

林肯守则 美国战争法史

【美】约翰·法比安·维特 / 著 胡晓进 李丹 / 译

Lincoln's Code
The Laws of War
in American History

雅理译丛

田雷 主编

中国政法大学出版社



林肯守则 美国战争法史

〔美〕约翰·法比安·维特 / 著 胡晓进 / 李丹 / 译



Lincoln's Code

The Laws of War
in American History



中国政法大学出版社

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

林肯守则: 美国战争法史 / (美) 维特著; 胡晓进, 李丹译. — 北京: 中国政法大学出版社, 2015. 4

ISBN 978-7-5620-5937-0

I. ①林… II. ①维… ②胡… ③李… III. ①战争法—法制史—研究—美国
IV. ①D971. 221. 2

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第046633号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 34.5
字 数 470 千字
版 次 2015 年 4 月第 1 版
印 次 2015 年 4 月第 1 次印刷
定 价 79.00 元

林肯守则：美国战争法史

Lincoln's Code: The Laws of War in American History

by John Fabian Witt

Copyright © 2013, John Fabian Witt

All rights reserved

版权登记号：图字 01 - 2015 - 0614 号

本书出版得到重庆大学中央高校基本科研业务费项目（CQDXWL-2013-Z006）、

北京大学法治研究中心·丽达研究基金的支持

序言

这是发生在美国的一个战争故事。具体来讲，这是一个有关战争思想的故事，美国人孕育了这一思想但却经常轻视它。这一思想是：战争行为应该受到法律限制。

在这场美国历史上最致命的战争中，有一个画面捕捉到了故事中心的迷思。那是1862年的圣诞节，背景是华盛顿特区一所公寓里的小房间，公寓后面是未竣工的国会大厦。¹在点燃着煤油灯的小桌子上，一位年迈的教授工作至深夜。自远处看，此人如泥泞中平静的绿洲，而在这个冬天，华盛顿正处于战乱之中。但如果我们凑近一点看，就会发现平静的表象之下隐藏着一丝不安。浓密的银发下，老人的眼神深邃。他满脸愁容，白色的高衣领和黑色的丝绸领带也无法掩盖战争在其脖子上留下的旧伤疤。他的举止暴露出更新一些的、不那么明显的伤疤。一周前，他得到可怕的消息，他的一个儿子在弗吉尼亚为南部邦联军队作战时牺牲了，第二个儿子在被占领的新奥尔良为联邦军而战，第三个儿子则在这一年早些时候失去了右臂。

如果再凑近一点观察，就可以看到，在昏暗的煤油灯下，他在痴迷地工作。他带着强烈的感情写作，将其对战争的愤怒之情诉诸笔端，好似用强劲之笔为牺牲的孩子们昭雪沉冤。应亚伯拉罕·林肯总统最亲密的军事顾问的要求，他正在起草一部守则，该守则将奠定现代战争法的基础。²

此人名为弗朗西斯·利伯（Francis Lieber），他是美国内战中那些被遗

忘的人物之一。他奋笔写作之时，经过差不多两年的浴血奋战，内战仍处于最黑暗的时刻，联邦政府仍是一片混乱。在过去的3个月中，两场残酷的战役使联邦军队的伤亡人数超过了25 000。一场位于安蒂特姆（Antietam），另一场在弗雷德里克斯堡（Fredericksburg）。林肯总统将波托马克军团指挥官乔治·麦克莱伦（George B. McClellan）免职。他的继任者安布罗斯·伯恩塞德（Ambrose Burnside）同样受到严厉批评，在一个月內也将被革职。此后不到一周，1863年1月1日，《解放奴隶宣言》宣布，南方邦联战线内的所有奴隶从此获得自由。在一个接一个地区，林肯被迫放弃了他早前称之为“玫瑰香水（rosewater）”的温和策略，转而采取更具有进攻性的战略。

在联邦运气低落时，陆军部长埃德温·斯坦顿（Edwin Stanton）及陆军总司令亨利·哈勒克（Henry Halleck）求助利伯，希望他为作战的军队起草一部守则。这一项目目标远大，不仅是要建立一些规则来规制联邦军队的行为，还要以简洁、可行的形式汇聚那些传统规则，这些规则正约束着广阔欧洲世界的所有军队。在此之前，根本不存在这样的守则。利伯是主要起草人，在其笔端产生的是禁止使用毒药、肆意破坏、酷刑以及残忍手段等规则。“守则”还保护战俘，禁止处决俘虏和刺杀。它声称武装人员和平民有很大区别。它拒绝承认恶意的策略，禁止由复仇引发的攻击，禁止因一己之私将痛苦强加给他人。利伯起草的“守则”条款都是警示性的短句，共157条。它不仅设置了正确行为的规则，而且提供了存在于这些规则背后的基本原理和通用原则。它是写给士兵和平民的可行性文件，而不是为律师或政治家们准备的论文。

春天到来时，激烈的战斗再次开始，林肯总统颁布了“利伯守则”，将其作为联邦军队的一个命令。³他也将“守则”送到南部邦联军中，希望他们能遵守这些规则。该守则很快被全国的报纸转载，送到联邦军队成千上万名军官的手中。“守则”承认《解放奴隶宣言》所发布的新政策。它提出联邦军队所期待的准则，希望南方能够依照准则对待加入联邦军队的成千上万名黑人士兵。

美国人所从事的这一事业很快穿越大西洋，成为一个全球现象。⁴ 欧洲国际律师将“守则”翻译成了法语、德语和西班牙语。1870年，普鲁士军队批准美国的“守则”，为己所用。欧洲其他国家很快也这样做。进入20世纪，在美国模式的鼓舞之下，全世界的军队都颁发了战地手册，这种先进模式也延续到20世纪和21世纪之交，军方以卡片的形式指导士兵处理战争法律问题，比如如何对待战俘。

2

1899年，外交官和国际律师将美国的“守则”转化为战争法的最重要条款，这就是世界各国在海牙签订的公约。欧洲和美洲的政治家，包括后来的几代军人和律师，都将向林肯致敬，并将“利伯守则”视为文明史上的种子性文件。第二次世界大战后，它的原则将为审判纳粹首领提供部分法律依据。这一守则的痕迹也将浮现在1949年的《日内瓦公约》中，该公约将带领战争法走进21世纪。

林肯和利伯的故事像一个谜团，显得有些不可思议。林肯所颁布的“守则”——现代战争法的基础——出现于战争期间，这场战争破坏力极大，可谓是现代大规模破坏性战争的前身。事实上，林肯是在战争的关键时刻批准了“利伯守则”。当时，他正在努力改变联邦军队的战争策略。当利伯在国会山旁的公寓内匆忙起草“守则”时，林肯发布了《解放奴隶宣言》，抛弃了战争开始第一年所支持的有限战争政策，转而支持威廉·谢尔曼将军（William Tecumseh Sherman）后来提出的、所谓的“铁腕战争（hard hand of war）”策略。⁵

林肯的上述做法，完全不同于创建战争法则的常规模式。战争法通常在冲突结束后的余震中产生，而非诞生于战争激烈之时。1864年生效的《日内瓦第一公约》，诞生于奥地利和法国之战结束不久，在这场战争中，现代武器造成的大屠杀震惊了整个欧洲。1870~1871年的普法战争，促使各国于1874年在布鲁塞尔起草了一系列战争法则。1907年的《海牙公约》是1905年日俄战争的产物。1925年的《日内瓦协定》禁止使用毒气和生化武器，这也是因为在第一次世界大战中出现了毒气战。1949年的

《日内瓦四公约》则总结了第二次世界大战的教训。人道主义者常常是打完一仗后，才为下一场战争制定规则。

但是，1862年12月，美国正处于一场战争之中，战争中的美国变得越来越暴力。⁶ 就在这样的情景之下，弗朗西斯·利伯作出了一个惊人的抉择。他本人并不是遮遮掩掩的和平主义者，也并非“满脸堆笑的多愁善感之人”——他经常这样嘲笑别人。⁷ 他是一位狂热的、有时甚至是鲁莽的民族主义者，一位不回避战争的爱国者，他甚至发现自己有些痴迷于战争。³ 他相信国家拥有无比宽泛的使用军事力量的权力。他的偶像不是伟大的和平主义哲学家伊曼努尔·康德（Immanuel Kant），而是现代战争的预言家卡尔·冯·克劳塞维茨（Carl von Clausewitz），后者对战争法的蔑视将成为传奇。⁸ 1862年，利伯一面帮助起草现代战争法，一面却敦促政府严厉打击南部，热切地希望联邦军队运用最强大的军事力量痛击敌人。⁹ 利伯宣称，“战争越猛烈，对人类越仁慈”。¹⁰

从另一个角度看，“利伯守则”似乎又没有那么多限制条件。它同意破坏平民财产，¹¹ 抓捕和强制遣返被占领城市的平民，¹² 让平民挨饿¹³；它允许在必要的时候，或是出于报复，处死战俘；它授权可以在战场上就地处决敌人的游击队战士。¹⁴ “守则”中最不具有限制性的条款还授权政府，为了达到战争目的、保卫国家，可以采取一切必要措施。利伯写道：“挽救国家胜过其他一切考量。”¹⁵

1863年春天，当南部邦联的领导人读到这一文件时，他们气急败坏。他们抱怨，这是一个“无情的报复性”守则，¹⁶ 是“使人要么成为恶魔，要么成为绅士的许可证”¹⁷。杰斐逊·戴维斯（Jefferson Davis）谴责这一“守则”是在同意进行一场野蛮人的战争。戴维斯注意到，“利伯守则”的基本行为规则是军事必要性标准。¹⁸ “守则”只排除了以下四种行为：虐待、刺杀、使用毒气和背信弃义地违背战争双方的休战或停战协议。除以上行为外，军方实际上可以采用任何手段，只要这些手段对于“达到战争目的”是有必要的。¹⁹

写到这里，就已经开始解答林肯、利伯与战争法之谜了。1863年初，

林肯签署的战争法不仅是为了限制联邦军队所能采用的战术。如同斯普林菲尔德步枪、迷你弹头、装甲舰一样，它也是实现联邦战争目标的武器。它是人道主义之盾，但也不仅仅是出于人道保护；它还是正义之利剑，是推进《解放奴隶宣言》的一种手段，它武装了20万名黑人士兵，在他们的帮助下，一劳永逸地结束了奴隶制。就其本身而言，林肯公布于世的这部守则，是独立战争至今的美国历史上，战争法内部张力的文字体现。但对多数美国人来说，战争法不仅是为了限制冲突双方所能使用的手段，也是实现国家天定命运的一种工具。

4

自2001年9月11日以来，人类就在激烈的政治争议和辩论中进行历史写作，对于美国战争法的历史，也开始出现两种十分不同的叙述。

一种叙述声称，2001年“9·11”事件以后，美国所采取的行动破坏了美国人长期坚持的尊重和参与国际战争法的传统。²⁰批评乔治·W. 布什当局发动反恐战争的人，带着激动的情绪坚持这样的叙述。对于这些批评者而言，政府的一些行为，比如使用强化审讯手段、拷问、劫持和无期限拘留等，更不用说那些漠视《日内瓦公约》的行为了，都背叛了美国遵守国际法中战争行为规范的长期历史传统。我们可以从记者和律师对反恐战争的最初报告中，比如简·迈尔（Jane Mayer）、菲利普·桑兹（Philippe Sands）的记述，看出政府的越轨行为。从“9·11”事件后一些研究美国建国时期军事史的知名历史学家的著作中，也可以看出政府背叛了传统。在围绕军事法庭问题进行激烈法律斗争的过程中，从历史学家给最高法院提供的（法庭之友）辩诉状中，也可以看到政府的背叛。²¹从“9·11”事件后最高法院在反恐案件中所持的谨慎立场，同样可以瞥见美国政府的背叛。²²

另外一些人，包括许多批评国际法的人，对这种历史性断裂有不同的理解。在这些人看来，我们目前面临的新情况，不是美国改变了对待战争法的政策。他们认为，之所以会出现这种新情况，是因为在过去的几十年，国际法在美国政策的制定过程中发挥了过于重要的作用。²³过去的一

些国际法文件，比如1949年的《日内瓦公约》，美国国会在20世纪七八十年代就酷刑和战争罪等问题通过的一系列限制性立法，以及1977年联合国通过的一个争论性条约，（这一派认为）都是国际法机制发生根本性变化的信号，这种彻底改变的国际法机制，在海牙的国际刑事法院走向顶峰。但是，这种新的国际法机制第一次威胁到美国的决策者，因为国际法院可以从刑事上起诉他们的战时决策。

这两种分歧巨大的叙述，为当今争论中的各派提供了有用的历史材料，也为所有关注战争法的人提供了可以缅怀的黄金岁月。但是，对于美国战争法的历史，我们给自己讲述的这些故事，说得好听点，只不过是善意的神话；说得更严重一点，这些故事都是危险的假说。如果我们更仔细地观察美国战争史，就会发现一个模式，但这不是突然出现偏离或者背叛传统的模式。相反，这种由林肯和利伯在1862年12月所缔造的模式，是令人惊讶的铁腕战争与战争法并存的模式。自独立战争起，美国历史上领袖创造的战争法，总是紧密地伴随着一场破坏性战争，这一模式被军事史学家称为“美国式战争”。印第安人边疆的灭绝战争产生了文明的战争规则，“林肯守则”出现在谢尔曼向海洋进军之前，1899年和1907年的两次海牙和会中间发生了可怕的菲律宾战争，美国人制定的“纽伦堡审判章程”成型于他们向广岛和长崎投掷原子弹的那一周。

左派和右派讲述的美国战争法律史故事之所以失败，就在于他们要么低估了美国历史上战争法传统的持久重要性，要么为国际法理想塑造了一尊虚假的偶像，供大家崇拜。这样的偶像远离我们的生活经验，以至于到了危机时刻，战争法更不可能（而非更可能）感受这尊国际法偶像的魅力。在这样的极端情况下，战争法最好能够充当实践性道德判断的工具。然而，要使战争法起到这样的作用，而不是在危机到来时就被扔到一边，我们就必须更好地理解战争法理想和实践之间的关系，而不能因袭目前的历史叙述。在21世纪，如果要复兴战争法，将其作为与道德对接的有益资源，那么，更好地认知美国史——真正理解美国战争法，了解其中令人反感的复杂问题，而非经过粉饰之后的修改稿——将是必不可少的工作。²⁴

为了解战争法在美国历史上到底如何发挥作用，我们有必要认真对待第三种广为人知的战争法律观。这一观点考虑到了战争法律史中的内在矛盾，可能是当今世界最广为人们所接受的战争法观念。它对历史的解释是：战争法从头到尾都是伪善的。

在20世纪，可怕的纳粹法学家卡尔·施密特（Carl Schmitt）曾在其著作中批评战争法的虚伪性，他将国际法中的中立理由视为彻底的伪善之举。²⁵在21世纪，批评美国军事行动的人也用“伪善”来解释战争法，他们声称，所谓的战争法，最重要的目的不过是为了增强世界上几个霸权国的权威。²⁶（美国和以色列的鹰派人物转过头来，对弱国和发展中国家的叛乱者提出了同样的指控。²⁷）今天，在地球上的任何地方，讨论美国强权时，都可以发现伪善的观点。

6

事实上，在过去半个世纪里出版的一部最有影响的法律与战争道德著作中，伪善确实是最有效的解释逻辑，这本书就是哲学家迈克尔·沃尔泽（Michael Walzer）极为出色的著作：《正义与非正义的战争》（*Just and Unjust Wars*）。这本写于越南战争之后的书定义了战时国家和士兵的道德诉求，并以此对比战斗中国家与士兵的行为。沃尔泽依据国家宣布要遵守的战争道德和法律限制，考察了国家的战时行为。沃尔泽的解释与施密特完全不同。施密特看到的只有权力和伪善，沃尔泽却声称，在国家和战争的道德冲突中，也产生了人道主义理念。沃尔泽告诉我们，伪善是邪恶送给美德的礼物，伪善在美国的战争行为中大量存在。²⁸

毋庸置疑，美国战争史上有颇多伪善之举，其他国家历史上也一样，国家的行为一次又一次地无法达到自我设立的准则。正如我们将看到的，在美国革命期间，托马斯·杰斐逊（Thomas Jefferson）粗暴而片面地运用国际法。在美国的扩张年代，安德鲁·杰克逊（Andrew Jackson）曾因英国人违反文明战争准则而怒火万丈，与此同时，他却非常蔑视战争法则。西奥多·罗斯福（Theodore Roosevelt）总统和他的战争部长伊莱休·鲁特（Elihu

Root) 主张支持国际法的最高价值标准，却掩饰美军在菲律宾的普遍暴行。今天，在 21 世纪的美国卷入的一些军事冲突中，仍然有很多人将律师和法律原则发挥的巨大作用视为掩盖美国暴行的道德外衣。

但是，如果我们想要了解美国历史上的战争法，认为战争法伪善的回答，实在是过于简单了。

围绕着与战争规则相关的国际法，有两种相互竞争的观念支配着美国的行动。如果我们能看到这一点，1862 年 12 月之谜就豁然开朗了。这两种观念就是人道观念和正义观念。我们非常珍视这两种观念，希望它们可以齐头并进。然而，战争法的独特之处不仅在于这两种观念有时无法共存，战争法的独特性还在于人道与正义具有天然的离心力。250 年来，战争法一直希望参战者暂时放弃唯我正确的信念，以最大限度地降低战争灾难。²⁹ 国际法的倡导者旨在创建一个平行的道德世界，在这个世界里，降低人所受的苦难，就等于（虽然是暂时地）是在追求正义。在制定这样的人道主义规则方面，美国人一直是领头的参与者。我们协助起草了禁止酷刑、禁止虐待战俘以及禁止对平民施暴的法律。但是，如果要求我们放弃最深爱的正义信念——即使是一小会儿——战争中的美国人也不会乐意接受。因此，美国削减了战争法中的人道主义要求，尽管美国人常常充当构造战争法人道主义体系的总工程师。

这本书详细描述了美国独立后一个世纪的战争法历史，这是一部混乱和胜利交替的历史。战争法的历史起伏，始于建国之父，经过奴隶制和《解放奴隶宣言》，直至第一次世界大战前夕和美利坚帝国的崛起，林肯和利伯时期是其顶点。

本书认为，战争法思想中所体现的这些矛盾和冲突，并非美国历史所独有。全世界的国家和民族都要面对这种惊人的断裂，一方面是战争法的人道主义要求，另一方面是战争法的道德意义。当然，美国的一些特殊因素在其历史上创造了一些与众不同的模式，尤其是战时奴隶制问题，贯穿了建国以来头一个世纪的美国史。1862 年，正是奴隶制危机和解放奴隶

问题引发了联邦政府的战争法指示，促使了现代战争法的诞生。在讨论林肯的第100号军令时，历史学家和国际律师通常根据主要起草者之名，称其为“利伯守则”^{*}。但是，一旦我们看到在奴隶问题的严酷考验中，联邦政府所发出的那些指令，我们觉得，将这部守则称为“林肯守则”可能更合适。因为正是遵循林肯《解放奴隶宣言》的要求，利伯才制定了这部守则，并将其公之于世。

从另外一个角度看，关注美国史也具有非同寻常的意义。美国是当今世界上唯一的超级军事强国，它每年花在国防上的费用几乎占世界一半。³⁰西方的观察家们非常清楚，只有美国才有能力卷入各种军事冲突。在21世纪，如果我们想要理解与军事力量有关的法律和道德问题，那么，就一定要了解美国战争法的历史。了解这段历史，我们将会看到，在武装冲突中，战争法自身包含着两种强有力但相互竞争的观念：一种是人道主义，另一种是正义。今天，我们试图调和这两种观念。一个半世纪以前，林肯和利伯也与二者搏斗过。在民兵们驻扎于莱克星顿和康科德的日子里，建国之父们也试图把握这两种观念。

“雅理译丛”已出书目

起火的世界

蔡美儿 著 刘怀昭 译

为何输出自由市场民主，却收获种族仇恨与全球动荡？

过去二十年以来一个相当盛行的观点是，自由市场与民主的结合能够给第三世界带来改变，能够扫除与欠发达俱来的种族仇恨及宗教狂热。在这本书中，耶鲁大学法学教授蔡美儿通过她敏锐的观察与实地研究，出人意料地告诉我们，为什么很多发展中国家在接受了自由市场民主之后，实际上却成了种族暴力的牺牲品。

蔡美儿让我们看到，在全球的非西方国家，自由市场如何让财富高度集中在激起民愤的少数族群手上。这些主导市场的少数族群，比如东南亚的华人、前南斯拉夫的克罗地亚人、拉丁美洲及南非的白人、西非的黎巴嫩人及后共产主义俄国的犹太人，最后都成为暴力仇恨的标靶。与此同时，民主又赋予贫困的大多数以力量，因而放纵了种族纷争、掠夺甚至种族屠杀。作者还指出，美国已成为世界上最惹眼的主导市场的少数群体，这也是反美主义在世界各地兴起的原因之一。



民主、专业知识与学术自由

——现代国家的第一修正案理论

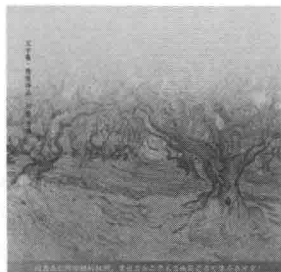
罗伯特·C. 波斯特 著 左亦鲁 译

同为我们所珍视的权利，

言论自由与学术自由间是否可能存在冲突？

在这本精炼透切的书中，一位顶尖的美国法学家对现有言论自由理论的不足提出了一种新颖的解读。通行的第一修正案理解强调“思想市场”，坚信“人人都有权利发表自己的意见”，但罗伯特·波斯特指出，要创造和保存对现代民主的繁荣必不可少的专业知识，上述理解是远远不够的。在现代民主社会中，要回答像尼古丁是否会致癌这样的问题，科学胜任的标准和严格且壁垒森严的实践是能够自由和公开交换意见的基础。

波斯特发展出一套关于第一修正案权利的理论，这一理论试图解释如下两种需求：一种是对公共意见的自由形成和传播的需求，另一种则是创造专业知识的需求。他由此对宪法上的学术自由原则提出了一种全新且实用的解读。这种原则既仰仗表达自由，又依赖大学在审核终身教职申请和专业期刊在决定是否采纳稿件时所行使的那种专业判断。



民主、专业知识
与学术自由
——现代国家的第一修正案理论
罗伯特·C. 波斯特 / 著
左亦鲁 / 译

中国政法大学出版社

目 录

1 | 序言

第一部分 你将我带到了地狱！

3 | 第1章 人道主义之权利

华盛顿和战争的道德逻辑 / 5

杰斐逊的野蛮教化 / 17

富兰克林和革命的神话 / 32

38 | 第2章 文明战争之规则

中立的艺术 / 40

通往战争之路 / 48

美国的战争，美国的奴隶制 / 55

66 | 第3章 假慈悲之情

律师、士兵和海员 / 68

剥头皮之神 / 76

安德鲁·杰克逊与民兵的传统 / 81

97 | 第4章 错误的战争法则

加拿大 / 99

墨西哥 / 105

巴黎 / 121

第二部分 一些野蛮或残酷的手段

129 | 第5章 我们不做国际法业务

奇怪的不一致 / 130

自相残杀 / 145

一时之英雄 / 152

159 | 第6章 鲜血乃历史之雨露

唯愿我还能战斗 / 162

纽约的克劳塞维茨 / 169

密苏里游击战 / 176

186 | 第7章 正义之举

比野蛮人更凶残 / 188

基督教文明的最高准则 / 198

避免采取任何暴力手段 / 217

222 | 第8章 拯救国家

奴隶也是人 / 225

对上帝负责 / 231

不分肤色 / 242

252 | 第9章 一直杀向海边

最庄严的职责 / 255

霍尔特手下那些出色的年轻人 / 266

哪一方可以获胜 / 277

288 | 第10章 士兵和绅士

刺杀每一个人 / 291

一位印第安纳州的公民 / 307

公开战争中的战斗人员 / 320

第三部分 哀嚎的荒原

331		第 11 章 格伦分队
		手下留情 / 332
		林中宫殿 / 341
		到菲律宾群岛上转了一圈 / 357
369		尾 声
378		附 录 《第 100 号军令》
396		致 谢
401		注释中使用的缩略语及其全称
404		注 释
483		图片来源
487		索 引
530		译后记
534		《雅理译丛》编后记