

第二章

作为国际公法一个分支的国际人道法

建议阅读：ABI-SAAB Georges, "The Specificities of Humanitarian Law", 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. 265-280.

一、国际人道法：处于国际法的末端

导 读

可以认为，国际公法是由两个层次构成的：一是传统层次，它包括规范国际社会成员（主要指各国以及由各国所创建的国际组织）之间的协调与合作的法律；另一个是新的层次，它包括了适用于65亿人所组成的国际共同体的宪法和行政法。尽管上述第二个层次试图克服国际法典型的、传统的相对性，但它仍然保留着与任何国内法律秩序根本不同的结构。这主要是因为，尽管存在各种现代的趋势，但和任何国家相比，创造并适用国际法的国际社会在结构性和组织性方面都还相差甚远。

要想理解国际人道法，我们必须从传统层面的概念和本质特征入手：该种法律是为规范国家间的交战关系而产生的。然而，如果不在第二个层面上理解国际法，那么，国际人道法就几乎会与当代人道问题毫不相关。事实上，国家间的武装冲突正在趋于消失，它只表现于在有组织的国际社会或者那些（声称）代表国际社会的主体与被其宣布为不合法的国家之间的武装冲突——而这就是第二层面的一个现象。

同时从上述两个层面的视角来看，国际人道法都处于国际法的末端，但同时它又是对国际法的一个至关重要的考验。从第一个层面看，即便各国处于交战状态，即便一个国家的生存已岌岌可危，即便第一层面上最重要的原则——禁止使用武力原则——已遭到破坏，即便一国政府在其领土内已不再是唯一的武力实施者，法律却仍然规范着国家间的关系。认识到这一点会令人感到惊讶，但同时它对我们理解国际法的本质和现实是必不可少的。在下文关于非国际性武装冲突的例子中，最令人感到惊讶的一点并不是国际法超越了第一层面而应用于此种局势的事实，而是这些国际规则不仅适用于政府使用武力的情形而且还直接适用于此情形下一切人类暴力行为的事实。从第二个层面上看，即便是在使用武力时，在国际和国内社会最基本的组织结构已分崩离析时，国际法仍然在规范着人们的行为；这一点更加令人难以置信，但理解它是十分重要的。任何国内法律体系都没有与此类似的规则，即规定那些正在违反基本规则的违法者必须如何行为的规则。

国际人道法展示了国际法的所有缺陷，同时也体现了它的特性。如果说一切法律均以人为本，那么，了解国际法如何在武装冲突这种最不人道的情形对他或她加以保护，这对我们理解国际法是至关重要的。

有人主张——尽管是以含蓄的而非明确的方式——国际人道法与国际法的其他部分是不同的，这或者是由于他们想保护国际法，因为评论家们认为国际人道法中存在最显而易见的与事实相悖的情形，又或者是由于他们想保护国际人道法，使它免受国家或个体之间在基本的政治、观念、意识形态上所存在争议的影响——这些争议不可避免地会在国际法及其不断变化的规则中表现为基本的概念分歧。然而，这种主张是不能被接受的，因为它没有认识到国际人道法和国际法的其他分支的内在联系。不同于人道伦理或公众良知的简单要求，国际人道法只能作为国际法的一个分支而存在，而国际法也必须包含有关武装冲突方面的规则，因为它是国家关系中一个令人遗憾的传统形式。法律的确应该回应现实，调整现实，而不是把自己简单地局限在反映现实上。考虑到本世纪那无论如何都不能被称之为人道的武装冲突中的凄惨现实，法律必然具有的规范属性及其与政治、历史间必须保持的距离，在国际人道法上表现得就更为明显了。

引文1 就那些未被或未完全被《日内瓦公约》所涵盖的战争法部分而言，存在诸多有待澄清的问题，诸如：战争法不仅约束国家而且也约束个人（既包括武装人员，也包括平民），这项已被广泛认可的原则具有什么样的含意；占领方职责性质转变的问题，即如今它们不仅为其自己和武装部队的利益而管理，而且

也有义务对在其统治下的人们的福利承担积极的责任；在没收敌方公共财产方面的一些问题，例如，一些通常被认为是私有财产或主要用来服务私人的财产，在某些国家中却完全处于国家控制之下，这一事实会产生怎样的后果；由此引发的修改有关战利品之法律的必要性问题；机动化战争的出现所带来的对占领的事实要求问题，以及随之而来的居民责任问题；新式武器的出现，如火焰喷射器和被用于人类的凝固汽油弹——这个问题可能在陆战手册中被搁置（但却未得到解决），其暗含的意思是，这主要是一个空战领域的问题；因使用航空器运送间谍或所谓的突击队所引发的问题；在将空降部队或其他突击部队纳入战争规则（如有关战俘待遇的规则）方面的限制问题；关于间谍，间谍行为被视为一项战争犯罪，而作为交战国来说，它们却有合法的权利来使用间谍，这两项明显相互矛盾的原则的调和问题；关于对有关惩罚间谍和所谓战争叛国行为的法的人道化问题；关于在所谓“非武装战斗”中禁止暗杀的问题；在惩治战争犯罪的法律规则（尤其是用接受上级命令进行辩解以及指挥官对其下属战争犯罪的责任）方面的权威解释问题；有关国际刑事犯罪管辖权问题的相关规定；在诈术和计谋方面（尤其是在穿着敌方军服方面）的法律规则目前含混不清且部分自相矛盾，需要加以澄清的问题；对为执行战争规则而诉诸战争的权利所作之禁止或限制的效果问题，尤其是为执行国际义务而由集体发起战争的情形等等。在所有这些情形下，法律学家都必须抛开辩证法上的疑惑，尽力履行其职责，不过，此时他应该带有一种源自以下这种认识的谦卑感：如果说国际法在某种意义上处于法律的末端的话，那么，战争法恐怕更为显著地处于国际法的末端。他必须不断地向武装部队、政府和其他人解释和澄清战争法的方方面面。他必须坚定地这些做，同时他不应自鸣得意，甚至并不应总是充满希望——他唯一坚定的希望是：出现这样一个世界，在其间，他的知识已经没有什么用武之地了。

[资料来源：LAUTERPACHT Hersch, "The Problem of the Revision of the Law of War", in *The British Yearbook of International Law*, vol. 29, 1952-53, pp. 381-382.]

引文2 尤其是在有关战争法的方面，国际法学受到了指控，说它具有严重背离现实的倾向。对许多人而言，单单是对一种纯粹的武力状况进行法律规范的思想，就足以使他们感到不宜乃至荒谬了。这种看法是值得尊重的，但是，只要法律仍然还允许甚至授权诉诸战争，这种看法就是有争议的。另外，即便战争被无条件地放弃和禁止（目前事实尚并非如此），在违反禁止战争的基本规范而爆发敌对行动或诉诸战争时，司法逻辑就不能拒绝基于明显的人道考虑而提供一定的法律规制措施。在因集体执行国际法而采取敌对行动或武力措施时或在内战的情形，也都存在同样的问题。

[资料来源: LAUTERPACHT Elihu (ed.), LAUTERPACHT Hersch, *International Law, Collected Papers: The Law of Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, Part. 2, 1975, pp. 37-38.]

建议阅读: LAUTERPACHT Hersch, "The Problems of the Revision of the Law of War", in *BYIL*, Vol. 29, 1952, pp. 360-382. LAUTERPACHT Hersch, "The Limits of the Operation of the Law of War", in *BYIL*, Vol. 30, 1953, pp. 206-243.

(一) 国际法是法吗?

引文1 在“武力”阔步前行之时,“法律”也试图跟上它的脚步。一个个的法律曾试图消弥刀剑的威力。人们不仅设立了一个新的国际组织,即联合国,并希望它能够阻止“新的大事件”(Great New Fact)(这是丘吉尔用来指称原子弹而发明出的表述)的竞赛;而且,人们也设计了法律规则,以遏制新的暴力。然而,相互冲突的经济与军事利益所产生的压力,以及对立意识形态之间的碰撞,阻止了这种“新”法对各国行动的规制。今天,具有现实主义特点的“经典”或传统的法律(因为它忠实地反映了国际社会各主体之间的力量平衡)已经被“理想主义的”法律所覆盖了;后者是一套规则和制度,在很大程度上,它反映了这样一种需求:改变现有的关系状态,并在将事物神圣化之外要求更多一些的义务……

如果拒绝考察在这两极之间存在的关系,那将会是一个巨大的错误。……存在这样一种假设:国家是没有灵魂的“冷酷的魔鬼”;由于只是在“权力”与“武力”的驱动下行动,它们从来都不会倾听“法律”的声音。在我看来,这个假设是错误的。如果我们详加考察,我们会发现,在基本的军事、经济和政治利益危在旦夕时,各国决不会轻视法律的存在……。它们所采取的策略要远比简单地违反法的“诫律”微妙得多。这种策略通常表现为:它们极力避免使自己的法律立场定型化;如果公共舆论的压力使得它们无法做到这一点,则它们会用尽可能模糊的语言来表述法律规则。这样,它们就可以以自己最喜欢的方式解释这些法律规则,使它们符合自己当前的需要并使它们服从于自己眼前的利益。如果我们翻阅过去40年或50年的历史记录,我们会很轻易地发现,没有任何国家(无论是大国还是小国)曾经承认它们违反了公认的法律准则(例如,禁止化学武器的规则;禁止造成不必要伤害武器的规则;禁止不分皂白地攻击不设防城镇的规则,或者是禁止种族屠杀这样更为广泛的规则等)。每当它们受到违反这些(或在重要性上与这些规则相当的)国际规则的指控时,各国会立刻否认这些指控,或指出存在允许它们采取行动的例外情形;又或者,它们会说,国际规则禁止的并非它们的行为,而是其他形式的行为……

公共舆论的重要性与日俱增。例如，1931年，著名英国记者J·L·布赖尔利(J.L. Briery)就曾指出，在一国之内，一项违法的行为可能根本不会引起人们的注意，而且，即便人们注意到它，违法者往往也不会背上“社会污名”；相反，在国际社会中，如果一国严重地违反了被人们认为不可神圣不可侵犯的行为准则，那么，其逃避舆论谴责几乎是不可能的，而且，各国也必然会对舆论谴责十分敏感。今天，新闻和大众传媒的影响力正与日俱增，这极大地增强了公共舆论的重要性，这一点在民主国家中表现得尤为突出。但是，即便是那些媒体由政府当局所掌控的国家，它们也不能忽视外国政府对其所采取的政治、军事和经济行动的看法，因为外国政府可以通过(往往是西方的)信息渠道随时了解这些信息。

仰赖这些手段以及众多越来越具有奉献精神 and 战斗精神的非政府组织，人们有希望取得一些尚未获取的成就。在一些处于“模糊状态”的地区，违法行径盛行，法似乎已在空气中消失得无影无踪；在这些地区，如果法学家们以及所有参与政府事务的人们都能采取行动，那么，对于倾听那些持不同政见者以及那些已经在将来可能成为暴力受害者们的意见是有所裨益的。

[资料来源：CASSESE Antonio, *Violence and Law in the Modern Age*, Princeton, Princeton University Press, 1988, p. 4-7.]

引文2 国际法的局限性。[……]对许多观察者而言，政府似乎在很大程度上可以自由决定是否同意一项新的法律，可以自由决定是否接受他对现存法的观点，也可以自由决定是否遵守各国已经一致同意的法律。国际法因而成为自愿性的、仅具有劝告功能的法律。它总是服从于国家利益。的确，没有任何一个国家会在与其安全、独立、（甚至仅是与其）权力、声望和影响力有关的问题上服从于法律。因此，持这种观点的外交官不可避免地会不情愿将其政策建立在他认为无功效的法律之上。他会认为，制定那些不能得到运用的法律，以及将自己政府的政策建立在对别国政府遵守法律和协议的期待之上，这样做不仅是不切实际，而且也是危险的。既然他国只有在符合其自身利益时才会遵守法律，那么，外交官也看不出其本国政府要牺牲重要利益来遵守法律的理由。如果他本国的法学家告诉他，政府不应该为所欲为，他或许会感到厌烦。

对国际法学者而言，前述对国际法的轻视态度对他们的工作构成了严重挑战。事实上，在一些法学者看来，除非建立一个世界政府或至少建立一个有效的国际机构，否则，国际法是令人绝望的。但是，多数国际法学者并未感到沮丧。尽管无法否认国际法的一些局限性，但他们坚持认为，这些局限性并不重要，而且，他们也否认一些人所声称的由这些局限性所带来的进一步问题。如果他们不

得不承认盛装国际法的杯子是半空的话，他们也会强调它是半满的。他们指出，许多国内法律制度也存在相似的缺陷。有人认为（这种观点通常被归于法哲学家约翰·奥斯丁（John Austin）），法律仅是主权者的命令，而且仅可由后者加以实施；对这种观点，他们坚决反对。他们坚持认为，尽管在立法方法方面存在缺陷，但国际法已经成长、发展并发生了变化。如果说国际法很难制定的话，它已经被制定出来了；如果说它发展缓慢的话，它也一直在发展之中；如果说它不像一些成熟的国内法律体系那样拥有有效的司法机构的话，它仍然还是有一个国际法庭：该法庭的判决和观点尽管数量较少，却也得到了尊重。司法体系上的一些不健全得到了其他机构的弥补：通过常设法庭或特别法庭的仲裁体系，国际争端得以解决，法律得以发展；在界定、澄清和发展国际法方面，国内法庭起到了十分重要的作用；安理会和联合国大会这样的政治组织也适用国际法，它们的行动和决议阐释和发展了国际法，其裁决在某种程度上阻止了违法行为的发生。如果说缺乏一个国际执行机构来施行国际法的话，联合国实际上具有一定执行的权力，而且，其他国家的反应也构成了一种“横向执行”。在实体法规则方面的确存在许多漏洞，需要不懈的努力来加以弥补，但这并不会损害现存于国际社会中的法的效力与效果。

最为重要的是，法学家们坚持认为，国际法的批评家们提出并回答了错误的问题。国际法是否具有我们在一国国内已习以为常的立法、审判和执行机构，这一点并不重要；真正重要的是，国际法是否反映在国家的政策以及各国的关系之中。问题不在于是否有一个有效的立法机构，而在于是否有一个回应并迎合变动社会中不断变化之需要的法律。问题不在于是否有一个有效的司法部门，而在于争端是否依照国际法以有序的方式得到了解决。最为重要的是，问题不在于法律是否可被执行或是否被有效执行，而在于法律是否得到了遵守，是否调整或影响了行为，以及国际行为是否体现了稳定和有序。法学家们坚持认为，事实上，国际社会许多国家已经接受了对其主权的一些重要限制，他们已经遵守了这些规范和承诺，并缔造了国际关系的根本秩序。

法抑或政治？

各国遵守国际法的原因（尤其是我所强调的代价和收益），也许只会增加人们对国际法的现实性及其在国家政策中影响力的怀疑。……当各国就不涉及法律义务的国家政策问题做出决定（如是否承认一个新的政权，是否给某国援助等）时，它们可以基于国家利益的代价和收益来决定是否遵守法律或协议。国家通常会决定遵照法律行事，这一事实并不会改变这些决定的自愿性。各国依法行事并不是出于法律方面的考虑，而是因为它们认为这么做符合其利益，或担心不这么

做会带来一些不利的后果。实际上，法律总体上对于决策没有影响。如果没有法律，各国仍然可能以同样的方式行事。受害者会对损害其利益的行为做出反应，这种反应的威胁就是一个很有效的威慑因素，即使其间并不涉及法律规则。

当人们将国际法与一个发达有序社会中的国内法加以对比时，这种怀疑论有时会得到支持。有观点认为，国内法具有约束力，国内社会会强制人们遵守法律。没人能选择是遵守还是违反法律，即使他明知遵守法律不符合其利益。批评者认为，在国际社会中，是否遵守法律完全由各国自行决定。违反法律的行为不会受到以社会名义行事的法律秩序代表的惩罚。违法行为所带来的任何不利后果都是政治方面的，而非法律方面的；这些后果表现为其他国家维护自身利益的行为，类似国内社会中的法律外后果，比如“社会耻辱”。违法者甚至可以阻止或最大限度地减少其行为对自己的不利后果。无论如何，它还将继续作为国际社会完整的一员，而不是一个罪犯。

以上所列举的这些观点值得我们深思。其中有部分观点是错误的，而另一些则确实反映了国际法和国内法的区别，其意义有待进一步的研究。

国际法中相当一部分规则类似国内法中的民法（侵权，合同，财产）；另一些规则类似有时由“受尊敬”的社会成员实施的“白领犯罪”（违反反托拉斯法或其他法律、逃税）。与这些国内法一样，国际法也具有得到所有人承认的权威。没有任何国家认为国际法是“自愿性的”。如果这个法律系统最终建立在一致同意的基础之上，那么，这个系统以及其中的任何特定规范和义务都无法以任何国家目前的协议为依据。一个国家不能决定自己不遵守国际法；它不能决定自己不受特定规范的约束，尽管它可以选择冒险将该规范予以修改。事实上，它不能拒绝有关其必须履行国际义务的规范。如同个人一样，国家不会主张自己有无视法律或其义务的权利，即便（如同个人一样）有时它们事实上会这样做。尽管国际社会没有能力（或者意愿）去阻止违法行为的发生，或通常在违法行为发生后采取有效的公共制裁措施，但它并不认可任何违反法律的权利……。

事实表明，国际社会中并不存在一个强制各国遵守法律的机构。但是，暴力强制并不是确保法律得到遵守的唯一方法，它甚至也不构成主要的因素。即使是在国内社会中，重要的法律也被最有权势的人所遵守，尽管并没有人强迫他们。在美国，总统、国会和强大的武装部队都服从最高法院的指示，而最高法院的法官并不是军人。

太多的事实表明，各国并非出于“尊重法律”而行事，而是出于对违反法律之后果的畏惧而行事。大量的事实也表明，违法的后果并不是由依法设立的“上级”机构所实施的“惩罚”，而是来自受害者和他的朋友们的反应，以及其行为

对友好关系、声望、信誉、国际稳定以及其他一些在国内社会中会被视为“法外”的利益所造成的不利影响。事实上，在国内社会中，个人遵守法律主要是出于对后果的畏惧，而且，即便缺乏官方的惩罚，“法外”后果往往就足以阻止违法行为的发生（如果法律执行存在缺陷，那么，这种“法外”后果就会具有特别重要的意义）。在国内社会的主流中，一项违法行为往往会带来耻辱和其他“法外”的代价。这表明，法律经常与社会利益如此清晰地一致，以至于在法律规定之外，社会成员还会以各种方式对反社会行为做出反应。在国际社会中，法的遵守必须更为紧密地依靠这些法外的制裁；这就意味着，法的遵守将更为紧密地依赖于法在当前的可接受性以及共同体（尤其是受害人的共同体）对维护法律所具有的当前利益。这并不意味着，法已不再是法，或人们对它的遵守已不再是对法的遵守。

人们对以下这样一种印象存在若干认识上的错误：各国只是在它们原本就会遵守法律时才会依法行事。这种批评在一定程度上误解了法律的目的。一般而言，法律不是用来阻止个体去做他们十分想做的事情。大多数法律，尤其是其中最为成功的部分，是对已存习惯的成文化——这些习惯反映了人们的行为方式以及他们对应该如何行为的观念。就此而言，法反映了现存秩序，而不是强行创造了秩序。即便没有禁止杀人的法律，当代社会中的大多数人仍然不会去杀人。如果不是这样，法律几乎不能存续和发挥效力。说各国只有在它们原本就会遵守法律时才会依法行事，这并不意味着法律是无关紧要的，相反，它只是表明，法是合理的和可变的，它反映了各国真正的利益和态度，因此，法律可能得到维持。

同时，许多法（尤其是侵权法和“白领犯罪”）之所以得以被遵守，是因为它们是法律规范，并且对它们的违反会带来不利的后果。人们应该清楚地认识到，有效的法律系统并不是一个尽可能多地惩罚违法者的系统，而是一个只有少量违法行为需要受到惩罚的系统，因为法律阻止了潜在的违法者。违法者之所以受到惩罚，其目的是为了重申行为的标准，并警戒他人。这就意味着，法律并不主要指向“犯罪分子”或“圣人”。“犯罪分子”是很难被吓退的，而“圣人”通常并不会去违法，而且，阻止他实施违法行为的也不是法律或对惩罚的畏惧。法律的目标主要是介于上述两者之间的大众——他们通常是守法的，但有时又会因眼前的私利而被诱惑去违法。国际社会的情形也是如此，法律对希特勒是无效的，而它对于安于现状、毫无野心的国家也是没有必要的。那些原则上守法，但如果没有不利后果的威慑又可能试图违法的国家是国际法的目标。在国际社会中，正如在1950年的朝鲜或1956年苏伊士运河的情形那样，对违法行为的回应同样可以重申法律，并加强其在未来的威慑力。

认为没有法律国家也将一样行为，这种观点在许多方面都是肤浅的。尽管并不总是那么明显，但法的威慑力的确存在，甚至对行为人自身也是如此。这种批评还忽视了法的教化作用，它能使人们和国家感到，不合法的行为是错误的行为，不应该为之。一些国家的政府根本不会考虑实施某些行为，因为它们“从未实施过”这些行为或它们不符合其“风格”，实际上，它们采取这种态度可能恰恰是因为法律禁止这些行为。

尽管如此，总体而言，那种认为国家原本就会遵守法律的观点显然是错误的。某一行为是由法律所要求的，这一事实揭示出了遵守法律所具有的根本利益，从而能够使人们抵制以其他方式行事的诱惑，并超越违法所带来的明显的眼前利益。在许多领域，至少在人们的共同认知方面，法律已经成为了一个普遍的标准或清晰的规则。有关领海的法律确立了一个标准，并获得了各国的普遍承认。如果没有此项法律，一艘外国船将不会严格遵守12海里领海的规定，它也不会对一个没有海防的弱国领海给予尊重。在条约方面，如果没有条约或没有确立协议必须得到遵守的规则，那么，各国绝对不会以同样的方式依约行事。如果不是根据它们希望予以遵守之协议所确定的互惠原则行事，那么，各国之间就不会给予关税减让、引渡罪犯或避免双重课税。各国可能会在默认或附条件互惠的基础上行事：如果你接受我的商品，我就接受你的商品。这本身也是一种协议，而且，各国往往会坚持伴随着一种明确承诺而来的信任和稳定状态……。

最后，轻视国际法的最为常见的一种看法认为，没有任何国家会在守法将使其“受到重大损害的关键时刻”还会去遵守国际法。如果这种看法意味着各国只是在无关紧要时才会遵守国际法，那么，它就大错特错了。事实上，人们完全也可以主张相反的观点：在“小事”上的违法时有发生，这是因为，行为人知道受害者的反应会是轻微的；而之所以要避免严重的违法，恰恰是因为它可能会招致强烈的反应。尽管只有在国家利益危在旦夕时各国才会诉诸战争，但这种最严重的违法现象通常并不会发生。另一方面，如果这种观点意味着，当遵守国际法的代价太高时各国就会违反它，那么，这种指责无疑是事实。但是，这种观点并不像它初看起来那样具有破坏力，因为，当一国就守法会否使其“受到重大损害”作出判断时，它不仅应考虑其法律上和守法上的利益，而且也要考虑违法的代价。我们不妨从国内法的层面上看看这种批评：如果不那样做就会对其“造成重大损害”，那么，一个通常守法的人也会违法，甚至实施暴力犯罪。因此，无论是在国内法上还是在国际法上，违法行为都不会动摇法的基本有效性和法律体系的基本效力。

国际法所具有的缺陷以及其不同于国内法的方面并不足以支持以下推论：国际法不是法，它具有自愿性，对它的遵守“只不过是政策而已”。它们或许与法在成功地建立一个有序社会所须具备的要素方面的判断有关。在国内社会中，法的影响力也不是在任何时候、任何地点以及任何方面都是确定和具支配性的。国际社会的特质——或许其与国内社会只存在程度上的差异——尤其容易导致无序。违反国际法的行为虽然并不常见，但它们却可能会具有超其数量本身的蕴意，如：国际社会是由国家组成的，而各国均有能力去实施那些具有严重破坏性的违法行为；而且，国际社会成员的数量有限，这一事实也增加了每一违法行为相对的重要性。尽管如此，违反国际法的行为并未多到足以破坏法的意识以及有关守法义务、要求遵守法律以及对违法行为做出反应的权利等方面的意识。某条规则被广泛地违反以致其失去法的属性，这种情形是极其罕见的。各国间的协议也未受到如此频繁的违反，以至于国家已不再加入、不再预期其会得到履行或不再对违法行为的救济手段抱有希望。抛开殖民主义不说，政治协议在今天仍十分常见，而且也将继续服务于其目的，尽管它们也可能会偏离其预定的进程。总之，各国间维持着其多元的关系而极少会有所中断。毫无疑问，无论是在小事还是大事方面，秩序始终都是存在的。

总体而言，是否存在一个有效的“国际秩序”，这是一个观念和定义的问题。秩序是不可测量的，而且，试图简单地运用印象派的方法来为秩序“分级”也是毫无用处的。法律到底对秩序做出了多大的贡献，这个问题不能根据理论或抽象地来回答，而只能根据特定的时间和环境来回答。在任何时候，法律都是支配国际关系的一种非常重要的力量。国际社会的种种缺陷使得法律更多地依赖于其他力量来提高严格守法的好处，并使违法的成本起到抑制违法的作用。在我们这个时代，我们要借助二战以来形成国际关系的各种力量来认识法律的影响。

国际法的支持者和批评者

国际法是国家间所有关系的设想、基础和框架。国家地位、领土、个人和社会的国籍、财产所有权、国家间的权利与义务、不法行为的责任及其产生的损害损害、国际贸易的事实和条件等，所有这些概念都反映了被广为接受和遵行的法律原则。法律提供了各种制度、机制和程序，以维护关系，开展贸易和进行其他交往，解决争端并促进共同事业。一切国际关系和外交政策都尤其依赖于国际协议这种法律手段以及“协议必须履行”这条法律原则。通过缔结和平条约和其政治解决方案，此项原则还有助于确立现存的政治秩序及其变化（国家的地位、领土、安全和独立以及从属关系的建立和终结），并使其合法化。为集体防卫而设立的军事联盟和组织同样也需要将其功效建立在对各项承诺将得到履行的预期之

上。在当代，人们为增进福利及其制度化和最终确立而做出了无数的合作安排，国际法在其中起到了支持作用。最后，在有关禁止战争和国家间使用其他形式武力的法律之中，体现出国际秩序的关键所在。

法律在发挥着作用。尽管没有人以绝对的权威来裁决或宣判法律，但是，即便是在一个相当多元化的世界里，人们对法律和协议的内容和意义也有着广泛的共识。虽然无法与国内法上的法律执行相比，但是，无论在外部还是在内部，都存在着引导人们一般地遵守国际法的有效力量。各国意识到，遵守法律符合它们的利益，而任何违法行为都可能导致某种不利后果。决策者们相信违法的利大于弊，或国内压力迫使政府在违反其国家利益的情形下去违法，这种情形是很罕见的。严重的违法是违反政治性的法律和协议，此处涉及国家安全和独立的基本利益，因而亦充斥着激情、荣誉和偏见；在这里，不太可能有人去理性地计算利弊得失，而且这也很难计算。尽管如此，正如我们所见，以下这项当今国际法的重要原则却获得了普遍遵守：各国不诉诸于战争；只有在非常偶然、短暂且受限的情况下才单方面使用武力。有关反对干涉的法律规则不是十分确定，而且该规则在某些情况下也受到了严重的违反，但是，在其他许多情形中，该规则无疑也阻止了干涉事件的发生。即便政治性的法律未能阻遏一定的行动，它通常也能够推迟或限制该行为，或在多种备选行动方案中决定其选择。

以上所有的论辩均无意表明，遵守法律是国家行为重要的或具决定性的动机；它甚至不旨在表明，遵守法律一直都是国家行为的一个支配性因素。一项规则或义务的存在本身并不能提供其得到遵行的保证，但是，它的确为义务的履行添加了重要价值。基于法律或某些先前协议的要求，各国会广泛且深入地调整其行为。说服一个国家去违反义务，这需要给它一项特别且异常重要的利益。我们知道，外交政策决不是无拘无束的；即使是最强大的国家也懂得，在其国内层面而且尤其是在国际社会的层面上存在的各种力量限制着它们的选择自由。如果一个预期的行动将会违反国际法或条约，那么在行动自由方面就会存在额外的、实质性的限制……。

[资料来源：HENKIN Louis, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New-York, Columbia University Press, 2nd ed., 1979, pp. 25-26; 89-90; 92-95, and 320-321; footnotes omitted.]

引文3 关于规则或规范的第三种观念或许应得到强调。这种观念认为，规则或规范的规范性陈述会对决策者们施加程度不同的心理“压力”，从而使其遵守规则的实质内容。例如，关于“海洋自由”的规范就可能会对所有国家的政府施加一种有效的压力，从而使它们不试图为其利益而开发利用大西洋，或对在公海上大量的外国航运或渔业活动予以干涉。一项法律规则能够反映其所适用对象

的心理压力，这种观点可以通过在所有可能的法律规则中最为简单的一项假定来得到印证，即在街道或高速公路上的“停止”标志。想象一下，这样的一种交通标志在以下这样的一个社区存在：每一个驾车人都习惯性地不在这些标志旁把机动车完全停下，而是换低档减速或在接近标志时减速然后通过它。那么，由该标志所代表的交通法令是否受到了违反呢？从技术和法律的角度来看，答案是肯定的；如果警察愿意，他能够以未遵守“停止”标志为由拘留整个社区中所有的驾车人。但是，这些对“停止”标志的违反是否就意味着，它在那个特定的社区是毫无作用的呢？答案应该是否定的，因为这个标志发挥着一种使驾车人减速的“压力”作用。如果该标志的目的是帮助避免交通事故，那么，该目标已经通过使驾车人减速并小心行进而很好地实现了。……人们完全可以将有关中立国、战俘等权利的许多国际法规则解释为在塑造战争行为标准方面具有影响力的“压力”，而无论对这些规则的公然违反发生的频率有多高……。

[资料来源：D'AMATO Anthony, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971, pp. 31-32.]

(二) 国际人道法：国际法的关键性考验

(三) 处于一个发展变动的国际环境中的国际人道法

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 3. 1. 1.] p. 722

文件36. 红十字国际委员会，当代武装冲突的挑战 p. 806

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 [Cf. B. and D.]. p. 2293

案例236. 美国，发生在2001年9月11日的袭击 p. 2458

建议阅读：BUGNION François, "Le droit international humanitaire à l'épreuve des conflits de notre temps", in *IRRC*, No. 835, September 1999, 487-498 pp. BYERS Michael, "Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September", in *ICLQ*, Vol. 51/2, 2002, pp. 401-414. CASSESE Antonio, "Terrorism is also Disrupting Crucial Legal Categories of International Law", in *EJIL*, Vol. 12/5, 2001, pp. 993-1001. CONDORELLI Luigi & NAQVI Yasmin, "The War against Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date?", in BIANCHI Andrea (ed.), *Enforcing International Law Norms against Terrorism*, Oxford, Hart, 2004, pp. 25-37. GREENWOOD Christopher, "International Law and the 'War against Terrorism'", in *International Affairs*, Vol. 78/2, 2002, pp. 301-317. HERRMAN Irène & PALMIERI Daniel, "Les nouveaux conflits: une modernité archaïque?", in *IRRC*, No. 849, March 2003, pp. 23-44. HOFFMAN, Michael H., "State Practice, the Customary Law of War and Terrorism: Adapting Old Rules to Meet New Threats", *IYHR*, Vol. 34, 2004, pp. 231-249. KING Faiza Patel & SWAAK-GOLDMAN Olivia, "The Applicability of International Humanitarian Law to the 'War against Terrorism'", in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 39-49. LAVOYER Jean-Philippe, "Should International Humanitarian Law be Reaffirmed, Clarified or Developed?", in *IYHR*, Vol. 34, 2004, pp. 35-58. MCDONALD Neil &

SULLIVAN Scott, "Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and War on Terror", in *Harvard International Law Journal*, Vol. 44/1, 2003, pp. 301-316. MULINEN Frédéric de, "La nécessité de comprendre le droit des conflits armés au 21^{ème} siècle", in *RDMDG*, Vol. 38-1/4, 1999, pp. 313-327. MURPHY Ray, "Contemporary Challenges to the Implementation of International Humanitarian Law", in *The Quarterly Journal*, Vol. 3/3, 2004, pp. 99-113. "International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts: Excerpt of the Report Prepared by the International Committee of the Red Cross for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, December 2003-March 2004", in *IRRC*, No. 853, March 2004, pp. 213-244. NOONE Gregory P. et al., "Prisoners of War in the 21st Century: Issues in Modern Warfare", in *Naval Law Review*, Vol. 50, 2004, pp. 1-69. PFANNER Toni, "Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action", in *IRRC*, No. 857, March 2005, pp. 149-174. REISMAN William Michael, "Assessing Claims to Revise the Laws of War", in *AJIL*, Vol. 97/1, 2003, pp. 82-90. SANDOZ Yves, "Prospects for Future Developments in International Humanitarian Law", in LIJNZAAD Liesbeth, VAN SAMBEEK Johanna & TAHZIB-LIE Bahia (ed.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 339-355. SASSÖLI Marco, "La 'guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre", in *CYIL*, Vol. 39, 2001, pp. 211-252. SASSÖLI Marco, "Use and Abuse of the Laws of War in the 'War Against Terrorism'", in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 22, 2004, pp. 195-221. SKERKER Michael, "Just War Criteria and the New Face of War: Human Shields, Manufactured Martyrs, and Little Boys with Stones", in *Journal of Military Ethics*, Vol. 3/2, 2004, pp. 27-39. TIGROUDJA Hélène, "Quel(s) droit(s) applicable(s) à la 'guerre au terrorisme' ?", in *AFDI*, Vol. 48, 2002, pp. 81-102. VEUTHEY Michel, "Le droit international humanitaire face à la guerre contre le terrorisme", in DOUCET Ghislaine (ed.), *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris, Calmann-Lévy, 2003, pp. 516-529. WIPPMAN David & EVANGELISTA Matthew (ed.), *New Wars, New Laws? Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts*, New York, Transnational Publishers, 2005, 303 pp.

(四) 战败国以及在其境内对国际人道法的适用

案例32. 红十字国际委员会，国家结构的瓦解 [Cf. II. 2.] p. 784

文件37. 第一次定期会议，主席报告 [Cf. II. 2.] p. 817

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 3. A. and C.] p. 2082

案例224. 案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突 [Cf. 1. and 2.] p.2347

建议阅读：CAIN Kenneth L., "The Rape of Dinah: Human Rights, Civil War in Liberia, and Evil Triumphant", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 21/2, 1999, pp. 265-307. KRITSIOTIS Dino, "International Humanitarian Law and the Disintegration of States", in *IYHR*, Vol. 30, 2000, pp. 17-35. SMITH Stephen, *Somalie. La guerre perdue de l'humanitaire*, Paris, Calman-Lévy, 1993, 243 pp. THUERER Daniel, "The 'Failed State' and International Law", in *IRRC*, No. 836, December 1999, pp. 731-761. THUERER Daniel, "Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: Der 'failed State'", in *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 34, Heidelberg, 1995, pp. 9-47. VAN CREVELD Martin, *The Transformation of War*, New York, Free Press, 1991, 254 pp. *Armed Conflicts and Disintegration of States: Humanitarian Challenge: 21st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 2-5 September 1996*, San Remo, International Institute of Humanitarian Law, 1996, 107 pp.

深入阅读：COLLMER Sabine, "Child Soldiers: an Integral Element in New, Irregular Wars?", in *The Quarterly Journal*, Vol. 3/3, September 2004, pp. 1-11. TAUXE Jean-Daniel, "Liberia, Humanitarian Logistics in Question", in *IRRC*, No. 312, June 1996, pp. 352-354. "Les défis actuels de l'action et du droit humanitaires. Journée d'étude du CICR à Paris et forum de Wolfsberg", in *Journal du Centre de Recherches en Droit International*, Vol. 27/4, 1997. "Now Back in Liberia, ICRC Calls for Fundamental Reappraisal. ICRC Press Release No. 96/15, 22 April 1996", in *IRRC*, No. 312, June 1996, p. 351.

(五) 非对称冲突中的国际人道法

双方都认为,如果它们不违反(或曲解)国际人道法,它们就无法“战胜”。

参见第85页引文“修昔底德论权力与正义”。

建议阅读：MÜNKLER Herfried, "The Wars of the 21st Century", in *IRRC*, No. 849, March 2003, pp. 7-22. OULD MOHAMEDOU Mohammad-Mahmoud, "Non-Linearity of Engagement: Transnational Armed Groups, International Law, and the Conflict between Al Qaeda and the United States", Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, <http://www.hpcr.org>. PFANNER Toni, "Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action", in *IRRC*, No. 857, March 2005, pp. 149-174. VALASEK Tomas, "New Threats, New Rules", in *World Policy Journal*, Vol. 20/1, Spring 2003, pp. 17-24.

二、诉诸战争权(使用武力的合法性)与战时法 (在战时应遵守的人道规则)的基本区别

导 读

使用武力曾经是国际关系的一种合法形式,法律并不禁止国家发动战争,各国有权开战(即它们有诉诸战争权),国际人道法正是在这样一个时代背景下发展起来的。在各国诉诸武力时,国际法要求它们遵守关于战争行为的一些规则(战时法),这一要求并不存在任何逻辑上的问题。如今,国家间相互使用武力已被国际法的一项强制性规范所禁止²⁰(“诉诸战争权”已转变为“反抗战争的权利”)。此项禁止规范的例外包括:个体和集体的自卫;²¹安理会采取的执行措施;²²以及有一定争议的人民自决权的执行(民族解放战争)。²³因此,依

²⁰ 《联合国宪章》第2条第4项中明确规定。

²¹ 《联合国宪章》第51条承认此例外。

²² 规定于《联合国宪章》第7章。

²³ 为争取人民自决权而使用武力的合法性(联合国的两个人权公约的第1条均承认此行为的合法性)在联大第2105号(XX)号决议(1965年12月20日)中首次得到承认。

逻辑，在国际性武装冲突中，至少有一方会由于使用武力的事实本身而违反国际法，无论其有多么尊重国际人道法。世界各国的法律也都同样禁止针对（政府的）执法机构使用武力。

尽管武装冲突为法律所禁止，它们还是会发生，而且，如今人们认识到，国际法对这一国际生活现实的回应不仅应表现为与这种现象的斗争，而且也应包括对其加以规范，以便在这种不人道、不合法的情形中确保最起码的人道标准。然而，出于现实、政策和人道的原因，国际人道法对合法使用武力与违法使用武力的交战双方都应该是相同的。从现实的观点看，如果不这样，那么，国际人道法就无法获得尊重，因为，至少在交战国之间，往往会存在有关哪一个交战国是在享有“诉诸战争权”的情况下合法地诉诸武力以及哪一个交战国违反了“反抗战争的权利”等争议。另外，从人道角度看，冲突双方的受害者需要相同的保护，他们并不必然要对“自己”一方违反“诉诸战争权”的行为负责。

因此，国际人道法必须独立于有关“诉诸战争权”的争论而受到尊重，而且应完全与“诉诸战争权”区分开来。过去、现在以及将来任何有关正义战争的理论都仅仅与“诉诸战争权”有关，而不能用于证明——但事实上它经常被用来暗示——进行正义战争的一方比进行非正义战争的一方在人道法下享有更多的权利或承担较少的义务。

“诉诸战争权”（*ius ad bellum*）与“战时法”（*ius in bello*）这两个拉丁文术语只是到了上个世纪才为人们所使用，但是，艾曼纽尔·康德（Emmanuel Kant）就已经区分了这两个概念。在关于正义战争的更早的理论中，格老秀斯（Grotius）关于对发动战争的约束（*temperamenta belli*）的理论仅仅针对那些进行正义战争的国家。后来，当战争成为国际关系中常见事实的时候，就没有必要再区分“诉诸战争权”与“战时法”了。只有到了武力使用被禁止的时代，二者的区分才成为必要，而且，《第一议定书》在以下所引言部分也承认了这一区分：

“缔约各方，

宣布其愿见和平普及于各国人民之间的热望，

回顾到每个国家有义务按照联合国宪章，在其国际关系上不以武力相威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符的任何其他方式，分割任何国家的主权、领土完整或政治独立，

然而认为有必要重申和发展关于保护武装冲突受难者的规定，并补充旨在加强适用这些规定的措施，

深信本议定书或1949年8月12日日内瓦四公约的内容均不能解释为使任何侵略行为或任何与联合国宪章不符的武力使用为合法或予以认可，

并重申1949年8月12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的目标为依据而加以不利区别……”。

这种“诉诸战争权”与“战时法”的完全区分表明：只要事实上发生了武装冲突，国际人道法就应予以适用，而不论该冲突是否可以归入“诉诸战争权”之下；而且，任何有关“诉诸战争权”方面的争辩都不得用于解释国际人道法。然而，它同时也表明，国际人道法规则的起草并不旨在使“诉诸战争权”无从实现，如使有效的自卫变为不可能。

一些人认为，随着国际关系通过联合国机制的日益制度化，只有联合国本身才能合法地使用武力。伴随着这一现象，或者说在霸权主义的国际法中，国际人道法将重新回到“对发动战争的约束”这一规范地位上，规范那些为国际正义而战者的行为。这一点将深刻地改变现有国际人道法的理念。

建议阅读：BUGNION François, "Just War, War of Agression and International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 847, September 2002, pp. 523-546. GREENWOOD Christopher, "The Relationship Between *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*", in *Review of International Studies*, Vol. 9, 1983, pp. 221-234. KOLB Robert, "Origin of the Twin Terms *Ius ad Bellum* - *Ius in Bello*", in *IRRC*, No. 320, October 1997, pp. 553-562. KOOIJMANS Peter, "Is there a Change in the *Ius ad Bellum* and, if so, What Does it Mean for the *Ius in Bello*?", in LIJNZAAD Liesbeth, VAN SAMBEEK Johanna & TAHZIB-LIE Bahia (ed.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 225-237. MEYROWITZ Henri, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970, 418 pp.

深入阅读：BROWNLIE Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, 532 pp. DINSTEIN Yoram, *War, Agression and Selfdefence*, Cambridge, CUP, 2001, 300 pp. GILL Terry, "The Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court of Justice and the Fundamental Distinction between the *Ius ad Bellum* and the *Ius in Bello*", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12/3, 1999, 613-624 pp. GREENWOOD Christopher, "Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict", in DINSTEIN Yoram (ed.), *International Law at a Time of Perplexity*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 273-288. LAUTERPACHT Hersch, "Rules of Warfare in An Unlawful War", in LIPSKY George A. (ed.), *Law and Politics in the World Community*, Berkeley, University of California Press, 1953, pp. 89-113. MACDONAGH Melanie, "Can there be such a Thing as a Just War?", in *International Journal of Human Rights*, Vol. 4/3-4, 2000, pp. 289-294. MU'LLERSON Rein, "On the Relationship Between *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* in the General Assembly Advisory Opinion", in BOISSON DE CHAZOURNES Laurence (ed.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, CUP, 1999, pp. 267-274. SCHELLE Georges, "Quelques réflexions sur l'abolition de la compétence de la guerre", in *RGDIP*, 1954, pp. 5-22. WALZER Michael, *Just and Unjust Wars, A Moral Argument with Historical Illustrations*, 3rd ed., New York, Basic Books, 2000, 361 pp. WRIGHT Quincy, "The Outlawry of War and the Law of War", in *AJIL*, Vol. 47/3, 1953, pp. 365-376.

(一) 禁止使用武力及其例外

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [A., Arts. 21 and 25 and Commentary.] p. 822

建议阅读：BACOT Guillaume, *La doctrine de la guerre juste*, Paris, Economica, 1989, 86 pp. BUTLER William E. (ed.), *The Non-use of Force in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, 250 pp. CASSESE Antonio (ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 536 pp. CASSESE Antonio, "Article 51", in COT Jean-Pierre & PELLET Alain (ed.), *La Charte des Nations Unies*, 2nd edition, Brussels/Paris, Bruylant/Economica, 1991, pp. 769-794. CASSESE Antonio, *Self-Determination of Peoples: a Legal Reappraisal*, Cambridge, CUP, 1995, 393 pp. CHESTERMAN Simon, *Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, OUP, 2001, 295 pp. DINSTEIN Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, 3rd edition, Cambridge, CUP, 2001, 318 pp. GARDHAM Judith, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, CUP, 2004, 259 pp. GRAY Christine, *International Law and the Use of Force*, 2nd ed., Oxford, OUP, 2004, 334 pp.

(二) 禁止使用武力规则与国际人道法间不可避免的紧张关系

引文 战争法。18. 委员会考虑，是否应选择将战争法予以成文化。有人认为，在发动战争本身已经违法的情况下，对战争行为的规范即不再适用。另一方面，有观点认为，尽管“战争法”这个术语应被抛弃，但对有关调整武力使用——无论其为合法还是非法——规则的研究可能会是有益的。根据纽伦堡法庭宪章和审判的原则对战争犯罪的惩罚，要求对这些罪行有一个明确的定义，并进而要求确立相关规则，规范以犯罪方式使用武力。委员会的多数成员宣布，他们反对目前就这个问题进行研究。他们认为，如果委员会在成立之初就承担此项研究，舆论就会将这项举动视为是对联合国在维护和平方面所能采取措施的有效性缺乏信心。

[资料来源：Yearbook of the International Law Commission, New York, UN, 1949, p. 281.]

(三) “诉诸战争权”与“战时法”的完全分离

《第一议定书》序言部分第5段。

引文 公法二——国际法

第53段：

……各个国家在彼此关系中的公权利，就是在“民族家权利”的标题下，我们必须加以考虑的内容。无论是什么地方的国家，如果被看作一个道德人，它对

于其他国家的关系，如果按照自然的自由条件来行动，那么结果就是一种持续的战争，因为这种自然的自由权利会导致战争。

民族的权利与战争状态的关系可以分为：(1) 开始作战的权利；(2) 战时的权利；(3) 战后的权利。该权利的目标是彼此强制各民族从战争状态过渡到去制定一部公共的宪法，以便建立永久和……。

第57段：

决定何者构成“战争中的权利”，这是民族权利和国际法中最困难的问题。即便是针对此权利形成一个定义，或在此无法律状态下设想出一项法律而又不陷入自相矛盾，这都是十分困难的。“干戈起处，法律寂然无声”。根据某些原则去进行战争的权利必定是合理的，只要这些原则始终能够使得各国在它们彼此的外部关系中摆脱自然状态而进入一种权利状态。

[资料来源：Kant, I., *The Philosophy of Law. An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*. Translated from the German by W. Hastie BD, Edinburgh, 1887, paras. 53 & 57]

文件57. 法国，加入《第一附加议定书》[Cf. B., para. 1.] p. 973

案例58. 英国和澳大利亚，《第一附加议定书》的适用性 p. 976

文件80. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·利斯特案 [Cf. B.] p. 1054

案例163. 美洲人权委员会，塔布拉达案 [Cf. para. 173.] p. 1656

1. 理由

文件26. 红十字国际委员会，战争受难者的保护 [Cf. 3. 1.] p. 722

案例77. 纽伦堡美国军事法庭，正义审判 p. 1040

- (1) 逻辑上的理由：禁止使用武力的基础规则（即诉诸战争权）一旦被违反，“战时法”这个辅助性规则体系就必须予以适用，因为它们恰恰是为基础规则被违反的情境所设的。
- (2) 人道理由：战争受难者并不需要对“他们”国家违反国际法（即“诉诸战争权”）的行为负责，而且，无论他们是属于“正确”的一方，还是“错误”的一方，都应获得同等的保护。
- (3) 现实理由：在武装冲突中，冲突各方从来都不会在究竟何方违反了“诉诸战争权”（即谁是侵略者）这一问题上形成一致看法；国际

人道法必须在此类冲突中得到适用。只有在双方均应适用相同规则时，才有希望使其得到遵守。

2. 区分的结果

(1) 冲突各方在国际人道法面前的平等

《第一议定书》第96条第2款第3项。

案例58. 英国和澳大利亚，《第一附加议定书》的适用性 [Cf. B.] p. 976

案例174. 波斯尼亚和黑塞哥维那，1992-1993年安全区的建立 p. 1762

建议阅读：MEYROWITZ Henri, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Paris, Pedone, 1970, 418 pp.

(2) 国际人道法的适用与根据“诉诸战争权”对冲突性质的界定无关

案例61. 美国，总统拒绝签署《第一附加议定书》 p. 985

案例108. 以色列，公约对被占领土的可适用性 p. 1212

案例121. 大赦国际，违反区分原则 [Cf. B.] p. 1324

案例134. 美国，美国诉诺列加案 [Cf. B. II. A.] p. 1391

案例146. 联合国安理会，对伊拉克实施制裁 p. 1551

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突 [Cf. 26.] p. 1717

(3) 有关“诉诸战争权”方面的论据不得用来解释国际人道法

案例15. 国际刑事法院 [Cf. A., Art. 31 (1) (c).] p. 634

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A. Art. 25 and Commentary.] p. 822

案例46. 国际法院，核武器咨询意见 [Cf. paras. 30, 39, 43, 96, 97, and 105.] p.910

文件57. 法国，加入《第一附加议定书》 [Cf. A.] p. 973

案例77. 纽伦堡美国军事法庭，正义审判 p. 1040

案例78. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案 [Cf. 4 (iii).] p.1042

文件80. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·利斯特案 [Cf. 3. (v).] p. 1054

案例89. 新加坡，巴达维亚石油公司诉战争损害赔偿委员会案 p. 1080

案例108. 以色列，公约对被占领土的可适用性 p. 1212

案例144. 伊朗/伊拉克，遣返7万名战俘 p. 1542

- (4) “诉诸战争权”不应导致国际人道法的不能适用
- (5) 国际人道法不应导致“诉诸战争权”（例如自卫）的不能适用

3. 关于此区分的当代威胁

-
- 案例14. 关于联合国人员安全问题的公约 p. 629
 - 案例15. 国际刑事法院 [Cf. B., C. and D.] p. 634
 - 案例61. 美国, 总统拒绝签署《第一附加议定书》 p. 985
 - 案例167. 联合国, 驻索马里联合国部队 p. 1677
 - 案例168. 比利时, 驻索马里的比利时士兵 p. 1681
 - 案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突 [Cf. paras. 19 and 26.] p. 1717
 - 案例176. 波斯尼亚和黑塞哥维那, 穿着维和人员制服 p. 1775
-

- (1) 有关“正义战争”（甚至是“人道战争”）的新概念
- (2) “国际警察行动”：国际性武装冲突转变为由国际社会进行的执法行动——由那些代表国际社会或声称代表国际社会的国家对抗“不法国家”的行动

建议阅读：BURKE Anthony, "Just War or Ethical Peace?: Moral Discourses of Strategic Violence after 9/11", in *International Affairs*, Vol. 80/2, March 2004, pp. 329-353. SKERKER Michael, "Just War Criteria and the Face of War: Human Shields, Manufactured Martyrs, and Little Boys with Stones", in *Journal of Military Ethics*; Vol. 3/1, 2004, pp. 27-39. SUBEDI Surya, "The Concept in Hinduism of 'Just War' ", in *Journal of Conflict and Security Law*; Vol. 8/2, October 2003, pp. 339-361.

4. 在非国际性武装冲突中的区分

-
- 案例59. 比利时和巴西, 对《第二附加议定书》表决的解释 [Cf. B.] p. 978
 - 案例69. 美国, 捕获案 p. 1023
 - 案例130. 国际法院, 尼加拉瓜诉美国案 [Cf. para. 246.] p. 1359
 - 案例163. 美洲人权委员会, 塔布拉达案 [Cf. para. 174.] p. 1656**
 - 案例207. 哥伦比亚, 《第二议定书》的合宪性 [Cf. paras. 20 and 21.] p. 2251**
-

- (1) 国际法不禁止非国际性武装冲突, 而国内法有此项禁止性规定
- (2) 国际人道法平等地对待非国际性武装冲突的当事方, 但它不能要求国内法也这样做

三、国际人道法：调整国家与个人行为的一个国际法分支

(一) 适用的局势

导 读

国际人道法适用于以下两种非常不同的局势：国际性武装冲突与非国际性武装冲突。

1. 国际性武装冲突

有关国际性武装冲突的国际人道法适用于“两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态”。²⁴

自1949年起，“武装冲突”这一概念取代了传统的“战争”概念。

根据《1949年日内瓦第一公约评注》的解释：²⁵“用这种更广泛的表述（‘武装冲突’）来代替‘战争’一词是深思熟虑的结果。人们或许会对‘战争’的法律定义追问不休。当一国对另一国采取敌对行动时，它可以总是装作并未发动战争，而仅仅是进行一项警察行动或进行了合法自卫。‘武装冲突’这个表述使得各国不再那么容易做出此类辩护。在两国间出现任何分歧并导致武装部队介入的情形就是武装冲突……即便其中一方否认战争状态的存在……。”

这部分国际人道法还适用于“凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗……。”²⁶

在为将不法行为纳入有关国家责任的法律而适用标准规范时，发生于政府部队与某一国境内的反叛武装之间的冲突将具有国际冲突的性质，如果该反叛武装事实上系第三国的代理人的话。在此情形下，后者的行为将由该第三国负责，²⁷并受有关国际性武装冲突的国际人道法调整。

²⁴ 比较《日内瓦公约》共同第2条第1款。

²⁵ 参见Pictet Jean S., *Commentary of the First Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1952, p. 32.

²⁶ 比较《日内瓦公约》共同第2条第2款。

²⁷ 参见Case No. 38, ILC, *Draft Articles on State Responsibility*. [Art. 8 and Commentary.] p. 822.

于是,根据传统学说,国际性武装冲突的概念被限定为国家间的武装斗争。在最终通过1977年两个附加议定书的外交会议上,这个概念受到了挑战,最终,“民族解放战争”²⁸也被承认为国际性武装冲突。

2. 非国际性武装冲突

传统上,非国际性武装冲突(或用一个过时的术语称其为“内战”)被认为仅仅是各国的内部事务,不适用国际法的相关规定。

随着1949年日内瓦四公约共同第3条的通过,这种观点从根本上被改变了。国际社会有史以来第一次就在非国际性武装冲突中应遵守的一套最低保证措施达成了一致。

尽管它极其重要,但我们必须强调,共同第3条并未给非国际性武装冲突下一个清晰的定义。²⁹

在1974至1977年的外交会议上,各国重申了对非国际性武装冲突概念做出详细定义的必要性,并最终在《第二附加议定书》第1条中给出了这一定义。

根据该条款,各国同意《第二议定书》“应适用于……《第一议定书》第1条所未包括、而在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权,从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突……”。

值得注意的是,这个相当严格的定义仅适用于《第二议定书》。它并不适用于日内瓦四公约的共同第3条。³⁰实际上,由于持反对立场的集团的组织规模还不足以使《第二议定书》得以适用,所以某些非国际性武装冲突仅能适用公约之共同第3条。

另外,《国际刑事法院规约》在适用问题上提供了一个中间的门槛。它不再要求武装冲突必须发生在政府军与占据一定领土或具有一定指挥体系的叛军之间。³¹但是,武装冲突仍必须是持续性的,而且,武装团体也须具有组织性。

28 《第一议定书》第1条第4款对该局势作了如下定义:“各国人民在行使……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”。

29 第3条仅规定,它适用于“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合……”。

30 比较《第二议定书》第1条:“本议定书发展和补充了……日内瓦公约共同第三条而不改变其现有的适用条件……”。

31 参见 **Case No. 15**, The International Criminal Court. [A., The Statute, Art. 8 (2) (f).] p. 634.

3. 其它局势

国际人道法不适用于国内的暴乱和紧张局势。

这个观点在《第二附加议定书》第1条第2款中已经得到了清晰的表述：“本议定书不应适用于非武装冲突的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为……”。³²

案例38. 国际法委员会，关于国家责任的条款草案 [Cf. A. Art 8 and Commentary.] p. 822

案例69. 美国，捕获案 p. 1023

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. paras. 115, 116, and 219.] p. 1359

案例146. 联合国安理会，对伊拉克实施制裁 p. 1551

案例 180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., Jurisdiction, paras. 67-70 and 96.] p. 1794

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. A., para. 601.] p. 2154

建议阅读：GREENWOOD Christopher, "Scope of Application of Humanitarian Law", in FLECK Dieter (ed.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, OUP, 1995, pp. 39-49. KWAKWA Edward K., *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht, Kluwer, 1992, 208 pp. SASSÒ LI Marco, "The Legal Qualification of the Conflicts in the former Yugoslavia: Double Standards or New Horizons for International Humanitarian Law?", in WANG Tieya & YEE Sienho (ed.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, pp. 307-333. SCHINDLER Dietrich, "The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols", in *Collected Courses*, Vol. 163, 1979, pp. 119-163. SIOTIS Jean, *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international*, Paris, LGDJ, 1958, 248 pp. THAHZIB-LIE Bahia and SWAAK-GOLDMAN Olivia, "Determining the Threshold for the Application of International Humanitarian Law", in LIJZAAD Liesbeth, VAN SAMBEEK Johanna & THAHZIB-LIE Bahia (ed.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 239-253.

32 1974至1977间的外交会议并未对“国内动乱”和“紧张局势”的概念给出精确的定义。红十字国际委员会将这些概念做出了如下界定：“（国内动乱）：它本身不属于非国际性武装冲突的局势，但在一国范围内存在对抗局面，其特征是有一定的严重性和持续性，并伴有暴力行为。这些暴力行为具有多种形式，包括从自发的反抗举动，到组织结构或严密或松散的团体与执政当局之间的斗争。在这些并不必然发展成为公开斗争的情形中，执政当局大规模地调动警察甚至武装部队来恢复国内秩序。这种局势会导致许多人受害，这使得适用最低限度的人道规则变得十分必要。至于国内紧张局势，可以认为它们主要包括严重的（政治的、宗教的、种族的、社会的、经济的等）紧张局势，但也包括武装冲突或国内动乱的余波。这样的情形至少具备如下特征之一：

- 大规模的逮捕；
- 大量“政治”犯；
- 可能存在虐待或非人道的监禁条件；
- 或者是由于国家紧急状态的宣布，或者仅仅是作为一种事实，基本的司法保障被中止；
- 出现人员失踪的报告……”。参见对《第二附加议定书》第1条第2款的评注，第4475—4476段。

1. 不由冲突当事方来决定冲突类型

案例59. 比利时和巴西，对《第二附加议定书》表决的解释 [Cf. B.] p. 978

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. A., para. 603.] p. 2154

2. 国际性武装冲突

《日内瓦公约》之共同第2条。

案例14. 关于联合国人员安全问题的公约 p. 629

案例139. 南非，萨加里乌斯及其他人案 p. 1495

案例168. 比利时，驻索马里的比利时士兵 p. 1681

(1) 国家之间的冲突

案例98. 马来西亚，奥斯曼诉检察官案 p. 1119

案例108. 以色列，公约对被占领土的可适用性 p. 1212

案例134. 美国，美国诉诺列加案 [Cf. B. II. A.] p. 1391

案例137. 苏丹，厄立特里亚人在蓝尼罗河地区的战斗 p. 1455

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. 26.] p. 1717

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. C., paras. 87-162.] p. 1794

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 3. A.] p. 2082

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 [Cf. C. and D.] p. 2293

— 旧有的战争概念被抛弃

案例69. 美国，捕获案 p.1023

— 交战国的占领(即使未遇武装抵抗)

(见下文第8章第4节，“被占领土的特殊规则”，特别是标题“二、有关被占领土之国家人道法规则的适用”，第198页。)

《日内瓦公约》之共同第2条第2款

(2) 民族解放战争

《第一议定书》第1条第4款

文件57. 法国, 加入《第一附加议定书》[Cf. B. para. 4.] p. 973

案例58. 英国和澳大利亚, 《第一附加议定书》的适用性 p. 976

案例61. 美国, 总统拒绝签署《第一附加议定书》 p. 985

案例139. 南非, 萨加里乌斯及其他人案 p. 1495

案例140. 南非, S诉佩塔内案 p. 1498

案例141. 南非, 阿扎尼亚人民组织诉南非共和国案 p. 1509

案例172. 案例研究, 前南斯拉夫的武装冲突. [paras. 23 and 24.] p. 1717

案例210. 德国, 政府回应库尔德斯坦冲突 p. 2275

案例232. 荷兰, 公诉人诉福尔克茨案 p. 2437

案例234. 西撒哈拉冲突 p. 2441

案例235. 美国, 美国诉玛丽莲·巴克案 p. 2451

建议阅读: ABI-SAAB Georges, "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols", in *Collected Courses*, Vol. 165, 1979, pp. 353-445. KOENIG Christian, *Wars of National Liberation and Modern International Humanitarian Law. A Consideration of the Scope of Application of Article I, para. 4 of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, Frankfurt, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Vol. 752, 1988, 209 pp.

深入阅读: DE SAINT MAURICE Thomas, "Sahara occidental 2001: prélude d'un fiasco annoncé", in *Actualité et Droit International*, February 2002, <http://www.ridi.org/adi>, 10 pp. DRAPER Gerald I.A.D. "Wars of National Liberation and War Criminality", in HOWARD Michael, *Restraints on War*, Oxford, OUP, 1979, pp. 135-162. DUNBAR Charles, "Sahara Stasis: Status and Future Prospects of the Western Sahara Conflict", in *The Middle East Journal*, Vol. 54/4, 2000, pp. 522-545. WERNER Walter G., "Self-determination and Civil War", in *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 6/2, 2001, 171-190 pp. WILSON Heather A., *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 209 pp.

3. 非国际性武装冲突

(见下文第12章“非国际性武装冲突法”, 第263页)

4. 恐怖主义行为?

导 言

尽管在国际上并不存在有关在武装冲突背景下之恐怖行为的公认定义, 但是, 由于此种行为会在个体、特定团体或全体民众间制造恐怖, 因此, 它应被视为国际人道法禁止的行为。一些人认为, 即便是在武装冲突之外, 当某一行为符合从国际人道法借用的这些标准之时, 它就可被界定为恐怖行为。即便在最具合法性的战事之中, 适用于国际性或非国际性武装冲突的国际人道法都禁止针对平

民的攻击行为、³³ 以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁³⁴ 以及针对落入敌手之平民的“恐怖”行为。³⁵

无论是在武装冲突中、国内暴乱局势下还是在和平时期实施，恐怖行为都是被禁止的。后两种情形不为国际人道法所规范，但是，恐怖行为同样也受到国内和国际刑法的禁止。³⁶ 此类行为也可能引发国际性武装冲突（如果它由一国或其法律上或事实上的代理人针对另一国实施）或非国际性武装冲突（如果它由一个对抗国家或政府机构的有组织武装团体实施）。在此情形下（或当恐怖行为在一场已发生的武装冲突中实施时），如前所述，恐怖行为为国际人道法所禁止。在多数情况下，它们会被视为战争犯罪，并受所有国家的追诉。³⁷

恐怖行为，无论由谁（正规军、民族解放运动、抵抗运动、参加国内武装冲突的反对派武装，或由于其主要宗旨在于实施恐怖行为而被认定为恐怖组织的团体）针对其敌手实施，国际人道法均应平等地适用。因此，针对恐怖组织的战争也应与其他类型的武装冲突一样，遵守相同的规则。

文件57. 法国，加入《第一附加议定书》[Cf. B., para. 4.] p. 973

案例58. 英国和澳大利亚，《第一附加议定书》的适用性 [Reservation (d).] p. 976

案例121. 大赦国际，违反区分原则 p. 1324

案例157. 美国，施莱辛格报告 p. 1609

案例216. 古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地 [Cf. B. and C.] p. 2293

案例220. 美国，哈姆丹诉拉姆斯菲尔德案 p. 2330

案例236. 美国，发生在2001年9月11日的袭击 p. 2458

建议阅读：BYERS Michael, "Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September", in ICLQ, Vol. 51/2, 2002, pp. 401-414. CASSESE Antonio, "Terrorism is Also Disrupting Crucial Legal Categories of International Law", in *EJIL*, VOL. 12/5, 2001, pp. 993-1001. GASSER Hans-Peter, "Acts of 'Terrorism' and International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 897, September 2002, pp.

33 比较《第一议定书》第51条第2款；《第二议定书》第13条第2款。

34 同上。

35 比较《日内瓦第四公约》第33条第1款。在非国际性武装冲突中，《第二议定书》第4条第2款将该保护措施扩大一切未直接参加或已停止参加敌对行动的人。

36 如欲了解有关恐怖主义的全部国际条约，可比较联合国的反恐网站<http://www.un.org/terrorism>。

37 比较下文第13章，标题“十、个人的违法行为”，第320页；《日内瓦第四公约》第147条；《第一议定书》第85条第3款第1项以及《国际刑事法院规约》第8条第2款第5、9项（见案例15. 国际刑事法院，[Cf. A.] p. 634）。

547-570. GASSER Hans-Peter, "Prohibition of Terrorist Acts in International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 253, August 1986, pp. 200-212. GASSER Hans-Peter, "International Humanitarian Law, the Prohibition of Terrorist Acts and the Fight against Terrorism", in *YIHL*, Vol. 4, 2001, pp. 329-347. GILBERT Paul, *New Terror, New Wars*, Edinburgh, Edinburgh Press University, 2004, 208 pp. GREENWOOD Christopher, "International Law and the 'War against Terrorism'", in *International Affairs*, Vol. 78/2, 2002, pp. 301-317. KING Faiza Patel & SWAAK-GOLDMAN Olivia, "The Applicability of International Humanitarian Law to the 'War on Terrorism'", in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 39-49. KLABBERS Jan, "Rebel with a Cause? Terrorists and Humanitarian Law", in *EJIL*, Vol. 14/2, April 2003, pp. 299-312. LAVOYER Jean-Philippe, "International Humanitarian Law and Terrorism", in LIJNZAAD Liesbeth, VAN SAMBEEK Johanna & TAHZIBLIE Bahia (ed.), *Making the Voice of Humanity Heard*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 255-270. LOBEL Jules, "The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: the Bombing of Sudan and Afghanistan", in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24/2, 1999, pp. 537-557. MCDONALD Neil & SULLIVAN Scott, "Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and War on Terror", in *Harvard International Law Journal*, Vol. 44/1, 2003, pp. 301-316. NEUMAN Gerald L. "Humanitarian Law and Counterterrorist Force", in *EJIL*, Vol. 14/2, April 2003, pp. 283-298. PETIT Françoise Camille, "Terrorisme et droit international humanitaire: quelles leçons tirer du statut controversé des prisonniers de Guantánamo?", in *Droit et Défense*, 2002/3, July-September 2002, pp. 25-32. QUENIVET Noëlle, "The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-) Terrorist Nature", in ARNOLD Roberta & HILDBRAND Pierre-Antoine (ed.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts*, Lausanne, Edis, 2005, pp. 25-59. ROBERTS Adam, "Counter Terrorism, Armed Force and the Laws of War", in *Survival*, Vol. 44/1, 2002, pp. 7-32. RONA Gabor, "Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror" in *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, 2003, pp. 55-74. RUBIN Alfred P., "Applying the Geneva Conventions: Military Commissions, Armed Conflict, and Al-Qaeda", in *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 26/1, 2002, pp. 79-81. SANDOZ Yves, "Lutte contre le terrorisme et droit international: risques et opportunités", in *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, Vol. 3, 2002, pp. 319-354. SASSÒLI Marco, "International Humanitarian Law and Terrorism", in WILKINSON Paul & STEWART Alasdair M. (ed.), *Contemporary Research on Terrorism*, Aberdeen, University Press, 1987, pp. 466-474. SASSÒLI Marco, "La 'guerre contre le terrorisme', le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre", in *ACDI*, Vol. 39, 2001, pp. 211-252. SASSÒLI Marco, "Use and Abuse of the Laws of War in the 'War Against Terrorism'", in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 22, 2004, pp. 195-221. TRAVALIO Gregory M., "Terrorism, International Law, and the Use of Military Force", in *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 18/1, 2000, pp. 145-191. VAREILLES Thierry, *Encyclopédie du Terrorisme International*, Paris, L'Harmattan, 2001, 549 pp. VIERUCCI Luisa, "Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantánamo Bay Detainees are Entitled", in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1/2, 2003, pp. 284-314. WEDGWOOD Ruth, "Responding to Terrorism: the Strikes Against Bin Laden", in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24/2, 1999, pp. 559-576. Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/toc.htm>.

5. 其它局势

《第二议定书》第1条第2款。

(二) 对人的适用范围

导 读

国际人道法是作为国际性武装冲突的法律发展起来的，与国际法的传统功能相吻合，它调整的是国家之间的关系。它主要旨在保护“敌人”，即敌国的国民。国际人道法因而界定了主要是由享受完全保护的敌国国民所组成的一系列“被保护人”。³⁸ 然而，武装冲突中不属于“被保护人”之列的受难者也并非完全不受保护。根据国际人道法，并在其影响下，这些人正在从越来越多的保护性规定中受益；尽管如此，这些规定从未提供给他们如“被保护人”那样完全的保护。1864年的第一部《日内瓦公约》规定：“伤病的战斗人员，不论他们属于哪个国家，都应受到收留和照顾。”³⁹ 有关敌对行为的规则平等地适用于国际性武装冲突中的所有敌对行为，而且所有受难者也平等地从中受益。⁴⁰ 根据其定义，非国际性武装冲突法保护人们不受其同胞的危害，也就是说，它平等地适用于所有受这种冲突影响的人。最后，数量不断增加的国际人道法规则对那些未能在国际人道法中得到更好待遇的人们提供了基本的人权保障。⁴¹ 前南国际刑事法庭1999年的一项判决建议，应根据当代冲突的现实，对《日内瓦第四公约》中界定的“被保护人”的概念加以调整，因为，在这种现实中，人们的忠诚更多地是由种族而非国籍决定。前南国际法庭因此放弃了将国籍作为决定性的标准，而对敌人效忠的标准予以取代。⁴² 至于说这一标准能否在现实的冲突中予以适用（不仅是由法庭在事后适用，而且也由冲突各方、冲突受难者以及在一线的人道组织适用），我们仍将拭目以待。

1. 被动的对人适用范围：谁受保护？

案例194. 欧洲人权法院，班科维奇及其他人诉比利时和其它16国案. p. 2077

38 参见《日内瓦第四公约》第4条。就《日内瓦第三公约》而言，人们往往认为，习惯法允许逮捕当局否认其自己国民（即使他们是作为敌方武装部队成员而被捕）的战俘地位。任何情况下，这样的人都可以因其参与对祖国的敌对行为而受到惩罚。

39 《改善战地武装部队伤者病者境遇的公约》第6条，日内瓦，1864年8月22日。

40 比较《日内瓦第四公约》第13条关于适用范围的规定，以及《第一议定书》第14条至第26条、第49条及第50条。

41 比较《第一议定书》第75条等。

42 参见 **Case No. 180**, ICTY, The Prosecutor v. Tadic, [C., Appeals Chamber, Merits, para. 166.] p. 1794.

(1) “被保护人”的定义

《日内瓦第一公约》第13条；《日内瓦第二公约》第13条；《日内瓦第三公约》第4条；《日内瓦第四公约》第4条；

案例88. 荷兰，关于皮尔茨案 p. 1078

案例172. 案例研究，前南斯拉夫的武装冲突. [Cf. paras. 2, 9, and 15.] p. 1717

案例173. 前南斯拉夫，冲突各方间的特别协定 p. 1752

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., Jurisdiction, para. 81; C., Appeals Chamber, Merits, paras. 163-169.] p. 1794

案例182. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉拉伊奇案，依据规则61所做的裁决[Cf. paras. 34-37.] p. 1874

案例185. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉布拉什基奇案. [Cf. A., paras. 127-146.] p. 1921

案例191. 瑞士，一区军事法庭，G的无罪判决 p. 2046

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 [Cf. 3.] p. 2082

案例219. 美国，对约翰·菲利普·沃克·林德的审判 p. 2326

建议阅读：SASSOLI Marco & OLSON Laura M., "The Decision of the ICTY Appeals Chamber in the Tadic Case: New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law?", in *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 733-769.

(2) 偏离该概念之规则不断增强的重要性——受国际人道法保护的、不具备“被保护人”身份的人。

案例101. 美国，美国诉威廉·L·卡利案 p. 1136

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. A., para. 629.] p. 2154

案例205. 瑞士，尼永泰泽案 [Cf. B. III., ch. 3. D. 1.] p. 2218

2. 主动的对人适用范围：谁应受约束？

(参见下文，第二章、三、(五)，3“个人—个人关系”，第122页；以及第十二章、七、(二)“所有属于一方的人”，第283页。)

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. B., paras. 425-446.] p. 2154

案例205. 瑞士，尼永泰泽案 [Cf. A., para. 9 and B. III., ch. 3. D. 2.] p. 2218

(三) 适用上的时间范围

《日内瓦第一公约》第5条；《日内瓦第三公约》第5条；《日内瓦第四公约》第6条；《第一议定书》第3条；《第二议定书》第2条第2款

导 读

除那些其规则在和平时期已得到适用的特殊情形外，⁴³ 武装冲突一旦发生，例如，当第一个(被保护的)人受到冲突影响时，或当第一寸领土被占领时，或当第一次进攻发起时，国际人道法立刻就开始适用。

国际人道法规则的适用于何时终止？对这一问题的界定要更加困难得多。困难之一来自于实践，因为在一个将武力的使用确定为违法的国际社会中，武装冲突极少以一方的彻底崩溃或实现真正和平而结束。当代武装冲突最常见的结果是不稳定的停火、以低强度继续进行或者被外部力量或国际社会的武装干预所冻结。敌对行动或至少是带来严重人道后果的暴力行为时常会在其后再度爆发。然而，在冲突各方已宣告冲突结束但事实上冲突仍在继续的情况下，人道组织向它们提出呼吁是相当困难的。

在界定国际人道法于何时停止适用上的困难，还具有来自规范文字表述方面的原因，因为它们使用模糊的术语来界定其适用的结束，例如，对国际性武装冲突使用“军事行动的全面结束”⁴⁴的表述，对非国际性武装冲突使用“武装冲突的结束”⁴⁵的表述。关于被占领土，《第一议定书》将国际人道法的适用延长到占领状态的结束，⁴⁶而在《日内瓦第四公约》之下，除那些在占领国“行使政府职权”的情况下应予以适用的重要条款外，它在军事行动全面结束一年后停止适用。⁴⁷

这些含糊规定导致了不便，并在实践中显现出灰色地带；而对此不利后果构成限制的一点是（它在实践中非常重要），国际人道法对被限制自由之人⁴⁸的保护一直持续至他们被释放、被送回国或（尤其当他们是难民时）重建家园之时。⁴⁹然而，

43 特别参见关于和平时期在实施领域采取预备措施（如其规则的传播）的规定以及与影响第三国的武装冲突有关的所有国家的义务。（见下文，第13章“二、和平时期应采取的措施”，第288页；“五、确保尊重（共同第1条）的义务”，第298页）。

44 比较《日内瓦第四公约》第6条第1、2款以及《第一议定书》第3条第2款。

45 比较《第二议定书》第2条第2款。

46 比较《第一议定书》第3条第2款。

47 比较《日内瓦第四公约》第6条第2款。

48 在武装冲突结束后，即便对被保护人自由的限制与冲突无关，这种保护也仍将继续。

49 比较《日内瓦第一公约》第5条；《日内瓦第三公约》第5条；《日内瓦第四公约》第6条第3款以及《第一议定书》第3条第2款。

在这方面缺乏针对那些拒绝返回祖国之人的规范。另外，在国际性武装冲突法中，法律的这种延长保护仅针对那些在冲突中被拘捕之人，而只有非国际性武装冲突的法律才同样地适用于在冲突后被捕这一常见情形——即便如此，它仍要求他们的被捕是与冲突有关，而不是与冲突后的紧张局势有关。⁵⁰

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., Jurisdiction, paras. 67-69.] p. 1794

建议阅读：ARY Vaughn A., "Concluding Hostilities: Humanitarian Provisions in Cease-Fire Agreements", in *Military Law Review*, Vol. 148, 1995, pp. 186-273. CAMPBELL Colm, "Peace and the Laws of War: the Role of International Humanitarian Law in the Postconflict Environment", in *IRRC*, No. 839, September 2000, pp. 627-652. DINSTEIN Yoram, "The Initiation, Suspension and Termination of War", in SCHMITT Michael N. (ed.), *International Law Across the Spectrum of Conflict*, Newport, R.I., 2000, pp. 131-159.

1. 开始适用

案例 236. 美国，发生在2001年9月11日的袭击 p. 2470

2. 结束适用

案例94. 印度，蒙泰罗神父诉果阿案 p. 1104

案例107. 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆 [Cf. A., para. 125.] p. 1158

案例161. 伊拉克，结束占领 p. 1650

案例195. 案例研究，大湖地区武装冲突 p. 2082

(四) 适用上的地理范围

文件30.《塞维利亚协议》[Cf. Art. 5. 1. A) a).] p. 769

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., Jurisdiction, paras. 68 and 69.] p. 1794

案例200. 卢旺达问题国际刑事法庭，检察官诉让-保罗·阿卡耶苏 [Cf. A., para. 635.] p. 2154

案例205. 瑞士，尼永泰泽案 [Cf. B. III., ch. 3. B.] p. 2218

⁵⁰ 比较《第二议定书》第2条第2款。

(五) 国际人道法所调整的关系

导 读

国际人道法保护个人免受（传统敌对）国家和其他交战当局的侵害。然而，国际人道法也与国际法的传统结构相吻合，因为它（往往以相同规范）调整着国家间的关系。因此，除某些特殊情形外，它的条约规则受条约法的一般规则所调整。另外，它也设置了一些为他人的利益而要求个人须遵守的行为规范（如果他们违反这些规范，就必须受到惩罚）。

案例93. 匈牙利，战争罪决议 [Cf. IV.] p. 1099

1. 个人—国家关系

- 在国际性武装冲突中，这里所称的国家是否包括他（或她）自己的国家？

案例92. 美国，美国诉巴彻勒案 p. 1095

2. 国家—国家关系：条约法中的国际人道法

- 根据相互性原则适用条约，但在条约方面没有相互性。

(参见下文第13章、九、(二)、3“有关国家责任的一般规则的适用性”标题下(4)“非相互式适用”。第318页。)

案例60. 瑞典，瑞典国际人道法委员会的报告 [Cf. 3. 3.] p. 980

案例137. 苏丹，厄立特里亚人在蓝尼罗河地区的战斗 p. 1455

案例210. 德国，政府回应库尔德斯坦冲突 p. 2275

— 受约束的方法

《日内瓦第一公约》第56—57条、第60条；《日内瓦第二公约》第55—56条、第59条；《日内瓦第三公约》第136—137条、第139条；《日内瓦第四公约》第151—152条、第155条；《第一议定书》第92—94条；《第二议定书》第20—22条。

案例55. 俄罗斯联邦，国际人道法条约的继承 p. 970

案例60. 瑞典，瑞典国际人道法委员会的报告 [Cf. 3. 3.] p. 980

案例136. 厄立特里亚/埃塞俄比亚，关于战俘的部分仲裁裁决 [Cf. A., paras. 124-128.] p. 1413

案例210. 德国，政府回应库尔德斯坦冲突 p. 2275

案例232. 荷兰，公诉人诉福尔克茨案 p. 2437

— 意图的宣告

案例140. 南非，S诉佩塔内案 p. 1498

案例210. 德国，政府回应库尔德斯坦冲突 p. 2275

— 解释

案例114. 以色列，关于驱逐令案 [Cf. 3. and Separate Opinion Bach.] p. 1247

案例180. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 [Cf. A., paras. 71-93 and C., paras. 282-304.] p. 1794

— 保留

案例56. 苏联、波兰、匈牙利和朝鲜民主主义人民共和国，对《日内瓦第三公约》第85条所做的保留 p. 970

案例65. 英国，对《第一附加议定书》的保留 p. 999

案例157. 美国，施莱辛格报告 p. 1609

建议阅读：GAUDREAU Julie, "Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre", in *IRRC*, No. 849, March 2003, pp. 143-184. PILLOUD Claude, "Reservations to the Geneva Conventions of 1949", in *IRRC*, No. 180, April 1976, pp. 107-124; No. 181, June 1976, pp. 163-187.

— 谴责

《日内瓦第一公约》第63条；《日内瓦第二公约》第62条；《日内瓦第三公约》第142条；《日内瓦第四公约》第158条；《第一议定书》第88条；《第二议定书》第25条

案例128. 智利，起诉奥斯瓦尔多·罗莫·梅纳 p. 1352

— 修正和修订程序

《第一议定书》第97条；《第二议定书》第24条

案例31. 红十字国际委员会，标志问题 p. 777

— 条约保存人的作用

《日内瓦第一公约》第57、61、64条；《日内瓦第二公约》第56、60、63条；《日内瓦第三公约》第136、140、143条；《日内瓦第四公约》第158、156、159条；《第一议定书》第100–102条；《第二议定书》第26–28条

案例118. 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议 p. 1301

建议阅读： SASSÒLI Marco, "La Suisse et le droit international humanitaire - une relation privilégiée?", in *ASDI*, Vol. XLV, 1989, pp. 47-71.

3. 个人一个人关系

案例78. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案 [Cf. 4. (ii) and (vii).] p. 1042

文件82. 东京战争罪审判 p. 1061

案例189. 美国，卡迪奇等人诉卡拉季奇案 p. 2038

建议阅读： ALDRICH George H., "Individuals as Subjects of International Humanitarian Law", in MAKARCZYK Jerzy (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 851-858.