

第四章

当代国际人道法的渊源

一、条约

(如欲更完整地了解国际人道法的条约、对与每个条约相关的案例及文献的参引，请参阅第三章中“国际人道法的历史发展”的部分。关于国际人道法条约的条文以及各国当前对这些条约的加入情况，也可在红十字国际委员会的网站<http://www.icrc.org>上找到。)

导 读

从历史上看，国际人道法的规则（尤其是那些有关战俘与伤员之待遇和交换的规则）很久以前就在双边条约中出现了。相对于国际法的其他分支而言，这一分支在各国普遍加入的多边条约中系统的法典化以及逐步发展也开始得比较早——它出现于19世纪中叶。在重大战争结束后，考虑到新技术和军事的发展，一套新的条约会以更详尽的规定补充或替代先前的条约，这种情形是极其常见的。因此，国际人道法条约曾被指责为“落后于现实的一场战争”。不过，所有的法律其实都是如此。只有在极少数的情况下，人们能够在其被应用之前就去规范一种新的作战方法或手段，或者甚至将其定为违法。⁵⁵

如今，国际人道法不仅是国际法中法典化程度最高的分支之一，而且，其法律文件虽相对较少，但相互间却十分协调。一般来说，一部制定时间较晚的条约会清楚地表明它将（在缔约国间）补充或替代先前制定的条约。

这些条约具有一个巨大的优点：它们可以使其规则变得相对无异议，变得“黑白分明”；这样，士兵就可以直接适用它们而不必事先对其实践情况进行一番理论研究。对大多数“新生国家”而言，这些条约进一步使其规则合法化，因

55 这种极少见的例子包括：1868年《关于在战时放弃使用某些轻于400克的爆炸性弹丸的圣彼得堡宣言》；1995年《关于激光致盲武器的〈1980年禁止或限制使用某些常规武器的联合国公约〉第四议定书》（参见文件7，第580页）。

为这些国家在详细阐述这些规则的过程中能够对它们施加影响，而且，由于这些国家通常都采取自愿的策略，因此，它们更容易接受这些规则的约束。

与所有条约法一样，这些条约的缺点表现在，从技术上讲，它们不具有普遍的效力——无法自动约束所有国家。幸运的是，国际人道法的大多数条约都属于当今被普遍接受程度最高的条约，只有少数国家不受它们约束。⁵⁶然而，以条约法形式出现的接受过程往往需要数十年的时间——“准备工作”可能长达数十年。这也是为什么对保护当代武装冲突受难者极为重要的1977年的两个附加议定书至今还未能约束近40个国家（其中也包括一些经常参与武装冲突的大国）的原因之一。

在传统上，起草新的国际条约需要以大约200个国家的一致同意为基础。这种模式往往会使得那些被描述为“为国际人道法掘墓”或不愿在某一领域提供更好保护的国家获得“三重胜利”：“它们减缓了进程；它们淡化条文；它们甚至在条约获得通过后拒绝批准它”。⁵⁷于是，它们的举动使得那些希望修订法律的缔约国只能得到一个不能满足其初始愿望的文本。为了避免出现这种不令人满意的局面，一些真正希望改善法律的国家开始寻求一种被称为“渥太华进程”的方法——在《关于禁止使用、储存、生产、和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的渥太华公约》的辩论阶段各国首次使用了这种方法。只有那些希望获得公约名称所显示之结果的国家参与了其谈判过程。反对公约的国家则可以其后自由地决定是否接受经由此方法所确立的标准。

无论国际人道法的条约规则多么重要——即便它们构成针对不特定对象的义务，即便它们属于“强行法”，即便对它们的遵守并不受制于互惠原则——作为条约法，它们仅约束参加条约的国家，且就国际性武装冲突而言，它们仅调整与其他缔约国之间的关系。⁵⁸条约法的一般规则⁵⁹调整着国际人道法条约的缔结、生效、保留、适用、解释、修订、修改，⁶⁰甚至包括宣布退出条约，不过，此种宣告只有在宣布国参加的武装冲突结束后才能生效。⁶¹就国际人道法条约而言，

56 关于国际人道法主要条约加入情况的最新信息，可参见<http://www.icrc.org>。

57 SANDOZ Yves, "Le demi-siècle des Conventions de Genève", in IRRC, No. 834, 1999, p. 241.

58 参见上文第2章、三、（五）、2“国家—国家关系：条约法中的国际人道法”，第120页。习惯法，包括反映习惯法或已演变为习惯法的大量国际人道法条约规则，明显地约束所有国家间的关系。

59 编纂于1969年的《维也纳条约法公约》。

60 参见日内瓦四公约及其两个附加议定书的最后条款。

61 分别比较日内瓦四公约第63、62、142和158条，《第一议定书》第99条，《第二议定书》25条。实际上，从没有发生过这种宣布退出条约的情况。前述《日内瓦公约》的条款明确地援引了马顿斯条款（参见下文第4章、三、（一）“马顿斯条款”，第144页），以明确退出条约的宣告生效后的法律状况。

其对一般条约法规则的主要例外也恰恰是该条约法所规定的，即：一旦国际人道法的某一条约对一国产生约束力，那么，即便他国（包括国际性武装冲突中的敌国）严重违反了条约规定，也不允许因此违反条约的行为而停止或中止执行该项条约。⁶²

(一) 1907年《海牙公约》

[可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

文件1.《海牙章程》 p. 553

案例60. 瑞典, 瑞典国际人道法委员会的报告 [Cf. 3. 2. 2.] p. 980

案例210. 德国, 政府回应库尔德斯坦冲突 [Cf. 8.] p. 2275

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. 89.]. p. 1158

建议阅读: SCOTT James Brown, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1909, 2 Vol.

(二) 1949年的四个《日内瓦公约》

[可访问 <http://www.icrc.org/ihl>]

建议阅读: PICTET Jean (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Geneva ICRC, 4 Vol.: Vol. I, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 1952, 466 pp.; Vol. II, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 1960, 320 pp.; Vol. III, *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, 1960, 764 pp.; Vol. IV, *Geneva Convention for the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1958, 660 pp. [See Commentaries online: <http://www.icrc.org/ihl>]. SANDOZ Yves, "Le demi-siècle des Conventions de Genève", in IRRC, No. 834, 1999, pp. 246-263.

(三) 1977年两个《附加议定书》

[可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

建议阅读: BOTHE Michael, PARTSCH Karl J., SOLF Waldemar A., with the collaboration of EATON Martin, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, 746 pp. KOSIRNIK René,

62 比较1969年《维也纳条约法公约》第60条第5款（参见下文第13章、九、(二)、3“有关国家责任之一般规则的适用性”，第316页，也请注意有关禁止报复之规则的突出问题）。

"The 1977 Protocols: a Landmark in the Development of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 320, September-October 1997, pp. 483-505. LEVIE Howard S., *Protection of War Victims: Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, New York, Oceana Publications, 2 Vol., 1979-1981. LEVIE Howard S. (ed.), *The Law of Non-International Armed Conflict: Protocol II to the 1949 Geneva Conventions*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 635 pp. SANDOZ Yves, SWINARSKI Christophe & ZIMMERMANN Bruno (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Dordrecht, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 1625 pp. [See Commentaries online: <http://www.icrc.org/ihl>]. JUNOD Sylvie S., "Additional Protocol II: History and Scope", in *American University Law Review*, Vol. 33/1, 1983, pp. 29-40.

深入阅读：DINSTEIN Yoram, "Comments on Protocol I", in *IRRC*, No. 320, September-October 1997, pp. 515-519. ROBERTS Guy B., "The New Rules for Waging War: The Case Against Ratification of Additional Protocol I", in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 26, 1985, pp. 109-170. SOFAER Abraham D., "Agora: The US Decision not to Ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the Protection of War Victims, The Rationale for the United States Decision", in *AJIL*, Vol. 82, 1988, pp. 784-787.

二、习惯法

导 读

一些人遵循传统的习惯法理论，并认为，习惯法源自各国与相关规范相吻合的实际行为。对他们而言，在国际人道法领域将会面临很大的困难。首先，对大多数规则而言，这种方法会将相关实践仅限于交战国的实践，即将其局限于一些国家的实践之上，而它们的实践很难被界定为具有“普遍性”，更不用说“被接受为法律”了。⁶³其次，交战国的实际行为是很难认定的，尤其是在它表现为不履行法律义务之时更是如此。此外，还存在其他方面的困难，例如，战争宣传对事实和机密加以操控，这使得攻击指向哪些目标以及对目标的摧毁是否是故意而为等都不可能为人所知。最后，国家必须对士兵的个人行为负责，即使后者的行为并不符合对其的指示，但是，这并不表明，这种行为也是构成习惯法的国家实践。因此，判断士兵们的哪些行为构成国家实践就尤为困难了。

因此，在评定一项规则是否属于习惯法时，其他因素也要被考虑进去，例如：交战国的声明——包括对敌方违反国际人道法的指控以及对自己行为的辩解——是可以被认定为“宽泛意义上” (*lato sensu*) 的实践，还是被认定为关于“法律意见” (*opinio iuris*) 的证据。

63 而这恰恰是《国际法院章程》第38条第1款第2项中对习惯所作的定义。

为认定“普遍的”实践，第三国关于交战国行为所作的声明以及其在外交论坛上就一项规范的声明也应同样被考虑进去。军事手册则更为重要，因为它们包含了国家制约士兵行为的指令，而在某种程度上，这是“限制利益的声明”。然而，只有少数国家（主要是西方国家）才有可为公众获得的精心编定的手册，以至于无法将其内容视为当代国际社会“普遍”惯例的证据。此外，其中的一些军事手册被认为仅反映了政策而非法律。

综合上述所有原因，在国际人道法领域，必须对作为习惯国际法法源之一的条约给予特别的重视，尤其是应重视那些具有普遍性的多边的、成文化的公约及其具体表述和接受的程序。举例来说，纵观所有的实践，人们可以发现，1977两个附加议定书中的某一条规则与当今约束所有国家和交战国的习惯法相吻合，这或者是因为它（在严格意义上）将先前已经存在的普遍国际法予以了成文化，⁶⁴或者是因为它将先前存在的实践做法转化成了一条规则，或者是因为它综合、阐释或具体化了已存的原则或规则，⁶⁵或者是因为它总结了习惯国际法某条规则的发展，又或者是因为它通过后来的实践以及将受条约约束国家的多方一致而成为了一项习惯国际人道主义法规则产生的催化剂。因此，毫无疑问的是，1977年两个附加议定书的大部分规则——但显然不是其全部规则——在今天提供了对习惯国际法相对应规则的一种表述。即便是习惯规则的坚决反对者也无法逃避“强行法”上的义务，从而也就无法逃避国际人道法上的绝大多数义务。

尽管国际人道法是在被广为承认的多边公约中被广泛成文化的一个分支，但是，在以下情形，习惯法规范仍是十分重要的：对在条约所未涉及问题上对受难者提供保护方面；在条约的非缔约国卷入冲突之时；或在条约规则被予以保留之时。习惯法规范的这种重要性是基于以下原因：国际刑事法庭更倾向于——无论其正确与否——适用习惯规则；在一些法律体系中，只有习惯规则才能被直接适用于国内法。

红十字国际委员会最近完成的一项全面研究（参见 **Case No. 29**, ICRC, Customary International Humanitarian Law. p. 749）清晰地表明，《日内瓦公约》及其附加议定书中绝大多数的规则已经取得了习惯法的地位。该研究还得出以下结论：关于敌对行为的大多数规则——原本仅适用于国际性武装冲突——现在也作为习惯法规则适用于非国际性武装冲突，从而大大增加了适用于该种局势的法律规范。

64 比较：例如《第一议定书》第48条。

65 比较：例如《第一议定书》第57条第2款第1项第3目。

考虑到在一个有190多个成员的国际社会中制定条约必然会消耗大量时间并存在其他诸多困难，而且在保护受难者免受新科技和其他非人道现象所害方面的需要也急剧增加，将来这个领域中习惯——无论其是否经过重新界定——的重要性仍将会进一步提升。

然而，作为国际人道法的渊源，习惯也有其严重的缺陷。法律的统一适用、军事指令以及打击违法行为，这一切都很难建立在习惯的基础之上，因为，依其性质，习惯总是处于不断的演进之中，难以明确地表达，而且总是存在争议。国际人道法的成文化开始于150年前，这恰恰是因为，国际社会发现交战国的实际做法是令人无法接受的，而无论有多少现代理论，习惯却总是以交战国的实际做法为基础。

引文1 也许现在该是我们公正地面对以下这个事实的时候了：对于当今相当一部分新法律规范的认定而言，习惯的传统检验标准（即实践和“法律意见”）往往不仅是不充分的，而且甚至是不能适用的。这一事实的原因并不难找：这个新法的相当一部分根本不是习惯，甚至与习惯毫不相似。它是近期发展出来的，它具有革新性，它涉及时政决策，而且往往也是争论的焦点。很难想象还有什么比它更不像习惯——在这个术语的一般意义上而言——的事物了……。

[资料来源：JENNINGS Robert Y., "What Is International Law and How Do We Tell It When We See It?", in *Annuaire suisse de droit international*, Vol. 37, 1981, p. 67.]

引文2 **规则的确立。**尤其是在控制战斗行为方面，达成明确协议的方法还从未取得什么成就——它只不过是对于既存的、在相对较小问题上的一致见解予以一般的重述而已。谈判者们坐在会议桌旁，思考着未来的战争，他们清楚地知道军事技术和方法具有不断变化的特性，因此，他们会想象出太多危及其所代表国家安全的可怕事件——无论其是假想性的，还是现实性的——以至于他们不可能太多承诺。

在战争法规范的确立方面，比明确协议更为有效的是那些不易为人察觉的、缓慢的习惯塑形，以及一般共识或社会预期的发展。决策者们常常会面临诸如有关“人道的法律和公众意识的命令”这样模糊且抽象的原则以及存在多种解释可能性的概念和规则方面的难题，此时，很自然地，他们会求助于先前决策者的经验以及公众对所要求或所希望的未来实践和决定方面的预期。[……]

[资料来源：McDOUGAL Myres S. and FELICIANO Florentino P., *Law And Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, New Haven and London, Yale University Press, 1961, p. 50; footnotes omitted.]

案例29. 红十字国际委员会, 习惯国际人道法 p. 749

案例46. 国际法院, 核武器咨询意见 [Cf. para. 66, 82.] p. 910

案例60. 瑞典, 瑞典国际人道法委员会的报告 p. 980

案例61. 美国, 总统拒绝签署《第一附加议定书》 p. 985

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

文件106. 红十字国际委员会关于中东地区的呼吁 p. 1152

案例113 以色列, 谢赫·奥贝德等人诉安全部案 p. 1240

案例114. 以色列, 关于驱逐令案 [Cf. 4. to 7.] p. 1247

案例130. 国际法院, 尼加拉瓜诉美国案 [Cf. para. 186.] p. 1359

案例138. 苏丹, 联合国达尔富尔问题调查委员会报告 [Cf. A., paras. 156-165.] p. 1456

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. 99.] p. 1794

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉库普雷什基奇等人案 [Cf. paras. 527-534 and 540.] p. 1897

案例207. 哥伦比亚, 《第二议定书》的合宪性 [Cf. para. 6-10.] p. 2251

建议阅读: GREENWOOD Christopher, "Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols",

in DELISSEN Astrid J.-M. & TANJA Gerard J. (ed.), *Humanitarian Law of Armed Conflicts, Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 119-126.

HENCKAERTS Jean-Marie & DOSWALD-BECK Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge/Geneva, CUP/ICRC, 2005, 3 Vol., 5032 pp. HENCKAERTS Jean-Marie, "Study on Customary

Rules of International Humanitarian Law: Purpose, Coverage and Methodology", in *IRRC*, No. 835, September 1999, pp. 660-668. HENCKAERTS Jean-Marie, "International Humanitarian Law as Customary International

Law", in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 21/3, 2002, pp. 186-193. HENCKAERTS Jean-Marie, "Importance

actuelle du droit coutumier", in TAVERNIER Paul & BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Un siècle de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 21-28. HENCKAERTS Jean-Marie, "Study on

Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict", in *IRRC*, No. 857, March 2005, pp. 175-212. MERON Theodor, *Human Rights and*

Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, 1989, 263 pp. MERON Theodor, "The

Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", in *AJIL*, Vol. 90/2, 1996,

pp. 238-249. SASSÖLI Marco, *Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht, mit besonderer*

Betrachtung der Regeln zum Schutz der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten, Basel,

Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990, 590 pp. VALE MAJERUS Isabel, *De quel droit? Le droit international humanitaire et les dommages collatéraux*, Paris, Le Serpent à Plumes, 2002, 229 pp.

深入阅读: BELLO Emmanuel G., *African Customary Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, 1980, 158

pp. BRUDERLEIN Claude, "Customs in International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 285, November-

December 1991, pp. 579-595. CASSESE Antonio, "The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflicts" in CASSESE Antonio (ed.), *Current Problems of International*

Law, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 287-318. HOFFMANN Michael H., "State Practice, the Customary Law of War and Terrorism: Adapting Old Rules to Meet New Threats", in *JYHR*, Vol. 34, 2004, pp. 231-249.

(一) 习惯国际人道法的渊源

(二) 国际人道法条约与习惯国际人道法

引文 一种观点认为，当世界上绝大多数国家明确承认某个条约时，该条约便开始对所有国家都具有约束力。这种观点意味着，在某个时点上，非缔约国的意愿被大多数国家所表达的标准或所承担的义务所压服。此种观点明显是站不住脚的，这一点在确立国际组织基本法的条约或制定诸如版权、关税或国际商务仲裁的具体规则的条约中清晰可见。……人们或许会认为本质上具有人道特征的条约是与众不同的，因为它们恰恰是为那些原本无法无天的行为在设置限制。就它们是直接用于保护人权而非保护国家利益这一点而言，与那些仅涉及各国政治和经济利益的条约相比，这些人道法条约应得到更为广泛的适用。从人道法条约向习惯国际法的过渡还可得到以下论据的支持：任何新的一波此类条约都建立在以往公约的基础之上，所以，保护战争受难者的《日内瓦公约》中的每一个具体规则都不过是在将在更早的公约（如《海牙第四公约》的附加规则）中已经确立的更为一般的标准加以实现而已。但是，这些观点所指向的只是未来可能做出的一种区分，它尚未反映在国家实践或实证法的其他渊源之中。

[资料来源：BAXTER Richard R., "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", in *The British Year Book of International Law*, 1965-66, pp. 285-286.]

案例60. 瑞典，瑞典国际人道法委员会的报告 [Cf. 3. 2. 2.] p. 980

文件81. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·冯·莱布等人案 p. 1059

文件106. 红十字国际委员会关于近东地区的呼吁 p. 1152

案例110. 以色列，阿尤布诉国防部长案 p. 1221

案例114. 以色列，关于驱逐令案 [Cf. 4.-7.] p. 1247

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. paras. 174-178, 181, 185 and 218.] p. 1359

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. 29-32, 56-62.] p. 1413

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163. 美洲人权委员会，塔布拉达案 [Cf. para. 177.] p. 1656

案例179. 联合国，《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》 [Cf. A., Resolution 827, para. 2.] p. 1781

案例188. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭, 检察官诉斯特鲁加尔案 [Cf. A.] p. 2005

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. paras. 608-610.] p. 2154

建议阅读: CASSESE Antonio, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law", in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3/1-2, 1984, pp. 55-118. GREENWOOD Christopher, "Customary Law Status of the 1977 Geneva Protocols", in *Humanitarian Law of Armed Conflict – Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 93-114. MERON Theodor, "The Geneva Conventions as Customary Law", in *AJIL*, Vol. 81/2, 1987, pp. 348-370.

深入阅读: ABI-SAAB Georges, "The 1977 Additional Protocols and General International Law: Preliminary Reflexions", in *Humanitarian Law of Armed Conflict - Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 115-126. KASTO Jalil, "Jus Cogens and Humanitarian Law", in *International Law Series*, Vol. 2, Kingston, Kall Kwik, 1994, 95 pp.

三、国际人道法的基本原则

导 读

“为文明国家所承认的法的一般原则”，⁶⁶这种表述首先可能会被理解为所有法律秩序所共有的国内法原则。考虑到存在众多的国家和多样化的法律体系，人们只能列出很少的几项原则——它们因具有高度的精确性，从而可实际实行。不过，这些已成为习惯法并被订入条约的原则（如诚信原则和比例原则等）也可适用于武装冲突，并在补充和贯彻国际人道法方面具有其价值。

其他一些原则可以被视为是法之理念所固有的，而且，其基础与其说是一项法律规则，不如说是逻辑。例如，如果禁止攻击平民，那么，当一个指向军事目标的攻击行为在发现攻击目标（完全）是民用物体时必须予以停止，这一指令乃是基于逻辑，而非法律。⁶⁷

对于国际人道法来说，比前述法的一般原则更为重要的是该法律部门的一般原则，如**区分原则**（在平民和战斗员之间、民用物体和军用目标之间做出区分）、**必要原则**，⁶⁸**禁止导致不必要痛苦原则**。然而，这些原则并不是基于国际法的某个渊源，而是建立在条约、习惯或法的一般原则的基础之上。一方面，它

66 《国际法院章程》第38条第1款第3项将其列为国际法的渊源之一。

67 此项规则已经订入了《第一议定书》的第57条第2款第2项。

68 作为对军事行动的限制，《第一议定书》第57条第3款等条约规定了该原则。

们通常能够而且也必须从现存规则中衍生而来，并阐述那些规则的内容和意义。另一方面，它们给现存规则以启示，它们为那些规则提供支持，使那些规则易于理解，而且，人们在解释那些规则时也被将这些原则考虑在内。

明确承认国际人道法一般原则的存在并构成这些原则中特别重要之范例的是“基本的人道考虑”⁶⁹和所谓的“马顿斯条款”；根据后者的规定，在那些没有被条约（以及传统习惯国际法）所涵盖的情形下，“平民和战斗员仍处于国际法原则的保护和管辖之下，这些原则源于既有习惯、人道原则以及公众良知的指示。”⁷⁰人们认为，这个条款本身就属于习惯国际法的规则。重要的是，这两个条款都强调，在战争中，并不是所有不被法律禁止的行为都是合法的，而且，在保护战争受难者领域，相关问题的答案不能仅通过纯粹的实证方法来寻找。然而，对在战场上出现的实际问题，通过这些条款来寻找确切答案并非易事。在这个有着极为多样的文化和宗教传统的世界上，利益分化的程度相当高，而且人们也有着各不相同的历史经验，因此，这些条款往往只不过是指明了寻找解决方案的方向而已。

引文 国际公约中有大量准确界定各国义务的规则，但这一点并未揭示全部事实。在这些规则背后，是产生这些公约全部内容一些原则。我们看到，这些原则有些在公约中被明确地阐明，有些被明确地暗示，而另外一些则源自习惯法。

我们熟悉在《海牙章程》导言中存在的著名的“马顿斯条款”，即“经由文明人类所确立的习惯而产生的万国法的原则”。1949年《日内瓦公约》的一些条款也提到了这些原则，它们在人道法以及所有其他法律领域中都极为重要。在某种意义上，它们就象一个生命体中的骨架，在未被明确规范的情形中提供着指导，并构成对整体的一个完整概括，同时，它们易于理解，且对于传播目的来说是必不可少的。

在我们所讨论的法律领域，人道法最低限度的原则在任何时候、任何地方以及任何情况下都是有效的，它们甚至对《日内瓦公约》的非缔约国也适用，因为它们表述的乃是人们的习惯……。

69 它在对主要纳粹战犯的纽伦堡判决中第一次得到承认（参见The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany, HMSO, London, 1950, Part 22, p. 450.）；国际法院在1949年4月9日的科弗海峡案判决中首次作了人道方面的考虑，ICJ Reports, 1949, p.22。

70 在由俄罗斯代表团于1899年海牙和平会议上提出的一项妥协建议的基础上，这个条款被首次写入了1899年《海牙第二公约》的导言；现在，该条款规定于1907年《海牙第四公约》的导言、1980年《关于禁止和限制使用特定常规武器的联合国武器公约》的导言、四个《日内瓦公约》各自的第63、62、142和158条（这些条款规定了退出公约的效果）以及《第一议定书》的第1条第2款。在《第二议定书》导言第4段中也有类似的表述。

在任何意义上，这些原则都不取代公约中所确定的规则。如果必须考虑公约的具体适用，则法官们必须援引这些规则。

遗憾的是，在我们生活的这个时代，国际会议上盛行着形式主义和妄辩之风，因为外交家们发现从冗长、复杂和晦涩的文体中能够得到好处，正如军事指挥官在战场上使用烟幕一样。这是一条掩盖根本问题的捷径，同时它还引发了文字游戏胜过精神内涵的危险。因此，在这冗长的迷雾中，使用简单、清晰和简明的语言显得比以往更为重要。

1966年，主要以1949年《日内瓦公约》为基础，人道法的原则第一次得到了明确地阐述……。

[资料来源：PICTET Jean S., *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 59-60; 略去了脚注。]

文件 10. 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》，渥太华，1997年9月18日 [Cf. Preamble para. 10.] p. 592

案例46. 国际法院，核武器咨询意见 [Cf. para. 78.] p. 910

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. paras. 215, 218 and Individ. Op. Ago, para. 6.] p. 1359

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库雷什基奇等人案 [Cf. paras. 525-527.] p. 1897

建议阅读：ABI-SAAB Rosemary, "The 'General Principles' of Humanitarian Law According to the International Court of Justice", in *IRRC*, No. 259, July 1987, pp. 367-375. DUPUY Pierre-Marie, "Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice", in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 117-130. GREIG D.W., "The Underlying Principles of International Humanitarian Law", in *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 9, 1985, pp. 46-85. MERON Theodor, "The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience", in *AJIL*, Vol. 94/1, 2000, pp. 78-89. MERON Theodor, "The Humanization of Humanitarian Law", in *AJIL*, Vol. 94/2, 2000, pp. 239-278. PICTET Jean, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, Dordrecht, Henry-Dunant Institute, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 99 pp.

深入阅读：BLISHCHENKO Igor P., "Les principes du droit international humanitaire", 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. 291-300. CHETAIL Vincent, "The Fundamental Principles of Humanitarian Law through the Case Law of the International Court of Justice", in *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 21/3, 2002, pp. 199-211. GARDAM Judith, "The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law", in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14-2, 2001, pp. 349-365. MACCORMACK Timothy L.H., "A non liquet on Nuclear Weapons - The ICJ Avoids the Application of General Principles of International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 316, January-February 1997, pp. 76-91.

(一) “马尔顿条款”

《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1条第2款

文件40. 最低限度人道标准 [Cf. B., paras. 84 and 85.] p. 839

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. para. 218.] p. 1359

案例184. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉库普雷什基奇等人案 [Cf. paras. 525-526.] p. 1897

案例207. 哥伦比亚，《第二议定书》的合宪性 [Cf. para. 22.] p. 2251

建议阅读： CASSESE Antonio, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *EJIL*, Vol. 11, No. 1, 2000, pp. 187-216. PUSTOGAROV Vladimir V., "The Martens Clause in International Law", in *Journal of the History of International Law*, Vol. 1/2, 1999, pp. 125-135. TICEHURST Rupert, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", in *IRRC*, No. 317, March-April 1997, pp. 125-134. VEUTHEY Michel, "Public Conscience in International Humanitarian Law Today", in FISCHER Horst, FROISSART Ulrike, HEINTSCHEL VON HEINEGG Wolff, RAAP Christian (ed.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: In Honour of Dieter Fleck*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 611-642.

(二) 国际人道法的原则

1. 人道原则

案例130. 国际法院，尼加拉瓜诉美国案 [Cf. para. 242.] p. 1359

建议阅读： COUPLAND Robin, "Humanity: What is it and how does it Influence International Law?", in *IRRC*, No. 844, December 2001, pp. 969-990. SLIM Hugo, "Sharing a Universal Ethic: the Principle of Humanity in War", in *International Journal of Human Rights*, Vol. 2/4, 1998, pp. 28-48. MERON Theodor, "The Humanization of International Humanitarian Law", in *AJIL*, Vol. 94/2, 2000, pp. 239-278.

2. 必要原则

(见下文，第九章、二、(三)“军事目标的定义”。第211页。)

建议阅读： PROKOSCH Éric, "Arguments for Restricting Cluster Weapons: Humanitarian Protection Versus 'Military Necessity'", in *IRRC*, No. 299, March-April 1994, pp. 183-193. VENTURINI Gabriella, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 193 pp.

3. 比例原则

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. B., paras. 36-85.] p. 1158

(见下文，第九章、二、（五）、3“比例原则”。第218页。)

4. 区分原则

(见下文，第五章“平民与战斗员的基本区分”。第147页。)

5. 禁止造成不必要痛苦原则

(见下文，第九章、三、（一）“基本规则：《第一议定书》第35条”。第230页。)

6. 战时法独立于诉诸战争权原则

(见上文，第二章、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）的基本区分”。第102页。)

