

# 非对称冲突结构

罗宾·盖斯<sup>\*</sup> 著 / 刘家安<sup>\*\*</sup> 译

## 摘要

武器装备上的不平等,实际上就是参战各方实质性的不对等,它已经成为了当今各种武装冲突的突出特征。尽管这种非对称性绝非战场上的一种新现象,但是它再也不是某一场战斗中的偶然因素。作为当代战争的一个结构性特征,非对称冲突结构对国际人道法基本原则的适用产生了重要影响。例如,“军事必要性”的概念通常被用来说明确保在军事上击败敌人而使用武力的正当程度,而对于战场上的一方从一开始就根本没有任何获胜机会的这种情况而言,又该如何协调适用这一概念呢?而且,此种程度上的军事不平衡状态明显会诱导处在劣势的一方通过避开公认战争规则以消除其劣势。本文尝试评价这一现象对相互性原则产生的影响,尤其是其对消极相互性动因造成破坏的危险,这种破坏最终会导致双方违反国际人道法事件的逐渐增加。

## 导言

随着超级大国的一元化以及技术分割的不断扩大和普遍化,参战各

---

\* 本文的部分内容曾在2006年5月18—20日于巴黎召开的第二届欧洲国际法学会会议(每两年举行一次)上发表。作者对尼基·博尔特所作的有益评价表示衷心的感谢。

\*\* 博士,纽约大学法律硕士,目前在德国汉堡大学布塞留斯(Bucerius)法学院师从迈因哈德·希夫(Meinhard Hiff)教授开展研究工作。

\*\*\* 中国政法大学副教授,法学博士。

方在军事能力上的不平衡已经成为了当代武装冲突的突出特征。由于非国家实体卷入战争的现象不断增加,参战各方的不对等程度也逐渐增强,当代各种武装冲突在结构上的非对称性愈加明显。与整个冷战时期突出的地缘战略结构不同,人们普遍感觉到今天的战略环境充满矛盾:军事上处于强势的一方事实上着重强调的是核武器、生物武器、化学武器以及其他不符合道义的攻击。事实上,直接攻击平民、劫持人质以及使用人体盾牌<sup>〔1〕</sup>等早就被界定为不法的行为在最近的一些冲突中再次死灰复燃——在这些冲突中,实力远弱于对手的一方常常会策略性地实施这些行为,以便在面对军事上处于强势的敌手时获得相对优势。国际恐怖主义,尽管并不必然发生在将引发国际人道法适用的武装冲突之中,但却被认为是这种非对称性的典型体现。与此同时,为了打击那些组织松散的敌人,在军事实力榜上处在强势的各方也转而实施不分皂白的攻击、非法审讯以及合法性存在疑义的一些行为,例如定点清除或不受审查的秘密行动等。<sup>〔2〕</sup>

武器装备上的实质性不平等意味着在特定冲突中军事力量和技术能力配置上的根本差异,它明显地可能推动战争对手寻求实施一些战争手段和方法,而这些手段和方法会削弱甚至完全违反早就被人们广为接受的国际人道法规则。发生在美国领导的联军与伊拉克之间的战争以及发生在阿富汗的战争都是此方面的典型例证。如果参战各方具有不同的性质——例如近期发生在以色列和真主党(以黎巴嫩为基地的什叶派伊斯兰民兵及政治组织)之间的冲突——或者军事力量上的不对称与法律上的不对称(即处在一方很少或完全不遵守法律规则的情境中)相结合,那么这一趋势将得到进一步强化。

---

〔1〕 但是,自杀式袭击本身并未被国际人道法界定为不法行为。

〔2〕 有关从国际人道法的角度对非对称性战争加以一般讨论的著作,见 Toni Pfanner, “Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005。另见 Colin S. Gray, in *Another Bloody Century: Future Warfare*, Weidenfeld & Nicolson, London, 2005, p.223, 在此书中,作者指出,“非常规战争几乎不可避免地迫使正常的参战方实施恐怖主义行动”。

当然,以往的战争中也极少出现完全势均力敌的情形。但是,在当代武装冲突中所表现出来的违反战争法的行为模式似乎比以往任何时候都更多地具有了结构性和系统性。本文首先尝试验证这一假定。它将讨论以下问题:军事实力上的以及法律上潜在的非对称性是否真的会构成违反国际人道法规定的动因;假定果真如此,与以往那些同样展示出明显的非对称性的战争相比,当代战争的模式又有哪些不同。其次,本文将详细考察非对称战争环境下违反国际人道法的模式,尤其是要从区分原则与比例原则之间的相互影响的角度展开讨论。

无论是“非对称性战争”这个术语,还是有时使用的类似术语“第四代战争”或“非线性战争”,迄今都未有统一定义。<sup>[ 3 ]</sup> 本文无意探索这个或许是深不可测的领域。然而,相关分析表明,在当代战争中的确存在一种突出的趋势,即交战各方在武器装备上的不对等正变得越来越显著。尽管这一现象在非国际性武装冲突中早已司空见惯,但人们仍在继续评价国际性武装冲突中军事实力不对等所产生的后果,同时,人们也在就下列问题争论不休:由国家与非国家团体参与的跨国冲突在何种程

---

[ 3 ] In general see Herfried Münkler, *Der Wandel des Krieges: Von der Symmetrie zur Asymmetrie*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2006; Thazha Varkey Paul, *Asymmetric Conflicts: War Initiation by Weaker Powers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; Mohamad - Mahmoud Ould Mohamedou, *Al Qaeda's Non - Linear War: Paradigm Shifts in Conflict and Law*, available at, [http://www.iued.ch/information/conferences/pdf/conf\\_2005.11.3\\_alqaeda.pdf](http://www.iued.ch/information/conferences/pdf/conf_2005.11.3_alqaeda.pdf) (last visited 10 August 2006). See also Paul L. DeVito, "Terrorism as asymmetrical warfare is still war", *Officer*, Vol. 78, No. 6, July - August 2002, pp.33 - 35. In the past the term asymmetrical warfare has most commonly been referred to as a synonym for guerrilla war; see Josef Schrfl et al. (eds.), *Aspekte der Asymmetrie: Reflexionen über ein gesellschaftsund sicherheitspolitisches Phänomen*, Nomos, Baden - Baden, 2004.

度上应受战争法的调整。<sup>〔 4 〕</sup>

本文希望从某个不同的角度对这一争论加以探讨,其总体目的是为了考量非对称性冲突结构对国际人道法基本原则的长期影响,并因此尝试评估何等的非对称性程度(即交战各方在军事实力上不对等的水平)仍可由适用于战时的法律制度加以协调。<sup>〔 5 〕</sup>

为此,在第三个步骤上,本文将探讨 1863 年《利伯守则》中所确立的有关军事必要性的传统概念与当代非对称性冲突条件下所使用的必要性概念的差异。作为一种预防性机制,战争法的基本概念和原则被设计得相当富有弹性,以便于它们能够适应战争条件所发生的变化;然而,即便如此,作者在此认为,军事必要性概念和区分原则是以最低限度内的对称性为前提的,因此不能像人权保护模式那样在从属性格局中——如在国际反恐行动中——加以适用。

本文第四部分和最后部分的分析立足于相互性原则。在众多的现代武装冲突中,随着冲突各方军事实力上不对等的特征越来越突出,由传统对称性战争所要求的相互性原则的平衡作用正被逐渐削弱。<sup>〔 6 〕</sup>随着国际刑法体系以及媒体报道和公众舆论有效性的不断增强(实际上后二者是双刃剑,它们完全可能被用于相反的目的),它们所产生的威慑效

---

〔 4 〕 关于跨国性因素, see, e. g., Fred Schreier, “ Transnational terrorism: The newest mutation in the forms of warfare ”, in Theodor Winkler et al., *Combating Terrorism and its Implications for the Security Sector*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, and the Swedish National Defence College, Geneva and Stockholm, 2005, p.46. For different proposals see “ Transnationality, war and the law, A report on a Roundtable on the Transformation of Warfare, International Law, and the Role of Transnational Armed Groups ”, April 2006, available at, [http://www.hpcr.org/pdfs/HPCR\\_-\\_Transnationality\\_Roundtable\\_-\\_April\\_2006.pdf](http://www.hpcr.org/pdfs/HPCR_-_Transnationality_Roundtable_-_April_2006.pdf) (last visited August 2006).

〔 5 〕 无论冲突具有国际性质或非国际性质,区分原则、军事必要性的概念以及比例原则都一体适用; Jean - Marie Henckaerts and Louise Doswald - Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1, Rules, ICRC and Cambridge University Press, Cambridge, 2005. See Rules 7 - 14. 因此,就某种潜在的跨国武装冲突新类型而言,无论其将适用何种法律制度,以下有关非对称冲突结构对这些基本原则所产生之影响的结论都能够成立。

〔 6 〕 See Hersch Lauterpacht, “ The limits of operation of the laws of war ”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 30, 1953, p.212.

应或许有助于在战争中遏制不遵守国际人道法的行为；但是，与此同时，国际人道法可能也会丧失其自身固有的规范机制，而这种规范机制过去曾经在战场上独立发挥着作用。对相互性原则所产生的动摇，可能会逐步（也可能是悄悄地）侵蚀国际人道法核心原则的保护范围。例如，如果冲突一方不断违反区分原则，那么，这很可能会诱导与该敌手交战的另一方扩大其对军事上之必要性与比例性的解释。最终（尽管这只是一种可能的最坏结果），故意和欺骗性地违反公认的、调整战争行为的规则，将在相当程度上产生一种恶性循环风险，导致更严重的消极相互性——交战各方都预期，它们相互间不遵守国际人道法的情形将愈演愈烈。

#### 结构性违法的风险有所增加？

从历史上看，调整国际性武装冲突的绝大多数规范都是以克劳塞维茨 ( Clausewitz ) 富有争议的、相当具有欧洲中心论色彩的战争概念——假定战争是发生于拥有大致平等的军事实力或至少是具有可比性的组织机构的国家军队之间的对称冲突——为基础设计的。在 19 世纪和 20 世纪的大多数时间里，列强致力于持续的军备竞赛，其目的或者是维持一种确保和平的均衡，或者是要确立一种相对于其对手的非均衡状态以确保其在战争中的军事胜利。<sup>〔 7 〕</sup> 但是，与圣经中大卫与歌利亚的故事不同，军事不对等意义上的非对称性明显并非新鲜事物。<sup>〔 8 〕</sup> 而且，对国际人道法而言，非对称性也并非一个陌生的概念。由于冲突各方之间具有内在的不对等性，另外，尽管 1949 年日内瓦公约《第二附加议定书》第 1 条或许有助于在冲突各方之间确保最低限度的可比性，但是，非

〔 7 〕 M ünckler, above note 3, pp.62 ff. See also e.g. John Ellis, *The Social History of the Machine Gun*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1986.

〔 8 〕 与此同时，我们还须牢记，对称性战争也并非已经完全销声匿迹了。在印度和巴基斯坦这两个核国家之间不断发生着摩擦，如果在它们之间发生战争，这将会是一场势均力敌的战争，尽管或许是最具威胁性的战争。

国际性武装冲突必然是非对称性的。而且,人们也接受这样一种看法:在传统的对称性战争中,冲突的结构也可能从均衡转变为非均衡,这是因为,当战事接近尾声时,一方可能取得优势,先前的军事平衡因此会被打破。近期以来,在最终导致通过《第一附加议定书》的外交会议进行期间,参会各国不仅承认在军事实力上始终存在实质性的不对等,而且它们也认为,战争对手之间事实上的不对等甚至可能会导致不同的人道法义务。例如,就《第一附加议定书》第 57 条所规定的在攻击时采取预防措施的义务而言,<sup>[ 9 ]</sup>印度代表团指出,根据其所采用的措词,该条所规定的合理注意义务(即精确区分军事目标与民用物体)的内容在很大程度上取决于交战各方所拥有的侦测技术。<sup>[ 10 ]</sup> 尽管存在这样一些关注点,但目前所采用的措词隐含着这样一种共识:由于各方实力不对等的情况相当普遍,在实践中,国际人道法可能对各方施加不同的义务。<sup>[ 11 ]</sup>

---

[ 9 ] 就非国际性武装冲突而言,《第二附加议定书》第 13 条第 1 款仅要求,“平民居民和平民个人应享受免于军事行动所产生的危险的一般保护”,尽管如此,如果不在攻击时采取预防措施,那么也将很难符合这一要求。同样是在此方面,1968 年一项有关在武装冲突中尊重人权的联合国大会决议规定,“尽一切可能使平民免于受伤害”,联合国大会第 2444 号决议 (XX III)。另外,在 1970 年通过的一项有关武装冲突中保护平民居民的基本原则的决议中,联合国大会要求,“在开展军事行动时,应尽一切可能使平民居民免遭战火蹂躏,并应采取必要预防措施,以避免平民居民遭受人身或财产的损害”,联合国大会第 2675 号决议 (XXV)。

[ 10 ] Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts (CDDH), Geneva, 1974 - 7, CDDH/SR.42, p.228. See also Claude Pilloud et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1948, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, p.682, para. 2199. 显然,在决定选定攻击之目标的军事属性时,并不能确保其绝对的确定性,但是,的确存在一项合理注意与善意行动的义务;M. Bothe, “Legal restraints on targeting: Protection of civilian population and the changing faces of modern conflicts”, IYHR, Vol. 31, 2001, p.45.

[ 11 ] 根据《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 1 目的措词,缔约国有义务“尽可能查明将予攻击的目标既非平民也非民用物体……”根据第 2 目,它们有义务“在选择攻击手段和方法时,采取一切可能的预防措施,以期避免,并无论如何,减少平民生命附带受损失……”当交战各方存在技术差距时,根据《第一议定书》的规定,相对于它们在装备方面远为落后的对手而言,掌握高技术的交战方在攻击时所应采取的预防措施的水平应高得多。参见 Michael Schmitt, “War, technology, and international humanitarian law”, HPCR Occasional Papers Series, Summer 2005, p.2, available at, <http://www.hpcr.org/pdfs/OccasionalPaper4.pdf> (last visited August 2006).

施瓦曾伯格 (Schwarzenberger) 曾经指出,在历史上,在两个实力相当的对手之间为特定目的而进行的决斗式的战争(如 1853 年至 1856 年的克里米亚战争或 1870 年至 1871 年的法德战争)中,战争法的保护范围是最强有力的;而在大规模的战争(如拿破仑战争或 20 世纪的两次世界大战等作战到底的战争)中,较弱的一方通常会通过违反战争法来寻求短期的优势。<sup>[ 2 ]</sup> 事实上,几乎在所有适用国际人道法的场合,都发生过违反战争法的情形。<sup>[ 3 ]</sup> 而且,一方可能下令或默许大规模的违反战争法的行动,以获取诱人的优势或设法避开原本可能会遭受的严重失败,这一风险始终萦绕在致力于调整武装冲突中行为的法律制度之上。<sup>[ 4 ]</sup> 不过,在对称性的冲突环境下,上述这些情况仅具有边缘性,通常仅发生在战争的最后阶段,而且往往仅局限于那些看起来注定要失败的个别战斗之中;或者,实施背信弃义行为或类似被禁止的策略只是为了在军事僵局中迅速取得战术上的突破。

在某些当代武装冲突中,敌对双方的军事实力存在明显的不对等。作为这一现象的结果,导致违反国际人道法的诱因达到了前所未有的强度。不遵守国际人道法规定的做法已经不再是一种在冲突中具有时间和空间局限性的随机现象,而是成为了当代许多武装冲突自兵戈起处就具有的、不断出现的结构性特征。其原因在于,当面对一个占据绝对技术优势的敌人时,较弱小的一方从一开始就不拥有任何在军事上赢得战争的机会。在近期针对伊拉克的战争中,相关数据充分展示了这种实力和作战能力上的不平衡。据报道,伊拉克空军根本就未升空,而联军飞

---

[ 12 ] Georg Schwarzenberger, *The Frontiers of International Law*, Stevens, London, 1962, pp.15 ff.

[ 13 ] See only e.g. " Final declaration of the International Conference for the Protection of War Victims ", Geneva, 1 September 1993, para. 2: " 由于战争并未得到根除,我们拒绝接受这样一个事实,那些旨在限制武装冲突所造成之苦难后果的国际人道法义务经常遭到违反 ", available at <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwplist246/DCD935D08F1B0044C1256B66005988F8> ( last visited September 2006 ).

[ 14 ] Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens, London, 1968, p.453.

机则出动了超过两万架次,其中,总计只有7个航空器(只有一架固定翼飞机)被敌方火力击落。<sup>[5]</sup> 近期在黎巴嫩发生了冲突,我们或许很快就会得到有关参战方军事实力严重不平衡的证据。在揭示下文所作具体分析之前,我们应该注意到,在抵抗以美国为首的联军国际性冲突期间,伊拉克军队大规模实施的违反国际人道法的行为以及真主党不分皂白的攻击,在很大程度上均源于交战双方在武器装备上显著的不平等。伊拉克军队所实施的行为包括利用人体盾牌,滥用红十字与红新月标志,使用杀伤人员地雷以及在受保护的区域(如清真寺和医院)设置军事目标等。明显地,这里存在一种增强了的风险:由于无法找到其强势对手的任何军事弱点,在军事上处于弱势的一方可能会强烈感到必须寻求实施国际人道法规则所禁止的战争手段和方法,以抵消其对手的优势。

与此同时,使用那些“无法想象”的诡计以及策略性地绕开公认的国际人道法规则,这些做法制造了一道占有军事强势一方无法轻易逾越的障碍。除了正在进行的伊拉克冲突外,1993年索马里部族领导人法拉·艾迪德(Farah Aydid)所使用的计策也是这方面一个很好的例证。在传统意义上,他的军队无法与装备精良且技术娴熟的美国空降部队相提并论。然而,通过使用简陋的武器和通信系统(据报道,包括从手机到部族鼓等通信工具),并通过实施“无法想象”的计谋以及为取悦媒体而犯下的“野蛮”行径,这个民兵组织最终使美国领导人相信,尽管索

---

[15] “Operation Iraqi Freedom: By the numbers”, 30 April 2003, p.3, available at, [http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2003/uscentaf\\_oif\\_report\\_30apr2003.pdf](http://www.globalsecurity.org/military/library/report/2003/uscentaf_oif_report_30apr2003.pdf) (last visited August 2006). 与此相类似,在费卢杰战役中,美国海军陆战队歼灭了将近1200名敌人,而自身伤亡只有50人。Schmitt, above note 11, p.33.



马里武装在军事上十分落后,但是卷入索马里战事的代价却是高昂的。<sup>[6]</sup> 在伊拉克战争的进程中,美英部队在人口密集地区使用了集束弹药,据称还使用了白磷,而且,其不断实施的“斩首”空袭也造成了大量的平民伤亡。这些行动部分地构成了不分皂白的攻击,而且或许也未遵守国际人道法所要求的尽“一切可能采取预防措施”的义务。

于是,交战双方都有明显的动机去越来越重视满足此类战事的需要,<sup>[7]</sup>而这潜在地构成了对人道法的侵害。

### 违法的模式:区分原则与比例原则之间的相互作用

近期武装冲突的模式表明,为避免遭到处于绝对强势地位之敌人的攻击,或拉平双方在军事实力上的不对等,在军事实力上处于弱势的一

---

[16] Steven Lambakis, James Kiras and Kristin Kolet, “Understanding ‘asymmetric’ threats to the United States”, September 2002, in *Comparative Strategy*, National Institute for Public Policy, Vol. 21, No. 4, 1 October 2002, pp. 241 - 77, available at, <http://www.nipp.org/A/dobe/A/symmetry%20%20final%202002.pdf> (last visited August 2006). 据报道,他们所采用的计谋还包括利用妇女和儿童作为掩护和战斗员,并造成了几百至数千名索马里人的伤亡。也可参见 Mark Bowden, *Black Hawk Down: A Story of Modern War*, Penguin, New York, 2000, and Martin Libicki, *What is Information Warfare?*, National Defence University Press, Washington, 1995, p.36, esp.n. 31。另外一个成功地挑战了美国的决心的突出事例是:海地太子港码头上—小群的抗议者最终导致美国召回了战舰哈兰郡号及其上搭载的维和人员(1993)。详情请参见 Michael Bailey, Robert Maguire and J. O’Neil Pouliot, “Haiti: Military – police partnership for public security”, in Robert B. Oakley, Michael J. Dziedzic and Eliot M. Goldberg (eds.), *Policing the New World Disorder: Peace Operations and Public Security*, NDU Press, Washington, 1998, available at, <http://www.ndu.edu/ndu/inss/books/policing/chapter7.html> (last visited August 2006)。

[17] 起初,“军事必要性”的概念受到了美国联邦政府的质疑,认为它实际上是给不法行为开出许可证,而它在普鲁士也的确演变成了克劳塞维茨的“不择手段论”(Kriegsrason)。美国联邦政府于1870年通过了《利伯守则》;参见 Burrus M. Carnahan, Lincoln, “Lieber and the Law of War: The origins and limits of the principle of military necessity”, *AJIL*, Vol. 92, 1998, p. 213, at pp.217 ff. 在纽伦堡审判期间,也有几名被告援引军事必要性概念为他们针对平民的残忍行径辩护;主要可参见“*In re Von Leeb (High Command Case)*”, *ILR*, No. 15, p.376, at p.397. Frits Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1971, p.366; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, New York, 1954, pp.351 - 2; and more generally N. Dunbar, “Military necessity in war crimes trials”, *BYIL*, Vol. 29, 1952, pp.446 - 52。

方尤其倾向于对区分原则加以利用和有目的的操控。这种操控可能以多种不同方式进行。<sup>〔8〕</sup>与此同时,为应对敌方系统性滥用区分原则的行为以及由此对其造成的无法有效地打击敌人的情形,处在强势的一方则有可能降低比例原则的障碍。当参战方面对实力的绝对差异或对方系统地违反公认之法律规则的行为时,它们可能会感到自己必须采取某些策略;下文对这些潜在的策略加以了描述,其目的仅在于帮助读者了解违反国际人道法的可能模式,笔者并无意对这一现象进行全面描述。不可能事先加以预测,这正是非对称条件下所实施策略的部分内在属性。

## 区分原则

当面对一个在技术上处于优势地位的敌人时,作为一项防御性策略,脱离接触或掩藏自己作为战斗员的身份至关重要,但也相当困难。躲藏在山区、洞穴、地下设施和隧道中是一种办法。但是,另外一种迅速且有效的办法是利用国际人道法的规定本身。根据其赋予平民的各种保护方式,装扮成平民是避开敌人的一种简单办法,而且,与躲藏在地下或偏远地区的传统游击式策略不同,这种隐藏方法无法通过发展先进的侦测技术加以应对。事实上,据报道,在近期的伊拉克战争中,为防止联军辨认出他们是敌人(即合法的攻击目标),许多伊拉克士兵经常抛弃他们的军装。<sup>〔9〕</sup>只要不利用伪装的身份去发动袭击,这种做法本身并不违法。根据《日内瓦第三公约》第4条的规定,缺乏可从远处识别之固定的特殊标志只会导致丧失战斗员身份及其相应的权利。<sup>〔10〕</sup>尽管这种做法具有合法性,但是,如果将其作为一项计策加以使用,它还是会在

---

〔18〕 见下文。

〔19〕 “Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq”, Human Rights Watch, December 2003, pp.78 – 9; W. Hays Parks, “Special forces’ wear of non-standard uniforms”, Chicago Journal of International Law, No. 4, 2003, p.493.

〔20〕 Generally, see Knut Dörnann, “The legal situation of ‘unlawful/unprivileged combatants’”, International Review of the Red Cross, Vol. 85, No. 849, March 2003, pp.45 – 74.

身份方面造成相当大的不确定性,并因此会微妙地侵蚀区分这条基本的、(或者用国际刑事法院的说法是)不可逾越的原则。<sup>[1]</sup>

显然,如果被有意操纵,“区分”的概念(即由法律规定的某些人和物体的不可侵犯性)可以为避免遭受攻击提供许多方法。<sup>[2]</sup> 合法策略与不法作为之间的分界线是很容易被跨越的。滥用保护性标志来隐藏军事设施就属于一种不法行为,在位于巴士拉的复兴党的建筑物上使用红十字国际委员会的标志是一种令人无法容忍的诡计。<sup>[3]</sup> 为保护那些不容易加以掩盖其性质的军事设施,弱势一方不断利用比例性这一屏障:为利用比例原则对敌方实施操控,不能移动的军事设施以平民盾牌来掩护,而机动性的军事设备则被有意识地安置在民用设施或其他受特别保护的地点附近。例如,在近期的中东冲突中,真主党武装将它的火箭和军事装备藏在平民居住区中,而联合国副秘书长扬·埃格兰(Jan Egeland)的报告也明确指出,这样的行径有可能导致恶性循环。<sup>[4]</sup>

在进攻性策略方面,交战方也采用了类似的行为模式。一个典型的

[21] ICJ Advisory Opinion of 8 July 1996 on the legality of the threat or use of nuclear weapons, ICJ Report 1996, para. 79.

[22] 关于区分原则的一般论述,参见 Eric David, “Respect for the principle of distinction in the Kosovo war”, Yearbook of International Humanitarian Law, Vol. 3, 2000, pp. 81 - 107; Esbjörn Rosenblad, International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979; Daniela Kravetz, “The protection of civilians in war: The ICTY’s Galic case”, Leiden Journal of International Law, Vol. 17, No. 3, 2004, pp. 521 - 36; W olff Heintschel von Heinegg (ed.), The Military Objective and the Principle of Distinction in the Law of Naval Warfare, Brockmeyer, Bochum, 1991.

[23] Schm itt, above note 11, p. 35.

[24] 参见让·埃格兰向安理会所作的有关中东人道局势的报告,第3页:“在与以色列外长和国防部长的会谈中,我督促他们再次考虑他们的空袭与轰炸行动,以避免由于过度使用武力而给平民居民带来过多的苦难。当死亡的儿童明显地多于真正的战士时,战斗行为应受到审查。与此同时,我不断地在黎巴嫩公开地呼吁,希望真主党武装分子停止他们那些将弹药、武器或战斗人员隐藏在平民中的可鄙策略。利用平民居住区作为掩护,这种行径是令人憎恶的,而且也违反了国际人道法。”该报告见于 <http://ochaonline.un.org/DocView.asp?DocID54764> (2006年8月2日最后访问)。See also Kenneth Roth, “Indiscriminate Bombardment”, August 2006, available at, <http://www.hrw.org/english/docs/2006/08/22/lebanon14061.htm>.

事例是：据报道，有人夺取救护车伪装成受保护的身份，从而提高袭击成功的几率。类似的情况还包括，在2004年11月发生于费卢杰的战斗中，据报道，该市100个清真寺中的60个被用作了军事行动基地。<sup>〔5〕</sup>应当指出的是，制造自己属于法律保护的不受攻击对象的假象并利用敌方对此身份的信赖，这种做法不仅违反了区分原则，而且也同时构成了为法律所禁止的背信弃义的行为。<sup>〔6〕</sup>并非每一种通过诡诈、突然袭击、间接方法或残忍手段来遏制敌方军事优势的策略都将自动构成被禁止的行为，视情形而定，它可能仅仅是一项好的计谋。然而，如果根本无法找出强敌的任何弱点，处于弱勢的对手最终可能会别无选择地将矛头指向强大对手的软肋，直接攻击平民或民用物体，从而彻底违反区分原则。9·11事件后发生的一系列恐怖袭击（仅以那些引起媒体广泛关注的事件为例就包括：2002年发生在巴厘岛、蒙巴萨岛和杰尔巴岛的袭击，2003年发生在利雅得和卡萨布兰卡的袭击，2004年发生在马德里的袭击，2005年发生在伦敦和开罗的袭击以及2006年发生在孟买的袭击）以及在阿富汗和伊拉克不断发生的袭击事件表明，这一现象有愈演愈烈之势。通过避免攻击那些受到严密保护的军事设施所需要承担的风险，处于弱勢的对手能够在电视屏幕上和强势国家的本土发动袭击，并从媒体的广泛报道所产生的影响中受益。<sup>〔7〕</sup>

## 比例原则

国际人道法在军事与民事之间做出了清晰的分类和区别对待。但是，随着时间的经过，由于上述现象的存在，在那些不断面对敌手之违法行为的参战方眼中，此法律本身可能恰恰为一种故意消除这一清晰区分

---

〔25〕 Schm itt, above note 11, p.38.

〔26〕 Hans - Peter Furrer, *Perfidie in der Geschichte und im heutigen Kriegs völkerrecht*, Diss. Rechtsw iss, Basel, 1988.

〔27〕 Pfanner, above note 2, p.153. See also Gerhard Paul, *Bilder des Krieges, Krieg der Bilder: Die Visualisierung des modernen Krieges*, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn, 2004.

的战争类型打开了方便之门。<sup>[ 8 ]</sup>

然而,更为迫在眉睫的风险却是:在面临此种对区分原则的滥用行为时,对方可能感到必须逐步降低比例原则的限制。显然,如果在一场武装冲突中只是零星地和偶然地使用人体盾牌或在民用设施中隐藏军事装备,那么人道方面的考虑很可能会超出使用超常的武力实施攻击的必要性,但是,如果为了战略目的而系统地使用这些策略,那么敌方可能就会感到,尽管能够预见到平民伤亡和财产损失,但仍绝对有必要实施攻击行为。事实上,以色列政府对于在近期针对黎巴嫩真主党的军事行动中造成平民伤亡增加的解释<sup>[ 9 ]</sup>确认了以下事实:在一场武装冲突中,如果一方系统性地违反区分原则等规则,则这很可能消极地影响另一方对于比例原则的解释与适用。<sup>[ 10 ]</sup>

### 非对称冲突中的军事必要性

尽管军事必要性的概念时常会被单独用来作为违反战争法之行为的辩护理由,<sup>[ 11 ]</sup>但是,毫无疑问的是,在当代国际人道法中,军事必要性

[ 28 ] Carl Schmitt, *Theorie des Partisanen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, p. 37.

[ 29 ] 在以色列外交部网站的主页上写着,“对于无辜之人的丧生,以色列感到非常遗憾。以色列并未直接将平民作为攻击目标,但是,对真主党这个将超过 12000 枚导弹对准以色列城市的残忍恐怖组织,它不得不采取决然的行动。同其他任何一个国家一样,以色列必须保护它的公民,它别无选择,只能消除这个威胁数百万无辜平民生命的巨大威胁。如果真主党未创建这样一支导弹部队,以色列就没有必要采取行动;如果真主党选择将其军火库设在远离人群的地区,在以色列不得不采取必要行动时,也就不会有平民伤亡”。该声明见于 <http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/Behind+the+Headlines/Israels+counter+terrorist+campaign+-+FAQ+18-Jul-2006.htm#disproportionateforce> (last visited August 2006)。

[ 30 ] 参见 Pilloud 前注 10, 第 683 页:“在战争法中,比例原则有利于实现‘战争必要性与人道要求之间合理的平衡’。”也可参见前南国际刑事法院在库普雷什基奇案中的判决, Case No. IT - 95 - 16 - T - 14, Judgment, January 2000, para. 524。

[ 31 ] “二战”以后,尽管任何与“不择手段论”(Kriegsrason)相近的、极端形式的军事必要性概念已经被人们所明确拒绝,军事必要性概念却仍然不时地被单独用来为违反战争法的行为辩护。Von Knieriem 从 1899 年《关于陆战的海牙公约》的前言中得出了如下结论:该公约所附各规则只是指导性的原则,只有在“军事必要性”允许时才需要加以考虑。A. von Knieriem, Nürnberg: rechtliche und menschliche Probleme, E. Klett, Stuttgart, 1953, p. 321.

要素必须以人道原则加以平衡,而且,战争法也绝对不应该有这样的弹性,以至于可以将军事必要性作为偏离公认之人道标准的理由。<sup>〔2〕</sup> 尽管如此,非对称冲突或许真的代表了出现一种现代意义上的“不择手段论”的风险,这是因为,那些看似不可逾越的障碍可能使双方倾向于并最终感到必须将他们对何者为战胜敌人所必须的理解作极大的扩张。军事必要性构成了战争法中比例等式的元素,因此,对军事必要性概念的扩张或过分强调将会对比例原则的保护范围造成损害。<sup>〔3〕</sup>

军事必要性原则与战争目的之间具有紧密的联系。<sup>〔4〕</sup> 但是,非对称战争所欲达到的目的与确立军事必要性原则的先辈们所熟知的对称战争条件下的目的有着很大的不同。<sup>〔5〕</sup> 现代战争法权威学者仍在援引《利伯守则》第14条所界定的军事必要性概念,即“在现代文明国家看来,军事必要性是指采取那些为确保实现战争目标所不可或缺且根据

---

〔32〕 Kalshoven, above note 17, p. 366; Erik Castrén, *The Present Law of War and Neutrality*, *Annales. Academiae Scientiarum Fennicae*, Helsinki, 1954, p. 66; E. Rauch, *Le Concept de Nécessité Militaire*, *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1980, pp. 214 ff.; Camahan, above note 17, p. 218; Robert W. Gehring, “Loss of civilian protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I”, 90 *Military Law Review*, Vol. 90, No. 49, 1980, p. 14; Morris Greenspan, *Modern Law of Land Warfare*, University of California Press, Berkeley, 1959, p. 314; A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester University Press, Manchester and New York, 2004, p. 4.

〔33〕 而且,军事必要性还经常被解释为战争必须适度这一要求的理由之一;参见 Michael Bothe, Karl-Josef Parsch, Waldemar Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, pp. 194 - 5; Mures McDougal and Florentino P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation of International Coercion*, Yale University Press, New Haven, 1961, p. 528; Rauch, above note 32, p. 213.

〔34〕 英国《军事法手册》第3条将军事必要性定义为,“为参战方实施以实现战争目的——以最小的人力、资源和金钱代价尽早地完全征服敌人——所需要的强制或类似武力提供正当理由的原则”,引自 Rogers, above note 32, p. 5.

〔35〕 Generally see e.g. McDougal and Feliciano, above note 33, pp. 521 - 2. 军事必要性原则在1868年11月29日至12月11日期间发表的《关于在战争中放弃使用轻于400克的爆炸性弹丸的宣言》(《圣彼得堡宣言》)中获得了国际承认,见 <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/130?OpenDocument> (last visited August 2006)。

现代战争法和惯例为合法的措施的必要性”。〔6〕从“为确保实现战争目的不可或缺”这个表述来看,军事必要性原则通常被理解为:只有那种为确保在军事上击败敌人并使其迅速臣服所必要的武力才具有正当性。〔7〕事实上,早在1868年,《圣彼得堡宣言》即规定,“在战争中,削弱敌人的军事力量是各国应努力实现的唯一合法目标”;〔8〕《美国军队战地手册》(US Army Field Manual)也规定,“战争法……要求,参战各方不得使用任何事实上对于实现军事目的无必要的武力”,该手册还将军事必要性界定为“一项非为国际法所禁止并为尽早使敌人绝对臣服而必须采取的措施提供正当理由的原则”。〔9〕

---

〔36〕 Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field, prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No. 100, 24 April 1863, reprinted in D. Schindler and J. Tom an (eds.), *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, 3<sup>rd</sup> edn, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, p. 3. The Lieber Code is also available at <http://www.icrc.org/ihi.nsf/FULL/110?OpenDocument>. (last visited August 2006). Generally on the principle of military necessity see Rauch, above note 32, p. 211; Camahan, above note 17, p. 230; Pilloud, above note 10, p. 392; Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff/Henry Dunant Institute, Dordrecht, Geneva, 1983, p. 62; as well as Judith Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (No. 35), Cambridge, 2004, p. 681. 还可参见《利伯守则》第15条,“军事必要性认可对武装敌人的生命与肢体的直接摧毁以及在战争的武力条件下不可避免地对其他人所造成的附带性的损害;它允许俘获一切武装的敌人、一切对交战国政府有重要价值的敌人以及一切对俘获方具有特别危险的敌人;它允许一切毁坏财产的行为,一切阻碍路上道路或水路运输与旅行以及通信的行为;它允许一切切断敌方生存物资供应的行为、一切没收被敌国视为为维持其军队及其安全所必需之物资的行为以及其他类似计谋,只要这些行为不违反战争期间达成之协定所积极确立的诚信义务,或为现代战争法所欲设的诚信义务。在公开的战争中拿起武器相互搏斗之人并不因此而丧失人性,并不因此而无须承担他们相互之间以及他们对上帝所负的责任”;第16条:“军事必要性并不认可残忍行为(即为使他人遭受痛苦或为报复之目的而施加苦难);除了在战场上以外,它不认可造成他人伤残的行为;它不认可刑讯逼供;它不认可在战争中投放毒物,也不认可对一个地区的肆意毁坏。它认可谋略,但却拒绝承认背信行为;总之,军事必要性并不认同任何将使和平的回归变得异常困难的行为。”

〔37〕 Bothe et al., above note 33, p. 195; Camahan, above note 17, p. 231. See also the *Commanders Handbook on the Law of Naval Operations*, US Department of the Navy, para. 6.2.5.5.2; US Army Field Manual, No. 27 - 10, 1956:“……武器和战争手段的使用,只有为实现战争的军事目的(即那些以最终制服敌人武装部队为基础的目的)所必要时,才是被允许的。”

〔38〕 St Petersburg Declaration, above note 35. See also Pictet, above note 36, p. 62.

〔39〕 Field Manual, above note 37, para. 3.

在历史上,军事必要性概念之所以被绝对限定在军事目的(即在军事上击败敌人并使其在军事上迅速臣服)之上,其原因在于,设计这个概念最初的目的是为了限制战争中的暴力。<sup>[ 0 ]</sup> 尽管在今日时常被忽视,但是,限制战争中的暴力并不仅仅源自军事必要性原则与人道原则之间的均衡。<sup>[ 1 ]</sup> 军事必要性原则规定,只有首先在军事上必要,战争中的暴力才是合法的,从而使该原则本身就构成了一项重要的限制因素。<sup>[ 2 ]</sup> 如果逐步地、隐蔽地扩展这一概念,或仅仅是对决定军事必要性的那些要素以及军事优势这一概念做一种更为宽松的理解,那么,有关在武装冲突中限制使用暴力的标准就会遭到削弱。这一情形尤其可能发生在非对称冲突条件下,这是因为,这种冲突条件具有复杂性和不定型性,从而无法在军事上做出严格意义的界定。举例来说,就《第一附加议定书》第 51 条和第 57 条所规定之比例规则的适用而言,即便是在传统的武装冲突中,将军事利益的概念理解为在一次完整的攻击行动中预期的利益,还是从该次攻击之单独部分或特定部分上预期的利益,这一点将会产生重要的影响。<sup>[ 3 ]</sup> 在打破时间与空间边界——整个传统“战场”概念——的非对称条件下,要想准确地描述和确定“一次完整的攻击行动”这个概念究竟意味着什么,这看起来是有一定难度的。<sup>[ 4 ]</sup>

而且,随着交战双方之间的非对称性逐渐增强,政治、军事目标与必

[ 40 ] Carnahan, above note 17, at p.217.

[ 41 ] 通常认为,现代国际人道法大体上构成了“军事必要性与人道要求之间的一项妥协”, Pilloud, above note 10, pp.392 ff.

[ 42 ] Rauch, above note 32, p.209; Carnahan, above note 17, p.230; Gardam, above note 36, pp.7 ff.

[ 43 ] 参见德国对《第一附加议定书》所作之保留的第 5 段。该段指出,在德国看来,包含在《第一附加议定书》第 51 条、第 57 条中的“军事利益”,指的是从一次攻击行动的总体上所预期的利益。该保留条款见于 <http://www.icrc.org/ihi.nsf/NORM/3F4D8706B6B7EA40C1256402003FB3C7?OpenDocument> (last visited August 2006)。

[ 44 ] “美国正在全球范围内进行着一场反恐战争……针对全球恐怖主义所作的斗争与我们历史上任何其他战争都是不同的。在漫长的一段时期内,我们将同时在许多条战线上与一个相当不可捉摸的敌人战斗”, National Security Strategy, White House, p. 5. The National Security Strategy is available at, <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html> (last visited August 2006)。



要性之间的区分也变得日益模糊。尤其是在诸如与基地组织或真主党的冲突(即在一个国家或多个国家与一个非国家的实体之间发生的冲突)中,该实体使用军事力量的最终目的是对敌人施加政治压力,它根本就无意在军事上征服敌人。相反,处于优势的一方则很可能采用一种更具整体性的策略,将政治与军事行动不可分地结合起来,以便达到在政治上完全根除或瓦解敌人的目的,而不仅仅是在军事上使敌人臣服;当与被其定性为恐怖组织的非国家实体交战时,这一点表现得尤为突出。<sup>[5]</sup>当然,考虑到任何一项军事行动都同时具有军事和政治两方面的动因,在传统战争中即已存在的将军事目标与政治目标相分离的需要一直以来都是不证自明的。<sup>[6]</sup>1972年对北越实施的所谓“圣诞轰炸”就是一个典型的例子:尽管此次轰炸仅针对军事目标,但其目的却是为了促使北越政府继续进行政治谈判。<sup>[7]</sup>尽管如此,对称战争毕竟在空间和时间延续性方面具有可识别的战场,从而至少在理论上可以在实际的战争行为中相对清晰地区分军事与政治必要性及目标。然而,在非对称冲突条件下,弱小的一方在军事上至始就被完全压制,军事优势本身已经不再是赢得此类冲突的可靠保障,而且“胜利”和“战败”这些概念本身也因此变得越来越不清晰。如果这些要素继续保持不予界定的状态或者甚至是完全无法加以界定,那就无法对军事必要性给出直截了当的定义。随着战争的发展,军事必要性也在不断发生着变化,而且,只要战争的发展主要是因武器的技术进步所造成的,那么,“军事必要性”的概念就有足够的弹性做出相应的调整。但是,对于类似执法模式的非对称冲突而言,是否仍能以军事必要性概念对其加以控制和衡量则是不无

---

[45] Rogers 曾特别指出,“在军事上完全征服敌人,这一战争目标是根据第二次世界大战这样的全面战争的经验而拟定的;由于现代战争也可以仅具有有限的目的,这一目标正变得日益模糊”;前注[32],第5页。

[46] Carnahan, above note 17, p.222.

[47] Ibid., p.221; Martin Herz, *The Prestige Press and the Christmas Bombing, Ethics and Public Policy Center, Paperback, Washington DC, 1972, pp.6 ff.*

疑义的,<sup>[ 8 ]</sup>因为此类冲突的复杂性与不定型性已经超出了传统上对军事必要性概念所做的狭窄的界定。但是,突破该概念的狭义性,就意味着要削弱长期以来所达成的人道保护措施——这些保护措施恰恰直接来源于军事必要性这一概念本身——并将比例原则的重心从人道考虑偏移至军事必要性之上。

### 相互性原则之下截然不同的军事手段和目标

关于相互性原则在国际人道法中的确切角色及其范围的问题,<sup>[ 9 ]</sup>目前存在着争议:一些作者完全否认相互性在人道法形成过程中的重要性;<sup>[ 10 ]</sup>而另一些作者则认为它是一项社会秩序原则,而不具有直接的法律意义。<sup>[ 11 ]</sup>尽管如此,一种获得普遍认同的观点是,在促使各方持续遵守人道法规范方面,相互性原则仍是一股强大的力量。<sup>[ 12 ]</sup>但是,相互性是一个具有双面性的概念。在积极的意义上,它是一种具有减缓和稳定作用的力量;而在其消极意义上,它却可能最终导致任何法律秩序的崩

---

[ 48 ] See Clyde Eagleton, "Of the illusion that war does not change", *AJIL*, Vol. 35, 1941, pp.659 ff.

[ 49 ] On the principle of reciprocity, see generally Michel Virally, "Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain", *Recueil des Cours*, Vol. 122, 1967 III, pp.1 - 106; Henri Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Editions A. Pedone, Paris, 1970.

[ 50 ] René-Jean Wilhelm, "Le caractère des droits accordés à l'individu dans les Conventions de Genève", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1950, p.561, at p.579: "la réciprocité est un élément de l'application effective de ces règles conventionnelles, comme elle l'est pour d'autres parties du droit des gens; elle n'en constitue nullement le fondement."

[ 51 ] "相互性是一个不应被忽视的事实要素。在相关规则的有效实施方面,它可以发挥重要的作用。但是,将此项社会秩序原则承认为一项适用于战场的国际法原则则是十分危险的", "Reaffirmation and development of the laws and customs applicable in armed conflicts", Report submitted by the ICRC to the XX I<sup>st</sup> International Conference of the Red Cross, 1969, p.83.

[ 52 ] 有关相互性与国际人道法的一般论述,见 René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (No. 22), Cambridge, 2002, pp.136 ff.; Jean de Preux, "The Geneva Conventions and reciprocity", *International Review of the Red Cross*, No. 244, January - February 1985, pp.25 - 9.

溃。<sup>[3]</sup> 一些国家对 1925 年《毒气议定书》做出了保留,称该议定书在发生违反行为时将自动失去效力,<sup>[4]</sup> 此类保留形象地表现了这种危险;此外,报复同样也是相互性原则所固有的潜在消极作用的典型例证。

在历史上,相互性原则在国际人道法领域发挥了重要的作用(如果不是决定性作用的话)——在传统上,后者的形成与发展各国重大的国家利益(即确保战争中的军事效率)密不可分。在 19 世纪末人道法规范实现法典化之前,作战行为通常都受交战各方根据当时(即为某一场战役)的军事条件所专门订立的书面战争协定所调整,但是,构成此类协定的基础乃是实际可行的相互性原则,而非人道考量。<sup>[5]</sup> 早期法典化的努力——例如 1864 年《日内瓦公约》或《利伯守则》第 62 条(该条规定,不愿意给予仁慈的军队也无权从敌方那里得到仁慈)<sup>[6]</sup>——通常都是在包含于这些战争协定中之规则的启发下进行的。<sup>[7]</sup> 而且,1907 年《海牙公约》以及 1906 年《日内瓦公约》都包含一个所谓的“普遍参加条款”,该条款规定,如果参战的一方不是人道公约的缔约国,则整个公约将完全不具有可适用性。<sup>[8]</sup> 然而,尽管在整个第一次世界大战期间“普遍参加条款”都在发生着效力,而作为参战一方的黑山并非该公约

[53] Bruno Simma, “Reciprocity”, in R. Bernhardt (ed.), *EPIL*, Vol. 4, 2000, p.32.

[54] 《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》;相关事例可参见塞尔维亚共和国在 1929 年 4 月 12 日批准该议定书时所作的如下保留:“当敌国的武装部队或其盟国不遵守此议定书的相关限制时,对塞尔维亚、克罗地亚以及斯洛文尼亚政府而言,该议定书将失去约束力”。该保留条款见于 <http://www.icrc.org/ihi.nsf/NORM/5532AC2C94D0F5A8C1256402003F769B?OpenDocument> (last visited August 2006)。

[55] P. Bogatiewsky, “Les secours aux militaires malades et blessés avant le XIX<sup>e</sup> siècle”, *Revue générale de droit international public*, Vol. 10, 1903, pp.202 – 21. 在一条约的签署与终止阶段上,相互性原则体现得最为明显。See Bruno Simma, *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, p.55.

[56] 这一规则后来被订入了《美国陆战规则》, *W D Doc. No. 467*, US War Dept., Office of the Chief of Staff, 1914, para. 368.

[57] 事实上,后来一些公约(如 1864 年《日内瓦公约》)的内容通常都受到了这些战争协定中所包含之规则的启发。See Provost, above note 52, p.130; Henri Coursier, “L'évolution du droit international humanitaire”, *Recueil des Cours*, 1960 - I, Vol. 99, pp.357, 371.

[58] 1907 年《海牙第四公约》第 2 条规定:“这些条款……仅在缔约国之间适用,也就是说,只有在所有参战方均是公约的缔约国时才适用。”

的缔约国,但那些缔约国仍然遵守了该公约。因其已不能满足人道方面的需求,该条款于1929年被废止;根据1949年四个《日内瓦公约》的第2条第3款的规定,在那些并非全部参战方均为公约缔约国的冲突中,<sup>[ 9 ]</sup>“作为本公约缔约方的国家在它们之间的相互关系上仍应受拘束”,从而使得相互性原则在促成公约适用范围的扩大方面发挥了积极作用。<sup>[ 0 ]</sup>

在早期,国家间的关系构成了运用相互性的绝对性要素。随着人道因素重要性的增强以及人道法规范逐渐向类似人权法规范中确立的公共秩序标准方向的发展,这一要素已经逐渐消失了。<sup>[ 1 ]</sup> 尽管《第一附加议定书》第73条、第75条和《第二附加议定书》的大多数规定以及《日内瓦第四公约》的第二部似乎也都未表现出相互性,但在此方面最突出的例子仍是日内瓦四公约之共同第三条。<sup>[ 2 ]</sup> 《维也纳条约法公约》第60条第5款的通过进一步标志着一些保护人权方面的人道规定对相互性原则——该规则体现在“不守约者不得要求对方践约”(inadimplenti non est adimplendum)这一规则之中,并为《维也纳公约》第60条第1款

---

[ 59 ] 1929年《战俘待遇公约》第82条规定:“在战争期间,即便其中的一个交战方不是本公约的缔约国,本公约对那些属于缔约国的交战方仍应具有拘束力。”See Jean S. Pictet, *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, Vol. III (Prisoners of War), ICRC, Geneva, 1960, p.21. 正如对1929年《日内瓦公约》评注中所述,“获得签字国的签署认同以及与为所有人之人道利益相符,这一事实的重要性要甚于法律”。See also Paul des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève du 27 juillet 1929*, Geneva, 1930, Art. 25, p.188, and the 1929 Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field, Art. 25, available at, <http://www.icrc.org/ihi.nsf/FULL/300?OpenDocument> (last visited August 2006).

[ 60 ] Schwarzenberger, above note 14, p.21.

[ 61 ] Provost, above note 52, p.137.

[ 62 ] 共同第三条及其习惯法上的相应规则为参加武装冲突的各方设置了一项绝对的义务,该义务的设置完全摆脱了相互性的影响。See Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. II - B, p.94. 英国代表 Robert Craigie 强调,“任何文明国家的政府均应感到有义务遵守公约的这些原则,即便叛乱者并未遵守它们”, *ibid.* See also Pictet, above note 59, Vol. IV (Civilians), ICRC, Geneva, 1958, pp.36 - 7.

至第3款所确认——的完全排除。<sup>[ 3 ]</sup> 自从1949年《日内瓦公约》通过以来,事实上各种迹象表明,相互性的概念在国际人道法的形成和持续适用过程中已呈式微之势。这些迹象包括:四个《日内瓦公约》的共同第1条以及《第一附加议定书》第1条均规定,必须确保对公约的尊重;<sup>[ 4 ]</sup> 禁止各缔约国免除自己或其他缔约国因重大违法事件而须承担的责任;<sup>[ 5 ]</sup> 人道法规范日益被归入强行法( *ius cogens* )或对一切人均有约束力之规范的范畴。<sup>[ 6 ]</sup>

但是,积极意义上相互性的式微并不必然影响消极意义上相互性的潜在危险。尽管存在上述进程,但无论是《日内瓦公约》还是其《第一附加议定书》都仍然明显地保有相互性原则的残余,这一点尤其体现在那些作战行为规范方面。另外,国家实践表明,在某些领域,各国多少都会认为,完全摒弃相互性概念的条件尚不成熟。举例来说,美国拒绝批准《第一附加议定书》,其原因之一就在于该议定书第44条第2款关于“对这些规则的违反不应剥夺战斗员作为战斗员的权利”的规定。

的确,只要各参战方具有相似的利益,也就是说,遵守相关法律对它

---

[ 63 ] See generally Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984, p.188; Bruno Simma, “Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol. 20, 1970, pp. 5 - 81; Mohammed M. Gomaa, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach Martinius*, The Hague, 1996, p.110.

[ 64 ] Pictet, above note 59, Vol. III, p.15:“这并非一项依据相互性原则(即,任何一方只有在对方遵守义务时才受该义务的约束)而规定的义务。毋宁说,它是在以其他缔约国所代表的全世界面前庄严做出的一系列单方承诺。每一缔约国不仅是为自己而且也同时针对其他缔约国承担了义务。”

[ 65 ] 分别参见1949年日内瓦第一公约第51条、第二公约第52条、第三公约第131条及第四公约第148条。

[ 66 ] ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct. 1995, Case No. IT - 94 - 1 - AR72, Appeals Chamber, p.30 ff.; *Prosecutor v. Kurpeskic (Lasva Valley case)*, Decision on Defence Motion to Summ on Witness, 8 Feb. 1999, Case No. IT - 95 - 16 - T, TC, 3: “all are erga omnes designed to safeguard fundamental human values.” Simma, above note 55, pp.173 - 4.

们将产生大致相当的优势和劣势,就有可能在总体上遵守法律规则。<sup>〔7〕</sup>早在20世纪30年代就有人主张,如果战争发生在两个海上强国或陆上强国之间,而且它们具有共同的和相当的利益,那么这种情形将构成战争法的强大基础;相反,如果冲突发生在一个陆上强国与一个海上强国之间,那么它们在利益与地位上的不对等将成为一项重要的不稳定因素。<sup>〔8〕</sup>明显地,在当代许多武装冲突中,参战方利益不对等的程度变得日益严重,同时,为获得直接利益而偏离公认之法律准则的可能性也越来越大。红十字国际委员会正确地指出,“很明显,如果一方违反特定规则而使用将给其带来直接、重大利益的武器或作战方法,那么,对方就很有可能为维护自己的利益而立刻采取类似的措施予以回击”。<sup>〔9〕</sup>因此,消极意义上的相互性可能将长期存在,这一判断得到了一些例证的支持,例如,英国对《第一附加议定书》第53条和第51条第5款做出了保留,该保留称,“如果该条款所保护的物体被不法地用于军事目的,它们就将因此失去保护而可能遭受针对此种不法军事用途的攻击”。<sup>〔10〕</sup>

消极意义上的相互性具有多方面的后果。对一个规范的违反或拒绝将导致来自于对方的违反或拒绝,这一点似乎是很明显的,但通常情形要更为微妙。在国际性武装冲突中,如果一方选择将军事必要性原则作为其在战斗中唯一的指导思想,那么对方也选择这样做的几率将会很高。这种情形并不必然导致对法律的明显违反。相反,就那些调整作战行为的规范尤其是区分原则而言,结果可能要微妙得多,这是因为,由区分原则衍生出来的众多规范其本身就包含了适用相互性的特殊条款。

---

〔67〕 Georg Schwarzenberger, *International Law and Totalitarian Lawlessness*, London, 1943, p.33, and *idem*, above note 12, pp.15 ff.

〔68〕 Sir Henry Richmond, *Imperial Defence and Capture at Sea in War*, Hutchinson & Co., London, 1932, pp. 167 ff.; H. A. Smith, *Le Développement Moderne des Lois de la Guerre Maritime*, *Recueil des Cours*, Vol. 63, 1938, pp.18 ff.

〔69〕 “Reaffirmation and development of the laws and customs applicable in armed conflicts”, report submitted by the ICRC to the XX I<sup>st</sup> International Conference of the Red Cross, 1969, p.83.

〔70〕 英国对第53条所做保留的第11分段。第13分段将此保留扩展适用于《第一附加议定书》的第51至55条。这些保留条文可见于 <http://www.icrc.org/ihi.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument> (last visited August 2006)。

例如,《日内瓦第四公约》第 19 条规定,如果医院被用以从事有害于敌方之行为,则其所受之保护将被停止;1954 年《保护文化财产公约》第 11 条第 1 款也针对文化物品规定了一个类似条款;在更为一般的意义上,根据《第一附加议定书》第 51 条第 3 款规定,平民在不直接参加敌对行动而且只有在不直接参加敌对行动时才能获得保护。<sup>〔1〕</sup>反复地从平民身份改变为战斗员,从战斗员变为平民以及故意将平民和受到特别保护的设施用于军事目的,这些行为很可能促使军事实力处于优势的国家扩大它们对于这些例外条款的解释——这种解释将会对区分原则的保护范围造成不利影响。当前人们关于“直接参加敌对行动”这一概念的准确内容及时间范围的讨论,尤其是由近期冲突中的突发事件所引发的恶名昭著的“旋转门”争论,仅仅是这方面的一个例证。与此相类似,在何者构成合法军事目标方面,也出现了在概念上做扩张解释的倾向,而且,《第一附加议定书》第 52 条第 2 款所做之“由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献的物体”的界定也在此方面留下了相当大的余地。另外,《第一附加议定书》第 50 条第 1 款规定,在对一个人是否为平民的问题有疑义时,该人应被视为平民。明显地,在面对平民与战斗员身份不断变化的情形时,处于优势的一方会倾向于将举证责任转移给受害人。这一点是显而易见的:法国和英国在批准《第一附加议定书》之时,就明确表达了它们对第 50 条第 1 款的理解——该条中所包含的推定并不消除指挥官所负有的根据《第一附加议定书》的其他规定保

---

\* 英文原文为“《日内瓦第四公约》”,有误。——译者注

〔71〕 在概念上,它们的性质更接近于报复而不是相互性的情形,这是因为,根据《第一附加议定书》第 51 条第 3 款中使用的措词“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”,它们的适用具有时间上的限制,并且在为军事目的的不法使用结束时必须停止。

护部队的安全或维持其军事局面的义务。<sup>[ 2 ]</sup>

值得指出的是,在《第二附加议定书》通过之前,当人们还在就能否从整体上对非国际性武装冲突做出进一步规范这个问题争论不休时,一些作者表达了他们对此类具有非对称性之冲突的关注。在他们看来,此类冲突表现了极弱的相互性联系,这使他们相信,此类冲突在很大程度上避开了规范。<sup>[ 3 ]</sup> 不过,也有人指出,尽管其具有非对称的结构,但此种类型的战争在战俘、受伤和患病的战士甚至是战场谋略等潜在领域仍具有相互性。在红十字国际委员会于 1949 年大会上所提交的最初草案中,整个国际人道法在非国际性武装冲突中的适用被明确地置于相互性之下。<sup>[ 4 ]</sup> 另外,《第二附加议定书》本身的目的就在于确保最低限度的相互性——它通过明确要求叛乱一方必须拥有实施该议定书内容的能力,并将该要求作为其适用的一项条件。<sup>[ 5 ]</sup>

尽管如此,这一法律制度的有效性主要还是依赖于传统上非国家参战方(至少是在形式上)遵守国际人道法以获得合法性并赢得“尊重”的

---

[ 72 ] 法国所做保留的相关条文称,“ Le gouvernement de la République Française considère que la règle dictée dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 50 ne peut être interprétée comme obligeant le commandement à prendre une décision qui, selon les circonstances et les informations sa disposition, pourrait ne pas être compatible avec son devoir d'assurer la sécurité des troupes sous sa responsabilité ou de préserver sa situation militaire, conformément aux autres dispositions du protocole ”。 Available at: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/D8041036B40EBC44-C1256A34004897B2?OpenDocument> (last visited August 2006) .

[ 73 ] Richard A. Falk (ed.), *The International Law of Civil War*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1971, “ 导言 ” 第 7 页:“ 在许多情况下,内战局面展示了极弱的相互性联系。”

[ 74 ] Jean Siotis, *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non-international*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958, pp.190 - 3, 203 - 4.

[ 75 ] 另外,1907 年海牙规则第 1 条第 4 款及第 2 条,1949 年日内瓦第一公约第 13 条第 2 款至第 6 款、第二公约第 13 条第 2 款至第 6 款、第三公约第 4 条第 1 款第 2 至 6 项规定,战争法对民兵、抵抗组织和民众抵抗 (levés en masse) 予以适用的一个前提是,它们必须遵守战争法规及惯例开展它们的行动。 See Henri Meyrowitz, “ La guérilla et le droit de la guerre: problèmes principaux ”, in *Droit humanitaire et conflits armés*, Pélone, p.185, at p.197.



强烈愿望。<sup>〔6〕</sup> 如果缺乏守法的类似动机或诱因,那么有关非对称性与相互性在非国际性武装冲突中互不相容的担忧就不再是空穴来风了。

## 结论

总之,在当代许多武装冲突中,毫无疑问地存在实力上和法律上的非对称性。从历史的观点来看,此种冲突模式并非没有先例,而且人们也早就知道它的负面作用。在特定冲突中的军事不平衡总是会诱导处于弱势的一方规避作战行为方面公认的法律准则,从而为自己寻求短期的利益。

在国际性武装冲突中,此类不遵守法律的事例仅具有相对次要的意义,因为此种冲突条件下促使人们守法的动因总体上大于促使人们违法的动因,而且通常也会将违法事件局限于轻微和偶然发生的程度上。然而,分析表明,随着参战各方之间不对等程度的加剧,国际人道法基本原则的有效性会逐步降低,而相互性原则所能产生的促进守法的效果也将逐步消失。

在国际性武装冲突中,技术的差距正逐步拉大,举例来说,美国2006年国防预算总额为5000亿美元,这一数额大大超过了世界上其他国家总的国防预算。<sup>〔7〕</sup> 这一点强烈地表明,对于面对此种绝对不均衡

---

〔76〕 因此,内战中主要的非政府参战方(例如,南非的非国大、土耳其的库尔德工人党、安哥拉的安盟以及尼泊尔的毛派武装等)都单方面做出承诺,表明它们将遵守国际人道法;在前南战争中的几个参战方则通过多边协议的方式表明了同样的立场。See Pfanner, above note 2, at p.160.

〔77〕 普华永道会计师事务所在其近期的一项研究(《21世纪的国防工业》第9页)中估计,到2006年美国的军事开支预期将与世界其他国家总的军事开支额大体相当。2005年2月7日,布什总统向国会提交了其2006年度的财政预算,要求拨款4193亿美元,比前一年增加了5%。再加上提供800亿元没有额外支出的一项法案,总的金额大致达到了5000亿美元之巨。Ibid., p. 36, available at, [http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishations.nsf/4bd5f76b48e282738525662b00739e22/d0916ea815450f4185256fef0059437d/\\$FILE/The%20Defence%20Industry\\_13.pdf#search=22'The%20Defence%20Industry%20in%20the%2021st%20Century%20Price%22](http://www.pwc.com/extweb/pwcpublishations.nsf/4bd5f76b48e282738525662b00739e22/d0916ea815450f4185256fef0059437d/$FILE/The%20Defence%20Industry_13.pdf#search=22'The%20Defence%20Industry%20in%20the%2021st%20Century%20Price%22) (last visited August 2006).

局面的弱势一方而言,那些促使其守法的动因将越来越多地被削弱。然而,我们仍可以认为,在此种类型的战争中,促使遵守法律的因素——它们源自“诉诸战争权”,并受到在世界舆论面前获取信誉和合法性这一目的的强化——仍然很有可能继续对强势的一方有效,这主要是因为,只要一方有能力掌控其军事优势,那么处于弱势的敌手所采用的背信弃义的谋略就会被视为未超出可承受的范围,从而不会导致产生消极相互性的恶性循环。于是,无论处于弱势的敌手是否违反公认的法律规则,至少在此种偏离法律的行为并未真正改变总体的战略平衡从而使其有利于弱势一方时,那些促使人们遵守法律的动因就可能是有效的。然而,从实力差距日益扩大的角度来看,人们督促客观的观察员尤其是红十字国际委员会密切关注在解释与作战行为有关之规范的保护范围方面出现总体变化的早期迹象。

上述实力上的非对称性,如果再与法律上的非对称性及相关各方利益的严重分化相结合,那么,遵守法律的情况将变得更为不稳定。如前所述,与国际性武装冲突相比,非国际性武装冲突表现出更弱的相互性联系,而且,自从国际人道法的适用范围扩及至非国际性武装冲突这种冲突类型以来,如何加强对国际人道法的遵守就成为一个引起特别广泛讨论的问题。对各地区发生的非国际性武装冲突的描述表明,某些促使守法的动因仍有一定的效力空间,<sup>[8]</sup>但是,发生于国家与非国家团体之间的跨国界冲突所具有的无形性却使得这些动因很大程度上不再起作用。

当然,以上分析在某些方面其实是不证自明的——跨国的非对称冲突并不必然构成国际人道法意义上的武装冲突。但是,它也揭示了这样一个道理:应警惕那种操之过急地将国际人道法的适用范围过度延伸适用于那些与从属性执法相类似——并因此缺乏适用国际人道法基本原

---

[78] See “ICRC report on improving compliance with international humanitarian law”, ICRC Expert Seminar, October 2003, available at, [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5TAM64/\\$File/Improving%20compliance%20with%20IHL-0ct%202003.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/html/5TAM64/$File/Improving%20compliance%20with%20IHL-0ct%202003.pdf) (last visited August 2006).

则所要求之最低限度的对称性条件——的非对称冲突局势的做法。对超出《日内瓦公约》之共同第三条规定之外的非国际性武装冲突加以规范的立法史表明,各国有意识地寻求在战争对手之间设定最低限度的对称性,以便确保一定的相互性水平,从而保障该法律制度的有效运行。

为有效应对由非政府团体所造成的安全威胁,军事手段的运用毫无疑问是一项反制策略;另外,一种有疑义的观点认为,人权法不适于用来调整此种程度的暴力。但是,无论是前者还是后者都不当然意味着适用国际人道法的恰当性。如果冲突各方之间缺乏最低程度的相互性纽带或者缺乏其他促使守法的动因,那么就极可能出现一种消极相互性的趋势。调整敌对行动之规则的保护范围很大程度上需要依赖军事必要性的概念,而这一概念可能被滥用从而产生出消极相互性的趋势,这是因为,军事必要性原则与显著的非对称结构之间是很难加以协调的;后者将导致我们无法在任何纯粹的军事内涵和传统观念上理解在战争中取胜的含义。在面对一个军事上不可战胜或深不可测的敌人时,人们可能会辩称其任何行为都是必要的,而且,如果没有强有力的导致相反行为的理由,那么人们的确极可能为所欲为。毫无疑问,任何强制性力量(尤其是暴力)的运用都需要加以规范。然而,对于那些类似法律执行且缺乏相互性关联的非对称冲突条件而言,如果在军事力量的使用方面适用军事必要性概念,那么这将会导致产生一种几乎无法加以控制的自由裁量,从而将背离在此类情境下对使用武力加以规范的初衷。