

违反国际人道法的国家责任

作者：马尔科·萨索利

国际公法可以被认为由两个层次所构成：第一个是传统意义上的层次，它包含调整国际社会成员，主要是国家之间的共存和合作的法律；第二个是新的层次，它包括的则是六十亿人类社会的法律。虽然国际人道法一开始是作为传统层次的一部分，即调整交战各国之间的法律出现的；但是今天，国际人道法如果不从第二个层次的角度，即：从保护战争受害人免受国家或其他发动战争的人的侵害来理解的话，那就是不完整的了。

所以，国际人道法的实施也可以从两个层次方面来理解。作为适用于严重混乱、非法或经常是没有法律存在的情形下的法律分支，其实施机制的重点是，而且应该永远是预防。国际红十字委员会是国际人道法传统的实施机构，充当了国家之间的中立调解角色以及战争受害者制度化代表的角色。通过替未能履行人道主义义务的交战国履行义务及其他方式，红十字国际委员会在两个层次上都发挥着预防与补救违法行为的作用¹。它的工作是以受害人而不是违法行为为导向²。但是在一个法律体系中，违法行为一旦发生，就必须要有相应的法律后果。违法行为是由个人实施的。国际人道法是少数的几个将违法行为确定在个人、并且规定对这些个人进行处罚的国际法分支之一。国际公法第二层次中典型的方法在近几年得到了巨大的发展。

虽然国际人道法在其实施的过程中，保护的是个人利益，反对的也同样是个人利益。但是，由于它在国家之间实施，因此还是属于第一层次。在传统结构中，违法行为归因于国家，所以停止、补救、克制等措施也都指向应该对这些不合法行为负责的国家。国家责任，就是关于这种违法行为的国家间的后果的规则。本文将说明这些规则是怎样适用到违反国际人道法的情形中去的。

2001年通过的国家基于国际不法行为的国家责任条款草案

国际法委员会经过45年艰辛的工作，终于在2001年通过了《国家对国际不法行为的责任条款草案》（以下简称《条款草案》）³。因此，现在是探讨违反国际人道法的国家责任的合适时候。这项对国际法次级规则的编纂成果，除了“在并且只有在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容和履行应由国际法特别规则规定的情况”⁴以外，适用于对所有初级规则的违反。在审查国家责任时，重要的就是要确定国际人道法为《条款草案》中的哪些规则预先设定了“特别法”。

国际法委员会通过的《条款草案》及其评论，经常援引国际人道法，将它作为《条款草案》规则的一个例证或例外。对这些援引的评论和讨论，将使我们更好地理解如何在国家层次上给违反国际人道法的行为下定义、并确定其相应的后果。尽管国际人道法在最近几年取得了进展，但只要国际社会仍然是由主权国家组成，只要国际社会还没有成为一个制度化的世界国家，只要国家这样一个团体概念以及相应的义务还不是无关紧要，在国家层次上对违反国际人道法的行为下定义并确定其相应的后果，对于确保对战争受害者的尊重就显得非常重要。就现阶段而言，将国际人道法和国际法作为整体所共有的次级概念二者相协调是完善国际人道法的

*加拿大蒙特利尔魁北克大学国际法教授，前国际红十字委员会代表及代表团团长，前国际红十字委员会法律部副主任。马尔科·萨索利教授特别感谢其助手玛丽·路易斯小姐及伊萨贝利托·多明戈先生对本文提供的富有价值的帮助。

¹ 具体行动方式参见 P. 博纳尔德：《人道活动主体的行为方式》，红十字国际委员会，日内瓦，1999年。

² 马尔科·萨索利：《国际人道法中的以受害者为导向的方法和红十字国际委员会》《受害者》，刑法新论，1988年第7卷，第147—180页。

³ 联合国国际法委员会，第55届会议工作报告（2001年4月23日—6月1日和7月2日—10月10日）；联合国55届大会官方记录，附录10（A/56/10），可参见<<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>>（以下称：《报告》），第29页—第365页。联合国大会在2001年12月12日的决议A/RES/56/83中对《条款草案》有记录。

⁴ 《条款草案》第55条。

一个途径⁵。

国际人道法是否为一个“独立体系”？

在从国际人道法角度来分析《条款草案》之前，我们有必要确定国际法委员会认为这些条款原则上应该适用于这一法律分支的观点是否正确。国际人道法难道不是一个只要根据自身规则来实施的“独立体系”吗？国际法院在外交关系法里面运用了“独立体系”的概念并且列出了一些对违法行为有限的反应措施。它指出，“外交法本身为外交或领事人员的非法活动提供了的必要防卫和制裁措施”⁶。国际法委员会甚至在外交关系法中都抛弃了这一概念，将其限制为“采取反措施的国家仍应履行其下列义务……尊重外交及领事人员、馆舍、档案和文件之不可侵犯性”⁷。外交法和人道法在这点上，是相似的。他们必须保证国家相互之间，在独立于它们之间的其他关系以外，保持最低限度的交流。我们可以看到，反措施中的行为假如影响到战争受害者，很大程度上也会被禁止。但这并不是说，国际人道法只能通过其明确规定的机制来加以实施。首先，我们应该看到这些机制详细阐明或者修改了国家责任的一般规则，也只有在一一般规则的框架内这些机制才能得到正确的理解。其次，很明显，国际法庭为了将某些违反国际人道法的行为归于或不归于某个特定的国家，已经开始使用国际责任的一般规则⁸。这点非常明显。坚持认为国际人道法只能通过其自身的机制来实施，就会使其成为强制性较弱而且漏洞很大的一个法律分支。

可归因性

要适用国际法传统层次中的国家间规则，违反行为必须可归因于一个国家。假如不可归因于国家，这些违法行为可能会导致个人刑事责任的产生，正是第二个可归因性将国际人道法同国际法的其他部门区分开来。

武装力量成员的行为

这里产生的第一个问题，是一个国家是否必须对其武装力量的所有行为都负责。《条款草案》第7条规定：“国家机关或者经授权行使国家权力的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。”根据《海牙第四公约》⁹第3条及《第一附加议定书》¹⁰第91条的规定，冲突一方“必须对其武装力量的组成人员的所有行为负责”¹¹。三个规定都包括了违反命令或指令的行为。但是根据上述《条款草案》，国家仅要对其武装人员以此种资格行事的时候的行为负责。该限制就可以排除其作为私人个体所参与的所有活动，如一休假士兵在占领地所从事的盗窃、性攻击行为。在评论中，国际法委员会认为国际人道法的规则是《条款草案》的例证¹²。先前，在评议其一读通过的相关草案条款的时候，国际法委员会还认为国际人道法的规定是一般规则的例外，即“特别法”，国家对其

⁵ 较早的讨论，参见 T.卡梅诺夫：《武装冲突中违反国际人道主义法的国际及实体责任起源》；F.卡尔索文恩和 Y.桑多茨：《关于国际人道法的实施》，多斗立科·马蒂斯·尼赓福出版社，1989，特别是第170页。

⁶ 《德黑兰美国外交及领事人员》，1980年报告，第3页，第38页第83段和第40页第86段。

⁷ 《条款草案》第50(2)(b)条。

⁸ 参见本文下面的注19和注20。

⁹ 《关于陆地战争的法律和习惯的第四公约》（以下称《海牙第四公约》）及其附件《关于陆地战争的法律和习惯的规则》（以下称《海牙规则》），海牙，1907年10月18日，可参见斯考特（编）：《1899年和1907年海牙公约及宣言》，纽约，1918年第3版，第100—132页。

¹⁰ 《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者相关的附加议定书，1977年6月8日订于日内瓦》（以下称《第一议定书》）。

¹¹ 关于宽泛意义上的武装力量，参见《第一议定书》第43条；其归因性的角度的后果参见 F.卡勒索文：《武装力量与战争类似行为的国家责任》，《国际法与比较法季刊》1991年第40卷，第847—848页；卡梅诺夫：同前注5，第174—176页。

¹² 《报告》，同前注3，第101页（草案第10条第4段）。

武装力量成员的行为负责，即使这种行为是他们以私人个体的资格所从事的行为¹³。笔者认为，后一种观点得到相关学术论著¹⁴及司法意见¹⁵的一致支持，是正确的。《海牙第四公约》第3条的起草讨论会议记录表明：它想改变先前的规则，即国家无须为士兵在指令以外的非授权行为负责。唯一的保留说明他们担心国家不会为其部队所造成的所有损失负责¹⁶。事实上，在可归因于国家这样一个主观要件之外，那些行为还必须满足违法责任的客观要件¹⁷，即他们违反了国际人道法的具体规定。此类行为的绝对责任还有以下理由：士兵是国家机构中的特殊种类，国家要对其实施比其他机关更为有力的控制。那些不认为《海牙第四公约》第3条是与《条款草案》第7条相关的“特别法”的人可以考虑一下，至少在战争和涉及国际人道法规范的行为的时候，武装力量的成员必须是永远忠于职守，而不能以私人个体行事。对于私人来说，如果没有国家，他们可能永远不会同敌对国民接触或者进入敌国境内进行活动。

事实的代理人

第二个可归因性问题对于国际人道法来说具有非常的重要性，即在什么条件下，同政府军对抗的武装团体可以被视为是外国政府事实上的代理人。在事实代理的情况下，该外国政府就必须承担可以归于它的行为的后果，国际武装冲突法也就因此适用。《条款草案》第8条规定：“如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法上所指的国家的行为。”国际法委员会写道，“需要逐案鉴别特定行为是否在国家的控制下进行，以确定是否应该将该行为归于国家”¹⁸。这一论点在衡量事实方面是正确的。但是可归因性次级规则规定的法律适用标准在不同的案件中应该保持一致。

此类归因性是国际法院在“尼加拉瓜案”意见里的一个事项。法院提出了一个很高的要求，即“有效控制”。该案涉及尼加拉瓜政府反对派活动中的美国政府责任问题，法院认为，美国“即使是主导地或者有决定性地参与了反对派的融资、组织、训练、供给和装备、目标选择和整体作战方案的拟定等活动，这些活动本身……仍然不能将反对派的活动归于美国政府……。要使美国政府对这些活动负法律上的责任，原则上必须证明，在实施所指控的违反行为的时候，美国政府对军事和准军事活动拥有有效的控制”¹⁹。

前南斯拉夫国际刑事法庭的上诉法庭在“塔迪茨”一案中，认为国际法院运用的标准并不具有说服力。它认为国际法院适用的标准不符合关于国家责任的逻辑，而且也不符合国家和司法实践。前南国际刑事法庭也不同意一些学者的观点，认为：确定国家责任的标准和适用国际性武装冲突的国际人道法的标准是一样的。根据前南国际刑事法庭的判决，当涉及到对军事组织负责的问题时，只要能证明一外国对某一特定的组织具有全面的控制，那该国就应对该组织从事的所有行为负责；相应地，规范国际性武装冲突的国际人道法也应予以适用²⁰。

¹³ 《1975年国际法年鉴》第2卷，第69页；《条款草案》评注第26段。

¹⁴ A. W. 弗里曼：《国家对其武装力量不法行为的责任》，《海牙国际法学院课程集》1955年第88卷，第333—339页；R. 比尔扎内克：《武装冲突中的国家责任》，《波兰国际法年鉴》1981—1982年，第11卷，第96—98页；L. 肯多瑞里：《国际不法行为的责任：传统解决方法和发展趋势》《海牙国际法学院课程集》，1984年第189卷，第146页—第148页；此三处有进一步援引；上述卡勒索文（注11）：第837—838页，第853页；Y. 桑多茨：《武装冲突中的不法伤害和国际人道主义法救济》，《红十字国际评论》，1982年第228号，第136—137页；上述卡梅诺夫（注5），第174—176页；S. 伯拉尔特—索米能：《伊拉克战争赔偿和战争法：关于战争期间的环境损坏的联合国赔偿委员会工作讨论》《奥地利国际公法杂志》1996年第50卷，第196—297页。

¹⁵ M. 胡伯：“英国对摩洛哥西班牙地区的主张案”的仲裁裁决，联合国边界仲裁联合会，第2卷，第645页。

¹⁶ 弗里曼（前注14）第336—343页及桑多茨（前注14）第137页。

¹⁷ 《条款草案》第2条。

¹⁸ 上述《报告》（注3），第107页（第8条评注第5段）。

¹⁹ “对尼加拉瓜采取军事和准军事行动案（尼加拉瓜诉美利坚合众国案）”，实体判决，国际法院1986年报告，第14页第115段。我们认为，国际法院在1993年4月8日“《防止及惩治种族灭绝罪公约》的适用案（波黑诉南斯拉夫案）”指令中运用的较为宽泛的标准（国际法院1993年报告，第3页第52段）是因为防止种族灭绝罪的具体初级义务（同上，第44—45段），而不是如保拉尔特·索明内（前注14第297页）所说的那样，是次级规则的发展。

²⁰ 编号IT-94-1“检察官诉塔迪茨案”1999年，第116—144段；M. 萨索里和L. 欧勒森：《1999年7月15日前南国际刑事法庭上诉法院关于案件号为IT-94-A的“检察官诉塔迪茨案”报告及判决》，《美国国际法杂志》2000年第94卷，第575页。参见M. 萨索里和L. 欧勒森：《前南国际刑事法庭上诉法院关于塔迪茨案的裁决：国际人道

国际法委员会认为，“塔迪茨案”和“尼加拉瓜案”所面临的法律问题和实际情况都不一样。法庭的职责在于究明个人的刑事责任，而不是国家责任²¹。笔者尊重国际法委员会，但不能同意这一观点。国际法委员会认为，“塔迪茨案”涉及的不是国家责任而是可适用的国际人道法规则，这是对的。但是，“塔迪茨案”的先决性问题和“尼加拉瓜案”中的裁决事项是一样的。事实上，在特定案件中要确定个人责任之前，必须首先得阐明个人行为所应当遵守的规则为何。只有在塔迪茨先生的行为可以在法律上被视为是另一国家，即南斯拉夫联邦共和国的行为时，规范国际军事冲突的国际人道法才可以适用于他在同波斯尼亚政府冲突过程中所从事的反波斯尼亚穆斯林的活动。

可能会有人认为，这个标准最近被降低了，因为联合国安理会默许了美国在受到 2001 年“9·11”恐怖袭击后对阿富汗实施的自卫行为。“9·11”恐怖袭击事件是由非政府的基地组织从事的，而基地组织受到当时的阿富汗事实政府塔利班的庇护²²。这或许是在关于武力使用的时候运用了特殊的归因规则。否则只有在基地组织的攻击可以归因于阿富汗的时候，美国对阿富汗（不仅仅是对阿富汗境内的基地组织目标）使用的武力才可以根据对武装攻击的自卫权得到合法的论证。美国显然采用了这样的归因规则：因为阿富汗庇护或支持基地组织，而不管其是否对该组织拥有全面的控制。这是否意味着出现了适用于所有初级规则的次级规则的新发展，而且所称的新规则是否可以适用于所有国家以及未来所有相似情形。而这一点是其要成为一项法律规则所不可缺少的，目前还不太清楚。

“居民军”

国际法委员会通过的另一项关于归因性规定的是《条款草案》第 9 条。这是一条关于“官方当局不存在或缺席时实施的行为”的规定。根据评论，这个特殊规定来源于一项被称作“居民军”的古老的国际人道法习惯，即在敌人来临而缺乏正规武装力量的时候，临时举起武器的市民拥有战斗员的地位和直接参与对敌行为的权利²³。该条明确规定，国家必须对此类市民的此类行为负责，如违反国际人道法的行为。

行使政府权力的行为

当今世界盛行私人化和非管制化，即使是在国防、安全和监禁等领域也不例外，在此情况下有必要提及《条款草案》的第 5 条。第 5 条规定，国家必须对“经该国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体”负责。国际法委员会作为例子，提到了私有保安公司签约看管监狱，在该职责范围内行使管制和惩戒权力的情况，或者航空公司授予某些人与移民管制相关的某些权利的情况²⁴。

叛乱运动

将非国家实体或个人的行为归因于国家的另一个规定，是《条款草案》第 10 条关于“叛乱运动或其他运动的行为”的规定。该条规定：假如这类运动导致建立该国新政府，或通过继承而建立了新的国家，则行为归于该新国家。对于国家责任规则和国际人道法来说，叛乱的合法性与否是无足轻重的。关注的重点应是“所讨论的特定行为以及它的合法性或者其他情况下应当适用的国际法规则”²⁵。国际法委员会进一步认为，在定义术语“叛乱运动”所包含的团体种类的时候，《第二附加议定书》里所规定的武装冲突法适用的标准可以用来作为指导的标

法和国际刑法的新视野？》（《红十字国际评论》，2000 年第 839 号，第 737—742 页）。

²¹ 上述《报告》（注 3）第 106—107 页（第 8 条评论第 5 段）。

²² 详见联合国安理会第 1368 号决议（2001 年）和 1373 号决议（2001 年）。从归因的角度思考这些事件，参见 L.肯多瑞里：《9 月 11 日的攻击及其后续情况：国际法往何处去》《一般国际公法杂志》，2001 年，第 105 卷，第 838—839 页。

²³ 《日内瓦第三公约》（注 33）第 4（A）（6）条和《海牙规则》第 2 条。

²⁴ 上述《报告》（注 3）第 92 页（第 5 条评注第 2 段）。

²⁵ 同上，第 116 段（第 10 条评注第 11 段）。

准²⁶。然而，这不意味着本文作者认为国家对违反日内瓦诸公约共同第 3 条的行为不必负责。共同第 3 条同样适用于非国际武装冲突，但适用的标准稍低了些。假如违反行为是由一武装团体实施，该武装团体后来成为该国新政府，那么，在它违反的时候还不受《第二附加议定书》所约束。

虽然国际法委员会不关注除国家以外的其他国际法主体的责任，但还是认为“另一个可能性是，叛乱运动本身根据国际法来为它自己的行为，如它的军队所犯下的违反国际人道法的行为，承担责任”²⁷。实际上，国际人道法授予非国际武装冲突的当事人方以国际法人实体的资格，而不管其最后成功还是失败。这一资格是适用国际人道法规定的权利义务所必需的²⁸。需要提到的是，这些当事方违反国际人道法都必须承担国际性的法律责任；在出现此种违反行为、在考虑第三国相应的权利义务时，这点特别重要。

缺乏适当的注意

假如不考虑国际法委员会所认为的可能直接从初级规则衍生出来责任产生原因，本章节就是不完整的²⁹。私有实体或个人可能也会违反国际人道法，即使他们的行为不可归于国家³⁰。对于此类行为，国家或许有义务实施适当的注意来防止与国际法相悖的行为的发生，或者在发生之后即使起诉或者惩罚这种行为³¹。本文不讨论私人主体违反国际人道法的行为，源于哪一条国际人道法规则，或要求国家需给予何种程度的注意。只要知道某些规则明示或暗示地要求这种注意，也就够了³²。和平时期需要采取预防性措施（如传播国际人道法，³³起诉严重违反行为³⁴）。如果没有这么做，也会导致国家责任的产生，如果这种疏忽便利了个人主体的违法行为。最后，诸公约共同第 1 条规定的“保证尊重”的义务可以说是为与个人行为相关的国家义务，确立了一个需适当注意的标准，假如行为者被确认为属于一国的管辖范围或者不法行为是该国能够影响到的外国或非国家行为者所从事的违反国际人道法的行为³⁵。

在违反国际人道法行为中的援助或协助行为

《条款草案》第 16 条规定，援助或协助另一国实施违反国际人道法行为的国家，应当承担国家责任，假如援助国是受该被违反的具体规则的制约、而且是在明知违法行为的情况下这

²⁶ 同上，第 115 段（第 10 条评注第 9 段）和 1977 年《关于 1949 年 8 月 12 日日内瓦公约在非国际性武装保护战争受害者的议定书》，第 1125 页；《联合国条约集》第 609—699 页（以下称《第二附加议定书》）。

²⁷ 上述《报告》（注 3）第 118 页（第 10 条评注第 16 段）。

²⁸ 参见 P.固海姆：《国际公法协定》，第 1 版第 2 卷，日内瓦，乔治，1954 年，第 314 页；C.左格毕贝：《平民战争》，巴黎，法国大学出版社，1975 年，第 187—189 页；M.萨索里和 A.鲍维埃尔在《法律如何在战争中保护》中部分谈及的哥伦比亚宪法法院编号 C-225 / 95 的案件，国际红十字委员会，1999 年，第 1361 页第 14 段。

²⁹ 上述《报告》（注 3）第 70 页（第 2 条评注第 4 段）；国际法委员会第 51 次会议报告，联合国文件，A / 54 / 10，第 420 段。（<http://www.un.org/law/ilc/reports/1999/english/99repfra.htm>）。

³⁰ 卢旺达国际刑事法庭上诉法院，2001 年 6 月 1 日“*检察长诉阿加叶苏案*”判决，第 432—445 段，见 <http://www.itcr.org>。

³¹ 参见《1975 年国际法委员会年鉴》，第 2 卷，第 87 页；L.肯多瑞里（注 14），第 105—116 页。R.皮斯洛—马泽斯基：《适当注意规则和国家国际责任的性质》（《德国国际法年鉴》，1992 年第 35 卷，第 9—51 页；又见同一作者：《适当注意》（国家的国际责任），居夫里，米兰，1989 年。

³² 比如，《日内瓦第二公约》（注 33）第 13（2）条和《海牙规则》第 43 条。

³³ 《日内瓦四公约》各自的第 47 条、第 48 条、第 127 条和第 144 条（《1949 年 4 月 12 日关于改进战地武装部队伤者、病者境遇的《日内瓦公约》》，《联合国条约集》第 75 册，第 31—83 页[以下简称《第一公约》]；《1949 年 4 月 12 日关于改进海上伤者病者和遇船难者境遇的《日内瓦公约》》，《联合国条约集》第 75 册，第 85—133 页[以下简称《第二公约》]；《1949 年 4 月 12 日关于战俘待遇的《日内瓦公约》》，《联合国条约集》第 75 册，第 135—285 页[以下简称《第三公约》]；《1949 年 4 月 12 日关于战时保护平民的《日内瓦公约》》，《联合国条约集》第 75 册，第 287—417 页（以下简称《第四公约》）；和《第一议定书》第 83 和 87（2）条和《第二议定书》第 19 条。

³⁴ 《日内瓦四公约》各自的第 50 条、第 51 条、第 130 条和第 147 条和第一议定书的第 85 和 86 条。

³⁵ T.卡梅诺夫（前注 5），第 179—182 页，将这种责任称为“半直接”；N.雷维拉特：《缔约国为使得人道法规则得到尊重而采取行为的后果》F.卡尔索文恩和 Y.桑多茨（前注 5），第 274—291 页，认为该行为责任必须通过国际人道法预见的方式来履行。关于国家之间的“确保尊重”的义务，参见注 78 后的内容。

样做的。国际法委员会澄清了这样的观点：一般情况下，协助国无须承担该援助会被用于国际不法行为的危险；援助行为属于不合法，必须是为了便利该国际不法行为的实施而给予，并且是实际给予的³⁶。违反国际人道法的行为者，往往用的是第三者所提供的武器。只要这些武器的使用不是被禁止的，提供国也就不要为接受武器的国家所实施的违反国际人道法的行为负责。但是，一旦它知道接受国正利用这些武器进行系统性的违反国际人道法的行为，它就必须拒绝再提供这些武器，即使这些武器也可能被用于合法之处。实际上，一旦获知违法行为，持续的援助必然就带有便利更多违法行为的色彩。这种严格的标准，或许不是国际法委员会在评论中的观点，但是它得到了国际法下特别义务的支持，即：第三国不仅不能援助违法行为，还必须保证其他所有国家尊重国际人道法规则³⁷。在明知援助被用于违反行为的时候，实施援助的国家显然是没有遵守该项特别义务。

排除违反国际人道法行为不法性的情况

国际法委员会列出了六种排除行为不法性的情况，即：同意、自卫、反措施、不可抗力、危难和危急情况³⁸。但是，它还规定这些情况都不能排除违反国际法强行性规范行为的不法性。国际法院、前南国际刑事法庭以及国际法委员会都认为国际人道法的基本规则属于强行法³⁹。讨论究竟有哪一些国际人道法的规则是基本的、属于强行法的范畴，显然超出了本文的主题。有些著名学者认为所有的国际人道法的规则都属于强行法⁴⁰。至少从条约法下的强行法的概念来看⁴¹，国际人道法本身是支持这种观点的，因为它禁止另行作出对受保护人境遇不利的协议⁴²。在国际人道法的所有原则里面，没有哪一条不是直接或间接保护在国际武装冲突中的受保护人的利益。在国际和非国际武装冲突中，这些规则都进一步保护“人们的基本权利”，而这恰恰是强行法的传统特征⁴³。

同意

关于同意是否能够作为排除行为不法性的情况，国际人道法条约本身规定，国家不得免除自己或其他国家由于严重违反行为所产生的任何义务⁴⁴。这肯定了一国不能同意那些违反保护受害者权利的国际人道法的行为⁴⁵。

自卫

国际法委员会的评论认为，“在国际人道法规定的义务以及在不可减损的人权条款方面，自卫并不解除行为的不法性。”⁴⁶这是将诉诸战争权，即合法使用武力的权利，和国际人道法所属的战时法绝对区分的必然结果，战时法调整武力的使用方式⁴⁷。从这个角度说，国际法院

³⁶ 上述报告，注 3，第 156 页，（第 16 条评注第 3 段）。

³⁷ 参见下面的注 78—80。

³⁸ 《条款草案》第 20—25 条。我们在这里将涉及同意、自卫、危难和危急情况。关于反措施，参见注 88 后的文章，关于不可抗力，我们认为，假如有国家控制之外的不可抗力或者不可预见的事件发生使得国家实质上不可能遵守国际人道法（参见《条款草案》第 23 条定义），就没有不法行为发生（比如，军事飞机在危急情况下坠毁在贫民区）。同样地，参见 L.肯多瑞里和 L.波易森·德·察佐尔内斯：“关于国家尊重和使得国际人道法得到尊重的义务的几点评论”《为纪念让·比克泰而发表的关于国际人道法研究和评论以及红十字原则》，国际红十字委员会，马蒂斯·尼赫夫出版社，海牙，1984 年，第 22 页。

³⁹ 参见注 71—74。

⁴⁰ L.肯多瑞里和 L.波易森·德·察佐尔内斯，注 38，第 33—34 页。

⁴¹ 《维也纳条约法公约》第 53 条，《联合国条约集》，第 1155 卷，第 331 页。

⁴² 日内瓦四公约分别的第 6 条、第 6 条、第 6 条和第 7 条。

⁴³ 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案，国际法院报告，1970 年，第 3 页，第 32 页第 34 段。

⁴⁴ 日内瓦四公约分别的第 51 条，第 52 条，第 131 条和第 148 条。

⁴⁵ L.肯多瑞里和 L.波易森·德·察佐尔内斯文，注 38，第 22—23 页，该结论是以四公约共同第一条规定的“在任何情况下”尊重国际人道主义法义务为依据的。

⁴⁶ 上述报告，注 3，第 178 页（第 21 条评注第 3 段）。

⁴⁷ 参见《第一议定书》，前言第 5 段；纽伦堡美国军事法庭威良等被告案，联合国战争犯委员会，《战争罪犯审判报告》卷 8，第 34—76 页。关于此案及其他参考资料，参见 M.萨索里和 A.鲍维埃尔文，注 28，第 83—87 页第

在核武器咨询意见中的论点，即“在涉及一国生存与否的极端情况下，如自卫，一国使用核武器是否合法的问题是不能够得出一个确切的判断的”的论断，是很令人遗憾的，是很让人感到惊讶的⁴⁸。实际上，假如如国际法院在咨询意见中暗示的那样，核武器的使用一般情况下是违反国际人道法的，那么，即便是在自卫的极端情况下使用，同样也是违法的⁴⁹。

必要性

《条款草案》的第 25 条将“必要”限定在只有满足以下条件的时候才可以排除行为的不法性，即“该行为是保护该国基本利益，对抗某种严重的和迫切的危险唯一方法”，而且不损害其他重要利益。当然，如涉及国际义务，就排除了这种可能性，就不可能主张危急情况。

《国际法委员会评论》提出一个例子，即：“适用于武装冲突的某些人道公约，明确排除了对军事危急情况的依赖性。其他公约虽然没有明确排除危急情况，但是也仅仅意在适用于责任国处于危难、并且明显关系其重大利益的非常情形。在这种情况下，必要抗辩的不可诉求性显然可以从规则的目标和目的中推出”⁵⁰。实际上，国际人道法就是为发生有武装冲突这样一种危急情况而创立的法律，所以它本身就暗示地排除了危急情况的抗辩，除非其在某些规则里面明确地另有规定⁵¹。这一点在国际法委员会一读通过的第 33 条的评论中表现得最为直截了当，其中一些值得在这里引出：

“关于军事行动的人道法规则，是在明确‘军事危急情况’是该类行为的标准的情况下获得通过的。制定那些规则的国家代表想以此对国家施加一定的限制……。他们当然不会让战争必要来破坏他们来之不易的成果。他们同样明确知道，遵守这些他们规定的限制将会阻止军事行动的成功，但是假如他们是想将这些限制仅仅适用于不会阻碍军事行动成功的情形，他们就会将这种意思明确表达出来，或者更可能的是，就会因为相对价值太少而放弃他们的任务。国际人道法的目的在某些领域就是将交战国的利益置于某种更高利益之下”⁵²。

国际法委员会正确指出，军事必要“必须放在国际人道法的初级义务的制定和解释的环境中考虑”当作是它许多实体规则的基础性标准或是在一些其他规则中明确地提到⁵³。应该指出军事必要同时是实施一项国际人道法的禁止性原则，它明确排除任何获取军事优势所不需要、但会造成过分痛苦和损害的行动⁵⁴。

危难

笔者认为：所有在必要方面的考虑，也同样地适用于在危难方面的考虑。危难同必要正相反。它威胁的是个人而不是国家。第 24 条排除了行为的非法性，假如实施行为的个人没有任何其他合理的方式来拯救自己或者其受委托看管的其他人的生命。危难的情况可能不是由于国家的行为引起的，而且涉及的行为可能不会引起同等或更大的危险，但是可以认为，个人在武装冲突中所受的痛苦和国家在必要情况下所受的痛苦是一样的。国际人道法的原则应该考虑到

665, 681 和 682 页；C.格林伍德：《诉诸战争权和战时法的关系》，《国际研究评论》，1983 年第 9 卷，第 221—234 页；R.科尔伯：《两个孪生词语：诉诸战争权和战时法的起源》，《红十字国际评论》，1997 年，第 320 号，第 553—562 页；H.梅霍维兹：《关于战争中各作战团体间的平等权问题》，佩多，巴黎，1970 年。

⁴⁸ 《关于使用和以核武器相威胁的合法性的咨询意见》，〈国际法院〉1996 年报告，第 226 页，第 97 段，1996 年 6 月 8 日。

⁴⁹ 《条款草案》第 50 (1) (c) 条明确不得影响“禁止报复的人道性质的义务”（参见下注 93）。

⁵⁰ 上述报告，注 3，第 204—205 页，第 25 条评注第 19 和 21 段。参见 S.保拉尔特·索明内文，注 14，第 301 页。支持军事危急情况作为一般例外的观点，参见“军事危急情况现代原则的性质”，《军事法和战争法评论》1991 年第 30 卷，第 216—242 页。

⁵¹ 参见《日内瓦第一公约》第 33 (2) 条，《日内瓦第二公约》第 49 (2) 和 (5) 条，第 53 条，第 55 (3) 条和第 108 (2) 条以及《第一议定书》第 54 (5) 条。

⁵² “国际法委员会第五十二届会议工作报告”，《国际法委员会年鉴》，1980 年，第 2 卷，第 2 部分，第 46 页，第 28 段。

⁵³ 上述报告，注 3，第 206 页，第 25 条评注，第 20 段。

⁵⁴ G.Vvnturini, “Necessita e proprzionalita nell’uso della forza millitare in diritto internazionale”, Giuffre, 米兰, 1988 年，第 127—165 页；W.V.O’布莱恩：“国际法上军事危急情况的含义”，《世界政治》，1957 年卷，第 138—163 页；《海牙规则》第 23 (e) 和 (g) 条以及《第一议定书》第 35 (2) 条。

这一点⁵⁵。可以想象假如士兵伤害市民而国家不必负责任的话，一项法律规定可适用的空间就很小了。假如对一个违反行为⁵⁶，比如酷刑，来主张必要或者危难来排除其违法性，我们必须注意，酷刑行为是否违反了强行法，关于酷刑的条约法明确排除了这种抗辩理由的合法性⁵⁷。

违反国际人道法的法律后果

《条款草案》第二部分处理国家责任的内容，即责任国源于它的义务所应当承担的责任。责任国必须停止不法行为并且进行赔偿。国家赔偿的形式包括“恢复原状”、补偿或抵偿。

《海牙第四公约》第3条⁵⁸和《第一附加议定书》第91条里只是明确提到了“经济补偿”。然而在这些这些规定里，补偿仅仅是在“案件本身要求这样做”的时候才会给予，因此它在一般国际法上可以看作是对“恢复原状”的补充性措施⁵⁹。另外，《条款草案》规定赔偿责任应同样适用于在非国际性武装冲突中违反国际人道法的行为，而非国际性武装冲突又并不为上述的条约所适用。

国际法委员会强调：这些责任同样适用于国家之外的个人和实体，比如在侵犯人权或者违反国际法其他责任的情况下。在这些情况中，被违反的责任的首要受益人并不是国家。《条款草案》不处理个人直接享有的权利，但是留下了这样的可能性⁶⁰。个人是否可以、以及在多大程度上独立主张责任，将取决于可以适用的初级规则⁶¹。战争受害者当然是国际人道法责任的受益人，但是在国际武装冲突法中，很多国际人道法责任仍然是作为国家之间的责任来规定的。传统国际法上，对违反国际人道法的行为将对受害中负有赔偿的责任⁶²，而所谓的受害国是指受害人所属的国家以及受突害人提出请求的国家。该观点受到传统外交保护思想的影响，外国受害者所属国的要求被认为是其国家自己的请求而不是其国民的请求⁶³。这种解释并不总是正确的，至少在国际人道法领域里。因为很多规则都是作为战争受害者所应享有的权利而以一种类似人权的方式来规定的。在这种情况下，唯一的问题是在程序方面，即受害者个人在争端解决的通常程序中没有相应的法律地位。但是实际上他们在国际法下是拥有权利的，他们的国家和另一个第三国⁶⁴可以为他们的利益在国际社会上提出请求。当国际法在特定法律体系下可以直接适用、并且该规则可以自动执行的时候，或者国内法赋予他们个人进行诉讼的权利的时候，他们可以在国内法院直接提出请求⁶⁵。历史上，交战国往往会设立仲裁庭或者特别法院来处理敌国个人对他们提出的请求，⁶⁶他们通常还会在停战协议或其他协议中规定放弃要求赔

⁵⁵ L.肯多瑞里和L.波易森·德·察佐尔内斯认为，危难排除了违反国际人道法行为的违法性，但是没有具体解释原因，注38，第22页。

⁵⁶ 参见以色列高等法院的实践和“郎多调查委员会”在对巴勒斯坦人进行询问时采用的“适度身体压力”的实践，这些行为构成了对《日内瓦第四公约》第31、32和147条规定的违反。后因为瓦勒卡格等人起诉而被以色列放弃。参见M.萨索里和A.鲍维埃尔文，注28，第824—829页。另参见H.莫里斯：“否认囚徒权利的以色列判决”，《金融时报》，2002年4月8日。

⁵⁷ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或者处罚的公约》第2(2)条，1984年12月10日，《联合国条约集》第1405卷，第112页。

⁵⁸ 参见注9。

⁵⁹ 《条款草案》第36(1)条。

⁶⁰ 上述报告，注3，第214页；第28条评注第3段。

⁶¹ 《条款草案》第33(2)条和上述报告(注3)第234—235页，(第33条评注第4段)。

⁶² 比较J.S.皮克特编：《关于战俘待遇的《日内瓦公约》》评注3，国际红十字委员会，日内瓦，1960年，第630页；Y.桑多茨、C.斯维纳尔斯基和B.齐美尔曼编：《附加议定书评注》，国际红十字委员会/尼吉霍夫，日内瓦，1987年，第1056页；〈国际红十字委员会关于战争受害者保护的报告〉，日内瓦，1993年6月，4.3，见上述萨索里和鲍维埃尔文(注28)，第457页；相反意见以对《海牙公约四》准备工作的分析为依据，卡尔索，注11，第830—832页；伯拉尔特和索米能，注14，第294—295页。

⁶³ 霍茹夫工厂(赔偿案)，事实裁决，常设国际法院，A系列，第17号，第27—28页。

⁶⁴ 参见关于《条款草案》第48(2)条的下文，注97。

⁶⁵ 参见美国法院在“汉德勒诉阿图克维奇案”的裁决，美国加利福尼亚中区地区法院，第1421副本，1985年，可参见萨索里和鲍维埃尔文，本文上引注28，第714—719页，以及“上科迪奇等诉卡拉基奇案”，《国际法律资料》34(6)，1995年，第1595—1614页；可参见上述萨索里和鲍维埃尔文(上引注28)，第1274—1251页；印度最高法院在“市民自由人民联盟诉印度联盟案”中的裁决，可参见萨索里和鲍维埃尔文，本文上引注28，第1399—1401页。

⁶⁶ 根据《凡尔赛条约》第304条设立的混合仲裁法庭和二战之后由美国、英国和法国在其各自的德国占领区设立的

偿的权力责任⁶⁷，而这种放弃权力的做法在国际人道法是明确被禁止的⁶⁸。

严重违反国际人道法强行性规则

此处不讨论国家国际罪行的概念。国际法委员会首先采纳了该概念，但在经过广泛讨论之后，最终还是将这一概念遗弃之⁶⁹。在《条款草案》中规定的各种违反国际法的行为中，有关于严重违反强行性规则的行为⁷⁰。国际法委员会认为根据国际法院在“核武器咨询意见”中的描述，适用于武装冲突的国际人道法基本规则在本质上是“不可逾越的”⁷¹，将它们视为具有强行性是合理的⁷²。笔者同意这种说法，但是必须注意的是：国际法院本身就适用的国际人道法的规则是否属于强行法的一部分这个问题，并没有下结论⁷³。另一方面，国际法委员会在一读通过的草案中认为，把大规模的严重违反国际人道法的行为当作是“国家国际罪行”的例证，是有争议的⁷⁴。

国际法委员会认为：只有严重违反强行性规则会有特殊的后果⁷⁵，《条款草案》提到的严重违反行为涉及此类情况中第三国的权利和责任，我们将会在下面关于不法行为国家责任的部分中进行讨论⁷⁶。

违反国际人道法的国家责任的实施

国际人道法中一个最复杂、最不好解决、然而分析又比较少的问题，就是当一国违反国际人道法的时候，另一国可以或者应该做些什么。一些人认为：至少从国家责任执行的角度来说，国际人道法应该是自成一体体系⁷⁷。但我们应该看到，国家责任执行机制也被包含在关于国际责任的一般国际法原则之中，并且也只有放在这个框架中才能得到更好的理解。《第一附加协议书》第 89 条是关于国际人道法范畴国家责任的规定。但由于第 89 条订立得如此不明确，以至于所有其他一般性的法律规则也都能适用这条规定。

关于“保证尊重”国际人道法的义务

根据日内瓦四公约和《第一附加协议书》共同第 1 条的规定，所有国家都负有在“任何情况下”“保证尊重”这些规定的义务。该条款现在被一致理解为“在其他国家违反规定的情况”⁷⁸。国际法院在“尼加拉瓜案”中认为它给了“人道法一般原则”具体的解释，认为它也

求偿委员会，弗里德曼，注 14，第 374—389 页。

⁶⁷ F.卡勒索文，注 11，第 83 5—837 页；M.萨索里和 A.鲍维埃尔，注 14，第 295 页；T.卡梅诺夫，注 5，第 172—173 页和第 218 页。

⁶⁸ 参见注 42。

⁶⁹ 最近书目参见 N.约根森：《国际犯罪的国家责任》，牛津大学出版社，牛津，2000 年，第 299—314 页。

⁷⁰ 《条款草案》第 40 和 41 条。

⁷¹ 《核武器咨询意见》，注 48，第 226 页，第 257 页，第 79 段。

⁷² 上述报告，注 3，第 284 页，第 40 条评注第 5 段。另参见《国际法委员会第 32 届会议工作报告》，《国际法委员会年鉴》，1980 年，第 2 卷，第 2 部分，第 46 页，第 28 段；“科伯里斯基奇案”及其他，前南国际刑事法庭判决，海牙，2000 年 1 月 14 日。案件编号 IT-95-16-T，第 520 页；N.雷维拉特文，注 35，第 270—273 页和上注 40—43。

⁷³ 《核武器咨询意见》，注 48，第 83 段。

⁷⁴ L.肯多瑞里和 L.波易森·德·察佐尔内斯文，前注 38，第 33—34 页；国际法委员会一读通过的《条款草案》第 19 (3) (c) 条，《国际法委员会 1976 年年鉴》，第 2 卷，第 2 部分，第 95 页。

⁷⁵ 《条款草案》第 41 (3) 条这个保留性条款关心国际法下严重违反行为的进一步后果。

⁷⁶ 参见注 110 和注 120 前的文字。

⁷⁷ 参见上述 N.雷维拉特文，注 35，第 281—291 页；上述卡梅诺夫，注 5，第 170 页。

⁷⁸ 比较上述提到的皮克特，注 62，第 18 页；M.博斯，K.J.帕特茨和 W.A.索夫：《武装冲突中受害者的新规则》，马廷斯·尼基赫夫出版社，海牙，波斯顿，伦敦，1982 年，第 43 页；上述 L.肯多瑞里和 L.波易森·德·察佐尔内斯文（注 38），第 26—35 页；L.肯多瑞里和 L.波易·森·德·察佐尔内斯文：“再论《日内瓦公约》共同第一条：保护集体利益”，《红十字国际评论》，第 837 号，2000 年，第 67—87 页；上述雷维拉特文，注 35，第 263—296 页；U.帕尔旺卡尔：“国家为履行保证尊重国际人道主义法的义务可以采取的措施”，《红十字国际评论》，第 298 号，1994 年，第 9—25 页。

同样适用于非国际性的武装冲突⁷⁹。联合国安理会、联合国大会和《日内瓦第四公约》的绝大部分成员国，都呼吁要运用这一条款中的原则，要求第三国对以色列在其占领地实施违反公约规定的行为作出反应⁸⁰。但是，国家应该通过何种程序或可以采取何种措施，仍然是不清楚的。所以，从国家责任规则方面并结合受该违反国际人道法行为直接影响的个别国家可以采取措施的角度来分析这些问题，是非常有益的。笔者认为，共同第 1 条在某些方面适用了国家责任的一般原则，在另一些方面确立了一个特别的次级规则，同时也是适用国家责任的首要规则。

第一个步骤是确定什么时候可以认为一个国家受到违反国际人道法行为的伤害。只有这样，才可以讨论受害国可以采取反应的程度。而且，如果其他国家可以采取行动，那它们又可以采取什么行动。

哪些国家可能受违反国际人道法行为的伤害？

根据《条款草案》第 2 条的规定，“一国有权作为受害国追究另一国的责任”，假如被违反的义务是个别地对该国承担的义务；假如被违反的义务是对一个国家集团或整个国际社会承担的义务⁸¹，那只有受到特别影响的国家可以追究，除非该违反是在“本质上彻底改变了由于该项义务的被违反而影响到所有其他国家对进一步履行该项义务的立场”。国际人道法公约，不像裁军协定或者某些特定体制的条约，不属于成员义务相互依赖的上述保留条约类型。许多国际人道法义务是整体性的，义务的履行或违反都是针对所有国家的。但单纯这样的事实并不能将其归入这种例外。所以，看起来只有国际武装冲突中的相对方其境内发生了违反国际人道法行为的国家或者受害人所属的国家，才会受到“伤害”。

有些人或许会主张：共同第 1 条暗示了每一个国家单独受到单个国际人道法违反行为的伤害，特别是如果从《第一附加协定书》第 89 条的角度来解释，可能更是如此⁸²。该条允许第三国也可以独自行动。他们认为：恐怕也只能这样解释。不然，当今世界最常发生的违反行为，即发生在一国的国内性武装冲突法的违法行为，并没有在“法律上”伤害任何其他国家。同意这种解释的还可以援引国际法委员会的论点，即“一国只有首先具有追究他国国家责任的具体权利，然后才能追究他国的责任。所谓‘具体权利’，是指明某一条约明确赋予它追究的权利，或者它被视为一受害国而产生的权利”⁸³。共同第 1 条所规定的“确保尊重”的“义务”，可以视为授予了这样行动的“权利”。虽然“条约下行动的权利”看似是“受害国”权利的一种变通，但是由于国际法委员会上述对于《条款草案》第 42 条（受害国定义）“特别法”的描述的脚注，可能会得出这样的结论：有权采取行动的国家，是一个受害国⁸⁴。共同第 1 条就同国际法委员会提到的《凡尔赛条约》第 386 条和《欧洲人权公约》第 33 条一样，成为在受害国定义方面的“特别法”。

笔者并不同意第 1 条将使得所有国家都成为受害国的观点。国际法委员会提到的规定，只

⁷⁹ 《军事和准军事行动》，注 19，第 220 段，关于后一方面，参见 B.克斯勒：《Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihre gemeinsamen Art.1》Duncker und Humblot, 柏林，2001 年。

⁸⁰ 比较安理会第 681（1990）号决议，正文第 5 段；联合国大会决议 ES-10/2，1997 年 5 月 5 日，ES-10/3，1997 年 7 月 30 日，ES-10/6，1999 年 1 月 24 日以及 1998 年 10 月 27-28 日在日内瓦举行的《日内瓦第四公约》的专家会议主席报告。（以上材料为上述萨索里和鲍维埃尔夫文，注 28，第 852-868 页），最近在日内瓦，根据共同条款第一条召集的有 114 个《日内瓦第四公约》缔约方参加的会议通过的宣言可以在以下网址获得：www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc.html。

⁸¹ 会议报告人 J. 克劳福德强调：“国际社会包括国家外的实体：比如，欧盟、国际红十字委员会、联合国本身”（国际法委员会第五十三次会议，《国家责任的第四个报告》，联合国文件 A/CN.4/517，第 36 段，可以访问 <http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>。）

⁸² 本意见可以参见上述雷维拉特，注 35，第 274-275 页，但是在国际法委员会支持“受害国”这个更为广泛的概念的时候，该作者一度撰文并且认为受害国仅能采用国际人道法规定的方法。关于《第一议定书》第 89 条，参见注 104 以后的文字。

⁸³ 前注 3 报告，第 295 页，第 42 条评注第 2 段。

⁸⁴ 同上，注 703。

涉及一国在法院出庭时的立场⁸⁵，并不当然意味着持同样观点的国家在所有其他方面也是受害国。国际法委员会在二读时，明确放弃了其在一读时候的案文，即：除了受害国本身，还包括受人权保护规则约束的所有国家或者国际犯罪实施情况下的所有国家⁸⁶。关于赔偿，它引进了一个关于“受害国以外的其他国家援引责任”的特殊规则，来解决这类问题⁸⁷。笔者认为：共同第1条应被视为开所有国家都可以以社会利益为由援引国家责任的先河，而不是将国际人道法违反行为普遍双边化的“特别法”。关于“其他国家”可以主张的请求，可能比较合理，如在非国际性武装冲突违反规范的国际人道法的情况。在这种情况下，更注重规则受益者的权利而不是主张国的权利。

反措施

如上所定义的受害国，可以追究违反国际人道法的国家的国家责任，并且要求责任国遵守其责任产生的相关义务⁸⁸。为了使违反国遵守其基本的和次要的义务，它还可以采取反措施。

“反措施”是报复的现代表述，至少在国际武装冲突法的范围之外是如此⁸⁹。反措施可以包括受害国不履行其对责任国的国际义务⁹⁰。但是，反措施必须和所受伤害相称，必须考虑到国际不法行为的严重程度和涉及的权利。⁹¹一旦责任国遵守其义务，反措施就必须停止⁹²。

《条款草案》第50条(1)(c)款明确规定反措施不得影响“禁止报复的人道性质方面的义务”。国际法委员会评论该规定“反映了在国际人道法上存在的对个人进行报复的根本禁止。特别是根据1929年《海牙公约》(原文如此)和1949年《日内瓦公约》以及1977年《第一附加议定书》，对指定的几类受保护者禁止实行报复，这些禁令被广泛的接受”⁹³。至于那些禁止报复所不包括的国际人道法义务，它们不会受到违反保护基本权利的义务的反措施的影响。⁹⁴笔者认为，他们同样也不会受到针对违反国际人道法规则之外的其他国际法规则行为的反措施的影响。假如，最初的违反是对诉诸战争权的违反，这种限制就是诉诸战争权和战时法基本区别和分开的必然结果⁹⁵。假如任何国际人道法规则都可以被所谓的针对侵略的反措施所违反，这些规则就变得毫无意义了。但是，即使是最出格的违反国际法的行为，比如侵略，也不能使违反国际人道法的行为成为反措施，那么其他违反和平法律的行为就都不可能违反国际人道法的反措施。假如这样，即使是违反不禁止报复的国际人道法的行为也只能作为应对违反国际主义人道法行为的反措施而得以合法化。

至于针对违反国际人道法不法行为的反措施，值得一提的是，根据《条款草案》第50(1)(a)和(b)条，反措施既不包括使用武力或威胁使用武力、也不包括违反国际人道法的行为。关于这一点，国际法委员会援引了经济、社会和文化权利委员会关于经济制裁将对平民，特别是儿童造成影响的《第8点一般性意见》(1997年)。国际法委员会援引经济、社会和文化权利委员会的话，认为无论情况如何，此类制裁永远应当充分考虑到经济、社会和文化权利，而且“有必要区分对有关国家的当权者实施政治和经济压力，使之遵从国际法这一基本目标与受制裁国最脆弱的群体遭受的附带影响”⁹⁶。并且，《第一附加议定书》第54(1)

⁸⁵ S.S.文布雷顿，常设国际法院，系列A,第1号,第7页，《凡尔赛条约》。

⁸⁶ 《国际法委员会1985年年鉴》，第2卷，第2部分，第25页，(一读《条款草案》第40(2)(e)(iii)和(3)条)。即使是在这些规则之下，仍然存在直接受害国和法律上的受害国的权利的区别。参见K.萨克瑞：“实施国际人道法的‘国家’权利”，《红十字国际评论》，第270号，1989年，第180页，第184—188页。

⁸⁷ 参见注97以后文字。

⁸⁸ 参见注57以后文字。

⁸⁹ 前注3报告，第325页，第49条评注第3段。

⁹⁰ 《条款草案》第49条。

⁹¹ 《条款草案》第51条。

⁹² 《条款草案》第53条。

⁹³ 前注3报告，第336页，第50条评注第8段；四公约分别的第46条，第47条，第13(3)条和第33(3)条以及《第一议定书》第20, 51(6), 52(1), 53(c), 54(4), 55(2)和56(4)条。

⁹⁴ 《条款草案》第50(1)(b)条。

⁹⁵ 参见上注47条。

⁹⁶ 前注3报告，第335页，第50条评注，第7段；联合国文件E/C.12/1997/8, 1997年12月5日，第4段。

条规定：“禁止使用让平民遭受饥饿的办法当作战争手段”。⁹⁷国际法委员会从这条规定作出了类推。

其他国家可以采取的行动

任何一个国家可以就不法行为援引国家责任

根据《条款草案》第 48 (1) 条，受害国以外的其他国家都可以主张追究另一国的责任，假如被违反的义务是对整个国际社会所负的义务。正如日内瓦公约共同第 1 条所规定的，国际人道法的规则就属于此类广泛的义务⁹⁸。在发生国际人道法违反行为的情况下，任何国家可以（共同第 1 条的措词是“必须”）要求责任国停止国际不法行为，并且“向受害国或该被违反义务的受益人提供赔偿”⁹⁹。受益人通常是战争的受害者个人。用“任何国家”这一措辞就是为了避免作类似这些国家必须一起或联合行动这样的理解¹⁰⁰。共同第 1 条明确规定，第三国主张一国违反国际人道法有关规定时，不必一起行动或者协调行动¹⁰¹。当对于特定行为是否构成违法行为不能达成一致意见时，那些认为构成违反行为的国家有义务单独行动。

为社会利益的反措施的可容许性

在国家责任和国际人道法方面最引起争论的，就是“受害国之外的国家”是否也可以（共同第 1 条用得是“必须”）采取反措施。虽然大会报告人想在发生严重并且明显的违反国际社会义务行为时，允许采取集体反措施¹⁰²，虽然起草委员会在 2000 年通过了一个条款，规定任何国家在发生严重违反强行性规则的时候可以为受益人的利益采取反措施¹⁰³，但是国际法委员会最后仅仅通过了一个低调的条款。根据《条款草案》第 54 条，关于反措施这一章，不得妨碍任何国家（受害国除外）对另一国（责任国）采取合法措施以确保停止该违背义务之行为或使受害国和被违反之该义务的受益人得到赔偿的权利。在评注中，国际法委员会回顾了不同先例，并得出结论：“为普遍或集体利益采取反措施其国际法方面的现状尚不确定。国家行动很少见，且只涉及少数国家。目前似乎还没有明确承认国家有权为集体利益采取反措施。”结果国际法委员会“让国际法的进一步发展来解决此问题”¹⁰⁴。

发生严重违法行为情况下的合作

此处的问题，是作为特别法的《第一附加议定书》第 89 条是否对第三国有更为具体的指导。该条规定，“在严重违反公约或者本协议书的情况下，各缔约方承诺在和联合国合作下以符合联合国宪章的方式联合或单独采取行动”。起草该条的会议记录无助于我们对该条规定的理解。因为这条规定主要是和禁止报复结合在一起的，而对这个问题协定现在已经不再处理了。有些代表团，其中包括建议起草该协议的代表团，都认为这条规定混淆性较强¹⁰⁵，对联合国宪章的提及，明确意味着排除使用武力。但有些评论者认为该条“为在联合国的框架下实施

⁹⁷ 前注 3 报告，第 335 页，第 50 条评注，第 7 段。

⁹⁸ 肯多瑞里和波易森·德·察佐尔内斯，注 38，第 29 页；M.拉各茨：《国际法中的对一切人的概念》，卡拉雷顿，1997 年，第 152—153 页；卡梅诺夫，注 5，第 206 页。

⁹⁹ 《条款草案》第 46 (2) 条。

¹⁰⁰ 前注 3 报告，第 320 页，第 48 条评注第 4 段。

¹⁰¹ 相反意见可参见上述萨克瑞文（注 86），第 180 页，第 194—195 页。

¹⁰² 国际法委员会第五十二届会议，J.克劳福德：《国家责任的第三个报告》，联合国文件A/CN.4/507/Add.4，第 406 段，可以访问<http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>。

¹⁰³ 参见国际法委员会第五十二届会议，国家责任，《起草委员会二读暂时通过的条款草案》，联合国文件A/CN.4/L.600/，第 54(2)条，可以访问<http://www.un.org/law/ilc/archives/statfra.htm>。

¹⁰⁴ 前注 3 报告，第 355 页，第 54 条评注第 6 段。

¹⁰⁵ 《关于适用于武装冲突的国际人道法的确定和发展的外交会议的正式记录，日内瓦（1974—1977）》，伯尔尼，1978 年，卷 3，第 304 页（叙利亚提议）；第 6 卷，第 80 页（西班牙）；第 345—349 页（讨论）；第 371 页（法国）；第 374—375 页（印度尼西亚）；第 378—377 页（意大利）和第 382 页（秘鲁）。

国际人道法提供了可能性”¹⁰⁶。另一些人认为它并没有为《联合国宪章》第 56 条增加什么内容¹⁰⁷。后者实际上在细节上作了必要的修改后，包含了相同的义务。它对提高生活水平、就业、经济以及社会发展和进步，国际经济、社会、健康及相关问题的解决，文化和教育的合作，特别是对人权的普遍尊重等，提出了更高的标准。然而，《第一议定书》第 89 条的适用范围更广，它不仅为了促进人权的实现、而且还要求对违反国际人道法行为作出反应。在这种情况下，采取行动包括单独采取行动的义务就显得非常重要。尤其是当它和“保证尊重”义务一起理解的时候更是如此，尽管该类行为被要求与联合国合作并在充分尊重联合国宪章的基础上进行¹⁰⁸。在外交会议上，该条款的起草者认为：没有（联合国）大会或安理会的同意，就不能采取行动¹⁰⁹。但是该条规定的措词并不支持该观点，国际法委员会《条款草案》第 41（1）条也不支持该观点。

第 89 条和规定国家责任的《条款草案》第 41（1）条内容相似，规定“各国应该相互合作和通过合法手段，来结束严重违反一般国际法强行性规则所产生义务的行为”。国际法委员会只是评论说：“由于可能涉及的情况很多，因此这项规定没有详细说明合作应该采取什么形式，也没有规定国家可以采取何种措施来结束严重违背行为”¹¹⁰。但起草委员会允许协调性反措施的提议却被国际法委员会所否定¹¹¹。它认为，“合作可在有能力的国际组织的框架内安排，特别是联合国。但第 1 款也设想非机构合作的可能性”¹¹²。在严重违反国际人道法情况下非机构合作的一个例证，是 2001 年 12 月 5 日在日内瓦根据共同第 1 条召开的《日内瓦第四公约》缔约国大会。共有 114 个缔约国参加了这次会议¹¹³。关于合作方式，国际法委员会强调方式必须是合法的，方式的选择则取决于“具体情况”。但是已经明确的是，合作的义务对于各国都是适用的，不论它们作为具体国家是否受到严重违法行为的影响。在严重违法行为面前所需要的，是所有国家共同协调地做出努力，以抵销违法行为的影响。”国际法委员会得出结论是：“第 1 款力求加强现有的合作机制，其基础是要求各国对严重违法行为作出适当的反应”¹¹⁴。

不构成反措施部分的反应行为

不管是《条款草案》第 41 条和第 54 条，还是共同第 1 条和《第一议定书》第 89 条，都没有对第三国是否可以严重违反国际人道法的行为采取反措施作出明确规定。但是，该结论不能够被误解。反措施行为本身包含有违反国际义务的行为，但一国也可以对他国家采取众多形式的、同时又不违反自己所承担的国际义务的措施。例如，一个国家除了条约有具体规定以外，没有义务在财政方面资助另一国从本国购买武器¹¹⁵，没有义务在国际组织中一定投票支持某一国家、也没有义务非要接受某一国的官员或非要和一国缔结条约。所以一国以此种方式对违反国际人道法的行为实施制裁措施没有任何的障碍。共同第 1 条也规定了这种行为。此处的唯一困难就是如何使这些措施只是影响对违反或实际违反国际人道法义务作决定的人，而不是其他人¹¹⁶。

¹⁰⁶ 肯多瑞里和波易森·德·察佐尔内斯文：《共同第一条款》，注 78，第 78 页。

¹⁰⁷ 塞多滋，斯威纳西基和基米主编：《附加议定书评注》，注 62，第 1053 页。

¹⁰⁸ G. 戈雅：“维也纳公约之外的强行法”，《海牙国际法学院课程集》第 172 册，1981 年，第 299 页。该文认为，第 89 条已构成反措施的法律基础。另外，肯多瑞里和波易森·德·察佐尔内斯文（参见注 38，第 31—32 页）似乎想表示（尽管没有明确地指出），第 89 条单指通过联合国机构化的机制的协调性措施。不过，他们也没有排除个人具有实施反措施的可能性，同样的看法见于萨克瑞文，注 86，第 180 页和第 192—194 页，以及卡梅诺夫，注 5，第 210—211 页。

¹⁰⁹ 正式记录，注 105，卷 6，第 347 页（叙利亚）。

¹¹⁰ 注 3，第 286—287 页，第 41 条评注第 2 段。

¹¹¹ 参见上注 103。

¹¹² 前注 3 报告，第 286—287 页，第 41 条评注第 2 段。

¹¹³ 关于会议及其最后声明的法律基础，参见上注 80。

¹¹⁴ 前注 3 报告，第 286—287 页，第 41 条评注第 2 和 3 段。

¹¹⁵ 关于瑞士对以色列违反国际人道法行为的反应，请参见：《Rustunskkooperation mit Israel unter Druck》, *Neue Zürcher Zeitung*, 2002 年 4 月 10 日，第 13 页。

¹¹⁶ 关于此项，参见上注 96 和 97。

机构所做出的反应

《条款草案》第 41 (1) 条和《第一议定书》第 89 条，都要求通过联合国来对违反国际人道法的行为，从机构方面作出反应。近几年来，联合国确实针对这种违法行为采取了《联合国宪章》第 7 章规定的措施¹¹⁷。这些措施，可被视为是国家责任方面的执行行为，但不是《条款草案》所包括的行为¹¹⁸。

通常说来，国家不必对其所属的国际机构的行为、或者其作为成员这一的国际机构的行为负责。¹¹⁹但是，问题在于假如根据共同第 1 条和《第一议定书》第 89 条，国家负有在特定情况下必须通过国际机构行动的义务，但是该国在其作为机构成员（比如联合国安理会）的职责范围内阻止了该机构采取行动，它是否违背了该项义务。

对严重违法行为造成的情势的态度

《条款草案》第 41 条第 2 段很重要，因为该条款是关于违反国际人道法达到严重违反一般国际法强行性规则义务的程度情况的规定。该段规定：“任何国家均不得承认严重违背义务行为所产生的结果为合法化……，也不得协助或援助保持该状况。”《日内瓦第四公约》第 49 (6) 条所规定的义务，不仅在被占领地建立殖民地以及对殖民地生产的货物所进行的商业交易方面的运用¹²⁰，就是在可以使各方继续一国国内性的武装冲突的钻石的进口方面，也同样适用。在非国际性的武装冲突中，存在系统性地违反国际人道法的行为；数量众多的儿童被投放到战场参加战斗，属于严重违反国际人道法规定的行为¹²¹。

第三国的确切权利和义务

本文和其他关于这方面的文章一样，可能会让读者失望，因为他们不能得知到底在违反国际人道法的情况下，第三国可以或者应该采取哪一些措施。笔者进行了广泛的法律研究，但是也没有找到更好的解答。笔者承认：即便是在大量的法律方面的研究以后，也没有一个较为清楚的解答。由于条约本身并没有对此作出更为详细的规定，创设习惯法的实践也相差甚远，所以，不可能有进一步的解答。有些人甚至认为：创设习惯法是如此地有选择性，以至于根本就无法创设出对所有情况都同样适用的法律规则。并且，实践经常也是不得而知的。政治上的和法律上的考虑，还有与诉诸战争权和战时法相关的考虑等，经常不可避免地相互夹杂在一起。即使是在抽象的声明之中，国家也不愿意限制它们在未来采取措施的可能性，因为国家力量、经济和政治利益的平衡以及偶尔人权的考虑都会要求不同的反应。但是，共同第 1 条和《第一议定书》第 89 条都规定了国家应该怎么做、或者不应该怎么做，以确保对国际人道法的尊重。假如世界上的每一个国家都能不考虑其他因素、在违反国际人道法行为一发生时就追究有关国家的国家责任，并根据《条款草案》第 48 (2) 条和共同第 1 条的规定为了受害者的利益要求停止不法行为、要求对受害者进行赔偿，那情况就会好得多。

¹¹⁷ 肯多瑞里和波易森·德·察佐尔内斯文：《共同第一条款》，注 78，第 77—82 页。

¹¹⁸ 前注 3 报告，第 350 页，第 54 条评注第 2 段和《条款草案》第 57 和 59 条。

¹¹⁹ 参见国际法研究院 1995 年 9 月 1 日通过的决议，《国际法研究院 1996 年年鉴》，第 66—ii 卷，第 448 页，第 6 条；另见 R. 西吉斯，《国际法研究院 1995 年年鉴》，第 66—i 卷，第 281—281 条和第 410—413 页；关于这类国家责任可能产生的法律基础，参见：P. 卡莱茵，“国际法律秩序中的责任和国际法”，布赫郎，布鲁塞尔，1998 年，第 439 页—520 页；与这一观点有细微差别的，参见：I. 斯哈塔《国际法协会 1995 年年鉴》第 291—312 页，以及 K. 泽美奈克：《国际法协会 1995 年年鉴》第 327 页。

¹²⁰ 参见联合国大会 ES-10/10/2 号决议（1997 年 5 月 5 日），执行部分第 7 段；联合国大会 ES-10/6 决议（1999 年 1 月 24 日），执行部分第 3 和 4 段。

¹²¹ 参见《肯伯雷程序对于反冲突钻石控制系统达成一致的规则》，美国国会接受清洁钻石法案，<http://www.conflictdiamonds.com/pages/interface/newsframe.html> 以及瑞士采取的关于加工前钻石交易的措施，参见 http://www.eda.admin.ch/sub_ecfin/home/docus/diaman.html。

结束语

国家越来越不是国际法上的唯一主体，尤其是在发生有武装冲突的时候。国家责任规则，特别是国际法委员会编纂的规则，专属适用于单个国家和国际社会成员。对这些规则在促进对国际人道法的尊重方面的作用，不应该作过高地估计。特别是在同针对个人的保护性或压制性措施相比较的时候，更是如此。但是，《条款草案》及其评论，确实澄清了国际人道法实行中的许多问题，有助于国家对战争受害者的保护水平的提高。在现实残酷的武装冲突中，国家继续直接或间接地起着很大的作用。假如国家不躲藏在“全球化”、“失败国”、“不可控制因素”的幕后，这一作用会更重要。根据一般的不法行为的归因规则，他们应负的责任，比他们自己愿意负的要多得多。而且，违法行为确实会有后果，不仅是对受害者的人道方面的后果，还有对责任国的法律后果。最后，通过国际人道法机制和国家责任的一般规则的结合机制，一旦违反行为发生，所有其他国家都有义务采取行动。理想的状况是，他们应该是通过世界性或地区性的机构来行动，这一点为国际法委员会所忽视。但是最近的实践表明：当情况是很重要的时候，往往国家会回归单边主义。适用于违反国际人道法的行为的《国家责任条款草案》，提醒了我们：所有的国家都可以合法地采取行动，并且在一定程度上还说明了国家可以采取哪些行动。这可能是以上分析所得出的最重要的信息。虽然毫无疑问，有时需要必要的政治意愿，但是，必须尊重及确保对国际人道法的尊重，这不是一个政治问题，而是一个法律问题。

陈洲章 译
朱文奇 校