

第一章

国际人道法的概念与目的

一、国际人道法的价值体系

导 读

国际人道法可以被定义为国际法的一个分支，在武装冲突中，它通过下列方式来限制武力的使用：

- (1) 不伤害那些没有⁹或不再¹⁰直接¹¹参加敌对行动的人；
- (2) 将武力的使用限定在实现冲突目标的必要限度之内，这一冲突目标仅限于削弱敌方的军事潜力¹²，而不论其为何而战。¹³

由此定义，可以得出国际人道法的基本原则：

- 区分平民和战斗员；
- 禁止攻击失去战斗力的人员；
- 禁止造成不必要痛苦；
- 必要性原则；
- 比例性原则。

9 例如平民。

10 如那些投降者(即国际性武装冲突中的战俘)或不能再参战者(如伤者、病者)。

11 如果国际人道法要对人们施以保护，那么它就不能将对战争行动的偶然贡献视为参战，而只能将因果链中对实施最终因素(即军事武力的运用)的贡献视为参战。

12 为“赢得战争”，并不必消灭所有的敌军；抓获他们或以其他方式使其投降就足够了。没有必要伤害平民，战斗行为只能针对战斗员。没有必要毁灭敌国，而只需要占领之。没有必要去摧毁民用基础设施，而只能摧毁用于军事抵抗的物体。

13 自卫作战的国家只需为维护其独立而削弱入侵国的军事潜力；入侵国只需为贯彻其政治意图而削弱抵抗国的军事潜力；在非国际性武装冲突中，政府军只需扑灭武装叛乱，而反对派武装也只需为推翻他们想要控制之国家(或其部分地区)的政府的统治。

然而，国际人道法的这一定义也暴露了其固有的局限性：

- 它并不禁止武力的使用；
- 它无法保护所有受武装冲突影响之人；
- 它无法根据冲突目的做出区分；
- 它无法禁止一方征服另一方；
- 国际人道法预先假定武装冲突各方均具有合理目标。

相关论述 武装冲突法兼具简单与复杂双重属性——言其简单，因为它的内容可以被浓缩为几项原则，并以几个句子加以表达；言其复杂，因为同一个行为须受各规则的调整，而这些规则因其适用的具体情形、有关条约和相关法律问题的不同而有不同的含义……

正如我们反复说过的那样，武装冲突法是相当简单的法律：只要具有基本常识和一定程度的智慧，任何人都可以自行掌握它的基本规则，而无须成为法律专家。简而言之，我们可以将这些规则总结如下：不可攻击非战斗员；只用合法的手段攻击战斗员；以人道的方式对待你手中的人；保护受难者……

与此同时，武装冲突法又是相当复杂的，因为它并不仅仅适用于某种局势，那些局势也并不总是易于用具体的术语来加以界定，而且，由于相关局势的不同，同一个行为可能是合法的，可能是非法的，可能不仅是非法的，而且还构成一项刑事犯罪，又或者既非法也不非法……

[资料来源：DAVID, Éric, *Principes de droit des conflits armés*, Brussels, Bruylant, 3rd edition, 2002, pp. 921-922; 原版为法文版，非正式译本。]

建议阅读：BEST Geoffrey, "The Restraint of War in Historical and Philosophical Perspective", in *Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 3-26. WALZER Michael, *Just and Unjust Wars, A Moral Argument with Historical Illustrations*, 3rd ed, New York, Basic Books, 2000, 361 pp.

深入阅读：BOUTHOUX Gaston, *Le phénomène guerre: méthode de la polémologie, morphologie des guerres, leurs infrastructures*, Paris, Payot, 1962. DAVID Charles-Philippe, *La guerre et la paix, Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences politiques, 2000. DELMAS Philippe, *Le bel avenir de la guerre*, Paris, Gallimard, 1997, 281 pp. EHRENREICH Barbara, *Le sacre de la guerre: essai sur les passions du sang*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, 328 pp. FURET Marie-Françoise, MARTINEZ Jean-Claude & DORANDEU Henri, *La guerre et le droit*, Paris, Pedone, 1979, 335 pp. GLUCKSMANN André & WOLTON Thierry, *Silence, on tue*, Paris, Grasset, 1986, 290 pp. HOWARD Michael, "Temperamenta Belli: Can War be Controlled?", in HOWARD Michael, *Restraints on War*, Oxford, OUP, 1977. IGNATIEFF Michael, *Warrior's Honour: Ethic War and the Modern Conscience*, New York, Metropolitan Books, 1997, 207 pp. JUNGER Ernst, *La guerre comme expérience intérieure*, Paris, Bourgois, 1997, 164 pp. LÉVY Bernard-Henri, *Réflexions sur la guerre, le mal et la fin de l'histoire (précédé de: Les damnés de la guerre)*, Paris, Grasset, 2001, 408 pp. LUTTWAK Edward N., "Give

War a Chance", in *Foreign Affairs*, July-August 1999, pp. 36-44. *Preventing Deadly Conflict: Final Report*, Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict, New York, 1997. RUFIN Jean-Christophe, *L'aventure humanitaire*, Paris, Gallimard, 2001, 176 pp. TANNER Fred, "Conflict Prevention and Conflict Resolution: Limits of Multilateralism", in *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 541-558. VAN CREVELD Martin, *On Future War*, London, Brassey's, 1991, 254 pp. VAN CREVELD Martin, *The Transformation of War*, New York, Free Press, 1991, 254 pp.

二、对战争加以法律规制的可能性

导 读

在为米洛 (Milo) 于一次罗马内战中的行为进行辩护时，西塞罗宣称：“…silent enim leges inter arma”。¹⁴ 即使到了今天，许多人仍然怀疑甚至否认，在诸如武装冲突这类极其特殊的、无政府的和暴力的情形下，法律能够规范行为。即便所有国家的国内法都禁止国内武装冲突，而且国际法也将国际武装冲突界定为非法，情形也是如此。当个人或集体处在生死攸关的时候，怎么能指望法律方面的考虑能制约人们的行为呢？

无论如何，武装冲突仍然是一个现实。对于这种现实，所有参与者都认为其在道德上不同于一方所实施的犯罪或由另一方所施予的惩罚。没有任何理论能够说明，武装冲突这种社会现实（不幸的是，它是有组织的社会群体之间最为古老的交往方式之一）为什么不应该由法律来加以调整。历史表明，一旦某种现实出现在一个社会（无论它是否为高度组织的社会），适用于此种现实的法律便会随之出现。而且，人们也从未怀疑过国内法（军事刑法和纪律法规）对于武装冲突中行为的适用性。与此相反，对于任何与无政府混乱状态不同的武装冲突而言，根本无法想象它能缺乏一些应予遵守的最基本规则（例如，一方的战士可以杀死对方的参战者，但不能杀死己方的指挥官或战友）。

即便是在当代冲突的现实中，交战国的预期以及政府、叛军、政治家、外交官、战斗员所表达的见解，包括其采取的伪善立场，以及国内和国际上的公共舆论，都会援引一定的准则。这些准则不仅涉及何时能使用武力（或不能使用武力），而且也与使用武力的方式有关。从行为判定的层面上看（这就是法律的全部意义所在），国际人道法在当代冲突中是无所不在的：¹⁵ 它体现在联合国安理

14 干戈起处，法律寂然无声。

15 对此持怀疑态度的人有足够的理由来阅读本书。本书并不由作者的个人观点组成，而是收录了一些在最近冲突中与国际人道法相关的各种事例。

会的决议中，在示威者的标语上，在政治家的演讲和报纸的文章中，在反对运动的政治小册子和非政府组织的报告中，在士兵的军事手册中，以及在外交官的备忘录中等。有着完全不同文化知识背景、情感和政治观点的人们都一致认为，在一场武装冲突中，在战场上杀死敌军与因妇女和儿童属于“敌方”而予以杀害完全是两回事。¹⁶相反，对于一个杀害警卫的银行抢劫犯和一个杀害银行客户的银行抢劫犯，任何国家的刑事司法制度都不会规定不同的法律标准。

也许有人会反对说，这一切仅仅证明战争中的行为是应该接受道德评价的，但这并不表明它们必须受到法律的规制。这一反对意见的问题在于：它或者是将“法律”仅仅理解为（就像所有国家的国内法律体系一样）一个由判决与执行的集中强制系统予以日常适用的规则体系，并因此得出国际法以及作为国际法分支的国际人道法不是法律的结论；或者，它未能理解以下这一点，即，在诸如发动战争这样富有争议的活动中，任何一方都会对其动机进行强有力的道德辩护，而恰恰是在此种情形下，法律所具有的限制某些辩护理由的功能对于确保对战争受难者最低限度的保护是极其重要的。就现实而言，每一个人道工作者都会认同以下这一事实：在为受难者的利益向一个战斗人员——无论其为国家元首，还是路障旁执勤的士兵——提出诉求时，即便是最基本的道德辩护也会遭到各种各样基于集体或个体的经验、文化、信仰、政治观点以及被请求之人情绪的反弹；相反，引证国际法却能够特别地限制采用反辩，而且，更为重要的是，它将所有人都置于同一层面上，而不论其身身在何处，从何处而来。

在当代武装冲突中，法律何以得到遵守？为什么应该得到遵守？为什么在当代冲突中得不到遵守？对于这些截然不同的问题，法律只能提供一小部分答案，它们将在本书的“执行”一章中加以讨论。依其性质，答案的主体部分是法律所不能提供的。1992年5月19日，红十字国际委员会代表弗雷德里克·莫里斯在萨拉热窝被一些不愿使战线那一侧的平民居民获得国家人道法所规定之援助的人所杀害。在遇害之前的几个月，他写道：

“任何地方的战争首先是一种制度灾难，是以强力保障权利之法律制度的崩溃。每一个经历过战争尤其是当代战争的人都知道，无约束的暴力意味着行为标准与法律体系的消亡。因此，战争中的人道行动首先是一种法律工作，而且这种法律工作也先于并伴随着真正的援助行动。对受难者的保护意味着给他们一个身份、物品以及为生存所必不可少的基础设施，并建立监督机构。换言之，其意旨在于劝说交战方来接受一个特别的法律秩序——战争法或人道法，这种法律是专门为战争局势而设计的。正是由于这个原因，如果不与冲突各方保持密切和持久的对话，人道行动是根本无法想象的。”¹⁷

16 即便是那些认为所有士兵都是凶手的人，事实上他们所声讨的也只是战争，而非士兵个人。

17 MAURICE Frédéric, "Humanitarian ambition", in *IARC*, Vol. 289, 1992, p. 371.

引文 修昔底德论权力与正义 “雅典人又组织了进攻弥罗斯岛的远征军……。弥罗斯人……不愿意隶属于雅典帝国，起初保持中立态度，不左袒任何一边；但是，后来雅典人对他们施用压力，把他们的突地蹂躏，他们才公开地成为雅典的敌人…… [雅典人] 派出代表们和弥罗斯人交涉一切……”

弥罗斯人：……你们必然和我们作战的威胁和你们的这个建议是颇相矛盾的。我们知道，你们到此地来，已经准备自己作这次辩论的裁判者：如果我们认为正义在我们这边，因而不肯投降的话，结果就是战争；如果我们听了你们的话，结果就是被奴役……

[……]

雅典人：既然这样，我们这一方面就不愿说一切好听的话……或者说，我们现在和你们作战，是因为你们使我们受到了损害——这套话都是大家所不相信的……因为你们和我们一样，大家都知道，经验丰富的人谈起这些问题来，都知道正义的标准是以平等的强迫力量为基础的；同时也知道，强者能够做他们有权力做的一切，弱者只能接受他们必须接受的一切。”

资料来源：修昔底德：《伯罗奔尼撒战争史》，谢德风译，商务印书馆，1985年版。在线英文版：<http://eserver.org/history/peloponesian-war.txt>

说明：雅典人最终输了这场战争。

文件40. 最低限度人道标准 [Cf. B., paras. 14-16.] p. 839

建议阅读：IGNATIEFF Michael, *Warrior's Honour: Ethnic War and the Modern Conscience*, New York, Metropolitan Books, 1997, 207 pp.

三、国际人道法与文化相对主义

[另见第三章“国际人道法的历史发展”中的导言和引文。第123页。]

导 读

在19世纪70年代之前，国际人道法（至少是其已被法典化的部分）一直受到西方文化和欧洲列强的深刻影响。然而，人道法条约中体现的人道思想和观念实际上为多种不同的思想流派和文化传统所共享。¹⁸

18 见下文第3章“国际人道法的历史发展”。

我们永远都不应低估或遗忘国际人道法的这种国际性——实际上，规则的遵守与执行经常要依赖于以下这一点：在应适用之条约与地方传统或习俗之间确立一种清晰的对应关系。

让·皮克泰 (Jean Pictet) 是一位非常著名的国际人道法思想家和实践者，他曾尝试对国际公法这个分支的文化普世性做出如下解释：

“……现代社会将希望寄托于国际主义之上，无疑，那也是未来之所在。既如此，在一个国际的环境中，人们的权利就只能建立在普遍的基础之上，建立在能够团结各种族人民的思想之上。

……相似性本身能够成为普世性的基础，而且，尽管人与人之间存在差异，但这个世界上的人在本性上却都是相同的。国际人道法尤其具有这种普世性，因为它适用于一切人和国家。在构建和完善这个法律部门的过程中，……红十字国际委员会恰恰是在不断地寻求这一共同基础，并提出因完全符合人性而为所有人所接受的规则。而且，这也确保了这些规则的力度和持久力。

在今日之世界，人类心理构成上的同一性以及调整各民族行为之标准的普世性得到了认可，而某种文明优越于他种文明的信仰已一去不复返。事实上，文化的多元性以及对它们产生兴趣并进行深入研究的需要也获得了认可。

这就产生了一种认识：一切人类共同体，无论它们置身何处，都拥有共同的人道准则。当不同的习俗、伦理和价值观汇聚在一起形成对照之时，当它们发生融合之时，它们的独特之处便消失了，只有共同的东西才被提炼了出来，于是，人们所得到的就是一个纯粹的内容，一个全人类的共同遗产。”¹⁹

相关论述 人道所面临的最大的挑战之一或许是它与普遍价值之间的关系。

人道法不能回避这一问题。不幸的是，国际人道法的普遍性问题并未引起多少学术关注，这与人权法的情形有所不同——尤其是至20世纪80年代以来，人类学家等方面的学者着力探讨了人权法的普遍性问题。

事实上，乍看之下，这方面的争论已经被挤压到一个很小的空间，并且已经形成了僵局。持普遍主义立场的学者和持相对主义立场的学者都试图探测对方阵营所持立场的弱点。毫无疑问，国际人道法与人权法的主要法律文本都源自西方，这一点是显而易见的；同样显而易见的一点是，只要坚持其中的任何一种传统，保护受难者的危险就会逐渐降低。持实证主义立场的法律学者和社会科学领域的专家明显很难找到一套共同的术语，这一点亦至为明显。

尽管如此，无论是就国际人道法而言，还是就人权法而言，至少是在它们的合法性方面，非西方的主要法律传统都存在着看似难以克服的障碍。

然而，难以否认的是，尊重人格尊严明显地是一个具有普遍性的观念。由此，在我们这个星球的主要文化中都能找到国际人道法或类似制度的基础：生命

19 Pictet Jean, "Humanitarian Ideas Shared by Different School of Thought and Culture Tradition", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Dordrecht, Henry Dunant Institute, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 3-4.

权、身体权、禁止奴役、获得公正法律对待的权利。但是，一个主要的问题是，这些原则并非总能得到适用。例如，在初民社会中，一个囚犯所能获得的待遇通常由敌对部族或其他群体之间的关系所决定。

然而，这一点并不必然能够否定国际人道法所具有的普遍基础。非西方的文化无法逃避滚滚而来的现代生活，而人类社会的确也变得日益混杂。举例来说，在一些非洲国家中，存在三套法律体系并驾齐驱的现象：现代体系、伊斯兰体系和习惯法体系。

另外，对其他文化系统的尊重——这是人类学对我们的一大贡献——决不意味着我们必须抛弃我们在当代所取得的最伟大成就，即评判的能力。例如，如果我们看到这样一个群体，他们正打着传统或宗教的旗号对囚犯进行系统的虐待，那么，这根本不会使虐囚行为变得更容易为人所接受。事实上，自殖民化时代结束以来，人们——尤其是西方世界——犯了一个错误：在先前打着进步的旗号而加以摧残的那些文化中发现有价值的东西，但这一事实并不应该使我们放弃用评判的眼光审视这些文化。普遍性并不要求全体一致。

一些人支持极端的相对主义，但他们似乎忘记了以下事实：如果没有禁止性规范，人道和文化就不可能存在。在任何社会中，个体在很小的时候就会被告诫，要克制自己好斗的冲动和性冲动。这是由自然状态过渡到文化的必由之路。事实上，正是那许多不能逾越的边界使得我们具有了人性。国际人道法正是代表了一些限制：如果不希望丧失自己的人性并回到原始的自然状态，战斗员就永远不应逾越这些限制。

国际人道法的全部规范是否都具有普遍性呢？构成这个法律部门的那些基础当然都具有普遍性，因为它们来源于自然法。存在一些最为基本的法律规则，这一事实根植于人们的直觉，甚至也可以说，它是人的本性所要求的——在面对杀戮、虐待、奴役和不公正审判时，人的这种本性不仅会在绝大多数知识份子中间唤起厌恶感，而且在普通人中间也是如此。无论是归因于理性、世界的和谐，还是人类神圣的起源，我们都可以对人性做出合理的界定。由于代表着共同的人类价值，国际人道法也就具有了普遍性。

[作者路易·拉弗朗斯 (Louis Lafrance)，他在蒙特利尔大学获得了心理学硕士学位，在位于蒙特利尔的魁北克大学获得了国际法硕士学位。拉弗朗斯先生的身影曾在许多冲突国家出现：首先是作为新闻记者，而后是作为联合国工作的人权专家。这段文字摘自他的硕士论文，该论文探讨国际人道法在那些国家结构发生崩溃的冲突国家中的普遍性问题。原文为法文，非正式翻译。]

案例113 以色列，谢赫·奥贝德等人诉安全部案 [Cf. Opinion of Judge England.] p.1240

案例148 沙特阿拉伯，美军使用红十字标志 p. 1556

案例212 阿富汗，男女分院治疗 p. 2281

建议阅读： BAUDENDISTEL Rainer, "Force Versus Law: The International Committee of the Red Cross and Chemical Warfare in the Italo-Ethiopian War 1935-1936", in *IRRC*, No. 322, March 1998, pp. 81-104. BELLO Emmanuel G., *African Customary Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, 1980, 157 pp. BENNOUNE Karima, "As-Salamu 'Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence", in *MJIL*, 1994, pp. 605-643. BOISARD Marcel A., *L'humanisme de l'Islam*, Paris, Albin Michel, 1979, 436 pp. COCKAYNE James, "Islam and International Humanitarian Law: From a Clash to a Conversation between Civilizations", in *IRRC*, No. 847, September 2002, pp. 597-626. DIALLO Yolande, "African Traditions and Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 179, February 1976, pp. 57-63. DJIBRIL Ly, "The Bases of Humanitarian Thought in the Pulaar Society of Mauritania and Senegal", in *IRRC*, No. 325, December 1998, pp. 643-653. DJIENA WEMBOU Michel-Cyr, "Le droit humanitaire africain: sources, contenu et portée", in *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 12/1, 2000, pp. 1-22. DJIENA WEMBOU Michel-Cyr & FALL Daouda, *Le droit international humanitaire, théorie générale et réalités africaines*, Paris, L'Harmattan, 2000, 431 pp. DRAPER Gerald I.A.D., "The Contribution of the Emperor Asoka Maurya to the Development of the Humanitarian Ideal in Warfare", in *IRRC*, No. 305, June 1995, pp. 192-206. EL-DAKKAH Said, "International Humanitarian Law between the Islamic Concept and Positive International Law", in *IRRC*, No. 275, April 1990, pp. 101-114. GARDAM Judith., "A Feminist Analysis of Certain Aspects of International Humanitarian Law", in *AYIL*, 1988-89, pp. 265-278. MERON Theodor, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws: Perspectives on the Law of War in the Later Middle Ages*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 237 pp. MIRBAGHERI Farid, "Islam and Humanitarian Values", in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 21/3, 2002, pp. 139-149. PENNA Lakshmi Kanth Rao, "Written and Customary Provisions Relating to the Conduct of Hostilities and Treatment of Victims of Armed Conflicts in Ancient India", in *IRRC*, No. 271, August 1989, pp. 333-348. SCHMITT Michael N. "Bellum americanum: the U.S. View of Twenty-First Century War and its Possible Implications for the Law of Armed Conflict", in *MJIL*, Vol. 19/4, 1998, pp. 1051-1090. SINGH Nagendra, "Armed Conflicts and Humanitarian Laws of Ancient India", in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Geneva/The Hague, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 531-536. SULTAN Hamed, "The Islamic Concept", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/UNESCO, 1988, pp. 29-39. VILJOEN Frans, "Africa's Contribution to the Development of International Human Rights and Humanitarian Law", in *African Human Rights Law Journal*, Vol. 1/1, 2001, pp. 18-39. ZEMMALI Ameur, "Imam Al-Awzai and his Humanitarian Ideas (707-774)", in *IRRC*, No. 275, April 1990, pp. 115-123. ZEMMALI Ameur, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1997, 519 pp.

深入阅读： ADACHI Sumio, "The Asian Concept", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/UNESCO, 1988, pp. 13-19. ACHOUR Yadh Ben, "Islam and International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 215, March-April 1980, pp. 59-69. AN-NA'IM Abdullahi Ahmed, "Problems of Universal Cultural Legitimacy for Human Rights", in DENG Francis M., *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspective*, Washington, The Brookings Institute, 1990, 331 pp. HUSSEIN Musa Youssouf (ed.), *Spared from the Spear. Traditional Somali Behaviour in Warfare*, Nairobi, ICRC, 1997. MUBIALA Mutoy, "African States and the Promotion of Humanitarian Principles", in *IRRC*, No. 269, April 1989, pp. 93-110. RUDA José-Maria, "The Latin American Concept", in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneva, Henry-Dunant Institute/UNESCO, 1988, pp. 42-58. UNNIKRIISHNAN P.V., "Humanitarian Values in India", in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 21/3, 2002, pp. 150-155. VEUTHEY Michel, "Humanitarian Law and Spirituality", in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 21/3, 2002, pp. 45-110.