



Distr.
GENERAL

A/51/218
15 October 1996
CHINESE
ORIGINAL, ENGLISH AND FRENCH

第五十一届会议
临时议程* 项目71

全面彻底裁军

国际法院对以核武器进行威胁或
使用核武器的合法性发表的咨询意见

秘书长的说明

1. 大会第四十九届会议在1994年12月15日通过了第49/75 K号决议,其中决定根据《联合国宪章》第九十六条第一项的规定,请国际法院紧急对下述问题发表咨询意见:

“国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器?”

2. 1996年7月8日,国际法院就大会向它提出的上述问题发表咨询意见。
3. 1996年7月9日,我收到了国际法院这份经适当签署并密封的咨询意见。
4. 谨随函向大会转递国际法院1996年7月8日就以核武器进行威胁或使用核武器的合法性问题发表的咨询意见,以及对该咨询意见提出的声明、单独意见和反对意见。

* A/51/150。

附件

国际法院

1996年

1996年
7月8日
总目录
第95号

1996年7月8日

以核武器进行威胁或使用核武器的合法性

本院根据请求发表咨询意见的权力--《规约》第六十五条第一项--经授权请求发表意见的机关--《宪章》第九十六条第一项和第二项--大会的活动--“法律问题”--所提问题的政治方面--据称促请引出这项请求的动机和这项意见可能具有的政治含义。

本院对于是否发表意见的斟酌权--《规约》第六十五条第一项--十足的理由--含糊而抽象的问题--请求发表意见的目的--这项意见对当前的谈判的可能影响--本院无立法的义务。

所提问题的措词--英文本和法文本--明确的目标--举证责任。

适用的法律--《公民及政治权利国际盟约》--任意剥夺生命--《防止及惩治灭绝种族罪公约》--危害这类群体的意图--关于维护和保护环境现行规范--环境方面的考虑,作为在执行武装冲突中适用的法律时所应考虑一个因素--应用最直接相关的法律:《宪章》的法律和武装中适用的法律。

核武器的独特性质。

《宪章》关于以武力威胁或使用武力的规定--第二条第四项--《宪章》既未明白禁止、亦未允许使用任何特定的武器--第五十一条--必要和相称的条件--以武力“威胁”的观念和“使用”武力的观点并立--拥有核武器,威慑和威胁。

关于核武器的利用本身是否合法的具体规则--没有具体的规定准许以核武器进行威胁或使用核武器--本身非法性:条约法--禁止使用毒性武器的文书--明确禁止使用某些大规模毁灭性武器的文书--为禁止使用某些大规模毁灭性武器而缔结的条约--为限制取得、制造和拥有核武器、部署和试验核武器而缔结的条约--《特拉特洛尔科条约》--《拉罗通加条约》--核武器国家在延长《不扩散条约》时所发表的宣言--缺乏全面和普遍的公约禁止使用或威胁使用这类核武器--本身非法性:习惯法--不利用核武器的一贯作法--威慑政策--大会确认核武器为非法的决议--刚出现的法律意见与继续坚持威慑力量的做法之间不断存在的紧张局面。

国际人权主义法的原则和规则--禁止毫不区分平民目标与军事目标或给战斗人员造成不必要痛苦的战争方法和手段--《马滕斯条款》--中立原则--这些原则和规则对核武器的适用性--结论。

国家的生存权和自卫权--威慑政策--对某些核武器国家不使用这类武器的承诺有所保留。

国际法现状和法院所获得的各项事实--在国家本身存亡攸关的非常自卫情况下使用核武器。

《不扩散条约》第六条--真诚地进行谈判和实现全面核裁军的义务。

咨询意见

主席: 院长贝德贾维; 副院长施韦贝尔; 法官小田滋、纪尧姆、沙哈布丁、威拉曼特里、朗热瓦、海尔采格、史久镛、弗莱施豪尔、科罗马、韦列谢京、弗拉里·布拉沃、希金斯; 书记官长巴伦西亚-奥斯支纳。

对于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性,

本院，

由上述成员组成，

发表下述咨询意见：

1. 请求本院发表咨询意见的问题载于联合国大会(下称“大会”)1994年12月15日通过的第49/75 K号决议。书记处在1994年12月20日收到1994年12月19日一封来函的传真，并于1995年1月6日将原函存档。联合国秘书长以该函正式通知书记官长，大会决定将该问题提交法院发表咨询意见。随函附来第49/75 K号决议英文本，决议内容如下：

“大会，

深知核武器的继续存在和发展对人类构成严重的危险，

铭记着按照《联合国宪章》，各国负有义务不针对任何国家的领土完整或政治独立进行武力威胁或使用武力，

回顾其1961年11月24日第1653(XVI)号、1978年12月14日第31/71 B号、1979年12月11日第34/83 G号、1980年12月12日第35/152 D号、1981年12月9日第36/92 I号、1990年12月4日第45/59 B号和1991年12月6日第46/37 D号决议，其中宣称使用核武器是违反《宪章》的行为，也是对人类的一种罪行，

欢迎在禁止和消除大规模毁灭性武器方面所取得的进展，包括《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》¹和《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器和销毁此种武器的公约》²，

深信彻底消除武器是解除核战争威胁的唯一保障，

注意到《不扩散核武器条约》缔约国第四次审查会议对于在尽可能早日彻底消除核武器方面进展不足表示的关切，

¹ 第2826(XXVI)号决议，附件。

² 见《大会正式记录，第四十七届会议，补编第27号》(A/47/27)，附录一。

回顾大会深信必须在国际关系中加强法治，因此宣布了1990-1999年为联合国国际法十年，³

注意到《宪章》第九十六第一项规定，大会对任何法律问题得请国际法院发表咨询意见，

回顾秘书长在《和平纲领》⁴中提出的建议，认为获准利用国际法院咨询职能的联合国机构应该更经常地征求国际法院的咨询意见， 欢迎世界卫生组织大会1993年5月14日第46/40号决议，其中请国际法院对一个国家在战争中或在其他武装冲突中使用核武器是否违反其在国际法包括《世界卫生组织法》之下的义务的问题发表咨询意见，

决定根据《宪章》第九十六条第一项规定，请国际法院紧急对下列问题发表咨询意见：国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器？”

2. 根据《规约》第六十五条第二项，联合国秘书长向本院递送一个档案，档案里文件可能阐明这个问题。

3. 书记官长在1994年12月21日的信中，根据《规约》第六十六条第一项，将咨询意见的声请通知凡有权在法院出庭的国家。

4. 本院以1995年2月1日的一项命令，决定有权在本院出庭的国家和联合国都可能能够按照《规约》第六十六条第二项，提供关于这个问题的资料。在同一项命令中，本院分别规定1995年6月20日为可就该问题向本院提出书面陈述的期限，1995年9月20日为已经提出书面陈述的国家或组织可按《规约》第六十六条第四项，对于其他书面陈述提出书面评论的期限。上述命令中特别指出大会请求本院“紧急”发表咨询意见；也提到了已为世界卫生组织先前就一国在武装冲突中使用核武器的合

³ 第44/23号决议。

⁴ A/47/277-S/24111。

法性问题向本院提出发表咨询意见的请求所规定的程序时限。

1995年2月8日,书记官长向有权在本院出庭的国家和联合国发出《规约》第六十六条第二项规定的特别和直接通知。

5. 下列各国也提出了书面陈述:

波斯尼亚—黑塞哥维那、布隆迪、朝鲜民主主义人民共和国、厄瓜多尔、埃及、芬兰、法国、德国、印度、伊朗伊斯兰共和国、爱尔兰、意大利、日本、莱索托、马来西亚、马绍尔群岛、墨西哥、瑙鲁、荷兰、新西兰、卡塔尔、俄罗斯联邦、萨摩亚、圣马力诺、所罗门群岛、瑞典、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。此外,下列国家对那些书面陈述提出了书面评论:埃及、瑙鲁和所罗门群岛。书记官长在收到那些陈述和评论后,将其内容通知已参加书面程序的所有国家。

6. 本院决定公开开庭,从1995年10月30日开始,届时被认为可能能够对本院审理的问题提供资料的任何国家或组织可向本院提出口头陈述。书记官长在1995年6月23日分别函请有权在本院出庭的国家和联合国通知他是否打算参加口头程序;那些信中指出,本院已决定在各次公开开庭时一并听取有关大会请求发表咨询意见一事的口头陈述以及有关上面提到世界卫生组织请求法院发表咨询意见一事的口头陈述,但根据了解,联合国只有权发言讨论大会提出的请求;信中并说明,凡未参加书面程序而只参加口头陈述者将收到书面程序期间所作各项陈述和评论的原文。

7. 瑙鲁共和国在1995年10月20日的信中,请求本院撤回在一份题为“对其他国家所提陈述的答复”的文件中的其名义提出的书面评论。本院准其所请,并由副书记官长在1995年10月30日的信中通知已收到该文件的各国,说明该文件因此不构成本院收到的记录的一部分。

8. 根据《法院规则》第106条,本院决定,从口头程序开始后,准许公众查阅提交本院的各项书面陈述和评论。

9. 在1995年10月30日至1995年11月15日公开开庭期间,本院按照下列次序听

取口头陈述:

- 澳大利亚联邦代表: Gavan Griffith先生,王室法律顾问、澳大利亚副检察长、律师; Gareth Evans阁下参议员、外交部长、律师;
- 阿拉伯埃及共和国代表: George Abi-Saab先生,日内瓦国际事务研究所国际法教授,国际法研究所研究员;
- 法兰西共和国代表: Marc Perrin de Brichambaut先生,外交部法律事务司司长;
Alain Pellet先生,巴黎第十大学和巴黎政治研究所国际法教授;
- 德意志联邦共和国代表: Hartmut Hillgenberg先生,外交部法律事务司司长;
- 印度尼西亚代表: Johannes Berchmans Soedarmanto Kardarisman先生,印度尼西亚驻荷兰大使;
- 墨西哥代表: Sergio Gonzalez Galvez Galvez先生,副外交部长,大使;
- 伊朗伊斯兰共和国代表: Mohammad J. Zarif先生,外交部主管法律和国际事务副部长;
- 意大利代表: Umberto Leanza先生,罗马大学法学院国际法教授,外交部外交法律事务处处长
- 日本代表: 河村武和先生,外务省武器管制和科学事务局局长,大使;
平冈敬先生,广岛市长;伊藤-长先生,长崎市长;

- 马来西亚代表: Tan Sri Razali Ismail先生, 马来西亚常驻联合国代表, 大使
Mohtar Abdullah酋长, 司法部长;
- 新西兰代表: Paul East阁下, 王室法律顾问, 新西兰司法部长;
Allan Bracegirdle先生, 新西兰外交和贸易部法律司副司长;
- 菲律宾代表: Rodolfo S. Sanchez先生阁下, 菲律宾驻荷兰大使;
Merlin N. Magallona教授, 菲律宾大学法学院院长;
- 卡塔尔代表: Najeeb ibn Mohammed Al-Nauimi先生阁下, 司法部长;
- 俄罗斯联邦代表: A.G. Khodakov先生, 外交部法律司司长;
- 圣马力诺代表: Federica Bigi夫人, 大使馆参赞, 外交部政治司代办;
- 萨摩亚代表: Neroni Slade先生阁下, 萨摩亚常驻联合国代表, 大使;
Laurence Boisson de Chazournes夫人, 日内瓦国际事务研究所助理教授;
Roger S. Clark先生, 新泽西州坎登市罗格斯大学法学院著名法学教授;
- 马绍尔群岛代表: Theodore G. Kronmiller阁下, 马绍尔群岛驻美利坚合众国大使馆法律顾问;
Lijon Eknilang夫人, 朗格拉普环礁地方政府议员;
- 所罗门群岛代表: Victor Ngele阁下, 警察和国家安全部长;
Jean Salmon先生, 布鲁塞尔私立大学法学教授;
Eric David先生, 布鲁塞尔私立大学法学教授;

Philippe Sands先生,伦敦大学东方和非洲学院法学讲师,国际环境法和发展基金会法律主任;

James Crawford先生,剑桥大学威韦尔国际法讲座教授;

哥斯达黎加代表:

Carlos Vargas-Pizarro先生,哥斯达黎加政府法律顾问和特使;

大不列颠及北爱尔兰:

Cnicholas Lyell爵士阁下,王室法律顾问,下院议员,

联合王国代表:

联合王国检察总长;

美利坚合众国代表:

Conrad K. Harper先生,美国国务院法律顾问;

Michael J. Matheson先生,美国国务院首席副法律顾问;

John H. McNeill先生,美国国防部资深副总顾问;

津巴布韦代表:

Jonathan Wutawunashe先生,津巴布韦驻荷兰大使馆临时代办;

本院法官向参加口头程序的某些人士提了问题,他们则按照请求在规定的时限内以书面答复;本院决定其他参加人士也可按照同样规定答复那些问题,所以其中有几个人也提出了答复。本院法官提出的其他问题比较全面地针对任何参加口头程序的人士;其中有几个人按照请求在规定的时限内以书面答复。

*

*

*

10. 本院必须首先考虑本身有没有管辖权答复大会关于咨询意见的请求,如果答案是有的,那么,本院有没有任何理由拒绝行使任何这种管辖权。

本院发表咨询意见的权限来自《规约》第六十五条第一项。根据这一条,本院

“对于任何法律问题如经任何团体由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求时，得发表咨询意见”。

11. 因此，若要本院有权发表咨询意见，则请求发表咨询意见的团体必须首先“由联合国宪章授权而请求或依照联合国宪章而请求”。《宪章》第九十六条第一项规定：

“大会或安全理事会对于任何法律问题得请国际法院发表咨询意见”。

反对本院发表咨询意见的一些国家辩称大会和安全理事会无权对于与其工作毫不相关的事项请求发表咨询意见。它们表示，与机关和专门机构根据《宪章》第九十六条第二项采取行动的情况一样，尽管那项规定与同条第一项的措辞不同，大会和安全理事会也只能对于其活动范围内的法律问题请求发表咨询意见。

本院认为，第九十六条第一项的这种解释究竟是对是错，关系不大；就本案而论，大会无论怎样都有权将其提交本院。的确，《宪章》第十条授予大会对宪章范围内“任何问题或事项”的权力。第十一条具体规定大会有权“考虑关于维持国际和平及安全...之普遍原则，包括军缩及军备管制之原则”。最后，根据第十三条，大会“应发动研究，并作成建议，以便...提倡国际法之逐渐发展与编纂”。

12. 提交本院的这个问题与大会的活动和事务的许多方面，包括在国际关系中以武力进行威胁或使用武力、裁军进程以及国际法的逐渐发展与编纂等方面，都有关系。大会长期以来一直关心这些事项及其与核武器的关系，这种关心表现于每年第一委员会的辩论，以及大会关于核武器的各项决议；表现于大会举行的三届裁军问题特别会议(1978, 1982, 1988)和1978年以来裁军审议委员会的年会；并表现于委托进行关于使用核武器的后果的研究。在这方面，最近和目前与核裁军有关的重要活动正在其他论坛进行，这一点并不要紧。

最后，《宪章》第九十六条第一项不能解释作限制大会只在它能作出有约束力的决定的情况下才能请求咨询意见。大会在上述领域的活动只导致它提出建议，但这一事实与大会是否有权将它处理的问题提交本院毫无关系。

13. 本院必须进一步确定所请求的咨询意见的确与其《规约》和《联合国宪章》所称的“法律问题”有关。

本院已经有机会指出

“凡以法律措辞表达而且引起国际法问题的问题按其本身的性质，可基于法律对其提出答复...(并且)显然...是属于法律性质的问题”(《西撒哈拉，咨询意见，1975年国际法院判例汇编》；英文本第18页第15段)。

大会向本院提出的问题的确是一项法律问题，因为大会请本院裁定以核武器进行威胁或使用核武器是否符合国际法的有关原则和规则。要这样做，本院必须查明现有的原则和规则，加以解释，并将其适用于以核武器进行威胁或使用核武器的行为，从而根据法律对所提问题作出答复。

正如国际生活中出现的许多问题一样，这项问题自然而然也有政治方面，但是，这个事实并不足以剥夺其“法律问题”的性质，并“剥夺本院经其《规约》明确授予的一种职权”(《申请复核联合国行政法庭第158号判决书，咨询意见，1973年国际法院案例汇编》，英文本第172页第14段)。如果某一问题需要本院履行一项基本上属于司法的任务，即按照国际法规定国家的义务鉴定国家可能的行为的合法性，那么不论这项问题的政治方面为何，本院均不能拒绝承认它的法律性质。(参看《接纳一国为联合国会员国的条件(《宪章》第四条)，咨询意见，1947-1948年，国际法院案例汇编》，英文本第61-62页；《大会接纳一国为联合国会员国的权限，咨询意见，1950年国际法院案例汇编》，英文本第6-7页；《联合国的某些支出(《宪章》第十七条第二项)，咨询意见，1962年，国际法院案例汇编》，英文本第155页)。

此外，如本院在1980年就1951年3月25日卫生组织和埃及之间的协定的解释问题发表的意见中所说：

“的确，在政治考虑非常显著的情况下，国际组织尤其需要就辩论中的事项所适用的法律原则征求本院的咨询意见……”(《1951年3月25日卫生组织和埃及之间的协定的解释，咨询意见，1980年国际法院案例汇编》英文本第87页，第

33段)。

本院还认为,促使提出这项请求的动机可以说具有政治性质,发表的意见可能产生的政治影响,但这些都与确定本院发表这种意见的管辖权无关。

*

14. 《规约》第六十五条第一项规定:“法院得发表咨询意见...”(原文无着重号)。这不仅是一项授予权力的规定。如本院一再强调指出,一旦本院确定有权发表咨询意见,《规约》还让本院斟酌决定是否根据请求发表咨询意见。在这方面,本院以前曾表示如下:

“本院的意见不是对国家发表,而是对有权请求发表意见的机关发表;本院自己是‘联合国的一个机关’,本院的答复代表本院参与联合国的活动,因此在原则上不应拒绝接受。”(《同保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和平条约的解释,第一阶段,咨询意见,1950年国际法院案例汇编》,英文本第71页;参看《对〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的保留,咨询意见,1951年,国际法院案例汇编》,英文本第19页;《劳工组织行政法庭对控诉教科文组织案件的判决,咨询意见,1956年,国际法院案例汇编》,英文本第86页;《联合国的某些支出(〈宪章〉第十七条第二项),咨询意见,1962年国际法院案例汇编》,英文本第155页;以及《〈联合国特权及豁免公约〉第六条第22节的适用性,咨询意见,1989年国际法院案例汇编》,英文本第189页)。

本院时时刻刻都铭记着它作为“联合国之主要司法机关”(《宪章》第九十二条)的责任。它在考虑每一项请求时,都铭记着它在原则上不应拒绝发表咨询意见。根据本院的一贯裁判规程,只有“令人信服的理由”才会导致它拒绝发表咨询意见(《劳工组织行政法庭对控诉教科文组织案件的判决,咨询意见,1956年国际法院案例汇编》,英文本第86页;《联合国的某些支出,〈〈宪章〉第十七条第二项),咨询意见,1962年国际法院案例汇编》,英文本第155页;《虽有安全理事会第276(1970)号

决议,南非继续驻留纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果,咨询意见,1971年国际法院案例汇编》,英文本第27页;《申请复核联合国行政法庭第158号判决书,咨询意见,1973年国际法院案例汇编》,英文本第183页;《西撒哈拉,咨询意见,1975年国际法院案例汇编》,英文本第21页;以及《〈联合国特权及豁免公约〉第六条第22节的适用性,咨询意见,1989年国际法院案例汇编》,英文本第191页)。在本院的历史上,从未根据本院的斟酌处理权,拒绝接受请求发表咨询意见;在关于“一国在武装冲突中使用核武器的合法性”的案件中,本院拒绝应卫生组织的请求发表咨询意见,理由是本院对该案没有管辖权。常设国际法院只有一次认为它不能对向它提出的问题作出答复,因为考虑到该案件情况极其特殊,其中之一是该问题直接涉及一个已经存在的争端,而该争端的一个当事国既不是《常设国际法院规约》的当事国,也不是国际联盟的成员国,反对这项诉讼,并且拒绝以任何方式参加(《东卡雷利亚的地位,常设国际法院案例汇编 B第五号》)。

15. 在这些诉讼中提出了许多理由,以图说服本院在行使其斟酌处理权时应拒绝发表大会第49/75 K号决议所要求的咨询意见,其中大部分理由摘述于某国在书面程序中提出的如下陈述:

“所提问题既含糊又抽象,所讨论的各项复杂问题正在关心此事的各国之间和联合国内经明确授权处理这些事项的其他机构中进行审议,法院对所提问题发表意见,将无助于大会履行《宪章》规定的职责。这样一项意见可能破坏在此一敏感问题上已经或正在取得的进展,因此违背联合国的利益。”(美利坚合众国,书面陈述,第1-2页;参看第3-7页,II。参看联合王国,书面陈述,第9-20页,第2.23-2.45段;法国,书面陈述,第13-20页,第5-9段;芬兰,书面说明,第1-2页;荷兰,书面陈述,第3-4页,第6-13段;德国,书面陈述,第3-6页,第2段(b)分段。)

一些国家辩称提交本院的问题既含糊而又抽象,这种说法似乎是指对这个问题主题并没有发生具体的争端。为了答复这个论点,必须区分诉讼程序所需的条件

和咨询意见所适用的条件。咨询职责的目的不是要——至少不是直接——解决国家间的争端，而是向请求发表意见的机关和机构提供法律意见（参看《和平条约的解释，1950年国际法院案例汇编》，英文本第71页）。因此，提交法院的问题虽未涉及具体争端，但本院不应因此拒绝发表所请求的意见。

此外，本院的明确立场是，辩称本院不应处理一个以抽象措词表达的问题是“一种毫无正当理由的断言”，而且“本院可就任何法律问题发表咨询意见，不论问题抽象与否”（《接纳一国为联合国会员国的条件（〈宪章〉第四条），咨询意见，1948年，1947-1948年国际法院案例汇编》，英文本第61页；参看《联合国行政法庭所作补偿裁决的后果，咨询意见，1954年国际法院案例汇编》，英文本第51页；以及《虽有安全理事会第276(1970)号决议，南非继续驻留纳米比亚（西南非洲）对各国的法律后果，咨询意见，1971年国际法院案例汇编》，英文本第27页，第40段）。

不过，某些国家表示担心这个问题的抽象性质可能引导本院作出超越其司法职责范围而基于假设或猜测的宣告。本院不认为，对本案发表咨询意见时，必须写出各种“设想情况”，研究各类核武器并评价极其复杂和有争议性的技术、战略和科学资料。本院只是应用与此情况有关的法律规则，来讨论所引起的问题的各个方面。

16. 某些国家注意到大会没有向本院解释它寻求咨询意见的确切目的。不过，不该由本院自己来声称要决定大会是否需要某一项咨询意见，以便履行其职能。大会有权根据自己的需要自行决定某一项咨询意见是否有用。

同样地，一旦大会通过决议请求对一项法律问题发表咨询意见，本院在确定它是否有任何令人信服的理由拒绝发表此种意见时，不会考虑这项请求的缘由或其政治历史，也不会考虑这项通过的决议的表决情况。

17. 也有国家认为，本院如对本案提出答复，可能对裁军谈判有不利的影响，因此违背联合国的利益。本院认识到，在它所发表的任何意见中，不管结论怎样，将与大会对此事项继续进行的辩论很有关系，而且会为此一事项的谈判工作增添一项因素。此外，意见的效果是个评价问题。本院听过各方提出的截然相反的立场，却没有

明显的准则可供本院据以对各项判断作出取舍。既然如此，本院就不能认为这个因素是一项令人信服的理由而拒绝行使其管辖权。

18. 最后，某些国家辩称，本院如答复提出的问题，将超越其司法任务的范围，僭取制定法律的能力。很明显地，本院不能制定法律，而且在本案的情况下，本院也没有必要这样做。相反地，本院的任务是履行其正常的司法职责，确定是否存在法律原则和规则可以适用于以核武器进行威胁或使用核武器。辩称本院如要答复所提问题，将须制定法律，基本上是假定目前的法典没有与此事项有关的规则。本院不能同意这一论点；它只说明现有的法律，却不制定法律。情况的确如此，纵使本院在说明和适用这种法律时，必须具体说明法律的范围，有时还指出法律的一般趋势。

19. 鉴于上述各点，本院断定它有权利就大会提出的问题发表意见，并断定没有“令人信服的理由”促使本院根据其斟酌处理权不发表意见。

另一完全不同的问题是，本院作为司法机关在其所受的各种限制下，是否能够对所提问题作出完整的答复。但是，这是与根本拒绝答复截然不同的一个问题。

*

*

*

20. 接着，本院必须处理大会提交它的问题在措词方面所产生的某些问题。英文本问：“Is the threat or use of unclear weapons in any circumstance permitted under international law?”这个问题在法文本中的措词如下：“Est-il permis en droit international de recourir a la menace ou a l'emploi d'armes nucleaires en toute circonstance?”有人说，大会问法院是否允许它在任何情况下利用核武器，因而声称这样一个问题无可避免地会招来否定的答案。

本院认为没有必要判断所提问题在法文本同英文本里的措词上的可能差别。问题的真正目的很明显，要确定以核武器进行威胁或使用核武器是合法还是不合法。

21. 某些国家在本院面前批评大会所提问题中“允许”一词的用法,理由是这个用语暗示,如果能在条约的规定,或习惯国际法中找到授权的依据,才允许以核武器进行威胁或使用核武器。这些国家认为,这一起点就不符合国际法本身的基础,因为国际法是建立主权和同意这两项原则,因此,与“允许”一词的用法所暗示的相反,各国可以自由以核武器进行威胁或使用武器除非能够证明根据条约法或习惯国际法中的某项禁令,各国有义务摒弃这种做法。它们在常设国际法院对“Lotus”一案的附带意见中找到支持这一论点的根据,即“不得...假定对国家的独立有所限制”,而且国际法允许国家“享有极大程度的斟酌决定权,只有在某些情况下受禁止性规则的限制”(《常设国际法院,汇编A,第10号,第18和19页)。它们还根据本院对在尼加拉瓜境内危害尼加拉瓜的军事活动和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)一案的附带意见,即:

“在国际法中,除了有关国家以条约或其他方式接受的规则以外,没有规则可以限制一个主权国家的军备水平”(《1986年国际法院判例汇编》,英文本第135页第269段)。

其他国家认为,援引“Lotus”一案中的这些附带意见并不贴切;它们否认这些附带意见在当代国际法中的地位及其对本案截然不同的情况的适用性。它们还辩称本院的上述附带意见是针对拥有武器问题,与以核武器进行威胁或使用核武器问题毫不相干。

最后它们建议,如果本院要回答大会提出的问题,“允许”一词应当改为“禁止”。

22. 本院注意到出庭的核武器国家,像参加这个程序的其他国家一样,都承认或不反对它们采取行动的独立性的确受到国际法、特别是人道主义法的原则和规则的限制(见下文第86段)。

因此,关于从“允许”一词的用法中得到的法律结论的争议及所谓争议引起的举证责任问题,对本院处理面前的问题并没有特别的意义。

*

*

23. 在设法回答大会提出的问题时,本院考虑了可供参考的大批国际法规范之后,必须决定其中哪些可能是适用的法律。

*

24. 有些主张使用核武器为非法的人辩称,使用这种武器违反《公民及政治权利国际盟约》第6条和某些保护人权的区域文书所保障的生命权。这项《国际盟约》第6条第1款规定如下:

“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”

另一人提出反驳,辩称《公民及政治权利国际盟约》没有提到战争或武器,况且从来没有人设想要靠这项文书来规定核武器的合法性。他们表示,这项《盟约》的目的是在和平时期保护人权,而在敌对行动中非法夺取生命的问题应当由武装冲突中适用的法律来规定。

25. 本院认为,《公民及政治权利国际盟约》的保护不因在战争时期而停止,除非援引《盟约》第4条,在国家紧急时期可以减免某些规定。但是,尊重生命权并非这样一项规定。原则上说,一个人的生命不容任意剥夺这项权利也适用于敌对状态。至于什么是任意剥夺生命,这个准则应当取决于可适用的特殊法,即取决于武装冲突中所适用的关于敌对行为的法规。例如,在战争中使用某种武器造成生命的丧失,是否应当视为违反《盟约》第6条任意剥夺生命,只能依照武装冲突中适用的法律来决定,而不能根据《盟约》本身的规定来推断。

26. 有些国家还辩称1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》内禁止灭绝种族的规定是本院必须适用的习惯国际法的一条有关规则。本院回顾在该《公

约》第二条中,灭绝种族的定义如下:

“蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体,犯有下列行为之一者:

- (a) 杀害该团体的成员;
- (b) 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害;
- (c) 故意使该团体处于某种生活状态下,以毁灭其全部或局部的生命;
- (d) 强制施行办法,意图防止该团体内的生育;
- (e) 强迫转移该团体的儿童至另一团体。”

有人在本院坚称,使用核武器所造成的死亡人数极大;在某些情况下,受害者可能包括某一民族、人种种族或宗教团体的人士;而使用核武器者没有考虑到众所周知使用这类武器的后果,由此可以推断出蓄意消灭这个团体。

在这方面,本院要指出,如果使用核武器确实涉及上文引述的条文所规定的蓄意危害某一团体的因素,则禁止灭绝种族的规定可适用于本案。本院认为,只有在适当考虑到每一个案件的特有情况后,才能做出这种结论。

**

27. 有些国家在其书面和口头陈述中都进一步辩称,鉴于有关维护和保护环境

的现有规范具有根本的重要性,根据这些规范,凡是使用核武器都不合法。

它们明确地提到了许多现有的国际条约或文书。这些文书包括1949年《日内瓦公约》的1997年《第一附加议定书》其中第35条第3款禁止使用“意图或可以预料会对自然环境造成广泛、长期和严重的损害的作战方法和手段”;以及1977年5月18日关于《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》,其中禁止使用对环境具有“广泛、持久或严重影响”的武器(第1条)。它们还援引了1972年《斯德哥尔摩宣言》的原则21和1992《里约宣言》的原则2,其中表明各有关国家的共同信念,即它们有责任“确保在其管辖范围内或在其控制下的活动不致损害其他国家

或在各国管辖范围以外地区的环境”据它们说,这些文书和其他关于保护和保护环境的规定适用于一切时期,不论是战时或平时,他们坚称核武器的后果广泛并具有跨界的影响,使用核武器就违反这些文书和规定。

28. 其他国家却怀疑环境法的这些规律的法律约束力;或在《禁止为军事或其他敌对目的使用改变环境技术公约》方面,否认这项公约与在敌对行动中使用核武器有任何关系;或在《第一附加议定书》方面,否认这项议定书的规定对它们有全面的约束力或回顾它们曾对议定书第35条第3款保留它们的立场。

有些国家辩称环境方面的条约和规范的主要目的是在和平时保护保护环境。它们说,这些条约没有提到核武器。它们还指出,这些条约的案文中没有提到一般战争,尤其没有提到核战争,如果现在以某种方法把这些条约解释为禁止使用核武器,就会动摇法治和对国际谈判的信心。

29. 本院承认环境天天面临威胁,使用核武器将构成环境的一种浩劫。本院也承认环境不是一个抽象的概念,而是代表人类包括未来各代的生活空间、生活素质、甚至健康。各国有一般的义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或在国家管辖范围以外地区的环境,这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。

30. 但是,本院认为,问题不在关于保护环境的条约在武装冲突期间是否适用,而在这些条约所产生的义务是否作为在军事冲突期间全面实行克制的义务。

本院不认为这些条约可能有意剥夺一个国家根据国际法行使自卫的权利,因为它有保护环境的义务。不过,国家在追求合法的军事目标而估量什么手段是必要和相称时,必须考虑到环境。在估量一项行动是否符合必要和相称的原则时,尊重环境是必须考虑的因素之一。

《里约宣言》的原则24的规定实际上支持这个办法:

“战争本来就会破坏可持续发展。因此各国应遵守国际法关于在武装冲突期间保护环境的规定,并于必要时合作促进其进一步发展。”

31. 本院进一步注意到,《第一附加议定书》第35条第3款和第55条规定对环境的其他保护。总的来说,这些规定体现了保护自然环境使其免遭广泛、长期和严重损害的一般义务;禁止意图或可以预料造成这种损害的作战方法和手段;并禁止为了报复而攻击自然环境。

这些规定是对所有签署上述规定的国家的有力约束。

32. 在这方面也值得注意大会1992年11月25日关于武装冲突中的环境保护的第47/37号决议。其中重申一般的看法,即环境考虑是执行武装冲突中适用的法律原则时应当考虑的一项因素;宣告“非为军事必要而滥肆破坏环境是明显违背现行国际法”。大会在该项决议中提到某些文书实际上至今尚未对所有国家具有约束力,“呼吁尚未成为有关国际公约缔约国的所有国家考虑成为缔约国”。

本院最近在《请求根据1974年12月20日法院关于核试验案(新西兰诉法国)的判决书第63段审查局势》一案中发出命令,宣称本院的结论“并不减损各国尊重和保护环境义务”《1995年9月22日命令,1995年国际法院判例汇编》,第306页第64段)。虽然发表这项宣告的背景是核试验,但是这项宣告当然也适用于武装冲突中实际使用核武器。

33. 因此,本院认为,关于保护和维持环境的现行国际法虽未明确禁止使用核武器,但指出在执行武装冲突中所适用的法律原则和规则时必须适当考虑到重要的环境因素。

**

34. 鉴于上述各点本院断定同本院受理的问题最直接相关的适用法律是《联合国宪章》所载关于使用武力的法规和武装冲突中适用的关于敌对行为的法规,连同本院认为适当的任何关于核武器的具体条约。

35. 将这项法规适用于本案时,本院却不得不考虑到核武器的某些独有的特征。

本院注意到各项条约和协定所载的核武器定义,也注意到核武器是爆炸性装置,其能量来自原子聚变和裂变。在今天存在的核武器中,这一过程,按其自身的性质,不仅发出大量的热量和能量,还发出强烈的长时间的辐射。按照本院收到的材料,造成损害头两个原因远比其他武器造成的损害强大,据说辐射的现象为核武器所特有。这些特征使核武器具有造成浩劫的潜力。核武器的破坏力在时间上或空间上都无法控制。这种武器具有毁灭一切文明和地球上整个生态系统的潜力。

核爆炸所发出的辐射足以影响到广大地区的健康、农业、自然资源和人口。此外,使用核武器足以严重危害到后代。电离辐射可能破坏未来的环境、粮食和海洋生态系统,并且给后代造成遗传性的缺陷和疾病。

36. 因此,为了把《宪章》中关于使用武力的法规以及武装冲突中适用的法规,特别是人道主义正确地适用于本案,则本院必须考虑到核武器独有的特征,特别是核武器的破坏能力、造成人类惨不堪言的痛苦的能力及对后代造成伤害的能力。

*

**

**

37. 现在,本院要参照《宪章》关于以武力威胁或使用武力的规定,来讨论使用核武器究属合法或非法的问题。

38. 《宪章》载有几项关于进行武力威胁或使用武力的规定。第二条第四项禁止以武力威胁或使用武力或以与联合国宗旨不符之任何其他方法侵害另一国家之领土完整或政治独立。该项规定:

“各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力,或以与联合国宗旨不符之任何其他方法,侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。”

这项禁止使用武力的规定必须参照《宪章》的其他有关规定来考虑。《宪章》第五十一条确认,如发生武力攻击,有单独或集体自卫之自然权利。第四十二条规定另一种合法使用武力的情况,即安全理事会可根据《宪章》第七章采取军事执行措施。

39. 这些规定没有提到具体的武器,但适用于任何使用武力的情况,不论使用的武器为何。《宪章》没有明文禁止或允许使用任何具体的武器,包括核武器。依据条约或习惯本身已属非法的武器不因用于《宪章》规定的正当目的而成为合法。

40. 根据第五十一条行使自卫的权利应受某些限制。有些限制为自卫概念本身所固有。第五十一条明确规定其他的条件。

41. 自卫权的行使应符合必要性和相称性的条件,这是习惯国际法的一项规则。如本院在关于在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动(尼加拉瓜诉美利坚合众国)一案中所表示(《1986年国际法院判例汇编》,英文本第94页第176段):“有一项具体规则,规定自卫只许采取与武装攻击相称并为对付武装攻击所必需的措施;这是习惯国际法的一项根深蒂固的规则”。这两个条件同样适用于《宪章》第五十一条,不论使用的武力手段为何。

42. 因此,相称性原则可能本身并非在所有情况下都排除使用核武器自卫。可是与此同时,根据自卫法使用相称的武力也必须符合武装冲突中适用的法规的要求,其中特别包括人道主义法的原则和规则,才算合法。

43. 某些国家在其书面和口头陈述中表示,对于核武器的情况,必须根据其他的因素来评断相称性的条件。它们声称,鉴于核武器本身的性质,并鉴于核战争升级的可能性很大,造成很大破坏的危险性极高。它们说,危险性因素否定遵守相称性条件的可能。本院认为不必以数量来表示这种危险;也不必探讨现在究竟有没有足够准确的战术核武器可以限制危险的问题;本院只须指出,所有核武器本身的性质及其连带的巨大危险是那些认为能够按照相称性条件用核武器进行反击以求自卫的国家必须牢记的其他考虑因素。

44. 除了必要性和相称性的条件外,第五十一条还明确规定国家因行使自卫权而采取之办法,应即向安全理事会报告;这一条还规定,此项办法于任何方面不得影响安全理事会按照本《宪章》采取其认为必要行动之权责,以维持或恢复国际和平及安全。不论使用任何武力手段实行自卫,第五十一条的这些规定均应适用。

45. 本院注意到,安全理事会在1995年4月11日针对《不扩散核武器条约》的延长问题,通过了第984(1995)号决议,其中一方面表示

“赞赏地注意到每个核武器国家的声明(S/1995/261、S/1995/262、S/1995/263、S/1995/264、S/1995/265),其中作出了不对《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国使用核武器的安全保证,”

另一方面,它表示

“欢迎某些国家表示有意按照《宪章》向任何遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁的《不扩散核武器条约》无核武器缔约国提供或支持提供紧急援助”。

46. 某些国家坚称使用核武器进行报复是合法的。在这方面,本院不必审查和平时期进行武装报复的问题,因为这被认为是不合法的。本院也不必对交战国的报复问题发表意见,只须指出,在任何情况下,任何采取这种报复的权利都象自卫一样,必须遵守相称性等原则。

47. 为了减少或消除非法攻击的危险,国家有时候表示它们拥有某些武器,用来对付任何侵害它们的领土完整或政治独立的国家。表示如有某些事件发生便打算使用武力,是否属于《宪章》第二条第四项规定范围内的“威胁”,这一点取决于各种因素。如果设想使用武力的方式本身就不合法,则声称准备使用武力就是第二条第四项所禁止的威胁。例如,一个国家威胁使用武力,以夺取另一国家的领土或迫使另一国家遵循或不遵循某些政治或经济路线,即属非法。《宪章》第二条第四项中“威胁”和“使用”的概念是并立的,因为如果在某一情况下使用武力本身为非法--不论什么原因--威胁使用此种武力同样也为非法。简言之,某一国家声称准备使用武力必须符合《宪章》规定的使用武力方式,才算合法。除此之外,没有任何国家--不论是否为威慑政策辩护--向本院表示,如果设想使用武力的方式为非法,威胁使用武力则为合法。

48. 有些国家提出一种论点,认为拥有核武器本身就是非法威胁使用武力。从

拥有核武器推断出准备使用核武器,也许的确有道理。拥有核武器或在核武器保护伞下的国家企图以威慑政策来证明军事侵略是无济于事的,借以阻止军事侵略,但威慑政策要发挥效力,必须令人相信确有使用核武器的意图。究竟这是不是一种违反第二条第四项规定的“威胁”,要看设想的某种使用武力方式是不是侵害一国的领土完整或政治独立或违反联合国的宗旨;或者,如果其目的是作为防卫手段,要看它是不是一定违反必要性和相称性的原则。根据《宪章》的法规,在上述任何一种情况下使用武力和威胁使用武力均为非法。

49. 此外,安全理事会可以根据《宪章》第七章采取执行措施。从提交本院的陈述来看,本院并不认为有必要讨论在某种情况下因适用第七章而可能产生的问题。

50. 大会第49/75 K号决议提交本院的问题的措词原则上也可以包括一个国家在自己的疆界内以核武器进行威胁或使用核武器的情况。然而,在这些程序中向本院提出口头或书面陈述的国家没有一个讨论此一特殊方面。本院认为,它没有责任处理在国内使用核武器的情况。

*

*

*

51. 本院讨论了《宪章》中关于以武力进行威胁或使用武力的规定后,现在转过来讨论武装冲突中所适用的法律。本院将首先讨论国际法中有没有具体的规则规定使用核武器本身为合法或非法;然后参照武装冲突中所适用的法律本身,即参照武装冲突中所适用的人道主义法及中立法的原则和规则,来审查提交本院的问题。

*

*

52. 本院在导言中指出,习惯国际法和条约法中并无任何具体规定准许在一般或某些情况下,特别是在行使合法自卫的情况下,使用或威胁使用核武器或任何其他

武器。然而，国际法也没有任何原则或规则规定使用或威胁使用核武器或任何其他武器须经明确授权，方为合法。国家惯例表明，使用某些武器本身为非法，并不是因为未经授权，而是因为已制订条文加以禁止。

*

53. 因此本院现在必须审查有没有任何规定禁止核武器本身的使用；本院将首先确定协约法中有没有这样的规定。

54. 在这方面，有人提出一种论点，认为对待核武器应象对待毒性武器一样。在这种情况下，核武器将为下列各公约所禁止：

- (a) 1899年7月29日《海牙第二宣言》，其中禁止“使用专用于散布窒息性或有毒气体的射弹”；
- (b) 1907年10月18日《海牙第四公约》所附《陆战法律和惯例章程》第23条(a)款，其中“特别禁止：……使用毒性或有毒武器”；
- (c) 1925年6月17日《日内瓦议定书》，其中禁止“在战争中使用窒息性、毒性或其他气体，以及使用一切类似的液体、物体或器件”。

55. 本院要指出，《海牙第四公约》所附《章程》并未说明“毒性或有毒武器”应作如何理解，而且这个问题现在有各种不同的解释。1925年《议定书》也没有说明对“类似的物体或器件”一词所应赋予的意义。在国家惯例中，人们是以一般的意义来理解这些词语，认为包括主要或甚至唯一的作用在于使人中毒或窒息的武器。这个惯例很明确，而那些文书的缔约国并没有把它们当作与核武器有关。

56. 有鉴于此，本院不认为可以根据上述1899年《海牙第二宣言》、1907年《海牙第四公约》所附《章程》或1925年《议定书》的规定，明确禁止使用核武器（见上面第54段）。

57. 到目前为止的一贯做法是以特定的文书宣布大规模毁灭性武器为非法。近来缔结的这类文书是1972年4月10日《关于禁止发展、生产、储存细菌(生物)及毒

素武器和销毁此种武器的公约》--其中禁止拥有生物和毒素武器并加强禁止使用这类武器--和1993年1月13日《关于禁止发展、生产和储存和使用化学武器和销毁此种武器的公约》--其中禁止化学武器的一切使用并要求销毁目前储存的这类武器。这些文书每一项都是根据本身的背景,为了本身的理由谈判通过的。在明白禁止使用某种大规模毁灭性武器的条约中,本院找不到任何禁止使用核武器的具体规定。

58. 过去二十年,进行了许多关于核武器的谈判:结果并没有产生一项如禁止生物和化学武器那样的全面禁止条约。但缔结了若干具体的条约限制:

- (a) 取得、制造和拥有核武器 (1947年2月10日《和平条约》; 1955年5月15日《重新建立独立和民主的奥地利的国家条约》; 1967年2月14日《拉丁美洲禁止核武器的特拉特洛尔科条约》及其《附加议定书》; 1968年7月1日《不扩散核武器条约》; 1985年8月6日《关于南太平洋无核武器区的拉罗通加条约》及其议定书; 1990年9月12日《关于德国问题最后解决办法的条约》);
- (b) 部署核武器 (1959年12月1日《南极条约》; 1967年1月27日《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》; 1967年2月14日《拉丁美洲禁止核武器的特拉特洛尔科条约》及其《附加议定书》; 1971年2月11日《禁止在海床洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》; 1985年8月6日《关于南太平洋无核武器区的拉罗通加条约》及其议定书);
- (c) 试验核武器 (1959年12月1日《南极条约》; 1963年8月5日《禁止在大气层、外层空间和水下进行核武器试验条约》; 1967年1月27日《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内外层空间活动的原则条约》; 1967年2月14日《拉丁美洲禁止核武器的特拉特洛尔科条约》及其《附加议定书》; 1985年8月6日《关于南太平洋无核武器区的拉罗通加条约》及其议定

书)。

59. 其中两项条约直接处理核武器的使用问题,1968年《不扩散核武器条约》的无限期延长也关系到这个问题:

- (a) 1967年2月14日《拉丁美洲禁止核武器的特拉特洛尔科条约》第1条禁止缔约各方使用核武器。它进一步包括《第二附加议定书》,开放给该区域以外的核武器国家签字,其中第3条规定:

“下面签字的全权代表所代表的各国政府也承诺不对《拉丁美洲禁止核武器条约》的缔约国使用或威胁使用核武器。”

这项《议定书》经五个核武器国家签署并批准。批准这项《议定书》时,还附带发表了各种声明。例如,联合王国政府宣称,“如果《条约》的某一缔约国在某一核武器国家的支持下采取任何侵略行为”,联合王国政府将“可自由重新考虑承诺遵守《第二附加议定书》的各项规定的程度”。美国提出了类似的声明。法国政府方面则宣称,它“将《议定书》第3条所作的承诺解释为不妨碍充分行使《宪章》第五十一条所确认的自卫权利”。中国重申它承诺不首先使用核武器。苏联保留对《第二附加议定书》所规定的各项义务“进行审查的权利”,特别是如果某一缔约国“支持某一核武器国家或同该国联合”发动攻击。这些声明都未引起《特拉特洛尔科条约》各缔约国的评论或反对。

- (b) 1985年8月6日《关于南太平洋无核武器区的拉罗通加条约》,其中各缔约国承诺不制造、取得或拥有核爆炸装置(第3条)。《拉罗通加条约》不象《特拉特洛尔科条约》,没有明确禁止使用这类武器。但对各缔约国来说,禁止使用核武器是该《条约》规定禁止的各种情况的必然后果。该《条约》有若干项议定书。《第2议定书》开放给五个核武器国家签署,其中第1条规定:

“每一缔约国承诺不使用或威胁使用核爆炸装置对付:

(a) 本条约缔约国；或

(b) 南太平洋无核武器区内由已成为《第1议定书》缔约国的一个国家承担国际责任的任何领土。”

中国和俄罗斯都是该《议定书》的缔约国。在签署议定书时，中国和苏联都提出了声明，保留对它们根据该《议定书》承担的义务“重新考虑的权利”；苏联还提到在某些情况下它将认为自己已经解除那些义务。法国、联合王国和美国则于1996年3月25日签署了《第2议定书》，但尚未批准它。当时法国一方面宣布该《议定书》的任何规定都“不应损害到《宪章》第五十一条规定的固有自卫权利的充分行使”，另一方面又宣布“（该）《议定书》第1条所载承诺相当于法国向《不扩散……条约》各缔约国提出的消极安全保证”，而这些保证将不适用于不是该《条约》“缔约国的国家”。联合王国方面则提出了一项声明，列明在哪些具体情况下它“将不受（它）根据”该《议定书》“第1条所作承诺的约束”。

(c) 关于《不扩散核武器条约》，在1968年签署该《条约》时，美国、联合王国和苏联向缔结该《条约》的无核武器国家提出了各种安全保证。安全理事会第255（1968）号决议满意地注意到那三个国家表示有意，

“对参加《不扩散…条约》的任何无核武器缔约国之受使用核武器侵略行为之害或为此种侵略威胁对象者，将依《宪章》规定提供或支持即刻协助”。

1995年延长该《条约》时，五个核武器国家于1995年4月5日和6日分别发表单方面声明，向无核武器的伙伴国家提出了不使用此种武器的积极和消极安全保证。所有五个核武器国家首先承诺不使用核武器对付《不扩散核武器条约》无核武器缔约国。但除了中国外，这些国家都把以下情况作为例外，即如果《不扩散核武器条约》的一个无核武器缔约国与一个核武器国家联合，或结盟，对它们、它们的领土、武装部队或盟国、或它们有安全承

诺的国家进行或支持进行侵略或任何其他攻击。每一个核武器国家进一步承诺,作为安全理事会的常任理事国,遇有使用核武器攻击或威胁攻击无核武器国家的情况,立即将此事提交安全理事会,并在安全理事会中采取行动,以便安全理事会可以立即采取措施,根据《宪章》向受害国提供必要的援助(各国所作的承诺在措词上略有差异)。安全理事会在一致通过上面提到的1995年4月11日第984(1995)号决议时,赞赏地注意到那些声明。它还确认

“安全理事会有核武器的常任理事国将立即提请安全理事会注意此事,并要求安理会采取行动,按照《宪章》向受害国提供必要援助”;

并欢迎

“某些国家表示有意按照《宪章》向任何遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁的《不扩散核武器条约》无核武器缔约国提供或支持提供紧急援助。”

60. 认为使用核武器为非法的国家强调,载有各种规则规定在某些地区限制或消除核武器的各项公约(例如禁止在南极部署核武器的1959年《南极条约》,或在拉丁美洲建立无核武器区的1967年《特拉特洛尔科条约》,或对核武器的存在采取某些控制或限制措施的各项公约(例如1963年《部分禁试条约》或《不扩散核武器条约》)都对使用核武器设立了限制。它们认为,这些条约以各自的方式证实即将出现一项从法律上全面禁止一切使用核武器情况的规则。

61. 那些坚持立场认为在某些情况下使用核武器为合法的国家却把这样一种结论看做逻辑上的矛盾。据它们看,那些条约,例如《不扩散核武器条约》,以及安全理事会第255(1968)号决议和第984(1995)号决议,虽然注意到了核武器国家向无核武器国家提出不对后者进行任何核攻击的安全保证,但不能被理解为禁止使用核武器,而且这样一种说法同那些文书本身的条文相反。对那些赞成在某些情况下使用

核武器为合法性的国家而言,没有任何规定绝对禁止使用此种武器。它们坚称《不扩散核武器条约》本身的逻辑和解释就证实这一点。它们辩称,这一《条约》既然承认了五个核武器国家拥有此种武器,就不能把它看作一项禁止那些国家使用核武器的条约;承认那些国家拥有核武器的事实等于承认在某些情况下可以使用那种武器。它们辩称,如果不是假设在某些情况下可以合法地使用核武器,核武器国家也就不可能在1968年并且最近在1995年《不扩散核武器条约》缔约国审查和延长会议上想到要提出安全保证。对于坚称在某种情况下使用核武器为合法的国家而言,各个无核武器国家接受那些文书就是证实并加强那些文书所依据的这种明显逻辑。

62. 本院注意到,专门处理核武器的取得、制造、拥有、部署和试验的条约,虽然没有明确讨论到这类武器的威胁或使用,但确实显示出国际社会日益关切这些武器;本院由此断定,这些条约因此可以被看作预示将来会有一项全面禁令禁止使用此种武器的,但它们本身并不构成这项禁令。至于《特拉特洛尔科条约》和《拉罗通加条约》及其各项《议定书》,以及在无限期延长《不扩散核武器条约》时所作的各项声明,这些文书显示:

- (a) 若干国家已经承诺不在特定区域(拉丁美洲,南太平洋)或对某些国家(《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国)使用核武器;
- (b) 不过,即使在这个框架内,核武器国家仍保留了在某些情况下使用核武器的权利;
- (c) 这些保留却没有引起《特拉特洛尔科条约》或《拉罗通加条约》的缔约国或安全理事会的反对。

63. 这两项条约和核武器国家在1995年提出的安全保证,而且安全理事会又表示满意地注意到这些保证,这一切都证实人们日益认识到需要使国际社会和国际公众脱离核武器的存在所带来的危险。本院还注意到,最近于1995年12月15日在曼谷签署了《东南亚无核武器区条约》,又于1996年4月11日在开罗签署了一项关于建立非洲无核武器区的条约。但本院并不认为这些事情合起来等于这样一项全面普遍禁

止使用或威胁使用此种武器的公约。

*

64. 本院现在进而审查习惯国际法,以确定禁止以核武器进行威胁或使用核武器本身是否以该法源为依据。本院已经宣布,这种法律的实质必须“主要在各国的做法和法律意见中去寻找”(大陆架(阿拉伯利比亚民众国/马耳他一案,判决书,《1985年国际法院案例汇编》,英文本第29页第27段)。

65. 认为使用核武器为非法的国家努力证明有一项禁止使用核武器的习惯法规则存在。它们提到各国自1945年以来未曾使用核武器的一贯做法,认为这种作法是拥有核武器的国家所表达的一种法律意见。

66. 另外一些国家坚称在某些情况下以核武器进行威胁或使用核武器是合法的,并援引威慑的理论与做法来支持其论点。它们回顾,它们一直都同其他一些国家一致保留在对付威胁到它们的根本安全利益的武装攻击时行使自卫权使用核武器的权利。它们认为,如果说自1945年以来未曾使用核武器,那不是由于原有的或刚出现的一种惯例,只是因为幸运地未曾出现可以构成使用核武器的理由的情况。

67. 本院无意对所谓“威慑政策”的做法表示意见。它指出,事实上许多国家在大部分冷战时期都曾经遵循、而且将继续遵循此一政策。此外,对于过去五十年未曾使用核武器一事是否构成法律意见的一种表示,国际社会的成员对这个问题的意见极为分歧。在这些情况下,本院不认为自己能够断定确有这种法律意见存在。

68. 某些国家认为,从1961年11月24日第1653(XVI)号决议开始,大会一系列重要的决议讨论核武器,并且一贯定期申明核武器为非法,这些决议表明目前存在着一项禁止使用核武器的习惯国际法规则。然而,另一些国家却认为,这些决议本身不具有约束力性质,也未曾宣示任何关于禁止核武器的习惯法规则;其中有些国家还指出,这一系列决议不但未曾获得所有核武器国家的赞同,就连许多其他国家也未曾赞同。

(.) 认为使用核武器为非法的国家指出,这些决议并未自称创制任何新的规则,只是肯定习惯法关于禁止使用超越敌对行为中许可范围的作战手段或方法的规定。它们认为,这些决议只不过将武装冲突中所适用的现有国际法规则适用于核武器;只不过是装着某些先前存在的国际习惯法规则的“封套”或“文书”。因此,这些国家认为,有人投票反对这种文书,并不要紧,不致抹煞这些业经条约法肯定的习惯法规则。

70. 本院注意到,大会的决议纵无约束力,有时候却可以具有规范的价值。在某些情况下,它们可以作为重要的证据来确定有一个规则存在或有一种法律意见刚刚出现。要确定大会某一项决议是否如此,则必须看看决议的内容和通过决议时的状况。还必须看看是否有一种法律意见存在,认为这项决议具有规范的性质。

71. 作为整体来研究,这些提交本院的宣称使用核武器“直接违反《联合国宪章》”;而且在某些措词中宣称“应禁止”使用核武器。这些决议的重点有时候转移到各种相关的事项;然而,本案所审查的决议之中有几项决议在通过时,相当多的国家投反对票或弃权;因此,这些决议虽然显示各方对核武器问题深感关切,仍然不足以确立定有一种认为使用核武器为非法的法律意见存在。

72. 本院还注意到,大会明文宣布使用核武器为非法的多项决议中第一项是1961年11月24日第1653(XVI)号决议(后来多项决议都提到它);这项决议提起从1868年《圣彼得堡宣言》到1925年《日内瓦议定书》的一些国际宣言和有约束力的协定,然后进而限制核武器的合法、确定其作用,并将习惯国际法的一般原则特别适用到核武器。大会将习惯法的一般原则这样地适用到核武器的特别情况,就表明大会认为习惯法尚无禁止使用核武器的明确规则;如果这样一项规则已经存在,大会只须提到这项规则,而无须这样费事对其施加法律上的限制。

73. 经过上述说明之后,本院指出,大会每年都以极大多数票通过决议,其中回顾第1653(XVI)号决议并请会员国缔结一项公约禁止在任何情况下使用核武器;这就显示国际社会有极大部分希望具体而明文地禁止使用核武器,借此朝着全面核裁军

的方向跨出一大步。一方面刚刚出现这种法律意见,另一方面,仍然有人坚持威慑的作法,两者之间不断存在的紧张状态有碍于出现一项习惯法规则,作为现行法,明确禁止使用核武器。

* * *

74. 本院既找不到协约法中一项全面适用的规则或习惯法上的一项规则明确禁止以核武器进行威胁或使用核武器,现在要讨论的问题是:根据武装冲突中适用的国际人道主义法和中立法的原则和规则,是否应当把使用核武器视为不合法。

75. 很多习惯法规则是从国家的做法发展出来,成为与所提问题有关的国际法的一个组成部分。传统所称的“战争法规和惯例”是海牙进行的编纂工作(包括1899年和1907年两项公约)的主题,有一部分是根据1868年《圣彼得堡宣言》以及1874年布鲁塞尔会议的结果。这项“海牙法规”,更具体地说,《陆战法规和惯例章程》,确定交战国在作战行动中的权利和义务,并限制在国际武装冲突中伤害敌人的方法与手段的选择。此外,应加上“日内瓦法规”(1864年、1906年、1929年和1949年的各项公约),这项法规保护战争受害者,目的在保障丧失作战能力的武装部队人员和没有参加敌对行动的人员的安全。在武装冲突中适用的这两种法规的相互关系越来越密切,被认为已逐渐形成单独一个复杂的系统,即今天所谓国际人道主义法。1977年《附加议定书》的规定表现并证明这项法规的统一性和复杂性。

76. 本世纪初叶以来,由于新的战斗工具的出现,虽然没有引起对国际法的长期原则和规则的怀疑,却必须订出一些明确规定禁止使用某些武器,例如400克以下的爆炸射弹、达姆弹和窒息毒气。接着,1925年《日内瓦议定书》禁止化学和细菌武器。更近一点,1980年10月10日《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》,按照个别情况,禁止或限制使用产生“无法检测的碎片”的武器、其他类型的“地雷、饵雷和其他装置”以及“燃烧武器”。该公约中关于“地雷、饵雷和其他装置”的条款刚刚在1996年5月3日修正,举例来说,现在

对使用杀伤地雷作出更加详细的规定。

77. 这一切都显示军事行动应受一套法律规定的管制。如1907年《海牙陆战法规和惯例章程》第22条所说,这是因为“交战国在损害敌人的手段方面并不拥有无限制的权利”。《圣彼得堡宣言》已经谴责使用“不必要地加重伤员的痛苦或使他们不能避免死亡”的武器。上述《陆战法规和惯例章程》是1907年《海牙第四公约》的附件,其中禁止使用“造成不必要痛苦的武器、投射物或物质”(第23条)。

78. 构成人道主义法体系的各项文书的主要原则如下。第一项原则的目的是保护平民和平民目标,并规定战斗人员和非战斗人员的区别;各国绝不可把平民作为攻击的目标,因此绝不得使用不能辨别平民目标和军事目标的武器。根据第二项原则,禁止对战斗人员造成不必要的痛苦:因此禁止使用对他们造成这种伤害或不必要地加重他们痛苦的武器。根据第二项原则,各国并非毫无限制可以自由选择使用武器。

关于这些原则,本院还要提到《马滕斯条款》;这一条款,首先列在1899年《关于陆战法规和惯例的海牙第二公约》,已证明是应付军事技术迅速演变情况的一种有效手段。这一条款的现代版本载于1977年《第一项附加议定书》第1条第2款,原文如下:

“如果不在本议定书或其他国际协定规定范围内,平民和战斗人员仍然受到由既定习惯和由人性原则和由公共良心要求所引伸出来的国际法原则的保护和管辖。”

根据上述原则,初期的人道主义法禁止某些类型的武器,不是因为这些武器对战斗人员和平民有滥杀滥伤的作用,就是因为它们对战斗人员造成不必要的痛苦,也就是说,伤害的程度超过为达到合法的军事目标所不可避免的程度。如果设想的武器使用情况不符合人道主义法的要求,则威胁使用这类武器也违反该项法律。

79. 毫无疑问,如1994年4月9日科孚海峡案判决书(《1949年国际法院判例汇编》,第22页)内本院所说,因为军事冲突中适用的很多人道主义法规则对人身的尊

重和“人性的基本考虑”如此重要，所以各国才普遍加入《海牙公约》和《日内瓦公约》。此外，所有国家都应遵守这些基本规则，不论是否已经批准载有这些基本规则的各项公约，因为它们构成习惯国际法中不可违反的原则。

80. 1945年纽伦堡国际军事法庭已裁定，1907年《海牙第四公约》所附《章程》中的人道主义规则“为所有文明国家所承认，并被认为宣示战争法规和惯例”（国际军事法庭，《主要战犯审判》，1945年11月14日至1946年10月1日，纽伦堡，1947年，第一卷第254页）。

81. 秘书长在他根据安全理事会第808(1993)号决议第2段提出的报告中提出《起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》，并经安全理事会一致通过（第827(1993)号决议）。报告内说，

“秘书长认为，实施法无明文不为罪的原则要求国际法庭应适用毫无疑问已成为习惯法一部分的国际人道主义法的规则……”

下列公约体现了适用于武装冲突的法律，是国际人道主义协约法中毫无疑问地成为习惯国际法的一部分：1949年8月12日《关于保护战争受害者的各项日内瓦公约》；1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙(第四)公约》及其所附《章程》；1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》；和1945年8月8日《国际军事法庭宪章》。”

82. 由于人道主义法的广泛编纂和由此缔订的条约得到各国普遍加入，加之所编纂的文书内所载有的退约条款从未被引用，从而使国际社会拥有一批条约规则，其中大多数已经成为习惯法规则，并且反映最受普遍承认的人道主义原则。这些规则指出国家应有的正常举动行为。

83. 在这些程序中，有人坚决认为，这些人道主义法的原则和规则属于依照1969年5月23日《维也纳条约法公约》第53条规定的强制性法规。一项规范是否属于强制性法规的问题，与这项规范的法律性质有关。大会向本院提出的请求引起一个问题：人道主义法原则和规则对使用核武器的情况的适用性及该适用性对使用这类武

器的合法性的影响。但是,它并不引起对使用核武器所适用的人道主义法的性质问题。因此,国际法院无须对这一事项表示意见。

84. 本院也无须阐明1977年《第一号附加议定书》对核武器的适用性问题。本院只需指出,在1974-1977年外交会议上,既然没有对核问题进行实质性辩论,也没有提出关于这个问题的具体解决办法,《第一号附加议定书》就绝不能取代包括核武器在内的一切战斗手段和方法所适用的一般性习惯法规则。本院特别回顾所有国家都受《第一号附加议定书》内这些规则的约束,而这些规则一经通过,只不过表达先前存在的习惯法,就象《第一号附加议定书》第一条所重申的《马滕斯条款》。1974-1977年会议没有具体处理某些类型的武器,但不能据此对使用这类武器可能产生的实质问题作出任何法律结论。

85. 现在转到人道主义法的原则和规则是否适用于可能以核武器进行威胁或使用核武器的问题。本院注意到,这方面有时有人表示怀疑,理由是在发明核武器之前,这些原则和规则已经逐步形成,而分别通过1949年四项《日内瓦公约》和该公约的两项《附加议定书》的1949年日内瓦会议和1974-1977年日内瓦会议却没有具体处理核武器问题。不过,只有极少数人持有这种看法。绝大多数的国家和作者都认为,人道主义法对核武器的适用性是不容置疑的。

86. 本院同意这种看法。不错,核武器是在武装冲突所适用的大多数人道主义法原则和规则已经存在之后才发明的;1949年和1974-1977年两次会议又把这种武器撇在一边,而且核武器和一切常规武器之间存在质量上和数量上的差别。但是,不能据此断定武装冲突所适用的人道主义法既定原则和规则不适用于核武器。这样的结论不符合这些法律原则所固有的人道主义性质,而这种性质遍布于整个武装冲突法规并适用于所有方式的战争和所有类型的武器,包括过去、现在和未来的战争和武器。在这方面,似乎值得注意的是,有一种论点认为人道主义法规则不适用于新的武器,因为后者是新生事物,但在当前的程序中却没有人提出这个论点。相反地,却有人明确反对以核武器是新生事物作为论据,来否定国际人道主义法适用于核武器。

“一般来说，国际人道主义法适用于以核武器进行威胁或使用核武器的情况，一如适用于以其他武器进行威胁或使用其他武器的情况。

国际人道主义法的形成是为应付当代的情况，不只是适用于以前的武器。这种法律的基本原则保持不变：基于人道主义理由，减轻并约束战争的残酷行为。”（新西兰，书面陈述，第15页第63-64段。）

本院收到的陈述之中，没有一项主张不顾人道主义的限制而自由使用核武器。恰恰相反，其中明确声称：

“武装冲突所适用的关于作战手段和方法的规则中制订的限制肯定也适用于核武器”（俄罗斯联邦，CR 95/29，第52页）；

“就习惯战争法而言，联合王国一向同意核武器的使用应受战争法一般原则的限制”（联合王国，CR 95/34，第45页）；

“美国长久以来一直认为武装冲突的法规适用于核武器的使用——如同适用于常规武器的使用”（美利坚合众国，CR 95/34，第85页）

87. 最后，本院指出，《马滕斯条款》继续存在和适用性是不容怀疑的，也肯定人道主义法的原则和规则适用于核武器。

88. 现在，本院转到若干国家所提出的中立原则。在卫生组织就一国在武装冲突中使用核武器的合法性向本院提起的咨询程序中，有一个国家提出下列立场：

“中立原则，按照其传统的意义来说，目的是阻止交战国军队进入中立领土，或阻止攻击中立国的人民或船只。因此：‘中立国的领土不得侵犯’（1907年10月18日缔结的《关于中立国和人民在陆战中的权利和义务的海牙（第五）公约》第1条）；‘交战国必须尊重中立国的主权...’（1907年10月18日缔结的《关于中立国和人民在海战中的权利和义务的海牙（第十三）公约》第1条）；‘各中立国有同等的利益要求交战国尊重它们的权利...’（1928年2月20日缔结的《海上中立公约》序言）。但是，很明显地，中立原则以同等效力适用于武装部队越境侵略的情况和使用交战国境内武器对中立国造成越境损害的情

况。”(一国在武装冲突中使用核武器的合法性,瑞鲁,书面陈述(-),第35页,四E)

现提出如此限定的原则,作为习惯国际法一个固定的组成部分。

89. 本院认为,与武装冲突中适用人道主义法原则的情形一样,国际法使人毫不怀疑:中立原则,不论其内容如何,其基本性质类似人道主义原则和规则的性质,(在符合《联合国宪章》有关条款情况下),适用于一切国际武装冲突,不论可能使用何种类型的武器。

90. 虽然人道主义法的原则和规则及中立原则对核武器的适用性几乎没有争议,但从这项适用性作出的结论却有争议。

91. 根据一种观点,核武器的使用必须遵守武装冲突的法规,并受这种法规所管制,但这并不一定表示核武器的使用本身受到禁止。正如一个国家向本院所表示:

“假定一个国家使用核武器符合自卫的要求,那么必须考虑它是否符合武装冲突法规中关于进行敌对行动的基本原则”(联合王国,书面陈述,第40页第3.4 4段);

“因此,使用核武器的合法性,就象其他作战方法和手段,必须根据国际法中关于使用武力进行敌对行动的适用原则来评价”(联合王国,书面陈述,第75页第4.2(3)段);

“实际情况……是核武器可能在各种不同的情况下使用,在平民伤亡方面可能产生非常不同的后果。在某些情况下,例如对公海上的军舰或人口稀少地区的军队使用低能量核武器,可以设想一次核攻击造成较少的平民伤亡。并不是每次对军事目标使用核武器都必然附带造成很多平民的伤亡。”(联合王国,书面陈述,第35页第3.70段;参看美利坚合众国,口头陈述,CR 95/34,第89-90页。)

92. 另一种观点认为,使用核武器绝对不可能符合人道主义法的原则和规则,因此应予禁止。核武器一经使用,在任何情况下都不可能区分平民人口与战斗人员或

区分平民目标与军事目标,而且核武器的作用大体上是无法控制的,无论在时间上或空间上都不可能被限制于合法的军事目标。由于核爆炸所产生的爆破、热力和辐射以及引发的作用,这种武器必然不分皂白地杀戮和破坏;所以造成的伤亡人数一定非常巨大。因此,尽管没有任何协约明文禁止,在任何情况下都应禁止使用核武器。这个观点构成某些国家对本院所作陈述的基础,它们坚称核武器,依其性质来看,按照人性的基本原则,根据国际习惯法,均属非法。

93. 对于中立原则的作用,有人表达了类似的看法。因此,有些人认为这项原则,象人道主义法的原则和规则一样,禁止使用一种武器,如果这种武器的作用根本不可能被限制在交战国的领土内。

94. 本院要指出,若干国家主张在某些情况下可以合法使用核武器,包括“干净地”使用小型、低能量的战术核武器,但其中没有一个国家表明,假定这种有限使用方式实际可行,在什么确切的情况下才有正当理由使用这种武器;或表明这种有限使用方式会不会升级成为全面使用高能量核武器。既然这样,本院就不认为它有充分的根据来断定这种观点的正确性。

95. 本院也不能断定另一种观点正确性:即认为在任何情况下使用核武器均为非法,因为核武器根本完全不符合武装冲突中适用的法律。当然本院已经指出,武装冲突中适用的法律原则和规则--其中心是以人类为至高无上的考虑--规定武装冲突的行为必须遵守若干严格的要求。因此,凡是无法区分平民目标和军事目标或对战斗人员造成不必要痛苦的战争方法和手,都禁止使用。考虑到本院在上文提到的核武器的独有特点,使用这种武器事实上与遵守这些要求显然不能相容。虽然如此,本院认为它没有充分的条件使它确实断定使用核武器在任何情况下必然违反武装冲突中适用的法律原则和规则。

96. 此外,法院不能忽略每一国家求生存的基本权利,因而也不能忽略它在生死存亡关头根据《宪章》第五十一条行使自卫的权利。

本院也不能忽视国际社会中有相当多的国家多年来所遵循的所谓“威慑政策”

的做法。本院又注意到某些核武器国家在他们所作的承诺,特别是根据《特拉特洛尔科条约》的议定书和《拉罗汤加条约》的议定书以及根据他们在延长《不扩散核武器条约》时发表的声明所作出的不使用核武器的承诺后面附加了保留。

97. 因此,根据本院在上文进行的审查、鉴于国际法的全面现状和本院所掌握的种种事实,本院认为,它无法确实断定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况用下使用核武器,究竟是合法还是非法。

**

**

**

98. 要将关于使用武力的法规,尤其是武装冲突中所适用的法规,应用到核武器,就产生极为棘手的问题,有鉴于此,本院认为它现在必须从更广泛的背景来审查当前问题的另一方面。

长远来说,各方对于象核武器这样致命的武器的法律地位继续意见分歧,因而必定影响到国际法以及国际法所要管理的国际秩序的稳定情况。因此必须结束这种状况:承诺已久的彻底核裁军显然是取得这种成果的适当手段。

99. 在这种情况下,本院认识到《不扩散核武器条约》第六条确认真诚地进行核裁军谈判的义务的充分重要性。这条规定如下:

“每一个缔约国承诺及早停止核军备竞赛和核裁军方面的有效措施,以及就一项在严格和有效国际监督下的全面彻底裁军条约,真诚地进行谈判。”

这项义务的法律含义不仅仅是纯粹的行为义务;这里涉及的义务是取得一种确切结果的义务--所有方面的核裁军--即采取一项特定的行动方针,即就该事项真诚地进行谈判。

100. 这项进行谈判和完成谈判的双重义务正式地牵涉到《不扩散核武器条约》的182个缔约国,换言之牵涉到国际社会的绝大多数成员。

当联合国大会屡次一致通过关于核裁军的决议时,几乎整个国际社会显然也都

参与其事。事实上,任何切实寻求全面彻底裁军、尤其是核裁军的行动都需要所有国家的合作。

101. 甚至1946年1月24日在伦敦举行的大会第一届会议一致通过的第一项决议也成立了一个委员会,其职权范围包括就“摒除国防军备中原子武器以及适应于大规模杀伤的其他一切主要武器”及其他事项,提出具体建议。大会在以后的许许多多决议中重申了核裁军的必要性。例如,在同样一致通过的1954年11月4日的第808 A (IX)决议中,大会断定

“应作进一步努力,务期拟妥若干综合协调提案,载入国际公约草案,其中应规定:……(b) 完全禁止核武器及各种大规模毁灭性武器的使用及制造,并将目前储藏的核武器移充和平用途”。

在联合国范围以外的各种文书也表达了相同的信念。

102. 《不扩散核武器条约》第六条表达的义务包括依照真诚的基本原则履行义务。《宪章》第二条第二项中规定这项基本原则。《各国友好关系宣言》中(1970年10月24日第2625(XXV)号决议)和1975年8月1日《赫尔辛基会议最后文件》中也体现了这项原则。1969年5月23日《维也纳条约法公约》第26条也包括了这项原则,根据这项原则,“凡有效的条约对其各当事国有拘束力,必须由各该国真诚履行”。

在下文中,本院也没有忽略到提请注意这项原则:

“无论法律义务的来源为何,关于法律义务的创立和履行的基本原则之一是真诚原则。信任和信心是国际合作的固有条件,尤其是在这个时代,很多领域日益需要这种合作。”(核试验(澳大利亚诉法国),1974年12月20日判决书《1974年,国际法院判例汇编》英文本,第268页第46段。)

103. 安全理事会在1995年4月11日第984(1995)号决议中特意重申“《不扩散核武器条约》全体缔约国都必须充分履行其所有义务”,并促请

“所有国家按照《不扩散核武器条约》第六条的规定,就核裁军方面的有效措施以及就一项在严格和有效国际监督下的全面彻底裁军条约,真诚地进行

谈判,此种全面彻底裁军仍然是一项普遍的目标”。

1995年4月17日至5月12日举行的《不扩散核武器条约》缔约国审查和延长会议的最后文件中也重申必须履行《不扩散核武器条约》第六条所表达的义务。

本院认为,毫无疑问,这仍是对当今整个国际社会极为重要的一项目标。

*

**

**

104. 在本意见的末端,本院强调它对大会提交给它的问题的答复是以本院在上文(第20-103段)提出的一切法律依据为基础,每项依据必须参照其他各项依据来解释。其中有些依据并未列入本意见最后一段的正式结论之中,虽然如此,本院认为这些依据仍有其充分重要性。

*

**

**

105. 由于这些原因,

本院,

(1) 以13票对一票,

决定接受关于提供咨询意见的请求;

赞成:院长贝德贾维;副院长施韦贝尔;法官纪尧姆,沙哈·布丁,威拉曼特里,朗热瓦,海尔采格,史久镛,弗莱施豪尔,科罗马,韦列谢京,弗拉里·布拉沃,希金斯;

反对:法官小田滋。

(2) 对大会提出的问题答复如下:

A. 一致认为,

习惯国际法或协定国际法中没有任何明确规定允许以核武器进行威胁或使用核武器；

B. 以11票对3票，认为

习惯国际法或协定国际法中没有任何全面和普遍的禁令禁止以核武器进行威胁或使用核武器；

赞成：院长贝德贾维；副院长施韦贝尔；法官小田滋，纪尧姆，朗热瓦，海尔采格，史久镛，弗莱施豪尔，韦列谢京，弗拉里·布拉沃，希金斯；

反对：法官沙布哈丁，威拉曼特里，科罗马。

C. 一致认为，

违反《联合国宪章》第二条第四项而且不符合第五十一条各项条件以核武器进行武力威胁或使用武力的行为均为非法；

D. 一致认为，

以核武器进行威胁或使用核武器也应符合武装冲突中适用的国际法的规定，尤其是国际人道主义法的原则和规则的规定，并且符合具体的条约义务和与核武器明确有关的其他承诺；

E. 以7票对7票，主席投票，认为

根据上述规定，以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则，特别是人道主义法的原则和规则；

然而，鉴于国际法的现状及本院所掌握的种种事实，本院无法确实断定，一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器，究竟合法还是非法；

赞成：院长贝德贾维；法官朗热瓦，海尔采格，史久镛，弗莱施豪尔，韦列谢京，弗拉里·布拉沃；

反对：副院长施韦贝尔；法官小田滋，纪尧姆，沙布哈丁，威拉曼特里，科罗马，希金斯。

F. 一致认为

有义务真诚地进行并完成谈判，导致在严格和有效国际监督下实行所有方面的核裁军。

一九九六年七月八日于订海牙和平官，用英文和法文写成，以英文本作准，一式两份，一份存入本院档案，另一份送交联合国秘书长。

院长 (签名)

书记官长 (签名)

院长贝德贾维，法官海尔采格、史久镛、韦列谢京和弗拉里·布拉沃在本院咨询意见后面附加声明。

法官纪尧姆、朗热瓦和弗莱施豪尔在本院咨询意见后面附加个别意见。

副院长法官施韦贝尔，法官小田滋、沙布哈丁、威拉曼特里、科罗马和希金斯在本院咨询意见后面附加反对意见。

(原件：法文)

国际法院贝德贾维院长

1996年7月8日就以核武器进行威胁或使用核武器的
合法性问题的咨询意见所提出的附加声明

1. 我从来就很不赞成提出声明和其他个别的或反对的意见。所以我非常少发表声明或意见。但是，我以院长的身分，根据《规约》第五十五条投票，而由国际法院通过了这项意见的执行部分E段，这本身就足以成为一个例外情况，促使我放弃我在这个问题上的沉默。此外，我认为我提出这项声明并不只是要作一个选择，而是要履行一个实际责任，这既是就我正常行使院长的职务所承担的责任，也是根据上述该段的含义而有此需要。

2. 由于核武器，人类是生活在一种缓刑的情况下。五十年来，这些令人恐惧的大规模毁灭性武器构成了人的条件的一部分。核武器已经进入一切计算、一切前景预测、一切计划内。自从1945年8月6日早上的广岛以来，恐惧已经逐渐成为人的天性。人在地球上的生活已经变成可兰经所说“一个漫漫长夜旅程”的情景，象是他尚不能预见其终结的一场梦魇。

3. 但是，《大西洋宪章》的确要使人类免于恐惧，《旧金山宪章》要“欲免后世再遭战祸”。仍然要做出极大努力来消除笼罩在人类头上的新的恐怖，就如人的祖先所面临的恐怖那样，他们恐惧被雷电从乌云密布的天空打下来击中。但是二十世纪的人类状况在许多方面同他们的祖先并不相同：他是具有知识的；他是让自己被他自己的行为带来毁灭；他的恐惧是比较有根据的。虽然赋有理性，人类从未有过那么非理性；他的命运不确定；他的良知混乱；他的视野被蒙蔽；他的道德座标正在脱落，就象是枯叶从一棵活树上脱落一样。

4. 但是，必须承认，人类已经试图从夜晚的黑暗中走出来。不论如何，今天的人类看来要比1980年代较为自在，当时，人类使自己遭受“星际战争”的威胁。在那

些年,一场致命外空战争的爆发,将会是一场高度精密的全面战争,使我们整个星球爆裂,要比以往更可能降在人类身上。靠近地球绕行的导弹可以将他们恶魔式的核弹头对准我们的星球,而用于侦察、观察、监视或通信的军事卫星也越来越多。致命的系统就要建立。法国史学家和科学哲学家Michel Series曾经说过的“世界死亡政府”、“死亡政体”表示,它即将在这个星球的各角落装电池。幸运的是,缓和以及其后的冷战结束,制止了这些令人恐惧的准备工作。

5. 然而,尽管有不扩散条约的存在,仍然未能控制住核武器的扩散。恐惧和愚蠢仍然可以在任何时刻联手表演一场最后的死亡之舞。人类在今天更容易受到伤害,因为能够大规模生产核导弹。

**

* *

6. 人类正自己陷于邪恶和执迷不悟的核勒索。问题是如何阻止勒索。国际法院在这场拯救人类的行动中,有义务发挥其尽管是很小的作用;它这样做是以全然的良知和全然的谦卑而进行,铭记着它的《规约》以及适用的国际法所施加于它的限制。

7. 实际上,国际法院很可能从来就没有象它在审议核武器问题时那样,如此仔细地检查一个问题的最复杂部分。在起草这项意见时,国际法院是由它自己的特殊责任感以及它希望就法论法的愿望所指导,设法既不要抹黑也不要粉饰问题。国际法院的目的是要避免任何建立新法的引诱,它敦促各国尽快立法来完成它们目前已经进行的工作,确实没有过份发挥其作用。

8. 这个非常重要的核武器问题,确是国际法院必须承认对所收到的问题并无立即明确答案的一个领域。希望国际社会将会肯定国际法院完成其任务的功劳—即

使它的答复看来可能并不令人满意--并将尽快努力纠正国际法的不完美之处,国际法最终也不过是国家所创造的。国际法院至少会有功劳指出这些不完美之处,呼吁国际社会纠正它们。

9. 就如其咨询意见所显示,国际法院从来就没有忽视核武器是可能毁灭全人类的一个工具。国际法院从来就没有一刻钟未考虑到这个关乎人类生存的重大因素。人类良知所面临的道德两难在目前的意见中有许反映。但是国际法院显然不能够超越法律本身的规定。它不能够说法律所没有说的。

10. 因此,在其咨询意见结尾时,国际法院陷于陈述目前的情况,它本身并无法再进一步。有些人无可避免地会把执行部分E段解释为考虑到一些国家在例外情况下不得不动用核武器的可能性。根据上述,我个人觉得必须完全诚实地对这一段另作解释,这使得我能够支持案文。以下是我的解释。

11. 我要极力强调,国际法院不能够超越对于目前情况的陈述,决不能够解释为因为它把门半开,以承认以核武器进行威胁或使用核武器的合法性。

12. 国际法院在有些人无可避免会重新提起的洛特斯(Lotus)案上的判决,应该理解为在问题的特殊情况下非常有限的援引。该问题是这个咨询意见的主题。如果将常设法院的判决与作出该判决的特殊司法和时间背景分离,那就会扩大它的重要性并且歪曲它的范围。毫无疑问,该项判决表现了时代的精神,一个只有少数机构并且受到严格的共存国际法所笼罩的国际社会的精神,那个国际法本身就反映了强大的国家主权原则。

13. 不用说,当代为国际社会有很大的转变。尽管“超国家主义”的显现仍然有限,但国际社会在制度化方面取得的进展,更别说一体化和“全球化”,是无可否认的。我们目击了国际组织的增加,一个合作的国际法逐渐取代传统共存的国际法,“国际大家庭”概念的出现及其往往成功的要支配一切的意图。所有这些发展,可以从国际法现在对于例如普遍义务、绝对法的规则、或者人类共同遗产等概念的重视得到证明。在本世纪初仍然盛行的国际法的坚决实证主义和唯意志论--常设法院

在上述判决中仍然给予支持⁵ -- 已经被一个客观的国际法概念所取代, 这个法律已被视为反映了集体的司法良知, 是呼应作为组成一个团体的国家的社会必然性。除了国际社会本身的演变之外, 还有技术领域的进展, 使得人类的全面几乎立即的毁灭现在成为可能。

14. 此外, 除时间和背景因素之外, 还有种种理由来区别常设法院的决定和本法院的咨询意见之不同: 所提问题的本质、法院声明的含义、以及提出的报告所根据的思想。1927年, 常设法院在审议一个远较不重要的问题时, 实际上得到结论认为国际法未明文禁止的行为即由该事实本身所批准。⁶ 相反地, 在本意见中, 国际法院并不觉得以核武器进行威胁或使用核武器是合法和非法; 环绕着法律和事实的不确定性, 法院并不推断因此即有采取一个立场的自由。法院也不建议能够自这种不确定性中推演延出任何这类自由。虽然常设法院开了核准的绿灯, 本法院发现国际法没有理由打开禁止的红灯, 并不觉得能够发出一个许可或禁止的信号。

15. 因此, 国际法院在这个咨询意见中, 要比起它的前组织在Lotus案中更为谨慎地主张, 国际法没有明文禁止并不因此就是批准。

⁵ “国际法规定独立国之间的关系。因此约束各国的法律规则是来自它们的自由意志, 可见于公约中或被普遍接受为表达法律原则并加以确立的用法中, 以便规范这些共同存在的独立群体之间的关系, 或者为了实现共同的目的”, Lotus案, 1927年9月7日第9号判决, P.C.I.J. A编, 第10号, (英文本) 第18页。

⁶ “因此, 法院无论如何必须确定是否存在一个国际法规则, 限制各国将其法院的刑事管辖自由扩大到包含本案情况”(同上, 第21页); 法院达成结论: “因此必须坚持, 在1923年7月24日的《洛桑公约》第15条的意义内, 并没有国际法原则阻止所考虑的刑事诉讼制度。因此, 土耳其由于国际法给予每个主权国自行处理的权力, 确立了所讨论的刑事诉讼, 由于没有上述国际法原则存在, 土耳其的行动在特别协定的意义范围内, 并没有违反国际法的原则”(同上, 第31页)。

16. 国际法院虽然并不赞成或反对以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，但却在其意见中指出，在相关的国际法中存在一个非常长久的转变过程，或者换句话说在一套国际法规则已经失效而尚未出现继承者的情况下，目前是有朝向以另一套国际法规则来取代现有的国际法规则的趋势。再说一次，如果国际法院作为一个司法机构觉得它除了记录这个事实之外不能够再作其他，我认为，国家不应该将此视为批准它们可以百无禁忌地行动。

17. 国际法院显然知道，在答复大会时，初看之下，那是不能令人满意的。但是，虽然法院可能让一些人有一个印象，以为它只一半完成了交付给他的任务，我反而认为，在它答复向它提出的问题时，它已经在所能处理的因素允许的范围内履行了它最大限度的职责。

18. 在咨询意见执行部分E段第二句中，国际法院表示，它在推理中已经到达了一点，超过这点之外，它便不能够继续进行，否则就有它看来会超出合法范围而作出结论的危险。这是国际法院作为一个司法机构的立场。有些法官支持这个立场，虽然每个法官无疑都有他们自己的观点和解释。当然一定会有人注意到，对于赞成或反对E段的投票分配，完全不符合任何地域的划分；这是我要很高兴强调的国际法院法官的独立特色。在解释我认为应该放在法院声明中的构成之后，我现在要简短地回头说明引起我支持它的实质性理由。

19. 国际人道主义法是一套特别明确的规则大全，这些规则都是要适用在所有情况下。国际法院充分确认这个事实。

20. 可以预期，核武器--至少在目前科学发展的状态下--是会无所区别地伤害战斗人员和非战斗人员，以及造成这两类人的不必要痛苦。因此，这个盲目的武器在本质上对于人道主义法有动摇的效果；人道主义法对于所使用的武器规定了种类的区别。作为极端邪恶的核武器，动摇了作为处理较轻罪恶的法律的人道主义法。因此，核武器的存在是对人道主义法本身存在的挑战，更不要提它们对于人类环境的长期破坏影响，就此而言，可以行使生存的权利。在科学能够发展出一个“干净的”，

能够区别战斗人员和非战斗人员的核武器之前，核武器将明显具有盲目滥杀的效果，是对人道主义法的一个绝对的挑战。因此，原子战争和人道主义法是相互排斥的：一者的存在就自然意味另一者的不存在。

21. 我决不怀疑大部分的人道主义法原则和规则，以及无论如何，两个原则，其中之一是禁止使用具有无区别效果的武器，另一是禁止使用造成不必要痛苦的武器，都属于绝对法。国际法院在本咨询这份意见中提出了这个问题；然而它表示，在这一点上它尚不必取得一个结论，因为适用于核武器的人道主义法的性质问题并不属于联合国大会向它提出的要求的范围。但是，国际法院明白表示，这些基本的规则构成“国际习惯法中不可违反的原则”。⁷

22. 一个国家的生存权也是一项基本法，在许多方面同“自然”法类似。但是，自卫——如果是在一个国家的生存受到威胁的极端情况下行使——不构成一个国家免除自己遵守国际人道法的“不可违反”规范的情况。因此，在某些情况下能够引起无情的反对、在基本原则上的直接冲突，两者都无法彼此让步。事实是，一个国家在其生存遭受危险的情况下使用核武器，反过来就有危害到全人类生存的危险，正是由于在使用这类武器时恐怖与升级之间的联系是解不开的。因此，把国家的生存不怀疑地放在所有其他的考虑之上，尤其是摆在人类本身的生存之上，无疑是相当愚蠢的。

⁷ 参看咨询意见第79段：“毫无疑问，如1994年4月9日科孚海峡案判决书（《1949年国际法院汇编》，第22页，）内所说，因为军事冲突中适用的很多人道主义法规则对人身的尊重和“人性的基本考虑”如此重要，所以各国才普遍加入《海牙公约》和《日内瓦公约》。此外，所有国家都应遵守这些基本规则，不论是否已经批准载有这些基本规则的各项公约，因为它们构成习惯国际法中不可违反的原则。

*

*

*

23. 国际法院已经承认,以善意来进行核裁军谈判,是不扩散条约的大约182个缔约国的义务。我想我们能够超越该结论,并主张事实上是一个双重普遍义务,相对的普遍适用,去进行善意的谈判,并达成理想的结果。事实上,可以合理地想,考虑到在此领域的至少有正式的一致性,这个进行善意谈判并达成理想结果的双重义务现在经过50年之后,已经有习惯的特征。至于其他事项,我充分赞成国际法院对于这项义务的法律范围的意见。我只要再次强调,所要达成的目标极为重要,特别是就目前仍然存在的不确定情况而言是如此。由于这个问题和以核武器进行威胁或使用核武器的合法或非法问题之间,因事物本质而产生的非常密切的联系,国际法院不能因为达成一个超过请求之外的结论而受到谴责,那个观念无论如何是不在咨询程序之内。

*

*

*

24. 在这项咨询意见中所达到的解决方法直率地表示法律现实虽然忠实地表达和反映所有人、人民以及国家的希望,核裁军将永久是核武器领域一切行动的终极目标,该目标不再是乌托邦的,全人类都有设法比以往更积极地实现目标的义务。人类的命运有赖于承担这项义务的意志,因为爱因斯坦曾经写过,“人类的命运将是他值得得到的命运”。⁸

穆罕默德 贝德加维(签名)

⁸ 艾伯特·爱因斯坦,《我如何看世界》(法文本译者Colonel Cros),巴黎,Flammarion,(法文本)第84页。

(原件：法文)

海尔采格先生的声明

《国际法院规约》第九条规定：“应注意务使法官全体确能代表世界各大文化及各主要法系。”因此，法官们在理论上的歧见必然会发生，对国际法制度及其次级制度的特征、此一制度是否有漏洞、其各类规则之间可能的抵触的解决方法、以及其他或多或少属于根本问题的议题有歧见。起草关于大会所提有关“在任何情况下”以核武器进行威胁或使用核武器的合法性这个极复杂的问题的咨询意见，突出了国际法院内部不同的国际法概念。这些概念的多样性质已使国际法院无法得到比较完整的解决办法，因此，无法获得更令人满意的结果。在起草咨询意见的理由和结论时便反映出这些分歧。不过，必须指出，国际法院就数项极为重要的几点宣示了一致意见。

然而，我认为，在国际法的现阶段，本来可能在咨询意见内载入更为具体的，较不模糊、较不勉强的对大会请求的答复。在某些行为“本身”并非完全和全面受到禁止的领域内，如适用法律上的一般原则，就可以规范国际法律秩序主体的行为，视情况而用种种方法规定或准许它们为一定的行为或不行为。咨询意见的理由内所正确强调的国际人道主义法的基本原则已无条件地、明确地规定禁止使用大规模毁灭性武器，包括核武器。国际人道主义法不承认对这些原则的任何例外。

我认为，本院应避免以任何方式议论武装冲突时期报复的问题，因为我认为如对此详细地审议，就越出了大会所提请求的范围。结果是，国际法院认为在其意见中可以提及该问题，但却提得过分简略，从而有将来发生仓促及无理解释的危险。

本咨询意见第105段C点和E点之间的关系并不完全清楚；它们本身的内容也不是绝对地前后一贯。C点内表示，为了解释以核武器力量进行威胁或使用核武器力量，必须具备关于自然法和自卫的《联合国宪章》第五十一条“全部要件”，然而E点内

的第二句却说：

“本院无法确实断定是否一个国家在生死存亡关头的极端情况下实行自卫以核武器进行威胁或使用核武器，究竟合法或是非法”。

我认为，这句文字同上文提及《宪章》第五十一条所订“全部要件”的文字不易取得调和。本意见第40和41段内说，诉诸自卫的权利应受到限制；而且，“习惯国际法的一项根深蒂固的规则……”，其中规定“自卫只许采取与武装攻击相称并为对付武装攻击所必需的措施”。我认为本院本可将此项陈述列为本咨询意见第105段内正式结论的主题，从而使它更为具体。

《联合国宪章》第十三条规定大会应执行的许多任务的之一是“国际法之逐渐发展与编纂”。如果经由编纂可将一般法律原则与习惯规则转变成为条约法规则，就可以消除习惯法中固有的某些弱点，而且必然可能有助于终止导致大会请求本法院发表意见的一些争议。大会问题是在实现严格和有效国际监督下的彻底核裁军之前，以核武器进行威胁或使用核武器是合法或是非法。

我投票赞成本意见第105段内的E点，虽然我认为此点应该可以更为精确地简述现阶段关于“在任何情况下”以核武器进行威胁或使用核武器问题的国际法。事实上，如果投票反对此点，等于是反对我完全同意的亦在本意见内宣示并且在E点内间接提及的某些关键结论。

盖佐·海尔采格(签名)

(原件：英文)

史久镛法官的声明

我投票赞成本院咨询意见执行部分各段，因为我一般同意其中的推理和结论。

但是，我对本院所认为的威慑政策在决定关于使用核武器的现行法方面的作用，有所保留。

例如，咨询意见第67段说：

“它(本院)指出，事实上许多国家在大部分冷战时期都曾经遵循、而且将继续遵循此一政策。此外，对于过去五十年未曾使用核武器一事是否构成法律意见的一种表示，国际社会的成员对这个问题的意见极为分歧。在这些情况下，本院不认为自己能够断定确有这种法律意见存在。”

然后在极其重要的第96段中说：

“它(本院)也不能忽视相当大的一部分国际社会多年来所遵循的所谓‘威慑政策’的做法。”

我认为，“核威慑”是一些核武器国家在它们与其他国家的关系上所采用的一种政策手段，这种手段据说是为了防止大规模武装冲突或战争的爆发，维持国家间的和平与安全。无疑，一些核武器国家的这种做法属于国际政治的范畴，不属于法律的范畴。从形成一条禁止使用核武器本身的习惯法规则观点来看，这没有法律的意义。反之，核威慑政策应是法律管制的一个对象，而不能倒过来。本院在行使其司法职能确定现行法中一项关于使用核武器的规则时，绝不能考虑某些国家的这种政策做法，因为，如果这样做，就是要使法律迎合威慑政策的需要。本院不仅会使政策同法律混淆，还会对威慑政策采取采取法律立场，从而使自己卷入国际政治——这样就不大符合本院的司法职能。

此外，姑且不谈威慑政策的性质，遵循威慑政策的这个“相当大的一部分国际社

会”是由一些核武器国家和接受“核保护伞”保护的一些国家组成的。毫无疑问，这些国家都是国际社会重要而强大的成员，在国际政治舞台上扮演着重要角色。但是，本院既是联合国的主要司法机关，不能以物质能力来衡量这个“相当大的一部分国际社会”。本院只能从国际法的观点去考虑它。如今，国际社会的成员已超过185个国家。咨询意见所提到的相当大的一部分国际社会绝非在全体成员中占很大的一部分，而国际社会的结构是建筑在主权平等的原则上。因此，过分强调这个“相当大的一部分”的做法不仅违反各国主权平等的原则，而且使人更难正确而适当地认为有一条关于使用这类武器的习惯法规则存在。

史久镛(签名)

(原件：英文)

韦列谢京法官的声明

我认为，本院的答复适当地反映了目前的法律情况，多少指出了适用于武装冲突的国际法需要进一步发展。

但是我认为我有义务解释我投票赞成本院答复第2E条的理由，该条显示出本院犹豫不决，间接地承认目前关于这一问题的规定有“灰色地带”。

建议应禁止本院声明案情不明的人认为，禁止这一声明是要求法律制度的概念“完整”的必然后果。其中有人不否认实质性国际法中有漏洞，他们认为，在具体的情况下，本院有义务补漏洞，即举出一般性的法律原则或以司法造法，使法律制度“完整”。

另一方面，坚持学理看法的人认为，所谓“禁止”一项案情不明的声明“可能未得到至今已有的任何证据的全力支持”（J. Stone, “Non Liquet and the Function of Law in the International Community”, *The British Year Book of International Law*, 1959, p.145）。L. Siorat在他专门谈国际法的漏洞问题的书中下结论说，在有些情况下，本院有义务声明案情不明（L. Siorat, *Le probleme de lacunes en droit international*, Paris, 1958, p.189）。

在评价案情不明的问题对我们的学理辩论的重要性时，我们不能忽视，辩论即使不全是，也主要是关于是否受理本诉讼程序或案情不明的问题，本院收到要求为解决双方的争端做出明确有约束力的裁决。即使在这种情况下，有些权威的国际法学家还是可能声明案情不明，但是，在仲裁和司法惯例上都无法令人信服地支持这种看法。

对本案而言，本院进行的是咨询程序。不是要求本院解决实际的两造之间的实际争端，而是说明发展现阶段中的法律现况。向本院提出的问题，或各国向本院提出

的书面与口头陈述没有一点可以解释为要求填补目前关于这问题法律的漏洞,如果有漏洞的话。相反的,若干国家特别表示,“不是要求本院作立法者,或为核裁军订立制度”(萨摩亚,CR95/31(英文本)第34页),而且,“法院既不该臆断,也不应该立法,应解释现行法律和解释对法律的了解……”(埃及,CR95/23(英文本)第32页;又见马来西亚的口头声明,CR95/75(英文本)第52页)。

即使本院被要求填补漏洞,它会拒绝承担制定法律的重任,因为这一般不应是本院的职责。在咨询程序里,如果本院发现有法律漏洞,或认为法律不完善,则只应该指出,不该以司法立法来填补漏洞或改善法律。如果要求本院引用的法律本身不明确,不能指责本院犹豫不决或闪烁其词。在本咨询意见上更没有理由指本院犹豫不决或闪烁其词,因为咨询意见对向本院提出的问题作了直截了当,但也许不够详尽的答复。

本院的回答明确指出,以核武器进行威胁或使用核武器属于《联合国宪章》和许多其他多边条约和具体担保及关于武装冲突法的习惯法规和原则所禁止和严格限制的范围。此外,本院认为,以核武器进行威胁或使用核武器“一般是违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则。”如果本院推断、暗示或类推(有些国家的书面和口头陈述中要求本院这样作),可以从上述推论出一条全面禁止以核武器进行威胁或使用核武器的一般法规,而不留任何“灰色地带”的余地,甚至不留例外,这似乎可以办得到。

但是本院不可以忽略若干重要考虑,从而使它不走上这条道路。除了在咨询意见推理部分提出的考虑以外,我还想加上下列几点。正是那些要求本院拿出勇气履行“历史使命”的国家在坚持本院应守住其司法职责,不应充当立法者,它们要求本院说明现行法律的本身而不是说明应有的法律。第二,本院不得不注意到,所有禁止使用其他大规模毁灭性(生物、化学)武器的现行规定以及限制核武器的特别规定,过去都是根据具体的国际条约或各别的条约条款建立的,并明确指出了国际社会选择为最适当的彻底禁止使用和最后销毁大规模毁灭性武器的行动方向。第三,本

院必须考虑对各国基本分歧的事项所“推论”产生的一般规则的权力和效力。

值得注意的是,即使坚持国际法要“完整”而且不允许案情不明的情况的学者如H. Lauterpacht,在若干情况下也认为:

“(国际法院)明显的犹豫不决给要求提出咨询意见的机关留出了自由酌处的余地,但是在法律的逐渐发展上以及在行动的指导下,这可能比一种没有指出问题内在的复杂性但令人误认清楚的裁定更为可取。只要法院的决定表达了现行国际法--无论是习惯法或协定法--它们只能反映出一个有缺陷的法律制度的偶然含糊或无定论的一面。”(H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 再版, Cambridge, 1982, (英文本)第152页)

我认为,本案就是一个很好的例子,说明了咨询意见绝对明确的地方会是“令人误认的”而另一方面,一部分“明显的犹豫不决”可能有益于“行动的指导”。

不妨打一比喻,彻底禁止使用核武器的这一栋坚固的建筑物工程尚未完工。这并不是因为缺少建筑材料,而是因为有许多建筑者缺乏意志和反对。如果这一栋建筑物将来要经得起时间的考验和国际风云的变幻,各国本身--而不是建筑资源有限的本院--就必须肩负起完成建筑工程的负担。同时,本院已明确指出,彻底禁止以核武器进行威胁或使用核武器的建筑物正在兴建,已取得了许多成绩。

本院还指出,要消除关于核武器法律地位中的任何“灰色地带”,最适当的手段是“在严格和有效的国际监督下实行所有方面的核裁军”。因此,本院认为,各国负有义务真诚地进行谈判以实现这一崇高的目标。

弗拉德连·韦列谢京(签名)

(原件：法文)

费拉里·布拉沃法官的声明

我投票赞成关于核武器合法性的咨询意见,因为我认为国际法院义不容辞地有责任尽力答复有资格咨询国际法院的联合国各主要机构向它提出的问题,特别是因为这种答复将有助于解决僵持不下的局面。就目前这项问题来说,僵局已持续了五十多年,使人类整体的前景蒙上一层阴沉不祥的阴影。

作为联合国主要司法机关的国际法院(《宪章》第九十二条)除其他外,就是为此目的而设,因此就不必自问它尽力作出的答复是否能对情况的发展有所帮助。如果它的答复不能穷尽所有的考虑,它也不必为自己作出辩解。因此,我衷心同意所提出的各种理由,赞同国际法院关于接纳大会这项问题的决定。

然而,在这方面必须指出,如果向国际法院征求意见的是联合国的一个专门机构,而且由于原则性的理由,它是否有资格向国际法院提出请求已有明确规定,则这项问题性质就大不相同了。因此,我也投票赞同咨询意见中国际法院决定不必对世界卫生组织向它提出的询问作出答复,我认为我的行动并没有矛盾之处。国际法院是联合国的主要司法机关,但不是其他国际机构的司法机关。如果打算在国际组织之间恰当地划分职权并从而维持其效能,则这些其他国际组织向国际法院征求咨询意见的权利就有必要审慎地加以限制,目的是防止联合国系统按照逻辑仅交付给联合国的政治职能,不被其他组织僭越,因为那些组织至少是既没有资格也没有体制结构承担这些职能。

* * *

不过,说完这些以后,我还是相当不满意这项决定的某些重要的段,因为老实说,它给我的感觉勇气不够,更严重的是难以了解。

更具体地说,我感到遗憾的是,国际法院竟然把大会从1946年1月21日第1(I)号决议开始的一长串决议专断地分为两类。从该决议开始至少直到第808(IX)号决议都是一系列一致通过的决议。我认为这些决议,特别是第一项决议,都是最根本的。早在联合国创立之前就已经决定了第一项决议的措辞(该决议的起源和为了把监督原子能的职责交付给联合国而在莫斯科采取的步骤,参看《联合国参与世界事务1945-1947年》,纽约和伦敦,1947年,(英文本)第391页等等。当时只有美国掌握原子能的奥秘)。我们大可这样说,这项决议同《宪章》的规定一样重要。事实上该决议规定,而且我认为是明确规定,各国已庄严地作出实际承诺,消除一切原子武器,并且认为在武库中存有原子武器是非法的。该决议的案文如下:

“5. 委员会尤应作成下列特定提案:

(...)

(c) 摒除国防军备中原子武器以及...其他一切为广大破坏之主要武器,”

而在联合国创立后不久通过的大会其他决议有几次也再度提到这些构想(例如见第41(I)号决议或第191(III)号决议)。

我当然知道,冷战在其后不久随即爆发(当然不应由我来说应当归咎谁,尽管我要强调,责任并不是仅在一方),使得关于非法性的概念无法形成(一直在宣扬这项概念的美国随后放弃这种想法),同时引起了一系列以核威慑概念为中心的论点,而这个概念是没有法律效力的(下文将指出,这一点十分重要)。

然而我认为,在此时之前,其非法性已然确立。因此任何核武器的生产都必须从已经沾上无法抹煞的非法性污名中作出辩解。所以,令人感到遗憾的是,我们并不能从国际法院提出的理由中明显地看出这种结论。相反的,国际法院提出的理由经常难以了解,吞吞吐吐而且根本不够有力。

然而,必须承认,咨询意见还是有第113段之二。这一段是执行部分的导言,其重要性确实不容忽视。事实上它提示,留心的读者应当整体评价国际法院提出的理由,考虑到没有载入执行部分各段的那些理由,以及更重要的是,考虑到这些理由必然会

出现的漏洞。请读者--不仅仅是学者--注意这项忠告,同时铭记尽管两者在程序上十分相似,咨询意见究竟不是国际法院的裁决。本咨询意见尤为如此。

* * *

确实没有明确具体的规定禁止核武器,从而归结出最充分的结论。咨询意见仅约略提到的威慑理论(第97段)看来值得进一步加以考虑。我已经说过,我认为,核威慑的构想并没有法律效力,而我还要进一步说,尽管威慑理论使核武器国家及其盟邦找到一种实际做法,但它无法产生一种可据以成立国际习惯法的合法惯例。如果考虑到它对《联合国宪章》所造成的影响,甚至可以说,它是违法的。

我自己则不想说得这么明确,但认为必须指出,就是因为威慑理论使得《宪章》第二条第四项革命性的范围缩小,同时使得按照传统逻辑同它意义相反的五十一条的范围扩大,以致围绕这项规范形成了整个一系列的常规结构,这可以从分别主导大西洋联盟和过去华沙条约的两个系统看出来。这些系统毫无疑问由法律所规定,不过它们是根据基本上从政治结论而非法律结论引申的一种思想出发。根据这种结论认为,在面对可能像本咨询意见所处理的那一类大规模战争的时候,安全理事会将无法履行其职责。

因此,第二条第四项同第五十一条之间的鸿沟就好像一条河。主要是由于投入威慑这块无比巨大的石块,河流变得越来越宽,以致需要建筑一条跨越两岸的桥梁。并且,为此目的,必须利用我们目前可用的手段,那就是《核不扩散条约》第六条。

我非常怀疑,国际法院是否也真正同意这些意见,因为国际法院有意非常简略地谈到威慑,因此使人难以明确了解这是否真正是法院的看法。然而,也不完全排除这种可能性。

无论如何,我认为,这就是为什么国际法院的意见必然在其最后部分列出下列一些论点的基本理由。这些论点的根据是一项条约的条款,然而由于它并非普遍适用,因此按道理不应列在该处。然而,在我们现在所处的环境下,也就是看来不扩散条约

似乎是我们可用来迅速达成解决办法,从而避免浩劫的唯一手段,这些论点却也是无可非议的。

* * *

最后,我的意见是,到目前为止还没有任何禁止核武器和从此充分引伸其后果的任何明确具体的规定。

1945至1985年这段期间,当时存在的政治情势显然不允许这种规定存在。然而,我要指出,过去五十年来特别是在武装冲突的人道主义法方面,制订规则的全面情况赶不上核武器毁灭能力的技术进展。举例来说,怎能想象,作为关于战争和(最近)关于和平的国际法日益重要和不可或缺的一环,人道主义法已产生一整套保护平民或环境的原则,而同一国际法竟然继续承认,例如,利用中子弹的合法性。中子弹对环境毫无损害,不过……其小小的瑕疵,就是把在环境中生活的人消灭殆尽!如果情况真是如此,那么是否专对中子弹制订规定就变得无关紧要了,因为鉴于它同国际法的绝大部分规定背道而驰,因此它自动就变成非法。

这种现象在其发展的每一段期间都不新奇。从进入现代以来,国际法基本上就是习惯法,因此是自发形成的。它曾遭遇到一些情况,进入某些有力的规定阻止与之相反的规定成立或维持。

遗憾的是,由于国际法院有所顾忌,不愿对大会各项决议多时以来的发展进行有勇气的分析,在法院咨询意见中所有这些考虑因素都没有讲清楚。就大会的决议而言,仅在一段时间内(1960年代),核武器国家(及其盟友)同受到核弹威胁的国家之间才有明显的划分。

我要再次指出,禁止核武器的规定是在联合国创立伊始就开始成形的,但这并不表示,这种趋势的发展,以及从而导致的推动力量的形成不会被时代因素所阻。当时的情况是,拥有核武器的两个大国正在开展冷战,并且制定了以威慢思想为核心的一整套文书,甚至条约和公约。然而,这种发展只能使禁止核武器无法实行(因为只能

通过谈判方式实现),而禁止核武器本身,也就是“单纯的”禁止(如果我可以这样说),仍然没有变并且仍然有效(至少就举证责任而言),使得核武器国家更难利用各种威慑理论为借口来为自己辩护。我上面已经说过,威慑理论并不是一种合法理论。

换句话说,我们必须以一项法律文书(协定)来阻挡一个危险实体,即原子武器。原子武器本身是完全不合法的,而且在任何一种情况下,都不可能核证所建议的解决办法是否真正有用。这种核证需要引爆一枚原子弹。然而,如果发生那种情况核证是否还有意义?

国际法院本来应当、也可以,把核武器国家提出的理由和非核武器国家提出的理由两者间法理的这种不一致审慎地记录下来,而不应当象在咨询意见中所见多少有点矛盾的说明。

费拉理·布拉沃(签名)

(原件：法文)

纪尧姆先生的个别意见

1. 一些我的同事对法院就此问题发表的咨询意见持严重保留，法院的意见大概将受到很多的批评。我同意其中一些保留意见，但不会参加批评。

当然，咨询意见有许多不完美处，太仓促地处理例如环境法、报复法、人道主义法及中立法等，这些都是应以更充分、更平衡的方式处理的复杂问题。在这些不同的领域，法院设法查明现行习惯法，不管它对问题的说法如何，几乎从未考虑到惯例及各国的司法见解，而且法院往往较侧重属于自然法而非实在法，属于拟议法而非现行法的考虑因素。它还非常广地参考联合国大会各项决议。这种混乱情况，因咨询意见第104段而变得更加严重，无疑对执行部分的措辞不无影响。在执行部分，对核裁军在起诉范围外作出裁判，但对所提出的问题仅仅暗示的某些点没有答复。在这些情况下，很容易指责法院。我将不这样做，因为情况令人不满意的理由主要不是由于法官的错误，而是由可适用的法律造成的。

2. 鉴于上述情况，法院可考虑不受理对咨询意见的要求。这个解决办法按照提交案件的情况是有些理由的。联合国大会所要求的意见(如世界卫生组织所要求的)是源自称为反对律师国际协会(反核律师协会)所进行的宣传，它同其它各类团体1992年推动题为“世界法院项目”的项目，使法院宣布以核武器进行威胁或使用核武器是非法。这些协会积极进行活动，使向法院提出问题的决议得到通过，并劝使反对核武器的国家在法院发表陈述。法院和法官确收到数以千计由这些团体所激励写来的信，诉诸成员们的良心和公众的良心。

我肯定这样施加的压力并未影响到法院的评议，但我怀疑在这种情况下，对咨询意见的要求能否仍然视为由通过决议的大会所提，或是否按照初步证据法院不应视为不能受理而拒绝接受。不过，我希望各国政府和政府间机构将仍然能够独立作出

决定,抗拒强大集团在传播媒介的支持下包围着它们所施加的压力。我还指出,在法院出庭的国家都并未提出抗辩。在这种情况下,我不认为应自动予以接受。

3. 基本上,我同意在执行部分第2 B段所载法院的意见,在习惯国际法或协定国际法中没有任何全面和普遍的禁令,禁止以核武器进行威胁或使用核武器。相反的,我不明白为什么在执行部分第2 A段,法院认为应当声明“在习惯国际法或协定国际法中没有任何明确规定允许以核武器进行威胁或使用核武器”。这一说法本身并非错误,但对联合国大会来说不确切,因为它是根据法院的意见,即“使用某些武器本身为非法,并不是因为未经授权,而是因为已制订条文加以禁止”(第52段)。

4. 相反的,我完全赞成执行部分第2 C段,因为除《联合国宪章》所规定的情况,尤其有关单独或集体自卫权利的第五十一条外,各国显然不得使用核武器,甚至任何武器。此外,各国必须遵守咨询意见第58及第59段所概述具体关于使用核武器的常规条例。

5. 人道主义习惯法适用于核武器造成困难得多的问题。

有如法院所指出,有关采取军事行动的习惯法主要源自1907年10月18日关于《陆战法规和惯例》的《海牙第四公约》的附件。鉴于这些条款的性质有局限,并且非常古老,它们是否适用于使用核武器,尤其威胁使用核武器是可以质疑的。对后一点,似乎有理由提出最严肃的怀疑。但没有核武器国向法院提出质疑,而绝大多数、即使并非所有,其它国家表示同意。法院只能在其咨询意见第22段指出这项共识。

法院在其意见第78段将这些习惯法分三类概述如下:国家选择它们所使用的武器没有无限自由;国家绝对不能使用不能区分平民和军事目标的武器;禁止它们使用可对战斗人员造成不必要痛苦的武器。

我完全同意此分析,不过我认为也应该提到在攻击正当军事目标时可对平民造成连带损害的规定,以为补充。这些规定源自《海牙第四公约》附件第23(g)第25及第27条。它们是1923年空战法规公约草案和国际联盟大会1938年9月30日通过的决

议的新条款中的规定。它们在美国纽伦堡军事法庭的第47号案中得到阐明。它们在联合国大会1968年12月19日关于武装冲突中对人权之尊重的第2444(XXIII)号决议中得到进一步阐明,该决议获得一致通过,内称:

“对于平民以其为平民而施以攻击之行为应予禁止;

必须时时将参与敌对行为之人与平民两者划分,俾使后者尽量免受伤害”。

最后,它们在谴责对预料可造成“过分”平民伤亡的军事目标进行攻击的《1977年日内瓦公约第一项附加议定书》第51条内得到进一步阐明。

人道主义习惯法因此只有一项规定绝对禁止:禁止不能区分平民目标和军事目标的所谓“盲目的”武器。显然,核武器不一定属于这类武器。

此外,这一法律意味着需要比较。对平民造成的附带损害同“预期的……军事优势”相比,不得“过分”。不得对战斗人员造成“不必要”的痛苦,如引用法院的措辞即不得造成“超过为达到合法的军事目标所不可避免的程度”(第78段)。

因此,核武器不能只是由于它们可能造成的痛苦而视为不合法。还必须将这种痛苦与“预期的……军事优势”或所追求的“军事目标”加以比较。

至于大规模毁灭性核武器,显然由于它们可造成极严重的损害,预期除极端的情况外,不得使用。

6. 关于中立法也适用相同理由,因为在许多情况下,业已主张或确认交战国在中立领土进行的行动视“军事需要”而定,已故的阿戈法官根据在他提交国际法委员会关于国家责任的第八次报告增编所述的通行惯例,已经指出这一点(第50段及说明101)。

7. 简言之,法院应该答复关于此点的问题,说明以核武器进行威胁或使用核武器只是在某些极端的情况下才符合武装冲突中适用的法律。法院在执行部分第2 E段选择用否定说法,申明“一般都禁止”这种以武器进行威胁或使用核武器。虽然这些措辞含糊,但仍意味着武装冲突中适用的法律不禁止“在任何情况下”以核武

器进行威胁或使用核武器,如法院意见第95段所指出。

8. 法院在第2 E段补充:

“然而,鉴于国际法的现状及本院所掌握的种种事实,本院无法确实断定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下,以核武器进行威胁或使用核武器,究竟合法还是非法”。

这些措辞再次令人不完全满意,因此我认为须要略为阐明。

没有任何在法院出庭的国家对《宪章》第五十一条所确认的正当自卫权和适用于武装冲突的法律原则之间的关系提出疑问。所有这些国家的论点显示好象这两种规定是独立的,换句话说,好象诉诸战争权及战时法构成两套法,它们之间没有任何关系。甚至法院在其意见的某些部分似乎持类似的观点。我不禁想知道是否真是这样,或相反地,诉诸战争权的规定是否对战时法的规定不起任何说明作用。

《联合国宪章》将它声明的自卫权称为自然法。但第五十一条又说,《宪章》没有任何条款能禁止此权利。这同样适用于习惯法或条约法。这一结论很容易解释,因为没有任何法律制度可剥夺其一分子的生存自卫权和维护其重大利益。因此,国际法不得剥夺一国使用核武器的权利,要是这一行动乃是可保障其存在的最终手段。在这种情况下,国家具有某种“免除责任的理由”,类似所有刑法制度中所具有的理由。

本院确实指明此问题,因为在其咨询意见第96段声明

“法院不能忽略每一国家求生存的基本权利,因而也不能忽略它在生死存亡关头根据《宪章》第五十一条行使自卫的权利。”

有鉴于此,法院在同一段指出“国际社会相当多国家多年来所遵循的”所谓“威慑政策”的做法。它还强调采取此政策及措施的国家

“一直都同其他一些国家一致保留在对付威胁到它们的根本安全利益的武装攻击时行使自卫权使用核武器的权利。”(第66段)

它还指出

“某些核武器国家在它们所作的承诺,特别是根据《特拉特洛尔科条约》的议定书和《拉罗通加条约》的议定书以及根据它们在延长《不扩散核武器条约》时发表的声明所作出的不使用核武器的承诺后面附加了保留。”(第96段)

最后,法院认为对这些议定书的保留和声明中的保留“都没有引起《特拉特洛尔科条约》或《拉罗通加条约》的缔约国或安全理事会的反对”(第62段)。它指出安全理事会对所作的声明表示赞赏或欢迎(第45段)。

9. 在这些情况下,我认为法院应该从推理中作出结论,明白确认维护国家生存利益的威慑力量的合法性。法院并未明确地这样做,因此我不能同意执行部分第2 E段。但法院作了暗示,因此我对咨询意见发表了个别意见,而不是反对意见。

法院在执行部分第2 E段实际上决定,它不能在极端情况下断定以核武器进行威胁或使用核武器是合法或不合法。换句话说,它认为在这些情况下法律并未为国家提供指导。然而要是法律对此沉默,各国则可随心所欲。

10. 国际法实际上源于国家主权原则,因此经各国同意而产生。换句话说,有如常设法院确切地指出,“国际法处理独立国家之间的关系。约束各国的法律规则因此源自它们自己的自由意志”(Lotus,第9号判决,1927年,C.P.J.I.,A集,第10期第18页)。

本院在尼加拉瓜诉美国的案中曾就这一原则以各种形式得出结论。本院提到根据国家主权原则,所有国家可自由“选择政治、经济、社会及文化制度和制订外交政策”(在尼加拉瓜境内危害尼加拉瓜的军事活动和准军事活动,1986年《国际法院判例汇编》,第108页)它特别指出“国际法上除有关国家依据条约或别的公约接受的规定外,没有任何规定限制一个主权国家的军备程度,此原则无例外地适用于所有国家”(同上,第135页)。

11. 就战时法来说,各国的习惯做法都是以此为依据。所有关于某种武器的条约都是基于禁止的规定。例如,1967年《拉丁美洲禁止核武器条约》、1975年《关于禁止发展、生产和储存细菌武器公约》、1981年《禁止或限制使用某些可被认为

具有过分伤害力的常规武器公约》及1993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公约》。同样的，联合国大会第45/59和第46/37号决议所附的公约草案旨在实现其标题“禁止使用核武器”的目标。

还要指出，就我所知关于此点所作的唯一国家判决是以相同的规定为依据的。东京地方法院在1963年12月7日的判决中声明“当然，只要国际法不禁止，使用核武器是合法的”（1964年，《日本国际法年鉴》第8期（原文第235页））。

上文已经指出实际上本院在咨询意见内确认此原则的习惯法性质，声明“使用某些武器本身为非法，不是因为未经授权，而是因为已制订条文加以禁止”（第52段）。

12. 在这些情况下，根据法院的意见第2 E段可得到不明言但必然的结论，各国可“在生死存亡关头实行自卫的极端情况下，以核武器进行威胁或使用核武器”。这一直是威慑政策的基础，其合法性因而得到确认。

13. 不过，核武器“可引起灾难”，因此可以了解，本院在其意见第99段认为必须强调《不扩散核武器条约》第六条非常重要。

我完全同意提到这一点，并渴望该文件关于核裁军和常规武器裁军的谈判将取得成功。不过，我认为法院的意见应当限于理由的范围内处理此问题。实际上，我恐怕通过执行部分第2 F段的措辞，其中试图概述而不清楚说明《不扩散核武器条约》缔约国的义务，法院会在诉案范围外作出裁判。

14. 最后，我想严肃重申，法官的任务不是要取代立法者的任务。在过去二十年来，国际社会在禁止核武器方面取得重大进展。但这个进程尚未完成，法院必须限于指出法律现状，不以其审判取代主权国家的意志。法官的伟大特征在于无论其信仰、思想或道德如何，他极其谦恭地不超越其任务范围。

吉尔贝·纪尧姆(签名)

(原件：法文)

朗热瓦大法官的个别意见

我投票赞成整个执行部分，特别是 E 段的第一句话，因为这里的意见肯定了以核武器进行威胁或使用核武器为非法性的原则，不过我认为 E 段的第二句话引起了一些解释上的问题，可能妨害法治的明晰性。

*

*

*

在联合国大会要求下提出的这一咨询意见将在国际法学界第一次肯定了以核武器进行威胁或使用核武器的非法性。如果稍微改变执行部分 E 段的第一句话的措词，那就会使一些对这个实在法原则的合理性的疑虑仍然存在，因为把序言部分 A 和 B 段作一个字面上的比较可能会导致错误。对于将这一询问在决议中向法院提出的问题，如果把这几段话给予同等比重时，就无法作肯定或否定的答复。法院的真正答复是在 E 段，并且，更明确地说，在它的第一句话，而第 104 段的理由是解读所有理由和执行部分的关键，因为其中表示这个 E 段不能同 A、C、D 和 F 段分开对待。在我看来，副词“一般”的意思是指在大多数的情况下和理论上如此；它的文法作用是强调地决定了主句中的内容。使用一个决定性的副词，这个咨询意见排除了任何其他解释，而如果使用“显然”、“或许”或者“无疑”等含意不明的副词时，就可能产生其他解释。最后，在这句话中使用的条件性语态的“是”表达了两个想法：一方面是一个或然性，也就是说，比起其他的界定词来，这个界定词说理较易；另一方面是一个假设，假设一种希望在将来永远不会发生的情况。这些理由产生了以核武器进行威胁或使用核武器的非法性的结论，在我看来，这只不过是肯定了实在法的现状。

没有直接的和明白提到核武器，不能作为证明、即使间接地以核武器进行威胁

或使用核武器具有合法性的理由。执行部分E段的第一句话排除了任何对这个非法性的一般性原则的限制。如果假定愿意是使“一般”这一副词具有怀疑含意,任何暗示这一非法性的范围可以修改的说法都经不起法律分析。当“一般”是作为一个量性副词时,则其自然含意就排除可以推论出合法性的想法,因为这与明文基本原则背道而驰。使用“一般”副词的理由仅是因为法院提出间接呼吁,注意咨询意见的对象中有人可能从理由第70、71和72段的分析。换句话说,咨询意见所申述的目前的法律需要巩固。没有具体提到核武器事实上引起外交、技术或政治上需要的考虑,而不是法理上的考虑。因此,为了肯定这个解释,似乎应对国际惯例进行法律分析。

有三项事实值得注意。第一,自从1945年的广岛和长崎的先例以来,没有再发生过类似的事件,虽然核武器威胁的阴影受到广泛的讨论;另一方面,核能的一般后果、特别是核武器的后果是如此严重,它向人道主义法和武装冲突法的根本基础提出了挑战。第二,记录中没有任何肯定核武器的合法性的原则;此处不需要强调核武器国家在为它们的态度提出理由时,是作为公认的法律上已确定的原则--以核武器进行威胁或使用核武器的非法性--的例外为理由的。第三,大会对核武器一贯采取的抑制的、甚至敌视的态度以及对核武器警觉的逐步扩大已经逐渐加强了管制核武器的法网,使对核武器的控制逐渐不属于拥有它们的实体,以便达到一个禁止核武器的司法状况。

这些事实导致了两点观察。第一,以核武器进行威胁或使用核武器的非法性原则已经逐渐在实在法中形成。对有关法律文书进行的详尽调查逐渐烘托出一个核武器应当被视为非法的原则的催化性效用。因此,对实在法的研究不应当限于纯粹是罗列目前的法律状况;正如常设国际法院在其就突尼斯和摩洛哥案中发出的国籍令所强调的,遵守国际法的问题要随着国际关系和思想而演变。法律现实主义主张接受一种看法,认为法学上对核问题的法律了解视态度和知识而演变,可是有一点却永远不便,那就是最后的目标是核裁军。从《联合国宪章》的法律演变也可以看出同

样的催化作用。例如,从关于非殖民化的法律和关于第二条第四项的法律可见,将有关原则认为属于司法纲领的看法最初几乎是一种异端。可是这种论点今天还站得住脚吗?难道同样的问题不能在生态和环境秩序的进展中提出吗?这类问题现在似乎凌驾于核问题之上,并且已经在实在法中加以详细拟定。现在已不容怀疑以核武器进行威胁或使用核武器的非法性。但是,对有些国家而言,困难在于这项原则还没有通过条约加以确立。这就是第二点观察所提出的问题。

第二,在某些关于使用核武器的法律制度的具体情况上保持沉默是否就真的排除了习惯法上将以核武器进行威胁或使用核武器视为非法?毫无疑问的是,在这种事关和平及人类未来的重大问题上,条约仍然是达到普遍裁军和核裁军的最佳途径。但是国际法特有的共识性不能够只限于签订合约或公约或以多数表决通过国际法条文决定。关于核武器的法律是国际法的一支,它具备一些起码道德上的要求,一种表现了国际社会所有成员所持的价值的要求。人类和文明的生存就是这种价值之一。这并不是以道德秩序取代实在法的法律秩序,诉诸一些更高的或者启示性的秩序。道德要求并不是法律条文或义务的直接与实际来源,但是它们代表一个框架,去探求和质问拟订条约取得共识的方法和规则。在人类面对的重大问题上,实在法和伦理的要求是共同的,而由于核武器的重大破坏能力,它属于这一类问题。在这种状况下,非法性是否是法律意见呢?对这个问题,法院的答复有些人可能认为不够明确,可是我认为不容质疑答复是肯定的多数的。

传统上,征求法律意见时,在审查事实与法律之间的关系时,事实先于法律:对事实的分析决定如何适用法律。但是,目前的协商程序中,这种关系是否还成立呢?法院实际上接到请求,要它在综合解释所有有关法律,决定以核武器进行威胁或使用核武器的是否合法之前,先回头去探讨为这些规范性法律奠定基础的第一原则(见下面第二部分)。换句话说,在法院目前处理的案件中,法律似乎先于事实而存在。法院考虑如何肯定在以法律意见的方式对惯例加以司法综合时,它当然非常严谨。但是,当法院越来越经常地诉诸于《宪章》中所提到的原则和国际组织的决议与法律文件

时,这是不是表示从连续性中寻求解决?《宪章》第二条第四项中所载原则的习惯法性质以及在“尼加拉瓜境内危害尼加拉瓜的军事活动和准军事活动”案中的习惯法性质,实际上都同过去的作法发生重大的分离。一而再地宣称到目前为止仅属于道德性质,但是极端重要的原则,难道不是表示,接受这些原则的不可逆转性似乎是必然的,乃构成一种恒久和统一的惯例的开端?一些重要的原则,如禁止灭绝种族、非殖民化的权利、禁止使用武力以及隐含法权理论,都是在这个具体考虑的基础上被纳入习惯法。本案也是基于这个信念,由于它一再被肯定而从来没有在原则上和事实上被否定,显示以核武器进行威胁或使用核武器的非法性原则已经被纳入习惯法。

**

**

**

E段的第二句话可能使人怀疑,法院是否曾经尝试对大会向它提出的问题给予一个明白的答复。支持咨询意见的理由所根据的论点都是在确定,国际法不禁止以核武器进行威胁或使用核武器。因此,问题是要决定,在处理大会提出的问题时,法院是否将它的立场取决于一个假设,那就是应当平等对待合法性原则与非法性原则的问题。在我看来,这个困难促使对所涉问题的根本目的作一个审查,然后再审查E段的第二句话。

大会决议中使用的措词的自然含意确定了问题的目的:国际法有没有在任何情况下核可以核武器进行威胁或使用核武器?当咨询意见同时、并且更重要的是在同一个立足点上、谈论“合法性或非法性”的问题时,它是否诚实地回答了这个问题?

我认为,问题的结构暗含了在问题的目的所涉的范围内对管制核武器的法律进行一次全面分析的要求。

若干代表团对大会提出的问题的结构表示不安,部分原因是这个问题是史无前例的,另外一部分原因是咨询意见的执行部分第一节中所处理的内容范围太广。

第一,问题的法律性质使法院有理由对大会的要求作出肯定的反应。但是,如果法院没有先对意见的了解提供线索,则法院所提出的司法上的答复就会令人迷惑,或者甚至觉得前后不一致。咨询意见应当首先对它对“法律问题”的稳含解释的含意详细说明。旧金山会议的筹备文件中极少谈到尝试为这个意义下定义。我们是否应当认为,它的含义是应当从直接想到的材料中取得,或者,我们是否应当把这个沉默当作法学家在面对“问题”的概念时感觉到的不安?

在全世界法学历史中,目前的协商程序的环境是独特的。大会的要求与一件国际争端或与由于对一个书面的、具体的法律规定的不同解释所产生的争端都毫无关系。在本案中,法院的工作实际上非常复杂。最后的结论或戏剧中所谓结局,是要法院从一个更高的规范性法则宣布肯定或否定一个行为、一项决定或者一件事实;但是,为了这么作,法院必须首先决定是否存在着一般性的和客观的规定(A和B段),然后肯定所举出并申述的各原则的法律性质。换句话说,借用Levi Strauss的话来说,大会是要求法院回答一个没有人问过问题。这类问题的内在困难在于法院在其所提出的理由和在其执行部分中想要给予这个答复的范围有多大(见第104段)。在本案,如上指出,法院对合法性和非法性问题的不同方面给予平等待迁,把注意力特别放在不曾禁止使用的问题上。

从文字上看,第49/75号决议并没有要求对以核武器进行威胁或使用核武器的是否合法或是否应予禁止提出法律意见。大会请法院回到第一原则和回到最广泛的命题,看这些原则或命题如何解释或如何质疑一种说法:在没有被接受的禁止这种行为的规定的时,则自由判断是正常的。对于这个问题的结构显然并不乏批评。认为这个问题本身有问题的论点是根据两个主要理由:第一,问题的显而易见或荒谬性质,因为它的答案无庸质疑:国际法中没有法律核准以核武器进行威胁或使用核武器;第二,这个被批评者认为显然是合理的问题,基于法院的司法性质,有可能导致无法接受的结论。法院一方面认为可以接受大会的要求(执行部分的最后一节),另一面方又不重组问题的结构(见第20段),尽管英文本和法文本之间存在着细微的差别,它因

此没有作创新的尝试。这个问题并没有质疑实在法,或者要求修改实在法,而也没有要求法院偏离它的司法职能,因为:

“法院...作为国际司法机关,承担了国际法的司法责任,因此,在一个属于《规约》第五十三条范围的案和任何其他案中,应当主动援引国际法中所有与解决争端有关的规定。法院自身有责任在法院的司法知识的范围内就案件的所涉情况确定和援引有关法律,从而建立或证明国际法的规定...”(《1974年国际法院判例汇编》,(英文本)第9页,第17段,和第181页,第18段)

这些考虑有助于增加对法律问题的概念的意义以及对法院在回答大会的问题时所采用的方法的了解,大会提出的问题实际上不至于把法院的答复限制在唯一一个可能上。

在详尽处理问题的所有方面时,咨询意见给予那个法律问题一个非常广泛的空间。一个问题代表一个主题,对此主题,有关规定的知识缺乏明确性。这个不明确性是由于有许许多多夸大的、相互矛盾的命题都同这个向法院提出的主题纠缠在一起。法院需要快刀斩乱麻,查清这些用司法术语陈述的命题,用法律意见来解释这些命题的规范性地位。显然这种协商的后果无可避免地会产生一个一般性的命题。

第二,决定接受大会提出咨询意见的要求,也就是执行部分中第一节的主题,肯定了法院对正式国际机构可以援用协商程序的权利给予了较宽的解释。世界卫生组织征求咨询意见的案子很可能仍然是不寻常的,即使不是独特的。就其本质而言,卫生组织第46/40号决议的目的不会引起批评,因为每个机构都判断自己的职权。但是,当所涉问题是要将法院的答复与执行初级保健的预防性功能之间建立任何条件关系时,则该专门机构是把条件关系取代了《宪章》、《规约》以及世界卫生组织的有关文书所设想的联系关系。由于所涉问题的目的实际上可以与本组织的功能分隔开来,使得法院根据其自己的《规约》无法行使其协商功能。该案同今天的咨询意见之间的关系并不是没有意义的;显然,同样的大多数的国家愿意让大会提出一个征求咨询意见的要求,而这项要求中具有一些能够让法院有理由拒绝回答的缺陷。

使合法的自卫应当依法。

E段所处理的是武装冲突中的法律和人道主义法,这是适用于以核武器进行威胁或使用核武器的第二类法律(见第34段)。关于武装冲突的法律已经是成文法,而所谓的马藤斯原则发挥备用的职能。

由此产生的是两个后果:第一,这个武装冲突法不能够被解释为包含着某些漏洞,足以作为一种勉强或至少存疑态度的理由;第二,核武器不能在武装冲突法的框架之外使用。既然没有国家支持没有法律制度的原则,则从法律观点出发,使用这些武器必须受到管辖武装冲突的法律的管辖。在这种情况下,就这个重要的问题而言,在武装冲突法中不应当对非法性原则的有效性存有任何疑惑。

就武装冲突法的实质而言,执行部分 E段的第二句话提出了一个例外于武装冲突法的可能性,它介绍了一个到目前为止在这一类国际法中前所未闻的观念,那就是:“国家生死存亡关头实行自卫的极端情况”。对此必须提出两点批评。第一,法律把《联合国宪章》的所有规定列在一边,把武装冲突法和特别是人道主义法列在另一边,E段只涉及武装冲突法,而自卫权利属于 C段。这里需要严密性和清晰性,它既没有在 E段之后分别列出一个之二段,又没有在讨论自卫的一般问题的 C段中列入“实行自卫极端的情况”。C段举出《宪章》的各项有权使用武力的情况(第二、四和第五十一条)。没有任何先天的规定禁止把自卫的法律放在人道主义法之前,包括使用核武器的自卫,这个困难导致了第二点批评。第二点批评是针对接受“国家在生存存亡实行自卫的极端情况”的观念。这个观念的意义无疑可以由字面的正常意义表达,可是它不足以作为法律上的理由。

在解释 E段第2句话时,主要的困难在于:对于适用人道主义法和武装冲突法时,“实行自卫的极端情况”的例外情况的真实性质。无论是本院或者任何其他司法的法律前例,或者任何理论,都没有权威肯定:在适用武装冲突法规则的一般状况与免除某一冲突方履行这些法律所规定义务的例外情况之间的差别。

如果这个差别必须存在的话,它只可能从起草这些文书的国家和这些文书签约

国的意图去推论。事实上,在就武装冲突法主要公约的谈判和缔结中故意不提到核武器问题,已经一再受到强调。因此,难以想象的是,这些全权代表怎么可能在制定武装冲突法的原则时会想出这么重要的例外情况。这些原则的本意是适用于所有冲突的情况,不特别考虑冲突各方的地位--无论它们是受害者或侵略者。如果曾经设想例外准许的情况,则这些文书的作者可能会提到这种例外,例如在他们普遍适用中加入一些限制或例外情况。

本院所建议的区别。必然会难以予以适用,并且最后只会使一个本来着难以用法律处理的问题更为复杂。Schachter曾经拟了一份清单其中列举的不是侵略问题,而是一个国家声称自卫特权的情况如下:

- “1. 为了打救相信是随时面对死亡或受伤危险的政治人质而使用武力;
2. 声称行使自卫权利的国家对外国境内的官员或设施使用武力,理由是它相信其国民受到后者所支持的恐怖主义行动的攻击;
3. 对一个已宣布有敌对意图的国家相信会立刻发动攻击的部队、飞机、船舰或设施使用武力;
4. 对一国政府或军队施以军事报复,以阻止采取这种行动的国家再度发动攻击;
5. 对一个向第三国境内的反叛者提供武器或技术援助的政府使用武力;
6. 一个声称自卫的国家以受到第三国的威胁为理由,对一个允许其领土被第三国军队利用的政府使用武力;
7. 在集体自卫(或反干涉)的名义下,对一个由外国力量所扶植并受到其许多本国人民大规模武装反抗的政府使用武力。(O. Schachter, “法治之外的自卫”, A. J. I. L., 1989, (英文本)第271页。)

问题是,如何决定哪一类国家有理由(即)濒临生死存亡关头需要自卫的极端状况国家可以诉诸终极武器和让人道主义法和武装冲突法停止生效。这个问题的答案必然是否定的:每一个冲突方遵守于武装冲突适用人道主义法的义务决不因为自卫

而停止；这个义务独立于侵略者或受害者的地位而存在。此外，本院没有收到任何证据显示一种“干净的核武器”的存在，而各国的论点实际上只是，使用核武器的合法性与人道主义法之间如何兼容确有问题。我认为，这些批评剥夺了“需要自卫极端情况”为例队的一切逻辑和司法基础。

但是，我对法院的尊重使我必须承认，联合国的主要司法机构不是不知道这些批评或者司法界、法学界必然会提出的责难。但是我仍然相信，在这一决定中所有内容的相互密切关连性使得 E段的第二句话必须在 C段的框架内解释。必须承认的是，归根到底，国际法院确切肯定的是，不能设想合法自卫的权利并在法治的范畴以外行使。C和E段界定了行使这个权利的法律限制，其条件是，在 C、D和E段的范畴内，行使自卫权利的合法性实际上非常不可能。但是，最重要的一点是，法律保证的次序。E段没有对这种极端情况的合法性与非法性作出规定；它因此将是否可能预先界定或预先决定合法性或非法性问题撇在一边。答案必须具体的参考前面 C和D段中所提到的情况。这个结论必须加以强调，因为如果国际法院只讨论了间接合法性的这一种解决办法，则第二句话就否定了第一句话中的目的。由于同时讨论这个问题的两种方面，就国际法而言，国际法院打开了对非法性和合法性问题进行讨论的大门，如纽伦堡法庭所已经指出：

“如果国际法有一天能够付诸实施，则在声称自卫的情况下采取行动实际上是属于侵略性或自卫性，最终都必须接受审查或法律判断。”(O. Schachter, 同上., (英文本)第262页)

这个复杂的说法明确地限制了片面行使合法自卫的权利。此外，法院保留了其明确的答复，因此原则上创造了一个可能的任务范围，而这是过去由于单方面的限制和否决权的双重机制而无法想象。但是，问题所涉的困难并没有促使法院去同意一种主张，把国家生存的需要处于最高地位，超越遵守武装冲突中的适用国际人道主义法的义务。

总结来说，如果 E段的两个句子分在两段，我将毫不犹豫地投票赞成第一句话；并

且,如果法院的《规约》和《规则》允许的话,我将对第二句投弃权票。将这两句话联合在一起使我本着良知投票赞成全段,因为法律的根本精神是安全,而禁止核武器是所有人的责任,法院根据法律,对国际生活的每一个问题和每个行动者提出探究,从而作出它的绵薄贡献。我希望没有任何一个法院将需要根据 E段的第二句话作出裁决。

雷蒙德·郎热瓦(签名)

(原件：英文)

弗莱施豪尔法官的个别意见

我投票赞成咨询意见第105段中本院所有的结论，虽然这些结论对于大会问法院的问题并没有提供完全而清楚的答复。本院结论的不完全和模糊——特别是关键的第2.E点——反映了必须处理以核武器进行威胁或使用核武器在国际法上是否合法的问题时人和机构所面临的严重两难。目前，国际法仍然在设法解决，而尚未克服的一个两端现象，一方面是武装冲突中适用的国际法，特别是人道主义法的规则和原则，——正如法院在其意见第95段所说——使用核武器与上述原则和规则看来毫不相容；另一方面是每个国家作为主权平等问题所拥有的固有自卫权利。如果一个国家成为核武器、化学或细菌武器攻击的受害者，或者其根本生存受到致命威胁，而又完全排除使用核武器作为集体或个别自卫的最后合法选择，则其基本权利就受到严重限制。

1. 在比较详细地解释我的意见时，我首先要说，我认为，法院在其推理上认为人道主义规则和原则适用于核武器(第86段)及其结论所说

“以核武器进行威胁或使用核武器也应该符合适用于武装冲突的国际法的规定，特别是国际人道主义法的原则和规则的规定……”(结论第2.D点。)

是正确的。其所以如此，是由于那些规则和原则的内在人道主义性质，尽管它们是在核武器发明之前很早就基本形成了。这个结果也不因日内瓦会议而改变，日内瓦会议是在国际核武器的局势出现之后举行的，并且在1949年8月12日通过了关于保护战争受害的四项《日内瓦公约》，以及1977年6月8日公约的第一议定书，日内瓦会议并未特别讨论核武器。同样地，武装冲突中适用的其他法律原则，例如中立原则，也是在核武器出现之前很早就形成了。

2. 武装冲突中适用的人道主义法的规则和原则是——如同法院所说(第95段)——表达“以人类为至高无上的考虑”，为国际法的基础，国际法应予支持和捍卫。人道

主义规则和原则提醒各国,不论使用何种武器,尽管在战时令人遗憾地有平民不可避免地丧生,平民绝不可以成为攻击的目标。就战斗人员而言,也不可以使用造成不必要痛苦的武器。同样地,尊重未参与武装冲突各国的中立,是国与国之间良好关系的一个关键因素。在许多方面,核武器否定了武装冲突中适用的法律的基本人道主义考虑以及中立原则考虑。核武器不能区分平民和军事目标。它造成难以衡量的痛苦。它放出的放射线无法尊重一个中立国的领土完整。

因此,我同意法院在结论第2.E点第1段内的结论说:

“以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则”。

3. 法院正确地看到,大会向它询问的问题的答案,并不只是在于它的结论认为以核武器进行威胁或使用核武器违背了武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则。通过在结论第2.E点第1段内所用的“一般”一字,并且通过在该点增列第2段,法院指出了适用于或可能适用于它关于使用核武器和人道主义法之间不可相容的结论的限制条件。“一般”一字限制了结论;并且按照第2段,

“鉴于国际法的现状及本院所掌握的种种事实,法院无法确定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下,以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法或是非法”。

用一个简单声明来终结,说诉诸核武器将违反武装冲突中适用的国际法,特别是违反人道主义法的原则和规则,那就是表示,武装冲突中适用的法律,特别是人道主义法,是优先于个别或集体自卫的固有权利,该项权利是每个国家因主权平等当然拥有的并明确保留在宪章第五十一条内。之所以如此,是因为,如果一个国家是另一个国家全面攻击的受害者,威胁到受害国的根本生存,则个别(如果受害国是一个核武器国家)或集体(如果受害国是一个同核武器国家结盟的非核武器国家)诉诸以核武器进行威胁或使用核武器自卫,对受害国来说,可以是除了放弃自己和投降之外的唯一最后选择。如果是受到核武器、细菌或化学武器的攻击,则情况尤其如此。的确,受到

《宪章》第五十一条所保护的自卫的权利并未指出是以何种武器(意见讨论的第39段)。然而,如果采取这样的方式乃是受害国按照《宪章》第五十一条能够行使其权利的最后可行途径,则在任何情况下都禁止寻求以核武器进行威胁或使用核武器为一个合法选择,就等于是禁止进行自卫。

因此,我认为,等于是造成这样否定的结果并不是正确的法律声明;国际法中并没有任何规则规定在互相冲突的原则中,一项原则优先于另一项原则。攻击国本身是在违背国际法的情况下采取行动,这个事实并不会改变该情况。按照第五十一条的规定,诉诸安全理事会,本身也不能保证问题的立即有效解决。

4. 不错,结论第2.E点的限制因素是由国际法院以犹疑、模糊而犹豫的词句所表达。第2.E点的第1段并没有解释“一般……都是违反武装冲突中适用的国际法规则”(着重线为新加)应该如何理解,第2.E点第2段的文字则避免采取立场地说:

“鉴于国际法的现状及本院所掌握的种种事实,对本院无法确实断定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器,究竟合法还是非法”;

法院在讨论其意见导致第2.E点的主要结论的限制条件时,其推理也不清楚。就结论第2.E点第1段中的“一般”一词而言,法院在其意见第95段中的解释,是限于下列声明:

“本院认为它没有充分的条件使它能够确实地断定,使用核武器在任何情况下必然违反武装冲突中适用的法律原则和规则”。

导致第2.E点第2段的讨论,见第96段。那些讨论举出《宪章》第五十一条、称之为“威慑政策”的国家做法,以及某些核武器国家对于它们所做承诺的附加保留,特别是对《特拉特洛尔科条约》和《拉罗通加条约》的议定书的承诺,以及它们就延长不扩散核武器条约所的声明的承诺(意见第59段)。法院以犹疑的词句来表达结论第2.E点中的限制条件,在我看来,显示出法院在大会向它询问的问题上被带入法律和道德困难的领域。

5. 但是,法院由于在讨论其意见及其结论的第2.E点中,承认了限制条件的可能性,使得我能够投票赞成法院结论的特别重要的那一点。但是,我认为法院可以更进一步。我对此的看法如下:

人道主义法的原则和规则以及其他武装冲突中适用的法律原则,例如保持中立原则和固有的自卫原则,这两原则由于核武器的存在而彼此尖锐对立,但都是法律的原则和规则。任何这些原则和规则都不是超乎法律的,它们在法律上是同等级的,它们也能由法律来改变。它们是可证明有理的。然而国际法迄今尚未制订——在协定法和习惯法中都没有——一个关于这些原则在面临核武器的情况下如何协调的规范。我已经在上面指出(本个别意见第3段),没有任何规则规定,这些原则和规则中,一项优先于另一项。国际政治也尚未产生一个如此圆满的集体安全制度,能够迅速而有效率地照顾到这个两难。

由于它们的相同等级,这表示,如果有需要,就必须找到相互冲突的原则和规则之间的最小公分母。这又表示,虽然诉诸核武器同武装冲突中适用的人道主义法以及中立原则毫不相容,采用这样的武器,在个别和集体自卫的极端情况下,却可以成为一个合理的合法选择,因为以核武器进行威胁或使用核武器是对抗核武器、化学或细菌武器的最后手段,否则就会威胁到受害国的根本生存。

如果在缺乏调和相冲突的法律原则和规则的协定法或习惯规则的情况下,要承认法院根据《规约》第38条(“一般法律原则为文明各国所承认者”)所必须援引的第三类法律中,包含一项原则,任何法律制度都无权要求自我放弃、自毁它的一个主体,那么就得出同样的结果。我认为可以很有理由赞成这项原则可适用于所有现代法律制度,因此也适用于国际法。

在这两条推理当中不论是遵循哪一条,在我看来,最小公分母是解决核武器在武装冲突中适用的法律和自卫权利之间的冲突的指导因素,这个结果又由在所有冷战年代中核武器国家所实施的威慑政策以及非核武器国家实际上支持或容忍该政策所发挥的重要作用,而获得确认。即使在冷战结束之后,威慑政策尚未完全放弃,至少

是为了维持核武器国家间的均势以及为了阻止非核武器国家获得核武器,以核武器威胁或使用核武器。核武器国家已经觉得必须在冷战结束后继续对它们所提出的保证采取一些保留,特别是对《特拉特洛尔科条约》和《拉罗通加条约》(意见第59),并且在它们就无限期延长不扩散条约时提出的声明内加上类似的保留。这些保留受到有关的非核缔约国的容忍,并且在无限期延长不扩散条约方面也受到安全理事会的容忍。当然,法院本身已经表示(北海大陆礁层案,判决《国际法院判例汇编》,1969年,第3页,(英文本)第44页)。众多国家在长时期习惯采取的行动或态度,并不每一样都是决定法律状况的有关做法。法院说:

“有许多的国际行动,譬如在典礼和礼宾领域,几乎是不变地照做,但只是出于礼貌、便利或传统的考虑,而非出于任何法律义务感。”(同上)

但是在威慑政策内所体现的做法是特别基于个别或集体的自卫权利,对于安全保证的保留也是如此。支持或容忍该政策和那些保留的国家也认识到这一点。安全理事会在通过第984(1995)号决议时,也认识到这一点。因此,在威慑政策,在对安全保证的保留以及对保留的容忍所显示的做法,法律意义上必须视为国家做法。

6. 但是,要使得诉诸核武器合法,不只是情况必须极端严重,而且行使自卫权的合法性一般所依赖的条件也永远必须满足。正如意见所明确表示的(第41段),这些条件包含必须有相称性。必须符合相称性原则却绝不能先验地排除诉诸核武器;正如意见所说(第42段):“因此,相称性原则可能本身并非在所有情况下都排除使用核武器。”因此,考虑某一个以核武器进行威胁或使用核武器的个别情况可能为合法的幅度是极为狭窄的。

目前的国际法情况并不允许更准确地在诉诸核武器的非法性与合法性之间加以区分。

7. 长期来说,核武器的发明所引起的关于世界各国在最高价值和最基本需要之间的冲突的解决答案,只能够是依赖有效地减少和管制核军备,以及加强集体安全体系。这是为什么我支持意见的结论中的第2.F点:各国有普遍义务去真诚地进行谈

判并且导致在严格有效的国际监督下实行所有方面的核裁军--虽然严格说来,这个声明超出了向法院提出的问题范围。

卡尔-奥古斯特·弗莱施豪尔(签名)

(原件：英文)

施韦贝尔副院长的反对意见

不同于本法院历来的任何案件，这次的诉讼程序在国家惯例同法律原则之间呈现了巨大的紧张。因此更重要的是不要混淆了我们现有的国际法同我们需要的国际法。本院的意见基本上通过了这一考验。基本上我对本院意见虽非全部但对大部分同意，因此在这篇意见中只提出自己的不同看法。尽管对法院的主要及最终裁定深感不能苟同，但对于不得不提出反对意见仍觉遗憾。

问题的本质在于，五十年来各国的做法没有阻止、并且在一定程度上支持了在某些情况下以核武器进行威胁或使用核武器的合法性。同时，一切武器，包括核武器的使用则应遵守先于该做法的国际人道主义法的原则。要在核武器的使用--无论如何某些使用--同这些原则的适用之间取得调和是极端困难的。

克服做法与原则之间矛盾的一种方式 是抛开做法。那些主张在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器皆属非法的人就是持这种态度。另一种方式是抛开原则，而主张国际人道主义法的原则并不管核武器。但各国，包括核武器国家，皆不这样，在这次的诉讼程序中也不应如此。这些原则--基本上是使用武力的程度的相称性，对战斗人员与平民适用武力的区别性，和避免战斗者受到非必要痛苦--都是核时代以前演进的产物。它们不易适合使用具有核武器特性之武器的情况。同时，事实上核武器国家及其盟国已成功地抗拒了对核武器适用进一步不断发展的人道主义法律；缔结1949年《日内瓦公约》的会议及其1977年《附加议定书》的会议的记录便确立了这个事实。然而，认为这些武器的发明发生于基本原则形成之后因而不受这些原则支配的主张却会破坏国际人道主义法律。也不能认为国际社会订立这些原则的意思是排除其适用于以后发明的武器。《马滕斯条款》意味着正相反的意义。

在考虑到做法与原则间的断层可以弥缝到何种程度之前--法院意见便是在进行弥缝--理应就其内容提出意见。

国家做法

国家做法显示,核武器被制造并部署已历约50年,其部署便暗含着可能使用的威胁;国际社会经由条约和经由联合国安全理事会的行动,不是禁止在所有情况下以核武器进行威胁或使用核武器,而是事实上承认或可说在某些情况下可能使用或威胁使用核武器。

核武器国家数十年来不仅毫不讳言地使用人力、财力制造、保养和部署核武器。它们还肯定表示在某些情况下合法地有权使用核武器并威胁要使用。它们威胁使用核武器的方式有:以铁的事实及无情的暗示显示其拥有和部署核武器;保持一年365天,每天24小时随时可发射核武器的姿态;拟订并有时公开宣示其战略和战术的军事计划;同时在有限的几次国际危机中威胁使用核武器。在威慑的理论与实践,威胁可能使用核武器更是自然应有之意了。

这种核做法并非那些个别的、次要的、顽固的反对派的做法。更不是微不足道的小国政府在不利的国际舆论压力下旷野中呼喊。这是五个世界大国,安全理事会常任理事国的做法,将近50年来一直得到它们的盟国和其他在其核子伞底护下的国家显著的支持。换言之这是一种国家的惯例--是许多而且是受国家支持的惯例--其总和代表世界军事、经济、金融和技术的大部分力量和世界人口的极大部分。这种惯例已为国际社会所承认、适应、并在某种程度上被接受。被接受的程度虽然暧昧但非毫无重要性。显然的是,基于部署核武器而定性的同盟结构接受了在某些情况下使用核武器的合法性,但较为不明显的是,不扩散条约的影响,和核武器国家提出的消极的与积极的安全保证的结构,以及安全理事会根据该《条约》对这种保证的接受是,以及核武器国家在遵守关于拥有、部署和使用核武器的各项区域条约时的保留。

不扩散核武器条约

1968年缔结并于1995年由175个缔约国无限期延长的《不扩散核武器条约》是一项极为重要的条约。在第1条中“条约各核武器缔约国担允不将核武器…或其…

控制让与任何领受者“亦不协助”任何非核武器国家制造或以其他方式取得核武器……”。在第二条中,各非核武器缔约国担允不接受并不制造核武器。第三条规定,各非核武器缔约国接受依国际原子能总署商订的保障事项以期防止核能自和平用途移作核武器之用。第四条保留全体缔约国发展和平利用核能的权利,第五条规定,核爆炸的任何和平使用的潜在惠益将提供给该条约的非核武器缔约国一体享用。第六条规定:

“本条约各缔约国担允诚意谈判,订定关于早日停止核武器竞赛与关于核裁军之有效措施,以及在严格有效国际管制下普遍彻底裁军之条约。”

第七条规定:

“本条约并不影响任何国家集团为确保各该集团领域内根绝核武器而缔结区域条约之权利。”

第八条是一修正条款,第九条规定,条约应开放给所有国家签署,该条约所称核武器国家是指“于1967年1月1日以前制造并爆炸核武器或其他核爆炸器械的国家。”第十条是一项非常的退出条款,也规定了召开缔约国会议以延长该条约。

因此,不扩散条约是关切核武器的拥有而非使用。它确立了核武器拥有国、未拥有国之间的根本区分以及两者责任的平衡。它承认在没有规定完全禁止核武器领土内出现核武器的可能性。条约中完全没有批准或禁止使用或威胁使用核武器。然而《条约》承认了五个核武器国家拥有核武器的合法性,无论如何直到达成核裁军以前是如此在1968年以及在1995年恶名昭著的是,这种拥有核武器的特点是发展、改良、保养和部署数千枚核武器。如果核武器不保养它们会比不拥有更危险;如果不作部署,拥有的效用便会大受影响,一个国家一旦拥有、保养、部署核武器及其运送工具,它便使自己具有威慑的姿态。

那么,这种拥有核武器的做法有何意义呢?核武器国家拥有核军备并非毫无目的。它们耗费巨资发展和保养;它们以运送载体去部署;它们一再宣告并使人知道在某些情况下会加以使用。它们实行威慑政策,在《不扩散条约》缔约时全世界就得

到这种警告,今天仍得到警告,威慑政策同一般性地威慑使用核武器并不相同。但如果威胁可能使用不是必然产生威慑的话,威慑便不成其威慑了。如果在达成核裁军以前五个核武器国家的拥有是合法的;如果威慑的重点在于拥有;如果威胁的重点在于威慑,那么顺理成章地,国家做法--包括其条约的做法--当然不绝对禁止以核武器进行威胁或使用核武器。

因此《不扩散条约》体制的成为不仅是非核武器国家默许五个核武器国家拥有核武器的现实。正如联合国代表在口头听证中说的“不扩散条约的整个结构...即假定缔约国并不认为在一切情况下都是禁止使用武器。”的确,大多数非核武器国家默许五个核武器国家拥有核武器的事实--以及此一事实的不可避免的影响--同时是伴随着强烈的抗议和权利的保留,这可见于大会历届的决议。如果说这里的默许就是以法律意见确立了以核武器进行威胁或使用核武器的合法性,可能太过分。但这条约--以及国家做法--的确取消了相反的法律意见的可能性。此外,须知权衡的尚不止于截至目前所述的做法和《不扩散核武器条约》的影响。

安全理事会核可的消极与积极的安全保证

在1968年缔结《条约》及1995年该《条约》的无限期延长时,1968年有三个核武国家,1995年有五个核武国家,向《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国提供了消极与积极的安全保证。安全理事会1995年4月11日一致通过了五个核武器国家为共同提案国的第984(1995)号决议,

“安全理事会,

.....

确认《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国有获得安全保证的合法利益,

.....

考虑到无核武器国家的合理关切,即在它们加入《不扩散核武器条约》的

同时,应当采取进一步的适当措施确保其安全,

.....

又考虑到按照《联合国宪章》的有关条款,任何使用核武器的侵略行为都会危及国际和平与安全,

1. 赞赏地注意到每个核武器国家的声明.....,其中作出了不对《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国使用核武器的安全保证;

2. 确认《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国有获得如下保证的合法利益,在这类国家遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁时,安全理事会,首先是其核武器常任理事国,会立即按照《联合国宪章》的有关规定采取行动;

3. 又确认《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国如果遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁,任一国家均可将此事立即提请安全理事会注意,使安理会能按照《宪章》规定采取紧急行动,向此种侵略行为的受害国或受到此种侵略威胁的国家提供援助;并确认安全理事会的核武器常任理事国立即提请安理会注意此事,并要求安理会采取行动,按照《宪章》向受害国提供必要援助;

.....

7. 欢迎某些国家表示有意按照《宪章》向任何遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁的《不扩散核武器条约》无核武器缔约国提供或支持提供紧急援助;

.....

9. 重申《宪章》第五十一条确认,联合国任何会员国受到武力攻击时,在安全理事会采取必要办法,以维持国际和平与安全以前,有单独或集体自卫的自然权利;

.....”。

十分明白的--特别是列入执行部分第9段--是,安全理事会,在执行部分第1段“赞赏地”注意到核武器国家的消极安全保证,并在执行部分第7段中欢迎核武器国家“表示有意”提出的积极安全保证,这就是接受了以核武器进行威胁或使用核武器的可能性,特别是要协助无核武器国,以第7段的用语即是“任何遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁的……缔约国”。

从四个核武器国家,除中国外,提出的大致相同的片面安全保证可以看得更加明白。它们明白表示考虑在特定的情况下使用核武器。它们暗示不排除对另一核武器国家(或不是《不扩散核武器条约》的缔约国)使用核武器,并明白表示不排除针对行动违反不扩散核武器条约义务的无核武器的核国家使用核武器。

例如,美国重申它将不会针对不扩散条约的无核武器缔约国使用核武器,

“除非该无核武器国与一个核武器国联合或结盟,对美国…美国武装部队,美国的盟国或美国有安全承诺的国家进行或支持入侵或其他攻击”。

此一例外清楚地设想到在特定的例外情况下使用核武器。美国的保证又加上:“不扩散核武器条约缔约国必须遵守”“依照条约所规定的义务”以便“符合信守条约获得任何权益的条件”。美国进一步“确认其有意”向“任何遭到使用核武器的侵略或受到这种侵略威胁的无核武器国家提供或支持提供紧急援助”。它重申“如果一个联合国会员国受到核武装进攻,包括核武器进攻……”根据《宪章》第五十一条拥有单独或集体自卫的自然权利。美国的这种申明--以及安全理事会的一致接受--显示核武器国家已宣示了它的合法性,同时安全理事会已接受了在某些情况下以核武器进行威胁或使用核武器的可能性。

其他核条约

正如本院的意见中所述,除不扩散条约外,还有一些条约限制取得、制造和拥有核武器;禁止在特定地区部署或使用;并规范其试爆。这些条约的谈判和缔结唯有在国际社会尚未以条约或习惯国际法全面将任何情况下拥有、以其为威胁或使用核武

器均定为非法时才有意义。如果这些条约的主要内容已经是国际法,如同某些人所论证的,已经是绝对法,为何缔结这些条约呢?

明显的,没有全面性的条约禁止在所有情况下以核武器进行威胁或使用核武器。但是有一种论证认为,这种彼此无关的制订条约活动的总体却显示必然出现的法律意见是赞成将以核武器进行威胁或使用核武器全盘非法化;纵使数十年前核武器未被非法化,但经由这些条约和联合国大会的决议的累积,今天已被定为非法,或者可以说是即将定为非法。

这种论证的理由十分薄弱也是一望可知的。我们真的能假定,近几个月来,核武器国家加入《拉罗通加条约》的议定书建立南太平洋无核区是因为它们相信,在那里和在其他地区,以核武器进行威胁或使用核武器在所有情况和所有地方都已被非法化了吗?我们真能相信,近在1995年12月15日,在曼谷,各国签署《东南亚无核武器区条约》,以及1996年4月11日,非洲国家费了许多力气在开罗缔结条约建立非洲为无核武器区是基于一种了解,即由于新出现的法律意见,习惯国际法已要求世界所有区域成为无核区?

情况正好相反,有关核武器的各种条约肯定了上述做法的意思是:以核武器进行威胁或使用核武器并非--当然尚未--在一切情况下都被条约或习惯国际法禁止。这一点,在1967年2月14日的《拉丁美洲禁止核武器特拉特洛尔科条约》以及五个核武器国家加入该条约的《附加议定书》的声明中更显明白。加入的所有五个核武器国家都承诺不对条约缔约国使用或威胁使用核武器。但它们的承诺都有在某些情况下,如法院意见上述第59段中所述,可能使用核武器的条件。《特拉特洛尔科条约》的缔约国无一反对五个核武器国家的声明,这就说明了条约的缔约国承认了在某些情况下使用核武器的合法性。

大会的决议

法院在其意见的结论中表示,大会关于核武器一连串的决议“仍未确定存在着

使用这种武器的非法性的法律意见”。我认为,这些决议并未开始这样作。1961年11月24日第1653(XVI)号决议是划时代的决议,宣布使用核武器是“直接破坏《联合国宪章》”。“是有违国际法和人道法则”,任何国家使用核武器即被视为犯“危害人类及其文化罪”。决议的结论有关前后不一贯,要求协商,以确定是否可能举行一次会议,签署禁止在战争中使用核武器的公约。第1653(XVI)号决议以55票对20票、26票弃权,获得通过。五个核武器国家中的四个投了反对票。其后的一些决议不顾这种强烈、持续而有重要性的反对,以不同的多数表决获得通过。如第36/921号决议规定:“应…禁止使用或威胁使用核武器”。这些决议所获多数票的增加并不大,因为在某种程序上是联合国会员藉数目增加造成的长期的反对意见包括代表着世界军事和经济力量和占人口重大比例的国家,足以剥夺各决议的合法权威而有余。

大会并无权力制定国际法。大会关于核武器的决议没有一项是现行国家法的宣告大会只有在其决议真正反映国际法的现状时,才能通过宣告国际法的决议。如果一项决议的目的是宣告国际法,如果决议是一致(或在质上与量上实际上一致)通过,或协商一致通过,如果它也符合国家做法,那么它可能是宣告国际法。第1653号等决议便是不能达到这些标准的明显例证。虽然它有成为宣告性国际法(然而它呼吁进行协商,以便可能缔结条约禁止其所宣告的武器)但不仅未反映国家做法,而且如前所述的正与其相冲突,这项决议有四十六国投反对或弃权票,包括大多数核武器国家,主张以大会大多数会员国赞成即可“宣告”国际法,对抗那样大量的国家做法或凌驾这么多国家的反对,是不能令人信服的。这些决议也不能作为对《联合国宪章》原则或条款的权威解释。《宪章》中没有一个字涉及特定武器、涉及核武器、涉及战时法,宣称使用核武器违反《宪章》是对《宪章》的创新解释,不能当作是将《宪章》的原则或条款的权威解释,产生在国际法下对国家有约束性义务。最后,大会这样的重复决议并不能像法院所说的,产生“初生的法律意见”而只显示出它并非为此。大会的许多重复决议面对长期和重大反对,只以能显出它形成法律的无效

性，一如它在实际上的无效性。

国际人道主义法的原则

尽管不难得出结论认为国际人道主义法原则--尤其是，使用武力的相称性，军事人员与平民目标的区分--约束核武器的使用，但不能推定容易援引这些原则援引来裁判“在任何情况下”以核武器进行威胁或使用核武器。情况系属极端时，原则的适用较为清楚，但在情况处于可能与不可能使用的中间地带时，便不那样清楚。

一个极端情况是，对敌方城市和工业大量使用战略核武器，这种所谓“打击财富”的使用(以区别于仅直接对敌方核武力和核装置的“打击能力”)可以造成巨大的伤亡，有时可达数百万；同时，除了直接受到核武器高热与爆炸之伤害外，还有辐射散布造成的大量伤害，许多也是致命的。这种核武器的大规模“交火”可能毁灭不仅是许多城市，甚至是许多国家，而许多大洲，或全球，既使不是立即也会因核尘的长期影响成为不能居住的不毛之地。绝不能接受某种规模地使用核武器竟成为合法，因为这种使用将会--或可能会--造成数百万人在滥伤的浩劫中和大面积落尘中大批死亡，在时间与空间留下深刻后患，造成全球许多地方或全部不能居住。

另一极端情况是针对单独的军事或海军目标使用战术核武器，因为位置分离，不致造成很大的平民伤亡。例如，使用核深水炸弹去摧毁一艘正预备发射核导弹或已发射了一枚或数枚核导弹的核潜艇便很可能是合法的。在这种下使用核深水炸弹将不会引起直接的平民伤亡。将轻易地符合相称性的标准；潜水艇导弹可能对目标国人口与领土造成的损失将无限地超过对潜艇及其乘员的毁灭。潜艇被核武器毁灭会在海中产生辐射，但远少于其导弹发射后在陆地及空中产生的辐射。使用传统深水炸弹则不能确保是否能成功达成使命；核武器的强大威力可确保摧毁潜艇，但传统的深水炸弹便可能作不到。

介于上述两者之间的情况是，使用核武器摧毁在沙漠中的敌军，在某种情况下，这样作用核武器可能符合区别对待与相称性的标准；在其他方面便不是如此。凡使

用核武器便必然是杀伤过当的论点会引起一些令人不安的问题。英国检查长在本法院的口头诉讼程序中就此问题说：

“如果谈到“杀伤过当”，那么问题是：与什么相比不相称？答案必然是“与加于受害国的威胁比”。应要根据威胁来衡量相称性。所以必须检查所有的情况，特别是威胁的规模、种类和地点，如果认为，任何防卫性使用核武器必定是杀伤过当，不论对使用这种武器的国家的安全与生存的威胁有多么严重，那是完全无理的，这也意味着核武器批评者的一种专断的假定，即他们能在事前就断定，不论何种威胁，包括核威胁、化学或生物武器的威胁，均不值得动用任何核武器。如果侵略者的打击足够强烈，其受害者即丧失使用其自卫并扭转劣势的唯一手段的权利，这当然是不对的。这样就不成其为法治了，这变成了侵略者有理了。”

法院意见本身十分审慎地对待关于在具体情况中适用国际人道主义法原则的问题，它证明，在本案中国家做法与法律原则之间的紧张关系是从未前有的，因此有一种不能肯定的情况。它在答复第2E段中结论认为：

“根据上述规定，以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则，特别是国际人道主义法的原则和规则。”

这项结论虽不够准确，却是不无道理的。从以上引证可知，使用核武器是与适用于武装冲突的国际法规则，特别是人道主义法原则与规则是极不能相容的。但这绝不是说，使用核武器在任何情况下都必然地不可避免地与国际法规则相冲突，正相反，正如执行部分中所承认的，虽然“一般”可能是如此，但在某些情况下可能不是如此，要看情况而定。

自卫和国家生存的极端情况

刚才引证的2E段的第一段后面接着的是法院的最后、最重大--而且极为引起争议的--对本案的结论，这个结论在法院院长投票后以微差通过：

“然而，鉴于国际法的现状及本院所掌握的种种事实，本院无法确实断定，一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法或是非法。”

这是国际法院作出的令人吃惊的结论。尽管事实上其《规约》构成《联合国宪章》的“组成部分”，尽管《宪章》第二条，第四项和第五十一条中有全面和明确的条款，法院仍然对我们时代中以核武器进行威胁或使用武力的最重大问题作出了没有意见的结论。在“一个国家生死存亡关头实行自卫极端情况”下，法院发现国际法无话可说因此法院无话可说。法院经过许多个月痛苦的评价，发现一片空白。临到国家的最高利益问题，法院竟舍弃了二十世纪的法律进展、撇开《联合国宪章》的条款--它是联合国的“主要司法机关”以现实政治的味道，对现代国际法中的最重要规定竟宣告其矛盾态度，如果这就是它的最后结论，法院还不如采取其无可怀疑的酌处权，不发表任何意见。

无论是权威的法律理论(如1933年 Lauther Pacht 在“国际社会中的法律功能”内明确阐述的)或本院的先例，均不允许对“案情不明”申述原则，更不允许对这样根本性质的问题这样申述原则，或未能申述原则。Lauther Pacht 十分適切地(从后来的事实可见是有先见之明地)写道：

“自卫权的内容同主张自卫权高于法律而不服法律评价这两者之间没有丝毫关系，这种主张是自相矛盾的，因为它声称是根据法定权利建立的，却同时又要切断与法律规范和评价的关系。正如同任何其他涉及重大问题的争端一样诉诸自卫战争的权利本身便是可以交付司法裁决的问题……”(英文本第180页)。

的确，常设国际法院《规约》的起草者起草《规约》的第38条条款--本院《规约》的第三十八条仍然沿用不变--是为了(引证法学家咨询委员会主席的话说)避免陷入“特别是案情不明的绝境”。为此他们通过了Root-Phillimore提案，授权法院不仅可援引国际公约和国际惯例而且可援引“为文明各国所承认的一般法律原

则，”（常驻国际法院，法学家咨询委员会，《委员会议事录，1920年6月16日至7月24日，海牙，1920年（英文本）第332,344页，又见第296页）（“针对这种可能性必须定立规则以避免法院虽缺乏可适用的规定而宣布自己无能为力（案情不明的可能”）第307-320和336页（举出一般原则“是对案情不明的可能性所必要的”）。

不但为此，当代发生的许多事件不但不能用来为本院的没有结论作辩护，反证明在非常情况下以核武器进行威胁或使用核武器的合法性。

沙漠风暴

最近发生的关于使用核武器的最有效威胁发生于“沙漠风暴”的前夕。这次的情况值得说明，因为这很显著地证明，令人知道以使用核武器为威胁不仅十会合法而且非常应当。

伊拉克，由于侵略和并吞科威特，以及并发的严重破坏国际人道主义法，受到安全理事会谴责，它曾表明它将动用大规模毁灭性武器。伊拉克不久前曾对伊朗的军队多次大量地使用毒气而收到巨大且可能是决定性的效果，伊拉克甚至对其本国的库德族公民使用毒气。没有理由相信，法律或人道主义顾忌会阻止其对敌对的联盟部队使用大规模毁灭武器——主要是化学武器、也可能生物武器或核武器。它又违反不扩散条约缔约国的义务异常努力从事制造核武器。

1996年1月10日诺曼·施瓦茨科普夫将军在美国公共电视台“前线”节目中说：

“我最恐怖的恶魔是我们部队攻入伊拉克时发觉非常集中，成为化学武器或某种初级核装置的目标，会引起大规模伤亡。

“这正是伊拉克在两伊战争中采用过的作法，他们会进攻大批伊朗人，让伊朗人集结到他们的障碍物群去，当聚集的人数到达数千人时，他们便投掷化学武器，屠杀数千人。”（“前线”，和1408号节目，“海湾战争”。新闻图片公司解说辞，第二部分，（英文）第5页）

为解除这种恶魔，美国采取了当时国务卿詹姆斯·贝克如下描述的行动，他回

忆1990年1月9日在日内瓦同伊拉克外交部长塔里克阿齐兹的会议高潮：

“于是我指出问题最坏的可能，那是科林·鲍威尔特别要用最明白的话告诉他的。‘如果冲突中你们对我方部队使用化学或生物武器，’我警告说，‘美国人民将要求报复。我们有办法做得到。我的这些话不是威胁，而是保证说到做到。如果使用了那种武器，我们的目标就不仅是解放科威特，而是消灭目前的伊拉克政权，而且对任何下令使用那种武器的人要追究责任。’

“12月，总统已在戴维营决定，对伊拉克使用大规模毁灭武器的最佳威慑，就是威胁对复兴党政权本身进行攻击。他还决定，如果伊拉克以化学战剂攻击，美国部队不会使用化学或核武器报复。但显然没有理由把这一点通知伊拉克，为了说服他们更清醒地考虑战争的愚蠢，我故意留下印象，伊拉克如果使用化学或生物武器，会引起战术核报复。（我们并不真正知道这是不是战争中伊拉克似乎未曾证实使用化学武器的原因。我个人的看法是，对我们将如何反应刻意保持暧昧必然是部分的原因。）”（詹姆斯·贝克三世著，《外交中的政治——革命、战争与和平，1989-1992年》，1995年（英文本）第359页）。

在“前线”节目中，贝克先生又说：

“塔里克·阿齐兹在日内瓦谈到总统致萨达姆·侯赛因的信，信中明确表示，如果伊拉克对美国部队使用大规模毁灭武器，化学武器，美国人民将要求报复，我们会有办法办到”。（同上引文，第一部分（英文本）第13页）。

紧接着在莹屏上，阿齐兹先生说：

“我仔细地读了这封信，读完以后，我告诉他，‘国务卿先生，你看，这不是那种两国元首间的信。这是一封威胁信，我不能接受威胁我国总统的信’，我把信退还给他。”（同上）

在同一节目另一段中，还有以下的话：

“叙述者：海军陆战队等待一场化学武器的攻击。但没有发生。

阿齐兹：我们不认为使用它是明智的。我只能说到这里。在同一种敌

人的这种战争中使用这种武器是不--不明智的。”(同上引文,第二部分,(英文本)第7页)

1995年8月26日,《华盛顿邮报》登出了8月25日联合国发的一篇文章如下:

“联合国罗尔夫·埃切于斯大使今天说,伊拉克向联合国开放的新证据,其中显示伊拉克1991年波斯湾战争时曾预备针对把科威特从伊拉克占领者手中解放出来的美国及其盟军部队使用致命的毒性武器和细菌武器。

“联合国伊拉克武器方案首席调查员埃切于斯说,伊拉克官员上周在巴格达向他承认,1990年12月他们在大约200个导弹弹头和炸弹中装填了三种不同种类的化学战剂,然后分送到各空军基地和一个导弹发射阵地。

“埃切于斯说,伊拉克人在联合国安全理事会表决授权‘使用一切必要手段’解放科威特后即展开此一行动。他说,这种行动很像在战争前夕使用极端危险的武器来玩‘俄罗斯轮盘赌’。

“美国和联合国官员说,伊拉克武器中包括有足以杀死成千上万人和散布可怕疾病的生物战剂,目标包括以色列、沙特阿拉伯、或任何伊拉克中程导弹瞄准的城市或军事基地、或其装满炸弹的轰炸机穿过敌军空防区能够到达的地方。

“埃切于斯说,伊拉克官员在1991年1月9日收到布希当局措辞强硬但语意含糊的警告说,进行任何非常规战争将会挑起毁灭性的反应,伊拉克便决定不使用这些武器。

“埃切于斯说他被告知,伊拉克领导人假定这意味着华盛顿会使用核武器报复。联合国官员说他们认为,伊拉克何伊拉克副总理塔里克·阿齐兹的话是说明伊拉克何以没有使用其手中的生物或化学武器的首次权威性说明。

.....

“伊拉克官员说,文件被伊拉克大规模毁灭武器方案主任侯赛因·卡迈勒·哈桑·马耶德藏匿,他于8月7日逃往约旦,他的叛逃促使伊拉克邀请埃切于斯

听取新的揭露情况……

“埃切于斯说伊拉克承认使用肉毒桿菌毒素和炭疽病细菌装填了共150枚飞机炸弹，每一种均为已知的致命战剂，极少量即可杀人。伊拉克又在25枚中程火箭携带的弹头中装填这两种战剂。

“据8月4日阿齐兹告诉埃切于斯说，美国领导的沙漠风暴军事行动开始前约五周，在日内瓦一场历时四小时的紧张会议中，当时的美国国务卿詹姆斯·贝克三世递送了美国的严重报复的威胁，促使伊拉克缩手。贝克在一次美国的答覆中暗示，将把伊拉克工业化为一片瓦砾，国家倒退数年。

“埃切于斯说阿齐兹告诉他，伊拉克把华盛顿的警告‘解读’为一种使用核武器的威胁。事实上，当时的参谋首长联席会议主席科林·鲍威尔和其他美军领导人早先已决定并不需要使用核武器而且并不存在这种报复计划。”（1995年8月26日《华盛顿邮报》，第A1版。参看1995年8月26日《纽约时报》，第3版的报导。伊拉克方相反的说法是：“预先授权，在海湾战争中如果巴格达遭到核武器打击便发射生物和化学弹头”，见1996年10月11日，联合国文件S/1995/864，特别委员会执行主席（埃切于斯大使）给安全理事会的第8次报告，第11页。该报告又说：“这项预先授权并不排除使用这种能力的其他可能，因此不构成仅打算反击使用的证据。”（同上）

最后，在1996年3月20日关于大规模毁灭武器的全球扩散问题的听证中，埃切于斯大使作证时回答：

“……我同伊拉克副总理塔里克·阿齐兹谈话，他提到在战争爆发前在日内瓦同美国国务卿詹姆斯·贝克的会晤。塔里克·阿齐兹说贝克告诉他，大意是如果使用这种（化学或生物）武器，美国将会有强烈反应。

“塔里克·阿齐兹并未暗示贝克提到何种反应。但他告诉我伊拉克方面理所当然地以为意即对巴格达使用可能是核武器或类似武器。而这种威胁是使他们不使用化武的决定性原因。

“但这是阿齐兹的说法。我认为听信这种说法要十分小心，我不是说他的说法不对，而是我认为还有重要的原因，这可能是他解释伊拉克在科威特境内打了败仗的原因之一，这只是他们乐于逢人便说的原因。所以我认为要相信这个说法应审慎些才是。我仍认为这是一个尚无结论的问题。”（美国参议院政府事务委员会参议院常设调查小组委员会中罗尔夫·埃切于斯大使的证辞。《关于大规模毁灭武器的全球扩散问题听证会》）

因此，记录中的明显证据指出，侵略者曾经或可能曾经受到威慑，而不使用非法的大规模毁灭武器攻击应联合国呼吁而派出抵抗侵略的部队和国家，因为侵略者看出来，如果对联盟部队使用大规模毁灭性武器便会受到核武器的威胁。我们岂能认真地主张说，贝克先生谋算的威胁——显然获得成功——是非法的吗？这种威胁确实维护了而非践踏了《联合国宪章》的原则。“沙漠风暴”和安全理事会前此及以后的决议可能代表自国际联盟成立以来集体安全原则的最高成就。联合国克服侵略者以大规模毁灭性武器对付联盟部队及国家的最大努力如果失败，将不仅是对联盟部队及民众，而且也对这些原则和联合国造成巨大灾祸。但是联合国取得了胜利，对此胜利而言，伊拉克看出对其使用核武器的威胁可能发挥了关键的作用。这也不是为达目的不择手段。它显示了在某种情况下，威胁使用核武器——只要这些武器仍然是国际法所不禁止的——可能是既合法又合理。

此外，如果伊拉克对联盟部队使用化学或生物武器——被禁止的大规模毁灭武器——便是一种国际法上的错误，引起给予交战报复权。从论辩上说，即使使用核武器也受到禁止，但若为了吓阻进一步使用化学或生物武器而在交战报复的情况下相称地使用，将会是合法的。无论如何，如果禁止使用核武器的条件并不排除报复使用，或并不强制各国“在任何情况下绝不”使用核武器，如1993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》（如能生效实施）第一条中禁止使用化学武器的各项条件所规定的那样，情况便会如此。本院在其“意见”第46段中说，关于交战报复，“任何”采取这种报复的权利，“都像自卫一样，除其他外，必须

遵守相称性等原则”。在各项原则中引证这项原则是正确的,但对本院的援引可能引起关于交战报复权是否存在的任何怀疑,是不正确的。这种怀疑毫无根据,因为不仅是从战争习惯法和各国据此发出的军事手册中早已肯定了交战报复的原则与惯例,而且从《日内瓦公约》及其《附加议定书》的条款中,也不是一般地禁止,而是在具体情况下禁止交战报复(对战俘、伤员、平民、某些对象和设施等)。《议定书一》对关于报复的广泛的附加限制只是限制其缔约国,不仅不是完全禁止交战报复;而且这些限制及《第一号议定书》的其他新的禁止在其拟订和通过时均了解为不是管制核武器的。

在这个例证中的另一教训是,只是有时被称之为“流氓国家”仍在恐吓世界(不论它们是否《不扩散条约》的缔约国)。如果仍然要根据“在任何情况下”以核武器进行威胁或使用核武器均为非法的观念去制定政策,便是不智了。的确,不仅是流氓国家而且是罪犯或疯子,他们的恐怖主义威胁或行动便可能必须给予核威慑或核反应。

不扩散条约第六条

最后,我对本院最后执行部分结论第2F段有所怀疑:“有义务真诚地进行并完成谈判,在严格和有效国际监督下实行所有方面的核裁军。”如果这项义务仅限于不扩散条约第六条所规定的“条约的每个缔约国”,则显然是又一万金油式的诺言,像在执行部分第2A、2B、2C和2D中规定的一样。但如果它适用于《不扩散条约》的非缔约国,那将是一则可疑的原则了。它将不是本案任何部分的结论;它将不过是无权威性的鼓吹和未经考验倡议;它将是难与基本国际法相调和的结论。无论如何,由于第2F段不是本院对大会所提问题的答覆,它将被视为只是法官意见。

斯蒂芬 M·施韦贝尔(签名)

(原件: 英文)

小田滋法官的反对意见

目 录

	段 次
第一部分	
导言--我反对本院决定应大会第49/75 K 号决议的请求 就此案发表咨询意见	1
(1) 大会该决议所提出的请求发表咨询意见的问题本身不足 构成问题	2 - 5
(2) 联合国会员国对没有任何充分理由说明的所拟请求缺乏 切实的共识	6 - 14
表一	
第二部分	
核裁军的一个方面--请求本院的直接背景是长期以来的 努力未达成一项“禁止在任何情况下使用或威胁使用核 武器”的公约	
(1) 《关于不使用核武器或禁止核武器的宣言》	15 - 19
表二	
(2) 1982-1995年关于《禁止使用核武器公约》的各项决议	20 - 25
表三	

段次

第三部分	核裁军的另一方面--在冷战期间的核裁军和导致缔结《不扩散条约》的道路	
(1)	在冷战时期的核军备竞赛和核武器控制；《不扩散条约》的产生	26 - 33
(2)	《不扩散条约》制度的永久化	34 - 41
	表四	
(3)	《不扩散条约》体制在核威慑理论仍然有效时期的意义	42
	表五	
第四部分	结束语	
(1)	重新审查大会请法院发表咨询意见的请求	43 - 46
(2)	咨询职能的作用和法院不提出咨询意见的酌处权	47 - 51
(3)	结论	52 - 54
第五部分	对我关于本咨询意见执行部分第2段的立场的补充意见	55

一、导言

—我反对本院决定应大会第49/75 K号决议 的请求就此案发表咨询意见

1. 作为对本院意见执行部分第(1)段投反对票的唯一法官,我想申述我所持的坚定意见:法院基于司法适当性和节约的理由,本应行使斟酌权,不要应联合国大会1994年12月15日第49/75 K号决议的请求发表咨询意见。我很抱歉不得不指出,在我看来法院现在达成的结论,对于大会想经由其决议提出的问题并不构成实质性或充实的答复,甚且会引起对法院信誉的怀疑。

(1) 大会该决议所提出的作为请求发表 咨询意见的问题本身不足构成问题

2. (第49/75 K号决议内提出的请求)大会第49/75 K号决议在议程项目:“全面彻底裁军”的议程项目的架构内提出的问题相当奇怪。它的措词如下:

“国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器?”

英文本措词是“Is the threat or use of nuclear weapons in any circumstance permitted under international law?”

(法文本措词是:“Est-il permis en droit international de recourir a la menace ou a l'emploi d'armes nucleaires en toute circonstance?”)

法院的意见指出该请求的英文本和法文书之间的差异,申明“本院认为没有必要判断...(该)可能差别”(法院意见,第20段)。不过,我们应当指出该决议源自决议草案A/C.1/49/L.36(原件:英文),是由印度尼西亚代表属于不结盟国家运动的联合国会员国起草并提出的。原件用英文起草,在大会第四十九届会议,第一委员会就这个决议草案进行审议,没有一个代表团对英文原件的内容提出质疑,就逐字记录所

见,法语发言的代表们似亦未对法文译本提出任何疑问。因此,我将根据英文本进行分析。

3. (向法院提出的该项请求,与其说是为了确定法院意见,毋宁说是谋求法院赞同所称的一项公理)大会--或者那些主动草拟该项请求的国家--向法院提出这个问题,显然绝不期望法院会给予肯定答复说:“是的,国际法允许在任何情况下(或者在所有情况下),以核武器进行威胁或使用核武器”。如果是这样,可以推论大会事务上只期望法院说“不,国际法不允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器”。大会向法院提出该问题,不外是想法院赞同后一结论而已。

由于在本案中,只请法院发表一项意见,赞成大会所认为的一项公理,即“国际法不允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器”,我怀疑该项请求真正属于请求发表《联合国宪章》九十六条第一项所定义的咨询意见的范畴,在法院执行咨询职务的历史中,从未以请求发表咨询意见的形式请就大会或安全理事会认为正确的公理作出简单的赞同或核可。

大会提出的该问题的措词似乎非常独特。不过,法院将该问题作如下的改写:“(问题的)真正目的十分明确:要确定以核武器进行威胁或使用核武器是合法或不合法”(法院意见第20段)(着重线为新加)而且又隐含地将该问题改为:如果不完全禁止核武器,在何种情况下,以核武器进行威胁或使用核武器被认为合法或允许?

4. (核武器的“威胁”概念不明确)我想进一步指出,在该项请求中,“以核武器进行威胁”一词没有明确界定,赞成该决议的会员国对该词的理解可能并不是丝毫没有含混的。该项请求似乎忽略重要的一点,即这样一种可能性:考虑到请求中首次使用“以核武器进行威胁或使用核武器”(着重线为新加)一词,但“使用核武器”(着重线为新加)一词在联合国决议中早已使用,所以一国仅是拥有或正在制造核武器很可能被视为构成“威胁”。我认为很可能在该项请求的提出时,联合国一些会员国认为实际“拥有”或“制造”“核武器”构成“威胁”换句话说,该项请求可能是一些强烈地直接认为核武器整体是非法的概念的国家所草拟。

5. (该项请求的政治性历史背景)实际上是什么引起这一措施不适当而且理解不周全的请求?我将仔细分析这个问题,并且想强调以下一点:尽管法院认为“不(应)考虑这项请求的缘由或其政治历史,也不会考虑这项通过的决议的投票分配情况”(法院意见,第16段)(着重线为新加),在我看来,適切且必要的是研究为何以及在何种情况下,这项请求在第49/75 K号决议中于1994年提交给法院、以及这项请求由谁--在联合国组织之内或之外--倡议的基于这个理由,我将分析该项请求的历史背景以及大会作出某些有关决定的方式。

(2) 联合国会员国对没有任何充分理由
说明的所拟请求缺乏切实的共识

6. (1993年的初步尝试)尽管核武器的发明、研制和拥有乃至威胁使用核武器从1945年起五十年来都是国际社会深切关注的政治问题,但一直到1994年大会才提出关于核武器的现行国际法中一般规定的问题。

不过,在大会第四十九届会议(1994年)通过第49/75 K号决议以前,关于请法院就关于核武器的现行国际法发表咨询意见的构想是在第四十八届会议(1993年)的议程项目“全面彻底裁军”(这一项目可追溯至大会第二十六届会议(1971年))之中提出的。在该届大会第一委员会上,印度尼西亚于1993年11月1日代表不结盟国家运动提出决议草案A/C.1/48/L.25,题为“请国际法院就以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表咨询意见”。

事实上,卫生组织就在此前几个月已请法院发表咨询意见(WHA46.60)--印度尼西亚决议草案序言部分曾提到。

1993年11月19日,决议草案的提案国决定不坚持要求就该草案采取行动,但没有就该决定提出任何解释。不过,在翌年大会第四十九届会议(1994年)上,又提出一个内容类似的决议草案。

7. (不结盟国家运动)与此有关的是1994年5、6月在开罗举行的第十一届不结

盟国家运动部长级会议所作的决定之一。该次会议讨论的项目非常广泛,会议最后文件关于“裁军与国际安全”说

“69. 部长们决定在大会第四十九届会议期间,将重新提出讨论请国际法院就使用和威胁使用核武器是否合法发表咨询意见的决议,并将其付诸表决”(A/49/287;S/1994/894)(着重线为新加)。

从可获的文件,看不出该部长会议在什么情况下达成这项决定。

不结盟国家运动出席大会第四十九届会议(1994年)的外交部长和代表团团长于1994年10月5日在联合国总部举行的会议上重申不结盟国家的同一项决定(A/49/532;S/1994/1179:第34段)

8. (非政府组织)我想指出另一个因素。关于大会(和卫生组织)通过决议请法院发表咨询意见的构想以前曾有少数非政府组织提出。它们发起关于全面禁止核武器运动,但无法在大会会议上说服各国代表团。各国代表团在十年以上期间内,不外是一再通过决议,建议.缔结一项关于禁止使用或威胁使用核武器的公约(见下文第21至24段)。一些非政府组织似乎为使它们在这方面努力不致徒劳,欲使联合国的主要司法机构裁定核武器的绝对非法性,借此说服会员国在政治论坛上迫使立即全面禁止核武器。

国际防止核战争医生组织的一名观察员在1993年举行的世界卫生大会上所作的声明似能使人了解尝试使国际法院不是应联合国大会便是应世界卫生组织之请,就这个问题发表咨询意见的运动的动机,该观察员说“卫生组织谋求国际法院就这个问题发表咨询意见的作法是正确的”。

世界公共卫生协会联合会的一名观察员告知世界卫生大会说:

“它(联合会)已经一致通过一个关于核武器和公共健康的决议,这个决议除其他外,敦促世界卫生大会请国际法院就使用核武器是否合法发表咨询意见,以便消除对核国家继续搞核武器的法律疑问,并且为逐步创造一个无核世界提供法律基础”

国际法院曾应卫生组织之请发表意见。法院意见所附的我的个别意见中曾提到这个问题。

另一个值得注意的文件是世界公民世界政府通讯中的一篇文章，其中部分内容如下：

“核武器对人类生存的威胁激起全世界人们研究如何影响其政府的新策略。倡议之一--使核武器“非法化”运动--可能会增加对为处理全球性问题而创设的新的管理结构的参与。世界法院项目因此在反核运动中占着先锋位置。”

* * *

为了使反对核武器的统一战线具体化，几个非政府组织...制定了一个世界法院项目。这些非政府组织成功地游说联合国大会和联合国世界卫生组织(卫生组织)的‘不结盟’成员国根据国际习惯法，确立核武器为非法。”(《世界公民通讯》，第九卷，第6号，1996年12月/1月)(着重线为新加)

这给人予以下的印象：1994年联合国大会提出的关于咨询意见的请求源自一些非政府组织的构想。

9. (大会第四十九届会议上的印度尼西亚决议草案)在第四十九届第一委员会上，在1994年10月17至20日期间举行的关于所有各个裁军和国际安全议程项目的一般性辩论中，一些国家的代表以各种方式提到上文第7段所述不结盟运动较早的决定。

虽然贝宁反对

“任何可能产生反效果的倡议并且可能使国际法院必须就一个基本上属于政治性质的问题发表法律判断，诸如使用或威胁使用核武器的合法性问题”(A/C.1/49/PV.3, 第22页)

阿拉伯联合酋长国、津巴布韦、纳米比亚、坦桑尼亚和马来西亚均赞成这一倡议(A

/C.1/49/PV.5-7)

在这个情况下,印度尼西亚代表不结盟国家运动成员,于1994年11月9日在第一委员会提出决议草案:“请国际法院就以核武器进行威胁或使用核武器的合法性发表咨询意见”(A/C.1/49/L.36)。这个决议草案建议大会

“(决定)按照《宪章》第九十六条第1项请国际法院紧急就下列问题发表咨询意见:‘国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器?’”。

这实际上同印度尼西亚提议的1993年案文(A/C.1/48/L.25)内容相同,(不过印度尼西亚在第四十九届会议(1993年)没有坚持要求采取行动)(见上文第6段)。1994年11月17和18日,第一委员会讨论了这个问题,

事实上,向法院提出的这个问题的案文原先是印度尼西亚草案的一部分,似乎只是从关于“禁止核武器和预防核战争公约》的大会决议抄过来,尽管用词不是完全相同(该决议自1982年以来大会每届会议作为例行事项通过,而没有经过实质讨论)。该决议所附的公约草案载有:

“本公约各缔约国庄严承诺,在任何情况下不使用或威胁使用核武器”(第1条)(着重线为新加)

(例如见大会第48/76 B号决议和表三,1至12)。

10. (对印度尼西亚草案的赞成和反对),马来西亚赞同这个决议草案,说:

“在目前冷战后的气氛中,国际法院的法律意见可对无核武器世界的实现作出重要贡献。它不能代替核裁军主动行动,但它可为这种主动行动的成功提供法律和道义参数。”(A/C.1/49/PV.22,第4页)(着重线为新加)

塞内加尔、智利和贝宁要求推迟讨论,以便在表决前有更多时间进行协商(同上,第4至5页)

美国力言

“就更难弄清这项请求国际法院今年发表这种意见的决议草案的目的,因

为今年正在为控制和消除核武器采取、谈判或考虑采取进一步步骤。”
并敦促各国代表对该决议草案投弃权票或反对票(同上,第5页)。

摩洛哥呼吁不要就该决议草案采取行动,因为“不结盟运动对这个问题的共识已受到严重削弱”(A/C.1/49/PV.24,第5页)。代表欧洲联盟的德国反对该决议草案,理由是:

“(这个)决议丝毫无助于国际法院目前对这些问题的审议,并可能给第一委员会和法院本身声望造成不利影响。它还可能给我们所有国家都抱有的不扩散目标带来更广泛的不利影响”。

并且很遗憾未能说服提案国撤回该决议草案(同上,第6页),匈牙利立刻响应这一立场。

在印度尼西亚和哥伦比亚表示反对摩洛哥的动议(对决议不采取行动)后,该动议被付诸表决,以45票赞成、67票反对、15票弃权否决。(同上,第6页)。

俄罗斯在就印度尼西亚决议草案进行表决前表示:

“使用核武器的合理性问题首先是一个政治,而不是法律问题。……自《联合国宪章》和《国际法院规约》生效以来,核武器在各国的理论中被更多地视为对战争的威慑,尤其是对全球冲突的威慑,而不是被视为战争的工具。因此,它们不同于其他武器,它们在当今世界中具有一种政治作用。”(同上)

法国说

“出于偏见目的试图利用象国际法院这样一个得到尊重的国际机构要承担一种非常严肃的责任:即把法院的信誉至于危险之中,使其偏离其任务。实际上,谁能当真地认为提出的问题是法律问题?正如我们大家所知,这完全是一个政治问题。……。难道需要我忆及整个国际社会自发明核武器以来首次正在就一项普遍性和可核查的全面核禁试条约进行多边谈判并已经在日内瓦取得了这一问题方面的重要进展?”(同上,第7页)

联合王国说

“该决议草案……有可能被认为是故意对法院施加政治压力的一种努力，妨害其反应。第二，这项决议草案无助于促进核裁军、军备控制和不扩散领域正在作出的各种积极外交努力，特别是有关全面禁试条约的努力。……第三，这项决议草案无助于促进全球和平与安全。……第四，这项决议草案可能满足这样一些人的利益，这些人希望分散人们的注意力，使他们不重视积累常规武器的破坏稳定作用，也不重视旨在获取大规模毁灭性武器并发展运载系统的各种秘密方案。”（同上，第8页）

德国（代表欧洲联盟）又提出欧洲联盟及它本国不会支持该决议草案（同上，第7页），马耳他表示反对该决议草案并说：

“我们是不结盟运动的成员之一，在运动内部，我们提出了撤回该决议草案的问题。遗憾的是，运动内部没有就我们的请求作出决定”（同上）

阿拉伯联合酋长国说它不参与表决，（同上，第8页），而贝宁再度表示支持摩洛哥提出的动议（同上）。

另一方面，伊朗和墨西哥支持该决议草案（同上）。

11. （通过印度尼西亚草案）1994年12月7日，第一委员会通过了印度尼西亚（代表不结盟国家运动）提出的决议草案，记录表决结果是77票赞成、33票反对、21票弃权（同上，第11页）。

在表决以后，投弃权票的加拿大说

“加拿大…担心，征求国际法院咨询意见的过程可能转移对某些正在进行的谈判的注意力，从而对这些谈判带来消极影响。”（同上，第12页）

同样投弃权票的澳大利亚解释说：

“我们担心的是，就这一问题征求国际法院的咨询意见对促进核裁军进程的努力会产生不利影响，而不是积极影响。总的说来，我们认为这一问题不适合进行裁决。它显然不只是一个可以确定的司法调查领域，而涉及更广泛的各国政策及安全理论领域”（同上，第12页）

另一投弃权票的瑞典表示“使用核武器不符合国际法”，并希望“国际法院尽早澄清这一法律状况”，不过同时说这个意见只是根据瑞典国会的一个报告(同上，第13页)。

接着在解释投票立场时智利说它投了赞成票，因为它认为应当接受不结盟国家运动大多数的取向(A/C.1/49/PV.25, 第1页)；日本解释它投弃权票说：

“在目前的国际局势中，处理使用核武器的合法性的问题可能会造成国家之间的对抗。因此，稳重地促进现实和具体的裁军措施更为恰当。”(同上)

中国宣布它没有参加关于该决议草案的表决，希望

“在进一步推动核裁军和防止核战争方面，联合国大会及第一委员会、联合国裁军审议委员会和裁军谈判会议已经并将继续发挥重要作用。”(同上，第4页)

12. (我对第一委员会的讨论的一般意见)我想指出，尽管印度尼西亚提议的决议草案得到支持，赞成该决议的代表几乎无人就何以“关于威胁使用或使用核武器”的现行法需要国际法院在1994年澄清作出任何解释。亦未闻任何赞成印度尼西亚提案的代表提出支持该项请求的任何正面论证。倒是，许多这些代表团在第一委员会的发言看来大体上不外是呼吁消除核武器。

此外，关于向法院询问问题的实质或措词，即“国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器？”在大会中也没有会员国加以审议。关于何者构成核武器“威胁”而不是“威胁使用”(许多联合国决议都使用此一用语)以及到底“威胁”是否包含核武器的“拥有”或“制造”以及“任何情况”是指什么等问题，在第一委员会中都没有任何代表提出，不过，事实依然是印度尼西亚的决议草案以第一委员会的过半数赞成获得通过。

13. (全体会议)第一委员会于1994年12月7日以77票赞成、33票反对、21票弃权(如上文第11段所述)通过的决议草案，于1994年12月15日在全体会议上以78票赞成、43票反对和38票弃权的记录表决通过为第49/75 K号决议(表一)。法国、俄罗

斯、联合王国和美国投反对票、中国没有参加表决、西欧和其他国家集团中,除了新西兰和圣马力诺外,没有其他国家赞成该决议。

14. (结论)我已论证该“问题”本身在我看来作为请求法院根据《联合国宪章》第九十六条第一项发表咨询意见是不适当的(理由见上文第3段)。所拟的该问题没有充分的理由说明有任何真正需要请法院就以核武器进行“威胁或使用”(如果不是使用或威胁使用)核武器或者更广义的核武器本身的“合法性或非法性”作出判断。该项请求确实不反映联合国会员国甚至其不结盟成员已切实达成的共识。

表一

(注:划底线的是加入《不扩散条约》的
核武器国家;“R”指记录表决)

1994年请法院发表咨询意见的决议的表决

第四十九届会议(1994年)

A/C.1/49/L.36提案国:印度尼西亚(代表属于不结盟国家运动成员的联合国会员国)

A/RES/49/75 K: 1994年12月15日以R78-43-38通过

赞成: (78)(国名从略)

反对: (43) 阿尔巴尼亚、安道尔、阿根廷、比利时、贝宁、保加利亚、柬埔寨、科摩罗、科特迪瓦、捷克共和国、丹麦、吉布提、爱沙尼亚、芬兰、法国、加蓬、格鲁吉亚、德国、希腊、匈牙利、冰岛、以色列、意大利、拉脱维亚、卢森堡、马耳他、毛里塔尼亚、摩纳哥、荷兰、波兰、葡萄牙、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、塞内加尔、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、塔吉克斯坦、前南斯拉夫的马其顿共和国、土耳其、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国

弃权: 安提瓜和巴布达、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、阿塞拜疆、巴林、白俄罗斯、伯利兹、喀麦隆、加拿大、中非共和国、智利、克罗地亚、多米尼加、厄立特里亚、加纳、几内亚、爱尔兰、牙买加、日本、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、列支敦士登、立陶宛、马尔代夫、密克罗尼西亚联邦、尼日尔、挪威、摩尔多瓦共和国、斯威士兰、瑞典、多哥、特立尼达和多巴哥、突尼斯、土库曼斯坦、乌克兰、乌兹别克斯坦、瓦努阿图

注: 中国不参加表决。

二、核裁军的一个方面--请求本院的直接背景
是长期以来的努力未达成一项“禁止在任何情况下使用
或威胁使用核武器”的公约

(1) 《关于不使用核武器或禁止核武器的宣言》

15. (本项请求的直接背景)虽然如同上文第9段所述,请求本院发表咨询意见的大会决议是印度尼西亚在1994年以不结盟运动的名义草拟的,可是,可以指出下列情况乃是其直接的背景。

禁止使用核武器一直是联合国某些会员国的热烈愿望,而且曾经在为期数十年的长时期内提交给大会。如果审查该项禁止概念在联合国大会中的发展,可以显示出导致第49/75 K号决议的背景,而且极有助于在不考虑本院的意见的情况下对该项决议进行评价;我在上文第5段内提及本院意见的下列部分内容:

“一旦大会通过决议请求对一项法律问题发表咨询意见,本院在确定它是否有任何令人信服的理由拒绝发表此种意见时,不会考虑这项请求的来源或其政治历史,也不会考虑这项通过的决议的投票分配情况”(《法院意见》,第16段)。

16. (1961年《禁止使用核武器宣言》)大会第十六届会议(1961年)通过题为“禁止使用核武器和热核武器宣言”的第1653(XVI)号决议时曾宣告:

“核武器和热核武器的使用实属……直接破坏《联合国宪章》;……有违国际法规和人道法则;……(而且)……为反全人类的战争”

此外还宣告:

“任何国家使用核武器和热核武器,一概作为破坏《联合国宪章》,违反人道法则及犯摧残人类及其文化罪论”

此项决议源自由埃塞俄比亚提出、提案国约12国的决议草案(A/C.1/L.292)。在经过第一委员会内对它进行广泛讨论及表示赞成与反对之后,全体会议经举行记

录表决,以56票赞成、19票反对、26票弃权,通过包含有上述宣告在内的部分内容。1961年11月24日,以记录表决56票赞成、20票反对、26票弃权,通过了包含有该等宣告的决议全文(表二.1)。

然而,该项决议仅仅是为了请联合国秘书长同各会员国磋商,以确定有无可能召开特别会议,签订一项禁止使用核武器的公约。

17. (第一届专门讨论裁军问题的特别会议)在其后几乎二十年内一直都没有采取执行该1961年决议的实际行动。大会因为“对于核武器的存在和军备竞赛的持续对人类生存本身所造成的威胁感到惊恐,”所以在1978年5月、6月举行了它第一次专门讨论裁军问题的届会,即第十届特别会议(《大会正式记录,第十届特别会议,补编第4号》;A/S-10/2)。该大会第一届特别裁军会议通过了一个“最后文件”,有将近130段,包括“行动纲领”;其中宣告:“应当缔结一项禁止发展、生产、储存和使用放射性武器的公约”(同上,第76段)。在此一特别届会上提出供审议的若干提案中包括由埃塞俄比亚和印度提出的题为“不使用核武器和防止核战争”的决议草案,其本旨在于要求大会宣布:

“(a) 使用核武器构成对《联合国宪章》的违反,并构成违背人道的罪行;

“(b) 因此应在核裁军达成以前禁止使用核武器”(同上,第125段(2)项;A/S-10/AC.1/L.11)(着重号线为新加)。

该届特别届会未曾通过本决议或任何其他特定的决议。

18. (1978年关于“不使用核武器和防止核战争”的决议)自从大会几个月之后举行的第33届常会会议(1978年)后,大会一直都在其每一届会议的议程上列入一个题为(直到今天,该项目一直都见于大会每届会议议程)。

1978年12月14日大会全体会议举行记录表决,以103票赞成、18票反对、18票弃权,通过了印度介绍的由大约34个国家提出的题为“不使用核武器和防止核战争”的决议草案(A/C.1/33/L.2)(该案实际上与上文第17段所述埃塞俄比亚和印度在第一届特别裁军会议上提出的决议草案完全相同),成为第33/71 K号决议(表二,2)。

大会此项1978年的决议承继着1961年《宣言》的精神并宣布：

“使用核武器构成对《联合国宪章》的违反，并构成违背人道的罪行；因此应在核裁军达成以前禁止使用核武器（着重线为新加）”

并且请一切国家提出关于不使用核武器和避免核战争的提案，以便在下一届会议上可以讨论关于本议题的国际公约问题。

可以指出，在此项决议内提出禁止使用核武器的构想乃是第一次将它作为大会决议内宣言内的一部分。

19. (1980年决议和1981年决议)其后，以及在大会第三十五届(1980年)和三十六届(1981年)会议上，印度都提出了由几乎相同的国家(20国至30国之间)拟的包含有类似1978年决议内宣言并且实际上完全相同的决议草案；而且，通过的表决结果也很类似，每一次表决时投反对票的国家和投弃权票的国家都相同(表二,3和4)。

然而，应该指出，直到1980年，才首次提出了“威胁使用”核武器的用词以及应该不仅禁止“使用”核武器，并且要同时禁止“威胁”“使用”核武器的概念。提案国没有解释而且大会会议亦未曾讨论什么情况可构成“威胁使用”核武器或更具体地，是否“拥有”或“生产”核武器即构成“威胁使用”核武器。

表二

(说明:划底线的是《加入不扩散条约》的核武器国家,
“R”指记录表决)

关于使用核武器的联合国各次宣言的表决情况

1. 1961年“禁止使用核及热核武器宣言”

第十六届会议(1961年)

A/C.1/L.292和Add.1-3:提案国:(12)锡兰、埃塞俄比亚、加纳、几内亚、印度
尼西亚、利比里亚、利比亚、尼日利亚、索马里、苏丹、多哥、突尼斯

A/RES/1653(XVI):1961年11月24日以R55-20-26通过

赞成:(55) 苏联(其他国名从略)

反对:(20) 澳大利亚、比利时、加拿大、中国、哥斯达黎加、法国、希腊、危地马
拉、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、尼加拉瓜、葡萄牙、南
非、西班牙、土耳其、联合王国、美国。

弃权:(26) 阿根廷、奥地利、玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、丹麦、厄瓜多尔
萨尔瓦多、马来亚联邦、芬兰、海地、洪都拉斯、冰岛、伊朗、以色列
挪威、巴基斯坦、巴拿马、巴拉圭、秘鲁、菲律宾、瑞典、泰国、乌拉
圭、委内瑞拉

2. 1978年关于“不使用武器和防止核战争”的决议

第三十三届会议(1978年)

A/C.1/33/L.2: 提案国(34)阿尔及利亚、阿根廷、塞浦路斯、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马来西亚、尼日利亚和南斯拉夫,以及后来加入的:安哥拉、巴巴多斯、不丹、玻利维亚、布隆迪、哥伦比亚、刚果、古巴、厄瓜多尔、埃及、几内亚、约旦、利比里亚、马达加斯加、马里、毛里塔尼亚、摩洛哥、秘鲁、罗马尼亚、塞内加尔、斯里兰卡、阿拉伯叙利亚共和国、喀麦隆联合共和国、乌拉圭、扎伊尔

A/RES/3371 B: 1978年12月14日以R103-18-18通过

赞成:(103) 中国(其他国名从略)

反对:(18) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、希腊、冰岛、爱尔兰、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、土耳其、联合王国、美国

弃权:(18) 奥地利、保加利亚、白俄罗斯、苏维埃社会主义共和国、捷克斯洛伐克、萨尔瓦多、芬兰、加蓬、德意志民主共和国、匈牙利、以色列、日本、蒙古、尼加拉瓜、波兰、西班牙、瑞典、乌克兰苏维埃社会主义共和国、苏联

3. 1980年关于“不使用核武器和防止核战争”的决议

第三十五届会议(1980年)

A/C.1/35/L.22: 提案国:(24)阿尔及利亚、安哥拉、阿根廷、刚果、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、牙买加、马达加斯加、尼日利亚、秘鲁、罗马尼亚、斯里兰卡、乌拉圭、南斯拉夫和扎伊尔,以及后来加入的:不丹、哥斯达黎加、塞浦路斯、厄瓜多尔、埃及、马来西亚、卡塔尔、也门

A/RES/35/152 D: 1980年12月12日以R112-19-14通过

赞成：(112) 中国(其他国名从略)

反对：(19) 澳大利亚、比利时、丹麦、法国、德意志联邦共和国、希腊、冰岛、爱尔兰、以色列、意大利、日本、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(14) 奥地利、保加利亚、白俄罗斯苏维埃社会主义共和国、加拿大、捷克斯洛伐克、德意志民主共和国、匈牙利、马拉维、蒙古、波兰、西班牙、瑞典、乌克兰苏维埃社会主义共和国、苏联

4. 1981年关于“不使用核武器和防止核战争”的决议

第三十六届会议(1981年)

A/C.1/36/L.29：提案国：(30) 阿尔及利亚、阿根廷、巴哈马、巴巴多斯、不丹、哥伦比亚、塞浦路斯、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、牙买加、约旦、马达加斯加、马来西亚、尼日利亚、秘鲁、罗马尼亚、也门、南斯拉夫，以及后来加入的：孟加拉国、刚果、加纳、几内亚、马里、尼日尔、卡塔尔、卢旺达、斯里兰卡

A/RES/36/92 I：1981年12月9日以 R 121-19-6通过

赞成：(121) 中国、苏联(其他国名从略)

反对：(19) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、爱尔兰、意大利、日本、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(6) 奥地利、科摩罗、芬兰、希腊、以色列、瑞典

(2) 1982-1995年关于《禁止使用核武器公约》的各项决议

20. (第二届专门讨论裁军问题的特别会议)大会因为对截至当时的裁军发展不

满意,所以在1982年6月、7月举行了大会第二届专门讨论裁军问题的特别会议,即大会第十二届特别会议,并且批准了“大会第十二届特别会议特设委员会的报告”(大会正式记录,第十二届特别会议,补编第6号,A/S-12/32)为该届会议的“结论文件”;该文件内举出印度所提议一件决议草案(为该届会议上提出的许多决议草案之一)。印度的草案内载:

“大会,...

.....

决定通过...国际公约,在实行核裁军以前,禁止在任何情况下使用或威胁使用核武器。”(A/S-12/32,第20段;A/S-12/AC.1/L.4.)(最后一个着重线为新加。)

本决议草案附件为“《禁止使用核武器公约》”草案,其内容包括:

“本公约缔约国,...

.....

深信核武器的任何使用都是违反《联合国宪章》的行为,并且是与人类为敌的罪行,

深信本公约将是彻底消除核武器从而在严格而有效的国际监督下实现全面彻底裁军的一个步骤,

决心为了达到这一目标继续进行谈判,

.....

第1条. 本公约缔约国庄严承诺,在任何情况下都不使用为或威胁使用核武器。”(着重线为新加)

事实上,如下文所解释,后来从1982年至1995年(含首尾两年),每一届大会常会期间,印度都提出它在此届专门讨论裁军问题的特别会议上最初提出的附有本《公约》草案的本决议草案。

21. (1982年关于“禁止使用核武器公约”的决议)大会在举行了第二届专门讨

论裁军问题的特别会议之后几个月,即1982年秋季,举行其第三十七届会议(1982年)并在议程内列入下列的项目:“审查和执行大会第十二届特别会议《结论文件》。”⁹印度在第一委员会介绍了由大约二十个国家提出的一项决议草案(A/C.1/37/L.4)。经各提案国稍加订正的该项决议草案于1982年12月13日经全体会议举行记录表决,以117票赞成、17票反对、8票弃权获得通过,成为第37/100 C号决议:“禁止使用核武器公约”(表三,1)。

该项决议为:

“大会,

“重申关于使用核武器构成对《联合国宪章》的违反并构成违背人道的罪行的声明,

1. 请裁军谈判委员会以本决议所附...公约草案案文作为基础,优先着手进行谈判,以便就一项禁止在任何情况下使用或威胁使用核武器的国际公约达成协议”(第三个和最后着重线为新加)。

印度提交给第二届专门讨论裁军问题的特别会议的决议草案(上文第20段引)内的公约草案成为本决议的附件。

该决议必然起源于该年第二届专门谈论裁军问题的特别会议上印度的提案草案,但是,不象原来的印度提案要求大会本身决定通过一个国际公约,该决议却要求设在日内瓦的在裁军谈判委员会(现在称为裁军谈判会议)内进行谈判,以便就一项“禁止在任何情况下使用或威胁使用核武器”的国际公约达成协议”。

⁹ 本议程项目直到今天都一直列入大会每一届会议的议程,但从第三十八届至四十二届会议(含首尾两届)曾增列题为“禁止使用核武器公约:裁军谈判委员会的报告”的分项目。从第四十三届会议以后,该分项目仅提及禁止使用核武器公约,而不再提裁军谈判委员会的报告。

22. (“在任何情况下使用或威胁使用核武器”的措词)大会于1982年初次在其一项决议中采用了“在任何情况下使用或威胁使用核武器”这个措词(着重线为新加)。但是,大会却没有讨论这个措词。此外,该词起初是为了用于未来国际公约中可能禁止行为的条文中。

重要的是应该指出,向本院提出的请求内载问题的措词为:国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器?”(着重线为新加)它似乎原于大会十二年前(1982年)的一项决议内所采用的措词,事实上是有差别的,因为该1994年的请本院发表咨询意见的问题挑出以核武器“进行威胁”,从而容许一种可能性,即此项“进行威胁”--而非“威胁使用”--可以被解释为是指“拥有”或“产生”此类武器。甚至更重要的是应该指出,我在上文已解释该1982年的决议内的“威胁使用”一词乃用于极不相同的情况下,即关于未来将可达成协议的一项公约。

23. (从1983年至1995年)大会第三十八届会议(1983年)“遗憾地注意到裁军谈判委员会未能在1983年会议期间进行(此类)谈判”,再次请日内瓦的裁军谈判会议¹⁰

“以(所附与1982年公约相同的公约草案)案文作为基础,优先着手进行谈判,以便就一项禁止在任何情况下使用或威胁使用核武器的国际公约达成协议”¹¹ (着重线为新加)。

在1982年至1995年的十四年期间内,大会每一届会议(第三十七届至第五十届会议)在上文第21段所述同一议程项目内,都有几乎相同的国家每次提出附有内容包含有毫无改变的公约草案的同样决议草案(每次均由印度介绍该各决议草案);这些决议草案都是以几乎同样的表决结果而获得通过(表三,1-14)。事实上,对该决议投反

¹⁰ 自其1984年2月7日年会开幕之日起,裁军谈判委员会即改称为裁军谈判会议。

¹¹ 自从第四十九届会议(1994年)以后,已不再使用“作为政策问题”一词而且增添了“可用的”三字;所以自从第四十八届会议(1993年)以后,它已改为“作为可用的基础”。

对票的国家数目已有了增加,尽管共同提案国的数目几乎一直未改变。

24. (内容相同的决议的重复)其后直到第五十届会议(1995年)的每一届会议几乎都用同样的措辞¹²重复,纽约的大会请日内瓦的裁军谈判会议应进行谈判以及大会遗憾地指出裁军谈判会议在过去的一年内未能进行谈判。在十四个届会的期间内重复同样的决议似乎表明,裁军谈判会议(原称裁军谈判委员会)从未能够或从未试图进行谈判,以便就一项禁止“在任何情况下使用或威胁使用核武器”的国际公约达成协议。换言之,累积决议并未产生任何明显的实效。

25. (请求发表咨询意见背后的动机)特别是考虑到1994年请求咨询意见的决议措词内提及“在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器”(着重线为新加),所以看来该案是自从1982年以后一直提出关于要求缔结“一项禁止在任何情况下使用或威胁使用核武器的国际公约”(着重线为新加)的决议(即表三,1-14内所提及的各项决议)的几乎相同的一组国家所推动提出的,但未曾对“以核武器进行威胁或使用核武器”或“任何情况”各用语的含义进行切实的讨论。我的看法是,提出该项决议的国家中有一些很可能认为,以核武器“进行威胁”是包括“生产”及“拥有”核武器。

据此,该请求的目的虽是询问“国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器”(着重线为新加),然而,事实上却是为了尝试获得本院赞同一项所称的法律公理--国际法不允许在任何情况下以核武器进行威胁(这可能暗含拥有或生产核武器)或使用核武器--以期造成一个突破,从而从侧面能就一项规定核武器本身为非法的公约达成协议。我认为,此项请求的拟订和通过显然都出于高度的政治动机;这类动机不符合一个司法机关的任何真正的法定任务。这当然不符合本院在本质上应根据《联合国宪章》第九十六条第一项履行咨询职能的作用。

¹² 第四十八届和第四十九届会议各决议的序言部分内措词已简化为:“未能就这个问题进行谈判,”见本文中所引。

表三

(注:划底线是加入《不扩散核武器条约》的核武器国家,
“R”指记录表决)

1982-1995年关于《禁止使用核武器公约》
各项决议的表决

1. 第三十七届会议 (1982年)

A/C.1/37/L.4和Rev.1: 提案国: (20)阿尔及利亚、阿根廷、巴哈马、孟加拉国、不丹、刚果、塞浦路斯、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、加纳、圭亚那、印度尼西亚、牙买加、马达加斯加、马里、尼日利亚、罗马尼亚、南斯拉夫、赞比亚

A/RES/37/100C: 1982年12月13日以R117-17-8通过

赞成: (117) 中国、苏联(其它国名从略)

反对: (17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权: (8) 奥地利、芬兰、希腊、危地马拉、爱尔兰、以色列、日本、巴拉圭

2. 第三十八届会议 (1983年)

A/C.1/38/L.55: 提案国: (16)阿尔及利亚、阿根廷、巴哈马、孟加拉国、不丹、刚果、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、尼日利亚、罗马尼亚、南斯拉夫,后来加:越南

A/RES/38/73G: 1983年12月16日以R126-17-6通过

赞成: (126) 中国、苏联(其它国名从略)

反对: (17)澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰

岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(8) 奥地利、希腊、爱尔兰、以色列、日本、菲律宾

3. 第三十九届会议(1984年)

A/C.1/39/L.50: 提案国：(14) 阿尔及利亚、阿根廷、巴哈马、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、罗马尼亚、越南、南斯拉夫

A/RES/39/63H: 1984年12月12日以R128-17-5通过

赞成：(128) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对：(17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(5) 奥地利、希腊、爱尔兰、以色列、日本

4. 第四十届会议(1985年)

A/C.1/40/L.26: 提案国：(15) 阿尔及利亚、阿根廷、巴哈马、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、尼日利亚、罗马尼亚、越南、南斯拉夫

A/RES/40/151F: 1985年12月16日以R126-17-6通过

赞成：(126) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对：(17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(6) 奥地利、希腊、格林纳达、爱尔兰、以色列、日本

5. 第四十一届会议(1986年)

A/C.1/41/L.49: 提案国：(13) 阿尔及利亚、阿根廷、孟加拉国、不丹、厄瓜多

尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、罗马尼亚、越南、南斯拉夫

A/RES/41/60F: 1986年12月3日以R132-17-4通过

赞成: (132) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对: (17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权: (4) 希腊、爱尔兰、以色列、日本

6. 第四十二届会议 (1987年)

A/C.1/42/L.28: 提案国: (13) 阿尔及利亚、阿根廷、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、罗马尼亚、南斯拉夫, 后来加: 马达加斯加、越南

A/RES/42/39C: 1987年11月30日以R135-17-4通过

赞成: (135) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对: (17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权: (4) 希腊、爱尔兰、以色列、日本

7. 第四十三届会议 (1988年)

A/C.1/43/L.55: 提案国: (14) 阿尔及利亚、阿根廷、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、罗马尼亚、越南、南斯拉夫, 后来加: 马来西亚

A/RES/43/76E: 1988年12月7日以R133-17-4通过

赞成: (133) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对: (17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰

岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(4)希腊、爱尔兰、以色列、日本

8. 第四十四届会议 (1989年)

A/C.1/44/L.39: 提案国：(12) 阿尔及利亚、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、印度、印度尼西亚、马来西亚、罗马尼亚、越南、南斯拉夫, 后来加: 马达加斯加

A/RES/44/117C: 1989年12月15日以R134-17-4通过

赞成：(134) 中国、苏联(其它国名从略)

反对：(17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(4) 希腊、爱尔兰、以色列、日本

9. 第四十五届会议 (1990年)

A/C.1/45/L.25: 提案国：(14) 阿富汗、阿尔及利亚、阿根廷、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、马来西亚、越南、南斯拉夫

A/RES/45/59B: 1990年12月4日以R125-17-10通过

赞成：(125) 中国、苏联(其它国名从略)

反对：(17) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(10) 保加利亚、捷克斯洛伐克、希腊、匈牙利、爱尔兰、以色列、日本、列支敦士登、波兰、罗马尼亚

10. 第四十六届会议 (1991年)

A/C.1/46/L.20: 提案国: (15)阿富汗、阿尔及利亚、孟加拉国、不丹、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、马达加斯加、马来西亚、越南、南斯拉夫,后来加上玻利维亚、老挝人民民主共和国

A/RES/46/37D: 1991年12月6以R122-16-22通过

赞成: (122) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对: (16) 澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、法国、德意志联邦共和国、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权: (22) 阿尔巴尼亚、阿根廷、奥地利、保加利亚、捷克斯洛伐克、爱沙尼亚、芬兰、希腊、匈牙利、冰岛、爱尔兰、以色列、日本、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、马绍尔群岛、波兰、大韩民国、罗马尼亚、萨摩亚、瑞典

11. 第四十七届会议 (1992年)

A/C.1/47/L.33: 提案国: (15)阿尔及利亚、孟加拉国、玻利维亚、哥斯达黎加、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、老挝人民民主共和国、马达加斯加、马来西亚、越南,后来加: 不丹、朝鲜民主主义人民共和国

A/RES/47/53C: 1992年12月9以R126-21-21通过

赞成: (122) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对: (16) 澳大利亚、比利时、保加利亚、加拿大、捷克斯洛伐克、丹麦、法国、德意志联邦共和国、匈牙利、冰岛、意大利、卢森堡、荷兰、新西兰、挪威、波兰、葡萄牙、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权: (21) 亚美尼亚、奥地利、爱沙尼亚、芬兰、希腊、爱尔兰、以色列、日本、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、马耳他、马绍尔群岛、大韩民国、摩尔多瓦共和国、罗马尼亚、萨摩亚、圣马力诺、斯洛文尼亚、所罗门群岛、瑞典

12. 第四十八届会议(1993年)

A/C.1/48/L.13和Rev.1和2: 提案国: (15) 阿尔及利亚、孟加拉国、不丹、玻利维亚、哥伦比亚、哥斯达黎加、朝鲜民主主义人民共和国、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、印度、印度尼西亚、老挝人民民主共和国、马达加斯加、马来西亚、墨西哥、越南, 后来加: 海地、洪都拉斯、苏丹

A/RES/48/76B: 1993年12月16以R120-23-24通过

赞成: (120) 中国、苏联 (其它国名从略)

反对: (23) 安道尔、比利时、保加利亚、加拿大、捷克共和国、丹麦、芬兰、法国、德国、匈牙利、冰岛、意大利、卢森堡、摩纳哥、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、斯洛伐克、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权: (24) 阿尔巴尼亚、阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、爱沙尼亚、格鲁吉亚、希腊、爱尔兰、以色列、日本、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、马耳他、马绍尔群岛、新西兰、大韩民国、摩尔多瓦共和国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、斯洛文尼亚、瑞典、前南斯拉夫的马其顿共和国

13. 第四十九届会议(1994年)

A/C.1/49/L.31: 提案国: (20) 孟加拉国、不丹、玻利维亚、哥伦比亚、朝鲜民主主义人民共和国、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、洪都拉斯、印度、印度尼西亚、老挝人民民主共和国、马达加斯加、马来西亚、墨西哥、缅甸、苏丹、越南, 后来加: 哥斯达黎加、海地

A/RES/49/76E: 1994年12月15以R115-24-31通过

赞成: (115) 中国 (其它国名从略)

反对: (24) 安道尔、比利时、加拿大、捷克共和国、丹麦、芬兰、法国、德意志联邦共和国、希腊、匈牙利、冰岛、意大利、卢森堡、摩纳哥、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、斯洛伐克、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(31)阿尔巴尼亚、阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、白俄罗斯、保加利亚、克罗地亚、爱沙尼亚、斐济、格鲁吉亚、爱尔兰、以色列、日本、哈萨克斯坦、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、马耳他、马绍尔群岛、密克罗尼西亚联邦、新西兰、大韩民国、摩尔多瓦共和国、俄罗斯联邦、萨摩亚、斯洛文尼亚、瑞典、塔吉克斯坦、前南斯拉夫的马其顿共和国、乌克兰

14. 第五十届会议 (1995年)

A/C.1/50/L.47: 提案国：孟加拉国、伯利兹、不丹、玻利维亚、博茨瓦纳、文莱达鲁萨兰国、哥伦比亚、朝鲜民主主义人民共和国、厄瓜多尔、埃及、埃塞俄比亚、海地、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、肯尼亚、老挝人民民主共和国、马达加斯加、马拉维、马来西亚、墨西哥、密克罗尼西亚联邦、缅甸、尼泊尔、尼日利亚、菲律宾、苏丹、越南

A/RES/50/71E: 1995年12月12以R108-27-28通过

赞成：(108) 中国(其它国名从略)

反对：(27)安道尔、比利时、保加利亚、加拿大、捷克共和国、丹麦、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、意大利、拉脱维亚、立陶宛、卢森堡、摩纳哥、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、罗马尼亚、斯洛伐克、西班牙、土耳其、联合王国、美国

弃权：(28)阿富汗、阿尔巴尼亚、安提瓜和巴布达、阿根廷、亚美尼亚、澳大利亚、奥地利、巴哈马、巴巴多斯、白俄罗斯、克罗地亚、赤道几内亚、爱沙尼亚、格鲁吉亚、爱尔兰、以色列、日本、列支敦士登、马耳他、新西兰、大韩民国、摩尔多瓦共和国、俄罗斯联邦、斯洛文尼亚、瑞典、前南斯拉夫的马其顿共和国、乌克兰、乌兹别克斯坦

三、核裁军的另一方面--在冷战期间的核裁军和 导致缔结《不扩散条约》的道路--

(1) 在冷战时期的核军备竞赛和核武器控制；《不扩散条约》的产生

(a) 核裁军的发展

26. (美国和苏联的军备竞赛) 在1949年苏联第一次进行核武器试验成功和1952年美国第一次进行氢弹试验后,即使法国、联合王国和后来中国参加了核武器国家集团,这种武器仍然是美国和苏联之间在大战后称为冷战时期的摩擦根源。不过,在它们进行军备竞赛的同时,美国和苏联,深知一旦真正使用核武器所造成的灾难,确认需要有一些限制。

在寻求限制战略核武器数量或甚至冻结这些武器的办法时,美国和苏联1961年发表《关于裁军谈判商定原则的联合声明》(联合国A/4879号文件)。计划包括逐步消除和停止大规模毁灭性武器—例如核武器—的生产,这标志着两国之间1969年关于限制战略武器会谈(第一阶段限武会谈)谈判的开始,并在1972年缔结《反弹道导弹条约》后结束,接着同年展开(第二阶段限武会谈)。《限制进攻性战略武器条约》(第二阶段限武会谈条约)于1979年缔结,但从未批准。1982年开始进行在裁减战略武器会谈的框架内的谈判。

27. (在日内瓦的裁军谈判委员会和后来裁军谈判会议) 经美国和苏联同意和联合国关于“裁军问题”第1722(XVI)号决议的核准,1961年在日内瓦设立十八国裁军委员会,由每个“集团”的相同数目的国家组成—即每方五个,另外有八个不结盟国家—作为全球裁军论坛。1969年十八国裁军委员会成为裁军谈判委员会会议有二十六个成员国(1975年增加到三十一个),按照联合国大会1978年第一届特别裁军会议(会议由四十个国家组成,包括所有五个核武器国家)将其名称改为裁军谈判委员会。自1984年起,作为裁军谈判会议存在,是一个裁军谈判机构。

28. (部分禁试条约) 在国际局势演变中,包括1962年10月的古巴导弹危机,经

美国和苏联同意,《禁止在大气层、外层空间及水下进行核武器试验条约》(部分禁试条约),由美国、苏联和联合王国为原缔约国,1963年8月5日在莫斯科签署。各缔约国同意:

“禁止、防止并且不在大气层,它的范围外,包括外层空间;或水下,包括领海或公海,进行任何核武器试验爆炸,或任何其它核爆炸”(第一条)《联合国条约汇编》,第480卷(英文本),第43页)。

本条约为无限期,开放给所有国家签字。截至1995年1月1日有九十九个国家批准或加入条约,有五个国家只签署条约。全面禁止所有核试验,包括地下试验,到目前为止尚未实现,关于《全面禁止一切核试验条约》的谈判目前正在进行。

29. (1978年联合国第一届专门讨论裁军问题的特别会议) 联合国大会自始在日内瓦的十八国裁军谈判委员会的密切合作下,并在美国和苏联进行核武器双边谈判的同时,通过了若干关于核武器的决议,其中之一是1961年关于“禁止使用核武器宣言”的第1653 (XVI)号决议,我在前面第16段已提到该决议(见表一)。1961年决议虽然曾遭到强烈反对和保留,但长久以来被视为核裁军方面所要实现的主要目标之一,并导致年复一年通过以《禁止使用核武器公约》为目标的的一系列决议,不过后者尚未取得成果(见上文第20-25段)。

考虑到核裁军问题为全球和平与安全问题,大会第一届专门讨论裁军问题的特别会议(第十届特别会议)1978年5月/6月举行,为争取在有效国际监督下全面彻底裁军的国际裁军战略奠定基础(上文第17段)。

该特别会议的《最后文件》列出各种原则,包括核武器国家负有进行核裁军的首要责任、核武器国家和无核武器国家之间维持可接受的互相责任与义务的平衡、审议旨在确保避免使用核武器和防止核战以及不扩散核武器的建议。

《最后文件》的行动纲领指出,最终目标应当是全面消除核武器,并为此目的,除其它外,鼓励所有国家在有效核裁军进程的框架下停止进行核武器试验、向无核武器国家保证不会使用或威胁使用核武器,并鼓励在有关区域各国根据自由作出的

安排建立无核武器区。

大会按照第一届特别裁军会议的这份《最后文件》，从1978年第三十三届会议起直至目前，将“审查第十届特别会议通过的建议和决定的执行情况”列入每届会议的议程上。

30. (1982年大会第二届特别裁军会议) 虽然大会指出自1978年以来的事态发展并未符合特别裁军会议所产生的期望，大会1982年举行了第二届特别裁军会议(第十二届特别会议)，审查1978年大会上届裁军会议所通过的建议和决定的执行情况(上文第20段)。这届特别裁军会议通过《结论文件》，即特设委员会的报告(A/S-12/32)。

自同一年年底举行第三十七届会议(1982年)以来，大会在每届会议的议程上却列入题为“审查和执行第十二届特别会议的《结论文件》”。在这个议程项目下，大会第三十七届会议(1982年)通过了关于核裁军的各项决议，其中可指出题为“禁止使用核武器公约”的决议(如上文第21-22段所述)。大会在1982年至1995年的十四届会议期间重复几乎相同的决议(见上文第23段)。虽然提案国的数目并未增加，但反对该决议的国家和表决弃权的国家有所增加。事实上，这项决议在任何情况下通过时都没有任何影响，因此大会在每届会议上重申它遗憾地注意到在上一年没有任何结果。在纽约联合国或在日内瓦裁军谈判会议上从未就《禁止在任何情况下使用或威胁使用核武器公约》进行实质讨论。

(b) 将核武器国家和无核武器国家分开

31. (不扩散条约) 在1963年由《部分禁试条约》的缔结所带来的缓和气氛下，美国和苏联逐渐对防止核武器扩散到已拥有核武器国家以外的问题感到关切。美国和苏联1968年7月在日内瓦联合提出《不扩散核武器条约》(《不扩散条约》)草案，并在无核武器国家的参加下进行了多边谈判。《不扩散条约》经美国、苏联和联合王国同意在三个城市：伦敦、莫斯科和华盛顿开放给所有国家签字(《联合国条约汇编》，第729卷，英文本第161页)。该条约在所有三个原始签署国批准和其它四

十个签署国交存批准书后,于1970年3月5日生效(中国和法国在1992年才批准该《条约》)。

该条约明显区分,核武器国家一类,即界定为1967年1月1日以前曾经制造和爆炸核武器或其它核装置的国家,它们保证不转让核武器给无核武器国家或协助、鼓励或引导它们任一国制造或取得核武器(第一条),无核武器国家为另一类,它们不接受核武器或其它核爆炸装置的转让,和不制造或取得核武器或其它核爆炸装置(第二条)。《条约》责成所有缔约国,无论是核武器国家,或是无核武器国家,真诚地进行谈判的义务,以便采取停止核军备竞赛和进行核裁军的有效措施(第六条)。还要指出,在大会1978年第一届特别裁军会议上,五个核武器国家向无核武器缔约国保证不对它们使用核武器。

就核武器来说,这个似乎不平等的条约可维持核武器国家和无核武器国家之间的均势,因为核不平等实际上反映了1970年代和1980年代国际关系的现实情况。直至1979年底,有111个国家成为该《条约》的缔约国,和1989年底有138个国家为缔约国。目前,《条约》获得182个国家批准。

在《条约》生效后二十五年,1995年将召开一次会议,由大多数缔约国决定《条约》应否继续无限期生效,或延长固定期限(第十条(2))。

32. (无核区--《特拉特洛尔科条约》) 《不扩散条约》确认任何国家集团有权缔结区域条约,以便保证在各自领土内完全没有核武器(第七条)。

《拉丁美洲禁止核武器条约》(后来增加“和加勒比”的一词)(《特拉特洛尔科条约》)1967年2月14日由14个拉丁美洲国家签字(后来增加7个国家签字),1968年4月22日生效(《联合国条约汇编》,第634卷,(英文本)第281页)。该条约属永久性,因此无限期生效(第三十条),目前在区域30个国家生效。

五个核武器国家必须遵守此《条约》,接受《第二号附加议定书》,规定核武器国家“保证不对《条约》缔约国使用或威胁使用核武器”(第3条)。联合国大会在历届会议上通过的决议(第2286(XXII)号;第2456(XXIII)号决议;等)特别满意地

欢迎此《条约》并请五个核武器国家签署和批准此《附加议定书》，从而受《条约》约束。实际上，五个核武器国家在1970年代末相继签署和批准《第二号附加议定书》，不过同时发表声明，其中有些声明附有保留。

33. (《拉罗通加条约》) 继关于拉丁美洲区域的《特拉特洛尔科条约》之后，1985年8月6日八个国家在南太平洋论坛上签署了《南太平洋无核区条约》（《拉罗通加条约》）（后来增加一个签字国），规定放弃核爆炸装置、防止核武器国家在其领土上放置核爆炸装置、和防止核试验（《联合国条约汇编》，1987年1月2日，登记编号24592）。该《条约》1986年12月11日生效，属永久性，将无限期生效（第十三条），目前在该区域12个国家生效。

《第二号议定书》旨在征得五个核武器国家同意不对《条约》缔约国“使用或威胁使用”任何核爆炸装置（第一条），于1988年由中国和苏联签署和批准，它们对该文书各自附加一些保留。法国、联合王国及美国要等到1996年3月才签字。

(2) 《不扩散条约》制度的永久化

(a) 《不扩散条约》

34. (冷战结束) 东欧各政权的崩溃—由1989年11月拆毁柏林围墙和苏联解体开始直至导致冷战结束—在1980年代末和1990年代初对核武器问题有很大影响。

35. (对全面禁试条约的期望) 自1963年《部分禁试条约》结束后，全面禁止试验所有核爆炸是最重要的政治任务—尤其在日内瓦—随着1995年的来临，成为核武器国家实现无限期延长《不扩散条约》的目标的最重要事项，从而使该条约制度永久化。1990年由于关于《全面禁止核试验条约》的争论，审查不扩散条约会议停滞不前，因此《不扩散条约》引起重视。核武器国家认识到，如果它们要实现无限期延长《不扩散条约》目标，就必须放弃任何已规划的核武器试验。

1991年，《全面禁止核试验条约》首次列为大会的综合独立议程项目；经45个国家提出的提案于1991年12月6日由147国表决赞成、2国反对和4国弃权通过，成为题为“《全面禁止核试验条约》”的第46/29号决议（表四，1）。美国和法国投反对

票、中国和联合王国弃权。该决议要求所有国家力求彻底禁止进行核试验，并要求裁军谈判会议进行谈判。

36. (在日内瓦进行谈判)1992年，在日内瓦开始进行实际谈判，同年底，联合国大会于1992年12月9日以159票赞成、1票反对和4票弃权通过第47/47号决议——同前项决议几乎相同（表四，2）。业经指出，虽然美国投反对票，法国由于修改其国策不再投反对票，而是弃权。美国在克林顿总统的任期于1993年1月开始和考虑到不久将要延长《不扩散条约》的期限，同样改变其政策。因此，1993年关于“《全面核禁试条约》”的决议草案由157个国家，包括美国提出，并未经表决通过，成为第48/70号决议（表四，3）。

实际上，通过裁军谈判会议1994年在日内瓦就《全面核禁试条约》进行谈判，开始出现有实际希望可以草拟《条约》。1994年，在大会第49届会议上，首次由所有五个核武器国家提出关于相同议题的决议，于1994年12月15日再次未经表决通过，成为第49/70号决议。该决议促请所有参加裁军谈判会议的国家，尤其是核武器国家，作为高度优先任务，加紧谈判，并且缔结一项普遍适用的全面核禁试条约，促进核裁军和防止所有方面的核武器扩散（表四，4）。业已指出，为有效执行上文第31段所提到的《不扩散条约》第六条，预期裁军谈判会议最迟于1996年完成关于《全面核禁试条约》的谈判。1995年，在大会第五十届会议上再次未经表决通过关于《全面核禁试条约》第50/70号决议（表四，5），并希望将于1996年缔结《全面核禁试条约》。

(b) 无限期延长《不扩散条约》

37. (召开会议) 尽管1968年的《不扩散条约》肯定视为不平等，核武器为少数国家所垄断和防止核武器扩散到这些国家之外已在一段时间内成为核威慑理论的关键。根据该《条约》，1995年将召开一次会议，以决定《条约》是否继续无限期生效，或再延长固定的期间（第十条(2)）。大会第四十七届会议（1992年）以记录表决168票赞成，零票反对或弃权（印度后来通知大会它曾打算弃权），通过第47/52 A号

决议,其中注意到该《条约》缔约国决定成立1995年审查和延长会议的筹备委员会,定于1993年5月举行会议,并请秘书长提供所需的协助。按照筹备委员会的决定,1995年4月/5月在纽约举行审查和延长会议。

38. (核武器国家作出安全保证)为使《不扩散条约》制度长存,核武器国家必须对无核武器国家就使用这些武器作出保证。在1995年4月/5月举行会议之前,五个核武器国家1995年4月初各自发表声明,作出不对《不扩散条约》无核武器缔约国使用核武器的安全保证。安全理事会在1995年4月11日一致通过的第984号决议(1995)内“赞赏地注意到”五个核武器国家的“声明”。核武器国家所作出的保证大同小异,声明“(各国)将不对《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国使用核武器”(S/1995/261,俄罗斯联邦;262,联合王国;263,美国;264,法国)而中国则保证它“在任何时候,任何情况下不首先使用核武器”并“在任何时候、任何情况下不对无核武器国家或无核武器区使用或威胁使用核武器”(S/1995/265)。实际上,中国五年前于1990年,也作出类似的安全保证。

39. (无限期延长《不扩散条约》的期限)有一百七十五个会员国参加、十个非会员国派遣观察员。会议决定由于有过半数《条约》缔约国赞成依照第十条第二款的规定无限期延长《条约》的期限,因而“《条约》(应)继续无限期生效”(决定3)。核武器国家尽可能期待核裁军和不使用核武器,并未改变其立场。相反的,无核武器国家对核武器国家致力促进核裁军表示赞扬,同意核武器国家由于其优越地位,将继续是唯一拥有核武器的国家。大会关于“《不扩散核武器条约》缔约国1995年审查和延长大会”的第50/70 Q号决议注意到缔约国会议的这项决定,该决议1995年12月12日以记录表决,161票赞成、零票反对、只有印度和以色列弃权,获得通过。

因此,可说《不扩散条约》制度在国际社会中根深蒂固。

40. (无核区条约)继《特拉特洛尔科条约》和《拉罗通加条约》之后,又缔结了一些条约,按照《不扩散条约》第七条扩大无核武器区。

在东南亚,有十个国家于1995年12月在曼谷举行东南亚国家联盟(东盟)国家

元首会议期间签署了《无核区条约》，本条约应无限期生效。《议定书》开放给五个核武器国家签字。据报中国和美国由于《条约》包括专属经济区和该区域的大陆架，拒绝签署《议定书》。

在非洲，南非放弃其核武器，无核区的建立变成事实，联合国大会第四十九届会议(1994年)通过了关于“建立非洲无核武器区”的第49/138号决议，请秘书长同非洲统一组织(非统组织)协商，草拟非洲无核武器区条约。1995年6月，在决定延长《不扩散条约》的期限后，非统组织国家元首会议通过了《非洲无核武器区条约》(佩林达巴条约)，由42个非洲国家于1996年4月11日在开罗签字。中国、法国、联合王国和美国同时签署了《第一号议定书》，保证不对《条约》缔约国使用或威胁使用核武器。《条约》属永久性质，应无限期生效。

41. (结论) 根据上述可得出结论，一方面，《不扩散条约》制度假定五个核武器国家拥有核武器为既定事实，另一方面，五国通过在安全理事会所发表的某些声明向无核武器国家作出安全保证。此外，这些核武器国家既然加入各项无核区条约所附的《议定书》，有义务不对各该条约的缔约国使用或威胁使用核武器。

不应忽略这个现实情况。这些核武器国家很不可能甚至在各国彼此之间使用核武器，但不能完全排除在某些特别情况下使用这些武器的可能性。这是《不扩散条约》的意义。各国普遍接受《不扩散条约》制度在国际安全的情况下是必要的邪恶，因为核威慑理论仍有意义和具有约束力。

表四

(注:划底线的是加入《不扩散条约》
的核武器国家,“R”指记录表决)

大会决议:关于“《全面禁止核试验条约》”

1. 第四十六届会议(1991)

A/C.1/46/L.4:提案国:(45)苏联(其它国名从略)

A/RES/46/29:1991年12月6日以R147—2—4 通过

赞成:(147)苏联(其它国名从略)

反对:(2)法国、美国

弃权:(4)中国、密克罗尼西亚联邦、以色列、联合王国

2. 第四十七届会议(1992)

A/C.1/47/L.37:提案国:(99)俄罗斯联邦(其它国名从略)

A/RES/47/47:1992年12月9日以 R159—1—4 通过

赞成:(159)俄罗斯联邦(其它国名从略)

反对:(1)美国

弃权:(4)中国、法国、以色列、联合王国

3. 第四十八届会议(1993)

A/C.1/48/L.40:提案国:(159)俄罗斯联邦、美国(其它国名从略)

A/RES/48/70:1993年12月16日未经表决通过

4. 第四十九届会议(1994)

A/C.1/49/L.22/Rev.1:提案国:(87)中国、法国、俄罗斯联邦、联合王国、美国(其

它国名从略)

A/RES/49/70: 1994年12月15日 未经表决通过

5. 第五十届会议(1995)

A/C.1/50/L.8/Rev.1: 提案国: (91) 法国、俄罗斯联邦、联合王国、美国(其它国家名从略)

A/RES/50/65: 1995年12月12日 未经表决通过

(3) 《不扩散条约》体制在核威慑理论仍然有效时期的意义

42. (消灭核武器的最终目标)由日本提案和介绍的题为“为最终消灭核武器进行核裁军”的决议,于1994年12月15日在第四十九届会议上以记录表决163票赞成、零票反对和8票弃权获得通过,成为第49/75H号决议(见表五1)。大会该决议“促请非《不扩散核武器条约》缔约国的国家尽早加入条约”并“呼吁核武器国家致力于核裁军,以期按全面彻底裁军的构架实现消灭核武器的最终目标”(着重线为新加)。

1995年5月决定《不扩散条约》无限期延长后,大会第五十届会议于1995年12月12日以154票赞成、零票反对和10票弃权通过第50/70C号决议,其中“呼吁核武器国家决心进行全球性有系统的、逐步的裁减核武器的努力,其最终目标为消除这些武器,和所有国家决心致力于严格有效国际监督下的全面彻底裁军”(着重线为新加)(表五,2)。

应当指出,同日通过的标题类似的“核裁军”的另一项决议第50/70P号决议建议“采取有效的核裁军措施以便在一个时限框架内彻底消除(核)武器”(着重线为新加),其记录表决103票赞成、39票反对和17票弃权,表明遇到强烈反对(表五,3)。

表五

(注：划底线的是加入《不扩散条约》
的核武器国家，“R”指记录表决)

大会决议：“为最终消灭核武器进行核裁军”

1. 第四十九届会议(1994)

A/C.1/49/L.33/Rev.1: 提案国: 日本

A/RES/49/75H: 1994年12月15日以R163—0—8通过

赞成: (163) 中国、俄罗斯联邦(其它国名从略)

反对: (0)

弃权: (8) 巴西、古巴、朝鲜民主主义人民共和国、法国、印度、以色列、联合王国、美国

2. 第五十届会议(1995)

A/C.1/50/L.17/Rev.2: 提案国: 日本, 后来增加: 澳大利亚、奥地利、比利时、加拿大、丹麦、芬兰、德国、冰岛、爱尔兰、意大利、马耳他、荷兰、新西兰、挪威、波兰、西班牙、瑞典、委内瑞拉

A/RES/50/70C: 1995年12月12日以R154—0—10通过

赞成: (154) 法国、俄罗斯联邦、联合王国、美国(其它国名从略)

反对: (0)

弃权: (10) 阿尔及利亚、巴西、中国、古巴、朝鲜民主主义人民共和国、印度、伊朗、以色列、缅甸、巴基斯坦

大会决议：“核裁军”

3. 第五十届会议(1995)

A/C.1/50/L.46/Rev.1: 提案国: 阿尔及利亚、安哥拉、孟加拉国、柬埔寨、哥伦比亚、古巴、朝鲜民主主义人民共和国、厄瓜多尔、埃及、斐济、加纳、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、伊拉克、肯尼亚、马来西亚、马绍尔群岛、毛里求斯、墨西哥、蒙古、缅甸、尼日利亚、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、菲律宾、萨摩亚、斯里兰卡、苏丹、泰国、坦桑尼亚联合共和国、越南、津巴布韦

A/RES/50/70P: 1995年12月12日, 以R106—39—17通过

赞成: (106) 中国 (其它国名从略)

反对: (39) 阿尔巴尼亚、安道尔、阿根廷、奥地利、比利时、保加利亚、加拿大、捷克共和国、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、匈牙利、冰岛、爱尔兰、以色列、意大利、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马耳他、摩纳哥、荷兰、挪威、波兰、葡萄牙、莫尔多瓦共和国、罗马尼亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、前南斯拉夫的马其顿共和国、土耳其、联合王国、美国

弃权: (17) 安提瓜和巴布达、亚美尼亚、澳大利亚、阿塞拜疆、巴哈马、白俄罗斯、贝宁、克罗地亚、塞浦路斯、赤道几内亚、格鲁吉亚、日本、哈萨克斯坦、新西兰、大韩民国、俄罗斯联邦、乌克兰

四、结束语

(1) 重新审查大会请法院发表咨询意见的请求

43. (重新审查该请求) 首先, 我曾表明大会第49/75K号决议中的请求, 即“国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器?”, 实际上不过是请法院同意某些人所构想的一项法律公理, 即国际法不允许在任何情况下以核武器进行

威胁或使用核武器,因此从《联合国宪章》第九十六条一项规定的真正意义来说,不能被认为是征求咨询意见的请求。

第二,我仍认为请求中有意义不明确的内容,如使用“以核武器进行威胁或使用核武器”的提法,而不是“使用或威胁使用核武器”,对于“威胁”的概念没有作出澄清,导致人们会提出问题,拥有或生产核武器是否也是请求中的一个目标。我认为,有充分的理由相信,鉴于起草的背景,在一些国家的心目中核武器本身是绝对非法的。

第三,从提出请求的准备工作可以看出,该决议的通过远非大会的一项共识(参看上文第6至14段)。

44. (就禁止使用核武器公约达成协议的运动已陷于停顿)在联合国论坛内,在核裁军的发展进程中,为缔结一项条约完全禁止“使用或威胁使用核武器”的运动,从1982至1994年已陷于停顿十余年。纽约联合国大会对此类一再重复的裁军决议的支持,不是增加而是减少(见上文表三),日内瓦的裁军谈判会议对这些决议不欲作出有利的响应,也没有开始为此类公约达成协议而谈判。

在这种背景下,一批国家在几个非政府组织推动下,企图通过取得国际法院对一种所谓的法律公理的赞同而实现突破,以便争取缔结一项全世界反核武器公约。我毫不怀疑,该请求的筹备和起草不是为了确定此主题的现行国际法的地位,而是企图促进完全消除核武器,即是说,有很强的政治动机。这一理由,除其它外,可以解释为何1994年的第49/75K号决议虽然在大会上得到78国的支持而获得通过,但仍有43国反对和38国弃权。

45. (不扩散体制的实际情况)国际社会的实际情况与支持49/75K号决议国家的愿望相去甚远。在冷战期间,五个国家垄断核武器和防止在该少数国家以外的扩散,被认为是维持国际和平与安全的重要和必不可少的条件,1968年缔结的《不扩散条约》就是证明,条约对五个核国家和非核武器国家作了明确的区分。核威慑的理论或战略,尽管可从不同的角度和方面加以判断和批评,但却是不扩散体制的基础,在

过去几十年间由国际协定法和习惯法加以合法化。

直到今天,即使在冷战后时期,情况没有改变。1968年《不扩散条约》的期限在1995年作了无限期的延长。在核裁军不完全、全面彻底裁军不现实的国际气候中,完全禁止核武器将被视为违背该条约所依据的法律基础。如果完全禁止核武器是该请求的推动力量,那么唯有不顾当时合法存在的不扩散体制,才能根据第49/75K号决议提出这一问题。

另外一点也不能忽视。事实上,核武器国家都趋向保证不对无核武器区条约具体指明的区域内的国家使用或威胁使用核武器。五个核国家1995年初在安全理事会发表声明作出安全保证,不对无核武器国家使用或威胁使用核武器。换言之,如果法律保证得到尊重,目前几乎没有由宣告拥有核武器的五个国家使用核武器的风险。在这种情况下,在1994年没有提出核武器合法或非法问题的迫切需要。

46. (咨询程序的讽刺)在不扩散体制即将无限期合法化的气氛中,在五个核武器国家不大会使用核武器的时候,在1994年12月15日同一天内,根据关于“禁止使用核武器公约”的第49/76E号决议,请大会要求在日内瓦的裁军谈判会议制订此项公约(没有多少成功的希望),还要求在“完全彻底裁军”的同一议程项目下通过另外两项决议,一项是旨在最终消除核武器的第49/75H号决议,另一项是要求法院同意根据现代国际法核武器属于非法的49/75K号决议。这是完全矛盾的。在1994年的现有环境下,没有需要也没有合理的理由大会请求法院对以核武器进行威胁或使用核武器合法或非法发表咨询意见。我认为这只是对咨询程序的讽刺。

(2) 咨询职能的作用和法院不提出咨询意见的酌处权

47. (提出咨询意见的职能)国际法院的职能不仅是一个司法机关,而且能够提出咨询意见。然而,咨询对任何司法法庭都是一种有问题的职能。在国际常设法院之前,没有任何国际法庭行使过这一职能,国际常设法院是在不肯定和有争议的情况下首次行使这一职能。现在咨询职能同诉讼职能一起都并行列入国际法院的作用中,

但仍被认为是一项例外,只是法院的一种附带职能。因此,《规约》第六十五条规定“法院.....得发表咨询意见”(着重线为新加),有别于其诉讼审判权,是法院在行使咨询职能时有酌处权。

48. (在常设法院期间曾有一次拒绝发表咨询意见)常设法院曾拒绝发表咨询意见,但不是因为行使其酌处权。在常设法院期间,咨询职能(在诉讼案件中)对解决国家间争端有比较重要的作用,在涉及国家争端的案件中,必须争端国同意才提出咨询意见。1923年的东卡累利(Eastern Carelia)一案在这方面非常重要,也是常设法院拒绝发表咨询意见的唯一案例。该案涉及对1920年芬兰与俄罗斯Dorpat和平条约中关于东卡累利自治地位的声明的解释。芬兰首先吁请国际联盟理事会要求法院发表咨询意见。俄罗斯不是国际联盟的成员,反对这项行动。除俄罗斯没有诉讼代理人的法院诉讼程序外,法院在拒绝发表咨询意见时还表示,在当时情况下不愿再过问此事,并援引一项既定的国际法原则,即“未经同意不能强迫任何国家将其与别国的争端提交调解或仲裁,或任何其它形式的和平解决”(《常设国际法院汇编B》,第5卷,(英文本)第27页)。

在常设法院期间涉及国家间争端和在东卡累利一案以后的所有咨询意见,都事先得到有关国家的同意,或至少保证争端双方都不反对该程序。在这种情况下,前法院处理的东卡累利一案的先例同本案无关。

49. (国际法院的咨询职能)国际法院至今发表了二十次咨询意见,其中的十二次是应大会决议的要求。

在法院初期,共有七次只是解释《联合国宪章》或有关联合国职能的事项,如一个国家加入联合国的条件(《宪章》第四条)(1948);为联合国服务时所受伤害的补偿(1949);大会接纳一国加入联合国的权限(1950);联合国行政法庭判定补偿的效力(1954);关于西南非洲领土的报告和请愿书问题的表决程序(1955);西南非洲问题委员会允许请愿者的听询(1956);和关于联合国某些费用的案件(1962)。

前法院即使在咨询案件中也大多是处理国家间的争端,而现法院只在少数情况

被要求就有关国家间争端的事项发表咨询意见,如对同保加利亚、匈牙利和罗马尼亚的和平条约的解释(1950)和西撒哈拉问题(1975)。法院有几次处理国际组织和国家间的争端,如西南非洲案(1950),和根据1947年6月26日联合国总部协定第21款交付仲裁义务的适用(1988)。

50. (一般性法律问题)实际上,在本法院存在期间,仅有一案处理一般性法律问题,即对《防止及惩治灭绝种族罪公约》的保留意见案(1951),在该案中对一项多边公约附加保留意见的意义产生质疑。然而,在该案中对法院的请求出自切实的必要性,即请法院专对下列问题:

“如果公约的一个或一个以上的缔约国反对保留意见,而其它国家不反对,保留意见的国家(可以)维持其保留意见而仍被视为(灭绝种族)公约的缔约国”(《国际法院判例汇编,1951年》,(英文本)第16页)

以及对多边公约附加保留意见的意义,特别对《灭绝种族公约》的解释和适用这一具体问题发表意见。这一情况使该案与本案有很大区别。在本案中实际问题没有分歧,不需要指出以核武器进行威胁或使用核武器是合法或非法,我在上文第45段已对此作过解释。

51. (拒绝发表咨询意见)如果研究这种做法,可以发现从未有过要求法院就某项一般性法律问题发表咨询意见的情况,这种问题既不涉及具体的争端,也不是有待实际解决的具体问题。目前的法院即使有发表或拒绝发表咨询意见的酌处权,但过去从未拒绝过大会对咨询意见的要求。然而,事实上法院过去从未收到在特定条件下可以合理拒绝的任何要求。在这方面,在目前情况下,争辩说“法院....原则上不应拒绝发表咨询意见”,“在本院的历史上,从未根据本院的酌处权,拒绝接受请求发表咨询意见”(法院意见第14段)是没有意义的。

(3) 结论

52. (司法的合宜性)在这种情况下,并考虑到法院拒绝发表咨询意见的酌处权

能,我认为出于司法合宜性的理由,法院本应当不受理根据第49/75K号决议提出的要求。此外,我觉得法院在本意见中达成的初步或含混的结论,不能构成对该要求的真正答复。我担心这种不够明确的结果会损害法院的信誉。

53. (司法的经济性)此外,我要解释一下根据司法经济的考虑,我认为在本案中本应不予受理该要求的理由。在海洋法、人道主义和人权法、环境法等领域,可就国际法一般性的法律解释或适用向法院提出无数的问题要求。法院若象本案一样决定发表意见,答复某一特定行动是否符合条约法或习惯法的适用这种一般性的法律问题(问题的提出并没有任何实际需要),那么从长期来说,法院将因陷入一些假定的一般性案件而终将损害其依法解决国际争端的主要职能,成为一个协商或甚至立法机关。

如果在没有实际争端或需要的情况下,向并不要求立即解决的任何一般性法律问题打开闸门,那么法院会收到许多学术或知识性的案件,结果将妨碍行使其真正司法职能的能力。在法院今天答复世界卫生大会的要求所发表的意见中,我附有我的分列意见,对滥用要求咨询意见的权利表示了 my 关切,现载录如下:

“我非常担心,如果鼓励或邀请更多使用法院的咨询意见,如某些当局最近多次提倡的那样,法院就很可能收到更多的本质上无必要和过分简单化的咨询意见要求。我坚信国际法院作为司法机构的主要职能是解决有争议性的国家间的争端,既不应期望法院作为立法机构行事(虽然很可能通过法院的裁定实现国际法的新发展),也不应在没有关于国家间或国家与国际组织间的法律问题的争端或分歧的情况下,行使一个法律咨询机关的职能(法院可以对正式国际组织活动范围内引起的法律问题发表意见除外)。

54. (我的个人呼吁)上面陈述了我反对法院对本案发表咨询意见的立场,最后我要强调,我非常希望能如大会第49/57H和第50/70C号决议所提议完全消灭核武器,由大会全体赞成通过这两项决议,没有一票反对票。然而,此事项要由各国在日内瓦或纽约进行政治谈判去决定,同我们在海牙的司法机构无关,我们只能回应真正的需

要对现行国际法作出解释。

五、对我关于本咨询意见执行部分第2段的立场的补充意见

55. 虽然我的立场是法院本应拒绝发表咨询意见,但我仍对其执行部分的各分段投了票,因为规则规定在对法院裁决的任何执行部分表决时,法官不得弃权。我虽然这样作,但我认为第2段的陈述不能被解释为构成对第49/75K号决议所提问题的答复,而特别是F分段涉及的事项不应在咨询意见执行部分提出,因为它只是简单抄录《不扩散条约》第六条。然而,我对A至F分段(除E分段外)都投了赞成票,因为我可以接受各段中的陈述。E分段的含糊其词证明了我的观点,法院如一开始就根本拒绝对本案发表咨询意见,那将是明智的。法院只能得出如此含糊其词的结论,无助于提高其信誉。

小田滋(签名)

沙哈布丁法官的反对意见

《宪章》签署于1945年6月26日。它允诺世界的苦难将减少。可是枪炮声仍然此起彼伏。新武器尚待产生。首先必须试验。日期定为1945年7月12日；地点：阿拉莫戈多。倒数计时开始。时间到：“千万个太阳放射光芒。”这是科研小组组长当时记起的一句诗。他也记得那首古诗的末尾：“我成了死神，世界的毁灭者。”¹³

按以后的标准看，这次爆炸规模算是小的。更大的炸弹后来都造出来了。已宣布的五大核武器国都有。人类很可能被核战争毁灭。有些民族历史悠久，他们的古书中告诫不得使用造成过渡杀伤的超级武器。当代国际法对此有什么规定呢？

其实，这就是大会所提出的问题。它带出了一个难题，即：在使用核武器的特殊情况下，有无可能兼顾紧迫的国际需求与同样紧迫的确保国防不至于危及人类的生存需求？如果兼顾不得，哪一方应当舍弃？这样是否提出了法律上的问题？如果是，应当用什么法律立场来研究？

*

法院驳回了初步争论，几乎一致决定同意大会的请求，对“国际法是否允许在任何情况下以核武器进行威胁或使用核武器”这一问题发表咨询意见。法院以微弱多数，接着针对大会的问题表明立场：法院自己声称不能对此问题作出实质性回答。这里的言行不一恐怕实在无法掩饰。我恭敬地认为法院是应当、也能够以某种方式回答大会的问题的。

¹³ Peter Michelmores, *The Swift Years, The Robert Oppenheimer Story* (New York, 1969), P110。奥本海默可以阅读梵文原本的《薄伽梵歌》中的这首诗偈。

*

从所涉基本法律原则的观点来看,法院目前的答复载于咨询意见执行部分第(2)段E项的第一部分。我同意法院的意见:“以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则”,但对用“一般”二字持保留意见。

我感觉问题在于法院咨询意见执行部分第(2)段E项第二部分。如果核武器的使用是合法的,则由于该武器的性质以及行使固有自卫权时须达到的必要性和相称性之要求,意味着此类武器的合法使用只能是“国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”;我以为,尽管提法有所不同,援引“切身安全安全利益”的意义也较松散,但核武器国家立场的大义莫过于此。反过来,这必须是提交法院审议的主要问题。然而法院称无法裁决的正是这个问题,结果大会迄未收到对此问题的实质性答复。

很遗憾,我不敢苟同,法院这样得出的结论。尤其是因为如果参照对“洛特斯”案的已被接受的看法来分析这一结论,则可以这样推论:法院称存在着某些情况下可以合法使用核武器的可能性,在特定情况下这一可能性存在与否须由各国决定;对此我难以苟同。我恭敬地认为“国际法的现状及本院所掌握的种种事实”足以使法院能够作出某种答复。

既然E项的两部分不能分开表决,很遗憾,我只得不支持该项。而且,由于分歧点关系本案的实质,我决定使用“反对意见”的方式,尽管我对执行部分其它各项大多投了赞成票。

我无法支持的另一项法院意见是执行部分第(2)段B项。“本身”二字,涵意明确,使我承认习惯国际法及协定国际法中没有任何全面和普遍的禁令禁止以核武器本身进行威胁或使用武器核武器本身”。但“本身”二字不会改变使用核武器根本不受禁止的一般性含意。虽然习惯国际法及协定国际法都没有“在全世界全面禁止以核武器本身进行威胁或使用核武器本身”,但这没有解决以核武器进行威胁或使

用核武器是否合法的问题；必须要考虑较普遍的原则。此外，对禁止的考证不足以说明是否有权去做像使用核武器必然波及全球那样的大事；理由下文列出。最后，该项中的法院意见是推理中的一个步骤；做为法院对大会的问题的答复并不适当。

*

如上所述，我投票赞成法院咨询意见执行部分的其余各项。但须作一点解释。按照法院表决方法，法官并不是总能够通过投票来准确说明他对判决主文各条各款的意见，法官如何投票取决于他对某各款总方向的想法以及他认为他的基本立场有无被误解的危险。可以借发表声明、个别意见或反对意见的良机来解释枝节问题上的困难。下面就执行部分中我投票赞成的各项作一点解释。

关于执行部分第(2)段A项，我以为至少在这种情况下，国家的行为除非按国际法核准，皆属非法，这一点在该项中有一定暗示；仅仅以没有禁止规则为理由是不够的。就核武器而言，没有任何明文或不明文的核准。但A项也是推理中的一个步骤；不适宜成为法院对大会的问题的正式答复的一部分。

关于执行部分第(2)段C项，其中含有这样的意思：“违反《联合国宪章》第二条第四项……以核武器进行武力威胁或使用武力”也许仍能完全或部分符合第五十一条的要求，果真如此，那就是合法的。我本应认为，一件事情违反前者则本身即事实上是非法的，即使符合后者的要求，也不能改变其非法性。因此，侵略行为既然违反第二条第四项，则根本不在第五十一条适用范围之列，即使侵略者使用陈旧的步枪并恪守人道主义法。另外，很难理解法院因何竟致于在此表示在有些情况下以核武器进行威胁或使用核武器是合法的，而在执行部分第(2)段E项中，法院未能就该项所述情况下以核武器进行威胁或使用核武器合法与否的主要问题得出终极结论。

关于执行部分第(2)段D项，“以核武器进行威胁或使用核武器也应符合武装冲突中适用的国际法的规定”这一说法暗示有些情况下可能是兼容、从而合法。如上所述，既然法院甚至都不能裁定合法性的主要问题，很难理解它何以能够得出以上意

见。在关于法律意见究竟为何结论中，出现“应”字也用词不当。

关于执行部分第(2)段F项，我认为这是关于核武器特征的一般意见，因此投了赞成票。法院现在不是审议《不扩散核武器条约》（“不扩散条约”）第六条所涉法律事项这一问题；这并不是大会的问题的一部分。大会如果有意，完全可以把它作为关于《不扩散条约》第六条效力的问题单独提出问题。

讲到执行部分之外，我对审议项目某些方面存有犹疑，但觉得不必全部列出。但我要提一下咨询意见第104段。就该段只是引用法院现行法理原则而言，我看不懂此段有什么意义。如果它要超出复述的范围，我不同意。法院咨询意见执行部分必须根据相关的确定的法理加以解释。

*

回到法院咨询意见执行部分第(2)段E项，下面我想陈述一下我同意及不同意这项法院意见有关部分的理由。目的很有限，就是要表明与法院的主要结论相反，“国际法的现状及本院所掌握的种种事实”足以使法院能够“确实断定一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下，以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法还是非法。为此目的，在第一部分提出序言事项及杂项事项后，我将在第二部分中联系着为何断定某国何时拥有核能力的一般原则，从而讨论国家是否有权使用核武器的问题；第三部分则从国际人道主义法的角度来看待这一问题。在第四部分中，我讨论在进入核时代之时，如果有过禁止规则，后来出现的国际习惯法是否更正或撤销了这一规则。在第五部分中，我接着讨论非核化条约和不扩散条约。第六部分作结论。

第一部分. 序言事项及杂项事项

1. 主要问题

核时代的开始为本案提供了一项法理基准。一种意见认为，当时国际法并未禁止使用核武器，但后来《宪章》第二条第四项有禁止使用武力的一般规定，同时人们对核武器威力认识日益加深，愈来愈敏感，在这双重影响下形成了必需的法律意见乃

出现了禁止规定从赞成使用核武器为合法的人(“赞成合法者”)过去五十年的立场来看,如果原先没有必要的法律意见,很难断定后来形成了这样的意见。赞成使用核武器为非法的人(“赞成非法者”)大多不这样想。

赞成非法者一般的立场是:自核时代伊始就有禁止规则,后来的事态发展只是证明了这一规则继续存在。而赞成合法者则认为从来就没有过这样的禁止规则,后来的事态发展证明仍然没有任何此类规则,而相应的便是有权使用核武器。假设核时代伊始就有过禁止机制,有没有可能是后来制定了相反的规则¹⁴ 撤销或更正这一规则?对此人们没有提出争议。假设讨论过这一点,赞成非法者的立场会阻止形成其后出现任何这类许可法规所必需的法律意见;如果原先禁止规则具有绝对法性质,情况更是如此。如果作为原先禁止规则所根据的人道主义原则本身即具绝对法性质,就必会如此。法院咨询意见第83段留下这一可能性。

国家惯例很重要。但必须放在所提问题的框架内考虑。诉讼期间,国家惯例备受重视,人们还以为它绝对重要;但在本案所提问题框架内,进入核时代以来,国家惯例并没有这么重要:如果本来没有禁止规则,有赞成合法者反对,必将会阻止制定禁止规定;如果本来就有禁止规则,有赞成非法者反对,必将会阻止制定一条撤销规则。这一点已经十分清楚,此外不必再追究细节了。在任一种情况下,核时代伊始即已存在的法律情况仍将继续有效。问题在于:那是怎么样的法律情况?

这样,真正的问题在于:核时代伊始时,是否有过国际法规则禁止一国造成后来使用核武器所能造成的影响?如果当时没有那一规则,后来也没有过这样的规则,那么,赞成合法者有理。如果当时有过此类规则,后来也未被撤销,那么,赞成非法者有理。

¹⁴ 关于国际法习惯规则后来可能为不一贯的国家惯例所修改,见《1986年国际法院判例汇编》,法律理由在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动案,第109页第207段。

2. 《宪章》假定人类及人类文明将会继续

国际法包括武装冲突法的原则。这些原则可以在各种文明的历史中追寻，它们都有一种不言而喻的前提——武器的毁灭力无论有多强，其时空影响总有限度。历经数千年这一假定始终不渝。武器不断更新，杀伤力越来越大，但没有一样武器足以对子孙后代宣战，没有一样能够危及人类的生存。现在情况不一样了。

这是否提出了一个法律问题？我想是的；理由是：个人在国际法中的法律地位不论如何，如果全人类毁灭，国家消亡，则国际社会各种权利及义务的基础亦将不复存在。怎么来讨论这个问题呢？

国际法庭及各国法庭都从不曾需要追究毁灭人类行为的法律责任。但要找到答案，两种制度均不应有什么困难：两种制度都要考虑其赖以立足的法律基础。这些说明了什么？

伊本·哈勒敦对历史作批判研究时提到“法律的理由就在解释法律所服务的目的”。他接着指出：“法学家们说……不公正招致文明毁灭，其后果必然是人类亦将毁灭。”他还指出，法律是“基于要努力保存文明”¹⁵。因此，法律制度的最终目的在保存人类及文明。我认为，按今天的理解，这一目的也适用国际法。

这一结论并不违背《联合国宪章》和国际法院必须遵循的《国际法院规约》。《宪章》序言部分第一段指出，“联合国人民同兹决心欲免后世再遭今代人类两度身历惨不堪言之战祸……”。它并未保证世界不发生冲突；但联系《宪章》中的这句话和其他部分来读《规约》第九条，可以看出法院是为文明社会而设立的。文明社会不会在知情情况下自我毁灭，也不会知情情况下允许自己为他人所毁灭。世界上没有人，也就没有国家。《宪章》没有规定人类要延续下去，但至少作了这样的假定；这项假定没有明言，却仍不失其根本性。

¹⁵ Ibn khaldun著, The Muqaddimah An Introduction to History, Franz Rosenthal译, N. J. Dawood简编(普林斯顿, 1981)(英文本)第40页。

3. 使用武器核武器是国际社会所不能接受的

有必要来考虑一下核武器的特性。赞成合法者称,核武器有“战术”、“战场”、“战区”或“干净”等种,这几类核武器毁灭力并不比某些常规武器大。假定如此,从理论上讲,使用此类核武器即与使用常规武器一样合法。但对法院收到的材料是否证明这一假定仍有争论;赞成非法者认为:即使对独自游弋于大海的核潜艇或沙漠中孤立的军事目标使用核武器,也会造成放射和微粒尘,有可能引发一连串事件,导致人类毁灭。1995年无限期延长的《不扩散条约》(1968)序言部分第十一段申明,缔约国希望“清除现有一切储存并消除各国家武器库中核武器……”。可想而知,这里说的取对象包括所有“核武器”,因此“战术”、“战场”、“战区”或“干净”核武器当然包括在内。不扩散条约缔约国未加区别。法院根据所收到的材料,对所谓有例外情况感到不快。

大会有关核战争(至少是一场全面核战争)性质的决议所据基本事实确凿,难以反驳。1983年以来技术已经进展,但即使在那个阶段,联合国秘书长哈维尔·佩雷斯·德奎利亚尔先生便表明了以下意见:

“当今世界核武器库存相当于160亿吨梯恩梯炸药。对比而言,第二次世界大战造成那么大的破坏,总共使用的弹药也只不过300万吨。换言之,现在我们手中的毁灭力是不太久前造成四、五千万人死亡的那场战争的5千多倍。足可以把人类男女老少统统杀死10次以上”。¹⁶

所以说核武器不是一般的爆炸武器,不只是在同一天平上份量较重而已;核武器的毁灭力是成几何级数增长的。除了爆炸、放热之外,幅射会产生持久的毁灭性后果。只把这些后果称为副产品甚为不妥;此类后果如果不大于爆炸、发热即刻之间

¹⁶ 哈维尔·佩雷斯·德奎利亚尔1983年3月24日在宾夕法尼亚大学的讲话,见《裁军》,第六卷第2号,(英文本)第91页。

造成的后果,至少也是同样大。幅射带来不堪言状的疾病,终至痛苦死亡;幅射还影响遗传基因,伤害母亲腹中的胎儿,并可以使地球不适合人类居住。这些延伸的后果对于武器使用者也许没有什么军事价值,但仍不减少其严重性,而且确实是由使用核武器所造成。既然如此,为当前目的起见,也就没有必要考虑造成的伤害害究竟是使用核武器的副产品还是使用所造成的次级影响。

使用核武器所造成的后果也不总是立即的伤害,有时是过后才带来病痛。放射性尘埃可能在核爆炸之后很久才对人们产生影响,随着时间过去而渐渐给人们以新的伤害,甚至贻害子孙后代。核武器在初次打击后许多年仍继续攻击,这就为我们描绘了一幅独特的、令人不安的情景--现在这代人对未来几代人进行战争,尽管核武器使用者的子孙与那几代人本来完全可以和平共处。

第一次(也是迄今为止唯一的一次)把核武器用于军事目的是1945年8月6日在广岛和1945年8月9日在长崎。一个月后,红十字国际委员会(“红十字委员会”)审查了使用这种新研制武器的后果。1945年9月5日,红十字委员会给各国红十字委员会发出由马克斯、休伯尔代主席签署的通知,其中这样写道:

“总体战产生了新技术。难道因此就要认为个人不再受法律保护,只作为交战方一个因素考虑吗?“这意味着保护个人人身安全和精神安全的国际法基于原则不复存在。一条法律如果一味的自我主义,急功近利,那即使在战时也不能带来持久和平。战争一旦剥夺人的价值和尊严,就会势不可挡地向着彻底毁灭的方向发展,因为主宰宇宙万物的人的思想似乎正在充满想象力地加速这一进程。”

这些规则已经弃置不用了吗?还是说对保护个人仍然适用?如果不然,人类掌握宇宙的力量会不可避免地逐步推进战争,朝着无限制毁灭的方向发展,直至人类灭绝。随着时间的推移,拥有核武器的国家(核武器国家)和大多数不拥有核武器的国家(非核武器国家)都会持基本肯定这一结果的看法。

红十字委员会提出它关注的问题,这并不是孤掌独鸣。几个国家已经指出,四个

月后,大会一致通过决议,成立委员会负责作成“下列特定提案……(丙)摒除国防军备中原子武器以及其他一切为广大破坏之主要武器”(大会1946年1月24日第0101号决议第五节)。如果认为该决议的意义仅在于设立委员会,那是太狭隘了。设立委员会的依据也很重要。

据此,美利坚合众国和苏联这两个最大的核武器国家的代表于1961年9月20日签署了一项协定,称为“麦克洛伊-佐林协定”。协定提出了裁军谈判的八项原则。第五项原则为:“消除所有库存的核武器、化学武器、生物武器和其它大规模毁灭性武器,停止生产此类武器。”1961年12月20日,大会讨论这两个国家声明时一致欢迎该协定(大会1961年12月20日第1722(XVI)号决议)。

1968年的《不扩散条约》序言部分第一段指出“核战争将使全人类遭受浩劫……”。《不扩散核武器》条约缔约国1995年审议和延长大会通过的《第2号决定》序言部分第一段重申了《不扩散条约》序言部分(包括上面那句话)。绝大多数国家是这些文书的缔约国。

1978年(关于裁军问题的)大会第十届特别会议以协商一致意见通过的《最后文件》是这样开头的:“对于核武器的存在和军备竞赛的持续对人类生存本身所造成的威胁感到惊恐……”。第11段申明:

“由于各国竞相大量积累前所未有的最具毁灭性的武器,人类今天面临着空前的自我毁灭的威胁。单凭现有武库中的核武器,就足够毁灭地球上的所有生物……”。

《最后文件》第47段指出“核武器对人类和人类文明的生存构成最大的危险”。这些话均以协商一致意见获得通过,可以视为国际社会共同发出的声音。

一些重要的区域性协定也可作为核武器性质的佐证。见1954年10月23日《关于德意志联邦共和国加入北大西洋公约组织的巴黎协定》关于军备管制的第三号议定书附件二第1条(a)款,其中指出核武器是大规模毁灭性武器。1967年的《特拉特洛尔科条约》第二号附加议定书,五个核武器国家均已签署并批准。该条约序言部分

宣称各缔约国深信：

“由于核武器的无法估量的破坏力，如果文明和人类本身的生存要得到保证，就必须在实践上严格遵守在法律上对战争的禁止。

核武器对军队和平民一样都会不分皂白地造成残酷的可怕后果，并由于其所排放的放射性物质的持续存在，构成对人类健全的侵害，最终甚至可能使整个地球无法居住。”

五个核武器国家中有两个已签署并批准了1985年《南太平洋无核区条约》（拉罗通加条约）的第二号议定书，另外三个核武器国家业已签署该议定书。这一条约序言部分头两段同样记载缔约国

“严重关注核军备竞赛继续下去引起核战争的危险，这种危险会给所有人带来毁灭性的后果；

深信所有国家有义务竭尽全力，实现消除核武器、核武器对人类造成的恐惧和对世界上生命造成的威胁的目标。法院还提到了较近时期签署的东南亚和非洲无核区条约。”

两个核武器国家之间的若干协定采取了原则上与上文所述相似的立场。1971年美利坚合众国和苏联《关于减少爆发核战争危险的措施的协定》序言部分指出，两国“考虑到核战争将使全人类遭受浩劫”。两国间后来达成的若干协定也都重申了这句话的实质内容：即1972年《反弹道导弹条约》、1973年《防止核战争协定》、1979年《限制进攻性战略武器条约》和1987年《中程和中短程导弹条约》。

有些国家争辩说，拥有核武器的目的在于确保永远不使用核武器，还说过去五十年来核威慑政策使得核武器国家之间能够维持和平，这一点就是证明。此说令人啼笑皆非。其他国家对是否存在所指因果关系表示怀疑，认为这种结果属于侥幸或凑巧，指出有几次差点要使用核武器，并提到实际在核武器国家境外发生的数次战争及其它武装冲突情形。但如假设能够证明存在此种因果关系，还有一个问题有待解答：核威慑政策为什么能够在核武器国家之间维持和平？有一种答案合情合理，即：每个

核武器国家自身认识到它面临着全国毁灭的危险。法院收到的记录表明,使用核武器不仅会灭亡交战国,而会进而至于毁灭人类。

核武器是大规模毁灭性武器,但大规模毁灭性武器不仅仅指核武器。不过核武器与其它所有武器,包括其它类型的大规模毁灭性武器,之间存在着重大区别。用法院的话来说:

“核武器是爆炸性装置,其能量来自原子聚变和裂变。在今天存在的核武器中,这一过程,按其自身的性质,不仅发出大量的热量和能量,还发出强烈的长时间的辐射。按照本院收到材料,造成损害的头两个原因远比其他武器造成的损害更强大,据说辐射的现象为核武器所特有。这些特征使核武器具有造成浩劫的潜力。核武器的破坏力在时间上或空间上都无法控制。这种武器具有毁灭一切文明和地球上整个生态系统的潜力。”(咨询意见,第35段)

法院接着指出:

“本院必须考虑到核武器独有的特征,特别是核武器的破坏能力、造成人类惨不堪言的痛苦能力及对后代造成伤害的能力。”(咨询意见,第36段)

从科学观点来看,即使生物、化学武器之类的其它大规模毁灭性武器也能消灭人类,问题也不仅在于某种武器是否有这个能力,而在于是否有证据显示国际社会认为它有这个能力。就其它武器而言,并无特别针对这方面的证据;但就核武器而言,却有这方面的证据,而且法院可以发现,很充分地提供了有关证据。对其它武器也可作出类比评价;火焰喷射器和凝固汽油弹虽不能消灭人类,但无疑会造成莫大的苦痛。与核武器情况不同,法院并没有材料显示国际社会正式认为使用其它此类武器为良心所谴责,不管使用这些武器造成多么骇人听闻的后果。

可以补充指出的是,一旦证明使用某种武器可以消灭人类,但不一定在所有情况下都产生这一结果,国际社会良心所受到的震动却不会因此而减轻。不应指望国际社会良心上的反应尚有待于观察某次具体的使用是否会毁灭人类;这听来很怪,实际上也做不到。真正起作用的考虑因素是人类灭亡的危险。不是所有情况下都产生这

样的结果,但所有情况下都有这样的危险。有些情况下危险大一些,其它情况下小一些;但危险总是存在,足可使得核武器的使用在任何情况下都不能为国际社会所接受。国际社会的良心是否会受震动?我认为,对这个问题的回答永远是起决定作用的。

总之,法院可以根据其咨询意见第35段的结论,最后认定整个国际社会不仅认为核武器是大规模毁灭性武器,而且以为存在着使用核武器足可毁灭人类的明确危险,结果,凡使用核武器都会震动全世界的良心。下文将讨论会产生什么法律后果。

4. 中立

有人问:在敌战国境内使用核武器殃及中立国是否侵犯了该中立国的中立性?我同意瑙鲁就世界卫生组织提出的类似案所作陈述中的肯定回答,见法院咨询意见第88段。虽有资料记载了一些事例,但我并不因此改变观点。¹⁷

根据1907年《中立国和人民在陆战中的和义务公约》(海牙第五公约)第一条规定的原则是:“中立国的领土不得侵犯”。向来并未把该原则理解为保证中立国绝对不受武装冲突影响;据称,原来的目的在于预防对中立领土进行军事侵略或轰炸,并且规定中立国和交战国的补充权利和义务。

但令人费解的是,这些考虑如何用以证明使用核武器是正当的。核武器造成的幅射效果扩散开来,殃及中立国居民及其后代和自然资源,并可能迫使他们迁离世代居住的家园。马绍尔群岛一位居民的话最直接明了。使用核武器所立即造成惊人的灾难,对使用国有重大军事价值;相比之下,幅射的后果也许可以称为主要事件的副产品;但如上所述,这样的分类没有什么法律意义。这些“副产品”不是什么遥远的经济或社会方面的后果。核武器的特性之一就是产生幅射,对敌人的毁灭力主要来

¹⁷ 可以参考一些资料,如罗伯托·阿戈,《关于国家责任的第八份报告增编》,第50段。见《1980年国际法委员会年鉴》第二卷第一部分,第35-36页。

自幅射影响,因此,幅射影响无论直接是间接,皆由使用核武器引起。此类幅射产生越境影响的概率很高。

如果因为没有发生军事入侵或越境轰炸,从而认为使用核武器产生的这些和其它越境影响的后果不侵犯第三国的中立,并以此诠释中立不是绝对保证第三国不受敌对行动一切可能后果影响,这种论点未免太过牵强。1907年的《海牙第五公约》没有解释不得侵犯的含义;也没说只有发生军事入侵或轰炸才算是侵犯中立国的领土。尽管如此,即使承认这一条款的起草人目的是免使中立领土遭到军事入侵或轰炸,我仍以为这一针对当时战争状态的目的似乎并未回答以下问题--如果“中立国的领土”和居民实际上受到其它地方使用核武器可能产生的后果的伤害,而发生这种伤害的过程是知道的,该“中立国的领土”原则上是否受到侵犯?间接受到伤害和伤害本身的成因与战场上发生的并无二致。

据称,尚无交战国因在中立领土之外合法进行战争而对该领土上所造成附带伤害负责的先例;这样说当然没有错。但不妨指出,以前不存在核微粒坠尘造成破坏的可能性;由于技术上的限制,过去只有通过入侵或轰炸才能对中立领土造成实际破坏,这样中立领土境内就会有战争行为。说到特雷耳练铍丁类型的情况可能是战争行为的重要后果,法院并未收到核武器之前时期出现具体情况资料。因此,虽然尚无交战国因在中立领土之外合法进行战争而对该领土中附带伤害负责的先例,但必须证明即使在其它地方战争行为造成的重大实际伤害确实扩展到了中立领土,交战国仍然无任何责任,才能对本案起决定性作用。这无法加以有力证明;它不符合原则。战争必有后果,肯定会造成实际伤害中立国领土的结果。如果这种情况下不认为中立国领土受到侵犯,那么,1907年《海牙公约》关于中立国领土不得侵犯的原则就没有什么意义了。

5. 交战报复

假定其它情况下使用核武器不合法,但出于交战报复之特殊目的(即不同于非武

装冲突情况下的报复)而使用核武器是否仍可属于合法?人们辩论过这个问题。但我认为,似乎根本不必在咨询意见中讨论这一方面,因为该意见专门是要表明“国际法的现状及本院所掌握的种种事实”,不能阻止法院得出结论说,无法“确实断定一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下,以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法或是非法”。使用核武器实施交战报复如属合法,则侵略国及自卫国均应可以有机会使用。既然如此,对使用核武器实施交战报复是否合法展开调查将不会大有助于分析使用核武器自卫是否合法的问题--这就是法院意见所引出的问题。

6. 根本不存在“案情不明”的情况

评论员指出,法院的某些决定可以理解为暗示“案情不明”。也可能对法院咨询意见执行部分第(2)段E项第二部分作出类似解释。如果这一解释正确,我对法院所持立场则不敢苟同。

什么情况下某国才可被认为有权或无权采取行动?这个问题的正确指导原则无论是什么,必须表明这些原则的适时性有时而穷,方可于本案中引入“案情不明”的概念。

如果如他人所说,国际法对使用核武器的合法性问题毫无规定,这就必定意味着国际法中没有禁止此类使用的规则。就关于“洛特斯”案判决的被接受的想法而言,如果没有上述禁止规则,则各国有权使用核武器。

另一方面,如果从国际法律结构后来产生变化这点来看,关于“洛特斯”案的上述看法不正确或不充分,那么就应认为除非国际法准许使用核武器,各国无权使用。国际法对使用核武器问题如果毫无规定,这就必定意味着国际法中没有准许使用核武器的规定。既然没有这样的准许规定,各国便无权使用核武器。

因此可以推论,若仅就本案而言,法院遵循的原则,无论其为禁止原则还是准许原则,在法律上无懈可击,从而也就没有“案情不明”一说或源于此说的论证的余地。这些属咨询事项而非诉讼事项则均毫无影响,因为在两种情况下要适用的法律

都是一样的。

7. 大会促请制定公约

先不谈大会决议可有的立法后果或影响；大会关于本案的决议确实认为使用核武器违背现行法律吗？有些国家争辩说大会决议并未表示这样的意见，它们指出，大会决议也促请制订一份关于这个问题的公约。

但如《灭绝种族罪公约》的情况所示，大会很可能认为某项行为按现行法律属于犯罪，但仍要求就此问题制定公约。1946年12月11日大会第96(I)号决议促请拟定“关于灭绝种族罪之公约草案”，但该决议也确认“灭绝种族为国际法下之一种犯罪行为……”。同样，大会1978年12月14日的决议宣布：

- “ (a) 使用核武器构成对《联合国宪章》的违反，并构成违背人道的罪行；
- (b) 因此应在核裁军达成以前禁止使用核武器。”

在经基础上，该决议接着提到将来就这个国际公约进行讨论。

公约可以帮助国家机构集中注意这一问题，尤其是涉及国家机构可能必须采取的行动时。公约也可以帮助澄清或确定执行主要原则时所必需的细节，或更一般地有助于设立处理该非法罪行的制度。吁请制定公约来禁止某种具体行为并不一定表明这种行为尚未被禁止。

又有人进一步争辩说，大会后来有些决议的用语比以前决议较多限制（见咨询意见第71段）。我并不认为这种说法有多大重要性，是表示大会以前的决议的立场有所退步而视使用核武器违背现行国际法。后来的决议是以这一立场已经充分表达为基础；因此满足于简单地指出关于这一问题的主要决议，即1961年第1653(XVI)号决议。例如，虽然决议使用语言时有差异，但须注意大会1992年12月9日第47/53号决议重申：“如其1961年11月24日第1653(XVI)号”等所引各项“决议所宣称，使用核武器是违反《联合国宪章》的行为，也是对人类的一种罪行”。

可以合理解释大会决议为采取了这样的立场，即：先前已有的国际法禁止以核武

器进行威胁或使用核武器。问题在于法院是不是有足够的事实与法律根据来确定大会上述立场正确与否。以下我作一回答。

第二部分. 法院是否能够持一意见, 根据何时确定一国被认为
具有此能力的普遍原则, 国家有权使用核武器

大会的问题, 使本法院作为一个世界法院, 陷入一种两难困境: 如果认为国家有权使用核武器, 就是肯定国家有权采取行动导致文明的灭绝, 实际上就是消灭地球上所有形式的动植物生命。另一方面, 如果否定该权利存在, 看来可能违反“洛斯特”案原则; 有些国家根据这项原则主张, 国家有主权从事凡不被国际法所禁止的任何行为, 在这方面, 据说没有国际法的原则禁止使用这类武器。这种两难困境¹⁸ 正是热烈辩论的题目。依我看, 法院可以考虑四个可能的解决办法。

第一个可能的解决办法是, 根据“洛斯特”案原则, 国家有权从事凡不被禁止的任何行为, 但是, 它提出争辩说, 可以导致人类灭亡的行动必然要毁灭中立国。既然如此, 这一行动根据自卫原则不能证明是正当的。所以, 即使根据战时法从其他方面来说是允许的, 法院仍可认定其不能诉诸战争权, 并为《宪章》第二条第四项所禁止。中立问题已在上文第一部分第4节内论及。

¹⁸ 这两种困境让人回想到波斯精通法律的法官们所面临的处境, 当康比斯国王问他们说, 他可不可以娶他的姐妹为妻时, 他们谨慎答复说: “虽然他们找不到有一条法律容许兄弟姐妹通婚, 无疑却有一条法律容许波斯王为所欲为”。参看Herodotus <希罗多德>, *Histories* <历史>, Aubrey de Selincourt 英译(企鹅丛书, 1959年), 第187页。因此, 这里对大会的问题作肯定答复, 意味着虽然法院找不到法律允许国家断送地球的生命, 无疑却有一条法律, 容许国家行使其主权利力, 完成相同的结果。

*

第二个可能的解决办法也是以“洛斯特”案原则为根据。但是，它提出争辩说，《宪章》及其所附《国际法院规约》两份文书都是法院所必须遵守的，但在考虑过其应有的效力后，发现两者与国家有权以其行为推翻两者所持文明和人类继续生存的基本假定相互抵触：因此，法院可以认定，根据法律，任何这类的抵触行为均被《宪章》禁止。

*

第三个可能的解决办法的是，根据“洛斯特”案原则，国家有权从事凡不被国际法禁止的任何行为，但是（如上文第一部分第2节所预测的），它提出争辩说，即使没有受到禁止，剩余权利不能延伸至从事根据其本质理由不得构成一种权利的行为，诸如可以摧毁人类与文明，从而灭绝国家存在所依赖的基础，也就是灭绝国际社会权利和义务之存在所依赖的基础。

“洛斯特”案的法院裁决从国家享有绝对主权的假定出发，认为可以有权从事任何事情，不论其如何为国际社会理智所憎恶，只要无法证明这样做是被国际法所禁止，这种意见是没有任何令人信服的理由。与国内法主权概念相关的内部至高权力观念，在转到国际层次时，是不能简单适用的。当几个主权国家并存时，就限制各国如若没有他国存在为所欲为的自由。这些限制规定着主权国家存在必然要遵守的客观构架；¹⁹ 这个框架连同其定义性的限制，是“洛斯特”案提到的“共存的独立体”时《常设国际法院报告》，A辑第10册，第18页）所暗含的概念，这个概念后来获得《宪章》核可，增加对合作的明显强调。

¹⁹ 这一观念是由一名作家的下列言论引起的：“对一部分作家来说，由一部法典治理一个分散横向社会，这简直是一个奇迹。我则宁愿说，在一定程度上这是必然的。这不是不顾、而正是因为国家参差不同，毗邻共存，形成一个社会，从而创造和编纂国际法。即使没有国际法，也必须要创造出来”。普罗斯帕·魏尔《国际法追求个性》，《国际公法普通课程》，《讲义汇编》，第237卷（1992-六），第36页。

因此，不论主权所授予的权利有多广泛，这权利不能超越主权本身存在所依据的构架；特别是不能破坏这一框架。这一框架否定一国有权采取行动毁灭文明。消灭人类，从而摧毁这一构架的基础。并不是一国被禁止行使其若非被禁止即拥有的权利；而是自始一国不可能有此种权利。

所以，这种情况下的一个优先问题是：即使不被禁止，一国的主权是否含有任何东西授予它权利采取行动毁灭文明、歼灭人类，从而实际上消灭所有国家的存在？一个肯定的答案是不合理的；主权不可能含这样的权利是不言而喻的：因为采取行动的国家是常设国际法院当时称为“共存的独立体”之一，随着就有尊重他国主权的义务。本法院很难认可一种主张：如果不禁止，一国依法有权采取行动而致剥夺所有其他国家的主权。

*

第四个可能的解决办法是：如果“洛斯特”案原则让一国自由采取不被禁止的任何行动——这种主张有些国家强烈支持，有些国家则坚决反对——那么，至少为这类诉讼的目的来说，该案可为一特例。该案不涉及可能造成文明毁灭、人类灭亡的任何行动。不阻止这样的意见：除非是依照国际法所核准的行动，否则就无权从事该项行动。

这第四个解决办法需要作出比其他办法更充分的考虑。必须考虑到影响以前时代萌芽的法律思想而对今天世界仍适用的三项发展。

第一，按照《宪章》第二条第四项规定，并接着较早的事态发展，诉诸武力权已受到重大限制。这与以前国际社会明显强调个别国家主权的情况是很大区别。菲律宾和萨摩亚强调了这一点。

第二，国际社会和国与国间关系的性质已有重要发展。国家数目增多，国际关系加深；世界越来越紧密。在此进程中，已明显出现从少数的若干国家向普遍参加的国际社会转变。所以，1984年本法院的一个分庭才能说：“国际社会成员的共存和必不

可少的合作”（《1984年国际法院判例汇编》。缅甸湾区领海划分案，第299页，第111段）。以前的法律观点并没有完全失效。可以相当清楚地看到，以前认为是确定结论而强调的各国自有主权，逐渐转向至新认识：各国作为以合作和相互依存为基础的比较更紧密和普遍容纳的体制的成员，都负有责任。

上述新的发展，有一部分已体现在《宪章》内，有一部分则由《宪章》推动。它们的效果和方向已被阿尔瓦雷斯法官所注意到（《1947-1948年国际法院判例汇编》，国家被接纳为联合国会员的条件（《宪章》第四条）案，第68页，个别意见）。怀疑他所呼吁的新国际法并不能掩盖一个事实：他的中心思想并不孤立。其他法官也说：

“无可否认的事实是，近年来的所有国际活动都倾向于促进国际社会的共同福利，相应地限制个别国家的主权权利”（《1951年国际法院判例汇编》·对〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉的保留意见案，第46页，格雷罗、麦克奈尔、里德和徐谟等法官的共同反对意见）。

虽然德菲斯海尔法官在他处批评“由国际法指定和分配的权限减少了国家权利的理论”，²⁰ 他说“《宪章》已创造出一套国际体系”，接着又说：

“在解释重要的国际基本文书时，象《联合国宪章》，一般足以解释普通条约的概念，就不恰当了。”（《1950年国际法院判例汇编》·西南非洲的国际地位案，第189页，反对意见。）

当然，《宪章》没有设立类似世界政府这样的东西；但是，它根据一套“国际体系”组织国际关系；这套体系的基础是，假定人类及其文明会延续不断。

但是，第三，也有一些事态发展指向反对方向，现在第一次出现有些国家有能力摧毁整套体系，同时歼灭全人类。

²⁰ Charles De Visscher, 科比特译, *Theory and Reality in Public International Law* (国际公法理论与实际), 订正版 (1968年, 新泽西州), 第104页。

第三同第一和第二是对立的,从这些发展可以吸取什么教训?

“洛特斯”案的法庭所想到的主权和独立观念,不是在预见到一个国家就能拥实际上消灭这个国家自己和所有其他国家的能力的背景中形成的。法院所受理的是海上碰撞及相关的国家刑事管辖权案件,绝不是什么惊天动地的问题。如果法院的注意力被引到少数交战国可能摧毁整个地球的问题,就不大可能会采取那样毫无保留的立场。1986年本法院的立场也如此:

“国际法上,除由有关国家根据条约或其他方式所接受的规则之外,没有任何规则能够限制一个主权国的军备水平这项原则对所有国家都是有效的,毫无例外。”(《1986年国际法院判例汇编》·尼加拉瓜境内和反对尼加拉瓜的军事和准军事活动案,第135页,第269段)。

这里的情况无关核武器的使用,法院的意见是关于一个国家拥有一定数量军备的权利,而使用这些军备的合法性问题从来没有人提过。因此,将一项司法意见的意义延伸到没有想到过的领域时,需要谨慎小心。巴达维·帕夏法官虽持反对意见,并不减少他提示出一个问题的价值:“当一条规则从其形成时的框架转到另一个环境不能如在原来环境那样顺利调整适应时,”可能产生种种问题(《1949年国际法院判例汇编》·对因联合国公务受伤的赔偿案,第215页)。

这里又值得提醒指出,芬利法官在“洛特斯”案中的反对意见表示,他了解到在仲裁中是将问题的提法不作为是否有“一条规则禁止”,而作为“国际法原则是否准许”。(《常设国际法院报告》,A辑,第10号,第52页。)在《宪章》制定之后的早期,阿尔瓦雷斯法官曾具体驳斥国家“有权……从事国际法没有明文禁止的一切事情”的原则。他认为,“这项原则在绝对主权的时代,曾经是正确的,今天已不再是正确的。”(《1951年国际法院判例汇编》,渔业案,第152页,个别意见。)

现在我不认为这样笼统地驳斥是否站得住脚。这是因为,依我看来“洛特斯案”有一特别领域是不同的。这项小小的特点在那里?是这样的。洛特斯案的问题无论以何种方式裁定,本法院的裁定都能符合由“共存的独立体”组成的国际社会

的框架。是否有权使用核武器的问题,就不能这样裁定。如果法院认可这样的权利,那么它就是认可一项可用于摧毁该项框架的权利,因此就不能在该项框架内容纳。不论一国拥有的权利如何广泛,都没有任何理由假定常设国际法院认为在没有任何禁止时,这些权利包括能够消灭文明和绝灭人类,从而摧毁国际社会框架的权利;争议的并不是这种权力。由于这种行动能够造成世界末日的恐怖结果,这个案件是特殊的;因此,它不妨碍本法院认定国家没有采取这种行动的权利,除非能够显示这种行动是受到国际法认可,而这是不可能的。

一些大会关于核武器事项的决议所附的种种公约草案所用的措词(特别是标题)就是采用禁止这个词。但是,假定正确理论是必需表示使用核武器是根据国际法的核准,这并不阻止国家签订正式的禁止条约;各项公约草案的目标都是要实现禁止,并不能取消主张必须明文核准的意见。

禁止一词也见于东京区级法院的下田诉国家案(《日本国际法年鉴》,第8卷,1964年,第212页,第235页)的推理中。我不认为在这里可以大作文章。东京区级法院在接受了投弹是受国际法禁止的之后,并未被要求审理,如果没有禁止的规定,是否必要有核准的明文;该法院认为,公认的法律文字已足够认其为不合法,由于司法上的简洁,使得该法院不必要追问,是否有其他理由能够支持同样的意见。

本案能够显示所需的核准吗?似乎是不能。本法院是《宪章》和《法院规约》的产物。如果它的结论是,因为它应该是,《宪章》和《法院规约》内都设想文明和人类继续存在,那么它就很难避免认定,国际法不准一国采取一定能够毁灭文明和绝灭人类的行动。

第三部分. 法院能不能裁定核武器的使用 是人道主义法所禁止

现在我提议从核时代开始时有效的人道主义法(现在已经普遍通用的名词)中若干主要原则的观点考虑使用核武器的合法性问题。这些原则涉及选择作战手段的权

利、不必要痛苦原则、和马滕斯条款。

1. 作战方法或手段

这项习惯国际法原则见1949年《日内瓦公约》的1977年《第一号附加议定书》第35条第1款，重述如下：“在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。”这项原则由于杀伤力不断增加的武器继续出现而承受压力，武器的倾向是接受更大的破坏力不断增加破坏性。如果象有时人们所辩称的，这项原则仍留下可能性，由某种法律而非确定该项原则本身的法律去禁止一种武器，那么就会进一步损害它的价值；但是这项论点不可能是正确的，因为如果它是正确的话，那么这项原则就不会是规定国家行动的规范而不能称为国际法原则。法院咨询意见第77段承认该项原则是国际法的原则；它不是没有意义的。它也没有丧失效力；它的继续存在得到1968年12月19日全体一致通过的大会第2444(XXIII)号决议证实。大会该项决议重申：

“一九六五年维也纳第二十次国际红十字会会议之决议案二十八，其中除其他事项外，订明下开原则，俾由所有对武装冲突中行动负责之各国政府及其他当局遵守之：

- (a) 冲突各方采取方法以伤害敌人之权并非无限制者；
- (b) 对于平民以其为平民而施以攻击之行为应予禁止；
- (c) 必须时时将参与敌对行为之人与平民两者划分，俾使后者尽量免受伤害。”

正如(a)分段的含意，限制选择作战手段的权利的原则继续存在。虽然给人的印象是没有使用，但它是能够付诸实行的。什么方式呢？这项原则可以被解释为有意排除选择某些武器的权利。可能是些什么武器，没有具体指出，这是可以理解的。但是，如果表面上这项原则能够用于禁止使用某些武器，那就很难想象为什么不能禁止使用核武器；当比较明显的状况出现之后，把这项规则适用于较不明显的案件所可

能存在的困难就消失。但是,光靠想象是不够的;必须显示司法推理的过程。怎样推理?

一个有价值的起点指出,问题之所在并不是这项原则是否存在,问题在于把它适用于具体案件。它的适用并不要求有禁止使用某种武器的法律意见存在的证据;如果是这样,那么我们会面对一项原则如果没有法律意见支持每次援引的证据,就不能引用的奇怪现象。

但是,如果没有明文规定的标准,那么这项原则如何能够适用?如果这项原则能够付诸实行,禁止使用一些作战手段,那么必然意味着有一项标准是能够作为确定是否禁止某一特定手段的根据。这项暗含的标准是什么呢?法院似乎确认在解释武装冲突法律时容许考虑人道主义因素(参看法院咨询意见第86和92段)。利用这些考虑因素,并采取以有效原则作基础的办法,可以合理地得出结论:该原则所隐含的标准是由考虑使用特定武器是否被国际社会意见所接受而定;因此,很难了解如何可能有一种选择去使用被国际社会意见所摒弃的作战手段的权利。

关于有些武器,也许很难找到充分证据,认定什么是国际社会的意见。但是,使用核武器可以说是绝对不可能有这种困难。不同于常规武器,使用核武器会造成人类和文明的灭亡。有人说过,如果自炸药发明以来全世界各地的所有爆炸装置同时引爆,还不至于毁灭整个文明;但是,如果使用核武器,不必全数用完,就可以毁灭文明。限制选择作战手段权利的原则假定,无论是什么合法利用的作战手段,都要容许将来在文明的基础上进行战争的可能性存在。因此,无论国家如何自由选择作战手段,这样的自由在使用某类武器会造成文明的灭亡时就受到限制。

再说,在裁决某一作战手段可不可以容许时,我认为必须考虑这种手段在一般作战中能够产生什么作用,即使是在所有的情况中并不一定如此。关于核武器在一般作战中所能造成结果的结论,并不是空想的;它是有事实作根据的结论。在受理咨询的程序中,法院能够对事实作必要的确定(《1971年国际法院判例汇编》,南非不顾安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果,第

27页)。基于上述理由,本案件确定事实并不困难。

在作出什么是国际社会意见的结论时,当然法院一定要考虑各国所持的意见,基于上述理由,就有关的特定原则而言,只要不至于转变为假定必须确定有一种支持禁止使用核武器的具体规则的法律意见。

国家意见的是有。1946年1月24日全体一致通过的大会第一项决议,解释:大会认为使用核武器为国际社会所不能接受;上文曾经提过。还有1968年《不扩散条约》和相关的种种安排,下文将比较详细地论述。法院可以解释这些条约和安排等于是核武器国家和非核武器国家两方面都声明:实际使用核武器是国际社会所不能接受的,因此,应当努力按照各项安排,控制核武器的扩散,所有当事方都承诺根据安排,本着善意,致力于核武器的最后销毁。如果实际使用核武器是被国际社会所接受的,那么就很难了解限制一些国家使用核武器的权利的安排会有任何令人信服的理由,如果这些国家能够在某些情况下行使该项权利对付不享有该项专属权的国家,就更难了解了。

在《不扩散条约》缔结后的第二年,国际法学会1969年在爱丁堡举行的届会上曾经指出:“现行国际法禁止使用其性质上对军事目标和非军事目标以及武装部队和平民都不区别地杀伤的所有武器”(按照理解,核武器包括在内)。关于其他这类武器,该项以几乎是全体一致表示的意见,不仅具有高度的学术价值,而且具有对国际社会不接受使用核武器的独立评判的价值。这项评判正确地反映出前一年缔结《不扩散条约》安排的基础。

其他武器与核武器同属大规模毁灭性武器类别。但是,如上文指出,法院可以采取这样的立场:司法标准并不单纯在于武器的摧毁性,而是武器的摧毁性使得国际社会认为不能接受该武器。法院所收到的材料(其中有些材料已在上文第一部分第3节内加以考察),已足以使法院作出结论:国际社会对核武器的憎恶是已经确定的事实。因此,核武器这一具体案件的法律后果与尚未受条约禁止的其他大规模毁灭性武器不一定相同。

在下田诉国家案中，原告的索赔要求以现在已经无关的理由遭驳回；该案至今仍是这个领域不论是国内或国际上的唯一的司法判决。这个判决于1963年12月7日由东京区级法院作出。虽然它当然不具约束力，它确属《法院规约》第三十八条第一项(卯)款的司法判决；它有资格供作考虑。与东京区级法院所得不同的司法结论将需要解释为什么不接受该法院的推理。

东京区级法院曾细致地审议了下列命题(根据专家的法律意见)：“禁止采用在战争中造成不必要痛苦的手段和不人道手段作为伤害敌人的工具”(《日本国际法年鉴》，1964年第8卷，第240页)。这个命题反映了日本在1945年8月10日抗议照会内提出的两项理由：

“战时国际法的一项基本原则是，交战方并不拥有选择伤害敌人手段的无限制权利，并且不应使用这类武器、投射物或其他物质以造成不必要痛苦；《陆战法规和惯例公约》附件和《陆战法规和惯例章程》第22和23(e)条对每一项都有具体规定。”(同上引，第252页)

该《章程》第22条为采取伤害敌人手段的权利，而第23(e)条为不必要痛苦原则。

东京区级法院的推理是根据相互关系，同时讨论它所受理的两个命题。它同意：“关于战争的国际法不仅仅是根据同情心而制定的，而是根据军事必要性和效率以及同情心两者，然后权衡这两个因素之后加以制定”(同上，第240页)。所以，“无论一项武器可能造成如何大的不人道结果，如果这种武器的使用具有高度的军事效率，就不受国际法的禁止”(同上，第241页)。但是，东京区级法院认为，它能够“有把握地说，除了毒药、毒气和细菌之外，采取伤害敌人的手段而造成至少相同或更大伤害，是受国际法禁止的”(同上)。

东京区级法院只限于在广岛和长崎使用原子武器这一特殊事件是否合法的问题，注意到“一个重要而非常困难的问题”，就是：“具有这种性质和效果的原子弹是不是同所谓的核武器一样受国际法允许的武器……”，但未加以判决(同上，第234页)。不过，很明显的是，对于前一个关于特殊使用问题的判决，法院的推理是从它对

后一个问题关于这类武器的法律地位的考虑而作出的。因此,虽然东京区级法院没有这样判决,从它的推理可知,核武器是不被容许的作战工具。东京区级法院的推理正是本法院所关心。

本法院所收到的材料已足以令本法院对事实得出结论,实际使用核武器是不被国际社会意见所能接受的;根据这样的事实裁定,法院意见能在其司法职权范围内认定,根据法律的意义,这种武器不许成为“作战手段”。

2. 不必要痛苦

接着讨论习惯国际法禁止过份而不必要的痛苦问题。正如1949年《日内瓦公约》的1977年《第一号附加议定书》第35条第2款所重述的,这项原则是:“禁止使用属于引起过份伤害和不必要痛苦的性质的武器、投射体和物质及作战方法”。象“达姆”弹²¹这种故意设计用以造成不必要痛苦的武器,并不是这项禁止的唯一解释和适用。它可被认为是证明一种广泛的基本看法的特殊事件,就是如果过分地超过想要达到军事有利地位的合理痛苦程度,即属过分而不必要的想法。机械的或绝对的检验是不必的:引起的痛苦程度和预期的军事有利地位之间必须维持平衡。军事有利地位越大,愿意容忍较高痛苦程度的意愿越大。当然,这项平衡应由国家作出。法院不能越权代他们判断;但是,在本案上,法院有义务找出该判断是什么。在了解国家判断在哪里维持平衡时,法院不妨适当地考虑,国家在判断维持平衡时也是以公众良心的为依旧。法院正确地裁定:“这些法律原则所固有的人道主义性质……遍布于整个武装冲突法规,适用于所有方式的战争和所有类型的武器……”(《咨询意见》,第86段)。不考虑公众良心而要确定这些原则的人道主义性质是不可能的。

²¹ “称为‘达姆’的投射体是在加尔各达附近同名军工厂制造的”。见General Sir John Ardagh(约翰·阿德爵士将军) The Proceedings of the Hague Peace Conferences, The Conference of 1899(1899年会议,海牙和平会议记录)(1920年,牛津),第277页。

所以，法院容许采取这样的看法：公众良心可以认为，任何可想象的军事有利地位都不能证明某一种武器造成的痛苦程度是正当的。可以说，第一次世界大战期间，在某些情况下使用毒气瘫痪敌人可能比使用其他手段更有效率。这并不足以使它的使用合法化；禁止的根据在于了解《1925年日内瓦毒气议定书》序言第一段所规定的：“在战争中使用埃塞俄比窒息性、毒性或其他气体，受到文明世界舆论的正当的谴责”。实际上，使用能够造成毒气所引起的那种痛苦的武器，根本是公众良心厌恶的，因此无论所要追求的军事有利地位如何，都是国家所不能接受的。这样的推理并没有为此产生的全面而普遍禁止的条约规定；但是，它有助于衡量公众良心对使用核武器造成战斗人员和平民、远方人民以及尚未出生的世代的那种痛苦的接受性。

根据收到的材料，法院能够合理地裁定，公众良心认为，使用核武器造成的痛苦是不可接受的，无论从这种使用可以得到什么样的军事有利条件。根据这样的结论，法院在确定国家关于这一点的判断时，即有权根据一个假定进行推理，就是国家的判断不会与公众良心的判断不同。

“不必要痛苦”原则属于保护战斗人员的原则范围。如果使用核武器是违反关于战斗人员的原则，这就足以确定使用核武器的不合法。但是，当这项原则根据军事技术的发展和新的作战方法解释时，可不可能现在已被视为也能保护平民？

在这项原则出现的十九世纪后半叶的“裂开”弹阶段，无疑当时看到的“不必要痛苦”只会落在战场的士兵身上；使用武器的后果所能产生的这种痛苦还不会扩及于平民。但是，现在军事作战的环境已经不同：如果核武器能够对士兵造成不必要痛苦，显然它们对其所能达到的平民也会有相同效果。《特拉特洛尔特条约》序言部分正确宣布：“（核武器）对军队和平民一样都会不分皂白地造成惨酷的可怕后果……”

可以说，不必要痛苦原则的实质内容通过其他原则作为中介而施行于平民的，例如禁止无区别的进攻的原则，虽然这项原则本身不针对他们。但是，有一种主张说，对平民明显不加区别的进攻，可以借附带损害论而证明有理，这是一种什么立场？如

果附带损害原则(不论它的真正范围如何)可以证明伤害平民是正当的,则将不必要痛苦原则限制于战斗人员就产生矛盾结果,这种伤害可根据该项原则而禁止施加于战斗人员,但却不禁止施加于同样受害的平民;这样,对战斗人员和非战斗人员同样造成伤害的一项行为,对前者可能是不合法的,但对后者却是合法的。如果战斗人员和非战斗人员都是同一行为的受害者,那么很难了解为什么这项行为对前者是非法,但对后者却是合法。

在下田案中,东京区级法院说:“原子弹所造成的痛苦比毒药和毒气所造成的痛苦更为严重,这样说并不过份,而且……投下这样残忍的一棵炸弹的行为是违反不应造成不必要痛苦的战争法基本原则”(《日本国际法年鉴》,1964年第8号,第241-242页)。这样,东京区级法院在这部分的推理中,依靠“不必要痛苦”的“基本原则”;而且是指对平民造成的伤害。在三名国际法教授的专家以及激烈争辩中当事双方各有大批律师队伍的协助下,法院似乎并不知道不必要痛苦原则只限于指对战斗人员的伤害的这一意见。但是,这项意见如果正确,却应当是涉及对平民伤害案的核心。

但是,即使不必要痛苦原则只限于战斗人员,问题仍是:战斗人员受到使用核武器之害,是否构成违反这项原则?基于上述各项理由,法院意见可以认定这是违反这项原则的。

3. 马滕斯条款

有些国家主张,马滕斯条款依靠另有禁止使用某种武器的习惯国际法规则之存在为证据才有效,而关于核武器是不存在这种禁止规则。这一命题很引人注目。

但是,开头是有困难的。根据《法院咨询意见》第78和84段内所认识,马滕斯条款是习惯国际法规则。即这项规则具有规范性质,它规定国家行为的某些准则。如果它所起的作用只是提醒国家一些行为准则完全存在于这个条款之外,就很难看出它所规定的是国家行为的什么准则。这一论点的目的将不在弄清楚一条公认的规则

适用的领域,而是要否认一种规则的存在。产生这种缺点的论点会正确吗?

按照《1899年海牙陆战法规和惯例公约》的规定,马滕斯条款见序言部分的最后:

“依照缔约各国的意见,上述条款是出于在军事需要所许可的范围内为减轻战争祸害的愿望而制定的,旨在成为交战国之间以及交战国与居民之间关系的一般行为规则。

但是,现在还不可能对实践中所出现的一切情况制定一致协议的章程。

另一方面,缔约各国显然无意使未预见的情况由于缺乏书面的约定,就可以听任军事指挥官任意武断行事。

在颁布更完整的战争法规之前,缔约各国认为有必要声明,凡属他们通过的规章中所没有包括的情况,居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖,因为这些原则是来源于文明国家间制定的惯例、人道主义法规和公众良心的要求。”

这些声明支持这样一个印象:马滕斯条款有意填补协定国际法留下的空白,而且以实际可行的方法去做。如何做到?

马滕斯条款有时代的标志;它是不容易解释的。承认习惯和法律不同。²²但是,正如“仍”一字所示,这项条款意味着已经存在一些国际法的原则,如果按照协定条文不能提供保护时,可以向“居民和交战者”提供实际保护。鉴于这个字所含的意义,该条款不能限于无把握地等待将来出现的国际法原则。从上述资料引出的国际法原则描述了现有国际法原则的性质,而不仅仅是将来出现这种原则的条件。再说,照1977年的用语,有关的文字现在写成:“来源于既定习惯、人道原则和公众

²² 关于由“战争习惯”发展成熟为习惯国际法规则,参看L. OPPENHEIM奥本海姆INTERNATIONAL LAW, A TREATISE(国际法专论,第二卷,第7版,H. LAUTERPACHT(劳特帕赫特)修订(1952年,伦敦),第226页第67段和第231页第69段。

良心要求”。既然只有“既定习惯”就足以指出习惯国际法的规则，就不可能有累积解释。据此，“国际法原则”（新的措词）也可以充分地从“人道原则和公众良心要求”引出；正如上文指出，这些“国际法原则”可被认为包括已经“从人道原则和公众良心要求”引出的国际法原则。

事实上，马滕斯条款提供了把人道原则和公众良心要求当作国际法的原则的理由，而让这些国际法原则所含的标准的精确内容按照不断变化的条件而定、包括作战手段和方法的变化以及国际社会的前景和容忍程度。原则会保持不变，但是它们的实际效用会随时间而变化：可以认可一种作战方法在一个时代是正当的，但在另一个时代则被禁止。这方面，根据Sean Mc Bride(肖恩·麦克布赖德)先生所引用，皮克泰先生强调指出：“《海牙公约》各项宣言……由于马滕斯条款的规定，赋予人道主义法原则的意义超过了书面文字，因此该条款给予它们的活力是不受时间限制的”。²³

这不是不可思议的。在研究“人道考虑因素”作为法律来源这个题目时，杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士说：“这一意见的所有含义——即在什么环境下和在什么程度上，人道考虑因素本身具有法律性质的义务——尚未确定”。（杰拉尔德·菲茨莫里斯爵士《法律与国际法院程序》，第一卷（1986年，剑桥），第17页注4，底线为原文所有。又参看，同上，第4页）。“人道考虑因素本身引起具有法律性质的义务”这一主要命题并不因为保留意见而失效。这一命题的实质似乎也出现在1948年克虜伯案的判决内。在这个案内，纽伦堡美国军事法庭说：

²³ Sean Mc Bride, “The Legality of Weapons for Societal Destruction (摧毁社会武器的合法性)”，见Christophe Swinarski(编), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (国际人道主义法和红十字会原则问题研究和论文·让·皮克泰纪念专集), (1984年,日内瓦), 第402页。

“(1907年《海牙第四公约》的)序言部分不仅是一项可称赞的宣言。它是一条普遍条款,把文明国家间建立的习惯、人道法规和公众良心要求转成法律标准,适用于《公约》和所附《章程》的具体条文没有包括的战时或随战争发生的具体案件。”(《国际公法案件摘要和报告年鉴》,1948年,第622页)

科孚海峡案内也出现关于人道考虑因素作用的类似看法。该案中,阿尔瓦雷斯法官说:“国际违法行为的特色是,它是违反人道感情的行为”(《1949年国际法院判例汇编》,第45页,个别意见);法院本身则说:阿尔巴尼亚的“义务不是根据战时适用的《1907年海牙第八公约》,而是根据一些普遍而广泛承认的原则,即:基本的人道考虑因素,甚至在平时比在战时更为严格;……”(《1949年国际法院判例汇编》,第22页)。所以,阿尔巴尼亚的义务是“根据基本的人道考虑因素……”其必然的含义是,这些考虑因素本身可以发挥法律力量。1986年,法院认为:“美利坚合众国的行为可以根据人道主义法的基本普遍原则加以判决”;它表示意见说,1949年日内瓦各公约共同的第三条所列举的一些规则,“根据本法院的意见,是反映1949年法院称为‘基本的人道考虑因素’的规则(《1949年国际法院判例汇编》·科孚海峡案·法律理由,第22页)”(《1986年国际法院判例汇编》,在尼加拉瓜境内反对尼加拉瓜的军事和准军事活动案·法律依据,第113-114页,第218段)。瑞利拉法庭以前的意见与上述意见一致:报复权利“受全人类经验的限制……”(《国际仲裁裁决报告》,第二卷,第1026页)。

我不相信马滕斯条款的目的限于提供一个人道主义标准,就敌对行为解释分别存在的协定国际法或习惯国际法规则;该目的无需这个条款,因为人道考虑因素构成人道主义法的基础,无论如何都能发挥该项作用(见法院咨询意见第86段)。同样也很难接受一种说法认为马滕斯条款只是提醒各国,它们根据分别存在的习惯国际法规则应负的义务。无疑,这个条款在《1949年日内瓦公约》以新用语强调提醒缔约国,反对这些人道主义条约,不能使它们解除该条款所预见的各种义务;但是该条款

的比较常见的形式,则无意作为单纯的提示者。²⁴ 这项条款的基本功能是让国际法的原则的存在无可置疑。国际法举出“人道原则和……公众良心要求”,其剩余作用为现行有效地管制军事行为。正是在这个意义下,“平民和战斗人员仍受来源于人道主义法规和公众良心要求的国际法原则的保护和支配”。除非“人道主义原则和公众良心的要求”被认为立即能够行使规范力量控制军事行为,否则,提到“人道主义原则和公众良心的要求”而使用“仍”一字,是不适当的。

因此,马滕斯条款本身已为下面命题提供自足确定的理由:已经存在国际法原则,在协定法没有提供有关的规则时,人道考虑因素本身能够行使法律力量支配军事行为。因此,无须到它处寻找这种独立存在的国际法原则;这种原则的来源已在这项条款之内。

1899年海牙和平会议可能就是这样了解的。在马滕斯先生著名的宣言获得通过后,“比利时高级代表贝尔纳特先生,他以前反对通过第9和10条(新草案的第1和2条),立刻宣布,因为有了这项宣言,他能够投票赞成第9和10条”。²⁵ 比利时高级代表同其他代表一样,不满意草案具体条款所保障的保护。(见克虜伯案,同前引,第622页)。最后,他发现自己能够投票赞成这些条款。为什么呢?不是因为根据分别存在的习惯国际法能够得到增加了所需的保护;而是这种保护必然会有了。他能投票赞成这些条款的理由是,他认为,其他代表也不反对,马滕斯条款本身能够行使规范力量,适当地控制军事行为,增加提供所需的保护。

“一个人有权根据从原则的适用中所产生的结果去检验该原则的正确性”
(《1970年国际法院判例汇编》,巴塞罗那铁路、电灯和电力公司案,第220页,第106

²⁴ 关于1949年马滕斯条款及其古典形式的不同,参看Georges Abi-Saab(乔治·阿比-萨阿卜),“The Specificities of Humanitarian Law 人道主义法的特性”,载于Christophe Swinarski(克里斯托夫·斯维纳尔斯基)(编)《国际人道主义法和红十字会原则问题研究和论文·让·皮克泰纪念专集》(1984年,日内瓦),第275页。

²⁵ 《1899年会议·海牙和平会议记录》(1920年,牛津),第54和419页。

段,杰瑟普法官的个别意见)。因此,值得考虑关于马滕斯条款本身与使用核武器合法性问题无关这一意见的含义。显然,使用核武器能够甚至在中立国家造成生命灭亡、疾病和生存者被迫流徙,以及伤害未来的世代以致造成严重疾病、畸形和死亡,而且可能灭绝所有生命。如果协定国际法或习惯的国际法都没有条文加以禁止,根据主张“洛特斯”案所含合法性意义的人的意见,国家依法有权造成这种恐怖结果。起码可以想像公众良心可能想法不同。但是“公众良心的要求”本身不能解释为规范性的禁止规定,除非通过马滕斯条款才可能。

我想,问题不在法院写意见,把公众舆论转成法律:这将造成“法官统治”,正如格罗法官所正确指出的:“没有国家会轻易接受”。²⁶以马滕斯条款形式出现的现行国际法已经确立了必要的法律准则。法院不需要寻找是否有法律意见。法院的任务是,就特定情况下“人道原则和公众良心的要求”对军事行为的要求是什么做出结论,以评价一项现行原则中所定的标准。归根结蒂,答案将视各国本身的意见而定;但是,就马滕斯条款来说,国家的意见价值只在指出公众良心的状态,而不是为确定是否存在有关于使用某种特定武器的合法性的法律意见。

确定一项标准的效果可能是困难的工作,但不是不可能,也不是一个法庭在必要时可以退缩的工作。法律已经熟悉一个法庭必须这样做的情况,即在具体情况中援引一项规定了标准的法律规则,这项规则因该项标准发挥力量。²⁷

²⁶ 《1984年国际法院判例汇编》,缅甸湾案,第385页,第41段,反对意见。又见1963年《国际法院诉状》,北喀麦隆案,第352页,Weil(魏尔)先生说:“……为了驱除恶魔,往往需要直呼其名”,就是:“法官统治的幽灵”。

²⁷ 见《国际法院诉状》,西南非洲案,第八卷,第258页,格罗斯先生的辩护;《1974年国际法院判例汇编》,渔业管辖权案》第56-57页,脚注1,迪亚尔法官的个别意见;和Julius Stone(尤利乌斯·斯通)Legal System and Lawyers' Reasonings(法律系统和律师的推理)(1964年,斯坦福),第59、68、263-264、299、305-306、320和346页。

在事实方面可能需要有些了解。既然标准是由公众良心所定，那么从司法上可能要指出一些有关的公共事项。这不是指法院不受国内法系统搜证的技术规则限制；它使用的是灵活的程序。当然，这并不意味着它可以到处求证；它必须把注意力限制在有权威的来源上。大会就是这种来源之一。上文已经提过1946年1月24日的第一项决议。法院可以对此全体一致通过的决议公平地解释为国际社会的良心不接受使用核武器。1978年专门讨论裁军问题的大会第十届特别会议以协商一致意见通过的最后文件也是如此。这项最后文件之前和之后的一些大会有关决议也是如此。其中，大会1983年通过的一项决议重申：“坚决、无条件 and 始终如一地谴责核战争违背人类良心和理智……”（1983年12月15日大会第38/75号决议）。虽然这项决议不是全体一致通过，但它是由于大会在其裁军领域内的适当职权范围采取行动，有效通过的一项决议。无论对大会决议可能的立法效果或影响采取什么立场，法院重视大会对使用核武器的可接受性问题所表示的“人类良心和理智”的意见是正确的，特别是该意见符合法院所收到的其他材料的一般趋势。

法院也可研究关于使用核武器的可接受性问题的公众良心状况的其他证据来源。法院可以解释《不扩散条约》意味着，从该条约所有缔约国所采取的立场可见，公众良心认为，使用核武器将会带来严重危险，而这种危险使得在所有情况下使用核武器都是不可接受的。我认为，比较好的意见是，法院不能正确地解释该条约乃是意味着所有缔约国都同意这些危险可以由五个国家而非其他国家有效且负责地处理。也不能是从该条约缔约国所采取立场所表现的公众良心，一方面说，在完成最后消灭之后便不能使用核武器，另一方面又说，在完成最后消灭之前使用是可接受的。关于触及人类生存的问题，公众良心不可能同时安于两种标准：对现在采用可以接受核弹的标准，对以后采用另一标准。这样，法院关于作为可能摧毁文明的作战手段的武器基本不能被接受的意见，便是有矛盾的。没有理由让公众良心出现这种矛盾；但是一方面禁止文明将来遭到毁灭，另一方面却又接受根据无懈可击的合法理论现在可予摧毁，是说不通的。

如果上文所说是正确的,那么马滕斯条款有助于答复合法性提倡者所提出的反对意见:大会的问题需要法院仔细思索一些事项。法院不能事先说,核武器的某一次使用会有什么确切的后果。可能的情况涉及相称性、区别战斗人员和平民的责任、冲突升级、中立性、灭绝种族和环境。但是,法院能够下结论,并如实地结论:使用核武器在上述每一领域都有真正的危险。然后,它可以留意公众良心的意见;鉴于这些危险,是否在任何情况下使用这类武器都可接受;然后可发现公众良心的意见是:鉴于这些风险,在任何情况下使用核武器都不能被接受。这样公众良心起到中介作用,通过它,可以享有法院不能享有的评价自由。

结果,根据法院所了解的公众良心状态,法院将能够说马滕斯条款的作用是否能禁止在任何情况下使用核武器。根据现有的材料,法院意见可以认定该条款的作用是施加这样一项禁令。

第四部分. 如果先前存在着一项禁止性法规,它是否 因后来出现一项法规而更改或撤消

1. 核时代开始时的情况

法院在其咨询意见执行部分第(2)段E项第二部分中的意见中说,它对该处提及的问题“无法确实断定”,法院提出这一意见的基础,是一些国家认为大会的这一问题正在使法院对各种可能出现的“局面”进行推测。如果这种论点意味着法院不能根据推测作出决定,那么我将赞同这一论点。但我将感到无法进而接受一种论点(如果有人提出这种不同论点的打算),即在任何情况下法院都不可能适当地求助于使用假设。我认为,如同人们有时所说的那样,在解释和运用法律时必须排除假设的这种说法是不正确的。在合理的限度之内,一项假设,如同智力活动的其他领域一样,对于探测某一理论的限度或弄清某一法规的真正含义,可能是至关重要的。有人曾在一次著名的讲话中说“假设并非臆造”,那仅仅是指排除了超越实际的论据而提出

的论点。²⁸ 实际论据本身可能会显出一些可能性,如果要从这些论据中去推断结论,必须探讨这些可能性。

在核时代即将开始之前的情况是,由于不存在核武器,根据假定,在协定国际法和习惯国际法中没有而且也不可能曾经有禁止使用核武器“本身”的任何法规。但是,如果认为先前已有的武装冲突法无法涉及因使用后来所发明的核武器所产生的作用,这就不可能是一种严肃的论点(见《咨询意见》第85-86段以及上文下田案第235-236页);“新奇的武器本身并不能随之带来要求更改现行战争法规的合法主张”(奥本海姆,《国际法论文》,第二卷,第7版,劳特帕赫特编,第181a段,第469页)。

因此,如果在核时代即将开始之前提出因后来使用核武器而产生的那种后果是否违反武装冲突法这一问题时,法院意见完全可以认定,认为答案将必然是肯定的。假如该项法律禁止由此产生的后果,那么就可以认为无法在不违反该项法律的情况下使用后来制成的核武器--这就是说,除非后来演变出一项朝相反方向作用的法律来更改这项法律,就不能使用这种核武器(这一点将在下文讨论)。

2. 核时代开始后的情况

培根说过,“固执地保存习俗,实与革新同样的混乱”。²⁹ 因此,假定核时代开

²⁸ “凡不是从现象中推断出来的东西,都将称之为假设”。见Sir Isaac Newton, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, book III, Vol. II, tr. Andrew Motte (London, 1968), p. 392; 和Derek Gjertsen, *The Newton Handbook* (London, 1986), p. 266。

²⁹ “Of Innovations”, 载于J. Spedding, R.L. Ellis 和 D.D. Heath所编 *The Works of Francis Bacon* (London, 1890), Vol. VI, p. 433。

始时存在着一种禁止的法规，我们仍然要考虑这一法规是否会因出现一种朝相反方向作用的新的法规而受到更改或撤消：“固执地保存”先前禁止使用核武器的法规是否会被视为“混乱”？

注意辩论的条理是必要的。有些国家认为，现在没有而且从来也没有过一项禁止使用核武器的法规。在确定如此提出的这一问题时，有用的基准是核武器时代的开始。要确定当时的情况，就必须参考当时存在的法律。后来的各种事态发展并未成为产生当时关于该问题的任何法规的任何进程的组成部分。如果正确的结论是，根据在核武器时代开始时存在的法律，当时存在一项禁止性的法规，那么就不能用后来的国家惯例的证据来反驳这一结论，表明恰恰与该结论相反，当时并不存在任何禁止性的法规。后来的国家惯例所能做到的，是形成一种法律意见，支持出现一种新的法规来更改或撤消旧的法规。但迄今尚未表明，如果在核时代开始时存在着一种禁止性的法规，它已因后来出现的一种朝相反方向作用的法规而被更改或撤消。在这种情况下，就可认为如果在核时代开始时存在着一种禁止性的法规，它现在仍然有效。

即使事实上有人争辩说，任何先前的禁止性法规都因后来出现朝相反方向作用的一项法规而被撤消，也仍然能得到同样的结论。无核武器国家长期坚决反对在法律上有权使用核武器的论点，足以制止逐步演变出支持产生任何这种新的法规所需的法律意见，而如果先前的法规具有绝对法的地位时就更是如此。咨询意见第83段留出了一种可能性，如果先前的法规所依据的人道主义原则具有这种地位时，情况就会如此。

最后一点是，有人认为，法院1969年阐明，在制定习惯国际法的原则（《北海大陆架案》，《1969年国际法院判例汇编》第43页第74段）的意义内，核武器国家是“其利益受到特别影响的国家”，并认为“在目前的情况下，涉及以核武器进行威胁或使用核武器的做法只可能来自被认为具有核武器国家地位的国家”（C.R. 95/24，（原文）第3页）。这一论点很有意思，但没有说服力。争论之点是使用可消灭人类从而也

消灭所有国家的一种武器的合法性何在,要查证哪些国家受到特别影响,结果发觉并不是拥有这种武器的国家,而是承受使用这种武器的后果的国家。从这一观点出发,所有国家都同样地受到影响,因为所有国家与居住在其中的人民一样都有平等的生存权利。

鉴于这些原因,假定先前存在着一项禁止性法规,法院意见便可认定,相当多的甚至是绝大多数的无核武器国家所采取的立场已发挥了作用,制止发展一种必要的法律意见来支持产生一项用以撤消旧的法规的新法规。因此,旧的禁止法规势必是一直持续到现在。

第五部分. 非核化条约和不扩散条约

由于国家惯例表明不存在一种禁止性法规,一些国家就依赖区域性非核化条约和不扩散条约以及各种有关的安排。它们认为,对于作出这些安排的唯一解释是假定谈判国家认为使用核武器是合法的。它们强调,五十年来,核武器国家一直依照这种或那种形式的核威慑政策而公开地拥有并部署核武器;众所周知的是好几个无核武器国家受到了某一个核武器国家核保护伞的保护;核武器国家和其他受核保护伞保护的国家一起构成了国际社会很大而且是很重要的部分;核武器国家所作的安全保证中的消极和积极成分必然意味着无核武器国家承认可合法地使用核武器;安全理事会第984(1995)号决议表示安理会赞赏核武器国家用以提出保证的各项声明;而且没有任何无核武器国家对这些保证以及如此表示的赞赏提出抗议。对于这些情况应如何予以评价?

核时代开始时的情况是,或者是有一种法规,禁止国家造成后来可由核武器造成的那种后果,或者是没有这种禁止性的法规。如果没有这样一种禁止性的法规,就没有必要详尽地研究后来的国家惯例是否会产生这种法规,因为作为国际社会很大的而且是重要的组成部分的核武器国家和受到核保护伞保护的无核武器国家将会阻止形成一种产生此种法规所需要的法律意见;不存在禁止性法规的情况将继续到今天,

因而赞成合法论者的论点获胜。

对于认为先前存在着一种禁止性的法规这一相反的观点，同样也没有必要详尽地研究随后的国家惯例。上文已经论证，如果根据核时代开始时存在的法律而认为当时已有一项禁止性法规，当时所知的该法律的情况该项结论不可能被后来的事态发展所推翻。对后来事态发展的研究只能是为了确定它们是否代表了一种国家惯例，产生一种新的法规，更改了或撤消了先前的禁止性法规。然而，同样是作为国际社会很大而且很重要的组成部分的大多数无核武器国家为人所知的立场，势必会阻止了发展出一种所需的法律意见阻止产生一种更改或撤消法规：因此先前的禁止性法规就会这样继续到今天，因而赞成非法论者的论点获胜。

因此，对于两种观点中的任何一种，都没有必要详尽地研究后来的事态发展。由于对区域性非核化条约和不扩散条约已进行了大量的辩论，我不妨谈谈这些问题。我认为，法院意见可认定，这些辩论并未显示赞成非法论者接受了使用核武器的合法性。

* * *

首先谈区域性非核化条约。为方便起见，只谈一项条约，即1967年的《特拉特洛尔科条约》。该条约序言部分指出，“除非各国在行使其主权权利时自加限制以防止核武器的扩散，否则核武器的扩散”似乎是“不可避免的”。该条约涉及拥有和使用两个方面，认为这一说法承认了法律上有使用这种武器的主权权利的这种论点是很有力的。但是，在关于序言部分指出使用此种武器可造成“对人类健全的侵害，最终甚至可能使整个地球无法居住”时，就不一定能得出这种推论。对该条约较好的解释是，它在客观上的目的是，鉴于事实上存在着核武器并事实上可能使用核武器，建立一种制度来确保拉丁美洲成为无核区；该条约没有假定法律上存在着使用可“使整个地球无法居住”的武器的权利。核武器国家在签署或批准该条约第二议定书时所作的保留或声明，也没有以有权使用该种武器的假定为根据；但是推断该条约

各缔约国保持沉默就是默认这一假定是很危险的,因为事实上在缔结该条约之前和之后,许多缔约国通过大会或其他方式正式肯定使用此种武器是一种罪行。

* * *

下面谈不扩散条约。这需要更详尽地讨论;争论更为激烈。有些国家,或它们之中的国家,认为使用核武器的权利是固有的自卫权的组成部分;固有的自卫权是不可剥夺的;它具有一种根本的超越一切的特点;它是所有权利之中最基本的权利;但它可受条约条款的明文限制。因此,有些国家可保留它们使用核武器的权利,而另一些国家则可同意放弃这一权利。这种论点还进一步认为,根据《不扩散条约》接受拥有此种武器的权利暗示着承认有使用的权利。

* * *

这些论点是很有份量的,它们需要得到认真的考虑。但是,困难之处在于将使用核武器的权利定性为自卫权的组成部分。如果这种说法是正确的,那么就不容易理解不扩散条约中主张非法的的缔约国怎么会自愿地打算放弃它们固有的自卫权中的重要组成部分,而又同意核武器国家充分地保留该权利。《不扩散条约》序言部分第三段表明,该条约是“根据联合国大会要求缔结一项防止更广泛地扩散核武器的协定的各项决议”而缔结的。这些决议包括大会1965年11月19日第2028(XX)号决议,该决议第2(b)段规定,一项不扩散条约“对于核及非核国家之相互责任与义务应定有可以接受之均衡”。这种规定如何能够在不均衡地享有固有自卫权如此根本的权利中可以被接受,是难以理解的。

对一些国家是不可剥夺的东西,对其他国家成了可剥夺的,这也将是难以理解的。一个国家可通过协定不行使其权力,这是主权的象征;但是它这样做能做到什么

程度而又不丧失其作为一个国家的地位,这又是另一个问题。³⁰ 由于自卫权是一个国家所“固有的”,所以一个国家没有这种特点是不可能想象的。请看大会1994年11月3日第49/10号决议所举的实例,“...重申波斯尼亚-黑塞哥维那共和国既为独立的主权国家和联合国会员国,有权享有《联合国宪章》规定的一切权利,包括其中第五十一条规定的自卫权”。行使自卫权的安排是一个不同的问题。但就该权利本身而言,如果它包括使用核武器的权利,后者就不是前者的一个小的组成部分。毫无疑问,正是基于这一原因,在世界卫生组织所提出的一个类似的案件中,有的国家认为,“拒绝给予侵略的受害者以使用唯一可拯救它的武器的权利,就将是对固有的自卫权的一种嘲笑”。³¹ 如果假定的前提是使用核武器的权利是固有的自卫权的组成部分,那么这一论点是可以理解的。问题是这一前提是否正确。因为如果是正确的话,那么由于同样的原因,《不扩散条约》的无核武器缔约国怎么会希望放弃它们固有的自卫权中如此至关重要的一个部分,是很难理解的。

有可能理解的是,由于核武器所代表的危险,无核武器国家同意不获取此种武器,理由是已拥有此种武器的核武器国家将采取措施销毁此种武器。比较不容易理解的是,无核武器国家如何会以此种危险为理由,同意剥夺它们自己在行使其固有的自卫权时使用此种武器的机会,但同时又同意尽管有着同样的危险,核武器国家可以在行使其本身固有的自卫权时合法地使用此种武器,并在一些情况下对无核武器国家使用这种武器。法院不能够不同意一种有争议的论点而赞同不扩散条约体制中如此不平衡的观点,这种论点认为该条约真正的目标并非是防止扩散一种危险的武器,而是确保享受使用这种武器的权利限于少数国家。理解各已知目标中的差异,对于

³⁰ 见M. Yasseen在I.C.J. Pleadings, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WHO and Egypt, pp. 298-299中的论点。

³¹ 联合王国政府的声明,载于Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Request for Advisory Opinion), para. 24。

对该条约的解释的正确性是十分重要的。

在核武器方面不一致的另一个领域可产生在《不扩散条约》的非缔约国和《不扩散条约》的无核武器缔约国之间。根据合法论的论点,前者在法律上有权使用核武器进行自卫,而后者即使是对前者也将放弃行使该权利。因为由于《不扩散条约》无核武器缔约国不能在不违反该条约的情况下拥有核武器,因此甚至在对该条约的非缔约国时,它也不能以核武器进行威胁或使用核武器,尽管后者由于未受该条约的约束而可以继续发展、获取和拥有此种武器。结果,《不扩散条约》的无核武器缔约国将因该条约而不能充分行使《宪章》第五十一条规定的固有的自卫权,尽管该条约的非缔约国在行使该条规定的它本身固有的自卫权时使用此种武器。

这些困难表明,必须区分固有的自卫权和行使该权利的手段。使用武力进行自卫的国家是根据诉诸战争权而合法地采取行动的。但是,一个国家无论是在合法的或非法地根据诉诸战争权采取行动,如果它事实上正在使用武力,它必须始终以战时法所规定的方式来进行。是否是允许使用某种特定的战争手段是由战时法规定。因此,虽然战时法禁止使用某种特定的武器,但不准使用该种武器并非不准遭受攻击的国家行使自卫权:《宪章》第五十一条所述的固有的自卫权根本没有包括使用讨论中的武器。1984年2月19日设在纽伦堡的美国军事法庭已阐明,为受害国可能遭遇到的苦难处境在法律上作出解答的该原则是,即使国际法的法则会造成一场战斗或甚至一次战争的失败,它们也必须遵守。权宜之计或必要性都不能成为违反这些法则的正当理由...”。³²

³² The List case, Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, (Washington, 1950), Vol. XI, p.1272; 又见同上, pp. 1236和1254。参看Krupp's case, Annual Digest and Reports on Public International Law Cases, 1948, p. 628, 设在纽伦堡的美国军事法庭的意见。

一种合理的观点是,《不扩散条约》缔约国中那些赞成非法论者的国家并不认为它们缔结条约是为了放弃其固有自卫权的重要组成部分,而是认为它们的基本观点是,国家固有的自卫权不包括使用核武器的权利。如果它们认为使用核武器的权利是如同固有的自卫权那样基本的权利所必不可少的组成部分,那就难以理解为什么它们会准备同意此种武器只能由一些国家而不是所有的国家使用。另一方面,如果它们行动的依据是使用此种武器的权利不是固有的自卫权的组成部分,那么这就决定了或至少制约了和解释了《不扩散条约》的各种安排,包括1995年的延长、积极和消极的保证,以及安全理事会第984(1995)号决议中提出的声明。如所罗门群岛所指出,所有这些安排组成了公开宣布的销毁核武器进程的组成部分;将它们解释为意味着无核武器国家接受使用此种武器的合法性的说法是没有说服力的。新西兰在回答通过《不扩散条约》“核武器国家正在得到维持其核武库的合法基础”这一论点时说,我认为它是正确的:

“……该条约存在的理由……是认识到核武器是与众不同的。提出的意见是,鉴于此种武器具有独特的破坏潜力,并鉴于人类目前的本性,人类唯一的选择是完全消灭这些武器。这些武器所造成的威胁笼罩着整个国际社会的安全。它们也对国际法律秩序构成威胁和挑战。”(CR 95/28,第36页。)

根据上述情况,法院可这样来理解《不扩散条约》。如序言部分所述,所有缔约国,无论是核武器国家和无核武器国家,都认识到“一场核战争将使全人类遭受浩劫...”。因此,应制止核武器扩散,而自己宣布已拥有核武器的国家应将它们销毁。由于这要花费时间,核武器国家必然会继续拥有核武器直到它们最终被销毁为止。这是承认一个不能立刻希望它消失的事实,并暂时地容忍这种事实;这并不是默许使用核武器的权利。这种承认将不符合许多无核武器国家通过大会决议和其他方式在缔结《不扩散条约》之前和之后一再提出的申明,即使用此种核武器将违反《宪章》,违反国际法和人道法的规定,而且是危害人类和文明的罪行。

剩下来的问题是考虑核武器国家对无核武器国家所作的⁴⁴安全保证是否会削弱这项结论。与五个核武器国家中的四国在关于它们对在某些情况下对无核武器国家有权使用核武器的消极保证方面所作的保留截然不同的是,积极的保证没有包括承诺使用核武器来保卫受核武器攻击的无核武器国家,因此没有暗示声称有权使用核武器。但是,消极的保证中明显地暗示着声称有权使用核武器;这一点没有必要进行讨论。问题在于国际社会是否已接受了对这种权利的要求。

为方便起见,首先看看安全理事会的反应。在获得一致通过的安理会第984(1995)号决议第1段中,安理会

“赞赏地注意到每个核武器国家的声明(S/1995/261、S/1995/262、S/1995/263、S/1995/264、S/1995/265),其中作出了不对《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国使用核武器的安全保证”。

人们认为,安全理事会“赞赏地”注意到每个核武器国家的声明,意味着安理会承认法律上有权使用核武器,特别是鉴于该决议第9段重申了《宪章》第五十一条规定的自卫的固有权利。这是一个很有力的论点,因此必须考虑安理会的“赞赏”指的是什么。

从上下文,特别是根据决议序言部分来看,决议第1段的重点是客观的事实,即在所列举的声明中已作出了消极的安全保证;该段将核武器国家的声明称之为“其中作出了不对...无核武器...国使用核武器的安全保证”。该决议没有将这些声明称之为在其中核武器国家“保留在某些情况下对无核武器国家使用核武器的权利”的声明,如果安理会有意表明它所表示的赞赏所涉范围是如此,它本来可能会这么说的。安理会不能就所有五个核武器国家都这样说,因为其中一个国家中国没有保留此种权利(见本院《咨询意见》第59段(c))。与此相反,中国在其声明第2段中说,“中国承诺在任何时候、任何情况下不对无核武器国家或无核武器区使用或威胁使

用核武器”；这正好与保留此种权利相反。人们或许会认为，这一声明仍然暗示着存在有一种使用核武器的权利。但问题是应该如何理解安全理事会表示的“赞赏”。法院不能够合理地说安理会的“赞赏”被理解为甚至延伸至五个核武器国家中的四国保留对无核武器国家使用核武器的权利，而不同时说它也延伸至与此相反的中国的保证：“在任何时候、任何情况下”不对无核武器国家使用核武器。

结果，赞成非法论者在读该决议文本时，并不会认为安全理事会所表示的“赞赏”延伸至声明中五个核武器国家中的四国保留在某些情况下对无核武器国家使用核武器的权利，其中包括对保留和行使此种权利的核武器国家不首先使用核武器的情况。就法院而言，法院不能将安全理事会表示的“赞赏”理解为有意确认这种权利的存在，而又不同时将其理解为，按照安全理事会的观点，存在着两类在法律上不同的国家，其重要的区别是，一类国家在法律上有权在某些情况下对另一类国家使用核武器，而后者却不能相应地在法律上有权在任何情况下对前者使用此种武器。法院在将此种观点归因于安全理事会之前必须三思。在众所周知的是否存在着使用核武器的权利尚在争议之中的各种情况下，可合理地理解安全理事会在其决议中所表示的“赞赏”所指的是决议本身所指出的核武器国家已作出了“不对...无核武器国使用核武器的安全保证”这一事实，但却间接地避开是不存在这种权利这一有争辩的问题而无意承认存在着使用核武器的合法权利。

一种有些份量的论点指出，安全理事会在其决议第9段中重申“《宪章》第五十一条确认，联合国任何会员国受到武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平与安全以前，有单独或集体自卫的自然权利”。尽管该声明并未提到使用核武器的权利，但是从提出这一论点的上下文中暗示，根据安全理事会的观点，自卫的自然权利包括使用核武器的权利。但是在安全理事会发言的无核武器国家显然不认为决议第9段有任何这种暗示。马来西亚说的是，“该段回避了使用核武器是否合法的问题，因为它证明了在‘自卫’的情况下使用或威胁使用核武器是合理的”（S/PV. 3514, 1995年4月11日，第24页）。因此，不管在多大程度上可以将第9段理解成为

力图证明在自卫的情况下以核武器进行威胁或使用核武器是正当的，马来西亚仍然认为该段并没有成功地做到这一点，而只是回避了该问题。埃及赞同印度尼西亚“...代表不结盟国家的发言”；印度尼西亚的发言没有表示打算放弃该国家集团在是否合法这一问题方面所持的众所周知的立场。印度特别指出，在“大会第四十九届会议上，国际社会决定就以下问题征求国际法院的咨询意见：在任何情况下，以核武器相威胁或使用核武器是否为国际法所允许。”（同上，第8页）。印度补充说：“我们希望，各核武器国家提出这么一种决议草案，并不是在告诉没有加入《不扩散条约》的国家，它们可以随意对后者使用核武器，因为这含义令人一想起便不寒而栗。”（同上，第9页。）因此，即使安全理事会的决议有着安全理事会认为使用核武器是合法的任何含义，但认为赞成非法论者同意此种含义是正确的论点，仍然是很站不住脚的。

其次，可以从赞成非法论者对待安全保证方面的较为普遍的立场来看待这一问题。这种行为是否表明同意了核武器国家对法律上存在着使用核武器的权利要求？尤其是，无核武器国家认为必须获得这种保证，是否即表明了这种同意？

以下似乎是对于这一立场的合理的理解。核武器国家继续拥有核武器，即使这是暂时的，但也显然对无核武器国家造成了威胁。明智的做法是获得不以核武器进行威胁或使用核武器的保证。马来西亚和津巴布韦认为，“在侵略的非法性久已纳入习惯法之后。”，不侵略条约同样“是国际关系中常用的”（1995年11月3日马来西亚和津巴布韦对副院长施韦贝尔所提问题的共同答复，对第二个问题的回答）。可能必须以切实可行的方式来对待各种现实；但对待这些现实的每一种安排并非都同意其合法性。在国际关系中尤其是如此。在同样关系到有关武器的威力时，法院认为无核武器国家在大会采取的认为使用核武器是罪行的立场，以及它们接受的来自仍然拥有此种武器的国家不对它们使用这些武器的保证，两者之间没有任何矛盾。不妨指出阿尔瓦雷斯法官的意见即“理由被推到了极端，就可能很容易变成谬论”（英伊石油公司案，《1952年国际法院判例汇编》，第126页，反对意见）。为了朝有利

的目标取得进展而将某一法律问题搁置一边的做法是国际关系中一种常见的情况。我对有些核武器国家所采取的立场的理解是，它们正是在这种基础上参加了人道主义法领域内的某些谈判。

**

同样重要的是，应铭记仅仅因为事实上的行为或不行为即称为构成国家惯例，并不能消除对此种行为或不行为有必要进行解释。国家可能感到各种实际情况没有给它们留下任何选择的余地，而只能做它们所做的事情。这一事实并不足以将它们之所为排除在国家惯例的组成部分之外，除非它们在做出其行为时有着一种信念，认为它们是出于法律义务感而行事。“‘法律意见或必要的意见’这一概念本身暗示着必须要有这种信念即存在一种主观因素。”（北海大陆架案，《1969年国际法院判例汇编》，第40页。）在谈到行为可证实存在一种法律上必要意见时，劳特帕斯特将“未伴之以任何这种意图的”行为排除在外（赫尔施·劳特帕斯特爵士，《国际法院对国际法的发展》（伦敦，1958年），（英文本）第380页）。因此，意图是重要的。断定其是否存在的办法，不是对一幅巨大而不断变动的画面的各个相互不连贯的特点进行细微的观察，而是观看整幅画面。在本案情况下看待整幅画面时，法院可以结论，这个问题依证明赞成非法论者承认法律上有权使用核武器未能表明有作出此种承认的意图。

**

我应补充的是，我不相信法院《咨询意见》第59和第61段提及的安全理事会1968年6月19日第255(1968)号决议进一步说明了这一事项。问题仍然是该决议是在处理存在着核武器并实际上可能使用这一客观事实，还是在直接或间接的确认存在着使用核武器的合法权利。

* * *

总而言之,如果最大程度地强调赞成合法论者所依赖的各种事实,本院就可结论,这些事项不足以消除赞成非法论者的不断主张,即以核武器进行威胁或使用核武器是非法的。因此,上文注意到的各种基本的困难之处仍然存在。如果如同我认为的那样,正确的结论是根据核时代开始时存在的法律,当时存在着一种禁止性法规,该一关于当时法律情况的裁定,其后的与其不一致的国家惯例均不得抵触;其后与其不一致的国家惯例所能做的,最多也就是产生一条新的法规来取消或修订旧的法规。但是大多数无核武器国家采取的立场将不可能产生一种支持新法规出现的必要的法律意见,具有取消旧法规的作用,尤其是如果旧法规具有绝对法的地位时更是如此。因此,先前的禁止性法规将继续到现在。

第六部分. 结论

法院意见各认为法律上有权使用核武器,将会对法院的一项结论产生难以处理的关系,因为该结论认为“核武器的破坏力在空间上和时间上都无法控制。它们具有毁灭一切文明和地球上整个生态系统的潜力”(《咨询意见》,第35段)。如果确认存在一种权利,而行使这种权利可产生如此可怕的结果,那么就会尽可能地接近于完完全全地运用“虽然天崩,也伸正义”这一格言。卡内罗法官认为,“今天没有任何法官能盲目地遵循‘虽然地塌,也伸正义’的阵腐法则(明基埃尔斯和埃克雷霍斯案,《国际法院1953年判例汇编》第109页,个别意见)。一个世界法院竟会认为自己迫于法律而得出结论,认为国家甚至在少数情况下有毁灭地球的合法权利,这无论怎么说也显然是件怪事。但愿对国际法院的崇高使命更适当的格言是“虽不地塌,也伸正义”?

最后提到的那句格言的危险性是它可能诱使法院充当立法者。在受理大会要求的程序中,法院正确地提醒不能那样做。用美国军事法庭在李斯特案中的话来说,

“...我们无权按我们自己的意愿制定国际法；我们必须按照其本来的面目运用国际法”（李斯特案，见上文，（英文本）第1249页）。因此，如劳特帕施特法官所说，“不愿侵犯立法机关的职权是司法谨慎的一种适当表现”。但他补充，“如果加以夸大，这就可能等于不愿意履行《国际法院规约》规定的法院职能范围内的一项任务”（西南非洲问题委员会是否同意听讯请愿人案，《国际法院1956年判例汇编》，第57页，个别意见）。不仅在没有法律的情况下法院试图写法律会出现立法的危险，而且在它未能适用业已存在的此种法律时也会出现立法的危险；如果法院不能避免，就很可被视为等同于进行旨在废除现有法律的司法立法。

国际法确实涉及主权国家之间的关系。但如上述，主权并不意味着是台球与台球之间那种相互碰撞却不合作的关系。现在有一种形成凝聚力的进程正在发挥作用。它现在没有而且可能永远也不会进展到足以吸收西塞罗的评述的全部力量。西塞罗认为，“一个国家在很大程度上是因它们的司法决定的约束而团结为一的”。³³ 不过，这一评述的大意并不是完全错误的：对于法院的作用不须加以过高的估计；而对于它的职责也不应误解。现在有严肃的余地来指出国际律师的义务。詹克斯说，“我们不是在处理生活中各种已确定因素的老套，而是我们必须经常对付决定世界前途的那些尚未解决的重大问题”。³⁴ 审理中的本案极好地说明了这一真理。

*

现在回顾本意见开始时所说的话，决定世界前途的尚未解决的重大问题是：如何使一个国家进行自卫的至关重要的必要性与确保这样做不会危及人类生存这个同样至关重要的必要性两者兼容。有人说，人道主义法应被理解为可以有一种例外，允许一个国家在其生存处于危险时使用核武器自卫，这就是说，如此使用核武器本来是破

³³ Cicero, Selected Works, Michael Grant译(London, 1960), p. 36.

³⁴ C.W. Jenks, The Common Law of Mankind (London, 1958), p. 416.

坏法律的，但即使如此也是允许的，其理由是任何法律系统均不会迫使受其制约者进行自杀。这就是作为法院《咨询意见》执行部分第(2)段E分段第二部分的论点。

法院该部分意见的含义是，法院认为，“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”使用核武器可能是合法的，因此即使这样做本来会破坏人道主义法也合法。一般的理解是，法院如此力图根据一个可能性而将其解决的问题，由于“洛特斯”案而呈现了一个较为明确的方面。本院在说它不能明确作出决定时，它是说它无法确定地说是否存在一种禁止性的法规。如果法院的立场使它不能确定地说是否存在一种禁止性的法规，那么可以提出一个论证，根据该案，该假设是有利于国家有权不受任何此种法规的约束而行事。因此，法院的立场将意味着国家在法律上有权使用核武器。如果这不是本来打算得到的结果，那么法院意见的构想不周。

因此，无论遭受的痛苦会多么严重或多么过分，只要存在所述的情况，就可产生在适用人道主义法方面的例外。法院意见中该分段第一部分中“一般”一词确实已很形象地说明了这一点。当然，一种法律可规定其适用的例外。但现在并无任何东西表明人道主义法规定了一种例外，来适应法院设想的各种情况。似乎是，采取一种立场，认为在所述的情况下可将人道主义法搁置一边，将会与辩论双方认为法院应运用法律而不是制定新法律的这种再三提出的正确意见很不合拍。

还有另外一点。尽管“至关重要的安全利益”这一概念在提法上和引用时有着种种的不同，但根据法院的界定，赞成合法论者提出主张有权使用核武器的主要情况是“一个国家在生存死亡关头实行自卫的极端情况”。之所以会如此是，假定使用核武器为合法，该种武器的性质，加上行使自卫权时必须遵守的必要性和相称性的种种限制，将使它们合法使用核武器的情况局限于那种“极端情况”之中。因此，认为人道主义法在主张有权使用核武器要求的主要情况中不适用于使用核武器的意见，就是赞成了一种论点的要旨，即人道主义法完全不适用于使用核武器问题。这一观点早就被人摒弃；正如法院本身所指出，核武器国家本身不主张这一观点。我不相信可以通过基于自卫的一种例外而使那种已不被采用的论点重新获得赞同。

*
* *

这样,我回头来谈谈大会问题的真实意义。该问题的实质是是否可将行使自卫权的程度发展到危害人类生存的地步。法院对这一问题的答复是,“鉴于国际法的现状,及本院所掌握的种种事实,本院无法确实断定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下,以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法或是非法”。本意见依据的就是这项具有决定性影响的意见。该项意见认为法律有缺陷,但我认为没有;该意见认为事实不足以要求适用法律,我不能同意。我认为,本院本来是可以根据充分的法律和事实,着手以一种方式来回答大会的问题的。因此,我恭敬地反对法院的结论说它无法回答该问题。

穆罕默德·沙哈布丁(签名)

(原件：英文)

威拉曼特里法官的反对意见

索引

一、 引言

1. 法院所收到的问题的根本重要性
2. 给法院的呈件
3. 对《联合国宪章》的一些初步意见
4. 涉及核武器的法律
5. 对人道主义法的简介意见
6. 人道主义法与战争现实的联系
7. 核武器所造成的极限情况
8. 拥有和使用
9. 支持合法论的各国态度上的差异
10. 对法律加以澄清的重要性

二、 核武器的性质和后果

1. 核武器的性质
2. 掩盖核战争真相的委婉说法
3. 核武器的后果
 - (a) 对环境和生态系统的破坏
 - (b) 对子孙后代的伤害
 - (c) 对平民百姓的伤害
 - (d) 核冬天
 - (e) 丧失生命
 - (f) 辐射的医学影响
 - (g) 灼热和冲击波
 - (h) 先天性畸形
 - (i) 跨国界损害
 - (j) 有潜力毁灭一切文明
 - (k) 电磁脉冲波
 - (l) 对核反应堆的损害
 - (m) 对粮食生产损害

(n) 自卫引起的多次核爆炸

(o) “蘑菇云的阴影”

4. 核武器的独特性
5. 目前同1945年在科学知识方面的差别
6. 广岛和长崎说明核战争后可以幸存吗?
7. 从历史看问题

三、人道主义法

1. “对人类的基本考虑”
2. 人道主义战争法的多种文化背景
3. 人道主义法摘要
4. 各国对《马滕斯条款》的接受
5. “公共良心的要求”
6. 《联合国宪章》和人权对人道的考虑和公众良心要求的影响
7. 关于“附带损害”不是存心的论点
8. 非法性是不因具体禁止条例而独立存在的
9. “洛特斯”案判决
10. 人道主义战争法的具体规则
 - (a) 禁止造成不必要的痛苦
 - (b) 区别对待原则
 - (c) 尊重非交战国
 - (d) 禁止灭绝种族
 - (e) 禁止破坏环境
 - (f) 人权法
11. 法学意见
12. 1925年日内瓦毒气议定书
13. 《海牙章程》第23(a)条

四、自卫

1. 不必要的痛苦
2. 相称性/失误
3. 区别
4. 非交战国
5. 种族灭绝
6. 环境损害

7. 人权

五、若干一般性考虑

1. 两种哲学观点
2. 战争的目的
3. 根据《联合国宪章》的一种“武力威胁”的概念
4. 战争法中的平等
5. 战争法中双重体制的逻辑矛盾
6. 核决策

六、国际社会对核武器的态度

1. 彻底销毁核武器的最终目标的普遍性
2. 支持全面销毁的压倒多数
3. 世界公众舆论
4. 目前的禁止
5. 部分禁试
6. 哪些是最特别有关的国家?
7. 各国参加区域条约是否就是承认核武器为合法

七、一些特别方面

1. 《不扩散条约》
2. 威慑
3. 报复
4. 内战
5. 必要性学说
6. 有限的战术性或战场核武器

八、反对提供咨询意见的一些论据

1. 咨询意见缺乏实际效用
2. 核武器维持了世界和平

九、结论

1. 法院的任务
2. 人类的选择

附录(图示对中立国的危险)

对法院咨询意见的初步意见

(a) 反对理由

经过审慎考虑,我认为无论在什么情况下,使用或威胁使用核武器均为不合法。这样做是违背国际法的基本原则,根本否定人道主义法架构所本的人道主义想法。这样做是违反协定法,特别违反1925年《日内瓦毒气议定书》,以及1907年《海牙章程》第二十三条(a)款。违背万法之本的人格尊严与人身价值的根本原则。对人类环境构成威胁以至于危及地球上一切生命。

我很遗憾法院并未直接坚定地着重指出,在所有情况下,使用或威胁使用核武器都是非法绝无例外法院本应明确有力地作出那样的陈述,从而可以彻底解决这一法律问题。

相反地,法院发表一些力主非法论的影响深远的见解,趋向于非法论,但同时却又发表其它既不甚明了,也明显的错误的声明。

因此,我只得把我的意见称为反对意见,但法院意见中有些部分我是同意的,这些仍可作为非法论结论的实质基础。下文对法院意见的这些方面加以讨论。这些部分确实使法律朝向实施全面禁止迈出了重大的步伐。在这个意义上,法院的意见含有很有价值的积极成分。

咨询意见第二部分的执行部分有六节,其中两节我完全不同意。我认为这两段对法律作了错误的、不全面的表述,只能投票反对。

但对于主文第1段、第2段六项中的四项,我投了赞成票。

(b) 法院意见的积极方面

这份法院意见是本院、乃至任何国际法庭,依《联合国宪章》的规定,明确说明限制核武器的第一份决定。此类决定中,这是第一次明确讨论核武器与武装冲突法及国际人道主义法之间的矛盾。此类决定中,这是第一次表示认为使用核武器受

种种条约义务的严格限制。

在环境方面,这份法院意见首次针对核武器问题揭示一项原则:“禁止意图或可以预料造成”广泛、长期及严重环境损害的作战方法,“并禁止为了报复而攻击自然环境”(第31段)。

关于核裁军,咨询意见提醒各国负有义务完成核裁军谈判的所有方面,从而使国际法的完整不再受到这方面的威胁。

确定这些立场之后,我们只要审查使用核武器的后果便可得出结论:使用或威胁使用核武器绝对不可能不违反上述原则。核武器具有的一些独有特性,公然违背《联合国宪章》、国际法和国际人道主义法所依据的基本价值观;咨询意见对此作了相当长的审查。根据这些资料,核武器非常明显地绝不可能符合法院制定的基本条件;因此,法院一致裁定,核武器属于非法。

我要特别提到《宪章》第二条第四项关于须遵守联合国宗旨的要求。这些宗旨包括尊重人权,以及人格尊严与人的价值;还包括国与国间之友好关系,以及善邻之道(见第一条(宗旨及原则),同时参照序言部分)。因此从司法角度证明合法性与遵守这些原则两者之间的联系关系。足以杀死一百万人或十亿人生命的战争武器(按照法院收到的估计数),哪里还顾及什么人格尊严与人的价值?哪里还谈得上善邻的原则?根据法院制定的原则,核武器是应摒弃的。

法院的意见我虽然并不百分之百的同意,但从该意见中所一致通过的部分绝对可以看出非法论的有力证明。核武器与法院所定原则之水火不相容,见本反对意见正文的进一步详述。

也许将来能够作出进一步澄清。

现在我就主文第2部分各段发表一些意见。先谈我不同意的两段。

(c) 对最后一段的特别意见

(一) 第2(B)段--(11票对3票)

关于第2(B)段,我认为核武器的使用是受到全面、普遍的条约限制。其中包括

环境方面的条约,特别是《日内瓦毒气议定书》和《海牙章程》第二十三条(a)款。本反对意见对这些都有讨论。我认为,说对使用核武器不存在任何传统的禁止规定是不正确的。

(一) 第2(E)段--(7票对7票。院长投了决定性的赞成票)

该段中的两句话我都根本不同意。

我强烈反对第一句中出现“一般”二字。这两个字含义太不明确,不适宜用于咨询意见;任何一个主张即使最模糊的暗示,如果不明确表明使用核武器无论在什么情况下都是绝对违法,我都不会同意。我对那两个字出现在句子里感到遗憾。这个句子本来对法律作了正确的表述。“一般”二字还似乎使得法院意见中出现自相矛盾之点,因为在法院意见第2(C)段和第2(D)段中,法院的结论认为,核武器必须符合《联合国宪章》、国际法原则,以及人道主义法原则;既然它不可能符合,那它就属于非法。

“一般”二字可作多种解释,层次有高有低,可以指“作为一般规则;通常”,也可以指“普遍;指全体或几乎全体”³⁶。即使从后一种含义来讲,这两个字也是网开一面,留有容许的余地--虽然不大,但与法律不相符。法律原则不应当存在漏洞,因为有国家会钻法律的漏洞,事关本国的大事自己说了算。

本反对意见目的主要是要表明:以核武器进行威胁或使用核武器不是一般都违背国际法规则,特别是违背人道主义法的原则和规则,而是永远都违背。第2(E)段本应作此陈述;咨询意见毋须再多说。

³⁶ 《The Shorter Oxford English Dictionary (简明牛津英语辞典)》,1987年第3版第一卷,第840页。

第2(E)段的第二小段指出：鉴于国际法的现状，法院无法确实断定在实行自卫的极端情况下，以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法还是非法。一旦诉诸使用核武器，那就适用战时法了；如本反对意见所述战时法有多项原则完全禁止使用核武器——在我来看这是不言而喻的。关于这一事项，现有法律很清楚，使法院能够明确发表意见，而不是回避这一重大问题，仿佛目前仍不具备充分的原则来判定。上文已经表明，法院的调查结果十分肯定，因此更不应有半点含糊。

(三) 第2(A)段——(全体一致)

我是认为这一无可非议的意见与其说是主文的一部分，毋宁说是一次初步陈述；当然这只是我个人的看法。

(四) 第2(C)段——(全体一致)

该段的积极方面已经提到过。在该段中，法院一致赞成以《宪章》为依据核武器合法性应具有的前提条件，而这些条件与使用核武器的结果是根本对立的。因此，我理解主文第2(C)段是表明，侵略也好，自卫也好；国际也好，国内也好；一国单独决定也好，与其它国家协作也好——无论在什么情况，使用核武器都不合法。国际法院一致支持这一原则，从而使使用武器属于非法的原则从过去任何国际法庭都没有对核武器合法性问题作过司法审议的阶段又有了长足的进步。

有些人认为，使用核武器属于法律范畴；他们竭力争辩说，凡没有明文禁止国家去做，就是允许的。因此他们说，在使用核武器这件事上，国家的自由并无限制。我认为，有了第2(C)段规定的限制，此论可以休矣。

(五) 第2(D)段——(全体一致)

这一段同样获得法院一致赞成；其中列出进一步的限制，要求符合武装冲突中适用的国际法规定，尤其是符合国际人道主义法规则及具体的条约义务。

这里就列出许多的禁止规定。

我的反对意见要表明这些规则和原则是什么,以及为什么就核武器的性质和后果而言,不可能符合这些规则和原则。

如果能证明核武器违背这些原则,那么,按照法院意见中的这一段,核武器不合法。

(六) 第2(F)段--(全体一致)

该段完全超出了问题的范围。但在核武器问题的总背景下,该段可以帮助提醒人们注意国家的责任,我因而投了赞成票。

下文反对意见阐述了我对法院所审议问题的意见。因为向法院提出的问题只涉及使用和威胁使用,所以,本反对意见不讨论核武器以下其它重要方面的合法性问题:拥有、纵向或横向扩散、装配或试验,等等。

我还应当补充指出:我对法院意见本文的若干推理有保留。这些保留具见本反对意见之中。特别要指出的是:法院驳回了对受理和管辖权的种种异议,我也同意法院为此所作的推论,但咨询意见第14段声称,不同意世界卫生组织要求咨询意见的请求,是因为法院对该案并无管辖权;对此我要郑重表示不同看法。我针对该案的反对意见主要讨论我对此立场的不同看法。

我认为,法院讨论到报复问题时(第46段),本应对交战报复不合法问题发表肯定意见。至于在灭绝种族问题上对意图灭绝某一团体的问题,法院的处理方法及其对核威慑的处理方法也都是我所不同意的。这些方面本反对意见都有讨论。

(七) 第1段--(13票对1票)

在我进入本反对意见实质性部分之前,还有一事需要提一下。法院驳回了那些赞成核武器为合法的国家对受理和管辖权的种种异议,并由此得出其主文第一项的结论;我对该结论投了赞成票。我强烈支持法院就这些事项进行推论过程中所表达

的观点,但对这些异议我有进一步的想法,详见我对卫生组织请求(此案中也提出了类似的异议)的反对意见。鉴于法院已有结论,本反对意见毋须重复我的那些想法。但我在那份反对意见中对这些事项的申述应视为对本反对意见的补充。

一、 导言

1. 法院所收到的问题的根本重要性

现在开始进入本反对意见的实质性部分。

本案从一开始就引起全世界广泛关注,为国际法院成立以来所仅见。三十五国向法院提出了书面陈述,二十四国作了口头陈述。许多组织,包括几个非政府组织,还向法院送来信、提出材料。法院实际收到约25国的各种组织及个人的近两百万签名。此外,另有若干批大量签名,要法院全收下来根本办不到,于是放在其他各处保存。如果这些也考虑在内,法院档案保管员估计签名总数超过三百万。³⁶所有签名不可能都由法院保存,全部签名数远不止三百万。签名数量最多的是日本——唯一遭受过核打击的国家。³⁷ 尽管这些组织和个人没有向法院提交正式呈件,但他们表明世界舆论急剧高涨;这在法律方面也有其意义,本意见下文对此有说明。

核武器生来就不合法,了解其固有的非法性对于争取无核世界具有重大的实用

³⁶ 档案保管员在答复关于收到签名数目的查询的一份备忘录中指出:“要得出精确的签名数,无异于漫天数星星。”

³⁷ 日本《大众良知宣言》主办人在给书记官长的信中说,除法院实际保存的1 564 954份签名外,他们还把法院没有地方保存的1 757 757份签名存放在海牙的一个仓库里。另一个位于欧洲的消息来源算得所收到的目前向法院提出的申请的申报数为3 691 899份,其中3 338 408份来自日本。

价值--这一思想并不新颖。施韦策(Albert Schweitzer)早在1958年给卡萨尔斯(Pablo Casals)的信中就称之为:

“最基本、最显而易见的论点,即:国际法禁止具有不可限量的威力的武器,因为会给战区以外人民带来严重创伤。原子武器和核武器就属于此列。…关于这些武器违背国际法的论点,使我们有充分的根据来谴责这些武器。它好就好在是一项法律论据。……任何政府都不能否认这些武器违背了国际法…而国际法是不可以置之不理的!”³⁸

虽然大众舆论早就表示必须重视法律方面的问题,但迄今未止,还没有一个国际法庭专就此事表示过任何权威的司法立场。日本的法院在审理下田案³⁹时审议过这一事项,但在目前这两项向国际法院请求提出提供咨询意见之前,国际上从未对此问题作过司法上的考虑。因此,法院肩负的责任非常重大,法院的宣告必然具有重大意义。

意见相反的双方在本法院对此进行了详尽的辩论。法院有幸能有许多在国际法领域最卓越的人士在本院论辩。他们提交法院的呈件中指出,大会的请求和世界卫生组织的请求具有历史性意义;法院对两案一并听取证词。其中有一位说,这两份请求:

“如果不是历史本身的里程碑,也将成为法院历史上的里程碑。在向法院提出过的一切法律问题中,这两项请求所涉的法律问题可能是最重要的。”(所罗门群岛,萨尔蒙,CR 95/32,第38页。)

另外一位说,“在如此庄严的论坛上为人类生存而疾呼的机会并不是每天都有”(所罗门群岛,戴维,CR 95/32,第49页)。

³⁸ Albert Schweitzer, Letters 1905-1965, H. W. Baher (编), J. Neugroschel (译), 1992年版, 第280页, 1958年10月3日至Pablo Casals的信, 着重线为新加。

³⁹ 下田诉日本国, (1963年)《日本国际法年刊》, 第212至252页。

因此,法院在本咨询意见中可能面临的各个问题里,这是最严重的。它需要法院穷尽地研究一切可能的国际法渊源,如有必要,须追根寻源苦心钻到地心。底下有着坚硬无比的矿层,蕴藏异常丰富,只待人们挖掘钻取。国际法的渊源里有没有比强权更强有力的、足以管制迄今研制出的最强大武器的原则呢?

毋庸赘言,法院的工作在于阐述现有法律,而不是说明对未来法律的设想。问题是按照现有法律原则,而不是按照人们对理想中的法律的盼望和希冀,使用或威胁使用核武器是否属于非法?法院在答复这项征求意见的请求时,关注的是现行法而不是拟议法。

在最基本的层次上,法院在各种对立意见的纷争中作出裁决时,会面临三种选择的可能性。如果国际法的原则规定使用核武器确实合法,那么法院必须宣布这一点。世界反核力量有非常大的影响力,但只要法律确为此规定,那么,法院并不能因为反核力量影响而不依法宣布这一点。第二项可选择的结论是法律没有明确表明是这样或那样。果真如此,那法院必须宣布这一自然的事实,也许就此会形成制订法律的新动力。第三,如果法律规则或原则规定核武器为非法,那么,法院也将不顾赞成核武器为合法的庞大势力,宣布其为非法。我一开始就指出,这第三种结论符合我审慎思考而后得出的意见。反对非法论观点的势力确实是巨大的。但是,尽管同这巨大的势力发生了冲突,并不能阻止法律仍然朝着法治的概念前进。当法律原则需要时,法院毫无畏缩,对武力仍作出了限制。只有通过坚决抵抗那些看来庞大或不可抗拒的力量,法治才得以确立。法院一旦认定了法律是什么、并朝此目的跋涉前行,就不能驻足张望,顾及辩论双方在全世界各自拥有的庞大势力。

2. 给法院的呈件

若干呈件是关于大会有无权请求得到该咨询意见,众多的呈件是许多国家在正反两方面就实体法而提出的,它们或者到庭,或者提出书面呈件。

虽然部分呈件之间必然会有所重复,但总体而言,这些呈件构成浩瀚的材料,对

战争法乃至其基础思想进行探讨。法院还收到大量事实材料,从多方面说明即使在大规模毁灭性武器之中,也唯有核武器具有损害未来数代人类及其环境的潜力。

另一方面,反对提出非法论的人争辩说,关于核武器的条约虽然很多,但其中没有一项条款具体宣布核武器为非法。他们认为,恰恰相反,国际社会缔结的有关核武器的种种条约,特别是不扩散条约,明确显示,就核大国而言,核武器目前属于合法。他们认为,关于使用或威胁使用核武器属于非法的原则只是将来的事,尽管在朝向这一目标的道路上已取得相当进展。他们认为,这只是拟议法,尚不具备现行法的地位;虽然期望甚高,但是终未实现——这项原则尚有待诞生。

本反对意见不可能充分讨论提交法院的所有正式呈件,但将试图研究其中较重要的一部分。

3. 对《联合国宪章》的一些初步意见

世界被猛然推入原子时代之前的数个星期,《联合国宪章》签字了。1945年6月25日,各签字国于旧金山通过了这一文件。1945年8月6日,广岛遭原子弹打击。其间仅差四十天的这两起事件对人类未来均有着深远的意义。《联合国宪章》展示了新的希望,而原子弹则描绘了毁灭的新图。

世界虽然已经惯于常规战争的破坏力,但在核爆炸(拿今天的标准来讲只是一颗小炸弹)的威力前却感到震惊和畏栗。因此,《宪章》起草者所了解的战祸只是人们当时经历过的第二次世界大战较轻的战祸。但人类有史以来破坏最大的那场大战已把这场战祸深深铭刻在人类的良知里——《联合国宪章》所谓的“人类……身历惨不堪言”之战祸——足以激发国际社会行动起来。几星期之内,给人类带来惨不堪言创伤的能力由于有了原子弹而番了好几倍。起草《宪章》时完全不了解战争武器又升一级;这样的文件还适用于即将来临的核时代吗?

《宪章》开宗明义有六个基本概念,与法院正在受理的事项密切相关。

《宪章》开头的几个字是“我联合国人民”——从而表明下文的一切内容均为世

界人民的意志。世界人民的集体意志和愿望即为《联合国宪章》的根本基础；这一事实千万不可以忘记。法院正在审理的事项与我全世界人民利益攸关，而全球舆论对国际公法原则的发展又有着重大影响。本意见下文将指出，就可以容许的战争手段和方法而论，适用什么法律很大程度上取决于“人文原则”和“公众良知的要求”。

《宪章》接着指出：联合国人民同兹决心欲免后世再遭……战祸。他们当时所了解的战争只是使用非核武器的战争。如果当时了解核战争的毁灭力和对后代造成的影响，可以想象，联合国人民的上述决心一定会坚定得多。

紧接着这两个重要概念之后，《宪章》又提出了第三个概念——人的尊严与价值。这被认为是世界社会未来的基本价值单位。但马上就出现了一种新手段：只用一件核武器就可以扑灭上百万人的人格尊严与价值。

《宪章》紧随头三项概念之后，又提出第四点：即大小各国平等权利的思想。这是一个理想，但核力量的概念严重将它削弱了。

下一个概念是关于遵守由条约与国际法其他渊源而起之义务（着重线为新加）。反对核武器为合法的论点主要依据的不是条约，而是此类“国际法其他渊源”（主要是人道主义法）——其原则已获普遍接受。

《宪章》序言部分第六个重要概念是提出促成大自由中之社会进步及较善之民生的目标。我们正在讨论的武器根本不是在促成《宪章》中的这一理想，相反，它可以使劫后余生的人类回到石器时代。

联合国创始人仿佛真是先知先觉，他们仅在可能毁灭一切的武器面世六周之前选定了人类进步和福利的重要领域。这件武器永远地改变了战争的轮廓——武器的创造人之一后来引用古代东方哲言，称之为“世界的毁灭者”。⁴⁰

⁴⁰ Robert Oppenheimer, 引自《薄伽梵歌》。见Peter Goodchild著, Robert Oppenheimer: Shatterer of Worlds, 1980年版。

法院现在面临的任务就是要对该武器合法性问题发表咨询意见。应当时刻记牢《宪章》开宗明义列出的六项基本考虑，因为其中每一项都含有不容轻易忽视的准则。

4. 涉及核武器的法律

沙赫特(Oscar Schachter)指出，涉及核武器的法律“比人们从核战略家和政治学家的讨论中得出的推论要全面得多”⁴¹ 可适用的法律的范围可从以下五方面考虑：

1. 武装冲突中一般适用的国际法——战时法，有时称为“人道主义战争法”。
2. 诉诸战争权法——关于各国交战权的法律。该法见于《联合国宪章》和相关习惯法。
3. 特别法——专门涉及核军备和大规模毁灭性武器的国际法律义务。
4. 涉及一般国家义务和权利的全部国际法法典，在特别情况下可能影响核武器政策。
5. 各国的法律，包括宪法和成文法，国家当局关于核武器的裁决可能援引。

本意见下文将讨论上述所有各方面，但将主要集中注意其中第一项。

这一探讨还将表明，法院《规约》第三十八条第一项所列出的每一项国际法渊源都支持如下结论：在任何情况下使用核武器均属非法。

5. 对人道主义法的简介意见

在人道主义法领域，才能发现关于这一问题的最具体、最相关的规则。

⁴¹ 加拿大核武器与法律问题会议记录，出版时题为，Lawyers and the Nuclear Debate(律师和核辩论)，Maxwell Cohen 和 Margaret Gouin (编)，1988年版，第29页。

人道主义法和习惯源远流长,可追溯到数千年前。许多文明,如中华、印度、希腊、罗马、日本、伊斯兰、近代欧洲等文明,都制订过人道主义法和习惯。岁月沧桑,许多宗教和哲学思想共同熔铸了现代人道主义法。这表明人类良知一直努力争取减轻战争带来的残忍、可怖的苦难。这方面一份著名的声明(1868年《圣彼得堡声明》)指出,制定国际人道主义法是为了“使战争的需要符合于人道的法律”。在近代,现代武器可以造成更严重的杀戮和毁坏,因此,在良知的驱使下,得以拟订出愈加完备的人道主义法。

今天,它已是颇具规模的一套法律,所含普遍原则灵活而又坚定--灵活,足可应付史无前例的飞跃武器发展;坚定,赢取国际大家庭全体成员的服膺。这一整套普遍原则存在于各项《日内瓦公约》及其《附加议定书》中600多项特别规定之外,也不是关于化学武器和细菌武器的其它具体事项的若干公约内的条文。因此,它本身就是一部名副其实的一套重要法律;从某种意义上讲,本案即是对它的一次考验。

人道主义法是不不断发展着的。它有其自身的活力。1945年处理未加定义的“危害人类罪”等罪行的纽伦堡法庭指出,“(战争法)不是静止不变的,而是不断调整,以适应变化着的世界的需要”。⁴² 随着战争的苦难不断升级,人道主义法也有发展。核武器使战争的苦难达到了极限,超越此限的其它一切纯属学究式的空谈。人道主义法是一门活的学科,它必须对外界作出敏感、适应和切实的回应。

本质上,人道主义法的问题并不是知识型的抽象探索,脱离其实质问题的悲惨现实而在象牙之塔里进行研究。人道主义法不只是逻辑游戏,或者是抠法律字眼,因此在逻辑上和思想上无法脱离其可怖的现实背景。尽管审视围绕这些法律问题的残酷行为会令人不快,但只有生动展现那些残酷行为,才能公正讨论法律方面的问题。

这些残酷行为往往为一些泛论或陈词所掩饰--如:战争没有不残忍的,或者说核

⁴² 22 Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 1948年版,第464页。

武器是迄今研制出的最具破坏力的大规模毁灭性武器。在除去一切外衣之后,这实际上究竟意味着什么?对此有必要更仔细的考查。需要不加修饰地直视人类实际遭受的苦难,以及这些武器对人类处境构成的形形色色的威胁。然后人道主义法才能作出适当回应。事实上,正是大家都看到战场上的痛苦,才有了现代的人道主义法。因此,本反对意见将检查核武器造成的实际后果,对细节的要求至少必须引起对相应人道主义法原则加以思考。

6. 人道主义法与战争现实的联系

19世纪倾向于带着很强的感情色彩看待战争,把它视为光荣的事业、实际上是外交的自然延伸。有些哲学家证明战争有理,几乎所有的政治家都崇拜战争,众多的诗人和艺术家赞美战争--而战争的残忍性则往往为合法、尊严和荣誉等外衣所掩盖。

邓南特(Henri Dunant)1859年访问了索尔费里诺战场之后,写下了《索尔费里诺漫忆》,把战争的残忍性公诸于众,震动了当时洋洋自得的文明社会,推动了现代人道主义法的形成。这一现实精神必须经常唤起,才能避免该法律偏离主题,成为陈腔滥调。

邓南特的历史性的记述触动了他所处的时代的良知,以致于人们觉得必须作出法律上的回应。他这样描绘了当时战争的残酷现实:

“这是一场残忍恐怖到极点的肉搏战:奥地利和同盟国的士兵彼此践踏,踩在仍在流血的尸体上相互杀戮,用枪托猛击敌人,打倒在地,砸碎脑袋,军刀和刺刀挑开的肚肠满地堆。毫不留情。简直无异屠宰场……

过了一会,情况依然,忽然驰来一支骑兵中队,奔驰而过就更为恐怖了。魂已归天的、半死不活的,统统给马蹄踩成肉泥。有个可怜的士兵下巴给踩掉了另一个脑袋给踩碎了;还有一个人本来可以捡回一条命的,胸部却被踩扁了。

骑兵刚过,炮兵紧跟着疾驰而至。大炮从地上模七竖八的尸体和伤员身上

碾过。车轮所过之处，脑浆迸裂，四肢折断、尸体四分五裂，无法辨认——地上处处血泊，尸横遍野。”

他对战后余殃的描述同样令人触目惊心：

“呻吟声、忍不住的出于极度伤心和疼痛的叹息声，打破了夜晚的寂静。不断听到令人肠断的求救嘶号，谁能描写那一夜的恐怖和伤痛？

二十五号日出之后，可怕得无法想象的情景展现在眼前。战场上遍地死人、死马，道路、沟谷、树丛、田野里，到处都是尸体：通往索尔费里诺的路上简直被死人堆阻塞了。”

战争的现实就是如此；针对这一情况，当时人们出于法律上的良心，制订了人道主义法。有了核武器，战争的残酷性甚于邓南特创作名篇之千万倍。我们当代的良心也因此作出了适当反应，这充分表现在全世界的抗议、大会的决议和彻底消除核武器的普遍愿望上。当代的良心并未以象牙之塔的精神、从精确的法律逻辑推理来求取结论。

通过密切了解炮兵战和骑兵战的残酷事实，产生了现代人道主义法；同样，必须了解核战场赤裸裸情形。才能作出适当的法律回应。

我们从残忍的骑兵战和炮兵战进入不知要惨烈多少倍的原子战时代，我们有一个双重优势，为邓南特时代所无——人道主义法已自成一系，原子弹给人造成的苦难也有详尽文献。邓南特时代的战事较为简单，相形之下，原子战的现实残酷程度要高出无数倍；这必定会触动当代的法律良心。

下面是对核时代首次使用原子弹亲眼所见的叙述——同时无疑发生了数百这样的情景，这只是其中之一，当代文献对其中许多情景都有实录。和索尔费里诺情况不同的是，这次受害者不是战斗人员：

“看上去真可怕。几百伤号经过我家门口，想逃到山里去。他们样子真是惨不忍睹：脸和手都被烧伤，肿胀起来，大片皮肤从身上剥落，象稻草人身上的破布垂挂在那儿。他们就象一队行进着的蚂蚁，一整夜源源不断从我家门口走过，

但今天上午他们已经停了下来。我发现他们躺在路两边，密密麻麻，非得踩着他们才能走过去。

“他们都没有脸！他们的眼睛、鼻子、嘴巴都给烧掉了，耳朵仿佛是给融化掉的。身体的正面和背面区别不大。有个士兵面貌全给毁了，只剩一副白牙噻在那儿；他向我讨水喝，可我没有。（我双手合十为他祈祷。他再没说什么。）他讨水的话想必成了他临终前最后的话。”⁴³

把这个情景重复一千倍，甚至一百万倍，我们便能看到核战争可能造成的众多后果之一。

大量文献详细记载了核武器造成的苦难--从离爆炸地点近处的烧成焦炭，到多少里之内的肢体残缺；到那些经久不去的后遗症--癌症和白血病危害人类健康，遗传变种危及人的完整，环境破坏威胁到人类生境，所有组织悉被破坏，损害人类社会。

广岛和长崎的经历是两起孤立的事件，前后相差三天。它们显示不出多次爆炸会造成什么后果；而今天万一爆发核战争，立刻连续引发多次爆炸几乎是不可避免的（见下文第二节第6段）。而且，经过五十年的发展，现在的炸弹爆炸力已经可以达成广岛、长崎原子弹的七十倍，甚至七百倍。今天只要一颗粒炸弹，就可以给广岛、长崎造成比当年惨烈数倍的毁坏--更不用说一连串的炸弹了。

7. 核武器所造成的极限情况

核武器不仅如上文所说、造成人的痛苦，而且还给我们带到一种极限情况。核武器有能力摧毁整个人类文明--人类各种文化数千年来所创造的一切。确实，“关

⁴³ Hiroshima Diary: The Journal of a Japanese Physician August 6-September 30, 1945, 医学博士 Michihiko Hachiya 著, 医学博士 Warner Wells 编译, 北卡罗莱纳大学出版社1955年版, 第14-15页。

于病弱的幸存者沦于石器时代的凄惨故事,没有一个敏感人愿意讲”⁴⁴ 但是必须“以锐利的目光来审视人类目前的方向所可能带来的后果”(同上)。鉴于核武器能够摧毁地球上的一切生物,因此,它威胁到人类从来维护的一切以及人类自身。

这里可以对环境法和战争法进行类比。

过去曾经认为,地球的大气层、海洋和地面广袤无垠,再大规模的污染也可以吸收、消化,而生机仍然生生不息。因此,法律在对待污染的态度就比较松。但后来人们认识到很快将面临极限情况,过了极限,环境再受到污染,就有崩溃的危险;于是,法律不得不在对待环境问题上调整其态度。

战争法的情况也没有什么两样。在核战争时代到来之前,人们总认为:战争规模不论有多大,人类都可以劫后余生,恢复重建。使用核武器却走到极限,一个可怖的前景展现在人们眼前:人类很可能无法挨过下一次核战争,整个人类文明均可能毁于一旦。这一极限情况迫使战争法作出调整,面对这个新现实。

8. 拥有和使用

虽然本意见讨论的是使用核武器而非拥有核武器,但仍有人向法院提出许多关于拥有的论点。因而与法院审议的问题并不相关。

例如,有的国家为核武器乃属各国主权权力范围这一立场辩护,请法院参看“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动”中的这样一段文字:

“在国际法中,除了有关国家以条约或其它方式接受的规则之外,没有规则可以限制一个主权国家的军备水平”(法国,CR 95/23,第79页;《国际法院判例汇编(1986年),第135页;着重线为新加》)。

这段中讲的显然是拥有,而非使用。

⁴⁴ “The medical and Ecological Effects of Nuclear War” Don G. Bates著,麦吉尔大学医学史教授,见(1983年)28 *Migill Law Journal*,第717页。

有的国家也利用《核不扩散条约》，认定它允许核武器国家拥有核武器。如果能从该条约推断出确有这样的允许，那也是允许拥有而不是使用，因为不扩散条约从头至尾都没有考虑或讨论过使用或威胁使用核武器的问题。关于使用或威胁使用的问题，《不扩散条约》毫不相干。

9. 支持合法论的各国态度上的差异

支持使用核武器为合法的各国所采取的立场存在着一些重大差异。事实上，就一些很基本的事项而论，核国家自身之间在做法上也不相同。

例如，法国的立场便是：

“原则上，相称性这一标准本身并不排除使用任何特别武器(包括核武器)作出反击、或首先使用的可能性，但这种使用目的是抵抗攻击，而且是最合适的抵抗手段。”(法国的书面陈述，第15页，着重线为新加)

按照这个意见，在特定情况下，上述因素甚至令比相称性原则更重要。这一意见暗示，确定可否允许该武器的一项最重要的标准在于它是不是抵抗攻击的最合适手段。美国的立场是：

“用核武器进行攻击是否不相称？这完全要看情况，包括：敌人威胁的性质、摧毁目标的重要性，该装置的特征，大小及可能的后果，以及会给平民带来多大的危险。”(美国的书面陈述，第23页。)

因此，美国的立场慎重地考虑了该装置的特征、大小及后果以及会给平民带来多大的危险。

俄罗斯联邦的立场是：“马滕斯条款”(见第三.4节)现在根本不起作用，今天可以正式认为该条款不适用(书面陈述，第13页)。

另一方面，联合王国虽然接受马滕斯条款的适用性，但认为该条款本身并不确定核武器为非法(英国的书面陈述，第48页，第3.58段)。联合王国指出：鉴于马滕斯条款的规定，有必要找出一项禁止使用核武器的习惯法规则。

各核大国本身对合法性的主张的范围、甚至基础有着以上各种意见；因此在探讨法院收到的那个问题时，对核大国的不同观点需要认真研究。

10. 对法律加以澄清的重要性

必须对有关核武器合法性的法律加以澄清，这项工作应得到最大的重视。

1899年6月6日，马滕斯先生（主持海牙会议第二委员会第二小组委员会工作；本意见下文将较为详细地讨论因他得名的马滕斯条款）针对战争法最好模糊一点的论点，发表了以下意见。他说：

“可是这个观点很公正吗？这一不确定性真的对弱者有利吗？弱者会因为强者的责任未加确定而稍强吗？强者会因为其权利有具体界定从而加了限制而变得稍弱吗？我不以为然。我坚信：特别是为着弱者的利益，须确定这些权利和责任……

1874年和1899年，先后召开了两次重要的国际会议，文明世界关于这一问题的精英和名家开会。他们未能确定战争法和战争习惯法。会散人去，所有这些问题仍然是一片模糊。……

让这些问题继续处于不确定状态，必将导致武力利益凌驾于人类利益之上。……”⁴⁵

正是本身这一寻求明确性的精神，大会才要求法院就使用核武器问题发表咨询意见。控制着核武器的那些国家反对；还有另外一些国家也反对。过去五十年来，因为种种原因，没有具体讨论过这一问题；为世界各国利益计，该问题应当加以澄清。迄今该问题依然未获解决，象一个大问号笼罩在人类前途之上；它也提出了一些深刻的问题，其中甚至于涉及地球上人类生命的未来。

⁴⁵ J.B.Scott, “The Conference of 1899”, The Proceedings of the Hague Peace Conferences, 1920年, 第506-507页; 着重线为新加。

关于《联合国宪章》带来的世界新体制下国家权利和义务，必须对法律加以明确陈述。《宪章》按照国际社会协商一致意见，在人类历史上破天荒第一次宣布战争为不合法。这一划时代的文件至今已有五十年的历史；可是马滕斯发言时，《宪章》还只是遥不可测的未来的事。国际社会所面临过的法律问题中，没有比这个问题更重要的了。就澄清该问题而言，这五十年是无为的五十年。

二、核武器的性质和后果

1. 核武器的性质

国际法院审理的问题是要把人道主义法运用到实际问题中，而不是建一套抽象知识的把人道主义法。

国际法院正在调查的问题是使用核武器会不会产生同人道主义法基本原则相冲突的如此非人道的实际后果。关于本咨询意见和世界卫生组织征求的意见，国际法院已收到大批事实材料有助于它理解有许多办法使核武器的影响能援引人道主义法的种种原则。这些事实材料比任何泛泛的见解能更清楚地说明核武器的特性，因此，有必要研究这些具体事实，至少是提纲挈领地研究。

还有，主张核武器有某种办法可控制的说法使人感到必须详细研究核武器影响的独特性和不可逆转性。

2. 掩盖核战争真相的委婉说法

国际法是促进世界和平和秩序的一种制度。如果国际法让一个能够彻底摧毁全世界、摧毁能产生该武器的数千年文明和人类本身的一个武器在其中占有一席之地，那才是咄咄怪事。竭力地掩盖这项矛盾，甚至使人道主义法陷入困境的一个因素，是使用委婉语言——军事行动中没有实质语言和外交上的礼貌语言。这些语言掩盖了核战争的恐怖，把人们的注意力转移到学术概念上，如自卫、报复和相称的破坏，这些概念都同彻底摧毁的情况没有多大关系。

将对平民和中立者骇人听闻的杀伤叙述为附带伤害，因为这并不是它的直接目的；焚毁城市成了“巨量热破坏”。即使有数百万人死亡，但是还说“可忍受的伤亡数目”。保持恐怖均衡被叙述为“核备战状态”；必然的毁灭被称为“威慑”；彻底摧毁环境被叙述为“环境破坏”。客观地说，这类说法都脱离了所处的人类环境，回避了人类痛苦，而人道主义法产生于人类的痛苦。

本意见开始时已说过，如果人道主义法要充分因应实际，它就需要面对战争的本来面目，但是这些语言阻碍了这项进程。⁴⁶

古代的哲学和现代的语言学都明确地直指用隐瞒主要内容的语言掩盖重大问题的现象。当有人问孔子他认为如何能在国家中建立秩序和道德时，他回答说，“正名”。他指的是用正确的名词称呼每件事。⁴⁷

现代语义学也揭示了委婉说法造成的混乱，因为这些说法掩盖了概念的真实含义。⁴⁸核战争的语言中这些委婉说法很丰富，它们都把毁灭成百万人、焚毁城市居民、造成遗传畸形、引发癌症、破坏食物链和危及文明等实际问题撇在一边。大规模毁灭人的生命被当作在可设法调整的分类账上注销。如果人道主义法要明确地履行它的任务，它就需要剥去这些言词的外衣而牢牢抓住它的实质。决不允许枯燥乏味和没有实质的语言掩盖核武器和国际法基本原则之间的基本矛盾。

⁴⁶ 从现代哲学角度探索战争问题的一篇论文谈到了这个方面，见Robert Ginsberg的“*The Critique of War*”（编写），1969年。尤其见Thomas Merton的“*War and the Crisis of Language*”第6章。

⁴⁷ 引自Robert S. Hartman的“*The Revolution Against War*”，同上，第324页。

⁴⁸ “它们用来把这些伪造的玩意列入权力政治的体系，并使核公民的思想变得模糊不清。”（同上，第325页）

3. 核武器的后果

1945年前，“20吨左右的梯恩梯装置产生的爆炸力是炸弹的最大爆炸威力”。⁴⁹广岛和长崎爆炸的原子弹分别相当于1.5和1.2千吨左右梯恩梯(三硝基甲苯)的爆炸力。今天现有和正在试验的许多武器都比这些炸弹的爆炸力强许多倍。世界核武库中有百万吨级(相当于一百万吨梯恩梯)和数百万吨级的炸弹,有些甚至超过两千万吨级(相当于两千万吨梯恩梯)。一个相当于一百万吨梯恩梯爆炸力的百万吨级炸弹是日本所用原子弹爆炸力的70倍左右,一枚两千万吨级炸弹则比那个原子弹爆炸力高一千倍以上。

由于人的思想已被这些抽象的数字弄麻木而不能理解它们,只可用多种方式把这些数字生动地具体化。其中一种方式是从铁路运输角度描述一枚百万吨级的原子弹所表示的梯恩梯数量。据估计,它需要一辆二百英里长的火车。⁵⁰当战争中用一枚百万吨级的炸弹把敌人引向死亡和毁灭时,可以这样想象:将二百英里长的火车满载着梯恩梯驶向敌方领土并在那儿爆炸。国际法绝不会认为这是合法的。如果火车不是二百英里长,而是一百英里长、五十英里长、十英里长或仅一英里长,也是一样。如果是五百万吨级炸弹,火车为一千英里长,或者两千万吨级炸弹火车为四千英里长,那还有什么差别?

这就是国际法院正在审议的核武器的威力--这种威力使历史上的所有武器都相形见绌,即使把它们统统加起来也是如此。一枚五百万吨级核武器的爆炸力比第二次世界大战使用的所有炸弹的爆炸力总和还大,一枚两千万吨级炸弹的爆炸力“比人类历史上所有战争中使用的所有炸药的爆炸力总和还大”(同上)。

⁴⁹ N. Singh和E. McWhinney, “Nuclear Weapons and Contemporary International Law”, 1989年,第29页。

⁵⁰ Bates, 同前,第719页。

同今天拥有的武器相比,广岛和长崎所用的武器是“小型”武器。如前所述,一枚百万吨级原子弹相当于约70枚广岛的原子弹,一枚一千五百万吨级原子弹则相当于约一千枚广岛的原子弹。然而,原子弹前所未有的巨大摧毁力仅仅是它的独一无二的特征之一。它的独特性在于它在时空上都不可控制,既会危及人类的未来,又会连续危害人类的健康,即使在很长时间之后仍继续危害不已。它违反人道主义法的程度已经超出它是大规模杀伤性武器⁶¹的范围,而是更深地侵入到人道主义法的核心中。

原子武器具有同常规武器不同的某些特征,美国原子能委员会曾总结说:

“它在三个重要方面同其他炸弹不同:首先,原子弹释放的能量是威力最大的梯恩梯炸弹所产生能量的一千倍或一千倍以上;其次,原子弹爆炸后除了放出灼热和强光之外还伴随着穿透力极强的不可见的有害辐射;第三,爆炸后遗留下的物质是放射性的,发出的放射线能对生物有机体产生有害的影响”。⁶²

下列更详细地分析都是根据向国际法院提出的材料,在听证会上没有受到反驳,即使是争辩说使用核武器并不是非法的国家也没有反对。这些分析构成了法律论证所依据的基本事实基础,没有事实基础,法律论证就有可能降低为空论。

(a) 对环境和生态系统的破坏⁶³

核武器对环境的破坏程度是没有任何其他武器能造成的,对此世界环境与发展委员会在1987年曾小结如下:

⁶¹ 联合国大会第一届专门讨论裁军问题的特别会议最后文件(1978年)一致把核武器列为大规模毁灭性武器,这个结论以协商一致意见通过(CR 95/25,第17页)。

⁶² 美国原子能委员会同国防部合编,“原子武器的影响”1950年,Singh & McWhinney,同前引书,第30页。

⁶³ “论环境法”,见下文第三.10(e)节。

“核战争可能造成的后果使得其他因素对环境的威胁变得微不足道了。核武器标志着战争发展到了一个质变的全新阶段。一颗热核弹的爆炸力比火药发明以来所用全部炸药的爆炸力还大。除核武器无限增大的灼热和冲击波具有毁灭作用外，它们还产生一种新的致命作用——电离辐射——在时空两方面都会扩大留下致命的后果。”⁵⁴

核武器具有摧毁整个地球生态系统的潜力。世界武库中现有的核武器已具有数次摧毁地球生命的潜力。

听证会上提到的核武器的另一特征是，电离辐射对针叶森林、作物、食物链、牲畜和海洋生态系统造成的破坏。

(b) 对子孙后代的伤害

对生态系统的影响实际上已超出了所有可预见的未来历史的限度。核爆炸副产品之一——钚239——的半衰期在两万年以上。一次大规模核互炸之后，需要几个这样的“半衰期”才能使残留放射性降低到最低限度。半衰期是“放射性纯样品的核衰变率除到一半所需的时间。在已知的放射性同位素中，半衰期从约 10^{-7} ”秒到 10^{16} 年”。⁵⁵

下表列出了核试验产生的主要放射性元素的半衰期。

<u>同位素</u>	<u>半衰期</u>
铯137	30.2年
锶90	28.6年
钚239	24 100年
钚240	6 570年

⁵⁴ 世界环境与发展委员会(“布伦特兰委员会”), “Our Common Future(1987年)”, 第295页, CR 95/22第55页引用。

⁵⁵ Encyclopedia Britannica Micropaedia, 1992年版, 第9卷, 第893页(英文本)。

钚241 14.4年

镅241 432年⁵⁶

理论上,半衰期可以长达数万年。无论从什么层次都可以说,任何一代人,不管出于什么目的,都没有权利对子孙后代造成这样大的伤害。

本院,作为联合国的主要司法机关,受权说明并应用国际法,其权力是没有任何其他法庭可比的,本院必须在其管辖范围内充分认识到子孙后代的权利。如果有任何法庭能根据法律确认并保护他们的利益,那只有本法院。

在此必须指出,子孙后代的权利问题已经超越了仅仅为仍在争取承认的萌芽权利阶段。这些权利已经通过主要条约、司法意见和文明国家所承认的法律一般原则成为国际法的一部分。

可以举出的条约有1979年《伦敦海洋倾弃公约》1973年《有灭绝危险的物种国际贸易公约》和1972年《保护世界文化和自然遗产公约》。所有这些公约都明确列入了为子孙后代保护自然环境的原则,并把这个概念升华到国家负有约束性义务的高度。

现在司法意见很丰富,几项重大条约都谈到这个问题,并且世代间的公平和人类共同遗产等这类概念正从学术上建立起来。⁵⁷ 还有,人们日益了解到全世界多种传统法律系统保护子孙后代环境的种种途径。其中必须加入以1972年《斯德哥尔摩人类环境宣言》开始的一系列主要国际宣言。

⁵⁶ 资料来源:《Radioecology》,Holm版,1995年,World Scientific Publishing Co.。

⁵⁷ 详细材料见Edith Brown Weiss著《In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity,1989年。

当无可辩驳的科学证据说明环境污染已经达到延续数百代的程度时,如果国际法院再不认真注意目前法律保护遥远未来的办法,它就有负众望。《联合国宪章》的理想并没有限制在当代的范围内,因为它们期望促进社会进步和达到更高的生活标准,并把着眼点不仅放在当代而是放在“后世”。仅就环境在这种似乎无穷尽的时间跨度中受破坏这一个因素本身就足以要求国际法施行保护原则,本院作为受权阐明国际法的权威机构必须援引这些原则。

(c) 对平民百姓的伤害

这不需要详细阐述,因为核武器在这方面的大规模毁灭性超过一切其他武器。一份著名的关于国际法发展的研究报告说:

“大规模毁灭性武器--原生化武器--的一个特点是它们的破坏作用在时空上不能仅限于军事目标。因此,使用这些武器意味着毁灭数量不可预测、不可确定的大批平民。还意味着它们的实际使用不仅违反了国际法--即使没有条约明文规定也是如此,而且大规模毁灭性武器的问题已经超出了狭义人道主义法的范畴,成为社会制度不同的国家间和平共处的根本问题之一。”⁵⁸

(d) 核冬天

核武器交战可能的后遗症之一是核冬天,这是核武器造成的城市、森林和农村大火在大气层中累积数亿吨烟尘所产生的一种状况。多次核爆炸产生的烟云和尘埃挡住了阳光,造成全世界作物颗粒无收和全球饥荒。从Turco、Toon、Ackerman、Pollack和Sagan关于“核冬天:多次核爆炸的全球后果”的研究论文(以作者姓名首写字母名为塔普斯研究论文(TTAPS))开始,⁵⁹对核战争产生的尘埃和烟云的影响已

⁵⁸ Geza Herczegh, *Development of International Humanitarian Law*《国际人道主义法的发展》,1984年,第93页。“原生化武器”指原子、生物和化学武器。

⁵⁹ *Science*, 1983年12月23日,第222卷,第1283页。

进行了大量的详细科学研究。塔普斯研究论文表明，一个半球的烟云能够在数周内流动到另一半球。⁶⁰

⁶⁰ 大团尘埃从一个半球漂浮到另一半球，所产生的效果同核冬天的景象相类似，这并不是未来主义者的假想，同过去的经历毫无关系。1815年印度尼西亚坦博拉火山爆发，它向大气中喷发的尘埃和烟云如此之多，以致于造成1816年全世界陷入黑暗和作物失收。1984年三月号《科学的美国人》杂志第58页刊登了拜伦勋爵的一首诗“黑暗”，据说这是他因那年没有夏天而激发灵感写的。在1983年12月美国参议院关于核战争影响的一次听证会上，俄罗斯物理学家Kapitza谈到核战争影响时提醒大家注意这首诗，他说这首诗通过小说家Ivan Turgenev的翻译在俄罗斯人人皆知。以下摘录的部分以诗人的眼光捕捉了核战争后人类的绝望和环境的破坏：

“全世界一片绝望，
森林燃烧树折腰，
枝干爆裂火自灭，
满目疮痍大地焦。
死神火光映面颊，
惊恐万状无处逃，
烈火熊熊现众生，
有人悲泣有人倒；……”

……全世界化为乌有，
平民显贵一处烧，
季节消逝野草灭，
树木绝迹人亡消。
尸横遍野劫难避，
江河湖海尽默悼，
宁静深处何物扰，
无人舟楫海上飘……”

塔普斯论文和其他研究报告都表明,在成熟季核冬天使温度下降几度就能使大片作物颗粒无收,甚至达到整个半球的面积。因此,这样的后果对于非交战国也是灾难性的。

“现在的共识是,核冬天对气候的影响和造成的粮食匮乏,再加上基础设施被摧毁,对全世界人口的总体影响会比核爆炸的立即影响要大。越来越多的证据说明,在战后的核世界中人类已没有能够躲避的生态龕了。在这个地球上生命显然处处都受到威胁。”⁶¹

(e) 丧失生命

卫生组织估计,在使用一枚原子弹、有限战争和全面战争中死亡人数分别从一百万到十亿人不等,此外每种情况中还有类似的受伤人数。

根据日本代表的材料,在战争中仅有的两次使用核武器--广岛和长崎--造成的死亡人数在总人口35万人和24万人中分别为14万人和7.4万人。如果同样的原子弹在东京、纽约、巴黎、伦敦或莫斯科这样的有数百万人的稠密城市爆炸,丧失的生命更会多得难以计数。

长崎市长交给本院一组令人回味的统计数字,773架英国飞机轰炸德累斯顿,接着450架美国飞机密集投掷了65万枚燃烧弹,造成13.5万人死亡--这个结果同广岛一枚原子弹,按今天的标准一枚“小”原子弹的结果相类似。

(f) 辐射的医学影响

核武器除了放射性坠尘之外,还产生瞬时辐射。

⁶¹ Wilfrid Bach, “核战争对气候的影响”,国际物理学家防止核战争第六次世界大会记录汇编,1986年,科隆,1987年作为Maintain Life on Earth(一书)出版,第154页。

“现已确定，残留的核辐射是裂变弹即原子弹也是‘聚变弹’即氢弹这类热核武器的一大特征”。⁶²

除了上述直接影响之外，电离辐射还对人类和环境造成更长时间的影响。这种电离作用破坏细胞，产生能够摧毁细胞或降低其活动能力的变化。⁶³

在核攻击后，受害者遭到灼热、冲击波和辐射的伤害，对辐射作用的单独研究因冲击波和灼热的伤害而复杂化。然而，切尔诺贝利提供了单独研究辐射作用的机会，因为：

“切尔诺贝利是有史以来对人体全方位受辐射影响而不牵涉冲击波和/或焚烧的最大一次经历。”⁶⁴

除了象瘢痕瘤和癌症这类长期影响之外，幅射影响中还有短期的食欲缺乏、腹泻、停止产生血液新细胞、出血、骨髓损伤、中枢神经系统损伤、抽搐、血管损伤和心血管萎陷等。⁶⁵

虽然切尔诺贝利仅涉及辐射破坏并处于人口较稀少的地区，但是它却耗竭了一个强国的医疗资源并投入了全苏联的医护人员、医疗用品和装备--5 000辆卡车、800辆客车、240辆救护车、直升飞机和专用火车。⁶⁶ 然而，切尔诺贝利的爆炸仅被认为相当于一枚约半公吨原子弹的爆炸威力(同上，第127页)--约等于较“小”的广岛原子弹的1/25，而广岛原子弹仅是一枚百万吨级原子弹的1/70。如前所述，当今核武库中已拥有数百万吨级的原子弹。

⁶² Singh和McWhinney，同前第123页。

⁶³ Herbert Abrams，“切尔诺贝利和核战争的短期医学影响”，防止核战争第六次世界大会记录汇编，同前引，第122页。

⁶⁴ 同上，第120页。

⁶⁵ 同上，第122-125页。

⁶⁶ 同上，第121页。

辐射的影响不仅令人痛苦,而且持续终身。广岛和长崎都发生长期痛苦后死亡的事件,这是原子武器攻击这两座城市数十年后发生的。广岛市长曾向本法院提供了幸存者在痛苦中苟延残喘的一些片断资料——而所有这些材料都在围绕这个主题不断展开的大量文学作品中得到了充分描述。印度尼西亚曾提到Antonio Cassese写的《当代暴力与法》(1988年),该书中提醒人们注意“人类痛苦的性质……不仅从数字和统计资料中反映出来……而且从幸存者的描述中反映出来”。这些惨绝人寰的苦难的记载不胜枚举,且众所周知。⁶⁷

还应该提到书记官处收到的许多这方面文件,包括《国际专题讨论会:广岛和长崎原子弹爆炸五十周年》所提供的材料。在本意见中就是最简要地概述一下这些苦难的细节情况也根本不可能。

辐射造成的缓慢死亡不断使死亡人数增加。根据日本代表交给国际法院的统计数字,有虽然幸存但受到辐射的32万多人患有辐射引起的各种恶性肿瘤,包括白血病、甲状腺癌、乳腺癌、肺癌、胃癌、白内障和半个多世纪后还存在的各种其他后遗症。目前世界武库中的核武器是这些原子弹爆炸威力的无数倍,因而伤害的规模也以指数级数增加。

正如卫生组织所述(CR 95/22,第23-24页),受到过度辐射压抑了身体的免疫系统,使受害者更易于受到感染和患上癌症。

除了已提到的遗传后果影响和使人变丑的瘢痕瘤都增加之外,辐射伤害还造成心理创伤,在广岛和长崎的幸存者中现在还不断发现这类创伤。直接受到辐射、地

⁶⁷ 在国际著名的当代著作中有John Hersey著《广岛》(《纽约人》杂志曾在1946年8月31日用整整一期刊登这篇文章,并从那以后作为企鹅出版社的经典作品,1946年);Michihiko Hachiya医学博士著《广岛日记:一位日本内科医生1945年8月6日至9月30日的日记》(北卡罗莱那大学出版社,1955年);和《人类毁灭的一天:1945年8月6日,广岛》(Kodansha出版社,1972年)。它们都是浩如烟海的文件的一部分。

面发出的辐射、带有放射性的建筑物和被爆炸力卷送到同温层的尘埃数月后落回地面形成放射性坠尘等都会造成辐射伤害。⁶⁸

除了这些因素外，还有同核战争的医学后果有关的大量专门文献。对这种医学文献更全面地论述，见我的关于卫生组织请求的反对意见。这种医学文献也应该被认为是叙述核武器独特影响的一个组成部分。

(g) 灼热和冲击波

核武器以三种方式，灼热、冲击波和辐射，造成破坏。正如卫生组织代表所述，头两种方式同常规炸弹爆炸所产生的灼热和冲击波在量上不同，但是第三种方式却是核武器独有的。除了瞬时辐射之外，还有放射性坠尘。

从核武器产生的巨热和巨大冲击波的统计数字中也可以看出核武器的特殊性。日本代表请我们注意有关估计数字，广岛和长崎的原子弹爆炸产生了摄氏数百万度的高温和数十万个大气压。据说，核爆炸耀眼火球中的温度和压力都同太阳中心的温度和压力相同。⁶⁹爆炸后约30分钟产生旋风和风暴性大火。它们摧毁了广岛的70 147座房屋和长崎的18 400座房屋。根据广岛市长向国际法院提供的数字，初始冲击波产生的爆炸气浪时速近1 000英里。

⁶⁸ 关于辐射的影响，一般见诺贝尔奖获得者Joseph Rotblat教授1981年著的 *Nuclear Radiation in Warfare*。

⁶⁹ Bates, 同前引, 第722页。参看核科学家广泛引用的 *The Bhagvadgita* 参考文献“比一千个太阳还亮”--如Robert Jungk *Brighter than a thousand suns: a Personal History of the Atomic Scientist*, 1982年, 企鹅出版社, 和奥本海默从同一来源引用的著名引言。

冲击波

“把人和破碎物变成了抛掷体，它们相互撞击和撞击在静态物体上。残肢断骨、穿透性创伤和化为肉泥的头颅、四肢和内脏使可能列出的伤残清单无穷尽地延长。”⁷⁰

(h) 先天性畸形

核武器对多代人的影响使这种武器与其他种类的武器迥然不同。正如所罗门群岛代表团所说，原子弹的有害影响“几乎是永久性的，如果人类有未来，这些影响就会一直延续到人类遥远的未来，但是核冲突给人类未来罩上了一层阴影”（CR 95/32，第36页）。除了环境破坏子孙后代要传到遥远未来之外，辐射还造成基因伤害并产生一批畸形和有缺陷的后代，这在广岛、长崎（在爆炸地区附近的人——被炸者——多年来一直抱怨社会上因此歧视他们）、马绍尔群岛及太平洋其他地方都得到了证明。根据长崎市长的材料：

“为了查明遗传影响，必须监测原子弹幸存者的几代子孙，这意味着他们的子孙后代数代人将被迫生活在焦虑之中”（CR 95/27，第43页）。

广岛市长告诉国际法院说，“在母亲子宫里受辐射的儿童出生时常常是畸形小头，这是智力迟钝和发育不全的一种综合症”（同上，第29页）。这位市长还说：

“这些儿童根本没有成为正常人的希望。医学上对他们束手无策。原子弹在这些完全无辜的未出生的婴儿生命中打下了不可磨灭的烙印”。（同上，第30页。）

在日本，被炸者的社会问题不仅涉及长着丑陋瘢痕瘤的人，而且涉及畸形儿童和曾暴露于核爆炸的人，这些人被认为具有残缺基因，会把畸形遗传给子女。这是一个重大人权问题，它将在原子弹爆炸后长时间存在，并且注定延续数代。

⁷⁰ 同上，第723页。

来自马绍尔群岛的Lijon Eknilang女士把核武器大气层试验之前该岛从未见过的基因异常现象告诉国际法院。她向国际法院生动地叙述了该岛居民受到辐射后岛上出现的种种生育变态现象。她说,马绍尔妇女

“不是生出我们一般想象的子女,而是生出在我们的经历中只能描述为‘章鱼’、‘苹果’、‘海龟’和其他东西。我们马绍尔语中没有描述这类婴儿的词汇,因为在核辐射之前从未生过。

马绍尔群岛朗格拉普环礁、利基普环礁、艾卢克环礁和其他环礁的妇女生出了‘怪婴’。……利基普环礁的一位妇女生出一个双头婴儿……。现在艾卢克环礁上有一个女孩没有膝盖,每只脚趾三只脚指头并且缺一只胳膊……

朗格拉普环礁和附近岛屿上最常见的生育畸形是‘水母’婴儿。这些婴儿出生时体内没有骨头并且皮肤透明。我们可以看到他们的大脑和心脏在跳动……。许多妇女死于畸形怀孕,活下来的妇女生出了象紫葡萄一样的东西,我们把它们很快藏起来埋掉。……

今天我长途跋涉来到法庭的目的就是恳求你们尽其所能不要让我们马绍尔人所经历的苦难在世界上任何其他社区重演。”(CR 95/32,第30-31页)。

当世界卫生大会讨论交给国际法院的核武器材料时,曾发生畸形生育的另一个国家,瓦努阿图也向世界卫生大会提供了催人泪下的类似材料。瓦努阿图代表谈到妇女九个月后生下了“会呼吸但是没有面孔、腿或手臂的一种东西”。⁷¹

⁷¹ 《世界卫生大会第四十六届会议第13次全体会议记录》,1993年5月14日,A46/VR/13号文件,第11页,由卫生组织提供给国际法院。

(i) 跨国界损害

一旦发生核爆炸,即使是一次局部性爆炸,其坠尘也无法控制在一国国境之内。⁷² 根据卫生组织的研究,坠尘会顺风飘扬数百公里,其伽马射线甚至可越过国境,人们通过接触沉积在地面的放射性物质、吸入污染空气、食用污染食品和吸入悬浮放射性物质而进入体内。本意见所附图表令人信服地说明了这一点。该图表摘自卫生组织对受常规炸弹和核武器影响的地区进行比较的一项研究报告。这就是中立国人口可能遭受的危险。

所有国家,包括进行地下核试验的国家都一致认为,在进行地下核试验时必须采取最周密的保护措施,以防止污染环境。在战争中使用核武器显然不可能采取这种预防措施,因为此时核武器必然是在大气中或地面上引爆。在大气中爆炸核武器会产生公认的不利影响,因此,这类爆炸已被《部分禁止核武器条约》禁止,而且在缔结一项全面禁试条约方面已取得重要进展。如果核武器国家现已承认在周密控制的试验条件下进行地下爆炸对健康和环境极为不利,应予以禁止,这同在没有控制的条件下进行地上核爆炸是可以接受的立场极不协调。

切尔诺贝利核灾难对广大地区造成了破坏性后果,因为这一核反应的副作用无法控制,这说明了辐射的跨国界影响、数千平方英里内的人身健康、农产品、奶制品和人口情况受到了空前的影响。1995年11月30日,联合国主管人道主义事务副秘书长宣布,白俄罗斯境内患甲状腺癌的人数比事故前增加285倍,其中许多患者为儿童;白俄罗斯、俄罗斯和乌克兰大约有37.5万人仍流落在外,且往往无家可归,相当于卢旺达境内因战乱而流离失所的人数;大约900万人以某种方式受到影响⁷³ 切尔

⁷² 见《Effects of Nuclear War on Health and Health Services》,世界卫生组织,日内瓦,第二版,1987年,第16页附表。

⁷³ 纽约时报社,见《国际先驱论坛报》报导,1995年11月30日。

诺贝尔事故发生十年后，悲剧仍在大片地区回荡，不仅仅在俄罗斯，而且在瑞典等其他国家。这仅仅是一次事故带来的后果，而不是蓄意利用核武器进行破坏带来的后果，没有核武器爆炸固有的高温和冲击波伤害。这是辐射伤害，只是核武器三个致命方面之一。造成这种伤害的事件，其规模比广岛和长崎核爆炸小得多。

(j) 有潜力毁灭一切文明

核战争具有毁灭一切文明的潜力。核武器国家武库中现存的极小一部分武器，就可以达到这一结果。

前国务卿亨利·基辛格博士在谈到欧洲的战略保障时曾说：

“欧洲盟国不应不断要求我们增加我们不可能当真的战略保障，或者说如果我们当真，我们也不想实施，因为如果我们实施，我们可能冒毁灭文明的危险。”⁷⁴

1961年至1968年任美国国防部长的罗伯特·麦克纳马拉也曾写道：

“期望在一次核战争中只限于引爆几十枚或数百枚核武器，即使各方仍有成千上万枚核武器可供使用，这是否现实？答案显然是：这不现实。”⁷⁵

武器的储存量可能在减少，但实在不必去想数千枚或即使数百枚武器。数十枚武器就足以造成我们在本反对意见最初简述的一切毁灭。

使用核武器的危险极大，任何国家不论本身受到何种危险，都无权冒这种危险。一个人捍卫自身利益的权利是他对敌手享有的权利。在行使这项权利时，他不能视

⁷⁴ 亨利·基辛格“NATO Defense and Soviet Union”一文，Survival，1979年11月/12月，第266页（在布鲁塞尔的演讲），罗伯特·麦克纳马拉在“The Military Role of Nuclear Weapons: Perceptions and Misperceptions”一文中（1983-1984年）中引述，Foreign Affairs第62期，第一卷，第59页。

⁷⁵ 罗伯特·麦克纳马拉，前引书，第71页。

为有权毁灭敌手居住的村庄。

(一) 社会机构

一旦受到核攻击，秩序社会的一切机构——司法机构、立法机构、警察、医疗服务、教育、运输、通讯、邮政电话和报纸——将立即消灭。该国的指挥中心和高层行政部门将陷入瘫痪。将出现人类历史上空前规模的埃埃动乱。”⁷⁶

(二) 经济结构

在经济上，社会不仅会倒退到中世纪，甚至会倒退到人类最原始阶段的水平。探讨这一设想的一项极为著名的研究这样总结这种局面：

“那时的任务...不是恢复原有的经济，而是在原始得多的水平上创造新的经济。...例如，中世纪经济的生产力比我们的经济低得多，但当时的经济已极为复杂，我们时代的人不会有能力在二十世纪经济体系废墟的基础上建立中世纪水平的经济体系。...置身于外空时代的废墟中，他们会在周围发现被摧毁的现代经济的碎片——这里一辆汽车，那里一台洗衣机——但都不符合他们的基本需要。他们不会去操心重建汽车工业或电子工业：他们会操心如何在森林中找到没有被辐射的浆果，或区分哪些树的树皮是可以食用的。”⁷⁷

(三) 文化财富

这方面要提及的另一个牺牲品是代表历代文明进步的文化财富的毁灭。1954年

⁷⁶ Bates, 前引书, 第726页。

⁷⁷ Jonathan Schell, The Fate of the Earth, 1982年, 第69-70页, Bates引, 见前引书, 第727页。

5月14日关于在武装冲突期间保护文化财产的《海牙公约》承认了保护文明这一方面的重要性,其中规定文化财产有权得到特殊保护。历史古迹、艺术品或礼拜场所是各国人民的文化或精神财产,绝不能成为任何敌对行动的攻击目标。

《第二项附加议定书》规定,文化财产和礼拜场所是各国人民的文化和精神财产,绝不能受到攻击。根据这些《公约》和《议定书》,这类攻击严重违反人道主义法。国际社会认为战时保护文化极为重要,以致教科文组织拟订了一项战时保护文化特别方案。凡是文化古迹遭到摧毁时,就有公众强烈抗议,指责违反战争法。

但是,核炸弹显然绝不会尊重这些文化财富。⁷⁸ 核炸弹焚毁和夷平其破坏力所及的一切物品,不论其是否是文化古迹。

尽管第二次世界大战期间许多大城市遭到猛烈袭击,但这些城市的许多文化古迹经受住了战争的考验。核战争后的情形就不同了。

文化财富是所有国家极为重要的特征,其中一个国家的统计数字可以说明。1986年仅德意志联邦共和国列入清单的古迹就有100万处左右,其中仅科隆就有9 000座建筑物列入清单。⁷⁹ 因此,对科隆这样一个城市发动核攻击,将使国际社会,特别是德国丧失大量文化遗产,因为一枚核炸弹就可以轻而易举、一个不剩地全部摧毁9 000座古迹,这是第二次世界大战中的任何轰炸无法实现的。

在核弹爆炸后,这些古迹将同其他所有建筑物一样成为辐射废墟沙漠的一部分。如果说保护人类文化遗产对文明具有任何价值的话,必须指出,它必然将成为核武器的牺牲品。

⁷⁸ 关于一国保护文化遗产的责任,见1972年《世界遗产公约》(《保护世界文化及自然遗产公约》)第5条。

⁷⁹ 见防止核战争医生组织第六届世界大会文件中Hiltrud Kier所著“UNESCO Programme for the Protection of Culture in Wartime”一文,前引书,第199页。

(k) 电磁脉冲波

核武器特有的另一特征是电磁脉冲波。文献显示,这会将高层大气中空气分子中的电子排出,然后地球磁场又使这些电子位移。当电子绕着磁力线朝下自旋时,产生一股极为迅猛而强烈的能量——电磁脉冲波——使一切电子装置失灵。一旦这些系统失灵,所有通讯线路中断,保健服务(及其他基本服务)瓦解,有组织的现代生活崩溃。甚至连抵抗核攻击的指挥和控制系统也可能失灵,造成无意地发射核武器的新危险。

标准科学辞典《电力百科辞典》对电磁脉冲波的后果作了以下描述:

“电磁脉冲波,核子脉冲波;大气中核爆炸释放的强烈电磁能脉冲波;由爆炸的头几个毫微秒中放射的伽马射线与大气分子中的电子对撞所致;大约400公里高度一般强度的核爆炸所产生的电磁脉冲波,在地面还没有感觉到其他影响的情况下,可以即刻使美国这样的大国的大部分半导体电子设备失灵,并使其很大一部分能源供应网络无法运作,其军事后果可想而知。”(由书记官处翻译⁸⁰)

⁸⁰ 法文原文“impulsion electromagnetique, impulsion nucleaire (forte impulsion d'energie electromagnetique rayonnee par une explosion nucleaire dans l'atmosphere) (est due aux collisions entre les rayons gammas emis pendant les preieres nanosecondes de l'explosion nucleaire de puissance moyenne a environ 400 km d'altitude peut mettre hors service instantanement la majeure partie des appareils electroniques a semi-conducteurs d'un pays grand comme les Etats-Unis et une grande partie de ses reseaux de distribution d'energie sans que d'autres effets soient ressentis au sol avec des consequences militaires faciles a imaginer (Michel Fleutry 编, Dictionnaire Encyclopedique (Anglais-Francais), 1995年, 第250页)。

电磁脉冲波的一个重要方面是其运行速度极快,因此,放射性污染造成的通讯系统中断,会立即越出国境,扰乱中立国家的通讯线路和基本服务,鉴于电子通讯在现代社会各方面的运作中占主导地位,这将对这些中立国家造成不应有的干扰。

电磁脉冲波的另一个重要因素是对电力系统和核武器控制系统的损害,如果核电设施处于受影响地区,电磁脉冲波甚至可导致反应堆活性区熔化。⁸¹

(1) 对核反应堆的损害

破坏范围之广、释放热量之大,足以危及受影响地区内的所有核电厂,在核弹释放的放射性物质之外,再释放出大量危险的放射性物质。仅欧洲大陆各地就有200多座核电厂,其中一些核电厂靠近居民区。此外,还有150座铀浓缩装置。⁸²核反应堆一旦遭到损害。将

“对顺风方向150英里内受影响的人给予致命的辐射,并对600多英里之内
的环境造成严重的放射性污染。”⁸³

目前全世界总共有450个核反应堆。对具有核反应堆的任何国家使用核武器将造成一系列切尔诺贝利式的灾难。

这种辐射的后果包括食欲不振、血液停止生产新细胞、腹泻、出血、骨髓受损、抽搐、血管损伤和心血管萎缩。⁸⁴

⁸¹ 防止核战争医生组织第六届世界大会文件中Cordon Thompson著“nuclear Power and the Threat of Nuclear War”一文,前引书,第240页。

⁸² William E. Butler编,Control over Compliance with International law一书,1991年,第24页。

⁸³ Bates,前引书,第720页。

⁸⁴ 见Herbert Abrams,前引书,第122-125页。

(m) 对粮食生产损害

其他武器的直接影响是其造成的最具破坏性的损害。与此不同的是，核武器造成的滞后后果，其破坏力比直接影响更大。《核战争的环境后果》是一项详细的技术研究，在论及有关核战争的间接后果的某些不确定因素时指出，

“不过，可以有把握地说，核战争的间接后果，尤其是对粮食生产和能否生产粮食带来的后果，就其对地球上的人类的影晌程度而言，远远大于核战争本身造成的直接后果。”⁸⁵

一旦多次核互炸后出现核冬天，将中断全球的一切粮食供应。

1954年美国在太平洋进行核试验。爆炸八个月之后在太平洋各海域所捕的鱼仍受到污染，不能食用，而日本许多地区的作物仍受放射性雨的影响。这是日本医生反对原子弹氢弹协会指定的一个医学专家国际委员会的一项调查结果。⁸⁶此外，

“使用核武器污染饮水和粮食，以及土壤和土壤上种植的作物。这不仅限于直接受核辐射的地面，而且包括受放射性坠尘影响、范围大得多的不可预测的地区。”⁸⁷

(n) 自卫引起的多次核爆炸

如果一国在遭到首次攻击后为进行自卫而使用核武器，已遭受首资核打击影响的生态系统将不得不再承受报复性攻击的影响，而报复性攻击所使用的核武器可能为一枚，可能不止一枚，因为受到攻击的国家已遭到重创，没有能力精神评估究竟需

⁸⁵ 伦敦皇家学会于1986年1月6日发行的SCOPE第28号出版物。第一卷，第481页。

⁸⁶ Singh和 McWhinney合著文引述这，前引书，第124页。

⁸⁷ 同上，第122页。

要使用多大的报复力。如果发生这种情况,在现实地评估局势时,势必倾向于尽可能进行最强有力的报复。这样,生态系统将受到多次核爆炸的压力,这种压力是生态系统无法承受的,必将造成永久、不可扭转的损害。人口密集的首都城市可能成为攻击目标。文明结构可能被摧毁。

据说,历史上某些最残酷的征服者在制服一个进行抵抗的城市后,必须将其夷为平地,不留任何声音或生命的残迹,连狗和小猫的叫声也不例外。如果问任何研究国际法的人,这种行为是否违反战争法,回答肯定是当然违反战争法!”。人们会觉得奇怪,这个问题还用得着问?在目前这个高度发展的时代,核武器比征服者走得远得多,它留下的是彻底毁灭,一片死寂。

(o) “蘑菇云的阴影”

澳大利亚提出的资料(CR95/22,第49页)指出,战后整整一代人在恐怖的阴云下生活。这种阴云有时被称为“蘑菇云的阴影”,渗入关于人类前途的一切思考。这种恐怖象一片死亡的阴云笼罩着特别是儿童的思想。它本身就是一个恶魔,只要核武器存在,这个恶魔就不会离去。年轻一代需要在充满希望的环境中成长,而非充满绝望的环境,担心在其国家甚至可能不是交战方的战争中在其生命的某一时刻,一生命之灯可能被即刻掐灭,或者其健康和他们珍视的一切遭到摧毁。

* * *

这批资料显示,许多大规模毁灭性武器已被国际法禁止,即使在大规模毁灭性武器中,核武器也是独一无二的,它可能摧毁人类多少个世纪来创造的一切和人类赖以继续生存的一切,其威力无与伦比。

在结束本节前,我将引述约瑟夫·罗特布拉特教授提交给本院的声明。罗特布拉特教授曾是参加洛斯阿拉莫斯的曼哈顿项目英方小组成员,是1983年卫生组织调查核战争对健康和保健服务的影响问题报告员,诺贝尔奖得主。他是一个代表团的

成员,但因身体不好不能出庭。

现引述一段他给法庭的声明:

“我阅读了英国和美国的书面陈述。它们认为使用核武器合法基于三个假设:(a) 核武器未必造成不必要的痛苦;(b) 核武器未必滥杀滥伤平民;(c) 核武器未必影响第三国领土。作为内行,我认为——上文已阐明、卫生组织的报告已提及——根据任何合理的假设,它们的三个观点都站不住脚。”(CR 95/32,附件,第2页)

4. 核武器的独特性

在根据事实进行上述审查后,法律论证几乎是多余的,因为很难辩护说任何法律制度可以包容一项原则,允许这样摧毁和毁灭其所服务的整个社会以及自远古以来社会赖以生存的自然环境。⁸⁸危险是这样不得不信,因此产生了一系列法律原则以应付这种危险。

在本意见的这部分,只要简要说明核武器即使在大规模毁灭性武器中也是独一无二的。核武器:

1. 造成死亡和毁灭;
2. 引发癌症、白血病、癍痕瘤和相关疾病;
3. 引起肠胃、心血管及相关疾病;
4. 使用后数十年继续引发上述与健康有关的问题;
5. 损害后代的环境权;
6. 造成先天缺陷、弱智和遗传性伤害;
7. 有可能导致核冬天;
8. 污染和破坏食物链;

⁸⁸ 另见下文第五.一节。

9. 危害生态系统；
10. 产生致命的高温和冲击波；
11. 产生辐射和放射性坠尘；
12. 产生破坏性电磁脉冲波；
13. 导致社会瓦解；
14. 危害所有文明；
15. 威胁人类生存；
16. 造成文化毁灭；
17. 造成的破坏延续数千年；
18. 威胁地球上的一切生命；
19. 不可扭转地损害后代的各项权利；
20. 消灭平民；
21. 损害邻国；
22. 引起心理紧张和恐惧综合症，其后果超过任何其他武器。

上述任何一种后果引起的忧虑都足以将这类武器单列一类，特别需要适用人道主义法原则。这些后果使采用人道主义法原则的理由无可辩驳。上面所列的绝非全部后果。不过，引用最近一项研究的话：

“如果爆发核战争，二十世纪的人类将丧失一切希望。一旦明白这一点，再了解更多的后果几乎没有什么意义。”⁸⁹

大会《关于防止核浩劫的宣言》(1981年)恰当地完整总结了上述各项事实：

“以往战争所造成的一切恐怖以及人类所遭遇的其他一切灾祸，与使用足以摧毁地球上文明的核武器的后果相比，势必黯然失色”。⁹⁰

⁸⁹ Bates, 前引书, 和721页。

⁹⁰ 1981年12月9日第36/100号决议。

这就是审议本法院面临的法律问题的背景。离开这一严酷可悲的事实背景。就无法有意义地处理这一法律问题。这些后果对人类的各项原则具有极大的破坏性。将这些后果同公认的人道主义法原则作个对照,其结果几乎毫无疑问。下文的论述将阐明,核武器的后果严重违反人道主义原则。这一论述将说明,核武器的这些后果同战争法各项人道主义原则是彼此矛盾的命题。

5. 目前同1945年在科学知识方面的差别

1945年7月17日,美国国务卿斯廷森用“婴儿顺利出生”的隐语通知邱吉尔首相,试验性核弹在新墨西哥沙漠成功爆炸。⁹¹虽然只是隐语,但居然用这样的词描述这种未名武器的问世。自从这种影响人类命运武器产生的那一天起,关于其后果的各种知识已增加。

当时确已对这种炸弹的威力有不少了解,但是目前关于核武器后果的知识比当时多了不知多少倍。除众多的军事研究外,还有许多其他研究,如卫生组织和国际防止核战争医生组织等其他关心的组织的详细研究;塔普斯论文关于核冬天的研究;环境问题科学委员会的研究;国际科学联合会理事会(科学理事会)的研究;联合国裁军研究所(裁研所)的研究及数以百其他机构进行的研究。其中许多材料已由卫生组织和就此事出庭的各国提交本院或存入法院图书馆。

因此,1995年在使用核武器时考虑的知识、道德和法律问题同1945年考虑的同类问题大不一样。鉴于有了如此浩瀚的资料,现在需要以全新的态度去对待这些问题。这些新增的资料对本法院审理的是否合法的问题具有深刻影响。

法律上,在完全了解其后果的情况下采取一项行动,与在不了解其后果的情况下采取同一行动,性质完全不同。今天使用核武器的任何国家不能说它不知道其后

⁹¹ 温斯顿·邱吉尔, The Second World War, 第6卷, “Triumph and Tragedy”, 1953年, 第63页。

果。在1996年只有在充分了解这一点的情况下，才能审议使用核武器是否合法的问题。

6. 广岛和长崎说明核战争后可以幸存吗？

除了人道主义法规的所有这些具体方面，从某种意义上将所有这些具体事项都集中为一点考虑，问题是受攻击人口乃至整个人类能否幸存。生存是每一项人道主义原则所针对的每一种危险的极限。在每一种危险达到极限时，极端情况是不能生存。在核战争中，我们就达到这一极限。由于核战争可以毁灭人类和一切文明，因此，所有这些原则都将归结为一。

有一个事实使人们看不到核战争后很可能无法幸存的危险，那就是广岛和长崎的经验。在日本使用了核武器，但这个国家在战后生气勃勃，重振国力，使观察家产生虚假的安全感，以为可以从核战争中幸存。国际法本身也带有这种盲目自满，因为其中有一种可称潜意识的假设，即事实已证明核战争后可以生存。

因此，有必要简要审视一下半个世纪前核攻击的基本情况和今天的核战争可能具有的特点这两者之间一些明显的不同之处。

右指出下列不同之处：

1. 在广岛和长崎使用的核弹，爆炸力不到1.5万吨。今后的核战争可使用的核弹，其爆炸力将大许多倍。
2. 广岛和长崎原子弹爆炸结束了战争。那场核战争止于使用了两枚“小型”核武器。如果再发生一次核战争，则不能设想规模会如此有限，因为必须预想到彼此会进行多次核攻击。
3. 在攻击广岛和长崎时，被攻击国家不是核国家。当时也没有任何其他核国家去援助它。今后如果发生核战争，将发生在一个充满核武器的世界上，这些核武器不是展示用的，而是有具体用途的。因此，在今后的核战争中，即使可能只有极少一部分核武器投入使用，也是不可轻视的一种极大的危险。

4. 广岛的长崎虽然非常重要,但并非日本政治和行政的神经中心。在今后的核战争中,交战国的大城市和首都很可能成为攻击目标。
5. 多次交互投掷核弹导致严重的环境后果,如核冬天,而在广岛和长崎使用的“小型”核弹不会造成这种后果。

因此,广岛和长崎不能证明核战争后能够生存。

相反,两城的经验以小见大地警告今后的核战争会造成的危险。如果没有实际演示核武器对人类的后果,只能单凭科学资料来争论核武器是否合法的问题,这种争论可能会使人们存在疑问,而广岛和长崎消除了一切疑问。

因此,人道主义法规则要预防的每一种罪恶都集中到今后在战争中使用核武器后能否生存的问题。

7. 从历史看问题

在本意见中,本节根据使用核武器的已知后果和现已掌握的科学资料粗略地考察核弹的后果。根据这一证据,核弹不符合人道主义法准则,甚至不符合国际法基本原则,显然已不证自明,本意见下文将更充分地论述这一点。

即使在掌握实际使用核武器的后果之前,即使在掌握现有的大量科学材料之前,即使在远远未发明核武器之前,目光敏锐的人就可以看出核武器同每一种社会秩序(其中当然会包括国际法)的对立关系,指出这一点,将使本项论述增加一个礼角。H. G. Wells在《解放的世界》中在1913年根据爱因斯坦等人就物质与能的相互关系所做的工作而掌握的资料预见可制造这种武器。1913年他以非凡的预见能力展望未来,写道:

“原子弹使各种国际问题完全失去意义。……我们猜测在彻底毁灭世界之前可否阻止使用这些可怕的炸弹。因为在我们看来似乎很清楚,这些炸弹及其预示的更为巨大的破坏力可能会轻而易举地摧毁人类的每一种关系和体

制。”⁹²

1913年在理论上已经了解原子可以释出的威力。即使没有实际证实，凭借这种理论知识就足以预知，原子弹可以摧毁人类的每种关系和体制。国际法是这些关系和体制中最脆弱的环节之一。

在有人认为这种炸弹的威力已“很清楚”的四十年之后，其威力得到了验证，此后世界又能五十年时间来思考，时至今日，人们仍在认真地讨论国际法是否应允许存在这种武器，真是不可思议。

三、人道主义法

实际上可以说本法院面对的主要问题是，核武器是否有可能与人道主义法基本原则相容。

核武器受人道主义法原则制约，这一点在诉讼的任何阶段都没有疑问，现在并已得到本法院一致意见的核可(第2(D)段)。实际上，认为使用核武器合法的多数国家承认使用核武器受国际人道主义法制约。

例如，俄罗斯指出：

“自然，上述各点并不是说使用核武器不受任何限制。即使为单独或集体自卫使用核武器原则上合法，也必须在人道主义法关于军事活动的方法所规定的限制范围内使用。必须指出，就核武器而言，这些限制是根据习惯法、而不是根据条约法规定的限制。”(书面声明，第18页)

美国声明：

“美国长期以来一直认为国际武装冲突法各项原则适用于使用核武器及其

⁹² H.G.Wells, *The First Men in the Moon and the World Set Free*, 文学出版社, 伦敦, 1913年版重印本, 日期不详, 第237页。另见R.J.Lifton *Richard Falk Indefensible Weapons*对Wells一书的引述, 1982年, 第59页。

他作战方法。不过，这绝不是说战争法排除使用核武器的可能性。如下文所示，是否合法的问题取决于具体使用核武器时的确切情况。”（书面声明，第21页）
联合王国也表示：

“据此，判断使用核武器是否合法的武装冲突法包括国际习惯法的各项规定（其中包括正式载入《第一项附加议定书》的规定）及可以适用的协定法的规定，但不包括《第一项议定书》中在法律中建立新规则的规定。”（书面声明，第46页，第3.55段）

因此，核武器受制于人道主义法规则这一点已得到普遍公认，并已在司法上确认为无可辩驳的国际法原则。

现在需要做的是，将人道主义法各项主要原则同上文所简述的核武器的已知后果作一对照。当各项原则同事实并排进行对照，原则与事实完全不相容，令人不得不得出一个结论：核武器不符合人道主义法。由于核武器毫无疑问受制于人道主义法，因此，核武器毫无疑问是非法的。

同本案有关的国际人道主义法禁令包括对造成过度伤害的武器、对不区别作战人员和平民的武器、和对不尊重中立国权利的武器的禁令。

下面进行比较详细的论述。

1. “对人类的基本考虑”

这一命题体现了人道主义法的一个核心概念。一国在特定情形下的行为是否违背对人类的基本考虑？无需作进一步论述，只要提出这命题，然后再列举上文简述的已知后果，就足够了。黑白如此分明，人们会感到奇怪，竟然还有人会怀疑两者之完全不相容。

人们不禁要问，根据常识，是否可以怀疑消灭敌国大批人口、毒化其空气、诱发癌症、瘢痕瘤和白血病、造成大量婴儿未出生前就先天缺陷和弱智，摧毁领土，使粮食无法食用等行为，居然会符合“对人类的基本考虑”。除非能完全本着良心对这

些问题作出肯定的回答，否则归根结底的争论是核武器是否违反人道主义法，因而是否反法国际法。

1917年4月2日伍德罗·威尔逊总统在国会两院联席会议上讲话时雄辩地说明了这一概念。他说：

“这项法律经过一个个阶段艰难地发展起来了，成果的确微不足道……但目光一直很明确，至少明确看到了人类心灵和良心所要求的目标。”⁹³

就核武器而言，“人类心灵和良心”要求的是什麼，不会有任何疑问。正如另一位美国总统里根总统所说，“我为在世界任何地方不再有核武器的那一天而祈祷”。⁹⁴ 如本意见其他章节指出，这也是全世界各国公民的共同愿望。这便是现代人道主义法的背景。自从威尔逊总统说其成果“微不足道”以来，这项法律已取得进展。

本意见以下各节专门探讨人道主义法各项原则发展的现状。

2. 人道主义战争法的多种文化背景

人道主义战争法不是最近发明的，也不是一种文化的产物，这一点极大地加强了人道主义战争法概念。这一概念渊源流长，至少可追溯到三千年之前。如上文所述，它深深地扎根于多种文化——印度教、佛教、中国、基督教、伊斯兰和非洲传统文化。这些文化都对打击敌人可采用的方法作了不同程度的限制。我们审议的问题是一个世界性问题，本院是一个世界性法院，法院《规约》要求法院的构成反映世界各

⁹³ 美国总统1917年4月2日在国会参众两院联席会议的讲话，(1917年)American Journal of International Law第11卷，补编转载，第144页。美国总统当时谈的是德国潜艇任意攻击船只，他将这种攻击称为“对人类的战争。”

⁹⁴ 1983年6月16日演讲，罗伯特·麦克纳马拉引述，前引书，第60页。

种主要文化传统。⁹⁵ 法院在审议这一问题时,不能忽视在这一事项上存在多文化传统的问题,因为如果忽视这个问题,法院的结论就会丧失充分的普遍权威性,而这种权威性将使法院的结论更有力量,一种源自深刻传统历史根基和广大地域的力量。⁹⁶

对核武器问题具有特别意义的是古代南亚禁止使用超破坏力武器的传统。这里指的是印度两部杰出史诗《罗摩衍那》和《薄伽梵歌》。这两部史诗长期以来在整个南亚和东南亚地区不断被视为活泼的文化传统,广为人知。其中极为明确地举出了这项原则,涉及大约三千年前的一个历史时期。

《罗摩衍那》⁹⁷ 讲的是印度阿约提亚王子罗摩同斯里兰卡统治者罗波那发生战争的史诗故事。史诗极春详细地描写了这场战争。在这场史诗性争斗过程中,罗摩的同父异母兄弟罗什曼耶获得了一种战争武器,这种武器可以“毁灭敌人的整个种族,包括不能携带武器的人”。

罗摩告诉罗什曼耶这种武器在战争中不能使用,

“因为古老的战争法禁止这种大规模毁灭,虽然罗波那打的是非正义的战争,目的邪恶的。”⁹⁸

⁹⁵ 在此我要提到深受尊敬的拉丁美洲同事Andres Aguilar Mawdsley法官在本案开始审理前六天不幸去世,使本法院法官人数减至十四名,其中缺了拉丁美洲的法官。

⁹⁶ 当代关于国际人道主义法发展情况的一项研究指出,有证据表明,“每个时代各民族都曾为减少战争破坏作出努力”(Herczegh,前引书,第14页)。

⁹⁷ 《罗摩衍那》,Romesh Chuinder Dutt 翻译。

⁹⁸ 见Liber Amicorum for the Right Honourable Lord Wilberforce Nagen Singh “The Distinguishable Characteristics of the Concept of the Law as it Developed in Ancient India”文1987年,第93页。《罗摩衍那》有关的段为Yuddha Kanda(Sloka)VIII.39。

罗摩奉行的战争法当时已经很古老。摩奴诸法禁止欺诈的谋略、禁止攻击一切没有武器的敌人和非作战人员，不论打的战争是正义还是非正义。⁹⁹ 希腊历史学家麦加斯梯尼¹⁰⁰ 提到，在印度交战的军队任凭农民在地里耕种，不去伤害他们，即使战斗就在附近进行。他还记载，敌人的土地未遭焚毁，树木未遭砍伐。¹⁰¹

《薄伽梵歌》讲的是拉婆人同潘达瓦人发生史诗性争斗的故事。其中同样举出禁止使用超破坏力武器的原则。这部史诗记载：

“阿育耶遵守战争法，不使用名叫‘pasupathastra’的超破坏力武器，因为当战斗限制在一般的常规武器时，使用不同一般的或非常规的武器甚至不符合道德，更不符合宗教或公认的战争法。”¹⁰²

摩奴诸法还禁止使用造成不必要痛苦的武器，例如进入体内后很难取出的带钩的箭或箭头发烫或带毒的箭¹⁰³。

《次经》(20:19)的以下段也反映了古代犹太人传统在环境问题上的智慧：

⁹⁹ Manusmrti, VII.91, 92.

¹⁰⁰ 生于公元前约350年，卒于公元前约290年--古代希腊历史学家兼外交家，受 Seleucus一世派遣出使 Chandragupta Maurya，他对印度的描述为当时希腊世界最详细者。

¹⁰¹ Megasthenes Fragments N.siJuristic Concepts of Ancient Indian Polith一书引述，1980年，第162-163页。

¹⁰² Mahabharatha, Lldyog Parva, 194.12, Nagendra Singh “The Distinguishable Characteristics of the Concept of law as it Developed in Ancient India”一文引述，前引书，第93页。

¹⁰³ Manusmriti VII.90, N.Singh, India and International law一书引述，1973年，第72页。

“当你去攻下一个城市时，不要砍伐果树，即便围攻时间很长。可以摘吃水果，但不要毁掉果树。树木不是敌人。”（着重线为新加。）

最近对非洲人之间的战争所作的研究也显示，在武装冲突中存在人道主义传统，对敌人温和与宽容。¹⁰⁴例如，在非洲一些传统的战争中，有规则禁止使用某些武器，一些地区为敌对行动前后和敌对行动期间拟订了高度完备的礼节、惯例和规则制度，包括赔偿制度。¹⁰⁵

在基督教传统中，1139年第二届拉特兰公会有趣地说明了禁止在战争中使用过于残酷的武器，如被谴责为“致命和上帝所憎恶的”弩和攻城机。¹⁰⁶努斯鲍姆在引述这一规定时说，这“在原子弹时代听来肯定很奇怪”。这说明很早就有人认识到新技术给战场带来的危险。同样，在战争法的其他领域，曾有人努力使战争受到某种程度的控制，如宣布“上帝的休战”，在这些天中不准厮杀，在某些教堂的辖区，这段时间延长为星期三日落至星期一日出期间。¹⁰⁷

十二世纪格拉希思的《教会》一书是论述这些原则的最早基督教著作之一，第二届拉特兰公会的禁令说明人们越来越关心这一议题。不过，在基督教哲学中，虽然圣奥古斯丁等早期作者极为详尽地论述过正义战争的概念（诉诸战争权），但战争法（战时法）则几个世纪没有得到详细研究。

¹⁰⁴ 见Y.Diallo Traditions Africaines et droit humanitaire日内瓦，1978年，第16页；E.Bello African Customary Humanitarian Law红十字委员会，日内瓦，1980年。两书均在Herczegh一文中引述，前引书，第14页。

¹⁰⁵ Bello，前引书，第20-21页。

¹⁰⁶ 第二届拉特兰公会决议，第二十九条教规，Nussbaum, A Concise History of the Law of Nations一书引述，1947年，第25页。

¹⁰⁷ 同上，第26页。

维多利亚综述了在这个问题上的各种传统,包括骑士精神时代的骑士战争;阿基纳就保护非战斗人员问题提出了一项极为完备的学说;其他作者使有关这一问题的思想得到不断发展。

在伊斯兰传统中,战争法禁止使用毒箭或在剑或矛等武器上涂毒。¹⁰⁸不必要的残酷杀人和致残 办法明文禁止使用。非战斗人员、妇女儿童、僧人和礼拜场所受到明文保护。控制领土的人不得摧残庄稼和牲口。¹⁰⁹《可兰经》中有“出于对真主的爱,使穷人、孤儿和俘虏有饭吃”¹¹⁰训示,因此,俘虏受到优待。有关敌对行动期间行为的伊斯兰法极为完备,不仅规定要优待俘虏,而且规定俘虏在被俘期间有遗愿,应通过某种适当渠道将遗愿转告敌方。¹¹¹

佛教传统更进一步,因为佛教奉行彻底的和平主义,在任何情况下都不允许杀生、造成痛苦、抓捕俘虏、没收他人财产或土地。由于佛教彻底禁止战争,因此它在任何情况下都不会认可毁灭性武器,更不会认可核武器。

“根据佛教,根本没有所谓的“正义战争”,这是一个杜撰出来的并广为散布的虚妄词,其目的是为仇恨、残酷、暴力和屠杀找借口和辩解。正义不正义由谁来决定?强者胜者为“正义”,弱者败者为“非正义”。自己发动的战争总是“正义的”,别的发动的战争总是“不正义的”。佛教不接受这种观点。¹¹²

¹⁰⁸ 见N.Singh著,India and International law,前引书,第216页。

¹⁰⁹ 《可兰经》第二章,第205节。

¹¹⁰ 同上,第七十七章,第8节;着重线为新后加。

¹¹¹ S.R.Hassan著,The Reconstruction of Legal Thought in Islam,1955年。关于战争的伊斯兰法概述见C.G.Weeramantry著,Islamic Jurisprudence: Some International Perspective,1988年,第134-138页。

¹¹² Walpola Rahula著,What the Buddha Taught,1959年,第84页。

在关于是否允许使用可毁灭全人类的武力这个人道主义法问题提出咨询意见时,忽视世界文化传统这一重要组成部分所持的人道主义观点,将是严重的疏忽。¹¹³

在近代史上奉行人道主义原则的例子很多。例如,在1855年的克里米亚战争中,在塞瓦斯托波克围城战期间有人建议禁用硫磺,但英国政府不允许。同样,在美国内战期间,1862年有人建议联邦军队在炮弹中使用氰,遭到政府拒绝。¹¹⁴

必须根据各种文化背景来审议这些问题,而不仅仅将这个问题视为19世纪新发明的愿望,不要以为这种愿望在世界传统中根基很浅,可轻而易举地一笔勾销。

格劳秀斯的悲叹反映了他对战争残酷性的关切:

“一旦拿起武器,对神圣法律和人类法律的一切敬畏即被抛在一边,好象人从此便可以不受任何约束地胡作非为”。¹¹⁵

格劳秀斯奠定的基础很广,强调对战争行为的有绝对约束性。格劳秀斯在建立这一基础时,吸取了人类各种文明和文化的集体经验。

格劳秀斯通过对各种文献的广博研究,提出了多项原则。当然,这些文献并不包括印度教、佛教和伊斯兰教论及这些问题的浩瀚文献。他没有得益于这些重要的补充文献,说明我们称为战时法的一支法律具有普遍性,而且渊源流长。

¹¹³ 关于佛教与国际法,见K.N.Jayetilleke 著,“The Principles of International Law in Buddhist Doctrine”,Recueil des Cours(1967-I)120期,第441-567页。

¹¹⁴ 见L.S.Wolfe著,“Chemical and Biological Warfare: Effects and Consequences”,(1983年)《McGill Law Journal》,第28期,第735页。另见Encyclopedia Britannica 1959年版,第5卷,第353-358页。“Chemical Warfare”。

¹¹⁵ 格劳秀斯著,Prolegomena,第28段,Whewell翻译。

3. 人道主义法摘要

人道主义原则很久以来就是国际法内所含概念的一个基本部分。现代国际法继承了一百多年来因为战争的苦难所引起的人们对人道主义的积极关切。这种关切旨在制止战争时普遍出现的泯灭人性、枉顾人情的倾向。在若干具体领域已经成功地做到了这一点，但是作为所有这些具体情况的精神支柱是防止超越战争目的和战争需要之外的人类苦难。

最早倡议将人道主义法写成文字来指导军队行为的国家之一要数美利坚合众国了。在南北战争期间，林肯总统指示利伯教授为格兰特将军的军队编写训令-尼古拉斯二世沙皇的代表马滕斯先生在1899年和平会议上举出这些条例，认为它们不仅使美国军队，并且也使南方邦联的军队很得益。马滕斯先生对这项倡议致敬说，它是一个前例，1874年亚历山大二世皇帝召开的布鲁塞尔会议是其“自然的逻辑发展”。这次会议导致了1899年的和平会议，后者又导致了对本案如此重要的《海牙公约》。¹¹⁶

1868年《圣彼得堡宣言》规定，“战争中应尽力实现的唯一合法目标是削弱敌人的军事力量”——后来的许多宣言均采用和加强了这个原则。¹¹⁷ 这项规定表达了曾经为许多文明所接受的一个非常古老的战争规则。¹¹⁸

¹¹⁶ 关于马滕斯先生的讲话，参看The Proceedings of Hague Peace Conference, 同前引书，第505至506页。

¹¹⁷ 1899年和1907年《海牙章程》，第25条；1907年《海牙公约(IX)》，第1条；国际联盟大会1928年9月30日决议；联合国大会1968年12月19日第2444(XXIII)号和1970年12月9日第2675(XXV)号决议；1949年《日内瓦公约》第1号附加议定书，第48和51条。

¹¹⁸ 见关于“战争目的”的第五部分2节。

这个以马滕斯先生名字为名的《马滕斯条款》获得全体一致投票通过，放入了1899年的《海牙第二公约》的序言部分以及关于“陆战法规和惯例”的1907年《第四公约》。该条款规定：

“在颁布更完整的战争法法则之前，缔约各国认为有必要声明，凡属他们通过的规章中所没有包括的情况，居民和交战者仍应受到国际法原则的保护和管辖，因为这些原则是来源于文明国家间制定的惯例、人道主义法规和公众良心的要求。”（着重号新加）

虽然制定《马滕斯条款》的目的是要应付海牙和平会议参加者对于占领领土内抵抗运动的地位所产生的歧见，但今天已被认为适用于整个人道主义法。¹¹⁹ 这项条款在若干重大的人道主义法条约中以各种不同形式出现。¹²⁰ 《马滕斯条款》明确指出，在这些已经制定的具体规则的后面，存在着许多一般性原则，足以适用于尚未以具体规则处理的各种情况。¹²¹

同这一条款应参阅的是1907年《海牙章程》第22条，其中规定，“交战者在损害敌人的手段方面，并不拥有无限制的权利”。

¹¹⁹ 见D.Fleck编，The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict，1995年，第29页。

¹²⁰ 1949年《第一项日内瓦公约》，第63条4款；《第二项日内瓦公约》，第62条4款；《第三项日内瓦公约》，第142条4款；《第四项日内瓦公约》，第158条4款；1980年《不人道武器公约》，序言部分，第5段。

¹²¹ 在1907年9月26日和平会议第四委员会最后一次会议上，马滕斯先生总结了会议的成就说“如果从古到今人们袭用关于‘普通法律不适用于战时’的‘罗马教条’，则我们现已大声宣布‘战争时法律无所不在’。这是法律和正义对抗战争的暴力及其必要性的最大胜利。”（J.B.Scott，“The Conference of 1907”，The Proceedings of Hague Conference, 1921年，第三卷，第914页。）

还有各种地方表明，国际法并不是对人类福利等深远问题无动于衷，正好相反，长期以来就确认，在国际法形成其关于对违反国际法情况的态度和反应，不论是如何发生，均认为对人道的考虑是最重要的。应当指出，在作出这些宣告时，现代化武器的发展在技术的影响下正极快地加速进行。人们已想象到，全世界各地的军事机构正在设计更精密和致命的武器，在可见的将来将会继续下去。因而，这些原则不仅是要适用于当时已存在的各种武器，也要适用于将来发明创造的武器、已知的武器以及尚未想象出来的武器。这些一般性的原则，既要适用于旧的武器也要适用于新的武器。

1949年《日内瓦公约》的缔约国明确地确认了《马滕斯条款》为国际法的一个有效部分——这是一个没有任何国际法学家能够严肃否认的命题。

McDougal和Feliciano说过：

“如果容许用大规模破坏方式蓄意对敌人社区造成恐怖，认为是合法的，则迹近于把对行使暴力的一切法律限制变成毫无意义。”¹²²

国际法很久以来就对常规武器与不必要残酷的武器作出了区别。国际法还对这个问题表示了长期的关心。例如，《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》(1980年)分别在三个议定书内处理了：在人体内无法检测的碎片的武器(第一号议定书)；地雷、饵雷和其它装置(第二号议定书)；以及燃烧武器(第三号议定书)。

如果国际法在1899年就有了足够强烈的原则，认识到“达姆弹”或爆炸子弹是

¹²² M.S.McGougal和F.P.Feliciano著，Law and Minimum World Public Order: The legal Regulation of International Coercion(法律和最低限度的世界公共秩序：国际强制的法律规则)，1961年，第657页。

过分残酷的,远超越战争的目的,¹²³ 以及散发窒息气体或毒气的投射物体也是过分残酷,¹²⁴ 则当客观的第三者在1996年获悉国际法的原则如此孱弱,以至于在一百多年人道主义法的基础上,它仍然不能够对核武器的残忍性远超越战争目的作出对应,他将会大惑不解。至少,自从1899年以来,国际法就不能容忍将一颗子弹射进一个士兵身体内令其爆炸的过分残忍,而在一秒钟内将十万平民化为灰烬就不是残忍,似乎是太奇怪了。如果这种武器的多量使用能够危害到整个人类种族及人类的所有文明,则令人惊愕就更不止此了。

每种知识如果能够退后一步,客观地自我评价其不正常和荒谬之处,都能得益。如果一种明显的不正常或荒谬变为显著却一直无人提出质疑,则那种知识将陷于自身技术细节而成灾的危险。好在国际法没有处于这种状况,但是如果认为“核武器是非法的”的结论是错误的,国际法就将沦于这种状况了。

从以下的讨论将可看出,国际法并不是如此束手无策以至于无法面对这项空前的挑战。人道主义法面对核危险并不是一本无用的书。人道主义法内有能够以足够的广度、深度和力度处理这个问题的各式各样原则。

人道主义法当然已得到本院法理学的确认(例如,科孚海峡案,《1949年国际法院判例汇编》,第22页;边界和越界的武装行动案(尼加拉瓜诉洪都拉斯),《1988年国际法院判例汇编》,第114页),但是本院迄今尚未有机会加以深度审查。本案就是一个上好机会。

¹²³ 1899年7月29日在海牙签署的International Declaration Respecting Expanding Bullets(关于爆开子弹的国际声明)。

¹²⁴ 1899年7月29日在海牙签署的International Declaration

4. 各国对《马滕斯条款》的接受

马滕斯条款已获得国际的普遍接受。该条款已被列入一系列条约中，本意见的其他地方也已提到，并得到各种国际法庭的运用，被纳入了军事手册，¹²⁶ 已获得国际法律文献的普遍接受，事实上在其短短的词句中包含了整个战争法的哲学。

Respecting Asphyxiating Gases(关于窒息性气体的国际声明)。

在克鲁伯审判(1948年)时，称这条款为：

“一个一般性的条款，将文明国家、人道法和公共良知所建立的用法变成法律标准，当本公约及公约所附条例的具体规定所未包括在战时发生或随同战争发生的具体情况时即予援引”。¹²⁶

Wright爵士将这个条款形容为《海牙章程》的关键部分，对大量战争罪行定性如下，

“让其余部分由该主导条款去规定，它确实用很少的话说明了战争法，实际上也是所有法律的整个精神和动机原则，因为所有法律的目的都是要在有关的人与人之关系中尽可能地做到法治、正义和人道”。¹²⁷

因而马滕斯条款已经成为目前习惯国际法的一个既定的不可分部分。国际法早已超越了辩论这些原则是否已凝结为习惯国际法的阶段了。今天没有一个国家会驳斥这些原则中的任何一项。

¹²⁶ 见下文第三.10(a)节。

¹²⁶ Law Reports of Trials of War Criminals(审判战犯的法律报告)，第十卷，第133页。

¹²⁷ Wright爵士对《审判战犯法律报告》最后一卷的前言，第十五卷，第XIII页。另见上引Singh和McWhinney著对《马滕斯条款》的讨论，前引书，第46页以后，其中举出上面所引的两段文字。

对于习惯国际法的规则是否得到确认,一个普遍接受的测验方法应当是:这项规则“如此广泛而普遍地得到接受,很难于假设任何文明国家会加以驳斥”。¹²⁸ 虽然今天没有一个国家会驳斥这些原则中的任何一个,但引起争议的似乎是这些原则对核武器具体情况如何适用,因为根据一些尽在不言中的理由,核武器似乎是超越于其他武器的适用的规则之外。如果人道主义法管较小的武器,因为害怕这些武器可能造成这些原则所要防止的过份伤害,则人道主义法更必须管伤害更大的武器。企图将核武器置于这些原则管制之外,不仅在人道考虑方面缺乏依据,而且也缺乏逻辑考虑的依据。

这些考虑也适用于以下论点,即习惯法不能不顾核武器国家的反对而制定(美国的书面陈述,第9页)。¹²⁹ 适用于这问题的习惯法的一般原则早在发明核武器之前就得到核武器国家的服膺。正是在这些一般原则之上建立了核武器的非法性。

似乎很清楚,如果这些原则获得接受,无人争议,则这些原则对核武器具体情况的适用性不可能有理由受到怀疑。

5. “公共良心的要求”

这个源于《马滕斯条款》的词语是人道主义法的中心。《马滕斯条款》及后来许多关于人道主义原则的条文均认识到有必要将公共对入人道主义行为的强烈情感列入法律。

当然,这个用词相当一般性,以至于在某些情况下,要确定某种感情是否已相当广泛地为公众所共有,足以这样说,颇有困难。

然而,关于使用或威胁使用核武器,就没有这种不明确情况,因为全球大家庭的良心已经对这个问题时常以最明确的话表示得很清楚。历年来大会的各项决议不是

¹²⁸ West Rand Central Gold Mining Co. V. R (1905年), 2KB, 第407页。

¹²⁹ 关于这方面,另见下文第六.6节。

这一点的唯一证据。几乎每一个国家内广大公众、多国性质的有组织专业机关、¹³⁰以及遍及全世界的许多其他团体，均已一再地宣示他们的信念：公共良心要求不使用核武器。在全世界，各国总统和总理、僧侣和教士、工人和学生、妇女和儿童，均继续不断表示强烈反对核炸弹及其危险。这种信念确是整个世界大家庭的行为后盾，例如在《核不扩散条约》内，世界大家庭同意最终必须消除所有核武器。1995年最近一次不扩散审查会议再度肯定了这一目标。目前为完全禁止核试验条约所正在进行的工作再次肯定了这一点。

下一节(第六.6节)内提到由于1945年《联合国宪章》以来人权法所取得的巨大进步，公众对人道主义问题的敏感度已经提高。

大会关于这件事的决议很多。¹³¹现在只举其中一个决议，1961年的第1653(XVI)号决议宣告：

“核及热核武器之使用，实属违背联合国之精神、文字与宗旨，因而直接破坏《联合国宪章》之规定。”

并更具体针对国际法主张说，使用核武器“有违国际法规则与人道法则”。此外，大

¹³⁰ 关于这些组织见下文第六.3节。

¹³¹ 1961年11月24日第1653(XVI)号决议“禁止使用核武器和热核武器宣言”；1972年11月29日第2936(XXVII)号决议(“在国际关系中不使用武力和永久禁止使用核武器”)；1978年12月14日第33/71 B号决议(“不使用核武器和防止核战争”)；1979年12月11日第34/83 G号决议(“不使用核武器和防止核战争”)；1981年12月9日第36/92 I号决议(“不使用核武器和防止核战争”)；1989年12月15日第44/117 C号决议(“禁止使用核武器公约”)；1990年12月4日第45/59 B号决议(“禁止使用核武器公约”)；1991年12月6日第46/37 D号决议(“禁止使用核武器公约”)。另见例如1981年12月9日第36/100号决议(“关于防止核浩劫的宣言”)，第1段(“首先使用核武器的国家和政治家将对人类犯下滔天罪行”)。

会提到“威胁”使用核武器，并不仅仅是核武器的实际使用，都要受到禁止。¹³²

在本地球上的许多地区——海床、南极洲、拉丁美洲和加勒比、太平洋、非洲，更不必说外层空间——均以条约规定了核武器为非法。这种全球性采取的行动和承诺，与全球接受关于这些武器符合一般人道原则的说法，将会是完全不一致的。相反地，它们指出，全世界认识到这种武器具有一种使当代公共良心深为不安的因素。

以下文字中很好地表达了这个意见：

“尤其是在人权萌芽的这个时代，尊重这一极可能牵涉人类文明命运本身的问题，所以适当考虑到人类社会所有的官方和非官方成员的法律期望，不仅是恰当的，并且是必须的”。¹³³

整个世界大家庭不会对任何原则，无论如何崇高，持有全体一致的意见，这是不言而喻的。然而，很难找到象不应该使用核武器这样一个广泛而普遍接受的命题。关于这件事所表达的各种意见“表达了大家庭中一个广泛共同一致看法，即核武器和核战争不能不受武装冲突中人道主义规则的裁断”。¹³⁴

如果人们把这个问题用质问世界公共良心的形式表示，如任何国家普通公民的典型做法，则“公众良心的要求”与核武器之间的不一致性就赤裸裸地表现出来。

下面是从能够收集的大量问题中举出少数几个：

¹³² 1972年11月29日第2936(XXVII)号决议(“在国际关系中不使用武力和永久禁止使用核武器”),序言部分第十段。

¹³³ Burns H. Weston著,“Nuclear Weapons and International Law: Progenitor to General Illegality”(核武器和国际法—普遍不合法的绪论), (1982-1983年), New York Law School Journal of International and Comparative Law (纽约法学院国际法和比较法期刊),第4期,第252页及其中所举的各权威。

¹³⁴ 同上,第242页。

为战争目的使敌人的大量人口患上癌症、长上癍痕瘤或者患上白血病是合法的吗？

为战争目的使敌人的未出生婴儿患上先天残废以及智力迟钝是合法的吗？

为战争目的向敌人的粮食下毒是合法的吗？

为战争目的对与导致核战的争执毫不相干的国家的人民造成上述任何一类的伤害是合法的吗？

还有更多这样的问题可以提出来问。

如果能够想象世界公众良心能对这些问题中任何一个肯定答复的话，则核武器的合法性或者有所论据。如果是否定的，则对于反对核武器显然是无法答辩的。

6. 《联合国宪章》和人权对人道的考虑 和公众良心要求的影响¹³⁵

战后几年里，在人道领域的巨大发展，首先是1948年的《世界人权宣言》，必然对评估“人道的考虑”和“公众良心要求”等概念产生了影响。人权概念的这种发展，不论是其条文以及其所受到的普遍接受，都要比过去几百年来这个领域的发展还大。因而全球大家庭的公众良心已经大大的加强，并对于“人道的考虑”和“公众良心要求”十分醒觉。由于国际接受的人权准则和标准的广大架构已成为今天全球共同良心的一部分，在第二次世界大战以前是没有的，任何时候只要一个问题引起人道主义标准，立即会自动地引据这些原则。

这种逐步的发展必然形成当代关于人道和人道主义标准的概念，从而将基本期望的水平远远提高到当初制定《马滕斯条款》之时的水平之上。

在评估这种改变的程度时，回顾一下历史会有帮助：迈向现代人道主义法的第一步是在十九世纪。十九世纪时常被人们形容为是“克劳塞维茨世纪”，因为在那个

¹³⁵ 另见下文第三.10(f)节。

世纪,战争被普遍认为是解决争端的自然手段,是外交的自然延伸。今天全球的感觉已经无限远地离开了那个立场,因为《联合国宪章》已经把国家的所有诉诸武力规定为非法(第二条第(四)项),除了自卫的情况例外(第五十一条)。国际法院意见突出了这些条款的重要性,本意见从一开始就指出了其深远的影响(参看“初步意见”)。第二条(三)项中的坚定决心,是所有会员国应以和平方法解决其国际争端,避免危及国际和平、安全及正义。这样整个改变了的对战争的正常性和合法性的立场,无疑地提高了我们当代的“公众良心要求”。

《宪章》中关于人权的規定,例如第一、五十五、六十二和七十六条,连同1948年的《世界人权宣言》、1966年的《公民权利和政治权利盟约》和《经济、社会和文化权利盟约》两个盟约,以及《禁止酷刑公约》等许许多多拟定人权标准的具体公约—所有这些现在已经是全球大家庭公共良心的一部分—已经使得违犯人道主义标准成为比当初新订《马滕斯条款》时有了远为更发展和明确的概念。事实上,人权准则和标准今天已经深深地烙印在全球良心之中,它们在人道主义法的每个角落无所不在。

沿着这些思路向本院提出的一些意见(例如澳大利亚所提,CR95/22,第25页),在它们的说明中进一步提请注意大会在谴责核战争“是对最基本人权—生命权利的侵犯”时,均已指出了人权与核武器之间的联系。¹³⁶

同人权的发展一起,还有另一个广大的发展领域—环境法,也同样地提高了公共良心醒觉到一些与环境有关的事项影响人权。国际法委员会在审议国家责任时所表示,严重危害保全人类环境的行为违犯了一些“现在已经深深植入人类良心”的原则,这些原则变成普遍国际法的一些特别基本的规则”。¹³⁷

¹³⁶ 大会1983年12月15日第38/75号决议(“谴责核战争”),执行部分第一段。

¹³⁷ 国际法委员会第二十八届会议工作报告,《国际法委员会年鉴》,1976年,第二卷,第二部分,第109页,第33段。

7. 关于“附带损害”不是存心的论点

如果说这些结果不是直接存心所致,而是核武器所造成的“附产物”或“附带损害”,这种说法并不对题。这种结果已知是使用核武器的必然后果。造成这些后果的行为者根据任何不自相矛盾的法律制度内均不能因造成这种后果而逃避法律责任,就象驾一辆车以每小时150公里的速度在闹市横冲直撞而撞死人,驾车人不能说因为他没有打算杀死该被撞死的人而逃避撞死人的法律责任。

关于核武器后果的文献不可胜数,今天已经成为全世界共同知识的一部分,所以任何不知道这种情况的说法均难令人置信。

8. 非法性是不因具体禁止条例而独立存在的

反对非法论的国家的论证大部分只是基于以下论点,凡对国家没有明文禁止的事项就是可容许的。在检验这个论点时,一些实际例子可以有所帮助。

(a) 如果明天发明了一道射线,可以将一百英里半径范围内的所有生物瞬息化为灰烬,难道人们要等到有一项国际条约具体加以禁止时才能宣布它违反战时法的基本原则所以才不能够在战争中合法使用吗?要等到召开一次国际会议,草拟一项条约,经过批准过程中的各式各样拖延后,才能将这种武器认为是非法的,这似乎是相当可笑的。

(b) 从本意见早先所用的一个例子,也能进一步看出关于未明文禁止就是容许的论点的荒谬性。该论点要首先假定,在规定生物武器为非法的条约订立之前一刻,使用装满最致命的细菌弹头来使敌方人口造成致命的流行病将是合法的。这种结论难以置信,只有当人们完全否认人道主义法的原则先已存在时才有道理。

即使没有条约或宣言明文谴责核武器为非法,并不足以辩驳一个论点,即:非法

性是基于远比任何特定武器或任何特定宣言更为深入的习惯国际法的原则。国际法针对残忍或残暴所说明的每种武器不需十分具体,就象普遍禁止酷刑不需对每种酷刑工具加以具体说明一样。习惯国际法的主题是原则。某种特定的武器或酷刑工具只有在援引不容争议的原则时才有意义,这些原则已经多次被形容为没有任何文明国家能够加以否认。

武器技术人员总是会根据技术的新应用随时发明不同于任何已知武器的新武器。不需要等到有条约具体谴责这种武器才能宣布这种武器的使用违反国际法的原则。

不可争议的事实是,如果《马滕斯条款》是一项全球接受的国际法原则,这意味着在明文禁止的范畴之外,还存在着人道主义法普遍原则的范畴。从而,“如果一项战争行为没有受到国际协定或习惯法的明确禁止,这不一定意味着它实际上是容许的”。¹³⁸

没有任何法律体系可以在完全依照原文的具体禁令的基础上运作或发展,这是不言自明的。任何一种发展完善的法律体系,除了具体的规定和禁止以外,均有一系列的普遍原则,可以随时运用于从前没有明确裁定过的一系列行为或事项上。然后再将这项普遍原则运用于具体的情况,从这一特定情况的运用上产生了更为具体的规则。

一个法律体系如果以无明文禁止者即为容许为理论基础将是一种原始的体系。国际法早已远超越这一阶段。即使本国体系能够在这个基础上发挥功能-这一点事实上也是可疑的--但是经过多少世代哲学思考所产生的国际法则不如此。许多司法制度的现代法律哲学均阐明了这一关于本国体系的观点是不可取的,从而同样情况也适用于国际法。下面一段著名的法理学文字就认为:

¹³⁸ D.Fleck著,前引书,第28页,以马滕斯条款为这项原则的基础。

“每种法律秩序的规则，均置身在各种原则和学说之中，就象地球置身在空气中一样，这些原则和学说不仅影响到规则的运作，有时并成为规则存在的条件。”¹³⁹

对于是否有任何条约提出核武器非法性的问题，更切题地说应该为，是否有任何条约或宣言中任何一条规定核武器“合法”。事实是，虽然存在着处理核武器许多方面的大量国际文书，但没有丝毫暗示认为使用或威胁使用核武器是合法的。与此对比，明确宣告反对核武器的合法性或其使用的国际宣言的数目则非常多。这些文书在本意见中其他地方均有提到。

一般性原则不仅为法律的发展提供营养，并且是社会道德习俗的柱石。如果象争议方那样将这些原则扬弃，则国际法将脱离概念的支柱而漂浮不定。即使核武器造成的大规模滥杀、核武器造成的后代不可挽救的损害、核武器造成的环境破坏、核武器造成的对中立国难以弥补的伤害，均没有受到国际条约的明文禁止，但文明国家所确认的一般法律原则仍照旧是法律。如果将上句中楷体字删除，没有人能够否认其中所指的行为是国际法所禁止的。因为没有特指核武器而使禁止原则无效的论点似乎是似是而非的。

关于主权国可自由想做规约没有明文禁止的任何事项的学说是早已被推翻的学说。法律学说的这种极端实证主义曾导致人类犯下一些最严重过分行。历史已经证明，没有受到原则限制的权力就变为受到滥用的权力。白纸黑字的条文有其价值，但不可想象它们能代表法律的整体。

专就战争法来说，它也会将马滕斯条款的文字一笔抹杀，该款明文规定，“在颁布更完整的战争法规之前，缔约各国... . . . 声明，凡属它们通过的规章中所没有包括的情况... . . .”（着重号为新加），将适用其所制定的人道主义原则。

因而，人们已明确同意——如果确实有必要——习惯国际法中所载的范围广泛的人道主义法原则将适用于有关这件事，因为对这件事迄今尚无条约作出具体规定。

¹³⁹ Dias著, Jurisprudence(法理学), 第四版, 1976年, 第287页。

9. “洛特斯”案判决

许多没有具体非法性规定为依据的论证均以“洛特斯”案判决为本。在该案中，常设法院探讨了以下问题：

“在本院面前案件而言，国际法中是否存在一项原则，禁止土耳其起诉 Demons 中尉”（《常设国际法院记录》，汇编A，第10号，第21页）。

没有这样一个原则或明白同意的具体规则，法院认为一国的权力就不能加以限制。

事实上，即使按照“洛特斯”案的案情，这些原则可以适用，因为相对于战争法，核国家表示接受应该适用战争法的人道主义原则。除了核国家以外，一些曾经在本院反对关于非法性的结论的国家（或者对本项请求没有采取明确立场的国家），也是《海牙公约》的缔约国，例如德国、荷兰、意大利和日本。

“洛特斯”案是根据悬挂法国旗的《洛特斯》船与一艘悬挂土耳其旗的船于和平时在公海上的碰撞案进行裁决的。有八名土耳其海员和船员死亡，要求对负责的法国高级船员在土耳其法院内以杀人罪进行审判。这是一个与适用战争人道主义法远不相干的情况。这种人道主义法在“洛特斯”案判决时已经是一个明确确定的概念，但与该案无关。对于审判该案当时的法院来说，考虑到如此完全不同的情况，要利用该案法官的意见以图否定直到那时所建立的一切战争人道主义法，这将是其始料所不及的——因为现在所想对“洛特斯”案件所作的解释绝不下于要抹杀象《马滕斯条款》这样基础深厚的原则，其中明文规定，其人道主义原则将适用于“它们通过的规章所没有包括的情况”。

此外，在当时，讨论国际法一般分两个不同的类——和平时法律和战争时的法律。这是当时法律文献确认的区别。“洛特斯”案法院所宣示的原则是完全根据和平时法律而制定的。

“洛特斯”案判决的隐意是应尊重其他国家的主权。核武器的一个特征是侵犯其他国家的主权，后者绝没有同意侵犯其基本主权权利，而这是使用核武器所不言而

喻的。如果说“洛特斯”判决制定了一种同样适用于和平时期和战时的理论，一国只要不自我限制就可为所欲为。这种解释是完全文不对题的。对“洛特斯”案的这样解释将对国际法的逐步发展下了恶毒的咒语。

另外也要指出，只不过在四年以前，常设法院在处理国家主权的问题时，对“突尼斯和摩洛哥公布的国籍法令”案表示意见(咨询意见，《常设国际法院记录》，汇编B，第4号)(1923年)说：国家的主权随着国际法的发展将比例地减小和受到限制(第121至125页，第127页，第130页)。自从“洛特斯”案后的半个世纪以来，很明显的是，国际法--以及有关战时人道主义行为的法律--已经有了很大的发展，对国家主权加上了更多远超过“洛特斯”案时所存在的限制。本院自身对“科孚海峡”案的法理学说明认为，习惯国际法对所有国家规定了责任，因此各国的行为不可伤害他人，即使对构成侵害该控诉国权利的特定行为没有确切明文禁止。本院不能在1996年时如此狭义地解释“洛特斯”案，以至于把时间倒流到甚至马滕斯条款以前的时代。

10. 人道主义战争法的具体规则

有几项互相交织的原则组成了国际人道主义法的结构。人道主义法证明并不缺乏而是有大量规则，个别地和累计地使使用核武器或威胁使用核武器为非法。

人道主义战争法规则显然已取得绝对法的地位，因为这些规则是带有人道主义性质的基本规则，对人道主义战争法的任何轻视都不可能不否定对其所欲保护的人类的基本考虑，根据Roberto Ago的说法，绝对法规则包括：

“关于维护和平、尤其是禁止使用武力或武力威胁的基本规则；带有人道主义性质的基本规则(禁止灭绝种族、奴役和种族歧视、保护个人平时和战时的基本权利)；禁止对国家独立和主权平等有任何侵犯的规则；向国际社会所有

成员保证享有某些共同资源(公海、外层空间等)的规则”。¹⁴⁰

审议的问题不是究竟有没有强制性地禁止这样具体提到的核武器,而是核武器究竟有没有违反带有强制法性质的基本原则。如果有这些带有强制法性质的原则,则根据强制法概念,武器本身也就受到禁止。

如第三部分开头所指出,支持使用核武器为合法观点的多数国家承认国际人道主义法适用于对核武器的使用,因此这种使用必须遵照其原则。较重要的有关国际法原则包括:

- (a) 禁止造成不必要的痛苦;
- (b) 相称性原则;
- (c) 区别对待战斗人员和非战斗人员原则;
- (d) 尊重非交战国领土主权的义务;
- (e) 禁止灭绝种族和危害人类罪行;
- (f) 禁止对环境造成长远和严重的破坏;
- (g) 人权法。

(a) 禁止造成不必要的痛苦

已经引述过的马滕斯条款提供了这项现代法原则的典型条文,因为它规定不允许不符合“人道主义法规和公众良心的要求”的武器。

¹⁴⁰ 《海牙讲义集》(1971年--第三集),第324页,脚注37;着重线为新加。又见 Lauri Hannikainen 关于国际武装冲突法的各种强制性规范的详细研究, *Peremptory Norms*(绝对法),载于《国际法》,1988年,第596至715页,作者在该文中发现很多人道主义战争法原则为绝对法。

禁止残忍和不必要痛苦一贯是人道主义法一般原则的一部分,已列入了大量的法典、宣言和条约内,数量之多,构成一牢固和重要的法律体系,每一文件就具体的情况援引一般原则。¹⁴¹ 这些文献说明现在有超越所讨论的具体事项的支配一切的一般性原则。

禁止不必要痛苦原则还列入标准军事手册。例如,在1916年国防部发行并在第一次世界大战中使用的英国《军法手册》称:

“四、进行战争的手段

39. 战争的首项原则是削弱和消灭敌人的抵抗能力。然而,对他造成伤害可以使用的手段并非毫无限制(脚注引述《海牙规则》第22条,“交战者在损害敌人的手续方面,并不拥有无限制的权利”)。这些手段在实践上受到国际公约和宣言以及战争习惯规则的明确限制。此外,还有必须遵守的道德、文明和侠义的要求。

* * *

42. 明文禁止使用蓄意引起不必要痛苦的武器、投射物或物质(《海牙章程》第23条(e)。在这个标题下可包括带有倒钩的长矛等武器、形状不规则的子弹、填上破玻璃的射弹等,也包括在子弹在表面刻痕、锉平其硬壳的末端、和在其上面涂上任何可能燃烧或伤害的物质。可是,禁止对象不运用于使用装在地雷、空投鱼雷或手榴弹内的炸药”(第242--243页)。

¹⁴¹ 例子是《1863年Lieber法典》(美国为管理战场军队通过);《1864年圣彼得堡宣言》,1899年和1907年的《海牙公约》,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》;1923年《海牙空战规则》;1945年《纽伦堡规章》和1949年《四项日内瓦公约》。

这是早在人道主义战争原则象现在那样根深蒂固之前，英国部队在第一次世界大战使用的《手册》¹⁴²

早在1862年，Franz Lieber 就接受这样的立场：即使是军事需要也要遵守战争法和惯例，这点已列入军队的指示。¹⁴³ 现代美国国防部战地手册严格遵守《海牙章程》，并明文规定军事需要需遵守“习惯战争法和协定战争法”。¹⁴⁴

本意见第二部分列举的事实足以证明有余的是，核武器引起的不必要痛苦远远超出战争的目的。

对“不必要痛苦”原则提出的几点论据是，根据1907年的《海牙》第23条(e)，禁止“使用蓄意引起不必要痛苦的武器、投掷物或物质”（着重线为新加）。有人说核武器不是蓄意造成痛苦，但是痛苦是核武器爆炸的“连带的副作用”的一部分。这种论据受到著名的法律原则的反驳，即必须假定行为者要对其自然和可预见的后果视为蓄意。（参看上文第三.7节）。此外，这是一种文字上的解释，没有考虑到条款的精神和内在原理--对于拟订一项人道主义文书特别不合适的一项解释方法。也可以说实际上使用核武器“部分是为了利用辐射和放射性堕尘的毁灭性后果”。¹⁴⁵

¹⁴² 关于军事手段的有效性的重要意义，见Singh 和Mcwhinney, 前引书, 第52--53页。

¹⁴³ 一般命令第100号, Instructions for the Government of the Armies of the United States (管理美国战地军队的指示), S. 14。

¹⁴⁴ Singh 和 Mcwhinney, 前引书, 第59页。

¹⁴⁵ Ian Brownlie, “Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons (使用核武器的某些法律方面)”, International and Comparative Law (国际法和比较法季刊), 1965年, 第14期第445页。

(b) 区别对待原则

区别对待原则是源于担心对军事目标和平民不分皂白地一律使用战争武器。非战斗人员需要战争法的保护。然而,核武器本身的特性就是不区别对待。一种武器能够将一城市夷为平地并单独能够造成数千枚炸弹才能造成的毁灭,不是一种能区别对待的武器。它对广大地区发出的辐射,不能区别战斗人员和非战斗人员,事实上不能区别交战国和中立国。

1949年《日内瓦公约》的1977年《附加第一号议定书》第四十八条重复了普遍接受的人道主义法规则为了一项“基本规则”:

“为了保证对平民居民和民用物体的尊重和保护,冲突各方无论何时均应在平民居民和战斗员之间和在平民物体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。”(着重线为新加)

平民人口和军事人员的区别对待规则,象某些其他战时法规则一样,古已有之,并为很多文化所共有。我们已经提过古代印度人的惯例,即印度农民面对入侵的军队仍然继续他们在田间的工作,因为他们深信可以获得传统概念的保护即战争是战斗人员的事。¹⁴⁶ 虽然这种景象可能显得很浪漫和与战争的残酷太不调和,却是一项有用的提示,区别对待等基本人道主义原则并非强求达到前所未有的新标准。

在武装冲突时保护平民长期以来已经是一项根深蒂固的国际人道主义法则(1949年)《日内瓦公约》《第一号附加议定书》第五十一条第5款(b)项规定禁止的“滥施攻击”包括:

“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利益相比损害过分的攻击”。

第五十七条第2款(c)项又禁止攻击:

¹⁴⁶ Nagendra Singh, 脚注67, 同上。

“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害、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”。

国际法研究所在1969年的艾丁堡会议上通过的决议中讨论了这项规则的很多方面，¹⁴⁷ 指这些攻击为当天的现行法律所禁止。认为现行法律禁止的行为包括：

“不论出于任何动机或以任何手段，为消灭任何群体、区域或城市中心而不可能对武装部队和平民人口或对军事目标和非军事目标加以区别的所有攻击”。¹⁴⁸

“意图在平民中造成恐怖的任何行动”（第6段）。

“由于其性质不分皂白地同时影响到军事目标和非军事目标、或武装部队及平民的所有武器的使用。特别是禁止使用其破坏作用之大无法将其局限于特定的军事目标或不能控制的武器...，以及‘盲目性’的武器”。”（第7段）。

(c) 尊重非交战国

在决定是否允许核武器时，必须考虑到的一项必要因素是，使用核武器时，核武器对非交战第三方造成的不可弥补的破坏是自然和可预见的后果。可能受到不可弥补破坏的不仅仅是一个非交战国而是全球的国际社会。不受控制的辐射尘向全球扩散。与最强大的常规武器比较，核武器对广大地区造成的破坏，可从本意见的附录图中看到，这个图是取材自卫生组织的研究。当气流将幅射影响进一步扩散时特塔普斯和其他研究证实，在一个半球的爆炸可将其有害的影响传到另一半球。地球的任何部分—因此没有任一国家—可以避免这些影响。

在这个辩论内也讨论了并非故意的论据。根据这个论据，针对一敌国的行动并

¹⁴⁷ 关于著名法学家对这项提议的支持，见下文第三.11节。

¹⁴⁸ *Annuaire de l'IDI* (国际法研究所年鉴) (1969年) 第53期，第二卷，第377页，第8段；“伊朗案，CR 95/26，第47页，注45。

非有意对第三者造成破坏,如果事实上发生此种破坏,不算有罪。本意见在前一节中已讨论过这个论据,指出这项论据是不能成立的(第三.7节)。发射核武器是一项蓄意的行动。对中立国的破坏是一项自然的、可预测的事实上不可避免的后果。国际法不能包括一项这么违背世界法理学基本原则的无责任规则。

(d) 禁止灭绝种族¹⁴⁹

我认为法院对于核武器与灭绝种族有相关性的处理是不充分的(咨询意见第26段)。

如(下文)第四节所想象,使用核武器对一次核攻击还击,特别是进行全面核还击,很可能触发一场全面的核战,引起灭绝种族。从所已知其造成的死亡人数来看,即使是如对本国单独使用一件“小型的”核武器,也可能成为灭绝种族手段。如果以城市为目标,单单一个炸弹就可能造成百万人以上的死亡。如果报复性的武器更多,根据卫生组织关于核战争影响的估计,攻击国和其他国家甚至有10亿人可能被杀。这是明明白白的灭绝种族,不管情况如何,不能是法律范围内允许的。

使用核武器时,使用者一定知道它将会造成死亡后果,规模之大,足以消灭全部人口。《灭绝种族公约》(第二条)对所称灭绝种族是指蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体。定义所包括的行为是杀害该团体的成员,致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害,故意使该团体处于某种生活状况下,以毁灭其全部或局部的生命。

在关于《灭绝种族公约》的灭绝种族定义的讨论中,对“某一”一词大作文章。所提的论据是必须蓄意针对特定的民族、人种、种族或宗教团体的团体,而不是意外的指其他一些行为。可是,考虑到核武器毁灭数十万到数百万人的能力,核武器无疑是指针对全部或局部所攻击国家的民族。

纽伦堡认为全部或局部消灭平民是一项危害人类罪行;核武器的结果正是如此。

¹⁴⁹ 另见下文关于人权法的第三.10(f)节。

(e) 禁止破坏环境

环境为联合国所有会员国的共同生境,不能受到任一或几个会员国的破坏而危及所有其他会员国。在公众良心要求的部分(上文第三.6节)已提到保护环境原则在“人类良心中已这么根深蒂固,这些原则已成为一般国际法的特别基本规则”。¹⁵⁰事实上,国际法委员会将大规模污染大气层或海洋列为国际罪行。¹⁵¹前文已指出这些方面。

环境法包括了一些会被核武器破坏的原则。已经讨论过世代公平原则和共同遗产原则。这一次要求使法院能够承认并在结论中使用的其他环境法原则是:防范原则、地球资源托管原则、被控诉的行为者证明安全的举证责任原则、和“污染者付清理费原则”,使破坏环境的行为者负责对受影响者作出适当赔偿。¹⁵²近年来在法律上作出努力拟订所谓的“生态安全原则”--这是一个建立规范和制订成文环境法的进程。这是由于迫于需要保护人类文明免受自我毁灭的威胁而发展的。

一名作者¹⁵³列出了11项这些原则,其中包括“禁止生态侵略”原则,是从1978年10月5日开始生效的1977年的《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的

¹⁵⁰ 国际法委员会第二十八届会议工作的报告,《国际法委员会年鉴》,1976年,第二卷,第二部分,第109页,第33段。

¹⁵¹ 国际法委员会关于“国家责任”的第19(3)(d)条草案,同上,第96页。

¹⁵² 关于这些原则的引文,参看我在“要求根据1974年12月20日国际法院判决书第63段审查核试验(新西兰诉法国)案情况”的反对意见,1995年《国际法院判例汇编》,第339-347页。

¹⁵³ A. Timoshenko, “Ecological Security: Global Change Paradigm”, (1990年) Columbia Journal of International Environmental Law and Policy (哥伦比亚国际环境法和政策杂志)第1期,第127页。

技术的公约》(《联合国条约汇编》1108,第151页)等文件和联合国大会决议“各国为当代和后代养护大自然的历史责任”(1980年10月30日大会第35/8号决议)演绎出来的原则。

同一作者指出,“根据苏联(现为俄罗斯)法律原理,蓄意和敌对地改变环境--生态灭绝--为非法,并视为国际罪行”。¹⁵⁴

另一作者提请注意需要对全球环境危机采取一项协调一致的集体对策以及构想此一对策的困难时,指出:

“可是环境正在迫使大家采取此一对策;如果我们不能够支持以维护地球为我们新的组织原则,我们文明本身的存亡就会成为疑问”。¹⁵⁵

在这里强烈提出的是今天环境法背后的推动力:维护地球的“新的组织原则”,没有这项原则,所有文明都受到威胁。

为实现此一协调一致的集体对策的一项已经存在的手段是国际环境法,而且不可置疑的是,这些保证文明,事实上即保证人种生存的基本原则已经成为环境法的组成部分。

前引的一项著名的研究中从另一角度提出相同的问题:

“我们物种的自我绝种不是任何人能够称为理智或冷静的行为;虽然如此,这是一种我们不肯坦然承认、却在某种情况下计划进行的行为。除非行为者失去理智,这不可能是一种完全蓄意的行为,只可能是由于某种疏忽而发生的行为--某些我们确实意图的行动,例如保护我们的国家、或维护自由、或维护社会主义、或维护我们正好相信的任何一种东西的“副作用”。在这方面,

¹⁵⁴ Timoshenko, 同上。

¹⁵⁵ A.Gore, *Earth in the Balance: Ecology and the Human Spirit*, 1992年,第295页,在Guruswamy, Palmer和Weston的 International Environmental Law and World Order (国际环境法与世界秩序) (1994年第264页)一文中引述。

我们不肯承认这一危险的庞大性和重要性是采取这种行为的一项必要条件。只有在我们不大理解我们的行为时，我们才可能作出这种行为。如果我们确实承认危险的全部规模，明确和毫无保留地承认核武器的任何使用都可能触发一场危及全人类生命延续的浩劫，那时候灭种不但变得“不可思议”，也变得不可作。”¹⁵⁶

因此，这些环境法原则的有效性不取决于条约规定。这些原则是习惯国际法的一部分。这些原则是人类生存的不可或缺条件的一部分。

在国际领域不难发现已将这些原则实际认可为习惯国际法的一部分。因此，举例说，安全理事会在1991年第687号决议中指出，伊拉克因非法入侵科威特“按照国际法，应负责赔偿...环境的损坏”。这不是根据条约产生的责任，因为伊拉克既不是1977年《禁止为军事或其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》的缔约国，也不是1977年《议定书》或任何其他明文规定该问题的具体条约的缔约国。安全理事会这么坚决地提到的伊拉克责任，显然是根据习惯国际法产生的责任。¹⁵⁷

这些原则也不仅限于和平或战争，而是包括两种情况，因为这些原则是从一般义务出发，对和平与战争均适用。¹⁵⁸

《日内瓦公约》1977年《附加议定书一》第三十五条第3款规定了这方面的基本原则，即禁止使用：

“旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法和手段”。

¹⁵⁶ Jonathan Schell, *The Fate of the Earth*, 1982年, 第186页。

¹⁵⁷ 所罗门群岛在法院的听证中提出了关于这方面的说明-Sands, CR 95/32, 第71页。

¹⁵⁸ 例如见《斯德哥尔摩宣言》原则21和《里约宣言》原则2, 均指出各国有责任防止破坏其他国家的的环境。

第五十五条禁止：

“使用旨在或可能对自然环境造成这种损害，从因妨害居民健康或生存的作战方法或手段”。

问题不是究竟这些条文是不是要包括核武器。只须要将这些条文作为说明不可争议的习惯国际法原则来看就够了。认为这些一般原则在包括核武器方面不够明确或认为故意不提核武器、因此不包括核武器，或甚至认为有明确的理解认为这些条款原意不在于包括核武器，那就是强调在一方面禁止较次要的环境破坏武器，一方面不去碰引起的破坏无限大的武器这两者之间的不调和，因为这些破坏正是条约要预防的原因。

如果根据习惯国际法产生一般性义务，那么各项环境协定没有具体提到核武器所造成的破坏便显然不是问题。不管我们是处理冒烟的锅炉、泄漏的反应堆、或爆炸性武器，都适用同样的原则。不能仅仅因环境条约没有特别提到锅炉或反应堆，就结论认为它们可从其中规定的不可否认、根深蒂固的标准及原则豁免。

关于环境法可适用于法院所受理事项的另一处理办法，是睦邻原则，这项原则暗含在也明文写在《联合国宪章》中。这项原则是现代国际法的基础之一，因为在现代国际法上，主权国可以光荣孤立地为所欲为的原则已经衰亡。每一主权国依靠相同的全球环境，这一世界秩序产生了相互依存关系，这一关系只有通过合作和睦邻才能加以实行。

《联合国宪章》规定“以善邻之道奉为圭臬，并于社会、经济及商业上，对世界各国之利益及幸福，予以充分之注意”。（第七十四条）。能够毁灭全球环境的行动所毁灭的不仅是环境而已，还包括不能与环境分开的社会、经济和商业利益。《宪章》对此一善邻的一般义务的明确承认，使这点成为国际法的一项基本部分。

本法院从其判例开始就支持这项原则，规定各国义务不“明知而允许其领土用于违反其他国家权利的行动”（科孚海峡案，《1949年国际法院判例汇编》，第22页）。

在我关于卫生组织请求的反对意见中,更具体地讨论了国家对环境的责任问题。必须把该项讨论作为在本意见中对环境因素讨论的补充。如该反对意见指出,核武器对环境造成的破坏是违反国家义务,因此这点使得使用核武器或威胁使核武器的非法性增加了另一方面。

(f) 人权法¹⁵⁹

本意见已在第三.3节讨论了战后年代人权的发展如何对“人类的因素”和“公共良心的要求”造成的影响。

只要更具体地看一看《世界人权宣言》中规定的权利,就可以列出人格尊严的权利(序言部分和第一条)、生命权、人身安全的权利(第三条)、医疗保健的权利(第二十五条第(一)款)、婚姻和生育权利(第十六条第(一)款)、保护母亲和儿童(第二十五条第(二)款)和文化生活的权利(第二十七条第(一)款)为受到核武器威胁的基本人权。

某些权利不论在任何情况下都不能减损,这是固有的人道法学说的一部分。生命权利是其中的一项,这是构成不可减损的人权核心权利之一。

《宣言》序言部分表示,对人类家庭所有成员的固有尊严的承认,乃是世界自由、正义与和平的基础。第一条接着具体地坚称“人人生而自由,在尊严和权利上一律平等”。第六条声明人人在任何地方有权被承认在法律前的人格。《公民权利和政治权利国际盟约》使这项权利更加明确,并规定各国依法加以保护的确实义务。第六条第一款声明,“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护”。《盟约》的缔约国明确承担执行《盟约》条款的责任。

《欧洲保护人权和基本自由公约》(1950年,第2条)和《美洲人权公约》(1969年,第4条)同样地确认生命权利。这是不可减损的权利之一,是不可减少的人权核心

¹⁵⁹ 又参看上文第三.6节。

的一个组成部分。

有人辩称,生命权不是一项绝对权利,在武装冲突中夺取生命是这项原则的一项必要例外。然而,如卫生组织告诉本法院,当一项武器具备杀死100万到10亿人的潜力时,人类生命沦为一文不值,与任何文化所理解的人类尊严大相径庭。不管什么情况,国家的这种蓄意行动不符合其所承认的对世界和平所依赖的基本人类尊严的尊重,这是联合国所有会员国都承诺尊重基本的人类尊严。

这不仅是《世界人权宣言》和其他人权文书的一项条款而已,而且是《联合国宪章》的序言本身所标榜的基本《宪章》法律,因为联合国为之奋斗的宗旨之一是“重申基本人权,人格尊严与价值”(着重线为新加)。在人类对人类的无人道的漫长历史过程中发明的武器没有一项象原子弹那样剥夺个人的尊严和价值。

还应当举出联合国人权委员会题为“生命权与核武器”¹⁶⁰的总评论,其中赞同大会的意见,认为生命权与核武器特别有关。¹⁶¹ 这项意见说明核武器是对生命和生命权的最大威胁,把核武器与国际法之间的矛盾看得非常严重,因此建议应将核武器的使用作为危害人类罪。

所有这些人权来自一项核心权利--Rene Cassin称这项权利为“人类生存的权利”(CR 95/32,第64页,参看脚注20)。这是世界社会在战后年代精心建立的精密人权机构的基础。

赞同在任何情况下使用一种能够消灭数以百万计的生命武器为合法,将破坏代表本世纪最大的法学成就的此一精密结构的基础。如果国际法容许任何国家有这种权力,理论上就不能维持这个建立在法律上所知的最崇高、最根本概念之上的结构。不如在书上一笔勾销。

¹⁶⁰ Gen. C 14/23,引自M. Nowak,United Nations Covenant on Civil and Political Rights,1983年,第861页。

¹⁶¹ 大会第38/75号决议,“谴责核战争”,执行部分第1段。

ii. 法学意见

可以这么说,多数的法学意见认为,核武器违反现有的人道主义法原则。法学意见是国际法的一个重要来源,本意见在这里没有篇幅去引述所有权威。为了现在的目的,只须举出本意见较前部分已经提到的一项决议,--这项决议是国际法研究所1969年在其爱丁堡会议上通过,当时有关核武器的法学著作没有达到现在的丰富,事实上还相当少。

已经提过(参看上文第三.10(b)节),该研究所的研究结论是,现有的国际法特别禁止使用其毁灭性作用“之大无法局限于特定的军事目标、或其他不能控制...的武器以及‘盲目的’武器”,¹⁶² 该结论以60票对1票,2票弃权通过了这项论定。投票赞成者包括Charles De Visscher、Lord McNair、Roberto Ago、Suzanne Bastid、Erik Castren、Sir Gerald Fitzmaurice、Wilfred Jenks、Sir Robert Jennings、Charles Rousseau、Grigory Tunkin、Sir Humphrey Waldock、Jose Maria Ruda、Oscar Schachter和Kotaro Tanaka;这只是举出几位当代最著名的国际律师。

12. 1925年日内瓦毒气议定书

相当独立于到目前为止的讨论中已经引用的各种一般性原则之外,还有一个协定法的基础,根据这个基础,有人论证核武器是非法的。我是为了这个理由投票反对本文第2(B)段。该段主张,在协定国际法中,并没有一个全面普遍地禁止以核武器进行威胁或使用核武器本身的做法。我特别提到1925年6月17日的禁止在战争中使用窒息性、毒性、或其他气体或细菌作战方法议定书(通称《日内瓦毒气议定书》)。其禁令是如此全面,我认为它明显地包括核武器,因此核武器就成为协定法禁令的目

¹⁶² *Annuaire de l'IDI*, 53期第二卷(1969年),第377页,第7段。

标。有相当多的学术意见赞成这个观点。¹⁶³ 此外,如果辐射是毒性的,《海牙章程》第23(a)条中关于禁止毒性武器的规定也包括辐射在内。禁止毒性武器的规定的确曾经被形容为“对战争的武器和战争工具的最能经时间考验的特别禁令”。¹⁶⁴ 那是从最久远的历史时期在各种广泛文化中受到承认的一项规定。

《日内瓦毒气议定书》的文字非常广泛。它禁止“在战争中使用窒息性、毒性或其他气体,以及使用一切类似的液体、物体或器件”(着重线为新加)。

如果这项议定书是要适用于核武器,它就必须显示出:

- (1) 辐射是有毒的;
- (2) 它涉及一些物质接触人体。

如果这两个问题得到肯定的答案,辐射所造成的人身伤害就会在议定书所规定的范围内包括。

¹⁶³ 见Burn H. Weston,前引书,第241页;E. Castren,The Present Law of war and Neutrality (今日战争法和中立)1954年,第207页;G.Schwarzenberger,The Legality of Nuclear War(核战争的合法性),1958年,第37-38页;N. Singh,Nuclear Weapons and International Law(核武器和国际法),1959年,第162-166;Falk,Meyrowitz和Sanderson,“Nuclear Weapons and International Law”(核武器和国际法),(1980)20《印度国际法学报》,第563页;Julius Stone,Legal Controls of International Conflict《国际冲突的法律控制》,1954,第556;Spaight,Air Power and War Rights (空中火力战争权利),第3版,1947年,第275-276页;H. Lauterpacht编Oppenheim's International Law,第2卷,第7版,1952年,第348页。

¹⁶⁴ Singh & McWhinney,前引书,第120页。

(一) 辐射是有毒的吗?

毒性一般是定义为一种其本身在与身体接触或由身体吸收时即危害健康的物质。¹⁶⁵ 上面第II.3(e)节内关于辐射影响的讨论,使人绝不怀疑辐射的影响是会摧毁生命或危害器官和组织的功能。

Schwarzenberger指出,如果有足够大的剂量进入人体,辐射产生的症状和中毒并无分别。¹⁶⁶

辐射性的辐射是一种毒一旦成立,它也就包括在已经提到的《海牙章程》中关于有毒武器的禁令之内。其毒性实质上要比毒气更加剧烈,因为它的影响包括代代相传的遗传失调。

¹⁶⁵ McGraw-Hill Dictionary of Scientific and Technical Terms把毒定义为“一种物质,其较小的剂量就产生一种作用,或是摧毁生命,或是严重伤害器官和组织的功能。”(第2版,1978年,第123页。)Oxford English Dictionary关于毒性的定义说毒是:

“任何物质在导入一个活器官或由其吸收时,会摧毁生命或损害健康,不论是经机械方法或直接热变化。特别是指一种能够以很小的剂量能够迅速摧毁生命的物质。比喻用于,象毒一样地憎恨。

但是比较科学的用法是见于慢性中毒一词中指长时间服用一种毒药或代用品的积累效果。”(第12卷,第2页,1989年版)

¹⁶⁶ The Legality of Nuclear Weapons(核武器的合法性),1958年,第35页。他非常严重地指出,辐射“造成死亡或对健康造成严重侵害,Gentili会说,其方式会更加适合魔鬼而非文明人类”。这里提出的是Gentili的说法,虽然战争是人与人之间的斗争,用毒的手段却使得战争成为“恶魔的斗争”(De Jure Belli libri tres 1612)第二卷,第六章,第161页,英文译为J. C. Rolfe。

北约国家本身已经接受中毒是核武器的一个后果,因为1954年10月23日《巴黎协定》《关于武器管制的议定书》关于德国共和国加入北大西洋公约的附件二,就将核武器定义为:

“目的是要包含或利用核燃料或者放射性同位素,经爆炸或其他不可控制的核变化……而能够造成大规模毁灭、大规模伤害或者大规模中毒”(着重线为新加)。

(c) 辐射牵涉到身体同“物质”的接触吗?

毒性的定义是指其为一种“物质”。《日内瓦毒气议定书》谈到有毒的“物质”。因此有必要知道辐射是否是一种“物质”,或者只是象光线一样的射线,当它撞击任何物体时,不一定是将一种物质同该物体接触。若是前者,那就满足了《日内瓦毒气议定书》的规定。

在《简明牛津字典》中,“放射性”的定义如下:“能够(象镭那样)自然放出含有物质核子的射线,以高速度运行”。¹⁶⁷

科学的讨论¹⁶⁸区别了在(理论上)静止状态时含有零质量的电磁辐射光谱,例如无线电波、微波、红外线、可看见的光、紫外线、X光线、和伽马射线,以及包括具有质量的电子中子核子等粒子的辐射类型。当这类粒子以高速度运行,它们就被视为辐射。

核武器所造成的电离辐射是属于后一种。它包括一连串的粒子,¹⁶⁹同身体接触而造成对组织的损害。换句话说,它是一种物质实体,对身体造成损害,不能不属于《日内瓦毒气议定书》所禁止的有毒武器。

¹⁶⁷ 第三版,1987年,第二卷,第1738页。

¹⁶⁸ 参看《大英百科全书长篇》,第26卷,第471页前后关于“辐射”。

¹⁶⁹ 在《Mcgraw-Hill物理和数学字典》(1978年,第800页)中关于辐射的定义是“粒子,……或高能光子,或这些的混合线流”。

辐射是否是一种“物质”的问题，因此似乎毫无疑问。用Schwarzenberger的话说：

“一切类似的液体、物体或器件等字是非常全面的用语，以便列入性质类似的任何武器，而不论那些武器是否在签署议定书时已经知道或已经使用。如果核武器的辐射和产生的坠尘效果能够比拟为毒性，它们就更加可以比拟为毒气……”¹⁷⁰

在文献中有些讨论是关于所传递的物质是否应该是气体形式的问题，因为有关的规定是针对“类似”毒气的物质。首先应该指出，条文本身的文字是把毒抽离了气体的范畴，因为它也谈到类似的液体、物体、以及甚至器件。但是，即使就气体来说，明显的是，固体、液体和气体的区别，在军事术语中，从来就没有严格使用在“气体”等字上。Singh和McWhinney已经指出，就严格的科学用语来说，芥子气实际是一种液体，而氯实际是一种气体，但是在军事术语中，两者都被列为气体。¹⁷¹

因此，《日内瓦毒气议定书》包括了核武器，这一点似乎是无可辩驳的。此外，如果放射性辐射的确构成一种毒，对它的禁令就可以宣告为一种普遍性的习惯法禁令，适用于任何情况，不论一个国家是否为1925年《日内瓦议定书》的缔约国。¹⁷²

但是，在《日内瓦毒气议定书》内，还有一个说法是，“器件”一字假定是包括了核弹，不论辐射是否属于“类似物体”所描述范围。

核武器在该议定书当时不为人所知，并不能够更加具体地描述，但却是属于《议定书》和《海牙章程》的说明和意图之内。

¹⁷⁰ 前引书，第38页。

¹⁷¹ 前引书，第126页。

¹⁷² 关于这一点，见Schwarzenberger，前引书第37-38页，关于化学和细菌武器。

美国已经表示：

“这个禁令并不打算适用于，也尚未适用于，设计以其他途径杀伤的武器，即使它们可能制造窒息性或毒性的副产品。”（书面声明，第25页）

如果实际上辐射是核武器的主要副产品——确是如此——那么就不清楚根据什么法学原则可以主张使用核武器的自然和可预见的后果不属于禁令范围。这类“副产品”往往被形容为附带的伤害，但是不论附带与否，它们是炸弹的主要结果，在法律上也不能认为是无意的，因为那是众所周知的。

此外，这样的辩词牵涉到法律上不可接受的论点，即：如果一个行动牵涉到合法及非法的两种后果，以前者为后者提供理由或借口。

13. 《海牙章程》第23(a)条

前面的讨论证明，辐射是一种毒。采用同样的推理，即可以得出，辐射也明显违背了《海牙章程》第23(a)条，该条也明确地规定了禁令。¹⁷³ 在这方面并不需要详细讨论，人们广为接受，其中所载反对用毒的明确禁令是属于最老也最广泛被公认的战争法。由于“文明国家普遍公认的做法已经将毒性视为应予禁止的”，第23(a)条内的禁令被认为甚至对于这项公约规定的非缔约国也有约束力。

“因此，除了纯粹约定法之外，基于普遍的法律原则的习惯立场也禁止在战争中使用有毒物质，认为不只是野蛮的，不人道的和不文明的，而且也是阴险的。”¹⁷⁴

¹⁷³ 见Singh和McWhinney前引书，第127和121页。

¹⁷⁴ Singh和McWhinney，同上，第121页。

四、自卫

自卫在这方面很可能引起最严重的问题。咨询意见本文第二(E)段的第二句说,鉴于国际法的现状和法院所掌握的种种事实,法院无法确实断定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器,究竟合法或非法。我已经投票反对这一句,因为我认为,以核武器进行威胁或使用核武器在任何情况下都不是合法,因为它违反了战时法的基本原则。这个结论是明确的并且完全遵循国际法久已成立的既定原则。

如果一个国家受到攻击,按照《联合国宪章》,它明显有自卫的权利。一个国家一旦进入到战时法领域,人道主义法的原则就适用于自卫行为,正如它们适用于军事行动的任何其他方面的行为。因此,我们必须审查战时法的什么原则适用于在自卫时使用核武器。

要指出的第一点是,在自卫中使用武力(一个无可怀疑的权利)是一回事,在自卫中使用核武器又是另一回事。国际法准许前者并不包括后者,后者也要遵守其他的原则。

在本意见中所讨论的所有七个人道主义法原则都适用于自卫情况下使用核武器,就如它们适用于在战争的任何方面使用核武器。关于不必要的痛苦、相称性、区别、非交战国、种族灭绝、环境损害和人权的原则,都将违背,在自卫中并不比在公然侵略行为中为少。战时法包括所有的武力使用,不论使用武力是出于何种理由。不可能有任何例外情况而不违背其原则的根本。

可预期首先遭受攻击的国家以同样方式来反击。在首先攻击,特别如果是核攻击所造成的灾难之后,就会倾向于用可用的任何核武力来反击。

麦纳马拉在谈到对于初次攻击的反击时表示:

“但是在这种情况下,双方的领导人将会在无法想象的压力下报复他们的损失,并且保护受到挑战的利益。每一方都会恐惧对手可能随时发动更大的攻

击。并且他们都只可在不完全的情报之下行动，因为战场上的混乱造成了通讯的破坏(不用说通讯设施可能受到攻击)。在这种情况下，每一方都极可能会发动更大的攻击，而非投降，希望这一步骤会造成对手的投降而使战事停止。”¹⁷⁵

在这样的反击下，时间就会加速走向全球灾难，因为这又会引起一个反反击，并且的确可能自动地触发反反击。

有必要在此强调，受攻击的国家有毫无疑问的权利，使用它能掌握的一切武器来击退侵略者。但是，这项原则只有在这类武器并不违背那些规则所规定的战争基本规则时，才能成立。在这些限制之内，并且为了击退敌人，受攻击的国家可以对侵略者以全部军事力量反击。虽然这是无可争议的，我们仍然要听取在任何论坛上的论点或者在任何学术论文中的争论，例如一个被化学或生物武器攻击的国家，是否有权使用化学或生物武器来自卫，或者去消灭侵略者的人口。令人难以理解的是，对于从人道主义法的基本原则得出的这个最明显的结论，竟可以想像，在所有大规模毁灭性武器中，最具破坏性的武器是唯一的例外。

以下要对可以因自卫而违背的各项人道主义法原则作一个简短的审查。

1. 不必要的痛苦

本意见先前所述由核武器所造成的痛苦并不限于对这类武器的侵略性使用。辐射所造成的长期痛苦并不只会因为武器是用于自卫而失去其强度。

2. 相称性/失误

初步的印象看来相称性原则可能由对核攻击的核反击而满足。但是，比较仔细地看，这项原则在许多方面都受到违背。正如法国指出：

¹⁷⁵ McNamara, 前引书, 第71-72页。

“对攻击的反击的必要性和相称性的评估要看攻击的性质、其范围、所造成的危险以及为自卫目的而对反击的措施调整。”(CR 95/23,第82-83页。)

就为了这些理由,对一个受到核攻击的国家所作适当而相称的反击的性质,就不可能作准确的评估。¹⁷⁶ 如果我们谈对核攻击的核反击,已经指出,核反击将倾向于一次全力以赴的核反击,那就揭开了那些全面核战争的文学中所描写的世界末日大决战的情景。

我们再此只是谈衡量攻击的强度和反击的相称性。但是我们只能衡量可衡量的东西。在核战争中,可衡量性就没有意义了。全面的破坏是没有任何衡量尺度的。我们是处于相称性原则已经变得没有意义的领域。

在核武器的情况下,另一点相关的是,不要无视人类错误的可能性。不论如何仔细地规划,对于核攻击的核反击,在混乱的时刻,是无法细微地分级,以便衡量攻击武器,因而以同样强度来予以反击。即使是在比较静止而悠闲的和平气氛中,错误仍然可能,甚至会发动一次无意的核攻击。这种情况已见于对无意的核战争的研究。¹⁷⁷ 在核攻击的紧张情况下的反击,更容易产生意外。

根据《原子科学家学报》:

“顶层的决策人员以及他们手下的情报提供者依赖日益复杂因此也更容易失常的计算机和其他设备。若干情况曾经报导出来,机器的失误或人为的失误或两者的兼具,如果不是在几分钟之内被发现,可能已经造成无意的核战争。”¹⁷⁸

结果将是一场核大战。

¹⁷⁶ 关于这一点,参看前文第二.3(n)节,和下文第七.6节。

¹⁷⁷ 例如,联合国裁军研究所(裁军研究所)Risks of Unintentional Nuclear War(无意引起的核战争危险),1982年。

¹⁷⁸ 1982年6月,第38卷,第68页。

这里,在外交和军事政策问题上有许多经验的政治家再次证实,核大战是可能发生的。麦纳马拉说:

“我所不能理解的是,就如研究过这个问题的其他人一样,‘有限的’核战争可以是有限的--使用核武器的任何决定都意味着非常可能造成一场与全面核战争同样的灾难性后果。”¹⁷⁹

前任国务卿基辛格博士也有大意相同的描述:

“有限的战争并不单纯是一个适当的军事力量和学说的问题。它也高度要求政治领导要有纪律和周密思考以及要求社会对领导的信任。因为有限的战争在心理上是一个比全面战争更复杂的问题。……一场全面战争很可能迅速决定--如果在这样一场战争中还可能侈谈决定--它所带来的痛苦将是如此巨大使得对于政策细节的争论变得不重要。”¹⁸⁰

他继续说:

“根据这样的推理,有限的核战争不只是不可能,而且也是不应有的。其中一点是它会在战区造成的破坏,严重性达到热核战的程度。因此,我们会摧毁我们想要保护的那些人。”¹⁸¹

因此,使用核武器来自卫会导致灾难性的核交战,这并不是臆测。这是人道主义法会认为完全不可接受的危险。这是没有任何法律制度可以认可的危险。

¹⁷⁹ 前引书,第72页。

¹⁸⁰ Henry Kissinger, *Nuclear Weapons and Foreign Policy* 《核武器与外交政策》,1957年,第167页。

¹⁸¹ 同上,第175页。

3. 区别

本意见先前已经表示,核武器违背了区别武装部队和平民的原则。不错,其他武器也会那样,但是热力与冲击波的强度--还不算辐射--使得核武器自成一级与其他武器完全不同。当我们谈到一种武器,其受害人若非数百万,也有数十万,区别原则就不再具有任何法律意义。

4. 非交战国

对于使用核武器自卫的主要反对意见之一就是这个问题。

只有在采取自卫行动不会明显造成对非交战国权利的损害的情况下,自卫才是一个纯粹国内管辖权的问题。一旦自卫的战略意味着对非交战的第三方造成损害,这样一个问题就不是单纯国内管辖权的问题。自卫的行动可能不经意和无意地造成第三国的损害。这样的情况是可理解的,往往也会发生,但是却非这里要谈的。

5. 种族灭绝

已经讨论了种族灭绝的问题。¹⁸² 在关于相称性的讨论中可见,自卫很可能导致核大战,自卫甚至要比发动攻击更可能造成种族灭绝。如果杀人的数目是一百万到十亿仍不属于种族灭绝的定义,那么我们可以问,什么才是种族灭绝?

没有国家能够被视为有权为其自己的国家福利而引起摧毁文明的危险。

6. 环境损害

这里存在着如同种族灭绝的同样考虑。广泛的环境污染甚至可能导致核冬天和生态系统的毁坏。不论造成结果的核武器是用来攻击或自卫,这些结果是一样。

¹⁸² 见前文第Ⅲ.10(d)节。

关于环境的国际法,就其涉及核武器而言,已经在我关于世界卫生组织的请求的反对意见中比较详细地讨论过,在该意见中的讨论应该视为上述讨论的补充。

7. 人权

不论武器是用于侵略或自卫,本意见先前所讨论的危害人权的一切武器都同样造成危害。

* * *

前面讨论的人道主义原则已经远超出只是哲学愿望的阶段。它们是活生生的法律,代表在约束无限制战争的残酷的困难任务上法律成就的顶点。它们为今天的军事行动提供了基本规则,并且是由国际大家庭在两次全球灾难和许多较小型的战争中难以形容的数百万人遭受痛苦的冲击之下所拟订的。如所有的法律原则一样,国家不论大小,都应遵守。

虽然必须尊重任何有信誉的法律制度基础的连贯性,看来很难设想所有这些得来不易的原则应该迂回而不适用于核武器,让前所未有的毁灭手段肆无忌惮地去肆行这些原则原先所要防止的巨大罪恶。

* * *

关于自卫,需要简短地提到法院面前的争论的三个其他方面。

联合国借重(书面陈述,第3.40段)阿戈法官在他对关于国家责任的第八次报告的增编中所表达的观点,大意是说:

“制止和击退攻击所需的行动,很可能必须超过所遭受攻击的强度。在这方面,问题在于‘自卫’行动所要达成的结果,而非行动本身的方式、实质和强度。”¹⁸³

¹⁸³ 《国际法委员会年鉴》,1980年,第二卷,第1篇,第69页,第121段。

阿戈在这里强调,防卫行动永远必须配合其目的,那就是制止和击退攻击。他在同一段中说:

“为自卫而采取的行动的相称性要求…是关于行动及其目的的关系,也就是…制止和击退攻击。”(着重线为新加…)

目的是制止和击退攻击,而不是要消灭侵略者,或者是要对其人民进行种族灭绝。他所提到的方式、实质和强度是由他明白地在这个目标的范围内提出,不能视为轻视人权法的所有其他要求,例如关于对中立国的损害、不必要的痛苦、或者区别原则的要求。如此杰出的一位法学家的言论不能视为取消了战时法中古典和不可跨越的要求--并且这些要求获得他后来杰出地主持的国际法研究所的全力同意。1969年的爱丁堡会议以60票对1票、2票弃权的多数通过了禁止不加区分地影响到军事和非军事目标,武装部队和平民的人口的武器,以及目的在于以恐怖手段对付平民的武器的决议。¹⁸⁴ 阿戈本身是该多数的一员。

第二个值得注意的报告是建议说,安全理事会第984(1995)号决议(联合国书面陈述,第3.42段和附件D)大略同意使用核武器来反击武装攻击不应视为必然非法的观点。

仔细阅读决议可见,决议向非核武器国家保证,安全理事会与核武器国家在非核武器国家成为核侵略的受害者时,将立即采取行动。它完全避免提到保护受害者将采取什么措施。如果用意是那样,如果那样使用核武器是合法的,应就是安全理事会那样说的最佳场合。

为求彻底,应该在此指出,即使安全理事会明白同意使用这类武器,但国际法院是关于合法性问题的最高权威;即使有那样的看法,也不会阻止国际法院就此问题提出独立声明。

¹⁸⁴ 前面第III.11节已经指出。

值得注意的第三个因素是，那些反对非法性的论点有许多看来模糊了诉诸战争法和战时法之间的区别。不论诉诸使用武力(诉诸战争法的领域)的优劣如何，一旦进入武力行动的范围，在该范围内的法律是战时法。人道主义的战争法取而代之，并且管辖所有参预者，包括攻击者和受害者。法院面前的争论的进行，仿佛是一旦使用武力作为自卫的例外情况生效，战时法就不适用了。这项假设在法律上是错误的，在逻辑上也是不能成立的。当然，现实是虽然诉诸战争法只是开启了使用武力之门(为了自卫或者由安全理事会使用)，不论是谁进入该门，其行动都必须受到战时法的约束。主张使用武力有合法性便可以以破坏人道主义法的借口，乃是完全不根据前提的推理。

* * *

因此，经过审查后，对于使用核武器的非法性并不能只是因为这些武器用于自卫就可以例外。

在另一个国家受攻击时的集体自卫引起了前面所讨论的同样问题。

预防性自卫--在敌人实际攻击之前先发制人的攻击--并不能合法地以核攻击来进行，因为用核武器来进行初次攻击自然是受到已经提到的基本原则所禁止的。在非核武器的情况下，可以假定所有现代技术的精密性和目前已发展的精确瞄准目标系统都可为此采用。

五、若干一般性考虑

1. 两种哲学观点

本反对意见为这一结论列举许多理由，即不论什么目的，只要使用核武器就会有毁灭人类社会--很可能毁灭人类本身的危险。还指出，凡是允许如此使用核武器的规则，均与国际法本身不符。

本节将提及两种哲学观点：一种是以理性为基础，一种是以公正为基础。

关于第一种,所有法律的假定均预设它们有助于这种法律所服务的社会的继续存在以及社会在这种前提下运作。如果没有上述继续存在的假定,任何法治,任何法律制度,不论它所依据的法律推理多么引人入胜,都将丧失有效性。这种无效性的色彩不仅仅只是影响到特定的规则,与此规则相适应的法律制度将从基础上崩溃,因为法律制度所依据的假定是社会的继续存在。它们作为社会的一部分,必然随着其所属的更大的实体的崩溃而崩溃。这个假定构成法律概念的核心,但往往在核讨论中隐而不彰。

无需就法律的性质深入地进行理论性的讨论,就目前的目的而言,只须要简略地提及两位知名的思想家 H.L.A.Hart 和 John Rawls 对当代的司法提出的两个考验。

HART 是实证主义学派的主要法学家,他在一篇有名的说明自然法起码内容的文章中,将这项原则简要地界定为下列这句话:

“我们将其作为按讨论的条件所预设的东西而信守,因为我们关切的是为社会存在所作的社会安排,而非关切一个自杀俱乐部的社会安排。”¹⁸⁵

他的推理是:

“有若干行为规则,不论什么社会组织,如果它要适存的话,均应加以包容。这种规则实际上构成法律的共同要素和所有社会的习俗道德,社会发展到一个程度,这些规则被突出为不同的社会控制形式。”¹⁸⁶

国际法当然是这样一种社会控制形式,为该国际社会的组成成员——民族国家——所设计和接受。

Hart 接着指出:

¹⁸⁵ H.L.A.Hart, The concept of Law, 1961年,第188页;着重线为新加。

¹⁸⁶ 同上。

“这种公认的行为原则，其基础在于有关人的基本真理、人类的自然环境和目的。这些原则可以视为自然法的起码内容，而有别于更华丽的、更具有挑战性的，往往以自然法的名义建立的法律”¹⁸⁷

这里是公认的、被实证派法学接受的起码内容，它质疑其他学派的一些更接近字面的假定。我们剩下的是所有法律制度必须遵循的共同标准。

试从另一个观点来探讨这个问题。过去三个世纪以来，国际社会成员一直致力于为国际社会的行为拟订一套规则和原则，就是我们大家称之为国际法的规则和原则。在这样努力时，它们必须要问自己，在这套规则中是否有一条规则，可以不论什么理由据此原则而消灭国际社会中的成员或进而消灭整个国际社会本身。遵守此规则的国际社会能否被认为已经接受该项规则，不论它在该社会采取哪种看法——实证主义的，自然法或什么其他学派？国际社会——用 HART 的说法，——是个“自杀俱乐部”吗？

这个方面同样地已经为非核国家的敏锐法学家所强调，他们警觉到他们国家在其他国家的冲突中面临的可能后果，在这场冲突中，虽然它们不是当事方，但它们可能承受由此造成的核毁灭的后果。难道自称是整个国际社会的法律制度的国际法能够接受任何可能毁灭其社会的原则？

“没有一个法律制度可以赋予其任何一个成员权利去毁灭产生该法律以及该法律力求规范其活动的社会。换言之，没有一个法律规则允许以核武器进行威胁或使用核武器。总之，核武器是一个前所未有的东西，它要求我们重新思考对传统国际法的自我理解。这种再思考将显示，问题不是对现行战争法的一种解释是否禁止以核武器进行威胁或使用核武器，或另一种解释允许这样做。而是，问题是这种辩论是否可以在法学界进行。事实上，这是一个完全不可能以法律处理的问题，因为它无法容忍一种否定其本质的解释。法律的目的是事物的

¹⁸⁷ 同上，第189页，着重线为新加。

理性秩序,其核心是生存、而核武器则摧毁实现生存目的的一切希望。就这个意义而言,核武器按其本质是非法的。”¹⁸⁸

HART 所强调的人类活动的正当目的是生存,这也见于 Nagendra Sinsh 的言论中,他是国际法院的前任院长,他在他关于核武器的开创性的研究中指出:

“如果一个国家论证说,为了从奴役中拯救人类,它认为必须将人类消灭,这是太傲慢了。……没有一个自以为是的国家有权消灭其同类,或即使是摧毁成千上万公里的土地及其上的居民,而自负的希望一个瘫痪的痛苦不堪的人类——这是核战争的必然结果——是一个较丧失人类尊严更为值得赞美的目标,丧失尊严则是在使用核武器之后也许会、也许不会产生的不确定结果。”¹⁸⁹

Nagendra Singh 在同一本著作中认为,

“使用这种武器不仅同战争法相抵触,而是同国际法本身也不相容。”(第17页)

另一个对这个问题的理论性探讨是 John Rawls 在其著名的关于法律即为公正的研究中所提出的“蒙在无知中”的论点。¹⁹⁰

如果我们要设计一套我们准备在其中生活的法律制度,那么这一论点可以作为衡量这种制度是否公正的标准:如果对在该法律制度内每一组成成员的未来地位必须在蒙在无知中作出,其成员是否将准备予以接受?

¹⁸⁸ B.S. Chimni, “Nuclear Weapons and International Law: Some Reflections”, 载于 International Law in Transition: Essays in Memory of Judge Nagendra Singh, 1992年,第142页;着重线为新加。

¹⁸⁹ Nagendra Singh, Nuclear Weapons and International Law, 1959年,第243页。

¹⁹⁰ John Rawls, A Theory of Justice, 1972年。

一个认为它忠于这样一种国际法制度,但不知道它是否属于核国家集团的国家,而且如果其中载有一条规定据此他国有权使用一种可以将其摧毁的武器,则不可能期望该国遵守这个制度的。如果甚至不使它享有拥有这种武器的权利,它更不会同意;如果它在它根本不是当事一方的他国争吵中可能被毁灭或遭受到无法弥补的损害,它就根本不会同意。

如果一个国家有幸成为核集团的成员,当然它是处于一种有利的地位;但是如果一国不幸成为非核集团的成员,它会在对它的地位蒙在无知中接受这种法律制度吗?如果核集团的成员给予无人可以监督的保证说,它们只是在极端紧急的情况下才会使用核武器,那会有所不同吗?对这类问题的答案是无庸置疑的。根据公正与合法性的考验,这种法律制度一定过不了关。

这种理论上的睿智,在决定使用核武器的非法性是否构成一种基于理性或公正的国际法制度的起码内容的问题上,具有重要的价值。不论根据在现代法学文献中均被广为接受的那一种考验,适用于核武器的国际法的规则均将是:使用核武器是不能容许的。

象这类的基本考虑往往在关于核武器的合法性讨论中为人忽视。就对国际法整个制度的合理性具有如此本质性的问题而言,这类看法不容忽视。

2. 战争的目的

战争本身决非目的,它只是达到目的的一种手段。1868年《圣彼德堡宣言》(已在关于人道主义法的第三.3节中指出)中曾对此予以确认,其中规定削弱敌人的军事力量是战争唯一的合法目标。按照这项原则,人道主义法拟订了曾经提及的规则,即“交战者在损害敌人手段方面,并不拥有无限制的权利”(1907年《海牙章程》,第22条)。

所有战争法律的研究均将毫无意义,除非它是以战争的目的为对象,因为只有这样,才能适当地看清战争的限制。这就有必要简要补述一下战争目的的理论。关于

这个问题的文献已经存在了两千多年。

在讨论超破坏性武器时，我曾经提及印度最伟大的史诗《罗摩衍那》和《薄伽梵歌》中所载的古典印度传统。禁止的原因是武器超出了战争的目的。

这正是亚里士多德所传授的，他在《政治学》第七册中写道：“战争必须被视为只是实现和平的一个手段”。¹⁹¹ 记得亚里士多德曾经对只是必要的或有用的行动和其本身是好的行动加以区别。和平本身是好的，战争只是实现这个目的的一种手段。没有所希望达到的目的——即和平，战争从而是没有意义的，是无益的。将这一意义应用于核情况，一种毁灭另一方的战争完全是没有意义和无益的，因此毫无理由。亚里士多德对战争的看法是，战争是一种正常状态的暂时中断，当战争无可避免地结束时，产生一种新的平衡。

自1713年乌得勒支和平以来一直支配欧洲外交的理论，其假定不是消灭其对手，而是达成一种让被征服者占有明确地位的、切实可行的势力均衡。甚至克劳塞维茨鼓吹的战争是外交的延续的极端理论，其假定也是被征服国家作为一个可存续单元而继续存在。

《联合国宪章》本身是根据这一基本原则制定的：使用武力是非法的（除非是为了严格限制的自卫例外情况），《宪章》的目的是使人类免于战祸。双方和平是《宪章》设想的结果，不是冲突任何一方的彻底毁灭。

核武器使这些理论成为不切实际。未来相互投掷核弹，如果万一发生，将发生在没有任何国家可以垄断核武器的世界。一场核战争将不会象对付日本一样，因一个单一国家使用核武器而结束。无可避免地将会发生互投核弹的情况，特别是发生在一旦有核攻击则会立即引发自动用核武器报复的世界。

¹⁹¹ 亚里士多德, *Politics* (政治学), John Warrington 译, Heron Books, 1934年, 第212页。

这种战争不是一种我们所熟知的国家仍可以作为一个可存续实体而存在的战争。走在核战争废墟上的灵魂将是一颗绝望的灵魂，余悸犹存的胜利者（如果还有胜利者），和被征服者并无分别。下面列举一个战争方法学的例子以资说明，它超出了战争的目的。

3. 根据《联合国宪章》的一种“武力威胁”的概念

大会所问的问题涉及使用武力和武力威胁。理论上，使用武力即使是最简单的武器，根据《联合国宪章》都是非法。因此，要考察使用核武器这种武力是否违反国际法，是没有意义的。当甚至使用一只步枪都被禁止时，却要询问是否禁止使用核武器，是毫无意义的。

在《宪章》的意义内，武力威胁的问题需要加以注意。要解答这个问题，有必要考察《宪章》内武力威胁的概念。

《联合国宪章》第二条第四项规定威胁任何国家之领土完整或政治独立均为非法行为。1970年《关于友好关系之国际法原则宣言》中重申：

“此种使用或威胁使用武力构成违反国际法及《联合国宪章》之行为，永远不应用为解决国际争端之方法。”（大会第2625(XXV)号决议）

其他确认国际社会关于理解威胁为超出国际法范围的文件包括1965年的《关于不容干涉各国内政和保护各国独立和主权宣言》（大会第2131(XX)号决议），以及1987年的《关于加强不使用武力原则的宣言》（大会第42/22号决议，第2段）。

应该指出，《联合国宪章》没有区别使用武力和武力威胁，两者均在合法行动的范围之外。

许多国际文件确认无条件地禁止武力威胁，其中包括1949年的《和平纲领宣言》（大会第290(IV)号决议）、1970年的《加强国际安全宣言》（大会第2734(XXV)号决议）、1988年的《关于预防和消除可能威胁国际和平与安全的争端和局势以及关于联合国在该领域的作用的宣言》（大会第43/51号决议）、《赫尔辛基最后文

件》(1975年)要求缔约国不得以武力进行威胁或使用武力。《波哥大公约》(《美洲和平解决争端条约》)甚至更为具体,其中要求各缔约国“不得以武力进行威胁或使用武力,或使用任何其他强制手段解决其争端……。”

因此,不使用威胁的原则和不使用武力原则同样有坚定的基础,并且在多种条款中这项原则没有任何例外。所以,如果威慑是一种威胁形式,它必然在禁止使用威胁的范围之内。

我将在关于威慑概念的第七.2节内进一步详细讨论。

4. 战争法中的平等

现有的国际法律制度本身存在着某些结构上的不平等,但国际法的本质即其全部准则和原则是平等地适用于所有的人。在一种法律制度内的人人平等是法律制度的完整性和合法性的核心要素,构成国际法主体的原则也是如此。最不应该的是,对强者实行一种法律,对其他的人实行另一种法律。没有一个国内制度会接受这种原则,也没有任何一种以平等概念为前提的国际制度会接受这种原则。

1825年,美国首席大法官约翰·马歇尔说过一句名言,即“没有一种一般法律的原则较各国完全平等的原则更普遍地受到承认。俄罗斯和日内瓦享有平等权利。”¹⁹² 与国际法制度的所有部分一样,平等的概念已纳入战争法内。

另一个反常现象是,如果根据习惯国际法,使用核武器是合法的,这就同剥夺联合国185个会员国中的180个会员国甚至拥有这种武器的权利相抵触。习惯国际法不能在适用时如此地不平等,特别是如核大国所主张的,如果使用核武器对它们的自卫至关重要。自卫是各国最为珍贵的权利之一,并且经《联合国宪章》第五十一条确

¹⁹² Antelope 案,(1825)10 Wheaton,第122页。参看 Vattel,“一个小共和国之为主权国家不亚于一个最强大的王国。”(Droit des Gens(人民的权利),Fenwick 英译,载于 Classics of International S.18.)

认为联合国每一会员国的固有权利。如果这项权利按不同程度赋予联合国大家庭的不同会员国,这样的主张是完全不能接受的。

事实上的不平等一直是存在的,并且只要国际社会由主权国家组成,并将继续存在。因为这些国家必然在面积、力量、财富和影响力上不同,但是当把事实上的不平等变成法律上的不平等,则在概念上是一个大跳跃。正是有些人借着这种跳跃才论证说,例如,因为《日内瓦公约议定书》没有明言禁止使用核武器,就等于默认核大国使用核武器的合法性。议定书中的这种沉默意味着同意不处理这个问题,而不是同意使用核武器的合法性。美国和联合王国所提的“谅解”认为,1977年对1949年四项日内瓦公约的附加议定书所确立的或新近成立的规定没有管制或禁止使用核武器,但这项谅解并没有破坏在这些正式协定达成之前早已有之并且还体现于这些协定之中的基本原则。这些协定完全没有基于可以破坏这些原则的概念或法理。在概念上不可能将这些条约条款中未处理核武器问题视为推翻这些原则或超越这些原则。

同样的考虑也适用于另一种论点,即认为部分禁止核武器的条约必须被解释为意味着目前接受使用核武器的合法性。

这种论点是没有充分根据的。在一种无力避免的情况下作出实际的安排,既不是同意这种情况,也不是承认其合法性。它不可能对这种情况赋予一种承认其合法性的地位。马来西亚对此作了一个比喻,即例如实施换注射针方案以尽量减少疾病在吸毒者中传播。不可以将这种方案解释为滥用毒品是合法的(书面意见第14页)。重要的是,在涉及核武器的一大批决议和宣言中,没有一个是认可基于任何理由使用这种武器。

如果只有一些国家有权使用化学武器或细菌武器进行自卫,而其他国家无权这样做,这样的法律规定将是不可思议的。声称有些国家可以使用核武器进行自卫,这里所涉的原则完全没有不同的法理依据。

在这方面另一个要考虑的特点是,国际社会按其定义是一个自愿性的组成。其

中没有任一构成部分自上而下对任何另一构成部分施加限制。除非是在平等的基本前提之下,这种结构是完全不可能的。否则,“危险是确实存在的;法律只不过是表达最强者的意志。”¹⁹³

如果国际法主体是要保留它需要在国际社会执行其多重和有益的功能的权威,则其构成部分的每一部分均应可以在平等的铁钻上接受考验。有些结构性的不平等的确是国际基本体制固有的,但这同将不平等引入所有国家都遵循的实体法律的主体,是一种完全不同的主张。

无需指出,本节所述内容都是讨论不论什么国家,不论在什么情况下,使用核武器是完全非法的。国际法所依据的平等原则唯有在这意义下才可以适用于重要的国际核武器问题。

5. 战争法中双重体制的逻辑矛盾

如果人道主义法律不适用于核武器,我们将面对这样的逻辑矛盾,即战争法律适用于某些种类的武器,不适用于其他种类的武器,而这两类武器可以在同时使用。一组原则适用于所有其他武器,而另一组原则适用于核武器。当两类武器使用于同一战争中,武装冲突的法律将陷于混乱无序。

日本是一个曾经对之使用过两类武器的国家,所以这个问题似乎首先引起日本学者注意是不足为奇的。Fajita 教授在一篇引用他著作的专论中指出:

“这种分开常规战争和核战争的管制领域的办法,将造成一种不易想象的奇怪结果,因为常规武器和核武器在今后的武装冲突中最终将在同一情况下被同时使用”¹⁹⁴。

¹⁹³ Weston, 前引书,第254页。

¹⁹⁴ Kansai University Review of Law and Political Science, (1982年)3期,第77页。

这种双重体制与所有的法律原则不符,从来没有提出过原则性的理由把核武器从适用于所有武器的一般体制中列为例外。至今所提出的理由只是政治性的理由或权宜之计,没有一个法院,也没有一个一贯的法学会接受这种二分法。

在这方面值得指出,甚至否定核武器本身为非法的国家都在其军事手册中指示其武装部队,对于核武器,要按照适用于武装冲突中其他武器的同一标准来判断。¹⁹⁵

6. 核决策

在决定使用核武器是否合法时,要考虑的一个因素是关于使用核武器的决策过程,因为要考虑到核武器具有摧毁全球的巨大潜力。

对是否使用核武器的决定,如果终于作出此决定,往往是在一种不允许作出细致法律评价的情况下作出的,这种决定极可能是在情绪高昂、时间紧迫和真相不明的时候作出的。它将不会是审慎衡量后的决定,不会是在对所有有关的实际情况作出详细和客观的评价后作出的。它将在极大的压力下和紧张中作出的。需要深思熟虑评价的法律问题可能必须在数分钟之内决定,甚至是由军事人员而非接受过法律训练的人员来决定,而这些问题实际上太复杂,需要法院几个月的时间来处理。人类的命运不可能公正地靠这种决定来决定。

对核决策过程的确曾经作过研究,这些研究查出四种核危机的特征。¹⁹⁶如下:

1. 作出关键决定的时间不足。这是一切危机的根本之点;
2. 所涉利害太大,特别是预期将对国家利益造成严重损失;

¹⁹⁵ 见Burns H. Weston, 前引书,第252页,脚注105。

¹⁹⁶ 见Conn Nugent, "How a Nuclear War Might Begin", 载于 Proceedings of the Sixth World Congress of the International Physicians for the Prevention of Nuclear War, 前引书,第117页。

3. 因可靠的信息不足,造成高度的不明确性,即不清楚究竟是怎么回事,敌人的意图是什么等;

4. 领导人往往受到政治考虑制约,限制了他们的选择。

如果这就是领导人采取行动时受拘束的情况,如果他们必须在缺乏指导准则的情况下衡量使用核武器是否合法这个困难的问题,那么使用核武器时所冒的不合法的风险是很大的。

我认为,应当宣布核武器在任何情况下都是非法的。如果在某些情况下是合法的,不论如何不可能,这些情况均须明文规定(否则一种混乱的情况将变得更混乱)。

六、国际社会对核武器的态度

本节内容十分重要,不仅由于人类良心和文明国家公认的法律普遍原则的考虑,而且是因为联合国的法律产生于联合国各国人民的意志。联合国成立以来,没有一个问题能引起会员国如此持久广泛的注意。种族隔离曾是一个重大国际问题,直到不久以前,一直引起极大的关注。但是对于核武器的长期关注可能更为深刻,对核武器可能造成的后果有一种普遍的憎恶。全世界反对核武器的狂潮从未消退过,毫无疑问,只要世界武库中仍有核武器,这一狂潮将继续汹涌澎湃。

1. 彻底销毁核武器的最终目标的普遍性

国际社会对核武器的态度一直坚定不移:核武器是对文明的威胁,必须销毁。必须彻底销毁核武器是大会几项明确决议的主题,这些决议在本意见的其他地方已曾提到。

国际社会对此问题最近一次声明是在1995年不扩散条约审查会议上,在其《核不扩散与裁军的原则和目标》中,会议强调了“彻底销毁核武器和缔结全面彻底裁军条约的最终目标”。这是国际社会表达的一致态度,也是每个国家尽一切可能实现彻底销毁核武器的明确承诺。

《不扩散条约》绝没有使拥有核武器合法化,条约的目的是清理并且最终销毁核武器。条约的序言部分明确呼吁清理所有现有库存,并在国家武库中消除核武器。条约认为,继续拥有核武器不是绝对的,而应符合一个最高的条件——就早日停止核军备竞赛的有效措施进行有诚意的谈判。这个条件和整个条约的含意并没有接受核武器,而是谴责和否定核武器。1970年3月5日《不扩散条约》生效的时候是如此,1995年召开不扩散核武器条约缔约国审议和延长大会时也是如此。¹⁹⁷

1995年不扩散核武器条约审议大会体现的普遍性或其承诺的力量并非史无前例,而仅仅是重申了1945年联合国第一项决议表达的意见。因此可以说,从联合国成立至今,对销毁核武器有一项普遍承诺,这一承诺只是对核武器破坏性后果的普遍憎恶的自然结果。

2. 支持全面销毁的压倒多数

众多的大会宣言一直极其明确地表达了这种意见,提供了以下所述考虑适用法律的背景。

绝大多数国家反对核武器并努力争取完全取消核武器,是无可争议的。

1946年1月24日大会十七次全体会议通过的第一项决议任命了一个委员会,其职权范围,除其他外,是“摒除国防军备中原子武器以及其他一切为广大破坏之主要武器”提出具体建议。

¹⁹⁷ 会议通过的《核不扩散和裁军的原则和目标》决定2第4段规定了各缔约国的一项义务,把以下目标与条约的延长紧密联系起来,除其他外,“核武器国家决心进行全球性有步骤、渐进的裁减核武器的努力,其最终目标为销毁这些武器”(第4款(c))。此外,裁军谈判会议将不迟于1996年完成《全面禁止核试验条约》的谈判(第4款(a))。

1961年,不结盟运动国家元首在贝尔格莱德明确声明,需要一项禁止一切核试验的全球协定。不结盟运动包括亚洲、非洲、拉丁美洲和欧洲的113个国家,其领土内不仅有世界人口的大多数,而且地球自然资源和生物多样性也占大多数。不结盟运动一直谋求实现禁止核武器的目标,并始终如一地支持大会和其他国际讲坛为实现这一目标通过的一系列决议。¹⁹⁸ 绝大多数国家要求不使用核武器,使得对国际社会对这一问题的总体态度不容置疑。

出庭的国家向法院提供了一份清单,列出了表达压倒多数会员国对核武器态度的联合国决议和宣言。其中有几项决议不仅认为使用核武器是违反国际法,而且认为构成危害人类罪。

这一类决议包括大会于1973年、1979年、1980年和1981年通过的关于不使用核武器和防止核战争的决议。这些决议分别以103票、112票、113票和121票赞成,18票、16票、19票和19票反对,18票、14票、14票和6票弃权获得通过。这些当然可以说是绝大多数(见马来西亚书面意见附录四)。

把消除核武器作为目标的决议为数众多。一个国家(马来西亚)在书面意见中列出的这类决议多达49项,其中几项以类似的多数赞成获得通过,有几项根本没有反对票,只有3或4票弃权。例如,1986年和1987年缔结关于保证不对无核武器国家使用或威胁使用核武器的有效国际安排的决议分别以149票和151票赞成,0票反对,4票和3票弃权获得通过。这种以彻底销毁为目标的决议表明了全世界的态度:核武器有害于世界各国的普遍利益。

大会是国际社会的主要代表机构,其各项宣言本身也许不能成为法律,但由于在一系列决议中如此经常和明确地加以重申,极大地巩固了习惯国际法中不允许使用核武器或以此进行威胁的意见。此外,再加上其他所有反对以核武器进行威胁或使用核武器的各种全球性宣言,这种立场进一步得到加强。一些大会决议本身是否是

¹⁹⁸ 见上文脚注97。

“立法”决议,是应该认真考虑的问题,学术界对这种观点的支持众多。¹⁹⁹

虽然这些决议的主要力量来自不结盟运动国家,但不结盟运动以外一些国家也一直支持这种非法论。在本法院主张非法论的国家,如瑞典、圣马力诺、澳大利亚和新西兰,甚至在不主张核武器为非法的国家中,观点都大不相同。例如,有人向我们提到意大利参议院于1995年7月13日通过的一项决议,该决议建议意大利政府采取支持本法院裁决谴责使用核武器的立场。

应该记得,联合国185个会员国中只有5个会员国有核武器并以此资格宣布了政策。从形成国际习惯的角度看,185个国家中5个国家的惯例和政策似乎不足以成为主张已形成习惯的基础,不管这五个国家的全球影响如何。马来西亚对此这样说:

“如果人类法律和公众良知的意愿要求禁止这种武器,这五个核武器国家无论如何强大,都不能与之对抗。”(CR 95/27, 第56页。)

面对如此压倒多数国家的意见,很难说不存在反对使用或威胁使用核武器的法律意见。当然不可能主张存在一种赞成说,使用或威胁使用核武器为合法的法律意见。

3. 世界公众舆论

除了所有这些官方意见,还有全世界广泛和压倒性的舆论。对核武器的强烈抗议来自学术团体、专业团体、宗教各派、妇女组织、政党、学生联合会、工会、非政府组织以及表达舆论的几乎每一个团体。全世界现在有几百个这样的团体。下面这些团体的名称只是显示这种组织的广泛性:国际防止核战争医师协会、反对核武器医学运动、科学家反对核武器、人民支持核裁军、律师反对核武器国际协会、演

¹⁹⁹ 例如, Brownlie, Principles of Public International Law, 第4版, 1990年第14页, 认为描述使用核武器和热核武器的1961年第1653(XVI)号决议就是这种“立法决议”。

员和艺术家核裁军国际协会、社会科学家反对核战争、争取实现无核未来协会、欧洲反对核武器联合会、核时代和平基金会、核裁军运动、核裁军儿童运动。这些团体来自各个国家,各行各业,遍及全球。

本意见一开始还提到本法院收到几百万人的签名。

4. 目前的禁止

地球表面的很大一部分空间和这一地表之上的全部空间以及海洋表面以下的空间,都已成为在法律上禁止核武器存在的范围。取得这一成果条约是1959年《南极洲条约》、1967年关于拉丁美洲和加勒比地区的《特拉特洛尔科条约》、1985年南太平洋《拉罗通加条约》、以及1996年关于非洲的《开罗条约》。此外,还有在大气层和外层空间禁止核武器的条约和1971年《禁止在海床洋底及其底土安置核武器和其他大规模毁灭性武器条约》(见CR 95/22,第50页)。这样,人类所活动空间的大部分都宣布禁止核武器。因此,如果没有对核武器无法控制的危险以及必须彻底销毁核武器的普遍一致的认识,这一结果是不可能实现的。

5. 部分禁试

同样,如果没有这种全球性的共同态度,部分禁试和削减核武器数量的构想也不能取得目前的成果。这些措施中的重要者包括:禁止在大气层试验核武器的1963年《部分禁试条约》和1968年《不扩散核武器条约》。这些条约不仅禁止在某些环境中即使是试验核武器,而且规定禁止核武器的横向扩散,使核国家和无核国家都承担某些法律责任。现在正在谈判的《全面禁止试验条约》的目标是消除一切核试验。裁武会谈协定(第一阶段裁武条约和第二阶段裁武条约)目标是大幅度削减美国和俄罗斯联邦的武库,每年使其各自的库存大约减少2 000件武器。

6. 哪些是最特别有关的国家?

如果说核国家是最受影响的国家,它们的反对意见就是需要考虑的重要因素,尽

管在数量上它们只占联合国185个会员国当中的一小部分(大约2.7%)。

核大国一直强调它们作为最受影响国家的这个方面。

然而,不应该草率地假定,就核武器而言,核国家一定是最有关的国家。核国家拥有核武器,但是忽略考虑一旦使用核武器而受到影响的国家是不现实的。它们也是最有关的国家,因为如果使用核武器,它们的领土和人口受到核武器损害的危险并不少于核大国。埃及在陈述中提出的就是这个观点(CR 95/23,第40页)。

为了探究核国家是特别最受影响的国家的说法是否合理,可以举核试验为例。假定某宗主国在遥远的殖民地进行一次核试验,但由于控制非常差,承认泄出了放射性物质。如果受影响国家以该试验是非法为由提出抗议,而宗主国企图辩解称,由于它是核武器的拥有者,所以是最受影响的国家,这样说便是怪论了。显然,受到核爆的一方的国家才是最受影响的国家。实际战争中情况不会有很大的不同,因为空中爆炸核武器的核辐射不可能仅限于目标国家。邻国完全有理由认为,最受影响的国家是它们,而不是核弹的拥有者。

尽管核武器实际上是在其领土上爆炸的国家提出抗议,这一主张也站得住脚。鉴于1945年以来发生的十几场战争几乎没有在任何核大国的土地上进行,后一种观点的正确性便是显而易见了。研究最有关国家的问题时,这是一个应当考虑的有关情况。

对这一问题公允的看法是,无论核国家或无核国家,没有任何一类国家可以说其利益特别受到影响。世界上每个国家都受到核武器的特别影响。因为生死存亡的问题是普遍关切的问题。

7. 各国参加区域条约是否就是承认核武器为合法

美国、联合王国和法国已经在书面陈述中提出一种立场,认为由于签署禁止在拉丁美洲和加勒比地区使用核武器的《特拉特洛尔科条约》之类的区域条约,签署国含蓄地表示并没有全面禁止使用核武器。

这些条约的签署国试图在其区域建立和加强不扩散制度,不是由于它们不接受核武器完全非法,而是由于赞成核武器的国家不接受。

各区域的国家在通过众多大会决议时所持的态度清楚地表明了它们的立场,有些国家,例如哥斯达黎加,它们的投票理由是:使用核武器是危害人类罪,是违反《联合国宪章》和/(或)违反国际法的行为。

的确,条约的文字本身清楚地表明了签署各方对核武器的态度,因为条约认为核武器构成“对人类健全的侵害”,并称核武器“最终甚至可能使整个地球无法居住”。

七、一些特别方面

1. 《不扩散条约》

有人提出论据,认为《不扩散条约》含蓄地承认核武器的合法性,因为所有参加国都同意核大国拥有核武器,未表示反对。这一论点引起了许多问题,其中包括:

(一) 正如上文所述,《不扩散条约》与使用或威胁使用核武器的问题无关。任何地方都没有授权使用或威胁使用这种武器。

(二) 该条约处理的是可以称为“逐步减少的状况”。国际社会面临的现实是:大量核武器已经存在,并且可能扩散。国际社会的最近目标是逐步减少核武器的库存。

正如一些国家向法院提出的呈件所强调,制定这一条约的现实背景是:无论国际社会是否赞同,现实情况是确有少数核国家和为数众多的无核国家。现实情况是,核国家不愿放弃核武器,扩散是一种严重的危险,所以应该采取一切可能措施防止扩散,同时确认消除核武器是共同的最终目标。

(三) 如上文所述,接受某种不可避免的情况并不等于对这种情况表示同意,因为承认存在无力防止的不良情况,与同意这种情况截然不同。

(四) 在这种逐步减少的情况下,绝不可能暗示,有权拥有的意思就是有权使用或

威胁使用。如果说存在着拥有的权力,这只是在这一库存能够被逐步减少之前,暂时有受到限制的拥有权。

(五) 该《条约》序言部分非常清楚地表明其目标是:

“停止制造核武器,清除其现有全部储存,并从各国武库中取消核武器及其运载工具”。

应该指出,序言部分是包括核国家及无核国家所有各方的一致意见,说明在战争中使用核武器是“将使全人类遭受浩劫”。

这些清楚地表明,该条约不但绝没有承认核武器的合法性,并且实际上是国际社会削减已经拥有的核武器的集中努力,目标是彻底销毁核武器。这种为销毁一种武器的一致认识和协同行动,与认为国际社会相信核武器在核大国武库中继续保存是合法的看法,是很不相容的。

(六) 即使该条约使拥有合法化,这种合法地位也是暂时的,并且不能超过拥有。条约的范围和文字清楚地表明,这只是单纯地一种暂时拥有状况,签署国所同意的仅此而已,以这种同意换取核大国作出承诺,尽其最大努力消除这种所有签署国都认为应该反对而且必须予以销毁的武器。这里并没有承认一种权利,而只是承认一个事实。这一事实的合法性并没有得到承认,否则就不必要求补偿:就是所有核大国真诚作出一切努力消除这些武器;核武器之应予反对是整个条约形成的基本前提。

2. 威慑

本意见讨论《不扩散条约》时曾谈到威慑问题。然而,其他一些方面也值得注意,因为威慑涉及到威胁使用,这是征求本法院发表意见的事项之一。

(一) 威慑的含义

威慑的基本含义是,诉诸威慑的一方恫吓整个世界,声称打算一旦受到任何国家的攻击,就对其使用核武力。这一概念需要进一步研究。

(二) 威慑--防止什么?

就核武器而言,利用威慑是防止战争行为——而不是防止所反对的行动。²⁰⁰

为威慑目的拥有核武器存在的危险之一,就是使这种区别变得模糊,依仗核武器的力量,因其他国家采取不合意的行动进行威慑。这一论点当然对各种武器都适用,但更适用于核武器。正如Polanyi(波兰伊)所说,威慑的最令人担心之处,就是倾向于把防止战争的威慑这个有限目标扩展到对不合意的行动进行威慑(同上)。

例如,有人提出威慑可以用来保护某国的“重大利益”。什么是重大利益?谁来界定?是否可能仅仅是商业利益?是否是位于其他国家内或世界另一区域中的商业利益?

这方面另一种说法是保卫“战略利益”。一些呈件提出了所谓“次级战略威慑”,就是在一国重大利益受到威胁时,进行低当量“警告性发射”来达到目的(例如,见马来西亚的呈件,CR 95/27,第53页)。本意见不讨论这种类型的威慑,而只讨论针对战争行为进行自卫的威慑。

(三) 威慑的程度

威慑的程度可以各不相同,从最高威慑的概念到被称为最低或接近最低威慑战略。²⁰¹ 最低核威慑被描述为:

²⁰⁰ John Polanyi, *Lawyers and the Nuclear Debate*, 前引书, 第19页。

²⁰¹ R.C.Karp编, *Security Without Nuclear Weapons? Different Perspectives on Non-Nuclear Security*, 1992年, 第251页。

“一国(或若干国家)拥有最低必要数量的核武器即使遭受核攻击之后也能给敌国造成不能承受的损害的核战略”。²⁰²

威慑的原则在于大规模报复的威胁,正如布朗莱教授所说:

“如果付诸实施,这个原则会造成实际威胁与对威胁的反击不成比例。这种不成比例的反击不是《联合国宪章》第五十一条所准许的自卫。”²⁰³

这位作者还说,“威慑性核武器的主要目标是残酷可怕的报复,核武器是恐怖的工具而不是战争武器”。²⁰⁴

由于提出的问题是是否在任何情况下,可以合法使用核武器,因此必须讨论最低威慑问题。

(四) 最低威慑

威慑的一个问题是,一方看作防御性的行动很容易被另一方视为威胁性的行动,即使最低威慑也有这个问题。这种情况是传统军备竞赛的典型情况,不论涉及的武器种类如何。核武器的威慑引发核军备竞赛,从而引起各种各样的法律问题。因而即使最低威慑也会导致反威慑,导致核武器试验和紧张局势的不断加剧。因此,如果法律是反对威慑的,那么最低的威慑也仍然是要反对的。

²⁰² 同上,第250页,引用Hollins, Powers and Sommer, The Conquest of War: Alternative Strategies for Global Security, 1989年,第54-55页。

²⁰³ “Some Legal Aspects of the use of Nuclear Weapons”, 前引书,第446-447页。

²⁰⁴ 同上,第445页。

(五) 可信性问题

威慑需要使对方相信确实存在这样的意图，一旦受到对方攻击就会使用这些武器。虚张声势的把戏并不能使人了解这种意图，因为除非真有这种意图，否则很难使人相信自己的意图。因此，威慑的关键在于真正打算²⁰⁵使用这种武器。为使威慑有效，就是离开虚幻的世界，进入蓄意进行军事威胁的战场。

因此，威慑提出的问题不仅是威胁使用这种武器是否合法，而且是使用是否合法。由于威慑必须确保使敌人毁灭，因此威慑超出了战争目的的范围。此外，在应付武装攻击的一瞬间，精确地分级使用适当的战略核导弹或使用只造成最低损害的“干净”武器，似乎是不可能的。

(六) 区别威慑与拥有

与仅仅拥有相比，威慑的概念又迈出了一步。威慑不仅是在仓库里堆积武器。威慑意味着在随时准备实际使用状态下拥有武器。这就是说，这些准备立即发射的武器是与准备立即采取行动的指挥和控制系统相联在一起，意味着武器与运载工具相连接，意味着人员日夜待命，一经通知立刻采取行动。显然，储存在仓库里的武器与如此高度准备立即动用的武器大不相同。因此，仅仅拥有的概念和威慑的概念是明显能够区别的。

²⁰⁵ 在这方面进一步讨论意图的概念，见 Just War, Nonviolence and Nuclear Deterrence, D.L. Cady 与 Werner 编，1991年，第193-205页。

(七) 意图的法律问题

由于上述的原因,威慑便不是在仓库里堆积武器,用于恫吓,而是打算使用的库存武器。如果打算使用这些武器,就会产生与法律中意图有关的一切后果,不论是国内法还是国际法,就是意图造成会发生的损害或破坏。意图造成使敌人完全毁灭或者彻底消灭的损害或破坏,显然超出了战争的目的。²⁰⁶ 这种意图是威胁的概念中明显存在的心理因素。

然而,秘密隐藏的做坏事或犯罪的意图不会引起法律后果,除非随后采取那种行动。因此这种秘密隐藏的意图可能不是犯罪。然而,如果公开宣布这一意图,无论直接还是含蓄,都会成为威胁采取该种非法行动的犯罪行为。

从定义上看,威慑完全不是秘密隐藏的使用核武器的意图。如果不使用语言或含蓄地传达使用核武器的严肃意图,威慑就不成其为威慑。所以,威慑完全是威胁使用。如果一项行动是错的,威胁一定采取这项行动,特别是公开宣布的威胁,必然也是错的。

²⁰⁶ 从自然法的角度考虑威慑的理论意义,见Cady和Werner,前引书,第207-219页。又见John Finnis, Joseph Boyle和Germain Grisez, *LAUNuclear Deterrence, Morality and Realism*(1987年)。其他论点基本相同的著作有:Anthony Kenny, *The Logic of Deterrence*(1985年)和LAU*The Ivory Tower*(1985年); Roger Ruston, *Nuclear Deterrence-Right or Wrong?*(1981年),“Nuclear Deterrence and the Use of the Just War Doctrine”, 刊于Blake和 Pole编*Objections to Nuclear Defense*(1984年)。

(X) 使用为威慑目的所保存的武器的诱力

威慑的另一个问题是使用为威慑目的的保存的武器的诱力。法院已经收到许多可能使用核武器的案例,其中古巴导弹危机也许是最广为人知的。我们收到一份根据五角大楼文件进行的研究例举了1946年至1980年曾发生使用核武器可能性的众多案例。²⁰⁷

(Y) 威慑和主权平等

这个问题已经讨论过。如果承认自卫权利平等的原则,则所有国家或者都有权使用任何特定武器进行自卫,或者任何国家都无权这样做。前一种选择显然是不可能的,那么自然第二种选择必然成为唯一的选择。

对于化学武器或细菌武器所进行的比较已突出了这种不正常现象,因为国际法规则必需在国际社会的全体统一适用。目前还没有人提出解释为什么对核武器应该采用不同的制度。

(Z) 与圣彼得堡原则的冲突

如上文所述,《圣彼得堡宣言》(见上文第三.3节)宣布,削弱敌人军队力量是各国在战争中努力实现的唯一合法目的许许多多其他文件都遵循和赞同这一点(这方面请见上文第五.2节)。威慑理论的目标远不仅如此,其目标是摧毁重要城市地区和人口中心,甚至要“确保相互摧毁”。尤其在冷战期间,根据这一理论,随时待命的导弹把目标对准敌对大国的许多重要城市。这种政策与圣彼得堡庄严通过和国际社会多次表示赞同的原则大相径庭。

²⁰⁷ Michio Kaku and Daniel Axelrod, To Win a Nuclear War, 1987年,第5页;
CR 96/27,第48页。

3. 报复

法院在其意见中没有就当代国际法对报复原则的接受程度发表看法。令我感到遗憾的是法院没有利用这个机会证实在目前,不论是和平或战时,国际法并无关于可以报复的规定。

我想明确表示,我不认为报复权利为合法这种学说是当代国际法所承认的。

报复概念是否可能对还击规则开创一个例外?还击规则称,象所有其他军事行动,还击须受战争法的规范。

《关于各国建立友好关系及合作的原则宣言》(1970年第2625(XIV)号决议明确主张“各国皆有义务避免涉及使用武力之报复行为”。

Bowett教授力陈这一命题:

“关于国际法的命题很少有象关于根据《联合国宪章》使用武力进行报复是非法的这一命题那样得到支持,尽管在《宪章》中没有‘报复’和‘报仇’等字样,一些作者和安全理事会通常认为这一命题是第二条(第四)项禁止使用武力、第二条(第三)项以和平方式解决争端的命令以及限制各国为自卫使用可允许的武力的必然逻辑结果”²⁰⁸

虽然这是无懈可击的看法,应铭记着核武器必然造成大规模毁灭,因此带来了特殊问题。无论如何,对于针对一完全不同的战争情景而发展的学说不作一些重新审查便应用于核武器几乎是不可能的。

Bowett教授对这方面这样说:

²⁰⁸ D. Bowett “Reprisals involving Recourse to Armed Force”, (1972年) American Journal of International Law (美国国际法期刊) 第66号, 第1页用 Weston, Falk, D' Amato 著 International Law and World Order (1980年) 第910页的引文。

“首先，将一个关于常规战事的细节的学说推广用于大国的较量是十分不当的，因此以核武器作为战略和威慑使用，大国的较量相当于总体战而且也是战争目标的本质。”²⁰⁹

这一强烈的法律上反对有报复权的意见又因另外两个其他因素——进行报复一方的行为以及受到报复一方的行为——而强化。

进行报复一方的行动必须是慎重的，因为它的唯一正当目的有如上述。须严加遏止所有愤怒地或报复地想要释出所有核力量的任何倾向，关于这一点，注意到Oppenheim的意见是有益的，他在回顾各种历史前例后结论说：

“报复非但不能成为遂行正当战争的手段，可能变为无所顾忌地大量违反构成战争法的基础本身的规定之有效手段”。²¹⁰

所提到的历史前例除其他外，是指在德法战争、布尔战争、第一次和第二次世界大战中根据报复原则予以辩护的那些严重暴行。²¹¹ 它们证实了使用武力时的残暴、无所顾忌以及缺乏约束，而战争法的目的是要防止这些。本意见已经讨论，经过战争法的发展，即使还剩下一些报复权利，也因核武器的性质而消失殆尽了。

如果历史可以借鉴，从事报复一方在使用这种“报复权利”——如果真有这种权利——时在实际上将完全不顾报复的目的和限制——即限制于确保对战争法的遵守。

谈到作为行使报复权利的对象的一方——即本已不顾战争法的一方——的行为，只要该方未被完全摧毁，它会受激释出它所掌握的一切核力量以反击这一报复。

在这种情况下，请法院推崇对核攻击施以核报复的原则就是请法院推崇一项可随意和无克制地使用核武器的原则。

²⁰⁹ “Some Legal Aspects of the Use of Nuclear Weapons”，前引书，第445页。

²¹⁰ 前引书，第二卷，第565页。

²¹¹ 同上，第563至565页。

倘使关于报复学说有任何理由,唯一正当理由就是它遂行正当战争的手段,由于使用核武器时这一目标显然是无法达成的,所指的这一例外的唯一理由消失了。法律的原因消失,法律本身随之消失。

4. 内战

向法院提出的询问是指在任何情况下使用核武器。法院表示它对此不表示任何意见。我认为核武器的使用在任何情况下都应予以禁止。

禁止在对外战争中使用核武器的人道法不只是在越过国界时才开始生效,它们也适用于一国国内。

四项日内瓦公约的第3条都相同,规定适用于《公约》任一缔约国的领土内发生的所有非国际性武装冲突。

关于内战的1977年第二议定书用词类似马斯滕条款,提到“人道原则和公众良心的要求”。

因此,国际法原则上不分国内与国外民众。

此外,如果一国对内使用核武器,据以上对核武器后果的分析,这种对内使用的后果显然不会局限于国内。切尔诺贝利事件显示,它的后果将蔓延至境外。

5. 必要性学说

必要性学说是否提供了可允许使用核武器对不合法的战争行为进行报复的原则?

在老一辈的学者,特别是德国学派的学者²¹²中,有些人支持必要性原则,他们用德国成语“战争的必要性高于战争的方式”来表达这一学说。不过,一些德国学者并不支持这一意见,而且一般来说,它没有得到英国、德国、意大利和美国的国际法学者的支持。²¹³

²¹² 见Oppenheim前引书,第二卷第231页脚注6,所举的德国作者名单。

²¹³ 同上,第232页。

根据这一学说,除了违反战争法外,如没有其他手段可借以躲避初始非法行为所造成的极端危险时,战争法即失去其约束力。

不过,这个原则本身的起源可追溯至没有战争法,而只有战争的各种习惯的年代,当时战争的各种习惯仍未成为国际社会所承认有约束力的法律。自1864年《日内瓦公约》以来在确认这些原则具有约束力的法律方面所取得的进展使以下的立场再也站不住:这些原则光凭一方单独的片面的判断即可随意予以忽视。即使远在第一次世界大战以前,权威学者如Westlake坚拒接受这种学说²¹⁴ 随着新的大规模毁灭工具--特别是潜水的和空中的--在第一次世界大战出现后,这一学说日益危险且不适用。第二次世界大战期间出现大规模毁灭性工具,更进一步确定了应废弃该学说。

二次大战时代的战争罪行法庭的决定证明了该学说被推翻--即使确曾有过这种学说。由英国军事法庭判决的关于潜水艇战争的Peleus案(War Crimes Reports, i (1946)第1至16页);由美国军事法庭在纽伦堡判决的Milch案(War Crimes Trials, 7(1948)第44页);以及法庭讨论经济重大必要性的Krupp案(War Crimes Trials, 7(1948)第138页)都是在司法上明确拒绝接受该学说的例子。²¹⁵

必要性学说为报复、大规模蹂躏打开方便之门;如果使用核武器,甚至为种族灭绝开了方便之门。对于该学说凌驾于战争法原则,当代国际法是不容许的。

借用一位美国学者的话来说,

²¹⁴ Westlake著, International Law, 第二版, 1910至1913年, 第126至128页; L. Oppenheim编 Collected Papers of John Westlake on Public International Law, 1914年第243页。

²¹⁵ 关于这些案子,见Oppenheim前引书,第232至233页。

“有什么军事必要性去烧死整个城市的民众、污染远近中立国家的领土以及破坏未来多少世代的自然环境……?……果真这样,那么我们就见到纽伦堡的死亡、战争有理论的胜利、武装冲突中人道法则的实际废弃……‘相称性’的真正意义因此丧失,我们到了近乎宽恕种族灭绝罪的边缘,即军事行动以灭绝敌人目标,而非在战役或在冲突中取得胜利”。²¹⁶

6. 有限的战术性或战场核武器

前文曾提到那些以使用核武器为合法者的以下主张:使用“小型”或“干净”或“低当量”或“战术”核武器,可将核武器的内在危险减至最低。这个因素对法院面前的法律问题有重要影响,因此有必要较仔细地审查是否可接受:有限的核武器消除了反对者基于核武器的毁灭性而反对的理由。

在考虑这个问题时,应考虑下列一些因素:

- (一) 法院没有收到任何材料证明,有一种核武器不发出辐射、对环境不会产生有害后果、对当代和后代健康不会造成不利的影晌。如果确实有一种不具备本意见前述的任何独特性质的武器,则无从解释何以一种常规武器不足以达成使用这种武器所欲达成的目的。我们只能按我们所认识的核武器来讨论核武器。

²¹⁶ Burns H. Weston 著 “Nuclear Weapons versus International Law: A Contextual Reassessment”, McGill Law Journal, 第28期(1983年)第578页。

- (一) 高级军事权威²¹⁷和科学权威²¹⁸对小型核武器的实际用途均曾提出质疑。
- (二) 在自卫的范围内，曾提到(见上文第四节)美国前国务卿罗博特·麦纳马拉和基辛格博士所说的将反击限于所谓有限或最小反击的范围在政治上是有困难的。在核攻击中，假定对核战升级可加以控制是不切实际的想法。
- (四) 即使使用“小型”或“战术”和“战场”核武器，还是跨过了核的临界线，受到反击的国家不会知道这项反击只是小型武器的有限或战术性反击，因此设想它也会小心地作出同一类，即小型核武器的反击是靠不住的想法。全面核战争之大门将打开临界线将跨过。

所考虑的情景是对核攻击的有限核还击。由于一如上所述，

- (a) “有约束的还击”是不切实际的，
- (b) 关于首先发动攻击的核国家，在受到“有约束力的还击”后，设想它会对此给予一次“有约束的反击”更不切实际。

我们所考虑的是一个全面核战争的情景，因此有约束地使用核武器成为不正当行为。

本意见前文指出，假定受袭国在全面使用核武器时会自愿“刹车”，无疑是异想天开而且完全是猜测。在这种异想天开的猜测性假设之上建立人类的将来是不安全的。

²¹⁷ Colin Powell将军著A Soldier's Way, 1995年,第324页:“无论这些核武器的弹头多小,我们将跨过一个临界线。在这个时候如果使用核武器将是自广岛以来,最重要的军事决定之一……我开始承认重新考虑所有这些小型核武器的实际性。”

²¹⁸ 见Bulletin of the Atomic Scientists, 1985年5月,第35页和37页,马来西亚书面意见第20页引用。

- (五) 一个在法院出庭的国家指出，“任何企图证明在某一情况下使用单一核武器会符合人道原则的分析是空谈和全然不切实。实际情况是，核武器一旦使用起来，绝对可能引发核战”。（澳大利亚，加雷思·埃文斯，CR 95/22，第49至50页）。
- (六) 如果一国作好准备用核武器进攻，也许可辩称先发制人是自卫的必要之道，不过，如果这种先发制人的攻击所使用的是“小型”核武器，按定义来说它的冲击波、热力或辐射不会大于常规武器，那么将会发现同一问题，何以在常规武器能达成同样目的时，需要使用核武器。
- (七) 必须经常考虑到意外因素。核武器从未在战场上使用过。它们有限损害的潜力未经试验，其有限性迄今只是理论上的保证。考虑到在尖端科学实验中人为错误的可能性——甚至载满乘员的太空火箭会意外爆炸——永远不能肯定在建造中的某些错误或意外是否会使该武器丧失其所谓“有限”性。除了关于所使用武器的大小方面有精细的分级外，在紧急状态之下使用任何核武器确是充满很多意外的可能性。²¹⁹ 刚提到的裁研所研究报告强调，“一旦开始对抗，升级的危险非常之大”（第11页）。
- (八) 有人对技术核武器的“小型”表示怀疑，法院没有收到任何核国家提出任何关于这类武器的精确资料，另一方面，马来西亚请法院参考一个禁止进行“可能导致生产低当量核武器的研究和发展……”（书面意见，第20页），而低当量的定义是当量少于五公吨（广岛和长崎分别是十五公吨和十二公吨）。²²⁰ 在没有相反证据的情形下，可假设这一火力的武器也是充满了如本意见前文所概述的核武器所带来的全部危险。

²¹⁹ 见裁所研究报告 Risks of Unintentional Nuclear War 前文。

²²⁰ 1994年会计年度国防授权法公约103-160，1993年11月30日。

(v) 有人声称可使用一种能精确对准特定目标的武器。不过,近期在海湾战争的经验显示,即使最精密或“小型”武器有时也不能准确地命中目标。如果核武器有这种错误,后果之严重无以复加。

(vi) 由于卫生组织对使用最小型核武器所极可能引发的核战争中的死亡人数后计在一百万至十亿之间,只能赞同埃及在法院所表示的感受,它在举出这种伤亡数字后说:

“即使是尽量缩小规模,所推测的这种危险幅度与人道法一般原则完全相抵触”(CR 95/23,第43页)。

(vii) 用化学或细菌武器作一类比,没有人会辩称这种武器的少量使用所造成的损害将比较少,既然可限量使用,所以这些武器不是非法。同样地,如果核武器都不合法,“小型”武器不能成为“例外”。

如果核武器就内在本质上是不合法,不因少量使用或者使用较小型的核武器而成为合法,同样地,如果一国受到化学或细菌武器攻击,即辩称它有权使用少量这种武器进行还击,那也是荒谬的。所有这种武器即使用于自卫目的都不允许,其基本的理由是,很简单:它们的使用超过了战争的需要,所有这些武器都有这个共通点。

(viii) 即使--任何在法院出庭的国家都没有这样表示--有一种核武器完全不发出辐射、不是一种大规模毁灭性武器,法院将不可能界定哪些是合法核武器、哪些是非法核武器,因为这涉及远远超出法院能力以外的技术数据。因此,法院必须讲一般的合法性。

如果法院权威性地宣布:并非所有核武器都是非法的(即并非每一核武器都是非法的)这将为那些想使用或威胁使用核武器的国家打开方便之门,它们可借此辩称,它们所使用或要使用的任何特定武器都合乎法院裁决的理由。对此无从进行监督。不论一国选择使用那种核武器,只能听任自便。

无论法院陈述理由如何明确，假设想使用核武器的国家将会小心选择合乎法院所述理由的武器，是完全不切实际的。

八、反对提供咨询意见的一些论据

1. 咨询意见缺乏实际效用

有人提出这样的论点：无论法律上是怎样规定，核武器的使用问题是一个政治问题，充满政治意义，只能政治上决定。也许是如此，但必须指出，不论一个问题是多么带有政治性，澄清法律问题总是有价值的。这种澄清并非无效、无意义或无影响。

重要的是，法院应肯定法律就是法律。健全地建立在法律之上的决定因本身的内在权威性会受到尊敬。它将有助于建立遵守法律的舆论气氛。它将提高法院的权威，因为法院将被视为不理睬政治考虑坚定履行其澄清和发展法律的义务。

法院关于种族隔离制度之非法性的裁决当时简直没有被违法政府遵守的希望，但有利于创造瓦解种族隔离结构的舆论气氛。如果法院当时想的是其法令是否无用，种族隔离如果居然能结束，也很可能会经历更久才办得到。澄清法律本身便是目的，不仅是手段，当法律清楚明了时，其获得遵守的机会高于混淆不清时。

确实有人表示：在涉及“最高政策”的问题上，国际法的影响是最低的，不过，如Brownlie教授在答复这个论点时说“宁可坚持一个在发生危机时可能遭回避的禁令，总比完全没有标准好”。²²¹

在这个范围内，我还要举出本意见书在开头所引用的Apbest Schweitzes的见解：应让更多人认识核武器的非法性。

²²¹ “Some Legal Aspects of the use of Nuclear Weapons”，前引书，第438页，着重线为新加。

法院需要履行其司法任务，按照赋予它的权力和职责，宣告和澄清，不受政治范畴的考虑所左右——因为这不是它的事。

2. 核武器维持了世界和平

有些为核武器的合法性力争的国家辩称，这种武器在过去五十年在支持国际安全方面发挥了极重要的作用，有助于维持世界和平。

即使这一论点是正确的，它对法院的法律考虑简直没有影响。威胁使用一种违反人道主义法的武器不会因为它引起的恐惧对遭威慑的敌人产生心理效果而变为不抵触这些法律。因此，法院不能赞同建立在恐怖之上的一种安全。套用邱吉尔1955年在下议院的夸张话，我们于是遇到这样的情况：“安全是恐怖的顽强孩子，活下来是消灭的李生兄弟”。如果用恐怖来造成安全。如果能说活下来和消灭是一对李生的选择，这种全球制度使和平与人类将来都依靠恐怖。法院致力于坚持法律至上，不是唯力量或恐怖是视，而战争法的人道主义原则是本法院受命施行的国际法治的重要部分。

一个以依靠恐怖的世界秩序将我们带回霍布斯在《大海兽》中所形容的自然状态，君主“摆出格斗者的姿态；武器瞄准对方，眼睛盯着彼此……这是战斗的姿态。”²²²

国际法快要进入另一世纪了，已经有三个世纪以上的发展，包括一个世纪以上的人道法发展，它有能力不只是又表赞同国际法以恐怖为依靠使时代倒退至霍布斯所描述的自然状态，而不是格劳秀斯所设想的国际法，在同当年几乎同时期的两人迥异的世界观相似，国际法在今日的分歧中明确地赞成格劳秀斯的见解；这一案子给法院提供一个将来历史学家很可能称为国际法发展史的“格劳秀斯时刻”。令我感到遗

²²² Thomas Hobbes 著《Leviathan》，James B. Randall 编，Washington Square Press, 1970年出版，第86页。

憾的是，法院没有利用这个机会。看不出威慑与国际法之间的方面也许延续了霍布斯所形容的“战斗的姿态”，隐含在威慑学说之中。

不过，尽管这些考虑是无争论余地，关于威慑的价值在于它维持世界和平这一论据，其弱点并非仅此一端。历史事实证明，该论据是虚假的。有充分的文件显示在过去五十年间不止一次打算使用核武器，两个最为人熟知的例子是古巴飞弹危机(1962年)和柏林危机(1961年)，除此以外，有关的研究专著还可以补充许多例子。²²³ 世界在这几次徘徊于核浩劫的边沿，真所谓紧张得不敢呼吸。在这些对峙中，往往是那些控制核武器的按钮者的心理战，什么事都可能发生，迄今没有出现核弹对射算是人类运气好。说核武器拯救世界免于战祸也是不正确的，因为自1945年以来，发生过100多个战争，造成二千万人死亡。²²⁴ 一些研究显示，自第二次世界大战以来，世界每年都发生武装冲突，可能的例外是1968年，²²⁵ 更详细一些的估计显示，在1945至1990年间2 340个星期中，世界上总共只有三个星期真正无战事。²²⁶

诚然，没有全球性的灾难，但核武器没有使人类世界免受战争蹂躏。世上有许多爆发点如果冲突升级，如果有核武器可用，便可能引发使用核武器，如果真的发生将给“人类带来难言的痛苦”，而防止它发生正是《联合国宪章》的主要目标。

²²³ 例如The Nuclear Predicament: A Sourcebook, D. U. Gregory编, 1982年出版。

²²⁴ Ruth Sivard, 在World Military and social Expenditures, World Priorities(1993年, 第20页), 算出在这段期间有149次战争和二千三百万人死亡。

²²⁵ 见Charles Allen著, The Savage Wars of Peace: Soldiers' Voices 1945-1989年, 1989年。

²²⁶ Alvin和Heidi Toffler著, War and Anti-War: Survival at the Dawn of the 21st Century, 1993年, 第14页。

九、结论

1. 法院的任务

前文曾提到(见本意见第六节(4))致力反核事业有形形色色的团体--环境保护者、医生、律师和科学家、表演家和艺术家等专业团体、议会、妇女组织、和平团体、学生、联合会。不胜枚举。它们来自每一地区,每一国家。

其他有些人基于种种理由则持相反意见。

由于迄今在这个问题上,并无关于该法律的任何权威性声明,于是现在请法院发表意见。这项请求来自世界最高的代表组织,理由是:世界最高的司法组织关于这个非常重要的问题的一项声明对全世界将有助益。

因此这项请求使国际法院有此独一无二的机会就此独一无二的问题作出独一无二的贡献。法院发表的意见在司法上首次就该问题确立了一些重要原则。但它没有作出我认为应涉及的全面答复。

在本意见中,我列出我个人对该法律的结论,我认识到问题的深度和广度,但我将注意力集中在现有法律本身--集中在通过习惯国际法形成的涵盖核武器所造成的损害的特别事例的许多原则、尤其是人道主义法。一开始我就说,我对这个问题细加思考得出的意见是:使用或威胁使用核武器与国际法和国际法系统的基础有抵触。我在本意见中设法详述我的理由,并且说明何以现行法律--在所有情况下且毫无保留地--绝对禁止使用核武器。

令我感到安慰的是,这些法律结论与我所认为的问题的道德性和人类利益是一致的。

2. 人类的选择

在本意见结束时,我想略提1995年7月9日发表的罗素--爱因斯坦宣言。本世纪两位最杰出的学者伯特兰·罗素和阿伯特·爱因斯坦各有专长使他们极有资格就原

子所释出的力量发表权威性讲话。他们同世界上最杰出的科学家一道,就核武器问题向全人类发出一项深刻呼吁。这个呼吁基于对理性、人道和对人类前途的关切的各项考虑。国际法结构本身即包括理性、人道和对人类前途的关切。

国际法之内有一个部分特别关切人道主义法,本案是以该一理论的特定部分为背景的。在这个领域,罗素--爱因斯坦宣言所表达的关切极其清楚地发出轰鸣。

该一呼吁的部分摘要如下:

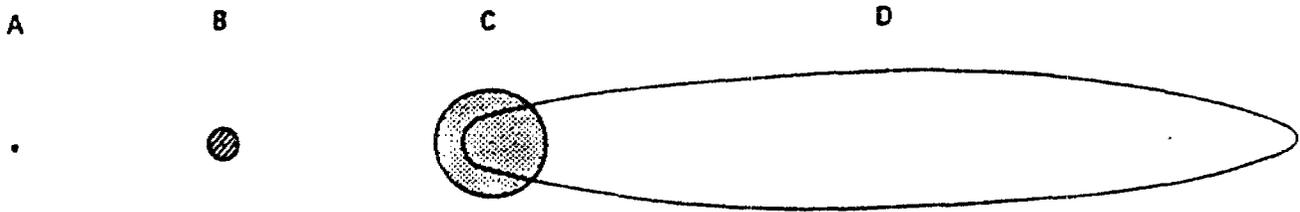
“没有人知道这些致人于死命的辐射粒子会传播到多远多广,但一流的权威一致认为,使用氢弹作战可能使人类从此消灭……我们作为人类的一分子向全人类呼吁:记住你们的人性,忘掉其他吧。如果做得到,通往新的乐园的道路是畅达的;如果做不到,则你们面临的是全部死亡的危险。”

如果国际法拥有必要的一系列原则借以作出答复,则能够大有助于人类驱散菌状云的阴影,欢迎阳光普照的无核年代的来临。

没有任何其他问题对人类前途有更深刻的意义,在国际法体系中响着人类将来的有力的脉搏跳动。过去这个问题从没有进入国际法庭的管区。如今既然第一次进来,就应当有说服力、明确、坚定地予以答复。

克里斯托弗·格雷戈里·威拉曼特里(签名)

附录
图示对中立国的危险
各种炸弹威力



- A - 第二次世界大战使用的巨型炸弹冲击波的致死区域
- B - 广岛炸弹冲击波的致死区域
- C - 1百万公吨核弹冲击波的致死区域
- D - 1百万公吨核弹辐射尘的致死区域

(原件：英文)

科罗马法官的反对意见

十分遗憾，我不得不对法院提出的咨询意见附加上这份反对意见，因为我基本上不同意因主席的一票而得以确保的法院结论：

“鉴于国际法的现状及法院所掌握的种种事实，法院无法确实断定，一国在生死存亡关头实行自卫的极端情况下，以核武器进行威胁或使用核武器，究竟合法还是非法”。

经过深思后我认为，这一结论不仅在现行国际法的基础上不能成立，而且，就象我将在后面表明的，它完全不符合向法院提出的大量重要材料。鉴于法院本身已经得出了以下结论，这一结果尤其令人惋惜：

“以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则，特别是人道主义法的原则和规则”。

除了“一般”一词外，这一结论是我同意的。根据现行法律和可以得到的证据，我经过深思后的意见是，在任何情况下使用核武器都是违反国际法的。核武器的使用至少会违反国际人道主义法的原则和规则，因此是同该法相抵触的。

我也不能同意促使法院提出该咨询意见的各种推理。有些我认为不仅在法律上站不住脚，而且甚至可能会有破坏现行国际法律秩序的作用。

根据法院面前的材料，据估计今天世界上有4万多枚核弹头，破坏威力大约为摧毁广岛的炸弹的一百万倍。在一个大型城市上引爆一枚核弹据说可以杀死一百多万人。这些武器，如果大量使用，可以消灭全人类，消灭人类的文明。因此核武器并不仅是另一种武器，它们被认为是一种绝对的武器，它们的破坏作用比任何常规武器广泛得多。就使用此种武器是否合法提出咨询意见的请求，我认为是这个法院作为一个法院，作为联合国系统合法性的监护者应该能够作出决定的一个事项。

我们承认，各国对核武器问题，以及对它们的可能后果的看法是有分歧的，对于

是否根本应该要求法院就此事项提出咨询意见也有不同的看法。但法院既然认为大会有权提出问题,而且既然关于恰当性或损害其司法性的任何问题没有任何“令人信服的理由”,法院就应该按照其《规约》第三十八条执行其司法职责,“依国际法”对该问题作出裁定,裁定时应同时适用国际公约、各国承认为既定规则或视为法律的一般惯例之证据的国际习惯,或所有各国承认为法律的一般原则、法院之司法判决和国际组织的决议,最低限度将其作为法律之证据。

我认为,利用核武器来防止战争是属于国际法的事项,如果法院接到要求就此事项作出裁决,法院就有权作出裁决。它的裁决将因确保法律受到尊重而有助于防止战争。法院在科孚海峡案中说明了法院的职责是“需要确保它作为其机关的国际法受到尊重”(《1949年国际法院判例汇编》,第35页)。曾任法院法官和院长的故纳吉德拉·辛格法官对该说法提出评论,认为那是法院在没有援引《联合国宪章》和(或)法院《规约》而自行提出的。他指出,“法院应注意这一事实是它为执行法律而存在的一种固有特性”(“国际法院的作用和记录”,第173页)。今天,国际法内存在着一个防止战争的系统,包括禁止使用武力、《联合国宪章》中维持国际和平的集体安全规定、利用和平手段解决国际争端的义务,和禁止武器、军备限制和裁军等方面的管制。法院对此案提出的咨询意见将可借对人类的一种保障,从而加强这一制度。

我认为,鉴于法院收到的材料,认为根据目前的法律状况,而且因为它所掌握的种种事实法院无法就其面前的事作出确实的裁决,完全是没有道理的,因为法律和事实都不是模糊或不足而使法院不能对此事作出确实的结论。另一方面,法院得出的结果可以被人解释为暗示现行法律中有一个空隙或缺陷,或者是因为法律不精确或其内容不充分或根本不存在而使得法院不能够对此事提出确实的结论。在我看来,对此事项作出结论不需要任何新的原则。法院只需要援引现有的法律。认为本案案情不明完全是没有理由的。法院一向认为,应由法院而不是当事方负起确认法律的责任。法院曾指出:

“根据现行国际法,对各当事方的权利和责任作出判决同它的司法职责并非不相容,而国际法显然是可以向前延伸的。……法律永远有改变的可能性;但这不能使法院可以推卸其根据裁决时存在的法律作出判决的责任……”(渔业管辖案,《1974年国际法院判例汇编》,第20页)

关于此事的法典不仅相当多,而且十分清楚和精确,足以让法院得出明确的结论。如果法院援用了所有各种法律,包括国际公约、习惯国际法的规则、国际法的一般原则、司法判决,以及国际组织的决议,法院就不可能得出所谓案情不明的结论。

此外,所有国家--核武器国家和非武器国家--都同意武装冲突中适用的国际法的规则、特别是国际人道主义法,适用于核武器的使用。这样的法已经写成文并编入法典,以限制各种武器的使用和战争的方法,其目的在于限制战争的可怕影响。其中心是人道的原则,其首要目标是减轻战争对平民和对战斗人员的影响。这项法律也建立了可据以对战争的方法和手段进行评判的制度。因此,以这样的制度为标准去评判涉及核武器--作为最终的大规模毁灭性武器--的冲突的影响势必是恰当而合理的。

尽管法院提出了它的结论,但它本身也承认,武装冲突法,特别是人道主义法的原则和规则,将适用于涉及核武器的冲突。因此,法院认为它无法确实断定一国在生死存亡关头实行自卫的极端情况下,以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法还是非法的结论是自相矛盾的;最多可以解释为查出两项原则,即遵守武装冲突中适用的国际法原则和规则的义务和一国自卫的权利,包括当它认为它到了生死存亡关头时候的权利。这些原则不是互相排斥的,它们是国际法中承认的。但有人认为,当法院面临两种互相竞争的原则或权利时,它应在法理上给其中之一以优先地位,并使其得到采用。赫希·劳特帕赫特爵士认为,即使一项原则优先于另一项原则的差别可能很小,但不管多么薄弱,这项差别必须是决定性的。他承认,以这种方式采取的司法行动可能在某些方面与司法立法是无法区分的。但他认为,法院“可能不得不在互

相竞争的法律原则之间进行折衷——但不是外交的折衷，而是合法的司法折衷”，他的结论是，

“为什么法院应不惜一切代价避免发生某些这类的结果并没有决定性的理由。这是符合法院的真正的职责的，即法院对于向它提出的争端应根据自己的决定作出裁决，而不是以配合争端当事方的态度的偶然情况作出裁决。在法律上可能发生令人尴尬的失望结果是，法院在受理了冗长的书面和口头陈述后而不得不将实际的问题……交由当事方解决。”（Development of International Law by the International Court, 第146页。）

建议由个别的国家来决定是否可以合法诉诸核武器，不但对直接卷入冲突的国家，而且对没有卷入冲突的国家，都是一个充满了严重危险的备选办法，并且还意味着这样的备选办法在法律上不应受斥责。因此，法院不应让每一个国家来决定在“国家生死存亡”的极端情况下是否可以合法使用核武器，而应该对即使在涉及国家存亡的情况下是否可以使用核武器作出裁决。向法院提出的问题是，使用核武器是否合法的问题，而不是关于国家存亡的问题，而这是法院的答复所引起的。如果法院对问题作了正确的解释，将不但会产生宣布使用核武器的法律的作用，而且很可能会制止使用该武器。很遗憾，法院不仅没有执行它的司法职责，而且由于它的“没有结论”，似乎严重损害了目前关于使用核武器的法律限制，并且由于创造了称为“国家生死存亡”的一个新类，视为《联合国宪章》第二条第二项和第五十一条和人道主义法的原则和规则的例外，让人们对自卫的制度产生了怀疑。事实上，在法院本身——我认为是正确的——确认它“不能立法”时，而且，

“在本案的情况下，本院也没有必要这样做。相反地，本院的任务是履行其正常的司法职责，确定是否存在法律原则和规则可以适用于以核武器进行威胁或使用核武器。”（咨询意见，第18段）

这种限制似乎等于是司法立法。但是，在重申了这项自我否定的规定后，法院接着就做了它所否定的事，宣称，鉴于目前国际法的状况和它所掌握的种种事实，它不能确

实断定，“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下，以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法还是非法”。这一结论不仅在法律上是不能成立的，而且就法律而言是多余的。自卫的权利是所有国家固有的基本权利。它存在于法律之内而不存在于法律之外或之上。暗示它存在于法律之外或之上便可能使一国当它自己认为它的生存受到威胁时可以单方面地使用武力。自卫的权利不是使用武力的许可证；它应受到法律的管制，而且从来不是为了要威胁其他国家的安全。

因此法院的结论不仅在表面上看来等于是司法立法，破坏了《宪章》第二条第四项所规定的不使用武力的制度，和第五十一条所体现的自卫制度，而且国家生存的理论是回到了通过《联合国宪章》以前的法律，甚至使人想起远在那时之前的时代。十七世纪的格劳秀斯写到，“自卫的权利……直接地主要地来自以下事实，即自然让每一个人保卫他自己”（*Grotius, De Jure Belli Ac Pacis*, 第二篇，第一章，第三点，(1646)；英文本Carnegie Endowment译，1925年）。因此，法院的结论似乎是等于让每一个国家当它认为它面临生死存亡问题时完全有权自行决定是否使用核武器——这一决定既不需要遵守任何法律也不需遵从第三方的裁决。1928年缔结了百里安-凯洛格公约，根据该公约，各缔约国宣布，只有主张自卫权利的国家“才有权决定情况是否需要为自卫诉诸战争”，当劳特帕赫特在缔结了这项公约后必须考虑一个类似情况时，他发现这种主张是“自相矛盾的，因为它声称自卫是以法律权利为根据的，而同时它又不接受法律的管辖和评价”。虽然他承认自卫的权利是“绝对的”，因为任何法律都不可以忽略这一权利，但劳特帕赫特认为，这一权利则是“相对的”，因为它应受法律的管辖。“就应由法院决定是否有必要、有多大的必要性，在多长的时间内有必要诉诸自卫而言，它是受法律管辖的”。（*The Function of Law in the International Community*”，第179-180页）。

如前所述，法院目前的结论是对现行国际法的某些基本原则的一项挑战，包括禁止在国际关系中使用武力和行使自卫权利。法院无法确实断定，一国在生死存亡关头，使用核武器究竟合法还是非法这一点就证实了以下主张，即一国的存亡问题不又

不是法律的事项,而且一国为了确保其生存可以诉诸核武器,消灭所有其他人类。在“自我保存的基本权利”的历史外衣之下,这种权利以往曾被用来作为侵犯其他国家主权的借口。按照当代的国际法,这种行为现在被认为是非法的。1946年纽伦堡国际军事法庭驳斥以下的辩护:有关国家是为了自卫而行行动,并且每一个国家应自主决定在某特定情况下,它是否有权决定是否行使自卫的权利。法庭认为,“如果真要执行国际法,在自卫的主张下采取的行动事实上是侵略性的还是防卫性的最终必须受到调查或审判”(《1946年纽伦堡国际军事法庭的判决》,国际军事法庭对德国主要战犯的审判,(1947年),第一卷,英文本第208页)。

同样地,国际法院在尼加拉瓜案中驳回了自卫的权利不需遵守国际法的说法。它虽然注意到,《联合国宪章》第五十一条确认自卫之“自然”或“固有”权利,但它指出,“很难看出这不是习惯性质的,即使它目前的内容得到了《宪章》的证实”(1986年国际法院判例汇编,第94页)。按照它目前的结论看来,法院似乎偏离了它自己的判例,认为它不能确实断定一国是否可以合法使用核武器。

但法院并不是不得不作出这样的结论的,因为法律是很清楚的。《联合国宪章》第二条第四项不容置疑地坚决禁止使用武力。自卫的制度或象法院喜欢说的“生存”的学说也同样受法律管辖和需遵从该法律。《宪章》第五十一条明确规定了一国自卫的权利如下:

“联合国任何会员国受武力攻击时,在安全理事会采取必要办法,以维持国际和平及安全以前,本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。会员国因行使此项自卫权而采取之办法,应向安全理事会报告,此项办法于任何方面不得影响该会按照本宪章随时采取其所认为必要行为之权责,以维持或恢复国际和平及安全。”

因此,该条允许在其中所规定的条件之下行使这项权利。首先,为了行使这项权利,一国必须是武装攻击的受害者,而在行使这项权利时,它必须遵守相称原则。其次,必须向安全理事会报告它行使这项权利所采取的措施,并在安全理事会本身采取维

持国际和平之必要措施时立即停止它为行使这项权利所采取的措施。因此第五十一条设想到了一国有能力对武装攻击进行合法的自卫。法院强调了这一点,它指出,第五十一条的自卫权是以必要性和相称性为条件的,而每当采用武力手段时都适用这些条件。此外,自卫还必须满足武装冲突中适用的法律的要求,特别是国际人道主义法的原则和规则。

因此问题不是一国是否有权在它本身的生死存亡关头的极端情况下行使自卫权,而是在任何情况下,包括在它本身的生死存亡关头的极端情况下,使用核武器究竟合法还是非法--换句话说,是否可以设想使用这种武器不会造成侵犯适用于武装冲突的国际法,特别是国际人道主义法的后果。如上所述,在法律上,行使自卫权限于逐退武装攻击,但不允许进行报复或采取惩罚性行动。它不是战时法的一项例外。因为鉴于法律和事实,我们无法设想使用核武器不会至少是侵犯武装冲突中适用的法律,特别是人道主义法,因此使用此种武器将是非法的。核武器不是人道主义法的一项例外。

基于这些考虑因素,象法院那样认为,鉴于目前的法律,无法确实断定在生死存亡关头的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器究竟合法还是非法的说法,在法律上是不能成立的,因为就象它在尼加拉瓜案中指出的:

“国家的行为,一般而言,应符合……各项规则,当一国的行为不符合某一项规则时,一般应当作为违反该项规则加以处理,而不是当作确认该规则的表现”(《1986年国际法院判例汇编》,第98页)。

一位法院的前法官,Mosler法官在另一个情况下指出,

“法律不得确认一个成员采取的或若干成员协同采取的任何行为在法律上为有效,如果该行为是要违反法律的根本基础”。(H. Mosler,《The International Society as a legal Community》,(1980),第18页)。

就象前面已经指出,法院的结论所应根据的法典确实是存在的,而且是大量而具有实质,因此该结论也是站不住脚的。法院本身也确认到这一点,它指出,适用于法院面

前处理的事项的“战争法规和惯例”已经根据1868年《圣彼得堡宣言》以及1874年布鲁塞尔会议的结果编入1899年和1907年的海牙四公约内。法院还确认，“海牙法”、特别是《陆战法规和惯例章程》，确实对交战国敌对行为中的权利和责任定了规则，并对战时伤害敌人的方法和手段作出了限制。法院发现，保护战争受难者和旨在为武装部队伤病者和未参与敌对行动的人提供保障的“日内瓦法”（1864年、1906年、1929年和1949年各公约）同样适用于它所处理的问题。法院注意到，这两支法律今天构成了国际人道主义法，已经编入1949年日内瓦公约的1977年附加议定书。

有人注意到，自从进入这个世纪以来，某些武器，例如400g以下的爆炸性炮弹、达姆弹和窒息性毒气，都曾明确受到禁止，1925年的《日内瓦毒气议定书》也禁止了化学和细菌武器。法院还发现，使用产生“无法探测的碎片”的武器、其他类型的地雷、饵雷和其他装置、和燃烧武器也受到1980年1月10日《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》的禁止或限制，视情况而定。法院指出，这种禁止是符合1907年海牙《陆战法规和惯例章程》第22条的规定，即“交战国在损害敌人的手段方面并不拥有无限制的权利”。法院进一步指出，《圣彼得堡宣言》已经宣布不得使用“无益地加剧失去战斗力的人的痛苦或使其死亡”的武器，法院并注意到，附载于1907年《海牙第四公约》的上述《章程》还禁止使用“蓄意引起不必要痛苦的武器、投射物、或物质”（第23条）。

法院还确定了构成国际人道主义法的主要原则，其中第一项是为保护平民和平民目标，和区别战斗人员和非战斗人员。根据这些原则，各国不得以平民作为攻击的目标，因此不得使用不能区别平民和军事目标的武器。其次，禁止对战斗人员造成不必要的痛苦，因此禁止使用会对他们造成不必要的伤害或无益地加重他们的痛苦的武器。在此方面，法院指出，各国并非毫无限制可以自由选择使用武器。

法院还考虑了对此是否适用马滕斯条款的问题，该条款是1899年《海牙公约》在陆战法规和惯例中首先提出的，该条款当代的条文已编入1977年《第一号附加议

定书》第1条第2款如下：

“在本议定书或其他国际协定所未列入的情况下，平民和战斗人员仍受来源于既定惯例、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”

法院指出，该条款所体现的原则就是人道主义法的原则和规则，这项原则连同中立的原则都适用于核武器。

根据以上认识，法院确认人道主义法确实禁止使用某些种类的武器，或者由于它们的作用无法对战斗人员和平民加以区别，或者由于它们会对战斗人员造成不必要和过分的伤害。法院因此认为，国际人道主义法的原则和规则对所有国家都是强制性的，都具有拘束力，因为它们也构成习惯国际法中不可违反的原则。

关于对核武器适用1977年《第一号附加议定书》的问题，法院指出，即使不是所有的国家都是该《议定书》的缔约国，它们仍将受到该《议定书》订立的规则的约束，该《议定书》通过后将构成原有习惯法的宣告，特别是载入《议定书》第一条的马滕斯条款。

法院指出，不能因为《公约》中没有明确提到某些类型的武器而就使用那些武器所引起的实质问题得出任何法律结论。法院认为，毫无疑问，体现在1949年《日内瓦公约》和1977年各《附加议定书》内的人道主义法的原则和规则都适用于核武器。即使在法院说1949年和1977年的会议都没有明确提到核武器的问题时，法院曾指出，不能从这一点得出结论，认为武装冲突中适用的确立人道主义法原则和规则不适用于核武器，因为这一结论将同有关的法律原则的固有人道主义性质不符，那些原则散布在所有武装冲突法之中，适用于所有各种形式的战争和所有种类的武器。

法院同意以下的陈述：

“一般来说，国际人道主义法适用于以核武器进行威胁或使用核武器的情况，一如适用于以其他武器进行威胁或使用其他武器的情况。

国际人道主义法的形成是为应付当代的情况，不只是适用于以前的武器。这种法律的基本原则保持不变：基于人道主义理由，减轻并约束战争的行为。”

(新西兰,书面声明,第15页。)

法院还注意到,在主张某种情况下可以合法使用核武器,包括“干净地”使用小型、低当量的战术核武器的国家中没有一个曾表示,人道主义法的原则不适用于核武器。它指出,譬如,俄罗斯联邦曾确认,“武装冲突所适用的作战手段和方法的规则中制订的限制肯定也适用于核武器”;美国则认为,“美国长期以来一直认为武装冲突的法规适用于核武器的使用——如适用于常规武器的使用一样”;联合王国则认为,“就习惯战争法而言,联合王国一向同意,核武器的使用应受战时法一般原则的限制”。

关于法院在其结论中提出的事实,法院注意到了各种条约和文书中有关核武器的定义,包括认为核爆炸“能造成大量破坏、普遍损害或大规模中毒”的定义(1954年《巴黎协定》),或1967年《特拉特洛尔科条约》序言部分把核武器描述为会“对军队和平民一样都会不分皂白地造成残酷的可怕后果,并由于其所排放的放射性物质的持续存在,构成对人类健全的侵害,最终甚至可能使整个地球无法居住”。它还注意到核武器不仅会释放出大量的热和能,还会长期释放出强大的辐射;头两项破坏因素的威力远比其他大规模毁灭性武器的破坏力为大,而辐射现象据说则是核武器所特有。法院得出结论认为,这些性质使核武器可能会带来灾难;它们的毁灭力是不受时空限制的,它们具有毁灭地球上所有文明和整个生态系统的潜力。

关于各种事实,法院注意到,核爆炸释放出来的辐射将影响到大面积内的健康、农业、自然资源和人口,而且这种武器还会对将来的世代带来严重的危险。它进一步指出,电离辐射还可能会损害将来的环境、食物和海洋的生态系统,为将来的世代带来遗传上的缺陷和疾病。

关于这方面,日本政府告诉法院,1945年8月6日在广岛和1945年8月9日在长崎投下的原子弹的威力分别相当于1.5万吨和2.2万吨梯恩梯炸药。原子弹爆炸产生了一个巨大的火球,然后产生了摄氏几百万度的极高温,和几十万大气压的极高压力。还释放出大量的辐射。根据该代表团,延续大约10秒的火球使爆心点的地面温度升高

达摄氏3000度至4000度,爆心投影点半径大约3公里内的木制房屋被热烧焦。在广岛有70 147栋房屋、在长崎有18 409栋房屋被原子弹所毁。在爆心投影点1 000米之内的人最初遭受到的辐射超过3.93戈瑞。据估计,遭受到3戈瑞以上辐射的人中,50%以上在两个月之内会死于骨髓疾病。具有辐射性的地面和建筑物将会释放出感生辐射。此外,受到感生辐射污染的油烟和灰尘会散布到空中,被爆炸的威力推入平流层,使几个月内都有放射性坠尘降回地面。

根据该代表团,确实的死亡人数不详,因为记录资料不多。但据估计,1945年内死亡的人数在广岛大约为14万人,在长崎大约为7.4万人。当时两城人口估计广岛为35万人,长崎为24万人。爆炸之后当天或几日之内立即因热辐射而死的人数目不详。但在爆心投影点一公里内在没有任何遮蔽的情况下受到热辐射照射的人90%至100%会在一周之内死去。离爆心投影点1.5公里至2公里内的人的早期死亡率,有遮蔽的为14%,没有遮蔽为83%。除了原子弹爆炸的直接伤害外,若干相关的因素也会造成死亡,例如被建筑物压死或埋葬、因玻璃碎片受伤、受到辐射的伤害、缺少粮食或短缺医生和药品。

有32万多名受到辐射照射的幸存者仍患着因辐射引起的各种恶性肿瘤,包括白血病、甲状腺癌、乳癌、肺癌、胃癌、白内障和其他各种后果。大灾难的半个多世纪之后,据说他们仍在接受医疗检查和治疗。

广岛市长在法院陈述,据他说,在广岛爆炸的原子弹产生了庞大的破坏力,使无辜的平民变成灰烬。据说,妇女、老年人和刚出生的婴儿都笼罩在致死的放射线之中。他告诉法院,原子弹爆炸产生了一个菌状云,人的皮肤被烧焦,其他的受害者在极端痛苦中死去。市长还告诉法院,当原子弹爆炸时,巨大的火柱冲向天空,大部分建筑物被摧毁,对人造成了大量伤害,其中许多人伤重而死。

后来在他的发言中,他形容原子弹的特性是它庞大的破坏力是瞬间发生的,而且是全毁。老人、年轻人、男子、妇女、士兵、平民不分皂白一律杀死。他说,整个广岛都受到热射线、冲击波和辐射的冲击。据称原子弹产生的热能达到摄氏几百万

度。火球的直径大约为280米，它所放射出来的热射线据估计立刻把爆心投影点附近任何在室外的人烧焦。目击者还说，根据文件记载，在高原子弹爆心点2公里处，衣服烧了起来；全城各地多处同时起火；整个城市都成为焦土，化为灰烬。另一个现象是冲击波，当它从地面和建筑物反弹时带来甚至更大的破坏。他说爆炸产生的强风把人吹到空中。2公里半径内的所有木建筑物全部倒塌，在相当距离之外的许多建筑也受损。

强风加上热射线使广岛当时的79 327栋住宅的大约70%化为灰烬或倒塌。其他的部分被毁，一半被炸或受损。据说原子弹使整个城市立刻荒废。

目击者进一步说，在投下原子弹的那一天，广岛大约有35万人，到1945年12月底时估计大约已有14万人死去。据说医院被毁，医疗人员非死即伤，缺乏药品和设备，非常多的受害者由于无法得到充分的治疗而死去。幸存者后来出现了发烧，腹泻、出血、和极端疲劳，许多人突然死去。据说这是急性原子弹疾病的症状。其他的后果有大量细胞被毁，丧失造血组织，和器官受到伤害。幸存者的免疫系统被削弱了，毛发脱落等症状十分明显。记录下来的其他状况有白血病、白内障、甲状腺癌、乳腺癌、肺癌、和其他癌症的发病率增加了。由于原子弹的结果，受到辐射的儿童有智力迟钝，身体发育受阻的情况。市长说，无法对这些儿童进行医疗，甚至未出生的婴儿都受到了影响。最后他说，到今天广岛仍继续受到高程度的辐射。

长崎市长的证词中叙述了战争期间原子弹爆炸对他的城市造成的影响，与广岛的遭遇的情况类似。目击者说：

“原子弹爆炸产生了一个巨大的，半径200米的火球，几乎是一个小太阳出现在城市上空。紧接着，一股狂暴的强风和热浪，伴随着雷鸣般的巨响，冲击到地面上。火球表面的温度大约有摄氏7000度，而达到地面的热射线的温度超过摄氏3000度。爆炸使爆心投影点2公里半径以内的人立即死亡或受伤，许多尸体被烧成焦炭，散布在爆心投影点附近的废墟里。有时候找不到死去的人的任何痕迹。每秒超过300米的狂风吹倒了树木和大部分建筑物。甚至钢筋混凝土结

构也象被一个巨大的榔头打击过一样。同时猛烈的热浪熔化了玻璃,金属物扭曲得象乳脂糖,然后火把荒废城市烧成灰烬。长崎成了死亡之城,连虫声都听不到。过了一会儿,无数的男子、妇女和儿童开始聚集在Urakami河河畔,找水喝,他们的衣服都被烧焦了,被烧伤的皮肤象破布般挂在身上。乞求得到帮助,他们一个一个死于水中,或成堆地死在河边。辐射开始造成伤亡,死亡从爆心投影点为中心以同心圆的形状向外扩张。原子弹爆炸四个月之后,有7.4万人死亡,7.5万人受伤,也就是说,全市三分之二的人成了这场象启示录预演般地降临到长崎的灾祸的受害者。”(CR 95/27)

该目击者继续说,即使那些十分幸运能活下来的人,到今天仍然受核武器特有的长期影响。他在结论中指出,核武器对平民不分皂白地带来了巨大的破坏。

马绍尔群岛的代表团也作了证,从1958年6月30日至8月18日,联合国太平洋岛屿领土托管期间,那里进行了67次核武器试验。据说那些武器的总威力相当于7 000多个毁灭广岛的炸弹。那些核武器试验据说造成了广泛的辐射诱发疾病、死亡和先天缺陷。证词透露,在时间空间上距离爆炸很远的地方,人和环境都会受到伤害和损害,即使曾努力设法避免或减轻这些伤害。该代表团接着告诉法院,核武器的特点是它们会造成不必要的伤害,不仅会产生普遍的、广泛的辐射污染,造成累积性的恶果,而且当地会产生强烈的辐射,造成严重的、立即和长期的灾难影响,延伸很远的冲击波,热、和光,造成急性伤害和慢性病痛。强光造成的永久性或暂时的失明和辐射引起的免疫能力降低据说是使用核武器共同而且无法避免的后果,而是使用其他毁灭性装置不常见或没有的。

该代表团进而透露,在进行核武器试验很长期间后,因为放射性坠尘所引起的婴儿缺陷和特别长期、特别痛苦的疾病无疑已深深伤害到平民。在试验此类武器后的极长期间内出生的几代人口都受害于此种痛苦。代表团继续指出,除了爆心投影点(爆炸点)处和附近的直接受害之外,该地区动植物都受到沾染,土壤和水被毒化。因此,一些岛屿至今仍然放弃无用;在最近又有人住的岛上,植物因为放射性坠尘而含

有铯,所以不可食用。据说各岛其他有些环礁上居住的妇女曾产下“怪婴”,尽管她们曾获得保证,她们所居住的环礁并没有受到辐射的影响。据说,在这类环礁上居住的一名年青女孩缺少膝盖,每只脚都只有三个脚趾,而且少了一只手臂;她的母亲在1954年当开始试爆时尚未出生,但却在一处受到沾染的环礁上长大

法院鉴于以上理由,并参照使用核武器时的特点,获得以下的结论:核武器的破坏力是任何常规武器所不能及;一个核武器就有能力杀害成千上万,甚至以百万计的人口;此类武器对战斗人员和非战斗人员都同样造成不必要的痛苦和过度的伤害;这些武器不能够区别平民和战斗人员。如果使用此类武器,它可能会对尚未出生的几代人口造成伤害,而且会对环境带来广泛的长期的影响,尤其是影响为人类生存所必不可少的资源。在这方面应该指出,此类武器的辐射影响不仅类似于受到1925年《禁止毒气的日内瓦议定书》所禁止的毒气所产生的影响,而且已被认为甚至具有更大的损伤力。

基于以上法院的调查结果,本法院应可因而断然获致一个结论,即根据国际法,尤其是包括人道主义法在内的武装冲突中适用的法律,任何使用核武器都是非法的。然而,与此相反,本院却认定:

“鉴于国际法的现状及本院所掌握的种种事实,本院无法确实断定,一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器,究竟合法还是非法”。

此项认定似乎表示,如果在“一个国家处于生死存亡关头”——本法院发明的概念——的受威胁情况下使用核武器,则可构成人道主义法的一项例外,然而人道主义法对所有武装冲突中适用而且未将核武器作为例外。我经过深思后认为,使用核武器的非法性不应以发生该项使用的情况为基础,而应基于该武器已公认的特性在任何情况下加以使用都违反国际法。因此,最不妥当的看法是,本院的结论转向国家存亡的问题,而所须探究的乃是核武器的合法性问题。本院因为对问题认识错误,所以其结论也缺乏任何法律根据。

另一方面,如果法院已正确理解本问题而且打算提出适当的答复,那么,它本可以找到已有根据法律和事实的无可辩驳的理由,使它能够获得结论在任何情况下使用核武器都是非法的。本院未达成此一必然的结论迫使本人不得不针对它的主要结论提出强烈的反对意见。

我同样不得不提及关于整体咨询意见的其他比较属于一般性的疑虑。虽然法院的咨询意见的目的乃是为了就它在执行其职务时所必须处理的某一问题的若干法律方面提供权威性的法律意见并且启发请求咨询意见的机构,可是,这个机制亦曾经用于征得对《宪章》或各专门机构章程的条款的权威解释,或者对联合国各机构提供关于其职能的指示。此外,虽然法院的咨询意见并无法律上的约束力,对请求机关或各国未强加任何法律义务,可是,此类意见却仍然有其影响,因为它们仍然是“联合国所承认的”法律(可否接受西南非洲问题委员会所听取的请愿人的证词案1956年《国际法院案例汇编》,第23页,个别意见,劳特帕赫特法官,第46页)。因此,法院曾经在几次情况下行使其咨询权,作为它参加联合国工作的方式,协助联合国实现它的目标咨询意见使得法院能够切实协助法律的发展和明晰化。例如,本院在关于纳米比亚案的咨询意见中曾提及发展“《联合国宪章》内所揭示的关于非自治领土的国际法”(1971年《国际法院安全汇编》,第31页);使得自决原则可适用于此类领土。

法院在关于西撒哈拉的咨询意见内曾引述纳米比亚案中关于自决原则的意见宣称,如果接到涉及该原则的问题时,法院

“必须考虑到其后五十年所发生的变化;它的解释不可能不会受到《联合国宪章》和习惯法的后来法律发展的影响。

.....

在这方面,正如同在其他领域内一样,已经大幅度丰富了国际法,本院如欲忠诚地执行其职能,就不应予以忽视。”(1975年《国际法院案例汇编》,第32页)。

本院有关该案的意见因而举出《联合国宪章》第一条和《给予殖民地国家和人民独立宣言》；本院曾说，该《宣言》“确认并且强调，必须先自由地、真正地表达当地人民的意志，才可实施自决权”（1975年《国际法院案例汇编》，第32页）。此外，法院坚决认为，“被界定为需要尊重人民自由表达意志的自决原则的有效性，不应由于大会有几次曾免除了同某一领土居民进行协商的规定”而受到影响（同上，第33页）。因此，可以指出，法院通过咨询意见的媒介，已作出了规范性的裁定，从而使联合国能够实现其目标，而且有几次甚至导致和平解决争端；这些决定或者有助于法律的明晰化及发展，或者经法院同意，对新法律的形成加以肯定。

因此，令人遗憾的是，法院在本案中似乎不但从它一向协助发展法律——对大会和整个国际社会都具有这么重大影响的问题的法律——的惯例倒退，而且可能虽非故意却已经对国际法中既定的规则或正在形成的规则表示怀疑。本院在本意见中的方针的确大都表明了此项态度。法院倾向宣称它未被要求就此问题作出认定，或者宣称它无必要表明一种立场，而并未寻找那些可以视为规范或禁止使用核武器的具体条约或习惯法规则。例如，关于人道主义法原则和规则是否是1969年《维也纳条约法公约》第53条所界定的绝对法的一部分这一问题，法院宣称，它无须判断此一问题，即使几乎全世界都赞同，1949年《日内瓦四公约》是习惯国际法的宣示；对这些规定的遵守和尊重已形成全世界的利益和共识。法院如宣示强调这些规定拥有人道主义的基础，并且都深深地植根于国际社会各成员国的传统和价值之中，应受全世界的尊重和保护，不应被各国加以减损，则将可帮助巩固它们在法律上受到遵守，尤其是在这个时代，我们经常看见发生最严重、最过度的违反人道主义原则和规则的事件，而且本身的存在理由与核武器的使用相互冲突。这一向是法院的司法职能的一个组成部分，即确立国际法律标准供国际社会适用，尤其是供正在法院进行诉讼的国家和法院《规约》各当事国适用。法院在建立这些法律标准时，曾在《各项保留》一案中指出，《禁止灭绝种族罪公约》所根据的各项原则已被文明国家承认为“对各国具有约束力”的原则，“即使不存在任何协定义务”（1951年《国际法院案例汇编》，第

23页)。法院还承认该《公约》规定应进行合作“欲免人类再遭此类狞恶之浩劫……”(同上)。法院注意到该公约纯粹是因为人道主义目的和教化目的而获得通过,“以便保卫某些人的生存,并且…肯定并且支持最基本的人道主义原则”(同上)。法院在《科孚海峡》案中曾提及“若干一般性的、普遍承认的原则,即:在和平时期比在战时甚至应该更为严格地要求的对人道主义最起码的考虑”(《1949年国际法院案例汇编》,第22页)。这些宣告无疑已有助于在国际社会中养成适当的抑制意识。法院在《巴塞罗那电车公司》案中讨论各国对国际社会的义务时宣称,此类义务乃是普遍义务,而且

“在现代国际法上都起源于禁止侵略行为和灭绝种族罪,亦起源于关于个人基本权利的原则和规则,包括受到免于奴役和种族歧视的保护。某些相应的受保护的权利已成为一般国际法的组成部分……”(1970年《国际法院案例汇编》,第32页)。

在本案中,法院似乎自缚手脚,而不愿意针对一项故纳吉德拉·辛格法官所形容为当前人类正面临的最重要的国际法问题采取任何原则立场(纳吉德拉·辛格,《核武器与国际法》,(英文本)第17页)。法院反而宣称法院所收到的请求“并未引起适用于使用核武器情况的人道主义法的性质问题”,从而解决了人道主义法某些原则和规则的绝对法性质问题。我谨指出,会引起此项问题。法院如宣告此类规则的性质,虽不保证它们永远都获得遵守,却仍然因为这些规则属于已经有实证法律原则加以保护的人类价值,而总合地可显示公共政策上的某些标准。(参看,I. Brownlie(布朗莱),《国际公法原则》(1990年),第29页。)劳特帕赫特亦曾宣称,除其他理由外,《日内瓦四公约》中的许多规定的确都起源于“急迫的人道主义考虑因素,从而宣示了普遍具有约束力的国际习惯”。(劳特帕赫特,《赫希·劳特帕赫特的国际法论文集》,第115页(劳特帕赫特编,1970年))。国际法委员会在它关于《维也纳条约法公约》第50条(现为第53条)的评注中指出,“使其可能具有绝对性质的原因…不是国际法某项一般性规则的形式而是涉及的主题的独特性质,”。早在1980年,该委员

会已指出，“国际法委员会认为，人道主义法中的某些规则都是规定着绝对法义务的规则”。

法院还采取“不发表意见”的司法政策来处理交战报复问题——此项问题最直接有关法院正在审议的问题——只须指出，任何采取这种报复的权利都象自卫一样，必须遵守相称性等原则”（第41至42段）。法院竟不宣告交战报复是否为合法，尤其是如果涉及使用核武器，至少是很奇怪的。根据当代国际法，如果以核武器进行交战报复就构成在任何情况下公然违背人道主义法和违反一般国际法。更具体而言，《日内瓦四公约》禁止用此类报复对付许多类受保护的个人和目标，这已由1977年《第一附加议定书》所再度肯定。该《议定书》规定，应禁止所有交战各方进行交战报复。如果使用核武器，鉴于这类武器的特性，因为它们无法区别平民和战斗人员、非军事目标和军事目标，而且可能违反禁止使各交战者受到不必要的痛苦和过度的损伤的禁令，所以，这类的报复至少违反了既定的人道主义法，故应属非法。法院对法院所收到的问题中这么至关重要的一项议题“在司法上的自缚”既无助于对法律的澄清，也更谈不上遵守该法律了。

法院不愿意对它所收到的问题所关涉的某些重要议题表明法律立场，还可以见于可以称为“司法探险”的现象，即寻找特别准许或禁止使用核武器的具体协定规则或习惯规则，结果徒然只是发觉不存在此类的具体规则，如果的确存在有此一具体规则，就极不可能将该问题以现在的方式提给法院了，甚至根本不会提出来。另一方面，如不存在具体协定禁止使用核武器，不应使法院感到使用核武器可能是合法的，正如各国一般都承认习惯国际法内有若干原则可以适用于核武器的使用。因此，无效果的试图找寻具体的法律禁令必然是出于一种极端的实证主义，它不符合国际法理学，包括本法院的法学原理。英美赔偿仲裁法庭在东部新界、澳大利亚和中国电报公司案中已确认此项努力的归于徒劳；该案裁定，即使没有具体的国际法规则可适用于一个案件，仍不应认为毫无国际法规律可以依循。

“正如同国内法一样，国际法或许未包含——一般也的确未包含——明确的规

则用以确断某些案件；但是，没有任何具体的法律规定时，法理学的功能就是为解决对立的权利和利益的冲突而利用各种一般原则的推论，从而找到解决问题的办法，同数学完全一样。这就是法理学的方法；每一个国家都利用这个方法逐渐发展法律，从而可以界定和解决国家之间和私人个人之间的法律关系。”

（《联合国仲裁案例汇编》，第六卷，第114页。）

因此，这乃是法院为解决其所受理的问题时所采行的法理学方法。法院援引法律原则和规则以解决无具体法律规定加以规范的对立的权利和利益的冲突，而且依靠从一般原则的推论来寻找解决问题的办法。法院的办法不局限于寻找特别规范或特别适用于它正受理事项的具体条约或习惯法规则；如果遇有并无此一规则或条约的情况，法院未曾宣布它不能够作出确定的论断或者它不能够就一问题作出一个判决或作出一个论断。本院过去在履行其根据国际法裁决争端的司法职能时，并没有如此自设限制，而是举出国际法原则、衡平法及法院本身的法理学，据以界定及解决它所受理的法律问题，我认为这是正确的。

另外一方面，法院在审议它所受理的问题时为了找寻具体的规则以致忽略了或未充分适用《联合国宪章》的各项原则。法院裁决中似乎未适当重视的一项此类原则是《联合国宪章》第二条第一项，其中规定：“本组织系基于各会员国主权平等之原则”。各国主权平等原则是普遍适用的。此项原则乃是尊重所有国家主权和领土完整的先决条件。国际法承认每一国家对其领土的主权和平民的人身完整。根据此原则，应禁止一个国家对另一国家造成伤害或损害。如果在任一冲突中使用了核武器，由于核武器已确定的众所周知的特性，必然违反这原则。核武器的使用不仅会导致因为辐射污染而侵犯非交战国的领土完整，而且还会导致冲突以外国家境内成千上万以至数百万居民的死亡。这将违反《宪章》所揭的此项原则；法院在作出其结论时似乎没有充分考虑到问题的此方面。

我同样不得不表示我对咨询意见内关于人权和灭绝种族罪、保护自然环境和威慑政策的某些其他结论感到忧虑。关于灭绝种族罪，条约规定，蓄意全部或局势消灭

某一民族、人种、种族或宗教团体而诉诸核武器,就应视为已犯下灭绝种族罪。这是《禁止灭绝种族罪公约》的条文。然而,必须意识到该《公约》的特性、目的及宗旨;法院曾在各项保留一案中提及该《公约》的特性、目的及宗旨乃是为了谴责和惩治

“涉及否定整个人类群体的生存权利的国际法罪行,此项否定将使人类的良心为这震动,造成人类的极大损失,违反道德法则和联合国的精神和目标”;同时更指出

“该《公约》的基本原则已被各文明国家确认为对各国具有约束力,即使不存在任何协定义务”。

法院还强调需要进行合作,“欲免人类再遭此类狞恶之浩劫”;而且,鉴于该《公约》的人道主义目的和教化目的,法院认为它是为了“保卫某些人类群体的生存”以及“肯定并支持最基本的人道主义原则”。法院因而不能对核武器的使用必然会杀害成千上万,以至数百万的无辜平民处之泰然;法院的结论是:如果使用核武器的国家并未宣布有杀害这么多成千上万以至百万人民的意图,即不应构成灭绝种族罪。该《公约》的确规定被害人民总人数亦应列入考虑。我不觉得,法院的司法超然态度,竟然使它对武装冲突中使用核武器可能会消灭一整个国家人口的令人震惊的恐怖后果,也对如果能够预见使用核武器的后果,则亦构成灭绝种族罪这一事实,不能表示意见。表达此类的关切甚至可能会产生防止真正使用此类武器的效果。

至于使用核武器是否违反人权,尤其是人类的生命权利,法院断定,从未预期此类武器之是否合法将根据《公民及政治权利国际盟约》来判定。虽然这已被接受作为一种法律上的立场,可是,我却认为,对问题的看法过分狭隘了。应该指出,人权法和国际人道主义法的存在理由都是为了在平时和武装冲突时期保护个人和人身价值的尊严。因为此项理由,我认为,在发生了人权受到严重、过分的侵犯的第二次世界大战结束后就立即获得通过的《联合国宪章》已承诺将保护每个人的权利,不论其种族、肤色或信仰,并且强调,甚至在武装冲突期间亦必须保障和尊重此类权利。

应该铭记,在第二次世界大战期间内在广岛和长崎使用原子武器,造成了成千上万的人命损失。因此,第二次世界大战可归结为是一个体现了粗暴地侵犯人权的时期。在爆发了核战争后,可能发生侵犯公民人权,尤其是生命权,应属《宪章》和其他相关国际法律文书的范围。应该依据《宪章》和其他可适用的规则审议涉及严重违反《宪章》原则的任何活动。人权事务委员会显然以此原则才在1984年11月依照《公民及政治权利国际盟约》通过了一件关于该盟约》第6条(生命权)的“一般评论”,其中指出,生产、试验、拥有、部署和使用核武器均应受到禁止并且构成危害人类的罪行。可以指出,《纽伦堡法庭宪章》第6条将危害人类罪界定为“在战前或战时,对平民施行谋杀、歼灭及其他任何非人道行为…”。因此,纽伦堡原则同样亦关涉到法院正在审议的问题。

法院认定关于保护和维持自然环境的现行国际法虽未禁止使用核武器,但指出在执行武装冲突中所适用的法律原则和规则时必须适当考虑到重要的环境因素。法院还认定,关于保护自然环境的相关条约不可能有意取消一个国家依国际法进行自卫的权利。我认为,争议点不在于是否可以否定一国依旨在保护自然环境的相关条约进行自卫的权利,而在于有鉴于核武器爆炸时的已知特性和它们的放射性作用不仅会沾染人类,而且也会沾染包括极大地区的农业、粮食、饮水和海洋生态系统在内的自然环境,所以使用此类武器不仅会对自然环境造成严重的、广泛的损害,而且会使人类失去为生存所必需的饮水和其他资源。认识到这一点,1977年《第一附加议定书》规定应保存为平民人口生存所不可缺少的物资,例如粮食、农产品、饮水设施等。法院的咨询意见本应从这个观点讨论所提出的问题中有关保护自然环境的问题,而非给人以印象认为所提出的争点乃是有关否定一国享有其合法自卫权利的问题。

法院的咨询意见认为,不应该将五十年来一直未使用核武器这个事实认为是一种法律意见的表述。但未曾详细讨论此项认识的法律基础;它更具有主张的性质。然而,虽然绝大多数国家深信,过去五十年来一直未使用核武器的事实已确立了赞成

应禁止使用核武器的法律意见。法院却无法认定,此一信念对法院的《意见》应有影响;在这方面,法院应适当考虑并且重视绝大多数国家的声明和各国际组织所通过的关于使用核武器的决议,以证明正在形成一种法律意见。

我认为,法院看来已在法律上承认威慑理论为国际法原则,这是不明智的。虽然在法律上注意该政策是合理的,但是,法院应已认识到,如加以执行则这个理论有可能会被宣告为非法、因为它将引发交战国之间的核冲突,不仅对交战各方并对冲突外各国的平民都造成灾难后果,结果可能违反国际法,尤其是违反人道主义法。因此,法院的明智选择本应是不要针对本问题采取立场,因为它基本上并非法律问题。

因此,不应该认为法院咨询意见完全不具法律价值或重要影响。应该认为它的正面结论乃是对武装冲突加以法律限制的历史性进程中迈进的一步。现在,法院的意见内已表达了关于核武器的一些此类限制。法院已在其历史上,甚至在任一具有相同地位的法庭的历史上,首次宣告并且确认核武器应受国际法管制;违反《联合国宪章》第二条第四项而且不符合第五十一条各项条件以核武器进行威胁或使用核武器的行为均为非法。法院还主张,不符合武装冲突中适用的国际法规则,特别是不符合人道主义法原则、以及不符合具体的条约以及明确关于核武器的其他承诺的义务,以核武器进行威胁或使用核武器,均为非法。在推论上,正因为诉诸核武器不可能符合上述的要求条件,所以,法院才结论称:“以核武器进行威胁或使用核武器一般都违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则”如果同法院已达成的其他的结论一并研究,则此项虽然附有条件的认定应视为具有重要规范的作用。它特别可用来反驳一种论点,即认为因为人道主义法先于核武器的发明,所以不能适用于核武器。与此相反,法院已断定,鉴于人道主义法的既定原则和规则的固有性质,对核武器应适用。

我是为表示同意这些具有历史重要性和规范重要性的司法上的认定,所以投票赞成咨询意见主文第2A、2C、2D和2F段,但对第2C段仍有一些保留。

然而,我投票反对B段;法院在该段内认定,习惯国际法或协定国际法中没有任何

全面和普遍的禁令禁止以核武器进行威胁。我认为此一结论不符合法律规定。最起码,使用核武器应属违反1899年和1907年《海牙公约》第23条(a)项关于禁止使用有毒武器的禁令和旨在禁止使用毒性气体武器和(或)细菌武器的1925年《日内瓦禁止毒气议定书》。因为该《议定书》已普遍由各国参加,所以它已被认为对整个国际社会都有约束力。此外,现在已认为禁止使用毒性气体乃是对所有国家都有约束力的习惯国际法的一部分;既然有了1949年《日内瓦四公约》及其1977年《附加议定书》,法院的B段结论也不可能维持。关于四《公约》,到目前为止,对至少186个国家有约束力;它们之普遍被接受据称甚至基于《联合国宪章》。因此,此类条约现已被确认为对所有国家都有约束力的习惯国际法的一部分。法院在其关于尼加拉瓜案的判决书内证实四《公约》乃是习惯国际法的一部分;法院指出:

“《日内瓦四公约》第一条规定…有义务‘尊重’《公约》,甚至并应在‘一切情况下’保证…公约之被尊重,因为此项义务并非单单来自《公约》本身,而是来自《公约》所具体申述的人道主义法的一般原则”(1986年《国际法院案例汇编》,第114页)。

法院国际法的人道主义原则,即已承认公约本身反映习惯法,因而也具有普遍的约束力。同样的推理也特别适用于《第一附加议定书》,因为它重述并重申了以早先的日内瓦和海牙各公约为基础的习惯法规则。迄今已有143个国家参加该《议定书》;该《议定书》的规定的习惯法力量并不是基于该《议定书》本身的正式地位。

鉴于以上的结论,不应该如同法院所述的那样,主张习惯国际法或协定国际法中没有任何全面和普遍的禁令禁止以核武器进行威胁或使用核武器。此项结论也不符合上文内所提及的法院的法理学。

然而,我已投票赞成意见书主文F段;该段强调有义务真诚地进行并完成谈判,导致在严格和有效国际监督下实行所有方面的核裁军。我认为,1968年《不扩散核武器条约》各缔约国是因为理解到核武器的扩散对所有国家造成的危险,所以才缔结有约束力的承诺,以期及早终止核军备竞赛并且开始核裁军。1968年这些武器对人

类的威胁目前仍然存在,此点可以从该《条约》各缔约国在1995年决定将该《条约》无限期延长获得证明。消除这些武器的义务对这些国家仍然有约束力,以期除法这些武器可能违反《宪章》或人道主义法原则与规则的威胁。这便是《不扩散条约》缔约国所承担的核裁军义务同各国根据《联合国宪章》和武装冲突中适用的法律,特别是国际人道主义法,所承诺的义务两者间的关系。

虽然有上述结论,虽然法院咨询意见内还获致某些其他的规范性结论,我非常遗憾地指出,关于向本院提出的实际问题,即国际法是否允许在任何情况下使用核武器的问题,法院却退缩不前,未作出唯一应作的、无法避免的结论,即:鉴于已确定使用核武器后的事实,不可能想象在任何情况下可以使用核武器不致构成违反武装冲突中所适用的国际法原则和规则,特别是不违反人道主义法的原则和规则。法院因为拒不答复该问题而任由各国就此作出决定,所以逃避了此项挑战,没有重申法律规则、特别是人道主义法规则都对核武器适用,并且没有确保人类应受到保护,未出生的世代人类应受到保护,自然环境应受到保护,以免因为使用核武器而受害;我们已了解,核武器的毁坏力量无法区别战斗人员与非战斗人员,不会留下医院和战俘营,而且可能造成同军事需要绝对不相称的痛苦,使受害者因为被烧伤而在经历了数周的极大痛苦之后死亡,或者因为痛苦的残废而终身悲苦。大会的请求是,作为法治的担保者的法院作出肯定的裁定,鉴于这些后果,使用核武器在国际法上是非法的。国际法院作为一个法院本应能够作出此项断定。

因为法院没有作出此项明确的、无可避免的结论,我别无选择不得不极遗憾地表明不同意本项《咨询意见》。

阿卜杜勒·科罗马(签名)

(原件：英文)

希金斯法官的反对意见

1. 我同意法庭对于为什么它必须提出这项意见的全部说明,以及很大一部分它对所受理问题的实质的说明。我也投票赞成意见的主文的第2A、2B、2C、2D和2F段。在一定意义上,前四段的结论是第2 E段所载问题核心的踏脚石。遗憾的是,我未能投票赞成法院作出的论断。

2. 国际法院在其咨询意见的第一部分里拒绝了一些提议,即它应该运用酌裁权拒绝提出咨询意见,理由是问题不属法律性,或过于空泛,或需要国际法院推测前景,或需要它进行“立法”等。但国际法院在其意见第96段,和在其主文的第2E段里以现行法律状况和事实皆不确定为由,实际上宣布案情不明。我觉得这种做法前后不一致。

3. 我赞成第2A、2B、2C和2D段的大部分法律推理。虽然C段采取否定结构,法院的分析清楚表明《联合国宪章》各项条文、习惯国际法、条约法都没有规定以核武器进行威胁或使用核武器本身为非法。

4. 法院在关于军事和准军事活动案的判决书中确认,根据习惯国际法,行使自卫权时存在一条相称性规则。它指出,《联合国宪章》“没有载列任何具体规则,规定在自卫行动中可采取与遭受的武装攻击相称和反击所必需的措施”(《1986年国际法院判例汇编》,第176段)。重要的是,咨询意见阐明(第40-41段),尽管第五十一条中没有明确提到相称性,这项要求同样适用于根据《联合国宪章》的行使自卫权。

5. 在军事和准军事活动案中,法院的措词已经表明,自卫行动的相称性概念限制了对攻击采取的反击。这同阿戈教授(当时他是教授)的观点是一致的,他在《关于国家责任的第八份报告》的《增编》中表明,所指相称性概念是在击退攻击方面的相称,而不是要求反击模式同发动攻击的模式相称(A/CN.4/318/Add.5-7,第121

段,《国际法委员会年鉴》(1980年),卷二,第一部分,英文第69页)。

6. 第2E段第一部分说,以核武器进行威胁或使用核武器一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则;而在其第二部分,法院无法断定一国在生死存亡关头实行自卫的极端情况下以核武器进行威胁或使用核武器是合法或非法。

7. 由于几个理由,我未能投赞成票这些结论。司法程序的一项必不可缺条件是,法院应该显示达成结论的步骤。我认为法院在第2E段第一部分中没有这样做。司法主文中的结论应该是明确的。我认为第2E段意义不明确(人们可能猜想这种缺乏明确性也许可视为是一项优点)。我对第2E段第二部分提出案情不明这一点深表遗憾。而我相信法院在第二句中是拒绝回答一个事实上从未向它提出的问题。

8. 法院在得出结论《联合国宪章》或条约法本身没有禁止以核武器进行威胁或使用核武器之后,进一步审查武装冲突法本身(尤其是人道主义法)是否对之加以禁止。

9. 为了回答向它提出的问题,法院仅仅简要地说明武装冲突法(包括人道主义法)的规定,然后直接作出结论说,根据这些原则和准则,以核武器进行威胁或使用核武器一般都是非法的。法院只限于肯定,人道主义法的原则和规则适用于核武器。它在第95段中指出,就“核武器的独有的特点”,核武器的使用同人道主义法的要求“显然不能相容”和“一般都是违反”人道主义法的(主文第2E段)。法院在其意见中从来没有针对向它提出问题中毫无疑问的核心问题作答:对以核武器进行威胁或使用核武器问题有系统地适用有关法律。它没有详细分析便作出结论。忽略了司法程序的一项不可缺步骤——法律推理。

10. 我认为法院应该做到的是:解释、详细说明和适用由它鉴定的人道主义法律的关键部分。我同意法院的观点,即某些源于武装冲突法和人道主义法条约的一般原则,由于现行的条约义务或由于习惯国际法的规定而有约束力。这些原则源于若干无争议的来源(我的意思是说它们毫不依靠《1949年日内瓦公约的第一号附加

议定书》的规定,也不取决于这些规定是否对核武器适用的任何看法)。也许要特别提到1868年12月11日《圣彼得堡宣言》,和1907年《海牙第四公约》附件的《章程》(第22和23(e)条)。法院指出《海牙第四公约》附件所载的《条例》在1946年为纽伦堡军事法庭裁定已于1939年成为习惯国际法的一部分(咨询意见第80段)。

11. 武装冲突各方不能无限制地选择武器或战争手段的法律原则本身无法回答国际法院的问题。该原则的目的是确保武器在其使用上和作战方法上必须遵循其他实质性规则。

12. 选用武器时不允许使敌人战斗人员遭受不必要的痛苦,或使他们必然死亡,或加重他们在伤残后的痛苦。同样地,1868年圣彼得堡国际军事委员会的报告表明,以伤害平民作为战胜敌人的手段不是合法的战争权利,甚至在试图使敌军失去战斗能力时也不是一切方法都是合法的。许多向国际法院提出的书面和口头呈件中,都包括这两个要素的不同组合。但法院本身在其意见第78段中表明,禁止造成不必要痛苦的冲突手段是旨在达成进步的第二个原则--即甚至在设法使敌人丧失军事力量时,对可能使用的手段也有限制。这些规定并不针对保护平民--为此有其他规定。在任何情况下绝对禁止攻击平民,不论是使用核武器或其他武器。攻击平民的非法性并不取决于禁止“过分的伤害”或加重已伤残者的痛苦。

13. 如果“不必要痛苦”的规定不发挥普遍禁止的作用,而目的只是保护战斗人员,我们就必须问,它是否仍然不导致认定,核武器骇人的重要后果--冲击波,大火,辐射或放射性坠尘--造成广泛的不必要痛苦?这些后果确实造成可怖的痛苦。但这不必然是在1868年和1907年法律内理解的“不必要的痛苦”,因为它们旨在限制对合法目标--军事人员--采取的手段。

14. 《海牙章程》第23(a)条的背景是第22条的著名规定(它打开关于伤害敌人的手段的一章),伤害敌人的手段不是无限制的。在行使自卫权时势必允许某种程度的暴力;人道主义法试图规定一套“平衡”准则来限制这种武力(和非法使用的武力)。因此,造成超过为实现正当目标所需的痛苦和破坏是非法的。实行这项规定需

要平衡必要性和人性。荷兰等国支持这项正确理解“不必要痛苦”的态度(要求就一国使用核武器的合法性提出咨询意见的书面陈述(《规约》第六十六条第二段),第27段;联合王国,同上,第36段及其后各段,和口头陈述(CR95/34);美国,同上,第25段;新西兰,《要求就以核武器进行威胁或使用核武器的合法性提出咨询意见》的书面陈述,第69段)。

15. 其后的外交惯例肯定了对这项1907年《章程》所定的“不必要痛苦”的理解。在1974年关于使用某些传统武器的政府专家卢塞恩会议上,专家们商定了“痛苦”和“不必要”两词的意义。关于后者:

“这涉及在施加的伤害或痛苦的程度(人道主义方面)和选择使用某种武器的必要性程度(军事方面)之间的某种等式”(红十字会出版的《会议报告》,1975年第23段)。

他们同意,这一概念是指某种“平衡”或“等式”,而不是禁止某种严重程度的痛苦或甚至大量的痛苦。不同的意见无宁是,在该等式的军事必要性方面,是否仅仅容许使敌人的军事人员失去战斗能力,或是否也允许攻击敌人的物资、通信和补给线(同上,第25段)。

16. 正是这项对原则的理解说明为什么各国能够采取行动具体地禁用达姆弹,但某些造成巨大得多的痛苦的武器既没有明文禁止,在一般国家惯例里,也没有因为适用“不必要痛苦”原则而被视为已明白禁止。因此,燃烧投射弹、火焰投射器、汽油浆弹、高速武器--都是特别令人厌恶的战争手段--的地位仍然处于争议中。

17. 禁止造成不必要痛苦和过度伤害是一项对军事人员的保护,必须参照攻击特定军事目标的必要性来作出评估。这项原则并不规定如果会造成巨大痛苦就不攻击某一正当目标。

18. 仍然未能回答的关键问题是: 什么军事必要性如此重大,以致使用核武器对军事人员施加的那种痛苦竟会被证明为合理?这个问题又要求知道我们所说的痛苦的各种情况及其产生的场合。有人说在战区战术上这种痛苦可能會有相当限制。

法院正确地认为证据不确定。如果所指的痛苦属于传统上与使用核武器相关的痛苦——冲击波、辐射、振荡，以及连同升级的危险，和在空间和时间上扩散的危险——那么只有在最极端的情况下（预防蒙受难言的痛苦，或一个国家或人民的消灭）可能足以将必要性和人道主义的等式“平衡”。

19. 要说明它如何作出主文第2E段中的结论，法院应该在分析关于保护战斗人员的人道主义法的各项规定后，系统地适用于保护平民的人道主义规则和原则。在这方面，预期法院也许要处理的主要法律问题是：如果认识到不可避免会附带造成平民伤亡，是否因禁止以平民作为攻击目标便排除对某军事目标进行攻击？根据对上述问题的回答，则要求武器必须能够区别平民和军事目标的意义何在，对核武器如何适用？

20. 对一些向法院提出呈件的国家来说，大量平民受害者本身即表示附带损害是过度的。但武装冲突法的措词采用广泛性的禁止——平民不可以是武装攻击的目标——而人数或痛苦问题（始终假定这主要义务已经履行）则被视为战争需要和人道主义要求两者之间的“平衡”或“等式”的一部分来加以考虑。《海牙第四公约》附件第23(g), 25和27条与此有关。相称原则，尽管没有具体提到，见于《1949年日内瓦公约第一号附加议定书》的多项条文中。因此，如果附带的平民伤亡与攻击的具体军事利益不成比例，甚至正当的目标也不可攻击。不可避免要面对这样一个问题，即如果一个正当目标只可能使用核武器来加以摧毁，是否有任何需要是如此必要，以至允许对平民造成巨大附带损害。

21. 必然的情况是，为了满足法律要求，如果平民附带伤亡相对于军事利益为过度时，不可攻击某军事目标，则该“军事利益”确实必须涉及国家生存本身或避免本国人口（不管因核武器或其他大量毁灭性武器）遭受巨大和严重痛苦，而且没有消灭这个军事目标的其他方法。

22. 有人说即使与军事目标的重要性相称，也绝对不可以故意对平民造成附带损害。“一个人的意图视他要做什么而界定，或视他要怎样取得什么目标而界定”

(Finnis, Boyle 和 Grisez, Nuclear Deterrence, Morality and Idealism (核阻吓、道德和理想主义)(1987年)第92至93段)这很近似于可预见性的法律学说,其中假定一个人的意图就是他行动的后果。由此是否可推断,已知使用核武器将会杀害平民的确实情况,是否等同于意图攻击平民?法律上,分析必须始终是有实际背景,而这里提出的哲学问题对核武器和其他武器是没有分别的。不攻击平民的责任也对传统武器适用。只要始终满足相称性的要求,传统武器的附带损害一向被接受为不构成“意图”。

23. 在这里也非常重要的是人道主义的要求:不可以使用无法区别平民目标和军事目标的武器。

24. 关于能够区别军事和平民目标的要求不是1899,1907,1949年法规定的人道主义法的一般性原则,而是源于不可以攻击平民目标的基本规则,关于这项原则是涉及某些由于其通常使用方式不分青红皂白地攻击平民和战斗人员的武器,(《造成不必要痛苦或有不分青红皂白后果的武器》,红十字会1973年出版的专家组报告)或是否涉及某种“在其时间和空间效应方面”能够“足够准确或可预见准确地击中选定目标”的武器,这问题还存在一些尚未获得解决的重大争论(《关于某些常规武器使用问题的政府专家会议》(1974年,卢塞恩)红十字会1975年出版的报告,第10-11页第31段;又见 Kalshoven 1985年在 *Receuil des Cours* 第二期第236页发表的“武器、军备和法律的解释”。不管选择哪一种解释,为了让这个概念有独立的存在,同附带损害无关(两者有一定程度上的重叠)的是,不妨结论说,如果某种武器无法仅仅针对某军事目标,即使不出现附带损害,这个武器本身将是非法的。尽管所有核武器都拥有独特而严重的摧毁性特征,这个措词包括各种效果不完全一致的武器。就某种核武器无法区别军、民目标而言,它的使用是非法的。

25. 我不认为核武器的使用“一般都是违反武装冲突中适用的国际法规则,特别是人道主义法的原则和规则”在司法上有意义。“一般”一词的意思是什么?它是否有数字上的暗示,或指不同类型核武器,或暗示如果没有例外则无法满足人道主

义规则?果真如此,法院对这些规则的分析(即使适当了解)及这些规则对核武器的适用所作的分析是什么?“一般”一词中包含一些什么例外?它们是否涉及遵循人道主义法的特殊能力?又“一般”一词,特别是在第96段内,是否暗示如果在自卫的极端情况下使用核武器是合法的,而这一词本身也许例外地使使用核武器符合人道主义法?意见主文第2E段的措词提出所有这些问题,但都没有任何回答。

26. 另外有一个为什么我未能投票赞成主文第2E段的原因。它说明人道主义法的一项消极后果和(没有明言)一些可能例外。人道主义法的作用(与禁止具体武器的条约相比)是规定行为的法律要求,而非对特定武器作出“一般性”的回答。不过,我并不排除这种武器在人道主义法下为非法的可能性,如果其使用永远不可能符合人道主义规定--不管使用这级武器的任何特定类型,也不管在那里使用。我们也许认为,在武器发展的现阶段,国家能够遵循人道主义法规定的前景非常有限。但这不同于结论称使用核武器“一般都是非法”。

27. 主文第2E段第二句的意义,以及因此第2E段两句合起来的意义,是不清楚的。假定第二句如“一般”一词所暗示的,并非指特殊情况的自卫,则可能使以核武器进行威胁或使用核武器与人道主义相容。如果如法院在第42段(和在执行部分第2C段)中所表示,《联合国宪章》本身没有规定使用核武器为非法,而如果具体的使用符合第五十一条的规定并与人道主义法相容,法院几乎无法在第2E段的第二句中说他不知道这种使用是否合法或非法。

28. 因此法院似乎在处理它设想的“一般”情况--即以核武器进行威胁或使用核武器违反人道主义法--而它是要处理在极端情况下和遵循《联合国宪章》第五十一条使用武力,是否仍然可以被认为合法。法院的回答是它不知道。

29. 法院所做的是作出与人道主义法“一般不兼容”的结论,然后对国家在生死关头为了自卫而使用核武器是否仍然可能合法的问题实际上宣布案情不明,尽管那样的使用违反人道主义法。法院通过这样的非宣布方式必然地留下一个可能性,即违反人道主义法地使用核武器也许仍然合法。这超越了核武器国在法院面前的任

何主张,因为它们完全接受任何合法的以核武器进行威胁或使用核武器必须遵守诉诸战争权和战争法(见第86段)。

30. 选择了案情不明公式是无可怀疑的,因为法院不把自己限制于指出关于所谓“干净”和“准确”武器的事实和论点不充分。我同意法院的看法,即没有人令人信服地说明在什么环境下可能必须使用这种武器。事实上也不可能假定这种武器(也许对潜艇,或在沙漠里使用)足够代表某核武器国家有效威慑政策的一切需要。

31. 第2E段第二部分的公式也提到“国际法的现状”是法院案情不明的基础。我很难理解这个提法。主文的F段,和法院咨询意见的最后几段,显示法院希望通过谈判达成有核查的全面裁军,包括核裁军。但不可能是因为没有这个目标意味着国际法无法回答为了自卫而使用核武器的问题。国际法并不仅仅包括全面禁止。也不可能是没有实质性的自卫法可以让法院据以提出意见——这一点,无论如何,是国际法的一个发展得最好的领域。

32. 提到“国际法的现状”是否可能指的是人道主义法?这是许多不清楚的要素之一。这方面似乎已经在E段第一部分中处理了。无论如何,人道主义法也发展得非常好。事实是,人道主义原则很广泛,往往导致更多需要答复的问题,但这些却不可能是案情不明的理由。司法功能正是要根据一般适用的原则来详细研究其意义并适用于具体的情况。这正是国际法院的任务,不管涉及的是有争议的诉讼或其咨询功能。

33. 也许提到“国际法的现状”指的是感到一种紧张:一方面有广泛接受的拥有核武器的现象(及其因此可能假定在某些情况下使用为合法),如法院意见第67和96段所说的,另一方面有人道主义法的规定。假如是这样,我相信这是一个错误的两歧。推行核威慑、核伞的保护、沈默地接受核大国对在某些区域禁止使用核武器的条约所作的保留和声明,寻找可能的安全保证——所有这些都指向一项重要的国际惯例,这个惯例肯定不仅同自卫法而且也同人道主义法有关。如果国际社会大多数国家相信使用核武器在极端情况下同其在《联合国宪章》的责任兼容(不管作为核武

器国家或作为“保护伞”或安全保证的受益者),可以假定它们也相信,它们将不违它们在人道主义法的义务。

34. 所作有关陈述都没有表示那些给予核保证或获得这些保证的国家认为它们会违反人道主义法,--但还是决定不理这种违反而采取行动。总的来说,对上述国家惯例的重视同样关系到我们对人道主义法的复杂条款的了解,以及对《联合国宪章》自卫法条款的了解。

35. 为了所有这些理由,我不懂为什么法院要采用它在意见主文第2E段第二部分中的回答。

36. 我还觉得,一项久已有之的重要原则是:法院的法理学中不应有“案情不明”这一条--而我们得到的是如此。

37. 当然,法院曾经几次拒绝回答问题,甚至在已经确定其管辖权以后。提出的理由包括适当问题(《规约》第六十五条,和货币基金的黄金案,和喀麦隆北部案等)或重要的程序缺陷(庇护案,Haya de la Torre案)。但“这些案件中没有一件是由于法律缺陷...而案情不明”(Rosenne,《国际法院的法律和惯例》第二修订版,第100页)。

38. 这个不受欢迎的公式不顾六十五年的光荣司法历史和前人的信念。前国际法院主席,埃利亚斯法官,提醒我们说,如果在适用一般来源的国际法时遭遇困难,可以利用他所称的“有用办法”来协助。他认为这些办法“令法院在任何案件中无法求助于案情不明的辩解”(埃利亚斯,《国际法院和当代一些问题》1983年,第14页)。

39. 《奥本海姆国际法》第9版的资深编辑们提醒我们:

“对于每一个国际情况不一定都会有恰可适用的明确而具体的法律规则,但是每一个国际情况都能够在法律上加以判定”(Jennings and Watts,前引书第一卷,第13页)。

40. 如果说问题既是所指的“含糊不清”,也是法律不同要素间的“对

立”或冲突,情况仍未变。尽管有这样的“对立”(我在上面已表示怀疑其存在),法官的任务正好是在两个或多个互争的准则中决定哪一个在该特定情况适用。国际法内的许多准则如果分开看,往往似乎拉向不同的方向--例如,国家不可以使用武力/国家自卫时可以使用武力;条约必须遵守/国家根据特定的理由可以取消或暂时停止条约。法官的任务是按照案情,根据需要解析的理由,解决为什么对于特定案件最好适用一项准则而非另一项准则。由于这些准则不容置疑地存在,而法院面对的困难是它们的适用问题,不会有司法立法的问题。

41. 我们不可能明知核武器会造成难以忍受的痛苦和大规模毁灭而无动于衷。我们很可以理解,我们期望那些关心这种苦难和破坏的人应该宣布导致这种情况的原因为非法。很可以询问法官,他在对“不必要的痛苦”、“附带损害”和“有权自卫”等概念进行法律分析时,是否忽略了所涉及的真正的人类的情况。不管是在解释人道主义法的困难问题,或在解决互相竞争准则之间所称的紧张,司法的指导原则必须是国际法设法促进和保护的价值。在本案,我们必须经注视的问题是各国人民的实际生存。我们生活在一个各行其是的世界秩序中,一些国家已经拥有核武器,但选择留在不扩散条约制度之外;而其他非缔约国则宣布打算获得核武器;而另外一些国家则被认为已经暗中拥有核武器或正在为短期内拥有核武器而努力(其中一些甚至可能是《不扩散核武器条约》的缔约国)。我不清楚究竟是宣布在任何情况下使用核武器均为非法,或法院在第2E段中拟的答覆,两者之间哪一种最能够保护人类免受那种我们都恐惧的不可想像的痛苦。

罗莎琳·希金斯(签名)
