

寻找共生：人道领域中的安全理事会

奥雷利奥·维奥蒂* 著/朱利江** 译

摘要

虽然安全理事会非常有必要介入对个人或团体的保护,这甚至是值得称颂的,但应当非常谨慎地看待这个问题。本文作者认为,在寻找安全理事会权限和人道行动间完美的互补关系时,不应忽视以下几方面的问题:安理会的政治性质;它在有关严重侵犯人格尊严的决议中存在的不作为和前后不一致的情形;以及包括武力在内的强制行动在对武装冲突受难者提供中立和公正援助方面所产生的影响。

在生态学中,“共生”是用来形容不同物种的有机体之间紧密关系的术语,这种关系一般还是长期的。虽然这种关系因为两种有机体之间为了生存而相互需求的程度有所不同,可能是专性的也可能是兼性的,但“共生”这个术语表明它们之间的互动对彼此是有益的。其中一个非常有名的例子是小丑鱼和海葵之间的关系:海葵保护小丑鱼不被捕食者吃掉,小丑鱼则清除海葵身上的寄生虫和脏东西。

尽管用生态学的概念来分析法学规范的发展可能存在风险,但人们

* 奥雷利奥·维奥蒂(Aurélio Viotti)是巴西外交部的外交官,也是布宜诺斯艾利斯大学国际法专业博士研究生。本文的观点仅仅是作者自己的观点,是在2006年12月提交的,因此没有考虑后续发展。

** 中国政法大学国际法学院讲师。北京大学法学院国际法博士、荷兰海牙国际法学院博士项目参加者、瑞典隆德大学瓦伦堡人权与人道法研究所国际人权法硕士、北京大学法学院法学学士。

确实可以说,在过去十年,人们一直在寻找武装冲突中的人道行动和联合国安全理事会(以下简称安理会)采取的行动之间某种程度的“共生”关系。从这个角度来看,一方面,安理会根据《联合国宪章》的规定行使全部职权,支持那些致力于保护暴力受难者的机构和组织;另一方面,人道行为者以独立、中立和公正的方式在进行工作,以便减轻军事冲突所带来的痛苦,或许还会有助于促成交战各方之间的对话和达成冲突解决方案。一般来说,这种互补性如果以理想的形式表现出来,那么在多边组织的合法性基础上,它可以进一步推动对武装冲突受难者的保护和国际和平的恢复。

然而,这种保护和安全两个领域之间存在完美的共生关系的看法不可避免地会引起对安理会性质和责任的辩论,因为安理会的首要职能是维持或恢复国际和平及安全,而这是属于诉诸战争权(*jus ad bellum*)领域的事项。而且,这还需要分析它是否与安理会根据战时法(*jus in bello*)处理那些保护武装冲突受难者的原则和规范的方式相协调。

国际人道法的一项基本原则是对诉诸战争权和战时法这两个概念做出区分。可以说,正是这种区分确保了人道行动的独立性和普遍性。无论何时,只要存在武装冲突,它就确保那些保护个人的规则具有可适用性,而无论使用武力是否合法。因此,可以说它确立了人道法中交战各方平等的原则。即使那些应对发动“侵略战争”负责的人,也受到战时法的保护。^[1]

本文将从法律的角度对安理会介入保护个人和团体的努力所产生的一些问题进行分析,目的是为了在人道行动和安理会的行动之间寻找一种共生关系。本文前两部分将从历史的角度简单描述诉诸战争权和战时法这种二分法的出现过程。第三部分将考察联合国成立以来所确立的法律制度以及保护个人的国际体系经历的某些发展。最后将考察

[1] Marco Sassòli and Antoine Bouvier, *How Does Law Protect in War?* ICRC, Geneva, 1999, p. 85. François Bugnion, “Just war, war of aggression and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847 (September 2002), pp. 523 – 46.

安理会关于武装冲突受难者所采取的一些措施,以及战时法与诉诸战争权这种二分法对现在正在发生的冲突的持续意义。

先验原则的不精确性

即使诉诸战争权和战时法都是拉丁语,在古典时期并没有对这两个概念做出明确区分。而且,即使在现代国际法的发展时期,也是如此。然而,各个民族都存在试图对发起敌对行动与敌对行动中行为加以调整的历史,尽管这种历史通常说来是因为宗教而不是法律的原因。

在泛希腊的历史上,我们发现古代希腊人认为某些地点和人员是神圣不可侵犯的,如庙宇、提供避难的圣殿及其牧师等。同样,如果没有尊重战败的敌人的尸体或不允许他们体面埋葬,都将不可避免遭到神的惩罚。在《伊利亚特》(*Iliad*)中,阿喀琉斯(Achilles)在击败赫克托耳(Hector)后就遭到了神的谴责:

但是这个人,他杀了高贵的赫克托耳,夺走他的生命,把他绑在车后,拖拉奔跑……他得到了什么好处,争到了多少光荣。让他小心,不要触怒神明,虽然他是人中的俊杰——瞧,他粗狂暴虐,欺辱着没有知觉的土地!^[2]

在罗马,诸如尊重休战协定和承诺安全行为的战争也受到严格规制。当时有一种暗示,即如果在罗马军队攻破某个城市之前该城市就已经投降了,那么里面的居民,包括男人,都将得到饶恕,尽管他们有可能成为奴隶。古典的文学作品经常提到一些领导人,这些领导人都援引“正当原因”(*justa causa*)作为宣称罗马人在道德和军事方面具有优越性的基础。尤其是,祭司法(*jus fetiale*)对战争是否合法规定了一套正式的制度:只有当按照特定程序发动的战争,才可以被认为是“值得赞许和

[2] Homer, *Iliad*, Book XXIV, 50-4. 英文版翻译可见:Richmond Lattimore in *Great Books of the Western World* 3, Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1990, p. 291. See David Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 249-63.

正义的”。在得到祭司团批准之后,这种程序就能够确保神是赞同罗马军队的。^[3]

只有到了中世纪,从实体角度评估战争才变得很常见。圣·奥古斯丁(Saint Augustine)(354~430)首次提出了“正义战争”的概念(*justum bellum*),并在以后得到了托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)(1225~1274)的发展。阿奎那的观点助长了接下来几个世纪关于战争的辩论。他认为,只有符合下列三个条件,战争才是正义的:

第一,要有指挥发动战争的主权权威。宣战不是私人的事情,因为他可以通过上级的裁判来救济权利……由于维护大众的福利是那些有权人的事情,因此维护受他们统治的城市、王国或省的公众福祉是他们的事情。第二,要有正当的理由,即那些受到攻击的人之所以应当受到攻击,是因为他们犯了某些错误。因此,奥古斯丁说:正义的战争通常是指那些惩罚错误的战争……第三,交战方应当有正当的目的,即弘扬善良或避免邪恶。^[4]

我们认为,从法律的角度正式形成“正义战争”理论的是弗朗西斯科·维多利亚(Francisco de Vitoria)(1486—1546)。他是萨拉曼卡(Salamanca)大学的神学家和教授,被某些人看做国际法的奠基人。除了认为战争纯粹是一个公共问题外,他还认为:“只有唯一一个正当理由可以发动战争,即具有(严重的)过错。”不过,由于就战争事项来说,主权者自己是裁判者,因此主观的错误或善意将使那些客观上不正义的战争成为正义。^[5]此后,弗朗西斯科·苏亚利兹(Francisco Suárez)

[3] 由于牧师既具有宗教又具有世俗的身份,因此是不过问战争正义与否的。他们只负责监督仪式的举行,那种仪式随着罗马帝国的扩张而逐渐得到改变。Celso de Albuquerque Mello, *Direitos Humanos e Conflitos Armados*, Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 78 ff. Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Clarendon, Oxford, 1963, pp. 3 ff. Bederman, above note 2, pp. 231-41.

[4] Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, second part of the second part (Secunda Secundae Partis), question 40(原文即有着重号), trans. by Fathers of the English Dominican Province, rev. Daniel Sullivan, *Great Books of the Western World*, 同上注[2], Vol. 18, p. 578.

[5] Francisco de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, Relección Segunda, paras 13 and 20, Editorial Porrúa, Mexico City, 1974, pp. 82-5.

(1546—1617)认为惩罚那些侵犯第三方权利、惩罚过错以及保护无辜的人是发动战争的正当理由。不过,在诉诸武力之前,有必要证明战争是获得赔偿的唯一手段。〔6〕

必须根据这两位作者身处的年代来理解这些学说。他们所处的年代正是天主教整体和神圣罗马帝国分裂的时候,当时的神圣罗马帝国皇帝被看做西欧所有基督教国家的临时领导人。在横跨西欧的统一武装部队成立之前,宗教已经成为国家之间和国家内部发动战争的理由,就像“三十年战争”(1618—1648)一样。那场战争开始的时候是神圣罗马帝国内部的争端,但后来扩大到大多数欧洲国家,它们以对宗教的理解为立场的分界线,其中作战手段的变化让人非常担忧。三十年战争之后,造成的灾难是惊人的;在受到直接影响的地区有四分之三的人口由于战争、疾病或大规模移民而消失了。〔7〕

在三十年战争、荷兰争取独立以及荷兰海军实力上升期间,格劳秀斯撰写了他的伟大著作。他相信,对那些在解释基督教教义中有错误的人或那些拒绝接受此种教义的人是不可能发动正义战争的,因为主权者对他的臣民行使的是世俗的权力。他把战争看做是一个司法程序,是为了救济所受的伤害,这种程序可以惩罚任何实施了“严重违反自然法或万国公法”的人。因此,他相信为了被压迫者的利益而发动战争是可以的:

我们是否有正当的理由为拯救受其压迫的臣民而与另一个省发动战争是另外一个问题……但是,如果不公正已经非常明显,就像布希里斯(Busiris)、法拉里斯(Phalaris)或色雷斯的狄俄墨得斯(Diomedes)对其臣民那样行使暴政以至于任何活着的好人都会同

〔6〕 Francisco Suárez, *Selección de Defensio Fidei y Otras Obras*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1966, pp. 305 - 12.

〔7〕 Tony Allan (ed.), *Poderes da Coroa, História em Revista*, Vol. 15, April, Rio de Janeiro, 1992, pp. 72 - 7. See: Irène Herrmann and Daniel Palmieri, “The new conflicts: Back to the future?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 849 (March 2003), pp. 23 - 44.

意,那么就不应当排除人类社会的权利。〔8〕

虽然古典时期的一些作者的确担心“无辜者”的命运,但他们并不对诉诸战争权和战时法做出概念上的区分。由于缺乏这种精确性,因此交战各方的权利和义务取决于它们所追求的事业的“合法性”。这样一来,没有正当理由的战斗员就不具有任何权利。例如,弗朗西斯科·苏亚雷斯就相信:“如果目的是正当的,那么必要的手段也是正当的;因此,在战争期间,除了那些杀害无辜者,即儿童、妇女和所有无法携带武器的人员之外,对敌人造成的任何损害都不可能是不正义的。”〔9〕同样,如果有正当的理由,那么就有法律权利劫掠货物,尽管在其他情形下这种行为将被认为是盗窃行为。〔10〕

1648年的《威斯特伐利亚和约》结束了欧洲的宗教战争,其中的规定体现了格劳秀斯提出的一些箴言。它规定,必须通过天主教国家和新教国家之间的“友好”协定来解决将来的宗教争端。威斯特伐利亚制度的建立标志着欧洲从中世纪进入一个由平等的主权国家构成的时代。战争不再是为了某个特定的教条获得优越性的一种手段,而是成为解决

〔8〕 Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book II, ch. XXV, para. VIII (1) (2), 1625, ed. 理查德·塔克 (Richard Tuck) 对本书做了介绍,来自下列版本: Jean Barbeyrac, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, pp. 1159, 1161, 可访问: http://oll.libertyfund.org/EBooks/Grotius_1032.02.pdf (最后访问时间 2007 年 3 月 5 日)。皮埃尔·拉鲁斯 (Pierre Larousse) 的《十九世纪大百科词典》(*The Grand Dictionnaire Universel du XIXe Siècle*) 是这样解释格老秀斯的暗示的:布希里斯是埃及神话中的人物,他统治期间出现了长达九年的饥荒。一位塞浦路斯的算命先生告诉他,只有每年杀掉一名外国人才可以消除这场灾祸。布希里斯听从了他的话,先把他杀了,然后每年杀掉一位来到埃及的外国人。法拉里斯在公元前 6 世纪出生在克里特岛,是阿格里真托 (Agrigento) 的一位暴君。有一位名叫佩里罗 (Perillo) 的雅典雕刻家给了他一尊铜牛。在这头铜牛里面,刚好可以放进去一个人,然后可以把这个人用慢火烧烤。法拉里斯就先把发明这种酷刑的这位雕刻家烧烤了,然后还烧烤了无数敌人。根据一些说法,他最后也是被烧烤死的。狄俄墨得斯是色雷斯国王,他拥有会喷火的凶猛的马,这些马都是用人肉喂的,尤其是那些落入他手中的外国人的肉。赫克力士 (Hercules) 击败了他,然后把他喂了他自己的马。

〔9〕 Suárez, above note 6, pp. 332-5, 红十字国际委员会译。

〔10〕 Thomas Franck, “Fairness in the international legal and institutional system”, *Recueil des Cours*, Vol. 240 (1993 - III), pp. 258-60.

分歧的一种工具,尽管并不完善。^[11] 战争的合法性问题被忽视了,转而支持尼科洛·马基雅维里(Niccolò Machiavelli)提出的观点,即“只要有必要,战争就是正义的”。^[12] 他的观点在法律上首次得到巴尔塔萨·阿亚拉(Balthazar Ayala)(1548~1584)的支持。他把战争看做是君主的特权,认为关于战争理由正当与否的所有讨论都不对。阿尔贝里科·真提利(Alberico Gentile)(1550~1608)发展了这种观点。他对学者观点的道德基础提出了质疑,即“如果对哪一方是正义的产生怀疑,那么任何一方都不能说是不正义的”。^[13]

固有状态的后果

随着具有独立政治权力的现代国家兴起,战争逐渐变成主权者的特权,成为政治的最终手段(*ultima ratio*)。由于国家不再承认在自身的意志之上还有任何义务,因此可以从主权中推导出国内管辖不可侵犯这项原则,而且个人只和其国家具有关系,国家是个人权利和义务的唯一来源。例如,当欧洲民族国家仍在自我肯定时,埃梅里希·瓦泰尔(Emmerich de Vattel)(1714~1767)就在其著作中对适用超越国家和主权者意志的一般原则进行了重新解释,并进行了限制。他对拿起武器惩罚严重破坏自然法的行为提出了质疑:

尽管格劳秀斯附加了所有预防措施……但他的观点难道不是向所有狂热和盲信的灾难敞开了大门,并给各种野心提供了无数借口吗?^[14]

[11] Bugnion, above note 1, p. 526.

[12] Niccolò Machiavelli, *Il Principe*, in *Opere*, Riccardo Ricciardi, Milan, 1960, p. 84.

[13] Balthazar Ayala, *De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari*, Book III, Book I, ch. II, paras. 33-35, translated by Pawley Bate, Carnegie Institution, Washington, 1912; Vol. II, pp. 22-3. Regarding Gentili, see Brownlie, above note 3, pp. 11-12.

[14] Emmerich de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Book II, ch. I, para. 7 [英文翻译可访问:<http://lonang.com/exlibris/vattel/vatt-201.htm>. (最后访问时间2007年3月5日)]

尤其是,由于受到欧洲协调时期政治制度的影响,19世纪被认为是具有无限战争权和承认征服的时代。^[15] 国际社会对国家之间发生的冲突产生的任何反应都是出于政治,而不是法律的考虑。甚至在1895年,布伦奇利(Bluntschli)就写道:尽管人们可能对战争造成的影响感到悲痛,但战争仍然是“确保人类必要进步不可或缺的手段”。^[16] 国际法关心的是宣战的形式和对交战各方和第三方产生的影响。阿西奥利(Accioly)是这样概括战争古典理论的:“国际法的作用仅仅是从法律的角度对从事战争的方式和它所产生的影响进行评估,而不是它本身的合法与非法。”^[17]

虽然这种绝对的唯一意志论赋予国家有自由决定开战的权利,但同时主张对暴力行为的方式加以限制。由于所有的交战方都是在合法地采取行为,因此在“战争状态”持续期间,在遵守某些行为规范方面就不存在任何矛盾。瓦泰尔在他的著作中就“哪些是在正义战争中允许对敌人做的事情”做出了一系列规定。虽然他把军事必要作为一项一般规则,但他不仅认为针对所有没有携带武器的人员(只要他们没有从事敌对行为)实施的暴力是非法的,而且还认为某些作战方法是非法的,如使用有毒武器和拒绝饶恕那些战败的或被解除武装的敌人,因为应当把这些人员视为战俘。^[18]

由于国际法被认为是主权国家之间的协定,因此战时法就失去了它的先验性质,成为交战各方之间相互承担的义务。19世纪后半期出现了红十字和第一批多边公约,试图规定“技术上的限制,根据此限制,战

[15] Brownlie, above note 3, p. 19. Christian Tomuschat, “International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century”, *Recueil des Cours*, Vol. 281 (2001), p. 204.

[16] Johann Caspar Bluntschli, *Le Droit International Codifié*, Guillaumin, Paris, 1895, p. 11, 译自该作者 *Das moderne Völkerrecht* (1868) 一书第五版(引用:红十字国际委员会译自西班牙语版)。

[17] Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, 2nd edn, MRE, Rio de Janeiro, 1956, Vol. III, p. 91. (引用:红十字国际委员会译自西班牙语版)

[18] 瓦泰勒坚持认为:“除了那些为实现正当且必需的事情以外,我们不具有做任何其他事情的正当权利。除此以外我们做的任何事情都受到自然法的谴责,都是错误的,还会受到良知的谴责。” above note 14, Book III, ch. VIII, para. 137.

争的需要应服从人道要求”。^[19] 此时,国际法的契约性质通过把保护落入敌手或处在敌人领土上的国民解释为符合共同利益而得以体现,这意味着,国家第一次同意为了个人而根据向各国普遍开放的国际条约来限制它们的权力。

同样,1899 年和 1907 年的两次海牙和会讨论诸如作战手段、中立和马顿斯条款那样的与战时法有关的问题。但是,这两次会议在任何时候都没有用到“诉诸战争权”和“战时法”这样的术语。在 1930 年之前,很少能够见到这些术语。^[20] 尽管在促进和平解决争端方面有所进展,但战争仍然是主权者的最后手段。只有当第一次试图让使用武力成为非法而因此把战争作为犯罪时,这种区分才变得清晰起来。就像国家采取武力行动具有的正当理由变得越来越清楚一样,军事必要所施加的限制也变得越来越清楚。

全面战争的残酷现实

调整国际关系中使用武力的法律制度的发展与军事技术和战略的进展以及随之而来的诉诸战争在人力、政治和经济方面的成本增加是同步的。战时法和诉诸战争权的现代发展表明,虽然这两个法律领域是各自独立的,但它们的确具有共同的催化剂,即“全面战争”的出现。这个概念起初是一个军事战略方面的概念,但现在已经成为毁灭和痛苦的同义词。^[21]

在两次世界大战期间,出现了禁止国家使用武力的趋势,这种文件包括《国际联盟盟约》(1919 年)和《关于废弃战争作为国家政策工具的

[19] 《改善战地武装部队伤者境遇的公约》(日内瓦,1864 年)以前的《关于在战争中放弃使用轻于 400 克的爆炸性弹丸的宣言》(圣彼得堡,1868 年)的序言(关于这两个文件的内容,可访问:<http://www.icrc.org/ihl>)。

[20] Robert Kolb, “Origin of the twin terms *jus ad bellum/jus in bello*”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 320 (October 1997), pp. 553 - 62.

[21] Brownlie, above note 3, pp. 53 - 4.

普遍公约》(又称《凯洛格—白里安公约》)(1928年)。1932年,美国国务卿亨利·史汀生(Henry L. Stimson)向日本政府发出了一份外交照会。在该照会中,他宣布美国不承认日本对满洲的侵略。^[22] 尽管不承认原则(不法行为不得产生权利)可以从禁止使用武力中符合逻辑地推导出来,但该原则没有防止1938年绥靖政策的推行。根据该政策,希特勒军队对捷克斯洛伐克部分领土的吞并得到了承认。

在国际联盟瓦解和第二次世界大战造成的毁灭之后,新的世界秩序的创立者再次寻求把国家之间关系中使用武力的问题制度化。联合国的主要宗旨是维持国际和平及安全(《联合国宪章》第1条第1款,以下简称《宪章》)。《宪章》序言明确指出,决心“欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸”。除了自卫^[23]以外,《宪章》禁止单方面使用武力。不仅如此,它还建立起了一套防止国际性武装冲突的制度。该套制度是对以前努力的继续,是建立在和平解决争端这项原则(第2条第3款),调整、控制和减少武器以及促进世界经济和社会福利的基础之上的。《宪章》推翻了那种认为战争是政治行为合法模式的假设,通过一般性禁止战争(避战法, *jus contra bellum*)达到取代古代关于使用武力的绝对权力的目的。^[24] 在国际关系中禁止使用或威胁使用武力已经成为一项国际习惯,被视为强行法的一部分。^[25] 主要的例外是建立在安理会根据《宪章》第七章具有的强制权力以及《宪章》第25条和第103条基础之上的集体安全制度。然而,由于滥用《宪章》规定的否决权,这项制度很快瘫痪。从1945年到1989年,共行使过279次否决权,导致联

[22] 日本、中国和美国当时已经批准了《凯洛格—白里安公约》,同上,第410~423页。

[23] 《联合国宪章》第2条第4款和第51条。这些条款使“单独或集体自卫的固有利”受到安理会集体安全体制的限制。

[24] 在一般禁止使用武力方面,尽管“避战法”是最合适的术语,但因为经常使用“诉诸战争权”一词,因此,本文仍然予以沿用。

[25] 见1969年《维也纳条约法公约》第53条。Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edn, Clarendon, Oxford, 1998, p. 515. Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon, Oxford, 1997, p. 78.

联合国在全世界超过 100 场造成 2000 万人死亡的冲突面前软弱无能。^[26]

因此,联合国把注意力集中到其他问题上,如非殖民化和人权,尽管在联合国的创立者看来,这些问题是次要的。1948 年《世界人权宣言》得到通过,国际人权法获得了发展动力。在接下来 50 年时间里,国际人权法拥有了许多公约、司法决定和其他监督遵守多边和地区义务的机制。今天,国际社会对任何地方和任何时候的人权问题表示关注的合法性已经不存在任何争议。^[27]

但是,联合国与战时法之间的关系却一直受到怀疑,而且尚未厘清。联合国的目的是防止战争,而不是调整战争中的行为。因此,国际法委员会认为,由于威胁或使用武力一般是受到禁止的,因此就没有必要将战争法包括在习惯法编纂工作中。它用非常乐观的口吻说:“由于战争已经属于非法行为,因此调整战争行为的规则就不再与此有关了。”^[28]

因此,编纂和逐步发展国际人道法仍然处在联合国的边缘。刚开始的时候是打算作为“例外条款”的,当事实上的武装冲突爆发时适用,但这些人道规范和原则今天已经在各种公约文件中得到编纂,这些文件几乎都得到了普遍接受。尽管它起初具有契约性质,建立在国家间冲突的基础上,但国际人道法已经扩大到包括国内冲突在内,而且逐渐与国际人权法合并。国际人权法适用于平时,但它的基本原则在紧急状态时期仍然有效。例如,1949 年四个《日内瓦公约》之共同第 3 条适用于“非国

[26] United Nations, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping*, A/47/277 - S/24111, United Nations, New York, 1992, para. 14. 已经建立起来的体制规定,如果有必要,武装部队将受到安理会的领导。但是,由于从来没有签订过第 43 条所要求的协定,因此从 20 世纪 90 年代初开始,授权那些“有能力,也有意愿”的会员国采取军事行动已经成为联合国的实践。本文不拟对此问题的合法性进行讨论。

[27] Antônio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nd edn, Vol. I, Universidade de Brasília, Brasília, 2003, pp. 340 ff. 见联合国:《维也纳宣言和行动纲领》,A/CONF.157/23,联合国,纽约,1993 年 7 月 12 日。

[28] See Hans Peter Gasser, “The United Nations and international humanitarian law: the International Committee of the Red Cross and the United Nations’ involvement in the implementation of international humanitarian law”, 1995, available at <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JMUK>. (最后访问时间 2003 年 9 月 15 日)

际性武装冲突”,要求所有各方尊重保护个人的最低标准,并重申了某些基本人权。^[29]现在已经认为,至少那些战时法的基本标准,包括共同第3条的内容,都已经构成国际法的强制规范(强行法)。^[30]

在20世纪60年代,人道法与联合国之间的关系开始改变。在1966年通过《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》两年之后,(1968年在德黑兰举行的)国际人权会议通过了一项关于“武装冲突中的人权”的决议。^[31]从那以后,联合国大会通过的一系列决议都从发展和加强人权和难民法的角度涉及保护武装冲突受难者和作战手段与方法的问题。在冷战结束的时候,任何对联合国是否已经正式承认战时法的怀疑都最终消失了。今天,这个组织已经完全承认这个法律,而且在发展该法方面发挥着重大作用。^[32]

冷战之后的人道行动

柏林墙倒塌以来的时期是针对平民实施暴力的非国际性武装冲突上升的时期。它尚未受到诉诸战争权的适当调整,而且所造成的平民伤亡约占现代武装冲突的75%。^[33]最近,还出现了越来越多的所谓“非

[29] 见1977年《1949年8月12日的〈日内瓦公约〉关于保护非国际性武装冲突受难者的第二附加议定书》的条款与《公民权利和政治权利国际公约》(1966年)第4条的类似规定。后者规定了许多不可克减的人权。

[30] 国际法院,“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”,《国际法院报告集》,1996年,第79段。国际法研究院认为,这些标准构成国际人道法的基本原则(See *Annuaire*, Berlin session, 1999, p. 392)。

[31] 1968年5月12日通过的第XXIII号决议:68票赞成、2票弃权、0票反对[可访问:<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/430?OpenDocument>。(最后访问时间2007年3月9日)]

[32] 尤其见关于人道援助的下列决议:A/Res 43/131(1988), A/Res 45/100(1990)以及A/Res 46/182(1991)。René Kosirmik, “Books and reviews: ‘Les Nations Unies et le droit international humanitaire/The United Nations and international humanitarian law’”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 38, No. 323 (June 1998), pp. 374-9.

[33] 联合国:《秘书长提交安全理事会关于武装冲突中保护平民的报告》,S/2001/331,联合国,纽约,2001年3月30日,第1页。同样,在20世纪90年代末,估计有90%的武装冲突都是发生在一国内部的武装冲突。联合国:《秘书长关于组织工作的报告》,A/54/1,联合国,纽约,1999年,第8页,可访问:<http://www.un.org/Docs/SG/Report99/toc.htm>。

对称冲突”。在这种冲突中,弱的一方极易使用非法的作战手段,包括把自己和平民居民混杂在一起、劫持人质或使用诡计。^[34]

尽管东西方对抗的结束减少了大规模军事冲突的威胁,但对国籍、民族、派别和宗教差异的肯定已经从法律和作战方面给人道行动带来了新的挑战。战斗员与平民和丧失战斗力的战斗员之间的传统区分正在变得越来越不清晰。那些旨在确保尊重人道标准的机制与国家管辖问题的怀疑,或更简单地,与战斗员的利益发生了冲突。

联合国前任秘书长对现代冲突做出了悲观的描述:

随着新的战争方式的出现,武装冲突对平民的冲击远远超出了附带损害的概念。针对性袭击、强迫流离失所、性暴力、强迫征兵、滥杀无辜、残害肢体、饥饿、疾病及丧失生计,凡此种种描绘出武装冲突所造成的人类损失的残酷景象……今天的武装冲突多是在城市和农村地区使用小武器和轻武器进行的低强度冲突。由成建制、纪律严明、指挥和控制架构明确的大部队进行的常规战争较为少见。^[35]

尽管给人道行动带来了新的挑战,但冷战时期意识形态两分法的结束也使联合国在保护武装冲突受难者方面可以发挥领导作用。在 20 世纪 90 年代,为更好地协调联合国系统内部的紧急人道援助(包括因自然或人为原因造成的紧急情况),已经通过了许多决议,为此还设立了联合国救灾协调专员办公室、机构间常设委员会(IASC),并在 1998 年设立了人道事务协调办公室(OCHA)作为秘书处的一个部分。^[36]今天,人道行为已经处在联合国系统内各种机构和组织的议程之上,包括世界粮食计划署、联合国儿童基金会(UNICEF)、世界卫生组织和联合国人权事

[34] See Toni Pfanner, “Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857 (March 2005), pp. 149 – 74.

[35] 联合国:《秘书长关于武装冲突中保护平民的报告》,S/2005/740,联合国,纽约,2005 年 11 月 28 日,第 1~2 页,可访问:<http://www.un.org/Docs/sc/sgrep05.htm>.

[36] 见下列决议:A/Res/46/182, 1991 年 12 月 19 日;A/Res/47/120, 1993 年 10 月 8 日。

务高级专员办公室。

这些机构的工作范围以及协调关于人道行动的各种倡议和概念的可能性,已经使联合国在保护武装冲突受难者方面发挥了非常主动的作用。例如,关于人道援助的各机构通过的大量决议见证了近年来人道援助权的发展,这现已成为国际习惯和实践的一部分。^[37]

将人道行动纳入联合国体系与人权、人道法和难民法领域概念和行动的发展是结合在一起的。国际法中保护个人的这三个主要领域之间的互动有助于防止暴力情形下针对人格尊严的犯罪,而不论是如何对局势加以分类的。例如,随着人权领域的发展,个人具有受到国际层面的实定法保护这项权利意味着在一国领土上或处在其管辖范围内的个人如何受到对待已经不再仅仅是国内问题。那些进展已经增强了对严重破约行为的追诉和惩罚,它的基础现在被称为国际刑法。随着国际刑事法院的设立,这种趋势更加明显了。

不过,那些旨在尊重极端情形中保护个人的基本国际规则的现有机制继续表现出重大缺陷。现代冲突的性质进一步加大了对国际法的批评,即由于需要征得战斗员的同意,国际法可能鼓励了对潜在战争罪犯的迁就态度。在许多冲突中,都出现了国家显然不能或没有兴趣确保尊重保护个人的基本规则。然而同时,国际反应通常是不够的。除了存在“被遗忘的人道紧急情况”之外,^[38]现代武装冲突性质的改变已经产生了行动方面的问题,而且加大了这个领域人道机构所面临的风险。当国家当局分裂或政策直接针对保护的受益者时,就会对诸如中立、公正和区分战时法与诉诸战争权等人道法原则的相关性产生质疑。

[37] Alberto Amaral Júnior, *O Direito de Assistência Humanitária*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003. 在2003年召开的布鲁日会议上,国际法研究院认为:“(因国际性或国内武装冲突所致的)灾难受害者有权请求和接受人道援助”,Resolution II (1),可访问:http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2003_bru_03_en.PDF(最后访问时间2007年3月9日)。

[38] 联合国:秘书长的报告,《加强联合国紧急人道主义的协调》,A/58/89 - E/2003/85,联合国,纽约,2003年6月。见负责人道主义事务的(前任)副秘书长扬·埃格兰(Jan Egeland)在向安理会发表的演讲中就武装冲突中保护平民提到的各种情势,2006年12月4日,可访问:<http://www.reliefweb.int>(最后访问时间2006年12月5日)。

尽管理论的确承认某些违法行为——如种族灭绝、危害人类罪和战争罪——可能意味着加重国家责任,但无论是对应为违法行为负责的国家而言还是对其他国家而言,关于这种结论的法律后果尚无一致意见。^[39]一方面,即使在国家机构发生危机的时候,也必须遵守保护个人的国际规则,而且国家有责任对内或对外采取必要措施。“尊重和确保尊重”人道法的义务表明,并不存在“漠不关心的权利”,即使这种不关心是出于政治考虑。^[40]另一方面,诉诸那些战时法中不作为机制规定的执行措施就会产生是否符合调整人道保护的原则问题。^[41]不过,一般认为,尽管违反人道法的行为受到国际关注,但任何根据日内瓦四公约之共同第 1 条所采取的行为必须尊重《联合国宪章》规定的关于威胁或使用武力的制度。例如,这种行为仅限于中止合作计划或断绝外交关系。

某些分析家认为,以联合国安理会的权力为代表的集体安全机制中还存在另外一种可能的方法。原则上,多边性质的组织可以说最适合确保护国际社会的共同价值,如对个人的保护。在这种情况下,国际社会的反应完全可以说是“公共性质的”或是集体性质的,而不涉及具有双边性质的“一般”责任。1977 年《〈日内瓦公约〉第一附加议定书》第 89 条对这个问题有所规定。该条款还被认为适用于非国际性武装冲突,至少与共同第 3 条规定的义务有关。它规定:

[39] 见国际法委员会的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 40 条、第 48 条和第 54 条,2001 年 12 月得到联合国大会第六委员会的批准(A/Res/56/83),以及对该条款草案的评注,可访问:<http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r56.htm> (最后访问时间 2007 年 3 月 9 日)。James Crawford, *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 178 - 86.

[40] 1949 年四个《日内瓦公约》之共同第 1 条。Yves Sandoz, “‘Droit’ or ‘devoir d’ingérence’ and the right to assistance: the issues involved”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 32, No. 288 (1992), 可访问:<http://www.icrc.org/eng/review> (最后访问时间 2007 年 3 月 9 日)。Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 17.

[41] Marco Sassòli, “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846 (June 2002), pp. 401 - 34. 见 Crawford, 同上注[39], 以及国际法委员会关于国际法的不成体系问题的辩论,可访问:<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

在严重违反本公约或本议定书的情形下,缔约各方承诺在与联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行动。

该规定除了提到(《联合国宪章》规定的除了自卫或安理会行使强制权力以外的)一般禁止威胁或使用武力之外,还承认联合国在面对严重违反战时法情况下的作用。从那种观点来说,由于根据《宪章》第39条对什么构成“对国际和平与安全的威胁”做了广义的解释,因此对于缔约国或非国家行为者而言,具有采取强制措施的权利^[42]显然使安理会成为了在极端情况下确保遵守基本人道规则的机构。^[43]同样,1948年的《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定,任何缔约国可以“提请联合国的主管机关……采取其认为适当的行动,以防止及惩治灭绝种族的行” (第8条)。

试错记录

随着冷战的结束,安理会在持续试验的过程中已经自信地进入对个人和团体的国际保护领域,并产生了不同后果。它的有限规模、程序的速度以及决策的灵活性使人们希望安理会在多边合法性的框架基础之上,能够按照它维持国际和平与安全的首要责任(《宪章》第24条)采取迅速而有效的措施。即使仅限于非强制行动,于武装冲突期间安理会与人道机构寻求共生都说明存在一种无声的但却真实存在的威胁。这种威胁可以有效说服任何顽抗的一方:在对什么构成威胁国际和平与安全

[42] 尽管《宪章》是对国家有拘束力的文件,但安理会的实践承认在诸如叛军和恐怖主义团体等非国家行为者的行动与对国际和平与安全的威胁之间存在联系,如在下列情形中就是这样:争取安哥拉彻底独立全国同盟(UNITA)[S/Res 1127 (1997)]、基地组织和塔利班成员[S/Res 1267 (1999)]。See Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 714–16.

[43] Laurence Boisson de Chazournes and Luigi Condorelli, “Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 837 (March 2000), pp. 67–87. Giorgio Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, *Recueil des Cours*, Vol. 172 (1982), p. 299.

进行广义解释的情况下,为确保尊重人道规则,安理会可能会行使第七章赋予它的权力。^[44]

尽管早在1946年,当安理会对西班牙的独裁政权进行辩论时就已经提到了个人权利,^[45]但安理会实质上进入人道领域是在20世纪90年代。从那以后,它已经采取了许多措施,从提醒交战各方注意它们在国际法下的义务(例如,确保提供人道援助的组织能够进入并保证其安全、防止居民的强迫失踪以及释放战俘)^[46]到采取强制措施。

尽管这些决议通常都混合了对安全和保护的关心,但在许多情况下,安理会都根据《宪章》第七章援引了它的强制权力,旨在预防、阻止和纠正那些破坏保护个人基本规则的行为。除了对参与敌对行动的国家或团体实施制裁以外,^[47]安理会为了反击在国际性和非国际性武装冲突中实施的严重侵犯人的尊严的行为,还至少在形式上授权进行武力干涉:索马里(1992—1993年)、卢旺达(1994年)、阿尔巴尼亚(1997年)、东帝汶(1999年)、塞拉利昂(2000年)、刚果(2003年)、利比里亚

[44] 制定《宪章》的准备工作表明,是故意让“对国际和平及安全的威胁”这个术语的表述缺乏精确性的。作为对国际联盟时期假定的法定主义的反应,起草者决定赋予安理会在判定什么才是威胁国际和平的情势中具有某种程度的回旋余地,避免对何时采取行动的决议做出严格限制。Hans Kelsen, *The Law of the United Nations*, Frederick Praeger, New York, 1951, p. 727.

[45] 安理会没有采取行动。后来,大会就该问题通过了(具有建议性质的)决议。Aznar-Gomes, “A decade of human rights protection by the UN Security Council”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 1 (2002), p. 225.

[46] 见 S/Res 1430 (2002) (关于厄立特里亚/埃塞俄比亚); S/Res 1524 (2004) 以及 1716 (2006) (关于格鲁吉亚) 以及 S/Res 1634 (2005) (关于西撒哈拉)。

[47] 各种制裁导致的后果都是争辩的对象。因全面制裁对平民居民造成的影响使安理会可以基于人道理由而允许有例外或者寻找其他的替代措施,如有针对性的制裁。虽然针对敌方的领导人的某些制裁在国际上能够让他们失去合法性,但可能不一定能够实现抑制追随者行为的目的。然而,有效的武器禁运看来的确既促进了对人道规则的尊重,又维护有关领土的安全。例如,对索马里[S/Res 751 (1992)]、塞拉利昂[S/Res 1132 (1997)]以及科特迪瓦[S/Res 1572 (2004)]的制裁。

(2003年)、海地(2004年)。^[48] 在其他情况下,安理会采取人道法中的多种特定措施,如在贝尔格莱德当局没有同意的情况下,在前南斯拉夫设立安全区、^[49] 设立前南斯拉夫和卢旺达特设法庭和塞拉利昂特别法院来追究个人实施的严重违约行为的责任。^[50]

同样,大多数联合国的维和行动都在它们的任务中包括与战时法有关的内容。现在某些由安理会根据第七章通过的“多维”行动包括的任务有:

- (一) 便利或协调人道援助;^[51]
- (二) 协助流离失所者和(或)难民自愿返乡;^[52]
- (三) 开展或支持排雷行动;^[53]

[48] 授权进行武装干涉一般是基于许多因素进行的,如是否存在人道危机、是否有难民潮、是否破坏民主规则、国内冲突对地区稳定是否有影响,等等。See Simon Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 112-62.

[49] S/Res 819 (1993). 安理会采取的措施没有防止 1995 年 7 月所谓的“人类历史上最黑暗的一页”之一的事件发生,当时由于有关维和部队的协定阻止了国际社会采取决定性行动,因此联合国在波黑建立的六块安全区之一的斯雷布雷尼察落入了塞族军队手中。大约 2 万人被杀害,其中许多都是波斯尼亚穆斯林人。联合国:《斯雷布雷尼察的陷落》,A/54/549, 联合国,纽约,1999 年 11 月 15 日,第 2、3、468 和 495 段。

[50] 分别是:S/Res 827 (1993), S/Res 955 (1994) 以及 S/Res 1315 (2000)。塞拉利昂特别法庭是根据第 1315(2000)号决议与塞拉利昂政府之间签订的协定设立的。在其他两种情形中,除了关于安理会的选择性做法和权限问题之外,并没有完全令人信服地确定是否存在对和平的威胁。在卢旺达的情况下,当设立法庭的时候,该国的内部冲突已经结束了。在“塔迪奇”案的初步反对意见中,辩方提出的关于前南斯拉夫法庭非法性的意见被驳回。

[51] 联合国科索沃观察员特派团(科索沃),S/Res 1244 (1999);联合国利比里亚特派团(利比里亚),S/Res 1509 (2003);联合国科特迪瓦行动(科特迪瓦),S/Res 1528 (2004) 以及 S/Res 1609 (2005);联合国布隆迪行动(布隆迪),S/Res 1545 (2004);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1565 (2004);联合国黎巴嫩观察员部队(黎巴嫩),S/Res 1701 (2006);联合国东帝汶联合特派团(东帝汶),S/Res 1704 (2006)。

[52] 联合国科索沃观察员特派团(科索沃),S/Res 1244 (1999);联合国布隆迪行动(布隆迪),S/Res 1545 (2004);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1565 (2004);联合国黎巴嫩观察员部队(黎巴嫩),S/Res 1701 (2006)。

[53] 联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1291 (2000);联合国埃塞俄比亚/厄立特里亚特派团(埃塞俄比亚/厄立特里亚),S/Res 1320 (2000) 以及 S/Res 1430 (2002)。

- (四) 支持交换战俘以及其他被敌方武装部队拘留的人;^[54]
 (五) 保护平民和人道人员免受身体暴力的即刻威胁;^[55] 以及
 (六) 抓捕前任总统以便确保他对其行动承担责任。^[56]

“当今最严重的人道危机”

安理会处理苏丹危机的方式凸显了它在处理严重侵犯人格尊严罪行方面方式的多样性。从 1983 年开始,在该国南部发生的内战是非洲历史上持续时间最长的冲突,到目前为止已经夺走了大约 200 万人的生命。^[57] 不过,看来只有当喀土穆政府与“苏丹人民解放运动(军)”之间开始进行和平协商时,这场冲突才开始纳入安理会的议事日程中。2005 年 1 月,经过协商之后,终于达成了一项一般的和平协定,并通过了一份临时国内宪法。根据第 1547 号(2004 年 6 月)决议,安理会设立了一个先遣队,并(在苏丹政府同意的情况下)通过这个先遣队设立了“联合国苏丹特派团”(UNMIS)。这个特派团具有第七章规定的某些权力,包括在有即刻威胁的情况下保护平民的权力[第 1590 号(2005 年)决议]。当第一项协定得以通过时,2003 年 2 月在苏丹南部达尔富尔西部爆发的冲突已经使红十字国际委员会采取了它有史以来规模最大的一次行动。然而,在该决议中,它只是被提到而已,安理会敦促各方必须毫不迟

[54] 联合国西撒哈拉全民公决特派团(西撒哈拉),S/Res 690 (1991);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1291 (2000)。

[55] 联合国利比里亚特派团(利比里亚),S/Res 1509 (2003);联合国科特迪瓦行动(科特迪瓦),S/Res 1528 (2004) 以及 S/Res 1609 (2005);联合国海地稳定特派团(海地),S/Res 1542 (2004);联合国布隆迪行动(布隆迪),S/Res 1545 (2004);联合国刚果民主共和国特派团(刚果),S/Res 1565 (2004)。

[56] 联合国利比里亚特派团(利比里亚),S/Res 1638 (2005)。尽管尚未明确取消这一规定,但当 2006 年 3 月逮捕前任总统查尔斯·泰勒(Charles Taylor)并把他送交塞拉利昂特别法院审判时,此规定就失去了存在的理由。接着,根据《宪章》第七章通过的第 1688 (2006) 号决议铺平了因安全原因而把他送交海牙接受审判的道路。

[57] 联合国:《苏丹人权状况特别报告员西玛·萨马尔(Sima Samar)女士的报告》,E/CN.4/2006/111,联合国,纽约,2006 年 1 月 11 日,第 14 页。

延地达成一项政治协定。

从那时开始到 2006 年年底,安理会关于苏丹问题通过了 20 项决议,但都没能有效保护发生在达尔富尔的暴力受害者或防止这种影响威胁诸如乍得和中非共和国这样的邻国。早在 2004 年 7 月通过的关于达尔富尔的第二项决议时,安理会就根据第七章决定施行武器禁运,禁止向该地区正在战斗的非政府实体和个人提供武器和战争物资,支持非洲联盟派出的保护部队,并要求苏丹政府解除金戈威德(Janjaweed)这支民兵武装,并起诉其成员。除了威胁要采取其他行动以外,安理会还要求秘书长就达尔富尔的局势定期提供报告。^[58] 在安理会接下来通过的决议中,对苏丹政府及其成员实施制裁的威胁更为具体,它们就人道问题发出多项呼吁,设立国际调查委员会调查严重破坏人权法和人道法的行为以及断定是否在达尔富尔地区实施了种族灭绝行为。^[59] 2005 年 3 月 29 日,安理会最终扩大了武器禁运的范围,把它扩大到苏丹政府,并设立了一个下属委员会来监督武器禁运,并对那些受到制裁的个人进行点名。^[60] 两天以后,根据调查委员会提交的报告,安理会决定把“2002 年 7 月 1 日以来达尔富尔局势问题移交国际刑事法院检察官”,并要求各方予以充分合作。^[61]

[58] S/Res 1556, 2004 年 7 月 30 日。

[59] S/Res 1564, 2004 年 9 月 18 日。尽管安理会的决议具有拘束力,但该委员会获得了苏丹政府的合作。当在诸如卢旺达这样的情势中,在当地的危机都几乎已经结束的情况下,安理会设立了类似的委员会,但没有诉诸国际实况调查委员会(《第一附加议定书》,第 90 页),这体现了它在非国际性武装冲突中采取行动的倾向。

[60] S/Res 1591, 2005 年 3 月 29 日。2006 年 10 月,该委员会报告说:“在达尔富尔活动的各方公然违反武器禁运的行为并没有减少。”它还报告说:苏丹政府没有对安理会在第 1672 号决议(2006 年 4 月)中点名的四个人进行金融和旅行方面的制裁,其中有一位是苏丹的将军(UN Doc S/2006/795)。

[61] S/Res 1593, 2005 年 3 月 31 日。该委员会认为,尽管暴力不等于种族灭绝,但政府和民兵都对可能构成战争罪和危害人类罪的行为负有责任。除了其他措施以外,它建议根据《罗马规约》第 13 条第 2 款把案件提交给国际刑事法院,并秘密列出了 51 位可能作为被告的姓名名录(UN Doc S/2005/60)。尽管由于对受害者、证人和官员存在安全威胁,检察官当时没有在达尔富尔从事直接调查,但仍然有可能继续进行调查,以便在 2007 年 2 月底之前提交第一个案件做出法律评估。见国际刑事法院:《国际刑事法院检察官根据联合国安理会第 1593(2005)号决议向联合国安理会提交的第四份报告》,可访问:<http://www.icc-cpi.int> (最后访问时间 2007 年 1 月)。

接下来一个相关的决议是在一年以后通过的,即在 2006 年 5 月 5 日签订了《达尔富尔和平协议》之后。在呼吁就达尔富尔举行特别会议(5 月 9 日)之后,安理会根据第七章敦促该协议的所有各方毫不延迟地执行该协议,并赞成非洲联盟的建议,即把“非洲联盟特派团”(AMIS)向联合国行动过渡(第 1679 号决议,2006 年 5 月 16 日)。6 月,联合国向苏丹和乍得派出了一个特派团。^[62] 由于该和平协定逐渐暴露出许多缺陷,安理会在 8 月决定根据第七章设立一个更强大的“联合国苏丹特派团”,来取代在达尔富尔的“非洲联盟特派团”。联合国苏丹特派团的任务是支持和平进程、保护联合国人员和设施、保护人道组织、防止对平民的攻击和威胁、没收或收缴达尔富尔地区存在的那些违反和平协定的武器和有关物资(第 1706 号决议,2006 年 8 月 31 日)。尽管该决议没有正式要求,但它请求苏丹政府同意扩大该特派团的任务。由于苏丹政府不断予以拒绝,因此国际社会加大了对喀土穆的压力,扩大“非洲联盟特派团”的任务,并在联合国和苏丹之间就是否应当留任秘书长的特别代表一事出现了争执。12 月,苏丹政府同意了分为三个阶段的计划。该计划的具体内容还在谈判之中。根据谈判,联合国支持非洲联盟在达尔富尔的特派团,因此形成了一个“混合性质的行动”。不过,仍然还没有解决该危机的持久方案。

正式的共生关系

尽管安理会在人道领域的行动结果各不相同,但国际安全与人道行动之间的共生关系已经导致在 20 世纪 90 年代出现了新的概念。尽管诸如“人身安全”、“保护的责任”以及“保护武装冲突中的平民”这样的表述显然不精确,但已经在联合国的报告和文件、政治辩论和正式宣言

[62] 联合国:《安理会苏丹和乍得特派团的报告》,S/2006/433,联合国,纽约,2006 年 6 月 4 日至 10 日。

中变得非常常见。^[63] 即使从形式上看我们仍然在讨论它们属于应然法 (*lege ferenda*) 而不是实然法 (*lege lata*) 的范畴,这些概念兼具人道法、人权和难民法的原则和规则,以便确保尊重现代作战方式发生变化的情况下国际社会认为是基本的那些价值,如人的生命和尊严。

在以往经验的基础之上,安理会通过了关于“武装冲突中保护平民”的三项一般决议。^[64] 自从第 1265 号(1999 年)决议以来,安理会已经敦促普遍批准国际保护个人权利领域的文件,并敦促或要求“有关各方严格遵守国际人道、人权和难民法规定的义务,特别是 1899 年和 1907 年《海牙公约》和 1949 年四个《日内瓦公约》及其 1977 年《附加议定书》所规定的义务,以及严格遵守安全理事会的决定”。在第 1296 号(2000 年)决议中,安理会还认为,“在武装冲突情势中蓄意以平民或其他受保护者为目标以及一贯、公然和广泛违反国际人道主义和人权法的行为可能对国际和平与安全构成威胁”,这可能促使安理会采取包括暗含使用武力在内的适当措施。这在第 1674 号(2006 年)的决议中得到了重申。该决议还重申在联合国成立 60 周年举行的世界首脑峰会的成果文件,承认“保护的责任”。这种责任主要是由各国承担的,可能导致为了保护人类而旨在确保遵守国际规范的强制行动:

在这方面,如果和平手段不足以解决问题,而且有关国家当局显然无法保护其人民免遭种族灭绝、战争罪、族裔清洗和危害人类罪之害,我们随时准备根据《宪章》,包括第七章,通过安全理事会逐案处理,并酌情与相关区域组织合作,及时、果断地采取集体行动。^[65]

[63] 除了非政府组织、政府和国际组织无数次提到这些概念以外,人们还可以引用联合国秘书长题为《我们人民:二十一世纪联合国的作用》的报告, A/54/2000, 联合国, 纽约, 2000 年; ICSS, *The Responsibility to Protect*, ICISS, Ottawa, 2001 以及 *Human Security Now: Protecting and Empowering People*, 可访问: <http://www.humansecurity-chs.org>。

[64] 根据人道事务协调办公室(OCHA),这是一个“把包括国际人道和人权法、军事和安全部门以及人道援助在内的许多领域中的保护内容整合起来的关于人道政策的总括概念”。可访问: <http://ochaonline.un.org> (最后访问时间 2006 年 9 月 30 日)。

[65] 联合国, A/Res 60/1, 连同《2005 年世界首脑会议成果文件》, 第 138 段和第 139 段。

同样,安理会还一般性地考察了其他与战时法有关的问题,如难民、^[66]人道人员的安全、^[67]性暴力以及武装冲突中妇女、新闻记者和儿童的权利。^[68]尤其是在第 1612 号(2005 年)决议中,安理会就使用儿童兵和武装冲突中其他侵犯儿童权利的问题设立了一个常设的监督和报告机制。尽管该机制只限于正在安理会议程中的情势,但它的确涉及现代武装冲突中令人担忧的趋势,^[69]并可以作为处理人道领域其他问题的模式。

横冲直闯

虽然安理会看来有必要介入保护个人或团体的领域,或者甚至是值得称颂的,但安理会通过的各种措施和决议并非无可挑剔。除了关于保护受难者的含糊后果以外,它导致的后果是出现了那些从法律的角度来看非常不精确的概念。这些概念与保护武装冲突受难者的其他制度之间的关系至少是不十分清楚的。一方面,安理会通过的决议可以说是凝聚国际社会的一种迹象。对于某些人来说,为了取得战斗员的合作以及尊重关于保护个人的基本规则,这可以说使对战斗员施加压力变得更具合法性了。另一方面,人们可能会质疑安理会在确保维护这些价值方面是否充分,因为这种情境将使其成为人道规则的执行者,而不顾及它的政治性质、使命或是强制措施可能对人道领域产生的影响。

1945 年,旧金山会议在该组织的强制任务中删除了所有提到国际法的内容。安理会根据第七章的权力不一定针对违反国际法义务的,因

[66] S/Res 1208 (1998).

[67] S/Res 1502 (2003).

[68] 关于妇女权利,见 S/Res 1325 (2000);关于新闻记者的权利,见 S/Res 1738 (2006);关于武装冲突中儿童的权利,尤其见 S/Res 1661 (1999)、S/Res 1314 (2000) 以及 S/Res 1460 (2003)。

[69] 据估计,在今天的武装冲突中,有 75% 都用到了儿童兵。联合国:《秘书长关于武装冲突中保护平民的报告》,S/2005/740,联合国,纽约,2005 年 11 月 28 日,第 2 页,可访问:<http://www.un.org/Docs/sc/sgrep05.htm>.

此它们可能被用来对付没有违反国际法的国家,或在诸如侵略的情况下决定采取行动。^[70] 安理会的成员并不是法官或陪审团成员,而只是警官。其行动目的是为了结束威胁(强制),而不是惩罚那些没有遵守国际义务的行为(责任);^[71] 它的程序并没有包括任何关于“正当法律程序”的内容;它的政府间的性质使非国家行为者参与它的决策过程显得非常困难,尽管有时候取得非国家行为者的同意和取得中央政府的同意一样重要甚或更加重要。

安理会采取行动的基础不是任何关于个人权利的能力,而是维持国际和平及安全,这和维护国际公共秩序是不同的。例如,否决权意味着安理会任何一个常任理事国或其战略上的同盟国从事的破坏行为将可能无法根据第七章采取行动。正义最多只是部分的。不过,同意安理会这种地位的最大障碍是它有权决定威胁国际和平与安全的情势是否实际上存在。^[72] 虽然近年来采用的概念框架的确设法找到了对付严重人道情势的一致做法,但安理会捍卫集体利益的义务具有的不确定性与任何可能情况下减轻痛苦的人道原则形成了鲜明的对比。

的确,期待安理会和人道机构之间完美的共生并不符合战时法和诉诸战争权之间的区分。安理会维持国际和平的任务要求对交战各方的理由进行辩论,而它们是否同意这个问题可能变得无关紧要。这样一来,就很难确保安理会采取的强制措施和对于人道行为来说必需的中立、公正和人道这种基本原则之间保持协调,因为根据前者如果没有合

[70] Kelsen, above note 44, p. 730. Simma, above note 42, pp. 705 - 6.

[71] Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How we Use it*, Clarendon, Oxford, 2001, pp. 166 - 8.

[72] Pierre Marie Dupuy, “A general stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5 (2002), p. 1068; Pierre Klein, “Responsibility for serious breaches of obligations deriving from peremptory norms of international law and United Nations law”, *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 5 (1999).

作就可能面临使用武力的威胁。^[73] 就像在“复杂情势”中关于民事和军事关系之间的广泛辩论那样,人道机构在涉及冲突目标方面被交战各方视为独立和公正的机构的事实仍然是必要的。这限制了这些机构为了保护或得到支持而可以向武装部队提出请求的权利。^[74]

人道行动的基础不是正义,而是施舍。^[75] 为了确保能够接近冲突的受难者,人道机构避免卷入涉及诉诸战争权方面的法律问题。在 1999 年的科索沃危机中,红十字能够在南斯拉夫区域活动,帮助受到盟国轰炸影响的平民,探视在贝尔格莱德作为囚犯被关押的北约士兵。^[76] 同样,即使根据《联合国宪章》进行,违反各方意志的干涉不太可能会被视作是中立和毫不自私的,无论背后的动机是什么。如果情势恶化,这将几乎不可避免导致使用武力。结果,任何从安理会干涉中取得的短期好处,如保护人道人员的安全或确保向受难者提供协助,都需要在対人道行动中立性的认识基础之上对当前以及未来的效果进行衡量。

如果在采取强制军事行动方面坚持固有的偏见,那么将削弱援助所有受难者的能力,包括那些在多边军事行动中的受难者。就像国际法院已经指出的,使用武力不能说是一种确保尊重那些旨在保护个人的规则

[73] 关于人道法的原则,见国际法院,“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行为”(尼加拉瓜诉美国),《国际法院报告集》,1986 年,第 218 段;以及“国际法院对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表的咨询意见”,《国际法院报告集》,1996 年,第 78 段。

[74] See *Guidelines on the Use of Military and Civil Defence Assets to Support United Nations Humanitarian Activities in Complex Emergencies (MCDA Guidelines)*, March 2003, and *Civil - Military Relationship in Complex Emergencies*, June 2004, available at <https://www.ochaonline.un.org>.

[75] 根据让·皮克泰(Jean Pictet)的观点,“一个人不可能同时成为正义和博爱的拥护者。他必须选择,而红十字国际委员会始终选择作为博爱的捍卫者”。See Theo C. van Boven, “Some reflections on the principle of neutrality”, in Christophe Swinarski, *Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l' Honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Geneva and The Hague, 1984, p. 647.

[76] 1999 年年底,出于安全的原因,红十字国际委员会被迫从科索沃撤离。然而,由于该组织被认为是中立的,因此它能够在冲突结束之前三个星期就恢复工作。Pierre Krähenbühl, “Conflict in the Balkans: human tragedies and the challenge to independent humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, No. 837 (2000), pp. 11 - 29.

的适当方式。^[77]除了具有加剧冲突的危险之外,采取军事行动还可能导致正在发生暴力的国家采取不合作的态度,增加“接受人道援助就是踏出军事干涉第一步”的猜疑。^[78]

结论:身份危机

在生态学中,共生关系中的有机体不可能在它们行动的领域出现融合的风险。然而,如果我们寻找安理会的行动和努力提供人道保护之间的共生关系,就的确面临着使维持国际和平与安全和调整敌对行为的原则和规则之间的根本区别变得模糊的风险。对于保护暴力的受害者来说,这两个行动领域缺乏明确区分,在概念和实践中都将产生不利后果。

从概念上看,作为规范逐渐发展的成果,战时法与诉诸战争权之间的区分仍然是最重要的。从人道的观点来看,冲突的理由必须仍然受到后者的调整,以便可以处理它的后果。同样,还存在人道行动政治化和动摇它来之不易的合法性的风险。^[79]尽管安理会的任务不是很精确,但它限制了活动的领域。尽管安理会已经处理了诸如保护平民、优先考虑弱势群体以及提供人道援助的组织安全这样的问题,但它并没有对作战手段、与冲突有关被拘留者待遇或丧失战斗力者的待遇通过类似决议。虽然安理会正在介入战时法领域,但它没有能力使自己远离原来的诉诸战争权的任务,也没有能力遵守人道行动固有的中立和公正原则。

安理会任务的自我扩大反映了“正义战争”理论的概念局限性,根据该理论,给予敌人的待遇最多取决于为了正义理由而作战的一方所体现出来的仁慈,而不是根据它所承担的法律义务。关于将人道规范适用

[77] 国际法院,“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行为”(尼加拉瓜诉美国),《国际法院报告集》,1986年,实体问题,第268段。

[78] 联合国:《秘书长致国际和平研究所关于人道行动的研讨会的开幕词》,联合国,新闻稿 SG/SM/7632,2000年11月。

[79] Krähenbühl, above note 76, p. 18. Anne Ryniker, “The ICRC’s position on ‘humanitarian intervention’”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842 (2001), pp. 527 – 32.

于经安理会授权而采取行动的军队的辩论就反映了概念上的模糊性,它存在容忍那些具有正式多边合法性的部队滥用权力的风险。^[80] 与古典的“正义战争”理论不同,保护个人的国际规则是普遍的,即使是那些最凶恶的敌人,如那些实施了种族灭绝、恐怖行为和战争罪的人,也应受到保护。

从实践来说,安理会介入人道领域已经加大了战争各方把人道行为看做是支持敌人行为的危险。安理会是一个政治机构,它从代表性、公开性、公正性和责任性方面都存在公认的缺陷,这种缺陷削弱了它通过决议的合法性。安理会希望通过简单地在任务中增加人道关注这一正当的意图,来显示它所进行的讨论是公正的或得到它授权的军队是中立的,而这可能很难使那些遭到安理会强制措施团体信服。由于安理会原先的任务是诉诸战争权方面,因此它在针对严重破坏战时法的行为采取的行动方面存在不作为和前后矛盾的现象,这将减轻它所采取的强制权力可能具有的效果。

因此,安理会在人道领域的行动应当限于说服各方履行国际义务,如允许向受难者提供中立和公正的援助、确保人道组织人员的人身安全等。这种角色符合那些不必定排除第七章某些权力的商定军事行动。对于保护受难者来说,强制措施可能具有不利影响,如限制联合国及其机构的人员提供公正援助的范围。因此,严格意义上的人道机构具有的独立性对于确保冲突各方都不把它们视作威胁而言至关重要。

安理会应当采取果断行动对付那些对国际和平与安全造成的威胁,包括一有必要就采取防止暴力发生的行动,而不是行使人道机构的职能。^[81] 当武装冲突发生时,安理会应当动用《宪章》赋予它的所有权力通过便利交战各方的对话、谈判达成休战协定或支持富有创见的方案来

[80] See “Application of international humanitarian law and international human rights law to UN mandated forces: report on the expert meeting on multinational peace operations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 853 (2004), pp. 207–12.

[81] 见联合国:《关于防止武装冲突的进展报告》,A/60/891,联合国,纽约,2006年7月18日。

恢复和平。

问题不是在极端情况下采取军事行动是否正确。在对称的、大规模侵犯人权和人道法的情况下采取强制的武力行动可能是必要的。在诸如种族灭绝或危害人类罪的情形下,战时法中的中立和公正就失去了意义,因为这种情形违反了保护冲突受难者这个首要宗旨。人们必须承认,在这种情况下,人道行动已经到达了它的界限。^[82] 必须根据诉诸战争权来做决定:旨在处理冲突原因的政治和军事行动不同于旨在应对冲突后果的狭义的人道行动。^[83] 最重要的是,并不能因为很难解决暴力的根本原因而将保证“人道”变成政治上不作为的借口,否则将既不利于国际和平,也不利于所宣称的目标。



法国,1914~1918年战争。香槟地区(Champagne)。在前线实施急救。

[82] 联合国:“在种族灭绝面前不可能有中立”,《对联合国在卢旺达1994年种族灭绝期间的行为的独立调查报告》,S/1999/1257,联合国,纽约,第33页。See Boven, above note 75, pp. 648 ff. André Pasquier, “Humanitarian action: constructing legitimacy”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842 (2001), pp. 311–22.

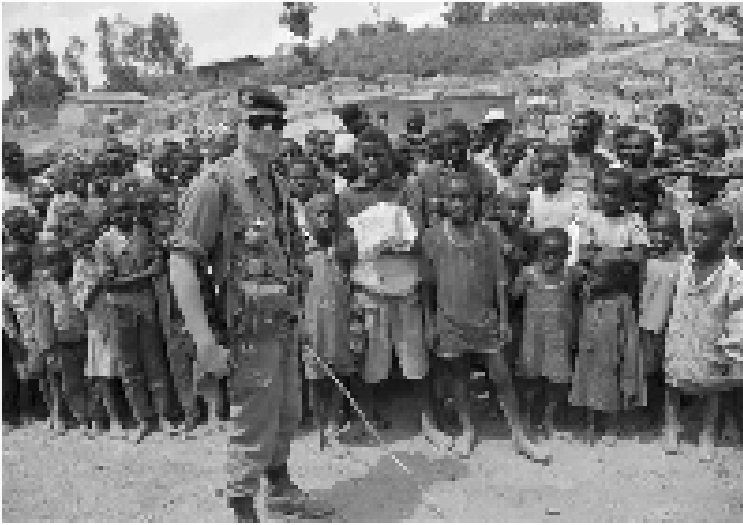
[83] Sandoz, above note 40. See Jakob Kellenberger, *Protection of Civilians in Armed Conflict*, Statement of the President of the ICRC to the UN Security Council, 19 April 2000, available at <http://www.icrc.org> (最后访问时间2003年9月29日); Aurélio Viotti, *Ações Humanitárias Pelo Conselho de Segurança: entre a Cruz Vermelha e Clausewitz*, Funag, Brasília, 2005.



几内亚,科纳克里(Conakry),2003年3月6日。超过1400名几内亚人逃离发生在象牙海岸的动乱来到几内亚并受到欢迎。自从冲突开始以来,已经有几千名平民被杀害,几百万人成为国内流离失所者,大约40万人逃到了邻国。



伊拉克,巴格达,2003年11月。巴勒斯坦难民营。



卢旺达,吉孔戈罗省(Gikongoro),1994年7月27日。一位法国维和士兵正在保护吉孔戈罗省的难民营。



马其顿,斯滕科韦茨二号(Stenkovec 2)难民营,1999年4月16日。正在等待被送往其他难民营的难民。这个难民营由法军在离斯科普耶约12公里的地方建立,收留了10000名来自科索沃的难民。



阿富汗,古尔(Ghor)省,2002年11月。红十字国际委员会正在准备把粮食分发给贫苦家庭。



印度尼西亚,巴布亚,默劳克(Merauke)流离失所者营地,2005年。红十字国际委员会供水点提供饮用和其他家庭所需的洁净水。



卢旺达,尼亚加希塔(Nyagahita),1993年8月1日。流动诊所。



利比里亚,蒙罗维亚,2006年。中央监狱。在特定拘留场所,红十字国际委员会会见其任务范围内所有被拘留者。定期探视因安全原因而被拘留的人有助于确保他们受到的待遇是可接受的,而且有助于防止失踪。



利比里亚,巴尔科都(Barkedou),罗法(Lofa)县,2006年。红十字国际委员会的工作人员正在解释寻人局的作用:让那些因武装冲突而失散的家庭重新团聚。



泰国/柬埔寨,第二(Site B)难民营,1988年。这位父亲刚刚收到儿子寄给他的红十字通信。在很多情况下,红十字国际委员会给了战俘、受拘禁的平民、因安全原因而被拘禁的人以及甚至有时是普通被拘留者与亲人通信的机会。



内罗毕。向肯尼亚警察具有准军事性质的总务部队开展传播工作。正在阅读红十字国际委员会宣传资料的警官。



卡纳(Cana),黎巴嫩南部一个村庄,7月23日。根据黎巴嫩红十字会的报告,有两辆救护车受到武装袭击,尽管这两辆车明显标着红十字标志并闪烁着灯光,从很远的地方就可以看到。当时,急救人员正在把受伤的病人从一辆救护车转到另一辆救护车上,就在这件事发生了。结果,有9人受伤,其中包括6名红十字志愿者。



今天,人道行动者为数众多,他们用不同标志来表明自己的身份。