

报告 and 文件

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

约翰·B·贝林格三世和威廉·J·海恩斯二世著*/朱利江译**/霍政欣校***

在《习惯国际人道法》这项研究中，红十字国际委员会对习惯“国际人道法”这个复杂而重要的问题进行了探讨，美国政府对此表示欢迎。对红十字国际委员会和该研究的作者们所付出的巨大努力，美国政府亦表示赞赏。他们收集和分析了相当多的资料。¹ 红十字国际委员会认为，对于与武装冲突有关的所有各方，包括政府、携带武器的人员、国际组织以及红十字国际委员会来说，掌握习惯国际法知识都是非常必要的。美国同意这种观点。虽然这项研究采用了“国际人道法”这个术语，但美国更喜欢采用“战争法”或“战争法规和惯例”这种称谓。²

由于这项研究的范围很广，美国尚未完成对其结论的详细审查。美国承认，该研究阐述的许多规则可以适用于国际性武装冲突，因为它们都已经取得了普遍的地位。这种地位要么来自条约法（因为许多规定直接来自1907年的《海牙章程》），要么来自习惯法。不过，根据目前的审查，美国对确定规则所采用的方法以及该研究作者们是否提供了足够的事实和证据来证明这些规则表示担心。美国认为，向红十字国际委员会以及整个国际社会明确这一点是非常重要的。因此，在更深入分析关于战争法规和惯例的某些特定规则是否实际上反映了习惯国际法之前，美国无法贸然接受该研究的结论。

美国将继续审查该研究的结论，并计划发表附加评论，或在未来适当的时候公布其观点。同时，本文将概述美国对该研究采取的一些基本方法的担忧，并通过分析该研究阐述的一些规则来说明这些瑕疵如何会使该研究的某些结论受到质疑。

这并不是说，美国对该研究采用的方法的担忧适用于每一项规则，或者说美国不同意该研究所阐述的每一项规则——特定的规则或这些规则中的要素完全可以适用于某种类型的武装冲突。相反，美国希望通过其分析强调准确阐述习惯国际法规则的重要性，以及说明特定规则是适用于国际性武装冲突、国内武装冲突，还是两者都适用的重要性。因此，从某些

* 约翰·B·贝林格三世 (John B. Bellinger, III) 是美国国务院法律顾问。威廉·J·海恩斯二世 (William J. Haynes II) 是美国国防部法务总监。本文件还发表在《国际法律资料》上，当时的名称是《约翰·贝林格和威廉·海恩斯就习惯国际法研究联合致雅各布·克伦贝戈的信函》，参见： *International Legal Materials*, 4 ILM 514 (2007)。

** 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 Louis Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press/ICRC, Cambridge 2005 (下称“Study”)。2006年11月11日，美国国防部法务总监和国务院法律顾问向红十字国际委员会主席雅各布·克伦贝戈 (Jakob Kellenberger) 博士发去一封信函，阐述了美国政府对该研究的初步回应。本文反映了该信函的基本内容。关于该信函的全文，可访问：
<<http://www.state.gov/s/l/rls/82630.htm>> 以及
<http://www.defenselink.mil/home/pdf/Customary_International_Humanitarian_Law.pdf> (2007年6月1日最后访问)。

² 该研究本身也指出，该领域传统上被称为“战争法规和惯例”。因此，本文将全部采用这个术语或“战争法”这个术语。

方面来说,本文第三部分对四项规则的具体分析在评估这些规则及该研究用来支持这些规则的证据时是非常技术的。

对采取的方法的担忧

习惯国际法是从一般和一致的国家实践中发展出来的,且这种国家实践系源自法律义务或法律确信(*opinion juris*)。关于此点,已经取得共识。尽管评论者可以就特定领域的习惯国际法提出他们的观点,但在评价他们的结论时,最终必须评估的是他们所采取的方法以及所依赖的证据。这些方法和证据无论如何都必须与国家实践有关。

国家实践

虽然该研究导论部分说明了评估国家实践的通常适当方法,但并没有严格适用这种方法。

首先,对于该研究提出的已经上升到习惯国际法层次的许多规则而言,所引用的国家实践并未足够密集,以满足“广泛且具有实质一致性”标准,而要证明存在习惯法规则,通常必须满足这项标准。

第二,美国对该研究在太多地方所依赖的实践的种类深感忧虑。在对国家实践卷进行初步审查后,美国认为,该研究过分依赖诸如国家发布的军事手册和其他指导纲领之类的书面材料,而不是武装冲突期间国家实际采取的行动。虽然这种手册可以为国家行为和法律确信提供重要指引,但是,它们不能替代对与实际军事行动有关的国家实践进行的有意义的评估。该研究还依赖许多没有拘束力的联合国大会的决议,美国对此亦感忧虑,因为国家对某项特定决议予以支持,或决定不破坏在此项决议上达成的一致,其原因可能与相信该决议的内容体现了习惯国际法毫无关系。

第三,该研究过分看重非政府组织和红十字国际委员会自己的声明,当这些声明并没有反映某项规则是否已被国家接受为习惯国际法时。

第四,虽然该研究原则上承认负面实践的意义,尤其是那些还没有成为有关条约缔约方的国家的实践,³ 但该研究对在重要情况下这种实践的重视程度不够。

最后,对于深受影响的国家的实践,该研究常未能予以适当关注。⁴ 另外一点,也是密切相关的是,该研究通常把那些相对没有参与武装冲突经历的国家实践和那些具有相对多的武装冲突经历的国家或那些有重要机会发展军事理论的国家实践等同起来。然而,后面

³ 《研究》,第一卷,第xliv页(指出一些条约规定了与所主张的规则相似的内容,而且条约非缔约国的相反实践已经被视为“重要的否定性证据”)。

⁴ 该研究指出(Vol.I, p. xxxviii),国际法院注意到,构成习惯国际法其中一个必不可少的条件是“在所提出的规则方面,包括那些利益深受影响之国家在内的国家实践应广泛且具有实质一致性(……)而且,这些国家实践还必须表现出对存在一项法律规则或法律义务的一般确认。”*North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands, I.C.J. Reports 1969, pp. 4, 43* (着重号为作者所加)。在这个方面,该研究主张,这项原则是指“就任何一项国际人道法规则而言,如果有关国家参与了一场武装冲突,当分析与该武装冲突有关的某一规则而对它们的实践进行审视时,这些国家就是“深受影响”的国家。《研究》,第一卷,第xxxix页。这种说法削弱了有关规则,而且使有关规则的内容变得非常不恰当。并不是参加武装冲突的每一个国家都是“深受影响”的国家;这样的国家确实实施了明显的实践,但是,那些在参与武装冲突方面具有特殊历史的国家才能说是“深受影响”的国家。而且,当红十字国际委员会实际上审查并认为那些国家的实践是相关时,那些国家并不仅仅是“深受影响”的国家。相反,为了就某项规则的地位得出一个有根据的结论,就必须审查那些深受影响的国家所实施的实践。就像该研究筹划指导委员会的一位委员指出的,“由于‘深受影响’的国家,例如核武器国家、其他主要的军事强国以及占领国和被占领国,对声明、实践和政策有非常详细的记录,因此,它们的实践尤其具有效力。”Theodore Meron, “The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law”, *American Journal of International Law*, Vol. 90, 1996, pp. 238, 249.

一类国家通常对实践的贡献，无论从数量还是质量来说，都远为重大。

法律确信

对该研究就法律确信所采取的做法，美国亦有担忧。在考察某项规则时，该研究倾向于对国家实践和法律确信采取一个单独的标准。用该研究自己的话来说，那就是：

“本研究已经表明，实践和法律确信这两个要素的严格区分不仅十分困难，而且基本上也只是一种理论上的区分。同样的行为经常既反映了实践，也反映了法律确信……当相关实践足够密集时，法律确信一般就包含在这一实践当中，因此，通常就没有必要再单独证明法律确信的存在了。”⁵

美国认为，从方法论来说，这并不是一个适当的做法。尽管同一个行为可能同时成为证明国家实践和法律确信的证据，但美国认为，法律确信不能仅从实践中简单的推导出来。相反，为了断定是否存在习惯国际法规范，必须对这两个要件进行分别评估。例如，《日内瓦公约》第一和第二附加议定书都规定了意义深远的条款，但各国在通过这两个议定书时并不认为这些文件中的所有条款都体现了已经成为习惯国际法的规则；实际上，那时，许多条款被认为具有开创性和填补漏洞性。因此，对从公约缔约国的实践中推导出的法律确信，我们必须非常谨慎，因为它们的行为通常是根据条约义务做出的，尤其是在它们彼此之间，而不是在仔细考虑了有拘束力的习惯国际法规范的情况下做出的。⁶ 即使我们同意可以合并这些不同要件，但是，在确定什么时候国家实践“足以密集”到可以不用考虑法律确信时，该研究也没有说明或适用任何标准，而且几乎没有提供可以满足这一责任的例证。

该研究还高度依赖军事手册，美国对此也深感忧虑。美国不认同以下观点，即当国家认为自己有法律义务的主要证据是军事手册时，就能确定存在法律确信。一国的军事手册通常是（准确的说）对该国有拘束力的条约义务的详述，而与习惯法没有关系，即并不表明该国对有关的习惯国际法所持的立场。由于一国制定军事手册的目的通常是为了执行某个条约的规定，因此，它们只是用来证明这些条约规则在非条约背景下作为习惯国际法而得到适用的微弱证据。而且，国家在军事手册中做出的指导通常是出于政策的考虑，而不是法律的理由。例如，美国长期声明，不论冲突被定性为是国际性冲突，还是非国际性冲突中，都会适用其军事手册中的规则，但这显然并不表明它将受到适用于非国际性武装冲突的法律的拘束。最后，该研究通常没有把那些非正式的仅为培训或相似目的的军事刊物和那些作为政府的正式声明而经批准而出版的刊物区分开来，即使有时所引用的出版物已经明确指出它们不一定代表有关政府的正式立场。

我们认为，需要用更加严格的做法来证明法律确信，即必须通过实实在在的证据来证明国家认为在法律上有义务遵守这些规则，而不是仅仅通过详述已经存在的条约义务或声明，因为这种详述或声明既可以轻易体现法律考虑，也可以轻易体现政策考虑。这是非常关键的。从这个方面来说，该研究的实践卷基本没有提供存在法律确信的确凿证明，而这是证

⁵ 《研究》，第一卷，第xI页。

⁶ 即使某个条约得到了普遍遵守，也不一定说明该条约的规定就已经变成了习惯国际法，因为之所以得到普遍遵守可能是基于以下观点，即没有条约，就没有规则可以适用。

明研究结论（即本研究阐扬的规则是国际习惯法，即便没有条约义务，亦适用于各国）具有正当性所必需的。

阐述规则

该研究在阐述和评注规则时还存在其他一些瑕疵。也许最重要的瑕疵是，该研究通常把那些复杂和有细微差别的规则简单化。因此，该研究对许多规则的阐述都显得过于广泛或绝对。即使关于某个事项的国家实践和条约用语并非如此，有时甚至是相当狭窄，它的阐述也是非常广泛和绝对的。虽然该研究的评注声称解释和扩大了有拘束力的习惯国际法的细节部分，但它有时这么做是通过解释与扩大人权文件中那些无拘束力的建议，而没有提及它们的非约束性性质，以此来填补习惯法中的明显漏洞并帮助解释战争法中的术语。因此，该研究的评注通常把那些规则所面临的困难混在了一起，并没有解决那些困难。如果该研究的作者们能够清晰阐述他们希望读者对评注给予的重视，那本应该是非常有意义的。

影响

本文下面将更详细探讨该研究提出的某些规则，以便说明它在方法上存在的瑕疵是如何削弱国家在没有进行进一步独立分析的情况下依赖该研究提出的规则的能力。这些瑕疵也扩大了该研究存在的两个更为一般的错误，美国对它们特别予以特别关注：

第一，该研究声称《日内瓦公约》两个附加议定书所规定的相当多规则都已经取得了习惯国际法地位，适用于所有国家，包括那些拒绝成为这些议定书缔约国的相当多国家（包括美国和这些议定书生效以来许多其他卷入武装冲突的国家）；

第二，在几乎没有证据证明的情况下，该研究声称《日内瓦公约》及其附加议定书所规定的某些规则已经变成对国内武装冲突有拘束力的习惯国际法规则。

对本研究中四项规则的解释评论

本部分将详细审查该研究的四项规则，着力说明美国对该研究采取的方法的担忧如何影响到红十字国际委员会的结论，即某些主张已经上升到习惯国际法的层次。

规则 31：“人道救济人员必须受到尊重与保护”。

美国一贯支持和便利世界各地武装冲突中的人道努力，并充分意识到人道救济人员在向遭受冲突影响的平民提供食品、衣物和避难所方面发挥的关键作用。只要人道救济人员有权享受平民根据战争法规和惯例所享受的保护，显然就不能对他们进行故意攻击。

但是，规则 31 阐述的内容更广，并没有充分的证据证明它反映了习惯国际法。该研究没有举出在采取行动的国家相当深入的实践来支持这项规则。而且，如果该研究对最近的实践进行考察，那么，该讨论就会对国家的同意对这些人员的出现所起的作用（安理会没有根据《联合国宪章》第七章通过决议）以及以及如果这些人员在任务以外从事其他行为丧失保护的问题更为谨慎。该研究在讨论允许人道救济人员的进入是否需要征得国家的同意只是予以简单否定，而没有认真思考其引用的不少国家和国际组织的许多口头声明是否实际上表明人道救济人员的进入必须征得国家的同意以及是否必须在任务的范围以内进行活动。⁷ 很

⁷ 确实，该研究的作者们可能想要把“人道救济人员”作为“人道救济人员，当他们以这种身份展开行动时”的简略表述方式。但是，阐述的规则并没有这样说，即使与规则 31 密切相关的规则 33 反映的事实是

明确，这些限制性条件并不表明在国际性或非国际性武装冲突中，那些没有征得必要同意或超出任务范围参加敌对行动的人道救济人员就可以受到攻击或虐待。相反，国家应当采取措施确保那些人道救济人员的行为征得必要的同意，并且符合任务范围中规定的行为，否则，就应当从有关国家撤出。没有认识到这些限制性条件的主张就不能精确的反映国家实践和法律确信。

相关的条约规定

许多条约规定了人道救济人员的待遇。它们指引着许多国家的实践，并明确规定规则 31 声称的义务是受到限制的：

第一，《第一附加议定书》第 71 条第 1 款规定，人道救济人员在计划行动时必须经国家同意。⁸ 第 71 条第 4 款禁止人道救济人员超越“任务”范围。如果他们那样做，国家则可以终止其任务。该研究援引《第一附加议定书》第 17 条第 2 款规定来论证国家有义务保护救济团体，即使该条款描述的情况几乎是必然存在同意，因为如果一国请求救济团体提供有效协助，显然说明它已经事先同意该团体进入其领土。

第二，《联合国人员和有关人员安全公约》规定，缔约国有义务采取适当措施确保联合国人员和有关人员的安全和保障。该公约适用于联合国人员经东道国同意在东道国领土时的情形，因为第 4 条要求联合国和东道国缔结一项关于联合国行动的地位协定。⁹

第三，《经修正后的〈常规武器公约〉第二议定书》第 12 条涉及缔约国保护某些人道主义特派团免受地雷和其他装置影响的义务。它规定，“本条仅适用于经在其领土上执行任务的缔约方同意在一区域内执行任务的特派团”。¹⁰ 该条款还规定，“在不妨害其可享有的特权和豁免（……）的前提下，参加本条所指部队和特派团的人员应：（……）不从事任何与其任务的公正性和国际性不符的行动或活动。”¹¹

第四，《日内瓦第四公约》同样要求人道救济人员必须事先征得同意并且在“任务”范围内活动。第 10 条规定：“本公约之规定并不妨碍红十字国际委员会或其他公正的人道组织，在有关冲突各方之同意之条件下，从事保护与救济平民之人道活动。”¹²（着重号为作者所加）日内瓦第一、第二和第三公约第 9 条实际上也有相同的规定。

第五，《第二附加议定书》并没有与人道救济人员直接有关的条款，但第 18 条规定，救济行动必须取得人道救济人员想要采取行动的领土缔约国的同意，而且必须限于“专门属于人道主义和公正性质”的行动。

最后，《国际刑事法院罗马规约》（“《罗马规约》”）规定，“故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的所涉人员……，如果这些人员和物体有权得到

只有当维和人员有权得到国际人道法赋予平民的保护时才有享受该种保护。

⁸ 就像约拉姆·丁斯坦（Yoram Dinstein）指出的，“就遵守《第一议定书》第71条第2款而言，必须保护那些参与运输和分发救济物资的人员。但是，第71条第1款强调，这种人员参与救济行动必须经过他们履行任务的领土国的批准。” *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, 2004, p. 149.

⁹ 根据其规定，该公约不适用于安理会根据《联合国宪章》第七章采取的执行行动。

¹⁰ 《经修正后的〈常规武器公约〉第二议定书》，第12条第1款第1项， *International Legal Materials*, Vol. 35, 1996, pp. 1206-1217.

¹¹ 同上，第12条第7款第2项。

¹² 皮克泰（Pictet）对《日内瓦第四公约》的评注指出，“从理论上说，所有的人道行为都涵盖在内（……）但须受到与采取行为的组织的性质、有关行为的宗旨和目的以及冲突各方的意愿相关的某些条件的限制。” *Commentary, IV Geneva Convention*, Jean Pictet (ed.), ICRC, 1960, p. 96. 该评注接着还说：“所有这些人道行为都必须受到一个最终条件的限制，即冲突各方的同意。这项条件显然是苛刻的，但几乎可以说是不证自明的。”（同上，第98页）。就像本文讨论的，美国认为，从皮克泰发表上述评注以来，这项条件并没有消失。

武装冲突法规给予平民和民用物体的保护”是战争罪。¹³《国际刑事法院规约评注》关于这个条款的规定指出，“人道救助也应当征得必须通过其领土或在其领土上执行任务的发生冲突的国家的同意。”¹⁴

虽然这些条约对^{人道救济}人员明确限定了国家的义务，但规则 31 却没有提到这些限定的任何一项。由于条约缔约国的实践应当说是源自其条约中的权利和义务，因此，我们可以说，为了证明忽略这些限定具有正当性，该研究必须提供与其不一致的、非常充分的国家实践的证据。然而，该研究只简单地说，“绝大多数实践并未明确要求[同意]这一条件”，即使该研究承认两个附加议定书对^{人道救济}人员的保护“只适用于‘经授权的’人道人员本身。”¹⁵

国家同意的作用

该研究认为，是否必须征得国家同意是无关的。但是，这个结论所赖以成立的许多实践都是模糊不清或不切题的。无论如何，该研究的分析并没有对细节问题和大的背景予以足够关注。例如，在波斯尼亚和黑塞哥维那冲突中，各方之间签订了维和执行协定。该协定规定，各方承诺向红十字国际委员会提供安全保证。可以说，这样的维和执行协定可以被视为事先同意红十字国际委员会人员出现在各方领土上，¹⁶ 因为如果国家反对红十字国际委员会的出现，它们就不可能同意为其提供安全保证。该研究还引用了国家讨论保护人道救济人员的其他例子，并用这些例子说明国家是支持《日内瓦公约》及其附加议定书的。¹⁷ 但是，就像上面指出的，《日内瓦公约》及其附加议定书规定人道救济人员必须事先征得国家同意。

该研究只引用了七个国家的军事手册，而且这七个国家都是《第一附加议定书》的缔约国。从这些国家的军事手册摘录的内容都无法看出这些国家反对事先要取得国家同意。澳大利亚和法国的军事手册只是说人道救济人员受到特别保护，但这并不能解释一个国家承担义务的范围和前提条件。¹⁸ 只有一个国家的军事手册（即瑞典）说第 71 条第 2 款已经取得了习惯国际法的地位，但从所摘录的内容来看，瑞典是否相信第 71 条的其他款项（包括第 1 款关于国家同意的条款）是否也取得了习惯国际法的地位是不清楚的。¹⁹ 确实，在讨论这个问题时，一般都把国家同意理解为国家只是推定人道救济人员将取得这种同意，尤其是考虑到他们有这样做的强烈动机。该研究还引用联合国安理会通过的许多决议来支持规则 31，但这些决议导致的维和行动几乎均基于东道国政府的事先同意或安理会依第七章享有的权力。因此，尽管这些决议本身可能没有提到国家同意，但必须征得国家同意几乎都是一个前提条件，除非安理会根据第七章采取行动，而这显然是国家主权的一种例外。²⁰

在这个领域，有许多国家采取军事行动的重要例子，却没有包括在该研究中。那些例子与该研究所描述的例子非常不同，因为那些例子说明国家的同意在其中起到关键作用。例如，在包括波斯尼亚、科索沃和阿富汗的冲突中，美国和盟国军队所使用的“国内军事行动

¹³ 《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第5项第3目，*International Legal Materials*, No. 37, 1998, pp. 999, 1008-1009.

¹⁴ Michael Cottier, “War crimes”, in Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 190 (着重号是原作者所加)。

¹⁵ 《研究》，第一卷，第 109 页。

¹⁶ 《研究》，第二卷，第 589 页，第 5-6 段。

¹⁷ 同上，第 589 页，第 8 段（引用了《苏丹生命线行动地面规则》）以及第 593 页，第 39 段（声称津巴布韦认为《日内瓦公约》的有关条款“是国际习惯法的一部分”）。

¹⁸ 同上，第 589-590 页，第 13 段（澳大利亚）和第 15 段（法国）。

¹⁹ 同上，第 590 页，第 17 段。

²⁰ 例如参见：同上，第 593-596 页，第 41-45 段、第 47-62 段。

中心”和“人道行动中心”要求人道救济组织与盟军协调其行踪，以便这些部队可以支持这种组织所做的努力，并确保他们的人员安全。²¹毫无疑问，对军事行动的实践进行更全面考察将为该研究的作者们提供更多有用的和必要的信息。

任务条款的限制

如果人道救济人员从事等于是直接参加冲突的行为，那么，其行为就违反了他们的任务和平民地位，他们可能因此丧失保护。但是，规则 31 却漠视这一显而易见的事实。无论是《日内瓦公约》还是《第一附加议定书》，都明示或默示地承认，在诸如平民直接参加敌对行动的时候，就可以对他或她进行攻击。就像上面指出的，为了证明可以忽略“任务条款”这项条件的规则，该研究必须提供足够充分的国家实践的证据，而且这种实践还必须是无视依据有关条约国家享有的特权，即只有当人道救济人员提供人道救济的情况下才提供保护，但该研究并没有提供这种证据。而且，该研究也没有提供关于这种实践的法律确信的证据。

该研究引用的许多实践实际上支持人道救济人员的工作必须是在任务范围以内这项条件。例如，所引用的加拿大的手册提到受到保护的人道救济人员本身的工作；至于非政府组织，它指出，“一旦承认非政府组织正在照顾病者和伤者”，他们就必须得到尊重。²²荷兰的手册的表述更加明确，即“从事救济行为的人员”。这种表述可以说反映了“任务”这项条件。²³该研究还引用了印度的事实，印度的规定赋予救济人员如同医疗和宗教人员一样的保护，²⁴但医疗和宗教这类人员如果从事对敌人有害的行为或直接参与敌对行为，会丧失免受直接攻击的保护。《关于约旦实践的报告》说，约旦“一直都给那些从事人道行动的人员提供安全保障”。²⁵这也无法用来支持提出的规则，因为该报告关心的是人道救济人员的实际工作，而约旦是否也会保护人道救济人员从事的超出任务范围以外的行为，该报告却只字未提。最后，该研究还引用了欧盟主席的发言，即“在武装冲突期间，人道救济人员的安全经常得不到尊重”。²⁶从这段声明中可以推断出来的唯一合理结论是，关于所描述的规则，国家实践是不一致的。

众多条约、军事手册和国家实践做出的这些限制绝对不是疏忽造成的。相反，它们是经过认真协商后做出的，是对国家和军事安全的正当担忧，因此对于该规则所阐述的过于广泛的原则问题，国家不太可能保持沉默。例如，在 1982 年以色列入侵黎巴嫩事件中，以色列发现标有红新月的救护车运载了强壮的敌方战斗员和武器，这些救护车据称代表巴勒斯坦红新月会。据报道，在 2002 年阿克萨烈士旅的恐怖分子占领伯利恒的圣诞教堂事件中，再次出现了这种非法行为。²⁷如果在这些案例中救护车的司机被视为人道救济人员，而且实际

²¹ 一般参见：U.S. Joint Publication 3-07.6, Joint Tactics, Techniques, and Procedures for Foreign Humanitarian Assistance.

²² 《研究》，第二卷，第 590 页，第 14 段。而且，该研究引用的手册实际上是一份训练手册，目的是为了“向（……）参加国内行动以外的所有其他军事行动的所有加拿大人员提供一份《行为手册》。”Code of Conduct for Canadian Forces Personnel, Office of the Judge Advocate General, Canadian Ministry of National Defense, B-GG-005-027/AF-023 (undated), p. 1-1.这并不是加拿大关于战争法规和惯例法律确信的正式代表刊物；相反，它反复强调，它只是为了协助训练而制作的一份可适用的法律的简要读物。

²³ 同上，第 590 页，第 16 段。

²⁴ 同上，第 591 页，第 27 段。

²⁵ 同上，第 592 页，第 30 段。

²⁶ 同上，第 602 页，第 111 段。

²⁷ 同样，2002年3月27日，以色列国防军逮捕了一辆红新月救护车的司机，并扣留了从救护车上找到的装有炸药的腰带和其他爆炸物。该司机供认，有一位恐怖组织的头领给了他这些爆炸物，并要求他把这些爆炸物运到位于拉马拉的恐怖主义特工手中。参见：

<<http://www.mfa.gov.il/mfa/government/communiques/2002/apprehension%20of%20ambulance%20harboring%20a%20wanted%20terror>>（2007年6月4日最后访问）。

上是在帮助冲突中的战斗员，那么，按照规则 31 所述的规则，以色列将无法采取行动。军事指挥员也将非常担心那些假装声称自己具有人道救济人员地位的个人。例如，在阿富汗，基地组织的一些人员在战斗中被抓，但他们却声称是在为人道救济组织工作。这些例子说明，国家在制定关于这个问题的条约规则时为人道救济人员设定了“任务”范围以内这个前提条件是**有原因的**，而这恰恰是规则 31 所没有提到的。

法律确信

依据该研究，许多国家认为自己根据习惯国际法有义务保护人道救济人员。但是，所引用的某些例子的意义和确定性并不很清楚。例如，该研究引用了尼日利亚和卢旺达的例子，这两个国家声称即使在没有条约义务的情况下，自己在法律上也有义务保护人道救济人员不受军事行动的影响。²⁸ 但是，这些例子没有提到任何实际使用的措辞，也没有任何上下文背景，因此，这些国家是否主张即使在没有国家同意和人道救济人员从事的行为超出任务范围以外也持这一观点，是不清楚的。该研究还引用了津巴布韦的观点，即该国把《日内瓦公约》中对救济人员的保护看作是习惯国际法的一部分，但是，就像上面指出的，这些公约恰恰说明，取得国家的同意是非常重要的。²⁹ 最后，《关于美国实践的报告》声称，美国相信“对国际救济工作人员**不**正当的攻击也是违反国际人道法的行为”（着重号为本文作者所加），但该声称并不会削弱人道救济人员作为战斗员行动时情况会有所不同的事实，也根本没有提到国家同意的问题。³⁰

非国际性武装冲突

尽管该研究声称规则 31 既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突，但对规则 31 可以扩大适用到非国际性武装冲突提供的实践非常稀少。它只引用了《第二附加议定书》两个缔约国的军事手册以及诸如英国和美国这样的国家发表的一些笼统的声明。这些声明大意是说，在非国际性武装冲突中杀害红十字国际委员会的医疗工作人员是“野蛮”行径，是违反战争法和惯例的行为。³¹ 该研究对这个领域实际的军事行为几乎没有作任何讨论，它只引用了红十字国际委员会档案中的一些文件。在这些文件中，非国家行为者承诺保证红十字国际委员会人员的安全。尽管适用于平民的《第二附加议定书》以及习惯国际法规则可能为非国际性武装冲突中工作的人道救济人员提供保护，但该研究几乎没有提供可以证明规则 31 本身就是适用这种冲突的习惯国际法的证据。

小结

美国并不相信规则 31 描述的内容反映了适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法。该规则并没有反映国家同意的重要性，也没有反映国家在这个领域承担的义务只局限在任务范围之内行动（即提供人道救济）的人道救济人员。就作者们打算在该规则中暗示存在“任务条款”这项条件来说，他们已经阐明，与相应的条约规则相比，提出那些被简化了的习惯国际法所存在的困难。

²⁸ 《研究》，第二卷，第 592 页，第 33 段（尼日利亚）以及第 34 段（卢旺达）。

²⁹ 同上，第 593 页，第 39 段。

³⁰ 同上，第 613 页，第 181 段。

³¹ 例如参见：同上，第 612 页，第 178 段（英国）以及第 180 段（美国）。

规则 45：“禁止使用旨在或可能对自然环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法或手段”。
(该规则第一句话)

从政策的角度来说，在武装冲突期间保护环境显然是非常必要的，因为它涉及平民健康、经济福利和生态等问题。当攻击可能产生的环境影响很明显并且作为一项政策时，不应把下面的讨论理解成对一般性考虑的反对。另外，根据区分原则，自然环境不能作为攻击目标，除非它们构成传统意义上的军事目标，而且也不得破坏自然环境，除非基于军事必要。这些都是很清楚的。

不过，对于常规武器或核武器来说，该研究并没有说明规则 45 所描述的内容构成国际性或非国际性武装冲突中的习惯国际法。³² 首先，该研究没有确切评估深受影响的国家实践。这些国家已经清楚发表了它们的观点，即类似规则 45 所描述的任何义务都来自条约，而不是习惯国际法。（该研究认为，在因使用常规武器而引起的环境损害方面，法国、英国和美国并不是深受影响的国家。由于自 20 世纪直到今天这些国家在全球参加了相当多的国际性武装冲突以及维和行动，它们的实践具有更深的含义，因此，美国并不同意该研究的结论）。第二，该研究错误地解释或夸大了引用的一些国家实践。第三，该研究只考察了这个领域有限的军事行动实践，因此，从中得出了有瑕疵的结论。

深受影响的国家

虽然该研究承认在考察国家实践的密集度时，那些深受影响的国家的实践应当具有更大分量，³³ 但它并没有仔细考察这些国家的实践。规则 45 第一句话的基础是《第一附加议定书》第 35 条第 3 款和第 55 条。法国和美国反复声明，这些条款并没有反映习惯国际法。在批准 1980 年《常规武器公约》时，法国和美国都在批准书中声明，《常规武器公约》在序言中提到第 35 条第 3 款和第 55 条的段落只适用于那些已经表示同意的国家。³⁴ 美国国务院第一副法律顾问在 1987 年的会议上声明，美国认为第 35 条和第 55 条过于广泛和模糊，它们“并不是习惯法的一部分”。³⁵ 该研究非但没有认真考虑这些观点，反而轻视了这些证据的证明价值。它引用了《美国军队军法署军团行动法律手册》(U.S. Army JAG Corps Operational Law Handbook)，并据此认为美国相信规则 45 中的规定是有拘束力的，但该手

³² 本讨论只限于规则 45 的第一句话。

³³ 《研究》，第一卷，第 xxxviii 页。

³⁴ 该研究在第二卷中刊载有这些声明，参见：第二卷，第 878 页，第 152 段和第 153 段。

³⁵ 美国国务院第一副法律顾问迈克尔·J·麦特森 (Michael J. Matheson) 在美国红十字会与华盛顿大学法学院联合举办的关于国际人道法的第六届年会上的发言，该年会的主题是习惯国际法与 1949 年《日内瓦公约》1977 年的两个附加议定书。参见：American University Journal of International Law and Policy, Vol. 2, 1987, pp. 24, 436. 美国的其中一个担忧是，第 35 条第 3 款以及第 55 条没有承认只有当使用这些武器对于预期的具体和直接的总体军事利益相比损害是明显过分的情况下才是受到禁止的。该研究故意忽略这种反对意见，即使是对于这项习惯规则的外延。就像评注声称的，“这项规则是绝对适用的。如果造成了广泛、长期和严重的损害，或者将自然环境用作武器，那么，对这个行为或结果是否因为军事必要变得合法或者附带损害是否过分进行调查就没有什么重要意义了。”《研究》，第一卷，第 157 页。

可以用一个例子来说明为什么各国，尤其是《第一附加议定书》的非缔约国不太可能支持规则 45。假设甲国在一片热带雨林藏有化学和生物武器库，而且计划立即对乙国使用这种武器。根据这项规则，即使有证据证明甲国将对乙国即将发动攻击，并且知道这种攻击本身将产生环境灾难，如果这种打击估计可能造成该热带雨林广泛、长期和严重损害，乙国也将无法对甲国的这种武器库发动打击。确实，该研究的其中一位作者在其他场合也承认，在分析那种可能对环境造成损害的攻击是否可以被允许时，是否具有军事目标的价值是具有重大意义的一个因素。参见：Louise Doswald-Beck, “International humanitarian law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, International Review of the Red Cross, Vol. 37 No. 316 January–February 1997, pp. 35, 52.

册只是一份用于教学的文件，美国从来没有打算把它作为美国政策和实践的权威声明。³⁶ 该研究还引用了《美国空军指挥官手册》(U.S. Air Force Commander's Handbook)，但美国也没有打算把它作为一份权威文件。³⁷

除了坚持认为第 35 条第 3 款和第 55 条并不是使用武器方面的习惯国际法之外，那些拥有核武器的、深受影响的国家还反复声明，这些条款不适用于核武器的使用。例如，诸如美国、英国、俄罗斯和法国这种深受影响的国家在向国际法院提交的观点中就是这样认为的。³⁸ 英国的军事手册特别指出，针对军事目标使用核武器不受第 35 条第 3 款的限制。³⁹ 在一份总结起草《第一附加议定书》会议的报告中，美国指出：

“会议期间根本没有考虑因使用核武器而引起的问题。尽管有一些条款可能看起来提到了关于核武器使用的某些问题，尤其明显的是第 55 条关于保护自然环境的条款，但美国代表团在整个会议期间的理解是，要制定的规则针对的是常规武器及其所产生的影响。该议定书所制定的新规则并不打算影响核武器的使用，而且也没有调整或禁止核武器的使用问题。在会议期间，我们已经屡次对这个问题发表了声明。而且，英国代表团和法国代表团也都明确发表了这种声明。就我们所掌握的情况来看，没有任何国家的代表团对此表示反对。”⁴⁰

1974 年以来的会议记录体现了制定《第一附加议定书》文本的早期工作。它记录了英国关于这个问题的看法，即：“[英国]代表团也赞成红十字国际委员会的观点，它在介绍这两项议定书草案中声明，它们无意讨论涉及原子、细菌或化学战这些问题。(……)英国政府认为，英国已经对这两项议定书做出了努力，而且将继续努力达成最后协定。”⁴¹ 在加入《第一附加议定书》时，英国和法国两国政府都声称：它们的理解仍然是，该议定书一般不适用于核武器。例如，英国声称：“英国政府的理解仍然是，该议定书所规定的规则只适用于常规武器(……)。特别是，该议定书中的规则对核武器的使用并没有任何影响，既不调整也不禁止使用核武器。”⁴²

该研究的概要说：“看来，美国是对这一规则的第一部分的‘一贯反对者’。另外，法国、英国和美国在对这一规则的第一部分适用于核武器的使用问题上也是‘一贯反对者’。”⁴³ 不过，包括红十字国际委员会在该外交会议之前和结束之时发表的声明都承认，这是该

³⁶ 《研究》，第二卷，第 883 页，第 186 段。

³⁷ 同上，第 882—883 页，第 185 段。

³⁸ 1995 年 6 月 20 日美国国务院执行法律顾问寄来的信函，还有美国政府的书面声明，第 25—28 页；1995 年 6 月 16 日大不列颠及北爱尔兰联合王国外交和英联邦办公室法律顾问寄来的信函，还有英国政府的书面声明，第 40—46 页；1995 年 6 月 19 日俄罗斯联邦大使寄来的信函，还有俄罗斯政府的书面声明，第 10—11 页；1995 年 6 月 20 日法兰西共和国外交部寄来的信函，还有法兰西共和国政府的书面声明，第 31—33 页。

³⁹ 《研究》，第二卷，第 882 页，第 184 段。

⁴⁰ *Digest of U.S. Practice*, 1977, p. 919.

⁴¹ 《关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法的外交会议正式记录》，第 5—6 卷，1977 年，第 134 页。

⁴² 《英国的声明》，1998 年 1 月 28 日，2002 年 1 月 2 日修改。还可以参见《法国的声明》，2001 年 4 月 11 日。

⁴³ 我们注意到，该研究对“一贯反对者”的理论是否继续有效提出了质疑。《研究》，第一卷，第 xxxix 页。

外交会议对制定的新规则的一项限制条件：深受影响的国家从第一次提出该规则时就表示反对；而且，这些国家从那时开始就一直坚持反对。这些都显然表明，这三个国家不仅仅是一贯反对者，而且还说明该规则根本还没有成为习惯法规则。

国家实践和法律确信的一般证据

该研究引用的其他证据无法支持和证明规则 45 具有习惯法性质。这些证据包括：同意适用第 35 条第 3 款以及第 55 条的国家例子；⁴⁴ 有一个国家对敌方军队瞄准它的化学工厂表示担忧，但并未主张这种攻击是非法的；⁴⁵ 国际法院在 1996 年表明第 35 条第 3 款对已经批准《第一附加议定书》的国家具有拘束力，这就在暗示该条款并不是习惯国际法；⁴⁶ 各种国际组织所发布的法典草案和指导纲领，从措辞来看是没有拘束力的；⁴⁷ 声明则既容易受到政治驱使，也容易受到法律义务感的驱使。一些引用的实践特别提到条约作为该领域内义务的基础。1992 年，在致联合国大会第六委员会主席的信函附录的一份备忘录中，美国和约旦声称，《第一附加议定书》第 55 条要求缔约国“在战争中注意保护自然环境免遭广泛、长期和严重的损害”。也就是说，美国和约旦把该规则当作是条约法上的规则，而不是习惯法上的规则。⁴⁸《关于以色列实践的报告》指出，以色列国防军并不使用或允许规则 45 所涵盖的作战手段或方法，但这并不说明以色列采取这项政策是源于法律义务感。⁴⁹至于该研究引用的 20 个国家的军事手册（除了一个国家以外，其他国家都是《第一附加议定书》的缔约国），该研究并没有提供证据证明这 19 个国家在它们的手册中都有这种规定是出于法律确信而不是条约义务。总而言之，所给出的这些例子没有一个明确支持这项规则，无论是以国家实践的形式还是以法律确信的形式。

国内刑法

该研究引用了各种国家关于环境损害的国内刑法，但这些法律有一些来自《第一附加议定书》第 85 条关于惩治破坏该议定书的行为的义务。还有其他一些国家的法律规定了一类广泛的犯罪，叫做“生态灭绝罪”，但引用的许多规定都没有明确这种犯罪是否适用于与使用军事力量有关的行为。就像上面指出的，许多国家（包括澳大利亚、布隆迪、加拿大、刚果、格鲁吉亚、德国、荷兰、新西兰、特立尼达和英国）都已经把《国际刑事法院罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 4 目规定在了它们的刑法中，但《国际刑事法院罗马规约》的这一规定只是在其使用将“与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比显然是过分”时才禁止使用规则 45 所描述的武器。⁵⁰ 这些国内刑法的规定显然无法支持规则 45 所阐述的更为广泛的内容，因为后者使国家不用考虑军事必要原则和比例原则。最后，该研究几乎没有提供证据证明，这些国家中有任何有一国制定禁止这些行为的刑法是出于法律确信。某个国家最近把一个行为规定为犯罪不一定说明该行为在以前受到习惯国际法禁止；实际上，某个国家把某个行为规定为犯罪可能就是因为，在国内法把它规定为犯罪之前，它要么没有受到禁止，要

美国政府相信，该理论仍然是有效的。

⁴⁴ 《研究》，第二卷，第 879 页，第 157 段和第 158 段。

⁴⁵ 同上，第 887—888 页，第 224 段和第 225 段。还可以参见：第 900 页，第 280 段（欧洲安全与合作组织提醒要注意对环境造成损害的炮击，但没有指出这种攻击是非法的）。

⁴⁶ 同上，第 900—901 页，第 282 段。

⁴⁷ 同上，第 878 页（第 156 段）、第 879 页（第 160 段）、第 898 页（第 273 段和第 274 段）、第 898—899 页（第 275 段）以及第 902 页（第 289 段）。

⁴⁸ 同上，第 891 页，第 244 段。

⁴⁹ 同上，第 890 页，第 241 段。

⁵⁰ 《国际刑事法院罗马规约》第 8 条第 2 款第 2 项第 4 目。

么没有受到充分调整。

军事行动的实践

在军事行动方面，该研究只考察了近期相当有限的几个实践例子，并从这些例子中得出了这样的结论：“就作战方法（……）而言，实践表明，[《第一附加议定书》]第 35 条第 3 款和第 55 条第 1 款中的规则具有习惯法性质，已经得到广泛的、有代表性的和实际一致的接受”。⁵¹ 但是，该所引用的例子并不恰当，因为没有例子说明环境受到损害的程度与规则 45 有关。该研究非但没有从该结论中得出该规则所依赖的条约规定对于指导国家的行为来说过于广泛和模糊；相反，就像美国长期主张的那样，它却认为国家没有违反该规则说明国家认为它是习惯法的规则。必须指出，在伊拉克对科威特的油田发动攻击之后，国际社会的批评主要集中在这些攻击违反了军事必要原则和比例性原则上。⁵² 多数批评并没有声称伊拉克可能违反了像规则 45 所声称的关于环境损害的习惯法规则。⁵³ 为审查北约轰炸南斯拉夫联盟共和国而建立的委员会指出，“看来，即使假设这些规定[《第一附加议定书》的规定]是可以适用的，要以它们为基础阐释一宗初步证明的案件也是及其困难的。”⁵⁴ 可能的情况是，就像它所依赖的条约规定一样，所起草的规则 45 对行为的调整如此有限和不精确，以致于根本不可能发挥规则的作用。

非国际性武装冲突

该研究没有提供充分证据证明规则 45 是一项适用于国际性武装冲突的习惯法规则，同理，该研究也未能提供充分证据证明该规则是一项适用于非国际性武装冲突的习惯法规则。（该研究本身也承认规则 45 是否可以适用于非国际性武装冲突不如它是否可适用于国际性武装冲突那么明确。⁵⁵）澳大利亚曾经提议规定一条像《第一附加议定书》第 35 条第 3 款那样的条款，但是失败了。这进一步削弱了规则 45 是一项可适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规则的观点。⁵⁶

小结

国家有各种理由谴责环境损害时，在决定军事目标时也有各种理由将环境影响考虑在内。但是，基于上述分析，我们认为，该研究没能充分证明规则 45 条是一项适用于常规武器或核武器、国际性武装冲突或非国际性武装冲突的习惯国际法规则。

规则 78：“禁止以杀伤人员为目的使用可在人体内爆炸的子弹。”

⁵¹ 《研究》，第一卷，第 154 页。

⁵² 参见：Yoram Dinstein, “Protection of the environment in international armed conflict”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5 (2001), pp. 523, 543–546 and notes (讨论了伊拉克行为的非法性，但指出“许多学者的观点是，虽然伊拉克造成的损害毫无疑问是广泛而严重的，但如果用几十年来衡量，则并不满足‘长期的’标准”)。

⁵³ 当然，这些攻击违反了武装冲突法的规定，尤其是那些与军事必要有关的规定。美国政府赞同 1991 年 7 月 9 日至 12 日在加拿大渥太华召开的国际专家会议发表的意见，认为除其他外，伊拉克的行为违反了 1907 年《海牙第四公约》附件第 23 条第 7 款的规定和《日内瓦第四公约》第 147 条的规定。参见：1993 年 3 月 19 日，美国常驻联合国代表团副代表致安理会主席的信函，S/25441, p. 15.

⁵⁴ 《审查北约轰炸南斯拉夫联盟共和国委员会致检察官的最终报告》，2000 年 6 月 13 日，第 15 段。

⁵⁵ 《研究》，第一卷，第 156–157 页。

⁵⁶ 《研究》，第二卷，第 877–878 页，第 150 段。

尽管设计旨在人体内爆炸的杀伤人员子弹显然是非法的，尽管包括爆炸性子弹在内的武器不得用来造成不必要的痛苦，但规则 78 的规定所禁止的范围更加广泛，且确定性更小。该规则本身就存在两个问题。第一，它没有界定哪些武器属于“在人体内爆炸的子弹”。该研究打算把那些在某些情况下可能在人体内爆炸、但不是以那种目的设计的子弹也囊括在该规则的调整范围之内。但是，国家实践和红十字国际委员会对 1977 年的附加议定书的评注都表明，各国还没有同意如此广泛的禁止。第二，爆炸性子弹有两类。第一类是设计旨在人体内爆炸的投射物。美国认为，这是受到禁止的。第二类是主要为杀伤物体目的（而不是设计旨在人体内爆炸）而设计的易爆炸的投射物。美国认为，为了杀伤物体和人员的目的，这是可以使用的。如果像该研究使用的措辞表明的，该研究声称习惯国际法规则禁止以杀伤人员为目的而使用杀伤物体的爆炸性子弹，那么，该研究就忽略了这个领域关键的国家实践。第三，该研究在没有基础的情况下把该规则扩大适用到非国际性武装冲突。

涵盖的子弹

关于哪些武器属于“可在人体内爆炸的子弹”，从规则 78 所使用的措辞来看，该规则采取的是以效果为基础的标准。因此，它没有在那些几乎总是在人体内爆炸的投射物（包括专门进行这种设计的投射物）、那些在正常使用的情况下可以预见会在人体内爆炸的投射物以及在非正常使用的情况下偶尔会在人体内爆炸的投射物之间做出区分。虽然这些类型的子弹在实践中存在重要区别，更加具体地说，在那些设计旨在人体内爆炸的子弹和那些设计旨在为其他合法目的而爆炸的子弹之间存在重要区别，但从该规则所使用的措辞来看，该研究在适用以效果为基础的标准时把所有这三类子弹都视为非法。如果这样，该研究就没有提供证据证明国家已经接受这种标准；如果国家已经在这个领域接受了一项规则，那也只能说是针对第一类投射物而言，即那些设计旨在人体内爆炸的投射物。确实，该研究承认，“一些国家的军事手册或声明只是认为以杀伤人员为目的而使用这种投射物是受到禁止的，或者只有当它们设计旨在一旦碰到人体就会爆炸的投射物才受到禁止。”⁵⁷ 不过，该研究在阐述规则 78 时忽略了设计的意义。⁵⁸

2001 年，在《常规武器公约》第二次审议大会上，红十字国际委员会提议《常规武器公约》的缔约国应当考虑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。在该提议中，它认为应当采取以效果为基础的标准。尽管该研究注意到了红十字国际委员会自己向该审议大会提交的观点，⁵⁹ 但它并没有注意到缔约国并不愿意就这个问题制定一项议定书或其他文件。红十字国际委员会在已经撤回的“过分伤害或不必要痛苦”（SIrUS）计划里同样提出了这种标准。由于它使用了这种“以效果为基础”的标准（而不是“以设计为基础”的标准），因此，该研究的评注也对我们认为并不属于在人体内爆炸的一类子弹进行了讨论。对规则 78 条的评注声称，“某些 12.7 毫米口径的子弹一遇到人体组织就爆炸”，这看来是在努力把那些在人体内爆炸的 12.7 毫米口径的劳福斯（Raufoss）型多用途子弹也包括在这类子弹之内。⁶⁰ 该研究的声明还提到了 1998 年红十字国际委员会的标准。1999 年，在瑞士图恩（Thun）举行的对该标准进行重新评估的会议中，它被证明无论

⁵⁷ 《研究》，第一卷，第 273 页。

⁵⁸ 德国的军事手册承认，那些“只能残伤直接有关的个人而不是任何其他人”（着重号为本文作者所加）的爆炸性子弹才是受到禁止的。《研究》，第二卷，第 1788 页，第 13 段。美国的法律审查指出，“只为杀伤人员目的使用而设计的爆炸性投射物是受到禁止的，因为并不存在军事目的。”（着重号为本文作者所加）。同上，第 1791 页，第 35 段。

⁵⁹ 同上，第 1794 页，第 47 段。

⁶⁰ 《研究》，第一卷，第 273 页。

在方法、结果以及还是结论方面都是存在问题的。红十字国际委员会的成员在那次会议上还是观察员。⁶¹ 与会人员出版了重新评估得出的结论，该结论并不支持红十字国际委员会的观点，即这种子弹应当被包括在人体内爆炸的子弹类型以内。然而，该研究却没有提到 1999 年的这次重新评估。

涵盖的使用

该研究阐述的规则认为，以杀伤人员为目的而使用会爆炸的子弹的各种情形是受到全面禁止的，但国家实践并不支持这种结论。限制使用会爆炸的子弹努力的努力可以追溯到 1868 年的《关于在战争中放弃使用某些爆炸性弹丸的宣言》（“《圣彼得堡宣言》”）。⁶² 该宣言禁止在缔约国之间发生的国际性武装冲突中使用会爆炸的子弹。但是，只有 17 位政府代表签署了该宣言。当时的其他两个国家，即巴登和巴西，在 1869 年加入该公约。尽管该研究声称《圣彼得堡宣言》代表的是“当时存在的大多数国家”的实践，⁶³ 但它实际上代表的国家不到当时存在的国家数目的一半。⁶⁴ 而且，自从 1869 年以来，只有一个国家加入了《圣彼得堡宣言》。⁶⁵

自从《圣彼得堡宣言》以来，虽然红十字国际委员会声明各国政府“遵守”了该宣言，但有相当多的国家实践都涉及以杀伤人员为目的而使用爆炸性子弹。1974 年，红十字国际委员会曾在卢塞恩（Lucerne）主持召开关于某些常规武器的专家会议。在该会议上，有两位专家认为：

“目前，得到广泛认同的观点是，由于武器技术和国家实践的发展，《圣彼得堡宣言》不能被逐字解释，或者说在任何情况下都不能被解释其本身已经成为习惯国际法的宣示（……）该宣言所规定的禁止性规范只能用来说明禁止造成不必要痛苦这项原则，至少就像它在 1868 年被仔细考虑的那样。”⁶⁶

美国的法律评估详细阐述了与红十字国际委员会的声明相反、并与上面引用的这段话一致的国家实践。红十字国际委员会在总结美国的这些法律评估时并没有引用这种相反的实践。⁶⁷ 1923 年的《海牙空战规则草案》（“《空战规则》”）在关于爆炸性投射物方面明确取代了《圣彼得堡宣言》。在广泛禁止爆炸性子弹方面，它确立了一个例外，即“由航空器或针对航空器”而使用爆炸性投射物。⁶⁸ 尽管该研究提到了《空战规则》，但并没有注

⁶¹ 从某种意义上说，1998 年的评估是有问题的，因为它的方式是违反基本原则的，这项基本原则就是：“在评估小口径武器时，不能仅仅只看所用的子弹，还必须考察发射的整个方式以及使用这种武器的大的背景。” Christopher Greenwood, “Legal aspects of current regulations.” Keynote speech at Third International Workshop on Wound Ballistics, Thun, Switzerland, March 28–29, 2001.

⁶² *American Journal of International Law*, Vol. 1, 1907, Supp. pp. 95–96.

⁶³ 《研究》，第一卷，第 272 页。

⁶⁴ 在当时西半球所有已经独立的国家中，只有巴西一个国家加入了《圣彼得堡宣言》。另外，在那个时候存在的非洲和东亚国家中，没有一个加入该宣言。

⁶⁵ 爱沙尼亚于 1991 年加入该宣言。

⁶⁶ Pertti Joenniemi and Allan Rosas, *International Law and the Use of Conventional Weapons*, 1975, p. 30.

⁶⁷ 《研究》，第二卷，第 1791 页，第 35 段。

⁶⁸ Hague Draft Rules of Air Warfare, *American Journal of International Law*, Vol. 17, 1923, Supp., pp. 245–260, Ch. IV, Art. 18.

意到全面禁止使用爆炸性子弹的这个例外,即在没有任何对目标进行分类的情况下允许航空器使用爆炸性子弹,例如允许为杀伤物体或杀伤人员目的而使用。由于《空战规则》是由各缔约国制定的,因此,它们广泛地使用了这种在碰到物体时会出于杀伤物体或人员为目的而爆炸的子弹。⁶⁹ 在第二次世界大战期间,所有参战国家都普遍使用这种子弹。在第二次世界大战结束之后的冲突中,各方也在战斗机上用机枪猛射敌方军队。第一次世界大战结束以来,在每次有战斗机参加的冲突中,这都可以说是非常普遍的做法。由于相当多的国家实践涉及对敌方部队使用这种杀伤物体的武器,因此,规则 78 阐述的完全禁止以杀伤人员为目的而使用爆炸性子弹并没有反映习惯国际法。

该研究引用的实践无法支持在一切情况下禁止以杀伤人员为目的而使用爆炸性子弹这项规则。在该研究第二卷所包括的 11 个国家的军事手册中,只有六个国家绝对禁止爆炸性子弹。⁷⁰ 在这六个国家中,只有三个国家对所阐述的规则规定了额外支持;⁷¹ 在各种外交会议上,有几个国家发表了声明,其中绝大多数含意不清;⁷² 而且报告的军事行动只涉及两个国家。⁷³ 在所有这些资料中,最多只有两项资料认为习惯国际法是调整使用爆炸性子弹的法律基础。⁷⁴ 即使忽略那些相反的国家实践,已有的证据也不足以证明所阐述的规则具有习惯法性质。

该研究列举的军事行动方面的实践例子尤其值得质疑。《关于印度尼西亚实践的报告》只是说,据报道爆炸性子弹在印度尼西亚是受到禁止的。这是一个没有得到证实的国家实践。⁷⁵ 《关于约旦实践的报告》只是说,约旦“并不使用、生产或储存爆炸性子弹”,但并没有说它那样做是出于习惯法还是条约法的义务,或它是因为政策或实践的考虑而选择不那样做。⁷⁶ 一般说来,该研究没有认识到不同的军事行动具有不同的要求且一国决定不使用爆

⁶⁹ 2000 年,美国更新了 1998 年对 12.7 毫米口径的劳福斯多用途子弹的法律审查。该研究引用了该评估的其他内容(参见:《研究》,第二卷,第 1791 页,第 35 段)。经更新后的法律审查列出了广泛使用不到 400 克的易爆炸或易爆炸燃烧的投射物。许多这种投射物在接触到人体或在人体内存爆炸。虽然该研究引用了这份法律审查,但它并没有全面描述该研究的结论,因为它忽略了对国家实践的这种编纂。

⁷⁰ 该研究引用了澳大利亚、比利时、加拿大、法国、德国、意大利、新西兰、俄罗斯、西班牙、英国和美国的军事手册(参见:《研究》,第二卷,第 1788—1789 页,第 8—20 段)。在这些军事手册中,只有德国明确反对所阐述的规则,法国、意大利和英国的军事手册并不明确支持这项规则。《美国空军手册》(规则 157 也引用到了)中一项声明:“本手册是为法官、律师和其他对武装冲突适用的国际法特别关注的人员提供信息和指引。它为各种法律问题提供了许多参考资料以及解决方法,但它在性质上并不是一份指示。作为一份空军手册,虽然它的确提到了美国、国防部和空军政策,但并不是对美国政府政策的正式宣示。”因此,《美国空军手册》不能被视为是国家实践的有用例子。

⁷¹ 参见安道尔、澳大利亚、厄瓜多尔、意大利、荷兰和南斯拉夫的立法。厄瓜多尔的立法只禁止国家民事警察使用爆炸性子弹。意大利的立法规定“空军或对空”部队可以有例外。该研究指出,1945 年澳大利亚的《战争罪法》禁止“爆炸性子弹”,参见:《研究》,第二卷,第 1790 页,第 21—26 段。该研究没有提到 2001 年澳大利亚对 12.7 毫米口径的劳福斯多用途子弹进行的法律审查。该法律审查认为,该武器是合法的。Defense Legal Office, Defense Corporate Support, Australian Ministry of Defense, Memorandum CS 97/23/23431 (January 23, 2001), Subject: Legal Review of the 12.7mm Ammunition Produced by NAMMO. 澳大利亚进行的法律审查是红十字国际委员会 2001 年 1 月 29 日至 31 日在沃韦河畔容尼(Jongny-sur-Vevey)召开的武器法律审查与“避免过分伤害和 unnecessary 痛苦”计划专家会议讨论的主题。

⁷² 巴西和哥伦比亚发表的声明并不支持所阐述的规则已经是习惯法的结论;相反,它们只能用来支持在某些情况下使用爆炸性子弹是受到禁止的。《研究》,第二卷,第 1790 页,第 28—29 段。该研究还把挪威在《常规武器公约》第二次审议大会发表的声明(2001 年)以及英国在“核武器案”中在国际法院发表的声明(1995 年)也包括在内。参见:同上,第 1791 页,第 32—33 段(挪威),第 34 段(英国)。挪威对红十字国际委员会发表的声明反映了挪威的观点,即在评估某种武器的合法性时必须考察许多因素,包括使用计划;英国的声明看来是对《圣彼得堡宣言》的一种描述。

⁷³ 该研究只阐述了三个据称是军事行动实践的例子:《关于印度尼西亚实践的报告》(第二卷,第 1791 页,第 30 段);《关于约旦实践的报告》(同上,第 31 段);以及南斯拉夫军队的声明(同上,第 1792 页,第 37 段)。《关于印度尼西亚实践的报告》实际上并不是军事行动的实践;相反,它只是陈述哪些法律在印度尼西亚是可以适用的。

⁷⁴ 这些是德国的各种军事手册,以及还可以说是《南斯拉夫刑法典》。

⁷⁵ 《研究》,第二卷,第 1791 页,第 30 段。

⁷⁶ 同上,第 31 段。

炸性子弹可能是出于军事原因，而不是法律原因。

为了证明规则 78，该研究引用的实际战斗行为中唯一的例子是南斯拉夫社会主义联邦共和国的南斯拉夫人民军（JNA）最高司令部指责斯洛文尼亚军队使用了爆炸性子弹。⁷⁷ 不过，是地面部队针对其他地面部队，还是用战斗机杀伤人员，抑或以其他方式使用这种子弹并不清楚。最重要的是，由于该研究用了省略号，因此，据称的斯洛文尼亚军队的行为是否是因为以杀伤人员为目的而使用了爆炸性子弹而被指责为“受到国际法的禁止”，还是因针对“成员和他们的家属”（着重号为作者所加）使用而受到指责并不清楚。在后者的情况下，这种主张会表明违反了国际法的其他原则。因此，要确定这个例子支持该研究阐述的广泛规则，还是支持更为狭窄的限制某些以杀伤人员为目的而使用爆炸性子弹的规则，是非常困难的。

非国际性武装冲突

该研究还主张，规则 78 是一项适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规范。但是，它提供的支持这种主张的证据严重不足。《圣彼得堡宣言》只提到该宣言缔约国之间发生的国际性武装冲突，并没有提到国内冲突。实际上，在这个方面，该研究唯一能够证明法律确信的证据是在以前引用的军事手册和国内立法不对国际和非国际性武装冲突进行区分。出于与法律义务无关的实际原因，在非国际性武装冲突中，政府一般都会使用在国际性武装冲突中可以使用的武器，而且由于在国际性武装冲突中有大量使用爆炸性子弹的历史，因此，该研究声称习惯国际法的禁止也适用于非国际性武装冲突并没有得到国家实践的支持。而且，这种分析没有解释该研究引用的英国的军事手册为什么只在国际性武装冲突中禁止以杀伤人员为目的使用爆炸性子弹的问题。⁷⁸

小结

实际上，在所有用来支持规则 78 的证据中，没有一个是军事行动的实践。该研究还忽略了相反的实践，而且几乎没有对有关的法律确信提供证据。它用来证明限制使用爆炸性子弹的证据恰恰是支持更狭窄规则的证据，而不是该研究阐述的如此广泛而绝对规则的证据。因此，该研究声称规则 78 是适用于国际性和非国际性武装冲突的习惯国际法是站不住脚的。

规则 157：“各国有权授权其国内法院对战争罪行使普遍管辖。”

犯了战争罪却不受惩罚是一个严重的问题。美国一贯致力于减轻这个问题。从第二次世界大战到相对近期发生在前南斯拉夫和卢旺达的危机，美国都为追究战争罪和其他国际犯罪的责任做出了重大贡献。从逻辑上说，解决问责的问题主要在于

确保有适当的法庭对最严重违反国际法的犯罪行使管辖权。⁷⁹ 其中的一个解决方案是通过

⁷⁷ “斯洛文尼亚共和国当局和武装部队正在把南斯拉夫人民军当作占领当局；并且在残忍攻击南斯拉夫人民军士兵及其家属的过程中，使用即使是法西斯军队都未曾使用过的、受到国际法禁止的作战手段和方法（……）。他们（……）正在使用爆炸性子弹。” 同上，第 1792 页，第 37 段。

⁷⁸ 同上，第 1789 页，第 19 段。

⁷⁹ 《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》规定的内容体现了这些努力。

要求各种条约的缔约国减少进行追诉的管辖权障碍，从而使那些实施了这种犯罪的人找不到安全地带。例如，《日内瓦第四公约》第 146 条要求所有缔约国对涉嫌从事了严重破坏行为的人要么予以引渡，要么予以追诉，即使该国与犯罪之间并不存在直接联系。但是，该研究并没有提供足够的证据证明规则 157 是一项习惯国际法规则，因为它阐述的内容过于广泛。

所主张的规则的确切性

如果规则 157 是为了推进该研究的整体目标，即“有助于减少习惯国际法概念中固有的不确定性以及争论点”，⁸⁰ 那么，它就必须具有确定的含义。但是，“战争罪”这个词是一个难以归类的术语，使用的场合不同，其含意不同。在规则 156 中，该研究本身对该术语的定义在某个特定行为是否属于该定义的问题上是不明确的。就那些评注来说，我们认为，规则 157 所指的“战争罪”是指对规则 156 的评注中列出的那些行为。这些行为包括：严重破坏《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的行为；第二次世界大战之后作为“战争罪”被追诉并规定在《罗马规约》中的其他犯罪；严重违反《日内瓦公约》共同第 3 条的行为；以及“1977 年以来发展的习惯法”认为是“战争罪”的一些行为，其中一些已经涵盖在《罗马规约》的规定中，另外一些则没有被涵盖其中。⁸¹

假定这就是该规则所打算的适用范围，那么，我们相信，在该研究关于该规则的习惯国际法地位的推理中至少存在三个错误。第一，该研究未能认识到，为支持该规则而引用的大多数国内立法对“战争罪”这个术语采取了不同定义，这使国家实践比该研究认识到的要更加多样化。第二，它所引用的国家实践实际上并不支持该规则对普遍管辖的定义。尽管规则 157 期望国家对与其没有关系的行为主张管辖权，但它所引用的许多国家的法律实际上在主张管辖权时援引的是消极或积极的属人管辖原则、保护性管辖原则或与行为存在属地联系。而且，该研究几乎没有提供对与法院地国没有任何联系的战争罪进行实际追诉的证据（这与国家仅仅通过立法完全不同）。⁸² 第三，该研究把根据条约义务所采取的行动与那些基于习惯国际法的习惯法律义务感而采取的行动混淆在了一起。这些错误严重削弱该研究认为规则 157 是习惯国际法的结论。

对“战争罪”的各种理解

规则 157 的评注所引用的国内立法对“战争罪”采取了各种定义，其中，只有很少一些与该研究采用的定义紧密呼应，甚至可以说没有一个与之完全契合。⁸³ 它引用的许多国内立法都没有对“战争罪”进行确切定义，因此，不能用来证明这项规则。尽管诸如克罗地亚、匈牙利和瑞士等国的军事手册似乎把“战争罪”定义为“严重破坏的行为”，但由于缺

⁸⁰ 《研究》，第一卷，第 xxix 页。

⁸¹ 同上，第 574—603 页。

⁸² “应当强调的是，产生习惯法的实践总是那些实际的行为，而不是言辞。言辞最多只是允诺采取某种行为。这经常被混淆，可能是因为诸如条约、决议或宣言这样的口头行为从该术语的广义来看当然被认为是一种行为，它们在某些情况下也是产生习惯法的实践。但是，这只能针对做出这些口头行为的习惯，不能针对这些口头行为所要求的行为。”K. Wolfke, “Some persistent controversies regarding customary international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 24, 1993, p. 1.

M·谢里夫·巴西乌尼 (M. Cherif Bassiouni) 也讨论了国家援引普遍管辖起诉各种国际犯罪的有限实践。他指出：“并没有国家对所有这些行为[种族灭绝、战争罪、危害人类罪、海盗、奴隶制、酷刑和种族隔离]行使普遍管辖权。因此，在国家实践中，除了一些零星的普遍管辖以及以非常有限的方式受到追诉之外，很难再对普遍管辖说些什么。”M. Cherif Bassiouni, “Universal jurisdiction for international crimes: Historical perspectives and contemporary practice”, *Virginia Journal of International Law*, No. 42, 2001, pp. 81, 136 n.195.

⁸³ 《研究》，第二卷，第 3894—3912 页，第 163—245 段。

乏具体内容，它的含义显得模糊不清。⁸⁴ 即使在那些采取与规则 156 类似的“战争罪”定义的少数国家，也没有一个定义就是与该研究给出的定义完全一致。例如，加拿大将“严重破坏”《日内瓦公约》和《第一附加议定书》的行为、违反《海牙公约》的行为、违反“战争惯例”的行为、以及还可能包括某些违反《第二附加议定书》的行为包括其中，但与该研究不同，它在定义中并没有将“严重违反《日内瓦公约》共同第 3 条的行为”明确的包括其中。而且，该研究并没有主张加拿大对“违反战争惯例”的概念和该研究中的“违反战争惯例”的概念一致。⁸⁵ 因此，仅仅根据不同的国家对“战争罪”给予不同定义，就可以发现，国家实践显然并不支持国家在习惯法上有权赋予国内法院对该研究界定的“战争罪”的所有行为行使普遍管辖权。

仅仅对有限的行为行使普遍管辖

尽管该研究引用了超过 20 个国家的立法以证明规则 157 是习惯法，但没有一个国家主张在该国与行为并没有任何联系的情况下，无论是领土、积极或消极的属人还是保护性原则的情况下，可以对规则 156 给出的“战争罪”的所有行为行使普遍管辖权。⁸⁶ 许多国家，包括澳大利亚、比利时、哥伦比亚、塞浦路斯和津巴布韦在内的国内立法只主张对严重破坏《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的行为行使普遍管辖权。⁸⁷ 其他国内立法调整的事项甚至更加狭窄。例如，巴巴多斯、博茨瓦纳、新加坡和乌干达的立法只主张对严重破坏《日内瓦公约》的行为行使普遍管辖权。⁸⁸ 而且，所引用的许多国家的军事手册（包括比利时、法国、南非、西班牙、瑞典和瑞士）都只提到对“严重破坏”行为行使普遍管辖权，并没有一般性地提到“战争罪”。⁸⁹

缺乏“纯粹的”普遍管辖权

另外，本研究援引的数个国家的实践例子并不是国家赋予国内法院对一系列犯罪行使纯粹的普遍管辖权的证据。例如，孟加拉国的有关刑事立法只赋予对发生在孟加拉国的行为具有管辖权。⁹⁰ 荷兰的军事手册指出，它的法律“并没有完全纳入普遍原则（...）。它以荷兰卷入武装冲突为要件。”⁹¹ 其他国家规定只是对“战争罪”各种定义的其中一部分行为行使普遍管辖权。法国只有在与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合作时，才赋予其法院对严重违反国际人道法的行为行使普遍管辖权，对所有的其他战争罪

⁸⁴ 同上，第 3858 页，第 22 段（克罗地亚）；第 3859 页，第 28 段（匈牙利）；以及第 3861 页，第 38 段（瑞士）。该研究还把许多引用国内法和手册的内容包括在内，这些内容并没有包括违反战争法的犯罪，而只提到以下内容，例如“其他侵犯人权的应受惩罚的行为”（哥斯达黎加，第 3899 页，第 182 段）、“危害人类罪、侵犯人格尊严或集体健康的行为或根据国际条约可追诉的行为”（古巴，第 3899 页，第 184 段）、以及《日内瓦第四公约》关于审判被占领土上的平民的第 64 条和第 66 条的行为（阿根廷，第 3894 页，第 163 段）。

⁸⁵ 同上，第 3858 页，第 20 段；还可以参见：同上，第 3864—3865 页，第 51—52 段。

⁸⁶ 参见：《研究》，第一卷，第 604 页，脚注 194（列出了这些国家的名单）。这种讨论并不是说美国政府相信该研究已经完全证明规则 156 的习惯法性质。

⁸⁷ 《研究》，第二卷，第 3895 页，第 185—186 段（澳大利亚）；第 3896 页，第 172 段（比利时）；第 3898 页，第 180 段（哥伦比亚）；第 3899 页，第 185—186 段（塞浦路斯）；第 3912 页，第 245 段（津巴布韦）。

⁸⁸ 同上，第 3896 页，第 170 段（巴巴多斯）以及第 174 段（博茨瓦纳）；第 3908 页，第 227 段（新加坡）；第 3910 页，第 236 段（乌干达）。

⁸⁹ 同上，第 3888 页，第 145 段（比利时）；第 3889 页，第 148 段（法国）；第 3890 页，第 153 段（南非）；第 3890 页，第 154 段（西班牙）；第 3890—3891 页，第 155 段（瑞典）；第 3891 页，第 156 段（瑞士）。

⁹⁰ 同上，第 3959—3960 页，第 397 段。

⁹¹ 同上，第 3889 页，第 150 段。

都需要依赖领土、积极或消极属人原则。⁹² 同样，澳大利亚对“严重破坏”《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的行为赋予国内法院行使普遍管辖权，但为了对其他战争罪行使管辖权必须根据积极的属人原则。⁹³ 最后，该研究引用了一些战争法方面的条约。这些条约实际上并没有说明缔约国同意行使普遍管辖权。例如，《经修正后的〈常规武器公约〉第二议定书》以及1997年的《渥太华公约》要求在缔约国和非法行为之间必须存在领土方面的联系。⁹⁴

有限的追诉实践

而且，虽然该研究列举了20多个国家已经制定或起草了看似赋予国内法院对“战争罪”行使普遍管辖权的法律，但仅仅提供了19个据说是国内法院对“战争罪”行使普遍管辖权的案例。⁹⁵ 在这19个案例中，有2个案例是毫无关系的，因为被告并没有受到“战争罪”的指控，而分别是受到种族灭绝罪或种族灭绝罪和危害人类罪的指控。⁹⁶ 在该研究引用的另外一个案例中，澳大利亚政府主张，管辖权系基于保护国家利益的原则。该法院做出判决的依据是刑事制定法的通常含义，它明确指出不需要考虑普遍管辖是否可以适用。⁹⁷ 另外，在一个荷兰的案例中，由于战争罪的被害人是荷兰公民，因此，荷兰法院的管辖依据是消极属人原则，而不是普遍管辖原则。⁹⁸

即便不考虑这四个不合适的案例，该研究引用的剩下来的15个案例对于证明规则157来说也是很微弱的。在这些案例中，国家在其中6个明确是以条约规定的权利和义务、而不是习惯法上的权利来主张管辖的，主要是以《日内瓦第四公约》第146条为依据。⁹⁹ 在9个国家以习惯法上的权利主张管辖权的案件中，实际上只来自6个国家，分别是：比利时、加拿大、以色列、荷兰、瑞士和英国。¹⁰⁰ 这6个国家的实践对于证明存在习惯国际法规范

⁹² 同上，第3900—3901页，第192—195段。

⁹³ 同上，第3894—3895页，第165—166段。

⁹⁴ 同上，第3885页，第132—133段。

⁹⁵ 虽然该研究第二卷引用了27个案例，但并没有声称这些案例中的8个案例是国家对战争罪行使普遍管辖的例子。例如，在“穆塞马”（Musema）案中，瑞士法院只是裁定，被卢旺达问题国际刑事法庭通缉的被告涉嫌的行为在瑞士符合双重犯罪原则。

⁹⁶ 在法国的“蒙耶什雅卡”（Munyeshyaka）案和在美国的“丹珍朱克”（Demjanjuk）案（后因不存在联系而被推翻）。在“丹珍朱克”案中，以色列提出的引渡请求系以其逮捕令为依据，逮捕令指控丹珍朱克在特雷布林卡（Treblinka）使用毒气室，“蓄意消灭犹太民族[即种族灭绝]，并实施危害人类罪”。*Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571, 578 (6th Cir. 1985). 关于“蒙耶什雅卡”案，参见：《研究》，第二卷，第3915页，第253段。

⁹⁷ “波吕克霍维奇”（Polyukhovich）案。多数法官认为：“议会判定澳大利亚具有利益或关切，这就够了。认为法院可以推翻议会对其问题的决定是难以想象的。澳大利亚对此处立法的主题具有利益或关切实际上是不用多说的，这是因为澳大利亚参加了第二次世界大战（……）。也没有必要讨论以下这一替代性观点，即该法律是行使权力的有效体现，因为它便于行使依据国际法享有的普遍管辖权。”91 ILR 13-14 (1991).

⁹⁸ “罗里格”（Rohrig）等人案。“但是，根据国际法，《关于特别刑法的法令》第4条[对被告提起指控的法律依据]的基础是‘消极属人’原则或‘保护国家利益’原则”。17 ILR 393, 396 (1950).

⁹⁹ 参见：《研究》，第二卷，第3914页，第251段（“萨里奇”（Sarić）案）；第3914—3915页，第252段（“亚沃尔”（Javor）案）；第3915—3916页，第254段（“贾季奇”（Djajić）案）；第3916—3917页，第255段（“约基奇”（Jorgić）案）；第3917页，第256段（“索科洛维奇”（Sokolović）案）以及第257段（“库斯里伊奇”（Kusljić）案）。在“索科洛维奇”案和“库斯里伊奇”案中，检察官指称，被告（波黑国民）在波黑的犯罪是在国际性武装冲突中实施的，因此，可以适用《日内瓦公约》第146条（关于严重破坏制度）规定的义务。因此，对《日内瓦公约》这种可以说比较牵强的援引说明主张依据习惯国际法享有普遍管辖权是有犹豫的。另外，《德国刑法典》规定，“如果对德国有拘束力的国际条约有规定”，国内法院可以对严重破坏行为行使管辖权。因此，德国的法律明确规定必须要求存在允许行使这种管辖权的国际条约，而不是依赖任何习惯国际法上的“权利”。

¹⁰⁰ 这些案例是：比利时的案例（检察官诉希加尼罗（Higaniro）案（“四名布塔雷人”案）以及检察官诉恩多巴西（Nombasi）案，后面一个案件直接导致“关于2000年4月11日的逮捕令案”（I.C.J. Reports 2002, p. 3）；加拿大的案例（“芬塔”（Finta）案）；以色列的案例（“艾希曼”（Eichmann）案）；荷兰的案例（“克

来说是非常微弱的。这些实践不足以证明国家有习惯法上的权利对规则 156 阐述的如此广泛的一套行为行使管辖权。而且，如果我们考察一下这些案件的事实，就会发现其证明力更加微弱。确实，在许多这种案例中，国家正在追诉《日内瓦公约》制定之前实施的行为，后来这些行为被公约规定为严重破坏的行为。¹⁰¹ 因此，尽管管辖国并没有把条约义务作为进行追诉的基础，但有关行为实际上已经是严重破坏的行为。因此，不应当把这些案例解释为支持习惯法上有依据普遍原则对规则 156 阐述的“战争罪”的大多数行为行使管辖权。

法律确信

最后，也是非常重要的一点，该研究并没有证明存在足够的法律确信以表明规则 157 具有习惯国际法的性质。虽然对某些行为行使普遍管辖权的国内立法说明该国认为其有权行使这种管辖权，但这并不表明这一观点系基于习惯法还是条约法。¹⁰² 在该研究引用的证据中，最多只有 9 个国家对普遍管辖权具有习惯法性质发表了明确的法律确信（但这 9 个国家中的大多数从来没有行使过这种管辖）。¹⁰³ 已经制定了这种法律的大多数国家都明确指出，普遍管辖是条约中的权利，而不是基于习惯国际法。例如，巴巴多斯的《〈日内瓦公约〉法》规定：“任何人实施了严重破坏 1949 年《日内瓦公约》之一行为的（...），可以在巴巴多斯任何法院得到审判和惩罚，只要巴巴多斯的法院对于发生在巴巴多斯的类似犯罪具有管辖权，就像该严重破坏行为是在巴巴多斯实施的那样。”¹⁰⁴ 诸如法国、爱尔兰和西班牙等国的立法¹⁰⁵ 也明确规定，行使普遍管辖权的依据是条约法。由于在这些事项上不存在条约义务，因此，认为其他国家，即那些没有明确为它们的立法指出法律基础的国家，也认为是这种权利系源于习惯国际法是不合适的。

小结

该研究引用的国家实践不足以证明规则 157 所建议的广泛内容已经变成习惯法：军事行动的例子只是有限几个例子；有相当多的例子并不支持该规则；它引用的实践所采取的“战争罪”的定义分歧过大，以致于不能被视为“广泛且具有实质一致性”。¹⁰⁶ 而且，该研究提供的证明规则 157 是习惯法的法律确信的证据也过于有限。

结论

内舍维奇”（Knesevic）案以及“阿赫布雷希特”（Ahlbrecht）案，后面一个案件涉及被占的荷兰领土上的行为，因此不是主张普遍管辖的一个案例；瑞士的案例（“格拉贝兹”（Grabez）案和“尼永泰泽”（Niyonteze）案）；英国的案例（“萨窝纽克”（Sawoniuk）案）。关于“阿赫布雷希特”案，可以参见：14 ILR 196 (1947)。¹⁰¹ 在“芬塔”案、“阿赫布雷希特”案、“萨窝纽克”案以及“艾希曼”案中，如果那个时候《日内瓦第四公约》已经生效，被告们涉嫌实施的唯一的“战争罪”构成严重破坏该公约的行为，包括强迫驱逐和谋杀受保护之人。分别参见：*Regina v. Finta*, 69 O.R. (2d) 557（加拿大高等法院，1989年），14 ILR 196, 2 Cr App Rep 220（英国上诉法院刑事分庭，2000年）以及：36 ILR 5。

¹⁰² 例如，四个《日内瓦公约》要求缔约国“担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，予以有效的刑事制裁”。例如参见：1949 年《关于战时保护平民之日内瓦公约》第 146 条。

¹⁰³ 这些国家是：澳大利亚、阿塞拜疆、孟加拉国、白俄罗斯、比利时、厄瓜多尔、瑞士、塔吉克斯坦，还有可能包括新西兰。

¹⁰⁴ 《研究》，第二卷，第 3896 页，第 170 段。

¹⁰⁵ 同上，第 3901 页，第 194 段（法国）；第 3902—3903 页，第 202 段（爱尔兰）；第 3909 页，第 229 段（西班牙）。

¹⁰⁶ *North Sea Continental Shelf Cases*, I.C.J. Reports 1969, p. 43.

美国从该研究各个部分中挑选了这些规则，其目的是力图对该研究及其评注做出公正的剖析。虽然这些规则显然与美国的利益有关，但这种挑选并不能说明这些规则对美国的利益最为重要，也不能说对许多其他规则进行深入思考不会揭示出其他的关切。无论如何，美国重申，赞赏红十字国际委员会对这个重要领域做出的持续努力，希望本文的讨论以及其他政府和学者对该研究的回应有利于与红十字国际委员会和其他机构就这个主题展开一场富有建设性的深入对话。