

国际法院对国际人道法的贡献

樊尚·舍泰伊* (Vincent Chetail)

国际人道法，作为国际公法的主要组成部分，它构成最古老的国际规范体系之一。作为国际公法主要司法机构的国际法院，对于深入理解国际人道法所体现的国际社会基本价值则，是功不可没。¹尽管司法判决均非法律渊源，但是国际法院权威的断言 (*dicta*) 被一致视为是具有约束力的国际法内容最佳的系统化表述。²正因为如此，从一般的国际法角度来看，国际案例法对于决定人道法法律体系来说，至关重要。³自

*樊尚·舍泰伊，国际研究所研究生学院（日内瓦）和欧洲及比较法中心（洛桑）教学及科研助理，联合国难民署高级委员会的顾问。作者感谢维拉·高兰·德巴斯（Vera Gowlland-Debbas）教授和安德鲁·克拉帕姆（Andrew Clapham）教授提供有益意见，同时也向同事玛利亚诺·加西亚·卢比奥（Mariano Garcia Rubio）和杰里米·阿鲁切（Jeremy Allouche）致谢，感谢他们对此文最后一稿的修订。

¹从更全面的视角来看，可参见：P.-M 迪皮伊（P.-M. Dupuy），“法官与法律规则”，《一般国际公法评论》，第93卷，1989年，第570-597页；同上，“国际法院关于‘关于人道的基本考虑’的司法实践”，可参见：杜皮伊（P.-M. Dupuy）（主编），“纪念尼古拉·瓦尔蒂克斯（Nicolas Valticos），法律与正义”，贝多内（Pedone）出版社，巴黎，1999年，第117-130页；G·阿比·萨布（Abi-Saab）《作为世界法庭的国际法院》载于费茨毛里斯（Fitzmaurice）主编，《国际法院五十年：罗伯特·詹宁斯（Sir Robert Jennings）爵士文选》，格劳秀斯（Grotius）出版物系列，剑桥大学出版社，1996年，第3-16；V·高兰·德巴斯（Gowlland-Debbas），《从司法视野观察国际社会的基本价值观和利益》载于A·S·慕勒（A.S. Muller），D·莱奇（D. Raic）& J·M·图兰斯基（J.M. Thuranszky）主编，《国际法院：五十年后的未来角色》，马蒂努斯·奈霍夫（Martinus Nijhoff Publishers）出版社，海牙/波士顿/伦敦，1997年，第327-366页。

² 见：H·劳德派特（H. Lauterpacht），《国际法院对国际法的发展》，史蒂文 & 宋（Stevens & Sons）出版社，伦敦，1958年，特别参见第6-22页，以及第61-71页；E·麦克·维尼（E. McWhinney），《国际法院在转型时期的立法功能》，载于R·伯恩哈特（R. Bernhardt），W·K·格克（W.K. Geck），G·耶尼克G·Jaenicke & H·斯坦博格（H. Steinberger）主编，《Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler》，Springer-Verlag，柏林，海德堡，纽约，1983年，第567-579页；O·沙赫特，《国际法庭的创造性和客观性》，同上，第813-821页；L·孔多雷利（L. Condorelli），“常设国际法院判决的权威性”，载于《法国国际法学会，常设国际法院的司法实践》，里昂研讨会，贝多尼出版社，巴黎，1986年，第277-313页；R·Y·詹宁斯，《国际关系中的司法功能和法治》，载于《编纂时期的国际法：罗伯特·阿果（Roberto Ago）文选》，第一卷第3册，米兰—多特·A·吉奥弗雷（A. Giuffrè）主编，1987年，第139-151页；M·门德尔松（M. Mendelson），《国际法院和国际法渊源》，载于V·Lowe V. & M·费茨毛里斯主编，《国际法院五十年：罗伯特·詹宁斯爵士文选》，（注释1），第63-89页；F·弗兰西奥尼（F. Francioni），《“软”国际法：现代评价》，同上，第167-178页；J·J·昆塔南（J.J. Quintanan），《国际法院和国际法的形成：以海洋划界作为例子》，载于A·S·慕勒 et al.（主编），《国际法院：五十年后的未来角色》引前书注释1，第367-381页；S·罗森（S. Rosenne），《国际法院运用法律及实践》，1920-1996年，第一卷第3册，海牙/波士顿/伦敦，马蒂努斯·奈霍夫出版社，1997年，特别参见第1606-1615页和第1628-1643页；M·沙哈布丁（M. Shahabuddeen），《国际法院判例》，格老休斯出版物系列，剑桥大学出版社，1996年，特别参见：第1-31页以及第67-96页。

³ 关于人道法或人权领域的国际判例法的重要性，见：I·P·比尔施陈克（I. P. Bilshchenko），《作为国际人道法渊源的司法决定》，载于A·卡塞斯（A. Cassese）主编，《武装冲突的新人道法》，科技出版社，那不勒斯，1979年，第41-51页；R·阿比·萨伯，《依据国际法院判决的人道法一般原则》，《红十字国际评论》，第766期，1987年，第381-389页；N·S·罗德利（N. S. Rodley），《人权和人道主义干涉：国际法院的判例法》，《国际法与比较法期刊》，第38卷，1989年，第321-333页；S·M·施韦贝尔（S. M. Schwebel），《国际法院之对人权及对外国人待遇》，载于V·Lowe & M·费茨毛里斯主编，《国际法院五十年：罗伯特·詹宁斯爵士文选》引前书（注释1），第327-350页。

从1949年4月9日国际法院在其首例判决、即“科孚海峡案”（*Corfu Channel Case*）⁴判决中、简短而晦涩地提及“出于人道的基本考虑”这一著名的论述以来，国际法院在另外两个极具争议的案件中再次探讨了人道法问题。这两个案件分别是：1986年6月27日宣判的“尼加拉瓜军事及准军事行动案”（*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*）⁵；及十年后、即1996年7月8日就“使用及威胁使用核武器的合法性案”（*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*）一案发表的咨询意见⁶。这两个案件都已得到广泛而深入的评述，本文在此无意研究其中每一案件⁷的具体情况，抑或关注法庭对与国际人道法有关的核武器问题所持的特殊立场。⁸我们只是审慎地择取国际法院的判例，以更宏观的视野，将之置于人道法的体系中，并结合其他相关案例

⁴ 见：“科孚海峡案（判决理由）”，1949年《国际法院报告》（ICJ Report），第22页。

⁵ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”（尼加拉瓜诉美国案），1986年《国际法院报告》，第14页。

⁶ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，1996年《国际法院报告》，第226页。

⁷ 这两个案件一直是国际法院案件中具有最丰富文献者。就“尼加拉瓜军事行动案”而言，特别参见：《美国国际法期刊》之专刊（the special issue of the American Journal of International Law），第81卷，1987年；P·W·卡恩，《从纽伦堡到海牙：美国在尼加拉瓜诉美国案件中的立场》，载于《耶鲁国际法期刊》，1987年第12卷，第1-62页；P.-M. 艾斯曼（Eisemann），“尼加拉瓜军事及准军事行动案”（尼加拉瓜诉美国案），*AFDI*，第32卷，1986年，第153-189页；J. 维尔霍文（J. Verhoeven），“法律，法官以及武装冲突，尼加拉瓜诉美国案”，《一般国际公法评论》，第一卷，第91册，1987年，第1159-1239页；T·D·基尔（T. D. Gill），《在国际法院的诉讼策略：关于尼加拉瓜诉美国的案例研究》，马蒂努斯·奈霍夫出版社Dordrecht/波士顿/伦敦，1989年；W·札普林斯基（W. Czaplinski）《尼加拉瓜案件中的国际法渊源》，《国际法和比较法季刊》，1989年，38卷，第85-99页；C. 蓝格（C. Lang），“尼加拉瓜在国际法院诉美国，LGDJ，国际法图书馆，第100卷，巴黎，1990年；J·克劳福德（J. Crawford），《尼加拉瓜军事行动案（尼加拉瓜诉美国）》载于鲁道夫·伯恩哈特（Rudolf Bernhardt）编辑《国际公法百科全书》第3卷，马克思·普朗克（Max Planck）比较公法和国际法研究所，艾尔斯维尔，阿姆斯特丹/洛桑/纽约/牛津/沙农/新加坡/东京，1997年版，第371-378。就“使用及威胁使用核武器的合法性案”而言，参见发表于《红十字会国际法评论》之专刊中大量而广泛的著比较法作，第823卷，1997；L·布瓦松·沙祖尔内与P·桑斯（L. Boisson de Chazournes. & P. Sands）主编，《国际法，国际法院和核武器》，剑桥大学出版社，剑桥，1999年。另参见：M. 佩兰·德·布里尚博（M. Perrin de Brichambaut），“国际法院于1996年7月8日就核武器及威胁使用核武器合法性问题所发表的咨询意见”，*AFDI*，Vol. XLII，1996，第315-336页；V. 库西拉·库斯泰尔（V. Coussirat-Coustère），“核武器与国际法：关于国际法院1996年7月8日发表的咨询意见”，同上，第337-356页；R·A·法尔克（R. A. Falk），《核武器，国际法和国际法院：一个历史性的相遇》《美国国际法期刊》，第97卷，1997年，第64-75页；M·J·马特森（M. J. Matheson），《国际法院关于使用以及威胁使用核武器的咨询意见》，出处同上，第417-435页。

⁸ 见：注释6与注释7。对于核武器合法性问题的综合评论，另见：G·施瓦岑伯格（G. Schwarzenberger），《使用核武器合法性》，史蒂文&宋，伦敦，1958年；M.N. Singh，核武器和国际法史蒂文&宋，伦敦，1959年；伊恩·布朗利，《关于核武器的一些法律问题》，《国际法和比较法季刊》，第14卷，1965年，第437-451；A·罗萨斯，《国际法和使用核武器》，载于《艾里克·萨斯雷恩文选》，国际法协会芬兰分会，赫尔辛基，1979年，1979，第73-95；R·A·福尔克，L·梅洛维茨 & J·桑得森，《核武器和国际法》，国际研究中心，普林斯顿大学威尔逊公共及国际事务学院普林斯顿，1981年；E·大卫（E. David），“关于使用核武器几个理论问题上的论证”，载于C·施文纳斯基（C. Swinarski）主编，《让·皮克泰（Jean Pictet）国际人道法以及红十字国际委员会原则研究成果及文选》，马蒂努斯·奈霍夫·出版社，日内瓦/海牙，1984年，第325-342；S·麦克布莱得，《使用核武器合法性的社会社会破坏》，出处同上，第401-409；L·C·格林，《现代武装冲突法》，第二版，法学出版社，曼彻斯特大学出版社，2000年，第128-132页。

予以研究，这些相关案例主要还包括“《种族灭绝罪公约》保留案咨询意见”

（*Advisory Opinion on Reservations to the Genocide Convention*）⁹及争议颇多的“《防止及惩治种族灭绝罪公约》适用案”（*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*）。¹⁰这样，国际法院判例的卓著贡献将通过以下两个方面的论述淋漓展现：一方面，是通过阐述国际人道法与一般国际法之间的关系（本文第一部分）；另一方面，则是明确国际人道法基本原则的内容（本文第二部分）。

国际人道法与一般国际法

现代国际法包括：（1）条约法，（2）习惯法，（3）强行法，这些都由国际法院判例辅助其澄清及解释。

国际人道法条约的统一性与复杂性

相较国际法的其他支系来说，国际人道法在一般性多边条约方面的系统性法典化和进步性的发展方面，起步是比较早的。¹¹现代人道法是长时期以来、规范化进程的成果。其更为直接的渊源，可以追溯至十九世纪晚期的战争法规及战争习惯的法典化运动。由此，国际人道法已成为国际法中法典化程度最高的分支之一。这一法律体系的重要组成部分以其两套规范体系作为它显著的特征：一为海牙法体系，它规定了限制或禁止战争中作战的具体手段和方法；二为日内瓦法体系，它的主要内容主要是关于

⁹ 见：“《预防及惩治种族灭绝罪公约》保留案”，“咨询意见”，1951年《国际法院报告》，第15页。

¹⁰ 见：“《预防及惩治种族灭绝罪公约》适用案”（波斯尼亚—黑塞哥维那诉南斯拉夫）（初步反对意见），1996年《国际法院报告》，第595页。

¹¹ 关于国际人道法的历史发展，参见：G·贝斯特（G. Best），《战争的人性：国际武装冲突法得现代历史》，维登菲尔德和尼科尔森（Weidenfeld and Nicholson），伦敦，1980年；P·哈根马赫（P. Haggemacher），格老秀斯与正义战争的理论，法国大学出版社，巴黎，国际关系研究院，日内瓦，1983；让·皮克泰（Jean Pictet），《国际人道法的形成》，红十字国际评论，第244期，1985年，第3-24页；G·I·A·D·德拉普尔，《国际人道法得发展》，载于《人道法的国际层面》，亨利·杜南研究院/联合国教科文组织，日内瓦/巴黎，1988年，第67-90页；G·贝斯特，《从历史和心里层面看战争的限制》，载A·J·M·德里森 & G·J·探亚（A. J. M. Dellissen. & G. J. Tanja）主编，《武装冲突的人道法：面临得障碍》，福里茨·卡尔绍文文选/马蒂努斯·奈霍夫出版社，Dordrecht/波士顿/伦敦，1991年，第3-26；M·霍华德，G·J·安德烈普洛斯 & M·R·舒尔曼（M. Howard, G. J. Andreopoulos & M. R. Shulman），《战争的法律：西方战争行为的限制》，耶鲁大学出版社，纽海文/伦敦，1994年；L·C·格林（L. C. Green），《现代武装冲突法》，引前书，（注释8），第20-53页。

保护武装冲突中的受害者，尤其是非战斗员、以及那些未参与战斗或不再参与战斗的人员(*hors de combat*)。¹²随着1949年日内瓦公约1977年两个附加议定书的采纳，国际人道法的这两大分支得以融合，现在其间的区别也便只是主要体现在历史及学说意义上。

在1996年7月8日“使用及威胁使用核武器合法性咨询意见”中，国际法院以明确的措辞承认国际人道法的统一性。它最终阐明，这一国际法支系既包括敌对行动规范又涵盖保护战俘的措施。在它的论述中，国际法院追溯了人道法的历史发展进程：

“战争法规及战争习惯——正如其传统称谓——属于海牙体系（包括1899年和1907年公约），是致力于进行法典编纂的目标，同时它部分以《1864年圣彼得堡宣言》及1874年布鲁塞尔会议的结果为基础。其中，海牙法体系规定交战各方在军事行动中的权利与义务，并限制其在国际性武装冲突中杀伤敌方人员所使用的手段与方法。但日内瓦法体系（1864年、1906年、1929年和1949年公约）也应该归入其中，它旨在保护战争受害者，并为武装冲突中的受伤的战斗员、及未参战的人员，提供安全保障。”¹³

国际法院总结道：“在武装冲突中适用的这两个法律体系如此息息相关，以致它们已经逐渐形成了一个单一的复杂体系，也就是迄今众所周知的国际人道法。1949年日内瓦公约的1977年的两个附加议定书的规定，进一步阐明并证实了这一法律体系的统一性和复杂性。”¹⁴

国际人道法的统一性，是以每一种文明所共享的人类基本价值为基石的。正如维拉曼特里（Weeramantry）法官所指出的：“人道法及其习惯法有着非常悠久的历史渊源。它们可以上溯至几千年前。在众多国家的文明中，如中国、印度、希腊、罗马、日本、伊斯兰、现代欧洲及其他文明国度，这一法律皆有迹可寻。历史沿革间，多种宗教及哲学思想汇入这一法律体系的模具之中，最终塑造了现代人道法。人道法及其习惯法展现出人类基于人类良知为了在一定程度上缓解战争暴行及噩魇而做出的努力。在与此相关的一份著名的宣言中（《1864年圣彼得堡宣言》），国际人道法被称作是为了‘以人道的法律与战争的必然性相调和’而产生的。”¹⁵

在武装冲突的具体情境下，法律规则尤其易被损及。有鉴于此，人道法方面的大

¹² 此区别参见：S. E. 纳里克（S. E. Nahlik），“所谓的‘日内瓦法系’与‘海牙法系’：相互融合还是二元分？”，*AFDI*，第二十四卷，1978年，第1-27页；F. 比尼翁（F. Bugnion），《日内瓦法律体系和海牙法律体系》《红十字国际评论》第844期，2001年，第901-922页。

¹³ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，同前第6注，第256页，第75段。

¹⁴ 同上。

¹⁵ 同上，维拉曼特里法官“反对意见”，第443页—第444页。

量条约反映了国际社会对于保持及保护这些基本规则的持续性的关注。借用国际法院自己的话来讲，武装冲突中适用的习惯规则体系正是基于“尊重人类和‘出于人道的基本考虑’的基础之上。”¹⁶

法院因此强调人道法与人权法所享有的同一基础性伦理价值。尽管这两个国际法的分支体系有着不同历史背景和各自规则的独特之处，它们关注的核心却都一样，即都是为了人类尊严。“使用及威胁使用核武器合法性咨询意见”不仅认可了上述共同的概念框架，还有助于深入理解人道法与人权法条约间的相互影响。¹⁷事实上，法院确定了人权与人道法间相辅相成的关系，并且认识到人权法在武装冲突中持续的可适用性：“法院认为，在战争期间，《公民权利和政治权利公约》并未停止其保护职能，除非在国家处于紧急的情况下通过适用公约第四条使得特定条款受到限制。尽管如此，有关生命权的条款【由该公约第六条予以保障】并不在受限制之列。原则上，生命权利不可被肆意剥夺的原则仍然适用于敌对状态。不过，判断何为‘肆意剥夺生命权’则需以可适用的特别法（*lex specialis*）为依据，即，适用在武装冲突中、藉以规范敌对行动的法律。因此，在战争中，只有通过援引武装冲突中可适用的特别法，才能判断使用一定武器导致他人牺牲这一行为是否构成‘肆意剥夺生命权’并违反公约第六条；但这一结论并不能从公约本身的条款中判断出来。”¹⁸

因此，人道法可被视为广义人权法的一种。这并非人道法与人权法在本质方面的区别，而仅是在不同情况下适用保护人类规范时的差异。尽管在本案中，由《公民权利和政治权利公约》第六条保障的生命权并没有为现存人道法增添任何内容；不过，法院藉此对武装冲突期间可持续适用现存人权法条约的承认，出于以下两个原因，却是相当重要的。在实体层面上，人权法条约的条款超越了传统人道法，并填补了一些

¹⁶ 同上，第257页，第79段。

¹⁷ 关于人权法和人道法之间的关系，参见：A. S. 卡洛烈罗普洛斯-斯特拉蒂斯（A. S. Calogeropoulos-Stratis），国际人道法与人权法：武装冲突期间保护人员问题，国际问题研究院，A. W. 赛特霍夫（A. W. Sijthoff），日内瓦/莱登，1980年，第119页；Y. 丁斯坦（Y. Dinstein），《武装冲突中的人权：国际人道法》，载于T. 梅隆（T. Meron）主编，《国际法上的人权：法律和政策问题》，克拉伦冬，1984年，第345-368页；A. 艾德，《战争法和人权法：相同和相异》，载C. 斯文纳斯基（主编），《让·皮克泰国际人道法以及红十字国际委员会原则研究成果及文选》，引前书（注释8），第675-698页；A. H. 罗伯特森（Robertson），《人道法和人权》，同上，第793-802页；M. E. 科黑尼（M. E. Kouhene），人道法与人权法中对人予以保护的基本保证，奈霍夫出版社，多特莱赫特，1986年；L. 多斯瓦尔德-贝克 & S. 韦德（L. Doswald-Beck. & S. Vite），《国际人道法和人权法》《红十字国际评论》，第800期，1993年，第94-119页；T. 梅隆，《人权法和人道法的融合》，载D. 华纳（D. Warner）主编，《人权和人道法：普遍性的要求》，马蒂努斯·奈霍夫，海牙，1997年，第97-105页；R. E. 文纽萨（R. E. Vinuesa），《人权和国际法的接触》，《国际人道法年刊》，第1卷，1998年，第69-110页；R. 科尔布（R. Kolb），《国际人道法和人权法得关系：〈1948年世界人权宣言〉和〈1949年日内瓦公约〉发展简史》，《红十字国际评论》，第324期，1998年，第409-419页。

¹⁸ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，同前第6注，第240页，第25段。有关此份“咨询意见”的评论，参见：维拉·高兰·德巴斯（W. Gowlland-Debbas），《生命权和种族灭绝罪：国际法院和国际公共政策》载于L. 布瓦松·德·沙祖赫内 & P. 桑斯编，《国际法，国际法院和核武器》，引前书，（注释7），第315-337页。

规范的漏洞，尤其体现在非国际性武装冲突和国内动乱方面。¹⁹在程序层面上，人权法条约包含复杂精密的执行机制，它主要在预防性及国家主导性的措施的基础上，可以补充贯彻人道法所运用的较初级的机制。²⁰

人道法条约的习惯法性质

国际法院在其首例判决中，即1949年4月9日的“科孚海峡案”中，已经间接地提及人道法条约的习惯法性质。此案的重点在于，虽然1907年《海牙公约》第八条明确规定了通知布雷区的特定义务，然而，作为被告的阿尔巴尼亚却不是该条约的缔约国。而且，这一条约仅仅适用于战争期间，而此案又并不属于这种情况。尽管如此，法院认为：“阿尔巴尼亚当局所承担的义务包括：出于一般海上运输利益的考虑，应将阿尔巴尼亚领海内布雷区的情况予以告知的义务；向正在接近雷区并因此而面临迫近危险的英国船只应发出警告的义务。所有这些义务，并非基于适用于战争期间的1907年《海牙公约》第八条的规定，而是以某些一般、且著名的原则为基础。这些原

¹⁹ 关于这一问题，参见：Y·丁斯坦恩，《关于内战和人权的国际法》，《以色列人权年刊》，第6卷，1976年，第62-80页；S·朱诺(S. Junod)，《人权和第二附加议定书》，《红十字国际委员会》，第236期，1983年，第246-254页；Th·梅隆，《国内冲突中的人权：人权的保护》，《赫希·劳德派特(Hersh Lauterpacht)课程讲义》，格老休斯出版系列，剑桥，1987年；H·S·布尔诺斯(H. S. Burnos)，《与人权法相比较国际人道法在国内武装冲突、国内动乱、紧张局势以及公共危机中的适用：特别论及战争罪和政治犯罪》，载于F·卡尔绍文& Y·桑多兹主编《国际人道法的执行》，马蒂努斯·奈霍夫出版社，多特莱赫特，1989年，第1-30页；科伊埃曼斯(P. H. Kooijmans)，《在内战和国内冲突之间的灰色地带：关于设定标准进程的一些反映》，载于A·J·M·德里森，G·J·探亚(A. J. M. Delissen & G. J. Tanja)主编，《武装冲突的人道法：面临障碍》，福里茨·卡尔绍文文选，引前书(注释11)，第225-247页；F·汉普森(F. Hampson)，《国内武装冲突中的人道法和人权法》，载于M·A·梅耶尔主编，《武装冲突和新法律》，英国国际法和比较法研究院，伦敦，第2卷，1993年，第53-82页；H·P·加塞尔(H. P. Gasser)，《国内动乱和紧张局势中的人道措施：关于编纂行为法典的建议》，《红十字国际评论》，第262期，1988年，第38-58页；T·梅隆，《国内冲突中宣言起草模式》，第262期，1988年，第59-104页；A·艾德(A. Eide)，A·罗萨斯& T·梅隆(T. Meron)《以最低人道标准与处在法律回去之中的不法行为斗争》，《美国国际法期刊》，第89期，1995年，第215-223页；R·阿比·萨伯，《国内武装冲突之中的人权和人道法》，载于D·华纳主编，《人权和人道法：普遍性的要求》引前书(注释17)，第107-123页；C·索马鲁加(C. Sommaruga)，《红十字国际委员会法律武器库中的人道法和人权》，同上，第125-133页；D·莫姆塔兹(D. Momtaz)，《在国内紧张局势和冲突期间适用的最低人道主义标准》，《红十字国际评论》，第324期，1998年，第455-462页；A·艾德(A. Eide)，《国内动乱和紧张局势》，载《人道法的国际层面》，引前书(注释12)，第241-256页；T·哈登& C·哈维(T. Hadden. & C. Harvey)，《国内危机和冲突之法》《红十字国际评论》，第833期，1999年，第119-134页。

²⁰ 见：B·G·兰姆札兰(B.G. Ramcharan)，《国际组织在非国际性武装冲突中执行人道法和人权法的作用》《美国大学法律评论》，第33卷，1983年，第99-115页；M·萨索里(M. Sassoli)，“落实国际人道法与国际人权法的规定：一个比较”，ASDI，第十八卷，1987年，第24-61页；C·赛尔那，《武装冲突中的人权：地区性政府间人权组织执行人道法规范》，载于F·卡尔斯霍芬& Y·桑多兹(F. Kalshoven & Y. Sandoz)，《国际人道法的执行》，引前书(注释19)，第31-67页；R·维尔鲁斯泽夫斯基(R. Wieruszewski)，《国际人道法和人权法的适用：个人的申诉》，第441-458页；D·维斯布洛特，P·L·希克斯(D. Weissbrodt & P. L. Hicks)，《武装冲突环境中人权法和人道法的执行》，《红十字国际评论》，第800期，1993年，第94-119页；D·奥多奈尔(D. O'Donnell)，《联合国人权机制适用国际人道法的趋势》，《红十字国际评论》，第324期，1998年，第481-503页；L·泽格菲尔德(L. Zegveld)，《美洲国家间人权和国际人道法委员会：对塔伯拉达案的评论》，同上，第505-511页；A·雷迪(A. Reidy)，《欧洲委员会和欧洲人权法院对国际人道法的方法》，同上，第513-529页。

则包括：相对于战争期间，在和平时期更应恪守人道基本考虑原则；海上通讯自由原则；每一国家皆有义务不允许故意地使其领土被用来采取侵害他国权利行为的原则等。”²¹

法院确认：1907年《海牙公约》的特定条款昭示了国际法的一般原则，并且因此认可——至少暗示性地——《公约》所表达的条约法的规则已具有习惯法性质。²²法院在1986年7月27日“尼加拉瓜军事及准军事行动案”的判决中又重申了这一结论：“当一国在任一水域埋放地雷，并且未能给予任何警告或是通知，无视海上和平运输的安全，它便违背了构成1907年《公约》第八条特定条款基础的人道法原则。”²³

随后的一个案件又为法院提供了审视1949年8月12日四个《日内瓦公约》的习惯法性质的机会。²⁴事实上，美国似曾试图通过订立多边条约来实行保留、以防止法院将《日内瓦公约》作为条约法适用。然而，法院并不认为有必要对美国保留的问题作出回应，因为：“在法院看来，美国的行为只需要根据人道法的一般性原则来加以裁判。”²⁵

法院以一般且不容置疑的评价展开其分析：“在法院看来，《日内瓦公约》一方面是一种发展，另一方面则是上述原则（国际人道法一般原则）的表达”。²⁶

尽管法院的判决认为习惯法集中体现在《日内瓦公约》的两项特殊条款之中（即，共同第一条和共同第二条），但是，上文的引述似乎也在假设习惯法性质体现于整个《日内瓦公约》之中，或者，至少体现于《日内瓦公约》的大多数条款之中。正如十年后科卢马（Koroma）法官所言：“通过援引国际法的人道原则，国际法院承认《公约》本身便体现了一种习惯法，并且具有普遍约束力。”²⁷

条约法与习惯法的融合证实了一点，习惯法并不仅限于一般的法律原则，与传统观念恰恰相反，它还可以如同条约的条文般的具体而规范。但是，国际法院的结论认为没有必要审查法律确信（*opinio juris*）以及与《日内瓦公约》习惯法性质相关的国

²¹ 见：“科孚海峡案（判决理由）”，同前第4注，第22页。

²² 英国在其提交给法院的诉状中反驳道：“自从缔结1907年《公约》后，各国在实践中便将其条款视为已被接受的一般国际法。甚至在1914年—1918年和1939年—1945年的战争中都曾严重违反《公约》的德国，也公开地表示将受《公约》条款的约束。两次战争中的同盟国自动要求受限于《公约》，并且自始至终遵守有关通知的条款。”见：《国际法院起诉书》（*ICJ Pleadings*），第一卷，第39页。

²³ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第112页，第215段。

²⁴ 其评论参见：T·梅隆《作为国际习惯法的日内瓦公约》，《美国国际法期刊》，第81卷，1987年，第348-370页；R·阿比·萨伯，《依据国际法院判决的人道法一般原则》，引前书，（注释3），第381-389页。

²⁵ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第113页，第218段。

²⁶ 同上。

²⁷ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，科洛马法官“反对意见”，同前第6注，第580页。

家实践，这一结论实质上具有宣示的意义。事实上，法院在主要以共同条款为基础作出“撤出条约”时便进行了反复的解释，它认为：“（撤出条约）决不应损及冲突方根据国内法原则所须履行的义务，因为这些义务不仅源于文明国家所确立的习惯法，亦源于人道的法律及公众良知的支配。”²⁸

法院以相同的论点进一步阐述说：共同第三条中所包含的基础规则“在法院看来，它反映了法院在1949年所呼吁的‘出于人道的基本考虑’。”²⁹

法院似乎认为，《日内瓦公约》的人道特征使它认为：对条约上的义务体现或成为习惯法义务这一过程作任何明确的解释，都没有必要。³⁰1996年7月8日发表的“使用及威胁使用核武器合法性咨询意见”的咨询意见，给了法院在事后重申了在此十年前形成的坚定立场的机会。在这个咨询意见中，国际法院首先回顾了以整个武装冲突法为基础的人道价值观的重要性：“毫无疑问，由于大量适用于武装冲突中的人道法规则对于尊重人类及‘出于人道的基本考虑’（如同法院在1949年4月9日“科孚海峡案”判决中所阐释的）如此重要，《海牙公约》和《日内瓦公约》才得以被广泛的认同。”³¹

国际法院认为其他一些国际组织的声明也明确了人道法的习惯法性质，它回顾道：“纽伦堡国际军事法庭曾于1945年阐明：与1907年《海牙第四公约》联系的规约所包含的人道法规则‘已为所有文明国家所承认，并被视为战争法规及战争习惯的宣言’。”³²

国际法院也提到联合国安理会于1993年通过的联合国秘书长提交的报告。安理会在通过这一报告的同时，还一致认可了《前南斯拉夫刑事法庭规约》。秘书长的报告作为法庭《规约》的法律根据，里面写道：“毫无疑问一部分传统国际人道法已经成为国际习惯法的一部分，并适用于武装冲突中，这体现于：1949年8月12日的《保护战争受害者日内瓦公约》、《关于陆战法规及惯例的海牙第四公约》及其1907年8月18日章程、1948年9月9日《防止和惩治种族灭绝罪公约》、1945年8月8日《国际军事法庭宪章》。”³³

国际法院以此为基础总结说：“人道法的广泛编纂、人道法条约被国家接受的广

²⁸ 引自：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第103页—第104页，第218段。

²⁹ 同上，第104页。

³⁰ 有关这一方面的批评，特别参见：A·达马托（A. D'Amato），《对国际习惯法的践踏》，《美国国际法期刊》，第81卷，1987，第101-105页；R·G·克拉克（R. G. Clark），《条约和习惯》，载于L·布瓦松·德·沙祖尔内 & P·桑斯（L. Boisson de Chazoune, & P. Sands）主编，《国际法，国际法院和核武器》，引前书，（注释7），第171-180页。

³¹ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，同前第6注，第257页，第79段。

³² 同上，第258页，第80段。

³³ 同上，第81段。

泛程度，以及法典化过程中既存的宣告条约无效的条款从未被运用的事实等，这些均为国际社会提供了一套大部分已被视为惯例、并反映着最为广泛认同的人道原则的条约规则。”³⁴

国际法院以毫不含糊的措辞认为，《海牙公约》和《日内瓦公约》中的绝大多数条款都是宣示性质的习惯法。尽管如此，国际法院在提及《第一附加议定书》时却有所保留：

“法院回顾说，就附加议定书规则而言，所有国家在适用那些仅仅是既存习惯法的表述的规则时，都应该受其约束，这类习惯法规则可以以“马尔顿条款”为例，它正是由《第一附加议定书》第一条里所重申的。”³⁵

国际法院因此认为：《第一议定书》只是法典化了的人道法中习惯法内容的一部分。³⁶尽管如此，那些当初在立法时并不构成习惯法编纂的《第一议定书》条款，也不会由于对《第一议定书》宣言性质的认定、而被视为习惯法规范。事实上，在著名的“北海大陆架案”（*North Sea Continental Shelf Cases*）中，法院便承认，包含于多边条约中的系列规则可以被视为“一种造法性条款，它或是构成规则的基础，亦或是孕育性的规则。这种规则尽管最初只是源于条约或契约，后来却逐步被纳入国际法范畴，现今则均被法律确信所认可，由此具有广泛的约束力，甚至对于那些并非是条约缔约国并未曾成为条约缔约国的国家也产生效力……即便没有经过足够合理的时间，只要那些利益受到特别影响的国家加入条约，条约的缔结也可称为具有广泛性和代表性。”³⁷

虽然国际法院认为没有必要考虑第一附加议定书中的习惯法问题，不过143个国家对议定书的批准、及各国对于其有效性的不断重申，都足以构成第一附加议定书向习惯法转化进程的明显标志。³⁸

³⁴ 同上，第 82 段。

³⁵ 同上，第 259 页，第 84 段。

³⁶ 尽管如此，科洛马法官在其“反对意见”中认为：“《第一附加议定书》（……）基于其先的《日内瓦公约》和《海牙公约》，构成了对习惯法规则的重述和重申。迄今为止，已有 143 个国家成为《第一附加议定书》的缔约国，而且《第一附加议定书》条款的习惯法效力，也不再仅仅以《第一附加议定书》本身正式约文为基础。”参见：同上，第 580 页。

³⁷ 见：“北海大陆架案”（联邦德国共和国诉丹麦/荷兰），1969年《国际法院报告》，第41页—第42页，第71段—第73段。

³⁸ 关于此问题，参见：A·卡塞斯，《关于武装冲突的人道法得日内瓦公约1997年附加议定书和国际习惯法》，*UCLA 太平洋盆地法律评论*，1984年，第 57-118页；D·W·格雷格（D. W. Greig），《国际人道法的根本原则》，《澳大利亚国际法年刊》，第 9卷，1985年，第 46-85页；G·H·阿尔德里奇，《战争法的进步：对1977年第一附加议定书批评的回答》，《弗吉尼亚国际法期刊》，第27卷，1986年，第 693-720页；C·格林伍德，《1997年附加议定书的习惯法地位》，载于A·J·M·德里森&G·J·探亚主编《武装冲突的人道法：面临得障碍，福里茨·卡尔斯霍芬文选》，引前书(注释11)，第 93-114页；G·阿比·萨布，《1977年附加议定书和一般国际法》，出处同上，第 115-

强行法和人道法原则

由于强行法概念在传统上与国际公共秩序紧密相系，所以这一概念假定了国际社会中存在着国家不可贬损的基本规则。³⁹关于强行法的定义，它第一次是出现在1969年《维也纳条约法公约》第五十三条中。按照这条规定：“所谓普遍国际法的强制性规范，是指由各国作为一个整体构成的国际社会所接受并认同的规范，并且这一规范不允许任何的贬损，只有当普遍意义上的国际法产生了与之具有相同特点的后继规范时，才能对之进行修改。”⁴⁰

国际法院曾提出强行法问题以及与之相关概念，如“对一切人的义务”（*obligations erga omnes*），而这些问题往往是在与人道法紧密联系的背景下提出的，例如基本人权⁴¹、禁止威胁和禁止使用武力⁴²、民族自决权⁴³等。法院在宣布种族灭绝为违法行为时，首次提及“对一切人义务”的观点。在1951年5月28日“《防止及惩治种族灭绝罪公约》保留咨询意见”中，法院强调了该公约的特殊性质，从而将设立种族灭绝罪确立为属于对一切人义务：“《防止及惩治种族灭绝罪公约》之订立显然出于纯粹人道及文明之目的。事实上，很难设想一份公约能同时兼具如此的双重特性，因为它一方面需要致力于保护特定人类群体的生存，另一方面旨在确立并认可道德之最基本的原则。在这样一份公约中，缔约国没有任何私利；对他们而言，只有一个唯一的共同利益，即达成上述作为公约立法意图的崇高目标。故此，对于这类公约，不可

126页；L. R. 潘纳（L. R. Penna），《国际习惯法和第一附加议定书：对某些条款之分析》，载于C. 斯文纳尔斯基主编，《让·皮克泰国际人道法以及红十字国际委员会原则研究成果及文选》，引前书，（注释8），第201-225页。
³⁹ 参见经典著作：A. 维尔杜罗斯（A. Verdross），“国际法里的任意法与强行法”，《美国国际法期刊》，第60卷，1966年，第55-63页；维拉里（M. Virally），“关于强行法的研究”，*AFDI*, Vol. XII, 1966, 第5-29页；E. 苏伊（E. Suy），《国际公法之强行法概念》，《拉贡尼斯国际法会议》，日内瓦，1967年，第17-77页；K. 玛雷克（K. Marek），“强行法的研究对国际法的贡献”，载于《国际法的研究：纪念保罗·古根海姆（Paul Guggenheim）》，国际关系研究院，日内瓦，1968年，第426-459页；A. 戈梅兹·罗波勒多（A. Gomez Robledo），“国际强行法：它的特点，它的性质，及它的作用”，*RCADI*, 1981, III, 第9-217页；L. 阿雷克谢兹《现代国际法上强行法的法律特征》，同上，第223-268页；G. 盖亚（G. Gaja）《超越维也纳公约的强行法》，第271-316页；也可参见R. St. J. 麦克唐纳德（R. St. J. McDonald），《现代国际法上的基本规范》，《加拿大国际法年刊》，第25卷，1987年，第115-149页；G. A. 克里斯滕森（G. A. Christenson），《强行法：守护国际社会的基本利益》，《弗吉尼亚国际法期刊》，第28卷，1988年，第585-628页；G. M. 达尼连科，《国际强行法：关于造法的问题》，《欧洲国际法期刊》，第2卷卷，1991年，第42-65页；C. 安纳克斯（C. Annackes），《国际法上的对世义务的法律机制》，《奥地利国际公法期刊》，第46卷，1994年，第131-166页。

⁴⁰ 另见1986年《国家与国际组织间或国际组织间维也纳条约法公约》第53条。

⁴¹ 见：“巴塞罗那牵引公司案”，1970年《国际法院报告》，第32页，第33段。

⁴² 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第102页，第190段。

⁴³ 见：“东帝汶案”（*Case concerning East Timor*）（葡萄牙诉澳大利亚），1995年《国际法院报告》，第102页，第29段。

能谈及对个别国家有利或不利的地方，抑或谈及在权利与义务间保持理想的契约方面平衡。上述崇高理想赋予了《公约》以生命力，亦根据缔约国的共同意志为《公约》条文提供了基础及标准。”⁴⁴

随后，在1970年2月5日的“巴塞罗电力机车公司案”判决中，国际法院特别确认了设立种族灭绝罪是一项具有如此性质的义务，并且澄清了“对一切人义务”的普遍概念。法院认为：“对国家相对整个国际社会所负有的义务、与国家相对他国所承担的义务这两相互之间，必须作出本质的区分。就其性质而言，前一种义务是所有国家共同担负的义务。考虑到所涉权利的重要性，可以认为所有国家对于这些权利的保护都具有法律上的利益；他们是对一切人的义务。在现代国际法中，举例而言，上述义务体现于将侵略与种族灭绝行为宣布为违法，也是关注个人基本权利的原则和规定的要求，其中包括禁止奴隶及种族歧视的行为。”⁴⁵

在1996年7月11日“《防止及惩治种族灭绝罪公约》适用案”（初步反对意见）中，国际法院重述了其在“《防止及惩治种族灭绝罪公约》保留案”中的意见：“种族灭绝作为‘一项国际法罪行’，是对整个人类社会既存权利的否认，它震撼人类良知并使人类蒙受巨大损失，同时与道德法则及联合国的精神与宗旨相悖……《公约》的制订恰好体现了联合国谴责及惩罚此项罪行的目的。这一观念带来的第一个结果便是：《公约》蕴涵的原则被所有文明国家均认可为约束自身的原则，即便是在没有任何条约义务的情况下。第二个结果，则是具有了对种族灭绝罪的谴责与‘为拯救人类于水深火热’（《公约》前言）所必需的合作的普遍的特点。”⁴⁶

正如1951年5月28日的判决所言，国际法院从《公约》的目标与宗旨得出了如下结论：“《公约》所尊崇的权利与义务，是对‘对一切人’的权利与义务。”⁴⁷

有两个原因使法院后面的判决尤其引人入胜。第一，法院认为，1948年订立的《防止及惩治种族灭绝罪公约》，已非常明确地将种族灭绝行为定为不法行为的义务，构成了对一切人的义务；第二，它承认，不仅将种族灭绝为不法行为已经构成是对一切人义务，而且整个种族灭绝罪，特别是包括对已经从事、煽动或意图从事种族灭绝的当事人要承担“或起诉或引渡”的义务，也都具有“对一切人义务”的地位。

⁴⁴ 见：“《预防及惩治种族灭绝罪公约》保留案”，《咨询意见》，1951年《国际法院报告》，第23页。

⁴⁵ 见：“巴塞罗那牵引案”，“光与能有限公司案”（比利时诉西班牙），同前第41注，第32页，第33段。

⁴⁶ 见：“《预防及惩治种族灭绝罪公约》适用案”，同前第10注，第616页，第31段。

⁴⁷ 同上。

然而，当谈到关于敌对行为中适用规则的法律特点、以及保护武装冲突中受害者问题时，国际法院的态度就相对要模糊得多。在“使用及威胁使用核武器合法性的咨询意见”中，国际法院表示：法院并没有必要判断这些规则是否属于强行法。它认为，联合国大会的诉求提出的是人道法对于使用核武器问题是否适用的问题，而不是这些规则的法律特点的问题。⁴⁸正因为如此，国际法院遗憾地失去了一个在国际人道法领域明晰强行法地位的机会。⁴⁹然而，国际法院认识到：“（人道法的）基本规则必将被所有国家所遵守，无论其是否批准了与之有关的条约，因为这些规则构成了国际习惯法不可悖离的原则。”⁵⁰

这最后的表述并不属于现存的法律词汇范围内的表述，在国际法上以前也不为人所知。正如孔多雷利（Condorelli）教授所正确认识的，“法院不可能纯粹指出（……）这些都是不容逾越的原则。事实上，法律规则对于所有人设置义务，是毋庸置疑的！”⁵¹但如此严肃的措辞恰恰从反面显示出：国际法院确实想强调国际人道法在国际法律规则和秩序中的重要性，以及人道法规则相比较其他普通国际习惯法而言所具有的特殊性。因此，可以以两种不同的方式来理解“不可逾越的原则”这一令人费解的表述。一方面，国际法院可能在暗示：人道法的基本原则构成了初步的强行法，即属于正在形成过程中的强行法律，但还没有明显地等同于强行法。而在另一方面，可以理解为，通过强调人道法基本原则的不可逾越的特性，法院只是含蓄地承认了这些原则的强行性特点，而避免明确地承认，因为它处理的是这些原则对于案件的适用性问题，这是一个有限的问题。根据相同的论证思路，一些法官更进一步明确地承认了国际人道法的原则和规范确实具有强行法特征。贝加韦（Bedjaoui）院长在其“单独意见”中认为，大多数人道法规则须被视为国际法的强行性规则。⁵²维拉曼特里法官则在其“反对意见”中更直截了当地表示：“战争方面的人道法规则已明显具有强行法地位，因为它们是具有人道特点的基本规则，致力于保护人类的基本考虑，除非否定这些基本需要，否则对这些规则便不能进行任何贬损，上述规则的强行性也便产生于

⁴⁸ 见：“威胁及使用核武器的合法性案”，同前第6注，第258页，第83段。

⁴⁹ 见：J. 维尔克斯曼（J. Werksman），R. 卡拉斯奇（R. Khalastchi），《核武器与强行法：强制适用规范和强行取得的正义》，载于L. 布瓦松，P. 桑斯主编，《国际法，国际法院和核武器》，引前书（注释7），第181-198页。

⁵⁰ 见：“威胁及使用核武器的合法性案”，同前第6注，第257页，第79段（附加重点）。

⁵¹ 见：L. 康多雷利，《核武器，国际法院面临的严重问题》，《红十字国际评论》，第319期，1997年，第14页。

⁵² “我一点也不怀疑：国际人道法中的大部分规则，其中又最主要是禁止使用无区别效果的武器和禁止使用能引起不必要痛苦的作战方法这两个原则，已是强行法规则。法院在目前的案子里提到了这个问题，但由于联合国大会没有要求它就适用核武器的人道法的性质问题要求它发表意见，因此，国际法院也就没有在这方面提出意见。但法院仍认为这些规则属于‘国际习惯法的一部分’”。 “威胁及使用核武器的合法性案”，同前第6注，第273页，第21段。

此。”⁵³

科卢马法官也同样指出：“早在1980年，国际法委员会就认为‘人道法的一些规则，在国际法委员会看来，是属于具有强行法义务的规则’。”⁵⁴

国际法院提出了人道法基本性质的问题，却并未明确国际法这一体系与一般国际法强行性规范潜在特征之间的现有联系，这的确令人遗憾。然而，国际法院在这一点上所持有的最终立场不管有多么模糊，它在论证人道法基本规则属于强行法规范方面，还是作出了相当的贡献。

国际人道法的基本原则

国际法院的一个主要贡献就在于它指明出、明确并细化了国际人道法的基本原则。它的判例尽管稀疏支离，但仍使得人道法的基本原则被认可——这些原则有时被国际法院称为“人道法的基本一般原则”⁵⁵，有时则为“构成人道法体系……的主要原则”⁵⁶。这些原则又可以被重组为三个不同的范畴，即：有关敌对行动的基本原则、有关战俘待遇的基本原则、以及有关执行国际人道法的基本原则。

有关敌对行为的基本原则

在“使用及威胁使用核武器合法性的咨询意见”中，有关敌对行动的基本原则被定义为：在平民与战斗员之间必须适用“区分原则”；禁止使用引起过分伤害及不必要痛苦的武器；包含于“马尔顿条款”中的人道原则。

⁵³ 同上，第496页。他注意到，罗伯特·阿戈（Roberto Ago）法官在其1971年海牙国际法学会的课程中认为强行法规则包括：“确保和平的基本规则，尤其是那些禁止诉诸武力或以武力相威胁的规则；人道主义性质的基本规则（禁止种族灭绝、奴役和种族歧视，保护和平与战争期间的个人基本权利）”。

⁵⁴ 同上，第574页。这一解释同样得到大多数法律观点的认同。另外参见已引参考文献：G·阿比·萨伯，《国际人道法的特征》，载于C·斯文纳尔斯基主编，《让·皮克特国际人道法以及红十字国际委员会原则研究成果及文选》，引前书（注释8），第265-280页；L·汉尼凯能（L. Hannikainen），《国际法上的强制性规范（强行法）》，拉基米耶斯里顿·库斯塔努斯（Lakimiesliiton Kustannus），芬兰律师出版公司，赫尔辛基，1988年；J·卡斯托（J. Kasto），《国际强行法和国际人道法》，《国际法系列》，第2卷 伦敦，1994年。

⁵⁵ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第113页，第218段。

⁵⁶ 见：“使用及威胁使用核武器合法性案”，同前第6注，第257页，第78段。

•适用于平民与战斗员之间的区分原则

法院在其1996年的“咨询意见”中，将适用于平民与战斗员间的区分原则界定为“构成人道法体系……的主要原则”之首。根据国际法院的意见，这一原则“旨在保护平民及民用目标，并在战斗员与非战斗员之间作出区分；参战方决不能将平民作为攻击目标，也因此禁止使用不能够对民用与军事目标作出区分的武器”。⁵⁷

由此，法院重申了这项已由国际判例法充分肯定了的的原则。⁵⁸就在国际法院发表上述咨询意见之前的几个月，前南斯拉夫国际刑事法庭的第一审判庭总结道：“平民，无论是群体抑或个人，都不能成为攻击目标，这一原则是适用于所有武装冲突的国际人道法的基本原则。”⁵⁹

适用于平民与战斗员间的“区分原则”，是所有人道法规则的基石。⁶⁰此项基本原则源于堪称国际人道法绝对基础的公理，即：在武装冲突时期只有削弱敌方军事实力的作战手段才是可接受的。阐述“区分原则”的第一个多边性质的法律文件是订立于1868年11月29日/12月11日的《圣彼得堡宣言》。此后，它通过多种形式、在相当多的法律文件中得到了重申。⁶¹但是直到1977年，随着日内瓦公约两个附加议定书的制定，这一习惯法原则才在普遍性的层面上具有正式且清晰的表述。《第一议定书》第四十八条，即“基本规则”里规定：“为了保证对平民居民和民用目标的尊重和保护，冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在民用目标和军事目标之间加以区别，因此，冲突一方的军事行动仅应以军事目标为对象。”

因此，根据《第一附加议定书》第五十七条第一款：“在进行军事行动时，应经常注意不损害平民居民、平民和民用目标。”

尤其禁止故意地直接攻击民用目标⁶²，禁止以在平民居民中以散布恐怖为主要目

⁵⁷ 同上。

⁵⁸ 早在1927年，希腊、德国混合法庭（Greco-German Mixed tribunal）便在“科恩查（Coenca）兄弟诉德国案”中认为：“作战方应尽可能地尊重平民及平民的财产，这是国际法中一个普遍的规则。”；混合法庭判决汇编，第7卷，第683页；另见：希腊、德国混合法庭，*基里多卢诉德国*（*Kiriadolou v. Germany*），1930年5月10日，同上，第10卷，第100页，东京法庭，“下田”案（*Shimoda case*），7 December 1963, *ILR*, 32, 第629-632页。

⁵⁹ 前南斯拉夫国际刑事法庭，案件号：IT-95-11-R61，1996年3月8日，“检察官诉马蒂奇（Martić）案”，第10段。

⁶⁰ 特别参见：F·卡尔斯霍芬（F. Kalshoven），《战争行为的法律：晚近历史之和发展趋势之简述》，A·W·斯基托夫出版社/亨利·杜南研究院，莱顿/日内瓦，1973年；E·罗森布拉德（E. Rosenblad），《关于武装冲突之国际人道法：区分原则和相关问题的某些方面》，亨利·杜南研究院，日内瓦，1979年；R·R·巴克斯特，《战斗员的义务和敌对行动（海牙法体系）》，载于《人道法的国际层面》，引前书（注释12），第93-133页。

⁶¹ 参见维拉曼特里法官在其“反对意见”中引用的例证：1907年《海牙第四公约附件》中的《尊重陆战法律与习惯法之规则》（第二十五条）、1907年《有关战时海军轰击的海牙第九公约》（第一条）、1923年《海牙空战规则》（第二十二和第二十四条）、1928年9月30日国家联盟大会决议、1968年12月19日联合国大会2444号（XXIII）决议和1970年12月9日联合国大会2675号（XXV）决议。

⁶² 见：《第一议定书》第五十二条至第五十六条和《第二议定书》第十三条第二款。

的⁶³或以报复为目的⁶⁴的攻击，并禁止不分皂白的攻击⁶⁵。第一附加议定书旨在对所有战争形式下的“不分皂白的攻击”给予一个全面的界定。第五十一条第四款描述并禁止了三种类型的不加选择的攻击：

“(1) 不以特定军事目标为对象的攻击；

(2) 使用不能以特定军事目标为对象的作战方法或手段；或

(3) 使用其效果不能按照本议定书的要求加以限制的作战方法或手段；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。”

议定书进一步列举了两个特殊的例子：

“(1) 使用任何将平民或民用目标集中的城镇、乡村或其他地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击；和

(2) 可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击。”

所以，决不能轻易地将区分战斗员与非战斗员的基本原则与其实践中的固有规则相分离，这是非常清楚的。上文所援引的国际法院法官的论点，也采用了这一原则。国际法院的法官在介绍了区分原则后，就通过禁止对平民实施攻击和禁止使用不加选择的武器这两项要求，细化了区分原则的内容。乍看来，这一司法确认是不证自明的，因为出于实践的目的，使用可导致不分皂白攻击效果的武器，必须等同于故意使用武器攻击平民。⁶⁶但是，从法律规范的观点来看，正如路易丝·多斯瓦尔德-贝克（Louise Doswald-Beck）所指出的，⁶⁷决不能忽视使用可导致不分皂白攻击效果的武器和故意攻击平民之间的相等关系。《第一附加议定书》是已包括了上述禁令的唯一条约性表述的法律文件，现通过确认禁止使用不加选择的武器是习惯法上区分原则的一部分，使它成为明晰而广泛认同的法律规范。⁶⁸而且，法院的解释尽管没有明确提到、但也暗示出，《第二附加议定书》中关于禁止故意对平民实施攻击的规定也自动地表明，在非国际性武装冲突中必须禁止使用可导致不分皂白攻击效果的武器。

⁶³ 见：《第一议定书》第五十一条第二款和《第二议定书》第十三条第二款。

⁶⁴ 见：《第一议定书》第五十一条第六款、第五十二条第一款、第五十三条第三款、第五十四条第四款、第五十五条第二款和第五十六条第四款。

⁶⁵ 见：《第一议定书》第五十一条第四款和第五款。

⁶⁶ 见：A·卡塞斯，《作战方法：传统和新的法律规范》，载于A·卡塞斯主编《关于武装冲突之新人道法》，科技出版社，那不勒斯，1979年，第164页。

⁶⁷ 见：L·多斯瓦尔德-贝克，《国际人道法和国际法院关于使用和威胁使用核武器之咨询意见》，《红十字国际评论》，第316期，1997年，第37页。

⁶⁸ 见：A·卡塞斯，《禁止不分皂白之作战方法》，载于R·J·阿科尔曼（R. J. Akkermann）（主编），《关于原则的宣言：要求普遍的和平》，*Liber Amicorum Discipulorumque Prof. Dr. Bert V.A. Roling* 莱顿，1977年，第171-194页；H·布里克斯（H. Blix），《区域轰炸：规则和理由》，《英国国际法年刊》，第49卷，1978年，第31-69页。

•禁止使用引起过分伤害及不必要痛苦的武器⁶⁹

对法院而言，这一禁止性的规定是有关敌对行动的“构成人道法体系……的主要原则”的第二项原则：“根据第二项原则，禁止引起战斗员不必要的痛苦，因此禁止使用引起如此伤害及不必要加重其痛苦的武器。适用上述的第二项原则，武装冲突中的作战方没有无限选择其使用武器的自由。”⁷⁰

它与前面一项原则类似，也是对国际习惯法古老原则的重申，1868年《圣彼得堡宣言》和1899年及1907年《海牙规则》⁷¹的序言将这一原则编纂后，《第一附加议定书》又对它进行了重述⁷²。尽管这项国际人道法基本原则的存在得到了广泛的认同，但是其应用也带来了一个难题，即：关于如何来确定和区分“必要”与“不必要”痛苦的标准问题。⁷³对此，法院提出了一种实用的方法。它将“对战斗员引起的不必要痛苦”定义为“这种痛苦大于夺取合法军事目标所不可避免的痛苦”。⁷⁴由此，评定一种武器或使用这种武器的合法性，就将取决于它所造成的伤害或痛苦程度与军事需要程度间的平衡，这项判断要以个案的特定环境为基础。沙哈布丁（Shahabuddeen）法官认为：“如果痛苦在本质上超过了与期待获取的军事利益相当的程度，那么便是过分或不必要的痛苦。排除运用一种机制化或是绝对化的考察：在实际造成的痛苦程度和期待的军事利益之间必须形成一种平衡。军事利益越重大，忍受更高程度痛苦的意愿也就会越强烈。”⁷⁵

运用这项原则，自然就要求在法院在一般框架下对个案、结合特定形势下的具体环境来考量。从理论上讲，要超出于禁止使用引起不必要痛苦或是多余伤害的武器的相关的一般标准，绝非一件容易的事。

•“马尔顿条款”

“马尔顿条款”，得名于出席于1899年海牙和会的一位俄国代表，是国际人道法

⁶⁹ 见：M·奥贝尔（M. Aubert），《红十字国际委员会和关于引起过度伤害或进行不分皂白攻击武器之问题》，《红十字国际评论》第279期，1990年，第477-497页；H·梅耶洛维茨，《造成过度伤害和不必要伤害之原则：从1868年〈圣彼得堡宣言〉到〈1977年第一附加议定书〉》，《红十字国际评论》，第299期，1994年，第198-122页。

⁷⁰ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，同前第6注，第257页，第78段。

⁷¹ 见：1899年和1907年《海牙规则》第二十三条第五款。

⁷² 见：《第一附加议定书》第三十五条第二款：“禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射性射体和物质及作战方法。”

⁷³ 特别参见：H·布里克斯，《作战方式方法》，载于《人道法的国际层面》，引前书(注释12)，第138-140页。

⁷⁴ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，同前第6注，第257页，第78段。

⁷⁵ 同上，第402页。另见：纪尧姆（Guillaume）法官“反对意见”，同上，第289页；希金斯（Higgins）法官“反对意见”，同上，第586页—第587页。

最具神秘色彩、并令人费解的规定之一。⁷⁶国际法院解释道：“‘马尔顿条款’首次出现于《1899年关于陆战法规及习惯的海牙第二公约》中，它被证明是一项针对军事技术迅速发展的情况而制订出的一条非常有用的规则。1977年《第一附加议定书》的第一条第二款是这一条款作为现代版本的表述：在本《议定书》或其他国际协定所未包括的情形下，平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”⁷⁷

国际法院在其“咨询意见”中，确认了“马尔顿条款”为习惯法规则，因此具有规范性地位、即便是在缺乏特定的规则它也可以用来规范国家行为。让·皮克泰（Jean Pictet）认为，这项条款中蕴涵的基本规则“正如一个活着的生物骨架，它为不能预见的案件提供指导并构成一个全面的总结，它简明易懂；就传播【国际人道法】宗旨而言，它是不可或缺的。”⁷⁸然而，对“马尔顿条款”原则并不存在一个普遍认可的解释，对其确切的含义也极具争议。事实上，可以从两个不同的角度理解这一条款。其一，在不能适用条约法规定时，马尔顿条款关注的是习惯法持续的相关性，该条款提到的“人道原则”和“公众良心”便成为赘述，此时马尔顿条款所提供的就只是战争习惯法的伦理基础；其二，据称，条款涉及的“国际法原则”源于三个不同、且具有自发性的渊源，即“既定习惯”、“人道原则”及“公众良心”。本身也可以争论的是还有，“马尔顿条款”足以使人们的视角超越条约法与习惯法的界限，它将“人道原则”和“公众良心”视为独立且具有法律拘束力的准绳。

遗憾的是，国际法院并未解决这一问题。不过，沙哈布丹法官在其“反对意见”中，作出了支持第二种理解的全面分析，他认为：“‘马尔顿条款’为将人道原则及公众良心视为国际法原则提供了依据，使这些国际法原则所蕴涵标准的具体内容得以根据条件的变化而变化，这其中的条件变化包括手段和方法的变化、及国际社会的看法和容忍程度的改变。⁷⁹（……）而如果认为‘马尔顿条款’仅是旨在提醒国家在国际习惯法各自独立存在的规则下的义务，这实在难以令人认同。（……）现存的一些国际法原则仍致力于以其目前的作用通过‘人道原则和……公众良心’规范军事行为，

⁷⁶ 关于此条款，参见：S. 宫崎（S. Miyazaki），《国际人道法上的马尔顿条款》，载 C·斯文纳斯基主编，《让·皮克特国际人道法以及红十字国际委员会原则研究成果及文选》引前书(注释8)，第433-444页；R·泰斯赫尔斯特（R. Ticehurst），《马尔顿条款和武装冲突法》，《红十字国际评论》第824期，1997年，第125-134页。

⁷⁷ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，同前第6注，第257页，第78段。

⁷⁸ 见：让·皮克特，《国际人道法的发展及其原则》，马蒂努斯奈霍夫出版社，多德瑞特（Dordrecht），亨利·杜南研究院，日内瓦，1985年，第59页。

⁷⁹ 见：“使用及威胁使用核武器的合法性案”，沙哈布丹法官“反对意见”，同前第6注，第406页。

而条款的基本功能即在于排除对这些原则的挑战。”⁸⁰

他引用了位于纽伦堡的美国军事法庭在1948年“克鲁泊案”（“Krupp case”）中的判决，该判决认为：“‘马尔顿条款’远远不只是一份尽责的宣言。它是一项普遍性条款，假使公约的具体规则不足以涵盖发生于、或是伴随于战事的具体案件，它便在文明国家间建立一种习惯性做法，使得人道法及公众良心成为法律准则、并实际运用。”⁸¹

沙哈布丹法官指出，国际法院曾将“出于人道的基本考虑”作为“科孚海峡案”判决的基础；由此暗示性地认为“那些考虑可以自发地产生法律效力”⁸²。换言之，“马尔顿条款”是“出于人道的基本考虑”在武装冲突情境下的具体规定。他总结道，就核武器而言，其固有的危险性意味着在所有情况下都要禁止其使用。⁸³不过，我们知道，国际法院并不同意上述的解释。⁸⁴尽管有关“马尔顿条款”法律意义上的争论仍在持续，然而“咨询意见”的意义恰恰在于强调了这一既重要、又常被人忽视的国际人道法规则，并且提供了研究武装冲突法多方位的方法。

有关战俘待遇的基本原则

有关落入敌方控制之下的人的待遇的基本规则，被规定于《日内瓦四公约》的共同第三条里，这一条款本身传统上被小公约。这项规则规定了人道的最低标准，并在国际法院在1986年7月27日“尼加拉瓜军事及准军事行动案”的判决中，被称之为“人道法的一般基本原则”其中之一。⁸⁵共同第三条规定如下：

“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合，冲突之各方最低限度应

⁸⁰ 同上，第 408 页。

⁸¹ 同上。

⁸² 同上，第 407 页。

⁸³ 同上，第 411 页。

⁸⁴ 法院通过七票对七票的投票结果，最后以主席的投票作出了决定，其意见认为：“使用及威胁使用核武器将与武装冲突中适用的国际法相冲突，尤其与人道法原则和规则相抵触。尽管如此，根据国际法的一般观点，以及由其支配的事实要素，法院不能绝对地总结出使用及威胁使用核武器是否合法，尤其在一国危在旦夕发起自卫的特殊状况下。”通过这样的判决，法院似乎模糊了传统的诉诸战争与战争法之间的界限。就法院的批评性评论而言，特别参见：E. 大卫 (E. David)，“国际法院1996年7月8日意见中核武器问题”，in L. Boisson de Chazournes. & P. Sands (eds)，《国际法：国际法院和核武器》，引前书（注释7），第 209-227页；L·孔多雷利，“国际人道法及国际法院在这对它不太熟悉问题上的判决”，同上，第 228-246页；C·格林伍德，《使用核武器合法性咨询意见中得反对战争之法和战争中之法》同上，第247-266页；R·慕勒尔森，《对联合国咨询意见中反对战争之法和战争中之法的评论》同上，第267-274页；J·加尔达姆(J. Gardam)，《反对战争之法和战争中之法中得危难和成比例性》同上，第275-292页。关于在法律方面如何来理解所谓的国家生死存亡的概念，请参见：M. G. 科亨 (M. G. Kohen)，“国际法上‘国家的生死存亡’问题”，同上，第 293-314页。

⁸⁵ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第 5 注，第 113 页—第 114 页，第 218 段。

遵守下列规定：

(1) 不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留或其他原因而失去战斗力之人员在內，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。

因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：

- (a) 对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；
- (b) 作为人质；
- (c) 损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；
- (d) 未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑。

(2) 伤者、病者应予搜集与照顾(……)。”

在1977年第二附加议定书制订以前，共同第三条始终是适用于国内性武装冲突唯一的条约法规则。⁸⁶但是，国际法院并不认为：公约的约文可以严格地等同于公约予以特殊规定的习惯法规则。共同第三条所表述的人道法普遍原则，超越了日内瓦公约作为条约本身适用范围的限制，所以，共同第三条适用于所有的武装冲突，不管它是属于国内性还是国际性的武装冲突。法院以简明的措辞解释道：

“毋庸置疑，在国际性的武装冲突中，除了那些适用于国际性武装冲突更详细的规则之外，这些规则也构成一项最低要求的法律准绳；而且，法院认为这些规则也反映了法院于1949年所提及的‘出于人道的基本考虑’。”⁸⁷

它肯定了1952年红十字国际委员会出版的《日内瓦公约评论》中的评论，即：

“(共同第三条)只是要求尊重一定的规则，早在《公约》缔结前，所有文明国家就已认识到这些规则的重要性，并且在所涉国家的国内法中制定了这样的规则。(……)这一规定的价值不仅限于第三条本身所应该适用的范围之内。由于共同第三条规定了在任何武装冲突中必须予以适用的最低标准，所以，对于适用日内瓦公约所有规则的国

⁸⁶ 见：J·E·邦德 (J. E. Bond)，《国内武装冲突和日内瓦公约共同第三条》，《丹佛法律期刊》第48卷，1971年，第263-285页；H·T·陶本费德 (H. T. Taubenfeld)，《战争法在内战中的适用性》，载于J·N·莫尔 (J. N. Moore) 主编，《现代世界中得法律和内战》，约翰·巴尔的摩/伦敦，1974年，第518-536页；R·R·巴克斯特尔，《国内武装冲突中的战争中之法》同上，第499-517页；C·利萨特 (C. Lysaght)，《第二附加议定书适用范围及其与日内瓦公约共同第三条和其他人权法文件的关系》，《美国大学法律评论》，第33(1)卷，1983年，第9-27页；S·S·久诺德，《第二附加议定书：历史和适用范围》，同上，第9-40页；R·阿比·萨伯，“人道法成国内武装冲突：国际规则的根源”，贝多尼/亨利杜南研究院，巴黎/日内瓦，1986年；G·阿比·萨伯《非国际性武装冲突》，载于《人道法的国际层面》，引前书（注释12），第217-239页。

⁸⁷ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第114页，第218段。

际性武装冲突而言，共同第三条的规定必须予以尊重。”⁸⁸

正如国际法院所指出，共同第三条并不与其他具体适用于国际性武装冲突的国际法规则相抵触，因此，它构成交战方在任何条件下都不可背离的共同人道基础。法院的意见表明，国内武装冲突法与国际武装冲突法之间的联系日益密切，⁸⁹这已成为一个更为普遍的趋势，而且这一趋势越来越不仅仅局限性地反映在共同第三条包括的基本规则里边。⁹⁰必须将目前通过性质所确立的所有人道法基本原则，适用于所有类型的武装冲突。用国际法院在“核武器案意见”中自己的话来说，即是：“本案中法律原则所固有的人道特性（……）应贯穿全部武装冲突法，并适用于所有形式的战争及所有类型的武器，无论是过去、现在抑或未来的战争和武器。”⁹¹

关于国际人道法实施的基本原则

国际法院的判例催生了支配国际人道法的三项基本原则，即：尊重并保证人道法被尊重的义务、人道援助及禁止种族灭绝。

• 尊重并保证国际人道法被尊重的义务

《日内瓦公约》和《第一附加议定书》的共同第一条都规定了尊重并保证国际人道法被尊重的义务，即：“缔约各方承诺，在一切情况下，尊重本《公约》（和《议定书》）并保证其被尊重。”⁹²

这些规定注重国际人道法法律文件的特殊性质。他们不是基于相互作用关系而生

⁸⁸ 见：让·皮克特主编，《〈改善战地伤、病者境遇之日内瓦公约〉评论》，红十字国际委员会，日内瓦，1952年，第50页、第52页。

⁸⁹ 见：R·阿比·萨伯，《人道法和国内武装冲突：法律重点的演变》，载于A·J·M·德里森 & G·J·探亚（主编），《武装冲突的人道法：面临得障碍，福里茨·卡尔绍文文选》引前书（注释11），第223页。

⁹⁰ 参见：例如，敌对行为问题适用的规则方面：前南国际刑事法庭，案件号IT-94-IAR72，1995年10月2日，检察官诉塔第奇，第126-127段。关于对本案的评论，参见C·格林伍德《国际人道法和塔第奇案》，欧洲国际法期刊，第7卷，1996年，第2期，第265-283页。关于对这一点国际法发展大趋势的评论，参见F·卡尔绍文《非国际性武装冲突中国际法的可适用性》，载于：A·卡塞斯（A·Cassese）（主编），《国际法热点问题：联合国武装冲突法文选》，多特·A·吉奥福雷，米兰，1975年，第267-285页；K·奥布拉多维奇（K·Obradovic），“关于非国际性武装冲突作战方法方面的国际人道法规则”，《国际研究院人道法年刊》，1989-1990年，第95-115页；R·S·梅伦（R·S·Myren），《将关于战争的国际法适用于非国际性武装冲突：过去得尝试和将来的策略》，《荷兰国际法评论》，1990年，第347-371；M·N·肖，《国际法》，第四版，格老休斯出版物系列，剑桥，1996年，第815-818页。

⁹¹ 见：“使用及威胁使用核武器案”，同前注6，第259页，第86段。

⁹² 有关此规定的评论，参见：L·康多雷利：“关于国家‘在任何情况下’‘遵守及必须使得遵守’国际人道法的几点意见”，载于：C·斯文纳尔斯基主编《让·皮克特国际人道法以及红十字国际委员会原则研究成果及文选》，引前书，（注释8），第17-35；F·卡尔绍文《在任何情况下承诺尊重并保证尊重：从微小的种子到成熟的果实》，《国际人道法年刊》第2卷，1999年，第3-61页。

效的承诺。那些相互作用的条款，只有在其他缔约国遵守义务的情况下、才对每一缔约国具有约束力。国际人道法规范的绝对属性，决定了这些规范是相对于整个国际社会要承担的义务。由此，国际社会的每一成员都有权要求这些规则被尊重。国际法院认为，共同第一条并非缺乏实在法律意义、而仅仅在体例上有意义的条款，相反，它深深根基于习惯法这中，并使得每个国家，无论其是否批准相关条约，均有承担义务。国际法院在其1986年7月27日“尼加拉瓜军事及准军事行动案”的判决中认为：

“根据日内瓦公约第一条，美国政府有义务‘在一切情况下’‘尊重’而且‘保证’公约‘被尊重’，这是因为此项义务并不仅仅源于公约本身，更是源自人道法的一般性原则，公约对此仅仅予以一个特定的表述而已。”⁹³

国际法院总结道：“因此，美国有义务不鼓励个人或是集体参与尼加拉瓜的武装冲突，否则即构成破坏四个《日内瓦公约》共同第三条的行为。”⁹⁴

由于美国向尼加拉瓜反政府武装部队散发军事作战手册，以鼓励这些反政府武装部队采取与国际人道法一般原则相悖的行为，因此明显违反了尊重并保证国际人道法被尊重的习惯义务。⁹⁵这是对共同第一条所规定义务明显的违反。然而，尊重并保证国际人道法被尊重的义务，远远超出这一不鼓励违反人道法的消极责任。正如洛朗斯·布瓦松·德·沙祖尔内（Laurence Boisson de Chazournes）教授和路易吉·孔多雷里（Luigi Conderelli）教授指出的那样，“尊重并保证国际人道法被尊重的义务是双重义务。它要求各国‘尊重’；并‘保证’条约‘被尊重’。‘尊重’，意味着国家有义务尽其所能来确保其组织及所有其他在其权限范围内者尊重相关规则。‘保证被尊重’意味着，各国无论参与冲突与否，都必须采取所有可能措施来保证所有人、尤其是冲突作战方尊重规则。”⁹⁶尽管要全面理解这一义务多种多样的实际含义，仍会显得困难，不过对这项人道法一般原则的司法确认，还是为整个国际社会保证国际人道法被尊重担负起更广泛、更积极的责任，提供了一个坚实的法律基础。⁹⁷

⁹³ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第114页，第220段。

⁹⁴ 同上。

⁹⁵ 同上，第130页，第256段。

⁹⁶ 见：L·波瓦森·德·查卓尼斯，L·康多雷利，《重新解读日内瓦公约共同第一条：保护集体的利益》《红十字国际评论》，第837期，2000年，第69页。

⁹⁷ 为了深入研究尊重及保证被尊重的义务的实践结果，尤其在联合国体系之下，可参见第96注所引L·波瓦森·德·查卓尼斯，L·康多雷利的文章，另见：N·勒夫拉（N·Levrat），“缔约国家保证人道法公约‘被遵守’义务的后果”，载F·卡尔斯霍芬&Y·桑多主编《国际人道法执行》，引用前书（注释19），第236-296页；K·萨哈利耶夫（K·Sachariev），《国际执行国际人道法的权利》《红十字国际评论》，第270期，1989年，第177-195页；H·P·加塞尔（H·P·Gasser），《保证对日内瓦公约及其附加议定书的尊重：第三国以及联合国的角色》，载H·福克斯&M·A·梅耶尔·主编，《武装冲突·和新法律》，第二卷，有效的遵守，英国国际法和比较法研究院，伦敦，1993年，第15-49页；U·帕尔万卡尔（U·Palwankar），《国家为履行保证尊重国际人道法义务可采取的措施》《红十字国际

•人道援助

人道援助，是确保国际人道法被尊重的最直接、最实际的手段之一。在 1986 年 7 月 27 日的“尼加拉瓜军事及准军事行动案”判决中，国际法院认为：“毫无疑问，无论政治立场或政治目的如何，对他国人员及力量予以严格意义上的人道援助的规定，决不能被视为非法干涉，亦不可被视为以违反国际法的方式。第二十届红十字国际委员会会议所声明的第一条与第二条基本原则，对这一救助的特征进行了简要的说明。（……）（根据这些原则，）真正人道援助的本质属性，正是‘无’任何‘歧视’形式地给予救助。法院认为，如果说‘人道援助’的规定旨在对尼加拉瓜国内事务给予干涉时避免遭受谴责，那么，它便不应限于红十字会实践所认可的目标，即‘防止并消减人类痛苦’和‘保护生命与健康并确保对人类的尊重’；最重要的是，它也必须无歧视地提供给尼加拉瓜的所有需要者，且不仅仅针对尼加拉瓜反政府武装及其依靠者。”

98

这项裁决由于以下二个原因，被认为非常重要：第一，法院不仅确认了红十字基本原则的习惯法特点，而且认为，任何形式的人道援助原则，无论是由红十字会、是通过联合国或是各别国单独规定的，都应该予以尊重。第二，上述救助应当满足两个基本条件：其目的必须是真正的人道，即保护人类免遭战争带来的痛苦；其人道的实施也必须是对所有受惠方都不存歧视。尽管如此，法院并未明确地解决有关人道主义干涉之类的颇多争议的问题。⁹⁹此段首句的概括似乎在暗示：支配人道主义援助的两项条件是自足的，并不需要有关国家的明示同意。然而或许有人会辩称：这些条件只是涉及人道主义援助的实施，而不是其合法性。不过，无论对这一问题有什么不同的意见，时至今日，严重违反人道法的行为注定是国际社会关注的事项，这是显而易见的。对于上述违法行为，如果依据《联合国宪章》第七章所采取的救济措施，也不能

评论》第298期, 1994年, 第9-25页。

⁹⁸ 见：“尼加拉瓜军事及准军事行动案”，同前第5注，第114页—第115页，第242段—第243段。

⁹⁹ 有关此问题，参见：M. 贝塔蒂，B. 库什内（M. Bettati & B. Kouchner）（主编），“干涉的义务”，德诺埃尔（Denoel），巴黎，1987年；M. J. 多美斯蒂奇-美特（M. J. Domestici-Met），“人道援助的法律意义”，*AFDI*, 1989, 第117-148页；Y 桑多（Y. Sandoz），“‘法律’或者‘干涉的义务’、以及提供援助的的相关事项”，《红十字国际评论》，第288号，1992年，第215-227页；M·托雷利，《从人道援助到以人道主义为借口的干涉？》，同上，第228-248页；D·普拉特奈尔《对平民的援助：国际人道法的发展和现状》，同上，第249-263页；L·康多雷利，“人道干涉或/和人道援助？积极作用与众多问题”，载入N 阿勒-那伊米（N. Al-Nauimi）和R. 米斯（R Meese）（主编），《联合国时期产生的国际法问题》，马蒂努斯·奈霍夫出版社海牙/波士顿/伦敦，1995年，第999-1012页；J 派特纳杰卡（J. Patnagic），《人道援助——人道干涉》，同上，第1013-1034页；O. 科特，P. 卡勒恩（O. Corten & P. Klein），“干涉的权利或者反应的义务？”，第二版，布瑞朗（Bruylant），布鲁塞尔，1996年。

被视为违反了不干涉原则、在对一国内部事务进行干涉。

•预防及惩治种族灭绝罪

在 1996 年 7 月 11 日“适用《防止及惩治种族灭绝罪公约》案”中，国际法院历史性地澄清了预防及惩治种族灭绝罪义务的意义和法律范围，尤其是关于种族灭绝的定义、以及这一国际罪行的可归责性、和惩治这一罪行义务的地域范围。

首先，国际法院明确地肯定，种族灭绝罪的法律构成与种族灭绝发生时的武装冲突的类型——无论是国内冲突还是国际冲突之间，没有什么联系。通过回顾 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治种族灭绝罪公约》的第一条，法院开宗明义地声明：“各缔约方承诺，种族灭绝，无论其发生于和平期间抑或战争期间，皆为国际法下的罪行，且各缔约方藉此保证对之预防并惩治。”

它进一步解释道：“法院并没有发现，在适用《公约》方面、存在有任何关于《公约》谴责的行为应当发生在某一特定类型的武装冲突的先决条件的条款。所有缔约方都明确地表示，他们自愿将种族灭绝罪行视为‘国际法下的罪行’，为此他们必须防止并惩治这一罪行，而决不取决于罪行发生在‘和平’或是‘战争’的环境里。法院认为，这意味着，假设发生第二条和第三条所规定的行为，即便没有提及与其环境相关的武装冲突属于国内、还是国际性质，公约都可以适用的。也就是说，不管构成这些行为背景的武装冲突性质如何，公约缔约方须承担的防止并惩治的义务是一模一样的。”¹⁰⁰

其次，国际法院明晰了缔约方对上述《公约》所承担义务的具体范围。法院还驳回南斯拉夫的意见。南斯拉夫的意见为：1948 年的《公约》只是包括缔约方因不能履行其预防并惩治的义务而产生的责任，从而排除了缔约方由于自身实施种族灭绝行为而承担的责任：

“法院认为，第九条提及的‘缔约方对种族灭绝或是对第三条列举的任何其他行为的责任’，并不免除缔约方任何形式的责任。缔约方对其组织的责任也不通过《公约》第四条予以免除，这一条规定的是‘统治者’或‘公共官员’实行的种族灭绝行为。”¹⁰¹

¹⁰⁰ 见：“《防止及惩治种族灭绝罪公约》适用案”，同前第 10 注，第 615 页，第 31 段。

¹⁰¹ 同上，第 616 页，第 32 段。

第三，法院确定了承担惩治种族灭绝罪义务的地域范围。它简洁明了又切中要点地解释道：

“《公约》明文昭示的权利与义务是对一切人的权利与义务。（……）每个国家由此必须履行预防及惩治种族灭绝罪的义务，而且这一义务在空间上的适用范围不受《公约》本身的限制。”¹⁰²

因此，法院似乎——至少是暗示性地——承认这个义务的法律特点，各国必须根据一般国际法来行使普遍管辖权。这是一个出人意料、但又是受欢迎的声明。因为与反人道罪和严重违反人道法罪行不同，《防止及惩治种族灭绝罪公约》中并不包含关于这方面的明确规则。¹⁰³

结论

尽管国际法院在国际人道法方面的判决，屈指可数，但法院的判例法却是相当重要的，而且其重要性远远超出法院在案件本身的判决。在提到使用及威胁使用核武器问题和国际人道法之间的兼容性时，法院的谨慎乃至含糊的态度或许会令人遗憾，但是，通过强调国际人道法与一般国际法之间的关系，并通过明确规范敌对行动及保护战争受害者的基本原则，法院判例法作为一个整体，将有助于加强和明确国际人道法规则的基础。

国际法院承认，来源于多边条约的国际人道法基本规则，已超越了纯粹条约法的领域。这些义务在一般国际法之中是个别、独立的，因为它们起源于人道法的一般原则，条约只是对这些原则的特定表述。国际法院所确定的人道法的基本原则，对武装冲突法进行了浓缩的综合，并凝结成这一国际法传统分支规范化的精髓。它们解释了何谓国际法院所言的“出于人道的基本考虑”。而作为国际法的一般原则，它们由此便为武装冲突的特殊情境提供了人道行为的最低标准。

这些规则以通过设立核心规范、来保护某些正遭践踏的普遍价值为特征，反映了意义最为深远的现代国际法发展之一。国际人道法的规范是在最低标准的基本人道规范基础上，保持了构成了人类共同的法律遗产的普遍的伦理基础。

翻译：王丽 冷新宇； 校对：朱文奇

¹⁰² 同上，第 615 页，第 31 段。

¹⁰³ 有关此问题，参见：E·戴维，“武装冲突原则”，第二版，布瑞朗（Bruylant），布鲁塞尔，1999，第665-668页。