

# 嬗变的战争法

盛红生

## 一、战争法的理念

战争虽然古已有之,但战争的性质却是长期困扰人们的难题。在古代,各国都有关于如何区分战争性质的学说或观点。例如在古希腊,“对野蛮人发动战争被认为是公正的”<sup>①</sup>。罗马帝国时代的基督教代表人物奥古斯丁(Saint Augustine, 354—430)和中世纪基督教神学家托马斯·阿基纳(Saint Thomas Aquinas, 1225—1274)提出的“正义战争”理论,其核心是所谓的“三原则”,即有关战争组织者的权威性、战争的正义理由、战争的正当意图等发动战争的条件。<sup>②</sup>这个“正义战争”概念后来为格劳秀斯所发展,成为现代战争法的理论渊源之一。“正义战争”理论受自然法的启发,经由神学家的发挥,在法国法律著

<sup>①</sup> 魏智通等著:《国际法》(吴越等译),北京,法律出版社2002年版,第56页。

<sup>②</sup> 顾德欣:《战争新论》,北京,世界知识出版社1990年版,第48页;Peter Haggemacher, “Just War and Regular War in Sixteenth Century Spanish Doctrine,” *International Review of the Red Cross*, No. 290, September/October 1992, pp. 434—445, 436。

《国际政治科学》2006年第1期(总第5期),第117—146页。  
*Chinese Journal of International Politics*

作中始终保持着某种威信,16世纪末以后又得到了西班牙法学家(如维多利亚、苏亚利兹)的系统化。在这种理论中,战争既不是一个偶然事件,也不是一个简单事实,而是解决国家间争端的一种处理程序。“正义战争”,必须符合四个条件:第一,正义的名义,即由主管的权力机关宣布战争,中世纪私人战争因而受到谴责;第二,正义的原因,既有建立在正义之上的理由,又有与战争造成危害相称的理由;第三,必要性,也就是说,不存在其他获得正义的手段;第四,正当地进行,即这种进行方式是为了准备重新恢复秩序与和平。<sup>1</sup>

如今中国国际法学者在讨论武装冲突法时大都会论及“正义战争”和“非正义战争”问题,而西方国家的学者则不然。西方国际法学者基本上不对战争的性质进行判断,仅讨论适用武装冲突法的必要性和如何适用武装冲突法。作为国际人道主义法的推广者和传播者,“红十字国际委员会”在此问题上的观点是,国际人道主义法的宗旨是通过尽力保护和帮助战争受难者来限制由战争引起的伤害。因此,国际人道主义法要解决的是武装冲突的现实问题,而不是各方诉诸武力的原因或合法性。国际人道主义法的各项规定对交战各方适用,无论引起冲突的原因如何或者各方从事的事业是否正义。它只从人道主义考虑来规范武装冲突中的某些方面,即所谓“战时法”。现在,在国际武装冲突的情形下,常常难以判定哪个国家违反了《联合国宪章》。适用国际人道主义法时并不涉及对交战者中违法一方的谴责,那样做势必会引起争议并使国际人道主义法的适用陷于瘫痪的境地,因为各方都会主张自己是侵略行为的受害者。此外,国际人道主义法的宗旨在于保护战争受难者及其基本权利,而不问他们属于交战的哪一方。这也说明为什么要将“战时法”与“诉诸战争权”及“武力使用法”或称“防止战争法”相区分。<sup>2</sup> 在该委员会看来,对战争的性质进行判断已经超出了武装冲突法任务的范围。笔者认为,既然武装冲突法的根本宗旨

<sup>1</sup> 夏尔·卢梭:《武装冲突法》(张凝等译),北京,中国对外翻译出版公司1987年版,第12页。

<sup>2</sup> International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law: Answers to Your Questions* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2000), p. 16. 红十字国际委员会主席认为,在国际人道主义法中没有“正义战争”或“非正义战争”的概念,武装冲突法规则只注重对战争受难者(如平民)的保护,见 Jakob Kellenberger, “International Humanitarian Law at the Beginning of the 21st Century,” 26th Round Table in San Remo on Current Problems of International Humanitarian Law, *The two Additional Protocols to Geneva Conventions; 25 Years Later Challenges and Protects*, <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5E2C8V?OpenDocument>.

在于为战争受难者提供最低限度的保护,国际人道主义法就应对交战各方同样适用,而不论战争或武装冲突的起因为何。这种普遍适用性原则精神可以在古代国际法遗迹中找到根基。例如,“在古印度的历史和国际关系中,是找不到信徒和非信徒的区分的,即使两者卷入了一场生死搏斗,也不问这是一场‘义战’还是‘非义战’。‘达摩’明确规定,所有交战者在任何时候和任何场合都必须遵守公认的战争法则。这种法律之普遍适用性是古印度对国际法的一个贡献”<sup>①</sup>。因此,任何区别对待交战各方的做法,都会使国际人道主义法失去其存在的道德前提,因而是与其理念格格不入的。

自其产生之日起,武装冲突法就在“国家拥有诉诸战争权”与“武装冲突法力求为战争受难者提供最低限度的保护”,或者说在“军事必要原则”与“人道原则”之间的狭小缝隙中艰难生存、发展。按照普鲁士军事家克劳塞维茨(Carl von Clausewitz)的观点,“战争是一种暴力行为,而暴力的使用是没有限度的”<sup>②</sup>。受国际政治制约,武装冲突法的生存空间极为有限。虽然从理论上讲,国际法废弃了战争,但现在绝大多数情况下的战争或武装冲突并非《联合国宪章》规定的两种合法使用武力的情形。在今天的国际社会,国家诉诸战争的权利与战争法的理念之间仍然存在两难推理,即在国家正式放弃诉诸战争权之前,战争仍然是国家的一项权利,那么按照暴力使用的一般规律,尽力消灭敌人保全自己就成为进行战争的终极目标;然而,武装冲突法的理念却要求限制战争的残酷性,对交战各方的战争受难者一视同仁,均提供最低限度的保护。如果国际法是“弱法”,武装冲突法在这一弱法体系中的地位就更为微妙。这突出表现为,在国际关系中出现严重违反国际法规范的行为(如侵略)时,国家只能通过单独或集体自卫的方式调整,而不是由“国际警察”或“世界军队”来纠正,使之恢复到侵略行为发生之前的法律状态。但是,与一般意义上的法律规范结构不同,在武装冲突法独特的法律规范结构中仅有“假定”(指适用规范的必要条件)和“处理”(指行为规范本身的基本要求),没有“制裁”(指对违反法律规范将导致的法律后果的规定)<sup>③</sup>,它将违反武装冲突法禁止性规范所导致

① 李家善:《国际法学史新论》,北京,法律出版社1987年版,第43页。

② 克劳塞维茨:《战争论》(删节本),北京,中国人民解放军战士出版社1978年版,第5页。

③ “不论制裁部分怎样规定,法律规范一般都有制裁,因为制裁是保证法律规范实现的强制措施,是法律规范的一个标志。”参见《中国大百科全书·法学》,北京,中国大百科全书出版社1984年版,第101页。

的法律后果留给了“国际刑法”来处理。例如,“1899年和1907年的各项《海牙公约》以及1929年7月27日《关于改善战俘待遇的日内瓦公约》均没有关于对违反条约行为的个人进行制裁的规定。只有1929年7月27日《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》第30条对此作了简要的规定”<sup>①</sup>。

作为一种调整极端特殊情况下社会关系的行为规范,全部武装冲突法的哲学基础或立法宗旨在于,将战斗人员和那些未参加交战行动的人员(如平民)或不再直接参加交战行动的人员(如国际武装冲突中的战俘、伤者和病者等)区分开来,将暴力程度限制在足以实现战争目的(无论战争起因为何)即削弱敌方战斗力的范围内。从以上阐述中可以看出,武装冲突法的基本原则一般包括:区别平民与战斗员;禁止攻击失去作战能力的人;禁止造成不必要伤害(痛苦);军事必要原则和相称性原则等。武装冲突法的固有缺陷是显而易见的,如它并不禁止使用暴力;无法保护所有受武装冲突影响的人;无法根据武装冲突的目的对适用范围加以区别;无法禁止交战一方战胜敌方;假设交战各方具有合乎理性的交战目的等等。这些欠缺在一定程度上削弱了武装冲突法的效力和作用。

回顾人类社会发史,从某种意义上说,国际战场是国际法的第一个摇篮<sup>②</sup>,或者说国际法发轫于战争。古希腊哲学家柏拉图(Plato)认为,战争是国家间的常态,和平是一种堕落。<sup>③</sup>与古罗马先哲西塞罗(Marcus Tullius Cicero)否定战争法的观点不同<sup>④</sup>,在社会连带法学派看来,“有社会必有法”<sup>⑤</sup>。人们一般认为,“即使是战争也是受限制的”<sup>⑥</sup>,否则在战争这样一种特殊的社会关系

① 即遇一方提出违反条约的指控,应成立调查委员会对事实进行调查 Edoardo Greppi, “The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law,” *International Review of the Red Cross*, Sep. 30, 1999 No. 835, pp. 531—553。

② 李家善:《国际法学史新论》,第13页。

③ 同上书,第15页。

④ 西塞罗认为,在(使用)武器(的人)面前不讲法律,“... *silent enim leges inter arma* (Laws are silent among those who use weapons)”,引自 Cicero, *Pro Milone*, 4. 11。参见 Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, eds., *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999), p. 69。

⑤ 梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2000年版,第6页;菲德罗斯等著:《国际法》(李浩培译),北京,商务印书馆1981年版,第10—19页;李家善:《国际法学史新论》,第9页;赵理海:《国际法基本理论》,北京大学出版社1990年版,第116页。

⑥ S. Fleming, ed., *People On War* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1999), Front Cover.

领域,势必出现法律真空和“无法无天”的状态。在历史发展过程中,这一派观点逐渐为人们所接受。因为作为一种特殊的社会现象,战争中交战各方都尽力无限制地使用暴力,这种“恶的无限膨胀”实际上无法使自己达到战争目的,于是战争衍生了在交战中限制暴力使用的各种规则,战争法的逻辑起点便随之产生。

## 二、古代战争法的遗迹与近代战争法的形成

国际法是从战争中“发轫”的,各文明古国都存在过很多涉及战争行为规范的历史遗迹。在中国古代,早在春秋时代的宋平公 30 年(公元前 546 年),列国诸侯就曾在宋国举行过历史上第一次“弭兵”(消除战争)与“去兵”(裁军)大会。<sup>①</sup>春秋战国时期各诸侯国或“七雄”之间也确实存在过一些有关宣战、媾和、优待战俘的规则<sup>②</sup>,以及不追逃敌、不用诈术、不伐丧、不鼓不成列、不重伤、不禽二毛等具体的交战规则。<sup>③</sup>与各国的情况大致一样,所有这些规则未必得到严格遵守。司马迁写道,长平之战(公元前 250 年),秦王打败赵国,赵国人投降秦军,而秦王立即违背了免他们一死的诺言,坑埋所有俘虏,竟达 40 万人之多。<sup>④</sup>然而,应当指出的是,这些制度和规则甚为原始,很不确定。况且当时的诸侯国也不是一般意义上的国家,并未形成一个真正的国际社会。考虑到古代中国的具体情况,这些规则能否被称为“国际法”,是存在争议的。<sup>⑤</sup>不过,从中可以看出古代战争法的历史遗迹。与古代中国类似,在世界其他地区,也存在过大量的古代战争法规则。埃及、巴比伦、印度、古希腊和罗马都有关于作战规则的记载。例如,禁止使用暗藏的武器、有倒钩的和有毒的武器,禁止攻击逃跑的、投降的、放下武器的敌人,禁止在饮水中下毒等。<sup>⑥</sup>

① 《春秋左传集注》第三册,上海人民出版社 1977 年版,第 1077 页。

② 梁西主编:《国际法》,第 35 页。

③ 王铁崖主编:《国际法》,北京,法律出版社 1981 年版,第 509 页;孙玉荣著:《古代中国国际法研究》,北京,中国政法大学出版社 1999 年版,第 182—190 页。

④ 司马迁:《史记·秦本记》。当然,至今仍有人对长平之战后秦国活埋 40 万俘虏的说法提出质疑,其真实性有待考证。

⑤ 梁西主编:《国际法》,第 35 页。

⑥ 王铁崖主编:《国际法》,第 509—510 页。

在古代,战争对各个国家来说均被看作是自然状态。在中世纪,人们认为战争是关于权利的纠纷,在争端中使用武力被认为是法庭证据之一。如果说古代考虑的只是战争的合法性问题(而它又与宣战程序有关),那么到中世纪人们越来越关注如何论证战争的正义性。封建割据导致战争广泛蔓延,从11至12世纪起,人们开始为限制战争进而完全禁止战争而积极努力和斗争,并逐渐形成了一条规则,即只有国家元首才有权宣战和进行战争,同时规定了进行战争的所谓合法(正当)理由。这些理由可以是收回合法财产或保卫祖国,而宣战是必需和公认的做法,全体男性国民都可以成为参战者(战士)。在这一时期的战争中,最初对作战手段没有限制。但是,枪炮出现以后,人们曾试图对之加以禁止。比如,第二次拉特兰公会议(1139年)禁止使用远射程投掷大炮和弩。不过,这种尝试很快即告失败。中世纪对作战行动的时间也常常设法加以限制,这就是所谓的上帝的和平或上帝的节日。整个中世纪期间,中立制度一直在艰难地发展。14至15世纪签订了一些含有中立规定的条约。最早的条约是1322年洛林公爵和巴尔公爵之间的条约。中立的最初含义是单方面拒绝援助交战双方,后来才逐渐包括中立主体和交战双方不进攻、不破坏中立的义务。这里所指的中立是中立国不向交战双方提供军事援助,但中立决不禁止交战方的军队在非交战国领土上的通过权和驻留权,不禁止向交战方提供外交和其他形式的援助。海战方面,捕获法和私掠船制度也有了一定的发展。海战大都在于破坏敌人的贸易和运输联系,这导致海上掠夺和“捕获法”的广泛发展。合法捕获的含义很广,不仅包括敌船、敌货,而且也包括中立国的船舶和货物,同时禁止同敌方进行贸易和运载敌人(或向敌人运送)的货物。这种严厉的规定尽管少见,但毕竟是对恣意妄为的一种限制。14世纪,这些规定编入了《海事法典》。这部法典中还有一个捕获返还的概念,即把捕获的船只归还船主。只有被捕获船只到达捕获者本国港口或其他“可靠地点”,捕获事实才能获得承认。私掠船制度逐渐也有了国内法规定。13至14世纪,曾颁布一些法令,规定了发放私掠船许可证的办法,持有这种许可证,掠夺船只才被认为是合法的。阿拉贡国王阿尔丰沙三世1228年的命令被认为是关于私掠船制度的第一个法令。后来,其他国家也出台了类似的规定。随后,开始建立捕获法庭

(1373年法国的敕令、1414年英国议会的法令等)。<sup>①</sup>中世纪的战争尽管非常残酷,但是战争规则也在发展。在许多学者的著作中,对战争规则都有比较系统的叙述。特别是国际法先驱格劳秀斯在《战争与和平法》一书中,全面综述了传统和中世纪的战争思想和战争规则。

在冷兵器时代,人们关注的大多是一些与战争本身有关的规则。人类社会进入热兵器时代后,科学技术的进步促进了作战手段(武器装备)的更新,杀伤能力的提高加剧了战争的残酷程度。为了限制作战手段和作战方法,从而规范交战各方的行为以降低战争的破坏性,在国际社会的努力下,19世纪末出现了一系列国际条约(如1856年《巴黎海战宣言》等),武装冲突法的编纂进入了一个新阶段。后经1869年《圣彼得堡宣言》、1899年和1907年两次海牙和会及其公约、1925年《日内瓦议定书》、1929年《日内瓦公约》、1949年日内瓦四公约及1977年两项附加议定书,武装冲突法逐步发展成为国际法家族中较为完备的分支体系。有西方学者对此评论道:“19世纪末叶,法律实证主义与国际主权概念已经在国际法理念中占据支配地位。这导致了战争法被广泛地法典化——这是最早实现法典化的国际法领域。”<sup>②</sup>

法国启蒙运动思想家让·雅克·卢梭(Jean Jacques Rousseau)是较早地从理论方面分析战争性质的西方学者。1762年他在《社会契约论》一书中指出:“战争绝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,个人与个人绝不是以人的资格,而是以公民的资格,才偶然成为仇敌的;他们绝不是作为国家的成员,而是作为国家的保卫者。”<sup>③</sup>另据意大利学者考证,“在1386年由英格兰国王理查二世颁布的《陆军作战法例》中,已经有关于对作战行为进行限制的规定。此后,在1526年由匈牙利国王费迪南、1570年由麦西米兰二世皇帝和1621年由瑞典国王古斯塔夫二世所颁布的作战手册中都有类似的规定”<sup>④</sup>。向战争受难者提供紧急人道主义援助并对广泛接受的人道主义行为

① 费尔德曼、巴斯金著:《国际法史》(黄道秀等译),北京,法律出版社1992年版,第62页。

② 鲁伯特·迪斯赫斯特:《马尔顿条款与武装冲突法》,载于李兆杰主编:《国际人道主义法文选》,北京,法律出版社1999年版,第32页。

③ 转引自夏尔·卢梭著:《武装冲突法》,第2页。

④ Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, pp. 531—553.

规则加以编纂,其根源可以追溯至远古,不同文化的哲学文献和一些开明君主的言论对此有集中的记载。然而,近代意义上的人道主义概念则是伴随着亨利·杜南(Henry Durant)于1862年撰写的《索尔弗利诺回忆录》以及红十字国际委员会的创立应运而生的。<sup>[1]</sup> 至近代,受人道主义思想的影响,武装冲突法有了进一步的发展。特别是19世纪末的一系列国际会议对编纂武装冲突法产生了重要的推动作用。1856年《巴黎会议关于海上若干原则的宣言》的主要内容包括:永远取缔私掠船制度;除战时违禁品外,中立国旗帜掩护敌方货物;除战时违禁品外,在敌国旗帜下的中立国货物不受拿捕;为了使封锁具有拘束力,封锁必须有效,即由一支足以真正阻止进入敌国海岸的武力所维持的封锁。两次海牙和平会议对战争法的编纂影响巨大。第一次海牙和平会议于1899年5月18日在荷兰海牙召开,有26个国家参加了本次会议。之所以称其为“和平会议”,是因为海牙会议的正式任务是“限制军备和保障和平”。由俄国和美国倡议召开的1906—1907年第二次海牙和平会议吸取了1899年会议的经验教训,与会国把注意力仅集中在战争法问题上。这次会议通过的公约取代了1899年和平会议的决定。第二次海牙和平会议通过了《禁止从气球上投掷投射物和爆炸物宣言》、《最后文件》以及13个公约。以上文件涉及问题的范围很广,但可以分为两类:(1)和平解决国际争端的法律调整(第一公约和第二公约);(2)战争开始的程序(第三公约),陆战的法律调整(第四公约和第五公约)和进行海战的规则(第六至第十三公约)。《海牙第三公约》规定,“除非有预先和明确无误的警告”,战争行为不得开始。与会国认为,警告的形式既可以是说明理由的宣战声明,也可以是最后通牒。通过这个保留条件,其余各公约的人道规定受到极大的限制。在陆战法规方面,《海牙第四公约》附件中最重要的有“战斗员”和“非战斗员”的区分,平民有权进行武装抵抗(条件是“只要他们公开携带武器并遵守战争法规和惯例”)。此外,凡是被敌人俘获的人均享有战俘的各项权利。对战俘的法律地位也作了相当详细的规定(第4条):“战俘是处在敌国政府的权力之下,而不是俘获他们的个人或军队的权力之下。他们必须得到人道的待遇。属于他们个人的一切物品,除武器、马匹和军事文件外,仍归他

[1] 杰克斯·斯德朗:《国际刑事管辖权、国际人道主义法及人道主义行动》,载于李兆杰主编:《国际人道主义法文选》,第134页

们所有。”战俘“须按照其军衔和能力”参加劳动,但“军官除外”。这种劳动不应该“过度繁重”并且应该有报酬。而且,“应按照本国士兵的标准给予报酬”。被俘军官应获得“拘留地国同级军官所享有的军饷”。对战俘亦适用《日内瓦公约》的规定。第一个《日内瓦公约》于1864年通过,经过修订和增补的第二个《日内瓦公约》于1906年通过。两个公约具有共同的基本思想,即军人和其他正式随军服务的人员、流动医疗队和医院及其人员,应受到各交战国的人道待遇和保护。在被俘时,对他们应适用国际法准则。<sup>①</sup> 在作战方法方面的规定包括:禁止破坏或没收敌人财产,“除非此项破坏和没收是出于不得已的战争需要”;禁止杀死已投降者和“宣告决不纳降”(第23条)。公约要求指挥人员采取一切可能的措施保护文化古迹以及医疗机构(第27条)。禁止抢劫即使是突击攻下的地方(第28条)。在占领时,“合法政权的权力实际上已落入占领者手中,占领者应尽力采取一切措施,在可能范围内恢复和确保公共秩序和社会生活,尊重当地现行的法律”(第43条);私有财产不得没收(第46条);无条件禁止抢劫(第47条),但允许“尽可能按照现行税则”征收捐税和其他费用(第48条);除非有书面命令,不得征收捐税(第51条);只能没收敌人的现款、基金和债券以及供作战用的财产(第53条)。“占领国只是被视为(上述财产的)管理者和利用者”,市政当局的财产,包括宗教、慈善、艺术和科学机构的财产,应视为私有(个人)财产,不得没收。在中立法方面,1907年的《海牙第五公约》规定,中立国的领土不得侵犯(第1条);禁止交战国的部队通过中立国领土和在中立国设立、利用以军事行动为目的的设施(第3条);中立国应该不偏不倚地对待所有交战国(第9条)。同时,中立国使用武力抵抗侵害其中立地位的企图不得被认为是敌对行动。至于海战方面,有八个海牙公约做出了有关规定。所涉及的问题主要有:商船改充军舰问题,战争开始时敌国商船的地位问题,敷设水雷与海军攻击问题,《日内瓦公约》原则适用于海战的问题、伤病员问题、行使拿捕权问题、建立国际捕获法院问题以及中立国在海战中的权利与义务等问题。这些公约有一系列与海战特点相适应的补充规定,但它们与陆战公约法律调整的基本原则是一致的。海牙公约在1908—1909年的伦敦海军

<sup>①</sup> 费尔德曼、巴斯金著:《国际法史》,第129页。

会议上得到补充并写入了那次会议通过的《海战法宣言》。该宣言确定了海上封锁、战时禁运的法律规范和中立国帮助交战国的程序。该宣言还涉及其他一些更为具体的问题,如改挂船旗问题,中立国货物和敌货性质的确定,护航和损害赔偿等。这些规定中相当大的部分是很成功的,在整个 20 世纪几乎一直有效。不过,虽然在《海战法宣言》上签字的国家很多,但由于未能得到足够数量国家的批准,该宣言一直未能生效。<sup>①</sup>

纵观这一阶段的战争法发展轨迹,我们可以得到的结论是,一方面国家拒绝放弃诉诸战争的权利;另一方面近代工业革命带来的科学技术新发明、新成果迅速应用于军事,武器的杀伤力增强,战争的残酷程度提高。与此同时,受“国际法的效力根据来自于人类的理性与良知”的自然法学说影响,人本主义的价值观和理想主义的国际政治理念最终占据了上风,促使发端于古代的战时法在近代形成了较为完善的体系。

### 三、第二次世界大战之后的战争法

两次世界大战给人类社会带来了空前的浩劫。在战争中,交战各方都有违反武装冲突法的行为。第二次世界大战结束后,为了适应形势的变化,在红十字国际委员会的倡议下,各国在日内瓦召开外交会议,商讨制订调整战争行为的新规则。1949 年 8 月 12 日,63 个国家在日内瓦签订了新的日内瓦公约,并于 1950 年 10 月 1 日生效。这几项公约通称为关于保护战争受难者的《1949 年日内瓦四公约》,具体包括《1949 年 8 月 12 日关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》)、《1949 年 8 月 12 日关于改善海上武装部队伤者、病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》)、《1949 年 8 月 12 日关于战俘待遇的日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》)和《1949 年 8 月 12 日关于战时保护平民的日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》)。《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》最初签订于 1864 年,

<sup>①</sup> International Committee of the Red Cross, *International Law Concerning the Conduct of Hostilities: Collection of Hague Conventions and Some Other International Instruments* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 1989), p. 69.

1906年和1929年曾两次修订和补充,1949年第3次修订。该公约计有约文64条和两个附件,主要内容有:确认在一切情况下应无区别地给予敌对双方伤病员人道主义待遇的原则;禁止杀害、施加酷刑、供生物学实验或故意不给予医疗救助及照顾;伤病员和医疗单位及其建筑物、器材和人员(使用白底红十字或红新月为标志)不受侵犯等原则。《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇的日内瓦公约》,计有约文63条和一个附件,是对1907年《海牙第十公约》的修订和补充。该公约结合海战的特点,规定了海战中保护伤病员、医疗船、医疗单位及其人员、器材、船只的原则和规则,并规定本公约仅适用于舰上部队,登陆部队则适用1949年《日内瓦第一公约》规定的原则和规则。《关于战俘待遇的日内瓦公约》计有约文143条和5个附件,是对1929年同名公约的修订和补充。该公约详细规定了保护战俘和战俘待遇的原则和规则。《关于战时保护平民的日内瓦公约》是一项新公约,共有159条约文和3个附件。该公约规定:处于冲突一方权力之下的敌方公民应受到保护和人道待遇;禁止破坏不设防的城镇、乡村;禁止杀害、胁迫、虐待和驱逐和平居民;和平居民的人身、家庭、荣誉、财产、宗教信仰和风俗习惯应受到尊重。《1949年日内瓦四公约》包含的原则和规则主要有:(1)各公约不但适用于一切经过宣战的战争,而且适用于一切武装冲突,即使在其中一方甚至双方不承认存在战争状态时也适用。(2)各公约不但适用于各缔约国之间,而且在冲突一方的一个或几个国家不是缔约国时,如果有关非缔约国接受和适用公约时,在它与其他缔约国之间也适用,以此排除了过去有关战争法条约中的“普遍参加条款”的限制。(3)各公约不但适用于国际性武装冲突,也为非国际性武装冲突(内战)中的战争受难者规定了最基本的保障。主要包括:“一、不实际参加战事之人员,包括放下武器之武装部队人员及因伤病、拘留或其他原因而失去战斗力之人员在內,在一切情况下应予以人道待遇,不得基于种族、肤色、宗教信仰、性别、出身、财力或其他类似标准而有所歧视。因此,对于上述人员,不论何时何地,不得有下列行为:(甲)对生命与人身施以暴力,特别如各种谋杀、伤残肢体、虐待及酷刑;(乙)作为人质;(丙)损害个人尊严,特别如侮辱及降低身份的待遇;(丁)未经具有文明人类所认为之司法保障的正规组织的法庭宣判,而遽行判罪及执行死刑。二、伤者、病者应予收集与照顾”(《1949年日内瓦四公约》“共同第三条”)。

《1949年日内瓦四公约》签订后,国际武装冲突特别是民族解放战争的实践显示出公约存在缺陷和不足。为补充《1949年日内瓦四公约》,红十字国际委员会根据1969年第21届红十字国际大会通过的决议,拟定了两项附加议定书的草案。<sup>1</sup>从1974年到1977年,瑞士政府出面召集了四届“关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道主义法的外交会议”。1977年6月10日,各国在日内瓦签订了《1949年日内瓦四公约附加议定书》(全称是《1949年8月12日日内瓦四公约附加议定书》),包括《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第一议定书)和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二议定书),并于1978年12月7日生效。第一议定书有约文102条和两个附件,在保护平民、战争受难者和战斗员等方面改善了《1949年日内瓦四公约》。主要内容包括:(1)根据《联合国宪章》和1970年《联合国国际法原则宣言》的精神,把适用范围扩大到反对殖民统治、外国占领和种族主义政权的武装冲突(第1条第4款),肯定其合法性。此类武装人员,如果落入敌方权力之下,也应享有国际性武装冲突中的战俘地位。(2)放宽了游击队员作为合法战斗员的条件(第43条)。它所规定的必须遵守的条件,除遵守战争法规和惯例外,只要“公开携带武器”,而且限于“在每次军事交火期间”和“在从事其所参加的发动进攻前的部署时为敌人所看得见的期间”(第44条第3款)。并且还规定,“违反上述要求,落入敌方权力之下的人员,虽失去成为战俘的权利,但所享受的保护应在各方面与第三公约和本议定书所给予战俘的保护相等,这项保护包括在这类人犯有任何罪行而受审判和惩罚的情况下第三公约所给予战俘的同等保护”(第44条第4款)。(3)对战争手段和作战方法做了进一步限制(第35条至38条),其中最重要的原则和规则是,重申“在任何武装冲突中,冲突各方选择作战方法和手段的权利不是无限制的”这一原则,并使用“武装冲突”一词代替《海牙第四公约》附件中所使用的“战争”;禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦性质的武器、投射物及作战方法;禁止使用对自然环境引起广泛长期而严重损害的作战方法和手段;在研究、发展、取得和采用新的武器及

<sup>1</sup> Roberts and Guelff, eds., *Documents on the Law of War* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 3rd ed., p. 419.

作战方法或手段时,缔约国有义务考虑它们是否为本议定书或战争法规所禁止。(4)增加了关于保护未被占领区和平居民的条款,加强了对和平居民的保护。第二议定书有约文28条,包括了第一议定书的基本内容,但较为简略,且没有“作战方法和手段”部分。值得注意的是,第二议定书是第一个把关于保护战争受难者的战争法规的适用范围扩大到非国际性武装冲突(即内战)的国际条约。它一方面发展和补充了《1949年日内瓦四公约》“共同第三条”关于适用范围的规定;另一方面,还规定“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”(第1条)。为了防止他国援引本议定书干涉缔约国的内政,第二议定书规定“本议定书的任何规定均不应援引作为基于任何理由而直接或间接干涉武装冲突发生地的缔约一方的内部或外部事务的根据”(第3条)。应当特别指出的是,在新型武器装备迅速发展和作战方式不断更新的条件下,“马尔顿条款”(The Martens Clause)的重要意义亦愈突出。在立法技术上,它采取包括式(而不是列举式或排除式)的表述,表明即使国际条约未作规定,“平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配”。这一原则已被写入1907年《海牙第四公约》和第一议定书。而且1977年的外交会议还决定,在起草第一议定书时,将马尔顿条款升格为实体性规则,而不是还像1973年草案那样写在前言中。这一做法,强调了马尔顿条款仍然具有重要意义。<sup>①</sup>如果进一步深入分析,就会发现马尔顿条款之所以重要,是因为它通过涉足习惯法,强调了习惯规则对调整武装冲突的重要性。<sup>②</sup>有的西方学者认为,即使是最为完善的法律规则也无法将所有可能性穷尽。法律规定把情况列举得越详尽,出现疏漏的风险也就越大。因此,在这个意义上,如果无法援引《1949年日内瓦四公约》的具体条款来解决问题,马尔顿条款就可以起到“安全阀”的作用。<sup>③</sup>

第二次世界大战后,《联合国宪章》规定各会员国负有和平解决国际争端的义务,从理论上排除了使用武力的合法性。然而有两种情况例外,一种情况

① 鲁博特·迪斯赫斯特:《马尔顿条款与武装冲突法》,第28页。

② 同上书,第30页。

③ Stanislav E. Nahlik, "A Brief Outline of International Humanitarian Law," *International Review of the Red Cross*, July/August 1984, Offprint, pp. 36—37.

是自卫。《联合国宪章》第 51 条规定：“联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。”此处的“自然”一词，是指这种“自卫”的权利是国家与生俱来、不言自明的。第二种情况是联合国安全理事会依《联合国宪章》授权或采取的强制行动。《联合国宪章》第 42 条规定：“安全理事会如认为第四十一条规定之办法为不足或证明为不足时，得采取必要之空海陆军行动，以维持或恢复国际和平及安全。”另一方面，受国际关系发展的影响，有三种情势被提升到“国际性武装冲突”的地位，即反对殖民统治、外国占领和种族主义政权的武装冲突。武装冲突法适用范围的扩大有其深刻的政治、历史原因。第二次世界大战后，民族解放运动风起云涌，一大批原西方国家的殖民地纷纷通过各种方式（包括武装斗争）争取独立。与此同时，过去的宗主国不愿放弃其既得利益，企图保留原先的特权。因此，两种势力之间的斗争日益白热化。在此背景下，新兴民族独立国家要求从国际法上维护它们的合法权益，于是就逐渐产生了武装冲突法对内战也适用的情况。实际上，第一议定书中所表述的三种应当适用武装冲突法的情势都有其事实根据和典型性。例如，“反对殖民统治”是指安哥拉，因为当时安哥拉是葡萄牙的殖民地；“外国占领”指的是以色列和巴勒斯坦之间的关系；而“种族主义政权”是指南非的情况。对于这些问题，西方发达国家和第三世界国家持有不同的看法，在国际红十字委员会召集的历次会议上，各派观点之间的斗争也很激烈。从实质上看，在内战或其他类型的武装冲突中适用武装冲突法，其立法宗旨在于避免出现“法律真空”和“无法无天”的状态。人类社会的特点之一在于其组织性，即使是在战争这种极端“无政府状态”的情况下，仍然需要有一定的行为规范。依照传统战争法，条约仅在各缔约国之间适用，即所谓的“普遍参加条款”。但是，一国内部的交战团体或叛乱团体很难有机会出席国际会议表明自己对武装冲突法的态度，因此武装冲突法应对国内武装冲突中交战各方同样适用，而不论各方是否都批准或参加了某项有关战争法的国际公约。在此问题上，武装冲突法的规范有些类似于国际习惯法的效力。如果能证明一项规则是国际习惯法规则，就可以对所有未

批准第一议定书和第二议定书的国家和在非国际性武装冲突中适用。<sup>①</sup>

国际法为国际性武装冲突和非国际性武装冲突提供了两种保护制度,这两种保护制度的细微区别就在于,对非国际性武装冲突中的战争受难者的保护远远不及国际性武装冲突那样全面、充分,在非国际性武装冲突的情况下无“受保护人员”这一概念,武装冲突法仅为战争受难者提供“最低限度”的保护。<sup>②</sup>第二议定书将保护战争受难者的战争法规的适用范围扩大到非国际性武装冲突(即内战),但同时对内战的范围进行了限制,即“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”(第1条第2款)。它仅适用于“在缔约方境内发生的缔约方军队和反叛部队或有组织的武装集团之间的武装冲突,而反叛部队或有组织的武装集团应处于负责任的指挥官管辖之下,对部分领土实行控制以便实施持续和统一的军事行动并执行本议定书”<sup>③</sup>。西方法学界中有的学者认为此处的“部分领土”一般可以理解为一国30%以上的领土。然而1998年由罗马外交大会通过的《国际刑事法院规约》又提出了将武装冲突法适用于内战的新标准,提高了门槛。《国际刑事法院规约》第8(2)条有关对“战争罪”的管辖规定:“本条第2款(e)项适用于一国领土上政府军与有组织的武装集团之间或有组织的武装集团彼此之间发生的持续武装冲突。”<sup>④</sup>这一规定又使情况进一步复杂化,因为要对“持续”这一时间要素进行定量分析存在一定的困难。此外,由于参加第二议定书和《国际刑事法院规约》的国家数目有限,远不及《1949年日内瓦四公约》和第一议定书那样普遍<sup>⑤</sup>,因此这一部分的国际法规则是否已经成

① ICRC, “study on customary rules of international humanitarian law,” <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/iwplList74/912774C5011D3922C1256BC80052362E>.

② 参见《1949年日内瓦四公约》,“共同第3条”。

③ 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二议定书),第1条第1款。

④ 参见 Article 8, paragraph 2 (e), the Statute of the International Criminal Court.

⑤ 德国学者弗莱克认为,近年来,一些未参加第一议定书的国家参与了多国部队的军事行动,促使了第一议定书所确立的标准被各国接受为习惯法。Dieter Fleck, ed., *The Handbook of International Humanitarian Law in Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. vi.

为国际习惯法仍然是个问题。<sup>1)</sup>或许学者可以提出卢旺达国际法庭已将违反第二议定书规定的行为列入该法庭的管辖范围,但仅有零散的国际实践,能否在量的积累和法律反复适用的前后一致性上满足通行做法上升为国际习惯的要求,还是值得怀疑的。与此形成对比的是,“1948年《灭绝种族罪公约》的基本原则已被国际法院确认为习惯法”<sup>2)</sup>。而且,“毫无疑问,1946年以后,‘反人道罪’已经发展成为国际习惯法的一部分。在‘塔迪奇案’的判决中,‘前南斯拉夫国际刑事法庭’明白无误地确认了这一点。《卢旺达国际刑事法庭规约》把‘反人道罪’看做自成一类的犯罪,与战争罪的联系不复存在了。1968年11月26日《关于战争罪及反人道罪不适用法定时效的公约》第1条援引《纽伦堡宪章》第6条关于‘反人道罪’的规定,但是增添了‘无论战时还是平时’的措辞”<sup>3)</sup>。

从理论上讲,违反武装冲突法中“禁止性规范”的行为当然引起相应的刑事责任,但是长期以来关于惩治战争犯罪的国际法规范的发展却十分欠缺。第二次世界大战后,国际刑法的发展在很大程度上强化了武装冲突法的效力和实效。一般说来,国际刑法是指调整国际刑事关系的实体法与程序法的总称,主要包括国际社会预防和惩治国际犯罪以及国际刑事司法协助与合作的原则、规则和制度。但是,近年来在西方学界,一个逐渐形成的共同认识是将国际犯罪的类别主要集中在“战争罪”、“反人道罪”、“灭绝种族罪”等最为严重的罪行上<sup>4)</sup>,而把其他各种国际犯罪留给国内刑法来调整。在把进行战争当作国家固有权利的情况下,战争犯罪仅指违反公认战争法规与惯例的行为。这类行

1 根据红十字国际委员会资料,到2002年9月5日,有190个国家成为《1949年日内瓦四公约》的缔约方,160个国家成为第一议定书的缔约方,153个国家成为第二议定书的缔约方。Jakob Kellenberger, “International Humanitarian Law at the Beginning of the 21st Century,” 26th Round Table in San Remo on current problems of international humanitarian law, *The two Additional Protocols to Geneva Conventions: 25 Years Later Challenges and Prospects*, 参见 <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5E2C8V?OpenDocument>

2 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 18 May 1951, I. C. J. Reports, 1951, p. 23. 参见 Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, 30/Sep./1999, No. 835, pp. 531—553.

3 Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, 30/Sep./1999, No. 835, pp. 531—553.

4 参见《国际刑事法院规约》,第5条。

为不但破坏国际法,通常也违反犯罪者本国的刑法,比如杀害和劫掠因伤、因病而失去作战能力或已经放下武器的士兵等。第二次世界大战以前,有关违反战争法规应负法律责任的规定散见于各项条约中。1907年《海牙公约》附件第56条规定,凡故意毁坏有价值的历史文物和艺术古迹者应依法追究责任;1929年改善伤病员待遇的《日内瓦公约》第28条至30条规定了惩治滥用红十字标志和违反该公约的任何行为(比如虐待伤病员和伤害医务人员等)。1922年《华盛顿公约》第3条规定,服务于任何国家的任何人,如违反关于对商船进行攻击、拿捕和破坏的现行法的人道规则,不论他是否奉有上级命令,一概认为是对战争法规的破坏,将按照海盗罪进行审判和惩罚,且该违法者在哪一个国家法律管辖的区域内被发现,即受哪一个国家的民事或军事法庭审判。

如果说以往零星、分散地主要以惯例形式存在的战争法原则、规则在经过两次海牙和会之后形成了战争法基本体系,那么第二次世界大战之后的《1949年日内瓦四公约》和两个《1977年附加议定书》使战争法进一步法典化、定型化,从限制作战手段方法到保护战争受难者的一系列原则、规则使战争法发展成为国际法体系中最为完备的部门法。另一方面,由于国际政治的变化,战争法原则和规则的适用范围扩大到了国内武装冲突,从而避免在内战中出现无法可依的法律真空。惩治战争犯罪的国际刑事司法实践也“使国家及国家公务人员的国际责任发生了重大变化”<sup>①</sup>。

### 四、国际刑法对战争法的保障和补充

在历史上,违反武装冲突法(战争法规和惯例)的现象屡见不鲜,但在相当长的时间内,国际社会却无力将被告人绳之以法。第一次世界大战结束后,战胜国曾提出审判和惩处德国皇帝威廉二世及其他战犯。战争结束后缔结的《凡尔赛和约》中也规定了把威廉二世及德军中严重破坏战争法规者交付国际法庭或混合法庭审判。<sup>②</sup>但是,由于协约国不愿创造这样的先例,借口荷兰政府拒绝引渡威廉二世而不了了之,同时德国也以“国家尊严”为由拒绝交出其

<sup>①</sup> 梁西主编:《国际法》,武汉大学出版社2003年版,第25页。

<sup>②</sup> 见《凡尔赛和约》,第227—229条。

他战犯。1945年8月8日,苏联、美国、英国和法国执行1944年《莫斯科宣言》的规定,在伦敦签订了《关于起诉和惩处欧洲各轴心国主要战犯的协议》及其附件《欧洲国际军事法庭宪章》,决定设立国际军事法庭。伦敦协议就国际军事法庭的管辖权、组织和任务做出了规定。《国际军事法庭宪章》对法庭的组织、审判和判决程序作了规定。宪章的第6条列举了战争罪行的类别:(甲)危害和平罪,即计划、准备、发动或实施侵略战争,或违反国际条约、协议或承诺之战争,或参与为实现上述任何战争之一种共同计划或同谋。(乙)战争罪,即违反战争法规与惯例,此种违反反应包括但不限于对在所占领土或占领地的平民之谋杀、虐待,为奴隶劳役的,或者其他目的的放逐,对战俘或海上人员之谋杀或虐待,杀害人质,劫掠公私财产,任意破坏城市、集镇或乡村,或从事并不根据军事需要之蹂躏。(丙)反人道罪,即在战争发生前或战争进行中,对任何平民之谋杀、灭绝、奴化、放逐及其他非人道行为,或因任何政治、种族或信仰关系,为执行或关涉本法庭管辖范围内之任何罪行而为之迫害,不问其是否违反所在国之国内法。凡参与策动或执行任何犯上述罪行的共同计划或同谋之领袖、组织者、教唆犯及共犯,对任何人在执行此项计划中所为之一切行为均应负责。根据对欧洲轴心国主要战犯进行起诉和惩处的伦敦协议和国际军事法庭宪章,在德国的纽伦堡组织了对法西斯德国主要战犯的国际审判。“纽伦堡国际军事法庭”的审判自1945年11月10日开始到1946年10月1日结束,共判处12人绞刑,7人徒刑,并宣布纳粹党领导机构、秘密警察和党卫军为犯罪组织。经同盟国授权,1946年1月19日盟军最高统帅部颁布了内容基本上与《欧洲国际军事法庭宪章》相同的《远东国际军事法庭宪章》。根据该宪章,由中国、苏联、美国、英国、法国、荷兰、印度、加拿大、新西兰、菲律宾、澳大利亚等11国的代表组成“远东国际军事法庭”。该法庭自1946年4月到1948年11月,在东京审判日本主要战犯,判处7人绞刑,18人徒刑。两个国际军事法庭宪章和纽伦堡、东京国际审判实践,对武装冲突法的发展产生了重大影响。1946年12月11日,联合国大会第95(I)号决议一致确认《欧洲国际军事法庭宪章》所包括的国际法原则。有意大利学者认为,联合国大会的决议确认了《伦敦宪章》

的各项规定具有习惯法的性质。<sup>①</sup> 联合国国际法委员会 1950 年根据大会第 177(II)号决议,编纂了国际军事法庭宪章和判决所包含的原则:(1) 从事构成违反国际法的犯罪行为的人承担个人责任,并因此而受惩罚;(2) 不违反所在国的国内法不能作为免除国际法责任的理由;(3) 被告的地位不能作为免除国际法责任的理由;(4) 政府或上级命令不能作为免除国际法责任的理由;(5) 被控有违反国际法罪行的人有权得到公平审判;(6) 违反国际法的罪行是危害和平罪、战争罪、反人道罪;(7) 共谋上述罪行是违反国际法的罪行。对此,该意大利学者评论道:“纽伦堡审判(以及影响相对较小的东京审判)做出了大量的判决,这些判决从判例法角度对国际法上的个人刑事责任的形成起到了很大的作用。”<sup>②</sup>在纽伦堡和东京审判后,各国又在国内法院的层面上对战犯进行了审判,如苏联的“伯力审判”,中国的“沈阳审判”和“太原审判”。1967 年和 1968 年联合国大会通过决议,规定战争犯无权要求庇护,对他们不适用法定时效(即追诉时效)。

1993 年根据联合国安全理事会第 827 号决议,成立了“前南斯拉夫国际刑事法庭”,起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人。1994 年根据联合国安全理事会第 935 号决议成立了“卢旺达国际刑事法庭”,起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 1994 年 12 月 31 日之间卢旺达境内灭绝种族和其他严重违反国际人道主义法行为负责的人和应对卢旺达邻国境内灭绝种族和其他违反国际人道主义法行为负责的卢旺达公民。卢旺达国际刑事法庭也是第一个将违反《1949 年日内瓦四公约》“共同第三条”和第二议定书的行为纳入其管辖权范围的法庭。<sup>③</sup>

这些特设国际法庭的建立及其审判实践,一方面促进了武装冲突法的发

<sup>①</sup> Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, 30/Sep./1999, No. 835, pp. 531—553.

<sup>②</sup> Ibid.

<sup>③</sup> 关于“违反《1949 年日内瓦四公约》‘共同第三条’和第二议定书之罪”,“卢旺达国际刑事法庭”认为必须满足 5 个条件才能认定犯了此罪:(1) 被控罪行必须是在非国际性武装冲突中所犯;(2) 必须满足适用两公约的时间范围要求;(3) 必须满足适用两公约的领土范围要求;(4) 被指控的个人必须与两公约之一当事方相连;(5) 被控罪行的受害人必须是两公约保护者。参见凌岩:《联合国卢旺达国际法庭 1999 年的工作》,载于《中国国际法年刊(1999)》,北京,法律出版社 2002 年版,第 399 页。

展,另一方面也提出了一系列颇具争议的法律理论问题。例如,在纽伦堡审判中,被告人提出了一系列辩护理由。主要有:依照当时的国际法,他们在第二次世界大战中的行为并未违反国际法,国际军事法庭的审判违反了“罪刑法定”这一法制基本原则;实质上是“事后立法”<sup>①</sup>;法律不应具有溯及既往的效力;国际军事法庭的运作是为了实现所谓“战胜国的正义”;况且盟国军队的许多行为(例如英国空军对德国城市德累斯顿的轰炸)也是违法的。在东京审判中,国际军事法庭中的印度籍法官帕尔(Pal)也提出了异议,认为“给日本战犯定罪是不妥的,他们应当被无罪释放”<sup>②</sup>。

上述理论问题不仅具有一定的学术意义,而且具有十分重要的实践和现实意义。如果刻意回避而不据理反驳,将对武装冲突法和国际刑法的发展造成十分消极的影响。针对纽伦堡和东京审判中被告人提出的诸多法律问题,我们是能够通过充足的论据和缜密的论证来予以回答的。从理论上讲,纽伦堡审判(对东京审判也同样适用)并未违反“罪刑法定”这一刑法基本原则,因为当时的国际法虽然缺乏明确的、具体的、成文的刑法规范,但是,诚如纽伦堡国际军事法庭的判决书指出的那样:“有人主张对于违反条约和保证,没有发出警告就对邻国发起进攻的人加以惩处是不合理的,这种论点显然不正确。因为在这种情况下,进攻者本身一定知道他是无理的,因此对他惩处决不是不公正的;反之,如果对他的罪行不作惩处,那才是不公正的。”判决书同时分析了《1928年巴黎非战公约》,认为包括德、意、日在内的公约缔约国均明确表示放弃战争,指出“任何国家利用战争作为国家政策的工具者,均属破坏公约而负有罪责”,“郑重地放弃以战争作为国家政策的工具,必然包含着这类战争是违反国际法的,凡策划并进行这样的战争,因而产生不可避免的和可怕的后果者,均属犯罪

<sup>①</sup> 关于这一诘难,巴西奥尼教授认为:“即使是最严格的实定主义法学派学者也难以否认纳粹的暴行应当受到惩处。”“如果从严解释‘事后立法原则’,《伦敦宪章》有可能有悖于这一原则,但是从道德角度来看则是正确的。”参见 M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (The Hague: Kluwer, 1999), 2nd ed., pp. 80—81, 108.

<sup>②</sup> 参见 Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 20

行为”<sup>①</sup>。从这个意义上讲,纽伦堡国际军事法庭创造性地发展了国际刑法,而不是违反了“罪刑法定”原则。纽伦堡审判及后来的东京审判的原则也已经被联合国大会及联合国国际法委员会所确认。针对纽伦堡审判中的“反人道罪”问题,权威国际刑法学家巴西奥尼教授主张国际刑法中的罪名可以来自类推,这样做并不违反“罪刑法定原则”。<sup>②</sup>

关于国际刑法与“罪刑法定”原则之间的关系,恐怕要从以下几个方面来理解才能得出比较符合客观实际、令人信服的结论。首先,成文法的规定不可能将需要法律调整的各种社会关系完全穷尽,依照“一般法律原则”和各国的司法实践,可以通过审判和判决发展法律,如所谓“婚内强奸”、“强奸男子”等罪名就不是由刑法典规定,而是在西方国家司法实践中出现的。前南斯拉夫国际刑事法庭和卢旺达国际刑事法庭曾判定“将木棒插入妇女性器官的行为构成强奸罪”(“阿卡耶苏案”),“行为人强迫被害人为其口交的行为构成强奸罪”(“富伦季加案”),“强迫两名男子互相口淫的行为构成强奸罪”(“塞莱比齐案”)。<sup>③</sup>这样做并不违背“罪刑法定”原则。其次,从抽象法律原则推导出具体规则来适用于具体案件在各国国内法中也是被允许的。再次,法律的存在形式呈现出多样性,除了成文法,还有习惯等。笔者认为,对所谓“罪名”和“刑罚”是否具备合法性进行判断的关键在于是否能在政治伦理的层面上满足“法统性”或称“正统性”的要求。应当指出的是,如果说有人对第二次世界大战结

① 实际上,纽伦堡国际军事法庭列举了一系列国际条约作为对被告人定罪的法律依据,包括 The British War Blue Book; The Bullet Decree (Kugel Erlass), March 4, 1944; Directive No. 1 for the Conduct of the War; The Hague Conventions; Hossbach Memorandum, November 10, 1937; Kellogg-Briand Pact and Associated Documents; Moscow Conference, October 1943; Munich Pact and Associated Documents; Nazi-Soviet Non-Aggression Pact; Night and Fog Decree (Nacht und Nebel Erlass), December 7, 1941; Program of the National Socialist German Workers' Party (NSDAP); The Stroop Report; The Warsaw Ghetto is No More, April—May 1943; The Treaty of Versailles, June 28, 1919 and Tripartite Pact. 参见 <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm&isbol=0>。

② M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (The Hague: Kluwer, 1999), 2nd ed., p. 145. 国内也有学者主张,国际刑法不适用(或并不完全适用)“罪刑法定”原则。参见黄肇炯、唐雪莲:《纽伦堡、东京审判与国际刑法》,《法学家》1996年第5期,转载于“中国法律在线”,<http://www.clol.com.cn/lawthesis.asp>;刘亚英:《国际刑法与国际犯罪》,北京,群众出版社1986年版,第48—50页;黄芳:《国际犯罪的国内立法导论》,《法学评论》2000年第2期。

③ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 112.

束时的国际审判是否符合“罪刑法定”原则提出质疑的话,那么战后国际刑法的发展已经解决了这个问题。这一点可以从《公民及政治权利国际公约》中找到佐证。该公约第15条第1款规定:“任何人之行为或不行为,于发生时依国内法及国际法均不成罪者,不为罪。刑罚不得重于犯罪时法律所规定。犯罪后之法律规定减刑者,从有利于行为人之法律。”但是,该条第2款规定:“任何人之行为或不行为,于发生时依各国公认之一般法律原则为有罪者,其审判与刑罚不受本条规定之影响。”<sup>①</sup>另一方面,“由联合国国际法委员会起草的《危害人类和平及安全治罪法典草案》对个人刑事责任概念的发展起到了很大的作用。在1951和1954年的草案中,第1条规定‘危害人类和平及安全的犯罪行为是国际法上的罪行,应对此负责的个人应受到惩治’。1996年的草案文本第1条规定‘危害人类和平及安全的犯罪行为是国际法上的罪行,是应当受到惩治的行为,而不论按国内法规定是否应受惩治’。按照第2条,‘危害人类和平及安全的犯罪行为产生个人责任’”<sup>②</sup>。需要说明的是,该法典草案尚不具有法律效力,但它毕竟在一定程度上反映了国际刑事立法的未来走向和趋势。

至于前南斯拉夫国际刑事法庭,由于它是由联合国安全理事会建立的,其合法性是很可疑的,并且屡遭被告人质疑。在1995年的“塔迪奇案”中,被告人就主张该法庭是非法建立的,因而无权对他进行审判。2001年7月,当前南斯拉夫塞尔维亚总统米洛舍维奇出庭受审被要求认罪时,他又当庭指出该法庭是不合法的,因为它不是由联合国大会建立的。<sup>③</sup>除了“前南斯拉夫国际刑事法庭”和“卢旺达国际刑事法庭”之外,拟议要设立的国际刑事法

① 《公民及政治权利公约》第15条,载于王铁崖、田如萱编:《国际法资料选编》,北京,法律出版社1986年版,第172—173页。

② Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, Sep. 30 1999, No. 835, pp. 531—553.

③ BBC News: “Milosevic hearing transcript”, Transcript of Slobodan Milosevic’s first appearance at the UN War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia, 参见 [http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/Europe/newsid\\_1419000/1419971.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/Europe/newsid_1419000/1419971.stm); 以及 BBC News: “Court rejects Milosevic challenge,” Friday, 31 August, 2001, 09:30 GMT/10:30 UK, 参见 [http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/rope/newsid\\_1517000/1517905.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/english/world/rope/newsid_1517000/1517905.stm).

庭还有“塞拉利昂国际法庭”<sup>①</sup>和“东帝汶国际法庭”。由于受政治因素制约,原先打算为柬埔寨设立的国际战争罪法庭<sup>②</sup>已由联合国决定放弃,因为柬埔寨政府试图在此法庭审理从前红色高棉政权的领导人。2002年2月8日,联合国的法律顾问科雷尔说,他已经认定,该特别国际法庭的独立性、公正性和客观性不能得到保证,因而不再继续同柬埔寨进行有关谈判。

与此同时,还应当注意到,与一般学者的认识恰恰相反,国际刑法的范围不是在扩大,而是在缩小。依据《国际刑事法院规约》建立起来的国际刑事法院所管辖的犯罪行为仅有灭绝种族罪、反人道罪、战争罪和侵略罪等四种。它把那些危及国际社会利益的、极端严重的犯罪作为管辖对象,而把其他较为次要的其他国际犯罪行为留给了各国国内管辖。泰国学者所著的《国际刑法》一书也只讨论灭绝种族罪、反人道罪、战争罪和侵略罪问题。<sup>③</sup>

与此同时,“‘国际人道主义法’与‘国际人权法’的联系也在日益密切。近期通过的国际人道主义法的条款显然受到了人权法规则和保护标准的影响。《国际刑事法院规约》提到了诸如‘人格尊严’、禁止‘侮辱和降低身份待遇’、‘司法保障’、禁止‘迫害’(‘违反国际法蓄意和严重全部或局部剥夺某一团体成员的基本权利’)、‘歧视和种族隔离’,等等。这些观念已全部经联合国通过的关于保护个人人权的主要文件所确认。然而,人道原则是人道主义法的核心并构成了国际人道主义法发展的基础,而且个人的法律责任原则也已经明确地由人道主义法所确认”<sup>④</sup>。

就整个武装冲突法体系而言,有西方国家学者认为除了“日内瓦法”和“海牙法”之外,还有所谓“纽约法”。按照两位荷兰学者的说法,联合国成立后对战争法的发展所作的贡献可以统称为“纽约法”。其具体内容包括五个部分:(1)促成确立关于惩治战争犯罪的原则;(2)呼吁禁止或限制使用核武器以及

① Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, S/2000/915.

② BBC News: “Milosevic hearing transcript,” Transcript of Slobodan Milosevic’s first appearance at the UN War Crimes Tribunal for the former Yugoslavia, see [http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/world/asia-pacific/newsid\\_1476000/1476868.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/english/world/asia-pacific/newsid_1476000/1476868.stm).

③ Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

④ Edoardo Greppi, “The evolution of individual criminal responsibility under international law,” *International Review of the Red Cross*, Sep. 30 1999, No. 835, pp. 531—553.

某些常规武器的努力；(3) 敦促在武装冲突中尊重人权；(4) 在战争中保护妇女、儿童的人身权利和新闻记者报道的权利；(5) 将民族解放战争提升为“国际性武装冲突”，并主张民族解放战争中的战斗员和游击队员应当享受战俘的待遇。他们还认为“海牙法”、“日内瓦法”和“纽约法”这三股支流有逐渐汇聚之势，但其自身的特点仍然得到保留，而且自 20 世纪 90 年代以来和国际刑法之间的关系日益密切。<sup>1</sup> 然而此说只是一家之言，尚未被普遍接受。即使在西方学术界，也无统一的认识。例如，有的英国法学家（如英国诺丁汉大学法学院的迪诺·克里奥斯提斯）就认为，“纽约法”的提法不过是出于政治目的标新立异，哗众取宠而已。根据权威国际法学家的观点，形成新的法律制度应具备一定的必要条件。自第二次世界大战结束以来，国家间相互依存关系发展迅速，形成了许多需要法律加以调整的国际社会关系新领域。与此相适应的是国际组织数量的急剧增长和一些国际法新分支的陆续出现。对于国际法新部门形成的条件和标准，中国国际法学家梁西先生认为是“在某一专门领域，已发展成为国际法独立分支并具有较成熟体系的部分”<sup>2</sup>。苏联国际法学者阿沙夫斯基曾提出划分国际法部门的两个标准：一是法律调整的对象（国际关系的特殊范围及调整该类关系的国际法规范的目的）；二是法律调整的方法。关于后一问题，国际法学家常常使用三个标准，即构成国际法某一部门基础的特殊原则的具备；各国对单独调整某一组社会关系的兴趣（明显表现在编纂活动中）；和某一组社会关系的重要国际意义及有关国际法规范的足够数量的具备。<sup>3</sup> 某一组国际法规则是否具备成为部门法的组成部分或提升为国际法新分支的条件，似乎也可以用上述标准来衡量。

长期以来，战争法原则规则从实质上讲依然停留在道德要求的层面，缺乏强制力作为实施的保障。在各种观点的角力中，强调“国际法效力根源于国家意志”的实在法学派逐渐占据了主导地位，国际刑法的介入突破了传统战争法

1. 参见荷兰学者 Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2001), 19, pp. 29--32.

2. 梁西主编：《国际法》，武汉大学出版社 1993 年版，第 1 页。

3. 段瑞林：《苏联国际法学会第二十八届年会》，《中国国际法年刊（1986）》，北京，中国对外翻译出版公司 1986 年版，第 395 页。

的空白,使战争法的执行得到了最具强制力的刑法的保障。

### 五、战争法的新发展

近十年来,战争法又有了新的发展。1995年10月,维也纳外交会议通过了《致盲激光武器议定书》(1980年《特定常规武器公约》第四议定书),禁止使用及转让具有导致永久致盲的特殊战斗功能的激光武器。议定书同时要求各国采取一切预防行动,包括培训武装部队,避免因使用其他合法激光系统而导致永久性失明。在地雷方面,1980年10月10日《禁止和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日内瓦公约》第二附加议定书的适用范围,已因1996年5月3日在日内瓦通过的《关于禁止及限制使用地雷、诱杀装置及其他装置的修正议定书》而获得扩大。此外,1997年12月3—4日在渥太华,由121个国家签署的禁止使用、贮存、生产及转让杀伤人员地雷及销毁它们的公约,也完全禁绝地雷。这项公约同时备有扫除地雷及救助地雷受害者的条文。另一项新近的发展便是适用于海上武装冲突的国际法的《圣雷莫手册》(San Remo Manual)。这项在红十字国际委员会的主持下,由国际人道法研究所开展的工作,得到了各国政府的承认,其重要性在1995年于日内瓦举行的第26届红十字与红新月国际大会的决议中有所反映。1998年7月17日,《国际刑事法院规约》的通过是促使各国进一步尊重国际人道主义法的一个重要措施。新的国际刑事法院将对战争罪有管辖权,而不论这种行为发生在国际性武装冲突还是非国际性武装冲突中。最新的进展则与作战手段有关。2002年12月,由联合国主持制订的《1980年10月10日禁止和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日内瓦公约》的适用范围有所扩大。过去该项公约只涵盖了国际性武装冲突的情况,但是第二次审议大会修订了公约的第1条使公约的适用范围,使之包括了非国际性武装冲突的情况。<sup>①</sup>

21世纪前期的战争样式将对武装冲突法产生重要的影响。人们常用“战

---

<sup>①</sup> International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law: Answers to your Questions* (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2002), p. 21.

争样式”、“战争形态”等词语来概括表述一场战争或武装冲突的特征。所谓战争样式或战争形态,都是指战争或武装冲突的基本特征。人们主要从两个角度来概括表述战争或武装冲突的特征:一是根据交战者之间的关系。比如,国家与国家之间发生战争,其战争样式称为国际战争或国际性武装冲突;政府与反政府武装之间发生武装冲突,称为国内战争或非国际性武装冲突;一个国家与另一个国家中的非国家武装力量之间发生战争,称为土著人战争、反恐怖战争等。这个角度着重反映谁与谁发生战争。二是根据作战使用的主要武器和方法。比如,主要使用飞行器的战争样式,称为空战;主要使用信息武器的,称为信息战;主要使用太空武器的,称为太空战;主要使用核武器的,称为核战争,等等。这个角度着重反映用什么方式进行战争。当然,对战争还可以从其他角度来概括其特征,但主要是以上两个角度。前一个角度观察战争中的政治关系;后一个角度观察科学技术对战争的影响。

从人们观察战争特征的两个主要角度可以看出,战争样式主要受两个因素影响,一是受政治关系变化的影响,二是受军事技术发展的影响。从世纪之交的情况看,这两个因素都在发生重大变化。在国际政治方面,出现了严重的恐怖主义问题,发生了反恐怖战争,即一个国家或一些国家与处在另一个国家中的非国家行为体,即恐怖主义组织之间的武装冲突,这种战争样式是前所未有的。在军事技术方面,随着现代高科技的迅猛发展,新武器层出不穷,出现了信息武器、太空武器等,并且还将出现其他新武器,如小型核武器、基因武器等。随着这些新武器的使用,将出现信息战、太空战(天战)、小型核战争等战争样式。

毫无疑问,战争样式对武装冲突法的影响是必然的,因为武装冲突法正是对交战者、交战手段与方法所作的规范。随着21世纪前期国际政治关系和军事技术的变化和发展,武装冲突法必将发生变化和发展。

作战手段与方法的更新变化扩大了交战主体的范围和战争法原则、规则适用的空间,战争法在新世纪面临着新挑战。国际刑事法院的成立和运作在使战争法执行机制变得更加丰富多样的同时,也对各国国家司法主权构成了潜在的销蚀。

## 六、几点初步结论

战争法发展的原因在于各国在进行战争时都力图最大限度地使用暴力来达成战争目标,而战争的结果往往使各国人民的生命财产遭受重大损失。这种以暴制暴的自助方式只是原始社会“血亲复仇”的放大版,若任其发展就会导致交战双方或各方蒙受无法承受的损失。从纵向角度来考察,战争法也和世界历史的发展同步,经历了从古代到现代的缓慢演进过程。在古代,各文明古国存在过一些战争法规范的历史遗迹,但仅适用于冷兵器时代的作战手段和方法。近代以降,出于人本主义的政治伦理考虑,以亨利·杜南为代表的人道主义者奔走呼吁,通过1899年和1907年两次海牙和平会议,形成了强大的国际公共舆论,要求国家在进行战争时,在一定程度上限制具体的作战手段和方法,保护战争受难者,以争取政治道义上的有利地位。这一阶段的战争法已经变得充实和系统化了。与此同时,还出现了战争法的推广和宣传者——红十字国际委员会。从分散的国际司法实践中,又产生了通过国际刑事司法来保障战争法执行的初步尝试。第二次世界大战结束后,两个国际军事法庭的建立及其审判实践,奠定了现代国际刑法的基础,开创了借助于国际刑事司法途径惩治战争罪来保障战争法执行的新时代。然而1998年《国际刑事法院规约》的通过,使西方主要国家的价值观占据了主导地位。在保护国际人权的名号下,从另一个角度对国家司法主权提出了挑战。从20世纪70年代起,受国际政治格局变化的影响,原先适用于国际战争或者武装冲突的战争法原则、规则扩大到适用于国内武装冲突,使战争法的主体和客体都有了很大的拓展。不过应当看到,自其产生之日起,武装冲突法就在“国家拥有诉诸战争权”与“武装冲突法力求为战争受难者提供最低限度的保护”之间,或者说在“军事必要原则”与“人道原则”之间狭小的缝隙中艰难生存、发展。另一方面,由于在法律规范的逻辑结构方面存在缺陷,战争法对国际刑法的严重依赖依然继续存在。在可以预见的将来,战争法仍将无法摆脱国际政治对其的限制。

还有一种动向值得我们注意,那就是借助于战争法的执行机制,西方国家领域管辖权的范围有逐渐向域外扩展的趋势。依照传统国际法理论,一国国内

法的效力仅仅及于其领土范围之内。但是近年来,一些国家试图使其国内立法具有域外效力。在这方面,我们可以举出美国和欧洲国家在与古巴经济关系问题上的争执。1995年,美国参议院对外关系委员会主席赫尔姆斯与众议员伯顿联名提出了名噪一时的《赫尔姆斯—伯顿法案》,以加强对古巴长期实行的经济制裁,并阻止外国公司在古巴投资。这导致了欧洲国家的强烈不满和反对,纷纷质疑美国法律的域外效力。在执行国际人道主义法方面,某些西方国家似乎走得更远。例如,比利时在1993年曾通过一项法案,列举出比利时法院有权行使普遍管辖权的20项罪行,无论违法者和被害人具有何种国籍,也不论罪行发生在哪国领土上。<sup>1</sup>它后来曾以1994年卢旺达内战时严重违反国际人道主义法为名,对两名卢旺达修女进行起诉。2001年6月8日,卢旺达修女基丝托和热特吕德在比利时布鲁塞尔重罪法庭出庭受审。当天,该法庭分别判处这两名涉嫌参与1994年卢旺达种族大屠杀的修女有期徒刑。时年36岁的基丝托被判入狱12年,42岁的热特吕德被判入狱15年。<sup>2</sup>事实上,即使这两名修女确有违反国际人道主义法的行为,但依照传统的国际法理论,比利时无权对她们提起诉讼,因为她们不是比利时国民,犯罪行为和犯罪结果均未发生在比利时领土上,被害人也不是比利时国民。关于对这一类行为国家是否有权实施普遍性管辖,在学术和实践上仍存在很大争议。英国国际法学家认为,实际上违反人道罪和战争罪这两类罪行往往是在一起处理的,因为它们招致了同等程度的谴责,并且需要采用类似的措施加以禁止和惩罚。但是“实在国际法至今还不能说有一般的规则,授权各国对犯有违反人道罪的外国国民给予惩罚,犹如他们有权(例如)惩治海盗行为一样”<sup>3</sup>。比利时的这种作法与传统的国家管辖权的4项原则(即属人管辖、属地管辖、保护性管辖和普遍性管辖)相比,有重大突破。不过,在比利时看来,这种“无联系原则”的适用对象似乎有严格的限制,被告人应当有所选择,对某些国家的原告也可以适用双重标准。据外

1. Sonja Boelaert-Suminen, "Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflicts: Is Customary Law moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for all Armed Conflicts?" *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 5, No. 1, June 2000, p. 89.

2. 2001年6月11日《华商报》图片新闻:《被判刑的修女》,见 <http://www.huash.com/wenjian/2001-06-11/2001-06-11-18tpxw6.asp>。

3. [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(王铁崖等译)第一卷第二分册,北京,中国大百科全书出版社1998年版,第363—364页。

电报道,2001年12月23日,28名巴勒斯坦人以“反人道罪”在比利时起诉以色列总理沙龙,控告沙龙涉嫌指使以色列支持的黎巴嫩民兵组织,屠杀贝鲁特附近两座巴勒斯坦难民营中的难民。针对诉讼,沙龙的辩护律师称,比利时法院无权审理涉及国家元首的案件。<sup>①</sup>黎巴嫩前军事强人、曾任水电资源部长的埃利·胡贝卡愿意出任指证沙龙的污点证人,还说他手头有屠杀的新证据。但2002年1月24日,胡贝卡在黎巴嫩首都贝鲁特遇刺身亡。<sup>②</sup>2003年2月13日,以色列召回了其驻比利时的大使,以报复比利时最高法院针对沙龙的一项裁决。这项裁决认为,一旦以色列总理沙龙离任,就可以因战争罪行受到起诉。<sup>③</sup>正如美国一位学者所说的那样,“法律是不同势力的角斗场”<sup>④</sup>。一些西方国家力图使其价值观上升为国际标准,这种势头对发展中国家不利,也会对国际法律秩序的健康发展带来一定的负面影响。<sup>⑤</sup>

需要指出的是,战争法发展到今天,其过程充满了各种政治伦理和法律理论流派的角力和妥协,是国际社会各种力量“合力”的结果。现在的战争法(推而广之至整个国际法体系)也是各个法学流派折中的产物,其国际法人权法的影响不容低估。第二次世界大战结束后,在纽伦堡国际军事法庭宪章和远东国际军事法庭宪章中,“上级命令不能成为免除被告责任的理由”是一项重要原则,然而在前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭审理著名的“俄迪莫维奇上诉案”时就做了变通,上诉庭主张虽然上级命令不能成为免除被告责任的辩护理由,但“极端情况下的胁迫和上级命令”可以作为减轻被告刑罚的、合适的“酌定情节”<sup>⑥</sup>。

战争所固有的逻辑使交战各方有必要将暴力发挥到极致,因此限制作战手

① 《28名巴勒斯坦人以反人类罪在比利时起诉沙龙》,“千龙新闻网”2001年12月26日, <http://www.21dnn.com.cn/593/2001-12-26/395@714979.htm>。

② 《黎巴嫩前部长神秘遇刺》,“金羊网”2002年1月25日, [http://www.ycwb.com/gb/content/2002-01/25/content\\_308244.htm](http://www.ycwb.com/gb/content/2002-01/25/content_308244.htm)。

③ 《比法院裁定沙龙离任即可遭起诉以召回驻比大使》,“中国新闻网”2003年2月13日, <http://news.sina.com.cn/w/2003-02-13/084349529s.shtml>。

④ 信春鹰:《〈婚姻法〉修改:情感冲突与理性选择》,《读书》2001年第6期。

⑤ 《比利时推行“通用法权”遭遇尴尬》,“火焰山新闻中心”2002年1月4日, <http://news5.ho-toa.com.cn/index.cfm/194949.html>。

⑥ 参见“The Appeals Chamber’s Judgement,” 7 October 1997, <http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-aj971007e.htm>。

段和作战方法就是限制使用暴力的程度和范围,尽量减少不必要的伤亡和破坏。在这个意义上,武装冲突法给战争这一人类社会最为残酷的病态现象增添了几分理性和道德的色彩,多了几分人文关怀。然而,就武装冲突法本身而言,其作用和影响却是十分有限的。人们杜绝战争的美好理想与战争仍将继续存在的残酷现实之间尚且存在很大一段距离,这是人类目前很难改变的。我们所能做的只能是尽量缩短这种距离,为暴虐的战神多设立几道藩篱,划定合法使用武力的最后边界,而武装冲突法在这个过程中将起到有限却不可或缺的作用。

将战争法的艰难嬗变过程放置于整个人类社会历史演进的宏大背景之下加以观照,我们既为战争毁灭人类文明而痛感惋惜,又为人类的理性与良知之火生生不灭而备觉欣慰。即使未来随着科学技术的发展,新的作战手段、方法可能层出不穷,但前人留下的“马尔顿条款”所采用的包括式立法措辞技巧将继续为人类限制战争的努力提供最低的道德标准和法律理论的有力支撑。

## 作者简介

**姜宅九** 清华大学国际问题研究所 2003 级博士生(韩国留学生)。研究方向为中国对外政策、东亚安全。

电子信箱:jiangzj03@mails.tsinghua.edu.cn

**张清敏** 外交学院外交学系副教授。河南师范大学英语语言文学学士,美国杨百翰大学国际关系专业硕士,外交学院法学博士。2004—2005 年在美国乔治·华盛顿大学任富布赖特访问学者。代表作有《大棋局:中美日关系风云五十年》(副主编,北京,当代世界出版社 2001 年版)等。研究方向为外交政策理论、美国对华政策及中美关系。

电子信箱:zhangqingmin@cfau.edu.cn

**随新民** 外交学院副教授。1989 年郑州大学外语学院获文学学士学位,1995 年北京科技大学文法学院获法学硕士学位,2005 年外交学院毕业获法学博士学位。研究方向为国际关系和中国外交。

电子信箱:xmsui@cfau.edu.cn

**贾烈英** 北京语言大学人文学院副教授。分别在北京大学、中国传媒大学和外交学院获得学士、硕士和博士学位。1997 至 1998 年作为访问学者在英国谢菲尔德大学进修,2005 至 2006 年在美国加利福尼亚大学长滩分校学习。研究兴趣为国际制度理论。

电子信箱:jialieying5159@hotmail.com

**盛红生** 中国人民解放军国际关系学院教授。英国诺丁汉大学国际刑法与武装冲突专业毕业,获法学硕士学位;武汉大学国际法专业毕业,获法学博士学位。曾担任联合国驻刚果(金)维持和平特派团专家。代表作有《武力的边界:21 世纪前期武装冲突中的国际法问题研究》(北京,时事出版社 2003 年版)。

电子信箱:adamsheng@163.com