

# 民间战争受害者权益救济的权利与义务主体研究

——以韩国启动国内救济手段为视角

管建强\*

**内容摘要:**日本发动侵华战争和太平洋战争期间,对占领地国民实施各种反人道的罪行,产生了各类民间战争的受害者。20世纪90年代起各国民间战争受害者竞相抵达日本起诉日本政府或日本加害企业,他们遭遇的“法理障碍”有:个人不是国际法上救济的主体、国际条约被拒绝适用以及受害者国籍国已经放弃了个人的赔偿请求权。因此,民间对日索赔步履维艰。厘清受害者国籍国在救济民间战争受害者权益中的权利与义务的关系有着极其重要的历史意义。在以国际人道法救济民间战争受害者的实践方面,韩国从过去单一的权利主体逐渐转变为现在的权利与义务兼有的主体,韩国的救济战争受害者的实践为其他受害国提供了新的模式。通过分析韩国启动国内救济途径的法理基础,进而论证国家保护民间战争受害者不仅是一项权利,也是一项义务。

**关键词:**民间对日索赔 旧金山和约 外交保护 民间战争受害者

## 引 文

从国内人权法的角度而言,国家公权力机关承担着保护人民群众生命、财产等权益免受侵害的责任,并依法对侵犯他人合法权益的不法犯罪者实施惩罚。同时,受害者个人可以利用各种救济途径,享有诉求权并可要求公权力机构维护其合法权益。因此,一方面,公权力既是保护个人免遭不法侵害的行使权力(职权)主体也是保护国民的义务主体;另一方面,个人也是救济维权的主体,其中加害人是不法行为的受惩罚和赔偿的义务主体。

在国际人道主义法的框架下,缔结和约是结束战争法律状态的主要手段。为解决民间战争受害者(以下简称“受害者”)的救济,通常是由交战国在缔结和约时由受害者国籍国与加害国交涉,不仅追究战争罪犯刑事责任,同时也对违反开战法规和交战法规的国家课以国家赔款和受害者的损害赔偿。从这层关系来看,受害者国籍国是惩罚罪犯、为维护受害者权益要求加害国赔偿的权利主体。

著名的国际法学家劳特派特在他修订的《奥本海国际法》中认为,外交保护权是国际法授予国家的权利,而不是授予个人的,其目的是强调个人无权放弃属于国家的权利。<sup>[1]</sup>由此,理论界中一些国际

\*华东政法大学国际法学院教授。

本文系2010年度国家社科基金“国际法视角下的中日战后历史遗留问题研究”(项目批准号:10BFX092)的阶段成果。

[1]参见[英]劳特派特编:《奥本海国际法》(中译本上卷第一分册),第275—276页,转引自端木正主编:《国际法》,北京大学出版社2000年版,第121页。

法学者形而上学地理解为外交保护权是国家的权利,就等同于该权利不是国家的义务。如果国家在国际间只是保护这类本国受害者权益的权利主体,而不是义务主体。这就意味着,一方面,受害者国籍国在与敌国处理和约缔结时有权利要求处理民间战争受害者个人的权益问题;另一方面,作为一项国家在国际间享有的外交保护权利,受害者国籍国可以综合考虑到各方面的利益而在必要时有权放弃权利。其理论依据是所谓的权利主体有权放弃权利。在这种法理鼓吹下,受害者的合法权益就变得无从救济。

就国内法范畴而言,国家未经受害者本人授权就放弃受害者个人的实体的诉权是否有效取决于国内法的规定。就国际法范畴而言,“旧金山和约”第14条(b)款以及第19条(a)款涉及的交战的缔约国之间相互地放弃其国民的向加害方的一切请求。这种虽经缔约国国会批准,但明显超越国民授权范畴的和约,本身就是对缔约国国民意志的强奸。此后日本政府曾一度解释这里的放弃仅指缔约国放弃了对其国民的外交保护权,而不包含国民的实体诉权。<sup>[2]</sup>外交保护是指本国国民在外国或相当于在外国,因国际不当行为遭到侵害,用尽当地救济依然得不到公平合理的救济,其国籍国通过外交交涉、国际诉讼或其他途径追究国家责任,为本国国民追究外国的国家责任的行为。<sup>[3]</sup>

事实上,国家一旦宣布放弃对民间战争受害国民的外交保护,就意味着这类受害者的诉求就根本得不到加害国最起码的重视,就使得实体的诉权变得毫无保障。受害者国籍国是否享有放弃民间战争受害者实体诉权抑或是外交保护权的问题值得进一步探究。

## 一、战争受害者援用国际条约的主体资格问题

1907年的《海牙第四公约》特别对加害国课以向受害者个人进行损害赔偿的义务。该公约第3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做出的一切行为负责。”<sup>[4]</sup>依逻辑虽然可以认为,有权请求赔偿的是受害者个人这一点是明白无误的,但是公约上对此并无明确的表述。由此人们产生了对该第3条的不同见解。例如,日本政府针对民间战争受害者在其国内的诉讼主体资格的问题上主张:“国际法本来是规范国家与国家之间关系的法律,即使假定一个国家违反了国际法,使其他国家的国民受到了损害,而能够向加害国追究责任的,不是受害者个人也不是其遗族,而是受害者的国籍国,预定该国通过行使外交保护权来间接地谋求救济。”<sup>[5]</sup>

相反的意见是,在日本战后补偿诉讼风起云涌的1991年,由荷兰国际法学会主要成员组成的国际法问题咨询委员会接受荷兰政府关于该国原战俘请求损害赔偿的咨询所作出的“关于因第二次世界大战向日本请求损害赔偿的可能性之答复”,对《海牙第四公约》第3条的起草和审议过程作了如下明确的叙述:“该条款的起草者之目的在于,创设个人请求损害赔偿的权利。”<sup>[6]</sup>

在国际法的实践中,个人拥有直接行使损害赔偿请求权的案例也是存在的。例如,德国波恩地方法院于1997年11月5日的判决,认可了第二次世界大战中在奥斯威辛集中营被施以强制劳动犹太人指控德国违反《海牙第四公约》第3条应负赔偿责任的诉求。<sup>[7]</sup>因将海战法规及惯例成文化而闻名于世的伦敦宣言(1908年)之第64条也同样作了如下的规定:“捕获审检所在审定对船舶或货物的捕获为

[2][日]高木喜孝《战后赔偿诉讼的法律问题》,俞浪琼译,日本年吉泽孔出版社2005年版,第13页、第26页。

[3]参见[日]田畑茂二郎、石本泰雄《国际法》,日本有信堂1990年版,第233—236页;【韩】柳炳华《国际法》(下卷),朴国哲等译,中国政法大学出版社1997年版,第219页。

[4]王铁崖等编撰《战争法文献集》,解放军出版社1986年出版,第46页。

[5][6]前引[2],高木喜孝书,第47页、第55页。

[7]参见[日]中国人战争被害赔偿请求事件律师团编《沙上の障壁——中国人战后补偿裁判10年の轨迹》,日本评论社2005年版,第218页。

无效时,或没有提交审检就解除对物件的捕获时,利害关系人有获得损害赔偿的权利。”〔8〕常设国际法院在“但泽法院管辖权问题”(1928年)的咨询意见中明确承认:“国家可以由条约明文规定给予个人以直接的权利,这种权利无需事先在国内法中加以规定,就可以有效地存在,并且是可以执行的。”〔9〕

许多国家的国内法院已经多次接受了受害者个人就违反国际人道法行为提出的诉求,这些案件的结果大不一样。尽管少数诉求获得支持,但多数却由于以下三个原因而失败,即:个人诉求为和平协定所阻碍;主权豁免,或根据国际法,索赔的权利在实质上属于非自动生效的性质。尽管如此,但是并没有任何法院否认了获得赔偿这一根本权利,对于违反国际法的行为,受害者个人应当享有要求获得赔偿的权利,它得到了越来越广泛的承认。〔10〕

需指出的是,根据许多国家的实践,在解决条约对自然人或法人的效力的问题时,把条约分为自动执行的和非自动执行的两类。自动执行的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。〔11〕非自动执行的条约,是指条约对缔约国生效后,缔约国尚须对条约转化为国内法,才能由国内司法或行政机关予以适用的那类条约。在缔约国国内既不自动执行条约,又不将条约转化为国内法的情况下,外国的受害者个人是难以与之对抗的。尽管缔约国国内司法机构有权拒绝条约的直接适用,但是,受害者国籍国在本国受害者用尽加害国救济后可以援引外交保护权与加害国交涉。加害国国家在国际法层面上负有承担违反条约的结果责任和拒绝履行条约的国家责任。援引外交保护权是国家与国家之间的解决纷争的处理方式,是一项普世接受的国际法习惯法。

在援引外交途径救济本国国民方面,也有成功的范例:第二次世界大战后,德国通过国内立法对受害者进行了赔偿(补偿),但是受益的对象有限。与亚洲国家受害者起诉日本国的同时,在美国的犹太人也在美国接连不断地掀起了起诉德国企业强制奴役劳工的索赔运动。由于美国积极地与德国进行外交谈判,1999年年初,德国政府对赔偿基金的设立重新进行提案,同年7月由德国政府和美国政府任命的两位调停人和由诉讼代理律师以及相关国家的代理人参加了交涉。最终,德国于2000年7月为被强迫劳动的受害者设立了规模为100亿马克的名为“记忆、责任和未来”的基金。〔12〕这是通过政府的外交保护和立法的高度妥善地解决了受害者的救济问题。该基金也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。

归纳而言,受害者个人有权在加害国寻求救济追究加害国的国家责任以及加害企业的责任,从这一层面来看,受害者当然是维权的权利主体,而加害国日本以及日本加害企业是赔偿的义务主体。同时,日本是《海牙第四公约》的缔约国,根据诚实地履行国际法义务的原则,如果日本不将《海牙第四公约》转化为国内法,就有义务在司法实践中允许该条约直接被适用,否则就构成对国际法的违反,可能引发受害者国籍国采取外交保护进行对抗。

## 二、受害者国籍国放弃国民请求权的质疑

缔结和约是结束战争法律状态的主要手段。在缔结和约时将国家主张的战争赔款和受害者的损

〔8〕根据海战法例而制订的关于捕获民间船舶、商品之捕获法及捕获规则的事例,也是众所周知的。如果看一看著名的国际法判例——关于“邮船哈瓦那号事件”的美国联邦法院判决(1900年1月8日),在违法捕获海战法例上被禁止捕获的敌国沿岸渔船(按照国际习惯法,其被排除在捕获对象之外)的场合,作为该渔船之拥有者的个人可得经由敌国法院要求返还该船舶及进行损害赔偿是十分清楚的。这绝不是仅限于美国的事例。

〔9〕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年版,第59—61页。

〔10〕参见2005年12月16日联合国大会决议:《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》,A/RES/60/147。

〔11〕参见李浩培《条约法概论》,法律出版社1988年版,第386页。

〔12〕参见前引〔2〕,高木喜孝书,第29页。

害赔偿一并提出是符合逻辑的处理方法。

第一次世界大战后开始了追究战争违法性的新正义战争论的检讨。<sup>[13]</sup>通常的正战论(正义战争观)涉及战争的开展目的和交战方法(手段)的两个方面,前者是开战法规,即“国家诉诸战争权的开战法规”,后者是交战法规,即“关于国际人道的交战法规”,经由这些法规约束着战争开展的条件以及制约着战争的手段。<sup>[14]</sup>显然,日本国在第二次世界大战中不仅违反了“开战法规”,也违反了“交战法规”。其结果是,违反战争开战法规(如侵略战争的发动等)的国家应向受害国承担战争赔款,违反交战法规的国家应向受害国国民(或通过外交途径缔结条约或按国内法救济途径处理等)承担赔偿责任个人损害赔偿请求权。<sup>[15]</sup>为此,“旧金山和约”第14条(a)款规定仅仅是针对战败国日本的要求:日本应对盟国作出战争赔款,但也承认日本无力对一切损害和苦难给予完全的赔偿。因此,日本必须与其领土曾为日本占领并受日军破坏的盟国就此问题进行谈判……提供劳役赔偿。<sup>[16]</sup>但是,因为冷战的原因,以及美国自身在日本两次投掷原子弹后对日本平民造成损害之原因,美国主导的“旧金山和约”规定,交战国之间相互放弃其战争期间缔约国及缔约国国民实施行为所导致的相对国以及其他国民的其他请求权。此后,日本与亚洲国家缔结的和约、经济协助协定使得韩国、缅甸、印度尼西亚、新加坡、马来西亚、泰国、菲律宾等国获得日本提供的生产物资和劳役赔偿。

尽管“旧金山和约”中提到了日本应对盟国的损害和苦难作出赔偿,但是,日本和这些国家所缔结的和约、协定中无一例外地规定,双方认同(受害国)国家和国民的关于请求权问题已经完全并且最终地解决。<sup>[17]</sup>1965年6月22日,韩国才与日本缔结了《日本国与大韩民国基本条约》(以下简称《日韩基本条约》)以及4个协定。其中《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也已完全并获得了最终的解决。”<sup>[18]</sup>

在“旧金山和约”的赔偿框架下,日本国与东南亚国家分别签订的经济协作条约中,日本的赔偿主要是以提供劳役服务或一定的生产物质来帮助受害国恢复经济。虽然可以说受害者个人也是间接的受益者,但是他们并没有直接地获得损害赔偿。值得思考的问题是,“旧金山和约”第14条(b)项规定,除本条约其他规定处之外,同盟国放弃对于日本国及日本国民实施战争所导致的所有的赔偿要求、放弃同盟国及其他国民的其他要求和同盟国对于占领直接军事费用的要求。这种将国家的战争赔偿请求权和国民的损害赔偿请求权并列记载的两重结构的战争赔偿问题进行“一揽子”处理的公约,是否只是放弃了政府对国民的所谓“外交保护权”,还是连每个国民的个人请求权也一并放弃了呢?

[13][14]参见[日]加藤朗等:《战争的展开与抑制》,日本劲草书房1998年版,第145页、第146—147页。

[15]参见“旧金山和约”第14条(b)款:“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.”

[16]有关日本战争赔偿的主要规定是“旧金山和约”,其中第14条(a)规定:“缔约方认为日本国应该对于战争期间由日本国给同盟国造成的损害以及灾难作出赔偿。然而,缔约方认为目前日本的资源不足以为其维持可行的经济,并同时为履行它其他的责任,完全赔偿所有此类损失及灾难。”之后,第14条规定了日本的战争损害赔偿:日本必须与其领土曾为日本占领并受日军破坏的盟国就此问题进行谈判,日本用劳役,以及向盟国提供修复损害所需费用赔偿当地关于战争损害的要求。译自[日]《新六法》(2009年),日本三省堂版,第1420—1421页。

[17]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(施政当局、公权力方面)与国民的对日求偿权。例如,1954年(昭和29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日签定的《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》。参见管建强:《公平、正义、尊严——中国民间对日索赔的法律基础》,上海人民出版社2006年版,第225—226页。

[18]前引[17],管建强书,第225页。

在后一种情况,政府真的能够放弃每个国民的个人请求权吗?特别在发生强制押送并强迫劳动、充当“慰安妇”或虐待战俘及被扣留平民等严重侵害人权行为的时候,每个受害者的个人请求权本来不具有政府可以予以放弃的权利,这一点已成为国际法上重要的议论点。

关于政府是否能够根据“旧金山和约”放弃因违反《海牙第四公约》而产生的受害者个人的损害赔偿请求权的问题,各个政府的观点实际上并不一致。例如,根据美国司法部的立场,即根据和平条约,政府能够放弃基于战时国际人道主义法而产生的本国国民的损害赔偿请求权。这一立场虽很明确,但其法律依据其实停留在所谓“主权国家的权能不受限制”之原则的水准上。事实上,没有一个二战的同盟国国内宪法被赋予权力放弃战争受害者个人的赔偿请求权,美国司法部的立场明显地违背人民主权的意志,与国际人道主义法的发展是背道而驰的。此外,放弃本国国民的损害赔偿请求权,由本国进行补偿处理也存在问题。<sup>[19]</sup>

1955年4月25日,广岛和长崎的原爆受害者以日本国为被告、向东京地方法院提起损害赔偿请求诉讼。<sup>[20]</sup>对此,日本政府的一贯主张是:根据“旧金山和约”日本国放弃的只是政府的外交保护权,原子弹受害者个人有权向美国政府提出损害赔偿请求,所以,日本政府没有赔偿义务。但是,随着在美国的对日战后赔偿诉讼的兴起,日本政府向美国法院提交了《日本政府意见书》,主张两国国民之间的请求权都业已被“旧金山和约”所放弃。<sup>[21]</sup>

但是,回到原则上来看,政府未经战争受害者同意是否有权放弃其国民的赔偿请求权问题值得研讨。

在缔结“旧金山和约”之前的1949年,二战同盟国各国缔结了“日内瓦四公约”,其中,《关于战时保护平民的日内瓦公约》第148条规定:“对于前条规定的违法行为,缔约国不能免除本国应该承担的责任,也不得使其他的缔约国免除其应该承担的责任。”<sup>[22]</sup>

关于1949年“日内瓦四公约”的追加议定书,国际红十字会对上述条款作了以下更为明确的解释:“缔结和平条约时,原则上,缔约国无权以适当的方式处理战争受害和发动战争之责任等问题。但是,缔约国无权回避对战争犯罪的追究,也无权否定因违反诸公约及追加议定书的各项规定的行为而受到侵害的受害者的补偿请求权。”<sup>[23]</sup>“旧金山和约”在上述“日内瓦四公约”之后被缔结,该公约第14条条款当然应该以上述《关于战时保护平民的日内瓦公约》第148条的宗旨为前提来加以理解。这样的话,关于“日内瓦四公约”所规定的“严重的违反行为”,任何一个国家对受害者个人请求权的放弃都明确地受到了限制。

显而易见,政府放弃因违反战时国际人道主义法的行为而受到损害的国民的赔偿请求权是与国

[19]从1999年夏天开始,在美国以日本企业为被告的接连不断的诉讼中美国政府的意见。2000年9月11日,在以日本企业为被告、要求对曾经被强迫从事的奴隶性劳动支付相应的劳动报酬并进行损害赔偿的战后补偿诉讼中,美国北加利福尼亚州联邦地方法院驳回了美国、英国、澳大利亚、新西兰等二战同盟国军队原战俘的请求(即沃克判决)。驳回请求的判决理由是:依据美国司法部的意见书,美国政府根据《旧金山和平公约》第14条(b)款的规定,已经放弃了美国国民对日本国及其国民的损害赔偿请求权。

[20]投放原子弹的行为违反海牙公约之附属陆战规则第23条(禁止使用极端残酷的武器)和第25条(禁止攻击无防备的城市)的规定,美利坚合众国应负损害赔偿义务。但是,因为日本政府根据《旧金山和平公约》放弃了日本国及其国民的战争赔偿请求权,以致日本国民无法向美利坚合众国请求损害赔偿,所以以日本国为被告请求损害赔偿。在该诉讼中,被告日本国主张:《旧金山和平公约》第19条(a)款所放弃的“日本国民的权利”应该解释为只是外交保护权,而个人不通过本国政府直接请求赔偿的权利并没有被放弃,也就是说,个人请求权的行使不受放弃外交保护权的直接影响。

[21]参见前引[2],高木喜孝书,第13页、第26页。

[22]第147条规定:“前条所述严重的违反行为是指,对本公约加以保护的人或财产实施下列任何一种行为:故意杀害,酷刑或不人道待遇(包括生物学实验),故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害,对未成年人加以非法驱逐出境或迁移或非法禁闭,强迫未成年人在敌国军队中服役,故意剥夺本公约所规定的、享有公允及合法审判的权利,劫持人质,或是无军事上的必要,非法和恣意地广泛破坏和侵占财产。”

[23]参见《对1977年6月8日追加议定书之解释》第3651款,引用出自ICRC,1987年出版。

际人道法的有关精神相背离的。一些曾在“旧金山和约”中放弃国民对日索赔请求权的国家(澳大利亚、新西兰、英国、荷兰和加拿大),在50年后,这些政府重新作出了对于在第二次世界大战中被日本军俘获并且遭受强制劳动的本国军人提供一次性补偿。<sup>[24]</sup>这些补救行为说明了这些国家对于战争受害者个人拥有不容否认的赔偿请求权有了重新认识。

### 三、韩国保护战争受害者义务主体的实践

朝鲜民主主义人民共和国与大韩民国因为朝鲜半岛唯一合法政府的代表权问题,未能签署“旧金山和约”。直至1965年6月22日,韩国才与日本缔结了《日韩基本条约》以及4个协定。按照这些国际文件的规定:“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也已完全并获得了最终的解决。”<sup>[25]</sup>在这样的背景下,韩国受害者的对日索赔十分艰难。尽管如此,原从军“慰安妇”和声援者坚持每周星期三在驻韩国首尔的日本大使馆前,举行抗议活动,这项抗议活动自1992年的1月8日开始,2012年年初已逾1000次,也超二十年。他们要求日本政府谢罪和赔偿。<sup>[26]</sup>

索赔运动对韩国政府触动很大。2005年3月1日,韩国时任总统卢武铉在庆祝“3.1独立运动86周年纪念典礼大会”上发表演说时,言及民间索赔问题提到,日韩国交正常化40周年之际,回顾公开的与日韩条约相关联的外交文书,战后赔偿问题在处理上,韩国政府也有责任,作为被害者,国家单方面地处分了国民的个人请求权,令人难以接受。<sup>[27]</sup>该发言显示了对前朴正熙总统错误行为的认识。

韩国受害者对日索赔运动涉及国际法的国家外交保护理论。许多国际法学者似乎认为外交保护权仅仅是国家在国际关系中的权利而不是义务。因此,在受害者用尽加害国司法救济、遭到拒绝赔偿后,其国籍国未必一定会通过外交途径来帮助战争受害者来实现救济。这是受害者不能获得最终救济的一个重要原因。多数亚洲受害国家在战后处理过程中,往往只注重考虑国家整体利益,而欠考虑国民个人的直接救济问题,加之国际政治力量的对比不平衡,这些国家不仅不能为受害者创设混合仲裁赔偿委员会,也未能在相当于和约的条约中争取救济受害者。然而,有必要指出,受害者国籍国的立场和态度对于个人受害者是否能够最终获得救济起着至关重要的因素。

2011年8月30日韩国宪法法院就慰安妇个人请求权问题作出判决。判决书中认定:“解决索赔权是国家的义务,政府应通过外交渠道予以解决。国家在财产和索赔权争端上的不作为,侵犯了受害者的基本权利,违反了宪法。”韩国外交通商部30日发表声明表示,韩国政府一直坚持日本政府对“慰安妇”负有责任的立场,但由于日本政府声称已通过1965年韩日间协定了结赔偿责任,韩日间解决这一问题的过程势必旷日持久。声明表示,政府虚心接受宪法法院的裁决,今后将继续通过双边外交并在国际舞台要求日本采取负责任的措施。<sup>[28]</sup>同时,韩国政府认为,根据1965年《日韩基本条约》相关协定,两国间的财产和请求权问题已完全解决,但慰安妇等问题并不在此范围内。<sup>[29]</sup>

尽管外交保护曾被一些国家看做是国家的一项权利而不是义务,但是笔者认为,1949年的《关于战时保护平民的日内瓦公约》第148条对缔约国的外交保护权的行使应该有重大的影响。该条规定:“对于前条规定的违法行为,缔约国不能免除本国应该承担的责任,也不得使其他的缔约国免除其应

[24][25]前引[17],管建强书,第358页、第225页。

[26][日]2011年12月7日衆議院外務委員会、服部良一議員の質疑(議事録から),「(第15回公開フォーラム)戦後補償到達点と今後の課題2012」資料集、2012年1月26日,会場:弁護士会館。

[27][日]盧武鉉(ノムヒョン)韓国大統領、3・1独立運動式典演説で日本の補償に言及,《毎日新聞》2005年3月1日夕刊。

[28]《韩国宪法法院裁定政府在“慰安妇”问题上“不作为”》,载新华网,http://news.xinhuanet.com/world/2007-0/03/content.htm, 2012年4月30日。

[29]《韩国政府拟近期向日本提议磋商慰安妇问题》,载于日本共同社,http://china.kyodonews.jp/news/2011/09/16013.html, 2012年4月30日。

该承担的责任。”<sup>[30]</sup>这一条款揭示了缔约国对于本国国民遭遇严重违反国际人道法的加害行为,当受害者用尽当地救济得不到公正待遇时,有义务向加害国追究其国家责任。外交保护作为权利时是可以放弃的,但是对于该《日内瓦公约》的缔约国,外交保护是一项义务不能放弃,必须履行。如前所述,2011年8月30日韩国宪法法院就慰安妇个人请求权问题作出判决认定:“解决索赔权是国家的义务,政府应通过外交渠道予以解决。”尽管韩国宪法法院的判决所援用的是《韩国宪法》第10条的保护国民人权的义务以及第2条第2项的对在外国国民的保护义务,<sup>[31]</sup>但是,《韩国宪法》第2条第2项规定:“国家根据法律规定,有保护在外国国民的义务。”这里所指的“根据法律”,从广义地看,当然包括国际条约。韩国宪法法院判令政府行使外交保护权,恰恰体现了《关于战时保护平民的日内瓦公约》(韩国于1966年8月16日正式加入)是所“根据法律”的重要渊源。

不仅如此,2006年联合国国际法委员会在其第五十八次会议上,提交大会通过的《外交保护条款草案》是该制度的最新发展成果。该条款草案<sup>[32]</sup>第19条(1)款规定:“一个有权行使外交保护的国家根据本条款草案,应该充分考虑行使外交保护的可能性,特别是当发生了重大损害。”根据这一条款的规定,国家在特定情势下行使的外交保护,就具有了义务的性质。这对于传统的强调外交保护是国家的一项权利的理论来说,属于实质性的突破。

从国际法的视角看,韩国民众的索赔运动推动了韩国宪法法院作出“政府有义务行使外交保护权保护那些遭受反人道法暴行的受害者”的判决。这已判决对扭转关于“外交保护仅仅是国家权力,而不是国家义务”的观念具有重大的冲击力度,对于国际人道法的进步和发展具有十分重要的意义。

2012年5月24日,韩国大法院就2009年韩国广岛三菱劳工原子弹受害者在本国诉日本三菱重工业株式会社被釜山高等法院驳回一案作出撤销原判,判令釜山高等法院重审此案。2013年7月30日韩国釜山高等法院作出裁决,判令三菱重工对其曾征用的韩国劳工作出赔偿。三菱重工认为判决不公,将提出上诉。该公司表示不打算和解,称“相信能够胜诉,但万一最终被裁定为败诉,将与外务省和经济产业省共同商讨对策”。<sup>[33]</sup>

另外,4名韩国人以第二次世界大战期间从朝鲜半岛被强掳至日本炼钢厂从事劳动为由在韩国法院向新日铁住金(旧新日本制铁)公司索赔一案,2013年7月10日,首尔高等法院判定原告胜诉。尽管日本政府一直坚持韩国劳工个人索赔权因1965年的《日韩请求权协定》而失效,其问题“已完全且最终解决”的立场。但新日铁住金的应对方针与政府相左,一方面新日铁住金对个人索赔问题的处理基于日本政府的立场,在韩国最高法院作出判决之前不同意和解。然而,如果在最高法院裁定其败诉后仍旧拒绝支付赔偿,新日铁住金在韩国境内的资产很可能被扣押。出此考虑,新日铁住金认为必须同意赔偿。除新日铁住金和三菱重工外,机械制造商不二越公司也被索赔者起诉,今后亦有可能同意赔偿。<sup>[34]</sup>

对此,日本政府高官不满地表示:“重提已经解决的战后补偿问题将动摇日韩关系的基础。无视协定的韩国的一系列司法判断令人难以理解。”由于对方是韩国的司法机关,日本政府找不到有效的对策。和日本一样,韩国也是司法独立的国家,日本政府无法就索赔案判决向韩国政府提出不服判决。外务省官员表示:“不管结果如何,日本政府不能公开对韩国的司法判断说三道四。”<sup>[35]</sup>

韩国经历了一开始放弃国民的个人损害赔偿请求权到韩国宪法法院责成韩国政府行使外交保

[30]第147条规定:“前条所述严重的违反行为是指,对本公约加以保护的人或财产实施下列任何一种行为:故意杀害,酷刑或不人道待遇(包括生物学实验),故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害,对未成年人加以非法驱逐出境或迁移或非法禁闭,强迫未成年人在敌国军队中服役,故意剥夺本公约所规定的、享有公允及合法审判的权利,劫持人质,或是无军事上的必要,非法和恣意地广泛破坏和侵占财产。”

[31]《大韩民国宪法》(1987年10月29日生效)第2条第2项:“国家根据法律规定,有保护在外国国民的义务。”第10条:“所有国民拥有人的尊严和价值,并享有追求幸福的权利。国家担负确认、保障个人拥有的不可侵犯基本人权的义务。”

[32]参见联合国国际法委员会官方网站, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/9\\_8.htm](http://untreaty.un.org/ilc/texts/9_8.htm), 2012年4月30日。

[33][34][35]《新日铁住金有意在败诉后赔偿韩国二战劳工》,载于日本共同社 <http://china.kyodonews.jp/news/2013/08/58091.html>, 2013年8月18日。

护权以及韩国大法院判定日本加害企业败诉的过程。韩国在救济受害者的问题上,其采取的措施有两个显著的特点:第一,韩国政府将1965年的《日韩请求权协定》中“两国间的财产和请求权问题已完全解决”的条款解释成“慰安妇等问题并不在此范围内”,并主动出击,要求与日本政府磋商慰安妇问题的解决;第二,接受被日本奴役的劳工在韩国境内起诉,具体对象的拿捏上,仅限于日本加害企业,而不包括日本政府,这样的处置回避了国家主权豁免的障碍。韩国的实践不仅颠覆了所谓受害者国籍国仅享有权利而不承担义务的说辞,其外交和司法实践也为亚洲其他受害国家树立了解决战争遗留问题的参照系。

#### 四、总结与展望

第二次世界大战结束后,由于东西方阵营的冷战,国际人道法中关于受害者的赔偿救济问题受到严重的影响。以美国为首的西方阵营,在朝鲜战争爆发后,为了拉拢日本成为西方阵营的重要成员,不希望削弱日本的经济实力,因而无视国际人道法的规定,不仅不对受害者的损害予以救济,反而在“旧金山和约”中公然宣布交战国相互之间放弃受害者的损害赔偿请求权。

随着冷战格局的瓦解,各国政治民主化进程的发展,亚洲人民的民主、人权、自由意识已日益觉醒和增强,受害者认识到索赔是他们的权利,日本政府和加害企业有义务赔偿。

然而,日本始终在赔偿法律上问题上玩弄文字游戏,拒绝对受害者作出应有的赔偿,不仅如此,日本领导人中还会不时地冒出美化战争、歪曲历史的言论,以“没有证据”为借口,企图否定第二次世界大战期间日军强征“慰安妇”的史实。<sup>[36]</sup>日本政要不断参拜靖国神社,日本政府公然进行所谓“购买”中国领土钓鱼岛,不断突破和平宪法的限制等行为说明了日本当局正在挑战二战形成的雅尔塔格局。

中国与亚洲其他国家的民间对日索赔诉讼的法律基础有着不同的特点。韩国、菲律宾等国的受害者在对日索赔时,只是尽可能地解释其母国在缔结和约时所放弃的仅仅是外交保护权而没有放弃国民的实体的诉权,主张根据1965年《日韩基本条约》相关协定,两国间的财产和请求权问题已完全解决,但慰安妇等问题并不在此范围内。<sup>[37]</sup>中国与上述国家不同,中国受害者诉求的法理依据和主张则是严肃地澄清中国政府从未放弃过受害者的损害赔偿权。

民间索赔运动已经进入了跨国民间联合索赔运动时代,他们不会停止继续斗争的脚步。回顾过去,民间索赔运动步履艰难,然而,民间索赔运动的实践不仅丰富了国际人道法的内涵,也推动着国际人道法朝着正确的方向发展。过去模糊的理论规则正在变得清晰:民间受害赔偿与国家战争赔偿的区分规则,以及对国际人道法义务的违反,必将产生赔偿的义务业已为国际社会普遍接受。

新的理论正在形成和推广:“战争受害者的诉权不受公权力剥夺”的原则,越来越多地获得国际社会的认同。传统的外交保护观念遭到挑战,行使外交保护权传统理论认为是国家的权利。今天,对于本国国民遭遇严重违反国际人道法的加害行为,尤其是当受害者在日本国用尽救济手段正义得不到伸张时,受害者母国积极履行外交保护权的义务以及适度地利用国内司法管辖有效地维护受害者合法权益顺应了国际人道法发展的潮流。它不仅有助于恢复人类的尊严和价值,而且有利于建立人民对政府的信赖。

在人类历史的演进轨道上,民间战争受害者的索赔斗争、跨国市民运动正引领着国际人道法的不断发展。

[36]《日本首相企图否认强征“慰安妇”史实》,载于新华网[http://news.xinhuanet.com/world/2007-03/03/content\\_5793984.htm](http://news.xinhuanet.com/world/2007-03/03/content_5793984.htm), 2012年4月30日。

[37]《韩国政府拟近期向日本提议磋商慰安妇问题》,载于日本共同社<http://china.kyodonews.jp/news/2011/09/16013.html>, 2011年9月8日。