”,第122页。又及,参见平成15年(2003年)9·29东京地方法院 平成8年(ワ)第24230号 损害赔偿请求,东京地方法院民事第35部在审理日军生化毒气受害者孙景霞等13名原告起诉日本国政府时,日本政府提出的反论。上述日本政府抗辩(反论)书面资料分别由细菌战受害起诉团团长王选女士、日本律师辩护团事务局长一濑敬一郎律师以及“中国人战争受害损害赔偿请求事件日本律师辩护团”代团长小野寺律师、干事长南典男律师提供。

争赔偿要求”的表述，基于该“权利”早已处分过也不存在了，因此只能表明放弃“要求”，[①]虽然这种主张的目的是想由此证明中日双方发表的《中日联合声明》中并无认定“日华和约”是无有效的。但是，从法律角度而言，中华人民共和国政府宣布的“放弃战争赔偿要求”并非与“放弃战争赔偿权”有着本质上的区别。

应该说这种围绕着权利的解释是没有根据的。虽然日本政府将“放弃赔偿要求”与“放弃赔偿权”完全割裂，试图从中寻觅出不同的法律含义。问题是有权利放弃赔偿要求者，必然是享有追索赔偿的权利者，没有权利就没有“要求”可言。在此，该“要求”是权利派生的在实现权利程序上的表现形式。因此，放弃在实现权利程序上“要求”就等同于放弃实体上的权利。从结果上来看，“放弃赔偿要求”与“放弃赔偿权”并没有什么根本的不同，应该说在表述上使用“放弃赔偿要求”，所暗含的意义在于放弃要求者在此前是享有固有的追索赔偿的权利。《中日联合声明》中的中方“放弃对日本战争赔偿要求”的表述，与权利只能放弃一次的一般规则并不矛盾，因为《中日联合声明》中的“放弃赔偿要求”并不是对权利的重复行使，中方“放弃赔偿要求”恰恰是对“日华和约”无效性的认定。相反，依照上述日本政府的解释，则是完全违背“复交三原则”的。

总之，“日华和约”之所以无效，是因为“国民政府”无缔约权，它无权代表全中国人民的利益。

五、关于国际法上的承认问题

东京高等法院于2004年12月7日审理731细菌战的前夕，日本政府不仅向法庭提交了补充理由，而且在是日的法庭审理上还再次强调了缔结“‘日华和约’时，‘中华民国政府’是代表中国的合法政府，在国际社会上承认‘中华民国政府’代表中国的有47个国家，而承认当时北京政府代表中国的合法政府的仅有26个国家[被告日本国政府向东京高等法院提交的“乙第111号证”]，并且‘中华民国政府’是当时代表中国在联合国的常任理事国”。

---

① 日本律师联合会编：《日本の战后补偿》，明石书店，1994年出版，第175～176页。

在2005年3月18日的日本东京高等法院对于中国"慰安妇"上诉案的判决中，针对上诉人提出所谓的："中华民国在当时缺乏对中国大陆的实际支配权，而且'日华和约'对中国大陆的居民也没有约束力"的主张予以驳回，采纳了日本政府向法庭提交的追加补充主张："虽然上诉人有上述主张，可是在日华和约缔结的当时，中华民国政府已经得到(国际社会)35国的承认；在联合国的代表权问题上，(国际社会)承认中华民国政府的有20个国家，可是，在联合国61个会员国中，中华人民共和国政府仅仅获得12个国家的承认。因此，在国际社会中，不得不承认(当时)作为代表中国的正统政府而被承认的是中华民国。中华民国代表中国，拥有通过条约处分中国国民的权利义务的权能与我国之间缔结的和平条约，享有作为国家的中国与日本国之间缔结(条约)的效果，其范围不仅包含当时中华民国实际支配领域，包括中国大陆全体也适用的解释是适当的。"①

显而易见的是，日本政府递交给东京高等法院中不同法庭的关于国际社会中承认"中华民国"的国家数目前后有两个，分别为47个和35个。这是令人不可思议的。本文无意考证这种极不严肃和前后矛盾的数据。然而，仅仅就日本政府这种处心积虑的主张来看也是夸大了国际法习惯法上承认的法律效果，是缺乏法律依据的，并且这种主张也是违反民主宪政原则的。

作为代表一个国家的政府，在国际社会上要得到承认，必须具备拥有该国家绝大部分领域以及有拥护这个政府的居民，更重要的是该政府当局对该国家绝大部分领域上的居民实行着有效的管辖。从当时管辖的面积上来看，台湾当局所占据的地域是约3.6万平方公里的台湾岛屿，仅占全中国面积的2.11%，从当时管辖居民的人口数量来看，根据1950年中国国家内务部公布的全国(包括台湾)人口数量是483 869 678人，以当时台湾800万人口来计算，台湾当局管辖的人口

① [2005年]平成17年3月18日东京高等法院对"中国第二次慰安妇诉讼"的判决书，平成14年(ネ)第2621号损害赔偿等请求控诉事件，第60页。细菌战受害诉讼团日本律师辩护团事务局长一濑敬一郎律师提供。

仅为全中国人口的1.6%。因此，无论从管辖的面积还是居民的人数来看，在有效统治的问题上，台湾当局均不符合国际法上对国家政权承认的要件。更何况，国际社会中当时承认“中华民国”的国家的总数，大多是在中华人民共和国政府成立之前的历史上累积承认的。

尽管如此，从当时国际社会承认的实践来看，中华人民共和国政府，从1949年10月建立新政权到1952年4月之间的短短二年半时间内，国际社会已经有至少20个国家承认中华人民共和国政府是代表中国的惟一合法政府。虽然当时国际社会中(可能)有35个国家仍承认台湾当局为中国的代表，但是从国际法上看，被承认政权的合法性与国际社会既存国家承认的数量无直接关系，对政府的承认其法律效果仅仅涉及承认国(政府)和被承认国(政府)，既存国(政府)承认的数量不是衡量被承认国(政府)是否合法的外在要件。

从国内法来看，所谓的合法政府，在人民主权的原则下，至少需要在全体居民范围内，在有选举权公民中，有半数以上参加表决的(直接的或间接的)，并且在总投票中得到过半数以上拥护的政府才具有合法性。因此，按照以上民主宪政的合法性原则来衡量，作为代表中国的政府的合法性理应来源于中国人民的支持和拥护。当旧政府遭到举国人民的反对之际，该旧政府就丝毫无合法性可言。

一个国家的政府是否合法，从法理角度来看，它属于一个国家的内政，并且只能由该国家(居民共同体)的人民来决定的。一个国家的人民有权以任何方式推翻旧政权并建立人民的新政权，中国人民选择了中华人民共和国政府作为全中国的合法代表，这是绝大多数中国人民的意志的选择。

此外，由于美国政府的阻挠，台湾当局继续非法占据中国在联合国的席位。问题是自1949年新中国政府建立起，台湾当局就没有资格“代表”中国占据联合国的席位。

至1971年联合国第26届大会通过了压倒多数的“恢复中华人民共和国在联合国的一切合法权利，立即把蒋介石集团的代表从联合国一切机构中驱逐出去”的2758号决议案，由此中华人民共和国在联合国和安理会中被非法剥夺了20多年的席位得到恢复。这个决议表明

了第一是驱逐了台湾当局非法占据联合国席位，第二是恢复了中华人民共和国政府在联合国中本应享有代表全中国资格的一切权利。在这个决议中没有使用“接替”而是使用了“恢复”一词。而“恢复”一词，是具有溯及既往的效力，它表明了联合国不仅承认中华人民共和国政府是代表全中国的惟一合法代表，而且表明了承认中华人民共和国政府作为代表中国的惟一合法政府是起始于新中国政府建立之日起。

在国际法的承认问题上，与其他法律不同的是承认具有溯及既往的法律效果。尽管承认是一种任意性行为，但这种行为一旦做出，即在承认国与新国家或新政府之间产生一系列国际法上的权利义务。例如，承认被承认国或新政府自成立之日起的行政、立法和司法权的效力。1972 年的《中日联合声明》的公布，表明了日本国承认中华人民共和国政府是代表中国的惟一合法政府，因此，日本政府有义务承认中华人民共和国政府自成立之日起的政令和法律。中华人民共和国政府在建立的第一天就宣布“中华人民共和国政府是代表中国惟一的合法政府，台湾当局是非法的”。因此，日本国在 1952 年与台湾当局所缔结的“日华和约”只能属于非法和无效的。

此外，尽管当今国际社会仍有二十多个国家承认台湾当局，但是这种承认不仅违反了国际法中承认的要件，同时也是对中国民主宪政的干涉。国民党政府溃败至台湾后，台湾仍是中国的一部分，因此，台湾当局不是也不应被视为国际法上的主体。在国际法承认的规则中，只有对国家的承认、对政府的承认和对交战团体（有限）的承认。为此，从国际法的意义上将台湾当局视作交战团体并无不妥。一项有力的佐证是联合国 2758 号决议中也将台湾当局称为“蒋介石集团”。所谓“集团”就足以表明，国际社会是完全视台湾当局为非国际法主体，台湾当局和代表中国的新政府之间的交战状态尚未结束，由此，称该“集团”为交战团体实为贴切。①

---

① 2004 年 12 月 7 日笔者作为专家证人抵东京高等法院出庭作证，证明《中日联合声明》等条约不可能放弃中国民间战争受害者的对日索赔权。在作证期间，本人视台湾当局为交战团体的主张曾遭到日本政府的质疑，为此，就国际法的承认和台湾的地位问题作成此文，并将此补充意见书于 2005 年 3 月 12 日寄送至东京高等法院第 2 民事部。——笔者注

第 三 节

《中日联合声明》自身并未放弃民间个人索偿权

一、关于《中日联合声明》第五条的含义

1972 年的《中日联合声明》的第 5 条表述为:“中华人民共和国政府宣布,为了中日两国人民的友好,放弃对日本国的战争赔偿请求。”从该条文的文字表述的内容上看,中国政府放弃的只是中国政府对日本的战争赔偿请求权,该条文丝毫没有涉及中国国民对日本的损害赔偿请求权的问题。因此,将该条款的“放弃对日本国的战争赔偿请求”解释为包含了中国国民的对日本的损害赔偿请求权,不仅有违国际通行的惯例,也缺乏文字逻辑上和法律上的依据。

中日两国之间以国家名义所签订的是《中华人民共和国和日本国和平友好条约》,而《中日联合声明》的全称是《中华人民共和国政府与日本国政府联合声明》,该声明的主体是中日两国政府,而不是中日两国的国家。事实上《中日联合声明》第 5 条的主语是中华人民共和国政府,它所宣布放弃的对日本的战争赔偿请求,也只能放弃属于是该条款主语的主体,即只能放弃属于中华人民共和国政府权限范围内的事物。

1972 年《中日联合声明》的外观名称上来看,似乎有借鉴《日苏共同宣言》的模式。比较这两者国家间的声明,更能说明《中日联合声明》根本没有放弃民间的对日索偿权。

第一,需要特别指出的是,《日苏共同宣言》的全称是《日本国与苏维埃社会主义共和国联盟的共同宣言》,宣言前文明确地说明 1956 年 10 月 13 日至 19 日在莫斯科,日本与苏维埃社会主义共和国联盟的全权代表团之间所进行的交涉。日本方面有内阁总理大臣鸠山一郎、农林大臣河野一郎以及众议院议员松本俊一参加,苏维埃社会主义共和国联邦方面由苏维埃联盟会议主席(布尔加宁)、

苏维埃联盟最高主席团委员(赫鲁晓夫)、苏维埃联盟部长会议第一副主席(米高扬)、苏维埃联盟外交部第一副部长(葛罗米柯)、苏维埃联盟外交部副部长(弗德连柯)参加。从宣言的引文和交涉的代表来看,这是一个国家间的宣言而不是两国政府间的宣言。而《中日联合声明》的全称是《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》,虽然于1972年9月27日毛泽东主席会见了田中角荣总理大臣,但这仅仅是"双方进行了认真、友好的谈话"而已,当时毛泽东主席没有参加具体的中日谈判工作,在《中日联合声明》的前文中有如下的表述:"周恩来总理、姬鹏飞外交部长和田中角荣总理大臣、大平正芳外务大臣,始终在友好气氛中,以中日两国邦交正常化问题为中心,就两国间的各项问题,以及双方关心的其他问题,认真、坦率地交换了意见,同意发表两国政府的下述联合声明。"该文件签署的中方代表是国务院总理周恩来、外交部长姬鹏飞,日方代表是内阁总理大臣田中角荣、外务大臣大平正芳。因此《中日联合声明》纯属中日两国政府间的声明。

第二,《日苏共同宣言》的第10款规定:"本共同宣言必须经过批准,本宣言自批准书交换之日起生效。"这里的批准主体是指各个国家中的最高权力机构。而《中日联合声明》没有谈及批准的事项。换言之中日两国政府所交涉和处分的内容只能在各自政府所享有的权限之中,超越的部分是无效的。

劳特派特修订的《奥本海国际法》中对战争的概念作了如下的阐述:战争是国家之间为着彼此制服的宗旨而进行的武力争斗。[①]正常的终止战争方式是缔结和约或交战一方的灭亡[②]。但最常见的结束战争方法是缔结和约。依照国际法,缔结和约的资格属于国家元首。但是,如果国家元首所缔结的和约违反了其本国宪法的限制,这样的和约就因为元首越权而对国家不发生效力,有些国家的宪法以不同的

① 劳特派特修订,王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》,商务印书馆1981年出版,下卷第一分册,第151页。

② 劳特派特修订,王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》,商务印书馆1981年出版,下卷第二分册,第105页。

办法解决这个问题，宪法不一定把宣战和媾和的权力赋予同一个人。①虽然交战国双方都准备缔结和约以终止战争，但他们往往不能立即谈妥所有条款。在这样的情形下，往往先缔结一个所谓的和平初约以停止敌对行为，然后再缔结正式和约以代替和平初约。这种初约本身也是一个条约，它包括了缔约双方对于所认为主要的一些和平条件的协议。和平初约和任何其他条约一样有约束力，所以必须经过批准。②尽管国家之间缔结权通常是有国家元首形式，但有些国家的宪法实践把有关许多事项的缔约权交给了政府。在这种情况下，要使条约发生效力，就必须依据各缔约国国内的宪法的授权。因此，原则上缔结和约而没有获得国家最高权力机关的授权或者批准是没有效力的。

《日苏共同宣言》虽然不是一个正式的和约，但是至少是一个和平初约，且签订宣言的主体各自代表自己的国家，并获得批准而生效。所以1956年10月19日签订的《日苏共同宣言》第1款规定："日本国与苏维埃社会主义共和国联盟之间的战争状态，自本宣言发生效力之日时终止。两国之间恢复和平友好的睦邻关系。"第6款规定："苏维埃社会主义共和国联盟放弃对日本国的一切赔偿请求权。苏维埃社会主义共和国联盟以及日本国相互放弃自1945年8月9日以来因战争结果所产生的双方国家、团体以及国民的对于各个对方国、对方团体以及对方国国民相互的所有的请求权。"《日苏共同宣言》的这两个重要的条款是分别获得日苏两国国家最高权力机构批准的，无疑是有法律效力的。

战争所造成的损害主要由两部分构成，一部分是政府的损害，包括军队和国家公有财物、战费等，另一部分是民间平民的损害，民间平民是非战斗员，在战争中对非战斗员的肆意屠杀和伤害，不仅违反战争法规应追究其战争犯罪责任，同时受害者也有权利追究其损害赔偿责任。总之，国家间的战争损害范围主要由政府和民间的战争损害的两个部分构成。政府放弃了对战争加害国追索要求，不等于民间的战

---

①② 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》，商务印书馆1981年出版，下卷第二分册，第114页。

争索赔权也被放弃。

在1972年的时点来看,《中日联合声明》中,中国政府所做的放弃不可能包括民间的求偿权利,因为按照当时生效并实施的中国宪法(1954年宪法)来看,中国政府也不可能超越其职权,在未经全国人民代表大会或人大常委会批准的情况下擅自替人民做主放弃赔偿请求权。且《中日联合声明》的签署人,中方是中国国务院总理周恩来和外交部部长姬鹏飞,日本方面是内阁总理大臣田中角荣和外相大平正芳。1954年中国《宪法》第21条规定:"中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。"该《宪法》第47条规定:"中国的国务院是国家最高权力机关的执行机关",该《宪法》第27条授权全国人民代表大会有排他的"决定战争和和平的问题"(第13款)职权。该《宪法》第41条规定:"中华人民共和国主席对外代表中华人民共和国。"1954年的《宪法》第49条对中国政府(即国务院)作出的行使17项职权中,并没有授权国务院有权未经全国人民代表大会或其常务委员会的批准而与他国签订国家间条约或行使放弃涉及全国人民根本重大利益的职权。在中日双方签订《中日联合声明》之际,日本政府对于中国国务院所拥有的职权权限范围理应十分清楚。中国国务院总理签署的《中日联合声明》,其所放弃的战争赔偿请求权只能是限于在其政府的职权范围内,而不可能包括民间对日的求偿权。

中国政府在这样职权范围的背景下,"宣布:为了中日两国人民的友好,放弃对日本国的战争赔偿要求"的主体仅仅使用的是中华人民共和国政府的"宣布",而不是中华人民共和国的"宣布"。假设按照传统观念,国家之间有权在缔结和约时处分国民的战争损害赔偿权,那么,在战后,日本与亚洲国家所签订的和解协定正是以国家间的名义缔结的,而《中日联合声明》恰恰是以政府间的名义。不难看出,《中日联合声明》不仅对中国民间战争受害者的对日索赔权问题根本未有涉及,而且更谈不上中国民间对日战争索赔权已经放弃。在《中日联合声明》中,仅仅以中国政府放弃的用词也说明了当时中国领导人已对本国的宪法要求作出了足够合理的考虑。

有必要继续研究《中华人民共和国政府和日本国政府联合声明》

(《中日联合声明》)与《中华人民共和国和日本国和平友好条约》(以下简称《中日和平友好条约》)的关系。自1954年的中国宪法颁布以来,中国《宪法》于1975年、1978年和1982年做了重大修改。1978年《宪法》在是年3月5日由中华人民共和国第五届全国人民代表大会第一次会议通过,1978年8月16日中国全国人大常委会批准了8月12日签署的《中日和平友好条约》。依据中国1978年《宪法》第25条第9款规定,全国人民代表大会常务委员会有权决定批准和废除同外国缔结的条约。一般而言,全国人大常委会可以就国家和人民的重大利益问题与外国签订条约。但是,全国人大常委会或者全国人大能否未经人民(战争受害者)的授权就代表战争受害者放弃战争损害索赔权,这在宪法上也找不到明确的依据。假设全国人大常委会拥有上述权力,在1978年8月16日,中国全国人大常委会批准了《中日和平友好条约》(于同年10月23日与日本国政府交换了批准书),即使如此,在《中日和平友好条约》中也没有任何直接明确的条文涉及中国国民的对日索偿权利的放弃。

虽然在《中日和平友好条约》的前文中已经"确认上述联合声明(指1972年《中日联合声明》)是两国间和平友好关系的基础,联合声明所表明的各项原则应予严格遵守",然而,在《中日联合声明》中所表明的原则仅指三个方面,它们分别是"复交三原则","和平共处五项原则"和"联合国宪章的原则"。换言之,经中日两国最高权力机关批准的《中日和平友好条约》仅仅要求对《中日联合声明》所表明的各项原则规定应予严格遵守,而不是针对《中日联合声明》所有内容。从中日两国的联合声明与条约之间的相互关系来看,即便是《中日联合声明》中关于"中国政府宣布所放弃的对日战争赔偿要求"的条项,也未曾在《中日和平友好条约》中得到直接的确认,那么,在《中日联合声明》中根本没有涉及的民间战争受害者的索赔权就更不可能被《中日和平友好条约》所确认。

由此可见,日本东京地方法院在2002年8月27日所作的判决中所谓"关于这一问题已经全部地由日中联合声明及日中友好条约所解决掉了"的判断完全是颠倒是非、无中生有的严重错误结论。日本东

京地方法院没有理由和法律依据在判决书中作出"……虽然日本国违反国际法负有国家责任,但是,关于这一问题已经全部地由日中联合声明及日中友好条约所解决掉了"的结论。《中日联合声明》和《中日和平友好条约》从来就没有解决过中国民间对日索偿的问题。

二、区别国家中政府的损害赔偿和民间损害赔偿请求权,早已经为国际社会确认

也许有学者会认为在签署《中日联合声明》的时候,中日两国双方领导人都忽略了民间赔偿权的问题,以至于声明中所谓放弃的主语表现得是那么语焉不详。不过这种解释是没有根据的。事实上,《中日联合声明》第5条的表述为"中华人民共和国政府声明为了中日两国人民的友好,放弃对日本国的战争赔偿请求"。全句的主语系中华人民共和国政府,谓语为声明,宾语为动宾结构的"放弃……战争赔偿请求"。显然在《中日联合声明》中所宣布放弃的是中华人民共和国政府,而没有包括其国民。

可是日本法院多次在判决中就中国民间战争受害者提出的诉权问题作出类似如下的判定:"……虽然日本国违反国际法负有国家责任,但是,关于这一问题已经全部地由日中联合声明及日中友好条约所解决掉了。"不仅如此,代表日本政府的外交官员也表达了如此的态度。2002年8月28日上午,在日本众议院议员川田悦子的主持下,在日本众议院第二议员会馆会议室,日本政府责任部门的代表正在回答原告律师、专家等人的质询。期间,日本外务省女官员回答了731细菌战原告起诉团中方法律顾问(笔者)的提问。提问要点是:1972年的《中日联合声明》中关于放弃赔偿的条款,中方一直认为仅仅是放弃了政府的对日赔偿要求,不包括民间的对日赔偿要求,中方国家领导人对此也多次公开地表达过这种态度。日本政府对这放弃的范围是如何理解的?如果日本政府认为条款概念不清的话,是否需要中国政府正式地通知日本政府关于对该条款所放弃的对日赔偿要求是不包括民间的对日赔偿请求权?该外务省女官员的回答:"就我个人的理解,在当时1972年所签订的《日中联合声明》中关于放弃赔偿的条

款，中国政府既放弃了政府的对日赔偿请求权同时也放弃了中国民间的对日赔偿请求权。至于中国政府是否需要就此概念、范畴的问题正式地通知日本政府则是中国政府方面自由处置的行为，我本人则不便发表意见。”这里所谓的“就我个人的理解”实际上已经成为日本主审法官和官员的“共识”，并成为对日民间索偿进程中的最大的障碍。

虽然在近代国际法上，大多数交战国之间在缔结和约时并没有将战争赔偿细分为对国家中的政府赔偿和对民间赔偿两部分，而只是以国家的名义笼统地提出总的赔偿数额。但是在理论甚至逻辑上，战争赔偿的内容构成应当由两部分组成，即国家中的政府的损害赔偿部分和民间的损害赔偿部分。在近代国际法中确实鲜有个人对战败国提出赔偿，个人的战争损害往往是由战胜国国家一并向战败国提出的。历史上的封建国家，国家是帝王的，人民是臣民，人民的权利可以被帝王君主随意地剥夺和覆盖。但是，随着各个国家中的民主化进程的发展，大多数国家的权利已经不属于君主一个人所有，君主立宪的国家中君主个人所享有处分的权利已经受到限制，更无权放弃本来就不属于君主的权利。在人民主权为基础的宪制国家中，政府、国会、人民的权利和义务泾渭分明。在进入现代社会，那些主张政府所放弃的就当然包含着放弃人民权利的部分的逻辑，充其量只是反映了封建帝王的没落思想。倘若以国家的名义缔结和约，并且在缔结和约的条款中，不以“国民”和“政府”的子概念，而是以母概念“国家”来表述，即“国家放弃战争赔偿请求权”的话，那么，有理由认为该国家同时放弃了“政府”和其“国民”的战争损害赔偿权。至于该国家是否有权力放弃该国民的战争赔偿权的问题，主要是属于该国的国内法的问题。

然而随着国际法的发展，在处理因战争导致的损害赔偿问题上将国家中的政府与民间的损害赔偿权利划分得越来越明确，撇开其他国家的外交实践不谈，仅仅就日本在第二次世界大战后与亚洲国家缔结的各种协定中早就已经存在着为数可观的区分国家中的政府的战争损害赔偿追索权与民间的追索权两类不同权利的外交法律实践。

在这些条款中，尽管有些条款中在文字的表述上是以“放弃国家及其国民对日本国的赔偿请求权”，但是，这里放弃的“国家”权利范围

应当理解为不包含国民的权利范围，而是特指“政府”的权利范围。[①] 如果说，该“国家”的权利范围中已经包含了其国民的权利范围的话，那么，在同一条款中就完全没有必要也提及“放弃其国民”的请求权。因为，在缔结和约的层面上，国家是政府和国民之上的母概念，国民属于国家中的一个部分，仅以国家放弃的概念就足以包含其国民的权利也被放弃，可是一些条款中以“国家”和“国民”的两个概念同时出现，因此，符合逻辑的解释，这里的“国家”只能解释为该“国家中的政府”。由此可见，战后日本与他国缔结的和约中所涉及的“国家放弃战争赔偿请求权”中的“国家”是指向该国的“政府”权利。

在1972年中日两国政府签署《中日联合声明》之际，两国政府的领导人对政府赔偿权和民间赔偿索偿权的区别应该是很清楚的。关于战争赔偿的内容，如上所述，基本上由国家中的政府赔偿权和民间受害者个人索偿权之两重结构组成，这一区分在“旧金山和约”中也能找到依据。“旧金山和约”中规定联合国家放弃战争赔偿请求权之第14条(b)款的内容为：“除本公约另有规定的以外，联合国家放弃联合国家的一切赔款请求权，放弃在战争期间因日本及其国民的行为而产生的联合国家及其国民的其他的请求权。”该条款十分清楚地写着“联合国家的一切战争请求权”(英文为“all Reparations Claims of the Allied Powers”)以及“联合国家及其国民的其他的请求权”(英文为“Other Claims of the Allied Powers and Their Nationals”)。尽管缔结“旧金山和约”的大多数联合国家(实为政府——笔者注)不仅放弃了对日本的国家索赔权，同时也放弃了其本国国民的对日索赔权。但是，在这种条款中明确区分国家(实为政府——笔者注)的赔款请求权和联合国家(实为政府——笔者注)及其国民的其他请求权的表述，不仅反映了国际社会肯定了因战争导致民间损害赔偿的固有权利，同时也说明国际社会已经充分地认可战败国对受害国家或政府的赔款和

① 这里“政府”的权利范围，从国际外交(战争赔款的)层面，主要是指由施政当局依据其国内法负责管理和保护的公权力方面的人身和财产，而不包括国民的人身和私有财产。——笔者注

对受害民间的赔偿是完全不同的两码事。

除了在缔结“旧金山和约”时，已经将国家（实为政府——笔者注）和国民的损害赔偿进行了分别的表达以外，在1956年10月19日苏联和日本之间签订的《日本国与苏维埃社会主义共和国联邦的共同宣言》中也已经有了区别国家（实为政府——笔者注）赔偿请求权和民间赔偿请求权的先例。该宣言第6条规定：“苏维埃社会主义共和国联盟放弃对日本国一切赔偿请求权。日本国以及苏维埃社会主义共和国联盟承诺，放弃自1945年8月9日以来因战争结果所产生的双方国家、团体以及国民的对于各个对方国、对方团体以及对方国国民相互的所有的请求权。”此外，日本与亚洲国家签订的和约或协定方面则更能说明问题。

缅甸没有参加“旧金山和约”，日本与缅甸联邦单独地缔结了双边和约，1954年（昭和29年）11月5日，日缅两国签署了“日本国与缅甸联邦的和平条约”以及“日本国与缅甸联邦之间的赔偿及经济协作协定”。日本向缅甸联邦作出了赔偿和贷款。在缅甸与日本的和平条约的第5条第2款规定：“除本条约另有规定之外，缅甸联邦放弃在战争实施中日本国及其国民的行为所导致的缅甸联邦及其国民的所有的请求权。”

1958年1月20日在雅加达签订了和平和赔偿条约，即《日本国与印度尼西亚共和国的和平条约》其中第4条第2款规定：“除前项另有规定之外，印度尼西亚共和国放弃所有的赔偿以及战争中由于日本国及其国民的行为所产生的印度尼西亚共和国以及国民的所有的请求权。”

又如，1965年6月22日，日韩两国政府缔结了《日本国与大韩民国基本条约》以及4个协定。在《日本国与大韩民国之间关于请求权及经济协力协定》第2条第1项规定：“日本向韩国无偿提供3亿美元、政府贷款2亿美元、民间贷款3亿美元以上。双方确认日韩两国和国民的财产、权利以及利益并请求权问题业已完全并获得了最终的解决。”

《日本国与新加坡共和国之间的1967年9月21日的协定》实质上是日本向新加坡国家以及国民以无偿协力协定为名称的“血债协

定”。该协定第1条规定:“日本国向新加坡无偿提供价值为29.4亿日元的日本国生产物质以及日本人的劳役”。第2条规定:“新加坡共和国确认第二次世界大战所产生的问题已经完全得到最终的解决,并且,该国家以及国民约定今后就该问题不得对日本国提起任何请求。”

《日本国与马来西亚国家之间的1967年9月21日的协定》实际上也是“血债协定”。该协定第1条第1款规定:“日本国向马来西亚无偿提供价值为29.4亿日元的日本国生产物质以及日本人劳役。”第3条规定:“马来西亚政府同意由于第二次世界大战期间不幸事件所产生的所有问题,在此已经完全并且得到了最终的解决。”虽然这个条款没有分别使用国家和国民请求权的词语,但是,明确了“第二次世界大战期间不幸事件所产生的所有问题,在此已经完全并且得到了最终的解决。”

1951年的旧金山对日媾和会议后,日本与泰国恢复了国交,1955年7月9日在曼谷签订了《日本国与泰国关于特别日元协定》。该协定第1条规定:“日本国以54亿相当于英镑份额的日元,分割为5年期间向泰国支付。”第2条规定:“作为经济协力,日本国在96亿日元的限度内以投资以及以信用的形式向泰国提供日本国的投资财产和日本人的劳役。”第3条规定:“泰国政府代替泰国政府和国民放弃对于日本国政府以及国民关于‘特别日元问题’的全部请求权。”这一协定中明确地使用了“政府和国民放弃……全部请求权”。

密克罗尼西亚中的帕劳共和国,在第二次世界大战后根据联合国宪章的规定,作为托管统治地域暂由美国管辖,1969年4月18日,根据《旧金山和约》第14条(a)作为基础,日本与美国之间缔结《关于太平洋诸岛信托统治地域的日本国与美利坚合众国之间的协定》(美国与密克罗尼西亚协定)。该协定的前文表述了,对于太平洋地域的住民在第二次世界大战中因敌对行为的结果所蒙受的痛苦深表同情,缔结关于对日本及其国民的请求权、施政当局以及住民的财产的请求权的处理的特别决定。日本向施政者美利坚合众国在3年时间内无偿提供相当价值500万美元(18亿日元)的生产物质以及劳役的使用,设定美国政府为了该地域住民的目的使用500万美元资金,第3条规

定，缔约双方认同关于请求权问题已经完全并且最终地解决。这一协定中明确地使用了“施政当局和住民”。

第二次世界大战的中立国瑞士、丹麦、瑞典、西班牙等国，在战争中，日本军在南方地域以及中国，对上述国民的人身和物质所造成的损害，根据国际法的原则享有请求赔偿的权利。日本与瑞士之间，在1955年1月缔结了协定，日本向瑞士支付了1 350万法郎(约11亿日元)；在与西班牙之间，1957年1月交换了公文，日本向西班牙支付了550万美元(约20亿日元)；在与瑞典之间，1958年5月缔结了协定，支付了725万克朗(约5亿日元)；在与丹麦之间，于1955年9月及1959年5月缔结了协定，日本分别支付了30万英镑(约3亿日元)和117.5万美元(约4.23亿日元)。

日本在与瑞士的协定第3条第2款规定：“瑞士联邦政府，在第1条所揭示的金额获得日方支付之际，即放弃该条以及第2条所揭示的该政府的所有要求，又及，瑞士国民就此相关事项的要求无论以何种方法均不得向日本政府提起。”这一协定中明确地使用了“政府和国民”。

日本在与西班牙的协定的第3项规定：“第1项所规定的金额支付后，日本国政府则被完全和最终地免除关于该条款所述的损害及痛苦之所有的赔偿请求的责任。”

日本与瑞典政府之间的协定第4条规定：“瑞典政府承诺，第1条所揭示的金额一经日本政府支付视为该条所述的所有的请求权获得完全和最终的解决。瑞典政府并约定，日本政府该条所揭示的金额支付后，保证就前述的请求除此以外的任何赔偿、支付均无必要。”

日本与丹麦的协定第3条规定：“第1条所揭示的金额一经支付，日本国政府在第二次世界大战(包含1937年7月7日起的支那事变)期间，关于日本国政府的机关给予丹麦政府的机关以及丹麦的自然人和法人所造成的损害以及痛苦的所有相关赔偿请求的责任即可获得完全并且最终的免除。”这一协定中明确地使用了“政府和国民”。

综上所述，在1972年中日签订《中日联合声明》以前，大量的国际外交法律实践就已经充分说明，在国际习惯法上明确区别国家中的政府和国民的战争索赔权早已存在。在中日两国领导人签订《中日联合

声明》之际，我国国家领导人不可能不收集、研究和对比日本与亚洲受害国所缔结的协定。在明知日本与亚洲受害国家所签订的协定中有着国家中的政府和国民这两种索赔权利的前提下，《中日联合声明》中仅使用中国政府放弃对日本国赔偿要求的条文，其用意是显而易见的。因此，联合声明中放弃的仅仅是中国政府的要求而已。作为日本总理大臣在联合声明中接受了使用“中华人民共和国政府……放弃”的条款，因此，没有任何理由可以相信代表日本政府的田中角荣首相会如此缺乏基本的法律常识将政府的“放弃”等同于包含了国民的“放弃”。由于此前的日本政府已经在“旧金山和约”、《日苏共同宣言》以及与东南亚国家所签订的协定或和约中有过大量的区别国家中的政府和国民权利的外交法律实践，因此，无论如何作为日本政府应该知道政府的“放弃”不等同于民间的“放弃”。

此外，战后的德国对强制劳动以及战时犹太人所受到的侵害作出了赔偿，加拿大、美国均对战争期间被扣押的日裔加拿大人或日裔美国人作出了赔偿。

明确地区别战败国对受害国家或政府的赔款和对受害民间的赔偿还有着更多的实践，如：1991 年在联合国安全理事会下设立了伊拉克赔偿审查委员会，受理因伊拉克军队对科威特的侵略而遭受损害的受害者个人（如石油公司等）所提出的赔偿请求。在这个案例中，联合国的实际行动表明了对侵略国的求偿权中个人的求偿权是独立的部分。联合国的这一做法实际上是对长期以来国际法发展的肯定。

上述大量的国际法实践说明了如下的问题：第一，在 1972 年《中日联合声明》发表之前，国际社会已经明确了对战败国追究战争赔偿的权利主体分为国家中的政府和国民，并且已经成为国际惯例。第二，日本在战后与战时的交战国之间所签署的不论名称如何的和约或赔偿协定，均是以国家之间的名义实施的。第三，国家除非在条约或协定中明确所放弃的战争索赔权也包含了国民的战争损害索赔权之外，否则受害国国民依然享有固有的战争损害索赔权。

将上述国际法的惯例结合《中日联合声明》来分析，早在 1972 年《中日联合声明》公布之前，国际社会，尤其是日本与受害国之间所签

订的和约或协定已经十分明确地区分了国家中的政府和民间两类不同类别的索赔权利。所谓政府放弃了对日战争赔偿要求就一定包含了放弃民间的对日索赔权利之说，纯系无稽之谈。显然中国民间战争受害者索赔权根本就不存在被中国政府放弃一说。

综上所述，日本政府的反论从多个不同的角度，围绕着1972年《中日联合声明》第5条中方放弃战争赔偿要求的主体范围和该声明的法律地位之效力问题构建了所谓的日本政府的理论防卫体系。必须指出，这是日本政府为了否定中国民间战争受害者合理的诉讼要求而不惜对历史和法律歪曲的解释。为此，日本东京地方法院在驳回中国731细菌战受害者原告的判决书理由中所谓的“关于这一问题已经全部地由《日中联合声明》、《日中友好条约》解决掉了”，纯属无稽之谈。

日本政府在否定中国民间战争受害者的对日索赔权的问题上，其主张反复无常，一会声称“根据《日中共同声明》个人的赔偿请求权已被放弃”；一会又声称“根据‘日华和约’(1952年)中方放弃了索赔权”……①

过去，日本政府对于后者的主张尚且不敢对媒体公开，2005年3月18日，日本政府的这一主张得到了东京高等法院公开的支持。日本政府、日本东京高等法院无视一般国际法规则，肆意解释《旧金山和约》、《日华和约》。尤其是近年来，日本政府的这一辩解的主张不断地向系统理论的方向发展。为揭露、遏止这类违反公平正义的、无视历史事实和亵渎法律尊严的谬论，笔者特作此剖析、探究和论证。

随着“‘日华和约’有效论”的出台，笔者相信，今后“《中日联合声明》放弃论”将自动退出诉讼舞台。可是，日本政府以‘日华和约’来否定中国民间战争受害者对日索赔的个人请求权的主张是极其不明智的，假设‘日华和约’是有效的话，根据当时交换公文的规定，其效力也无法涉及中国大陆的人民。更何况日本政府的这种主张不仅与诸多法律原则和法律依据相抵触，而且对缔结《中日联合声明》的中国政府而言也是背信弃义的行为。中国政府是绝对不会接受这类“‘日华和

① 《关注：原“慰安妇”诉讼二审再度败诉》，《日本共同社》，2005年3月18日报道。

约'有效论"的。

2005年3月25日,中国外交部发言人指出①:所谓的"日华条约"原本就是非法的、无效的,已伴随中日邦交正常化而被废除。日本东京高等法院在审理"慰安妇"诉讼案时援引"日华条约"并据此作出判决,是对国际关系准则的粗暴践踏。中方已就此向日方表示了强烈不满。我们要求日本领导人和司法当局严格遵循《中日联合声明》,切实履行在台湾问题上所做的国际承诺。

"日华和约"有效论是对代表中国唯一合法政府的冒犯,甚至是挑衅。日本政府的这个主张,在中日外交关系已经显得有些紧张的背景下,就必然加深中日外交的裂痕,更会失信于国际社会。

日本应当为侵略战争的罪行进行彻底反省并承担赔偿责任,否则,日本将永远受到各受害国人民的唾骂和记恨。解决战争遗留的中国民间对日索偿的问题,应当依法解决。维护受害人的合法权益,是基于对人权的尊重。只有让发动侵略、严重违反战争法规的国家,承担其法律责任,付出其侵略战争"成本",才会使更多的国家(包括日本国)自觉地维护世界和平和尊重基本人权;只有公平公正地解决对日民间索偿的问题,才有可能维系中日两国人民世世代代的友好关系,中日两国人民能否世代友好关系到亚洲的和平和经济的繁荣。

① 2005年3月25日,中国外交部发言人刘建超就日本法院判决"慰安妇"诉讼案中国原告败诉答记者问。《我不满日用非法条款判"慰安妇"中国原告败诉》。见新华网 http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-03/25/content_2743871.htm。

第五章

关于民间索偿中的法律障碍“国家无答责”

第一节

“国家无答责”由来与沿革

一、“国家无答责”问题的提出

大多数中国战争受害者的对日索赔诉讼的被告是日本国(政府),因为在战争期间所遭受的不法侵害是与日本的国家行为有关联的。强制奴役劳工的受害者起诉的对象大多数情况下不仅有日本政府还有加害企业,也有个别诉讼案件的诉讼对象仅为加害企业。其他的战争受害者例如细菌战、“慰安妇”、无差别大屠杀的受害者,他们诉讼的对象仅为日本国(政府)。在细菌战、“慰安妇”、无差别大屠杀的诉讼案件中,日本地方法院在驳回原告诉讼理由中均有“国家无答责”。可是在强制奴役中国劳工的诉讼案件中,日本法院对于“国家无答责”法理的适用,既有认定的也有排斥的。已经作出判决的一审判决中坚持战前“国家无答责”的有刘连仁劳工诉讼案件;福冈地方法院对受害劳工于2002年4月26日作出判决虽然判令加害企业对每一原告支付1 100万日元,但是却以“国家无答责”否定了被告日本国(政府)的责任,此案在二审时被驳回;北海道札幌地方法院对于受害劳工于2004年3月23日作出判决,以“国家无答责”、已超过除斥期间20年为由,

驳回原告诉求。

法院否定或排斥“国家无答责”的判决有：东京地方法院对第二次集团诉讼（劳工诉讼），于2003年3月11日判决（由于时效、除斥期间驳回请求，但排斥“国家无答责”）；京都地方法院对大江强制奴役劳工的诉讼，于2003年1月15日作出判决（排斥“国家无答责”，承认日本国的违法行为的责任，也承认企业的违法行为的责任、“安全配虑义务”（关注关心安全问题的义务——笔者注）的违反、不当得利的还偿义务，但由于时效、除斥期间过期，驳回请求）；新潟地方法院对于被害劳工的诉讼于2004年3月26日作出判决，判决认定被害事实、认定被告方国家和企业违反了“安全配虑义务”，否定了“国家无答责”原则的适用并命令被告日本国和企业向原告支付8 800万日元的损害赔偿；2004年5月24日福冈高等法院认定加害企业和日本国的行为违法，否定“国家无答责”，但是认为超过诉讼时效，而权利消灭。2005年3月18日，东京高等法院驳回中国人性暴力受害者（“慰安妇”第2次诉讼）的判决中，作出了“日华和约”已经放弃了中国民间战争受害者的个人诉权，并且认定关于除斥期间“并没有限制适用的事情”，损害赔偿已经超过了请求期间，另外也驳回了日本政府的“国家无答责”的主张。①

至今为止，凡是单独以日本国（政府）为被告起诉战前侵权行为责任的案件，日本法院基本上是以“国家无答责”和其他的一些如时效等理由加以驳回。而在劳工诉讼案件的审理中，日本法院在有些案件上支持了原告的主张，驳回了日本政府的“国家无答责”的反论。不过这种判决在劳工诉讼案件中并不多。就同一个诉讼案件，在“国家无答责”的问题上一审和二审的判决也会截然相反。

福冈劳工诉讼案件中，地方法院和高等法院对于“国家无答责”的问题上有着截然不同的判断：2000年5月10日，15名当年被强征到日本福冈的中国劳工幸存者在福冈地方法院提起诉讼，要求日本政府和三井矿山公司公开谢罪并给予经济赔偿总额为3.45亿日元。2002年的4月26日，福冈地方法院作出判决，判令被告三井矿山公司向原

① 日本《朝日新闻》，2005年3月18日夕刊报道。

告每人支付1 100万日元(折合人民币约70万元),驳回原告对三井公司的其他要求,驳回原告对日本国(政府)的所有要求。至此,福冈劳工诉讼案部分"胜诉"。

福冈地方法院认定日本国(政府)和三井矿山的共同非法行为,但是认为按照"国家无答责"法理,日本国(政府)不负赔偿责任。就这一问题,福冈高等法院在判决中一方面认定被告日本国(政府)和三井企业的共同非法行为的责任,同时,法院对于规定国家对战前行为不负有赔偿责任的"国家无答责"这一法律理论也明确地给予了排斥。可是,最终福冈高等法院还是以诉讼时效等理由驳回了原告的赔偿请求。

731细菌战原告在起诉日本国(政府)时考虑到日本的国家赔偿法系1947年颁布,且对此前的国家侵权行为难以直接引用国家赔偿法为依据进行追究,因此,要求法院依据日本民法第724条判决被告承担侵权赔偿的法律责任,可是东京地方法院支持了日本政府的反论,认为战争期间的与军事行为相关联的侵权行为,是公权力行为,而这些公权力行为是不适用于民法来调整的。这个判决实际上就是支持了所谓的"国家无答责"的法理。

战后对日索偿引起了许多法律上的问题,最成为问题之一的是加害行为并不是在现行的法律制度下实施的,这些日本国或加害企业的侵权是在战时的法令(旧的法律)之下实施的,换言之是在日本明治宪法之下实施的。

按照法律不溯及既往的原则,战后对日索偿的裁判,根据日本国家赔偿法附则(第6条规定:"按照从前的例")基本上都是适用了旧的法律,这种情况下,如果说应当完全适用旧法是明确的,并且与此相关的司法审判以及学说也一贯以此实践和确信无疑的话,那么就不会产生什么问题。问题是旧法的法律意图并不明确的情况下,今天日本法院应该适用什么旧的法律则产生了问题。在实践中,日本法院径自解释法律,将公权力无责任原则适用在对日索偿诉讼中,不仅如此,由于各个法院对被告日本国(政府)提出的"国家无答责"原则的反论,既有认可的,也有驳回的。可以说,日本司法界对于"国家无答责"原则的认识是不统一的。

日本各地的法院对于“国家无答责”的认识不仅没有统一的认识，而且有的观点几乎是南辕北辙。为此，有必要就“国家无答责”的产生和法理进行进一步的研究。

二、“国家无答责”与公权力无责任原则

近年来，中国民间战争受害者对日索偿的诉讼活动在日本已经成为法律上的重大问题。战争被害者将日本国（政府）作为被告要求损害赔偿，或者根据立法不作为等诉讼已经被广泛地提起。法律上许多困难的论点也随之产生，其中一部分的主张被日本法院容忍并在判决中得到支持，引起了人们极大的关注。特别是从行政法角度来看，在检讨个别的法律论点的同时，全面地展望和树立对日索偿理论十分迫切和必要。

在日本，所谓的被追究国家责任的战后补偿的诉讼中，在用来否定国家责任的论据方面，其中一个主要的理论依据就是公权力无责任原则。该原则以后被表现为“国家无答责”。从军“慰安妇”诉讼、731部队诉讼、三菱重工诉讼等案件中，大战中国家的侵权行为责任被诉及。可是，战前的行为被论及国家赔偿法律责任的情况下，最大的障碍是公务员（当时的公务员和官员）所实施的公法行为以及权力行为，只要没有特别的规定就不产生责任，即所谓的“国家无答责”的原则。在这些诉讼中，日本则以明治宪法下支配的“国家无答责”理论以及引用了以此为前提的当时大审院的判决，来否定了国家的赔偿的法律责任。

公权力无责任原则在日本较多地被称之为国家无责任原则。欧美早期不论加害行为是否公权力的行为也存在着国家无责任原则。可是，如下所述，战前日本在法院的努力下，仅仅在公权力的行使所导致的损害范围内认可国家无责任原则。不过，孕育着的问题是无法看到国家无责任原则的适当范围在明治宪法之下变化或限定的这一事实。①

从公权力无责任原则的词义来看，严格地说，这个原则仅仅可以

---

① 公权力无责任原则一语使用的先例是近藤昭三《布瓦索纳德与行政上的侵权行为责任》（初版1975年），转引自芝池义一：《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》，载《法律时报》2004年第76卷第1号，日本评论社出版，第30页。

在公权力的行使行为范围内才可以适用。又及，代替无责任的用语现在普遍使用的是无答责一词，无责任用语的使用，有时有不良负面的意思，因此，日本学者开始使用了无答责的用语。不过无答责一语一般来说关联性比较低。①

对于日本的“国家无答责”的主张，国内不少学者往往从国际法上的国家责任的角度进行分析和批驳。事实上，这里日本政府所主张的“国家无答责”并不是指日本作为国际法的主体在国际法上享有豁免的权利，而是特指1947年日本颁布国家赔偿法之前，日本国民对于日本的公权力行为所造成的损害不享有索赔的法律依据，公权力对民间所造成的损害被认为是免责的。另一方面，日本政府在许多场合下也承认第二次世界大战期间给周边国家的人民造成了侵权损害，并承认国际法上的国家责任。可是，日本政府认为这种违反战争法规的损害行为的责任，是应当由国家之间通过外交或法律的途径来追究和解决的，在这个问题上，日本已经与大多数国家通过缔结和约，已经履行了法律上的责任或解决了这类战争的损害赔偿问题。至于外国国民在日本以个人的名义提起诉讼，其诉讼的前提依据是比照日本的国民待遇而进行的。由于日本国民对于1947年日本国家赔偿法颁布以前的公权力所造成的损害通常不具有索赔的法律依据，因此，日本法院就以“国家无答责”来驳回外国的民间战争受害者的诉求。

日本国政府所谓的“国家无答责”主张也有着自身的缺陷，那就是这种主张主要是一种学术理论，根本不存在实体法上的依据，因此，对这个理论更多的是应当从日本的国内法的渊源中进行分析和研究。

三、国家赔偿制度的产生和发展

（一）西方国家赔偿制度的产生和演变

国家赔偿制度在世界范围内的发展并不平衡。一般认为，国家赔

---

① 公权力无责任原则一语使用的先例是近藤昭三《布瓦索纳德与行政上的侵权行为责任》(初版1975年)，转引自芝池义一：《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》，载《法律时报》2004年第76卷第1号，日本评论社出版，第24页。

偿制度的产生和发展经历了三个阶段，即否定阶段、相对肯定阶段、肯定阶段。

1. 否定阶段

19世纪70年代以前，国家赔偿制度还没有出现，主要原因是受到以下几种理论的影响：

(1) 绝对国家主权论。绝对国家主权论认为国家主权是不受限制和至高无上的，国家制定法律，设置法院，是权力赖以存在的基础，人民对国家应当绝对服从，故而绝无国家因其违法侵权行为而赔偿人民所受损害的道理。

(2) 国家无过失及不可能违法论。根据过失责任理论，没有过失就没有责任。国家是无生命体，其活动是通过其官员进行的，因而国家不可能有过失。及至法人理论提出后，国家被视为具有意思表示与承担责任能力的公法人，解决了国家能否有过错的问题。但此时出现了国家不可能违法的论点，认为国家和法律不可能授权官员违法，违法是官员的越权行为，应由官员自负其责。

(3) 国王不可能谬误(The King Can Do No Wrong)是一项古老的普通法原则，按照这一原则国王不受其所属法院的审判，也不承担任何实体法上的责任。由于“主权在君”，控告国家即为控告国王，因而按照“国王不可能谬误”的原则，国家享有绝对的主权豁免。英美等国家的国家赔偿制度迟至20世纪40年代后期才陆续建立起来，可以说，主要的障碍就是“国王不可能谬误”这一根深蒂固的普通法观点。

(4) 在自由资本主义时期，资产阶级认为权力越少，规模越小的政府是越好的政府，因而，一方面，政府侵权的机会不是很多，另一方面，国家的财力也有限。当然，这一点不是妨碍确立国家赔偿制度的主要原因。国家赔偿制度迟至19世纪末才建立起来主要是思想观念问题。

在这一阶段，所谓“国王不可能谬误”被视为公权力免责的内在理由，“国家无答责”的原则已经被采用，并且官吏的职务违反行为的效果属于官吏个人，对于第三者违法造成的损害，原则上官吏应承担个人的责任。受害人按照民事侵权法或普通法的规则向有过错的政府

官员索赔。

2. 相对肯定阶段

19 世纪 70 年代至第一次世界大战前，大陆法系国家把国家作用分为权力作用与非权力作用。征兵、课税等行为是国家行使统治权的权力作用，系公法上的行为不适用民法上的损害赔偿的规定。而国家举办邮政、航空等事业或经营其他企业的行为不涉及国家统治权的运用，是国家的非权力作用，是与私人作出的私法行为没有差别的，当发生侵权行为时，国家按照民法的规定基于国库或雇用人的地位对受害人承担连带责任。1873 年法国通过勃朗戈判例①最早确立了国家对其非权力作用的赔偿责任。此后德国等大陆法系的国家相继确立了国家对非权力作用的赔偿责任。

与上述国家不同，英美法系国家以及一些大陆法系国家通过国家赔偿立法一次性确立了国家权力作用的赔偿责任。

3. 肯定阶段

1896 年制定的德国民法典中，官吏的个人责任原则被实体化（第 839 条），德国民法对于国家责任的问题委任各个层次的立法。1909 年的国家责任法和 1910 年的国家责任法中民法上官吏的责任采用了由国家代位承担的方式。这一原则，在 1919 年的魏玛宪法中得到继承，现在的德意志联邦共和国宪法也承袭了这一原则。②

从贯通法国 19 世纪的司法方面来看，权力行为下的国家行为与管理行为是有区别的，对于前者根据主权免责的理论为原则，国家的赔偿责任没有被认可，20 世纪以来，在一些判例中，逐渐地从不承认权力作用的责任发展到认可其责任的结果。在英美普通法的国家中，长时间在“国王不可能谬误”的法理影响下，受到“国家无答责”原则的

---

① 法国纪龙德省的国营烟草公司的工人开着翻斗车在作业时将勃朗戈的女儿撞伤，勃朗戈认为对国营公司工人所犯的过失，国家应按照民法的有关规定负赔偿责任，并向普通法院起诉。此案后由权限争议法庭于 1873 年 2 月 8 日作出判决，明确承认了国家赔偿责任。——笔者注

② 稻叶馨：《行政法上的国家责任根据论的考察》，法学第 42 卷第 2 号第 199 页。转引自奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002 年出版，第 53 页。

支配。在英国，19 世纪资本主义时代，在国家机关作用之下，关于权力作用与管理作用中的“公行政作用”，虽然承认官吏的个人责任，但是否定了国家的赔偿责任。可是，进入 20 世纪，随着国家机关对国民生活侵害机会的增大，从被害者救济的观点来看，1947 年终于制定了“王权诉讼法”，对于公务员的侵权行为国家代为承担责任。作为普通法的“国王不可能谬误”的法理之下，美国也同样继受了主权免责的法理，进入 20 世纪，伴随着政府职能的扩大，以及对主权免责的猛烈批判，1946 年承认国家责任的“联邦侵权行为请求权法”得到了制定。

第一次世界大战以后，世界各国普遍制定了国家赔偿法，国家赔偿成为世界性潮流。国家赔偿作为一项原则已经确定下来，国家作用无论是权力作用还是非权力作用，原则上国家都要负侵权赔偿责任。国家侵权赔偿责任的确立，主要通过以下途径：

一是在根本法中的确立。1919 年德国魏玛宪法第 131 条规定：“官吏就其所受委任之职务行使公权力，而违反对第三人之职务上义务时，原则上由该官吏所属的国家或公共团体负其责任，但对于官吏有求偿权，上述损害赔偿，得以非常司法手续请求之。”这是世界上首次通过根本大法规定国家的赔偿责任。二战以后在宪法中确立国家赔偿责任成为各国的通例。

二是在国家赔偿法中的确立。鉴于国家赔偿的特殊性，各国纷纷制定专门的国家赔偿法规定国家的侵权赔偿责任。如 1910 年德国联邦责任法；1946 年美国联邦侵权赔偿法；1947 年英国王权诉讼法；1947 年日本国家赔偿法；1948 年奥地利国家赔偿法；1967 年韩国国家赔偿法以及 1980 年中国台湾地区“国家”赔偿法；1981 年联邦德国国家赔偿法等。

三是在民法中的确立。国家赔偿责任通常都是在民法确立以后，再通过专门的国家赔偿法加以调整的。如我国民法通则第 121 条规定：“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵犯公民、法人的合法权益造成损害的，应当承担民事赔偿责任。”此后才颁布了专门的国家赔偿法调整国家赔偿责任。

四是在判例中的确立。在法国，国家赔偿责任主要不是通过成文

法确立的，而是通过权限争议法庭和行政法院的判例确立的。这是法国国家赔偿制度的特点。

二战以后国家赔偿制度的发展主要表现在：一是对于政府官员的职务侵权行为，从过去按照民法的有关规定由国家与侵权官员一起对受害人负连带责任转化为国家单独向受害人负责；二是通过扩大对政府官员过失的解释，扩大过失的范围，减轻受害人对过失的举证责任，以及在公务过失与个人过失并存时尽量把个人过失解释成为公务过失，而不断放宽国家赔偿的条件；三是建立了客观过失的概念，只要公务员管理有缺陷，即构成过失，国家应当承担赔偿责任，而不必具体指出侵权人是谁，其主观是否有过失；四是逐步缩小了国家赔偿责任豁免的范围；五是确立了无过错责任或结果责任原则，作为过错原则的补充，初步突破了过错责任理论对进一步拓宽国家赔偿范围的障碍；六是国家赔偿的力度不断加大，从最初只赔偿现实的、直接的损害，发展到有条件地赔偿间接损害和精神损害。

（二）日本学术界的争议

如今在日本，“国家无答责”的原则在战后无疑已经绝对没有适用的余地。问题是按照一般的法律原则，法律是不溯及既往的，由于中国民间战争受害者所遭受的侵权损害发生在第二次世界大战结束之前，战前大日本帝国宪法没有规定公权力的损害赔偿问题，也没有国家赔偿法，由此，法院往往依据大战前的日本法律来裁定原告的诉求。在这种情况下，与国家公权力相关的侵权行为是否当然适用“国家无答责”的问题就引起了极大的争议。

在二战前后与侵权行为责任相关联的法律中，惟有日本民法依然如故没有改变过。因此，中国民间战争受害者的日方辩护律师着眼于日本民法为法律依据起诉日本国（政府）。可是就这个问题，在法理上又引起了新一轮的争议，日本政府的反论认为，与战争行为有关的侵权是公权力行为，该公权力的侵权行为不为民法所调整，因此，主张不可适用日本民法。假如日本法院支持了这种主张，那么，由于日本战前没有国家赔偿法，其结果，这些与战争相关联的侵权行为就会逸脱

法律的惩罚。不过，由于民法并没有明确过对于侵权行为责任规定的条款应排除公权力的行为责任，在这种情况下，法院的法官似乎有了更多的自由裁量的权力。更由于日本地方法院就这一问题有着截然不同的判决意见，因此，围绕着“国家无答责”的问题，学术和法理的见解就不能忽视。

1. 诸外国的“国家无答责”的原则与日本的特殊性

明治宪法下讨论国家的赔偿责任的场合，最大的难点是关于官吏的公法行为乃至权力行为，有着只要没有特别的规定就不产生国家责任的“国家无答责”的原则。即使在国外，进入 20 世纪为止，“国家无答责”的原则已经被采用。

日本学者秋山义昭认为，进入 20 世纪后，各国相继在立法和判例方面克服了主权免责的法理，认识了国家责任。在此之际，无论是什么理论根据，官吏的个人的赔偿责任要归属国家的问题解决，其不可欠缺的前提是确立国家责任制度。①

如上所述，各外国的近代国家建立以来在很长的时期是受到“国家无答责”思想所支配的，国家赔偿制度获得肯定的时间并不是很长。权力作用被法所拘束是近代“法治国家”的思想。权力作用只要在遵循法的范围内的行为，这就是“合法”的，相反为从事违法行为目的的国家意思遭到否定。其结果，违法行为被视为公务员的个人行为，由此，公务员的行为被认为应当负个人的责任。总之，在个人主义的原理基础上的近代法体系中“主权的无责任”法理的支配之理论是可能的，而各国以这个法理根据各自的特殊性相结合融入到其自身的法律体系之中。

在近代国家中，由于制定的成文法仅在授权范围内的行为可行使主权，国民有忍受的义务，换言之，来自“实体法的权限”有着阻却赔偿责任的理由。在日本的情况下，明治宪法显现了绝对的天皇制不可侵的意识形态，以至于通过以此为基础的特殊的政治构造、政治意识，权力作用的神圣性得到强调，不仅是“实体法的权限”，就连行为的性质（公法行为等）都主张免责。尽管各外国在克服主权免责、确立公务员

① 奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002 年出版，第 53 页。

违法行为方面有着归属国家并由国家赔偿的法理，可是，对于这个问题在日本是被视为国家自身限制的问题，由于权力行为的特殊性就成为国家赔偿制度导入的最大的阻碍因素。

2. 明治宪法下的国家的损害赔偿责任

关于1890年法制与公权力无责任原则关系的学说，根据日本学者芝池义一的见解，日本的公权力无责任原则是在1890年(明治23年)在制定民法典(旧日本民法)时所确立的实体法上的原则(不是判例法理)。

在行政审判法以及法院构成法的问题方面，1889年(明治22年)制定的明治宪法(大日本帝国宪法)中，在宣告设置行政审判制度的同时，规定其内容由法律来制定。在国家损害赔偿责任的问题方面，1890年(明治23年)制定的行政裁判法规定了行政裁判法院(以下称行政法院)“不受理损害求偿的诉讼(第16条)”。明确了行政法院不具有审理对国家的损害赔偿事件。此外，综观1890年(明治23年)所制定的法院构成法的制定过程，虽然法律调查委员会案第33条列举了地方法院的对事物管辖为“不管金额或价值，因政府导致的并对其损害赔偿的请求”以及“不论金额或价值对官吏所导致的并对其损害赔偿的请求”。但是，这一规定又被以后的审理过程所削除。

从以上的法律规定以及审理过程来看，公权力无责任原则似乎是在1890年开始形成的。一方面行政法院对于诉讼国家的损害赔偿事件不具有审理权限，可是从法院构成法的审理过程来看，它并没有明确地承认司法裁判所(非行政法院，即一般法院，以下称法院)对此的审理权。可是，同样也不能说法院(非行政法院)就不具有这样的审理权限。所以以上述理由作为实体法的根据是不合理的。

1890年(明治23年)制定的民法典(旧民法)对侵权行为作出了一些规定，可是对于国家、地方公共团体的损害赔偿责任问题并没有作出规定，1898年(明治31年)所制定的民法(明治民法)也没有作出规定，因此，国家、公共团体的活动所导致的损害赔偿事件，依据民法是否可以适用就成为了问题。

对于这个问题，以“今天日本法院的理解”来看，在旧民法制定的阶段，国家的公权力的行使问题民法是不能适用的，即，公权力无责任

原则于1890年的时候应当视为成立。①问题是该观点对于公权力的范围没有明确的界定，因此上述学术观点的正确性仍有待分析。

3. 当时的学说、判例

当时具有支配地位的学术见解并对判例理论给予重大影响的是日本学者美浓部达吉博士、佐佐木惣一博士的学说观点。

美浓部博士认为："国家或公共团体作为优越的支配主体对人民的作用而言在民法第715条的意义中，无法认定为'事业'，②民法的规定不能使其适用。总之，以公权力的作用所延及的行为，并由于官吏或者公吏的故意或者过失违法地行使了对他人权利的侵害，官吏或者公吏其个人承担赔偿责任是例外，而国家或者公法人则不负损害赔偿责任。例如，警察官吏违法地滥用权力实施暴力或凌辱行为致人死亡时，税务官吏搜查住宅时违法地损害他人的物件，无论何种情况被害者所能够做的，仅停留在向官吏个人追究损害赔偿，对于作为事业主的国家并非能够当然地被追究赔偿责任。"根据他的观点，在官吏的权力所造成的损害方面，否定了国家赔偿责任。

同样，佐佐木惣一博士认为："官吏的行为应当适用公法，作为实施国家行为的情况下，国家与第三者的关系是公法关系，所以上述的情况下，官吏对第三者施加损害的时候，国家与第三者的关系是公法关系，因此，在这种情况下，国家赔偿义务完全应当依据公法的法理，不能够依据民法的规定。……上述情况下的国家赔偿义务一般来说并没有认定的规定，而且没有实体法法规，不能当然地对此加以认定责任。所以，原则上国家没有赔偿义务。"③

另外，早先的判例，关于国家私权力的经济活动是看作营利事业，在这个领域产生的国家侵权行为责任虽然被认可，可是在河川或道路工事(大审院判决，明治29年4月30日民录第2辑第4卷第117页；

---

① 芝池义一：《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》，载《法律时报》2004年第76卷第1号，日本评论社出版，第25页。

② 日本民法第715条的规定："因某事业雇用他人者，对受雇人因执行其职务而加于第三人的损害，负赔偿责任"。——笔者注

③ 奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002年出版，第56页。

大审院判决，明治 40 年 2 月 22 日民录第 13 辑第 148 页），板桥火药制造所的火药制造事业（大审院判决，明治 40 年 2 月 22 日民录第 16 辑第 174 页）等判决将这些问题进行了区别，否定了国家在私法上的赔偿责任。事实上，上述案件都是与公共利益相关联的事业或设备，当然系属公法行为或公法上的问题，而否定了民法上侵权行为责任的适用。最初，大审院在此后大正 5 年，就公立小学的游动圆棒因为腐朽导致儿童死亡事故的问题，认为小学校的校舍设施、即营造物的设置管理与“公法上的权力关系”无关，而是与“私人的占有有着同样地位的占有”，大审院对此依据民法第 717 条认定了土地上国家工作物的责任。这是一个具有划时代意义的判决（大审院判决大正 5 年 6 月 1 日民录第 22 辑第 1088 页）。以这个判决为契机，此后的判决对于同种类的非权力的事例均适用了民法，如水道工事（大审院判决大正 7 年 6 月 29 日民录第 24 辑第 1306 页），下水道设备（大审院判决大正 13 年 6 月 19 日民集第三卷第 295 页），筑港工事（大审院判决大正 13 年 6 月 19 日民集第三卷第 295 页）等损害赔偿案件承认了国家赔偿责任。

另一方面，官吏个人在民事上是否承担责任的问题，从判例来看，以公权力的行使导致的损害，无论故意或是过失，只要没有特别的规定，官吏个人不负责任。不过，例外的是，当官吏在滥用职权恶意侵害私人权利的情况下，此时已经不能说这是作为官吏的公权力行为，对此，仅仅可以认定适用民法侵权行为责任的规定。这些学说揭示了时代的变迁，在明治时代，基本上认定了一般官吏的个人责任，而大正时期否定说成为主流，进入昭和时期，除了轻微过失的情况，认定官吏个人的赔偿责任的理论学说显得更为有力。

从审判管辖的层面来看，明治 23 年的行政裁判法第 16 条规定：“行政裁判所不受理损害赔偿诉讼”，根据这条规定，行政裁判所将损害赔偿排除在管辖权的范围之外。因此，对于国家的损害赔偿，作为民事事件不得不向普通法院提出请求，可是关于这个问题，普通法院的管辖权方面恰恰缺乏明文的规定可遵循。在这样的情况下，法院（司法裁判所）并没有当然的理由声称因为没有管辖权而拒绝受理对国家的损害赔偿的诉讼请求，虽然大体上受理了此类诉讼案件，但是

其结果，以当时公法、私法二元论为前提，在“公共利益”、“公法行为”、“行政行为”等名称下，以判决驳回了这些诉讼请求。

在这种状态下，“国家无答责”的原则大体上没有畅通无阻，并且在一部分的诉讼事件中，包含着权力活动的情况下，肯定国家赔偿的立场也存在着。例如，渡边宗太郎博士认为，以法国法的公负担平等的原理为基础，不论国家的违法行为是否属于公法行为或私法行为，也不论作为权力行为而与之对等的行为，国家负有给予私人造成损害的赔偿；末广严太郎博士也从社会正义的见地出发对“国家无答责”进行猛烈的批判；三宅正男教授评析了否定国家赔偿责任的大审院判决，从民法的观点主张应当认定国家的责任；田中二郎博士认为，在昭和开始的时候，“这种损害以公权力的作用为基础并仅以此为理由来否定国家的赔偿义务，不得不对其最终的正当性给予怀疑。其损害是否权力的作用为基础，或是非权力的作用为基础，从公平负担原则的角度看不出有特别区分的必要。”他表明了对于“国家无答责”思考方法的疑问①。

可是，这些批判的学说并没有实体法的依据，难以成为具有主流支配的地位。

4. 关于军事活动与国家的赔偿责任的学说

明治宪法之下，例如，警察权、司法权、军政权、财政权等，国家以“公权力对于人民的情况下”，由于被解释为国家不负赔偿责任，国家维持军队和管理为达到战争的目的，起到了对人民课以兵役和其他负担的作用，一般而言这既是属于国家权力的作用，也是“国家无答责”的原则妥当的领域。由此，为达成战争目的的过程中，虐杀当地住民，为实施细菌战进行人体实验等情况下，只要在适用日本法的范围内，即使有违反各种条约和国际习惯法的违法行为，就其自身而言不得不说这是属于国家权力作用的②。

可是，关于旧日本军为达成战争目的的一切行为，“国家无答责”原则是否无条件地适用，今天依然有着检讨的余地。

首先，要限定“国家无答责”原则的妥当范围，日本军残酷非人道的

①② 奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002年出版，第59、60页。

行为，可以说该原则并不涉及。例如，731部队、南京虐杀等损害赔偿请求事件方面，原告们认为，明治宪法下的判例、学说，并没有想定在残酷非人道的范围内，就日本军那样的加害行为的违法性赋予其权力行为合法。原告们的主张认为那些全盘逸脱法律预定事态的官吏行为，当然已经不能称之为正当的职务行为，由于不能称之为公权力的行使，“国家无答责”原则的适用是不妥当的，国家理应承担民法上的侵权行为的责任。确实，以当时的判例来看，并没有将日本军的残酷非人道的行为作为对象考虑，通说（主流学说）对于这样极端的侵权行为当然也没有意识到需要进行论证。可是从当时的学说、判例也看不到根据加害行为的违法性程度如何来认定“国家无答责”的例外。又及，假如残酷非人道的行为最终来说不是职务活动的话，那么，即使产生了官吏个人的侵权行为责任，那么也难以找到国家赔偿责任的依据。国家责任依据的民法上的规定，通常是依据民法第715条的雇用者责任的规定，恐怕要说这是与职务没有关系的行为的话，根据该条“因职务的执行”（因某事业雇用他人者，对受雇人因执行其职务而加害于第三者的损害，负赔偿责任）的要件来看并不充分。最早，在战前也是如此，判例已经将“受雇者的该行为纳入了外观上与职务执行具有同一外形的范畴”，并将其解释为“因职务的执行”。即采取了外形理论（大审院判决昭和15年5月10日，全集第7辑第699页）对军人逸脱职务行为肯定了国家作为雇用者的责任①。

第二节

原、被告在法庭上关于“国家无答责”的争辩

一、战争受害者方面的主张

关于国家是否应当承担赔偿的法律义务，以及原告是否可依据日

① 奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002年出版，第61页。

本民法为依据进行起诉，以731细菌战受害者诉讼案为例，原告的日本辩护律师提出了如下主张：

（一）国家的赔偿责任具有私法性质

战后的昭和25年（1950年）4月11日最高法院第三小法庭作出了如下判决："如前所述，在国家赔偿法实施以前，一般而言，没有承认国家有赔偿责任的法律根据，大审院也就有关公务员的违法的公权力行使，一直判定国家无赔偿责任。"

虽然国家或者公共团体的权力作用，没有被视为可适用于私法（民法）上的关系，但这是大日本帝国宪法下的公法私法二元论与行政裁判所（行政法院）、司法裁判所（普通法院）二元裁判制基础上的一种法律解释。

一般而言在法令上认定国家赔偿责任的根据也不是不存在。在明治宪法下，关于国家在涉及私法上的侵权活动，法院适用民法侵权行为的规定给予了救济（德岛小学游动圆棒事件，大审院大正5年6月1日判决）。但是法院就有关国家、公共团体的权力作用导致的侵权行为责任，往往判定否定适用民法。

"国家无答责"原则的实践的结果是把国家的侵权行为分为私法上的行为和公法上的行为。问题是关于公法上的行为（即权力作用）不适用于民法的主张也是缺乏其他法律根据的。虽然《行政裁判所法》第16条中规定"行政裁判所不受理损害赔偿的诉讼"，可是，在司法裁判所（普通法院）却没有类似的明文规定，因此，在逻辑上适用民法侵权行为的规定是可能的。

根据战后的日本宪法第17条，随着国家赔偿法的制定，这种公法、私法二元论被否定的现实来看，可以说"国家无答责"原则完全失去了根据，即使站在战前明治宪法下的公法、私法二元论立场上，本案的损害赔偿责任也应该认为拥有私法的性质。

换言之，即使本案件中被告的违法行为作为原因行为，是权力作用，具有公法的性质，但其结果所造成的损害赔偿责任也是具有私法性质的。民法第709条所规定的损害赔偿，是以救济受到侵权行为的

受害者为目的的，并不限定侵权行为的主体。不管其原因行为是否权力作用，不管其行为主体是个人还是国家或者公共团体，受害者受到的损害都具有私法的性质，侵权行为主体所承担的损害赔偿责任也具有私法的性质。

关于国家赔偿责任具有私法性质，通过战前战后已成定说。最高裁判所昭和 46 年(1971 年)11 月 30 日判决(《最高裁判所民事判例集》25 卷 8 号 1389 页)明确阐述了国家赔偿责任是私法上的金钱债权："国家或者公共团体根据国家赔偿法负有损害赔偿责任的这一关系，实际上与民法上因侵权行为而必须赔偿这一关系在性质上是同样的，因此，根据国家赔偿法而针对普通地方公共团体的损害赔偿请求权是私法上的金钱债权，而非公法上的金钱债权。"并且，国家赔偿法第 4 条规定："有关国家或地方公共团体的损害赔偿责任，除依据前三条的规定外，适用民法的规定。"

本案被告的违法行为作为原因行为即使是"国家的权力作用"，具有公法性质，依此，不能就断定"不适用私法的民法"。由于被告的原因行为所造成的结果损害赔偿责任是具有私法性质的，因此，根据民法第 709 条及第 711 条的适用，被告不能逃脱损害赔偿责任。

(二)"国家无答责"原则仅限于"基于统治权的权力行动"

"国家无答责"原则即使作为通说而被普遍应用，但其适用范围是：基于统治权，服从于统治权的人们之间的权力行为，这一点在战前的大日本帝国宪法下是理所当然的事。赞成"国家无答责"论的田中二郎教授，关于"国家无答责"得以成立的权力作用的关系，作了如下的阐述："所谓权力作用是国家对个人进行命令、强制其服从的作用，原则上是排斥私法原理适用的本来的公法关系。即使因该权力作用违法地侵害了他人权利，只要没有特别规定，只能解释为作为国家不应承担责任。"(田中二郎《基于侵权行为的国家赔偿责任》32 页)。其意即权力作用是"国家对个人进行命令、强制其服从的作用"，在这个关系上，"国家无答责"原则得以成立。

在被告所引用的判例也限定"国家无答责"仅就有关"国家或者公

共团体的行为中基于统治权的权力行为”才被适用。被告引用的判例即大审院昭和16年(1941年)2月27日判决中写道:“国家或者公共团体的行为中基于统治权的权力行为不应适用作为私法的民法的规定……”“征税的滞纳处分是作为公共团体的基于国家所赋予的统治权的权力行为,不应适用民法……”

在讨论本案中的国家战争行为是否所谓的“权力作用”时,不能对国家与本国国民间的关系、国家与他国国民(敌国国民)的关系不加区别,一概而论。

国家的战争行为意味着对本国国民进行征兵,纳入到国军的指挥系统下,对战斗行动以及其他战争行动进行动员。另一方面,意味着将他(敌)国国民作为战斗对象,本质上要歼灭敌人的战斗力。即是说国家的战争行为,对本国国民的意义与对敌国国民的意义完全不同。动员参战这样的对本国国民的行为,即使可以说成是“国家对个人进行命令、强制其服从的作用”,对敌国国民的行为,显然是不能列入“权力作用”这一范畴的。

显然,“国家无答责”原则基本上是在与本国国民、服从国家统治权的关系上成立的,不能适用于本案。

(三)根据国际义务对作为国内法的“国家无答责”原则的限制

从国际法及国际惯例的履行义务和国内法的关系来看,在本案中,是不能适用“国家无答责”原则的。

日本于1911年批准了海牙陆战条约,第二年的1912年1月13日公布。日本侵华战争时,在履行已是国际惯例化的海牙条约第3条时,和国内法相抵触的场合,国内法即是在被限制的状态。

“在国际关系上,国际法都是优于国内法。因此,国内法的内容与国际法所要求的义务不相符合的时候,应承认追究国际法上的国家责任。”(1949年联合国国际法委员会通过的《国家权利义务宣言》第3条)该原则自19世纪后半期以来,已在很多的国际审判的判决中得到认可,在本案的侵权行为发生时,已是国际上确立的原则。对于因国际法的违反而产生的请求,国家不得以本国法的规定或国内法上的缺

陷为由进行抗辩。

二、 日本政府的主张

日本政府在庭审中对此提出了反论主张，认为与战争行为有关的侵权是公权力行为，该公权力的侵权行为不为民法所调整，因此，主张不可适用日本民法。日本地方法院在大多数判决中驳回中国民间战争受害者原告的理由中包含了这层理由。2002 年 8 月 27 日，东京地方法院对 731 细菌战诉讼的判决中，支持了日本政府这样的反论。

日本政府的反论中的主张如下：原告们主张的被告的侵权行为，是法庭所在地我国的国家赔偿法施行前的行为，在大日本帝国宪法下，关于国家权力的作用，在民法的适用方面是被排除的，而且，国家的损害赔偿责任是不被确认的。其后以日本国宪法第 17 条为基础制定的国家赔偿法，其附则第 6 项规定："对于本法律施行前的行为造成的损害，按以前法例执行"。由于本案件是以被告在国家赔偿法施行前的行为为理由的诉求，因此是欠缺损害赔偿诉求的法律根据的。

日本政府否定原告们主张的主要理由如下：

（一）国家豁免法律责任的历史沿革中的"依据"

旧民法的立法者，明确认为民法是不适用于国家权力性质作用的，在明治 23 年公布行政审判法和旧民法的时候，已经确立了采用关于公共权力行使的国家豁免法律责任的法理的立法政策，所以原告们以上的主张是不恰当的。

即，明治宪法条件下，根据于明治 23 年 6 月 30 日公布的行政审判法第 16 条（行政审判所不受理损害赔偿的诉讼）的规定，是无法向行政审判所提起国家赔偿申请诉讼的。而且，在同年明治 23 年制定的审判所构成法的制定时，采纳了井上毅的意见书，即司法审判所可受理这类诉讼的明文规定。可是最后这项意见从草案中被删除了。其结果是，当时这些案例在司法审判所也是不会被受理的。

还有，布瓦索纳德的民法草案第393条[①]，虽然规定了国家和个人一样以民法为基础，有使用者责任，但这个国家责任规定，在旧民法第373条中被删除了。参加了旧民法立案过程的井上毅，发表的论文“对民法初稿第373条的意见”（国家学会杂志4卷51号969页以下）追求的基准是：将行政权的执行和个人权利的行为区分开，对于前者民法不适用，对于后者民法适用。进一步地说，要求以国家豁免法律责任的法理为依据，确保行政运营的圆滑性。照此，立法者明确认为，对于国家权力性质的作用，民法是不适用的，在明治23年公布行政审判法和旧民法的时候，可以说已经确立了基本的法律政策，即对于公共权力行使采用了国家豁免法律责任的法理（盐野宏《行政法》第二版”，第222、223页；宇贺克也《国家责任法的分析》，第409—411页）。进一步说，在明治宪法下，官吏不是对人民，而只是对天皇负有责任（参照该宪法37条，55条，57条），由官吏的权力性质的行为产生的对人民的损害，国家代替官吏承担责任，一般来说是不可能的（古崎庆长《国家赔偿的研究》，司法研究报告书第8辑第3号第4页）。

（二）学说及判例解释的“依据”

在国家赔偿法施行前，“国家无答责”法理已被确认，在学说上是个通常说法（美浓部达吉，《日本行政法》上卷第349—354页；佐佐木惣一，《日本行政法总论》第810、811页；田中二郎，《行政上的损害赔偿和损失补偿》，第30—32页；田中二郎，《新版行政法》上卷全订第二版第204页）。

关于这点，原告们引用了批判国家豁免法律责任法理的渡边宗太郎教授的“日本行政法”和三宅正男教授的“判例民事法（昭和16年）”的判例评论的各条记述，主张根据权力作用，而必须将公共法人的赔偿责任从私法的范围中排斥掉的实质性理由是没有的。但

① 布瓦索纳德系法国巴黎大学的民法教授，在明治6年（1873年）受聘赴日，起草日本民法典。——笔者注

同时，关于权力性行为，承认民法的适用及类推适用的说法是非常少数的。而且，日本宪法下的判例中，这种见解是明确被否定的（最高法院昭和25年4月11日判决），这一点的争论被打上了终止符。原告们的主张，就是返回到了已经解决掉的议论上了（东京地方法院平成11年6月17日判决，审理控诉的东京高等法院平成13年2月8日判决，对于该案例上诉审判的最高法院平成13年10月16日判决等等）。

原告们主张，国家豁免法律责任的法理只是在判例上被承认的法理，以大审院昭和7年8月10日的判决等为例，对于行使公共权力而造成的损害，大审院判例做了变迁，并有承认了侵权行为责任，否定“国家无答责”法理的判例存在，所以，“国家无答责”的法理并不是固定不变的法理。但同时，原告们举例的大审院判决中，承认国家损害赔偿责任的判例是关于国家的非权力性质的作用的案例。（其中包括了，(1)非权力性质，非强制性质的公共行政的作用，如，国家、公立学校中进行的教育活动的作用和生活保护等的所谓的行政范围的作用，(2)公共建设物的设置、管理的作用，(3)工程施行（国家的道路建设等），事业经营（铁道、公交车、水、电、煤气等事业的经营）的作用，(4)单纯的个体经济的作用（如政府事物用品的购买，政府建筑的租赁等）的大法院判例，扩大了关于以非权力性质作用为基础的损害在私法性质的侵权行为法上的适用范围，用以肯定国家的责任[佐藤功，宪法（上）新版，第274、275页]。对于权力性质的作用（以国家的统治权为基础，作为优越的意识发动的强制性的、命令性质的作用）基础上的损害，一贯来说司法实践是否定国家的赔偿责任的。

还有，原告们引用的大审院昭和7年8月10日的判决（大民新闻3453号），作为旁证也论述了侵权行为责任，关于国家权力性质的作用，是被从正面不被承认的民法的侵权行为责任案件。

综上，原告们主张的，不能将被告的行为适用于民法，所以以日本民法为基础的原告们的申请是没有理由的。

第三节

析“国家无答责”法理上的缺陷

一、关于公权力无责任理论的评析

就日本战前是否应该适用公权力无责任或“国家无答责”原则的理论问题，随着战争受害国民间对日索偿的展开，围绕这个理论的争论，代表原被告双方利益的学者各持己见，据理力争以图影响法院的观念。至今为止，在中国大陆25起对日民间索偿诉讼的案件中，虽然大部分案件日本地方法院支持了“国家无答责”的理论，但是地方法院或高等法院的法官也针对6起诉讼案件的判决（其中2起为二审的判决），驳回了日本政府关于“国家无答责”的反论，认定国家负有法律上的赔偿义务。

由此可见，“国家无答责”原则或理论，其基础并不牢固，不然的话，日本法院的法官也不会轻易地否定“国家无答责”的法理。

1889年（明治22年）制定的明治宪法（大日本帝国宪法）中，在宣告设置行政审判制度的同时，规定其内容由法律来制定。在国家损害赔偿责任的问题关系方面，1890年（明治23年）制定的行政裁判法规定了行政裁判法院（行政法院）“不受理损害求偿的诉讼（第16条）”，明确了行政法院不具有审理对国家的损害赔偿事件。

1890年（明治23年）制定的民法典（旧民法）对侵权行为作出了一些规定，可是对于国家、地方公共团体的损害赔偿责任问题并没有明确地作出规定，1898年（明治31年）所制定的民法（明治民法）也没有明确地作出规定，因此，国家、公共团体的活动所导致的损害赔偿事件，依据民法是否可以适用就成为了问题。

对于这个问题，以“今天日本法院的理解”来看，在旧民法制定的阶段，国家的公权力的行使问题民法是不能适用的，即，公权力无责任原则于1890年的时候应当视为成立[①]。

---

① 芝池义一：《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》，载《法律时报》2004年第76卷第1号，日本评论社出版，第25页。

日本政府在应对731细菌战原告诉讼的反论中论证了所谓"关于国家豁免法律责任法理的历史原委",认为"旧民法的立法者,明确认为民法是不适用于国家权力性质的作用的,在明治23年公布行政审判法和旧民法的时候,已经确立了采用关于公共权力行使的国家豁免法律责任的法理的立法政策,所以原告们以上的主张是不恰当的"。

日本学者芝池义一的见解认为,"综观1890年(明治23年)所制定的法院构成法的制定过程,法律调查委员会案33条列举了地方法院的对事物管辖为'不管金额或价值,因政府导致的并对其损害赔偿的请求'以及'不论金额或价值对官吏所导致的并对其损害赔偿的请求'。但是,这一规定又被以后的审理过程所削除。以上的法律规定以及审理过程,被看作公权力无责任原则是在1890年开始形成的命题的理由之一。可是仅以这一点就来否定普通法院的这项权利是不充分的①,另外,以上述的诉讼程序法上的处理方式作为依据来否定实体法是没有道理的②"。

日本政府的反论还提到,布瓦索纳德的民法草案393条,虽然规定了国家和个人一样以民法为基础,有使用者责任,但这个国家责任规定,在旧民法373条中被删除了。参加了旧民法立案过程的井上毅,发表的论文"对民法初稿第373条的意见"(国家学会杂志4卷51号969页以下)追求的基准是:将行政权的执行和个人权利的行为区分开,对于前者民法不适用,对于后者民法适用。进一步地说,要求以国家豁免法律责任的法理为依据,确保行政运营的圆滑性。照此,立法者明确认为,对于国家权力性质的作用,民法是不适用的,在明治23年公布行政审判法和旧民法的时候,可以说已经确立了基本的法律政策,即采用对于公共权力行使,国家豁免法律责任的法理(盐野宏"行政法、第二版",222、223页;宇贺克也"国家责任法的分析",

---

① 染野义信:《近代转换中的审判制度》(1988年)第146页的"[法院构成法中对国家、官吏请求的削除]在民事诉讼中更应看作是没有区别国家和其他个人的必要。"转引自《法律时报》第30页,2004年第76卷第1号,日本评论社出版。

② 芝池义一:《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》,载《法律时报》2004年第76卷第1号,日本评论社出版。

409—411 页)。

进一步说,在明治宪法下,官吏不是对人民,而只是对天皇负有责任(参照该宪法 37 条,55 条,57 条),由官吏的权力性质的行为产生的对人民的损害,国家代替官吏承担责任,一般来说是不可能的(古崎庆长"国家赔偿的研究",司法研究报告书第 8 辑第 3 号第 4 页)。

实际上,1888 年(明治 21 年)起草的民法草案 393 条是认定"公私的事务所"所导致的损害赔偿责任。此后删除了"公私的事务所"的文字而已。删除了该文字就认定是公权力无责任原则形成的根据,这在逻辑上是讲不通的。因为这一文字的添加或删除并不能证明立法者仅仅考虑的是公权力的行使问题。

反论还引用了立法参与者井上毅在 1891 年发表在国家学会杂志(第四卷第 51 号第 969 页)的论文《对民法初稿第 373 条的意见》,在这篇论文中该作者将"行政的原力"与"私权上的行为"进行了对比,关于来自"行政的原力"的行为,认定国家的赔偿责任便成为了问题。这里的"行政的原力"似乎是指公权力的行使。可是阅读其全文才知道这个"原力"的意思内容并不明晰,从该论文的开头句子"行政权为施行国家生存的原力"来看,原力的语义无法理解为公权力的行使①。

国家赔偿制度在世界范围内的发展并不平衡,同时公权力无责任原则在近代各国的发展也是不平衡的,虽然在近代法律发展史上,有着公权力无责任的理论,但是这一理论的寿命并不长久。在 19 世纪 70 年代至第一次世界大战前,大陆法系国家把国家作用分为权力作用与非权力作用。1873 年法国最早确立了国家对其非权力作用的赔偿责任,此后德国等大陆法系的国家相继确立了国家对非权力作用的赔偿责任。

德国也是最早废弃公权力无责任原则的国家之一。1896 年制定的德国民法典第 89 条确立了国家非权力行为在民法上的赔偿责任。1910 年德国国家责任法确立了国家对官吏行使统治权行为产生赔偿

① 芝池义一:《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》,载《法律时报》2004 年第 76 卷第 1 号,日本评论社出版,第 26 页。

的责任。这一原则，在1919年的魏玛宪法得到继承，现在的德意志联邦共和国宪法也承袭了这一原则。

日本也是大陆法系国家，事实上日本国的法律发展轨迹深受法国、德国等大陆法系国家的影响。

明治3年(1870年)，明治政府在太政官制度局设立民法典编纂会任命江藤新平为会长，江藤以法国民法为蓝本，编纂日本民法典并命他人翻译法国民法典。在1878年完成了所谓的民法草案。然而，该民法草案只不过是法国民法的直译而已，而且误译、漏译较多，最终没有出台。

于是，明治政府开始委托来自法国的司法部顾问布瓦索纳德[①]起草民法，并设立了民法编纂局专门审议他提出的草案。1886年当时的外务大臣主张由外务省来主持民法编制，因此取消了民法编纂局而在外务省设立了法律取调委员会，经过近20年努力，这部主要由外国人主持编纂的民法典，于1893年1月1日开始实施。但是由于随之而来的非难和延期实施，使之被打入冷宫，习惯上这部法典被称之为"旧民法"。

在旧民法被延期实施的第二年，以当时的首相伊藤博文为总裁的"法典调查会"宣告成立，穗积陈重、富井政章、梅谦次郎三位教授被任命为民法典起草委员。这三位委员都有留学欧洲的经历。到起草新民法典时，已经有了众多参照法典，如德国民法典第一草案，奥地利民法典等。该民法典于明治31年(1898年)6月公布，同年7月16日施行。

旧民法以法国民法为蓝本，主要采用了罗马法的编制方法；明治民法参考了欧洲18国的民法，主要以当时最新的德国民法为母本，采取了德国民法典的编纂方法[②]。

同样，1886年明治政府开始进行起草宪法的实质性工作，由伊藤博文主要负责宪法的起草工作，当时日本的政府顾问、德国专家

---

① 布瓦索纳德(G. E. F. Boissonade，1825—1910年)，原为法国巴黎大学的民法教授，明治6年(1873年)受聘赴日，在司法省法律学校任教，培养出了如箕作麟祥等日本第一代民法学者。——笔者注

② 何勤华等著：《日本法律发达史》，上海人民出版社，1999年出版，第50、91、134页。

罗塞勒①、默塞②等对宪法的起草进行了指导。一部以《普鲁士宪法》为蓝本的日本历史上的第一部宪法于1889年颁布，1890年实施，命名为《大日本帝国宪法》，又称"明治宪法"③。根据宪法的原则规定，1890年日本颁布了《行政裁判法》，该法也是在外国专家，特别是德国专家如罗塞勒、默塞等的直接参与下制定的④。

由此可见，日本当时的宪法、行政法和民法是参照大陆法系制定的。在19世纪70年代至第一次世界大战前，大陆法系国家已经把国家作用分为权力作用与非权力作用。征兵、课税等行为是国家行使统治权的权力作用，系公法上的行为不适用民法上的损害赔偿的规定。而国家举办邮政、航空等事业或经营其他企业的行为不涉及国家统治权的运用是国家的非权力作用，本来与私人作出的私法行为没有差别，当发生侵权行为时，国家按照民法的规定基于国库或雇用人的地位对受害人承担连带责任。1873年法国通过勃朗戈判例⑤最早确立了国家对其非权力作用的赔偿责任。此后德国等大陆法系的国家相继确立了国家对非权力作用的赔偿责任。

在德国，1896年制定的德国民法典中，对于国家责任的问题委任各个层次的立法。在法国，贯通19世纪的在判例上、权力行为下的国家的行为与管理行为是区别的，对于前者根据主权免责的理论为原则，国家的赔偿责任未有被认可，但是20世纪以来，在一些判例中，逐渐地从不承认权力作用的责任发展到认可其责任的结果。

其实维持公权力无责任原则的国家是英美法系的国家，相对来

---

① 罗塞勒(Karl Friedrich Hermann Roesler，1834—1894年)，德国的公法、经济学家，大学教授，1878年至1893年应聘在日本任内阁顾问。——笔者注

② 默塞(Albert Mosse，1846—1925年)，德国法律专家，曾任柏林市法院法官，著名德国法学家格奈斯特的高足，曾在伊藤博文赴欧考察时为其讲授过宪法和行政法，1886年5月应邀到日本担任内阁法律顾问。——笔者注

③④ 何勤华等著：《日本法律发达史》，上海人民出版社，1999年出版，第50、91、134页。

⑤ 法国纪龙德省的国营烟草公司的工人开着翻斗车在作业时将勃朗戈的女儿撞伤，勃朗戈认为对国营公司工人所犯的过失，国家应按照民法的有关规定负赔偿责任，并向普通法院起诉。此案后由权限争议法庭于1873年2月8日作出判决，明确承认了国家赔偿责任。——笔者注

说，日本当时的立法只是受到大陆法系的影响而几乎没有受到英美法系的影响。在大陆法系的国家中已经废弃国家公权力绝对豁免主义理论的同时，战后日本的一些学者，在诠释公权力无责任理论对日本的影响的问题上，鼓吹即使在国外，进入20世纪为止，“国家无答责”的原则已经被采用。径自构建1890年为“国家无答责”原则开始形成的学说，应该说这样的学说无视了大陆法系国家中关于公权力无责任原则受到限制和改变的发展动态，应该说德国等大陆法系国家的这些废弃国家公权力绝对豁免主义理论对于日本在创建法律制度时是有着重要影响的，典型的事例就是布瓦索纳德提交的民法草案第393条，其内容关于“公私的事务所”的民事法律责任，至少涉及对公权力的限制的问题。在这样的制定法制环境和学术理论的背景下，还高唱进入20世纪为止“国家无答责”的原则已经被采用，与当时的学术发展并不相符。

虽然该条款在旧民法中被删除，也不能说明“国家无答责”原则在日本的法律制度中已经确立。作为一项法律原则被实际司法部门所运用，不仅应该有着理论基础而且应当有着明确的法律规定，在战前日本的各种法律规定中，无论是实体法还是程序法都没有明确规定过“国家无答责”原则的地位。

客观地说，在资本主义国家形成以前的封建国家中，人民不可能有权利要求国家、君主承担侵权赔偿责任，这一时期没有学者的思想自由也就不可能有什么国家责任或公权力无责任的理论可言。随着西方自由资本主义因素的产生和发展，越来越多的主权国家形成了以“社会契约”为理论基础的资本主义性质的国家。在19世纪70年代以前，由于受绝对国家主权论和“国王不可能谬误”理论的影响，公权力无责任原则或者“国家无答责”原则作为一个理论被西方国家所采用，这是一个绝对否定国家赔偿责任的时期。综观近代西方法制发展史，公权力无责任原则的理论适用的寿命并不长，随着自由资本主义的发展，公权力无责任原则受到了越来越多的挑战，在19世纪70年代以后就进入了一个相对限制的阶段。公权力无责任原则或“国家无答责”确实有过雁过留声的历史阶段，可是在1890年的阶段，尤其是

在大陆法系的国家中，公权力无责任原则的理论已经摇摇欲坠，昔日风光不再，而日本的一些学者为了给日本政府的反论背书，以所谓“即使在国外，进入20世纪为止，‘国家无答责’的原则已经被采用”为由，奢谈“国家无答责”的理论，只能是一厢情愿而已。

二、“国家无答责”原则缺少实体法的依据

如前所述，一些坚持“国家无答责”的日本学者美浓部达吉博士、佐佐木惣一博士的学说观点，他们认为，“公权力的作用所延及的行为，并由于官吏或者公吏的故意或者过失违法地行使了对他人权利的侵害，官吏或者公吏其个人承担赔偿责任是例外，国家或者公法人不负损害赔偿责任。”

“官吏的行为应当适用公法，作为实施国家行为的情况下，国家与第三者的关系是公法关系，所以上述的情况下，官吏对第三者施加损害的时候，国家与第三者的关系是公法关系，因此，在这种情况下，国家赔偿义务完全应当依据公法的法理。不能够依据民法的规定。……上述情况下的国家赔偿义务一般来说并没有认定的规定，而且没有实体法法规，不能当然地对此加以认定责任。所以，原则上国家没有赔偿义务。”①

这种观点充其量只是学说而已，这种学说在战前日本宪法、民法等司法体制下，其实不仅缺少实体法的依据，而且也与当时有关的日本法律精神不相符合。

讲到底这些观点的所谓法律依据是战前的大日本帝国宪法以及行政裁判法规定了行政裁判法院（以下称行政法院）“不受理损害求偿的诉讼（第16条）”。但是没有理由可以说明当时日本的行政法院对于国家的侵权行为享有专属的管辖权。根据旧行政裁判法第二章的“行政裁判所权限”的规定来分析，行政法院仅受理当事人对各级行政机关所作出的行政决定、处分持有异议时所提出的诉讼。该法第16条虽然规定“不受理损害求偿的诉讼”，它只能约束行政法院不受理此类案件，

① 奥田安弘、川岛真著：《共同研究，中国战后补偿》，明石书店，2002年出版，第56页。

并不能限制普通法院审理此类国家侵权行为导致的损害赔偿案件。

此外，日本民法关于侵权行为方面的规定有709条至724条，以及第44条。这些民法的规定并没有排除公权力行为或非公权力行为导致的侵权责任。其中，第709条规定："因故意或过失侵害他人权利时，负因此产生损害的赔偿责任。"第715条规定："(一)因某事业雇用他人者，对受雇人因执行其职务而加于第三人的损害，负赔偿责任。"第44条规定："法人对于其理事或其他代理人在执行职务时加于他人的损害，负赔偿责任。"

根据1947年日本制定的国家赔偿法的附则规定："本法律实施前的行为所导致的损害，按照从前的例处理。"由此可知依据1898年(明治31)所制定的日本沿用至今的民法(明治民法)的规定作为诉求依据是合乎法理的。

日本民法的规定中并没有否定国家赔偿责任的规定。同时战前成文的法规上并不存在就国家豁免法律责任的明确的法律文件的记载，而国家豁免法律责任的法理是判例上认定的法理，但是该法理的内容实际上经过了变迁，国家的责任在不断地向着扩大的方向推移。

三、日本民法侵权行为的规定并没有限定侵权的主体范围

即使对日民间索偿诉讼中被告的违法行为作为公权力的原因行为是权力作用、具有公法的性质，但其结果所造成的损害的赔偿责任也具有私法的性质。日本民法第709条规定："因故意或过失侵害他人权利时，负因此产生损害的赔偿责任。"这一条款所规定的损害赔偿是以救济受到侵权行为的受害者为目的的，并不限定侵权行为的主体。不管其原因行为是否权力作用，不管其行为主体是个人还是国家或者公共团体，受害者受到的损害都具有私法的性质，侵权行为主体所承担的损害赔偿责任也具有私法的性质。

日本行政裁判法的出台，只是明确日本普通法院不能受理行政机构的违法处分事件，而对于公权力行为或与公权力相关行为所导致的侵权损害的审理没有对普通法院进行过任何限制。更何况行政法院

并不是普通法院的上级法院，行政裁判法的地位与日本民法的地位是同级的，没有上下级之分。因此，一般日本普通法院有权受理与公权力有关所导致侵权损害赔偿的诉讼案件。

最为明显的判决是大法院昭和 7 年 8 月 10 日的判决（大民新闻第 3453 号），该法院作出了“侵权行为的责任不再特别区分行为者的身份”的判决，从正面否定了国家无法律承担责任的论调，像这样的大法院的判决虽然不多，但重要的是存在着的事实。

四、 国家赔偿责任具有私法性质不容否定

国家赔偿法附则第 6 项规定“对于在该法律实施前的行为所产生的损害，按照从前的例处理”。所谓“从前的例”是否包括适用日本民法进行调整是问题的关键。

重要的是国家赔偿法应适用的法律关系中，作为合理解释的民法理所应当适用。对此，请求国家损害赔偿的国家赔偿法的规定系属私法关系则已经有通说和判例可以证明。而且，国家赔偿法第 4 条，明确规定了该法的基本法是民法。那么，制定了国家赔偿法以前的事件，自然应考虑适用基本法的民法，除此以外就得不到更好的解释。

最高裁判所昭和 46 年（1971 年）11 月 30 日判决（《最高裁判所民事判例集》25 卷 8 号 1389 页）明确阐述了国家赔偿责任是私法上的金钱债权：“国家或者公共团体根据国家赔偿法负有损害赔偿责任的这一关系，实际上与民法上因侵权行为而必须赔偿这一关系在性质上是同样的，因此，根据国家赔偿法而针对普通地方公共团体的损害赔偿请求权是私法上的金钱债权，而非公法上的金钱债权。”

并且，1947 年制定的国家赔偿法第 4 条规定：“有关国家或地方公共团体的损害赔偿责任，除依据前三条的规定外，适用民法的规定。”

明治民法典制定后，随着社会生活的发展，日本立法者制定了许多单项法规，用以修订、补充民法典。其中国家赔偿法也可说是其中之一。虽然在学术上也有认为国家赔偿法属于行政法，但是从本质上讲，国家赔偿法应属于民法而不属于行政法，因为适用国家赔偿法时，国家和公共团体是平等的民事主体，而不是不平等的行政主体。

对日民间索偿诉讼案中被告的侵权行为作为原因行为即使是“国家的权力作用”，具有公法性质，但是，不能就断定“不适用私法的民法”。由于被告的原因行为造成的结果的损害赔偿责任是具有私法性质的，根据民法 709 条及 711 条的适用，被告不能逃脱损害赔偿责任。

五、 对于日本民法 715 条的研究

持“国家无答责”观点的学者认为，“以公权力的作用所延及的行为，并由于官吏或者公吏的故意或者过失违法地行使了对他人权利的侵害，官吏或者公吏其个人承担赔偿责任是例外，国家或者公法人不负损害赔偿责任。”按照这种观点，即使公吏在行使职权时违法的侵权损害发生时，受害人最多也只能追究其个人的法律责任，而不是国家或者公法人的责任。

问题是战争期间，在大多数情况下，日军的不法侵权行为是有组织的，并且以公权力的形式或名义行使的。例如，日军实施细菌战、“慰安妇”制度、强制劳工、无差别轰炸和屠杀等行为就是如此，这些行为的行使不是以个别军人违反军纪擅自行使的个人行为，而是公权力的组织下有计划实施的侵权行为。对于受害人而言，在受到侵权损害的时候，由于加害方主体的特殊性，绝大多数受害人不可能识别加害者的具体身份。战争结束后，如果要求中国的每一个受害者必须以明确具体的加害者个人为被告的话，这不仅违反了来自事实本身的逻辑要求，而且也是违反公平正义原则的。因为加害者是一个集团实施暴行的一分子，而这些暴行也只有在集团的操作之下才能完成，这种不法侵权行为与个别军人逸脱军纪所实施的侵权行为有本质的不同，在这种背景下，要求受害者起诉加害者个人是明显地阻却受害者实现司法救济的权利，因此是违反公平正义原则的。

日本民法第 715 条规定：“(一)因某事业雇用他人者，对受雇人因执行其职务而加于第三人的损害，负赔偿责任。”原告引用了日本民法第 715 条作为法律诉讼的依据。持反对观点的美浓部博士认为：“国家或公共团体作为优越的支配主体对人民的作用而言在民法第 715 条的意义中，无法认定为‘事业’，民法的规定不能使其适用。”

原告是否可以顺理成章地引用日本民法第715条的一个障碍的问题，就是如何理解“事业”这两个字在条款中的内涵和外延。由于日本民法或其他法律没有对事业作专门的限定，因此，有必要参考日本辞书的解释。在《标准国语辞典》(旺文社，新版，第340页)中，关于“事业”的第一种解释是为了社会的目的所进行的大规模的工作，第二种解释是以赢利为目的所进行的社会的经营或商业等工作。在这日文的词典里，不管哪种解释，都将其视为一种工作。这里并没有区分事业的主体是否自然人、法人或公法人(国家、政府)，换言之，事业的主体不限于自然人或法人，作为公法人(国家、政府)也当然有其自身的事业可言。

在法律、法规没有限制性规定的情况下，对事业的理解，只能从广义的角度来分析。日本军国主义者发动的侵华战争以及太平洋战争，是作为一项事业来从事的，这一行为的目的就是要奴役殖民中国和亚洲各国的人民，按照当时日本政府所鼓吹的事业的目的，就是要实现“大东亚共荣圈”，为了实现这个目的，在当时的军部或政府又配套实施了细菌战、“慰安妇”性奴役制度、强制奴役劳工、无差别轰炸和大屠杀等违法暴行。

第715条规定中所涉及的“事业”，当然包含日本军国主义发动的奴役中国人民为其事业的侵华战争。可见，日本军国主义政府将奴役中国人民作为事业所实施的侵华战争中，其雇用军队在执行其职务时对中国人民所造成的侵权损害，按照日本民法第715条的规定，应当由雇用军队者，即日本军国主义政府负赔偿责任，而这一损害赔偿的法律责任，按照国际法，需由继承前政府的权利和义务的现日本政府承担。

美浓部认为：“公法关系方面，国家作为优越的主体对于人民而言，他们之间的关系是不对等的关系……国家或公共团体作为优越的支配主体对人民的作用而言在民法第715条的意义中，无法认定为‘事业’”。作为这样的一个学术观点，其理由无非是国家或公共团体作为优越的支配主体，尤其是国家有强制命令的权力使对方必须服从。因此，对人民的作用而言就无法认定为事业。这种观点不仅没有

法律依据来支撑，而且也缺乏逻辑的关联性。即使假设这种观点有其合理的因素存在的话，那么，这种主张也不适用于外国国民，因为，有强制命令的权力使对方服从的仅仅是其本国国民，其权力对身处外国的人民没有强制性。因此，美浓部的这一观点不仅没有说服力，也是不正确的观点。

也许会有学者认为，对“事业”的理解不应该从最广义的角度去理解，应该理解为法人的工作，尤其是指“以赢利为目的所进行的社会的经营或商业等工作”的法人。对此疑问，全览日本民法全文，可以得出的结论是，日本民法并没有疏漏法人的这类法律责任。日本民法对于“‘法人’因某事业雇用他人者，对受雇人因执行其职务而加于第三人的损害”在第 44 条规定：“法人对于其理事或其他代理人在执行职务时加于他人的损害，负赔偿责任。”由此可以清晰地看出，对于法人雇用他人造成的侵权损害赔偿责任，日本民法是另行规定的。如果说日本民法第 715 条所规定的责任主体与第 44 条所规定的责任主体同为一个对象，也是指法人的话，那么这两项条款所规定的义务内容则是重复的。倘若在一部民法中竟然有两处内容相同的规定，这是不可思议的。因此，有理由相信这两款规定的主体范畴是不相同的，第 715 条中的“事业”的范畴一定比第 44 条中的“法人”更大。既然该“事业”不可能单指法人，那么，对于“事业”的解释应该从广义上去理解。

六、 关于判例解释的相关主张的评析

围绕日本民法中的侵权行为的规定适用国家的赔偿责任与否以及适用的范围问题，日本学术界持正反观点的学者都通过日本的司法判例来说明、佐证其主张。

首先，对于国家、公共团体的活动中由于因私经济行政以及因私行政所导致的损害赔偿责任适用民法这一问题上，已经有了明确的判例，对此，学术界没有争议。

该判例是大审院在明治 31 年 5 月 27 日的民事判决（大审院民事判决录第 4 辑第 5 卷第 91 页），该判决是关于国家的铁道布设工事的失误所造成损害的民事判决。判决指出“其利益为国库所获益的铁道

事业与为了公共安全所实施的治水、护岸事业等是有区别的，因此认定其民法上的赔偿责任。”

其次，对于非权力的因公行政的领域，在明治时期，国家、公共团体的赔偿责任是被否定的。例如，关于在河川工事的损害赔偿问题（大审院判决，明治 29 年 4 月 30 日民录第 2 辑第 4 卷 117 页），大审院认定其为了公共的利益，否定其适用民法。关于在乡村开设道路工事的损害赔偿问题，大审院判决（明治 40 年 2 月 22 日，民录第 13 辑第 148 页）指出，道路开设工事系行政行为，也否定了民法上的损害赔偿责任。关于板桥火药制造所的火药制造事业的损害赔偿问题上，大审院认为（大审院判决明治 43 年 3 月 2 日，民录 16 辑 169 页）火药制造是为了军备的充实或者为战斗力而准备，应属于军事的行动的一部分，系公共利益为目的的，而不能仅仅看作是为了财产上的利益，故否定了该案在民法上的适用。

上述案例除了乡村开设道路工事被大审院以行政行为否定了民事侵权法的适用外，其他的判例则对于非权力的行政活动区分了为财产上的利益和为公共利益的目的。判例对于后者指明了应适用公法，而否定了私法上的适用。

对于上述大审院的判例进行了重大修正的是大正 5 年 6 月 1 日，大审院对于德岛市小学游动圆棒事件的判决（大审院判决大正 5 年 6 月 1 日民录 22 辑 1088 页）。该判决，视公立小学的管理的全部作为“行政的发动”（可能指行政权的发动，并依此权力的活动——笔者注），且认为“对小学校舍等其他设备的占有权纯然作为私法上的占有权”，“适用民法第 717 条归于工作物责任的规定”。

不可否认的是公立学校对物的管理系因公行政的范畴，结果该非权力的因公行政行为适用了属于私法关系的民法。

对于这一系列大审院的判例，美浓部达吉作了如下的评述：“大审院的判例，至大正 5 年为止，对国家的事业中的营利事业与公益事业进行了区分，铁道事业视为营利事业，国家的责任也适用了民法，随后承担了赔偿责任。可是道路的修改或陆军的火药的制造被视为公益事业，判定作为公法行为而不适用民法。可是，如此区分甚有不当之

处，国家的事业不能说不是全部为了公益的事业的……对公益事业就全然不适用民法的做法则不能认为具有正当的理由。”“至大正 5 年（指德岛小学校游动圆棒事件），大审院才开始改正了这类判例。”①

另外关于权力的行政行为的大审院的判例均否定了民法的适用。例如，专利法上的专利未能获得导致的损害赔偿事件（大审院判决昭和 4 年 10 月 24 日法律新闻 3073 号第 9 页）；租税的征收以及滞纳处分事件（大审院判决昭和 7 年 9 月 14 日法律新闻 3461 号第 10 页）；一般国道上试运行中的消防车碾死他人事故（大审院判决昭和 10 年 8 月 31 日法律新闻 3886 号第 7 页）等，大审院的判决否定了适用民法上的侵权行为的规定。

总之，以上明治时期，关于因私行政的国家赔偿责任被予以承认，不过这个法理可以说是法院创造的，换言之，因公行政无责任原则被创造了。尽管在判例中法院创造了这样的原则，可是 1916 年（大正 5 年）的大审院对于德岛小学校游动圆棒事件的判决却意义不凡。该判决的意义在于“否定了非权力的因公行政的领域中以设施的公益性为理由的损害赔偿的免责”。即修正了在判决前被认为正确的“公行政无责任原则”，打开了一条认定因公行政中的非权力的因公行政的国家赔偿责任的道路。

此后，国家的赔偿责任继续被否定的是权力的行政行为，如果说日本一些学者将其视为公权力无责任原则的形成，那么公权力无责任原则是由大审院的判决中所形成的，不得不指出的是这不是法令，只是判例中的法理而已。重要的是在日本法院的判例并不是日本法律的渊源，更何况日本不是判例法的国家。

七、对日民间索偿判例中的公权力无责任原则

一些日本学者认为“根据今日法院的理解，公权力无责任原则是 1890 年（明治 23 年）的旧民法等所确立的实体法上的原则（即不是判

---

① 美浓部达吉著：《日本行政法上卷》第 351—352 页。转引自芝池义一：《战后补偿诉讼与公权力无责任原则》，载《法律时报》2004 年第 76 卷第 1 号，日本评论社出版，第 28 页。

例的法理)。”因此,有必要对照一下对日民间索偿判决中的用语。

东京地方法院1999年(平成11年)9月22日关于731细菌部队活体实验事件、南京屠杀的判决(判夕1028号92页)中认为:“明治23年行政裁判法以及旧民法公布之际,确立了关于公权力的行使问题上国家不负有损害赔偿责任的立法政策。”

另外,东京地方法院2002年(平成14年)8月27日,在关于731细菌战事件的判决中(判例集未登载)也同样地认为:“应当认为在明治23年行政裁判法与旧民法(财产篇)公布之际,确立了公权力行使的问题上采用了国家无答责的法理的基本的法政策。”

东京地方法院2002年(平成14年)3月29日,在关于中国山西省性暴力受害事件的判决(判时1804号第50页)中认定:“法例制定的当时(1898年),相当于国家赔偿法的法律还不存在,所以国家对于公权力的行使所造成的损害赔偿责任采取了不负责任的法制(所谓的“国家无答责”)。”

此外,福冈地方法院在2002年(平成14年)4月26日,在关于中国受奴役劳工事件的判决(判时1809号111页)中判示:“在明治宪法下,关于国家的权力作用的民法适用是否定的,国家不负此损害赔偿责任,应当说国家无答责的法理作为一项基本的法制度已经确立了。”

日本北海道札幌地方法院在2004年3月23日,对中国北海道劳工受害者起诉日本政府和一些奴役中国劳工的企业作出的判决中以“对于加害行为不负赔偿责任的明治宪法下的国家无答责法理”驳回了中国劳工受害者及家属对日本政府提出的赔偿的诉求。①

根据上述的对日民间索偿的法院判决来看,日本法院认定公权力无责任原则的表现理由为“立法政策”、“基本的法政策”、“法制”和“法理”等。总之,法院见解各异、五花八门。

日本法院以“国家无答责”原则驳回受害人的请求的所谓依据是战后日本国家赔偿法附则第6项的规定:“本法实施前的行为所导致的损害,按照从前的例处理。”这一规定表明,战前的损害赔偿事件不

① 日本《北海道新闻》2004年3月23日(夕刊)报道。

适用国家赔偿法，而必须依照“从前的例”来处理。“从前的例”这样的文字，经常在日本法律的附则中出现，通常是指该法律实施以前通用的法令。然而，所谓国家公权力无责任原则所依据的“从前的例”仅仅是法院创造的判例法理，而不是法令。事实上，在1890年被颁布的各种法律中，所谓的公权力无责任原则丝毫没有任何记载。

日本法院以所谓的各种并无实据的“立法政策”、“基本的法政策”、“法制”和“法理”为理由肯定“国家无答责”的判决显然是缺乏法律依据的。

八、“国家无答责”原则仅限于“基于统治权的权力行动”

公权力无责任原则在战前的日本国，曾一度作为判例的法理被日本法院所创建，在法律上其适用的法律依据是明确不存在的。即使这一判例法理有适用的余地，那么，在适用的对象上是否也适用于外国人是值得质疑的。

公权力无责任原则的法理是基于西欧绝对主义时代的王权神授说，作为国王不可能谬误的法理出现的。在绝对王政到近代法治国家的变迁过程中，主权无责任原则的法理经受住君主主权向国民主权的变迁仍得以残存，其主要原因是社会契约说中的“支配者与被支配者的自同性”这一理论。卢梭在社会契约论中阐述道：“主权者只能由组成主权者的各个个人所构成，所以主权者就没有、而且也不能有与他们的利益相反的任何利益；因此，主权权力就无需对于臣民提供任何保证，因为共同体不可能想要损害它的全体成员……共同体也不可能损害任何个别的人。”①“确切地说主权是共同体和它的各个成员之间的一种约定。只要臣民遵守的是这样的约定，他们就不是在服从任何别人，而只是服从他们自己的意志。”②“根据这一概念我们立刻可以看出，我们无须再问应该由谁来制定法律，因为法律乃是公意的行为；我们既无须问君主是否超乎法律之上，因为君主也是国家的成员；也

---

①② 卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆，2003年出版，中译本，第24、40页。

无须问法律是否会不公正，因为没有人会对自己本人不公正；更无须问何以人们既是自由的而又要服从法律，因为法律只不过是我们自己意志的记录。”①

由于“国家和法秩序的自同性”论加强了“国家无答责”的理论。然而，在法治国家，即使是国家权力也是受法律约束的，因此，国家行为要和合法性相结合，实施违法行为的国家意思应被否定。

基于社会契约论的国家论有其自身局限，像这样的公权力无责任理论，既然以“支配者和被支配者的自同性”、“国家和法律秩序的自同性”作根据，那么，“支配者和被支配者”也是“国家制定的法秩序”所涉及的范围。在讨论战争期间，国家战争行为与敌国国民的关系的所谓“权力作用”时，不能对国家与本国国民间的关系、国家与他国国民（敌国国民）的关系不加区别，一概而论。因此，对国家统治权不能波及的外国人以及在国家法律秩序不能波及的外国地区，公权力无责任原则理论是不能适用的领域。显然，即使公权力无责任原则存在的话，也是指在与本国国民、服从国家统治权的关系上成立的，不能适用于外国国民。

撇开战争是否侵略战争的问题，即使国家在拥有战争权的时期，卢梭认为：“战争的目的既是摧毁帝国，人们就有权杀死对方的保卫者，只要他们手里有武器；可是一旦他们放下武器投降，不再是敌人或者敌人的工具时，他们就又成为单纯的个人，而别人对他们就不再有生杀之权。战争决不能产生不是战争目的的所必需的任何权利。”②卢梭的战争行为受战争目的所限制的理论，为后人所普遍接受，在日本侵华战争之前，在国际法方面，已经有大量的战争法规，国际习惯法也早已明确禁止屠杀和奴役交战国的平民。因此，无论从国际法还是日本国当时的国内法来看，日本的战争行为不仅不具有任何屠杀、奴役敌国国民的法律依据，而且是违法的。日本在战争期间的违法暴行，只能说是与公权力相关的侵权行为。但是这一侵权行为本身对于交战国国民的关系而言，难以认定为纯粹公权力行为。故

①② 卢梭著：《社会契约论》，商务印书馆，2003年出版，中译本，第47、15页。

公权力无责任原则的对象不适用于本身不受日本管辖的交战国的民间受害者。

九、公权力无责任原则的适用违反公平正义的基本原则

迄今为止，中国大陆的战争受害者向日本法院提起诉讼的已经有20多起。大部分诉讼遭到日本法院的驳回，在驳回原告的诉讼理由中，基本上都含有所谓的“国家无答责”的主张。应该说日本法院就战前公权力的责任问题上作出这样的认定是没有实体法依据的。

如上所述，战后的日本法院所采用的“国家无答责”即公权力无责任原则也仅仅是日本国战前大审院的判例法理而已。有学者认为：“从《日本法院组织法》(实为《法院法》——笔者注)第4条的规定‘上级法院决定中的结论对下级法院审理同类案件所做出的决定具有拘束力’可以看出在日本判例是一种法律渊源。”①事实上，1947年日本颁布的《法院法》中的第4条是这样规定的：“上级法院的判决中的判断，就该事件而言，对下级法院具有拘束力。”该条款不是指：“上级法院决定中的结论对下级法院审理同类案件所做出的决定具有拘束力”，而仅仅是指上级法院就该事件或者说针对某个案所做的判决、结论对下级法院具有拘束力。因此，人们找不到任何一个实体法来说明日本国是一个判例的国家。判例在日本司法界虽然有一定的影响力，但是判例尚不能成为日本国内法的法律渊源。

即使参考战前日本国大审院的判例，也存在着认定公权力责任的判决。至于被认定的公权力责任的范围是非权力行政行为或是权利的行政行为，这只是判例的法理，与实体法无关。从这些被判定公权力责任的判决中可以看出，大审院依据的实体法是日本民法中的民事侵权法律责任中的条款。因此，即使对战前的公权力侵权行为，在驳回“国家无答责”理论，追究日本国公权力的侵权行为的法律责任方

① 甘正气：“《日本国宪法》和平性的消失”。http://www.dffy.com/faxuejieti/zh/200311/20031124214637.htm。

面，不是无法可依，而是有着实体法上依据的。在理论上将日本民法债权篇第5章规定的侵权行为责任的主体涵盖侵权行为的公权力主体，应该说已经不存在任何具有说服力的相反理论。

需要指出的是提起对日民间索偿诉讼的受害者，是遭受到日本军国主义极端非人道侵权暴行下的受害者。无论战争行为怎样，对于日本国在中国曾无端地屠杀无辜的平民、强制奴役劳工、在军队中建立性奴役制度残害妇女、以卑劣的手段实施细菌战和毒气战、不分皂白地屠杀平民等违法犯罪行为，实难看出还有可以免除该行为责任法理存在的合理性。

值得关注的是，在众多的中国民间对日索偿诉讼的判决案中，已有6例对于强制奴役中国劳工的诉讼所作的判决中否定或排斥了“国家无答责”的适用，这些判例为：

1. 东京强掳、强制劳工（第二次集团）诉讼案件。东京地方法院2003年3月11日的判决中，驳回了国家赔偿法实施前的否定国家责任的“国家无答责”的法理，认为“适用民法的使用者责任的余地不能说没有”。同时对于“国家无答责”法理还指出“关于国家赔偿法实施前的公务员的违法的公权力行使，国家不负侵权行为的赔偿责任的战前的判例、通说，未必很明确，以现在的时点来看该主张缺乏正当性和合理性。”①

2. 大江强掳、强制劳工诉讼案件。京都地方法院2003年1月15日判决，排斥“国家无答责”。判决认为：“‘强奴劳工’不是基于国家权力作用的行为，而是旧日本军单独不法的实力行使。”这是在战后中国民间对日索偿审判方面，首次对于国家赔偿法实施（1947年）以前的，否定国家权力行为导致的赔偿请求权的“国家无答责”的法理对象。②该判决虽然没有否定“国家无答责”的理论，但是，实质上排斥了“国家无答责”的适用。

---

① 《日本共同社》，2003年3月11日报道；第一审（东京地裁2003.3.11）讼务月报50卷2号。

② 日本《每日新闻》，2003年1月15日（大阪夕刊）报道；第一审（京都地裁平15.1.15）判例时报1822号。

3. 新潟强掳、强制劳工诉讼案件。新潟地方法院在2004年3月26日判决中指出，尽管被告日本政府主张“国家无答责”法理，强调个人对于国家在《国家赔偿法》实施前的行为不得提出赔偿请求，但该判决认为：“从正义、公平的观点出发，适用（该法理）的做法是明显缺乏相当性的”，因而不予支持。这一判决对于战后对日索偿诉讼中作为原告最大的障碍“国家无答责”的法理没有适用。判决以“这个法理没有合理性”否定了“国家无答责”。①

4. 福冈强掳、强制劳工诉讼案件。福冈高等法院（二审）在2004年5月24日判决中，针对福冈地方法院认定日本政府和三井矿山的共同非法行为，同时认定“国家无答责”法理，日本政府不负赔偿责任的判定，就这一问题，福冈高等法院在判决中一方面认定被告日本政府和三井企业的共同非法行为的责任，同时，福冈高等法院对于规定国家对战前行为不负有赔偿责任的“国家无答责”这一法律理论也明确地给予了排斥。判决中对于战前侵权行为国家不负赔偿责任的“国家无答责”的法理，强调“在特殊事情的情况下国家必须承担责任。”认定：“适用国家无答责而否定国家的责任是不当的，也是显著违反正义和公平的。”②

5. 2003年3月11日，东京地方法院驳回了中国劳工42名（第二次集团诉讼）起诉日本和日本一批工程建设企业的诉讼。该判决虽然以其他理由驳回了原告的诉求，但是也否定了所谓战前的“国家无答责”。③

6. 2005年3月18日，东京高等法院驳回中国人性暴力受害者（“慰安妇”第2次诉讼）的判决虽然以其他的理由驳回了上诉人的诉求，但也驳回了日本政府的“国家无答责”的主张。④

另外，2003年7月22日，东京高等法院对于韩国太平洋牺牲者

---

① 日本《朝日新闻》，2004年3月27日（朝刊）报道。

② 日本《朝日新闻》，2004年5月24日（夕刊）报道。

③ 《日本共同社》，2003年3月11日报道。【登载判例集】第一审（东京地方法院2003.3.11），讼务月报50卷2号。

④ 日本《朝日新闻》，2005年3月18日夕刊报道。

赔偿请求诉讼作出的判决中，也指出，对于国家赔偿法实施前的“国家无答责”法理，在现行法之下，见不到其正当性。“国家无答责”的法理被高等法院所否定。①

上述包括对韩国的民间对日诉讼所作出的7例判决，除了对京都地方法院的判决以“国家无答责”的对象不适用以外，其他的几个判决从“正义”、“公平”、“合理性”等不同程度否定了“国家无答责”理论的适用。无疑这种判决的观点是非常正确的。

对于法的目的，自然法学派、实在法学派甚至神学派之间有着各自不同的看法，尽管学派不同，但是他们都不否定公平和正义是法律追求的目的，虽然各自对公平和正义的理解未必完全相同，可是，应该看到的是自主权属于人民的法理被创建和实践以来，世界各国在立法中所持有的公平、正义的观念日趋一致。公平、正义原则已是当今世界各大法律体系所共有的原则。

战后日本宪法序言规定：“主权属于国民，并制定本宪法。国政依据国民的庄严委托，其权威来自国民，且其权力由国民代表行使，其福利由国民享受。这是人类普遍的原理，本宪法即以此原理为依据，并排除违反此类原理的一切宪法、法令和诏敕。”

日本宪法的序言还明示了坚持“公平”(fairness)“正义”(justice)的信念，其宪法序言规定：“……日本国民祈愿恒久的和平，深怀支配人类相互关系的崇高理想，信赖爱好和平的各国人民的公正与信义，决心保持我们的安全和生存。我们希望在努力维护和平，从地球上永久消灭专制与隶属、压迫与褊狭的国家社会中，占有光荣的地位。我们确认，全世界人民都具有免除恐怖和贫乏并在和平中生存的平等权利。”这充分说明日本渴望和平并愿意遵守全人类共有的公平和正义的价值观。为了表明实现这种理想的决心，宪法又以第2章专章对“放弃战争”作了具体规定，即“日本国民衷心谋求基于正义与秩序的国家和平，永远放弃作为国家主权发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段。为达到前项目的，不保持陆海空军及其战

① 第二审(东京高裁2003.7.22)判例时报1843号。

争力量，不承认国家的交战权。（第9条）”日本宪法的上述规定，一方面体现了“和平主义”宪法的原则，同时也反映了日本诚服于全人类共有的正义与秩序。

宪法是一个国家中的根本大法，具体的部门法的制定和解释不得与宪法的宗旨相违背。就日本民法中关于侵权行为的责任主体的适用范围的解释问题上来看，其解释应当遵循和符合日本宪法所追求的公平、正义的法律目的。

公平、正义不仅是世界各国法律体系中的一项基本的信念和原则，也是日本法律体系中所含有的一项最根本的原则，与此原则相违背的法律、判例法理、学说理当无效。

司法活动是国家最后一道保护和救济受害者的途径和手段。司法公正基本内涵是要在司法活动的过程和结果中体现公平、平等、正当与正义的精神，“国家无答责”的法理不仅没有实体法上的依据，而且违背了公平、正义原则，废弃该法理正是依法治国的基本要求。

第六章

对日民间索偿的若干国际法问题

无论是中国的民间战争受害者，还是其他战争受害国的国民在日本起诉日本国时，其诉讼的法律依据中，均包含和依据当时日本违反有效的国际法而追究日本国家责任的诉讼理由。在大部分的战后赔偿案件中，包括中国民间战争受害者所提起的损害赔偿请求的诉讼理由中均包含了这个“以违反国际法提起损害赔偿请求权”，关于这个问题也恰恰是对日索偿的最大的争论点之一。

一些日本法院在判决中也承认，日本军在战时所实施的行为是违反国际法和当时的国际习惯法的。问题是日本各个法院在承认这个法律事实后，又强调战争所导致的国家责任已经通过外交的途径，日本已经履行了法律上的责任。此外，法院就个人依据国际法在日本提起诉讼的资格问题一直支持日本政府的辩解理由，即以所谓的个人不是国际法的主体为主要理由而加以否定。日本政府一贯否定个人的请求权，可是，战争期间日本军的暴行不断地被历史学者和受害人所揭发披露，并且越来越多的受害者在日本国内提起了损害赔偿的诉讼。对此有必要就这个问题的争议点进行分析，有必要就争议的核心问题进行研讨和理论上的论证。

第 一 节

个人是否享有援引国际条约的资格争论

一、 争议中的误区

大多数战争受害者在日本法院起诉日本国时，其法律依据中援引了国际法，尤其是引用了海牙陆战条约第 3 条的规定："违反上述法规的条项的交战当事者，有损害行为的时候也应该承担赔偿的责任。交战的当事者，对于军队组成人员的一切行为也要承担责任。"原告们强调这一条款赋予了个人起诉加害国的权利。一方面认为国际法中的交战法规赋予了个人的权利，在战时国际法中，个人是国际法的主体，并强调这是一项国际习惯法；另一方面又强调日本有义务适用国际条约。

在中国民间战争受害者的对日索偿案件的审理中，原告以上述国际法为理由要求法院判令被告承担法律上的损害赔偿责任。对此，日本政府的主张概括起来是："谈及国际法，它是规范国家和国家之间关系的法律，个人一般不能成为国际法上的主体，因此，即使国家违反国际法，造成对他国国民的损害结果的话，该国国民并不因此享有国际法上的损害赔偿请求权来直接要求加害国承担责任。个人如此的国际法上的权利若是要被认可的话，个人必须在国际法实现的程序上享有自身独立执行的权利，作为当事者的适格（具有法律适用的主体资格——笔者注）是否被认可是前提性的。"①

日本法院围绕海牙条约第 3 条的解释，并没有否定国家的责任，只是强调受害者个人不是国际法的主体，因此，不得援引上述条款。同时，一些日本法院的此类判决技巧性地回避了缔约国有义务在国内适用国际法的问题。

从缔约国必须诚实地履行条约的角度来看，缔约国有义务全面履行条约的宗旨和原则。根据条约的内容来看，有些条约的履行必然是

---

① 奥田安弘、川岛真主编：《中国战后补偿共同研究》，明石书店，2000 年出版，第 82 页。

在国内层面，因此，日本有义务全面履行海牙条约的宗旨和原则，就必须包括在国内层面（关于条约在缔约国的适用问题，将在本章第二节专门阐述），可是，在受害者引用海牙条约第3条作为诉讼理由的合理性的问题上，似乎更多强调的是个人的国际法主体这一前提作为援引依据，这样就难免不会遭到日本政府和法院的诟病。

国际法本来是调整国际法主体、主要是国家之间的法律规范，此后政府间国际组织和争取民族独立解放阵线也被视为一定程度上的国际法的主体，这是国际社会公认的。虽然学术上一些学者（包括劳特派特修订的《奥本海国际法》）列举了大量的战时国际法中保护个人权益的法规，或者国际法惩罚个人战争犯罪的规定，以此强调个人在一定范围内是国际法的主体。可是，这种规定个人权利与义务的国际法条款或国际习惯法的内容，对于个人来说终将是被动的，即使当今的欧洲，个人有可能起诉于欧洲法院，但是这种权利也都是缔约国授权的。而国家之间所签署的条约可以直接在国际社会层面直接通过外交和司法的方式约束缔约国。在国际条约规定了个人实体权利但是没有明确个人在国际主体层面上的诉讼程序权利的时候，个人只能按照国际法上个人实体的权利在缔约国国内要求缔约国履行国际条约的义务。因此，从个人的国际法的主体或者战时国际法的主体的角度阐述国际法上的私权来强调私权在国际法上的程序性权利并不是明智的思维方式。更何况战争受害者在加害国的诉讼，本来就不应看作是国际法主体之间的诉讼，而是按照加害国国民待遇要求司法救济的一种国内诉讼，在这场诉讼中，关键的问题是日本有适用国际条约的义务。

事实上，鉴定交战法规的性质的话，在关于违法责任解除的方式上，很难说国家间的处理原则的一般立场就一定是惟一妥当的方式。对照作为海牙条约为中心的交战法规的目的，它导入了给予违法结果的受害者个人的损害赔偿的必要性，作为国际习惯法的个人请求权的议论已经成为另外一种新的理论。要解除其国家责任，必须向原告个人进行赔偿。

关于实施违反国际法的国家所造成的个人损害，是否构成赔偿请

求权的问题，考察根据中国民间战争受害者围绕在海牙条约为中心的主张，涉及的首先是国际法上的个人权利和“个人的国际法主体性”论的关系，以及国内司法机构的条约自动执行性的问题。其次，概观海牙条约关联的规定，有必要论述包含海牙条约的交战法规的性质以及该条约的适用方面在国内机关的作用问题特别是陆战方面的尊重私权的原则。在此基础上，围绕适用海牙条约第 3 条解释与适用的问题，就国内法院的个人请求权行使，应当作出肯定的解释。

综观正反双方的论战，中国民间战争受害者以及一些日本学者强调个人是战时国际法的主体，以图寻找到引用国际法的依据，可时，民间个人在缔约国中援引国际法时，并不需要以国际法主体为必要条件，关键的问题是缔约国国内适用条约的问题。由于个人作为国际法主体资格的理论在今天的国际法学界尚不为主流的观点，论证上也有诸多的困难和不足，以至于这种个人是国际法上的主体的观点被日本政府和法院揪住不放，这种结果是必然的。可是，这并不必然导致战后对日索偿的受害者不能获得赔偿。

谈及国际法中的海牙条约（关于 1907 年陆战法规条约）那样的战时国际法乃至交战法规是属于传统上承认个人权利义务的特别的法领域。战俘以及从事交战的军队成员享有国际法上的权利并被课以义务。从事交战的军队成员直接地受到交战法规的拘束，实施侵权行为的从事交战的军队成员个人在敌国乃至国际的军事法庭受到处罚的做法，已经在国际习惯法上确立。即使在第二次世界大战前国际法主体一般仅仅是主权国家的情况下，在交战法规中特别的领域中已经赋予了个人的权利和课以义务，并长期恒久地受到承认。

海牙陆战条约第 3 条规定：“违反上述法规的条项的交战当事者，有损害行为的时候也应该承担赔偿的责任。交战的当事者，对于军队组成人员的一切行为也要承担责任。”海牙陆战条约于 1907 年（明治 40 年）10 月 18 日签署（当事国 44 个），1910 年（明治 43 年）1 月 26 日生效，日本在 1911 年（明治 44 年）12 月 13 日提交了同意书。因此最迟到那时为止，在大多数国家的行政形态中确立了该条约的法律地位。

二、围绕海牙条约第三条的争议

就战争受害者个人是否拥有直接引用海牙条约第3条规定的问题，日本法院完全站在支持日本政府的立场上，法院判决不仅否定了个人的这项国际法上的权利，而且在学术和法理上作出了一些所谓的解释，在此，将法院驳回受害者个人引用国际法的理由概述如下：

（一）日本法院的观点

1907年海牙陆战条约第3条的规定是民间战争受害者对日索偿的直接的国际法依据。以细菌战受害者诉讼为例，日本东京地方法院对这个主张以以下的理由给予了驳回。①

（1）根据国际法中传统的思考方法，能够确认国际法上的法主体性，原则上是国家，个人只有在国际法中规定了权利义务，且以个人自身的名义，才可以理解为赋予主张其权利的资格和被承认例外的国际法上的主体性。但，当个人受到他国的国际违法行为的损害时，该个人作为可以提出为了追究加害国的国际责任的国际请求的主体并未被确认，只有通过其个人所属的国家就该个人的案件行使外交保护，由此作为对于法的侵害而接受，转换成国家间的关系而向加害国追究国家责任。

但是，海牙陆战条约第3条规定："违反上述法规的条项的交战当事者，有损害行为的时候也应该承担赔偿的责任。交战的当事者，对于军队组成人员的一切行为也要承担责任。"违反附属法规（海牙陆战法规）的缔约国虽然要承担损害赔偿责任，但是与其对方（具有损害赔偿请求权的人）相关的文字却不存在。又及，海牙陆战条约及海牙陆战法规中，也不存在个人对于国家请求损害赔偿为前提的程序规定。甚至，该条约第2条规定："第1条中的法规及本条约的规定，仅限于交战国中所有的本条约的当事者，只在缔约国之间适用。"该条约显示

① 第1事件·平成9年（ウ）第16684号，损害赔偿请求事件；第2事件·平成11年（ウ）第27579号，损害赔偿请求事件。平成14年8月27日判决。

了按照国际法上的原则规定了国家和国家间的权利义务，而个人的请求权并没有被承认。

（2）比较海牙陆战条约及海牙陆战法规的宗旨、目的与该条约及该法规的规定，可以理解为，其核心规定了陆战中军队应该遵守的事项，以此来减轻战争的残害。总之海牙陆战条约第3条的规定，可以理解为，为了有效地遵守海牙陆战法规，而规定了违反同法规的交战国的损害赔偿责任，但是并没有承认由于违反该法规而遭受损害的个人对于加害国行使直接损害赔偿请求权。

（二）日本法院判断的瑕疵

日本东京法院对于海牙条约第3条的解释实际上采纳了日本政府的观点，并以此驳回了受害人的这项国际法的依据。其实，东京地方法院所要强调的是：

（1）原则上个人不具有国际法上的法主体性，个人只有在国际法中规定了权利义务，且以个人自身的名义，才能理解为其主张权利的资格被承认为例外的国际法上的主体性。本案件只有通过其个人所属的国家就该个人的案件行使外交保护，向加害国追究国家责任。

（2）该海牙条约第3条中是对缔约国间的权利义务的规定。如此这般的海牙陆战条约没有承认个人请求权（程序上权利）的明文规定。

东京法院以上述两个方面的理由，作为阻却受害者个人直接实现维护权利的要件来看不能说是达到了充分和必要的条件。需要说明的是海牙条约第3条中所说的损害行为以及应该承担赔偿责任的“赔偿”与战胜国在与战败国缔结和约时的战争赔款（reparations）是不同的用词，这里法语为 inmendenty，翻译成英语为 compesation，这个用词被广泛地用于民事赔偿的方面，可见这里的赔偿并不是专门指国家间的战争赔款。因此，这里暗含的被损害行为的对象以及享有索赔权的主体就是个人，可以说该条款确立的是战时个人的实体权利。

关于个人是否需要以国际法的主体性资格才能实现国际条约所赋予的实体权利的问题，笔者以为，个人为实现国际法上所赋予的权利的途径，并非一定需要以国家的外交保护手段以及国际司法诉讼等

在国际的层面上来实现，个人在缔约国（加害国）直接援引国际法所赋予的权利规定也是实现个人权利的一个有效途径，因此，中国民间战争受害人在加害国直接援引国际法所赋予个人权利的规定的情况下，与国际法主体性没有必然的联系。这种诉讼的法律行为本身应该看作个人要求加害国适用国际法的问题，因为，日本是承诺保障个人享有这项权利的缔约国，日本有义务直接适用或转化该项国际法在国内的适用。所以奢谈个人不是国际法的主体，来阻却个人直接援引国际法，实为不可思议。

另外，法院认定：海牙条约第 3 条是对缔约国间的权利义务的规定，而且如此这般的海牙陆战条约没有承认个人请求权（程序上权利）的明文规定。这种归纳是存有瑕疵的。条约主要是规范缔约国权利义务内容的，但是在一定条件下，条约可以对第三者规定权利与义务，海牙条约第 3 条的规定实质上是显而易见地规定了个人的权利，同时也是约定缔约国负有赔偿的责任。因此，东京法院仅仅将海牙条约第 3 条解释为是对缔约国的权利义务的规定，是违背条文本意的。应该说该条文规定了缔约国的权利义务仅仅是条款内涵的一个部分而已。其本质的内涵恰恰是确立了个人战时的权利不受侵犯的实体权利。既然在条约中缔约国承认了受害者国民（第三者）享有的权利，就意味着缔约国在任何时候，一旦受害者个人行使赔偿权利时，就要实现该条约所做的承诺即保证尊重个人的权利，对所造成的损害进行赔偿。

该条款没有规定个人权利实现的程序性规定，这是事实，由此人们最多可以推导出的是个人不能在国际层面直接援引该条约的实体权利内容；此外，没有程序性内容的规定，并不等于当事人不可以在缔约国中要求缔约国履行条约的义务。因为条约的实施分为两个层面即国际层面和国内层面。所以那些要求条约中必须有授权个人在程序性实现的规定，才能获得实体权利的话，是混淆了条约的国际履行和国内履行的两个不同要件的问题。换言之，日本法院、日本政府混淆了国际法上的个人的权利与“个人的国际法主体性”两者的区别。

一系列战后对日民间索偿的案件，日本对于原告的请求，总的来说是以“谈及国际法，它是规范国家和国家之间关系的法律，个人一般

不能成为国际法上的主体，因此，即使国家违反国际法，造成对他国国民的损害结果的话，该国国民并不因此享有国际法上的损害赔偿请求权来直接要求加害国承担责任。个人如此的国际法上的权利若是要被认可的话，个人必须在国际法实现的程序上享有自身独立执行的权利，作为当事者的适格（具有法律适用的主体资格——笔者注）是否被认可是前提性的。”

对此日本学者申惠丰认为[①]：这一国家的主张是将“个人的国际法主体性”与“国际法上的个人权利”进行混淆的典型的论说，其实并不妥当。确实，传统的国际法是规范国家之间的法律，关于个人在国际法上主体性的问题，个人以自身的名义可以主张权利的国际上的程序只有在具备的情况下才获得肯定的见解，从来就是被宽泛地来认识的。可是，必须注意的是，这里所说的“国际法主体性”的意思、这样的见解，只是国际法承认个人权利被侵害的场合，被害人在国际裁判所等机关可以提诉的“国际法主体”的要件，以这样的国际水平上的权利救济程序的有无来判断“国际主体性”的话，与主权国家不同的个人通常当然会被否定的。可是，俘虏在国际习惯法以及海牙条约等国际法上的权利义务的享有的问题是明确地被承认的，这意味着作为个人在国际法上的主体的地位也可以被承认的。[②]

今天，包括日本，许多国家承认国际法在国内的效力。鉴于日本国内法院的解释、适用条约的实践，国际法上的个人的权利能力仅限于国际法上的程序存在为条件，应该说这是狭隘的见解。日本国际法学者山本草二认为对于国际法上的管辖权“未必是专属于国际法院或其他的国际机构的”，无论是哪个国家的国内法院，依据国内法对于国际法上的问题（例如，战争犯罪或集团杀害罪的刑事责任的追究）享有管辖权，并且，依据国际法行使管辖权的限制，可以视为分担国际管辖权的行使。[③]

---

① 奥田安弘、川岛真主编：《中国战后补偿共同研究》，明石书店，2000年出版，第85页。

② 广濑善男著：《俘虏的国际法上的地位》，日本评论社，1990年出版，第20—21页。Pictet, J., Humanitarian Law and the Protection of War Victims, 1975, pp. 22—23。转引自奥田安弘、川岛真主编：《中国战后补偿共同研究》，明石书店，2000年出版，第118页。

③ 山本草二著：《国际法（新版）》，有斐阁，1994年，第166页。

因此，这种情况下，即使在国内法院，也可以保证个人的国际法上的权利义务的实现与执行，满足个人的权利能力取得的条件。事实上，个人的国际法上的权利的实现，由各国共同担保，依赖于各国国内机关所规定的程序是很多的。①

三、海牙条约前后的国际法实践

（一）从捕获法院看个人的国际法上的权利与义务

关于海战，对私有财产的尊重，反映在对于敌国乃至中立国国民的船舶的海上捕获的程序方面。敌国私有船舶的拿捕必须经捕获法院确认，只有经捕获法院审判之后，船舶才可以最后被没收。这是广为人知的。

捕获法院始于中世纪末期，在中世纪时期，罗马帝国解体后，公海陷于无法律的状态。丹麦海盗船舶满布于北海和波罗的海，地中海中的航行经常受希腊和沙拉森海盗的威胁。因此，商船联结互保，并在一位特别选出的首领即所谓海军将官的领导之下，结为一支商船队航行。他们有时也派遣一队武装船舶去扫荡海盗，把他们赶出公海的某些部分。捕拿到的海盗船舶和货物，按照海军将官的决定分给拿捕者。在13世纪，欧洲海洋国家曾直接出面维持公海秩序。逐渐地，武装船舶必须携带某一海洋国家的元首所颁发的特许状或私掠船证书，他们的捕获品必须受颁给他们证书的国家官员控制。各海洋国家都设立了一个部门叫做海军部。海军部的官员对武装船舶及其捕获品实行控制，并于每一个案件发生时，查究拿捕者的权限以及拿捕的船舶和货物的国籍。在近代国际法成长起来后，公认的习惯规则是：于战时遇有公有船舶或私掠船拿捕到捕获品时，海上的交战国的海军部有义务设立一个或数个法院，以决定拿捕是否合法。这种法院称为拿捕法院。现在，所有海洋国家或是设有常设的捕获法院，或是于战争爆发时每次特别成立捕获法院②。在这些船舶载有战时禁制品可疑时被作为捕获对象的

---

① 山本草二著：《国际法（新版）》，有斐阁，1994年，第168页。

② 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷第二分册，商务印书馆，1981年出版，第19～20页。

情况下，交战国将捕获的船舶必须扣押至法院审判，否则不经过这个程序其财产不得破坏或没收。国际习惯法上也禁止捕获敌国沿岸渔船，一旦被违法捕获的情况下，该渔船的所有者个人，在敌国法院可以要求船舶的返还和损害赔偿(著名的判例 PAKKITO、HABANA 事件)。海战的法规惯例在 1908 年的伦敦宣言的第 64 条明确地成文："捕获法院对船舶和货物的拿捕判断其是否有效的情况下，或者未经审查鉴定释放了拿捕物权的情况下，利害关系人享有要求赔偿的权利。"①

捕获法院不是国际法院，而是国内法设立的法院。然而依照国际法，每一国家只能为其捕获法院制定符合于国际法的法律和条例。因此，一个国家可以不制定特别的条例，而直接命令其捕获法院使用国际法规则，并且，不言而喻地，在没有制定法律或没有颁发条例的情形下，捕获法院必须适用国际法。

近代国际法所确认的捕获法院的制度，其受理的对象是个人在战时的权利，尽管敌国和中立国国民所得到的结果有所不同，但是，捕获法院实质上适用的是国际法，这项制度调整的对象是个人。从这个意义上来说，个人的国际法上的权利在国内层面上的适用，是不需要个人以国际法主体性为前提条件的。

这项制度不仅历史悠久，而且为国际社会普遍所接受。例如，英国捕获法院的组织程序目前系由下列法律予以规定：1864 年海军捕获法、1894 年捕获法院法、1914 年捕获法院程序法、1915 年捕获法院法、1916 年海军捕获程序法、1918 年海军捕获法、1914 年和 1939 年捕获法院法规则。国际法学会曾在多次会议中研究了捕获问题，并将关于这个问题的规则订在 1913 年牛津会议所通过的"海战法规手册"第 100 条至 115 条中。②1938 年意大利的战争条例第 144 条明文规定，对敌国私有船舶可加以拿捕和判决没收。③

归纳捕获法院的制度可以得出这样的结论：(1)捕获法院是属于一

---

① 奥田安弘、川岛真主编：《中国战后补偿共同研究》，明石书店，2000 年出版，第 98 页。

②③ 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》下卷第二分册，商务印书馆，1981 年出版，第 19～21、5 页。

项国际法公认的制度;(2)捕获法院是允许个人在被捕获国所在地法院,依据国际法维护自身权益的制度;(3)违反捕获规则的捕获国家向受害者个人赔偿;(4)被捕获个人的国籍国不介入捕获法院的诉讼。

上述国际法中的捕获制度,说明早在海牙公约第3条制定前,战时国际法已经对主要是中立国个人(也包括敌国中尚未达到被捕获条件的国民)确立了个人权益。虽然当时国际法上没有对这类个人权益保护作出程序性保护的规定,但是,受害人可以依据国际法在捕获国依据国际法提诉则是不争的事实。虽然捕获法院审理和出诉的对象主要是中立国国民,但是这毕竟说明了个人可以依据国际法直接在各国的捕获法院中直接援引战时国际法,在战时国际法要求尊重和保护私权的立场来看,已经创立了允许个人可以在缔约国法院,直接援引战时国际法。

海牙条约第3条所保护的对象是所有的受到战争损害的个人的权益。因此,这些受到损害的个人,比照长期以来在国际社会中广泛存在的捕获法院制度,在加害国法院依据国际法要求加害国承担赔偿责任是理所当然的。

反对者的意见是海牙条约没有规定程序上实现个人实体权益的条款。可是,所谓程序性的规定无非是两类,一类是国际层面,另一类是国内层面的。在国际层面上,维护本国国民权益上,国家本来就享有公认的外交保护和司法交涉途径,因此,条约没有必要重复强调。另外,在当时的条件下,条约的缔约者毫无意思也不可能允许个人在国际层面上赋予其援引条约,直接在国际法院或其他类似国际层面的出诉权。在国内层面上,关于个人援引国际法上的权利,在缔约国出诉的程序问题,不宜明确规定,这是一个条约国内适用的问题。更何况在该条约签署前,个人依据战时国际法在各国国内实现个人实体权利已经十分普遍,因此,在海牙条约中没有必要将个人要求损害国赔偿的程序性问题作出规定。

(二)从判例看个人的国际法上的权利的实现

(1)雅典娜上诉法院的判决

希腊是1830年独立以来,在19、20世纪与周边国家之间占领和被占领的关系不断反复的国家,希腊受到作为习惯法的1907年海牙

条约的拘束(希腊批准了1899年的海牙条约,1907年的海牙条约没有批准)。该国法院对于习惯法的海牙条约的适用并没有踌躇,较为人知晓的事例是1912年希腊在占领土耳其伊庇鲁尔斯岛的期间对住民施行的课征行为,围绕这个审判,雅典娜上诉法院,根据"应当适用承认私有财产的不可侵的国际法的原则即海牙第4条约(指海牙条约)附属海牙规则第46条及第53条所体现的原则",并以此判定希腊政府败诉认可原告住民的诉求。特奈凯兹(Tenekides)认为希腊的法院承认"战争是国家之间的问题而不是个人之间的问题,并构成了对私有财产尊重是占领国的基本的义务",因此,除了国际法上被认为例外之外,任何征收或者是掠夺是被禁止的。①

东京地方法院在一份判决中表达了相反意见,认为:"此判决虽然援引海牙陆战法规第46条及第53条,但是把海牙陆战条约第3条作为请求权的根据,是否同意原告的请求还不明确。因此,不能断定,以此判决显示海牙陆战条约第3条的规定是承认个人的损害赔偿请求权的国家实施的判例。"其实这种认识是非常机械的,国内法院对原告所依据的海牙条约第46条和第53条的引用都予以支持,更何况海牙条约第3条"违反该规则(章程)规定的交战一方在有损害时,应负赔偿。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责"的规定。其实,希腊法院适用海牙条约第46条和第53条的行为本身就是落实海牙条约第3条的原则规定。这是显而易见的。

(2) 1952年4月9日的联邦德国行政上诉法院的判决

第二次世界大战后德国被英国占领的时期,英国占领军成员所导致的交通事故的受害者向联邦德国请求损害赔偿的案件中,联邦德国的明斯特行政上诉法院于1952年4月9日作出判决:"原告的损害赔偿的请求,不仅从国内公法而且也可以从国际法寻找出法律依据。根据1907年海牙陆战条约第3条,国家对属于国家的军队的所有人员犯下的所有行为'即违反法规的行为'承担责任",认可了原告的请求。

东京地方法院认为:"该判决并没有承认实施加害行为者所属英

① 奥田安弘、川岛真主编:《中国战后补偿共同研究》,明石书店,2000年出版,第94页。

国的国家损害赔偿责任，所以不能直接以此认定，海牙陆战条约第3条的规定是显示了承认个人的损害赔偿请求权的判例。”

笔者认为，第四海牙公约第3条显然规定了两项不同的规则：(1)违反海牙章程的交战国在必要时应付给赔偿；(2)交战国对构成它的武装部队一部分的人员所做一切行为应负责任。

从第(2)项规则来看，一个国家对其武装部队成员的国际侵权行为，只要此项行为不是它下令或授权而作的，只负转承责任；但是，该国于必要时仍须为这些行为付给赔偿。就该第3条规定交战国必须为其军队成员所造成损害付赔偿这一点而言，它秉承了传统国际法的规定。该条款明确的是军队构成人员所实施的违法行为由国家承担赔偿责任已经成为国际法的原则。在尊重和保护私权的前提下，之所以要国家承担转承责任，其中的一个原因无非是考虑到军方构成人员在损害他国国民时，被受害者往往难以知晓具体加害人员的姓名、年龄等诉讼要件，从而指控该军队或其组成人员。在这种情况下，由国家承担转承的法律责任是理所当然的。可是，当加害的军方或其构成人员能够及时地被法院判令执行承担法律责任的时候，国家就没有必要转承这份法律上的损害赔偿责任。本案虽然不由加害方的国家承担损害赔偿责任，但是作出赔偿的军方仍然具有代表着国家公权力的性质。此案已经显然地说明法院确认了受害人依据海牙条约第3条的规定支持了受害人个人的出诉权，从本质上看，这是一个私人在国际法上的权利通过国内层面获得实现的案例。

(3) 1997年11月5日德国波恩地方法院判决

第二次世界大战期间在强制收容所中被强制从事劳动的犹太人向德国政府请求支付工资，1997年11月5日德国波恩地方法院对这起案件作出了判决：“侵略者的责任，已经成为两次世界大战之间国际法的主要因素。在此基础上，杀害或奴役占领地的俘虏和一般市民是决不允许的，众所公认，这一原则也属于国际法的一般法规。此一般法规在与1907年10月18日的陆战法规惯例相关的海牙第4条约(海牙陆战条约)中充分体现出来。德意志帝国于1919年10月7日批准了海牙第4条约，所以必须遵守此法规。如果根据此条约的附属

法规(海牙陆战法规)第52条,占领地的市民的课役如果不是为了占领军的需要就不能被要求履行,市民参加对于母国的战争行为的义务也不能包含在内。在此基础上,根据第46条,市民的名誉、生命、信仰、宗教都应该得到尊重。因此,对于交战中的德意志帝国来说,犹太人的市民在军事工厂在以灭绝为目的非人性的条件下被强制性地劳动也应该禁止",法院支持了原告的请求。

东京法院认为:"该判决中,损害赔偿的直接根据是在国内法(民法典)中寻求的,把此案例认定为基于原告主张的国家判例并不妥当。"

东京法院的这种思考问题的认识方式是二元的,是任意地割裂了德国在国际法和国内法的统一。首先,波恩法院认定加害方行为的违反性来自于国际法(海牙条约)的判断为依据,这一点东京法院无法否定。虽然作出判决的德国法院直接援引了德国民法追究了加害方的损害赔偿责任,并不等于波恩的此项判决是脱离国际法的。判决还明确地表明:"德意志帝国于1919年10月7日批准了海牙第4条约,所以必须遵守此法规。"不仅如此,事实上德国《宪法》第25条规定:"国际法的一般规则构成联邦宪法的一部分,此等规则之效力在法律之上,并对其领土内居民直接发生权利义务。"因此,只有在德国民法典与国际法规则不相抵触时,波恩法院才有可能援引德国的民法典。波恩法院直接以德国民法典责成加害方的损害赔偿责任,并不等于否定受害者个人在德国法院援引海牙条约在德国的适用。波恩法院审理本案时以国际法判定加害方的违法性,并以国内民法判令加害方承担损害赔偿责任,正是体现了国际法在德国的有机适用,有效地处理了国际法和国内法的协调。从本质上看,波恩法院如果没有接受个人在德国法院直接主张个人的国际法上的权利,就不可能以国际法来判断加害方的违法性。因此,本案也是一例个人在国内层面主张个人国际法上权利的判例。

(4) 1997年10月30日,希腊伦巴底(音译)地方法院判决

在因占领希腊的德国军队实施的残虐行为而遭受迫害的希腊人,把德国作为被告向希腊的伦巴底地方法院提起诉讼的案件(但是,德国认为该诉讼损害了德国的国家主权,拒绝接受诉状并以此为理由拒绝应诉)中,该法院于1997年10月30日,在肯定了对于该诉讼的审

判管辖权的基础上认为，虽然希腊没有批准海牙陆战条约，但该条约的内容成为拘束希腊及德国国际习惯法的一部分，根据海牙陆战条约及海牙陆战法规特别是该条约第3条和该法规第46条，原告的请求是合法的，这些请求没有必要由主权国家提出，个人也可以提出。该判决认定了作为个人的原告的损害赔偿请求。

德国虽然拒绝接受诉状和应诉，但是本案还是进行了上述的判决，而且否定了关于主权国家在占领他国的行为中主权豁免的特权，但是，此判决是在承认了个人对于加害国直接的损害赔偿请求权后的判决，可以说，这是典型的符合战争受害者个人主张的国家判例。

以上所列举的各判决相当于国家判例。虽然不能十分断言，因为有了这些承认受害者个人对于加害国的直接的损害赔偿请求权的判决，就标志着个人程序性权利的国际习惯法业已产生。但是，结合捕获法院所实施的尊重私权并允许个人在捕获国援引国际法上个人权利的大量的司法实践，可以说，至少在战时国际法所保护的个人权利的这一点上，国际社会普遍是承认个人在缔约国援引国际法来维护私权权益的。在这种国际法实践的背景下，有理由认为制定海牙第3条规则的缔约者，当然地认为该条款所尊重和保护的个人权益是包含赋予个人有权利直接向加害国追究责任的国家间的承诺。关于这点还可以在海牙条约的其他条款中体现出来。

第二节

涉及私权益的国际人权公约在缔约国内的适用理论研究[①]

《维也纳条约法公约》规定条约是国际法主体之间签订的符合国

① 管建强：《论涉及私权益的国际人权公约在我国的适用》，载当代国际法论丛第四卷，王虎华、丁成耀、刘宁元主编，上海人民出版社，2004年出版。

际法的规定各自权利义务的书面文件。国际条约由主权国家所缔结，其目的在于在缔约国之间产生法律效力，彼此设立权利和义务。由于国际法主要只是国家之间的法律，因而条约通常只能对国家有效。从条约对缔约国国民的效力来看，在原则上，条约的效力只是与缔约国有关，而与它们的国民无关。虽然作为一般原则，这是正确的，但是战时国际法以及现代国际条约中涉及对个人权利与义务的内容越来越多。因此，条约在国内适用时，个人是否可以在缔约国中援引国际条约，缔约国的法官是否应当将国际条约作为国内法的渊源来作为审理案件的依据，便成为了一个值得在理论上研究的问题。

一、涉及私权的条约是否必须在国内适用的问题

广义的条约适用包含着两个层面，第一是国际层面的适用，第二是国内层面的适用。前者的适用主要是通过外交、政治途径进行谈判责成对方缔约国履行条约的义务，或者通过国际仲裁和国际法院的诉讼途径，来执行条约的内容。后者是条约是否可以在缔约国国内被法院所采用或被个人所引用的问题。

在国内的层面，值得思考的是国际条约是否必须在国内得以实施的问题。考虑到目前的一些讨论有时给人以错觉：条约效力只静态地停留在国际法层面，只在国际法上具有当然的适用性，而对国内而言，所有的条约都必须经过国内法的作用才能被适用。由此所得出的结论就是，在国内，条约不是应当被适用的，除非基于国内法的相应规定。

近代的国际法条约主要是调整国家公权力之间的权利与义务内容，虽然大多数国际条约的内容不直接涉及私权，但是战时国际法规却有大量的涉及个人权益的规定，并且还有一些战时国际法在缔约国中适用。现代国际法的内容伴随着国际社会生产力的提高，科技的发达，经济全球化所产生的环境问题、人权问题、知识产权问题、经济贸易问题，使得越来越多的国家在国际条约中注入了规范国家对私权利保护的责任。在国际法主体国家之间订立的上述涉及私权利问题的公约，虽然不能说个人（或法人）就是国际法的主体，但是，可以肯定的是，由于这类公约已经明确无疑地规定了缔约国的保护或限制个人的

权利与义务，因此，在某种意义上，这些国际条约已经规定了个人实体的权利和义务。

对于此类涉及私权益的国际条约，大多数仅仅规定了私权的实体权利而没有规定相应的程序上的权利。因此，一般而言，由于私人不是国际法的主体，所以在国际社会的层面上是无法直接依据国际条约主张权利和获得救济的。①如果要使得私权益能够真正全面地适用或履行，仅仅在国际层面是完全不够的，而必须在缔约国国内将该条约转化或纳入适用，否则的话，这类条约就不属于真正意义上的履行或适用。虽然我国权威学者们提出："国际法对这个问题没有确定的规则，而各国国内法又有不同的处理方法"；或是"国家在国内如何适用国际法，这是一国主权范围内的事，由国内法予以规定"。笔者以为，学者们所想表达的真实意思是国际法对具体适用方式没有规定，但条约必须得到适用是非常明确的。首先，"约定必须遵守"(pacta sunt servanda)是作为一项公认的国际法一般原则。条约经有效成立，即发生效力，具有强制力，这已是国际社会的共识。其次，1969 年《维也纳条约法公约》第 26 条明文规定"凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各国善意履行"。该公约第 27 条同时规定"一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约"。

有鉴于此，人们在讨论条约适用问题时，不宜过分强调"条约只在国际法层面上有效"，或是着眼于国际法层面与国内法层面的区分。这在理论与实践上都弊大于利。如前所述，生效的条约具有当然的法律拘束力，"有约必守"追求的是条约在当事国一体遵行的效果。如果一个国家的制定法缺少国际法认为国内法所应有的规则，法院应该推定这种规则已经为国内法所默示采用。可以推定，国家是不会故意使

① 个别的公约也规定了私权利者的程序上的权利。如，《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》和"解决投资争端国际中心"。在世界银行的积极倡导下，《公约》于 1965 年 3 月 18 日公布，并于 1966 年 10 月 14 日正式生效，现已有缔约国 138 个。《公约》基本上使来自于发达国家和发展中国家的双方当事人的意志得以调和。由于公约的实质是程序法，为了能真正解决投资争端，公约创设了"中心"，为各缔约国和其他缔约国国民之间的投资争端提供调解和仲裁两种解决投资争端方式。——笔者注

其国内法缺少这种规则的。例如，如果一个国家的国内法未制定法律给予外交使节以必要的特权，法院就应该推定这种特权已经默示给予。一个国家如果被指责作了国际侵权行为，就不能有效地以国内法有缺陷或国内法有与国际法相抵触的规则为辩护理由，这是自不待言的。国际常设法院 1932 年 2 月 4 日关于但泽境内波兰国民的待遇案的咨询意见中指出，一个国家不能援引本国宪法来对抗他国，借以逃避它依据国际法所应负的义务。①因此，涉及缔约国承诺保障私权益的条约，依据条约必须履行的原则，该条约的履行当然不能仅限于国际层面，而必须包含在国内层面的适用。

二、缔约国面临个人援引条约维护权益的问题

个人在缔约国中是否可以直接援引条约作为维护自身权益的法律上的依据，实质上也就是涉及条约在国内适用的问题。这里的个人主要是相对于国际法主体而言的自然人和法人。条约的适用从广义的角度而言，即包含在国际和国内的两个层面的适用。

一方面，条约可以由国家机关予以适用。例如，一个双边条约的当事国如果就条约的履行发生争议，双方可能把争议提交国际法院解决，从而国际法院就有权适用该条约的规定，予以判决。多边条约的情况下，又如联合国大会和安理会在执行职务时，也可能有适用条约规定的必要。而且《联合国宪章》本身也是条约，联合国的一切行动必须依循和适用宪章。

另一方面，在条约当事国国内，立法、司法、行政这三个部门，都有适用条约的义务。就立法机关来说，有些条约规定其当事国必须采取适当的立法措施以执行条约。例如，1929 年 7 月 27 日订于日内瓦的《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第 28 条规定："缔约各国政府，如其本国立法尚未完备，应采取或建议本国立法机关采取必要措施以经常制止下列事项（禁止使用对红十字或日内瓦十字

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》（上卷）第一分册，商务印书馆，1981 年出版，第 24～32 页。周鲠生著：《国际法》（上卷），商务印书馆，1976 年出版，第 31 页。

的标志的事项)。”

就司法机关来说,不论在审判民事、商事或刑事案件的过程中,都可能必须适用条约。例如,1983 年 8 月,韩国法院审判卓长仁等劫机犯时不得不适用 1970 年关于《制止非法劫持航空器的公约》。

就行政机关来说,例如,1982 年中国《商标法》第 9 条规定:“外国人或者外国企业在中国申请商标注册的,应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国际条约办理,或者按对等原则办理。”1995 年修订的《商标法实施细则》第 3 条规定:“商标国际注册,依照《商标国际注册马德里协定》办理。”因此,中国工商管理局在受理外国企业商标注册申请时,也须适用有关的国际条约的规定。

然而,上述所列举的条约在国内适用的情况,主要限于国家公权力为主体所实施的适用。尽管越来越多的国际法学者开始承认涉及私权的条约的适用包括着在国内层面的适用,但是,他们考虑条约在国内适用问题时的主体往往停留在以国家、政府为主体的立法、司法、行政的层面上,而较少地考虑从个人的权益上来适用条约的问题。

实际上,与维护个人权益直接有关联的,甚至是个人可以主动地援引条约为依据发起诉求的主要发生在司法系统。西方法律文献在论述条约的国内适用乃至整个条约法(国际法)的适用时,基本上都是以诉权和法院为坐标的。在现代法治社会和分权架构中,司法权是由法院通过解释和适用法律而行使的,无论私法救济(民事诉讼)还是公法救济(司法审查和刑事诉讼),法院在解释和适用法律上具有专属性和最终性,即法律解释和适用专属于法院,且法院的解释和裁决为最终的法律解释和裁决。

从国内的司法层面的角度来看,条约的国内适用也有着两层涵义:首先,条约的国内适用是指国内法院能否将条约作为可以直接适用的国内法律渊源。即,个人或者法人能否直接援引条约的具体规定在国内法院提起诉讼,寻求司法救济;其次,法院能否直接援引国际条约作为裁判依据。该两层含义是相辅相成的,因为私人如果不能依据国际条约享有诉权,也就无从发动诉讼程序,从而不存在法院裁判

适用问题。

随着国际法的发展，国际条约的内容中越来越多地包含了人道主义和维护人权的内容。在这类公约中日本已经参加的有：例如，1907年的海牙第四公约及《陆战法规和惯例公约》；1907年的海牙第五公约及《中立国和人民在陆战中的权利和义务公约》；1929年的《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》。此后在1949年又产生了一系列的人道主义法规。诸如，《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》、《关于战俘待遇的日内瓦公约》、《关于战时保护平民的日内瓦公约》。

在人权保护方面的公约日本国参加的有：《农业工人的集会结社权公约》、《男女同工同酬公约》、《关于难民地位的公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行的国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《残疾人职业康复和就业公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《联合国儿童权利公约》、《经济、社会及文化权利国际公约》、《公民及政治权利国际公约》、《国际劳工组织章程》等。

以上这些与个人权益有关联的国际条约，总的来说，主要是制约缔约国的。尽管国际社会历来认为条约是国家之间的行为，只对国家设定权利义务，但进入20世纪后，传统观念发生了变化，认为国家无需另外采取立法措施，可以缔结直接为本国国民设定权利义务的条约。在1928年3月3日但泽法院管辖权咨询意见中，常设国际法院指出条约规定能够直接给个人设定权利义务。此后，制定无需补充性立法措施，直接给国民设定权利义务的自动执行条约的规定均反映在几个欧洲国家宪法中，如法国、荷兰宪法等。①

劳特派特认为，从各国实践来看，可以得出这样的结论：除非我们自己陷于纯粹的诡辩，我们是不能接受那种认为国际法规则非经国内法明白采用就不能成为国内法一部分的见解的……国际法的义务归根到底是针对着个人的。在这个限度内，它还说明了为什么法律和道

① 柳炳华著：《国际法》（上卷），中国政法大学出版社，1995年出版，第160页。

德的一般原则必须也是国际法规则的根据。①

三、国际条约在国内适用的理论和方式

本文所论及的条约的适用，主要是指条约在缔约国司法系统的直接适用所面临的问题。当然，并不是每一个国际条约都可以被个人所援引，尤其是那些调整国家间政治、外交、经济方面的条约，其条约的内容并不直接涉及对个人的保护问题，因此，对于这类条约，通常个人在缔约国法院并没有援引其作为诉求依据的余地。本文所要探究的是那些直接规定了缔约国承担保障个人权益事项的条约是否当然赋予个人直接援引的权利问题。

尽管有些条约规定了缔约国承担保障个人权益内容的规定，但是，个人是否可以在缔约国内援引条约作为法律诉求依据，还涉及方方面面的限制。例如，如果缔约国国内的宪法没有规定条约在缔约国中的效力或法律地位，而且条约一旦与国内法发生冲突的情况下，缔约国法院的法官优先要服从的是宪法，而不是条约。届时产生的条约不能在缔约国履行的责任，也仅仅是缔约国在国际层面的法律责任，而不存在对个人的责任问题。因此，个人要直接援引条约在缔约国法院作为有效的提诉之理由，除了条约的内容本身涉及个人权益之外，在缔约国内还必须明确条约在缔约国中的效力和地位。

围绕条约在国内适用时所面临的效力问题，长期以来有着一元论、二元论和自然调整论的纷争。

（一）条约在国内适用的一般理论

有关条约在国内的适用问题实际上是一个国内法与国际法的关系问题。关于国际法与国内法关系的观点，最典型的是一元论和二元论。②一

---

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》（上卷）第一分册，商务印书馆，1981年出版，第24～32页。周鲠生著：《国际法》（上卷），商务印书馆，1976年出版，第29页。

② 各学派的详细论述见：阿·菲德罗斯著：《国际法》（上卷），商务印书馆，1981年出版，第140～153页。劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》（上卷）第一分册，商务印书馆，1981年出版，第24～32页。周鲠生著：《国际法》（上卷），商务印书馆，1976年出版，第16～27页。

元论主张条约为国内法源的组成部分，具有国内法效力，可以直接适用。而一元论中又有所谓国内法优先说和国际法优先说的不同。国内法优先说是主张国内法的效力比国际法高，一切要服从国内法。这种主张的依据无非是认为条约缔约的权力渊源来自于国家的宪法的授权，因此，条约的效力应该低于宪法的效力，这种说法实际上是否定了国际法在国内的效力，尤其是当国际法与国内法发生冲突的时候，国际法完全有可能会被国内法否定其法律效力，而徒有其名。国际法优先说是主张国际法的效力高于国内法，所有的国内法都要服从国际法。这种说法的理由是依据条约必须履行的这一国际强行法的概念引申出来的。可是，并不是每一项条约都是由缔约国最高权力机关所制定的，条约缔结的主体可能发生在政府之间，而宪法是国家内部最高的权力机关所制定的，以条约来否定国内法就可能以下位权力机构的法律来否定上位权力机构的法律。因此，这个说法也有瑕疵，因为这么一来就等于否定国家的主权，从而使得一个国家可以借口国际法干涉别的国家的内政。可见，一元论的两种说法都是片面的。

二元论主张国际法与国内法为相互独立的法律领域，国际法不能在国内直接适用。二元论属于一种平行说，认为国际法和国内法的关系不是一种从属关系，而是一种平行关系。它们基础不同，性质不同，各有自己的适用范围，分别形成两种独立的法律体系。二元论似乎是现代国际法学界的主流观点。较有权威的观点，如劳特派特修订的《奥本海国际法》就指出“本书作者极同意这种见解”。虽然二元论还有不完善之处，但总的来说，它关于国际法和国内法的重大区别的观点是比较接近客观现实的。正因为如此，许多从事司法实践的法官，特别是某些国际法院法官主要是基于国际法与国内法在法律渊源和使用范围方面的区别，也支持二元论的观点。①

超脱这些理论之上的是“自然调整论”，中国学者周鲠生指出：“国际法按其实质来看，不应有谁属优先的问题，也不能说彼此对立的。

---

① 余先予主编：《国际法律大词典》，湖南出版社，1992年出版，第9页。

以法律和政策一致性的观点来看，只要国家自己认真履行国际义务，国际法和国内法的关系总是可以自然调整的。”①国际法与国内法无论在主体、调整对象、法律渊源、效力根据、实施等方面考察都不相同，所以两者是不同的法律体系是毫无疑问的。并且，由于国家是国内法的制定者，又是国际法的制定者，所以国际法与国内法两者彼此之间有着密切的联系，互相渗透、互相补充，这也是我国法学界的一般看法，在全世界范围内这也是占优势的观点。②因此，国家在制定国内法时应考虑国际法的要求，在参与制定国际法时也要顾及国内法的规定。这样使二者相互渗透，相互补充，一般是不会发生冲突的，或即使发生冲突，一般也是可以调整的。至于具体以何种方式来保证条约在国内的适用或调整条约与国内法的关系，这属于各国国内法予以规定的事项范围。

不过也有学者认为，③“自然调整论”看似全面，实则回避了国际法与国内法关系的实质，即“国家如何在国内执行国际法的问题，也是国家履行依国际法承担义务的问题”。④如果缺少一种保证国家履行国际法义务的法律机制，作为国家意志反映的国内法又何以能与国际法自然而然地协调起来呢？进一步论之，它势必会滑向自愿义务论的误区。正如哈特所言：“确有必要……斟酌那些因‘自愿主义论者’而知名的国际法理论和那些‘自律’论。这些理论把所有的国际义务都看成是自我施加的义务，就像由承诺所产生的义务一样。……此类理论实际上是政治学中的社会契约论在国际法中的仿制品。”⑤

不难看出，国际条约在国内适用时所面临的各种理论，虽然各自不无一定的道理，但是均反映了没有一种理论是无懈可击的。考虑到国际法与国内法无论在主体、调整对象、法律渊源、效力根据、实施等方面考察都不相同，所以若要将两者不同的法律体系有机地

---

①④ 周鲠生著：《国际法》(上卷)，商务印书馆，1976年出版，第20页。

② 王铁崖主编：《国际法引论》，北京大学出版社，1998年出版。

③ 李龙、汪习根：《国际法与国内法关系的法理学思考》，载《现代法学》2001年第一期。

⑤ 哈特著：《法律的概念》，中国大百科全书出版社，1996年出版，第219～220页。转引自李龙、汪习根：《国际法与国内法关系的法理学思考》，载《现代法学》2001年第一期。

联系、糅合在一起，就必须由国内法的制定者，同时又是国际法的制定者在反映主权者意志的宪法中明确国际法和国内法的效力和地位关系。当然从国内法的角度而言，国家是否必须在宪法中明确国际法和国内法的关系，这是一个主权国家内部的事务，至今尚无国际公约规定缔约国必须在各自的宪法中明确这两者关系。不过，如果缔约国不能在国家的宪法中明确两者关系（并且既不对条约采取纳入的方式也不对条约采取转化的方式）而导致条约不能在国内层面履行的情况下，缔约国将可能承担国际关系上的违约责任，这是不言自明的。

（二）个人在缔约国内直接适用条约的主张

关于个人在缔约国内并非以国际法主体的资格，而直接援引涉及私人权益的国际条约的理论，尚未被学者特别强调过。大多数学者在论及条约的国内适用时，也许认为一旦缔约国在国内适用了条约，就当然地包括了个人可以在司法机构的援引和适用。其实，这种想法与实际情况有着很大的距离。首先，条约在国内的适用，既有直接的适用也有间接的适用，作为缔约国而言，无论选择哪种适用方式，其行为似乎可称得上履行了条约。可是在缔约国间接适用条约的情况下，个人实际并没有享有直接来自条约上的权益。其次，缔约国只要在宪法性文件中没有规定条约的国内地位和效力，那么个人即使可以直接援引条约为依据，但是一旦条约与宪法发生冲突时，个人的条约上的权益是难以实现的。此外，国家在国内无论依据一元论、二元论或是自然调整论对条约进行适用都是与本文所述的个人在缔约国国内享有援引条约的理论是完全不同的思维逻辑模式。笔者认为个人在缔约国国内享有直接援引条约的依据来自条约本身，即来自缔约国明示的承诺。当然个人不是对所有的条约都享有这样的权利，而是仅指缔约国缔结的涉及与私人有关的权利义务的条约。考虑到这种见解可能为学者视为标新立异之说，且该观点尚有待于进一步的探究和完善，故笔者无意将这种观点与学说理论挂靠，仅以主张以示世人。其主张理由如下：

通常条约不拘束第三国，条约的效力基于缔约国对其效力的自愿接受。因而，条约未经第三国同意，对该国不产生拘束力。这是一项古老的、公认的国际法原则，长期以来获得了各国的普遍采用。这一原则也被《维也纳条约法公约》第 34 条所肯定。不过，条约不拘束第三国原则也没有被绝对化。该公约第 35 条规定，如果条约当事国有意在条约中确立一项义务，这种义务又经第三国书面明示接受，则该第三国可对此负有义务。该公约第 36 条又进一步规定，如果条约当事国有意通过条约给予第三国以权利，而该第三国表示同意，或无相反之表示可推定其同意，第三国即可享有这一权利。个人虽然不是国际法主体的国家，但是国家之间缔结的涉及个人权利义务的条约，在一定条件下，个人与第三国地位有着可比性。这里的一定条件是指由于缔结条约的国家权力主体和制定宪法的权力主体未必总是一致的。例如，中国宪法的制定和修改的权力主体是全国人民代表大会，而条约的缔结和批准是国务院和全国人大常委会。这前后权力机构的权限在中国是有差别的。

又如，在日本宪法的修改除了参众两院总议员的三分之二以上的赞成之外，还必须经由国民公议，和获得国民的投票赞成或者国会规定的选举之际进行投票，并且获得过半数以上的赞成。而条约虽然必须经过日本国会的批准，但是相对而言在程序和表决的主体与通过的人数要求方面都与前者不同而且简单。按照卢梭的社会契约理论来看，国家的最高意志表现在一个国家的宪法之中，而条约则是国际社会中的另一类主体之间的契约，因此，国际条约本身应该只对国家产生拘束力而已。

随着时代的进步和发展，国家之间已经订立了越来越多的涉及私人权利义务的由国家承诺履行的条约。这类涉及具有私人权利义务内容的条约，在许多情形下，我们没有理由认为它是出自一个与制定宪法同样的社会共同体。既然条约的缔结与制定宪法（国内最高权力意志）的主体不同，在这种条件下，关于条约对个人权利义务的规定，有理由视为这是对第三者确立一项义务或给予权利。

条约不拘束第三国本身来自“罗马法”中的“约定对第三者既无

损，也无益”(Pacta tertiis nec nocent nec prosunt)的原则。[①]因此，《维也纳条约法公约》中以这一原则所演绎出的条约对第三国施以义务或赋予权利的规则也同样适用于此。换言之，原则上来说，条约对缔约国国民(第三者)施以义务的情况下，应当由第三者的权力机构予以明示地接受方为有效。在英国，为了防止行政权力在得不到国会同意下通过缔结条约代替国会立法，以加重人民的义务，英国判例法要求这类超越英王权限的、增加英国财政义务等条约即使已经批准，仍必须经国会将条约的内容制定为法律，英国法院才能适用。[②]英国的这一条约的国内适用程序，恰恰反映了契约对第三者施加义务时需要第三者明示接受为必要条件的观念。按照契约对第三者施以义务或给予权利的处理模式，缔约方承诺给予第三者权利时，第三者无须书面的明示同意，第三者只要善意提出诉求，缔约方就有义务履行承诺。因此，个人在缔约国缔结赋予私人权利后，虽然不能作为国际法的主体在国际社会层面上直接要求缔约国履行义务，但是这并不妨碍个人在国内法的层面上要求缔约国履行义务。总之，缔约国一旦缔结了明确的赋予私人权益的国际条约后，个人就享有权利在缔约国国内要求适用。不过这一实体上的权利若要避免和缔约国国内法发生冲突，还必须通过某种国家行为明确条约在国内的效力为妥。没有这个程序性的规定，个人在缔约国内恐怕难以有效地通过援引国际条约来实现个人在国际法上的权益。

不过，缔约国在宪法中不明确条约在国内法的效力并不等于个人不能援引这类条约。国际法没有如何在国内适用的具体规定，仅表明在具体适用方式的选择上，各当事国具有自主权，而不是拥有可以不适用或不履行的权利。如果一国不行使其适用方式选择权的话，应当视为其权利的放弃。那么，从理论上来说，条约当可直接适用；或者说，条约直接适用便具备了一定程度的可能性，至少某些条约规则是可以被直接适用的。

---

① 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社，1995年出版，第298页。

② 李浩培著：《条约法概论》，法律出版社，2003年出版，第315页。

至于国内法院或其他适用主体在处理法律事务时，适用国内法而不执行条约的状况问题，从表象上看，由于最终承担法律责任的主体是国家而不是该主体本身，这确实存在着条约在国内未予适用的事实，但其结果是以国家承担国际法律责任为代价的。从法律的本质上看，违法行为受到追究，条约的法律功能就得到了实现，即条约得到了适用。

（三）国际条约在国内适用的方式

根据国际法原理，国家应受自愿承担的条约义务的拘束，于是国家就有义务使它的国内法符合其承担的条约义务，然而，在对待国际条约在国内的适用问题上，各国的实践和理论上都存在不同做法和立场。虽然1969年《维也纳条约法公约》第26条明确规定："凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行"，但该公约及其他相关国际公约对各国如何在国内履行条约义务都没有具体规定，使得执行条约的国内程序仍然有待各国自行决定，所以致使各国的实践呈现出多种形态，极为复杂。不过，若将各国对待国际条约在国内适用的方式进行归纳，无外乎转化与纳入两大类，在纳入方式下又引申出自动执行条约和非自动执行条约。

转化，是指国际法的原则、规则和制度由于国内法律行为而纳入到国内法体系中，成为国内法律。一般的做法是将一个国际条约通过国内立法机关以一定的立法程序加以"内国化"，从而构成一项新的"内国立法"。典型的是英国和意大利。根据英国宪法的规定，缔结或批准条约是英王的特权，国会却拥有立法的垄断权。因此，一项条约即使有英王缔结和批准从而构成其对英国国际法上的拘束力，但在未经国会批准之前却不能产生其国内效力。再如意大利，按照意大利1948年宪法第80条的规定，条约在意大利国内的效力，有赖于将条约规定纳入意大利法律的立法或行政行为。如果条约引起意大利法律的变动，通常就需要有法律授权批准。意大利和英国采取这种转化的理由并不相同，前者是受到二元论的影响，而后者是为了巩固国会的立法权和保障人民的利益。

条约通过转化后的国内法，对于国内的法官和个人而言此时援引、适用的法律已经不是国际条约而是国内法，个人当然有权援引转化后的法规。缔约国的这一选择转化适用国际条约的方式无须作为本文研究的对象。

采纳，是指对一国生效的条约无需国内立法机关的相应“内国立法”，而直接对该国产生拘束力。典型的是美国和西班牙。美国宪法第 6 条第 2 款规定：“在美国权力下缔结的一切条约，与美国宪法和根据该宪法制定的法律一样，都是美国的最高法律，即使任何州的宪法或法律与之相抵触，每一个州的法官仍受其约束。”1978 年的《西班牙宪法》第 96 条第 1 款规定：“国际上有效缔结的条约自在西班牙公布之时起，成为国内法的组成部分。”①

类似在宪法中对国际条约在国内的效力问题做出明确规定的较为普遍。如法国宪法第 55 条规定：“经过合法批准或核准的条约或协定，在公布后，具有法律的权威，但以缔约他方实施该条约或协定为条件。”而日本宪法第 98 条规定：“凡日本国家所缔结的条约及已经确定的国际法应诚实遵守。”荷兰 1983 年宪法规定条约不仅优于一般国内法，而且也优于宪法。大韩民国宪法第 5 条第 1 款规定：“按照本宪法正式批准或公布的条约和公认的国际法规则应与大韩民国的国内法具有同样的效力。”②

如上所述，各国在接受国际条约的规定时，会根据条约的性质、内容及本国的具体情况来决定采用转化还是纳入的方法，也有一些国家采取必须把条约转化为国内法才能实施的制度。如果采用转化的方式，国际条约的规定就成为了国内法的内容，法院在审理案件时适用这些规定实际上是在适用国内法，对此无需深究。问题是，如果采用纳入方式，由于国际条约的国际法性质并无改变，形式也不是国内法的形式，那么私人是否可以直接援引该条约的规定在国内法院主张权利呢？这就给理论界和各国实践提出了问题，于是自动执行的条约和非自动执行的条约的划分由此而生。

---

①② 李浩培著：《条约法概论》，法律出版社，2003 年出版，第 317、318 页。

自动执行的条约(self-executive treaty,简称自执行条约),是指条约经国内接受后,无须再用国内立法予以补充规定,即应由国内司法或行政机关予以适用的那类条约。非自动执行的条约(none self-executive treaty,简称非自执行条约),是指条约经国内接受后,尚须再用国内立法予以补充规定,才能由国内司法或行政机关予以适用的那类条约。这两个概念由美国始创,后来其影响波及其他国家。

国际条约被接受为国内法后,个人是否可以直接享受条约赋予的权利并要求国内法院适用,这就是条约的直接效力问题。按照各国的实践,通常把条约分为自动执行的条约和非自动执行的条约两种。李浩培先生认为,非自动执行条约必须加以补充立法才能由国内机关执行的概念,与条约必须转变为国内法才能由国内机关执行的概念,是两个不同的概念。之所以要经过这样的步骤,是因为:第一,有的国际条约本身有这样的规定;第二,有的条约的效力在原则上只涉及缔约方政府本身,如果要将其效力扩展到自然人或法人,必须通过相应的补充性立法;第三,有的条约规定过于笼统,所以需要补充性立法;第四,有的条约不是用本国文字缔结的,所以需要译成本国文字,并以法律的形式予以公布。[①]换言之,除了上述四种非自动执行条约必须转变为国内法才能适用以外,其他的具备直接自动执行条约,在理论或技术上是无须国内法的转化而可以直接在国内适用的。

大体而言,在缔约国规定了条约在国内的地位和效力后,只要条约具备直接适用性的话,缔约国的司法机构以及个人就可以援引条约。实践中许多国家通过宪法或其他宪法性法律来明确国际法在国内的地位,此时涉及个人权利义务的、具备直接适用的条约即使缔约国没有转化,缔约国也有直接适用的义务。因此,通常个人在缔约国法院援引这类国际条约的话,一般不会成为问题。当然,如果缔约国在宪法不明确条约的地位和效力,那么个人的援引就可能遭到拒绝,然而对于日本国而言却不存在这个问题。

---

① 李浩培著:《条约法概论》,法律出版社,2003年出版,第319页。

第三节

个人在日本援引条约的问题

一、从海牙条约的规定看个人的国际法上的权利

关于个人损害赔偿请求权，有必要检讨作为最重要根据的海牙法规。对占领地内的敌国国民的私权的尊重，自古代就确立了战时国际法的规则。1899年的海牙陆战条约以及修改该规则的1907年的海牙陆战条约([关于陆战法规惯例的条约]以及附属书海牙陆战规则，以下简称海牙条约)，这是对作为习惯法的已经存在的规则的法典化。这是战时国际法的核心。该条约于1912年对日本发生效力。至第二次世界大战为止这个规则应当看成已经成为国际法中的习惯法。

海牙条约附属规则全部为56个条款，第42条以下规定的是对占领地的军权力的规定。关于对私权尊重的规定，首先，第46条规定"家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产以及宗教信仰和活动，应受到尊重。私有财产不得没收"。掠夺被严厉地禁止(第47条)，以传递消息、客运或货运的一切设施、军火储藏以及一般地即使为私人所有的各种军火，亦得予以扣押，但媾和后必须归还并给予赔偿(第53条第2款)。另外，占领军可以因占领的需要对住民征收实物和劳务，对实物的供给应尽可能用现金偿付，否则须出具收据，欠款应尽速付还(第52条)。

海牙条约第3条还规定："违反该规则(章程)规定的交战一方在有损害时，应负赔偿。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责。"军队构成人员所实施的违法行为由国家承担国际责任已经成为国际法的原则。该海牙条约第3条没有将构成人员的资格、过失的存在等作为要件，规定了交战当事国对于军队构成人员的"一切行为"负有无条件的责任，构成人员所有行为的责任均由国家承担。

然而，日本军对中国人的强掳、强制劳动、"慰安妇"的征集和奴役等行为，明显地违反了海牙规则第46条和第52条。根据海牙条约第3条的规定日本的损害赔偿责任因而产生。问题是应该对谁要求赔

偿，第3条并没有明确记载。在日本法院受理的对日民间索偿诉讼的案件中，日本国的主张不用说，强调个人的权利没有被认定的余地。在此，对包含海牙条约交战法规的性质以及交战法规上的个人的权利进行必要的研究。

首先，关于海牙条约作为交战法规的一部分的性质，其确认了以下的问题。

战时国际法乃至交战法规本来在承认个人权利义务的点上，与国际法其他领域相比较是具有特殊性质的法律体系。其中，关于陆战、在敌国占领时尊重住民的私权，18世纪，在欧美各国自由主义经济的发展和启蒙思想登场的背景下，非常早地就确立了国际法的规则。

这个过程日本学者竹本正幸也有过详细的研究。敌国内的私有财产的尊重最初被两国之间明文规定的是1785年的美国与普鲁士王国之间的条约。①并且，成为战时尊重私权财产原则的有力的理论根据，即“战争不是人与人之间的关系，而是国家与国家之间的关系”，“正确的君主，在敌国，对公有财产悉数没收，但是尊重个人的生命和财产”，这是启蒙思想家卢梭的学说，不仅如此，法国立法会议宣言：“法国国民无论何时，无论对谁，尊重万人同一的权利，另外，对于法国军占领地的人民蒙遭不意的损害，给予赔偿。”此后，战时方面基本承袭了这样的理念。

19世纪，私有财产的尊重，经过1880年的国际法协会牛津手册等明文化，作为战时国际法的一般原则，确立了习惯法。在海牙条约陆战法规法典化之际，采用了卢梭的思考方式的大陆的大多数国际法学者的通说，成为强大的理论根据。在1907年的海牙条约附属规则中，对于占领地的军权力方面的约束和尊重私权的相关重要规定的实质部分已经早在1899年的海牙陆战条约中被包含。

海牙条约的原则，18世纪末至19世纪初以来，被国际社会主要国家普遍广泛接受。日本自身也不例外，19世纪后半期日本实施开国政策并加入和走向了国际社会，这种情况下，当然接受了包含对于

① 竹本正幸著：《国际人道主义法的再确认与发展》，东信堂，1996年出版，第39～40页。

私权尊重原则的战时国际法。特别是，开国后的19世纪后半期至20世纪，意欲与所谓文明国家的欧美列强为伍的日本，是将战时国际法的严格遵守作为一项宗旨的时期，日清战争时期日本帝国海军学校教授、海军将官的法律顾问高桥作卫博士，在英文著作《Cases of International Law during the chino-Japanese War(日清战争中的国际法事例)》(1899年)中，记述了日本国在日清战争期间，受欧洲各国的影响，在被占领地征用方面有过遵守私权的历史。例如，日本在辽东半岛登陆后不久，颁布了征用规则"敌国内和平的住民，侵攻军为维持或促进军事能力而必须征役时，对于被征役的个人必须给予正当的补偿"。①历史上的日本侵略军作出这种符合战时国际法的规定，一方面可以在国际社会标榜自身是文明国家的一员，同时也是对被占领地住民的一种怀柔和笼络的政策。可是在日本军国主义全面侵略中国期间，却频繁地发生了残暴和严重违反国际法的非人道的罪行。从根本上来说，日本国还是走上了一条无视和挑战国际法的歧途。

东京地方法院认为②："没有确凿的足以让交战法规承认私人国际法主体性的证据。现在成为问题的海牙陆战条约及海牙陆战条例中，丝毫不存在暗示个人对于加害国家拥有直接要求赔偿损害的权利的规定等。所以，原告们的上述要求没有理由。原告们认为，海牙陆战条例第52条、第53条中，授予了被扣押者个人要求归还及损害赔偿金的权利。的确，该条例的第52条第3项要求占领军对作为被征用方的居民等尽量用现金支付。但是，当占领军不支付金钱时，国际法方面并没有为居民要求其救济设立手段。并且，由于在该条例的第53条第2项的附加条款中写着在恢复和平时'决定'归还和赔偿，所以该项条款看作是打算在恢复和平后，通过国家间的交涉决定归还和

---

① Takahashi, S., Cases of International Law during the chino-Japanese War, 1899, p, 158。转引自奥田安弘、川岛真主编：《中国战后补偿共同研究》，明石书店，2000年出版，第95页。

② 源自东京地方法院对731细菌战受害者诉讼的判决书。该判决书未在【登载判例集】登载，但是，日本最高法院网站 http://courtdomino2.courts.go.jp/home.nsf 的"下级裁判主要情报"登载了判决书，另，"731部队细菌战国家赔偿请求诉讼"的网站 http://www.anti731saikinsen.net/也全文登载了判决书。——笔者注

赔偿是合理的。因此，这些规定解释成通过国家间（的交涉）就该条款所说的行为达成协议是妥当的。所以，把这些规定理解为承认个人对对方国家可以直接提什么要求是不行的”。

个人不是国际法的主体这样的判断固然讲得通，但是个人不是国际法的主体就必然导致不能援引国际法的结论，这在逻辑上来说是十分不周延的判断。至于所谓“现在成为问题的海牙陆战条约及海牙陆战条例中，丝毫不存在暗示个人对于加害国家拥有直接要求赔偿损害的权利的规定等。所以，原告们的上述要求没有理由”以及“由于在该条例的第53条第2项的附加条款中写着在恢复和平时‘决定’归还和赔偿，所以该项条款看作是打算在恢复和平后，通过国家间的交涉决定归还和赔偿是合理的。因此，这些规定解释成通过国家间（的交涉）就该条款所说的行为达成协议是妥当的”的判断，分明是一种苍白和肆意的解释。

上述海牙条约第46条的尊重私权，47条的禁止掠夺私产，52条征收的劳务和实物尽速偿还，53条2款的私人拥有的军火扣押后，在媾和后必须归还和赔偿，以及日清战争期间日方的规定，除了第53条第2款的规定为媾和后再行归还和赔偿外，其他条款均肯定军方有义务直接向受害个人承担归还和保证尊重私权的义务。即使是52条第2款的规定也可以看出，这既是一项在时间上对受害人主张权利的限制，又是一项肯定个人可以直接向加害方索赔的权利依据。结合海牙条约第3条的“违反该规则（章程）规定的交战一方在有损害时，应负赔偿。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责”的规定来看，如果说战时个人的权利都必须由国家代为主张的话，那么，就没有任何必要在第52条规定“征收的劳务和实物尽速偿还”，也没有任何必要在第53条第2款中区分战时和媾和的两个阶段。因为，通常来说，国家之间关于战争的赔款或者代国民主张的损害赔偿只能发生在媾和之际或媾和以后，由此可以推导出，上述海牙条约的规定缔约国必须尊重私权的规定，分明是缔约国承诺个人可以直接向加害方主张损害赔偿的约定。

至于所谓“该条例的第52条第3项要求对作为被征用方的居民

等尽量用现金支付。但是，当占领军不支付金钱时，国际法方面并没有为居民要求其救济设立手段……所以，把这些规定理解为承认个人对对方国家可以直接提什么要求是不行的”的假设，作者以为，占领军拒不支付金钱时，其行为违反战时国际法，即违反战争法，一旦军方责任者落入另一交战方，该交战方可依据战争法对其依法审判追究其战争法上的责任。此外，在缔结和约时，受害国可以代为国民依据海牙条约要求加害国赔偿。同时必须说明的是，尽管占领军不支付金钱，但是受害者始终享有海牙条约的规定直接向加害方要求承担损害赔偿的法律责任，这项权利并受后续救济手段设立的影响。

二、 国际条约在日本的适用

《日本国宪法》第 98 条第 2 款规定：“凡日本国所缔结的条约及已确立的国际法规应诚实遵守。”按照这一规定，条约及已确立的国际法规在日本国内具有法律效力。虽然该规定并没有表明在直接适用国际条约的情况下国际条约和国内法的关系，但是一般认为在日本条约的地位高于法律，而低于宪法。[①]这里的国际法规从广义的角度来看是包括了条约和国际习惯法，日本的宪法中以条约文字表述的条款有第 7 条、第 61 条、第 73 条，而该宪法第 98 条第 2 款与上述表述不同，使用了国际法规的用词，因此，该国际法规理应包括条约和国际习惯法。从以上日本宪法的规定来看，涉及个人权益的具备直接适用的国际法中，除了条约还包括国际习惯法。

撇开国际习惯法不谈，在对日民间索偿诉讼的司法实践中即使是涉及个人权益的国际条约，日本法院往往强调：个人不是国际法的主体，尽管有关国际法条约规定了个人的权益，但是个人依然没有权利援引该条约作为法庭诉讼的理由。这样的观点在日本国法院处理各国的对日民间索赔判决中经常可以见到。例如中国民间战争受害者在起诉日本国在侵略中国期间违反条约的禁令，在中国战场上，实施了细菌战。受害人指控的法律依据是 1907 年海牙公约陆战规则，以

① 青山武宪著：《宪法》，启正社，1992 年出版，第 379 页。

及《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌战作战方法的议定书》。在海牙陆战规则的第 23 条规定:“除各专约规定禁止者外,特别禁止:使用毒物或有毒武器。”尤其是海牙陆战条约第 3 条规定:“违反上述法规的条项的交战当事者,有损害行为的时候也应该承担赔偿的责任。交战的当事者,对于军队组成人员的一切行为也要承担责任。”

海牙条约第 3 条的规定,对于违反战争法的国家责任、违法行为所导致的损害明确了金钱赔偿,也就是损害赔偿。①该条款规定了在国内法方面的侵权行为的责任,有权要求赔偿的主体,是国家还是个人的问题在战后赔偿的审判中成为了一个问题。可是,对照上述战时国际法中的尊重私权确立的原则,例外的扣押、征用情况下的赔偿和收据的交付等一系列存在的规则,本来该条的意图应当解释向侵权行为的受害者个人赔偿金钱的。

上述第 3 条“赔偿”的原文使用的法语词语是“indemnite”,英语译文使用的是“compensation”一词。英语的“compensation”主要是指对个人之间因侵权行为、违约行为而造成的损害的金钱赔偿的概念。没有用国家之间赔款的场合下的“reparations”一词。从以上所述的该条款的措辞也可明显看出海牙条约第 3 条规定的是受害者个人可以直接向加害国请求损害赔偿的权利。

第 3 条的文言为“赔偿(indemnite[法];compensation[英])”作为征用的第 53 条规则的通用语被使用,原则上来说,惟一有资格采取行动的应当为遭受损害的受害者,这是十分自然的思考方式。

尽管所谓第 3 条缺乏文字上直接明确赋予“对于个人”的赔偿权的表述,可是比较一下国内法的侵权行为的规定,就不难发现海牙条约第 3 条和国内法中的规定并无二致,法国民法第 1328 条规定“对他人造成损害的行为,对此负有赔偿义务”,继承法国民法的日本民法第 709 条也是与法国民法第 1328 条采取了同样的规定方式。这些民法上的规定,即使对于赔偿的权利方,没有直接明确地规定过,但是权利

① 入江启四郎著:《国际法上的赔偿补偿问题》,成文堂,1974 年出版,第 27 页。

方受害者是明确的(海牙条约的正文为法文)。①

另外,虽然海牙条约第3条没有明确规定一定的程序,可是很多国际法规范基本上是同样地对于具体的履行方式持沉默的。并且,国际的乃至国内的多样的手段可以实践国际法上的权利和义务,因此,关于这个问题的现实的处理方式是战争行为终结媾和条约缔结之际,由国家之间进行交涉处理。经当事国的合意,设置对于个人请求权的国际上的处理程序也是可能的,第一次世界大战后,德国等战败的盟国与协约国之间缔结了和平条约,德国等国在凡尔赛和约第八部分(赔款)规定,德国应赔偿第一次世界大战期间它和它的同盟国所造成的损失和损害。依照和约第231条的规定,德国自己并代替其同盟国接受"因德国及其同盟国用侵略办法将战争强加于协约及参战国政府而致使它们和它们的人民受到损失和损害的责任"。依据和约第232条规定,德国负责"赔偿在各协约及参战国对德国交战期间因海、陆、空侵略而对协约及参战国平民及其财产所造成的损害以及附件(一)所规定的一般损害"。该条约建立了一个称为"赔偿委员会"的盟国委员会,以便决定按照上述规定应行赔偿的数字,并监督赔偿的支付。②而且凡尔赛和约第297条规定,对于协约国的国民在战时中在敌国领土内各自所有的财产权利或利益受到损害的,其个人可向混合仲裁法院提起损害赔偿的诉讼以起诉旧敌国政府。这是战时受害的个人可以直接依据国际法的请求程序的事例。③实际上,凡尔赛和约的向协约国国民实施赔偿正是海牙条约第3条体现的损害赔偿的一般原则的实现的产物。

美利尼亚克(Merignhac)在1917年就撰文指出,个人在战时自行采取追究责任的程序非常困难,而国家在事后对于多数的个人请求实行一揽子的国家之间的交涉,这样做比个人自行追究责任的行为更具有效果并且能经济地处理赔偿问题。④国家之间在处理包括个人的损

---

①③④ 奥田安弘、川岛真主编:《中国战后补偿共同研究》,明石书店,2000年出版,第100、102、101页。

② 劳特派特修订,王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》下卷第二分册,商务印书馆,1981年出版,第103页。

害赔偿问题的情况下，国家通过行使外交保护权以达到解决问题的目的。可是，很多情况下，国家间的赔偿算定方面，主要的不是侵权行为为基础的损害的金额，而是战胜国因为战争的原因，对于遭受的所有损害采取统括的支付赔偿的形式，这样个人的救济实态就未必能获得十分的份额。虽然战后国家之间在缔结和约时可以就个人所受的损害进行交涉，从法律关系上来看，这是一项代位索偿的行为。因此，国家间的此项交涉权不等于可以湮没个人索赔的固有权利。

在实现个人对国家的请求权的程序中，最现实有效的请求方法之一是恢复和平以后向加害国法院起诉的方法。该方法之所以称为有效，是因为受害者个人可以根据被告国现行的司法救济程序，实现追究被告的损害赔偿请求权。此外，根据世界人权宣言第 8 条的规定："所有的人对于侵害宪法或法律赋予的基本权利的行为，有接受有权限的国内法院的有效救济的权利"，并且，《关于市民及政治权利的公约》第 2 条第 3 款所规定的：为使对权利受到侵害的个人的有效救济权作为国际规范，要求有效救济的人，不管是多少人，都可以要求由有权限的司法、行政或立法机关，或者由缔约国的法律制度所规定其他有权限的机关来决定。这一方法的有效性也被国际人权法所广泛承认。

正如以上所述，根据海牙条约第 3 条的受害者个人的损害赔偿请求权是可以在恢复和平以后，由受害者个人向加害国法院起诉，按照加害国的司法手续实现的。

2001 年 5 月 30 日德国议会通过了一项旨在向纳粹政权下强制劳动的被害者给予赔偿的"追忆与责任以及未来"基金。基金总额为 100 亿马克，受害者每人可获得 5 000 至 15 000 马克(约 26 万—79 万日元)的赔偿金。[①]虽然有此基金可供受害人以非法律诉讼途径解决损害赔偿问题，可是也有被害者认为基金赔偿的额度太少，故另行起诉。在纳粹占领下的法国傀儡政权，将 80 万法国人集中送至德国，主要是从事劳工。2002 年 2 月 5 日，法国巴黎近郊的冯特馁堡络劳动

① 《德国议会承认向纳粹强制劳动被害者支付补偿》，载《产经新闻》2001 年 5 月 31 日(夕刊)报道。

法院就法国男性诉讼德国战时的强制劳动一案，判令德国政府赔偿9.1万欧元(约1 000万日元)。虽然此后的巴黎劳动法院认定该判决"超越劳动裁定的权限"并否定了原判决，①但是该判决并没有否定个人的诉权。

战后中日两国或政府之间除了中国政府放弃了政府对日本的战争赔偿要求外，并没有就战争中民间的损害赔偿问题进行过直接的外交交涉，也没有任何协调解决这类问题的双边协定。显而易见，民间个人的这项诉讼权利既没有被代位求偿过也没有被任何其他外交处理方式所覆盖过，因此，中国民间战争受害者在日本要求日本政府依据国际法和其他相关法律承担法律责任的诉求是合乎法理的。

关于侵权行为人所造成的损害负有承担赔偿的责任，是所有文明化的社会中的核心的法律原则之一，国家就此项法律原则的适用是不可能避免的。日本法院在这类判决中一味地以个人不是国际法的主体作为否定个人援引国际法的依据，却没有正面回答条约的自动适用的问题，分明有着转移争议焦点的嫌疑。

事实上，在日本国内关于条约的适用方面，既有间接适用，也有直接适用条约。前者是将对于不是自动执行的条约则转化为国内法规定，以达到实施和适用国际条约的目的。例如，日本加入关于海上货物运输的《海牙规则》时，声明该规则并不适用于本国沿岸之间的合同关系，并制定了国内法，即《日本国际海上货物运输法》。②

在日本缔结的条约当中，有些是可以在国内直接适用的具有自动执行力(self-executiong)的条约，这些条约的适用不需要依赖国内法。例如，日本在缔结《华沙公约》和《海牙议定书》时并没有采取国内法的措施，而是以直接适用的方式来实施条约的规定。实际上1965年东京高等法院在处理日本航空案件时，以及最高法院在处理1976年的美国西北航空公司丢失钻石案件时，都直接适用了《华沙公约》。《海

① 《法国劳动裁判所判令德国政府对纳粹强制劳动受害者赔偿》，载《朝日新闻》2002年2月8日(夕刊)报道。

② 山田镣一著：《国际私法》，有斐阁，1995年出版，第6页。

牙议定书》实施后，1997 年东京地方法院在大韩航空飞机案件中也适用了该条约。①

关于自动执行条约的问题，日本国主张，条约规定的自动执行性乃至直接适用性的问题，为了条约规定直接全面地在法院适用，必须满足主观和客观上的要件。这里的主观要件也就是国家在条约制定的当时，有着条约可以在国内法院直接适用的意图。这个主张一直遭到批判，难以支持。条约的当事国，最为关心的是使条约在国内得以实现的结果，对实现的方式通常并不关心，条约直接可以适用的当事国的积极意思在条约中明示的表示基本上是没有的。关于条约直接在缔约国适用的可能性进行详细研究的学者岩泽雄司认为，关于条约直接适用的可能性，由当事国的意思决定的问题，大体上只不过是“完全虚拟假设的意思”，②条约起草时当事国的主观的意图作为要件是不贴切的。另外，作为客观的要件，日本国主张是私人权利义务被“明白、确定的、完全并详细”地规定。如此严格的条件是否必要是值得怀疑的。

相反，根据时任日本外务省综合外交政策局长谷内正太郎（现任日本内阁助理官房副长官）在 2001 年的《国际法外交杂志》中发表的《国际条约在日本的实施》中的总结，认为条约在日本直接适用应具备以下两项主要的条件：(1)条约的内容具有和国内法相同程度的具体性和明确性。在判断条约是否具有自动执行力时，条约内容对私人的实体权利义务关系是否做出了具体而明确的规定是重要的。(2)与国内法之间不存在矛盾等。③应该说谷内正太郎的观点是比较客观的。该要件中的“在判断条约是否具有自动执行力时，条约内容对私人的实体权利义务关系是否做出了具体而明确的规定是重要的”表述，仅仅实事求是地要求明确的对私人实体权利义务的规定而不是必须包

① 李旺：《国际条约在国内的效力及实施问题》，载张乃根主编：《当代国际法研究（论文集）》，上海人民出版社，2002 年出版，第 241 页。

② 岩泽雄司著：《条约的国内适用可能性》，有斐阁，1985 年出版，第 153 页。

③ 谷内正太郎：《国际条约在日本的实施》，载《国际法外交杂志》，2001 年，第 100 卷，第 1 号，第 4 页。

括程序上的规定。按照这样的标准来解释的话，海牙条约第3条在日本国司法机构的直接适用是不应成为问题的。

第二次世界大战后，个人的人权保障更为明显地为国际法所纳入，个人的国际法上的权利义务的实现方面，国内法院的作用更突出了其重要性。国际人权规约等、个人的权利观念明文为人权条约所承认，作为权利的持有者的个人——至少被动的国际法主体性已经被认可，不论国际法上的程序性规定的有无。总之，战时国际法、人道主义法规或人权条约的情况下，个人国际法上的实体的权利明确地得到承认，在国际层面的权利实现的程序即使没有完善和具备，依据各国的国内法体制在国内的层面可以追求其实现。例如，日本批准了市民及政治权利公约，日本对该公约没有保留地作为国内法的纳入的前提下，个人可以在日本的国内法院援用该公约谋求权利实现。在日本有许多判例是以该公约的规定为基础认定个人权利的，它显示了公约关于国际法上的个人权利在国内层面的实现担当了重要的作用。①

中国民间战争受害者的对日索偿诉讼正在日本法院审理，至今为止大多数日本法院均没有适用国际条约，个别法院虽然以国际法认定了日本国家战时侵权行为的违法性，可是在赔偿责任方面却拒绝直接适用国际法。这种二元地将国际法在日本国的适用方式，其本身也不无矛盾之处。

在以外交或国际司法的途径来解决争端，当然需要考虑到国际法的主体资格的问题。可是，战争受害者在加害国提起诉讼，性质上是按照诉讼管辖国的国民待遇所拥有的诉权而提起的。它不涉及需要考虑国际法的主体资格的问题，而是涉及国际法条约在国内适用的问题。对日民间索偿，是个人在日本的法院主张国际法上的权利以寻求损害赔偿，日本法院不应在学术上来纠缠个人的国际法的主体性，而应该从国际法的实体规范的解释、适用来回应这个问题。

实际上，如关于“慰安妇”问题，日本于1925年10月就加入了1910年5月4日制定的《关于禁止买卖妇女从事丑业的国际条约》，

① 奥田安弘、川岛真主编：《中国战后补偿共同研究》，明石书店，2000年出版，第88页。

对劝诱、诱引、拐骗未成年妇女，以欺诈、暴力、胁迫、滥用权利以及其他劝止手段劝诱、引诱、拐骗成年妇女从事性交易的人，日本政府负有惩罚的义务。日本政府于1932年11月加入了1930年制定的《关于强制劳动的公约》(ILO第29号条约)，禁止强制劳动。同样，日本国对这类侵权行为者负有惩罚的义务。

日本在加入限制战争手段和方法的海牙条约和国际人道主义法的日内瓦规则体系的日内瓦四公约后并没有制定国内法。在日本国没有将条约转化成国内法的情况下，直接适用这类涉及私权益的公约是理所当然的。对于日本国拒绝将条约在其国内适用并导致外国国民的司法救济，当然会产生国家责任的问题。通常解决此类问题的途径为，遭到司法拒绝的外国国民的国家可以行使外交保护权。当然这只是该国家的一项权利而不是义务，但是至少存有这样的一条解决问题的途径。关于外交保护的问题将在第八章第二节中做进一步阐述。

第七章

相关时效、除斥期间的适用

对日民间索偿诉讼以来，被告日本国（政府）和加害企业在应诉时向法庭提交的各种反论理由为大多数日本法院所支持，这些理由构成了民间对日索偿诉讼进行中的法律障碍，这些法律障碍的问题主要有前文所研究涉及的所谓“中国政府放弃的对日赔偿要求包含了民间的索赔权利”、“国家无答责”和“个人不是国际法上的主体因而不得主张国际法上的权利”等。平心而论，只要日本政府对侵略战争的责任没有深刻地反省和认识，有些人为设置的障碍就会被无限地夸大。此外，被夸大的其他法律障碍还有诸如：时效、除斥期间等引申出的问题。为此，有必要继续抽丝剥茧地研究日本政府的反论，依托事实和法理来辨析所谓的法律障碍。

第一节

诉讼时效、除斥期间适用的概述

外国人为原告在日本法院要求战争损害赔偿的诉讼，自20世纪90年代开始至今已过80起。虽然有部分的诉讼案件在一审或二审的判决中获胜，但是，按照日本三审终审制的程序规定，只要败诉的一方提出上诉（日语为控诉，指不服一审判决）和上告（不服二审判决），那么，诉讼就将继续进行。至今为止，除了花冈劳工诉讼案件在二审

阶段以和解结案外，[①]其他的诉讼案件都未审结。而且，由于无论是原告还是被告对于一审和二审的判决均提起控诉或上告，因此，即使一些案件在一审或二审中获胜，也不能说是最终的获胜。迄今，对于中国大陆民间战争受害者的诉讼，日本地方法院对中国大陆的民间战争受害者诉讼已经作出的判决有17起、日本高等法院判决的有7起、法官劝解成功的和解2起。所有中国大陆的民间战争受害者在日本已经起诉立案的有25起。[②]

综观这些判决的结果，九成以上的诉讼案件为日本地方法院判定败诉。这些诉讼所面临的障碍主要有"国家无答责"、国际法上个人权利的国内适用、时效、除斥期间、政府间已经放弃了民间对日的索赔权利等问题。在诸多的障碍问题上，日本地方法院只要选择上述一项法律障碍来维护被告利益，原告就无法获胜。在实践中大多数受理案件的日本地方法院，往往是甲法院否定"国家无答责"的同时又以消灭时效（或除斥期间）的理由驳回原告的诉讼请求；而乙法院否定消灭时效（或除斥期间）的同时又以"国家无答责"的理由驳回原告的诉讼请求。其结果是原告最终的诉讼请求被驳回。

在中国民间对日索偿诉讼的案件中，有些诉讼案件虽然法院认定了被告的侵权行为违反国际法，但是大多数情况下法院却以受害人原告已经超过了法定的诉讼时效为由驳回了原告的诉求。当然也有法院以时效的适用违背了"公平正义的原则"判令被告败诉的案例。为此，须就时效以及关联的问题作进一步的展开和研究。

一、时效、除斥期间的概念

时效是由法律规定的经过一定的期间就产生重大法律后果的一种制度。时效分为两种，取得时效和消灭时效。前者为权利取得，后者为权利消灭。

---

① 大江山劳工诉讼案件在二审阶段原告与被告之一的企业于2004年9月29日达成了和解，但是原告对同案的另一被告日本政府的诉讼依然还在进行。——笔者注

② 这是笔者所汇总的截止到2005年4月19日的统计数据。——笔者注

国家检察官对犯罪人的刑事追诉权也有一定的法定期限，通常成为公诉时效。民法上的诉讼时效从权利人角度来看，是指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求法院予以保护的权利，权利人丧失权益。从义务人角度来看，是指虽负有义务但没有履行并任由法定的期间经过则义务消灭，义务人获得权益。民法上的诉讼时效主要用于财产性质的请求权，如物权、债权和侵权导致的损害赔偿请求权等。在学术上对于这种制度的存在有着三种理由[①]：(1)法律关系的稳定性。这种观点认为，某种事实状态的持续，社会一般会认为这种事实状态是正确的、值得信赖的，在这种事实状态为基础之上会形成新的法律关系。一旦以真实的权利义务关系为基础，颠覆了这种新的法律关系，那么因为信赖事实状态而与之交易者将会蒙受损害。所以，人们重视事实状态在权利关系中作用，期盼社会秩序中的交易社会的稳定。(2)如果允许权利人很长时间之后再突然行使权利，就会使多年来已经相当稳定的社会关系必须进行调整，造成一定程度的混乱，因此有“权利上的睡眠者不值得保护”一说。(3)一个民事关系，经过多年，有关当事人会渐渐淡忘，证据也会渐渐湮灭，难以找寻。如果有关当事人突然又提起诉讼，法院就很难查清实情，因而很难作出正确的判决。由于以上三方面的理由，所以法律上规定，如果权利人不及时行使诉讼权利，就失去请求法院保护的权利，这样就可以促使权利人尽快地行使权利，防止不利的发生。

日本民法中的消灭时效是指所有权以外的所有的财产权因时效而消灭[②]。消灭时效的要件是权利不行使状态的持续，消灭时效的期间因权利的种类和发生原因的不同而长短期间多种多样。普通的债权在 10 年间权利不行使就导致消灭时效(日本民法第 167 条第 1 项)。其他的财产权 20 年不行使权利则消灭时效(日本民法第 167 条第 2 项)。其他的债权的不同种类有 5 年(商人间的债权普通为 5 年[日本商法第 522 条])，还有短期的 3 年(日本民法第 170 条)，2 年(日本民法第 172 条)，1 年(第 174 条)的消灭时效。

---

①② 五十岚清等著：《民法(1)总则，侵权行为》，有斐阁，1988 年出版，第 151、159 页。

从民事诉讼角度来看战后对日索偿诉讼中作为时效对象的原告请求权，从权利可能行使计算消灭时效（日本民法第166条第1款），因劳务所产生未偿付报酬的请求权，1年不行使而消灭（日本民法第174条第2款）。其实那种连契约也没有的被强制劳动，在法律上加害方为无因得利，原告可以要求被告国和加害企业返还不当得利，根据违反的债务不履行为理由的请求损害赔偿权为10年，日本民法第167条第1项规定："债权，因10年间不行使而消灭。"另外，从国家和企业的侵权行为责任来看，被害者知道损害和加害者起满3年则时效消灭，此外，侵权行为时起20年中的权利行使期间的限制（判例称为除斥期间）问题，日本民法第724条规定："对于侵权行为而产生的损害赔偿请求权，自受害人或其法人代理人知悉损害及加害人时起，3年间不行使时，因时效而消灭。自侵权行为时起，经过20年，亦同。"

从中国民间战争受害者的诉讼类别来看，大多数是属于侵权行为所产生的诉讼请求权，比较特殊的是被强制奴役的劳工，他们既有要求加害方返还不当得利的债权，也有对加害方因侵权行为导致的损害提出赔偿的诉讼请求权，这是复合的请求权，也属于日本民法中的请求权的竞合。不过，在消灭时效期间方面，侵权行为的责任为3年，契约责任为10年，另外，除了侵权行为的消灭时效为3年外，日本民法还规定了所谓的20年的"除斥期间"。

中国的学术界一般认为，除斥期间是指权利的法定存续期间。除斥期间之经过所发生的法律后果是权利的消灭。除斥期间与诉讼时效都是因为一定的事实状态持续一定时间而发生法律后果，但是二者的性质不同。除斥期间是权利的法定存续期间，期间经过后，权利本身消灭，而诉讼时效经过后，实体权利本身依然存在；除斥期间为不变期间，没有中止、中断、延长的问题，而诉讼时效为可变期间，可中止、中断、延长。①

在日本，事实上也没有任何法律明确规定过除斥期间，这个概念是

① 司法部律师资格考试委员会编审，刘家兴主编：《民事法学》，法律出版社，1998年出版，第86页。

学者的推理和日本的司法判例中才能见到的。一般日本学者对于除斥期间的理解和中国学者的看法基本相同。根据五十岚清等日本学者所著的《民法(1)总则,侵权行为》中的解释来看,他们认为除斥期间与消灭时效相似,不同之处是,除斥期间不承认中断,而且,即使当事人不援用,法院也必须判断(当事人不援用诉讼时效抗辩的话,日本法院不能判断),期间内权利不行使权利就消灭。法条在关于请求权的问题上,如果规定了短期和长期的时效期间(日本民法第724条,第884条,第1 042条),短期的为消灭时效,长期的为除斥期间的解释则是现在的多数说。①广义地来说,消灭时效也可以通指除斥期间的权利消灭。

二、关于消灭时效起算点的问题

根据日本民法总则中第166条第1项的规定:"消灭时效自权利得以行使时起进行。"而日本民法分则中第724条规定:"对于因侵权行为而产生的损害赔偿请求权,自受害人或其法定代理人知悉损害及加害人时起,3年间不行使时,因时效而消灭。自侵权行为时起,经过20年时,亦同。"以上的这些规定可以分别推导出三种时效的起点,第一是权利可以行使之际,第二是知悉损害及加害人时起算,第三是自侵权行为发生时起算。

事实上,第166条的规定被放置在日本民法总则第6章第3节消灭时效之中,而第724条是被放置日本民法分则债权篇中第5章侵权行为之中。在总则中的消灭时效一节中所列举的分类中不仅没有包含侵权行为所产生的债的时效问题,而且也没有区分短期时效和长期时效的问题。换言之,每一项所明确规定的消灭时效只有一个时效消灭期间,故有理由认为,该章节中既然没有涉及除斥期间的问题,那么总则中消灭时效一节中所涉及的劳务报酬的请求权、无因得利的返还权利是没有所谓的除斥期间(20年期间)限制的。而且这类诉讼请求权的消灭时效是以权利客观上可以行使为起点。

日本和加害企业强制奴役中国劳工的行为,由于无因获利故产生

---

① 五十岚清等著:《民法(1)总则,侵权行为》,有斐阁,1988年出版,第160页。

了对受害人的债务，同时由于行为本身系侵权行为，故导致对受害人的损害赔偿的债务。根据该总则中的第 167 条第 1 项规定的“债权，因 10 年间不行使而消灭”，比照那种连契约也没有的被强制劳动，在法律上加害方又系无因得利，中国受强制奴役的劳工可以要求日本国和加害企业返还不当得利。这种债的权利，如果不是权利人在权利上睡眠而是客观上一直有障碍的话，那么应该认为消灭时效的起算点就一直没有启动，权利人的诉讼权利依然享有。

另外，根据日本民法第 724 条的规定和学者的解释来看，在侵权行为产生债务的消灭时效的问题上，起点为知悉损害及加害人时起算，消灭时效为 3 年（前段）；在除斥期间的权利消灭的问题上，自侵权行为发生时起算，权利消灭为 20 年（后段）。在侵权行为产生债务的消灭时效的问题上，前段的规定，以受害人主观上是否知悉损害及加害人为要件开始计算起算点。在除斥期间方面仅规定自侵权行为发生起计算。

日本民法第 724 条属于日本民法第 3 篇债权中的侵权行为一章，第 724 条中没有规定起算点为客观上的“可以行使权利”开始，但是，在日本民法总则第 6 章的时效一节中规定“消灭时效自权利得以行使时起进行”（第 166 条第 1 项）。应该说总则中关于消灭时效的规定具有一般原则的性质，其效力应该可以涵盖日本民法的其他章节，包括涵盖第 724 条。因此，即使是侵权行为，受害人的消灭时效的起算点应该结合以下两个起算点来考虑的：（1）消灭时效自权利得以行使起进行（总则中时效的规定第 166 条第 1 项）；（2）消灭时效自受害人或法定代理人知悉损害及加害人时起算（分则中第 724 条的规定）。侵权行为的情况下，如果仅仅以 724 条的“消灭时效自受害人或法定代理人知悉损害及加害人时起算”的话，那么，对于中日两国当时仍处于战争状态之下的受害人而言，是极其不公正的，这一注重当事人主观要件的法规也许比较适用于本国国民之间的民事纠纷，但是没有兼顾到特殊情况下的受害者实现诉讼权利的客观条件。另外，第 724 条还对侵权行为的损害赔偿责任，规定了一个较长的期间 20 年，这被学者和判例称之为除斥期间。而除斥期间权利消灭的起算点为自侵权行为

发生时起算。按照这个要件，1937 年 12 月在南京遭到日本军屠杀的中国平民依据日本民法侵权行为产生的损害赔偿请求权在 1957 年 12 月后就全部丧失。可是，中日两国间战争的状态直至 1978 年《中日和平友好条约》签署并生效时方正式地在法律上得以结束，此前，中国民间战争受害者是不可能行使诉讼权利的。由此可见这个不变的除斥期间如果适用在中国特殊的战争受害者身上是显失公平和违反正义的。

日本学者松本克美认为，在侵权行为的情况下，总是会和 20 年除斥期间问题相关联，时效的起算点主要是依据民法第 166 条第 1 项的时间上权利行使可能性来解释的。一般而言，根据以往一贯的判例和通说认为，法律上的权利行使成立的话，这一权利行使应当以法律上的障碍不存在的时间为权利可能行使的时效起算点，即“法律上的障碍论”。日本最高法院曾对此作过判示：“‘权利可以行使时’并不是仅仅指与权利行使关联的法律上障碍的没有，进而言之，在权利的性质上，该权利的行使可以期待实现也是必要考虑的标准（条件）”（最高法院判决 1970・[昭和 45 年]7・15 民集 24・7・77）。因为在权利无法行使以及权利无法期待行使期间，权利的消灭时效已经进行完毕是十分不合理的。为此，上述日本最高法院的判决所认定的“权利的性质上，该权利行使可以期待实现”为起算点，应该说这不仅仅适用于该案件，而是可以作为一般的恰当的起算点。①

第 二 节

从判决看对日民间索偿诉讼的时效适用问题

日本地方和高等法院在一系列民间战争受害者诉讼案的判决中，

① 松本克美：《时效、除斥期间论的现状与课题》，载《法律时报》，日本评论社，2004 年 1 月刊。

针对时效和除斥期间的适用或限制适用的司法实践上，各个法院的认识和判断非常不统一。

一、回避诉讼时效和除斥期间的判决

(1) 1999 年 9 月 22 日，东京地方法院驳回了南京屠杀、731 部队、无差别轰炸损害赔偿请求诉讼，理由是战争受害者个人不具有直接向当事国主张损害赔偿的权利，“国家无答责”，个人的战争损害只能通过战后国家间的和平条约缔结时一并解决。①

(2) 2002 年 3 月 29 日，东京地方法院驳回中国人性暴力受害者(“慰安妇”第 2 次诉讼)的判决。驳回的理由是“海牙条约和国际习惯法不承认个人对国家的损害赔偿请求权”。②

(3) 2002 年 6 月 28 日，东京地方法院驳回平顶山事件的生存者的诉讼，驳回的理由是“国际法、国内法上请求权的理由不存在”。判决并容忍了被告日本国的主张“赔偿问题已经在旧金山和约缔结时解决完毕”。③

(4) 2002 年 8 月 27 日，东京地方法院驳回了 180 名 731 细菌战受害者的损害赔偿诉讼请求。被告没有就细菌战实施的事实加以反证，判决总体上认定了侵权事实，并判定“根据国际习惯法，细菌兵器的实战使用是产生国家责任的”。驳回原告诉讼请求的理由是 1972 年日中共同声明已经放弃了对日本的战争赔偿责任的追究，1978 年的日中友好条约的缔结意味着“国际法上的国家责任业已完毕”。④

(5) 2003 年 4 月 24 日东京地方法院驳回了山西省性暴力受害者的诉讼，驳回的理由是法律上国家的责任无法认定。但是提出了立法、行政解决的进言。⑤2005 年 3 月 31 日东京高等法院对此案所作的

---

① 《日本共同社》，1999 年 9 月 23 日报道；【登载判例集】第一审，判夕 1028、92。

② 日本《每日新闻》，2002 年 3 月 30 日(朝刊)报道；【登载判例集】判例时报 1804 号。

③ 日本《每日新闻》，2002 年 6 月 28 日(夕刊)报道；【登载判例集】第一审(东京地裁 2002. 6. 28)讼务月报 49 卷 11 号。

④ 日本《北海道新闻》2002 年 8 月 28 日(朝刊)报道。

⑤ 《日本共同社》，2003 年 4 月 24 日报道；【登载判例集】第一审(东京地裁平 15. 4. 24)判例时报 1823 号、判例タイムズ1127 号、讼务月报 50 卷 5 号。

二审判决也回避了对时效和除斥期间的判断。①

(6) 2003 年 5 月 15 日东京地方法院驳回了日军遗弃毒气弹事件受害者的诉讼请求。齐藤隆审判长认为:“被害虽然是旧日本军遗弃兵器所导致,可是发生在主权无法涉及的中国,国家无法回避被害的发生”,显示了否定海外放置兵器违法性的初步判断。②

二、认定适用“除斥期间”而驳回原告请求的判决

(1) 花冈事件诉讼案,侵华战争期间被日本军强掳至日本秋田县花冈出张所从事苦役的中国劳工 986 人,劳工们受尽虐待,蒙受了精神和肉体的痛苦,其中 11 名受害者和遗属,于 1995 年 6 月 28 日起诉被告鹿岛株式会社,基于侵权行为(违反海牙条约)以及债务不履行(违反安全配虑义务)要求被告承担损害赔偿责任。

东京地方法院于 1997 年 12 月 10 日驳回了原告的诉求。理由是:(1)基于侵权行为的损害赔偿请求权因为除斥期间的经过权利业已消灭。(2)以债务不履行(违反安全配虑义务)为理由的损害赔偿请求,“认定安全配虑义务的适用必须有‘法律关系’,应当具有该劳动者在指挥监督下的服从劳务的明确的契约关系,或者至少具有观念上的相当于直接的契约关系的法律关系的存在”,强掳和强制奴役仅仅是事实上的支配以及管理关系而已,因此不能认定适用安全配虑义务(债务不履行)。(3)侵权行为的起算点最晚为归国原告回归中国脱离了被告强制状态的 1948 年 3 月。③

(2) 2001 年 5 月 30 日,东京地方法院驳回了中国人“慰安妇”受害者的诉讼请求。侵华战争中,被强掳作为旧日军的随军“慰安妇”的中国女性 4 人,1995 年 8 月 7 日提诉,要求日本政府谢罪和赔偿每人 2 300 万日元。判决认定“在国际法上不承认个人对国家的赔偿请求权,日本国内法上,经过了 20 年的除斥期间,请求权业已消灭”。故驳

① 日本《中日新闻》,2005 年 4 月 1 日朝刊报道。
② 日本《每日新闻》,2003 年 5 月 15 日(夕刊)报道。
③ 日本《每日新闻》,1997 年 12 月 10 日报道。

回原告的诉讼请求。[①]又及，2004 年 12 月 15 日东京高等法院对此案所作的二审判决也以除斥期间为理由驳回了上诉人的请求。[②]

(3) 2003 年 3 月 11 日，东京地方法院驳回了中国劳工 42 名(第二次集团诉讼)起诉日本和日本一批工程建设企业的诉讼。该判决虽然否定了所谓战前的“国家无答责”，可是判决认为侵权行为已经超过 20 年就无法进行损害赔偿请求，适用“除斥期间”的规定[③]。

(4) 2004 年 3 月 23 日，札幌地方法院驳回了北海道劳工的诉求。侵华战争期间，被日军强掳至日本北海道被迫从事碳矿的劳工 43 人(其中 7 人死亡，遗属为原告)起诉日本和加害企业，要求损害赔偿 86 000万日元(每人合 2 000 万日元)。奥田正昭审判长强调：“(强掳、强制劳动的)国家及企业的加害行为已经过 20 年以上，损害赔偿等债务已经消灭”适用民法的除斥期间的规定，驳回了原告的请求。

判决认定了国家与企业共同的侵权行为。同时关于争点的安全配虑义务的问题，判决在认定“成为义务前提的关系不存在”的基础上，认定了被告“有义务阻止强制劳动”。关于除斥期间适用的理由方面，判决认为“原告的起诉虽然有着困难的事由，可是不是排除适用的特别的事由”。[④]

(5) 2005 年 3 月 18 日，东京高等法院驳回中国人性暴力受害者(“慰安妇”第 2 次诉讼)的判决中，作出了“日华和约”已经放弃了中国民间战争受害者的个人诉权，并且认定关于除斥期间“并没有限制适用的事情”，损害赔偿已经超过了请求期间，另外也驳回了日本政府的“国家无答责”的主张。[⑤]

(6) 2005 年 4 月 19 日东京高等法院驳回了南京屠杀、731 部队、无差别轰炸损害赔偿上诉请求，其中认定旧宪法下的国家行为不被追

---

① 【登载判例集】第一审(东京地裁平 13.5.30)判例タイムズ1138 号。

② 《日本共同社》，2004 年 12 月 15 日报道。

③ 《日本共同社》，2003 年 3 月 11 日报道；【登载判例集】第一审(东京地裁 2003.3.11)，讼务月报 50 卷 2 号。

④ 日本《北海道新闻》，2004 年 3 月 23 日(夕刊)报道。

⑤ 日本《朝日新闻》，2005 年 3 月 18 日夕刊报道。

究赔偿责任而且加害行为已经超过 20 年，其请求权由于“除斥期间”的经过，国家也不负赔偿责任。①

三、 认定适用消灭时效和除斥期间的判决

(1) 2002 年 7 月 9 日，广岛地方法院以时效和除斥期间的理由驳回了曾被强制奴役的劳工的诉讼请求。1944 年被日本强掳至广岛县的发电所建设现场，被强制奴役劳动并蒙受巨大精神上、肉体上痛苦的劳工生存者 3 人和遗属 2 人，于 1998 年 1 月起诉，诉讼标的总额为 2 750 万日元的损害赔偿，被告为西村建设株式会社(战时为西村组)。判决认定西村对原告人身的限制、以暴力强制劳工实施长时间的劳役，构成侵权行为的责任，另外认定被告与劳动者有着与雇佣关系相似的关系，因而被告违反了“安全配虑义务”。可是，判决称，侵权行为之日起至今已经逾 20 年，民法上的“除斥期间”已经超过，损害赔偿请求权一律丧失。另，可以行使权利的起算点开始的 10 年诉讼时效也已经消灭。②

(2) 2003 年 1 月 15 日，京都地方法院驳回了中国劳工 6 人的诉讼，原告起诉的被告为日本国和加害企业(日本冶金工业)，判决认定了日本国与加害企业违法拘禁原告的共同侵权行为的责任，而且认定加害企业违反“安全配虑义务”以及从原告的劳动中获得利益，因此，加害企业有“返还不当得利的义务”。可是判决同时认定被害发生超过 20 年赔偿请求权，根据民法的“除斥期间”和时效已经消灭的理由，驳回原告诉求。③

(3) 2004 年 5 月 24 日，日本福冈高级法院针对 15 名中国劳工及家属诉日本国与三井矿业公司损害赔偿案上诉案作出了二审判决，法院虽然认定日本国和三井矿业公司当年对劳工们的所作所为属非法

---

① 《中国遗属二审败诉》，日本《东京新闻》，2005 年 4 月 19 日报道。

② 日本《朝日新闻》，2002 年 7 月 9 日东京(朝刊)报道；【登载判例集】第一审(广岛地裁平 14.7.9)，判例タイムズ第 1110 号(2003.3.15)。

③ 日本《每日新闻》，2003 年 1 月 15 日(夕刊)报道；【登载判例集】第一审(京都地裁平 15.1.15)判例时报 1822 号。

行为，但是仍以诉讼时效已过为由驳回劳工们的上诉请求，作为原告方的中国劳工们在二审中败诉。

该判决对于国家的责任的问题进行了批判，指出“强掳以及强制奴役是否定人的价值，甚至是人伦的倒退”。并判定”国家无答责”是“显著地违反正义和公平的”。

可是判决又认为，关于国家的损害赔偿责任问题，为免于除斥期间的限制（经过 20 年后丧失赔偿请求权），被害者的权利只要可能应当尽速行使。在中国方面，《中华人民共和国公民出境入境管理法》于 1986 年 2 月 1 日起实施，本案原告已经经过了 14 年，而原告从归国至提诉已经经过了 55 年（2000 年 5 月 10 日起诉）。由于原告没有尽速地行使权利，所以认定适用除斥期间，原告对日本政府的损害赔偿请求因除斥期间的经过所以权利消灭。判决书对于原告就三井企业的损害赔偿责任的问题也以除斥期间与消灭时效为由判定原告权利已经消灭。①

四、否定适用消灭时效和除斥期间的判决

（1）2001 年 7 月 12 日，东京地方法院对于不知战争已经结束，过着 13 年逃亡生活的被强制奴役劳工中国人刘连仁的诉讼请求作出判决。

在日本侵华战争中，被日本军强掳至日本从事残酷劳动的刘连仁，由于劳动条件十分恶劣而出逃，并在北海道的山野中过着 13 年的野人生活。于 1996 年 3 月 25 日向东京地方法院提诉，要求日本承担损害赔偿，标的为 2 000 万日元。2001 年 7 月 12 日，东京地方法院判令被告日本国（政府）支付 2 000 万日元。西冈清一郎审判长指出，国家对于自己强掳的人的保护义务在战后产生，因此，认定被告懈怠对原告的保护。关于被解释为 20 年的损害赔偿请求权消灭的除斥期间的规定，判决认为该规定“在本案的适用是显著地违反正义、公平理念的”，并限制了除斥期间的适用。

---

① 日本《朝日新闻》，2004 年 5 月 24 日（夕刊）报道。

关于除斥期间，判决认为政府尽管有着清晰的关于原告重大被害的公文文书，可是日本政府在国会始终以“报告书不存在，无法确定事实关系”进行答辩，放置赔偿机会。判决指出“适用除斥期间免除国家的责任是显著地违反正义、公平理念的，国家接受赔偿，即使是依据条理也是合适的”。①

(2) 2000 年 5 月 10 日，15 名当年被强征到日本福冈的中国劳工幸存者在福冈地方法院提起诉讼，被告为日本国和三井矿山株式会社。2002 年 4 月 26 日福冈地方法院做出判决，判令被告三井矿山公司向原告每人支付 1 100 万日元(折合人民币约 70 万元)，驳回原告对三井公司的其他要求，驳回原告对日本国(政府)的所有要求。至此，福冈劳工诉讼案部分胜诉。对于强制劳工的事实，判决认定为“国家与企业共同计划和实施的劳动状态恶劣和残酷”的强掳和强制奴役劳动。在此基础上判决研讨了除斥期间的问题。判决指出“强制劳动使企业获得巨大的利益”，另外，(1)政府否认强制劳动的实态，事实上，相关资料在 1993 年时已经被一般地知悉和掌握；(2)原告延迟至 2000 年才提诉是不得已的。根据以上情况，木村元昭审判长在判决中判定：“将侵权行为超过 20 年就导致赔偿请求权消灭的除斥期间的规定适用在本案是“违反正义和平衡理念的”，以及“适用除斥期间的规定，免除企业的责任是显著地违反正义的”。该判决判令三井矿山支付 16 500 万日元(原告每人相当 1 100 万日元)，同时，判决驳回了原告对国家的请求权。②此案判决在二审时被推翻。

(3) 在二战中被强掳至日本新潟港从事过苛劳动的 901 名劳工中的 10 名中国原劳工及已故原劳工的 2 名遗属等人于 1999 年 8 月 31 日提起诉讼，要求日本国以及新潟市港湾运输公司“Rinko corporation”(旧新潟港湾)支付总额达 27 500 万日元的损害赔偿一案，新潟地方法院于 2004 年 3 月 26 日下达了判决。判决认定被害事实、认

---

① 日本《朝日新闻》，2001 年 7 月 13 日(朝刊)报道；【登载判例集】第一审(东京地裁 2001. 7. 12)判例タイムズ1067 号，讼务月报 49 卷 10 号。

② 【登载判例集】第一审(福冈地裁平 14. 4. 26)判例タイムズ1098 号、判例时报 1809 号(2003. 4. 1)、讼务月报 50 卷 2 号。

定被告方国家和企业违反了“安全配虑义务”,并命令被告日本国和企业向原告支付 8 800 万日元的损害赔偿。

该判决认为,考虑到强制劳动的实际状态,被告身前的“新潟港湾”与劳动者之间“有着类似的劳动契约关系”,因此,认定被告有着“安全配虑的义务”。判决认定了国家和加害企业违反了“安全配虑义务”。有日本学者认为从民法上的消灭时效来看,违反这样义务的损害赔偿请求权为 10 年。判决认为被告企业在主张时效方面有不诚实的行为,判决也考虑到 1972 年中日联合声明时两国间的国交尚未建立,判决认为“承认消灭时效是逸脱被社会所允许的界限”。

本案中,被告没有主张消灭时效,但是判决对于“战后日本国制作了强制劳工的调查报告书,为了逃避官民关系上的战争责任的追究而烧毁了报告书,此后,一直以没有实施过强制和奴役劳工的虚假事实,在法庭上反复答辩”进行了严厉的批判。并认定被告的行为“不仅是非常不诚实的,而且实质上妨碍了原告的提诉。”判决认定“不允许适用时效”,为民间战争受害者的救济打开了通路。该判决是以日本政府负有确保被强制奴役的劳工的安全,政府与原告之间有着类似的契约的法律关系,被告违反了这个契约,所以必须承担责任。①

(4) 在中国,日军毒气弹的受害者达 2 000 人以上(中国官方发表的数字),2003 年 8 月毒气弹导致一人死亡 40 余人受伤害。此后,在中国政府对日展开的外交交涉和中国民间强烈抗议的背景下,2003 年 9 月 29 日,东京地方法院就此前已经起诉日本国(政府)的中国毒气弹受害者作出判决,判令日本国政府败诉并向原告赔偿。该案的原告分别是在 1974 年、1982 年在黑龙江省发生的毒气弹事故以及 1995 年毒气弹爆炸事故中死亡 3 人的 6 位遗属和负伤者 7 人,共计 13 人。该毒气弹受害人要求日本国(政府)约 2 亿日元的赔偿。东京地方法院大体上认可了原告的请求,判令日本国支付 19 000 万日元。②

---

① 日本《朝日新闻》,2004 年 3 月 27 日(朝刊)报道。

② 日本《每日新闻》,2003 年 9 月 30 日(朝刊)报道。

判决研讨了侵权行为超过20年损害赔偿请求权就归消灭的"除斥期间"的适用问题，片山良广审判长认为，本案中也有受害案件经过了22年，但是"国家的行为完全没有正当性，如果适用除斥期间，原告中的3人的损害赔偿不予认可的话，是显著地违反正义和公平原则的"。①

(5) 2004年7月9日，广岛高等法院，对中国劳工诉西村建设的上诉案件作出支持受害劳工的判决。审判长铃木敏之在认定强掳、强制奴役基础上，指出"时效的适用是显著地违反正义的"。广岛高等法院撤销了一审的判决，判令西村建设全额赔偿原告的诉讼请求(每人550万日元)。

判决认定西村建设的侵权行为与违反"安全配虑义务"。同时判决研讨了原告的损害赔偿请求权，认为侵权行为之时起除斥期间已经超过20年，以侵权行为为基础的损害赔偿请求权业已消灭。另外，关于违反"安全配虑义务"的损害赔偿请求权，在提诉前的1996年的时点，时效已经消灭，"除非存在着违反正义、公平、条理等特别的情节，可不允许时效的适用"。

在此基础上，判决总结并指出，(1)原告的人权受到侵害，且受害严重；(2)根据被告西村建设在强掳、强制奴役的资料中作了虚伪的记载等情节，对于西村建设"免除其损害赔偿义务是显著地违反正义的，时效的适用犹如权利滥用决不允许"。②

五、关于日本法院适用、限制时效和除斥期间的疑点

在分析上述日本各个法院所作出的判决内容之前，就日本民法中与所谓的"除斥期间"相关联的条款作进一步的分析。

日本学者比较认同的观点是"关于请求权，视法条中被规定的短

---

① 【登载判例集】第一审(东京地裁2003.9.29)判例时报1843号、判例タイムズ1140号。

② 日本《朝日新闻》，2004年7月10日(朝刊)报道。

期和长期的'时效'期间,分别可以解释成短期的为消灭时效,长期的为除斥期间,这是现在学术上的多数观点。"①按照这一观点,日本民法中对于侵权行为规定了几乎被视为典型的除斥期间的规定(民法第724条的规定)。

综观日本民法,在同一条款中具有"短期"和"长期"之分的条款,除了第724条(侵权行为的损害赔偿权),剩下的仅为第884条(继承恢复请求权)、第1042条(赠与或遗赠的减扣请求权)、第126条(关于可撤销行为的撤销权)、第426条(关于欺诈行为的撤销权)、第919条第2项(关于继承的承认或放弃的撤销权)。这些条款的共同的特点是不仅有着短期和长期"时效",而且明确表明了所谓的除斥期间的起算点(除斥期间和时效的起算点通常是不尽相同的)。例如第724条规定"……自侵权行为时起,经过20年时,亦同";第884条规定"……自继承开始时,经过20年时,亦同";第1 042条规定:"……自继承开始时起经过10年,亦同";第126条:"……自行为之时起,经过20年者,亦同";第426条规定:"……自行为时起经过20年,亦同";第919条第2项规定:"……自表示承认或放弃时起经过10年,亦同"。

关于债务不履行的请求权或者返还不当得利的请求权所引申出来的债权是否像侵权行为产生的债权一样,其本身是否附随着除斥期间规定的问题是值得深入研究的。为此,将债务不履行导致的债权或者不当得利产生的债权结合日本民法第167条(债权、财产权的消灭时效)规定的内容进行分析。该167条第1项规定:"债权,因10年不行使而消灭";第2项规定:"债权或所有权以外的财产权,因20年不行使而消灭。"根据该条的第2项的规定来看,如果这一规定被视为对所有债权所规定的除斥期间的话,那么这条作为除斥期间的规定,它缺少了最起码的除斥期间的起算点。结合该167条的前条款(第166条一项)的规定"消灭时效自权利得以行使时起进行"来分析,该条款的规定是可变的消灭时效的规定,而不是不变的除斥期间的规定。由此可以推理出关于债务不履行的请求权或者返还不当得利的请求权,

① 五十岚清等著:《民法(1)总则,侵权行为》,有斐阁,1988年出版,第160页。

在日本民法中最多可以纳入日本民法第166条的消灭时效的规定，但是难以根据日本民法认定这类请求权被规定过除斥期间。

在阐述了日本民法中与除斥期间规定相关联的条款后，就更容易看清日本法院判决中所存在的问题。

上述列举的第一类判决（6起）为没有评论时效和除斥期间的判决。

绝大多数的对日民间索偿的案件，从侵权行为发生至提诉为止，时间上都超过了20年，按照日本流行的“除斥期间说”的观点来看，原告的诉讼权利已经消灭。问题是除斥期间虽与消灭时效相似，不同之处是，除斥期间不承认中断，而且，即使当事人不援用，法院也必须判断。①而关于时效，日本民法第145条规定：“除非当事人援用时效，法院不得根据时效进行裁判。”

也许由于所谓的除斥期间的诉讼制度，在日本法律中是没有明确规定过的，而只是学者们根据民法第724条的后段推理判断出来的产物，同时，在上述的6个诉讼案件中的侵权行为都与战争有着直接的关系，而且被告仅限于日本国（政府），不包括加害企业等。因此，日本法官从个人的诉讼主体资格、“国家无答责”和对日战争索偿问题已经解决等理由拒绝原告的诉讼请求，以为就足以应付了，故，上述列举6例诉讼案件的判决中没有判断除斥期间的适用与限制的判断，不过这多少反映了日本司法实践中对于除斥期间适用与否的随意性。

第二类列举的是认定适用“除斥期间”而驳回原告请求的6例案件，当然驳回上述6起诉讼的理由还有其他诸如国际法上不承认个人对国家的损害求偿权、“国家无答责”等理由。侵权行为产生的债务是这6例诉讼案由的共同的特点，不同之处是其中强制劳工诉讼的案由中还包含了偿还报酬的债务。

这里的债权包括了债务不履行的请求权或者返还不当得利的请求权所导致的债权。可是，上述判例中的法官没有对劳工诉讼请求中债务不履行的请求权作出解释和判断，而是回避了这个本来仅仅属于

---

① 五十岚清等著：《民法（1）总则，侵权行为》，有斐阁，1988年出版，第160页。

时效的问题。这类债务依照日本民法第167条第1项规定“债权，因10年不行使而消灭”作为消灭时效其起算点是“自权利得以行使时起进行”(日本民法第166条第1项)，日本法院回避了棘手的时效起算点的问题，只是以不变的除斥期间涵盖可变的消灭时效的模糊概念，笼统地驳回了原告的两种不同案由的诉讼请求。这是极其没有理由的。

第三类列举的是认定适用消灭时效和除斥期间而驳回诉讼请求的3例案件，这些被驳回的诉讼案件全部是强制劳工诉讼案件。3起案件的判决全部认定侵权行为的责任，但是在运用消灭时效和除斥期间的说理方面各有特点。广岛地方法院认定被告与劳动者有着与雇佣关系相似的关系，因而被告违反了“安全配虑义务”。可是，判决没有明确关于“安全配虑义务”产生的请求权是否适用除斥期间，仅仅以侵权行为之日起至今已经逾20年，民法上的“除斥期间”已经超过为理由，认定损害赔偿请求权一律丧失。这是明显地将侵权行为的除斥期间规定与“安全配虑义务”产生的一般债权混为一谈。尽管判决也补充了“可以行使权利的起算点开始的10年诉讼时效也已经消灭”，这里的“行使权利”一般可以理解为非侵权行为(所谓的“安全配虑义务”产生的一般债务)的10年间的诉讼时效，可是，判决没有就时效起算点从什么时候开始作出起码的说明。本案虽然同时论及时效和除斥期间，但是，总的来说还是将时效和除斥期间混为一谈、说理不清的判例。

京都地方法院的判决不仅认定加害企业违反“安全配虑义务”，而且还认定被告从原告的劳动中获得利益，因此，加害企业有“返还不当得利的义务”。可是判决认定被害发生后超过了20年赔偿请求权期间，根据民法的“除斥期间”和时效已经消灭的理由，驳回原告诉求。关于“安全配虑义务”，在日本民法中没有直接明确地规定这项义务，而返还不当得利的义务在日本民法第三篇债权中的第四章不当得利中的第703条(善意受益人的返还义务)和第704条(恶意受益人的返还义务)有明确的规定。同时关于返还不当得利的民法条款中均无涉及消灭时效和除斥期间适用的规定。该判决使用了“被害发生后超过

了20年赔偿请求权期间，根据民法的除斥期间和时效已经消灭”作为驳回请求的理由。显而易见，这是一起将违反“安全配虑义务”、返还不当得利的义务所产生的诉讼时效与侵权行为的除斥期间混为一谈、缺乏明晰的法律依据的判决。

日本福冈高等法院的判决认为，关于国家的损害赔偿问题，为免于除斥期间的限制（经过20年后丧失赔偿请求权），被害者的权利只要可能应当尽速行使。在中国方面，《中华人民共和国公民出境入境管理法》于1986年2月1日起实施，本案原告已经经过了14年，而原告从归国至提诉已经经过了55年（2000年5月10日起诉）。由于原告没有尽速地行使权利，所以认定适用除斥期间，原告对日本国（政府）的损害赔偿请求因除斥期间的经过所以权利消灭。判决书对于原告就三井企业的损害赔偿责任的问题也以除斥期间与消灭时效为由判定原告权利已经消灭。概观该判决的说理内容，其说理十分不清晰。

首先该判决也是将原告不同案由的诉求理由，以消灭时效和除斥期间混同使用的方法加以驳回。该判决在着眼于除斥期间的说理过程中，提出了“在中国方面，《中华人民共和国公民出境入境管理法》于1986年2月1日起实施，本案原告已经经过了14年，而原告从归国至提诉已经经过了55年”作为认定超过除斥期间的理由。如果说日本民法有着除斥期间制度的话，由于除斥期间的起算点是自侵权行为时起算（对于中国劳工而言最晚为战后归国时），且除斥期间制度是没有中断的，故，按照所谓的除斥期间制度，中国劳工受害者在1965年时索偿权利已经消灭。因此，判决书根本没有必要提及1986年2月1日的这一起算点。如果说判决书中关于1986年的起算点是针对非侵权行为的其他一般债权的10年诉讼时效的话，那么这种表述也是间接地承认了一般债权只适用时效的规定而不适用除斥期间的规定。如果一般债务的请求权中也有着除斥期间适用问题的话，那么判决书只需说明一般债务的除斥期间适用，而无须说明时效的起算点（1986年2月1日）。由此可见，至少对于一般债务的请求权，判决书已经（不慎地）流露出认定其时效可以从1986年2月1

日开始起算的。消灭时效制度本身是允许中断的，虽然1986年2月1日起中国民间战争受害者原告有了因私出国的机会，但是在客观方障碍依然存在，事实上权利仍无法行使，而法院判决却无视了这些原因。因此，福冈高等法院的这个判决，不仅逻辑混乱，而且也是十分不公正的判决。

本文所列举的第二类和第三类的判决模式，其本质上都是对原告不同的诉讼案由以消灭时效和除斥期间混同地适用，回避了原告关于违反“安全配虑义务”、返还不当得利的义务所产生的诉讼请求权。可说这些都是缺乏明晰的法律依据的判决。

第四类判决是否定适用时效和除斥期间的判决。其判决特点分别说明如下：

(1) 东京地方法院对刘连仁的诉讼请求作出判决中指出，国家对于自己强掳的人的保护义务在战后产生，因此，认定被告懈怠对原告的保护。关于被解释为20年就导致损害赔偿请求权消灭的除斥期间的规定，判决认为该规定“在本案的适用是显著地违反正义、公平理念的”，并限制了除斥期间的适用。刘连仁诉讼案件的判决，是对日民间索偿中第一个打破除斥期间的判决。然而这个判决的旨意不在于追究日本国强制奴役劳工的违法责任，其指向的是日本国在1947年的国家赔偿法出台后的责任。这里被法庭所谓认定的责任仅仅是指由于日本国对于自己强掳的人的保护义务在战后产生，因此，认定日本国懈怠对原告的保护。

事实上没有侵权行为的前提就没有后者的保护义务，日本法院仅仅认定后者的责任是十分荒诞的。该判决技术性地割裂了前后两者的关联，其显而易见的目的就是避免为同类强制劳工受害者诉讼时作为判例所引用。该判决的谬误不仅限于此，所谓“被告懈怠对原告的保护”即所谓的“安全配虑义务”的法律责任，在当时的日本民事法律中是没有明确规定过的。这个责任如果说是从司法判例中归纳提炼出的条理，那么判决也丝毫没有作出必要的说明和解释。这种抽象的法律责任援引，虽然折射出一定的自然法则的渊源，但是，日本是一个大陆法系的成文法的国家，法院竟然可以任意地在没有明确规定法律

归责责任的情况下，不加以任何说理，即援引其责任或名声上显然轻于侵权行为责任的“被告懈怠对原告的保护”，反映了司法审判的随意性。再者，既然法院认定“被告系懈怠对原告的保护”（或所谓的违反“安全配虑义务”），那么，如果要研判除斥期间或时效的问题，就应该针对“被告系懈怠对原告的保护”所产生的请求权判断时效或者除斥期间（实际上法律没有明文规定过）。可是该判决没有判断“被告系懈怠对原告的保护”消灭时效，而仅仅判断了“关于被解释为超过 20 年就导致损害赔偿请求权消灭的除斥期间的规定……在本案的适用是显著地违反正义、公平理念的”。由于日本法律并没有规定过“被告系懈怠对原告的保护”或者违反“安全配虑义务”的除斥期间，因此，该判决中除斥期间的所指不无可能是针对侵权行为的期间。如果以侵权行为的除斥期间来解释“被告系懈怠对原告的保护”的除斥期间，实为逻辑混乱，如果该判决中所指的除斥期间是指“被告系懈怠对原告的保护”的话，那么就缺乏明显的实体法上的依据。

尽管东京地方法院认为除斥期间的规定在本案的适用是显著地违反正义、公平理念的，其本身有着相当大的积极意义，但是该判决的说理混乱，避重就轻也使得这个判决的意义被打上了折扣。

（2）福冈地方法院对于强制劳工诉讼请求，判决指出“强制劳动使企业获得巨大的利益”，在判决中判定：“将侵权行为超过 20 年就导致赔偿请求权消灭的除斥期间适用在本案是违反正义和平衡理念的”，以及“适用除斥期间的规定，免除企业的责任是显著地违反正义的”。

该判决的问题是，虽然判定企业的不当得利，可是判决中也没有涉及不当得利的时效或者除斥期间问题。不过，值得肯定的是，该判决针对侵权行为相关联的除斥期间的适用问题，明确地作出了“除斥期间适用在本案是违反正义和平衡理念的”，以及“适用除斥期间的规定，免除企业的责任是显著地违反正义的”判定，而且在排除除斥期间的适用时没有附设条件。这是一个在对日民间索偿案件中具有积极意义的判例，遗憾的是该判决的排除除斥期间规定的适用，仅仅是针对被告加害企业的，没有包含日本国。此外，该一审判决在二审的福

冈高等法院的判决中被驳回。

(3) 新潟地方法院对于强制劳工的诉讼,认定被告方国家和企业与劳动者之间"有着类似的劳动契约关系",因此,认定被告有着"安全配虑的义务"。判决认定了国家和加害企业违反了"安全配虑义务"。从民法上的消灭时效来看,违反这样的义务的损害赔偿请求权为10年。判决认为被告企业在主张时效方面有不诚实的行为,判决也考虑到1972年中日联合声明时两国间的国交尚未建立,判决认为"承认消灭时效是逸脱被社会所允许的界限"。认定被告的行为"不仅是非常不诚实的,而且实质上妨碍了原告的提诉"。判决认定"不允许适用时效"。

该判决没有判断除斥期间的适用问题,也许法官的认识中也意识到所谓的违反安全配虑义务的请求权本身就没有除斥期间的规定,因而仅仅针对违反"安全配虑义务"的请求权研判了消灭时效的问题,最终判决否定了消灭时效的适用。应该说这是一个思路清晰的判决。不足的是,该判决回避了侵权行为的法律责任问题,没有针对原告关于侵权行为的损害赔偿诉讼请求权进行研判。

(4) 东京地方法院就旧日本军毒气诉讼判令国家赔偿。判决检讨了侵权行为超过20年就导致损害赔偿请求权消灭的除斥期间的适用问题,判决认为,本案中也有受害案件经过了22年,但是"国家的行为完全没有正当性,如果适用除斥期间,原告中的3人的损害赔偿不予认可的话,是显著地违反正义和公平原则的"。

在所有对日民间索偿诉讼的判决中,这是最无遮掩的、实事求是的判决。该判决的价值在于,一方面,排除除斥期间的适用是明确针对着侵权行为;另一方面,排除除斥期间的适用,导致承担侵权行为损害赔偿责任的被告是日本国。

(5) 广岛高等法院,对中国劳工诉西村建设的上诉案件作出支持受害劳工的判决。判决认定西村建设行为侵权及违反"安全配虑义务"。同时判决研讨了原告的损害赔偿请求权,认为侵权行为之时起除斥期间已经超过20年,以侵权行为为基础的损害赔偿请求权业已消灭。另外,关于违反"安全配虑义务"的损害赔偿请求权,在提诉前

的1996年的时点，时效已经消灭，[①]“除非存在着违反正义、公平、条理等特别的情节，可不允许时效的适用”。

该判决显示了法官的清晰思路，判决中研判了关于侵权行为的除斥期间问题。另外，关于违反“安全配虑义务”的损害赔偿请求权，没有涉及本身在法规上就不存在的除斥期间的问题，只是认定时效已经消灭。当然，时效的起算点是否应该从1986年2月1日开始起算这是另一个值得研究的问题。但是，判决设定“除非存在着违反正义、公平、条理等特别的情节，可不允许时效的适用”为前提，判决总结并指出，(1)原告的人权受到侵害，且受害严重；(2)根据西村在强掳、强制奴役的资料中作了虚伪的记载等情节，对于西村建设“免除其损害赔偿义务是显著地违反正义的，时效的适用犹如权利滥用决不允许”。

由此看来，这是一个在加害方阻碍原告行使诉讼权利的条件下，否定消灭时效的判决。不足的是，关于侵权行为的除斥期间的适用问题，判决并没有作出排除的判断。因此，在追究日本战争责任方面，该判决仍给世人留下了犹抱琵琶半遮面的印象。

在诉讼时效的问题上，从以上四种模式的法院判决结果来看，既有回避判断时效、除斥期间的问题，也有混淆侵权行为与非侵权行为所导致的两类不同案由的损害赔偿请求权的问题；既有适用消灭时效和除斥期间的判决，也有限制消灭时效和除斥期间适用的判决。不过在限制消灭时效和除斥期间适用的判决案中，除了东京地方法院关于遗弃毒气弹受害者诉讼的判决和福冈地方法院对于强制劳工的诉讼判决，不附设条件地认定排除关于侵权行为的除斥期间以外，其他的限制消灭时效的适用和限制除斥期间适用的判决，要么附设一定条件，要么针对的是不当得利或者是违反“安全配虑义务”的请求权。尽管如此，关于对日民间索偿诉讼案件的判决也充分说明了时效方面的障碍不是铁板一块，消灭时效和除斥期间的两块招牌应当让位于更高层次的正义、信义和公平的原则已经逐渐地为法院所接受。

---

① 该判决的潜台词是《中华人民共和国公民出境入境管理法》于1986年2月1日起实施之日是违反安全配虑义务的诉讼请求权的时效起算点。——笔者注

第三节

限制消灭时效和除斥期间适用研究

一、限制消灭时效适用的研究

在战后对日民间索偿的诉讼中，围绕时效适用的限制时效和限制除斥期间的适用与否，争论十分激烈。典型的支持限制适用的判决是福冈地方法院于2002年4月26日作出的关于强制奴役中国劳工的诉讼判决和东京地方法院于2003年9月29日作出的关于日军遗弃毒气弹受害者的诉讼判决。另外东京地方法院2001年7月12日关于刘连仁诉讼的判决、新潟地方法院2004年3月26日以及广岛高等法院2004年7月9日关于强制奴役中国劳工诉讼的判决，也都是属于广义上限制适用的判决。这些判决最大的争议点是被限制适用的消灭时效或除斥期间的制度，是否限定在加害者以积极的行为（隐瞒加害事实等）妨碍了被害者的提诉的范围（限定说），还是限制适用各种事情都应该考虑（包括说）。

中国民间对日索偿的各类诉讼案件中，关于在侵权发生后，日本政府以积极的行动，隐瞒加害事实阻挠原告行使诉讼权利的行为，至少在强制劳工诉讼和细菌战受害诉讼的领域已经被揭发和证实。但是以这样狭窄的前提判断限制时效适用的依据，不仅对于大多数民间战争受害者来说是不公平的，而且这种前提的设置也与时效制度设置的目的不尽相符。日本学者松本克美认为[①]：限制时效适用的判断基准应该考虑多样的要素。作为时效制度的援用和除斥期间的适用制度的设置，其根本理由是：(1)时间的经过而在立证、取证上的困难；(2)权利上沉睡者不值得保护；(3)法的稳定性方面的考虑。如果个别案件并不符合上述时效设置的理由，那么就有必要对时效的援用进行

① 松本克美：《时效、除斥期间论的现状与课题》，载《法律时报》，日本评论社，2004年1月刊。

限制。例如，①义务违反十分明白，虽然时间经过但是立证、取证尚未达到所谓非常困难的地步；②权利行使的客观上的可能性没有，而不是权利人自身的怠慢；③没有实现侵权行为人的法律责任，而以放任被害的方式，消灭权利人的诉讼权利会导致公益性的缺乏，从“法的稳定性”观点来看，有必要限制时效的援用和除斥期间的适用。因此限制时效适用的条件不应该依赖于“限定说”，而应该按照“包括说”来处理。

关于中国民间战争受害者诉讼案件的时效起算点的问题，实际上分为两类，一类是一般债权的请求权的诉讼时效，另一类是侵权行为导致产生的损害赔偿请求权的诉讼时效。前者根据日本民法第 166 条第 1 项的规定“消灭时效自权利得以行使时起进行”。后者是根据日本民法第 724 条的规定“自受害人或其法定代理人知悉损害及加害人时起，3 年间不行使时，因时效而消灭”。

“权利得以行使”的起算点是一个客观的问题，而“自受害人知悉损害及加害人”的起算点是一个主观的问题。也许正是这样的原因，至今为止，对于中国民间战争受害者诉讼的判决中，没有明确过针对侵权行为的“自受害人知悉损害及加害人”的具体起算点，但是明确了“权利得以行使”的起算点。

2004 年 5 月 24 日福冈高等法院的判决认为中国原告的权利得以行使的起算时间为中国的出入境管理法实施允许个人因私出国的 1986 年 2 月 1 日开始起算。这个主张在 2004 年 7 月 9 日广岛高等法院的判决中也表达了同样的观点。按照这种主张，对于违反“安全配虑义务”和不当得利的请求权，作为中国民间战争受害者，在 1996 年 2 月份以后的诉讼，其时效都已经消灭了。

问题是权利是否得以行使的客观障碍，未必仅仅指事实上的障碍，广义地说也应当包括法律上的障碍。例如，《中日联合声明》中宣布的“中国政府放弃对日本战争赔偿的要求”，其法律性质和含义若一旦被解释成中国政府也放弃了民间战争受害者的对日索偿权的话，则会成为法律上的障碍。当然这个障碍既是客观的也是与受害人主观的认识有着密切联系的问题。

如果说“权利得以行使”为时效的起算点，换言之，建立在即使实

体法上没有诉讼依据，但是，只要在程序法上没有障碍，就应当开始起算的话，那么，这样的规则是十分不公平的。我们应当尊重这样一个客观的事实，世界上绝大多数国家的国民，以其法律文化的意识，在没有实体法为依据的情况下，是不会行使诉讼权利的。我们没有理由要求所有的中国民间战争受害者都应当知悉“国家放弃战争赔偿要求”和“政府放弃战争赔偿要求”在法律意义上的不同，尤其是处在新的战争赔偿法规中逐渐形成的区分政府和民间赔偿的不同规则的年代。

事实上，至今为止对于中国民间受害人的对日索偿的实体权利是否存在的问题，连日本国的法院都搞不清楚。之所以这么说，是因为，东京地方法院，于1999年9月22日，对于南京大屠杀的受害人提起的损害索偿诉讼作出驳回起诉的主要理由就有这样的表述：“在《中日联合声明》中，中国政府为了中日两国人民的友好，已明确放弃了对日本的战争赔偿的要求。尽管原告主张中国政府并没有放弃中国民间受害人向日本索偿的权利，对于这一问题只能通过国家间的外交途径来解决(澄清)。”①这说明对于1972年的《中日联合声明》中关于中国政府放弃对日本的战争赔偿要求根本没有包含民间的对日损害赔偿权的问题，连东京地方法院法官都没有真正地搞清楚，他们分不清政府与国家放弃战争赔偿要求的不同法律意义，在这种背景下，何以要求受害人必须清楚呢？因此，在中日两国政府没有公示澄清1972年《中日联合声明》中关于中国政府放弃对日战争赔偿要求的法律性质、放弃的主体范畴以前，不能说这不是中国民间战争受害者行使诉讼权利的一个潜在的实体法上的障碍。由此，以1986年中国公民可以因私出国作为消灭时效的起算点的主张是违背信义和显失公平的。

同样，围绕着上述实体法的障碍问题，对侵权行为相关的“自受害人知悉损害及加害人”的起算点进行分析。除了比较特殊的细菌战的损害和毒气弹遗弃导致的损害不能排除为“现在进行时态”以外，一般

① 1999年9月22日，东京地方法院民事第24部，审判长伊滕刚，对三起侵华战争受害人的起诉所作的判决，判决要旨书第37页。——笔者注

意义上的战争受害人的知悉损害及加害人(未必是具体的日本军个人)可以说是在1945年日本投降以前的侵华战争期间暴行发生的时刻,按照时效的规定,对侵权行为行使诉讼应当在有效的3年诉讼时效内行使。不过,在战争期间,尽管海牙条约赋予了战争受害个人或者其代理人(政府)向违反战争法规的军方提起索赔的法律上的依据,但是,无需赘言,中国的民间战争受害者难以即时获得救济却是有目共睹的事实。因此,这里的与侵权行为关联的诉讼时效对于非日本国民而言,是非常不公正的。造成未能即时行使诉讼权利的原因不是权利人睡眠在权利上,而是客观上不能行使权利。

根据日本民法中的自"权利得以行使"的时效起算点和"自受害人知悉损害及加害人"的起算点来适用于日本国民诉讼请求的话并无多大问题,可是适用于并不在日本国法律直接管辖之下,尚且实体法上(《中日联合声明》第15条规定)对于中国的民间战争受害者对日索偿的诉讼权利甚至连日本法院的法官都没有辨析清楚的情况下,适用时效就显得极为不妥。因此,要么限制这类诉讼时效的适用,要么赋予时效起算点以新的要素,以符合日本民法总则中开宗明义的信义原则和尊重人权的原则。

应该以什么样的要素作为时效起算点的前提才显得公平、合理的问题是值得思考的。本来设置时效的目的和根本理由是:(1)时间的经过而立证、取证上的困难;(2)权利上沉睡者不值得保护;(3)法的稳定性方面的考虑。如果个别案件并不符合上述时效设置的理由,那么就有必要对时效的适用进行限制。因此,作为时效起算点的第一项前提是不具有时效适用的限制性条件,因为,一旦时效的适用被限制的话,讨论时效的起算点是没有意义的。

作为时效起算点的第二项前提是客观上具有实体法的诉讼依据的存在,或者说不存在实体法上的诉讼障碍。这是因为,在受害者被告知(或普遍潜在地认为)损害赔偿的实体权利或法律依据不存在时,应当视为一种法律上的障碍,这是属于一种客观的障碍。在这种情况下,要求受害人及时地行使诉讼权利是极为不公平的。

要排除这个障碍有两个途径,第一,由中日两国政府公示澄清

1972年《中日联合声明》中关于中国政府放弃对日战争赔偿要求的法律性质、放弃的主体范畴;第二,由日本最高法院作出认定中国民间战争受害者享有对日索偿诉讼权利的判例。如果没有上述两项途径明确中国民间战争受害者的诉讼权利,就不能否认在中国民间战争受害者行使诉讼权利的一个客观上潜在的实体法上的障碍,而且消灭时效的起算点不应该开始。

日本政府于1965年的日韩协定签订时规定:"根据日韩协定日本与韩国之间请求权问题全部被解决,日韩两国以及两国国民不得就相互请求权的任何主张提出诉求。这个请求权中也包含朝鲜人劳动者的报酬"。尽管如此,此后,日本政府于1991年(平成3年)8月27日正式表明了日韩协定中的个人请求权在国内法的意义上并未被消灭的关系。1996年7月24日,日本富山地方法院就韩国劳工诉讼被告日本不二越株式会社,要求侵权损害赔偿和偿付劳务报酬一案所作出的判决书中作出了令人关注的判定:"在平成3年8月27日日本政府的见解表明为止,原告们参与诉讼的可能性是没有的,客观而言依据一般情况下,本案原告行使薪金债权实为现实中难以期待的状态,以上述政府见解被表明之际,可以说上述权利行使则在现实中可以期待的了。"判决同时指出"关于偿付劳务报酬的消灭时效,根据外务省条约局局长曾在参议院预算委员会上的答辩时指出的'日韩请求协定中韩国放弃的仅仅是对国民的外交保护权,国民个人的请求权并没有放弃',因此,消灭时效从平成3年(1991年)8月27日起算(条约局局长澄清之日)。"[①]这个判断表明,以该权利性质起算客观权利行使期待可能的时间点,这是一项恰当的判断。该法院的一审判决显示了政府对条约内容予以澄清,则可以成为合理的诉讼权利行使的起算点,应该说这是一个实事求是的处理方法。

1995年3月9日,日本《朝日新闻》及《读卖新闻》同时刊登:中国

① 【登载判例集】【不二越诉讼】第一审(富山地裁1996.7.24)判例タイムズ941号、劳动判例699号,第二审(名古屋高裁金泽支部1998.12.21)判例タイムズ1046号,最高裁(2000.7.11)和解成立。

副总理兼外交部长钱其琛，在人大会期间答复记者及人大代表时说，中国民间索赔权利并未经中日友好条约而放弃。①可是，中国民间对日索偿的问题上，日本政府一直以日中和平友好条约的缔结已经解决了民间赔偿问题的姿态表现在世人面前。日本政府至今不仅没有公示承认这种主张，而且在各种对日民间索偿诉讼的场合抛出反论，完全否定中国领导人的主张，否定中国民间战争受害者的实体诉讼权利。虽然，从两国恢复邦交的历史事实、国际法以及法理等角度，完全可以推理出中国政府放弃的对日战争赔偿要求，仅限于主体中国政府的放弃，不包括民间的权利。可是日本政府至今否认这一法律事实，同时，尽管个别日本地方法院也作出了认可中国民间个人的对日索偿诉讼权利，可是由于这些判决尚未最终生效，因此，中国民间个人的出诉权是否依然存在的问题，始终是一个有待于日本权威机构明确的问题，在这种情况下，日本法院无视民间对日索偿的这个客观的法律障碍，而要求权利人“及时地行使权利”是十分不公平的。从这个意义上说，只要这个法律上的障碍没有明确地排除，中国民间战争受害者的消灭时效的起算点就不可能开始。

二、 限制除斥期间适用的研究

日本的法律中其实并没有除斥期间的明确规定，根据岩波书店出版的《广辞苑》对除斥期间的解释为：“期间经过则权利消灭，是关于占有诉权、婚姻、继承的取消权、上诉权、即时抗告权等方面的法律上规定的存续期间。”②

在日本国的《民法》第 724 条的后段规定“自侵权行为时起，经过 20 年时，也同(权利消灭——笔者注)。”日本的学术界一般认为这就是关于侵权行为的除斥期间的规定，而且根据这一条款的规定，其除斥期间的起算点是不考虑主观因素，仅以客观的自侵权行为发生时开

---

① 《不放弃个人的补偿请求权》，载《朝日新闻》，1995 年 3 月 9 日；《不放弃民间的请求权——中国外长对战争赔偿的见解》，载《读卖新闻》，1995 年 3 月 9 日。

② 新村出编：《广辞苑》，岩波书店，昭和 51 年第二版补订版，第 1122 页。

始。除斥期间的规定是源于德国民法的权利失效的原则，换言之，权利长期间不行使的情况下，会使对方产生出权利者已经不行使权利的期盼，为了保护这种期盼，而在日本司法实践中也承认这种原则。[①]问题是处于战争的持续状态中，中国民间的战争受害者是无法行使权利的，在这种情况下并不会使对方产生出权利者已经不行使权利的期盼。所以，处在两国断绝外交关系的期间，不分受害对象、场合一律以侵权行为发生时作为除斥期间起算点的话，这不仅与除斥期间设置的目的相背离，而且是显失公平的。

无论中国民间战争受害者是哪种诉讼的类别，所有的诉讼请求权都与侵权行为所产生的诉讼请求有关联。在对于侵权损害赔偿的请求权的问题上，由于有着自侵权行为发生起算的 20 年除斥期间的规定，日本的法院多次以“侵权行为的实施至提起诉讼为止已经经过 50 年的时间，损害赔偿请求权已经消失”为理由，作出了驳回中国原告一切诉求的判决。一直以来所谓的除斥期间问题已经成为被告日本国（政府）设置的时间障碍、回避其法律责任的护身符。

可是，所谓的除斥期间毕竟没有在日本的任何成文法上明确规定过，被日本学者视为除斥期间依据的日本民法分则中第 724 条规定：“对于因侵权行为而产生的损害赔偿请求权，自受害人或其法定代理人知悉损害及加害人时起，3 年间不行使时，因时效而消灭。自侵权行为时起，经过 20 年时，亦同”。关于第 724 条后段的“侵权行为时 20 年”的期间的性质问题，在学术上、裁判上一直有着争论其是否长期时效还是除斥期间的问题，日本最高法院曾（在 1989[平成元年]·12·21 民集 43·12·2209）认定这是除斥期间。可是这种一律规定时间的经过权利即消灭的解决方式，在个别案件的解决与处理关系上恰恰是违反正义也有损法律的稳定的，因此遭到了学术上的批判。此后，日本最高法院注意到这个问题，并在一定的情况下表明了限制适用除斥期间的立场，这个观点在日本最高法院的判决中已经体现出来（东京预防接种祸诉讼·最判 1998（平成 10）·6·12·民集 52·4·

① 五十岚清等著：《民法（1）总则，侵权行为》，有斐阁，1988 年出版，第 160 页。

1087)，即“侵权行为的被害者在侵权行为发生开始后即将经过 20 年的前 6 个月内，上述侵权行为的原因所导致的心神丧失、缺乏代理人的情况下，以及被害人被宣布为无行为能力人，就职的监护者即时起至 6 个月内行使上述损害赔偿请求权的特别事情之际，比照民法第 158 条[①]的法意，民法第 724 条后段的效果不予产生的解释是恰当的。”这是一个明显的限制除斥期间的案例，虽然该判例被学术界解释为在一定范围内的限制除斥期间的所谓限定说，但是至少说明除斥期间的适用是可被例外限制的。

关于“期间的性质论”，从条文的文言进行分析，原来立法者关于民法第 724 条后段的期间的意思是作为长期的时效期间被规定的。即使依据日本学者理解的“经 20 年时，亦同”就是指除斥期间，可是，关于除斥期间不得中止、中断和延长的解释的依据恰恰在日本的任何成文法中无法寻觅。这里就产生一个对于除斥期间适用的解释问题。

战后对日民间索偿诉讼中的数个肯定除斥期间适用的判决中，比较详细陈述理由的是关于强制奴役中国劳工的诉讼案件的京都地方法院的判决(大江强掳、强制劳工诉讼 2003 年 1 月 15 日判决“排斥了‘国家无答责’，认定日本国的违法行为的责任。也认定企业的违法行为的责任、违反‘安全配虑义务’的责任和不当得利的还偿义务责任，但由于时效、除斥期间而驳回请求”)和东京地方法院的判决(第二次集团诉讼 2003 年 3 月 11 日判决“由于时效、除斥期间驳回请求，但排斥‘国家无答责’”)。

上述两个判决的共同之处是站在所谓的严格解释的立论上研判并认为限制除斥期间的适用是没有实体法依据的，民法第 724 条“没有任何文言规定应当排除适用，对于除斥期间，只要没有其他规定就不能排除该规定的适用”(京都地方法院的判决)。“民法 724 条后段，站在被害者的保护、加害者和目击者的利益调整之上，有着围绕侵权

---

① 日本民法第 158 条：[时效的停止]“于时效期间届满前六个月内，未成年人或禁止产人无法定代理人时，则自其成为能力人或法定代理人就职之时起六个月内，时效不对其完成。”——笔者注

行为的法律关系的迅速地确定之意图，所以规定了20年的除斥期间的规定”。因此，“从正义、公平的观点强调应当再次探求适用除斥期间的具体的妥当性的见解，已经超出了实体法解释的领域（东京地方法院的判决）”。

事实上，关于严格地解释除斥期间的限制适用问题，不是没有实体法上的依据，恰恰这些实体法上的依据来自日本民法总则中所规定的“基本原则”和“解释基准”。作为日本民法基本原则的民法总则第1条中有两项规定如下：“行使权利及履行义务时，应恪守信义，诚实实行；禁止滥用权利。”日本民法总则第1条中还规定了解释的基准：“对于本法，应以个人尊严及两性实质的平等为主旨解释之。”

在加害者方面主张适用除斥期间的情况下，这种主张在个别案件中若符合违反信义、滥用权利、蔑视人类尊严的话，就应该适用日本民法总则中第1条规定进行解释并限制除斥期间的适用。

就日本民法的第724条后段的适用而言，日本民法的诚实信义、禁止权利滥用、个人尊严等基本原则并没有被排斥，而且作为日本民法总则中所规定的基本原则和解释基准，理所当然的是所有民法法条的灵魂和前提。

在日本民法的总则中确实没有直言关于“公平、正义”的文言，因而使东京地方法院的法官以“从正义、公平的观点……已经超出了实体法解释的领域”进行借题发挥。然而追求公平、正义是人类普遍追求的社会理想、价值和目标，也是所有文明国家法律所追求的宗旨和目标。公平和正义作为更高的一项基本价值的原则为法律所蕴含。日本民法中的“诚实信义、禁止权利滥用、个人尊严”等基本原则正是服膺于“公平、正义”这一更高层次的原则和指导理念而存在的。

司法作用于社会最重要的在于它的公平正义，就是通过公正执法，来维护和实现全社会的公平和正义。只有把“公平、正义”作为执法追求的最高价值目标，做到公正执法，惩恶扬善，不枉不纵，不偏不倚，才能树立法治权威，才能营造良好的社会秩序和风尚，法律所蕴含的公正、公平、正义、秩序等基本价值才能最终得以实现。

当然，对于公平和正义的问题，价值观取向不同的人，结论也不

同。从中立的角度来解释公平正义的最恰当的注脚则是美国哈佛大学哲学系教授约翰·罗尔斯(John Rawls, 1921—2002)的观点,他在《正义论》中指出,公平是正义的基础,正义不外乎公平。公平就是没有偏见。一个正义的社会,必定是一个尽可能使社会中处于最不利地位的人多得好处较少受损的社会,此即照顾弱者原则。

另一方面,日本侵华战争期间的侵权行为实质上都与战争犯罪行为有着密切的关系。1968 年 11 月 26 日,根据联合国大会等有关决议的精神所制定的《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》表明,追诉战争犯罪及残害人类罪的法律责任是不受时效限制、更不适用除斥期间的规定。该公约在国际司法实践中已为大多数国家所认可,正不断地显现出国际习惯法的特征。虽然日本国没有加入该公约,并且该公约也没有溯及力。但是该公约所表达的追究战争罪及危害人类罪的法律原则,正是显示了全人类共同追求的公平和正义的价值目标和价值观念。战后的日本和其国民并没有游离于全人类共有的公平和正义的基本价值观念。因此,要求日本法院本着法律所蕴涵的公平、正义的宗旨和原则,以"诚实信义、禁止权利滥用、个人尊严"等原则解释并限制日本民法第 724 条的适用,是有着充分的理由的。

所谓"从正义、公平的观点强调应当再次探求适用除斥期间的具体的妥当性的见解,已经超出了实体法解释的领域"的认定,实质上是无视和割裂了正义、公平与诚实信义、禁止滥用权利和人格尊严原则的内在关系。进而言之,伴随着战后宪法的制定,日本民法第 1 条第 2 款"对于本法,应以个人尊严及两性实质的平等为主旨解释之"应当作为民法解释的基准。因此无论什么情况只要时间经过就一律规定权利消灭的观点,与"个人尊严"原则就会发生冲突。从举证的义务上来看,被告日本国既然强调应当适用除斥期间制度,那么,被告就有义务从实体法证明除斥期间的存在,可是,日本法院显然偏袒被告,要求原告从实体法证明除斥期间可被限制适用的证据,这显然是违背了谁主张谁举证的一般举证原则。从一部分判决和被告的主张来看,既然无法证明除斥期间的规定在实体法中的依据,那么法院对于径自认定在案件中适用除斥期间的规定的做法,其本身也超出

了实体法的解释领域。

至今为止，明确地否定除斥期间适用的判决主要是福冈地方法院对于强制劳工诉讼请求的判决（2002 年 4 月 26 日）和东京地方法院就旧日本军毒气诉讼判令国家赔偿（2003 年 9 月 29 日）的判决。日本福冈地方法院就中国劳工诉三井矿山一案在其作出的判决理由要旨书中强调，如果对本案适用除斥期间制度，其结果将是明显地违反正义和公平的理念。东京地方法院的判决指出："国家的行为完全没有正当性，如果适用除斥期间，损害赔偿不予认可的话，是显著地违反正义和公平原则的"。

虽然否定或限制除斥期间适用的判决仅占全体诉讼案件的少数，但是，这些否定除斥期间适用的判决理由，再次充分印证了公平和正义的原则是法律的灵魂和指导理念。同时，这些法庭法官追求公平公正的审判目标，其职业道德和勇气是值得人们尊敬的。

一些日本地方法院强调限制除斥期间的适用，涉及法律的稳定性问题。事实上，不分青红皂白地固守这个"时间上的障碍"不是有助于法的稳定性问题，反而是维持和强化非正义的问题。战后对日索偿的法律事实无非是与虐杀事件、有组织的强奸、性奴隶被害、活体实验、毒气弹事件、强制奴役劳工等侵权行为，而所有这些侵权行为是属于违反人道罪的战争犯罪行为。[①]而现行的日本时效和除斥期间的制度，在战争受害者寻求司法救济伸张正义的情况下，却成为免除加害者的法律责任的庇护制度。这种对于本身连法条的明文规定都不存在的除斥期间的解释和运用，不仅是违反正义、显失公平，而且也是违背诚实信义原则的。因此，根据特殊的实际情况以及秉持公平、正义的原则下，对日民间索偿的行为理应不受除斥期间制度的影响。

① 前田朗著：《战争犯罪论》，青木书店，2001 年出版，第 175～219 页。

第八章

对日民间索偿途径的探讨

未来民间战争受害者诉讼的征途依然不乏艰难和漫长，为早日实现全面解决战争遗留的中国民间战争受害者的索偿问题，在坚持不懈地运用日本的“游戏规则”追究战争施暴者的法律责任的同时，还应当借鉴其他国家处理战后民间索赔的方式和各种解决问题的途径，以维护受害者的合法权益，彰显公平和正义。

第一节

加害国境外对日民间索偿的法律途径

随着1999年美国加州的海登（Tom. Hayden）等人提出的SB1245号加州法案后，中国的民间战争受害者开始在美国提起诉讼起诉日本加害企业。至今为止，此类案件的审理多有曲折，虽然最终的胜败尚无分晓，但是，这一伸张正义的过程本身就意义非凡，如今日本已经处于国际舆论的四面楚歌之中。

一、在加害国境外的立法与司法救济概述

近几年，美国针对日本拒不承担民间赔偿的顽固立场，通过了地方立法，允许战争受害者个人在美国地方法院，对参与加害的日本企

业提起诉讼，并由美国法院予以判决和执行。该法案旨在延长加利福尼亚战时强制劳动赔偿请求的诉讼时效。

1999 年 7 月在美国加利福尼亚州所制定的这项法案规定，就第二次世界大战中，在纳粹德国、日本和意大利等企业中被强制从事奴役劳动的平民和战俘以及继承人可以在加州高等法院提起损害赔偿的诉讼请求，法案规定该损害赔偿请求诉讼的消灭时效至 2010 年 12 月 31 日为止不得适用。该法律系加州参议员海登等 2 人和众议员 8 人共同于 1999 年 2 月 26 日提出，7 月 15 日参众两院分别全会一致通过，并且于 7 月 27 日获得加州州长签署认可，28 日加州州务长官登录。该法案号为 SB1245“赔偿：第二次世界大战奴隶、强制劳动”，法律第 216 号“追加关于赔偿的民事诉讼法的第 354 条第 6 项、应即时生效的紧急性宣言的法律”。

民事诉讼法被追加的第 354 条第 6 项的要点是：

(1) 本法的对象为：“第二次世界大战奴隶劳动被害者”(Second World War slave labor victim)与“第二次世界大战强制劳动被害者”(Second World War forced labor victim)。

“第二次世界大战奴隶劳动被害者是指纳粹政权及其轴心国或者其占领或者其支配地域中从事事业的企业，在 1929 年至 1945 年期间，为了获得不支付酬金的劳力，从强制收容所或者从犹太人街区被强掳的，以及从送往强制劳动收容所的途中或者从犹太人街区被抓获的移送者。”

“第二次世界大战强制劳动被害者是指，被纳粹政权及其轴心国征服的一般住民以及被纳粹政权及其轴心国所捕获的战俘，他们在纳粹政权及其轴心国或者其占领或者其支配地域从事事业的企业中，于 1929 年至 1945 年期间，从事没有劳动酬金并遭受强制劳动的人。”

显然，前者主要是指大屠杀的幸存者犹太人和欧洲的被害者，后者主要指日本国国内以及日本军占领地域的日本企业中被迫从事强制劳动的平民以及俘虏。

(2) 上述的奴隶劳动被害者以及强制劳动的被害者以及继承人，对于实施强制劳动的企业以及该利益继承者，可以直接或者向其子公司就强制劳动损害赔偿提起诉讼。(关于被害者以及继承人，并没有

附随说明必须是美国加利福尼亚的市民或者住民为要件。)

(3) 该诉讼,可以向加利福尼亚的高等法院提起。该法院对于该诉讼的终了或者解决为止享有管辖权。

(4) 以本项为基础的诉讼,至 2010 年 12 月 31 日为止期间被提起的情况下,不因涉及适用可能的时效规定的理由而驳回。

(5) 本法,依据宪法第Ⅳ条的精神,是为了公共的安宁、健康和安全而采取的紧急保全立法,并发生直接的效力。①

又及,加利福尼亚州议会,在海登法案生效约一个月后,就第二次世界大战中日本军所实施的战争犯罪,作出了"日本政府应当更明确地谢罪,向牺牲者进行赔偿"的决议。②

海登法案一经颁布,众多二战时期的战争俘虏以及被强制劳动的韩国人、中国人,纷纷以实施强制劳动的日本企业为被告,在美国加州法院提起赔偿诉讼。

最初提诉的是居住加州的原亚利桑那州立大学的教授雷斯特·特尼(Lester I. Tenney),他本人于 1942 年在菲律宾作战时被捕,"死亡行军"幸存后,被押送至日本九州的三池碳坑,在 1943 年至战争结束期间,被迫从事危险的劳动。1999 年 8 月 11 日,特尼向洛杉矶高等法院起诉三井矿山、三井物业等在美国的四家子公司。③

根据 2000 年 9 月 12 日产经新闻报道,以加利福尼亚州的法案为基础,在第二次世界大战中被日本军俘虏的美国和盟国的原军人提起的对日企业的强制劳动的诉讼达到 30 余起,占对日企业损害赔偿诉讼的大半。

诉讼标的最高的是原被俘美国军人于 2001 年 9 月 4 日在芝加哥美国联邦地方法院提起的诉讼,该诉求要求日本政府赔偿 1 兆美元(120 兆日元)的损害赔偿。原告罗森(ROSEN)被捕后,在菲律宾的"死亡行军"中得以幸存。美国西北大学(northwestern Uni.)教授安

---

① 戸塚悦郎:《卷入战后补偿问题的美国》,载《法学セミナー》1999 年 10 月号,第 73 页。

② 日本《产经新闻》,1999 年 8 月 27 日(朝刊)报道。

③ 日本《朝日新闻》,1999 年 8 月 12 日报道。

松尼丹马托(Anthony Damato)认为“日本政府在缔结旧金山和约后，向荷兰方面承认了个人行使损害赔偿的权利的文书被发现后”，“美国市民个人因战争导致的损害赔偿持有向日本方面请求的权利”。①

二、外国人在美国起诉日本企业或日本国（政府）的概要

1999年10月8日，居住在加州的美籍韩国人作为强制劳动的受害者在洛杉矶高等法院起诉。②

1999年10月22日居住在加州的韩国人在旧金山高等法院提起集团诉讼。诉状指控日本在统治朝鲜半岛时期总共约600万人从事强制劳动，其中约150万人被强掳到日本从事强制劳动。③

2000年2月24日，原英国战俘阿瑟·迪查林顿等三人，在日本矿业经营的台湾矿山被迫从事强制劳动，他们在加州ORAGEN高等法院起诉旧日本矿业在美国的关系法人。④

2000年5月16日，在日本军占领下的菲律宾和伪满洲等地被从事强制劳动的菲律宾人和韩国人的两个集团诉讼，在加州ORANGE高等法院起诉三井物产、三菱商事、三菱重工记忆住友商事、东洋纺织、太平洋中心等27家日本企业。⑤

2000年8月22日，9名遭受强制劳动的中国人，在洛杉矶高等法院起诉三井、三菱等集团在美国当地的法人共有20余家日本公司。原告的构成中，有居住在加利福尼亚的4名中国人，他们4年前移居美国，尚未取得美国国籍，另5名原告居住在中国(其中一人为遗属)。⑥

2000年9月18日，亚洲各国的原“慰安妇”15人在华盛顿美国联邦地方法院(哥伦比亚特区)起诉日本国(政府)要求损害赔偿。提诉

---

① 日本《朝日新闻》，2001年9月7日(夕刊)报道。
② 《日本共同社》，1999年10月8日报道。
③ 《日本共同社》，1999年10月23日报道。
④ 日本《朝日新闻》，2000年2月25日(夕刊)报道。
⑤ 日本《产经新闻》，2000年5月17日(夕刊)报道。
⑥ 日本《朝日新闻》、《产经新闻》(夕刊)，2000年8月23日报道。

女性的国籍为韩国 6 人，中国、菲律宾各 4 人，中国台湾地区 1 人。这是首次原“慰安妇”在美国的起诉，并且是以日本国（政府）为被告的诉讼。这次的诉讼，是基于 1789 年美国制定的《外国人侵权行为请求权法》（the Alien Tort Claims Act）为基础的。诉状指出：“日本政府从 1932 年至 1945 年期间约有 20 万外国女性作为‘慰安妇’被使役，这是战争犯罪和对人道的犯罪。”①

三、 日美两国的立场

（一）日美两国政府的见解

作为日本政府的意见，柳井俊二驻美大使于 1999 年 11 月 9 日强调“日本国和国民的行为与联合国及其国民的行为相关联的请求权问题，在旧金山和平条约第 14 条和第 19 条中已经明确了相互放弃。新的国际关系是以此为基础构建的，现在再提及这种事情令人困惑”。② 大使在 2000 年 6 月 27 日的记者会上表示“重提 50 年前的旧事，只会影响到发展至今的日美关系”，同时表示为了支持日本企业在法庭上的“斗争”，“将向日本企业提供必要的情报”。③

被告日本企业强调这些诉讼与“联合国及其国民放弃对日本及其国民所实施的行为放弃赔偿请求权”的“旧金山和约”有着密切的关系，提出管辖异议，要求审判管辖权移送联邦法院管辖，其结果 4 起诉讼被发回至加州地方法院，而 27 起诉讼依然归属在联邦法院管辖。对于起诉日本企业的诉讼，美国司法部在 2000 年 5 月给主审法官的意见书中指出：“围绕条约解释争论的诉讼的管辖权属于联邦法院管辖。”④

美国参议院司法委员会在 2000 年 6 月 28 日，举办了关于第二次世界大战中被日本军俘虏并被强制劳动的美国士兵对日本企业提起

---

① 日本《读卖新闻》，2000 年 9 月 19 日；《每日新闻》，2000 年 9 月 16 日；《朝日新闻》，2000 年 9 月 17 日报道；以及美国 Washington Post, September 19, 2000; The New York Times, September 16, 2000 报道。

② 日本《产经新闻》，1999 年 11 月 10 日（夕刊）报道。

③ 日本《朝日新闻》，《产经新闻》（夕刊）2000 年 6 月 28 日报道。

④ 日本《产经新闻》，2000 年 9 月 12 日（朝刊）报道。

损害赔偿诉讼问题的听证会，美国司法部奥沽丹民事局代理局长表示“根据旧金山和平条约，美国和美国国民对于日本政府和日本国民的损害赔偿请求权已经完全放弃，对于日本企业的损害赔偿的请求权不具有适法性”。同样美国国务院也表示了“对日赔偿请求的问题在旧金山和平条约中已经解决”的见解。①

（二）美国议会的动态

美国议会与美国政府的态度不同，特别是主持听证会的哈奇司法委员会委员长（Orrin G. Hatch，共和党），在追究日本企业责任方面表现积极。

在2000年6月28日的听证会上，哈奇委员长指出：“旧金山和约第26条规定‘当日本国给予（非条约缔约国）比条约规定更多利益时，该条约的缔约国均享有同样的利益’，日本对缅甸给予了赔偿，所以美国国民也就享有（对日本企业）损害赔偿请求权。”②

2000年10月31日，美国参议院一致通过了“为了正义与公正，美国政府应当努力促进解决受害俘虏与强制劳动中获得利益的日本企业之间问题的对话。”③决议的前文为：“原俘虏在美国国内的诸多法院中起诉了日本企业要求损害赔偿，政府至今为止妨碍了美国人的努力，对于促进当事者之间对话的事项没有作出过任何努力。”

2001年7月18日，美国众议院通过了一项“关于第二次世界大战中作为日本军的俘虏从事强制劳动的原美军士兵起诉日本企业要求损害赔偿的审判中，禁止美国政府行使反对诉讼主张的预算修正条款”的修正案。修正条款是禁止美国司法部门和国务院在这个法律问题上投入资源为反对诉讼或为此目的准备陈述意见所使用的一切费用的预算。④

2001年9月10日，一项关于第二次世界大战中被迫从事强制劳动的美国原军人以日本企业为被告提起损害赔偿诉讼中，旨在使美国

---

① 日本《产经新闻》，2000年6月29日（朝刊）报道。
② 日本《产经新闻》，2000年6月29日（夕刊）报道。
③ 日本《产经新闻》，2000年11月2日（夕刊）报道。
④ 日本《朝日新闻》，2001年7月21日（朝刊）报道。

政府提出反对陈述意见成为不可能的修正条款被纳入2003年度预算法案获得了参议院的多数通过。①

2001年3月22日，美国众议院提出了一项支援原美国被俘军人起诉日本强制劳动的法案，该法案的名称为“2001年美国人俘虏正义法案(Justice for United States Prisoners of War Act of 2001)”，该法案的提起人是由加利福尼亚州选出的共和党议员唐纳·劳拉巴克和民主党议员麦克·轰达(本田)，鉴于海登法案出台后，受害人的诉讼一直遭到美国联邦法院的驳回，期间美国政府(外交部)的反对救济受害人的立场起了关键的反面作用，该议案的提起人指出：“我国的国务院(外交部)是正义的最大的妨碍者。”②

支援原美国被俘军人对日索赔的法案虽然在美国上下两院获得表决通过，可是审议的最后阶段，在2001年11月20日的两院联席会议上这项议案被删除。这项删除措施主要是考虑到日本对于美国正在进行的国际反恐军事行动中的协作作用而决定的。③

四、美国拒绝对原美国被俘军人的救济违反法理

从日本和美国两国政府所表明的立场来看，双方都认为依据“旧金山和约”民间赔偿问题已经解决。但是这种观点未必符合法理和事实。

关于曾被日军俘虏的联合国家方面士兵的诉讼权的问题。虽然在1951年的《旧金山对日和约》中，美国、英国等国家放弃了国家和民间的对日本的战争赔偿要求，但是，正如美国参议院司法委员会委员长所指出的那样：“旧金山和约第26条规定‘当日本国给予(非条约缔约国)比条约规定更多利益时，该条约的缔约国均享有同样的利益’，日本对缅甸给予了赔偿，所以美国国民也就享有(对日本企业)损害赔偿请求权。”此外，“日本政府在缔结旧金山和约后，向荷兰方面承认了

① 日本《产经新闻》，2001年9月11日(夕刊)报道。
② 日本《朝日新闻》，2001年3月23日(朝刊)报道。
③ 日本《产经新闻》，2001年11月21日(夕刊)报道。

个人行使损害赔偿的权利的文书被发现后”，这就导致“美国市民个人因战争导致的损害赔偿持有向日本方面请求的权利”。①

因此，美国等签署“旧金山和约”的国家有权利依据该第 26 条的最惠国条款，要求日本政府给予同样的待遇。不过由于种种复杂的背景，美国政府不会为了维护一部分受害者的人权利益，而站在受害者的立场上与日本政府进行交涉。

如果美国司法系统依据“旧金山和约”第 26 条规定判令被告日本企业败诉并执行的话，日美两国必然会围绕着该第 26 条的性质、救济途径等问题进行唇枪舌剑的外交冲突。尽管美国司法机构判令日本企业败诉是有着一定的法律理论上的依据，但是该第 26 条是制约国际法主体国家之间的规定，因此，在缔约当事国之间尚未达成对该第 26 条条款的解释和援用美国司法救济途径的方式达成共识之前，美国可能会承担国家责任的风险。

基于该第 26 条的规定和战后日本的具体实践上的差别待遇，作为缔约国的美国当然有权力依据这项权利就民间的对日损害赔偿问题重开谈判。不过通过外交途径旧事重提的权力是属于美国政府的，而不是美国国民个人的。美国政府是否需要旧事重提必然受以下几个方面因素的制约。首先，是国内方面的因素，美国政府需要考虑到美国人民民意外更会倚重国会的决定，问题是尽管一旦美国的参众两院分别作出要求政府必须就民间损害赔偿的问题再度与日本国进行外交交涉的话，美国总统仍有否决权，除非该项决议经过两院 2/3 的议员重新通过。其次，在美日关系方面，战后美日建立安全保障体制，美日在政治、经济和军事上互有较深的利益牵制，尤其是美国依然需要日本作为亚太地区的军事基地和战略上的联盟来维持美国世界盟主的地位。再则，虽然法理上美国有权利要求日本就民间赔偿问题重开谈判，可是，“旧金山和约”所放弃的国家和国民之间的战争赔偿请求权是对等的，如果美国要求日本国为奴役强制被俘的美国军人付出损害赔偿的法律责任的话，那么，日本必然

① 日本《朝日新闻》，2001 年 9 月 7 日（夕刊）报道。

会针对长崎和广岛原子弹爆炸中受害的日本国民对美国的损害赔偿提出同样的对等赔偿要求。在以上各种复杂的、具有多种潜在因素的背景之下，被奴役的美国军人要指望美国的司法机构主持公道实非易事。事实上大部分这类诉讼案件归属美国联邦法院管辖，以及至今为止在联邦法院如数驳回了受害美国老兵的诉讼请求就已经非常说明问题。可见，在国家利益和美国国民个人人权的保护方面发生冲突的时候，自誉为人权利益至高的美国，其人权保护意识远远低于曾为二战时的盟国。

缔结"旧金山和约"时，被俘并遭受奴役的美军并没有直接授权其国家放弃他们的对日索偿权，嗣后，美国不仅在"旧金山和约"中放弃了这些军人的对日索偿权，同时，对于这些军人所遭受的奴役和迫害也没有在国内层面进行过实质性的补偿救济。因此，由美国国家对战争中被奴役的军人给予赔偿（或补偿）是抵偿当时公权力代替其受害国民放弃对日索偿的合乎法理的补救措施。

参议院司法委员会委员长正是基于这样的法理就 2004 年度国防预算法案提出了修正案，使预算法案添加了第 9 编，题目为"第二次世界大战中基于日本企业的原因对于奴隶劳动的请求权的解决"。该编第 901 节为"第二次世界大战中的日本企业的原因对于强制劳动或者奴隶劳动对于原俘虏给予补偿金"。从第 903 节"定义"中的第二条来看，它具体规定对于第二次世界大战中被日本俘虏并且在日本企业从事强制劳动和奴隶劳动并且现在生存者，由国防长官从国防总费用中给予个人支付一万美元。修正后的法案虽然在同年 9 月 24 日获得众议院的通过，9 月 25 日获得参议院通过，可是，在 9 月 30 日美国总统签署该法案时，添加的第 9 编被删除。其结果由美国参议院议员、参议院司法委员会委员长哈奇提出的这项修正案，最终未能付诸实施。①

---

① 美国众议院网站（http://www.house.gov/），检索 Find a Bill and law? H. R. 2658。该修正案的名称为 Resolution of Claims of American POWS of the Japanese Act of 2003。

(一) 英国的处理方式

2000年11月7日,英国政府发布了对于第二次世界大战中被日本军俘获并且遭受强制劳动等残酷奴役的英国军人,每人1万英镑(约160万日元)的补偿金。补偿的对象为原俘虏以及被拘押的平民和已经死亡的配偶,共计人数为16 700人,补偿总额为16 500万英镑(约265亿日元),同时对象还包括当时殖民地军人兵士。

根据英国国防部的资料显示,被日军俘虏的有50 016人,其中在拘押中死亡或被杀害的有12 433人,日本政府基于"旧金山和约",对于原英国俘虏支付了每人76镑(按现价计算为1 200镑),应该说当时支付的款项并没有考虑到强制和奴役战俘的侵权损害赔偿的问题。英国政府的此项补偿表明了不打算对日本提出新的损害赔偿请求。①

(二) 荷兰的处理方式

2000年12月12日,荷兰政府与第二次世界大战中,在日本军占领的荷兰领地东印度(现在印度尼西亚)被收容所扣押的荷兰人的拘留者团体达成合意,决定向上述受害者支付38 500万荷兰盾(约171亿日元)的赔偿金。战时被日本军拘留的平民和俘虏约13万人,他们被拘留期间遭受到了强制劳动的奴役,不仅如此,在印度尼西亚独立后,还遭到差别待遇,所以要求政府一并赔偿。此次实际赔偿的对象约10万人,扣除3 500万荷兰盾作为服务被拘留者事业的机构所使用外,其余分配给个人。②

(三) 澳大利亚和新西兰的处理方式

2001年5月22日,澳大利亚政府发表了2001(7月)至2002年(6月)度财政预算案。其中添加了一项规定,即对于第二次世界大战中被日本军俘虏的原澳大利亚兵士每人支付2.5万澳元(约162万日

① 日本《朝日新闻》,2000年11月8日报道。

② 日本《朝日新闻》,2000年12月14日(夕刊)报道。

元)的补偿金。尚生存的原被俘军人约 2 600 人,已死亡的原俘虏的配偶,以及被拘押的平民合计约 1 万人。第二次世界大战中约22 000名原澳大利亚军人成为日军的俘虏,其中约 8 000 人在收容中死亡。新西兰政府在 2001 年 4 月,也作出并发表了对于被俘的军人给予每人 3 万新西兰元(约 157 万日元)的决定,对象约 150 人。①

和美国一样,英国、荷兰、澳大利亚和新西兰在二战期间既是与日本作战的联合国家,也是"旧金山和约"的缔约国。依据"旧金山和约"第 26 条,上述 4 国虽然有着向日本提出新的赔偿要求的权利,但是,这些国家出于国家利益的考虑,无意重启外交谈判来解决战争期间被俘军人和平民遭受奴役的损害赔偿的战后遗留问题。既然国家公权力曾"越权"代替受害个人放弃了个人的损害赔偿请求权,那么惟一可以弥补的方式就是这些国家以自己的名义向受害者直接作出补偿或赔偿。这种处理方式尽管不能有效地彰显正义和惩罚侵权行为者,不过也算是符合法理的一种恰当的措施。可是,时至今日美国(布什)政府的态度说明了他们尚缺乏这种起码的法理逻辑和人权保护意识。一个在世界上高谈人权至上的美国,竟然对本国的为国家利益和世界和平作出贡献的受害军人也采取了过河拆桥的方式来对应,其行为在英、荷、澳、新 4 国面前无疑就显得相形见绌。

五、 美国法院判决中的曲折

由于被告日本企业提出的管辖异议的主张,2000 年 5 月美国司法部长就对日本企业诉讼的问题,向主审法官提交了"关于条约解释争论的诉讼管辖权属于联邦法院"的意见书,因此,31 起诉讼案件曾移送管辖至联邦地方法院,原告强调"州法为基础的诉讼"要求发回重审。结果 4 起案件发回至州法院,其余 27 起案件在联邦地方法院。②

美国联邦法院的司法权力主要是审理涉及美国宪法、联邦法律和

---

① 日本《朝日新闻》,2001 年 5 月 22 日报道。

② 日本《产经新闻》,2000 年 9 月 12 日(朝刊)报道。

条约、国际关系，以及联邦政府为诉讼之一方或两州之间，不同州公民、本国公民与外国人之间的案件。①因此，对日索偿的原美国战俘和外国民间受害者的诉讼案件大部分被联邦法院接受管辖也是情理之中的事情。可是，美国联邦法院悉数驳回了所有起诉日本企业的诉讼案件。

2001年9月17日，美国联邦地方法院驳回了菲律宾、中国、韩国人的起诉日本企业战时强制劳动的损害赔偿诉讼。理由是加利福尼亚海登法案违宪。②

2001年10月4日，美国联邦地方法院驳回了于2000年9月18日起诉的韩国、中国、中国台湾和菲律宾女性的诉讼，理由是“作为主权国家的日本不服从美国的司法管辖权”，原告继续上诉。③

2003年10月6日，美国联邦最高法院驳回了4起原美国战俘对日本企业的损害赔偿诉讼请求，最高法院追认了联邦高等法院的理由，即“‘旧金山和约’已经解决了赔偿问题”。“外交权只有联邦政府有权认可，不得以州的法律作为诉讼根据。”④

2000年12月13日，美国联邦地方法院驳回了5起起诉日本企业的原盟国俘虏的诉讼。理由是根据“旧金山和约”第14条盟国已经放弃了对日赔偿权。⑤

2003年1月21日，美国联邦高等法院对于遭受强制劳动的原美国被俘军人和平民对日本企业的损害赔偿诉讼作出了驳回，理由是“认定赔偿请求的加利福尼亚州法是违宪的”。⑥

2001年10月4日，亚洲原“慰安妇”15人的诉讼被华盛顿特区联

---

① 复旦大学国际政治系资本主义国家政治教研室编写：《各国手册丛书——美国》，上海辞书出版社，1981年出版，第101页。

② 日本《朝日新闻》，2001年9月20日（夕刊）报道；《产经新闻》2001年9月21日（朝刊）报道。

③ 日本《产经新闻》，2001年10月5日（夕刊）报道；《朝日新闻》2001年10月6日（朝刊）报道。

④ 日本《每日新闻》，2003年10月7日（夕刊）报道。

⑤ 日本《产经新闻》，2000年12月14日（夕刊）、16日（朝刊）报道。

⑥ 日本《产经新闻》，2003年1月23日（朝刊）报道。

邦地方法院驳回，此后于 2003 年 6 月 27 日，美国联邦高等法院，就 15 人上诉也作出了驳回。①

归纳起来，围绕着海登法案是否违反美国宪法的问题上美国联邦法院和加州法院一度观点对立，美国联邦高等法院“认定赔偿请求的加利福尼亚州法是违宪的”。美国联邦最高法院认定“外交权只有联邦政府有权认可，不得以州的法律作为诉讼根据”。尽管 2003 年 1 月 15 日，美国加州高等法院在对美籍韩国人起诉旧日本小野田中心（现为太平洋中心）等企业的损害赔偿诉讼请求案件作出判决，认定“加州 1999 年的海登法案不受 1951 年的‘旧金山和约’的拘束，不违反美国宪法”。②可是，此后在 2003 年 11 月 5 日，美国加州高等法院再度驳回了原美国战俘的诉讼。③2004 年 2 月 24 日，美国加州最高法院驳回了原美国战俘的上诉。④加州法院驳回原告的理由中只是或明或暗地表述为 1951 年“旧金山和约”已经解决了民间赔偿问题。

对于外国人受害者依据海登法案在美国对日本企业提诉的原告而言，美国法院在审理之际还需要参考战后原告各自的国家与日本之间签署的和平条约，撇开其他国家原告的国籍国与日本在战后签订的和平条约的内容不谈，仅仅就中国的民间战争受害者而言，中国政府既没有参加“旧金山和约”，也没有在双边条约中放弃过民间损害的对日赔偿权利，因此，美国法院依据否定美国原战俘诉讼请求权的理由（旧金山和约已经解决了日美之间的赔偿问题）来否定中国民间战争受害者诉讼请求是不合适的。

至于美国联邦法院认为海登法案违反美国宪法的说辞，其理由是不充分的。与其说美国联邦法院认定海登法案违反美国宪法，倒不如

---

① 《亚洲原“慰安妇”对日本政府诉讼的美国联邦地方法院判决》，载于山手治之、香西茂等编集：《现代国际法的人权与和平的保障》，东信堂，2003 年出版，第 165 页。

② 《日本共同社》，2003 年 1 月 16 日报道。

③ *Mitsubishi Materials Corp. v. Superior Court of Orange County*, 2003 Cal. App. LEXIS 1660 (Cal. Ct. App. Nov. 5, 2003)。该判决可在网址为 http://appellate-cases. courtinfo. ca. gov/查阅。

④ 2004 Cal. LEXIS 1785，该判决可在网址为 http://appellatecases. courtinfo. ca. gov/查阅。

说海澄法案违背美国的“国家利益”。外国民间战争受害者本来是搭便船借海登法案起诉日本加害企业。美国的这一对日索赔运动的兴起,不仅有助于惩罚战争暴行,彰显公平和正义,也会在美国赢得捍卫人权的荣誉。可是,联邦法院对于原美国被俘军人的诉讼请求权都加以否定,那么,对于外国的民间战争受害者来说,就不能完全寄希望于加州议会的海登法案获得胜诉。理论上比较可行的途径是推动美国国会立法,可是这条道路并不平坦。

不过最新的判例表明,外国民间战争受害者争取在美国联邦法院的诉讼出现了获胜的转机。2004 年 6 月 14 日,美国联邦最高法院针对亚洲原“慰安妇”诉讼(原告 15 人)等 4 起诉讼作出发回上诉审法院重审,并要求上诉审法院按照 Alrmann 的判例来考虑审理。①

Alrmann 的判例概要如下:美国联邦最高法院于 2004 年 6 月 7 日就美籍奥地利人(Maria V. Altmann)起诉奥地利政府与奥地利国家美术馆要求返还被纳粹掠夺的属于她女儿家庭所有的 6 幅艺术绘画的诉讼,作出了认定诉权的判定。

1952 年,美国国务院宣布,作为它将来的政策,它将不再赞成外国政府在它们的商务行为方面主张豁免权。②1976 年美国又颁布了旨在进一步明确外国的公权力行为可以豁免,而商业活动的行为不可获得豁免的外国主权豁免法。本案争议的焦点是 1976 年美国颁布的外国主权豁免法是否有溯及力的问题。原告主张依据 1976 年美国的外国主权豁免法(Foreign Sovereign Immunities Act)为基础的管辖权。奥地利政府强调,在侵权行为发生的 1948 年,从当时美国法院的诉讼来看,外国是享有绝对豁免权的,因此,本案美国法院没有管辖权。本案法院的判示表明:针对上诉人在 1976 年该法制定以前的侵权行为,以及 1952 年美国采用主权豁免有限理论之前的侵权行为,外国主权豁免法可以适用。③

---

① *Joo v. Japan*, No. 03-741, 2004 U. S. LEXIS 4182 (U. S., June 14, 2004)。参见 http://page.freett.com/haruyamate/new_page_3.htm。

② 劳特派特修订,王铁崖、陈体强译:《奥本海国际法》上卷第一分册,商务印书馆,1981 年出版,第 207 页。

③ *Republic of Austria, et al. v. Maria V. Altmann*, 124 S. Ct. 2240; 2004 U. S. LEXIS 4030。参见美国联邦最高法院的网站(http://www.supremecourtus.gov/)。

2000 年 9 月 18 日，亚洲各国的原“慰安妇”15 人在华盛顿美国联邦地方法院（哥伦比亚特区）起诉日本政府要求损害赔偿。这次的诉讼是针对违反国际习惯法、遭到侵权行为的外国人在美国法院行使诉权，同时，是基于 1789 年美国制定的《外国人侵权行为请求权法》（the Alien Tort Claims Act）为基础的。[①]原“慰安妇”在美国起诉日本政府相比二战中受害的外国劳工在美国起诉日本企业更为棘手，前者涉及国家主权豁免的问题，后者有加州海登法案的支撑。可是，柳暗花明又一村，美国联邦最高法院对此案作出了要求上诉审法院按照 Alrmann 的判例来考虑审理，说明了联邦高等法院就此案的审理一般会考虑将对从军“慰安妇”的侵权行为视为国家的商业侵权行为，而否定日本国的国家豁免权利。但是，从美国的国家利益角度来看，联邦高等法院是否会以“旧金山和约”已经解决了对日损害赔偿问题，或者以其他的理由为由再度驳回原告的诉讼，则难以预料。

六、 进一步推动在美国进行对日民间索赔的新思路

美国人和外国人对日本企业提出的损害赔偿诉讼，除了少数在美国各地联邦地方法院提诉以外，压倒性的诉讼是集中在加州地方高等法院。当然这是因为受海登法案的时效延期的影响。根据日本《产经新闻》2000 年 5 月 17 日早刊的报道，美国东部的罗得岛州的参议院在 2000 年 4 月通过了与加州海登法案同样的法案，此外，内布拉斯加州、堪萨斯州、西弗吉尼亚州的议会对同样的法案也在审议之中。得克萨斯、佛罗里达、佐治亚、密苏里 4 州也有提出此类法案的动向。

加州的海登法案以及美国其他州的立法动向是与国际社会非政府组织的积极推动分不开的，在受害国的中国、韩国、朝鲜以及日本国内对日民间索偿的学术活动以及相关的战争罪行调查等市民运动正在如火如荼地展开。值得一提的是，在美国的对日民间索偿运动，也

---

① 日本《读卖新闻》，2000 年 9 月 19 日报道；日本《每日新闻》，2000 年 9 月 16 日、19 日报道；日本《朝日新闻》，2000 年 9 月 17 日、19 日报道；Washington Post, September 19, 2000; The New York Times, September 16, 2000。

得到了总部在美国旧金山的“为保存亚洲第二次世界大战历史的地球同盟”的支持。尤其是在旧金山的中国人市民团体的“抗日战争历史维持会”对海登法案的出台和外国人在美国起诉日本企业进行了鼎力支持。该组织积极地开展了介绍美籍华人的专著《南京大屠杀》和举办揭露旧日本军“战争罪行”学术会议等活动。该组织在世界各地有着41个支部，对于呼吁参加对日民间索偿有着非同寻常的影响力。① 这些有影响力的美国的社会团体，今天依然积极地推动美国国会的立法。中国和亚洲的民间战争受害者除了依托这些社会团体继续开拓对日民间索偿的平台之外。从自身角度来看，也有着推动美国国会立法以及在美国法院获得对日索偿胜诉的筹码。

作为战争受害者在美国依据海登法案提起诉讼起诉日本企业，如果最终遭到美国司法机构的差别待遇或其他非公平公正处理的话，受害者国籍国几乎是无能为力的，因为法院管辖国美国不是加害国，在受害者国籍国无法援用外交保护权的情况下，民间受害者还有一条起诉美国政府的途径。那就是美国在日本长崎和广岛投掷原子弹时，受害者中有着非日本国民的中国人以及韩国人。作为战争的平民受害者他们有权起诉美国。

对于美国在二战期间，在日本投掷两枚原子弹的行为，一直以来多以正面进行肯定，其遗留的法律问题似乎总是讳莫如深。客观地说，在日本投掷的原子弹爆炸的结果，极大地打击了日本军国主义负隅顽抗的决心，对第二次世界大战的提前结束，使得亚洲各国人民早日摆脱持续的苦难和避免更多的联合国家军队（包括抗日战争主战场的中国军队）的伤亡有着积极的意义。

虽然根据当时的战争法规，采取大规模杀伤性武器并不符合战争法规则，可是，从道义上来说，日本方面没有资格对此说三道四，因为，日本不仅是发起战争的侵略国，而且在战场上首先使用了大规模的违反战争法规的生化武器，并造成了大规模的中国平民和军人的死伤。从法律上而言，在1951年签署的“旧金山和约”中，日美两国已经相互

① 日本《朝日新闻》、《产经新闻》（夕刊）2000年8月23日报道。

放弃了向对方国家和国民的战争赔偿权。所以，即使是在原子弹爆炸中受害的日本国民也是没有权利要求美国政府赔偿的。不过对于不是日本国民在原子弹爆炸中遭受死伤的外国人，如中国和韩国的原子弹爆炸受害平民，他们的权利并没有为《旧金山和约》所放弃，他们依据战争法规以及美国国内法有权利直接起诉美国政府要求损害赔偿。

即使在第二次世界大战之前，战争法规就明确了禁止屠杀平民，更不允许对平民使用大规模杀伤性武器，这是国际社会的共识。这些战争法规不会因为美国代表的是战争正义的一方就会网开一面。过去中国的原子弹爆炸受害者，从道义和顾全大局的角度没有行使起诉美国政府的权利。今天，美国政府仅仅考虑自身的国家利益积极地阻止海登法案的适用，美国政府已经放弃了正义和责任感，为此，中国和韩国的原子弹爆炸受害者应当联手对美国政府提起诉讼要求损害赔偿。

开辟这个新的诉讼战场有着其特殊的意义：(1)从原子弹爆炸受害的平民起诉美国政府本身而言，其维权道路不会平坦，必然会遇到美国政府设置的各种法律障碍。但是重要的是过程，在这个诉讼过程中，自誉人权利益至高的美国，必将面临新的压力和两难的选择。这一诉讼有利于推动美国政府认真地全面考虑自身所谓的“国家利益”。因此，即使是作为一项推动民间战争受害者在美国进行的对日索偿进程的辅助手段也是有着积极意义的。(2)战争的民间受害者在加害国日本起诉日本法律责任的同时，也在美国起诉美国政府的侵权损害赔偿责任，这一行为本身并不存在替日本侵略罪行说话和翻案的任何动机。它的意义在于彰显了战争受害国的平民运用法律武器起诉加害国时，并无对象上选择的好恶，凡是违反战争法规侵犯人权的国家都将遭到受害国人民的谴责和索赔。中国原子弹爆炸民间战争受害者起诉美国政府也必然会加深日本人民理解中国民间战争受害者对于日本广大热爱和平的人民并没有偏见，民间战争受害者诉求的动机和胸怀是反对侵略战争和暴行，捍卫人类尊严。

七、海登法案及在美国展开对日索偿的意义

海登法案的出台，创造了一个外国人战争受害者在美国起诉日本

企业的平台，大量的对日索偿诉讼以及在美国司法机构的审理过程中，不仅使得日本在战争期间尚未被清算的侵略暴行再度曝光于国际社会，同时，也多少牵制和影响着在日本司法机构对此类诉讼案件审理的公正性问题。

海登法案的出台，催生了在日本境外的美国形成了一个对日民间索偿的诉讼舞台，针对日本政府要员近年来否定侵略历史和美化战争的倒行逆施行为，这个诉讼舞台在谴责侵略暴行，维护人权和鞭策日本政府反省战争责任方面都有着十分重要的意义。

海登法案的出台，也促使二战时期共同与日本作战的，并且在“旧金山和约”上放弃了对日战争赔偿权的联合国家，就缔结和约的法律问题进行了进一步的反思。

依据“旧金山和约”第16条等有关规定对于在中立国以及轴心国的日本国和日本国民的财权交由国家红十字会，红十字会在清算和平衡后通过国内机构分配给曾被日本俘虏并遭受不当苦难的军人。以英国为例，英国共获得此项款项4 816 401英镑。其中4 425 000英镑分配至曾被日本俘获和拘押的军人和平民（被俘军人每人76.5镑、平民被拘押者为48.5镑）。但是，从法律角度而言，这项款项并没有言明是对于侵权行为的损害赔偿，仅仅是因为“遭受不当苦难……分配给战俘”。虽然有些二战时同盟国被俘的军人获得了一些有限的象征性的“补偿”，但是，日本国所支出的这些款项，并不等同于买断战俘们对于奴役侵权行为的损害赔偿诉讼权利。

在“旧金山和约”中，联合国家放弃了所有的赔款请求权以及放弃了战争期间日本及日本国民实施行为所导致的联合国家以及其国民的其他请求权，并且该和约后经缔约国国内最高权力机构批准。国家在媾和条约中处分（放弃）战争赔款权并无不妥，问题是民间战争受害者的对日索偿权在“旧金山和约”中也被当时的联合国家所放弃。随着国际法的发展，在当时处理因战争导致的政府损失与国民损害赔偿问题上区分国家（政府）与民间的损害赔偿权利已经明确。从国内法而言，民间战争受害者的对日索偿权其本质上可以归因于私权。国家为维护其国民的这种私权，当然有权利在和约中向加害国要求赔偿，

可是国家若代替其受害国民向加害国放弃这种具有私权性质的诉权的话，其权限来自受害国民的直接授权或者来自该国家最高权力机关作出的可以被推导出具有这种权限的法律规定。如果该权限是来自后者的话，按照一般法理，作出放弃民间战争受害者对日索偿权的国家应当以国内救济的方式对其本国国民进行补偿。缔结“旧金山和约”的联合国家是以后者的方式放弃其国民的对日索偿权的，在该和约缔结后，未曾报道过联合国家在其国内对受害国民实施过专门性的国内补偿救济。

此外，依据“旧金山和约”第 26 条关于最惠国条款的规定，荷、英、澳、新 4 国依然有权利为了其本国国民的诉求与日本国重启外交谈判。可是，上述 4 国从“国家利益”角度考虑，已经无意旧事重提。在这样的情况下，惟一的抉择就是对其本国的战争受害者以政府自身的名义给予直接的补偿或赔偿。这一举措也说明了民间战争受害者对加害国的索偿权利是固有的，同时，关于国家公权力机关在未经受害人本人授权放弃的情况下，是否享有放弃其国民对外索偿权的问题，根据荷、英、澳、新 4 国的实践，不难看出，这些国家是持否定态度的。

中国政府没有参加和签署“旧金山和约”，在《中日联合声明》和《中日和平友好条约》中也没有放弃过民间的对日索偿权利。因此，从法律角度而言，中国民间战争受害者当然享有对日索偿的固有权利。

海登法案的出台还给予受害者国籍国一个启示，当本国的受害者在日本国提起诉求而屡遭驳回，正义和公平无法实现的情况下，受害者国籍国现行的司法制度是否享有管辖权予以审理的问题，如果现行侵权损害赔偿的法律不具有溯及力的话，是否有必要以国会立法的形式来排除在本国民间战争受害者对日本加害企业提起诉讼的时效和除斥期间的障碍。从法理上而言，受害者国籍国在一定的范围内有这样的权力，在其本国开辟一个新的诉讼战场，以保护本国人民的权益和尊严。可是，这样的举措同样会影响到与日本之间的政治、经济等方面的关系，这些问题都是受害者国籍国必须全盘加以考虑的。不过，受害者国籍国若能够未雨绸缪，就这一立法问题进行专项研究，在

日本政府或者要员们拒绝反省、顽固地否定侵略历史和美化侵略战争之际，必要时受害者国籍国就可以推出新的立法以维护人民和国家的利益。事实上，若这项应国内民意而推动的专项立法研究动态的信息，适当地传递给日本则是利大于弊，它有利于敦促日本司法机构依法对民间战争受害者给予公正的司法救济。

解决战后遗留的民间战争受害者对日索偿问题，最为理想的途径是受害者在加害国境内获得彰显公平、正义的救济。这是因为，只有这样才不至于使日本政府失去一个向战争受害者表达一种对侵略战争的反省和主动承担法律责任的机会，只有这样才能够修复日本人民和各战争受害国人民之间的友好交往的基础。当然，在加害国境外的诉讼战场依然是十分重要的，缺乏这样的世界性的惩罚侵略者暴行的平台，不造成一个日本政府四面楚歌的狼狈境地，就不足以敦促日本政府深刻反省。在这一点上加州海登法案的作用和意义已经超出了美国的国界。

第二节

中国民间战争受害者对日索赔的其他途径

一、中国民间战争受害者在国内的司法救济问题

(一) 在中国境内起诉日本企业的法律研究

由于中国民间战争受害者在日本的诉讼屡屡受阻，同时受到海登法案的影响，一部分受害的劳工开始尝试在中国国内起诉日本企业。

2000年12月27日，原中国被强制奴役的劳工13人和遗属1人向河北省高级人民法院集体起诉当时侵权的日本的5个企业，被告分别是熊谷组、住友石炭矿业、住友金属矿山、鹿岛、日铁矿业。原告要求被告登载谢罪广告并赔偿每人100万元人民币(约1 400

万日元)。①

根据《人民网日文版》(http://j.people.com.cn/zhuanti/Zhuanti_44.html)的"民间战后补偿"栏目于2002年4月30日的报道,是日,上海的18名曾经遭受强制奴役的劳工,向上海市高级人民法院提起诉讼,要求被告赔偿。被起诉的被告为福冈县三菱矿业集团的胜田矿业所和北海道室兰市的港湾劳动、住友集团的关联企业等。

发生在中华人民共和国政府建立之前的外国人对本国人的侵权行为,中国法院是否可以管辖以及关于受害中国劳工诉讼的具体的法律依据方面都是需要澄清的。

(1) 在中国境内起诉日本政府的实体法依据

与强制劳工关系紧密的强掳行为发生在中国,中国是侵权行为的主要发生地之一,受害方是中国公民。《中华人民共和国民事诉讼法》第5条规定:"外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利和义务。"该诉讼法第29条又规定:"因侵权行为提起诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。"由此可见,我国法院对于本国公民诉外国人在中国的民事侵权行为是有管辖权的。

虽然,对于当事人从民事侵权行为角度要求被告承担损害赔偿责任,完全可以适用中国的民事侵权责任的法律。问题是从侵权行为的发生到受害人的提诉,其时间跨度长达两个民事法律的适用期间,一个是当时的中华民国民法(1931年实施),另一个是中华人民共和国的《民法通则》。

一些学者认为应当按照侵权行为时生效的国民政府的民法。可是,在中国共产党的领导下,中国人民推翻了国民党的统治,1949年10月1日建立了中华人民共和国政府。由于人民的革命,在中国大陆,法律体系则发生了根本性的变化。

早在1949年2月中共中央就发布了《关于废除国民党的六法全

① 日本《产经新闻》,2000年12月29日(朝刊)报道;《法制日报》,2000年12月28日报道。

书与确定解放区的司法原则的指示》，明确指出“在无产阶级领导的工农联盟为主体的人民民主专政政权下，国民党的六法全书应该废除。人民的司法工作，不能再以国民党六法全书为依据，而应该以人民的新法律作依据。在人民新的法律还没有系统地发布以前，应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据。目前，在人民的法律还不完备的情况下，司法机关的办事原则，应该是：有纲领、法律、命令、条例、决议规定者，从纲领、法律、命令、条例、决议之规定；无纲领、法律、命令、条例、决议规定者，从新民主主义的政策”。①

随着新中国的建立，法律体系发生了根本性的变化。法律是有深刻阶级性的，不同阶级性质的政权的法律是不可以沿用的。新成立的政权必须打碎旧的国家机器并建立起自己新的法律体系和秩序。所以新中国在中国共产党的领导下，必须废除国民党政府的法统，重新确立社会主义的法律制度和司法原则。因此依照这些原则和理论，在中国的人民法院中若适用国民党政府的民法是显然不恰当的。

依据1987年起实施的《民法通则》，就会涉及法律的溯及力的问题。原则上来说法律不能溯及既往，但是鉴于新中国政府完全废止了中华民国政府的民法，对于这段法律的断层期间所发生的侵权行为导致的损害赔偿诉讼请求，依据《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》的规定，新中国新的法律、命令、条例、决议附随了调整既往法律关系的溯及力和管辖权。

（2）中国法律的时效起算问题

自1954年中华人民共和国政府颁布了新宪法以后，各个部门法规也相继颁布和实施，这些逐步完善的法律已经代替了当时的法律、命令、条例和政策。这并不意味着所有现行法律都有着不受限制的溯及既往的权力。但是对于特殊的事项，法律可以赋予新法规享有溯及力。以1987年1月1日起实施的《中华人民共和国民法通则》为例，该民法第137条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵

① 张晋藩著：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社，1997年出版，第446页。

害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”这里所指的权利被侵害，当然系指民法通则颁布之前的行为。此外，在“最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)”①中围绕的诉讼时效的问题也实质上作出了民法在一定条件下赋予其具有溯及力的解释。其中第166条规定：“民法通则实施前，民事权利被侵害超过20年的，民法通则实施后，权利人向人民法院请求保护的诉讼时效期间，分别为民法通则第135条规定的2年或者136条规定的1年，从1987年1月1日起算。”这项规定表现形式上是承认特殊的情况中权利被侵害者的诉讼权利，实质上也是肯定了民法通则对这类侵权损害赔偿事项的管辖和溯及力。

依据这项规定，在侵华战争中的被奴役的劳工，在民法通则实施前，其民事权利被侵害已超过了20年，在民法通则实施后，受害人可以依据民法第135条规定的2年诉讼时效期间向人民法院请求保护，而且这个时效的起算点是从1987年1月1日起算的。虽然，这是2年期间的消灭时效的不变的时效起算点，但是，按照中国民法通则第139条关于时效中止的规定，中国受害劳工依然可以获得诉讼权利。我国民法通则第139条规定：“在诉讼期间的最后6个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”作为中国民间战争受害者在他们行使诉讼权利的进程中，其最大的障碍就是权利尚不能行使。构成“请求权可行使时”，须具备以下三个条件：其一，受害人知有损害；其二，受害人知有赔偿义务人；其三，客观上存在向赔偿义务人提出请求之可能性。中国劳工向中国法院提出起诉日本企业的请求以及能否请求并不明确，而且在相当长的期间，客观上并不存在着向赔偿义务人提出请求的可能性。因此，中国受害劳工可以援用民法通则第139条的时效中止规定来排除自1987年1月1日起算的2年消灭时效的适用。

---

① 1988年1月26日最高人民法院审判委员会讨论通过，1988年4月2日法(办)发[1988]6号。

有必要进一步对中国劳工的诉讼权利不能行使再作补充说明。所谓权利不能行使，未必仅仅指事实上的障碍，广义地说也应当包括法律上的障碍。所谓法律上的障碍是指，民间战争受害者对于《中日联合声明》宣布的“中国政府放弃对日本战争赔偿的要求”，其法律性质和含义中是否当然包括放弃民间对日索偿权利的问题，是一项有待澄清的法律上的障碍。当然这是一个潜在的实体法的障碍问题，这个障碍既是客观的问题，同时也是与受害人主观的认识有着密切的联系。

事实上，至今为止对于中国的民间受害人的对日索偿的实体权利是否存在的问题，连日本的法院都没有真正搞清楚。在中日两国政府没有公示澄清 1972 年《中日联合声明》中中国政府放弃对日战争赔偿要求的法律性质、放弃的主体范畴以前，不能说这不是中国民间战争受害者行使诉讼权利的一个潜在的实体法上的障碍。

一些学者认为“应当以 1995 年 3 月 7 日作为消灭时效的起算点”。其理由为，1995 年 3 月 7 日，中华人民共和国副总理兼外交部长钱其琛在全国人民代表大会上，就台湾代表的质问，答复为：“在《中日联合声明》中，中国政府声明放弃对日本国的战争赔偿要求，限于国家之间的战争赔偿，不包括中国国民个人的损害赔偿请求权。”他们认为“1995 年 3 月 7 日，作为‘客观上存在向赔偿义务人提出请求之可能性’之判断时点”。①

虽然这样的推论有着一定的合理性，不过，《维也纳条约法公约》规定关于条约的解释权属于缔约国，换言之中日两国政府均有解释权。如果日本政府认同了中方的解释，那么，客观上受害人向赔偿义务人提出请求的可能性才真正地形成。事实上，日本方面一直是否定中国领导人的这种解释的。

其二，中国领导人的这种解释是否能具有政府公文性质也值得商榷的。作为政府公开的公文，不管公民个人是否知晓，在法律上都视

① 谢怀拭、江平、王家福、魏振瀛、梁慧星、王利明、崔建远：《战争赔偿：七位著名法学家的观点——关于中国公民李秀梅诉日本国损害赔偿案和中国公民刘连仁诉日本国损害赔偿案的法律适用的意见》，载《中国律师》，2001 年 2 月。

为应当知晓，可是领导人的这类解释，不仅没有以公文的形式公开过，甚至在国内官方的《人民日报》上也未曾发表过。关于我国领导人的这类解释大多是被境外的媒体报道而已。例如，1995 年 3 月 9 日，日本《朝日新闻》及《读卖新闻》同时刊登：中国副总理兼外交部长钱其琛，在人大会期间答复记者及人大代表时说，中国民间索赔权利并未经中日友好条约而放弃。①法律规定“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算”，这里的“应当知道”如果说也包括了中国人民必须知道中国领导人被境外媒体报道的言论，则显然是一个不合理的要求。由此可见，以 1995 年 3 月 7 日作为中国民间受害者作为消灭时效的起算点，多有不尽科学合理之处。从这个意义而言，中国民间对日索偿的消灭时效的起算点很难说已经开始，因为，其客观的诉讼的障碍至今依然存在。

依据我国《民法通则》第 137 条规定也可以直接赋予受害劳工在本国法院行使请求权。与日本民法第 724 条后段不同，我国《民法通则》第 137 条的后段规定：“从权利被侵害之日起超过 20 年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”显然我国民法第 137 条后段不可能被解释为除斥期间。除斥期间是一个固定不变的诉讼期间，而 137 条后段是一项可变的期间，国内也有学者称之为“延长期间”。因此，中国受害劳工在本国起诉日本企业未必受到 20 年期间的限定，当然，最终权利请求者的请求权是否被法院认定“特殊情况”则是问题的关键。关于中国劳工长期以来受客观因素的影响以至于无法提诉的“特殊情况”已无需赘言。

(3) 行使管辖的权利与义务问题

尽管如此，由于时效的最终认定权限属于法院，而法院在考虑是否受理此类特殊的案件时，除了必须考虑到管辖权和适用法律的依据外，还必然要考虑到执行的问题。如果被诉讼的日本企业在中国境内无分支机构或财产可供执行的话，即使作出支持中国民间受害者诉求

---

① 《不放弃个人的补偿请求权》，日本《朝日新闻》，1995 年 3 月 9 日报道；《不放弃民间的请求权——中国外长对战争赔偿的见解》，日本《读卖新闻》，1995 年 3 月 9 日报道。

的判决也难以获得实际的执行。在这种情况下所作出的判决是“虚”的判决，可能更多的是突出政治上的意义而已。

如果，被告企业在中国境内有分支机构和财产，其情况也不是那么地简单，首先，要考虑的是这类判决的执行，可能对于其他日本企业向中国投资时所产生的影响；其次，被执行的被告，其可供执行的财产是否充分，在诉讼过程中被告是否会抽逃资金等问题也是不容忽视的。

毋庸置疑，中国法院在考虑这些重大的与外交、政治相关联的问题时，必然会重视或倚重中国政府的立场和态度，除了考虑法律上各个要素问题外，还必然会从全局的角度通盘考虑中日两国政治、经济和外交层面的因素。

纯粹地、就事论事地从法律的角度进行实践和维护战争受害者的权益，虽然是学者所要坚持的，但是，在现实中，要达成上述管辖权的运用，恐怕还需要一定的条件。例如，国家的整体实力的强大、法治的架构和意识更加独立和强化。

尽管如此，鉴于日本一些政要近年来不断地歪曲历史美化侵略战争，以及未来日本右翼势力是否会进一步走向极端等问题的不可预测性，因此，从维护国家利益、凝聚民族合力以及为我国政府提供制约日本右翼势力的法律依据等方面来考虑，就中国民间战争受害者在国内行使诉讼的管辖权的依据和适用法律的问题进行论证是十分必要的。

综合各方面的因素来看，我国政府（法院）有权就被日本企业强制奴役的中国劳工的诉讼行使管辖权。然而这是一项我国法院的权利，什么时候需要行使这项权利当然也是由我国法院径自判断。

（二）在中国境内起诉日本政府的法律研究

鉴于国内已经有学者呼吁“在中国起诉日本政府”①，这就关系到已经在日本国提诉的强制劳工、细菌战，性奴役、无差别轰炸、生化武器等各类案件的中国民间战争受害者是否有可能在中国法院起诉日

① 王国平：“在中国起诉日本政府”，摘自《环球》2005年第1期，http://www.global-view.cn/ReadNews.asp? NewsID=3012。

本国(政府)的问题。这不仅是一个复杂的法律问题,也是一个敏感的政治问题。首先这个问题涉及围绕国家主权豁免的理论争议问题。

(1) 国家豁免制度的由来及理论

国际法上的国家豁免也称国家主权豁免或国家管辖豁免。国家豁免泛指一国的行为和财产不受另一国的立法、司法和行政等方面的管辖,即非经一国同意,该国的行为免受所在国法院的审判,其财产免受所在国法院扣押和强制执行①。

可以这样说,国家及其财产享有管辖豁免是国际法上一项古老原则。格劳秀斯在他的著作《战争与和平法》一书中指出:"凡行为不属于其他人的法律控制,从而不致因其他人意志的行使而使之无效的权利,称为主权。"②可以说当格劳秀斯提及主权"不属于其他人的法律控制",其已隐含着主权国家在他国享有豁免权的意义了。自 18 世纪后期开始,由于生产力的发展一些国家政府的职能向经济方面扩大,在国际关系上已逐渐从传统的外交领域扩大到经济领域,当国家与私人的经济活动中不可避免地出现纠纷,出现了私人在一些国家的法院诉外国政府的情况时,于是就产生了外国国家在法院的豁免问题。

真正现代意义上的国家豁免的形成主要体现在从 19 世纪初开始的各国判例的积累过程之中。1812 年美国联邦最高法院对"斯库诺交易号诉麦克法登案"的判决,可以被认为是确立国家豁免原则的最重要的早期国内法院判例之一。联邦最高法院首席法官马歇尔在判决中指出了给予被告国家管辖豁免的基本理由,即"各国主权完全平等和绝对独立,共同的利益促使他们互相交往并和平相交,由此产生某种情况,即:各主权国家放弃行使各自具有的一部分完全排他的属地管辖权"③。西方著名国际法学者戴西也提出"法院无权审理对任何主权国家的诉讼,对外国主权国家的财产不得扣押或者宣告处分,即使从事商业活动的船只也是如此"。此后英国法院自 1820 年,德国

---

① 邵津主编:《国际法》,北京大学出版社,2000 年出版,第 45 页。

② 格劳秀斯:《战争与和平法》,英译本第 102 页,转引自黄进《国家及其财产豁免问题研究》,中国政法大学出版社,1987 年出版。

③ 梁淑英主编:《国际法学案例教程》,知识产权出版社,2003 年出版,第 24 页。

法院自1815年，法国法院自1827年，比利时法院自1840年起也都遵循这一原则，并且此原则逐步被其他国家所接受。

由马歇尔大法官对“斯库诺交易号诉麦克法登案”判决给出的理由我们可以看出，主权平等是国家豁免的重要理论依据，即所谓“平等者之间无统治权”(par in parem non habet imperium)。当然关于国家豁免的根据理论界还有以下几种学说作为支撑，如治外法权说，尊严说，国际礼让说。但是只有主权平等说至今还得到了大多数专家和学者的支持。原因在于：首先主权平等理论正确反映了国际社会中国家的地位以及国家之间的基本关系，因而也为国家豁免原则的适用提供了客观依据。其次，主权平等理论能够从法律意义上正确解释国家豁免的存在原因。再次，主权平等理论还能说明国家之间相互给予豁免的原因，因为国家豁免正是主权国家之间相互平等的一个结果。最后，主权平等理论作为国家豁免的根据，不仅为早期各国所接受，而且也得到现代各国实践和理论的一般承认①。

(2) 有限豁免主义的登台

欧洲大陆国家在第一次世界大战前，占优势的实践是遵循绝对豁免主义。②关于外国及其机关的管辖豁免的学说和实践是从国家平等、独立和尊严等原则各方面——往往同时——引申出来的。不过国家主权豁免原则也不是绝对的。在这些理由之中是否有任何一个理由足以给管辖权豁免的学说提供合适的根据，是有疑问的。如果一个国家像法治国家所表现的趋势那样，在对它提出的求偿方面是服从它自己的法院的管辖的，国家的平等、独立或尊严是不因此而受到任何明显的损害的。③否定绝对主权豁免主义理论是有限豁免主义理论，有限豁免主义理论将国家的行为分为公法性质和私法性质、政治行为和商业行为等，认为只有前者才能享有司法豁免权，而后者如同私人

---

① 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》，北京大学出版社，1994年出版，第35～36页。

② 曹建明、周洪钧、王虎华主编：《国际公法学》，法律出版社，1997年出版，第83页。

③ 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》上卷第一分册，商务印书馆，1981年出版，第206页。

行为，因而不能享有豁免。

有限豁免主义并认为，如果一个国家在另一个国家的领土内作了侵权行为或破坏契约的行为而主张依照管辖豁免原则有免除法律责任的权利，这个国家实际上是损害了另一个国家正常行使职能所表现的国家独立。美国最高法院在拉尔逊诉本国和外国公司案中曾经支持下述的见解："主权豁免原则是不符合现代道德的古代遗物；因此，在任何时候，如有可能，就应该加以限制。"现代国家在经济方面的活动的巨大扩增，有着使国家作为贸易者比私商有利地位的规则成为行不通的倾向。①

有限豁免主义的国家实践可以追溯到19世纪末。1886年意大利那布勒斯法院在其判决中确立了外国国家对纯粹私法范围内的问题不能主张司法豁免的原则。如今，大多数国家都已经抛弃外国在通常称为私法行为的方面享有绝对豁免权的规则。例如，美国1976年颁布了《外国国家主权豁免法》、英国于1978年颁布了《国家豁免法》以及加拿大、南非、新加坡、巴基斯坦等国也颁布了这类法律。除国内判例和立法外，一些国际条约也作出了有限豁免的规定。这些条约包括1926年关于国有船舶豁免的《布鲁塞尔公约》、1972年的《欧洲国家豁免公约》等。这些公约不同程度地对国家的司法豁免权加以了限制。②

（3）中国对于国家主权豁免的立场

在立法上，我国尚未制定出一部完整的《国家豁免法》，仅有一些规定散见于《中华人民共和国民法通则》，《中华人民共和国民事诉讼法》，《中华人民共和国外交特权与豁免条例》等法规之中，在国内法方面我国对外国国家豁免原则的承认，主要是通过对有关法律的类推解释和司法实践这两种形式而得到体现的。我国缔结和参加的国际条约也只涉及外交特权与豁免，领事特权与豁免，联合国及其专门机构特权与豁免，外国军舰和非商业用政府船舶的司法豁免等。事实上，

---

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》上卷第一分册，商务印书馆，1981年出版，第207页。

② 曹建明、周洪钧、王虎华主编：《国际公法学》，法律出版社，1997年出版，第85页。

对涉及外国国家或其政府机构的民事纠纷，我国一般都是通过外交途径来加以解决的①。我国根据“平等者之间无管辖权”的法律格言，一向坚持国家及其财产享有豁免权的国际法基本原则。

中国的学术界方面，在20世纪90年代之前的主流意见也是坚持国家绝对豁免。认为绝对豁免主义和有限豁免主义的对立更多地具有政治色彩，从一个侧面反映了国际社会东西之间以及南北之间错综复杂的关系。②伴随着我国的改革开放，资本市场得到发展，同时中国参与国际社会的程度也不断加深，国家豁免的范围与传统社会主义国家豁免的概念已经有着很大的不同。一些学者开始呼吁国家立法，制定《国家豁免法》以制衡外国的有限豁免主义。

20世纪50年代以来，英、美等国的限制豁免的主张逐渐盛行，国际上开始了“关于国家及其财产豁免理论和实践的大动荡时代”③，联大于1993年开始审议国际法委员会提交的国家及其财产管辖豁免条款草案。此后，各国经过十多年谈判，终于完成了国家及其财产管辖豁免公约的起草工作。联大国家及其财产管辖豁免特委会会议于2004年3月1日至5日在纽约联合国总部召开了旨在完成国家及其财产管辖豁免公约的起草工作。特委会通过了《联合国国家及其财产管辖豁免公约草案》，决定将公约草案交下届联大通过。中国的外交部、最高人民法院、财政部、国资委派员组成的代表团参加了此次会议。该公约规定了在商业交易、雇佣合同、人身伤害和财产损害、知识产权和工业产权、参加公司或其他集体机构等领域中，作为参与的国家，原则上不得援引管辖豁免权。不可否认的是，目前，世界上大多数国家都已采取限制豁免的立场，在这种国际形势下，一味坚持绝对豁免论无疑会使自己在国际经济交往中处于不利境地。

---

① 龚刃韧：《国家豁免问题的比较研究——当代国际公法、国际私法和国际经济法的一个共同课题》，北京大学出版社，1994年出版，第154页。

② 龚刃韧：《战后欧美诸国关于国家豁免立场的新动向》，载《中国国际法年刊》，1989年，第162页。

③ 李泽锐：“黄进：《国家及其财产豁免问题研究》”，载《中国国际法年刊》1989年，第629页，法律出版社。

尽管我国外交部网站也撰文认为:“该公约的制定将有利于加强国际社会法制化和国际法的确定性,规范和协调各国在这一领域的实践,维护国际关系的稳定。”①但是,毕竟《联合国国家及其财产管辖豁免公约》尚未生效,况且中国是否最终加入尚不可知。有一点是明确的,至今为止,我国政府一向坚持国家及其财产享有豁免权的国际法基本原则的立场,至今为止尚未公开表示改变过。

(4) 中国境内管辖外国的法律依据与难点

总体而言,以国家作为主体实施的侵权行为,通称为国家的公权力行为。依据“平等者无管辖权”的理论,原则上,国家之间是没有资格管辖对方的。除了依对方国的合意或依据普遍性管辖对国际罪行、依据战争法规对战争犯罪进行(刑事)审判外,从国家主权豁免原则来看,中国法院是无权对于外国国家的纯属公权力行为进行(民事)管辖和审判的。

然而,不可否认的是,目前,世界上大多数国家都已采取限制豁免的立场,即主要指国家的商业侵权行为不应获得豁免,可以获得豁免的仅仅是出于国家公权力行为所导致的对他国或该国国民的民事侵权行为。这样的话,一方面,中国民间战争受害者对于旧日本军所实施的细菌战、性奴役、无差别轰炸和化学武器的加害行为,由于难以将这类行为归纳到商业行为之中,故对此类公权力侵权暴行难以在受害者本国提起诉讼。另一方面,根据各国有限豁免主义发展实践和趋势,从理论上来说,受奴役的劳工在其本国有着起诉日本国(政府)的可能性。主要理由是强制奴役中国劳工的侵权行为系旧日本军,军队是国家政府的机关,因此,完全可以将该侵权行为的责任归责于日本国政府。其二,这类侵权行为是与获取非法利益有密切的关联,可以归类于商业行为。所以强制奴役劳工的国家行为不应享有主权豁免的利益。

---

① 中华人民共和国外交部网的社论:联大特委会通过《联合国国家及其财产管辖豁免公约草案》,2004 年 3 月 16 日。http://www.fmprc.gov.cn/chn/wjb/zzjg/tyfls/rdwtyal/t75173.htm。

从中国的国内法的角度来看，由于中国至今尚无制定《外国主权豁免法》，因此，在中国境内就此问题要起诉日本国（政府）尚缺乏国内实体法的依据。不过，这个结论并非绝对的，因为中国《民法通则》第142条就国际习惯在我国的适用问题规定："涉外民事关系的法律适用本章的规定确定……中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。"由此可知，凡我国参加的国际条约和我国接受的国际惯例，均可在我国直接适用，在国内立法和国际条约都没有规定时，适用国际惯例。因此，只要能够证明有限豁免已经成为国际惯例，那么，我国法院一旦要对此类案件行使管辖权的话，其法律依据查证是不会成为问题的。

尽管在维护中国劳工权益的问题上，研究在中国法院管辖外国政府这类敏感案件的法律依据有着重大的现实意义，但是，仅仅从法律角度来思考这类问题恐怕过于狭隘。学术上虽然可以论证我国法院有权管辖这类案件，但是并不等于我国法院有义务必须管辖。由于公认的国际法只是一般原则上承认国家享有豁免，在具体的适用范围上尚无统一的规则。因此，决定一个国家采取什么豁免立场，很大程度上取决于该国的国内体制以及在国际交往中的利益权衡。

二、日本的义务及其立法的责任

日本国在战争中违反战争法规屠杀、奴役、强暴被占国领土平民所造成的损害理应赔偿。在赔偿的问题上日本国通过多边公约"旧金山和约"和双边条约的方式大体上解决了与缔约国之间的包括国家和民间的战后赔偿的法律问题。可是，中国不是"旧金山和约"的缔约国，而且中日之间的战后条约中也没有就战争的中国民间损害赔偿问题达成过任何解决的共识。因此，作为在第二次世界大战中受害最惨烈的中国人民，无论从道义还是从法律角度来看，都是有着固有的对日索偿的权利。

事实上依据侵权行为所造成的损害结果的事实和国际条约的义务以及日本国原有的《民法》就足以满足受害者对日索偿的法律基础。可是，在中国民间战争受害者对日索偿的司法实践中，日本法院屡屡

以各种所谓的法律障碍为托词，驳回受害者的诉求。日本法院以所谓的法律障碍驳回受害者的诉求不仅显失公平也缺乏实体法上的法律依据。如果日本国最终拒绝受害者司法救济的结果一旦出现，从国际法角度而言，日本国有可能背负拒不履行国际义务所产生的国家责任。

“思考战后补偿问题辩护律师联络协会”简称“辩联协”于1992年发起建立，长期以来致力于帮助战争受害者起诉日本国（政府）。“辩联协”在1995年战后50周年之际，在众议员会馆举行了记者发布会，发表了《外国人战后补偿法》（草案），以推动日本国会立法。在野的三党则认为由政府承担向个人赔偿资金不妥，应当由民间集资建立基金的方式向原“慰安妇”受害者给予救济。①

在上述的背景和强大的国际舆论的压力下，日本政府也考虑以基金会的方式作为一项应对措施。村山富市担任日本首相后，在1995年7月建议设立一个名为“亚洲妇女和平基金会”。可是，这仅仅是日本政界企图通过民间筹款解决原“慰安妇”的补偿问题，而政府只提供后勤支援和支付操作费用。同时，也由于基金的不足，每人只能获得赔偿1.9万美元，②更缺乏以日本政府名义的道歉。对此，亚洲舆论认为，这是日本政府为回避对过去的行为负法律责任的权宜之计，因而对其采取批评的态度，各地的原“慰安妇”团体也都对基金会的活动予以拒绝，表现了高度的正义感。一些历经磨难和创伤的老人认为，她们要的是公道，而不是民间募集的怜悯慰问金。③

1998年4月27日，日本山口地方法院下关支部就韩国从军“慰安妇”和女子挺身队的起诉作出判决。近下秀明审判长在判决中指出“国会议员对于‘慰安妇’的痛苦应当有着采取赔偿立法的宪法上的义务……国会缺乏立法必要性的认识并放置不问的情况下，可以认定立法不作为的国家赔偿责任”。其理由为，河野洋平官房长官在1993年8月曾发表过承认“慰安妇”问题是重大的人权侵害，因此，“该赔偿立

---

① 今村嗣夫、铃木五十三、高木喜孝编著：《战后补偿法》，明石书店，1999年出版，第3页。

② 苏智良著：《“慰安妇”研究》，上海书店出版社，1999年出版，第379页。

③ 梁玉芳：《台湾33名“慰安妇”均表拒领》，载台湾《联合报》，1996年6月6日。

法的义务使得宪法上的义务具体化”,“经过三年合理的期间,国会议员依然没有立法所以违法”,故认定国家的赔偿义务。①该判决是首次判定日本败诉的一审判决,影响巨大。可是,2001 年 3 月 29 日广岛高等法院驳回了山口地方法院的判决。判决认为“国会议员的立法行为系政治判断为基础的,不受司法规制的制约”,并强调“宪法的解释上,对于原‘慰安妇’的谢罪与补偿的立法义务的存在与否难以构成,因此,立法不作为系违法的评价不能接受”。②日本司法审判的实践中,这项旨在推动日本国会立法的判决,最终未能修成正果。

日本的一些正义人士认识到,无论是道义上还是法律上来考虑,通过日本国会立法来解决战后遗留问题是一个比较明智的方法。在日本市民运动的推动下,2000 年 10 月 30 日,日本国会的在野党分别提出了促进“慰安妇”问题法案,参议院的民主党、共产党、社民党提出了对于原从军“慰安妇”必须以国家的谢罪和赔偿为支柱的“促进战时强制被害者问题法案”。各党派的法案均认定“慰安妇”问题系“旧陆海军直接或者间接参与”的“有组织的持续的强制的性行为”。日本政府应当对“尊严和名誉遭到显著伤害的”女性,进行“谢罪和恢复名誉的措施”。③可是该法案没有获得通过。

2001 年 3 月 21 日,民主党、共产党、社民党在日本参议院联合提出了“‘慰安妇’补偿法案”。同样要求对于在第二次世界大战中被旧日本军参与的受到强制的性行为的从军“慰安妇”,以国家的名义进行谢罪,以金钱予以补偿。④2002 年 7 月 23 日,日本参议院内阁委员会初步审议了从军“慰安妇”谢罪补偿法案。⑤然而时至今日,这个法案或者类似的法案均未出台。

鉴于国会立法提案也屡屡受阻,长期以来一直帮助中国民间战争

---

① 日本《朝日新闻》,1998 年 4 月 28 日(朝刊)报道;【登载判例集】第一审(山口地方法院下关支部 1998. 4. 27)判例时报 1642 号、判例タイムズ1081 号;第二审(广岛高裁 2001. 3. 29);判例时报 1759 号、判例タイムズ1081 号、讼务月报 49 卷 4 号。

② 日本《朝日新闻》,2001 年 3 月 30 日(朝刊)报道。

③ 日本《产经新闻》,2000 年 10 月 31 日(朝刊)报道。

④ 日本《朝日新闻》,2001 年 3 月 22 日(朝刊)报道。

⑤ 日本《北海道新闻》,2002 年 7 月 24 日(朝刊)报道。

受害者的日本“中国人战争受害者赔偿请求事件辩护团”2004 年 5 月 21 日，公开发表了关于建立“强掳・奴役中国人补偿基金（草案）”，提出了从整体上解决被强掳到日本的中国劳工受害赔偿方案。可是日本国会至今尚未对这项民间草案作出任何积极的反应。

推动日本国会对民间战争受害者的赔偿立法有助于民间战争受害者对日索偿问题的全面解决。但是，必须指出的是，即使没有这类立法，民间战争受害者的对日索偿依然可以在日本民法等法律中寻找到索偿依据。

三、 外交保护与对日民间索偿[①]

前文已经谈及一个国家强调其国内法不完善不是免责的理由，而必须依据条约进行国内的立法，否则就会因为立法不作为而导致国家责任，如果日本国法院拒绝履行国际法的义务，就有可能导致引发受害者国籍国启动外交保护权。

笔者对这一国际法上的外交手段的论述也曾被一些日本学者作为批判的话题。他们认为[②]：关于外交保护，实际上是在长期的历史进程中欧美各国以外交保护为借口对第三世界进行扩张、殖民和干涉的手段而已，中国本身也深受其害。从人权保护的观点来看，外交保护只是肆意妄为的产物。

笔者以为，国际法本来就是发源于西方，随着西方列强打开亚洲各国的门户，近代国际法也随之而来。传统的国际法中确实有不少干涉他国主权和内政的产物，例如，领事裁判权、治外法权等。然而一些不合理的国际法的内容随着国际社会的发展，已经得到了更新，现代国际法仍然保留了国家的外交保护权。如果说因为西方列强曾经使用过外交保护权，就要抛弃外交保护权，那么，西方列强曾经使用过国

---

① 此主题已由笔者所撰写的《再论“花冈案件”的和解模式答日本律师新美隆的反驳》发表于人民网日本版（2002 年 2 月 20 日 17:19）http://japan.people.com.cn/2002/02/20/riben20020220_17011.html。同时载于《当代国际法论丛》，上海人民出版社 2003 年 10 月。

② 新美隆：《对于花冈事件的和解研究》，载《专修大学社会科学研究所月报》，2001 年 9 月 20 日，第 459 号，第 51 页。

际法，是否就应该抛弃国际法呢？事实上，现代国际法中的外交保护已经不同于传统的外交保护，传统的外交保护允许一国对另一国采取武力的方式加以干涉，而现代国际法的外交保护在禁止以武力或武力威胁他国的前提下，允许一国为了保护本国国民的合法利益而对另一国进行外交上的交涉。

根据奥本海的阐述：虽然外国人在进入一国的领土时立即从属于该国的属地最高权，但是，他们仍然受到他们的本国保护。依据一个普遍承认的国际法的习惯法规则，每一个国家对于在国外的本国公民享有保护的权利。与这一权利相适应的，就是每一个国家对其领土内的外国人有依照某些法律规则和原则给予待遇的义务。如果一个国家的人民的人身或财产在国外遭受了损害，不论这种损害是当地国家所作的，还是当地国家的官吏或公民所作而当地国家不进行干涉以及补偿其损害，前一国家是有权行使保护权的。这种权利可以用几种方法来行使。例如，如果一个国家的人民在国外遭受损害，该国可以通过外交途径坚持要求对侵害行为者按照当地法律加以惩办，并于必要时向受害者赔偿损失。给予外国人人身和财产的保护的理论依据就是由于每一个国家享有保护外国侨民的权利，和每一个国家有给予其领土内外国人以某种照顾的相应义务的结果，一个外国人如果具有某一国籍，就不能在外国被排除于法律之外，而必须对他的人身和财产加以保护。因此，依据国际法，每一个国家至少必须允许外国人在人身和财产方面和本国人民在法律面前平等。[①]当然一个国家对其本国国民在外国受到不法侵害，只能在该公民用尽当地司法救济，其合法权益仍然未能获得公正解决的情况下，受害者的国家才可以通过外交手段与加害国家进行交涉。同时需说明的是国家是否使用这项权利是由国家自由决定的，行使外交保护不是国家的义务。

日本东京大学国际法教授大沼保昭（呼吁建立女性亚洲和平基金

① 劳特派特修订，王铁崖、陈体强译：《奥本海国际法》上卷第二分册，商务印书馆，1981年出版，第173页。

创始人，并任该基金的理事——笔者注）强调[①]所谓外交保护是指本国国民在外国受到不法侵害，用尽当地司法救济仍然未能获得公正解决，其本国政府才可以通过外交途径对另一国进行交涉。而日中战争期间对中国的民间个人所造成的损害不是发生在日本国内（他至少忘记了被强制的劳工所受到的侵权大部分是发生在日本——笔者注），所以不能适用外交保护权。其实他的讲法也只是学者的一家之言。笔者认为本国国民在外国受到不法侵害的本质特征是本国国家权力对本国国民无法直接控制和保护，同时该本国国民又受到外国国家权力直接控制的情况下受到了不法侵害。在日军侵华战争期间，日军的所占之地，中国的法律荡然无存，司法机关根本无法正常运作，更谈不上保护本国国民的合法权益。因此，在日军势力范围内，中国人民所遭受的不法侵害完全可以视作“相当于在外国的地域”发生。即使在日本也有学者与笔者持有同样观点。日本著名的国际法教授田畑茂二郎和石本泰雄主编的国际法教材中就外交保护作了如下表述：外交保护是指本国国民在外国领域以及相当于外国的地域，其身体或财产遭到侵害的情况下，其本国可以用外交手段的方式要求外国对该国民给予合理的救济。[②]这里所说的“相当于外国的地域”是完全有空间来包含“在日军侵华战争期间，日军所占的中国土地”。因此，笔者认为外交保护的手段是适用于对日民间索偿的领域的。

如果中国政府以外交保护的方法介入的话，此时，纷争的主体已经不是个人与侵权国家，而是保护国与侵权国之间的纷争。在理论上，在一定范围内，如果侵权国有违反国际义务的话（如立法不作为：签署了国际条约，但是在国内不制定相应的法律），保护国就此法律问题不仅可以与侵权国以外交的方法解决，甚至可以提出通过国际司法、仲裁的方法来解决。只有使日本方面知道当中国公民用尽日本国救济仍然未能得到公正的待遇（如差别歧视待遇、在法律面前不能享

---

① 2001年10月6日，在复旦大学法学院就对日民间索偿的研讨会上与会的日本东京大学国际法教授大沼保昭（呼吁建立女性亚洲和平基金创始人，并任该基金的理事）的发言观点。——笔者注

② 田畑茂二郎、石本泰雄主编：《国际法》，有信堂，1990年出版，第233页。

有和日本国民同样的待遇)和合理的结果时,中国政府就有权利行使外交保护权。在这种情况下,日本的司法机构有可能更会重视依法办案,切实地保护受害者的合法权益。因此,确认和强调外交保护权,将会促进对日民间索偿问题的解决向有利于保护受害人合法权益的方向发展。

四、 德国战后赔偿的模式与借鉴

德国纳粹政权所选择的战争政策和侵略结果,导致德国战败并造成内外交困,为了从战败的惨祸中重建德国,德国就有必要对于纳粹的犯罪政治进行清算并对于战争受害者承担国家的责任给予赔偿或补偿,向被害者表明真诚的反省。这一方面是基于国际人道主义法对于人权保护的必然要求,同时,也是德国恢复和取得周边近邻国家以及近邻国家国民的谅解和信赖的前提。从 1945 年 4 月 19 日波兰奥斯维辛集中营被解放到今天已经有 60 年了,然而,在二战中备受纳粹迫害的犹太人幸存者从来没有放弃过要求德国政府赔偿的努力。

德国为了实践战后的赔偿,进行了一系列的立法活动,主要集中在 1949 年至 1958 年之间。此后依然继续制定和颁布了一些补充措施。这些法律救济的对象既包括因战争牵累的本国国民也包括受害的外国国民。除了德国的国内立法,德国还就战后的赔偿问题与相关国家缔结条约用以对受害的外国国民赔偿。

研究战后德国赔偿的立法和一揽子解决方式,有助于借鉴这一解决的方式,思考和探索对日民间索偿的新思路。

(一) 德国的赔偿(补偿)体系

德国对于战争被害者的国家赔偿,既涉及对于人的损害赔偿也涉及对于物的损害赔偿,同时获得赔偿的领受者也包括外国人。关于赔偿的立法体系如下[①]:

(1) 这部分立法是以国家战争行为所导致的结果责任的赔偿理

① 日本律师联合会编:《日本的战后补偿》,明石书店,1994 年出版,第 225~227 页。

念为基础，实现国民间的被害负担的平衡化。

① 作为对于受害人的救济措施是战争牺牲者保护法（BVG，1950 年）。

② 作为对于物的损害救济措施是负担调整法（LAG，1952 年），其前段是即时保护法（SHG，1949 年）。

这些法和实施法令具有战争被害赔偿（或补偿）的一般法的地位，成为战后处理的中心。

③ 关于难民和归国者的法律（难民法，BVFG，1952 年）。第二次世界大战的结果，德国的东部领土的一部分，成为苏联和波兰的领地，并且德国被分成东、西两个国家，难民法是对于来联邦德国避难的人们给予的损害赔偿保护法。

④ 归国者法（HKG，1950 年）、俘虏补偿法（KgfEG，1954 年）。

前者是曾属于军队的俘虏，在归国的情况下所适用的援护法，后者是对于自 1947 年 1 月 1 日以后被外国拘留和释放并居住在德国的人给予援护的法律。

⑤ 赔偿补偿法（RepG）

德国战败后，除了对于个人的赔偿（或补偿）之外，被联合国方面直接接受的工厂设施和海外资产的没收等国家赔偿约达到 2 000 亿马克。这个赔偿是给予那些被联合国作为现物赔偿所接收之物，以及接收后返还但无法恢复原状之物的权利所有人的补偿。这项法律，是针对由于国家的利益导致个人财产损失的赔偿（或补偿）。

（2）关于纳粹权力的侵权行为的国家赔偿，这是指纳粹政府以及追随者由于世界观、宗教、政治的立场和人种的理由对他人的生命、身体、健康、自由、所有权、财产权的侵害行为所产生的损害以及涉及职业或者经济生活的不利益方面的以国家赔偿责任为基础的赔偿法。

① 联邦赔偿法（BEG，1956 年）

这是一部为了给被纳粹迫害而牺牲的人们作出赔偿的补充法，由于这部法的制定，请求权范围、损害的要件以及给付内容得以扩大。1956 年 6 月 29 日，联邦德国政府制定并完成了《联邦赔偿法》。由于缺乏经验，《联邦赔偿法》曾经数度修改和补充。后于 1965 年 9 月 14

日在此基础上出台了《联邦赔偿法最后条款》，这些法律在前言中明确承认，纳粹迫害是一种犯罪，要对受害者给予补偿，规定赔偿对象大致分为三类：对德国人或曾居住在德国的外国人的赔偿；对居住在以色列或者其他国家的外国人的赔偿；对强迫服劳役者的赔偿。根据联邦赔偿法最后条款，请求权者的范围进一步扩大。

② 联邦财产返还法(BRüG，1957 年)

返还被侵权行为所掠夺的所有物，如果无法返还的情况下或者对于是非物质财产的损害，则以现金、退休年金等进行支付，根据这项法律获得返还、赔偿(补偿)的总额为 3 兆零 135 亿马克，其中 3/4 为不动产。

③ 向犹太人赔偿条约(卢森堡协议，1952 年)

这是作为对于联邦赔偿法的适用中被疏漏的纳粹被害者进行赔偿(补偿)的条约，于 1952 年签署。

该协议规定：联邦德国的赔偿总金额为 34.35 亿马克，到 1954 年 3 月 31 日为止，每年支付 4 亿马克，从 1954 年 4 月 1 日起，每年 2.5 亿马克，10 年支付完毕，总额合美元数为 8.22 亿。1965 年协定到期后，赔款仍在支付，到 1967 年，每年相当于 1.25 亿美元。此后，每年 2.1 亿美元，且 80%—90%是赠款，其余为贷款①。

这笔赔款虽是以国对国的形式完成的，但以色列实际上是作为一个国家来接受联邦德国对受迫害犹太人的个人赔偿。据有关材料称，当时以色列有 1/3 的犹太人遭受过纳粹德国的迫害，有权向联邦德国要求赔偿。事实上，在联邦德国各州每年向住在以色列的遇难者的后裔支付 1.3 亿美元的补偿费，从 1962 年起，个人的赔偿费已超过对以色列国家的赔款。据德国政府统计，截至 1993 年 10 月前，在总计支付的 900 亿马克的赔款中，1/3 给了以色列及犹太人的各组织。在纪念反法西斯战争胜利 50 周年时，德国又表示准备增加 300 亿马克以上的赔偿，以色列无疑在其中会占有相当比重。迄今为止，德国已经向二战中受迫害最严重的犹太民族总共赔偿了 600 亿美元，目前尚有

① 狄利普·希罗著：《中东内幕》，广东人民出版社，1984 年出版，第 313 页。

17 万犹太人每人每月由德国支付 300 美元。①

继卢森堡协定以后，联邦德国又相继同法国、希腊等西方的 22 国签订了总额为 10 亿马克的类似赔偿协定。

(4) 一般战后处理法(AKG，1957 年)

纳粹战没者以外的由于国家的侵权行为，而遭受生命、身体、健康、自由的侵害的被害者给予赔偿(补偿)的法律。

(二) 主要赔偿(补偿)法的内容与问题点

(1) 战争牺牲者援护法

伴随着军事上或者相当于军事任务的事故以及特有的关系所受到的健康伤害者给予援助。其中包括俘虏、拘留所产生的健康伤害。同时因为空袭所产生的市民被害也可适用此法，根据此法可以获得援护的市民范围很广。援助的内容包括治疗、看护、战争牺牲者的扶助、残疾者的年金支付、死亡的情况下的丧葬费用、遗属的年金支付。根据这项法律至 1988 年为止已经支付了 829 亿马克，现在每年为此支出 16 亿马克。②它与日本的战没者遗属援护法等不同，该法的适用对象不仅是军人军属也包括市民，而且作为市民适用该法仅以被害当时行动的样态的客观事实，并不以被雇用的身份关系为必要条件。

相比之下，日本的援护法第一条规定，本法律是关于军人军属因公务上的伤病，基于国家补偿的精神，特别是为了疗养给付等援助为目的的。并且，日本的援护法中有着国籍条款，即使被害当时具有日本国籍，但是此后若是获得外国国籍或是在殖民地的出生者，就无法获得援护法的利益。对此，在联邦德国方面，住在国外的德国人(不具有联邦德国国籍者)、在联邦德国国内居住的外国人都适用该法。另外对于曾在德国服役过的居住在外国的外国人，联邦德国通过与该国政府缔结条约向外国政府支付款项，然后当事人获取养老金。如果这

---

① 姜维久：《平民个人受害赔偿的国际法依据与国际惯例简介》，载《抗日战争研究》2001 年第 3 期。

② 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994 年出版，第 228 页。

些人移居至联邦德国，则直接可以适用该法。相比之下，在韩国的原子弹受害者、其他的韩国、朝鲜居民，中国台湾出生者，以及残留在中国的日本孤儿，他们未能依据日本援护法获得救济。

(2) 赔偿补偿法

联邦德国政府在第二次世界大战后，已经代替其国民放弃了关于战争的赔偿请求权，这样就产生了国民所受的损害该由谁来赔偿的问题。本来战争受害的国民也是有着通过外国对于联邦德国的赔偿获得补偿的可能性的，可是联邦德国政府放弃了这项请求权。因此，联邦德国政府作为代偿而制定了这项法律。

(3) 联邦赔偿(补偿)法

战后，联邦德国政府为了被“纳粹的不正当行为”迫害的人们能够得到全面赔偿，最初作为联邦法指定的法律是“联邦补充法”。但是，因为该法存在着众多的缺陷，经反复的修改，终于在 1956 年 6 月 29 日的第三次修改时，以“联邦赔偿(补偿)法”取代了“联邦补充法”。这项法律对“纳粹的不正当行为”的受害者定义为：“因纳粹以政治性敌对关系为理由，并以人种、信仰，或是以世界观为理由暴力迫害的，在生命、身体、健康、自由、所有物、财产、职业上和经济上蒙受了损失的受害者”(第 1 条第 1 款)。不过，这项法律中有着“属地原则”的限制，它只限于到 1952 年 12 月 31 日前，持续居住在这项法律规定范围内的(联邦德国)地域的人。

这是对于因为纳粹的行为导致他人受害而制定的赔偿立法，赔偿的对象不仅仅是身体直接地受到恶意的伤害，而且也包括了对于那些被关押到收容所和医学实验者。具体的对象是 1947 年 1 月 1 日为止在联邦德国地域居住者，和 1937 年当时德国领域内的居住者，因此，1935 年纽伦堡人种法实施以前离开德国的犹太人被排除在外。根据这部法律至 1991 年 1 月为止一次性支付的给付金及养老金约达 864 亿马克。现在每年领受养老金的人约 15 万人，月额总计为 1 亿 2 000 万马克。①

① 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994 年出版，第 229 页。

根据纳粹时代的1933年7月立法的“由于遗传病的子孙忌避的法律”，身体、精神“障碍者(残疾人——笔者注)”①必须接受强制性的断种手术。这些人是被社会抛弃的人，并被认为国家白费负担可是却没有生存价值。1939年以后这些人被作为人体实验的对象，甚至被“安乐死”。可是，这项法律的效力直到1971年为止依然保有，因此这些受害者被排除在战后补偿的对象之外，最近，对此问题有了重新的认识，并设置了补偿基金。这也是一种对于纳粹受害者的赔偿。

(三) 对外国人受害者的赔偿(补偿)

由于纳粹而被害的外国人不仅仅是犹太人。联邦德国赔偿法，关于请求权人的范围是以属地主义来判断的。联邦赔偿法对于1952年12月31日前不居住在法律规定的有效区域内的人并没有给予赔偿，可是对于这些受害者的赔偿，联邦德国政府与这些受害者滞留的国家如卢森堡、挪威、丹麦等12个国家在1959年间缔结了各种条约，作出了总额为8亿7 600万马克的一揽子战后赔偿协定。②然后，获得此项款项的各国政府采取国内的措施对受害者个人进行支付。与法国的关系方面，对于联邦赔偿法中遗漏的受害者，采取政府之间的一揽子处理和直接适用联邦法律向个人支付钱款的并用方式。

在与以色列等国家签订了赔偿协议以后，联邦德国还向东欧四国(南斯拉夫、捷克斯洛伐克、匈牙利、波兰)支付了12亿马克，用以对纳粹强制收容所的人体解剖死难者赔偿。

苏联解体后，德国又同俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰诸国签订了民间个人受害赔偿协定。付给俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰和解基金10亿马克，用以赔偿二战时个人受害损失。需要再次强调的是，以上德国的赔偿都不是针对国家的赔偿，而全部是给予个人的赔偿，只是在分配上委托各国政府代行而已。

---

① “残疾人”是对对象主体的描述；障碍者是从客观与主体之间关系的角度进行描述的，从尊重被描述对象人格的角度而言，使用后者用语更为恰当。——笔者注

② 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994年出版，第231页。

（四）对于强制劳动受害者的赔偿（补偿）

德国在战时为补充劳动力的不足，在德国军队的占领地域强掳了大量的居民，强迫他们在德国企业的工厂从事劳动。从1939年至1945年，从德国以外的国家强掳的劳工共有990万人，其中从国外集中营强掳的人数约有40万人。据统计，在战争末期的1944年秋天，被强掳的劳工分别来自26个国家，已经达到7 606 760人。其中5 976 673人为民间劳动者（其中从苏联强掳2 174 644人；从波兰强掳1 662 336人，约占半数），剩下1 930 087人为战俘（其中前苏联战俘为631 559人，法国战俘为599 967人）。[①]总的来说，在当时支撑着德国经济三分之一的工人是被强掳的劳工。这种强掳、强制劳动的行为，是公然违反了海牙陆战法规和日内瓦条约的。

战后，在联邦德国内外掀起了众多对过去靠强掳劳工而受益的联邦德国企业要求赔偿的诉讼活动。虽然有一部分诉讼在一审获得胜诉，但是在联邦德国的最高法院上，不是败诉就是以驳回上诉而告终。驳回的理由主要是对于居住在外国的劳工赔偿要求是根据“可延期到签订伦敦债务协定（LschA）（1952年2月27日，同西方20个国家签订，后来又有12个国家参加）上的‘媾和条约’为止”的规定，以“时期尚早”为理由，被排斥的。进入20世纪80年代、90年代，又以“时期太晚”、“失去时效”为由，驳回上诉。[②]

关于德国在占领地强掳、强制外国劳工的赔偿问题，在很长的期间内没有被纳入外交谈判的轨道。在德国统一后，围绕着受害劳工的赔偿问题，各受害国与德国展开了交涉，1992年3月德国与波兰之间设立了劳工受害者救济的“德国·波兰和解基金”，德国政府为此付出5亿马克。

除国家赔偿外，德国一些企业还向二战中受害者个人支付了赔偿。在这些被迫从事强制劳动的受害者对于实施强制劳动的企业提起了诉讼的契机中，私营企业和被害团体之间达成了协定，奔驰等7

---

①② 林伯耀：《从德国企业对二战时期强掳劳工的赔偿看“花冈和解”》，载骆为龙主编：《强掳·诉讼·和解——花冈劳工惨案始末》，学苑出版社，2002年出版，第247、249页。

个公司至1988年为止向“犹太人会议”支付了7 000万马克。不过这些企业所支付的钱款，并没有表示是基于法律的责任。这些企业赔偿通常都是由企业代表与索赔团体之间进行谈判以确定赔偿金额和时间，然后由企业通过直接支付赔偿金或者建立基金的方式进行赔偿。

二战劳工中犹太人奴隶劳工占了很大一部分，如前文所述联邦德国根据卢森堡协议对以色列进行了赔偿，但这只解决了一部分问题，对非以色列国民的二战犹太劳工（主要是现在移居美国的犹太劳工）的赔偿还没有令人满意的答案。

1999年初，代表二战犹太劳工的美国团体诉讼律师向德国政府提出了赔偿战争受害者的要求。1999年2月，德国方面终于作出重大让步，包括“大众”、“奔驰”在内的65家德国大公司联合提出了为受害者设立巨额赔偿基金的建议。

在互相让步的基础上，双方于1999年12月份在关于赔偿金额的问题上达成协议，最终的赔偿金额定为50亿美元，由德国政府和企业平均分摊。但问题接踵而至，对于如何分配这笔赔偿，双方又产生了分歧。

这个分歧最终到2000年4月才得以解决，谈判各方就如何分摊德国的50亿美元赔偿金一事达成了协议，按照双方达成的协议，赔偿总额中的40亿美元将用来赔偿奴隶劳工和强迫劳工（其中那些被关进集中营工作，可能死于岗位上的24万奴隶劳工每人将获得7 500美元的赔偿。100多万被迫在集中营外的工厂工作的劳工每人将获得2 500美元）。5亿美元用来赔偿被纳粹偷盗的财产、银行账户和保险单。约3.5亿美元将被用来设立一个基金，用于赞助在纳粹劳工这一问题上的研究和教育工程。剩下的钱用来支付行政开支和法律费用。最终，在2000年德国政府和企业共同出资100亿马克设立了“记忆·责任·未来”基金。德国总统施罗德已于2000年3月22日批准了设立赔偿基金的法案。

2001年5月30日，德国联邦议会正式批准向二战期间纳粹强制劳工支付赔偿金，并同意德国联邦纳粹强制劳工赔偿基金会从6月份开始启动赔偿程序。该基金会将向120万尚在人世的前纳粹强制劳

工们支付总额为101亿马克的赔偿金，每个受害劳工得到的赔偿金额为5 000到15 000马克(约合2 200至6 700美元)不等。另据《泰晤士报》在2004年8月1日报道，德国政府将宣布向在纳粹统治时期被迫在德国企业做过劳工的犹太人幸存者每人支付4 500英镑(约合人民币6万元)作为最终赔偿。然而，为索赔问题奔走多年的犹太人对这个结果的反应是：太少、也太迟。然而，直到今天，对犹太劳工幸存者的赔偿金才最终兑现。①

在双方就纳粹劳工问题达成协议之后，其他未受到赔偿的二战受害者也纷纷要求德国进行赔偿。2000年7月15日，捷克与德国代表达成协议，德国将向捷克的纳粹劳工幸存者支付4.23亿德国马克的赔偿金。另据俄罗斯塔斯社2004年7月1日的报道，德国将为二十六万在二战中被纳粹德国强迫作劳工的俄罗斯人提供总计30亿美元的赔偿。②

其实，与那些被纳粹毁掉的人的生命相比，不管赔偿金多少都是微不足道的，但德国政府对纳粹劳工幸存者的赔偿姿态仍是一种对历史负责的有勇气的表现，与那种长久以来热衷于粉饰战争罪行、拿战犯当英雄供奉的国家有着天壤之别。

关于德国的补偿支付额，至1993年1月1日为止，已经支付的总额如下③：

联邦补偿法(BEG)	7 104 900万马克
联邦返济法(BRüG)	393 300万马克
以色列条约	345 000万马克
与12国一揽子协定	140 000万马克
其他的给付	780 000万马克
州法规定的给付	221 700万马克
苛酷缓和最终规定	64 400万马克

① 欧叶：《德国确定纳粹劳工赔偿金　幸存者每人4 500英镑》，载《中国青年报》2004年8月2日。

② 施君玉：《战争赔偿与德国的软力量》，载香港《大公报》2004年7月10日。

③ 日本律师联合会编：《日本的战后补偿》，明石书店，1994年出版，第232页。

合计 9 049 300 万马克

德国联邦州法财政部在 1993 年 1 月 1 日预算今后将继续为此付出的金额为：

联邦补偿法(BEG)	9 500 000 万马克
联邦返济法(BRüG)	400 000 万马克
以色列条约	345 000 万马克
与 12 国一揽子协定	250 000 万马克
其他的给付	1 200 000 万马克
州法规定的给付	350 000 万马克
苛酷缓和最终规定	181 500 万马克

合计为：12 226 500 万马克

(五) 德国赔偿模式的借鉴

德国以东西分离的理由一直未实行国家赔偿，德国仅仅对纳粹所犯的被称为“人道上的罪孽”的特殊犯罪进行过处理，即对犹太人和吉普赛人的人种迫害屠杀进行了赔偿。众所周知，德国对犹太人的赔偿与战争的目的无关，受害者尽管也是德国籍，但因为是犹太人种而遭受迫害和屠杀，这种行为通过战争扩大了。虽然德国仅仅对特殊犯罪作了个人赔偿，至今为止未作出过国家赔偿，但是在某种意义上也可以说德国对很多国家赔偿了。这是因为德国的在外资产被没收，从某种意义上说相当于赔偿。另外，“纳粹的不正当行为”的受害者，至今还对德国政府在处理赔偿问题上抱有许多不满，受害者认为“从最初就没有被定为赔偿对象”，“即使被承认，其赔偿金额也是极少的”，“因为解决过晚，有很多当事人已经死亡，所以没有成为赔偿对象”，等等。

2000 年德国政府和企业共同出资 100 亿马克设立的“记忆·责任·未来”基金表明了德国政府在对待过去的战争犯罪的赔偿方面的积极态度。对于德国政府反省战时所犯下的罪行和清算历史的行动，人们往往给予较高的评价。虽然这是一件值得称赞的事情，但是该基金的实现是同受害者们长达半个世纪的斗争的积累分不开的。

德国对于民间战争受害者进行赔偿的模式主要是通过国内立法

与国际条约和外交谈判来达成一揽子解决的方式。

在国内立法方面，联邦德国战后一系列对于战争导致的对于人的损害和对于物的损害制定了法律，这部分立法是以国家战争行为所导致的结果责任的赔偿理念为基础的，因为这场由德国发动的侵略战争无端地将德国国民推向战争，并使德国国民付出了人和物的战争损害。这些法律的赔偿对象不仅包括原德国政府的公务人员也包括所有德国国民，同时也有条件地包括了外国的受害者。相比较日本战后的“援护法”来看，日本政府没有将赔偿(补偿)对象包括到日本一般受害国民和外国人，而仅限于军人和军属。赔偿(补偿)对象的范围不同也反映了德国和日本不同的思想认识。前者的行为显示了作为肇事者的国家对战争责任有着一定程度的反思，并愿意以赔偿受害者的方式表示对前政府战争责任进行继承。其次，本来战争受害的国民也是有着通过外国对于德国的赔偿获得补偿的可能性的，可是由于德国不仅是侵略战争的发起国而且是战败国，因此，德国放弃了这项请求权。问题是由德国发动的战争也使德国国民遭受了个人的损害，但是，德国联邦政府擅自放弃了这些国民的对于外国的补偿请求权而无法实现直接向外国获取补偿，因此，德国政府作为代偿而制定了赔偿补偿法这项法律。这项法律的意义在于表明战争受害者的个人权利国家是无权擅自做主放弃的。日本在战后没有这样的立法，它回避了国家发动侵略战争所附随给本国国民损害的责任。

即使是发动侵略战争的国家，其国家的一般平民也是有可能成为战争的牺牲品和受害者。因此，发动侵略国家在战后向本国国民也承担战争导致国民损害的责任，也可以说这种使发动侵略战争国家承担更大的战争成本的方式有助于限制国家再次发动战争。同时，受害的德国国民通过这些法律获得救济后也更加能够同情和理解其他国家国民的战争受害者要求德国政府赔偿的理由。

德国的战后立法中还有专门针对纳粹权力的侵权行为而制定的国家赔偿的联邦赔偿法。这部法律体现了德国对于战争根源和责任的反省。

在国际层面的一揽子解决方式是通过国家间的条约以及国家和

外国索赔民间团协商后建立基金的方式来解决战后遗留问题。上述德国的国内立法虽然也适用于外国人受害者，但是这些法律依据属地主义原则，因此，大多数外国人受害者无法以此获得赔偿。作为对于联邦赔偿法的适用中被疏漏的纳粹被害者进行赔偿(补偿)的条约，卢森堡协议于 1952 年签署生效，这是联邦德国为了向受害者个人赔偿而与以色列国家签订的国与国之间的一揽子解决方案的条约。1959 年联邦德国政府与这些受害者滞留的国家如卢森堡、挪威、丹麦等 12 个国家缔结了各种条约，做出了一揽子战后赔偿协定。联邦德国还向东欧四国(南斯拉夫、捷克斯洛伐克、匈牙利、波兰)支付用以对纳粹强制收容所的人体解剖死难者赔偿。苏联解体后，德国又同俄罗斯、白俄罗斯、乌克兰诸国签订了民间个人受害赔偿协定，用以赔偿二战时个人受害损失。需要再次强调的是，以上德国的赔偿都不是针对国家的赔偿，而全部是给予个人的赔偿，只是在分配上委托各国政府代行。

建立基金主要是解决对于强制劳动受害者的赔偿(补偿)问题，这是德国政府和加害企业同受害者团体之间以签订合同的形式进行解决的。无论是国与国之间还是国家与外国索赔团体之间所签订的解决方案，都可以称为一揽子解决方案，这种解决方式与个案解决有着很大的区别。由于同一种类的受害人有许多人，每个受害者的法律知识、经济能力和社会活动能力等都不尽相同，在这种情况下，个案诉讼即使获胜也不会对其他同类受害者产生任何直接的法律效力。从全体受害者受益不平等的角度来看，似乎并没有体现全面的公平和正义。另外，个案诉讼的情况下，被诉国由于不清楚同类全体受害者的范围，担心个案的突破会造成接踵而至的诉讼是十分自然的，因此抱着顽固拒绝的立场应诉，甚至给管辖法院施加政治压力也不是没有可能。其结果个案获胜的可能性也就变小了。

一揽子解决的方法也存在着一些问题，例如，战争受害者或者同一种类的受害者至少应当有着为维护自身权利进行索赔所建立的社团组织，这样的话，经全体受害者的授权该组织就可以代为行使交涉的权利；而且作为一个非政府组织(NGO)，它还必须取得受害者国籍国的同情和支持，没有国家为后盾的社会团体一般很难达成诉求的目

的。例如，1999 年初，代表二战犹太劳工的美国团体诉讼律师向德国政府提出了赔偿战争受害者的要求，但没有得到德国政府的积极回应。于是律师团给德国政府和加害企业施加压力，声称如果德国不对受害者进行赔偿，他们将诉诸法律，届时德国赔偿的数额可能是一个天文数字，还要面临美国的贸易制裁。由此最终推动了德国政府和企业在 2000 年共同出资 100 亿马克设立的“记忆·责任·未来”基金。

与个案相比较，个案的诉讼解决虽然困难重重，但是每一个胜诉都将成为国际法上确认民间战争受害者拥有直接向加害国索赔权利的案例，并将成为推动此种国际习惯法的渊源的组成部分。这是寻求法律诉讼的民间战争受害者们对国际法发展的重大贡献。相反，一揽子解决的方式虽然实现了对受害者一视同仁地全面解决索赔的问题，但是，它往往是以和解的形式表现其成果的，从国际法角度而言，该方式本身却失去了对国际法作出重大贡献的机会。

比较理想的方法是，以个案的法律诉讼为开路先锋，一揽子谈判或国家之间的外交谈判为主要解决手段则是比较合理的思路。问题是作为中国民间战争受害者在组织工作方面还需要走很长的路，例如，全面地对受害者进行调查和统计、取得政府的支持和帮助或协助等等。

从根本上来说，全面地解决中国民间战争受害者对日索偿的问题，应当考虑一揽子解决的方式。德国政府在战后对外国民间战争受害者进行赔偿的问题上，虽然分为几个阶段逐渐地得到全面解决，但是，各个赔偿纷争主要是通过一揽子方式进行解决的。德国政府在对待过去的战争犯罪的赔偿方面，虽然存在着不足，但是同日本政府相比较，采取的态度是比较积极的。纵观战后德国在赔偿问题上走过的道路，可以说总体上是积极的和有效的。这其实根源德国国内对于二战问题的较为客观和正确的认识，这主要表现在以下几个方面。第一，在认识深度上有本质的区别。德国不仅承认侵略事实，承担战争罪责，并且认为纳粹政权和纳粹统治是导致战争和民族灾难的根源。因此，二战虽然以德国战败而告终，但由此导致了纳粹政权的崩溃，它归根结底对德国人民是“解放”。第二，在认识过程上德国表现为逐步

深化，由消极变为积极，从政府到民间，正确对待二战历史问题的正义力量占据主导地位。第三，绝大多数德国政治家，特别是国家领导人有政治远见和政治责任感，在对二战历史问题的认识上表现得比较深刻和超前。第四，从对外关系的大局出发，德国在处理二战历史问题时，尊重被害国家和被害民族的民族感情，注意国际舆论的监督，采取国际交流与合作的态度，争取得到国际社会的信任。正是这些因素使得在战争赔偿问题上，德国采取了与日本完全不同的态度，并赢得了国际社会的普遍尊重。

研究德国政府战后对外国民间战争受害者进行赔偿的背景，有助于中国民间战争受害者从多种角度思考如何进一步推动和深化对日索偿的展开。

第 三 节

正确认识对日民间索偿的意义

第二次世界大战的结束至今已有 60 年，战后中日两国政府于 1972 年签署了《中日联合声明》、并于 1978 年缔结了《中日和平友好条约》，其中，中国政府已经放弃了对日本政府的战争赔偿要求。一些日本国民认为，民间战争受害者的对日索偿问题也已经解决，即使是对于一个刑事犯罪者，刑法上也有追诉时效，没有理由要“父债子还”。甚至也有日本媒体认为，近年以来，中国“民族主义”的反日情绪高涨都应归咎于中国的历史教育。事实上，上述判断是缺乏客观依据的，中国民间对日索偿活动的展开从政治和道义上讲，是因为不仅日本政府缺乏对侵略战争的反省，而且否认或美化侵略战争；从法律的角度来说，基于日本侵略中国所犯的暴行，以及国际法和国内法的依据，中国民间战争受害者享有这项权利。中国民间战争受害者进行对日索偿诉讼，其目的是给受害者一定的赔偿，同时恢复受害者作为人的尊严。更深远的目的是：为了亚洲的永久和平。

一、 中国民间战争受害者对日索偿的意义

(一) 对日民间索偿对中国的意义

1. 维护战争受害者的权利

维护战争受害者的权利和恢复受害者的尊严是对日民间索偿活动的首要目的。迄今,对于中国大陆民间战争受害者的诉讼,日本地方法院已经作出的判决有 17 起,日本高等法院判决的有 8 起、法官劝解成功的和解 2 起。所有中国大陆的民间战争受害者在日本已经起诉立案的有 24 起。在一审已经作出判决的 17 起诉讼案件中,被驳回的有 12 件,获得法院支持诉讼,包括部分支持的为 5 件(包括李秀英名誉案);二审作出判决中驳回上诉的有 5 件,获得法院支持,包括部分支持的为 2 件(包括李秀英名誉案)。尽管大多数的诉讼请求被驳回,但是绝大多数的判决都认定了侵害事实,少数判决则既不否定也不肯定侵害事实。另外在二审阶段和解的案件有 2 件。即使是鹿岛劳工的"花冈和解",也在和解中间接地确定了被告的加害事实,而"大江山劳工和解"是在一审认定事实的基础上进行和解的。

从绝大多数的判决来看,日本法院不得不确认日本侵华以及侵华时给中国民间战争受害的原告造成侵害的事实。这也是对日本国内一些歪曲、美化历史做法的有力回击。虽然和第一批日军遗弃毒气弹、炮弹案的(2003 年 9 月 29 日)一审胜诉判决相比较,其他的劳工诉讼的"胜诉"判决显然暴露了避重就轻的特点,但是,从整体的对日民间索赔的进程中来看,这些"胜诉"的判决也是向前迈出的步子,至少肯定了对受害者的赔偿救济。

由于,日本加害方面对于战争责任缺乏真诚的反省,再则,考虑到日本法院很难排除政治、外交等方面的影响,因此,今后在对日民间索赔斗争的道路上,就争取获得全面获胜的目标而言是十分艰难的。不过,从对日民间索赔的大局来说,中国民间战争受害者的对日民间索赔的过程,其意义并不亚于结果。尽管坚持诉讼、上诉或上告会面临被法院驳回的风险,但是,一旦日本法院作出显失公平的判决,受到国际社会谴责的必然是日本政府和加害企业。被告将永远背负着沉重

的历史罪恶的包袱。在这种情况下，诉讼的意义不仅限于胜诉的结果。这一跨国诉讼本身和诉讼过程中日本的一些律师和各界有识之士的大力支持就是对战争受害者权利的一种认可，在这个过程中，中国民间战争受害者作为人的尊严也得到了国际社会的普遍尊重。可以说诉讼是当前情况下可以维护这些战争受害者的权利的适当途径。

2. 增强了中华民族的凝聚力和中国人民的爱国精神

国内各界人士为勇敢坚韧的受害同胞和执着地长期从事对日民间索偿的社会活动家和法律专家们所感动和教育。同时，越来越多的中国民众认识到，中国民间战争受害者进行的对日民间索偿活动，并不是关乎受害者个人的问题，这是涉及捍卫国家和民族尊严的问题，是关系到揭露日本侵略暴行，捍卫人权，以保障亚洲和世界和平的问题。中国民间战争受害者的对日索偿活动，其意义远远超出了个人寻求救济的经济目的，它已经成为激发广大中国人民热爱祖国，维护民族尊严的介质。国内民众给予对日民间索偿以极大的关注，国内民众的多方面的大力支持是对日民间索偿得以长期开展下去并取得一系列成绩的最坚实的后盾。

同时，对日民间索偿的参与者一再用其言行引导着民众理性地对待历史问题，用和平、合法的方式爱国。当今中国互联网的发展十分迅速，已经基本上成为大众的普及的信息交流工具，在这样的条件下，更加激发了广大人民群众的参与热情，以及加强了对日民间索偿的社会活动家与广大人民群众的沟通和相互支持。

由于日本政府长期以来歪曲历史、美化战争并且无意真诚地面对历史遗留问题，充分反映了日本政府是一个对侵略罪行缺乏反省的政府。在其竭尽全力要迈入联合国常任理事国门槛之际，广大中国人民和海外华人在网络上发起了反对日本加入常任理事国的签名，在不足20天的时间内，反对日本加入常任理事国的人数已经接近3 000万。虽然，一些网站的留言上有着这样和那样的不文明和极端的言论，但是绝大多数从事对日民间索偿活动的网站中，他们所发的帖子都是十分理性的。这正像918爱国网的首页上的标语所说的，“我们可以宽恕，但是不可以忘记”。而且，民间通过理性、合法方式去表达自己呼

声、实现自己的要求是民众政治素质成熟的表现，也是国家生活长期稳定地朝向健康的方向发展的重要保证。

事实上，对日民间索偿是合乎国际法和中、日两国国内法的理性行为，而并非褊狭的民族主义行为。作为民间的维权行为，并不必然影响两国政府间的正常交往。对日民间索偿是法律行为，与政治、经济交往无必然联系，也是两国间正常交往的一部分，是增进两国人民相互了解的一种途径。

（二）对日民间索偿对日本的意义

对日民间索偿活动可以教育日本人民，使其认识历史的真相。日本普通民众对日本的侵略战争历史并不是很了解，反而更倾向于感觉自己是战争的受害者。之所以出现这种情况，是与日本政府的舆论导向和历史教育中避重就轻甚至歪曲历史有关的。因为缺乏对日本军队在侵华战争中对中国人民犯下的滔天罪行的了解，日本民众往往不能理解中国人民为什么对历史问题如此敏感。对日民间索偿是通过合乎日本法律的诉讼方式开展的，而诉讼是具有相当之严肃性的，因此吸引了众多媒体的关注，日本侵华的历史事实就通过媒体途径逐渐昭然，而且在许多案件的判决中法官对日本侵华并给中国人民造成的损害的事实予以确认。这样，对日民间索偿活动促使日本民众清晰、客观地认识了历史真相，了解到日军给中国人民造成的不可磨灭的创伤，并出于人道主义和人类的良知对这些战争受害者予以同情乃至支持。在这个基础上，对日民间索偿活动将会推动广大日本人民对侵略战争和战争责任进行反思，有利于日本人民警惕和防止日本再度卷入战争，有利于亚洲的和平与稳定。

从对日索偿的一系列诉讼中可以看到一些日本律师、日本友好的政党和学界、媒体人士对中国受害者的大力支持，他们客观地对待日本侵华的历史，并极力推动议会制定有关的战争赔偿法案，同时呼吁日本政府采取积极的举措与中国政府和受害者接触、交流、谈判，从而使得受害者的战争损害赔偿问题能够彻底解决。日本各界人士支持对日民间索偿不仅是出于人道主义和中日友好考虑，这也是与其国内

政治有着密切的关系的。首先，日本的民主政体和宪法中确定的言论自由为这些有识之士的活动提供了空间和渠道。其次，日本的一些政党如共产党和社民党对索偿诉讼的支持是与其国内政党间的斗争相关的，也是这些政党实现自己的党纲，扩大自己的威信与影响，赢得民众支持的举措。

这些代理中国民间战争受害者进行诉讼的日本律师，他们对于受害者的帮助是真诚的。长期以来，他们为了替受害者伸张正义、追究加害者的法律责任，进行了大量细致的调研，其付出是难以用金钱衡量的。他们的行为对于推动日本社会反省战争责任，促进中日两国人民之间的和平友好起着积极的作用。

诚如日本前律师协会会长土屋公献指出的："日本政府只有承担了法律责任，才能使被害者雪恨、才能恢复人的名誉和尊严，进而取信亚洲及世界各国的人民。否则，日本将不能成为国际民主社会的一员、不能恢复名誉、不能与世界人民和平共处，日本人也不能以自己是日本人感到自豪。对过去进行清算，大家一起发展经济，我认为这是一条最经济的道路。希望中国民众公开表达自己的感情，让更多的日本人知道中国的感受。"①

正是这些有识之士的勇敢、坦诚的主张和举措，推动着日本成为能真正放下历史包袱，被国际社会接受为正常国家。只有使得日本人民和亚洲人民尤其是与中国人民建立一个真实的和平环境，才能获得亚洲乃至世界的和平与稳定。对日民间索偿活动有利于使得日本能真正放下历史包袱，以负责任且追求和平的大国姿态为国际社会所接受。

（三）对日民间索偿对国际社会的意义

对日民间索偿活动是以法律方法解决历史问题的尝试，并有利于维护世界和地区的和平。对日民间索偿诉讼是对战争法和国际法中的人道主义精神的维护和实践，同时也对国际法提出了新的挑战并从

---

① 杨琳桦：《土屋公献：以法律维护正义和公理》，载《东方早报》2004年2月20日。

而促进国际法的进一步发展。

日本二战期间对中国进行了全面的侵略，是违反当时以国联安全体制为核心的国际法的。日本军队在战争中严重违反了国际人道主义法，给中国人民造成了巨大灾难。然而，由于国际法上责任的实现受国际政治环境影响很大，二战以后的冷战格局使得战争受害者对日索偿问题一直没能得以解决。中国以及其他亚洲国家的战争受害者在冷战后开始的对日民间索偿，是民间力量通过合法的形式努力实现国际法权利的举措，也是这些国家法律界人士维护国际法权威的有益尝试。

以民间的名义通过诉讼方式来寻求长期以来未能解决的战争受害者赔偿问题，使得国际社会更加注重以形式上透明、公正的法律方式解决历史遗留下来的跨国纠纷，从而尽量减少敏感的国际问题政治化的可能性。同时，对日民间索偿活动使得国际冲突的受害者看到以合法方式维护自己权益的希望，并给这些受害者们提供一种更为可行且文明的权利救济方式，从而减少国际争端解决中的非理性自助行为的发生，以避免进一步加剧冲突双方的敌对。

在对日民间索偿过程中，受害者和中日双方的法律界人士以民间的名义进行跨国的侵权索赔诉讼，日本法院在判决中以确认事实的方式对日本侵略行为做出认定，这样的做法使得一些历史问题非政治化，从而避免了外交上之尴尬，并为两国官方层面积极合作解决这一历史问题奠定了一定的共识性基础，而且还为两国政府间进行磋商提供了不至于过于僵化的交流氛围和比较宽广的回旋空间。

一方面，对日民间索偿的行为实际上也向世界昭示了，任何一个发动侵略以及对平民实施暴行的国家，都将受到民间广大战争受害者的法律追诉，加害国不仅会面临像过街老鼠那样的窘迫，而且将为此付出法律上的损害赔偿。暴力加害的对象越多，这个暴力所要付出的代价也就越多。让全世界各国政府都认识到战争中对平民所实施的暴行是要付出名誉、财力等巨大代价的，必要时还会受到国际战争法规和国际刑法的惩罚。

另一方面，对日民间索偿本身也是对国际法实践的丰富，对日民

间索赔的市民运动对于国际法最大的贡献莫过于进一步夯实了国家间的战争赔款和国家对于民间战争受害者个人赔偿的区别。

国家(政府)之间的战争赔款(或赔偿),其主体是国际法的主体,即使赔偿的对象蕴涵了民间个人的损害补偿的份额,可是在二战结束后的战费赔偿的事例中来看,实际上受损害的民间个人往往难以直接"受益",这种现象在发展中国家比较普遍,例如,日本对东南亚国家的以经济协作为名的援助(实际上是具有赔款性质的——笔者注),受害国的国民无法直接获得补偿。而个人作为诉讼的主体以战争受害者个人的名义进行起诉加害国并要求赔偿的情况下,其个人的损害赔偿的途径并没有通过其国籍国代为战争民间受害者进行索赔,因此,个人相对可以获得比较多的赔偿金额。这对于提高加害国战争暴行的成本,阻止国际社会的战争再度发生是有着积极意义的。

从国际法角度来看,民间战争受害者向加害国索偿的法律依据是国际人道法,对日民间索偿是建立在将民间战争受害者个人从近代战争赔款的国际法主体行为中分离开来的基础上并且没有通过国家间的中介而直接进行的,同时,根据维也纳条约法公约的规定缔约国必须诚实和全面地履行条约,从这个意义上来说民间战争受害者有权利直接援引国际人道法作为诉讼的依据,但是,这种维权方式在二战之前是罕见的。因此,对日民间索偿的获胜实际上就等于推动了日本国直接的或转化国际人道法后在国内的适用。

被视为区别近代国际法和现代国际法的一个具有里程碑意义上的标志是现代国际法剥夺了国家本来作为国家所固有的战争权,现代国际法仅允许国家有自卫权。如今的对日民间索偿的市民运动,其最重要的意义表现在于它在推动了国际人道主义法和国际人权法的发展方面,分离了国家赔款和民间战争受害者的个人索赔,这对于民间战争受害者直接援引国际法维护基本人权限制国家权力,最终推动和维护世界和平有着不可估量的价值,从这个意义上来说,对日民间索偿的市民运动对于国际法的新发展是具有里程碑意义的。

同时,对日民间索偿的市民运动,也揭示出现有的国际法体制和理论方面的一些不足。在对日民间索偿案件的审理中,出现了一些

法律问题，如因严重违反国际人道主义法导致的损害赔偿是否受时效的限制问题等，学术界通过争论和探讨，对此问题有了更清晰的认识。这必将引起法学界人士对从个案角度对国际法问题进行探讨的重视，从而有利于学术界以一种更为务实的角度推动国际法理论的发展。

（四）民间战争受害者的索偿活动与国际人道主义法和国际刑法发展互动

战后一系列对加害国的民间索偿活动，实际上已经对国际法的发展产生了一定的影响。

伊拉克1990年入侵科威特后，联合国安理会多次通过决议，要求伊拉克对侵略造成的直接损失给予有关国家赔偿。其中重要的决议是1991年4月，安理会通过的第687号决议，为此，安理会15个成员国派代表组成联合国赔偿委员会，负责根据伊拉克的石油出口、军费开支、外债偿还和国内重建需要等情况，确定赔偿标准和准则，确定各国提出赔偿要求的程序，监督伊拉克执行赔偿事宜。联合国赔偿委员会于2004年9月23日批准向1990年伊拉克入侵科威特的受害者支付3.77亿美元的赔偿。这笔赔偿包括向科威特个人和公司支付的3.15亿美元和向科威特政府支付的55.1万美元。战争期间在科威特居住和经商的巴勒斯坦人获得2 900万美元赔偿，其余的支付给其他有关国家的政府和受害人。①

联合国赔偿委员会迄今已经批准了489亿美元的索赔要求，其中已支付给个人、公司和政府的金额为186亿美元。赔偿资金均来自伊拉克的石油出口收入。②

1991年海湾战争期间的17名美国战俘及37名战俘家属，以他们在被伊拉克政府拘捕期间曾受到虐待为由，向美国联邦法院提起了

① 《联合国批准向海湾战争受害者支付数亿美元赔偿》，载于《新华网》(http://news.xinhuanet.com/mil/2004-09/24/content_2016183.htm)。

② 《联合国批准赔偿海湾战争受害者数亿美元》，载《河北日报》2004年9月25日。

诉讼。1996 年以来美国国会通过的几项法律允许战争受害人向虐待他们的国家要求经济赔偿。①

有报道称，在以美国和英国为首的联军发动的伊拉克战争期间以及战后的冲突中，有 8 200 名至 10 100 名伊拉克平民死于非命。据悉英国国防部自 2003 年 5 月以来已经向遭英军误杀的伊拉克平民的家属进行了赔偿。为死者家属提供法律服务的“公共利益律师协会”的律师在发表的一份声明中说：“英国国防部必须制定一个公正合理的赔偿方案，让所有受到非法致死、伤害和财产受损影响的人在没有诉讼压力的情况下得到赔偿。并要求英国国防部向死者家属增加赔偿金额。”②

民间战争受害者向加害国进行索赔，最终的目的是为了世界和平、阻止战争中的屠杀无辜的暴行。为达成这个目的，仅仅在战后对加害国要求民间索偿是远远不够的，这就需要国际社会在国际人道主义法和国际刑法方面有所创新，建立有效的制约机制从而达到捍卫和保护基本人权。

在过去的十年，也就是在上个世纪末的十年中，国际人道主义法和国际刑法，从国际法的范围来讲，有了一个突破性的进展，主要表现在：

首先，就是国际人道主义法的概念有所突破，而且有一些概念是和国际法上强行法的概念联系在一起的，在传统上而言，国际人道主义法只限于与武装冲突有关的行为，比方说 1949 年的日内瓦公约里面所规定的有关违反战争法和惯例的行为。从传统的意义上来讲，国际人道主义法的宗旨和目的是在发生武装冲突的情况下，保护战斗员和非战斗员免受不必要的痛苦和伤害，尽可能地保护人民的生命财产和生存的环境。它的主要的两个支柱，一个是海牙体系，一个是日内瓦体系。海牙体系主要是规范怎么打仗，采取什么样的方法、什么样的方式打仗是不违反战争游戏的规则的；日内瓦体系主要是着重于保

---

① 固山：《海湾战争时的 17 名美战俘要求伊政府赔偿 9 亿美元》，载于《中国新闻网》2003 年 3 月 31 日（http://www.chinanews.com.cn/n/2003-03-31/26/289412.html）。

② 《伊拉克战争致死平民家属要求英国增加赔偿》，载于《新华网》2004 年 2 月 29 日（news.xinhuanet.com/world/2004-02/29/content_1337461.htm）。

护那些不直接参加战斗的人员:平民或放下武器的战俘这些人的法律规则。日内瓦公约已经几乎被整个国际社会所普遍接受,世界上几乎所有的国家都是日内瓦公约的缔约国,因此,日内瓦公约的宗旨和原则已经成为国际强行法的原则,也成为了国际社会的一种共同的责任。无论是什么人,只要违反了规则,都应该承担责任。

其次,在实践上,国际刑事审判机构得到了非常广泛的建立。第二次世界大战以后,英、苏、美、法 4 国签订了《伦敦协定》,制定了《纽伦堡宪章》和《东京宪章》,成立了历史上第一次由国际审判机构对犯下战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪的人进行起诉和审判。但是在半个世纪以来,由于种种原因一直没能建立起任何的国际审判机构。

1993 年在前南斯拉夫爆发了冲突,战争罪、危害人类罪和以"种族清洗"形式出现的灭绝种族罪,再次引起了国际注目。为了制止在该国各地发生的人类苦难,1993 年 5 月 25 日联合国安理会鉴于在前南斯拉夫发生的形势已经危及国际的和平与安全,并且根据《联合国宪章》第七章采取行动,通过第 827 号决议,建立了前南国际刑庭。联合国安理会的所有成员都投了赞成票。前南刑庭是第二次世界大战以后即东京法庭和纽伦堡法庭以来国际社会通过联合国建立的刑事司法机构。联合国安全理事会所设立的前南斯拉夫问题特设国际刑事法庭起诉那些应对暴行负责的人,以达到惩前毖后,防止将来发生类似罪行的作用。

1994 年 11 月 8 日联合国安理会以 13 票赞成,2 票弃权通过了 955 号决议,建立了卢旺达刑庭。这两个国际刑庭对于危害种族罪和危害人类罪进行管辖。

根据联合国 1998 年外交全权代表会议通过的《国际刑事法院规约》(又称《罗马规约》)的规定,国际刑事法院(International Criminal Court)于 2002 年 7 月 1 日正式成立。根据规定,国际刑事法院必须在《罗马规约》获得 60 个国家的签署和批准后才可成立。截至 2002 年 12 月,已有 139 个国家签署,并有 85 个国家批准了该规约。根据《罗马规约》,国际刑事法院将对批准国及联合国安理会移交的案件进行审理,但只审理 2002 年 7 月 1 日以后发生的案件。国际刑事法院与

现有的其他国际司法机构的不同，其他法庭均有一定存在期限，而国际刑事法院是一个永久性的国际司法机构。国际刑事法院将审理国家、检举人和联合国安理会委托它审理的案件。此法院有权对种族灭绝罪、战争罪、反人类罪和侵略罪进行审判，但是只追究个人的刑事责任，而且是在各个国家所属的法院不能自主审理的情况下才可介入。虽然国际刑事法院并非十分完善，但是它毕竟是一个全球性的永久性的国际司法机构。联合国的主要目标之一，是确保世界各地个人的人权和基本自由得到普遍尊重。在这方面，如何确保犯罪者不能逍遥法外，如何在当今世界上的冲突之中维护和平、正义和人权，是最重要的课题之一。设立一个常设的国际刑事法院，是向前迈进的决定性的一步。

对于国际社会为什么需要一个国际刑事法院的问题，联合国秘书长科菲·安南做了这样的回答："……为了人人享有正义。将近半个世纪以来，几乎从联合国成立以来，联大就认识到有必要设立一个国际刑事法院，来起诉和惩罚应该对种族灭绝罪行负责的人。许多人以为……第二次世界大战种种耸人听闻的惨事，集中营、残酷暴行、集体灭绝、大屠杀等，永远不会再发生了。但是它们还是一再发生了：在柬埔寨，在波斯尼亚和黑塞哥维那，在卢旺达。我们这个时代，甚至就在90年代里，我们看到，人所能做出来的邪恶是没有极限的。'种族灭绝'已经进入受尽了我们时代的词汇，针对这个可怕的现实，我们必须付出历史性的回应。"①

塞拉利昂内战1991年爆发，持续10年，造成20多万人死亡。2000年8月14日联合国安理会通过的1315号决议要求联合国秘书长与塞拉利昂政府签订一项协议，建立一个独立的特别法庭，对于塞拉利昂境内发生的严重违反国际人道主义法和塞拉利昂法律的人进行起诉和审判。审判那些在塞10年内战中犯有危害人类罪、战争罪和其他严重违反国际人道主义法与塞有关法律的犯罪行为。②

---

① 国际刑事法院网站(http://www.un.org/chinese/law/icc/overview.htm)。

② 林小春：《联合国塞拉利昂特别法庭开庭》，载于《新华网》，2004年6月4日(http://news.xinhuanet.com/world/2004-06/04/content_1506993.htm)。

联合国与柬埔寨经过多年谈判后于2003年6月签署设立特别法庭的协议。这个特别法庭有权审理从1975年到1979年间在柬埔寨境内发生的严重违反国际人道主义法的罪行。法庭的工作是对涉嫌在70年代致100多万人死亡的前红色高棉领导人进行审判。①

另外，国际刑事审判活动是非常活跃的。国际法院是联合国的主要司法机构，它们主要负责国与国之间的争端。在过去的十年来，国际法院至少有12起案件开始适用国际人道主义法有关的规定。例如1993年3月20日波黑向国际法院提出诉讼，控告前南斯拉夫违反了灭绝种族罪；1997年南斯拉夫向国际法院提出反诉，控告波黑对塞尔维亚族犯下了灭绝种族罪；1999年4月南联盟向国际法院控告北约8个国家非法使用武力，对南联盟犯下了灭绝种族罪；1999年7月克罗地亚在国际法院控告南联盟实行种族清洗政策，这也构成了灭绝种族罪。现在国际法院光涉及灭绝种族罪的诉讼就有12起。

以上国际刑事法院、特设国际刑事法庭和联合国国际法院在确保世界各地个人的人权和基本自由得到普遍尊重，惩罚国际刑事犯罪方面的努力显示了当前国际人道主义法和国际刑法的一个发展趋势。

民间战争受害者的对日索偿活动和国际司法机构对国际犯罪的刑事惩罚构成了国际社会阻止国际犯罪暴行和膺惩罪犯的天罗地网，两者相互补充和影响。以经济赔偿和刑事惩罚为手段惩罚违反国际人道法的罪犯，它反映了国际社会对建立公平合理的国际法律秩序，严惩严重违反国际人道主义法的人的强烈的愿望。

民间战争受害者的对日索偿活动和国际司法机构对国际犯罪的惩罚，已经使人们清楚看到，国际社会将不再容忍那种残暴的行为，而是会追究责任，并且给予适当的惩罚，不论他们是国家元首、指挥官，还是战场上最低级的士兵或者民兵分子，那些煽动种族灭绝行动，发动族裔清洗运动，在武装冲突中杀害、强奸和残暴伤害平民，或者用儿童进行令人发指的医学实验的人，将不再能够找到愿意助纣为虐的人。

---

① 联合国网站(http://www.un.org/chinese/News/fullstorynews.asp?newsID=720)。

二、对中日关系发展的展望

历史遗留问题是中日两国间非常特殊而极具敏感性的一个问题。因为自日本明治维新以来，直至1945年，在这70多年里，日本始终作为一个侵略者，多次发动侵华战争，特别是八年全面侵华战争，给中国人民带来了历史空前的民族灾难，人民生命财产的损失可谓史无前例。这是一段中国人民不能忘记的历史。

虽然中日两国恢复邦交以来的经济往来日益密切，但日本右翼势力，多年来频频制造事端，伤害中国人民的民族感情。日本政要，言不由衷，令人愤慨，致使中日关系摩擦不断，前景堪忧。而在上个世纪90年代以后，一种右倾翻案思潮，却呈愈演愈烈之势。尤其是双方的关系因最近两年的一系列突发事件（日本首相小泉纯一郎多次参拜供奉二战战犯的靖国神社，侵华日军遗留化学武器伤害中国平民、修改教科书等）而趋于紧张，甚至导致日本首相小泉的访华安排被搁置。

中国和"一衣带水"的日本友邦唯有建立切实友好的关系，才能双方都受益，对亚洲乃至世界都有非常积极的意义。历史问题、领土问题、台湾问题是中日关系的三大障碍，其中日本能否对二战尤其是侵华战争罪行进行真诚忏悔，不要继续在台湾问题上说一套做一套是出现这个和谐关系的关键。

最近国内一些学者发表文章阐述对日关系的"新思维"，引起了学术界和舆论的关注。这些"新思维"观点大都是以不同的论据和方法论证了中日关系对于中国的重要性，认为日本的战争反省与道歉问题已经解决，"撇开"中日争端的历史问题发展中日关系为当务之急。并因此得出中国应主动改善与日本关系，容忍日本争取成为"正常国家"和"政治大国"的一系列举措。①

不过，这些"新思维"所推导出的对日外交设想，有失片面。首先这种主张轻看和忽视了中国人民视为发展中日关系基础的"历史问题"在他们心目中的分量；其次，"撇开"中日关系中"历史问题"这个

① 马立诚：《对日关系新思维——中日民间之忧》，载《战略与管理》2002年第6期。

"障碍",委曲求全地去博取日本"民心",可能会获取经济上的暂时利益,但所失掉的却是民族尊严和民心。20 世纪 30 年代蒋介石南京国民政府的对日妥协外交所带来的严重后果,可为殷鉴。更值得担忧的是新思维忽视了中国民间战争受害者要求索赔的法律上的权利。作为一项法律上的权利,第三者或政府机构在未征得权利人同意的情况下,是不应被剥夺的。改革开放以来,在中国共产党的领导下,今天的中国社会主义民主和法制正在不断完善,民众的法律意识、权利意识越来越普及和深入。因此,执政党在处理敏感的外交问题时,不仅应当考虑国家利益,同时也应当反映和代表民众的要求和呼声。

发展经济是中国当前的首要任务,但是维护国家和民族的尊严亦是政府和民众不可推卸的责任。国家是国际社会的主体,国家是有国格的,民族是有尊严的。发展经济固然重要,但它不是国家唯一追求的目标。即便是通过委曲求全可以得到某些短期经济利益,但是从长远来看,这些无原则的让步仍是不利于国家长期健康发展的。发展经济是中国面临的首要任务,对于这一方面我们应该务实,应当高瞻远瞩,以发展的眼光与日本开展全面的合作。但是,当涉及国家和民族的尊严时,我们必须考虑到我们的言行否能向先人和后代交代。

两国关系的改善是需要双方的努力的,而且是需要通过有效的方式进行的。中国政府一再表示出加深中日友好的诚意。中国政府放弃了以政府的名义向日本要求战争赔偿的权利。在改革开放初期,中国政府给予日本的贸易和在华的投资以很大的政策上的关照。而且对日本领导人参拜靖国神社、修改历史教科书等事件引起的中国民众的愤怒情绪,中国政府也一直既严肃对待,通过外交途径发表声明等比较理性地去处理。当然,日本也显示出发展与中国的友好关系的诚意。日本一直重视与中国的贸易与投资往来,并通过 ODA 给中国很大的经济上的援助。两国政府还举办多次建交周年庆,并促进民间的友好交流和往来。但是,对于两国之间的友好关系的实质性问题,即安全问题、亚洲战略问题和历史问题,日本的努力显然是不够的。

1995 年以后,日本的防卫战略方针开始发生变化。最为突出的表现是:1996 年 4 月 17 日,日美两国签订了《日美安全联合宣言》,

1997 年 9 月 23 日，日美又根据《宣言》共同制定新的《日美防卫合作指针》，以取代 1978 年以苏联为假想敌国的“防卫合作指针”。时任首相的桥本龙太郎曾毫不讳言地指明，“新指针”防卫范围包括中国的台湾和南洋群岛。这是以中国为假想敌国的日美军事同盟。嗣后又有《周边事态法》的出笼。近年来日美间举行的以“台海战争”为背景的联合军事演习，干预和介入台海局势已成为日美合作的主要内容。日本的政府要员曾公开表示：台湾海峡是日本安全与繁荣的重要地区，日本“必须予以充分关注”。台湾是中国领土，台湾问题是中国内政，而日本却公然视台海地区为日本利益范围，妄图阻挠台湾回归祖国。这与日本帝国主义视中国东三省为日本“享有特殊利益”地区，并于 1928 年以军事干预相威胁，阻止国民革命军北伐部队进入东北，并没有本质上的区别。

2003 年日本众、参两院分别于 5 月 14 日与 6 月 6 日通过所谓“有事三法案”，①即《应对武力攻击事态法案》、《自卫队法修改案》、《安全保障会议设置法修改案》。“有事三法案”规定了在“紧急事态”下，政府应对方针的手续和在自卫队运用方面的特别措施。换言之，日本内阁首相据上述法案，在“紧急事态”发生时，可大权独揽，动用战争手段。台湾问题也是考验中日关系的一个挑战。在台湾沦陷的 50 年(1895—1945)里，日本扶植了大批亲日势力。目前以李登辉为代表的“亲日力量”依然非常嚣张。有中国日本问题专家认为，日本嘴上说坚持“一个中国”政策，实际上还同台湾保持着非常密切的政治、军事联系。据指出，日本不但修改和平宪法，还怂恿台湾加入日美共同防卫圈，以便台海爆发战争可以名正言顺的介入。

中国已经在改善与日本在安全问题上的关系，显示出很大的诚意(如中国进一步使其军事状况透明化)。但是在日本方面，未见其实质性的努力。另外，日本政府的领导人一次次地参拜靖国神社，右翼势力和右翼分子一再宣传反华言论并试图篡改历史，日本法院对中国受害者提起的对日民间索赔的诉讼一再采取不予支持的立场，这些都又

① 中国新闻网(http://www.chinanews.com.cn/n/2003-06-06/26/311296.html)。

一次深深刺痛中国人民的情感和内心深处的战争创伤。

必须明确的是，改善中日关系是不可能以中国一方面的努力而成功的。中国不分领域和性质的无原则的让步不见得能达到其想要的效果。国家的外交政策必须为国家的利益服务，当然这种利益包括但不仅限于经济利益。日本改善与中国关系的方法中也存在着问题。日本一直以来似乎更多的是以经济的形式来发展中日关系，如其对中国政府的ODA项目贷款，并重视与中国进行贸易和投资往来。但是日本轻视了历史问题在中日关系向纵深方向发展过程中的重要性。历史问题总是可以给中日关系带来阴影，并加深两国政府和两国人民间心里的芥蒂和对彼此的不信任。此外，日本还忽视了中国民众的要求与呼声在中国外交政策的制定中的地位。中国政府在做出外交决策时十分重视人民群众的反映，中国民众的要求与呼声是中国的外交底线和最深厚的外交基础。显然，日本并没有重视这一因素，一再碰触中国的这一外交底线，结果导致中国政府在外交上的强硬反应。日本如果能够正视历史问题，并且对中国的底线保持距离，将对中日关系的友好发展有很大帮助。总之，中日关系的症结主要在日方而不是在中方，在改善中日关系方面，需要日本做的事情比中国多得多。

从中国的国家利益上来说，日本无疑是具有相当的重要性的。也就是说，纵然中国有改善并发展同日本友好关系的需要，可是从客观可能性上看，中日关系在短期内取得实质性突破进展的希望不大。这就要求我们在处理中日关系中一定要保持理性，既要以发展的眼光高瞻远瞩，又要冷静地面对客观的局势，而且应以灵活的态度对中日关系中不同领域不同性质的问题区别对待。

中日关系的友好发展，不仅需要双方对中日关系正确认识，同时也需要官方层次和民间层次以理性的行为来处理这一关系，从而促成中日交往的良性机制的建立。

在政府层面上，若是希望中日关系出现不断稳步的发展，需要两国政治家能够发挥远见卓识，高瞻远瞩地为中日关系的发展确定方向，并大力推动中日关系的进一步发展。不能只局限于传统双边关系轨道，还应从大国多边关系网出发协调彼此关系。

更重要的是，两国政府应努力推动彼此间的各领域的交流，要增加信任与透明度。这意味着，两国的国家战略做适当的协调，对影响两国关系的一些问题上坦诚协商，并且应寻求建立调整两国关系的有限机制。通过规范、制度化的方式来处理中日关系，有利于使两国在经济、安全和政治领域做到更加透明，才会在透明度的基础上加深彼此间信任，也才能减少和避免非理性因素对两国关系正常发展的干扰，减少两国政府决策中的随意性和非理性因素。

从民间层面上看，中日两国人民的友好交往是中日两国关系得以改善和发展的基础。而两国人民友好关系的建立关键在于增信释疑。作为一国的公民，热爱自己的祖国、维护国家和民族尊严是其权利也是其义务，但是行使这种权利也并不是不受限制的。爱国也应以理性的方式为之，应符合法律的规定，不应发表偏激的言论和采取过激的行为。这是一个人文明的体现，也是一个民族文明的体现。民族主义的膨胀从长远来看是不利于一国健康发展的。两国政府应该对其国内的舆论采取适当的引导，防止和纠正煽动民族仇恨的思潮的形成。而且，两国政府应该为两国人民的交往建立制度上的保障，其中很重要的一点就是缔结民事领域的条约，因为以法律的方式调整两国民事领域的关系，两国人民在彼此的民事交往中其合法权益才能得到有效的保护和救济，有关争议的解决结果的客观性和公正性并为争议双方所接受。

为了向中国表明自己正视历史遗留问题及真诚合作的态度，日本应该做到以下几点：

1. 对中国和其他二战受其侵略的国家正式道歉；2. 向二战受害者赔偿，做一个负责任的国家；3. 日本官员停止参拜靖国神社，或者把其供奉二战战犯的灵位移往他处；4. 切实坚持“一个中国”的政策，停止在台湾海峡煽风点火，美日联盟应避免激怒中国；5. 撤除在双方有争议的领土的军事力量，努力通过和平手段解决争端。

对日民间索偿活动发展至今已经成为国际间民间相互支持的市民运动，并且也得到了广大中国人民的支持。虽然争取获得最终胜利并非易事，但是这个过程本身对于维护世界和平和推动对人权的保护

就意义非凡。尤其是对日民间索偿活动也影响和推动了国际法的新发展。归纳、研究和分析对日民间索偿的国际法和日本国内法上的法律障碍，从学术理论的角度对于民间对日索偿的合法性和必然性进行法理性研究，同样也是对于人道主义法和国际人权法理论发展的一种努力。期待这种努力有助于对日民间索偿活动不断地向纵深发展。

谨望中日两国和两国人民以史为鉴，面向未来，开创中日友好关系的新篇章。

附录 1

中国民间对日索偿诉讼及判决情况列表

编号	事件名称	起诉时间	审理法院	判决日及诉求认定与否	审级关系	被告
1	鹿岛花冈强掳、奴役中国劳工诉讼	1995.6.28	东京地方法院、东京高等法院	1997.12.10，一审驳回诉求后上诉	2000.11.29，二审和解(部分原告拒绝接受和解)	鹿岛建设
2	南京大屠杀、731部队、无差别轰炸损害赔偿诉讼	1995.8.7	东京地方法院、东京高等法院	1999.9.22，一审驳回诉求；2005.4.19，二审驳回诉求	已上告	日本国
3	从军“慰安妇”损害赔偿(山西省第一批)诉讼	1995.8.7	东京地方法院、东京高等法院	2001.5.30，一审驳回诉求；2004.12.15，二审驳回诉求	已上告	日本国
4	从军“慰安妇”(山西省第二批)诉讼	1996.2.22	东京地方法院、东京高等法院	2002.3.29，一审驳回诉求；2005.3.18，二审驳回诉求	已上告	日本国
5	刘连仁诉讼	1996.3.25	东京地方法院、东京高等法院	2001.7.12，一审部分胜诉；2005.6.23，二审撤销一审判决，驳回原告诉求	一审日本国上诉、二审判决后被上诉人上告	日本国、明治企业(公司已经解体)
6	平顶山大屠杀事件诉讼	1996.8.14	东京地方法院、东京高等法院	2002.6.28，一审驳回诉求；2005.5.13，二审驳回诉求	已上告	日本国
7	日军遗弃毒气弹受害者(第一批)诉讼	1996.12.9	东京地方法院	2003.9.29，一审全面胜诉	被告上诉	日本国
8	731部队细菌战受害者诉讼	1997.8.11	东京地方法院、东京高等法院	2002.8.27，一审驳回诉求；2005.7.19，二审驳回诉求	已上告	日本国

（续表）

编号	事件名称	起诉时间	审理法院	判决日及诉求认定与否	审级关系	被告
9	强掳、奴役劳工东京第二次诉讼。	1997.9.18	东京地方法院	2003.3.11，一审驳回诉求	已上诉	日本国、间组、三菱综合材料、飞岛建设、宇部兴产、同和矿业、日铁矿业、古河机械、铁道建设·西松建设、ジャパンエナジー
10	日军遗弃毒气弹受害者（第二批）诉讼	1997.10.16	东京地方法院	2003.5.15，一审驳回诉求	已上诉	日本国
11	强掳、奴役劳工	1997.12.22	长野地方法院			日本国、大成建设、鹿岛建设、熊谷组、飞岛建设
12	西松建设强掳、奴役劳工诉讼	1998.1.16	广岛地方法院、广岛高等法院	2002.7.9，一审驳回诉求；2003.7.15，二审胜诉	被告上告	西松组
13	京都（大江山）强掳、奴役劳工诉讼	1998.8.14	京都地方法院、大阪高等法院	2003.1.15，一审驳回诉求；2004.9.29，大阪高等法院作出与企业和解	已上诉被告日本国	日本国、日本冶金
14	山西省性暴力受害者诉讼（原告10人）	1998.10.30	东京地方法院、东京高等法院、最高法院	2003.4.24，一审驳回诉求；2005.3.31，二审驳回诉求；2005年11月18日驳回	结案	日本国
15	新潟强掳、奴役劳工诉讼	1999.8.31	新潟地方法院	2004.3.26，一审判决胜诉	被告方上诉	日本国、日本港运业会（临港集团）
16	北海道强掳、奴役劳工诉讼	1999.9.1	札幌地方法院	2004.3.23，一审驳回诉求	已上诉	日本国、三井矿山、住友石炭矿业、熊谷组、野村矿业、新日本制铁、地崎工业、三菱综合材料、北海道炭汽船

（续表）

编号	事件名称	起诉时间	审理法院	判决日及诉求认定与否	审级关系	被告
17	李秀英名誉损害诉讼案	1999.9.17	东京地方法院、东京高等法院	2002.5.10，一审胜诉；2003.4.10，二审胜诉	结案	中村俊夫、相泽宏明、株式会社展転社
18	福冈强掳、奴役劳工诉讼	2000.5.10	福冈地方法院、福冈高等法院	2002.4.26，一审认定企业的责任，但驳回对日本国的诉求；2004.5.24，二审撤销一审判决并驳回原告诉求	已上告	日本国、三井矿山
19	新潟强掳、奴役劳工（第二批）诉讼	2000.9.12	新潟地方法院			日本国、日本港运业会（临港集团）
20	海南岛“慰安妇”诉讼	2001.7.16	东京地方法院			日本国
21	群马强掳、奴役劳工诉讼	2002.5.27	前桥地方法院			日本国、间组、鹿岛建设
22	福冈强掳、奴役劳工第二批诉讼	2003.2.28	福冈地方法院			日本国、三井、三菱综合材料
23	强掳、奴役劳工原子弹爆炸受害诉讼	2003.10.16	长崎地方法院			日本国、三菱综合材料
24	强掳、奴役劳工	2004.8.10	宫崎地方法院			日本国、三菱综合材料
25	强掳、奴役劳工	2004.12.17	山形地方法院			日本国、酒田港湾运送
26	强掳、奴役劳工	2005.7.19	金泽地方法院			七尾海陆运送
27	香港军票案	1993.8.13	东京地方法院、东京高等法院、最高法院	1999.6.17，一审驳回诉求；2001.2.8，二审驳回诉求；2001.10.17，三审驳回诉求	结案	日本国

（续表）

编号	事件名称	起诉时间	审理法院	判决日及诉求认定与否	审级关系	被告
28	台湾“慰安妇”诉讼	1999.7.14	东京地方法院、东京高等法院、最高法院	2002.10.15，一审驳回诉求；2004.2.9，二审驳回诉求；2005.2.25，三审驳回诉求	结案	日本国

说明：

（1）日本国的司法审判制度实行三审终审制，不服一审判决而继续诉讼的行为称为上诉（日本为“控诉”），不服二审判决而继续诉讼的行为称为上告。

（2）本书初稿完成于2005年4月，故本书各章节中研究的判例和判决案例的汇总数字，仅限于2005年4月底之前由日本法院已经做出判决的案件。本资料列表中统计的对象还包含了已经起诉但尚未判决的案件，鉴于这类已经起诉但尚未判决的诉讼案件难以全面统计，故本表所汇总的对日民间索偿案件的数量的正确度有可能因此而受到影响。

（3）截至2005年11月18日之前，日本地方法院对中国大陆的民间战争受害者诉讼已经作出的判决有17起，日本各地高等法院作出的判决有10起，法官劝解和解的有2起，中国大陆民间战争受害者在日本已经起诉立案的有26起，其中劳工诉讼案件有16起。

（4）本表对已经判决的案件进行统计的截至日期为2005年11月18日。

（5）本表的统计资料来源于日本律师提供的判决书、汇总表等资料。

附录 2

违反常规　刻意偏袒

——驳东京高等法院 731 部队细菌战诉讼案二审判决

2005 年 7 月 19 日，日本东京高等法院对侵华日军细菌战的中国受害者诉讼案做出二审判决。这次判决和东京地方法院一审判决一样，承认细菌战的事实，但是以“国家无答责”等理由驳回了中国受害者的诉求。

“国家无答责”缺乏实体法的依据

在日本被追究国家责任及战后赔偿的诉讼中，日方用来否定国家责任的一个主要理论是：即使公权力行为侵犯公民权益，也不承担法律责任。该理论以后表现为“国家无答责”。

这种“国家无答责”观点充其量只是学说或判例中归纳出的法理而已。这种学说在战前日本宪法、民法等司法体制下，不仅缺乏实体法的依据，也与当时有关的日本法律精神不相符合。重要的是，日本法院的判例和学说并不是日本法律的渊源。

在以“国家无答责”为由驳回对日民间索赔的判决中，各法院给出适用“国家无答责”的理由五花八门，即所谓各种并无实体法实据的“立法政策”、“基本的法政策”、“法制”和“法理”。

即便参考战前日本国大审院的判例，也存在着认定公权力责任的判决。从这些被判定公权力责任的判决中可以看出，大审院依据的实体法是日本民法中的民事侵权法律责任中的条款。因此，即使对战前的公权力侵权行为，也并不是无法可依，而是有实体法依据的。理论上，日本民法侵权行为责任的主体涵盖侵权行为的公权力主体，可以说已经不存在任何具有说服力的相反理论。

即使“国家无答责”这一学说或判例法理有适用的余地，那么在适用的对象上是否也适用于外国人则也是值得质疑的。值得关注的是，

在众多的中国民间对日索赔诉讼的判决案中，已有4例对强制奴役中国劳工的诉讼所作的判决否定或排斥了“国家无答责”的适用，这些判决从“正义”、“公平”、“合理性”等不同程度上否定了“国家无答责”理论的适用。无疑这种判决的观点是正确的。公平、正义不仅是世界各国法律体系中的一项基本信念和原则，也是日本法律体系中所含有的一项最根本的原则，与此原则相违背的法律、判例法理、学说理当无效。

掩饰日本政府“抗辩理由”的溃败

该二审判决的结论是：“关于本案细菌战被上诉人责任原因的上诉人主张均为失当，故无须判断上诉人是否因细菌战而罹患鼠疫、霍乱免于死亡，或其家属因此而死亡；也没有必要去判断被上诉人主张的由于‘日华和约’与《中日联合声明》，个人的战争赔偿请求权是否因此被放弃，以及《民法》第724条后段为基础的除斥期间的经过等论点，上诉人对本案的主要请求以及预备请求的任何理由均不存在，故驳回本案上诉，如主文所判。”这段判决文字，充分暴露了本案法官违反司法审判文书的制作常规，刻意掩饰被告日本政府“抗辩理由”的溃败。

通常二审法院应当对原、被告间主要争议点进行判断，但是该判决书对于日本政府一些显然荒谬的“抗辩理由”采取了回避判断以维护日本政府的“形象”。同时，该法庭为了在表现上显得多少还有些“公平”，故首先表达了对于上诉人是否死亡无须判断的措辞。事实上，180名上诉人诉讼请求的目的是同样的，换言之，在上诉人中个别主体特殊性的问题从来就不是争议的问题，上诉人也没有要求法院进行判断和区分。该判决书对于本来不需要判断的问题也假意表示不需判断，其用意恰恰是为了掩饰其他两项本来应当判断而不愿作出判断的事实。

日本政府在一审阶段的主要抗辩理由是，《中日联合声明》已经解决了日本国战争责任（包括个人的请求权），而一审判决也支持了日本政府的这种主张。在二审审理阶段日本政府又抛出了“日华和约”已经放弃了中国（大陆）民间个人的对日赔偿请求权。

应731部队细菌战原告团的日本律师委托，笔者作为专家证言于

2004年12月7日在日本高等法院出庭作证和答辩。笔者撰写的5万余字的“鉴定书”，以翔实的历史事实、国际法一般原则和理论论证了《中日联合声明》不可能放弃中国民间战争受害者的对日索赔权以及“日华和约”的无效性。此后，笔者又向东京高等法院寄送了《补充意见书》，针对“日华和约有效论”的各种所谓法理依据，根据日本政府解密的外交档案、历史事实以及相关的国际法原则和法理进行了深入的驳斥。

有理由推断，日本高等法院已经评估出日本政府主张的“《中日联合声明》放弃论”以及“日华和约有效论”只是无颜面世的荒谬逻辑，故而在判决书中有意回避。同样，东京高等法院分别在2005年3月31日、4月19日、5月13日、6月23日，对其他4起中国民间战争受害者上诉案的判决，全都回避了原本应当判断国家间是否放弃了民间个人请求权的问题。从2005年一系列最新的判决结果中可以感知，中国民间对日索赔活动在日本政府人为设置的法律障碍方面已经打开了缺口，并取得了阶段性的突破。

此外，与诉讼时效有关的日本政府的抗辩理由“除斥期间”问题，在日本法律中从来就没有明文规定过，也是缺乏实体法依据的。不仅如此，由于731部队细菌战受害者的受害状态至今仍持续着，加之战后日本政府刻意隐瞒加害事实，可以说侵权行为在战后还一直持续着。东京高等法院在明知日本政府的这一“抗辩理由”理亏并难以成立时，仍刻意地回避这一令日本政府难堪的争议问题。该判决书技术性地回避判断诉讼双方的主要争议点的行为，表明了该法庭法官宁愿不顾司法审判常规而刻意偏袒日本政府，其职业道德操守实难令人尊重。

小结

回顾法庭诉讼斗争的全部过程，可以说731部队细菌战受害者方已然在3个方面取得了斗争的胜利。第一，二审法庭不得不拒绝日本政府所谓的由于《中日联合声明》以及“日华和约”而导致的个人请求权的丧失的主张；第二，二审法庭不得不拒绝日本政府关于侵权行为经过20年后受害人就丧失诉权的“除斥期间”的主张；第三，日本一审

二审法庭不得不以法律文书的形式认定了违反国际法的细菌战事实。

8年诉讼路漫漫，经过32次庭审和一审二审两次判决，60多年前侵华日军在中国实施反人类的细菌战罪行被渐渐揭穿，而中国民间清算血债的正义行为也被全世界越来越多的人所关注。此外，只要中国人民团结一心，坚持真理，不断地在国际社会揭露日本政府人为制造的那些法律障碍的谬误，就必将有助于促使日本方面最终无颜固守其抗辩谬论。

管建强

（作者为华东政法学院国际法学院副教授、法学博士、731部队细菌战诉讼案原告方法律顾问）

《人民日报》(2005年8月10日　第三版，专论)

Document generated by Anna’s Archive around 2023-2024 as part of the DuXiu collection (https://annas-blog.org/duxiu-exclusive.html).

Images have been losslessly embedded. Information about the original file can be found in PDF attachments. Some stats (more in the PDF attachments):

{
  "filename": "MTE3MDUwNTAuemlw",
  "filename_decoded": "11705050.zip",
  "filesize": 40487425,
  "md5": "3c0f3383901fb5ca87814e19ec730765",
  "header_md5": "7ec8a3385429c09163bd48728320662b",
  "sha1": "8dc4d97ee839c5872b7a60d33fa1cf9b00054718",
  "sha256": "6ed4ba8ab30a34d720892379cb65c78be1895327c37031a4b5add925b12e521b",
  "crc32": 3960461187,
  "zip_password": "",
  "uncompressed_size": 42175616,
  "pdg_dir_name": "\u2563\u00bd\u255e\u255c\u00ed\u00f1\u2552\u00b2\u2565\u03c3\u00ed\u00f1\u256b\u2261\u2564\u2567 \u2553\u2568\u2563\u00b7\u251c\u00b1\u255d\u03a3\u2552\u255c\u2552\u2219\u2569\u2584\u2551\u00aa\u2552\u2580\u2562\u2558\u255a\u2552\u2566\u2248\u2502\u00d1\u2561\u2500\u2556\u00bf\u252c\u2554\u2557\u2219\u2524\u00ed_11705050",
  "pdg_main_pages_found": 424,
  "pdg_main_pages_max": 424,
  "total_pages": 452,
  "total_pixels": 2087444480,
  "pdf_generation_missing_pages": false
}