

从国内法到国际法：国民政府处置日本 高职级战犯的法律适用与历史意义^{*}

曹鲁晓

内容提要 在国民政府审判日本战犯的过程中,对高职级战犯罪责的追究被置于尤为重要的地位。为此,国民政府审判先后援用国内法《陆海空军刑法》中的纵兵殃民罪与国际刑法中的指挥官责任原则。随着审判依据在两者之间的转变,检方的检证目标从积极责任变为消极责任,法庭审判的关键也从判断指挥官是否具有“犯意”变为“推定”指挥官是否对暴行“知情”。这一转变使适用法律与日军暴行的特性更加切合,降低了检证难度,优化了审判程序。此外,战争罪犯处理委员会与各地法庭对指挥官责任原则的规定和使用,也反映了国民政府对国际刑法的认知和贡献。

关键词 国民政府对日战犯审判 纵兵殃民罪 指挥官责任原则 高职级战犯

1945年末至1949年初,国民政府在沈阳、北平、太原、济南、徐州、南京、上海、武汉、台北和广州10个城市设置军事法庭,审判了800余名日本战犯。有关国民政府对日战犯审判(以下简称“国民政府审判”)的研究,自20世纪80年代起便受到史学界的关注。近年来,随着新史料的发现,相关研究无论在广度还是深度上,相较之前皆有显著进步。^①

既有研究偏重审判背景、法庭架构、判决结果、国民政府的对日政策等问题,而较少从法学层面进行讨论。之所以如此,一方面是因为国民政府审判长期处于纽伦堡审判、东京审判等国际审判的遮蔽之下,其法律意义不易被人发现;另一方面是因为国民政府审判一贯被认为有“宽纵”“不公”之嫌,这一定程度上阻碍了相关研究的推进。^②近年来,随着探讨的深入,有学者开始从法学层面揭示其面相,内容涉及南京法庭审理日军第六师团师团长、南京大屠杀主犯谷寿夫的法律程序,国

^{*} 本文系国家社会科学基金抗日战争研究专项工程“日本战犯审判文献征集、整理与数据库建设”(16KZD012)的阶段性成果。

^① 胡菊蓉《中外军事法庭审判日本战犯——关于南京大屠杀》,南开大学出版社1988年版;茶園義男解説『BC級戦犯中国・仏国裁判資料』,不二出版,1992年;宋志勇《战后初期中国的对日政策与战犯审判》,《南开学报》2001年第4期;左双文:《国民政府与惩处日本战犯几个问题的再考察》,《社会科学研究》2012年第6期;Barak Kushner, *Men to Devils, Devils to Men: Japanese War Crimes and Chinese Justice* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015);严海建《国民政府与日本乙丙级战犯审判》,《近代史研究》2017年第1期;刘萍《从“宽而不纵”到彻底放弃——国民政府处置日本战犯政策再检讨》,《民国档案》2020年第1期;刘统《大审判:国民政府处置日本战犯实录》,上海人民出版社2021年版。

^② 李荣《国民政府审判侵华日军战犯略论》,《抗日战争研究》1995年第3期;翁有利《国民党政府处置日本战犯评述》,《西南师范大学学报》1998年第6期;严海建《宽大抑或宽纵:战后国民政府对日本战犯处置论析》,《南京社会科学》2014年第7期。

民政府审判与国际审判的关联,以及北平法庭对属地原则与证据原则的平衡等。^① 这样的讨论虽然不多,但为该领域开辟了一条新的研究路径。

在国民政府法庭审理的日本战犯中,谷寿夫、酒井隆、矶谷廉介、田中久一等将级以上的高职级战犯备受国内外关注,相关审理关乎对国民政府审判成效的评价。由于高职级战犯一般不曾亲身犯下战争罪行,所以,如何从法理上将下级所犯罪行与高职级战犯联系起来,使后者有责可究、有罪可罚,是审判面临的关键问题。以1946年10月《战争罪犯审判条例》的颁布为界,国民政府审判先后以纵兵殃民罪和指挥官责任原则解决该问题。通过对中国第二历史档案馆、国际刑事法院法律工具数据库和日本国立公文书馆所藏相关档案的检视,本文拟对两种法律的渊源以及国民政府处置高职级战犯的历程做一梳理,并探讨适用法律变更的缘由,以及这一变更对国民政府审判与国际刑法产生的重要意义。

一、纵兵殃民罪与指挥官责任原则

1945年12月,国民政府颁布《战争罪犯审判办法》(以下简称“《办法》”),用以指导各地法庭审判日本战犯。^②《办法》第8条规定:

战争罪犯之处罚适用国际公法、国际惯例、《陆海空军刑法》、其他特别刑法及刑法。^③

其中提到的《陆海空军刑法》第34条规定“纵兵殃民者处死刑。”^④这项罪名被称为“纵兵殃民罪”,用于惩处将领纵容部下犯罪的行为,自元朝开始,在中国的历代法典中皆可见其踪影。^⑤例如,《大清律例》规定“凡守边将帅,非奉调遣,私自使令军人于外境掳掠人口财物者,杖一百,罢职发附近充军……其(将帅)知情故纵者,各与犯人同罪。”^⑥这与民国时期纵兵殃民罪的含义基本一致。鉴于此,可说该罪在中国国内法中久已有之。国民政府审判初期,各地法庭曾依据这项罪名追究日本高职级战犯的罪责。

1946年10月,国民政府颁布新的战犯审判指导文件《战争罪犯审判条例》(以下简称“《条例》”),废除了《办法》以及为解释《办法》而制定的《战争罪犯审判办法施行细则》(以下简称“《细则》”)。^⑦《条

^① 严海建《法理与罪责:国民政府对战犯谷寿夫审判的再认识》,《江海学刊》2013年第6期;贾兵兵《东京审判在中国的遗产》,田中利幸、蒂姆·麦科马克、格里·辛普森编,梅小侃译《超越胜者之正义:东京战罪审判再检讨》,上海交通大学出版社2014年版,第259页;严海建《犯罪属地原则与证据中心主义:战后北平对日审判的实态与特质》,《民国档案》2018年第1期。

^② 在已出版、发表的史料集或论文中,有关两份文件颁布时间的表述皆比较模糊,如“1946年前后”或“原文无时间,根据有关文件判断,当为1946年”等。但中国第二历史档案馆所藏战犯审判档案有“《战争罪犯处理办法》及《战争罪犯审判办法》与《拘留所编制表》等件于34年12月以令二官字第1142号通令施行在案”的记载。所以《战争罪犯审判办法》应在1945年12月便已颁布。参见宋志勇《战后初期中国的对日政策与战犯审判》,《南开学报》2001年第4期,第44页;胡菊蓉编《南京审判》,张宪文主编《南京大屠杀史料集》第24册,江苏人民出版社2006年版,第36页《为颁发战争罪犯审判办法施行细则一份电仰遵照实施并从速组织军事法庭具报由》(1946年1月),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00109。

^③ 《战争罪犯审判办法》(1945年12月),对日战犯审判文献丛刊编委会选编《二战后审判日本战犯报刊资料选编》第4册,国家图书馆出版社2014年版,第452页。

^④ 中国法规刊行社编审委员会编《最新六法全书》,春明书店1948年版,第515页。

^⑤ 《刑法学全书》编委会编《刑法学全书》,上海科学技术文献出版社1993年版,第514页。

^⑥ 田涛、郑秦点校《大清律例》,法律出版社1999年版,第315页。

^⑦ 《战争罪犯处理委员会对日战犯引渡政策会议记录》(1947年10月1日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00158。

例》共 35 条,由指导、统筹各地审判的战争罪犯处理委员会邀请军政部军法司、最高法院、联合国战罪审查委员会远东及太平洋分会等机构的军法、司法专家研讨制定^①,规定了管辖权限、适用法律、暴行种类、追溯期限、量刑标准、组织人事等重要内容,相比仅有 10 条规定的《办法》和 16 条规定的《细则》,更为完善。抛开对程序的表述不论,《条例》与《办法》的主要区别在于,前者规定了详细的罪行种类与量刑标准,而后者没有。从这个意义上讲,《办法》仅具有审判程序上的指导价值,而《条例》兼具程序法与实体法的双重性质。《条例》第 9 条对追究高职级战犯罪责明确规定如下:

对于战争罪犯处于监督指挥之地位,而就其犯罪未尽防范制止之能事者,以战争罪犯之共犯论。^②

这是一项重要的国际刑法原则——指挥官责任原则。它与作为国内法的纵兵殃民罪有着截然不同的渊源与特性。按照国际刑法史的脉络回溯,指挥官责任原则源自个人刑事责任原则^③,萌芽于一战时期,正式确立于纽伦堡、东京两个国际法庭的宪章中。^④ 1946 年 1 月 19 日颁布的《远东国际军事法庭宪章》(即《东京宪章》)第 5 条(对及罪的司法管辖权)对其表述如下:

本法庭有权审判及惩罚被控以个人身份或团体成员身份犯有包括反和平罪在内的各种罪行的远东战争罪犯。下列行为,或其中任何一项,均构成犯罪行为,本法庭有管辖之权,犯罪者个人并应单独负其责任。^⑤

个人刑事责任原则旨在使个人成为国际法追究的主体。对于今人而言,这是显然且正当的道理,但回到历史现场,相关规定却突破了以往国际法以国家为主体的传统。当时的主流观点认为,谋划、发动战争均是国家行为,因此从高官政要到宪兵警察,任何“个人”都不为战争负责。然而,一战之后,鉴于世界大战带给人类史无前例的灾难,国际社会开始思索避免战争之道,并认为德皇威廉二世应为发动战争的行为负责。因此,《凡尔赛和约》第 227 条规定,对德皇威廉二世进行审判,并治以“破坏国际道德和条约尊严的最大罪状”。^⑥ 虽然这场审判最终流于形式^⑦,但使后人意识到个人与国家行为之间存在罪责链条。二战之后,战争带来的恶果更甚于一战,对战争责任人的追究被再次提出,鉴于此,同盟国坚决突破旧例,通过宪章将个人刑事责任原则确立下来,赋予军事

① 《战争罪犯处理委员会敦请军司法专家审议法令法规第一次会议记录》(1946 年 8 月 6 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00013。

② 《战争罪犯审判条例》(1946 年 10 月 24 日),张宪文、吕晶编《南京大屠杀真相·中方史料》,江苏人民出版社 2007 年版,第 545 页。

③ 参见朱文奇《东京审判与追究日本军政要人刑事责任》,《国际法研究》2016 年第 4 期,第 17 页。

④ 两个法庭的宪章对个人刑事责任原则的措辞稍有不同,但基本含义并无二致。因为本文讨论的是对日战犯审判,因此仅引用东京法庭的相关规定。纽伦堡法庭的规定参见《国际军事法庭宪章》(1945 年 8 月 8 日),何勤华、朱淑丽、马贺《纽伦堡审判——对德国法西斯的法律清算》,商务印书馆 2015 年版,第 357 页。

⑤ 《远东国际军事法庭宪章》(1946 年 1 月 19 日),程兆奇、龚志伟、赵玉蕙编著《东京审判研究手册》,上海交通大学出版社 2013 年版,第 260 页。

⑥ 朱文奇《国际法追究个人刑事责任与管辖豁免问题》,《法学》2006 年第 9 期,第 95 页。

⑦ 指的是莱比锡审判。由于俄国的漠视、英法之间的摩擦以及德国的抗拒,该审判最终未能由协约国组织,而被委托给德国自行处理。莱比锡法庭共审讯 12 人,其中 6 人有罪,被判有期徒刑 6 个月至 4 年不等。德皇威廉二世虽然在战时便已被转移到荷兰,但因荷兰拒绝向法庭引渡而逍遥法外,没有受到制裁。因此,莱比锡审判成为历史上一幕“大滑稽剧”。参见梅汝璈著,梅小璈、梅小侃整理《东京审判亲历记》,上海交通大学出版社 2016 年版,第 6 页。

法庭追究个人罪责的权限。

为了不使任何一个层级的战争责任人逃脱惩处,在个人刑事责任原则这一总原则之下,同盟国还发明了分别针对高官政要、上级指挥官以及下级军官的三项具体原则,即官方身份无关性原则、指挥官责任原则和上级命令不免责原则。据此,高官政要不因拥有官方身份而享受豁免;上级指挥官需为下级的罪行负责;下级军官不因罪行的发生是执行上级命令的结果而得以免责。^① 三项原则被广泛援用于战犯审判之中。指挥官责任原则就在这样的背景下被确立下来。

相较纵兵殃民罪,指挥官责任原则专为战犯审判而设。随着《办法》的废止和《条例》的颁布,国民政府处置高级战犯的适用法律也从纵兵殃民罪转变为指挥官责任原则。1946 年 8 月,在研讨制定《条例》时,国民政府国防部军法处副处长戴佛、高级法官唐表民等提出,战犯“判决书应以国际法为主文”。^② 因此,与《办法》将《陆海空军刑法》《中华民国刑法》等国内法与“国际公法”“国际惯例”置于并列的地位不同,《条例》第 1 条明确规定,“战争罪犯之审判及处罚”首先适用“国际公法”,其次适用“本《条例》之规定”,最后适用“中华民国刑事法规之规定”。^③ 由此可见国民政府审判对国际法重视程度在不断加强。

之所以会如此,与 1946 年 1 月《东京宪章》的颁布和同年 3 月国际检察局成员来中国搜集日军罪证有关。对比《条例》与《东京宪章》,可知前者对国际刑法罪名和原则的规定显然参考了后者,否则反和平罪、反人道罪等诞生不久的法律概念不可能以如此相似的表述出现在《条例》中。^④ 国际检察局助理检察官莫罗(Thomas H. Morrow)和萨顿(David N. Sutton)等人在华探访期间,战争罪犯处理委员会负责接洽,相互之间有不少沟通。例如,在 1946 年 3 月 26 日的国民政府战争罪犯处理委员会常务会议上,联合国战罪审查委员会远东及太平洋分会秘书长王化成汇报国际检察局的工作要点,提出要追究日本的“阴谋侵略之计划与挑衅行为”,即反和平罪;也提到在处理战争暴行时,需注意“指挥官之责任者”的认定以及“受高级指挥官指使或允许暴行之确实证据”的搜集,即审理指挥官罪责的必要准备。^⑤ 凡此种种,都启发了国民政府审判对国际法的认识以及对具体规则的制定。

二、国民政府审判的两种司法实践

如前所述,在《条例》颁布之前,国民政府审判以纵兵殃民罪处理高级战犯的罪责。因为这项罪名原本是为追究上级将领的“辱职”而设,所以将其迁移到对高级战犯的审理之中似乎也并无不妥。不过,这项罪名强调一个“纵”字,即被告的主观犯意。在进行指控时,检方和法庭往往能够证明下属“殃民”的存在,但难以将之与指挥官的“纵兵”建立联系。这导致审判的逻辑无法自治,定罪和量刑也随之出现问题。例如在广州法庭对田中久一(1943 年任日军第二十三军司令官,1944 年任香港总督)纵兵殃民案的审理中,检方能够以累积如山的证据证明田中麾下的各级官兵曾在华南地区犯下“屠杀平民、破坏财物、奸淫掳掠、强拉夫役、滥施酷刑”^⑥等暴行,却不能证明田

① 曹鲁晓《上级命令不免责原则与国民政府对日战犯审判》,《民国档案》2022 年第 1 期。

② 《办理战争罪犯案件应行注意事项》(1946 年 8 月 6 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00013。

③ 《战争罪犯审判条例》(1946 年 10 月 24 日),张宪文、吕晶编《南京大屠杀真相·中方史料》,第 543 页。

④ 除针对中华民国与针对整个亚洲战场的区别外,《条例》与《东京宪章》对三项罪名的规定基本一致。参见《战争罪犯审判条例》(1946 年 10 月 24 日),张宪文、吕晶编《南京大屠杀真相·中方史料》,第 543 页。《远东国际军事法庭宪章》(1946 年 1 月 19 日),程兆奇、龚志伟、赵玉蕙编著《东京审判研究手册》,第 260 页。

⑤ 《战争罪犯处理委员会第 20 次常会会议录》(1946 年 3 月 26 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00164。

⑥ 「軍事委員會委員長廣州行營軍事法庭軍法檢察官起訴書」(1946 年 5 月 18 日)、BC 級(中華民國裁判關係)、廣東裁判第二号事件、平 11 - 法務 - 4B - 5539(國立公文書館)。

中对他们的纵容。田中曾以此为由,替自己辩护:

窃查部下官兵既有殃民事实,部队长官又有纵兵事实,方可谓之纵兵殃民……根据本条罪犯之条件而观之,带兵官长并未直接参加部属之罪行,亦未加以唆使或默许,并且事前已严厉告诫,尽防止之能事,并未预见将此犯行之发生,事后又完全不知有此犯行,则条件欠然,自不会成立罪行,是系法律之一般通念也。……本人到任以后,对于官兵军纪常加注意,至于对待中国民众,尤加切实督导所部,起诉书所提各案固非本人素志,何况敢容忍或唆使乎?……本人固无犯行意图,并未知可能发生案件之事象,故成立罪犯之条件全然不足,绝未触犯中国《陆海空军刑法》第卅四条规定之罪。^①

田中的自辩可概括为两点: 1. 对暴行“完全不知”; 2. 不但“无犯行意图”,反而曾“切实督导”军纪。据此,“成立犯罪之条件全然不足”。鉴于纵兵殃民罪对应的刑罚为死刑,田中的百般推诿可以想见。事实上,当面对检方和法庭的诘问时,以前述两点为自己摆脱责任是高职级战犯惯用的辩护伎俩。日本华中方面军司令官、南京大屠杀最高责任人松井石根在东京法庭上的自辩与田中久一如出一辙。^② 虽然在一支正常运作的军队中发生大规模暴行的消息很难不传达到指挥官那里,但是,事发多年,下级军官将暴行消息层层上报或上级军官将施暴命令层层下达的痕迹早已无存。而且法庭即便掌握某支军队曾在某地犯下暴行的证据,也无从证明暴行的发生与该军队指挥官的“犯意”有关。审判不同于复仇,其文明、公正的属性不可减损,故法庭在进退两难的情况下,容易以“疑罪从无”为由结案。田中等人的辩词涉及法理中的定罪要件。^③ 起诉书中的一个漏洞不仅被田中察觉,也被其辩护律师、中山大学法学教授薛祀光捕捉到:

检察官要求以纵兵殃民罪处刑……是没有确凿证据的。根据……纵兵殃民罪含义的解释,事前未预知到祸害,或者并未直接唆使及默许,而在事后确定了这些事实,并以此进行责难,这种情况下,是不适用于“纵”这个字的。……大家认为纵兵殃民将是必然结果,但是民众的要求和国家的审判是两回事,而且即使有“殃民”的事实,也不能推导出“纵兵”的结论……故而纵兵殃民之“纵”字难合本案被告田中中将之行为,请法官再三考虑。^④

相比于田中的自辩,薛祀光的辩护直指构成纵兵殃民罪的关键要件——“纵”,即被告的主观犯意。尽管有田中立足法理的自辩和薛祀光跳脱“民族大义”的不同声音,但广州法庭依然认为田中“身任最高长官……奴视我国人民,纵任部属蹂躏,实难辞故纵之责”^⑤,并判决他针对纵兵殃民罪有罪,进而科处死刑。类似案例还有南京法庭对另一位日军中将酒井隆(1941年先后出任第二

① 「為關於起訴書所提各點呈陳意見」、BC 級(中華民國裁判關係)、廣東裁判第二號事件、平 11 - 法務 - 4B - 5539(國立公文書館)。

② 唐军、张生《松井石根的南京之行及其责任》,《西南大学学报》2018 年第 3 期,第 161 页。

③ 除前引辩护之外,田中还会向法庭提交另一份对起诉书的质疑,再次强调“犯意”要件的缺失“对于我犯罪的纵兵殃民之罪,并关于其构成上绝对要件的犯意之有无均未明了,同时无揭示犯意之证据,而起诉书中之犯罪事实可谓全欠一般的构成要件”「起訴書內之疑點」、BC 級(中華民國裁判關係)、廣東裁判第二號事件、平 11 - 法務 - 4B - 5539(國立公文書館)。

④ 「六月七日弁護士發言要旨」(1946 年 6 月 7 日)、BC 級(中華民國裁判關係)、廣東裁判第二號事件、平 11 - 法務 - 4B - 5539(國立公文書館)。

⑤ 《国民政府主席广州行辕审判战犯军事法庭判决》(1946 年 10 月 18 日),Prosecutor v. Tanaka Hisakazu-Judgement,国际刑事法院法律工作数据库: <https://www.legal-tools.org/doc/ca07a0/>,2021 年 5 月 19 日。

十三军司令官、香港总督) 的审理等。^①

《条例》颁布以后,各地法庭开始使用指挥官责任原则审理高职级战犯。该原则的成立需满足三个要件:1. 指挥官知晓暴行的发生;2. 指挥官负有制止暴行的义务;3. 指挥官未针对暴行采取适当的制止措施。^② 其中,指挥官对暴行的知晓最难证明,被告和辩护律师也常以“不知情”要求免责。即便如此,证明知情仍然比证明纵兵殃民罪的“犯意”要件容易。1945 年 9 月成立的马尼拉军事法庭,在审判日军第十四方面军司令官山下奉文对马尼拉大屠杀的责任时,创设了使用指挥官责任原则的诸多先例,其中之一便是承认“推定知情”,即在被告否认知情暴行发生的情况下,法庭可以通过暴行规模或其他证据“推定”被告对暴行“理应知晓”。^③ 作为同盟国设立的第一个审判日本战犯的军事法庭,马尼拉军事法庭的经验被东京审判继承。在审理南京大屠杀案时,国际检察局向法庭提交了大量的证据证明日军曾在南京进行“大批屠杀,杀害个人、强奸、劫掠及放火”,并指出在屠杀“达到最高潮时”的 1937 年 12 月 17 日,“松井进入南京城,并停留五天至七天左右”。据此,法庭认为,松井根据“本身的观察和幕僚的报告……理应知道发生了什么事情”,并判定松井因疏忽“统制他自己的军队和保护不幸的南京市民”而“负有犯罪罪责”。^④

国民政府审判对指挥官责任原则的使用与马尼拉军事法庭审判山下奉文、东京法庭审判松井石根一致,尤其体现在对知情要件的推定上。例如,在北平法庭审判“茂川情报机关”机关长茂川秀和因下属滥施酷刑而需承担的责任时,面对被告所谓不在刑讯现场而不知情的自辩,法庭指出,“曾在茂川机关被施酷刑之人,不下七十余名,是该机关施用酷刑之事,乃属常有,并非偶发事件”,并据此推定茂川知晓暴行的发生,进而判决其“以共同正犯论科”。^⑤ 再如,在武汉法庭审判日军第十三师团第二十六旅团旅团长奈良晃,追究其因下属焚毁房屋、劫掠财产而需承担的责任时,也做出判定“所部士兵拆毁、焚烧平民房屋及劫掠财产,事非一次,为数又如此之甚巨,谓不知情,其谁置信? 既知情而竟不加防制,依照《战争罪犯审判条例》第九条之规定自应负共同罪责。”^⑥ 在这类案件中,表述最为充分的当属南京法庭上检方对同样担任过香港总督(1942 年上任)的矶谷廉介的起诉书:

虽据被告辩称:(一)未闻宪兵有不法情事,如有,即依法严惩绝不稍宽;(二)宪兵执行命令容有未当,被告应受行政处分绝不负刑事责任等语。关于第一点……宪兵队长野间贤之助每周必进谒总督数次,每次进谒前必先从各宪兵站长官处搜集报告,则其滥捕平民之事实,被告岂得谓毫无所知? 又被告充任香港总督时逾三年,而日宪兵各种暴行连续发生,迄于被告去职从未间断,被告即非聋聩,对于此不间断发生之事实谓为绝无闻问亦非情理所有。关于第二点,查对于战争罪犯处于监督指挥之地位而就其犯罪未尽防范制止之能事者,以战争罪犯之共犯论,为《战争罪犯审判条例》第九条所明定,被告身为香港总督,为驻港宪兵队之直接指挥长

① 1946 年 8 月,南京法庭对酒井隆做出判决,其中有关于“犯意”的表述“企图恃虐立威,征服人民,以达其侵略战争之目的。其系基于一个概括之犯意极为明显,所有纵兵杀戮、奸掠等暴行,不过为其整个肆虐行为之态样,亦即其概括犯意之实现。”“纵兵”“犯意”等实际难以被证明。《国防部审判战犯军事法庭判决》(1946 年 8 月 27 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/01515。

② 户谷由麻著,赵玉蕙译《东京审判:第二次世界大战后对法与正义的追求》,上海交通大学出版社 2016 年版,第 154 页。

③ 理查德·雷尔著,韩华译《审判山下奉文:战争罪与指挥官责任》,上海交通大学出版社 2016 年版,第 143 页。

④ 张效林节译,向隆万、徐小冰等补校译《远东国际军事法庭判决书》,上海交通大学出版社 2015 年版,第 605 页。

⑤ 《保定绥靖公署审判战犯军事法庭判决》(1947 年 7 月 14 日),Prosecutor v. Makawa Hidekozu-Judgement,国际刑事法院法律工作数据库: <https://www.legal-tools.org/doc/ca7f55/>,2021 年 5 月 19 日。

⑥ 《国民政府武汉行辕审判战犯军事法庭判决》(1948 年 9 月 20 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00096。

官,该宪兵队所为之犯罪行为,纵非被告所指使,而怠于防范制止依前开法条自应同负其责。^①

尽管茂川、奈良、矶谷等战犯的下属所犯暴行的规模不能与马尼拉大屠杀、南京大屠杀等相较,但毕竟不是偶发事件。检方试图通过对暴行“乃属常有”“为数甚巨”“连续发生”的强调,证明在下级军官的报告以及自身的了解下,高职级战犯所自称的“不知情”不能成立。这一证明完成之后,法庭可依据《条例》第9条认定他们为“战争犯罪之共犯”,进而酌情量刑,达到惩处的目的。

三、适用法律变更的意义

相比于低级军官和宪兵,高职级指挥官在战争中对规模巨大、性质恶劣的暴行有更显著的掌控力和影响力,因而也更为臭名昭著。鉴于此,国内外对他们的结局十分关注。例如,国民政府对重要战犯的审判案卷需被译成英文递交联合国战罪审查委员会伦敦总会,编入同盟国的战犯审判报告^②;在公审和枪决谷寿夫、田中久一等战犯时,法庭和刑场都出现了“人山人海”“摩拳擦掌”的情形。^③可见,对高职级战犯的审理事关国民政府审判的整体形象。为此,国民政府尽管制定了“仁爱宽大、以德报怨”的对日战犯处置政策,但对于高职级战犯,却决定要“惩一戒百”“从严处理”^④,并向各地法庭申明“审理不限于时间而草率从事,法官之态度宜慎重”。^⑤能否以恰当的法条追究上级军官对下级罪行的责任,是处置高职级战犯的关键所在。

作为刑法罪名的纵兵殃民罪与作为刑法原则的指挥官责任原则,在定罪上有着直接与间接的区别。使用前者可直接将被告定罪;使用后者需在原则成立的基础上,以共犯之名将被告与下属罪名相连,方可实现定罪。所以乍看之下,从援用纵兵殃民罪到援用指挥官责任原则这一转变将使审判程序变得更加复杂,然而纵兵殃民罪的“犯意”要件证明难度很大。在检方没有寻得发布违法命令或默许暴行发生的书证的情况下,如果被告不承认存在犯意,法庭便不能认定罪名成立。而使用指挥官责任原则时,由于承认“推定知情”,检方不必纠结于被告是否承认知晓暴行的发生,只要搜集到能够证明暴行规模巨大或指挥官曾在暴行现场的证据,便可满足“知情”要件。这显然比证明被告的犯意更具可操作性。

在研讨制定《条例》时,优化追究高职级战犯罪责的适用法律是被军法、司法专家特别考虑的问题。他们提出,应“依其命令所生之实害之罪论科之”。^⑥可见,军法、司法专家已经意识到以纵兵殃民罪追究所有高职级战犯太过武断,相关罪责的处理应与下属所犯的具体罪名相连。就此而言,刑法原则比刑法罪名更加符合所需。根据指挥官责任原则,法庭需将高职级战犯认定为其下属的共犯,进而根据下属罪行的种类和规模酌情量刑。^⑦这增加了法庭对高职级战犯量刑的弹性,显

① 「国防部審判戰犯軍事法庭檢察官追加起訴書」(1947年6月1日)、BC級(中華民國裁判關係)、南京裁判第十九号事件、平11-法務-4B-5625(國立公文書館)。

② 《战争罪犯处理委员会第85次会议记录》(1948年4月27日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00168。

③ 《南京大屠杀案主角谷寿夫受审记(下)》,《申报》,1947年2月14日,第1版《曾任“香港总督”之田中久一伏诛记》,香港《工商日报》,1947年3月29日,转引自对日战犯审判文献丛刊编委会选编《二战后审判日本战犯报刊资料选编》第5册,国家图书馆出版社2014年版,第72页。

④ 《战争罪犯处理委员会对日战犯处理政策会议记录》(1946年10月25日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00162。

⑤ 《战争罪犯处理委员会第27次会议记录》(1946年6月4日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00164。

⑥ 《办理战争罪犯案件应行注意事项》(1946年8月6日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00013。

⑦ 根据《条例》第10条、第11条,各项战争罪行对应的刑罚从7年有期徒刑到死刑不等。参见《战争罪犯审判条例》(1946年10月24日),张宪文、吕晶编《南京大屠杀真相·中方史料》,第545页。

然更符合罪、责、刑相适应的基本刑法原则。

东京审判起诉书将指挥官的罪责分为积极责任与消极责任两种,前者指“命令、授权、准许”下属违反“各公约、保证及习惯所规定的战争法规”的责任;后者指“故意藐视自己的法律责任,不采取遵守它们(战争法规)或防止它们被破坏的适当步骤”的责任。^①国民政府对高职级战犯的定罪依据从强调“故纵”“唆使”的纵兵殃民罪转变为强调“未尽防范制止之能事”的指挥官责任原则,实际也将检证目标从积极责任转向消极责任。从现存的日军军方文书和日军高层的日记看,“日本军政高层没有纳粹式的屠杀计划”,而且少有“纵容暴行的自上而下的命令”。^②这一方面因为日本高层本身没有对中国实施种族灭绝的具体计划,而主张以“王道乐土”“大东亚共荣”等虚妄的宣传对中国人民进行奴化统治,所以日军暴行的发生一般与军风纪差,军法部门“失于严查、失于追究”有关。^③另一方面,日军投降以后,各处机关都曾进行销毁文书工作,不仅日军大本营的档案被销毁,中国派遣军所辖部队的档案同样存在被销毁的情况。例如,广州法庭就曾向战争罪犯处理委员会报告“日军早将一切文件档案焚毁”。^④鉴于此,不论出于对日军暴行特性还是证据可获得性的考虑,证明高职级战犯的积极责任都将十分困难。《条例》颁布后,国民政府以消极责任追究指挥官的罪责,使前述困境迎刃而解。同时,联系高职级战犯经常提出的“没有暴行意图”“不知道暴行的发生”等自辩,以消极责任相咎也可减轻他们的“衔冤负屈”之感。

国民政府审判虽然不及由 11 国代表组成的东京审判那样具有明显的“国际性”,但仍然是跨越国别的审判。战争罪犯处理委员会曾强调,战犯审判的目的之一是“昭国际公法之尊严”,对战犯的处置“非同一般性之刑事处理”,各地法庭“应重视国际公法裁判上之意义与作用”。^⑤因此,规定、使用国际法,并在国际法史上留下印记是国民政府审判的应有之举。指挥官责任原则本身是重要的国际刑法原则,通过这一原则,高职级战犯的罪责便可落定到《海牙陆战法规及惯例条规》《战时俘虏待遇公约》等国际法规之上。相比于国内法中的纵兵殃民罪,这显然更符合国民政府的追求和战犯审判的应有特质。在前文提到的三项原则中,官方身份无关性原则和上级命令不免责原则皆被明文规定于《纽伦堡宪章》和《东京宪章》中,但对于指挥官责任原则,不论是最先使用的马尼拉审判还是广泛使用的纽伦堡审判、东京审判,都不曾将之列入法庭宪章。^⑥1950 年,联合国国际法委员会为总结经验而编纂《纽伦堡国际军事法庭宪章及该法庭判决书中所包含的各项国际法原则》,其中包括个人刑事责任原则、不违反国内法不免责原则、官方身份无关性原则等 7 项,但依然没有关于指挥官责任原则的规定。^⑦鉴于此,《条例》在第一时间对该原则的明文规定有格外重要的价值。

以往的研究论及指挥官责任原则时,在关注马尼拉审判、纽伦堡审判和东京审判的实践之后,往往便将目光转向 1977 年《日内瓦公约附加议定书》、1993 年《前南刑庭规约》、1994 年《卢旺达刑

① 积极责任即起诉书第 54 项诉因所表述的行为;消极责任即第 55 项诉因所表述的行为。参见梅小璈、梅小侃编《梅汝璈东京审判文稿》,第 321—322 页。

② 参见程兆奇《从〈东京审判〉到东京审判》,《史林》2007 年第 5 期,第 28 页。

③ 参见程兆奇《侵华日军军风纪研究——以第十军为中心》,《近代史研究》2004 年第 3 期,第 182 页。

④ 参见《战争罪犯处理委员会第 77 次会议记录》(1947 年 10 月 31 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00168。

⑤ 《战争罪犯处理委员会第 53 次会议记录》(1946 年 12 月 3 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00165。

⑥ Regulations Governing the Trials of Accused War Criminals, December 5, 1945, 对日战犯审判文献丛刊编委会编《马尼拉审判文献汇编》第 15 册,国家图书馆出版社 2014 年版,第 41—49 页;朱文奇《东京审判对国际法的发展与贡献》,东京审判研究中心编《东京审判再讨论》,上海交通大学出版社 2015 年版,第 120 页。

⑦ 《刑法学全书》,第 805 页。

庭规约》以及 1998 年《国际刑事法院罗马规约》的相关规定。^① 这不免给人一种指挥官责任原则是在当代才被明文规定下来的错觉。将《条例》重新置于国际刑法的发展脉络中考察,可以发现该原则的明文化至少可提前至 1946 年,这无疑是国民政府审判对国际刑法的一个重要贡献。

结 语

从本质上讲,处置高级战犯适用法律由纵兵殃民罪转变为指挥官责任原则,是国民政府审判国际化体现。战争罪犯处理委员会尽管有国内刑法作为依据,但随着国际法庭工作的开始以及国际刑法的滥觞,还是不避繁难,重新制定以国际法为主的法律文件,引导各地法庭转而追随国际法庭的脚步,在第一时间参与对国际刑法的实践。就此而言,国民政府审判达到了一场跨越国别审判的应有水准,也达到了战争罪犯处理委员会对“处理战犯业务实为历史上之创举”的定位^②,同时使树立不久的诸项国际刑法罪名和原则得以巩固。

该转变也意味着,国民政府审判的检证关键由证明战犯的“犯意”转变为证明战犯对暴行的“知情”,检证目标由积极责任转变为消极责任。在承认“推定知情”的情况下,这与日军暴行的特性更为切合,降低了举证的难度,同时也使审判程序更加简捷、合理。另外,在其他同盟国法庭宪章未曾规定的情况下,国民政府审判对指挥官责任原则的明文规定和广泛实践,无疑是对国际刑法的重要贡献。对于良善之法来说,隐于晦涩表述之后的朴素原理固然是最重要的,然而,从使用法的原理解决问题到将此原理以明文规定下来仍是一个进步。因为只有将无形的法理转变为明确的法条,法的严密性才能被体现,法的不可侵犯性才能受到尊重,法的发展历程才能得以见证。从这个意义上讲,国民政府审判对指挥官责任原则的援用甚至超越了国际审判的步伐。^③

以往,国民政府审判的法律意义常因政治因素的妨碍和东京审判的掩盖而不为重视。然而,东京审判同样深受政治因素的影响,例如在美国的干涉下未能起诉天皇以及 A 级战犯嫌疑人等,却远未消减后人对其法律意义的肯定。根据《关于设立远东国际军事法庭的联合国最高司令官特别公告》,各盟国法庭与东京法庭之间不存在跟进与从属的关系,故而国民政府审判不应该处于东京审判的遮蔽之下。^④

从法学角度重新审视国民政府审判必要且具有条件。在目前已开放的审判档案中可以发现许多值得探讨的法律问题,例如,作为 BC 级审判的国民政府审判何以会对 A 级罪名进行追究? 这是否超越了法庭的权限? 在东京审判搁置反人道罪的情况下,国民政府审判却使用这一罪名追究某些战犯,两者对反人道罪的认知有何不同? 背后体现了国民政府的何种考量? 相关研究仍有拓展的余地。

(作者曹鲁晓,上海交通大学法学院博士研究生)

(责任编辑: 高莹莹)

^① 参见卢有学《指挥官刑事责任基本理论》,《西南政法大学学报》2006 年第 2 期,第 67—70 页;王新《论国际刑法中的上级责任原则》,《河北法学》2010 年第 6 期,第 53—54 页;等。

^② 《战争罪犯处理委员会第 55 次会议记录》(1946 年 12 月 17 日),中国第二历史档案馆藏,战犯审判档案,五九三/00165。

^③ 在《国际刑事法院罗马规约》中,有关指挥官责任原则的表述虽然更为详尽、严谨,但核心内涵仍然是追究罪犯的消极责任,这点与《条例》一致。参见《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日),杜后新《国际刑法中的危害人类罪》,知识产权出版社 2008 年版,第 250 页。

^④ 程兆奇、龚志伟、赵玉蕙编著《东京审判研究手册》,第 258 页。