

北京大学国际法研究所丛书

国际人道主义法文选

SELECTED ARTICLES FROM THE INTERNATIONAL REVIEW
OF THE RED CROSS

1997

王铁崖/名誉主编
李兆杰/主编



A0937960

法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际人道主义法文选/李兆杰主编. —北京:法律出版社, 1999

ISBN 7-5036-2858-8

I. 国… II. 李… III. 人道主义-国际法-研究-文集
IV. D99

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 24617 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杜 进

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/6 字数/119 千

版本/1999 年 8 月第 1 版 1999 年 8 月第 1 次印刷

印数/0,001—1,000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号首都师范大学

科原大厦 4 层(100037)

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2858-8/D·2569

定价:12.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言(一)

红十字国际委员会自成立起,就对国际人道主义法的研究、编撰、发展和适用起着非常重要的和独特的作用。它出版的双月刊杂志《红十字国际评论》,是这一领域中迄今为止最具学术权威的出版物。收入本书的八篇译文均选自这本杂志的 1997 年卷,即第 37 卷。所选的题目大都与当前国际人道主义法中的一些突出问题有关。

这本文选的翻译和出版得到红十字国际委员会的赞助,同时也是北京大学国际法研究所与红十字国际委员会合作的产物。其中,北京大学国际法研究所的饶戈平教授、中国红十字会国际部的王小华部长、红十字国际委员会东亚地区代表团团长古浩德先生、《红十字国际评论》主编噶瑟尔先生、红十字国际委员会东亚地区代表团代表普怡恒女士和任浩先生协助做了许多有益的工作。在翻译和校对过程中,中国政法大学的凌岩教授,北京大学国际法专业的研究生曹永刚和马宙同学以及外交部条法司的尹文娟同志,也做了大量的工作。在此谨表示由衷的感谢。

李兆杰

1999 年 1 月于北京

前 言(二)

《红十字国际评论》是由总部设于日内瓦的红十字国际委员会于 1869 年首次出版发行的刊物。自此 130 年来,从未中断。《红十字国际评论》所刊载的始终是关于人道主义政策和行动,特别是国际人道主义法的文章。其目的一直在于加强包括学术界和红十字界在内的各界人士对人道主义事务的理解。本评论曾不止一次刊载过中国作者的文章。

作为本刊的现任主编,我能为出版从本刊中选译的若干中文文章来撰写这篇前言感到自豪。翻译和出版这本文选主要是一群知名的中国国际人道主义法学者和专家们辛勤工作的成果。我们尤其感到自豪的是王铁崖教授及法官应允担任这本文选名誉主编。

在日内瓦负责编辑出版《红十字国际评论》的人员们相信,这本中文的文选将赢得大量的中国读者,文选中的文章会激起中国读者对人道主义问题的兴趣。我个人希望这件事会增进业已在进行的交流,从而会有更多中国作者的文章出现在评论中。

《红十字国际评论》主编

噶瑟尔博士

Hans - Peter Gasser

前言(三)

在纪念日内瓦公约制定五十周年之际,出版《国际人道主义法文选》具有非常重要的意义。我谨代表红十字国际委员会东亚地区代表团在此表示祝贺,并希望此刊物能有益于中国学者及对国际人道主义法感兴趣的读者理解和研究这一课题。

作为国际人道主义法的维护者和推动者,红十字国际委员会历来非常重视国际人道主义法的传播和发展。近些年来,红十字国际委员会东亚地区代表团与中国有关方面合作,在中国开展了一系列的传播国际人道主义法的活动。此次《国际人道主义法文选》的出版,正是我们与北京大学国际法研究所合作的结果。需要说明的是,该论文选译的出版只是一个开始,我希望此刊物在未来能成为一个定期刊物,成为一个中国国际法学者和实际工作者的论坛。

为出版这本文选,北京大学国际法研究所的饶戈平教授和李兆杰教授以及中国红十字会的王小华先生做了大量的工作,我谨向他们表示感谢。我们很荣幸王铁崖教授能为刊物的初刊撰写序言。我们不会忘记为出版此书付出辛勤劳动的译者、编辑和校对人员,我在此向他们表示感谢。

红十字国际委员会东亚地区代表团团长

古浩德

Harald Schmid de Grunek

国际法院关于以核武器相威胁或使用核武器是否合法的咨询意见与国际人道主义法

○路易斯·多斯瓦尔德-贝克*

引言

国际法院的这项咨询意见首次要求国际法院的法官较详细地分析国际人道主义法规则。其他案例,如尼加拉瓜案,一点也未涉及这种详尽的分析。因而该咨询意见具有特殊的意义,因为它对一些人道主义法规则的习惯法性质作出了重要判定,很有意思地解释了这些规则 and 这些规则与其他规则之间的关系。多数法官基于对法律目的的解释,对以核武器威胁或使用核武器的合法性作出了他们的最后决定,他们或选择自卫权是最基本的价值,或首选让文明和全球继续存在下去。可惜本文的篇幅有限,不能评论这些极为重要的对人道主义法的基础及其在国际秩序中的目的所作的分析^[1]。所以,本文并非主要着眼于

* 法学硕士(伦敦),红十字国际委员会法律部副主任。原文载于《红十字国际评论》1997年卷,第316期,35—55页。

评论法院对以核武器威胁或使用核武器的合法性所作的结论，而是集中评论法院以人道主义法规则为基础所作的各种宣示。本文仅从法院的裁定如何对这些规则的解释作出贡献的观点来参考法院的咨询意见。为此目的，不仅将介绍该咨询意见(以下称为“意见”)，也介绍各种个别和异议意见。

国际人道主义法的定义

人们期望有关该词确切含义的争议起码已经偃旗息鼓，因为“意见”已明确地指出，该部法律既包含关于敌对行动的规则也包含如何对处于敌方权力控制下的人给予保护的规则^[2]。法院这一意见是基于对人道主义法的历史发展所抱的共同信念，即，有关敌对行动的法律(所谓“海牙法”)是在一系列条约中开始发展起来的，而保护受害人的法律(所谓“日内瓦法”)则是单独在各日内瓦公约中发展起来的，后来，这两个法律分支通过1977年的附加议定书相互联系起来，从而变成一部法律。实际上，“海牙法”和“日内瓦法”之间的区分从未真正存在过。仔细阅读1862年伯利法典、1874年布鲁塞尔会议和早期教本就会发现，那时“战争法和战争习惯”的确包含对处于敌方权力控制下的人，尤其是战俘和在被占领土上的人，予以保护的规则。反之，日内瓦公约也包括关于敌对行为的法规，即禁止攻击医院及因病或因受伤而丧失战斗力的非战斗员(后者是习惯法规则之一)。因而，1977年附加议定书的效果并非首创新有这两种规则的统一人道主义法，而是排除那种一直人为造成的错误的区分。“国际人道主义法”仅是“战争法”的现代用语。

人道主义法的习惯性质

法院重申了 1907 年海牙第四公约中的规则、1949 年日内瓦公约和 1948 年灭种罪公约的习惯法性质。法院在重申上述规则的习惯性质时,提到赞成联合国秘书长根据安理会第 808 号决议所作的报告^[3],还提到加入这些条约的范围以及从未适用这些条约中的退约条款这一事实。法院得出结论“这些规则指出了人们期待国家所从事的正常行为举止”^[4]。

关于 1977 年第一附加议定书,法院申明“一切国家都受那些规则的拘束……那些规则在被正式通过时,仅仅是对既存习惯法的表达”^[5]。就该议定书规则的习惯法性质而言,这一申明所提供的指导意义并未超出法院在“意见”的其他部分对该议定书规则所作的详细评论。但是应该指出,条约规则在该条约正式通过后可成为习惯规则。据推测,法院并不打算拒绝考虑议定书中的一些规则成为习惯法规则的可能性。



国际人道主义法中的习惯法规则

“意见”中列出了一些“构成人道主义法制度的核心原则”,即,区别原则,禁止使用不分皂白的武器,禁止对战斗员造成不必要的痛苦,以及国家在使用武器方面并非具有无限制的选择手段这一事实^[6]。

区别原则

法院指出,这项原则“旨在保护平民和民用目标,并确定了战斗员和非战斗员之间的区别”^[7]。

由于“意见”涉及使用核武器的合法性,上述说法仅在它如

何影响特定武器的使用的范围内予以考虑。但是,重要的是,法院重申这项原则是人道主义法的“核心原则”,因为这项规定仅以条约的形式出现在第一附加议定书的第48条中。很多规则都源自这项原则,其范围从确立战斗员和非战斗员的地位到禁止使平民忍受饥饿。

禁止使用不分皂白的武器

这无疑是对使用核武器是否合法的问题最相关的规则,也是目前为止在法院审理的案件中尚未被详细分析过的一项规则^[8]。该项规则同“比例原则”的关系很容易造成混淆,因此,在评价多数法官如何解释这项规则时,必须小心谨慎。不仅法院全体法官将该项规则判断为习惯法规则,法官贝乔威甚至认为它是强行法规则^[9],法官圭劳姆则认为该规则是一项绝对的规则^[10]。法院在“意见”中是这样介绍该规则的:

“国家不得把平民作为攻击的目标,因此,不得使用不能区别民用和军事目标的武器。”^[11]

法院因而把使用不分皂白的武器等同于故意攻击平民。然而,人们不能过高地估计这一陈述的意义。首先,重要的是,禁止使用不分皂白的武器已被确认为习惯法规则。惟一禁止不分皂白攻击的条约规定是第一附加议定书,它尚未被所有国家批准,并且,只有该条约才含有一项关于哪种武器为违反这一规则的一般说明。其次,按照法院的逻辑,由于第二附加议定书禁止故意攻击平民,这意味着不分皂白的武器也不得在该议定书所适用的非国际性武装冲突中使用。再次,它意味着任何武器都

可用这些标准来检验,如果违反这些标准,该武器就被禁止使用,而无需禁止使用那种特定武器的任何条约或者国家实践。法院没有说,在任何情况下使用武器的合法性取决于国家对有关武器是否符合该规则所作的评估,但法院明确认为自己有权对于这个问题作出这种判断。

法院所说的“不能区别民用和军事目标”的确切含义尚需进一步理解。显然的是,武器,是一种无生命的物体,自身不能作出这种区分,因为作出这种区分需要有思想。在这方面,第一附加议定书的语言更为准确。该议定书中的有关条款是第 51 条第 4 项 b 款及 c 款,这些款项中对不分皂白的“作战方式或手段”的特征作了这样的描述:

- (b)……不能以特定军事目标为对象的;或
- (c)使用其效果不能按照本议定书的要求加以限制的
……;而因此,在上述每个情形下,都是属于无区别地打击军事目标和平民或民用物体的性质的。

依本作者之见,这只是对“不分皂白”武器的既存条约定义。

该议定书提出两种可能,其中每一种都使得使用这种武器非法。“意见”中的用语——“不能区别民用和军事目标”——可适用于上述任何一种可能或上述两种可能。大概会有人主张使用核武器并不违反第一种标准。例如,核武器能以特定的军事目标为对象,如果事实上这指的是运载系统的准确性。有三位法官似乎只是根据第一种标准来判定核武器在本质上并不一定是不分皂白的。法官中只有希金斯法官在她的反对意见中试图



对不分皂白的武器加以界定：

“可以得出结论，如果一种武器不能对准军事目标，那么，它本身就是非法的，即使发生损害是附带性的。”^[12]

把这一点适用于核武器时，她说：

“尽管一切核武器都具有独特的极度破坏性，不分皂白一词仍包括大量的非单一效果的武器。就某一特定的核武器不能作出这种区别而言，使用它就是非法的。”^[13]

圭劳姆法官在其个别意见中，对法院作出的定义未多作补充，也没有就其关于使用核武器所作的结论提出任何理由：

“……习惯法仅仅含有一项绝对的禁止：这就是指使用所谓不能区别民用和军事目标的‘盲目’武器。但是，核武器显然并不一定属于这一范畴。”^[14]

第三种意见，即副院长施韦贝尔的意见，承认如何解决这一问题有些困难：

“虽然不难作出结论，认为国际人道主义法的原则——区别军事和民用目标——支配核武器的使用，但

这并不意味着适用那些原则……是件容易的事情。”^[15]

然而,由于施韦贝尔法官接下来便推究不同的使用类型,以及哪类使用可能是合法的或哪类是非法的,因此,很清楚,他也判定核武器在本质上并非是不分皂白的。

根据第 51 条第 4 项中的第二种检验标准,如果一种武器的效果“不能按照本议定书的要求加以限制”,那么,它就是非法的。这可能意味着,尤其根据该项的最后用语,该武器的效果若不是这样,它就不违反区别原则。

这究竟意味着什么呢?一种假设是第 51 条第 5 项中规定的“不分皂白的攻击”另有一种标准,它实际上可被转变成“比例原则”(b 款)和禁止区域轰炸(a 款)。这两项规则都无可辩驳地成为习惯法规则。尽管使用“成比例”来检验一种武器是否具有不分皂白的性质并非是不可能的,但这是非常困难的事情。要这样做,必须事先判定,有关武器的使用是否会不可避免地导致平民伤亡或对平民造成损害,而这相对于使用该武器攻击的任何军事目标又太过分。就禁止区域轰炸而言,这项规则,正如在议定书中规定的,也会很难用于检验的标准,因为第 51 条第 5 项 a 款的前提是故意把居民区中的几个不同的军事目标视为单一的目标加以攻击。在判定任何一种特殊武器的性质时,人们不能这样假设,因为该武器的使用计划之一很可能就是攻击一个远离平民中心的军事目标。

第二个假设,为本作者赞同,就是不要试图从议定书第 51 条的其他部分中找到答案,而是根据区别原则的根本意思来加以判定。这个原则的前提条件是对目标和武器加以选择,使其

达到的目的符合人道主义法并尊重平民和民用物品与战斗员和军事目标之间的区别。这就要求既要计划得当又要充分预见攻击所造成的效果。的确“比例原则”本身要求在攻击前就评估所期待的效果。如果有关的武器产生的效果完全不能预见,例如,它们取决于气候的影响,那么这一切都不成可能。本作者认为,“不分皂白的武器”的第二个检验标准包括这样的情形:一种武器即使能准确地对准目标且正确地发挥功能,也在很大的程度上有可能“自我毁灭”和任意地击中战斗员或平民^[16]。

现在来看一下“意见”以及其他法官所作的评估,很清楚,对核武器的不分皂白性质作出决定,法院对其性质的判定是关键。根据向法院提交的详细的科学论证,法院在“意见”中作出结论:

“将此法律适用于本案过程中,本法院不能……不考虑核武器的某些独有的特征……核武器是一爆炸性装置,它的能量产生于原子的聚变或裂变。正是由于这一性质,使用过程中不仅释放出大量的热和能,还释放出强烈的、持久的辐射……这些特点使核武器具有潜在的灾难性,核武器的破坏力不能被空间和时间所遏制。它们有毁灭一切文明和地球上的全部生态系统的潜力……(强调符号由作者所加)

核爆炸所释放的辐射会在非常广泛区域内对身体健康、农业、自然资源和人口产生影响。此外,使用核武器会严重地危及后代。电离辐射对未来的环境、食物和海洋生态系统可造成潜在的损害,并可能对后代

造成基因缺损和疾病。”^[17]

在其“意见”中，法院评估了核武器的合法性：

“鉴于法院上面所述核武器的独有特征，使用这种武器事实上看来很难符合遵守这些（人道主义法的）要求。但是法院考虑到它没有足够的理由使其能够肯定地作出结论，即使用核武器一定会背离适用于武装冲突的法律原则和规则。”^[18]

鉴于法院裁定“核武器的破坏力既不能被空间也不能被时间所遏制”，该裁定的第二句话就有点令人吃惊。但是，以本作者之见，将该两句话视为代表两种不同观点而不是一种思想也许更合适些。前面已提到有三位法官申明或暗示核武器并不一定具有不分皂白的性质（然而他们中有两位不同意法院的“意见”）。八位法官（其中三位作出异议意见）申明使用任何类型的核武器均违反人道主义法规则，他们的主要根据是这些武器所具有的广泛破坏性质，特别是那些无法控制的对平民和战斗员具有同样影响的核辐射。在对法院“意见”投赞成票的法官中，有三位法官的意见值得引述：

弗莱施豪埃尔法官认为：“核武器在很多方面否定了构成适用于武装冲突法基础的人道主义考虑……核武器不能区别民用和军事目标”^[19]。

贝乔威院长认为：“核武器至少在目前来看有不分皂白地袭击受害者的性质，它混淆了战斗员和非战斗员，核武器是一种

‘盲目’武器,因而,从性质上,它破坏了对使用武器加以辨别的规则。”^[20]

海尔切法官写道:“在该咨询意见中得以恰当强调的国际人道主义法的基本原则完全明确地禁止使用大规模毁灭性武器,包括核武器”^[21]。

且不谈为什么法院作出如此“意见”,根据法官们的陈述,大多数认为核武器是不分皂白的;他们不是从核武器系统能否首先对准目标来作出这样的判断,而是根据这种武器系统所产生的致命的不能控制的效果来作出这样判断的,致命的不能控制的效果意指不能对平民和民用目标与战斗员和军事目标作出适当的区别。这种解释对评价其他武器是有用的^[22]。

10

比例原则

与这项规则相关的是,首先,所使用的武器是合法的,且选择的攻击目标是人道主义法含义中的军事目标。相比之下,如果所预期的附带伤亡超出所攻击的军事目标的价值,这种攻击就被该原则所禁止。

非常奇怪,“意见”没有直接提及这项规则,但是有几位法官断定这项规则具有习惯法的性质。希金斯、施韦贝尔和圭劳姆法官根据这项规则确定,在某些情形下,核武器的附带效果并不过分。希金斯和圭劳姆法官对这点都作了限制,认为核武器造成的损害之大,只有在极端的情形下,军事目标才足以重要,以至使附带的损害不会过分。然而,他们对具体类型的目标没有举例说明,虽然希金斯法官的确说到下列必要的情形:

“‘军事上重大利益’必须真与一国的生存或与避免本国人口遭受巨大、严重的痛苦(无论由核武器还是其他大规模毁灭性武器造成)有关;并且没有其他可行的办法来消灭这一军事目标。”^[23]

施韦贝尔副院长一方面用常引用的沙漠中的军队和海洋中的潜艇作为例子,对它们的攻击不会不成比例,因为核辐射不会对很多人造成影响^[24]。另一方面,他承认,尽管可能有特定的不会违反比例规则的情形,但是在大多数情形下,核武器的使用不会符合该项法律规则^[25]。

然而其他法官既未提及比例原则,也不认为它与所谈的情形有关,因为他们认为核武器在本质上是**不分皂白的武器**^[26]。

禁止使用造成不必要痛苦或过度伤害的武器

可喜的是,法院认为保护战斗员不受某类武器攻击的习惯法规则是一项“核心原则”,因为在近几十年中,国际社会大都对此只是说说而已,注重的还是对平民的保护。本作者十分熟悉近来为通过禁止致盲的激光武器的条约^[27]所做的努力,而且人们期望这个新条约和法院在本案中所阐述的有关规则会重新确认这项规则名副其实地存在。

关于对该规则的实际解释,“意见”认为“使用造成(战斗员)这种损害的或无意义地加重他们痛苦的武器是被禁止的……,这是指损害大于为达到合法的军事目的而不可避免地造成损害的情形”^[28]。

适用比例原则要求根据不同的情况作出评估。为了证

明使士兵遭受的痛苦是合理的,希金斯和圭劳姆法官提到了他们在讨论附带的平民伤亡和损害中的比例原则时曾提到的那些极端情形。

但是这种说法存在着问题。因为,与比例原则的情况相反,禁止造成不必要痛苦原则的先决条件是对有关武器的合法性有个一般的估计。如果该武器不合法,它就根本不能被使用。理论上,可以对每一次使用都作一次评估,但这完全是不现实的,并且实践上也没有那样做。是否应根据武器“正常”预期目的来评估,还是根据可想象的使用来评估,这个问题在理论上仍未解决。实践中,过去是根据通常预期的使用目的来禁止某些特定武器,因为如果坚持适用其他检验标准,则任何武器都不可能被禁止^[29]。另一个具有绝对检验标准性质的因素是1868年圣彼得堡宣言中所提到的:造成死亡不可避免的武器超出战争的需要。只有希金斯法官提到这句话^[30],但是她没有进一步用这一检验标准评估核武器。

意见对此作出的评价恰与对区别原则的评价一样,即核武器的使用“鲜有符合”该原则的情形,但是法院不能明确判定对一切情况都是这样的^[31]。

大多数法官并不那么谨小慎微,他们作出了一般性的评估。弗莱施豪尔埃法官认为,“遭受这种无法估量的痛苦”等于“否定了构成适用于武装冲突法律基础的人道主义考虑”^[32]。贝乔威院长认为这种武器“还造成不必要的痛苦”^[33],海尔切法官认为国际人道主义法的基本原则禁止使用核武器^[34]。沙哈布丹法官在他的反对意见中承认,这项规则要求在军事必要和使战斗员遭受痛苦之间进行平衡,军事上的好处越大,就越愿意容忍遭