

国际人道法概述

黄 列*

战争或武装冲突意味着国际关系中“常规”行为的失败。遗憾的是,人类自古就摆脱不掉战争,近代世界仍以频繁爆发战争为其特点之一。由此,在国际法中产生了对战争或武装冲突加以限制和规范的规则。

传统上讲,在战争中适用的法律分为两部分:“海牙法”体系和“日内瓦法”体系,日后又被统称为国际人道法。^[1]“海牙法”主要限制在武装冲突中可合法使用的作战手段和方法。它包括武器的类型和使用、作战策略以及一般作战行为。“日内瓦法”以《日内瓦红十字公约》命名,其中心目的是保护武装冲突的受难者并改善他们的境遇条件。

国际人道法是国际法的一个重要组成部分。按照红十字国际委员会对它的界定,这套法律是“由协定或习惯所确立的、其目的尤其在于为解决由国际性和非国际性武装冲突直接引起的人道问题,以及出于人道原因、为保护已经或可能受到武装冲突影响的人员及财产而对冲突各方选择使用的作战手段和方法的权利进行限制的国际规则。”^[2]此外,国际法院对国际人道法的定义阐述如下:“传统国际法所称之‘战争法规和惯例’,部分地是以1864年《圣彼得堡宣言》和1874年布鲁塞尔会议为基础,是人们在海牙进行编纂的结果。‘海牙法’体系,更准确地说,《陆战法规和惯例的章程》规定交战各方行为的权利与义务,并限制其在国际武装冲突中杀伤敌方人员所使用的手段和方法。除此之外,还有旨在保护作战部队的伤、病员和不参加敌对行为的战争受难者的‘日内瓦法’体系。这两个在武装冲突中适用的法律体系互相紧密联系,并逐渐发展成为今天被称之为‘国际人道法’的法律体系。”^[3]

一 国际人道法的起源

从某种意义上讲,国际人道法的追本溯源包含着战争法的历史。更确切地说,在战争法的历史中,当仁慈博爱原则成为限制的主要元素时,即蕴育形成了人道法。

17世纪时,格老秀斯对战争法作出了开拓性贡献。他阐明了这样一种思想,即“正义”或交战一方或另一方诉诸战争的理由都与交战方遵守作战规则的义务无关。^[4]卢梭在其极富影

* 中国社会科学院法学研究所编审。

[1] 参见 International Red Cross Handbook, 12ed. (1983)。在该手册的“国际人道法公约和协定”标题下,有“日内瓦法”体系和“海牙法”体系之分。另参见 H. McCoubrey and N. D. White, International Law and Armed Conflict, (Dartmouth Publishing Company, 1992), pp. 189—190。

[2] “The Efforts of ICRC in the Case of Violations of International Humanitarian Law”, in International Review of the Red Cross (March/April, 1981)。

[3] International Court of Justice, “Legality of the Threat of the Use or Use of Nuclear Weapons”, (Advisory Opinion), July 8, 1996, para. 78。

[4] Grotius H., The Law of War and Peace, Book I, Larendon Press, pp. 653—656。

响的《社会契约论》中,对战争提出了新颖和革命的看法。卢梭首先提出,“战争不是人与人之间的关系,而是国与国之间的关系。在战争中,个人并非作为人、甚至不是作为公民、而是仅仅作为士兵、仅仅作为国家的保卫者……完全出于偶然地成为敌人。”^[5]接着,卢梭论辩说:“由于战争的目的是征服敌国,战斗员有权利消灭该敌国武装的保卫者;然而一旦敌国的武装人员放下武器并且投降,他们就不再是敌人或敌国的工具;他们只是又成为普通意义的人,任何人不再有权剥夺他们的生命……战争没有赋予使敌国遭受比取得胜利所必须的更大的破坏的权利……”^[6]

卢梭将战争上升到国与国之间的关系这一层面,由此为改善战争期间人与人之间的关系开辟了道路。卢梭以其理性主义哲理奠定了人道的的基础。沿着这一路线,诞生了日内瓦公约和旨在确立战争中诉诸武力的限度以及在超过那些限度时、在各方面均应遵循的人道行为标准的其他立法文书。

19世纪后半期,若干因素结合在一起加速并强化了对战争法的人道态度。例如,人道思想表现在1899年和1907年的《海牙公约》、1864年的《圣彼得堡宣言》以及1899年的两个《海牙宣言》(分别涉及窒息性毒气和爆炸性子弹)中。

1859年的索弗利诺战役常常被人们视为近代创立法律的人道运动的开端。在那场战役上,约3.8万人在15个小时内被杀或受伤。许多人因得不到医疗护理、继而因白昼的炎热和缺水少药而死亡。瑞士人亨利·杜南目睹了战争的残酷无情,主动组织平民为无数处于极度痛苦中的受伤人员提供医疗援助和护理。这一经历促使杜南日后写出了著名的《索弗利诺回忆》一书。杜南的第一个建议是各国应在和平时建立援救协会来照看战时的伤病员,不论其属于哪一种族、民族或宗教。他的第二个建议是各国、主要是欧洲各国应缔结一项国际条约,旨在承认这种援救协会的地位和作用。由于《索弗利诺回忆》的影响,在瑞士发起了红十字组织运动。位于瑞士日内瓦的红十字国际委员会成为人道理想的促进者,并成为将人道理想转变为国际人道法的主要倡议者。

在人道法的发展进程中,第一个也是先驱性的《日内瓦公约》就是欧洲16个国家的代表于1864年在日内瓦召开的外交会议上通过的《改善战地陆军伤者境遇公约》(以下简称1864年《日内瓦公约》)。该公约首次在战争法中规定了有关伤兵待遇的原则,其中包含了普遍性原则和在种族、民族和宗教事务方面实行容忍的原则。该公约正式奠定了近代国际人道法的基础。

1864年《日内瓦公约》由于只是为陆战作了规定,并不适用于海战,遂有必要扩大公约的范围以使其原则亦适用于海上冲突。与此同时,1868年《圣彼得堡宣言》呼吁各国不要使用会造成不必要痛苦的武器。1906年,在日内瓦召开了37国会议,制定了1906年《改善战地伤者病者境遇的日内瓦公约》,该公约除为陆战受难者提供更大程度的保护外,其全部条款也适用于与海战有关的情况,从而修订和扩大了1864年《日内瓦公约》。1907年召开的第二次海牙和平会议确立了13个公约,其中对国际人道法的发展最重要的是1907年《海牙陆战法规和惯例公约》(《海牙第四公约》)。该公约的序言凸现了将军事要求与战争中的人道原则相融合的

[5] Rousseau J.J., The Social Contract, Harmondsworth, 1968, p. 56.

[6] Ibid., p. 56.

传统尝试:一方面,修改一般战争法规和惯例,使其臻于明晰具体;另一方面,为其规定一定的界限,以尽可能减轻战争的残酷性。^[7]

19世纪人道法突出对战争受难者的痛苦的同情并致力于减少战争造成的灾难,同时强调保障和尊重落在敌对方手中的毫无防卫能力的战俘、伤病者或平民。以上便是作为20世纪人道法的人道原则的起源和形成历程,也由此确立了后人承袭的国际人道法的思想、理论和内容。

二 国际人道法的发展

20世纪初期对战争法的广泛编纂是战争期间如何使军事需要和人道要求相互包容这一中心问题的结果。在1907年使战争法法典化和1914年第一次世界大战爆发之间,战争法并没有实质性地扩大。1914年到1918年间世界大战的经历暴露了战争法的不足与欠缺,这主要是在内容的空白上而不是在违反法律方面。1907年《海牙公约》的内容大体上是对直到那时的习惯法的编纂,属于向后看的法律文书,和第一次世界大战中作战的规模和类型几乎没有关系。就战争法而言,第一次世界大战的冲击具有三重意义。第一,1906年《改善战地伤者病者境遇的日内瓦公约》不足以应对战争造成的伤亡的规模和性质。第二,适当对待战俘的法律规定也不充分。交战国认识到有必要缔结协议以弥补海牙法规的缺陷。第三,令公众舆论震惊的是德国使用了毒气,造成1907年《海牙公约》第23条第5款明确谴责的“不必要的痛苦”。这是战争中首次使用毒气,继而拉开了日后化学战的帷幕。

针对以上从第一次世界大战得出的三条经验,红十字国际委员会在有关专家的协助下召开外交会议,制定了1929年《日内瓦改善战地伤者病者境遇公约》和1929年关于《战俘待遇公约》。这两个1929年日内瓦公约都明确排除了在1906年《日内瓦伤者病者公约》和1907年《海牙公约》第2条中规定的“普遍参加”条款。新的1929年《日内瓦伤者病者公约》第25条规定:“在战争期间,若一方交战国非本公约缔约国,公约条款仍如在所有缔约国交战国之间一样,对非缔约国交战国具有拘束力”。由此,战争受难者如伤者病者和战俘等可得到较好和较人道的保护。

自1907年后,几乎没有作出什么尝试以修改规定敌对行动或战争行为的法律。因在第一次世界大战中使用了毒气,在国际联盟的倡议和红十字国际委员会的鼓励下,1925年缔结了《日内瓦毒气议定书》。该议定书不仅载有禁止的行为,同时将规定扩展到包括“细菌战方法”。

在两次世界大战之间,人道法的发展基本限制在1929年的两个日内瓦公约、1925年《日内瓦毒气议定书》和1936年《伦敦海军协议议定书》的范围。毋庸置疑,战争法本身是不完整、不符合时代需要、不确定和不充分的。确保执行和实施战争法的法律手段为数甚微而且软弱无力。^[8]

[7] 1907年《海牙陆战法规和惯例公约》序言第8段论述道:“所以将战争法规及其惯例重新加以修正,其目的所在或明立界限,使益精确,或加以限制,使其免于残酷。”

[8] G. I. A. D. Draper, “The Development of International Humanitarian Law”, in *International Dimensions of Humanitarian Law* (Henry Dunant Institute (UNESCO)), 1988, p. 79.

第二次世界大战的经验向全世界暴露了人道法的所有欠缺与不足。远离战场的国家辅助军事机构的行为甚至比军事行动造成的无辜生命的损失还有过之而无不及,最显著的是有计划地轰炸城镇和乡村的平民作为蓄意的“恐吓”方式。通过使用毒气室、大规模射杀和极端残忍地对待集中营的关押者,无数犹太人和一些少数民族群体被有计划地灭绝。

1945至1946年,有史以来,二战主要交战国的罪魁祸首被作为战争罪犯受到指控。在纽伦堡军事法庭,他们被指控犯有3项罪行:策划和发动侵略战争的破坏和平罪;严格或传统意义上的违犯战争法的战争罪,和违反人道罪——包括针对任何平民人口而不单单是敌对人口的严重不人道行为的一个新颖概念。违反人道罪的理念为人道法注入新的内容。这一新的战争犯罪行为概念标志着战争或武装冲突人道法发展的新的转折。

在纽伦堡、东京和其他国家司法机构对战争罪的审判后,作为对二战中残酷无情行径的回应,第一个出台的人道法律文书是联合国通过的1948年《种族灭绝公约》。第二个也是更为实质的回应是通过了红十字国际委员会在专家协助下草拟的1949年保护战争受难者日内瓦四公约。^[9]前三个日内瓦公约是对当时已有的人道法领域的拓展,主要涉及保护武装部队伤者病者(第一公约)、在海上处于相同条件的人、遇船难者(第二公约)和战俘(第三公约)。第四个公约则专门用于保护在被占领领土上的平民。总结第二次世界大战的经验,正是在这些地区,战争法的规则遭到大量践踏和违犯。在1949年的四个日内瓦公约中,均加入了改进的监督条款,引入了新的实施办法,即对“严重违背公约行为”的强制性刑事约束制度。^[10]

日内瓦四公约共同载有一个显著的创新条款——第3条。共同第3条确立了在“缔约国领土上非国际性”武装冲突中冲突各方应遵守的最低限度的人道规定。

1949年后,在武装冲突中,日内瓦四公约并未得到充分尊重。在适用四公约时,最初的问题常常是有争议的,因涉及武装冲突的种类。这实际上折射了世界是以不同意识形态所划分的事实。意见纷争的国家和政府对公约的承认妨碍了公约的适用。在频繁的非国际性或国内武装冲突情况下,共同第3条并没有证明是绝对成功的。地面和空中现代武器的发展很大程度上抵销了1949年日内瓦四公约希望达到的目的。迄今,尚无对公约的刑事执行的任何例子。

促进下一步也是最近的人道法的发展的因素主要包括:第一,1945年后使用现代的地面和空中武器造成平民生命的惨重损失和生存物资的破坏。先进科学技术的发展和运用使得大规模杀伤和破坏的新式武器问世。有些武器不能只限于军事目标因而使平民遭受了不必要的痛苦。第二,国内武装冲突规模不断扩大且日趋暴烈,平民遭受到更大的伤亡和痛苦。第三,监督机制存在缺陷而且在国际武装冲突中极少发挥作用;另一方面,在国内武装冲突中又根本没有监督机制。第四,显然,平民需要一种至少与武装部队的伤病员所享有的保护一样广泛的保护制度和给予伤病员的医疗护理制度。同样,因战争目的被关押的平民需要加强对他们的

[9] 有关1949年日内瓦四公约的信息含量最大的著述是红十字国际委员会分别于1952、1958和1960年发表的《评论》(共四卷)。其英文文本载于International Red Cross Handbook, 12 ed., ICRC, 1983, pp. 23 - 212; 及D. Schindler and J. Toman, ed., The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, 3rd. (Martinus Nijhoff Publishers, 1988) pp. 373 - 594. 日内瓦四公约的中文文本, 请参阅董云虎等编著, 《世界人权约法总览》, 四川人民出版社, 1990年版, 第1410 - 1510页。

[10] 参见1949年日内瓦四公约的共同第49、50、129及146条。

保护,其程度应超过1949年《日内瓦第四(平民)公约》所提供的保护。第五,普遍诉诸游击战的做法导致应将1949年《日内瓦第三(战俘)公约》规定的战俘地位延扩至游击战战士的必要性。最后,恐怕也是最重要的因素,是迫切需要使非参战的平民脱离敌对行为的影响。这是人道法面对的最迫切也是难度最大的要求。

面对科技和武器的发展以及随之出现的对战争法进行补充的要求,又针对日内瓦公约体系在现代武装冲突情况下存在的不足,红十字国际委员会经过3年的筹备工作,历经1974至1977年在瑞士日内瓦召开的4次重申和发展国际人道法律的外交会议,最终于1977年通过了1949年日内瓦四公约的两个附加议定书。^[11]这两个议定书补充了以往战争法没有的一些规定,如禁止使用会引起过分创伤、不必要痛苦和对环境造成广泛、长期及严重损害的作战方法和手段。

第一议定书关涉保护国际冲突中的受难者,同时也是对1907年海牙规则部分的补充,涉及对交战国敌对行为的限制。该议定书最突出的是将国际武装冲突扩展到包括“人民行使自决权对殖民统治和外国占领以及对种族政权进行斗争”的武装冲突。其它主要原则还包括:冲突一方武装部队的所有人员享有战斗员资格和战俘待遇;承认游击队员的法律地位;关于对平民的威胁和军事优势至关重要之间的比例;战争罪范畴的“严重违犯”包括以平民和民用物体为攻击对象的不当作战行为;及冲突方对“组成其武装部队的人员所从事的一切活动负有责任”。

第二议定书是第一个专门规范国内武装冲突的国际文件。从特定意义上讲,它是人权思想进入武装冲突人道法的标志。该议定书在完全保留1949年日内瓦四公约的共同第3条的情况下,补充和完善了第3条的规定。第二议定书适用于国内武装冲突,而且仅适用于那些已达到传统内战(两个或更多的政治势力与事实上的政府当局在各自控制的地区以处于有效指挥的有组织的武装力量的形式卷入武装冲突)的规模和剧烈程度的冲突。该议定书对国内冲突规定了新的限制,其15个实体条款虽无创新,但使法律更趋具体。共同第3条的基本原则被发展为具体的义务,因而更适合人道行为的需要,如对未参加敌对行为者提供保护和保证给予其自由因武装冲突而受到限制的人以人道待遇标准。有些新规则则突出了在国内武装冲突中通过人道法给予保护与人权法之间的密切关系。第二议定书虽没有确保冲突各方尊重各自义务的国际机制,但红十字国际委员会的“向(国内武装)冲突当事方提供服务”的权利得到外交会议的重申,且此权利也经日内瓦四公约共同第3条明文规定。

两个议定书代表了人道法向前发展的最新成就,应与1949年日内瓦四公约整体理解并将它们视为日内瓦四公约的组成部分。

三 国际人道法的主要范围和特点

(一) 国际人道法的主要范围

如前所述,近代国际人道法的核心是1949年日内瓦四公约和1977年两个议定书。但还

[11] 有关两个议定书的中文文本,请参阅董云虎等编著,《世界人权公约法总览》(续编),四川人民出版社,1993年版,第1493-1542页。

有许多其他规范具体领域的国际法律文书构成国际人道法的内容。其主要范围包括：^{〔12〕}

1. 1925年《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》。经过多年不懈的努力,近年来联合国又先后通过了1972年《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》、1972年《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》等。今天,在较之1925年规定的更广泛的范围,禁止使用生物武器。这些新的努力都是在国际裁军领域进行的。

2. 1954年《关于武装冲突中保护文化财产的公约》。公约旨在保护人类的文化和精神财富和共同利益。其后,有效保护人类文化遗产的问题屡次在1974到1977年于日内瓦召开的人道法外交会议上提出,这些努力突出了国际人道法的统一性和不可分割性。文明人类不仅仅满足于物质价值,她还珍视并尊重以历史遗迹、艺术作品和礼拜场所为代表的文化和精神价值。

3. 1977年《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》,旨在应对在改变环境方面的新技术的发展以及控制滥用这些技术以达到战争目的和对人类构成的危险。

4. 1980年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》。关于常规武器规则的详尽阐述始于1974年的“重申和发展适用于武装冲突的国际人道法的外交会议”。其后此工作由联合国接手,制定了一个独立于1977年议定书的特殊公约。这一发展反映了发生在规范武装冲突期间当事国行为的规则领域的变化:即使是关于战斗员行为的规则,也同样意味着是保护战争受害者的措施。这同时也再次表明在“海牙法”体系和“日内瓦法”体系之间不断相互交融的发展趋势。

(二) 国际人道法的特点

可以说,日内瓦四公约背离了传统国际法模式。四个公约更趋接近于普遍的国际立法水准,同时也更接近于保护个人的水准。1949年日内瓦四公约及其1977年两个议定书^{〔13〕}的共同法律特点主要包括:

1. 普遍适用性

1949年日内瓦四公约及1977年两个议定书反映了尽可能广泛地扩大公约适用范围(既适用于缔约国也适用于非缔约国;既适用于国际性武装冲突也适用于非国际性武装冲突)的努力,同时将逃避适用的法律理由减少到最低限度。首先,四个公约的共同第2条第3款明确废止了普遍参加条款。该条款规定:如果冲突一方不是公约缔约国,其他参加冲突的缔约国在其相互关系上,仍受日内瓦公约的拘束。

此外,共同第2条将公约适用于缔约国之间的冲突扩大到适用于非缔约国,“如果非缔约国接受并援用公约的规定”,则缔约国对该国的关系即受公约的约束。其理论和公约在这方面的处理方法在共同第1条里总结如下:“缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并确保本公约之被尊重”,不论有关相互关系的考虑。据此,非缔约国的战争受难者在其本国不是缔约国的情

〔12〕 H. McCoubrey and N. D. White, *International Law and Armed Conflict*, Cartmouth Publishing Company, 1992, p. 222.

〔13〕 1977年两个议定书虽没有明确再现本文概括的几个特点,但还是对此有所反映,因议定书从日内瓦四公约移植的实体规则必然反映诸公约的主要特点。

况下,也可享有公约所载的保护。

共同第3条规定,公约适用于一切非国际性武装冲突。作为最低限度应遵守的规则包括:对不实际参加战事之人员应予以人道待遇,不得有所歧视;不得施以暴力;不得作为人质;不得损害个人尊严或未经法庭宣判而判罪及执行死刑等。第一议定书第4款承认“各国人民在行使……自决权中,对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突”,也适用日内瓦公约。而第二议定书则发展和补充了共同第3条的适用条件,专门规定了对非国际性武装冲突受难者的保护及国内战争和交战各方的权利和义务等。

为确保在一切情况下有效适用公约,公约明确禁止对公约条款保护的個人、设施或财产进行报复。^[14]“不管是在战争中还是在不当对待其有责任予以保护的战争受难者方面,无论敌对方以往多么严重和持续不断地无视战争法”,禁止报复的规定均行之有效。^[15]这样,1949年日内瓦四公约规定的保护标准即不会因借口报复(即违反相互关系)而受到侵蚀。

同样,为确保公约最广泛的普遍适用以及阻止希籍通过退约而回避适用公约的企图,公约共同第62条、第63条、第142条和第158条规定,“……缔约国于作退约通知时已卷入冲突,则其退约须持至和议成立后,并在有关本公约所保护之人员之释放、遣返及安置之工作完毕后,始能生效。”

2. 保护的“绝对性”

保护的绝对性特点^[16]不仅存在于公约的涉及保护的规定的义务条款(这些有关保护和义务的规定适用于任何情况而不论相互关系)里,亦存在于禁止旨在放弃或降低保护程度的缔约国之间的协议里。日内瓦四公约共同第6、第7条因此规定:“缔约国对其认为需另作规定之一切事项得订立特别协定……特别协定不得对于本公约关于被保护人所规定之境遇有不利的影响,亦不得限制公约所赋予被保护人的权利。”

另外,此项禁止规定亦非只限于政府间的协定。共同第7和第8条将其扩大到包括受保护者本人的行为。公约条款规定:“在任何情况下,伤者、病者、医务人员及随军牧师不得放弃本公约或上条所述之特别协定(如其订有是项协定)所赋予被等之权利之一部或全部。”

3. 延伸到个人层面

日内瓦四公约及其两个议定书的推动力在于超越以往的国家间关系层面而延伸到真正的或最终的人道保护受益人这一层面,即个人和由个人构成的群体。^[17]其关注的焦点集中在个人和战争受难者,因而呈现出赋予个人以权利的特点。个人可直接或通过其代表向拘留国、保护国、红十字国际委员会或其他可能提供帮助的组织援引公约保障的权利。议定书更向前迈进了一步,载有直接确立在武装冲突情况下给予个人的根本保障的规则。这实际上是即使在战争期间亦须维护的最低限度的人权标准。

被称为“公约中的公约”和“微型公约”的共同第3条同样背离了国际法的完全国家间的模

[14] 1949年日内瓦四公约的共同第46、47、13及33条和第一议定书的共同第20、51及56条。

[15] G. I. A. Draper, *The Geneva Conventions of 1949*, 114 RCADI, 1965, p. 71.

[16] 参见朱文奇,《国际人道法概论》(健宏出版社,1997年版),第95-96页。

[17] G. Abi-Saab, "The Specificities of Humanitarian Law", in C. Swinarski, ed., *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles* (Martinus Nijhoff Publishers, 1984), pp. 269-270.

式。该条适用于非国际性冲突的各种情况,也就是说,适用于一切国内武装冲突,不论执政政府对敌对战争状态的任何承认或“反叛者”的任何形式的对领土的控制。专门涉及国内武装冲突的第二议定书则“补充和发展”了共同第三条的有关规定。

4. 适用公约的共同义务和利益

公约共同第 1 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。“保证公约之被尊重”的义务是人道法独有的特殊性。红十字国际委员会对此评论说:“如一国未能履行其义务,其他各缔约国(中立的、同盟的或是敌对国)均应尽力促使该国回到尊重公约的立场。”^[18]这即意味着,公约的每个缔约国有“资格”抗议并要求立即停止违背公约的行为,即使这些行为并非针对该国本身或其公民或其利益。

这种对普遍“资格”的法律解释和理论基础在国际法院的一项判决里也得到阐述。国际法院表述道:在国家对国际社会所承担的义务与国家在外交保护方面针对另一国而承诺的义务之间,应加以根本的区别。从性质上讲,前者是所有国家应予关注的。考虑到所牵涉的权利的重要性,可主张所有国家在权利保护上都有法定利益;它们是共同的义务。^[19]

5. 强行法特点

强行法概念是在 1969 年《维也纳条约法公约》中正式得到认可的。该公约第 53 条将强行法界定为:就适用本公约而言,一般国际法强行规则系指整个国际社会作为整体接受并承认为不得克减且只能由随后的具有同一性质的一般国际法规则予以更改的规则。如果将第 53 条规定的“一般国际法强行规则系指整个国际社会作为整体接受并承认为不得克减”及“只能由随后的具有同一性质的一般国际法规则予以更改的规则”这两个标准与日内瓦四公约的保护性规则相对照,后者的规则显然符合上述界定的范畴。

首先,日内瓦四公约几乎为世界上所有国家所批准或加入;^[20]其次,公约的若干共同条款禁止放弃或降低保护水准,明确规定了“不得克减”规范标准。与此同时,日内瓦四公约及两个议定书的人道和文明宗旨和目的解释也凸现出它们的保护性规则所具有的强行法特点。

6. 连续有效性和适用性

早在 1899 年和 1907 年的两个《海牙公约》的序言中,即提及以往存在的惯例法的连续有效性。这就是众所周知的“马尔顿条款”。^[21]1949 年日内瓦四公约有关“退约”的规定^[22]仍体现了该条的原则,即在国际人道法尚无具体规定时,有关冲突方不得解除其尊重人道的义务。共同条款第 63、第 64、第 142 和第 158 条都规定,“退约仅对该退约国有效,但并不减轻冲突各方依国际法原则仍应履行之义务……”。条款的目的在于保障所有惯例之外的整套非惯

[18] J. Pictet, Commentary (ICRC, 1960), p. 18.

[19] ICI. Rep. 1970, p. 32.

[20] 截止 1995 年 12 月 21 日,批准或加入 1949 年日内瓦四公约的国家为 186 个;截止 1991 年 2 月,批准或加入 1977 年第一议定书的国家为 100 个,批准或加入第二议定书的国家为 90 个。资料来源:红十字国际委员会法律文件中心公报。

[21] D. Schindler and J. Toman ed., The Laws of Armed Conflict, ed., 1988, p. 70. “马尔顿条款”主要是使军事需要与战争人道原则相互包容的努力,它表达了 19 世纪末叶的人道主义追求。该条款对日后的国际人道法诸公约亦产生了深远的影响。

[22] 1949 年日内瓦四公约共同第 63、62、142 及 158 条。

例规则的连续适用性。换言之,世界各国均受成文法诸公约的拘束。

此外,新的法律文书一般均载有与已有法律文书的关系的条款。此种条款有时规定前后两个公约的累积适用性,新公约应补充已有的公约。^[23]更常有的情况是,由于一些国家同时是新、旧两个公约的缔约国,条款则规定新公约与旧公约累积适用。但无论哪一种情况,在尚未加入新公约但仍是已有公约的缔约各国之间、以及在前述缔约国和那些已加入新公约的国家之间,这些条款都是明示或默示地保障旧公约的连续适用性。不难看出,这样的努力旨在确保已有的规范能够保持最低限度的人道保护。

四 国际人道法的执行与监督

国际人道法是设计用来规范调整武装冲突中产生的各种关系,如果没有执行机制,势必存在很大的欠缺。与国际法的其他部门法一样,人道法的执行和实施取决于国家的同意。对国际人道法诸公约的缔约国而言,考虑到当前在武装冲突中频繁和严重违背人道法规则的现实,探索各种方法以确保有效执行人道法是最紧迫的任务。必须指出的是,并非只有国家才对执行人道法负有责任,同样起着重要作用的机构还包括:作为发展和执行人道法的主要机构之一的红十字国际委员会,整个国际红十字和红新月运动,联合国及其有关机构,关注人道问题的政府间区域组织和非政府组织,其他国际和国家救济协会和全世界众多献身人道主义的个人。但国家作为国际社会的成员以及国际人道法诸公约的缔约国,不可推卸地负有执行和实施国际人道法的具体的政治和法律义务。

(一) 国际人道法的执行

国际人道法的执行主要依靠以下法律手段:

1. 尊重的义务

执行国际人道法的最有效的保证在于国家承诺的尊重的义务。日内瓦四公约共同第1条规定:“缔约各国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”。即使在武装冲突中适用国际人道法之前,于平时采取预防措施也是必不可少的。有鉴于此,对于每一个与尊重人道法密切相关的个人而言,预防措施都是必要的且应将其作为在条约义务中隐含的直接涉及战争受难者的规定来看待。明确提及预防表明,国家认为不应将自己仅仅囿于与结果相关的义务,还应规定明确的有关手段方法的义务。此外,1977年第一议定书亦特别强调了这一趋势。该议定书第80条作出一般规定,要求缔约各方和冲突各方应立即采取一切必要措施,以履行其依据各公约和本议定书的义务;应发出命令和指示,保证各公约和本议定书被遵守,并应监督其执行。

尊重义务的另一个重要方面是利用国内立法保证一国管辖范围下的所有人遵守国际人道法。公约规定,国家应制定有关适用和执行国际人道法的法律和法规;^[24]应制定国家立法规

[23] 比如,1949年日内瓦四公约第154条及1977年第一议定书第96条。

[24] 1949年日内瓦四公约共同第48、49、128及145条及第一议定书第84条。

定对严重违反国际人道法的行为的刑事制裁^[25]等。这样,即可有效迅捷地制止违犯人道法的行为。

共同第1条同时提及“保证公约之被尊重”的义务,意在强调并强化缔约各国的责任,“若一国未能履行其义务,则其他缔约国可以,且应该努力使该国回到尊重公约的立场”。^[26]“保证公约之被尊重”义务要求缔约国既须加强国内法范围内的义务,亦含有对其他国家所承诺的义务。

2. 传播的义务

1949年日内瓦四公约均载有内容基本相同的条款,规定缔约国负有“在平时及战时应在各自国家尽可能广泛地传播本公约之约文,尤应在其军事、如可能时在公民教育计划中,包括本公约之学习,俾本公约之原则为全体人民、尤其为战斗部队、医务人员及随军牧师所周知。”^[27]1977年第一议定书第83条也有相同的规定。

人道法为每一个属于冲突一方的个人规定了义务。战斗员和公众有必要了解与他们直接有关的具体规定;冲突期间,交战各方有遵守公约的义务并强制要求各自的武装部队遵守公约。还应强调的是,公约和议定书都提及在和平时期开展传播的义务。这应成为每个人备战工作的一部分。

1977年第一议定书第83条第2款规定:“在武装冲突时负责适用各公约和本议定书的任何军事或民政当局,应充分熟悉各公约和本议定书的文本”。在这里,传播的义务不仅仅是“给予指示”;有关人员及当局必须“充分熟悉各公约和议定书的文本”。

3. 制止和制裁的义务

1977年第一议定书第87条第1和第3款规定,缔约各方和冲突各方应要求军事司令官,防止在其统率下的武装部队人员和在其控制下的其他人破坏各公约和本议定书的行为,于必要时制止违法行为并向主管当局报告;及缔约各方和冲突各方应要求任何司令官,在了解其部下或在其控制下的其他人将从事或已经从事破坏各公约或本议定书的行为时,采取制止的必要步骤,并于适当时对违法者采取纪律或刑事行动。根据第一议定,军事指挥官是冲突各方须设立的机制的主要依靠,但军事指挥官对违背公约行为的作用只能是纪律性或防止性的,刑事制裁是依各国立法由有关当局负责的。

对于严重违背公约的行为和被视为战争罪的行为,缔约国有采取相应措施的义务。更确切地讲,缔约国可依各自的选择,“将被控为曾犯或曾令人犯此种严重违背公约行为的人,送交国内法庭,或依本国立法规定,将此种人送交另一有关缔约国审判,但以该缔约国能指出案

[25] 1949年日内瓦第一公约第49—50条;第二公约第50—51条;第三公约第129—130条;及第四公约第146—147条;及第一议定书第85—91条。另参见 F. Kalshoven and Yves Sandoz, ed., *Implementation of International Humanitarian Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 109 - 124.

[26] Yves Sandoz, *Implementing International Humanitarian Law* (1995), p. 26, up-dated reprint from *International Dimensions of Humanitarian Law* (Henry Dunant Institute, Martinus Nijhoff Publishers, 1988).

[27] 1949年日内瓦第一公约第47条;第二公约第48条;第三公约第127条及第四公约第144条。

情显然者为限。”^[28]各公约分别列举了严重违背公约的行为。^[29]1977年第一议定书的第11条第4款和第85条第3及第4款对此又作了进一步的补充。

对国家或政府负责人对其下属行政人员的违背公约行为的惩处,该议定书第91条明确规定:违反各公约或本议定书的冲突一方,根据情况需要,得承担负责赔偿的责任,并应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责。

此外,第一议定书第86条明确提及,不作为亦会构成严重破坏公约行为,同样应受到惩处。

(二) 国际人道法的监督

1. 保护国监督制度

1929年《关于战俘待遇公约》第86条首次规定保护国的地位和任务。该条规定:“缔约各国承认,正常适用本公约的保证,在于负责维护各交战国利益的保护国的合作之可能”。该条在第二次世界大战中得到广泛适用。

1949年日内瓦四公约进一步发展和改善了保护国制度。根据共同第8条及第9条,“本公约之适用应与保护国合作并受监督”。所以,适用公约的交战各方有义务与保护国合作并接受监督,另一方面,保护国有权利实行监督。此外,保护国作为公约缔约国,亦有义务采取主动,履行有关任命和监督的职责。

然而在实践中,保护国制度并未发挥什么实质性作用。自1949年以来,只在为数甚微的几次冲突(如苏伊士、孟加拉冲突)中,有关冲突方指定了保护国。

2. 保护国的替代组织

日内瓦四公约共同第10条及第11条规定了保护国替代组织的一系列选择方法。首先,冲突各方可将“根据本公约应由保护国负担之任务委托于具有公允与效能组织”。其次,当伤者、病者、遇船难者或医务人员及随军牧师不能享有或已停止享受保护国或本公约第1款所规定之组织的活动之利益时,则挽留国应请一中立国或此种组织担任依照本公约应由冲突各方指定之保护国所执行之任务。最后,若没有采纳以上提及的任何选择办法,或者说若挽留国没有找到能够执行公约规定之任务且随时准备好承担责任的中立国或组织,在这种情况下,挽留国“应请求”一人道组织承担日内瓦诸公约所规定的“人道责任”。

1977年第一议定书对保护国替代组织的规定作了一些修正。比如,该议定书第5条不再提供经冲突方之间的联合协议来指定保护国替代组织的可能。再有,第5条要求冲突各方在未指定保护国情况下,应立即接受红十字国际委员会或任何其他提供一切公正和效能保证的组织所提出的建议。此原则具有两个新特点:一是取消了一方在不同意保护国或替代组织的选择时主动指定另一替代组织的可能性;二是在替代组织层面而不是在人道组织或“准替代组

[28] 日内瓦四公约共同第49、第50、第129及第146。

[29] 出处同上,共同第50、第51、第130及第147条。四个公约都明确将一些严重违法行为确定为“严重破坏公约行为”,这些行为基本包括谋杀、酷刑或不人道待遇(包括生物实验)、故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害、对财产的大规模破坏和征收、强迫战俘在敌方部队服务或故意剥夺战俘公约所载的“公允及合法的受审判的权利”、非法驱逐或移送被保护人、非法禁闭、扣为人质等。1977年第一议定书规定,一系列攻击受该议定书保护的人员的财产的行为,均属于“严重破坏公约的行为”。

织”的层面设定了义务。这样,根据第一议定书,所有冲突方须同意选择同一替代组织,同时摒弃了保护国在人道和其他职责之间的区分。

可以说,在近年发生的武装冲突中,关于保护国制度和替代组织的复杂的条款规定从未得到过正式适用。实际上,在多数情况下,一直是红十字国际委员会负责承担和执行公约赋予保护国的人道任务和责任。

3. 红十字国际委员会的特殊作用

红十字国际委员会可依据保护国制度作为替代组织或“准替代组织”或在保护国制度之外单独发挥作用,因该机构在多年实践中已充分证明了自己具有的公允和效能特点。

在国际人道法遭到破坏时,红十字国际委员会有采取相应措施的责任,并尝试使冲突各方适用和尊重它们已签署批准的人道条约的有关规则。

在任何武装冲突中,红十字国际委员会的代表在其活动过程(探视囚犯或被拘禁人员、寻找失踪人员、帮助因战争而分离的家庭成员之间恢复联系并使失散的亲人团聚、照顾伤员病员、保护和帮助受冲突影响的平民人口、分发粮食衣物及其他必需品等)中,均与各方保持经常的联系。对于他们了解到的任何迫害,他们直接向有关当局提出抗议,使其关注和重视违背国际人道法的做法。制止此种做法即有可能实现。

基于保护国制度的整个监督机制的发展趋势是不断的简单化。正常情况下,冲突各方应相互同意,要么选择保护国要么选择一个替代组织,后者有可能是红十字国际委员会。

在实践中,自1949年以来,只有红十字国际委员会在保护国制度下监督公约执行方面发挥了重要作用。

4. 实情调查委员会

1977年议定书第90条设立了一个实情调查委员会。该机构适用的程序并非取代而只是补充日内瓦四公约规定的程序。

实情调查委员会应遵循的程序包含一个重大创新,即委员会须调查任何声称的严重破坏行为或其他严重违反公约或第一议定书的行为,无论被指控方同意与否。但除非第一议定书的缔约国作出明确声明,^[30]承认实情调查委员会的调查对已作出同样声明的一方提出的指控有管辖权限,否则,缔约国不受委员会程序的约束。委员会的权限只包括向冲突方提供报告和建议。

在没有起作用的保护国或替代组织的情况下,实情调查委员会对违背国际人道法的行为可以发挥威慑作用。有学者认为,^[31]在监督公约执行方面,应花大力气扩大参与和支持实情调查委员会这一新制度,并深入探讨委员会应如何开展调查和利用其良好的办公条件。这应成为国际人道法优先考虑的问题之一。

[30] Yves Sandoz, "Implementing International Humanitarian Law", 1995, p. 19, up-dated reprint from International Dimensions of Humanitarian Law (Henry Dunant Institute, Geneva). 另参见朱文奇,《国际人道法概论》,第99-100页。

[31] 截止1994年12月31日,在第一议定书的135个缔约国中,只有41个国家做出明确承认实情调查委员会的权限的声明。