

# 战争规制与战争法

秦 伟 (广州暨南大学法学院)

[内容提要] 战争法起源于战争中的人道主义思想,它是对战争破坏性的规制。今天,高新技术的运用及某些大国的单边主义又使战争法面临巨大挑战。世界各国应建立起交叉重迭的架构,运用法律的力量让挑战者的主张温和下来,尽量对战争行为和战争法的发展演变施加有益的和正面的影响。战争法对战争的规制还要从提高人类整体文明进步入手,把规制的成果法律化。

[关键词] 战争法 战争规制 国际法

法律和秩序是一对意义相关的范畴。作为法律一部分的国际法自然就是为了实现世界范围内的一种有序、稳定的状态。战争法对战争的残酷程度起着限制作用,并使战争逐渐走上受控的轨道。但战争应该遵循什么程序或规范,作为条约性质的战争法如何得到执行?对此本文试作探索,求教同行。

## 一、战争也需要规制

从一般认识以及从传统国际法去看,和平与战争是国际关系中具有不同法律效果和规则的两种不同法律状态。<sup>①</sup> 克劳塞维茨认为:“战争无非是政治通过另一种手段(暴力)的继续。”<sup>②</sup> 政治和军事家们从战争的本质和规律上进行了诠释,对战争的运行框架规定了总体方向,而对战争行为的具体规制则留待法学家去完成了。“战争演变的根本动力在于巨大的技术、经济与社会变革。”<sup>③</sup> 随着人类社会的发展,战争越来越受到规则的约束,而不再是不分皂白、不择手段地使用战争方法或手段。现代战争更强调在规则之下进行。从国际法主体之间的武装冲突与使用武力相联系的意义来看,和平时期有效的规则至少在很大程度上不能适用于战时,因而它就应为战争法所代替了。法律必须把战争与和平区别开来,使得在其它情况下属非法的某些行动过程在战争中得到允许,以便确定什么时候战争法需要代替和平法的适用。

战争是对规则和法律的破坏,但应不是无规则

的游戏,而只是不适用平时法而适用战争法,就如同程序法和实体法一样,国际法划分为平时法和战争法。可以认为,一般的法律由人们通过协商修改而变更,战争法则是在人类思想变化、对战争的认识不断发展的基础上,通过战争这一最激烈的实践形式而实现变更、发展和进步的。纵观人类历史进程,它大体分为依次递进的四个阶段。

1、正义战争说阶段。16世纪以前,人类对战争强调其合法性(自然法),将之作为行动的理由和精神支柱。中国古代就把师出有名称为伐,师出无名称为攻。“伐”在道义上是受到支持的,而且可以鼓舞士气。在西欧则是受着罗马天主教會的教义支配。正义战争的概念最早出现在罗马法中,后来承袭并最早在著作中论述这个问题的是神学家奥古斯丁,他突破基督教义的限制,认同基督教徒参加战争,但是所参加的战争必须是正义战争,而不是追逐权力的战争<sup>④</sup>。他提出,正义战争通常是指那些因受损害而进行报复的战争。<sup>⑤</sup> 汤姆斯·阿奎那斯接受西塞罗的思想,以防卫和报复的需要证明发动战

① 一般的说,除个别为战时适用的条约(如《海牙战争规则》)外,战争使得交战国的条约无效。参见劳特派特修订,《奥本海国际法》,第145页;周鲠生:《国际法》,商务印书馆1971年版,第677页;阿·菲特罗斯等:《国际法》,商务印书馆1981年版,第529页。

② 克劳塞维茨:《战争论》,商务印书馆1997年版,第43页。在这里,克氏也认为这是一种纯概念的抽象思维活动(玩逻辑),不适用于现实世界。战争除服从本身内在规律外,还受到其它规律约束。笔者认为,本文论述的法律就是约束力量之一。

③ John Ome, "The Utility of Force in World of Scarcity", *International Security*, vol. 22, no. 3 (winter 1997/1998), p. 145.

④ 转引杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版2001年版,第49页。

⑤ [英] 阿奎斯特:《现代国际法概论》,中国社会科学出版社1981年版,第289页。

争是正当的,<sup>①</sup>他进一步给出正义战争的条件:君主的授权、正当的理由、交战者的正当意图。<sup>②</sup>战争作为一种自助形式,成了执行法律(本国法)的手段,作为对错误行为的制裁,也作为改变法律、文化、宗教的手段。正义战争的概念很快就与反对非基督教国家的宗教战争的合法观念结合起来,被看作是上帝的谕示,成为十字军东征的精神支柱和行动理由;另外还被看作是对他方原先所犯的一项非法行为索取赔偿的手段。在这种思想指导下,“胜者为王,败者为寇”,正义战争所用的手段是合法的,不受限制,不受追究;对杀害、掳掠,对城市、对文明的破坏,对财产的掠夺都被视为正当的、自然的。这种思想在几千年历史中占据了统治地位。欧洲中世纪由于封建分裂的特殊情况以及罗马(帝国)皇帝和教皇统治世界,形成世界统一的观念,还没有现代意义上的国家,中世纪的欧洲是不利于国际法的发展的,即使有些国际规则,却未形成一个独立的国际法体系。

2、国家权力说阶段。随着“三十年战争”的结束,《威斯特伐利亚和约》正式否定了所谓世界主权,奠定了现代国家体制,主权国家开始形成,国家的利益被摆到突出的地位。此时,正义战争与非正义战争的区别开始被打破了。格老秀斯认为:战争的正义性应包含一个错误行为的受害者,并承认战争可能被双方都认为是正义的,实证主义法学派的霍布斯把这一观点进一步推进,认为每个国家在原则上都有诉诸战争的权利。<sup>③</sup>在没有一个执行法律的国际机构的情形下,战争被视为实现基于国际法的权利主张的一种自助手段。这种工具论具有巨大的法律和道义权威,一个国家为了削弱别国而增加自己的权力和领土而诉诸战争时,把它说成是为了保护法律权利,是一种法律所许可用以攻击和改变现有权力的工具,以使法律适应已改变的情况。国际法并不认为这种目的从事的战争是非法的,战争是国家在法律上的一种职能,而且是一种不受控制的特权。由于技术、经济等条件的限制,以及由于基督教和骑士精神的影响,此时战争虽然残酷,但比起早些时候已温和多了。至16世纪末,战争法及其理论<sup>④</sup>在交战国的实践中建立并逐渐发展起来,这对后来有名的《威斯特伐利亚和约》的完成也具有一定的影响。

3、重大利益说阶段。欧洲资本主义制度建立后,各资本主义国家为了自身利益,扩大经济实力,

扩充势力范围,展开了相互之间的战争和对外扩张的殖民战争,战争成了不择手段攫取利益的工具。18、19世纪几乎完全取消了正义战争与非正义战争的区别,只要认为双方真正相信自己是完全正确的,即使其中一方在客观上可能是错误的,双方都无可责备;只要是为了保卫某种重大利益而进行的战争,就被认为是正当的。但每一个国家仍是其重大利益的惟一判断者,没有人尝试给它一个确切的解说,只是用于宣传目的政治上辩护和借口的依据。如拿破仑在战争中为了对抗英国,采取了大陆封锁政策,断绝英国与大陆上的中立国之间的合法商业。又如门罗主义宣称,凡是欧洲国家方面要将其政治制度输入西半球的任何地方的任何企图,都被认为是对美国的和平与安全的威胁。<sup>⑤</sup>在此期间,战争法又有了进展,个别较温和的实践逐渐成为惯例——战争惯例或战争方式,这些惯例通过习惯和条约成为法律规则。1864年《日内瓦公约》采用红十字作为救护标志,<sup>⑥</sup>1863年《美国陆军管理训令》是战争的人道化的一个重大步骤,成为1899年《海牙陆战法规惯例公约》的蓝本;1899年和1907年海牙和平会议有组织的编纂国际法,具有里程碑的意义。<sup>⑦</sup>这些惯例和法规的成长受三项原则决定:<sup>⑧</sup>第一,一个交战国可以正当使用为实现宗旨所必需的任何份量和任何种类的武力;第二,人道主义发生作用,要求交战国不得使用超出制服对方所必需的暴力,对战争野蛮行为进行控制,以避免“不必要的痛苦”;第三,骑士原则的作用,要求在进攻和防守中的某种程度的公平态度和相互尊重。与以前野蛮、残酷的做法不同,交战国对双方伤者、战俘和不参加作战的个人

① [德] 马克斯·普朗克比较公法及国际法研究所主编:《国际公法百科全书·第四辑·使用武力、战争、中立、合约》,中山大学出版社1992年版,第483页。

② See Wolfgang Preiser, *History of the Law of Nations Aciat Times to 1648* in: R. Bernhardt ed., *EPIL*, vol. II, Amsterdam 1995, p. 736. 转引杨泽伟:《宏观国际法史》,武汉大学出版社2001年版,第51页。

③ [德] 马克斯·普朗克比较公法及国际法研究所主编:《国际公法百科全书·第四辑·使用武力、战争、中立、合约》,中山大学出版社1992年版,第483页。

④ 格老秀斯的《战争与和平法》在欧洲所有大学被用作教科书,瑞典国王古斯塔夫随身携带。在“三十年战争”中就是按照书中所载的原则采取人道主义行为的。可见其对战争法规制的重要影响。See Sir John Macdonell et al., *Great Jurists of the World*, Boston 1914, p. 182.

⑤ Peter Malanczik, *Morroe Doctrine*, in: R. Bernhardt ed., *EPIL*, vol. III, Husterdam 1997, p. 460.

⑥ See Auton Schlogek, *Geneva Red Cross Conventions and Protocols*, in: R. Bernhardt ed., *EPIL*, vol. II, Amsterdam 1995, p. 553.

⑦ See Jorg Manfred Mossner, *Hague, Peace Conference of 1899 and 1907* in: Bernhardt ed., *EPIL*, vol. II, Amsterdam 1995, p. 677.

⑧ [英] 劳特派特修订:《奥本海国际法》,北京·商务印书馆1973年版,第164页。

予以照顾。

4、合法战争说阶段。一战后,人类对战争有了更为理性的认识。根据《国际联盟盟约》<sup>①</sup>、《巴黎非战公约》<sup>②</sup>和《联合国宪章》<sup>③</sup>的规定,许多学者否认现代国际法概念中还有战争的存在,<sup>④</sup>否定战争是一种法律状态。其逻辑推理是:既然战争、武力和威胁作为国家政策的工具已被放弃,所以战争在国际上就是非法的,而非法的战争不能赋予权利,故而非法战争不受战争法的约束。但非法战争的方法和手段不受约束,这将在国际关系领域造成一个空白,并会事实上鼓励不法战争行为。这不仅是国际法的倒退,也是人类的悲剧,至少在人道法规制方面是这样。政治家和各国政府认为在尚未成立国际法的执行机构和通过国际社会立法来改变现存权利的情况下,使用武力比使用法律更有利于实现国家利益。所以在现实情况下,《联合国宪章》允许以某些合法形式使用武力,<sup>⑤</sup>比如合法自卫和联合国制裁等。另外,正义性原则也被融入战争法的体系,联合国通过的决议中规定反殖民统治和反压迫的战争是允许的。<sup>⑥</sup>于是合法战争在现代国际法中便有了特定的涵义,它体现为:1、在国际法(战争法)允许的范围内进行战争;2、战争中使用法律允许的方法和手段。正义性在战争合法性的判断中成为辅助的标准,一是保卫国家主权和领土完整、反击侵略的自卫战争以及反对殖民统治和种族主义的战争是正义的,因而是合法的;二是体现在中立问题上,中立国有权利对侵略者加以区别对待,中立国法院对非法战争取得的权利(力)不予承认。现代战争进入了一个新的阶段,这时的战争已承担了维护国际法权威和尊严的职能。

“在非战公约订立以前,战争的制度在国际法上履行两种互相矛盾的职能。”<sup>⑦</sup>作为维护平时期法律的工具,战争意味着将有关国家因战胜而拥有的力量与法律权利相等同,而这是法律所不允许的。作为改变法律适用及和平法规定的权利的工具,战争造成国际法体系连续性的中断,由适用和平法转为适用战争法。国际法作为法律,在严格尊重每一个国家的独立和尊严的基础上调整和平时期各国的关系。它使通过报复制度<sup>⑧</sup>对国家的利益的侵犯受到若干比较明确的限制。战争的上述两方面特性,在法律上引起了争论,不管其观点正确与否,它

们至少透露出人们所关注的合法性战争的问题。

## 二、战争的非法与合法

迄今为止的人类文明尚未发展出凌驾于主权国家之上的强力机关,因而在现有历史条件下国家间的战争还是不能完全避免的。国际法承认这个事实,但同时包含有一些义务对诉诸战争的权利加以限制,并且规定若干规则,这些规则是各交战国习惯上或依据特别约定,同意在彼此之间发生战争时予以遵守的。因此,虽然交战国之间的和平关系由于战争爆发而终止,然而他们之间仍然有某些相互的法律责任和义务。这样战争就成了并不是和国际法相抵触的,而是国际法所规定的一种情况。如前所述,战争是两个或两个以上国家间的军事斗争,其目的在于由战胜方对战败方强加以他所任意要求的和平条件。战争是国际法所承认的并在许多方面为国际法所规定的事实,然而不是国际法所确认的合法事实。这是国际法面对现实的一种无奈选择。《联合国宪章》是人类共同的创造,它同样反映了主权国家所共同认可的一些基本原则。在国际社会各种力量冲突中,国际法(战争法)只是把战争承认为一种事实,不论其性质而同样地适用战争法。这种理念经过其特有的“否定之否定”过程而成为战争法确立和发展的基础,其发展经历如下三个阶段。

### 第一阶段。1899年和1907年的《国际争端和平

① 《国际联盟盟约》序言中规定:缔约各国,为增进国际间合作并保持其和平与安全起见,特允承受不从事战争之义务。

② 《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》第一条:缔约各方以他们各国人民的名义郑重声明,他们斥责用战争来解决国际纠纷,并在他们的相互关系上,废弃战争作为实行国家政策的工具。

③ 《联合国宪章》序言:非为公共利益,不得适用武力;第二条(四):各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或与联合国宗旨不符之如何其它方法,侵害如何会员国或国家之领土完整或政治独立。

④ 如英国著名国际法学者劳特派特认为:既然战争已经不是国际法所完全允许的一种权利或权利的行使,那么一个非法战争就不再给予非法的交战国以传统国际法赋予交战国的一切权利,“不法行为不产生权利”是一项无可规避的法律原则。同时,他把对人道主义的战争规则遵守看作是“人类不想‘听任战争堕落成为不受怜悯心、骑士精神、尊重人类生命与尊严的任何约束的野蛮的武力角斗’的良好。”

⑤ 参见《联合国宪章》第42、43(1)、45、51、52、53条。

⑥ 1990年第45届联大通过45/130号决议指出:“重申各国人民为求独立、领土完整、民族统一以及从殖民政治、种族隔离和外国占领下获得解救,以一切可用手段进行战争,包括武装斗争在内,都是合法的。”

⑦ [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》,商务印书馆1973年版,第129页。

⑧ 报复制度是一个国家例外地被准许以强迫另一国家同意接受由其自己国际不法行为所产生的争端的满意解决而对后一国家所采取的有害的或其它国际不法行为。它分为平时报复和战时报复。前者是为了不从事战争而解决冲突的目的而采用的,后者是为了强迫从事非法战争行为的敌人遵守战争法规而采取的回击。此处指的是平时报复。

解决公约》(海牙第一公约)第一次对以战争解决国际争端的所谓“绝对权利”施加了一些限制,要求各国对国际争端应尽量用和平方法解决。1907 年的《限制用兵索取契约债务公约》明确规定不能使用武力、战争方法索债,进一步在用兵索取债务这一具体范围内对“战争权利”做了直接限制。第一次世界大战后,1919 年 6 月 28 日订立的《国际联盟盟约》提出“各缔约国为促进国际合作,保证国际的和平与安全,承担不从事战争的义务”。“联盟会员国约定倘联盟会员国间发生争端,势将决裂者,应将此事提交仲裁,或法律裁决,或交理事会审查,并约定无论如何非俟仲裁员之裁决或法律判决,或理事会报告三个月以后,不得从事于战争。”这里要求缔约国承担不从事战争的义务已经反映出了废弃战争的思想主张,但三个月期限的设置表明,它依然仅仅属于对“战争权”的限制。

第二阶段。1928 年 8 月 27 日订立的《关于废弃战争作为国家政策工具的一般条约》(简称巴黎非战公约或白里安—凯洛格非战公约),禁用战争作为推行国家政策的工具。作为国际法的渊源,第一次从法律上明确否定了“战争权”的合法性,自此,它也就成了制止侵略战争的一个很重要的法律依据。二战后纽伦堡和东京军事法庭对甲级战犯实施侵略的反和平罪的审判和判决,都是根据《国际争端和平解决公约》和《巴黎非战公约》所宣示的原则,并以这些原则确立侵略是国家罪行的结论的。

第三阶段。二战后成立的联合国担负着维持和平与安全重任,《联合国宪章》虽然没有直接提及战争,但却明文宣告:“非为公共利益,不得使用武力”,“各会员国在其国际关系上不得使用武力威胁或武力,或以与联合国宗旨不符合的任何其它方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”把一切非法使用武力威胁、武装干涉、武装进攻或占领的行为,都视为违法而被禁止。其中,当然也包括对战争和侵略战争的禁止。在此基础上,1970 年联合国通过了《关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作之国际法原则宣言》(简称《国际法原则宣言》),第一条即郑重宣布禁止使用武力威胁或使用武力,并明确指出:侵略战争永远不应用为解决国际争端的办法。1974 年 12 月 14 日联合国第 29 届大会通过的《关于侵略战争的决议》(联合国决议第 3314 号)更进一步为制止侵略提供了法律武器。此外有关战争手段和方法限制的公约,如 1930 年的《关于

海军作战的伦敦公约》,1936 年的《关于潜艇作战的伦敦议定书》,1954 年的《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》,1977 年的《禁止为军事或其它任何敌对目的使用改变环境的技术的日内瓦公约》,1980 年的《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》,1997 年的《全面禁止核试验条约》;关于人道主义的公约,如 1949 年的有关伤者、病者、战俘待遇和平民保护的日内瓦四公约;关于惩治战争犯罪的公约,如 1946 年的《欧洲国际军事法庭规章》,1998 年的《国际刑事法庭规约》等等。凡此种种,在现代国际法中已取得广泛共识,除合法使用武力和使用合法的武力外,侵略战争以及使用武力或武力威胁之类的战争性行为,和使用禁止的战争方式的行为,都是非法的。

### 三、战争法对战争的限制和适应

战争法体系的建立使战争的进行和对战争的评判有了依据。当战争法根据作战双方的意图代替和平法之后,他们之间的相互权利和义务就发生了变化,但并不因此而使一个不合法的战争合法化,因此,不能认为战争状态的存在就提供了使用包括武力在内的各种手段的普遍权利。使用武力的合法性总是根据《联合国宪章》关于禁止使用武力的原则来确定的。不过,当战争法代替和平法的时候,战争法便为一切形式的战事设置限制,作为无限制的武力的最后一道障碍,而不问根据《联合国宪章》这种武力是合法还是非法。因此战争就有了一套以双方共同遵守为基础的限制性规则的独特体系,违反这些规则就要受到特别的制裁,战争法由此分为前后两个部分,违反战争法规则的制裁与非法使用武力的制裁是不同的。国际法对合法战争的运用和战争中(包括合法战争和非法战争)方法及手段的运用两个方面进行规制。

#### (一)合法战争(包括使用武力)的标准

根据《联合国宪章》规定,下列使用武力威胁或武力的行为不在完全禁止之列:

1. 参加联合国安理会为维持和平与安全、制裁侵略而采取的包括使用武力的行为;<sup>①</sup>
2. 国家遭到侵略时,在安理会采取必要的措施前,进行单独或集体的自卫;<sup>②</sup> 在民族解放战争中,

① 参见《联合国宪章》第 42、43(1)、45 条。

② 参见《联合国宪章》第 51 条。

为争取独立而斗争的民族反对殖民统治和压迫所使用的武力;<sup>①</sup>

3、反对原告敌国的行动。《联合国宪章》第107条规定:“本宪章并不取消或禁止负行动责任之政府对于在第二次世界大战中本宪章任何签字国之敌国因该次战争而采取或受权执行之行动。”随着“敌国”这一概念的过时,该条规定终将被取消;

4、区域机关的行动。《联合国宪章》第52条规定:“本宪章不得认为排除区域办法或区域机关,用以应付关于维持国际和平及安全而宜于区域行动者;但此项办法或机关及其工作与联合国宗旨及原则符合者为限。”

## (二)战争规则

战争带来一系列法律后果,外交和领事关系断绝,某些条约终止,与敌国的贸易、敌国人民和财产等受到影响、拘留敌国国民等。但两国关系并非无序和不受控制,而是受到战争法规的调整,其原则有:<sup>②</sup>

1、人道主义原则:战争中不仅应保护非战斗员、战争受难者,对战斗员也应给予人道待遇。对战斗员不应加以不成比例和没目的的伤害。禁止滥杀、滥伤、使用极度痛苦的作战方法和手段,不分皂白杀害和平居民。

2、对称性原则:作战方法和手段的使用应与预期的、具体的和直接军事利益成比例,禁止损害过分的攻击,以及使用引起过分伤害和不必要痛苦性质的作战方法和手段。

3、区分原则:在战争中,对平民与武装部队、战斗员与非战斗员、战斗员与受难者应加以区别;应把民用物体与军事目标区分开来,并在战争与武装冲突中分别给予不同的对待。战斗行为所伤害的只能是在战斗中的战斗员,对非战斗员、战俘、平民不应加以伤害。

4、“军事必要”不能解除各交战国遵守国际法义务的原则。尽管存在“军事必要原则”,但不能被作为不遵守战争法规的借口,任何交战国都必须遵守战争法规定的国际义务,作战必须恪守战争法规。“条约无规定”也不能作为免除其义务的理由,根据“马顿斯条款”(Martens' Clause),<sup>③</sup>在国际协定未规定的情况下,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。

(三)战争法对战争的适应——对“普遍参加条款”的处理<sup>④</sup>

战争法作为一系列公约体系,其有效性在于成

员国的遵守,以及该公约体系是否适用于非成员国,于是产生战争法的相互性和条约的有效性问题。在第一次世界大战前订立的海牙公约中,公约的有效性因“普遍参加条款”而受到相当的损害。这个条款规定,公约只有在所有交战国都是公约缔约国时才有约束力。如果从战争一开始或在战争进行期间,只要有一个非签字国参加了交战国行列,就失去了他们的约束力。就实际上彼此接触的敌对交战国而言,某种形式的参加和遵守公约是必要的,但是相互性和条约有效性这两种要求并不是不可解决的,战争法的办法是:

1、在战争法的有效性问题上,各公约对体现国际法的惯例和规则都予以认可和有效施行。纽伦堡国际军事法庭就是采用此种看法。

2、在公约的通用性问题上,制定较不硬性的和较低要求的参加条款。1949年的日内瓦公约规定:“冲突之一方虽非缔约国,其它签订本公约之国家于其相互关系上,仍应受本公约之约束。”而且其它公约规定,如果非公约缔约成员的交战国接受并实施本公约的规定,则即使对该交战国的关系也受本公约的约束。虽然这条新规定要求由单方来确定交战国是否在事实上实施了它所未正式参加的公约的规定,但相互性的问题并未受到减损。战争法用其自身所固有的属性解决了自身的矛盾。因为第一,不管是否是缔约国,都必须依照信实原则作出断定。第二,就大多数协定和习惯的战争法规而言,都不可避免地必须由每一个交战国来断定对方是否遵守战争法规。相互性是各交战国遵守战争规则的一个主要的和公平的条件,如果对方公然和故意违反战争规则,就不可能希望任何交战国对于这样的对方会遵守规则而不实行报复。

战争法以独特的方式解决了一个自身存在的二

① 1990年第45届联大通过45/130号决议指出:“重申各国人民为求独立、领土完整、民族统一以及从殖民政治、种族隔离和外国占领下获得解救,以一切可用手段进行战争,包括武装斗争在内,都是合法的。”

② 张爱宁编著:《国际法原理与案例分析》,人民法院出版社2000年版,第755—756页。

③ 1899年第一次海牙和平会议时,担任第二委员会第二小组委员会主席的俄国代表马顿斯以主席身份宣读了一项声明,其中的第三节的内容载入了《陆战法规和惯例公约》的前言,因此称为“马顿斯条款”,即“更加完备之战争法典之编纂有待他日,但就今日论,缔约各国认为应宣言者如下:凡遇有本条款中未规定之事项,则有种种国际法之原则,从文明人民之惯例上,从人道之原则上,自良心之要求上,发生事变之交战国与其人民之间,应在此原则之保护和支配之下。”后来这项声明又规定在1907年海牙第四公约和1977年日内瓦公约第一附加议定书中。(日本国际法学会编《国际法辞典》,世界知识出版社1985年,第36页)

④ 参见[英]劳特派特修订,《奥本海国际法》,第170—172页。

难困境,很好地适应了战争的发展和需要,并使自身得到了发展。可以说,战争法是“正义战争”观念的法理化与理性升华。

#### 四、限度与挑战

现代科技的发展,使得二战以来的战争形态又发生了变化。现代高技术战争很容易摧毁或破坏重要工业设施,以达到破坏交战国政治基础结构和社会组织的目标;这是一场非线性的战争,没有明确的前方与后方,没有明确的战争与和平、军人与平民的界限;高技术战争也很容易升级,直至使用核武器,鉴于这种潜在危险性,有核国家不敢贸然发动战争。瑞典学者卡尔肖文认为:在现代战争条件下,作好记号通知敌方以保护不设防处不受攻击,已经失去意义。<sup>①</sup>战斗将在各地同时发生,战争的胜利将主要取决于一个国家的整体作战能力。

现代战争给战争法提出了新的挑战。在手段和方法上,许多问题(如空战和核武器的使用)传统条约都未作适当规定;战争的间歇性使各国战争法的发展缺乏连续性。其次,大规模战争形式渐渐消失,加上技术变化非常迅速,每次战争都与前次不同,使战争法出现滞后性;各国很少对自己在战时的行为提出法律依据,法律诚信难以确立,战争惯例难以修正;甚至出现了为达到战略目标滥用军事手段的趋势,如美国国防部认为:对于军民两用目标,如果打击他们可以获得军事优势,就可以对其实施攻击;军事优势不止限于战术上得益,而且与整个战争的战略有关;<sup>②</sup>更为不利的是,现代世界中,文明的差异和思想意识的分歧割裂了人类文明的整体性。有一种倾向,对立的双方在战争或武装冲突中相互把对方描述成不需要对其考虑文明标准的次人类,这就引起对战争法实际破坏。在这方面必须强调:战争法是以交战各方平等为前提的,各当事方必须相互遵守战争法。对违反战争法的行为,各国都应加以谴责,国际社会应联合起来予以制裁。最后,在制度方面,战争法的制定缺乏有效的监督和制约机制,战争法的指定和执行具有不稳定性;高技术战争的实践更是给战争法带来了不稳定,因为战争法建立在战争实践基础之上,只有实践成熟了、定型了,立法才会提上议事日程,这是战争法的一贯发展路线,于是掌握高技术战争手段的国家不时冲击战争法的权威和效力;他们用高科技战争打破现有战争法的体系和内容,想通过战争确立有利于他们的高技术战

争法律规范,例如北约对南联盟的战争,在炫耀武力推行霸权的同时,力图在战争制度上为其牟利,即形成制度性霸权。<sup>③</sup>

不可否认,在没有一个统一的国际强力执行机制的情形下,战争法的理念多少带有理想主义色彩。《非战公约》曾放弃以战争作为国家政策的工具,但其实际效果并不理想。这表明“显示出纯然由法制上加以限制的想法有其局限性”<sup>④</sup>。战争法作为国际行为规范,通常情况下,对于战争行为的理性化和法治化有积极的一面,但仅靠联合国不仅不能对破坏国际法的霸权大国采取有效规制,反而还有使战争法被歪曲使用的危险。对此,未来可预见的方法是,对霸权强国公然破坏战争法的非法战争行为,不能仅仅依靠战争法本身具有的制裁,还要依靠国际法赋予主权国家的自卫权利和世界人民的和平力量来共同维护。另外,促进战争法对战争的规制还要从提高人类整体文明进步入手,把对战争规制的成果法律化。为此,世界各国应建立起维护和平的交叉重迭机制,运用国际法的影响力让挑战者的主张温和下来,并尽量对战争行为和战争法的发展演变施加有益的、正面的影响。在这方面,世界各国,尤其是广大第三世界国家应从长远考虑,摒弃相互之间的利害冲突,跳出利益集团或政治联盟的小圈子,对违反战争法的行为提出控诉,决不能因一时之利而纵容、姑息,让它成为不当的先例。

综观整个战争和战争法的发展历史,战争法并不是约束战争的终极因素,相反倒是人类对战争的破坏性的认识才促成了战争法的出现和持续调整。因此它也是人类文明进步的积极表现。战争法是国际社会制度的一部分,它总处于应对挑战和自我完善之中。这种适应并不是脱离战争,而是加强对各式各样战争的规范和约束。反过来讲,正是由于战争对战争法的推动作用,才使得战争法不至于因脱离战争实践而失去作用,并为战争法跟踪服务并进而规范各种战争形态提供了条件。可以相信,战争法如它的固有品格一样,在未来的实践中将不断调整自己的形式与内容,以更好地适应人类文明进步的需要。○

(责任编辑:张文木)

① Kalshoven Frist, Op. cit., p. 446.

② Kalshoven Frist, *The Law of Warfare*, Leiden, A. W. Sijhoff, 1973, p. 81.

③ 盖新琦、李玉平,“打赢高技术战争的战争法思考”,《西安政治学院学报》,2000年第1期。

④ 基辛格:《大外交》,顾淑馨、林添贵译,海南出版社1998年版,第750页。