

新武器、作战手段和方法 法律审查指南

1977年《第一附加议定书》第36条
实施措施



ICRC

**新武器、作战手段和方法
法律审查指南**

**1977年《第一附加议定书》第36条
实施措施**

红十字国际委员会
日内瓦，2006年1月

主要作者:凯瑟琳·拉万德 (法律部地雷与武器处)

对本文做出贡献者: 罗宾·库普兰、彼得·赫比 (法律部地雷与武器处)

目录

实施概要.....	1
引言.....	2
结构.....	5
1. 审查机制适用之实质范围.....	6
1.1 应接受法律审查的武器类型.....	6
1.2 法律框架：适用于新武器、作战手段和方法的规则.....	7
1.2.1 对特定武器的禁止或限制.....	8
1.2.1.1 国际条约法对特定武器的禁止或限制.....	8
1.2.1.2 习惯国际法对特定武器的禁止或限制.....	9
1.2.2 对武器、作战手段和方法的一般性禁止或限制.....	10
1.2.2.1 国际条约法对武器、作战手段和方法的一般性禁止或限制.....	11
1.2.2.2 习惯国际法对武器、作战手段和方法的一般性禁止或限制.....	11
1.2.2.3 基于人道原则和公众良心要求的禁止或限制（“马顿斯条款”）.....	12
1.3 审查应当考虑的实验数据.....	12
1.3.1 武器技术说明书.....	13
1.3.2 武器的技术性能.....	13
1.3.3 与健康相关的考虑.....	13
1.3.4 与环境相关的考虑.....	14
2. 审查机制的操作方面.....	15
2.1 应如何建立审查机制？.....	15
2.1.1 依立法、规章、行政命令、指令还是指导方针建立？.....	15
2.1.2 应由何机关建立审查机制？.....	15
2.2 审查机制的结构与组成.....	16
2.2.1 谁负责实施审查？.....	16
2.2.2 哪些部门应当参与审查？那类专家应当参与审查？.....	16
2.3 审查程序.....	17
2.3.1 应于何阶段对新武器实施审查？.....	17
2.3.2 应如何并由谁启动法律审查机制？.....	18
2.3.3 应如何获得相关武器的信息，及从何渠道获得？.....	18
2.4 做出决定.....	19
2.4.1 审查机制如何达成决定？.....	19

2.4.2	审查机关的决定是否应具约束力，还是仅应被视为建议?.....	19
2.4.3	审查机关能否对批准新武器附加条件?	19
2.4.4	审查机关的决定应当是终局性的，还是可以上诉或复审的?.....	19
2.5	保存记录.....	19
2.5.1	是否应保存审查机制的决定?	19
2.5.2	谁能查阅此类记录，在哪些条件下可以查阅?	20
联系		20
附件一：	2003年12月2日至6日第28届红十字与红新月国际大会：《人道行动议程》最终目标 2.5.....	22
附件二：	1868年11月29日（12月11日）《关于在战争中放弃使用轻于400克的爆炸性弹丸的圣彼得堡宣言》 ..	23
附件三：	《第一附加议定书》条款节选	24

实施概要

本《指南》旨在协助各国建立或改进有关程序，以便根据《1949年日内瓦四公约第一附加议定书》第36条之规定，判断新武器、作战手段和方法的合法性。它也是为红十字国际委员会于2001年1月主持召开的专家会议以及在第28届红十字与红新月国际大会上为1949年《日内瓦公约》缔约国所通过的《人道行动日程》所准备的文件。《人道行动日程》要求各国对所有新武器、作战手段和方法进行严格与全面的审查，从而确保其合法性。来自10国的政府专家对本《指南》的前几稿草案提出了意见。

《第一附加议定书》第36条要求每一缔约国判定，使用其研究、发展、取得或采用的任何新武器、作战手段和方法，是否在某些或所有情况下，为国际法所禁止。所有国家都关心新武器合法性之评估，而无论其是否为《第一附加议定书》缔约国。评估新武器的合法性有助于确保各国武装部队能够根据该国承担的国际义务从事敌对行动。在新技术迅猛发展的今天，对意欲使用的新武器实施法律审查尤为重要。

《第一附加议定书》第36条没有详细规定如何对武器、作战方法和手段的合法性进行审查。根据对第36条约文的解释和国家实践，本《指南》强调，在建立法律审查机制的过程中，既应考虑实体问题亦应考虑程序问题。

考虑到评估作战手段不能脱离其预期的使用方法，因此，法律审查应适用于最广泛意义上的武器及其使用方法。审查的法律框架是包括国际人道法在内的可适用于国家的国际法。尤其是，它包括了对特定武器的条约性和习惯性的禁止与限制规定，以及可适用于所有武器、作战手段和方法的国际人道法的一般规则。这些一般规则包括：旨在保护平民免受武器不分皂白后果以及保护战斗员免受不必要痛苦的规则。根据有关规则对武器进行评估需要审查所有与该武器相关的实验资料，如该武器的技术说明书和实际性能及其对健康和环境的影响。这也是各领域专家参与审查程序的原因。

在建立审查机制过程中值得考虑的重要程序性问题包括：确定负责审查的机构、参与审查程序的人员、在武器获得进程的哪些阶段应该进行审查，以及有关决策与记录的程序。本《指南》强调，无论审查机制采取何种形式，重要的是应确保其能够对新武器实施公正和全面法律审查，并确保各国能够就其审查程序交换信息。

故不知兵之弊者，不知兵之利。

——孙子《兵法》（约公元前500年）

如果各国现在使用的新型且可怕的杀伤性武器旨在缩短未来战事的时间，那么从另一方面来看，未来的战争最后很可能会变得越来越残忍。

——亨利·杜南 《索尔弗利诺回忆录》（1862）

[国际军事]委员会根据一项共同协议规定了技术上的限制，在此限制内，战争的需要应服从人道的要求……

——《圣彼得堡宣言》（1868）

引言

战斗员选择作战手段和方法¹的权利并非无限制的²。这是国际人道法（也被称为武装冲突法或战争法）的一项基本原则。

国际人道法由一整套在武装冲突期间应予适用的规则组成。该法旨在保护没有参加或者不再参加敌对行动的人（如，平民及受伤、患病或者被俘的战斗员）并对作战行为（如作战手段和方法）加以规制。国际人道法对战争时期的武装暴力行为施加限制，以防止人们遭受苦难，或至少减轻人们所受的痛苦。国际人道法以与战争本身一样古老、且根植于所有社会传统中的规范为基础。在过去的150年里，这些规则在诸多国际条约中得到了编纂和发展，特别是1949年《日内瓦公约》及其1977年的《附加议定书》，许多其它条约则针对具体问题（诸如文化财产、儿童兵、国际刑事司法和使用特定武器）对其进行了补充。国际人道法中的许多规则还被认为是以被接受为法律义务的具有广泛性、代表性及实质一致性之国家实践为基础的习惯国际法的一部分，因而对武装冲突各方均有强制力。

战斗员选择作战手段和方法的权利受到许多涉及作战行为之基本国际人道法规则的限制，其中许多规则可在1977年关于保护国际性武装冲突受难者之《第一附加议定书》中找到。³其它条约禁止或限制了诸如生物和化学武器、燃烧武器、致盲激光武器和地雷在内的某些特定武器的使用。此外，还可在习惯国际法中找到许多关于作战手段和方法的基本规则及特殊的禁止与限制性规定。⁴

¹ “作战手段和方法”这一术语是指战争工具及其使用方法。1977年6月8日的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书（第一议定书）》（以下简称“第一附加议定书”）交替使用了“作战方法或手段”（第35条第1款和第3款、第51条第5款第1项、第55条第1款）、“作战方法和手段”（第三部及第三部第一编的标题）、“攻击手段和方法”（第57条第2款第1项第2目）以及“武器、作战手段或方法”（第36条）。

² 如1907年《海牙陆战法规和惯例章程》第22条及《第一附加议定书》第35条第1款均规定了此原则。

³ 《第一附加议定书》中包括了对武器使用、作战手段和方法的限制以及保护平民免受敌对行为影响的条款。特别参见第三部分第一编和第四部分第一编第一章至第四章。

⁴ 适用于武器、作战手段和方法的习惯国际人道法和条约的特定规则的清单见本指南第1.2节。

审查新武器、作战手段和方法的合法性并不是一个新概念。第一个涉及对不断涌现的军事技术进行法律评估的国际文件是于1868年由国际军事委员会通过的《圣彼得堡宣言》。该宣言对未来武器的发展陈述如下：

“一旦由于将来在军备方面的改进而提出明确的建议时，缔约国或加入国保留今后达成一项谅解的权利，以维护他们已经确定的原则并使战争的需要符合人道的法律。”⁵

其它国际条约中唯一提及需要对新武器、作战手段和方法进行法律审查的是1977年《第一附加议定书》的第36条：

“在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时，缔约一方有义务断定，在某些或所有情况下，该新的武器、作战手段或方法的使用是否为本议定书或适用于该缔约一方的任何其它国际法规则所禁止。”

第36条旨在通过在发展或取得武器之前断定其合法性的办法，来防止使用那些在一切情况下均违反国际法的武器，并对那些在某些情况下违反国际法之武器的使用加以限制。

可以证明，所有国家，无论其是否为《第一附加议定书》的缔约国，均有义务对所有新武器、作战手段和方法的合法性进行系统评估。它是禁止国家使用非法武器、作战手段和方法或以非法方式使用武器、作战手段和方法这一真理的逻辑推论。诚实且负责任地履行其国际义务要求各国确保其发展或取得的新武器、作战手段和方法不与这些义务相抵触。⁶在新武器技术迅猛发展的今天，对新武器实施法律审查尤为重要。

《第一附加议定书》第82条对第36条进行了补充，它要求在任何时候均有法律顾问，以向军事司令官就国际人道法和“就此问题发给武装部队的适当指示”提供意见。上述两个条款通过对计划使用的作战手段和方法进行法律审查，为确保武装部队能以严格符合国际人道法的方式从事敌对行动建立了一个框架。

第36条没有详细规定如何对武器、作战手段和方法的合法性进行判定。对第36条的简单分析指出国家必须根据《第一附加议定书》的条款以及其它可适用的国际法规则，对新武器、作战手段和方法加以评估。而根据红十字国际委员会《附加议定书评注》中的分析，第36条“隐含了为阐明合法性问题而确立内部程序的义务，而且其它缔约方可要求获得关于此方面的信息”⁷。但是，由于

⁵ 《关于在战争中放弃使用轻于 400 克爆炸性弹丸的宣言》（圣彼得堡，1868 年 11 月 29 日—12 月 11 日）。本《指南》附件二为《圣彼得堡宣言》全文。

⁶ 见，如瑞典和美国的实践，它们早在 1974 年即建立了正式的武器审查机制，其较《第一附加议定书》之通过早了 3 年。

⁷ Y.Sandoz, C.Swinarski, B.Zimmerman (eds) *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Geneva, 1987 [以下简称《附加议定书评注》]，第 1470 段和 1482 段。根据《第一附加议定书》第 84 条的规定，各缔约国被要求与其它缔约国共享其所采用的程序：见下文注 96 及其对应的正文。

只有有限的几个国家建立了对武器实施法律审查的机制或程序，因而几乎无法通过国家实践表明应当建立怎样的“内部程序”。⁸

许多国际论坛都强调了对武器进行法律审查的重要性。1999年，第27届红十字与红新月国际大会鼓励各国“建立机制和程序以判定武器的使用（无论其处于库存或正在被采购或研发的状态下）是否符合其根据国际人道法所承担的义务”。它还鼓励各国“在可能的情况下，促进与这些机制、程序和评判有关的信息交流并提高其透明度”⁹。

在于2001年举行的《某些常规武器公约》第二次审查会议上，缔约国敦促“还没有对武器进行审查的国家按照如《1949年日内瓦四公约第一附加议定书》第36条所规定的内容实施审查，以判定某一新武器、作战手段和方法是否为国际人道法或其它可适用的国际法规则所禁止”。¹⁰

2003年12月，第28届红十字与红新月国际大会一致重申要确保“新武器在国际法下的合法性”，这是因为“由于武器技术的迅猛发展，同时为了保护平民免受武器不分皂白的后果，并保护战斗员免受不必要的痛苦及违禁武器的伤害”¹¹。大会声明所有新武器、作战手段和方法“都应受

⁸ 已知建立了武器合法性国内审查机制，且红十字国际委员会可以获得设立该机制之文件的国家有：**比利时**：Défense, Etat-Major de la Défense, Ordre Général-J/836 (18 July 2002), 设立了 *La Commission d'Evaluation Juridique des nouvelles armes, des nouveaux moyens et des nouvelles méthodes de guerre*（新武器、作战新手段与新方法法律审查委员会）[以下简称“比利时令”]；**荷兰**： *Beschikking van de Minister van Defensie*（国防部长指令）nr. 458.614/A, 1978年5月5日，建立了 *Adviescommissie Internationaal Recht en Conventioneel Wapengebruik*（国际法及常规武器使用委员会）[以下简称“荷兰指令”]；**挪威**： *Direktiv om folkerettslig vurdering av vapen, krigforingsmetoder og krigforingsvirkemidler*,（关于对武器、作战手段和方法实施法律审查的指令），国防部，2003年6月18日[以下简称“挪威指令”]；**瑞典**： *Förordning om folkrättslig granskning av vapenproject*（关于对武器项目实施国际法审查的法令），Swedish Code of Statutes, SFS 1994:536 [以下简称“瑞典审查法令”]；**美国**： *Review of Legality of Weapon under International Law* US Department of Defense Instruction 5500.15, 16 October 1974; *Weapon Review* US Department of Air Force Instruction 51-402, 13 May 1994[以下简称“美国空军指令”]； *Legal Service: Review of the Legality of Weapons under International Law*, US Department of Army Regulation 27-53, 1 January 1979[以下简称“美国陆军章程”]； *Implementation and Operation of the Defense Acquisition System and the Joint Capabilities Integration and Development System*, US Department of Navy, Secretary of the Navy Instruction 5000.2C, 19 November 2004 [以下简称“美国海军指令”]； *Policy for Non-Lethal Weapons*, US Department of Defense Directive 3000.3, 9 July 1996 [以下简称“非致命武器指令”]； *The Defense Acquisition System*, US Department of Defense Directive 5000.1, 12 May 2003 [以下简称“美国采购指令”]；澳大利亚、法国和英国已向红十字国际委员会表明，它们根据国防部的指令实施审查，但红十字国际委员会还没有得到这些指令文件。英国国防部的 *The Manual of the Law of Armed Conflict*（牛津大学出版社，2004年）[以下简称“英国军事手册”]第119页第6.20.1段提到了英国的程序。在德国，联邦国防技术与采购局(BWB)根据联邦国防部国防技术司的指示，委托制定了《关于采购初期遵守国际法的评判手册——国际军备控制义务与国际人道法》，该手册于2000年出版：Rudolf Gridl, *Kriterienkatalog zur Überprüfung von Beschaffungsvorhaben im Geschäftsbereich des BWB/BMVG mit völkerrechtlichen Vereinbarungen: Internationale Rüstungskontrolle und humanitäres Völkerrecht*, Ebenhausen im Isartal: Stiftung Wissenschaft und Politik, 2000。如欲了解第36条和现有审查机制的综述，可参见：Lt. Col. Justin McClelland, “The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I” *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No 850 (June 2003), pp. 397-415; I. Daoust, R. Coupland and R. Ishoey, “New wars, new weapons? The obligation of States to assess the legality of means and methods of warfare” *International Review of the Red Cross*, June 2002, Vol 84, at pp. 359-361; 丹麦红十字会, *Reviewing the Legality of New Weapons*, 2000年12月。

⁹ 1999年10月31日至11月6日，第27届红十字与红新月国际大会通过的《2000—2003年度行动计划》最终目标1.5第21节。大会进一步声明“各国和红十字国际委员会可为促进这些机制而进行磋商……”

¹⁰ 2001年12月11日至21日，日内瓦，《某些常规武器公约》缔约国第二次审查大会《最后宣言》第11页，CCW/CONF.II/2。刊载于<<http://disarmament.un.org:8080/ccw/ccwmeetings.html>>。

¹¹ 2003年12月2日至6日，日内瓦，第28届红十字与红新月国际大会通过的《人道行动议程最终目标2.5》（以下简称“人道行动议程”）。本《指南》附件一为《最终目标2.5》全文。在国际大会上，加拿大和丹麦两国明确保证将审查其与发展或取得新武器、作战手段和方法相关的程序。

到严格和全面的审查”，特别是该审查“应采用全面方法，对包括与军事、法律、环境和健康相关的问题进行考虑”¹²。大会还鼓励各国“对所有可能导致医务人员不熟悉之健康后果的新武器、作战手段和方法进行特别谨慎地审查”。¹³最后，大会邀请已经建立适当审查程序的国家与红十字国际委员会合作，以促进审查程序经验的自愿交流。¹⁴

在本《指南》中，术语“武器、作战手段和方法”是指作战的手段及使用这些手段的方式。为简洁文字起见，本《指南》将以“武器”作为它们的简称，但是，“作战手段”、“作战方法”、“作战手段和方法”以及“武器、作战手段和方法”等术语也将在上下文有需要时予以使用。¹⁵

结构

本《指南》分为两部分：第一部分涉及第36条审查之实体方面的问题，如关于其适用的实质范围；第二部分则涉及操作方面的考虑，如形式和程序方面的问题。在考虑操作方面的问题之前先讨论适用的实质范围是因为，确定后者需要首先了解前者。比如，在了解需进行何种审查之前很难确定实施审查所需的专业技术。

第一部分讨论了审查机制适用之实质范围的三个问题：

- 哪些类型的武器必须接受法律审查？（**第1.1节**）
- 对这些武器进行法律审查应当适用何规则？（**第1.2节**）
- 法律审查应当考虑何种因素及实验数据？（**第1.3节**）

第二部分讨论了有关审查机制操作方面的考虑，尤其是：

- 审查机制的建立（**第2.1节**）：根据何种组成文件及由何机关设立？
- 审查机制的结构及组成（**第2.2节**）：由谁负责实施审查？审查代表了哪些部门？审查应考虑使用哪些专业技术？
- 实施审查的程序（**第2.3节**）：应于何阶段实施对新武器的审查？应如何并由谁启动审查程序？应如何收集接受审查之武器的信息？
- 做出决定（**第2.4节**）：如何达成决定？决定对政府是具有约束力，还是仅被视为建议？决定能否对新武器的批准附加条件？审查决定是终局性的还是可以上诉的？
- 保存记录（**第2.5节**）：是否应就已经实施的审查及达成的决定保存记录？谁能查看此类纪录，在哪些情况下可以查看？

¹² 同上，2.5.1段。

¹³ 同上，2.5.2段。

¹⁴ 同上，2.5.3段。

¹⁵ 见上文注释1及下文中的1.1节。

1. 审查机制适用之实质范围

1.1 应接受法律审查的武器类型

《第一附加议定书》第36条涉及“武器、作战手段或方法”。根据红十字国际委员会的《附加议定书评注》：

“词语‘方法和手段’‘包括最广泛意义上的武器及其使用方法’”。使用武器本身即可能为非法，或只在某些情况下为非法。例如，毒气本身为非法，正如任何因其特性而十分缺乏准确性以致将不可避免地导致不分皂白之损害的武器一样。（……）然而，“能被精确使用的武器也可能被滥施于平民居民。在此情况下，禁止的就不是武器本身而是该武器的使用方法或方式了。”¹⁶

因此，第36条法律审查的实质范围非常广泛。它包括：

- 所有类型的武器（无论是针对人员还是物体、“致命的”、“非致命的”还是“危害较轻的”）及武器系统；¹⁷
- 这些武器按照军事规则、战术、交战规则、操作程序及应对措施的规定的方式；¹⁸
- 所有将获取的武器，而无论其获取是为了基于军事规范做进一步的研究和发展，还是购买“库存产品”；¹⁹
- 国家首次意欲获得的武器，该武器不必在技术意义上是“新的”；²⁰
- 在某种程度上被改变功能的现有武器，或已经通过法律审查而后又被改变的武器；²¹
- 一国加入某一新的国际条约后可能会影响其合法性的某种现有武器。²²

¹⁶ Commentary on the Additional Protocols, 第 1402 段，着重号系作者所加。

¹⁷ Belgian General Order 中的第 1 分段(a)项对“武器”进行了界定，这一术语在本指令中是指“旨在使战斗员丧失战斗力（或）使物体丧失效力的任何类型的武器、武器系统、投射弹、军火、火药或爆炸物”（对法文本的非正式翻译）。Norwegian Directive 中第 1.4 分段将“武器”界定为“特别适于作战的任何作战手段、武器系统/方案、物质等，包括军火以及具有类似功能的武器部件”。在美国，所有的“武器和武器系统”均应接受审查：见 US Army Regulation, 第 2 分段(a)项；US Navy Instruction, p23, 第 2.6 分段；US Acquisition Directive ,p8, 第 E.1.1.15 分段。美国 DOD 战争法工作组提出了一些标准定义，据此，“武器”系指“具有旨在伤害、损害、摧毁或使人致残或使物体失去效用后果的所有军械、弹药、物质、工具、机械装置或设备”，“武器系统”这一术语系指“武器本身及其运作所需的部件，包括可能导致武器或者武器系统发展并具有重大法律和政策意义的新的、先进的或新兴的科技。武器系统限于对人或物体具有直接杀伤或破坏作用的部件或科技（包括诸如投射弹、小武器、地雷和爆炸物等所有军火或技术，以及其它所有具有物理破坏性或产生杀伤力的设施和技术）”。见高级军事法官办公室（Office of The Judge Advocate General of the Army），W. Hays Parks，于 2001 年 1 月 29 日至 31 日在瑞士沃韦河畔容尼（Jongny sur Vevey）召开的武器法律审查与“避免过分伤害或不必要痛苦（SirUS）计划”专家会议上所做的发言——“美国武器审查程序”，（该发言与会议报告均由红十字国际委员会存档）。

¹⁸ 见 Norwegian Directive, 第 1.4 和 2.4 分段。

¹⁹ 还可参见下文 2.3.1 分段。

²⁰ Commentary on the Additional Protocols, 第 1472 段。

²¹ 见 Belgian General Order, 第 5 分段(i)和(j)项；Norwegian Directive, 第 2.3 分段“结论”；US Air Force Instruction, 第 1.1.1、1.1.2、1.1.3 分段；以及 US Army Regulation, 第 6 分段, (a) (3)。

当对建议研究、发展或取得的装置或系统是否为“武器”有疑问时，应当征求武器审查当局的法律意见。

对武器或作战手段的评估不能脱离其使用方法。武器的合法性不仅取决于其设计或意欲达致的目的，还取决于该武器在战场上预期使用的方式。此外，以此方式使用的武器可以“通过”第36条的“测试”，但当以彼方式使用时却不能通过。这就是为什么第36条要求国家“断定，在某些或所有情况下，该新的武器、作战手段或方法的使用是否为国际法所禁止”（着重号系作者所加）。

正如红十字国际委员会在其《附加议定书评注》中所注明的那样，国家只需断定“按正常或预期方式使用武器是否在某些或所有情况下被禁止。并不需要国家去预见或者分析对武器所有可能的滥用方式，因为几乎任何武器均能以某种被禁止的方式滥用。”²³

1.2 法律框架：适用于新武器、作战手段和方法的规则

在断定新武器的合法性时，审查机关必须适用对国家具有约束力的现行国际法规则，而无论其是基于条约还是习惯。《第一附加议定书》第36条特别提及了本议定书和“适用于国家的任何其它国际法规则”。相关规则包括适用于所有武器、作战手段和方法的国际人道法一般规则以及禁止使用特定武器和作战手段或限制其使用方式的国际人道法与国际法的特殊规则。

第一步是要判定，使用接受审查的特定武器或作战手段是否为某一对审查国具有约束力的条约或习惯国际法所禁止或限制（下述1.2.1节）。如果不存在特别的禁止性规定，下一步则是判定使用接受审查的武器或作战手段及其正常或预期的使用方式，是否符合在对审查国具有约束力的《第一附加议定书》和其它条约或习惯国际法中规定的，可适用于所有武器、作战手段和方法的一般规则（下述1.2.2节）。在没有相关条约或习惯规则的情况下，审查机关则应根据人道原则和公众良心要求来考虑建议使用的武器（下述1.2.3节）。

在那些已经建立了审查新武器合法性正式机制的国家中，一些国家授权审查机关不仅应考虑审查时有有效的法律，还应考虑该法律将来可能的发展。²⁴该办法旨在避免批准和获取其使用可能即将被限制或者禁止的武器所带来的严重后果。

下面一节列举了相关的条约和习惯规则，但没有明确说明其适用情形，例如，它们应适用于国际性、非国际性武装冲突，还是所有情形。这将由相关条约或习惯规则来确定，但应记住多数规则适用于所有类型的武装冲突。此外，关于被禁止的作战手段和方法，正如前南国际刑事法庭上诉庭

²² 见Norwegian Directive, 2.2分段（“在必要情况下，也应对现有武器、作战手段和方法进行法律审查，尤其是当挪威承诺承担新的国际法律义务之时”）和2.6分段（“此外，应当考虑对挪威即将生效的国际法的有关规则。并且，对于挪威在国际场合发表的关于国际法的观点尤应重视”）。另见US Air Force Instruction, 第1.1.3分段。

²³ Commentary on the Additional Protocols, 第1469段，着重号系作者所加。

²⁴ 见，如：UK Military Manual, 第119页第6.20.1段，该段规定：“审查程序不仅应考虑审查时有有效的法律，而且还应尽量考虑武装冲突法未来可能的发展”。另见Norwegian Directive第2.6分段，该段规定：“应当考虑预期即将对挪威生效的国际法的有关规则”。同条还规定：“应特别重视挪威在国际社会上就国际法问题发表的看法”。

在塔迪奇（*Tadic*）案的裁决中所认定的，“在国际性战争中因不人道而被禁止的行为，在国内冲突中也必然是不人道且不容许的行为”。²⁵

1.2.1 对特定武器的禁止或限制

1.2.1.1 国际条约法对特定武器的禁止或限制

在进行审查时，一国必须考虑其所缔结的禁止使用某些特定武器或作战手段或者限制该特定武器可能之使用方式的法律文件。这些文件包括（按年代顺序）：²⁶

- 1868年11月29日—12月11日，圣彼得堡，《关于在战争中放弃使用轻于400克的爆炸性弹丸的宣言》，（以下简称1868年《圣彼得堡宣言》）；
- 1899年7月29日《关于窒息气体的宣言》（海牙第二宣言）；
- 1899年7月29日《关于禁止使用在人体内易于膨胀或变形的子弹的宣言》（海牙第三宣言）；
- 1907年10月18日《陆战法规和惯例公约》及其附件《陆战法规和惯例章程》（海牙第四公约），根据章程第23条第1款的规定，禁止使用毒物或有毒武器；
- 1907年10月18日《关于敷设自动触发水雷公约》（海牙第八公约）；
- 1925年6月17日，日内瓦，《禁止使用窒息性、毒性或其它气体和细菌作战方的议定书》；
- 《禁止细菌（生物）及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》（1972年4月10日于伦敦、莫斯科和华盛顿开放供签署）；
- 1976年12月《禁止为军事或任何其它敌对目的使用改变环境的技术的公约》；
- 1980年10月10日，日内瓦，《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》及2001年12月21日对第1条的修正。该公约有五个议定书：
 - 1980年10月10日，日内瓦，《关于无法检测的碎片的议定书》（第一议定书）；
 - 1980年10月10日，日内瓦，《禁止或限制使用地雷、饵雷和其它装置的议定书》（第二议定书），经1996年5月3日修改后的《禁止或限制使用地雷、饵雷和其它装置的议定书》（经1996年5月3日修正后的1980年公约第二议定书）；
 - 1980年10月10日，日内瓦，《禁止或限制使用燃烧武器议定书》（第三议定书）；

²⁵ 前南国际刑事法庭，*Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction（上诉庭），1995年10月2日，案件号IT-94-1, 第119和127段。

²⁶ 以下所提到的仅是有关文件而非该文件内所包含的具体禁止性或限制性规定。

- 1995年10月13日《关于激光致盲的武器议定书》（1980年公约第四议定书），
- 2003年11月28日《战争遗留爆炸物议定书》（第五议定书），²⁷
- 1993年1月13日《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁化学武器公约》；
- 1997年9月18日《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》；
- 1998年7月17日《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第2项第17至第20目将在国际性武装冲突中实施的下列行为纳入战争罪的定义：²⁸
 - （17）使用毒物或有毒武器；
 - （18）使用窒息性、有毒或其他气体，以及所有类似的液体、物质或器件；
 - （19）使用在人体内易于膨胀或变扁的子弹，如外壳坚硬而不完全包裹弹芯或外壳经切穿的子弹；
 - （20）违反武装冲突法规，使用具有造成过分伤害或不必要痛苦的性质，或基本上为滥杀滥伤的武器、射弹、装备或作战方法，但这些武器、射弹、装备或作战方法已被全面禁止，并以依照第一百二十一条和第一百二十三条的有关规定以一项修正案的形式列入本规约的一项附件内。²⁹

1.2.1.2 习惯国际法对特定武器的禁止或限制

国家在进行审查时，还应考虑习惯国际法对特定武器、作战手段和方法的禁止和限制。根据红十字国际委员会对习惯国际人道法研究，³⁰这些禁止或限制包括以下内容：

- 禁止使用毒物或有毒武器；³¹
- 禁止使用生物武器；³²
- 禁止使用化学武器；³³
- 禁止使用控暴剂作为作战方法；³⁴

²⁷ 《战争遗留爆炸物议定书》并非禁止或限制武器的使用，而只是规定了各国有责任应对那些本身被认为合法的武器在冲突后造成的影响。然而，《议定书》第9条鼓励各缔约国采取“一般性预防措施，以尽可能减小产生战争遗留爆炸物的可能性，其中包括但不仅仅限于技术附件第三部分中提到的各项措施”。

²⁸ 这些并非新的国际人道法规则，而是将被既有的其它条约和习惯法所禁止的行为界定为犯罪的规则。

²⁹ 在本《指南》起草之时，规约尚无此附件。

³⁰ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

³¹ 同上，第一卷，规则72，第251页

³² 同上，规则73，第256页。

³³ 同上，规则74，第259页。

³⁴ 同上，规则75，第263页。

- 禁止在某些情况下使用除草剂作为作战方法；³⁵
- 禁止使用在人体内易于膨胀或扁平的子弹；³⁶
- 禁止以杀伤人员为目的使用可在人体内爆炸的子弹；³⁷
- 禁止使用其主要作用在于以碎片伤人而其碎片在人体内无法用X射线检测的武器；³⁸
- 禁止使用以某种方式附着于或连接在受国际人道法特别保护之人或物体或可能吸引平民之物体上的饵雷；³⁹
- 在使用地雷时，须特别注意减轻其不分皂白的后果。在实际战事结束时，使用地雷的冲突方须移除其布设的地雷，或使其对平民无害，或为其扫除提供便利；⁴⁰
- 如果使用燃烧武器，须特别注意避免，并在任何情况下减少平民生命的附带损失、平民受伤以及民用物体受到破坏。禁止以杀伤人员为目的使用燃烧武器，除非不可能使用危害较小的武器使人员丧失战斗力；⁴¹
- 禁止使用经过专门设计以对未用增视器材状态下的视觉器官造成永久失明为唯一战斗功能或战斗功能之一的激光武器。⁴²

1.2.2 对武器、作战手段和方法的一般性禁止或限制

如果没有特别的禁止或限制性规定可以适用，则必须根据可适用于所有武器、作战手段和方法的条约与习惯国际法所规定的一般禁止或限制性规则，对接受审查的武器或作战手段以及其正常或预期的使用方式进行评估。

以下所列许多规则的适用基本取决于其实施情况，即，其适用主要是由军事司令官在战地根据个案做出决定，他们须考虑行动当时的冲突环境及其使用的武器、作战手段和方法。但是，在该新武器被用于战场之前，这些规则对于评估其合法性也至关重要，在此意义上，武器的特征、预期的用途及其可预见的后果使审查机关能够判定该武器，在某些可预见的情况下并在一定条件下，是否能够被合法使用。例如，如果该武器的破坏范围非常大，就很难在不违反禁止使用不分皂白的作战手段和方法的规定⁴³与（或）比例性原则⁴⁴的情况下，针对位于平民聚集区的一个或几个军事目标

³⁵ 同上，规则 76，第 265 页。该规则对禁止使用除草剂为作战手段的情况规定如下：“如果它们：1）具有应予禁止的化学武器的性质；2）具有应予禁止的生物武器的性质；3）的使用旨在破坏非军事目标的植被；4）可能造成任何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军事利益相比过分的损害；5）可能对环境引起广泛、长期和严重的损害。”

³⁶ 同上，规则 77，第 268 页。

³⁷ 同上，规则 78，第 272 页。

³⁸ 同上，规则 79，第 275 页。

³⁹ 同上，规则 80，第 278 页。

⁴⁰ 同上，规则 81—83，分别第 280、283 和 285 页。规则 82 规定使用地雷的冲突方必须尽可能纪录其布设地点。

⁴¹ 同上，规则 84 和 85，分别第 287 和 289 页。

⁴² 同上，规则 86，第 292 页。

⁴³ 见《第一附加议定书》，第 51 条第 4 款第 2、3 项，参见第 1.2.2.1 分节，以及第 1.2.2.2 分节中所列的禁止不分皂白攻击的习惯国际法规则。

使用该武器。为此，审查机关在批准该武器时应当附加条件或评论，以便将其纳入与该武器有关的交战或操作程序规则之中。

1.2.2.1 国际条约法对武器、作战手段和方法的一般性禁止或限制

许多基于条约的对武器、作战手段和方法的一般禁止或限制性规定必须予以考虑。特别是，《第一附加议定书》缔约国根据第36条的要求，必须考虑该条约中的规则。这些规则包括：⁴⁵

- 禁止使用属于引起过分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。（第35条第2款）
- 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或手段。（第35条第3款和第55条）
- 禁止使用不能以特定的军事目标为对象的作战方法或手段，其因此具有无区别打击军事目标和平民或民用物体的性质。（第51条第4款第2项）
- 禁止使用其效果不能按照本议定书的要求加以限制的作战方法或手段，其因此具有无区别打击军事目标和平民或民用物体的性质。（第51条第4款第3项）
- 禁止使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其它地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击。（第51条第5款第1项）
- 禁止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军事利益相比损害过分的攻击。（第51条第5款第2项）

1.2.2.2 习惯国际法对武器、作战手段和方法的一般性禁止或限制

还应考虑依习惯国际法对武器、作战手段和方法的使用的一般限制。这包括：

- 禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦的性质的作战方法和手段。⁴⁶
- 禁止使用不分皂白性质的武器。⁴⁷ 这包括不能以特定军事目标为对象的作战方法或手段和其效果不能按照国际人道法的要求加以限制的作战方法或手段。⁴⁸
- 禁止使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其它地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击。⁴⁹

⁴⁴ 见《第一附加议定书》第51条第5款第2项，参见第1.2.2.1分节，以及第1.2.2.2分节中所述的习惯国际法中的比例性原则。

⁴⁵ 《第一附加议定书》的条文节选见本《指南》附件三。

⁴⁶ Henckaerts 和 Doswald-Beck（编著），前注30，规则70，第237页。

⁴⁷ 同上，规则71，244页。另见规则11，第37页。

⁴⁸ 同上，规则12，第40页。

⁴⁹ 同上，规则13，第43页。

- 禁止使用旨在或可能对自然环境造成广泛、长期和严重损害的作战方法或手段。禁止将毁坏自然环境作为武器使用。⁵⁰
- 禁止发动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军事利益相比损害过分的攻击（比例性原则）。⁵¹

1.2.2.3 基于人道原则和公众良心要求的禁止或限制（“马顿斯条款”）

正如《第一附加议定书》第 1 条第 2 款、1907 年《海牙第四公约》序言、1899 年《海牙第二公约》序言所规定的，应当考虑武器是否符合人道原则和公众良心要求。这就是所谓的“马顿斯条款”，《第一附加议定书》第 1 条第 2 款对其阐述如下：

“在本议定书或其他国际协定所未包括的情形下，平民或战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”

国际法院在“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”案件中确认了“不能对其继续存在和适用予以质疑”⁵²的马顿斯条款的重要性，并表明其“已被证明是应对军事科技迅猛发展的有效手段”。⁵³法院进一步认定马顿斯条款反映了习惯国际法。⁵⁴

对于现有国际人道法规则未作规定的武器，如果其本身被判定违反了人道原则或公众良心的要求，则也将被认为是对马顿斯条款的违反。

1.3 审查应当考虑的实验数据

在判定某一特定武器的合法性时，审查机关不仅应审查其设计和特性（作战“手段”），还应审查其使用方法（作战“方法”），且应牢记，武器所造成的后果源自其设计和使用方法的结合。

为了能够判定接受审查的武器是否受到（上文 1.2.1 分节中所列之）特定的禁止或限制，或者是否违反了（上文 1.2.2 分节中所列之）一项或多项适用于武器、作战手段和方法的国际人道法一般规则，审查机关必须考虑大量的军事、技术、健康和环境因素。这是来自不同领域的专家参与审查进程的原因。⁵⁵

对于下文中描述的每一类要素，都在适当的情况下提到了相关的国际人道法一般规则。

⁵⁰ 同上，规则 45，第 151 页。其规则概要说明：“美国似乎是本规则第一部分的‘坚持反对者’。另外，在将本规则第一部分适用于使用核武器的问题上，法国、英国和美国都是坚持反对者。”另见规则 44。

⁵¹ 同上，规则 14，第 46 页。

⁵² *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 咨询意见, 1996 年 7 月 8 日, 第 87 段。

⁵³ 同上，第 78 段。

⁵⁴ 同上，第 83 段。

⁵⁵ 由第 28 届红十字与红新月国际大会通过的《人道行动议程》、在“行动 2.5.2”中强调了确保使用多学科方法对武器实施法律审查的重要性，前注 17 中提到的武器法律审查与“避免过分伤害或不必要痛苦计划”专家会议上也表明了这一点。另见下文第 2.2 节。

1.3.1 武器技术说明书

从逻辑上讲，一切评估均应始于对武器技术说明书及武器特性进行评判，包括：

- 完整的武器技术说明书；⁵⁶
- 所设计或预期的武器用途，包括目标类型（如人员或物体；特定目标或区域等等）；⁵⁷
- 其毁灭、破坏或杀伤的手段。

1.3.2 武器的技术性能

接受审查之武器的技术性能对于判断武器的使用是否会造成不分皂白的后果尤为重要。相关的因素包括：

- 瞄准装置的精确度和可靠性（包括，如误差率、未爆炸弹药的灵敏度等等）；
- 武器覆盖的范围；
- 武器可预见的后果能否限制在目标范围内，或者能否在时间或空间上得到控制（包括在实现其军事目的后，武器给平民居民带来风险的程度）。

1.3.3 与健康相关的考虑

与武器杀伤装置（破坏装置）直接相关的问题是，新武器能够造成哪些类型的伤害。在此方面，应当考虑的因素包括：⁵⁸

- 当该武器用于其预期目的时，预计的伤口大小（由创伤弹道学决定）；
- 当该武器用于预期目的时，受害人可能的死亡率；
- 该武器是否会造成解剖性损害、解剖性残疾或毁容，而这对于其设计而言是特有的。

如果新武器并非以爆炸或弹射力伤人，或其所造成的健康后果与现有的合法武器和作战手段所导致的后果在质量或数量上有所不同，那么，应予考虑的其它因素包括：⁵⁹

⁵⁶ 除武器的设计、物质构成和引信系统外，技术说明书还应包括“射程、速度、外形、材料、部件、精确度、预期效果以及点火、发射、释放或分配所使用的系统或子系统的性质”：见US Department of Air Force Instruction 51-402, Weapons Review, 1994年5月13日（实施US Department of Air Force Policy Directive 51-4, Compliance with the Law of Armed Conflict, 1993年4月26日，以及US Department of Defence Directive 5100.77, DoD Law of War Program, 1998年12月9日），第1.2.1分节。

⁵⁷ 这也被称为武器的“使命”或“军事目的”。

⁵⁸ 见，例如，US Air Force Instruction, 第1.2.1分节，该节要求向审查者提供包括“预期对人员造成伤害之性质（在可以得到的情况下，包括医学数据）”在内的信息。

⁵⁹ 第28届红十字与红新月国际大会鼓励各国“对所有可能导致医务人员不熟悉之健康后果的新武器、作战手段和方法进行特别谨慎地审查”：《人道行动议程》第2.5.2段。此外，武器法律审查与“避免过分伤害或不必要痛苦计划”专家会议表明“我们熟悉以爆炸、弹射力或燃烧进行伤人之武器所造成的后果，需据此对造成这些后果的武器

- 是否已经收集了与对人体可预见的后果有关的所有相关科学证据；
- 杀伤装置可能影响受害人健康的方式；
- 当其用于武装冲突时，预估的战地阵亡率是多少，以及随后（在医院）的死亡率是否还会升高；
- 对受害人的心理或生理是否存在可预见或预期的长期或永久的改变；
- 这些后果能否为卫生专业人士所认知，能否在战地情况下得到控制，以及能否在有适当设备的医务所得到诊治。

这些及其它与健康有关的考虑对于帮助审查机关判定所述武器是否可能导致过分伤害或不必要痛苦是十分重要的。根据该规则，评估武器的合法性涉及到，对所有相关的健康因素以及新武器预期的军事目的或可能的军事利益加以权衡。⁶⁰

1.3.4 与环境相关的考虑

要判定接受审查的武器对自然环境造成的影响，尤其是它们是否可能对自然环境造成过分的附带破坏或对自然环境造成广泛、长期和严重的破坏，⁶¹应当考虑的相关问题包括：

- 是否就其对自然环境之影响进行了充分的科学研究，且该研究是否得到了检验？
- 可能对自然环境造成的直接或间接损害的类型及程度如何？
- 损害的后果预计持续多长时间？消除损害在实际上或经济上是否可能（例如将环境恢复原状）？以及这样做需要多长时间？
- 环境损害对平民居民直接或间接的影响是什么？
- 该武器是否专门设计用于毁灭或损害自然环境，⁶²或造成环境的改变？⁶³

进行审查”同时“对以可能造成我们不熟悉之健康后果的手段伤人的武器应予以特别严格的法律审查”（会议报告第8页，前注17）。

⁶⁰ 根据红十字国际委员会关于《习惯国际人道法》的研究著作，“禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦的性质的作战手段”系指武器对战斗员造成的后果。尽管对该规则的存在有普遍共识，但对于如何实际判定某一武器是否会导致过分伤害或不必要的痛苦却存在不同的认识。各国普遍同意，非出于军事目的而造成的苦难违反了这一规则。许多国家指出，该规则要求在军事必要与可能对人员造成的伤害或痛苦之间达到一种平衡，因此，过分的伤害或痛苦（例如，与所追求的军事利益不成比例）则违反了此规则。一些国家还提出，在评估某一武器是否会造成不必要痛苦或过分伤害时，是否存在替代性手段也须作为一个应予考虑的因素。Henckaerts 与 Doswald-Beck（等编著），前注30，规则70，第240页（脚注略）。

⁶¹ 见上文第1.2.2.1分节中提及的《第一附加议定书》第35条第3款和第55条，以及第1.2.2.2分节中提及的习惯国际法规则。红十字国际委员会的研究著作《习惯国际人道法》中规则44涉及到了对环境因素的考虑，该条规定：“尽管某军事行动对环境的影响缺乏科学上的确定性，但这并不足以免除冲突当事方采取”一切可行的预防措施“以避免，并无论如何，减少环境附带受损害”。见 Henckaerts 与 Doswald-Beck（编著），前注30。

⁶² 见前注50中提及的习惯国际法规则。

2. 审查机制的操作方面

在建立武器审查机制时，需就设立方式、结构和组成、实施审查的程序、做出决定和保存记录等几个问题做出决定。

下列问题表明了应当考虑的因素。所引用的国家实践仅限于公开的程序。

2.1 应如何建立审查机制？

2.1.1 依立法、规章、行政命令、指令还是指导方针建立？

《第一附加议定书》第 36 条没有明确规定应以何种方式以及由何机关建立新武器合法性的审查机制。然而，采取立法、行政、制定规章和（或）其它适当措施有效履行此义务是每个国家的责任。第 36 条要求每个缔约国最低限度应设立一项正式的程序，并且根据《第一附加议定书》第 84 条的规定，《议定书》的其它缔约国可以要求获知此程序。⁶⁴设立正式程序意味着无论是在新武器研究、发展、取得还是采用之时，都有一个常设机制可以对其实施审查。

在六个已知具有武器审查程序的国家中，一国是根据政府命令⁶⁵设立其审查程序的，其它五国则是根据国防部指令或命令设立的。⁶⁶

2.1.2 应由何机关建立审查机制？

审查机制可由政府内负责研究、发展、取得或采用新武器的部门（特别是国防部或相当的部门）建立并向其负责。这样做的好处是国防部同时又是发布武器使用说明的机关。大多数已经建立审查机制的国家均将其设于国防部之下。

审查机制还可由政府自身设立，并由部门间机构负责实施，有一个国家倾向于此方式。⁶⁷委托另一个相关部门建立审查机制也是可以理解的，例如，负责政府采购的部门。

无论设立机关为何，都应注意确保审查机构能够根据法律和相关专业知识，以公正的方式开展工作。⁶⁸

2.2 审查机制的结构与组成

2.2.1 谁负责实施审查？

⁶³ 见上文 1.2.1.1 分节中所列《禁止为军事或任何其它敌对目的使用改变环境的技术的公约》。

⁶⁴ 见前注 7 和后注 98。

⁶⁵ 见 Swedish Monitoring Ordinance。

⁶⁶ 荷兰、挪威和美国国防部是通过“指示”建立了其法律审查机制。美国（陆、海、空）三军分别通过各自的指令实施了这一指示。比利时国防部则是通过“一般命令”建立起它的法律审查机制。

⁶⁷ 在瑞典，政府建立了“武器计划国际法监督代表处（*Delegation for international law monitoring of arms projects*）”并任命了其成员。见 Swedish Monitoring Ordinance 的第 8 节。

⁶⁸ 见下文第 2.2.2 分节。

实施法律审查的责任可以委托给由相关部门常任代表所组成的特定机构或委员会。在已知具有审查机制的国家中，有四个国家采取了此种做法。⁶⁹其中的两个国家采用了“混合”制，由实施审查的常设委员会向一名官员（国防部长）提供建议。⁷⁰

在另两个国家中，审查由单个官员负责（其中一国是国防部法规司司长，另一国为负责获取武器之军事部军法署署长）。⁷¹

审查的实质范围要求其广泛考虑专家意见和观点。由委员会实施的武器审查具有确保在评估中考虑相关部门和领域专家意见的优势。⁷²

无论审查机构是个人还是委员会，他都应具备适当的资格，尤其是对国际人道法全面的认识和理解。考虑到这一点，适当的做法是，向武装部队指派一名法律顾问参与审查，或者担任负责审查的委员会的主席是较为合适的。

2.2.2 哪些部门应当参与审查？哪类专家应当参与审查？

无论实施审查的是委员会还是个人，审查都应听取相关部门的意见以及广泛的专家意见。正如本《指南》第 1 节所述，为全面评估有关新武器的信息以及判定其合法性，包括相关的法律、军事、卫生、武器技术和环境专家在内的多学科方法是极为必要的。⁷³为此，除国防部和武装部队的相关部门外，审查可能需要听取来自外交（尤其是国际法专家）、卫生和环境等部门专家的意见，而且，可能还要听取行政部门以外的专家意见。

在已知具有审查机制的国家中，有三个国家审查机关的常任成员来自于国防部或相当机构内的有关部门。除了负责向某一部门（如，来自军法署署长办公室的官员）提供咨询意见的法律官员之外，常任成员还包括来自武装部队医疗部门的军医⁷⁴和负责行动计划、后勤和军事工程等部门代表。⁷⁵这些机制还为来自其它部门及外部的专家在特别情况下参与审查提供了可能性。⁷⁶

另一个国家将国防部以外的官员，尤其是武器技术研究员、外科办公室成员和外交部国际法专家都包括在审查机构的常任成员中。⁷⁷

⁶⁹ 比利时、荷兰和挪威：见前注 8。

⁷⁰ 在比利时，有一个委员会向国防部长提出建议，国防部长负责根据委员会的建议“采取国际法所要求的行动”：见Belgian General Order, at section 2(b)。在挪威，有一个委员会向国防部长提出建议，然后，由国防部长负责向国防军事组织提出建议和报告：见Norwegian Directive, at section 2.1。

⁷¹ 美国，Department of Defence Instruction 5500.15, subsection IV.A。当某一军事部的军法署署长办公室对某新武器实施法律审查时，它一般会与其它军事部以及国防部总顾问办公室对此法律审查进行协调，以确保在解释上的一致性。

⁷² 见，Lt. Col. McClelland, 《依据第一附加议定书第36条实施的武器审查》，前注8，第403页。

⁷³ 见前注 55 及相应的正文。

⁷⁴ 见，如 Belgian General Order, 第 4 (a) (1)分节。

⁷⁵ 例如，挪威委员会包括来自行动与紧急反应计划部行动计划局、联合行动总部、国防大学、国防后勤组织和国防研究所的代表。见Norwegian Directive, 第4.2分节。

⁷⁶ 见，如Belgian General Order, 第4(c)分节以及Norwegian Directive, 第4.3分节。

⁷⁷ 瑞典。见丹麦红十字会，前注 8，第 28 页，以及瑞典政府办公室网站 www.sweden.gov.se。

在将武器审查权授予单个官员的两个国家中，一国要求负责医疗、能力发展、科学和技术（及其它领域）的国防部门向该官员提供“技术指南、弹道资料、武器效果的分析和评估以及合适的专家”，而在另一国，审查当局可以咨询专业国防部门、医疗官员和其他有关专家。⁷⁸

2.3 审查程序

2.3.1 应于何阶段对新武器实施审查？

第 36 条适用的时间范围非常宽泛。它要求在新武器的“研究、发展、取得或采用”阶段对其合法性进行评估。这包括了获得武器的所有阶段，尤其是研究的初期阶段（例如，构思、调查）、发展阶段（例如，原型的发展和测试）与采购阶段（包括购买“库存产品”）。⁷⁹

实际上，这意味着：

- 对于武器生产国本身而言，无论其是为了自用还是出口，都应于武器的构思（设计）阶段，及随后的技术发展（原型发展和测试）阶段，且无论如何应在生产合同缔结之前进行审查；⁸⁰
- 对于购买武器的国家而言，无论其是从他国购买，还是包括以购买“库存产品”的方式从商业市场上购买，都应在欲购买武器的研发阶段，且无论如何应在购买协议签订之前，对其进行审查。应当强调的是，购买国有义务对其考虑取得的武器进行自身审查，而不能只依赖卖方或生产者对武器合法性所持的态度，也不能依赖其它国家的判断。⁸¹为此目的，应在购买武器前，从卖方处获得所有与之相关的信息或数据。
- 对于就现有武器进行技术改进的国家而言，⁸²也应于最早阶段对欲做之改进实施审查。

在审查的每一阶段，审查机关均应考虑武器计划或可能的使用方式，如，与武器相关的作战方法。

⁷⁸ 见，如 US Army Regulation，第 5(d)分节：“应[军法署]的要求，由[军医处处长]提供对完成武器或武器系统法律审查所需的医学咨询意见。”

⁷⁹ 见，如Belgian General Order，第5(a)分节（“当武装部队研究、发展或希望取得或采用新武器、新作战手段或方法时，必须在尽可能最早的阶段，且无论如何应在其取得或采用之前，将该武器、作战手段或方法提交委员会接受法律审查”（非正式译文））。Norwegian Directive，第2.3分节（“审查应尽早开始，一般应开始于需要明确行动需求，界定军事目标，并确定技术、资源和财政情况的构思和调查阶段。”）UK Military Manual，第119页，第6.20.1段（“在英国，有关新作战手段和方法的观念得到了发展，而且这种观念构建进程正逐步走向实现，因此，武器审查过程是以渐进的方式进行的。”）US Air Force Instruction 51-402，第1.1.1分节（“军法署署长应确保所有正在发展、购买、制造或以其它方式取得的武器，以及由空军改进的武器，在其用于冲突之前，根据国际法接受合法性审查。”）和1.1.2分节（“在取得过程中尽可能最早的阶段（包括研究和发展阶段）”）。

⁸⁰ 见，如Belgian General Order，第5(a)分节（“……在尽可能最早的阶段，且无论如何应在取得或采用之前”）；US Department of Defence Directive 5500.15，第subsection IV.A.1分节（“法律审查将在授予最初生产合同前进行”）。

⁸¹ 见 Commentary on the Additional Protocols，第 1473 段。另见 UK Military Manual，第 119 页，第 6.20.1 段：“该义务[第一附加议定书第 36 条]针对所有缔约国而并不仅是武器生产国。”

⁸² 见，如 US Air Force Instruction，第 1.1.1 分节：军法署署长“应确保所有正在发展、购买、制造或以其它方式取得的武器，以及由空军改进的武器，在其用于冲突之前，根据国际法接受合法性审查。”（着重号系作者所加）另见前注 21。

除因第 36 条的要求外，在尽可能最早的阶段实施审查的理由还在于，避免在(可能耗时数年的)武器购买过程中，因[武器本身]非法导致最终无法购买所造成的预付款之惨重损失。需要在武器获得过程的不同阶段对其实施审查也出于同样的原因，因为我们要记住，武器的技术特征与预计的用途在武器发展过程中可能会发生变化。为此，在获得武器的过程中或之后出现与武器性能或后果的新证据时，应当进行新的审查。⁸³

2.3.2 应如何并由谁启动法律审查机制？

每一个负责研究、发展、取得、改进或采用武器的机构均须在上文所确定的阶段，将有关事宜提交审查机关接受法律审查。这可以通过例如通知、⁸⁴请求出具咨询意见⁸⁵或要求接受法律审查⁸⁶的方式得以实现。

此外，审查当局自身也有权主动承担评估工作。⁸⁷

2.3.3 应如何获得相关武器的信息，及从何渠道获得？

在任何案件的每一个阶段，负责研究、发展、取得或采用新武器的机构均应向审查机关提供与该武器相关的所有信息，尤其是上述 1.3 节中所述的信息。

审查机关应有权要求从有关的政府部门或者在适当的情况下从外部单位获得任何补充的信息，并有权命令进行为实施和完成审查所需的测试或试验。⁸⁸

2.4 做出决定

2.4.1 审查机制如何达成决定？

此问题涉及到委员会作为审查机关的情况。在理想状况下，应通过全体一致达成决定，但在不可能实现全体一致的情况下，则应提供另一种做出决定的程序，或者通过投票制度、多数与少数报告，或者授予委员会主席做出最终决定的权力。

2.4.2 审查机关的决定是否应具约束力，还是仅应被视为建议？

⁸³ 见，例如 Belgian General Order，第 5(i)分节（“如果委员会在已经处理了相关文件后，又了解到新的相关信息，则该武器、作战手段或方法应按上述程序，重新提交委员会接受法律审查”）；Norwegian Directive，第 2.3 分节“结论”（“如果在随后阶段，情况发生了重大变化，则重新评估其有关国际法律方面的问题”）。

⁸⁴ 见，如Swedish Monitoring Ordinance，第9节。

⁸⁵ 见，如Norwegian Directive，第4.6分节。

⁸⁶ 见，如Belgian General Order，第5(b)分节。

⁸⁷ 如 Norwegian Directive 第 4.3 分节中的情况。瑞典审查机关也具有主动权：见丹麦红十字会，前注 8，第 28 页，以及 I. Daoust 等人，同上，第 355 页。

⁸⁸ 见，如US Army Regulation，第5(b)(3)和(5)分节规定，当军法署署长做出要求时，军用品开发者应提供“与每一件武器或武器系统有关的具体补充信息”，并对接受审查的武器或武器系统进行“包括创伤弹道学在内的各项实验……”。另见Belgian General Order，第5(e)分节。

由于审查机关是就新武器是否符合国家的国际法律义务这一问题做出决定，因此，在没有审查机关赞成决定的情况下仍能继续获得新武器的主张难以成立。例如，如果审查机关认定，新武器为可适用于相关国家之国际人道法所禁止，则应从法律上终止对该武器的发展或取得。⁸⁹

2.4.3 审查机关能否对批准新武器附加条件？

第 36 条要求审查机关判定，使用接受审查的武器是否“在某些或所有情况下”为合法。⁹⁰因此，它可能会认定，在某些情况下使用新武器是被禁止的。在此情况下，审查机关既可以对武器的操作使用施加限制为条件批准该武器（在这种情况下，此类限制性规定应被纳入与该武器相关的交战规则或操作程序当中），也可要求在实施批准前必须对武器进行改进。⁹¹

2.4.4 审查机关的决定应当是终局性的，还是可以上诉或复审的？

在已知具有审查机制的国家中，有两个国家明确规定可以对审查机关的决定进行上诉或复审。⁹²如果规定了上诉机制，应特别注意确保受理上诉或复审的机构同样需要熟悉国际人道法，并需考虑相关多学科因素，依法进行复审。

2.5 保存记录

2.5.1 是否应保存审查机制的决定？

如果审查机关保存其所有关于已审查武器的意见及决定的档案，那么，随着时间的流逝，它的工作将会更加有效率。由于档案可使审查机关参考其先前的决定，因此它还有助于保持审查机关决定的一致性。在接受审查的武器是对先前已接受过审查之武器修改版的情况下，档案亦尤为有用。

在已知具有审查机制的国家中，有两国要求审查机关永久保存法律审查文件。⁹³至少还有一国根据其将决定存档的一般行政义务，有永久保存文件的义务。⁹⁴

2.5.2 谁能查阅此类记录，在哪些条件下可以查阅？

每个国家都有权决定是否允许（完整或部分）查阅这些审查纪录，以及谁能查阅。特定案件中武器本身是否被认为机密将对国家的决定产生影响。

在决定是否透露及向谁透露审查纪录时，需要考虑的因素主要包括：

⁸⁹ 在美国，除非有关武器已经接受了法律审查，否则是不能获得的：见，例如 US Navy Instruction, section 2.6：“未经法律审查，不得取得任何武器或武器系统或者将其投入战场使用”。

⁹⁰ 见上文 1.1 节。

⁹¹ 比如 Swedish Review Ordinance 第 7 节规定：“如果武器计划不符合国际人道法的要求，代表处应敦促向其提交相关事宜的当事方进行结构改变，考虑武器计划的替代方案或对武器的操作使用施加限制的问题。”

⁹² 见 US Department of Defence Directive 5500.15, 第 IV.C 分节，根据其规定，军法署署长的意见将由国防部秘书、军事部秘书、国防研究和工程主任、国防部助理秘书（装备与后勤）或任何军法署署长复审。另见 Swedish Monitoring Ordinance, section 10, 该节规定可以对决定向政府提起上诉。

⁹³ 见 US Department of Defence Instruction 5500.15, 第 IV.A.2 分节，它要求每个军法署署长“保存永久性文件或由其发表的意见”。在此方面，见 US Air Force Instruction, 第 1.1.3 段, US Army Regulation 第 5(e)(2) 段以及 US Navy Instruction 第 2.6 段。

⁹⁴ 见比利时，Law on Archives, 1955 年 6 月 24 日。

- 在不同政府部门间，以及向外部专家和公众公开纪录的价值；
- 与其它国家分享经验的价值；
- 所有国家在所有情况下，尤其是在判定使用接受审查的武器将违反国际人道法的情况下，确保遵守国际人道法的义务。

在已知具有审查机制的至少四个国家中，审查机关的决定受制于规范公众了解信息的立法，该法律同样适用于其它政府机关。⁹⁵根据前述立法，信息获取权也受制于因影响国家安全而不披露敏感信息的例外规定。

尽管，审查国没有公开其实质调查结果的义务，也没有与其它国家分享该结果的义务，但根据《第一附加议定书》第 84 条的规定，该国须与其它《议定书》缔约国分享其审查程序。⁹⁶在这点上，第 27 届和第 28 届红十字与红新月国际大会鼓励国家就其审查机制和程序交流信息，并要求红十字国际委员会为此类信息交流提供便利。⁹⁷

联系

读者可以通过下列联系方式与红十字国际委员会取得联系：

红十字国际委员会东亚地区代表处

北京市建国门外大街 9 号

齐家园外交公寓 B2

邮编：100600

电话：(+86 10) 8532 3290

传真：(+86 10) 6532 0633

电子邮件：beijing.bej@icrc.org

网址：www.icrc.org

或与红十字国际委员会位于日内瓦的总部取得联系：

International Committee of the Red Cross

19, Avenue de la Paix

1202 Geneva, Switzerland

Tel.: +41 22 734 6001 (Switchboard)

+41 22 730 2667 (Mines-Arms Unit)

+41 22 730 2321 (Advisory Service)

E-mail: weapons.gva@icrc.org

<http://www.icrc.org>

⁹⁵ 在美国，大多数审查报告为非保密的，公众可根据《信息自由法案》进行查阅：见 H.Parks，前注 17。在瑞典，代表团报告则受《新闻自由法案》的调整：见丹麦红十字会，前注 8，第 28 页，以及 I. Daoust 等人，同上，第 355 页。

⁹⁶ 见 *Commentary on the Additional Protocols*，第 1470 段及其脚注 12。第 84 条规定如下：“缔约各方应通过保存者，并于适当时通过各保护国，尽速彼此通知本议定书的正式译文以及为了保证其适用而通过的法律规章。”

⁹⁷ 见《人道行动议程》，第 2.5.3 段。

第28届红十字与红新月国际大会
2003年12月2日—6日 日内瓦

《人道行动议程》 最终目标 2.5

最终目标2.5——确保新武器在国际法下的合法性

由于武器技术的迅猛发展，同时为了保护平民免受武器不分皂白的后果，并保护战斗员免受不必要的痛苦及违禁武器的伤害，所有新武器、作战手段和方法都应受到严格的和全面的审查。

建议采取的行动

- 2.5.1** 根据 1977 年《第一附加议定书》（第 36 条）的规定，各缔约国迫切需要建立审查程序，以断定新武器、作战手段和方法的合法性。其它国家也应考虑建立此类审查程序。审查应采用全面方法，对与军事、法律、环境和健康等相关的问题进行考虑。
- 2.5.2** 鼓励各国对所有可能导致医务人员不熟悉之健康后果的新武器、作战手段和方法进行特别谨慎的审查。
- 2.5.3** 红十字国际委员会将为自愿交流有关审查程序的经验提供便利。已经建立适当审查程序的国家应邀就此方面与红十字国际委员会开展合作。红十字国际委员会将与政府专家合作，为尚未建立审查程序的国家组织培训研讨会。

+++

关于在战争中放弃使用轻于400克爆炸性弹丸的宣言
(1868年11月29日—12月11日 圣彼得堡)

应俄罗斯帝国政府的邀请，在圣彼得堡召开了一次国际军事委员会会议，以考虑禁止在战争期间在文明国家之间使用某些弹丸的愿望。该会议根据一项共同协议规定了技术上的限制，在此限制内，战争的需要应服从人道的要求。下列签署人根据其政府命令受权发表宣言如下：

考虑到文明的进步，应尽可能减轻战争的灾难；

- 各国在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；
- 为了这一目标，应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力；
- 由于武器的使用无益地加剧失去战斗力的人的痛苦或使其死亡不可避免，将会超越这一目标；
- 因此，这类武器的使用违反了人类的法律；

缔约国相互保证，在它们之间发生战争时，它们的陆军和海军部队放弃使用任何轻于四百克的爆炸性弹丸或是装有爆炸性或易燃物质的弹丸。

它们同意邀请所有委派代表参加在圣彼得堡召开的国际军事委员会会议讨论的国家加入本协议。

本协议仅对缔约国或加入国在它们之中两国或数国之间发生战争时，具有约束力；本协议不适用于非缔约国或未加入本协议的国家。

在缔约国或加入国发生战争时，如一个非缔约国或非加入国参加交战国之一方作战，从这时起，本协议也应停止其约束力。

一旦由于将来在军备方面的改进而提出明确的建议时，缔约国或加入国保留今后达成一项谅解的权利，以维护他们已经确定的原则并使战争的需要符合人道的法律。

+++

《第一附加议定书》条款节选
（《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》
（第一议定书），1977年6月8日）

第1条第2款[“马顿斯条款”]

2. 在本议定书或其他国际协定所未包括的情形下，平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。

第35条—基本原则

1. 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。
2. 禁止使用属于引起过分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。
3. 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或手段。

第36条—新武器

在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时，缔约一方有义务断定，在某些或所有情况下，该新的武器、作战手段或方法的使用是否为本议定书或适用于该缔约一方的任何其他国际法规则所禁止。

第48条—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民用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。

第51条—对平民居民的保护

1. 平民居民和平民个人应享有免受军事行动所产生的危险的一般保护。为了实现这项保护，在任何情况下均应遵守对适用的其他国际法规则所附加的下列各项规则。
2. 平民居民本身以及平民个人，不应成为攻击的对象。禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。

(……)

4. 禁止不分皂白的攻击。不分皂白的攻击是：
 - (1) 不以特定军事目标为对象的攻击；
 - (2) 使用不能以特定军事目标为对象的作战方法或手段；或

(3) 使用其效果不能按照本议定书的要求加以限制的作战方法或手段；

而因此，在上述每个情形下，都是属于无区别地打击军事目标和平民或民用物体的性质的。

5. 除其他外，下列各类攻击，也应视为不分皂白的攻击：

(1) 使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其他地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击；和

(2) 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军事利益相比损害过分的攻击。

(.....)

第 55 条—对自然环境的保护

1. 在作战中，应注意保护自然环境不受广泛、长期和严重的损害。这种保护包括禁止使用旨在或可能对自然环境造成这种损害从而妨害居民的健康和生存的作战方法或手段。

(.....)

+ + +

使命

红十字国际委员会是一个公正、中立和独立的组织，其全部的人道使命就是保护战争和国内暴力事件受害者的生命与尊严，并向他们提供援助。该组织对国际红十字与红新月运动在武装冲突局势下开展的救援行动进行指导和协调。它还致力于通过促进和增强人道法和普遍的人道原则的方式预防苦难的发生。红十字国际委员会创建于1863年，它是国际红十字与红新月运动的起源。



ICRC

**红十字国际委员会
东亚地区代表处**

中国北京市建国门外大街9号
齐家园外交公寓 B2
邮编100600

电话:+86 10 8532 3290

传真:+86 10 6532 0633

电子邮件:beijing.bej@icrc.org

网址:www.icrc.org/chi

©红十字国际委员会，2006年11月