

国际法院关于以核武器相威胁或使用核武器是否合法的咨询意见与国际人道法

路易丝·多斯瓦尔德-贝克*

引言

国际法院的这项咨询意见首次要求国际法院的法官较详细地分析国际人道法规则。其他案例，如尼加拉瓜案，一点也未涉及这种详尽的分析。因而该咨询意见具有特殊的意义，因为它对一些人道法规则的习惯法性质作出了重要判定，很有意思地解释了这些规则和其他规则之间的关系。多数法官基于对法律目的的解释，对以核武器威胁或使用核武器的合法性作出了他们的最后决定，他们或选择自卫权是最基本的价值，或首选让文明和全球继续存在下去。可惜本文的篇幅有限，不能评论这些极为重要的对人道法的基础及其在国际秩序中的目的所作的分析¹。所以，本文并非主要着眼于评论法院对以核武器威胁或使用核武器的合法性所作的结论，而是集中评论法院以人道法规则为基础所作的各种宣示。本文仅从法院的裁定如何对这些规则的解释作出贡献的观点来参考法院的咨询意见。为此目的，不仅将介绍该咨询意见（以下称为“意见”），也介绍各种个别和异议意见。

国际人道法的定义

人们期望有关该词确切含义的争议起码已经偃旗息鼓，因为“意见”已明确地指出，该部法律既包含关于敌对行动的规则也包含如何对处于敌方权力控制下的人给予保护的规则²。法院这一意见是基于对人道法的历史发展所抱的共同信念，即，有关敌对行动的法律（所谓“海牙法”）是在一系列条约中开始发展起来的，而保护受害人的法律（所谓“日内瓦法”）则是单独在各日内瓦公约中发展起来的，后来，这两个法律分支通过 1977 年的附加议定书相互联系起来，从而变成一部法律。实际上，“海牙法”和“日内瓦法”之间的区分从未真正存在过。仔细阅读 1862 年伯利法典、1874 年布鲁塞尔会议和早期教本就会发现，那时“战争法和战争习惯”的确包含对处于敌方权力控制下的人，尤其是战俘和在被占领土上的人，予以保护的规则。反之，日内瓦公约也包括关于敌对行为的法规，即禁止攻击医院及因病或因受伤而丧失战斗力的非战斗员（后者是习惯法规则之一）。因而，1977 年附加议定书的效果并非首创含有这两种规则的统一人道法，而是排除那种一直人为造成的错误的区分。“国际人道法”仅是“战争法”的现代用语。

人道法的习惯性质

法院重申了 1907 年海牙第四公约中的规则、1949 年日内瓦公约和 1948 年灭种罪公约的习惯法性质。法院在重申上述规则的习惯性质时，提到赞成联合国秘书长根据安理会第 808 号决议所作的报告³，还提到加入这些条约的范围以及从未适用这些条约中的退约条款这一事实。法院得出结论“这些规则指出了人们期待国家所从事的正常行为举止”⁴。

关于 1977 年第一附加议定书，法院申明“一切国家都受那些规则的拘束……那些

* 法学硕士（伦敦），红十字国际委员会法律部副主任。原文载于《红十字国际评论》1997 年卷，第 316 期，35—55 页。

规则在被正式通过时，仅仅是对既存习惯法的表达”⁵。就该议定书规则的习惯法性质而言，这一申明所提供的指导意义并未超出法院在“意见”的其他部分对该议定书规则所作的详细评论。但是应该指出，条约规则在该条约正式通过后可成为习惯规则。据推测，法院并不打算拒绝考虑议定书中的一些规则成为习惯法规则的可能性。

国际人道法中的习惯法规则

“意见”中列出了一些“构成人道法制度的核心原则”，即，区别原则，禁止使用不分皂白的武器，禁止对战斗员造成不必要的痛苦，以及国家在使用武器方面并非具有无限制的选择手段这一事实⁶。

区别原则

法院指出，这项原则“旨在保护平民和民用目标，并确定了战斗员和非战斗员之间的区别”⁷。

由于“意见”涉及使用核武器的合法性，上述说法仅在它如何影响特定武器的使用的范围内予以考虑。但是，重要的是，法院重申这项原则是人道法的“核心原则”，因为这项规定仅以条约的形式出现在第一附加议定书的第 48 条中。很多规则都源自这项原则，其范围从确立战斗员和非战斗员的地位到禁止使平民忍受饥饿。

禁止使用不分皂白的武器

这无疑是对使用核武器是否合法的问题最相关的规则，也是目前为止在法院审理的案件中尚未被详细分析过的一项规则⁸。该项规则同“比例原则”的关系很容易造成混淆，因此，在评价多数法官如何解释这项规则时，必须小心谨慎。不仅法院全体法官将该项规则判断为习惯法规则，法官贝乔威甚至认为它是强行法规则⁹，法官圭劳姆则认为该规则是一项绝对的规则¹⁰。法院在“意见”中是这样介绍该规则的：

“国家不得把平民作为攻击的目标，因此，不得使用不能区别民用和军事目标的武器。”¹¹

法院因而把使用不分皂白的武器等同于故意攻击平民。然而，人们不能过高地估计这一陈述的意义。首先，重要的是，禁止使用不分皂白的武器已被确认为习惯法规则。唯一禁止不分皂白攻击的条约规定是第一附加议定书，它尚未被所有国家批准，并且，只有该条约才含有一项关于哪种武器为违反这一规则的一般说明。其次，按照法院的逻辑，由于第二附加议定书禁止故意攻击平民，这意味着不分皂白的武器也不得在该议定书所适用的非国际性武装冲突中使用。再次，它意味着任何武器都可用这些标准来检验，如果违反这些标准，该武器就被禁止使用，而无需禁止使用那种特定武器的任何条约或者国家实践。法院没有说，在任何情况下使用武器的合法性取决于国家对有关武器是否符合该规则所作的评估，但法院明确认为自己有权对于这个问题作出这种判断。

法院所说的“不能区别民用和军事目标”的确切含义尚需进一步理解。显然的是，武器，是一种无生命的物体，自身不能作出这种区分，因为作出这种区分需要有思想。在这方面，第一附加议定书的语言更为准确。该议定书中的有关条款是第 51 条第 4 项 b 款及 c 款，这些款项中对不分皂白的“作战方式或手段”的特征作了这样的描述：

- (b) ……不能以特定军事目标为对象的；或
- (c) 使用其效果不能按照本议定书的要求加以限制的……；而因此，在

上述每个情形下，都是属于无区别地打击军事目标和平民或民用物体的性质的。

依本作者之见，这只是对“不分皂白”武器的既存条约定义。

该议定书提出两种可能，其中每一种都使得使用这种武器非法。“意见”中的用语——“不能区别民用和军事目标”——可适用于上述任何一种可能或上述两种可能。大概会有人主张使用核武器并不违反第一种标准。例如，核武器能以特定的军事目标为对象，如果事实上这指的是运载系统的准确性。有三位法官似乎只是根据第一种标准来判定核武器在本质上并不一定是不分皂白的。法官中只有希金斯法官在她的反对意见中试图对不分皂白的武器加以界定：

“可以得出结论，如果一种武器不能对准军事目标，那么，它本身就是非法的，即使发生损害是附带性的。”¹²

把这一点适用于核武器时，她说：

“尽管一切核武器都具有独特的极度破坏性，不分皂白一词仍包括大量的非单一效果的武器。就某一特定的核武器不能作出这种区别而言，使用它就是非法的。”¹³

圭劳姆法官在其个别意见中，对法院作出的定义未多作补充，也没有就其关于使用核武器所作的结论提出任何理由：

“……习惯法仅仅含有一项绝对的禁止：这就是指使用所谓不能区别民用和军事目标的‘盲目’武器。但是，核武器显然并不一定属于这一范畴。”¹⁴
第三种意见，即副院长施韦贝尔的意见，承认如何解决这一问题有些困难：

“虽然不难作出结论，认为国际人道法的原则——区别军事和民用目标——支配核武器的使用，但这并不意味着适用那些原则……是件容易的事情。”¹⁵

然而，由于施韦贝尔法官接下来便推究不同的使用类型，以及哪类使用可能是合法的或哪类是非法的，因此，很清楚，他也判定核武器在本质上并非是不分皂白的。

根据第 51 条第 4 项中的第二种检验标准，如果一种武器的效果“不能按照本议定书的要求加以限制”，那么，它就是非法的。这可能意味着，尤其根据该项的最后用语，该武器的效果若不是这样，它就不违反区别原则。

这究竟意味着什么呢？一种假设是第 51 条第 5 项中规定的“不分皂白的攻击”另有一种标准，它实际上可被转变成“比例原则”（b 款）和禁止区域轰炸（a 款）。这两项规则都无可辩驳地成为习惯法规则。尽管使用“成比例”来检验一种武器是否具有不分皂白的性质并非是不可能的，但这是非常困难的事情。要这样做，必须事先判定，有关武器的使用是否会不可避免地导致平民伤亡或对平民造成损害，而这相对于使用该武器攻击的任何军事目标又太过份。就禁止区域轰炸而言，这项规则，正如在议定书中规定的，也会很难用于检验的标准，因为第 51 条第 5 项 a 款的前提是故意把居民区中的几个不同的军事目标视为单一的目标加以攻击。在判定任何一种特殊武器的性质时，人们不能这样假设，因为该武器的使用计划之一很可能就是攻击一个远离平民中心的军

事目标。

第二个假设，为本作者赞同，就是不要试图从议定书第 51 条的其他部分中找到答案，而是根据区别原则的根本意思来加以判定。这个原则的前提条件是对目标和武器加以选择，使其达到的目的符合人道法并尊重平民和民用物品与战斗员和军事目标之间的区别。这就要求既要计划得当又要充分预见攻击所造成的效果。的确“比例原则”本身要求在攻击前就评估所期待的效果。如果有关的武器产生的效果完全不能预见，例如，它们取决于气候的影响，那么这一切都将是是不可能的。本作者认为，“不分皂白的武器”的第二个检验标准包括这样的情形：一种武器即使能准确地对准目标且正确地发挥功能，也在很大的程度上有可能“自我毁灭”和任意地击中战斗员或平民¹⁶。

现在来看一下“意见”以及其他法官所作的评估，很清楚，对核武器的不分皂白性质作出决定，法院对其性质的判定是关键。根据向法院提交的详细的科学论证，法院在“意见”中作出结论：

“将此法律适用于本案过程中，本法院不能……不考虑核武器的某些独有的特征……核武器是一爆炸性装置，它的能量产生于原子的聚变或裂变。正是由于这一性质，使用过程中不仅释放出大量的热和能，还释放出强烈的、持久的辐射……这些特点使核武器具有潜在的灾难性，核武器的破坏力不能被空间和时间所遏制。它们有毁灭一切文明和地球上的全部生态系统的潜力……（强调符号由作者所加）

核爆炸所释放的辐射会在非常广泛区域内对身体健康、农业、自然资源和人口产生影响。此外，使用核武器会严重地危及后代。电离辐射对未来的环境、食物和海洋生态系统可造成潜在的损害，并可能对后代造成基因缺损和疾病。”

¹⁷

在其“意见”中，法院评估了核武器的合法性：

“鉴于法院上面所述核武器的独有特征，使用这种武器事实上看来很难符合遵守这些（人道法的）要求。但是法院考虑到它没有足够的理由使其能够肯定地作出结论，即使用核武器一定会背离适用于武装冲突的法律原则和规则。”¹⁸

鉴于法院裁定“核武器的破坏力既不能被空间也不能被时间所遏制”，该裁定的第二句话就有点令人吃惊。但是，以本作者之见，将该两句话视为代表两种不同观点而不是一种思想也许更合适些。前面已提到有三位法官申明或暗示核武器并不一定具有不分皂白的性质（然而他们中有两位不同意法院的“意见”）。八位法官（其中三位作出异议意见）申明使用任何类型的核武器均违反人道法规则，他们的主要根据是这些武器所具有的广泛破坏性质，特别是那些无法控制的对平民和战斗员具有同样影响的核辐射。在对法院“意见”投赞成票的法官中，有三位法官的意见值得引述：

弗莱施豪埃尔法官认为：“核武器在很多方面否定了构成适用于武装冲突法基础的人道主义考虑……核武器不能区别民用和军事目标”¹⁹。

贝乔威院长认为：“核武器至少在目前来看有不分皂白地袭击受害者的性质，它混淆了战斗员和非战斗员，核武器是一种‘盲目’武器，因而，从性质上，它破坏了对使用武器加以辨别的规则。”²⁰

海尔切法官写道：“在该咨询意见中得以恰当强调的国际人道法的基本原则完全明

确地禁止使用大规模毁灭性武器，包括核武器”²¹。

且不谈为什么法院作出如此“意见”，根据法官们的陈述，大多数认为核武器是不分皂白的；他们不是从核武器系统能否首先对准目标来作出这样的判断，而是根据这种武器系统所产生的致命的不能控制的效果来作出这样判断的，致命的不能控制的效果意指不能对平民和民用目标与战斗员和军事目标作出适当的区别。这种解释对评价其他武器是有用的²²。

比例原则

与这项规则相关的是，首先，所使用的武器是合法的，且选择的攻击目标是人道法含义中的军事目标。相比之下，如果所预期的附带伤亡超出所攻击的军事目标的价值，这种攻击就被该原则所禁止。

非常奇怪，“意见”没有直接提及这项规则，但是有几位法官断定这项规则具有习惯法的性质。希金斯、施韦贝尔和圭劳姆法官根据这项规则确定，在某些情形下，核武器的附带效果并不过分。希金斯和圭劳姆法官对这点都作了限制，认为核武器造成的损害之大，只有在极端的情形下，军事目标才足以重要，以至使附带的损害不会过分。然而，他们对具体类型的目标没有举例说明，虽然希金斯法官的确说到下列必要的情形：

“‘军事上重大利益’必须真与一国的生存或与避免本国人口遭受巨大、严重的痛苦（无论由核武器还是其他大规模毁灭性武器造成）有关；并且没有其他可行的办法来消灭这一军事目标。”²³

施韦贝尔副院长一方面用常引用的沙漠中的军队和海洋中的潜艇的作为例子，对它们的攻击不会不成比例，因为核辐射不会对很多人造成影响²⁴。另一方面，他承认，尽管可能有特定的不会违反比例规则的情形，但是在大多数情形下，核武器的使用不会符合该项法律规则²⁵。

然而其他法官既未提及比例原则，也不认为它与所谈的情形有关，因为他们认为核武器在本质上是“不分皂白的武器”²⁶。

禁止使用造成不必要痛苦或过度伤害的武器

可喜的是，法院认为保护战斗员不受某类武器攻击的习惯法规则是一项“核心原则”，因为在近几十年中，国际社会大都对此只是说说而已，注重的还是对平民的保护。本作者十分熟悉近来为通过禁止致盲的激光武器的条约²⁷所做的努力，而且人们期望这个新条约和法院在本案中所阐述的有关规则会重新确认这项规则名副其实地存在。

关于对该规则的实际解释，“意见”认为“使用造成（战斗员）这种损害的或无意义地加重他们痛苦的武器是被禁止的……，这是指损害大于为达到合法的军事目的而不可避免地造成损害的情形”²⁸。

适用比例原则要求根据不同的情况作出评估。为了证明使士兵遭受的痛苦是合理的，希金斯和圭劳姆法官提到了他们在讨论附带的平民伤亡和损害中的比例原则时曾提到的那些极端情形。

但是这种说法存在着问题。因为，与比例原则的情况相反，禁止造成不必要痛苦原则的先决条件是对有关武器的合法性有个一般的估计。如果该武器不合法，它就根本不能被使用。理论上，可以对每一次使用都作一次评估，但这完全是不现实的，并且实践上也没有那样做。是否应根据武器“正常”预期目的来评估，还是根据可想象的使用来评估，这个问题在理论上仍未解决。实践中，过去是根据通常预期的使用目的来禁止某

些特定武器，因为如果坚持适用其他检验标准，则任何武器都不可能禁止²⁹。另一个具有绝对检验标准性质的因素是 1868 年圣彼得堡宣言中所提到的：造成死亡不可避免的武器超出战争的需要。只有希金斯法官提到这句话³⁰，但是她没有进一步用这一检验标准评估核武器。

意见对此作出的评价恰与对区别原则的评价一样，即核武器的使用“鲜有符合”该原则的情形，但是法院不能明确判定对一切情况都是这样的³¹。

大多数法官并不那么谨小慎微，他们作出了一般性的评估。弗莱施豪尔埃法官认为，“遭受这种无法估量的痛苦”等于“否定了构成适用于武装冲突法律基础的人道主义考虑”³²。贝乔威院长认为这种武器“还造成不必要的痛苦”³³，海尔切法官认为国际人道法的基本原则禁止使用核武器³⁴。沙哈布丹法官在他的反对意见中承认，这项规则要求在军事必要和使战斗员遭受痛苦之间进行平衡，军事上的好处越大，就越愿意容忍遭受更大痛苦。但是在某些情形下，公众的良知认为任何想象的军事上的好处都不能成遭受不必要痛苦的根据。例如使用毒气，毒气可被认为具有某种军事用途。沙哈布丹法官认为，该原则应被扩展到在并非不合法的附带损害中平民所遭受的痛苦。但是即使将其严格地限于对士兵造成的附带损害，法院也可以认为使用核武器违反这一规则³⁵。克洛马法官在讲述了原子武器对广岛、长崎和马尔绍群岛所造成的后果时，认为由于放射性的后果比毒气造成的后果坏得多，“法院上述裁定应使其能够坚决地作出结论：任何情况下使用核武器依照国际法都是非法的”³⁶。威拉曼特里法官更坚决：“事实雄辩地证明核武器造成的不必要痛苦远远超过战争的目的”³⁷。

禁止施毒

法院的“意见”提到 1899 年海牙宣言，1899 年和 1907 年海牙规则第 23 条（a）款和日内瓦禁止毒气议定书，继而认为这些条约并不包括核武器，因为这些条约所包括的武器主要是或者甚至说完全是那些产生有毒或窒息效果的武器。

其实，这种说法并非准确，因为长期以来所接受的规则是带毒的箭头或子弹也属于被禁止之列，尽管毒剂不是主要的致伤机制。不幸的是，法院仅在条约法的范围内解释了禁止施毒的规则。如果它也能根据习惯法来考虑禁止施毒，它就会认可这种习惯法上禁止施毒的目的，即毒素阻碍受伤的士兵恢复健康的这一事实。这一考虑肯定与评价核武器相关联。只有威拉曼特里³⁸和克洛马³⁹法官在他们的反对意见中才判定核武器之所以应被禁止其原因在于施毒是核武器的主要效果之一。

马尔顿条款

马尔顿条款是人道法条约中具有重大潜在意义的条款。但是要根据不同的情况对它加以确切的解释。起初，它被纳入到 1899 和 1907 年四个海牙公约中的序言中，现今已被引进 1977 年第一附加议定书约文正文中和第二附加议定书的序言中。马尔顿条款规定，如果一特定规则未被规定在条约法中，交战方仍受习惯法的保护和拘束，并受人道主义原则以及公共良知的支配。

争论的焦点在于，“人道原则”和“公共良知的驱使”是否为单独的、有法律拘束力的检验标准，从而，在法律上可以用它来衡量一种武器或某一种行为，或者两者是否只是道德准则⁴⁰。非常有意义的是：法院肯定了马尔顿条款，“对它的继续存在和适用没有任何疑问”⁴¹。法院还认为，现已证实，该条款对迅速发展的军事技术所引起的问题是一个有效的解决手段⁴²。根据这一点，法院确认人道法的基本原则继续适用于一切新式武器，包括核武器，并指出没有国家对此存有争议⁴³。

沙哈布丹法官做了更详细的说明。他认为马尔顿条款并不限于确认习惯法，因为这

并不必要，其实该条款的真正意义在于为将人道原则和公共良知的支配当作根据正在变化的情势加以明确的国际法原则提供权威根据。他援引 1948 年美国纽伦堡军事法庭在克鲁普案的判决，该判决指出马尔顿条款

“远远超过了一个虔诚的宣言。它是一条一般性的条款，当公约的具体条款无法解决一具体的案件时，它使惯例在文明国家中得以确立，使人道法和公共良知的支配命令成为法律的准绳加以适用……。”

沙哈布丹法官指出法院使用“基本的人道主义考虑”作为其判决科孚海峡案的根据。他由此得出结论，就核武器而言，与其有关的风险意味着使用核武器在所有情形下都是不能接受的⁴⁴。

威拉曼特里法官认为“马尔顿条款清楚地表明，在已经制定出的具体条款背后，还存在着的一套一般性原则，这些原则足以适用于尚未有具体规则来加以调整的情势……”，他继而指出，现在违反人道主义标准的情况要比制定马尔顿条款时有了大的发展，尤其随着人权法的发展和对环境保护需要的敏感，情况更是如此。这些标准“现在已经如此深深地置根于人类的经验之中，以至成为特别重要的一般国际法规则”⁴⁵。

本作者个人认为，沙哈布丹和威拉曼特里法官所做的评价绝对正确，事实上，人们可再向前迈出一步，主张马尔顿条款的效果在于推翻了对国际法所做的传统假设。在人道法领域，人们不能说没有被条约或习惯明确禁止的就是被允许的，因为人道原则和公共良知的支配是合法的限制因素。毫无疑问，自 1945 年以来，这些因素一直在实践中限制各国实际使用核武器，因为，毫无疑问，谁使用核武器，谁就会被牢牢地钉在耻辱柱上⁴⁶。

以违反人道法规则相威胁

对于以使用非法武器进行威胁的问题，法院的意见是直率的：

“如果所设想武器的使用不符合人道法的要求，以使用这种武器相威胁也同样与该法相背离。”⁴⁷

没有法官反对这项申明，尽管自 1945 年以来各国的实践似乎就是这样做的，即，没有实际使用核武器，而威慑政策是基于以使用相威胁之上的。然而也无人指明该申明的根据何在。它是否为一项在多数国家国内法制度中适用的一般法律原则？它是否基于逻辑推理或基于对尊重法律的鼓励？

这是否意味着以违反人道法的任何规则相威胁本身也是非法的？如果从事某种行为构成严重违法，那么以从事这种行为相威胁是否也构成严重的违法？人道法确实明确禁止某类威胁，例如，威胁攻击平民人口，而其主要目的是散布恐怖⁴⁸，或威胁拒绝投降这给予生命保障⁴⁹。“意见”对这些问题没有真正给予明确回答。但是，如果答案是肯定的话，将产生深远的影响。在任何条约文本上加上威胁二字是多余的（除非进行威胁本身不是非法的——但这实际不可能）。

国际人道法和其他国际法规则之间的关系

法院考虑了很多国际法规则，但是出于本评论的目的，我们在本文中仅限于讨论人权法、环境法和自卫法。

人权法

法院提及这一事实，即同意使用核武器为非法者主张核武器违反了公民和政治权利公约第 6 条所保障的生命权，而其他人则争辩公民和政治权利公约从未设想使用核武器的问题，该文件意在适用于和平时期。法院肯定了人权法即使是在战时也要继续适用的同时，还继而说明了人权法与本问题的相关性：

“原则上，一个人的生命不能任意被剥夺的权利也适用于战时。然而什么是任意剥夺生命的标准，是由可适用的特殊法律来决定的，即适用于武装冲突的法，该法是用来规范敌对行为。”⁵⁰

这是一个非常重要的说明，因为它意味着人道法将被用来实际解释一项人权规则。反过来它也意味着，至少就敌对行为而言，不能对人权法做出不同于人道法的解释。虽然这一点对任意剥夺生命完全说得通（这是人权法中的一个含糊不清的规则，而人道法是为着特定目的制定的尽可能地在武装冲突中保护生命的规则）⁵¹，但这对保护处于某一政权控制之下的人的人权是否也完全适合则不很清楚。当一人权条约机构在使用条约文本时，这种情况则更是如此。到目前为止的实践，尤其欧洲委员会和欧洲人权法院的实践似乎表明，这些机构适用人权文本本身的规定⁵²。

环境法

十分重要的是法院认为存在习惯环境法：

“国家承担一般性的义务，保证在其管辖和控制范围内的活动尊重其他国家的环境或国家控制范围以外区域的环境，这项义务现已成为有关环境的国际法规则一部分。”⁵³

关于这一点与国际人道法的关系，法院继而认为，环境法条约并不意在剥夺各国自卫权的行使，但是“在追求合法的军事目的过程中评估什么是必要的和成比例的时候，各国必须考虑环境。”⁵⁴

这里提到的“必要和成比例”究竟是指自卫法中所固有的较为一般性的限制，还是指人道法中附带损害的比例原则，不是很清楚的。如果是后者，那么它实际意思是“环境”属于“民用目标”，如果在攻击军事目标时，对环境的破坏后果超过了该军事目标的价值，那么对该军事目标的攻击必须停止。该观点得到很多支持，这不仅表现在法院“意见”的措词中，而且也在新近的人道法与环境的教科书中⁵⁵。这就是说，人们难以根据攻击发生在人烟稀少或无人的地区而主张它不违反比例规则。法院还援引了 1992 年 11 月 25 日联合国大会通过的关于武装冲突时保护环境的 47/37 号决议，并对此表示赞成。法院认为“该决议肯定了一般的观点：任意破坏环境并不能以军事必要来证明其正当，这种行为显然违反现行国际法”⁵⁶。

另一方面，就第一附加议定书第 35 条第 3 项和第 55 条而言，法院申明，这些规则提供了附带的保护，并且“对同意这些规则的所有国家施加了有力的限制”⁵⁷。这看起来是在说明这些规定仍然只是协定法而非习惯法。但是，与法院的观点相反，本作者认为这些具体的规则，鉴于其起点较高，并未以保护环境的方式为法院所确认的习惯法规则增添多少内容。

自卫法

至少两个世纪以来，一项绝对的教条是国际人道法同样适用于冲突各方而不论哪方是在进行自卫。这一点已被国家的长期实践所确认，并在法律文献中得到普遍承认。唯一的争议在于，在武装冲突中，除了要适用人道法所施加的具体限制以外，自卫法中所固有限制，即一般意义上的必要和比例原则，是否也同样适用。这一争议起之于起草适用于海上武装冲突的桑·雷莫国际法手册过程中。这部手册中，有一部分是关于自卫法对海战法的影响⁵⁸。大多数专家主张除适用人道法中的限制外，自卫法中的限制也适用，并将这一点写入该手册中，而另一些专家则主张一旦出现自卫的必要，人道法中所规定限制是唯一的限制⁵⁹。

在对该法进行一般性的分析时，法院在其“意见”的第 41 和 42 段中也认为上述两部法律所规定的限制都适用：

“自卫权的行使要受到必要性和成比例这两个条件的限制，这是一项国际习惯法规则……。但同时，按照自卫法的比例原则使用武力，为使其合法，还必须符合适用于武装冲突的法律要求，尤其是武装冲突法所包含的人道主义原则和规则。”（强调符号由作者所加）⁶⁰

如果法院继续适用这个说法，其在“意见”中作出的裁决就不会象现在这样引起争议也不会象现在这样受到学术界的批评。不幸的是，它未能这样。仅看一下结论中著名的第 2E 段，原因即昭然若揭。这里，在第一段中申明使用核武器一般是违反人道法之后，法院继而在第二段中申明“在关系到一国存亡攸关的极端自卫情势中，法院不能就以核武器相威胁或使用核武器是否合法这一问题得出明确的结论”⁶¹。前面已指出，法官们自己的实际意见与“意见”中的这一部分不相符合⁶²，但本作者将不想猜测这一段为什么这样撰写。

为使第 2E 段中的申明与法院在前面第 41 和 42 段中的申明相符的唯一方法就是希金斯法官的纯粹实在主义分析所用的方法，即按照她的意见，核武器并非生来就一定是不分皂白的，在极端的情形下，使用核武器既不违反比例原则，也不违反禁止使战斗员遭受不必要的痛苦的规则。但是，大多数法官实际上认为核武器生来就是违反人道法的，对此希金斯法官提出了反对意见。唯一的另一种解释就是人道法不适用于某些自卫的情势，这不仅完全直接与第 41 和 42 段中的申明相矛盾，而且也很危险，就像适用名誉扫地的“只考虑战争理由不考虑战争方式”理论，这个理论认为，在极端危险的情势下，可以放弃适用人道法规则，以便对付危险。纽伦堡法庭在审理佩洛伊斯、梅尔希和克鲁普案时驳斥了这个理论⁶³。

本作者认为，出于评价自卫法和人道法之间关系的目的，依赖“意见”第 41 和 42 段中的申明比依赖令人糊涂且完全是矫揉造作的结论第 2E 段更有意义。

结论

把法院的“意见”与各种个别意见和反对意见综合在一起考虑时，法院“意见”丰富地说明并解释了国际人道法以及人道法和国际法其他领域的关系。可惜的是，由于围绕着“意见”中对核武器的裁定产生了争议，“意见”的上述意义有失去的危险。尽管从本评论来看很清楚，本作者不满意“意见”第 105 段的第 2E 分段中的结论，但是该咨询意见对国际人道法仍然作出了其他重大的贡献。

注释

- ¹ 国际法院 1996 年 7 月 8 日以核武器威胁和使用核武器的合法性的咨询意见，在法官威拉曼特里的反对意见中，对这个性质作了最详尽的分析。
- ² 意见，第 75 段。
- ³ 同上，第 81 段。
- ⁴ 同上，第 82 段。
- ⁵ 同上，第 84 段。
- ⁶ 同上，第 78 段。
- ⁷ 同上。
- ⁸ 法院根据国际法分析受核武器攻击的唯一案子是希莫达案（1964 年东京区法院，重印于国际法报告，第 32 卷，1966 年，第 626 页）。福尔克总结和分析了该判决，“希莫达案：对核攻击长岛和川崎的法律评价”，美国国际法学报，第 59 卷，1965 年，第 759 页。该区法院未分析不分皂白的武器的含义，但确实考虑了不分皂白的轰炸作为战争手段的合法性问题。但是，它参考的是适用于那时的法律，该法含有的对轰炸设防和不设防城市的区别是过时的，——这个概念只与开放的城市真正有关。
- ⁹ 院长贝乔威的声明，第 21 段。
- ¹⁰ 法官圭劳姆的个别意见，第 5 段。
- ¹¹ 意见，第 78 段。
- ¹² 法官希金斯的反对意见，第 24 段。
- ¹³ 同上。
- ¹⁴ 法官圭劳姆的个别意见，第 5 段。
- ¹⁵ 副院长施韦贝尔的反对意见。
- ¹⁶ 这与未中欲攻击的目标的子弹或导弹或常规炸弹的副作用极不相同。“不分皂白的武器”的定义清楚地包括生物武器和一般毒气。
- ¹⁷ 意见，第 35 段。
- ¹⁸ 同上，第 95 段。在这句话中所说的“要求”是禁止“会排除民事和军事目标的区别或对战斗员产生不必要痛苦的战争方法和手段”。
- ¹⁹ 法官弗莱施豪埃尔的个别意见，第 2 段。
- ²⁰ 院长贝乔威的声明，第 20 段。
- ²¹ 法官海尔切的声明，第 1 页第 2 段。
- ²² 可以争论炸人的地雷是不分皂白性的，根据两个标准：第一，它们不能实际针对军事目标，因为它们是根据猜测战斗员可能从那个方向经过而预置的；第二，它们常有不能预见的后果，尤其由于气候的作用被从原置地移开时。
- ²³ 法官希金斯的反对意见，第 21 段。
- ²⁴ 副院长施韦贝尔的反对意见，第 23 和 24 段。
- ²⁵ 同上，第 25 段。
- ²⁶ 见，例如，法官威拉曼特里的反对意见，第 84 页，第 11 段。
- ²⁷ 见，例如，路易斯·多斯瓦尔德-贝克，“致盲激光武器的新议定书”，国际红十字委员会报告，第 313 期，1996 年 5—6 月，第 272 页。
- ²⁸ 意见，第 78 段。
- ²⁹ 困难的是，遭受不必要的痛苦规则意指该种武器被禁止而无需有一项条约。这阻止了各国，尤其那些已发展这种武器的国家宣告这种武器非法，它们可能只愿意禁止一种武器，主张这种禁止完全是以条约为依据的。然而无疑，同意对武器的一项禁止，其动机产生于对该武器所作的评价：它的正常军事使用不能证明它所产生的不利后果是合理的。
- ³⁰ 法官希金斯的反对意见，第 12 段。
- ³¹ 意见，第 95 段，见注 18。
- ³² 法官弗莱施豪埃尔的个别意见，第 2 段。
- ³³ 院长贝乔威的声明，第 20 段。
- ³⁴ 见注 21。
- ³⁵ 法官哈布丹的反对意见，第 19—21 段。
- ³⁶ 法官克洛马的反对意见，第 11 页。东京区法院在希莫达案中根据同样的理由判定核弹是违反这一规则的，见福尔克，同注 8，第 775 页。
- ³⁷ 法官威拉曼特里的反对意见，第 48 页。
- ³⁸ 同上，第 56—58 页。
- ³⁹ 法官克洛马的反对意见，第 11 页。

⁴⁰ 见，例如，在致盲激光武器是否应被认为非法或无论如何应被禁止的讨论中，一些专家对马尔顿条款影响的辩论：致盲武器：国际红十字委员会召开的关于战地激光武器的专家会议报告，1989—1991，国际红十字委员会，1993年，第340—341页和344—346页。

⁴¹ 意见，第87段。

⁴² 同上，第78段。

⁴³ 同上，第86段。

⁴⁴ 法官沙哈布丹的反对意见，第22—23页。

⁴⁵ 法官威拉曼特里的反对意见，第41—43页。

⁴⁶ 尽管在意见中未实际提出，一些法官的确讨论了荷花号案的有关问题（常设国际法院，1927年，由于海上碰撞产生的刑事管辖案）。法官圭劳姆造成地引用了这个案例，以说明在人道法中，各国选择用条约禁止武器，如果未被这样禁止，它们就是合法的（它的个别意见的第10段），然而，院长贝乔威，在其声明中强调他反对该意见只是基于这一理解：不被禁止的并非必然被允许；自1927年以来，国际社会发生了极剧变化，现在更紧密地结合在一起（第10—15段），这个观点得到法官沙哈布丹的支持（第13—14页），法官威拉曼特里补充说，常设国际法院决不会在它的陈述中想象这种使用，尤其根据马尔顿条款（第45—46页）。

⁴⁷ 意见，第78段。

⁴⁸ 1977年第一附加议定书，第51条，第2项。

⁴⁹ 同上，第40条。

⁵⁰ 意见，第25段。

⁵¹ 在美洲人权委员会处理的有关在武装冲突时轰炸一所医院的一个案子中，原告请求委员会根据人道法规则解释“生命权”。见，D·威斯布罗德和B·安德鲁斯“在武装冲突中的生命权：国际残疾人诉美国，哈佛国际法学报，第28卷，1988年，第59页。在第10.573号案中向同一委员会提出了同样的请求。

⁵² 见，例如，塞浦路斯诉土耳其案（欧洲理事会，欧洲人权委员会，决定和报告，第72卷，第53页），在该案中，委员会判定，就一次武装冲突后人员失踪来说，是违反欧洲人权公约第5条的（人的自由和安全权），委员会并未根据日内瓦公约的有关规定来解释这一条。同样，在有关北塞浦路斯的路易齐多诉土耳其案（法院判决，1996年12月18日）中，法院判定违反了财产权，且没有考虑日内瓦第四公约中的同等规定，尽管法院根据欧洲公约判定土耳其对其在北塞浦路斯的军事占领负有责任（判决第52和54段）。

⁵³ 意见，第29段。

⁵⁴ 同上，第30段。在这方面，法院地引用了里约宣言的原则24，并表示赞成。该原则规定“战争本身就是对持续发展的破坏。各国因此应遵守国际法在武装冲突中保护环境的规定，并为其将来的发展进行合作”。

⁵⁵ 见，例如，国际红十字委员会军事手册指南和在武装冲突中保护环境的指示，1944年，根据联合国大会1993年12月9日的A/RES/48/30号决议提出，见国际红十字委员会报告，第311号，1996年3—4月，第230—237页；还见适用于海上武装冲突的国际法桑·雷莫手册，以及名为“解释”的评论，IIHL，1995年（L·多斯瓦尔德—贝克主编），第87页。还见有关环境的其他规定：第11、34和44段，以及对它们的评论，分别在“解释”的第83—84、108—109和119—121页上。

⁵⁶ 意见，第32段。

⁵⁷ 同上，第31段。

⁵⁸ 桑·雷莫手册，1994年，第二节，第3—6段。这一主张的某些部分在布休梅尔文集（Buchumer Schriften）的准备文件中得到反映，第24册，第133—206页。

⁵⁹ 同注52，第75—78页。

⁶⁰ 意见，第41和42段。斜体部分在第42段中。

⁶¹ 意见，第105段，第2E小段。

⁶² 对该判定投赞成票的七位法官中，四位在其个别意见中说核武器的使用很清楚是非法的，该使用适用人道法规则（法官贝乔威、兰耶瓦、海尔切和弗莱施豪埃尔），第五位法官判定它们在习惯法中是违法的（法官费拉里·布拉沃）。投反对票的七位法官中，三位认为它们的使用在某些极端的情形下，在人道法的范围中可以是合法的（法官施韦贝尔、圭劳姆和希金斯），三位认为它们的使用按人道法总是不合法的（法官沙哈布丹、威拉曼特里和克洛马），第七位法官（小田）认为法院不应发表咨询意见。

⁶³ 法官威拉曼特里指出的一个事实，反对意见，第81—82段。还值得一提的是，只有法官威拉曼特里分析了在这种极端的情形下使用核武器是否会切实保护行使自卫的国家，并根据令人印象深刻的权威作出结论：它恐怕不能（第59—61页）。

凌 岩译
李兆杰校