

第一部分

区分原则

第 1 章

区分平民与战斗员

规则 1 冲突各方必须在任何情况下对平民与战斗员加以区分。只可针对战斗员实施攻击。禁止直接针对平民实施攻击

实践

第 2 卷, 第 1 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。本规则的三个组成部分之间相互关联, 有关其中任何一个部分的实践都对另外两者的合法性起着强化作用。本规则中的“战斗员”一词是在一般意义上使用的, 用以表明那些不享有给予平民的免受攻击的保护的人员, 但并不意味着此类人员拥有战斗员或战俘的地位(见第 33 章)。另外, 本规则须与另外两条规则, 即本书规则 47 和规则 6 一并解读; 其中前者规定禁止对被认为失去战斗力的人实施攻击(见规则 47), 后者则规定应保护平民免遭攻击, 除非他们正在直接参与敌对行为(见规则 6)。针对平民的交战报复行为将在第 41 章中予以探讨。

国际性武装冲突

区分平民和战斗员原则最早出现在《圣彼得堡宣言》中。该宣言声称:“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。”虽然《海牙章程》本身并没有对平民和战斗员进行区分的规定, 但是该章程第 25 条的规定却是基于这一原则做出的, 该规定禁止“以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物”。区分原则现在规定在《第一附加议定书》第 48 条、第 51(2) 条及第 52(2) 条中, 而且缔约各方均未对这些条款做出保留。根据《第一附加议定书》, “攻击”意指“不

《圣彼得堡宣言》序言(参见第 2 卷, 第 1 章, 第 83 段)。

《海牙章程》第 25 条。

《第一附加议定书》第 48 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷, 第 1 章, 第 1 段); 第 51(2) 条(以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过)(同上, 第 154 段); 以及第 52(2) 条(以 79 票赞成、0 票反对、7 票弃权通过)(同上, 第 85 段)。

论在进攻或防御中对敌人的暴力行为”。

在通过附加议定书的外交会议上,墨西哥认为第51条和第52条如此重要,以致它“不能成为任何保留的对象,因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础”。同样是在这次外交会议上,英国宣称,第51(2)条是对已有的习惯国际法规则的“重要肯定”。

在《常规武器公约议定书二》、《常规武器公约修正的第二号议定书》和《常规武器公约议定书三》以及禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》中,均能找到禁止攻击平民的规定。此外,根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“故意指令攻击平民人口本身或未直接参加敌对行动的个别平民”构成战争罪。

许多国家的军事手册都规定,必须对平民和战斗员加以区分,并禁止对平民进行攻击,其中有些国家不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。瑞典的《国际人道法手册》认为,《第一附加议定书》第48条所规定的区分原则属于习惯国际法规则。⁰另外,很多国家的国内立法规定,对平民进行攻击构成刑事犯罪,这其中包括那些不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。¹

在1969年的“卡西姆案”(Kassem case)中,以色列拉马拉军事法院认为,平民应免于遭受直接攻击是国际人道法的基本规则之一。²此外,许多国家的正式声明都援引了这一规则,其中有些国家不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。³同时,《第一附加议定书》的缔约国还曾经援引该规则用来对抗非缔约国。⁴

《第一附加议定书》第49条。

墨西哥, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(参见第2卷,第1章,第146、307、536及800段)。

英国, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第319、537及803段)。

《常规武器公约议定书二》第3(2)条(同上,第157段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(7)条(同上,第157段);以及《常规武器公约议定书三》第2(1)条;另见《渥太华公约》前言(同上,第3段)。

《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(i)条(同上,第160段)。

参见:军事手册(同上,第10-34及173-216段),特别是下列国家的军事手册:法国(同上,第21和188段)、印度尼西亚(同上,第192段)、以色列(同上,第25及193、194段)、肯尼亚(同上,第197段)、英国(同上,第212、213段)及美国(同上,第33、34段及214、215段)。

⁰ 瑞典, IHL Manual(同上,第29段)。

¹ 参见立法(同上,第217-269段),特别是下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第221、222段)、印度尼西亚(同上,第243段)及意大利(同上,第245段)。

² 以色列, Military Court at Ramallah, Kassem case(同上,第271段)。

³ 参见下列国家的声明:阿塞拜疆(同上,第273段)、中国(同上,第279段)、法国(同上,第41和285段)、德国(同上,第290、291及293段)、伊朗(同上,第296、297段)、伊拉克(同上,第298段)、巴基斯坦(同上,第311、312段)、南非(同上,第49段)、英国(同上,第321段)及美国(同上,第51-53段和322-329段)。

⁴ 参见:德国对土耳其(同上,第292段)和伊拉克(同上,第293段)的声明、黎巴嫩(同上,第304段)和巴基斯坦(同上,第312段)对以色列的声明,以及西班牙对伊朗和伊拉克的声明(同上,第315段)。

在国际法院审理的“核武器案”(Nuclear Weapons case)中,很多国家在其诉状中都援引了区分原则。⁵ 在本案的咨询意见里面,法院认为,区分原则是国际人道法的“首要原则”之一,同时也是“不容逾越的习惯国际法原则”之一。⁶

1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方尊重战斗员和平民之间的区分规则。相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。⁷

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第13(2)条禁止将平民居民本身及平民个人列为攻击对象。⁸ 禁止攻击平民还规定在《常规武器公约》的《修正的第二号议定书》中。⁹ 该公约的《议定书三》也有相同的规定。根据2001年经协商一致通过的对该公约第1条的修正案的规定,该议定书可以适用于非国际性武装冲突。¹⁰ 有关禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》规定,“对平民和战斗员须加以区分的原则”是该公约存在的基础之一。¹¹

根据《国际刑事法院规约》的规定,在非国际性武装冲突中,“故意指令攻击平民人口本身或未参加敌对行动的个别平民”构成战争罪。¹² 另外,这一规则在其他一些可适用于非国际性武装冲突的文件中也能找到。¹³

可适用于或者已经适用于非国际性武装冲突的军事手册都规定,必须对战斗员和平民加以区分,只能将前者作为攻击目标。¹⁴ 许多国家的立法都规定,在任何武装

⁵ 参见下列国家的声明:厄瓜多尔(同上,第39段)、埃及(同上,第40和283段)、印度(同上,第42段)、日本(同上,第43段)、荷兰(同上,第309段)、新西兰(同上,第45段)、所罗门群岛(同上,第48段)、瑞典(同上,第316段)、英国(同上,第50和320段)及美国(同上,第329段)。

⁶ ICJ, Nuclear Weapons case(同上,第434段)。

⁷ See ICRC, The International Committee's Action in the Middle East(同上,第445段)。

⁸ 《第二附加议定书》第13(2)条(经协商一致通过)(同上,第156段)。

⁹ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(7)条(同上,第157段)。

¹⁰ 《常规武器公约议定书三》第2(1)条(同上,第158段)。

¹¹ 《渥太华公约》前言(同上,第3段)。

¹² 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(i)条(同上,第160段)。

¹³ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第6、97和167段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第7、98和168段); San Remo Manual, paras. 39 and 41(同上,第8、99段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 5.1(同上,第9、100和171段); Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 3(a)(同上,第165段); Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles(同上,第166段); UNTAET Regulation 2000/15, Section 6(1)(e)(i)(同上,第172段)。

¹⁴ 参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第173段)、贝宁(同上,第177段)、喀麦隆(同上,第178段)、加拿大(同上,第179段)、哥伦比亚(同上,第181、182段)、德国(同上,第189段)、荷兰(同上,第201段)、新西兰(同上,第203段)、菲律宾(同上,第205段)、多哥(同上,第211段)及南斯拉夫(同上,第216段)。

冲突中攻击平民都属于犯罪。³ 同时,也有一些涉及非国际性武装冲突的正式声明援引了区分原则,并谴责那些针对平民所进行的攻击。⁴ 在前文所提到的“核武器案”中,各国向国际法院所提交的意见总体而言也倾向于承认该规则适用于所有的武装冲突。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。这一规则有时候也以其他表述出现,尤其是以“区分战斗员和非战斗员原则”的表述出现,在这种情况下,未直接参与敌对行动的平民属于这里所说的“非战斗员”的范畴。²

那些据称违反了该规则的行为通常也会遭到各国的谴责,不论冲突是国际性的

³ 参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第218段)、澳大利亚(同上,第220段)、阿塞拜疆(同上,第221、222段)、白俄罗斯(同上,第223段)、比利时(同上,第224段)、波黑(同上,第225段)、加拿大(同上,第228段)、哥伦比亚(同上,第230段)、刚果民主共和国(同上,第231段)、刚果(同上,第232段)、克罗地亚(同上,第234段)、爱沙尼亚(同上,第239段)、格鲁吉亚(同上,第240段)、德国(同上,第241段)、爱尔兰(同上,第244段)、立陶宛(同上,第248段)、荷兰(同上,第250段)、新西兰(同上,第252段)、尼日尔(同上,第254段)、挪威(同上,第255段)、斯洛文尼亚(同上,第257段)、西班牙(同上,第259段)、瑞典(同上,第260段)、塔吉克斯坦(同上,第261段)、英国(同上,第265段)、越南(同上,第266段)、也门(同上,第267段)及南斯拉夫(同上,第268段);另有捷克共和国(同上,第237段)、匈牙利(同上,第242段)、意大利(同上,第245段)及斯洛文尼亚(同上,第256段)的立法,这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第217段)、布隆迪(同上,第226段)、萨尔瓦多(同上,第238段)、约旦(同上,第246段)、尼加拉瓜(同上,第253段)及特立尼达和多巴哥(同上,第262段)。

⁴ 参见下列国家的声明:比利时(同上,第274段)、法国(同上,第286和288、289段)、德国(同上,第294、295段)、马来西亚(同上,第306段)、荷兰(同上,第308段)、菲律宾(同上,第47段)、斯洛文尼亚(同上,第314段)及乌干达(同上,第317段)。

² 参见下列国家的军事手册:克罗地亚(同上,第718段)、多米尼加共和国(同上,第185、583和720段)、厄瓜多尔(同上,第20和721段)、匈牙利(同上,第724段)、瑞典(同上,第733段)及美国(同上,第34和737段);以色列, Military Court at Ramallah, Kassem case(同上,第724段);还参见下列国家的声明:比利时(同上,第274段)、哥伦比亚(同上,第840段)、埃及(同上,第40段)、印度(同上,第42段)、伊朗(同上,第296段)、日本(同上,第43段)、韩国(同上,第302段)、所罗门群岛(同上,第40段)及美国(同上,第53和328段);联合国安理会,第771号决议(同上,第337段)、第794号决议(同上,第338段);联合国人权委员会,第1992/S-1/1号决议(同上,第388段);联合国秘书长,《关于保护在冲突情况下向难民和其他人提供的人道主义援助的报告》(同上,第57段);《遵照1993年6月5日关于调查攻击联合国驻索马里部队事件的安全理事会第837(1993)号决议第5段以秘书长的名义进行调查的报告》(同上,第58段);ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第61段);其他形式的表述还可参见下列国家的军事手册:比利时(同上,第12段)(区分“平民居民和其他参与敌对行动的人员”)、瑞典(同上,第29段)(区分“参与敌对行动并因为成为合法攻击目标的人员和平民居民”)以及新西兰的声明(同上,第45段)(区分“战斗员和那些未直接卷入武装冲突的人员”);联合国大会,第2444(XXIII)号决议(同上,第55段)(区分“参与敌对行动的人员和平民居民”)及第2675(XXV)号决议(同上,第56段)(区分“积极参与敌对行动的人员和平民居民”)。

还是非国际性的。⁸ 同样,在很多国际性和非国际性冲突情势下,联合国安理会都对那些据称是针对平民的攻击进行了谴责或要求停止这种攻击,其中所涉国家和地区包括阿富汗、安哥拉、阿塞拜疆、布隆迪、格鲁吉亚、黎巴嫩、利比里亚、卢旺达、塞拉里昂、索马里、塔吉克斯坦、前南斯拉夫及被以色列占领的领土。⁹

早在 1938 年,国际联盟大会就指出,“故意轰炸平民居民是非法的”。¹⁰ 1965 年,第 20 届红十字国际大会郑重宣告,在武装冲突中对行动负责的相关政府或其他权力机构应当遵守禁止攻击平民居民的规定。¹¹ 随后,联合国大会于 1968 年通过的一项关于武装冲突中对人权之尊重的决议宣称:区分原则应适用于所有武装冲突。¹² 1999 年,第 27 届红十字和红新月国际大会通过了《2000 年—2003 年行动计划》。该文件要求武装冲突各方尊重“对于攻击平民居民本身及未直接参与冲突的平民之完全禁止”。¹³ 2000 年,联合国安理会也通过了一项关于武装冲突中保护平民的决议,重申强烈谴责在武装冲突局势中蓄意以平民或其他受保护者为目标的行为。¹⁴

国际法院在“核武器案”中的实践、前南斯拉夫问题国际刑事法庭的相关实践,特别是其在“塔迪奇案”(Tadic, case)、“马尔蒂奇案”(Martić, case)和“库布雷什基奇案”(Kupreškić, case)中的实践,以及美洲人权委员会在阿根廷拉塔布拉达(La Tablada)事件相关案件中的实践都进一步表明,区分平民和战斗员这一规则在国际性和非国际性武装冲突中都具有习惯法的性质。¹⁵

⁸ 参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第 272 段)、波黑(同上,第 276 段)、中国(同上,第 279 段)、克罗地亚(同上,第 281 段)、法国(同上,第 284、286 和 288、289 段)、德国(同上,第 290 和 292 - 295 段)、伊朗(同上,第 297 段)、哈萨克斯坦(同上,第 301 段)、黎巴嫩(同上,第 305 段)、荷兰(同上,第 308 段)、巴基斯坦(同上,第 311、312 段)、斯洛文尼亚(同上,第 314 段)、西班牙(同上,第 315 段)、乌干达(同上,第 317 段)及南斯拉夫(同上,第 331 段)。

⁹ 参见:联合国安理会,第 564 号决议(同上,第 336 段)、第 771 号决议(同上,第 337 段)、第 794 号决议(同上,第 338 段)、第 819 号决议(同上,第 339 段)、第 853 号决议(同上,第 340 段)、第 904 号决议(同上,第 341 段)、第 912 号决议(同上,第 342 段)、第 913 号决议(同上,第 343 段)、第 918 号、第 925 号、第 929 号和第 935 号决议(同上,第 344 段)、第 950 号决议(同上,第 345 段)、第 978 号决议(同上,第 346 段)、第 993 号决议(同上,第 347 段)、第 998 号决议(同上,第 348 段)、第 1001 号决议(同上,第 349 段)、第 1019 号决议(同上,第 350 段)、第 1041 号决议(同上,第 351 段)、第 1049 号和第 1072 号决议(同上,第 352 段)、第 1073 号决议(同上,第 354 段)、第 1076 号决议(同上,第 355 段)、第 1089 号决议(同上,第 356 段)、第 1161 号决议(同上,第 357 段)、第 1173 号和第 1180 号决议(同上,第 358 段)及第 1181 号决议(同上,第 359 段)。

¹⁰ 国际联盟,大会,1938 年 9 月 30 号通过的决议(同上,第 378 段)。

¹¹ 20th International Conference of the Red Cross, Res. XXV III(同上,第 60 和 429 段)。

¹² 联合国大会,第 2444 (XXIII) 号决议(以 111 票赞成、0 票反对、0 票弃权经协商一致通过)。

¹³ 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Plan of Action for the years 2000 - 2003 (经协商一致通过)(同上,第 443 段)。

¹⁴ 联合国安理会,第 1296 号决议(同上,第 361 段)。

¹⁵ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第 61 和 434 段); ICTY, Tadic, case, Interlocutory Appeal(同上,第 435、625、750 和 882 段), Martić, case, Review of the Indictment(同上,第 437 和 552 段), and Kupreškić, case, Judgment(同上,第 441 和 883 段); Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina)(同上,第 64、443 和 810 段)。

红十字国际委员会也曾呼吁国际性和非国际性武装冲突各方对区分战斗员和平民这一原则予以尊重。⁶

规则2 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。

实践

第2卷,第1章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第51(2)条规定,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”。³ 缔约各方均未就该款作出保留。在通过附加议定书的外交会议上,墨西哥认为第51条如此重要,以致它“不能成为任何保留的对象,因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础”。⁸ 同样是在这次外交会议上,英国指出,第51(2)条是对已有习惯国际法规则的“重要肯定”。⁹

在相当多的军事手册中都能找到禁止以恐吓平民居民为目的的暴力行为或暴力威胁的规定。⁰ 许多国家的国内立法也规定,违反这一规则构成犯罪。⁴ 该禁止性规定同时还得到了正式声明的支持。² 从事这些实践的国家包括那些不是或者当时不是

⁶ 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第67-75段)。

³ 《第一附加议定书》第51(2)条(以77票赞成、1票反对、16票弃权通过)。

⁸ 墨西哥,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第146、307、536及800段)。

⁹ 英国,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第319、537及803段)。

⁰ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第489段)、澳大利亚(同上,第490段)、比利时(同上,第491、492段)、贝宁(同上,第493段)、喀麦隆(同上,第494段)、加拿大(同上,第495段)。

⁴ 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第514段)、澳大利亚(同上,第515段)、孟加拉国(同上,第516段)、波黑(同上,第517段)、中国(同上,第518段)、哥伦比亚(同上,第519段)、科特迪瓦(同上,第520段)、克罗地亚(同上,第521段)、捷克共和国(同上,第522段)、埃塞俄比亚(同上,第523段)、爱尔兰(同上,第524段)、立陶宛(同上,第525段)、荷兰(同上,第526段)、挪威(同上,第527段)、斯洛伐克(同上,第528段)、斯洛文尼亚(同上,第529段)、西班牙(同上,第530段)及南斯拉夫(同上,第531段)。

² 例如,参见下列国家的声明:以色列(同上,第534段)、黎巴嫩(同上,第535段)和美国(同上,第538-540段)。

《第一附加议定书》的当事方。³《第一附加议定书》的缔约国还曾经援引该规则用来对抗非缔约国。⁴

1973年10月,也就是《第一附加议定书》通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对于禁止那些“旨在平民居民中散布恐怖的方法”的规定予以尊重,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。⁵

可以说,禁止以恐吓平民居民为目的的暴力行为或暴力威胁也得到了《日内瓦第四公约》第33条的支持,该条禁止“一切恫吓恐怖手段”。⁶在该条通过之前,一战之后设立的责任委员会的报告认为,“系统性的恐怖活动”违反战争法规和惯例。⁷

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第13(2)条禁止以在平民居民中散布恐怖为首要目的的暴力行为或暴力威胁。⁸另外,这一禁止性规定在其他一些涉及非国际性武装冲突的文件中也能找到。⁹

有些军事手册中也有禁止以在平民居民中散布恐怖为目的的暴力行为或暴力威胁的规定,这些军事手册都可以或者曾经适用于非国际性武装冲突。⁶许多国家的立法也规定,在任何武装冲突中违反这一规则均为犯罪。⁵另有一些涉及非国际性武装冲突的正式声明也提到了这一规则。³

³ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第499段)、以色列(同上,第534段)、肯尼亚(同上,第502段)和美国(同上,第511、512及538-540段)。

⁴ 例如,参见黎巴嫩对以色列的声明(同上,第535段)。

⁵ See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East* (同上,第556段)。

⁶ 《日内瓦第四公约》第33条(同上,第476段);有关该条与本规则的关系的阐述,参见:Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 4538。

⁷ Report of the Commission on Responsibility (参见第2卷,第1章,第481段)。

⁸ 《第二附加议定书》第13(2)条(经协商一致通过)(同上,第479段)。

⁹ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上,第485段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第486段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第489段)、澳大利亚(同上,第490段)、贝宁(同上,第493段)、喀麦隆(同上,第494段)、加拿大(同上,第495段)、哥伦比亚(同上,第496段)、克罗地亚(同上,第497段)、厄瓜多尔(同上,第498段)、德国(同上,第500段)、匈牙利(同上,第501段)、肯尼亚(同上,第502段)、荷兰(同上,第503段)、新西兰(同上,第504段)、俄罗斯(同上,第506段)、西班牙(同上,第507段)、多哥(同上,第510段)及南斯拉夫(同上,第513段)。

⁵ 例如,参见下列国家的立法:波黑(同上,第517段)、哥伦比亚(同上,第519段)、克罗地亚(同上,第521段)、埃塞俄比亚(同上,第523段)、爱尔兰(同上,第524段)、立陶宛(同上,第525段)、挪威(同上,第527段)、斯洛文尼亚(同上,第529段)、西班牙(同上,第530段)及南斯拉夫(同上,第531段);另见捷克共和国(同上,第522段)和斯洛伐克(同上,第528段)的立法(这两个国家的立法不排除适用于非国际武装冲突)以及阿根廷的立法草案(同上,第514段)。

³ 例如,参见:博茨瓦纳(同上,第533段)和美国(同上,第540段)的声明。

可以说,《第二附加议定书》第4(2)(d)条也支持禁止以在平民居民中散布恐怖为目的的暴力行为或暴力威胁,它是禁止“恐怖主义行为”的一般性规定。⁵《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂特别法院规约》都已将“恐怖主义行为”界定为战争罪。⁵在有关建立塞拉利昂特别法院的报告中,联合国秘书长就指出,违反《第二附加议定书》第4条的行为早已根据习惯国际法被视为犯罪。⁵

不论是在国际性还是非国际性武装冲突方面,均不存在违反本规则的正式实践。那些据称违反了这一规则的行为往往遭到各国普遍的谴责。⁶联合国大会和联合国人权委员会也同样通过了一些决议,对发生在前南斯拉夫的武装冲突中恐吓平民居民的行为进行了谴责。⁵另外,在前南斯拉夫问题国际刑事法庭的“久基奇案”(Jukic case)、“卡拉季奇和姆拉吉奇案”(Karadzic and Mladic case)和“加利奇案”(Galic case)的指控令中,都有因恐吓平民居民而违反战争法和战争惯例的指控,其中在前两个案件中,该项指控是包含在非法攻击指控之内的。⁸在2003年的“加利奇案”的判决中,审判庭判定被告有罪,因为他“从事了《第一附加议定书》第51条所规定的以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为,而根据本法庭规约第3条,该项行为违反了相关战争法规和战争惯例”。⁹

红十字国际委员会也曾提请国际性和非国际性武装冲突各方注意禁止恐吓平民居民的规定。⁶

举例

在实践中,本规则所禁止的暴力行为不仅包括以在平民居民中散布恐怖为目的的支持进攻或进行军事打击的行动⁶、不分皂白和全面炮击⁶和对城市经常性的轰

⁵ 《第二附加议定书》第4(2)d条(经协商一致通过)(同上,第478段);有关该条与本规则的关系的阐述,参见:Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 4538.

⁵ 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(4)条(参见第2卷,第1章,第487段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 3(d)(同上,第480段)。

⁵ 联合国秘书长,《关于设立塞拉利昂特别法庭的报告》(同上,第545段)。

⁶ 例如,参见下列国家的声明:以色列(同上,第534段)、黎巴嫩(同上,第535段)和美国(同上,第540段)。

⁵ 例如,参见:联合国大会,第49/196号决议(同上,第541段)和第53/164号决议(同上,第542段)及联合国人权委员会,第1992/S-2/1号、第1993/7号、第1994/72号和第1995/89号决议(同上,第543段)。

⁸ ICTY, Jukic case, Initial Indictment(同上,第551段)、Karadzic and Mladic case, First Indictment(同上,第553段)和 Galic case, Initial Indictment(同上,第554段)。

⁹ ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No. IT-98-29-T, Judgment and Opinion, 5 December 2003, § 769.

⁶ 例如,参见:红十字国际委员会的实践(参见第2卷,第1章,第556-558段及第561段)。

⁶ 澳大利亚, Defence Force Manual(同上,第490段)。

⁶ 联合国大会,第53/64号决议(同上,第542段)。

炸,⁶ 同时还包括骚扰、强奸、虐待妇女和儿童或对其施以酷刑,⁶ 以及大规模屠杀行为。⁶ 在前文所提到的前南斯拉夫问题国际刑事法庭的几个案件中,基于恐吓平民居民的指控涉及故意且不分皂白地攻击民用目标、⁶ 非法攻击平民聚会⁶ 以及持续炮击和射击平民地区。⁶ 这些例子表明,特定的禁止性规定也包括很多违反禁止以在平民居民中散布恐怖为目的的暴力行为或暴力威胁的规定的行为。

规则 3 冲突一方所有武装部队成员均为战斗员,医务人员与宗教人员除外。

实践

第 2 卷,第 1 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。出于区分原则的考虑(见规则 1),不论是在国际性还是非国际性武装冲突中,一国武装部队的成员均可被视作战斗员。但是,战斗员地位的问题仅存在于国际性武装冲突中(见第 33 章引言)。

国际性武装冲突

本规则可追溯到《海牙章程》。根据《海牙章程》,“交战各方的武装部队可由战斗员和非战斗员组成”。⁶ 目前这一规则体现在《第一附加议定书》第 43(2)条之中。⁰

许多军事手册都包含战斗员的这一定义。⁷ 该定义同样得到了不少正式声明和

⁶ 联合国人权委员会,关于前南斯拉夫人权局势特别报告员提交的报告(同上,第 546 段)。

⁴ 联合国人权事务高级专员,《关于武装冲突期间的蓄意强奸、性奴役与类似奴役行径的报告》(同上,第 547 段)。

⁵ O S C E , Kosovo /Kosova, As Seen As Told, An analysis of the human rights findings of the O S C E Kosovo Verification Mission(同上,第 549 段)。

⁶ ICTY , ukic case, Initial Indictment(同上,第 551 段)。

⁶ ICTY , Karadic and Mladic case, First Indictment(同上,第 553 段)。

⁶ ICTY , Galic case, Initial Indictment(同上,第 554 段)。

⁶ 《海牙章程》第 3 条(同上,第 571 段)。

⁰ 《第一附加议定书》第 43(2)条(经协商一致通过)(同上,第 572 段)。

⁷ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 574 段)、澳大利亚(同上,第 575 段)、比利时(同上,第 576 段)、贝宁(同上,第 577 段)、喀麦隆(同上,第 578 段)、加拿大(同上,第 579 段)、哥伦比亚(同上,第 580 段)、克罗地亚(同上,第 581、582 段)、多米尼加共和国(同上,第 583 段)、厄瓜多尔(同上,第 584 段)、法国(同上,第 585、586 段)、德国(同上,第 587 段)、匈牙利(同上,第 588 段)、印度尼西亚(同上,第 589 段)、以色列(同上,第 590 段)、意大利(同上,第 591、592 段)、肯尼亚(同上,第 593 段)、韩国(同上,第 594 段)、马达加斯加(同上,第 595 段)、荷兰(同上,第 596 段)、新西兰(同上,第 597 段)、俄罗斯(同上,第 598 段)、南非(同上,第 599 段)、西班牙(同上,第 600 段)、瑞典(同上,第 601 段)、多哥(同上,第 602 段)、英国(同上,第 603 段)及美国(同上,第 604 - 606 段)。

据报告的实践的²支持。进行此类实践的国家有些不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。³

另外,还没有发现违反本规则的正式实践。

非国际性武装冲突

《日内瓦公约》共同第 3 条和《第二附加议定书》都提到了“武装部队”,后者还提到了“持不同政见的武装部队和其他有组织的武装集团”。在关于非国际性武装冲突的实践中,这些概念并没有得到进一步澄清。出于区分原则(见规则 1)的考虑,不论是在国际性还是非国际性武装冲突中,一国武装部队的成员可以被视作战斗员,但武装反对团体的成员应如何对待,这一问题在实践中并不清楚。然而,实践表明,当其直接参与敌对行动时,有关人员就不享有给予平民的免受攻击的保护(见规则 6)。

在非国际性武装冲突中直接参与敌对行动的人员有时会被视为“战斗员”。例如,在 1970 年通过的一项关于武装冲突中的人权之尊重的决议中,联合国大会就采用了“所有武装冲突中的战斗员”这种说法。⁴ 最近,在《开罗宣言》和《开罗行动计划》中,“战斗员”这一措辞被用于两种类型的武装冲突的场合。⁵ 然而,这种措辞仅仅是在其一般意义上使用的,该措辞表明这些人不享受平民所享有的免受攻击的保护,但并不意味着他们有权要求获得国际性武装冲突中的战斗员或战俘那样的地位(见本书第 33 章)。在非国际性武装冲突中直接参与敌对行动的合法性问题应由国内法来处理。另外,这些人还可被称为“战斗人员”(fighters),但这个词语在有些语言中会被翻译成“战斗员”(combatant),因此也并不太令人满意。

针对非国际性武装冲突的情形,不少条约的条款使用不同的称谓来指代“战斗人员”,这些称谓包括:积极参与敌对行动的人员、⁶ 持不同政见的武装部队的成员或其他有组织的武装集团、⁷ 直接参与敌对行动的人员、⁸ 直接参与敌对行动的平民⁹、直接参加敌对行动的平民¹⁰ 及敌方战斗员¹¹。武装反对团体成员的定义的不确定性的问题,将在阐述规则 5 和规则 6 的时候做进一步的探讨。

² 例如,参见下列国家的实践:阿根廷(同上,第 611 段)、印度(同上,第 612 段)、伊拉克(同上,第 613 段)、日本(同上,第 614 段)、约旦(同上,第 615 段)及叙利亚(同上,第 619 段)。

³ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第 585 段)、印度尼西亚(同上,第 589 段)、以色列(同上,第 590 段)、肯尼亚(同上,第 593 段)、英国(同上,第 603 段)及美国(同上,第 604 - 606 段)。

⁴ 1970 年 12 月 9 日联合国大会第 2676(XXV)号决议,前言和第 5 段。

⁵ Cairo Declaration, Sections 68 - 69, and Cairo Plan of Action, Section 82;2000 年 4 月 3 日—4 日,非洲统一组织和欧盟联合举行的欧非首脑峰会通过了这两个文件。

⁶ 《日内瓦公约》共同第 3 条。

⁷ 《第二附加议定书》第 1(1)条(以 58 票赞成、5 票反对、29 票弃权通过)(参见第 2 卷,第 1 章,第 633 段)。

⁸ 《第二附加议定书》第 4(1)条(经协商一致通过)。

⁹ 《第二附加议定书》第 13(3)条(经协商一致通过)(同上,第 756 段)。

¹⁰ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(i)条。

¹¹ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(iv)条。

解释

根据本规则,如果武装部队里面存在医务人员及宗教人员,这些人仍不能被视为战斗员。《日内瓦第一公约》规定,临时医务人员应同非战斗员一样受到尊重和保护,只要其医疗职责仍在继续(见对规则 25 的评注)。⁸ 尊重非战斗员的前提是这些人应避免直接参与敌对行动,这跟平民享受保护的前提条件是一样的(见规则 6)。

德国和美国的军事手册指出,除医务人员及宗教人员外,武装部队中可能还存在其他类型的非战斗员。德国的《军事手册》认为,“战斗员是指那些可以直接参与敌对行动,比如,参与使用武器或对于某一武器系统的使用来说不可缺少的人员”。据此,该手册进一步规定:“那些作为武装部队的成员但不承担任何战斗任务的人员,比如法官、政府官员及蓝领工人,应是非战斗员。”⁸ 美国的《海军手册》则指出,除医务人员及宗教人员外,“民防人员及获得民防身份的武装部队的成员”也应为非战斗员。⁸

然而,作为武装部队成员的非战斗员和附属武装部队中的平民在定义上不应混淆,后者不属于武装部队的成员。⁸

在武装冲突中,尽管有些国家规定将某个年龄阶段的所有居民都可能被征召入武装部队,但只有那些实际上应召入伍的人员才能被视为战斗员。可能的战争动员并不能使得相关人员成为可以攻击的战斗员。⁸

规则 4 冲突一方的武装部队由为其部下之行为向该方负责的司令部统率下的所有有组织的武装部队、团体和单位组成。

实践

第 2 卷,第 1 章,D 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。出于区分原则考虑,本规则对于非国际性武装冲突中的各国武装部队也可以适用。⁸

⁸ 《日内瓦第一公约》第 25 条(参见第 2 卷,第 7 章,第 7 段)。

⁸ 德国, Military Manual(参见第 2 卷,第 1 章,第 587 段)。

⁸ 美国, Naval Handbook(同上,第 605 段)。

⁸ 《日内瓦第三公约》第 4(1)(d)条。

⁸ 这一结论是基于 1999 年 5 月相关领域的专家学者之间第二次讨论得出的,专家们对此普遍表示赞成。另外,专家们还认为,在判定一国的预备役军人何时真正成为武装部队的成员时,有必要考虑该国的相关立法。

⁸ See CDDH, Official Records, Vol. X, CDDH/II/238/Rev. 1, pp. 93 - 94; see also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 4462.

国际性武装冲突

本规则的内容规定在《第一附加议定书》第43(1)条中。⁸

许多国家的军事手册都规定,冲突一方的武装部队由能为其部下之行为负责的司令部统率下的所有有组织的武装部队、团体和单位组成。⁹ 这一定义得到了不少正式声明和据报告的实践的支撑。⁹ 进行此类实践的国家有些不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁹

实际上,武装部队的这一定义涵盖了所有代表冲突一方参战并隶属于该方的所有人员。因此,战斗员是指受负有相关责任的司令部统帅、在武装冲突中代表冲突一方参与敌对行动的任何人员。武装部队的这些条件要求对于同类组织一样适用。对于这些武装部队的成员可以进行攻击。

武装部队的这一定义是基于此前的《海牙章程》和《日内瓦第三公约》所给的定义作出的,这两个公约试图界定哪些人属于享有战俘地位的战斗员。《海牙章程》第1条规定,战争法规以及有关战争的权利和义务不仅适用于军队,而且适用于民兵和志愿军,只要它们满足下列四个条件:

- 一、由一个对部下负责的人员指挥;
- 二、有可从一定距离加以识别的固定明显的标志;
- 三、公开携带武器;以及
- 四、在作战中遵守战争法规和惯例。

《海牙章程》进一步规定,在民兵或志愿军(即所谓的“非正规”武装部队)构成军队或军队的一部分的国家中,民兵或志愿军应包含在“军队”这一概念之内。⁹ 《日内瓦第三公约》第四条也使用了这一概念,并将有组织的抵抗运动增列其中。⁹ 因此,《海牙章程》和《日内瓦第三公约》将武装部队的所有成员都视为战斗员,并要求民兵和志愿军,包括有组织的抵抗运动,遵守上述四个条件,以便他们成为有资格获得战俘地位的战斗员。由于正规武装部队本身就自然满足这四个条件,该定义没有明确要求他们符合这些条件。此外,《第一附加议定书》所作的定义并未区分正规武装部

⁸ 《第一附加议定书》第43(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第1章,第631段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第637段)、澳大利亚(同上,第638段)、加拿大(同上,第642段)、克罗地亚(同上,第644段)、德国(同上,第647段)、匈牙利(同上,第648段)、意大利(同上,第651段)、肯尼亚(同上,第652段)、荷兰(同上,第654段)、新西兰(同上,第655段)、尼日利亚(同上,第656段)、俄罗斯(同上,第657段)、西班牙(同上,第659段)、瑞典(同上,第660段)及英国(同上,第662段)。

⁹ 例如,参见下列国家的实践:比利时(同上,第670段)、法国(同上,第671段)、德国(同上,第672段)、伊朗(同上,第673段)、荷兰(同上,第676段)及叙利亚(同上,第677段)。

⁹ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第671段)、肯尼亚(同上,第652段)、英国(同上,第662段)及美国(同上,第665段)。

⁹ 《海牙章程》第1条(同上,第628段)。

⁹ 《日内瓦第三公约》第4条(同上,第630段)。

队和其他武装团体或单位,而是将一方司令部统率之下的所有武装部队、团体和单位视为该方的武装部队,该司令部对其部下的行为为该方负责。这两个定义都同时表达了一个意思,即所有代表冲突一方参战的人员——以《日内瓦第三公约》第4条的话来讲,这些人“属于”冲突一方——均为战斗员。《海牙章程》和《日内瓦第三公约》所规定的这四个条件现在已经被缩减为两个,如此一来,最大的变化是武装部队的定义中不再有可识别性这一要求。可识别性这一要求与战斗员获得战俘地位的权利有着一定的关系(见规则106)。因此,《第一附加议定书》将这一要求从武装部队的定义中删除(见该议定书第43条),并将其放到了与战斗员和战俘地位相关的条款中(见议定书第44条)。

另外,《第一附加议定书》第43条并未提到尊重战争法规和惯例的要求,而是要求建立内部纪律制度,以强制执行国际人道法。但是,在确定哪些人属于有资格获得战俘地位的战斗员方面,这种变化并没有从实质上改变武装部队的定义。建立内部纪律制度的要求是对指挥官责任条款(见规则152、153)的补充,也是发布遵守国际人道法指令义务的自然要求(见对规则139的评注)。⁹

《第一附加议定书》第43条和第44条重申了《日内瓦第三公约》第85条的内容,即:“战俘之因被俘前所犯之行为而依据拘留国法律被诉追者,即令已定罪,应仍享有本公约之利益。”也就是说,在这种情况下,他们仍然保有战俘的地位。这些条款“由此排除了对于独立的或正规的武装部队成员拒绝给予战俘地位的任何企图,这种拒绝往往以他们所属的军队不执行武装冲突习惯法或条约的某些条款为借口(正如拘留国所解释的)”。⁹只有在未能使自己与平民居民有所区分(见规则106)、以间谍身份被捕(见规则107)或者作为雇佣兵(见规则108)这几种情形下,才可以导致战俘地位的丧失。

《第一附加议定书》第43条的定义现在通常适用于武装冲突当事方各种形式的武装团体,从而来判断它们是否属于武装部队。因此,没有必要再对正规武装部队和非正规武装部队进行区分,所有满足《第一附加议定书》第43条所要求的条件的武装团体均为武装部队。

将准军事或武装执法机构并入武装部队的情形

现实中存在着将准军事或武装执法机构,如警察、宪兵和武装警察,并入武装部

⁹ See Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 1675.

⁹ Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 239.

队的实践。⁸ 在一国武装部队中并入这样的准军事机构的例子有津巴布韦穆佐雷瓦主教(Bishop Muzorewa)的联合非洲国民大会特别辅助部队,该部队在他成为津巴布韦首相之后并入了津巴布韦的政府军队之内;另一个例子是印度在阿萨姆邦设立的边境安全部队。⁹ 另外,武装部队中并入武装执法机构的例子有菲律宾武装警察署和西班牙的国民警卫队。⁸

在武装部队中并入准军事或武装执法机构通常会以通过正式法案的方式进行,比如议会法案。在没有正式的并入文件的情况下,这些团体的地位应根据实际情况以及武装部队的判定标准来加以确定。如果这些单位参与敌对行动并满足作为武装部队的标准,那么其成员应被视为战斗员。另外,《第一附加议定书》要求冲突一方将其并入这种机构的事实通知其他冲突当事方。⁹ 在批准《第一附加议定书》时,比利时和法国向所有缔约国发出了具有这种意思的普遍公告。¹⁰ 在通过附加议定书的外交会议上,这种通知方式得到了工作组报告员的明确认可。¹⁰ 就区分战斗员和平民这一普遍义务(见规则 1)而言,这样的通知非常重要,因为冲突各方的武装部队成员都有必要分清究竟哪些人属于武装部队的成员,哪些人属于平民。在这方面特别容易发生混淆,因为警察部队和宪兵队成员通常也携带武器并身着制服,尽管原则上他们的制服与武装部队有所不同。虽然发出通知并不是确定相关单位地位的必要条件,但是它确实有助于避免混淆,从而有助于促进各方对区分原则的尊重。

规则 5 平民系指不属于武装部队成员之人。平民居民包括所有作为平民的人。

实践

第 2 卷,第 1 章,E 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。虽然

⁸ 例如,参见下列国家的实践:阿根廷(参见第 2 卷,第 1 章,第 688 段)、比利时(同上,第 685 段)、加拿大(同上,第 689 段)、法国(同上,第 686 段)、德国(同上,第 690 段)、荷兰(同上,第 691 段)、新西兰(同上,第 692 段)、西班牙(同上,第 693 和 696 段)、菲律宾(同上,第 695 段);另见据报告的下列国家的实践:印度(同上,第 698 段)、韩国(同上,第 699 段)、叙利亚(同上,第 700 段)及津巴布韦(同上,第 697 段)。

⁹ 新西兰《军事手册》中曾经提到这些例子(同上,第 692 段)。

⁸ Philippines, Decree on the Constitution of the Integrated National Police (ibid., § 695); Spain, Military Criminal Code (ibid., § 696) .

⁹ 《第一附加议定书》第 43(3)条(经协商一致通过)(同上,第 684 段)。

¹⁰ See Interpretative declarations made upon ratification of Additional Protocol (同上,第 685 段) and France, Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 686 段) .

¹⁰ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 1682 .

在实践中,在武装反对团体的成员应视为武装部队的成员还是平民这一问题上还存在一定的模糊性,但是它同样可以适用于非国际性武装冲突。

国际性武装冲突

平民是指不属于武装部队成员的人员,这一定义出现在《第一附加议定书》第 50 条之中。缔约各方对该条款均未做出保留。⁹⁰ 许多军事手册也采用了这一定义。⁹¹ 同时,该定义在实践中也有所反映。⁹² 进行此类实践的国家有些不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁹³

在 2000 年的“布拉什基奇”案(Blaškić case)的判决中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭将平民界定为“不是或者不再是武装部队成员的人员”。⁹⁴

还没有发现违反本规则的正式实践。此外,有些实践中还要求满足另外一个条件,即平民应为不参加敌对行动的人员。但这一额外要求无非是强化了另外一条规则,即直接参与敌对行动的平民应当丧失免受攻击的保护(见规则 6)。然而,这样的平民并不因此而成为有资格获得战俘地位的战斗员;这些人一旦俘获,在审判公正的前提下,拘留国可以对其参与武装冲突的行为依本国国内法进行审判(见规则 100)。

例外

本规则的一个例外情形是国家战时总动员。在这种情形下,某个国家尚未完全沦陷,该国居民在敌人到来之前纷纷自发地拿起武器来抵抗侵略军队,而由于时间仓促,这些居民未能组织成为武装部队。如果这些人公开携带武器并遵守战争法规和惯例,那么他们就应当被视为战斗员(见对规则 106 的评注)。该规则早已存在习惯国际人道法之中,并为《利伯守则》和《布鲁塞尔宣言》所认可。⁹⁵ 《海牙规则》和《日内瓦第三公约》都采纳了这一规则。⁹⁶ 尽管目前适用范围非常有限,国家战时总动员

⁹⁰ 《第一附加议定书》第 50 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 1 章,第 705 段)。

⁹¹ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 712 段)、澳大利亚(同上,第 713 段)、贝宁(同上,第 714 段)、喀麦隆(同上,第 715 段)、加拿大(同上,第 716 段)、哥伦比亚(同上,第 717 段)、克罗地亚(同上,第 718、719 段)、多米尼加共和国(同上,第 720 段)、厄瓜多尔(同上,第 721 段)、法国(同上,第 722、723 段)、匈牙利(同上,第 724 段)、印度尼西亚(同上,第 725 段)、意大利(同上,第 727 段)、肯尼亚(同上,第 728 段)、马达加斯加(同上,第 729 段)、荷兰(同上,第 730 段)、南非(同上,第 731 段)、西班牙(同上,第 732 段)、瑞典(同上,第 733 段)、多哥(同上,第 734 段)、英国(同上,第 735 段)、美国(同上,第 736、737 段)及南斯拉夫(同上,第 738 段)。

⁹² 例如,参见据报告的下列国家的实践:以色列(同上,第 726 段)、约旦(同上,第 743 段)、卢旺达(同上,第 746 段)和叙利亚(同上,第 747 段)。

⁹³ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第 722 段)、印度尼西亚(同上,第 725 段)、以色列(同上,第 726 段)、肯尼亚(同上,第 728 段)、英国(同上,第 735 段)及美国(同上,第 736、737 段)。

⁹⁴ ICTY, Blaškić case, Judgment(同上,第 751 段)。

⁹⁵ Lieber Code, Articles 49 and 51; Brussels Declaration, Article 10.

⁹⁶ 《海牙章程》第 2 条及《日内瓦第三公约》第 4(1)(f)条。

这种例外情形在许多军事手册中仍有规定,包括那些新近的军事手册。⁹

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》草案对平民的定义为:“任何人员均为平民,只要其不属于武装部队成员”;“平民居民包括作为平民的所有人员”。⁰ 该定义的第一部分经修改变成了:“任何人员均为平民,只要其不属于武装部队或其他有组织的武装团体的成员”。随后在通过附加议定书的外交会议上,该定义的两个部分在第三委员会经协商一致均获通过。¹ 但此后出于简化文本的目的,这一定义和其他一些条款在会议的最后时刻一起被摒弃了。² 因此,《第二附加议定书》中并没有平民或平民居民的定义,尽管其中有几个条款使用了这两个术语。³ 《第二附加议定书》第 1 条采用了“在负责统率下的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团”这种措辞,这实际上已经承认了作为武装部队的实质条件,也就是国际武装冲突中作为武装部队所要求的条件(见规则 4)。由此可以说,平民是指不属于这些部队或团体成员的所有人员。⁴ 此后有些适用于非国际性武装冲突的条约同样使用平民和平民居民这两个术语,但也未对其进行定义。⁵

尽管各国的武装部队的成员不属于平民,但是武装反对团体的成员是否属于规则 6 中的因直接参与敌对行动而丧失保护的平民,对这些团体的成员进行攻击除了依据规则 6 之外还有没有其他的依据,这些问题在实践中都不甚明了。尽管哥伦比亚的军事手册将平民定义为“不直接参与军事敌对行动(包括国内冲突和国际冲突)的人员”,⁶ 但是大多数军事手册对平民进行定义时都采用排除式,即凡是不属于战斗员和武装部队成员的人员均为平民,并且在武装反对团体的成员所享有的地位这一问题上,这些军事手册也往往只字不提。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(参见第 2 卷,第 1 章,第 714 段)、喀麦隆(同上,第 715 段)、加拿大(同上,第 764 段)、肯尼亚(同上,第 728 段)、马达加斯加(同上,第 729 段)、南非(同上,第 731 段)及多哥(同上,第 734 段)。

⁰ Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 25(同上,第 706 段)。

¹ Draft Additional Protocol II, Article 25 as adopted by Committee III(同上,第 706 段)。

² 同上,第 706 段。

³ 《第二附加议定书》第 13 - 15 条及第 17、18 条。

⁴ Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 672.

⁵ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3(7)条至第 3(11)条、《常规武器公约议定书三》第 2 条;另见《渥太华公约》前言及《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(i)条、第 8(2)(e)(iii)条及第 8(2)(e)(viii)条。

⁶ 哥伦比亚, *Instructors' Manual*(同上,第 717 段)。

规则 6 应保护平民免遭攻击,除非他们正在直接参与敌对行动。

实践

第 2 卷,第 1 章,F 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。使用人盾的问题属于本书规则 97 所探讨的内容。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 51(3) 条规定了平民在直接参与敌对行动这种情况下不再免受攻击这一规则,并且各缔约国就该条款均未做出保留。¹ 在通过附加议定书的外交会议上,墨西哥认为,第 51 条是如此重要,以致它“不能作为任何保留的对象,因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础。”⁸ 同样是在此次外交会议上,英国认为,第 51(3) 条所规定的平民免遭攻击的例外情形是对已有习惯国际法规则的“重要肯定”。⁹ 在批准《常规武器公约》时,英国声称:平民得享有本公约的保护,“除非他们正在直接参与敌对行动”。¹⁰

许多军事手册都规定,平民在直接参与敌对行动的情况下不再免受攻击。¹ 这一规则也得到了不少正式声明和相关实践的支持。² 实施此类实践的国家包括不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。³ 1973 年 10 月,在《第一附加议定书》通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方尊重平民应免受攻击这一原则,除非

¹ 《第一附加议定书》第 51(3) 条(以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过)(同上,第 755 段)。

⁸ 墨西哥,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 800 段)。

⁹ 英国,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 803 段)。

¹⁰ 英国,Declaration made upon ratification of the CCW(同上,第 757 段)。

¹ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 762 段)、贝宁(同上,第 763 段)、加拿大(同上,第 764 段)、哥伦比亚(同上,第 765 段)、克罗地亚(同上,第 766 段)、多米尼加共和国(同上,第 767 段)、厄瓜多尔(同上,第 768 段)、法国(同上,第 769 段)、德国(同上,第 770 段)、印度(同上,第 771 段)、印度尼西亚(同上,第 772 段)、意大利(同上,第 773 段)、肯尼亚(同上,第 774 段)、马达加斯加(同上,第 775 段)、荷兰(同上,第 776、777 段)、新西兰(同上,第 778 段)、尼日利亚(同上,第 779、780 段)、南非(同上,第 781 段)、西班牙(同上,第 782 段)、瑞典(同上,第 783 段)、多哥(同上,第 784 段)、英国(同上,第 786 段)、美国(同上,第 787、788 段)及南斯拉夫(同上,第 789 段)。

² 例如,参见下列国家的声明:比利时(同上,第 792 段)和美国(同上,第 804 - 806 段);以及据报告的下列国家的实践:智利(同上,第 793 段)、约旦(同上,第 796 段)、马来西亚(同上,第 799 段)和美国(同上,第 807 段)。

³ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第 769 段)、印度(同上,第 771 段)、印度尼西亚(同上,第 772 段)、肯尼亚(同上,第 774 段)、马来西亚(同上,第 799 段)、尼日利亚(同上,第 779 段)、英国(同上,第 786 段)及美国(同上,第 787、788 段和第 804 - 807 段)。

他们正在直接参与敌对行动,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。¹

非国际性武装冲突

根据《第二附加议定书》第 13(3) 条,平民个人“除直接参加敌对行为并在参加期间外”,应免受直接的攻击。² 此外,这一规则在其他一些涉及非国际性武装冲突的文件中也能找到。³

许多适用于或者已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也都规定平民在直接参与敌对行动的情况下不再免受攻击。⁴

在与阿根廷拉塔布拉达事件相关的案件中,美洲人权委员会认为,直接参与战斗的平民,不论其是以个人还是作为某个组织的成员参与战斗,将因此成为合法的军事目标,但这种情况仅限于这些平民积极参与战斗期间。⁵

武装反对团体的成员可以视为平民(见对规则 5 的评注)。就这一层面来讲,本规则似乎要将这类团体与政府武装部队进行区别对待。适用本规则就意味着以下这种结果,即:对武装反对团体的成员进行攻击只有在“他们直接参与敌对行动期间”才是合法的,而对政府武装部队进行攻击在任何时候都是合法的。如果武装反对团体的成员因其成员身份而被认为持续地直接参与敌对行动,或者因其成员身份而不再被视为平民,那么这种区别将不复存在。

显然,攻击平民的合法性取决于如何才算是直接参与敌对行动,并进而取决于这种直接参与从何时开始、到何时结束。正如下文即将提到的,直接参与敌对行动的含义至今尚有待澄清。然而,需要注意的是,不论这些词语的含义如何,免受攻击都不意味着可以免受逮捕和起诉。

定义

“直接参与敌对行动”这一词语还有没有一个精确的定义。美洲人权委员会曾经指出,“直接参与敌对行动”这一术语一般是指“具有给敌方造成人员伤亡或物质

¹ See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East* (同上,第 813 段)。

² 《第二附加议定书》第 13(3) 条(经协商一致通过)(同上,第 756 段)。

³ See, e. g., *Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY*, para. 6 (同上,第 759 段); *Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina*, para. 2.5 (同上,第 760 段); *UN Secretary-General's Bulletin, Section 5.2* (同上,第 761 段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 762 段)、贝宁(同上,第 763 段)、哥伦比亚(同上,第 765 段)、克罗地亚(同上,第 766 段)、厄瓜多尔(同上,第 768 段)、德国(同上,第 770 段)、意大利(同上,第 773 段)、肯尼亚(同上,第 774 段)、马达加斯加(同上,第 775 段)、荷兰(同上,第 776 段)、尼日利亚(同上,第 779 段)、南非(同上,第 781 段)、西班牙(同上,第 782 段)、多哥(同上,第 784 段)及南斯拉夫(同上,第 789 段)。

⁵ *Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina)* (同上,第 810 段)。

损失的性质或目的的行为”。⁹ 正如有些军事手册所表明的,当平民使用武器或以其他手段针对敌方部队的人员或物资实施暴力行为时,其将失去免受攻击的保护。这一点非常清楚,并且是毫无争议的。¹⁰ 但是,也有许多实践在“直接参与”这一词语的解释方面作用极小甚至毫无作用。例如,它们要么主张是否属于直接参与的情形要以个案情况而定,要么就只是简单地重复直接参与敌对行动将使平民不再免受攻击这一基本规则。¹¹ 厄瓜多尔和美国的军事手册列出了几种构成直接参与敌对行动的行为,比如在军队里担当卫兵、情报人员以及哨兵等职责。¹² 《关于菲律宾实践的报告》同样认为,充当间谍、通信员及哨兵的平民不再享有免受攻击的保护。¹³

在一份有关哥伦比亚人权状况的报告中,美洲人权委员会试图对“直接”参与和“间接”参与这两种行为加以区别:

如果平民所从事的活动仅仅是支持对方的战争或军事努力,或者只是间接参与敌对行动,那么他们不能仅仅由此而被视为战斗员。这是因为,诸如向冲突一方或多方出售货物、对冲突一方的事业表示同情或者更明显一点,未能采取行动来阻止冲突一方的侵袭这种间接参与的情形都不涉及暴力行为,不会给对方带来实际损害的直接威胁。¹⁴

此前,联合国人权委员会关于萨尔瓦多人权状况的特别代表曾对直接和间接参

⁹ Inter-American Commission on Human Rights, Third report on human rights in Colombia (同上,第 811 段)。

¹⁰ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 820 段)、比利时(同上,第 821 段)、厄瓜多尔(同上,第 822 段)、萨尔瓦多(同上,第 823 段)、印度(同上,第 824 段)、荷兰(同上,第 825 段)、美国(同上,第 827 和 830 段)及南斯拉夫(同上,第 831 段)。

¹¹ 例如,参见,《日内瓦公约》共同第 3 条(同上,第 754 段)、《第一附加议定书》第 51(3)条(以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过)(同上,第 755 段)、《第二附加议定书》第 13(3)条(经协商一致通过)(同上,第 756 段);Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上,第 759 段);Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第 760 段);联合国秘书长公告第 5.2 节(同上,第 761 段);还可参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第 762 段)、比利时(同上,第 792 段)、贝宁(同上,第 763 段)、加拿大(同上,第 764 段)、哥伦比亚(同上,第 765 段)、克罗地亚(同上,第 766 段)、多米尼加共和国(同上,第 767 段)、厄瓜多尔(同上,第 768 段)、法国(同上,第 769 段)、德国(同上,第 770 段)、印度(同上,第 771 段)、印度尼西亚(同上,第 772 段)、意大利(同上,第 773 段)、约旦(同上,第 796 段)、肯尼亚(同上,第 774 段)、马达加斯加(同上,第 775 段)、马来西亚(同上,第 799 段)、荷兰(同上,第 776 段)、新西兰(同上,第 778 段)、西班牙(同上,第 782 段)、瑞典(同上,第 783 段)、多哥(同上,第 784 段)、英国(同上,第 757 和 786 段)、美国(同上,第 787、788 段和 804 - 806 段)及南斯拉夫(同上,第 789 段);Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina) (同上,第 810 段)。

¹² 厄瓜多尔,Naval Manual(同上,第 822 段);美国,Naval Handbook(同上,第 829 段)。

¹³ Report on the Practice of the Philippines(同上,第 849 段)。

¹⁴ Inter-American Commission on Human Rights, Third report on human rights in Colombia(同上,第 811 段)。

与的区别有所阐述。⁵ 然而,很明显,国际法并未禁止各国通过立法将任何人参与敌对行动的行为,不论是直接参与还是间接参与,作为犯罪加以惩处。

《关于卢旺达实践的报告》对国际性和非国际性武装冲突中的直接参与行为进行了区分,并认为,在非国际性武装冲突中进行后勤援助的行为不构成对冲突的直接参与。该报告中有一份以卢旺达部队的军官为对象的调查问卷。根据该问卷的调查结果,在国际性武装冲突期间,为他们的部队从事食物供给、军需品运输及消息传递等工作的非武装平民不再享有平民的地位。然而,在非国际性武装冲突的情况下,与冲突一方合作的非武装平民应始终保有平民的地位。根据报告,之所以作如此区分,其道理在于在国内武装冲突的情况下,平民通常是被迫与控制他们的一方进行合作。⁶

尽管如此,我们仍不难推论,除了上面所讲的为数不多的几个例子,尤其使用武器或其他手段针对敌方的人员或物资实施暴力行为外,国家实践尚未就“直接参加敌对行动”达致一个明确而统一的定义。⁷

有些国家的军事手册规定,在军事目标,比如军需品工厂里工作的平民并没有直接参与敌对行动,但必须承担与攻击该军事目标相关的风险。⁸ 这些平民的伤亡应视为攻击合法的军事目标所带来的附带性损失,但攻击方在选择攻击手段和方法时应采取一切可行的预防措施,比如将攻击时间定在夜间,以尽可能地减少这种损失(见规则17)。有一种理论认为,这些人员应当视为准战斗员并可受攻击,但这一理论缺少当代国家实践的支持。

人员性质可疑的情形

在人员性质可疑的情况下如何将其进行归类,这是一个复杂而让人头疼的问题。对于国际性武装冲突的情形而言,《第一附加议定书》试图解决这个问题。该议定书规定,“遇有对任何人是否平民的问题有怀疑时,这样的人应视为平民”。⁹ 有些国家已将这一规则写进了它们的军事手册。¹⁰ 其他国家则就对该规则进行严格解释可能

⁵ 联合国人权委员会,关于萨尔瓦多人权情况的特别代表,《最后报告》(同上,第853段)。

⁶ Report on the Practice of Rwanda(同上,第850段)。

⁷ 自2003年起,红十字国际委员会开始试图以一系列专家会议的形式来澄清“直接参与”这一概念。

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第2章,第365段)、加拿大(同上,第636段)、哥伦比亚(同上,第637段)、克罗地亚(同上,第638段)、厄瓜多尔(同上,第639段)、德国(同上,第640段)、匈牙利(同上,第641段)、马达加斯加(同上,第642段)、荷兰(同上,第643段)、新西兰(同上,第644段)、西班牙(同上,第645、646段)、瑞士(同上,第647段)及美国(同上,第648段)。

⁹ 《第一附加议定书》第50(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第1章,第887段)。

¹⁰ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第893段)、澳大利亚(同上,第894段)、喀麦隆(同上,第895段)、加拿大(同上,第896段)、哥伦比亚(同上,第897段)、克罗地亚(同上,第898段)、匈牙利(同上,第900段)、肯尼亚(同上,第901段)、马达加斯加(同上,第902段)、荷兰(同上,第903段)、南非(同上,第904段)、西班牙(同上,第905段)、瑞典(同上,第906段)及南斯拉夫(同上,第908段)。

造成的军事后果持保留意见。尤其是法国和英国,这两个国家在批准《第一附加议定书》时对该规定做了理解,即:该推定不能超越指挥官依据《第一附加议定书》的其他条款所负有的保护自己军队安全或维持其军事形势的职责。⁴ 另外,美国《海军手册》则规定:

是否属于直接参与敌对行动须基于各个案件的具体情况而定。战斗员在战场上必须根据某个特定平民当时的举动、位置、服装以及其他已知的信息来善意判定是否可对其进行有意攻击。⁵

根据以上所述,可以推断,在人员性质可疑的情况下,必须综合考虑特定情形下的各种条件和限制,以便对是否有足够的正当理由进行攻击作出谨慎的判断。对于任何性质可疑的人员都不能理所当然地进行攻击。

在非国际性武装冲突方面,虽然出于加强平民在免受攻击方面所享有的保护考虑,在这方面确立一条清晰的规则是非常必要的,但是各国实践很少涉及人员性质可疑的问题。在这一点上,前文就国际性武装冲突中所提到的平衡兼顾的方法也同样可以适用于非国际性武装冲突。

⁴ 法国:Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第888段);英国:Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第889段)。

⁵ 美国,Naval Handbook(同上,第830段)。

第 2 章

区分民用物体与军事目标

规则 7 冲突各方无论何时均须在民用物体与军事目标之间加以区分。只可针对军事目标实施攻击。禁止针对民用物体实施攻击。

实践

第 2 卷, 第 2 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。本规则的三个组成部分之间相互关联, 有关其中任何一个部分的实践都对另外两者的合法性起着相应的强化作用。交战方针对民用物体的报复行为将在第 41 章中予以探讨。

国际性武装冲突

该规则出现在《第一附加议定书》第 48 条和第 52(2) 条中, 缔约各方对它均未作出保留。在通过附加议定书的外交会议上, 墨西哥认为第 52 条是如此重要, 以致它“不能成为任何保留的对象, 因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符, 并将破坏该议定书的基础。”禁止攻击民用物体在《常规武器公约修正的第二号议定书》和《常规武器公约议定书三》中也有规定。此外, 根据《国际刑事法院规约》的规定, 在国际性武装冲突中, “故意指令攻击民用物体, 即非军事目标的物体”构成战争罪。

相当多的军事手册都规定了区分民用物体和军事目标的义务, 并规定禁止攻击

《第一附加议定书》第 48 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷, 第 2 章, 第 1 段)和第 52 条第 2 款(以 79 票赞成、0 票反对、7 票弃权通过)(同上, 第 50 段)。

墨西哥, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上, 第 79 段)。

《常规武器公约修正的第二号议定书》第 2(7) 条(同上, 第 107 段);《常规武器公约议定书三》第 2(1) 条(同上, 第 106 段)。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(ii) 条(同上, 第 108 段)。

民用物体。瑞典的《国际人道法手册》将《第一附加议定书》第 48 条所规定的“区分原则”特别界定为一项习惯国际法规则。许多国家已经通过立法,将武装冲突中攻击民用物体的行为作为犯罪处理。另外,也有许多正式声明援用了这一规则。进行此类实践的国家有些不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。

在国际法院审理的“核武器案”(Nuclear Weapons case)中,一些国家在其诉状中援引了“区分民用物体和军事目标”的原则。⁰在其所提供的咨询意见中,国际法院认为“区分原则”是国际人道法的“首要原则”之一,也是“不容逾越”的习惯国际法原则之一。¹

1973 年 10 月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对于民用物体和军事目标的区分予以尊重,有关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。²

非国际性武装冲突

区分民用物体和军事目标的规定最初出现在《第二附加议定书》的草案中,但此

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷、澳大利亚、比利时、贝宁、喀麦隆、加拿大、克罗地亚、法国、德国、匈牙利、以色列、荷兰、新西兰、尼日利亚、菲律宾、西班牙、瑞典、瑞士、多哥和美国(同上,第 7 段),另印度尼西亚(同上,第 8 段)、瑞典(同上,第 9 段)、阿根廷、澳大利亚、比利时、贝宁、喀麦隆、加拿大、哥伦比亚、克罗地亚、厄瓜多尔、法国、德国、意大利、肯尼亚、黎巴嫩、马达加斯加、荷兰、新西兰、尼日利亚、南非、西班牙、多哥、英国、美国和南斯拉夫(同上,第 115 段),阿根廷(同上,第 116 段),美国(同上,第 117 段)。

瑞典, IHL Manual(同上,第 9 段)。

例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 119 段)、阿塞拜疆(同上,第 120 段)、加拿大(同上,第 122 段)、刚果(同上,第 123 段)、克罗地亚(同上,第 124 段)、爱沙尼亚(同上,第 126 段)、格鲁吉亚(同上,第 127 段)、德国(同上,第 128 段)、匈牙利(同上,第 129 段)、爱尔兰(同上,第 130 段)、意大利(同上,第 131 段)、马里(同上,第 132 段)、荷兰(同上,第 133 段)、新西兰(同上,第 134 段)、挪威(同上,第 136 段)、斯洛伐克(同上,第 136 段)、西班牙(同上,第 138 段)、英国(同上,第 140 段)、也门(同上,第 141 段);另参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 118 段)、布隆迪(同上,第 121 段)、萨尔瓦多(同上,第 125 段)、尼加拉瓜(同上,第 135 段)及特立尼达和多巴哥(同上,第 139 段)。

例如,参见下列国家的声明:克罗地亚(同上,第 145 段)、埃及(同上,第 146 段)、欧盟及其成员国,前苏联和美国(同上,第 147 段)、法国(同上,第 148 段)、伊朗(同上,第 149 段)、伊拉克(同上,第 150 段)、墨西哥(同上,第 151 段)、莫桑比克(同上,第 152 段)、斯洛文尼亚(同上,第 155 段)、瑞典(同上,第 156 段)、阿联酋(同上,第 157 段)、英国(同上,第 158、159 段)及美国(同上,第 160 - 163 段)。

例如,参见下列国家的实践:埃及(同上,第 146 段)、法国(同上,第 7、115、148 段)、印度尼西亚(同上,第 8 段)、伊朗(同上,第 149 段)、伊拉克(同上,第 150 段)、肯尼亚(同上,第 115 段)、英国(同上,第 115、158、159 段)及美国(同上,第 7、115、117 及 160 - 163 段)。

⁰ 参见:在“核武器案”中埃及(同上,第 16 段)、伊朗(同上,第 23 段)、日本(同上,第 25 段)、瑞典(同上,第 156 段)及英国(同上,第 32 段)向国际法院提交的诉状。

¹ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第 179 段)。

² See ICRC, The International Committee's Action in the Middle East(同上,第 102 段)。

后出于简化文本的目的,该规定在最后时刻被摒除了。³ 因此,虽然有人认为《第二附加议定书》第13(1)条中“一般保护”的概念足以涵盖这种区分,但是《第二附加议定书》既不包含这一原则,也不包含禁止攻击民用物体的规定。⁴ 不过,禁止攻击民用物体的原则已包含于新近可适用于非国际性武装冲突的条约法,即《常规武器公约修正的第二号议定书》之中。⁵ 这一禁止性规定还规定在《常规武器公约议定书三》当中。根据2001年缔约国经协商一致通过的对该公约第1条的修正案,该议定书可以适用于非国际性武装冲突。⁶ 此外,《保护文化财产公约第二议定书》也将“区分民用物体和军事目标”原则作为确定在非国际武装冲突中对文化财产进行保护的基础。⁷

虽然《国际刑事法院规约》未将在非国际性武装冲突中攻击民用物体的行为明确作为一项战争罪行,但是它却规定摧毁敌对方的财产构成战争罪行,除非这种破坏是基于“冲突的必要”。⁸ 因此,根据该规约,对于民用物体的攻击,构成战争罪,除非是基于“冲突的必要”。有关破坏财产的内容规定在本书规则50之中,该规则所据以确立的实践也证实了本规则的存在。此外,该规约的另一规定也与本规则有关,即该规约规定,在非国际性武装冲突中,针对人道主义援助或维持和平行动所涉设施、物资、单位或车辆所进行的攻击构成战争罪行,只要这些物体“有权得到武装冲突法规给予……民用物体的保护”。⁹

另外,其他涉及非国际性武装冲突的文件也有禁止攻击民用物体的规定。⁰

区分民用物体和军事目标的义务以及禁止攻击民用物体在一些军事手册中均有所规定,这些军事手册可适用于或者已经适用于非国际性武装冲突。² 许多国家已经

³ Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 24(1) (同上,第2段)。

⁴ Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 677.

⁵ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(7)条(参见第2卷,第2章,第107段)。

⁶ 《常规武器公约议定书三》第2(1)条(同上,第106段)。

⁷ 《保护文化财产公约第二议定书》第6(1)条(参见第2卷,第12章,第21段)。

⁸ 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(xii)条。

⁹ 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(iii)条。

⁰ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (参见第2卷,第2章,第3、60和111段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第4、61和112段); San Remo Manual, paras. 39 and 41 (同上,第5、62段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 5.1 (同上,第6、63和113段); Cairo Declaration on Human Rights in Islam, Article 3(b) (同上,第109段); Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles (同上,第110段)。

² 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁、克罗地亚、德国、尼日利亚、菲律宾和多哥(同上,第7段),以及贝宁、哥伦比亚、克罗地亚、厄瓜多尔、德国、意大利、肯尼亚、黎巴嫩、马达加斯加、南非、多哥及南斯拉夫(同上,第115段)。

通过立法,规定在任何武装冲突中攻击民用物体均构成犯罪。² 另外,就该规则还存在着一些国内判例法。³ 而且很多涉及非国际性武装冲突的正式声明也提到了这一规则。⁴ 在上文所提到的“核武器案”中,各当事方向国际法院所提交的书面陈述一般来说也适用于所有的武装冲突。

不论是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突中,都不存在违反本规则的正式实践。各国和国际组织一般都谴责那些据称是针对民用物体的攻击,比如发生在波斯尼亚和黑塞哥维纳、黎巴嫩和苏丹,以及伊朗和伊拉克之间的武装冲突情形就是如此。⁵ 早在1938年,国际联盟大会就指出,“空袭所针对的目标须为合法的军事目标,并且可以识别”。⁶ 最近,在1999年通过的一个关于武装冲突中平民保护的决议中,联合国安理会强烈谴责“攻击受国际法保护的对象”。⁷

国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭的实践进一步证明,禁止攻击民用物体这一规则在国际性和非国际性武装冲突中都属于习惯法。⁸

1999年,第27届红十字和红新月国际大会通过了《2000年—2003年行动计划》,该计划要求所有武装冲突各方尊重“对于攻击民用物体之完全禁止”。⁹ 此外,红十字国际委员会也呼吁国际性和非国际性武装冲突各方尊重民用物体和军事目标的

² 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第119段)、阿塞拜疆(同上,第120段)、加拿大(同上,第122段)、刚果(同上,第123段)、克罗地亚(同上,第124段)、爱沙尼亚(同上,第126段)、格鲁吉亚(同上,第127段)、德国(同上,第128段)、新西兰(同上,第134段)、挪威(同上,第136段)、西班牙(同上,第138段)及英国(同上,第140段);另见下列国家的立法:匈牙利(同上,第129段)、意大利(同上,第131段)和斯洛伐克(同上,第137段),这些立法不排除适用于非国际武装冲突;此外,还可参见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第118段)、布隆迪(同上,第121段)、萨尔瓦多(同上,第125段)、尼加拉瓜(同上,第135段)及特立尼达和多巴哥(同上,第139段)。

³ 例如,参见:哥伦比亚,Administrative Case No. 9276(同上,第142段);克罗地亚:RA. R. case(同上,第143段)。

⁴ 例如,参见下列国家的声明:欧盟及其成员国(同上,第147段)、莫桑比克(同上,第152段)、斯洛文尼亚(同上,第155段)、苏联(同上,第147段)和美国(同上,第147段)。

⁵ 例如,参见下列国家的声明:欧盟及其成员国(同上,第147段)、克罗地亚(同上,第145段)、埃及(同上,第146段)、伊朗(同上,第149段)、斯洛文尼亚(同上,第155段)、苏联(同上,第147段)、美国(同上,第147段)和英国(同上,第159段);以及联合国安理会,第1052号决议(同上,第164段);联合国大会,第50/193号决议(同上,第168段)和第51/112号决议(同上,第169段);另见联合国人权委员会,第1993/7号决议(同上,第170段)、第1994/75号决议(同上,第171段)和第1995/89号决议(同上,第173段);以及伊斯兰会议组织(埃及、伊朗、巴基斯坦、沙特阿拉伯、塞内加尔和土耳其)联络团,Letter to the President of the UN Security Council(同上,第177段)。

⁶ 国际联盟,大会,1938年9月30日通过的决议(同上,第167段)。

⁷ 联合国安理会,第1265号决议(同上,第165段)。

⁸ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第179段); ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第180段)和 Kordic and Čerkez case, Decision on the Joint Defence Motion and Judgment(同上,第182段)。

⁹ 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Plan of Action for the years 2000 - 2003(经协商一致通过)(同上,第178段)。

区分,并不对民用物体进行攻击。⁶

解释

一些国家强调,《第一附加议定书》第52(2)条所规定的规则,即“攻击应严格限于军事目标”,仅仅是禁止直接攻击民用物体,并未涉及因攻击军事目标而对民用物体所引起的附带损害问题。³ 这一论调旨在强调殃及民用物体的攻击并不属于非法,只要该攻击是针对军事目标且它对民用物体所产生的附带损害并不过分。在目前对这一规则的表述中对这一点进行了考虑。就此,本规则采用了“针对……的攻击”这一措辞。另外,这一点对规则1经适当变通也同样适用。

规则8 就物体而言,军事目标只限于因其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献,而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用能够提供明确的军事利益的物体。

实践

第2卷,第2章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

军事目标的定义出现在《第一附加议定书》第52(2)条中,各缔约方就此均未作出保留。³ 在通过附加议定书的外交会议上,墨西哥认为第52条如此重要,以致它“不能成为任何保留的对象,因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础”。³ 这一定义被此后的一系列条约,即《常规武器公约议定书二》、《常规武器公约修正的第二号议定书》和《常规武器公约议定书三》以及《保护文化财产公约第二议定书》所采用。³

⁶ 例如,参见红十字国际委员会的实践(同上,第185、186及188-193段)。

³ 例如,参见下列各国在批准该附加议定书时所作的保留、声明及其他说明:澳大利亚(同上,第51段)、加拿大(同上,第52和71段)、法国(同上,第53段)、联邦德国(同上,第75段)、意大利(同上,第54段)、荷兰(同上,第80段)、新西兰(同上,第55段)、英国(同上,第56和86段)及美国(同上,第92段)。

³ 《第一附加议定书》第52(2)条(以79票赞成、0票反对、7票弃权通过)(同上,第319段)。

³ 墨西哥,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第353段)。

³ 《常规武器公约议定书二》第2(4)条(同上,第321段)、《常规武器公约修正的第二号议定书》第2(6)条(同上,第321段),及《常规武器公约议定书三》第1(3)条(同上,第321段);另见《保护文化财产公约第二议定书》第1(6)条(同上,第322段)。

许多军事手册包含“军事目标”的这一定义。⁵ 该定义也得到了许多正式声明的支持。⁶ 进行此类实践的国家有些还不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。³

审查北约对南斯拉夫联盟共和国的轰炸的委员会认为,关于“军事目标”的这一定义具有习惯法的性质。⁸

非国际性武装冲突

尽管关于“军事目标”的这一定义未能写入《第二附加议定书》,但是它随后却被吸收进可适用于非国际性武装冲突的条约法中,即《常规武器公约修正的第二号议定书》和《保护文化财产公约第二议定书》。⁹ 此外,《常规武器公约议定书三》采纳了这一定义。根据2001年经协商一致通过的对该公约第1条的修正案,该议定书同样可适用于非国际性武装冲突。⁰

有些可适用于或者已经适用于非国际性武装冲突的军事手册中也有“军事目标”的这一定义。⁴ 同样,该定义还包含在一些国家的立法中。² 此外,一些涉及非国际性武装冲突的正式声明也将其囊括在内。³

除此之外,不存在其他有关“军事目标”的正式定义。从这一意义上来说,无论是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突方面,均不存在违反本规则的实践。《关于美国实践的报告》称,美国承认《第一附加议定书》第52(2)条中的这一定义具有习惯法的性质,而且,《美国海军手册》中所用的表述,即切实有助于“敌方的作战能力或维持战争的能力”,反映了它在这一点上的立场,即这一定义是宽泛的,它包括

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷、澳大利亚、比利时、贝宁、喀麦隆、加拿大、哥伦比亚、克罗地亚、法国、德国、匈牙利、意大利、肯尼亚、马达加斯加、荷兰、新西兰、南非、西班牙、瑞典、多哥、英国和美国(同上,第328段);厄瓜多尔(同上,第331段)、印度尼西亚(同上,第333段)美国(同上,第339段)和南斯拉夫(同上,第340段)。

⁶ 例如,参见下列国家的声明:法国(同上,第364段)、伊朗(同上,第347段)、伊拉克(同上,第348段)、以色列(同上,第364段)、约旦(同上,第351段)、叙利亚(同上,第355段)、土耳其(同上,第364段)和美国(同上,第350、360及364段)。

³ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第364段)、伊朗(同上,第347段)、伊拉克(同上,第348段)、以色列(同上,第364段)、肯尼亚(同上,第328段)、土耳其(同上,第364段)、英国(同上,第328段)和美国(同上,第328、350、360及364段)。

⁸ Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report(同上,第365段)。

⁹ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第2(6)条(同上,第321段);《保护文化财产公约第二议定书》第1(6)条(同上,第322段)。

⁰ 《常规武器公约议定书三》第1(3)条(同上,第321段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁、加拿大、哥伦比亚、克罗地亚、德国、意大利、肯尼亚、马达加斯加、南非、多哥(同上,第328段)、厄瓜多尔(同上,第331段)和南斯拉夫(同上,第340段)。

² 例如,参见下列两个国家的立法:意大利(同上,第341段)和西班牙(同上,第342段)。

³ 例如,参见下列国家的声明:哥伦比亚(同上,第346段)和菲律宾(同上,第354段)。

军事目标的掩护地带、物体及用以支撑战争的经济设施。⁴

解释

一些国家表示,它们在选择军事目标时将从整体上,而不是局部地衡量攻击可能带来的预期军事利益。⁵ 澳大利亚、厄瓜多尔和美国的军事手册认为作战军队和同盟军队的安全性增强也属于一种预期军事利益。⁶

许多军事手册规定,军事目标之内或附近有平民存在并不能使该目标免受攻击。⁷ 例如平民在军事工厂内工作的情形;实践表明,这些人承受着军事目标遭受攻击所带来的风险,而他们本身并不是战斗员。这一观点也得到了一些正式声明和据报告的实践的支持。⁸ 在这种情形下,攻击仍要遵守相称性原则(见规则14)和审慎攻击(见规则15-21)的要求。此外,禁止使用“人体盾牌”也与本问题有着一定的关联(见规则97)。

举例

各国在实践中通常将敌方战斗员、物资及武器所在的设施、建筑和场所以及军用交通和通信设施列举为“军事目标”。⁹ 至于军民两用设施,例如可用于军事目的的民用交通和通信设施,实践中认为这些设施的定性最终取决于“军事目标”这一定义的适用。⁶ 切实有助于军事行动的经济目标同样也被列为“军事目标”,前提是对其进行攻击可为己方带来明确的军事优势。⁵ 另外,许多军事手册和正式声明都认为,如果

⁴ Report on US Practice(同上,第361段),提到美国《海军手册》(同上,第339段)。

⁵ 例如,参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第329段)、加拿大(同上,第320段)、法国(同上,第320段)、德国(同上,第332段)、意大利(同上,第334段)、新西兰(同上,第336段)、西班牙(同上,第320及337段)和美国(同上,第359段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第329段)、厄瓜多尔(同上,第331段)和美国(同上,第339段)。

⁷ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第635段)、加拿大(同上,第636段)、哥伦比亚(同上,第637段)、克罗地亚(同上,第638段)、厄瓜多尔(同上,第639段)、德国(同上,第640段)、匈牙利(同上,第641段)、马达加斯加(同上,第642段)、荷兰(同上,第643段)、新西兰(同上,第644段)、西班牙(同上,第645、646段)、瑞士(同上,第647段)及美国(同上,第648段)。

⁸ 例如,参见下面两国的声明:比利时(同上,第651段)和美国(同上,第652、653段)。

⁹ 参见:同上,第417-492段所引用的实践。

⁶ 参见:同上,第493-560段所引用的实践。

⁵ 参见:同上,第561-596段所引用的实践。

某个地带满足定义所包含的条件,那么该地带本身可作为一个“军事目标”。³

规则 9 民用物体是指所有非军事目标的物体。

实践

第 2 卷,第 2 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。“民用物体”的定义须与“军事目标”的定义结合起来一并解读:只有那些界定为军事目标的设施才可加以攻击,其他设施不得进行攻击。

国际性武装冲突

民用物体的这一定义规定在《第一附加议定书》第 52(1)条中,各方就此均未作出保留。³ 在通过附加议定书的外交会议上,墨西哥认为第 52 条如此重要,以致它“不能成为任何保留的对象,因为此类保留将与第一附加议定书的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础”。⁴ 这一定义随后被一系列条约,即《常规武器公约议定书二》、《常规武器公约修正的第二号议定书》和《常规武器公约议定书三》所采用。⁵ 在签署《国际刑事法院规约》时,埃及宣称,该规约中的“民用物体”这一术语必须根据《第一附加议定书中》的定义来理解。⁶

许多国家的军事手册中都有“民用物体”的这一定义。⁷ 其中,有些国家还不是或

³ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 601 段)、比利时(同上,第 602 - 604 段)、贝宁(同上,第 605 段)、厄瓜多尔(同上,第 608 段)、法国(同上,第 609 段)、意大利(同上,第 610 及 611 段)、马达加斯加(同上,第 612 段)、荷兰(同上,第 613 段)、新西兰(同上,第 614 段)、西班牙(同上,第 615 段)、瑞典(同上,第 616 段)、多哥(同上,第 617 段)、英国(同上,第 618 段)和美国(同上,第 619 段);另参见以下各国的声明:比利时(同上,第 622 段)、加拿大(同上,第 597 和 623 段)、联邦德国(同上,第 597 和 624 段)、法国(同上,第 598 段)、意大利(同上,第 597 段)、荷兰(同上,第 597、599 和 625 段)、新西兰(同上,第 597 段)、巴基斯坦(同上,第 599 段)、西班牙(同上,第 597 段)、英国(同上,第 597、599 和 626 段)及美国(同上,第 599、627 和 628 段)。

⁴ 《第一附加议定书》第 52(1)条(以 79 票赞成、0 票反对、7 票弃权通过)(同上,第 660 段)。

⁵ 墨西哥,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 679 段)。

⁵ 《常规武器公约议定书二》第 2(5)条(同上,第 661 段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第 2(7)条(同上,第 661 段);《常规武器公约议定书三》第 1(4)条(同上,第 662 段)。

⁶ 埃及,Declarations made upon signature of the ICC Statute(同上,第 663 段)。

⁷ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷、澳大利亚、喀麦隆、加拿大、哥伦比亚、肯尼亚、马达加斯加、荷兰、南非、西班牙、英国和美国(同上,第 665 段)、贝宁(同上,第 666 段)、克罗地亚(同上,第 667 段)、厄瓜多尔(同上,第 668 段)、法国(同上,第 669 段)、意大利(同上,第 670 段)、瑞典(同上,第 671 段)、多哥(同上,第 672 段)、美国(同上,第 673 段)及南斯拉夫(同上,第 674 段)。

者当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁸

非国际性武装冲突

尽管这一定义未能写入《第二附加议定书》，但它随后却被吸收进可适用于非国际武装冲突的条约法，即《常规武器公约修正的第二号议定书》。⁹ 此外，“民用物体”的这一定义还包含在《常规武器公约议定书三》之中。根据2001年以协商一致方式通过的对该公约第1条的修正案，该议定书同样可适用于非国际性武装冲突。¹⁰

“民用物体”的这一定义在某些可适用于或者已经适用于非国际性武装冲突的军事手册中也有规定。¹¹ 除了这一定义之外，就“民用物体”而言，并没有其他的定义正式提出，从这一意义上来说，无论是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突方面，均不存在违反本规则的实践。有些军事手册将民用物体界定为“不被用于军事目的的物体”。¹² 这一定义与本规则并不相悖，但它更注重强调一点，即民用物体如果用于军事目的，那么它将丧失免受攻击的保护，并且它将由于这种用途而成为军事目标（见规则10）。

举例

各国在实践中将平民区、城镇、村庄、住宅区、住所、建筑物、房屋、学校、¹³ 民用交通设施、¹⁴ 医院、医疗设施、医疗单位、¹⁵ 历史纪念物、礼拜场所、文化财产¹⁶ 及自然环境¹⁷ 原则上视作民用物体，只要最终能确定它们确实未成为军事目标（见规则10）。针对这些设施所进行攻击通常会受到谴责。¹⁸

⁸ 例如，参见下列国家的军事：法国（同上，第669段）、肯尼亚（同上，第665段）、英国（同上，第665段）和美国（同上，第665段）。

⁹ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第2(7)条（同上，第661段）。

¹⁰ 《常规武器公约议定书三》第1(4)条（同上，第662段）。

¹¹ 例如，参见下列国家的军事手册：哥伦比亚、肯尼亚、马达加斯加、南非（同上，第665段）、贝宁（同上，第666段）、克罗地亚（同上，第667段）、厄瓜多尔（同上，第668段）、意大利（同上，第670段）、多哥（同上，第672段）和南斯拉夫（同上，第674段）。

¹² 例如，参见下列国家的军事手册：贝宁（同上，第666段）、克罗地亚（同上，第667段）、法国（同上，第669段）、意大利（同上，第670段）和多哥（同上，第672段）。

¹³ 参见：同上，第199 - 264段所引用的实践。

¹⁴ 参见：同上，第265 - 315段所引用的实践。

¹⁵ 参见：第2卷第7章所引用的实践。

¹⁶ 参见：第2卷第12章所引用的实践。

¹⁷ 参见：第2卷第14章所引用的实践。

¹⁸ 例如，参见下列国家的声明：克罗地亚（参见第2卷，第2章，第145段）、埃及（同上，第146段）、欧盟及其成员国、苏联、美国（同上，第147段）、莫桑比克（同上，第152段）、斯洛文尼亚（同上，第155段）、阿联酋（同上，第157段）及英国（同上，第159段）。

规则 10 应保护民用物体免遭攻击,除非其正在被用于军事目的。

实践

第 2 卷,第 2 章,D 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

民用物体丧失保护须结合只有军事目标方可攻击这一基本规则来理解。因此,当某个民用物体被这样利用时,它便丧失了民用性质并可定性为军事目标,从而可以遭受攻击。这种逻辑同样反映在《国际刑事法院规约》中,该规约将故意指令攻击民用物体,即“非军事目标的物体”,规定为一项战争罪行。⁶

许多军事手册都包含一项规则,即民用物体在其成为军事目标期间不再享有免受攻击的保护。⁷ 在这种情况下,提到民用物体丧失保护时,经常用到“用于军事目的”的物体和“用于军事行动”的物体这两种表述。⁷ 这些表述与本规则并不矛盾,并且不论使用其中哪种表述,使用这种表述的国家都接受了规则 8 赋予“军事目标”的定义。

物体性质可疑的情形

在性质可疑的情形下,物体应如何归类?对这一问题的处理方式目前并不完全清楚。对此,《第一附加议定书》规定:“对通常用于民用目的的物体,如礼拜场所、房屋或其他住处或学校,是否用于对军事行动作出有效贡献的问题有怀疑时,该物体应推定为未被这样使用。”² 就这一规定而言,各国均未作出保留。并且在通过附加议定书的外交会议上,墨西哥认为,第 52 条如此重要,以致它“不能成为任何保留的对

⁶ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(ii)条;另见第 8(2)(b)(iv)条和第 8(2)(e)(iv)条(涉及对专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史文物、医院和伤病人员收容所的攻击问题),以及第 8(2)(e)条(涉及对不设防城镇、村庄、住所或建筑物的攻击问题)。

⁷ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第 2 卷,第 2 章,第 687 段)、比利时(同上,第 688 段)、喀麦隆(同上,第 689 段)、加拿大(同上,第 690 段)、哥伦比亚(同上,第 691 段)、克罗地亚(同上,第 692 段)、法国(同上,第 693 段)、以色列(同上,第 694 段)、意大利(同上,第 695 段)、肯尼亚(同上,第 696 段)、马达加斯加(同上,第 697 段)、荷兰(同上,第 698 - 700 段)、新西兰(同上,第 701 段)、俄罗斯(同上,第 702 段)、西班牙(同上,第 703 段)及美国(同上,第 704 和 705 段)。

¹ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第 687 段)、加拿大(同上,第 690 段)、荷兰(同上,第 700 段)、俄罗斯(同上,第 700 段)和美国(同上,第 705、710 及 711 段)。

² 《第一附加议定书》第 52(3)条(以 79 票赞成、0 票反对、7 票弃权通过)(同上,第 719 段)。

象,因为此类保留将与第一附加议定书的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础”。³ 有疑问时推定为民用性质的原则在《常规武器公约修正的第二号议定书》中也有规定。⁴

《第一附加议定书》规定有疑问时将物体推定为具有民用性质的原则在许多的军事手册中同样能够找到。⁵ 尽管美国《空军手册》含有这一规则,⁶ 但是美国国防部在1992年向国会提交了一份报告,称这一规则不具有习惯法的性质并与传统的战争法相悖,因为它将判定某个物体确切用途的责任从防卫方转嫁给了攻击方,也就是从控制该物体的一方转嫁给了没有控制物体的一方。这种规定要求攻击方在实施攻击时对物体的性质有一定程度的把握,这在战斗中很难做到,因而这种规定有欠妥当,它忽略了战争中的真实情况。另外,这种做法还可能怂恿防卫方忽视其将平民和民用物体与军事目标区分开来的义务。⁷ 根据《关于以色列实践的报告》,以色列认为这种假定只适用于战场指挥官认为这种可疑性“显著”之时,而不适用于产生错误的可能性微乎其微之时。因此,攻击与否完全取决于战场指挥官,他必须判定错误的可能性是否足以大到作为不予攻击的理由。⁸

根据以上所述,在物体的性质有疑问时,必须结合特定情形下的各种条件和限制作出审慎的分析,从而断定对其进行攻击是否有充分的理据,而不能机械地假定对一切性质可疑的物体均可进行合法攻击。这也是与审慎攻击的要求,特别是对将要攻击的物体是可以攻击的军事目标而非民用物体进行核实的义务相一致的(见规则16)。

³ 墨西哥, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第751段)。

⁴ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(8)(a)条。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第725段)、澳大利亚(同上,第726段)、贝宁(同上,第727段)、喀麦隆(同上,第728段)、加拿大(同上,第729段)、哥伦比亚(同上,第730段)、克罗地亚(同上,第731段)、法国(同上,第732段)、德国(同上,第733段)、匈牙利(同上,第734段)、以色列(同上,第735段)、肯尼亚(同上,第736段)、马达加斯加(同上,第737段)、荷兰(同上,第738段)、新西兰(同上,第739段)、西班牙(同上,第741段)、瑞典(同上,第742段)、多哥(同上,第743段)及美国(同上,第744段)。

⁶ 美国, Air Force Pamphlet(同上,第744段)。

⁷ 美国, Department of Defense, Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War(同上,第752段)。

⁸ Report on the Practice of Israel(同上,第749段)。

第 3 章

不分皂白的攻击

规则 11 禁止不分皂白的攻击。

实践

第 2 卷, 第 3 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

禁止不分皂白的攻击这一规则规定在《第一附加议定书》第 51(4) 条中。在通过附加议定书的外交会议上, 法国对第 51 条投了反对票, 因为它认为第 51(4) 条因其“复杂性将严重妨碍针对侵略者实施军事防御行动, 并损害《联合国宪章》第 51 条所承认的国家所固有的正当防卫的权利”。但在批准《第一附加议定书》时, 法国并未就禁止不分皂白的攻击的相关条款做出保留。同样是在这次外交会议上, 墨西哥认为第 51 条如此重要, 以致它“不能成为任何保留的对象, 因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符, 并将破坏该议定书的基础”。另外, 禁止不分皂白的攻击在《常规武器公约议定书二》和《常规武器公约修正的第二号议定书》中也有相应的规定。

《第一附加议定书》第 51(4) 条 (以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过) (参见第 2 卷, 第 3 章, 第 1 段)。

法国, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols (同上, 第 73 段)。

墨西哥, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols (同上, 第 228 段)。

《常规武器公约议定书二》第 3(3) 条 (同上, 第 4 段); 《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3(8) 条 (同上, 第 4 段)。

大量的军事手册都规定禁止不分皂白的攻击。不少国家也已通过立法,将实施此类攻击作为犯罪处理。该项禁止同样得到了正式声明和据报告的实践的支持。进行此类实践的国家有些还不是或者当时不是《第一附加议定书》的当事方。

在国际法院审理的“核武器案”和“核武器(世界卫生组织)案”中,一些国家就援用了禁止不分皂白的攻击原则,用以判定以核武器实施攻击是否违反国际人道法。

1973年10月,在《第一附加议定书》通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对禁止不分皂白的攻击这一原则予以尊重,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。⁰

非国际性武装冲突

禁止不分皂白的攻击这一规定最早出现在《第二附加议定书》的草案中,但此后出于简化文本的目的,该规定在最后时刻被摒除了。¹因此,虽然有人认为它可以从

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第12和13段)、澳大利亚(同上,第12和14段)、比利时(同上,第12段)、贝宁(同上,第12段)、喀麦隆(同上,第15段)、加拿大(同上,第12和16段)、厄瓜多尔(同上,第17段)、法国(同上,第22段)、德国(同上,第18段)、印度(同上,第19段)、印度尼西亚(同上,第12段)、以色列(同上,第12和21段)、意大利(同上,第26段)、南非(同上,第12和27段)、西班牙(同上,第12段)、瑞典(同上,第12段)、瑞士(同上,第29段)、多哥(同上,第12段)及英国(同上,第12段)。

例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第32段)、澳大利亚(同上,第34段)、白俄罗斯(同上,第35段)、比利时(同上,第36段)、波黑(同上,第37段)、加拿大(同上,第38段)、中国(同上,第39段)、哥伦比亚(同上,第40段)、库克群岛(同上,第41段)、克罗地亚(同上,第42段)、塞浦路斯(同上,第43段)、爱沙尼亚(同上,第45段)、格鲁吉亚(同上,第46段)、印度尼西亚(同上,第47段)、爱尔兰(同上,第48段)、立陶宛(同上,第51段)、荷兰(同上,第52段)、新西兰(同上,第53段)、尼日尔(同上,第55段)、挪威(同上,第56段)、斯洛文尼亚(同上,第57段)、西班牙(同上,第58段)、瑞典(同上,第59段)、塔吉克斯坦(同上,第60段)、英国(同上,第61段)、南斯拉夫(同上,第62段)及津巴布韦(同上,第63段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第32段)、萨尔瓦多(同上,第44段)、约旦(同上,第49段)、黎巴嫩(同上,第50段)及尼加拉瓜(同上,第54段)。

例如,参见下列国家(或组织)的声明:波黑(同上,第66段)、博茨瓦纳(同上,第67段)、芬兰(同上,第72段)、由法国、以色列、黎巴嫩、叙利亚和美国组成的1996年以色列—黎巴嫩停火监督组织(同上,第75段)、德国(同上,第76段)、伊朗(同上,第79段)、伊拉克(同上,第80、81段)、马来西亚(同上,第83段)、波兰(同上,第89段)、斯洛文尼亚(同上,第91段)、南非(同上,第92段)、瑞典(同上,第93段)、叙利亚(同上,第94段)、英国(同上,第95-97段)、美国(同上,第98段)及南斯拉夫(同上,第100段);另见马来西亚的相关实践(同上,第84段)。

例如,参见下列国家的实践:中国(同上,第39段)、法国(同上,第74段)、印度(同上,第19段)、印度尼西亚(同上,第12段)、伊朗(同上,第79段)、伊拉克(同上,第80段)、以色列(同上,第12、21段)、肯尼亚(同上,第12段)马来西亚(同上,第83、84段)、南非(同上,第92段)、英国(同上,第12、953-957段)及美国(同上,第30、98段)。

例如,参见下列国家的请求书:澳大利亚(同上,第65段)、印度(同上,第77段)、墨西哥(同上,第85段)、新西兰(同上,第86段)及美国(同上,第99段)。

⁰ See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East* (同上,第139段)。

¹ Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 26(3) (同上,第2段)。

该议定书第13(2)条,即平民居民不应成为攻击的对象中推导出来,但是《第二附加议定书》并不包含这一原则,² 不过,这一规则已为新近的可以适用于非国际性武装冲突的条约法,即《常规武器公约修正的第二号议定书》所接受。³ 此外,这一禁止性规定在其他一些涉及非国际性武装冲突的文件中也能找到。⁴

一些可以适用于或已经适用于非国际性武装冲突军事手册中有禁止不分皂白的攻击的规定。⁵ 不少国家也已通过立法,规定在任何武装冲突中实施此类攻击均以犯罪论处。⁶ 另有一些涉及非国际性武装冲突的正式声明也提到了这一规则。⁷ 此外,在上文所提到的“核武器案”中,各当事方向国际法院所提交的书面陈述一般来说也适用于所有的武装冲突。

不论是在国际性还是非国际性武装冲突,均不存在违反本规则的正式实践。不管是在国际性还是非国际性的冲突中,那些据称违反了这一规则的攻击往往会受到各国普遍的谴责。⁸ 联合国和其他国际组织也对在如阿富汗、波黑、布隆迪、车臣、纳

² Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 677.

³ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(8)条(参见第2卷,第3章,第4段)。

⁴ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上,第6段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第7段); San Remo Manual, para. 42 (同上,第8段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part III, Article 2(4) (同上,第10段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 5.5 (同上,第11段)。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第12、14段)、贝宁(同上,第12段)、厄瓜多尔(同上,第17段)、德国(同上,第18段)、印度(同上,第19、20段)、意大利(同上,第22段)、肯尼亚(同上,第12段)、南非(同上,第12、27段)及多哥(同上,第12段)。

⁶ 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第33段)、白俄罗斯(同上,第35段)、比利时(同上,第36段)、波黑(同上,第37段)、哥伦比亚(同上,第40段)、克罗地亚(同上,第42段)、爱沙尼亚(同上,第45段)、格鲁吉亚(同上,第46段)、立陶宛(同上,第51段)、尼日尔(同上,第55段)、挪威(同上,第56段)、斯洛文尼亚(同上,第57段)、西班牙(同上,第58段)、瑞典(同上,第59段)、塔吉克斯坦(同上,第60段)及南斯拉夫(同上,第62段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第32段)、萨尔瓦多(同上,第44段)、约旦(同上,第49段)及尼加拉瓜(同上,第54段)。

⁷ 例如,参见下列国家的声明:德国(同上,第76段)、印度(同上,第77、78段)、马来西亚(同上,第83、84段)及斯洛文尼亚(同上,第91段)。

⁸ 例如,参见下列国家的声明:波黑(同上,第66段)、博茨瓦纳(同上,第67段)、伊朗(同上,第79段)、伊拉克(同上,第80、81段)、马来西亚(同上,第83段)、斯洛文尼亚(同上,第91段)、南非(同上,第92段)、英国(同上,第95-97段)、美国(同上,第98段)及南斯拉夫(同上,第100段)。

戈尔诺 - 卡拉巴赫及苏丹的冲突中发生的违反这一规则的行为,进行了谴责。⁹

前南斯拉夫问题国际刑事法庭的相关实践进一步证明,禁止不分皂白的攻击这一规则在国际性和非国际性武装冲突中均具有习惯法的性质。⁰

1986年,第25届红十字国际大会对于“违反战争法则和战争惯例、危害平民居民的不分皂白的攻击”进行了谴责。¹红十字国际委员会提醒国际性和非国际性武装冲突各方注意避免不分皂白的攻击的义务。²

规则 12 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国际人道法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。

实践

第2卷,第二章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

不分皂白的攻击这一定义出现在《第一附加议定书》第51(4)条(应为第51条第

⁹ 例如,参见:联合国安理会,第1199号决议(同上,第102段)及主席声明(同上,第103段);联合国大会,第40/137号决议(同上,第106段)、第48/153号决议、第49/196号决议、第50/193号决议(同上,第107段)及第51/112号决议(同上,第108段)、第53/164号决议(同上,第109段)、第55/116号决议(同上,第110段);另见联合国人权委员会,第1987/58号决议、第1995/74号决议(同上,第111段)、第1992/S-2/1号决议、第1993/7号决议(同上,第112段)、第1994/75号决议、第1995/89号决议(同上,第113段)、第1995/77号决议、第1996/73号决议、第1996/59号决议、第1998/67号决议(同上,第114段)、第1998/82号决议(同上,第115段)及第2000/58号决议(同上,第116段);Council of Europe, Committee of Ministers, Declaration on Nagorno-Karabakh (同上,第125段)以及 Declaration on Bosnia and Herzegovina (同上,第126段);Council of Europe, Parliamentary Assembly, 第1055号决议(同上,第127段);EC, Ministers of Foreign Affairs, Declaration on Yugoslavia (同上,第128段);EC, Statement on the bombardment of Gorade and Declaration on Yugoslavia (同上,第129段);EU Council of Ministers, Council Regulation EC No. 1901/98 (同上,第130段);European Council, SN 100/00, Presidency Conclusions (第131段)。

⁰ ICTY, Tadić case, Interlocutory Appeal (同上,第134段)、Kordić and Čerkez case, Decision on the Joint Defence Motion (同上,第136段) and Kuprekić case, Judgment (同上,第137段)。

¹ 25th International Conference of the Red Cross, Res. I (同上,第133段)。

² 例如,参见:红十字国际委员会的实践(同上,第139-142、144-154及156、157段)。

4 款——校对者注)。³ 在通过附加议定书的外交会议上,法国对第 51 条投了反对票,因为它认为第 51(4) 条因其“复杂性将严重妨碍针对侵略者实施军事防御行动,并损害《联合国宪章》第 51 条所承认的国家所固有的正当防卫的权利”。⁴ 但在批准《第一附加议定书》时,法国并未就禁止不分皂白的攻击相关条款做出保留。同样是在这次外交会议上,墨西哥认为第 51 条如此重要,以致它“不能成为任何保留的对象,因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符,并将破坏该议定书的基础。”⁵ 此次会议第三委员会的一份工作报告表明,各国就不分皂白的攻击这一定义存在着普遍共识,即适当的定义应包含本规则中所规定的三种类型的攻击。⁶ 除第 51(3) 条之外,不分皂白的攻击这一定义在《常规武器公约议定书二》和《常规武器公约修正的第二号议定书》中也能找到。⁷

大量的军事手册全部或部分地包含不分皂白的攻击这一定义。⁸ 该定义同样得到了一些正式声明的援用。⁹ 进行此类实践的国家有些还不是《第一附加议定书》的当事方。¹⁰

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》没有不分皂白的攻击的定义,尽管有人认为该议定书第 13(2) 条,即平民居民不应成为攻击的对象的规定的推论实际上已经涵盖了该定义第

³ 《第一附加议定书》第 51(4)(a) 条(以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过)(同上,第 164 段)。

⁴ 法国,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 73 段)。

⁵ 墨西哥,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 228 及 268 段)。

⁶ Report on the work of Committee III of the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 200 段)。

⁷ 《常规武器公约议定书二》第 3(3)(a) 条(同上,第 165 段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3(8)(a) 条(同上,第 166 段)。

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 170、212 及 256 段)、比利时(同上,第 170、212 及 256 段)、贝宁(同上,第 171 段)、加拿大(同上,第 170、212 及 256 段)、厄瓜多尔(同上,第 172、213 段)、德国(同上,第 170、212 及 256 段)、以色列(同上,第 173、214 及 257 段)、肯尼亚(同上,第 174 段)、荷兰(同上,第 170、212 及 256 段)、新西兰(同上,第 170、212 及 256 段)、尼日利亚(同上,第 175 段)、南非(同上,第 176 段)、西班牙(同上,第 170、212 及 256 段)、瑞典(同上,第 170、212 及 256 段)、多哥(同上,第 177 段)、英国(同上,第 178 段)、美国(同上,第 179 - 180、215 - 217 及 258 段)及南斯拉夫(同上,第 259 段);另见下列国家的立法草案:萨尔瓦多(同上,第 181、218 及 260 段)和尼加拉瓜(同上,第 182、219 及 261 段)。

⁹ 例如,参见下列国家的声明:加拿大(同上,第 221 段)、哥伦比亚(同上,第 184 段)、德意志联邦共和国(同上,第 222 段)、德意志民主共和国(同上,第 223 段)、印度(同上,第 185、224 段)、伊拉克(同上,第 225 段)、意大利(同上,第 230 段)、卢旺达(同上,第 190 段)、斯里兰卡(同上,第 231 段)、英国(同上,第 191、232 段)及美国(同上,第 192 - 195 及 233 - 237 段)。

¹⁰ 例如,参见下面两国的实践:印度(同上,第 185、224 及 265 段)和美国(同上,第 186、227 及 267 段)。

13(1)条和第13(2)条的内容。³除了第13(3)条之外,该定义也已为新近的可适用于非国际性武装冲突的条约法,即《常规武器公约修正的第二号议定书》所接受。³另外,这一定义在其他一些涉及非国际性武装冲突的文件中也能找到。³

这一定义还在某些可适用于或者已适用于非国际性武装冲突的军事手册中有相应的规定。³此外,该定义还得到了一些正式声明的支持。⁵

1981年,第24届红十字国际大会也曾敦促武装冲突各方原则上“不使用那些不能针对特定的军事目标或效果难以控制的作战方法和手段”。⁶

不分皂白的攻击的这一定义在国际性和非国际性武装冲突中均具有习惯法的性质,国际法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭的相关实践为此提供了进一步的证据。在“核武器案”的咨询意见中,国际法院宣称,禁止使用不能区分民用和军事目标的武器构成一项“不容逾越的”习惯国际法原则。法院指出,与这一原则相一致的是,人道法在早期就禁止使用特定类型的武器,“因为这些武器具有对战斗员和平民不加区分的效果”。³在1996年的“马尔蒂奇案”(Martić case)中,前南斯拉夫问题国际刑事法庭在审查指控令的过程中对使用集束炸弹的合法性进行了审查,其依据是习惯国际法,其中包括禁止不分皂白的攻击,此类攻击涉及不能针对特定军事目标的作战手段和方法。⁸

就此,至今还没有违反本规则的正式实践,就“不分皂白的攻击”而言,也不存在其他正式认可的定义。在某些或多数情况下,依据规则11所一般做出的关于不分皂白的攻击的声明可能正是基于规则12来做出的,尤其是因为并不存在其他定义。

解释

不分皂白的攻击这一定义反映了区分原则和国际人道法大体上的实施情况。规则12的第1项是禁止攻击平民(见规则1)和禁止攻击民用物体(见规则7)两项规则

³ Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 677.

³ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(8)(a)条(参见第2卷,第3章,第166段)。

³ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第167、209及253段)、Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第168、210及254段)、San Remo Manual, para. 42(b)(同上,第169、211及255段)。

³ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第170、212及256段)、贝宁(同上,第171段)、厄瓜多尔(同上,第172、213段)、德国(同上,第170、212及256段)、肯尼亚(同上,第174段)、尼日利亚(同上,第175段)、多哥(同上,第177段)及南斯拉夫(同上,第259段)。

⁵ 例如,参见下列国家的立法草案:印度(同上,第185、224及265段)、约旦(同上,第186、227及267段)和美国(同上,第186、195、227、236及267段)的声明;另见萨尔瓦多(同上,第181、218及260段)和尼加拉瓜(同上,第182、219及261段)。

⁶ 24th International Conference of the Red Cross, Res. XIII(同上,第242及279段)。

³ ICJ, Nuclear Weapons case(同上,第243段)。

⁸ ICTY, Martić case, Review of the Indictment(同上,第246段)。

的适用,该两项禁止对国际性和非国际性武装冲突均可适用。规则 12 的第 2 项同样是禁止攻击平民和民用物体(见规则 1 和规则 7)两项规则的适用。而禁止使用性质上不分皂白的武器这一规定(见规则 71)正是基于规则 12 第 2 项中不分皂白的攻击这一定义。最后,规则 12 的第 3 项是基于这样的逻辑,即那些不能按照国际人道法限制其效果的作战方法或手段理应禁止。但这一推理也带来一个问题,那就是这些限制包括什么?相关实践表明,所应限制的是那些其效果在时间和空间上难以控制、且可能对军事目标和平民及民用物体不加区分地进行打击的武器。就此,美国的《空军手册》所给的例子是生物武器。⁹即便生物武器可以针对军事目标使用,它们的特殊性质也意味着一旦发射出去其效果已非发射者所能控制,并可能同时打击战斗员和平民,且将必然带来平民过分伤亡的风险。

规则 13 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是被禁止的。

实践

第 2 卷,第 3 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

根据《第一附加议定书》,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明显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,即所谓的“区域轰击”,是不分青红皂白的,因此应当予以禁止。⁰

许多军事手册中都有禁止“区域轰击”的规定。⁴其中,有些军事手册的所属国还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。²

1973 年 10 月,在《第一附加议定书》通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对禁止“区域轰击”的规定予以尊重,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利

⁹ 美国, Air Force Pamphlet(同上,第 258 段)。

⁰ 《第一附加议定书》第 51(5)(a)条(以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过)(同上,第 283 段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 290、291 段)、比利时(同上,第 292 段)、贝宁(同上,第 293 段)、加拿大(同上,第 294 段)、克罗地亚(同上,第 295 段)、德国(同上,第 296 段)、以色列(同上,第 297 段)、意大利(同上,第 298 段)、肯尼亚(同上,第 299 段)、马达加斯加(同上,第 300 段)、荷兰(同上,第 301 段)、新西兰(同上,第 302 段)、西班牙(同上,第 303 段)、瑞典(同上,第 304 段)、瑞士(同上,第 305 段)、多哥(同上,第 306 段)、英国(同上,第 307 段)及美国(同上,第 308 段)。

² 例如,参见下列国家的军事手册:以色列(同上,第 297 段)、肯尼亚(同上,第 299 段)、英国(同上,第 307 段)及美国(同上,第 308 段)。

亚)对此做出了积极回应。³

非国际性武装冲突

禁止“区域轰击”的规定最初出现在《第二附加议定书》的草案中,但此后出于简化文本的目的,该规定在最后时刻被摒弃了。⁴因此,《第二附加议定书》并不包含这一规则,尽管有人认为该议定书第13(2)条,即平民居民不应成为攻击的对象的规定的推论实际上已经将其涵盖在内。⁵不过,这一规则已被新近的可适用于非国际性武装冲突的条约法,即《常规武器公约修正的第二号议定书》所接受。⁶此外,这一禁止性规定还包含在其他一些涉及非国际性武装冲突的文件中。⁷

一些可以适用于或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也都就禁止“区域轰击”作出了相应的规定。⁸

这一规则在非国际性武装冲突中具有习惯法的性质,这一结论也得到了下列这一论断的支持,即由于所谓的“区域轰击”已被认定为构成一种不分皂白的攻击,而不分皂白的攻击在非国际性武装冲突中是被禁止的,因此可以断言,“区域轰击”在非国际性武装冲突中也应予以禁止。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反本规则的正式实践。

解释

在通过附加议定书的外交会议上,美国指出,“区域轰击”定义中所包含的“明显分散”这一措辞要求存在一定的距离,该距离“至少应足以允许对各个独立的军事目标单独地进行攻击”。⁹这一观点得到了其他一些国家的支持。¹⁰

³ See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East* (同上,第321段)。

⁴ Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 26(3)(a) (同上,第284段)。

⁵ Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 677.

⁶ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(9)条(参见第2卷,第3章,第285段)。

⁷ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上,第288段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第289段)。

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第290段)、贝宁(同上,第293段)、克罗地亚(同上,第295段)、德国(同上,第296段)、意大利(同上,第298段)、肯尼亚(同上,第299段)、马达加斯加(同上,第300段)及多哥(同上,第306段)。

⁹ 美国,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols (同上,第315段)。

¹⁰ 参见下列国家在该外交会议上的声明:加拿大(同上,第311段)、埃及(同上,第312段)及阿联酋(同上,第314段)。

第 4 章

攻击中的比例性原则

规则 14 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。

实践

第 2 卷, 第 4 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

比例性原则规定在《第一附加议定书》第 51(5)(b) 条中, 在第 57 条中也有规定。在通过附加议定书的外交会议上, 法国对第 51 条投了反对票, 因为它认为第 51(5) 条因其“复杂性将严重妨碍针对侵略者实施军事防御行动, 并损害国家固有的正当防卫的权利”。但在批准《第一附加议定书》时, 法国并未就该条作出保留。同样是在这次外交会议上, 墨西哥认为第 51 条如此重要, 以致它“不能成为任何保留的对象, 因为此类保留将与《第一附加议定书》的宗旨和目的不符, 并将破坏该议定书的基础”。在该次会议上, 一些国家认为, 比例性原则可能会给平民居民带来一定的危险, 但该原则却未提供一种替代方案, 来处理由攻击合法目标所引发的附带损害问题。而英国则认为, 第 51(5)(b) 条是“对(相关)概念的有益编纂, 该概念正在被各

《第一附加议定书》第 51(5)(b) 条(以 77 票赞成、1 票反对、16 票弃权通过)(参见第 2 卷, 第 4 章, 第 1 段)以及第 57(2)(a)(iii) 条(以 90 票赞成、0 票反对、4 票弃权通过)(参见第 2 卷, 第 5 章, 第 325 段)。

法国, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(参见第 2 卷, 第 4 章, 第 89 段)。

墨西哥, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(参见第 2 卷, 第 1 章, 第 307 段)。

参见下列国家在该外交会议上的声明: 德意志民主共和国(参见第 2 卷, 第 4 章, 第 90 段)、匈牙利(同上, 第 93 段)、波兰(同上, 第 105 段)、罗马尼亚(同上, 第 106 段)及叙利亚(同上, 第 112 段)。

国迅速接受,并被视为与武装冲突相关的国际法的一项重要原则”。

比例性原则在《常规武器公约议定书二》和《常规武器公约修正的第二号议定书》中同样能够找到。另外,根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“故意发动攻击,明知这种攻击将附带造成的平民伤亡或民用物体……的破坏,且程度与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比显然是过分的”,将构成战争罪。

大量的军事手册中都规定了比例性原则。瑞典的《国际人道法手册》特别指出,《第一附加议定书》第51(5)条所规定的比例性原则是一项习惯国际法规则。许多国家已经通过立法,将违反比例性原则所进行的攻击作为犯罪处理。⁰这一规则也得到了正式声明的支持。¹进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。²1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对比例性原则予以尊重,相关各国(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。³

英国, Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第114段)。

《常规武器公约议定书二》第3(3)条(同上,第4段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(8)条(同上,第4段)。

《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(iv)条;另见 UNTAET Regulation 2000/15, Section 6(1)(b)(iv)(同上,第13段)。

例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第14段)、比利时(同上,第15段)、贝宁(同上,第16段)、喀麦隆(同上,第17段)、加拿大(同上,第18、19段)、克罗地亚(同上,第21段)、厄瓜多尔(同上,第22段)、法国(同上,第23、24段)、德国(同上,第25、26段)、匈牙利(同上,第27段)、印度尼西亚(同上,第28段)、以色列(同上,第29、30段)、肯尼亚(同上,第31段)、马达加斯加(同上,第32段)、荷兰(同上,第33段)、新西兰(同上,第34段)、尼日利亚(同上,第35、36段)、菲律宾(同上,第37段)、南非(同上,第38段)、西班牙(同上,第39段)、瑞典(同上,第40段)、瑞士(同上,第41段)、多哥(同上,第42段)、英国(同上,第43段)及美国(同上,第44-48段)。

瑞典, IHL Manual(同上,第40段)。

⁰ 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第50段)、澳大利亚(同上,第51、52段)、白俄罗斯(同上,第53段)、比利时(同上,第54段)、加拿大(同上,第57、58段)、哥伦比亚(同上,第59段)、刚果(同上,第60段)、库克群岛(同上,第61段)、荷兰(同上,第69段)、新西兰(同上,第70、71段)、尼日尔(同上,第73段)、挪威(同上,第74段)、西班牙(同上,第75段)、瑞典(同上,第76段)、英国(同上,第78、79段)及津巴布韦(同上,第80段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第49段)、布隆迪(同上,第56段)、萨尔瓦多(同上,第63段)、黎巴嫩(同上,第67段)、尼加拉瓜(同上,第72段)及特立尼达和多巴哥(同上,第77段)。

¹ 例如,参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第82段)、德国(同上,第92段)、约旦和美国(同上,第97段)、英国(同上,第114-117段)、美国(同上,第119-125段)及津巴布韦(同上,第129段);美国的实践(同上,第127段)。

² 例如,参见下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第28段)、伊拉克(同上,第96段)、以色列(同上,第29、30段)、肯尼亚(同上,第31段)、菲律宾(同上,第37段)、英国(同上,第114-117段)及美国(同上,第44-48、97、119-125段);美国的实践(同上,第127段)。

³ See ICRC, Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第148段)。

在国际法院审理的“核武器案”和“核武器(世界卫生组织)案”中,不少国家,其中包括那些不是或当时并不是《第一附加议定书》缔约国的国家,都援引了比例性原则来判断用核武器所进行的攻击是否违反国际人道法。⁴ 在其所提供的咨询意见中,国际法院承认了比例性原则的可适用性,并明确指出,“保护环境是判断一项行动是否符合必要和比例性原则所应当考虑的因素之一”。⁵

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》并未明确提到攻击中的比例性原则,但有人认为,该原则实际上是人道原则的固有之义,而从该议定书的序文来看,人道原则对该议定书明显可以适用,因此,适用议定书时不应忽视比例性原则。⁶ 这一原则也已为新近的可适用于非国际性武装冲突的条约法,即《常规武器公约修正的第二号议定书》所接受。⁷ 此外,其他一些涉及非国际性武装冲突的文件中也规定了这一原则。⁸

有些可适用于或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册中同样规定了攻击中的比例性原则。⁹ 许多国家也已通过立法,规定在任何武装冲突的攻击中违反比例性原则均为犯罪。⁰ 在1985年的“军事团体案”(Military Junta case)中,阿根廷国家上诉法院认为攻击中比例性原则属于习惯国际法的一部分。¹ 另有许多有关一般武装冲突或特别涉及非国际性武装冲突的正式声明也提到了这一规则。² 此外,在上文

⁴ 例如,参见下列国家(地区)的声明:埃及(同上,第87页)、印度(同上,第94段)、伊朗(同上,第95段)、马来西亚(同上,第100段)、荷兰(同上,第101段)、新西兰(同上,第102段)、所罗门群岛(同上,第109段)、瑞典(同上,第111段)、英国(同上,第118段)、美国(同上,第126段)及津巴布韦(同上,第129段)。

⁵ ICJ, Nuclear Weapons case(同上,第140段)。

⁶ Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, p. 678.

⁷ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(8)(c)条(参见第2卷,第4章,第4段)。

⁸ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第8段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第9段); San Remo Manual, para. 46(d)(同上,第10段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 5.5(同上,第12段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第16段)、加拿大(同上,第19段)、哥伦比亚(同上,第20段)、克罗地亚(同上,第21段)、厄瓜多尔(同上,第22段)、德国(同上,第25、26段)、肯尼亚(同上,第31段)、马达加斯加(同上,第32段)、尼日利亚(同上,第35段)、菲律宾(同上,第37段)、南非(同上,第38段)及多哥(同上,第42段)。

⁰ 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第50段)、白俄罗斯(同上,第53段)、比利时(同上,第54段)、哥伦比亚(同上,第59段)、德国(同上,第65段)、尼日尔(同上,第73段)、西班牙(同上,第75段)及瑞典(同上,第76段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第49段)、布隆迪(同上,第56段)、萨尔瓦多(同上,第63段)和尼加拉瓜(同上,第72段)。

¹ 阿根廷, National Appeals Court, Military Junta case(同上,第81段)。

² 例如,参见下列国家的声明:约旦(同上,第97段)、尼日利亚(同上,第103段)、卢旺达(同上,第108段)、西班牙(同上,第110段)及美国(同上,第97段)。

所提到的“核武器案”中,各方向国际法院所作的书面陈述一般来说也可适用于所有的武装冲突。

前南斯拉夫问题国际刑事法庭的相关实践和美洲人权委员会的一份报告进一步证明,这一规则在非国际性武装冲突中具有习惯法的性质。³

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反本规则的正式实践。那些据称在攻击中违反比例性原则的行为也通常会遭到各国的谴责。⁴ 联合国和其他一些国际机构也谴责了例如在车臣、科索沃、中东及前南斯拉夫冲突中违反这一原则的行为。⁵

另外,红十字国际委员会也曾敦促国际性和非国际性武装冲突各方对攻击中的比例性原则予以尊重。⁶

解释

一些国家指出,“军事利益”这一措辞是指基于整个军事攻击所可预期的利益,而不仅仅是基于攻击的单独或特定的部分。⁷ 《国际刑事法院规约》相关条款则提到,平民之伤亡或财产破坏程度“与预期得到的具体和直接的整体军事利益相比(着重号系作者所加)”属于过分。⁸ 在通过《国际刑事法院规约》的罗马会议上,红十字国际委员会指出,在犯罪的定义中添加“整体”一词不能说是对既有法律的改变。⁹ 另外,澳大利亚、加拿大和新西兰则认为,“军事利益”这一术语在意义上也包含进攻部队的安全这一因素在内。¹⁰

在批准《第一附加议定书》时,澳大利亚和新西兰表示,它们认为“预期的具体和直接的军事利益”应当解释为一种善意期待,即攻击将对有关军事打击的目的作出

³ ICTY, Martić case, Review of the Indictment(同上,第139段)及 Kuprekić case, Judgment(同上,第140段); Inter-American Commission on Human Rights, Third report on human rights in Colombia(同上,第138段)。

⁴ 例如,参见下面两国的声明:卢旺达(同上,第106段)和西班牙(同上,第108段);以及下面两国的实践:科威特(同上,第97段)和尼日利亚(同上,第101段)。

⁵ 例如,参见:联合国安理会,第1160号和第1199号决议(同上,第132段)及第1322号决议(同上,第133段);联合国人权委员会,第2000/58号决议(同上,第134段); EC, Ministers of Foreign Affairs, Declaration on Yugoslavia(同上,第137段)。

⁶ 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第146及148-152段)。

⁷ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第161、167段)、比利时(同上,第162、158和177段)、加拿大(同上,第162、169和178段)、法国(同上,第162、165段)、德国(同上,第162、170和179段)、意大利(同上,第162、180段)、荷兰(同上,第162、181段)、新西兰(同上,第161、171段)、尼日利亚(同上,第172段)、西班牙(同上,第162、173段)、英国(同上,第162、182段)及美国(同上,第174、183段)。

⁸ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(iv)条(同上,第5段)。

⁹ ICRC, Paper submitted to the Working Group on Elements of Crimes of the Preparatory Commission for the International Criminal Court(同上,第190段)。

¹⁰ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第161、167段)、加拿大(同上,第169段)及新西兰(同上,第161段)。

相关而适度的贡献。³ 根据《附加议定书评注》,“具体而直接的”军事利益这一措辞旨在说明该利益须是“重大且相对密切的,那些难以发现或需经较长时间才能显现出来的利益应当忽略不计”。³

许多国家都指出,负责策划、决定和实施攻击的人员必须在考虑他们当时从所有渠道所能得到的信息的基础上做出决定。³ 这些声明通常都是参考了《第一附加议定书》第 51 条至第 58 条后做出的,同时也不排除适用习惯法规则。

³ 澳大利亚,Declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 161 段);新西兰,Declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 161 段)。

³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 2209.

³ 例如,参见以下国家的实践:阿尔及利亚(参见第 2 卷,第 4 章,第 193 段)、澳大利亚(同上,第 194、207 段)奥地利(同上,第 195 段)、比利时(同上,第 196、208 及 214 段)、加拿大(同上,第 197、209 及 215 段)、厄瓜多尔(同上,第 210 段)、埃及(同上,第 198 段)、德国(同上,第 199、216 段)、爱尔兰(同上,第 200 段)、意大利(同上,第 201 段)、荷兰(同上,第 202、217 段)、新西兰(同上,第 203 段)、西班牙(同上,第 204 段)、英国(同上,第 205、218 段)及美国(同上,第 211、219 段)。

第 5 章

攻击时的预防性措施

规则 15 在进行军事行动时,应经常注意不损害平民居民、平民和民用物体。须采取一切可能的预防措施,以期避免,并无论如何,减少平民生命附带受损失、平民受伤和民用物体受损害。

实践

第 2 卷,第 5 章,A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。本规则的两个组成部分之间相互关联,有关其中一个部分的实践对另一个部分的合法性起着强化作用。这是一项基本规则,规则 16 至 21 所规定的具体义务是对它的内容的补充。就那些具体义务所收集到的实践有助于证明该规则的存在,反之亦然。

国际性武装冲突

1907 年的《海牙第九公约》第 2(3) 条首次规定了攻击中的预防原则,该款规定,如因军事理由需要立即针对位于不设防的城镇或者港口内的海军或军事目标采取行动,且不容敌军缓息,海军指挥官“应采取一切必要措施,以尽可能减少对该城市的损害”。《第一附加议定书》第 57(1) 条则更为清晰地阐述了此规定,没有国家对此做出保留。

许多军事手册规定了经常注意和(或)采取预防措施以避免或减少附带的平民

1907 年《海牙第九公约》第 2(3) 条(参见第 2 卷,第 5 章,第 63 段)。

《第一附加议定书》第 57(1) 条(以 90 票赞成、4 票弃权、0 票反对通过)(同上,第 1 段)。

伤亡的义务。正式声明和据报告的实践也支持该规则。进行此类实践的国家有些还不是或当时并不是《第一附加议定书》的当事方。1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对攻击中采取预防措施这一义务予以尊重,相关各国(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)对此做出了积极回应。

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》的草案曾规定了攻击中采取预防措施的义务,但作为一揽子解决方案,出于简化文本的目的,起草者在最后时刻将该条款删除。因此,《第二附加议定书》并未明确规定攻击的预防原则。但是,由于第13(1)条要求“平民居民和平民个人应享有免于军事行动所产生的危险的一般保护”,因此如果在进攻时不采取预防措施,是很难符合以上要求的。新近的可适用于非国际性武装冲突的条约法,即《常规武器公约修正的第二号议定书》和《保护文化财产公约第二议定书》,则清楚地规定了攻击中采取预防措施的义务。另外,这个原则在其他一些涉及非国

例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第6和71段)、比利时(同上,第7和72段)、贝宁(同上,第8和73段)、喀麦隆(同上,第9段)、加拿大(同上,第10和74段)、克罗地亚(同上,第11和75-76段)、厄瓜多尔(同上,第12和77段)、法国(同上,第13和78段)、德国(同上,第14和79段)、匈牙利(同上,第15和80段)、以色列(同上,第16段)、意大利(同上,第17和81段)、肯尼亚(同上,第82段)、马达加斯加(同上,第18和83段)、荷兰(同上,第19-20和84段)、新西兰(同上,第21和85段)、尼日利亚(同上,第22-23和86段)、菲律宾(同上,第87段)、罗马尼亚(同上,第24段)、西班牙(同上,第25和88段)、瑞典(同上,第26段)、瑞士(同上,第89段)、多哥(同上,第27和90段)、英国(同上,第91段)、美国(同上,第28-29和92-94段)。

例如,参见下列国家的声明:哥斯达黎加(同上,第99段)、以色列(同上,第101段)、利比里亚(同上,第36段)、荷兰(同上,第38和105段)、沙特阿拉伯(同上,第106段)、南非(同上,第39段)、英国(同上,第41和108-111段)、美国(同上,第42和112-124段);据报告的下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第35和100段)、以色列(同上,第102段)、约旦(同上,第103段)、马来西亚(同上,第37和104段)、叙利亚(同上,第40和107段)、美国(同上,第125段)、津巴布韦(同上,第126段)。

例如,参见据报告的下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第35和100段)、以色列(同上,第16和101-102段)、肯尼亚(同上,第82段)、马来西亚(同上,第37和104段)、菲律宾(同上,第87段)、南非(同上,第39段)、英国(同上,第41、91和108-111段)、美国(同上,第28-29、42、92-94和112-125段)。

See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East* (同上,第51段)。

Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 24(2) (同上,第3段)。

《第二附加议定书》第13(1)条(经协商一致通过)(同上,第2段)。

《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(10)条(参见第2卷,第28章,第4段);《保护文化财产公约第二议定书》第7条(参见第2卷,第5章,第208段)。

际性武装冲突的文件中也能找到。⁰

那些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了经常注意和(或)采取预防措施以避免或减少附带的平民死亡的义务。¹ 与一般武装冲突有关或特别与非国际性武装冲突有关的许多正式声明均提及了此义务。²

1965年,第20届红十字国际大会通过了一项决议,呼吁各国政府和其他在所有的武装冲突中对行动负责的权力机构要尽可能不伤害平民居民。³ 1968年,联合国大会通过一项关于武装冲突中对人权之尊重的决议重申了该规定。⁴ 另外,在1970年通过的一项武装冲突中保护平民之基本原则的决议中,联合国大会要求:“在进行军事行动时,应尽一切努力使平民居民免受战争蹂躏,并采取所有必要的预防措施以避免平民居民的伤亡和损害。”⁵

前南斯拉夫问题国际刑事法庭所审理的“库布雷什基奇案”(Kupre kic case)和美洲人权委员会在阿根廷拉塔布拉达(La Tablada)事件相关案件中的实践,进一步说明了该规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中所具有的习惯法性质。⁶ 在“库布雷什基奇案”中,该法庭认为,攻击中采取预防措施的义务已成为习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁷ 可以说,区分原则作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法,也在本质上要求遵守这条规则。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁸ 对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

红十字国际委员会曾呼吁国际性武装冲突和非国际性武装冲突各方遵守对攻击中采取预防措施的要求。⁹

⁰ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第4和7段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第5和68段); CSCE Code of Conduct, para. 36(同上,第6段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 5.3(同上,第70段)。

¹ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第8和73段)、克罗地亚(同上,第11和75段)、厄瓜多尔(同上,第12和77段)、德国(同上,第14和79段)、意大利(同上,第17和81段)、马达加斯加(同上,第18和83段)、尼日利亚(同上,第22-23和86段)、多哥(同上,第27和90段)。

² 例如,参见下列国家的声明:波斯尼亚和黑塞哥维纳(同上,第34段)、哥伦比亚(同上,第98段)、利比里亚(同上,第36段)、马来西亚(同上,第104段)、英国(同上,第41段)、美国(同上,第42段)。

³ 第20届红十字国际大会, Res. XXV III(同上,第48段)。

⁴ 联合国大会,第2444(XXV III)号决议(以111票赞成、0票反对通过)(同上,第45段)。

⁵ 联合国大会,第2675(XXV)号决议(以109票赞成、8票弃权、0票反对通过)(同上,第46段)。

⁶ ICTY, Kupre kic case, Judgement(同上,第49和132段); Inter-American Commission on Human Rights, Case 11.137 (Argentina)(同上,第133段)。

⁷ ICTY, Kupre kic case, Judgement(同上,第49和132段)。

⁸ ICTY, Kupre kic case, Judgement(同上,第49和132段)。

⁹ 例如,参见红十字国际委员会的实践(同上,第51、53-61和135-142段)。

攻击中采取预防措施的可行性

许多国家认为,采取“可行的”预防措施的义务仅限于在考虑了当时所有的情形,包括人道和军事的因素下,可行的或实践上可能的预防措施。⁰ 《常规武器公约修正的第二号议定书》、《常规武器公约议定书三》都使用了相同的术语来定义可行的预防措施。¹

在批准《第一附加议定书》时,瑞士提出:第 57(2) 条为“计划或决定攻击的人”所规定的攻击中采取预防原措施的义务仅仅是为“营、团或更高层的指挥官”创设了义务。² 早在通过附加议定书的外交会议上,瑞士已明确表达了其关注,即第 57(2) 条的首句的措辞是模糊的,“可能会给那些低级军事人员带来一般情况下应有更高级别的人员所承担的责任”。³ 也是在这次外交会议上,奥地利表达了同样的关注:“不能期待低级军事人员也能采取所有规定的预防措施,尤其是确保在进攻中遵守适度原则的措施。”⁴ 在批准《第一附加议定书》时,英国也就当攻击的对象不是一个军事目标或攻击有可能造成过度的平民损害时应取消或停止攻击的义务(见规则 19),表达了类似的观点,认为该义务仅仅对“那些有权力和实际上有可能取消或停止攻击的人员”有约束力。⁵

决定攻击中采取预防措施所要求的信息

许多国家认为,那些负责计划、决定或执行攻击的军事指挥官必须在一定的基础上才能做出相关的决定,这个基础就是根据当时他们能获取的一切资料所作出的评估。⁶ 另外,许多军事手册也强调,指挥官必须获得尽可能多的信息,包括与平民集中地、重要的民用物体、受特别保护的物体、军事目标周围的平民及自然环境等有关

⁰ 例如,参见下列国家的实践:阿尔及利亚(同上,第 147 段)、阿根廷(同上,第 160 段)、澳大利亚(同上,第 161 段)、比利时(同上,第 148 段)、加拿大(同上,第 149、162 和 168 段)、法国(同上,第 150 段)、德国(同上,第 151 和 169 段)、印度(同上,第 170 段)、爱尔兰(同上,第 152 段)、意大利(同上,第 153 和 171 段)、荷兰(同上,第 154、163 和 172 段)、新西兰(同上,第 164 段)、西班牙(同上,第 155 段)、土耳其(同上,第 174 段)、,英国(同上,第 157 段)、美国(同上,第 175 段)。

¹ 《常规武器公约议定书二》第 3(4) 条(参见第 2 卷,第 28 章,第 4 段);《常规武器公约议定书三》第 1(5) 条(参见第 2 卷,第 30 章,第 109 段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3(10) 条(参见第 2 卷,第 28 章,第 4 段)。

² 瑞士,Declaration made upon signature and reservation made upon ratification of Additional Protocol I(参见第 2 卷,第 5 章,第 156 段)。

³ 瑞士,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 173 段)。

⁴ 奥地利,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 167 段)。

⁵ 英国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 158 段)。

⁶ 参见:第 4 章,脚注 33。

的信息。²

规则 16 冲突各方须尽可能查明(将予攻击的)目标是军事目标。

实践

第2卷,第5章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第57(2)(a)条规定了冲突各方须尽其所能查明将予攻击的对象是军事目标的义务,并且没有国家对此做出保留。⁸

许多军事手册对该义务都有规定。⁹ 该规则也得到了正式声明和据报告的实践的支持。⁹ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。³ 1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对尽可能查明(将予攻击)的目标是军事目标这一义务予以尊重,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)均做出了积极回应。³

² 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第5章,第185段)、贝宁(同上,第186段)、克罗地亚(同上,第188段)、法国(同上,第190段)、意大利(同上,第191段)、马达加斯加(同上,第192段)、尼日利亚(同上,第194段)、西班牙(同上,第195段)、瑞典(同上,第196段)、多哥(同上,第197段)。

⁸ 《第一附加议定书》第57(2)(a)条(以90票赞成、4票弃权、0票反对通过)(同上,第207段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第214段)、澳大利亚(同上,第215段)、比利时(同上,第216段)、贝宁(同上,第216段)、喀麦隆(同上,第217段)、加拿大(同上,第218段)、克罗地亚(同上,第219-220段)、厄瓜多尔(同上,第221段)、法国(同上,第222段)、德国(同上,第223段)、匈牙利(同上,第224段)、以色列(同上,第225段)、意大利(同上,第226段)、肯尼亚(同上,第227段)、马达加斯加(同上,第228段)、荷兰(同上,第229段)、新西兰(同上,第230段)、尼日利亚(同上,第231段)、菲律宾(同上,第232段)、西班牙(同上,第233段)、瑞典(同上,第234段)、瑞士(同上,第235段)、多哥(同上,第236段)、英国(同上,第237段)、美国(同上,第238-240段)、南斯拉夫(同上,第241段)。

⁹ 例如,参见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第246段)、伊拉克(同上,第248段)、约旦(同上,第250段)、荷兰(同上,第252段)、肯尼亚(同上,第227段),以及下列国家的实践:伊朗(同上,第247段)、以色列(同上,第249段)、马来西亚(同上,第251段)、叙利亚(同上,第253段)、美国(同上,第255段)、津巴布韦(同上,第256段)。

³ 例如,参见下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第246段)、伊拉克(同上,第248段)、以色列(同上,第225段)、肯尼亚(同上,第227段)、英国(同上,第237和254段)、美国(同上,第238-240段),以及据报告的下列国家的实践:伊朗(同上,第247段)、以色列(同上,第249段)、马来西亚(同上,第251段)、美国(同上,第255段)。

³ See ICRC, The International Committee's Action in the Middle East(同上,第263段)。

非国际性武装冲突

虽然《第二附加议定书》并未明确提及该规则,新近的适用于非国际性武装冲突的条约法,即《保护文化财产公约第二议定书》却对此有所涉及。³ 另外,其他适用于非国际性武装冲突的文件也都包含了该规则。³

那些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了冲突各方有义务尽可能查明将予攻击的目标为军事目标这项规则。⁵

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步说明了该规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中所具有的习惯法性质。该法庭在判决中认为,该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁶ 可以说,作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法的区别原则,也从根本上要求各国遵守这条规则。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。³ 对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

规则 17 在选择攻击手段和方法时,冲突各方须采取一切可能的预防措施,以期避免,并无论如何,减少平民生命附带受损失、平民受伤害和民用物体受损害。

实践

第 2 卷,第 5 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这条规则独立于比例性原则,两者可同时适用(见规则 14)。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 57(2)(a)(ii) 条规定了冲突各方在选择攻击手段和方法

³ 《保护文化财产公约第二议定书》第 7 条(同上,第 208 段)。

⁴ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第 210 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第 211 段); San Remo Manual, para. 46(b)(同上,第 212 段)。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第 216 段)、克罗地亚(同上,第 219 - 220 段)、厄瓜多尔(同上,第 221 段)、德国(同上,第 223 段)、意大利(同上,第 226 段)、肯尼亚(同上,第 227 段)、马达加斯加(同上,第 228 段)、尼日利亚(同上,第 231 段)、菲律宾(同上,第 232 段)、多哥(同上,第 236 段)、南斯拉夫(同上,第 241 段)。

⁶ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第 260 段)。

³ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第 260 段)。

时采取一切可能的预防措施的义务。没有国家对此做出保留。⁸

许多军事手册都规定了该义务。⁹ 正式声明和据报告的实践也支持该规则。⁹ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁴ 1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方在选择作战手段和方法时采取一切可能的预防措施,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)均做出了积极回应。²

非国际性武装冲突

虽然《第二附加议定书》并未明确提及各方在选择作战手段和方法时采取一切可能的预防措施的义务,新近的适用于非国际性武装冲突的条约法,即《保护文化财产公约第二议定书》却有所涉及。³ 另外,其他与非国际性武装冲突有关的文件也包含了此规则。⁴

可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也包含了此规则。⁵

前南斯拉夫问题国际刑事法庭和欧洲人权法院的实践进一步证明,本规则在国

⁸ 《第一附加议定书》第57(2)(a)(ii)条(以90票赞成、4票弃权、0票反对通过)(同上,第265段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第271段)、澳大利亚(同上,第272段)、贝宁(同上,第273段)、喀麦隆(同上,第274段)、加拿大(同上,第275段)、克罗地亚(同上,第276-277段)、厄瓜多尔(同上,第278段)、法国(同上,第279段)、德国(同上,第280段)、匈牙利(同上,第281段)、以色列(同上,第282段)、意大利(同上,第283段)、肯尼亚(同上,第284段)、马达加斯加(同上,第285段)、荷兰(同上,第286段)、新西兰(同上,第287段)、菲律宾(同上,第288段)、西班牙(同上,第289段)、瑞典(同上,第290段)、多哥(同上,第291段)、英国(同上,第292段)、美国(同上,第293-294段)、南斯拉夫(同上,第295段)。

⁹ 例如,参见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第299段)、伊拉克(同上,第301段)、日本(同上,第303段)、荷兰(同上,第305段)、英国(同上,第307-308段)和美国(同上,第309-311段),以及下列国家的实践:伊朗(同上,第300段)、以色列(同上,第302段)、马来西亚(同上,第304段)、叙利亚(同上,第306段)、津巴布韦(同上,第312段)。

⁴ 例如,参见下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第299段)、伊拉克(同上,第301段)、以色列(同上,第282段)、日本(同上,第303段)、肯尼亚(同上,第284段)、英国(同上,第292和307-308段)和美国(同上,第293-294和309-311段),以及下列国家的实践:伊朗(同上,第300段)、以色列(同上,第302段)、马来西亚(同上,第304段)。

² See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East*(同上,第263段)。

³ 《保护文化财产公约第二议定书》第7条(同上,第208段)。

⁴ See, e.g., *Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY*, para. 6(同上,第268段); *Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina*, para. 2.5(同上,第269段); *San Remo Manual*, para. 46(c)(同上,第270段)。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第273段)、克罗地亚(同上,第267-277段)、厄瓜多尔(同上,第278段)、德国(同上,第280段)、意大利(同上,第283段)、肯尼亚(同上,第284段)、马达加斯加(同上,第285段)、菲律宾(同上,第288段)、多哥(同上,第291段)和南斯拉夫(同上,第295段)。

际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。⁶ 在“库布雷什基奇案”中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭认为该规则是习惯法，因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁷ 可以说，区分原则作为适用于国际武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法，也从根本上要求各国遵守这条规则。该法庭在做出判决时，也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁸ 对此，本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

举例

与该规则适用有关的事例包括对攻击时间的考虑、避免在人口密集的区域内作战、选择与攻击目标相称的作战方法、精密武器的使用和目标的选择等。另外，规则 21 也就目标的选择提出了具体的要求。

规则 18 冲突各方须尽可能评估，攻击是否有可能造成任何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过分的损害。

实践

第 2 卷, 第 5 章, D 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 57(2)(a)(iii) 条规定了尽一切可能评估攻击是否会导致过分的附带损害的义务，没有国家对此做出保留。⁹

⁶ ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上, 第 260 段); European Court of Human Rights, Ergi v. Turkey (同上, 第 319 段)。

⁷ ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上, 第 260 段)。

⁸ ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上, 第 260 段)。

⁹ 《第一附加议定书》第 57(2)(a)(iii) 条(以 90 票赞成、4 票弃权、0 票反对通过)(同上, 第 325 段)。

许多军事手册都规定了该义务。⁶ 正式声明和据报告的实践也支持该规则。⁵ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。³ 1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方尽一切可能评估攻击是否会导致过分的附带性损害,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)均做出了积极回应。⁵

非国际性武装冲突

虽然《第二附加议定书》并未明确提及尽一切可能评估攻击是否会造成过分的附带性损害的义务,新近的适用于非国际性武装冲突的条约法,即《保护文化财产公约第二议定书》却有所涉及。⁵ 另外,其他与非国际性武装冲突有关的文件都含有此规则。⁵

那些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了冲突各方必须尽一切可能评估攻击是否会造成过分的附带性损害的规则。⁶

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步证明,该规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁵ 可以说,比例性原则作为适用于国际武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法(见规则14),也从根本上要求各国遵守这条规则。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁸ 对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第331段)、澳大利亚(同上,第332段)、比利时(同上,第333段)、贝宁(同上,第334段)、喀麦隆(同上,第335段)、加拿大(同上,第336段)、厄瓜多尔(同上,第337段)、法国(同上,第338段)、德国(同上,第339段)、以色列(同上,第340段)、荷兰(同上,第341段)、新西兰(同上,第342段)、尼日利亚(同上,第343段)、西班牙(同上,第344段)、瑞典(同上,第345段)、多哥(同上,第346段)、美国(同上,第347-348段)、南斯拉夫(同上,第349段)。

⁵ 例如,参见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第353段)、伊拉克(同上,第354段)、荷兰(同上,第355段)、英国(同上,第357-358段)和美国(同上,第359段),以及下列国家的实践:叙利亚(同上,第356段)、津巴布韦(同上,第360段)。

³ 例如,参见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第353段)、伊拉克(同上,第354段)、以色列(同上,第340段)、英国(同上,第357-358段)和美国(同上,第374-378和359段)。

⁵ See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East* (同上,第365段)。

⁴ 《保护文化财产公约第二议定书》第7条(同上,第326段)。

⁵ See, e.g., *Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY*, para. 6 (同上,第328段); *Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina*, para. 2.5 (同上,第329段); *San Remo Manual*, para. 46(d) (同上,第330段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第334段)、厄瓜多尔(同上,第337段)、德国(同上,第339段)、尼日利亚(同上,第343段)、多哥(同上,第346段)和南斯拉夫(同上,第349段)。

⁵ ICTY, *Kupre kic*, case, Judgment (同上,第362段)。

⁸ ICTY, *Kupre kic*, case, Judgment (同上,第362段)。

规则 19 如果发现目标不是军事目标或是受特殊保护的,或者发现攻击可能附带造成与预期的具体和直接军事利益相比为过分的平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害,或三种情形均有,冲突各方须尽一切可能取消或中止攻击。

实践

第 2 卷,第 5 章,E 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 57(2)(b) 条规定,如果攻击目标明显不是军事目标或攻击可能附带造成过分的损害,冲突各方有义务尽其所能取消或停止此次攻击,没有国家对此做出保留。⁹ 在批准《第一附加议定书》时,英国表示该义务仅适用于“那些有能力和实际上有可能停止或中止攻击的人员”。⁶

许多军事手册对该义务有规定。⁶ 正式声明和据报告的实践也支持该规则。⁶ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁶ 1973 年 10 月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方在攻击对象明显不是军事目标或攻击会附带造成过分的损害时,必须尽其所能取消或停止此次攻击,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)均做出了积极回应。⁶

⁹ 《第一附加议定书》第 57(2)(b) 条(以 90 票赞成、4 票弃权、0 票反对通过)(同上,第 367 段)。

⁶ 英国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 158 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 373 段)、澳大利亚(同上,第 374 - 375 段)、比利时(同上,第 376 段)、贝宁(同上,第 377 段)、喀麦隆(同上,第 378 段)、加拿大(同上,第 379 段)、哥伦比亚(同上,第 380 段)、克罗地亚(同上,第 381 段)、法国(同上,第 382 段)、德国(同上,第 383 段)、匈牙利(同上,第 384 段)、意大利(同上,第 385 段)、肯尼亚(同上,第 386 段)、马达加斯加(同上,第 387 段)、荷兰(同上,第 388 段)、新西兰(同上,第 389 段)、西班牙(同上,第 390 段)、瑞典(同上,第 391 段)、瑞士(同上,第 392 段)、多哥(同上,第 393 段)、英国(同上,第 394 段)、美国(同上,第 395 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第 400 段)、伊拉克(同上,第 401 段)、约旦(同上,第 402 段)、荷兰(同上,第 405 段)、英国(同上,第 407 段)和美国(同上,第 409 - 411 段),以及下列国家的实践:以色列(同上,第 402 段)、马来西亚(同上,第 404 段)、叙利亚(同上,第 406 段)、美国(同上,第 408 段)、津巴布韦(同上,第 412 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:肯尼亚(同上,第 386 段)、英国(同上,第 394 段)、美国(同上,第 395 段);另见下列国家的声明:印度尼西亚(同上,第 400 段)、伊拉克(同上,第 401 段)、英国(同上,第 407 段)和美国(同上,第 409 - 411 段),以及下列国家的实践:以色列(同上,第 402 段)、马来西亚(同上,第 404 段)、美国(同上,第 408 段)。

⁶ See ICRC, The International Committee's Action in the Middle East(同上,第 417 段)。

非国际性武装冲突

虽然《第二附加议定书》并未明确提及该规则,新近的适用于非国际性武装冲突的条约法,即《保护文化财产公约第二议定书》却有所涉及。⁶ 此外,其他与非国际性武装冲突有关的文件中也含有此规则。⁶

有些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定攻击对象明显不是军事目标或攻击会附带造成过分的损害时必须尽力取消或停止攻击的义务。⁶

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步证明,该规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁶ 可以说,区分原则(见规则1和规则7)和比例性原则(见规则14)作为国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的习惯法规则,也从根本上要求各国遵守本规则。无视本规则将导致攻击违反区分原则和比例性原则,从而使其成为非法。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁶ 对此,本研究也未发现违反该规则的正式实践。

规则 20 除非情况不允许,冲突各方须就可能影响平民居民的攻击发出有效的事先警告。

实践

第2卷,第5章,F节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

冲突各方须在进攻前对可能影响平民居民的进攻发出有效的警告,这是一项已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认的确立已久的习惯国际法

⁶ 《保护文化财产公约第二议定书》第7条(同上,第368段)。

⁶ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第370段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第371段); San Remo Manual, para. 46(d)(同上,第372段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第374段)、贝宁(同上,第377段)、哥伦比亚(同上,第380段)、克罗地亚(同上,第381段)、德国(同上,第383段)、意大利(同上,第385段)、肯尼亚(同上,第386段)、马达加斯加(同上,第387段)、多哥(同上,第393段)。

⁶ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第416段)。

⁶ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第416段)。

规则。⁰ 它首先被《海牙章程》编纂为成文法则,《第一附加议定书》第 57(2)(c) 条重申了该规则,没有国家对此做出保留。¹

大量的军事手册都包含了这项义务。² 有些国家将其纳入国内立法。³ 正式声明和包括记录一些提前警告的其他实践也支持发出提前警告的义务。⁴ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁵ 1973 年 10 月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方必须对可能影响平民居民的攻击发出有效的事先警告,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)均做出了积极回应。⁶

非国际性武装冲突

虽然《第二附加议定书》并未明确提及在进攻之前冲突各方必须对可能影响平民居民的攻击发出有效警告的义务,新近的适用于非国际性武装冲突的条约法,即《经修正后的常规武器公约第二号议定书》却对此有所涉及。⁷ 尽管该规则只要求对可能影响平民居民的攻击发出警告,但是也应当指出,在保护文化财产的情况下,发出警告这项要求已被扩大适用到非国际性武装冲突中。⁸ 此外,其他一些与非国际

⁰ Lieber Code, Article 19 (同上,第 424 段); Brussels Declaration, Article 16 (同上,第 425 段); Oxford Manual, Article 33 (同上,第 426 段)。

¹ 《海牙章程》第 26 条(同上,第 420 - 421 段);《第一附加议定书》第 57(2)(c) 条(以 90 票赞成、4 票弃权、0 票反对通过)(同上,第 423 段)。

² 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 430 段)、澳大利亚(同上,第 431 段)、比利时(同上,第 432 段)、贝宁(同上,第 433 段)、喀麦隆(同上,第 434 段)、加拿大(同上,第 435 段)、克罗地亚(同上,第 436 段)、厄瓜多尔(同上,第 437 段)、法国(同上,第 438 段)、德国(同上,第 439 段)、意大利(同上,第 440 - 441 段)、肯尼亚(同上,第 442 段)、马达加斯加(同上,第 443 段)、荷兰(同上,第 444 - 445 段)、新西兰(同上,第 446 段)、尼日利亚(同上,第 447 段)、南非(同上,第 448 段)、西班牙(同上,第 449 段)、瑞典(同上,第 450 段)、瑞士(同上,第 451 段)、多哥(同上,第 452 段)、英国(同上,第 453 - 454 段)、美国(同上,第 455 - 457 段)和南斯拉夫(同上,第 458 段)。

³ 例如,参见下列国家的立法:爱尔兰(同上,第 460 段)、意大利(同上,第 461 - 462 段)和挪威(同上,第 463 段)。

⁴ 例如,参见下列国家的声明:荷兰(同上,第 476 段)、美国(同上,第 485 - 484 段),以及下列国家的实践:法国(同上,第 467 段)、以色列(同上,第 471 - 472 段),和据报告的下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第 468 段)、伊朗(同上,第 469 段)、伊拉克(同上,第 470 段)、以色列(同上,第 473 和 489 段)、约旦(同上,第 474 段)、叙利亚(同上,第 478 段)、英国(同上,第 479 段)、美国(同上,第 480 - 481 和 485 段)、津巴布韦(同上,第 486 段)。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:法国(同上,第 438 段)、肯尼亚(同上,第 442 段)、英国(同上,第 453 - 454 段)、美国(同上,第 455 - 457 段);美国的声明(同上,第 482 - 484 段);另见下列国家的实践:法国(同上,第 467 段)、以色列(同上,第 471 - 472 段);还参见据报告的下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第 468 段)、伊朗(同上,第 469 段)、伊拉克(同上,第 470 段)、以色列(同上,第 473 和 489 段)、英国(同上,第 479 段)、美国(同上,第 480 - 481 和 485 段)。

⁶ See ICRC, The International Committee's Action in the Middle East(同上,第 495 段)。

⁷ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3(11)条。

⁸ 参见:《保护文化财产公约第二议定书》第 6(4)条和第 13(2)(c)条。

性武装冲突有关的文件也都含有该规则。⁹

可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了该义务。⁹ 此外,还存在着一些在非国际性的武装冲突中发出警告的纪录。⁸

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步证明,该规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为,该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁸ 可以说,从作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法的区分原则(见规则1和规则7)和比例性原则(见规则14),可以推导出遵守该规则的要求。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁸ 本研究也没有发现违反该规则的正式实践;相反,发现了很多在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中发出警告的记录。⁸

解释

正如本规则显示的那样,国家实践表明,如果情况不允许,如突袭是军事行动取得成功的关键,或者为了保障实施攻击的军队或友军的安全,就不再要求在攻击前发出警告。⁸ 必要的反应速度,是决定发出警告是否可行的实践中所提到的另一

⁹ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(参见第2卷,第5章,第428段); Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 2.5(同上,第429段)。

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第433段)、克罗地亚(同上,第436段)、厄瓜多尔(同上,第437段)、德国(同上,第439段)、意大利(同上,第440-441段)、肯尼亚(同上,第442段)、马达加斯加(同上,第443段)、尼日利亚(同上,第447段)、南非(同上,第448段)、多哥(同上,第452段)、南斯拉夫(同上,第458段)。

⁸ 例如,参见据报告的下列国家的实践:中国(同上,第465段)、马来西亚(同上,第475段)、俄罗斯(同上,第477段)和两个其他国家(同上,第487-488段)。

⁸ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第492段)。

⁸ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第492段)。

⁸ 例如,参见以下国家的实践和据报告的实践:中国(同上,第465段)、伊朗(同上,第469段)、伊拉克(同上,第470段)、以色列(同上,第471-473和489段)、马来西亚(同上,第475段)、俄罗斯(同上,第477段)、英国(同上,第479段)、美国(同上,第480-481和485段)和两个其他国家(同上,第487-488段)。

⁸ 例如,参见:《海牙章程》第26条(同上,第420-421段);《第一附加议定书》第57(2)(3)条(以90票赞成、4票弃权、0票反对通过)(同上,第423段); Brussels Declaration, Article 16(同上,第425段); Oxford Manual, Article 33(同上,第426段); Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第428段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第429段);还可参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第431段)、比利时(同上,第432段)、贝宁(同上,第433段)、喀麦隆(同上,第434段)、加拿大(同上,第435段)、克罗地亚(同上,第436段)、厄瓜多尔(同上,第437段)、法国(同上,第438和467段)、德国(同上,第439段)、意大利(同上,第440-441段)、肯尼亚(同上,第442段)、马达加斯加(同上,第443段)、荷兰(同上,第444-445段)、新西兰(同上,第446段)、南非(同上,第448段)、西班牙(同上,第449段)、瑞士(同上,第451段)、多哥(同上,第452段)、英国(同上,第453-454段)、美国(同上,第455-457和483-484段)和南斯拉夫(同上,第458段)和据报告的以色列的实践(同上,第473段)。

个因素。⁸

另外,它规定只有在攻击可能影响平民的时候才必须给予警告。因此,《英国军事手册》就认为,如果攻击区域内没有平民,就无须警告。⁸《美国空军手册》认为,如果平民不可能受到攻击的影响,则无须警告。⁸

一些实践对警告是否是“有效”的进行了解释。美国特别强调,为了不给实施攻击的军队带来危险或为了保障攻击的成功,警告可以只是一般性的而非具体的。这种一般性的警告可以表现为由广播进行笼统的警告,建议平民居民远离某个军事目标。⁹

国家实践也表明,即使发出警告后平民仍留在军事行动区域内,仍然必须遵守与区别原则及从事敌对行动的原则有关的所有义务。威胁所有滞留的平民将受到攻击的行为已遭到了谴责并被摒弃。⁹

规则 21 为了取得同样的军事利益有可能在几个军事目标之间进行选择时,选定的目标应是预计对平民生命和民用物体造成危险最小的目标。

实践

第 2 卷,第 5 章,G 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范,它也可以说是适用于非国际性武装冲突的。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 57(3) 条规定,当有可能进行选择时,所选择的军事目标应是预计对平民生命和民用物体造成危险最小的目标,没有缔约国对此做出保留。⁹

许多军事手册都规定了该义务。⁹ 正式声明和据报告的实践也支持该规

⁸ 参见:据报告的以色列的实践(同上,第 473 段)。

⁸ 英国: Military Manual(同上,第 453 段)。

⁸ 美国: Air Force Pamphlet(同上,第 456 段)。

⁹ 参见:美国的实践(同上,第 456,483 和 485 段);据报告的以色列的实践(同上,第 473 段)。

⁹ 参见下面两个国家的实践:以色列(同上,第 489 段)、俄罗斯(同上,第 477 段)。

⁹ 《第一附加议定书》第 57(3) 条(以 90 票赞成、4 票弃权、0 票反对通过)(同上,第 502 段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 506 段)、贝宁(同上,第 507 段)、加拿大(同上,第 508 段)、克罗地亚(同上,第 509 - 510 段)、法国(同上,第 511 段)、德国(同上,第 512 段)、匈牙利(同上,第 513 段)、意大利(同上,第 514 段)、肯尼亚(同上,第 515 段)、马达加斯加(同上,第 516 段)、荷兰(同上,第 517 段)、新西兰(同上,第 518 段)、尼日利亚(同上,第 519 段)、西班牙(同上,第 520 段)、瑞典(同上,第 521 段)、多哥(同上,第 522 段)、美国(同上,第 523 段)和南斯拉夫(同上,第 524 段)。

则。⁹ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁹ 1973年10月,在《第一附加议定书》尚未通过之前,红十字国际委员会曾呼吁中东冲突各方对当有可能进行选择时所选择的军事目标应是对平民生命和民用物体造成最小危险目标的义务予以尊重,相关国家(埃及、伊拉克、以色列和叙利亚)均做出了积极回应。⁹

非国际性武装冲突

虽然《第二附加议定书》并未明确提及当有可能进行选择时冲突各方所选择的军事目标应是对平民生命和民用物体造成最小危险的目的的要求,新近的适用于非国际性武装冲突的条约法,即《保护文化财产公约第二议定书》却有所涉及。⁹ 另外,其他与非国际性武装冲突有关的文件也都含有此规定。⁹

有些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定此义务,即当有可能进行选择时,选定的军事目标应是预计对平民生命和民用物体造成危险最小的目标。⁹

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步证明,该规则在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为,该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁹ 可以说,作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法,比例性原则(见规则14)和必须保持审慎以避免附带的平民伤亡和对民用物体的损害,而且无论如何要使损害最小化(见规则15)的义务也从根本上要求遵守本规则。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁰ 对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

在实践中只有一个明显的反例:在对红十字国际委员会《关于在海湾地区适用

⁹ 例如,参见下列国家的实践:印度尼西亚(同上,第528段)、约旦(同上,第531段)、荷兰(同上,第533段)、美国(同上,第523和535段),以及据报告的下列国家的实践:伊朗(同上,第529段)、以色列(同上,第530段)、马来西亚(同上,第532段)、叙利亚(同上,第534段)、津巴布韦(同上,第537段)。

⁹ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第511段)、印度尼西亚(同上,第528段)、肯尼亚(同上,第515段)、美国(同上,第523和535段),以及据报告的下列国家的实践:伊朗(同上,第529段)、以色列(同上,第530段)、马来西亚(同上,第532段)。

⁹ See ICRC, *The International Committee's Action in the Middle East*(同上,第541段)。

⁰ 《保护文化财产公约第二议定书》第6条(参见第2卷,第12章,第21段)。

⁹ See, e. g., *Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY*, para. 6(参见第2卷,第5章,第504段); *Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina*, para. 2.5(同上,第505段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第507段)、克罗地亚(同上,第509-510段)、德国(同上,第512段)、意大利(同上,第514段)、肯尼亚(同上,第515段)、马达加斯加(同上,第516段)、尼日利亚(同上,第519段)、多哥(同上,第522段)、南斯拉夫(同上,第524段)。

⁹ ICTY, *Kupre kic case*, Judgment(同上,第539段)。

⁰ ICTY, *Kupre kic case*, Judgment(同上,第539段)。

国际人道法的备忘录》作出回应时,美国拒绝承认该条的习惯法性质,但之后又重申该规则,并承认其有效性,^① 这样,就与其前述的其他实践保持了一致。^②

该规则亦可被视为对关于在选择作战手段和方法时采取预防措施的规则 17 的进一步规定。一些国家指出,选择目标正是遵守规则 17 的一种方式,而且该规则描述目标选择作为预防措施的方式。

解释

美国强调,选择对平民生命和民用物体造成最小的危险的军事目标的义务并不是绝对的,因为它只适用于“有可能进行选择”的情况,因此,“在可能的情况下,并在完成任务和可允许的风险范围内,攻击者可以遵守它;或者,它可以断定不可能作出那样的决定”。^③

^① 参见:美国的实践(同上,第 536 段)。

^② 参见:美国的实践(同上,第 523 和 535 段)。

^③ 参见:美国的实践(同上,第 536 段)。

第 6 章

防止攻击影响的预防措施

规则 22 冲突各方须采取一切可能的预防措施,保护在其控制下的平民居民和民用物体不受攻击的影响。

实践

第 2 卷,第 6 章,A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这是一项基本规则,规则 23 和规则 24 所规定的具体义务是对它的内容的补充。就那些具体义务所收集到的实践有助于证明该规则的存在,反之亦然。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 58(3) 条规定了冲突各方必须采取一切可能的预防措施保护其控制下的平民居民和民用物体免受攻击的影响这项义务,没有国家对此做出保留。

许多军事手册重申了这项义务。正式声明和据报告的实践也是证明此项义务的证据。进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。

《第一附加议定书》第 58(3) 条(以 80 票赞成、8 票弃权、0 票反对通过)(参见第 2 卷,第 5 章,第 1 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 9 段)、喀麦隆(同上,第 11 段)、加拿大(同上,第 12 段)、克罗地亚(同上,第 13 段)、德国(同上,第 14 段)、意大利(同上,第 15 段)、肯尼亚(同上,第 16 段)、马达加斯加(同上,第 17 段)、荷兰(同上,第 18 段)、新西兰(同上,第 19 段)、尼日利亚(同上,第 20 段)、俄罗斯(同上,第 21 段)、西班牙(同上,第 22 段)、瑞典(同上,第 23 段)和美国(同上,第 25 段)。

例如,参见下列国家的声明:德国(同上,第 31 段)、伊拉克(同上,第 34 段)、美国(同上,第 40 段)和下列国家据报告的实践:伊朗(同上,第 33 段)、马来西亚(同上,第 36 段)、叙利亚(同上,第 39 段)、津巴布韦(同上,第 41 段)。

例如,参见下列国家的实践:伊拉克(同上,第 34 段)、肯尼亚(同上,第 16 段)、美国(同上,第 25 和 40 段);下列国家据报告的实践:伊朗(同上,第 33 段)、马来西亚(同上,第 36 段)。

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》草案中曾规定了冲突各方必须采取一切可能的预防措施保护其控制下的平民居民和民用物体免受攻击的影响这项义务,但是作为一揽子解决方案,出于简化文本的目的,该规定在最后时刻被摒弃。因此,《第二附加议定书》未明确要求针对攻击的影响采取预防措施。但是,第 13(1) 条要求“平民居民和平民个人应享受免于军事行动所产生的危险的一般保护”。如果不对进攻的影响采取预防措施,那是很难符合此项要求的。新近的适用于非国际性武装冲突的条约,即《保护文化财产公约第二议定书》规定了针对进攻的影响必须采取预防措施。而且,涉及非国际性武装冲突的其他文件也规定了这项规则。

那些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也要求针对攻击的影响采取预防措施。它还得到了据报告的实践的支持。⁰

1965 年,第 20 届红十字国际大会通过了一项决议,呼吁各国政府和其他对所有武装冲突中的行动负责的权力机构尽可能地不伤害平民居民。¹ 1968 年,联合国大会通过一项关于武装冲突中对人权之尊重的决议重申了该规定。² 另外,在 1970 年通过的一项关于武装冲突中保护平民之基本原则的决议中,联合国大会要求:“在进行军事行动时,应尽最大努力使平民居民免受战争蹂躏,并采取所有可能的措施来避免平民居民的伤亡和损害。”³

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”(Kuprešić case) 进一步证明,针对攻击的影响采取预防措施这项要求在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁴ 可以说,作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法(见规则 1 和规则 7),区分原则也从根本上要求遵守本规则。该

Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the International Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 24(2) (同上,第 3 段)。

《第二附加议定书》第 13(1) 条(经协商一致通过)(同上,第 2 段)。

《保护文化财产公约第二议定书》第 8 条(参见第 2 卷,第 12 章,第 290 段)。

See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(参见第 2 卷,第 6 章,第 5 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第 6 段); CSCE Code of Conduct, para. 36(同上,第 7 段); 联合国秘书长公告第 5.4 节(同上,第 8 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:克罗地亚(同上,第 13 段)、德国(同上,第 14 段)、意大利(同上,第 15 段)、肯尼亚(同上,第 16 段)、马达加斯加(同上,第 17 段)、尼日利亚(同上,第 20 段)。

⁰ 例如,参见下列国家据报告的实践:阿尔及利亚(同上,第 30 段)、马来西亚(同上,第 36 段)。

¹ 20th International Conference of the Red Cross, Res. XXV III(同上,第 45 段)。

² 联合国大会,第 2444 (XXIII) 号决议(以 111 票赞成、0 票反对通过)(同上,第 42 段)。

³ 联合国大会,第 2675 (XXV) 号决议(以 109 票赞成、8 票弃权、0 票反对通过)(同上,第 43 段)。

⁴ ICTY, Kuprešić case, Judgment(同上,第 46 段)。

法庭在作出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规则提出异议的事实。⁵对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

这方面的实践应与禁止使用人体盾牌(见规则 97)的广泛实践一并解读。故意违反针对攻击的影响采取预防措施的义务通常与使用人体盾牌有关。此外,国际判例法也已确认了国际人权法所规定的采取积极措施以保护生命的义务(见对规则 97 的评注)。

针对攻击的影响采取预防措施的例子

关于如何履行针对攻击的影响采取预防措施的义务的具体例子,首要的是规则 23 和规则 24 所规定的两项具体义务。

另外,实践表明,建造避难所、挖战壕、发布信息和警报、将平民居民撤离至安全地带、疏理交通、保护平民财产和动员民防等均为冲突一方可以采取的保护其控制下的平民居民和民用物体的措施。

针对攻击的影响采取预防措施的可行性分析

许多国家认为,针对攻击的影响“在可行的范围内”预防措施的义务仅限于在考虑了当时所有的情形,包括人道和军事的因素下,可行的或实践上可能的预防措施。⁶在通过附加议定书的外交会议上,工作组报告员报告说,当采用了“在最大可能范围内”这一措施用来限制第 58 条的各款以后,各代表团马上就达成了协议。⁷根据报告员的陈述,该修改反映了面积小而人口密集的国家对此问题的关注,因为这些小国很难将平民、民用物体与军事目标区分开来,甚至某些大国在很多时候也会发现很难区分。⁸在批准《第一附加议定书》时,奥地利和瑞士都声称,该义务的履行应受制于保卫国家领土的需要。⁹

国家实践表明,如果防御者未能采取适当的预防措施或故意使用平民作为盾牌来掩护军事行动,就不能禁止攻击者攻击军事目标。但是,即使防御者违反了国际人道法,攻击者在任何情况下仍要受“在攻击中采取适当的预防措施”义务的约束(见规则 15),并且必须遵守比例性原则(见规则 14)。

⁵ ICTY, Kupre kic case, Judgement(同上,第 46 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的声明:阿尔及利亚(同上,第 49 段)、比利时(同上,第 49 段)、喀麦隆(同上,第 56 段)、加拿大(同上,第 49 和 57 段)、法国(同上,第 49 段)、德国(同上,第 49 和 58 段)、爱尔兰(同上,第 49 段)、意大利(同上,第 49 和 59 段)、荷兰(同上,第 49 和 60 段)、西班牙(同上,第 49 段)、英国(同上,第 49 和 61 段)、美国(同上,第 62 段)。

⁷ 在通过附加议定书的外交会议上,Report to Committee III on the Work of the Working Group(同上,第 65 段)。

⁸ 在通过附加议定书的外交会议上,Report to Committee III on the Work of the Working Group(同上,第 65 段)。

⁹ 奥地利,Reservations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 50 段);瑞士,Reservations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 51 段)。

就针对攻击的影响采取预防措施做出决定时所需要的信息

许多国家认为,军事指挥官必须在一定的基础上才能做出相关的决定,这个基础就是根据当时他们能获取的一切资料所做出的评估。⁰

规则 23 冲突各方须在可能的范围内,避免将军事目标设在人口稠密的区域内或其附近。

实践

第 2 卷,第 6 章,B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范,它也可以说是适用于非国际性武装冲突的。该规则是对区分原则的适用(见规则 1 和规则 7),也与禁止使用人体盾牌的规定有关(见规则 97),即应采取一切可行措施来区分军事目标和平民居民,但是无论如何都不能将平民用来掩护军事目标。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 58(2) 条规定了冲突各方避免将军事目标设在人口稠密区内或其附近这项义务,没有国家对此做出保留。² 1996 年的《以色列—黎巴嫩停火谅解书》也有此规定。²

许多军事手册都规定了该义务。³ 正式声明和据报告的实践也是证明此项义务的证据。⁴ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当

⁰ 参见:第 4 章,脚注 33。

² 《第一附加议定书》第 58(3) 条(以 80 票赞成、8 票弃权、0 票反对通过)(参见第 2 卷,第 6 章,第 70 段)。

² 第 3 条(同上,第 71 段)。

³ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 77 段)、澳大利亚(同上,第 78 段)、贝宁(同上,第 79 段)、加拿大(同上,第 80 段)、克罗地亚(同上,第 81 - 82 段)、厄瓜多尔(同上,第 83 段)、匈牙利(同上,第 84 段)、以色列(同上,第 85 段)、意大利(同上,第 86 段)、肯尼亚(同上,第 87 段)、马达加斯加(同上,第 88 段)、荷兰(同上,第 89 段)、新西兰(同上,第 90 段)、尼日利亚(同上,第 91 段)、俄罗斯(同上,第 92 段)、西班牙(同上,第 93 段)、瑞典(同上,第 94 段)、瑞士(同上,第 95 段)、多哥(同上,第 96 段)、英国(同上,第 97 段)、美国(同上,第 98 段)。

⁴ 例如,参见下列国家的声明:法国(同上,第 105 段)、伊拉克(同上,第 107 段)、以色列(同上,第 105 和 108 段)、黎巴嫩(同上,第 105 和 113 段)、叙利亚(同上,第 105 段)、英国(同上,第 116 段)、美国(同上,第 105 和 117 - 123 段);下列据报告的国家实践:博茨瓦纳(同上,第 102 段)、埃及(同上,第 104 段)、以色列(同上,第 109 段)、约旦(同上,第 110 段)、科威特(同上,第 112 段)、马来西亚(同上,第 114 段)、叙利亚(同上,第 115 段)、美国(同上,第 124 段)、津巴布韦(同上,第 125 段)。

事方。³

非国际性武装冲突

尽管《第二附加议定书》并未明确规定针对攻击的影响采取预防措施,但是第13(1)条要求“平民居民和平民个人应享受免于军事行动所产生的危险的一般保护”。如果将军事目标设在人口稠密区内或其附近,上述保护将很难实现。⁶ 新近的适用于非国际性武装冲突的条约,即《保护文化财产公约第二议定书》也要求针对攻击的影响采取此预防措施。² 另外,涉及非国际性武装冲突的其他文件也规定了这项规则。⁸

那些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定了冲突各方避免将军事目标设在人口稠密区内或其附近的义务。⁹

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步证明,冲突各方避免将军事目标设置在人口稠密区内或其附近的义务在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为,该规则是习惯法,因为它是对先前存在的一般性规范的详述和诠释。⁶ 可以说,作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法,区分原则(见规则1和规则7)和比例性原则(见规则14)也从根本上要求遵守本规则。该法庭在做出判决时也依据了尚未有任何国家对本规则提出异议的事实。³ 对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

1979年,在罗得西亚(津巴布韦)的冲突中,红十字国际委员会呼吁爱国者阵线“明确将民用设施,尤其是难民营与军事装置区分开来”。³

要求被剥夺自由的人关押于远离战斗地带场所这项规则(见规则121),以及要求在发生迁移的情况下采取一切可能的措施使平民居民能在满意的安全条件下被收留这项规则(见规则131),均适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突,它们也与确立本规则习惯法的性质相关。

³ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第105段)、伊拉克(同上,第107段)、以色列(同上,第71、85、105和108段)、肯尼亚(同上,第87段)、英国(同上,第97和116段)、美国(同上,第98、105和117-123段);下列据报告的国家实践:以色列(同上,第109段)、马来西亚(同上,第114段)和美国(同上,第124段)。

⁶ 《第二附加议定书》第13条第1款(经协商一致通过)(同上,第2段)。

² 《保护文化财产公约第二议定书》第8条(参见第2卷,第12章,第292段)。

⁸ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(参见第2卷,第6章,第74段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第75段); 联合国秘书长公告第5.4节(同上,第76段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第79段)、加拿大(同上,第80段)、克罗地亚(同上,第81-82段)、厄瓜多尔(同上,第83段)、意大利(同上,第86段)、肯尼亚(同上,第87段)、马达加斯加(同上,第88段)、尼日利亚(同上,第91段)、多哥(同上,第96段)。

⁶ ICTY, Kupre kic case, Judgement(同上,第46段)。

³ ICTY, Kupre kic case, Judgement(同上,第46段)。

³ See ICRC, Conflict in Southern Africa: ICRC appeal(同上,第131段)。

解释

尽管有些实践涉及在人口稠密区以外设置军事基地和设施的义务,但是就整体而言,实践仍将这项义务限制在“可行”的范围之内。正如一些国家实践的报告所指出的,人口的变化可能导致军事基地位于城市内或其附近,而其初建时的情形并非如此。³ 如果上述军事设施涉及不动产,对其实施迁移的可能性要小于动产。在通过附加议定书的外交会议上,韩国认为:“该项规定不构成对某个国家领域内的军事设施的限制。”⁴ 至于那些军民两用的设施,比如火车站和机场等,甚至可以特意地设置于人口稠密区内或其附近。

规则 24 冲突各方须在可能的范围内,将其控制下的平民个人和民用物体迁离军事目标的附近地方。

实践

第 2 卷,第 6 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范,它也可以说是适用于非国际性武装冲突的。该条是对区分原则的具体适用(见规则 1 和规则 7),同时,它也与禁止适用人体盾牌的规定有关(见规则 97),即应尽其所能将其控制下的平民和民用物体迁离军事目标附近的区域;无论如何都不能将平民用来掩护军事目标。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 58(1) 条规定了冲突各方在可能的范围内努力将其控制下的平民居民和民用物体迁离军事目标的附近地方这项义务,没有国家对此条款做出保留。⁵

³ 例如,参见关于下列国家的实践报告:伊朗(同上,第 106 段)、以色列(同上,第 109 段)、科威特(同上,第 112 段)、马来西亚(同上,第 114 段)。

⁴ 韩国,Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第 111 段)。

⁵ 《第一附加议定书》第 58(3) 条(以 80 票赞成、8 票弃权、0 票反对通过)(同上,第 133 段)。

许多军事手册都重申了该义务。⁶ 正式声明和据报告的实践也是证明此项义务的证据。³ 进行此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁸

非国际性武装冲突

尽管《第二附加议定书》并未明确规定针对攻击的影响采取预防措施,但是第13(1)条要求“平民居民和平民个人应享受免于军事行动所产生的危险的一般保护”。⁹ 如果在可能的情况下未将其平民和民用物体从军事目标附近的区域中迁离,上述保护就很难实现。新近的适用于非国际性武装冲突的条约,即《保护文化财产公约第二议定书》也要求针对攻击的影响采取这种预防措施。¹⁰ 此外,涉及非国际性武装冲突的其他文件也规定了这项规则。⁴

有些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定,冲突各方有义务在可能的范围内将其控制下的平民和民用物体从军事目标附近的区域中迁离。²

前南斯拉夫问题国际刑事法庭审理的“库布雷什基奇案”进一步证明,冲突各方在可能的范围内将其控制下的平民和民用物体从军事目标附近的区域中迁离这项义务在国际武装冲突和非国际性武装冲突中具有习惯法性质。该法庭在其判决中认为该条是习惯法,因为它是对先前存在的一般性的规范的详述和诠释。³ 作为适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突的习惯法,区分原则(见规则1和规则7)也从根本上要求遵守本规则。该法庭在做出判决时,也依据了尚未有任何国家对这条规

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第138段)、澳大利亚(同上,第139段)、贝宁(同上,第140段)、喀麦隆(同上,第141段)、加拿大(同上,第142段)、克罗地亚(同上,第143段)、厄瓜多尔(同上,第144段)、法国(同上,第145段)、以色列(同上,第146段)、意大利(同上,第147段)、肯尼亚(同上,第148段)、马达加斯加(同上,第149段)、荷兰(同上,第150段)、新西兰(同上,第151段)、尼日利亚(同上,第152段)、西班牙(同上,第153段)、瑞典(同上,第154段)、瑞士(同上,第155段)、多哥(同上,第156段)、英国(同上,第157段)、美国(同上,第158-159段)。

³ 例如,参见下列国家的声明:伊拉克(同上,第164段)、美国(同上,第169-172段);下列据报告的国家实践:埃及(同上,第163段)、约旦(同上,第165段)、科威特(同上,第166段)、叙利亚(同上,第168段)、美国(同上,第168段)、美国(同上,第173段)、津巴布韦(同上,第174段)。

⁸ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第145段)、伊拉克(同上,第164段)、以色列(同上,第146段)、肯尼亚(同上,第148段)、英国(同上,第157段)、美国(同上,第173段)。

⁹ 《第二附加议定书》第13条第1款(经协商一致通过)(同上,第2段)。

¹⁰ 《保护文化财产公约第二议定书》第8条。

⁴ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第136段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第137段)。

² 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第140段)、克罗地亚(同上,第143段)、厄瓜多尔(同上,第144段)、意大利(同上,第147段)、肯尼亚(同上,第148段)、马达加斯加(同上,第149段)、尼日利亚(同上,第152段)、多哥(同上,第156段)。

³ ICTY, Kupre kic case, Judgment(同上,第176段)。

则提出异议的事实,⁴ 对此,本研究也没有发现违反该规则的正式实践。

红十字国际委员会也提醒国际性武装冲突和非国际性武装冲突的各方注意它们在可能的范围内将其控制下的平民和民用物体从军事目标附近的区域中迁离的义务。⁵

解释

各方在可能的范围内将其控制下的平民和民用物体从军事目标附近的区域中迁离这项义务与根据规则 23 的规定而无法将军事目标与人口稠密的区域相分离的情况密切相关。

因为本规则规定迁离必须在可能的范围内实施,所以它还与除非出于安全需要否则禁止强行转移平民居民的规定(见规则 129)相关。

根据美国《海军手册》,“武装冲突的一方有责任将其控制下的平民及伤员、病员、遇船难者和战俘移出可能受到敌人攻击的军事目标附近的区域”。⁶ 这里将本规则的适用扩大到了伤员、病员、遇船难者和战俘,这与规则 109 至 111 关于撤离、照顾和保护伤员、病员和遇船难者,以及规则 121 关于将被剥夺了自由的人关押于远离战斗地带的场所是一致的。

⁴ ICTY, Kupreškić case, Judgement(同上,第 176 段)。

⁵ See, e.g., ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第 180 段) and Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第 181 段)。

⁶ 美国:Naval Handbook。(同上,第 159 段)。

第二部分

受特别保护的人与物体

第 7 章

医务和宗教人员与物体

规则 25 在任何情况下,被专门指派以医疗职责的医务人员均须受到尊重和保护。但如果他们从事了人道职务以外的害敌行为,他们将丧失对其的保护。

实践

第 2 卷,第 7 章,A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这一规则可追溯到 1864 年的《日内瓦公约》,并得到 1906 年和 1929 年的《日内瓦公约》的重申。现在,1949 年的日内瓦第一、第二和第四公约都对这一规则有规定。《第一附加议定书》第 15 条将其范围从任何情况中的军事医务人员扩展到平民医务人员。国家实践广泛支持扩大这种范围,它们都是一般性地提到医务人员,

1864 年《日内瓦公约》第 2 条(参见第 2 卷,第 7 章,第 1 段);1906 年《日内瓦公约》第 9 - 10 条(同上,第 2 - 3 段);1929 年《日内瓦公约》第 9 - 10 条(同上,第 4 - 5 段)。

《日内瓦第一公约》第 24 - 26 条(同上,第 6 - 8 段);《日内瓦第二公约》第 36 条(同上,第 9 段);《日内瓦第四公约》第 20 条(同上,第 10 段)。

《第一附加议定书》第 15 条(经协商一致通过)(同上,第 12 段)。

而不区分是军事还是平民医务人员。从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。

根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……人员”构成战争罪。这种战争罪与医务人员有关,因为他们有权使用《日内瓦公约》所订特殊标志。

大量的军事手册重申了尊重和保护医务人员这一义务。许多国家立法规定,违反这一规则即构成战争罪。而且,许多正式声明和据报告的实践也支持这一

例如,参见下列国家的军事手册:布基纳法索(同上,第27段)、加拿大(同上,第31段)、哥伦比亚(同上,第32-33段)、刚果(同上,第34段)、克罗地亚(同上,第36段)、多米尼加共和国(同上,第37段)、厄瓜多尔(同上,第38段)、萨尔瓦多(同上,第39段)、法国(同上,第40段)、匈牙利(同上,第44段)、黎巴嫩(同上,第51段)、马里(同上,第53段)、摩洛哥(同上,第54段)、荷兰(同上,第56段)、尼加拉瓜(同上,第58段)、尼日利亚(同上,第59以及61-62段)、罗马尼亚(同上,第63段)、俄罗斯(同上,第64段)、塞内加尔(同上,第65段)、瑞士(同上,第69段)、英国(同上,第72段)和美国(同上,第76段);下列国家的立法:波黑(同上,第81段)、哥伦比亚(同上,第82-83段)、克罗地亚(同上,第84段)、萨尔瓦多(同上,第85段)、爱沙尼亚(同上,第87段)、埃塞俄比亚(同上,第88段)、格鲁吉亚(同上,第89段)、尼加拉瓜(同上,第93段)、波兰(同上,第96段)、斯洛文尼亚(同上,第98段)、西班牙(同上,第99-100段)、塔吉克斯坦(同上,第101段)、乌克兰(同上,第102段)、委内瑞拉(同上,第103-104段)和南斯拉夫(同上,第105段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第79段)、萨尔瓦多(同上,第86段)、尼加拉瓜(同上,第94段),以及下列国家的声明:中国(同上,第109段)、伊拉克(同上,第116段)、科威特(同上,第118-119段)、英国(同上,第126段)、美国(同上,第131段)和委内瑞拉(同上,第135段)。

例如,参见:法国的军事手册(同上,第41段)和美国的军事手册(同上,第75和77段)。

《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxiv)条(同上,第832段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第19-20段)、澳大利亚(同上,第21-22段)、比利时(同上,第23-24段)、贝宁(同上,第25段)、波黑(同上,第26段)、布基纳法索(同上,第27段)、喀麦隆(同上,第28-29段)、加拿大(同上,第30-31段)、哥伦比亚(同上,第32-33段)、刚果(同上,第34段)、克罗地亚(同上,第35-36段)、多米尼加共和国(同上,第37段)、厄瓜多尔(同上,第38段)、萨尔瓦多(同上,第39段)、法国(同上,第40-42段)、德国(同上,第43段)、匈牙利(同上,第44段)、印度尼西亚(同上,第45-46段)、以色列(同上,第47段)、意大利(同上,第48段)、肯尼亚(同上,第49段)、韩国(同上,第50段)、黎巴嫩(同上,第51段)、马达加斯加(同上,第52段)、马里(同上,第53段)、摩洛哥(同上,第54段)、荷兰(同上,第55-56段)、新西兰(同上,第57段)、尼加拉瓜(同上,第58段)、尼日利亚(同上,第59-62段)、罗马尼亚(同上,第63段)、俄罗斯(同上,第64段)、塞内加尔(同上,第65段)、南非(同上,第66段)、西班牙(同上,第67段)、瑞典(同上,第68段)、瑞士(同上,第69段)、多哥(同上,第70段)、英国(同上,第71-72段)、美国(同上,第73-77段)和南斯拉夫(同上,第78段)。

例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第80段)、波黑(同上,第81段)、哥伦比亚(同上,第82-83段)、克罗地亚(同上,第84段)、萨尔瓦多(同上,第85段)、爱沙尼亚(同上,第87段)、埃塞俄比亚(同上,第88段)、格鲁吉亚(同上,第89段)、爱尔兰(同上,第90段)、意大利(同上,第91段)、立陶宛(同上,第92段)、尼加拉瓜(同上,第93段)、挪威(同上,第95段)、波兰(同上,第96段)、罗马尼亚(同上,第97段)、斯洛文尼亚(同上,第98段)、西班牙(同上,第99-100段)、塔吉克斯坦(同上,第101段)、乌克兰(同上,第102段)、委内瑞拉(同上,第103-104段)和南斯拉夫(同上,第105段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第79段)、萨尔瓦多(同上,第86段)和尼加拉瓜(同上,第94段)。

规则。

非国际性武装冲突

这一规则隐含在《日内瓦公约》共同第 3 条中,该条款规定伤者、病者应予收集和照顾。这是因为,保护医务人员是一种确保伤者、病者得到医疗照顾的辅助保护形式。⁰ 医务人员必须受到尊重和保护这一规则也明确规定在《第二附加议定书》中。¹ 此外,根据《国际刑事法院规约》的规定,在非国际性武装冲突中,“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……人员”构成战争罪。² 除此之外,涉及非国际性武装冲突的其他文件也规定有这项规则。³

对医务人员的尊重和保护规定在一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中。⁴ 许多国家的立法规定,在任何武装冲突中违反这一规则即构成犯罪。⁵ 这一规则也得到关于非国际性武装冲突的正式声明的援引。⁶

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。各

例如,参见下列国家的声明:中国(同上,第 109 段)、德国(同上,第 113 段)、科威特(同上,第 118 - 119 段)、英国(同上,第 126 段)、美国(同上,第 129 - 133 段)、委内瑞拉(同上,第 135 段)和南斯拉夫(同上,第 136 - 137 段)以及据报告的卢旺达实践(同上,第 125 段)。

⁰ 1949 年《日内瓦公约》共同第 3 条。例如,下列国家的军事手册也运用了这种推理:比利时(同上,第 24 段)、哥伦比亚(同上,第 32 段)、萨尔瓦多(同上,第 39 段)、以色列(同上,第 47 段)、南非(同上,第 66 段)和西班牙(同上,第 67 段)。

¹ 《第二附加议定书》第 9(1)条(经协商一致通过)(同上,第 13 段)。

² 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(ii)条(同上,第 832 段)。

³ See, e.g., Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles(同上,第 17 段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 20 段)、澳大利亚(同上,第 21 - 22 段)、贝宁(同上,第 25 段)、波黑(同上,第 26 段)、喀麦隆(同上,第 29 段)、加拿大(同上,第 30 - 31 段)、哥伦比亚(同上,第 32 - 33 段)、克罗地亚(同上,第 35 - 36 段)、厄瓜多尔(同上,第 38 段)、萨尔瓦多(同上,第 39 段)、法国(同上,第 42 段)、德国(同上,第 43 段)、匈牙利(同上,第 44 段)、意大利(同上,第 48 段)、肯尼亚(同上,第 49 段)、韩国(同上,第 50 段)、黎巴嫩(同上,第 51 段)、马达加斯加(同上,第 52 段)、荷兰(同上,第 55 段)、新西兰(同上,第 57 段)、尼日利亚(同上,第 60 - 62 段)、俄罗斯(同上,第 64 段)、南非(同上,第 66 段)、西班牙(同上,第 67 段)和多哥(同上,第 70 段)。

⁵ 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 80 段)、波黑(同上,第 81 段)、哥伦比亚(同上,第 82 - 83 段)、克罗地亚(同上,第 84 段)、萨尔瓦多(同上,第 85 段)、爱沙尼亚(同上,第 87 段)、埃塞俄比亚(同上,第 88 段)、格鲁吉亚(同上,第 89 段)、爱尔兰(同上,第 90 段)、立陶宛(同上,第 92 段)、挪威(同上,第 95 段)、波兰(同上,第 96 段)、斯洛文尼亚(同上,第 98 段)、西班牙(同上,第 99 - 100 段)、塔吉克斯坦(同上,第 101 段)、乌克兰(同上,第 102 段)、委内瑞拉(同上,第 103 - 104 段)和南斯拉夫(同上,第 105 段);另见下列国家的立法:意大利(同上,第 91 段)、尼加拉瓜(同上,第 93 段)和罗马尼亚(同上,第 97 段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 79 段)、萨尔瓦多(同上,第 86 段)和尼加拉瓜(同上,第 94 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的实践:菲律宾(同上,第 123 段)、美国(同上,第 132 段)、委内瑞拉(同上,第 135 段)和南斯拉夫(同上,第 136 和 137 段)。

国普遍谴责据称的对医务人员的袭击事件。⁷ 国际组织也对例如在布隆迪、车臣、萨尔瓦多和南斯拉夫冲突中发生的违反本规则的行为进行了谴责。⁸ 红十字国际委员会呼吁国际性和非国际性武装冲突的各方尊重这一规则。⁹

医务人员的定义

“医务人员”一语是指由冲突一方指派的专门搜寻、收容、运送、诊断或治疗(包括急救治疗)伤者、病者和遇船难者和预防疾病的人员,或由冲突一方指派的专门管理医疗队或运作和管理医务运输的人员。这种指派可以是永久性的或临时性的。

“医务人员”一语包括:

(1) 冲突一方的医务人员,不论是军事还是平民医务人员,包括日内瓦第一和第二公约所述的医务人员和被派到民防组织的医务人员;

(2) 冲突一方所正式承认和核准的各国红十字会或红新月会及其他志愿救济团体(包括红十字国际委员会)的医务人员;

(3) 由中立的或其他非该冲突一方的国家、由此国家承认和授权的救济团体、公正的国际人道组织,出于人道主义目的,提供给冲突一方的医务人员。

这一定义规定在《第一附加议定书》第8(3)条中,并在国家实践中得到广泛采纳。⁰ 该定义的核心在于,医务人员要想享受到他们有权要求的特别保护,必须是被指派专门担当医疗职责的医务人员。如果这种医务指派是永久性的,则他们在任何时候都应享有尊重和保护。如果只是临时性的指派,则他们只能在指派期内享有尊重和保护。只有被冲突一方指派承担医疗责任的医务人员才享有受保护的地位。其他履行医疗职责的人员,只要他们不直接参与敌对行动,则享有作为平民不受攻击的保护(见规则6)。这些人员不是医务人员,因此,他们无权使用特殊标志。加拿大《行为守则》这样解释:

像美国的普世救济合作社(CARE)和无国界医生组织(MSF)这样的非政府组织可以佩戴其他可识别的特殊符号。虽然非政府组织救助武装冲突受害者的工作应当得到尊重,但是他们使用的特殊符号不能获得国际法的保护。一旦承认他们是为伤者、病者提供照顾,非政府组织也就应当受到尊重。¹

⁷ 例如,参见下列国家的声明:美国(同上,第132段)、委内瑞拉(同上,第135段)和南斯拉夫(同上,第137段)。

⁸ 例如,参见:联合国大会,第39/119号决议(同上,第140段)、第40/139号决议(同上,第141段)和第41/157号决议(同上,第141段);联合国人权委员会,第1987/51号决议(同上,第142段);OSCE, Chairman in Office, Press Release 86/96(同上,第149段)。

⁹ 例如,参见:红十字国际委员会的实践(同上,第156-158,160-164和166-172段)。

⁰ 《第一附加议定书》第8(3)条(经协商一致通过)(同上,第11段)。

¹ 加拿大,Code of Conduct(同上,第31段)。

“军事医务人员”是指身为武装部队人员的医务人员。“平民医务人员”是指并非武装部队人员的医务人员,但被冲突一方指派专门承担医疗任务的人员。

《第二附加议定书》的起草者曾经以协商一致的方式在草案中同样规定了这一个一般性定义,但作为一揽子解决方案,出于简化文本的目的,起草者在最后时刻将该定义删除了。² 结果,《第二附加议定书》中没有对“医务人员”进行定义,但是在非国际性武装冲突中使用的“医务人员”这个术语可以按照《第一附加议定书》的定义来理解。³ 这还可以从最初在《第二附加议定书》的草案中规定了它的定义以及在通过附加议定书的外交大会上所进行的谈判推论出来。该定义这样规定,“医务人员”是指由冲突一方指派的专门搜寻、收容、运送、诊断或治疗(包括急救治疗)伤者、病者和遇船难者和预防疾病的人员,以及管理医疗队或运作和管理医务运输的人员。这种指派可以是永久性的或临时性的。“医务人员”一语包括:

(1) 冲突一方的医务人员,不论是军事或平民医务人员,包括被指派担当民防医疗任务者;

(2) 冲突一方所承认和核准的各国红十字或红新月组织的医务人员;

(3) 冲突一方所承认和核准的、位于发生武装冲突的国家领土之内的其他救济团体的医务人员。

通过附加议定书的外交大会的谈判表明,由于非国际性武装冲突的特殊性质,上面所列举的例子在两方面不同于国际性武装冲突所列举的例子。第一,“红十字和红新月组织”是用来“不仅涵盖政府方面提供的协助,还包括反政府方已有的红十字组织或分支,甚至是在冲突期间临时组建的组织”。⁴ 在这一点上,应注意《第二附加议定书》第18条也使用了“红十字会(红新月会、红狮和太阳会)组织”这一术语。⁵ 第二,起草委员会认为,有必要将不是红十字组织的救济团体明确限定在其必须位于发生武装冲突的国家领土之内,这样规定是“为了避免出现下面情形,即境外不明的私人团体在发生武装冲突的国家领土之内将自己确立为救济团体,并得到叛乱者的承认”。⁶

² Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Article 11(f) (同上,第14段)。

³ 参见:美国相关的声明(同上,第15段)以及通过附加议定书的外交大会的实践(同上,第150段); See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § § 4661 - 4665。

⁴ CDDH, Official Records, Vol. XI, CDDH/II/SR.40, 20 March 1975, pp. 430 - 431, § 9; See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 4666。

⁵ 《第二附加议定书》第18(1)条(经协商一致通过)。

⁶ CDDH, Report of the Drafting Committee (参见第2卷,第7章,第150段); See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 4667。

尊重和保护医务人员

关于“尊重和保护”的含义，可以从下列国家实践中得到详细说明。根据英国的《军事手册》和美国的《战地手册》，“尊重和保护”是指“绝不可以明知”其是医务人员“而对其攻击、射击，或不必要地阻止其执行医疗职责”。² 德国的《军事手册》和瑞士的《基本军事手册》都有类似的解释。³ 西班牙的《武装冲突法手册》规定，“保护”包括在医务人员需要时对他们进行防卫、协助和支持的职责。⁴ 贝宁、克罗地亚、马达加斯加、尼日利亚和多哥的军事手册都规定，不得攻击医务人员，只要战略情况许可，必须允许医务人员执行其任务。⁵ 《第一附加议定书》也要求“如果需要，在战斗活动使平民医疗服务被扰乱的地地区内，对平民医务人员应提供一切可能的援助”。⁶ 《第二附加议定书》要求“医务人员在履行其职责中应得到一切可能帮助”。⁷

规则 26 还规定了医务人员绝不能因提供医疗协助而受处罚这项原则。

医务人员保护的丧失

各国军事手册和国内立法均强调，参与敌对行为的医务人员将丧失他们有权享有的特别保护。⁸ 这一例外与医务人员应是被指定专门担当医疗职责的人员才能享受尊重和保护这一要求有关。而且，按照保护制度——这种保护制度可以从对伤者、病者进行照顾这项职责中推导出来——特别保护之所以是正当的，是因为伤者、病者正在受到照顾。西班牙的《武装冲突法手册》这样解释：

必须强调的是，对医务人员的保护不是一种个人特权，而是来自对伤者、病者的尊重和保护，伤者、病者在任何情况下都必须得到人道待遇。……如果医务人员实施敌对行为，他们将丧失本应享有的特别保护。如果他们利用他们的医务地位和特殊标志实施敌对行为，该行为甚至可能构成背信弃义的行为。⁹

² 英国，Military Manual(参见第2卷，第7章，第150段)；美国，Field Manual(同上，第73段)。

³ 德国，Military Manual(同上，第43段)；瑞士，Basic Military Manual(同上，第69段)。

⁴ 西班牙，LOAC Manual(同上，第67段)。

⁵ 参见下列国家的军事手册：贝宁(同上，第25段)、克罗地亚(同上，第35段)、马达加斯加(同上，第52段)、尼日利亚(同上，第60和62段)和多哥(同上，第70段)。

⁶ 《第一附加议定书》第15(2)条(经协商一致通过)。

⁷ 《第二附加议定书》第9(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷，第7章，第13段)。

⁸ 例如，参见下列国家的军事手册：澳大利亚(同上，第187-188段)、以色列(同上，第47段)、荷兰(同上，第200段)、西班牙(同上，第67和203段)和美国(同上，第208和210段)，以及下列国家的立法：意大利(同上，第91段)、尼加拉瓜(同上，第93段)和西班牙(同上，第99段)。

⁹ 西班牙，LOAC Manual(同上，第67段)。

然而,《日内瓦第一公约》和《第一附加议定书》规定,如果医疗队和医务运输被用于从事“人道主义职务以外的害敌行为”,它们将丧失受到特别保护的权力。《第二附加议定书》规定,如果它们用于从事“人道主义职能以外的敌对行为”,它们将丧失受到保护的权力。⁵ 根据《附加议定书的评注》,上述用语的意思是一样的。⁶ 虽然这些条款明确规定适用于医疗队,但它所规定的丧失保护的规定也可类推适用于医务人员。

一般说来,违反严守中立原则以及在医务人员人道职务以外直接参与敌对行动的行为属于一种害敌行为。这就意味着,如果医疗队属于战斗队组成部分,而且它们的医务人员持有武器并直接参与敌对行动,那么他们就无权享受保护。但是,如果仅仅是在照顾敌方伤病军事人员,或只是穿着敌军制服,或持有敌军标识,并不能认为是一种敌对行为。正如下面解释的那样,医务人员持有用来保护他们自己和他们病人的小型武器装备以及为此目的而使用这种武器并不因此丧失受到保护的权力。而且,从适用于医疗队的相似规则进行类推适用可以得出,如果医疗队由军事人员护送或出现这些人员,或者,如果医务人员持有从他们的病人那里得到的、尚未移交到适当部门的小型武器和弹药,都不是敌对行为。

医务人员的轻型个人武器装备

国家实践表明,如果医务人员装备有轻型的个人武器,只要这些武器只用来保护自己 and 他们的病人免遭诸如劫掠这样的暴力行为的侵袭,那么他们受到保护这种地位并不丧失。如果他们在战斗中为了拒捕而针对按照战争法行事的敌方部队使用这种武器,那么将丧失受保护的地位。

这一解释最初规定在 1906 年的《日内瓦公约》中,并得到 1929 年的《日内瓦公约》的重申。⁷ 现在被编纂进了《日内瓦第一公约》和《第一附加议定书》中。⁸ 《第二附加议定书》的起草者曾经以协商一致的方式在草案中也有规定,但作为一揽子解决方案,出于简化文本的目的,起草者在最后时刻将该规定删除了。⁹ 很明显,在实践中,保护医务人员免遭暴力侵袭在非国际性武装冲突中和国际性武装冲突中同等重要。此外,在通过附加议定书的外交大会上,苏联认为这一规则是必要的,即使在非国际性武装冲突中也是如此,因为解除了受伤士兵武装的医务人员除非扔掉这些

⁵ 《日内瓦第一公约》第 21 条(同上,第 586 段);《第一附加议定书》第 13 条(经协商一致通过)(同上,第 589 段);《第二附加议定书》第 11 条(经协商一致通过)(同上,第 590 段)。

⁶ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § § 4720 - 4721.

⁷ 1906 年《日内瓦公约》第 8(1)条(参见第 2 卷,第 7 章,第 180 段);1929 年《日内瓦公约》第 8(1)条(同上,第 181 段)。

⁸ 《日内瓦第一公约》第 22(1)条(同上,第 182 段);《第一附加议定书》第 13(2)(a)条(经协商一致通过)(同上,第 183 段)。

⁹ Draft Additional Protocol II submitted by the ICRC to the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols, Articles 17(2) and (3)(a)(同上,第 184 段)。

武器,否则将丧失受保护的权利。⁹

许多军事手册明确规定,医务人员持有轻型个人武器并不丧失受保护的地位。⁴ 根据德国《军事手册》的规定,这种“个人武器”包括手枪、冲锋枪和步枪。² 荷兰《军事手册》对这一用语作了同样的解释,而且还规定,它并不包括机关枪或其他需由一人以上操作的武器、针对物体使用的武器,例如导弹发射器、其他反坦克武器、碎片式手榴弹以及与此类似的武器。³ 这样解释的基础是在通过附加议定书的外交大会上所进行的讨论。⁴

在通过附加议定书的外交大会上,美国认为,平民医务人员持有武器不应作为害敌行为,“但是,在被占领土内或发生战斗的区域内,应当保留控制这种区域的一方解除这些人员武装的权利”。⁵

规则 26 在任何情况下,因其履行符合医疗道德的医疗职责而对任何人加以惩罚或者强迫某人实施违反医疗道德的行为,是被禁止的。

实践

第2卷,第7章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

医疗道德

这一规则规定在《第一附加议定书》第16条和《第二附加议定书》第10条中,无缔约国对此做出保留。⁶

⁹ 参见:苏联在通过附加议定书的外交大会上的声明(同上,第222段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第186段)、澳大利亚(同上,第187-188段)、比利时(同上,第189-190段)、贝宁(同上,第191段)、喀麦隆(同上,第192段)、加拿大(同上,第193-194段)、厄瓜多尔(同上,第195段)、法国(同上,第196段)、德国(同上,第197段)、肯尼亚(同上,第198段)、荷兰(同上,第199-200段)、尼日利亚(同上,第201段)、南非(同上,第202段)、西班牙(同上,第203段)、瑞士(同上,第204段)、多哥(同上,第205段)、英国(同上,第206-207段)、美国(同上,第208-211段)和南斯拉夫(同上,第212段)。

² 德国, Military Manual(同上,第197段)。

³ 荷兰, Military Manual(同上,第199段)。

⁴ See Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 563.

⁵ 参见:美国在通过附加议定书的外交大会上的声明(参见第2卷,第7章,第224段)。

⁶ 《第一附加议定书》第16条(经协商一致通过)(同上,第232段);《第二附加议定书》第10条(经协商一致通过)(同上,第233段)。

这一规则也规定在可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中。⁴ 正式声明也支持这一规则。⁸

违反这一规则从根本上构成对伤者、病者受保护和照顾这项权利的侵犯(见规则 110 - 111),也是对尊重和保护医务人员这项义务的违反(见规则 25)。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。各国谴责据称的对医务人员进行追诉是违反国际人道法的。⁹ 联合国也已对此进行了谴责。⁶ 欧洲理事会和世界医学协会也支持这一禁止性规定。⁵

除了违反“医疗道德”行为以外,《第一附加议定书》第 16 条和《第二附加议定书》第 10 条都禁止强迫从事医疗活动的人从事违反“其他为伤者和病者的利益而制定的医疗规则”的行为。³ 除了医疗道德规则以外,国家实践并没有对这些其他规则的内容作进一步的说明。虽然该规定是在通过附加议定书的外交大会上增加的,但是“并未试图列举出这些不同的规则”。⁵ 这一规则的精神似乎在于禁止“对医务人员可能实施的迫使他们从事背离病人利益的行为”。⁴ 从这点看,这一规则可以从规则 92 所规定的根本保证中推导出来,该规则禁止残伤肢体、进行医学或科学试验或者任何其他形式的非为有关人员健康状况所要求而且与公认医疗标准不符的医疗程序(见规则 92)。

医疗保密

在通过附加议定书的外交大会上,古巴、丹麦、法国、荷兰和挪威反对下面这种做法,即国内立法可能要求医务人员报告在武装冲突中枪弹所造成的受伤情况。⁵ 但是最终,《第一附加议定书》和《第二附加议定书》都未对此作出禁止性规定。因此,虽然个人不会因提供医务治疗而受到处罚,但可能因拒绝提供法律要求其提供的信

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 235 段)、澳大利亚(同上,第 236 段)、加拿大(同上,第 237 段)、荷兰(同上,第 238 段)、新西兰(同上,第 239 段)、塞内加尔(同上,第 240 段)、西班牙(同上,第 241 段)和南斯拉夫(同上,第 242 段)。

⁸ 例如,参见:英国的声明(同上,第 247 段)。

⁹ 例如,参见:美国的声明(同上,第 249 段)。

⁶ 例如,参见:联合国大会,第 44/165 号决议(同上,第 250 段);联合国人权委员会,第 1990/77 号决议(同上,第 251 段)。

⁵ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Res. 904 (同上,第 253 段); World Medical Association, Rules Governing the Care of the Sick and Wounded, Particularly in Time of Conflict(同上,第 257 段)。

³ 《第一附加议定书》第 16 条(经协商一致通过)(同上,第 232 段);《第二附加议定书》第 10 条(经协商一致通过)(同上,第 233 段)。

⁵ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 669. 关于这项规则的一个例子可能是禁止由不具有正式资格的人员,比如医科学生,担当在医疗过程中合作的医生,同上,§ 4693。

⁴ 同上,§ 669。

⁵ 参见下列国家的实践:古巴(参见第 2 卷,第 7 章,第 270 段)、丹麦(同上,第 271 - 272 段)、法国(同上,第 273 段)、荷兰(同上,第 274 段)和挪威(同上,第 275 段)。

息而受到处罚。虽然在医疗档案所含医疗信息和报告某伤病情况方面,一些国家采取了绝对保密这一制度,但是没有一项国际法规则禁止国家通过立法要求强制提供信息,例如包括有关传染病的信息,而且相当多的国家已经这样做了。⁶

规则 27 在任何情况下,被专门指派以宗教职责的宗教人员均须受到尊重和保护。但如果他们从事了人道职务以外的害敌行为,他们将丧失对其的保护。

实践

第2卷,第7章,C节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规则。

国际性武装冲突

尊重和保护宗教人员的义务可追溯到 1864 年的《日内瓦公约》,并在 1906 年和 1929 年的《日内瓦公约》中得到重申。⁵ 现在,它规定在《日内瓦第一公约》第 24 条和《日内瓦第二公约》第 36 条中。⁸ 《第一附加议定书》第 15 条将其范围从任何情况下的军事宗教人员扩大到包括在任何情况下的平民宗教人员。⁹ 国家实践广泛支持扩大这种范围,它们都是一般性地提到宗教人员,而不区分是军事还是平民宗教人员。⁶ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁶

按照《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“故意指令攻击依照国

⁶ 例如,参见:南斯拉夫, YPA Military Manual, 提到了南斯拉夫的立法(同上,第 266 段)以及菲律宾, Executive Order 212(同上,第 276 段)。

⁵ 1864 年《日内瓦公约》第 2 条(同上,第 287 段);1906 年《日内瓦公约》第 9 条(同上,第 288 段);1929 年《日内瓦公约》第 9 条(同上,第 289 段)。

⁸ 《日内瓦第一公约》第 24 条(同上,第 290 段);《日内瓦第二公约》第 36 条(同上,第 291 段)。

⁹ 《第一附加议定书》第 15 条(经协商一致通过)(同上,第 293 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 300 段)、澳大利亚(同上,第 301 - 302 段)、比利时(同上,第 303 段)、贝宁(同上,第 305 段)、喀麦隆(同上,第 306 段)、加拿大(同上,第 307 段)、克罗地亚(同上,第 308 段)、萨尔瓦多(同上,第 310 段)、法国(同上,第 311 - 312 段)、匈牙利(同上,第 314 段)、意大利(同上,第 318 段)、马达加斯加(同上,第 321 段)、荷兰(同上,第 322 - 323 段)、南非(同上,第 328 段)、西班牙(同上,第 329 段)、瑞士(同上,第 330 段)、多哥(同上,第 331 段)和美国(同上,第 336 段);下列国家的立法:克罗地亚(同上,第 340 段)、爱沙尼亚(同上,第 342 段)、格鲁吉亚(同上,第 343 段)、爱尔兰(同上,第 344 段)、尼加拉瓜(同上,第 346 段)、挪威(同上,第 348 段)、波兰(同上,第 349 段)、斯洛文尼亚(同上,第 350 段)、西班牙(同上,第 351 - 352 段)、塔吉克斯坦(同上,第 353 段)和南斯拉夫(同上,第 354 段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 338 段)、萨尔瓦多(同上,第 341 段)和尼加拉瓜(同上,第 347 段)以及美国的声明(同上,第 361 段)和南斯拉夫(同上,第 363 段)的声明。

⁶ 例如,参见:法国的军事手册(同上,第 311 段)和美国的军事手册(同上,第 336 段)。

际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……人员”构成战争罪。⁸ 此罪行与宗教人员有关,因为他们有权使用特殊标志。

许多军事手册要求尊重和保护宗教人员。⁶ 许多国家在立法中规定,违反这一规则是一种犯罪。⁶ 正式声明也支持这一规则。⁶

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第9条规定了尊重和保护宗教人员的义务,缔约国对此条款没有做出保留。⁶ 而且,《国际刑事法院规约》规定,在非国际性武装冲突中,“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……人员”构成战争罪。⁸

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定对宗教人员进行保护。⁶ 许多国家的立法规定,在任何武装冲突中,违反这一规则构成犯罪。⁶ 特别

⁸ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxiv)条(同上,第832段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第300段)、澳大利亚(同上,第301-302段)、比利时(同上,第303-304段)、贝宁(同上,第305段)、喀麦隆(同上,第306段)、加拿大(同上,第307段)、克罗地亚(同上,第308段)、厄瓜多尔(同上,第309段)、萨尔瓦多(同上,第310段)、法国(同上,第311-312段)、德国(同上,第313段)、匈牙利(同上,第314段)、印度尼西亚(同上,第315-316段)、以色列(同上,第317段)、意大利(同上,第318段)、肯尼亚(同上,第319段)、韩国(同上,第320段)、马达加斯加(同上,第321段)、荷兰(同上,第322-323段)、尼加拉瓜(同上,第325段)、尼日利亚(同上,第326-327段)、南非(同上,第328段)、西班牙(同上,第329段)、瑞士(同上,第330段)、多哥(同上,第331段)、英国(同上,第332-333段)、美国(同上,第334-336段)和南斯拉夫(同上,第337段)。

⁶ 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第339段)、克罗地亚(同上,第340段)、爱沙尼亚(同上,第342段)、格鲁吉亚(同上,第343段)、爱尔兰(同上,第344段)、尼加拉瓜(同上,第346段)、挪威(同上,第348段)、波兰(同上,第349段)、斯洛文尼亚(同上,第350段)、西班牙(同上,第351-352段)、塔吉克斯坦(同上,第353段)和南斯拉夫(同上,第354段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第338段)、萨尔瓦多(同上,第341段)和尼加拉瓜(同上,第347段)。

⁶ 例如,参见:美国的声明(同上,第361段)和南斯拉夫的声明(同上,第363段),以及据报告的以色列实践(同上,第358段)和据报告的卢旺达实践(同上,第360段)。

⁶ 《第二附加议定书》第9条(经协商一致通过)(同上,第295段)。

⁸ 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(ii)条(同上,第832段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第300段)、澳大利亚(同上,第301-302段)、贝宁(同上,第305段)、喀麦隆(同上,第306段)、加拿大(同上,第307段)、克罗地亚(同上,第308段)、厄瓜多尔(同上,第309段)、萨尔瓦多(同上,第310段)、法国(同上,第312段)、德国(同上,第313段)、匈牙利(同上,第314段)、意大利(同上,第318段)、肯尼亚(同上,第319段)、韩国(同上,第320段)、马达加斯加(同上,第321段)、荷兰(同上,第322段)、新西兰(同上,第324段)、尼日利亚(同上,第326段)、南非(同上,第328段)、西班牙(同上,第329段)、多哥(同上,第331段)和南斯拉夫(同上,第337段)。

⁶ 例如,参见下列国家的立法:克罗地亚(同上,第340段)、爱沙尼亚(同上,第342段)、格鲁吉亚(同上,第343段)、爱尔兰(同上,第344段)、尼加拉瓜(同上,第346段)、挪威(同上,第348段)、波兰(同上,第349段)、斯洛文尼亚(同上,第350段)、西班牙(同上,第351-352段)、塔吉克斯坦(同上,第353段)和南斯拉夫(同上,第354段);另见意大利的立法(同上,第345段),它在非国际性武装冲突中并没有被排除适用;以及下列国家的法律草案:阿根廷(同上,第338段)、萨尔瓦多(同上,第341段)和尼加拉瓜(同上,第347段)。

是在非国际性武装冲突中,也有一些支持此项规则的其他实践。⁰

红十字国际委员会已经数次要求尊重和保护宗教人员,例如在1994年的安哥拉冲突中。¹

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

宗教人员的定义

“宗教人员”是指,不论是军事人员抑或平民,专门从事宗教工作并且依附于冲突一方、冲突方医疗队或医务运输或依附于民防组织的人员。这一工作可以是永久性的,也可以是临时性的。此定义是根据《第一附加议定书》第8(4)条做出的,²在国家实践中被广泛采用。³由于《第二附加议定书》中没有关于宗教人员的定义,“宗教人员”这一用语可以依照同样的意思适用于非国际性武装冲突。⁴荷兰认为,“人道顾问”属于宗教人员。⁵其他从事宗教职务的人员只要不直接参与敌对行动,就享有受保护的平民的地位。但是,作为平民,他们不可以使用特殊标志。

对宗教人员的尊重和保护

国家实践普遍表明,宗教人员享有与永久性医务人员同样的特权。⁶所以,在医务人员中对“尊重和保护”的解释(见对规则25的评注)依据情况作适当变动后也适用于宗教人员。

宗教人员保护的丧失

根据同样的推理,对医务人员在进行害敌行为(或敌对行为)(见对规则25的评注)时丧失保护这一例外的理解在经过适当变动后同样适用于宗教人员。与医务人员一样,只有专门担当宗教职责的宗教人员才受保护。

⁰ 例如,参见:南斯拉夫的实践(同上,第363段);据报告的卢旺达的实践(同上,第360段)。

¹ See ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第373段)。

² 《第一附加议定书》第8(4)条(同上,第292段)。

³ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第302段)、克罗地亚(同上,第308段)、法国(同上,第311-312段)、意大利(同上,第318段)、马达加斯加(同上,第321段)、尼加拉瓜(同上,第346段)、南非(同上,第328段)、西班牙(同上,第329和351段)和多哥(同上,第331段)。

⁴ 例如,参见美国的相关声明;See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § § 4662 - 4663, 提到了在关于国际人道法的外交大会上的讨论, Official Records, Vol. XI, CDDH/II/SR.31, 6 March 1975, pp. 317 - 326。

⁵ 荷兰, Lower House of Parliament, Explanatory memorandum on the ratification of the Additional Protocols (参见第2卷,第7章,第294段) and Military Manual(同上,第322段)。

⁶ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第302段)、比利时(同上,第303段)、厄瓜多尔(同上,第309段)、匈牙利(同上,第314段)、以色列(同上,第317段)、肯尼亚(同上,第319段)、荷兰(同上,第323段)、西班牙(同上,第329段)、英国(同上,第332段)、南斯拉夫(同上,第337段)、美国(同上,第361段)和南斯拉夫(同上,第363段)。

宗教人员的轻型个人武器

基于同样的推理,医务人员装备轻型个人武器用来保护自己和伤者、病者及遇船难者并不丧失保护这一原则(见规则 25 评释)在经过适当变动后同样适用于宗教人员。这得到德国的《武装冲突法手册》的明确承认,尽管它还补充规定,德国部队中的教士不得配备武器。⁷ 同时,英国的《武装冲突法手册》也规定,军队的教士不可以配备武器。⁸ 实践中还没有发现进一步的说明。

规则 28 在任何情况下,被专门指派用于医疗目的的医疗队均须受到尊重和保护。但如果它们被用于从事人道职能以外的害敌行为,它们将丧失对其的保护。

实践

第 2 卷,第 7 章,D 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这一规则可追溯到《海牙章程》中对“医院和伤病者收容地”的保护。⁹ 该规则还规定在日内瓦第一和第四公约中。¹⁰ 《第一附加议定书》将其范围从任何情形下的军事医疗队扩大到包括任何情形下的平民医疗队。⁸ 国家实践广泛支持扩大这种范

⁷ 德国, Military Manual(同上,第 313 段)。

⁸ 英国, LOAC Manual(同上,第 333 段)。

⁹ 1899 年和 1907 年的《海牙章程》第 27 条(同上,第 377 - 378 段)。

¹⁰ 《日内瓦第一公约》第 19 条(同上,第 379 段)、《日内瓦第四公约》第 18 条(同上,第 380 段)。

⁸ 《第一附加议定书》第 12 条(经协商一致通过)(同上,第 381 段)。

围,它们一般性地提到医疗队,而不区分是军事还是平民医疗队。⁸ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁸

根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,故意指令攻击“医院和伤病人员收容所,除非这些地方是军事目标”和“依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的医疗单位”构成战争罪。⁸

许多军事手册规定了这一规则。⁸ 瑞典的《国际人道法手册》认为,《第一附加议定书》第12条规定的保护医疗队是对先前存在的习惯国际法的编纂。⁸ 许多国家立

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:比利时(同上,第396段)、布基纳法索(同上,第400段)、喀麦隆(同上,第401段)、加拿大(同上,第403段)、哥伦比亚(同上,第404-405段)、多米尼加共和国(同上,第409段)、厄瓜多尔(同上,第410段)、德国(同上,第414-415段)、匈牙利(同上,第416段)、以色列(同上,第417段)、意大利(同上,第419段)、黎巴嫩(同上,第424段)、荷兰(同上,第428-429段)、尼日利亚(同上,第434段)、罗马尼亚(同上,第435段)、俄罗斯(同上,第436段)、塞内加尔(同上,第437-438段)和美国(同上,第448-451段);下列国家的立法:澳大利亚(同上,第456段)、阿塞拜疆(同上,第457段)、加拿大(同上,第461段)、智利(同上,第462段)、中国(同上,第463段)、哥伦比亚(同上,第464段)、刚果(同上,第465段)、古巴(同上,第467段)、多米尼加共和国(同上,第468段)、萨尔瓦多(同上,第469段)、爱沙尼亚(同上,第471段)、埃塞俄比亚(同上,第472段)、格鲁吉亚(同上,第473段)、德国(同上,第474段)、危地马拉(同上,第475段)、伊拉克(同上,第476段)、墨西哥(同上,第480段)、荷兰(同上,第481-482段)、新西兰(同上,第483段)、尼加拉瓜(同上,第484段)、秘鲁(同上,第487段)、菲律宾(同上,第488段)、波兰(同上,第489段)、葡萄牙(同上,第490段)、罗马尼亚(同上,第491段)、西班牙(同上,第493段)、塔吉克斯坦(同上,第495段)、乌克兰(同上,第497段)、英国(同上,第498段)、乌拉圭(同上,第500段)和委内瑞拉(同上,第501段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第454段)、布隆迪(同上,第460段)、萨尔瓦多(同上,第470段)、尼加拉瓜(同上,第485段)、特立尼达和多巴哥(同上,第496段),以及下列国家的声明:阿根廷(同上,第505段)、加拿大(同上,第506段)、中国(同上,第507-508段)、埃及(同上,第511段)、芬兰(同上,第512段)、法国(同上,第513段)、匈牙利(同上,第515段)、伊拉克(同上,第517段)、美国(同上,第529段)和委内瑞拉(同上,第530段)。

⁸ 例如,参见下列国家的实践:法国(同上,第412段)、肯尼亚(同上,第421段)、英国(同上,第445和524段)和美国(同上,第527段)。

⁸ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(ix)条(同上,第384段)。

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第392-393段)、澳大利亚(同上,第394-395段)、比利时(同上,第396-397段)、贝宁(同上,第398段)、波黑(同上,第399段)、布基纳法索(同上,第400段)、喀麦隆(同上,第401段)、加拿大(同上,第402-403段)、哥伦比亚(同上,第404-405段)、刚果(同上,第406段)、克罗地亚(同上,第407-408段)、多米尼加共和国(同上,第409段)、厄瓜多尔(同上,第410段)、法国(同上,第411-413段)、德国(同上,第414-415段)、匈牙利(同上,第416段)、以色列(同上,第417-418段)、意大利(同上,第419-420段)、肯尼亚(同上,第421段)、韩国(同上,第422段)、黎巴嫩(同上,第423-424段)、马达加斯加(同上,第425段)、马里(同上,第426段)、摩洛哥(同上,第427段)、荷兰(同上,第428-429段)、新西兰(同上,第430段)、尼加拉瓜(同上,第431段)、尼日利亚(同上,第432-434段)、罗马尼亚(同上,第435段)、俄罗斯(同上,第436段)、塞内加尔(同上,第437-438段)、南非(同上,第439段)、西班牙(同上,第440段)、瑞典(同上,第441段)、瑞士(同上,第442段)、多哥(同上,第443段)、英国(同上,第444-445段)、美国(同上,第446-451段)和南斯拉夫(同上,第452段)。

⁸ 瑞典, IHL Manual(同上,第441段)。

法规定,违反这一规则构成犯罪。⁸ 这一规则也得到正式声明的援引。⁸

非国际性武装冲突

这一规则隐含在《日内瓦公约》共同第 3 条中,该条款规定伤者、病者应予收集和照顾。这是因为,保护医疗队是一种确保伤者、病者得到医疗照顾的辅助保护形式。⁹ 《第二附加议定书》明确规定了这一规则,即医疗队必须在任何时候受到尊重和保护,不能成为袭击目标。⁹ 此外,《国际刑事法院规约》还规定,在非国际性武装冲突中,故意指令攻击“医院和伤病人员收容所,除非这些地方是军事目标”和“依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的医疗单位”构成战争罪。⁹ 而且,有关非国际性武装冲突的其他文件也规定了这一规则。⁹

⁸ 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第 453 段)、澳大利亚(同上,第 455 - 456 段)、阿塞拜疆(同上,第 457 段)、孟加拉国(同上,第 458 段)、波黑(同上,第 459 段)、加拿大(同上,第 461 段)、智利(同上,第 462 段)、中国(同上,第 463 段)、哥伦比亚(同上,第 464 段)、刚果(同上,第 465 段)、克罗地亚(同上,第 466 段)、古巴(同上,第 467 段)、多米尼加共和国(同上,第 468 段)、萨尔瓦多(同上,第 469 段)、爱沙尼亚(同上,第 471 段)、埃塞俄比亚(同上,第 472 段)、格鲁吉亚(同上,第 473 段)、德国(同上,第 474 段)、危地马拉(同上,第 475 段)、伊拉克(同上,第 476 段)、爱尔兰(同上,第 477 段)、意大利(同上,第 478 段)、立陶宛(同上,第 479 段)、墨西哥(同上,第 480 段)、荷兰(同上,第 481 - 482 段)、新西兰(同上,第 483 段)、尼加拉瓜(同上,第 484 段)、挪威(同上,第 486 段)、秘鲁(同上,第 487 段)、菲律宾(同上,第 488 段)、波兰(同上,第 489 段)、葡萄牙(同上,第 490 段)、罗马尼亚(同上,第 491 段)、斯洛文尼亚(同上,第 492 段)、西班牙(同上,第 493 段)、瑞典(同上,第 494 段)、塔吉克斯坦(同上,第 495 段)、乌克兰(同上,第 497 段)、英国(同上,第 498 段)、美国(同上,第 499 段)、乌拉圭(同上,第 500 段)、委内瑞拉(同上,第 501 段)和南斯拉夫(同上,第 502 段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 454 段)、布隆迪(同上,第 460 段)、萨尔瓦多(同上,第 470 段)、尼加拉瓜(同上,第 485 段)以及特立尼达和多巴哥(同上,第 496 段)。

⁸ 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第 505 段)、加拿大(同上,第 506 段)、中国(同上,第 507 - 508 段)、埃及(同上,第 510 - 511 段)、芬兰(同上,第 512 段)、法国(同上,第 513 段)、匈牙利(同上,第 515 段)、伊拉克(同上,第 517 段)、挪威(同上,第 521 段)、卢旺达(同上,第 522 段)、沙特阿拉伯(同上,第 523 段)、美国(同上,第 525 - 529 段)和委内瑞拉(同上,第 530 段);另见据报告的以色列实践(同上,第 518 段)。

⁹ 例如,下列国家的军事手册也运用了这种推理:比利时(同上,第 397 段)、哥伦比亚(同上,第 404 段)、以色列(同上,第 418 段)和尼加拉瓜(同上,第 431 段)。

⁹ 《第二附加议定书》第 11(1)条(经协商一致通过)(同上,第 382 段)。

⁹ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(ii)条和第 8(2)(e)(iv)条(同上,第 384 - 831 段)。

⁹ See, e. g., A greem ent on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina(同上,第 389 段)。

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定对医疗队进行保护。⁹ 许多的国家立法规定,在任何武装冲突中,违反这一规则都是犯罪。⁹ 而且,在非国际性武装冲突中发表的大量正式声明也支持这一规则。⁹

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。据称的袭击医疗队事件已受到世界各国的普遍谴责。⁹ 它也受到国际组织的谴责,例如在阿富汗、布隆迪、萨尔瓦多、柬埔寨、朝鲜、卢旺达、索马里、越南和南斯拉夫以及两伊和中东的武装冲突中,国际组织都谴责了这些做法。⁹ 红十字国际委员会呼吁国际性和非国际性武装冲突各方尊重这一规则。⁹

医疗队的定义

“医疗队”一语是指为医疗目的组建的处所或其他单位,不论其为军事的抑或平

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第393段)、澳大利亚(同上,第394-395段)、贝宁(同上,第398段)、波黑(同上,第399段)、加拿大(同上,第402-403段)、哥伦比亚(同上,第404-405段)、克罗地亚(同上,第407-408段)、厄瓜多尔(同上,第410段)、德国(同上,第414-415段)、匈牙利(同上,第416段)、意大利(同上,第419-420段)、肯尼亚(同上,第421段)、韩国(同上,第422段)、黎巴嫩(同上,第423-424段)、马达加斯加(同上,第425段)、荷兰(同上,第428段)、新西兰(同上,第430段)、尼日利亚(同上,第432-433段)、俄罗斯(同上,第436段)、塞内加尔(同上,第438段)、南非(同上,第439段)、西班牙(同上,第440段)、多哥(同上,第443段)和南斯拉夫(同上,第452段)。

⁹ 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第456段)、阿塞拜疆(同上,第457段)、波黑(同上,第459段)、加拿大(同上,第461段)、哥伦比亚(同上,第464段)、刚果(同上,第465段)、克罗地亚(同上,第466段)、爱沙尼亚(同上,第471段)、埃塞俄比亚(同上,第472段)、格鲁吉亚(同上,第473段)、德国(同上,第474段)、爱尔兰(同上,第477段)、立陶宛(同上,第479段)、荷兰(同上,第482段)、新西兰(同上,第483段)、尼加拉瓜(同上,第484段)、挪威(同上,第486段)、波兰(同上,第489段)、葡萄牙(同上,第490段)、斯洛文尼亚(同上,第492段)、西班牙(同上,第493段)、瑞典(同上,第494段)、塔吉克斯坦(同上,第495段)、英国(同上,第498段)、委内瑞拉(同上,第501段)和南斯拉夫(同上,第502段);还参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第453段)、古巴(同上,第467段)、危地马拉(同上,第475段)、意大利(同上,第478段)、秘鲁(同上,第487段)、罗马尼亚(同上,第491段)和乌拉圭(同上,第500段),这些立法在非国际性武装冲突时并没有被排除适用;以及下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第454段)、布隆迪(同上,第460段)、萨尔瓦多(同上,第470段)、尼加拉瓜(同上,第485段)以及特立尼达和多巴哥(同上,第496段)。

⁹ 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第505段)、加拿大(同上,第506段)、芬兰(同上,第512段)、法国(同上,第513段)、匈牙利(同上,第515段)、卢旺达(同上,第522段)和委内瑞拉(同上,第530段)。

⁹ 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第505段)、加拿大(同上,第506段)、中国(同上,第507-508段)、埃及(同上,第510段)、芬兰(同上,第512段)、法国(同上,第513段)、匈牙利(同上,第515段)、伊朗(同上,第516段)、伊拉克(同上,第517段)、挪威(同上,第521段)、卢旺达(同上,第522段)、沙特阿拉伯(同上,第523段)、美国(同上,第525段)和委内瑞拉(同上,第530段)。

⁹ 例如,参见:联合国安理会,第467号决议(同上,第533段)、第771号决议(同上,第534段)和第794号决议(同上,第535段);联合国大会,第39/119号决议(同上,第537段)、第40/139号决议(同上,第538段)和第41/157号决议(同上,第538段);联合国人权委员会,第1983/5号决议(同上,第539段)、第1987/51号决议(同上,第540段)和第1992/S-1/1号决议(同上,第542段)。

⁹ 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第554-556、559-564和566-573段)。

民的、固定的或流动的、永久的或临时的。这一术语包括,比如医院和其他类似单位、输血中心、预防医务中心和机构、医疗仓库和这些单位的医药存储处。

这一定义是在《日内瓦第一公约》第 19 条和《日内瓦第四公约》第 18 条的基础上做出的,现在规定在《第一附加议定书》第 8(5) 条中。⁹ 此定义得到国家实践的广泛采用。¹⁰ 由于《第二附加议定书》中没有对医疗队进行定义,因此这一术语可依据同样意思适用于非国际性武装冲突。¹¹

虽然在大量实践中并未明确要求医疗队应当得到冲突一方的承认和核准,但其中的一些实践涉及《第一附加议定书》中的条款,¹² 或以另外的方式要求有这种核准。¹³ 所以,未得到核准的医疗队应当被视为是根据有关保护民用物体的规则而受到保护(见第 2 章),但是无权使用特殊标志。

各国的刑法典经常要求医疗处所适当标有特殊标志。¹⁴ 但是,考虑到识别方法本身并不能给予保护地位,而仅仅是有利于识别,所以有特殊标志可能只对袭击医疗队事件中的刑事责任有重要意义(见对规则 30 的评注)。

尊重和保护医疗队

关于“尊重和保护”的含义,可以从下列国家实践中得到详细说明。根据德国的各军事手册的规定,“尊重和保护”一语是指医疗队不可以受攻击而且必须确保它们的工作不受妨碍。¹⁵ 瑞士的《基本军事手册》含有相似的解释,明确规定“不应袭击[医疗队],不得以任何方式危害[医疗队],不应阻碍其开展工作,即使它们暂时没有任何伤病员”。¹⁶ 与此类似,美国的《空军指挥官手册》规定,医疗队“不应受到故意攻击、射击或被不必要的阻止履行医疗职责”。¹⁷

⁹ 《第一附加议定书》第 8(5) 条(经协商一致通过)。

¹⁰ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(参见第 2 卷,第 7 章,第 395 段)、加拿大(同上,第 402 段)、肯尼亚(同上,第 421 段)、新西兰(同上,第 430 段)、南非(同上,第 439 段)、西班牙(同上,第 440 段)、罗马尼亚(同上,第 491 段)和美国(同上,第 383 段)。

¹¹ 参见:美国的相关声明(同上,第 383 段); See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § § 4711 - 4712.

¹² 《第一附加议定书》第 12(2) 条要求平民医疗队应当被“冲突之一方的主管当局承认和授权”,或者他们应当“根据”《第一附加议定书》第 9(2) 条或《日内瓦第一公约》第 27 条得到“承认”,即得到一中立或其他非冲突方国家、这种国家的援助协会或者中立的国际人道组织的承认。

¹³ 例如,参见下列国家的实践:法国(参见第 2 卷,第 7 章,第 413 段)、爱尔兰(同上,第 477 段)、尼日利亚(同上,第 433 段)、挪威(同上,第 486 段)、瑞典(同上,第 441 段)和美国(同上,第 527 段)。

¹⁴ 例如,参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第 453 段)、阿塞拜疆(同上,第 457 段)、智利(同上,第 462 段)、哥伦比亚(同上,第 464 段)、多米尼加共和国(同上,第 468 段)、德国(同上,第 474 段)、秘鲁(同上,第 487 段)和罗马尼亚(同上,第 491 段);另见阿根廷的立法草案(同上,第 454 段)和尼加拉瓜(同上,第 485 段)的立法草案。

¹⁵ 参见德国的军事手册(同上,第 414 - 415 段)。

¹⁶ 瑞士, *Basic Military Manual*(同上,第 442 段)。

¹⁷ 美国, *Air Force Commanders Handbook*(同上,第 448 段)。

贝宁、尼日利亚、塞内加尔和多哥的军事手册规定,医疗队必须不受妨碍,武装人员不可以进入医疗队,但是可以检查医疗队的内部和实际使用情况。^⑥

日内瓦第一和第四公约以及《第一附加议定书》要求医疗队应当尽可能不设在军事目标的周围地区。^⑦许多军事手册都重申了这项要求。^⑧《第一附加议定书》第12(4)条进一步规定,在任何情况下医疗队都不可以被用于掩护军事目标而使其免受攻击。¹荷兰和美国的实践明确支持这种要求。²一些军事手册规定,医疗队不可以为军事目的而使用,或不可以进行害敌行为。³其他军事手册认为,为军事目的的不当使用享有特殊待遇的建筑物是一种战争罪。⁴

医疗队所受保护的丧失

国家实践确定了习惯国际法下的一项例外,即当医疗队被用来从事人道职务以外的害敌行为时,将停止对医疗队的保护。这种例外也规定在日内瓦第一和第四公约以及两个附加议定书中。⁵许多军事手册和军事命令都含有这种例外,⁶其也得到其他实践的支持。⁷

虽然《日内瓦公约》和两个附加议定书都没有对“害敌行为”进行定义,但是它们指出了几种不构成“害敌行为”的行为,例如医疗队人员配备武器、医疗队被守护、在医疗队发现有从伤者病者那里拿来的小型武器和弹药、伤病战斗员或伤病平民在医

⑥ 参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第398段)、尼日利亚(同上,第433段)、塞内加尔(同上,第438段)和多哥(同上,第443段)。

⑦ 《日内瓦第一公约》第19条(同上,第379段);《日内瓦第四公约》第18条(同上,第380段);《第一附加议定书》第12(4)条(经协商一致通过)(同上,第381段)。

⑧ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第392段)、加拿大(同上,第403段)、厄瓜多尔(同上,第410段)、德国(同上,第414-415段)、荷兰(同上,第428段)、尼日利亚(同上,第434段)、俄罗斯(同上,第436段)、瑞士(同上,第442段)、英国(同上,第444段)、美国(同上,第446和451段)和南斯拉夫(同上,第452段)。

1 《第一附加议定书》第12(4)条(经协商一致通过)(同上,第381段)。

2 荷兰, Military Manual(同上,第428段);美国, Department of Defense, Statement(同上,第528段)。

3 参见下列国家的军事手册:厄瓜多尔(同上,第603段)、德国(同上,第605-606段)、肯尼亚(同上,第607段)、荷兰(同上,第609段)和美国(同上,第622段)。

4 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第601段)、新西兰(同上,第610段)、尼日利亚(同上,第611段)、英国(同上,第615-616段)和美国(同上,第617-618和620段)。

5 《日内瓦第一公约》第21条(同上,第586段);《日内瓦第四公约》第19条(同上,第588段);《第一附加议定书》第13条(经协商一致通过)(同上,第589段);《第二附加议定书》第11(2)条(经协商一致通过)(同上,第590段)。

6 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第594-595段)、澳大利亚(同上,第596-597段)、波黑(同上,第599段)、喀麦隆(同上,第600段)、加拿大(同上,第601-602段)、厄瓜多尔(同上,第603段)、德国(同上,第605段)、肯尼亚(同上,第607段)、荷兰(同上,第608段)、新西兰(同上,第610段)、尼日利亚(同上,第611段)、南非(同上,第612段)、西班牙(同上,第613段)、瑞士(同上,第614段)、英国(同上,第615-616段)、美国(同上,第617、619和621-622段)和南斯拉夫(同上,第623段)。

7 例如,参见南斯拉夫的实践(同上,第631段)以及据报告的波黑塞族共和国的实践(同上,第629段)以及一个国家的实践(同上,第632段)。

疗队内。这些行为都不是害敌行为。⁸ 根据《日内瓦第一公约的评注》，害敌行为的例子包括，将医疗队用来保护健康的战斗员、储存武器或弹药或用作军事观察点或军事行动的掩护。⁹

从国家实践可以进一步看出，在攻击被用作从事害敌行为的医疗队之前，必须在适当时候发出具有合理时间的警告，而且只有其仍然不予理睬这种警告时才能进行攻击。⁰ 这些程序性要求也规定在《日内瓦公约》及其附加议定书中。¹

规则 29 在任何情况下，被专门指派从事医务运输的医务运输工具均须受到尊重和保护。但如果它们被用于从事人道职能以外的害敌行为，它们将丧失对其的保护。

实践

第 2 卷, 第 7 章, E 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

尊重和保护医务运输工具这项义务规定在《日内瓦第一公约》第 35 条和《日内瓦第四公约》第 21 条中。² 《第一附加议定书》第 21 条将其范围从任何情形下的军事运输方式扩大到民用运输方式。³ 国家实践广泛支持这种扩大，它们一般性地提

⁸ 《日内瓦第一公约》第 22 条(同上,第 587 段);《日内瓦第四公约》第 19 条(同上,第 588 段);《第一附加议定书》第 13(2)条(经协商一致通过)(同上,第 589 段)。

⁹ Jean S. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, Geneva, 1952, pp. 200 - 201; 另见下列国家的军事手册:南非(参见第 2 卷,第 7 章,第 612 段)、瑞士(同上,第 614 段)和美国(同上,第 619 段)。

⁰ 例如,参见:Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina(同上,第 592 段)以及下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 595 段)、澳大利亚(同上,第 596 - 597 段)、加拿大(同上,第 601 - 602 段)、厄瓜多尔(同上,第 603 段)、德国(同上,第 605 段)、荷兰(同上,第 608 段)、新西兰(同上,第 610 段)、尼日利亚(同上,第 611 段)、西班牙(同上,第 613 段)、瑞士(同上,第 614 段)、美国(同上,第 619 和 621 - 622 段)和南斯拉夫(同上,第 623 段)。

¹ 《日内瓦第一公约》第 21 条(同上,第 586 段);《日内瓦第四公约》第 19 条(同上,第 588 段);《第一附加议定书》第 13(1)条(经协商一致通过)(同上,第 589 段);《第二附加议定书》第 11(2)条(经协商一致通过)(同上,第 590 段)。

² 《日内瓦第一公约》第 35 条(同上,第 650 段);《日内瓦第四公约》第 21 条(同上,第 651 段)。

³ 《第一附加议定书》第 21 条(经协商一致通过)(同上,第 652 段)。

到医务运输工具,不区分是军事的还是民用的,或者将二者都列入受保护范围。¹ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。¹

根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,故意指令攻击“依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的医疗单位和运输工具”构成战争罪。²

这一规则规定在许多军事手册中。² 瑞典的《国际人道法手册》认为,《第一附加议定书》第21条规定的保护医务运输工具是对先前存在的习惯国际法规则的编纂。³ 许多国家的立法规定,违反这一规则是犯罪。⁴ 而且,正式声明和据报告的实践也支持这一规则。⁵

¹ 例如,参见下列国家的实践:阿根廷(同上,第661段)、澳大利亚(同上,第662-663段)、比利时(同上,第664-665段)、贝宁(同上,第666段)、布基纳法索(同上,第667段)、喀麦隆(同上,第668-669段)、加拿大(同上,第670-671段)、哥伦比亚(同上,第672-673段)、刚果(同上,第674段)、克罗地亚(同上,第675-676段)、多米尼加共和国(同上,第677段)、厄瓜多尔(同上,第678段)、法国(同上,第679-681段)、德国(同上,第682-683段)、匈牙利(同上,第684段)、意大利(同上,第685段)、肯尼亚(同上,第686段)、黎巴嫩(同上,第687段)、马里(同上,第688段)、摩洛哥(同上,第689段)、荷兰(同上,第690-691段)、新西兰(同上,第692段)、尼加拉瓜(同上,第693段)、尼日利亚(同上,第694-695段)、罗马尼亚(同上,第696段)、俄罗斯(同上,第697段)、塞内加尔(同上,第698-699段)、南非(同上,第700段)、西班牙(同上,第701段)、瑞典(同上,第702段)、瑞士(同上,第703段)、多哥(同上,第704段)、英国(同上,第705-706段)、美国(同上,第708-710段)和南斯拉夫(同上,第711段)。

² 例如,参见英国的实践(同上,第740段)。

³ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxiv)条(同上,第832段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第661段)、澳大利亚(同上,第662-663段)、比利时(同上,第664-665段)、贝宁(同上,第666段)、布基纳法索(同上,第667段)、喀麦隆(同上,第668-669段)、加拿大(同上,第670-671段)、哥伦比亚(同上,第672-673段)、刚果(同上,第674段)、克罗地亚(同上,第675-676段)、多米尼加共和国(同上,第677段)、厄瓜多尔(同上,第678段)、法国(同上,第679-681段)、德国(同上,第682-683段)、匈牙利(同上,第684段)、意大利(同上,第685段)、肯尼亚(同上,第686段)、黎巴嫩(同上,第687段)、马里(同上,第688段)、摩洛哥(同上,第689段)、荷兰(同上,第690-691段)、新西兰(同上,第692段)、尼加拉瓜(同上,第693段)、尼日利亚(同上,第694-695段)、罗马尼亚(同上,第696段)、俄罗斯(同上,第697段)、塞内加尔(同上,第698-699段)、南非(同上,第700段)、西班牙(同上,第701段)、瑞典(同上,第702段)、瑞士(同上,第703段)、多哥(同上,第704段)、英国(同上,第705-706段)、美国(同上,第707-710段)和南斯拉夫(同上,第711段)。

⁵ 瑞典, IHL Manual(同上,第702段)。

⁶ 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第713段)、哥伦比亚(同上,第714段)、爱沙尼亚(同上,第716段)、格鲁吉亚(同上,第717段)、德国(同上,第718段)、爱尔兰(同上,第719段)、意大利(同上,第720段)、立陶宛(同上,第721段)、尼加拉瓜(同上,第722段)、挪威(同上,第724段)、罗马尼亚(同上,第725段)、西班牙(同上,第726-727段)、塔吉克斯坦(同上,第728段)和委内瑞拉(同上,第729段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第712段)、萨尔瓦多(同上,第715段)和尼加拉瓜(同上,第723段)。

⁷ 例如,参见下列国家的实践:阿根廷(同上,第731段)、埃及(同上,第732-733段)、法国(同上,第734段)、德国(同上,第735段)、匈牙利(同上,第736段)、黎巴嫩(同上,第738段)、英国(同上,第739-740段)和南斯拉夫(同上,第742段)。

非国际性武装冲突

这一规则隐含在《日内瓦公约》共同第 3 条中,该条款规定伤者、病者应予收集和照顾。这是因为,保护医务运输工具是一种确保伤者、病者得到医疗照顾的辅助保护形式。这一规则隐含在要求伤病员应当得到收容和照顾的《日内瓦公约》共同第 3 条中,因为保护医务运输工具是确保伤病者受到医疗照顾的辅助保护方式。³ 《第二附加议定书》明确规定,医疗队和医务运输工具无论何时均应受尊重和保护,并不应成为攻击的对象在任何时候医务运输工具都必须受到尊重和保护而且不能成为攻击目标这一规则明确规定在《第二附加议定书》中。³ 按照《国际刑事法院规约》的规定,在非国际武装冲突中,故意指令攻击“依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的医疗单位和运输工具”构成战争罪。³ 此外,涉及非国际性武装冲突的其它文件也规定了这一规则包含在其它有关非国际性武装冲突的文件中。³

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册规定了尊重和保护医务运输工具的义务。³ 许多国家的立法规定,在任何武装冲突中,违反这一规则都是犯罪。⁶ 而且,特别是与非国际性武装冲突有关的正式声明也援引了这一规则。³

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。国际性和非国际性武装冲突中都无相反实践。据称的攻击医务运输工具的事件已普遍

³ 下列国家的军事手册中都提出了这一推理:比利时(同上,第 665 段)、哥伦比亚(同上,第 672 段)和尼加拉瓜(同上,第 693 段)。

¹ 《第二附加议定书》第 11(1)条(经协商一致通过)(同上,第 653 段)。

³ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(ii)条(同上,第 832 段)。

³ See, e. g., A greem ent on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina(同上,第 657 段)。

³ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 661 段)、澳大利亚(同上,第 662 - 663 段)、贝宁(同上,第 666 段)、喀麦隆(同上,第 669 段)、加拿大(同上,第 670 - 671 段)、哥伦比亚(同上,第 672 - 673 段)、克罗地亚(同上,第 675 - 676 段)、厄瓜多尔(同上,第 678 段)、德国(同上,第 682 - 683 段)、匈牙利(同上,第 684 段)、意大利(同上,第 685 段)、肯尼亚(同上,第 686 段)、黎巴嫩(同上,第 687 段)、荷兰(同上,第 690 段)、新西兰(同上,第 692 段)、尼日利亚(同上,第 695 段)、俄罗斯(同上,第 697 段)、塞内加尔(同上,第 699 段)、南非(同上,第 700 段)和多哥(同上,第 704 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的立法:孟加拉国(同上,第 713 段)、哥伦比亚(同上,第 714 段)、爱沙尼亚(同上,第 716 段)、格鲁吉亚(同上,第 717 段)、德国(同上,第 718 段)、爱尔兰(同上,第 719 段)、立陶宛(同上,第 721 段)、尼加拉瓜(同上,第 722 段)、挪威(同上,第 724 段)、西班牙(同上,第 726 - 727 段)、塔吉克斯坦(同上,第 728 段)和委内瑞拉(同上,第 729 段);另见意大利的立法(同上,第 720 段)和罗马尼亚的立法(同上,第 725 段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 712 段)、萨尔瓦多(同上,第 715 段)和尼加拉瓜(同上,第 723 段)。

³ 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第 731 段)、匈牙利(同上,第 736 段)和南斯拉夫(同上,第 742 段)。

为各国所谴责。⁸ 诸如发生在两伊战争和中东、苏丹、南斯拉夫的武装冲突中发生的这种袭击事件攻击也受到了联合国和其他国际组织的谴责。⁹ 红十字国际委员会已呼吁国际性和非国际性武装冲突的各方尊重这一规则。⁹

医务运输工具的定义

“医务运输工具”是指专门被派用于医务运输,并在冲突一方的主管当局控制下的任何军用或民用、永久的或临时的运输工具,包括陆运、水运和空运方式,例如救护车、医院船只和医务飞机。⁴ 这些车辆、船只和飞机必须是专门用来运送伤者、病者和遇船难者、医务人员、宗教人员、医疗设备或医疗供给的。这样定义的依据是《第一附加议定书》第8(6)条和第8(7)条。² 该定义在国家实践中被广泛采用。³ 由于《第二附加议定书》中没有关于医疗运输工具的定义,因此对这一术语进行这样定义也是可以适用于非国际性武装冲突的。⁴

医务飞机

关于医务飞机,国家实践认为,原则上,医务飞机在履行人道职务时必须受到尊重和保护。《日内瓦公约》规定,医务飞机在特别约定的高度、时间和航线上飞行时不得受袭击,除另有协议外,在敌人控制领土上空之飞行应予禁止。⁵ 一些军事手册也有这样的规定。⁶ 按照《第一附加议定书》,即使在没有规范飞行的特别协议存在

⁸ 例如,参见下列国家的声明:阿根廷(同上,第731段)、埃及(同上,第732段)、匈牙利(同上,第736段)、黎巴嫩(同上,第738段)和南斯拉夫(同上,第742段)以及据报告的伊朗的实践(同上,第737段)。

⁹ 参见:联合国安理会,第771号决议(同上,第743段);联合国人权委员会,第1992/S-1/1号决议(同上,第744段);联合国人权委员会,前南斯拉夫人权局势特别报告员,定期报告(同上,第745段);联危核查团团长,第一次报告(同上,第746段);联合国人权委员会,苏丹人权情况特别报告员,报告(同上,第747段)。

⁹ 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第752-755和757-759段)。

⁴ 《日内瓦第二公约》第22-35条和《第一附加议定书》第22-23条规定保护医院船只,医务飞机在下面一段中涉及。

² 参见《第一附加议定书》第8(6)条和第8(7)条。

³ 例如,参见下列国家的实践:澳大利亚(参见第2卷,第7章,第663段)、喀麦隆(同上,第669段)、新西兰(同上,第692段)、南非(同上,第700段)、西班牙(同上,第701段)和罗马尼亚(同上,第725段)。

⁴ 参见:美国的相关声明(同上,第654段);See also Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICR C, Geneva, 1987, § 4712.

⁵ 《日内瓦第一公约》第36条(参见第2卷,第7章,第768段);《日内瓦第四公约》第22条(同上,第769段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:比利时(同上,第780段)、印度尼西亚(同上,第789段)、瑞士(同上,第800段)、英国(同上,第801段)和美国(同上,第803段)。

的情况下,也禁止对被识别出的医务飞机进行攻击。⁴ 《圣雷莫海战手册》⁵ 和许多军事手册都有这种禁止性规定。⁶ 美国已经发表声明,支持“应当尊重和保护已知的为执行人道职务的医务飞机”这项原则。⁷ 一些军事手册将“故意攻击”医务飞机列为战争罪。⁸

尊重和保护医务运输工具

国家实践一般表明,医疗运输工具享有和流动性医疗队同样的保护。所以,在医疗队中对“尊重和保护”的解释(见对规则 28 的评注)依据情况作适当变动后也适用于医务运输工具。在实践中,这意味着不得攻击医疗运输工具,不得任意妨碍医疗运输工具的通行。这种解释明确规定在德国、南非和瑞士的军事手册中。⁹ 贝宁、尼日利亚、塞内加尔和多哥的军事手册都规定,可以检查医务运输工具的任务、装载和实际使用情况。¹⁰

医务运输工具保护的丧失

国家实践一般表明,医务运输工具享有和流动性医疗队同样的保护。所以,在医疗队中阐述的丧失保护的条件(见对规则 28 的评注)依据情况作适当变动后也适用于医疗运输工具。

国家实践表明,运输卫生部队、武器弹药以及收集或传送军事情报都是使用医务运输工具中丧失保护的例子。¹¹ 所以,医务飞机不应携带任何用来收集和传递情报

⁴ 《第一附加议定书》第 25 - 27 条(经协商一致通过)(同上,第 770 - 772 段)。

⁵ San Remo Manual, para. 53(a)(同上,第 776 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 779 段)、比利时(同上,第 780 段)、加拿大(同上,第 781 段)、匈牙利(同上,第 788 段)、荷兰(同上,第 793 段)、新西兰(同上,第 794 段)、南非(同上,第 797 段)、西班牙(同上,第 798 段)、瑞典(同上,第 799 段)、美国(同上,第 804 - 805 段)和南斯拉夫(同上,第 807 段);另见下列国家的军事手册:克罗地亚(同上,第 783 段)、黎巴嫩(同上,第 792 段)和俄罗斯(同上,第 796 段)(要求尊重展示特殊标志的飞机)以及多米尼加共和国的军事手册(同上,第 784 段)(士兵不能攻击军事飞机)和意大利的军事手册(同上,第 791 段)(医务飞机必须被“尊重和保护”)。

⁷ 美国:Department of State, Remarks of the Deputy Legal Adviser.

⁸ 例如,参见厄瓜多尔的军事手册(同上,第 785 段)和美国的军事手册(同上,第 804 和 806 段)。

⁹ 参见下列国家的军事手册:德国(同上,第 683 段)(“应当一直保证他们的工作不受妨碍”)、南非(同上,第 700 段)(“他们不受攻击和损害,其通过不受阻碍”)和瑞士(同上,第 703 段)(“他们不应受到攻击,也不应以任何方式受损害,不应阻碍其履行职能”)。

¹⁰ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第 666 段)、尼日利亚(同上,第 695 段)、塞内加尔(同上,第 699 段)和多哥(同上,第 704 段)。

¹¹ 参见注释 7 所提到的实践;另见下列国家的实践:阿根廷(同上,第 661 段)、加拿大(同上,第 670 - 671 段)、克罗地亚(同上,第 675 段)、法国(同上,第 680 段)、意大利(同上,第 685 段)、荷兰(同上,第 691 段)和南非(同上,第 700 段)。

的设备。⁵ 在批准《第一附加议定书》时,法国和英国都对第28条作了声明,表明它们承认为了医务疏散的目的而使用非专门的飞机的实际需要,并因此认为第28条并不排除飞机上有通讯设备和材料,或者仅仅为了便利医务运输飞行、识别或通讯而使用这些设备材料。⁶ 《第一附加议定书》第28条还规定了禁止医务飞机从事的其他行为。⁷ 此外,医务人员为自卫而持有的轻型武器或刚从伤者处得到的、尚未转交给主管部门的轻型武器也不是受到禁止的装备(见对规则25的评注)。

规则30 禁止攻击医务和宗教人员以及展示了《日内瓦公约》所规定的与国际法相符之特殊标志的物体。

实践

第2卷,第7章,F节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

《国际刑事法院规约》规定,“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及人员”构成国际性和非国际性武装冲突中的战争罪。⁸

许多军事手册规定,禁止攻击展示特殊标志的人员和物体。⁹ 许多国家的立法

⁵ 《第一附加议定书》第28(2)条(经协商一致通过)(同上,第773段);San Remo Manual(同上,第777段);下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第779段)、加拿大(同上,第781段)、克罗地亚(同上,第782段)、法国(同上,第786段)、德国(同上,第787段)、意大利(同上,第790段)、荷兰(同上,第793段)、西班牙(同上,第798段)、瑞典(同上,第799段)和南斯拉夫(同上,第807段)。

⁶ 法国:Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第774段);英国:Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第775段)。

⁷ 《第一附加议定书》第28条(经协商一致通过)(同上,第773段)。

⁸ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xxiv)条和第8(2)(e)(ii)条(同上,第832段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第840段)、贝宁(同上,第841段)、喀麦隆(同上,第842段)、加拿大(同上,第843-844段)、哥伦比亚(同上,第845段)、法国(同上,第846-847段)、德国(同上,第848段)、匈牙利(同上,第849段)、印度尼西亚(同上,第850段)、意大利(同上,第851段)、肯尼亚(同上,第852段)、黎巴嫩(同上,第853段)、马达加斯加(同上,第854段)、尼日利亚(同上,第855段)、菲律宾(同上,第856-857段)、罗马尼亚(同上,第858段)、塞内加尔(同上,第859段)、瑞士(同上,第860段)、多哥(同上,第861段)、英国(同上,第862段)和美国(同上,第863段)。

规定,攻击展示特殊标志的人员和物体是犯罪行为。⁶ 而且,正式声明和据报告的实践也支持此规则。⁶

红十字国际委员会已经在许多场合呼吁国际性和非国际性武装冲突各方尊重展示特殊标志的人员和物体。⁶

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。指令攻击展示特殊标志的人员和物体的事件受到普遍谴责。⁶

解释

正如这一规则所表明的那样,对特殊标志的尊重是以正确使用标志为条件的(见规则 59)。实践也表明,仅仅是被攻击者未佩戴或展示特殊标志本身就不能说对得到承认的医务、宗教人员和物体的攻击是正当的。这是对特殊标志本身是为了方便识别而不是赋予受保护地位这项一般原则的适用。换句话说,医务、宗教人员和物体是因为它们的职务和功能而受到保护的。展示标志仅仅是这种功能的视觉证明而已,而不是给予此种保护。

国际刑事法院的《犯罪要件》强调,“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及人员”这项战争罪包括对展示表明受《日内瓦公约》保护的标志或其他识别方法(例如特殊信号)的人员进行的攻击。⁶

⁶ 例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 864 段)、阿塞拜疆(同上,第 865 段)、白俄罗斯(同上,第 866 段)、加拿大(同上,第 868 段)、哥伦比亚(同上,第 869 段)、刚果(同上,第 870 段)、丹麦(同上,第 871 段)、爱沙尼亚(同上,第 873 段)、德国(同上,第 874 段)、荷兰(同上,第 875 段)、新西兰(同上,第 876 段)、尼加拉瓜(同上,第 877 段)、秘鲁(同上,第 879 段)、罗马尼亚(同上,第 880 段)、西班牙(同上,第 881 段)、瑞典(同上,第 882 段)、瑞士(同上,第 883 段)、英国(同上,第 885 段)和委内瑞拉(同上,第 886 段);另见下列国家的立法草案:布隆迪(同上,第 867 段)、萨尔瓦多(同上,第 872 段)、尼加拉瓜(同上,第 878 段)以及特立尼达和多巴哥(同上,第 884 段)。

⁶ 例如,参见下列国家(地区)的声明:波黑塞族共和国(同上,第 888 段)、科威特(同上,第 890 段)和南斯拉夫(同上,第 892 段)。

⁶ 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第 906、908 - 910、912 - 917、919、921 - 925 和 927 - 928 段)。

⁶ 例如,参见:南斯拉夫的实践(同上,第 891 段)和红十字国际委员会的实践(同上,第 905 和 926 段)。

⁶ See Knut D im ann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, Sources and Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 350; 还参见:《第一附加议定书》附件 I 关于光信号、无线电信号和电子识别的第 6 - 9 条规定。

第 8 章

人道救济人员与物体

规则 31 人道救济人员必须受到尊重与保护。

实践

第 2 卷, 第 8 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。尊重和保护人道救济人员可以从禁止使平民陷于饥饿(见规则 53)和必须收容和照顾伤者和病者规则(见规则 109 和规则 110)这些规则中推导出来,它们均适用于国际性和非国际性武装冲突。人道救济人员的安全保障是对遭受饥饿威胁处于危难的平民施以人道救援必不可少的前提条件。

国际性武装冲突

尊重和保护人道救济人员的义务规定在《第一附加议定书》第 71(2)条中。《国际刑事法院规约》规定,在国际性武装冲突中,故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助的所涉人员,如果这些人员有权得到国际人道法给予平民的保护,则构成战争罪。因此,本规则不适用于实施人道救援的武装部队成员。然而,联合国实施人道救援的人员有权获得《联合国人员和有关人员安全公约》所规定的具体保护。

许多国家的军事手册规定了尊重和保护人道救济人员的义务。瑞典的《国际人道法手册》还特别指出,《第一附加议定书》第 71(2)条是对已有的习惯法的编

《第一附加议定书》第 71(2)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 8 章,第 3 段)。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iii)条(同上,第 142 段)。

《联合国人员和有关人员安全公约》第 7(2)条(同上,第 4 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 12 段)、澳大利亚(同上,第 13 段)、加拿大(同上,第 14 段)、法国(同上,第 15 段)、荷兰(同上,第 16 段)、瑞典(同上,第 17 段)和南斯拉夫(同上,第 18 段)。

纂。许多国家在国内立法中规定,攻击国际人道救济人员的行为是犯罪。此项规则也得到正式声明和据报告的实践的支持。从事此类实践的国家有些还不是《第一附加议定书》的当事方。《第一附加议定书》的当事国还曾援引本规则来对抗非当事国。

国际组织的决议也重申尊重和保护人道救济人员的义务,这些决议大多涉及非国际性武装冲突(见下文)。

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第 18(2) 条要求对遭受危难的平民居民必须组织救援行动,但该议定书并未就人道救济人员的保护规定具体的条款。然而,要使对遭受危难的平民居民进行的救援行动取得成功,就不能没有这项规则。根据《国际刑事法院规约》和《塞拉利昂特别法院规约》的规定,在非国际性武装冲突中,故意指令攻击依照《联合国宪章》执行人道主义援助的所涉人员,如果这些人员和物体有权得到国际人道法给予平民的保护,则构成战争罪。⁰ 另外,涉及非国际性武装冲突的其他一些文件也规定有这项规则。¹

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册规定了尊重和保护人道

参见:瑞典, IHL Manual (同上, 第 17 段)。

例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上, 第 147 段)、阿塞拜疆(同上, 第 148 段)、加拿大(同上, 第 150 段)、刚果(同上, 第 151 段)、爱沙尼亚(同上, 第 152 段)、埃塞俄比亚(同上, 第 153 段)、德国(同上, 第 154 段)、爱尔兰(同上, 第 19 段)、新西兰(同上, 第 156 - 157 段)、挪威(同上, 第 20 段)、菲律宾(同上, 第 21 段和第 158 段)、葡萄牙(同上, 第 159 段)和英国(同上, 第 161 - 162 段);另见布隆迪的立法草案(同上, 第 149 段)和特立尼达和多巴哥的立法草案(同上, 第 160 段)。

参见下列国家的声明:澳大利亚(同上, 第 23 段)、德国(同上, 第 25 - 26 段)、伊拉克(同上, 第 28 段)、斯洛文尼亚(同上, 第 35 段)、南非(同上, 第 36 段)和瑞士(同上, 第 37 段),以及据报告的下列国家的实践:伊拉克(同上, 第 29 段)、荷兰(同上, 第 32 段)和卢旺达(同上, 第 34 段)。

参见以下国家的实践:阿塞拜疆(同上, 第 148 段)、印度(同上, 第 170 段)、伊拉克(同上, 第 28 - 29 段)、以色列(同上, 第 172 段)、马来西亚(同上, 第 174 段)、土耳其(同上, 第 177 段)和英国(同上, 第 38 段)。

参见:德国针对阿富汗的声明(同上, 第 25 段)和德国针对苏丹的声明(同上, 第 169 段)。

⁰ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(e)(iii) 条(同上, 第 142 段); Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(b) (同上, 第 143 段)。

¹ See, e.g., Agreement No. 2 on the Implementation of the Agreement of 22 May 1992 between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2(d) (同上, 第 5 段); Agreement No. 3 on the ICRC Plan of Action between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. II(9) (同上, 第 6 段); Bahir Dar Agreement, para. 2 (同上, 第 7 段); Agreement on Ground Rules for Operation Lifeline Sudan (同上, 第 8 段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 9 (同上, 第 9 段); Agreement on the Protection and Provision of Humanitarian Assistance in the Sudan, para. 1 (同上, 第 10 段); Cairo Declaration, para. 67 (同上, 第 11 段)。

救济人员的义务。² 专门涉及非国际性武装冲突的正式声明也规定有这项义务。³

此外,联合国和其他国际组织都通过了援引这项规则的决议。例如,联合国安理会曾多次敦促诸如在阿富汗、安哥拉、波黑、布隆迪、科索沃、利比里亚、卢旺达和索马里发生的非国际性武装冲突的各方尊重和保护人道救济人员。⁴

1993年的世界人权大会以及1995年和1999年分别召开的第26届和第27届红十字与红新月国际大会都重申了这项规则。⁵

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。据称的违反本规则的行为通常都受到各国的谴责,无论是在国际性还是在非国际性的武装冲突中。⁶ 违反规则的行为同样也受到了国际组织的谴责。⁷ 1996年,在布隆迪针对载有红十字国际委员会人员的汽车的攻击事件发生之后,布隆迪的总统和总理

² 例如,参见:加拿大的军事手册(同上,第14段)和南斯拉夫军事手册(同上,第18段);另见下列国家的声明:布隆迪(同上,第166段)、德国(同上,第26段)、俄罗斯(同上,第175段)、南非(同上,第36段)、英国(同上,第178段)和美国(同上,第180段)。

³ 参见下列国家的声明:布隆迪(同上,第166段)、德国(同上,第26段)、俄罗斯(同上,第175段)、南非(同上,第36段)、英国(同上,第178段)和美国(同上,第180段)。

⁴ 参见:联合国安理会,第733号和第814号决议(同上,第41段)、第746号和第751号决议(同上,第42段)、第758号、770号和787号决议(同上,第43段)、第819号和第824号决议(同上,第44段)、第851号决议(同上,第45段)、第897号、923号和954号决议(同上,第47段)、第918号和第925号决议(同上,第48段)、第946号决议(同上,第49段)、第952号决议(同上,第50段)、第954号决议(同上,第51段)、第985号、第1001号和第1014号决议(同上,第52段)、第998号决议(同上,第53段)、第1040号决议(同上,第54段)、第1041号、1059号和1071号决议(同上,第55段)、第1075号和第1087号决议(同上,第56段)、第1088号决议(同上,第57段)、第1127号决议(同上,第58段)、第1173号决议(同上,第59段)、第1193号决议(同上,第60段)、第1195号决议(同上,第61段)、第1199号和1203号决议(同上,第62段);联合国安理会,主席声明(同上,第67-70段、第72-73段、第75-76段、第81段、第87-88段、第90-91段、第93段)。

⁵ 世界人权大会,《维也纳宣言和行动纲领》(同上,第120段);26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. IV (同上,第121段);27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Plan of Action for the years 2000 - 2003 (经协商一致通过)(同上,第123段)。

⁶ 例如,参见德国的声明(同上,第169段)和美国的声明(同上,第179-180段)和据报告的俄罗斯的实践(同上,第175段)。

⁷ 例如,参见联合国安理会,第757号决议(同上,第185段)、第864号决议(同上,第186段)、第897和923号决议(同上,第187段)、第913号决议(同上,第188段)、第946号决议(同上,第192段)、第950号决议(同上,第193段)、第954号决议(同上,第194段)、第1049号决议(同上,第195段)、第1071和1083号决议(同上,第196段)、第1193号决议(同上,第197段)和第1265号决议(同上,第198段);联合国安理会,主席声明(同上,第199-218段);联合国大会,第49/196号决议(同上,第219段)、第49/206号和第50/200号决议(同上,第221段)、第50/193号决议(同上,第223段)、第53/87号决议(同上,第227段)、第54/192号决议(同上,第229段)和第55/116号决议(同上,第230段);联合国人权委员会,第1994/72号决议(同上,第233段)、第1995/89号决议(同上,第235段)、第1995/91号决议(同上,第236段)、第1996/1号决议和第1997/77号决议(同上,第237段)和第1998/70号决议(同上,第242段);OAU, Council of Ministers, 第1526号决议(同上,第255段)、Res.1649(LXIV)(同上,第256段) and Res.1662(LXIV)(同上,第257段);O SCE, Chairman-in-Office, Press Release No. 86/96(同上,第258段)。

都发表声明说,他们对这起事件的发生表示悲痛,并已要求展开独立调查以便找到凶手。⁸ 同年,在车臣发生了六名红十字国际委员会援助人员被杀事件,俄罗斯政府也做出了类似的反应。⁹ 红十字国际委员会提醒国际性和非国际性武装冲突各方务必遵守此原则。⁰

尊重和保护人道救济人员

依照区分原则(见规则 1),平民人道救济人员应受保护免于攻击。除禁止攻击平民人道救济人员之外,各国实践也表明,本规则禁止对平民人道救济人员进行骚扰、恐吓或任意监禁。¹ 已经收集到的实践还有因为对平民人道救济人员实施了下列行为而受到谴责的例子:虐待、身体上和心理上的暴力、谋杀、殴打、拐卖、扣留人质、骚扰、绑架、非法逮捕和拘禁。²

不仅如此,许多国家的实践要求冲突各方确保本国授权的人道救济人员的安全。这也被一些国家的正式声明所援引。³ 此外,联合国安理会呼吁发生在阿富汗、安哥拉、波黑、布隆迪、科索沃、利比里亚、卢旺达和索马里的冲突各方确保尊重人道救济

⁸ 参见布隆迪的实践(同上,第 166 段)。

⁹ 参见俄罗斯的实践(同上,第 175 段)。

⁰ 参见红十字国际委员会的实践(同上,第 125 - 128 段,第 130 - 132 段)。

¹ 参见德国的实践(同上,第 169 段)和菲律宾的实践(同上,第 158 段);联合国安理会,第 897 号和 923 号决议(同上,第 187 段)、第 918 号和第 925 号决议(同上,第 189 段)、第 940 号决议(同上,第 190 段)、第 946 号决议(同上,第 192 段)、第 950 号决议(同上,第 193 段)、第 954 号决议(同上,第 194 段)和第 1071 号决议(同上,第 196 段);联合国安理会,主席声明(同上,第 199、202、204、212、216 和 219 段);联合国大会,第 51/30 B 号决议(同上,第 222 段)、第 53/87 号决议(同上,第 227 段)、第 54/192 号决议(同上,第 229 段)、第 55/116 号决议(同上,第 230 段);联合国人权委员会,第 1995/89 号决议(同上,第 225 段)和第 2001/18 号决议(同上,第 243 段);联合国秘书长,Report on UNOM IL(同上,第 244 段);联合国人权委员会,苏丹人权情况特别报告员,报告(同上,第 248 段)。

² 参见俄罗斯的实践(同上,第 175 段)以及美国的实践(同上,第 179 - 180 段);联合国安理会,第 897 号和第 923 号决议(同上,第 187 段)、第 918 号和第 925 号决议(同上,第 189 段)、第 940 号决议(同上,第 190 段)、第 945 号和第 952 号决议(同上,第 191 段)、第 950 号决议(同上,第 193 段)、第 954 号决议(同上,第 194 段)、第 1049 号决议(同上,第 195 段)、第 1193 号决议(同上,第 197 段)和第 1265 号决议(同上,第 198 段);联合国安理会,主席声明(同上,第 199、204 - 208、210 - 213 和 216 段);联合国大会,第 52/167 号决议(同上,第 226 段)、第 53/87 号决议(同上,第 227 段)、第 53/164 号决议(同上,第 228 段)、第 54/192 号决议(同上,第 229 段)和第 55/116 号决议(同上,第 230 段);联合国人权委员会,第 1994/79 号决议、第 1995/77 号决议(同上,第 234 段)、第 1995/91 号决议(同上,第 236 段)、第 1996/1 号决议和第 1997/77 号决议(同上,第 237 段)、第 1996/73 号决议(同上,第 238 段)和第 1997/59 号决议(同上,第 239 段);联合国秘书长,Report on UNOM IL(同上,第 244 段);布隆迪人权局势特别报告员,第二次报告(同上,第 247 段)、苏丹人权情况特别报告员,报告(同上,第 248 段);Council of Europe, Parliamentary Assembly, Res.921(同上,第 251 段);OAU, Council of Ministers, Res.1526(LX)(同上,第 255 段)、Res.1649(LXIV)(同上,第 256 段) and Res.1662(LXIV)(同上,第 257 段);OSCE, Chairman-in-Office, Press Release No. 86/96(同上,第 258 段)。

³ 参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第 23 段)、德国(同上,第 25 段)、斯洛文尼亚(同上,第 35 段)、南非(同上,第 36 段)。

人员的安全和保障。⁴ 2000年,联合国安全理事会在一项关于武装冲突中保护平民的决议中呼吁有关各方,包括非国家当事方,确保人道救济人员的“安全、保障和行动自由”。⁵

尽管《附加议定书》规定只有被授权的人道救济人员能受到保护,但是绝大多数实践并未明确要求“被授权”这一条件。“授权”的概念是指取得有关冲突方的同意,在其控制的区域内进行人道救援工作。⁶ 不得为了拒绝受到人道救济人员的救援而随意撤销此类授权(见对规则55的评注)。

规则32 用于人道救济行动的物体必须受到尊重与保护。

实践

第2卷,第8章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这项规则可以从禁止使平民陷于饥饿的规则(见规则53)中推导出来,该规则适用于国际性和非国际性武装冲突,因为保障用于人道救援行动的物体的安全是对遭受饥饿威胁处于危难的平民居民施以人道援助必不可少的条件。在这个框架中,这项规则同样可以从禁止故意妨碍运送人道救援物资的规则中推导出来(见对规则55的评注),因为对用于人道救援物品进行攻击、破坏或抢劫必然构成对人道援助的妨碍。

国际性武装冲突

《日内瓦第四公约》规定,各缔约国保证对运往被占领土的救援物资予以保护。² 这项规则在《第一附加议定书》得到了更为一般性的规定。⁸ 《国际刑事法院规约》

⁴ 联合国安理会,第733号和第814号决议(同上,第41段)、第746号和第751号决议(同上,第42段)、第758号、770号和787号决议(同上,第43段)、第824号决议(同上,第44段)、第851号决议(同上,第45段)、第897号、923号和954号决议(同上,第47段)、第918号和第925号决议(同上,第48段)、第946号决议(同上,第49段)、第952号决议(同上,第50段)、第954号决议(同上,第51段)、第985号、1001号和1014号决议(同上第52段)、第998号决议(同上,第53段)、第1040号决议(同上,第54段)、第1041号、1059号和1071号决议(同上,第55段)、第1075号和第1087号决议(同上,第56段)、第1193号决议(同上,第60段)、第1195号决议(同上,第61段)、第1199号和第1203号决议(同上,第62段)。

⁵ 联合国安理会,第1296号决议(同上,第65段)。

⁶ 《第一附加议定书》第71(1)条(经协商一致通过)(同上,第3段);《第二附加议定书》第18(2)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第17章,第680段)。

² 《日内瓦第四公约》第59条。

⁸ 《第一附加议定书》第70(4)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第8章,第282段)。

规定,在国际性武装冲突中,只要依照《联合国宪章》执行人道救援所涉设施、物资、单位或车辆有权得到武装冲突的国际法赋予民用物体的保护,故意指令攻击该物体就是战争罪。⁹

许多国家的立法都有保护用于人道救援行动的物体的规定。根据这些法律的规定,攻击这些物体的行为构成犯罪。⁹ 本规则同样得到正式声明和其他实践的支持。³ 从事此类实践的国家有些还不是《第一附加议定书》的当事方。³ 《第一附加议定书》的当事国还援引本规则来对抗非当事国。³

国际组织的决议也曾重申保障执行人道救援所涉物体的义务,而其中绝大多数决议均涉及非国际性武装冲突(见下文)。

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第 18(2) 条要求对遭受危难的平民居民组织救援行动,但该议定书并未针对用于人道救援行动的物体的保护制定专门条款。³ 然而,要使对危难中的平民居民进行的援助行动取得成功,那么这一规则是必不可少的。根据《国际刑事法院规约》和《塞拉利昂特别法院规约》的规定,在非国际性武装冲突中,只要依照《联合国宪章》执行人道救援所涉设施、物资、单位或车辆有权得到武装冲突国际法所赋予民用物体的保护,故意指令攻击该物体构成战争罪。⁵ 而且,涉及非国际性武装冲突的其他文件也规定有这项规则。⁶

在非国际性武装冲突过程中发表的正式声明和据报告的实践也支持保护用于人

⁹ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iii) 条(同上,第 285 段)。

⁶ 参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 294 - 295 段)、波黑(同上,第 296 段)、加拿大(同上,第 298 段)、中国(同上,第 299 段)、哥伦比亚(同上,第 300 段)、刚果(同上,第 301 段)、克罗地亚(同上,第 302 段)、埃塞俄比亚(同上,第 304 段)、德国(同上,第 305 段)、爱尔兰(同上,第 306 段)、荷兰(同上,第 307 - 308 段)、新西兰(同上,第 309 段)、挪威(同上,第 310 段)、葡萄牙(同上,第 311 段)、斯洛文尼亚(同上,第 312 段)、英国(同上,第 314 段)和南斯拉夫(同上,第 315 段);另见下列国家的立法草案:布隆迪(同上,第 297 段)、萨尔瓦多(同上,第 303 段)和特立尼达和多巴哥(同上,第 313 段)。

³ 参见:肯尼亚的军事手册(同上,第 292 段);下列国家(地区)的声明:波黑塞族共和国(同上,第 317 段)、德国(同上,第 321 段)和美国(同上,第 326 段);以及据报告的下列国家的实践:巴西(同上,第 318 段)、尼日利亚(同上,第 324 段)和英国(同上,第 325 段)。

³ 肯尼亚的军事手册(同上,第 292 段)、美国的声明(同上,第 326 段)和据报告的英国的实践(同上,第 325 段)。

³ 参见德国针对苏丹的声明(同上,第 321 段)。

³ 《第二附加议定书》第 18(2) 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 17 章,第 680 段)。

⁵ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iii) 条(参见第 2 卷,第 8 章,第 142 和 285 段);Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(b) 同上,第 143 段,第 286 段)。

⁶ See, e.g., Bahir Dar Agreement, para. 2 (同上,第 288 段);UN Secretary-General's Bulletin, Section 9.9 (同上,第 290 段);UNTAET Regulation 2000/15, Section 6(1)(b)(iii) and (e)(iii) (同上,第 291 段)。

道救援行动的物体这项规则。³

联合国和其它国际组织通过的大量决议重申必须尊重和保护用于人道救援行动的物体这项规则。比如,联合国安理会在处理安哥拉、利比里亚和卢旺达的冲突时都提到这项规则。⁸

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。无论武装冲突的性质如何,据称的违反本规则的行为通常受到各国的谴责。⁹ 违反这项规则的行为也受到联合国和其他国际组织的谴责。⁹ 红十字国际委员会提醒国际性和非国际性武装冲突各方务必遵守此项原则。⁴

尊重和保护用于人道救济的物体

原则上讲,涉及人道救济行动的物体是民用物体,应享有免受攻击的保护(见规则7)。国家实践表明,除了不得对用于人道救援行动的物体进行攻击外,毁坏、侵占、抢劫这些物体同样受到禁止。² 这是对涉及毁坏和没收财产的行为这项一般规则的具体适用(见第16章)。一些实践表明,冲突各方必须确保人道救援物体的安全。比如,安理会在1996年就曾经呼吁安哥拉境内冲突各方应保证对用于人道救援的物资在其境内的安全予以保护。³

³ 参见德国的声明(同上,第321段)和美国的声明(同上,第326段),以及据报告的尼日利亚的实践(同上,第324段)和英国的实践(同上,第325段)。

⁸ 参见:联合国安理会,第918号决议(同上,第329段)、第925号决议(同上,第329段)、第950号决议(同上,第330段)、第1075号决议(同上,第332段)、第1087号决议(同上,第332段)。

⁹ 参见德国的声明(同上,第321段)和美国的声明(同上,第326段)。

⁹ 参见联合国安理会,第1059号决议(同上,第331段)、第1071号决议(同上,第331段)、第1083号决议(同上,第333段)和第1265号决议(同上,第334段);联合国安理会,主席声明(同上,第336-340段);联合国大会,第51/30B决议(同上,第341段)和第54/192号决议(同上,第343段);联合国人权委员会,第1995/77号决议(同上,第345段)。

⁴ 参见:红十字国际委员会的实践(同上,第354段和第356-358段)。

² 参见下列国家的实践:澳大利亚(同上,第294段)、埃塞俄比亚(同上,第304段)和荷兰(同上,第307段);萨尔瓦多的立法草案(同上,第303段);联合国安理会,第950号决议(同上,第330段)、第1059号决议(同上,第331段)、第1071号决议(同上,第331段)和第1083号决议(同上,第333段);联合国安理会,主席声明(同上,第336-340段);联合国大会,第51/30B号决议(同上,第341段)、第54/192号决议(同上,第343段)、第55/116号决议(同上,第344段)。

³ 参见:联合国安理会,第1075号决议和第1087号决议(同上,第332段)。

第 9 章

涉及维和任务的人员与物体

规则 33 禁止攻击依照《联合国宪章》执行维持和平行动的所涉人员与物体,如果这些人员和物体有权得到国际人道法给予平民和民用物体的保护。

实践

第 2 卷,第 9 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

国家实践把通常由职业士兵组成的维和部队视为平民,因为他们不是冲突一方的成员,并认为只要他们没有直接参加敌对行动,他们就有权获得赋予平民的免受攻击的同样保护(见规则 1 和规则 6)。作为平民,维和部队有权获得第 32 章所述的基本保证。同样,涉及维持和平行动的物体被视为民用物体,亦享有免受攻击的保护(见规则 7)。

《国际刑事法院规约》规定,在国际性和非国际性武装冲突中,故意指令攻击依照《联合国宪章》执行维持和平行动所涉的人员和物体,如果这些人员和物体有权得到国际人道法赋予平民和民用物体的保护,就构成战争罪。《塞拉利昂特别法院规约》同样规定了这项规则。

一些军事手册里也有这项规则。在许多国家的立法中,攻击涉及维持和平任务的人员和物体是一种犯罪。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iii)条和第 8(2)(e)(iii)条(参见第 2 卷,第 9 章,第 4 段)。

Statute of the Special Court for Sierra Leone, Article 4(b) (同上,第 5 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:喀麦隆(同上,第 10 段)、德国(同上,第 11 段)、新西兰(同上,第 12 段)和西班牙(同上,第 14 段)。

例如,参见下列国家的立法:澳大利亚(同上,第 15 段)、阿塞拜疆(同上,第 16 段)、加拿大(同上,第 18 段)、刚果(同上,第 19 段)、格鲁吉亚(同上,第 20 段)、德国(同上,第 21 段)、马里(同上,第 22 段)、荷兰(同上,第 23 段)、新西兰(同上,第 24 - 25 段)和英国(同上,第 27 - 28 段);另见布隆迪的立法草案(同上,第 17 段)和特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第 26 段)。

没有找到违反本规则的正式实践。攻击维护和平的人员和物体的行为通常受到各国的谴责，也受到联合国和其他国际组织的谴责。有些谴责将这些攻击称为犯罪。除了谴责直接的攻击外，联合国还谴责不属于攻击的侵犯维持和平人员的其他行为，包括：骚扰、滥用权力、威胁、暴力、拘留和虐待，联合国还号召冲突各方保证这些人员的安全和行动自由。

在前南斯拉夫问题国际刑事法庭的“卡拉季奇和姆拉吉奇案”(Karad ic, and M ladic, case)中，被告受到指控的原因就是因为它们在“把平民，即联合国维持和平人员，扣为人质中”起到了作用。

适用范围

这项规则仅适用于无论是由联合国建立还是由区域性组织建立的维和部队，只要这些部队有权获得给予平民的保护，因此，它不包括执行和平行动的部队。他们被

例如，参见下列国家的实践：澳大利亚（同上，第31段）、芬兰（同上，第33段）、德国（同上，第34段）、利比里亚（同上，第35段）、俄罗斯（同上，第37段）、乌克兰（同上，第38段）、英国（同上，第39-40段）和美国（同上，第41-42段）。

例如，参见：联合国安全理事会，第757号决议（同上，第46段）、第788号决议（同上，第47段）、第794号决议（同上，第48段）、第802号决议（同上，第49段）、第804号决议（同上，第50段）、第897号、第923号和第954号决议（同上，第55段）、第912号决议（同上，第56段）、第946号决议（同上，第60段）、第987号决议（同上，第62段）、第994号决议（同上，第64段）、第1004号决议（同上，第66段）、第1009号决议（同上，第67段）、第1041号决议（同上，第70段）、第1059号、第1071号和第1083号决议（同上，第71段）、第1099号决议（同上，第73段）、第1118号决议（同上，第74段）、第1157号决议（同上，第75段）、第1164号决议（同上，第76段）、第1173号和第1180号决议（同上，第77段）和第1187号决议（同上，第78段）；联合国大会，第47/121号决议（同上，第98段）、第49/196号决议（同上，第99段）和第50/193号决议（同上，第100段）；联合国人权委员会，第1993/7号决议（同上，第101段）、第1994/60号决议（同上，第102段）、第1994/72号决议（同上，第103段）和第1995/89号决议（同上，第104段）；ECOWAS, First Summit Meeting of the Committee of Nine on the Liberian Crisis, Final Communiqué（同上，第118段）；EU, Statement before the UN Security Council（同上，第119段）；OIC, Conference of Ministers of Foreign Affairs, Res. 1/6 - EX（同上，第120段）and Statement before the UN Security Council（同上，第121段）；88th Inter-Parliamentary Conference, Resolution on support to the recent international initiatives to halt the violence and put an end to the violations of human rights in Bosnia and Herzegovina（同上，第122段）。

例如，参见：联合国安全理事会，第587号决议（同上，第45段）、第837号决议（同上，第52段）、第865号决议（同上，第53段）和第1099号决议（同上，第73段）。

联合国安全理事会，第467号决议（同上，第44段）、第788和813号决议（同上，第47段）、第804号决议（同上，第50段）、第819号决议（同上，第51段）、第868号决议（同上，第54段）、第897、923和954号决议（同上，第55段）、第913号决议（同上，第57段）、第918、925和1036号决议（同上，第63段）、第994号决议（同上，第64段）、第998号决议（同上，第65段）、第1004号决议（同上，第66段）、第1009号决议（同上，第67段）、第1031号决议（同上，第69段）、第1099号决议（同上，第73段）、第1157号决议（同上，第75段）、第1173和1180号决议（同上，第77段）、第1206号决议（同上，第79段）和第1313号决议（同上，第80段）；联合国人权委员会，第1994/72号决议（同上，第103段）、第1995/89号决议（同上，第104段）、第1995/91号决议（同上，第105段）。

ICTY, Karad ic, and M ladic, case, First Indictment（同上，第125段）。

视为战斗员,理应遵守国际人道法。⁰

⁰ See, e.g., UN Secretary-General's Bulletin, para. 1 (同上, 第 8 段)。

第 10 章

新闻记者

规则 34 在武装冲突地区从事职业任务的平民新闻记者须受尊重与保护,只要他们没有直接参与敌对行动。

实践

第 2 卷,第 10 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》第 79 条规定保护平民新闻记者。对于这条,还没有国家做出保留。

许多军事手册都规定有这项规则。该规则还得到了正式声明和据报告的实践的支持。从事此类实践的国家有些还不是《第一附加议定书》的当事方。

非国际性武装冲突

尽管《第二附加议定书》未对平民新闻记者做出任何明确规定,但是,平民新闻记者免受攻击是有依据的,即禁止攻击平民,除非他们直接参加敌对行动,在此期间就不受保护(见规则 6)。甚至在《附加议定书》通过之前,这项规则已经通过实践产生。1971 年和 1973 年,巴西和德意志联邦共和国分别在联合国大会第三委员会上

《第一附加议定书》第 79 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 10 章,第 1 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 4 段)、澳大利亚(同上,第 5 段)、贝宁(同上,第 6 段)、喀麦隆(同上,第 12 段)、加拿大(同上,第 8 段)、法国(同上,第 9 段)、德国(同上,第 10 段)、以色列(同上,第 11 段)、马达加斯加(同上,第 12 段)、荷兰(同上,第 13 段)、新西兰(同上,第 14 段)、尼日利亚(同上,第 15 段)、西班牙(同上,第 16 段)和多哥(同上,第 17 段)。

参见下列国家的声明:巴西(同上,第 22 段)、德意志联邦共和国(同上,第 23 段)和美国(同上,第 28 - 29 段);据报告的下列国家的实践:约旦(同上,第 24 段)、韩国(同上,第 25 段)、尼日利亚(同上,第 26 段)和卢旺达(同上,第 27 段)。

例如,参见以色列的实践(同上,第 11 段)和美国的实践(同上,第 28 - 29 段)。

声明:新闻记者根据区别原则而作为平民受到保护。联合国关于萨尔瓦多的真相委员会认为,谋杀四名荷兰记者的行为违反了“平民不得成为攻击对象”的国际人道法规定,这些记者是在法拉邦多·马蒂全国解放阵线成员陪同下遭到萨尔瓦多武装部队的一支巡逻队的伏击。1996年,欧洲理事会的部长委员会重申《第一附加议定书》第79条的重要性:“根据这条规定,新闻记者应被视为平民,并应享受赋予平民的保护”。欧洲理事会的部长委员会认为,该义务在非国际性武装冲突中同样适用。

涉及非国际性武装冲突的其他文书也规定了尊重和保护平民新闻记者的义务。可适用于或已经适用于非国际性武装冲突的军事手册中也有此规定。这个义务还得到正式声明和据报告的实践的支持。⁰

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。不论在国际性还是非国际性的冲突中,故意攻击新闻记者的行为通常都受到谴责,特别是受到联合国和其他国际组织的谴责。大多数谴责与非国际性武装冲突有关,例如发生在阿富汗、布隆迪、车臣、科索沃和索马里的非国际性武装冲突。¹

保护的丧失

如同其他平民一样,如果新闻记者直接参加敌对行动,那么在此期间就失去免受攻击的保护(见规则6)。该原则也得到了《第一附加议定书》第79(2)条的承认,该条款赋予平民新闻记者以保护,“但以其不采取任何对其身份有不利影响的行动为限”。²这一原则还意味着,新闻记者如同进入一个外国的任何其他人一样,必须尊重该国有关入境的国内法规。新闻记者如果非法入境,就可能丧失在一个外国居住和工作的权利。换句话说,国际人道法给予新闻记者的保护绝不能改变入境规则。

参见:巴西的声明(同上,第22段)和德意志联邦共和国的声明(同上,第23段)。

UN Commission on the Truth for El Salvador, Report(同上,第41段)。

Council of Europe, Committee of Ministers, Rec. R (96) 4(同上,第42段)。

See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 4(同上,第2段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.3(同上,第3段)。

例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第6段)、德国(同上,第10段)、马达加斯加(同上,第12段)、尼日利亚(同上,第15段)和多哥(同上,第17段)。

⁰ 例如,参见下列国家的声明:巴西(同上,第22段)、德意志联邦共和国(同上,第23段)、尼日利亚(同上,第26段)和美国(同上,第28-29段);据报告的下列国家的实践:约旦(同上,第24段)、韩国(同上,第25段)和卢旺达(同上,第27段)。

¹ 例如,参见:联合国大会,第2673(XXV)、2854(XXVI)、3058(XXVIII)和3500(XXX)号决议(同上,第32段),第51/108号决议(同上,第33段)和第53/164号决议(同上,第34段);联合国人权委员会,第1995/56号决议(同上,第36段)和第1996/1号决议(同上,第37段);European Parliament, Resolution on the situation in Kosovo(同上,第45段) and Resolution on violations of human rights and humanitarian law in Chechnya(同上,第46段)。

² 《第一附加议定书》第79(2)条(经协商一致通过)(同上,第1段)。

定义

平民新闻记者不应和战地记者相混淆。后者是指伴随武装部队而并非因此成为其成员的新闻记者。因此,他们是平民且不可以成为攻击的对象(见规则1)。³ 然而,依照《日内瓦第三公约》第4(A)(4)条的规定,战地新闻记者一旦被俘获,就有权获得战俘地位。⁴

尊重和保护新闻记者

除禁止攻击新闻记者外,同样有实践表明,从事与武装冲突有关的职业活动的新闻记者必须受到保护。

1996年,联合国大会呼吁在阿富汗冲突中的各方“确保”媒体代表的“安全”。⁵ 还存在对阻挠新闻记者开展职业活动而采取的特别措施进行谴责的其他实践。例如,1998年,联合国大会呼吁科索沃冲突各方避免对新闻记者进行任何侵扰和威胁。⁶ 1995年,在索马里发生了针对国际媒体代表的攻击、报复、劫持和其他暴行,联合国人权委员会对此表示悲愤。⁷ 其他受到谴责的行为包括:警察实施的暴力、进行法律追诉、遭受诽谤诉讼和身体暴力的恐吓;⁸ 威胁把新闻记者当作服务于外国政权的敌人,并且对全面和不受阻碍的访问予以拒绝;⁹ 攻击新闻自由和针对新闻记者的犯罪行为;¹⁰ 杀害、伤害、劫持;¹¹ 攻击、谋杀、非法关押和胁迫;¹² 以及侵扰、干涉、拘留和谋杀。¹³

应该强调的是,作为平民,新闻记者有权获得第32章所述的基本保证。例如,如果他们被指控为间谍,他们不得被任意羁押(见规则99),而且必须得到公正的审判(见规则100)。

³ 例如,参见:《第一附加议定书》第50(1)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第1章,第705段)。

⁴ 《日内瓦第三公约》第4(A)(4)条(“伴随武装部队而实际并非其成员之人,例如,……战地记者……但须彼等已获得其所伴随之武装部队的准许,该武装部队应为此目的发给彼等以与附件格式相似之身份证”,该人一旦被俘获就有权获得战俘地位)。

⁵ 联合国大会,第51/108号决议(参见第2卷,第10章,第33段)。

⁶ 联合国大会,第53/164号决议(同上,第34段)。

⁷ 联合国人权委员会,第1995/56号决议(同上,第36段)。

⁸ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Rec. 1368(同上,第43段) and Written Declaration No. 284(同上,第44段)。

⁹ European Parliament, Resolution on the situation in Kosovo(同上,第45段) and Resolution on violations of human rights and humanitarian law in Chechnya(同上,第46段)。

¹⁰ OAS, General Assembly, Res.1550 (XXV III - 0/98)(同上,第47段)。

¹¹ 90th Inter-Parliamentary Conference, Resolution on respect for international humanitarian law and support for humanitarian action in armed conflicts(同上,第49段)。

¹² Committee to Protect Journalists, Attacks on the Press 2000(同上,第59段)。

¹³ International Federation of Journalists, 22nd World Congress, Resolution on Angola(同上,第53段)。

第 11 章

受保护地带

规则 35 禁止攻击为庇护伤者、病者和平民免受敌对行动影响而设立的地带。

实践

第 2 卷, 第 11 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》规定了建立医院和安全地带的可能性, 并附了一个关于建立这种地带的协定草案。此外,《日内瓦第四公约》还规定了建立中立地带的可能性。这两种地带都是为了保护伤者、病者和平民免受武装冲突的影响, 然而医院和安全地带应当设立于远离军事行动的地方, 而中立地带则旨在设立于军事行动发生的地方。

《日内瓦公约》的相关规定被许多军事手册所采纳, 这些手册强调必须尊重这些地带。许多国家的立法规定, 攻击这些地带的行为属于犯罪。

在 1970 年通过的关于武装冲突中保护平民之基本原则的决议中, 联合国大会宣

《日内瓦第一公约》第 23 条(参见第 2 卷, 第 11 章, 第 1 段);《日内瓦第四公约》第 14(1)条(同上, 第 2 段)。

《日内瓦第四公约》第 15 条(同上, 第 3 段)。

例如, 参见下列国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 6 - 7 段)、澳大利亚(同上, 第 8 段)、喀麦隆(同上, 第 9 段)、加拿大(同上, 第 10 段)、厄瓜多尔(同上, 第 11 段)、法国(同上, 第 12 - 13 段)、德国(同上, 第 14 段)、匈牙利(同上, 第 15 段)、意大利(同上, 第 16 - 17 段)、肯尼亚(同上, 第 18 段)、马达加斯加(同上, 第 19 段)、荷兰(同上, 第 20 段)、新西兰(同上, 第 21 段)、尼日利亚(同上, 第 22 段)、塞内加尔(同上, 第 23 段)、西班牙(同上, 第 24 段)、瑞典(同上, 第 25 段)、瑞士(同上, 第 26 - 27 段)、英国(同上, 第 28 - 29 段)、美国(同上, 第 30 - 33 段)和南斯拉夫(同上, 第 34 段)。

例如, 参见下列国家的立法: 哥伦比亚(同上, 第 36 段)、意大利(同上, 第 37 段)、波兰(同上, 第 40 段)和西班牙(同上, 第 41 段); 另见下列国家的立法草案: 阿根廷(同上, 第 35 条)、萨尔瓦多(同上, 第 38 段)和尼加拉瓜(同上, 第 39 段)。

称：“指定专供保护平民之用之场所或地区，诸如医院区或此类之庇护所，不应作为军事行动之目标。”

无论在国际性还是非国际性武装冲突中，例如在孟加拉国独立战争、南大西洋战争和柬埔寨、乍得、塞浦路斯、尼加拉瓜、黎巴嫩、斯里兰卡和前南斯拉夫冲突中，向伤者、病者和平民提供保护地带都已得到双方的认同。大部分这种地带都是根据书面协定建立的，这些协定都以禁止攻击为保护伤者、病者和平民所设地带的原则为前提。在南大西洋战争中的海上中立区（所谓“红十字区”）不是根据任何特别的书面协定建立的。根据适用于国际性和非国际性武装冲突的保护下列人员的特别规则的规定，仅仅只有这些人员的地带是不可以攻击的，这些人员是：伤者、病者（见规则 47）、医疗人员和宗教人员（见规则 25 和 27）、人道救济人员（见规则 31）和平民（见规则 1）。

规则 36 禁止攻击冲突双方通过协议确定的非军事化地带。

实践

第 2 卷, 第 11 章, B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

把一个非军事地带作为攻击目标是严重破坏《第一附加议定书》的行为。非军事地带通常被认为是冲突各方同意不能被任何一方占领或者用于军事目的的区域。这种区域既可以在和平时期建立，也可以在冲突期间建立。《第一附加议定书》第 60 (3) 条规定了关于非军事地带协定条款的范本，但是正如第 60 条所认可的，任何这

联合国大会, 第 2675 (XXV) 号决议(以 109 票赞成、0 票反对、8 票弃权通过)。

See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY (同上, 第 4 条)、Agreement between Croatia and the SFRY on a Protected Zone around the Hospital of Osijek, Articles 1, 2 (1) and 4 (1) (同上, 第 5 段); 下列地区和国家有关的战争实践: 南大西洋(同上, 第 45 段)、孟加拉(同上, 第 53 段)、塞浦路斯(同上, 第 55 段)、柬埔寨(同上, 第 56 段)、斯里兰卡(同上, 第 57 段); See also François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC, Geneva, 2003, pp. 756 - 759 (提供了发生在孟加拉国、塞浦路斯、柬埔寨、尼加拉瓜、乍得、黎巴嫩等国冲突中的相关例子)。

《第一附加议定书》第 85 (3) (d) 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷, 第 11 章, 第 106 段)。

种协定都可以予以修改以适应特定情事。一方实质违反据以建立非军事地带的协定,则可停止对这种地带的保护。实践表明,国际监督被认为是证明遵守协定中规定的条件的适当办法。⁰ 这种协定可授权为了维持法律和秩序这个唯一目的而保留维和部队和警察人员,该地带并不因此丧失非军事化的特性。

许多军事手册规定建立非军事地带,并禁止对它们进行攻击,¹ 许多国家的法律把攻击这些地带的行为规定为犯罪。²

在国际性和非国际武装冲突中,比如在印巴冲突、南北朝鲜冲突、以色列和叙利亚冲突、以色列和埃及冲突、伊拉克和科威特冲突、波黑冲突以及哥伦比亚和尼加拉瓜冲突中,³ 都曾经设立过非军事地带。据称的破坏非军事地带的地位的行为往往受到谴责。⁴

《第一附加议定书》第60(3)条(经协商一致通过),除其他外,规定:“三、这类协定的对象,通常应是符合下列条件的任何地带:(一)所有战斗员以及机动武器和机动军事装备必须已经撤出;(二)固定军事装置或设施不应用于敌对目的;(三)当局或居民均不应从事任何敌对行为;而且(四)任何与军事努力有关的活动均应已经停止。”

《第二附加议定书》第60(7)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第11章,第105段)。

⁰ See, e. g., the Disengagement Agreement between Israel and Syria (同上,第64段)、Agreement on Demilitarisation of Srebrenica and Zepa, Article 3 (同上,第67段)、波斯尼亚和黑塞哥维纳的声明(同上,第169段)以及据报告的巴基斯坦的实践(同上,第175段)。

¹ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第108段)、澳大利亚(同上,第109段)、贝宁(同上,第110段)、喀麦隆(同上,第111段)、加拿大(同上,第112段)、克罗地亚(同上,第113段)、厄瓜多尔(同上,第114段)、法国(同上,第115段)、德国(同上,第116段)、匈牙利(同上,第117段)、意大利(同上,第118-119段)、肯尼亚(同上,第120段)、荷兰(同上,第121段)、新西兰(同上,第122段)、尼日利亚(同上,第123段)、南非(同上,第124段)、西班牙(同上,第125段)、瑞典(同上,第126段)、多哥(同上,第127段)、美国(同上,第128-130段)、南斯拉夫(同上,第131段)。

² 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第133段)、澳大利亚(同上,第134-135段)、阿塞拜疆(同上,第136段)、白俄罗斯(同上,第137段)、比利时(同上,第133段)、波黑(同上,第133段)、加拿大(同上,第133段)、库克群岛(同上,第133段)、克罗地亚(同上,第133段)、塞浦路斯(同上,第133段)、捷克(同上,第144段);爱沙尼亚(同上,第146段)、格鲁吉亚(同上,第147段)、德国(同上,第148段)、匈牙利(同上,第149段)、爱尔兰(同上,第150段)、立陶宛(同上,第153段)、荷兰(同上,第154段)、新西兰(同上,第155段)、尼日尔(同上,第157段)、挪威(同上,第158段)、斯洛伐克(同上,第159段)、斯洛文尼亚(同上,第160段)、西班牙(同上,第161段)、塔吉克斯坦(同上,第162段)、英国(同上,第163段)、也门(同上,第164段)、南斯拉夫(同上,第165段)、津巴布韦(同上,第166段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第132段)、萨尔瓦多(同上,第145段)、约旦(同上,第151段)、黎巴嫩(同上,第152段)、尼加拉瓜(同上,第156段)。

³ See the Karachi Agreement, para. D (同上,第62段)、《板门店停战协定》第1条第6款和第10款(同上,第63段)、Disengagement Agreement between Israel and Syria (同上,第64段)、Peace Treaty between Israel and Egypt (同上,第66段)、Agreement on Demilitarisation of Srebrenica and Zepa;以及下列国家的实践:哥伦比亚(同上,第89段)、伊拉克和科威特(同上,第90段)和尼加拉瓜(同上,第91段)。

⁴ 例如,参见:联合国安理会,主席声明(同上,第94段);联合国秘书长,《关于联合国伊拉克—科威特观察团的报告》(同上,第96段);联合国秘书长,《关于联合国普雷维拉卡观察团的报告》(同上,第97段);以及波黑的实践(同上,第169段)和朝鲜的实践(同上,第173段),据报告的伊朗实践(同上,第172段)和据报告的巴基斯坦实践(同上,第175段)。

规则 37 禁止攻击不设防的地方。

实践

第 2 卷, 第 11 章, C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

不设防的地方起源于“开放的城镇”这个传统概念。《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》都有禁止攻击不设防地方的规定。⁵ 该规定被编纂在《海牙章程》第 25 条中。该条规定：“禁止以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所和建筑物。”⁶ 第一次世界大战后设立的责任委员会的报告也指出，“故意轰炸不设防地方”是对战争法和惯例的违反，并应受到刑事追诉。⁷ 《第一附加议定书》禁止将不设防地方作为攻击目标，并规定，实施这种攻击严重破坏了该议定书。⁸ 根据《国际刑事法院规约》的规定，在国际性武装冲突中，“故意攻击非军事目标的不设防城镇、村庄、住所或建筑物”的行为构成战争罪。⁹

许多军事手册都规定禁止攻击不设防的地方。⁰ 瑞典的《国际人道法手册》指出，《第一附加议定书》第 59 条关于不设防地带的主要规则是对已有的习惯国际法

⁵ Brussels Declaration, Article 15 (同上, 第 233 段)、Oxford Manual, Article 32(c) (同上, 第 234 段)。

⁶ 1907 年《海牙章程》第 25 条(同上, 第 228 段); 另见 1899 年的《海牙章程》第 25 条(同上, 第 227 段)。

⁷ Report of the Commission on Responsibility(同上, 第 235 段)。

⁸ 《第一附加议定书》第 59(1)条(同上, 第 230 段)和第 85(3)(d)条(同上, 第 231 段)。

⁹ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(v)条(同上, 第 232 段)。

⁰ 例如, 参见下列国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 241 - 242 段)、澳大利亚(同上, 第 243 段)、比利时(同上, 第 244 段)、波黑(同上, 第 245 段)、加拿大(同上, 第 246 段)、克罗地亚(同上, 第 247 - 248 段)、厄瓜多尔(同上, 第 249 段)、法国(同上, 第 250 - 251 段)、德国(同上, 第 252 段)、匈牙利(同上, 第 253 段)、印度尼西亚(同上, 第 254 段)、意大利(同上, 第 255 - 256 段)、肯尼亚(同上, 第 257 段)、韩国(同上, 第 258 - 259 段)、荷兰(同上, 第 260 - 261 段)、新西兰(同上, 第 262 段)、尼日利亚(同上, 第 263 段)、俄罗斯(同上, 第 264 段)、南非(同上, 第 265 段)、西班牙(同上, 第 266 段)、瑞典(同上, 第 267 段)、瑞士(同上, 第 268 段)、英国(同上, 第 269 - 270 段)、美国(同上, 第 271 - 276 段)和南斯拉夫(同上, 第 277 段)。

规则的编纂。¹ 许多国家的法律规定,攻击不设防地方的行为构成犯罪。² 这项禁止性规定同样得到许多正式声明的支持。³ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁴

非国际性武装冲突

《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3 条也规定有禁止攻击不设防的地方的内容。根据该条规定,该法庭有权追诉违反战争法或惯例的行为,包括“以任何手段攻击或轰击不设防的城镇、村庄、住所或建筑物”的行为。⁵

可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定有这项规则。⁶ 根据许多国家的立法规定,在任何武装冲突中攻击不设防地方的行为构成犯罪。⁷ 1997 年,在“佩里希奇等人”(Perišić and Others case)案中,克罗地亚扎达尔地区法院以《海牙章程》第 25 条、《日内瓦公约》共同第 3 条和《第二附加议定书》第 13 - 14 条为依

¹ 瑞典: IHL Manual(同上,第 267 段)。

² 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第 279 段)、澳大利亚(同上,第 280 - 282 段)、阿塞拜疆(同上,第 283 段)、白俄罗斯(同上,第 284 段)、波黑(同上,第 286 段)、加拿大(同上,第 288 - 289 段)、中国(同上,第 290 段)、刚果(同上,第 291 段)、库克群岛(同上,第 292 段)、克罗地亚(同上,第 293 段)、塞浦路斯(同上,第 294 段)、捷克(同上,第 295 段)、爱沙尼亚(同上,第 297 段)、格鲁吉亚(同上,第 298 段)、德国(同上,第 299 段)、匈牙利(同上,第 300 段)、爱尔兰(同上,第 301 段)、立陶宛(同上,第 304 段)、马里(同上,第 305 段)、荷兰(同上,第 306 - 307 段)、新西兰(同上,第 308 - 309 段)、尼日尔(同上,第 311 段)、挪威(同上,第 312 段)、波兰(同上,第 313 段)、斯洛伐克(同上,第 314 段)、斯洛文尼亚(同上,第 315 段)、西班牙(同上,第 316 段)、塔吉克斯坦(同上,第 317 段)、英国(同上,第 319 - 320 段)、美国(同上,第 321 段)、委内瑞拉(同上,第 322 段)、南斯拉夫(同上,第 323 段)、津巴布韦(同上,第 324 段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 278 条)、布隆迪(同上,第 287 段)、萨尔瓦多(同上,第 296 段)、约旦(同上,第 302 段)、黎巴嫩(同上,第 303 段)、尼加拉瓜(同上,第 310 段)、特立尼达和多巴哥(同上,第 318 段)。

³ 例如,参见下列国家的声明:中国(同上,第 330 段)、埃及(同上,第 332 段)、伊朗(同上,第 336 段)、伊拉克(同上,第 337 段)和美国(同上,第 340 段)。

⁴ 例如,参见下列国家的实践:阿塞拜疆(同上,第 283 段)、中国(同上,第 229 - 330 段)、法国(同上,第 250 段)、印度尼西亚(同上,第 254 段)、伊朗(同上,第 336 段)、伊拉克(同上,第 337 段)、荷兰(同上,第 306 段)、英国(同上,第 206 - 207 段)和美国(同上,第 271 - 276、321 和 340 段)。

⁵ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3 条(同上,第 238 段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:波黑(同上,第 245 段)、克罗地亚(同上,第 247 - 248 段)、厄瓜多尔(同上,第 249 段)、德国(同上,第 252 段)、意大利(同上,第 255 - 256 段)、肯尼亚(同上,第 257 段)、韩国(同上,第 259 段)、南非(同上,第 265 段)和南斯拉夫(同上,第 277 段)。

⁷ 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第 279 段)、阿塞拜疆(同上,第 283 段)、白俄罗斯(同上,第 284 段)、比利时(同上,第 285 段)、波黑(同上,第 286 段)、克罗地亚(同上,第 293 段)、格鲁吉亚(同上,第 298 段)、德国(同上,第 299 段)、立陶宛(同上,第 304 段)、尼日尔(同上,第 311 段)、波兰(同上,第 313 段)、斯洛文尼亚(同上,第 315 段)、西班牙(同上,第 316 段)、塔吉克斯坦(同上,第 317 段)、委内瑞拉(同上,第 322 段)、南斯拉夫(同上,第 323 段),另见下列国家的立法:捷克(同上,第 295 段)、匈牙利(同上,第 300 段)、斯洛伐克(同上,第 314 段),这些立法并不排除适用于非国际性武装冲突;以及下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第 278 段)、萨尔瓦多(同上,第 296 段)、约旦(同上,第 302 段)和尼加拉瓜(同上,第 310 段)。

据判决下令炮击扎达尔及其周边地区的数人有罪。⁸

虽然不设防的地方这个概念是从国际性武装冲突中发展出来的,但是它同样适用于非国际性武装冲突。由于这种“禁止攻击不设防地区”的思想是基于“军事必要”这个更为一般的概念,即“没有必要去攻击一个开放可供占领的城镇、村庄、住所或建筑物”,因此这种禁止对非国际性武装冲突尤为适用。这项规则是对“禁止对敌方实施绝对必要以外的破坏”这项规则的具体运用,该项规则也是适用于非国际武装冲突的(见规则50)。如同肯尼亚的《武装冲突法手册》指出的那样,根据习惯法,“不能轰炸能被占领的不设防的地方”。⁹

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

定义

英国的《军事手册》对开放的或不设防的城镇的描述是有帮助的,它把它形容为是:

一个从内部或外部完全不设防的、从而敌人可以进入并占领的、而不会发生战斗或产生伤亡的地区。因此,紧靠前线的城镇都不会是不设防的或开放的城镇,因为进攻者必须进行战斗才能到达该城市。而且,任何位于敌方防线之后的城镇都是设防的城镇,并且都可以作为地面轰击或者其他轰击的目标,但该轰击必须符合对一切轰击的限制,即……轰炸必须限于军事目标……因此,一个城市是否是不设防的城市与其是否有军事目标无关。一个处于前线的、没有任何抵抗措施的、也没有外来的防卫、而且敌人可以随时进入和占领、不会发生战斗和例如因穿越没有标记的布雷区而产生的伤亡的城镇是不设防的,即使在该城镇中有很多军工厂;另一方面,所有的设防城镇都是可以轰击的,不管它是否位于前线。¹⁰

《第一附加议定书》第59(2)条把不设防地方这个概念定义为“武装部队接触的地带附近或在其内的可以被敌方自由占领的任何居民居住地方”¹¹。这个定义基本上与传统习惯国际法上关于开放城镇或不设防地方的定义相同。

《第一附加议定书》第59(2)条澄清了宣布一个地方为不设防地方的程序。这个程序不同于通过协定设置地带的程序,因为冲突一方可以单方宣布某地方为不设防地方,如果:(一)所有战斗员以及机动武器和机动军事设备已经撤出;(二)固定军事装置或设施没有用于敌对目的;(三)当局或居民均没有从事任何敌对行为;(四)没

⁸ 克罗地亚, District Court of Zadar, Perić and Others case (同上,第325段)。

⁹ 肯尼亚, LOAC Manual (同上,第209段)。

¹⁰ 英国, Military Manual (同上,第192段)。

¹¹ 《第一附加议定书》第59(2)条(经协商一致通过)(同上,第202段)。

有从事支持军事行动的任何活动。³ 另一方应当确认收到该声明,并且把这一地方作为不设防地方来对待,除非该地方未符合或不再符合这些条件的。³ 这个程序规定在许多军事手册中。³ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。³

但是,《第一附加议定书》第 59(5) 条规定,即使在没有满足上述条件的情况下,冲突各方亦可以设立不设防地方。⁶ 显然,缔结一项协定就更为可靠,并且能让冲突各方制定它们认为合适的条件。肯尼亚的《武装冲突法手册》解释说:

可以通过单方声明和通知敌方的方式设立(不设防地方)。然而,为更可靠起见,双方应缔结正式协定(根据习惯法和《海牙章程》,即使没有通知,也不能轰炸能够被占领的不设防的地方)。³

除非为绝对的军事必要所要求(见规则 50),没有军事必要而攻击一个区域或地方是违反禁止毁坏敌方财产的规定的行为。

一个地方如果不再符合必要的条件,将失去免于攻击的保护。根据《第一附加议定书》第 59 条第 3 款的规定,受特殊保护的人和为了维持法律和秩序的唯一目的而留下的警察部队的存在,是不违反这些条件的。⁸

³ 《第一附加议定书》第 59(2) 条(经协商一致通过)(同上,第 202 段)。

³ 《第一附加议定书》第 59(4) 条(经协商一致通过)。它规定:“依据第 59(2) 条做出的宣言应送达敌方,并应尽可能明确地规定和说明不设防地方的界限。接受宣言的冲突一方应表明收到宣言,并除在事实上与第二款所规定的条件不符外,应将该地方视为不设防地方,而在不符合条件的情形下,则应立即将该情形通知作出宣言的一方。即使不符合第二款所规定的条件,该地方应继续享受本议定书的其他规定和适用于武装冲突的其他国际法规则的保护。”

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 11 章,第 204 段)、澳大利亚(同上,第 205 段)、加拿大(同上,第 206 段)、法国(同上,第 207 段)、德国(同上,第 208 段)、印度尼西亚(同上,第 254 段)、肯尼亚(同上,第 209 段)、荷兰(同上,第 210 段)、新西兰(同上,第 211 段)、瑞典(同上,第 212 段)、瑞士(同上,第 213 段)、美国(同上,第 214 段)和南斯拉夫(同上,第 215 段)。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:印度尼西亚(同上,第 254 段)、肯尼亚(同上,第 209 段)和美国(同上,第 214 段)。

⁶ 《第一附加议定书》第 59(5) 条(经协商一致通过)(同上,第 202 段)。

³ 肯尼亚, LOAC Manual(同上,第 209 段)。

⁸ 《第一附加议定书》第 59(3) 条(经协商一致通过)(同上,第 202 段)。

第 12 章

文化财产

规则 38 冲突各方必须尊重文化财产：

(1) 在军事行动中须予以特别注意，以避免损害用于宗教、艺术、科学、教育或慈善目的的建筑以及历史纪念物，除非它们属于军事目标。

(2) 禁止将对于每一民族的文化遗产具有重大意义之财产作为攻击之目标，除非为军事必要所绝对要求。

实践

第 2 卷, 第 12 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

一般的文化财产

文化财产为民用时，不能将其作为攻击的目标（见规则 7）。只有在作为军事目标的情况下，才可以攻击文化财产（见规则 10）。《国际刑事法院规约》因此强调，在国际性或者非国际性武装冲突中，故意指令攻击用于宗教、艺术、科学、教育或者慈善目的建筑物以及历史纪念物的行为构成战争罪，“条件是它们不是军事目标”。

许多军事手册都规定，如果不是用作军事目的，就应当采取特别措施保护用于宗教、艺术、科学、教育或者慈善目的的建筑物以及历史纪念物，以免使其遭到破坏。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(ix)条和第 8(2)(e)(iv)条（参见第 2 卷, 第 12 章, 第 19 段）。

例如，参见下列国家的军事手册：阿根廷（同上, 第 40 段）、澳大利亚（同上, 第 41 - 42 段）、比利时（同上, 第 43 - 44 段）、布基纳法索（同上, 第 47 段）、喀麦隆（同上, 第 49 段）、刚果（同上, 第 53 段）、多米尼加共和国（同上, 第 56 段）、厄瓜多尔（同上, 第 57 段）、法国（同上, 第 58 段）、德国（同上, 第 62 段）、印度尼西亚（同上, 第 65 段）、以色列（同上, 第 67 段）、韩国（同上, 第 71 段）、马里（同上, 第 74 段）、摩洛哥（同上, 第 75 段）、新西兰（同上, 第 79 段）、尼日利亚（同上, 第 81 段）、俄罗斯（同上, 第 84 段）、塞内加尔（同上, 第 85 段）、瑞典（同上, 第 88 段）、英国（同上, 第 93 - 94 段）和美国（同上, 第 95 - 102 段）。

许多国家的立法也重申了这个义务,规定攻击这些目标是可惩罚的犯罪。 各国、联合国和其他国际组织都对诸如在阿富汗、朝鲜、伊朗和伊拉克之间、中东地区和前南斯拉夫的武装冲突中发生的对这些物体的攻击行为进行了谴责。

在对军事目标的任何攻击中,必须采取所有可行的预防措施来避免对民用物体的附带损害,并且在任何情况下把这种损害减到最小(见规则 15),要特别注意避免对珍贵的民用物体造成破坏。这项要求早已得到《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》的承认,并且在《海牙章程》中得到了编纂。第一次世界大战之后成立的责任委员会的报告把“对宗教的、慈善的、教育的和有历史意义的建筑物和纪念碑的肆意损害”确定为应该受到刑事追诉的违反战争法与惯例的行为。

各种正式声明也援引应该予以特别注意这项要求。1999年,第27届红十字与新红月国际大会通过了《2000-2003年行动计划》,呼吁武装冲突各方除了要遵守禁止指令攻击文化财产和礼拜场所的义务之外,还要保护这些物体。

对每一民族文化遗产有重大意义的财产

关于“对每一民族的文化遗产有重大意义的财产”,《保护文化财产的海牙公约》

例如,参见下列国家的立法:阿根廷(同上,第105段)、澳大利亚(同上,第109段)、阿塞拜疆(同上,第110段)、波斯尼亚和黑塞哥维纳(同上,第113段)、保加利亚(同上,第114段)、加拿大(同上,第117段)、智利(同上,第118段)、中国(同上,第119段)、哥伦比亚(同上,第120段)、刚果(同上,第122段)、克罗地亚(同上,第124段)、多米尼加共和国(同上,第128段)、爱沙尼亚(同上,第130段)、德国(同上,第132段)、意大利(同上,第135段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第138段)、马里(同上,第142段)、墨西哥(同上,第143段)、荷兰(同上,第144-145段)、新西兰(同上,第147段)、尼加拉瓜(同上,第148段)、巴拉圭(同上,第152段)、秘鲁(同上,第153段)、波兰(同上,第154段)、罗马尼亚(同上,第155段)、俄罗斯(同上,第156段)、斯洛文尼亚(同上,第158段)、西班牙(同上,第160段)、英国(同上,第167段)、美国(同上,第168段)、乌拉圭(同上,第169段)、委内瑞拉(同上,第170段)、南斯拉夫(同上,第167段);另见布隆迪的立法草案(同上,第115段)和特立尼达和多巴哥的立法草案(同上,第165段)。

例如,参见下列国家的实践:佛得角(同上,第181段)、中国(同上,第183段)、克罗地亚(同上,第185段)、法国(同上,第192段)、德国(同上,第194段)、伊朗(同上,第202段)、巴基斯坦(同上,第215段)、阿拉伯联合酋长国(同上,第219段)和南斯拉夫(同上,第237-239段);联合国安理会,第1265号决议(同上,第244段);联合国大会,第47/147、49/196和50/193号决议(同上,第247段);联合国人权委员会,第1984/1、1985/1、1986/1、1987/2、1988/1、1989/2和第1986/43号决议(同上,第247段),第1994/72号决议(同上,第248段),第1998/70号决议(同上,第249段);UNESCO, General Conference, Res 4.8(同上,第251段);OIC, Contact Group on Jammu and Kashmir(同上,第260段) and Res. 1/5-EX(同上,第261段);Islamic Summit Conference, Ninth Session, Res. 25/8-C(IS)(同上,第266段)。

Lieber Code, Article 35(同上,第25段);Brussels Declaration, Article 17(同上,第26段);Oxford Manual, Article 34(同上,第27段);《海牙章程》第27条(同上,第1-2段)。

Report of the Commission on Responsibility(同上,第28段)。

例如,参见下列国家的正式声明:澳大利亚(同上,第178段)、埃及(同上,第186段)、法国(同上,第189段)、以色列(同上,第205段)、英国(同上,第220段和第222-225段)、美国(同上,第226段和第231-233段)和南斯拉夫(同上,第236段)。

27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Plan of Action for the years 2000-2003(经协商一致通过)(同上,第265段)。

试图通过鼓励给这种财产加以蓝白相间的盾状防护标志的方式来加强其保护，还通过将攻击的合法性限于极为例外的情况来加强其保护，即仅在“军事必要所绝对需要的情况下”方得予以摒弃此项义务。⁰

至本书写作之时，已经有111个国家批准了《海牙公约》。正如联合国教科文组织的大会和该公约的非缔约国所说，该公约中的保护和保存文化财产的基本原则被广泛认为是对习惯国际法的宣示。¹ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在1995年的“塔迪奇案”(Tadic, case)中指出，依据习惯国际法，《海牙公约》适用于非国际性武装冲突。²

许多国家的军事手册明确规定，应当尊重和保护对每一民族文化遗产有重大意义的财产。³ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是《第一附加议定书》的当事方。⁴ 根据许多国家的立法规定，对每一民族文化遗产有重大意义的财产进行攻击是犯罪行为。⁵

军事必要所绝对需要情况下的放弃保护

1999年经协商一致通过的《保护文化财产海牙公约的第二议定书》更新了《海牙

《保护文化财产公约》第6条和第16条。

⁰ 《保护文化财产公约》第4(2)条(参见第2卷,第12章,第7段)。

¹ UNESCO, General Conference, Res. 3.5(同上,第250段);美国, Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第103段)。

² ICTY, Tadic, case, Interlocutory Appeal(同上,第268段)。

³ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第40段)、澳大利亚(同上,第41-42段)、贝宁(同上,第45段)、加拿大(同上,第50-51段)、哥伦比亚(同上,第52段)、克罗地亚(同上,第54-55段)、法国(同上,第59-61段)、德国(同上,第62-63段)、匈牙利(同上,第64段)、以色列(同上,第67段)、意大利(同上,第68-69段)、肯尼亚(同上,第70段)、韩国(同上,第72段)、马达加斯加(同上,第73段)、荷兰(同上,第76-77段)、新西兰(同上,第79段)、菲律宾(同上,第82-83段)、俄罗斯(同上,第84段)、南非(同上,第86段)、西班牙(同上,第87段)、瑞典(同上,第89段)、瑞士(同上,第90-91段)、多哥(同上,第92段)、美国(同上,第103段)以及据报告的以色列的实践(同上,第66段)。

⁴ 例如,参见下列国家的军事手册:贝宁(同上,第45段)、哥伦比亚(同上,第52段)、克罗地亚(同上,第55段)、肯尼亚(同上,第70段)、韩国(同上,第72段)、新西兰(同上,第79段)、菲律宾(同上,第82-83段)、多哥(同上,第92段)、美国(同上,第103段)和英国(同上,第93-94段)。

⁵ 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第107段)、澳大利亚(同上,第108段)、白俄罗斯(同上,第111段)、比利时(同上,第112段)、波黑(同上,第113段)、加拿大(同上,第116段)、哥伦比亚(同上,第121段)、库克群岛(同上,第123段)、克罗地亚(同上,第124段)、古巴(同上,第125段)、塞浦路斯(同上,第126段)、捷克共和国(同上,第127段)、格鲁吉亚(同上,第131段)、匈牙利(同上,第133段)、爱尔兰(同上,第134段)、拉脱维亚(同上,第139段)、立陶宛(同上,第141段)、荷兰(同上,第145段)、新西兰(同上,第146段)、尼日尔(同上,第150段)、挪威(同上,第151段)、波兰(同上,第154段)、罗马尼亚(同上,第155段)、俄罗斯(同上,第156段)、斯洛伐克(同上,第157段)、斯洛文尼亚(同上,第158段)、西班牙(同上,第159-160段)、瑞典(同上,第161段)、瑞士(同上,第162段)、塔吉克斯坦(同上,第164段)、英国(同上,第166段)、南斯拉夫(同上,第171段)和津巴布韦(同上,第172段);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第106段)、萨尔瓦多(同上,第129段)、约旦(同上,第137段)、黎巴嫩(同上,第140段)和尼加拉瓜(同上,第149段)。

公约》，规定了 1954 年以来国际人道法的发展。在这方面，重要的是，正如在预备会议中许多国家所要求的那样，《第二议定书》保留了军事必要所绝对需要的情况下放弃保护的规定，而且该议定书还澄清了它的含义。该议定书规定，只有在以下情况下以及在此期间，才可以援引基于军事上绝对需要而放弃保护这项例外，即（一）该项文化财产所起的作用已使其变为了军事目标，并且（二）的确已没有其他办法能够像对该目标采取敌对行动那样获得相同的军事优势。⁶《第二议定书》还进一步规定，存在这种军事必要必需的情形必须由一定级别的军官来决定，如果需要攻击，当条件允许时，应及时向对方发出有效的警告。⁷ 在《第二议定书》的谈判过程中，对基于军事必要所绝对需要的情况下放弃保护所作的这种解释没有发生争议。

不应把这条规则和《第一附加议定书》第 53(1) 条以及《第二附加议定书》第 16 条中禁止攻击文化财产的规定相混淆，后两者没有规定军事必要所绝对必需的情况下放弃保护。⁸ 正像在通过《附加议定书》的外交会议上许多声明所强调的，这些条款仅仅包括数量有限的非常重要的文化财产，即那些组成“人们”（也就是说人类）的文化或精神遗产的财产。但是，《海牙公约》规定的范围要更广，包括组成“每一民族”文化遗产的财产。⁹ 《附加议定书》所包括的财产必须是非常重要的以至于即使没有标记也将为所有人认可的财产。在通过附加议定书的外交会议上，有些国家指出，尽管没有对这种放弃保护做出规定，但是如果这种非常重要的文化财产被非法用作军事目的，那么还是可能会成为攻击目标。⁰

规则 39 禁止以可能使之遭受毁坏或损害的目的使用对于每一民族的文化遗产而言具有重大意义的财产，除非为军事必要所绝对要求。

实践

第 2 卷, 第 12 章, B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

⁶ 《保护文化财产公约第二议定书》第 6(1) 条(同上, 第 21 段)。

⁷ 《保护文化财产公约第二议定书》第 6(3) 条和第 6(4) 条(同上, 第 21 段)

⁸ 《第一附加议定书》第 53(1) 条(经协商一致通过)(同上, 第 10 段);《第二附加议定书》第 16 条(以 35 票赞成、15 票反对、32 票弃权通过)(同上, 第 18 段)。

⁹ 例如, 参见下列的声明: 澳大利亚(同上, 第 175 段)、加拿大(同上, 第 180 段)、德国(同上, 第 193 段)、荷兰(同上, 第 210 - 211 段)、英国(同上, 第 220 段)、美国(同上, 第 227 段)。

⁰ 例如, 参见下列国家的声明: 德国(同上, 第 193 段)、荷兰(同上, 第 210 段)、英国(同上, 第 220 段)、美国(同上, 第 227 段)。

国际性和非国际性武装冲突

该规则规定在《保护文化财产的海牙公约》第4条中,该条适用于国际性和非国际性武装冲突。¹ 正如联合国教科文组织的大会和该公约的非缔约国所表示的,《海牙公约》中的保护和保存文化财产的基本原则被广泛认为是对习惯国际法的宣示。² 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪奇案”中指出,根据习惯国际法,《海牙公约》适用于非国际性武装冲突。³ 另外,该规则还规定在涉及非国际性武装冲突的其他法律文件中。⁴

许多军事手册也规定,除非军事必要所绝对要求,禁止为有可能使其遭受毁坏或损害的目的而使用对每一民族文化遗产有重大意义的财产。⁵ 其中包括那些不是《海牙公约》缔约国的国家的军事手册。⁶ 另外,一些军事手册还规定,为不适当的目的使用享有特权的建筑物构成战争罪。⁷ 国家实践还明确提及禁止利用文化财产掩护军事行动的行为。⁸

军事必要所绝对需要情况下的放弃保护

《保护文化财产海牙公约的第二议定书》就利用文化财产阐明了在军事必要所绝对需要的情况下放弃保护的含意。它规定,只有当没有别的办法可以获得与使用文化财产同等的军事优势,且仅在此期间,才能援引基于军事必要所绝对需要情况下的放弃保护,从而将文化财产用于会使其遭损毁或破坏的目的。⁹ 《第二议定书》还进一步规定,这种军事必要的存在必须通过一定级别的军官来决定。¹⁰ 在《第二议定书》的谈判过程中,对基于军事必要所绝对需要的情况下放弃保护的解释没有任何

¹ 《保护文化财产公约》第4条(同上,第282段)和第19条(同上,第283段)。

² UNESCO, General Conference, Res. 3.5 (同上,第347段);美国,Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第329段)。

³ ICTY, Tadić case, Interlocutory Appeal(同上,第268段)。

⁴ 例如,参见联合国秘书长公告第6.6节(同上,第300段)。

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第301段)、澳大利亚(同上,第302段)、加拿大(同上,第303-304段)、克罗地亚(同上,第305段)、德国(同上,第306-307段)、以色列(同上,第308段)、意大利(同上,第309-310段)、肯尼亚(同上,第311段)、荷兰(同上,第312-313段)、新西兰(同上,第314段)、尼日利亚(同上,第316段)、俄罗斯(同上,第317段)、南非(同上,第318段)、西班牙(同上,第319段)、瑞典(同上,第320段)、瑞士(同上,第321-322段)、美国(同上,第324-329段)。

⁶ 例如,参见下列国家的军事手册:肯尼亚(同上,第311段)、南非(同上,第318段)、美国(同上,第324-329段)。

⁷ 例如,参见下列国家的军事手册:加拿大(同上,第303-304段)、新西兰(同上,第314段)、尼日利亚(同上,第315段)、英国(同上,第323段)、美国(同上,第324-325和327段)。

⁸ 例如,参见:以色列的军事手册(同上,第308段);美国的声明(同上,第345-346段);OSCE, Europe Spillover Monitoring Mission to Skopje, Press Release(同上,第349段)。

⁹ 《保护文化财产公约第二议定书》第6(2)条(同上,第291段)。

¹⁰ 《保护文化财产公约第二议定书》第6(3)条(同上,第21段)。

争议。

不应把这条规则和《第一附加议定书》第 53(2) 条和《第二附加议定书》第 16 条中禁止使用文化财产的规定相混淆, 后者没有规定军事必要所绝对需要的情况下的放弃保护。正像最后通过《附加议定书》的外交会议上的许多声明所强调的, 这些条款仅仅包括数量有限的非常重要的文化财产, 即那些组成“人们”(也就是说人类)文化或精神遗产的财产, 但是,《海牙公约》规定的范围要更广, 包括组成“每一民族”文化遗产的财产。³ 《附加议定书》所包括的财产必须是非常重要以至于即使没有标记也将为所有人认可的财产。

规则 40 冲突各方必须保护文化财产:

(1) 禁止对一切用于宗教、慈善、教育、艺术和科学目的的机构、历史纪念物以及艺术与科学作品予以扣押、毁坏或故意损坏。

(2) 禁止针对就每一民族的文化遗产而言具有重大意义的财产实施任何形式的盗窃、抢劫或侵占以及任何破坏行为。

实践

第 2 卷, 第 12 章, C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

扣押、毁坏或故意损坏文化财产

《海牙章程》第 56 条规定, 禁止一切对用于宗教、慈善和教育、艺术和科学机构的财产、历史性建筑物、艺术和科学作品的任何没收、毁灭和有意的损害。³ 根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》的规定, 违反这一规定也就违反了战争法和惯例, 该规约对此具有管辖权。³ 《国际刑事法院规约》规定, 在国际性和非国际性武装冲突中, 非为冲突必要所绝对需要而对用于宗教、教育、艺术、科学或慈善目的的建筑物和历史纪念物的毁坏和扣押, 构成战争罪。³

³ 例如, 参见下列国家的声明: 澳大利亚(同上, 第 175 段)、加拿大(同上, 第 180 段)、德国(同上, 第 193 段)、荷兰(同上, 第 210 - 211 段)、英国(同上, 第 220 段)、美国(同上, 第 227 段)。

³ 《海牙章程》第 56 条(同上, 第 355 - 356 段)。

³ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3(4) 条(同上, 第 366 段)。

³ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(ix) 条(同上, 第 19 段)和第 8(2)(b)(xii) 条(引用于第 2 卷, 第 16 章, 第 55 段)、第 8(2)(e)(iv) 条(参见第 2 卷, 第 12 章, 第 19 段)和第 8(2)(e)(xii) 条(参见第 2 卷, 第 16 章, 第 56 段)。

许多军事手册都规定了这一条款。⁵ 在许多国家的立法中,扣押、毁坏或者故意损害文化财产是一种犯罪。⁶ 第二次世界大战之后,法国设在梅斯的常设军事法庭在1947年的“林根菲尔德案”(Lingenfelder case)、美国设在纽伦堡的军事法庭在1948年的“冯·莱布案(最高指挥部审判)案”[Von Leeb (The High Command Trial) case]以及在1949年的“魏茨泽克案”(Weizsaecker case)中,都判定被告犯有扣押和毁坏文化财产罪。³

盗窃、抢劫、侵占和毁坏艺术品的行为

《保护文化财产海牙公约》第4条禁止盗窃、抢劫、侵占和毁坏艺术品的行为,这条规定适用于国际性和非国际性武装冲突。⁸ 正如联合国教科文组织的大会和该公约的非缔约国所声明的,《海牙公约》中保护和保存文化财产的基本原则被广泛认为是对习惯国际法的宣示。⁹ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪奇案”中指出,依据习惯国际法,《海牙公约》适用于非国际性武装冲突。¹⁰ 另外,该规则还规定在适用于非国际性武装冲突的其他文件中。⁴

尊重文化财产的义务也规定在许多军事手册中。² 不尊重文化财产在许多国家的立法中是犯罪行为。³ 这个规则也得到了不是或者当时不是《海牙公约》缔约国的

⁵ 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(引用于第2卷,第12章,第371段)、澳大利亚(同上,第372段)、加拿大(同上,第373-374段)、德国(同上,第375-376段)、意大利(同上,第378段)、荷兰(同上,第379-380段)、新西兰(同上,第381段)、尼日利亚(同上,第382-383段)、瑞典(同上,第384段)、英国(同上,第386段)和美国(同上,第387-388段)。

⁶ 例如,参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第389段)、爱沙尼亚(同上,第392段)、意大利(同上,第393段)、卢森堡(同上,第395段)、荷兰(同上,第396段)、尼加拉瓜(同上,第397段)、波兰(同上,第399段)、葡萄牙(同上,第400段)、罗马尼亚(同上,第401段)、西班牙(同上,第402段)、瑞士(同上,第403段);另见萨尔瓦多的立法草案(同上,第391段)和尼加拉瓜的立法草案(同上,第398段)。

³ 法国,Permanent Military Tribunal at Metz, Lingenfelder case(同上,第405段);美国,Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第406段) and Weizsaecker case(同上,第407段)。

⁸ 《保护文化财产公约》第4条(同上,第357段)和第19条(同上,第358段)。

⁹ See, e.g., UNESCO, General Conference Res. 3.5(同上,第419段);美国,Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第388段)。

¹⁰ ICTY, Tadic case, Interlocutory Appeal(同上,第428段)。

⁴ 例如,参见联合国秘书长公告第6.6节(同上,第370段)。

² 例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第371段)、澳大利亚(同上,第372段)、加拿大(同上,第373-374段)、德国(同上,第375-376段)、以色列(同上,第377段)、意大利(同上,第378段)、荷兰(同上,第379-380段)、新西兰(同上,第381段)、尼日利亚(同上,第382-383段)、瑞典(同上,第384段)、瑞士(同上,第385段)、英国(同上,第386段)和美国(同上,第387-388段)。

³ 例如,参见下列国家的立法:保加利亚(同上,第389段)、中国(同上,第390段)、爱沙尼亚(同上,第392段)、意大利(同上,第393段)、立陶宛(同上,第394段)、卢森堡(同上,第395段)、荷兰(同上,第396段)、尼加拉瓜(同上,第397段)、波兰(同上,第399段)、葡萄牙(同上,第400段)、罗马尼亚(同上,第401段)、西班牙(同上,第402段)、瑞士(同上,第403段)、乌克兰(同上,第404段);另见萨尔瓦多的立法草案(同上,第391段)和尼加拉瓜的立法草案(同上,第398段)。

国家的正式声明的支持。⁴ 禁止掠夺文化财产是对禁止掠夺这项一般规则的具体适用(见规则 52)。

没有发现违反本规则的正式实践。各国一般都公开谴责违反本规则的行为。⁵ 联合国和其他国际组织也谴责这种违反行为。例如,1998年,联合国人权委员会对破坏和掠夺阿富汗的文化和历史遗产的报道深表忧虑。虽然阿富汗不是《保护文化遗产海牙公约》的缔约国,但是联合国人权委员会强烈要求阿富汗各方保护和保存这种遗产。⁶ 2001年,塔利班政权决定摧毁属于阿富汗国家博物馆的十几个远古雕像,并随后摧毁了巴米扬佛像。此举受到了国际社会,尤其是联合国教科文组织的广泛谴责。⁷

规则 41 占领国须防止文化财产从被占领土非法输出,并且须将非法输出之财产返还被占领土的主管当局。

实践

第 2 卷,第 12 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

从被占领土输出文化财产

《保护文化遗产海牙公约第一议定书》第一段规定了防止从被占领土输出文化财产的义务。该议定书有 88 个缔约国,其中包括特别受到占领影响的国家。⁸ 《非法买卖文化财产公约》(全称是《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转移其所有权的方法的公约》——校者注)第 2 条第 2 款也规定了这个规则。根据该条款的规定,缔约国承担利用现有手段,特别是通过“消除其根源、制止现有做法和帮助给予必要的补偿”来反对文化财产的非法进出口和所有权的转移。⁹ 该公约第 11 条规定:“一个国家直接或间接地由于被他国占领而被迫出口文化财产或转让其所有权

⁴ 例如,参见下列国家的声明:阿塞拜疆(同上,第 408 段)、中国(同上,第 410 - 411 段)和美国(同上,第 414 段)。

⁵ 例如,参见下列国家的声明:阿塞拜疆(同上,第 408 段)、中国(同上,第 410 - 411 段)、伊朗(同上,第 412 段)和美国(同上,第 414 段)。

⁶ 联合国人权委员会,第 1998/70 号决议(同上,第 418 段)。

⁷ See, e.g., UNESCO, Press Release No. 2001 - 27(同上,第 421 段) and Press Release No. 2001 - 38(同上,第 422 段)。

⁸ 《保护文化遗产公约第一议定书》第 1 段(同上,第 431 段)。

⁹ 《非法买卖文化财产公约》第 2(2)条(同上,第 455 段)。

应被视为非法”。⁶ 已经有 104 个国家批准了该公约,其中 37 个国家不是《保护文化财产海牙公约第一议定书》的缔约国。由于有 88 个国家是《保护文化财产海牙公约第一议定书》的缔约国,这就意味着共有 125 个国家有尊重该规则的条约义务。另外,《保护文化财产海牙公约第二议定书》第 9 条第 1 款要求占领国禁止并防止“一切文化财产的非法出口、移动或转让”,同时,第 21 条要求各国制止上述违法行为。⁵ 在通过《第二议定书》的谈判过程中,各国对于纳入该条规则没有任何分歧。同盟国的政府在 1943 年的《伦敦宣言》中警告,他们认为,任何转移财产权包括文化财产权的行为都是非法的。³

支持本规则的其他实践还有各国的军事手册、国内立法和正式声明。⁵ 尽管这些实践涉及《保护文化财产海牙公约第一议定书》的缔约国,但是还是可以认为,禁止文化财产的出口是一项习惯国际法,因为除了上述提及的支持本规则的国家实践之外,这项义务是尊重文化财产的义务,尤其是禁止扣押文化财产的义务所固有的内容(见规则 40)。如果不可以扣押文化财产,那么就更加不可以出口了。

没有发现违反本规则的正式实践。

返还从被占领土输出的文化财产

第二次世界大战以后,国家签订了一些条约来解决返还在占领期间输出的文化财产问题。根据 1947 年签订的《同盟国及其参与国对意大利的和平条约》,意大利有义务向南斯拉夫和埃塞俄比亚返还文化财产。⁵ 根据 1952 年的《解决战争和占领引起的事务的公约》,德国要设立一个机构来寻找、修复和归还二战期间其从被占领土搜刮的文化财产。⁵ 返还从被占领土非法输出的文化财产的义务也在《保护文化财产海牙公约第一议定书》的第 3 段中有规定,该议定书有 88 个批准国。⁶

《保护文化财产海牙公约第一议定书》第 3 款是较为一般性的规定,适用于该议定书的所有缔约国而不仅仅适用于占领国。⁵ 但是,没有发现第三方有义务返还非

⁶ 《非法买卖文化财产公约》第 11 条(同上,第 433 段)。

⁵ 《保护文化财产公约第二议定书》第 9(1)条(同上,第 434 段)和第 21 条(同上,第 435 段)。

³ London Declaration(同上,第 437 段)。

⁵ 例如,参见:德国, Military Manual(同上,第 440 段);卢森堡, Law on the Repression of War Crimes(同上,第 441 段);以色列, Military Court of Hebron, judgments under Jordanian law(同上,第 442 段);伊拉克的声明(同上,第 443 段)和科威特的声明(同上,第 468 段); Islamic Summit Conference, Ninth Session, Res. 25/8 - C (IS)(同上,第 446 段)。

⁵ Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Italy, Article 12(同上,第 472 段) and Article 37(同上,第 450 段)。

⁵ Convention on the Settlement of Matters Arising out of the War and the Occupation, Chapter Five, Article 1, para. 1(同上,第 452 段)。

⁶ 《保护文化财产公约第一议定书》第 3 段(同上,第 453 段)。

⁵ 《保护文化财产公约第一议定书》第 3 段。它规定:“缔约各方承允在敌对行为终止时,将在其领土内的文化财产返还给以前被占领土的主管当局,但以此项财产的输出是违反第一款所规定的原则者为限。此项财产无论如何不得作为战争赔偿而予以保留。”

法出口的、并仍在其境内的文化财产的实践。因此,该规则是个较窄的规定。至少对于那些没有尽到防止文化财产非法出口义务的占领国而言,它必须通过返还这些文化财产,来弥补自己的过失。根据《保护文化财产海牙公约第一议定书》第4段的规定,必须对文化财产的可能的善意持有人予以赔偿。⁸

很多正式声明也承认了返还文化财产的义务,其中包括德国涉及其二战期间占领的声明和伊拉克涉及其对科威特的占领的声明。⁹ 在海湾战争中,联合国安理会数次强烈要求伊拉克返还其扣押的科威特的所有财产。⁶ 2000年,联合国秘书长谈到,海湾战争结束后,相当多的文化财产都已经返还,但是还有许多物品仍需返还。他强调:“应该首先由伊拉克返还科威特的档案……和博物馆的物品。”⁶ 尽管该实践涉及的是《保护文化财产海牙公约第一议定书》的缔约国,但是还是可以认为,返还非法输出的文化财产的义务是一项习惯国际法规则,因为除了上述提及的支持该规则的国家实践之外,这项义务是尊重文化财产的义务,尤其是禁止扣押文化财产这项义务所固有的内容(见规则40)。如果不可以扣押或掠夺文化财产,那么在非法输出之后,就更不可以扣留。返还非法输出的文化财产是赔偿的一种适当方式(见规则150)。

没有发现违反本规则的正式实践。

保留文化财产作为战争赔偿

《保护文化财产海牙公约第一议定书》的第3段明确规定,文化财产绝不应作为战争赔款而予留置。⁸ 但是,俄罗斯在1997年制定的《被迁移的文化财产法案》规定,依照苏联政府的命令行使其战争赔偿权利而进入苏联的文化财产,是俄罗斯联邦的联邦财产。⁶ 1999年,俄罗斯宪法法院判定该法合宪,因为该法涉及的是“俄罗斯对于以战争赔款的方式从前敌国输入俄罗斯的文化财产的权利”。该法院认为:

前敌国以一般的返还或补偿性返还的形式赔偿其被害人这项义务是有依据的,那就是二战前早已确立的涉及侵略国的国际法律责任的国际法基本原则。⁶

德国曾数次反对这个决定,并声称:“二战期间和二战后纳粹政权窃取和毁坏文

⁸ 《保护文化财产公约第一议定书》第4段(同上,第453段)。

⁹ 例如,参见:德国的声明(同上,第460段)和伊拉克的声明(同上,第464-465段)。

⁶ 联合国安理会,第686、687号决议(同上,第472段)和第1284号决议(同上,第473段)。

⁶ 联合国秘书长,《根据第1284(1999)号决议第14段提交的第二次报告》(同上,第477段)。

⁸ 《保护文化财产公约第一议定书》第3条(同上,第453段)。

⁶ 俄罗斯, Law on Removed Cultural Property(同上,第458段)。

⁶ 俄罗斯, Constitutional Court, Law on Removed Cultural Property case(同上,第459段)。

化财产的行为和苏联迁移文化财产的行为都是违反国际法的”。⁶ 然而,必须强调的是,俄罗斯的这个法律适用于《保护文化财产海牙公约第一议定书》生效之前的行为。

⁶ 例如,参见:德国的声明(同上,第 461 - 462 段)。

第 13 章

含有危险力量的工程和装置

规则 42 如果含有危险力量的工程或装置(如堤坝与核发电站以及在这类工程或装置的位置上或在其附近的其他装置)受到攻击,则须给予特别注意,以避免引起危险力量的释放,从而在平民居民中造成严重的损失。

实践

第 2 卷,第 13 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

当含有危险力量的工程和装置为民用物体时,它们不可以成为攻击的对象(见规则 7)。只有在用于军事目的的情况下,这些工程和装置才可以被攻击(见规则 7)。实践表明,国家已意识到,当对用于军事目的这类工程和装置进行攻击时,存在产生严重的附带损失的高度风险。因此,它们承认,在攻击这类工程和装置时,必须予以特别的注意。

在上述认识的基础上,国家详细地制定了《第一附加议定书》第 56 条和《第二附加议定书》第 15 条中的具体规则。 这些规则也规定在许多军事手册中。 许多国

《第一附加议定书》第 56 条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 13 章,第 1 段);《第二附加议定书》第 15 条(经协商一致通过)(同上,第 5 段)。

例如,参见下列国家的军事手册:阿根廷(同上,第 11 段)、澳大利亚(同上,第 12 段)、比利时(同上,第 14 段)、贝宁(同上,第 15 段)、喀麦隆(同上,第 16 段)、加拿大(同上,第 17 段)、法国(同上,第 21 - 23 段)、德国(同上,第 24 段)、肯尼亚(同上,第 29 段)、荷兰(同上,第 32 - 33 段)、新西兰(同上,第 34 段)、南非(同上,第 36 段)、西班牙(同上,第 37 段)、瑞士(同上,第 38 - 39 段)、多哥(同上,第 40 段)、英国(同上,第 41 段)和南斯拉夫(同上,第 46 段)。

家的立法也都规定,对此类工程和装置进行攻击而导致严重损失的行为是犯罪行为。其他许多国家的军事手册及立法也都禁止攻击此类工程和装置。

在批准《第一附加议定书》时,法国和英国发表声明说,它们不能给予用于军事目的的含有危险力量的工程和装置以“绝对”保护。但鉴于对含有危险力量的工程和装置的任何攻击所固有的特殊危险,它们认识到,在对此类工程和装置予以攻击的例外情况下,应分别采取“必要”和“适当”的预防措施,以避免对平民居民造成附带的严重损失。哥伦比亚政府在政府军为驱逐游击队而对堤坝实施攻击时同样发表声明,认为需要采取限制和预防性的措施。

以色列和美国强调,在评估针对作为军事目标的含有危险力量的工程和装置实施攻击的合法性时,比例性标准至关重要。但是,根据比例性原则所进行的评估必须在个案的基础上进行,这一立场同样说明,当危险力量从此类工程和装置中释放出来时,对平民居民可能造成严重损失,这个问题非常敏感。“知悉攻击将造成过分的平民生命损失、平民伤害或民用物体损害,却发动对含有危险力量的工程或装置的攻击”,构成严重破坏《第一附加议定书》的行为。根据许多国家的立法规定,这种攻击构成犯罪。

近几十年来,在对此类工程和装置发动的攻击事件中,攻击者均强调,它已尽了

例如,参见下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第51段)、匈牙利(同上,第65段)(“导致严重损失”)、立陶宛(同上,第69段)(“知悉此类攻击可能会产生极为严重的后果”)、斯洛文尼亚(同上,第67段)(“攻击具有特别的危险”)、西班牙(同上,第77段)(“大量损失”);另见下列国家的立法草案:阿根廷(同上,第47段)、萨尔瓦多(同上,第61段)、约旦(同上,第67段)(“平民居民广泛的伤亡及对平民财产的损失”),尼加拉瓜(同上,第72段)。

例如,参见下列国家的军事手册:克罗地亚(同上,第19段)、法国(同上,第21-22段)、意大利(同上,第27-28段)、韩国(同上,第30段)、马达加斯加(同上,第31段);以及下列国家的立法:比利时(同上,第53段)、波黑(同上,第54段)、哥伦比亚(同上,第56段)(“建立在紧迫军事需要基础上而无正当理由”)、克罗地亚(同上,第58段)、捷克共和国(同上,第60段)(“蓄意破坏或损坏”)、爱沙尼亚(同上,第62段)、格鲁吉亚(同上,第63段)(“明知此类攻击会招致损失”)、德国(同上,第64段)、斯洛伐克(同上,第75段)(“蓄意破坏或损坏”)、塔吉克斯坦(同上,第79段)和南斯拉夫(同上,第81段)。

参见:法国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第4段);英国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第3段)。

哥伦比亚,Comments of the Office of the Human Rights Adviser of the Presidency(同上,第88段)。

关于以色列实践的报告(同上,第98段);美国,Air Force Pamphlet(同上,第42段),Naval Handbook(同上,第44段),Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第45段)and Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第108段)。

《第一附加议定书》第85(3)(c)条(同上,第2段)。

例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第48段)、澳大利亚(同上,第49-50段)、白俄罗斯(同上,第50段)、比利时(同上,第53段)、加拿大(同上,第55段)、库克群岛(同上,第57段)、塞浦路斯(同上,第59段)、爱尔兰(同上,第66段)、荷兰(同上,第70段)、新西兰(同上,第71段)、尼日尔(同上,第73段)、挪威(同上,第74段)、瑞典(同上,第78段)、英国(同上,第80段)、津巴布韦(同上,第82段),另见黎巴嫩的立法草案(同上,第68段)。

最大可能的注意。这表明,各国对可能释放危险力量的攻击更为敏感。⁰ 各国对此类攻击的谴责和否定以及对含有危险力量的工程和装置的攻击行为表现出来的限制态度进一步说明,国家对此问题十分敏感。¹

由此看来,当发动攻击对于获取重要的军事利益来说是不可或缺的、而且通过其他方式无法获得、并已采取了所有必要的预防措施时,就可以发动此类攻击。鉴于存在严重附带损失的高度风险,英国和美国的立场是,对含有危险力量的工程和装置进行攻击的决定必须分别由“高层指挥部”和“适当的政治高层”做出。这种立场表明了这种决策的重要性。²

国家实践没有把这一规则看作是对一方的要求。处于防御地位的一方同样有义务采取一切抵御攻击的可能的预防措施,来维护或增强对含有危险力量的工程和装置的保护:这类工程和装置不应用来直接支持军事行动;军事目标不得处于这类含有危险力量的工程和装置的位置或其附近;绝不能用此类工程和装置来掩护军事行动。³

针对含有危险力量的工程和装置的交战报复行为将在第 41 章中加以论述。

本规则的适用范围

《附加议定书》把本规则的适用对象限于堤、坝和核发电站。在通过附加议定书的外交会议上,没有就其他含有危险力量的工程和装置是否也应适用本规则的问题达成共识。⁴ 然而,以上所提到的需考虑的因素同样应适用于其他装置,如化工厂和炼油厂。攻击此类装置会导致对平民居民和自然环境的严重损害。这意味着,如果这类工程和装置成为军事目标,决定攻击这种装置时,需要在攻击时采取一切必要的预防措施。

⁰ 例如,参见:英国,Statement by the Secretary of Defence before the Defence Committee(关于海湾战争)(同上,第 105 段)以及美国关于越南战争的实践,可以在下面的书中找到:W. Hays Parks, “Air War and the Law of War”(同上,第 107 段)。

¹ 例如,参见:美国的各种军事手册(同上,第 45 段);下列国家的声明:中国(同上,第 87 段)、伊朗(同上,第 95 段)、伊拉克(同上,第 96 - 97 段)、英国(同上,第 104 段)以及据报告的巴基斯坦的实践(同上,第 101 段)。

² 英国:Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 3 段),美国:Air Force Pamphlet(同上,第 42 段)。

³ 参见引用的实践(同上,第 129 - 153 段)。

⁴ 《第一附加议定书》第 56 条(经协商一致通过)(同上,第 1 段);《第二附加议定书》第 15 条(经协商一致通过)(同上,第 5 段)。

第 14 章

自然环境

规则 43 有关敌对行动的基本原则适用于自然环境：

(1) 禁止对自然环境实施攻击，除非它属于军事目标。

(2) 禁止对自然的任何部分予以毁坏，除非为军事必要所绝对要求。

(3) 对军事目标的攻击可能附带造成与预期的具体和直接军事利益相比过分的环境损害，发动此类攻击是被禁止的。

实践

第 2 卷, 第 14 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

区分原则

本规则规定，除非属于军事目标，禁止攻击自然的任何部分，这个规则建立在区分军事目标和民用物体这项一般要求的基础之上（见规则 7）。在《常规武器公约议定书三》中也有此规则。它规定，“禁止以森林或者其他种类的植被作为燃烧弹的攻击对象，但当这种自然环境被用来掩蔽、隐藏或伪装战斗人员或其他军事目标，或它们本身即军事目标时，则不在此限。”一些军事手册和正式声明指出，如果一个地域符合要求的条件，就可以成为军事目标，这也反映了这一规则。

《常规武器公约议定书三》第 2(4) 条（参见第 2 卷，第 30 章，第 110 段）。

例如，参见下列国家的正式声明：比利时（参见第 2 卷，第 2 章，第 622 段）、加拿大（同上，第 597 和 623 段）、德意志联邦共和国（同上，第 597 和 624 段）、法国（同上，第 598 段）、意大利（同上，第 597 段）、荷兰（同上，第 597、599 和 625 段）、新西兰（同上，第 597 段）、巴基斯坦（同上，第 599 段）、西班牙（同上，第 597 段）、英国（同上，第 597、599 和 626 段）和美国（同上，第 599、627 - 628 段）；下列国家的军事手册：澳大利亚（同上，第 601 段）、比利时（同上，第 602 - 604 段）、贝宁（同上，第 605 段）、厄瓜多尔（同上，第 608 段）、法国（同上，第 609 段）、意大利（同上，第 610 - 611 段）、马达加斯加（同上，第 612 段）、荷兰（同上，第 613 段）、新西兰（同上，第 614 段）、西班牙（同上，第 615 段）、瑞典（同上，第 616 段）、多哥（同上，第 617 段）、英国（同上，第 618 段）和美国（同上，第 619 段）。

《武装冲突时期保护环境指南》规定,区分原则适用于自然环境。联合国大会已经请求所有国家广泛分发这些指南,并考虑将其纳入军事手册和向军事人员下达的指示中。军事手册和正式声明也支持把区分原则适用于自然环境。1993年,保护战争受难者国际会议通过的《最后宣言》敦促各国确认并确保尊重保护自然环境免受此种攻击的国际人道法。

适用于国际性和非国际性武装冲突的区分原则也同样适用于自然环境。1993年,红十字国际委员会在向联大提交的武装冲突时期保护环境的报告中阐明了该原则。这一主张没有遭到反对。

非为军事必要的理由破坏财产

依据国家实践,除非是军事必要所必需,禁止破坏和扣押敌人的财产(见规则50)这项规则同样适用于自然环境。《武装冲突时期保护自然环境的指南》指出,该禁止性规定适用于自然环境。它也得到军事手册、国家立法和正式声明的支持。

在1996年的“核武器案”的咨询意见中,国际法院指出,“保护环境是评价一个行为是否符合必要性原则的要素之一”。⁰ 评估北约对南斯拉夫联盟共和国的轰炸的委员会认为,最好从武装冲突法最基本的原则例如必要性和比例性的方面来考虑轰炸对环境的影响。¹

此外,依照《日内瓦第四公约》的规定,“无军事上之必要而以非法与肆意的方式”广泛破坏财产,构成严重破坏公约的行为。² 这一规则在关于自然环境的其他文

Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 4 (参见第2卷,第14章,第5段)。

联合国大会,第49/50号决议(经协商一致通过)(同上,第56段);另见:第51/157号决议,附录(同上,第57段)。

例如,参见:澳大利亚,Defence Force Manual(同上,第8段);下列国家的声明:加拿大(同上,第37段)、伊朗(同上,第41段)、马绍尔群岛(同上,第45段)、俄罗斯(同上,第47段)、美国(同上,第50和53段)。

International Conference for the Protection of War Victims, Final Declaration(同上,第61段)。

ICRC, Report on the protection of the environment in time of armed conflict(同上,第67段)。

Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, paras. 8 and 9(同上,第5段)。

例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第8段)、美国(同上,第11段);下列国家的立法:尼加拉瓜(同上,第22段)、西班牙(同上,第25段);下列国家的声明:澳大利亚(同上,第30段)、奥地利(同上,第33段)、加拿大(同上,第36段)、伊朗(同上,第41-42段)、美国(同上,第50、52-53段);另见:Report of an expert meeting on the protection of the environment in time of armed conflict(同上,第60段)。

⁰ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第62段)。

¹ Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report(同上,第63段)。

² 《日内瓦第四公约》第147条(参见第2卷,第16章,第53段)。

件中得到重述。³ 许多正式声明也将这项规定适用于自然环境。⁴ 在1992年的关于武装冲突中的环境保护的决议中,联合国大会强调“非为军事必要而滥肆破坏环境是明显违反现行国际法”的行为。⁵ 1993年,保护战争受难者国际会议通过的《最后宣言》敦促各国确认和确保遵守保护自然环境免受肆意破坏而造成严重环境损害的国际人道法。⁶

就环境而言,禁止不必要的破坏财产适用于国际性和非国际性武装冲突(见规则50)。红十字国际委员会在1993年向联合国大会提交的关于在武装冲突时期保护环境的报告中阐明了这一原则。⁷ 这一主张没有遭到反对。

比例性原则

实践表明,影响自然环境的附带损害不能多于攻击军事目标所预期得到的军事利益这项原则是得到普遍接受的。这在《武装冲突时期保护自然环境的指南》和《圣雷莫海战手册》中都有规定。⁸

许多正式声明支持比例性原则适用于对环境造成的附带损害这项规则。⁹ 在对南联盟的轰炸行动中,北约表示,在决定攻击目标时,考虑了“一切可能,无论是对环境的、对人类的还是对民用基础设施的附带损害”。¹⁰ 评估北约对南联盟轰炸的委员会认为,轰炸对环境产生的影响“最好从武装冲突法的最基本原则例如必要性和比例性原则的角度来考虑”,同时表示,“为了满足比例性原则的要求,只有在能够提供非常重大的军事利益时,攻击已经知道或可以合理预见到会严重环境损害的军事目标才能被认为是合法的。”¹¹

在1996年的“核武器案”的咨询意见中,国际法院申明,“国家为寻求合法的军

³ See, e.g., Agenda 21, para. 39.6 (参见第2卷,第14章,第3段); San Remo Manual, para. 44 (同上,第4段); Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 8 (同上,第5段)。

⁴ 例如,参见下列国家的声明:巴西(同上,第35段)、伊朗(同上,第41段)和美国(同上,第50和52段);也参见下列国家的声明:日本(“破坏环境”(同上,第43段)、瑞典(“史无前例规模”的破坏)(同上,第48段)和英国(“对地球的故意犯罪”(同上,第49段)。

⁵ 联合国大会,第47/37号决议(未经表决通过)(同上,第55段)。

⁶ International Conference for the Protection of War Victims, Final Declaration (同上,第61段)。

⁷ ICRC, Report on the protection of the environment in time of armed conflict (同上,第67段)。

⁸ Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 4 (同上,第5段); San Remo Manual, para. 13(c) (同上,第6段)。

⁹ 参见下列国家的声明:澳大利亚(同上,第30段)、奥地利(同上,第34段)、加拿大(同上,第37段)、哥伦比亚(同上,第39段)、伊朗(同上,第41段)、约旦(同上,第44段)、罗马尼亚(同上,第46段)和美国(同上,第44和第50段); See also, Report of an expert meeting on the protection of the environment in time of armed conflict (同上,第60段)。

¹⁰ 参见据报告的北约的实践(同上,第58段)。

¹¹ Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report (同上,第63段)。

事目标而衡量什么是必要的和适当的时候,必须对环境因素加以考虑”。²

就环境而言,比例性原则适用于国际性和非国际性武装冲突(见规则 14)。红十字国际委员会在 1993 年向联合国大会提交的关于在武装冲突时期保护环境的报告中阐述了这一原则。³ 这一主张没有遭到反对。

其他保护自然环境的规则

国际人道法的许多其他规则有防止或者限制环境损害的效力,尽管它们并非为此目的,而是为了保护平民居民而制定的。举例来说,这些规则包括:若具有危险力量的建筑工程和设施是军事目标而被作为攻击的对象时,要履行特别注意的义务(见规则 42);禁止攻击对于平民居民的生存来说必不可少的物体(见规则 54)。对自然环境的交战报复行为将在第 41 章中加以讨论。

规则 44 作战方法和手段的使用必须适当考虑对自然环境的保护。在进行军事行动时,须采取一切可能的预防措施,以避免,并无论如何,减少环境附带受损害。尽管某些军事行动对环境的影响尚缺乏科学上的确定性,但这并不足以免除冲突当事方采取预防措施的义务。

实践

第 2 卷,第 14 章,B 节

概要

国家实践将这项规则确立为适用于国际武装冲突的习惯国际法规范,可以说,它也是适用于非国际性武装冲突的。

国际性武装冲突

国家实践表明,在武装冲突时对环境进行保护,不仅是因为保护平民物体的规则适用于环境,而且也是因为需要对环境进行此种保护得到了认可。在过去的几十年里,认识到人类对自然环境的严重破坏促使国际法在保护环境方面得到了长足发展。国际法院在“加布奇科沃—纳吉毛罗斯项目案”(Gabcikovo-Nagymaros Project case)中承认,一国在保护自然环境方面的利益已发展成为一种“根本利益”,该国可以据此来援引“危急情况”这项原则作为免除其他国际义务的依据。⁴

1991 年,联合国安理会通过的一项决议考虑了自然环境的重要性,该决议确认了伊拉克要为其非法入侵和侵占科威特所导致的环境损害和自然资源损耗承担国际

² ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion (同上,第 62 段)。

³ ICRC, Report on the protection of the environment in time of armed conflict (同上,第 67 段)。

⁴ ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project case, Judgment (同上,第 121 段)。

法上的责任。³ 联合国大会在1991年和1992年通过的决议中也对这场战争期间产生的环境恶化表示深切的关注。⁶ 出于这种关注,联合国大会宣布,“每年11月6日为防止战争和武装冲突糟蹋环境国际日”。² 在科索沃危机中,北约对南斯拉夫的轰炸行动对南斯拉夫和邻国造成的环境损害也受到关注。⁸

许多国际文件都提及在武装冲突时保护环境的必要性。⁹ 一些军事手册、正式声明和据报告的实践也对在武装冲突时保护环境的普遍要求做出了明确说明。⁹ 对武装冲突对环境造成严重损害的行为进行谴责进一步反映了这项规则。³ 在“核武器案”和“核武器(世界卫生组织)案”中,在向国际法院提交的意见中,许多国家强调,国际法承认在武装冲突期间保护环境的重要性,它们并不仅限于专门适用于武装冲突的条约中提到的义务。³ 也有证据表明,在海湾战争中对环境的关注影响了军事计划,比如据报道,多国部队出于对环境的考虑停止了某些攻击。³

此外,在1996年的“核武器案”中,国际法院认为,国家有义务确保在其管辖和控制之内的活动尊重其他国家或在国家控制之外的区域的环境,并认为这是习惯国际法的一部分。³

非国际性武装冲突

可以说,如果非国际性武装冲突对其他国家产生影响,对环境负有谨慎注意的义

³ 联合国安理会,第687号决议(同上,第111段)。

⁶ 联合国大会,第46/126号决议(以135票赞成、0票反对、1票弃权通过)(同上,第112段)和第47/151号决议(以159票赞成、0票反对、2票弃权通过)(同上,第112段)。

² 联合国大会,第56/4号决议(同上,第115段)。

⁸ See, e. g., Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on the Environment, Regional Planning and Local Authorities, Report on the Environmental Impact of the War in Yugoslavia on South-East Europe(同上,第117段)。

⁹ 例如,参见:《世界自然宪章》原则5(同上,第73段)和原则20(同上,第74段);《里约宣言》原则24(同上,第76段);Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 11(同上,第77段);San Remo Manual, paras. 35 and 44(同上,第78段)。

⁹ 例如,参见下列国家的军事手册:澳大利亚(同上,第79段)、韩国(同上,第80段)和美国(同上,第81段)、也门的声明(同上,第109段)和据报告的黎巴嫩实践(同上,第96段)。

³ 例如,参见下列国家的声明:中国(同上,第84段)、哥伦比亚(同上,第85段)、德国(同上,第91段)、伊朗(同上,第93段)、荷兰(同上,第99段)和英国(同上,第105段)。

³ 参见下列国家在“核武器案”中向国际法院作出的口头或书面陈述:埃及(同上,第88段)、马来西亚(同上,第97段)、卡塔尔(同上,第102段)和所罗门群岛(同上,第103段);下列国家在“核武器(世界卫生组织)案”中提交的书面陈述:哥斯达黎加(同上,第87段)、墨西哥(同上,第98段)、斯里兰卡(同上,第104段)。

³ A. P. V. Rogers, Law on the Battlefield(同上,第68段)。

³ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第120段);另见:《生物多样性公约》原则3(同上,第71段);《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则21(同上,第72段);《里约宣言》原则2(同上,第75段);伊朗的声明(同上,第92段);American Law Institute, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States(同上,第123段)。

务也适用于非国际性武装冲突。这样说的根据是国际法院的结论。它说:承认保护一国的生态平衡是一种“根本利益”⁵,还说,国家确保在其管辖和控制之内的活动尊重其他国家或在国家控制以外区域的环境的义务是习惯国际法的一部分。⁶

此外,有事例表明,这项习惯法规则也可以适用于发生武装冲突的一国内部的冲突方。在《第二附加议定书》的谈判过程中,为此目的起草一项条约规则的意见得到了一些代表团的赞同。³ 虽然当时未被通过,但是自从1977年以来,同意国际人道法适用于非国际性武装冲突的观点已经得到了很大的支持。而且,许多环境法中的条约适用于一国在其领土内的行为(见下文)。也有一定数量的国家实践表明,保护环境的义务也适用于非国际性的武装冲突,这包括军事手册、正式声明,许多国家向国际法院提交的关于“核武器案”的意见。这些实践均表明,为了维护全人类的利益,必须保护环境。⁸

采取一切可行的预防措施来避免或减少对环境的损害的义务

实践表明,采取一切可行的预防措施来避免及无论如何减少对民用物体的附带损害的义务(见规则15)也同样适用于对自然环境的损害。《武装冲突时期保护环境的指南》对此做出了规定。⁹ 军事手册和正式声明也认为,必须采取预防措施避免或者减少环境损害的发生。⁹

1995年,第26届红十字与红新月国际大会号召冲突各方“采取一切可行的预防措施来避免在他们的军事行动中从事一切可能破坏或者损害水资源的行为”。⁴

⁵ ICJ, Gabcikovo-Nagymaros Project case, Judgment(同上,第121段)。

⁶ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第120段);另见:《生物多样性公约》原则3(同上,第71段);《斯德哥尔摩人类环境宣言》原则21(同上,第72段);《里约宣言》原则2(同上,第75段);伊朗的声明(同上,第92段);American Law Institute, Restatement of the Foreign Relations Law of the United States(同上,第123段)。

³ 参见在通过《附加议定书》的外交会议谈判中的国家实践(同上,第150段)。

⁸ 例如,参见下列国家的军事手册:意大利(同上,第10段)、韩国(同上,第80段);下列国家的声明:阿根廷(同上,第29段)和哥伦比亚(同上,第85段);下列国家在“核武器案”中向国际法院做出的口头和书面陈述:埃及(同上,第88段)、伊朗(同上,第93段)、马来西亚(同上,第97段)、卡塔尔(同上,第102段)、所罗门群岛(同上,第103段);下列国家在“核武器(世界卫生组织)案”中提交的书面陈述:哥斯达黎加(同上,第87段)、墨西哥(同上,第98段)、卢旺达(同上,第253段)、斯里兰卡(同上,第104段)、乌克兰(同上,第261段)。

⁹ Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 4(同上,第5段)。另见:《世界自然宪章》原则20(同上,第74段)。

⁹ 例如,参见:美国,Naval Handbook(同上,第11段);下列国家的声明:阿根廷(同上,第29段)、加拿大(同上,第36和38段);See also Report of an expert meeting on the protection of the environment in time of armed conflict(同上,第60段)。

⁴ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. (经协商一致通过)(同上,第138段)。

预防原则

实践表明,尽管某些军事行动对环境的影响缺乏科学方面的确定性,但是这并不能免除冲突方采取适当的预防措施来防止不当损害的义务。由于在策划攻击时需要估计对环境的潜在影响,因此对环境的全面影响必然存在不确定性,这意味着,“预防原则”与这种攻击尤为相关。环境法上的预防原则已经得到越来越多的承认。²此外,还存在认为这项环境法原则适用于武装冲突的实践。在“核武器案”的咨询意见中,国际法院指出,其在1995年的“核试验(请求审查该情事)案”中所确认的基本原则也适用于在武装冲突中实际使用核武器。³这包括,但不限于预防原则。该原则在1995年的“核试验案”中是一个争论的重点。⁴红十字国际委员会在1993年向联合国大会提交的关于在武装冲突时期保护环境的报告中指出,预防原则是“一项正在出现的,但已被普遍承认的国际法原则,[其目的是]预见和防止对环境的损害,以便确保在有严重或者无法逆转的损害的危险下,缺少科学方面的确定性不应成为推迟采取防止上述损害的措施的理由”。⁵这一主张没有遭到任何国家的反对。

在武装冲突期间环境法的继续适用

在相关的条约没有涉及此内容时,关于环境法的条约在武装冲突期间是否继续适用,尚未达成一致意见。《武装冲突时期保护自然环境的指南》认为,国际环境法“在不与武装冲突所适用的法律相抵触的范围内,可以在武装冲突时期继续适用”。⁶

在“核武器案”的咨询意见中,国际法院并未直接论及此问题,但是认为,环境法“指出了在执行适用于武装冲突的法律和规则时应当予以考虑的重要因素”。⁷少数国家在向国际法院提交的有关此案的意见中对此问题的分析持不同观点。⁸

² 例如,参见:《生物多样性公约》前言(同上,第126段);《里约宣言》原则15(同上,第127段);下列国家的声明:法国(同上,第131段)、新西兰(同上,第132段);UN Economic Commission for Europe, Bergen ECE Ministerial Declaration on Sustainable Development, Article 7(同上,第133段)。

³ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, 8 July 1996, § 32.

⁴ ICJ, Nuclear Tests case (Request for an Examination of the Situation), Order(参见第2卷,第14章,第139段)。新西兰认为,预防原则是个有拘束力的规则(同上,第132段)。尽管法国宣称预防原则是否已经成为有拘束力的国际法还不确定,但是在实践中法国履行符合其所承担的国际环境法的义务的预防性措施(同上,第131段)。国际法院断定,法国和新西兰都在其意见书中再次确认了他们承诺尊重和保护环境义务(同上,第139段)。

⁵ ICRC, Report on the protection of the environment in time of armed conflict(同上,第143段)。

⁶ Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 5(同上,第77段)。

⁷ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第62段)。

⁸ 参见下列国家在“核武器案”中向国际法院作出的口头或者书面陈述:法国(同上,第89段)、所罗门群岛(同上,第103段)、英国(同上,第107段)、美国(同上,第108段)。

规则 45 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。

实践

第 2 卷, 第 14 章, C 节

概要

国家实践将这一规则确立为适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范, 它也可以说是适用于非国际性武装冲突的。看来, 美国是对这一规则的第一部分的“一贯反对者”。另外, 法国、英国和美国在这一规则的第一部分适用于核武器的使用问题上也是“一贯的反对者”。

造成广泛、长期和严重自然环境的损害

《第一附加议定书》第 35(3) 条禁止使用“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”。⁹ 这项禁止性规则也规定在《第一附加议定书》第 55(1) 条中。⁶ 这些条款在被通过时显然是创新的。在批准《第一附加议定书》时, 法国和英国都表示, 必须“根据当时能获得的信息”客观地评价这些条款适用范围内对环境损害带来的风险。⁵

然而, 自从那时起, 已经出现了认为这项禁止性规定已经成为习惯法的重要实践。许多军事手册规定了此项禁止性规则。³ 许多国家的立法规定, 造成广泛、长期和严重的环境损害的行为是犯罪。⁵ 从事此类实践的国家有些还不是或当时不是

⁹ 《第一附加议定书》第 35(3) 条(经协商一致通过)(同上, 第 145 段)。

⁶ 《第一附加议定书》第 55(1) 条(经协商一致通过)(同上, 第 146 段)。

⁵ 法国, Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I, § 6(同上, 第 147 段); 英国, Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I, § e(同上, 第 149 段); 另见: 法国, Interpretative declarations made upon ratification of the ICC Statute, § 7(同上, 第 155 段)。

³ 例如, 参见下列国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 163 段)、澳大利亚(同上, 第 164 - 165 段)、比利时(同上, 第 166 段)、贝宁(同上, 第 167 段)、加拿大(同上, 第 168 段)、哥伦比亚(同上, 第 169 段)、法国(同上, 第 170 段)、德国(同上, 第 171 - 173 段)、意大利(同上, 第 174 段)、肯尼亚(同上, 第 175 段)、荷兰(同上, 第 176 - 177 段)、新西兰(同上, 第 178 段)、俄罗斯(同上, 第 179 段)、西班牙(同上, 第 180 段)、瑞典(同上, 第 181 段)、瑞士(同上, 第 182 段)、多哥(同上, 第 183 段)、英国(同上, 第 184 段)、美国(同上, 第 185 - 186 段)和南斯拉夫(同上, 第 187 段)。

⁵ 例如, 参见下列国家的立法: 澳大利亚(同上, 第 190 段)、阿塞拜疆(同上, 第 191 段)、白俄罗斯(同上, 第 192 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上, 第 193 段)、加拿大(同上, 第 195 段)、哥伦比亚(同上, 第 196 段)、刚果(同上, 第 197 段)、克罗地亚(同上, 第 198 段)、格鲁吉亚(同上, 第 201 段)、德国(同上, 第 202 段)、爱尔兰(同上, 第 203 段)、马里(同上, 第 206 段)、荷兰(同上, 第 208 段)、新西兰(同上, 第 209 段)、挪威(同上, 第 211 段)、斯洛文尼亚(同上, 第 213 段)、西班牙(同上, 第 214 段)、英国(同上, 第 218 段)和南斯拉夫(同上, 第 220 段); 另见下列国家的立法草案: 阿根廷(同上, 第 188 段)、布隆迪(同上, 第 218 段)、萨尔瓦多(同上, 第 199 段)、尼加拉瓜(同上, 第 210 段)和特立尼达和多巴哥(同上, 第 216 段)。

《第一附加议定书》的当事方。⁵ 在“核武器案”和“核武器(世界卫生组织)案”中,一些国家在向国际法院提交的意见中声明,他们认为《第一附加议定书》第35(3)条和第55(1)条是习惯法规则。⁵ 同样,另一些国家似乎也认为这些规则是习惯法,因为它们表示,冲突的任何一方都必须遵守这个规则,或者必须避免使用会破坏环境或者对环境有灾难性影响的作战方法和手段。⁶ 以色列不是《第一附加议定书》的缔约国,但是有关它的实践的报告却指出,以色列的国防部队并没有使用或者放任使用旨在或可能造成广泛、长期和严重环境损害的作战手段和方法。⁷ 美国在回复红十字国际委员会关于1991年在海湾地区可否适用国际人道法的备忘录时指出,“美国的实践中并不存在会导致广泛、长期和严重的环境损害的作战方法”。⁸ 其他的相关实践包括:不是或者当时并不是《第一附加议定书》的缔约国也进行了谴责,把它称为“生态灭绝”行为,“大规模破坏环境”的行为,或违反《第一附加议定书》第35(3)条和第55(1)条的行为。⁹

《武装冲突时期保护环境的指南》和联合国秘书长《关于联合国部队遵守国际人道法的公告》也重申,禁止对自然环境造成广泛、长期而严重的损害。¹⁰ 红十字国际委员会在1997年向建立国际刑事法院筹备委员会提交的关于战争罪的工作文件中认为,“故意造成广泛、长期和严重的自然环境损害是战争罪”。¹¹ 《国际刑事法院规约》采纳的关于战争罪达成一致的最后文本将战争罪界定为:“故意发动攻击,明知这种攻击将致使自然环境遭受广泛、长期和严重的破坏,其程度与预期得到的具体和

⁵ 参见下列国家的军事手册:比利时(同上,第186段)、英国(同上,第184段)和美国(“长期的环境损害”)(同上,第186段);下列国家的立法:阿塞拜疆(同上,第191段);越南(“生态灭绝”)(同上,第219段)。

⁵ 参见下列国家在“核武器案”中做出的口头和书面陈述:新西兰(同上,第251段),所罗门群岛(同上,第257段)、瑞典(同上,第259段)和津巴布韦(同上,第272段);下列国家在“核武器(世界卫生组织)案”中的书面陈述、评论和答辩书:印度(同上,第232段)、莱索托(同上,第247段)、马绍尔群岛(同上,第248段)、瑙鲁(同上,第249段)和萨摩亚(同上,第254段)。

⁶ 参见下列国家在“核武器案”中做出的口头和书面陈述:澳大利亚(同上,第223段)、厄瓜多尔(同上,第226段)、新西兰(同上,第251段)、瑞典(同上,第259段)和津巴布韦(同上,第272段),以及下列国家在“核武器(世界卫生组织)案”中做的书面陈述:卢旺达(同上,第253段)和乌克兰(同上,第261段)。

⁷ 以色列的实践报告(同上,第241段)。

⁸ 美国, Letter from the Department of the Army to the legal adviser of the US Army forces deployed in the Gulf region(同上,第264段)。

⁹ 例如,参见下列国家在1991年发表的关于伊拉克的声明:德国(同上,第231段)、伊朗(同上,第236段)和科威特(同上,第245段)和南斯拉夫在1999年发表的关于北约轰炸一个石油化工企业的声明(同上,第271段)。

¹⁰ Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 11(同上,第159段);联合国秘书长公告第6.3节(同上,第161段)。

¹¹ ICRC, Working paper on war crimes submitted to the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court(同上,第287段)。

直接的整体军事利益相比显然是过分的”。⁸ 因此,该规约为本规则的这项禁止性行为进行定罪设立了一个附加条件。

然而有一定数量的实践表明,对于《第一附加议定书》的这一规则的习惯法性质,尤其是“可能造成”这一短语存在争议。在“核武器案”中,英国和美国在向国际法院提交的意见认为,《第一附加议定书》第 35(3)条和第 55(1)条不是习惯法规则。⁹ 国际法院似乎认为,这一规则不是习惯法,因为国际法院仅提及该规则适用于“已经同意这些条款的国家”。⁶ 虽然《常规武器公约》的前言回顾了《第一附加议定书》第 35(3)条和第 55(1)条,但是美国和法国在批准该议定书时都做出了解释性声明,认为该规则不是习惯法规则。⁵ 不太清楚的是评估北约对南联盟的轰炸委员会做出的最终报告。它认为,《第一附加议定书》第 55 条“可能反映了当前的习惯法”。⁶

《第一附加议定书》阐述的该规则的习惯法性质问题似乎取决于法国、英国和美国的態度。这些国家一定数量的实践表明,如果该规则适用于常规武器而不适用于核武器,则它们接受这条规则。英国的《武装冲突法手册》、美国的《空军指挥官手册》⁸ 以及法国和英国在批准《第一附加议定书》时所做的该议定书不适用于核武器的保留很清楚地说明了这一点。⁶ 这一立场,连同法国和英国关于《第一附加议定书》第 35(3)条和第 55(1)条不是习惯法的声明,⁹ 表明这三个国家的法律确信是,这些规则本身并不禁止使用核武器。

就作战方法和使用常规武器而言,实践表明,《第一附加议定书》第 35(3)条和第 55(1)条中的规则是习惯法规则已经得到广泛、有代表性和一致的接受。法国、英国和美国在这方面的相反实践也不是完全一致的。他们在一些文件中声明这些规则不是习惯法的做法与其在另一些文件(尤其是军事手册)中声明只要该规则不适用于核武器就是有拘束力的做法自相矛盾。¹⁰ 就遭受这种损害而言,这三个国家并不是“特别受影响”的国家,因此,其相反的实践不足以阻止这一习惯法规则的形成。然

⁸ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(iv)条(同上,第 153 段)。

⁶ 英国,Written statement submitted to the ICJ in the Nuclear Weapons case(同上,第 262 段);美国,Written statement submitted to the ICJ in the Nuclear Weapons case(同上,第 269 段)。

⁴ ICJ,Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第 282 段)。

⁵ 法国,Reservations made upon ratification of the CCW(同上,第 152 段);美国,Statements of understanding made upon ratification of the CCW(同上,第 153 段)。

⁶ Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report(同上,第 283 段)。

⁸ 英国,LOAC Manual(同上,第 184 段);美国,Air Force Commanders Handbook(同上,第 185 段)。

⁹ 法国,Declaration made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 147 段);英国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 149 段)。

¹⁰ 法国,Reservations made upon ratification of the CCW(同上,第 152 段);英国,Written statement submitted to the ICJ in the Nuclear Weapons case(同上,第 262 段)。

⁰ 例如,参见:下列国家的军事手册:法国(同上,第 169 段)、英国(同上,第 183 段)、美国(同上,第 184 段)。

而,在拥有核武器方面,这三国是特别受影响的国家。自从1977年以条约形式通过这一规则以来,他们一贯反对这一规则适用于核武器。因此,如果“一贯反对者”原则在人道规则中是可能的,就核武器的使用而言,这三个国家就不受这项特别规则的拘束。但是,需要注意的是,这并不妨碍根据其他规则判定使用核武器是非法的,例如,禁止不分皂白的攻击(见规则11)和比例性原则(见规则14)。

将破坏自然环境作为武器使用

在禁止以故意破坏自然环境作为一种武器方面有大量的国家实践。《禁止为军事或其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》(以下简称《环境技术公约》)禁止为了造成广泛、持久和严重后果而将故意改变环境作为摧毁、破坏或伤害另一缔约国的手段。¹ 这一条款和《第一附加议定书》中的相应条款的不同之处在于,后者主要涉及效果,而《环境技术公约》是关于故意使用改变环境的技术。《环境技术公约》的条款是否是习惯法现在还尚未明确。一方面,以色列、韩国和新西兰的军事手册似乎表明,该公约仅仅约束它的缔约方。² 另一方面,虽然印度尼西亚不是《环境技术公约》的缔约国,但是却在其军事手册中规定了这一规则。³ 《武装冲突时期保护自然环境的指南》也规定有这一规则。⁴ 联合国大会在1994年未经投票通过关于联合国国际法十年的一个决议中,要求所有国家广泛分发这些指南。⁵ 在1992年第2届《环境技术公约》的审议会上,美国表示,这一公约表明,“国际社会在环境本身不应作为战争工具的意见上达成了共识”。⁶

除了《环境技术公约》中所规定的专门条款之外,还存在着禁止以故意攻击环境作为一种战争手段的重要实践。有些国家的法律规定,“生态灭绝”是犯罪。⁷ 《爱沙尼亚刑法典》禁止将影响环境作为一种作战手段。⁸ 南斯拉夫把1999年北约袭击石油化工厂的行为谴责为“生态灭绝”的行为。⁹ 伊拉克在1991年给联合国秘书长的信中表示,不会将环境和自然资源用作武器。¹⁰ 同年,科威特在给联合国秘书长的信中

¹ 《禁止为军事或其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》第1条(同上,第290段)。

² 以色列,Manual on the Laws of War(同上,第300段);韩国,Military Law Manual(同上,第301段);新西兰,Military Manual(同上,第302段)。

³ 印度尼西亚,Military Manual(同上,第299段)。

⁴ Guidelines on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, para. 12(同上,第294段)。

⁵ 联合国大会,第49/50号决议(同上,第317段)。

⁶ 美国,Statement at the Second ENMOD Review Conference(同上,第316段)。

⁷ 例如,参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第189段)、白俄罗斯(同上,第192段)、哈萨克斯坦(同上,第204段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第205段)、摩尔多瓦(同上,第207段)、俄罗斯(同上,第212段)、塔吉克斯坦(同上,第215段)、乌克兰(同上,第217段)和越南(同上,第219段)。

⁸ 爱沙尼亚,Penal Code(同上,第200段)。

⁹ 南斯拉夫,Appeals and Letter of the Federal Ministry for Development, Science and the Environment(同上,第271段)。

¹⁰ 伊拉克,Letter to the UN Secretary-General(同上,第237段)。

写道,环境和自然资源不得用作“恐怖主义的武器”。⁸ 在1991年联合国大会第六委员会的辩论中,对于伊拉克部队破坏环境的行为,瑞典称这是“将来不能接受的作战方式”。⁸ 同时,加拿大也指出“环境不应作为直接攻击的对象”。⁸ 值得注意的是,1991年,经济合作与发展组织成员国的环境部长们发表声明,谴责伊拉克点燃其油田并向海湾倾倒石油是违反国际法的,并强烈要求伊拉克停止将破坏环境用作武器。⁸

因此,无论《环境技术公约》的条款本身是否是习惯法,从足够广泛、具有代表性而且一致的实践中可以得出这样的结论,即禁止将破坏环境用作武器。

非国际性武装冲突

这一规则的两部分是否可以适用于非国际性武装冲突不如它是否可适用于国际性武装冲突那么明确。虽然1974年通过附加议定书的外交会议的第三委员会采纳了那种认为在《第二附加议定书》中应当规定与《第一附加议定书》第35(3)条相同的条款的提议,但是,这种提议在1977年被否定。⁸ 该委员会改变主意的理由并不明确,但是可能与为了确保《第二附加议定书》的通过而在谈判最后阶段采取的简化程序有关。这一规则也规定在涉及非国际性武装冲突的其他法律文件中。⁸

适用于或者已经适用于非国际性武装冲突的军事手册也规定有这一规则。⁸ 此外,许多国家已经通过立法,把在任何武装冲突中实施的“生态灭绝”或者故意导致“广泛、长期和严重的自然环境损害”的行为列为一种犯罪。⁸ 在非国际性武装冲突对环境造成损害的行为也受到了谴责。⁹ 然而,大多数谴责武装冲突中对环境造成损害的正式声明是普遍性的,并不局限于国际性武装冲突。

⁸ 科威特, Letter to the UN Secretary-General (同上, 第245段)。

⁸ 瑞典, Statement before the Sixth Committee of the UN General Assembly (同上, 第48段)。

⁸ 加拿大, Statement before the Sixth Committee of the UN General Assembly (同上, 第37段)。

⁸ OECD, Declaration of the Ministers of Environment (同上, 第278段)。

⁸ 参见通过《附加议定书》的外交会议的谈判时期的国家实践(同上, 第150段)。

⁸ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上, 第157段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上, 第158段)。

⁸ 例如, 参见下列国家的军事手册: 澳大利亚(同上, 第164段)、贝宁(同上, 第167段)、哥伦比亚(同上, 第169段)、德国(同上, 第171-173段)、意大利(同上, 第174段)、肯尼亚(同上, 第175段)、韩国(同上, 第301段)、多哥(同上, 第183段)、南斯拉夫(同上, 第187段)。

⁸ 例如, 参见下列国家的立法: 亚美尼亚(同上, 第189段)、阿塞拜疆(同上, 第191段)、白俄罗斯(同上, 第192段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上, 第196段)、克罗地亚(同上, 第198段)、哈萨克斯坦(同上, 第204段)、吉尔吉斯斯坦(同上, 第205段)、摩尔多瓦(同上, 第207段)、斯洛文尼亚(同上, 第213段)、西班牙(同上, 第214段)、塔吉克斯坦(同上, 第215段)、乌克兰(同上, 第217段)和南斯拉夫(同上, 第220段); 另见下列国家的立法草案: 阿根廷(同上, 第188段)、萨尔瓦多(同上, 第199段)和尼加拉瓜(同上, 第210段)。

⁹ 例如, 参见下列国家的声明: 波斯尼亚和黑塞哥维那(同上, 第223段)、哥伦比亚(同上, 第84段)。

然而,即使这条规则现在还没有成为习惯法,目前加大保护环境和适用于非国际性武装冲突的规则的发展趋势表明,该规则有可能通过正当程序成为习惯法。的确如此,环境的重大损害很少局限于国家边界内,而且,造成这样的损害也可能违反其他适用于国际性和非国际性武装冲突的规则,比如禁止不加区分的攻击(见规则11)。

解释

这条规则和要求把适用于民用物体的国际人道法的一般规则也适用于环境的规则(见规则43)的不同之处在于,这条规则是绝对适用的。如果造成了广泛、长期和严重的损害,或者将自然环境用作武器,则对这个行为或结果是否因为军事必要变得合法或者附带损害是否过分进行调查是没有关系的。正是由于这个原因,《第一附加议定书》中才规定了“广泛、长期和严重的”这一很高的要求。这三个条件是累积的,而且对于“长期”一词,根据制定公约的国家的理解,应当为几十年。评估北约对南斯拉夫联盟共和国进行轰炸的委员会在其2000年的最后报告中指出,这一要求太高了,以至于很难判定是否存在这种违反公约规定的行为。该报告指出,正是由于这一原因,无法就海湾战争造成的损害是否超越了这一要求达成一致意见。⁹ 美国国防部在1992年向国会提交的报告中,对于该损害是否符合“长期”的要求提出了疑问。⁹

“生态灭绝”在苏联国家的刑法典中被定义为“大规模破坏动物和植物、对大气层和水资源施毒,以及可以造成生态灾难的其他行为”。⁹ 越南的刑法典也提到了“破坏自然环境”。⁹

由于认定违反这一规则肯定要求推定已经知道或者推定知道某种作战方法和手段将造成或者可能造成广泛、长期和严重的环境损害,因此需要对何种作战方法会对何种环境造成这种灾难性的后果有一定的了解。结合上述第44条规则,这就意味着,冲突方有义务尽可能获得其计划的行动可能产生的后果,并限制可能会造成广泛、长期和严重的环境损害的行动。在1993年向联合国秘书长提交的关于武装冲突时期保护环境的报告中,红十字国际委员会指出:

要预先准确地知道一些对环境有损害的行为的范围和持续时间并不容

⁹ Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report(同上,第283段)。

⁹ 美国,Department of Defense, Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War(同上,第267段)。

⁹ 参见下列国家的立法:亚美尼亚(同上,第189段)、白俄罗斯(同上,第192段)、哈萨克斯坦(同上,第204段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第205段)、摩尔多瓦(同上,第207段)、俄罗斯(同上,第212段)、塔吉克斯坦(同上,第215段)和乌克兰(同上,第217段)。

⁹ 越南,Penal Code(同上,第219段)。

易;即使在是否符合“广泛、长期和严重”标准的严格解释并不明确的情况下,也有必要尽可能的限制对环境的损害。⁹

与《第一附加议定书》不同,《环境技术公约》并没有规定一个累积的标准,而且“持久地”一词在该公约中被界定为“持续几个月或者大约一个季节的时间”。⁹ 做出这种区分的原因在于,《环境技术公约》涉及的是故意利用环境,而不涉及故意或可能对环境产生的结果。重要的是,1992年,《环境技术公约》的缔约方通过了关于该公约的解释,即如果用来改变环境致使并具有扰乱一个地区的生态平衡的效果,则禁止使用除莠剂。⁹ 这一解释是基于缔约国要求该公约不限于科幻式武器,因此反映了对武装冲突期间能提供更多环境保护这样一种关注。⁹

⁹ ICRC, Report on the protection of the environment in time of armed conflict(同上,第286段)。

⁹ Conference of the Committee on Disarmament, Understanding relating to Article I of the ENM OD Convention(同上,第291段)。

⁹ Second Review Conference of the Parties to the ENM OD Convention, Final Declaration(参见第2卷,第24章,第633段)。

⁹ 例如,参见:加拿大,Statement at the Second ENM OD Review Conference(同上,第616段)。

第三部分

特定作战方法

第 15 章

拒绝饶赦

注：给予饶赦的义务是一项基本规则，该规则禁止在战场上交战状态下攻击被认为是失去战斗力的人。失去战斗力人员应享受的待遇规定在第五部分中。

规则 46 禁止下令绝不纳降，禁止以此威胁敌人，或在此基础上进行敌对行动。

实践

第 2 卷, 第 15 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。虽然所有直接参与敌对行动的人都必须尊重该规则，但在实践中它对指挥官更具意义。

国际性武装冲突

禁止宣告绝不纳降是一项确立已久的习惯国际法规则，该规则已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认，并被载入了《海牙章程》。“下令绝不纳降”被一战后提出的《责任委员会报告》(the Report of the Commission on Responsibility) 列为一项战争罪。当前，《第一附加议定书》中载有这一规则。根据《国际刑事法院规约》，在国际性武装冲突中“宣告绝不纳降”是一项战争罪。

多个军事手册中都含有这一禁止性规定。根据许多国家的立法，下令绝不纳

Lieber Code, Article 60 (参见第 2 卷, 第 15 章, 第 7 段); Brussels Declaration, Article 13(d) (同上, 第 8 段); Oxford Manual, Article 9(b) (同上, 第 9 段); 《海牙章程》第 23(5)条 (同上, 第 2 段)。

Report of the Commission on Responsibility (同上, 第 11 段)。

《第一附加议定书》第 40 条 (经协商一致通过) (同上, 第 3 段)。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xii)条 (同上, 第 6 段)。

例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷 (同上, 第 15 段)、比利时 (同上, 第 19 段)、布基纳法索 (同上, 第 22 段)、喀麦隆 (同上, 第 23 段)、哥伦比亚 (同上, 第 27 段)、刚果 (同上, 第 28 段)、法国 (同上, 第 29 - 30 段)、意大利 (同上, 第 34 段)、马里 (同上, 第 36 段)、摩洛哥 (同上, 第 37 段)、尼日利亚 (同上, 第 40 - 42 段)、塞内加尔 (同上, 第 44 段)、南非 (同上, 第 45 段)、瑞士 (同上, 第 48 段)、英国 (同上, 第 50 - 51 段) 和美国 (同上, 第 52 段)。

降是一项犯罪行为。一战和二战后的几个案子中,被告就被指控违反了该规则。

对于《第一附加议定书》中包含禁止以下令绝不纳降相“威胁”或禁止以将在绝不纳降基础上进行敌对行动相“威胁”的规定,是没有争议的,并且这一禁止性规定还被纳入了许多军事手册中。几个国家的立法中也包含这一规定。禁止以绝不纳降相威胁还为一些没有加入或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家所支持。⁰ 不得以将采取某一被禁止的行为相威胁在国际法中得到了普遍认可。并且,如果下令绝不纳降或以此相威胁是被禁止的,那么,执行这一命令或威胁以及在此基础上进行军事行动也是被禁止的就更不言而喻了。在绝不纳降的基础上采取军事行动将同时违反禁止攻击失去战斗力的人这一规则(见规则47)。

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》第4条禁止下令杀无赦。¹ 联合国秘书长在其设立塞拉利昂特别法庭的报告中指出,第4条的规定,长期以来,一直被认为属于习惯国际法。² 根据《国际刑事法院规约》,在非国际性武装冲突中“宣告绝不纳降”是一项战争罪。³

例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第54段)、澳大利亚(同上,第55段)、加拿大(同上,第59段)、中国(同上,第60段)、刚果(同上,第61段)、埃塞俄比亚(同上,第63段)、格鲁吉亚(同上,第64段)、意大利(同上,第67段)、立陶宛(同上,第68段)、马里(同上,第69段)、荷兰(同上,第70-71段)、新西兰(同上,第72段)、西班牙(同上,第75段)、英国(同上,第77段)和美国(同上,第78段);还可参见布隆迪(同上,第58段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第76段)的立法草案。

例如,参见:加拿大, Military Court at A urich, Abbaye Ardenne case(同上,第81段);德国, Leipzig Court, Stenger and Cruisus case(同上,第85段);英国, Military Court at Hamburg, Pelus case(同上,第86段)、W ickm an case(同上,第88段)和 Von Ruchteschell case(同上,第89段);英国, Military Court at Brunsw ick, Von Falkenhorst case(同上,第87段);英国, Court No. 5 of the Curiohaus, Hamburg-Altona, Le Paradis case(同上,第90段);美国, Military Commission at Augsburg, Thiele case(同上,第91段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第92段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第16段)、澳大利亚(同上,第17-18段)、比利时(同上,第20段)、贝宁(同上,第21段)、喀麦隆(同上,第24段)、加拿大(同上,第25-26段)、法国(同上,第30和32段)、德国(同上,第33段)、肯尼亚(同上,第35段)、荷兰(同上,第38段)、新西兰(同上,第39段)、俄罗斯(同上,第43段)、西班牙(同上,第46段)、瑞典(同上,第47段)、多哥(同上,第49段)和南斯拉夫(同上,第53段)。

例如,参见:澳大利亚(同上,第56段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第57段)、克罗地亚(同上,第62段)、德国(同上,第65段)、爱尔兰(同上,第66段)、挪威(同上,第73段)、斯洛文尼亚(同上,第74段)和南斯拉夫(同上,第79段)的立法。

⁰ 参见法国(同上,第30段)和肯尼亚(同上,第35段)的军事手册,美国的声明(同上,第98段)和据报告的以色列实践(同上,第95段)。

¹ 《第二附加议定书》第4(1)条(经协商一致通过)(同上,第4段)。

² 联合国秘书长《关于设立塞拉利昂特别法庭的报告》(参见第2卷,第32章,第252段)。

³ 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(x)条(参见第2卷,第15章,第6段)。

禁止下令杀无赦还被纳入了可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中。⁴ 根据许多国家的立法,任何武装冲突中下令绝不纳降都构成犯罪。⁵ 哥伦比亚宪法法院(Colombias Constitutional Court)裁定这一禁令符合宪法标准,因为它在于寻求保护人的生命与尊严。法院还判定不得服从会引起“战斗外死亡”的上级命令。⁶ 另外,非国际性武装冲突的正式声明也禁止下令杀无赦。⁷

在对两个受伤士兵被一名法拉邦多·马蒂全国解放阵线的巡逻士兵杀害这一事件的调查中,联合国萨尔瓦多实况调查团(the UN Commission on the Truth for El Salvador)未发现该行为受命于上级指挥或该行为是依法拉邦多·马蒂全国解放阵线处死囚犯政策而采取的证据。委员会报告说法拉邦多·马蒂全国解放阵线承认该事件的犯罪性质并审判了被告。⁸

红十字国际委员会曾重申,不论在国际性还是非国际性武装冲突中都禁止下令杀无赦。⁹

在绝不纳降的基础上进行敌对行动违反《日内瓦公约》之共同第3条,因为它将导致杀害失去战斗力的人。⁰ 并违反禁止谋杀的基本保证(见规则89)。

规则 47 禁止对被认为失去战斗力的人实施攻击。失去战斗力的人是指:

- (1) 任何在敌方权力下的人;
- (2) 任何因失去知觉、遇船难、受伤或生病而不能自卫的人;或者
- (3) 任何明示投降意图的人;

如果他或她不从事任何敌对行为,并不企图脱逃。

⁴ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第16段)、澳大利亚(同上,第17-18段)、贝宁(同上,第21段)、喀麦隆(同上,第24段)、加拿大(同上,第25-26段)、哥伦比亚(同上,第27段)、法国(同上,第32段)、德国(同上,第33段)、意大利(同上,第34段)、肯尼亚(同上,第35段)、荷兰(同上,第38段)、新西兰(同上,第39段)、尼日利亚(同上,第40和42段)、俄罗斯(同上,第43段)、南非(同上,第45段)、西班牙(同上,第46段)、多哥(同上,第49段)和南斯拉夫(同上,第53段)。

⁵ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第56段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第57段)、加拿大(同上,第59段)、刚果(同上,第61段)、克罗地亚(同上,第62段)、埃塞俄比亚(同上,第63段)、格鲁吉亚(同上,第64段)、德国(同上,第65段)、爱尔兰(同上,第66段)、荷兰(同上,第71段)、新西兰(同上,第72段)、挪威(同上,第73段)、斯洛文尼亚(同上,第74段)、英国(同上,第75段)和南斯拉夫(同上,第79段);还可参见意大利的立法(同上,第67段),其并未排除在非国际性武装冲突中加以适用,以及布隆迪(同上,第57段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第76段)的立法草案。

⁶ 哥伦比亚,Constitutional Court, Constitutional Case No. T - 409(同上,第82段)、Constitutional Case No. C - 225 /95(同上,第83段)和 Constitutional Case No. C - 578(同上,第84段)。

⁷ 例如,参见中国,人民解放军通令(同上,第94段)。

⁸ UN Commission on the Truth for El Salvador, Report(同上,第103段)。

⁹ ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第110段), Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第111段) and Communication to the Press No.01 /58(同上,第113段)。

⁰ 《日内瓦公约》之共同第3条(参见第2卷,第32章,第2段)。

实践

第2卷,第15章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这是一项已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认的确立已久的习惯国际法规则。² 《海牙章程》规定,特别禁止“杀、伤已经放下武器或丧失自卫能力并已无条件投降的敌人”。² 《第一附加议定书》禁止攻击被承认为失去战斗力的人,并规定该种攻击是对《议定书》的严重破坏。³ 根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中“杀、伤已经放下武器或丧失自卫能力并已无条件投降的战斗员”构成战争罪。⁴

许多军事手册中都规定禁止攻击被认为失去战斗力的人。⁵ 《瑞典国际人道法手册》(Sweden's IHL Manual) 将《第一附加议定书》第41条中有关禁止攻击被认为失去战斗力的人之规定看作是对习惯国际法的编纂。⁶ 许多国家的立法将违反该规则

¹ Lieber Code, Article 71 (参见第2卷,第15章,第218段); Brussels Declaration, Article 13(c) (同上,第219段); Oxford Manual, Article 9(b) (同上,第220段)第2卷。

² Hague Regulations, Article 23(c) (同上,第214段)。

³ 《第一附加议定书》第41(1)条(经协商一致通过)(同上,第119段)和第85(3)(e)条(经协商一致通过)(同上,第120段)。

⁴ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(vi)条(同上,第217段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第126段)、澳大利亚(同上,第127-128段)、比利时(同上,第129-130段)、贝宁(同上,第131段)、喀麦隆(同上,第132段)、加拿大(同上,第133段)、哥伦比亚(同上,第135-136段)、克罗地亚(同上,第137-139段)、厄瓜多尔(同上,第140段)、法国(同上,第141-143段)、匈牙利(同上,第144段)、以色列(同上,第145-146段)、意大利(同上,第147-148段)、肯尼亚(同上,第149段)、马达加斯加(同上,第150段)、荷兰(同上,第151段)、新西兰(同上,第152段)、菲律宾(同上,第153段)、罗马尼亚(同上,第154段)、俄罗斯(同上,第155段)、南非(同上,第156段)、西班牙(同上,第157段)、瑞典(同上,第158段)、瑞士(同上,第159段)、多哥(同上,第160段)和美国(同上,第161-162段)。

⁶ 瑞典, IHL Manual(同上,第158段)。

的行为规定为犯罪。² 它还在军事公报中被提及,⁸ 并被正式声明和据报告的实践所支持。⁹ 一战和二战后的判例法也支持禁止攻击失去战斗力之人的规定。⁹

非国际性武装冲突

这一规则建立在《日内瓦公约》之共同第3条的基础上,该条禁止对失去战斗力之人的“生命与人身施以暴力,特别是各种谋杀”。³ 《第二附加议定书》重述了这一禁止性规定,并增加规定“下令杀无赦,是禁止的”。³ 并且,该规则被包含在其他同样与非国际性武装冲突相关的法律文件中。³

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册禁止攻击被认为失去战斗力的人。³

² 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第163段)、澳大利亚(同上,第164-165段)、白俄罗斯(同上,第166段)、比利时(同上,第167段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第168段)、加拿大(同上,第169段)、哥伦比亚(同上,第170段)、库克群岛(同上,第171段)、克罗地亚(同上,第172段)、塞浦路斯(同上,第173段)、格鲁吉亚(同上,第175段)、德国(同上,第176段)、爱尔兰(同上,第177段)、摩尔多瓦(同上,第180段)、荷兰(同上,第181段)、新西兰(同上,第182段)、尼日尔(同上,第184段)、挪威(同上,第185段)、斯洛文尼亚(同上,第186段)、塔吉克斯坦(同上,第187段)、英国(同上,第188段)、也门(同上,第189段)、南斯拉夫(同上,第190段)和津巴布韦(同上,第191段);还可参见萨尔瓦多(同上,第174段)、约旦(同上,第178段)、黎巴嫩(同上,第179段)和尼加拉瓜(同上,第183段)的立法草案。

⁸ 例如,参见:埃及,第34号和第46号军事公报(同上,第196段);伊拉克,第973号、第975号和第1902号军事公报(同上,第199段)。

⁹ 例如,参见智利(同上,第194段)和叙利亚(同上,第201段)的声明与据报告的阿尔及利亚(同上,第193段)、埃及(同上,第195段)和约旦(同上,第200段)的实践。

⁹ 例如,参见:德国,Leipzig Court, Stenger and Cruisus case(同上,第328段)和Reichsgericht, Llandoverly Castle case(同上,第329段);英国,Military Court at Hamburg, Peleus case(同上,第331段)、Military Court at E Iten, Renoth case(同上,第332段)和Military Court at Hamburg, Von Ruchteschell case(同上,第333段);美国,United States, Military Tribunal at Nuremberg, Von Leeb(同上,第192段)和Military Commission at Rome, Dostler case(同上,第334段)。

³ 《日内瓦公约》之共同第3条(参见第2卷,第32章,第2段)。

³ 《第二附加议定书》第4条(经协商一致通过)(参见第2卷,第15章,第4段)。

³ 例如,参见Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第123段);Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para.2.5(同上,第124段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第127段)、贝宁(同上,第131段)、加拿大(同上,第134段)、哥伦比亚(同上,第135-137段)、克罗地亚(同上,第137-139段)、厄瓜多尔(同上,第140段)、意大利(同上,第147-148段)、肯尼亚(同上,第149段)、马达加斯加(同上,第150段)、菲律宾(同上,第153段)、南非(同上,第156段)和多哥(同上,第160段)。

在一些国家的立法中此类攻击同样被界定为战争罪。⁵ 该规则已适用于国内判例法,⁶ 并为正式声明和其他实践所支持。³

联合国人权委员会特别报告员 (the Special Rapporteurs of the UN Commission on Human Rights) 和红十字国际委员会收集到的相反实践则被谴责是对该规则的违反。⁸ 红十字国际委员会曾号召, 不论在国际性还是非国际性武装冲突中, 都应尊重禁止攻击失去战斗力人员这一规定。⁹

失去战斗力人员的具体分类

失去战斗力人员是由于自身选择或所处情形不再参加敌对行动的人。根据习惯国际法, 不论是国际性还是非国际性武装冲突中, 一个人可能会在以下三种情形被置于失去战斗力的地位:

(1) 任何在敌方权力下的人。对于在敌方权力下的人是失去战斗力的人员是没有争议的。这一规则载于《第一附加议定书》中, 并暗含于《日内瓦公约》之共同第三

⁵ 例如, 参见以下国家的立法: 亚美尼亚 (同上, 第 163 段)、白俄罗斯 (同上, 第 166 段)、比利时 (同上, 第 167 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那 (同上, 第 168 段)、哥伦比亚 (同上, 第 170 段)、克罗地亚 (同上, 第 172 段)、格鲁吉亚 (同上, 第 175 段)、德国 (同上, 第 176 段)、摩尔多瓦 (同上, 第 180 段)、尼日尔 (同上, 第 184 段)、斯洛文尼亚 (同上, 第 186 段)、塔吉克斯坦 (同上, 第 187 段)、也门 (同上, 第 189 段) 和南斯拉夫 (同上, 第 190 段); 还可参见萨尔瓦多 (同上, 第 174 段)、约旦 (同上, 第 178 段) 和尼加拉瓜 (同上, 第 183 段) 的立法草案。

⁶ 例如, 参见: 阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case (同上, 第 327 段); 尼日利亚, Case of 3 September 1968 (同上, 第 330 段)。

³ 例如, 参见: 智利的声明 (同上, 第 194 段)、哥伦比亚 (同上, 第 337 段) 和南斯拉夫 (同上, 第 351 段) 的实践以及据报告的中国 (同上, 第 365 段) 和古巴 (同上, 第 338 段) 的实践。

⁸ 例如, 参见联合国人权委员会, Reports of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Zaire (同上, 第 202 段)、Report of the Independent Expert on the Situation of Human Rights in Guatemala (同上, 第 357 段) 和 Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions (同上, 第 358 段) 以及红十字国际委员会档案文件中收集的实践 (同上, 第 383 - 384 段, 第 387 段, 第 389 段和第 393 - 394 段)。

⁹ 红十字国际委员会, 在南非境内的冲突: ICRC Appeal (同上, 第 370 段); 伊拉克和伊朗间的冲突: ICRC Appeal (同上, 第 371 段), Appeal in behalf of civilians in Yugoslavia (同上, 第 373 段), Press Release No. 1705 (同上, 第 374 段), Press Releases Nos. 1712, 1724 and 1726 (同上, 第 375 段), Press Release, Tajikistan: ICRC urges respect for humanitarian rules (同上, 第 376 段), Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola (同上, 第 377 段), Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise (同上, 第 378 段), Press Release No. 1792 (同上, 第 379 段), Press Release No. 1793 (同上, 第 380 段), Communication to the Press No. 00 /36 (同上, 第 381 段) 和 Communication to the Press No. 01 /58 (同上, 第 382 段)。

条和《第二附加议定书》中。⁰ 它已在许多军事手册中得到了确认。⁴ 正如《日内瓦公约》及其《附加议定书》中的几项条款所反映的那样,尊重和保护的落入敌方权力下的人是国际人道法的基石。因此,实践更关注的是此类人员的待遇问题(尤其可参见第 32 和 37 章)。

(2) 任何因失去知觉、遇船难、受伤或生病而不能自卫的人。这一分类建立在《海牙章程》、《日内瓦公约》之共同第 3 条和《第一附加议定书》的基础上,它们禁止攻击不能自卫的人。² 在许多军事手册中都能发现这一规定。³ 它还被纳入了很多国家的立法中,⁴ 并得到了判例法、正式声明和诸如向武装部队所下指令等其他实践

⁰ 《日内瓦公约》之共同第 3 条(参见第 2 卷,第 32 章,第 2 段);《第一附加议定书》第 41(2)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 15 章,第 215 段);《第二附加议定书》第 4 条(经协商一致通过)。

⁴ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 15 章,第 224 段)、澳大利亚(同上,第 225 - 226 段)、布基纳法索(同上,第 233 段)、喀麦隆(同上,第 234 - 235 段)、加拿大(同上,第 236 段)、刚果(同上,第 239 段)、克罗地亚(同上,第 240 段)、多米尼加共和国(同上,第 243 段)、厄瓜多尔(同上,第 244 段)、法国(同上,第 246 段和 248 - 249 段)、肯尼亚(同上,第 256 段)、黎巴嫩(同上,第 259 段)、马达加斯加(同上,第 260 段)、马里(同上,第 261 段)、摩洛哥(同上,第 262 段)、荷兰(同上,第 263 段)、新西兰(同上,第 266 段)、秘鲁(同上,第 271 段)、塞内加尔(同上,第 276 段)、西班牙(同上,第 278 段)、瑞典(同上,第 279 段)、瑞士(同上,第 280 段)、乌干达(同上,第 282 段)、英国(同上,第 283 段)和美国(同上,第 287 和 291 段)。

² 《海牙章程》第 23(c)条(同上,第 214 段);《日内瓦公约》之共同第 3 条(参见第 2 卷,第 32 章,第 2 段);《第一附加议定书》第 41(2)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 15 章,第 215 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 223 - 224 段)、澳大利亚(同上,第 225 - 226 段)、比利时(同上,第 228 - 230 段)、贝宁(同上,第 231 段)、喀麦隆(同上,第 235 段)、加拿大(同上,第 236 - 237 段)、克罗地亚(同上,第 241 段)、多米尼加共和国(同上,第 243 段)、厄瓜多尔(同上,第 244 段)、萨尔瓦多(同上,第 245 段)、法国(同上,第 249 段)、德国(同上,第 250 段)、印度尼西亚(同上,第 252 段)、以色列(同上,第 253 段)、意大利(同上,第 254 - 255 段)、肯尼亚(同上,第 256 段)、韩国(同上,第 257 段)、黎巴嫩(同上,第 259 段)、马达加斯加(同上,第 260 段)、荷兰(同上,第 263 - 264 段)、新西兰(同上,第 266 段)、尼日利亚(同上,第 268 和 270 段)、秘鲁(同上,第 271 段)、菲律宾(同上,第 273 段)、俄罗斯(同上,第 274 段)、南非(同上,第 277 段)、西班牙(同上,第 278 段)、瑞典(同上,第 279 段)、瑞士(同上,第 280 段)、多哥(同上,第 281 段)、英国(同上,第 283 - 284 段)、美国(同上,第 285 - 291 段)和南斯拉夫(同上,第 292 段)。

⁴ 例如,参见以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 293 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 294 段)、加拿大(同上,第 296 段)、哥伦比亚(同上,第 297 段)、刚果(同上,第 298 段)、克罗地亚(同上,第 299 段)、埃及(同上,第 300 段)、爱沙尼亚(同上,第 302 段)、埃塞俄比亚(同上,第 303 段)、格鲁吉亚(同上,第 304 段)、爱尔兰(同上,第 306 段)、意大利(同上,第 307 段)、立陶宛(同上,第 308 段)、马里(同上,第 309 段)、荷兰(同上,第 310 段)、新西兰(同上,第 311 段)、尼加拉瓜(同上,第 312 段)、挪威(同上,第 314 段)、秘鲁(同上,第 315 段)、波兰(同上,第 316 段)、斯洛文尼亚(同上,第 317 段)、西班牙(同上,第 319 段)、瑞典(同上,第 320 段)、瑞士(同上,第 321 段)、英国(同上,第 323 段)、美国(同上,第 324 段)和南斯拉夫(同上,第 326 段);还可参见布隆迪(同上,第 295 段)、萨尔瓦多(同上,第 301 段)、尼加拉瓜(同上,第 313 段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第 322 段)的立法草案。

的支持。⁵ 而且,像《日内瓦公约》及其《附加议定书》的几项条款所反映的那样,尊重并保护伤者、病者和遇船难者是既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突的国际人道法的基石。因此,实践更关注的是此类人员的待遇问题(见第34章)。

(3) 任何明示投降意图的人。这一分类建立在《海牙章程》、《日内瓦公约》之共同第3条和《第一附加议定书》的基础上。⁶ 它被包含在许多军事手册中,⁷ 被纳入很多国家的国内立法,⁸ 并为正式声明和诸如武装部队指令的其他实践所支持。⁹ 从这一实践中产生的普遍信条是,明确表示无条件投降会使该人员具有失去战斗力人员的地位。在陆战中,明确的投降意图往往表示为放下武器并举起双手。在许多军事手册中还提到了其他一些方式,例如,从自己的阵地出来并举起白旗等。⁶ 空战和海

⁵ 例如,参见阿根廷(同上,第327段)、德国(同上,第328-329段)和英国(同上,第331段)的判例法,美国(同上,第347段)的声明和埃及(同上,第339段)、伊拉克(同上,第341段)、英国(同上,第344段)及美国(同上,第348段)的实践。

⁶ 《海牙章程》第23(3)条(同上,第214段);《日内瓦公约》之共同第3条(参见第2卷,第32章,第2段);《第一附加议定书》第41(2)条(经协商一致通过)(参见第2卷,第15章,第215段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第223-224段)、澳大利亚(同上,第225-226段)、比利时(同上,第227-228段)、贝宁(同上,第231段)、布基纳法索(同上,第233段)、喀麦隆(同上,第234-235段)、加拿大(同上,第236-237段)、哥伦比亚(同上,第238段)、刚果(同上,第239段)、克罗地亚(同上,第241-242段)、多米尼加共和国(同上,第243段)、厄瓜多尔(同上,第244段)、萨尔瓦多(同上,第245段)、法国(同上,第246-247段)、德国(同上,第250-251段)、印度尼西亚(同上,第252段)、以色列(同上,第253段)、意大利(同上,第254-255段)、肯尼亚(同上,第257段)、韩国(同上,第258段)、黎巴嫩(同上,第259段)、马达加斯加(同上,第260段)、马里(同上,第261段)、摩洛哥(同上,第262段)、荷兰(同上,第263-265段)、新西兰(同上,第267段)、尼日利亚(同上,第267-270段)、秘鲁(同上,第271段)、菲律宾(同上,第272-273段)、罗马尼亚(同上,第274段)、俄罗斯(同上,第275段)、塞内加尔(同上,第276段)、南非(同上,第277段)、西班牙(同上,第278段)、瑞典(同上,第279段)、瑞士(同上,第280段)、多哥(同上,第281段)、英国(同上,第283-284段)、美国(同上,第285-291段)和南斯拉夫(同上,第292段)。

⁸ 例如,参见以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第293段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第294段)、加拿大(同上,第296段)、刚果(同上,第298段)、克罗地亚(同上,第299段)、爱沙尼亚(同上,第302段)、埃塞俄比亚(同上,第303段)、格鲁吉亚(同上,第304段)、德国(同上,第305段)、爱尔兰(同上,第306段)、意大利(同上,第307段)、立陶宛(同上,第308段)、马里(同上,第309段)、荷兰(同上,第310段)、新西兰(同上,第311段)、挪威(同上,第314段)、秘鲁(同上,第315段)、波兰(同上,第316段)、斯洛文尼亚(同上,第317段)、西班牙(同上,第318-319段)、瑞士(同上,第321段)、英国(同上,第323段)、美国(同上,第324段)、委内瑞拉(同上,第325段)和南斯拉夫(同上,第326段);还可参见布隆迪(同上,第295段)、萨尔瓦多(同上,第301段)、尼加拉瓜(同上,第313段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第322段)的立法草案。

⁹ 例如,参见:澳大利亚(同上,第336段)和美国(同上,第349段)的声明,哥伦比亚(同上,第337段)、埃及(同上,第339段)、英国(同上,第345-346段)、美国(同上,第348-349段)和南斯拉夫(同上,第351段)的实践及据报告的阿尔及利亚的实践(同上,第335段)。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第230段)、贝宁(同上,第231段)、喀麦隆(同上,第235段)、加拿大(同上,第237段)、克罗地亚(同上,第241段)、多米尼加共和国(同上,第243段)、法国(同上,第249段)、意大利(同上,第255段)、肯尼亚(同上,第256段)、马达加斯加(同上,第260段)、多哥(同上,第281段)和美国(同上,第287段)。

战中存在着表达投降意图的特定方式。⁵

关于在特定战斗情形下接受投降的能力问题,英国和美国借助南大西洋战争和海湾战争分别做了探讨。³ 英国指出,在受到另一阵地的炮火攻击下接受某一部队的投降或许是不可能的。因此,并不要求“领受”方出来接纳投降;相反,提出投降的一方应主动响应并服从敌方部队的控制。美国主张,提出投降应在其能够被接受之时并适当行事,因此,在最后一刻才向冲锋部队投降,可能令人难以接受。然而,当地理上的距离使投降意图难以表达或可能使某人被指控叛逃时,对于如何投降仍存在问题。美国还主张,对于撤退中的战斗员,如果其没有表达投降的意愿,那么不论他们武装与否,仍可受到攻击,且在攻击前并无义务给予其投降的机会。

非常战斗情形下的饶赦

禁止攻击被认定为失去战斗力的人适用于一切情形,即使是在难以看守或遣返囚犯时,例如,当一个独立行动的小巡逻队抓获到一名战斗员时。依照《第一附加议定书》,必须通过解除武装和释放相关人员的方式克服此类实践中遇到的困难。⁵ 这在几个军事手册中得到了重述。⁵ 《美国战地手册》(the US Field Manual)做了类似叙述:

指挥官不能基于以下原因处死战俘:战俘的存在拖延了其行动,或者因为须有大量警戒或战俘消耗供给而减弱了其抵抗力量;或者因为随着战俘一方部队即将到来的胜利显然可以使他们重获自由。同样,指挥官以自我保护的理由杀害战俘也是违法的,即使是在空降或突击行动的情形下。⁵

《以色列战争法手册》(Israel's Manual on the Law of War)和《英国军事手册》(the UK Military Manual)包含了类似的规定。⁶ 《第一附加议定书》和几部军事手册要求采取一切可能的预防措施以保证被释放战俘的安全。⁵

⁵ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 1619; Louise Doswald-Beck (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge University Press, 1995, § 47.57, p. 135.

³ 参见 Report on UK Practice(参见第2卷,第15章,第411段);美国,Department of Defense, Final Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War(同上,第349段)。

⁵ 《第一附加议定书》第41(3)条(经协商一致通过)(同上,第395段)。

⁴ 例如,参见以下国家的军事手册:加拿大(同上,第399段)、法国(同上,第400段)、肯尼亚(同上,第402段)、荷兰(同上,第403段)、西班牙(同上,第404段)和瑞士(同上,第405段)。

⁵ 美国,Field Manual(同上,第407段)。

⁶ 以色列,Manual on the Laws of War(同上,第401段);英国,Military Manual(同上,第406段)。

⁵ 《第一附加议定书》第41(3)条(经协商一致通过)(同上,第395段);加拿大(同上,第399段)、法国(同上,第400段)、肯尼亚(同上,第402段)、西班牙(同上,第403段)和英国(同上,第406段)的军事手册。

在非国际性武装冲突情形下,一些武装反对团体提出在提供拘留方面存在困难,但给予饶赦这一义务本身并未受到挑战。⁸

实践承认给予饶赦的义务是为了使每一个直接参与敌对行动的人受益,不论其是否享有战俘地位。这意味着雇佣兵、间谍和阴谋破坏者也有权受到饶赦,而不能一经抓获就被即决处决(同样参见规则 107 - 108)。

丧失保护

根据《第一附加议定书》的规定,免受攻击是以不从事任何敌对行为并不企图脱逃为前提的。⁹ 这也被规定在一些军事手册中。¹⁰ 从事敌对行为或企图脱逃意味着该人员实际上不再处于失去战斗力的情况,因此,也就不再有资格享受本规则的保护。《日内瓦第三公约》指明,“对战俘,尤其对脱逃或企图脱逃之战俘,使用武器,应属最后之手段,并应每次先予以适合于当时情况之警告。”¹¹ 公约还包含着其他适用于战俘脱逃的具体规定。¹²

敌对行为还没有被界定,但《附加议定书评注》(the Commentary on the Additional Protocols)中举了一些例子,如机会出现时继续战斗,企图与己方联系以及损毁敌方设施或己方的军事设备等。¹³

规则 48 禁止将从遇难飞机上跳伞降落的人,在其降落过程中,作为攻击对象。

实践

第 2 卷,第 15 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

不得攻击处于降落中的、从遇难飞机上跳伞的人这一规定已经得到了《海牙空

⁸ 参见红十字国际委员会档案文件中政府反对团体的实践(同上,第 418 - 420 段)。

⁹ 《第一附加议定书》第 41 条(经协商一致通过)(同上,第 215 段)。

¹⁰ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 224 段)、澳大利亚(同上,第 225 - 226 段)、比利时(同上,第 230 段)、加拿大(同上,第 236 - 237 段)、法国(同上,第 249 段)、肯尼亚(同上,第 256 段)、荷兰(同上,第 263 段)、新西兰(同上,第 266 段)、西班牙(同上,第 278 段)、瑞士(同上,第 280 段)和英国(同上,第 283 段)。

¹¹ 《日内瓦第三公约》第 42 条(参见第 2 卷,第 32 章,第 6 段)。

¹² 《日内瓦第三公约》第 91 - 94 条。

¹³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § § 1621 - 1622.

战规则》(the Hague Rules of Air Warfare) 的认可, 该《空战规则》是于 1922 - 1923 年由一个法学家委员会起草的,⁶ 而这一禁止性规定被认为反映了习惯国际法规则。⁶ 上述规定还被编纂在《第一附加议定书》第 42 条中。⁶ 然而, 第 42 条不是经协商一致通过的, 因为一些国家认为在己方领土降落的人员不能被视为失去战斗力。但这一观点被否定了, 最后, 该问题的结论是, 赞成将这类人员在其降落过程中视为失去战斗力, 而不论其在哪里着陆。⁶ 在这里可与遇船难者作一类比, (不论是在国际性还是非国际性武装冲突中) 遇船难者即使可以游到岸上或可能被友好船舶收集并重新开始战斗, 仍被视为失去战斗力。关于这一点, 指出从遇难飞机中跳伞的人一直被称为“空中遇船难者”是非常有趣的。这一规则现已被普遍接受, 因此, 没有缔约方对第 42 条做出保留。

另外, 许多军事手册禁止攻击从遇难飞机上跳伞降落的人。⁶ 这其中包括一些没有加入, 或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。⁶ 该规则还为一些正式声明(例如军事公报)与据报告的实践所支持。⁶

⁴ 《海牙空战规则》第 20 条(参见第 2 卷, 第 15 章, 第 423 段)。

⁵ 参见美国, Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上, 第 470 段)。

⁶ 《第一附加议定书》第 42 条(同上, 第 421 段); 参见 Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols(同上, 第 481 段); Michael Bothe, Karl Joseph Partsch, Waldemar A. Solf (eds.), New Rules for Victims of Armed Conflicts(同上, 第 485 段)。

⁶ 做出该决定的军事和人道原因在 Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 1642 中进行了解释。

⁶ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷(参见第 2 卷, 第 15 章, 第 424 - 425 段)、澳大利亚(同上, 第 426 - 427 段)、比利时(同上, 第 428 - 429 段)、贝宁(同上, 第 430 段)、布基纳法索(同上, 第 431 段)、喀麦隆(同上, 第 432 - 433 段)、加拿大(同上, 第 434 段)、刚果(同上, 第 435 段)、克罗地亚(同上, 第 436 段)、多米尼加共和国(同上, 第 437 段)、厄瓜多尔(同上, 第 438 段)、法国(同上, 第 439 - 441 段)、德国(同上, 第 442 段)、印度尼西亚(同上, 第 443 段)、以色列(同上, 第 444 段)、意大利(同上, 第 446 - 447 段)、肯尼亚(同上, 第 448 段)、黎巴嫩(同上, 第 449 段)、马达加斯加(同上, 第 450 段)、马里(同上, 第 451 段)、摩洛哥(同上, 第 452 段)、荷兰(同上, 第 453 段)、新西兰(同上, 第 454 段)、尼日利亚(同上, 第 455 段)、俄罗斯(同上, 第 456 段)、塞内加尔(同上, 第 457 段)、南非(同上, 第 458 段)、西班牙(同上, 第 459 段)、瑞典(同上, 第 460 段)、瑞士(同上, 第 461 段)、多哥(同上, 第 462 段)、英国(同上, 第 463 - 464 段)、美国(同上, 第 465 - 470 段)和南斯拉夫(同上, 第 471 段)。

⁶ 参见以下国家的军事手册: 喀麦隆(同上, 第 432 段)、法国(同上, 第 439 段)、印度尼西亚(同上, 第 443 段)、以色列(同上, 第 444 段)、肯尼亚(同上, 第 448 段)、黎巴嫩(同上, 第 449 段)、马里(同上, 第 451 段)、摩洛哥(同上, 第 452 段)、英国(同上, 第 463 - 464 段)和美国(同上, 第 465 - 470 段)。

⁶ 例如, 参见: 埃及, Military Communiqués Nos. 34 and 46(同上, 第 476 段); 伊朗, Military Communiqué of 29 September 1980(同上, 第 477 段); 伊拉克, Military Communiqué Nos. 541, 683, 996 and 1383 and Reply by the Ministry of Defence to a questionnaire(同上, 第 478 段); 美国, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上, 第 480 段)和 Letter from the Department of the Army to the legal adviser of the US Army forces deployed in the Gulf region(同上, 第 481 段); 据报告的巴基斯坦实践(同上, 第 479 段)。

非国际性武装冲突

根据《日内瓦公约》之共同第3条,禁止攻击从遇难飞机上跳伞降落的人也适用于非国际性武装冲突,因为该条保护因“任何”原因失去战斗力的人。¹ 在《国际刑事法院规约》框架内讨论违反共同第3条之战争罪构成要件的过程中,起草者认为不应只对失去战斗力这一术语进行狭义解释,他们除了提及共同第3条所包含的例子外,还提到了《第一附加议定书》第42条。² 几个可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中包含这一规则。³

前已述及,对于将从遇难飞机上跳伞降落的人在其降落中视为失去战斗力这一问题上的主要担忧在于,他们可能降落在己方领地之内。国际社会对于该问题的结论是,赞成将这类人在空中时视为失去战斗力,而不论其随后可能降落在何处。因此,将这一规则适用于非国际性武装冲突并不存在实践上的障碍,也没有观点认为该规则的适用只限于国际性武装冲突。

解释

实践表明,从遇难飞机上跳伞降落的人,在落到地面时,除显然表现出其从事敌对行为外,应有投降的机会。该原则载于《第一附加议定书》中。⁴ 并被纳入许多军事手册。⁵ 《附加议定书评注》解释道,这一规则确立了一个假设,即除非已知悉其相反的意图,否则推定降落的空勤人员有意投降。⁶ 然而,《美国空军手册》(the US Air Force Pamphlet)阐明,由于投降请求无法被接受,所以从遇难飞机上跳伞降落,在己方防线后着陆并且未受伤的战斗员是可以被攻击的。⁷ 这与其规定的关于投降定义的解释相一致(参见对规则47的评注)。

该规则有利于遇难飞机的全体机组人员、平民和战斗员,但不适用于作为军事行

¹ 《日内瓦公约》之共同第3条(参见第2卷,第32章,第2段)。

² Knut D rmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, 2003, p. 389.

³ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第15章,第426段)、贝宁(同上,第430段)、克罗地亚(同上,第436段)、厄瓜多尔(同上,第438段)、德国(同上,第442段)、意大利(同上,第446-447段)、肯尼亚(同上,第448段)、黎巴嫩(同上,第449段)、马达加斯加(同上,第450段)、南非(同上,第458段)、多哥(同上,第462段)和南斯拉夫(同上,第471段)。

⁴ 《第一附加议定书》第42条(同上,第421段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第425段)、澳大利亚(同上,第426-427段)、比利时(同上,第428-429段)、喀麦隆(同上,第432段)、加拿大(同上,第434段)、多米尼加共和国(同上,第437段)、厄瓜多尔(同上,第438段)、法国(同上,第441段)、印度尼西亚(同上,第443段)、肯尼亚(同上,第448段)、荷兰(同上,第453段)、新西兰(同上,第454段)、西班牙(同上,第459段)、瑞典(同上,第460段)、瑞士(同上,第461段)和美国(同上,第466-467段和第469-470段)。

⁶ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols(同上,第486段)。

⁷ 美国, Air Force Pamphlet(同上,第466段)。

动一部分的空降部队和不是从遇难飞机上跳伞降落的部队。⁸

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第424-425段)、澳大利亚(同上,第426-427段)、比利时(同上,第428-429段)、贝宁(同上,第430段)、布基纳法索(同上,第431段)、喀麦隆(同上,第432-433段)、加拿大(同上,第434段)、刚果(同上,第435段)、多米尼加共和国(同上,第436段)、厄瓜多尔(同上,第438段)、法国(同上,第439-441段)、德国(同上,第442段)、印度尼西亚(同上,第443段)、以色列(同上,第444-445段)、意大利(同上,第446段)、肯尼亚(同上,第448段)、黎巴嫩(同上,第449段)、马里(同上,第451段)、摩洛哥(同上,第452段)、荷兰(同上,第453段)、新西兰(同上,第454段)、尼日利亚(同上,第455段)、俄罗斯(同上,第456段)、塞内加尔(同上,第457段)、南非(同上,第458段)、西班牙(同上,第459段)、瑞典(同上,第460段)、瑞士(同上,第461段)、多哥(同上,第462段)、英国(同上,第463-464段)、美国(同上,第465-467段和第469段)和南斯拉夫(同上,第471段)。

第 16 章

财产的毁坏与扣押

规则 49 冲突各方可以扣押属于敌方的军事设备作为战利品。

实践

第 2 卷, 第 16 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

冲突一方扣押属于敌方的军事装备作为战利品的这一规则载于《利伯守则》中。它反映了国际性武装冲突中存在已久的实践。该规则还暗含于《海牙章程》和《日内瓦第三公约》中,它们要求必须允许战俘保留其所有的个人物品(以及防护装备)。

许多军事手册中包含这一规则。就像《澳大利亚防务部队手册》(Australia's Defence Force Manual)所解释的那样,“战利品包括缴获到的战俘的所有物品,但不包括‘个人用品’”。该规则还为判例法所援引。

依照《利伯守则》,战利品属于扣押方而不属于扣押它的个人。这一原则在许

Lieber Code, Article 45(参见第 2 卷,第 16 章,第 4 段)。

《海牙章程》第 4 条(同上,第 2 段);《日内瓦第三公约》第 18(1)条(同上,第 3 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 5 段)、澳大利亚(同上,第 6 - 7 段)、比利时(同上,第 9 段)、贝宁(同上,第 10 段)、喀麦隆(同上,第 12 段)、加拿大(同上,第 13 - 14 段)、多米尼加共和国(同上,第 15 段)、法国(同上,第 16 段)、德国(同上,第 17 段)、匈牙利(同上,第 18 段)、以色列(同上,第 19 段)、肯尼亚(同上,第 20 段)、马达加斯加(同上,第 21 段)、荷兰(同上,第 22 段)、新西兰(同上,第 23 段)、西班牙(同上,第 25 段)、多哥(同上,第 26 段)、英国(同上,第 27 段)和美国(同上,第 29 - 31 段)。

澳大利亚, Defence Force Manual(同上,第 7 段)。

例如,参见以色列, High Court, Al-Nawar case(同上,第 39 段)。

Lieber Code, Article 45(同上,第 4 段)。

多军事手册中得到了反映，并为国内判例法所支持。因此，士兵个人无权取得所扣押军事装备的所有权或占有权。一些手册明确指出，禁止士兵将“战利品”带回家。据报道，海湾战争后，曾有英国士兵因企图走私从敌方获得的武器而被送交军事法庭审判。⁰

实践还表明，可不受限制地使用战利品而不是必须返还给对方。¹

非国际性武装冲突

对于非国际性武装冲突，还无法确定存在依国际法允许扣押对方军事装备的规则，同样也未发现国际法下禁止该扣押行为的规则。

定义

许多军事手册将战利品界定为在战场上缴获或发现的敌方军用物品(装备或财产)。² 另外几个军事手册阐明战利品必须与“公有”动产相关。³ 对于在战场上发现的私有财产，《英国军事手册》(UK Military Manual)和《美国战地手册》(US Field Manual)规定，如果其属于武器、军火、军事装备和军事文件的范畴，则也可作为战利品被缴获。⁴ 在1985年以色列高等法院(Israel's High Court)受理的阿勒—纳瓦尔案(AI-Nawar case)中，沙姆加尔(Shamgar)法官认为：

所有在战场上被缴获的国有动产均可被缴获交战国用作战利品，这包括装备、军火、货仓、机器、装置甚至现金。

在战场或战区内发现的所有实际被用作敌对目的的私有财产可被交战

例如，参见以下国家的军事手册：阿根廷(同上，第5段)、澳大利亚(同上，第6-7段)、贝宁(同上，第10段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上，第11段)、加拿大(同上，第13段)、德国(同上，第17段)、匈牙利(同上，第18段)、以色列(同上，第19段)、肯尼亚(同上，第20段)、马达加斯加(同上，第21段)、荷兰(同上，第22段)、新西兰(同上，第23段)、西班牙(同上，第25段)、多哥(同上，第26段)、英国(同上，第27段)和美国(同上，第29段)。

例如，参见：以色列，High Court, AI-Nawar case(同上，第39段)和美国，Court of Claims, Morrison case(同上，第41段)。

例如，参见加拿大(同上，第14段)和美国(同上，第32段)的军事手册。

⁰ 参见 Report on UK Practice(同上，第40段)。

¹ 例如，参见贝宁(同上，第10段)、喀麦隆(同上，第12段)、法国(同上，第16段)、肯尼亚(同上，第20段)、马达加斯加(同上，第21段)、荷兰(同上，第22段)和多哥(同上，第26段)的军事手册。

² 例如，参见以下国家的军事手册：澳大利亚(同上，第6-7段)、贝宁(同上，第10段)、喀麦隆(同上，第12段)、法国(同上，第16段)、匈牙利(同上，第18段)、肯尼亚(同上，第20段)、马达加斯加(同上，第21段)、荷兰(同上，第22段)、西班牙(同上，第25段)和多哥(同上，第26段)。

³ 例如，参见阿根廷(同上，第5段)、加拿大(同上，第13段)、德国(同上，第17段)、新西兰(同上，第23段)、英国(同上，第27段)和美国(同上，第29段)的军事手册。

⁴ 英国，Military Manual(同上，第27段)；美国，Field Manual(同上，第29段)。

国作为战利品。⁵

沙姆加尔法官所使用的战利品定义超出了军事装备的范围,而是采用了《海牙章程》第53条中规定的一个更为广泛的定义,该定义将可在被占领区占有的物品界定为包括“严格属于国家的现款、基金和有价证券、武器库、运输工具、货栈和供应品以及一般供作战用的一切属于国家的动产”⁶。就占有物品而言,它们实际上就是战利品,即使从技术的角度来看,它们可能不是在战场上被缴获或发现的。在法国,德国和荷兰的军事手册中也规定了相关内容。⁷例如,德国的军事手册写道:“可用于军事目的政府动产将成为战利品。”

特殊规则

《日内瓦第一公约》中规定了对流动军事医疗队、固定军事医疗所以及军事医疗运输的俘获。⁸流动医疗队必须被留作照顾伤者和病者。固定医疗所在其为照顾伤者、病者所必需之期间,不得移作他用。

《第一附加议定书》对医院船和医务飞机做了更进一步的规定。⁹关于缴获永久被派于民防组织的军事单位的物资和建筑物,《第一附加议定书》也做了规定。⁰

规则 50 禁止毁坏或扣押敌人的财产,除非为迫切军事必要所要求。

实践

第2卷,第16章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》和《布鲁塞尔宣言》中得到承认,并被载入了《海牙章程》。¹根据《日内瓦公约》的规定,因“无军事上之必

⁵ 以色列,High Court, Al-Nawar case(同上,第39段)。

⁶ 《海牙章程》第53条(同上,第245段)。

⁷ 法国,LOAC Manual(同上,第16段);德国,Military Manual(同上,第17段);荷兰,Military Manual(同上,第22段)。

⁸ 《日内瓦第一公约》第33和35条。

⁹ 《第一附加议定书》第22、23和30条。

⁰ 《第一附加议定书》第67条。

¹ Lieber Code, Articles 15 - 16(参见第2卷,第16章,第57 - 58段);Brussels Declaration, Article 13(g)(同上,第60段);《海牙章程》第23(7)条(同上,第51段)。

要,而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收”而违反该规则,是严重违约行为。² 根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中,除非是基于战争的必要,摧毁或没收敌方财产构成战争罪。³ 构成严重违约行为的破坏,须是大规模的,前南斯拉夫问题国际刑事法庭(the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia)在布拉什基奇案(Blaškić case)中阐述道,“‘大规模’的概念是依案件事实来评估的——一个单一行为,例如破坏一所医院,足以表现这一罪状的犯罪特征”。⁴

许多军事手册中包含这一规则。⁵ 在很多国家的立法中,除非为迫切军事必要所要求,摧毁或没收敌方财产是一项犯罪行为。⁶ 二战后,该规则在几个案件中得到

² 《日内瓦第一公约》第 50 条(同上,第 53 段);《日内瓦第二公约》第 51 条(同上,第 53 段);《日内瓦第四公约》第 147 条(同上,第 53 段)。

³ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xiii)条(同上,第 55 段)。

⁴ ICTY, Blaškić case, Judgment(同上,第 239 段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 70 - 71 段)、澳大利亚(同上,第 72 - 73 段)、比利时(同上,第 74 - 75 段)、贝宁(同上,第 76 段)、喀麦隆(同上,第 77 段)、加拿大(同上,第 78 - 79 段)、哥伦比亚(同上,第 80 段)、多米尼加共和国(同上,第 82 段)、厄瓜多尔(同上,第 83 段)、法国(同上,第 84 - 87 段)、德国(同上,第 88 段)、以色列(同上,第 90 段)、意大利(同上,第 91 - 92 段)、肯尼亚(同上,第 93 段)、韩国(同上,第 94 段)、黎巴嫩(同上,第 95 段)、马达加斯加(同上,第 96 段)、荷兰(同上,第 97 段)、新西兰(同上,第 98 段)、尼日利亚(同上,第 100 - 102 段)、秘鲁(同上,第 103 段)、菲律宾(同上,第 104 段)、罗马尼亚(同上,第 105 段)、俄罗斯(同上,第 106 段)、塞内加尔(同上,第 107 段)、南非(同上,第 108 段)、西班牙(同上,第 109 段)、瑞典(同上,第 110 段)、瑞士(同上,第 111 段)、多哥(同上,第 112 段)、英国(同上,第 113 - 114 段)和美国(同上,第 115 - 120 段)。

⁶ 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第 122 段)、澳大利亚(同上,第 123 - 125 段)、阿塞拜疆(同上,第 126 段)、孟加拉国(同上,第 127 段)、巴巴多斯(同上,第 128 段)、白俄罗斯(同上,第 129 段)、比利时(同上,第 130 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 131 段)、博茨瓦纳(同上,第 132 段)、保加利亚(同上,第 133 段)、加拿大(同上,第 136 和 138 段)、智利(同上,第 139 段)、刚果(同上,第 142 段)、库克群岛(同上,第 143 段)、克罗地亚(同上,第 144 段)、古巴(同上,第 145 段)、塞浦路斯(同上,第 146 段)、捷克共和国(同上,第 147 段)、萨尔瓦多(同上,第 149 - 150 段)、爱沙尼亚(同上,第 151 段)、格鲁吉亚(同上,第 154 段)、德国(同上,第 155 段)、印度(同上,第 157 段)、伊拉克(同上,第 158 段)、爱尔兰(同上,第 159 段)、以色列(同上,第 160 段)、意大利(同上,第 161 - 162 段)、肯尼亚(同上,第 165 段)、拉脱维亚(同上,第 166 段)、立陶宛(同上,第 168 段)、卢森堡(同上,第 169 - 170 段)、马拉维(同上,第 171 段)、马来西亚(同上,第 172 段)、马里(同上,第 174 段)、毛里求斯(同上,第 175 段)、墨西哥(同上,第 176 段)、摩尔多瓦(同上,第 177 段)、莫桑比克(同上,第 178 段)、荷兰(同上,第 179 - 180 段)、新西兰(同上,第 181 - 182 段)、尼加拉瓜(同上,第 183 - 184 段)、尼日尔(同上,第 185 段)、尼日利亚(同上,第 186 段)、挪威(同上,第 187 段)、巴布亚新几内亚(同上,第 189 段)、巴拉圭(同上,第 190 段)、秘鲁(同上,第 191 段)、菲律宾(同上,第 192 段)、葡萄牙(同上,第 193 段)、罗马尼亚(同上,第 194 段)、塞舌尔(同上,第 196 段)、新加坡(同上,第 197 段)、斯洛伐克(同上,第 198 段)、斯洛文尼亚(同上,第 199 段)、西班牙(同上,第 200 - 201 段)、塔吉克斯坦(同上,第 205 段)、乌干达(同上,第 207 段)、乌克兰(同上,第 209 段)、英国(同上,第 210 - 211 段)、美国(同上,第 212 - 213 段)、乌兹别克斯坦(同上,第 215 段)、瓦努阿图(同上,第 216 段)、越南(同上,第 218 段)、南斯拉夫(同上,第 219 段)和津巴布韦(同上,第 220 段);还可参见阿根廷(同上,第 121 段)、布隆迪(同上,第 134 段)、约旦(同上,第 164 段)、黎巴嫩(同上,第 167 段)、斯里兰卡(同上,第 204 段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第 206 段)的立法草案。

了适用。² 前南斯拉夫国际刑事法庭受理的几起指控是以该规则为基础的,在布拉什奇奇案与科尔迪奇和切尔克斯案(Kordic and Čerkez case)中,被告因违反了该规则而被确定有罪。³

非国际性武装冲突

根据《国际刑事法院规约》,在非国际性武装冲突中,除非是基于冲突的必要,摧毁或没收敌对方的财产构成战争罪。⁴

该规则被纳入了一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册。⁵ 许多国家立法将在任何武装冲突中违反该规则的行为都界定为犯罪。⁶

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

规则 51 在占领地内:

- (1) 用于军事行动的公共动产可予以没收;
- (2) 公共不动产必须依照享有收益的规则加以管理;并且

² 尤其可参见,法国,Permanent Military Tribunal at Dijon, Holstein case(同上,第221段);德国,Oberlandsgericht of Dresden, General Devastation case(同上,第222段);荷兰,Special Court of Cassation, Wington case(同上,第224段);美国,Military Tribunal at Nuremberg, List (Hostages Trial) case(同上,第225段)和 Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第226段)。

³ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭,Nikolic case, Initial Indictment and Review of the Indictment(同上,第236段)、Karadic and Mladic case, First Indictment and Review of the Indictments(同上,第237段)、Rajic case, Initial Indictment and Review of the Indictment(同上,第238段)、Blaškić case, Judgement(同上,第239段)、以及 Kordic and Čerkez case, Judgement(同上,第240段)。

⁴ 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(xii)条(同上,第56段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第72段)、贝宁(同上,第76段)、加拿大(同上,第79段)、哥伦比亚(同上,第80段)、厄瓜多尔(同上,第83段)、德国(同上,第88段)、意大利(同上,第91-92段)、肯尼亚(同上,第93段)、黎巴嫩(同上,第95段)、马达加斯加(同上,第96段)、尼日利亚(同上,第100和102段)、秘鲁(同上,第103段)、菲律宾(同上,第104段)、南非(同上,第108段)和多哥(同上,第112段)。

⁶ 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第122段)、澳大利亚(同上,第125段)、阿塞拜疆(同上,第126段)、白俄罗斯(同上,第129段)、比利时(同上,第130段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第131段)、柬埔寨(同上,第135段)、加拿大(同上,第138段)、刚果(同上,第142段)、克罗地亚(同上,第144段)、萨尔瓦多(同上,第149-150段)、爱沙尼亚(同上,第151段)、格鲁吉亚(同上,第154段)、德国(同上,第155段)、拉脱维亚(同上,第166段)、立陶宛(同上,第168段)、摩尔多瓦(同上,第177段)、荷兰(同上,第180段)、新西兰(同上,第182段)、尼加拉瓜(同上,第184段)、尼日尔(同上,第185段)、葡萄牙(同上,第193段)、斯洛文尼亚(同上,第199段)、西班牙(同上,第200-201段)、塔吉克斯坦(同上,第205段)、英国(同上,第211段)、乌兹别克斯坦(同上,第215段)和南斯拉夫(同上,第219段);还可参见保加利亚(同上,第133段)、捷克共和国(同上,第147段)、意大利(同上,第161-162段)、莫桑比克(同上,第178段)、尼加拉瓜(同上,第183段)、巴拉圭(同上,第190段)、秘鲁(同上,第191段)、罗马尼亚(同上,第194段)和斯洛伐克(同上,第198段)的立法,这些立法并未排除适用于非国际性武装冲突,以及阿根廷(同上,第121段)、布隆迪(同上,第134段)、约旦(同上,第164段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第206段)的立法草案。

(3) 私有财产必须受到尊重,不得没收;
除非对此类财产的毁坏或扣押为军事必要所绝对要求。

实践

第 2 卷,第 16 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。

公共动产

可用于军事行动的所有公共动产均可予以没收这一规则是一项存在已久的习惯国际法规则,已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到了承认。³ 并被载入了《海牙章程》,该章程规定以下所列可予以没收:“严格属于国家的现款、基金和有价证券、武器库、运输工具、货栈和供应品以及一般供作战用的一切属于国家的动产。”³

许多军事手册中都载有这一规则。³ 二战后有几起案件适用了该规则。⁵

澳大利亚、加拿大和新西兰的军事手册将没收界定为“占有敌方公共动产而不承担对所属国予以补偿的义务”。⁶ 从技术上而言,它与战利品的区别在于后者只涉及在战场上缴获或发现的军事设备,但在实践中二者间的界限已模糊,原因在于适用于它们的制度相同:即均可不加补偿地对其予以占有。例如,《德国军事手册》(Germany's Military Manual)认为二者都是“战利品”。³

依照《海牙章程》的规定,市政当局的财产,包括宗教、慈善和教育、艺术和科学机构的财产,即使是国家所有,也应作为私有财产对待。⁸ 因此,禁止扣押或毁坏此类财产,包括历史纪念物以及艺术与科学作品(见规则 40)。

公共不动产

公共不动产必须依照享有收益的规章加以管理是一项存在已久的习惯国际法规

³ Lieber Code, Article 31 (同上,第 246 段); Brussels Declaration, Article 6 (同上,第 247 段); Oxford Manual, Article 50 (同上,第 248 段)。

³ 《海牙章程》第 53 条(同上,第 245 段)。

⁴ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 251 段)、澳大利亚(同上,第 252 段)、加拿大(同上,第 253 段)、法国(同上,第 254 段)、德国(同上,第 255 段)、意大利(同上,第 256 段)、新西兰(同上,第 257 段)、尼日利亚(同上,第 258 段)、英国(同上,第 261 段)和美国(同上,第 262 段)。

⁵ 尤其可参见,美国, Military Tribunal at Nuremberg, Flick case (同上,第 268 段)、Krupp case (同上,第 269 段) and Krauch (I. G. Farben Trial) case (同上,第 270 段)。

⁶ 澳大利亚, Defence Force Manual (同上,第 252 段); 加拿大, LOAC Manual (同上,第 253 段); 新西兰, Military Manual (同上,第 257 段)。

³ 德国, Military Manual (同上,第 255 段)。

⁸ 《海牙章程》第 56 条。

则,它已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认。⁹《海牙章程》对此规则进行了如下编纂:

占领国对其占领地内属于敌国的公共建筑、不动产、森林和农庄,只是被视为管理者和收益的享有者。占领国必须维护这些产业并按照享用收益的规章加以管理。⁹

这一规则被包含在几个军事手册中。⁴所以,澳大利亚、加拿大和新西兰的手册解释道,“敌方公共不动产可以被管理和使用但不得予以没收”²。该规则在二战后的几例案件中得到了适用。³

有几国的军事手册明确规定,可基于迫切军事必要而摧毁敌方财产这一原则适用于公共不动产(见规则50)。⁴

私有财产

保护私有财产不被没收是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认。⁵禁止没收私有财产也被载入了《海牙章程》第46条。⁶这一禁止性规定并不意味着任何时候均不得没收任何私有财产,因为《海牙章程》第53条是这样规定的:

无论在陆上、海上或空中用以传递消息、客运或货运的一切设施,……军火储藏以及一般地即使为私人所有的各种军火,得予以扣押,但媾和后必须归还并给予补偿。⁷

⁹ Lieber Code, Article 31 (参见第2卷,第16章,第284段); Brussels Declaration, Article 7 (同上,第285段); Oxford Manual, Article 52 (同上,第286段)。

⁹ 《海牙章程》第55条(同上,第283段)。

⁴ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第288段)、澳大利亚(同上,第289段)、加拿大(同上,第290段)、德国(同上,第291段)、意大利(同上,第292段)、新西兰(同上,第293段)、瑞士(同上,第296段)、英国(同上,第297段)和美国(同上,第298段)。

² 澳大利亚, Defence Force Manual (同上,第289段); 加拿大, LOAC Manual (同上,第290段); 新西兰, Military Manual (同上,第293段)。

³ 尤其可参见,波兰, Supreme National Tribunal, Greiser case (同上,第302段); 美国, Military Tribunal at Nuremberg, Flick case (同上,第303段)、Krupp case (同上,第304段)和 Krauch (I. G. Farben Trial) case (同上,第305段)。

⁴ 例如,参见加拿大(同上,第290段)、新西兰(同上,第293段)、尼日利亚(同上,第294段)、英国(同上,第297段)和美国(同上,第298段)的军事手册。

⁵ Lieber Code, Article 22 (同上,第319段)、Article 37 (同上,第320段) and Article 38 (同上,第321段); Brussels Declaration, Article 38 (同上,第322段); Oxford Manual, Article 54 (同上,第323段)。

⁶ 《海牙章程》第46条(同上,第317段)。

⁷ 《海牙章程》第53条(同上,第317段)。

许多军事手册中包含这一规则。⁸ 正如《澳大利亚防务部队手册》所解释的那样，“这些物品可被扣押，但并不因此成为占领国的财产。扣押只是将物品的占有转移给占领国，但所有权仍归私人所有者。”⁹ 依照《新西兰军事手册》(New Zealand's Military Manual)的规定，这些物品包括：

电缆、电报和电话设备；电视、电讯和广播装备；马匹、摩托车、自行车、手推车和马车；铁路和铁路设备、电车道；港口、河流中的船舶和运河船只；除救援航空器以外的各类航空器；竞技武器；以及能用作军事物资的各种财产。⁶

有几国的军事手册明确规定，可基于迫切军事必要而摧毁敌方财产这一原则适用于公共不动产(见规则 50)。⁵

保护私有财产不被没收在二战后的国内判例法和其他几个案件中得到了确认。³ 在 1985 年以色列高等法院受理的阿勒—纳瓦尔案 (Al-Nawar case) 中，沙姆加尔法官认为《海牙章程》第 46 条并没有扩展到“实际由敌方部队使用”的财产。⁵

在为满足占领军需要，向被占领地居民和当局要求捐赠实物和劳务，即所通称的征用这一问题上，《海牙章程》做了具体规定：

⁸ 例如，参见以下国家的军事手册：阿根廷(同上，第 327 段)、澳大利亚(同上，第 329 段)、贝宁(同上，第 330 段)、加拿大(同上，第 333 - 334 段)、哥伦比亚(同上，第 335 - 337 段)、德国(同上，第 342 段)、匈牙利(同上，第 343 段)、印度尼西亚(同上，第 344 段)、以色列(同上，第 345 段)、意大利(同上，第 346 段)、新西兰(同上，第 349 段)、尼日利亚(同上，第 350 - 352 段)、秘鲁(同上，第 353 段)、菲律宾(同上，第 354 段)、罗马尼亚(同上，第 356 段)、南非(同上，第 357 段)、瑞士(同上，第 358 段)、多哥(同上，第 359 段)、乌干达(同上，第 360 - 361 段)、英国(同上，第 362 段)和美国(同上，第 363 - 364 段和第 367 段)。

⁹ 澳大利亚, Defence Force Manual(同上，第 329 段)。

⁶ 新西兰, Military Manual(同上，第 349 段)。

⁵ 例如，参见瑞士(同上，第 358 段)、英国(同上，第 362 段)和美国(同上，第 363 和 365 段)的军事手册。

³ 尤其可参见，波斯尼亚和黑塞哥维那, Cantonal Court of Bihac, Bijelic case(同上，第 405 段)；中国, War Crimes Military Tribunal of the Ministry of National Defence at Nanking, Takashi Sakai case(同上，第 406 段)；法国, Permanent Military Tribunal at Clermont-Ferrand, Szabados case(同上，第 408 段)；法国, Permanent Military Tribunal at Metz, Rust case(同上，第 409 段)；法国, General Tribunal at Rastadt of the Military Government for the French Zone of Occupation in Germany, Roehling case(同上，第 410 段)；德国, Higher Regional Court at Düsseldorf and Federal Supreme Court, Jorgic case(同上，第 411 段)；以色列, High Court, Ayub case(同上，第 412 段)和 Sakhwil case(同上，第 413 段)；日本, District Court of Chiba, Religious Organisation Hokekyoji case(同上，第 415 段)；日本, District Court of Tokyo, Takada case(同上，第 416 段)和 Suikosha case(同上，第 417 段)；荷兰, Special Court of Cassation, Esau case(同上，第 418 段)；荷兰, Special Criminal Court at The Hague, Fiebig case(同上，第 419 段)；波兰, Supreme National Tribunal, Greiser case(同上，第 420 段)；美国, Military Tribunal at Nuremberg, Flick case(同上，第 421 段)、Krupp case(同上，第 422 段)、Krauch (I. G. Farben Trial) case(同上，第 423 段)和 Von Leeb (The High Command Trial) case(同上，第 424 段)。

⁵ 以色列, High Court, Al-Nawar case(同上，第 414 段)。

除非占领军需要,不得向市政当局或居民征用实物或劳务。所征实物或劳务必须与当地资源成比例,其性质不致迫使居民参加反对祖国的作战行动。此项征用和劳役只能在占领地区司令的许可下方得提出。对实物的供给应尽可能用现金偿付,否则须出具收据,欠款应尽快付还。⁴

许多军事手册纳入了这些规则。⁵ 根据很多国家的立法,违反这些规则构成犯罪。⁶ 还存在更为详细的规则以限制对特定类型物品的征用:救济团体的财产;⁷ 被占领领土内的民用医院;⁸ 被占领领土内的民防物资和建筑物。⁹

尊重私有财产这一重要规则被明确载于一些可适用于非国际性武装冲突的手册中。⁶ 然而,该规则还并不是一条具体独立的规则,还没有从除非为迫切军事必要所要求禁止毁坏或扣押(见规则 50)以及禁止抢劫(见规则 52)这两项禁止性规则中分离出来。对于非国际性武装冲突,还不能确定存在依国际法禁止没收私有财产的规则,但也没有一条国际法规则允许此类没收。然而,希望国内立法对这一问题做出规定。

规则 52 禁止抢劫。

实践

第2卷,第16章,D节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

⁴ 《海牙章程》第52条(同上,第317段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第327段)、澳大利亚(同上,第328-329段)、加拿大(同上,第333-334段)、法国(同上,第341段)、德国(同上,第342段)、意大利(同上,第346段)、新西兰(同上,第349段)、尼日利亚(同上,第351段)、瑞士(同上,第358段)、英国(同上,第362段)和美国(同上,第363-364段)。

⁶ 例如,参见以下国家的立法:阿根廷(同上,第368段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第373段)、保加利亚(同上,第374段)、智利(同上,第376段)、中国(同上,第377段)、哥伦比亚(同上,第378段)、克罗地亚(同上,第379段)、爱沙尼亚(同上,第382段)、意大利(同上,第387-388段)、立陶宛(同上,第389段)、摩尔多瓦(同上,第391段)、荷兰(同上,第395段)、挪威(同上,第396段)、斯洛文尼亚(同上,第398段)、西班牙(同上,第399段)和南斯拉夫(同上,第404段);还可参见阿根廷的立法草案(同上,第370段)。

⁷ 《日内瓦第一公约》第34条。

⁸ 《日内瓦第四公约》第57条。

⁹ 《第一附加议定书》第63(4)条至第63(6)条。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:贝宁(参见第2卷,第16章,第330段)、加拿大(同上,第334段)、哥伦比亚(同上,第336-337段)、萨尔瓦多(同上,第340段)、意大利(同上,第346段)、秘鲁(同上,第353段)、菲律宾(同上,第354段)、南非(同上,第357段)和多哥(同上,第359段)。

国际性武装冲突

禁止抢劫是一项存在已久的习惯国际法规则，它已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认。⁶ 根据《海牙章程》的规定，抢劫在任何情形下都是被禁止的。⁸ 一战后提出的《责任委员会报告》(the Report of the Commission on Responsibility) 和二战后确立的(纽伦堡)《国际军事法庭宪章》，均将抢劫界定为一项战争罪。⁶ 《日内瓦第四公约》同样禁止抢劫。⁶ 根据《国际刑事法院规约》，在国际性武装冲突中，“抢劫即使是突击攻下的城镇或地方”也构成战争罪。⁶

禁止抢劫的规定载于许多军事手册中。⁶ 在很多国家的立法中，抢劫属犯罪

⁶ Lieber Code, Article 44 (同上, 第 470 段); Brussels Declaration, Article 18 (同上, 第 471 段) and Article 39 (同上, 第 472 段); Oxford Manual, Article 32 (同上, 第 473 段)。

⁸ 《海牙章程》第 28 条(同上, 第 461 段) 和第 47 条(同上, 第 462 段)。

⁶ Report of the Commission on Responsibility(同上, 第 475 段); 《国际军事法庭宪章》(纽伦堡) 第 6 (2) 条(处罚“ 抢劫 ”)(同上, 第 465 段)。

⁶ 《日内瓦第四公约》第 33(2) 条(同上, 第 466 段)。

⁶ 《国际刑事法院规约》第 8(2) (b) (xvi) 条(同上, 第 468 段)。

⁶ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 486 - 487 段)、澳大利亚(同上, 第 488 - 489 段)、比利时(同上, 第 490 - 491 段)、贝宁(同上, 第 492 段)、布基纳法索(同上, 第 493 段)、喀麦隆(同上, 第 494 - 495 段)、加拿大(同上, 第 496 - 497 段)、中国(同上, 第 498 段)、哥伦比亚(同上, 第 499 - 500 段)、刚果(同上, 第 501 段)、克罗地亚(同上, 第 502 - 503 段)、多米尼加共和国(同上, 第 504 段)、厄瓜多尔(同上, 第 505 段)、萨尔瓦多(同上, 第 506 段)、法国(同上, 第 507 - 510 段)、德国(同上, 第 511 - 512 段)、印度尼西亚(同上, 第 513 - 514 段)、以色列(同上, 第 515 - 516 段)、意大利(同上, 第 517 - 518 段)、肯尼亚(同上, 第 519 段)、韩国(同上, 第 520 - 521 段)、马达加斯加(同上, 第 522 段)、马里(同上, 第 523 段)、摩洛哥(同上, 第 524 段)、荷兰(同上, 第 525 - 526 段)、新西兰(同上, 第 527 段)、尼日利亚(同上, 第 528 - 531 段)、秘鲁(同上, 第 532 段)、菲律宾(同上, 第 533 - 534 段)、俄罗斯(同上, 第 535 段)、塞内加尔(同上, 第 536 - 537 段)、南非(同上, 第 538 段)、西班牙(同上, 第 539 段)、瑞典(同上, 第 540 段)、瑞士(同上, 第 541 段)、多哥(同上, 第 542 段)、乌干达(同上, 第 543 - 544 段)、英国(同上, 第 545 - 546 段)、美国(同上, 第 547 - 552 段) 和南斯拉夫(同上, 第 553 段)。

行为。⁶ 这一禁止性规定已在二战后国内法院受理的几个案件中得到了实施,⁶ 正如前南国际刑事法庭也适用了该规定。⁶ 禁止抢劫还为正式声明和其他实践所支持。⁶

⁶ 例如,参见以下国家的立法:阿尔巴尼亚(同上,第554段)、阿尔及利亚(同上,第555段)、澳大利亚(同上,第557-559段)、阿塞拜疆(同上,第560-561段)、孟加拉国(同上,第562段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第563段)、巴西(同上,第564段)、保加利亚(同上,第565段)、布基纳法索(同上,第566段)、喀麦隆(同上,第568段)、加拿大(同上,第569-570段)、乍得(同上,第571段)、智利(同上,第572段)、中国(同上,第573-574段)、哥伦比亚(同上,第576段)、刚果民主共和国(同上,第577段)、刚果(同上,第578段)、科特迪瓦(同上,第579段)、克罗地亚(同上,第580段)、捷克共和国(同上,第581段)、厄瓜多尔(同上,第582段)、埃及(同上,第583段)、萨尔瓦多(同上,第584-585段)、爱沙尼亚(同上,第586段)、埃塞俄比亚(同上,第587段)、法国(同上,第588段)、冈比亚(同上,第589段)、格鲁吉亚(同上,第590段)、德国(同上,第591段)、加纳(同上,第592段)、几内亚(同上,第593段)、匈牙利(同上,第594段)、印度(同上,第595段)、印度尼西亚(同上,第596-597段)、伊拉克(同上,第598段)、爱尔兰(同上,第599段)、以色列(同上,第600-601段)、意大利(同上,第602-603段)、约旦(同上,第604段)、哈萨克斯坦(同上,第605段)、肯尼亚(同上,第606段)、韩国(同上,第607段)、拉脱维亚(同上,第608段)、卢森堡(同上,第609段)、马来西亚(同上,第610段)、马里(同上,第611-612段)、墨西哥(同上,第613段)、摩尔多瓦(同上,第614段)、摩洛哥(同上,第615段)、莫桑比克(同上,第616段)、缅甸(同上,第617段)、荷兰(同上,第618-620段)、新西兰(同上,第621-622段)、尼加拉瓜(同上,第623段)、尼日利亚(同上,第624段)、挪威(同上,第625段)、巴拉圭(同上,第626-627段)、秘鲁(同上,第628段)、菲律宾(同上,第629-630段)、俄国(同上,第631段)、塞内加尔(同上,第632段)、新加坡(同上,第633段)、斯洛伐克(同上,第634段)、斯洛文尼亚(同上,第635段)、西班牙(同上,第636-638段)、斯里兰卡(同上,第639-641段)、瑞士(同上,第642段)、塔吉克斯坦(同上,第643段)、多哥(同上,第644段)、特立尼达和多巴哥共和国(同上,第645段)、突尼斯(同上,第647段)、乌干达(同上,第648段)、乌克兰(同上,第649段)、英国(同上,第650-652段)、美国(同上,第653-656段)、乌兹别克斯坦(同上,第657段)、委内瑞拉(同上,第658段)、越南(同上,第659段)、也门(同上,第660-661段)、南斯拉夫(同上,第662-663段)、赞比亚(同上,第664段)和津巴布韦(同上,第665段);还可参见阿根廷(同上,第556段)、布隆迪(同上,第567段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第646段)的立法草案。

⁶ 尤其可参见:中国,设于南京的国防部审判战犯军事法庭, Takashi Sakai case(同上,第667段);法国, Permanent Military Tribunal at Clermont-Ferrand, Szabados case(同上,第669段);法国, Permanent Military Tribunal at Dijon, Holstein case(同上,第670段);法国, Permanent Military Tribunal at Metz, Bauer case(同上,第671段);荷兰, Special Criminal Court at Hertogenbosch and Special Court of Cassation, Esau case(同上,第675段);荷兰, Special Criminal Court at The Hague, Fiebig case(同上,第676段);美国, Military Tribunal at Nuremberg, Pohl case(同上,第677段)和 Von Leeb (The High Command Trial) case(同上,第678段)。

⁶ ICTY, Jelisić case, Judgment(同上,第740段), Delalić case, Judgment(同上,第742段), Blaškić case, Judgment(同上,第743段)和 Kordić and Čerkez case, Judgment(同上,第744段)。

⁶ 例如,参见以下国家的声明:阿富汗(同上,第680段)、巴林(同上,第683段)、中国(同上,第684段)、芬兰(同上,第686段)、法国(同上,第687段)、德国(同上,第688-689段)、科威特(同上,第691-693段)、卡塔尔(同上,第695段)、俄罗斯(同上,第697段)、斯洛文尼亚(同上,第699段)、西班牙(同上,第700段)、英国(同上,第701和703段)、美国(同上,第704段)和南斯拉夫(同上,第705段),英国的实践(同上,第702段)和据报告的伊朗的实践(同上,第690段)。

非国际性武装冲突

在《第二附加议定书》中,抢劫是被禁止的。¹ 根据《国际刑事法院规约》,在非国际性武装冲突中,“抢劫即使是突击攻下的城镇或地方”也构成战争罪。² 抢劫作为战争罪还被纳入了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》和《塞拉利昂问题特别法庭规约》。³

禁止抢劫载入了一些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中。⁴ 根据许多国家的立法,在任何武装冲突中抢劫都将构成犯罪。⁵ 在1985年军事团体案(Military Junta case)的判决中,阿根廷国家上诉法院(Argentina's National Court of Appeals)对于在内部动乱情形下实施的行为,适用了《海牙章程》中禁止抢劫的规

¹ 《第二附加议定书》第4(2)(g)条(经协商一致通过)(同上,第467段)。

² 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(v)条(同上,第468段)。

³ 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3(5)条(同上,第480段);《卢旺达问题国际刑事法庭规约》第4(6)条(同上,第482段);《塞拉利昂特别法院规约》第3条(同上,第469段)。

⁴ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第487段)、澳大利亚(同上,第488-489段)、贝宁(同上,第492段)、喀麦隆(同上,第495段)、加拿大(同上,第496-497段)、中国(同上,第498段)、哥伦比亚(同上,第499-500段)、克罗地亚(同上,第502-503段)、厄瓜多尔(同上,第505段)、萨尔瓦多(同上,第506段)、法国(同上,第510段)、德国(同上,第511-512段)、意大利(同上,第517-518段)、肯尼亚(同上,第519段)、马达加斯加(同上,第522段)、荷兰(同上,第525段)、新西兰(同上,第527段)、尼日利亚(同上,第528-529段和第531段)、秘鲁(同上,第532段)、菲律宾(同上,第533-534段)、俄罗斯(同上,第535段)、塞内加尔(同上,第537段)、南非(同上,第538段)、西班牙(同上,第539段)、多哥(同上,第542段)、乌干达(同上,第543-544段)和南斯拉夫(同上,第553段)。

⁵ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第559段)、阿塞拜疆(同上,第561段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第563段)、加拿大(同上,第569-570段)、哥伦比亚(同上,第576段)、刚果民主共和国(同上,第577段)、刚果(同上,第578段)、克罗地亚(同上,第580段)、厄瓜多尔(同上,第582段)、萨尔瓦多(同上,第584-585段)、爱沙尼亚(同上,第586段)、埃塞俄比亚(同上,第587段)、冈比亚(同上,第589段)、格鲁吉亚(同上,第590段)、德国(同上,第591段)、加纳(同上,第592段)、几内亚(同上,第593段)、爱尔兰(同上,第599段)、哈萨克斯坦(同上,第605段)、肯尼亚(同上,第606段)、拉脱维亚(同上,第608段)、摩尔多瓦(同上,第614段)、荷兰(同上,第620段)、新西兰(同上,第621-622段)、尼加拉瓜(同上,第623段)、尼日利亚(同上,第624段)、挪威(同上,第625段)、巴拉圭(同上,第627段)、俄罗斯(同上,第631段)、新加坡(同上,第633段)、斯洛文尼亚(同上,第635段)、西班牙(同上,第637-638段)、瑞士(同上,第642段)、塔吉克斯坦(同上,第643段)、特立尼达和多巴哥共和国(同上,第645段)、乌干达(同上,第648段)、乌克兰(同上,第649段)、英国(同上,第652段)、乌兹别克斯坦(同上,第657段)、委内瑞拉(同上,第658段)、也门(同上,第661段)、南斯拉夫(同上,第663段)、赞比亚(同上,第664段)和津巴布韦(同上,第665段);还可参见保加利亚(同上,第565段)、布基纳法索(同上,第566段)、捷克共和国(同上,第518段)、匈牙利(同上,第594段)、意大利(同上,第602-603段)、韩国(同上,第607段)、莫桑比克(同上,第616段)、巴拉圭(同上,第626段)、秘鲁(同上,第628段)、斯洛伐克(同上,第634段)和多哥(同上,第644段)的立法,这些立法并未排除在非国际性武装冲突中加以适用,以及阿根廷(同上,第556段)、布隆迪(同上,第567段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第646段)的立法草案。

定。⁶ 在非国际性武装冲突情形下,禁止抢劫已为正式声明和其他实践所支持。⁷

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。被指称的对该规则的违反受到了各国的指责,⁸ 并被联合国和其他国际组织所谴责。⁹ 在绝大多数情形下,相关方要么否认曾实施违反行为,要么承认其行为具有非法性。⁶ 在另一种情形下,当局表示它们无力对其部队进行纪律约束。⁸

在1999年第27届红十字与红新月国际大会上制定的2000—2003年行动计划要求一切冲突方确保“下达严格命令,以防发生任何严重违反国际人道法的行为,包括……抢劫”。⁸

所收集到的关于抢劫文化财产(见规则40)和伤者病者财产(见规则111)、死者财产(见规则113)及被剥夺自由之人财产(见规则122)的特定实践,也应在对这一规则的习惯性质加以评估的基础上予以考量。

定义

在《布莱克法律词典》(Black's Law Dictionary)中,抢劫(或抢夺)被定义为“侵略军或占领军从敌方国民那里强行取得私有财产”。⁸ 《国际刑事法院规约》之《犯罪要件》指出,该占有的目的必须是“以供私人或个人使用”⁸。同样,禁止抢劫是对禁止偷盗这一法律一般原则的具体适用。全世界范围内的国内刑事立法中都能找到这一禁止性规定。根据军事法或普通刑法,抢劫通常要受到惩罚。

⁶ 阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case(同上,第666段)。

⁷ 例如,参见法国(同上,第687段)、德国(同上,第688段)、俄罗斯(同上,第696段)和卢旺达(同上,第698段)的声明以及哥伦比亚(同上,第685段)和南斯拉夫(同上,第705段)的实践。

⁸ 例如,参见以下国家的声明:阿富汗(同上,第680段)、巴林(同上,第683段)、中国(同上,第684段)、哥伦比亚(同上,第685段)、芬兰(同上,第686段)、法国(同上,第687段)、德国(同上,第688-689段)、科威特(同上,第691-693段)、尼日利亚(同上,第694段)、卡塔尔(同上,第695段)、俄罗斯(同上,第696-697段)、卢旺达(同上,第698段)、斯洛文尼亚(同上,第699段)、西班牙(同上,第700段)、英国(同上,第701-703段)、美国(同上,第704段)和南斯拉夫(同上,第705段)。

⁹ 例如,参见:联合国安理会,第912号决议(同上,第710段)、第1019号决议(同上,第711段)和第1034号决议(同上,第712段);联合国安理会,主席声明(同上,第713-715段);联合国大会,第50/193号决议(同上,第716段);联合国人权委员会,第1994/59号决议(同上,第717段)、第1996/71号决议(同上,第718段)和第1997/57号决议(同上,第719段);海湾合作委员会, Final Communique of the Ministerial Council(同上,第736段)。

⁶ 例如,参见俄罗斯(同上,第696段)和卢旺达(同上,第698段)的声明以及据报告的波斯尼亚和黑塞哥维那、斯普斯卡共和国的实践(同上,第757段)。

⁸ 例如,参见据报告的某一国家的实践(同上,第708段)。

⁸ 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Plan of Action for the years 2000 - 2003 (经协商一致通过)(同上,第738段)。

⁸ Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1979, p. 1033.

⁸ 国际刑事法院《犯罪要件》,战争罪——抢劫(《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xvi)条和第8(2)(e)(v)条)。

第 17 章

饥饿与获得人道救济

规则 53 禁止使用使平民陷于饥饿的作战方法。

实践

第 2 卷, 第 17 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

虽然 1863 年的《利伯守则》依然写道“使武装的或非武装的敌对交战方陷于饥饿以加速征服敌方是合法的”，但到了 1919 年，一战后提出的《责任委员会报告》(Report of the Commission on Responsibility)将“故意使平民陷于饥饿”列为了可受刑事追诉的违反战争法律和习惯的行为。《第一附加议定书》第 54(1)条规定了禁止将饥饿作为作战方法。在通过《第一附加议定书》时这一规定被普遍认为是一项新规定,但从那时起,它就很确定地成为了一条习惯国际法规则。根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“故意以断绝平民粮食作为作战方法”构成战争罪。

禁止以饥饿为作战方法包含于许多军事手册中。根据很多国家的立法,以使

Lieber Code, Article 17(参见第 2 卷,第 17 章,第 4 段)。

Report of the Commission on Responsibility(同上,第 5 段)。

《第一附加议定书》第 54(1)条(经协商一致通过)(同上,第 1 段)。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxv)条(同上,第 3 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 9 段)、澳大利亚(同上,第 10 - 11 段)、比利时(同上,第 12 段)、贝宁(同上,第 13 段)、加拿大(同上,第 14 段)、哥伦比亚(同上,第 15 段)、克罗地亚(同上,第 16 段)、法国(同上,第 17 - 18 段)、德国(同上,第 19 段)、匈牙利(同上,第 20 段)、印度尼西亚(同上,第 21 段)、以色列(同上,第 22 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、韩国(同上,第 24 段)、马达加斯加(同上,第 25 段)、荷兰(同上,第 26 段)、新西兰(同上,第 27 段)、尼日利亚(同上,第 28 段)、俄罗斯(同上,第 29 段)、西班牙(同上,第 30 段)、瑞典(同上,第 31 段)、瑞士(同上,第 32 段)、多哥(同上,第 33 段)、英国(同上,第 34 段)、美国(同上,第 35 段)和南斯拉夫(同上,第 36 段)。

平民陷于饥饿为作战方法的行为构成犯罪。这一规则还为正式声明和其他实践所支持。采取这一实践做法的包括一些没有加入,或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。与其相冲突的实践受到了普遍谴责或为被控方所否认。

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》中包含禁止以饥饿作为作战方法的规则,⁰ 其他一些关于非国际性武装冲突的法律文件中也含有该规则。¹

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册含有禁止使平民陷入饥饿的规定。² 根据数个国家的立法,在任何武装冲突中以饥饿为作战方法的行为都构成战争罪。³ 1997 年,扎达尔地区法院 (the District Court of Zadar) 在佩里希奇等

例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第 37 - 38 段)、阿塞拜疆(同上,第 39 段)、白俄罗斯(同上,第 40 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 41 段)、加拿大(同上,第 43 段)、中国(同上,第 44 段)、刚果(同上,第 45 段)、科特迪瓦(同上,第 46 段)、克罗地亚(同上,第 47 段)、埃塞俄比亚(同上,第 48 段)、格鲁吉亚(同上,第 49 段)、德国(同上,第 50 段)、爱尔兰(同上,第 51 段)、立陶宛(同上,第 52 段)、马里(同上,第 53 段)、荷兰(同上,第 54 - 55 段)、新西兰(同上,第 56 段)、挪威(同上,第 57 段)、斯洛文尼亚(同上,第 58 段)、英国(同上,第 60 段)和南斯拉夫(同上,第 61 - 62 段);还可参见布隆迪(同上,第 42 段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第 59 段)的立法草案。

例如,参见以下国家的声明:比利时(同上,第 67 段)、中国(同上,第 70 段)、科特迪瓦(同上,第 74 段)、古巴(同上,第 75 段)、芬兰(同上,第 77 段)、德国(同上,第 81 - 85 段)、马来西亚(同上,第 92 段)、英国(同上,第 99 段)、美国(同上,第 101 段)、苏联(同上,第 106 段)和也门(同上,第 107 段),美国的实践(同上,第 103 段)以及据报告的比利时(同上,第 69 段)和以色列(同上,第 88 段)实践。

例如,参见法国(同上,第 17 段)、印度尼西亚(同上,第 21 段)、以色列(同上,第 22 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、英国(同上,第 34 段)和美国(同上,第 35 段)的军事手册,阿塞拜疆(同上,第 39 段)、中国(同上,第 44 段)、埃塞俄比亚(同上,第 48 段)和荷兰(同上,第 54 段)的立法,马来西亚(同上,第 92 段)、英国(同上,第 99 段)和美国(同上,第 101 段)的声明以及据报告的以色列的实践(同上,第 88 段)。

例如,参见以下国家的声明:奥地利(同上,第 66 段)、中国(同上,第 70 段)、科特迪瓦(同上,第 74 段)、古巴(同上,第 75 段)、埃及(同上,第 76 段)、芬兰(同上,第 77 段)、德国(同上,第 81 段)、伊朗(同上,第 76 段)、马来西亚(同上,第 92 段)、巴基斯坦(同上,第 76 段)、沙特阿拉伯(同上,第 76 段)、塞内加尔(同上,第 76 段)、土耳其(同上,第 76 段)、英国(同上,第 99 段)、也门(同上,第 107 段)和“某三国”(同上,第 108 - 110 段)。

⁰ 《第二附加议定书》第 14 条(经协商一致通过)(同上,第 2 段)。

¹ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第 6 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第 7 段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 9 段)、澳大利亚(同上,第 10 - 11 段)、贝宁(同上,第 13 段)、加拿大(同上,第 14 段)、哥伦比亚(同上,第 15 段)、克罗地亚(同上,第 16 段)、法国(同上,第 18 段)、德国(同上,第 19 段)、匈牙利(同上,第 20 段)、肯尼亚(同上,第 23 段)、韩国(同上,第 24 段)、马达加斯加(同上,第 25 段)、荷兰(同上,第 26 段)、新西兰(同上,第 27 段)、尼日利亚(同上,第 28 段)、俄罗斯(同上,第 29 段)、西班牙(同上,第 30 段)、多哥(同上,第 33 段)和南斯拉夫(同上,第 36 段)。

³ 例如,参见,以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第 39 段)、白俄罗斯(同上,第 40 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 41 段)、克罗地亚(同上,第 47 段)、埃塞俄比亚(同上,第 48 段)、德国(同上,第 50 段)、立陶宛(同上,第 52 段)、斯洛文尼亚(同上,第 57 段)和南斯拉夫(同上,第 61 段)。

人案 (Perić, and Others case) 中, 适用了禁止使平民陷于饥饿的规定。⁴ 在非国际性武装冲突情形下所发表的正式声明和据报告的实践也对该规则提供了进一步的支持。⁵ 在非国际性武装冲突中, 如在尼日利亚内战和苏丹内战中, 各国对被指称的以饥饿为作战方法的事件予以了普遍谴责。⁶ 1995 年第 26 届红十字与红新月国际大会强烈谴责“在武装冲突中试图使平民居民陷于饥饿”的行为, 并强调“禁止以使平民陷于饥饿作为作战方法”。⁷ 这一禁止性规定在 1999 年第 27 届红十字和红新月国际大会制定的 2000 - 2003 年《行动计划》中也得到了强调。⁸

从禁止使用使平民陷于饥饿的作战方法可以推导出规则 54 - 56。这意味着, 对平民居民生存不可缺少的物体进行攻击 (见规则 54) 和不准获得旨在向急需帮助的平民提供的人道救助, 包括故意阻碍人道救助 (见规则 55) 或限制人道救济人员的自由行动 (见规则 56), 构成对禁止以饥饿作为作战手段这一规则的违反。关于规则 54 - 56 的实践进一步巩固了本规则作为习惯国际法规范的地位。

造成饥饿的包围

禁止以饥饿为作战方法的规定并不禁止包围战, 只要其意图在于达到军事目的而不是使平民居民陷于饥饿。这在法国和新西兰的军事手册中得到了阐述。⁹ 《以色列战争法手册》(Israel's Manual on the Laws of War) 解释道, 禁止使平民陷于饥饿“明确意味着在包围期间必须允许城内居民离开”。⁰ 或者, 依照规则 55, 包围方必须允许粮食和其他必需供给品的自由通过。各国对在波斯尼亚和黑塞哥维那境内使用的包围战进行了指责。² 它还受到了国际组织的谴责。²

⁴ 克罗地亚, District Court of Zadar, Perić, and Others case, Judgment (同上, 第 63 段)。

⁵ 例如, 参见以下国家的声明: 比利时 (同上, 第 67 段)、哥伦比亚 (同上, 第 72 段)、法国 (同上, 第 78 段)、德国 (同上, 第 79 - 80 段)、教廷 (同上, 第 86 段)、伊拉克 (同上, 第 87 段)、尼日利亚 (同上, 第 94 段)、菲律宾 (同上, 第 96 段)、瑞典 (同上, 第 98 段)、美国 (同上, 第 102 段) 和苏联 (同上, 第 105 段), 以及据报告的比利时 (同上, 第 69 段)、马来西亚 (同上, 第 93 段) 和卢旺达 (同上, 第 97 段) 的实践。

⁶ 例如, 参见比利时 (同上, 第 67 段) 和德国 (同上, 第 79 - 80 段) 的声明。

⁷ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. (同上, 第 118 段)。

⁸ 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I (经协商一致通过) (同上, 第 119 段)。

⁹ 法国, LOAC Manual (同上, 第 136 段); 新西兰, Military Manual (同上, 第 138 段)。

⁰ 以色列, Manual on the Laws of War (同上, 第 137 段)。

² 例如, 参见阿尔巴尼亚 (同上, 第 142 段) 和巴基斯坦 (同上, 第 144 段) 的声明。

² 例如, 参见: 联合国安理会, 第 761 号决议 (同上, 第 145 段)、第 764 号决议 (同上, 第 146 段) 和第 859 号决议 (同上, 第 147 段); 联合国安理会, 主席声明 (同上, 第 148 段); 联合国大会, 第 48/88, 49/10 和 49/196 号决议 (同上, 第 149 段); 联合国人权委员会, 第 1994/72 号决议 (同上, 第 150 段); 欧盟, Statement before the UN General Assembly (同上, 第 153 段); Western European Union, Special Declaration of the Presidential Committee on the situation in the former Yugoslavia (同上, 第 154 段)。

造成饥饿的封锁和禁运

与此相似,禁止以饥饿为作战方法的规定并不禁止实施海上封锁,只要其意图在于达到军事目的而不是为了使平民居民陷于饥饿。这一原则载于《圣雷莫海战手册》(San Remo Manual on Naval Warfare)和几个军事手册中,这几个军事手册进一步阐明,如果平民居民没有得到充分供给,封锁方必须允许人道救济供应品自由通过。³ 对城市和地区的封锁和禁运遭到了联合国和其他国际组织的谴责,例如,在阿富汗境内和以色列占领区内发生冲突时实行的封锁和禁运。⁴ 联合国自己实施的禁运也必须遵守这一规则。

规则 54 禁止对平民居民生存所不可缺少的物体进行攻击、毁坏、移动或使其失去效用。

实践

第 2 卷,第 17 章,B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。它是禁止以饥饿作为作战方法这一规则的推论(见规则 53)。它属于下文中所讨论的例外。

国际性武装冲突

原则上,对平民居民生存所不可缺少的物体属于民用物体,是不受攻击的(见规则 7)。禁止对平民居民生存所不可缺少的物体进行攻击、毁坏、移动或使其失去效用的具体规定载于《第一附加议定书》第 54(2)条中。⁵ 依照《附加议定书评注》(Commentary on the Additional Protocols),“这一规定发展了[第 54 条]第 1 款中明确规定的禁止使平民居民陷于饥饿的原则;它概括了运用这一作战方法最通常的方式”。⁶ 第 54(2)条规定,“不论是什么动机,也不论是为了使平民饥饿,使其迁移,还是为了任何其他动机,基于使……对平民居民或对敌方失去供养价值的特定目的”

³ San Remo Manual, paras. 102 - 103(同上,第 160 段);澳大利亚(同上,第 162 段)、加拿大(同上,第 163 段)、法国(同上,第 165 段)和美国(同上,第 169 段)的军事手册。

⁴ 例如,参见:联合国安理会,主席声明(同上,第 174 - 175 段);联合国人权委员会,第 1994/74 号决议(同上,第 176 段)和第 1995/76 号决议(同上,第 176 段);OIC, Conference of Ministers of Foreign Affairs, Res. 1/7 - P (IS)(同上,第 183 段)。

⁵ 《第一附加议定书》第 54(2)条(经协商一致通过)(同上,第 188 段)。

⁶ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, Geneva, 1987, § 2098.

而攻击物体,是禁止的。² 在批准《第一附加议定书》时,法国和英国指出,这一规定对于不是为断绝平民居民食物而是为其他特定目的进行的攻击不具有适用性。⁸ 根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中,“故意以断绝平民粮食作为战争方法,使平民无法取得其生存所必需的物品”是一项战争罪。⁹

许多军事手册规定,禁止对平民居民生存所不可缺少的物体进行攻击、毁坏、移动或使其失去效用。⁶ 这其中包括一些没有加入,或在当时没有加入《第一附加议定书》国家的手册。³ 《美国海军手册注释补充》(The Annotated Supplement to the US Naval Handbook)规定这一禁止性规则是习惯国际法的一部分。³ 有一些军事手册明确规定,只有攻击的意图是阻碍平民居民获得供给时,方具非法性。³ 然而,大多数军事手册并没有明确作出这一要求,而只是禁止攻击对平民居民生存所不可缺少的物体。³ 许多认为违反此规则即构成犯罪的国内立法也属于这种情形。⁵

非国际性武装冲突

原则上,对于平民居民生存所不可缺少的物体属于民用物体,是不受攻击的(见

² 《第一附加议定书》第 54(2)条(经协商一致通过)(参见第 2 卷,第 17 章,第 188 段)。

⁸ 法国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 189 段);英国,Reservations and declarations made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第 190 段)。

⁹ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxv)条(同上,第 192 段)。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 199 - 200 段)、比利时(同上,第 201 段)、贝宁(同上,第 202 段)、加拿大(同上,第 203 段)、哥伦比亚(同上,第 204 段)、厄瓜多尔(同上,第 205 段)、法国(同上,第 206 - 208 段)、德国(同上,第 209 - 210 段)、印度尼西亚(同上,第 212 段)、以色列(同上,第 213 段)、肯尼亚(同上,第 214 段)、马达加斯加(同上,第 215 段)、荷兰(同上,第 216 - 217 段)、新西兰(同上,第 218 段)、尼日利亚(同上,第 219 段)、南非(同上,第 220 段)、西班牙(同上,第 221 段)、瑞典(同上,第 222 段)、瑞士(同上,第 223 段)、多哥(同上,第 224 段)、英国(同上,第 225 段)、美国(同上,第 226 - 227 段)和南斯拉夫(同上,第 228 段)。

³ 参见以下国家的军事手册:法国(同上,第 206 段)、印度尼西亚(同上,第 212 段)、以色列(同上,第 213 段)、肯尼亚(同上,第 214 段)、英国(同上,第 225 段)和美国(同上,第 226 - 227 段)。

³ 美国,Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第 227 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 200 段)、厄瓜多尔(同上,第 205 段)、法国(同上,第 208 段)、德国(同上,第 210 段)、新西兰(同上,第 218 段)、西班牙(“具有使平民居民陷于饥饿的意图”)(同上,第 221 段)、瑞典(同上,第 222 段)、美国(同上,第 226 - 227 段)和南斯拉夫(同上,第 228 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第 201 段)、贝宁(同上,第 202 段)、加拿大(“不论动机如何”)(同上,第 203 段)、哥伦比亚(同上,第 204 段)、法国(同上,第 206 - 207 段)、印度尼西亚(同上,第 212 段)、以色列(同上,第 213 段)、肯尼亚(同上,第 214 段)、马达加斯加(同上,第 215 段)、荷兰(“不论动机如何”)(同上,第 216 - 217 段)、尼日利亚(同上,第 219 段)、南非(同上,第 220 段)、瑞士(同上,第 223 段)、多哥(同上,第 224 段)和英国(同上,第 225 段)。

⁵ 例如,参见以下国家的立法:哥伦比亚(同上,第 233 段)、捷克共和国(同上,第 235 段)、爱沙尼亚(同上,第 237 段)、荷兰(同上,第 245 段)、秘鲁(同上,第 249 段)、斯洛伐克(同上,第 250 段)和西班牙(同上,第 251 段);也可参见阿根廷(同上,第 229 段)、萨尔瓦多(同上,第 236 段)和尼加拉瓜(同上,第 247 段)的立法草案。

规则7)。《第二附加议定书》规定禁止攻击对平民居民生存所不可缺少的物体,它被认为是禁止以饥饿为作战方法这一规则的推论。⁶ 正如《附加议定书评注》所阐述的那样,这一规定“通过指出最通常的造成饥饿的方式,发展了禁止使平民陷于饥饿的原则”。³ 而且,其他关于非国际性武装冲突的法律文件中也含有该规则。⁸

这一禁止性规定载于一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中。⁹ 根据数个国家的立法,在任何武装冲突中攻击平民居民生存所不可缺少的物体都构成犯罪。⁹ 有关非国际性武装冲突的正式声明和其他实践也涉及这一规则。⁴

不论是在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现与此相矛盾的正式实践。被指称违反该规则的行为(例如,在波斯尼亚和黑塞哥维那以及在刚果民主共和国境内冲突中的违法行为)受到了普遍谴责,尤其是受到了联合国和其他国际组织的谴责。² 1995年第26届红十字和红新月国际大会笼统地强调“禁止对平民居民生存不可缺少的物体进行攻击、毁坏、移动或使其失去效用”。³ 这一禁止性规定在1999年第27届红十字与红新月国际大会上所制定的2000-2003年《行动计划》中也得到了强调。⁴ 红十字国际委员会曾呼吁不论是国际性还是非国际性武装冲突各方都尊

⁶ 《第二附加议定书》第14条(经协商一致通过)(同上,第191段)。

³ Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, Geneva, 1987, § 4800.

⁸ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(参见第2卷,第17章,第194段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第195段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第198段)、澳大利亚(同上,第199-200段)、贝宁(同上,第202段)、加拿大(同上,第203段)、哥伦比亚(同上,第204段)、厄瓜多尔(同上,第205段)、法国(同上,第208段)、德国(同上,第209-210段)、肯尼亚(同上,第214段)、马达加斯加(同上,第215段)、荷兰(同上,第216段)、新西兰(同上,第218段)、尼日利亚(同上,第219段)、南非(同上,第220段)、西班牙(同上,第221段)、多哥(同上,第224段)和南斯拉夫(同上,第228段)。

⁹ 例如,参见哥伦比亚(同上,第233段)、爱沙尼亚(同上,第237段)、德国(同上,第239段)、爱尔兰(同上,第241段)、挪威(同上,第248段)和西班牙(同上,第251段)的立法;还可参见捷克共和国(同上,第235段)、秘鲁(同上,第249段)和斯洛伐克(同上,第250段)的立法,这些立法并未排除在非国际性武装冲突中加以适用,以及阿根廷(同上,第229段)、萨尔瓦多(同上,第236段)和尼加拉瓜(同上,第247段)的立法草案。

⁴ 例如,参见哥伦比亚(同上,第259段)和菲律宾(同上,第267段)的声明与据报道的马来西亚(同上,第266段)和卢旺达(同上,第268段)的实践。

² 例如,参见:联合国安理会,Statements by the President(同上,第274-275段);UN High Commissioner for Human Rights and UN Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs, Press release on the situation in the Democratic Republic of the Congo(同上,第281段);欧盟,Press Statement by the Presidency on the situation in the Democratic Republic of the Congo(同上,第283段)。

³ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. (同上,第286段)。

⁴ 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第287段)。

重这一规则。⁵

例外

禁止攻击对平民居民生存所不可缺少的物体这一规则存在两个例外。第一个例外是如果这些物体能够成为军事目标,则可以受到攻击。《第一附加议定书》规定,如果该物体仅充其武装部队人员的供养之用,或者虽不作为供养之用但用以直接支持军事行动的即属于这种情形。⁶ 一些军事手册、立法与正式声明中规定了这一例外。⁷ 然而,实践也认为,当此类物体不是仅充其武装部队人员的供养之用而是用以直接支持军事行动时,若对该类物体的攻击可能会使平民居民陷于饥饿,则禁止饥饿的规则就会禁止攻击此类物体。采取这一实践做法的包括一些没有加入《第一附加议定书》的国家。⁸ 然而,这一例外是否也适用于非国际性武装冲突是令人怀疑的,因为《第二附加议定书》第 14 条未做规定,也缺乏实践的支持。

第二个例外在于保卫国家领土免遭入侵时适用的所谓“焦土政策”。《第一附加议定书》“由于承认冲突任何一方有保卫其国家领土免遭入侵的重大要求……如果为迫切的军事必要所要求”,而允许这一例外。⁹ 这一例外得到了一些军事手册和正式声明的承认。⁶ 采取这一实践做法的还包括那些没有加入《第一附加议定书》的国家。⁵ 然而,焦土政策这一例外是否适用于非国际性武装冲突是令人怀疑的,因为《第二附加议定书》第 14 条并未将其包括在内。《哥伦比亚基本军事手册》(Colombias Basic Military Manual)指出“在一切武装冲突中”禁止下令以焦土政策作

⁵ See, e.g., ICRC, Conflict in Southern Africa: ICRC appeal (同上,第 290 段)、Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law (同上,第 291 段)、Appeal in behalf of civilians in Yugoslavia (同上,第 293 段)、Press Release No. 1705 (同上,第 296 段)、Press Release No. 1712 (同上,第 297 段)、Press Release No. 1726 (同上,第 297 段)、Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola (同上,第 298 段) and Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise (同上,第 299 段)。

⁶ 《第一附加议定书》第 54(3)条(经协商一致通过)(同上,第 308 段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 313 段)、比利时(同上,第 314 段)、加拿大(同上,第 315 段)、以色列(同上,第 316 段)、荷兰(同上,第 317 段)、新西兰(同上,第 318 段)、西班牙(同上,第 319 段)、瑞典(同上,第 320 段)和南斯拉夫(同上,第 321 段);西班牙的立法(同上,第 323 段);还可参见阿根廷的立法草案(同上,第 322 段)以及哥伦比亚(同上,第 325 段)和美国(同上,第 327 段)的声明。

⁸ 参见以色列,Manual on the Laws of War(同上,第 316 段);美国,Address by the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第 327 段)。

⁹ 《第一附加议定书》第 54(5)条(经协商一致通过)(同上,第 333 段)。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 336 - 337 段)、加拿大(同上,第 338 段)、德国(同上,第 340 段)、以色列(同上,第 341 段)、荷兰(同上,第 342 段)、新西兰(同上,第 343 段)、西班牙(同上,第 344 段)、瑞典(同上,第 345 段)和南斯拉夫(同上,第 347 段);瑞典(同上,第 350 段)和美国(同上,第 351 段)的声明。

⁵ 例如,参见以色列的军事手册(同上,第 341 段)和美国的声明(同上,第 351 段)。

为作战方法。³

针对平民居民生存所不可缺少物体的交战报复行为将在第 41 章中讨论。

对平民居民生存不可缺少物体的界定

《第一附加议定书》和《第二附加议定书》列举了以下对平民居民生存所不可缺少的物体：粮食、生产粮食的农业区、农作物、牲畜、饮用水装置和供应及灌溉工程。⁴ 正如相关条款中“例如”一词所显示的那样，这一列举并不是穷尽的。在国际刑事法院《犯罪要件》的谈判中，得到认可的是，“饥饿”一词的通常含义不仅包括通过剥夺水和食物予以杀害这种更为严格的含义，它还包括剥夺或不充分供给必要物品和生存必需品等更为广泛的含义。因此，谈判中涉及的其他例子包括了一些不可或缺的非食品，例如药品以及在某些情况下需要的毯子。⁵ 有必要指出，在这一方面，第一和第二附加议定书均认为食物和医疗用品对平民居民生存是至关重要的，虽然《第一附加议定书》还提到了衣服、被褥和住所。⁵

规则 55 冲突各方须准许和便利向急需帮助之平民提供的人道救济迅速并无阻碍地通过，该救济须具有公正性质且在不加任何不利区别的条件下进行，并应服从冲突各方的控制。

实践

第 2 卷, 第 17 章, C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。关于同意的要求将在下文中予以讨论。

国际性武装冲突

《日内瓦第四公约》要求缔约国对于纯为平民使用的“医疗和医院供应品之一切装运物资”和“对于供十五岁以下儿童、孕妇与产妇使用之主要食物、衣服及滋补剂之装运”，“应许其自由通过”。⁶ 《第一附加议定书》将这一义务扩展到“所有救济物

³ 哥伦比亚, Basic Military Manual(同上, 第 339 段)。

⁴ 《第一附加议定书》第 54(2) 条(经协商一致通过)(同上, 第 188 段);《第二附加议定书》第 14 条(经协商一致通过)(同上, 第 191 段)。

⁵ Knut D rmann, “Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes - Part : Other Serious Violations of the Laws and Customs Applicable in International and Non-International Armed Conflicts”, International Review of the Red Cross, Vol. 83, 2001, pp. 475 - 476.

⁵ 《第一附加议定书》第 69(1) 条;《第二附加议定书》第 18(2) 条。

⁶ 《日内瓦第四公约》第 23 条(参见第 2 卷, 第 17 章, 第 361 段)。

资、设备和人员迅速和无阻碍地通过”。⁵ 这一扩展被普遍接受,包括那些没有加入、或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。⁸

许多军事手册都规定了应允许和便利向急需帮助之平民提供的人道救济通过的义务。⁹ 这一义务还为正式声明和据报告的实践所支持。⁶ 尤其是联合国曾在许多情形下呼吁遵守该规则。例如,联合国安全理事会曾呼吁让人道救济工作顺利无阻地进入伊拉克和受亚美尼亚与阿塞拜疆之间冲突影响的所有地区。⁶

非国际性武装冲突

由外交大会第二委员会通过的《第二附加议定书草案》中包含了应允许和便利向急需帮助之平民提供的人道救济进入这一要求,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该要求作为一揽子解决方案的一部分被删除了。⁸ 因此,《第二附加议定书》要求应组织对急需帮助之平民居民的救援行动,但并未包括关于人道救济得以进入的具体条款,即使此进入显然是开展救济行动的必要条件。⁶ 另外,这一规则也包含在关于非国际性武装冲突的其他法律文件中。⁴

一些可适用于非国际性武装冲突的军事手册中也规定了允许救济物资自由通过的义务。⁵ 允许救济物资自由通过的义务还得到了许多与非国际性武装冲突有关的

⁵ 《第一附加议定书》第 70(2) 条(经协商一致通过)(同上,第 362 段)。

⁸ 例如,参见肯尼亚的军事手册(同上,第 388 段)和美国的声明(同上,第 435 段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(“准许”)(同上,第 380 - 381 段)、澳大利亚(“准许”)(同上,第 383 段)、加拿大(“准许”和在包围战中的“便利”)(同上,第 384 段)、哥伦比亚(“准许”)(同上,第 385 段)、德国(“允许”)(同上,第 386 段)、意大利(“接受”)(同上,第 387 段)、肯尼亚(“准许和便利”)(同上,第 388 段)、荷兰(“应给予”和“便利”)(同上,第 389 段)、新西兰(“准许”)(同上,第 390 段)、俄罗斯(“给予一切便利”)(同上,第 391 段)、瑞士(“一切必要便利”)(同上,第 393 段)、英国(“准许”,“一切必要便利”和“确保”)(同上,第 394 - 395 段)和美国(“同意”和“便利”)(同上,第 396 段)。

⁶ 例如,参见挪威(同上,第 430 段)和美国的声明与据报告的科威特的实践(同上,第 426 段)。

⁶ 联合国安理会,第 688 号决议(同上,第 440 段)、第 706 号决议(同上,第 441 段)、第 822 号决议(同上,第 445 段)、第 853 号决议(同上,第 448 段)和第 874 号决议(同上,第 449 段)。

⁸ 《第二附加议定书草案》第 33 条(同上,第 363 段)。

⁶ 《第二附加议定书》第 18(2) 条(经协商一致通过)(同上,第 680 段)。

⁴ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 9(同上,第 368 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.6(同上,第 369 段); Bahir Dar Agreement, para. 2(同上,第 370 段); Agreement on a Cease-fire in the Republic of Yemen, para. 3(同上,第 373 段); Guiding Principles on Internal Displacement, Principle 25(同上,第 375 段); UN Secretary-General's Bulletin, Section 9.9(同上,第 376 段); Agreement on the Protection and Provision of Humanitarian Assistance in Sudan, para. 1(同上,第 377 段)。

⁶ 例如,参见哥伦比亚(同上,第 385 段)、德国(同上,第 386 段)、意大利(同上,第 387 段)和肯尼亚(同上,第 388 段)的军事手册。

正式声明和其他实践的支持。⁶

与此相关的还有,根据《国际刑事法院规约》,在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,在明知这一攻击的情况下,作为攻击的一部分而实施的灭绝行为,构成危害人类罪。而灭绝被界定为“包括故意施加某种生活状况,如断绝粮食和药品来源,目的是毁灭部分的人口”。⁶ 许多国家的立法中都规定了灭绝罪。⁶

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,与此相矛盾的实践都遭到了普遍谴责。例如,曾有报告说,埃塞俄比亚门格斯图政权(the Mengistu regime)以不准获得食物为武器来对付反对武装团体,包括在1989年末出现饥荒后禁止救济物资的运送。然而,据报告,“在其政策受到国际性的公开反对后,门格斯图撤销了其决定”。⁶ 联合国尤其呼吁要尊重这一规则。例如,联合国安理会曾呼吁许多冲突方,如阿富汗、安哥拉、亚美尼亚与阿塞拜疆、波斯尼亚和黑塞哥维那、布隆迪、刚果民主共和国、格鲁吉亚、科索沃、利比里亚、索马里和也门的冲突各方,帮助人道援助顺利无阻地进入。⁶ 在1999年制定的一个关于武装冲突中有关儿童的决议中,联合国安理会呼吁武装冲突各方“确保人道主义人员能够充分、安全和不受阻碍地接触到受武装冲突影响的所有儿童并向他们提供人道主义援助”。⁷ 在1999年制定的另外一个关于在武装冲突中保护平民的决议中,联合国安理会对“不允许安全无阻地接触需要援助的人”表示关切,并强调“重要的是,人道主义人员必须能够安全无阻地接触到处于武装冲突中的平民”。² 这些声明在2000年通过的决议中得到了重申。³

1995年第26届红十字与红新月国际大会强调了“在武装冲突期间,人道组织依

⁶ 例如,参见德国(同上,第423段)、尼日利亚(同上,第429段)、美国(同上,第434段)和南斯拉夫(同上,第437段)的声明,约旦(同上,第425段)、菲律宾(同上,第431-432段)和南斯拉夫(同上,第438段)的实践以及据报告的卢旺达的实践(同上,第433段)。

⁶ 《国际刑事法院规约》第7条(同上,第365段)。

⁶ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第397段)、阿塞拜疆(同上,第398段)、比利时(同上,第400段)、柬埔寨(同上,第402段)、加拿大(同上,第403段)、刚果(同上,第404段)、德国(同上,第407段)、以色列(同上,第409段)、马里(同上,第410段)、新西兰(同上,第411段)、英国(同上,第415段)、美国(同上,第416-417段)和越南(同上,第418段);还可参见布隆迪(同上,第401段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第414段)的立法草案。

⁶ See Thomas P. O'fcansky and LaVerle Berry (eds.), *Ethiopia: A Country Study*(同上,第422段)。

⁰ 联合国安理会,第752号决议(同上,第442段)、第757号决议(同上,第443段)、第794号决议(同上,第444段)、第822号决议(同上,第445段)、第824号决议(同上,第446段)、第851号决议(同上,第447段)、第853号决议(同上,第448段)、第874号决议(同上,第449段)、第876号决议(同上,第450段)、第908号决议(同上,第451段)、第931号决议(同上,第452段)、第998号决议(同上,第453段)、第1004号决议(同上,第454段)、第1019号决议(同上,第456段)、第1059和1071号决议(同上,第457段)、第1083号决议(同上,第459段)、第1160号决议(同上,第460段)、第1199号决议(同上,第461段)、第1213号决议(同上,第462段)、第1239号决议(同上,第463段)、第1291号决议(同上,第468段)、第1333号决议(同上,第471段)和主席声明(同上,第472-479段和第483段)。

⁷ 联合国安理会,第1261号决议(同上,第464段)。

² 联合国安理会,第1265号决议(同上,第466段)。

³ 联合国安理会,第1296号决议(同上,第469段)和第1314号决议(同上,第470段)。

照可适用的国际人道法规则,安全无阻地接触需要援助之平民居民的重要性”。⁴ 1999 年第 27 届红十字与红新月国际大会上通过的 2000 - 2003 年《行动计划》要求武装冲突各方确保“根据国际人道法使公正的人道组织迅速且不受阻碍地接触平民居民,以便它们为这些居民提供援助和保护”。⁵ 红十字国际委员会曾呼吁国际性和非国际性武装冲突各方尊重这一规则。⁶

同意

《第一附加议定书》和《第二附加议定书》均要求,开展救济行动应征得相关各方的同意。⁷ 所收集的绝大多数实践没有提及这一要求。然而,未征得相关各方的同意,人道组织就无法开展行动,这一点是不言而喻的。但禁止任意拒绝同意。如果已确定平民居民正受到饥饿的威胁而某一在公正和在非歧视的基础上提供救援的人道组织能补救这一状况,则相关方有义务予以同意。⁸ 1995 年第 26 届红十字与红新月国际大会强调,冲突各方有义务“在国际人道法规定的条件下,当平民居民缺乏对其生存必不可少的供给时,接受向其提供的公正的人道救济行动”。⁹ 虽然不能任意拒绝,但实践承认相关方可以对救济行动加以控制。⁶ 另外,人道救济人员必须尊重其进入地区的国内法,还必须尊重当时正在实施的安全要求。⁸

实践进一步表明若一方所实施的包围、封锁或禁运产生了使平民居民陷于饥饿

⁴ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. (同上,第 533 段)。

⁵ 27th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. I(经协商一致通过)(同上,第 536 段)。

⁶ See, e.g., ICRC, Conflict in Southern Africa: ICRC appeal(同上,第 540 段); Press Release No. 1488(同上,第 541 段); Annual Report 1986(同上,第 542 段); Press Release, ICRC denies allegations(同上,第 545 段); Press Release, Tajikistan: ICRC urges respect for humanitarian rules(同上,第 546 段); Press Release No. 1744(同上,第 547 段); Press Release, ICRC Appeal for respect for international humanitarian law in central Bosnia(同上,第 548 段); Communication to the Press No. 93 /17(同上,第 549 段); Communication to the Press No. 93 /22(同上,第 550 段); Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第 553 段); Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Operation Turquoise(同上,第 554 段); Communication to the Press No. 97 /08(同上,第 556 段) and Communication to the Press No. 01 /47(同上,第 557 段)。

⁷ 《第一附加议定书》第 70(1)条(经协商一致通过)(同上,第 679 段);《第二附加议定书》第 18(2)条(经协商一致通过)(同上,第 680 段)。

⁸ See Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols(同上,第 539 段);还可参见该评注的第 2805 段。

⁹ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. (参见第 2 卷,第 17 章,第 533 段)。

⁶ 例如,参见:《日内瓦第四公约》第 23 条(同上,第 361 段);《第一附加议定书》第 70(3)条(经协商一致通过)(同上,第 362 段);以及以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 380 段)、澳大利亚(同上,第 383 段)、加拿大(同上,第 384 段)、德国(同上,第 386 段)、肯尼亚(同上,第 388 段)、荷兰(同上,第 389 段)、新西兰(同上,第 390 段)、英国(同上,第 394 段)和美国(同上,第 396 段)。

⁸ 《第一附加议定书》第 71(4)条(经协商一致通过)(同上,第 725 段)。

的后果,则该方有义务向有紧急需求的平民居民提供人道援助通道(参见对规则 53 的评注)。

关于被占领地,《日内瓦第四公约》要求占领国承担保证居民之食物与医疗供应品的义务。⁸ 尽管实践还不明确,但要求冲突各方确保其居民能够获得生活必需品,以及当供给不充足时,去呼吁国际援助而不是一味等待,这是有意义的。

阻碍人道救济

实践表明冲突各方在其控制区域内不得故意阻碍向急需帮助的平民运送救济物品。根据《国际刑事法院规约》的规定,在国际性武装冲突中,“故意阻碍提供救济物品”作为一种使平民陷于饥饿的作战方法,属于战争罪。⁸ 此类阻碍在许多国家的立法中也构成犯罪,⁸ 其中一些立法既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突。⁸

阻碍在波斯尼亚和黑塞哥维那境内开展的救济行动而受到了广泛谴责。⁸ 联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会的许多决议都谴责了此类阻碍行为。⁸ 其中一部分决议是明确针对政府武装部队做出的,而另一部分则是明确针对武装反对团体的。

一些决议没有限定哪种性质的阻碍人道救济的行为应被禁止,另一些只是禁止“故意”或“有意”的阻碍。条约法和实践均表明冲突各方可采取一些措施对人道救援的内容和运送加以控制,但不能“故意”阻碍其运送。此类控制措施可包括搜查救

⁸ 《日内瓦第四公约》第 55 条。

⁸ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xxv)条(参见第 2 卷,第 17 章,第 564 段)。

⁸ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第 569 段)、加拿大(同上,第 572 段)、哥伦比亚(同上,第 573 段)、刚果(同上,第 574 段)、格鲁吉亚(同上,第 576 段)、德国(同上,第 577 段)、爱尔兰(同上,第 578 段)、马里(同上,第 579 段)、荷兰(同上,第 580 段)、新西兰(同上,第 581 段)、挪威(同上,第 583 段)、菲律宾(同上,第 584 段)和英国(同上,第 586 段);还可参见布隆迪(同上,第 571 段)、萨尔瓦多(同上,第 575 段)、尼加拉瓜(同上,第 582 段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第 585 段)的立法草案。

⁸ 例如,参见哥伦比亚(同上,第 573 段)和德国(同上,第 577 段)的立法;还可参见萨尔瓦多(同上,第 575 段)和尼加拉瓜(同上,第 582 段)的立法草案。

⁸ 参见以下国家的声明:中国(同上,第 589 段)、埃及(同上,第 590 段)、伊朗(同上,第 590 段)、巴基斯坦(同上,第 590 段)、沙特阿拉伯(同上,第 590 段)、塞内加尔(同上,第 590 段)、土耳其(同上,第 590 段)和英国(同上,第 593 段);还可参见德国对苏丹和阿富汗发表的声明(同上,第 591 - 592 段)。

⁸ 例如,参见:联合国安理会,第 758 号决议(同上,第 594 段)、第 761 号决议(同上,第 595 段)、第 770 号决议(同上,第 596 段)、第 771 号决议(同上,第 597 段)、第 787 号决议(同上,第 598 段)、第 794 号决议(同上,第 599 段)、第 836 号决议(同上,第 600 段)、第 945 和 952 号决议(同上,第 601 段)、第 998 号决议(同上,第 602 段)、第 1132 号决议(同上,第 603 段)和第 1193 号决议(同上,第 604 段);联合国大会,第 46/242 号决议(同上,第 622 段)、第 49/196 和 50/193 号决议(同上,第 623 段)、第 52/140 号决议(同上,第 624 段)和第 52/145 号决议(同上,第 625 段);联合国人权委员会,第 1983/29 号决议(同上,第 626 段)、第 1994/72 号决议(同上,第 627 段)、第 1994/75 号决议(同上,第 628 段)、第 1995/77 号决议(同上,第 629 段)、第 1995/89 号决议(同上,第 630 段)、第 1996/73 号决议(同上,第 631 段)和第 1998/67 号决议(同上,第 632 段)。

济物资和在其监督下进行运送。⁸

通过第三国获得人道救济

《第一附加议定书》不仅要求冲突各方、而且要求《附加议定书》的每一缔约方准许救济物资无阻碍地通过。⁹ 由外交大会第二委员会通过的《第二附加议定书草案》中也包含了这一规定,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该要求作为一揽子解决方案的一部分被删除了。⁹ 在2000年通过的关于在武装冲突中保护平民的决议中,联合国安理会恳请,“有关各方,包括邻国”,在为人道人员接触平民提供便利方面“充分合作”。⁹ 早在1994年,安理会曾恳请“卢旺达边境各国……提供便利以运送货物和用品,满足卢旺达境内流离失所者的需要”。⁹ 联合国大会1991年通过的《人道援助指导原则》(The Guiding Principles on Humanitarian Assistance)强调“发生紧急情况国家的近邻必须同受灾国密切参与国际努力,以期尽量便利人道主义援助的通过”。⁹

急需帮助的平民居民接受人道救济的权利

实践承认,急需帮助的平民居民有权依国际人道法接受对其生存至关重要的人道救济。《日内瓦第四公约》承认被保护人应有向保护国、红十字国际委员会、其所在国之红十字(红新月)会,或能予以协助之任何组织提出申请的权利。⁹ 由于《附加议定书》要求一旦居民有需要,救济行动就“应予进行”,这意味着议定书承认急需帮助的平民居民享有接受人道救济的权利。⁹

其他的国家实践明确承认这一权利。例如,《尼加拉瓜军事手册》(Nicaragua Military Manual)阐明“平民居民有权接受其所需救济”。⁹ 这一权利还在有关非国际性武装冲突的实践中得到承认。⁹

联合国安理会、联合国大会和联合国人权委员会曾多次强调平民有权获得救济物资。⁹ 在1996年一份向苏丹提供紧急援助的报告中,联合国秘书长说:

⁸ 参见《第一附加议定书》第70(3)条(经协商一致通过)(同上,第362段)。

⁹ 《第一附加议定书》第70(2)条(经协商一致通过)(同上,第656段)。

⁹ 《第二附加议定书草案》第33(2)条(同上,第657段)。

⁹ 联合国安理会,第1296号决议(同上,第666段)。

⁹ 联合国安理会,主席声明(同上,第667段)。

⁹ 联合国大会,第46/182号决议(同上,第668段)。

⁹ 《日内瓦第四公约》第30(1)条(同上,第678段)。

⁹ 《第一附加议定书》第70(1)条(经协商一致通过)(同上,第679段);《第二附加议定书》第18(2)条(经协商一致通过)(同上,第680段)。

⁹ 尼加拉瓜, Military Manual(同上,第688段)。

⁹ 例如,参见哥伦比亚的实践(同上,第696段)。

⁹ 例如,参见:联合国安理会,第824号决议(同上,第701段);联合国大会,第55/2号决议(同上,第704段);联合国人权委员会,第1995/77号决议(同上,第705段)。

任何企图削减国际社会回应苏丹平民百姓苦难生活条件能力的做法只能引起最强硬的关切,即认为这违反公认的人道主义原则,最重要的是侵犯了平民百姓在战时接受人道主义援助的权利。⁹

1995 年第 26 届红十字与红新月国际大会重申了“急需帮助之平民居民有依国际人道法从公正的人道救济行动获益的权利”。¹⁰ 在 1997 年关于扎伊尔境内冲突的新闻稿中,红十字国际委员会呼吁所有相关方“尊重受难者获得援助和保护的权利”。¹¹

规则 56 冲突方必须确保经授权的人道救济人员能够进行为履行其职责而必不可少的自由移动。仅在迫切军事必要的情形下,才可暂时限制他们的移动。

实践

第 2 卷,第 17 章,D 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。确保移动自由的义务系为接触急需帮助之平民提供便利并禁止故意阻碍人道援助运送这一义务(见规则 55)的推论。

国际性和非国际性武装冲突

《第一附加议定书》中规定了允许经授权人道救援人员自由行动的义务。¹² 《第二附加议定书》要求为急需帮助的平民居民组织救济行动,但并没有包括一项关于人道救援人员自由移动的具体规定,而这对于提供人道救援而言是至关重要的。¹³

《常规武器公约修正后的第二号议定书》通过向冲突各方施加义务的方式实现了人道救济人员的自由移动,以及其迅速且不受阻碍通过的需要,该义务要求冲突各方采取“必要措施,保护此种部队或特派团,在其控制下的任何区域内不受地雷、诱杀装置和其他装置的影响”。该《议定书》还特别规定,每一缔约方或冲突当事方应:

为使特派团人员能安全前往或穿越特派团执行任务所必须前往或穿越

⁹ 联合国秘书长, Report on emergency assistance to Sudan (同上,第 706 段);还可参见 Report on protection for humanitarian assistance to refugees and others in conflict situations(同上,第 707 段)和 Reports on the protection of civilians in armed conflict(同上,第 708 - 709 段)。

¹⁰ 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. (同上,第 713 段)。

¹¹ ICRC, Communication to the Press No. 97/08(同上,第 721 段)。

¹² 《第一附加议定书》第 71(3)条(经协商一致通过)(同上,第 725 段)。

¹³ 《第二附加议定书》第 18(2)条(经协商一致通过)(同上,第 680 段)。

的在其控制下的任何地点：

(aa) 如知悉有安全路径通往该点，则将此路径告知特派团首长，除非正在进行的敌对行动有碍于此；或

(bb) 如不按 (aa) 分目提供指明安全路径的资料，则在必要和可行的情况下清出一条穿越雷场的通路。⁹

国际性与非国际性武装冲突的相关实践均主张，人道救济人员享有移动自由的需要对其履行职责至关重要。不论是在国际性还是非国际性武装冲突中，违反该规则的行为均已受到谴责。尤其是联合国，已在这一方面发表了很多声明并通过了许多决议，其中不少是关于非国际性武装冲突的。例如，联合国安理会曾呼吁在阿富汗、安哥拉、波斯尼亚和黑塞哥维那、格鲁吉亚、利比里亚、索马里、塔吉克斯坦和大湖区的冲突各方应确保人道救济人员的自由移动。¹⁰ 在 1999 年制定的一项关于在武装冲突中保护平民的决议中，安理会强调“战斗员必须确保……国际人道主义组织人员……行动自由”。¹¹ 在 2000 年通过的一项相同主题的决议中，安理会重申“呼吁有关各方，包括非国家当事方，确保……国际人道主义组织人员的……行动自由”。¹²

红十字国际委员会曾呼吁不论是国际性还是非国际性武装冲突方均应尊重这一规则。¹³

尚未发现违反该规则的正式实践。

解释

虽然大多数实践没有提及该规则仅涉及经授权的人道人员这一要求，但显然，不可能要求一冲突方确保未经授权组织的自由移动。然而，必须强调的是此类授权不能被任意拒绝（见对规则 55 的评注）。另外，在实践中，冲突各方有权确定相关人员实际参与了人道救助工作。¹⁴ 根据《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》的规定，

⁹ 《常规武器公约修正后的第二号议定书》第 12 条（参见第 2 卷，第 29 章，第 352 段）。

¹⁰ 联合国安理会，第 746 号决议（参见第 2 卷，第 17 章，第 734 段）、第 751 号决议（同上，第 735 段）、第 819 号决议（同上，第 736 段）、第 998 号决议（同上，第 737 段）、第 1075 号决议（同上，第 738 段）、第 1078 号决议（同上，第 739 段）、第 1080 号决议（同上，第 740 段）、第 1083 号决议（同上，第 741 段）、第 1088 号决议（同上，第 742 段）、第 1173 和 1180 号决议（同上，第 743 段）、第 1193 号决议（同上，第 744 段）、第 1202 号决议（同上，第 745 段）、第 1213 号决议（同上，第 746 段）、第 1333 号决议（同上，第 750 段）和主席声明（同上，第 752 - 762 段）。

¹¹ 联合国安理会，第 1265 号决议（第 748 段）。

¹² 联合国安理会，第 1296 号决议（第 749 段）。

¹³ See, e.g., ICRC, Conflict in Southern Africa: ICRC appeal (同上，第 772 段), Appeal in behalf of the civilians in Yugoslavia (同上，第 773 段), Press Release No. 1705 (同上，第 774 段), Press Release No. 1712 (同上，第 775 段), Press Release No. 1726 (同上，第 775 段), Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola (同上，第 776 段) and Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise (同上，第 777 段)。

¹⁴ 还可参见《第一附加议定书》第 71 (4) 条（经协商一致通过）（同上，第 725 段）。

“红十字国际委员会在该方面之特殊地位,无论何时均应予以承认及随时尊重”。⁰

例外

《第一附加议定书》规定“只有在迫切军事必要的情形下,才能限制救济人员的活动,或暂时限制救济人员的移动”。¹ 迫切军事必要的例外得以正当化的基础在于救济行动不得干涉军事行动,以免人道救济人员的安全受到威胁。然而,这些限制只能是有限的和暂时的。在任何情况下都不得违反前述规则(见规则 53 - 55)。

⁰ 《日内瓦第三公约》第 125(3)条;《日内瓦第四公约》第 142(3)条。

¹ 《第一附加议定书》第 71(3)条(经协商一致通过)(同上,第 725 段)。

第 18 章

诡计

规则 57 战争诈术是不被禁止的,只要它们不违反国际人道法规则。

实践

第 2 卷,第 18 章,A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》和《布鲁塞尔宣言》中得到承认,并被载入了《海牙章程》。还载于《第一附加议定书》中。

许多军事手册中都阐述了允许战争诈术这一规则。该规则还为一些正式声明和其他实践所支持。

非国际性武装冲突

由外交大会第三委员会拟定的《第二附加议定书草案》中包含了这一规则,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的

Lieber Code, Articles 15 - 16 and 101 (参见第 2 卷,第 18 章,第 5 段); Brussels Declaration, Article 14 (同上,第 6 段);《海牙章程》第 24 条(同上,第 2 段)。

《第一附加议定书》第 37(2)条(经协商一致通过)(同上,第 3 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 11 - 12 段)、澳大利亚(同上,第 13 - 14 段)、比利时(同上,第 15 - 16 段)、贝宁(同上,第 17 段)、喀麦隆(同上,第 18 段)、加拿大(同上,第 19 - 21 段)、克罗地亚(同上,第 22 段)、厄瓜多尔(同上,第 23 段)、法国(同上,第 24 - 25 段)、德国(同上,第 26 段)、印度尼西亚(同上,第 28 段)、以色列(同上,第 29 段)、意大利(同上,第 30 - 31 段)、肯尼亚(同上,第 32 段)、韩国(同上,第 33 段)、马达加斯加(同上,第 34 段)、荷兰(同上,第 35 - 36 段)、新西兰(同上,第 37 段)、尼日利亚(同上,第 38 - 39 段)、南非(同上,第 40 段)、西班牙(同上,第 41 - 42 段)、瑞典(同上,第 43 段)、瑞士(同上,第 44 段)、多哥(同上,第 45 段)、英国(同上,第 46 - 47 段)、美国(同上,第 48 - 50 段)和南斯拉夫(同上,第 51 段)。

例如,参见:美国的声明(同上,第 59 段);伊拉克(同上,第 55 段)和美国(同上,第 59 段)的实践以及据报告的阿尔及利亚(同上,第 54 段)、马来西亚(同上,第 56 段)和英国(同上,第 57 段)的实践。

文本,该要求作为一揽子解决方案的一部分被删除了。另外,它还包含在关于非国际性武装冲突的其他法律文件中。

一些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中载有允许战争诈术的规则,但前提是不得违反国际人道法规则。哥伦比亚宪法法院(Colombias Constitutional Court)在1997年规定,使用军事战术和战略必须符合宪法标准,这意味着承认军事战术和战略可适用于非国际性武装冲突。

所收集的实践提供了在国际性和非国际性武装冲突中的实例,而在两类冲突中均未发现意在禁止战争诈术的实践。

定义

诈术是意图迷惑敌人的行为。普遍的说法是,诈术在武装冲突中很常见。《英国军事手册》(The UK Military Manual)列举了以下合法诈术:奇袭;埋伏;假装攻击、撤退或逃亡;假装安静和处于休止状态;给予小部队以强大的战斗力;修筑不打算使用的工程、桥梁等;传递虚假信号消息,以及发送虚假军事电文和报纸,意图在于使其被敌人拦截;利用敌方的信号、口令、无线电码信号和调谐呼叫以及命令语;在经常易被拦截的无线电上进行虚假的军事演习而在地面进行实质上的部队转移;假装与并不存在的部队或援兵交流;转移路标;修筑伪造的飞机场和航空器;举起假枪和显示假坦克;放置假地雷;去掉制服上的徽章;让单一部队的人员身着几个不同部队的制服,以使对方误将战俘和阵亡者当做具有强大战斗力的人员;以及给出虚假的地面信号以使空降人员降落在敌对区域或将物资投放在敌对区域,或促使航空器在敌对区域内降落。

Draft Additional Protocol II, Article 21 (2) (同上,第4段)。

See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上,第8段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第9段); San Remo Manual, para. 110 (同上,第10段)。

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第13段)、贝宁(同上,第17段)、喀麦隆(同上,第18段)、加拿大(同上,第21段)、克罗地亚(同上,第22段)、厄瓜多尔(同上,第23段)、德国(同上,第26段)、意大利(同上,第30-31段)、肯尼亚(同上,第32段)、马达加斯加(同上,第34段)、尼日利亚(同上,第38段)、南非(同上,第40段)、多哥(同上,第45段)和南斯拉夫(同上,第51段)。

哥伦比亚, Constitutional Court, Constitutional Case No. T-303 (同上,第53段)。

英国, Military Manual (同上,第46段);还可参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第12段)、澳大利亚(同上,第13-14段)、比利时(同上,第15段)、加拿大(同上,第20段)、克罗地亚(同上,第22段)、厄瓜多尔(同上,第23段)、法国(同上,第25段)、德国(同上,第26段)、匈牙利(同上,第27段)、印度尼西亚(同上,第28段)、以色列(同上,第29段)、意大利(同上,第31段)、肯尼亚(同上,第32段)、韩国(同上,第33段)、马达加斯加(同上,第34段)、荷兰(同上,第35-36段)、新西兰(同上,第37段)、尼日利亚(同上,第38-39段)、南非(同上,第40段)、西班牙(同上,第41-42段)、瑞典(同上,第43段)、瑞士(同上,第44段)、英国(同上,第47段)、美国(同上,第48-50段)和南斯拉夫(同上,第51段)。

规则 58 禁止不当使用休战白旗。

实践

第 2 卷, 第 18 章, B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则, 它已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认,⁰ 并被载入了《海牙章程》。¹ 一战后提出的《责任委员会报告》(The Report of the Commission on Responsibility) 将“不当使用旗帜”确定为要受刑事追诉的违反战争法和战争习惯的行为。² 《第一附加议定书》中含有这一规则。³ 根据《国际刑事法院规约》, 在国际性武装冲突中“不当使用休战旗”致使人员死亡或重伤构成战争罪。⁴

禁止不当使用休战白旗被纳入了许多军事手册中。⁵ 根据很多国家的立法, 违

⁰ Lieber Code, Article 114 (同上, 第 72 段) and Article 117 (同上, 第 73 段); Brussels Declaration, Article 13 (f) (同上, 第 74 段); Oxford Manual, Article 8 (d) (同上, 第 75 段)。

¹ 《海牙章程》第 23(6) 条 (同上, 第 68 段)。

² Report of the Commission on Responsibility (同上, 第 76 段)。

³ 《第一附加议定书》第 38(1) 条 (经协商一致通过) (同上, 第 69 段)。

⁴ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(vii) 条 (同上, 第 71 段)。

⁵ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷 (同上, 第 80 - 81 段)、澳大利亚 (同上, 第 82 - 83 段)、比利时 (同上, 第 84 段)、布基纳法索 (同上, 第 85 段)、喀麦隆 (同上, 第 86 - 87 段)、加拿大 (同上, 第 88 段)、刚果 (同上, 第 89 段)、厄瓜多尔 (同上, 第 90 段)、法国 (同上, 第 91 - 92 段)、德国 (同上, 第 93 段)、意大利 (同上, 第 94 段)、韩国 (同上, 第 95 段)、黎巴嫩 (同上, 第 96 段)、马达加斯加 (同上, 第 97 段)、马里 (同上, 第 98 段)、摩洛哥 (同上, 第 99 段)、荷兰 (同上, 第 100 - 101 段)、新西兰 (同上, 第 102 段)、尼日利亚 (同上, 第 103 - 105 段)、俄罗斯 (同上, 第 106 段)、塞内加尔 (同上, 第 107 段)、南非 (同上, 第 108 段)、西班牙 (同上, 第 109 段)、瑞典 (同上, 第 110 段)、英国 (同上, 第 111 - 112 段)、美国 (同上, 第 113 - 116 段) 和南斯拉夫 (同上, 第 117 段)。

反该规则构成犯罪。⁶ 这一规则还为正式声明和其他实践所支持。⁷

非国际性武装冲突

由外交大会第三委员会拟定的《第二附加议定书草案》中包含了禁止不当使用休战旗的规则,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该要求作为一揽子解决方案的一部分被删除了。⁸ 其他关于非国际性武装冲突的法律文件中也含有这一禁止性规定。⁹

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中也包含了此规则。⁰ 根据许多国家的立法,违反该规则构成犯罪。¹

未发现违反该规则的正式实践。也没有实践表明在非国际性武装冲突中对不当使用休战白旗的保护是合法的。此种不当使用会影响白旗的保护作用,即善意持白旗行进的人有权获得保护(参见对规则67的评注)。由此可以推断,各国之所以在实践中普遍避免不当使用白旗,是因为对其用途的合理预期。

定义

不当使用是指任何超出休战旗原有用途(即要求进行沟通、交流)的使用方式,

⁶ 例如,参见以下国家的立法:阿尔及利亚(同上,第118段)、澳大利亚(同上,第120-122段)、阿塞拜疆(同上,第123段)、白俄罗斯(同上,第124段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第125段)、布基纳法索(同上,第126段)、加拿大(同上,第128段)、中国(同上,第129段)、刚果(同上,第130段)、刚果民主共和国(同上,第131段)、科特迪瓦(同上,第132段)、克罗地亚(同上,第133段)、爱沙尼亚(同上,第134段)、法国(同上,第135段)、格鲁吉亚(同上,第136段)、德国(同上,第137段)、几内亚(同上,第138段)、爱尔兰(同上,第139段)、意大利(同上,第140-141段)、马里(同上,第142段)、荷兰(同上,第144-145段)、新西兰(同上,第146段)、尼加拉瓜(同上,第147段)、挪威(同上,第148段)、波兰(同上,第149段)、斯洛文尼亚(同上,第150段)、西班牙(同上,第151-152段)、瑞典(同上,第153段)、英国(同上,第155段)、美国(同上,第156段)和南斯拉夫(同上,第157段);还可参见阿根廷(同上,第119段)、布隆迪(同上,第127段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第154段)的立法草案。

⁷ 例如,参见美国的声明(同上,第160段)和英国的实践(同上,第159段)。

⁸ Draft Additional Protocol II, Article 23(2)(同上,第70段)。

⁹ 例如,参见:Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第77段);Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第78段)。

⁰ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第82段)、厄瓜多尔(同上,第90段)、德国(同上,第93段)、意大利(同上,第94段)、黎巴嫩(同上,第96段)、马达加斯加(同上,第97段)、尼日利亚(同上,第103和105段)、南非(同上,第108段)和南斯拉夫(同上,第117段)。

¹ 例如,参见以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第123段)、白俄罗斯(同上,第124段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第125段)、刚果民主共和国(同上,第131段)、克罗地亚(同上,第133段)、爱沙尼亚(同上,第134段)、德国(同上,第137段)、几内亚(同上,第138段)、尼加拉瓜(同上,第147段)、波兰(同上,第149段)、斯洛文尼亚(同上,第150段)、西班牙(同上,第152段)、瑞典(同上,第153段)和南斯拉夫(同上,第157段);还可参见布基纳法索(同上,第126段)和意大利(同上,第140-141段)的立法(并未排除此立法适用于非国际性武装冲突),以及阿根廷的立法草案(同上,第119段)。

如为协商停火事宜或投降。² 任何其他用途(如为获得军事优势)都是不当且非法的。

规则 59 禁止不当使用《日内瓦公约》所规定的特殊标志。

实践

第 2 卷, 第 18 章, C 节

概要

国家实践将此规则确立为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认,³ 而且还被载入了 1899 年和 1907 年的《海牙章程》以及 1906、1929 和 1949 年的《日内瓦公约》。⁴ 《第一附加议定书》亦对此做出了规定。⁵ 根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中“不当使用《日内瓦公约》所订特殊标志”致使人员死亡或重伤的,构成战争罪。⁶

禁止不当使用特殊标志在许多军事手册中得到了阐述。⁷ 根据很多国家的立

² 参见第 2 卷,第 19 章,第 49 - 92 段。

³ Lieber Code, Article 117(参见第 2 卷,第 18 章,第 186 段);Brussels Declaration, Article 13(f)(同上,第 187 段);Oxford Manual, Article 8(d)(同上,第 188 段)。

⁴ 1899 年《海牙章程》第 23(6)条(同上,第 168 段);1907 年《海牙章程》第 23(6)条(同上,第 170 段);1906 年《日内瓦公约》第 27 - 28 条(同上,第 169 段);1929 年《日内瓦公约》第 24 条(同上,第 171 段)和第 28 条(同上,第 172 段);《日内瓦第一公约》第 39 条(同上,第 173 段)、第 44 条(同上,第 174 段)、第 53 条(同上,第 175 段)和第 54 条(同上,第 176 段);《日内瓦第二公约》第 41(1)条(同上,第 177 段)、第 44 条(同上,第 178 段)和第 45 条(同上,第 179 段)。

⁵ 《第一附加议定书》第 38(1)条(经协商一致通过)(同上,第 182 段)。

⁶ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(vii)条(同上,第 185 段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 196 - 197 段)、澳大利亚(同上,第 198 - 199 段)、比利时(同上,第 200 - 201 段)、布基纳法索(同上,第 202 段)、喀麦隆(同上,第 203 - 204 段)、加拿大(同上,第 205 - 206 段)、哥伦比亚(同上,第 207 段)、刚果(同上,第 208 段)、多米尼加共和国(同上,第 209 段)、厄瓜多尔(同上,第 210 段)、法国(同上,第 211 - 212 段)、德国(同上,第 213 段)、印度尼西亚(同上,第 214 段)、意大利(同上,第 215 段)、日本(同上,第 216 段)、韩国(同上,第 217 - 218 段)、黎巴嫩(同上,第 219 段)、马达加斯加(同上,第 220 段)、马里(同上,第 221 段)、摩洛哥(同上,第 222 段)、荷兰(同上,第 223 - 224 段)、新西兰(同上,第 225 段)、尼日利亚(同上,第 226 段)、俄罗斯(同上,第 227 段)、塞内加尔(同上,第 228 段)、西班牙(同上,第 229 - 230 段)、瑞典(同上,第 231 段)、瑞士(同上,第 232 段)、英国(同上,第 233 - 234 段)、美国(同上,第 235 - 238 段)和南斯拉夫(同上,第 239 段)。

法,违反该规则构成犯罪。⁸ 它还得到了国内判例法、⁹ 正式声明和其他实践的支持。⁹ 在1994年标志案(Emblem case)的判决中,德国联邦最高法院(Germany's Federal Supreme Court)指出,在保护标志不被未经授权使用方面存在着本质的共同利益。³

非国际性武装冲突

《第二附加议定书》对禁止不当使用特殊标志做出了规定。³ 而且,在其他有关非国际性武装冲突的法律文件中也包含了这一禁止性规定。³

对不当使用特殊标志的禁止性规定载于一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中。³ 根据很多国家的立法,违反该规则构成犯罪。³ 这一规则还为

⁸ 例如,参见立法(同上,第240-412段)。

⁹ 例如,参见:哥伦比亚,Council of State, Administrative Case No. 11369(同上,第413段);德国,Federal Supreme Court, Emblem case(同上,第414段);荷兰,Supreme Court, Red Cross Emblem case(同上,第415段)。

⁹ 例如,参见:美国的声明(同上,第425段)、法国(同上,第421段)、伊拉克(同上,第423段)和英国(同上,第424段)的实践以及德国据报告的实践(同上,第422段)。

³ 德国,Federal Supreme Court, Emblem case(同上,第414段)。

³ 《第二附加议定书》第12条(经协商一致通过)(同上,第184段)。

³ See, e.g., Hague Statement on Respect for Humanitarian Principles(同上,第189段); Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第190段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, paras. 2.5 and 3(同上,第191段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第197段)、澳大利亚(同上,第198-199段)、喀麦隆(同上,第204段)、加拿大(同上,第205-206段)、哥伦比亚(同上,第207段)、厄瓜多尔(同上,第210段)、法国(同上,第212段)、德国(同上,第213段)、意大利(同上,第215段)、黎巴嫩(同上,第219段)、马达加斯加(同上,第220段)、新西兰(同上,第225段)、俄罗斯(同上,第227段)、西班牙(同上,第230段)和南斯拉夫(同上,第239段)。

³ 例如,参见以下国家的立法:安提瓜和巴布达(同上,第242段)、亚美尼亚(同上,第245-246段)、阿塞拜疆(同上,第251段)、白俄罗斯(同上,第256-257段)、比利时(同上,第258段)、伯里兹(同上,第259段)、玻利维亚(同上,第260段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第261-262段)、保加利亚(同上,第266段)、喀麦隆(同上,第270段)、智利(同上,第274段)、中国(同上,第275段)、刚果民主共和国(同上,第279段)、哥斯达黎加(同上,第282段)、克罗地亚(同上,第284-285段)、捷克共和国(同上,第291段)、萨尔瓦多(同上,第296段)、爱沙尼亚(同上,第297段)、埃塞俄比亚(同上,第298段)、芬兰(同上,第299-300段)、德国(同上,第306段)、危地马拉(同上,第311段)、几内亚(同上,第313段)、匈牙利(同上,第317段)、爱尔兰(同上,第321段)、哈萨克斯坦(同上,第329段)、吉尔吉斯斯坦(同上,第331段)、马耳他(同上,第342段)、摩尔多瓦(同上,第345-346段)、荷兰(同上,第350段)、尼加拉瓜(同上,第355-356段)、挪威(同上,第359-360段)、巴拿马(同上,第361段)、波兰(同上,第365-366段)、圣基茨和尼维斯(同上,第370段)、斯洛伐克(同上,第376段)、斯洛文尼亚(同上,第377-378段)、西班牙(同上,第380-381段)、瑞典(同上,第384段)、塔吉克斯坦(同上,第386-387段)、多哥(同上,第391段)、乌克兰(同上,第398和400段)、乌拉圭(同上,第405段)、也门(同上,第408段)和南斯拉夫(同上,第409-410段);还可参见保加利亚(同上,第265段)、布基纳法索(同上,第267段)、捷克共和国(同上,第290段)、匈牙利(同上,第316段)、意大利(同上,第323和325段)、尼加拉瓜(同上,第354段)、罗马尼亚(同上,第367段)、斯洛伐克(同上,第375段)和多哥(同上,第390段)的立法(并未排除此立法适用于非国际性武装冲突),以及阿根廷(同上,第244段)和拉托维亚(同上,第332段)的立法草案。

国内判例法所支持,⁶ 并得到了在非国际性武装冲突局势下所发表之正式声明的支持。³

1977年,第23届红十字国际大会要求《日内瓦公约》的缔约国“有效执行制止不当使用红十字、红新月、红狮与太阳标志的现有国内立法,在当前缺乏立法的国家制定立法,并以对违法者处以适当刑罚作为惩治措施”。⁸ 红十字国际委员会曾呼吁,无论是国际性还是非国际性武装冲突各方均应避免滥用特殊标志。⁹

红十字国际委员会对媒体报道的几例不当使用特殊标志的事件进行了强烈谴责,同时,这些事件也受到了来自第三国及美洲国家间人权委员会(the Inter-American Commission on Human Rights)的谴责。⁹ 一些卷入此类事件的当事方承认,不当使用行为是违法的,并声明他们将采取措施以防止此类事件再次发生。⁴ 由此可以推断,各国之所以在实践中普遍避免不当使用特殊标志,是因为对其用途的合理预期。

定义

不当使用是指任何超出特殊标志原有用途的使用方式,其原有用途是指对医务和宗教人员、医疗队和医务运输工具,以及构成国际红十字与红新月运动组成部分的人员和财产加以识别。《日内瓦公约》及其两个《附加议定书》界定了此用途。² 这一对不当使用的界定还被用于许多军事手册和大量的国家立法中。³

⁶ 例如,参见哥伦比亚,Council of State, Administrative Case No. 11369(同上,第413段)。

³ 例如,参见波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第417段)与哥伦比亚(同上,第419-420段)的声明。

⁸ 23th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. XI(同上,第434段)。

⁹ See, e.g., ICRC, Communication to the Press No. 87/19/MMR(同上,第443段)、Press Release No. 1673(同上,第444段) Press Release, ICRC denies allegations(同上,第448段)、Communication to the Press No. 93/17(同上,第450段)、Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第452段)、Memorandum on Compliance with International Humanitarian Law by the Forces Participating in Opération Turquoise(同上,第453段)、Information to the Press(同上,第458段)、Communication to the Press No. 00/42(同上,第460段)和红十字国际委员会档案文件中报告的实践(同上,第439、441-442、445、449、451和454段)。

⁹ 例如,参见:红十字国际委员会,Communication to the Press No. 87/19/MMR(同上,第443段);红十字国际委员会档案文件中报告的实践(同上,第429、441-442、449、454和458段)以及 Inter-American Commission on Human Rights, Report on the situation of human rights in Nicaragua(同上,第436段)。

⁴ 例如,参见红十字国际委员会档案文件中报告的实践(同上,第441和454段)。

² 参见《日内瓦第一公约》第24-27条和第38-44条(同上,第173-174段和第180段);《日内瓦第二公约》第22条、24-25条、27条、36-39条和41-44条(同上,第177-178段和第180段);《日内瓦第四公约》第18-22条(同上,第180段);《第一附加议定书》第8条、18条和22-23条(同上,第183段);《第二附加议定书》第12条(经协商一致通过)(同上,第184段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第196-197段)、比利时(同上,第200-201段)、多米尼加共和国(同上,第209段)、厄瓜多尔(同上,第210段)、西班牙(同上,第229-230段)、瑞典(同上,第231段)、瑞士(同上,第232段)、英国(同上,第233段)和美国(同上,第235-238段),以及立法(同上,第240-412段)。

规则 60 除经联合国核准外,禁止使用联合国标志和制服。

实践

第2卷,第18章,D节

概要

国家实践将此规则确立为一条可适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》中规定禁止未经核准使用联合国的标志与制服,⁴ 根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中,不当即未经核准而使用联合国旗帜或军事标志和制服,致使人员死亡或重伤的,构成战争罪。⁵

禁止未经核准使用联合国标志与制服在许多军事手册中得到了认可。⁶ 根据很多国家的立法,违反该规则构成犯罪。⁷ 采取这一实践做法的包括一些没有或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。⁸

⁴ 《第一附加议定书》第38(2)条(经协商一致通过)(同上,第465段)。

⁵ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(vii)条(同上,第468段)。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第473段)、澳大利亚(同上,第474-475段)、比利时(同上,第476段)、布基纳法索(同上,第477段)、喀麦隆(同上,第478-479段)、加拿大(同上,第480段)、哥伦比亚(同上,第481段)、刚果(同上,第482段)、厄瓜多尔(同上,第483段)、法国(同上,第484-485段)、德国(同上,第486段)、意大利(同上,第487段)、马里(同上,第488段)、摩洛哥(同上,第489段)、荷兰(同上,第490段)、新西兰(同上,第491段)、俄罗斯(同上,第492段)、塞内加尔(同上,第493段)、西班牙(同上,第494段)、瑞典(同上,第495段)、美国(同上,第496-497段)和南斯拉夫(同上,第498段)。

⁷ 例如,参见以下国家的立法:阿尔及利亚(同上,第499段)、亚美尼亚(同上,第501段)、澳大利亚(同上,第502-503段)、阿塞拜疆(同上,第504段)、白俄罗斯(同上,第505段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第506段)、布基纳法索(同上,第507段)、加拿大(同上,第509段)、刚果民主共和国(同上,第510段)、刚果(同上,第511段)、科特迪瓦(同上,第512段)、克罗地亚(同上,第513段)、捷克共和国(同上,第514段)、丹麦(同上,第515段)、法国(同上,第516段)、格鲁吉亚(同上,第517段)、德国(同上,第518段)、几内亚(同上,第519段)、爱尔兰(同上,第520段)、意大利(同上,第521段)、立陶宛(同上,第522段)、马里(同上,第523-524段)、荷兰(同上,第525段)、新西兰(同上,第526段)、挪威(同上,第527-528段)、波兰(同上,第529段)、斯洛伐克(同上,第530段)、斯洛文尼亚(同上,第531段)、西班牙(同上,第532段)、瑞典(同上,第533段)、瑞士(同上,第534段)、英国(同上,第536段)和南斯拉夫(同上,第537段);还可参见阿根廷(同上,第500段)、布隆迪(同上,第508段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第535段)的立法草案。

⁸ 参见马里(同上,第488段)和美国(同上,第497段)的军事手册,阿塞拜疆的立法(同上,第504段),美国的声明(同上,第541段),英国的实践(同上,第540段)以及据报告的印度尼西亚实践(同上,第539段)。

非国际性武装冲突

由外交大会第三委员会拟定的《第二附加议定书草案》中包含了此规则,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该要求作为一揽子解决方案的一部分被删除了。⁹ 它还包含在关于非国际性武装冲突的其他法律文件中。⁶

一些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中包含了禁止未经核准使用联合国标志与制服的规定。⁵ 根据许多国家的立法,任何武装冲突中违反该规则的行为都构成犯罪。³

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。(尤其是在波斯尼亚和黑塞哥维那的冲突局势下)被指称违反该规则的行为受到了普遍谴责。⁵ 还没有冲突方否认该规则的可适用性,或主张未经核准使用联合国标志与制服是合法的。

规则 61 禁止不当使用其他国际公认标志。

实践

第 2 卷,第 18 章,E 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

⁹ Draft Additional Protocol II, Article 23(2) (同上,第 466 段)。

⁶ See, e. g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6 (同上,第 470 段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5 (同上,第 471 段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 474 段)、哥伦比亚(同上,第 481 段)、厄瓜多尔(同上,第 483 段)、德国(同上,第 486 段)、意大利(同上,第 487 段)和南斯拉夫(同上,第 498 段)。

³ 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第 501 段)、阿塞拜疆(同上,第 504 段)、白俄罗斯(同上,第 505 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 506 段)、刚果民主共和国(同上,第 510 段)、克罗地亚(同上,第 513 段)、德国(同上,第 518 段)、几内亚(同上,第 519 段)、波兰(同上,第 529 段)、斯洛文尼亚(同上,第 531 段)、西班牙(同上,第 532 段)、瑞典(同上,第 533 段)和南斯拉夫(同上,第 537 段);还可参见布基纳法索(同上,第 507 段)、捷克共和国(同上,第 514 段)、意大利(同上,第 521 段)和斯洛伐克(同上,第 530 段)的立法(并未排除此立法适用于非国际性武装冲突),以及阿根廷的立法草案(同上,第 500 段)。

⁵ 例如,参见联合国秘书长,《秘书长按照安全理事会第 1010 (1995) 号决议提出的报告》(同上,第 543 段)。

国际性武装冲突

《保护文化财产的海牙公约》中包含了有关文化财产特殊标记的规则。⁴ 《第一附加议定书》第38(1)条规定了国际公认标志,其中包括文化财产的保护标志。⁵ 《第一附加议定书》第66(8)条要求缔约各方采取措施防止和取缔对民防国际特殊记号的滥用。⁶

许多军事手册规定禁止对其他国际公认标志的不当使用。⁷ 根据很多国家的立法,违反该规则构成犯罪。⁸ 这一规则还为一些没有加入或在当时没有加入《第一附加议定书》或《保护文化财产的海牙公约》之国家的实践所支持。⁹

非国际性武装冲突

《保护文化财产的海牙公约》中包含了有关文化财产特殊标记的规则。⁶ “禁止在武装冲突中故意滥用国际公认的其他保护标志”(包括文化财产的保护标志)这一规则经协商一致曾被纳入由外交大会第三委员会拟定的《第二附加议定书草案》中,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该要求作为一揽子解决方案的一部分被删除了。⁶

在一些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中规定了禁止不当使用

⁴ 《保护文化财产的海牙公约》第17条(同上,第550段)。

⁵ 《第一附加议定书》第38(1)条(经协商一致通过)(同上,第551段)。

⁶ 《第一附加议定书》第66(8)条(经协商一致通过)(同上,第552段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第556段)、澳大利亚(同上,第557-558段)、比利时(同上,第559段)、布基纳法索(同上,第560段)、喀麦隆(同上,第561-562段)、加拿大(同上,第563段)、哥伦比亚(同上,第564段)、刚果(同上,第565段)、厄瓜多尔(同上,第566段)、法国(同上,第567-568段)、德国(同上,第569段)、意大利(同上,第570段)、黎巴嫩(同上,第571段)、马里(同上,第572段)、摩洛哥(同上,第573段)、荷兰(同上,第574段)、新西兰(同上,第575段)、俄罗斯(同上,第576段)、塞内加尔(同上,第577段)、西班牙(同上,第578段)、瑞典(同上,第579段)、美国(同上,第580-581段)和南斯拉夫(同上,第582段)。

⁸ 例如,参见以下国家的立法:阿尔及利亚(同上,第583段)、阿根廷(同上,第585段)、亚美尼亚(同上,第586段)、澳大利亚(同上,第587段)、白俄罗斯(同上,第589段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第590段)、布基纳法索(同上,第591段)、刚果民主共和国(同上,第592段)、库克群岛(同上,第593段)、科特迪瓦(同上,第594段)、克罗地亚(同上,第595段)、丹麦(同上,第596段)、爱沙尼亚(同上,第597段)、芬兰(同上,第598段)、法国(同上,第599段)、几内亚(同上,第600段)、爱尔兰(同上,第601段)、意大利(同上,第602段)、马里(同上,第603段)、挪威(同上,第604-605段)、波兰(同上,第606段)、斯洛文尼亚(同上,第607段)、西班牙(同上,第608段)、瑞典(同上,第609-610段)、瑞士(同上,第611-612段)、英国(同上,第613段)、南斯拉夫(同上,第614段)和津巴布韦(同上,第615段);还可参见阿根廷(同上,第584段)和孟加拉(同上,第588段)的立法草案。

⁹ 参见美国的军事手册(同上,第580-581段),以色列(同上,第617段)和美国(同上,第619段)的声明以及英国的实践(同上,第618段)。

⁶ 《保护文化财产的海牙公约》第17条(同上,第550段)。

⁶ 《第二附加议定书草案》第23条(同上,第554段)。

其他国际公认标志。⁶ 根据许多国家的立法,违反该规则构成犯罪。⁶

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现与违反该规则的正式实践。没有一方曾否认该规则的可适用性,或主张不当使用国际公认标志是合法的。不当使用还会削弱为此类标志所识别之人员和物体所应享有的保护。

定义

“其他国际公认标志”这一术语包括文化财产的保护标志、民防的国际特殊记号以及含有危险力量的工程和装置的国际特殊记号。它还包括医院地带和处所的保护标志、⁶ 医院与安全地带及处所的保护标志、⁶ 用来标记战俘营的字母“PW”和“PG”⁶ 以及用来标记平民拘禁营的字母“IC”⁶。

“不当使用”是指任何超出这些标志原有用途的使用方式,其本来意图为识别各物体、地带、处所和营所。

规则 62 禁止不当使用敌方的旗帜或军用标志、徽章或制服。

实践

第 2 卷,第 18 章,F 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。可以认为,在非国际性武装冲突中,若冲突各方事实上的确穿着制服的话,此规则也应适用。

国际性武装冲突

这是一项已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认的存在已

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 557 段)、哥伦比亚(同上,第 564 段)、厄瓜多尔(同上,第 566 段)、德国(同上,第 569 段)、意大利(同上,第 570 段)、黎巴嫩(同上,第 571 段)和南斯拉夫(同上,第 582 段)。

⁶ 例如,参见以下国家的立法:阿根廷(同上,第 585 段)、亚美尼亚(同上,第 586 段)、白俄罗斯(同上,第 589 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 590 段)、刚果民主共和国(同上,第 592 段)、克罗地亚(同上,第 595 段)、丹麦(同上,第 596 段)、爱沙尼亚(同上,第 597 段)、几内亚(同上,第 600 段)、挪威(同上,第 604 - 605 段)、波兰(同上,第 606 段)、斯洛文尼亚(同上,第 607 段)、西班牙(同上,第 608 段)、瑞典(同上,第 610 段)、瑞士(同上,第 612 段)和南斯拉夫(同上,第 614 段);还可参见布基纳法索(同上,第 591 段)和意大利(同上,第 602 段)的立法(这些立法并没有排除在非国际性武装冲突中加以适用),以及阿根廷(同上,第 584 段)和孟加拉(同上,第 588 段)的立法草案。

⁴ 《日内瓦第一公约》第 23 条和《附件一》第 6 条。

⁵ 《日内瓦第四公约》第 14 条和《附件一》第 6 条。

⁶ 《日内瓦第三公约》第 23(3)条。

⁶ 《日内瓦第四公约》第 83(3)条。

久的习惯国际法规则。⁸ 它也被载入了《海牙章程》。⁹ 《第一附加议定书》规定“在从事攻击时,或为了掩护、便利、保护或阻碍军事行动”禁止使用敌方旗帜、军用标志、徽章或制服。⁰ 根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中“不当使用……敌方旗帜或军事标志或制服”致使人员死亡或重伤的,构成战争罪。¹

许多军事手册中都载有这一规则。² 《瑞典国际人道法手册》(Sweden's IHL Manual)认为《第一附加议定书》第39条中禁止不当使用国家标志的规定是对习惯国际法的编纂。³ 根据很多国家的立法,违反该规则构成犯罪。⁴ 这一规则还为正式声明和其他实践所支持。⁵

有些实践将穿着敌方制服视为背信弃义的行为。⁶ 但依照背信弃义的定义这并不完全合适,因为即使身着此制服会诱取敌方信任,但在人道法下,敌方制服并不享有特别保护(关于背信弃义的定义,参见对规则65的评注)。其他一些实践将其视为对善意原则的违反。⁷

⁸ Lieber Code, Articles 63 and 65(参见第2卷,第18章,第634段);Brussels Declaration, Article 13(f)(同上,第635段);Oxford Manual, Article 8(d)(同上,第636段)。

⁹ 《海牙章程》第23(6)条(同上,第627段)。

⁰ 《第一附加议定书》第39(2)条(经协商一致通过)(同上,第630段)。

¹ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(vii)条(同上,第633段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第641-642段)、澳大利亚(同上,第643-644段)、比利时(同上,第645-646段)、布基纳法索(同上,第647段)、喀麦隆(同上,第648-649段)、加拿大(同上,第650段)、刚果(同上,第651段)、克罗地亚(同上,第652段)、厄瓜多尔(同上,第653段)、法国(同上,第654和657段)、德国(同上,第658段)、匈牙利(同上,第659段)、以色列(同上,第661-662段)、意大利(同上,第664段)、韩国(同上,第665段)、黎巴嫩(同上,第666段)、马里(同上,第668段)、摩洛哥(同上,第669段)、新西兰(同上,第672段)、尼日利亚(同上,第673-674段)、俄罗斯(同上,第676段)、塞内加尔(同上,第677段)、南非(同上,第678段)、西班牙(同上,第679段)、瑞典(同上,第680段)、瑞士(同上,第681段)、英国(同上,第682-683段)、美国(同上,第684-686段)和南斯拉夫(同上,第687段)。

³ 瑞典, IHL Manual(同上,第680段)。

⁴ 例如,参见以下国家的立法:阿尔及利亚(同上,第688段)、亚美尼亚(同上,第690段)、澳大利亚(同上,第691段)、白俄罗斯(同上,第692段)、加拿大(同上,第694段)、哥伦比亚(同上,第695段)、刚果(同上,第696段)、埃及(同上,第697段)、格鲁吉亚(同上,第698段)、德国(同上,第699段)、希腊(同上,第700段)、爱尔兰(同上,第701段)、意大利(同上,第702-703段)、马里(同上,第704段)、荷兰(同上,第705段)、新西兰(同上,第706段)、尼加拉瓜(同上,第707段)、挪威(同上,第708段)、波兰(同上,第710段)、西班牙(同上,第711-712段)、叙利亚(同上,第714段)、英国(同上,第716段)、美国(同上,第717段)和南斯拉夫(同上,第718段);还可参见阿根廷(同上,第689段)、布隆迪(同上,第693段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第715段)的立法草案。

⁵ 例如,参见据报告的德国(同上,第721段)、伊拉克(同上,第723段)和韩国(同上,第725段)的实践。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:法国(同上,第655-656段)、匈牙利(同上,第659段)、以色列(同上,第662段)、罗马尼亚(同上,第675段)和瑞士(同上,第681段)。

⁷ 例如,参见阿根廷, Law of War Manual(同上,第641段)。

不当使用的定义

《布鲁塞尔宣言》、《牛津手册》和《海牙章程》禁止“不当”使用敌方旗帜、军徽和制服,却没有载明哪种行为属于不当,哪种不属于。⁸ 《国际刑事法院规约》之《犯罪要件》载明,“在从事攻击时,以国际法禁止的方式”使用敌方制服构成战争罪。⁹

许多军事手册禁止“不当”使用,但却未做进一步解释。⁸ 《英国军事手册》指出:

[《海牙章程》]不禁止以诈术为目的使用敌方国旗、军徽或制服,但却禁止对其的不当使用,从而留下了怎样使用为适当,怎样为不适当这一未决问题。然而,在战斗中,使用敌方国旗、军徽或制服是禁止的,即禁止身着敌方军服开火。但是否允许以接近敌方或撤退为目的而穿着敌方制服或展示敌方旗帜,还尚未达成一致意见。为了进行阴谋破坏的或与之相关的目的使用敌方制服则属于间谍行为。⁸

《比利时战争法手册》(Belgium's Law of War Manual)规定了以下不当使用的例子:身着敌方制服开火或参与进攻,以及从缴获敌方的带有徽章的战斗用车上开火。该手册规定,“渗透敌方防线以制造恐慌,致使对方将己方士兵误认为是经过化装的敌人而向其开火,或在敌方防线后身着其制服进行军事行动以收集情报或进行阴谋破坏”不被认为是不当使用,⁸ 尽管这些行为可能导致其丧失获得战俘地位的权利(见规则 106)。《瑞典国际人道法手册》解释道:

禁止不当使用被解释为意味着在战斗中或与作战相关的情况下不能使用敌方制服,这导致了实施中很大的不确定性。在 1974—1977 年的外交会议期间,某些大国希望保留身着敌方制服出现的可能性,但绝大多数小国宣称这一可能性应被排除或减少到最小。会议在这点上采纳了小国的意见。[《第一附加议定书》]第 39(2)条的规则[即“在从事攻击时,或为了掩护、便利、保护或阻碍军事行动”而使用敌方制服是不当的]可被解释为,敌方制服只可用于个人保护(例如在极端的气候条件下),而绝不可用于任何类

⁸ Brussels Declaration, Article 13 (f) (同上,第 635 段); Oxford Manual, Article 8 (d) (同上,第 636 段);《海牙章程》第 23(6)条(同上,第 628 段)。

⁹ 国际刑事法院《犯罪要件》战争罪——不当使用敌方制服(《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(vii)条)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:布基纳法索(参见第 2 卷,第 18 章,第 647 段)、喀麦隆(同上,第 648 段)、刚果(同上,第 651 段)、法国(同上,第 654 段)、德国(同上,第 658 段)、以色列(同上,第 661 段)、韩国(同上,第 665 段)、黎巴嫩(同上,第 666 段)、马里(同上,第 668 段)、摩洛哥(同上,第 669 段)、尼日利亚(同上,第 674 段)、俄罗斯(同上,第 676 段)和塞内加尔(同上,第 677 段)。

⁸ 英国, Military Manual(同上,第 682 段)。

⁸ 比利时, Law of War Manual(同上,第 645 段)。

型的军事行动。战俘为了脱逃而使用敌方制服不被视为是对第39条的违反。⁸

一些军事手册重述了《第一附加议定书》中有关“不当使用”敌方制服的定义,即“在从事进攻时,或为了掩护、便利、保护或阻碍军事行动”。⁸ 批准《第一附加议定书》时,加拿大做出了保留,从而使自己所受的约束仅仅是在从事进攻时禁止使用敌方制服,而在为了掩护、便利、保护或阻碍军事行动时不受此约束。⁸ 其《武装冲突法手册》重述了这一点。⁸ 与此类似,有几国的手册也将这一禁止性规定限制适用于战斗行动。⁸ 还应指出的是,有几个军事手册完全禁止使用敌方制服。⁸

在1947年的斯科热尼案(Skorzeny case)中,美国驻德国占领区普通军事法庭(the US General Military Court of the US Zone of Germany)宣告因身着敌方制服参加战斗而被指控不当使用制服的被告无罪。法庭不认为德国军官在试图占领敌方军事目标时身着敌方制服是不当的,并且没有证据表明他们在此装束下使用了武器。⁹ 美国声明,“不支持[《第一附加议定书》]第39条中禁止在军事行动期间使用敌方标志和制服的规定”。⁹ 第二次世界大战以来的几次冲突(包括非国际性武装冲突)中,出现了身着敌方制服的实践。⁹ 因此,无法得出结论认为在战斗以外身着敌方制服将是不当的。

一些手册表明海军可以悬挂敌方船旗以欺骗敌人,但在实际武装行动之前必须展示其真实船旗。⁹ 然而,对于军用航空器不能使用敌方标志似乎已达成共识。虽然《厄瓜多尔海军手册》(Ecuador's Naval Manual)和《美国海军手册》(the US Naval Handbook)将这一禁止性规定的适用限于战斗,但《德国军事手册》(Germany's

⁸ 瑞典, IHL Manual(同上,第680段)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第643-644段)、比利时(同上,第646段)、新西兰(同上,第672段)、南非(同上,第678段)和西班牙(同上,第679段)。

⁸ 加拿大, Reservations and statements of understanding made upon ratification of Additional Protocol I(同上,第631段)。

⁸ 加拿大, LOAC Manual(同上,第650段)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第641-642段)、厄瓜多尔(同上,第653段)、法国(“在战斗中为了掩护、便利或阻碍军事行动”)(同上,第657段)、尼日利亚(同上,第673段)、英国(同上,第683段)、美国(同上,第685-686段)和南斯拉夫(同上,第687段)。

⁸ 参见以下国家的军事手册:法国(同上,第655-656段)、印度尼西亚(同上,第660段)、意大利(同上,第663段)、马达加斯加(同上,第667段)、荷兰(同上,第670-671段)和罗马尼亚(同上,第675段)。

⁹ 美国, General Military Court of the US Zone of Germany, Skorzeny case(同上,第719段)。

⁹ 美国, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第729段)。

⁹ See W. Hays Parks, “Air War and the Law of War”(同上,第740段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第643-644段)、比利时(同上,第645段)、加拿大(同上,第650段)、厄瓜多尔(同上,第653段)、法国(同上,第657段)、德国(同上,第658段)、新西兰(同上,第672段)和美国(同上,第686段)。

Military Manual)、《新西兰军事手册》(New Zealand's Military Manual)和《美国空军手册》(the US Air Force Pamphlet)规定军用航空器不能带有敌方标志。⁹ 《加拿大武装冲突法手册》(Canada's LOAC Manual)认为在空战中若“在军用航空器上使用虚假标识,例如敌方航空器……标识”实施敌对行动,属背信弃义行为。⁹ 之所以区别对待船舶和航空器,其理由是,在开战前,正在航行的船舶改变旗帜是实际可能的,但航空器在空中则无法改变标识。

非国际性武装冲突

红十字国际委员会向通过《附加议定书》的外交大会提交的《第二附加议定书草案》规定,“为了实施或重新开始敌对行动……在战斗中使用敌方的特殊军事标志”构成背信弃义。在外交大会第三委员会的协商过程中,这一条款被从草案中删除了。⁹ 在其他一些涉及非国际性武装冲突的法律文件中也包含了禁止在展开攻击时,或为了掩护、便利、保护或阻碍军事行动,利用对方旗帜或军用标志、徽章或制服的规定。⁹

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中含有禁止不当使用敌方制服和徽章的规定。⁹ 根据许多国家的立法,任何武装冲突中违反该规则的行为都构成犯罪。⁹ 该规则在非国际性武装冲突中的适用还得到了正式声明和其他国内实践的支持。⁹ 例如,在中国内战中,中国共产党指责国民党,称国民党士兵为使红军丧失信誉在一些行动中穿着红军制服。⁰

⁹ 厄瓜多尔, Naval Manual(同上,第653段);德国, Military Manual(同上,第658段);新西兰, Military Manual(同上,第672段);美国, Air Force Pamphlet(同上,第685段)和 Naval Handbook(同上,第686段)。

⁹ 加拿大, LOAC Manual(同上,第650段)。

⁹ Draft Additional Protocol II, Article 21(1)(同上,第632段)。

⁹ See, e.g., Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第637段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第638段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第643段)、克罗地亚(同上,第652段)、厄瓜多尔(同上,第653段)、德国(同上,第658段)、意大利(同上,第664段)、黎巴嫩(同上,第666段)、尼日利亚(同上,第674段)、南非(同上,第678段)和南斯拉夫(同上,第687段)。

⁹ 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第690段)、白俄罗斯(同上,第692段)、哥伦比亚(同上,第695段)、德国(同上,第699段)、尼加拉瓜(同上,第707段)、波兰(同上,第710段)、西班牙(同上,第713段)和南斯拉夫(同上,第718段);还可参见意大利的立法(同上,第702-703段)(未排除此立法适用于非国际性武装冲突),以及阿根廷的立法草案(同上,第689段)。

⁹ 例如,参见土耳其的声明(同上,第727段)和据报告的中国(同上,第720段)和卢旺达(同上,第726段)的实践。

⁰ 关于中国实践的报告(同上,第720段)。

规则 63 禁止使用中立国或其他非冲突各方国家的旗帜或军用标志、徽章或制服。

实践

第2卷,第18章,G节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突,并且,可以认为也适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这一规则载于《第一附加议定书》中。^① 它还在其他法律文件,特别是《圣雷莫海战手册》(the San Remo Manual on Naval Warfare)中得到重申。^②

许多军事手册中含有这一禁止性规定。^③ 根据很多国家的立法,违反该规则构成犯罪。^④ 实施此实践的国家包括一些没有加入《第一附加议定书》的国家。^⑤

未发现违反该规则的正式实践。没有一国声称其有权使用中立国或其他非冲突方国家的制服。

非国际性武装冲突

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册含有这一禁止性规

^① 《第一附加议定书》第39(1)条(经协商一致通过)(同上,第742段)。

^② San Remo Manual, para. 109(同上,第743段)。

^③ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第744-745段)、比利时(同上,第746段)、喀麦隆(同上,第747段)、加拿大(同上,第748段)、厄瓜多尔(同上,第749段)、法国(同上,第750段)、德国(同上,第751段)、印度尼西亚(同上,第752段)、意大利(同上,第753段)、荷兰(同上,第754-755段)、新西兰(同上,第756段)、俄罗斯(同上,第757段)、西班牙(同上,第758段)、瑞典(同上,第759段)和美国(同上,第760-761段)。

^④ 例如,参见以下国家的立法:阿尔及利亚(同上,第762段)、亚美尼亚(同上,第764段)、澳大利亚(同上,第765段)、白俄罗斯(同上,第766段)、捷克共和国(同上,第767段)、爱尔兰(同上,第768段)、意大利(同上,第769-770段)、尼加拉瓜(同上,第771段)、挪威(同上,第772段)、菲律宾(同上,第773段)、波兰(同上,第774段)、斯洛伐克(同上,第775段)、西班牙(同上,第776-777段)和叙利亚(同上,第778段);还可参见阿根廷的立法草案(同上,第763段)。

^⑤ 参见印度尼西亚(同上,第752段)和美国(同上,第760-761段)的军事手册以及菲律宾的立法(同上,第773段)。

定。⁶⁰ 根据一些国家的立法,任何武装冲突中违反该规则的行为都构成犯罪。⁶¹

虽然在非国际性武装冲突中未发现其他的特别实践,但也未发现违反该规则的实践。没有非国际性武装冲突的当事方声称自己有权使用中立国或其他非冲突方国家标志或制服之权利的报告。例如,通过身着第三国制服的方式暗示第三国卷入了非国际性武装冲突,很可能被该第三国或被敌方谴责为非法行为。因此,可以认为,存在这样一种合理的预期,即非国际性武装冲突各方应受该规则约束,且该规则是习惯国际法的一部分。

规则 64 禁止缔结目的是对相信协定之敌方发动突然袭击的停战协定。

实践

第 2 卷,第 18 章,H 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。该规则以遵守诚实信任为基础(见规则 66)。违反行为是指违反通过停战协定所落实之规则(例如伤者、病者或平民的撤离)的行为(见规则 109 和 129)。

国际性武装冲突

破坏停战协定就破坏了信任并且违反了诚信原则。《利伯守则》中明确表示该规则以诚信原则为基础,该守则指出“军事必要允许实施……不涉及违背诚实信任的诈术,不论该诚信是由在战争期间所缔结协定明确承诺的,还是现代战争法所确定存在的”。⁶² 《英国军事手册》强调“在战争中,表现为信守诺言的诚实信用至关重要”。⁶³

⁶⁰ 例如,参见澳大利亚(同上,第 744 段)、厄瓜多尔(同上,第 749 段)、德国(同上,第 751 段)和意大利(同上,第 753 段)的军事手册。

⁶¹ 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第 764 段)、白俄罗斯(同上,第 766 段)、尼加拉瓜(同上,第 771 段)、菲律宾(同上,第 773 段)、波兰(同上,第 774 段)和西班牙(同上,第 777 段);还可参见捷克共和国(同上,第 767 段)、意大利(同上,第 769 - 770 段)和斯洛伐克(同上,第 775 段)的立法(其并未排除在非国际性武装冲突中加以适用),以及阿根廷的立法草案(同上,第 763 段)。

⁶² Lieber Code, Article 15 (同上,第 786 段)。

⁶³ 英国, Military Manual (同上,第 803 段)。

许多军事手册中都规定了这一规则。⁰ 其中一些认为假装停火是“背信弃义的”。¹ 例如,《美国战地手册》(US Field Manual)和《空军手册》(Air Force Pamphlet)规定,向敌方虚假广播已达成停战协定被普遍认为是“背信弃义的”。²

根据很多国家的立法,违反任何停战协定,不论是休战协定、停火协定、有条件投降还是其他具有此效果的协定,都构成犯罪。³ 该规则还被正式声明所支持,例如,在两伊战争中伊拉克的声明。⁴

非国际性武装冲突

红十字国际委员会向通过《附加议定书》的外交大会提交的《第二附加议定书草案》规定,“为了实施或重新开始敌对行动……而虚假停火”构成背信弃义。⁵ 在外交大会第三委员会的协商过程中,这一条款被从草案中删除了。然而,这并不意味着此类行为在非国际性武装冲突中是合法的。履行协议中的诚信原则平等适用于国际性和非国际性武装冲突(见规则66)。

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中含有这一禁止性规定。⁶ 根据很多国家的立法,在任何武装冲突中违反该规则的行为都构成犯罪。⁷ 该

⁰ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第787段)、布基纳法索(同上,第788段)、喀麦隆(同上,第789段)、加拿大(同上,第790段)、刚果(同上,第791段)、法国(同上,第792段)、德国(同上,第793段)、韩国(同上,第795段)、马里(同上,第796段)、摩洛哥(同上,第797段)、荷兰(同上,第798段)、新西兰(同上,第799段)、尼日利亚(同上,第800段)、塞内加尔(同上,第801段)、瑞士(同上,第802段)、英国(同上,第803段)和美国(同上,第804-806段)。

¹ 例如参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第787段)、德国(同上,第793段)、英国(同上,第803段)和美国(同上,第804-805段)。

² 美国,Field Manual(同上,第804段)and Air Force Pamphlet(同上,第805段)。

³ 例如,参见以下国家的立法:阿根廷(同上,第807-808段)、阿塞拜疆(同上,第810段)、白俄罗斯(同上,第811段)、玻利维亚(同上,第812段)、智利(同上,第813段)、哥斯达黎加(同上,第814段)、厄瓜多尔(同上,第815-816段)、萨尔瓦多(同上,第817段)、埃塞俄比亚(同上,第818段)、危地马拉(同上,第819段)、匈牙利(同上,第820段)、意大利(同上,第821-822段)、墨西哥(同上,第823段)、荷兰(同上,第824段)、尼加拉瓜(同上,第825段)、秘鲁(同上,第826-827段)、西班牙(同上,第828-829段)、瑞士(同上,第830段)和委内瑞拉(同上,第831-832段);还可参见阿根廷的立法草案(同上,第809段)。

⁴ 伊拉克,Letter to the UN Secretary-General(同上,第835段)和Military communiqué of 1 March 1987(同上,第836段)。

⁵ 《第二附加议定书草案》第21(1)条(同上,第785段)。

⁶ 例如,参见德国,Military Manual(同上,第793段)。

⁷ 例如,参见以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第810段)、白俄罗斯(同上,第811段)、哥斯达黎加(同上,第814段)、厄瓜多尔(同上,第815段)、萨尔瓦多(同上,第817段)、埃塞俄比亚(同上,第818段)、尼加拉瓜(同上,第825段)、西班牙(同上,第829段)、瑞士(同上,第830段)和委内瑞拉(同上,第831段);还可参见阿根廷(同上,第808段)、匈牙利(同上,第820段)和意大利(同上,第821-822段)的立法(其并未排除在非国际性武装冲突中加以适用),以及阿根廷的立法草案(同上,第809段)。

规则还为在非国际性武装冲突情形下的正式声明和据报告的实践所支持。⁸

尚未发现违反该规则的正式实践。违反该规则的行为受到了普遍谴责。还没有报道显示,曾有非国际性武装冲突方声称自己有权缔结目的是对相信协定之敌方发动突然袭击的停战协定。

规则 65 禁止诉诸背信弃义行为以杀死、伤害或俘获敌人。

实践

第 2 卷, 第 18 章, 1 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》、《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中得到承认,并被载入了《海牙章程》。⁹《第一附加议定书》中也对此做出了规定。¹⁰根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中“以背信弃义的方式杀、伤属于敌国或敌军的人员”构成战争罪。¹

禁止背信弃义被载于大量的军事手册中。²《瑞典国际人道法手册》认为《第一附加议定书》第 37 条中禁止背信弃义的规定是对习惯国际法的编纂。³根据许多国

⁸ 例如,参见,中国(同上,第 834 段)和南斯拉夫(同上,第 837 段)的声明以及据报告的南斯拉夫(同上,第 839 段)和“某一国家”(同上,第 840 段)的实践。

⁹ 《利伯守则》第 101 条(同上,第 930 段);《布鲁塞尔宣言》第 13(2)条(同上,第 931 段);《牛津手册》第 8(2)条(同上,第 932 段);《海牙章程》第 23(2)条(同上,第 926 段)。

¹⁰ 《第一附加议定书》第 37(1)条(经协商一致通过)(同上,第 927 段)。

¹ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xi)条(同上,第 929 段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 856 - 857 段和第 937 段)、澳大利亚(同上,第 858 - 859 段和第 938 - 939 段)、比利时(同上,第 861 和 940 段)、贝宁(同上,第 863 段)、喀麦隆(同上,第 864 和 941 段)、加拿大(同上,第 866 和 942 段)、哥伦比亚(同上,第 867 段)、克罗地亚(同上,第 868 - 869 段)、厄瓜多尔(同上,第 870 段)、法国(同上,第 871 - 873 段和第 943 段)、德国(同上,第 875 段)、匈牙利(同上,第 876 段)、印度尼西亚(同上,第 944 段)、以色列(同上,第 945 段)、意大利(同上,第 947 段)、肯尼亚(同上,第 948 段)、韩国(同上,第 880 - 881 段)、荷兰(同上,第 883 - 885 段和第 949 - 950 段)、新西兰(同上,第 951 段)、尼日利亚(同上,第 886 - 887 段和第 952 - 953 段)、罗马尼亚(同上,第 954 段)、俄罗斯(同上,第 888 和 955 段)、南非(同上,第 889 - 890 段)、西班牙(同上,第 891 和 956 段)、瑞典(同上,第 893 和 957 段)、瑞士(同上,第 894 和 958 段)、多哥(同上,第 895 段)、英国(同上,第 896 段和第 959 - 960 段)、美国(同上,第 898 段、第 900 - 901 段和第 961 - 962 段)和南斯拉夫(同上,第 902 和 963 段)。

³ 瑞典, IHL Manual(同上,第 893 段)。

家的立法,违反该规则构成犯罪。² 这一禁止性规定还为正式声明和其他国家实践所支持。³

非国际性武装冲突

由外交大会第三委员会拟定的《第二附加议定书草案》中包含了禁止背信弃义的规则,两个《附加议定书》即是在此次外交大会上通过的;但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该规则作为一揽子解决方案的一部分被删除了。⁴ 根据《国际刑事法院规约》,在非国际性武装冲突中“以背信弃义方式杀、伤属敌对方战斗员”构成战争罪。⁵ 另外,该规则还包含在关于非国际性武装冲突的其他法律文件中。⁶

一些可适用于或已适用于非国际性武装冲突的军事手册禁止诉诸背信弃义的行为。⁷ 根据许多国家的立法,在任何武装冲突中违反该规则的行为都构成犯罪。⁸ 该规则还为正式声明和关于非国际性武装冲突的其他实践所支持。⁹

不论是在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。

² 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第964段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第965段)、加拿大(同上,第967段)、刚果(同上,第968段)、克罗地亚(同上,第969段)、格鲁吉亚(同上,第970段)、德国(同上,第971段)、爱尔兰(同上,第972段)、意大利(同上,第973段)、马里(同上,第974段)、荷兰(同上,第975段)、新西兰(同上,第976段)、挪威(同上,第977段)、斯洛文尼亚(同上,第978段)、瑞典(同上,第979段)、英国(同上,第981段)、美国(同上,第982段)和南斯拉夫(同上,第983段);还可参见布隆迪(同上,第966段)、萨尔瓦多(同上,第903段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第980段)的立法草案。

³ 例如,参见美国的声明(同上,第917和988段)、美国的实践(同上,第916和990段)和据报告的伊拉克的实践(同上,第912和985段)。

⁴ 《第二附加议定书草案》第21(1)条(同上,第928段)。

⁵ 《国际刑事法院规约》第8(2)(e)(ix)条(同上,第929段)。

⁶ 例如,参见 Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第853和934段); Agreement on the Application of IHL between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第854和935段); San Remo Manual, para. 111(同上,第855段); UNTAET Regulation 2000/15, Section 6(1)(e)(ix)(同上,第936段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第858和939段)、贝宁(同上,第863段)、加拿大(同上,第866段)、哥伦比亚(同上,第867段)、克罗地亚(同上,第868-869段)、厄瓜多尔(同上,第870段)、德国(同上,第875段)、意大利(同上,第947段)、肯尼亚(同上,第948段)、韩国(同上,第881段)、尼日利亚(同上,第886段和第952-953段)、南非(同上,第889-890段)、瑞典(同上,第893段)、多哥(同上,第895段)和南斯拉夫(同上,第902和963段)。

⁸ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第964段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第965段)、加拿大(同上,第967段)、刚果(同上,第968段)、克罗地亚(同上,第969段)、格鲁吉亚(同上,第970段)、德国(同上,第971段)、荷兰(同上,第975段)、新西兰(同上,第976段)、斯洛文尼亚(同上,第978段)、瑞典(同上,第979段)、英国(同上,第981段)和南斯拉夫(同上,第983段);还可参见意大利的立法(同上,第973段)(其并未排除在非国际性武装冲突中加以适用),以及布隆迪(同上,第966段)、萨尔瓦多(同上,第903段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第980段)的立法草案。

⁹ 例如,参见智利(同上,第910段)、秘鲁(同上,第913段)和南斯拉夫(同上,第918段)的声明与据报告的哥伦比亚(同上,第911段)和菲律宾(同上,第914段)的实践。

没有冲突方曾主张自己有权诉诸背信弃义的行为。

背信弃义的定义

《第一附加议定书》将背信弃义界定为“以背弃敌人的信任为目的而诱取敌人的信任,使敌人相信其有权享有或有义务给予适用于武装冲突的国际法规则所规定的保护的行为”。¹ 这一定义在国际刑事法院《犯罪要件》中得到重述。² 它还被包含在许多军事手册中,³ 并为其他实践所支持。⁴ 采取这一实践做法的包括一些没有加入或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。⁵ 《新西兰军事手册》和《瑞典国际人道法手册》指出被包含在第 37 条中的背信弃义的定义是对习惯国际法的编纂。⁶ 背信弃义的本质在于诱取然后再背弃敌方信任,即对诚实信用的滥用。背弃敌方信任这一具体意图的要求使背信弃义区别于不当使用,并使其成为更为严重的违反国际人道法的行为。一些军事手册对该规则作了如下解释:禁止以享有法律保护为借口从事敌对行动。⁸

红十字国际委员会向通过《附加议定书》的外交大会提交的《第二附加议定书草案》中也包含了上述背信弃义的定义,但是被第三委员会删除了。⁹ 然而,国际刑事法院预备委员会认为,背信弃义杀、伤这一犯罪行为的构成要件在国际性和非国际性武装冲突中是相同的。¹⁰

考虑到背信弃义的定义规定,敌方的信任是建立在国际人道法要求保护的情形之上,那么,下列行为若以背弃敌方信任为目的,则被认为是背信弃义的:

- 假装因伤、病而丧失能力,因为此类丧失能力的敌人被视为丧失战

¹ 《第一附加议定书》第 37(1) 条(经协商一致通过)(同上,第 847 段)。

² 国际刑事法院《犯罪要件》,战争罪——以背信弃义的方式杀、伤属于敌国或敌军的人员(敌对方战斗员)(《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xi) 条和第 8(2)(e)(ix) 条)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(参见第 2 卷,第 18 章,第 857 段)、澳大利亚(同上,第 858 - 859 段)、比利时(同上,第 861 - 862 段)、喀麦隆(同上,第 864 段)、加拿大(同上,第 865 段)、克罗地亚(同上,第 869 段)、厄瓜多尔(同上,第 870 段)、法国(同上,第 871 和 873 段)、德国(同上,第 874 - 875 段)、匈牙利(同上,第 876 段)、以色列(同上,第 877 段)、肯尼亚(同上,第 879 段)、荷兰(同上,第 883 段)、新西兰(同上,第 885 段)、西班牙(同上,第 892 段)、瑞典(同上,第 893 段)、英国(同上,第 897 段)和美国(同上,第 899 和 901 段)。

⁴ 例如,参见美国的声明(同上,第 916 - 917 段)和据报告的伊拉克的实践(同上,第 912 段)。

⁵ 例如,参见法国(同上,第 871 段)、以色列(同上,第 877 段)、肯尼亚(同上,第 879 段)、英国(同上,第 897 段)和美国(同上,第 899 和 901 段)的军事手册,美国的声明(同上,第 916 - 917 段)和据报告的伊拉克的实践(同上,第 912 段)。

⁶ 新西兰, Military Manual(同上,第 885 段);瑞典, IHL Manual(同上,第 893 段)。

⁷ 例如,参见贝宁(同上,第 863 段)、加拿大(同上,第 865 段)和多哥(同上,第 895 段)的军事手册。

⁸ Draft Additional Protocol II, Article 21(1)(同上,第 848 段)。

⁹ Knut D rmann, Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary, Cambridge University Press, 2003, p. 476.

斗力,且不受攻击,而须予以收集和照顾(见规则 47 和规则 109 - 110);⁴

- 假装投降,因为投降的敌人被认为丧失战斗力,且不受攻击,而应被俘获或释放(见规则 47);⁵

- 假装有在休战旗下谈判的意图,因为持休战旗前进的人应受尊重(见规则 67);⁶

- 通过使用红十字或红新月标志而假装享有受保护地位,因为展示特殊标志的医务和宗教人员、机构和运输工具均须受到尊重和保护(见第 7 章);⁷

- 通过使用联合国标志、记号或制服而假装享有受保护地位,因为只要使用联合国标志、记号或制服的维和人员和人道救济人员有权享有给予平民的保护,他们就应受到尊重,并且,那些标志、记号或制服不得在未经授权的情况下使用(见规则 31、33 和 60);⁸

- 使用其他保护性标志而假装享有被保护地位,因为使用其他保护性标志(包括使用文化财产特殊标志)的人员须受到尊重,并且此类标志不得被不当使用(见规则 61);⁹

- 假装具有平民身份,因为不直接参与敌对行动的平民应受到尊重,不得成为攻击目标(见规则 1 和规则 6);¹⁰

- 身着中立国或其它非冲突方国家的制服或使用其标志,因为不得使用中立国或其它非冲突方的国家的制服或标志(见规则 63)。¹¹

这一定义得到了为每一特定类型所收集之实践的支持,同时也为设定保护的规则既适用于国际性也适用于非国际性武装冲突这一事实所支持。

《海牙章程》禁止“以背信弃义的方式杀、伤”,而《第一附加议定书》禁止的是“诉诸背信弃义行为以杀死、伤害或俘获敌人”。¹²《国际刑事法院规约》使用了《海牙章程》的用语。¹³与此相似,有些军事手册禁止诉诸背信弃义行为以杀、伤,而另一

⁴ 例如,参见实践(参见第 2 卷,第 18 章,第 1000 - 1044 段)。

⁵ 例如,参见实践(同上,第 1045 - 1129 段)。

⁶ 例如,参见实践(同上,第 1130 - 1218 段)。

⁷ 例如,参见实践(同上,第 1219 - 1324 段)。

⁸ 例如,参见实践(同上,第 1325 - 1397 段)。

⁹ 例如,参见实践(同上,第 1398 - 1451 段)。

¹⁰ 例如,参见实践(同上,第 1452 - 1505 段)。

¹¹ 例如,参见实践(同上,第 1506 - 1545 段)。

¹² 《海牙章程》第 23(2)条(同上,第 926 段);《第一附加议定书》第 37(1)条(经协商一致通过)(同上,第 927 段)。

¹³ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xi)条和第 8(2)(e)(ix)条(同上,第 929 段)。

些军事手册则禁止诉诸背信弃义行为以杀、伤或俘获。⁵ 除了以色列使用的军事手册,³《第一附加议定书》非缔约方国家的军事手册普遍没有提及俘获。几乎所有将违反该规则确立为犯罪的国内立法都仅指杀死或伤害。³ 美国曾声明支持“战斗员个人不得诉诸背信弃义行为以杀死、伤害或俘获敌方人员这一原则”。⁴ 基于这一实践可以认为,诉诸背信弃义行为以杀、伤或俘获在习惯国际法中是非法的,但只有那些造成身体重伤的行为,即杀死或伤害,才构成战争罪。这一观点还基于以下的考虑,即即使以诉诸背信弃义的方式俘获敌人所造成的后果不足以构成战争罪,但该行为削弱了国际人道法所规定的保护。还应强调的是俘获敌人常伴有杀死或伤害的威胁,而威胁实施某一非法行为通常也被认为是非法的。

意图背信弃义地谋害敌人性命

《利伯守则》规定“普通战争法对于企图以秘密或背信弃义的方式伤害敌人的行为,甚至允许处以死刑的,因为它们十分危险且难以防范”。⁵ 《布鲁塞尔宣言》禁止“背信弃义地谋杀属于敌国或敌军的人员”,《牛津手册》禁止“企图背信弃义地谋害敌人生命;例如通过支付报酬进行暗杀”。⁶ 《海牙章程》规定,禁止“以背信弃义的方式杀、伤属于敌国或敌军的人员”。³ 使用“属于敌国或敌军的人员”这一术语明确包含了平民和战斗员。

《美国空军手册》指出《海牙章程》第23(2)条已被解释为禁止“暗杀、放逐、剥夺敌人的合法权利或悬赏敌人人头,以及无论捕获的敌人‘是死是活’均给予奖赏”,但

⁵ 阿根廷(同上,第937段)、喀麦隆(同上,第941段)、加拿大(同上,第942段)、法国(同上,第943段)、以色列(同上,第945段)、荷兰(同上,第949-950段)、新西兰(同上,第951段)、罗马尼亚(同上,第954段)和西班牙(同上,第956段)的军事手册禁止以诉诸背信弃义的方式杀、伤或俘获,而比利时(同上,第940段)、印度尼西亚(同上,第944段)、意大利(同上,第947段)、肯尼亚(同上,第948段)、尼日利亚(同上,第952-953段)、俄罗斯(同上,第955段)、瑞典(同上,第957段)、瑞士(同上,第958段)、英国(同上,第959-960段)、美国(同上,第961-962段)和南斯拉夫(同上,第963段)的军事手册将这一禁止性规定限制为杀或伤。贝宁(同上,第863段)、加拿大(同上,第865段)和多哥(同上,第895段)的军事手册将这一禁止性规定表达为适用于“以享有法律保护为借口从事敌对行动”,这将不仅包括杀和伤,还包括俘获以及其他可能的行为。

³ 参见以色列, Law of War Booklet(同上,第946段)。

³ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第964段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第965段)、加拿大(同上,第967段)、刚果(同上,第968段)、克罗地亚(同上,第969段)、格鲁吉亚(同上,第970段)、德国(同上,第971段)、意大利(同上,第973段)、马里(同上,第974段)、新西兰(同上,第976段)、斯洛文尼亚(同上,第978段)、瑞典(同上,第979段)、英国(同上,第981段)、美国(同上,第982段)和南斯拉夫(同上,第983段);还可参见布隆迪(同上,第966段)与特立尼达和多巴哥共和国(同上,第980段)的立法草案。唯一的例外是爱尔兰(同上,第972段)和挪威(同上,第977段)的立法,它们惩罚任何违反《第一附加议定书》的行为。

⁴ 美国, Remarks of the Deputy Legal Adviser of the Department of State(同上,第988段)。

⁵ Lieber Code, Article 101(同上,第930段)。

⁶ Brussels Declaration, Article 13(b)(同上,第931段); Oxford Manual, Article 8(同上,第932段)。

³ 《海牙章程》第23(2)条(同上,第926段)。

手册阐明：“显然，它并不妨碍合法战斗员对敌方士兵或军官的合法攻击”。⁸ 其他一些军事手册也禁止暗杀和悬赏敌人人头。⁹ 《新西兰军事手册》将暗杀界定为“由敌方特务或非法战斗员在后方杀死或伤害选定的人”。¹⁰ 禁止刺杀还为一些正式声明所支持。¹¹

⁸ 美国, Air Force Pamphlet(同上, 第 962 段)。

⁹ 例如, 参见以下国家的军事手册: 澳大利亚(同上, 第 938 段)(暗杀非战斗员, 悬赏敌人人头, “不论死活”只要捕获敌人即给予悬赏)、澳大利亚(同上, 第 939 段)(对选定的人进行暗杀, 放逐、剥夺敌人的合法权利或悬赏敌人人头, 以及无论捕获的敌人“是死是活”均提供奖赏)、加拿大(同上, 第 942 段)(暗杀选定的非战斗员, 悬赏敌人人头, 以及无论捕获的敌人“是死是活”均提供奖赏)、以色列(同上, 第 946 段)(试图谋害敌方(民间或军事)领导人生命, 通过派人暗杀或悬赏人头的方​​式取某人性命)、新西兰(同上, 第 951 段)(暗杀, 放逐、剥夺敌人的合法权利或悬赏敌人人头, 以及无论捕获的敌人“是死是活”均提供奖赏)、瑞士(同上, 第 958 段)(悬赏敌方军事或民间领导人人头)、英国(同上, 第 959 段)(暗杀, 放逐、剥夺敌人的合法权利或悬赏敌人人头, 以及无论捕获的敌人“是死是活”均提供奖赏)和南斯拉夫(同上, 第 963 段)(悬赏某人人头, 无论其是国家领导人、军事指挥官还是任何其他人)。

¹⁰ 新西兰, Military Manual(同上, 第 951 段)。

¹¹ 例如, 参见美国, Presidential Executive Order 12333(同上, 第 987 段) and Memorandum of Law of the Department of the Army: Executive Order 12333 and Assassination(同上, 第 989 段)。

第 19 章

与敌方交流

注：本章所称交流与战事相关，与为解决武装冲突所进行的政治谈判无关。

规则 66 指挥官可以通过任何联络方式参与非敌对接触。此类接触必须基于诚实信任。

实践

第 2 卷, 第 19 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

绝大多数军事手册都强调,出于人道或军事上的原因,会产生指挥官着手与敌对方接触的需求,尤其是在为处理相关事务而需达成局部安排时。这些事务包括:搜寻伤者、病者和死难者,处理死难者,交换战俘,从被包围地区撤退人员,医务和宗教人员的通过以及医务航空器的飞越等。在更高的层面上,可达成协议来设立医院或安全地带、中立地带或非军事化地带。

一些军事手册阐明战斗员本身不能着手与敌方接触。例如,《荷兰军事手册》(the Military Handbook of the Netherlands)规定:“只有指挥官可以决定与敌方谈判。”

实践表明可通过各种方法交流,不但可以通过被称为军事谈判代表

例如,参见以下国家的军事手册:比利时(参见第 2 卷,第 19 章,第 5 段)、加拿大(同上,第 8 段)、克罗地亚(同上,第 10 段)、德国(同上,第 12 段)、匈牙利(同上,第 13 段)、意大利(同上,第 15 段)、肯尼亚(同上,第 16 段)、韩国(同上,第 17 段)、马达加斯加(同上,第 19 段)、荷兰(同上,第 20 段)、新西兰(同上,第 21 段)、尼日利亚(同上,第 22 段)、西班牙(同上,第 23 段)、瑞士(同上,第 24 段)、英国(同上,第 25 - 26 段)和美国(同上,第 27 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第 4 段)、布基纳法索(同上,第 6 段)、喀麦隆(同上,第 7 段)、刚果(同上,第 9 段)、法国(同上,第 11 段)、黎巴嫩(同上,第 18 段)和荷兰(同上,第 20 段)。

荷兰, Military Handbook(同上,第 20 段)。

(parlementaires)的调解人,也可以通过电话和无线电。军事谈判代表是属于冲突一方被授权着手与冲突另一方进行交流的人。持白旗前进是使他人了解自己为军事谈判代表的传统方式。像各种军事手册证明的那样,这一传统方式仍然有效。而且,实践承认各方可请求第三方协助交流,尤其是可由保护国或公正、中立的人道组织(特别是红十字国际委员会),以及国际组织和维和部队的成员代替进行。所能掌握的实践表明,不论在国际性还是非国际性武装冲突中,各种机构和组织都扮演了谈判调解者的角色,并且被普遍接受。

一些军事手册强调,在任何与敌方的交流中,都必须严格遵守诚实信任原则。这意味着为双方所接受的谈判者和谈判协议均须得到尊重,否则构成非法欺骗。若没有了诚实信任,在战场上的谈判是危险且无用的。各方不得不依赖于对方对其谈判者安全所做的保证并遵守达成的协议(“约定必须信守”是对诚实信任这一普遍原则的适用)。诚实信任原则明确适用于国际性和非国际性武装冲突,该原则还意味着,表示交流愿望的白旗在这两种类型的武装冲突中均应予以尊重。适用于派出和接待军事谈判代表的详细规则是对诚实信任原则的具体适用(见规则67-69)。

例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第4段)、加拿大(同上,第8段)、克罗地亚(同上,第10段)、德国(同上,第12段)、匈牙利(同上,第13段)、意大利(同上,第14-15段)、韩国(同上,第17段)、马达加斯加(同上,第19段)、新西兰(同上,第21段)、西班牙(同上,第23段)、英国(同上,第25段)和美国(同上,第27段),和据报告的哥伦比亚(同上,第31段)、卢旺达(同上,第36段)和津巴布韦(同上,第41段)的实践。

关于军事谈判代表的定义,例如,参见:《布鲁塞尔宣言》第43条(同上,第95段)、《牛津手册》第27条(同上,第96段)和《海牙章程》第32条(同上,第94段),以及以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第98段)、比利时(同上,第99-101段)、加拿大(同上,第103段)、德国(同上,第104段)、意大利(同上,第105段)、荷兰(同上,第106段)、新西兰(同上,第107段)、尼日利亚(同上,第108段)、西班牙(同上,第109-110段)、瑞士(同上,第111段)、英国(同上,第112段)、美国(同上,第113段)和南斯拉夫(同上,第114段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第98段)、比利时(第99-101段)、喀麦隆(同上,第102段)、意大利(同上,第105段)、荷兰(同上,第106段)、新西兰(同上,第107段)、尼日利亚(同上,第108段)、西班牙(同上,第110段)、瑞士(同上,第111段)、英国(同上,第112段)、美国(同上,第113段)和南斯拉夫(同上,第114段)。

例如,参见以下国家的军事手册:德国(同上,第12段)、马达加斯加(同上,第19段)、西班牙(同上,第23段)和美国(同上,第27段);据报告的以下国家的实践:哥伦比亚(同上,第31段)、格鲁吉亚(同上,第33段)、菲律宾(同上,第35段)、卢旺达(同上,第36段)和“某两个国家”。(同上,第42和44段)。

例如,参见,阿根廷(同上,第3段)、比利时(同上,第5段)、肯尼亚(同上,第16段)、新西兰(同上,第21段)、英国(同上,第25-26段)和美国(同上,第27段)的军事手册。

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第50-51段)、比利时(同上,第53段)、贝宁(同上,第54段)、加拿大(同上,第56-57段)、哥伦比亚(同上,第58段)、多米尼加共和国(同上,第59段)、厄瓜多尔(同上,第60段)、意大利(同上,第65段)、肯尼亚(同上,第66段)、韩国(同上,第67段)、马达加斯加(同上,第68段)、荷兰(同上,第69-70段)、新西兰(同上,第71段)、尼日利亚(同上,第72段)、南非(同上,第74段)、多哥(同上,第75段)、英国(同上,第76-77段)、美国(同上,第78-80段)和南斯拉夫(同上,第81段);英国的实践(同上,第88段);据报告的中国(同上,第85段)和卢旺达(同上,第87段)的实践。

拒绝接待谈判代表

指挥官没有义务必须接待军事谈判代表是一项确立已久的习惯国际法规则,但是禁止预先声明将不接待军事谈判代表。《布鲁塞尔宣言》、《牛津手册》和《海牙章程》均对此做出了规定。⁰ 许多军事手册也重申了这一点。¹ 其中一些军事手册可适用或已适用于非国际性武装冲突。² 未发现违反此规则的正式实践。

规则 67 军事谈判代表不可侵犯。

实践

第 2 卷, 第 19 章, B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性与非国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》和《布鲁塞尔宣言》中得到承认,并被载入了《海牙章程》。³ 军事谈判代表的不可侵犯性在许多军事手册中得到了重申。⁴ 其

⁰ Brussels Declaration, Article 44 (同上, 第 125 段); Oxford Manual, Article 27; (同上, 第 126 段)、《海牙章程》第 33 条 (同上, 第 124 段)。

¹ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷 (同上, 第 128 段)、比利时 (第 129 - 130 段)、加拿大 (同上, 第 131 段)、德国 (同上, 第 132 段)、意大利 (同上, 第 133 段)、肯尼亚 (同上, 第 134 段)、荷兰 (同上, 第 135 段)、新西兰 (同上, 第 136 段)、尼日利亚 (同上, 第 137 段)、西班牙 (同上, 第 138 - 139 段)、瑞士 (同上, 第 140 段)、英国 (同上, 第 141 - 142 段)、美国 (同上, 第 143 段) 和南斯拉夫 (同上, 第 144 段)。

² 例如, 参见以下国家的军事手册: 德国 (同上, 第 132 段)、意大利 (同上, 第 133 段)、肯尼亚 (同上, 第 134 段) 和南斯拉夫 (同上, 第 144 段)。

³ Brussels Declaration, Article 43 (同上, 第 156 段); Oxford Manual, Article 27 (同上, 第 157 段); 《海牙章程》第 32 条 (同上, 第 155 段)。

⁴ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷 (同上, 第 160 段)、澳大利亚 (同上, 第 161 - 162 段)、比利时 (同上, 第 163 - 164 段)、布基纳法索 (同上, 第 165 段)、喀麦隆 (同上, 第 166 段)、加拿大 (同上, 第 167 段)、刚果 (同上, 第 168 段)、厄瓜多尔 (同上, 第 169 段)、法国 (同上, 第 170 - 171 段)、德国 (同上, 第 172 段)、意大利 (同上, 第 173 段)、肯尼亚 (同上, 第 174 段)、韩国 (同上, 第 175 段)、马里 (同上, 第 176 段)、荷兰 (同上, 第 177 - 178 段)、新西兰 (同上, 第 179 段)、尼日利亚 (同上, 第 180 段)、菲律宾 (同上, 第 181 - 182 段)、俄罗斯 (同上, 第 183 段)、塞内加尔 (同上, 第 184 段)、南非 (同上, 第 185 段)、西班牙 (同上, 第 186 - 187 段)、瑞士 (同上, 第 188 - 189 段)、英国 (同上, 第 190 - 191 段)、美国 (同上, 第 192 - 195 段) 和南斯拉夫 (同上, 第 196 段)。

中一些手册可适用或已适用于非国际性武装冲突。⁵ 有几个手册认为攻击展示休战白旗的军事谈判代表构成战争罪。⁶ 破坏军事谈判代表的不可侵犯性在许多国家的立法下构成犯罪。⁷ 该规则还得到了其他国内实践的支持。⁸ 包括在非国际性武装冲突中的实践。⁹

未发现违反此规则的正式实践。没有当事方声称其有权破坏军事谈判代表的不可侵犯性。

解释

根据《布鲁塞尔宣言》、《牛津手册》和《海牙章程》，不可侵犯性扩展至军事谈判代表的随同人员。⁰ 许多军事手册也阐明了这一点。¹ 《英国军事手册》(the UK Military Manual)和《武装冲突法手册》(LOAC Manual)规定，传统上军事谈判代表的随同人员为喇叭手、号手或鼓手、旗手和译员，但当前军事谈判代表可坐在悬挂白旗的装甲车中前进，由司机、无线电和扬声器操作员以及译员随同。²

一些军事手册强调并不要求在军事谈判代表抵达的整个区域实现全面停火，但

⁵ 例如，参见以下国家的军事手册：澳大利亚(同上，第161段)、厄瓜多尔(同上，第169段)、德国(同上，第172段)、意大利(同上，第173段)、肯尼亚(同上，第174段)、菲律宾(同上，第181-182段)、南非(同上，第185段)和南斯拉夫(同上，第196段)。

⁶ 例如，参见以下国家的军事手册：澳大利亚(同上，第161-162段)、加拿大(同上，第167段)、厄瓜多尔(同上，第169段)、韩国(同上，第175段)、新西兰(同上，第179段)、尼日利亚(同上，第180段)、南非(同上，第185段)、瑞士(同上，第189段)、英国(同上，第190段)和美国(同上，第192-195段)。

⁷ 例如，参见以下国家的立法：阿根廷(同上，第197段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上，第199段)、智利(同上，第200段)、克罗地亚(同上，第201段)、多米尼加共和国(同上，第202段)、厄瓜多尔(同上，第203段)、萨尔瓦多(同上，第204段)、爱沙尼亚(同上，第205段)、埃塞俄比亚(同上，第206段)、匈牙利(同上，第207段)、意大利(同上，第208段)、墨西哥(同上，第209-210段)、尼加拉瓜(同上，第211段)、秘鲁(同上，第212段)、斯洛文尼亚(同上，第213段)、西班牙(同上，第214-216段)、瑞士(同上，第217段)、委内瑞拉(同上，第218-219段)和南斯拉夫(同上，第220段)；还可参见阿根廷的立法草案(同上，第198段)。

⁸ 例如，参见英国的实践(同上，第225段)和据报告的中国(同上，第222段)、哥伦比亚(同上，第223段)、菲律宾(同上，第224段)和美国(同上，第227段)的实践。

⁹ 例如，参见据报告的中国(同上，第222段)、哥伦比亚(同上，第223段)和菲律宾(同上，第224段)的实践。

⁰ Brussels Declaration, Article 43(同上，第156段)；Oxford Manual, Article 28(同上，第157段)；《海牙章程》第32条(同上，第155段)。

¹ 例如，参见以下国家的军事手册：阿根廷(同上，第160段)、比利时(同上，第163段)、加拿大(同上，第167段)、德国(同上，第172段)、意大利(同上，第173段)、荷兰(同上，第177-178段)、新西兰(同上，第179段)、尼日利亚(同上，第180段)、俄罗斯(同上，第183段)、西班牙(同上，第187段)、瑞士(同上，第188-189段)、英国(同上，第190-191段)、美国(同上，第192段)和南斯拉夫(同上，第196段)。

² 英国, Military Manual(同上，第190段)和 LOAC Manual(同上，第191段)。

不得向持白旗前来的一方开火。³ 而且,一些军事手册强调军事谈判代表有义务选择适宜时机展示休战白旗并避开危险地带。² 最后,一些军事手册规定军事谈判代表及其随行人员的不可侵犯性一直应持续到他们安全返回友邦。³

实践表明持休战白旗的军事谈判代表应向另一方前进。而军事谈判代表期望与之交流的一方则无需前行。在南大西洋战争期间曾发生了一起事件,围绕这一事件展开了关于投降特定情形的讨论,在讨论过程中,也提到了上述情形(见对规则 47 的评注)。

规则 68 指挥官可以采取必要措施,以避免军事谈判代表的到场于己方不利。

实践

第 2 卷,第 19 章,D 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》和《布鲁塞尔宣言》中得到承认,并被载入了《海牙章程》。⁶ 一些军事手册重申了该规则。² 其中一些手册可适用或已适用于非国际性武装冲突。⁸ 未发现违反该规则的正式实践。

拘留军事谈判代表

实践表明若军事谈判代表意外获取了一经公布即将给对方当前或即将进行的行

³ 例如,参见以下国家的军事手册:加拿大(同上,第 167 段)、德国(同上,第 172 段)、意大利(同上,第 173 段)、荷兰(同上,第 177 - 178 段)、新西兰(同上,第 179 段)、英国(同上,第 190 段)、美国(同上,第 192 段)和南斯拉夫(同上,第 196 段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:新西兰(同上,第 179 段)、尼日利亚(同上,第 180 段)、英国(同上,第 190 段)和美国(同上,第 192 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:加拿大(同上,第 167 段)、德国(同上,第 172 段)、意大利(同上,第 173 段)、肯尼亚(同上,第 174 段)、新西兰(同上,第 179 段)和英国(同上,第 190 - 191 段)。

⁶ Brussels Declaration, Article 44 (同上,第 236 段); Oxford Manual, Article 30 (同上,第 237 段);《海牙章程》第 33 条(同上,第 235 段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 239 段)、比利时(第 240 - 241 段)、加拿大(同上,第 242 段)、德国(同上,第 243 段)、意大利(同上,第 244 段)、新西兰(同上,第 245 段)、尼日利亚(同上,第 246 段)、西班牙(同上,第 247 段)、瑞士(同上,第 248 段)、英国(同上,第 249 段)、美国(同上,第 250 段)和南斯拉夫(同上,第 251 段)。

⁸ 例如,参见德国(同上,第 243 段)、意大利(同上,第 244 段)和南斯拉夫(同上,第 251 段)的军事手册。

动造成不利后果的信息,则可暂时对其予以拘留。允许暂时拘留规定在《布鲁塞尔宣言》和《牛津手册》中,并被载入了《海牙章程》。⁹ 该规则在许多军事手册中得到了重申。⁹ 其中一些手册可适用或已适用于非国际性武装冲突。³ 未发现违反此规则的正式实践。

规则 69 军事谈判代表如利用其特权地位实施违反国际法及对敌方不利的行为,将丧失其不可侵犯的地位。

实践

第 2 卷,第 19 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性和非国际性武装冲突

这是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》和《布鲁塞尔宣言》中得到承认,并被载入了《海牙章程》。³ 它在一些军事手册中得到重申。³ 其中一些手册可适用或已适用于非国际性武装冲突。³ 未发现违反此规则的正式实践。

实践中引用的利用军事谈判代表特权地位的例子包括:收集情报;实施阴谋破坏行为;诱导士兵配合收集情报;煽动士兵拒绝履行职责;鼓励士兵脱逃;以及在对方领

⁹ Brussels Declaration, Article 44 (同上,第 263 段);Oxford Manual, Article 31 (同上,第 264 段);《海牙章程》第 33 条(同上,第 262 段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 266 段)、比利时(同上,第 267 - 268 段)、加拿大(同上,第 269 段)、德国(同上,第 270 段)、意大利(同上,第 271 段)、新西兰(同上,第 272 段)、尼日利亚(同上,第 273 段)、西班牙(同上,第 274 段)、瑞士(同上,第 275 段)、英国(同上,第 276 段)、美国(同上,第 277 段)和南斯拉夫(同上,第 278 段)。

³ 例如,参见德国(同上,第 270 段)、意大利(同上,第 271 段)和南斯拉夫(同上,第 278 段)的军事手册。

³ Brussels Declaration, Article 45 (同上,第 290 段);Oxford Manual, Article 31 (同上,第 291 段);《海牙章程》第 34 条(同上,第 289 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 294 段)、比利时(第 295 段)、加拿大(同上,第 296 段)、德国(同上,第 297 段)、意大利(同上,第 298 段)、新西兰(同上,第 299 段)、西班牙(同上,第 300 - 301 段)、瑞士(同上,第 302 段)、英国(同上,第 303 段)、美国(同上,第 304 段)和南斯拉夫(同上,第 305 段)。

³ 例如,参见德国(同上,第 297 段)、意大利(同上,第 298 段)和南斯拉夫(同上,第 305 段)的军事手册。

域内组织间谍活动。⁵

丧失不可侵犯地位意味着军事谈判代表可被视为战俘并依国内法加以审判。第 32 章规定的基本保护,尤其是有关公正审判的保证(见规则 100)将适用于此类案件。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(第 295 段)、加拿大(同上,第 296 段)、德国(同上,第 297 段)、西班牙(同上,第 300 - 301 段)和南斯拉夫(同上,第 305 段),以及南斯拉夫的立法(同上,第 308 段)。

第四部分

武器

第 20 章

武器使用的一般原则

规则 70 禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段。

实践

第 2 卷, 第 20 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段规定在数目众多的条约中, 其中包括诸如《圣彼得堡宣言》和海牙宣言与规则等早期文书。《日内瓦禁止毒气议定书》中禁止使用化学和生物武器最初也是受到了该规则的推动。在最近的一些条约中, 特别是在《日内瓦公约第一附加议定书》、《常规武器公约》及其《议定书二》和《修正的第二号议定书》、禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》以及《国际刑事法院规约》中, 该规则再次得到了确认, 这表明其仍然有效。这一规则也包含在其他文书中。

《圣彼得堡宣言》(参见第 2 卷, 第 20 章, 第 1 段); Hague Declaration concerning Asphyxiating Gases (同上, 第 2 段); Hague Declaration concerning Expanding Bullets (同上, 第 3 段); 1899 年《海牙章程》第 23 (5) 条 (同上, 第 4 段); 1907 年《海牙章程》第 23 (5) 条 (同上, 第 5 段)。

例如, 参见以下国家的军事手册: 澳大利亚 (同上, 第 34 - 35 段)、法国 (同上, 第 55 - 56 段) 和德国 (同上, 第 59 段)。

《第一附加议定书》第 35 (2) 条 (以协商一致通过) (同上, 第 6 段); 《常规武器公约》序言 (同上, 第 8 段); 《常规武器公约议定书二》第 6 (2) 条 (同上, 第 13 段); 《常规武器公约修正的第二号议定书》第 3 (3) 条 (同上, 第 15 段); 《渥太华禁雷公约》序言 (同上, 第 16 段); 《国际刑事法院规约》第 8 (2) (b) (xx) 条 (同上, 第 17 段)。

See, e.g., Oxford Manual of Naval War, Article 16 (2) (同上, 第 21 段); 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 3 (甲) 条 (同上, 第 27 段); San Remo Manual, para. 42 (a) (同上, 第 28 段); 联合国秘书长公告, 第 6.4 节 (同上, 第 30 段); UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 6 (1) (b) (xx) (同上, 第 31 段)。

无数军事手册中均包括了这一规则。瑞典的《国际人道法手册》特别将禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦的作战方法和手段——如《日内瓦公约第一附加议定书》第35(2)条之规定——确立为习惯国际法规则。根据许多国家的立法,对该规则的违反构成犯罪。在国内的判例法中,该规则得到了援引。

大量的联合国大会决议以及美洲国家组织大会的若干决议,也回顾了这一规则。该规则还为数次国际会议所回顾。⁰

在国际法院的“核武器案”(Nuclear Weapons case)中,许多国家在它们提交的意

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第32-33段)、澳大利亚(同上,第34-35段)、比利时(同上,第36-38段)、贝宁(同上,第39段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第40段)、布基纳法索(同上,第41段)、喀麦隆(同上,第42-43段)、加拿大(同上,第44-45段)、哥伦比亚(同上,第46-47段)、刚果(同上,第48段)、克罗地亚(同上,第49-50段)、多米尼加共和国(同上,第51段)、厄瓜多尔(同上,第52段)、法国(同上,第53-56段)、德国(同上,第57-59段)、匈牙利(同上,第60段)、印度尼西亚(同上,第61段)、以色列(同上,第62-63段)、意大利(同上,第64-65段)、肯尼亚(同上,第66段)、韩国(同上,第67段)、马达加斯加(同上,第68段)、马里(同上,第69段)、摩洛哥(同上,第70段)、荷兰(同上,第71-72段)、新西兰(同上,第73段)、尼日利亚(同上,第74-76段)、罗马尼亚(同上,第77段)、俄罗斯(同上,第78段)、塞内加尔(同上,第79段)、南非(同上,第80段)、西班牙(同上,第81段)、瑞典(同上,第82段)、瑞士(同上,第83段)、多哥(同上,第84段)、英国(同上,第85-86段)、美国(同上,第87-93段)和南斯拉夫(同上,第94段)。

瑞典,《国际人道法手册》(同上,第82段)。

例如,参见以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第96段)、白俄罗斯(同上,第97段)、加拿大(同上,第99段)、哥伦比亚(同上,第102段)、刚果(同上,第103段)、格鲁吉亚(同上,第104段)、爱尔兰(同上,第105段)、意大利(同上,第106段)、马里(同上,第107段)、新西兰(同上,第109段)、尼加拉瓜(同上,第110段)、挪威(同上,第111段)、西班牙(同上,第112-113段)、英国(同上,第115段)、美国(同上,第116段)、委内瑞拉(同上,第117段)和南斯拉夫(同上,第118段);另参见以下国家的立法草案:阿根廷(同上,第95段)、布隆迪(同上,第98段)与特立尼达和多巴哥(同上,第114段)。

例如,参见日本, District Court of Tokyo, Shimoda case, Judgment(同上,第120段)。

联合国大会,第3076(XXVIII)号决议(同上,第214和217段)、第3102(XXVIII)号决议(同上,第215段)、第3255(XXIX)号决议(同上,第217-218段)、第3164号决议(同上,第217和219段)、第32152号决议(同上,第217和220段)、第3370号决议(同上,第217段)、第3482号决议(同上,第217和222段)、第35153号决议(同上,第217和223段)、第3693和第3779号决议(同上,第217和224段)、第3866、3956、4084、4150、4564、4640、4756、4879、4979、5074、5149、5242、5381和5458号决议(同上,第224段);OAS, General Assembly, Res. 1270(XXIV-0/94)(同上,第229段)and Res. 1565(XXVIII-0/98)(同上,第230段)。

⁰ See, e. g., 22nd International Conference of the Red Cross, Res. XIV(同上,第231段); 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第234段); Second Review Conference of States Parties to the CCW, Final Declaration(同上,第236段); African Parliamentary Conference on International Humanitarian Law for the Protection of Civilians during Armed Conflict, Final Declaration(同上,第237段)。

见中提到了这一规则。¹ 国际法院在其咨询意见中认定,禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段系国际人道法的“主要原则”之一。²

非国际性武装冲突

禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段曾经以协商一致的方式被包括在《日内瓦公约第二附加议定书》的草案中,但在最后一刻,为了通过一个简化的文本,该规则作为一揽子解决方案的一部分,未经讨论便被放弃了。³ 但是,没有迹象表明,在当时的情境下,对于此类规则存在任何反对意见。

当通过禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》和《常规武器公约》(该公约根据2001年对第1条的修正可适用于非国际性武装冲突)时,各缔约国声明,其基础性认识之一就是禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段。⁴ 同样也适用于非国际性武装冲突的《常规武器公约修正的第二号议定书》禁止“在任何情况下使用设计成或性质为造成过度杀伤或不必要痛苦的任何地雷、诱杀装置或其他装置”。⁵

可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册也包括了这一规则。⁶ 该规则还包括在若干国家的立法中。⁷ 在国内判例法中,该规则得到了援引。⁸

在前南斯拉夫冲突中,在一些涉及当时被认定为非国际性武装冲突的协定中,包

¹ 参见,例如在 Nuclear Weapons case 中,以下国家的口头陈述和书面声明:澳大利亚(同上,第123段)、厄瓜多尔(同上,第133段)、埃及(同上,第135段)、法国(暗含地)(同上,第136段)、印度(同上,第144段)、印度尼西亚(同上,第147段)、伊朗(同上,第147段)、意大利(同上,第149段)、日本(同上,第151段)、莱索托(同上,第153段)、马绍尔群岛(同上,第155段)、墨西哥(同上,第159段)、荷兰(同上,第162段)、新西兰(同上,第165段)、俄罗斯(同上,第171-172段)、萨摩亚(同上,第175段)、所罗门群岛(同上,第178段)、瑞典(同上,第182段)、英国(同上,第191-192段)和美国(同上,第202-203段);另参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中所做的书面声明:瑙鲁(同上,第161段)、卢旺达(同上,第173段)、萨摩亚(同上,第174段)、所罗门群岛(同上,第177段)和斯里兰卡(同上,第179段)。

² ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第238段)。

³ Draft Additional Protocol II, Article 20(2)(同上,第7段)。

⁴ 《渥太华公约》序言(同上,第16段);《常规武器公约》序言(同上,第8段)。

⁵ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(3)条(同上,第15段)。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第34段)、贝宁(同上,第39段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第40段)、加拿大(同上,第45段)、哥伦比亚(同上,第46-47段)、克罗地亚(同上,第49-50段)、厄瓜多尔(同上,第52段)、德国(同上,第57-59段)、意大利(同上,第64-65段)、肯尼亚(同上,第66段)、韩国(同上,第67段)、马达加斯加(同上,第68段)、尼日利亚(同上,第74和76段)、南非(同上,第80段)、多哥(同上,第84段)和南斯拉夫(同上,第94段)。

⁷ 例如,参见以下国家的立法:阿塞拜疆(同上,第96段)、白俄罗斯(同上,第97段)、哥伦比亚(同上,第102段)、尼加拉瓜(同上,第110段)、西班牙(同上,第113段)、委内瑞拉(同上,第117段)和南斯拉夫(同上,第118段);另见意大利的立法(同上,第106段)(并不排除此立法适用于非国际性武装冲突)和阿根廷的立法草案(同上,第95段)。

⁸ 例如,参见阿根廷, National Court of Appeals, Military Junta case, Judgment(同上,第119段)。

含了禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段的规定。⁹ 另外南斯拉夫在1991年谴责了斯洛文尼亚,声称斯洛文尼亚使用了“软弹尖的子弹”,而这种子弹造成了“不相称和不必要的痛苦”。⁰

一般而言,各国在国际性和非国际性武装冲突中并不会使用不同的军事武器装备,因此,实践表明该规则在国际性和非国际性武装冲突中均可适用。²

无论是在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。没有任何国家表示会在任何类型的武装冲突中使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段。实践表明冲突各方都避免在非国际性武装冲突中使用国际性武装冲突中所禁止的武器。在1996年的“塔迪奇案”中,前南斯拉夫国际刑事法庭称:

实际上,对人道的基本考虑和常识就使以下情形显得十分荒谬,即当国家努力扑灭在它们自己的领土上由本国国民发动的叛乱时,允许使用在国家之间的冲突中所禁止使用的武器。在国际战争中不人道的、因而也是禁止的手段,在国内冲突中也只能是不人道的和不可接受的。²

属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法的界定

禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法指的是某种武器对战斗员的作用。尽管对于该规则的存在有普遍共识,但是对于究竟如何判定某一武器引起过分伤害或不必要痛苦,则存在不同的认识。国家普遍认为,不为任何军事目的即造成痛苦违反这一规则。许多国家指出,这一规则要求在军事必要性与预计对一个人造成的伤害和痛苦之间达成一种平衡;它们还指出,过分的伤害和痛苦,即与所追求的军事利益不成比例的伤害和痛苦,违反了这一规则。³ 有些国家还提出,在考虑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应作为一

⁹ Memorandum of Understanding on the Application of International Humanitarian Law between Croatia and the SFRY, para. 6(同上,第25段); Agreement on the Application of International Humanitarian Law between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina, para. 2.5(同上,第26段)。

⁰ 南斯拉夫, Ministry of Defence, Examples of violations of the rules of international law committed by the so-called armed forces of Slovenia(同上,第209段)。

² 在对规则75和77的评注中讨论了在武装冲突以外的局势中,警察部队使用控暴剂和易于膨胀的子弹的问题。

² ICTY, The Prosecutor v. Duško Tadić, aka “Dule”, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-AR72, § 119.

³ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第20章,第35段)、加拿大(同上,第44-45段)、厄瓜多尔(同上,第52段)、法国(同上,第54-56段)、德国(同上,第58段)、新西兰(同上,第73段)、南非(同上,第80段)、美国(同上,第88-89和93段)和南斯拉夫(同上,第94段);白俄罗斯的立法(同上,第97段);以下国家的声明:印度(同上,第144段)、荷兰(同上,第162段)、英国(同上,第191-192段)和美国(同上,第194、202和206段)。

个考虑因素。²

在“核武器案”的咨询意见中,国际法院将“不必要痛苦”界定为“超出为达到合理的军事目的而必不可免之限度的伤害”。³

在确定某一武器是否会引起过分伤害或不必要痛苦时,一个相关的因素是是否会不可避免地造成严重的永久性伤残。例如,《美国空军手册》列明,禁止毒物的原因之一就是“永久性伤残的……不可避免性”。⁴《常规武器公约第四号议定书》规定的禁止以激光攻击士兵眼睛的规则(见规则 86),也得到这样一种考虑的启发,即以这种方式蓄意引起永久性失明等于是造成过分的伤害和不必要的痛苦。²在通过关于禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》时,在某种程度上,各国的立论基础就是禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法。⁵使用燃烧武器经常导致严重的伤残,这促使许多国家提议禁止对人员使用燃烧武器(见对规则 85 的评注)。

一个与此相关的问题是,使用将不可避免导致死亡的武器。《圣彼得堡宣言》的序言声称,使用这样的武器“将违反人类的法律”,而正是出于这样的考虑,该宣言禁止使用爆炸性弹丸。⁶例如,《美国空军手册》声明,“存在已久的对毒物的习惯性禁止”在某种程度上是基于“不可避免将导致死亡”;而国际法之反对“达姆弹”是因为“伤害的类型和死亡的必然”。⁷若干军事手册和正式声明都规定,禁止使用必然致死的武器。³

属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战手段的界定

禁止属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战手段首次规定在《日内瓦公约第一附加议定书》中。³当通过《常规武器公约》和禁止杀伤人员地雷的《渥太华公约》时,国家的立论基础是,禁止“在武装冲突中使用会造成过分杀伤或不必要痛苦的武器、子弹及作战物资和方法的原则”(着重号为作者所加)。³《国际刑事法院规约》也将使用“具有造成过分伤害或不必要痛苦的性质的……作战方法”(着重号为作

² 参见美国的军事手册(同上,第 88 段)和英国的声明(同上,第 191 段)。

³ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第 238 段)。

⁴ 美国, Air Force Pamphlet(同上,第 88 段)。

² 例如,参见瑞典, Declaration made upon acceptance of Protocol IV to the CCW(同上,第 14 段)以及法国的军事手册(同上,第 55 - 56 段)。

⁸ 《渥太华公约》序言(同上,第 16 段)。

⁹ 《圣彼得堡宣言》(同上,第 1 段)。

⁶ 美国, Air Force Pamphlet(同上,第 88 段);另参见厄瓜多尔, Naval Manual(同上,第 52 段)以及美国, Air Force Commanders Handbook(同上,第 89 段)和 Naval Handbook(同上,第 93 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第 36 段)、厄瓜多尔(同上,第 52 段)和美国(同上,第 93 段);以下国家的声明:埃及(同上,第 135 段)、印度(同上,第 144 段)、俄罗斯(同上,第 171 - 172 段)和所罗门群岛(同上,第 178 段);另参见澳大利亚(同上,第 121 段)和新西兰的声明(同上,第 164 段)。

³ 《第一附加议定书》第 35(2)条(经协商一致通过)(同上,第 6 段)。

³ 《常规武器公约》序言(同上,第 8 段);《渥太华公约》序言(同上,第 16 段)。

者所加) 规定为战争罪。³

许多国家将禁止引起过分伤害或不必要痛苦的作战手段包括在其军事手册或立法中。⁵ 正式声明和其他实践中也提到了这一点。⁶ 采取这一实践做法的包括一些没有加入或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。³ 然而, 赞成这一规则的国家并没有举例说明, 根据此规则应禁止使用哪些作战方法。

解释

尽管对禁止属于引起过分伤害或不必要痛苦性质的作战方法和手段这一规则的存在没有争议, 但是, 对于是不是该规则本身就使得某一种武器为非法, 或只有在某项具体条约或习惯规则禁止这种武器的使用时, 该武器才非法, 则有不同的观点。

尽管大部分军事手册都禁止此类可能造成不必要痛苦的武器,⁸ 但某些手册也指出, 究竟哪些武器应受到禁止须由各国的下述实践来加以决定: 它们承认某些武器

³ 《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xx) 条(同上, 第 17 段)。

⁵ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 33 段)、澳大利亚(同上, 第 34 - 35 段)、比利时(同上, 第 36 段)、贝宁(同上, 第 39 段)、哥伦比亚(同上, 第 46 段)、克罗地亚(同上, 第 49 段)、多米尼加共和国(同上, 第 51 段)、厄瓜多尔(同上, 第 52 段)、德国(同上, 第 57 - 59 段)、匈牙利(同上, 第 60 段)、意大利(同上, 第 64 段)、肯尼亚(同上, 第 66 段)、荷兰(同上, 第 71 段)、西班牙(同上, 第 81 段)、瑞典(同上, 第 82 段)、多哥(同上, 第 84 段) 和美国(同上, 第 88 和 93 段), 以及以下国家的立法: 阿塞拜疆(同上, 第 96 段)、白俄罗斯(同上, 第 97 段)、加拿大(同上, 第 99 段)、哥伦比亚(同上, 第 102 段)、刚果(同上, 第 103 段)、格鲁吉亚(同上, 第 104 段)、爱尔兰(同上, 第 105 段)、马里(同上, 第 107 段)、新西兰(同上, 第 109 段)、尼加拉瓜(同上, 第 110 段)、挪威(同上, 第 111 段)、西班牙(同上, 第 112 - 113 段)、英国(同上, 第 115 段) 和南斯拉夫(同上, 第 118 段); 另参见以下国家的立法: 阿根廷(同上, 第 95 段)、布隆迪(同上, 第 98 段) 与特立尼达和多巴哥(同上, 第 114 段)。

⁶ 例如, 参见以下国家的声明: 澳大利亚(同上, 第 123 段)、埃及(同上, 第 135 段)、法国(同上, 第 139 段)、联邦德国(同上, 第 140 段)、伊朗(同上, 第 147 段)、墨西哥(同上, 第 159 段)、荷兰(同上, 第 162 段)、新西兰(同上, 第 165 段)、斯里兰卡(同上, 第 179 段)、英国(同上, 第 192 段)、美国(同上, 第 196 和 198 段)、南斯拉夫(同上, 第 208 段) 和津巴布韦(同上, 第 210 段), 以及法国的实践(同上, 第 138 段)。

³ 例如, 参见美国的军事手册(同上, 第 88 和 93 段), 阿塞拜疆的立法(同上, 第 96 段), 伊朗(同上, 第 147 段)、斯里兰卡(同上, 第 179 段)、英国(同上, 第 192 段) 和美国(同上, 第 196 段) 的声明, 以及法国的实践(同上, 第 138 段)。

⁸ 例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 33 段)、澳大利亚(同上, 第 34 - 35 段)、比利时(同上, 第 36 - 38 段)、贝宁(同上, 第 39 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上, 第 40 段)、布基纳法索(同上, 第 41 段)、喀麦隆(同上, 第 42 - 43 段)、加拿大(同上, 第 44 - 45 段)、哥伦比亚(同上, 第 46 - 47 段)、刚果(同上, 第 48 段)、克罗地亚(同上, 第 49 - 50 段)、多米尼加共和国(同上, 第 51 段)、厄瓜多尔(同上, 第 52 段)、法国(同上, 第 53 - 56 段)、德国(同上, 第 57 - 59 段)、匈牙利(同上, 第 60 段)、印度尼西亚(同上, 第 61 段)、以色列(同上, 第 62 - 63 段)、意大利(同上, 第 64 - 65 段)、肯尼亚(同上, 第 66 段)、韩国(同上, 第 67 段)、马达加斯加(同上, 第 68 段)、马里(同上, 第 69 段)、摩洛哥(同上, 第 70 段)、荷兰(同上, 第 71 - 72 段)、新西兰(同上, 第 73 段)、尼日利亚(同上, 第 74 - 76 段)、罗马尼亚(同上, 第 77 段)、俄罗斯(同上, 第 78 段)、塞内加尔(同上, 第 79 段)、南非(同上, 第 80 段)、西班牙(同上, 第 81 段)、瑞典(同上, 第 82 段)、瑞士(同上, 第 83 段)、多哥(同上, 第 84 段)、英国(同上, 第 85 - 86 段)、美国(同上, 第 89 - 90 和 92 - 93 段) 和南斯拉夫(同上, 第 94 段)。

会导致不必要的痛苦,并因此避免使用它们。⁹

在“核武器案”中,法国与俄罗斯在向国际法院提交的意见中认为,只有在国家选择通过条约禁止某种武器时,此种武器才能被禁止。⁹ 但是,其他大多数国家并没有表达这样的要求,而是根据这一规则本身来评估核武器效能的合法性。⁴

国际法院在其对“核武器案”做出的咨询意见中,根据这一规则本身而非依靠条约规则分析了核武器效能的合法性,发表个人意见的法官也是这样处理的。²

例证

在实践中,下列武器(如果在某些或任何情况下使用)曾被认为是可造成不必要痛苦的武器:尖头带刺的标枪或长矛、³ 边刃带锯齿的刺刀、⁴ 易于膨胀的子弹、⁵ 爆炸性子弹、⁶ 毒物和有毒武器包括涂有使伤口发炎物质的弹丸、⁷ 生物和化学武器、⁸

⁹ 例如,参见阿根廷(同上,第 32 段)和美国(同上,第 87 - 88 和 91 段)的军事手册。

⁹ 参见法国(同上,第 136 段)和俄罗斯(同上,第 171 - 172 段)在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明。

⁴ 例如,参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:厄瓜多尔(同上,第 133 段)、伊朗(同上,第 147 段)、日本(同上,第 151 段)、莱索托(同上,第 153 段)、马绍尔群岛(同上,第 155 段)、墨西哥(同上,第 159 段)、瑙鲁(同上,第 161 段)、荷兰(同上,第 162 段)、新西兰(同上,第 165 段)、萨摩亚(同上,第 175 段)、瑞典(同上,第 182 段)、英国(同上,第 191 - 192 段)和美国(同上,第 202 段);另见萨摩亚(同上,第 174 段)和斯里兰卡(同上,第 179 段)在“核武器(世界卫生组织)案”中提交的书面声明。

² ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第 238 段),包括若干法官的个人意见(同上,第 239 - 245 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:新西兰(同上,第 73 段)、南非(同上,第 80 段)、英国(同上,第 85 段)和美国(同上,第 87 段);另见联合国秘书处, Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 227 段)。

⁴ 例如,参见荷兰的军事手册(同上,第 71 - 72 段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(“弹尖中空的武器”)(同上,第 34 段)、厄瓜多尔(同上,第 52 段)、法国(同上,第 55 - 56 段)、德国(同上,第 57 - 59 段)、荷兰(同上,第 71 - 72 段)、俄罗斯(同上,第 78 段)、南非(同上,第 80 段)、美国(同上,第 91 段)和南斯拉夫(同上,第 94 段);另见新西兰(同上,第 73 段)、英国(同上,第 85 段)和美国(同上,第 87 段)的军事手册,这些手册禁止“形状不规则的子弹”;另见联合国秘书处, Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 227 段)。

⁶ 例如,参见德国(同上,第 58 段)和俄罗斯(同上,第 78 段)的军事手册;另见联合国秘书处, Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 227 段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:厄瓜多尔(同上,第 52 段)、荷兰(同上,第 72 段)、新西兰(同上,第 73 段)、南非(同上,第 80 段)、英国(同上,第 85 段)和美国(同上,第 87、89、91 和 93 段);另见联合国秘书处, Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 227 段)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 34 - 35 段)、法国(同上,第 55 - 56 段)和德国(同上,第 59 段)。

主要以碎片杀伤而碎片无法用 X 射线检测的武器(包括填充了玻璃碎片的弹丸)、⁹ 某些饵雷、⁶ 杀伤人员地雷、⁵ 没有自毁装置的鱼雷、³ 燃烧武器、⁵ 激光致盲武器⁵ 与核武器。⁵ 并没有充分一致的意见可以推论出,根据习惯国际法,所有这些例证都违反了禁止不必要痛苦的规则。然而,对于其中的某些武器的确被禁止则有共识,对此将在下面的章节中予以讨论。

规则 71 禁止使用不分皂白性质的武器。

实践

第2卷,第20章,B节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。不分皂白的武器是那些不能针对军事目标或其效果不能按照国际人道法的要求加以限制的武器。对此类武器的禁止也得到禁止不分皂白的攻击这一规则的支持(见规则 11 - 12)。

国际性武装冲突

《第一附加议定书》禁止使用“属于无区别地打击军事目标和平民或民用物体的性质”⁶ 的武器。《国际刑事法院规约》再次确认了这一禁止性规定。⁵ 这一规则也

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第34段)、厄瓜多尔(同上,第52段)、法国(同上,第55 - 56段)、德国(同上,第59段)、荷兰(同上,第71 - 72段)、新西兰(同上,第73段)、南非(同上,第80段)、英国(同上,第85段)和美国(同上,第87、89、91和93段);另见联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第227段)。

⁶ 例如,参见德国(同上,第59段)与荷兰(同上,第72段)的军事手册。

⁵ 例如,参见法国的军事手册(同上,第55 - 56段)。

³ 例如,参见法国的军事手册(同上,第55 - 56段)。

⁵ 例如,参见以下国家的声明:哥伦比亚(同上,第130 - 131段)、毛里塔尼亚(同上,第156段)、墨西哥(同上,第157 - 158段)和挪威(同上,第166段);以及津巴布韦的据报告的实践(同上,第211段);另见联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第227段)。

⁴ 例如,参见瑞典,Declaration made upon acceptance of Protocol IV to the CCW(同上,第14段)和法国的军事手册(同上,第55 - 56段)。

⁵ 例如,参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:厄瓜多尔(同上,第133段)、埃及(同上,第135段)、印度(同上,第144段)、伊朗(同上,第147段)、日本(同上,第151段)、莱索托(同上,第153段)、马绍尔群岛(同上,第155段)、瑞典(同上,第182段)和津巴布韦(同上,第210段),以及萨摩亚(同上,第174段)和所罗门群岛(同上,第177段)在 Nuclear Weapons (WHO) case 中的书面声明。

⁶ 《第一附加议定书》第51(4)条(参见第2卷,第3章,第206和251段)。

⁵ 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xx)条(参见第2卷,第20章,第265段)。

包含在其他文书中。⁸

许多军事手册中都规定了该规则。⁹ 根据某些国家的立法,违反这一规则构成犯罪。⁶ 该规则也得到了正式声明和据报告的实践的支持。⁶ 采取这一实践做法的包括一些没有加入,或在当时没有加入《第一附加议定书》的国家。⁸

大量联合国大会决议以及美洲国家组织大会的若干决议中也都回顾了禁止使用

⁸ See, e.g., San Remo Manual, para. 42 (b) (同上,第 268 段); UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 6 (1) (b) (xx) (同上,第 269 段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 270 - 271 段)、比利时(同上,第 272 段)、加拿大(同上,第 273 段)、哥伦比亚(同上,第 274 段)、厄瓜多尔(同上,第 275 段)、法国(同上,第 276 - 277 段)、德国(同上,第 278 - 279 段)、以色列(同上,第 280 段)、韩国(同上,第 281 段)、新西兰(同上,第 282 段)、尼日利亚(同上,第 283 段)、俄罗斯(同上,第 284 段)、瑞典(同上,第 285 段)、瑞士(同上,第 286 段)、美国(同上,第 287 - 289 段)和南斯拉夫(同上,第 290 段)。

⁶ 例如参见以下国家的立法:加拿大(同上,第 292 段)、刚果(同上,第 293 段)、格鲁吉亚(同上,第 294 段)、马里(同上,第 295 段)、新西兰(同上,第 296 段)和英国(同上,第 298 段);另见布隆迪(同上,第 291 段)与特立尼达和多巴哥(同上,第 297 段)的立法草案。

⁶ 例如,参见以下国家的声明:澳大利亚(同上,第 300 - 301 段)、加拿大(同上,第 302 - 304 段)、中国(同上,第 305 段)、塞浦路斯(同上,第 306 段)、厄瓜多尔(同上,第 307 - 308 段)、埃及(同上,第 309 - 311 段)、法国(同上,第 312 - 313 段)、联邦德国(同上,第 314 段)、梵蒂冈教廷(同上,第 315 段)、伊朗(同上,第 317 - 318 段)、以色列(同上,第 320 段)、意大利(同上,第 322 段)、日本(同上,第 323 段)、莱索托(同上,第 327 段)、马来西亚(同上,第 328 段)、马绍尔群岛(同上,第 329 - 330 段)、墨西哥(同上,第 331 段)、瑙鲁(同上,第 332 段)、荷兰(同上,第 333 - 335 段)、新西兰(同上,第 336 段)、尼日利亚(同上,第 337 段)、秘鲁(同上,第 339 段)、波兰(同上,第 340 段)、罗马尼亚(同上,第 341 段)、俄罗斯(同上,第 342 - 344 段)、卢旺达(同上,第 345 段)、所罗门群岛(同上,第 347 - 348 段)、斯里兰卡(同上,第 349 段)、瑞典(同上,第 350 段)、瑞士(同上,第 351 段)、南非(同上,第 352 段)、土耳其(同上,第 353 段)、苏联(同上,第 354 段)、英国(同上,第 355 - 358 段)、美国(同上,第 359 - 365 段)、越南(同上,第 367 段)和津巴布韦(同上,第 368 段);以及以下国家据报告的实践:印度(同上,第 316 段)、伊朗(同上,第 319 段)、以色列(同上,第 321 段)、约旦(同上,第 324 段)、韩国(同上,第 325 段)、科威特(同上,第 326 段)、巴基斯坦(同上,第 338 段)、卢旺达(同上,第 346 段)和美国(同上,第 366 段)。

⁸ 例如,参见法国(同上,第 276 段)和以色列(同上,第 280 段)的军事手册,以及以下国家的声明:塞浦路斯(同上,第 306 段)、埃及(同上,第 309 段)、梵蒂冈教廷(同上,第 315 段)、以色列(同上,第 320 段)、波兰(同上,第 340 段)、罗马尼亚(同上,第 341 段)、土耳其(同上,第 353 段)、苏联(同上,第 354 段)、英国(同上,第 355 - 357 段)、美国(同上,第 359 - 364 段)和越南(同上,第 367 段),美国的实践(同上,第 366 段)和以下国家据报告的实践:印度(同上,第 316 段)、伊朗(同上,第 319 段)、以色列(同上,第 321 段)和巴基斯坦(同上,第 338 段)。

不分皂白性质的武器这一规则。⁶ 该规则也为数次国际会议所回顾。⁶

在国际法院的“核武器案”中,当时没有加入《第一附加议定书》的国家在他们提交的意见中提到了禁止使用不分皂白的武器。⁶ 在其咨询意见中,国际法院确认了禁止使用不分皂白的武器系国际人道法的“主要原则”之一。⁶

非国际性武装冲突

根据平民不能作为攻击目标的习惯规则(规则1),在非国际性武装冲突中也禁止使用不分皂白性质的武器。这一理解导致了适用于非国际性武装冲突的《常规武器公约修正的第二号议定书》中对某些类型的地雷和饵雷的禁止。⁶ 类似的还有禁止在任何武装冲突中使用杀伤人员地雷的《渥太华公约》,该《公约》部分基于必须在战斗员和平民之间作出区分的原则。⁶

可适用于或已适用于非国际性武装冲突的若干军事手册中也规定禁止使用不分皂白性质的武器。⁶ 该规则也得到了许多正式声明和据报告的实践的支持。⁶ 一般

⁶ 参见联合国大会,第1653(XV I)号决议(同上,第369段)、第3032(XXV II)号决议(同上,第370段)、第3076(XXV III)号决议(同上,第371-373段)、第3255 A(XXIX)号决议(同上,第371-372段)、第31/64号决议(同上,第371和374段)、第32/15和33/70号决议(同上,第371段)、第34/82号决议(同上,第371和375段)、第35/153和第36/93号决议(同上,第371和376-377段)、第37/79号决议(同上,第371和376-377段)和第38/66、39/56、40/84、41/50、42/30、43/67、45/64、46/40、47/56、48/79、49/79、50/74、51/49、52/42、53/81和54/58号决议(同上,第376-377段);OAS, General Assembly, Res.1270(XXIV - 0/94) and 1335(XXV - 0/95)(同上,第381段), and Res.1565(XXV III - 0/98)(同上,第382段)。

⁶ See, e. g., 22nd International Conference of the Red Cross, Res. XIV(同上,第383段); 24th International Conference of the Red Cross Res. XIII(同上,第234段); 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第386段); Second Review Conference of States Parties to the CCW, Final Declaration(同上,第387段); African Parliamentary Conference on International Humanitarian Law for the Protection of Civilians during Armed Conflict, Final Declaration(同上,第388段)。

⁶ 例如参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:伊朗(同上,第317-318段)、日本(同上,第323段)、马绍尔群岛(同上,第329-330段)、瑙鲁(同上,第332段)、英国(同上,第358段)和美国(同上,第364段);另参见马来西亚(同上,第328段)和斯里兰卡(同上,第349段)在 Nuclear Weapons (WHO) case 中的书面声明。

⁶ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第389段)。

⁶ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第1(2)条。

⁶ 《渥太华公约》序言(参见第2卷,第20章,第264段)。

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第270段)、哥伦比亚(同上,第274段)、厄瓜多尔(同上,第275段)、德国(同上,第278-279段)、韩国(同上,第281段)、尼日利亚(同上,第283段)和南斯拉夫(同上,第290段)。

⁶ 例如,参见以下国家的声明:厄瓜多尔(同上,第307段)、埃及(同上,第309-310段)、梵蒂冈教廷(同上,第315段)、以色列(同上,第320段)、莱索托(同上,第327段)、马绍尔群岛(同上,第329段)、荷兰(同上,第333-335段)、罗马尼亚(同上,第341段)、俄罗斯(同上,第342-343段)、卢旺达(同上,第345段)、南非(同上,第352段)、英国(同上,第358段)和美国(同上,第365段),以及以下国家据报告的实践:印度(同上,第316段)、伊朗(同上,第317段)、科威特(同上,第326段)和美国(同上,第366段)。

而言,各国在国际性和非国际性武装冲突中并不会使用不同的军事武器装备,因此,实践表明该规则在国际性和非国际性武装冲突中均可适用。

在国际法院的“核武器案”中,许多国家在其提交的意见中认为,禁止使用不分皂白性质的武器基于这样一个原则,即必须在平民与战斗员之间、军事目标和民用物体之间做出区分。¹ 尽管国际法院表示它不会考虑非国际性武装冲突的问题,但是法院仍称:“国家不能将平民作为攻击目标,因此也不能使用无法区分民用和军事目标的武器”。²

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。没有国家声称它会在任何类型的武装冲突中使用不分皂白性质的武器。

不分皂白性质的武器之界定

若干军事手册和正式声明提到了“具有不分皂白效果”、“不分皂白地打击军事目标和平民”或“无法区分军事目标和平民”的武器,但没有进一步的详细说明。³ 除了这些一般性的声明以外,最经常被提到的两项标准是:所涉武器是否能够瞄准军事目标,以及能否对该武器的效果加以国际人道法所要求的限制。这两项标准都规定在《第一附加议定书》中:第51(4)(b)条禁止不能以特定军事目标为对象的武器;第51(4)(c)条禁止其效果不能按照本议定书的要求加以限制的武器。⁴ 这些标准是习惯国际法中有关不分皂白的攻击之定义中的一部分(见规则12)。

在若干军事手册、正式声明和据报告的实践中,都提到了某种武器能否以特定军事目标为对象的标准。⁵ 在“核武器案”中,希金斯(Higgins)法官发表了不同意见,称某种武器如果无法瞄准军事目标,其性质即为不分皂白的。⁶ 在1996年的马尔蒂奇

¹ 例如,参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:厄瓜多尔(同上,第308段)、埃及(同上,第310段)、伊朗(同上,第317-318段)、日本(同上,第323段)、瑙鲁(同上,第332段)、新西兰(同上,第336段)、所罗门群岛(同上,第348段)、英国(同上,第358段)和美国(同上,第364段);另参见以下国家在 Nuclear Weapons (WHO) case 中的书面声明:马来西亚(同上,第328段)、墨西哥(同上,第331段)、所罗门群岛(同上,第347段)和斯里兰卡(同上,第349段)。

² ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第389段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:哥伦比亚(同上,第274段)、法国(同上,第276-277段)、德国(同上,第278-279段)、瑞典(同上,第285段)和瑞士(同上,第286段);以及以下国家的声明:中国(同上,第305段)、伊朗(同上,第317段)、马绍尔群岛(同上,第330段)、墨西哥(同上,第331段)、瑙鲁(同上,第332段)、新西兰(同上,第336段)、罗马尼亚(同上,第341段)和所罗门群岛(同上,第347段)。

⁴ 《第一附加议定书》第51(4)(b)条(参见,第2卷,第3章,第206段)和第51(4)(c)条(同上,第251段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(参见,第2卷,第20章,第270段)、加拿大(同上,第273段)、厄瓜多尔(同上,第275段)、以色列(同上,第280段)、新西兰(同上,第282段)和美国(同上,第287-289段);以色列(同上,第320段)和英国(同上,第357段)的声明和以色列据报告的实践(同上,第321段)。

⁶ ICJ, Nuclear Weapons case, Higgins 法官的不同意见(同上,第392段)。

案(Martic case)中,前南斯拉夫国际刑事法庭也提到了这一标准。⁷

在若干军事手册和正式声明中,也提到了能否对某种武器的效果加以国际人道法所要求的限制标准。⁸ 在“核武器案”中,某些国家在向国际法院提交的意见中辩称,如果某种武器的效果是无法控制的,或毁伤力巨大并且有望造成与所期望之军事利益相比极为过分的附带平民损失,则这样的武器是不分皂白的。⁹

在“核武器案”中,国际法院的某些法官发表了个人意见,认为核武器具有不分皂白的性质。看来他们分析的基础是无法限制某一武器效果的标准,因为他们提到了核武器在时间和空间上引起的大规模毁伤效果,以支持自己的主张。¹⁰ 但是,这些法官没有试图给出一个具体的定义。

在1969年通过的一项决议的序言中,联合国大会称生物和化学武器“本质上应受谴责,因其后果往往无法控制,亦无法预测”。¹¹ 在美洲国家组织于1998年通过的一项决议中,也回顾了禁止具有“不分皂白后果”之武器的规定。¹²

解释

尽管对禁止不分皂白的武器这一规则的存在没有争议,但争议在于,究竟是该规则本身即使得某种武器为非法,还是只有在某项具体条约或习惯规则禁止使用这种武器时该武器才非法。在“核武器案”中,向国际法院提交意见的大部分国家都使用了禁止不分皂白的武器这一规则本身来表明它们对核武器是否具有合法性的立场。¹³ 然而,法国声称,它认为必须通过一项具体的规则才能认定某种特定武器具有

⁷ 前南国际刑庭, Martić case, Review of the Indictment(同上,第397段)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第270段)、加拿大(同上,第273段)、哥伦比亚(同上,第274段)、厄瓜多尔(同上,第275段)、以色列(同上,第280段)、新西兰(同上,第282段)、瑞士(同上,第286段)、美国(同上,第287-289段)和南斯拉夫(同上,第290段),以及中国(同上,第305段)、罗马尼亚(同上,第341段)和瑞典(同上,第350段)的声明。

⁹ 例如,参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:厄瓜多尔(同上,第308段)、埃及(同上,第310-311段)、伊朗(同上,第317段)、日本(同上,第323段)、马绍尔群岛(同上,第330段)和津巴布韦(同上,第368段);另参见马来西亚(同上,第328段)和所罗门群岛(同上,第347段)在 Nuclear Weapons (WHO) case 中的书面声明。

¹⁰ 例如,参见国际法院, Nuclear Weapons case, Fleischhauer 法官的个人意见(同上,第394段), Herczegh 法官的声明(同上,第395段)以及 Bedjaoui 院长的声明(同上,第396段);另参见 Ferrari-Bravo 法官、Koroma 法官、Ranjiva 法官、Shahabuddeen 法官和 Weeramantry 法官的个人意见。

¹¹ 联合国大会,第2603 A (XXIV)号决议。尽管有3个国家对此决议投了反对票,36个国家投了弃权票,但是意见分歧主要是有关除草剂而非一般原则。

¹² OAS General Assembly, Res.1565 (XXVIII-0/98)(参见第2卷,第20章,第382段)。

¹³ 例如,参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:厄瓜多尔(同上,第308段)、埃及(同上,第310-311段)、伊朗(同上,第317-318段)、马绍尔群岛(同上,第329-330段)、瑙鲁(同上,第332段)、荷兰(同上,第335段)、新西兰(同上,第336段)、所罗门群岛(同上,第348段)、英国(同上,第358段)、美国(同上,第364段)和津巴布韦(同上,第368段);另参见以下国家在 Nuclear Weapons (WHO) case 中的书面声明:墨西哥(同上,第331段)、卢旺达(同上,第345段)、所罗门群岛(同上,第347段)和斯里兰卡(同上,第349段)。

不分皂白的性质并因而是非法的。⁸ 国际法院的某些法官在其个人意见中对核武器后果的合法性进行了评估,其依据是这一规则本身而并非条约法。⁸ 导致数项联合国大会决议和《常规武器公约》通过的讨论十分含混,其中一些声明给人的印象是某些武器已经因为这一规则而被禁止了,但另外一些声明则认为需要具体规则方能加以禁止。⁶

例证

在实践中,以下武器——如果在某些或任何情况下使用——被引述为不分皂白的武器:化学武器、⁸ 生物武器、⁸ 核武器、⁹ 杀伤人员地雷、⁹ 地雷、⁹ 毒物、⁹ 从气球上

⁸ 法国,在 Nuclear Weapons (WHO) case 中提交国际法院的书面声明(同上,第 313 段);另见意大利,在通过《附加议定书》的外交大会上的声明(同上,第 322 段)。

⁸ See ICJ, Nuclear Weapons case, 法官的个人意见(同上,第 390 - 396 段)。

⁸ 例如,参见以下国家的声明:加拿大(同上,第 303 - 304 段)、塞浦路斯(同上,第 306 段)、厄瓜多尔(同上,第 307 段)、埃及(同上,第 309 段)、法国(同上,第 312 段)、联邦德国(同上,第 314 段)、梵蒂冈教廷(同上,第 315 段)、以色列(同上,第 320 段)、意大利(同上,第 322 段)、荷兰(同上,第 334 段)、尼日利亚(同上,第 337 段)、波兰(同上,第 340 段)、罗马尼亚(同上,第 341 段)、俄罗斯(同上,第 343 段)、瑞典(同上,第 350 段)、瑞士(同上,第 351 段)、土耳其(同上,第 353 段)、英国(同上,第 355 段)和越南(同上,第 367 段)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 270 - 271 段)、法国(同上,第 276 - 277 段)和俄罗斯(同上,第 284 段),以及罗马尼亚(同上,第 341 段)和美国(同上,第 360 段)的声明;另见,联合国人权小组委员会,第 1989/39 号决议(同上,第 378 段)和第 1996/16 号决议(同上,第 379 段),以及联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 380 段)。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 270 - 271 段)、法国(同上,第 276 - 277 段)、俄罗斯(同上,第 284 段)和美国(同上,第 287 段),以及罗马尼亚(同上,第 341 段)和瑞典的声明(同上,第 350 段);另见联合国人权小组委员会,第 1996/16 号决议(同上,第 379 段),以及联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 380 段)。

⁸ 例如,参见瑞士的军事手册(同上,第 286 段),以及以下国家的声明:澳大利亚(同上,第 301 段)、厄瓜多尔(同上,第 308 段)、埃及(同上,第 311 段)、伊朗(同上,第 317 - 318 段)、日本(同上,第 323 段)、莱索托(同上,第 327 段)、马来西亚(同上,第 328 段)、马绍尔群岛(同上,第 329 - 330 段)、所罗门群岛(同上,第 347 段)和津巴布韦(同上,第 368 段);另参见联合国人权小组委员会,第 1996/16 号决议(同上,第 379 段),以及联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 380 段)。

⁹ 例如,参见法国的军事手册(同上,第 276 - 277 段),以及秘鲁据报告的实践(同上,第 339 段)。

⁹ 例如,参见厄瓜多尔(同上,第 275 段)和美国(同上,第 289 段)的军事手册,澳大利亚的声明(同上,第 300 段),以及约旦(同上,第 324 段)和卢旺达(同上,第 346 段)的据报告的实践;另参见,联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第 380 段)。

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 270 - 271 段)、加拿大(同上,第 273 段)、法国(同上,第 276 - 277 段)和俄罗斯(同上,第 284 段)。

发射的爆炸物、⁹ V - 1 和 V - 2 火箭、⁹ 集束炸弹、⁹ 饵雷等诱杀装置、⁹ 飞毛腿导弹、⁹ 喀秋莎火箭炮、⁹ 燃烧武器、⁹ 和改变环境的技术。⁰ 对于所有这些例证,并没有充分一致意见可以推论出所有这些武器根据习惯国际法都违反了禁止不分皂白的武器的规则。但是,对于其中某些武器的确被禁止则有共识,对此将在下面的章节中讨论。

* * * *

注意:为确保作战方法和手段的使用符合国际人道法,《第一附加议定书》要求各国采纳相关国内机制或程序。⁰ 包括没有加入《第一附加议定书》的国家在内的许多国家都已执行了这一要求。⁰

⁹ 例如,参见厄瓜多尔(同上,第275段)和美国(同上,第287和289段)的军事手册。

⁹ 例如,参见厄瓜多尔(同上,第275段)和美国(同上,第287和289段)的军事手册,以及约旦据报告的实践(同上,第324段)。

⁹ 例如,参见瑞士的声明(同上,第351段);另参见,联合国人权小组委员会,第1996/16号决议(同上,第379段),以及联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第380段)。

⁶ 例如,参见澳大利亚(同上,第300段)和俄罗斯(同上,第342段)的声明;另参见,联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第380段)。

⁹ 例如,参见加拿大的军事手册(同上,第273段);以色列(同上,第320段)、英国(同上,第356段)和美国(同上,第361和363段)的声明;以及以色列据报告的实践(同上,第321段)。

⁹ 例如,参见以色列据报告的实践(同上,第321段)。

⁹ 例如,参见以下国家的声明:澳大利亚(同上,第300段)、俄罗斯(同上,第342段)、瑞典(同上,第350段)、瑞士(同上,第351段)和土耳其(同上,第353段);另参见,联合国秘书处,Existing rules of international law concerning the prohibition or restriction of use of specific weapons, Survey(同上,第380段)。

⁰ 例如,参见俄罗斯的军事手册(同上,第284段)。

⁰ 《第一附加议定书》第36条。

⁰ 特别是:澳大利亚、比利时、加拿大、丹麦、德国、荷兰、挪威、瑞典、英国和美国。See, Isabelle Daoust, Robin Coupland and Rikke 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, No. 846, 2002, p. 345; Justin McClelland, "The review of weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I", International Review of the Red Cross, No. 850, 2003, p. 397.

第 21 章

毒物

规则 72 禁止使用毒物或有毒武器。

实践

第 2 卷, 第 21 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这一禁止性规则是独立于禁止化学武器的规则(见规则 74)存在的。尽管《日内瓦禁止毒气议定书》受到了既有的禁止使用毒物之规则的启发,但是对于确立有关毒物和有毒武器的具体规则,也存在着足够多独立的实践。

国际性武装冲突

禁止使用毒物和有毒武器是一项存在已久的习惯国际法规则,它已在《利伯守则》和《海牙章程》中得到承认。根据《国际刑事法院规约》,在国际性武装冲突中“使用毒物或有毒武器”构成战争罪。

禁止使用毒物或有毒武器规定在众多军事手册中。根据许多国家的立法,使

Lieber Code, Article 70 (参见第 2 卷, 第 21 章, 第 4 段);《海牙章程》第 23(1)条(同上, 第 2 段)。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xvii)条(同上, 第 3 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上, 第 12 段)、澳大利亚(同上, 第 13 - 14 段)、比利时(同上, 第 15 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上, 第 16 段)、加拿大(同上, 第 17 - 18 段)、哥伦比亚(同上, 第 19 段)、多米尼加共和国(同上, 第 20 段)、厄瓜多尔(同上, 第 21 段)、法国(同上, 第 22 - 24 段)、德国(同上, 第 25 段)、印度尼西亚(同上, 第 26 段)、以色列(同上, 第 27 - 28 段)、意大利(同上, 第 29 段)、肯尼亚(同上, 第 30 段)、韩国(同上, 第 31 段)、荷兰(同上, 第 32 - 33 段)、新西兰(同上, 第 34 段)、尼日利亚(同上, 第 35 - 37 段)、俄罗斯(同上, 第 38 段)、南非(同上, 第 39 段)、西班牙(同上, 第 40 段)、瑞士(同上, 第 41 - 43 段)、英国(同上, 第 44 - 45 段)、美国(同上, 第 46 - 51 段)和南斯拉夫(同上, 第 52 段)。

用毒物或有毒武器构成犯罪。这一禁止性规定也得到了正式声明和据报告的实践的支持。在这方面,也存在意味着该规则是习惯国际法一部分的国内判例法。

一些国家就“核武器案”(Nuclear Weapons case)向国际法院提交的意见中,回顾了对毒物或有毒武器的禁止。在其咨询意见中,国际法院确认了禁止使用毒物或有毒武器的习惯性。

非国际性武装冲突

《国际刑事法院规约》在其涉及非国际性武装冲突的部分中,并没有将使用毒物或有毒武器包括在战争罪行中,而且在罗马会议期间,该事项也没有经过公开讨论。其结果是,某些实施《国际刑事法院规约》的立法将使用毒物或有毒武器构成战争罪行的规则限制在国际性武装冲突的范围内。但是,某些国家关于将使用毒物或有毒武器规定为犯罪的立法也适用于非国际性武装冲突。⁰ 德国的立法明确规定,该规则同样地适用于国际性和非国际性武装冲突。¹ 这一规则也包括在可适用或已适

例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第54-55段)、巴西(同上,第56段)、加拿大(同上,第58段)、中国(同上,第59段)、民主刚果(同上,第61段)、刚果(同上,第60段)、爱沙尼亚(同上,第62段)、格鲁吉亚(同上,第63段)、德国(同上,第64段)、意大利(同上,第65段)、马里(同上,第66段)、荷兰(同上,第67-68段)、新西兰(同上,第69段)、瑞士(同上,第70段)、英国(同上,第72段)、美国(同上,第73段)和南斯拉夫(同上,第74段);另见布隆迪(同上,第57段)与特立尼达和多巴哥(同上,第71段)的立法草案。

例如,参见以下国家的声明:伊拉克(同上,第80段)、巴基斯坦(同上,第91段)和美国(同上,第98-99段);以及以下国家据报告的实践:波斯尼亚和黑塞哥维那、斯普斯卡共和国(同上,第77段)、印度(同上,第79段)、约旦(同上,第82段)、科威特(同上,第83段)、马来西亚(同上,第85段)、挪威(同上,第90段)、菲律宾(同上,第92段)和卢旺达(同上,第93段)。

例如,参见日本, District Court of Tokyo, Shimoda case(同上,第75段)。

例如,参见以下国家在 Nuclear Weapons case 中的口头陈述和书面声明:埃及(同上,第78段)、马绍尔群岛(同上,第86段)、墨西哥(同上,第87段)、新西兰(同上,第89段)、所罗门群岛(同上,第94-95段)、瑞典(同上,第96段)、英国(同上,第97段)、美国(同上,第100段)和津巴布韦(同上,第101段);另见马来西亚(同上,第84段)和瑙鲁(同上,第88段)在 Nuclear Weapons (WHO) case 中的口头陈述和书面声明。

ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, §§ 80-82.

例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(参见第2卷,第21章,第55段)、加拿大(同上,第58段)、刚果(同上,第60段)、马里(同上,第66段)、荷兰(同上,第68段)、新西兰(同上,第69段)和英国(同上,第72段);另参见布隆迪(同上,第57段)与特立尼达和多巴哥(同上,第71段)的立法草案。

⁰ 例如,参见以下国家的立法:民主刚果(同上,第61段)、爱沙尼亚(同上,第62段)、德国(同上,第64段)、瑞士(同上,第70段)和南斯拉夫(同上,第74段);另见意大利的立法(同上,第65段),在非国际性武装冲突中并不排除该立法的适用。

¹ 德国, Law Introducing the International Crimes Code(同上,第64段)。

用于非国际性武装冲突的某些军事手册中。² 若干军事手册解释在武装冲突中禁止毒物或有毒武器的理由是,它们是“不人道的”和/或“不分皂白的”,这样的主张在非国际性武装冲突中也同样有效。³ 还有一些国家据报告的实践也支持该规则对非国际性武装冲突的适用。⁴

一般而言,各国在国际性和非国际性武装冲突中并不会使用不同的军事武器装备,因此,实践表明该规则在国际性和非国际性武装冲突中均可适用。无论是在国际性还是非国际性武装冲突中,都没有使用毒物或有毒武器的可靠报告。⁵ 据说使用毒物或有毒武器的事例一直极为罕见。

没有任何国家声称可以在国际性或非国际性武装冲突中合法使用毒物。一部手册声称如果加以宣告或标识,则不禁止对饮水和食物下毒——这项极为有限的相反实践的例证并不足以否定该规则的习惯法性质。⁶

毒物或有毒武器的界定

大多数国家仅指出禁止毒物或有毒武器,但没有规定进一步的细节。国际法院在就“核武器案”做出的咨询意见中称,“毒物”和“有毒武器”这两个术语“在国家实践中,从它们的通常含义得到理解,即包括其主要或唯一目的在于使人中毒或窒息的武器”。⁷ 英国和美国在它们就“核武器案”向国际法院提交的意见中称,这一禁止并不适用于可能附带散布毒物的武器,而只适用于专门设计成以此类毒物的效力进行杀伤的武器。⁸ 这样的解释没有表明毒物必须是主要或唯一的杀伤机能,而是表明毒物必须是“故意的”杀伤机能,这样的解释与该规则的起源相一致,即禁止在箭镞上涂抹可能会防止箭伤创口愈合的毒物。

例证

对禁止使用毒物或有毒武器的理解是,例如,在子弹上涂抹毒物或给敌方的食物或饮水下毒等行为是非法的。一些军事手册在其对如何适用该规则的解释中明确指

² 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第13段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第16段)、加拿大(同上,第18段)、哥伦比亚(同上,第19段)、厄瓜多尔(同上,第21段)、德国(同上,第25段)、意大利(同上,第29段)、肯尼亚(同上,第30段)、尼日利亚(同上,第35和37段)、南非(同上,第39段)和南斯拉夫(同上,第52段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第13-14段)、加拿大(同上,第17段)、法国(同上,第23-24段)、以色列(同上,第28段)和美国(同上,第47段);和以下国家的军事手册:厄瓜多尔(参见第2卷,第20章,第52段)、荷兰(同上,第72段)、新西兰(同上,第73段)、南非(同上,第80段)、英国(同上,第85段)和美国(同上,第87、89、91和93段)。

⁴ 例如,参见以下国家据报告的实践:波斯尼亚和黑塞哥维那、斯普斯卡共和国(参见第2卷,第21章,第77段)、印度(同上,第79段)、菲律宾(同上,第92段)和卢旺达(同上,第93段)。

⁵ 有关使用化学武器和控暴剂的报告在第24章中加以论述。

⁶ 参见南斯拉夫, YPA Military Manual(参见第2卷,第21章,第52段)。

⁷ ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion(同上,第111段)。

⁸ 英国(同上,第97段)和美国(同上,第100段)在 Nuclear Weapons case 中的书面意见。

出,对毒物的禁止应扩展至禁止对水井和其他供水设施投毒。⁹

⁹ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 14 段)(即使事先通告)、比利时(同上,第 15 段)(即使事先通告)、加拿大(同上,第 17 段)(即使事先通告)、哥伦比亚(同上,第 19 段)、多米尼加共和国(同上,第 20 段)、德国(同上,第 25 段)、以色列(同上,第 28 段)、韩国(同上,第 31 段)、荷兰(同上,第 32 段)、尼日利亚(同上,第 36 段)、南非(同上,第 80 段)、西班牙(同上,第 40 段)、瑞士(同上,第 43 段)、英国(同上,第 44 段)(即使事先通告)、美国(同上,第 46 和 48 - 49 段)和南斯拉夫(同上,第 52 段)(即使事先通告)。

第 22 章

核武器

1995 年 12 月召开的第 26 届红十字与红新月国际大会委托红十字国际委员会进行本研究。在此之前一年,联合国大会请求国际法院就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?”所有希望对此发表意见的国家都有机会以书面声明和在法院口头陈述的方式表达它们对该问题的意见。在 1996 年 7 月 8 日做出的咨询意见中,国际法院就习惯国际法和国际人道法对核武器的可适用性发表了看法:

习惯国际法和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;

习惯国际法和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;

.....

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相关的其他承诺;

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。

如上所述,这一咨询意见考虑了由各国提交的不同法律分析和科学证据。其结果是,基于国际法院作为联合国主要司法机关的事实,红十字国际委员会必须认真对待法院的意见,并且认为在几乎同一时间进行类似的研究并不合适。

联合国大会,请求国际法院对威胁使用或使用核武器的合法性出具咨询意见的第 49/75 K 号决议,1994 年 12 月 15 日,序言,第 11 段。

ICJ, Nuclear Weapons case, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Reports 1996, p. 226.

第 23 章

生物武器

规则 73 禁止使用生物武器。

实践

第 2 卷, 第 23 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性武装冲突的习惯国际法规范。这一规则适用于针对人体发生作用的生物武器。该规则是否也应适用于除草剂的问题, 将在规则 76 中讨论。

国际性和非国际性武装冲突

在国际性武装冲突中禁止使用生物武器的根据是《日内瓦禁止毒气议定书》和《生物武器公约》。有 37 个国家在成为《日内瓦禁止毒气议定书》的缔约国时提出了相关保留, 即如果某一敌对方(在某些情况中包括该敌对方的盟国)违反了《议定书》的条款, 则它们保留报复的权利。因为已有 17 个国家撤回了“不首先使用”的保留, 因此, 此类保留只剩 20 项了。然而, 在剩下 20 个继续进行保留的国家中, 有 18 个是《禁止生物武器公约》的缔约国, 该公约禁止拥有任何生物武器, 这使得这些国家使用生物武器进行报复成为了非法。因此, 现在安哥拉和以色列是仅有的两个对《日内瓦禁止毒气议定书》做出“不首先使用”保留, 同时也不是《生物武器公约》缔约国的国家。

从过去 30 年消除生物武器的运动中可以推断出, 各国都相信这些武器不应该存在, 因此也不能在任何情形中(包括在非国际性武装冲突中)使用。

《日内瓦禁止毒气议定书》(参见第 2 卷, 第 23 章, 第 1 段);《生物武器公约》序言(同上, 第 4 段)和第 1 条(同上, 第 5 段)。

澳大利亚、比利时、保加利亚、加拿大、智利、爱沙尼亚、法国、爱尔兰、韩国、荷兰、新西兰、罗马尼亚、俄罗斯、斯洛伐克、南非、西班牙和英国(同上, 第 1 段)。

阿尔及利亚、安哥拉、巴林、孟加拉、中国、斐济、印度、伊拉克、以色列、约旦、朝鲜、科威特、利比亚、尼日利亚、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、葡萄牙、所罗门群岛、越南和南斯拉夫(同上, 第 1 段)。

《生物武器公约》第 1 条(同上, 第 5 段)。

几乎所有关于某国拥有生物武器的指称都遭到了否认。当俄罗斯于 1992 年承认它一直有生物武器计划时,声明它肯定会终止该计划。从此以后,对于它继续生产生物武器的任何指控,俄罗斯均坚决否认。有关伊拉克生物武器的报道遭到了国际社会的谴责。各国的声明和其他实践表明禁止在任何情况中使用生物武器绝不仅仅是以条约为基础的,因为在这些国家中,有些是《生物武器公约》的缔约国,有些则不是。

目前,以军事手册和立法的形式存在着广泛的相关国家实践,这些实践证明,无论有关国家是否是《生物武器公约》的缔约国或是否对《日内瓦禁止毒气议定书》做出了“不首先使用”的保留,都禁止使用生物武器。美国《海军手册》称,禁止生物武器是习惯法的一部分,约束所有国家而不论它们是否是《日内瓦禁止毒气议定书》或《禁止生物武器公约》的缔约国。三个没有加入《禁止生物武器公约》的国家将生产、获得、出售或使用生物武器定为犯罪。⁰ 也有相关国内判例判定(包括在非国际性武装冲突中)禁止生物武器。¹

禁止使用生物武器也得到了许多正式声明的支持。例如,1991 年 1 月,英国和美国通知伊拉克,称它们期望伊拉克不要使用生物武器,尽管在当时,伊拉克对《日内瓦禁止毒气议定书》做出了“不首先使用”的保留,而且也不是《生物武器公约》的

参见俄罗斯(包括前苏联)的实践(同上,第 210 - 213 段)。

例如,参见以下国家的声明:古巴(同上,第 106 段)、厄瓜多尔(同上,第 115 段)、法国(同上,第 121 段)、苏联(同上,第 209 段)、英国(同上,第 219 - 220 和第 222 段)、美国(同上,第 233 段)和也门(同上,第 237 段);联合国秘书长,“关于执行安全理事会第 687(1991)号决议的特别委员会现况报告”(同上,第 257 段);联合国特别委员会,“关于裁减军备和目前及今后不断监测和核查问题的报告”(同上,第 258 段)。

例如,参见声明、实践和据报告的实践(同上,第 76 - 241 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 12 - 13 段)、比利时(同上,第 14 段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第 15 段)、喀麦隆(同上,第 16 段)、加拿大(同上,第 17 段)、哥伦比亚(同上,第 18 段)、厄瓜多尔(同上,第 19 段)、法国(同上,第 20 - 22 段)、德国(同上,第 23 - 25 段)、意大利(同上,第 26 段)、肯尼亚(同上,第 27 段)、荷兰(同上,第 28 - 29 段)、新西兰(同上,第 30 段)、尼日利亚(同上,第 31 段)、俄罗斯(同上,第 32 段)、南非(同上,第 33 段)、西班牙(同上,第 34 段)、瑞士(同上,第 35 - 36 段)、英国(同上,第 37 - 38 段)、美国(同上,第 39 - 43 段)和南斯拉夫(同上,第 44 段);以及以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第 45 段)、白俄罗斯(同上,第 47 段)、巴西(同上,第 48 段)、中国(同上,第 49 段)、哥伦比亚(同上,第 50 段)、克罗地亚(同上,第 51 段)、爱沙尼亚(同上,第 52 段)、格鲁吉亚(同上,第 54 段)、德国(同上,第 55 段)、匈牙利(同上,第 57 段)、意大利(同上,第 58 段)、摩尔多瓦(同上,第 61 段)、波兰(同上,第 64 段)、瑞士(同上,第 66 段)、塔吉克斯坦(同上,第 68 段)、乌克兰(同上,第 69 段)和南斯拉夫(同上,第 73 段)。

美国,Naval Handbook(同上,第 43);另见法国,LOAC Teaching Note(同上,第 22 段)。

⁰ 参见以下国家的立法:哈萨克斯坦(“生产、获得或出售”)(同上,第 60 段)、摩尔多瓦(2003 年通过的立法草案)(“使用”)(同上,第 61 段)和塔吉克斯坦(“生产、获得”或“出售”和“使用”)(同上,第 68 段)。

¹ 日本,District Court of Tokyo, Shimoda case(同上,第 75 段);哥伦比亚,Constitutional Court, Constitutiona l Case No.C - 225 /95(同上,第 74 段)。

缔约国。² 2001年,美国指责叙利亚违反了《生物武器公约》,尽管叙利亚不是该公约的缔约国。³ 澳大利亚在其于“核武器案”中向国际法院提交的意见中称,使用生物武器将违反“人道的基本一般原则”。⁴

若干联合国大会的决议呼吁国家加入《日内瓦禁止毒气议定书》和/或《生物武器公约》,还呼吁所有国家严格遵守其中包含的原则和目的。⁵

在1990年和1991年,红十字国际委员会提醒参加海湾战争的所有国家,根据国际人道法,禁止使用生物武器。⁶ 1994年,红十字国际委员会在有关安哥拉冲突的问题上回顾了这一禁止性规定,尽管安哥拉对《日内瓦禁止毒气议定书》做出了“不首先使用”的保留,而且也不是《禁止生物武器公约》的缔约国。⁷ 在这两起事例中,都无人对红十字国际委员会的主张提出辩驳。

一般而言,各国在国际性和非国际性武装冲突中并不会使用不同的军事武器装备,因此,实践表明该规则在国际性和非国际性武装冲突中均可适用。所有有关国家使用生物武器的指控都遭到了否认,而且在大多数情况下,都被认为是不实之词。⁸

² 英国, Letter to the President of the UN Security Council(同上,第220段);美国, Department of State, Diplomatic Note to Iraq(同上,第233段)。

³ 美国, Statement at the Fifth Review Conference of States Parties to the Biological Weapons Convention(同上,第236段)。

⁴ 澳大利亚在“核武器案”中在国际法院的口头陈述(同上,第79段)。

⁵ 例如,参见,联合国大会,第3256(XXIX)号决议(同上,第245-247段),以及第3277号决议和第33/59 A号决议(同上,第245-246和253段),这些决议均未经投票即获通过。

⁶ ICRC, Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第272段) and Press Release No. 1658(同上,第273段)。

⁷ ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第274段)。

⁸ 例如,参见俄罗斯(以及前苏联)(同上,第212、231和277段)和美国(同上,第108段)的实践。

第 24 章

化学武器

规则 74 禁止使用化学武器。

实践

第 2 卷, 第 24 章, A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

在国际性武装冲突中禁止使用化学武器规定在一系列的条约中, 包括《海牙禁止有毒气体宣言》、《日内瓦禁止毒气议定书》、《禁止化学武器公约》和《国际刑事法院规约》。目前, 只有 5 个国家既不是《日内瓦禁止毒气议定书》的缔约国, 也不是《化学武器公约》的缔约国。但在这些国家中, 至少有 1 个发表了有关使用化学武器为非法的声明, 或者表明它们不会拥有或使用化学武器, 或致力于消除化学武器。许多其他文件中也对禁止化学武器做出了规定。

Hague Declaration concerning Asphyxiating Gases(参见第 2 卷, 第 24 章, 第 1 段);《日内瓦禁止毒气议定书》(同上, 第 4 段);《化学武器公约》第 1 条(同上, 第 13 段);《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(xviii)条(同上, 第 15 段)。

巴哈马、科摩罗、刚果民主共和国、缅甸和索马里。

参见刚果民主共和国的声明(同上, 第 187 段)。

See, e.g., Oxford Manual of Naval War, Article 16(1)(同上, 第 16 段); Report of the Commission on Responsibility(同上, 第 17 段); Mendoza Declaration on Chemical and Biological Weapons(同上, 第 20 段); Cartagena Declaration on Weapons of Mass Destruction(同上, 第 21 段); India - Pakistan Declaration on Prohibition of Chemical Weapons(同上, 第 22 段); 联合国秘书长公告, 第 6.2 节(同上, 第 24 段); UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 6(1)(b)(xviii)(同上, 第 25 段)。

众多的军事手册重申应禁止使用化学武器。这一禁止性规定也体现在许多国家的立法中。世界各国都有许多关于根据习惯国际法禁止使用化学武器的声明和实践。20世纪30年代以来,大多数有关使用化学武器的指称要么被认为是不实之词,要么遭到了否认;极少数经确证的使用化学武器的事件都受到了其他国家的广泛谴责。也有一些关于根据习惯国际法禁止使用化学武器的国内判例法。

有越来越多的证据表明,在其他国家使用化学武器时,以同样的武器进行报复在当今可能是非法的。现在仍有21个国家对《日内瓦禁止毒气议定书》做出了保留,声称如果某一敌对方(在某些情况中包括该敌对方的盟国)不尊重议定书的规定,则批准国将不再认为自己应受议定书的约束。^①不过,这些国家中有17个是《化学武器公约》的缔约国,该公约全面禁止化学武器,而且不允许做出任何保留。这样,只剩下4个国家(安哥拉、伊拉克、以色列和朝鲜)可以根据条约规则行使它们的保留

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第26-27段)、比利时(同上,第28段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第29段)、喀麦隆(同上,第30段)、加拿大(同上,第31-32段)、哥伦比亚(同上,第33段)、厄瓜多尔(同上,第34段)、法国(同上,第35-37段)、德国(同上,第38-40段)、以色列(同上,第41段)、意大利(同上,第42段)、肯尼亚(同上,第43段)、荷兰(同上,第44-45段)、新西兰(同上,第46段)、尼日利亚(同上,第47段)、俄罗斯(同上,第48段)、南非(同上,第49段)、西班牙(同上,第50段)、瑞士(同上,第51-52段)、英国(同上,第53-54段)、美国(同上,第55-59段)和南斯拉夫(同上,第60段)。

例如,参见立法(同上,第61-117段)。

例如,参见以下国家的军事手册:以色列(同上,第41段)、荷兰(同上,第44段)、新西兰(同上,第46段)和美国(同上,第59段)(禁止首先使用);以下国家的声明:白俄罗斯(同上,第144段)、比利时(同上,第150段)、保加利亚(同上,第160段)、捷克斯洛伐克(同上,第196段)、匈牙利(同上,第243段)、意大利(同上,第266段)、民主柬埔寨(同上,第279段)、莱索托(同上,第295段)、荷兰(同上,第320段)、新西兰(同上,第324段)、波兰(同上,第343段)、罗马尼亚(同上,第347段)、沙特阿拉伯(同上,第353段)、瑞典(同上,第371段)、瑞士(同上,第375段)、坦桑尼亚(同上,第379段)、乌克兰(同上,第389段)、苏联(同上,第395段)、英国(同上,第414段)和美国(同上,第420段)(禁止首先使用);以及以下国家据报告的实践:伊朗(同上,第255段)、韩国(同上,第288段)、南非(同上,第361段)和津巴布韦(同上,第443段)。

例如,参见以下国家的声明:比利时(同上,第151-152段)、加拿大(同上,第173段)、中国(同上,第177段)、丹麦(同上,第203段)、埃及(同上,第208段)、法国(同上,第222段)、德国(同上,第230和233段)、匈牙利(同上,第243段)、伊朗(同上,第250段)、以色列(同上,第260段)、柬埔寨(以及前民主柬埔寨)(同上,第278-279段)、卢森堡(同上,第301段)、蒙古(同上,第313段)、荷兰(同上,第319段)、挪威(同上,第328段)、秘鲁(同上,第338段)、葡萄牙(同上,第344段)、俄罗斯(同上,第350段)、瑞典(同上,第371-372段)、叙利亚(同上,第378段)、土耳其(同上,第388段)、苏联(同上,第397段)、英国(同上,第406-407和409-412段)、美国(同上,第397、416、418、424和430段)和越南(同上,第434段);以及以下国家的据报告的实践:中国(同上,第269段)、印度(同上,第332段)、伊朗(同上,第255段)、意大利(同上,第264段)、日本(同上,第269段)、巴基斯坦(同上,第333段)、苏丹(同上,第366段)和南斯拉夫(同上,第439-440段)。

例如,参见哥伦比亚,Constitutional Court, Constitutional Case No. C-225/95(同上,第119段);日本,District Court of Tokyo, Shimoda case(同上,第120段)。

^① 阿尔及利亚、安哥拉、巴林、孟加拉国、中国、斐济、印度、伊朗、以色列、约旦、朝鲜、科威特、利比亚、尼日利亚、巴基斯坦、巴布亚新几内亚、葡萄牙、所罗门群岛、美国、越南和南斯拉夫。

权,对首先使用化学武器的行为以同样的方式加以报复。但在这些国家中,2个国家(以色列和朝鲜)表示它们永远不会使用化学武器,或坚决致力于消除化学武器。¹ 非常重要的是,《国际刑事法院规约》将“使用窒息性、有毒或其他气体,以及所有类似的液体、物资或器件”列为该法院对其具有管辖权的战争罪行,而且该罪行并不仅限于首先使用此类武器。²

美国的《海军手册》暗含着这样的意思:如果不是《化学武器公约》的缔约国使用化学武器,则同态报复是合法的,不过一旦引致报复的化学武器已经停止使用,就必须停止报复。³ 然而,在1991年1月,美国和英国声称,尽管伊拉克做出了“不首先使用”的保留,但它们期望伊拉克遵守其根据《日内瓦禁止毒气议定书》所承担的义务,不使用化学武器。⁴ 伊朗在1987年声明它从来没有对伊拉克使用化学武器做出报复,尽管伊朗当时的立场是《日内瓦禁止毒气议定书》只禁止首先使用化学武器。⁵

在1986年至1988年的数个决议中,联合国安理会对两伊战争中使用化学武器的行径进行了谴责,而不管是首先使用,还是为了报复。⁶

在1990年和1991年,红十字国际委员会提醒海湾战争各方,禁止使用化学武器。⁷ 当时,某些参战方对《日内瓦禁止毒气议定书》做出了保留,而《化学武器公约》还不存在。

非国际性武装冲突

《化学武器公约》中规定的禁止使用化学武器适用于所有情势,包括非国际性武装冲突。⁸ 另外,这一禁止性规定也反映在其他一些有关非国际性武装冲突的文件中。⁹

一些可适用或已适用于非国际性武装冲突的军事手册中载有禁止使用化学武器

¹ 参见以色列(同上,第260-263段)和朝鲜(同上,第283-284段)的声明。

² 《国际刑事法院规约》第8(2)(b)(xviii)条(同上,第15段)。

³ 美国,Naval Handbook(同上,第59段)。

⁴ 英国,致安理会主席的信(同上,第410段),以及国务、外交和英联邦事务大臣的声明(同上,第411段);美国,Department of State, Diplomatic Note to Iraq(同上,第424段)。

⁵ 伊朗,Statement before the First Committee of the UN General Assembly(同上,第250段)。

⁶ 联合国安全理事会,第582号决议(同上,第448段)、第598号决议(同上,第449段)、第612号决议(同上,第450段)和第620号决议(同上,第451段)。

⁷ ICRC,Memorandum on the Applicability of International Humanitarian Law(同上,第505段)and Press Release No. 1658(同上,第506段)。

⁸ 《化学武器公约》第1条(同上,第13段)。

⁹ See, e. g., Mendoza Declaration on Chemical and Biological Weapons(同上,第20段); Cartagena Declaration on Weapons of Mass Destruction(同上,第21段); Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and IHL in the Philippines, Part IV, Article 4(4)(同上,第23段);联合国秘书长公告,第6.2节(同上,第24段)。

的规定。⁰ 这一禁止性规定也被纳入众多国家的立法中。² 哥伦比亚宪法法院判定,禁止在非国际性武装冲突中使用化学武器是习惯国际法的一部分。²

曾经有指称说俄罗斯在车臣,苏丹针对武装反对团体,土耳其在其本国东南部曾经使用过化学武器,但这些指称都遭到了相关国家政府的否认。³ 再者,正如前南斯拉夫国际刑事法庭在1995年的塔迪奇案(Tadic, case)中所重申的,国际社会谴责伊拉克对库尔德人使用化学武器。² 例如,英国声称伊拉克的做法违反了《日内瓦禁止毒气议定书》和国际人道法。³

在上述塔迪奇案(Tadic, case)中,前南国际刑事法庭判定,“关于禁止在国内武装冲突中使用[化学]武器的原则,国际社会已经毫无争议地产生了普遍共识”。⁰

在1994年的《关于在安哥拉尊重国际人道法的备忘录》(Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola)中,红十字国际委员会提醒冲突各方,尽管安哥拉没有批准《化学武器公约》,但使用化学武器是被禁止的。²

一般而言,各国在国际性和非国际性武装冲突中并不会使用不同的军事武器装备,因此,实践表明该规则在国际性和非国际性武装冲突中均可适用。

尚未发现违反该规则的正式实践。没有国家声称可以在国际性或非国际性武装冲突中合法使用化学武器。与此相反,有许多相关声明指出绝对禁止使用化学武器,

⁰ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第26段)、波斯尼亚和黑塞哥维那(同上,第29段)、加拿大(同上,第32段)、哥伦比亚(同上,第33段)、厄瓜多尔(同上,第34段)、德国(同上,第38-40段)、意大利(同上,第42段)、肯尼亚(同上,第43段)、南非(同上,第49段)、西班牙(同上,第50段)和南斯拉夫(同上,第60段)。

² 例如,参见以下国家的立法:亚美尼亚(同上,第61段)、澳大利亚(同上,第63段)、白俄罗斯(同上,第65段)、加拿大(同上,第68段)、克罗地亚(同上,第74段)、捷克共和国(同上,第75段)、厄瓜多尔(同上,第77段)、爱沙尼亚(同上,第78段)、芬兰(同上,第79段)、法国(同上,第80段)、格鲁吉亚(同上,第81段)、德国(同上,第82段)、印度(同上,第84段)、爱尔兰(同上,第85段)、意大利(同上,第87段)、日本(同上,第88-89段)、哈萨克斯坦(同上,第90段)、韩国(同上,第91段)、卢森堡(同上,第92段)、荷兰(同上,第96段)、新西兰(同上,第97段)、挪威(同上,第98段)、巴拿马(同上,第99段)、秘鲁(同上,第100段)、波兰(同上,第102段)、罗马尼亚(同上,第103段)、俄罗斯(同上,第104段)、新加坡(同上,第105段)、斯洛文尼亚(同上,第106段)、南非(同上,第107段)、瑞典(同上,第108段)、瑞士(同上,第109-110段)、塔吉克斯坦(同上,第111段)、乌克兰(同上,第113段)、英国(同上,第114段)、美国(同上,第116段)、南斯拉夫(同上,第117段)和津巴布韦(同上,第118段);另见以下国家的立法:保加利亚(同上,第66段)、匈牙利(同上,第83段)和意大利(同上,第86段),并不排除此立法适用于非国际性武装冲突。

² 哥伦比亚, Constitutional Court, Constitutional Case No. C - 225 /95 (同上,第119段)。

³ 参见以下国家的声明:俄罗斯(同上,第350段)、苏丹(同上,第366段)和土耳其(同上,第388段)。

² ICTY, Tadic, case, Interlocutory Appeal(同上,第499段)。

³ 英国,外交和联邦事务部发言人在记者招待会上的发言(同上,第406段),以及向联合国人权委员会提交的决议草案(同上,第407段)。

⁰ ICTY, Tadic, case, Interlocutory Appeal(同上,第499段)。

² ICRC, Memorandum on Respect for International Humanitarian Law in Angola(同上,第512段)。

且必须消除化学武器。⁸

规则 75 禁止以控暴剂作为作战方法。

实践

第 2 卷, 第 24 章, B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项习惯国际法规范, 适用于在国际性和非国际性的武装冲突期间构成军事敌对状态的情形, 而非控制国内暴乱的情形。

国际性武装冲突

在《化学武器公约》通过之前, 对于《日内瓦毒气议定书》是否禁止控暴剂存在着争论。绝大多数国家的意见是, 《日内瓦毒气议定书》禁止使用任何窒息性和有毒气

⁸ 例如, 参见以下国家的声明: 阿富汗(同上, 第 121 - 122 段)、阿尔巴尼亚(同上, 第 124 段)、阿尔及利亚(同上, 第 125 - 126 段)、亚美尼亚(同上, 第 132 段)、澳大利亚(同上, 第 136 段)、奥地利(同上, 第 139 - 140 段)、巴林(同上, 第 141 段)、孟加拉(同上, 第 143 段)、白俄罗斯(同上, 第 146 - 147 段)、比利时(同上, 第 153 段)、贝宁(同上, 第 154 段)、巴西(同上, 第 158 段)、保加利亚(同上, 第 162 段)、布基纳法索(同上, 第 166 段)、缅甸(同上, 第 167 段)、喀麦隆(同上, 第 169 段)、加拿大(同上, 第 172 和 174 段)、智利(同上, 第 176 段)、中国(同上, 第 178 - 181 和 183 段)、哥伦比亚(同上, 第 184 段)、古巴(同上, 第 190 - 191 和 194 段)、捷克共和国(同上, 第 200 段)、厄瓜多尔(同上, 第 206 - 207 段)、萨尔瓦多(同上, 第 212 段)、埃塞俄比亚(同上, 第 213 - 215 段)、芬兰(同上, 第 218 段)、法国(同上, 第 221 - 222 和 224 段)、联邦德国(同上, 第 228 - 229 段)、民主德国(同上, 第 231 段)、德国(同上, 第 233 段)、加纳(同上, 第 234 段)、希腊(同上, 第 238 段)、几内亚(同上, 第 239 段)、海地(同上, 第 240 - 241 段)、洪都拉斯(同上, 第 242 段)、印度(同上, 第 244 和 246 段)、伊朗(同上, 第 253 段)、以色列(同上, 第 261 - 263 段)、意大利(同上, 第 268 段)、日本(同上, 第 271 - 272 和 275 段)、民主柬埔寨(同上, 第 279 段)、韩国(同上, 第 286 段)、利比亚(同上, 第 298 - 299 段)、列支敦士登(同上, 第 300 段)、马来西亚(同上, 第 303 和 305 段)、墨西哥(同上, 第 311 - 312 段)、蒙古(同上, 第 314 段)、尼泊尔(同上, 第 316 段)、荷兰(同上, 第 317 和 320 段)、尼日利亚(同上, 第 327 段)、挪威(同上, 第 329 段)、巴基斯坦(同上, 第 332 段)、秘鲁(同上, 第 335 段)、卡塔尔(同上, 第 346 段)、罗马尼亚(同上, 第 349 段)、沙特阿拉伯(同上, 第 354 和 356 段)、南非(同上, 第 360 段)、斯里兰卡(同上, 第 362 - 363 段)、瑞典(同上, 第 367 - 369 段和 371 段)、瑞士(同上, 第 376 段)、叙利亚(同上, 第 377 段)、泰国(同上, 第 381 和 383 段)、突尼斯(同上, 第 385 段)、土耳其(同上, 第 386 段)、乌克兰(同上, 第 390 - 391 和 393 段)、苏联(同上, 第 398 段)、英国(同上, 第 403、405 - 406 和 412 段)、美国(同上, 第 427 - 428 段)、委内瑞拉(同上, 第 433 段)、越南(同上, 第 435 段)、也门(同上, 第 437 段)、南斯拉夫(同上, 第 438 段)和扎伊尔(同上, 第 441 段); 另见以下国家的实践: 白俄罗斯(同上, 第 149 段)、比利时(同上, 第 153 段)、印度尼西亚(同上, 第 248 段)、朝鲜(同上, 第 283 段); 以及约旦据报告的实践(同上, 第 277 段)。

体以及类似的物质,包括控暴剂,议定书同样可以适用于控暴剂。² 在20世纪60和70年代,澳大利亚、葡萄牙和英国改变了它们早先的立场,声明《日内瓦毒气议定书》不适用于某些控暴剂。⁹ 美国的观点一贯不同于多数意见,美国一直主张对于化学武器的习惯性禁止并不适用于具有暂时效果的物质。³ 在越南战争期间——此时美国还不是《日内瓦毒气议定书》的缔约国,美国就宣称它适用了该议定书的规定,但这并没有阻止它使用控暴剂。³ 但是,美国现在已经是《化学武器公约》的缔约国,而该公约禁止使用控暴剂作为作战方法,而且不准做出保留。美国因此宣布放弃“在战争中首先使用控暴剂,除非是在拯救生命的防御性军事情况中”,这是因为美国认为,在这种情况下使用控暴剂并不构成“作战方法”。³

在旨在通过《禁止化学武器公约》的谈判中,绝大多数国家包括澳大利亚和英国的观点是,绝不能在敌对状态中使用控暴剂。该条约的最后用语对以下两种情况做了区分:一种是在敌对状态中使用控暴剂作为作战方法,这是禁止的;另一种是为了执法的目的使用控暴剂,这是允许的。³ 这一区分得到了自此以后国家实践的确认。特别是,在若干军事手册中规定了禁止使用控暴剂作为作战方法。⁵ 这也包括在若干国家的立法中。⁶

² 例如,参见以下国家的声明:加拿大(同上,第568段)、中国(同上,第568段)、捷克斯洛伐克(同上,第568段)、法国(同上,第560段)、意大利(同上,第561段)、日本(同上,第568段)、罗马尼亚(同上,第568段)、西班牙(同上,第568段)、土耳其(同上,第564段)、苏联(同上,第565段)、英国(同上,第568段)和南斯拉夫(同上,第568段)。

⁹ 澳大利亚,Statement before the First Committee of the UN General Assembly(同上,第557段),and Protection of the Civil Population Against the Effects of Certain Weapons(同上,第558段);葡萄牙,对联合国大会第2603 A (XXIV)号决议的反对票(同上,第586段);英国,Reply by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs in the House of Commons(同上,第569段);另见新西兰,Military Manual(同上,第541段)。

³ 例如,参见美国,Statement before the First Committee of the UN General Assembly(同上,第577段),Statement at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols(同上,第580段)和Memorandum of Law of the Department of State on the “Reported Use of Chemical Agents in Afghanistan, Laos, and Kampuchea”(同上,第581段)。

³ 例如,参见美国,Department of the Navy, Legal Review of Oleoresin Capsicum(同上,第584段),以及Department of Defense, Review of Allegations Concerning “Operation Tailwind”(同上,第585段)。

³ 美国,Naval Handbook(同上,第548段),Executive Order No. 11850(同上,第578段),以及美国总统传达的关于《化学武器公约》报告的信息(同上,第582段)。当美国参议院就批准《常规武器公约》给予同意和建议时,要求“总统不得采取措施,也不得制订规则或规定,从而改变或消除1975年4月8日的第11850号行政命令”。US Senate, Executive Resolution 75, 24 April 1997.

³ 《化学武器公约》第1(5)条(参见第2卷,第24章,第528段)和第2(9)(d)条(同上,第532段)。

⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第534-535段)、加拿大(同上,第537-538段)、德国(同上,第539段)、荷兰(同上,第540段)、新西兰(同上,第541段)、西班牙(同上,第542段)和美国(同上,第548段)。

⁶ 例如,参见以下国家的立法:澳大利亚(同上,第549段)、匈牙利(同上,第550段)、印度(同上,第551段)、新西兰(同上,第552段)、罗马尼亚(同上,第553段)、新加坡(同上,第554段)和瑞典(同上,第555段)。

非国际性武装冲突

尽管有报道说,在希腊内战、西班牙内战、越南战争中(由南越一方)使用了控暴剂,³但趋势是在所有的武装冲突中禁止使用控暴剂。这一趋势从以下事实得到了反映,即《化学武器公约》规定的禁止使用控暴剂作为作战方法适用于所有的冲突。很重要的是,国家并没有考虑在公约中规定一个允许在非国际性武装冲突中使用控暴剂的一般例外。

在非国际性武装冲突中禁止使用控暴剂作为作战方法也规定在若干军事手册中。⁸ 美国声明禁止使用控暴剂作为作战方法“适用于国际和国内武装冲突”。⁹

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。没有国家声称自己有权在军事敌对行动中使用控暴剂作为作战方法。正如荷兰的军事手册所解释的,禁止使用控暴剂作为作战方法受到了以下事实的启发,即在武装冲突中使用诸如催泪气体等武器“造成促使使用其他更为危险的化学物质的危险”。¹⁰ 受到控暴剂攻击的作战方可能认为自己受到致命化学武器的攻击并诉诸使用化学武器。国家同意禁止在武装冲突中使用控暴剂作为作战方法,就是为了试图避免危险升级。在国际性和非国际性武装冲突中,这样的动机同样都是有根据的。

规则 76 禁止使用除草剂作为作战方法,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) 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、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过分的损害;
- (5) 可能对自然环境造成广泛、长期和严重的损害。

实践

第 2 卷,第 24 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

³ 参见西班牙内战(同上,第 592 段)、希腊内战(同上,第 593 段)和越南战争(同上,第 594 段)中据报告的实践。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 534 段)、加拿大(同上,第 537 段)、德国(同上,第 539 段)、西班牙(同上,第 542 段)和美国(同上,第 548 段)。

⁹ 美国,Naval Handbook(同上,第 548 段)。

¹⁰ 荷兰,Military Manual(同上,第 540 段)。

国际性武装冲突

在通过《化学武器公约》之前,对于《日内瓦禁止毒气议定书》是否禁止除草剂没有一致意见。例如,1969年,有80个国家投票赞成一项联合国大会决议,该决议指出,使用除草剂有违“《日内瓦禁止毒气议定书》所载之普遍承认的国际法规则”,但是有3票反对、36票弃权表明这并非普遍持有的观点。⁴ 特别是,若干国家认为使用除草剂和落叶剂并不为《日内瓦禁止毒气议定书》所禁止。⁵

但是,越南战争的经验揭示了除草剂对人类健康具有潜在的长远的严重影响。这种使用遭到了其他国家的谴责。⁶ 从那以后国际法的发展越来越重视对于环境的保护。很清楚的是,在战争中只要使用除草剂就会引起争议,特别是考虑到赞成保护环境,使之免遭蓄意破坏的趋势。据报道,正是环境方面的考虑使得美国结束了其除草剂项目。⁷

与这一问题有关的是,《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》第二次缔约国审查会议通过的《最后宣言》重申,“如果使用除草剂扰乱了一个地区的生态平衡,并因而作为摧毁、损害或杀伤另一缔约国的手段而造成了广泛、长期或严重的后果”,⁸ 则将除草剂作为改变环境的技术而用于军事或其他敌对目的就属于被禁止的作战手段。联合国大会在其一项未经表决即予通过的决议中,满意地注意到了这一重申。⁹ 某些国家欢迎这一重申,认为这确认了禁止使用除草剂作为作战方法。¹⁰ 这些考虑以及其他一些考虑导致《化学武器公约》的谈判者认识到“禁止使用除草剂作为一种作战方法的规定已体现在有关协定以及国际法的有关原则中”。¹¹

但是,《化学武器公约》并没有界定何种使用将构成作战方法。例如,美国声明它保留“为了控制在美国基地和设施之内或紧靠其防区周围地域的植被”而使用除草剂的权利。¹²

不过,很清楚的是,在武装冲突中使用除草剂作为作战手段,如果其性质有害于

⁴ 联合国大会,第2603 A (XXIV)号决议(同上,第630段)。

⁵ 例如,参见以下国家的声明:澳大利亚(同上,第615段)、英国(同上,第624段)和美国(同上,第625 - 626段)。

⁶ 例如,参见中国(同上,第617段)和匈牙利(同上,第619段)的声明;另见中国的声明(同上,第618段)。

⁷ 参见,William A. Buckingham, Operation Ranch Hand: The Air Force and Herbicides in Southeast Asia, 1961 - 1971(同上,第628段)。

⁸ 《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术的公约》第二次缔约国审查会议,最后宣言(同上,第633段)。

⁹ 联合国大会,第47/52 E号决议(同上,第631段)。

¹⁰ 参见阿根廷(同上,第614段)和瑞典(同上,第614段)的声明;另见荷兰的声明(同上,第620段)。

¹¹ 《禁止化学武器公约》序言(同上,第599段)。

¹² 美国,第11850号行政命令(同上,第627段)。

人或动物,就违反了对使用化学武器的一般禁止(见规则 74)。再者,使用由生物物质构成或含有生物物质的除草剂也将违反《生物武器公约》,因为该公约禁止使用任何非为预防疾病、保护性或其他和平目的的生物物质(见规则 73)。

另外,如果植被不是用于军事目的(见规则 7),如果攻击造成了过分的附带的平民生命损失或损害了平民物体(见规则 14),或如果预计攻击会对自然环境造成广泛、长期和严重的损害(见规则 45),则以除草剂攻击植被也将违反交战行为的一般规则。

可能与使用除草剂有关的一项国际人道法规则是禁止以饥饿作为作战手段的规则(见规则 53);以及在除草剂用于针对谷物的情况下,禁止对平民居民生存所不可缺少的物体进行攻击的规则(见规则 54)。

非国际性武装冲突

尽管有关在非国际性武装冲突中使用除草剂的具体实践比较少,但是本规则中包含的对于使用除草剂的特别限制或禁止是一般性规则,因此,也适用于非国际性武装冲突。

另外,最近据称俄罗斯在车臣可能使用了除草剂,但这遭到俄罗斯政府的否认。⁶ 这表明国家有一种合理的预期,即一定不能以可能违反在任何类型的武装冲突中都适用的其他规则的方式使用除草剂。

⁶ See “ Russian army not to use defoliant s in Chechnya ”, ITAR - TASS, M oscow , 17 A pril 2000 (同上,第 622 段) .

第 25 章

易于膨胀的子弹

规则 77 禁止使用在人体内易于膨胀或者扁平的子弹。

实践

第 2 卷, 第 25 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

在国际性武装冲突中的禁止始于 1899 年的《禁止使用易于膨胀的子弹的海牙宣言》,这是对供军用步枪使用的所谓“达姆弹”的发展做出的反应。在 20 世纪早期,有 28 个国家批准和加入了该《宣言》,在 20 世纪的后半叶又有 6 个国家继承了该《宣言》。在《国际刑事法院规约》中,使用易于膨胀的子弹被列为战争罪行。该禁止也被包括在其他一些文书中。

Hague Declaration concerning Expanding Bullets(参见第 2 卷,第 25 章,第 1 段)。

以下国家批准或加入了该《宣言》:奥匈帝国(1900 年 9 月 4 日)、比利时(1900 年 9 月 4 日)、保加利亚(1900 年 9 月 4 日)、中国(1904 年 11 月 21 日)、丹麦(1900 年 9 月 4 日)、埃塞俄比亚(1935 年 8 月 9 日)、法国(1900 年 9 月 4 日)、德国(1900 年 9 月 4 日)、大不列颠和爱尔兰(1907 年 8 月 13 日)、希腊(1901 年 4 月 4 日)、意大利(1900 年 9 月 4 日)、日本(1900 年 10 月 6 日)、卢森堡(1900 年 7 月 12 日)、墨西哥(1900 年 4 月 17 日)、黑山(1900 年 10 月 16 日)、荷兰(1900 年 9 月 4 日)、尼加拉瓜(1900 年 10 月 11 日)、挪威(1900 年 9 月 4 日)、波斯(1900 年 9 月 4 日)、葡萄牙(1907 年 8 月 29 日)、罗马尼亚(1900 年 9 月 4 日)、俄罗斯(1900 年 9 月 4 日)、塞尔维亚(1901 年 5 月 11 日)、暹罗(1900 年 9 月 4 日)、西班牙(1900 年 9 月 4 日)、瑞典(1900 年 9 月 4 日)、瑞士(1900 年 12 月 29 日)和土耳其(1907 年 6 月 12 日)。以下国家继承了该《宣言》:白俄罗斯社会主义共和国(1962 年 6 月 4 日)、斐济(1973 年 4 月 2 日)、民主德国(1959 年 2 月 9 日)、南非(1978 年 3 月 10 日)、苏联(1955 年 3 月 7 日)和南斯拉夫(1969 年 4 月 8 日)。

《国际刑事法院规约》第 8(2)(b)(ix)条(参见第 2 卷,第 25 章,第 2 段)。

See, e.g., Oxford Manual of Naval War, Article 16(2)(同上,第 3 段); Report of the Commission on Responsibility(同上,第 4 段); 联合国秘书长公告,第 6.2 节(同上,第 5 段); UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 6(1)(b)(ix)(同上,第 6 段)。

禁止使用易于膨胀的子弹规定在众多军事手册中。根据许多国家的立法,在武装冲突中使用易于膨胀的子弹属于犯罪。该禁止性规定也得到正式声明和其他实践的支持,其中包括许多不是《海牙宣言》缔约国的国家实践。

实践符合该禁止性规定,而且没有国家声称使用此类弹药是合法的。对完全禁止使用易于膨胀的子弹的唯一例外大概是美国的实践,然而这也是很模糊的。尽管美国的若干军事手册禁止使用易于膨胀的子弹,但是美国陆军部做出的三份有关弹药与武器的法律评论则声称,美国将遵守《海牙宣言》,但只是在其规则符合1907年海牙规则之第23(5)条——即禁止使用引起不必要痛苦的武器——的限度内。^①由此,按照美国的说法,如果“清楚地显示出加以使用的军事必要性”,则使用易于膨

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第7-8段)、比利时(同上,第9段)、喀麦隆(同上,第10段)、加拿大(同上,第11-12段)、多米尼加共和国(同上,第13段)、厄瓜多尔(同上,第14段)、法国(同上,第15-17段)、德国(同上,第18-20段)、以色列(同上,第21段)、意大利(同上,第22段)、肯尼亚(同上,第23段)、荷兰(同上,第24-25段)、新西兰(同上,第26段)、尼日利亚(同上,第27段)、俄罗斯(同上,第28段)、南非(同上,第29段)、西班牙(同上,第30段)、英国(同上,第31段)和美国(同上,第33-35段)。

例如,参见以下国家的立法:安道尔(同上,第36段)、澳大利亚(同上,第37-38段)、加拿大(同上,第40段)、刚果(同上,第41段)、厄瓜多尔(同上,第42段)、爱沙尼亚(同上,第43段)、格鲁吉亚(同上,第44段)、德国(同上,第45段)、意大利(同上,第46段)、马里(同上,第47段)、荷兰(同上,第48段)、新西兰(同上,第50段)、英国(同上,第52段)和南斯拉夫(同上,第53段);另参见以下国家的立法草案:布隆迪(同上,第39段)与特立尼达和多巴哥(同上,第51段)。

例如,参见以下国家的声明:阿尔及利亚(同上,第55段)、加拿大(同上,第56段)、哥伦比亚(同上,第57段)、埃及(同上,第58段)、芬兰(同上,第60段)、伊拉克(同上,第64段)、意大利(同上,第65段)、菲律宾(同上,第67段)、瑞典(同上,第68-69段)、瑞士(同上,第70段)、美国(同上,第71和73-77段)和南斯拉夫(同上,第78-79段);印度尼西亚(同上,第63段)的实践,以及印度(同上,第62段)和约旦(同上,第66段)据报告的实践。

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第7-8段)、喀麦隆(同上,第10段)、加拿大(同上,第11-12段)、多米尼加共和国(同上,第13段)、厄瓜多尔(同上,第14段)、以色列(同上,第21段)、肯尼亚(同上,第23段)、新西兰(同上,第26段)、尼日利亚(同上,第27段)和美国(同上,第33-35段);以下国家的立法:安道尔(同上,第36段)、澳大利亚(同上,第37-38段)、加拿大(同上,第40段)、刚果(同上,第41段)、厄瓜多尔(同上,第42段)、爱沙尼亚(同上,第43段)、格鲁吉亚(同上,第44段)、马里(同上,第47段)和新西兰(同上,第50段);以下国家的立法草案:布隆迪(同上,第39段)与特立尼达和多巴哥(同上,第51段);以下国家的声明:阿尔及利亚(同上,第55段)、加拿大(同上,第56段)、哥伦比亚(同上,第57段)、埃及(同上,第58段)、芬兰(同上,第60段)、伊拉克(同上,第64段)、菲律宾(同上,第67段)和美国(同上,第71和73-77段);印度尼西亚(同上,第63段)的实践,以及印度(同上,第62段)和约旦(同上,第66段)据报告的实践。

美国,Field Manual(同上,第33段),Air Force Pamphlet(同上,第34段)和Instructors Guide(同上,第35段)。

^① 美国,Department of the Army, Memorandum of Law on Sniper Use of Open-Tip Ammunition(同上,第74-75段),Legal Review of USSOCOM Special Operations Offensive Handgun(同上,第76段)和Legal Review of the Fabrique Nationale 5.7x28mm Weapon System(同上,第77段)。

胀的弹药是合法的。¹ 但是,在1998年就《国际刑事法院规约》进行谈判期间,对于将使用易于膨胀的子弹定为犯罪,美国并没有提出辩驳。

非国际性武装冲突

若干军事手册中规定,在所有武装冲突中都禁止使用易于膨胀的子弹。² 根据若干国家的立法,使用易于膨胀的子弹属于犯罪。³ 哥伦比亚宪法法院判定,禁止在非国际性武装冲突中使用“达姆弹”是习惯国际法的一部分。⁴

在国际性和非国际性武装冲突中的实践都符合该规则的适用性,因为在非国际性武装冲突中,使用的是和在国际性武装冲突中同样的弹药,而在两种冲突中,都没有使用在人体内易于膨胀的或变得扁平的子弹。这种普遍的避免并不完全是巧合的,这也可以从以下事实中推导出来,即在国际性和非国际性武装冲突中都禁止引起不必要痛苦的武器(见规则70),而普遍的共识是,易于膨胀或扁平的子弹将造成不必要的痛苦。⁵

在国际性和非国际性武装冲突中,都没有发现正式的相反实践。除了美国是一个特例之外,没有任何国家表示有权使用易于膨胀的子弹。不过,有若干国家决定,为了国内执法的需要,在武装冲突的情况以外,特别是为了在城市环境和密集人群中与携带武器的人对抗的必要,警察可以使用易于膨胀的子弹以确保发射的子弹不会在穿透嫌疑人的身体之后再射中其他人,并且增加嫌疑人一旦被击中,就立刻无法开火还击的几率。应该注意到,警察通常在不是武装冲突的场合使用易于膨胀的子弹,这些子弹是由手枪发射的,因此比起通常的步枪或易于膨胀或扁平的步枪子弹,带有更少的动能。因此,警察部队一般不使用禁止在军用步枪上使用的那类易于膨胀的子弹。

允许警察使用易于膨胀的子弹表明国家认为这样的子弹对于某些执法目的来说是必要的。但是,在武装冲突的敌对行动中,从来没有引入使用易于膨胀的子弹。

¹ 美国, Department of the Army, Legal Review of USSOCOM Special Operations Offensive Handgun (同上,第76段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第7段)、加拿大(同上,第12段)、厄瓜多尔(同上,第14段)、法国(同上,第16-17段) (“全面禁止”)、德国(同上,第18-20段)、意大利(同上,第22段)、肯尼亚(同上,第23段)、南非(同上,第29段)和西班牙(同上,第30段) (“绝对禁止”)。

³ 例如,参见以下国家的立法:安道尔(同上,第36段)、厄瓜多尔(同上,第42段)、爱沙尼亚(同上,第43段)、德国(同上,第45段)和南斯拉夫(同上,第53段);另参见意大利的立法(同上,第46段)——在非国际性武装冲突中并不排除该立法的适用。

⁴ 哥伦比亚, Constitutional Court, Constitutional Case No. C - 225 /95 (同上,第54段)。

⁵ See, e.g., Hague Declaration concerning Expanding Bullets(参见第2卷,第20章,第3段);参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第34段) (“弹尖中空的武器”)、厄瓜多尔(同上,第52段)、法国(同上,第55-56段)、德国(同上,第57-59段)、荷兰(同上,第71-72段)、俄罗斯(同上,第78段)、南非(同上,第80段)、美国(同上,第91段)和南斯拉夫(同上,第94段)。

解释

就子弹的制式问题,一些军事手册提到了《海牙宣言》的用语,或明确规定禁止“达姆弹”(即“软弹尖的”或“弹尖中空的”子弹)。⁶ 但是,大多数军事手册明确提到了子弹易于膨胀或扁平的事实,而不管子弹是否有中空的弹尖、软弹尖或被甲上有切口,就如海牙宣言所举例显示的。⁷ 德国的军事手册增添了其他一些类型的弹丸,这些弹丸也会造成类似于“达姆弹”效果的巨大创伤:具有侵切人体后会爆裂或变形性质的弹丸,在人体内容易翻滚的弹丸,或造成可导致大范围组织损伤甚至致死性休克的冲击波的弹丸。⁸ 1990年,美国陆军部准备了一份有关狙击手使用弹尖开敞式弹药的法律备忘录,其中认为某种类型的弹尖中空的子弹不是非法的,因为它不会轻易膨胀或扁平;而且要使用这种子弹的特定场合即由军队的狙击手使用也是合理的,因为这种子弹的设计要保证它在远距离上的准确性。⁹

⁶ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(参见第2卷,第25章,第7-8段)、多米尼加共和国(同上,第13段)、德国(同上,第18段)、以色列(同上,第21段)、荷兰(同上,第25段)、新西兰(同上,第26段)、南非(同上,第29段)、英国(同上,第31-32段)和美国(同上,第33和35段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第9段)、喀麦隆(同上,第10段)、加拿大(同上,第11-12段)、厄瓜多尔(同上,第14段)、法国(同上,第15-17段)、德国(同上,第19-20段)、意大利(同上,第22段)、肯尼亚(同上,第23段)、荷兰(同上,第24段)、尼日利亚(同上,第27段)、俄罗斯(同上,第28段)、西班牙(同上,第30段)和美国(同上,第34段)。

⁸ 德国, Military Manual(同上,第19段)。

⁹ 美国, Department of the Army, Memorandum of Law on Sniper Use of Open - Tip Ammunition(同上,第75段)。

第 26 章

爆炸性子弹

规则 78 禁止以杀伤人员为目的使用可在人体内爆炸的子弹。

实践

第 2 卷, 第 26 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

禁止爆炸性子弹始于 1868 年《圣彼得堡宣言》的通过。该《宣言》通过的动因是避免加剧丧失战斗力的人遭受超出使其丧失战斗力这一需要的痛苦。为此目的, 该《宣言》特别禁止使用“任何轻于 400 克的爆炸性弹丸或是装有爆炸性和易燃性物质的弹丸”, 而在当时, 400 克是炮弹的最小重量。在 1868 至 1869 年间, 19 个国家即当时存在的大多数国家加入了《圣彼得堡宣言》。《圣彼得堡宣言》中的这一禁止性规定后来在《布鲁塞尔宣言》、《牛津手册》和《牛津海战法手册》中也得以确立。第一次世界大战后设立的责任委员会的报告将使用“爆炸性子弹”确认为习惯国际法下的战争罪。

《圣彼得堡宣言》通过以后的实践又修正了这一禁止性规则, 因为第一次世界大战期间开始了爆炸性防空炮弹的使用。再者, 从那时起也开始使用更轻的手榴弹和爆炸性的反器材弹丸。这些进展的发生没有遭到任何反对。若干国家的军事手册

《圣彼得堡宣言》(参见第 2 卷, 第 26 章, 第 1 段)。

奥匈帝国、巴登、巴伐利亚、比利时、巴西、丹麦、法国、希腊、意大利、荷兰、波斯、葡萄牙、普鲁士和北德邦联、俄罗斯、瑞典和挪威联合王国、瑞士、土耳其、联合王国和符腾堡。爱沙尼亚于 1991 年加入。

Brussels Declaration, Article 13(e) (同上, 第 2 段); Oxford Manual, Article 9(a) (同上, 第 3 段); Oxford Manual of Naval War, Article 16(2) (同上, 第 4 段)。

Report of the Commission on Responsibility (同上, 第 5 段)。

这一发展反映在《海牙空战规则》第 18 条中(同上, 第 6 段), 该条称:“航空器使用或对航空器使用曳光弹、燃烧弹或炸弹, 均不予以禁止。该规则对 1868 年《圣彼得堡宣言》的缔约国和非缔约国平等适用。”

和声明认为只有此类投射物被设计成侵切人体才会爆炸时,这些投射物才应被禁止。然而,某些军事手册和立法继续援引《圣彼得堡宣言》中包含的禁止的用语,尽管其后的实践已经修正了这一禁止性规则。

后来的试验表明,某些 12.7 毫米的子弹在模拟的人体组织中爆炸。对于由此而起的顾虑,红十字国际委员会在 1999 年从四个生产和储存 12.7 毫米爆炸性子弹的国家中(因此被称为“特别受影响”的国家)招集了一组军事、法律和弹道学专家。这些以个人身份参与的政府专家同意,针对战斗员使用其可预见效果是在侵切人体时发生爆炸的子弹将有违《圣彼得堡宣言》的目的和宗旨。

非国际性武装冲突

在任何武装冲突中都禁止使用爆炸性子弹包括在若干军事手册和若干国家的立法中。再者,联合国秘书长有关联合国部队遵守国际人道法的公告——这并不仅限于国际性武装冲突——禁止使用在人体内爆炸的子弹。⁰

实践表明,在非国际性武装冲突中没有使用在人体内爆炸的子弹杀伤人员的证据。特别是,国家指出使用爆炸性子弹杀伤人员将造成不必要的痛苦。¹ 禁止使用引起不必要痛苦的作战方法的规则同时适用于国际性和非国际性武装冲突(见规则 70)。

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。没有国家声称有权使用在人体内爆炸的子弹来杀伤人员。在人体内爆炸的子弹的后果要远甚于同样被禁止的易于膨胀的子弹(见规则 77)。

例如,参见以下国家的军事手册:德国(同上,第 13 段)、意大利(同上,第 14 段)和英国(同上,第 18 - 19 段),以及巴西(同上,第 28 段)和美国(同上,第 35 - 36 段)的声明。

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 8 - 9 段)、加拿大(同上,第 11 段)、新西兰(同上,第 15 段)、西班牙(同上,第 17 段)、美国(同上,第 20 段);以下国家的立法:安道尔(同上,第 21 段)、澳大利亚(同上,第 22 段)、厄瓜多尔(同上,第 23 段)和南斯拉夫(同上,第 26 段);以及以下国家的声明:巴西(同上,第 28 段)、哥伦比亚(同上,第 29 段)和南斯拉夫(同上,第 37 段);另见印度尼西亚(同上,第 30 段)和约旦(同上,第 31 段)据报告的实践。

See ICRC, Statement before the First Committee of the UN General Assembly (同上,第 46 段), and Ensuring respect for the 1864 St. Petersburg Declaration: Prohibiting the use of certain explosive projectiles, Report submitted to the Third Preparatory Committee for the Second Review Conference of the States Parties to the CCW (同上,第 47 段)。

例如,参见南斯拉夫(同上,第 37 段)的声明,以及印度尼西亚(同上,第 30 段)和约旦(同上,第 31 段)据报告的实践。

⁰ 联合国秘书长的公告,第 6.2 节(同上,第 7 段)。

¹ 例如,见《圣彼得堡宣言》(同上,第 1 段),以及德国(参见第 2 卷,第 20 章,第 58 段)和俄罗斯(同上,第 78 段)的军事手册。

第 27 章

主要以无法检测的碎片伤人的武器

规则 79 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。

实践

第 2 卷, 第 27 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

《常规武器公约议定书一》禁止使用其主要作用在于以碎片伤人而其碎片无法用 X 射线检测的武器。该议定书未引起任何争议便获通过。

众多军事手册中都包含了这一禁止性规定。根据一些国家的立法, 使用以碎片伤人而其碎片无法用 X 射线检测的武器是战争罪行。这也得到正式声明和据报

《常规武器公约议定书一》(参见第 2 卷, 第 27 章, 第 1 段)。

例如, 参见以下国家的军事手册: 阿根廷(同上, 第 8 段)、澳大利亚(同上, 第 9 - 10 段)、比利时(同上, 第 11 段)、加拿大(同上, 第 12 段)、厄瓜多尔(同上, 第 13 段)、法国(同上, 第 14 - 15 段)、德国(同上, 第 16 - 17 段)、以色列(同上, 第 18 段)、意大利(同上, 第 19 段)、肯尼亚(同上, 第 20 段)、荷兰(同上, 第 21 段)、新西兰(同上, 第 22 段)、尼日利亚(同上, 第 23 段)、俄罗斯(同上, 第 24 段)、南非(同上, 第 25 段)、西班牙(同上, 第 26 段)、瑞典(同上, 第 27 段)、瑞士(同上, 第 28 段)、英国(同上, 第 29 - 30 段)和美国(同上, 第 31 - 34 段)。

例如, 参见爱沙尼亚(同上, 第 35 段)和匈牙利(同上, 第 36 段)的立法。

告实践的支持。采取这一实践做法的包括一些在当时没有加入《常规武器公约》的国家。

非国际性武装冲突

在通过时,《常规武器公约议定书一》仅适用于国际性武装冲突。但是,在批准该《公约》时,法国、以色列和美国声明它们将在非国际性武装冲突中也适用该《议定书》。在2001年召开的《常规武器公约》的第二次审查会议上,《公约》被修正,其议定书的适用被延伸至非国际性武装冲突。在谈判时,该修正没有引起争议,现在该修正已经生效。另外,联合国秘书长的《联合国部队遵守国际人道法的公告》——该《公告》不仅限于国际性武装冲突——禁止使用主要以无法检测的碎片伤人的武器。

禁止在任何武装冲突中使用此类武器规定在若干军事手册中。⁰ 根据一些国家的立法,使用以碎片伤人而其碎片无法用X射线检测的武器是战争罪行。¹ 这一规

例如,参见以下国家的声明:澳大利亚(同上,第39-40段)、奥地利(同上,第38-39段)、白俄罗斯(同上,第39段)、比利时(同上,第39段)、保加利亚(同上,第39段)、加拿大(同上,第39段)、哥伦比亚(同上,第38段)、古巴(同上,第39段)、丹麦(同上,第38-39段)、芬兰(同上,第39段)、法国(同上,第39段)、联邦德国(同上,第38-39段)、民主德国(同上,第39段)、希腊(同上,第39段)、匈牙利(同上,第39段)、印度(同上,第41段)、爱尔兰(同上,第39段)、意大利(同上,第39段)、牙买加(同上,第39段)、墨西哥(同上,第38-39段)、摩洛哥(同上,第39段)、荷兰(同上,第39段和第45段)、新西兰(同上,第39段)、挪威(同上,第38-39段)、巴拿马(同上,第39段)、菲律宾(同上,第39段)、波兰(同上,第39段)、葡萄牙(同上,第39段)、罗马尼亚(同上,第39段)、西班牙(同上,第38-39段)、苏丹(同上,第39段)、瑞典(同上,第38-39段)、瑞士(同上,第38-39段)、叙利亚(同上,第39段)、多哥(同上,第39段)、乌克兰(同上,第39段)、前苏联(同上,第39段)、英国(同上,第39段)、美国(同上,第38-39段和第46段)、委内瑞拉(同上,第38-39段)、南斯拉夫(同上,第38-39段)和扎伊尔(同上,第39段);以及以下国家据报告的实践:印度(同上,第42段)、印度尼西亚(同上,第43段)和约旦(同上,第44段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第8段)、比利时(同上,第11段)、意大利(同上,第19段)、肯尼亚(同上,第20段)和新西兰(同上,第22段);以及印度尼西亚据报告的实践(同上,第43段)。

法国在批准《禁止某些常规武器公约》时所做的保留(同上,第3段);以色列在加入《常规武器公约》时所做的声明和理解(同上,第4段);美国在批准《常规武器公约》所做的声明(同上,第5段)。

《常规武器公约》,经修正的第1条(同上,第6段)。

该修正于2004年5月18日生效。目前,有44个国家批准了经修正的《常规武器公约》:阿根廷、澳大利亚、奥地利、比利时、保加利亚、布基纳法索、加拿大、中国、克罗地亚、丹麦、爱沙尼亚、芬兰、法国、德国、希腊、梵蒂冈教廷、匈牙利、印度、意大利、日本、拉脱维亚、利比里亚、列支敦士登、立陶宛、卢森堡、马耳他、墨西哥、摩尔多瓦、荷兰、挪威、巴拿马、秘鲁、韩国、罗马尼亚、塞尔维亚和黑山、塞拉利昂、斯洛伐克、西班牙、斯里兰卡、瑞典、瑞士、土耳其、乌克兰和英国。

联合国秘书长的公告,第6.2节(参见第2卷,第27章,第7段)。

⁰ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第9段)、厄瓜多尔(同上,第13段)、法国(同上,第14-15段) (“全面禁止”)、德国(同上,第16-17段)、意大利(同上,第19段)、肯尼亚(同上,第20段)、南非(同上,第25段)和西班牙(同上,第26段) (“绝对禁止”)。

¹ 例如,参见爱沙尼亚(同上,第35段)的立法;另参见匈牙利(同上,第36段)的立法——并不排除此立法适用于非国际性武装冲突。

则也得到正式声明和据报告的实践的支持。²

在国际性和非国际性武装冲突中的实践都符合该规则的适用性,因为一般而言,国家对于国际性和非国际性武装冲突并没有使用不同的军事武器。尽管生产其主要作用在于以不可检测的碎片伤人的武器的能力在很长时期内就已经广为具备,但是似乎不存在这样的武器。这种普遍的避免并不完全是巧合的,这也可以从以下事实中推导出来,即在国际性和非国际性武装冲突中都禁止引起不必要痛苦的武器(见规则 70),而普遍的共识是,其主要作用在于以不可检测的碎片伤人的武器将造成不必要的痛苦。³

不论在国际性还是非国际性武装冲突中,均未发现违反该规则的正式实践。没有国家声称它可以在任何类型的武装冲突中使用主要作用在于以不可检测的碎片伤人的武器。

解释

通过《常规武器公约议定书一》的原因在于,主要以不可检测的碎片伤人的武器将使得治愈创伤极为困难,而这种困难造成的额外痛苦并无军事上的益处,因此这样的武器将引起不必要的痛苦。英国的《军事手册》——这一手册在通过《常规武器公约议定书一》之前就已经起草——做出了支持这一观点的声明,即禁止引起不必要痛苦的武器包括“填充了碎玻璃的弹丸”。⁴ 基于这样的原因,《常规武器公约议定书一》特别指出禁止使用的武器是那些“主要作用”在于以不可检测的碎片伤人的武器。因此,诸如因其设计需要而包含塑料部件的武器,如果其塑料部件并非主要杀伤机制的组成部分,则并不是非法的。⁵

² 例如,参见印度(同上,第 41 段)的声明以及以下国家的据报告的实践:印度(同上,第 42 段)、印度尼西亚(同上,第 43 段)和约旦(同上,第 44 段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(参见第 2 卷,第 20 章,第 34 段)、厄瓜多尔(同上,第 52 段)、法国(同上,第 55 - 56 段)、德国(同上,第 59 段)、荷兰(同上,第 71 - 72 段)、新西兰(同上,第 73 段)、南非(同上,第 80 段)、英国(同上,第 85 段)和美国(同上,第 87、89、91 段和第 93 段)。

⁴ 英国, Military Manual, (参见第 2 卷,第 27 章,第 29 段);另见尼日利亚(同上,第 23 段)和美国(同上,第 31 - 33 段)的军事手册。

⁵ 例如,参见美国, Legal Review of Maverick A lternate W arhead(同上,第 46 段)。

第 28 章

诱杀装置

规则 80 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诱杀装置。

实践

第 2 卷, 第 28 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

条约实践和其他的国家实践都支持这样一种前提, 即如果因其性质或运用而使得诱杀装置的使用侵犯了由另外的国际人道法习惯规则给予受保护之人或物体的法律保护, 则这样的诱杀装置是被禁止的。对于《常规武器公约修正的第二号议定书》中列举的禁止使用的诱杀装置, 这就是背后的动因。

在某些缔约国的军事手册和立法中, 都能发现《常规武器公约议定书二》和《修正的第二号议定书》中所列举的禁止使用的诱杀装置。其他一些军事手册的描述更为笼统, 而且强调禁止将诱杀装置连接在普通平民的日常生活物品上, 以及绝不能在受保护的人、受保护的物体(诸如药疗用品、墓地和文化或宗教产业)或国际上承认的受保护的徽章或标志(诸如红十字和红新月)上连接使用诱杀装置。若干军事手册进一步明确指出, 禁止在可能吸引平民之物体如儿童玩具上连接诱杀装置。

《常规武器公约议定书二》第 6(1) 条(参见第 2 卷, 第 28 章, 第 5 段);《常规武器公约修正的第二号议定书》第 7 条第 1 款(同上, 第 5 段)。

例如, 参见以下国家的军事手册: 澳大利亚(同上, 第 30 - 31 段)、加拿大(同上, 第 36 段)、法国(同上, 第 41 段)、德国(同上, 第 42 段)、以色列(同上, 第 44 段)、肯尼亚(同上, 第 45 段)、荷兰(同上, 第 46 段)和新西兰(同上, 第 47 段); 以及韩国的立法(同上, 第 61 段)。

例如, 参见以下国家的军事手册: 喀麦隆(同上, 第 34 段)、厄瓜多尔(同上, 第 38 段)、瑞士(同上, 第 52 - 54 段)和美国(同上, 第 56 段和第 58 段)。

例如, 参见以下国家的军事手册: 比利时(同上, 第 32 段)、法国(同上, 第 39 段)和德国(同上, 第 43 段)。

在没有加入,或当时没有加入《常规武器公约议定书二》和《修正的第二号议定书》之国家的军事手册和声明中,也能发现这种禁止性规定。

非国际性武装冲突

在国际性武装冲突期间对使用某些类型的诱杀装置的禁止或对在某些情况下使用诱杀装置的禁止,对非国际性武装冲突也同样有效。再者,在讨论将《常规武器公约修正的第二号议定书》的适用范围扩大至非国际性武装冲突期间,将有关诱杀装置的议定书条款适用于非国际性武装冲突没有引起任何争论。尽管这些讨论是在条约谈判的过程中发生的,但也表明,各缔约国认为,受到可适用于非国际性武装冲突的国际人道法规则保护的平民和物体,也应同样保护其免受诱杀装置的侵害(诱杀装置可能导致违反规则的后果)。

另外,有关诱杀装置的规定也包含在适合于非国际性武装冲突的军事手册和国内立法中。哥伦比亚宪法法院判定,在非国际性武装冲突中禁止某些诱杀装置是习惯国际法的一部分。

使用其他诱杀装置

以非本规则所禁止的方式使用的诱杀装置仍然受到有关敌对行动的一般规则的制约,特别是区分原则(见规则 1 和规则 7)和比例性原则(见规则 14)。再者,必须采取一切可能的预防措施,以期避免,并无论如何,减少平民生命的附带受损失、平民受伤害和民用物体受损害的规则(见规则 15)也必须得到尊重。

参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第 29 段)、比利时(同上,第 32 段)、喀麦隆(同上,第 34 段)、肯尼亚(同上,第 45 段)和美国(同上,第 56 - 58 段),以及埃及的声明(同上,第 66 段)。

例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 30 段)、加拿大(同上,第 37 段)、厄瓜多尔(同上,第 38 段)、德国(同上,第 42 - 43 段)、肯尼亚(同上,第 45 段)和南非(同上,第 49 段),以及爱沙尼亚(同上,第 59 段)的立法;另见匈牙利(同上,第 60 段)的立法——并不排除此立法适用于非国际性武装冲突。

哥伦比亚,Constitutional Court, Constitutional Case No. C - 225 /95 (同上,第 62 段)。

第 29 章

地雷

规则 81 当使用地雷时,须特别注意减轻其不分皂白的后果。

实践

第 2 卷,第 29 章,B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这一规则适用于反车辆地雷的使用。对尚未全面禁止使用杀伤人员地雷的国家,该规则也适用于杀伤人员地雷。

国际性武装冲突

在《常规武器公约议定书二》的原始文本和修订文本中包含的许多规则,以及其他国家的实践,都旨在消除地雷的不分皂白的后果。这些条约的规定包含对某些类型的地雷的禁止,以及进一步的限制,因而旨在限制由这些武器引起的潜在的不分皂白的损害。再者,实践表明,适用于敌对行动的习惯法规则,例如区分原则(见规则 1 和规则 7)、比例性原则(见规则 14)和在攻击时采取所有可能的预防措施的义务(见规则 15),都同样地适用于地雷的使用。

在使用地雷时要加以特别注意义务的基础是在《常规武器公约议定书二》中编纂的一系列规则。该《议定书》为所有地雷的布设确立了一般性的规则。它还为遥布地雷的使用,以及在人口密集地区非遥布地雷的使用划定了特别的限制。再者,《议定书二》要求采取一切可行的预防措施,以保护平民不受这些武器的影响。《议定书》还提到了一些特别的预防措施,例如对雷区做出标志和记号、记录雷区、监督

特别是,《常规武器公约修正的第二号议定书》的规定对某些类型的地雷的禁止,第 3(5)条(参见第 2 卷,第 29 章,第 2 段),第 3(6)条(同上,第 3 段),第 4 条(同上,第 4 段),第 6(2)条(同上,第 5 段)和第 6(3)条(同上,第 6 段);以及《常规武器公约议定书二》规定的其他限制,第 4 - 5 条(同上,第 194 段),和《常规武器公约修正的第二号议定书》第 5 - 6 条(同上,第 203 段)。

《常规武器公约议定书二》第 7 条(同上,第 341 段)。

《常规武器公约议定书二》第 4 - 5 条(同上,第 194 段)。

《常规武器公约议定书二》第 3(4)条(同上,第 192 段)。

雷区,以及保护联合国部队和特派团不受影响的程序。《常规武器公约议定书二》获得一致通过,而且在当时没有引起任何争论。

许多军事手册都规定了在使用地雷时应采取的特别预防措施。另有情况表明,《常规武器公约议定书二》的规定被认为构成了有关地雷使用的权威性的最低标准,而根据条约义务,这些地雷并没有像《渥太华禁雷公约》禁止杀伤人员地雷一样受到特别禁止。其结果是,这些预防措施作为一个整体,为国家相信为减少地雷之不分皂白后果所必须采取措施的类型,提供了一种指标。

《常规武器公约修正的第二号议定书》重申和发展了在使用地雷时应采取的预防措施。

非国际性武装冲突

最初的《常规武器公约议定书二》只适用于国际性武装冲突,而绝大部分国内冲突的具体实践并不符合这些规则。然而,联合国安全理事会、联合国大会和个别国家对非国际性武装冲突中地雷对平民的影响表示了关切,这样的关切标示着国际社会的观点,即在这样的情况中平民必须免受地雷的伤害。《常规武器公约修正的第二号议定书》的适用范围延展至非国际性武装冲突就反映了这样的观点。⁰ 自那以后,《常规武器公约》本身也得到了修正,以致原来的《议定书二》也可适用于加入修正后《常规武器公约》国家的非国际性武装冲突。¹ 在2001年的第二次审查会议上通过的修正,没有引起任何争议。由此,在非国际性武装冲突中这样一项习惯法规则的存在毋庸置疑,即使用地雷的方式不能构成不分皂白的攻击,也必须因此采取特别的注意以尽可能减少其不分皂白的后果。

《常规武器公约议定书二》第4(2)条(同上,第194段)、第7条(同上,第341段)、第8条(同上,第342段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第221段)、澳大利亚(同上,第222-223段)、比利时(同上,第224段)、喀麦隆(同上,第225段)、加拿大(同上,第226段)、法国(同上,第227-228段)、德国(同上,第229段)、以色列(同上,第230段)、肯尼亚(同上,第231段)、荷兰(同上,第232段)、新西兰(同上,第233段)、西班牙(同上,第234段)、瑞典(同上,第235段)和美国(同上,第236-238段)。

例如,参见加拿大的声明(同上,第245段);以及联合国大会,第49/75 D号决议(同上,第283段)和第50/700号决议(同上,第283段)。

例如,参见《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(10)条(同上,第192段)、第3(11)条(同上,第202段)、第5-6条(同上,第203段)、第9条(同上,第350段)、第10条(同上,第351段)和第12条(同上,第352段)。

例如,参见联合国安全理事会,第965号决议(同上,第277段)、第1005号决议(同上,第278段)、第1076号决议(同上,第279段)、第1089号决议(同上,第280段)和第1096号决议(同上,第281段);联合国大会,第49/198号决议(同上,第285段)、第49/199号决议(同上,第284段)、第50/178号决议(同上,第284段)、第50/197号决议(同上,第285段)、第51/98号决议(同上,第284段)、第51/112号决议(同上,第285段)和第55/116号决议(同上,第289段);以及以下国家的声明:澳大利亚(同上,第242段)、加拿大(同上,第244-245段)和英国(同上,第272段)。

⁰ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第1(2)条(同上,第200段)。

¹ 《常规武器公约》经修正的第1条(同上,第218段)。

杀伤人员地雷

《渥太华公约》有超过 140 个缔约国,而且还会有国家批准和加入。由此,大多数国家都受到条约约束,不能再使用、生产、储存和转让杀伤人员地雷。但是,有若干个国家包括中国、芬兰、印度、韩国、巴基斯坦、俄罗斯和美国还没有批准《渥太华公约》,并坚持它们仍然有权使用杀伤人员地雷。² 大约有六七个国家在最近的冲突中使用了杀伤人员地雷。³ 这样的实践意味着在目前阶段还不能说使用杀伤人员地雷受到习惯国际法的禁止。

但是,几乎所有国家(包括不是《渥太华公约》缔约国的国家和并不赞成立即禁雷的国家)都同意它们需要努力做到最终消除杀伤人员地雷。特别值得注意的是 2001 年对《常规武器公约》的第二次审查会议上,该公约的缔约国——其中包括不是《渥太华公约》缔约国的某些国家——一致通过的最后宣言。⁴ 在该宣言中,缔约国“庄严宣布其……所有国家应为全球范围内杀伤人员地雷之最终消除的目标努力之信念”。⁵ 再者,一些联合国大会的决议敦促国家对消除杀伤人员地雷做出贡献。⁶ 尽管有一些国家对这些决议投了弃权票,但是绝大多数弃权的国家在那以后或者参见了第二次审查会议上通过的声明,或者做出声明承认最终消除杀伤人员地雷的目标,其中最突出的就是埃塞俄比亚于 1995 年和土耳其于 2002 年做出的声明(土耳其现在也批准了《渥太华公约》)。⁷ 伊斯兰会议组织外交部长会议于 1995 年和 1996 年通过的决议,以及红十字和红新月国际大会于 1995 年通过的决议,也支持最终消除杀伤人员地雷。⁸ 特别值得注意的是,《渥太华公约》的缔约国于 1999 年在马普托(Mapu to)召开的第一次会议上通过了一项宣言,呼吁仍在使用和拥有杀伤人员地雷的国家“即刻停止”使用和拥有。⁹ 对非缔约国的这样一项声明是一种重要的标示,表明了一种信念,即所有的国家应该为消除杀伤人员地雷做出努力。所有以上摘引

² 例如,参见以下国家的声明:中国(同上,第 54 段)、芬兰(同上,第 62 段)、印度(同上,第 66 段)、韩国(同上,第 72 段)、巴基斯坦(同上,第 83 - 84 段和第 262 段)、俄罗斯(同上,第 88 段)和美国(同上,第 101 段)。

³ 参见国际禁雷运动报告的实践, Landmine Monitor Report 1999 (同上,第 187 段)以及 Landmine Monitor Report 2000 (同上,第 188 段和第 190 段)。

⁴ 不是《渥太华公约》的缔约国但参加了本宣言的国家是:白俄罗斯、中国、古巴、爱沙尼亚、芬兰、希腊、印度、以色列、韩国、拉脱维亚、立陶宛、蒙古、巴基斯坦、波兰、俄罗斯、乌克兰、美国和南斯拉夫。

⁵ 《常规武器公约》第二次缔约国审查会议,最后宣言(参见第 2 卷,第 29 章,第 163 段)。

⁶ 例如,参见联合国大会,第 49/75 D 号决议(同上,第 108 段)、第 49/199 号决议(同上,第 109 段)、第 50/700 号决议(同上,第 108 段)、第 50/178 号决议(同上,第 109 段)、第 51/45 S 号决议(同上,第 110 段)、第 51/98 号决议(同上,第 109 段)和第 52/38 H 号决议(同上,第 112 段)。

⁷ 埃塞俄比亚,在联合国大会第一委员会的发言(同上,第 61 段),以及土耳其,Press Release of the Minister of Foreign Affairs(同上,第 96 段)。

⁸ O IC Conference of Ministers of Foreign Affairs, Res. 36/23 - P and 27/24 - P (同上,第 152 段); 26th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. II(同上,第 156 段)。

⁹ 《渥太华公约》首次缔约国会议,宣言(同上,第 160 段)。

的实践都似乎表明,正在形成一项消除杀伤人员地雷的义务。

规则 82 使用地雷的冲突方必须尽可能记录地雷的布设地点。

实践

第2卷,第29章,C节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这一规则适用于反车辆地雷的使用。对尚未全面禁止使用杀伤人员地雷的国家,该规则也适用于杀伤人员地雷。

国际性武装冲突

最初的《常规武器公约议定书二》明确要求记录预先布设的雷场,在可能的程度内,也记录其他类型的雷场。⁰ 《常规武器公约修正的第二号议定书》则明确规定,必须记录有关所有地雷和布雷地区的信息。¹

许多军事手册特别明确了最初的《常规武器公约议定书二》所包含的要求,或更加泛泛地声明雷场的地点应该被记录下来。² 其中的某些军事手册照抄了其国家批准的这一议定书的规则。³ 不过,加拿大、法国、德国、以色列、瑞士和美国的军事手册声明,存在记录所有雷场(就瑞士而言是“大规模雷场”)的要求,因此记录的要求并不仅限于预先布设的雷场。⁴ 这些国家在公布它们各自的军事手册时,并不是《常规武器公约修正的第二号议定书》的缔约国,或者其军事手册的出版是在《修正的第二号议定书》通过之前。

联合国大会于1994年、1995年和1998年以一致同意通过的数项决议强调了记

⁰ 《常规武器公约议定书二》第7条(同上,第341段)。

¹ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第9条(同上,第350段)。

² 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第360段)、澳大利亚(同上,第361-362段)、比利时(同上,第363段)、喀麦隆(同上,第364段)、加拿大(同上,第365段)、法国(同上,第366-367段)、德国(同上,第368段)、以色列(同上,第369段)、肯尼亚(同上,第370段)、荷兰(同上,第371段)、新西兰(同上,第372段)、西班牙(同上,第373段)、瑞典(同上,第374段)、瑞士(同上,第375段)和美国(同上,第377-378段)。

³ 例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第360段)、喀麦隆(同上,第364段)、荷兰(同上,第371段)、新西兰(同上,第372段)、西班牙(同上,第373段)和瑞典(同上,第374段)。

⁴ 加拿大,《武装冲突法手册》(同上,第365段);法国,《武装冲突法教学手册》(同上,第366段)和《武装冲突法手册》(同上,第367段);德国,《军事手册》(同上,第368段);以色列,《战争法手册》(同上,第369段);瑞士,《基本军事手册》(同上,第375段);美国,《空军指挥员手册》(同上,第377段)和《海军手册》(同上,第378段)。

录雷场位置的重要性。³ 值得注意的是,在 1994 年通过的决议中,就记录地雷的位置,使用了“适当”的字眼,但该字眼在 1995 年和 1998 年的决议中被删掉了。后一决议的用词反映了国家对地雷的灾难性后果的不断增长的关注,以及对有关地雷使用的规则应该更加严格的共识。

非国际性武装冲突

最初的《常规武器公约议定书二》只适用于国际性武装冲突。《修正的第二号议定书》规定了适用于非国际性武装冲突的更为广泛的记录义务,⁴ 并不清楚这样的义务是否是习惯国际法的一部分。尽管在许多情况中,非国际性武装冲突的参与方(特别是非缔约国)没有记录地雷的布设地点,但是最近的发展表明,国际社会现在同意,如果可能的话,应该在所有情况中都记录地雷的使用。特别是,就地雷使用的问题,联合国大会决议刻意未在国际性和非国际性武装冲突之间做出区分。²

规则 83 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。

实践

第 2 卷,第 29 章,C 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。这一规则适用于反车辆地雷的使用。对尚未全面禁止使用杀伤人员地雷的国家,该规则也适用于杀伤人员地雷,对此的一个附带条件是,《渥太华公约》包括了有关销毁雷区内杀伤人员地雷的明确规定。⁵

国际性和非国际性武装冲突

直到 20 世纪 90 年代,几乎没有实践表明存在布设地雷方必须移除地雷的要求,而且一般而言的期望是,应该由其领土上布有地雷的国家决定如何应对。最初的

³ 联合国大会,第 49/215 和第 50/82 号决议(同上,第 405 段)以及第 53/26 号决议(同上,第 408 段)。

⁴ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第 1(2)条(同上,第 347 段)和第 9 条(同上,第 350 段)。

² 尤其就记录地雷的布设,参见联合国大会,第 49/215 和第 50/82 号决议(同上,第 405 段)以及第 53/26 号决议(同上,第 408 段)。有关地雷问题的一般情况,参见联合国大会,第 48/75 K 号决议(同上,第 403 段)、第 49/79 号决议(同上,第 404 段)、第 49/199 号决议(同上,第 406 段)、第 49/215 号决议(同上,第 405 段)、第 50/82 号决议(同上,第 405 段)、第 50/178 号决议(同上,第 406 段)、第 51/49 号决议(同上,第 407 段)、第 51/98 号决议(同上,第 406 段)、第 53/26 号决议(同上,第 408 段)和第 53/164 号决议(同上,第 409 段)。

⁵ 《渥太华公约》第 5 条。

《常规武器公约议定书二》只是鼓励合作以移除地雷或使其不再具有杀伤力。⁹ 但是,国际社会在这一方面的态度已经发生了变化。《修正的第二号议定书》第3条第2款的措辞包含了国家应对其布设的地雷负责的原则,反映了这一态度的变化。¹⁰ 对于在敌对战事结束时移除地雷或以其他方式使之无害,《修正的第二号议定书》规定了详细的规则。¹¹

1993年以来联合国安理会和大会通过了大量的决议,强烈谴责遗留在地表或地下的地雷对平民的危害,并明确指出确保加以移除的需要。¹² 这些决议有意没有将其适用局限于国际性武装冲突,因为与未清除的雷场有关的最严重的问题往往与非国际性武装冲突联系在一起。其中几项决议特别提出需要清除在非国际性武装冲突中布设的雷场,包括在安哥拉、柬埔寨、卢旺达和科索沃的雷场。¹³

实践表明,已经不再允许冲突方随意抛弃它们布设的地雷。联合国秘书长“协助排雷的报告”也支持这一观点。¹⁴ 但是,为移除地雷或以其他方式使之无害而应采取的方式,是以相对一般化的词语表达的。军事手册和各项联合国决议提到了由扫雷人员移除,或以提供信息或其他合适的资源援助包括国际机构在内的第三方进行此种移除的要求。¹⁵

⁹ 《常规武器公约议定书二》,第9条(同上,第346段)。

¹⁰ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第3(2)条(同上,第348段)。

¹¹ 《常规武器公约修正的第二号议定书》第10条(同上,第351段)。

¹² 例如,参见联合国安全理事会,第1005号决议(同上,第399段)、第1055号决议(同上,第401段)、第1062号决议(同上,第400段)、第1064号决议(同上,第401段)、第1074号决议(同上,第401段)、第1087号决议(同上,第401段)、第1093号决议(同上,第402段)和第1119号决议(同上,第402段);联合国大会,第48/75 K号决议(同上,第403段)、第49/79号决议(同上,第404段)、第49/199号决议(同上,第406段)、第49/215号决议(同上,第405段)、第50/82号决议(同上,第405段)、第50/178号决议(同上,第406段)、第51/49号决议(同上,第407段)、第51/98号决议(同上,第406段)、第53/26号决议(同上,第408段)和第53/164号决议(同上,第409段)。

¹³ 联合国安全理事会,第1005号决议(同上,第399段)、第1055号决议(同上,第401段)、第1064号决议(同上,第401段)、第1075号决议(同上,第401段)、第1087号决议(同上,第401段);联合国大会,第49/199号决议(同上,第406段)、第50/178号决议(同上,第406段)、第51/98号决议(同上,第406段)和第53/164号决议(同上,第409段)。

¹⁴ 联合国秘书长,“协助排雷的报告”(同上,第411段)。

¹⁵ 例如,参见以下国家的军事手册:加拿大(同上,第365段)、法国(同上,第366-367段)、德国(同上,第368段)、瑞士(同上,第375段)和美国(同上,第378段);联合国安全理事会,第1005号决议(同上,第399段)、第1055号决议(同上,第401段)、第1062号决议(同上,第400段)、第1064号决议(同上,第401段)、第1075号决议(同上,第401段)、第1087号决议(同上,第401段)、第1093号决议(同上,第402段)和第1119号决议(同上,第402段);联合国大会,第49/79号决议(同上,第404段)、第49/199号决议(同上,第406段)、第49/215号决议(同上,第405段)、第50/82号决议(同上,第405段)、第50/178号决议(同上,第406段)、第51/49号决议(同上,第407段)、第51/98号决议(同上,第406段)、第53/26号决议(同上,第408段)和第53/164号决议(同上,第409段);联合国人权委员会,第1996/54号决议(同上,第410段)。

第 30 章

燃烧武器

规则 84 如果使用燃烧武器,须特别注意避免,并在任何情况下尽量减少平民生命附带受损失,平民受伤害和民用物体受损害。

实践

第 2 卷,第 30 章,A 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

20 世纪 70 年代,在联合国大会以及导致通过《常规武器公约》及其议定书的外交会议期间的讨论表明,使用燃烧武器是一个敏感的事项。特别是在讨论越南战争时期使用燃烧武器的后果时出现了争论,而大部分国家赞成全面禁止使用燃烧武器。在不支持全面禁止的国家中,大多数也迫切要求对燃烧武器的严格限制以避免平民的伤亡。

在《常规武器公约议定书三》中,那些以一致同意通过的条款规定反映了后一种趋势,这些规定不仅重复了适用于所有武器使用的区分原则,而且禁止从空中向位于平民密集地区的军事目标发射燃烧武器,也限制在这样的平民密集地区使用其他燃烧武器。不到半数的国家是该条约的缔约国。不过,许多国家并没有储存燃烧武器,而且自从该议定书通过以后,这样的武器极少被使用。

例如,参见声明(参见第 2 卷,第 30 章,第 9 - 73 段)。

例如,参见以下国家的声明:澳大利亚(同上,第 141 段和第 143 - 144 段)、奥地利(同上,第 146 段)、丹麦(同上,第 148 - 149 段)、埃及(同上,第 146 段)、加纳(同上,第 146 段)、印度尼西亚(同上,第 154 段)、牙买加(同上,第 146 段)、日本(同上,第 155 - 156 段)、墨西哥(同上,第 146 段)、荷兰(同上,第 142 - 144 段和第 158 段)、新西兰(同上,第 159 段)、挪威(同上,第 149 段和第 160 段)、罗马尼亚(同上,第 146 段)、瑞典(同上,第 146 段)、叙利亚(同上,第 162 段)、前苏联(同上,第 163 段)、英国(同上,第 164 段)、美国(同上,第 165 - 166 段)、委内瑞拉(同上,第 146 段)和南斯拉夫(同上,第 146 段);另外,参见美国的据报告的实践(同上,第 167 段)。

《常规武器公约议定书三》第 2 条(同上,第 110 段)。

再者,大多数军事手册或者提到了《常规武器公约议定书三》中的规则,或者声明了避免或至少尽量减少平民伤亡的要求。这些军事手册中包括一些没有加入,或在当时没有加入该《议定书》的国家。

尽管《议定书三》第2条第1款中的规则只不过是对区分原则(见规则1和规则7)的适用,无疑是习惯国际法的一部分,但很难得出结论说《议定书三》第2(2)条至2(4)条中的详细规则也是习惯国际法,不过,这些规则可以被视为须予以特别注意以避免平民伤亡这一习惯规则之实施的指导方针。再者,军事手册、正式声明和其他实践强调了燃烧武器只能用于某些合理的目的。再考虑到燃烧武器的使用远少于其他常规武器的情况,这表明了国家的普遍意见,即在军事上可行的情况下,应该避免使用燃烧武器(见规则85)。

非国际性武装冲突

直到《常规武器公约》在2001年被修订以前,该公约的《议定书三》只适用于国际性武装冲突。与非国际性武装冲突中国际人道法适用有关的大多数发展都发生在过去20多年间,而在此期间普遍未使用燃烧武器这一事实意味着国际社会没有理由探讨这一事务。但是,考虑到就20世纪70年代使用燃烧武器所引起的争论,以及自从那时在国际社会中发展出来的明确意见即必须特别注意保护平民不受武装冲突的影响,可以得出结论,认为这一规则对非国际性武装冲突同样有效。在2001年,《议定书三》的适用范围扩大至非国际性武装冲突,这一点在谈判期间没有引起争论并

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第117段)、澳大利亚(同上,第118-119段)、比利时(同上,第120段)、喀麦隆(同上,第121段)、加拿大(同上,第122段)、厄瓜多尔(同上,第123段)、法国(同上,第124-125段)、德国(同上,第126段)、以色列(同上,第127段)、肯尼亚(同上,第128段)、荷兰(同上,第129段)、新西兰(同上,第130段)、俄罗斯(同上,第131段)、西班牙(同上,第132段)、瑞典(同上,第133段)、瑞士(同上,第134段)和美国(同上,第136-137段)。

参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第117段)、比利时(同上,第120段)、喀麦隆(同上,第121段)、以色列(同上,第127段)、肯尼亚(同上,第128段)和美国(同上,第136段)。

《常规武器公约议定书三》第2(2)条至第2(4)条(同上,第110段)。

例如,参见以下国家的军事手册:阿根廷(同上,第117段)、澳大利亚(同上,第118-119段)、比利时(同上,第120段)、喀麦隆(同上,第121段)、加拿大(同上,第122段)、厄瓜多尔(同上,第123段)、法国(同上,第124-125段)、德国(同上,第126段)、以色列(同上,第127段)、肯尼亚(同上,第128段)、荷兰(同上,第129段)、新西兰(同上,第130段)、俄罗斯(同上,第131段)、西班牙(同上,第132段)、瑞典(同上,第133段)、瑞士(同上,第134段)和美国(同上,第136-137段),以下国家的声明:奥地利(同上,第146段)、澳大利亚(同上,第141段和第143-144段)、丹麦(同上,第148-149段)、埃及(同上,第146段)、加纳(同上,第146段)、印度尼西亚(同上,第154段)、牙买加(同上,第146段)、日本(同上,第155-156段)、墨西哥(同上,第146段)、荷兰(同上,第142-144和158段)、新西兰(同上,第159段)、挪威(同上,第149段和第160段)、罗马尼亚(同上,第146段)、瑞典(同上,第146段)、叙利亚(同上,第162段)、前苏联(同上,第163段)、英国(同上,第164段)、美国(同上,第165-166段和第168段)、委内瑞拉(同上,第146段)和南斯拉夫(同上,第146段);以及美国据报告的实践(同上,第167段)。

参见:《常规武器公约》修正的第1条(同上,第115段)。

且已经生效,这进一步支持了该规则对非国际性武装冲突同样有效的结论。

规则 85 禁止以杀伤人员为目的使用燃烧武器,除非以其他危害较小的武器使人丧失战斗力是不可行的。

实践

第 2 卷,第 30 章,B 节

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。

国际性武装冲突

在 20 世纪 70 年代的讨论中,许多国家赞同全面禁止使用燃烧武器,包括针对战斗员使用此种武器。⁰ 还有一些国家做出正式声明支持全面禁止。¹ 若干国家的立法完全禁止使用燃烧武器。² 1972 年,联合国大会就普遍和全面裁军通过了一项决议,其中对所有武装冲突中使用凝固汽油弹和其他燃烧武器的情况进行了谴责。³

但是,当情况表明在《常规武器公约》的预备会议上就全面禁止燃烧武器无法取得共识时,某些国家采取了退后一步的立场,试图达到这样的协议,即除在某些例外情况下(例如当这些战斗员处于装甲保护之下或处于野战工事之中时),禁止针对战

该修正于 2004 年 5 月 18 日生效。目前,有 29 个国家批准了经修正的《常规武器公约》,它们是:阿根廷、澳大利亚、奥地利、比利时、保加利亚、布基纳法索、加拿大、中国、克罗地亚、爱沙尼亚、芬兰、法国、梵蒂冈教廷、匈牙利、日本、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、墨西哥、荷兰、挪威、韩国、罗马尼亚、塞尔维亚和黑山、斯洛伐克、西班牙、瑞典、瑞士和英国。

⁰ 向最后通过《附加议定书》的外交会议的常规武器临时特设委员会提出做此规定之正式提议的国家有:阿富汗、阿尔及利亚、奥地利、哥伦比亚、科特迪瓦、埃及、伊朗、科威特、黎巴嫩、莱索托、马里、毛里求斯、墨西哥、挪威、罗马尼亚、苏丹、瑞典、瑞士、坦桑尼亚、突尼斯、委内瑞拉、南斯拉夫和扎伊尔(同上,第 9 段)。但是,看来科威特在 1975 年略微改变了自己的立场,支持禁止对战斗员和平民不分皂白地使用燃烧武器,和禁止对平民目标使用此类武器(参见,同上,第 36 段)。

¹ 例如,参见以下国家的声明:巴巴多斯(同上,第 12 段)、中国(同上,第 16 段)、塞浦路斯(同上,第 19 段)、捷克斯洛伐克(同上,第 20 段)、厄瓜多尔(同上,第 21 段)、伊拉克(同上,第 30 - 31 段)、马达加斯加(同上,第 37 段)、蒙古(同上,第 42 段)、新西兰(同上,第 45 - 46 段)、秘鲁(同上,第 50 段)、波兰(同上,第 53 - 55 段)、叙利亚(同上,第 63 段)、多哥(同上,第 64 段)、前苏联(同上,第 66 - 67 段)和阿拉伯联合酋长国(同上,第 68 段)。

² 例如,参见哥伦比亚,《基本军事手册》(同上,第 4 段);以及以下国家的立法:安道尔(同上,第 5 段)、匈牙利(同上,第 6 段)和南斯拉夫(同上,第 7 段)。

³ 联合国大会,第 2932 A (XV II) 号决议(以 99 票赞成、0 票反对和 15 票弃权通过)(同上,第 74 段)。

斗员使用燃烧武器。⁴ 不过,仍然有一些国家反对,特别是美国以及在某种程度上也有英国。⁵ 因为《常规武器公约议定书三》要以协商一致的方式通过,所以这一禁止性规定没有包括在议定书中。不过,这一事实并不意味着在任何情况下对战斗员使用燃烧武器都是合法的。

若干国家明确指出了可以使用燃烧武器的极其有限的情况,即当战斗员是处于装甲保护之下或处于野战工事之中时。⁶ 其他国家则声明,不得以造成不必要痛苦的方式使用燃烧武器。⁷ 若干军事手册和某些正式声明表明了这样的观点,即针对战斗员使用燃烧武器是被禁止的,因为这造成了不必要的痛苦。⁸

自从《常规武器公约》通过以后,极少有战斗员使用了凝固汽油弹和类似燃烧武器的报道。存在的报道都是以谴责其使用的方式,而且都没有得到确认。⁹ 从这一实践可以总结说,如果使用燃烧武器将造成不必要的痛苦,即如果可以使用危害性较小的武器使战斗员丧失战斗力,则不能针对战斗员使用燃烧武器。

非国际性武装冲突

非国际性武装冲突的情况类似于根据前述规则描述的情况,即在过去 20 年间,并不存在国际社会应对这一问题的特别需要。不过,可以合理地得出以下结论,即这一规则也适用于非国际性武装冲突。在非国际性武装冲突中禁止使用其性质在于引起不必要痛苦的作战方法和手段(见规则 70),基于这一规则,在无军事必要的情况下,使用燃烧武器杀伤人员将构成对这一规则的违反。

⁴ 参见由以下国家向《常规武器公约》的预备会议提交的建议:奥地利(同上,第 146 段)、埃及(同上,第 146 段)、加纳(同上,第 146 段)、印度尼西亚(同上,第 154 段)、牙买加(同上,第 146 段)、墨西哥(同上,第 146 段)、罗马尼亚(同上,第 146 段)、瑞典(同上,第 146 段)、委内瑞拉(同上,第 146 段)、南斯拉夫(同上,第 146 段)和扎伊尔(同上,第 146 段)。

⁵ 参见美国(同上,第 166 段和第 206 段)和英国(同上,第 164 段)在《常规武器公约》预备会议上所做的声明。

⁶ 参见由以下国家向《常规武器公约》预备会议提交的建议:奥地利(同上,第 198 段)、丹麦(同上,第 199 段)、埃及(同上,第 198 段)、加纳(同上,第 198 段)、印度尼西亚(同上,第 200 段)、牙买加(同上,第 198 段)、墨西哥(同上,第 198 段)、挪威(同上,第 199 段)、罗马尼亚(同上,第 198 段)、瑞典(同上,第 198 段)、委内瑞拉(同上,第 198 段)、南斯拉夫(同上,第 198 段)和扎伊尔(同上,第 198 段)。

⁷ 例如,参见以下国家的军事手册:澳大利亚(同上,第 187 段)、加拿大(同上,第 189 段)、新西兰(同上,第 191 段)、英国(同上,第 193 段)和美国(同上,第 194 - 195 段);以及波兰(同上,第 203 段)和英国(同上,第 205 段)的声明。

⁸ 例如,参见以下国家的军事手册:比利时(同上,第 188 段)、哥伦比亚(同上,第 190 段)和瑞典(同上,第 192 段);以及挪威(同上,第 202 段)和前苏联(同上,第 204 段)的声明。

⁹ 参见约旦(同上,第 201 段)和前苏联(同上,第 204 段)的谴责,以及安哥拉(同上,第 214 段)和埃塞俄比亚(同上,第 215 段)据报告的实践。

第 31 章

激光致盲武器

规则 86 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。

实践

第 2 卷, 第 31 章

概要

国家实践将此规则确立为一项适用于国际性与非国际性武装冲突的习惯国际法规范。对未用增视器材状态下的视觉器官造成失明是指对裸眼或戴有视力矫正装置的眼睛造成失明。

国际性武装冲突

尽管在 1995 年通过调整致盲性激光武器之使用的《常规武器公约第四号议定书》只是最近的事情,但是通过该议定书的背景情况和自其通过以来的发展表明,这是从一项条约的谈判和通过发展而来的习惯国际法的一个例证。国际法院在其对“北海大陆架案”的判决中称,习惯国际法可以以这样的方式发展:

尽管只经过了较短的时间段并不必然或其自身就构成在原先纯粹是协议规则的基础上,形成一项新的习惯国际法规则的障碍,但一项必不可少的要求是,在所涉及的时间段内——该时间段尽管可能很短,国家的实践,包括其利益深受影响之国家的实践,必须在被援用的规定的意义上,具有广泛性和实质上的一致性;这些实践还应该以这样一种方式发生,即显示出对已经涉及一项法律规则或法律义务的一种普遍承认。

在就《常规武器公约第四号议定书》进行谈判之前,若干国家已经有激光武器的规划,据称其中包括了发展针对人员的激光武器或双重用途的激光武器。根据“人

《常规武器公约第四号议定书》第 1 条(参见第 2 卷,第 31 章,第 1 段)。

ICJ, North Sea Continental Shelf cases, Judgement, 20 February 1969, 国际法院报告 1969 年,第 44 页,第 74 段;另见,同上,导言。

权观察”的报告,中国、法国、德国、以色列、乌克兰、英国和美国有这样的规划。但是,除了中国和美国发展的系统以外,这份报告在多大程度上是准确的并不清楚,以及如果准确的话,在拟议的系统中有哪一些可能属于《第四号议定书》禁止的范围。不过,很清楚的是,除了瑞典以外,各国并不认为在《常规武器公约》第一次审查会议召开之前,这些规划就已经受到禁止了。它们开始考虑这一问题是因为某些国家、红十字国际委员会和非政府组织反对将故意致盲作为作战方法。

《常规武器公约第四号议定书》是以协商一致的方式通过的,据说参加会议的每一个国家都参与了发展杀伤人员的激光武器系统。在“人权观察”的报告中所提到的所有国家,除了美国以外,都已经成为该议定书的缔约国。就美国而言,该议定书反映了五角大楼的政策,该政策是在该议定书通过之前几周宣布的。美国撤回了它即将部署的反人员激光武器,尽管它不是《第四号议定书》的缔约国。所有的主要武器出口国,除了美国以外,都加入了该议定书。该议定书禁止转让激光武器意味着非缔约国也无法获得这样的武器,除非它们自行生产。目前,没有迹象表明正在发生这样的情况。

尽管美国还不是《第四号议定书》的缔约国,美国的国防部长就激光致盲武器称,“国防部无意投入资金发展我们被禁止使用的武器”。中国在通过该议定书时称,“在人类历史上,这是第一次有一种不人道的武器在其实际使用之前,就被宣布为非法并加以禁止了”。⁰

随后的实践完全符合《第四号议定书》中包含的对使用激光武器的禁止。没有任何报道说,在该议定书通过以后,有任何国家部署或使用这样的武器。政府的声明也符合这一禁止性规定,没有国家曾主张它们有权使用这样的武器。¹

非国际性武装冲突

在1995年就《常规武器公约第四号议定书》进行谈判时,除了一个国家以外,其他所有国家都赞同使该议定书也适用于非国际性武装冲突。表示反对的这一国家并

Human Rights Watch Arms Project, *Blinding Laser Weapons: The Need to Ban a Cruel and Inhumane Weapon* (参见第2卷,第31章,第83段)。

参见瑞典的声明(同上,第39-45段)。

例如,参见以下国家的声明:法国(同上,第30段)、德国(同上,第31-32段)、爱尔兰(同上,第35段)、荷兰(同上,第38段)、瑞典(同上,第39-45段)、瑞士(同上,第40段)和前苏联(同上,第46段),红十字国际委员会的声明和实践(同上,第76-78段),以及若干非政府组织的声明(同上,第85-90段)。

美国,国防部长的声明(同上,第48段)。

参见美国的实践(同上,第48-50段)。

《常规武器公约第四号议定书》第1条(同上,第1段)。

美国,国防部长致参议员 Patrick Leahy 的信函(同上,第49段)。

⁰ 中国在《常规武器公约》缔约国第一次审查会议上的声明(同上,第29段)。

¹ 例如,参见以下国家的声明:澳大利亚(同上,第26段)、布基纳法索(同上,第27段)、中国(同上,第29段)、英国(同上,第47段)和美国(同上,第49段和第51-53段)。

不是处于发展或获取激光武器的过程中,该国代表口头指出,其政府赞同全面禁止激光武器,但反对通过一项适用于非国际性武装冲突的国际人道法条约,这种反对只关乎原则,而与具体事项无关。² 不过,从那时起,该国同意了2001年将《常规武器公约》延伸适用于非国际性武装冲突的修正,在此期间,该修正也生效了。³ 另外,值得指出的是,该议定书禁止向国家和非国家实体转让激光武器。⁴

一般而言,各国在国际性和非国际性武装冲突中并不会使用不同的军事武器装备,因此,实践表明该规则在国际性和非国际性武装冲突中均可适用。在国际性或非国际性武装冲突中,都没有使用或部署激光武器的报道。没有国家声称自己有权在国际性或非国际性武装冲突中使用激光武器系统。

1996年《常规武器公约》第一次审查会议以协商一致通过的《最后宣言》提出,“第四号议定书中禁止使用或转让激光致盲武器,还须实现彻底禁止此种武器”,由此反映了达到消除此类武器系统的愿望,而并非将法律仅限于禁止使用和转让。⁵ 在2001年第二次审查会议通过的《最后宣言》中,《公约》的缔约国庄严宣布:“重申第一次审查会议确认,虽已在第四号议定书中禁止使用或转让激光致盲武器,但还须实现彻底禁止此种武器。”⁶

美国指出,它愿意在所有情况中适用《第四号议定书》的规定;一些国家在声明其愿意受《第四号议定书》之约束的意图时明确提出,它们不会将该议定书的适用仅限于国际性武装冲突的场合。⁷ 不清楚的是,那些加入该议定书而没有就其适用范围做出声明的国家,其意图究竟在于对适用范围做出限制,还是它们只是认为做出这样的声明并不重要。自从该议定书通过以来,在实践中国家完全避免使用激光武器系统,由此可以合理地推导出,这是对国际社会认为不应使用此种武器之期望的一种反应。

某些国家认为使用激光致盲武器会造成不必要的痛苦,⁸ 这是一种在国际性和

² 参见实践(同上,第71段)。

³ 《常规武器公约》修正的第1条(同上,第12段)。该修正于2004年5月18日生效。目前,有29个国家批准了经修正的《常规武器公约》:阿根廷、澳大利亚、奥地利、比利时、保加利亚、布基纳法索、加拿大、中国、克罗地亚、爱沙尼亚、芬兰、法国、梵蒂冈教廷、匈牙利、日本、拉脱维亚、列支敦士登、立陶宛、墨西哥、荷兰、挪威、韩国、罗马尼亚、塞尔维亚和黑山、斯洛伐克、西班牙、瑞典、瑞士和英国。

⁴ 《常规武器公约第四号议定书》第1条(同上,第1段)。

⁵ 《常规武器公约》第一次缔约国审查会议,最后宣言(同上,第73段)。

⁶ 《常规武器公约》第二次缔约国审查会议,最后宣言(同上,第74段)。

⁷ 美国,“在《常规武器公约》的第一次缔约国审查会议上的声明”(同上,第51段);以及“总统向参议院转交《常规武器公约》议定书征求其同意批准的信函”(同上,第53段);以下国家在接受第四号议定书时做出的声明:澳大利亚(同上,第5段)、奥地利(同上,第4段)、比利时(同上,第4段)、加拿大(同上,第4段)、德国(同上,第6段)、希腊(同上,第4段)、爱尔兰(同上,第4段)、以色列(同上,第7段)、意大利(同上,第4段)、列支敦士登(同上,第4段)、荷兰(同上,第8段)、南非(同上,第4段)、瑞典(同上,第9段)、瑞士(同上,第10段)和英国(同上,第11段)。

⁸ 例如,参见瑞典,“在接受《常规武器公约第四号议定书》时所做的声明”(参见第2卷,第20章,第14段),以及法国的军事手册(同上,第55-56段)。

非国际性武装冲突中都同样有效的主张(见规则70)。

其他具有故意致盲效果的激光系统

除了禁止使用和转让某一类型的激光武器以外,《常规武器公约第四号议定书》还具有这样的效果,即禁止故意使用其他激光系统(例如测距仪)照射战斗员使之失明。⁹ 除了第四号议定书禁止的武器及使用以外,故意使用激光系统使战斗员失明,将有损于禁止经过专门设计以造成永久失明的激光武器的目的和宗旨。没有证据表明故意使用其他激光武器系统致使战斗员失明的情况;自从第四号议定书通过以后,也没有国家声明有权这样做。

值得注意的是,在为了通过《常规武器公约第四号议定书》而进行的谈判期间,某些国家,其中包括还不是该议定书缔约国的国家,声明它们倾向于措辞更强硬的文本,其中包括禁止将致盲作为作战方法。⁰ 在谈判期间,几个国家提出了这一点,其基础是并非激光武器的某些武器,例如炸弹的碎片,有时也能造成致盲的后果,而且激光目标指示器也可能造成这一后果,尽管这不是故意的。但是,这些国家并没有提出故意使用致盲武器将因此是合法的,不过相反,它们同意将《第四号议定书》第2条包含的,在使用激光武器系统时采取可能的预防措施以避免永久性失明的要求包括在内。¹ 这一要求在军事手册和正式声明中得到确立,其中包括那些没有加入,或在当时没有加入《第四号议定书》国家的手册和声明。²

⁹ 《常规武器公约第四号议定书》第2条(参见第2卷,第31章,第91段)。

⁰ 参见以下国家的声明:澳大利亚、奥地利、比利时、丹麦、厄瓜多尔、芬兰、法国、德国、伊朗、墨西哥、荷兰、挪威、波兰、罗马尼亚、俄罗斯和瑞典(同上,第3段)。伊朗和波兰不是《第四号议定书》的缔约国。

¹ 《常规武器公约第四号议定书》第2条(同上,第91段)。

² 参见以色列,Manual on the Laws of War(同上,第94段);英国,Letter from the Secretary of Defence to the ICRC President(同上,第99段);美国,Annotated Supplement to the Naval Handbook(同上,第95段);DefenseLink News Release(同上,第100段)。