

国际社会如何审判和惩罚 最残暴罪行

——评论文集《国际刑法的历史起源》
(第一卷和第二卷)

吴晓丹*

摘要:国际刑法的快速深入发展以及日渐浮出水面的诸多问题,使得探索其历史渊源成为深化研究的必然要求。2014年12月出版的《国际刑法的历史起源》(第一卷和第二卷)对国际刑法的发展历程进行了全景式和系统性的梳理和研究,超越了传统的叙述方式,探索并具化了国际刑法历史这一学科。这两卷书的创新集中体现在三个方面,一是打破了现有研究的窠臼,即以标志性审判和事件为着眼点的零散记录和解析,力图全面审视构成当代国际刑法基本结构单元的条约谈判与规定、国内和国际审判、国家立场和国内立法等;二是突破了以往欧洲中心论的局限,从作者、国际机构、国际和国内审判、国家立场、历史根源等诸多方面大幅增加亚洲和中东欧视角;三是避免了简单的直线式描述和盲目乐观态度,从更宏大的政治、经济、文化等因素看待人类审判和惩治最残暴罪行的过程,探究国际刑法的实质、发端的历史背景、结构性起源及成因等。本书达到了主编的初衷,即非机械性的填补国

* 中央财经大学法学院讲师。

际刑法研究空白,而是横向拓宽国际刑法的腹地,纵向提升对国际刑法的历史和知识根源的认识和了解,进而巩固国际刑法这一国际法较新分支。当然,作为一本开拓性的书,不可避免地存在一些缺陷,如无法彻底解答国际刑法的历史根源到底是什么,以及国际刑法与国内刑法和其他学科的关系。

关键词:国际刑法;国际司法;国际罪行

导言

国际刑法旨在保护深植于国际法律秩序并反映在一系列国际文件中的基本价值,源于人类对最残暴罪行的反感和对抗。20世纪90年代以来国际刑法经历了跳跃式发展和深化拓展,其功过成败引发了诸多话题与思考。国际刑法俨然发展到了规范固化和强化执行阶段,例如2010年《罗马规约》修正案将侵略罪明确具体的纳入国际刑事法院管辖权中,但这一切是怎么发生的呢?追溯国际刑法的历史起源有助于透彻地解析这些现象,反省过往并透视未来。^①经过多年筹划,非政府组织国际刑法和人道法论坛(Forum for International Criminal and Humanitarian Law, FICHL)2014年3月在香港组织了“国际刑法和人道法论坛李浩培系列研讨会”。研讨会论文集结集成《国际刑法的历史起源》(第一卷和第二卷)。^②两卷书以时间为线索,第一卷是纽伦堡审判的前奏,第二卷是第二次世界大战后审判。

《国际刑法的历史起源》对国际刑法发展历程进行了全景式和系统性的梳理和研究,探索并具化了国际刑法历史这一次学科。

① 正如 Samuel Moy 对人权历史的描述,“历史恰如即将发生的未来”。S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Harvard University Press, 2010, p. 11.

② Morten BERGSMO, CHEAH Wui Ling, YI Ping (eds.), *Historic Origins of International Criminal Law (HOICL)*, Volume I and Volume II, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2014.

近年来,一些学者以标志性审判和事件为着眼点,零散的描述和分析了国际刑法的历史。^③本书突破了这一现状,力图全面审视构成当代国际刑法的基本结构单元条约谈判与规定、国内和国际刑法、国家立场和国内立法等。其次,很多出版物倾向于认为国际刑法的出现和发展是西方意识形态和价值观的结果,本书明显体现了打破欧洲中心论^④局限性的意图,从作者、国际机构、国内审判、国家立场、历史起源等诸多方面有意识地大幅增加亚洲和中东欧视角。最后,避免简单的直线式描述和盲目乐观态度,从更宏大的政治、经济、文化等因素看待人类惩治最残暴罪行的过程以探究国际刑法的实质、发端的历史背景、结构性起源及成因等。^⑤正如主编所言,本书初衷不是机械地填补国际刑法研究空白,而是横向拓宽国际刑法的腹地,纵向深化对国际刑法的历史和知识根源的了解,进而巩固国际法这一较新分支。^⑥

① G. SIMPSON, "Linear Law: The History of International Criminal Law", in C. SCHWÖBEL (ed.), *Critical Approaches to International Criminal Law*, Routledge, 2014. K. J. HELLER, G. SIMPSON, *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford University Press, 2013. J. IVERSON, "Transnational Justice, Jus Post Bellum and International Criminal Law: Differentiating the Usages, History and Dynamics", *International Journal of Transnational Justice*, Vol. 7(3), 2013, pp. 413-433. C. DOUZINAS, "History Trials: Can Law Decide History?", *Annual Review of Law and Society*, Vol. 8, 2012, pp. 273-89. R. A. WILSON, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge University Press, 2011. M. KOSKENNIEMI, "Between Impunity and Show Trials", J. FROWEIN and R. WÖLFRUM (eds.), *Max Planck Institute Yearbook of United Nations Law*, Martinus Nijhoff, Vol. 6, 2002, pp. 1-35. L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University Press, New Haven, 2001. M. OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transnational Publishers, 1997. D. LUBAN, "The Legacies of Nuremberg", *Social Research*, Vol. 54(4), 1987, pp. 779-829.

② 此欧洲为狭义,即西欧。关于欧洲中心论,见 M. KOSKENNIEMI, "Histories of International Law: Dealing with Eurocentrism", *Rechtsgeschichte*, Vol. 19, 2011, pp. 152-176.

③ W. L. CHEAH, X. N. CHOONG, Introduction, *Historical Origins of International Criminal Law*, M. BERGSMO, W. CHEAH, Y. PING, HOICL, Volume I, p. 5.

④ The Announcement of the Concept and Programme of the Seminar, see http://www.ficlh.org/fileadmin/ficlh/cvs/140301-02_HOICL_Seminar_1_concept_and_programme__as_of_140302_.pdf, 15 January 2015.

一、国际刑法的历史起源

普遍认为第二次世界大战之后对德国、日本等轴心国战犯的审判是国际刑事司法的起点。但第一次世界大战后,战胜国与德国和土耳其签署的条约已明确规定处罚主要战犯。有学者主张将国际刑事诉讼回溯到古罗马时期的万民法,其特质是适用于所有文明社会或是文明各国立法所共有。但这不是严格意义上的国际法,也不存在普遍管辖权。在《圣经》和《古兰经》基础上产生的教会法和伊斯兰法中有一些区域性执行制度,天主教宗裁判所和穆斯林判教法的裁定和执行都超过了国界。随着战争习惯法的形成,1139年拉特兰会议第一次以战争罪惩治了在战争中使用石弩的人。中世纪欧洲混战,战争法飞速发展。一些人因违反战争法规则受到惩罚,领导人虽可能战死沙场,却无须接受审判。正如1648年《威斯特伐利亚条约》规定的,统治者上帝指定的,基于国家主权享有豁免权,不管他们对被统治者如何残忍粗暴,都不受外界评价和干涉。

1649年对英国国王查理一世的审判是人类历史上首次用诉讼挑战一国元首的绝对权威。查理一世面对法官首先问话:“什么权力将我召唤至此?”米洛舍维奇和萨达姆上庭时都曾提出过类似的问题。对这个问题显然没有简单的答案。国际刑法的产生根源于对人权的关注、道德的感召力或者避免历史重演等动机和因素,深层次的心理和宗教原因是因为人类不再相信地獄的存在(即使有也违反联合国《禁止酷刑公约》),需要当下将罪犯绳之以法。^①

在中国,这一历史进程开启于公元前771~221年的春秋战国时期。^②当时,新旧统治秩序更迭,战乱频繁,残酷战争和大规模

屠戮见不鲜,数百万人民死于人为灾难。这也是中国文化最为绚烂的时期,是哲学和文化创造力的黄金时代,呈现百家争鸣。儒家、道家、墨家、法家都产生于这个时期,至今对中国甚至东亚仍具有不容忽视的影响力。尽管这一时期的法律与现代国际法有明显区别,但当时的条约协议、法律规章、惯例,以及军事和政治著作确有一些国际法和国际人道法的因素,例如峰会、集体安全机制,分享霸权以制衡,尊重外交使团和使者,约定必须遵守,武装冲突中的人道法规则和习惯法等。

以儒家为代表的中国文化与国际刑法的出现具有历史同源性,这些文化和价值观随着中国的有关活动注入国际刑法中。积极推动《世界人权宣言》的起草,参与联合国战争罪委员会的活动以及战后依据国际法对日本战犯的审判,均体现了中国对正义、人性和良知的认识,证明中国是国际刑法兴起的重要参与方,中国认可国际刑法的核心价值。^①中国代表张彭春作为联合国人权委员会的副主席,以中庸之道的睿智协调各方立场,特别是“先宣言后公约”的策略成功打破了《世界人权宣言》的谈判僵局,推动了联合国人权条约的发展。

二、第二次世界大战后两大审判的序曲

(一) 第一次世界大战后

以往的国际刑法历史较少涉足第一世界大战后,一般简单陈述为盟国与战败国德国和土耳其签署的《凡尔赛条约》和《色佛尔条约》中含有审判战犯的条款,但未取得实质性进展。^②第一次世界大战是第一次世界性规模的战争,几乎所有国家都卷入其中,现代科技使得作战方法发生根本变化,将战争残酷性提升到前所未

① G. ROBERTSON, *The Tyrannicide Brief*, *HOICL*, Volume 1, pp. 115 - 139.

② D. LIU, *International Law and International Humanitarian Law in Ancient China*, *HOICL*, Volume 1, pp. 87 - 113.

① B. SHI, S. ZENG and Q. ZHANG, *Chinese Confucianism and Other Prevailing Chinese Practices in the Rise of International Criminal Law*, *HOICL*, Volume 1, pp. 141 - 167.

② 安东尼奥·卡塞斯:《国际法》,蔡从燕译,法律出版社,2009年版,第602-603页。

有的程度,也因此萌生了追究个人责任的想法。经英国建议,《凡尔赛条约》第227条规定设立一个由英国、美国、日本、法国和意大利法官组成国际法庭,审判德国皇帝威廉二世对“国际道德与条约神圣性的最严重侵犯”。这足以说明纽伦堡审判并不是国际审判的起点,虽然这个国际法庭最终不了了之。个中原因复杂,如美国总统威尔逊依据主权豁免拒绝起诉,荷兰拒绝引渡,英法疲于应付战后大饥荒等,简言之,就是盟国缺乏政治意愿。威廉二世逃过了绞刑,但留下了一个旷世疑问,审判是否会阻止希特勒呢?^① 一个假设是,考虑到可能遭遇到的种种挑战和障碍,审判并不会改写历史。^②

国际法庭落空后,审判任务移交给了德国和土耳其军事法庭,即莱比锡审判和伊斯坦布尔审判。审判结果差强人意,但为第二次世界大战后成立国际法庭奠定了一定基础。^③ 莱比锡审判是一幕带着外交面具的滑稽剧。^④ 共起诉六名罪犯,判处刑罚过轻(6个月到4年不等),且有2人越狱。这种象征性正义和缓靖政策葬送了审判的公正性,助长了战争发起者的嚣张气焰,为第二次世界大战爆发埋下了伏笔。但从学术角度看,其积极意义在于细化了法律规则。^⑤ 1915年至1923年,奥斯曼土耳其帝国对亚美尼亚人实施了惨无人道的驱逐和杀戮。由于史料缺乏,具体数字不详,一般认为因此导致上百万亚美尼亚人死亡。这是现代历史的第一次种族清洗,是种族清洗构成国际罪行的关键时间节点。在英法俄

多年压力下,土耳其成立了特别军事法庭,逮捕了大约50~100人,但两名主要负责人逃往德国,并取得难民保护。对这两个审判的批评主要集中在四个方面,即国内法庭的软弱、被告数量小、定罪量刑偏轻以及适用国际法不准确。^① 本书多个章节解读了这两个审判,一致认为对其认识不能脱离历史背景,某些因素是审判得以进行的决定性因素,特别是政治和法律发展。

(二) 第二次世界大战前后

鲜为人知的是,第二次世界大战后在国际审判之外,大约有37000个轴心国中层官员因战争罪在欧洲或远东被调查或起诉,审判共计2000多起。这与联合国战争罪委员会(UNWCC,1943~1948)的工作密不可分。由于错误地认定该委员会未能对纽伦堡审判和东京审判施加任何直接影响,其功绩被长期忽略。近年来随着有关资料的公开,学术圈和实践者逐步认识并系统确立UNWCC的发展历史、结构、有关实践、经验和教训、成员国立场等,对理解国际刑法一些重要概念的演变具有重要价值。1943年10月,17个同盟国派代表(一般是法律专家或政治人物,不乏杰出的法学家)前往伦敦,商讨如何在国际层面上设立一个能够快速有效的报复战败国、重塑正义的实体即联合国战争罪委员会。其工作机制大致如下:各国代表负责调查和起诉,并就国际刑法和人道法的争议事项进行讨论和投票,委员会裁定是否审判;达成合意的标准和概念由委员会做成建议,向成员国推广。莱比锡审判闹剧历历在目,“二战”正在发生的残酷现实,坚定了各国代表运用法律伸张正义的决心。四年半多时间里,委员会对36000多个案件做出初步裁决,其中多数裁定应当进行国内审判。各方观点的碰撞和交换对“二战”后其他寻求国际刑事正义的努力产生重大影响,

^① G. BOBERSTON, Foreword, *HOICL*, Volume 1, 2014, p. viii.

^② P. MEVIS, J. REIJNTJES, *Hung Kaiser Wilhelm! But for What? - A Criminal Law Perspective*, *HOICL*, Volume 1, pp. 213 - 257.

^③ J. RIKHOF, *The Istanbul and Leipzig Trials: Myth or Reality?*, *HOICL*, Volume 1, p. 259. L. LAURIVAVICHUTE, R. M. PAULOSE, R. G. ROGO, *The Fogotten: The Armenian Genocide 100 Years Later*, *HOICL*, Volume 1, p. 379.

^④ W. FORM, *Law as Force: On the Miscarriage of Justice at the German Leipzig Trials: The Llandovery Castle Case*, *HOICL*, Volume 1, pp. 299 - 331.

^⑤ M. NEUNER, *When Justice Is Left to the Losers: The Leipzig War Crimes Trials*, *HOICL*, Volume 1, pp. 333 - 377.

^① J. RIKHOF, *The Istanbul and Leipzig Trials: Myth or Reality?*, *HOICL*, Volume 1, p. 297.

包括设立纽伦堡国际军事法庭的《伦敦宪章》。委员会工作推进了有关习惯法的形成,即大规模暴行后如何保障正义,避免有罪不罚。^①其运行经验对如何解决前南法庭、卢旺达法庭和几个混合法庭面临的问题和批评具有借鉴意义,如对中立性的质疑、工作效率低和耗资巨大等。^②值得注意的是,委员会在重庆设立了远东和亚太分会,特别重视给予弱小国家发表意见的机会。中国虽经验不足,但积极参与伦敦和重庆两地的活动,几位优秀国际法专家的表现可圈可点。^③

第二次世界大战前,战争罪限于一国在本国境内或对本国国民犯下的暴行。第二次世界大战中,轴心国犯下的罪行超越了这一个范围,国际社会需要重新界定战争罪,确立新的国际准则,如反人类罪。反人类罪的核心是国际法保护所有人,包括受到同胞迫害的人。这一罪名首次出现在《伦敦宪章》第6条第3款,且在很大程度上遵循了联合国战争罪委员会做出的建议。^④一个可能的路径是,此前法学界多年讨论的成果通过劳特派特传递给了委员会成员和伦敦会议参与者,其中委员会主席,捷克代表 Bohuslav Ečer 对该罪名的编撰起到了关键作用。^⑤遗憾的是,纽伦堡审判保守地限制了反人类罪适用范围,用战争罪和反和平罪惩治依据政令或政策系统性、有组织的杀戮或迫害本国国民或被占领土平

① D. PLESCH, S. SÄTTLER, Before Nuremberg: Considering the Work of the United Nations War Crime Commission of 1943 - 1948, *HOJCL*, Volume 1, p. 439.

② *Ibid.*, pp. 439 - 440.

③ A. BIHLER, Late Republican China and the Development of International Criminal Law: China's Role in the United Nations War Crimes Commission in London and Chungking, *HOJCL*, Volume 1, pp. 507 - 540.

④ 反人类罪概念的发展历史,参见 G. ROBERTSON, *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*, Allen Lane, New York, 1999.

⑤ K. von LINGEN, *Defining Crimes Against Humanity: The Contribution of the United Nations War Crime Commission to International Criminal Law, 1944 - 1947*, *HOJCL*, Volume 1, p. 477.

民。^①其后遗症是限制了反人类罪对冷战、反殖民时期、南美军事独裁和南非种族隔离等时期暴力行为的适用,直到《罗马规约》彻底扭转了这个局面。^②反人类罪的历史演变历程体现了国际法的指导原则从保护国家主权到保护人权的转变。

1945年,纽伦堡军事法庭筹备会议——伦敦会议,今天看来更像是一段未经剪裁的历史。美国反复威胁退出谈判,德国的反诉令英国焦虑,法国对反和平罪持有不同看法,前苏联则几乎反对一切事项。争议涵盖实体性和程序性事项,例如谁来起诉,法庭的管辖权和地点,法官和检察官的职责,如何呈交证据以及被告的盘利等。由于各国刑事司法体系的千差万别,以及几个国家各有盘算,有些事项直到会议结束也未能达成合意。最后一天,前苏联代表还在询问,“交叉询问到底是什么意思?”可喜的是,该会议对关键性问题达成了一致,即个人可因战争罪承担国际法上的责任。^③

三、纽伦堡审判和东京审判

第二次世界大战后,欧洲和亚洲从灰烬中涅槃重生,纽伦堡审判和东京审判功不可没。

(一) 纽伦堡审判

丘吉尔主张将纳粹头目径直枪毙,杜鲁门认为这有悖于美国人的良知,建议审判,以给后代留下可公开的理由和清晰的记录,斯大林对做秀公审的热衷打破这一僵局。有关纽伦堡审判的著述甚多,本书的新颖之处在于于学科的新视角。

纽伦堡审判参与者和支持者不遗余力的运用其遗产推进国际

① *Ibid.*, pp. 493 - 501.

② *Ibid.*, pp. 502 - 505.

③ K. SELLARS, *Founding Nuremberg: Innovation and Orthodoxy at the 1945 London Conference*, *HOJCL*, Volume 1, pp. 541 - 562.

刑法规则、机构和实践的发展,主要体现在:联合国大会及其国际法委员会(ILC)对纽伦堡审判遗产的编撰;冷战后 ILC 起草《危害人类和平与安全罪法案》并开始考量国际刑事管辖权;设立前南法庭和卢旺达法庭等和《罗马规约》。^①其目的是建立国家利益服从法律和个人直接承担国际法责任的国际秩序。一个值得探寻的问题是,为什么东京审判和其他国内审判的历史意义相对小很多,未能产生类似影响。^②

纽伦堡判决以俄文、法文和英文三种语言发布。已有学者注意到英法版本之间存在重大差别,例如法无明文规定不为罪原则的适用。^③实际上,该原则和指挥官命令规则,三种版本判决存在一些或大或小的不同。表面原因是翻译不准确不到位,实质上可能是由于语言、文化和法律教育和背景不同,法官的理解和解决办法不同。这种差异对有关学者、立法者和法官,对战争罪和反人类罪法理的影响难以量化,但结合不同版本阅读起码有助于加深对判决的理解。^④

美国政府意识到,禁止侵略战争和审判国际罪行可能为国际社会带来稳定与和平,因此决定宣传国际刑法。运用当时所有媒体技术,以影像全面记录了纽伦堡审判,做成了四部电影和 20 期新闻短片。受众不限于美国,特别重视德国大众,当然美国官方尽可能控制节目的制作过程。随着柏林墙倒塌和国际刑法复兴,这些影片对德国的社会和政治进程、法政治学具有长期深远影响。^⑤

^① D. S. KOLLER, *The Nuremberg Legacy in the Historical Development of International Criminal Law*, *HOJCL*, Volume 1, pp. 565 - 596.

^② *Ibid.*, p. 595.

^③ A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 105 - 106.

^④ G. ACQUAVIVA, *Doubts about Nullum Crimen and Superior Orders: Language Discrepancies in the Nuremberg Judgment and Their Significance*, *HOJCL*, Volume 1, pp. 596 - 622.

^⑤ A. FISCHER, *Promoting International Criminal Law: The Nuremberg Trial Film Project and US Information Policy after the Second World War*, *HOJCL*, Volume 1, p. 623.

(二) 东京审判

第二次世界大战中日本对亚太地区人民犯下了滔天罪行,战争结束近 70 年后仍不肯悔悟,影响了亚太地区国际关系的稳定。这在一定程度上是东京审判拙劣设计和运行的结果。比如,完全没有追究最大战犯裕仁天皇的责任在一定程度上是日本人未能深刻反省战争起源的原因;有些被告虽被判有罪,但未受到惩罚,消耗了审判的威慑力;同盟国操纵证据开脱了裕仁天皇的罪行,未公开东京审判和其他军事法庭判决,对透明度的折损影响了判决的公正性。

一些观点认为东京审判是摆样子,是战胜者的正义,是做秀公审。^①由于该论断事关国际审判的正当性,故需要更多的事实支撑和理论推敲。东京审判不符合做秀公审的特点,如审判结果可预见,管控审判以向特定群体公开,罪罚不相等等。^②东京审判最大失败在于试图掩盖导致东亚和东南亚武装冲突爆发的真正原因,即以实力而非规则为基础的国际秩序,真正的遗产在于法官不同意见和其他偏离既定政策的声音。^③

印度籍法官帕尔是国际法专家,他在不同意见中质疑了远东军事法庭的正当性和合法性,主张所有被告无罪,这一观点成为东京审判里程碑式的事件,在亚太地区坊间引发了诸多争议,特别是 2005 年日本右翼实力在靖国神社树立“帕尔博士显彰碑”之后,更是如此。实际上,帕尔博士的论证极为小心,详细分析了自 20 世纪 20 年代以来日本的所作所为,虽然有不足,但初衷绝不是袒护

^① 例如印度籍帕尔法官的不同意见中暗示,战胜的同盟国对战败的日本指挥官的审判是做秀。

^② N. BOISTER, *The Tokyo Military Tribunal: A Show Trial?*, *HOJCL*, Volume II, pp. 3 - 29.

^③ *Ibid.*

日本军国主义,而是为了预防盟军在亚洲确立霸权或控制权。^①这份意见书论证冗长复杂,且当初并未公开。已有学者发现其价值,认为这绝不仅是对日本战犯的无罪辩解,是对国际刑法探讨的反殖民主义先驱。^②但仍有必要从法理、历史、影响力等多维度,结合帕尔博士关于印度法和国际法的英文和孟加拉语诸著作认真解读,放入到印度哲学、法律、历史和新兴的国际正义的大背景中,特别是反殖民主义政治、国家主权与国际刑法的关系这些方面予以考察。^③帕尔博士对国际社会权力结构和主权的批评有助于重构国际刑事司法,避免两极分化,即非西方国家看重主权,西方国家强调人道主义干涉。^④

向哲浚作为中国检察官的贡献有两方面。一是主张把1928年“皇姑屯事件”作为起诉的始点,而不是1931年“九一八事变”,也不是1937年“七七事变”,更不是1941年“珍珠港事件”,使得审判超越了“胜利者制裁”的单纯实力逻辑,具有更显著的“文明制裁”的规范色彩和正当性;二是要求不仅把杀人作为诉因,而且把残虐行为作为诉因,扩大了战犯的惩治范围和中国受害地区的范围。^⑤日本渴望亚洲霸权,诡计多端地侵入中国,残酷杀戮军人和平民。虽然当时中国起诉团面临重重困难,例如缺少证据和人

① 他承认日本战争行为的残忍,严厉谴责大屠杀,但认为这是源自底层的煽动,而非高层的指令。因此,与德国纳粹、德国皇帝威廉二世,甚至美国在广岛和长崎投放原子弹的情形不同,指挥官无需承担责任。

② E. S. KOPPELMAN, "Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Crimes Trial", in New York University Journal of International Law and Politics, 1990/91, Vol. 23, pp. 373 - 444; Y. TANAKA, T. McCormack and G. Simpson (eds.), Beyond Victor's Justice?: The Tokyo War Crimes Trial Revisited, Martinus Nijhoff, Leiden, 2011, pp. 127 - 146.

③ R. BANERJEE, Does International Criminal Justice Require a Sovereign? Historicising Radhabinod Pal's Tokyo Judgement in Light of His 'Indian' Legal Philosophy, *HOJCL*, Volume II, pp. 67 - 117.

④ *Ibid.*, p. 69.

⑤ 季卫东:《彰显历史的公理》,载向隆万编《东京审判·中国检察官向哲浚》,上海交通大学出版社2010年版,第9-10页。

平等,以向哲浚为首的中国检察官据理力争要求为此严惩战犯。^①

荷兰 Rölling 教授是东京军事法庭的法官和联合国荷兰代表团成员,这些职业生涯塑造了他的国际法思想,特别是国际法应当为和平和安全提供基础的信念,并启发了20世纪50年代关于国际刑事法院的讨论。重视国际法的万国性,早在20世纪60年代就建议改变国际法以欧洲为核心的状态,能使其真正成为全球层面的法律规则体系,即世界法。^②

四、第二次世界大战后的国内起诉和审判

第二次世界大战后,中国、英国、美国、澳大利亚、法国、加拿大、希腊、荷兰和挪威等20多个国家进行的1000多个审判,涉及2700多名被告。由于种种原因,这些审判以往并没有得到学术界足够的重视。

(一) 中国和东南亚

远东国际军事法庭负责起诉和审判甲级战犯,乙级和丙级战犯则由盟军在日本、马尼拉、新加坡、西贡、哈巴罗夫斯克、拉包尔、香港和巴达维亚(印尼首都雅加达旧称)设立的国内军事法庭审判。七篇文章对此加以详尽分析。

战后,中国一共羁押了2000多名日本战俘。1946~1949年,国民政府在南京、上海、北京等十个城市的军事法庭共判处145人死刑,300多人有期或无期徒刑,其余无罪释放并遣返回日本。

① L. XIANG, M. L. HOULE, In Search of Justice for China: The Contributions of Judge Hsiang Che-chun to the Prosecution of Japanese War Criminals at the Tokyo Trial, *HOJCL*, Volume II, pp. 143 - 175.

② L. SCHOUTEN, From Tokyo to the United Nations: B. V. A. Rölling, International Criminal Jurisdiction and the Debate on Establishing an International Criminal Court, 1949 - 1957, *HOJCL*, Volume II, pp. 177 - 212.

1956年,中华人民共和国在沈阳和太原特别军事法庭审判了45名日本战犯,无人被判处死刑或无期徒刑。由于历史原因导致的资料匮乏,这些审判刚刚进入学者的视野。^①太原和沈阳审判符合现代国际法的要求,调查起诉和审判的历史记录反映了无法否认的历史事实,所有被起诉日本人认真反省和悔罪的态度促进了战后中日关系正常化。换言之,国际刑事司法目的是打破暴力的恶性循环,牢记历史苦难,终止仇恨和报复。^②国民政府和中华人民共和国政府的审判表现出对国际法类似的态度,即用符合国际法的中国方式处置日本战犯。中国方式的重要表现是追求正义,维护国际人道法的尊严而不是报复。审判的正当性和法律适用推动了国际刑法发展。^③

中国起诉和审判战犯是理解战后中日关系的关键。日本不仅是战败国,更是转型中的殖民帝国。国际法不再是西方主导东方的工具,随着联合国的成立,中国可用一系列新手段约束和限制日本。中日双方首次运用国际法的词汇和思想确立战争责任,这对中日关系产生了深刻影响。虽然这些审判有很多缺陷,但这是避免暴力重演的重要步骤。任何刑罚都无法与屠杀者的罪行相适应,中国对日本战犯的宽宏大量是对此论断的最好诠释。中国应当强调运用法律惩治日本军国主义犯下的罪行,作为战胜国有资格成为战后国际新秩序的成员,是其他战胜国的伙伴,不当当被孤立。^④

参与第二次世界大战后审判的法官和检察官面临的最大困难是如何在政府组织的系统性、大规模犯罪活动中认定个人的作用

^① W. L. CHEAH, X. N. CHOONG, Introduction, *HOICL*, Volume 1, p. 5.

^② Y. LING, The 1956 Japanese War Crimes Trials in China, *HOICL*, Volume II, pp. 215-241.

^③ T. ZHANG, The Forgotten Legacy: China's Post-Second World War Trials of Japanese War Criminals, 1946-1956, *HOICL*, Volume II, p. 267.

^④ B. KUSHNER, Chinese War Crimes Trials of Japanese, 1945-1956: A Historical Summary, *HOICL*, Volume II, pp. 243-265.

并追究。特别是在追究理论方面,当代国际刑事司法机构有意识地参考历史案例。但是这些国际和国内法庭,甚至同一个司法机构在不同的案件中如何认定个人在复杂官僚机构中的责任性质的理论依据和具体做法存在差异。例如东京审判主要是依据美国的共谋理论,《伦敦宪章》规定的是犯罪集团成员制。国内审判多由军事法庭进行,法律和事实推理均明显缺乏一致性,难以认定习惯法规则。^①

(二) 欧洲

民主德国对战犯的审判中,尽管一些法律以国际刑法为基础,但适用这些法律的初衷是政治和宣传。^②英国占领区德国最高法院设立的历史背景、反人类罪审判和作用,对前南法庭等机构具有参考价值。^③丹麦和挪威第二次世界大战中都曾经被德国占领,这段经历对其后的国内审判战争罪和法官适用国际法的努力有影响。^④芬兰的国内审判在国际上未得到充分认可,但对其自我定位具有持续的实质性影响,因为这对重新界定集体对过去的叙述方式和记忆具有重要作用。^⑤1949年,前苏联在哈巴罗夫斯克成立军事法庭,就日本细菌战争罪和人体试验起诉了12名日本战俘,判处他们2~25年劳教,1956年将他们全部遣返回日本。前

^① D. COHEN, The Historiography of the Historical Foundations of Theories of Responsibility in International Criminal Law, *HOICL*, Volume I, pp. 23-83.

^② M. VORMBAUM, An "Indispensable Component of Elimination of Fascism": War Crimes Trials and International Criminal Law in the German Democratic Republic, *HOICL*, Volume II, pp. 397-425.

^③ C. POKEN, Towards the Domestic Prosecution of Nazi Crimes against Humanity: The British, Control Council Law No. 10 and the German Supreme court for the British Zone, 1947-1950, *HOICL*, Volume II, pp. 427-470.

^④ D. TAMM, Prosecution of War Criminals in the North: Danish and Norwegian Experiences after the Second World War, *HOICL*, Volume II, pp. 471-492.

^⑤ I. TALLGREN, Martyrs and Scapegoats of the Nation? The Finnish War-Responsibility Trial, 1945-1946, *HOICL*, Volume II, pp. 493-538.

苏联在全球审判浪潮基本结束的时候成立军事法庭的动机不详,但寻求正义肯定不是首要目的,其目的可能是为了弥补在纽伦堡和东京的惨败,基于地缘政治的考虑,确立与中国的良好关系并遏制美国在远东的影响力。遗憾的是,西方视其为社会主义宣传进而忽视这个审判,而且1956年中苏关系破裂。^①捷克斯洛伐克、南斯拉夫和前苏联的国内审判尽管敷衍色彩浓郁,展现出来的共同趋势和兼容程度有助于推进中东欧地区的和解过程,为国际刑法的发展提供衡量标准。^②匈牙利人民法庭以往普遍被认为是政治工具,尽管有不足,侵略罪和反人类罪概念和司法适用对匈牙利刑法具有重大影响,符合当下国际刑法规则及其理论的要求。^③

鲁道夫是奥斯威辛集中营的指挥官,审判时承认在三个月的时间里杀害了400,000名匈牙利犹太人。阿盟·哥特是克拉科夫集中营的看守长,因电影《辛德勒名单》在阳台上玩射杀犹太人的游戏而广为人知,有纳粹杀人魔王的称号。波兰最高国家法庭对鲁道夫·霍斯和阿盟·哥特的审判展示了第二次世界大战中波兰遭受的苦难和煎熬,做出了实质性贡献。^④该法庭很可能是第一个承认种族灭绝罪的生理和文化维度的机构,对国际刑法的原则、具体罪名和指挥官责任原理的界定推动了国际刑法的发展。^⑤其中,依据知名国际法教授学者的建议,种族灭绝罪的构成要件超越

^① V. POLUNINA, Soviet War Crimes Policy in the Far East: The Bacteriological Warfare Trial at Khabarovsk, 1949, *HOJCL*, Volume II, pp. 539 - 562.

^② V. BILKOVA, Post-Second World War Trials in Central and Eastern Europe, *HOJCL*, Volume II, pp. 696 - 733.

^③ T. HOFFMANN, Post-Second World War Hungarian Criminal Justice and International Law: The Legacy of the People's Tribunal, *HOJCL*, Volume II, pp. 735 - 763.

^④ M. A. DRUMBL, The Supreme National Tribunal of Poland and the History of International Criminal Law, *HOJCL*, Volume II, pp. 563 - 601.

^⑤ P. GRZEBYK, The Role of the Polish Supreme National Tribunal in the Development of Principles of International Criminal Law, *HOJCL*, Volume II, pp. 603 - 637.

了时代的局限,符合现代认知。^①

结束语

紧密联系历史,以史鉴今是公认的学术研究办法。人类历史的最大悲剧就是不断重演的主权国家下令或支持下的大规模屠杀。《国际刑法历史起源》一书展现了人类如何力争为惩治最残暴罪行主持正义的有关理论和实践基础,展现了国际刑法厚重的过往。

对国际法历史的研究以往比较稀缺,对国际刑法历史的关注更少。过去十几年对国际法历史的关注迅猛增加。^②国际法历史叙述一般采用如下路径,16世纪以来起源于欧洲,后传播到其他大陆直至全球。国际刑法的教科书和著作中,历史部分一般轻描淡写,内容、形式等比较固定,观点和背景明显以西欧为中心。以司法机构发展为轨迹,则相关历史始于纽伦堡审判和东京审判(且集中于前者),继而是前南法庭、卢旺达法庭以及混合法庭,终止于

^① M. MARCINKO, The Concept of Genocide in the Trials of Nazi Criminals before the Polish Supreme National Tribunal, *HOJCL*, Volume II, pp. 639 - 696.

^② A. OHANG, "Which Road to the Past? - Some Reflections on Legal History", Singapore Journal of Legal History, 2013, pp. 1 - 23. B. FASSBENDER, A. PETERS (eds.), *Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. E. JUANNET, *The Liberal-Welfarist Law of Nations, A History of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. E. CRAVEN, M. FITZMAURICE, M > VOGIATZI (eds.), *Time, History and International Law*, Nijhoff, Leiden, 2007. G. GOZZI, *History of International Law and Western Civilization, International Community Law Review*, Vol. (7), 2007, pp. 187 - 223. M. KOSHENNIEMI, "Why History of International Law Today?" *Rechtsgeschichte*, Vol. (4), 2004, pp. 61 - 66. O. BUTKEVYCH, *History of Ancient International Law: Challenges and Prospects*, Journal of the History of International Law, Vol. 5 (2), 2003, pp. 189 - 235. M. KOSHENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870 - 1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. W. G. GREWE, *The Epochs of International Law*, De Gruyter, Berlin, 2000. P. ALLOT, "International Law and the Idea of History", *Journal of the History of International Law*, 1999, Vol. 1.

国际刑事法院。一般采用简单的直线式描述,重点强调某些事件、个人、审判、案例或者机构,历史的戏剧化转折,对光明的未来充满信心,而不是客观数据或综合全局考量,如经济、政治等因素的交互作用。

本书打破了这一传统,突破了地理、文化障碍,审视了更广泛的历史时期和地理区域,展示不同的群体、国家和国际组织寻求起诉或审判核心国际罪行的努力。^①从内容上来看,四十二个章节主题丰富且不重复,将以往因为政治和语言等原因深藏书阁的条约谈判和规定、国际和国内案例公之于众,系统审视片段化的过往,深入分析特定历史时期的理论和意识形态背景。多篇文章旨在探讨尚未进入普遍视野的立法、审判、个人思想,特别是亚洲和中东欧的国际和国内审判。它有效稀释了国际法和国际机构的欧洲中心论,有助于强化国际刑法的普遍性共识;同时试图去除意识形态的影响,避免过分乐观,结构上避免重复传统的、狭隘且不完美的直线式记述方式,突出了非西方法官和学者的作用等。这不仅有助于国际刑法学科的发展,提升现有国际刑事法院与法庭的工作效率,也有助于进一步确立国际刑法正当性,引导其未来发展。

近五十位作者的广泛性和多样性值得特别留意。首先,作者中既有科研工作者,也有实务工作者,包括政府官员、律师和法官,且来自不同的学科背景和学术派别如历史、政治、传媒和语言学等。其次,研究方法各异,有采用案例分析的方法,详尽地分析国际刑事司法机构;有比较不同审判以阐释异同;有选择一个主题,透过殖民地斗争或政治演变审视国际刑事司法。最后,作者中既有对国际刑法的资深专家,也囊括了青年学者。为了给不同国家的学术交流和合作提供平台,跨越地域和文化壁垒,FICHL一贯注重非西方的视角和观点,以期为国际刑法和人道法提供了更加全

面和现实的理解。其组织的学术活动始终注重参与者科研群落的代际发展平衡和地理区域平衡,努力跨越语言、文化和搜索资料的障碍,故形成由来自不同国家和背景的从业者和科研人员组成的共同体,无论他们已有一定建树或是刚刚开启职业生涯。他们的互动、交流、合作反过来提升研究成果的质量。

囿于史料和主观认识等因素,任何对历史的研究都不可避免地带有局限性,尤其是对历史根源的探寻,时常面临捏造事实以及存有偏见的危险。当然这背后隐含的更宏大的问题是历史是什么,是否可能还原历史真相,如果可能又应当如何解读历史,这明显超过了本书的范畴。主编们意识到了历史研究方法论的重要性,对国际刑法历史研究的评价应当基于如何看待和解释证据。^②但囿于篇幅等原因,本书无法清晰的解答下列疑问:首先,现有国际刑法模式是什么时候由谁主导怎么形成及其原因,即国际刑法的历史根源到底是什么,这有助于说明国际社会未来能在多大程度上超越异议达成协议。其次,国际刑法融合了国际法和国内刑法的理论和实践,应当在多大程度上承认国内刑法、司法体系和社 会组织对国际刑法起源的相关性,为什么一些国家的法律和机构模式纳入了国际法律秩序,而另外一些国家则没有。再次,国际刑法和其他学科不可避免存在重合部分,是否应当以及如何划分学科界限,应当借助法律研究还是历史研究的认识论、方法论和学科框架,还是应当采用混合方法。换个角度说,对国际刑法历史的研究是只关注法律,还是需要探讨社会结构、人类行为模式等更广泛因素。^③

客观地说,厚达1500页的两卷书亦不可能穷尽国际刑法的历史,但至少加速了这个研究过程,使得国际刑法作为国际法的一个独立分支和学科的基础更加坚实。战争的合法性内涵了法律、政

^① W. L. CHEAH, X. N. CHOONG, Introduction, *HOICL*, Volume 1, p. 6.

^② I. TALLGREN, Foreword—Searching for the Historical Origins of International Criminal Law, *HOICL*, Volume 1, p. xii.

^③ D. COHEN, Preface, *HOICL*, Volume 1, p. iii.

治、历史等诸多因素,如果把这个问题比喻成冰山,当下的国际刑法就是冰山浮出水面的一角。^①另外,我们有理由期待2014年11月29日和30日在印度新德里举行的第二期“国际刑法历史起源”李浩培论坛,它将有助于看清楚这座冰山。^②

最后,值得一提是,本书的主编莫滕·伯格斯特教授倡导和组织了若干个学术非政府组织,涵盖出版、论坛和数据库等方面。由于所有网页都有中文版且免费,伯格斯特教授被亲切地誉为中国国际刑法事业的白求恩。他建构的国际刑事法院网站上的法律工具数据库(Legal Tools Database)^③囊括了东京审判和联合国战争罪委员会有关讨论的全部记录,欧洲和亚洲“二战”后国内审判的重要文件,以及当下国际刑事审判纪录、法律文件和有关的学术评论。该数据库内容丰富,更新及时,免费在线,从根本上改变了国际刑法资料占有成本高且难的尴尬局面。

How to Deal with the War Crimes: Book Review on the Historical Origins of International Criminal Law

Wu Xiaodan

Abstract: International criminal law has experienced exponential growth since the 1990s and has entered a normative consolidation

^① Ibid., p. xxix.

^② 宗旨是在第一期的基础上,探索国际刑法的学科、机构和社会历史基础,主要关注点包括二战后的有关诉讼及其对国际刑法的贡献;核心罪名的历史起源和发展轨迹;以及与这些罪名有关机构的起点和演变。For the Announcement and Description of the New Delhi Seminar, see <http://www.ficlh.org/activities/the-historical-origins-of-international-criminal-law-seminar-2/>, 最后访问时间:2015年1月15日。

^③ www.legal-tools.org, 最后访问时间:2015年1月15日。

stage, which renders it fundamental importance to revisit its historical origins. The Historical Origins of International Criminal Law (HOICL) has conducted a comprehensive, inclusive and systematic research on the historical development of international criminal law. The HOICL has challenged the traditional and dominant narrative of international criminal law through not limiting to the typical institutional trajectory of international trials or organs and avoiding taking a linear form of evolution, but examining broad range of less explored time periods, geographical regions and institutional settings, particularly less well-known non-Western cases or persons to demonstrate how international community have sought to deal with core international crimes. It is safe to declare that the HOICL has fulfilled its purpose of going far beyond a mechanical effort of filling lacunae, and generating new knowledge by broadening the common hinterland to international criminal law and further consolidate this relatively young discipline of international law.

Key words: International Criminal Law; International Trials; Core International Crimes