

平等适用战争法：一项正在 受到挑战的原则

亚当·罗伯茨* 著/朱利江** 译

摘要

“平等适用”原则是指在国际武装冲突中,战争法平等适用于所有有权直接参加敌对行动的人,无论其参加的理由是否正当。由于这项原则非常依赖于对“诉诸战争权”(*jus ad bellum*) 和“战时法”(*jus in bello*) 的区别,因此在当代武装冲突的理论和实践中正面临重大挑战。对这项原则作出某些调整或许已经不可避免。然而,它在条约和历史经验中都有着非常坚实的基础。实践中,它是在战争中保持一定克制这方面所存在或可能存在的最牢固的基础。相对立的主张认为,战斗员应当以一种根本上不平等的方式遵守战争法中的权利和义务,而这取决于哪一方被认为更具正当性。这种主张在概念上经不起推敲,无法有效实施,并将带来危险的后果。

* 亚当·罗伯茨是牛津大学政治和国际关系系高级研究员、牛津贝列尔(Balliol) 学院名誉退休研究员和英国社会科学院候任院长,并曾于 1986 年至 2007 年在牛津大学任“蒙塔古·伯顿”(Montague Burton) 国际关系讲席教授。本文是牛津大学“变化中的战争特点”利弗休姆(Leverhulme) 研究项目资助下的一项研究成果。我非常感谢参加 2005 年 6 月 23 日至 25 日在牛津举行的关于对称性研讨会的人员,因为他们对本文的一系列初稿作出了有益评论,还要感谢红十字国际委员会前任高级法律顾问汉斯—彼得·加塞尔(Hans-Peter Gasser) 博士。本文较早的版本曾以《平等适用战争法》为题发表于 David Rodin and Henry Shue (eds.), *Just and Unjust Warriors: The Moral and Legal Status of Soldiers*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

** 中国政法大学国际法学院讲师。

平等适用战争法：一项正在受到挑战的原则

“平等适用原则”是指战争法应当平等适用于国际武装冲突中的所有交战人员，不论战争是如何开始的，也不论其中牵涉的理由是否正当。^{〔1〕} 根据这项原则，战争法（又被称为战时法、武装冲突法和国际人道法）应当平等适用于所有有权直接参加敌对行动的人；而且，就法律的适用而言，交战部队所代表的政权是独裁还是民主、代表的是一国政府还是国际社会的意志都是无关紧要的。

与这项原则密切相关乃至作为其基础的是另一项原则，即在战时法和诉诸战争权之间进行区分，因为后者涉及的是使用武力的合法性问题。^{〔2〕} 实践中，它们之间的区分从来不是绝对的，今天同样如此。这两套法律体系具有下列联系：（1）在许多当代冲突中，第三国和国际组织以一方或多方违反了人道法规则为由对它们实施军事干涉或经济制裁；^{〔3〕}（2）比例原则的含义之一是战争中所采取的军事行动要同所遭遇的不平及/或所涉及的事项成比例，从而在诉诸战争权和敌对行动开展方式之间建立了联系；^{〔4〕}（3）国家的自卫有时被作为采取某些行动的理由。

〔1〕 在这里之所以使用“平等适用原则”及类似表述，是因为它符合《日内瓦公约》和其他战争法条约中的“适用范围”条款的意图。在前引 Rodin 和 Shue 书中，一些作者用“对称性假定”（symmetry thesis）来指称这项原则。我没有沿袭他们的用法，因为这里所讨论的是一项既定法律原则，而不仅是一个假定或主张，而且，这项原则并不取决于假定交战人员之间存在对称性。

〔2〕 关于有所裨益的讨论，包括对资料的广泛援引，See Marco Sassòli, “*Ius ad bellum* and *ius in bello*—the separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: crucial or outdated?”, in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines—Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 241–64.

〔3〕 Adam Roberts, “Humanitarian issues and agencies as triggers for international military action”, *International Review of the Red Cross*, No. 839 (2000), pp. 673–98.

〔4〕 Christopher Greenwood, “The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello*”, *Review of International Studies*, Vol. 9 (4) (1983), pp. 221–34. 还可见“The applicability of international humanitarian law and the law of neutrality to the Kosovo campaign”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 31 (2001), pp. 111–44, esp. at p. 143（他在文章中强调，诉诸战争权关于使用武力应当成比例这一要求“不能被用于削弱战时法中的平等适用原则”）。

由,而这些行动在其他情况下根据战时法可能是成问题的;〔5〕(4)由国际社会,如联合国安理会授权实施的制裁或使用的武力,有时候会改变交战(以及中立国)在战时法上通常的权利和义务。〔6〕

由于战时法与诉诸战争权在当代冲突中的区分已经不再绝对,因此平等适用原则正在受到严重挑战就显得不足为奇了。现在有许多观点,大致的意思是:在战时,战斗员在战争法上的权利和义务应当不平等地适用于冲突双方,取决于哪一方的理由更为正当或合理。这样的观点早已有之,并在“冷战”结束后卷土重来。不过,它们通常都仅以推论、假设或零散判决的形式出现,而不是对战争法的适用范围进行全面检视后的结果。这些论点主张改变法律的适用,使其有利于特定当事方(对此后文将有进一步讨论),例如主张联合国授权或美国领导下的使用武力行为性质特殊,因此通常的规则非经重大变更不应适用。这些论点常常基于这样一个假定,即敌方部队不是合法交战人员——例如,因为他们某些问题上藐视国际社会的意志,从事犯罪行为,或与“恐怖分子”有联系。

从逻辑上看,这些论点可以推导出一种所谓“不平等适用”的主张,即如果根据诉诸战争权战斗员是合法的,那么与那些不合法的战斗员相比,他们在战时法中就具有更广泛的权利。〔7〕这种“不平等适用”主张有两种潜在的含义:(1)应当修改战争法,以便明确允许对冲突的不同当事方适用不同规则;(2)战争法应当保持不变,但其适用模式在特定情形下应当有所改变。无论是哪种含义,“不平等适用”主张表面上看起来都很吸引人,然而却都是建立在薄弱的推理基础之上,可能带来危险

〔5〕 例如,见国际法院在 *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996, para. 105(2) E. 案咨询意见中所提到的“自卫这一极端情形”。下文在分析一些主张将法律修改为有利于特定当事方的论点时,对于自卫问题有进一步讨论,见注释〔42〕之相应正文。

〔6〕 下文在分析一些主张将法律修改为有利于特定当事方的论点时,对于联合国授权对平等适用原则的影响有进一步探讨,见注释〔53〕之相应正文。

〔7〕 有两位哲学家探讨了这一主张,即应当不平等地适用战时法,以便,例如,帮助保护那些为了诉诸战争权方面的公认真理理由而战斗的士兵。见 Jeff McMahan 和 David Rodin 在前引 Rodin 和 Shue 书中所著章节,第 19 ~ 43、44 ~ 68 页。

的结果。

还有一种批评平等适用原则的主张角度稍有不同,认为冲突中的许多士兵,甚至也许是“侵略者”一方的一些或全部士兵,就其个人而言非常无辜,因此不应成为合法的攻击目标。根据这种观点,由于战争法似乎允许对交战国的士兵进行攻击,因此在道德上是成问题的,至少就某些冲突或冲突中的某些当事方而言是如此。诚然,“无辜士兵”是一个严重问题,然而正如下文所述,现有法律和实践对此并非视而不见。再者,无辜士兵问题能否通过不平等适用战争法,或者通过将战争法视为障碍而非解决手段(因为它表面上允许对士兵进行攻击)来加以有效处理,还要画个问号。

本文对国家内部的冲突(即内战)和恐怖主义只简单提及。这两者一直对战争法的适用本身带来严峻挑战,更不用说平等适用。在内战和反恐战斗中一般都会存在一个合理的问题,即关于国际武装冲突的法律能否正式适用。政府通常都不愿承认它们的对手具有冲突一方的正式地位,尤其是不愿承认后者享有完全的战俘地位。然而,在许多很大程度上是国内冲突的情形中,可能有充分的理由适用战争法。1980 年联合国《常规武器公约》的 2001 年协定将公约适用范围扩展至非国际武装冲突,就是对此予以正式承认的一个重要例子。^[8]另外,包括联合国安理会在内的国际机构也可能会敦促在基本上或完全是国内性质的冲突中适用战争法。^[9]同样,安理会还承认,在反恐斗争中,各国必须“遵守它们在国际法,尤其是国际人权法、难民法和人道法上的所有义务”。^[10]即使是在国家拒绝全部适用战争法的情况下——例如美国在

[8] 经修正后的第 1 条,2001 年 12 月 21 日。修正案已有 63 个缔约国,见 [www. icrc. org/ihl](http://www.icrc.org/ihl) (最后访问时间 2008 年 10 月 1 日)。

[9] 例如,联合国安理会的下列决议重申(在很大程度上是非国际性的武装冲突中),各方必须遵守“在国际人道法,特别是 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》上的义务”:1992 年 7 月 13 日关于波斯尼亚和黑塞哥维那的安理会第 764 号决议、1998 年 8 月 28 日关于阿富汗的安理会第 1193 号决议。

[10] 2005 年 9 月 14 日在由国家元首和政府首脑参加的联合国安理会“峰会”上通过的安理会第 1624 号决议。

“反恐战争”的某些方面的政策——也可能仍有充分的理由适用其某些条款,如1949年《日内瓦公约》共同第3条。这也正是2006年6月美国最高法院在“哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案”(Hamdan v. Rumsfeld)中的结论。^[11]

本文主要关注是各种类型的国际武装冲突以及两个核心问题。首先,基于冲突一方理由的正义性或法律地位而作出的某种形式的区分,应否影响交战人员在法律上所享有的保护和所承担的义务?其次,战争法对“无辜士兵”问题有无回应?我将这些问题分解为如下9点:

1. 三个关于战争法的误导性假定;
2. 战争法平等适用于所有交战人员这项原则的条约法基础;
3. 平等适用战争法的四个历史原因;
4. 互惠与报复;对平等适用的影响;
5. 战争法对不同人员类别的区分;
6. 某些主张将法律修改为有利于特定当事方的论点;
7. 在认定哪一方的诉诸武力行为更为正当方面存在的困难;
8. 战争法和战争行为中的“无辜士兵”;
9. 结论:应当尊重平等适用原则的理由。

三个关于战争的误导性假定

有时——但绝非总是——那些支持“不平等适用”及类似主张的人将其观点建立在一个或几个关于战争法的误导性假定的基础之上。这些假定的共同点是倾向于夸大战争法的作用和影响。为了顺利探讨更为实质性的问题,必须先简要分析其中的三个假定。

[11] Hamdan v. Rumsfeld 是一起关于因涉嫌参加恐怖行动而被拘留的人的地位和待遇的案件。在2006年6月29日的判决中,美国最高法院既强调了1949年《日内瓦公约》共同第3条,也强调了1977年《第一附加议定书》第75条。这印证了一个更为一般的趋势,即认为共同第3条的规定适用于范围广泛的冲突,而不仅仅是一国的内战(后者是对该条款的“适用范围”进行严格解读所可能得出的结论)。

第一个误导性的假定是,这套法律赋予交战人员某些“权利”,包括向敌军士兵开枪的权利,这也就意味着,这套法律可以在具体的案件中扩展或取消这一权利。无论从历史还是法律的角度,更确切的说法应当是,战争法承认交战人员享有某些权利,乃至容忍他们采取某些行动,但它并不是此种权利的渊源。从本质上说,战争法并不是一个对战争的各个方面进行全面调整的一般法律体系。相反,它只是对战时行为作出某些限制的温和而有限的一套法律规则。实际上,这套规则的大部分内容涉及的都是那些因武装冲突而落入对方手中的人员(战俘、伤病员、被占领土居民)的待遇,而不是武装冲突行为本身。换言之,法律在战争中的作用并不在于提供“游戏规则”,而在于提供适用于战争的某些方面和某些后果的一套温和的规则。在这个意义上,很难说战争法可以作为在特定情形下扩展或取消战争固有风险(例如攻击敌方武装部队的权利)的依据。

第二个误导性的假定是,战争法的大部分内容都构成对有效开展军事行动的系统性限制,从而使遵守它们的交战人员更难获得成功。根据这种观点,让更正当的一方无须严格遵守某些规则,或者赋予其战时法上的更多特权,将有助于其成功达到预期结果。这是对复杂得多的现实的过度简化。可以说,战争法提供了一套规则,这套规则尽管试图将战争的各方面影响降到最低限度,但同有效和专业的军事行动是相容的,甚至可以对后者发挥积极的协助作用。相比之下,系统性违反战争法的行为常常会促成失败,尤其是当这种行为激起了其他国家的同仇敌忾之心时。

有时会遇到的第三个误导性假定是,所有交战人员平等适用战争法是建立在“战场上的道德平等”这个前提的基础之上的。这一假定的言外之意是,由于在许多情况下,根据诉诸战争权不能认为交战人员具有任何形式的道德平等,因此平等适用战争法是有问题的,甚至干脆就是错误的。然而,战争法并不依赖交战人员之间道德平等这个概念。相反,战争法同那种认为在任何特定战争中都有非常充分的理由把其中一方看作优于另一方(包括在道德方面)的想法是相容的。很自然,这些

理由不仅表明个人具有优越性,而且还表明某些国家和国际机构的政策具有优越性。这可能表现为对交战方的行为进行战争罪国际调查(无论是由国际刑事法院、联合国安理会设立的特别法庭还是国家或联盟进行)的结论对其中一方的批评更为严厉,也可能表现为安理会对其中一方的行为进行了谴责。例如,在1992年至1995年的波斯尼亚和黑塞哥维那战争中,联合国安理会采取的某些行动明显倾向于战争中的一方,但它同时还是坚持了平等适用战争法这一原则。^[12] 尽管这种针对波斯尼亚战争的基本方法是有问题的,但它表明平等适用战争法与战场上的道德平等并不是一回事。

战争法平等适用于所有交战人员这项原则的条约法基础

战时法的一项基本原则是,无论冲突的发端根据诉诸战争权是否合法,战争法均可适用,且平等地适用于所有交战人员。这项原则被承认为战争法的基础至少已有150年,并在大量条约规定中得到了体现。^[13] 1949年四个《日内瓦公约》并无任何地方暗示战争目标的性质或任何一方的正义性会影响对战争法的适用。共同第1条全文规定:“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”^[14] 共同第2条明确规定,无论是否宣战,该法均可适用,即使其中一国不承认有战争状态也是如此。^[15] 《日内瓦公约》的谈判和签署距同盟国作战结束不过寥

[12] 在下文题为“执行行动中的经联合国授权的部队”和“联合国维和部队”的部分,还将对1992年至1995年的波斯尼亚和黑塞哥维那战争中的战争法适用情况加以讨论。

[13] 本文所提及的所有战争法方面的条约都可以在 www.icrc.org/ihl 中查到(最后访问时间2008年9月3日)。截止到1999年签订的协定可以在下面这本书中找到:Adam Roberts and Richard Guelff (eds.), *Documents on the Laws of War*, 3rd ed, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[14] 关于对1949年《日内瓦公约》共同第1条的起源和含义的权威解释,见Frits Kalshoven, “The undertaking to respect and ensure respect in all circumstances: from tiny seed to ripening fruit”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2 (1999), T. M. C. Asser Press, The Hague, 2000, pp. 3-61.

[15] 1949年《日内瓦公约》共同第2条。

寥数年,而这场战争被普遍认为是针对一个极其残暴和危险的政治体系的正义战争。尽管如此,公约却并没有规定那些为了更高尚的理由战斗的人员在规则适用方面享有特权。

1977 年通过的《1949 年〈日内瓦公约〉第一附加议定书》更加明确地规定了对冲突各方平等适用战争法的原则。该议定书的序文重申:“1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约和本议定书的规定必须在一切情况下充分适用于受这些文件保护的一切人,不得以武装冲突的性质或起因为依据或以冲突各方所赞助的或据称为各方所致力目标为依据而加以不利区别”。^[16]第 1 条不仅重申了 1949 年《日内瓦公约》的保证,即“在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”,还继续明确规定,该议定书适用的场合“包括各国人民在行使庄严加载《联合国宪章》和关于各国依《联合国宪章》建立友好关系及合作的国际法原则宣言的自决权中,对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突”。^[17]许多人对此感到担心,因为这似乎是在某些类型的战争中偏向于一方。然而,说一方具有更为正义的目标并不等于说应当不平等地适用战争法。相反,对于诸如民族解放运动这样的实体而言,为了遵守《日内瓦公约》和《第一附加议定书》,以及具有与任何其他冲突一方具有同等的权利和义务,它们必须采取适当的步骤,而对此作出了详细规定。相反,《第一附加议定书》规定民族解放运动这样的实体有着与任何其他当事方相同的权利和义务,并详细规定了其应当如何采取适当步骤适用《公约》和《议定书》。^[18]

平等适用战争法的四个历史原因

平等适用原则为什么得到如此广泛的接受呢?它源自至少绵延了

[16] 1977 年《第一附加议定书》序文。

[17] 同上,第 1 条第 1 款和第 4 款。

[18] 同上,第 96 条第 3 款。

500 年的四个方面的来之不易的经验：(1) 从 16 世纪至 18 世纪，平等适用原则开始作为战争法的哲学基础的一部分出现，原因很简单，因为别的观点更成问题；(2) 在 19 世纪，它成为设法通过条约形式构建一套统一规则这种强大而良好的传统的一部分；(3) 在 20 世纪和 21 世纪，这项原则已深刻体现在法院判决、国家实践和法学家意见中；(4) 这项原则已经被红十字国际委员会的实践经验所强化。

战争法的哲学基础

强调平等适用的第一个历史原因是，这项原则是在 16 世纪至 18 世纪对战争法发展作出过贡献的政治哲学体系的基石。战争法应当平等适用于战争双方这一观点有着悠久而卓著的思想传统。尽管阿尔贝里科·真蒂利 (Alberico Gentili, 1552—1608) 和胡戈·格老秀斯 (Hugo Grotius, 1583—1645) 都相信应当对合法和非法的诉诸战争行为作出区分，而且都相信正义战争对于保护国际社会而言至关重要，但两人都在这一观点的形成方面发挥了关键作用。特别是，格老秀斯所强调的“战争行为节制” (*temperamenta belli*)——基本上是对战时节制的一种道德上的谨慎呼吁——的焦点在于对作战方式的人道限制。^[19]

埃梅里希·德·瓦特尔 (Emmerich de Vattel, 1714—1767) 的著作明确区分了战时法和诉诸战争权，强调“就常规战争的效果而言，战争双方都被认为是正义的”，而“在战争状态中，允许一方从事的行为也必须允许另一方从事”。^[20] 他由此阐述的立场绝非无懈可击。虽然他承认存在国家逾越“普遍战争法”界限的风险，但他并没有明确指出这种行为

[19] 关于格老秀斯对战争进行限制的思想传统及其与诉诸战争权关系的模糊性，See Hedley Bull, Benedict Kingsbury and Adam Roberts (eds.), *Hugo Grotius and International Relations*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 15–26 (Kingsbury and Roberts), and pp. 194–207 (Draper).

[20] Emmerich de Vattel, *Le droit des gens* (posthumous edition, 1773 [1758]). 本文引用的版本是 *The Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, ed. Joseph Chitty, Sweet, Stevens and Maxwell, London, 1834, pp. 382–3。本文中的这些引用来自 book III, ch. 12, § § 190–1。

对平等适用法律所产生的影响。他的整个理论是建立在“万国公法的自然原则”这个思想的基础之上的,而后者在他看来“来自自然本身”。^[21]当时他的思想饱受质疑,而他的影响力也有限。尽管如此,他对平等适用战争法的明确强调仍然具有重要意义。

大约与此同时,让-雅克·卢梭(Jean-Jacques Rousseau)更多地基于政治哲学而非严格的法律发展出一种思想,认为所有战斗员在战争中都应获得力所能及的保护。根据他的观点,战争中的战斗员本质上是无辜的。卢梭一直提倡要对战争进行限制,尤其是通过那些禁止杀害战俘和奴役被征服人民的理论来倡导。他的观点受到这一事实的影响:至少同 20 世纪和 21 世纪相比,18 世纪的战争是有限战争,是为了有限的目标、使用有限的手段在作战。

卢梭在这种背景下发展出的如下战争观,对于战争法的适用产生了深远而持久的影响:

那么,战争就不是人与人之间的关系,而是国家与国家之间的关系。在这种关系中,个人只是偶然成为敌人——不是以人的身份,甚至也不是以公民的身份,而是以士兵的身份;不是因为他们祖国的成员,而是因为他们祖国的保卫者。最后,任何国家都只能把其他国家作为敌人,而不能把人作为敌人,因为在不同性质的事物之间不可能建立真正的关系。

.....

既然战争的目的是为了摧毁敌国,那么只要保卫敌国的人员携带武器,人们就有权杀死这些人员;但是,一旦他们放下手中的武器投降,他们就不再是敌人或敌人的工具,而再次成为了单纯的人,人们也就不再有权掌控其生命。有时候,不杀害敌国一名成员就消灭敌国是可能的;战争并不赋予非为实现战争目的所必需的权利。这些原则并不是格老秀斯所说的那些原则,也不是来自诗人的权威,

[21] Ibid., § § 191 - 2.

而是源自事物的本性,建立在理性的基础之上。^[22]

卢梭一方面把士兵看作仅仅是“偶然的敌人”,另一方面却又在其他场合提倡建立民兵制度(在这种制度中每个公民都要发誓保卫祖国)。他未能完全成功地调和这两种观点。同样,他在对格老秀斯的抨击中暗示后者对于掌权者过于宽容,这种批评也并不总是公平的。事实上,在强调战时克制这一点上,卢梭受格老秀斯影响的程度比他自己所愿意承认的更深。不过,强调对所有交战人员平等适用战争法规则,这是他最重要的遗产之一。红十字国际委员会(1863年)将成立地点选在卢梭所深爱的日内瓦,并经常援引他的上述经典语录作为红十字国际委员会所支持的法律和所从事的活动的根本基础,这显然不是一种偶然。^[23]

追寻一套统一的规则

平等适用战争法的第二个历史原因是,从19世纪中叶在条约中出现之时起,现代战争法的基础就是承认有必要建立一套公认的统一规则。不同交战方适用或被适用不同规则的做法,长期以来被视为造成混乱的原因所在。在“克里米亚战争”(1853~1856年)中,欧洲不同国家对于拿捕海上财产遵循不同规则。

盟国之间出现了不一致的做法,造成了混乱和效率低下,尤其是在其与中立国的关系方面。战后,作为在巴黎签订的和平协定的一部分,和谈各方就1856年《巴黎海战法宣言》达成一致。宣言的开头令人难忘:

考虑到:

长期以来,战时海上法已成为令人惋惜的纠纷的题目;

[22] Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique* (1762), paragraph I. iv, in *Rousseau : The Social Contract and other Later Political Writings*, ed. and trans. Victor Gourevitch, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 46–7.

[23] See, e. g. François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, Macmillan Education, Oxford, 2003, pp. 125, 717.

在这个问题上权利和义务的不明确,是中立国和交战国之间足以产生严重困难,甚至冲突的意见分歧的原因;

因此,对如此重要的问题制定一些统一的原则是有益的……^[24]

1856 年《巴黎宣言》具有特殊的意义。它是第一份所有国家都可以加入的多边公约。换言之,它是现在被视为国际法标准表述形式的第一个例子。作为现代国际法基础的文件类型是在战争法领域首先出现的,这也许有点荒谬。然而,这并不是一个意外。战争是一个明显需要某些行为规则的领域。在敌对行动开始之前必须已经具有这些规则,因为一旦战争爆发,就很难创设新的规则。

因此,存在为所有交战人员发展一套统一规则的要求。这是一条贯穿于战争法整个后续发展过程的红线。在这一点上,无论是在其初始谈判的方式方面,还是在国家后来的遵守方面,1949 年四个《日内瓦公约》都提供了明显的证据。由瑞士政府发起的日内瓦谈判从 1949 年 4 月开始到 8 月结束,吸引了 64 个国家代表与会,比当时联合国会员国的数目还要多 5 个。^[25]到 2008 年的今天,已经有 194 个国家成为 1949 年《日内瓦公约》的缔约国,比现在联合国会员国的数目还要多两个。这些数字表明,在统一适用战争法的基础上确保对战争法至少是形式上的遵守,这一努力是成功的。^[26]

法院判决、国家实践和法学家意见

平等适用的第三个历史原因是,这项原则在法院判决、国家实践和学术文献中得到高度支持——限于篇幅,本文对此只能最简略地提及。

虽然侵略战争是非法的这一思想在 20 世纪走强,但并未削弱不管

[24] 1856 年《巴黎海战法宣言》序文。

[25] 正式名单显示,截至 1949 年 5 月,联合国共有 59 个会员国。信息来自 www.un.org/members (最后访问时间 2008 年 10 月 1 日)。

[26] 关于 1949 年《日内瓦公约》缔约国情况的信息,可访问 www.icrc.org/ihl (最后访问时间 2008 年 10 月 1 日)。

哪方对战争爆发负有责任乃至法律罪责都应平等适用战时法这项原则。1946年,纽伦堡国际军事法庭否认了要求不适用战争法的某些理由,默示地承认了平等适用原则。^[27]随后,设在纽伦堡的美国军事法庭明确承认了这项原则,这在“人质案”(“美国诉威廉·李斯特等人”)中体现得最为明显。在该案中,美国第五军事法庭援引国际法学家奥本海(L. Oppenheim)的著述作为权威依据,在1948年2月19日作出如下判决:

无论战争爆发的理由如何,也无论该理由是否是所谓正当理由,关于交战国在相互作战时以及在处理同中立国的关系时不能做什么、可以做什么和必须做什么,都必须遵守同一套国际法规则。即使宣战行为实际上违反了国际法,也必须如此……^[28]

大量后续的国家实践以及法学文献也证明平等适用战争法这项原则始终居于显著地位。^[29]

红十字国际委员会的经验

平等适用原则的第四个历史原因是,国际红十字与红新月运动的经验,尤其是专注于在战时采取行动的主要机构红十字国际委员会(1863年成立时称为“日内瓦委员会”,后改称“伤兵救护国际委员会”)的经验,确认了这项原则的重要性。自红十字国际委员会成立以来,它作为人道组织的角色在战争法条约中得到了详细规定,尤其是在1949年《日内瓦公约》及其1977年《第一附加议定书》中。

作为国际红十字与红新月运动主要审议机构的红十字与红新月国

[27] 关于纽伦堡国际军事法庭,见注释[36]相应正文关于互惠的内容。

[28] *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Nuernberg, October 1946 – April 1949, 15 vols., Government Printing Office, Washington DC, 1949–53, XI, p. 1247.

[29] 例如,见英国《武装冲突法手册》对“普遍适用武装冲突法”的明确阐述, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, UK Ministry of Defence, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 34, 以及下面这本著作中对“平等适用战时法”的精彩讨论, Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 4th edn, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 156–63.

际大会不断通过决议,支持平等适用国际人道法。例如,1986 年在日内瓦举行的第 25 届国际大会强烈重申红十字传统原则,包括针对交战人员的中立原则(即对争端既不站队也不参与)和在减轻苦难方面的公正原则(不因国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治意见而有所歧视)。它还通过了一项决议,声明国际大会:

1. 遗憾地看到关于冲突的法律类别的争论过于频繁地妨碍国际人道法的执行和红十字国际委员会的工作;

2. 吁请卷入武装冲突的所有各方全面遵守其在国际人道法上的义务,并使红十字国际委员会能够开展其人道活动。^[30]

在 2005 年发表的习惯法研究中,红十字国际委员会似乎认为这套规则理所当然必须得到平等适用。它指出这是一项绝对的义务,而不是一项取决于各方之间的互惠的义务。该研究得出的关于遵守问题的习惯国际法是:“冲突各方须遵守国际人道法并确保其武装部队以及其他事实上接受其指令或受其指挥或控制的人员或团体遵守国际人道法”。^[31] 此外,正如红十字国际委员会的研究所指出的那样,联合国安理会和大会关于各种冲突的决议也敦促所有各方遵守国际人道法。^[32]

对于红十字国际委员会来说,公平原则作为其得以在战场上开展工作的重要基础,与平等适用原则密切相关。^[33] 同样,人道原则意味着如果规则的适用要取决于政治标准,那就毫无意义。既然红十字国际委员会不仅致力于那些更为艰苦的工作(即在战争中处理人道救助的实际问题),还在发展和执行战时法方面扮演重要角色,那么它一直以来所坚持

[30] 决议一,“在武装冲突中尊重国际人道法和红十字国际委员会为受《日内瓦公约》保护的人员采取的行动”,载 *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, 13th edn, ICRC and IFRC, Geneva, 1994, p. 752.

[31] Rule 139, in Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, 2 vols., ICRC and Cambridge University Press, Cambridge, 2005, I (Rules), p. 495.

[32] 关于联合国此类决议的清单, *ibid.*, II (Practice), pp. 3168 – 72.

[33] Jelena Pejic, ‘Non-discrimination and armed conflict’, *International Review of the Red Cross*, No. 841 (2001), pp. 183 – 94.

的平等适用战争法的观点就值得尊重。然而,红十字国际委员会是如此绝对地强调平等适用,以至于它有时似乎忽视了互惠原则。后者值得在此加以简要考察。

互惠和报复:对平等适用的影响

在战争法悠久的历史中,有两个概念对平等适用产生了重大影响,即互惠和报复。互惠是指一方对规则的遵守在某些方面取决于另一方的遵守情况。报复是指冲突一方针对敌人的非法作战行为,为了迫使后者遵守法律,可以实施某些本来是非法的报复行为。这两个概念以不同方式反映了同一主张,即如果一方不遵守战时法,那么另一方也有权不遵守某些规则。虽然这两个概念都是基于对战时法适用情况的可能改变,但它们都与诉诸战争权无关。尽管如此,这两个概念却都与本研究有关,因为它们都凸显了这一主张,即对战争法在交战人员之间的适用作出重大变更是可行和有用的。

互惠

可以在下列材料中找到互惠原则的内容和实践:

1. 许多战争法条约都规定,其规则适用于有关条约缔约国之间发生的所有武装冲突,这些规则还调整缔约国与非缔约国之间的关系,只要后者“接受并援用”该条约的规定;^[34]
2. 许多缔约国对1925年《关于毒气和细菌作战方法的日内瓦议定书》作出保留,大意是该议定书的拘束力只体现在与受其拘束的其他国家之间的关系上,如果敌人或其盟国不尊重该议定书的禁

[34] 1949年《日内瓦公约》共同第2条;该条款的内容在后来许多战争法条约的“适用范围”条款中得到了体现。

止性规定,那么议定书也就不再具有拘束力。^[35]

那种认为战争法只有在互惠情形下才能适用的观念已经有所演变,并得到了适当修正。多方面的发展使人们认识到,尊重法律的义务不完全取决于互惠。这些发展中有三项直接源自 20 世纪的战争经历:(1)1946 年纽伦堡国际军事法庭判决宣布,只要有关战争法规则被普遍接受为“对战争法规和惯例的宣示”,那么就须予以执行,即使一些交战国并非特定条约的缔约国。^[36] (2)并无迹象表明,因为一方在某些战争中显著违反战争法基本规定,另一方就有权不再遵守战争法。例如,在 1991 年海湾战争中,尽管伊拉克实施了许多违法行为,例如虐待战俘和肆意破坏(导致科威特上空空气和海湾地区水质受到污染),但也没有人据此主张美国领导的盟军不应再遵守这套法律。(3)在动用国家武装部队来打击采取恐怖主义手段的非国家实体的某些冲突中,国家一方已经承认,建立在战争法基础上的某些规则应当得到适用,即使相关情形与通常的国家间战争有所不同,对方并不符合获得战俘地位的条件,而且条约制度对该冲突的正式适用并未得到承认。就这点来说,1971 年至 1972 年灾难发生后,英国在北爱尔兰所扮演的角色也许是一个例子。

所有这三项发展都说明,出现了放弃某些有关互惠的严格观念的趋势。事实上,它们表明有时可以把遵守这套法律看作是一种与对方行为无关的义务:不是“同样适用”,而是“始终适用”。它们表明,战争法能够适用于或者适应比条约原先设想的更为广泛的情形。

1969 年《维也纳条约法公约》巩固了这一结论。尽管该公约规定,在多边条约当事国之一有重大违约情事时,其他当事国有权将条约全部或局部停止施行,但它还特别规定,这“不适用于各人道性质之条约内所

[35] 一些曾经对 1925 年《日内瓦议定书》作出此种保留的国家后来撤回了保留,因为如果允许对生物或化学武器保有任何“以牙还牙,以眼还眼”的报复权利,那么就与它们根据禁止拥有此类武器的 1972 年《生物武器公约》和 1993 年《化学武器公约》所承担的义务相矛盾。

[36] *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg Germany*, HMSO, London, 23 vols., 1946–51, Part 22, p. 467.

载关于保护人身之各项规定,尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”。^[37]这就明确禁止交战国停止施行战争法条约中的关键人道条款(无论是作为报复还是以互惠的名义)。

在习惯法研究中,红十字国际委员会(在引用大量实践作为支持后)得出的结论是:“遵守和确保遵守国际人道法这一义务不以互惠为前提。”^[38]尽管法律发展的趋势肯定是朝着这个方向,但战争法适用的互惠性在法学理论或国家实践中已经被完全废弃这一点并非不证自明。在法律协议方面,红十字国际委员会的研究没有讨论1949年《日内瓦公约》共同第2条;该条暗示在公约的战时执行中存在互惠,并在后来的条约中有所体现。^[39]至于武装冲突方面的国家实践,尽管单纯的报复权概念已经面临巨大压力,但要说互惠原则作为一种手段,已经完全失去其在促进遵守战争法方面的剩余价值,还是难以令人信服的。

不论多么不完善,互惠可能仍然是适用战争法的一个基础。尽管如此,并没有任何法学文献认真表明,互惠可以同不平等适用战时法(取决于根据诉诸战争权对各方理由所做的评估)为伴。事实上,互惠和不平等适用并不能互相契合:有两个单独的理由来改变战争法的适用,那将是混乱之源。而如果是像红十字国际委员会所说的,互惠原则已经死亡,那么取而代之的显然是这样一种强烈义务,即国家在其所涉足的所有武装冲突或占领情形中都必须遵守同一套规则,不管其对手发表了什么声明或采取了什么行动。

交战报复

从理论上说,交战报复是对严重问题作出回应的一个精确而清晰的方法。它是基于这样的主张,即为了迫使对方不再违反战争法,交战一

[37] 1960年《维也纳条约法公约》第60条第5款。

[38] Rule 140 in Henckaerts and Doswald-Beck, above note 31, I, pp. 498–9. 在解释本规则和上一条规则时,并未探讨在遵守公约方面的互惠问题。

[39] 包括1999年《武装冲突情况下保护文化财产海牙公约》第二议定书》第3条第2款。

方可以实施某些原本违法的具体行为。报复行为在现代战争中的既往实践并不能激起人们对这种特殊方法的信心。相反,它表明,这种对严格适用战争法的背离即使是为了对敌方的违法行为作出回应,也常常会产生误解,还会导致敌对行动升级和一系列常见的违反战争法行为。五花八门的报复做法使得人们逐渐对交战国的报复权加以限制。^[40]特别是,1977 年《第一附加议定书》规定有禁止实施某些类型报复行为的重要条款。然而,从一些国家在批准或加入《第一附加议定书》时所作出的某些声明和保留来看,这些国家仍然对维持实施报复的可能性表示关切,尤其是当对方故意对平民和民用物体进行重大攻击时。^[41]这种关切也许有充分的正当理由。不过,虽然报复这种古老的制度并未完全死亡,但这并不意味着,以冲突方之间的所谓法律或道德区别为理由,通过“不平等适用”战争法这一概念来进一步改变战争法的适用,是值得肯定的。

战争法对不同类型人员的区分

在几个世纪的发展中,尽管战争法并没有基于交战人员各自的理由是否符合道德对其作出区分,但它的确基于后者与武装冲突之间关系的性质以及参加敌对行动的权利(或相反)对不同类型的人员作出了许多区分。例如,针对下列不同人员类别规定了特定的保护、职责和禁令:

1. 一旦被俘则享有战俘地位的战斗员
2. 被占领土上的平民
3. 在战斗区域或其附近的平民
4. 医务人员

[40] 关于对报复的批评, See Frits Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, Sijthoff, Leyden, 1971.

[41] 1977 年《第一附加议定书》对报复的限制主要规定在第 51 ~ 56 条中。某些国家在表明自己会遵守该条约的同时,对这些条款作出了保留或声明。英国在这一点上就很明显, above note 13, Roberts and Guelff 书, 声明“m”, 第 515 页。

5. 红十字国际委员会的代表
6. 外国雇佣兵
7. 非法的(或不享有特权的)战斗员
8. 涉嫌犯有战争罪(即战时法上的犯罪)的人员
9. 不与交战国任何一方处于战争状态的国家的国民
10. 联合国除执行行动以外的行动人员
11. 卷入武装敌对行动的联合国部队

将人员区分为不同类别的倾向与人权法中的做法是完全不同的,因为人权法试图找出属于所有人的权利,一般不作区分。战争法之所以强调不同的分类,是因为基于显而易见的理由,这种分类对于适用战时的法律规则来说是必不可少的。例如,现役士兵显然不能享有同红十字工作人员或平民一样的豁免。

有人可能会认为,既然战争法有能力区分不同类别人员,那么这似乎暗示可以基于这些人在诉诸战争权上的不同地位来对其加以区分。如下节所示,有很多理由可以解释为什么想要对法律的适用做出这种变更。

某些主张将法律修改为有利于特定当事方的论点

常常会存在要求有选择地适用战争法乃至给予这方或那方某些特权的压力,这是很自然的。甚至还存在一些等于是要求根据战争法享有特殊权利的实践。要求在国际武装冲突各方之间不平等适用战争法的可能的论点包括:

1. 在对方首先实施侵略行为后,行使自卫权的国家或联盟应当有权对该对方采取在其他情形下不合法的措施;
2. 在弱小一方面对强大对手的不平等战斗中,弱小一方通常被迫违反战争法规则,有时就产生要求一方享有某些豁免或根本不受战时法拘束的主张;
3. 大国,尤其是那些在全世界范围内承担军事义务的大国,有时声称,平等适用某些规则以及接受超国家的司法程序将有损其地

位及其国际作用的有效发挥;

4. 可能会宣布,经联合国授权组建的武装部队在从事执行行动时享有免受所有敌对行动攻击的特权,因此任何对这种部队的攻击都将构成战争罪;

5. 联合国维和行动具有免受攻击的法律保护,因此可能成为战争法已经不是平等适用的例子。

所有上述论点都是严肃的,并且极其清楚地表明了各种要求不平等适用战争法的压力。下面将依次对它们进行考察。接下来进行的简单考察的目的只是概括上述每一个论点,并且就它们是否影响了交战人员的行为给出大致的说明,而不是对它们进行评价或反驳。

为自卫目的作战的国家或联盟

有一种论点认为,首先从事侵略行为是一种犯罪,其性质可以使战争中的一方在适用战时法方面具有特殊的法律地位。其实,这种论点只是为了证明“不平等适用”战争法而提出的一类主张中的一个例子而已。在战争过程中可能经常会发现,一方暗示对方的违法行为(包括最初的诉诸武力决定)是己方实施根据战时法可能有问题的极端行为的理由。尽管此种主张有着悠久的历史,而且证明不平等适用战争法的思想具有吸引力,但它也表明这种做法存在许多危险,是违反现有法律的。

基于对方首先发动战争(及其他理由)而声称在战争中享有特殊权利的一个可能例子是杜鲁门(Truman)总统在 1945 年 8 月 6 日轰炸广岛之后第 3 天向美国人民通过广播发表的声明:

我们发明了原子弹,我们使用了它。我们是对那些在没有警告的情况下在珍珠港攻击我们的人使用原子弹的,是对那些使美国战俘陷于饥饿、殴打和处决美国战俘的人使用原子弹的,是对那些撕下一切遵守战争法的伪装的人使用原子弹的。为了早日结束战争的痛苦,为了挽救千千万万美国年轻人的生命,我们使用了原子弹。我们将继续使用原子弹,直到我们彻底摧毁日本发动战争的能力。

唯一能够阻止我们这么做的只有日本彻底投降。^[42]

事实上,5 天以后,也就是在 1945 年 8 月 14 日,日本投降。无论人们如何看待美国对广岛和长崎投掷原子弹的行为或者杜鲁门总统的辩解声明,这个例子显然说明,早已出现了把冲突是如何爆发的当作采取极端反应的正当理由的趋势。但是,必须问的一个问题是:是否应当正式承认这种趋势的合法性?

自卫一方应当享有特权这种论点的另一种说法是,应当允许在自己的领土上对侵略者进行自卫战争的一方采取在其他情形下被禁止的行为。从某种意义上说,在战争法中已经存在这样的规定。例如,1899 年和 1907 年的《海牙章程》第 2 条提到了“全民征召”(Levée en masse)。之所以专门作出这样的规定,就是因为小国担心受到大国的攻击。这种思想引起的其他后果还包括 1977 年《第一附加议定书》中体现出来的主张,即为了反抗正在进行的外国控制而进行自卫作战的一方有权躲藏在居民当中,只需要在从事军事抵抗行为之前穿上制服或佩戴徽章即可。

不平等战斗

大多数军事斗争都是不平等的,这种不平等可以表现为多种形式。在有些情况下,这种不平等性的特点会引起战争法是否可以完全适用的问题;而在其他情况下,基本上认为战争法是应当适用的,但对特定的问题可能会存在要求不平等适用的主张。在这里,需要考察的第一种不平等战争的形式是那种发生在合法政府和非法叛军之间的战斗。

许多战争(包括那些国际战争)都存在受政府控制的有组织武装部队与不是全副武装的非正规部队(通常被称为“游击队”或“恐怖分子”)之间的战斗。在这种情形下,代表政府作战的部队经常否认它们的对手

[42] “Radio report to the American people on the Potsdam Conference”, 9 August 1945, Public Papers of the Presidents of the United States: Harry S. Truman, 1945, GPO, Washington DC, 1961, p. 212. 这则广播是在轰炸长崎当天发布的。

享有参加敌对行动的权利,他们把叛军看作是犯罪分子或不法分子。在这种类型的不对称战斗中,两方都可能被迫违反战争法基本规则,或者认为对于他们所从事的行动来说,不用严格遵守这些规则。^[43]通常,非正规部队并没有多少兴趣去遵守战争法,这一方面是因为他们看来没有机会在被俘获后要求享受战俘的地位;另一方面是因为他们的组织和目标定位都依赖对士兵和平民之间的关键区别进行某些模糊处理。对于他们来说,尤其是在他们没有受过训练和没有组织领导的情况下,参加打击非正规部队的政府武装部队可能会被迫(例如无法区分战斗员和平民)违反战争法的基本规则。^[44]

如果冲突纯属内战性质,那么全部适用调整国际武装冲突的战争法就可能引起问题:无论政府持何种政治立场,从历史上看,它们都反对赋予自己领土上的叛军同外国士兵一样的地位和权利。在下列类型的情形(都是我们这个时代非常熟悉的)中,这个问题会变得更加复杂:

- (1)“国际化了的内战”,在这种情形下,外国介入内战中的一方或双方;
- (2)国际战争中的交战一方在其占领的领土上遇到游击队的抵抗;
- (3)国际战争成为国际整体反恐运动的一部分。在这三种情形中,国际武装冲突与一方不认为另一方有权参加敌对行动的那种冲突相互重叠。在这些情形下存在要求不平等适用战争法的压力是并不令人惊讶的。

在纯属国际性质的战争中,也可能出现不对称的战斗。平等适用原则适用于这种不对称的战争,而且交战方通常已明确表示同意遵守平等适用原则。例如,在自 1991 伊拉克战争以来的不对称轰炸行动中,美国同意适用战争法框架。这并不必然是平等适用原则的胜利。就美国领导的这些轰炸行动对战争法的遵守而言,一个关键的问题是美国对“军

[43] Toni Pfanner, “Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, No. 857 (2005), pp. 149 – 74. 在他的研究结论中,他说:“国际人道法调整的范围不能过分广泛。在受到正确指引的情况下,不能把它扩大适用于那些它旨在调整适用的范围以外的情形。”(第 173 页)

[44] 见 A. P. V. Rogers, “Unequal combat and the law of war”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 7 (2004), pp. 3 – 34, 尤其是第 33 ~ 34 页列出的事情会出错的原因。

事目标”明显作出了扩大解释,甚至把敌对政权的权力来源都包括在内。^[45]

在实力明显不平等的主权国家之间的武装冲突中,有时存在一类特殊的不平等适用乃至滥用战争法的情形。一些实力相对弱小的国家(以及非国家机构)对相对强大的对手一贯从事不法行为,例如劫持人质、在民用物体中布置军事物体、伪装成平民从事自杀性爆炸、使用代理部队从事非法行动(并否认需要对他们的行为承担责任)以及故意攻击平民。自从“冷战”结束以来,在美国军事主导时期,这种非法行为已经非常广泛,可以说是对美国安然无恙地进行高精度空中作战能力的一种反映。在许多情况下,这些行为旨在引诱美国及其盟国对平民造成损害,从而招致国际社会的批评。因此,它们就是被美国空军的查理·邓拉普(Charlie Dunlap)称为“法律战”——即“把使用或滥用法律作为实现行动目标之传统手段的替代方法”——的那种的一部分。^[46]

在采取违反战争法基本规则的作战方法时,许多交战方并不尝试提出具体的论点,证明他们为什么可以不受有效的法律拘束。他们通常只是宣称其享有采取自己认为合适的行动的绝对权力,甚至声称其权力来自神。然而,在可以从这些交战方的公开声明推断出法律论点的范围内,这些论点的基础既有诉诸战争权又有战时法。尤其是其中有一种主张,认为诉诸战争权方面的正义理由使得交战人员有权忽略战时法的某些内容。就像在其他情形中一样,这种主张在此令人不安。

在有些不平等的战斗中,明示或暗示地提出了更加温和而有限的主

[45] 这个问题在下面这篇文章中有进一步讨论,See Adam Roberts, “Air power, accuracy, and the law of targeting : why no brave new world?”, in Richard B. Jaques (ed.), *Issues in International Law and Military Operations*, *International Law Studies*, Vol. 80, US Naval War College, Newport, Rhode Island, 2006, pp. 133 – 50.

[46] 查理·邓拉普旅长:“空军和情报行动:关于现代冲突中兴起‘法律战’的一个看法”,向美国海战学院举行的“关于国际法和军事行动当代问题”准备的发言,新港(罗德岛州),2003年6月25日至27日。关于他的“法律战”观点的概述,See “Legal issues in coalition warfare: a US perspective”, in Anthony M. Helm (ed.), *The Law of War in the 21st Century : Weaponry and the Use of Force*, *International Law Studies*, Vol. 82, US Naval War College, Newport, RI, 2006, at pp. 227 – 8.

张,即由于军事上弱小的一方不能以与对手同样的方式采取行动或遵守战争法,因此应当以某种方式豁免其在战争法上的某些义务。有时候,这种主张只限于战术情形,而且背后体现的可能是对法律的尊重。例如,在军事行动周围没有安全后方,乃至根本没有任何永久领土控制的一方,可能会要求减轻让营地内的战俘不受战区火力威胁的义务。

大国质疑特定规则和程序

主要大国对战争法的平等适用经常持怀疑态度。当然,它们有时候会试图去影响法律发展,使其有利于自己。例如,在两次世界大战期间,主要大国对禁止某些形式的潜水艇作战自然表现出了兴趣,因为这种作战会威胁到它们对海洋的控制。^[47]然而,如果主要大国无法通过符合它们利益的方式发展法律,它们有时候就会选择不成为那些它们认为有问题的条约的缔约国,或者拒绝战争法的国际执行程序,以此来实现对战争法某种程度的“不平等适用”。必须清醒地注意到,中国、印度、俄罗斯和美国还不是 1997 年《关于杀伤人员地雷的渥太华公约》的缔约国,也不是 1998 年的《国际刑事法院罗马规约》的缔约国。印度和美国甚至还不是《日内瓦公约》1977 年两个《附加议定书》的缔约国。^[48]

在部分放弃遵守现行战争法制度方面,美国最为著名,受到的批评也最多。尽管它在 2008 年批准了五个有关战争法的协定,^[49]但它仍然没有成为某些主要协定的缔约国。美国拒绝批准 1977 年《第一附加议定书》,因为它(正确或错误地认为)该议定书是“恐怖分子的宪章”,或

[47] 例如,见 1936 年关于潜水艇针对商船作战的伦敦会议纪要。

[48] 关于这些条约的缔约国数目,可访问 [www. icrc. org/ihl](http://www.icrc.org/ihl) (最后访问时间 2008 年 10 月 1 日)。

[49] 2008 年 9 月,美国参议院就美国批准下列五项协定给出了肯定意见,并最终同意批准。它们分别是 1954 年《海牙文化财产公约》、2001 年《〈某些常规武器公约〉第一条修正案》(扩大了适用范围)、1980 年《〈某些常规武器公约〉第三议定书》(关于燃烧武器)、1995 年《〈某些常规武器公约〉第四议定书》(关于激光致盲武器)以及 2003 年《〈某些常规武器公约〉第五议定书》(关于战争爆炸遗留物)。关于这方面的信息,可访问 [www. senate. gov/pagelayout/legislative/one_item_and_tasers/trty_rtf. html](http://www.senate.gov/pagelayout/legislative/one_item_and_tasers/trty_rtf.htm) (最后访问时间 2008 年 10 月 1 日)。批准法案和交存书将随后立即通过。

者(略微合理一些地认为其)使参加民族解放斗争的人员享有特权。尽管美国拒绝批准《第一附加议定书》,但宣布遵守其中它认为体现了习惯国际法或在政策上可以接受的规定。但是,自2004年以来,美国不再作出此种声明。^[50]至于《关于杀伤地雷的渥太华公约》,美国拒绝成为缔约国的主要理由是:它认为地雷还具有某些军事价值,包括布置在朝鲜和韩国边界线的地雷。它之所以拒绝批准《国际刑事法院规约》,原因很多,包括担心部署在全球各地的美国军事人员可能受到出于政治动机的调查或起诉。^[51]同时,美国还发展出一个针对战争行为的做法,致力于削弱敌人的政府而非其武装部队。与战争法相比,这种做法可能更加有问题,下文对此将有进一步讨论。^[52]

另外,还有一个大家熟悉的问题,即美国认为,包括其缔结的条约在内的战争法对于“反恐战争”来说只能是有限适用的,主要的原因是与它作战的恐怖组织并不符合战争法关于战俘地位的标准。根据“不平等适用”这一主张的特殊版本,基地组织所声称的理由有如此深刻的错误,以至于那些被视为恐怖运动追随者的人不应享有战争法公约所规定的被拘留者和战俘的标准待遇,甚至(根据某些解释)也不享有根据1984年《禁止酷刑公约》中得到普遍适用的基本规则的通常含义所应享有的待遇。美国和其他国家试图以各种方式限制全面适用战争法,乃至在特定冲突中不平等地适用战争法。

这种做法有多种不同表现形式,其中一些比另一些更加强有力和持久。关于美国的实践对“不平等适用”主张有何影响,答案只能是它反

[50] 美国的一些官方出版物表明,美国把1977年《第一附加议定书》中的某些条款看作习惯国际法,从而具有拘束力,或者虽然没有法律拘束力,但在实践中是可接受的。例如,见 *Operational Law Handbook* 2003, US Army, International and Operational Law Department, Judge Advocate General's School, Charlottesville, VA, ch. 2, p. 11。该手册后来出版的版本并没有此种声明。

[51] 联合国安理会通过的决议已经同意美国提出的确保自己的武装部队不受国际刑事法院调查和起诉的建议(见后引[54]),以及美国与单个国家签订的双边豁免协定(通常被称为“第98条协定”)。

[52] 见后文对“无辜士兵”问题的讨论,第337页。

而增加了对该主张的怀疑。在两个问题上美国的主张最接近于鼓吹“不平等适用”,即对“反恐战争”中的被拘留者的态度和对国际刑事法院的态度。在这两个问题上,美国的立场被国际社会广泛视为伪善,因为美国鼓吹其他国家遵守的标准和程序,并没有被其自己所一贯或严格遵守。关于这两个问题,“不平等适用”主张在某种程度上反而使美国被孤立了,甚至是被它的亲密盟友所孤立。

执行行动中经联合国授权的部队

联合国有权实施制裁、组建维和部队并授权使用武力。这就提出了复杂的问题:战争法(包括中立法)在适用于这些行动时的方式,与其在适用于国家的单独或集体行动时是否完全相同。有一些学者甚至提出了非常激进的主张,认为只要是经联合国授权组建的部队,无论是在执行行动还是维和行动中,都享有免受攻击的一般权利。^[53] 在一个更为有限的问题上,联合国安理会将“加强各会员国参加联合国安理会所组建或授权之行动的能力有利于国际和平与安全”作为其理由之一,要求在 2002 年和 2003 年赋予参加任何由联合国组建或授权之行动的非《罗马规约》缔约国的派遣人员期限有限的一般豁免权,免受国际刑事法院的调查和起诉。这项决议是在美国的鼓动下通过的,它将诉诸战争权问题同部分豁免适用战时法问题联系起来。但这项决议并未暗示参加联合国行动(无论是维和行动还是执行行动)的人员享有免受战争法实体规则约束的权利,而只是说执行应当归国家管辖。^[54]

联合国部队在战场上的两种基本模式,即执行行动和维和行动,尽管在实践中有时会合二为一,但在概念上是有区别的,尤其是对于战争

[53] 例如,见 Walter Gary Sharp, “Protecting the avatars of international peace and security”, *Duke Journal of International and Comparative Law*, Vol. 7 (1996), pp. 93 – 183。该文章后面有一个附录(第 175 ~ 183 页),里面是 1949 年《日内瓦公约》的一个附加议定书草案,规定在任何情况下都不得攻击参加任何经联合国有权机构授权或命令的行动的人员。

[54] 2002 年 7 月 12 日第 1422 号决议,被 2003 年 6 月 12 日第 1487 号决议所延续。围绕阿布格莱布丑闻的争论导致该项决议在 2004 年未获延续。以后也没有得到延续。

法的适用而言。本文将首先考察参加执行行动的联合国部队,然后再对联合国维和人员这个问题进行单独考察。

对在联合国授权下战斗的部队适用战争法需要考虑多方面因素。^[55]如前所示,其中一个已经引起关注的问题是,是否应当允许经联合国授权并为联合国宣称的目的作战的部队具有免受攻击的权利。如果联合国安理会想要支持这种立场,或者的确想要赋予维和人员这种豁免权,那么它完全可以声称,根据《联合国宪章》,它有权这么做。第103条规定,会员国根据《宪章》承担的义务应当优于它们根据任何其他国际协定承担的义务。安理会显然知道这一点,而且它通过的某些决议已经明确规定,有关决议的内容优于会员国已经达成的任何国际协定。^[56]看来这似乎是变更战争法的适用的法律依据和权威程序。

然而在实践中,无论是安理会还是根据安理会授权领导盟军的大国,都没有试图作为一项一般原则,对正在开展的行动不平等地适用战争法。这可能是因为需要尊重诸如《日内瓦公约》规则之类的基本规则的强行法地位,也可能是出于更加实际的考虑,即派遣部队的国家认为质疑战争法的适用并无好处。因此,一般都认为,经联合国授权的国家或联盟武装部队应当像它们的对手一样受战争法约束。明确承认平等适用战争法这一原则的例子包括:

1. 1950~1953年美国领导的盟军在朝鲜的战争。1951年,美国领导的在朝鲜的联合国军总司令指示受他领导的所有部队遵守所有四个《日内瓦公约》中的条款,即使派遣部队的国家还没有批准这些公约。

2. 1991年美国领导的部队在海湾的战争。率领盟军的美国领导层发表的声明体现了对战争法应当适用于盟军行动的立场。

[55] 关于这一点的重要研究, See Christopher Greenwood, 'International humanitarian law and united nations military operations', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1 (1998), pp. 3-34.

[56] 例如,见:1992年5月30日的第757号决议,该决议决定对南斯拉夫联盟共和国(塞尔维亚和黑山)实施经济制裁,第11段。

3. 2003 年在入侵伊拉克之后美国领导的“多国部队”在伊拉克的战争。2004 年 6 月 8 日,安理会通过的第 1546 号决议明确敦促在伊拉克的所有部队“按照包括国际人道主义法上义务在内的国际法行事”。

尽管平等适用原则在这些例子中清晰可见,但也有过某些变更适用的情形。因此,对于盟军临时管理当局对伊拉克的占领而言,联合国安理会在 2003 年 5 月通过的决议似乎使得某些国家摆脱了作为占领国所要承担的责任和污名,因为该决议表示“占领国以外的其他国家现在正在或者将来可能在管理局领导下开展工作”。而且,该决议还公布了占领应当实现的某些目标,这些目标已经超出了 1970 年《海牙章程》和(关于保护平民的)1949 年《日内瓦第四公约》所规定的范围。^[57] 尽管这些变更反映了特定局势的紧急性及美国对伊拉克问题看法的骤变,但也可以被解释为有利于一方而不利于另一方。然而,重要的是,这种“不平等适用”的罕见情形是发生在占领情形而不是武装冲突期间,而且是在针对占领的抵抗活动尚未演变成新一轮敌对行动之时。

对于正在进行的武装冲突某一方,安理会通过的一些授权使用武力的决议无疑存在一定程度的歧视,特别是在那些涉及在战场上使用武力的事项上。例如,对于 1992 年至 1995 年的波斯尼亚战争,联合国的几项措施在授权北约和联合国保护部队(UNPROFOR)采取军事行动的同时,禁止波斯尼亚塞族部队和与它们共同作战的南斯拉夫武装部队实施某些军事行为。其中一个例子是在 1992 年 10 月确立的军事飞行禁令。^[58] 1993 年 5 月通过的一项决议扩大了该禁令的范围,并规定了(由北约来实施的)执行措施。该项决议至少暗含了这样一个讯息:塞族军队不得攻击那些为了确保禁令的实施而正在履行职责的北约飞机。但

[57] 2003 年 5 月 22 日第 1483 号决议序言和第 8 段。关于对这一点的讨论,See Marten Zwanenberg, “Existentialism in Iraq : Security Council Resolution 1483 and the law of occupation”, *International Review of the Red Cross*, No. 854 (2004), pp. 745 – 68.

[58] 1992 年 10 月 9 日安理会第 781 号决议,在波斯尼亚上空建立了军事飞行禁令。该禁令不适用于联合国保护部队的飞行或支持联合国行动的任何其他飞行。

是,该决议同时要求北约采取的任何措施“应与具体情况和飞行的性质相称”。^[59] 同样,1993年通过的决议在波斯尼亚设立了六个“安全区”。根据那些决议,禁止武力攻击安全区或对安全区采取任何其他敌对行动。^[60] 尽管这一次都似乎是在部分适用战争法规则,主要目的在于限制塞族军队的行动,但并没有说塞族军队如果从事了违反这些决议的行为就一定构成战争罪。当1993年5月联合国安理会通过《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》时,它的明确目的是处理“1991年以来在前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法的行为”,而不是指控那些无视或违反联合国安理会决议的人,实际上也不是针对违反诉诸战争权的行为。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》中列举的犯罪都是建立在久已确立的战时法基础之上的,它从未声称违反联合国安理会决议内容的行为本身就构成犯罪。^[61] 《规约》适用于在前南斯拉夫参加军事行动的各方,因此可以说也适用于包括北约在内的外国军队的行动。总的来说,这些与波斯尼亚战争有关的行动表明了对于坚持平等适用战争法这一原则的强烈关切,即使与此同时倾向于战争中的一方。

联合国维和部队

与被授权采取军事行动以实现联合国宗旨的武装部队不同,联合国维和部队一般被认为享有免受攻击的权利。他们不是敌对行动的参加者,实际上,他们一般部署于冲突之后。然而,在20世纪90年代早期,联合国维和部队经常在武装冲突期间被部署或继续执行使命。联合国

[59] 1993年3月31日安理会第816号决议,把该禁令扩大到包括直升机在内,并授权各国采取“一切必要措施”实施该禁令。

[60] 1993年4月16日安理会第819号决议,把斯雷布雷尼察(Srebrenica)设立为“安全区”;1993年5月6日安理会第824号决议,把“安全区”的范围扩大至萨拉热窝(Sarajevo)、图兹拉(Tuzla)、泽帕(Zepa)、戈拉日代(Gorazde)和比哈奇(Bihac);1993年6月4日安理会第836号决议,规定了联合国保护部队和成员国(即北约)的执行行动。

[61] 1993年5月25日安理会第827号决议通过的《联合国前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。在起草该规约的过程中,并没有迹象表明违反安理会决议的行为本身可以成为该法庭属事管辖范围的一部分。

维和部队的特殊地位不断受到严峻挑战,其免受攻击这项原则在某些冲突中受到公然蔑视,在安哥拉、卢旺达、索马里和波斯尼亚都有联合国维和人员遭到攻击和绑架。这些问题导致了新法律的产生,即 1994 年的《联合国人员和有关人员安全公约》。尽管它并不是一个战争法方面的文件,但它确认了执行联合国某些行动的人员享有免受攻击的权利,并规定攻击这些人员构成犯罪。在所有对战争行为有影响的条约中,这个条约似乎同给予某一特定士兵群体凌驾于其他群体之上的特权的做法最为接近。然而,它只是在有限的程度上接近,因为它明确规定:

本公约不适用于下述联合国行动:获得安全理事会授权,作为《联合国宪章》第七章所规定的执行行动,在其中有任何参加人员以战斗员身份与有组织武装部队作战,并适用国际武装冲突法。^[62]

这一声明体现了久已确立的一项原则,即卷入武装冲突的联合国部队以通常方式受到战争法的约束。这一点在 1999 年联合国秘书长发布的《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》中得到了进一步确认。^[63]

因此,《联合国人员安全公约》主要适用于联合国维和部队。即使如此,考虑到该公约 1994 年制定及 1999 年生效以来发生的事件,该公约的价值看来也是不确定的。该公约在降低联合国维和人员死亡率方面或许有成效,但那很难证明。1993 年至 1995 年间的大量伤亡在很大程度上是缘于在索马里和波斯尼亚冲突期间仍然让联合国维和部队继续停留这种异乎寻常的做法。1996 年至 1999 年,联合国对其他一些进行中的冲突的参与有所减少,死亡率也随之下降。然而,2004 年至 2007 年,随着联合国维和行动的增多,死亡率又有所上升,不过没有 1993 年至 1995 年严重。^[64] 尽管必须谨慎对待这些数字,但它们的确对 1994 年

[62] 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》第 2 条第 2 款。该公约的规定体现在 1998 年《国际刑事法院罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 3 目和第 5 项第 3 目中。

[63] Promulgated in UN Doc. ST/SGB/1999/13 of 6 August 1999. Reprinted in Roberts and Guelff, above note 13, pp. 725 – 30.

[64] 详细数据见“UN peacekeeping fatalities by year and incident type”,可访问 www.un.org/Depts/dpko/fatalities (最后访问时间 2008 年 9 月 3 日)。

公约的有效性提出了质疑,并且对那些寻求赋予某类士兵以特权的法律规则的价值提出了质疑。^[65]

在认定哪一方的诉诸武力行为更为正当方面存在的困难

在战争肆虐时,要在交战方之间就哪一方根据诉诸战争权更加正当达成一致总是非常困难的。甚至第三方之间和国际机构之间也很难就此达成一致。很难见到那种在正当使用武力与不正当使用武力之间存在公认的明显区别的情形。现今尽管负责对威胁和破坏和平的情况进行决断的主要机构是联合国安理会,但上述难题依然存在。下列两方面的考虑可以说明在确定使用武力行为的合法性方面存在的一些危险。

第一个考虑基本上是事实方面的。涉及战争的性质。战争的理由很难用简单的对与错来标识。以明显的不正当行为——例如突然侵略公认的独立国家,或者故意实施不证自明的违反国际条约制度的暴力行为——开端的战争是罕见的,没有任何污点的军事反击同样罕见。更为常见的是,战争开始于双方的极度恐惧和不平;开始于可以理解但却相互冲突的利益;开始于对关键事件及相应责任的不同理解;开始于对违反战争法行为的针锋相对的抱怨。它们可能是以内战的形式开端,然后演变成国际武装冲突。双方可能都有高尚的道德目标和更为世俗的动机。

第二个考虑是法律方面的。关于什么是侵略罪,显然缺乏可靠的客观标准。试图规定此种标准的历史记录并不令人鼓舞。在两次世界大战期间的国际联盟时代,试图界定侵略的努力遇到了许多困难。1945年至1946年的纽伦堡国际军事法庭在定罪和量刑时,发现与“战争罪”和“危害人类罪”(即涉及战时法的犯罪)的指控相比,在侵略或“破坏和

[65] 关于对联合国安理会卷入与战争法有关的一系列事项的一般性批评, See Andréa Viotti, “In search of symbiosis: the Security Council in the humanitarian domain”, *International Review of the Red Cross*, No. 865 (2007), pp. 131–53.

平罪”(即涉及诉诸战争权的犯罪)指控方面存在更多困难。^[66]虽然 1945 年通过的《联合国宪章》承认自卫是国家使用武力的主要正当理由,从而强化了判断使用武力行为何时合法的国际法基础,但对于某些类型的情形(例如预防性使用武力、对解放运动进行援助以及人道干涉)适用宪章规则仍然存在问题。实际上,自从 1945 年以来,联合国试图界定侵略的多次尝试差不多都遇到了种种困难。1974 年,联合国仅仅以大会决议这种温和的形式,而不是以条约的形式,对侵略作出了定义。^[67]这种模式得到了延续。如前所述,1993 年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》并没有把侵略规定为前南斯拉夫问题国际刑事法庭的属事管辖对象。与此不同,1998 年《国际刑事法院罗马规约》保留了这样一种可能性,即在规约生效(2002 年 7 月 1 日)7 年后在其中加入侵略的定义。^[68]然而,这根本无法实现。现有的判断使用武力行为是否非法的最佳机构仍然是联合国安理会。然而,这个机构罕有从诉诸战争权的角度将冲突一方的行为解释为一般性地“非法”,而另一方的行为一般性地“合法”。即使它这样做了——例如在 1950 年朝鲜战争和 1990 年科威特战争中实质上就是如此——它也并未要求不平等地适用战争法。

事实和法律方面的这两种考虑,指向了多数有关使用武力的决定所固有的模糊性或可争论性。它们有助于解释为什么对发动战争负有责任的政治和军事领导人进行国际审判的情形是如此罕见。对下属的此种审判甚至更加罕见,普通士兵应当对违反诉诸战争权的犯罪承担何种国际法律责任是不清楚的。在这种情况下,认为可以有一种与众不同的战时法制度,它根据冲突在诉诸战争权方面的假定得到公认的性质而变化,这种想法无异于谚语所说的空中楼阁。

[66] 关于 1946 年 10 月 1 日纽伦堡审判中的定罪、量刑和反对意见,See *The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the IMT at Nuremberg*, Part 22, pp. 485 – 547.

[67] 1974 年 12 月 14 日第 29 届联大第 3314 号决议,该决议包括“附件:关于侵略的定义”。

[68] 1998 年《国际刑事法院罗马规约》第 5 条第 2 款、第 121 条和第 123 条。

战争法和战争行为中的“无辜士兵”

平等适用战争法是否就意味着对于无辜士兵爱莫能助? 毕竟,士兵的无辜可能不仅缘于他们所在一方的行为被认为更符合诉诸战争权,还缘于他们所参加的战争(即使是在“错误的”一方)并不是他们发起的,他们多多少少是被其统治者勉强拖入战争的。至少是从让-雅克·卢梭的时代开始,这种观点就得到了承认和尊重,标志着战争法的发展。然而,沾沾自喜还为时尚早,因为在减轻士兵痛苦方面所取得的成就依然有限。

可以说,“无辜士兵”问题是一个涉及每个人的基本人权即生命权的问题。它因此可以被看作一个需要由国际人权法来解决的问题。人权法在许多方面与战争法存在密切联系,而且常常与武装冲突和军事占领情形有关。^[69]然而,由于人权法的首要任务是调整公民同其本国政府之间的关系,因此就武装冲突交战人员之间的关系(也是这里所讨论的关键问题)而言,它并不是不证自明地取代了战争法,后者仍然是主要的参考依据。

就士兵是战时的合法攻击目标这项原则而言,战争法很容易被看成是僵化的。在第一次世界大战期间,双方都大规模杀害对方的士兵,这并非不证自明地违反当时的战争法。这个令人不安的事实可以帮助解释为什么在两次世界大战期间战争法会被认为作用有限。在这个意义上,在第一次世界大战的骇人听闻的战场屠戮中的双方应征士兵,或者1990年至1991年期间在科威特被占领土上的伊拉克士兵,实际上都是无辜的,都应当得到保护。

战争法对士兵的要求从来都没有视而不见。作为这一领域先驱条约的1864年《日内瓦公约》规定,“伤病军人应受到接待和照顾,不论他

[69] 关于最近的一项调查, See Adam Roberts, “Human rights obligations of external military forces”, in *The Rule of Law in Peace Operations: ‘Recueils’ of the International Society for Military Law and the Law of War*, 17th International Congress, Scheveningen, 16 – 21 May 2006, ISMLLW, Brussels, 2006 (i. e. February 2007), pp. 429 – 49.

们属于哪个国家”。^[70] 1868 年关于放弃使用某些爆炸性弹丸的《圣彼得堡宣言》在序言性质的条款中指出：

考虑到：

文明的进步，应尽可能减轻战争的灾难；

各国在战争中应尽力实现的唯一合法目标是削弱敌人的军事力量；

为了这一目标，应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力；

由于武器的使用无益地加剧失去战斗力的人的痛苦或使其死亡不可避免，将会超越这一目标……^[71]

后来的几项协定都体现了禁止过分伤害和不必要痛苦这项原则，包括 1980 年《联合国常规武器公约》^[72] 和 1998 年《国际刑事法院罗马规约》^[73]。当然，战争法还对受伤、投降或被俘的士兵规定了非常广泛的保护。《圣彼得堡宣言》所采纳的“使最大限度数量的敌人”失去战斗力这一目标仍然存在问题，下文将进一步讨论。

在减少无辜士兵所承担的战争成本方面，一些最重要的手段可能更多是源自进行战争的其他方法或者说战争方式的变化，而不是源自对正式法律规定的遵守。在冷战后的某些军事行动中，下列三个方法——在道德方面都存在模糊性——尤为明显。

部队保护

交战国可以通过采取多种措施保护自己的部队免受战争影响，包括配备防弹衣，避免与敌人近距离接触，以及使用遥控交通工具和遥控发射武器。这些措施可以取得非常好的效果：在美国空军 1999 年对科索沃以及 2001 年对阿富汗的作战中，（美方）伤亡几乎为零。这些措施原

[70] 1864 年《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》第 6 条。

[71] 1868 年《关于在战争中放弃使用重量在 400 克以下的爆炸性弹丸的宣言》序文。

[72] 1980 年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》及其议定书。

[73] 1998 年《国际刑事法院罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 20 目。

则上符合战争法,但在实践中却可能造成紧张关系。部队保护行为,尤其是当其作为对藏身于人群中的敌人开展的战斗行动的一部分时,通常都会存在杀死平民的风险——例如靠近防空阵地的学校,或者可能有人从中开枪的人群。如果武装部队过于保护自己的人员,却乐于牺牲平民和对方士兵的生命,那么就可能遭到怀疑乃至憎恨。部队保护并不能解决所有问题,在有些情况下,通过将部队同居民相混合(尽管有一定风险),可以同使用火力一样实现部队的安全。不过,部队保护仍然是减少士兵风险的重要手段。

避免直接攻击敌方人员

作为目标,交战国应当“使最大限度数量的敌人失去战斗力”,这真的是不可避免的吗?在有效实施战争的同时使得敌方武装部队成员免受战争影响,有很多这样的行动可供交战国采取。实现这一目标的可能手段有三种。第一种是间接作战策略,即强调战争的目的不是在战场上击败敌人,而是通过行动和威胁迫使敌人投降。^[74]挽救敌方人员生命的第二种方法是令人信赖地声明,所有投降人员都将根据《日内瓦公约》享有人道待遇,从而有可能增加在被攻击前就愿意投降的人员的数量。第三个方法是,只要有可能,就将攻击对象限于敌军设备而非人员。例如,在1991年海湾战争中,美国领导的盟军——主要以散发小册子的方式——全力以赴地告知伊拉克士兵,如果他们从军车中出来并远离它们,他们就不会受到攻击。这种做法的效果似乎相当不错。^[75]诸如此类的行动完全符合战争法,并可以大大减少死于战斗的敌军士兵数量。

[74] 关于对这一点的经典阐释,See B. H. Liddell Hart, *Strategy: The Indirect Approach*, rev. edn, Faber, London, 1967.

[75] 详细情况,见 Adam Roberts, “The laws of war in the 1990 – 91 Gulf conflict”, *International Security*, Vol. 18 (Winter 1993/94), pp. 170 – 2。关于大量宣传手册,包括在1991年海湾战争期间使用的鼓励伊拉克军人离开军车的手册,见心理战学会网站上的空军宣传手册资料库, www.psywar.org/leaflets.php (最后访问时间2008年9月3日)。

集中于削弱敌方政府而非武装部队

在战争中有时候试图攻击的是敌方的政权及其政府机构,而不是其武装部队。美国军队在 1999 年科索沃战争和 2001 年阿富汗战争中采取的行动就体现了这种思路。这种方法可以有效减少敌军的伤亡。然而,这在战争法上常常是成问题的,主要是因为它可能涉及攻击那些被广泛认为是民用而非军事目标的物体。^[76]

简而言之,在减少无辜士兵伤亡方面已经做了很多工作,而且毫无疑问还有更多工作可做。这方面的努力——对政府机构的某些攻击可能是例外——大都规定在战争法中或者至少同战争法相一致。那种认为通过不平等适用战争法可以更好地保护士兵的观点必定是值得怀疑的。

结论:应当尊重平等适用原则的理由

无论特定冲突在诉诸战争权方面的情况如何,平等适用战争法这项原则并非向来就被接受,而是随着时间的推移而逐渐形成和巩固,因为其他方法被证明更成问题。它与国际武装冲突中的士兵有权参加敌对行动这种思想密切相关。平等适用原则的基础,即对战时法和诉诸战争权的区分,面临来自数个方向的严峻挑战,并且已经在实践中有所修正,尤其在与联合国行动有关的方面。然而,一项原则之所以重要,有可能恰恰是因为存在针对它的重大挑战,这些挑战中有的需要加以接纳,有的则要予以排斥。

平等适用并不等于普遍适用。平等适用原则的持续有效性部分取决于保持对国际武装冲突(在其中这一原则具有最为明显的相关性)和

[76] 关于对美国把战争后果带给敌国平民这一战略的批评, See Ward Thomas, "Victory by duress: civilian infrastructure as a target in air campaigns", *Security Studies*, Vol. 15 (January-March 2006), pp. 1-33.

其他类型冲突(在其中一些冲突中这一原则难以适用)的区分。尽管如此,在某些不同于主权国家之间的纯粹国际武装冲突的情形中,仍然有具有说服力的理由继续遵守平等适用原则,就像联合国安理会就 1992 年波斯尼亚战争和 1998 年阿富汗战争所表示的那样。

“不平等适用”主张的最大弱点源自这一事实,即在战时总是难以就哪一方代表了正义这一点达成一致。此外,之所以会出现关于“不平等适用”的各种建议,常常是因为对现有战争法的性质存在误解。这些建议并没有伴之以关于如何修订现有法律的详细方案,并且也不承认这样一个事实,即如果基于冲突一方之理由的性质而赋予其特权,以这样的方式来发展和解释战争法,那么另一方就常常会倾向于忽视或贬低战争法。战时法正受到巨大挑战,特别是来自“反恐战争”中的双方(以不同方式)。在此情形下,一种给基于所谓正义理由而将战争法的适用相对化这种做法提供某些依据的哲学—法学方法太容易被滥用,例如被用于进一步稀释本已薄弱的被拘留者规则体系。

“不平等适用”主张也不大可能有效解决如何对待“无辜士兵”这个无疑具有严重性的问题。对于本已棘手的局势而言,赋予交战一方凌驾于另一方之上的特权这种做法只会更增混乱。恰当地建立在现有法律和实践基础之上的更好的做法,是给予特定类别人员一般性豁免权,防止造成过分伤害和不必要痛苦,以及采取其他战略和政策措施,包括为了减少战争对士兵的影响而进行的部队保护和目标定位活动。

“不平等适用”主张的最终问题是实践问题。就战争法而言,有必要对那些有权参加敌对行动的人员进行培训,以便让他们遵守同一套规则。如果培训的基础是他们的对手和他们自己在各个行动中可以用不同方式适用战争法,那么战争法将可能不但失去其道德基础,而且失去其作为一套为军事专业性这一概念所固有的、得到普遍尊重的统一综合规则的实践价值。