

何谓“国际人道法”

朱文奇

(中国人民大学, 北京 100000)

摘要: 国际人道法, 是由条约或习惯所组成, 其目的在于保护那些不参加或不再参加武装冲突的人员, 以及出于人道的目的, 对武装冲突中的有关方面在作战方法和手段进行限制的国际规则的总称。国际人道法的罪行, 已被认为是国际法中的“核心罪行”, 同时也构成了联合国前南斯拉夫国际刑事法庭、卢旺达国际刑事法庭和 2002 年 7 月 1 日成立的将对国际法和国际关系产生深远影响的国际刑事法院的“实体管辖”。尽管国际人道法有其重要性和法律上的实践性, 但遗憾的是, 我国对这一法律问题的研究还处于起步阶段。本文通过对国际人道法基本内容的阐述, 希望能推动我国法学界对国际人道法进行深入探讨和研究。

关键词: 国际人道法; 武装冲突; 战争法

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

国际人道法(英语为“International Humanitarian Law”, 法语为“le Droit International Humanitaire”), 由于它在国际法上的实践性和重要性, 在西方和其他不少国家都得到重视。我国在这方面的了解和研究, 则比较欠缺。¹不少政府官员和学者, 把国际人道法作为严格意义上的国际人权法来看待, 把督促落实国际人道法的国际红十字委员会(International Committee of the Red Cross) 作为一个人权组织来对待。这是一个很大的误解。²国际人道法, 从简单意义上讲, 其实就是传统意义上的战争法, 或者说是从战争法或武装冲突法演变来的。

相比较国际法其他部分, 战争法或武装冲突法可以说是不太受重视的一门学科。在我国大学法律专业学生用的《国际法》教材里, 战争法或武装冲突法总是被放在最后一个章节, 这已成了惯例。当然, 位置本身可以说是无关紧要, 但由于学科的教授内容通常是按照章节次序走, 一旦遇到教学进度有变化, 内容需要压缩时, 首先被压缩的总是战争法或武装冲突法。国际人道法则更是《国际法》教学、传播中的一个薄弱环节。国际人道法的有关内容通常只在《战争法》中提及, 且所占比重不大。直到 1995 年, 由司法部法学教材编辑部编审的《国际法》高等学校教材, 在其“战争与武装冲突法”的章节里, “国际人道法”才第一次作为一个单独的体系向广大的法律专业学生介绍。^[1]然而, 由于是教科书, 其内容也非常有限。同时, 关于这方面的文章也不多。

国际人道法发展到今天, 已是内容非常丰富的一个法律体系。这是因为: 和平与战争, 是国际关系和国际法上一个永恒的主题。在现代国际社会中, 尽管有渴望和平的美好愿望, 战争或武装冲突远远还不能完全避免。国际法承认这一事实, 因而有对战争或武装冲突进行加以限制和规定的规则。这些规则是各交战国或冲突各方在彼此之间发生战争或武装冲突时应予遵守的。这些规则又构成了现在常提到的国际人道法。

因此, 国际人道法是一门非常重要而又实用的学科。在国际关系上, 时时都有落实是否落实、以及如何落实国际人道法规定问题。远的不说, 近几年就在科索沃战争、俄罗斯车臣武装冲突问题、以及美国对阿富汗塔利班政权和“基地”组织军事打击问题, 等等。其中, 与我国国家利益有重大联系的, 有 1999 年 5 月 9 日美国军用飞机对我驻南斯拉夫使馆轰炸事件。如果对国际人道法规则有研究, 就能有助于指出美国如何犯下了国际法上的不法行为, 而在惩罚行为责任人的要求和程序方面, 也能更具体化。

国际人道法从人道的观点出发, 具有一定的积极意义。目前, 加入 1949 年日内瓦公约的国家也有 190 个国家,³和批准加入《联合国宪章》并成为联合国会员国的数字基本一样。我国不仅作为一个缔约国, 对日内瓦公约及其附加议定书有研究, 重视的必要, 就是从国际关系角度出发, 对国际人道法这一法律体系, 也有了解和深入研究的必要。

从国际刑法实践的角度看, 国际人道法也越来越重要。联合国安理会 1993 年 5 月成立了前南斯拉夫国际刑事法庭

(International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), 1994年11月成立了卢旺达国际刑事法庭(International Criminal Tribunal for Rwanda)。这是联合国历史上由自己成立的唯一的司法机构。这两个国际刑事法庭,已经审理了好几十个重要案子,⁴其中包括不少原国家领导人。⁵而联合国安理会给予这两个国际刑事法庭的管辖权(jurisdiction),则是起诉“严重违反国际人道法的行为”(serious violation of international humanitarian law),或“国际人道法的罪行”(crimes under international humanitarian law)。2002年7月1日成立的国际刑事法院(International Criminal Court),其《规约》里所包括的罪行,也就是国际人道法下的罪行。而这些国际人道法下的罪行,在美国纽约联合国“成立国际刑事法院预备委员会”(the PrepCom)和在意大利罗马“成立国际刑事法院外交大会”上讨论时,又被与会代表称之为国际法里的“核心罪行”(the Core Crimes)。⁶

由于国际人道法在国际关系中的实际意义和作用,从事国际法教学和研究者都应对国际人道法有所了解。本篇文章的目的正是为了传播国际人道法的基本内容和原则,以促进和推动对国际人道法的学习和研究。为此目的,下面将论述国际人道法的基本概念和国际人道法的主要内容和发展的。

一、国际人道法的基本概念

国际人道法,是保护战争突受害者和适用战争与武装冲突的法律规范。虽然它不是为了阻止战争或武装冲突的爆发,甚至都不能保证所有交战国或交战方都能严格遵守。但由于它是适用战争或武装冲突的法律规范体系,对国际关系客观上会产生影响,因而有了解关于国际人道法基本概念的必要。

(一) 国际人道法的有关术语

围绕国际人道法,有不少法律术语。其中有的已经成习惯用法。那么,这些术语的基本定义是什么?其相互之间的关系又是如何呢?

1. “战争法”、“武装冲突法”和“国际人道法”

“战争法”(Law of War)出现的比较早,以后又有“武装冲突法”(Law of armed conflict),或战争与武装冲突法,还有现在在国际关系中越来越常见的“国际人道法”。这几个术语经常被混用。那么,它们之间是什么关系?应怎样来理解呢?

传统国际法一向认为,只有国家之间的战争才是国际法上的战争。^[2]战争是敌对国家之间相互使用武力造成的冲突。战争具有相当的规模和范围,并持续一定时间的武装冲突。偶然发生的、地方性的、短暂的边界冲突等,不构成国际法上的战争。^[3]

法律意义上的战争,必须符合一定的规则,如1907年海牙公约规定:战争的开始必须通过宣战。“除非有预先的和明确无误的警告,彼此都不应开始敌对行为。警告的形式应是说明理由的宣战声明或是有条件宣战的最后通牒。”⁷但在现实国际关系中,国家为了规避本国法律上的规定,或为了能在战争一开始就取得军事上的优势,往往采取“突袭”的办法,不宣而战。另外,在第一次世界大战以后,经过国际联盟盟约、尤其是1928年巴黎非战公约的制定,使战争从理论上、从法律上被废除,更是让国家觉得有必要在拆诸武力时回避“战争”的提法。

所以,在“战争”提法被继续使用的同时,又出现了“武装冲突”这一术语,以涵盖发生在国家或其他武装团体之间的所有武力争斗行为。1949年制定的四个日内瓦公约共同第二条明确规定:“本公约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,即使其中一方不承认的战争状态。”其他不少国际文件中也都使用“武装冲突”一词,如1954年的《在武装冲突时保护文化财产公约》和1961年的《维也纳外交关系公约》等。⁸到了1974-1977年“关于重申和发展国际人道法外交会议”,“战争”一词已基本不用了。该外交会议产生的两个重要法律文件,更是明确规定将适用于“国际性的武装冲突”和“非国际性的武装冲突”。⁹

“战争”或“武装冲突”,提法不同,但武力争斗(hostility)这一性质却是一样的。由于废除了战争,武装冲突在法律上有着一些与战争不同的效果,但原来关于战争法的规则仍然适用。所以,又称为“武装冲突法”。¹⁰由于战争法或武装冲突法的规则,主要是围绕“人道方面的考虑”或“人道原则”而制定的,故在国际上越来越经常地被称为“国

际人道法”。

2. “国际人道主义法”还是“国际人道法”

在中国国际法学界，“国际人道法”长期以来被习惯地称为“国际人道主义法”。“主义”一词，从法律方面看非常不妥。这是因为：

(1) “主义”不属于法律用语

“主义”一词的基本词义，是指对“客观世界、社会生活以及学术问题所持有的系统的理论或主张”。^[4]因此，它大都和政治倾向联系在一起。譬如说，“马克思主义”、“列宁主义”、“社会主义”、“共产主义”，“唯心主义”，“唯物主义”，等等。继美国 9·11 事件以后，国内又有人将布什在反恐问题上的强硬态度称之为“布什主义”。

“主义”不是一个法律用语。“主义”虽有各种各样，但都属于道德规范的东西。它不是法律，没有拘束力。换句话说讲，对有系统的理论或主张，你可以相信，也可以不相信；你可以接受，也可以不接受。这和具有法律拘束力的国际人道法规则，完全不一样。换句话说讲，“主义”和“法”是矛盾的。不能既是“主义”又是“法”。

(2) “国际人道法”是个外来词

有关国际人道法一词，最早出现于 1974-1977 年在日内瓦举行的“关于重申和发展适用武装冲突的国际人道法的外交会议”。在那次外交会议上，正式的官方语言共有三种：英语、法语和西班牙语，中文没有被列入会议的工作语言。1974-1977 年的外交会议前后共分为四次开。中国代表团由于缺乏国际人道法方面的专家，所以在参加了第一次会议后，就遗憾退了出来，没再参加后面的会议。^[5]因此，在该外交会议的最后文件（即第四次外交会议通过的法律文件）里，没有中国代表的签字。换句话说讲，中文的“国际人道主义法”或“国际人道法”都是从英语、法语或西班牙语译过来的。

综观整个国际人道法的规则 and 规定，都是基于人道的考虑、为减少战争或武装冲突造成的破坏而制定的。“国际人道法”，明了地反映这一法律规范的基本原则和特点。因此，从国际人道法法系的内容和原则来分析，或是从法律的基本特性来看，与“International Humanitarian Law”或“le droit international humanitaire”相对应的中文译文，应该是“国际人道法”。

(3) “国际人道法”一词应标准化和统一化

众所周知，日语和韩语里面有不少字词，都是从我们中文来的。有不少字尽管发音不同，但词义相同。在翻译过来的这一术语上，日语和韩语的文字上都是“国际人道法”。

另外，国际红十字委员会为了传播国际人道法，曾组织我国香港、台湾和大陆的一些国际法专家学者，就国际人道法常用词语进行了英文和汉语方面的对应翻译。由于上述理由，我建议英语中的“international humanitarian law”应译为“国际人道法”。我还坚持认为：如果能统一该用语，将有益于国际人道法在我国的传播和研究。

其实，国际人道法通过国际刑法的实践，使得国际人道法成为具有非常拘束力的一门法律学科。联合国安理会成立了前南斯拉夫和卢旺达两个国际刑事法庭，目的是为了审理违背国际人道法行为的人。现通过这两个国际刑事法庭的实践，尤其是对前国家领导人的审理，使得国际人道法通过其实践的发展，已成为国际法所有领域内相对来讲最具强制力的一门学科。2002 年 7 月 1 日正式生效的《国际刑事法》所规定的国际法下的罪行，也主要是严重违反国际人道法的行为。在这种情况下，如果继续使用“国际人道主义法”，实在不妥当。

(二) 国际人道法的定义

国际法学者都清楚：国际法是调整国家之间的关系的具有拘束力的原则、规则和规章、制度的总体。但国际法不仅调整国家之间在和平时期的关系，而且还调整国家之间、国家与其内部武装团体、或各武装团体相互之间在战争和武装冲突期间的关系。换句话说，国际人道法是调整在战争和武装冲突时期的规则、原则和规定的法律。它是国际法的一个分支。

红十字国际委员会曾对国际人道法作过一个简明、扼要的定义。它认为：“由协定或习惯所构成的、其目的在于为

解决由国际性和非国际性武装冲突直接引起的人道问题，以及出于人道方面的原因、为保护已或可能受武装冲突影响的人员及其财产、而对有关冲突方使用的作战手段和方法的选择进行一定限制的国际规则(international rules)。”¹¹因此，国际人道法，是在战争或武装冲突中，以条约和惯例为形式，用来保护不直接参加军事行动（如平民百姓）或不再参加军事行动（如军事部队的伤、病员和俘虏）的人员为目的、并规定各交战国或武装冲突各方之间交战行为的原则、规则和制度的总体。这就是它的定义。

然而，每当人们讨论战争或武装冲突时，总是把落点放在“谁对谁错”，或这场战争“应该不应该”方面。比如：2001年10月，当美国及其盟友向阿富汗塔利班政权发动军事进攻时，就有很多关于美国这样做是否违反国际法、塔利班政府是否因为本·拉登而受到攻击的讨论。再比如：关于目前在对伊拉克核查问题上，美国在军事和外交方面对伊拉克施加了不少压力。因此，在该问题上的讨论一般也都集中在美国这样做是不是合理这一点上。其实，从国际法的角度来看，战争或武装冲突可以从它起始的原因方面来进行研究，也可以从它进行的方式方面来进行研究。这方面有两个拉丁语词汇：一个是“*jud ad bellum*”，另一个是“*jus in bello*”。前一个词语，主要是讲国家具有诉诸战争的权力；而后一个词语，则将要点放在从事战争或武装冲突的方法和手段方面。“*jud ad bellum*”和“*jus in bello*”反映了国际法上两个层面的问题，非常重要。它是研究国际人道法时所必须了解的。

1. “*jud ad bellum*”与“*jus in bello*”

“*jud ad bellum*”，是指国家具有诉诸战争的权力，因而也是关于战争或武装冲突的性质，即某一场战争或武装冲突应该不应该被发动的问题。

很长一段时间里，我们在国际法的理论上比较强调它的阶级性，¹²认为它是统治阶级意志的反映。在战争法和武装冲突法领域里，则一直坚持正义战争论(*bellum justum*)，认为所有的战争和武装冲突都应分为“正义”和“非正义”的、“合法”和“不合法”。¹³对于“正义”或“合法”的战争，我们应该支持；而对于“非正义”以及“不合法”的战争与武装冲突，我们应该明确地谴责和反对。¹⁴

其实，战争或武装冲突的“正义性”问题，和以前我们强调的国际法阶级性的情况有点相似。我国著名国际法学家周鲠生，曾将国际法定义为：“国际法是在国际交往过程中形成出来的，各国承认的，表现这些国家统治阶级的意志，在国际关系上对国家具有法律拘束力的行为规范，包括原则、规则和制度的总体。”¹⁶这个定义把国家统治阶级的意志包括在内，试图说明国际法的阶级性。周老对国际法下这个定义，实事求是地说，这与当时的大的环境有一定的联系。“但是，国际法是国家之间的法律，因而，如何确定这个法律的阶级性无论在理论上或在实践中都是一个无法解决的难题”。¹⁷因此，法律的阶级性也好，战争或武装冲突的“正义性”也好，尽管有良好的愿望，但在实践中都是不好解决的问题。

在人类历史上，有了战争，也就有了关于战争的规定，其历史很长。¹⁵然而，战争或武装冲突在国际法的不同发展阶段，具有不同的法律地位。作为一个主权国家，在传统国际法下，都有诉诸战争的权利。究其原因，是因为在国际社会里，国家是主权的，并且在国家之上不存在能强制国家遵守国际法的任何中央权力机关，所以“战争权”被看作是国家的“绝对的主权”，是国家为实现基于国际法或自称基于国际法的权利主张的一种自助手段，甚至是用以否定和改变以现行国际法为依据的合法的工具。¹⁸在1907年举行的第二次海牙会议上，只有一种战争，即为了追索私人债权而发动的战争，被认为是非法。¹⁶

传统国际法认为战争是国家可以诉诸的工具，这一认识一直延续到19世纪末20世纪初。此后，在国际法上、尤其是战争法上才出现为国际法学者所熟知的一个比较大的变化。

1899年海牙和平会议上缔结的《国际纷争和平解决公约》规定：“为国际关系上尽量免除诉诸武力起见，缔约各国都愿尽力于国际纷争之和平解决。”这在国际法上还是第一次对国家以战争来解决国际争端的“权利”进行了限制。以后，1907年的海牙公约又重述了上述规定。尽管这些规定在现在看来比较微弱，但毕竟对缔约国诉诸战争的“绝对权利”施加了某些法律上的限制，反映了人们要求和平的良好愿望。

第一次世界大战的爆发及其给人类带来的灾难，使得对使用武力进行严格的国际法律管制的呼声更加高涨，以至于

在国际社会中出现了空前未有的和平主义思潮。在这一背景下，1919年在巴黎和会上缔结的《国联盟约》规定：该盟约各国，“为增进国际间合作并保持其和平与安全起见，特允承受不从事战争之义务。”从而对国家的战争权利作了进一步的限制。然而，这里所被禁止的战争只限于正式的或法律意义上的战争。那些在事先没有宣战而使用武力的实际战争状态，则不属于禁止的范围，另外还有平时封锁、平时军事占领、武力报复，等等。

在国际社会推动禁止战争的历史进程中，值得一提的是1928年的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般公约》（简称《巴黎非战公约》）。¹⁷由于“相信断然地废弃将战争作为实行国家政策工具的时机已经到来”，¹⁸《非战公约》的“缔约各方以它们各国人民的名义郑重声明：它们斥责用战争作为实行国家政策的工具，并在它们相互关系上，废弃战争作为实行国家政策的工具”；并还同意，它们之间可能发生的一切争端或冲突，不论其性质或起因如何，都只能以和平的方法加以处理或解决。”¹⁹该公约是人类上第一个禁止以战争作为解决国际争端的方法和推行国家政策的工具的多边条约。尽管存在一定的缺陷，²⁰但《巴黎非战公约》的制订标志着国际法上的一个根本的改变：在公约以前，国家承认战争为一个正常的法律制度；而在公约以后，在法律上就再也不能像以前那样把战争作为法律救济方法而诉诸战争了。

《联合国宪章》不仅确认了这一原则，并将其扩展为在国际关系中禁止使用一切武力或以武力相威胁。《联合国宪章》序言开宗明义地宣布，“联合国人民……非为公共利益，不得使用武力。”第二条规定：“各会员国应以和平方法解决其国际争端，避免危及国际和平、安全及正义。各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”因此，只要是违反上述规定地使用武力均在禁止之列。

所以在国际法上，人们一直试图把战争分成“正义”或“非正义”，并由此禁止属于“非正义”的战争，目的是为了限制战争，即：只有“正义”的战争才是可以的。战争是否正义，主要是看发动战争的原因。根据“正义战争论”，战争需要有正当的理由；“正义”与“非正义”的界线，通常是通过战争的性质或目的来确定。

然而在实际中要做到这一点则比较难。国际法并没有无条件地在任何情况下都禁止使用武力，《联合国宪章》规定在某些情况下允许使用武力。譬如：为执行联合国安理会的决议而采取的强制性措施，行使自决权或根据民族自决权原则而使用武力或进行武装斗争，都是合法的。因此，在国际社会目前还没有一个普遍接受“侵略”定义的情况下，在没有一个客观标准的情况下，只要战争或武装冲突一爆发，各方自然都宣称自己这边是正义的、合法的。在这种情况下，要确定某一战争或武装冲突的性质，不是一件易事。

譬如，伊拉克1990年侵入科威特。尽管伊拉克把科威特整个国家都给灭了，将它变成了自己的一个省。但伊拉克却认为它师出有因，在“正义性”方面也有说的。再譬如，美国为首的北约组织，在1999年的3月至5月，在没有受到任何外来干预的情况下，对南斯拉夫主权国家进行了长达78天的轰炸，从而对该国的经济和人民的生命财产造成了极大的损失。然而，如果要从国际法上讲：北约的轰炸是否是“正义的”行为，又是否属于国际法上的不法行为。恐怕也是各说各的理，很难有统一的、客观的结论。

而“*Jus in bello*”，则是指战争和武装冲突一旦开始了以后所应适用的法律规范，即：战争和武装冲突应如何进行、有关冲突各方应使用什么样的战争手段，等等。它不去追究战争发生的原因，也不问武装冲突各方谁是谁非。因此，它与有关战争或武装冲突的“正义性”问题，在国际法上是属于二个层面上的问题。

这样，具体要求某一特定的战争或武装冲突，首先武装进攻或侵略的一方是非正义的，但它同时却有在战争或武装冲突中始终遵守有关战争法规的规定的可能性。另一方面，某个国家或战争团体进行的是正义战争，因为它在行使国际法下的自卫权。然而，它可能在行使自卫权时则有违法行为，即没有遵守有关战争和武装冲突的有关法规。

有的国家，如伊拉克1990年对科威特的入侵，明显造成了对科威特国家主权和领土完整的侵害，违反了国际法上的主权原则，因而是非正义的。但尽管如此，伊拉克另外还有必须在入侵科威特的军事行动中遵守国际法上有关的战争法规。同时，为制止伊拉克入侵行为的有关战争中的一方，即美国和其同盟国的武装部队，在落实联合国有关决议、制止伊拉克侵略行为时，也有遵守这些战争法规的义务。同样，美国在9·11事件后、对阿富汗塔利班政权的军事打击，

在国际法上可能属“行使自卫权”范畴内的行为。但如果美国部队在军事打击中，有故意伤害平民百姓、非军事目标、或红十字救济物质等，即便战争的“正义性”不构成问题，那也犯下了属于国际人道法上的国际不法行为。有关行为的负责人，也应在国际人道法的规定下被追究个人刑事责任。

国际法上之所以有“*jus ad bellum*”和“*jus in bello*”之分，是因为战争或武装冲突虽然可能有“正义”或“非正义”之分，但只要是战争，其造成的客观后果几乎都是对人的伤害和对生活环境的破坏。国际人道法存在，不是要取消战争或武装冲突，而是在基于国际社会始终发生有武力冲突、以及武力冲突必然带来的破坏性这一事实，出于人道的考虑，为尽量减轻战争与武装冲突给人类带来的灾难而制定的法律规范。国际人道法在其适用时不考虑冲突的原因，不去追究谁是“占领者”或是“侵略者”，也不涉及战争的“正义”或“非正义”性。国际人道法只是从人道的原则出发，给不直接参加战争与武装冲突的人员（如平民百姓）和那些先是参加但后又退出战争或武装冲突的人员（即武装部队的伤、病员）以一定的保护。

因此，关于“*jus in bello*”的规则，其实也就是“国际人道法”定义下的规则。

综上所述，“*jus ad bellum*”是关于战争或武装冲突的正义性或合法性问题。它主要是国际法大的范畴内的问题，因为它和国家的基本权利和义务联系在一起（如自卫权）。“*Jus in bello*”则主要是国际人道法方面的规则。并不涉及、也不去追究战争或武装冲突的起因或动机。换句话说，国际法承认战争与武装冲突这一事实，但同时包含一些对进行战争或武装冲突的行为加以限制的规则。这些规则就是国际人道法，是国家在习惯上或依据特别协议，同意在发生战争或武装冲突时予以遵守的。了解这点，对研究国际人道法至关重要。

（三）关于国际人道法的哲理

关于战争和武装冲突应如何进行的法律规范，主要是指基于国家普遍承认的实践和国家之间达成的协议的国际法的习惯法，如1899年和1907年的海牙公约。另外还主要有关于保护战地武装部队伤、病员、战俘和平民的1949年签定的日内瓦公约，以及1977年制定的日内瓦公约的两个附加议定书。这些关于战争和武装冲突应如何进行的法律规范，属于“*Jus in Bello*”，也是一般意义上的国际人道法。

那么，为什么其效果本身在于破坏法律与秩序的战争或武装冲突，还要按照法律规则来进行？为什么一个为生存而不得不进行作战的国家，却同意自己的行为受法律的限制？要解答这些问题，首先得了解有关战争法的哲学思想。

战争是暴力行为，是国家相互之间为了彼此制服而进行的武力争斗。然而，战争本身不是目的，它只为达到某个目的而采取的一种手段。爆发战争或武装冲突、或有关国家及武装团体投入战争或武装冲突的原因，可能是领土之争、权利之争，也可能是为了保卫自己的国家、反对外国占领或殖民统治等，然而，不管参战的国家或团体的最终目的是什么，该目的只能通过以武力战胜敌对方才能实现。由一方打败了另一方、从而迫使战败者屈从战胜者的任何要求，以达到进行战争或武装冲突的最终目的，这是历史上屡见不鲜的现象。其实，战争的目的与发动战争的原因或动机紧密相联。要使敌人屈服，就得首先在武力上战胜敌人。正是这种以战争作为实现目的的手段之必要性，才使得战争变得残酷无情。

对于战争本身不是目的这一论点，马克思列宁主义就明确认为：战争是政治的另一种手段（暴力）的继续。^[9]毛泽东则更是一针见血地指出：“战争是政治的特殊手段的继续。政治发展到一定的阶段，再也不能照旧前进，于是爆发了战争，用以扫除政治道路上的障碍。”^[10]因此，“政治是不流血的战争，战争是流血的政治。”^[11]战争本身不是目的的论点，在“核武器的合法性”一案中，也得到了国际法院法官的认可。^[12]既然战争本身不是目的，因而，只要能达到战争目的，就没有必要对进行敌对行为的具体个人，施加不必要的痛苦，因而就有需要对作战方法和手段，进行一定的限制。

早期研究战争法的论述，除了对神圣的人或物，即教士和教会财产存有一定的顾虑以外，很少考虑到应该对战争中交战双方的行为作某些限制的规定。直到文艺复兴时期，人们才开始对战争受难者的命运给以关注。^[13]还在启蒙运动时期出现了一种对战争新的看法，即：战争是“国家行为”，是国家与国家之间政治的产物，战争应该仅局限于作战人员之间，而不应该伤害平民百姓，也不应该破坏与军事目的无关的财产。持这一观点比较典型的要数卢梭（J.J.Rousseau），他认为：

“战争绝对不是人与人之间的一种关系，而是国与国的一种关系，在战争之中，个人与个人绝对不是以人的资格，而是以公民的资格，才偶然地成为敌人的；他们绝对不是作为国家的成员，而只是作为国家的保卫者。”^[14]他进一步解释：

“由于战争的目的是为了使敌国屈服，士兵有权利消灭该敌国武装的保卫者；然而只要敌国的武装人员放下武器并且投降，就不再是敌对人员或敌国政策的工具，他们就又回到原来意义上的人（即平民百姓）。在这种情况下，任何其他的人再没有杀死他们的权利。在消灭一个国家的同时，而不杀死该国的任何国民，某些时候是可能的。战争只是给予为取得胜利所必须采取的破坏。这些原则不是格老秀斯的发明，也不是诗人魅力的产物。它们来自事物的性质，是基于理性的结果。”^[15]

鉴于战争规则的大部分都属于人道的性质，对这些规则的遵守并不妨碍战争所追求目标的实现，因此，在战争或武装冲突期间，这些规则是必须不问战争或武装冲突的合法性而必须予以互相遵守。²¹

（四）国际人道法的适用范围

就像每个法律学科都有适用范围一样，国际人道法也有其自己的适用范围。

在传统的战争法中，有“海牙法系统” (The Hague Law System)和“日内瓦法系统” (The Geneva Law System) 之分。“海牙法系统”主要是指那些战争如何开始、进行和结束的规则；“日内瓦法系统”则主要是指那些处理战争与武装冲突结果，即如何保护那些不直接参与战争或先是参与但以后又退出战争的那部分人（统称为“战争受难者” (the victims of war) 的法律规则。²²

早期战争法上最重要的发展，是 1868 年签定的《圣彼得堡宣言》和 1899 年及 1907 年两次海牙公约。

1868 年签定的《圣彼得堡宣言》，是人类历史上第一次以公约的方式，明确在战争中禁止某一特定的武器。该宣言规定：“考虑到文明的进步，应尽可能减轻战争的灾难……缔约国相互保证，在它们之间发生战争时，它们的陆军和海军部队放弃使用任何轻于 400 克的爆炸性弹丸或是装有爆炸性或易燃物质的弹丸。”它还规定：“由于武器的使用无益地加剧失去战斗力的人的痛苦或使其死亡不可避免，将会超越这一目标（即“削弱敌人的军事力量”的目标；因此，这类武器的使用违反了人类的法律。”

《圣彼得堡宣言》的意义，在于它在战争法中开始确立“禁止使用将引起不必要痛苦的作战手段和方法”的原则。该宣言为了人道的目的，在其最后一段规定：“一旦由于将来在军备方面的改进而提出明确建议时，缔约国或加入国保留今后达成一项谅解的权利，以维护它们已经确定的原则，并使战争的需要符合人道的法律。”

正是为了使战争的需要能够符合人道的法律，后来所制订的 1899 年和 1907 年海牙公约的附件（即：《陆战法规和惯例的章程》）又作了进一步地重申，²³认为，“基于即使是在（战争）这样极端的情势下，仍为人类的利益和日益增长的文明的需要而服务的愿望”。²⁴ 所有这些用语都反映了从人道原则出发，在战争或武装冲突的情况下，重申和发展有关人道法规范的重要性和必要性。

1899 年和 1907 年的这两个海牙公约，在战争法上对作战人员的原则和规则，以及对战争的手段和方法的限制上，起了很大的作用，其中不少都是开创性的。海牙公约还对人员的资格作出了规定。根据附件《陆战法规和惯例的章程》的规定，有关战争的法规、权利和义务不仅适用于军队，也适用于民兵和志愿兵，只要他们具备以下条件：

- (1) 由一个对部下行为负责的人指挥；
- (2) 有可从一定距离加以识别的固定明显的标志；
- (3) 公开携带武器；
- (4) 在作战中遵守战争法规和惯例。²⁵

海牙公约还给予被占领土上的居民以作战人员的地位，只要他们在敌人迫近时自动拿起武器、并遵守战争法规和惯例。²⁶而不管是作战人员还是非作战人员，在被敌人俘获后都有权享受战俘的待遇。²⁷ 战俘是“处于敌国政府权力之下，而不是在俘获他们的个人或军队的权力之下。”对于他们所应享有的人道的待遇，海牙公约作出了较为详细的规定。²⁸

战争法公约的编纂并不是从零开始，而是在已有的法规和惯例的基础上进行修改、整理和编纂。正如 1899 年海牙第二公约前言所说：“认为为此目的（即为了人类的利益和文明需要的目的），修改一般战争法规和惯例，使其臻于更明确，或为其规定一定的界限，以尽可能减轻其严酷性是重要的。”然而编纂不可能尽然，尤其是在不能达成完全一致的情况下，会因此留下空白。考虑到这一点，海牙章程明确表明，“现在还不可能对实践中所出现的一切情况制定一致协议的章程”。但同时，缔约各国又不愿意军事指挥官在战争中任意武断行事。为防止出现这种情况，于是就制定了“马尔顿条款”（Marten's Clause）。在二个海牙公约的所有规定中，最重要的大概就数其序言部分的“马尔顿条款”。该条款规定：“在颁布更完整的战争法规之前，缔约各国认为有必要声明，凡属他们所通过的规章中所没有包括的情况，居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖，因为这些原则是来源于文明国家间制定的惯例、人道法规和公众良知的要求。”尽管这一条款是放在公约的序言部分，只是起对解释公约的指导作用，对缔约国没有拘束力。但由于它将对作战人员和非作战人员的保护置于国际法的一般原则上，而不是某一个具体的公约或协定上，并可用来填补战争法在其发展的任何阶段所存在的“真空”（*lacunae*），因而对国际法中的人道法地位的解释，起了相当的作用。²⁹

在战争法的编纂历史中，1899 年和 1907 年两次海牙和平会议起了重要的作用。但另一方面，在日内瓦签订了一系列关于保护战争受难者公约：从 1864 年、1906 年、1929 年到 1949 年的日内瓦公约以及 1977 年签订的关于日内瓦公约的两个附加议定书，所有这些公约和议定书构成了国际人道法的重要部分。由于日内瓦公约体系的发展。在下面关于“国际人道法的主要内容与发展”部分中还要详细提及，这里就暂时省去。

国际法院（International Court of Justice）在其就联合国大会要求提供的“使用或威胁使用核武器的合法性”一案的咨询意见中，除了谈核武器的合法性问题，也涉及国际人道法的定义和适用范围。因此，国际法院在《使用核武器或以核武器相威胁的合法性问题》上的咨询意见，对国际人道法一些基本原则的解释，具有特殊的意义。

在关于传统战争法上有“海牙法”和“日内瓦法”之分这一问题上，国际法院法官认为：有关如何从事敌对行为的法律，即所谓“海牙法”，是在国际社会缔结的一系列条约中开始发展起来的；而保护战争受害者的法律，即所谓“日内瓦法”，则是单独在日内瓦公约的历史进程中发展起来的。以后这两个法系通过 1977 年的附加议定书的制定，而相互联系起来。实际上，“海牙法”和“日内瓦法”之间的区分从未真正存在过。如果看一下 1862 年伯利法典和 1874 年布鲁塞尔会议文件，就会发现：那时候的战争法和战争习惯，就已经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个人予以保护的规则。另一方面，日内瓦公约也已包括有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的规则。当然，这本身也是国际法习惯法规则之一。因而，1977 年附加议定书的法律效果，并不是第一次将这两种规则客观地统一在国际人道法之内，而只是排除以前人为所造成的错误区分。某种意义上讲，“国际人道法”只是“战争法”的现代用语。^[16]

国际法院认为：

“传统国际法上所称呼的‘战争法规和惯例’，部分地以 1868 年《圣彼得堡宣言》和 1874 年布鲁塞尔会议为基础，是人们在海牙进行编纂（包括 1899 年和 1907 年海牙公约）的结果。‘海牙法系统’，更准确地说，《陆战法规和惯例的章程》规定交战各方行为的权利的义务，并限制其在国际武装冲突中杀伤敌方人员所使用的手段和方法。除此以外，还有旨在保护作战部队的伤、病员和不参加敌对行为，即战争受难者的‘日内瓦法系统’（1864 年，1906 年，1929 年和 1949 年公约）。这两个在武装冲突中适用的法律体系互相紧密地联系在一起，并逐渐发展成为今天被称之为‘国际人道法’的单一的、复合的法律体系。”^[17]

由于国际人道法适用于战争或武装冲突，有时仍被称作“战争法”、“武装冲突法”或“战争与武装冲突法”；又由于战争法或武装冲突法是基于人道原则、为了减轻战争带来的灾难而制定的，有时被称为“人道法”。尽管这些术语互相混用，但正如国际法院所指出的，都属于国际人道法的体系。因此，在西方法学界讨论中现在所提到的战争法或武装冲突法，基本上就是指国际人道法。

（五）国际人道法的基本原则

关于国际人道法的基本原则，可以借鉴国际法院权威性的意见。

国际法院应联合国大会的请求，在 1996 年 7 月 8 日就使用或威胁使用核武器的合法性问题发表的咨询意见中，³⁰对国际人道法的基本原则发表了意见。在那个案子中，国际法院主要是审查有关核武器的合法性的问题，但为了将这一问题说清楚，它同时也讨论了国际人道法的基本内容和原则。

正如韦仑曼特里法官所说：“国际法院在其以前的案例中也曾涉及到人道法，如 1949 年的《科孚海峡案》和 1988 年《边境以及跨边境的武装行为案》（尼加拉瓜诉洪都拉斯）等。但在‘核武器合法性案’以前，国际法院从未有机会深入地审查(examine)人道法问题。所以目前的案例（指‘关于核武器合法性案’）向法院提供了一个绝好的机会。”国际法院在《使用核武器或以核武器相威胁的合法性问题》咨询意见里，列出了一些“构成人道主义法制度的核心原则”。这些原则是：区别原则，禁止使用不分皂白的武器的原则，禁止对战斗员造成不必要的痛苦的原则，以及国家在使用武器方面并非具有无限制的选择手段的原则。^[18]

除了国际法院在这里所列举的以外，国际人道法还有一些其他的原则。如“军事必要原则”和“比例原则”等。由于篇幅有限的原因，在这里仅介绍国际人道法里的重要的“区别原则”和“避免不必要伤害的原则”。

1. 区分原则

“区分原则”是一个看似简单、但却含有深刻道理的原则。在世界上任何国家的刑法里，谋杀都是一种犯罪行为。但作为一个军人，在战场上杀死敌人，则不算犯罪，只要对方也是一个从事战斗的军人，战斗中也没有违反任何战争法规，而且杀的敌人越多，立的功劳也越大。这是简单的常识。然而，它提示了在任何战争或武装冲突中，首先必须区别战斗员和非战斗员的这一最基本的义务和责任。

国际法院在关于核武器人才合法性问题的咨询意见中认为：“构成国际人道法内容最基本的原则是：第一，区别战斗员和非战斗员，以保护平民及其财产；国家决不能将平民作为攻击目标……国家在选择其使用的作战手段和方法方面，并不拥有无限制的权利。”^[19]“区分原则”（即区别战斗员和非战斗员）和“限制作战手段和方法原则”，是国际法院所认为的国际人道法中的最基本的原则。国际人道最基本的限制或规定，就是要区分战斗员与非战斗员。在战斗中，消灭敌人，摧毁对方军事目标，都是合法的；但如果被攻击的属于非军事目标，如平民百姓、平民居住区、教堂、红十字救护站或设备等，则破坏了区分原则，因而是不法行为。在国际人道法中，所有如此众多的条款和规定，归根结底，都集中在这一点上，即在战争或武装冲突中，不能对不参加战斗或已退出战斗的人员（总称为 *hors de combat*）施加攻击。

在国际人道法上，区别原则是“旨在保护平民和民用目标、而确定战斗员和非战斗员之间的区别”的最重要的原则之一。国际法院在《使用核武器或以核武器相威胁的合法性问题》咨询意见里，重申这项原则是人道主义法的“核心原则”。³¹尽管这项规定以条约的形式出现在第一附加议定书的第 48 条中。但战争法上很多古老的规则，其实都源自这项原则，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，等等。

与“区分原则”相关的还有“中立原则”，这也是国际人道法的一个重要原则。根据这一原则，受保护人员必须严守中立。该原则的意义是非常清楚的：既然公约约定的受保护权力只给予那些“不直接参加或不再参加敌对行为的人员”，那么，任何团体或个人，只要继续从事“有害于”敌方的行为，自然就不能主张这项权利。比方说，一个负伤的作战人员，在公约的含义下，属于被保护人员，但前提是他必须放下武器。如果他不顾伤痛，继续射击或参加战斗，那他当然地不属于国际人道法概念里的“受保护人员”。正是由于这一点，日内瓦公约及其附加议定书里经常出现“中立”（*neutrality*）这一术语。

“中立”这一术语，早在 1864 年的日内瓦公约里就开始使用。其概念很是贴切。它用一个词，就表示出了国际人道法中受保护人员所处地位的两个方面：权利和义务。按照 1949 年日内瓦《第一公约》³²和《第二公约》³³的规定，医务人员以及医院和医辽单位等，都是公约所保护的對象。他们之所以受到保护，是因为他们从事有关人道职责方面的工作。而一旦他们超越出其人道职责的范围，如从事有害于敌方的行为，就得受到警告，并在警告继续被忽视的情况下，可按照公约的规定，停止其在国际人道法规则下享受的保护。

概括地讲，国际人道法里的“受保护人员”，必须在武装冲突的任何时候都严守中立，即不参加实际的敌对行为。

如果放弃中立，这些本该受公约保护的人员将不再受到公约的保护。

（2）避免不必要伤害原则

在 19 世纪，卢梭的有关“战争是国家行为”，“是国家武装力量的斗争”的思想在欧洲有很大的影响。正是在这一思想流行的背景下，产生了《巴黎会议关于海上若干原则的宣言》（1856 年）、《改善战地武装部队伤者境遇的公约》（1864 年）以及《圣彼得堡宣言》（1868 年）。其中，《圣彼得堡宣言》明确规定要“尽可能减轻战争的灾难”。该宣言还认为在战争中应尽力实现的“唯一合法目标是削弱敌人的军事力量”。而为了实现这一目标，所有参战各国“应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力”。因此，战争的最直接目的在于消灭敌人的军事力量。既然目标在于消灭敌人的军事力量，因而应尽量避免无助于实现这一目标的“不必要的痛苦”。基于这一逻辑思想“使用那些将引起失去战斗人员不必要痛苦或使其死亡不可避免的武器”，将被看作会“超越这一目标”；所以，《圣彼得堡宣言》的最后结论是：“这类武器的使用违反了人类的法律。”

相对来说，在 18 世纪和 19 世纪，“一切战争行动的基础就是消灭敌人的军事力量”的论点比较流行。^[20]所谓“削弱或消灭敌人的军事力量”，是指必须把敌人的军事力量减少到不能再进行战争的状态，或者说是解除敌人的武装。基于这样的认识，在战争或武装冲突中应尽量回避那种并不带来军事利益的痛苦，即所谓“不必要的痛苦”，或者是带来的军事利益相对较小的痛苦。甚至还有一种认识：由于通过违反战争法而可能获得的军事利益，可能不及由此带来的不利，如遭受报复，失去中立国的同情等。^[21]因而，“18 世纪和 19 世纪的战争，是武装部队之间的战争，而不是人民之间的战争。”^[22]

在国际人道法中，“不必要痛苦”（unnecessary sufferings）是一个经常使用的术语。它准确地揭示了战争的目的和限制作战手段和方法的逻辑关系：既然战争的最直接目的是为了消灭敌人的军事力量，那么在战场上只要以正常的手段能将敌人杀伤，使其减少到不能再继续进行战争或武装冲突的状态，即可说是已达到目标；但如果使用某种武器，致使敌人即使在退出战斗以后，仍还继续遭受痛苦，则是已超出作战目标，因而是不必要的，应予以避免和禁止。正是基于这一根本的思想，国际人道法禁止使用达姆弹（进入人体后会起爆炸的子弹）³⁴和任何其他主要作用在于以碎片伤人而其碎片在进入人体后无法用 X 射线检测的武器。³⁵

二、国际人道法的主要内容与发展

现在经常提到的国际人道法，并不完全是新的东西。从最初的日内瓦公约或战争法公约发展成为现在相当完整的体系，其中经过若干阶段和一百多年的历史。除日内瓦公约的两个附加议定书中的一些规定以外，它们都是在以前的公约的基础上，吸收历次战争的经验，修正补充而订成的。

概括地讲，国际人道法上的每次发展，每个公约的制定，都是国际社会对战争或武装冲突带来的灾难进行反思的结果，如 1864 年的日内瓦公约、1929 年的战俘公约、1949 年的四公约、以及 1977 年的二个附加议定书，等等。

（一）保护战争受难者的法律文件

国际人道法（日内瓦公约体系）的规则，在其发展过程的很长一段时间内，并不规定战争本身的法律地位或交战国际的一般关系，亦不涉及交战国使用的武器或战争方法，更不涉及交战国和中立国间的权利义务，而只是从人道的原则出发，给予战争受难者武装部队的伤者病者、战俘和平民等以必在的保护。国际人道法最主要的法律文件是 1949 年的四个日内瓦公约和 1977 年的两个附加议定书。

1949 年 8 月 12 日订立的日内瓦公约，即：

- （1）《改善战地武装部队伤者病者及遇船难者遇公约》（简称《第一公约》）；
- （2）《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇公约》（简称《第二公约》）；
- （3）《关于战俘待遇公约》（简称《第三公约》）；
- （4）《关于战时保护平民公约》（简称《第四公约》），

这四个日内瓦公约属于战争法的一个特殊部分，其总体构成所谓日内瓦体系中主要的规则，以区别于构成传统战争法的海牙体系的规则。只是到了 1977 年 6 月 8 日，订立了两个议定书，即：

- (1) 《关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（以下简称《第一议定书》）；和
- (2) 《关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（以下简称《第二议定书》）。

这两个附加议定书，包含不少原来属于海牙体系的规则。因此，1977 年附加议定书的订立，使原来战争法上分属于日内瓦法体系与海牙法体系合到了一起，组成了现在常提到的国际人道法。1949 年日内瓦四公约及其 1977 年的两个附加议定书是国际人道法最基本的法律文件。

1. 1949 年日内瓦四公约

1949 年日内瓦四公约，是在联合国框架外订立的国际法律文件。其前后的发展也有近 140 年的历史。早在 1862 年，瑞士人亨利·杜南（Henry Dunant）发表他的“沙斐利洛的回忆”（Souvenir de Solferino），描述 1859 年法、意对奥帝国战争中沙斐利洛战役的惨状，以唤起世人对于战时护伤病员问题的注意。他提倡各国创立救护团体，并建议由各国政府订成“协定的神圣的原则”（Principe conventionnel et sacre），作为各国救护团体活动的基础。由于他那本书的影响，在瑞士随即发起了红十字组织运动。1863 年创立红十字会组织的日内瓦国际会议在决议中表示希望使伤员和医务人员“中立化”（Neutralisation）；而这一希望由于 1964 年瑞士联邦政府召集的外交会议而获得实现。该会议订立了一个改善战地伤兵境遇的公约，那就是 1864 年的日内瓦公约。

1864 年日内瓦公约是最早的日内瓦公约，也是狭义的、传统意义上的日内瓦公约。该公约的意义，在于它是第一次在战争法中订出有关伤兵待遇的原则，从而使陆战规则“法典化”迈出了第一步。这个公约尽管一共只有 10 条，但它定出的 3 个原则，一直为以后的日内瓦公约所保留。它们是：（1）军人负伤、患病，从而失支战斗力和防卫能力的，都应当不分国籍予以尊重和照顾；（2）为伤兵的利益，军事救护四和医院以及医务人员均应享受中立利益，即应予以保护，不使他们遭到敌对行为；（3）“白底上一个红十字”为鲜明的救护符号。

亨利·杜南的基本思想主要有二点：第一，受伤的人必须得到及时的照顾和治疗；第二，为了减轻战争受难者的痛苦，必须得有所组织。这基本思想的道理很简单，如果要去战场照顾伤、病员，就必须要有个协定，以保障安全地从事救护工作；而要为将照顾伤、病员的人与进行战斗的人分开，就必须要有个鲜明的符号以便区别。这协定就是 1864 年日内瓦公约；这区别的标志就是鲜明的白底红十字符号。到了 1867 年西方主要国家除美国外³⁶都批准了 1864 年公约。从那以后，几乎世界各国都参加了这一公约。这样，它就成了一个世界普遍性的公约。

1864 年日内瓦公约的内容不多，就当时看来，已经不够。况且它只是为陆战而订的规则，不适用于海战。为弥补这些缺点，瑞士政府又于 1866 年召集了一个国际会议，草拟了一个含有 15 条规定的公约。前五条补充 1864 年的公约，后十条适用 1864 年公约的原则于海战，然而，这个会议定出的公约始终未被批准。到了 1899 年的第一次海牙会议，才制订出《推行 1864 年日内瓦公约原则于海战的公约》，并且希望瑞士政府设法召开一次会议，以修正日内瓦公约。结果，1906 年 6 月在日内瓦召开了一个包括中国前清政府在内的 37 国会议，订成了《1906 年改善战地伤者病者境遇的日内瓦公约》，从而对 1864 年日内瓦公约作了修正和补充。

最初，日内瓦公约里人道的保护只是适用于战争的伤者、病者。但经过第一次世界大战，不但 1906 年日内瓦公约需要修订，就是战争的其他受难者，尤其是战俘的境遇，也引起了注意。在战俘待遇问题上，虽然 1907 年海牙第四公约（即关于陆战法规和惯例公约）的第一编第二章里有所规定，但一共只有 17 条，多半属于原则性的规定。第一次世界大战中的经验证明，海牙第四公约不能满足保护战俘的需要，因而对于战俘待遇有作全面规定的必要。因此，1929 年日内瓦会议除对于《1906 年改善战地伤者病者境遇的日内瓦公约》又加以修正和补充外，新订了一个关于战俘待遇的公约。这就是 1929 年日内瓦公约，它取代了 1907 年海牙第四公约中关于战俘的规定。由于所有这些公约的内容为后来的 1949 年公约所代替（1949 年公约的内容和原则将在后文叙述），为避免重复，这些公约的内容在此就不作详细论述。

在 1949 年 8 月 12 日制定的日内瓦四公约中，前三个公约都是关于作战人员，第四公约《关于战时保护平民的日内瓦公约》则是一个保护平民的公约。而专门为保护平民制定公约，在战争法上还是第一个。所以在 1949 年日内瓦公约

中，第四公约是全新的。尽管如此，该公约只是补充、而不是替代以前海牙公约中有关保护平民的规定。

要制定保护平民的公约，理由很清楚：在战争受难者中除了伤、病员需要保护以外，平民也需要保护，这是显而易见的。第一次世界大战期间早已表现保护平民规则的缺乏。海牙第四公约所附规则虽然在第二和第三对于占领当局的权力的限制和居民的保护方面，作了一些原则性的规定，但这些规定对于战时保护平民是不够用的。在第二次世界大战爆发之前原来已有召开国际会议讨论拟定战时保护平民公约的计划，由于大战的爆发而未能实现。以至于在第二次世界大战期间，随着战争范围的扩大和深入，战争受难者的境遇越来越惨，尤其是在德国、日本法西斯占领地域，大量的平民遭受了拘禁、残杀和其他种种非人道的待遇。如果在第一次世界大战中，平民的死亡人数占总人数的13%；而在第二次世界大战期间，则高达70%。^[23]平民的这些痛苦的经历，使人们更加认识到有对战时保护平民专门拟定公约、以贯彻日内瓦公约人道原则的必要性。某种意义上，这个公约是对在第二次世界大战期间、在被占领国领土内对战争法规则大量被践踏而进行反思的结果。1949年日内瓦公约，是为了保护战争受难者制定的。围绕这个目的，四个公约有些共同的、基本的条款。它们被称为日内瓦公约“共同条款”（Common articles）。如：

（1）根据公约共同第一条规定，缔约国承诺在“一切情况下（in all circumstances）”尊重并保证公约被尊重。这意味着，尽管传统国际法上存在有“相互原则”（principle of reciprocity），缔约国仍愿意准备单独承担公约里的义务，而不管其他国家在履行公约方面做得如何；用皮克丹的话，就等于每个国家单方面采取的法律行动；^[24]

（2）共同第二条明确规定：公约将适用于两个或两个以上缔约国之间所发生的一切战争或“任何武装冲突……即使其中一国不承认有战争状态”。它还适用一缔约国的领土“一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗”。这一规定对确定公约的适用范围很重要，它清楚地指出了适用国际武装冲突的规范的界限；

（3）公约中另一重要条款是共同第三条，有时又被称为“小型公约（Convention in miniature）。”^[25]尽管该条款明确被确定只适用于非国际性的武装冲突，但由于它是冲突各方在武装冲突中所应遵守的“最低限度”的规定，因而也是一个重要的条款。

此外，日内瓦公约还第一次将“或起诉、或引渡”的原则，适用于被公约确定为“严重违反1949年日内瓦公约的行为”。³⁷缔约国还同意在它们各自的国家尽可能广泛地传播日内瓦公约的内容和原则。这一义务有时被称为具有“普遍的和绝对的性质。因而无论是在平时时期还是战争时期，都应努力去做”。^[26]

1949年4月至8月召开的日内瓦会议，目的是为了将人道原则进一步落实在各种类型的战难者的保护方面，会议通过订成的日内瓦四公约，修正补充了1929年改善战地伤病者境遇和关于战俘待遇的两个公约、及1907年推行日内瓦公约于海战的海牙公约，产生了一个战时保护平民的公约，从而把对于战争受难者的保护原则，从陆战的伤者、病者，海战的伤者、病者和遇船难者，战俘，一直推及于平民。至此，所谓日内瓦规则的体系算是基本完成。

从最初的日内瓦公约发展到现在相当完整的国际人道法体系，是在相当长的时间经过了若干阶段，内容也牵涉到海牙公约的某些部分，因而新的1949年日内瓦四公约同以前的日内瓦公约以及海牙公约相关部分的关系需要按照缔约国各个不同的地位另以明确化。因此，四公约都在最后条款部分作了各别关系的规定：

《第一公约》第59条规定：“在各缔约国间之关系上，本公约代替1864年8月22日、1906年7月6日及1929年7月27日之各公约。”

《第二公约》第58条规定：“在各缔约国间关系上，本公约代替推行1906年日内瓦公约之原则于海战之1907年10月18日第十海牙公约。”

《第三公约》第134条规定：“在各缔约国间之实系上，本公约代替1929年7月27日之公约”；而“在受1899年7月29日或1907年10月18日海牙陆战法规与惯例公约之拘束并为公约之缔约国之各国关系上，本公约应为上述海牙公约所附规则第二编之补充。”³⁸

《第四公约》第154条规定：“在受1899年7月29日或1907年10月18日海牙陆战法规与惯例公约之拘束并为本公约之缔约国之各国关系上，公约上述海牙公约所附规则第二及第三编之补充。”

由此可见，1949年日内瓦公约的订立并不全部废止以前的日内瓦公约或海牙公约的相关部分；它们对于以前的各公约的关系，有的是代替，有的是补充。对于尚未批准或加入新约的国家而言，旧约仍然有效。1906年日内瓦公约虽然早已为1929年的日内瓦公约所代替，但直到1907年哥斯达黎加加入1949年日内瓦公约后，1906年日内瓦公约才正式失效，而1929年日内瓦公约由于立陶宛未加入1949年日内瓦公约而仍然未完全失效。

2. 1977年附加议定书

1949年以后，虽然没再发生过新的世界大战，但区域战争和武装冲突不断。由于先进科学技术和武器的发展，出现了不少新的情况，要求对战争法进行新的研究、补充和发展。针对日内瓦公约体系在现代战争与武装冲突条件下的不足和空白，红十字国际委员会根据第21届国际红十字大会通过的决议，1971年和1972年召开了各国专家会议。以后，该委员会将二个附加议定书的草案，提交给1974年至1977年召开的“关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道主义法律的外交会议”。这两个附加议定书经过与会代表激烈讨论以后，³⁹最后于1977年6月8日一致通过。这样，日内瓦四公约加上两个附加议定书，就形成一部完整的关于保护战争或武装冲突受难者的“国际人道法”的法典。

促成1974-1977年会议的最主要原因，是第二次世界大战以后先进科学技术和武器在军事领域的发展。自从第二次世界大战之后，武器越来越先进，以至于现代战争或武装冲突具有史无前例的摧毁力。那些无辜的平民、尤其是妇女和儿童越来越容易受到伤害。因此，有必要根据现代武装冲突的实际情况，对关于战争的法规作一调整。

另外，传统上的战争通常由为数不多的武装人员进行。而现代战争则在庞大的部队之间展开。战斗人员数量的增加，使得从事战争准备工作的非战斗人员（如军火和战争器材制造者）也相应地增加。另外，对于敌人施行经济上的破坏行为是合法的。但以前，其作用是次要的；而在现代战争中，则成为主要的了。其结果使得平民也不能避免战争带来的灾难。更主要的是，飞机在战争中的运用和空战的空前发展（轰炸战场以外的军火工厂、桥梁、工业中心、车站等），使得武装部队和平民之间的区别越来越不容易区分。所有这些变化，使得在现代战争条件下进一步制定有关作战行为规范的必要性更加突出。正是在这一背景下，于1974—1977年在日内瓦召开了“关于重申与发展国际人道法外交会议”，并通过了两个附加议定书。

1949年8月12日的日内瓦公约的两个附加议定书，一个是关于国际武装冲突中受害者保护的《第一议定书》；另一个是关于非国际性武装冲突中受害者保护的《第二议定书》。《第一议定书》含有102条规定，《第二议定书》却仅有28条规定。然而，这两个法律文件所涉及的人道方面保护的范畴，却可以等量齐观。最主要的是，1977年的议定书增加了一整套有关敌对行为和作战方式的规则，这可以说，是自1907年海牙公约生效以来在国际人道法方面最重要的发展。

需要强调的是：这两个法律文件的目的，并不是为了使1949年的日内瓦公约失去效力，而只是通过加强原有规则和引进新的保护性条款对原公约加以补充。

(1) 1977年《第一议定书》

第一附加议定书是补充、而不是取代1949年日内瓦公约。在1977年第一附加议定书的规定中，最突出的是将国际武装冲突的定义，扩展到包括各国人民“对殖民统治和外国占领以及对种族政权作战的武装冲突”⁴⁰。对此，该议定书第96条还进一步重申，代表被外国占领、殖民统治或种族政权进行武装斗争的当局，可以通过单方面声明的方式，来适用1949年日内瓦公约及其附加议定书的规定。

将民族解放运动写进第一议定书，从某种意义上讲，是发展中国家在外交上的一个了不起的胜利，具有历史性意义。这一规定对武装冲突法的发展，也具有很大的影响。

与1949年日内瓦公约相比较，1977年《第一议定书》主要有以下几个新规定。该议定书对平民医务人员、医疗运输工具和医疗单位给予了特殊保护，拓宽了受1864年日内瓦公约保护的物与人的一般范围。

《第一议定书》新增的、也是非常重要的一点，就是赋予战斗员地位的条件有所改变，因而在被俘情况下赋予战俘地位的条件也有所改变。考虑到民族解放战争中存在的一些特殊情况，不再强制规定战斗员在任何时候都必须穿着正规

制服。具体的说,《第一议定书》还将战斗员资格和战俘待遇的规定,扩大到“冲突一方武装部队的所有人员”。该议定书第 44 条第 2 款规定,对国际法规则的违反,既不应“剥夺战斗员作为战斗员的权利”;如果被俘虏,也不应剥夺其“作为战俘的权利”。该条款还通过将战斗员的“识别标志”在定义上的改动,承认了游击队员的法律地位。但在另一方面,第一议定书明确规定:外国雇佣兵不应享有作为战斗员或成为战俘的权利。⁴¹这在武装冲突法中也是一条新的规定。正是由于以上这些条款的规定,使得一些在军事上有影响的国家,至今不愿批准或加入《第一议定书》。⁴²

《第一议定书》第 90 条规定,还为国际人道法引进了一个新的执行机制,即“事实调查委员会”(fact-finding commission)。原来在 1949 年的日内瓦公约中订立时,也有对违法行为要进行调查的想法,但从未能实现。“事实调查委员会”的设立是弥补日内瓦公约体系的不足所作的努力。它通过对任何被指控为严重违反国际人道法的行为的调查,以强制有关方面尊重国际人道法。因此,设立“事实调查委员会”的目的,是对严重违反国际人道法的行为进行调查,并通过斡旋,促使违反方恢复对国际人道法的尊重。

然而,“事实调查委员会”机制本身要真正实施,还需要两个先决条件:

第一,仅仅批准加入《第一议定书》的国家,并没有当然接受调查的义务。由于这涉及到对主权国家进一步强制执行的问题,所以缔约国如果愿意接受调查,还必须就接受该委员会的权力专门发表一个声明。“事实调查委员会”由于已达到第 90 条规定的 20 个国家发表声明的数字而于 1991 年成立,但至今没有发挥太大的作用。截至 2001 年 12 月 31 日,《第一议定书》的 159 个缔约国中只有 60 个国家发表了这样的声明。^[27]中国还没有发表这样的声明。

第二,“事实调查委员会”在其实际权利行使方面,仅限于调查属于国际性的武装冲突。因为《第一议定书》的适用范围,就是国际性的武装冲突。然而,现在大部分的武装冲突在性质上都是属于一国国内的武装冲突。而非国际性的武装冲突在《第一议定书》的适用范围以外,因而也是在“事实调查委员会”的权限范围以外。

第一议定书中另外比较重要的是其第 11 条及 85 条的规定,对 1949 年日内瓦公约里关于严重违法的行为所给予的补充。这些行为虽然在议定书被称为“严重违法行为”(grave breaches)。但这些行为,其实就是后来联合国前南、卢旺达国际刑事法庭和国际刑事法院的《规约》里所界定的“战争罪”。

《第一议定书》中的“严重违法行为”包括:

- 对平民居民或平民个人进行攻击;
- 对含有危险力量的工程或设施(如核电站)发动攻击;
- 强行驱逐或迁移人口;
- 对构成人民文化或精神遗产的纪念物发动攻击;
- 剥夺受到公正和正规审判的权利。

议定书指定的这些行为同各个公约列明的那些严重的违法行为一起构成了对战争中所犯下的最应予以谴责的行为所给予的适当的刑事处罚。

另外,《第一议定书》还将“严重违法”的规定,扩展到包括“使平民居民或平民个人成为攻击的对象”的行为,并且还包含“种族隔离”的行为。⁴³该议定书最后实质性的条款,是“关于责任”问题。它明确规定,冲突方应对“组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责。”⁴⁴

《第一议定书》在武装冲突中敌对行为的有关规则,即作战手段和方法、以及对平民居民的保护等方面,也都取得了实质性的突破和进展。在第二次世界大战以后,公认的国际人道法方面主要有三大发展。一个是关于战时对平民予以保护的 1949 年日内瓦《第四公约》。这是一个专门为保护平民而制定的公约,在战争法或武装冲突法上是第一次。一个是关于适用于一国内战的条约方面规则,主要体现为 1949 年日内瓦公约共同条款第 3 条以及 1977 年《第二议定书》的订立。而另外的发展,就是《第一议定书》中关于敌对方面的作战手段和方法。

1907 年制定了有关限制作战手段和方法的规则,在战争法上只是个起步和开端。但 1907 年以后,一直到 1977 年

的附加议定书，⁴⁵整整有 70 年。其中除了 1925 年制定了一个关于禁止在战争中使用毒气的公约以外，还没有其他任何限制作战手段和方法的法律文件。然而在这期间，军事武器和技术以空前的速度向前发展，使得现代战争的摧毁力和破坏性，与 1907 年以前根本不能同日而语。历史上由来已久的武装部队作战人员与平民之间的区别，也发生了深刻的变化。因而使得制定有关限制作战手段和方法的规则，显得尤其必要。

《第一议定书》中关于敌对行为的规定主要有：

(1) “冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。”

(2) “禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器……及作战方法。”⁴⁶

(3) 平民与民用物体不得成为攻击的目标；⁴⁷这些条款还规定了必须区分平民与战斗员及民用物体与军事目标的原则。

《第一议定书》严禁在武装冲突中采取报复行为。被绝对禁止报复的范围包括平民、⁴⁸平民的财产、⁴⁹对“构成各国人民文化或精神遗产”的文化财产、⁵⁰农业区、灌溉工程及其对平民百姓的生存所不可缺少的物体、⁵¹自然环境，⁵²等等。

此外，《第一议定书》还明确禁止使用属于能引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射物和物质及作战方法；⁵³禁止将含有危险力量的工程或装置，如堤坝和核电站作为攻击的目标。理由是，如果这种攻击引起该工程或装置危险力量的释放，将会在平民居民中造成严重的损失。⁵⁴

因为所有这些规定的制定，1977 年《第一议定书》从而重申和发展了海牙公约中关于作方法和手段的规定，把传统意义上的战争法系和日内瓦法系结合在一起。更主要的是，由于 1977 年《第一议定书》里的这些规定，反映并重申了海牙公约中的规定，因此，某些还未批准加入《第一议定书》的国家，如美国，也多次声明：1977 年《第一议定书》的不少规定属于国际习惯法。既使美国还未成为该议定书的成员国，但也受该议定书里这些规定的拘束。⁵⁵

(2) 1977 年《第二议定书》

1977 年《第二议定书》，是规范国内武装冲突的第一个专门性的公约。在此以前，关于非国际性武装冲突的专门规定，还只有日内瓦公约的共同第三条。尽管该条重要，被称为“国际法里关于国内武装冲突的最重要渊源”，但里面的规定在现代战争条件下，显然是不够的。^[28]

50 年代末、60 年代初是世界上殖民地国家和人民要求独立的呼声最高涨时期。“国家要独立，人民要解放”——是当时国际形势的主流。而反对殖民者和外国统治的民族解放运动，往往通过武装斗争的手段来进行。民族解放运动的参与者，又主要是广大的人民群众；武装斗争的范围通常局限于一国的境内，在法律上属于非国际性武装冲突。所有这些特点，使得形式多半是游击战的民族解放运动，与国际法传统意义上的战争有很大的区别。广大民众参与武装冲突，由老百姓身份转为作战人员，成为敌方战斗人员可以合法攻击的目标，使得原来战争与武装冲突法上关于作战人员的身份、地位及其权利的规定，都有修改的必要。这也是需要对有关国内武装冲突的法律规范进行补充和调整的原因。

《第二议定书》在不改变共同第 3 条的适用条件的情况下，发展和补充了该条的规定。简言之，《第二议定书》涵盖了《第一议定书》（即国际武装冲突）第一条规定中所没有包括的武装冲突。它包括在缔约国一方领土上发生的、有负责统率的武装部队与其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突，条件是只要该武装部队能进行持久、协调的军事行动，并执行第二附加议定书里的规定。

《第二议定书》明确规定，它不适用于一国内部所发生的动乱和紧张局势，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，因为这些不属于武装冲突，不属于国际人道法规范的范围。另外，由于主权问题的敏感性和国内武装冲突的性质，《第二议定书》在第三者介入方面，没作任何规定。尽管如此，有些国家虽然加入了《第一议定书》，但对《第二议定书》仍持保留，⁵⁶尤其是当时仍处于内战的国家。⁵⁷

原来传统战争法中的规则和协定，主要是用来调整国家之间所发生的武力争斗的行为。在国际协定和公约中，除了

1949年日内瓦公约共同第3条以外，还没有任何其他关于规范非国际性武装冲突的法律文件。作为第一个专门规定在内战或非国际性武装冲突中、对个人实施保护及对使用武力加以限制的普遍性条约，《第二议定书》具有它的历史意义。国家间为了达成一致，谈判中对提交的草案，不得不做大量删减。有关战斗人员特权地位的问题在讨论之初就被删除，而关于敌对行为、救助、医疗职责和实施机制的问题在最后一轮外交谈判中都被删去。

尽管如此，《第二议定书》在保护一国国内武装冲突受害者方面仍制定了一些基本的规则。例如，基本保障条款、⁵⁸自由受到限制者的权利条款、⁵⁹以及司法保障条款⁶⁰等内容。另外，虽然敌对行为一章内容被大量删减，但还是订立了“禁止攻击平民居民的原则”，⁶¹以及“对平民居民生存所不可缺少的物体的保护”⁶²和“不得强迫平民迁移”⁶³的规定。

截至2001年12月31日，有151个国家成为《第二议定书》的缔约国。^[29]虽然这个数字远不及已被普遍接受的1949年四公约的参加国家的数字(共有189个缔约国)，甚至还不如参加《第一议定书》的国家(共有159个)，但鉴于国际社会近3/4的国家都已加入了这个法律文件，即便是和一般国际条约的参加国相比，也属于被国际社会最广泛接受的法律文件之一。

1977年日内瓦公约《第二议定书》，对一国国内武装冲突的有关国际人道法规范，产生了很深远的影响。1994年，联合国安理会通过第955号决议，决定成立卢旺达国际刑事法庭，以对1994年期间在卢旺达国内武装冲突中所犯种族灭绝行为和其他严重违反国际人道法行为负责的人进行起诉并追究刑事责任。而在卢旺达国际刑事法庭《规约》里所规定的国际罪行，其中就有“关于违反1949年日内瓦共同第3条和1977年《第二议定书》的罪行”。⁶⁴2002年7月1日正式成立的国际刑事法院《规约》的第8条，是关于“战争罪”定义的条款。在这一条款下，国际刑事法院已于2002年7月1日成立。战争罪既被定义为国际性武装冲突下的罪行，也被定义为一国国内所发生的武装冲突下的罪行。由于这是一个常设的、对世界所有国家有关战争罪嫌疑犯都可能具有管辖权的国际刑事法院，因此，它的成立对整个国际法的发展和国际关系的走向，都将产生深远的影响。

三、国际人道法的最新发展

国际人道法是国际法中编纂最发达的部分。仅日内瓦四个公约就有400多个条例，⁶⁵加上两个附加议定书，⁶⁶共600多条，这已经是一部完整的法典。如果再加上原来属于海牙法系和其他法系的，那就更多。

国际人道法最基本的法律文件，是1949年的日内瓦公约和1977年两个附加议定书。但人道法还有专门保护特定物体的法律文件，如1954年海牙公约，即《关于武装冲突时保护文化财产的公约》。此外，它还有禁止或限定某特定武器的法律文件，如1972年《禁止生物武器公约》和1980年《常规武器公约》。在1980年公约里，就出于人道的考虑，禁止和限制某些被认为具有过分伤害力的常规武器，如：燃烧武器或小口径武器等。

从最早的日内瓦公约算起，国际人道法的历史已有140年了。而世界上几乎所有的国家都批准加入了1949年的日内瓦四公约。然而，同时又应该看到：适用国际人道法的问题仍然存在。譬如：在美国及其盟国对阿富汗进行军事打击后、对俘获的阿富汗“基地”成员是否应适用战俘地位问题，就是在反击恐怖主义活动方面所出现的新问题。

战俘的待遇问题，要害就是“释放和遣返”(releasing and repatriating prisoners)。按照战争或武装冲突法的传统做法，释放和遣返，都是在战争或武装冲突结束以后开始实行。比如，1949年日内瓦公约就明确规定，遣送战俘的工作应在战斗终止后马上开始。⁶⁷但被俘获的阿富汗“基地”成员中，确实有些属于“强硬分子”，如果得到释放，很难说这些人不会再从事恐怖活动。对此，美国国防部长拉姆斯菲尔德发表声明，认为阿富汗“基地”组织成员和塔利班士兵只是“不合法的作战者”，因此不能享受1949年日内瓦公约的保护后。

从美国方面来看，在给予阿富汗“基地”组织成员的战俘地位问题上设置障碍，主要是出于两点考虑：第一，在战俘的拘留条件(condition of detention)方面，1949年日内瓦第三公约规定：战俘只有给予其姓名、官衔、出生年月、和其所在部队番号义务。但从美国方面来讲，这是远远不够的。不管阿“基地”成员有无真实意愿讲实情，它却迫切地想从他们那儿得到尽可能多的有关“基地”的情况。第二，在司法程序(judicial proceedings)方面，美国在战争一开始，就宣布想在捉获本·拉登和其他“基地”组织的领导人以后，由它自己来审理。而日内瓦公约规定：拘留方对战俘的审理程序，必须依照其本国相同法庭的相同程序进行。⁶⁸显然，美国不愿意对阿富汗“基地”领导成员适用这

一规定。从英美法系制度上看，起诉方需要出示的证据要达到被法庭接受的标准（*admissibility*）比较高，要证明像本·拉登这样的被告直接参与了恐怖主义活动，远不是一件容易的事。在程序上，被告及其律师也可利用该法系的特点，轻而易举地拖延时间，并可利用有关法庭审理情况的报道，为自己作正面的宣传。因此，美国决不可能对这些它所极其痛恨的恐怖主义分子适用它本国正常的司法程序。

事实上，美国总统布什在 9·11 以后，就于 9 月 13 日发布了一个军事命令（*Military Order*），规定将成立一个审理“基地”组织的成员的军事委员会（*the Military Commission*），该委员会将以违反战争法和其他法律的罪名起诉“基地”组织成员。值得注意的是，这一军事命令明确地提到：军事委员会在其审理案子的过程中，将不受美国地区法庭在刑事案件里所普遍适用的法律以及证据规则的限制。⁶⁹

国际人道法是旨在保护战争受害者的法律规范，国际人道法的核心是“保护”那些不参加战争或武装冲突、或先是参加但又已退出的人员（在国际人道法上简称（*hors de comba*））。因此，“被保护人”则是该法律体系中一个很重要的概念。根据 1949 年日内瓦《第四公约》中所下的定义，“被保护人”是指在武装冲突或被占领的情况下，于一定时期内落入冲突一方或占领者手中、但同时又不属于该方或该占领国国民的人员，即是受日内瓦公约保护的人员。⁷⁰所有公约中有关保护规则的最基本的原则和目的，就是禁止敌方对落入其手中的受保护人员采取任何为所欲为的行为。

在武装冲突中，不管是谁，其地位要么是军事作战人员，要么是非军事作战人员（平民）。在阿富汗武装冲突中被美军抓获的，也要么是敌方的作战人员，要么是不参加战斗的平民。如果是被抓获的阿富汗方面的作战人员，那就是战俘，就要适用日内瓦关于战俘待遇的《第三公约》。如果是平民，那就要适用关于保护平民的日内瓦《第四公约》。总而言之，国际人道法中的“被保护人”的概念，在任何情况下都适用于被美国抓获并送到其在古巴的关塔那摩海军基地的人员。

在权衡各方面的利益后，尤其是考虑到：如果美国不给予塔利班和“基地”组织成员以战俘待遇，如果以后遇到美国有非正规作战人员在海外被俘时，恐怕也会有麻烦，美国总统布什最后决定，在对待阿富汗“基地”组织成员和塔利班士兵方面，遵守 1949 年日内瓦公约的有关规定。^[30]

这一例子，清楚地提示了学习和研究国际人道法的现实意义和重要性。

参考文献

- [1] 王铁崖.国际法[M].北京：法律出版社,1995.640-649.
- [2] 劳特派特.奥本海国际法（下卷）（第一分册）[M].北京：商务印书馆,1981.145.
- [3] 同[2]147.
- [4] 中国社会科学院语言研究室词典编辑室.现代汉语词典[S].北京：商务印书馆,1995.
- [5] 1974-1977 年外交会议谈判情况[Z]，国际红十字委员会的会议记录。
- [6] 周鲠生.国际法（上册）[M].北京：商务出版社,1981.3.
- [7] 同[1]2.
- [8] 同[2]129.
- [9] 同[1]500.
- [10] 毛泽东.论持久战[M].毛泽东选集（第 2 卷）.北京：人民出版社，1964.468.
- [11] 同[10].
- [12] I.C.J., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) [J], July 8, 1996, (Dissenting opinion of Judge Weeramantry, p.66.
- [13] Francisco de Vitoria (佛郎西斯科 委多利). *Indis noviter repertis*（印度问题新集），*De Indis sive Dejure belli Hispanorum in barbaros*（论与蛮民冲突中西班牙的战争法）[J]. *Relectiones Theologicae*（神学新讲）1557，华

盛顿：国际法精典出版社，1917。

[14] 让·卢梭。社会契约论（第1集）[M]。1762，55。

[15] 同[14]56。

[16] 同[14]Paras 72-78。

[17] 同[14] Para78。

[18] 同[14] Para72-78。

[19] 同[14] Para72-78。

[20] [21] [22] Peter Malanczuk。Akehurst's Modern Introduction to International Law[M]。1997.306。

[23] K. Suter。An International Law of Guerrilla Warfare 1, 8 (1984)。

[24] Commentary I, at 15 J. Pictet Ed., 1952。

[25] 同[24] p.48。

[26] Commentary IV, at 581 J.Pictet Ed., 1952。

[27] International Review of the Red Cross (Vol. 845)[J]。2002(3): 291。

[28] Forsythe.Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts[J]。American Journal of International Law. 1978.272-273。

[29] International Review of the Red Cross, International Committee of the Red Cross [J]. Geneva, Vol.845.2002.291

[30] 参考消息[N]，2002-2-24(2)。

What Is International Humanitarian Law

ZHU Wen-qi

(Renmin University of China, Beijing 1000, China)

Abstract: International humanitarian law can be defined as the international rules which are established by treaties or customs for the purpose to protect all who do not (or no longer) take part in armed conflict, whether “internal” or “international” by nature, and which, for humanitarian reasons, limit the rights of parties to an armed conflict to use the methods and means of warfare of their choice. The crimes of international humanitarian law are regarded as “core crimes” under international law, which are actually defined as “subject-matter jurisdiction” for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda as well as for the International Criminal Court which was established on July 1, 2002 and will have great impact upon the international law and to the international relations. Though international humanitarian law is important and particular as a branch of law, it is unfortunately not well-know in China. The author stresses that because of its practical significance; China’s academy must pay attention to and try to strengthen its research and education on international humanitarian law.

Key words: International Humanitarian Law; Law of armed conflict; Law of War

收稿日期:2003-05-15

作者简介:朱文奇,男(汉族),中国人民大学教授.前联合国前南国际刑事法庭上诉检察官。

¹ 举个例子，中国国际法学会 2002 年的年会，于 2002 年四月在上海复旦大学召开。会议分四大专题，其中包括：国际人道法和国际恐怖主义、WTO 与国际法研究、国际环境法与中国、以及经济全球化等。会议共收到学术论文达 90 篇，但其中涉及国际人道法的仅有一篇，为“国际人道法与关塔那摩战俘问题”。

² 关于国际人道法和国际人权法的区别，请参考朱文奇：《国际人道法概论》，健宏出版社（香港、上海）1997 年版，第 103-112 页。

³ “Geneva Conventions of 12 August 1949 and Additional Protocols of 8 June 1977”, Ratifications, accessions and successions as at 31 December 2001, established by the Center for legal documentation of the ICRC.

⁴ 联合国前南国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭，都是联合国安理会运用《联合国宪章》第七章而成立的。是联合国安理会的附属机构。

⁵ 例如卢旺达原总理冈比达（Kambanda）。他被起诉的罪名为“种族灭绝罪”、“反人道罪”和“战争罪”。尽管他在法庭主动认罪，但因罪行严重，仍被联合国卢旺达国际刑事法庭判无期徒刑。有关情况请参考：“*The Prosecutor v. Kambanda*”, available at <http://www.un.org/ictf>.

⁶ 作者本人，以联合国国际刑事法庭代表和国际刑法专家的身份，参加了 1998 年 3-4 月在美国纽约的联合国“成立国际刑事法院预备委员会”会议的讨论和 1998 年 6-7 月在意大利罗马举行的“成立国际刑事法院外交大会”的会议。因而对国际刑事法院的讨论情况，比较熟悉。

⁷ 1907 年海牙和平会议，《关于战争开始的公约》第 10 条。

⁸ 1969 年的《维也纳条约法公约》和 1977 年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》等，则使用“敌对行为”(Hostility)一词。而“敌对行为”与“武装冲突”这两个词语在实质上是没有什么区别的。

⁹ 这是指 1949 年《日内瓦公约》的二个附加议定书。该议定书的全称为：《1949 年 8 月 12 日日内瓦公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》（第一议定书），和《1949 年 8 月 12 日日内瓦公约关于保护非国际性武装冲突受害者的附加议定书》（第二议定书）。

¹⁰ 例如，在卢梭在《武装冲突法》一书中，把原来属于战争法部分的内容，悉数地归纳到武装冲突法的范畴里。参见夏尔·让·卢梭：《武装冲突法》，中国对外翻译出版社 1987 年版，第 19-205 页。

¹¹ 这一定义的原意是：“International rules, established by treaties or custom, which are specifically intended to solve humanitarian problems directly arising from international or non-international armed conflicts and which, for humanitarian reasons, limit the right of parties to a conflict to use the methods and means of warfare of their choice or protect persons and property that are, or may be, affected by conflict.” See “*The efforts of ICRC in the case of violations of international humanitarian law*”, *The International Review of the Red Cross*, March-April 1981.

¹² 例如：“从国际法效力的根据，可以看到国际法的阶级性。任何法律都有其阶级性，国际法作为法律的一个体系，当然也有其阶级性……各国的协议既是国际法效力的根据，也是国际法阶级性的体现”。参见高等学校法学试用教材《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 9 页。

¹³ 比如：“战争有正义与非正义之分。在国际范围内，正义战争指的是非掠夺性的，保卫人民抵御外来侵犯的战争，以及殖民地和附属国从帝国主义压迫下解放出来的战争。非正义战争指的是掠夺性的，侵略和奴役别的国家和人民的战争。”而“第二次世界大战以后，民族自决和民族解放战争已成为被奴役的民族的不容置疑的权利。殖民主义和种族主义违反《联合国宪章》和国际法的基本原则，实际上是非法占领者和侵略者。反抗殖民主义和种族主义的战争是合法的战争。”参见王铁崖主编：《国际法》，法律出版社 1981 年版，第 509 页；赵理海：《当代国际法问题》，中国法制出版社 1992 年版，第 360-361 页。

¹⁴ 同上。

¹⁵ 有的法律学家认为：人类的历史和战争一样的长。如皮克特 (J. Pictet): “In reality, the laws of war are as old as war itself, and war is as old as life on earth.” See *Development and Principles of International Humanitarian Law* 6 (1985).

¹⁶ 1907 年第二次海牙和平会议上缔结的《禁止使用武力索取债务公约》第一条规定：“凡一国政府，因别国政府，欠其人民订有契约之款项，不得以兵力向其索偿。”这一公约的倡议者为美国的外交官 Porter。因而，该公约有时又被称为《波特公约》。

¹⁷ 由于该公约是在当时法国外交部长白里安 (Briand) 先生和美国国务卿凯洛格 (Kellogg) 提议下签署的，所以有时又被称为 *the Kellogg-Briand Pact* (《白里安——凯洛格公约》)。

¹⁸ 《非战公约》的序言。

¹⁹ 《非战公约》的第 1 条和第 2 条。

²⁰ 该公约的主要缺陷是：没有关于对违反公约的行为作任何权威性断定的规定；没有规定集体执行该公约义务的具体办法；没有在公约中明文规定公约签字国之间的争端应和平解决的义务。所有这些缺点“严重地损害了公约的政治意义及其被尊重的希望”。参见劳特派特修订：《奥本海国际法》（下卷）（第一分册），商务印书馆 1981 年版，第 143 页。

²¹ 也有人认为，战争法并不是为了限制战争，使其“人道”(humanize)，而是引导战争的爆发，从而使暴力“合法化”(legitimated)。e.g. [T]he laws of war have facilitated rather than restrained wartime violence. Through law, violence has been legitimated. See: Chris af Jochnick, Roger Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War*, 50 *Harvard International Law Journal* (1994).

²² 红十字国际委员会编有《国际红十字手册》。该手册中除有国际人道法最基本的法律文件以外，还有有关章程、红十字会组织介绍，国际红十字大会有关决议等。由于红十字国际委员会人手一册，被经常引用，故该书被称为该组织的《圣经》。

在这一手册的“国际人道法公约和协定”(International Humanitarian Law Conventions and International Agreement) 这一目录下，有“日内瓦法系”(Law of Geneva)和“海牙法系”(Law of the Hague)之分。

“日内瓦法系”包括：1949 年日内瓦四公约及其 1977 年的二个附加议定书；“海牙法系”则包括：1864 年的《圣彼得堡宣言》，1899 年和 1907 年的《海牙公约》，1954 年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》，1972 年《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》，1976 年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》，和 1980 年的《联合国禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》。See *International Red Cross Handbook*, Twelfth edition, (1983).

23 该附件的第 23 条第 5 款规定：禁止“使用足以引起不必要痛苦的武器、投射物或物质”。

24 1899 年和 1907 年海牙《陆战法规和惯例公约》序言。

25 1899 年和 1907 年海牙公约附件《陆战法规和惯例的章程》第 1 条。

26 同上，第 2 条。

27 同上，第 3 条。

28 同上，第 4-20 条。

29 国际法院视该条款为国际人道法的基本原则之一。参见“核武器合法性咨询意见”一案（1996 年 7 月 8 日）。

30 毫无疑问，由于国际法院在国际法领域中的权威性，其在有关国际人道法问题上的解释和论述，对国际人道法的发展将起相当的影响作用。

31 *Ibid.*

32 《第一公约》，第 21 条。

33 《第二公约》，第 34 条。

34 参见 1868 年 12 月 11 日《圣彼得堡宣言》。

35 参见 1980 年 10 月 10 日《联合国禁止或限制某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》，附录二。

36 美国于 1882 年才批准这一公约。

37 “关于严重违反日内瓦公约的行为”定义的内容，参见：《第一公约》，第 129-131 条；《第二公约》，第 50-53 条；《第三公约》，第 127 条以及《第四公约》，第 146-149 条。

38 日内瓦《第三公约》，第 135 条。

39 一个外交会议，分为四次，长达三年多的时间，这还比较少见。其主要原因，是不少精力都化在能找到各方都能接受的条文上。

40 《第一议定书》，第 1 条第 4 款。

41 《第一议定书》，第 47 条。

42 迄今为止，尚未批准或加入《第一议定书》的国家有：阿富汗、印度、伊朗、伊拉克、以色列、巴基斯坦和美国等。

43 《第一议定书》，第 85 条。

44 同上，第 91 条。

45 即：1925 年 6 月 17 日在日内瓦签署的《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》。

46 《第一议定书》，第 35 条第 2 段。

47 同上，第 48, 50 和 52 条。

48 同上，第 51 条。

49 同上，第 52 条。

50 同上，第 53 条。

51 同上，第 54 条。

52 同上，第 55 条。

53 同上，第 35 条。

54 同上，第 56 条。

55 例如，美国国务卿舒尔茨在 1986 年 12 月 13 日声明中承认：“我们承认《第一议定书》里的某些规定，反映了国际习惯法。其他有些也反映了现行法的新发展。”

See “A Statement by Mr. George P. Shultz regarding Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflict”, in *How Does Law Protect in War?*, Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, International Committee of the Red Cross, 603-605 (1999).

56 如南美的特多，北非的叙利亚等。

57 如：安哥拉，莫桑比克等。

58 《第二议定书》，第 4 条。

59 同上，第 5 条。

60 同上，第 6 条。

61 同上，第 13 条。

62 同上，第 14 条。

63 同上，第 17 条。

64 卢旺达国际刑事法庭《规约》第 4 条。参见联合国安理会第 955 号决议（1994 年 11 月）。

65 不算附件，光是正文，日内瓦《第一公约》就有 64 条，《第二公约》有 63 条，《第三公约》有 143 条，《第四公约》有 159 条。

66 1977 年《第一议定书》有 102 条，《第二议定书》有 28 条。

67 《第三公约》第 117 条。

68 “By the same courts according to the same procedure as in the case of members of the armed forces of the Detaining Power”. Geneva Convention III, Article 102.

69 It will not be bound by “the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal case in the United States district courts.” See: President George W. Bush, Military Order of 13 November 2001.

⁷⁰ 《第四公约》第 4 条。