

| 天
Borderless
| 下

法學新經典

中日战争历史 遗留问题的 国际法研究

— 管建强 著 —

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

法學新經典

中日战争历史 遗留问题的 国际法研究

——管建强 著——

图书在版编目(CIP)数据

中日战争历史遗留问题的国际法研究 / 管建强著
—北京：法律出版社，2016.10（2017.5重印）
ISBN 978-7-5118-3692-2

I. ①中… II. ①管… III. ①战争法—研究 IV.
①D995

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第145134号

中日战争历史遗留问题的
国际法研究
ZHONGRI ZHANZHENG LISHI
YILIU WENTI DE GUOJIFA YANJIU
管建强 著

责任编辑 高山 韩向臣
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2016年10月第1版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 王沁陶
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 16 字数 390千
印次 2017年5月第2次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978-7-5118-3692-2 定价：65.00元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

代 序

第二次世界大战后日本社会右翼势力否定日本侵略战争性质的暗潮一直以各种形式涌动,歪曲历史、美化战争和废弃日本和平宪法的“理论成果”不断出现。本书系国际法学者管建强教授针对这些“理论成果”的所谓法理基础予以深入分析和无情批判之大作。

管建强教授是一位极富正义感、认真执着的学者。他长期不懈地致力于我国民间对日索赔斗争,不仅潜心研究对日索赔的法律障碍,而且亲身经历了和对日索赔的多起案件。早在2006年,他就出版了《公平、正义、尊严——中国民间战争受害者对日索偿法律基础》一书。该书汇集了他参与对日索赔的法律经验和法理思考,对于我国民间对日索赔斗争具有重要参考价值。

之后,管教授继续着力研究中日双边关系中的国际法问题。“十年磨一剑”,他的新作——《中日战争历史遗留问题的国际法研究》,即将由法律出版社刊行。新书以中日关系以及国际政治发展的史实为基础,运用国际法基本原理,对中日战后遗留的主要历

史问题做了深入研究。新书采用实证方法,以翔实的资料和充分的证据,有力地驳斥了日本理论界歪曲历史、美化战争的观点,并且充分阐明了自己的见解或认识。全书视野开阔、内涵丰富、论证细腻且富有逻辑性,可读性非常强。

本书的雏形是作者独立申请和自选的 2010 年度国家社会科学基金项目《国际法视角下的中日战后历史遗留问题》的科研成果。该项目在 2013 年结项后,管教授又持续跟踪日本右翼势力的理论新动向,对其近年来抛出的关于解禁集体自卫权、修改宪章第九条和日本是有条件投降的论点进行了深入的分析 and 批判。本书实则上述两部分内容的合集,不仅文字比结项成果多出一倍,而且研究范围更为广泛和系统,反映了作者的最新研究成果。

本书的意义在于昭示国际正义。对于国际法,尤其是在具体问题上什么是国际法,不同的人站在不同的立场上都可能会有不同的认识。民族主义是导致国际法不同解释的重要因素。然而,任何对于国际法的解释都不能背离人类理性和良知的底线。在这个意义上,侵略就是侵略,侵略战争就是不义之战。面对人类理性和良知,任何为侵略和侵略战争的辩白,即便采用国际法话语,都是苍白无力的。国际法是基于人类理性和良知的国际正义,是捍卫国际和平和人类尊严的武器。本书作者以其深厚的国际法素养,在中日两国大是大非问题上,揭示了国际法的这一真谛。

管建强教授的学术青春,大都用来研究、攻克我国民间对日索赔法律障碍,分析、批判日本右翼势力的各种理论。他所从事的研究工作,从根本上讲是为了维护中日两国人民之间真正的友好。因为这一友好必须建立在以史为鉴、明辨是非的基础之上。

李 鸣

中国国际法学会常务副会长、北京大学法学院教授

2016 年 11 月 5 日

前 言

中日战争历史遗留问题是指日本发动的侵华战争所遗留的问题。自日本侵华战争战败投降之日起至今年,其军事停战已有 70 余个年头;倘若《中日和平友好条约》意味着中日之间战争法律状态的结束,那么,中日间法律上的战争状态结束已逾 37 年。

传统国际法在结束战争法律状态的方法上主要有两种方式:第一,消灭交战国;第二,与交战国缔结和平条约。通常在缔结和平条约时,交战国之间会对战争历史遗留问题一并处理。换言之,缔结和平条约后,与战争有关的历史遗留问题就不存在了。这只是一般的现象。从中日之间处理战争历史遗留问题方面来看,无论是缔约的程序还是协议的内容都做了保留。一些问题因为当时的客观原因,不具备处理的条件而搁置。因此,在《中日联合声明》和《中日和平条约》之后,依然存在中日战争历史遗留的问题。例如民间战争受害者的个人索赔权问题、日军在华遗留的生化武器处置等问题尚未得到解决。因此,从这个意义上来看,所谓中日战争历史遗留问题就是指日军侵

华战争行为引发的、中日邦交协议尚未涉及或没有解决的问题。

有中国学者认为,“具体地说,由中日战争而产生的至今尚未得到解决的一切问题,都属于战争遗留问题的范畴。从类别上来看,它们包含了两个方面的内容:第一是对战争性质的评判,第二是战争责任的清算”。^①

笔者赞同所谓的中日战争历史遗留问题属于“中日战争而产生的至今尚未得到解决的一切问题”的概括,但是在类别上,笔者以为,除了对战争性质的评判和战争责任清算的问题外,第二次世界大战期间以及战后同盟国(联合国)限制日本主权的国际协定的效力及其战后适用的问题也应当属于战争遗留问题的范畴。

关于对战争性质的评判,其本身不是历史遗留问题,就国际法角度而言,远东国际军事法庭已经有过结论,认定日本发动的是侵略战争。然而,由于战后对日本战争责任的清算不彻底,^②以至于日本社会长期以来涌动着美化战争、否认侵略战争历史的思潮。具体表现在篡改历史教科书、日本政府要员参拜位于东京九段北的靖国神社。这些思潮严重地阻碍了日本与中国以及日本与周边国家的友好往来。重新审视、分析和驳斥日本右翼的谬论,研究战争的性质和重大历史事件的性质,也成为本书所指的中日战争历史遗留问题的内容之一。

据此,中日战争历史遗留问题应当涉及的范围有:第一是对战争性质的评判,第二是战争责任的清算,第三应当涵盖第二次世界大战期间以及战后同盟国对日本做出的限制主权的一系列多边协定和中日双边

① 荣维木(中国社科院《抗日战争历史研究》主编):《中日战争遗留问题研究述评》,载《江海学刊》2001年第6期。

② 麦克阿瑟为挽救裕仁不作为战犯受到审判而采取的特殊手段,对于日本人对战败的认识却带来了持久的、深刻扭曲了的影响。参见[美]赫伯特·比克斯:《真相——裕仁天皇与侵华战争》,王丽萍、孙盛萍译,新华出版社2004年版,第439页。

协定的效力问题。这些涉及限制日本主权的国际协定,主要体现在以下三个方面:第一,国际协定的适用影响到《日本国宪法》对日本军国主义复活的限制性问题。例如,《日本国宪法》第9条规定的日本放弃战争权。第二,限制日本领土主权,由战胜国规定日本主权领土的范围,这些协定的效力涉及钓鱼岛乃至冲绳(琉球)的主权归属问题。第三,涉及战后台湾及附属岛屿归属问题相关(含争议)的国际性协定,有《开罗宣言》、《波茨坦公告》、“日本投降书”、同盟国最高司令部《第677号指令》、《中日联合声明》和《中日和平条约》以及所谓的《旧金山和约》和《日华和约》等。

但是,一直以来中日战争历史遗留问题本身涵盖的内容和范围比较模糊,也缺乏主流定说。从中日两国学界实践来看,更多的是关注对战争性质的评判和战争责任的清算(主要是民间战争受害者的索赔问题)。从研究的视角来看,多数学者是从国际政治关系、世界历史或者是中日历史的角度来研究的。笔者认为,讲历史着眼于揭露日军侵华罪行,警示后人;研究国际政治关系着眼于站在战略的高度宏观地总结经验为国家谋划战略利益。而结合中日历史、国际关系,站在国际法的视角上分析与中日两国权利义务相关的国际协定的性质、效力以及解决问题的方法,有着特别重大的意义。

1. 关于对战争性质的评判的问题

按照一般的逻辑来理解,20世纪70年代中日两国邦交正常化,就意味着两国之间的历史问题已经解决,中国政府倡导的“以史为鉴、面向未来”理应成为中日两国人民的共识。可是,在20世纪70年代以后,日本社会开始涌动否定战争侵略性质的暗潮。1972年,也就是中日两国开始恢复邦交时,否认南京大屠杀史实的言论首次出现;1978年,也就是中日两国签署友好条约的当年,东条英机等14名甲级战犯的灵簿被秘密摆进靖国神社后受时任首相福田赳夫参拜;以及20世纪80年

代发生教科书事件,在日本就已经形成了一股否认历史事实、为侵略战争翻案的逆流。进入20世纪90年代,随着“自由主义史观研究会”的成立和《大东亚战争的总结》的出版,日本政要保守势力加大了与日本右翼势力的合流,2001年和2005年日本文部省两次审定通过了严重歪曲历史教科书,小泉首相执政时期连续5次参拜靖国神社。2013年4月,安倍内阁大臣总务相新藤义孝、绑架问题担当相古屋圭司、行政改革担当相稻田朋美以及副首相麻生太郎纷纷参拜了靖国神社。围绕阁僚参拜靖国神社一事,安倍内阁认为此举没有问题,官房长官菅义伟称“这是心灵的问题,我国有宗教信仰自由。这是个人作出的判断”。2013年4月24日,安倍在国会答辩上就中韩两国提出的谴责反驳称“我阁僚不会向任何威胁屈服”,明确表示允许参拜,^①并于2013年12月26日,安倍以首相的身份参拜了靖国神社。^②另外,2013年5月8日,安倍在国会答辩中就其曾作出的“侵略定义未定论”做出解释,称学术界对侵略定义存在各种讨论,政治家不应介入。^③这些与日本政府公权力行为紧密结合的挑衅行为都严重地破坏了中日关系。

日本国内一些人认为,战争只有胜利或者失败,没有什么正义和非正义。^④远东国际军事法庭对日本战犯的审判,是“战胜者对战败者的

① 《日本行政改革担当相参拜靖国神社》,载《共同社》2013年4月29日,载日本共同社网:<http://china.kyodonews.jp/news/2013/04/51276.html>,最后访问日期:2013年5月1日。

② 《日本首相安倍悍然参拜靖国》,载《新华社》2013年12月26日,载新华网:http://news.xinhuanet.com/world/2013-12/26/c_118723098.htm,最后访问日期:2015年6月30日。

③ 《安倍首相:侵略定义「立ち入らない」》,《每日新闻》2013年5月8日,载美日新闻网:<http://mainichi.jp/select/news/20130509k0000m010071000c.html>,最后访问日期:2013年5月10日。

④ 多数日本人认为,战争是一种自然现象,国家之间即使没有过错也可能发生,这种认识妨碍了他们对在中国发生的战争暴行的反省。参见[美]赫伯特·比克斯:《真相——裕仁天皇与侵华战争》,王丽萍、孙盛萍译,新华出版社2004年版,第461页。

报复”。^① 他们辩称,日本是世界上第一个遭受原子弹轰炸的国家,因此,“要说战争是不义之举的话,我们大家都有罪”。在这种心理推动下,日本屡屡发生右翼势力篡改历史教科书、政治家参拜靖国神社等重大事件,日本社会在不知不觉中为极少数极端右翼势力企图复活军国主义提供了空间。

日本社会涌动的否定战争侵略性质的暗潮以及严重歪曲历史教科书的思想根源在于日本右翼势力的军国主义价值观,而美化战争、修改教科书甚至主张废弃和平宪法则是日本右翼势力对东京审判合法性的否定。在个人言论自由的幌子下,日本社会上出现了大量否定或丑化东京审判法律依据的出版物。在大肆攻击东京审判合法性的背景下,根植于日本国民内心的价值评价的坐标遭到了干扰和动摇,以至于修改教科书、歪曲历史、美化战争也有了一定的市场。既然歪曲历史、美化战争与否定东京审判的右翼势力的“研究成果”密切相关,因此,直面所谓的日本右翼势力的“研究成果”,对其抽丝剥茧从法理上解析和揭露其对国际法的歪曲及断章取义,显得尤为重要。

2. 关于战争责任的清算问题

缔结和平条约是清算战争责任的重要手段,第二次世界大战结束后不久,东西方的冷战格局就拉开了序幕,特别是美国明确地提出了以遏制共产主义为目标的杜鲁门主义,这对清算日本战争责任显然产生了非常消极的影响。1951年9月8日,美国主导的旧金山和会排斥了中国的参加,使中国无法实现对日本战争责任的清算。1952年4月28日,台湾当局在两岸敌对和美国的压力下,与日本签订了和约,放弃了

^① 这种否认态度也可见证于日本政府官员、少数有影响力的民间人士。他们认为东京审判是片面的“胜利者的审判”,因而拒绝接受审判的结论,否认发动并扩大了侵华战争,回避所有关于战争责任的讨论。参见[美]赫伯特·比克斯:《真相——裕仁天皇与侵华战争》,王丽萍、孙盛萍译,新华出版社2004年版,第494页。

对日本的战争赔偿权。20 世纪 70 年代,中国政府在很大程度上出于对国际政治格局的考虑,表达了放弃政府对日本的战争赔偿要求的政治立场。但是这一立足于政治立场所表达的中国政府放弃对日赔偿要求,是附随条件的,即“日本方面痛感过去由于战争给中国人民造成的重大损害的责任而表示深刻的反省”。^①至 20 世纪 90 年代初开始出现的中国战争受害者在日本提出的战争赔偿诉讼,体现了中国人民直接行使权利主张清算日本战争责任的要求。中国政府在“以史为鉴、面向未来”处理中日关系的基本原则之下,多次呼吁日本政府妥善解决这一问题。日本政府一直没有积极回应。至 2007 年 4 月 27 日,日本最高法院以《中日联合声明》是在《旧金山和约》框架下的产物为由,判定中国民间战争受害者的诉权因《中日联合声明》对《日华和约》放弃国家和国民对日索赔权的默认而被放弃。这一完全歪曲历史和严重缺乏法律依据的判决结论不仅是对中国民间战争受害者的再次伤害,也是对中国政府的抹黑。其目的是转移矛盾,恶劣地挑拨中国政府与民间的关系。因此,从国际法的角度辨析《旧金山和约》《日华和约》与《中日联合声明》等协定的相互关系,揭露日本最高法院的谎言,不仅是维护战争受害者权益过程中不可绕过的重要环节,也是捍卫国家尊严的重要使命。放眼世界,推动民间对日索赔的市民运动,是超越民族界限的推动国际人道法发展的人类文明活动。

3. 战后限制日本主权的协定效力和适用问题

按照国际习惯法,违反诉诸开战法规和交战法规的国家必须承担国家责任。最为严重的承担国家责任形式是限制主权。根据《波茨坦公告》《日本投降书》《旧金山和约》以及中日之间的协议,除了战后制定的《日本国宪法》被限制诉诸战争权外,还限制了日本领土主权的范

^① 1972 年《中日联合声明》。

围,明确规定了日本必须归还从中国手中所窃取的领土。这些国际协议不仅涉及已经收复的我国东北领土、尚未被统一的台湾领土以及中日争议的钓鱼岛及其附属岛屿等领土的法律地位,而且还涉及战后琉球的法律地位问题。当时,在东西方冷战的背景下,1972年美国无视《波茨坦公告》的规定,擅自将琉球的“施政权”交付给日本,不仅如此,还非法地宣称交付范围涵盖中国领土钓鱼岛及其附属岛屿。今天钓鱼岛及其附属岛屿的主权归属问题重重地拨动着中日两国人民的紧张情绪和对立交恶的神经中枢。化解中日历史遗留问题,包括领土纷争问题,就必须针对日本右翼势力鼓吹的核心主张和法理理由进行逐一的检讨和驳斥,让一切争议在阳光之下进行讨论,相信国际社会的大多数会站在正义和公平的一边。

就台湾的法律地位而言,从历史和国际法来看,台湾自古以来就是中国的固有领土,战后中国收复台湾理所当然。然而,一些主张台独的学者借《旧金山和约》以及《日华和约》均未明文规定将台湾、澎湖归还中国,鼓吹“台湾地位未定论”并主张台湾应当属于台湾人民所拥有,或主张“中华民国”“先占”台湾,台湾不属于大陆政府所代表的中国所有。鉴于在战后复杂的国际政治背景之下,台湾当局与中华人民共和国政府处于内战的法律状态,大陆和台湾的统一问题一直没有得到最终的解决。可见,台湾的法律地位所引发的争议也是属于战后遗留的尚未得到解决的问题。为了揭示“台独”学者的谬论,有必要以国际法基本理论为基础,就台湾的历史、战后处分台湾的国际协议等问题做深入的分析 and 研究。

在限制日本战争权方面,战后通过制定放弃战争权的《日本国宪法》对日本进行主权的限制。另外,由于战后的东西方冷战,日本的右翼以及一些新生代政治家将主要的施政目标锁定在修改教科书、修改《日本国宪法》、重新解释“集体自卫权”、制定“有事法制”、向海外派兵

和在“终战纪念日”参拜靖国神社等,其本意无非是追求发展其军事大国的法制。日本自民党安倍再度上台以来公开地鼓吹日本要成为一个“正常的国家”就必须“宪法修正”,其目的就是废弃《日本国宪法》第9条的限制条款。2013年4月26日,日本自民党在其政务调查会全体会议上,在自民党党首安倍晋三的指示下增加了“宪法修正”。将“宪法修正”作为夏季参院选举竞选纲领框架的主题之一。^①日本首相安倍就其提出的修宪设想还公开表示,不必向中、韩两国做出解释。他说:“这是我国的宪法,不是需要一一(对外)解释的问题。”^②2013年4月28日,日本政府在东京进行了所谓的主权恢复日活动,活动快结束时,在场人员三呼天皇万岁。安倍也举起双臂高呼万岁。三呼万岁是日本战败前帝国议会的传统之一,带有军国主义色彩。^③现在安倍想强行修宪,甚至要拥有正式的军队,亚洲国家的和平与安全必将受到威胁。研究限制主权的法律依据、限制主权的期限与一个战败国回复正常国家之间的关系有着十分重要的意义。

中日战争遗留问题是客观存在的,它的解决既是一个政治问题又是一个法律问题。无论是用政治途径还是可能会使用的法律途径来解决历史遗留问题,都离不开法理基础。当然法律的适用又与历史事实和历史认知有着密切联系,而史实的考证结合国际法的解释和运用,在很大程度上又是一个学术问题。虽然战争遗留问题的解决与国际大环

① 《分析:安倍欲分两步实现修宪,先放宽修宪提案条件》,载《共同社》2013年4月20日,载日本共同社网:<http://china.kyodonews.jp/news/2013/04/50755.html>,最后访问日期:2013年4月23日。

② 《安倍表示不必就修宪问题向中韩做出解释》,载《共同社》2013年5月1日,载日本共同社网:<http://china.kyodonews.jp/news/2013/05/51439.html>,最后访问日期:2013年5月3日。

③ 《突破“和平宪法”安倍欲把日本绑上战车》,载《CCTV-4,今日关注》2013年5月4日,载CCTV官网:<http://news.cntv.cn/2013/05/04/VIDE1367680918285132.shtml>,最后访问日期:2013年5月10日。

境有着密切的关系,它并不完全依赖学术的深入程度,但学术研究的深入则无疑会对战争遗留问题的解决起到推进作用,至少在揭露、驳斥日本右翼势力的谎言方面有着不可或缺的学术意义。

目 录

前 言	001
-----	-----

第一章 论中日战争性质及其战败国日本地位	001
----------------------	-----

第一节 远东国际军事法庭管辖权	003
-----------------	-----

一、远东国际军事法庭的管辖权否定说	003
-------------------	-----

二、远东国际军事法庭判决书关于法庭管辖权 依据的阐述	019
-------------------------------	-----

三、同盟国对日本战争罪犯的管辖权	023
------------------	-----

四、日本“右翼”虚构战争罪惩罚性规范的存在	028
-----------------------	-----

五、对否定东京审判管辖权的再批判	036
------------------	-----

六、所谓东京审判违背“不溯及既往原则”的分析	047
------------------------	-----

七、审判者身上污点问题	053
-------------	-----

第二节 限制日本主权	066
------------	-----

一、限制日本主权以及承担国家责任的概述	068
---------------------	-----

二、日本无条件投降的性质不容否定	074
------------------	-----

三、改造日本天皇权威体制取代对其惩治	093
--------------------	-----

第三节 日本政要参拜靖国神社及教科书篡改 历史问题的研究	106
---------------------------------	-----

一、日本政要参拜靖国神社的违法性	106
------------------	-----

二、文部省鼓励篡改历史、美化战争的教科书 审定问题	116
------------------------------	-----

三、家永三郎的三次诉讼斗争	118
四、日本文部省篡改历史的法律性质	123
第四节 日本和平宪法的存废问题	124
一、日本架空和平宪法的背景	126
二、日本修宪阵营的主要论调	132
三、限制日本主权的国际法问题	138
四、日本废宪法第9条非纯属国家内政	144
本章结语	158

第二章 《旧金山和约》、战后中日间协定与中国国民的请求权 160

第一节 日本最高法院诬称中国民间战争受害者诉权已被剥夺	162
一、《旧金山和约》战后处理框架说的出台	162
二、解析“中国政府从《旧金山和约》中获益问题”	166
第二节 《旧金山和约》放弃缔约国国民请求权的性质研究	178
一、日本在“请求权”性质的认定上前后不一	180
二、日荷外交换文的经纬和日本学者的解读	184
三、肆意歪曲《旧金山和约》中请求权的论证	189
四、荷兰在和约中放弃的外交保护权是附条件的	194
五、缔约国在和约中处分国民私权的界限	198
第三节 《旧金山和约》《日华和约》无权约束中国	202
一、《旧金山和约》效力辨析	202
二、《日华和约》的效力研究	205
第四节 中国政府宣布放弃对日战争赔偿的含义	224
一、从开战法规与交战法规的区别来看《中日联合声明》第5项中放弃的含义	224
二、《中日联合声明》放弃对日赔偿是中国政府政治立场的表达	229

三、《中日和平友好条约》法律地位的探索 233

本章结语 238

第三章 战后民间战争受害者索赔运动推动国际人道法的发展 240

第一节 民间对日索赔运动的现状与产生的原因和条件 240

一、民间索赔运动的现状 240

二、第二次世界大战后民间战争受害者索赔运动产生的原因和条件 244

第二节 国际人道法规保护平民的依据及主要内容 247

一、交战国无权屠杀平民的思想起源 247

二、国际人道法的主要内容 250

第三节 违反国际人道法承担国家责任的演变发展 253

一、刑事责任的惩罚成为维护国际人道法发展的主轴 253

二、第二次世界大战后德国的赔偿实践 255

三、区分民间战争受害者的损害赔偿与战争赔偿的惯例形成 261

第四节 《旧金山和约》的“战后处理”背离国际人道法轨道 265

一、冷战体制下《旧金山和约》“战后处理”的倒行逆施 265

二、日本与亚洲国家处理战后补充协议的性质 267

三、美、日政府肆意解释《旧金山和约》 269

第五节 论民间战争受害者权益救济的权利与义务主体

——以韩国启动国内救济手段为视角 274

一、战争受害者援用国际条约的主体资格问题 276

二、受害者国籍国放弃国民请求权的质疑 280

三、韩国保护战争受害者义务主体的实践 283

四、民间索赔运动对国际人道法发展的影响 288

本章结语 299