

正义战争、侵略战争和国际人道法

弗朗索瓦·比尼翁*

只要是正义的战争，那些为这个世界牺牲的人就是幸福的，
那些为全人类牺牲的人，那些壮烈牺牲的人，他们是幸福的。

夏尔·佩吉¹

如果一场战争进行得肆无忌惮，那么谁相信它会有什么正义性呢？

弗朗索瓦·德·拉努²

2001年9月11日针对纽约和华盛顿的恐怖谋杀事件使全世界震惊、愕然。这一悲惨事件所激起的人们情感的震动，也将久久不能平静。数亿人通过电视屏幕，眼睁睁地看着世界贸易中心双子塔楼着火、燃烧，然后倒塌。即便是在这以后的几个月或几年中，人们仍将能感受到这些事件所产生的影响。而且，这事件还将决定世界力量新的对比关系。

“9·11事件”和这之后的阿富汗战争，再次引起了人们对国际人道法的关注，并且再次提出冲突产生的原因与遵守战争行为规范和保护战争受难者这两者之间的关系问题。

正义战争和对国际人道法的遵守

自古以来，所有进行战争的国家及人民都会申明：他们这么做是为了正义的事业，他们常常以此为由拒绝同情他们的敌人，并为更卑鄙的行为进行辩护。敌人往往被谴责为从事非正义的事业，并被指责应对贫穷、痛苦、哀伤等一切战争的后遗症负有责任。敌人的失败足以证明他们的罪责，战败者无论多少都可以被屠杀或被役为奴隶。

历史显示，那些大举入侵的真正罪者，往往是那些反应迅速，打着“圣战”、“神圣之战”、“正义之战”的光辉旗号的交战国。

于是，史学家们以自然的口吻谈论十字军为夺取耶路撒冷所进行的大屠杀³。宗教战争和三十年战争在整个欧洲都引发了雅克·卡罗的雕刻所展示的令人发指的罪行，但为数众多的神学家们却以各种各样的理由和以“福音”的名义为这些罪行寻找所谓的“正义性”⁴。但二十世纪中的俄国国内革命、西班牙战争和第二次世界大战时期所发生的屠杀与罪行，又使得在这几个世纪前在十字军思想下所引发的暴行显得苍白和暗淡。

*弗朗索瓦·比尼翁是红十字国际委员会“国际法律和合作部”的主任。本文是在他发表在《莫斯科国际法报》（1998年10-12月，第4/98/32期，俄语）一篇文章的基础上进一步研究的结果。这两篇文章用的是同样的题目，即：“正义战争、侵略战争和国际人道法”。

¹夏尔·佩吉，《夏娃》，《诗作全集》，巴黎，加里马出版社（七星社图书馆），1941年，第705-946页，尤其是第800页。

²弗朗索瓦·德·拉努（1531-1591），转引自安德烈·加尔多的《17世纪法国军事著作中的国际法》，第72册，1948年，第1卷，第393-539页，尤其是第450页。

³马修·戴德斯叙述道：戈德弗拉瓦·德布荣在耶路撒冷圣殿里可能屠杀了65,000名背叛者；参见：保罗·卢梭：《十字军东征史》，巴黎，博雅出版社，1978年，第104-105页；佐艾·奥尔登布，布，《十字军东征》，巴黎，加里马出版社，1965年，第154-156页；史蒂文·卢茨曼：《十字军东征的历史》第一卷，《第一次东征》，赫蒙子威，企鹅出版社，1971年，第287页。

⁴让·戴里莫：《改革的兴起与巩固》（第四版），巴黎，法国大学出版社（新系列，第32卷）1983年，第174-184页及第209-216页；亨利·奥泽：《西班牙的优势》（1559-1660），巴黎，费里克斯·阿康书店（《民族与文明丛书》，第9卷），1933年，第90-101，120-132，253-331及373-390页；埃米尔·G·莱奥纳德：《现代欧洲的改革与诞生》，选自《世界史》，第3卷：《从改革到今天》，巴黎，加里马出版社（七星社百科全书），1958年，第3-114页，尤其是第84-86及97-99页。

对暴力使用的限制

但是，历史也教导我们：所有的文明都致力于限制使用暴力，其中也包括被我们称之为战争的这种暴力制度化的表现形式，因为限制使用暴力本身就是文明性质的所在。

长久以来，属于同一文化、崇拜同一些神灵的民族之间，会遵守习惯规则，一般而言是受宗教影响的规则。然而，一旦涉及到对另一种语言或信奉其他神灵的敌人发动战争时，这些规则往往被忘得一干二净。

国际法的先驱们，在阻止战争暴力规则的被采纳方面，作出了决定性的贡献。在实体法中，即在主权国家的实践和理念中巩固这些规则的同时，他们为超越文化与宗教的界限，在全世界范围内承认这些规则开辟了道路。虽然始终主张正义战争的学究式的理论，但格老秀斯奠定了建立在实体法上的国际法基础，由此为采纳至今有效的战争法规则与惯例迈出了第一步⁵。然而，第一个提出如果还不能被称之为正义战争理论，那也至少是人们常常在正义战争理论中谈到的战争后果的，却是法泰尔（1714-1767）。

“战争不可能对双方而言都是正义的。一方认为自己有某种权利，另一方则反对之；一方抱怨自己受到不公正待遇，另一方则否认曾经采取过这种待遇。这是两个人在辩论一个命题的正确性，这两种相反的意见不可能同时都是正确的。

然而，双方都出于诚意却是有可能的。在战争原因不详的情况下，究竟哪一方是遵守法律的也是未定的。更何况各个国家，彼此都平等、独立，任何一方都不能充当别人的法官，因此，在遇到可值得怀疑的原因事件时，双方作战的军队都应该被视为正当合法，至少在对国外而言，直到战争的原因确定为止。”⁶

法泰尔承认战争的双方不可能同时都是正义的，他并没有公开否认正义战争理论，但是他使战争相对化，并将战争与其后果分隔开来。事实上，既然国家都是有主权的，没有其同意不得对其进行判决，因此，他指出，要想知道交战国双方究竟哪一方是在维护正义，几乎是不太可能的。双方中的每一方都善意地相信自己在捍卫正义。因此，双方可以有同样的权利诉诸武力。此外，在这一点上，法泰尔的主张与当时的习俗形成了鲜明的对照。这种不确定性及因此产生的被视为诚实善意的权利，法泰尔认为对立双方均应享有，即使是在国内战争中亦同⁷。

正是基于这种不确定性和宽容性，战争法规则与习惯将必然地要向前发展⁸。

在 17、18 世纪，欧洲版图的变更和新的主权国家的出现急剧地改变了人们对于战争及战争受害者的命运的观念和看法。三十年战争结束后签订的威斯特伐利亚和约在欧洲建立了新秩序，战争不再被认为是使一项教义、一个理由或一种宗教占上风的手段，而仅仅被视为是——虽然还很不完善——在两个主权国家之间发生争端、但又没有共同仲裁员情况下解决问题的一种办法。主权国家的兴起同样也使得旨在阻止战争灾难的规则被接受。战争是王子们的事情；国与国之间通过它们穿着不同制服的强大的军队作战；不参与战斗的平民与受伤并退出战争的人员不应受到战争的影响。同样，国家同意不再使用背信弃义的手段，并且禁止使用可以造成巨大痛苦的诸如炸裂弹和有毒武器类的武器。他们只能使用与其唯一合法目的成正当比例的武器，该目的就是为了削弱敌人的军事力量⁹。

这些规则逐渐被编纂，尤其是在 1864、1906、1929 和 1949 年诸《日内瓦公约》、1868 年圣彼

⁵ 彼得·黑格玛切：《格老秀斯与正义战争理论》，巴黎，法国大学出版社，1983 年，尤其是第 597-612 页。

⁶ 埃梅尔·德·法泰尔：《国际法》或《应用于民族与主权国家行为及事件中之自然法原理》，第 3 卷，第 3 章，第 39 与 41 段，日内瓦，斯拉特·里伯滋出版社与亨利·杜南学院，1983 年，第二部，第 30 页（第 1 版：伦敦，1758 年）。

⁷ 法泰尔，同上，第三卷，第十八章，第 238-248 页。

⁸ “战争不可避免地表达出占统治地位的思想。它反映了其得以产生的情感。在战场上，人首先与魔鬼相伴而行。无疑，战争法所要规范的正是这种流血冲突的仪式。但是，如果没有对敌人的一定尊重，战争法就无以存续。罗马公式是：外国人=野蛮人，它使灭绝敌人合法化，从而阻碍了法律的出现。同样，当敌人被视为下等人或是罪恶的代表时，也会发生同样的情况。此外，当一项调解协议的条件消失，人们赋予自己的使用武力的权利突出了法律的失败。既然我们不愿与作恶者妥协，那么战争就是无休止的。只有当战争被视为一种悲惨的不足以解决国际纠纷的方法时，战争才有可能被习惯或公约所调整。参见，皮埃·波茨：《红十字国际委员会历史》，《从索菲里到长琦》，巴黎，波隆出版社，1963 年（用摄影制版方法再版，日内瓦，亨利·杜南学院，1978），第 188-189 页。

⁹ “国家在战争中唯一可以引用的合法的目标是削弱敌人的军事力量。”载于《禁止在战争中使用某些爆炸性子弹的宣言》，1868 年 11 月 29 日-12 月 11 日定于圣彼得堡。德·马德斯：《条约新编》，第一套，第十八卷，第 474-475 页。

得堡宣言、1899年和1907年海牙公约中。

一般而言，限制战争暴力的规则主要有两类：

--与战争行为有关的规则。这些规则规定作战手段和作战方法，并禁止不分青红皂白的攻击及针对非战争人员的攻击、禁止使用滥杀滥伤、造成极大痛苦的武器及禁止背信弃义的作战手段。

-- 保护非战争人员与退出战争人员的规则，即：部队伤病员、遇船难者、战争俘虏、军队救护人员和平民。

但需要指出的是，这两类规范是互相依存和互为补充的，其中有些规则是相同的。那些限制空袭和禁止无区分的轰炸的规则，如果从飞行员的角度看就属于关于战争行为规则；但如果从轰炸的后果看，则属于保护平民的规则。订立于1977年6月8日的关于《日内瓦公约》的附加议定书同时收录了这两部分的规则。它既订立与战争行为有关的规则，也订立了关于保护战争受难者的规则。

禁止诉诸战争与国际人道法

大多数人道方面的法规，是在诉诸战争被视为合法的时代订立的。战争曾经是国家主权的一项权利；当战争是王子们的事务时，它是合法的；进行战争的国家是自己发动战争的动机的唯一判断者。这就是在旧的体制及19世纪中国家的法律信念。

然而今天的情况却完全不一样了：诉诸战争手段在《国际联盟盟约》中被限制，其后在《巴黎非战公约》（亦被称为《白里安-凯洛格公约》）¹⁰中被禁止。根据《巴黎非战公约》，缔约国宣布斥责“用战争来解决国际纠纷”，并放弃使用战争“作为实行国际政策的工具”。《联合国宪章》禁止在国际关系中使用一切武力，但《联合国宪章》第七章所规定的集体强制行动和《联合国宪章》第51条所规定的单独或集体自卫之权利除外。

然而，问题出现了：交战国一方能否以其为侵略战争的受害者为由而不承担国际人道法所规定的义务，也不遵守国际人道法的规则呢？

这就引发了另一更具普遍意义性的问题：调整交战国双方关系的规则的自治性（作战行为规范）与调整、禁止使用武力的规则（国家诉诸武力权）之间的关系：即敌对双方中一方发动侵略战争这一事实能否从根本上改变战争法交战规则所适用的条件，尤其是国际人道法规的适用条件呢？¹¹

在最近所有武装冲突中，交战国两者之一或有时往往是双方都申明他们仅仅是在行使他们的合法自卫权，以抵御他们自己或他们的同盟者作为受害者所遭受到的侵略。有些人认为，在这种情况下，他们就不必再承担战争法规与惯例所规定的义务，侵略的受害者在对侵略者的关系上不必遵守

¹⁰ 1928年8月27日于巴黎签署。选自：《国际联盟条约汇编》，第94卷，58-64页。

¹¹ 关于“作战行为规范”与“诉诸战争权”之间的关系问题，请参考，亨利·梅罗维茨：《战争法交战国平等之原则》，巴黎，阿·普多出版社，1970年；另可参考下列著作：《1949年8月12日日内瓦公约评论》，由让·皮克泰主编，第一卷《改善战场武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》，日内瓦，红十字国际委员会，1952年（此后即称为《评论》，25-28页；德尼斯·宾舍德·罗伯：《武装冲突法的再思考》，《武装冲突法》，纽约。卡内基世界和平基金会，1971年，5-61页，尤其是9-10页；伊夫·布朗宁：《国际法与国家武力的使用》，牛津，克拉多出版社1968年，406-408页；雅兰·迪斯登：《战争、侵略与自卫》第二版，剑桥，剑桥大学出版社，1994年，尤其是155-162页；保罗·古根海姆：《国际公法条约》第二卷，日内瓦，乔治斯书店，1954年，93-100页，253-261页，295-305页；赫斯·劳特派特：《战争法适用的限制》，《英国国际法年刊》，第30卷，1953年第206-243页；I·奥本海：《国际法》第二卷，《争端、战争与中立》，第七版，赫斯·劳特派特特编，伦敦，朗曼出版社，1952年，177-197页；迪切·芯德勒，《战争法与武力使用之国际法的界限问题》，引自：《为人类服务之国际法》，选自汉斯·黑格纪念文集，由伊凡·汉盖特纳、斯洛芬·特里塞、伯恩和斯多盖特、微拉·保罗·汉伯特选编，1986，第251-258页；乔治·斯瓦治伯格：《国际法院和法庭适用中的国际法》，第二卷，《武装冲突法》，伦敦，斯洛芬·颂联合出版社，1968年，96-106页；卡里斯多夫·斯科比威兹：《国家武力的使用-集体安全-战争法与中立》，选自《国际公法手册》，由麦克·斯兰思编辑，伦敦，麦克·米伦，1968年，第739-854页，尤其是808-812页；龙倍特·W·图克：《战争法与海上中立（国际法研究）》第50卷，新港（罗德岛），美国海战学院，1955年，第3-25页；龙倍特·W·图克：《正义战争：美国当代理论研究》，巴尔的摩，约翰·豪伯金出版社，1960年；《国际公法：理论问题》（由斯特拉斯堡法律与政治经济学院研究苏联及东方国家中心翻自俄文），巴黎，A·普多出版社，1965年，35-55页，210-219页；麦考尔·沃尔：《正义和非正义战争：通过历史在道德上的争论》第二版，基础丛书，1992年；肯滋·里特，《消灭战争和战争法》，《美国国际法杂志》47卷，1953年7月第三期，365-376页。关于苏联对武装冲突法的概念，可参考基里·多玛：《苏联与武装冲突法》，日内瓦，国际高等社会学院，1997年。

这些规则。尤其是美国和前苏联的有些作者建议：有关战争法作战行为规范的适用，应从属于武装适用之国际法上国家诉诸战争权¹²原则的适用，并试图使之成为一种法律理论。在这里有两种主张：

-- 或者我们将侵略战争视为非法的行为，尤其是可以视为国际罪行的这种罪行不受任何规范的约束。从这个观点出发，我们不得不承认：在存在侵略的情况下，战争法规与惯例不适用于交战国任何一方；

-- 或者我们认为使用武力的非法性产生的唯一效果，是剥夺了侵略国依照作战行为规则所享有的权利；即该国仍负有依作战行为规则所产生的义务。这样，可以推导出战争法规与惯例的区别性适用。侵略国仍负有其作为交战国所固有的一切义务；而侵略的受害国则在对其侵略者的关系上免除了一切义务¹³。

国际人道法不适用侵略战争

提出第一种主张的逻辑上的结果是将“战争作战行为规则”归属于“诉诸武力权力原则”。但这一结果应毫不迟疑地被否定。因为无论在一国法律范围之内、还是在国际性的法律秩序中，法律都是用来调整由不法行为所产生的局势¹⁴。既然在《联合国宪章》的体系内不允许有战争，而且如果法规只是用来调整“侵略”的结果的话，那我们不得不承认国家们制定了一些没有任何场合来适用的规则。这个结论其实是荒谬的。另外，这种主张还会导致相对以前战争中野蛮行径来讲更为野蛮行径的泛滥。因此，将“战争作战行为规则”归属于“诉诸武力权力原则”的第一种主张，会导致荒谬与残酷的结果。

侵略战争中区别适用国际人道法

对第二种主张需作更为深入的分析。战争法规与惯例应被区别适用的支持者们，在这方面主要提出了三个论据：

- a) 正义要求对谁是侵略者和谁是侵略的受害者进行绝对的区分；如果人道法对侵略国与反抗侵略的国家一视同仁，是不合理的；人道法应该在约束侵略者的行动的同时帮助受害者；所以，人道法应该明确地谴责侵略者。
- b) 既然侵略战争构成了可以引起并包括战争罪和所有其他所有罪行在内的罪行，那么任何一国在对抗首先发动战争一方的关系中，不必再遵守战争法规，换句话说，是侵略国自己将自己置于法律之外；
- c) 根据“不法行为不产生权利”这一格言，侵略国不得因其非法的行为而享有权利¹⁵。

那么，这些论据的合理之处在哪儿呢？

很明显，在国际关系中禁止使用武力和武力威胁，如果不配以相应的制裁，尤其是对侵略者和侵略受害者的区别对待的形式体现的制裁，那么这种禁止就会一点儿也不起作用。无可质疑，现代国际法建立了这种区别性对待，尤其是在涉及到单独或集体自卫权、《联合国宪章》第7章所规定的强制性集体措施的实行、与第三国的关系、领土的取得、侵略者强加给被侵略者的条约以及战争结束后的赔偿补救等方面的区别待遇。此外，对准备、发动或组织侵略战争负有责任的个人追究刑事责任，也已经开始了。

然而，问题是：诉诸于武力的非法性是否能使规范交战国相互关系的规则，尤其是人道法规则的区别性地适用也因此具有合法性呢？

对这一问题应从法理与实在法两方面进行研究。

在法理上，我们首先应该指出，“不法行为不产生权利”的法理无论在国内法和国际法这两方面都包括许多例外，以至于无法确认这一法理属于《国际法院规约》第38条第一款c项中提到的

¹² 该理论的主要观点见前所引的梅罗维茨的书，第140页。

¹³ 越南民主共和国于1974年3月12日向“适用于武装冲突中的国际人道法确认与发展外交会议”提交的CDDH/41号文件中，详细陈述了关于区别性地适用国际人道法的理论。参见：《适用于武装冲突中的国际人道法的确认与发展外交会议条例》(日内瓦,1974-1977)，第17卷,伯尔尼,(瑞士)联邦政治部,1978年,(此后称为CDDH条例),第四卷,第177-190页。

¹⁴ 这无疑是国内刑法与国际法上关于国际责任规定的目的所在。

¹⁵ 根据“*ex iniuria jus non oritur*”这一格言，一项非法行为不能产生权利。

“法律基本原则”¹⁶。但即使它属于法律的一般性原则之一，在诉讼案件中适用该原理会产生两种混淆：在形式逻辑上，它混淆了原因与事件的关系；在法律上，它则混淆了权利或义务的渊源与导致适用该项权利或义务的事件之间的关系。比如说，当一幢房屋着火后，导致产生保险人对投保人的损害负有赔偿责任的，不是火灾本身，而是保险合同；因为如果不是这样的话，就不会有业主愿意再去交保险费了。同样的，之所以会有战争法规与惯例上规定的权利与义务，也并非战争，而是规定了这些义务和权利的人道法公约和习惯法；无论是什么性质的武装冲突，需要解决的都是如何适用这些公约或习惯法规则；如果不是这样，不管交战国是否成为人道法公约的缔约国，都会有同样的权利与义务；但事实并非如此。所以，“不法行为不产生权利”格言在这个问题上没有什么参考价值¹⁷。

“对侵略负有责任的国家应置于法律之外”的论点同样也不能被接受。我们应谨慎地对待将国内法概念引入到国际法上来，尤其是在借用刑法概念时。在诉讼案件中，将两者位置颠倒是错误和荒谬的。说它错误，是因为它把一个国家的国家责任视同为一个罪犯的个人刑事责任；说它荒谬，是因为它事先便假定罪犯自然不能得到法律的保护，而这一点是任何一个法律体系都不会容许的。在任何一个法治国家，无论不法行为者被指控的罪行有多么严重，都将同时既处于刑法的支配之下，又处于其保护之中。发动侵略战争是一项非法的行为，因此其他国家会对侵略国采取制裁，甚至是一系列的制裁：如单独或集体自卫权、强制性集体措施、不承认通过武力实现的对领土的占领、使用武力或武力威胁而强加的条约归于无效、第三国的区别性态度、以及战后强制侵略国赔偿等。但是，不能因为是侵略战争就将应对侵略负责的国置于法律范围以外¹⁸。

于是，就只剩下建立在“正义”或“平等”基础之上的论据了。从道德角度看，这无疑是最具有说服力的。但该论据完全忽视了人道法的目的。人道法没有将侵略者等同与被侵略者，它也没有这个能力；人道法唯一的目的是保护人身，它不考虑任何政治、军事、思想、宗教、种族、经济或其他因素；人道法只建立了一种平等，即在依人道的原则平等地对待所有战争受难者。此外，为实现“正义”或“平等”，也不可能因为一个国家发动了侵略战争，从而将该国的所有国民和该国的所有军人全都视为罪犯。“国家责任”也不可能推导出该国所有军人或所有国民应负刑事责任的可归责性。

综上所述，赞成战争行为规则被歧视性适用的几个主要论据都站不住脚。其实，客观上的一些考虑因素反倒要求交战国遵守战争法中的平等原则。

侵略者的确定

在判定哪一方是侵略者时，不能忽略“判断”本身所固有的困难性。尽管一些国际性机构对侵略的定义进行了半个多世纪的磋商，但还是没能在这问题上取得普遍性和强制性的意见。《白里安—凯洛格公约》或《联合国宪章》均没有这样定义的规定。联合国大会 1974 年 12 月 14 日通过的第 3314 号决议¹⁹，也远没有构成一项关于“侵略”的真正定义；在对我们这个时代所特有的间接

¹⁶ 涉及到国内法时，我们可以举出 “*male captus, bene judicatus*” 这一法理。依据该法理，一个刑事法院可以宣布自己有权对被告进行裁决，即使是用非法手段将该被告移送法庭的，如通过在另一国内将其绑架而送上法庭。在国际法上，以占领一国领土为例，它是一个事实状态，但可以产生法律效果。即使这种占领没有任何正当的名义，可也是使用武力的结果。同样的，我们可以指出，国际法对一国政府是否符合该国的宪法，相对而言是不大关心的。一个政府只要能有效控制其领土与人口的大部分，该政府在国际法上往往就被承认有完全的管辖权，即使其是通过非法手段掌握了政权。同样，一项“在本国法庭上”的非法行为，在国际上会产生法律效果，而这些法律效果往往不会被质疑。我们知道，童巴主张国家不应该承认通过政变建立的外国政府。但他的理论，在美洲之外的国家从未被接受过，也从来没有被实践过。

¹⁷ 在某种意义上，整个战争法规的区别性适用的理论，是基于在我们看来是错误的观点而形成的这样一种理解：*le jus in bello* 赋予交战国主观的能力与权利。但是，事实并非如此。战争法规的职能并非在于赋予能力或权利，相反，而是在于限制交战国的行动自由。正如 1921 年 8 月 2 日“多瑙河船舶与机车事件”的仲裁裁决所说的：“战争中的国际法是一个限制性、而非授权性法规的集合体。”选自《仲裁判决汇编》，一卷，纽约，联合国，1998 年，104 页。另见《国际法是禁止性法律》，人质审判案，*美国诉里斯特*，美国军事法庭，纽伦堡，1947 年 7 月 8 日—1948 年 2 月 19 日。《战争罪犯的审判法律报告》，由联合国战争罪委员会选编，第八卷，伦敦，皇室后勤部，1949 年 34-92 页，尤其是第 66 页。我们常常以“交战国的权利”这样的名称所指的并不是别的权利，仅仅是国家在战时战争法规与惯例所规定的限制下行使主权的权利；同样，斯瓦兹伯格，如前所引第 5 页。如果不是这样，那么在某一特定领域如果没有规则，其后果将是没有权利和能力，而并不是没有对交战国行动自由的限制。

¹⁸ 见梅罗维茨前引书，第 127-130 页。

¹⁹ 1974 年 3314 (XXIX) 号决议：《对侵略的定义》，由联合国大会于第 29 届会议中通过的决议，第一卷，联合国

的侵略方式，如颠覆活动、恐怖主义袭击、内战中外国势力的干涉、经傀儡政府同意的占领等等，第 3314 号决议中实际上都没有提到；此外，在保留民族解放战争的情况下²⁰，该决议还考虑了一项主观性因素，即诉诸武力的动机。这一点与“定义”的要求不相符合；由于一项定义会产生法律效果，所以它应由客观和可证实的因素组成；最后，这一决议并不约束安理会²¹。

1998 年 7 月 17 日通过的《国际刑事法院规约》也没有解决这个难题。事实上，国家对侵略罪的定义、及法院在这方面的管辖权行使的方式，均没有形成一致意见。《国际刑事法院规约》第 5 条第 2 项规定：在依照第 121 条和第 123 条制定条款、界定侵略罪的定义、及规定本法院对这一犯罪行使管辖权的条件以后，国际刑事法院才能对侵略罪行使管辖权。而且该条款应符合《联合国宪章》有关规定。《国际刑事法院规约》已于 2002 年 7 月 1 日生效，生效当天共有 77 个缔约国²²。但在就“侵略”定义达成一致意见之前，该法院只就种族灭绝罪、反人道罪和战争罪有管辖权。目前，国际刑事法院筹备委员会内关于处理侵略罪的工作组对这一问题也只有一些初步的讨论²³。

那有无可能跳过这一难点，直接赋予一个具有管辖权的机构在具体案例中指定侵略者、来解决这一问题呢？目前，只有联合国安理会有权断定对和平的威胁、破坏或侵略行为的情势的存在²⁴。根据《联合国宪章》第 25 条，联合国安理会决议具有“对一切人”的法律效力，因为所有联合国的成员国必须接受联合国安理会的决议。然而，这一做法也同样有难点：在缺乏能约束安理会的法律标准的情况下，安理会的决议只能是一项政治行为，我们无法看到一项政治行为如何能产生《联合国宪章》或其他公约条款所规定以外的法律效力。《联合国宪章》没有规定授权在交战国的相互关系中区别性地适用战争行为规则²⁵。要断定侵略的存在，需要安理会五大常任理事国的一致同意²⁶；但如果侵略是由常任理事国之一或其盟友或其保护国之一实施时，联合国安理会的功能就会瘫痪；在现行国际体制格局下，只有在极特别的情况下，如 1950 年 6 月 7 月朝鲜战争发动之时，以及在 1990 年夏秋当伊拉克占领科威特的第二天，才有可能使联合国安理会做出这样的决议。

基于这种情况，在“侵略”问题上越过联合国安理会决议的要求就很强烈。对战争法规的歧视性适用的支持者们提出：要么将判断“侵略”的权利交给联合国大会²⁷，要么由公众舆论来判断²⁸。

但是《联合国宪章》没有任何条文规定联合国大会有此权利。至于公众意见，只要想想应该由谁能解释判定各国政府作出的对侵略的单方判断，就知道它没有任何的可行性。

判定存在侵略的统一、强制的法律程序，应该建立在明确的法律标准之上，且应该可以适用于一切交战国与一切情况。在缺乏这样一种法律程序时，战争行为规范的歧视性适用理论，会导致该法律在交战国双方都不适用：每一方交战国都把对手视为侵略者，并都准备以此为由摆脱战争法律规范，那就为暴力的泛滥敞开大门。

此外，即便可以越过这一难点，即便一系列特殊政策的考虑使得联合国安理会在“侵略”问题上作出没有任何争议的决议，也一定还存在其他一些难题。

不附带任何义务的权利与不附带任何权利的义务

歧视性地适用战争法的理论还要求有这样一个前提条件，即将权利与由其产生的义务相分离；侵略国承担所有的义务，但不享受任何权利；被侵略的国家将享受无限制的权利，而不用承担任何义务。

这种要求反映出对战争法总体、尤其是对人道法极度的不理解。事实上，战争法规与惯例的目的并不是赋予交战国主观上的权利、但不承担任何义务；也不是为了强加给交战国义务、但没有任何的权利。人道法只是通过订立使得交战国双方都要具有权利与义务的客观的法律，来对人施加保

大会，官方资料，第 29 届会议，31 号补充资料（A/9631），第 148-150 页。

²⁰ 第 3314 号决议附件第 7 条。

²¹ 第 3314 号决议第 4 条。

²² 2002 年 8 月 5 日的情形。

²³ 资料取自 <http://www.un.org/law/icc/prepcomm/prepfra.htm>

²⁴ 《联合国宪章》第 39 条。

²⁵ 见梅罗维茨前引书第 8 页。

²⁶ 第 27 条（3）

²⁷ 赖特，前引书，第 370 页

²⁸ A.阿勒瓦赫，《在与各民族现代生活关系中的新国际法》，巴黎，A.普多那出版社，1959 年，第 510 页。

护。

红十字和红新月形的标记的用途用样如此。该标记既保护所贴附己方的医疗卫生设备，同样也保护对方的设备，因为标有该标记的设备是不能被用于战争行为的。同样，区分战斗人员与非战斗人员主要是为了保护平民，它既保护己方的平民，也保护对方的平民，只要他们知道如果他们投入战争行为就会损害他们受保护的豁免。关于战俘地位的规定既保护本方的战俘，也保护对方的战俘，因为它限定了可以参加战争行为并于被俘时可以主张受这种规定保护的人员的范围。当涉及禁止背信弃义、保护谈判代表、遵守休战和停战协议、维持占领地的秩序和安全等制度时，都是基于同样的道理。我们看到，如果我们要把权利与义务分开，就会损害到权利义务本身，就会打乱秩序²⁹。战争法是权利义务间一系列平衡的结果；这些平衡一旦被打破，那就不但不能单方面地行使权利，还会出现无休止的混乱状态。

报复行为和相互关系

将人道法歧视性地适用还会构成了报复行为：由于不能抓获那些对准备、发动或指挥一场侵略战争负有责任的个人，武装冲突方就对落入自己手中的伤病员、战俘、被拘禁人员和被占领地平民进行报复。在这一方面，《日内瓦公约》及其《附加议定书》中所有禁止对武装部队伤者病者、武装部队卫生医疗人员、遇船难者、战俘、平民及平民财产进行报复行为的规定³⁰，也都构成了对国际人道法歧视性适用的障碍。

最后，战争法规与惯例的歧视性适用在实际上也行不通。外交官和法学家们在推论思考中有时有一种倾向，认为他们自己是战争法规最终要调整的人员。虽然应对从事这两个行业的人员应该尊敬，但他们的这一观点是错误的。战争法规要调整的是那些因为战争法规能否被遵守而受到影响的人，即战斗人员。那他们是处于什么样的情况呢？每个国家都要求她的士兵们去承受痛苦和贫穷，去接受他们同伴的死亡，并随时准备献出他们自己的生命。而与此同时，人们又期望他们去尊重敌军中的伤员与俘虏。这就是难点所在。但是，军事纪律、骑士精神、对陷入敌手的同伴们命运的牵挂以及现代战争可能尚未完全泯灭的一丝人道精神都会促使他们去遵守这些法规；况且，每一个战士都能直观地明白，随着武器的演进，他更该置自己于人道法的保护之下；这样，在是否还要去违反那些决定他、他身边的人或者他的战友生死存亡的这些规则时，他就会犹豫。如果我们一方面因为战斗员属于一个被称为侵略者的国家的事实而宣布他们已被置于法律之外，另一方面又要求他们去遵守战争法规与惯例，这是不现实的。任何法律的论据，都不可能去要求一个军人去遵守一个事先将他置于保护之外的保护机制。

同样，一方面宣布一个国家及其国民不能享受战争法规与惯例中所规定的权利，另一方面却要求他们遵守这些法规与惯例，也是不切实际的。

这种心理上的不可行性来自形式逻辑方面的一个根本性的矛盾：即一方面把被视为侵略者一方所实施的所有行为均视为非法，同时却要求该方根据战争法规与惯例去区分合法的战争行为与因违反战争法规与惯例而本质上为非法的行为。然而，如果对方在武装冲突中遵守战争法规与惯例，就不能仅仅因为其从事的是“侵略战争”而作为战争罪来处理。

我们看到，无论产生战争法规与惯例的歧视性适用的道德或法律的初衷如何，该理论在实践上会产生侵略战争不受任何法规调整的结果，战争也将即无休止地继续下去。

战争法中交战平等原则

战争法中交战平等原则应该得到遵守。这一原则的实施与人道精神的要求是相符合的。因为，人道原则要求尊重战争难民，无论其处于何种情势，也无论其属于哪一方。该原则与公共秩序的要求相符合，因为只有该原则的适用才能避免暴力无休止的泛滥³¹。最后，它和文明的要求也相符合，正象伯伦智理所指出的：“战争法使得正义战争与非正义战争同时变得文明起来”³²。

²⁹ 梅罗维茨，前引书，第 106-116 页，尤其是第 112 页。

³⁰ 公约I第 46 条；公约II第 47 条；公约III第 13 条（3）；公约IV第 33 条（3）；议定书I第 20 条、第 51 条第 6 段，第 52 条第 1 段，53 条（3），54 条第 4 段，55 条第 2 段及 56 条第 4 段。

³¹ 梅罗维茨前书第 252-259 页。

³² “战争法使正义战争与非正义战争同时文明化”，Johann 约翰·卡斯泊·布朗斯里：《作为法律书介绍之文明国家之现代国际法》，诺第林根，贝克，1868 年，第 292 页，第 519 段。

这些结论与实体法完全符合。

事实上,《国际联盟盟约》与《巴黎非战公约》都没能实现战争法上交战国平等原则。1930年国际联盟委员会为研究如何修改《国际联盟盟约》、以符合《白里安—凯洛格公约》里的规定建立的“11国委员会”。该委员会明确认为作战方在抵御侵略或采取国际警察措施时(作战行动的名称并不重要),战争行为规则仍然适用,并具有其法律上的效力³³。

同样,《联合国宪章》里没有任何条款授权在交战国相互关系中可以改变战争法的适用条件。相反,《联合国宪章》未加任何限制的肯定了国家主权平等原则³⁴,而战争法上交战国平等原则正是该原则的一个组成部分。

侵略战争不仅是能引起追究国家责任的不法行为,而且还是能引起对准备和发动一场侵略战争有责任的个人追究其刑事责任的国际罪行。1945年8月8日签署于伦敦,被并入《关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》的《国际军事法庭宪章》(纽伦堡国际军事法庭)无疑是目前为止谴责侵略战争最严厉的国际法上的机制。《国际军事法庭宪章》非常明确、清楚地将“破坏和平罪”,即“计划、准备、发动或从事一种侵略战争,或违反国际条约、协定或保证的战争”与“战争罪”,即“违反战争法规或惯例”区分开来。这意味着:只要作战方法符合战争法规与惯例,都不会受到制裁,即使这些行为是在侵略战争中实施的³⁵。

国际刑事法庭严格将“破坏和平罪”和“战争罪”区分开来。它将违反战争法规与惯例的行为视为战争罪,而且还根据《日内瓦公约》或《海牙公约》指出了这一罪行非法的特点。但是,国际刑事法庭也确认:即使参与了一种侵略战争,被控者仍可以以行使战争行为规则所赋予的权利作为正当辩护的理由³⁶。通过这一法律解释,国际军事法庭确认了战争方之间的平等原则及战争行为规范对于国际法上诸战争权的独立性。

负责审判第二次世界大战中所犯的战争罪的国内法院中,绝大多数都采用与之相同的原则,确认了战争行为规范相对于诉诸战争权的独立性³⁷。

1949年8月12日的《日内瓦公约》在两方面肯定了人道法上的交战国平等原则:一个是禁止针对公约所保护的人员和财产的报复行为³⁸;另一个原则是《日内瓦四公约》的共同第一条。

《日内瓦公约》共同第一条规定:“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”这一条款强调了《日内瓦公约》的强制效力,无论诉诸武力是否合法,也无论是冲突方还是国际机构作出这种判断,国际人道法的适用均不受影响³⁹。此外,公约共同第二条款详细规定,公约适用于“两个或两个以上缔约国之间所发生之一切宣战的战争或任何其他武装冲突”。

这一解释又由红十字国际委员会支持出版的《《日内瓦公约》评论》所证实:

“公约的适用不依赖于冲突的性质。无论是‘正义’战争还是‘非正义’战争,是侵略战争还是抵抗侵略战争,都不能影响对伤病员的保护和照顾”⁴⁰。

为制定国际人道法并使之适应自1949年以来出现的新的武装冲突方式而于1974至1977年在日内瓦举行的“重新确认与发展国际人道法外交会议”,将下列条款收入了《《日内瓦公约》第一附加议定书》的序言中,从而结束了一切争论:

“缔约各方,

³³ 《以使国际联盟盟约与巴黎非战公约一致的修正案》,理事会命名的委员会报告,1930年3月8日,《国际联盟官方报告》,1930年,第353-383页,尤其是第354-355页。

³⁴ 第2条第1段。《联合国宪章》没有任何一个条款认为战争法规与惯例的区别性适用是正当的。这一事实应该与为数众多的授权或强制在第三国与交战国的关系中针对侵略国的歧视的条款联系起来。这样,根据“明示其一即排除其他”这一解释原则,可以证实《联合国宪章》的起草者们并无规定战争法上交战国平等原则的初衷,事实上,他们确实也没有这样做。

³⁵ 《国际军事法庭宪章》第6条。1945年8月8日《伦敦协定》的内容及附件,见于《联合国:条约汇编》,第82卷,280-301页。

³⁶ 纽伦堡国际法庭的判决主要见于《美国国际法杂志》,第41卷,1947年1月第一期,172-333页。尤其应该指出,军事法庭极力反对斥责海战的首领多尼兹和赖特海军司令,他们主要用鱼雷袭击了盟国与中立国的商船,而且遗弃了幸存人员。法庭的理由是:这些行为的非法性在战争法规与惯例中没有足够的说明。(第304-305页)。法庭因此而承认,“作战行为规则”不仅可以用来控告罪犯,而且也可以用来为被告辩护。如战争行为的非法性在战争法规与惯例中没有说明,则被告不能因这些行为而受惩处,即使所指的行为是在一场侵略战争中实施的。

³⁷ 我们可以参考梅罗维茨所列的许多案件,前引,第62-76页。

³⁸ 公约I第46条;公约II第47条;公约III第13条(3);公约IV第33条(3)。

³⁹ 同样是梅罗维茨的解释,前引,第37-40页。

⁴⁰ 《评论》第一卷28页。

重申 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约和本议定书的规定必须在一切情况下充分适用于受这些文件保护的一切人，不得以武装冲突的性质或起因为依据或以冲突各方所赞助的或据称为各方所致力目标为依据而加以不利区别”⁴¹。

这一条款在外交会议中得到一致通过，既没有经过讨论，也没有受到任何的反对⁴²。因此，该条款可被为是对《日内瓦公约》的权威解释。它因此适用于《日内瓦公约》的所有缔约国，无论这些国家是否也批准加入了《第一附加议定书》。

这一条款确认了人道法相对于诉诸战争权的独立性。因此，一个国家不得以自己是侵略的受害者或其他关于冲突起因或性质为理由，而拒绝承担国际人道法所规定的义务、或拒绝适用国际人道法的规则。如果这样，那与《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的精神和规定是不相符合的。

《国际刑事法院规约》确认了战争行为规范相对于诉诸战争权的独立性。事实上，如果该法院具有对“种族灭绝罪”、“反人道罪”、“战争罪”和“侵略罪”的管辖权，那么每一个罪行都应为其本身而受到制裁，即使其中很多罪行可以同时被指明控⁴³。但尤其应引起注意的是，国际刑事法院就侵略的定义及为制止“侵略罪行”行使管辖权达成合意之前，已对“种族灭绝罪”、“反人道罪”和“战争罪”具有管辖权⁴⁴。这一事实有力地证明：“战争罪”和“破坏和平罪”是彼此独立的。

国家实践

曾被卷入自 1945 年以来所发生的武装冲突中的国家，大部分都声称是为了抗击对自己或其盟友的侵略、而行使了单独或集体自卫权的结果。然而，据我们所知，只有一个国家在人道法的适用方面及红十字国际委员会的活动中，在是否行使单独或集体自卫权问题上曾有过具体的结论。事实上，直到 1973 年 1 月签署巴黎和约、从而结束越南战争及遣返美国战俘回国之前，越南民主共和国一直以越南是美国侵略战争的受难者为理由，认为不必对美国战俘适用《日内瓦第三公约》，认为也不必同意红十字国际委员会根据该公约开展有利于这些战犯的活动。所以，越南民主共和国拒绝接受红十字国际委员会提供的任何服务。而红十字国际委员会为援助越南战场上俘虏而开展的一切活动，都无功而返⁴⁵。

在 1979 年 2 月中越冲突中，越南社会主义共和国政府一开始也援引了同样的理由。但在经过进一步的讨论之后，尽管它仍认为自己是中华人民共和国发动的侵略战争的受难者，但最终还是同意了红十字国际委员会的代表访问在该冲突中被俘的中国军人⁴⁶。

最后，河内政府在批准《第一附加议定书》时，对序言第五段并未作任何正面的保留⁴⁷。因此可以认为：越南政府在《日内瓦公约》的适用条件问题上改变了立场，从而同意“重新确认与发展国际人道法外交会议”所作出的一致意见，即：任何基于武装冲突的性质或起因或交战国所提出理由的考虑都不能阻止人道法的适用。

自《联合国宪章》通过以来，依据《联合国宪章》第七章及经联合国安理会授权采取的军事行

⁴¹ 《议定书I》前言第 5 段。依据 1969 年 5 月 23 日《维也纳条约法公约》第 31 条第 2 项：前言是条约的固有部分。

⁴² CDDH 条例，第二卷，167-172 页，尤其是 172 页。1977 年 6 月 7 日举行的第 54 次全体会议中分析汇报的 CDDH/SR54 号文件。

⁴³ 国际刑事法院《罗马规约》第 13 条。

⁴⁴ 国际刑事法院《罗马规约》第 5 条第 2 项。

⁴⁵ 河内政府的立场在许多方面均有所体现，尤其在 1965 年 8 月 31 日越南民主共和国外交部对 1965 年 6 月 11 日红十字国际委员会关于在越南的战争行为的呼吁的照会中。该照会的法语解释收录于《红十字国际回顾》，1965 年 10 月第 562 期 485-486 页；同样也可以参考 1974 年 3 月 12 日向“重新确认与发展国际人道法外交会议”提交的 CDDH/41 号文件(CDDH 条例，第四卷，177-190 页)。在米歇尔·巴尔德的研究《红十字会与印度支那的革命：越南战争中的红十字国际委员会历史》（日内瓦，国际关系高等学院，1975 年）中可以找到红十字国际委员会与越南民主共和国谈判的概述。也可以参考雅克·弗雷蒙教授的著作《战争、革命与红十字会》，日内瓦，国际高等学院，1976 年，85-94 页。越南民主共和国政府同样也提出了其曾对关于战犯待遇的第三公约第 85 条进行了保留的理由。为检验河内当局对国际人道法的立场，我们可以参考保罗·德拉·普拉德莱的文章《北越与日内瓦人道法公约》，参见《国际公约全编》第 75 卷，1971 年 4-6 月第 2 期，第 313-332 页。

⁴⁶ 1979 年 4 月 5 日-14 日《在越南社会主义共和国进行的保护与协助任务的报告》，尤其是附件 7.1，第 11 页；1979 年 5 月 24-31 日《在越南社会主义共和国进行的保护与协助任务的报告》，尤其是第 6-10 页及附件 8，红十字国际委员会档案馆，第 251 号卷宗。

⁴⁷ 《越南社会主义共和国对议定书I的批准书》，1981 年 8 月 28 日，瑞士联盟联邦外交事务部与本文作者的通信。

动，主要有三项⁴⁸：

- 美国及其盟国根据 1950 年 6 月 27 日安理会第 83 号决议（1950）在朝鲜采取的行动；
- 根据 1990 年 11 月 29 日通过的第 678 号决议（1990）为解放科威特而实施的反伊拉克联盟军事行动；
- 北约根据 1993 年 3 月 31 日及 6 月 4 日通过的第 816 号决议（1993）及第 836 号决议（1993）及其后众多决议对波斯尼亚—黑塞哥维那采取的军事干涉。

在上述事件中，根据联合国安理会的决议授权而采取行动的国家，没有一个国家寻找理由来摆脱国际人道法所规定的义务。

这样，国家实践就与理论上的分析结论相符合了：一个交战国不得以自己是侵略的受害者或维护一项正义的事业为理由而不承担战争法规或惯例、尤其是人道法所规定的义务。对此也无须感到惊讶。它反映了国际社会要限制实施暴力、并保证在任何情况下都保护人身的愿望，无论交战国诉诸武力的动机是什么。

总之，实现正义的理由并不能授权交战国践踏人道主义最基本的规则，也不能为暴力泛滥提供借口，即使是正义的战争也是有一定限制的。

结论

法律在危难或情势紧急的时候，才能体现其全部的价值。而在这时，企图为使用一些在平时被人摒弃的手段寻找合法的借口，是不可取的。武装冲突法已经被明确是以限制战争中暴力为目的的法律体系。无论所发生的侵略在性质上是如何的严重，也无论冲突各方所捍卫的理由或诉诸武力的动机是什么，我们都不能为了抛弃武装冲突法而寻找任何理由。

从这点看，任何国家和作战的任何一方，无论其提出的理由是什么，都不能宣布自己处于法律之外。同样，任何一方都不能被置于法律的支配和保护之外。

无论是“反恐怖主义战争”、或其他任何形式的武装冲突，都不应用武器去摧毁那些我们试图同武器捍卫的价值。弗朗索瓦·德·拉努是亨利·德·拿瓦赫（即成为后来的亨利四世）最优秀的上尉之一⁴⁹，他认为：“如果一场战争进行得肆无忌惮，那么谁会去相信它的正义性呢？”

阿尔贝·加缪的《阿尔及利亚年史》也曾产生很大的反响。他认为：“从历史的角度看，无论是一个民族还是整个人类的价值，如果我们不为其进行斗争，那它们就不会被保存下来。但斗争（或武力）仍不足以证明这些价值的正当性；斗争本身的正当性也需要得到这种价值的论证。既然是为真理而战，就注意不要用武器去毁灭那些我们用武器去捍卫的真理。只有符合价值和斗争手段的正当性这两点，我们的主张才能反映其内在的意义”⁵⁰。

无论恐怖主义的活动拥有什么样的手段，也无论恐怖主义的活动所发动的攻击具有多大的力量，但它们不可能仅仅靠这些来摧毁一个现代社会，或摧毁一个建立在法律、公民参与及尊重基本人权基础之上的民主国家。许多迹象显示，恐怖组织的领导者本身也意识到了这一点。但这些恐怖主义者却希望他们的攻击能激起愤怒，然后再因为愤怒引得受难国自己去破坏民主国家赖以存在的基础。然而，正是这些价值观念应该得到保护。

恐怖主义的活动已经跨越国界，横行世界各地。国际社会只有相互之间合作才能有效地打击恐怖行为。为了能使打击恐怖主义能持久下去，就必须尊重国际司法秩序，而国际人道法则构成了国际司法秩序最后的屏障。

翻译：李娟芳
校对：朱文奇

⁴⁸ 在这里，我们不再列举安理会决定建立维和部队或调停力量的众多例子了。采取这种行动的主要目的是防止再发生冲突，而不是攻打被称为侵略者的国家。根据 2001 年 9 月 12 日第 1368 号决议，联合国安理会斥责了针对纽约和华盛顿的袭击，宣布决心用一切方法对恐怖主义行为造成的对国家和平安全的威胁作斗争，并承认了美国的自卫权。

⁴⁹ 弗朗索瓦·德·拉努（1531-1591），转引自安德烈·加尔多的《十六世纪法国军事著作中的战争法》第 72 卷，1948 年，第一本，第 393-539 页，尤其是第 450 页。

⁵⁰ 阿尔贝·加缪：《现代史 III，阿尔及利亚年史》（1939-1958 年），选自全集，评论，巴黎。加里玛出版社（七星社图书馆），1965 年，第 898 页。