

报告和文件

习惯国际人道法: 对美国评论做出的回应

让 - 马里·亨克茨著*/朱利江译**/霍政欣校***

导论

《习惯国际人道法》这个项目(下称“《研究》”)¹是由红十字国际委员会的法务人员应各国政府的明确请求展开研究的。为了加强对国际人道法的尊重,尤其是通过预防措施确保更全面了解和更有效执行该法律,国际社会提出了一系列建议。其中,在1995年1月,“保护战争受害者问题政府间专家组”建议启动本研究。²

1995年12月,第26届红十字与红新月国际会议采纳了这项建议,并正式委托红十字国际委员会编写一份关于可适用于国际性与非国际性武装冲突的国际人道法习惯规则的报告。³红十字国际委员会非常认真地接受了这份委托,并用了将近10年时间展开对这个项目的研究和咨商,涉及超过150个国家的政府和学术专家。

美国两位杰出的政府法律顾问,即国务院的法律顾问约翰·贝林格(John Bellinger)和国防部的法务总监威廉·海恩斯(Williams Haynes)对该研究的反应是红十字国际委员会收到的来自各国政府的第一份正式评论。⁴这证明美国政府非常认真的看待该研究以及一般意

* 让-马里·亨克茨(Jean-Marie Henckaerts)是红十字国际委员会法律处的法律顾问,也是红十字国际委员会《习惯国际人道法》项目的负责人。本文中的观点仅仅是作者的观点,并不一定反映红十字国际委员会的观点。本文中的反应一部分已经发表在下列论文中: Jean-Marie Henckaerts, “Customary international humanitarian law: a rejoinder to Judge Aldrich”, *British Year Book of International Law*, 2005, Vol. 76 (2006), pp. 525-32; Jean-Marie Henckaerts, “The ICRC Customary International Humanitarian Law Study: A rejoinder to Professor Dinstein”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 37 (2007), pp. 259-270; 以及 “ICRC’s Jean-Marie Henckaerts responds to my comments on ICRC Customary Law Study”, 肯尼斯·安德森(Kenneth Anderson)的战争法和正义战争理论博客, 2006年1月24日, 可访问:

<<http://kennethandersonlawofwar.blogspot.com/2006/01/icrcs-jean-mariehenckaerts-responds.html>>.

** 中国政法大学国际法学院讲师、北京大学法学院国际法博士、荷兰海牙国际法学院博士项目参加者、瑞典隆德大学瓦伦堡人权与人道法研究所国际人权法硕士、北京大学法学院法学学士。

*** 中国政法大学教师, 武汉大学法学博士, 美国明尼苏达大学法学院访问学者(2007), 韩国首尔国立大学法学院访问学者(2009-2010)。

¹ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules and Volume II: Practice*, Cambridge University Press, 2005 (下称“研究”)。

² 保护战争受害者问题政府间专家组会议, 日内瓦, 1995年1月23-27日, 第二项建议, *International Review of the Red Cross*, No. 310, 1996, p. 84 (“向红十字国际委员会发出邀请, 希望其在代表不同地理区域及不同法律体系的国际人道法专家的协助下, 并通过与来自各国政府和各个国际组织的专家进行磋商, 编写一份关于可适用于国际性与非国际性武装冲突的国际人道法习惯规则的报告, 并将该报告分发给各国及相关国际组织。”)。

³ 第26届红十字与红新月国际大会, 日内瓦, 1995年12月3日至7日, 第一项决议: “国际人道法: 从法律到行动——《保护战争受害者问题国际会议的跟进报告》”, *International Review of the Red Cross*, No. 310, 1996, p. 58。

⁴ 参见: 约翰·B·贝林格和威廉·J·海恩斯, 《美国政府就红十字国际委员会<习惯国际人道法研究>做出的回应》, 在本期中, 第443-471页。

义上的国际人道法。我们对此表示欢迎。除了这个象征意义以外，该评论还具有非常重要的学术价值，值得仔细研究。

由于我是本研究的作者之一，因此有机会对美国的评论做出回应。下文是我的主要观点。既然美国政府发表的评论主要涉及本研究的方法，那么，我的回应也将主要集中于方法方面。为此，我的回应将顺着美国政府评论的结构进行，主要讨论下面这些问题：

一、形成习惯国际法必需的国家实践需要密集到何种程度？什么类型的国家实践是有关的？

二、该研究是如何判断法律确信是否存在的？

三、对各项规则的评注有何意义？

四、对于《第一附加议定书》和《第二附加议定书》，尤其是适用于非国际性武装冲突的法律来说，该研究具有哪些更广泛的影响？

美国政府的评论尤其提到了四项规则，即规则 31（保护人道救济人员）、规则 45（禁止对环境造成长期、广泛和严重的损害）、规则 78（禁止以杀伤人员为目的使用爆炸性子弹）和规则 157（对战争罪行行使普遍管辖权）。虽然美国政府对这四项规则做出了评论，但本文并不打算对它的评论做出详细回应，而只打算对这些评论的主要方面，就研究的方法所作讨论的一部分做出回应。

一、国家实践

实践的密集程度

虽然证明存在一项习惯国际法规则必须要求具有“广泛且具有实质一致性”的国家实践，⁵ 但国家实践最低要达到多少并没有具体的数量要求。这是因为国家实践的密集程度首先取决于有关事项。有些问题比其他问题更经常产生，因此，就会产生更多的国家实践。例如，我们只需比较一下关于攻击的国家实践和关于白色投降旗的国家实践就可以明白。关于攻击的问题，例如在平民和战斗员之间以及在民用物体和军事目标之间必须做出区分，是经常被讨论的问题，可以说与各种武装冲突有关，因此，在几乎所有的军事手册、国际场合以及判决书中都有涉及。相反，与保护白色投降旗有关的实践则很稀少。一般说来，这个问题很少被讨论，因为在这个方面的具体案例相对少很多。不过，无论是否有这方面的实践，保护对白色投降旗都是一贯的，这说明，这项规则一直有效，不论实践是多么有限。在国际法的任何领域，这种区分是不可避免的。⁶

而且，为了准确判断国家实践的密集程度，还必须确定实践每一项元素的准确价值。虽然国家实践中的某些元素可能只构成单个先例，但其他元素可能体现许多先例。对于军事命令、指示和手册来说，情况尤其如此，因为它们体现了武装部队受到训练和指示的内容、以及他们在大多数时间所做的事情。因此，军事手册可能代表许多先例，代表了国家实践中相当大的份额。⁷

⁵ 国际法院，*North Sea Continental Shelf cases*, Judgment, 20 February 1969, ICJ Rep. 1969, p. 43, § 74.

⁶ 因此，在“温布尔登号”（*S.S. Wimbledon*）案中，常设国际法院只援引了两个先例，即巴拿马运河和苏伊士运河，就断定把战时禁制品运过国际运河并没有违反运河国承担的中立义务。常设国际法院，*The S.S. Wimbledon*, (1923), PCIJ Series A, No. 1, pp. 1, 28. 显然，由于国际运河的数量极其有限，因此，该法院不可能引用更多的例子。还可以参见：C. H. M. Waldock, “General course on public international law”, *Recueil des cours*, Vol. 106 (1962), p. 1, at p. 44（他注意到：“就国际运河这个问题来说，由于世界上只有极少数几条这样的运河，因此，国家实践的数量肯定是非常稀少的。”）

⁷ 也许，这可以和第六个脚注中提到的“温布尔登号”案的事实进行比较。在该案中，常设国际法院只引用了两个先例。但是，这两个先例代表了相当数量的国家实践，因为来自世界各地的许多船只都通过巴拿马运河和苏伊士运河。因此，与第一印象可能不同，仅仅提到两个先例就已经表明具有广泛得多的国家实

另外，还必须考虑规则的性质，即该规则是禁止性、义务性还是许可性的。例如，人道法有许多禁止性规则。不仅那些要求予以禁止的声明支持这种规则，而且从事受到禁止的行为的阙如也支持这种规则。例如，由于长期没有使用诸如激光致盲武器这样的武器，因此，可以说人道法中存在禁止使用这种武器的规则。但是，要对这种不作为进行定性是很困难的，因为在世界每一场武装冲突中每天都在有这种不作为发生。

相反，有些行为承认国家具有以某种方式采取行动的权利，但并不要求采取这种行动。这种行为支持许可性规则。这体现的典型形式是，国家根据这些规则采取行动，同时没有遭到其他国家的抗议。国家有权赋予国内法院对战争罪行使普遍管辖权（规则 157）就是这样一种规则。现在，已经有许多国家根据普遍管辖原则对发生在国际性和非国际性武装冲突中的战争罪提起诉讼，而且没有遭到相关国家（尤其是被告的国籍国）的抗议。的确，相对于可能实施的战争罪来说，基于普遍管辖原则进行起诉的案件相对少得多。但这是因为对于调查和起诉涉嫌在自己国家或第三国实施了战争罪的人来说，外国法院不一定是方便的法院，而不是因为它们相信国家没有权利根据普遍管辖原则提起诉讼。这是非常容易理解的，而且也是为什么各国选择设立专门的法庭和法院、并最终决定设立一个常设的国际刑事法院来审理这种案件的原因。但是，这并不是说国家实践并没有密集到可以说已经存在这样一项习惯国际法的程度，尤其是因为我们正在处理的是一项许可性规则。普遍管辖权原则说明，如同海盗、奴隶制和种族隔离一样，战争罪是国际法中的犯罪，因此，所有国家对于起诉这种犯罪都存在利益。这项原则首先在《日内瓦公约》中得到确立。该公约规定，缔约国对严重违反（“严重破坏”）行为承担这种义务。它后来得到了《第一附加议定书》的确认，⁸ 随后慢慢地作为一项许可性规则扩大适用到所有严重违反人道法的行为。

最后，该研究经过了广泛而深入的讨论和咨询，因此，可以说此前从未以如此系统和详细的方式提供过如此多的国家实践以证明习惯国际法规则的存在。⁹ 就像前南斯拉夫问题国际刑事法庭的西奥多·梅龙（Theodor Meron）法官指出的：

该研究的独特之处在于，它对于查明实践的方式非常认真和深入。除了红十字国际委员会对近 40 年来发生的武装冲突保存的档案和各种国际资料、包括联合国、区域组织以及其他国际组织的那些资料以外，该研究还在近 50 个国家展开研究项目，且项目负责人的目的就是为了查明国际人道法的国家实践。这种努力在以前从来没有发生过。关于国际法重述中，也没有一个曾经试图收集如此丰富的实证资料。¹⁰

践存在。

⁸ 《日内瓦第一公约》第 49 条、《日内瓦第二公约》第 50 条、《日内瓦第三公约》第 129 条、《日内瓦第四公约》第 146 条；《第一附加议定书》第 85 条第 1 款。

⁹ 第一卷 161 条规则中每一条规则都得到第二卷中关于该规则的国家实践的详细内容的支持。第二卷中许多这种实践还可以进一步分为更小的话题，例如案例（例如参见被视为直接参与敌对行为的那些行为，《研究》，前引脚注 1，第二卷，第 115—127 页）、限制条款（例如参见关于攻击中的预防措施的“可预见性”的实践，同上，第 357—362 页）、例外（例如参见禁止攻击对平民居民生存比不可少的物体的例外，同上，第 1166—1174 页）、定义（例如参见关于酷刑、残忍和有辱人格待遇的实践，同上，第 2149—2161 页），等等。

¹⁰ Theodor Meron, “Revival of customary humanitarian law”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 4 (October 2005), p. 833.

对国家实践类型的考察

如果要对习惯国际法进行研究，就必须对国家说了什么与实际上做了什么所产生的综合影响进行分析。因此，我们收集和分析了“与实际的军事行动有关的国家实践”。就这方面已经掌握的国家实践来说，该研究考察了与实际的军事行动有关的正式报告和声明。例如，该研究就考察了美国在朝鲜战争、越南战争和海湾战争等中做出攻击决定时所发表的报告和声明。¹¹

但是，只对实际的军事行动进行考察是不够的。为了确切评估习惯国际法，考察必须超越仅仅对实际军事行动进行的描述，还要对这些行动进行法律分析。这就需要分析有关各方的正式立场，包括其他国家的立场。当某种实际的国家实践得到普遍接受时，就说明是对该实践所隐含的主张的支持。例如，关于受到攻击的军事设施得到普遍接受时，就说明该军事设施是可以攻击的合法的军事目标。但是，当实际的国家实践被普遍认为是违反规则的违反时，例如，攻击了平民设施，那就是非常清楚的违反行为。这种违反行为在性质上并不会改变已有的规则；它们不能主宰法律。¹² 这就是虽然有许多诸如攻击平民、劫掠和性暴力的报道，但这些行为仍然受到禁止的原因。这些行为被认为违反了已有的规则，这只能从国际社会通过口头行为对它们采取的反应中看出来。这种口头行为包括军事手册、国内立法、国内和国际的法院做出的判例、国际组织的决议以及正式声明等。这些口头行为是一面透镜，从中可以发现实际的国家实践。

决议的价值

基于以上考虑，该研究必须把国家在国际组织框架内通过的决议，尤其是在联合国和区域组织框架内通过的决议考虑在内。¹³ 就像已经指出的，该研究承认，“决议本身通常都被认为是不具有约束力的，因此，评判某项决议对一项习惯国际法规则的形成所具有的价值主要取决于该决议的内容、其被接受的程度以及它与相关国家实践的契合程度。”¹⁴ 因此，该研究包含有一个清单，列出了所有被引用的联合国大会决议的表决记录，并在评估时得以使用。¹⁵ 最为重要的是，这些决议总与其他国家的实践一并被评估，对证明某项规则是习惯法规则并不起决定性作用。¹⁶

红十字国际委员会声明的价值

就像该研究在导论中解释的，红十字国际委员会正式的声明，尤其是要求尊重国际人

¹¹ 例如参见：《研究》，前引脚注1，第二卷，第213—215页，第549—554段，尤其引用了下列文件：Robert F. Futrell, *The United States Air Force in Korea 1950–1953*, 修订版，空军历史办公室，美国空军，华盛顿特区，1983年；美国国防部，Statement on targeting policy in Vietnam, 1966年12月26日，重印于：Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 10, Department of State Publication 8367, Washington, DC, 1968；以及美国国防部，Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, 10 April 1992.

¹² 参见：国际法院，*Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, Judgement, 27 June 1986, ICJ Reports 1986, p. 98, § 186.

¹³ 该研究考察了联合国安理会、联合国大会、联合国经社理事会和人权委员会通过的决议，以及特别是非洲联盟、欧洲理事会、欧洲联盟、海湾合作理事会、阿拉伯国家联盟、美洲国家组织、伊斯兰会议组织和欧洲安全与合作组织通过的决议。

¹⁴ 《研究》，前引脚注1，第一卷，第xxxv–xxxvi页。

¹⁵ 《研究》，前引脚注1，第二卷，第4351–4382页。

¹⁶ 例如，当不可能认为规则114是适用于非国际性武装冲突的习惯法规则时，就没有用到支持这种结论的决议，因为其他实践并不一致。参见：《研究》，前引脚注1，第一卷，第413–414页。

道法的呼吁和备忘录都被作为相关实践包括在内，因为红十字国际委员会具有国际人格。¹⁷ 该组织的实践是尤其相关的，因为它的正式任务是国家赋予的，即“为忠实执行适用于武装冲突的国际人道主义法而努力……并为发展该法做好准备”。¹⁸ 但是，该研究并没有把红十字国际委员会的声明当作支持某项规则是习惯法规则的主要证据渊源。引用它们只是为了加强已经从国家实践中得出的结论而已。因此，红十字国际委员会的实践同样也不对证明某项规则是习惯法规则起决定性作用。

国家对红十字国际委员会的备忘录或呼吁的反应显然是更重要的证据。就已知的回应来看，既有正面的回应，也有负面的回应。前者例如各国对红十字国际委员会于 1973 年 10 月对中东战争各方发出的呼吁做出的回应，¹⁹ 后者例如美国对红十字国际委员会于 1991 年 1 月关于国际人道法在海湾战争中的适用性问题的备忘录做出的回应。²⁰ 即使并不知道这些回应，报告这些备忘录和呼吁也被认为是合适的。在习惯国际法的形成过程中，红十字国际委员会的呼吁以及国家对其回应的作用也得到前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭的确认。在 1995 年关于“塔迪奇”案的管辖权的中间裁决中，该法庭指出：

众所周知，红十字国际委员会在促进国际人道法的发展、执行和传播方面非常活跃。从与我们有关的角度来说，即关于国内武装冲突的习惯法规则的出现，通过呼吁武装冲突各方尊重国际人道法，红十字国际委员会为此做出了突出贡献。必须指出，当遇到非国际性武装冲突时，红十字国际委员会通过敦促冲突各方遵守人道法的基本原则促进了国际人道法的适用。另外，只要一有可能，它就努力说服冲突各方遵守 1949 年《日内瓦公约》或至少是其中的主要条款。当冲突各方或其中一方拒绝遵守国际人道法时，红十字国际委员会就会发表声明，它们至少应当遵守共同第 3 条。这说明红十字国际委员会促进并便利了人道法的一般原则的延展，从而使之得以适用于国内武装冲突。因此，红十字国际委员会在促使遵守国际人道法方面已经取得的实际效果应当被视为真实的国际实践的一项构成要素；在习惯法规则出现或具体化的过程中，这一构成要素已经发挥了显著的促进作用。²¹

¹⁷ 例如参见：前南斯拉夫问题国际刑事法庭，*The Prosecutor v. Blagoje Simić et al.*, Case No. IT-95-9-PT, Decision on the prosecution motion under Rule 73 for a ruling concerning the testimony of a witness, 27 July 1999, released as a public document by Order of 1 October 1999, § 46 and footnote 9.

¹⁸ 1986年10月23日至31日第25届红十字国际会议通过的《国际红十字与红新月运动章程》第5条第2款第3项和第7项。

¹⁹ 例如参见：《研究》，第一卷，第 5、9、20—21 页。

²⁰ 例如参见：同上，第 67 页。

²¹ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，*The Prosecutor v. Duško Tadić aka “Dule”*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-AR72, para. 109.

非政府组织声明的价值

在第二卷中，在“其他实践”一类中包括了非政府组织的声明，这种声明被用作材料的剩余类别，对决定某项规则是否是习惯法规则没有任何价值。在此语境下，“实践”这一术语根本不是用来说明对习惯国际法的形成有帮助作用的任何国家（或其他）实践的形式。就像第一卷一样，该研究的第二卷也是参加协商的各位专家共同完成的。从1999年第一次与专家协商开始直到2005年最终出版，第二卷所包含的实践类型并没有改变。1999年将这种类型的实践放入第二卷时没有人发表反对意见，此后亦无。

因此，第一卷实际上只考虑了第二卷中的一部分实践而已。从那个意义来说，第二卷可能会给人以错误的印象，即让人误以为该卷包含的所有材料对于确立习惯法规则来说都是有关的。事实显然并非如此，就像研究导论阐明的那样，第二卷的实践是以方法为基础加以评估的。²² 一般说来，只有在规则的评注中引用的那些实践才被视为有关的，而这从未包含非政府组织的声明。

在这个方面，需要解释的是，导论中阐明的方法适用于每一项规则，没有必要重复这一方法的各种考量。这样做将会使该研究变得非常冗长，这没有必要，亦不利于使用。我们的目的是为实务工作者提供便于使用的工具，而这就是采取这种形式的主要原因。

非缔约国实践的价值

该研究从未认定，某项规则仅仅因为被得到广泛批准的条约包含其中就具有习惯法的性质。就像在导论部分指出的，

本研究采取了一种谨慎的观点，认为条约的广泛批准仅仅是一种迹象，还必须根据实践中的其他因素（尤其是那些未加入该条约之国家的实践）来加以判断。非缔约国与条约规定相一致的实践被视为重要的肯定性证据，而其相反的实践则被视为重要的否定性证据。缔约国针对非缔约国采取的实践也具有特别重大的意义。²³

在评估每一项具体规则时，我们认真考虑了缔约国与非缔约国之间的差别。²⁴ 为此，该研究包含一份所有引用的条约得到批准的清单，而且为了查明非缔约国的国家实践，²⁵ 还用到了所谓的“反面清单”，即那些并不是有关条约缔约国的国家名录。有趣的是，对于不同的条约，这种清单的差异可以很大。例如，《第一附加议定书》的缔约国清单就与1954年《保护文化财产的海牙公约》的缔约国清单有很大不同。²⁶ 这也意味着，不同的条约包

²² 特别参见：《研究》，前引脚注1，第一卷，第xxxii-xxxvi页。

²³ 同上，第xliv页。

²⁴ 例如参见：对许多与区分原则有关的规则评注中的考虑，包括：规则1，《研究》，前引脚注1，第一卷，第4页；规则2，同上，第9页；规则6，同上，第20页；规则7，同上，第26页；规则8，同上，第30页；规则11，同上，第38页；规则14，同上，第47页；规则15，同上，第52页。还可以参见：规则83，同上，第284页；规则86，同上，第293页。

²⁵ 《研究》，前引脚注1，第二卷，第4153-4180页。

²⁶ 阿塞拜疆、印度、印度尼西亚、伊朗、伊拉克、以色列、马来西亚、摩洛哥、缅甸、巴基斯坦、泰国和土耳其并不是《第一附加议定书》的缔约国，但它们是1954年的《保护文化财产海牙公约》的缔约国（截至2007年6月1日）。

含相同或相似的规则，在此范围内，一国的实践和批准记录必须与所有相关的条约相协调。例如，尽管美国不是《第一附加议定书》的缔约国，但却是《〈常规武器公约〉第二议定书》和《经修正后的〈常规武器公约〉第二议定书》的缔约国。这两个议定书有许多规则都和《第一附加议定书》中的规则相同。因此，虽然美国并没有通过批准《第一附加议定书》的方式支持区分原则、禁止不分皂白的攻击和比例原则，但通过批准《经修正后的〈常规武器公约〉第二议定书》的方式（不限于此）支持这些原则，而该议定书同时适用于国际性和非国际性武装冲突。²⁷

另外，由于那些还不是《第一附加议定书》缔约国的国家有否定性实践，该议定书还有许多规则并没有被认定为是习惯法规则。例如，《第一附加议定书》规定的存在疑问时推定具有平民的地位、²⁸ 禁止攻击含有危险力量的工程或装置、²⁹ 战斗员必须区分自己的宽松要求³⁰ 以及禁止对平民进行报复³¹ 就属于这种情况。许多人可能会争辩说，该研究对于这种有限的否定性实践过于重视。但当非缔约国非常明显的否定性实践并没有被认为足以妨碍习惯法规则的形成时，评注就对这种情况进行了专门解释。³² 评注从来没有隐藏或掩饰被收集的否定性实践。

深受影响的国家

对于那些“经历更加丰富和深入”以及“在数量和质量方面一般具有更多实践”的国家做出的贡献，该研究予以适当关注。如果对第一卷和第二卷进行仔细阅读，就会发现这些国家对实践做出重大贡献的证据。鉴于美国在武装冲突方面的经历，它尤其对习惯国际人道法的形成贡献了相当多实践。而且，对于许多法律的解释而言，它都表明了自己的立场，这在评注中经常被提及。³³

因此，由于有些国家“深受”武装冲突的影响，因此，它们显然比其他国家贡献了更多实践。但是，它们的实践是否比其他国家的实践更加具有价值，则是另外一个问题。国际法院认为需要包括“深受影响”的国家的实践这个声明是在海洋法中做出的，尤其是在判断一个（尚未得到广泛批准的）条约规定的规则是否已经变成习惯国际法这个问题时。³⁴ 鉴于人道法的许多规则具有特殊性，因此，不能想当然地认为相同的考虑应自动适用。与海洋法中一国可能有也可能没有海岸线不同，就人道法而言，每个国家都可能卷入武装冲突，从而成为“深受影响”的国家。因此，所有国家都对人道法的发展具有合法利益。但需要再次说明的是，这并不排除有些国家通过比其他国家更多、更具体的实践在其“深受影响”的领域做出更大贡献。

不过，就规则 45 涉及的对环境造成广泛、长期和严重的损害而言，该研究指出，法国、英国和美国是把该规则适用于核武器方面的一贯反对者。因此，我们承认，就使用核武器来

²⁷ 参见：《经修正后的第二议定书》，第 2—3 条。

²⁸ 可以对《第一附加议定书》第 50 条第 1 款第 2 句话与对规则 6 的评注进行比较，参见：《研究》，前引脚注 1，第一卷，第 23—24 页。

²⁹ 可以对《第一附加议定书》第 56 条与规则 42 进行比较，参见：同上，第一卷，第 139—142 页。

³⁰ 可以对《第一附加议定书》第 44 条第 3 款第 2 句话与对规则 106 的评注进行比较，参见：同上，第一卷，第 387—389 页。

³¹ 可以对《第一附加议定书》第 51 条第 6 款和对规则 146 的评注进行比较，参见：同上，第一卷，第 520—523 页。

³² 例如参见：规则 21（攻击中的预防措施，关于选择军事目标），同上，第一卷，第 67 页；规则 65（禁止诉诸背信弃义行为以杀死、伤害或俘获敌人），同上，第一卷，第 225 页。

³³ 例如参见：该研究第一部分，前引脚注 1，第 13、24、36、45、64—65 以及 76 页。

³⁴ 国际法院，*North Sea Continental Shelf cases*，前引脚注 3。

说，规则 45 并没有变成习惯法。但是，就常规武器而言，这项规则已经存在，不过其实际意义可能不大，因为要满足长期、广泛和严重的损害这项累积条件是非常困难的。另外，还没有国家造成这种损害也在一定程度上说明，习惯国际法中存在这项规则。一般而言，美国可能被视为规则 45 的一贯反对者，包括适用于常规武器，但美国必须为此提供充分理由。

二、法律确信

虽然对第一卷中规则的评注通常没有对国家实践和法律确信进行单独分析，但对于每一项规则来说，确实进行了这种分析以确定国家实践是基于法律规则还是仅仅基于没有法律拘束力的便利、礼让或政策。当很难确定法律确信时，我们就会在评注中进行更详细的讨论。³⁵ 因此，该研究并不只是从国家实践中推导出法律确信。我们的结论是，国家实践，而不仅仅是政策确立了法律规则，这一结论从未建立在单独一个或一类国家实践的基础之上，而是考虑了所有各种相关国家实践后得出的。的确，比如说，很难证明一国投票谴责实施性暴力的决议是因为它相信这反映了法律规则或是政策考虑（还是两者兼有）。但是，关于那个问题的国家实践，从整体上看，毫无疑问的说明，禁止性暴力是一项法律规则，而不是政策。

同样，军事手册和教学手册中也可能提出基于法律的建议，但也可能包含超出法律的、基于政策或军事考虑的指示（尽管它们可能从来没有比法律效力要低）。我们一直都把这种区分牢记在心。考虑到实践的整体性，军事手册所支持的规则还得到了这一性质的实践的支持，以得出以下结论，即涉及的是法律规则，而不仅仅是政策考虑抑或军事或政治的权宜考虑，这些考虑会因冲突的不同而有所不同。例如，美国认为，作为一项政策而不是法律规则，它“将遵守它的手册规定的规则，不论冲突是国际性还是非国际性”。在该研究中，这一事实就被认为是一项政策决定。因此，该研究从未引用美国的军事手册作为支持适用于非国际性武装冲突的规则的证据。

最后，那些被授权用于训练的军事手册被认为代表了国家实践的一种形式。原则上，一国不会允许其武装部队以其不同意的文件为基础接受训导。因此，训练手册、指导员手册和士兵的口袋卡都被认为是反映国家实践的材料。该研究已经找到并吸收了这样的一些文件已经，例如来自德国³⁶、英国³⁷和美国³⁸的文件。该研究第二卷还包括了完整的军事手册，包括教学手册和其他类似文件的完整清单。³⁹

三、规则的阐述

对习惯规则的任何描述都不可避免的导致这种规则在许多方面比在条约中规定的详细规则简单。⁴⁰ 例如，要证明每一条对应的条约规则及其详细内容都具有习惯法性质可能是

³⁵ 例如参见：对规则 114 适用于非国际性武装冲突的评注，《研究》，前引脚注 1，第一卷，第 414 页。

³⁶ 例如参见：德国，Publication ZDv 15/1, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Grundsätze*, DSK VV230120023, Bundesministerium der Verteidigung, June 1996; 以及 Taschenkarte (pocket card), “Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Grundsätze”, bearbeitet nach ZDv 15/2, *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten: Handbuch*, Zentrum Innere Führung, June 1991.

³⁷ 例如参见：英国，*The Law of Armed Conflict*, D/DAT/13/35/66, Army Code 71130 (1981年修改)，国防部，在参谋长指导下准备的，1981年（每年都得到更新）。

³⁸ 例如参见：美国，*Your Conduct in Combat under the Law of War*, Publication No. FM 27-2, 陆军总部，华盛顿，1984年11月；以及 *Instructor's Guide: The Law of War*, 陆军总部，华盛顿，1985年4月。

³⁹ 参见：《研究》，前引脚注 1，第二卷，第 4916—4207 页。

⁴⁰ 对《第一附加议定书》第48—52条对区分原则的规定与国际法院在“威胁或使用核武器的咨询意见”案中发表的简单声明进行比较。在该咨询意见中，法院认为，区分原则是人道法的一项主要原则，也是“构成国际习惯法中不可违反的原则”之一，*Advisory Opinion*, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 226, § 78—79.

非常困难的。通过实践形成的习惯法不可能像外交会议上的复杂谈判那样详细。因此，有必要在评注中更详细讨论某些问题。例如，关于保护人道救济人员的规则 31 和准许人道救济任务的规则 55，接受这种人员以及有关任务是否需要征得国家同意的问题在评注中作了公开讨论，并没有任何要突破两项附加议定书规定的意图。⁴¹ 问题在于如何阐释一条同时包括国际性与非国际性武装冲突的规则。在一条包括国际性和非国际性武装冲突的规则中，要使用“征得各方同意”（包括武装反抗团体的同意）这样的措辞是有问题的。而且，非常清楚的是，如果对规则 31 和规则 6 一起解读，就可以知道人道救济人员在直接参与敌对行为时将丧失保护。

关于评注的价值，读者应当注意“作者说明”。当第一卷首次在 2005 年出版时，“作者说明”被无意忽略了，但在 2007 年重印时则被包括在内：

本卷包括了习惯国际人道法的规则。就其本身而论，只有那些黑体字的规则才被确定为习惯国际法的规则，而那些规则的评注则不是。但是，评注可能对适用黑体字规则有所澄清，有时评论人员忽略了这一点。⁴²

许多规则是作为概要得到阐述的，涉及到范围广泛的国家实践。在概要中提到的内容在条约法中并不存在对应的具体规定。对于确定这些规则的内容来说，评注显得尤其重要。⁴³ 但是，该研究并没有说评注中的每一个内容都是习惯法的内容，例如规则 156 所列的战争罪。

规则 78 涉及对爆炸性子弹内容的阐述，它所使用的措辞是经过仔细琢磨的，因此，显然不是对《圣彼得堡宣言》内容的逐字阐述，而是反映了国家实践的演进。另一方面，该规则并没有使用只禁止那些“设计”或“特别设计”在人体内爆炸的投射物这样的措辞，因为这要求证明投射物的设计者具有这样一种意图。相反，对规则 78 做出阐述的基础是认为，只要在正常使用的情况下就可以预见在人体内爆炸的投射物就是因为设计导致的，尽管可能不存在特定的意图。此外，国家在这个领域试图通过实践予以防止的是投射物在人体内爆炸。有人可能认为，国家据称已经在使用以杀伤物体为目的的“接触到人体或在人体内会爆炸”⁴⁴ 的爆炸性子弹，但并没有它们实际上是这样爆炸的证据的证明。因此，就像上面以及解释规则 78 的文本中指出的，这种观点并没有提供证据证明爆炸“是可预见的”，因此，并没有与该规则存在矛盾。

需要指出的是，就像建议的那样，红十字国际委员会并没有在《常规武器公约》第二次审议大会上提议“谈判制定一项禁止以杀伤人员为目的而使用在人体内爆炸的子弹的议定书”，因此，在这个方面缺少国家行动并不重要。贝林格和海恩斯的文章还说，“后来证明 1998 年红十字国际委员会提出的标准是存在问题的”。这是不正确的，因为就像后来在 1999 年的重新评估一样，该标准是由瑞士弹道测试射程项目在瑞士图恩设定的，使用了国际承认的测试程序，并不是由红十字国际委员会组织的。

⁴¹ 参见：《研究》，前引脚注 1，第 109 页，第 196—197 页。

⁴² 同上，第一卷，2007 年重印（有矫正），第 li 页。

⁴³ 例如参见：同上，第一卷，规则 42（含有危险力量的工程或装置）；规则 43—44（保护环境）；规则 84—85（燃烧武器）；规则 94（奴役和奴隶贸易）；规则 95（无偿或肆意强迫劳动）；规则 98（集体失踪）；规则 99（任意剥夺人身自由）；规则 105（尊重家庭生活）；规则 116（辨认死者）；规则 133（尊重被迁移的人的财产权）；规则 134（尊重妇女的特定需要）。

⁴⁴ 贝林格和海恩斯，前引脚注 4，脚注 69。

四、影响

首先，该研究的结论是，《日内瓦公约》的两个附加议定书规定的相当多规则都已经取得了习惯国际法的地位，适用于所有国家，这已得到所提供的证据的支持。人们不应当对此感到惊讶，因为早在 30 年之前的 1977 年，它们中的许多规则就已经成了习惯法。⁴⁵ 另一方面，这两项议定书中的不少规定在 1977 年是全新的规定，这也是事实，但它们自其通过以来的 30 年间已经变成了习惯法，因为在实践中它们被接受的程度具有广泛且实质一致性。⁴⁶ 另外，就像上面指出的，由于没有在实践中被一致接受，因此，它们当中有不少规定还没有变成习惯法。⁴⁷

该研究以非常谨慎的方式处理了两项附加议定书以及调整这种事项的任何其他条约，并未认定仅仅因为它被一个得到广泛批准的条约所包含就表明该规则是一条习惯法规则。⁴⁸ 第二，该研究得出的结论，即作为习惯国际法，规定在《日内瓦公约》及其两个附加议定书中的许多规则也适于非国际性武装冲突，这是国家实践发展的结果。早在 1949 年，各国就通过了共同第 3 条，从而开启了它的发展进程，并得到此后的国家实践的确认。在距今 30 年前的 1977 年，各国再次推动了这方面的实践发展，通过了《第二附加议定书》。这是第一个完全适用于非国际性武装冲突的条约。1993 年和 1994 年，前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的设立进一步加速了这个进程。

确实，国际人道法自前南斯拉夫和卢旺达战争以来的发展方向是人道法的许多领域开始适用于非国际性武装冲突。例如，1996 年以来通过的每一个人道法方面的条约都规定，它们既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。⁴⁹ 而且，2001 年，《常规武器公约》第 1 条得到了修改，扩大了所有现存的《常规武器公约》议定书的适用范围以涵盖非国际性武装冲突。⁵⁰

各种刑事法庭和法院得以设立。它们首先针对前南斯拉夫和卢旺达，后来针对塞拉利昂。它们或排他性审理或主要审理非国际性武装冲突过程中实施的违反行为。同样，国际刑事法院现在正在调查和起诉国内武装冲突情势中实施的违反行为。其他的实践，例如军事手册、国内立法和判例法、正式声明、国际组织以及国际会议的决议也都支持这种发展。在这个方面，第一卷予以了特别关注，以便对适用于这种冲突的规则的习惯法性质进行单独分析。最后，当有关非国际性武装冲突的实践不是很广泛时，对应的规则就被承认是“有争议的”适用于非国际性武装冲突。⁵¹

当提到与非国际性武装冲突有关的“行动实践”时，可能同时存在许多支持该规则的正式实践和公然违反该规则的行为。如果有人据此认为并不存在足够的国家实践支持这样一种

⁴⁵ 两项附加议定书是在 1977 年 6 月 8 日经过（1974—1977 年）召开的关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法的外交大会四次谈判会议后通过的。就像该大会名称表明的，该大会是为了重申已有的习惯国际法规则并发展新的规则。

⁴⁶ 例如参见：《第一附加议定书》第 54 条和《第二附加议定书》第 14 条规定的禁止使用使平民陷于饥饿的作战方法现在已经被认为是习惯国际法的一部分（该研究规则 53）。

⁴⁷ 参见：前引脚注 28—31 以及附带的说明。另外，该研究并没有处理许多规定的习惯法性质，因为它们本身并没有被讨论，包括《第一附加议定书》第 1 条第 4 款（民族解放战争）、第 36 条（新武器）、第 45 条（对战俘地位的推定）以及第 61—67 条（民防）。

⁴⁸ 参见：前引脚注 23 以及附带的说明。

⁴⁹ 参见：1996 年关于地雷、诱杀装置和其他装置的《经修正后的〈常规武器公约〉第二议定书》；1997 年的禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》；1998 年的《国际刑事法院罗马规约》；1999 年的关于保护文化财产的《海牙公约第二议定书》；2001 年的《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突的议定书》；2003 年的关于战争爆炸遗留物的《〈常规武器公约〉第五议定书》。

⁵⁰ 此前，只有 1996 年的《经修正后的第二议定书》适用于非国际性武装冲突。因此，对第 1 条的修正影响了已有的第一至第四项议定书的适用范围。

⁵¹ 这些规则是：规则 21、规则 23—24，规则 44—45、规则 62—63 以及规则 82。

广泛的结论，那就是把已有的“积极的”国家实践与非国际性武装冲突中的许多违法行为混淆了。这可能意味着，我们将允许违法者主宰法律或允许他们阻止法律规则的形成。这样的结果将是，在非国际性武装冲突中实施的所有令人厌恶的实践都将不再被视为违法行为，而且命令从事这种行为的指挥官将无需对这种违反行为负责。这并不是国家所想要看到的结果。相反，它们想使法律适用于非国际性武装冲突，而且想使指挥官对违反行为负责并承担责任。因此，非国际性武装冲突中各方从事行为的行为是否合法通常是需要用适用于国际性武装冲突的标准来加以判断。对于从法律上保护最常见的武装冲突的形式（即非国际性武装冲突）的受难者来说，国家通过实践推动的这种发展作为一种重大进步受到热烈欢迎。

因此，国家实践和习惯国际法已经填补了调整非国际性武装冲突的条约法存在的重大漏洞。适用于国际性武装冲突的法律和适用于非国际性武装冲突的法律之间的区分，尤其是关于敌对行为、使用作战手段和方法以及落入冲突一方手中的人员的待遇，在很大程度上已经得到了消除。然而，这并不是说，适用于国际性武装冲突的法律和适用于非国际性武装冲突的法律现在已经变得一样了。确实，诸如占领、战斗员的权利以及战俘地位这样的概念仍然只存在于国际性武装冲突中。因此，该研究还包含有许多只适用于国际性武装冲突的规则，⁵² 而且不少规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的阐述是不同的。⁵³

结论

就像上面指出的，红十字国际委员会是应各国的请求而从事这项研究的，是为了协助查明习惯人道法这项艰巨的任务。可以毫不夸张地说，将近 10 年的广泛研究和咨询已经使该研究成为迄今此类研究中最全面和彻底的一个。因此，该研究是尽可能精确描述习惯国际人道法现状的最大努力。由于该研究起源于国际社会的一项任务，因此，我们努力把它作为一个为人道法领域的实务人员提供服务的有效工具，而不是一份理论手册。实际上，包括美国在内的一些国家的司法审判中已经用到了该研究。⁵⁴

虽然该研究现在已经成为讨论习惯国际人道法的一个出发点，但不应当把它看作关于习惯法的最终陈述，因为从定义来说，它不可能是穷尽性的，而且习惯法的形成是一个持续进行的过程。因此，红十字国际委员会已经与英国红十字会成立了一个研究小组，开始在剑桥大学的劳特派特国际法中心启动一个新的研究项目，以更新该研究第二卷所包含的实践。

为了更新实践，我们仍然非常欢迎对该研究做出进一步的一般性评论，当然也欢迎各国和专家就特定的实践与我们分享有关的信息和评论。这应当被看作是正在进行的对话的一部分内容。美国政府的评论和本回应被视为这场对话的一部分。

⁵² 这些规则是：规则 3—4、规则 41、规则 49、规则 51、规则 106—108、规则 114、规则 130 以及规则 145—147。

⁵³ 这些规则是：规则 124、规则 126 以及规则 128—129。

⁵⁴ 参见：美国，最高法院，*Hamdan v. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, Case No. 05-184, 29 June 2006, p. 69. 还可以参见：以色列，高等法院（最高法院），*Adalah and others v. GOC Central Command, IDF and others*, 23 June 2005, HCJ 3799/02, paras. 20, 21 and 24, 以及 *The Public Committee against Torture in Israel and others v. The Government of Israel and others*, 13 December 2006, HCJ 769/02, paras. 23, 29—30 and 41—42; 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭，*Prosecutor v. Hadžihanović and Kubura*, Decision on Joint Defence Interlocutory Appeal of Trial Chamber Decision on Rule 98bis Motions for Acquittal, IT-01-47-AR73.3, 11 March 2005, paras. 29—30, 38 and 45—46.