

# 国际人道法 前沿问题研究

*Humanitarian  
Law*

黄志雄 郭 阳 主编



中国政法大学出版社

# 国际人道法 前沿问题研究



国际法 卷 第 1 期

● 中国政法大学出版社



## 图书在版编目 (CIP) 数据

国际人道法前沿问题研究 / 黄志雄, 郭阳主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 12

ISBN 978-7-5620-4580-9

I. ①国… II. ①黄… ②郭… III. ①战争法-文集 IV. ①D995-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第286391号

---

- 书 名 国际人道法前沿问题研究  
GUOJI RENDAOFA QIANYAN WENTI YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)  
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088  
邮箱 zhengfadch@126.com  
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 9.125 印张 210 千字
- 版 本 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4580-9/D·4540
- 定 价 29.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

## Preface

International humanitarian law (IHL), also known as law of war or law of armed conflicts is a set of international rules, established by treaties or customs, which is specifically intended to solve humanitarian problems directly arising from international or non-international armed conflicts. It protects persons and property that are, or may be, affected by armed conflict and limits the rights of the parties to a conflict to use methods and means of warfare of their choice. The codification of IHL dates back to Henry Dunant's spontaneous gesture in helping the victims left unassisted after the bloody battle of Solferino (1859). Reflection followed very closely upon this action. To make it possible to assist victims of conflicts and make such assistance standard practice, medical personnel needed to have a status guaranteeing them protection in the midst of fighting. He had for that reason to appeal to the States which, once won over, adopted the first Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field in 1864.

Since then, the number of IHL treaties has largely increased.

Close to 100 legal instruments are now considered as part of IHL, the four Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols of 1977 constituting the backbone of modern international humanitarian law. The scope of IHL treaties has been extended to cover not only international but as well non - international armed conflicts. IHL includes not only treaties related to the protection of certain categories of persons but as well treaties limiting or prohibiting weapons causing unnecessary suffering or of indiscriminate nature and those dealing with the repression of its most serious violations, such as the ICC Statute.

The development of IHL reflects the clear will of the international community to put limits to armed conflicts by avoiding their worst consequences. In order to build respect for IHL, it is essential to explain its meaning and the obligations it places on those who must comply with it.

I am therefore especially glad and honored to introduce the publication of the *Collection of Articles on International Humanitarian Law*, initiated by the prestigious Wuhan University and sponsored by the International Committee of the Red Cross (ICRC). It mainly gathers contribution by Chinese scholars on a wide range of important and contemporary IHL issues, such as the relationship between IHL and human rights law, customary IHL, cluster munitions, and cultural property. The report on “International Humanitarian law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts” prepared by the ICRC for

the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent in 2011 was also included. The collective endeavor of the authors in this fine publication contributes to a better understanding of IHL in China.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) is an impartial, neutral and independent organization with an exclusively humanitarian mandate to protect the lives and dignity of victims of war and internal violence and to provide them with assistance. One way in which the ICRC does this is to ensure respect for the rights of people affected. That involves actively promoting IHL toward Governments, towards armed forces and weapon bearers, and via education programs.

The promotion of IHL is a core ICRC activity, based on its mandate under the Geneva Conventions and the Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement. Universities are key partners in building respect for the law. By encouraging universities to offer courses in IHL and by supporting lecturers who teach it, the ICRC reaches out to the leaders of tomorrow.

In September 2005, the ICRC moved its regional delegation for East Asia to Beijing. This has allowed us, over the past six years, to advance the cooperation with the Chinese authorities as well as with academic circles. Several seminars have been conducted by the ICRC delegation in cooperation with the Chi-

nese authorities and the Chinese Society of International Law. Six teachers training programs and two advanced summer courses have taken place aimed at over one hundred university professors. An IHL moot competition is organized on a yearly basis for students since 2007. An increasing number of Universities have participated (26 in 2012) with notable enhanced performances of students every year. In 2008, the Chinese National Committee on IHL was established. It is expected to facilitate the efforts already undertaken for the dissemination and implementation of IHL in China.

With this new review on IHL, Chinese professors, scholars as well as student add another stone to the increased knowledge of IHL in China. We do welcome this initiative and congratulate the Chinese IHL academic circle for offering this great opportunity.



Vincent Cassard

Deputy Head of Delegation

Regional Delegation for East Asia

International Committee of the Red Cross



目 录

CONTENTS

第一编

国际人道法的一般问题

第一章 论当代国际人道法与国际人权法的

相互交融…………… (黄志雄、唐湘婧) 2

一、国际人道法与国际人权法：显著的区别…………… 2

二、基于共同价值取向的相互交融…………… 6

三、几点启示和思考…………… 15

第二章 习惯国际人道法：成就与问题…………… (何志鹏) 19

一、禁止使用武力的失败和国际人道法的兴起…………… 19

二、国际人道法编纂的努力…………… 24

三、习惯国际人道法：编纂内容方面的问题…………… 28

四、习惯国际人道法：实施程序中的问题…………… 36


五、简短的结论…………… 43

|  |          |
|--|----------|
| <b>第三章 论国际人道法的未来走向</b> .....                                   | (盛红生) 44 |
| 一、适用于非国际性武装冲突的规范将进一步完善 .....                                   | 49       |
| 二、占据主导地位的西方价值观将在国际“立法”<br>中有所体现 .....                          | 53       |
| 三、通过国际公约创制国际法新规范进程加快 .....                                     | 59       |
| 四、相对容易突破领域内的规范将进一步法典化 .....                                    | 60       |
| 五、武装冲突法与国际刑法进一步密切结合, 由违反<br>武装冲突法而引起的法律责任具体化、制度化、<br>实定化 ..... | 65       |
| 六、国家的刑事责任制度仍难形成 .....  | 67       |



### 具体领域、问题与挑战

|   |               |
|---|---------------|
| <b>第四章 国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的<br/>  挑战</b> ..... | (红十字国际委员会) 70 |
| 一、概述 .....                                    | 70            |
| 二、武装冲突的定义和分类 .....                            | 73            |
| 三、国际人道法与人权法的关系 .....                          | 84            |
| 四、国际人道法的保护范围: 部分问题 .....                      | 97            |
| 五、作战手段和方法 .....                               | 113           |
| 六、国际人道法和规制恐怖主义法律体系的竞合 .....                   | 130           |
| <b>第五章 人道军事干涉与国际人道法</b> .....                 | (李伯军) 138     |
| 一、引言 .....                                    | 138           |
| 二、人道军事干涉与国际法 .....                            | 139           |
| 三、国际人道法在人道军事干涉中的适用 .....                      | 141           |

|  |     |
|--|-----|
| 四、人道军事干涉与国际人道法的遵守 .....  | 150 |
| 五、结语 .....   | 158 |
| <b>第六章 《1949年日内瓦四公约》共同第三条的保护范围：</b>  |     |
| <b>比看起来要复杂得多 .....</b> （捷棱娜·佩洁克）   | 163 |
| 一、共同第三条对非国际性武装冲突的定义 .....  | 165 |
| 二、非国际性武装冲突类型 .....   | 168 |
| 三、共同第三条的约束力 .....  | 173 |
| 四、共同第三条适用的地域范围 .....   | 176 |
| 五、适用于共同第三条规制下的冲突的法律和政策<br>框架 .....   | 183 |
| 六、结论 .....   | 206 |
| <b>第七章 《关于发生武装冲突时保护文化财产公约的第2<br/>    议定书》评析——兼论我国加入的必要性和<br/>    相关规定的完善 .....</b> （胡秀娟） | 208 |
| 一、《1999年第2议定书》的制定背景 .....  | 208 |
| 二、《1999年第2议定书》的主要成就 .....  | 212 |
| 三、对议定书之评价 .....  | 217 |
| 四、我国加入《1999年第2议定书》的必要性及相关<br>规定的完善 .....   | 220 |
|       |     |
| <b>其他相关问题</b>  |     |
| <b>第八章 从国际法角度看《集束弹药公约》 .....</b> （朱利江）   | 226 |
| 一、《集束弹药公约》的由来 .....  | 227 |
| 二、《集束弹药公约》对国际法的贡献 .....  | 235 |

|  |                      |
|--|----------------------|
| 三、《集束弹药公约》可能出现的问题 .....                            | 243                  |
| 四、结语 .....   | 245                  |
| <b>第九章 浅析《罗马规约》中的豁免规则——以巴希尔案<br/>    为视角 .....</b> | <b>(冯洁菡) 247</b>     |
| 一、习惯国际法上的豁免规则 .....                                | 248                  |
| 二、国家元首的豁免与国际罪行 .....                               | 251                  |
| 三、国际刑事法院是否可排除巴希尔在国际法上的豁<br>免权? .....               | 257                  |
| 四、巴希尔逮捕令的执行 .....                                  | 260                  |
| <b>第十章 “战后法”法律建构初探 .....</b>                       | <b>(黄德明、朱 路) 263</b> |
| 一、“战后法”存在的必要性 .....                                | 264                  |
| 二、“战后法”未得到发展的原因 .....                              | 268                  |
| 三、“战后法”的法律框架构想 .....                               | 271                  |
| 四、小结 .....   | 277                  |
| <b>后 记 .....</b>                                   | <b>281</b>           |

第一部分

---

# 国际人道法的一般问题

## 第一章

# 论当代国际人道法与国际人权法的相互交融

黄志雄 \* 唐湘婧 \*\*

国际人道法和国际人权法的关系，是一个在理论上和实践上都存在较大分歧的问题。当代国际实践表明，它们之间固然有着不可忽视的区别，同时也在很多方面表现出了明显的相互交融趋势。更为客观、全面地认识两者之间的“异”与“同”，可以为探究如何更好地发挥它们各自的效力，完善相关的实施机制提供新的视角和思路，从而使两者的目的和宗旨得到更好的实现。

### 一、国际人道法与国际人权法：显著的区别

一般认为，国际人道法（International Humanitarian Law）是“战争法”、“武装冲突法”等名称的现代表述，是战争和武装冲突中基于人道主义保护平民、伤病员和战俘以及限制作战手

---

\* 武汉大学国际法研究所教授、博士生导师。

\*\* 武汉大学国际法研究所硕士。

段及作战方法的原则、规则和规章的总和。<sup>[1]</sup>它包括两个部分：一是对作战方法和手段的限制，即所谓的“海牙法体系”；二是对战争受难者（武装部队的伤病员、战俘和平民等）的保护，即所谓的“日内瓦体系”。

与此不同，国际人权法（International Human Rights Law）则主要是处理保护受国际保证的个人和团体的权利不受政府侵犯以及处理促进这些权利发展的法律。<sup>[2]</sup>《公民权利与政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》等为数众多的国际人权公约构成国际人权法的核心，涉及的内容十分广泛，

对于国际人道法与国际人权法的关系，历来存在着种种不同的观点。例如，一些学者认为，国际人权法的内容和适用范围比国际人道法更为广泛，它包括国家、个人在任何时候、任何情况下应享有的权利和应承担的义务，而国际人道法则是关于在战争或武装冲突期间如何保护战斗员、非战斗员、伤病员、战俘和平民的人权，因此，国际人权法包括了国际人道法，国际人道法属于“战争或武装冲突中的人权法”。<sup>[3]</sup>而与此截然相反的一种观点认为，从广义的国际人道主义法看，它包括人权法，人权法只是代表一般人道主义法的一个较高的发展阶段。<sup>[4]</sup>当然，还有相当数量的学者从某一方面对国际人道法或国际人权法进行了研究，却并未对两者的关系加以重视，也许

---

[1] 《中国大百科全书·法学》（修订版），中国大百科全书出版社2006年版，第195页。关于“国际人道法”的含义和范围，还存在一定分歧。参见王可菊：“国际人道主义法的概念和法律渊源”，载王可菊：《国际人道主义法及其实施》，社会科学文献出版社2004年版，第6~7页。

[2] [美]托马斯·伯根索尔：《国际人权法概论》，潘维煌、顾世荣译，中国社会科学出版社1995年版，第1页。

[3] 徐显明：《国际人权法》，法律出版社2004年版，第29页。

[4] 季建全、赵雪珍：“国际人道法和国际人权法之区别”，[http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=8746](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8746)。访问时间：2012年9月25日。

在这些学者看来，作为国际法的不同分支，国际人道法与国际人权法之间的关系就跟其他国际法分支之间的相互关系（如海洋法与空间法或者国际环境法与外交关系法的关系）相类，并没有什么需要特别加以研究的。

的确，国际人道法与国际人权法是基于不同历史背景和客观需要发展起来的两个不同的国际法分支。就前者而言，虽然现代意义上的国际人道法是以 1863 年红十字国际委员会（ICRC）在瑞士日内瓦成立和 1864 年《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》签署为主要标志，在 19 世纪中期开始发展起来的，但其历史可以追溯到古代城邦国家之间在战争和武装冲突中的关系。“从某种意义上讲，国际人道法的追本溯源包含着战争法的历史。更确切地说，在战争法的历史中，当仁慈博爱原则成为限制的主要元素时，即蕴育形成了人道法。”<sup>[5]</sup>形成这一法律体系的逻辑出发点是：为了使战争受难者（包括武装部队的伤病员、战俘和平民等）免于遭受不必要的痛苦，而对交战各方施加义务，对作战手段和作战方法进行限制并规定有关个人的待遇标准。至于国际人权法，这是在第二次世界大战后随着联合国的成立而形成的一个国际法新分支，是为了使国家管辖范围内的个人权利和自由免于遭受国家侵犯，而对有关权利进行保护。<sup>[6]</sup>

---

[5] 黄列：“国际人道法概述”，载《外国法译评》2000 年第 4 期。

[6] 有学者认为，国际人道法和国际人权法各自的规范框架分别是以个人义务（指为在战争和武装冲突中可以行使特定权力的个人的义务）和个人权利为中心的。而且，在国际人道法中，应受保护的个人不可避免地属于作为交战一方的某些国家或团体，因此，如果不考虑到个人所属于的国家或团体与对之行使权力的国家或团体（即交战另一方之间的关系，个人相对于某一权力行使方的地位就无法得到确立）。相比而言，国际人权法上的个人在绝大多数情形下享有各种权利而无论其归属于某一特定国家或团体，因而国家的义务具有“对一切”的性质。Rene Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 343 ~ 345.



与国际人道法和国际人权法在上述历史背景和宗旨目的上的重要区别相适应，它们在法律渊源、适用时期与对象、权利性质、实施机制等方面也表现出了显著的不同。

首先，从法律渊源来看，国际人道法的渊源除了1949年四个《日内瓦公约》及其两个附加议定书等条约外，习惯国际人道法规则占了很大比重。<sup>〔7〕</sup>而国际人权法作为国际法的年轻分支，不易产生像国际人道法那样丰富的习惯法。迄今为止，对于在何种程度上人权法是国际习惯法仍存在分歧。<sup>〔8〕</sup>

其次，从适用范围来看，国际人道法主要适用于战争或武装冲突这样的非常时期，属于战时国际法，它保护的对象是在战争或武装冲突中的伤病员、战俘和平民等特殊群体；国际人权法主要是或者首先是适用于和平时期的，而且它是对所有人提供保护的法律法规。

再次，从权利性质来看，国际人道法是对战争和武装冲突这一紧急状况下的特定权利进行保护，这些保护具有绝对性，即由于它所规定的权利大多数是不可克减的、人类最基本的权利，因此不论所处的社会条件如何，都应当无一例外地对国际人道法所保护的权利加以尊重。而在国际人权法上，除了某些核心的基本权利（如生存权、免受酷刑的权利、免受奴役的权利等）属于“不可克减”性质外，很多权利并非如此，如《公民权利和政治权利公约》、《欧洲人权公约》、《美洲人权公约》等重要人权条约都包含了所谓的“克减条款”，允许缔约国在战

---

〔7〕 关于习惯国际人道法规则较为详尽的列举和阐释，参见：Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law (Volume 1: Rules)*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

〔8〕 国际人权法教程项目组编：《国际人权法教程》（第1卷），中国政法大学出版社2002年版，第36页。