

马尔科·萨索利

安托万·布维耶

苏珊·卡尔、林赛·卡梅伦与托马斯·德圣莫里斯

亦对本书做出了重要贡献

战争中的法律保护

关于国际人道法当代实践的

案例、文件与教学资料

第二卷

案例与文件

第二版



ICRC



ICRC

红十字国际委员会东亚地区代表处

北京市建国门外大街9号齐家园外交公寓3-2

邮编: 100600

电话: +86 10 8532 3290 传真: +86 10 6532 0633

电子邮件: beijing.bej@icrc.org

网址: www.icrc.org

© ICRC, January 2010

战争 中的 法律 保护

经扩充和更新的第二版

第二卷

第三部分：案例与文件

马尔科·萨索利

安托万·布维耶

合著

苏珊·卡尔、林赛·卡梅伦与托马斯·德圣莫里斯

亦对本书做出了重要贡献

红十字国际委员会

日内瓦 2006年

案例与文件



第一章

国际人道法概述

一、普遍性多边条约

文件1 海牙章程

[资料来源：1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》之附件《陆战法规和惯例章程》（简称《海牙章程》）；重印于辛德勒和图门主编：《武装冲突法：公约、决议和其他文件汇编》（第4版），莱顿/波士顿，马蒂斯·尼约夫出版社2004年版，第60—87页。]

考虑到，在寻求维护和平和防止各国间武装冲突的方法的同时，需同样注意到人们的愿望所无法扭转的某些事态可能招致诉诸武力的情势；

基于即使在这样极端的情势下，仍为人类的利益和日益增长的文明的需要而服务的愿望；

认为为此目的，修改一般战争法规和惯例，使其臻于更明确，或为其规定一定的界限，以尽可能减轻其严酷性是重要的；

认为有必要完善和明确第一届和平会议的工作中的某些方面。该会议继1874年布鲁塞尔会议后，受到明智和远见卓识的思想的启发，通过了旨在确定和调整陆战惯例的条款；

依照缔约各国的意见，上述条款是出于在军事需要所许可的范围内为减轻战争祸害的愿望而制定的，旨在成为交战国之间以及交战国与居民之间关系的一般行为规则；

但是，现在还不可能对实践中所出现的一切情况制定一致协议的规章；

另一方面，缔约各国显然无意使未预见的情况由于缺乏书面的约定，就可以听任军事指挥官任意武断行事；

在颁布更完整的战争法规之前，约各国认为有必要声明，凡属他们通过的规章中所没有包括的情况，居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖，因为这些原则是来源于文明国家间制定的惯例、人道主义法规和公众良知的要求。

缔约各国声明，尤其应从这个意义来理解业已通过的章程的第一条和第二条。

缔约各国[……]议定条款如下：

第一条

缔约各国应向本国陆军发出训令，务必遵守本公约附件《关于陆战法规和惯例的章程》的规定。

第二条

第一条所指章程及本公约各条款，应在缔约国之间，并且只有在交战各方都是缔约国时方能适用。

第三条

违反该章程规定的交战一方在需要时应负责赔偿。该方应对自己军队的组成人员做出的一切行为负责。[……]

第五条

本公约应尽快批准。[……]

第六条

非签署国可以加入本公约。[……]

第八条

如一缔约国欲退出本公约，则须以书面通知荷兰政府，由该政府立即将通知的经核证无误的副本送交所有其他国家，并告知收到通知的日期。

退出只对发出退出通知的国家，并于通知送达荷兰政府一年后生效。[……]

公约附件

陆战法规和惯例章程

第一编 交战者

第一章 交战者的资格

第一条

战争的法律、权利和义务不仅适用于军队，也适用于具备下列条件的民兵和志愿军：

- 一、由一个对部下负责的人指挥；
- 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；
- 四、在作战中遵守战争法规和惯例。

在民兵或志愿军构成军队或军队的一部分的国家中，民兵和志愿军应包括在“军队”一词之内。

第二条

未占领地的居民在敌人迫近时，自动拿起武器以抵抗入侵部队而无时间按照第一条组织起来，只要他们公开携带武器并尊重战争法规和惯例，应被视为交战者。

第三条

交战各方的武装部队可由战斗员和非战斗员组成。被敌人俘获时，两者均有权享受战俘的待遇。

第二章 战俘

[……]

第二十条

在媾和后，应尽快遣返战俘。

第三章 病者和伤者

第二十一条

交战国对病者和伤者的义务应遵照日内瓦公约。

第二编 敌对行为

第一章 伤害敌人的手段、包围和轰击

第二十二條

交战者在损害敌人的手段方面，并不拥有无限制的权利。

第二十三條

除各专约规定禁止者外，特别禁止：

- (一) 使用毒物或有毒武器；
- (二) 以背信弃义的方式杀、伤属于敌国或敌军的人员；
- (三) 杀、伤已经放下武器或丧失自卫能力并已于无条件投降的敌人；
- (四) 宣告决不纳降；
- (五) 使用足以引起不必要痛苦的武器、投射物或物质；
- (六) 滥用休战旗、国旗或敌军军徽和制服以及日内瓦公约所规定的标记；
- (七) 毁灭或没收敌人财产，除非此项毁灭和没收是出于不得已的战争需要；
- (八) 宣布取消、停止敌方国民的权利和诉讼权，或在法院中不予执行。
- (九) 同样应禁止交战国强迫敌方国民参加反对他们祖国的作战行动，即使他们在战争开始前，已为该交战国服役。

第二十四條

采用战争诈术和使用必要的取得有关敌人和地形的情报的手段应视为许可的。

第二十五條

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。

第二十六條

攻击部队的指挥官在准备轰击前，除了攻击的情况外，应尽可能向有关当局发出警告。

第二十七條

在包围和轰击中，应采取一切必要的措施，尽可能保全专用于宗教、艺术、科学和慈善事业的建筑物，历史纪念物，医院和病者、伤者的集中场所，但以当时不作军事用途为条件。

被围困者有义务用易于识别的特别标志标明这些建筑物或场所，并须事前通知敌方。

第二十八条

禁止抢劫即使是以突击攻下的城镇或地方。

第二章 间谍

第二十九条

只有以秘密或伪装方式在交战一方作战区内搜集或设法搜集情报，并企图将情报递交敌方的人方能视为间谍。

因此，没有伪装而深入敌军作战区搜集情报的军人不得被视为间谍。同样，因负责将信件送交本国军队或敌军而公开执行任务的军人和平民也不得被视为间谍。被派乘气球递送信件或通常在军队或地方的各部分之间维持联络的人亦属此类。

第三十条

当场逮捕的间谍不得未经预先审判而受到惩处。

第三十一条

重归所属部队而日后被敌方俘获的间谍，应作为战俘对待并对他过去的间谍行为不承担任何责任。

第三章 军使

第三十二条

由交战一方授权与另一方进行联系并持白旗前来的人员应被视为军使。他与随同来的号手或鼓手、旗手和译员均享有不受侵犯的权利。

第三十三条

被指明接受军使的指挥官并没有在任何情况下均须接待该军使的义务。

该指挥官可以采取一切必要的措施，以防军使利用其使命刺探情报。

遇有滥用权利的情况，指挥官有权暂时扣留来使。

第三十四条

如有明显的无可争辩的事实证明，军使利用其特殊地位挑动或犯下背叛行为，则丧失其不受侵犯的权利。

第四章 投降书

第三十五条

缔约国之间议定的投降书必须照顾军人荣誉的通例。
投降书一经确定，双方必须严格遵守。

第五章 停战

第三十六条

停战是交战双方通过相互协议停止战争行动。如没有规定停战的期限，则交战各方可以随时恢复战斗，但应遵照停战条件在议定的时间内通知敌方。

第三十七条

停战可以是全面的或局部的。前者为交战国际军事行动的全部停止，后者则只是交战国的部分军队之间并在一定范围内军事行动的停止。

第三十八条

停战必须正式和及时通知主管当局和部队。通知发出后或到规定时间时，敌对行为必须立即停止。

第三十九条

关于在战区里交战者与居民之间以及交战各方之间的联系，应由缔约双方在停战条款中予以规定。

第四十条

交战一方对停战有任何严重违犯，均使交战另一方有权废除停战协议，并有权在紧急情况下立即恢复敌对行为。

第四十一条

对停战条款的违犯如属个人行为，则受害的一方只有权要求惩办违犯者以及在必要时对所遭受的损失给予赔偿。

第三编 在敌国领土内的军事当局

第四十二条

领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。
占领只适用于该当局建立并行使其权力的地域。

第四十三条

合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并除非万不得已，应尊重当地现行的法律。

第四十四条

禁止交战一方强迫被占领地居民提供有关交战另一方军队及其防卫手段的情报。

第四十五条

禁止强迫被占领地居民向敌国宣誓效忠。

第四十六条

家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产以及宗教信仰和活动，应受到尊重。
私有财产不得没收。

第四十七条

应正式禁止抢劫。

第四十八条

占领者在占领地内征收为其国家利益而确定的税捐、费用等，应尽可能按照现行征收规则和分配办法。占领者并因此有义务提供合法政府有义务提供的占领地所需的行政费用。

第四十九条

如在前条所指捐税以外，占领者在占领地征收其他现金捐税，则此项捐税应仅限于支付该地军队和行政的需要。

第五十条

不得因为个人行为，而对居民给以任何罚款和其他的一般性惩罚，居民对个人的行为并不承担连带责任和由某几个人共同负责。

第五十一条

除非有书面命令和总司令负责，不得征收任何捐税。
此项征收必须尽可能依照现行征收和分配捐税的规则实施之。
对任何捐税必须向捐税人出具收据。

第五十二条

除非占领军需要，不得向市政当局或居民征用实物和劳务。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。

此项实物和劳役的征用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，欠款应尽速付还。

第五十三条

占领军只能占有严格属于国家的现款、基金和有价值证券、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。

除非海战法另有规定，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，亦得予以扣押，但媾和后必须归还并给予补偿。

第五十四条

占领地与中立领土相连接的海底电缆除在绝对必要的情况下，不得予以夺取或毁坏。同样，这些海底电缆必须于媾和时予以归还，并且给予补偿。

第五十五条

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用者。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。

第五十六条

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。

对这些机构、历史性建筑物、艺术和科学作品的任何没收、毁灭和有意的损害均应予以禁止并受法律追究。

文件2 1925年《日内瓦化学武器议定书》

[资料来源：1925年6月17日日内瓦《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》，重印于辛德勒和图门主编：《武装冲突法：公约、决议和其他文件汇编》（第4版），莱顿/波士顿，马蒂努斯·尼约夫出版社2004年版，第107—123页。]

在下面签署的各全权代表以他们各自政府的名义：

鉴于在战争中使用窒息性、毒性或其他气体，以及使用一切类似的液体、物体或器件，受到文明世界舆论的正当的谴责；

鉴于在世界上大多数国家缔结的条约中已经宣布禁止这种使用；

为了使这项禁令被普遍接受为国际法的一部分，对各国良心和实践具有同样的约束力；

兹宣告：

各缔约国如果尚未缔结禁止这种使用的条约，均接受这项禁令，各缔约国同意将这项禁令扩大到禁止使用细菌作战方法，并同意缔约国之间的关系按照本宣言的条款受到约束。

各缔约国应尽一切努力促使其他国家加入本议定书。加入应通知法兰西共和国政府，由法国政府通知所有签署国和加入国，[……]

[……]

各全权代表在本议定书上签字以昭信守。[……]

[包括法国、伊拉克、(前)苏联和英国在内的一些国家在成为本议定书缔约国之际作出了保留，保留使用的语句沿用英国的保留，内容如下：

“如果与[……国]关于处在敌对状态的另一国武装部队或其同盟国军队不尊重本议定书规定的禁止性条款，该国将停止适用议定书。”]

文件3. 《保护文化财产公约》

(一)《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》， 海牙，1954年5月14日

[资料来源：1954年5月14日海牙《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》，可访问
<http://www.icrc.org/ihl>]

缔约各方，……

深信属于任何人民的文化财产如遭受到损失，也就是全人类文化遗产所遭受的损失，因为每国人民对世界文化作出其自己的贡献；……

基于在发生武装冲突时保护文化财产的原则，有如1899年和1907年海牙公约和1935年4月15日华盛顿条约所建立的；

认为上述保护不能成为有效，除非在平时同时采取国内措施和国际措施事先加以组织；……

协议下列各条：

第一章 关于保护的一般规定

第一条 文化财产的定义

本条所称“文化财产”，不问其来源或所有权如何，应包括：

- (甲) 对各国人民的文化遗产具有重大意义的动产或不动产，例如建筑、艺术或历史上的纪念物，不论是宗教性的或者是世俗的；考古遗址；具有历史或艺术上价值的整套建筑物；艺术品；手稿、书籍和其他具有艺术、历史或考古价值的其他物品；以及科学珍藏和书籍或档案的重要珍藏或者上述各物的复制品；
- (乙) 其主要目的为保存或展览 (甲) 款所述可以移动的文化财产的建筑物，例如博物馆、大型图书馆和档案库，以及发生武装冲突时准备用以掩护 (甲) 款所述可以移动的文化财产的保藏所；
- (丙) 用以存放大量的(甲)(乙)两款所述文化财产的中心站，称为“纪念物中心站”。

第二条 文化财产的保护

就本公约而言，文化财产的保护应包括对此项财产的保障和尊重。

第三条 文化财产的保障

缔约各国承允采用它们所认为适当的措施，以便在平时准备保障在其自己领土内的文化财产，使免受武装冲突时可以预见的后果。

第四条 对文化财产的尊重

(一) 缔约各方承允尊重在其自己领土内的以及在其他缔约各方领土内的文化财产，不得为任何目的对财产及其直接周围或用以保护此项财产的设备作任何使用，如果使用的目的可能在发生武装冲突时使此项财产遭受到毁灭或损失，并不得采取针对此项财产的任何敌对行为。

(二) 本条第一款所述义务只有在军事迫切需要的情况下可以放弃。

(三) 缔约各方并承允设法禁止、防止及在必要时制止对文化财产以任何形式实施的盗窃、抢劫或侵占以及任何破坏行为。它们不得征用在缔约另一方领土内可以移动的文化财产。

(四) 缔约各方不得对文化财产实施任何报复行为。

(五) 缔约任何一方不得因缔约另一方没有适用第三条所指保障措施而规避它对缔约另一方根据本条所应负的义务。

第五条 占领

(一) 缔约任何一方占领缔约另一方领土的全部或一部时，应尽可能支持被占领国国家主管当局保障并保全其文化财产。

(二) 如有必要采取措施以便保全在被占领领土内由于军事行动遭受损失的文化财产而该国主管当局不能采取此项措施时，占领国应尽量同上述当局紧密合作，采取为保全所最需要的措施。

(三) 被抵抗运动成员所认为合法政府的缔约任何一方政府应在可能范围内促使此项成员注意遵守本公约关于尊重文化财产各项规定的义务。

第六条 文化财产的明显标记

文化财产可以依照第十六条的规定备置一个明显的标记，以便识别。

第七条 军事措施

(一) 缔约各方承允在平时将可以保证遵守本公约的各项规定列入军事条例或教程之中，并在其武装部队内培养一种尊重各国人民文化及文化财产的精神。

(二) 缔约各方承允在平时在其武装部队内设计或成立服务队或专门人员，其目的在获得对于文化财产的尊重并同负责保障文化财产的民政当局进行合作。

第二章 特别保护

第八条 特别保护的给予

(一) 在特别保护之下可以有少数的保藏所，以便在发生武装冲突时掩护可以移动的文化财产，也可以有贮藏纪念物的中心站和具有重大意义的其他不可以移动的文化财产，但须具备下列条件：

(甲) 此项保藏所和中心站同任何大工业中心或构成易受攻击地点例如机场、广播站、从事国防工作的设备、相当重要的港口或火车站、或主要交通线要有一定的距离；

(乙) 不用于军事目的。

(二) 可以移动的文化财产的保藏所如由于构造条件不致被炸弹损坏者，则不论其在何处，也可予以特别保护。

(三) 贮藏纪念物的中心站如用于调动军事人员或物资，即使是过境性质，应视为用于军事目的。如在中心站内进行与军事行动直接有关的活动、军事人员的驻扎、或战时物资的生产，上述规定同样予以适用。

(四) 经特别授权的武装保管人对第一款所述的文化财产担任保卫工作或者在此项文化财产附近驻扎通常负责维持公共秩序的警察部队均不得视为用于军事目的。

(五) 本条第一款所述任何文化财产如果位于该款所规定重要军事目标附近，仍可予以特别保护，只要请求特别保护的缔约一方保证一旦发生武装冲突决不使用该目标，特别是当这一目标是个港口、火车站或机场的时候，要保证疏散同该目标一切交通往来。在此情况下，疏散工作应于平时即作准备。

(六) 文化财产一经载入“受特别保护的文化财产国际登记册”后，即给与特别保护。上述记载必须根据本公约的规定并按照公约实施条例所规定的条件办理。

第九条 受特别保护文化财产的豁免权

缔约各方承允保证受特别保护的文化财产享有豁免权，从其载入国际登记册时起，不得针对此项财产作任何敌对行为，并除第八条五款所规定的情况以外，不得将此项财产或其周围用于任何军事目的。

第十条 标记和管制

在发生武装冲突时，受特别保护的文化财产应标上第十六条所描述的明显标记，并应受公约实施条例所规定的国际管制。

第十一条 豁免权的撤回

(一) 缔约各方之一如对于受特别保护的文化财产的任何一项违反第九条所规定的义务时，对方可以免除自己对有关财产保证给与豁免的义务，只要上述违反义务的事实尚在继续中，但该对方应尽可能首先要求在一合理期间内终止违反义务的行为。

(二) 除本条第一款所规定的情况外，对受特别保护的文化财产只有在无可避免的军事需要特别情况下，并且只有在此项需要尚继续存在时，才能撤回豁免。上述需要是否存在，只能由相当于一师或更大单位的指挥官决定。如果情况许可，应于一个合理时间以前将撤回豁免的决定通知对方。

(三) 撤回豁免的一方应尽快以书面通知公约实施条例内所规定的文化财产专员，并说明理由。

第三章 文化财产的运输

第十二条 受特别保护的运输

(一) 专门从事于文化财产的迁运，不论在一国领土以内或者运到另一国领土，可以由于有关缔约一方的请求，根据公约实施条例内规定的条件，在特别保护之下进行。

(二) 受特别保护的运输应在上述条例所规定的国际监督之下进行，并应显示第十六条所描述的明显标记。

(三) 缔约各方不得针对在特别保护之下的运输作任何敌对行为。

第十三条 急迫情况下的运输

(一) 如果缔约一方认为某些文化财产为安全计必须运往他处，而且由于情势急迫，特别是在武装冲突开始时，不能遵照第十二条所规定的程序时，运输时可以显示第十六条所描述的明显标记，但以第十二条所述关于豁免的申请尚未提出和上述申请尚未遭受拒绝为限。关于迁运的通知应尽可能向对方提出。但运输文化财产到另一国领土时，不得显示上述明显标记，除非已经明白给与豁免。

(二) 缔约各方应尽可能采取必要警戒措施，以避免针对本条第一款所述备置明显标记的运输作敌对行为。

第十四条 扣押、缉捕和拿捕的豁免

(一) 下列各物免受扣押、缉捕或拿捕：

(甲) 享有第十二条或第十三条所规定保护的文化财产；

(乙) 专门用于转运上述文化财产的交通工具。

(二) 本条并不限制临检权。

第四章 人员

第十五条 人员

在符合于安全利益的情况下，从事于文化财产保护工作的人员应为此项财产的利益计受到尊重，他们如果落入对方手中，只要他们负责保管的文化财产也落入对方手中，应被准许继续执行他们的任务。

第五章 明显的标记

第十六条 公约的标记

(一) 公约的明显标记应如盾状，下端尖，十字交叉，蓝白相间（盾为蓝色四方形，其中一角成为盾的尖端，四方形之上为一蓝色三角形，两旁为白色三角形各一）。

(二) 标记应单独使用，或者按照第十七条所规定的条件以一个三角形重复三次（下面为一个盾形）。

第十七条 标记的使用

(一) 明显的标记重复三次只能用以识别下列各物：

(甲) 受特别保护的不能移动的文化财产；

(乙) 根据第十二条和第十三条所规定的条件而进行运输的文化财产；

(丙) 根据公约实施条例所规定的条件而临时设置的保藏所。

(二) 明显的标记单独使用只能用以识别下列各人或物：

(甲) 不受特别保护的文化财产；

(乙) 根据公约实施条例负管制职责的人员；

(丙) 从事保护文化财产的人员；

(丁) 公约实施条例所述的身份证。

(三) 在发生武装冲突时，除本条前两款所规定者外，禁止使用明显的标记，并禁止为任何目的使用近似明显标记的任何记号。

(四) 明显的标记不得置在任何不能移动的文化财产，除非同时显示经缔约一方主管当局正式填写日期并签名的授权。

第六章 公约的适用范围

第十八条 公约的适用

(一) 除平时有效的规定外，本公约应适用于缔约国两方或两方以上之间可能发生经宣告的战争或任何其他武装冲突，即使一方或一方以上不承认有战争状态。

(二) 公约亦应适用于对缔约一方领土的一部或全部占领，即使对于上述占领不发生武装抵抗。

(三) 如果冲突的一方不是本公约的缔约一方，公约的缔约各国在其相互关系中仍受公约的约束。如果非缔约一方的国家声明接受公约的规定并且实施此项规定时，缔约各国在其与非缔约一方的关系中应更进一步受公约的约束。

第十九条 非国际性冲突

(一) 如果在缔约各方之一的领土内发生非国际性冲突，冲突的各方必须适用本公约中关于尊重文化财产的各规定，作为最低限度。

(二) 冲突的各方应通过缔结特别协议，设法实施本公约其他规定的全部或一部。

(三) 联合国教育、科学及文化组织可以向冲突的各方提供服务。

(四) 上述各规定的适用不影响冲突各方的法律地位。

第七章 公约的实施 [……]

第二十一条 实施保护的国家的

本公约及其实施条例的适用应获得负责保障冲突各方利益的实施保护国家的合作。

第二十二条 和解程序

(一) 实施保护的国家的如认为有助于文化财产的利益，应在一切情况下设法斡旋，特别是当冲突的各方之间对于本公约或其实施条例各规定的适用或解释有争议时。[……]

第二十三条 联合国教育、科学及文化组织的协助

(一) 缔约各方可以请求联合国教育、科学及文化组织在保护其文化财产的组织方面，或者在适用本公约或其实施办法时所发生的任何其他问题上给与技术上的协助。上述组织应在其计划和财力范围的限度内给与此项协助。

(二) 联合国教育、科学及文化组织被授权自动向缔约各方对此提出建议。

第二十四条 特别协议

(一) 缔约各方可以就它们认为适合于单独规定的一切事项缔结特别协议。

(二) 不得缔结任何协议，致减弱本公约给与文化财产及从事于保护文化财产人员的保护。

第二十五条 公约的传播

缔约各方承允在平时及在发生武装冲突时尽量广泛地在其自己国内传播本公约及其实施条例的文本，特别要把对于上述公约和条例的研究列入军事训练（如果可能的话，亦列入平民训练）的计划中，使全体居民，特别是武装部队和从事于保护文化财产的人员知道公约的原则。

[……]

第二十八条 制裁

缔约各方承允在其普通刑事管辖系统内对违犯或教唆违犯本公约的任何人，不论该人属何国籍，采取一切必要步骤予以诉追并施以刑罚或纪律制裁。

最后条款 [……]

生效 [……]

(二)《关于发生武装冲突时保护文化财产的议定书》， 海牙，1954年5月14日

[资料来源：1954年5月14日海牙《关于发生武装冲突时保护文化财产的议定书》，可访问
<http://www.icrc.org/ihl>]

缔约各方同意：

第一，

(一) 缔约各方承允对于1954年5月14日在海牙签订的关于发生武装冲突时保护文化财产公约第一条所规定的文化财产，应防止其在武装冲突期间从缔约该方所占领的领土内输出。

(二) 缔约各方承允对于直接或间接从任何被占领土输入其自己领土内的文化财产，将予以接管。接管应于财产输入时自动实行，或者在未自动实行的情况下，根据上述被占领土主管当局请求而实行。

(三) 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事赔偿而予以保留。

(四) 有义务防止文化财产从其占领领土输出的缔约各方对于根据前款应予返还的文化财产，应向此项财产的善意持有人给付赔偿金。

第二，

(五) 来自缔约一方领土并由该方为保护文化财产使免受武装冲突危害而交存于缔约另一方领土内的文化财产，应于敌对行为终止时由后者返还给此项财产来源地的主管当局。[……]

(三) 关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二议定书， 海牙，1999年3月26日

[资料来源: 关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二议定书，海牙，1999年3月26日可访问
<http://www.icrc.org/ihl>]

缔约国，[……]

认为在武装冲突的情况下保护文化财产的规则应当反映国际法的发展；
确认国际法公认的准则继续对本《议定书》所未能解决的问题行之有效。
达成如下协议：

第一章 引言

第1条 定义

在本《议定书》的范围内：

- (a) “缔约国”系指签本《议定书》的缔约国；
- (b) “文化财产”系指《公约》第1条中规定的文化财产；
- (c) “公约”系指《关于在武装冲突情况下保护文化财产的公约》，[……]
- (d) “公约缔约国”系指《关于在武装冲突情况下保护文化财产的公约》的缔约国；
- (e) “重点保护”系指《议定书》第10条和第11条所规定的重点保护制度；
- (f) “军事目标”系指一种物品，由于其性质、所处地点、目的地或对其使用会给军事行动带来直接作用。该物品全部或部分被摧毁、被缴获或丧失作用也会导致明显的军事优势；
- (g) “非法的”系指在违背被占领土国内立法或国际法适用法规的情况下，以强迫手段或其他手段从事的非法行为；
- (h) “目录”系指根据本《议定书》第27条第1段b分段的规定所设立的《受重点保护的
国际文化财产目录》；
- (i) “总干事”系指教科文组织总干事；[……]
- (j) “教科文组织”系指联合国教育、科学及文化组织；
- (k) “第一项议定书”系指1954年5月14日在海牙通过的《关于在武装冲突情况下保护
文化财产的议定书》；

第2条 与《公约》的关系

本《议定书》是在其缔约国的相互关系上对《公约》的补充。

第3条 执行范围

1. 除和平时期应执行的条款之外，在《公约》第18条第1和第2段、第22条第1段所确认的情况下应执行本《议定书》。
2. 当武装冲突各方中有一方不受本《议定书》的约束时，《议定书》的各缔约国在其相互关系上依然受本《议定书》之约束。在与一个不受本《议定书》约束的冲突国发生关系时，只要它接受并执行本《议定书》之规定，本《议定书》的缔约国也应受本《议定书》的约束。

第4条 本《议定书》第三章与《公约》及本《议定书》其他条款之间的关系

本《议定书》第三章的规定之执行不影响：

- (a) 《公约》第一章及本《议定书》第二章各条规定的执行；
- (b) 《公约》第二章无论是在本《议定书》的缔约国之间，还是在一个缔约国与一个根据第3条第2段规定接受并执行本《议定书》的非缔约国之间的执行，如果一项文化财产同时置于特别保护和重点保护之下，那么只执行关于重点保护的规定。

第二章 文化财产的一般性保护规定

第5条 文化财产的保护

根据《公约》第3条的规定，在和平时期为预防军事冲突对文化财产造成后果而采取的保护措施包括：编制目录，为保护文化财产而制定预防建筑物火灾或倒塌的应急措施，做好可移动文化财产的移出或有效保护的准备工作，以及确定负责文化财产保护的主管机构。

第6条 尊重文化财产

根据《公约》第4条的规定，为保证文化财产得到尊重之目的：

- (a) 不得援引《公约》第4条第2段所提及的关于以军事上绝对需要为由的例外规定，对某一文化财产采取敌对行动，除非：
 - (i) 该项文化财产所起的作用已使其变为了军事目标，并且
 - (ii) 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；
- (b) 不得援引《公约》第4条第2段关于军事上绝对需要的例外规定，将文化财产用于会使其遭损毁或破坏的目的，除非的确已没有别的办法能获得同等的军事优势；
- (c) 只有相当于或高于营级的军官才可做出援引军事上绝对需要的决定，在情况不允许做出其他选择时，营以下军官才可决定；
- (d) 在根据a分段规定做出攻击决定的情况下，当条件允许时，应及时向对方发出有效的警告。

第7条 攻击时之预防措施

在不违背国际法要求的其他注意事项的情况下，采取军事行动的各缔约国应该：

- (a) 采取一切可行措施，确认被攻击目标不是《公约》第4条所保护的文化财产；
- (b) 在选择攻击手段和方法时，采取各种可能的措施，以尽量避免和减少对受《公约》第4条保护的文化财产造成意外损失；
- (c) 放弃发动会对受《公约》第4条保护的文化财产造成意外的严重损失，而希望得到的具体和直接的军事优势又相对较小的攻击；
- (d) 在下列情况下取消或中止攻击：
 - (i) 目标是受《公约》第4条保护的文化财产；
 - (ii) 可以预见，攻击会对受《公约》第4条保护的文化财产造成意外的严重损失，而希望得到的具体和直接的军事优势又相对较小。

第8条 攻击后果之预防措施

冲突各方应尽一切可能做到：

- (a) 把可移动的文化财产从军事目标附近移走，或对它们提供有效的就地保护；
- (b) 避免将军事目标设在文化财产附近。

第9条 保护被占领土上的文化财产

- 1. 在不违背《公约》第4条和第5条之规定的情况下，部分或全部占领了另一缔约国领土的任何缔约国应在该被占领土上禁止和阻止：
 - (a) 一切文化财产的非法出口、移动或转让；
 - (b) 任何考古挖掘，除非它对文化财产的保护、登记或保存是绝对必要的；
 - (c) 目的在于隐匿或毁坏文化财产所具有的文化、历史或科学见证作用的改造或改变文化财产用途的行为。
- 2. 对被占领土上的文化财产进行考古挖掘、改造或改变其用途，只要条件允许，都必须与该被占领土的国家当局进行密切的合作。

第三章 重点保护

第10条 重点保护

文化财产如果符合下述三个条件，即可置于重点保护之下：

- (a) 属于对全人类具有最重大意义的文化遗产；
- (b) 系国内有关法律和行政措施视为具有特殊的文化与历史价值并给予最高级别保护的文化财产；
- (c) 未被用于军事目的或用以保护军事设施，并且控制它的缔约国已声明确保它不会用于此类目的的文化财产。

第11条 重点保护资格的授予

1. 各缔约国应向委员会提交一份它希望授予重点保护资格的文化财产目录。
2. 管辖和控制一项文化财产的缔约国可以申请将其列入根据第27条第1段b分段开列的《目录》之中。该项申请应根据第10条规定的标准列出有关文化财产的所有情况。委员会可要求一个缔约国申请将该文化财产列入《目录》。
3. 具有必要鉴定能力的其他缔约国、国际蓝盾委员会及其他非政府组织可向委员会推荐某一具体的文化财产，在这种情况下，委员会可要求某一缔约国提出将该文化财产列入《目录》的申请。
4. 在有关文化财产处于有一个以上的国家提出主权或管辖权要求的领土上时，申请将该文化财产列入《目录》的行为或将其列入《目录》的行为在任何情况下均不构成对冲突各方权利的损害。
5. 委员会在收到一项列入《目录》的申请之后，应即通知所有缔约国。缔约国可在60天之内向委员会提交对此项申请的反对意见。这些意见只能以第10条所列之标准作为依据，并且应具体和针对事实。委员会审议反对意见，并在做出决定之前给提出申请的缔约国以答辩的机会。在委员会收到了这种反对意见时，在不违背第26条的情况下，列入《目录》的决定应由出席并参加表决的五分之四多数委员会成员通过。
6. 委员会在对一项申请做出裁决时，应征询有关政府组织和非政府组织以及独立专家们的意见。
7. 做出授予或拒绝授予重点保护资格的决定只能以第10条所列之标准作为依据。
8. 在特殊情况下，当委员会判定申请将某一文化财产列入《目录》的有关缔约国尚不符合第10条b分段所列之标准时，只要该缔约国根据第32条规定提出国际援助的申请，委员会便可做出授予重点保护资格的决定。
9. 敌对行动一开始，作为冲突一方的缔约国便可因情况紧急，向委员会递交申请，要求对其管辖或控制之下的文化财产进行重点保护，委员会应立即将该申请转交参与冲突的各缔约国。在此情况下，委员会紧急审议有关各缔约国的反对意见。在不违背第26条之规定的情况下，委员会应尽快以五分之四多数委员通过的方式做出提供重点保护的決定。在按正常程序给以重点保护的工作未有结果之前，只要符合第10条a分段和c分段规定的标准，委员会可以授予临时性重点保护资格。
10. 文化财产自列入《目录》之时起便享受委员会给予的重点保护。
11. 总干事及时将委员会把文化财产列入《目录》的决定通知联合国秘书长及所有缔约国。

第12条 受重点保护的文化财产的豁免权

参与冲突的缔约国应确保受重点保护的文化财产的豁免权，不把这些文化财产作为进攻目标，不将这些文化财产或其周围设施用以支持军事行动。

第13条 丧失重点保护资格

1. 受重点保护的文化财产只有在下列情况下才丧失受这种保护的资格：

- (1) 根据第14条之规定中止或取消了该项保护资格；或者
 - (2) 有关文化财产的使用方式已使其成为军事目标。
2. 在第1段b分段所述情况下，有关文化财产只有在下列情况下才可成为进攻目标：
- (1) 这种进攻是唯一可以结束第1段b分段所述之该文化财产的使用方式的办法；
 - (2) 为结束该使用方式，并避免或尽量减少对该财产的损害，在选择进攻办法与方式上已采取了一切可行的预防措施；
 - (3) 除因即时合法防卫的需要，情况不允许这样做之外：
 - ① 进攻命令由军事行动最高指挥当局发布；
 - ② 已通过有效手段向对方发出了警告，命令其结束第1段b分段所述之文化财产的使用方式；并且
 - ③ 给对方以合理的时间设法改变有关情况。

第14条 重点保护资格之中止和取消

1. 当有关文化财产不再符合本《议定书》第10条规定之其中某一标准时，委员会可以中止或取消对该财产的重点保护，并将其从《目录》中删除。
2. 当一种受重点保护的文化财产被用以为军事行动服务而严重违反第12条之规定时，委员会可以中止对该文化财产的重点保护。如继续违反规定，委员会可以例外地取消其保护，并从《目录》中将其删除。
3. 总干事将把委员会关于中止或取消对某项文化财产的重点保护决定及时通知联合国秘书长及本《议定书》的缔约国。
4. 在做这种决定之前，委员会向缔约国提供表达自己看法的机会。

第四章 刑事责任与权限权

第15条 严重违反本《议定书》

1. 任何人不顾《公约》或本《议定书》之规定，故意做出下列行为的，就是对本《议定书》的违反：
 - (a) 将受重点保护的文化财产作为进攻目标；
 - (b) 将受重点保护的文化财产或其周围设施用以支持军事行动；
 - (c) 大量地破坏或攫取受《公约》和本《议定书》保护的文化财产；
 - (d) 将受《公约》和本《议定书》保护的文化财产作为进攻目标；
 - (e) 偷盗、掠夺或侵占受《公约》保护的文化财产，以及对它们进行破坏的行为。
2. 各缔约国应采取必要措施，依据国内法对本条款所列之各种违约行为加以指控，并通过适当刑罚制止此类行为。在这样做时，缔约国应遵守法律的一般原则和国际法，尤其是遵守把个人刑事责任扩大到直接行为者以外之其他人的规则。

第16条 管辖权

1. 在不违背第2段规定的情况下，各缔约国应采取必要的立法措施，确定自己在下列情况下对第15条所述的违约行为的管辖权：
 - (1) 这一违约行为发生在该国的领土范围内；
 - (2) 被推定为违约行为者是该国的国民；
 - (3) 违反第15条第1段a分段至c分段之规定的被推定作案人就在该国领土之上。
2. 在行使管辖权方面，在不违背《公约》第28条之规定的情况下：
 - (1) 本《议定书》不妨碍依据有关的国内或国际法承担个人的刑事责任和行使管辖权，也不影响根据国际习惯法行使管辖权；
 - (2) 除了根据第3条第2段，本《议定书》的非缔约国可以接受并执行本《议定书》的规定这一情况外，本《议定书》非缔约国的武装力量成员和国民可不按本《议定书》的规定承担个人刑事责任，因为本《议定书》并没有规定必须确定对这些人的管辖权限，也没有规定引渡他们的义务。非缔约国的国民服役于一个本《议定书》缔约国的武装力量则不属此列。

第17条 起诉

1. 有关缔约国在发现违反第15条a分段至c分段之规定的被推定作案人在其领土上时，如不将其引渡，则应无一例外和不过分拖延地将此案送交主管当局，按照符合国内法或符合有关国际法惯例的程序提出起诉。
2. 在不违背国际法惯例的情况下，依据《公约》或本《议定书》受到司法程序审查的任何人在整个过程中依据国内法和国际法享有得到公正待遇和审判的保障，而且这种保障在任何情况下都不能低于国际法所认可的保障。

第18条 引渡

1. 第15条第1段a分段至c分段所述之违约行为，应被视为缔约国之间在本《议定书》生效之前已有的引渡条约中规定的可引渡违约行为。缔约国有义务将此类违约行为纳入它们之间今后可能达成的引渡条约之中。
2. 以现存条约为引渡条件的缔约国，如收到未与其签订有引渡条约的另一缔约国的引渡要求，其可根据自己的选择，以本《议定书》作为就第15条第1段a分段至c分段规定之违约行为进行引渡的法律依据。
3. 不以现存条约为引渡条件的缔约国，承认第15条第1段a分段至c分段所述之违约行为属于它们之间根据被请求国法律规定的条件进行引渡的范围。
4. 如有必要，为实现缔约国之间的引渡，第15条第1段a分段至c分段所述之违约行为应视为既是在作案地也是在已根据第16条第1段确定了其管辖权的缔约国的领土上发生。

第19条 法律上的互相协助

1. 在对第15条所述之违约行为进行的调查和刑事诉讼或引渡程序中，缔约国之间应相互提供最大程度的司法协助，包括协助取得它们所掌握的、为诉讼程序所必须的证据。

2. 缔约国应按照它们之间可能业已存在的司法互助条约或协议履行第1段规定的义务，如无此类条约或协议，缔约国应依据国内法相互提供协助。

第20条 拒绝引渡的理由

1. 为引渡和相互提供司法协助之目的，第15条第1段a分段至c分段，以及第15条全部所述之违约行为不得视为政治罪行、与政治犯罪相关的罪行或有政治动机的罪行。因此，就此类违约行为提出的引渡或相互司法协助的要求不可仅以其涉及政治罪行、与政治犯罪相关的罪行或有政治动机的罪行为由而加以拒绝。
2. 如被请求的缔约国有充分理由认为，以第15条第1段a分段至c分段所述之违约行为要求引渡，或以第15条所述之违约行为要求提供相互司法协助的目的是为了因某人的种族、宗教、国籍、族裔或政治观点而对某人进行起诉和惩罚，或认为顺从这一请求将使该人的处境因上述任何一种理由受到损害，则本《议定书》的任何条款都不应被解释为规定该缔约国有进行引渡或提供相互司法协助的义务。

第21条 针对其他违约行为的措施

在不违背《公约》第28条规定的情况下，各缔约国应采取有效的立法、行政或惩罚措施，以制止故意实施的下列行为：

- (a) 对文化财产的违反《公约》或本《议定书》之规定的任何形式的使用；
- (b) 违反《公约》或本《议定书》之规定，从被占领土上非法出口、转移文化财产或转让文化财产权。

第五章 非国际性武装冲突中的文化财产保护

第22条 非国际性武装冲突

1. 本《议定书》适用于非国际性、发生在某一缔约国领土上的武装冲突。
2. 本《议定书》不适用于内部局势紧张和动乱，诸如骚乱、孤立零星的暴力行为或类似现象。
3. 不得援引本《议定书》任何条款损害一国主权或妨碍其政府利用合法手段行使维护、恢复国家公共秩序或捍卫国家统一及领土完整的责任。
4. 如一缔约国领土上发生了违背本《议定书》第15条的不具国际性质的武装冲突，本《议定书》的任何条款均无损于该缔约国的法律优先权。
5. 当一缔约国领土上发生武装冲突时，不得以任何理由以本《议定书》的任何条款为借口，直接或间接干预该冲突或该国内外事务。
6. 当本《议定书》运用于第1段提及的情况时，并不影响冲突各方的法律地位。
7. 教科文组织可向冲突各方提供服务。[……]

第七章 信息传播和国际援助

第30条 传播

1. 缔约国应通过适宜的方法，特别是通过一些宣传教育计划，使本国全体公民更加重视和尊重文化财产。
2. 缔约国在和平时期和武装冲突时期均应尽可能广泛地传播本《议定书》。
3. 负责在武装冲突时期执行本《议定书》的军政当局应充分了解本《议定书》的内容。为此，缔约国应视情：
 - (a) 将有关保护文化财产的方针和指令纳入它们的军事条例；
 - (b) 与教科文组织及有关的政府组织和非政府组织合作，制订和实施平时期的训练和教育计划；
 - (c) 通过总干事，相互通报为实施a分段和b分段而制订的法律、行政条例和措施；
 - (d) 尽快地通过总干事相互通报自己为执行本《议定书》所可能制订的法律和行政条例。[……]

文件4. 《关于禁止或限制使用某些常规武器的公约》，日内瓦，1980年10月10日

[资料来源：重印于辛德勒和图门主编：《武装冲突法：公约、决议和其他文件汇编》(第4版)，莱顿/波士顿，马蒂努斯·尼约夫出版社2004年版，第184—189页]

各缔约国，

回顾每一个国家有义务遵照《联合国宪章》，不得在其国际关系上以武力威胁或使用武力、或以不符联合国宗旨的任何其他方法对付任何国家的主权、领土完整或政治独立，

又回顾保护平民居民不受敌对行为影响的一般性原则，

基于国际法关于武装冲突各方选择战争方法和手段的权利并非毫无限制的原则，以及禁止在武装冲突中使用可能引起过分杀伤或不必要痛苦的武器、弹药、材料和作战方法的原则，

又回顾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，

决心在本公约及其所附议定书或其他国际协定未予包括的情况下，务使平民居民和战斗人员无论何时均置于人道原则、公众良知和既定惯例所产生的国际法原则的保护和权力之下，

希望对国际缓和、停止军备竞赛和建立各国间信任做出贡献，从而实现全世界人民和平生活的愿望，

认识到竭尽一切努力促进朝向严格有效国际监督下全面彻底裁军进展的重要性，

重申必须继续编纂和逐步发展适用于武装冲突的国际法规则，

希望进一步禁止或限制使用某些常规武器并深信在这领域达成积极成果将可有助于旨在停止生产、储存和扩散这些武器的主要裁军会谈，

强调一切国家特别是军事上重要国家成为本公约及其所附议定书缔约国的可取性，

铭记着联合国大会和联合国裁军审议委员会可能决定就扩大本公约及其所附议定书所载各项禁止和限制的范围的可能性问题，进行研讨，

又铭记着裁军谈判委员会可能决定就采取进一步禁止或限制使用某些常规武器的措施的问题进行审议，

达成协议如下：

第一条 适用范围

本公约及其所附各项议定书适用于1949年8月12日关于保护战争受难者的日内瓦四公约共有的第二条所指的场合，包括日内瓦四公约第一号附加议定书第一条第四款所指的场合。

第二条 同其他国际协定的关系

本公约及其所附各项议定书中任何条款均不得被解释为减损缔约国根据适用于武装冲突的国际人道法律所承担的其他义务。

第三条 签署

[……]

第四条 批准、接受、核准、加入

1. 本公约须经各签署国的批准、接受或核准。任何未签署本公约的国家亦可加入本公约。

[……]

3. 愿意受本公约任何一项议定书约束的表示，得由每个国家选择为之，只须该国在交存其批准、接受、核准或加入书时通知保存者该国愿意受任何两项或多项议定书的约束即可。
4. 任何缔约国可在交存其批准、接受、核准或如入书后的任何时候，通知保存者它愿意受对其尚无约束力的任何一项所附议定书的约束。
5. 缔约国已受其约束的任何议定书，对该缔约国而言，即成为本公约的组成部分。

第五条 生效

[……]

第六条 传播

各缔约国承诺无论在和平期间或武装冲突期间，均将尽量在其本国广泛传播本公约及该国受其约束的议定书，特别要在军事训练课程中包括这方面的学习，以便使武装部队均知悉各该文书。

第七条 本公约生效时的条约关系

1. 当冲突的一方不受一项所附议定书的约束时，凡是受本公约和该项所附议定书约束的各方在其相互关系上仍受本公约和该项议定书的约束。
2. 在第一条所设想的任何场合中，如果任何一个不是本公约的缔约国、或不受所附有关议定书约束的国家，接受并适用本公约或有关议定书，并就此通知保存者，则任何缔约国在其与该国的关系上，均受本公约反对其生效的任何所附议定书的约束。
3. 保存者于收到本条第2款所述的任何通知时，应立即把它告知各有关缔约国。
4. 当一个缔约国成为性质属于《1949年8月12日内瓦四公约关于保护战争受难者的第一号附加议定书》第一条第四款所指武装冲突的对象时，则本公约和该缔约国受其约束的各项所附议定书应在下列情况下适用于此一武装冲突：
 - (a) 该缔约国同时又是第一号附加议定书的缔约国和该议定书第九十六条第三款所指的当局，并已承担按照该议定书第九十六条第三款的规定，将日内瓦四公约和第一号附加议定书适用于该武装冲突，并承担将本公约及其有关议定书适用于该武装冲突；或
 - (b) 该缔约国不是第一号附加议定书的缔约国，也不是上文(a)项所指的当局，但接受日内瓦四公约和本公约及其所附有关议定书的各项义务并将之适用于该武装冲突。此种接受和适用应对该武装冲突具有下列效果：
 - (一) 日内瓦四公约和本公约及其所附有关议定书立即对冲突的当事各方生效；
 - (二) 该当局承担日内瓦四公约、本公约及其所附有关议定书各缔约国所承担的同样权利和义务；
 - (三) 日内瓦四公约、本公约及其所附有关议定书对冲突的所有当事各方具有同等约束力。

该缔约国和该当局也可在对等基础上回意接受并适用日内瓦四公约第一号附加议定书所规定的义务。

第八条 审查和修正

1. (1) 本公约生效后的任何时候，任何缔约国可对本公约或其所附对该缔约国具有约束力的任何议定书提出修正。任何有关修正的提案应送交保存者，保存者应将此提案分送所有缔约国并征询各缔约国关于应否召开一次会议以审议该提案的意见。如经不少于十八个的多数缔约国同意，则保存者应立即召开一次会议，并邀请所有缔约国参加。不是本公约缔约国的国家应被邀请作为观察员参加会议。
- (2) 此一会议可就修正案达成协议，该修正案将依本公约及其所附议定书相同的方式予以通过和生效，但对本公约的修正案只可由各缔约国予以通过，而对某一项所附议定书的修正案只可由受该议定书约束的各缔约国予以通过。
2. (1) 本公约生效后的任何时候，任何缔约国可提议增列关于未为现有所附议定书所包括的其他类型常规武器的议定书。任何有关此种增列议定书的提案应送交保存者，保存者应依照本条第1款(a)项将此提案分送所有缔约国。如经不少于十八个的多数缔约国同意，则保存者应立即召开一次会议，并邀请所有国家参加。
- (2) 此一会议，在所有派有代表参加会议的国家充分出席的情况下，可就各增列议定书达成协议，各该增列议定书将依本公约相同的方式予以通过，附于本公约，并按本公约第五条第3和第4款的规定开始生效。
3. (1) 如在本公约生效十年后未曾按照本条第1款(a)项或第2款(a)项规定召开会议是，任何缔约国可要求保存者召开一次会议，邀请所有缔约国参加，以便审查本公约和所附议定书的范围和执行情况，并审议任何修正本公约或现有议定书的提案。不是本公约缔约国的国家应被邀请作为观察员参加会议。会议可就各修正案达成协议，各该修正案将按照上文第1款(b)项的规定予以通过和生效。
- (2) 此一会议也可审议任何有关未为现有所附议定书所包括的其他类型常规武器的增列议定书的提案。所有派有代表参加这个会议的国家均可充分参加审议。任何增列议定书均将依本公约相同的方式予以通过，并按本公约第五条第3和第4款的规定附于本公约并开始生效。
- (3) 如在本条第3款(a)项所述同样长久的时期内未曾按照上文第1款(a)项或第2款(a)项规定召开会议时，此一会议可审议应否制定关于在任何缔约国提出要求时召开另一次会议的条款。

第九条 退约

1. 任何缔约国可在通知保存者后退出本公约或其所附的任何议定书。
2. 任何此种退约只有在公约保存者收到退约通知一年后方可生效。但如果在一年期满时，退约国正卷入第一条所指各种场合中的一种场合，则该国在武装冲突或占领结束之前仍应受本公约各项义务及所附各项议定书的约束，无论如何，在与受适用于武装冲突的国际法各项条规保护的人最后释放、遣返或安置有关的行动终止以前，并如任

何所附议定书载有关于联合国部队或特派团在有关地区执行维持和平、观察或类似任务的各种场合的条款时，则在这些任务结束以前，此项退约不应发生效力。

- 3. 任何退出本公约的退约应视为同样适用于退约国受其约束的一切所附议定书。
- 4. 任何退约只对退约国有效。
- 5. 任何退约国在退约生效前的任何行动不得以武装冲突为理由而影响该国根据本公约及其所附议定书所已承担的义务。

第十条 保存者

- 1. 联合国秘书长应为本公约及其所附议定书的保存者。[……]

**文件5. 《关于无法检测的碎片的议定书》
(1980年公约《议定书一》)**

[资料来源：R辛德勒和图门主编：《武装冲突法：公约、决议和其他文件汇编》(第4版)，莱顿/波士顿，马蒂努斯·尼约夫出版社2004年版，第190页。]

禁止使用任何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。

**文件6. 《禁止或限制使用燃烧武器议定书》
(1980年公约《议定书三》)**

[资料来源：辛德勒和图门主编：《武装冲突法：公约、决议和其他文件汇编》(第4版)，莱顿/波士顿，马蒂努斯·尼约夫出版社2004年版，第210－211页。]

第一条 定义

为了本议定书的目的：

- 1. “燃烧武器”是指任何武器或弹药，其主要目的是使用一种通过化学反应在击中目标时引起火焰、热力、或两者兼有的物质，以便使击中的目的物燃烧或引起人员的烧伤。
 - (1) 燃烧武器有下列各种形式：例如火焰喷射器、定向地雷、炮弹、火箭、手榴弹、地雷(水雷)、炸弹和其他装有燃烧物质的容器。
 - (2) 燃烧武器不包括：

- ① 可引起偶发燃烧效应的弹药，例如照明弹、曳光弹、烟雾弹或信号弹等。
 - ② 旨在结合贯穿、爆破或破片飞散效果并附带具有燃烧效果的弹药，例如：穿甲弹、杀伤炮弹、爆炸弹以及类似的综合效果弹药，这种弹药的燃烧效果并非专为烧伤人员而设计，而是用于攻击装甲车辆、飞机和装备或设施等军事目标。
2. “平民集聚”是指任何长期或暂时的平民集聚，例如城市中居民住区、城镇和农村居民住区，或难民或疏散人口的营地或队伍，或游牧人群。
 3. “军事目标”就目的物而言，是指任何因其性质、位置、目的或用途而对军事行动作出有效贡献，并于将之全部或部分破坏、夺取或摧毁后可在当时情况下取得明确军事优势的目的物。
 4. “平民目的物”是指第3款定义中所称军事目标以外的一切目的物。
 5. “可行的预防措施”是指计及了当时存在的一切情况，包括人道和军事方面的考虑以后所采取的实际可行或实际可能的预防措施。

第二条 保护平民和平民目的物

1. 禁止在任何情况下以平民居民、个别居民或平民目的物作为燃烧武器攻击的目标。
2. 禁止在任何情况下以空投燃烧武器攻击位于平民集聚地区内的任何军事目标。
3. 进一步禁止以空投燃烧武器以外的燃烧武器攻击位于平民集聚地区内的任何军事目标，除非该军事目标与平民集聚点明显区分或隔离，并已采取一切可行的预防措施以使燃烧的效果仅限于军事目标，同时避免并在任何情况下尽量减少平民生命的意外伤亡和平民目的物的破坏。
4. 禁止以森林或其他种类的植被作为燃烧武器的攻击目标，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。

文件7. 《关于致盲激光武器议定书》 (1980年公约《议定书四》)，1995年10月13日

[资料来源：United Nations CCW/CONF.I/7; 可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

第1条

禁止使用专门设计以对未用增视器材状态下的视觉器官，即对裸眼或戴有视力矫正装置的眼睛，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。

第2条

缔约方在使用激光系统时应采取一切可行的预防措施，避免对未用增视器材状态下的视觉器官造成永久失明。这种预防措施应包括对其武装部队的培训和其他切实措施。

第3条

属军事上合法使用激光系统包括针对光学设备使用激光系统的意外或连带效应的致盲不在本议定书禁止之列。

第4条

为本议定书的目的，“永久失明”是指无法挽回的和无法矫正的视觉丧失，此种视觉丧失为严重致残性且无恢复可能。严重致残相当于用双眼测定视敏度低于20/200斯内伦。

文件8. 经1996年5月3日修正后的《禁止或限制使用地雷、 诱杀装置和其他装置的议定书》 (1980年公约《修正的第二号议定书》)

资料来源：《国际法律资料》，第35卷第5期，1996年，第1206—1217页；可访问
<http://www.icrc.org/ihl>

第1条 适用范围

1. 本议定书针对的是本议定书中界定的地雷、诱杀装置和其他装置的陆上使用，其中包括为封锁水滩、水道渡口或河流渡口而布设的地雷，但不适用于海洋或内陆水道中反舰船雷的使用。
2. 本议定书除适用于本公约第1条所指的情况外，还应适用于1949年8月12日《日内瓦四公约》共有的第3条中所指的情况。本议定书不适用于内部骚乱和出现紧张局势的情况，例如暴乱、孤立和零星的暴力行为和其他性质类似的行为，因为它们不属于武装冲突。
3. 如果缔约方之一领土上发生并非国际性的武装冲突，每一冲突当事方应遵守本议定书的禁止和限制规定。
4. 不得援引本议定书中的任何条款影响国家主权或影响政府通过一切正当手段维持或重建国家的法律和秩序或维护国家统一和国家领土完整的职责。
5. 无论出于何种原因，均不得援引本议定书的任何条款作为借口，直接或间接干涉武装冲突或干涉其领土上发生武装冲突的缔约方的内部事务或对外事务。
6. 如果冲突当事方不是接受本议定书的缔约方，则本议定书条款对此种当事方的适用不应对其法律地位或对有争议领土的法律地位造成任何明示或默示的改变。

第2条 定义

为本议定书的目的：

1. “地雷”是指布设在地面或其他表面之下、之上或附近并设计或在人员或车辆出现、接近或接触时爆炸的一种弹药。
2. “遥布地雷”是指非直接布设而是以火炮、导弹、火箭、迫击炮或类似手段布设或由飞机投布的一种地雷。由一种陆基系统在不到500米范围布设的地雷不作为“遥布地雷”看待，但其使用须依照本议定书第5条和其他有关条款行事。
3. “杀伤人员地雷”是指主要设计成在人员出现、接近或接触时爆炸并使一名或一名以上人员丧失能力、受伤或死亡的一种地雷。
4. “诱杀装置”是指其设计、制造或改装旨在致死或致伤而且在有人扰动或趋近一个外表无害的物体或进行一项看似安全的行动时出乎意料地发生作用的装置或材料。
5. “其他装置”是指人工放置的、以致死、致伤或破坏为目的、用人工或遥控方式致动或隔一定时间后自动致动的包括简易爆炸装置在内的弹药或装置。
6. “军事目标”就物体而言，是指任何因其性质、位置、目的或用途而对军事行动作出有效贡献并在当时的情况下将其全部或部分摧毁、夺取或使其失效可取得明确军事益处的物体。
7. “民用物体”是指除本条第6款中界定的军事目标以外的一切物体。
8. “雷场”是指范围明确的布设了地雷的区域，“雷区”是指因为布有地雷而具有危险性的区域。“假雷场”是指指雷场却没有地雷的区域。“雷场”的含义包括假雷场。
9. “记录”是指一种有形的、行政的和技术的工作，旨在将有助于查明雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置位置的一切可获得的资料记载于正式记录中。
10. “自毁装置”是指保证内装有或外附有此种装置的弹药能够销毁的一种内装或外附自动装置。
11. “自失效装置”是指使内装有此种装置的弹药无法起作用的一种内装自动装置。
12. “自失能”是指因一个使弹药起作用的关键部件（例如电池）不可逆转地耗竭而自动使弹药无法起作用。
13. “遥控”是指在一定距离之外通过指令进行控制。
14. “防排装置”是指一种旨在保护地雷、构成地雷的一部分、连接、附着或置于地雷之下而且一旦企图触动地雷时会引爆地雷的装置。
15. “转让”是指除了包括将地雷实际运入或运出国家领土外，还包括地雷的所有权和控制权的转让，但不包括布设了地雷的领土的转让。

第3条 对使用地雷、诱杀装置和其他装置的总的限制

1. 本条适用于：

- (1) 地雷；

- (2) 诱杀装置；和
 - (3) 其他装置。
2. 按照本议定书的规定，每一缔约方或冲突当事方对其布设的所有地雷、诱杀装置和其他装置负有责任，并承诺按照本议定书第10条的规定对其进行清除、排除、销毁或维持。
 3. 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。
 4. 本条所适用的武器应严格符合技术附件中针对每一具体类别所规定的标准和限制。
 5. 禁止使用装有以现有普通探雷器正常用于探雷作业时因其磁力或其他非接触影响引爆弹药而专门设计的机制或装置的地雷、诱杀装置或其他装置。
 6. 禁止使用装有一种按其设计在地雷不再能起作用后仍能起作用的防排装置的自失能地雷。
 7. 禁止在任何情况下--无论是为了进攻、防卫或报复--针对平民群体或个别平民或平民物体使用适用本条的武器。
 8. 禁止滥用适用本条的武器。滥用是指在下列情况下布设此种武器：
 - (1) 并非布设在军事目标上，也不直接对准军事目标。在对某一通常专用于和平目的的物体如礼拜场所、房屋或其他住所或学校是否正被用于为军事行动作出有效贡献存有怀疑时，应将其视为并非用于这一目的；
 - (2) 使用一种不可能对准特定军事目标的投送方法或手段；或
 - (3) 预计可能附带造成平民死亡、平民受伤、民用物体受损坏，或同时造成这三种情况，而其损害的程度超过预期的具体和直接的军事益处。
 9. 位于城市、城镇、村庄或含有类似平民集聚点或平民物体的其他区域内的若干个明显分开的、有别于其他物体的军事目标，不得作为单一军事目标看待。
 10. 应采取一切可行的预防措施，使平民不受适用本条的武器的影响。可行的预防措施是指考虑到当时存在的一切情况、包括从人道和军事角度考虑后所采取的实际可行的或实际可能的预防措施。这些情况包括但不限于：
 - (1) 雷场存在期间地雷对当地平民群体的短期和长期影响；
 - (2) 可能的保护平民措施（例如竖立栅栏、标志、发出警告和进行监视）；
 - (3) 采用替代手段的可能性和可行性；和
 - (4) 雷场的短期和长期军事需要。
 11. 可能影响平民群体的地雷、诱杀装置和其他装置的任何布设均应事先发出有效的警告，除非情况不允许。

第4条 对使用杀伤人员地雷的限制

禁止使用不符合技术附件第2款中规定的可探测性的杀伤人员地雷。

第5条 对使用除遥布地雷以外的杀伤人员地雷的限制

1. 本条适用于除遥布地雷以外的杀伤人员地雷。
2. 禁止使用适用本条的不符合技术附件中的自毁和自失能规定的武器，除非：
 - (1) 此种武器布设于受到军事人员监视并以栅栏或其他方式加以保护的标界区内，以确保有效地将平民排除在这一区域之外。标记必须明显和耐久，必须至少能为将要进入这一标界区的人所看见；并且
 - (2) 在放弃这一区域前将此种武器清除，但将这一区域移交给同意负责维护本条所要求的保护物并随后清除此种武器的另一国部队的情况除外。
3. 只有在因敌方的军事行动而被迫失去对这一区域的控制从而无法继续遵守 以上第2款(1)和(2)项的规定的情况下，其中包括因敌方的直接军事行动而使其无法遵守这些规定，冲突当事方才无须继续遵守这些规定。该当事方若重新取得对这一区域的控制，则应恢复遵守本条第2款(1)和(2)项的规定。
4. 一冲突当事方的部队若取得对布设了适用本条的武器的区域的控制，应尽可能维持并在必要时建立本条所要求的保护措施，直到此种武器被清除为止。
5. 应采取一切可行的措施，防止未经许可移走、磨损、毁坏或隐藏用于确立标界区周界的任何装置、系统或材料。
6. 如属下述情况，适用本条的以小于90度的水平弧度推动碎片而且布设于地面或其之上的武器，其使用可不受本条第2款(a)项所规定措施的限制，但最长期限为72小时：
 - (1) 位于布设地雷的军事单位的紧邻区域内；并且
 - (2) 该区域受到军事人员监视，以确保有效排除平民的进入。

第6条 限制使用遥布地雷

1. 禁止使用遥布地雷，除非此种地雷按照技术附件第1款(b)项予以记录。
2. 禁止使用不符合技术附件中的自毁和自失能规定的遥布杀伤人员地雷。
3. 禁止使用除杀伤人员地雷以外的遥布地雷，除非在可行的情况下此种地雷装有有效的自毁或自失效装置并具有有一种后备自失能特征，按其设计当地雷不再有助于放置地雷所要达到的军事目的时可使地雷不再起地雷的作用。
4. 可能影响平民群体的遥布地雷的任何布设或投布均应事先发出有效的警告，除非情况不允许。

第7条 禁止使用诱杀装置和其他装置

1. 在不妨害适用于武装冲突中的有关诈术和背信行为的国际法规定的前提下，禁止在任何情况下使用以任何方式附着于或联结在下列物体上的诱杀装置和其他装置：
 - (1) 国际承认的保护性徽章、标志或信号；
 - (2) 病者、伤者或死者；
 - (3) 墓地或火葬场或坟墓；

- (4) 医务设施、医疗设备、医药用品或医务运输；
 - (5) 儿童玩具或其他为儿童饮食、健康、卫生、衣着或教育而特制的其他轻便物件或产品；
 - (6) 食品或饮料；
 - (7) 炊事用具或器具，但军事设施、军事阵地或军事补给站的此种用具除外；
 - (8) 明显属于宗教性质的物体；
 - (9) 构成民族文化或精神遗产的历史古迹、艺术品或礼拜场所；或
 - (10) 动物或其尸体。
2. 禁止使用伪装成表面无害的便携物品但专门设计和构造成装有爆炸物的诱杀装置或其他装置。
3. 在不妨害第3条规定的前提下，禁止在地面部队未进行交战或未有迹象显示即将交战的任何城市、城镇、村庄或含有类似平民集聚点的其他区域内使用适用本条的武器，除非：
- (1) 此种武器布设在军事目标上或其紧邻区域内；或
 - (2) 已采取使平民不受其影响的保护措施，例如派设岗哨、发出警告或竖立栅栏。

第8条 转让

1. 为促进本议定书的宗旨，每一缔约方：
- (1) 承诺不转让任何其使用受本议定书禁止的地雷；
 - (2) 承诺不向除国家或经授权可接受此种转让的国家机构以外的任何接受者转让任何地雷；
 - (3) 承诺在转让任何其使用受本议定书限制的地雷方面实行克制，特别是每一缔约方承诺不向不受本议定书约束的国家转让任何杀伤人员地雷，除非接受国同意适用本议定书；并且
 - (4) 承诺确保根据本条进行的任何转让由转让国和接受国双方完全按照本议定书的有关规定和适用的国际人道法准则行事。
2. 如果一缔约方宣布它将按照技术附件的规定推迟遵守有关使用某种地雷的具体条款，则本条第1款(a)项仍应适用于此种地雷。
3. 在本议定书生效之前，所有缔约方将不采取任何与本条第1款(a)项不符的行动。

第9条 记录和使用关于雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的资料

1. 关于雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的所有资料均应按照技术附件的规定予以记录。
2. 冲突各方应保存所有此种记录，并且应在现行敌对行动停止之后立即采取一切必要和适当的措施，包括利用此种记录，保护平民不受雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的影响。

同时，它们应向冲突的对方或各方和联合国秘书长提供关于不再为它们所控制的区域内由它们布设的雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装量的所有此种资料；但有一项条件：在对等的前提下，如冲突一方的部队在敌方领土内，任何一方均可在安全利益需要暂时扣发的限度内不向秘书长和对方提供此种资料，直到双方均撤出对方领土为止。在后一种情况下，一俟安全利益许可即应提供暂时扣发的资料。在可能情况下，冲突各方应设法经由相互协议争取尽早以符合每方安全利益的方式发放此种资料。

3. 本条不妨害本议定书第10和第12条的规定。

第10条 排除雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置及国际合作

1. 在现行敌对行动停止之后，应按照本议定书第3条和第5条第2款立即清除、排除、销毁或维持所有雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置。
2. 各缔约方和冲突各方对其控制区域内的雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置负有此种责任。
3. 对于一当事方布设在已不再由其控制的区域内的雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置，该当事方应在其准许的限度内向本条第2款所指的控制该区域的一方提供履行此一责任所必需的技术和物资援助。
4. 在一切必要情况下，各当事方应努力在相互之间以及酌情与其他国家和国际组织就提供技术和物资援助、包括在适当时采取履行此项责任所必要的联合行动达成协议。

第11条 技术合作与援助

1. 每一缔约方承诺促进并应有权参加与本议定书的执行和清除地雷手段有关的设备、物资以及科学和技术资料的尽可能充分的交换。特别是，各缔约方不应出于人道主义目的提供清除地雷设备和有关技术资料施加不应有的限制。
2. 每一缔约方承诺向联合国系统内建立的关于清除地雷的数据库提供资料，特别是关于清除地雷的各种手段和技术的资料，以及与清除地雷有关的专家、专家机构或本国联络点的名单。
3. 有能力这样做的每一缔约方应通过联合国系统、其他国际机构或在双边基础上为清除地雷提供援助，或向联合国清除地雷援助自愿基金捐款。
4. 缔约方的援助请求连同充分有关的资料可提交给联合国、其他适当机构或其他国家。此种请求书可提交联合国秘书长，而联合国秘书长应将其转交所有缔约方和有关国际组织。
5. 如果向联合国提出请求，联合国秘书长可在其现有资源的范围内采取适当步骤，对情况作出评估，并与提出请求的缔约方合作，确定为清除地雷或执行议定书适当提供援助。联合国秘书长也可向各缔约方报告任何此种评估的结果以及所需援助的类型和范围。
6. 在不妨害其宪法和其他法律规定的前提下，各缔约方承诺开展合作和转让技术，以促进本议定书有关禁止和限制规定的实施。

7. 为求缩短技术附件中规定的推迟期，每一缔约方有权酌情寻求并接受另一缔约方在必要和可行的情况下就除武器技术以外的具体有关技术提供的技术援助。

第12条 旨在免受雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置影响的保护

1. 适用

- (1) 除本条第2款(a)项(一)目所指部队和特派团之外，本条仅适用于经在其领土上执行任务的缔约方同意在一区域内执行任务的特派团。
- (2) 如果冲突当事方不是缔约方，则本条的规定对此种当事方的适用不应对其法律地位或对有争议领土的法律地位造成任何明示或默示的改变。
- (3) 本条的规定不妨害为依本条执行任务的人员提供更高程度保护的现有国际人道法或适用的其他国际文书或联合国安全理事会的决定。

2. 维持和平及某些其他部队和特派团

(1) 本款适用于：

- ① 根据《联合国宪章》在任何区域内执行维持和平、观察或类似任务的任何联合国部队或特派团；以及
- ② 根据《联合国宪章》第八章建立的冲突区域内执行任务的任何特派团。

(2) 每一缔约方或冲突当事方如经适用本款的部队或特派团的首长要求，应：

- ① 尽其所能采取必要措施，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；
- ② 必要时，为有效保护此种人员，尽其所能排除该区域内的一切地雷、诱杀装置和其他装置或使其丧失杀伤力；并且
- ③ 向部队或特派团首长告知该部队或特派团执行任务区域内的一切已知雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的位置，并在可行的情况下向该部队或特派团首长提供其所掌握的关于此种雷场、雷区、地雷、诱杀装置和其他装置的所有资料。

3. 联合国系统人道主义特派团和实情调查特派团

(1) 本款适用于联合国系统的任何人道主义特派团或实情调查特派团。

(2) 每一缔约方或冲突当事方如经适用本款的特派团的首长要求，应：

- ① 为特派团人员提供本条第2款(b)项(一)目规定的保护；并且
- ② 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的在其控制下的任何地点：
 - (i) 如知悉有安全路径通往该地点，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
 - (ii) 如不按(i)分目提供指明安全路程的资料，则在必要和可行的情况下清出一条穿越雷场的通路。

4. 红十字国际委员会特派团

- (1) 本款适用于红十字国际委员会经所在国同意、根据1949年8月12日《日内瓦四公约》及其适用的《附加议定书》执行任务的任何特派团。
- (2) 每一缔约方或冲突当事方如经适用本款的特派团的首长要求，应：
 - ① 为特派团人员提供本条第2款(b)项(一)目规定的保护；并且
 - ② 采取本条第3款(b)项(二)目规定的措施。

5. 其他人道主义特派团和调查特派团

- (1) 在不适用本条第2、第3和第4款的情况下，本款适用于在冲突区域内执行任务或为冲突受害者提供协助的下列特派团：
 - ① 国家红十字会或红新月会或其国际联合会的任何人道主义特派团；
 - ② 公正的人道主义组织的任何特派团，包括任何公正的人道主义扫雷特派团；以及
 - ③ 根据1949年8月12日《日内瓦四公约》及其适用的《附加议定书》建立的任何调查特派团。
- (2) 每一缔约方或冲突当事方如经适用本款的特派团的首长要求，应在可行的情况下：
 - ① 为特派团人员提供本条第2款(b)项(一)目规定的保护；并且
 - ② 采取本条第3款(b)项(二)目规定的措施。

6. 保密

依本条提供的所有机密资料，其接受者应为之严格保密，未经资料提供者明示准许不得向有关部队或特派团以外的任何方面透露。

7. 遵守法律和规章

在不妨害其可享有的特权和豁免或其任务要求的前提下，参加本条所指部队和特派团的人员应：

- (1) 遵守所在国的法律和规章；并且
- (2) 不从事任何与其任务的公正性和国际性不符的行动或活动。

第13条 缔约方的协商

1. 各缔约方承诺在有关本议定书实施的一切问题上彼此进行协商与合作。为此目的，应每年召开缔约方会议。
2. 年度会议的参加应按商定的议事规则行事。
3. 会议工作应包括：
 - (1) 审查本议定书的实施情况和现况；
 - (2) 审议各缔约方根据本条第4款提出的报告所引起的事项；
 - (3) 筹备审查会议；以及

- (4) 审议各种保护平民不受地雷滥杀滥伤影响的技术的发展情况。
4. 各缔约方应就任何下列事项向保存人提出年度报告，而保存人应在会议前将报告分送所有缔约方：
- (1) 向其武装部队和平民传播有关本议定书的资料；
 - (2) 清除地雷和善后重建方案；
 - (3) 为满足本议定书的技术要求而采取的步骤和任何其他有关资料；
 - (4) 与本议定书有关的立法；
 - (5) 就国际技术资料交换、就清除地雷方面的国际合作以及就技术合作与援助而采取的措施；以及
 - (6) 其他有关事项。
5. 缔约方会议费用应由各缔约方和参加会议工作的非缔约国按适当调整的联合国会费分摊比例表分摊。

第14条 遵守

- 1. 每一缔约方应采取一切适当步骤，包括立法及其他措施，以防止和制止其管辖或控制下的个人违反本议定书或在其管辖或控制下的领土上违反本议定书。
- 2. 本条第1款所指的措施包括为了确保对违反本议定书的规定在与武装冲突有关的情况下故意造成平民死亡或严重伤害的个人进行刑事制裁和将其绳之以法而采取的适当措施。
- 3. 每一缔约方还应要求其武装部队发布有关的军事指令和作业程序，并要求武装部队人员接受与其任务和职责相称的培训，以期遵守本议定书的规定。
- 4. 各缔约方承诺通过双边方式、联合国秘书长或其他适当国际程序彼此进行协商与合作，以解决在本议定书条款的解释和适用上可能产生的任何问题。

技术附件

- 1. 记录
 - (1) 应按下列规定对除遥布地雷外的地雷、雷场、雷区、诱杀装置和其他装置的位置进行记录：
 - ① 应准确说明雷场、雷区以及诱杀装置和其他装置的布设区相对于至少两个参考点座标的位置，并说明此种武器的布设区相对于这些参考点的估计范围；
 - ② 制作地图、图表或其他记录时，应标明雷场、雷区、诱杀装置和其他装置相对于参考点的位置，这些记录也应标明它们的周界线和范围；并且
 - ③ 为了探测和清除地雷、诱杀装置和其他装置，地图、图表或其他记录应载有关于所布设的所有此种武器的类型、数量、布设方法、引信类型和有效期、布设的日期和时间以及(可能有的)防排装置的完整资料及其他有关资料。凡可行时，雷场记录应标示出每枚地雷的确切位置，但对于行列雷场，标示出每行的位置即可。对布设的每一诱杀装置的确切位置和运作机制应分别予以记录。

- (2) 应以参考点(通常以区角点)座标具体说明遥布地雷的估计位置和区域, 并应尽早作出实地勘察, 在可行的情况下留下标记。所布设地雷的总数和类型、布设日期和时间以及自毁期限也应记录下来。
- (3) 应尽可能由足以保证记录安全的指挥级别保存记录的副本。
- (4) 禁止使用本议定书生效之后生产的地雷, 除非以英文或有关国家语文作出含有如下信息的标记:
 - ① 原造国名称;
 - ② 生产年月; 以及
 - ③ 序列号或批量号。

标记应尽可能可看见、可判读、耐久和耐受环境作用的影响。

2. 关于可探测性的规定

- (1) 1997年1月1日之后生产的杀伤人员地雷应在其构造内含有某种材料或装置, 以便能用现有普通地雷探测技术设备探测并可产生相当于8克或8克以上的一整块铁所产生信号的响应信号。
- (2) 1997年1月1日之前生产的杀伤人员地雷应在其构造内含有或在布设之前以不易去除的方式附着某种材料或装置, 以便能用现有普通地雷探测技术设备探测并可产生相当于8克或8克以上的一整块铁所产生信号的响应信号。
- (3) 一缔约方若确定它不能立即遵守(b)项的规定, 可在其通知同意受本议定书约束时宣布它将推迟遵守(b)项, 推迟期自本议定书生效算起不超过9年。其间, 它应在可行的情况下尽可能减少使用不符合此规定的杀伤人员地雷。

3. 关于自毁和自失能的规定

- (1) 所有遥布杀伤人员地雷均应设计并构造在布设后30天内未能自毁的有效雷不超过所有有效雷的10%, 每枚地雷均应具有后备自失能特征, 按其设计和构造与自毁装置相结合在布设后120天仍有地雷作用的有效雷不超过所有有效雷的1%。
- (2) 在本议定书第5条所界定的标界区以外使用的所有非遥布杀伤人员地雷应符合(a)项的自毁和自失能规定。
- (3) 一缔约方若确定它不能立即遵守(a)和/或(b)项的规定, 可在其通知同意受本议定书约束时宣布, 对于本议定书生效之前生产的地雷, 它将推迟遵守(a)和/或(b)项, 推迟期自本议定书生效算起不超过9年。

在此推迟期内, 该缔约方应:

- ① 承诺在可行的情况下尽可能减少使用不符合有关规定的杀伤人员地雷; 并且
- ② 对于遥布杀伤人员地雷, 遵守自毁规定或自失能规定; 对于其他杀伤人员地雷, 至少遵守自失能规定。

4. 雷场和雷区的国际标志

应使用类似于所附示例的标志并按照如下规格标出雷场和雷区, 以确保平民能看到和认出这些标志:

- (1) 尺寸和形状：三角形或正方形，三角形的底边不应小于28厘米(11英寸)，斜边不应小于20厘米(7.9英寸)正方形的边长不应小于15厘米(6英寸)；
- (2) 颜色：红色或橙色，框以黄色反光周边；

文件9. 《1980年某些常规武器公约》经修正后的第一条， 使其扩展适用至非国际性武装冲突

[资料来源：联合国，CCW/CONF.II/2；可访问 <http://www.icrc.org/ihl>]

在2001年12月11日至21日召开的第二次审查会议上，公约的各缔约国为了将公约拓展适用于非国际性武装冲突，决定修订将公约第1条修订如下文。这一决定可在第二次审查会议的最后文件中查找到，重印在文件CCW/CONF.II/2。

“决定修订第一条，因此，第一条内容如下：

1. 本公约及所附议定书应适用于1949年8月12日《日内瓦四公约》所共有的第二条所指的情况，其中包括《日内瓦四公约》第一号附加议定书第一条第4款所述的任何情况。
2. 本公约及所附议定书除了适用于本条第1款所指的情况外，还应适用于1949年8月12日《日内瓦四公约》所共有的第三条中所指的情况。本公约及所附议定书不适用于内部骚乱和紧张情况，诸如暴动、孤立和零星的暴力行为和性质类似的其他行为因为它们不属于武装冲突。
3. 如果缔约方之一的领土内发生非国际性的武装冲突，冲突各当事方应遵守本公约及所附议定书的禁止和限制规定。
4. 不得援引本公约或所附议定书的任何条款影响国家主权或影响政府通过一切正当手段维持或重建国家的法律与秩序或者维护国家统一和领土完整的职责。
5. 无论出于任何原因，均不得援引本公约或所附议定书的任何条款作为借口，直接或间接干涉一缔约方领土内发生的武装冲突或干涉其内部事务或对外事务。
6. 如果冲突当事方不是已接受本公约或所附议定书的缔约方，则本公约及所附议定书的条款对此种当事方的适用不应对其法律地位或对有争议领土的法律地位造成任何明示或默示的改变。
7. 本条第2至第6款的规定不影响2002年1月1日以后通过的附加议定书，此种附加议定书可适用、不适用或修改本条所述的适用范围。

[注意：本修正案已得到44个国家批准，并已生效。]

**文件10. 《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及
销毁此种地雷的公约》，渥太华，1997年9月18日**

[资料来源：《国际法律资料》，第36卷第6期，1997年；可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

序 言

缔约国，

决心终止杀伤人员地雷造成的痛苦和伤亡，它们每星期杀死或残害数以百计的人，大多数是非武装的无辜平民，特别是儿童，妨碍经济发展和重建，阻止难民遣返和国内流离失所者重返家园，并在布设后多年仍然引起其他严重后果，

相信有必要尽力以有效率、互相协调的方式作出贡献，为应付扫除在世界各地布设的杀伤人员地雷的挑战作出贡献，并确保销毁此种地雷，

希望尽力提供援助来照顾受地雷伤害的人和帮助他们康复，包括使他们重新融入社会和经济生活，

认识到全面禁止杀伤人员地雷也是一项重要的建立信任措施，

欢迎作为《禁止或限制使用某些可被认为具有过份伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》附件，并于1996年5月3日作了修正的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》获得通过，并吁请所有尚未批准的国家早日批准这项议定书，

又欢迎联合国大会1996年12月10日第51/45 S号决议敦促各国大力谋求缔结一项有效的、具有法律拘束力的禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷的国际协定，

并欢迎历年来采取的各种旨在禁止、限制或暂停使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷的单方面和多边措施，

强调公众良知对促进各种人道原则的作用，要求全面禁止杀伤人员地雷就是一个例证，并承认红十字会与红新月会国际联合会、国际禁止地雷运动和世界各地许多其他非政府组织为此目的作出的努力，

回顾1996年10月5日《渥太华宣言》和1997年6月27日《布鲁塞尔宣言》敦促国际社会谈判缔结一项具有法律拘束力的禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷的国际协定，

强调希望争取所有国家加入本公约，并决心为促使它得到普遍加入而在所有有关的论坛作出不懈的努力，这些论坛除其他外，包括联合国、裁军谈判会议、各区域组织和各个集团，以及《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》的审议会议，

基于武装冲突各方选择作战方法或手段的权利并非毫无限制这一国际人道法原则，基于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，并基于必须区分平民与战斗人员的原则，

达成协议如下：

第1条 一般义务

1. 每一缔约国承诺在任何情况下，决不：
 - (1) 使用杀伤人员地雷；
 - (2) 发展、生产、以其他方式获取，储存、保留或者直接或间接向任何人转让杀伤人员地雷；
 - (3) 以任何方式协助，鼓励或诱使任何人从事本公约禁止缔约国从事的任何活动。
2. 每一缔约国承诺按照本公约的规定销毁或确保销毁所有杀伤人员地雷。

第2条 定义

1. “杀伤人员地雷”是指设计成在人员出现、接近或接触时爆炸而使一名或一名以上人员丧失能力、受伤或死亡的一种地雷。设计成在车辆而不是人员出现、接近或接触时引爆，并且装有防排装置的地雷，不视为杀伤人员地雷。
2. “地雷”是指布设在地面或其他表面之下、之上或附近，并设计成在人员或车辆出现、接近或接触时爆炸的一种弹药。
3. “防排装置”是指一种旨在保护地雷、构成地雷的一部分，连接、附着或置于地雷之下而且一旦企图触动或以其他方式故意扰动地雷时会引爆地雷的装置。
4. “转让”是指除了包括将地雷实际运入或运出国家领土外，还包括地雷的所有权和控制权的转让，但不包括布设了地雷的领土的转让。
5. “雷区”是指由于布有或者怀疑布有地雷而具有危险性的区域。

第3条 例外

1. 虽有第1条规定的一般义务，但为发展探雷、扫雷或销毁地雷的技术和进行这些方面的训练而保留或转让一定数量的杀伤人员地雷是允许的。这种地雷的数量不应超过为达上述目的绝对需要的最低数目。
2. 为销毁目的转让杀伤人员地雷是允许的。

第4条 销毁储存中的杀伤人员地雷

除第3条规定者外，每一缔约国承诺尽快地，但至迟在本公约对该缔约国生效后4年内，销毁或确保销毁其所储存的属其所有或拥有、或在其管辖或控制下的所有杀伤人员地雷。

第5条 销毁雷区内的杀伤人员地雷

1. 每一缔约国承诺尽快地，但至迟在本公约对该缔约国生效后10年内，销毁或确保销毁在其管辖或控制下的雷区内的所有杀伤人员地雷。
2. 每一缔约国应尽其努力，查明在其管辖或控制下所有已知或怀疑布设了杀伤人员地雷的地区，并确保尽快标明在其管辖或控制下的所有杀伤人员地雷雷区的周边界线，加以监视，并用围栏或其他方式保护起来，以确保有效地阻止平民进入，直至雷区内的杀伤人员地雷已被全部销毁。所作的标记应至少达到作为《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》附件，并于1996年5月3日作了修正的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》所规定的标准。
3. 一个缔约国如果认为自己无法在规定的时间内销毁或确保销毁本条第1款所述的杀伤人员地雷，可以向一次缔约国会议或审议会议提出延长完成销毁期限的请求，最多可延长10年时间。
4. 每一项请求应载有：
 - (1) 提议延长的期限；
 - (2) 详细解释提议延长期限的理由，包括：
 - ① 在本国扫雷方案下所做工作的筹备和进行情况；
 - ② 可供该缔约国销毁所有杀伤人员地雷的资金和技术手段；和
 - ③ 阻碍该缔约国销毁雷区内所有杀伤人员地雷能力的情况；
 - (3) 延长期限所涉及的人道主义、社会、经济和环境问题；和
 - (4) 与这项提议延长期限的请求有关的任何其他资料。
5. 缔约国会议或审议会议应考虑到第4款所述各种因素，评估该项请求，以超过出席并参加表决的缔约国的半数票决定是否批准延长期的请求。
6. 经按照本条第3、4和5款提出新的请求，延长期限到期后，可以再次延长。在请求再次延长期限时，缔约国应提交有关的进一步资料，说明在上一次延长期内按照本条所采取的行动。

第6条 国际合作和援助

1. 每一缔约国在履行其在本公约下的义务时，在可行情况下，有权寻求和接受其他缔约国在可能范围内提供的援助。
2. 每一缔约国承诺促进并应有权参与本公约执行有关的设备、物资以及科学和技术资料尽可能充分的交换。缔约国不应出于人道主义目的提供扫雷设备和有关技术资料施加不应有的限制。

3. 每一个有能力这样做的缔约国应为照顾受地雷伤害的人，帮助他们康复及重新融入社会和经济生活，和实施防雷宣传方案提供援助。这种援助除其他外，可以通过联合国系统、各种国际性、区域性或各国的组织或机构、红十字国际委员会、各国的红十字会、红新月会及它们的国际联合会和非政府组织提供，或在双边基础上提供。
4. 每一个有能力这样做的缔约国应为扫雷和相关活动提供援助。这种援助除其他外可以通过联合国系统、各种国际性或区域性组织或机构、非政府组织或机构提供，或在双边基础上提供，或者采取向联合国扫雷援助自愿基金或其他用于扫雷的区域性基金捐款的方式。
5. 每一个有能力这样做的缔约国应为销毁储存中的杀伤人员地雷提供援助。
6. 每一缔约国承诺向在联合国系统内建立的扫雷数据库提供资料，特别是关于各种扫雷手段和技术的资料以及扫雷方面的专家、专家机构或国家联络点名单。
7. 缔约国可以请求联合国、区域性组织、其他缔约国或其他主管的政府间或非政府论坛协助其当局拟定国家扫雷方案，以便除其他外，确定：
 - (1) 杀伤人员地雷问题的程度和范围；
 - (2) 为了执行扫雷方案而需要的财力、技术和人力资源；
 - (3) 销毁在该缔约国管辖或控制下的雷区内的全部杀伤人员地雷估计所需的年限；
 - (4) 旨在减少地雷相关伤亡的发生率的防雷宣传活动；
 - (5) 对受地雷伤害者的援助；
 - (6) 该缔约国政府与将参与执行扫雷方案的有关政府、政府间或非政府实体之间的关系。
8. 按照本条规定提供和接受援助的每一个缔约国应进行合作，以确保商定的援助方案得到迅速充分的执行。

第7条 透明措施

1. 每一缔约国应在可行的情况下尽快地，但无论如何至迟在本公约对该缔约国生效后180天内，就下列事项向联合国秘书长提出报告：
 - (1) 第9条所述的国家执行措施；
 - (2) 它所储存的属其所有或拥有、或在其管辖或控制下的所有杀伤人员地雷总数，包括分类列出所储存的每一种杀伤人员地雷的型号和数量，可能的话并列出其批号；
 - (3) 在可能范围内，列出在其管辖或控制下的内有或被怀疑内有杀伤人员地雷的所有雷区的位置，包括尽可能详细地列出每一个雷区内每一种杀伤人员地雷的型号和数量以及布设时间；
 - (4) 根据第3条为发展探雷，扫雷或销毁地雷的技术和进行这些方面的训练而保留或转让的，或为销毁目的而转让的所有杀伤人员地雷的型号和数量，可能的话并列出其批号，以及缔约国授权保留或转让杀伤人员地雷的机构；
 - (5) 将杀伤人员地雷生产设施转为民用或停止军用的方案的现况；

- (6) 按照第4条和第5条销毁杀伤人员地雷的方案的现况, 包括销毁将使用的具体方法、所有销毁地点的位置以及所要遵守的适用的安全 and 环境标准;
 - (7) 本公约对该缔约国生效后已经销毁的所有杀伤人员地雷的型号和数量, 包括分类列出已分别按照第4条和第5条销毁的每一种杀伤人员地雷的数量, 可能的话并列出按照第4条销毁的每一种杀伤人员地雷的批号;
 - (8) 在所知道的范围内列出缔约国曾生产的, 以及目前属其所有或拥有的每一种杀伤人员地雷的技术特点。并在合理的可能范围内提供可能有助于识别和扫除杀伤人员地雷的各类资料; 这种资料至少应包括其尺寸, 引信装置、所装的炸药、所装的金属、彩色照片以及其他可能有助于扫雷的资料; 和
 - (9) 为向按照第5条第2款查明的所有地区内居民立即发出有效警告而采取的措施。
2. 按照本条提供的资料应由缔约国每年根据过去一个日历年的情况加以增补并迟于每年4月30日前向联合国秘书长提出报告。
 3. 联合国秘书长应收到的所有这种报告分送各缔约国。

第8条 促进履约和履约澄清

1. 各缔约国同意就本公约各项规定的执行互相协商和合作, 并以合作精神共同努力, 促使各缔约国遵守本公约所规定的义务。
2. 如果一个或多个缔约国希望澄清或试图解决有关另一个缔约国对本公约规定遵守情况的问题, 可以通过联合国秘书长就此事向该缔约国提出澄清请求。这种请求应附有一切适当的资料。每一缔约国应避免提出没有根据的澄清请求, 谨防滥用。收到澄清请求的缔约国应在28天内, 通过联合国秘书长, 向提出请求的缔约国提供有助于澄清此事的一切资料。
3. 如果提出请求的缔约国没有在上述时限内通过联合国秘书长收到答复, 或者认为对澄清请求的答复未能令人满意, 可以通过联合国秘书长, 将此事提交下一次缔约国会议。联合国秘书长应将此请求, 连同与此项澄清请求有关的一切适当资料, 转送全体缔约国。所有这种资料应送交被请求的缔约国, 该缔约国应有权作出答复。
4. 在任何缔约国会议召开之前, 任何有关的缔约国可以请求联合国秘书长进行斡旋, 促使有关方应请求作出澄清。
5. 提出请求的缔约国可以通过联合国秘书长, 提议召开一次缔约国特别会议来审议此事。联合国秘书长应立即将此提议以及有关的缔约国所提交的一切资料通报全体缔约国, 并请它们表态是否赞成召开一次缔约国特别会议来审议此事。如果在发出上述通报后14天内, 有至少三分之一的缔约国赞成召开特别会议, 联合国秘书长即应在其后14天内召开缔约国特别会议。这种会议的法定人数应为缔约国的半数。
6. 缔约国会议或缔约国特别会议(视情况而定)应首先根据有关的缔约国所提交的全部资料, 决定是否进一步审议此事。缔约国会议或缔约国特别会议应竭尽全力以协商一致方式作出决定。如果竭尽了所有努力仍然无法达成一致, 则应以出席并参加表决的过半数缔约国以表决方式作出决定。

7. 所有缔约国均应同缔约国会议或缔约国特别会议充分合作，以完成对此事的审查，包括同按照第8款授权派出的任何实情调查团合作。
8. 如果需要作进一步澄清，缔约国会议或缔约国特别会议应以出席并参加表决的缔约国过半数，授权派出一个实情调查团，并决定它的职权范围。被请求的缔约国可以在任何时候邀请实情调查团前往该国领土。这种调查团应无须经缔约国会议或缔约国特别会议作出授权决定即可派出。调查团应由按照第9和第10款制定和核准的最多9名专家组成，可以到现场或前往在被请求的缔约国管辖或控制下与被指控的履约问题有直接关系的其他地点收集进一步资料。
9. 联合国秘书长应编制和更新一份开列由缔约国提供的合格专家姓名、国籍和其他有关资料的名单，并将它通报给全体缔约国。列在这份名单上的任何专家应被视为获得指派参加所有实情调查团，除非某一缔约国书面声明不接受。假如某一专家不获接受，并且表示不接受的声明是在任命该专家参加调查团之前作出的，该名专家就不应参加派往表示反对的缔约国领土或在该国管辖或控制下的任何其他地点的实情调查团。
10. 联合国秘书长接到缔约国会议或缔约国特别会议的请求后，应在同被请求的缔约国协商后，任命考察团的成员，包括其团长。不应任命请求派出实情调查团的缔约国或直接受它影响的缔约国的国民参加调查团。实情调查团成员应享有1946年2月13日通过的《联合国特权和豁免公约》第六条所规定的特权和豁免。
11. 通知应至少提前72小时作出，此后，实情调查团成员应尽早进入被请求的缔约国领土。被请求的缔约国应采取必要的行政措施来接待调查团以及提供交通和食宿，并在调查团在其控制下的领土内逗留期间，应尽可能在最大程度上负责确保调查团的安全。
12. 在不损害被请求的缔约国主权的情况下，实情调查团可以将只用于收集与所指控履约问题有关资料的必要设备带进被请求的缔约国领土。调查团在抵达之前，将把它在进行实情调查过程中打算使用的设备告知被请求的缔约国。
13. 被请求的缔约国应尽其努力，确保给予实情调查团机会可以同也许能提供与被指控履约问题有关资料的所有有关人士谈话。
14. 被请求的缔约国应允许实情调查团进入在其控制下的预期能收集到与履约问题的事实情况的所有地区和设施。这应受到被请求的缔约国因下述理由认为有必要作出的任何安排的限制：
 - (1) 保护敏感的设备、资料和地区；
 - (2) 保护被请求的缔约国在所有权、搜查与扣押或其他宪法权利方面的任何可能承担的宪法义务；
 - (3) 保护实情调查团成员的人身和安全。被请求的缔约国如果作出这种安排，应作出一切合理的努力，通过替代方式表明它遵守了本公约。
15. 除非另有协议，否则实情调查团在有关的缔约国领土内都留不得超过14天，在任何一个特定地点逗留不得超过7天。
16. 作为机密提供的与实情调查团主要任务无关的一切资料，应视为机密资料处理。

17. 实情调查团应通过联合国秘书长，向缔约国会议或缔约国特别会议报告其调查结果。
18. 缔约国会议或缔约国特别会议应审议一切有关的资料，包括实情调查团所提交的报告，并可以请被请求的缔约国采取措施，在特定期限内解决履约问题。被请求的缔约国应就它应此项请求采取的所有措施提出报告。
19. 缔约国会议或缔约国特别会议可以向有关的缔约国建议进一步澄清或解决审议中的事项的方法和方式，包括依照国际法开始适当的程序。如果判断定该问题源自被请求的缔约国无法控制的情况，缔约国会议或缔约国特别会议可以建议采取适当的措施，包括采用第6条所述的合作措施。
20. 缔约国会议或缔约国特别会议应竭尽全力以协商一致方式达成第18和19款所述的决定，否则应以出席并参加表决的缔约国三分之二多数作出这种决定。

第9条 国家执行措施

每一缔约国应采取一切适当的法律、行政和其他措施，包括实施刑事制裁以防止和制止任何人在其管辖或控制下或者在受其管辖或控制的领土上从事本公约禁止缔约国进行的任何活动。

第10条 争议的解决

1. 缔约国应互相协商和合作解决任何可能因本公约的适用或解释发生的争议。每一缔约国均可将任何这种争议提交缔约国会议处理。
2. 缔约国会议可以采取它认为适当的任何方式促成争议的解决，包括进行斡旋、促请争议各当事缔约国进行其选择的解决程序以及为任何议定的程序建议一个时限。
3. 本条不妨害本公约关于促进履约和履约澄清问题的规定。

第11条 缔约国会议

1. 缔约国应定期开会，以便审议有关本公约的适用或执行的任何事项，包括：
 - (1) 本公约的实施情况和现状；
 - (2) 按照本公约规定提交的报告中出现的问题；
 - (3) 按照第6条进行国际合作和援助；
 - (4) 清除杀伤人员地雷技术的发展；
 - (5) 缔约国根据第8条提出的请求；和
 - (6) 就缔约国根据第5条规定提出请求作出的决定。
2. 第一次缔约国会议应由联合国秘书长在本公约生效后一年内召开。以后的会议应每年由联合国秘书长召开，直至第一次审议会议召开为止。
3. 联合国秘书长应按照第8条所列的条件召开缔约国特别会议。
4. 非本公约缔约国的国家，以及联合国、其他有关国际组织或机构、区域组织、红十字国际委员会和有关的非政府组织，可以按照议定的《议事规则》被邀请作为观察员出席这些会议。

第12条 审议会议

1. 审议会议应由联合国秘书长在本公约生效五年后召开。此后的审议会议应在一个或多个缔约国提出请求时由联合国秘书长召开，但两次审议会议之间的间隔无论如何不应少于五年。每一次审议会议均应邀请本公约的全体缔约国参加。
2. 审议会议的目的应为：
 - (a) 审议本公约的实施情况和现状；
 - (b) 审议第11条第2款所述以后召开缔约国会议的需要和时间间隔；
 - (c) 就缔约国根据第5条规定提出的请求作出决定；和
 - (d) 必要时在其最后报告中通过关于本公约执行情况的结论。
3. 非本公约缔约国的国家，以及联合国、其他有关国际组织或机构、区域组织、红十字国际委员会和有关的非政府组织，可以按照议定的《议事规则》被邀请作为观察员出席每一次审议会议。

第13条 修正

1. 任何缔约国可以在本公约生效后随时对本公约提出修正，任何修正案均应送交保存人；保存人应将其分送所有缔约国，并应征求它们对于应否召开一次修约会议来审议该提案的意见。如果过半数缔约国在提案分送后30天以内通知保存人表示赞成进一步审议该提案，保存人应召开一次修约会议，并应邀请所有缔约国参加。
2. 非本公约缔约国的国家，以及联合国、其他有关国际组织或机构、区域组织、红十字国际委员会和有关的非政府组织，可以按照议定的《议事规则》被邀请作为观察员出席每一次修约会议。
3. 修约会议应紧接缔约国会议或审议会议之后举行，除非过半数缔约国请求提早举行。
4. 对本公约的任何修正应以出席修约会议并参加表决的缔约国三分之二多数通过。保存人应将以这种方式获得通过的任何修正通报各缔约国。
5. 对本公约的修正应在过半数缔约国向保存人交存接受书后，对所有表示接受该项修正的本公约缔约国生效。其后，对于任何其余的缔约国，修正应从该国交存接受书之日起生效。

第14条 费用

1. 缔约国会议、缔约国特别会议、审议会议和修约会议的费用，应由参加会议的本公约缔约国和非缔约国按适当调整的联合国会费分摊比例分摊。
2. 联合国秘书长因执行第7条和第8条而产生的费用，以及任何实情调查团的费用，应由缔约国按适当调整的联合国会费分摊比例分摊。

第15条 签署

[……]

第16条 批准、接受、核准或加入

[……]

第17条 生效

1. 本公约应自第40份批准书、接受书、核准书或加入书交存之月第六个月的第一天起生效。

[……]

第18条 临时适用

任何国家可以在批准、接受、核准或加入本公约时宣布，在本公约生效之前，它将临时实施本公约第1条第1款。

第19条 保留

不得对本公约的条款作出保留。

第20条 期限和退出

1. 本公约应无限期有效。
2. 每一缔约国为行使国家主权，有权退出本公约。它应将退约一事通知所有其他缔约国、保存人和联合国安全理事会。退出书中应对引起退约的理由作出充分说明。
3. 退约应在保存人收到退出书六个月后生效。但是，如果在六个月期满时，退出的缔约国正处于武装冲突之中，则退约不应在武装冲突结束之前生效。
4. 某一缔约国退出本公约，不应在任何意义上影响各国继续履行它们在任何有关国际法规则下所承担义务的责任。[……]

**文件11. 《战争遗留爆炸物议定书》
(1980年公约《议定书五》), 2003年11月28日**

[资料来源: 《战争遗留爆炸物议定书》(《常规武器公约议定书五》), 2003年11月28日; 可访问 <http://www.icrc.org>]

各缔约方,

承认战争遗留爆炸物造成的严重的冲突后人道主义问题,

意识到需要缔结一项关于冲突后补救措施的一般性议定书，以便将战争遗留爆炸物的危害和影响减至最小，

并愿意通过关于改进弹药可靠性的技术附件所载列的自愿性最佳做法解决一般性预防措施，从而将产生战争遗留爆炸物的可能性减至最小，

兹议定如下：

第1条 一般规定和适用范围

[……]

1. 各缔约方按照《联合国宪章》和对它们适用的关于武装冲突的国际法规则，同意以个别的和与其他缔约方合作的两种方式遵守本议定书规定的义务，在冲突后形势中将战争遗留爆炸物的危害和影响减至最小。……

第2条 定义

为本议定书的目的，

1. “爆炸性弹药”是指含有炸药的常规弹药，但《公约》经 1996 年 5 月 3 日修正后的第二号议定书中界定的地雷、诱杀装置和其他装置除外。
2. “未爆炸弹药”是指已装设起爆炸药、装设引信、进入待发状态或以其他方式准备或实际在武装冲突中使用的爆炸性弹药。此种弹药可能已经发射、投放、投掷或射出，但应爆炸而未爆炸。
3. “被弃置的爆炸性弹药”是指在武装冲突中没有被使用但被一武装冲突当事方留下来或倾弃而且已不再受将之留下来或倾弃的当事方控制的爆炸性弹药。被弃置的弹药有可能已装设起爆炸药、装设引信、进入待发状态或以其他方式准备使用，也有可能未装设起爆炸药、装设引信、进入待发状态或以其他方式准备使用。
4. “战争遗留爆炸物”是指未爆炸弹药和被弃置的爆炸性弹药。
5. “现有的战争遗留爆炸物”是指在本议定书对缔约方生效之前已经在其领土上存在的未爆炸弹药和被弃置的爆炸性弹药。

第3条 战争遗留爆炸物的清除、排除或销毁

1. 每一缔约方和武装冲突当事方对于在其控制之下的区域内的所有战争遗留爆炸物负有本条所规定的责任。对于不在成为战争遗留爆炸物的爆炸性弹药的使用者控制之下的区域，使用者应在现行敌对行动停止后并在可行的情况下，以双边方式或通过双方商定的第三方，包括通过联合国系统或其他有关组织，提供技术、资金、物资或人力等方面的援助，以便利标示、清除、排除或销毁这些战争遗留爆炸物。
2. 每一缔约方和武装冲突当事方应在现行敌对行动停止之后并在可行的情况下尽快标示、清除、排除或销毁其控制之下的受影响区域的战争遗留爆炸物。对于按照本条第 3 款被评估为造成严重人道主义危险的受战争遗留爆炸物影响的区域，应优先予以清除、排除或销毁。

3. 在敌对行动停止之后，每一缔约方和武装冲突当事方应在可行的情况下尽快在其控制的受影响区域内采取下列步骤，以减小战争遗留爆炸物所造成的危险：
 - (1) 调查和评估战争遗留爆炸物所造成的威胁；
 - (2) 评估在标示、清除、排除或销毁方面的需要和可行性并确定优先顺序；
 - (3) 标示、清除、排除或销毁战争遗留爆炸物；
 - (4) 采取步骤，为开展这些活动筹集资源；
4. 在开展上述活动时，各缔约方和武装冲突当事方应考虑到各项国际标准，包括国际地雷行动标准。
5. 各缔约方应酌情在相互之间以及与其他国家、有关区域组织及国际组织和非政府组织就提供技术、资金、物资和人力等方面的援助进行合作，包括适当时就满足本条的要求所必须采取的联合行动进行合作。

第4条 资料的记录、保存和提供

1. 各缔约方和武装冲突当事方应在实际可行的情况下最大限度地记录和保存关于战争遗留爆炸物的资料，以便利迅速标示、清除、排除或销毁战争遗留爆炸物、开展危险性教育以及向控制有关区域的当事方和向该区域的平民群体提供有关资料。
2. 在现行敌对行动停止之后，使用了或弃置了成为战争遗留爆炸物的爆炸性弹药的各缔约方和武装冲突当事方应在实际可行而且不损害其正当安全利益的情况下，以双边方式或通过双方商定的第三方，包括通过联合国等组织，立即将此种资料提供给控制受影响区域的当事方，或者根据请求，提供给提供方确信正在或将要在受影响区域从事危险性教育和战争遗留爆炸物的标示、清除、排除或销毁的其他有关组织。[……]

第5条 保护平民群体、个别平民和民用物体以免其受战争遗留爆炸物危害和影响的其他预防措施

1. 各缔约方和武装冲突当事方应在其控制下的受战争遗留爆炸物影响的区域内采取一切可行的预防措施，使平民群体、个别平民和民用物体不受战争遗留爆炸物的危害和影响。可行的预防措施是指考虑到当时所有情况包括考虑到人道主义因素和军事因素而实际可行或实际上可能的预防措施。此种预防措施可包括按技术附件第二部分的规定向平民群体示警、开展危险性教育、竖立标志和栅栏及监视受战争遗留爆炸物影响的区域。

第6条 保护人道主义特派团和组织以免其受战争遗留爆炸物影响的规定

1. 每一缔约方和武装冲突当事方应：
 - (1) 在可行的情况下保护经该缔约方或武装冲突当事方准许而正在或将要在其所控制的区域内开展活动的人道主义特派团或组织以免其受战争遗留爆炸物的影响；
 - (2) 在此一人道主义特派团或组织提出请求时，尽可能提供其所掌握的关于该提出请求的人道主义特派团或组织将开展活动或正在开展活动的区域内所有战争遗留爆炸物位置的资料。

2. 本条的规定不妨害提供更高程度保护的现有的国际人道主义法或其他适用的国际文书或联合国安全理事会的决定。

第7条 在处理现有的战争遗留爆炸物方面提供援助

1. 每一缔约方有权酌情请求其他缔约方、非缔约国以及有关国际组织和机构提供并从而得到援助，以处理现有战争遗留爆炸物造成的问题。
2. 有能力这样做的每一缔约方应提供为处理现有战争遗留爆炸物造成的问题所必要且可行的援助。在这样做时，各缔约方还应考虑到本议定书的人道主义目标以及包括国际地雷行动标准在内的各项国际标准。

第8条 合作与援助

1. 有能力这样做的每一缔约方应除其他外通过联合国系统、其他有关国际、区域或国家组织或机构、红十字国际委员会、国家红十字会和红新月会及其国际联合会、非政府组织或在双边基础上为标示、清除、排除或销毁战争遗留爆炸物、对平民群体开展危险性教育及有关活动提供援助。
2. 有能力这样做的每一缔约方应为战争遗留爆炸物受害者提供照顾和康复以及重新融入社会经济生活方面的援助。除其他外，可通过联合国系统、有关国际、区域或国家组织或机构、红十字国际委员会、国家红十字会和红新月会及其国际联合会、非政府组织或在双边基础上提供此种援助。
3. 有能力这样做的每一缔约方应向联合国系统内建立的各个信托基金及其他有关信托基金提供捐款，以便利根据本议定书提供援助。
4. 每一缔约方应有权参加为本议定书的执行所必要的设备、物资以及科学和技术资料的尽可能充分的交换，但与武器有关的技术除外。各缔约方承诺促进此种交换，不应出于人道主义目的提供清除设备和有关技术资料施加不应有的限制。
5. 每一缔约方承诺向联合国系统内建立的有关地雷行动数据库提供资料，特别是关于清除战争遗留爆炸物的各种手段和技术的资料，以及与清除战争遗留爆炸物有关的专家、专家机构或本国联络点的名单，并在自愿的基础上提供相关类型的爆炸性弹药的技术资料。
6. 缔约方可向联合国、其他适当机构或其他国家提交辅以充分有关的资料的援助请求。此种请求书可提交联合国秘书长，而联合国秘书长应将其转交所有缔约方及有关国际组织和非政府组织。
7. 如果向联合国提出请求，联合国秘书长可在其现有资源的范围内采取适当步骤，对情况作出评估，并与提出请求的缔约方和以上第3条所指负有责任的其他缔约方合作，建议宜提供何种援助。联合国秘书长也可向各缔约方报告任何此种评估的结果以及所需援助的类型和范围，包括联合国系统内建立的各信托基金可能提供的资助。

第9条 一般性预防措施

1. 考虑到不同的情况及能力，鼓励每一缔约方采取一般性预防措施，以尽可能减小产生战争遗留爆炸物的可能性，……

2. 每一缔约方可在自愿的基础上交换与促进和确立本条第1款所涉及的最佳做法的努力有关的资料。……

第11条 遵守

1. 每一缔约方应要求其武装部队和有关机构或部门发布适当指令和作业程序，并要求其人员接受与本议定书的有关规定相符的培训。
2. 各缔约方承诺通过双边方式、联合国秘书长或其他适当国际程序彼此进行协商与合作，以解决在本议定书条款的解释和适用上可能产生的任何问题。

案例12. 雇佣兵问题

[还可以参见：**案例224**，案例研究，塞拉利昂、利比里亚和几内亚的武装冲突，第2347页。]

案 例

(一)《第一附加议定书》 第47条

[资料来源：《1949年8月12日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》，（《第一附加议定书》），1977年6月8日，可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

1. 雇佣兵不应享有作为战斗员或成为战俘的权利。
2. 外国雇佣兵是具有下列情况的任何人：
- (1) 在当地或外国特别征募以便在武装冲突中作战；
 - (2) 事实上直接参加敌对行动；
 - (3) 主要以获得私利的愿望为参加敌对行动的动机，并在事实上冲突一方允诺给予远超过对该方武装部队内具有类似等级和职责的战斗员所允诺或付给的物质报偿；
 - (4) 既不是冲突一方的国民，又不是冲突一方所控制的领土的居民；
 - (5) 不是冲突一方武装部队的人员；而且
 - (6) 不是非冲突一方的国家所派遣作为其武装部队人员执行官方职务的人。

(二)《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》，1989年12月4日

[资料来源：联合国，A/RES/44/34，1989年12月4日，可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

本公约各缔约国，[……]

认识到招募、使用、资助和训练雇佣所进行的活动违反诸如国家主权平等、政治独立、领土完整和人民自决等国际法原则，

申明招募、使用、资助和训练雇佣军的行为应视作所有国家都严重关切的罪行，任何人犯下任何这些罪行都应受到追诉或引渡，[……]

经协议如下：

第一条 为本公约的目的

1. 雇佣军是指属于下列情况的任何人：
 - (a) 特别在当地或国外受招募以便在武装冲突中作战；
 - (b) 参与敌对行动的主要动机是获得个人利益、而且事实上由冲突一方或其代表允给与物质报酬，这项报酬远超过该方对其武装部队中担任相同职级和任务的战斗人员所允给或给予的物质报酬；
 - (c) 既非冲突一方的国民，也非冲突一方控制领土的居民；
 - (d) 非冲突一方武装部队的成员；并且
 - (e) 非由不属冲突一方的国家作为其武装部队的成员派遣担任公务，
2. 雇佣军也指在其他任何情况下属于下列情况的任何人，
 - (a) 特别在当地或国外受招募以参与共谋的暴力行为，其目的为：
 - (一) 推翻一国政府或以其他方式破坏一国宪政秩序，或
 - (二) 破坏一国领土完整；
 - (b) 参加此种行为的主要动机是获得可观的个人利益，并已获允给与或领取了物质报酬；
 - (c) 不是这种行为所针对的国家的国民或居民；
 - (d) 非由一国派遣担任公务；而且
 - (e) 不是行为发生在其领土的国家的武装部队成员。

第二条

为本公约的目的，任何人招募、使用、资助或训练符合本公约第一条定义的雇佣军，即构成犯罪行为。

第三条

1. 为本公约的目的，符合本公约第一条定义的雇佣军，无论直接参与敌对行动或共谋的暴力行为，即构成犯罪行为。[……]

第五条

1. 各缔约国应不招募、使用、资助或训练雇佣军，并应按照本公约的规定禁止这种活动。
2. 各缔约国不应为反对各国人民合法行为使其为国际法承认的不可剥夺的自决权利而招募、使用、资助或训练雇佣军，并应依照国际法采取适当措施，防止为此目的招募、使用、资助或训练雇佣军。
3. 各缔约国应根据罪行的严重性质，对本公约所列罪行规定处以适当刑罚。[……]

第九条

1. 每一缔约国应采取必要措施，在以下情况下，确定该国对本国公约所列任何罪行的管辖权：
 - (a) 罪行发生在该国领土内或在该国注册的船舰或飞机上；
 - (b) 罪行为该国任何一个国民所犯，成为（该国根据情况认为）经常居住于其领土内的无国籍人所犯。[……]

第十条

[……]

3. 本条第一款所述措施针对的任何人应有权：
 - (a) 立即与最近的本国或有权保护其权利的國家的主管代表取得联系，如果此人为无国籍人，则与其经常居住的所在國的主管代表取得联系；
 - (b) 接受该国代表的访问。
4. 本条第三款的规定应不妨碍按照第九条第一款 (b) 项主张有管辖权的任何缔约国邀请红十字国际委员会与嫌犯进行联系并对其进行访问的权利。[……]

第十一条

领土内发现嫌犯的缔约国，如不将改人引渡，应毫无例外的而且不论罪行是否在其领土被发生，通过该国法律规定的程序，将案件送交该国主管机关，以便提起公诉。此等机关应按该国法律处理其他任何严重罪行案件的方式作出判决。[……]

第十六条

本公约的适用应不影响：

- (1) 关于国家的国际责任的规则；
- (2) 武装冲突法和国际人道主义法，其中包括有关战斗人员或俘虏地位的规定。[……]

注：截止到2005年3月1日，已有26个国家批准了该公约，该公约已于2001年10月20日生效。

(三) 关于使用雇佣兵问题特别报告员恩里克·贝纳莱斯·巴列斯特罗斯先生向联合国提交的报告

[资料来源：联合国，E/CN.4/2004/15，2003年12月24日，可访问<http://www.unhchr.ch>]

民族自决权及其对受殖民或外国统治或在 外国占领下的民族的适用

利用雇佣军侵犯人权并阻碍各民族行使自决权的问题：特别报告员恩里克·贝纳莱斯·巴列斯特罗斯先生提交的报告

内容提要

这是使用雇佣军问题特别报告员恩里克·贝纳莱斯·巴列斯特罗斯先生在就任16年以后提交的最后报告。特别报告员分析了雇佣军活动的变化，从各雇佣军或大体上非正式的雇佣军团体展开的阻碍各民族行使自决权的活动，到这些雇佣军的招募并被极端分子组织、恐怖主义团体和从事贩卖人口、偷渡移民、贩运武器弹药、钻石和宝石以及毒品的组织利用。鉴于这些变化，特别报告员审查了提供军事援助、咨询和保安服务的私营公司的活动的增长和扩大的情况，现在这些公司遍布五大洲，而且其中有些公司最近取得了价值几千万美元的合同。

特别报告员分析了以下种种利用雇佣军的情况：南非种族隔离政权侵犯各非洲民族和各民族解放运动，有人在中美洲暗中活动，有人试图推翻马尔代夫政府，而且有人在古巴和其他国家实施恐怖主义行为。他回顾了自1988年以来他展开的正式访问、在消除雇佣军活动的努力方面遇到的困难以及特别是国际立法中的缺陷。为此目的，本报告载有一项由特别报告员拟订的关于新的雇佣军法律定义的建议。

本报告还分析了塞拉利昂取得的进展和有人在西非使用雇佣军因而使科特迪瓦和利比里亚陷入持续困境的情况。报告中还载有关于1989年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》的批准和加入的现况的资料。最后报告审议了特别报告员在履行职责方面遇到的困难和问题以及关于今后任务的建议。

特别报告员最后说，人权委员会延长任期是与消除雇佣军活动并促进和平、国际安全和保护人权的努力有关。如果任期延长，将于2004年8月任命的新的特别报告员应该继续审议雇佣军的法律定义的问题，应该展开特别报告员计划的访问，并参加联合国各机构派出的各种正式特派团。[……]

导言[……]

2. 委员会在2003年4月14日第2003/2号决议中[……]重申，委员会谴责雇佣军活动是违反所有民族都享有的自决权的原则，并指出，这种活动对发展中国家，特别是对非洲和小岛屿国家的和平与安全构成了威胁。
[……]
3. 委员会根据特别报告员进行了调查，确认武装冲突、恐怖主义、贩运军火和第三国势力的暗中活动，除其他外，刺激了雇佣军的全球市场需要。[……]
4. 委员会重申，除其他外，利用雇佣军及其招募、资助和训练是引起所有国家严重关注的行为，违反了《联合国宪章》所载的宗旨和原则。它欢迎《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》生效；它欢迎已接受了特别报告员访问的国家提供的合作，并欢迎有些国家通过了关于限制招募、集结、资助、训练和转运雇佣军的本国法律。
5. 委员会还请特别报告员就该决议的执行情况进行磋商，并就利用雇佣军的问题向委员会第六十届会议提交报告及具体建议。[……]
6. 委员会吁请所有国家考虑采取必要的行动，批准或加入《国际公约》；委员会请它们一旦发现其境内发生犯罪行为，立即调查是否有雇佣军介入；并促请它们与特别报告员通力合作，协助他履行任务。[……]

二、非洲的雇佣军活动[……]

21. 在种族隔离制度下展开的破坏稳定的活动殃及整个南部非洲。在南非境内和南非领土之外，非洲人国民大会(非国大)成员受到迫害，而且不止一次被雇佣军谋杀。1990年代，南非摆脱了该政权的统治，取而代之的是一个尊重其各族裔社会并坚定地致力于保护人权的多种族民主政体。在这种新的背景下，特别报告员于1997年访问了南非。当今，南非制定了令人关注的立法，特别是禁止任何雇佣军活动，该国在制约和监督在国际上提供保安服务的私营公司方面取得了进展，目的是防止它们招募雇佣军。
22. 西非的局势令特别报告员特别关注。自从1996年选举以来，特别是在1998年的所谓的“清洗活动”中和1999年1月入侵弗里敦的行动中发生的武装冲突中出现了雇佣军。[……]
23. 塞拉利昂正在争取和平并改善人权情况。但有些地区，特别是与利比里亚接壤的边界地区，继续发生暴力行为。2003年1月，Kailahun地区的

一个村庄受到利比里亚非正规武装团体的袭击。出产钻石的地区的情况也令人担忧，因为局势证明无法巩固国家权力，而且发现有雇佣军守卫各种设施。[……]

25. 特别报告员获悉，2003年8月底，一个雇佣军团体准备前往科特迪瓦，但在巴黎机场被法国警察逮捕。据报告，这个团体是由军士长Ibrahim Coulibaly招募的。[……]

三、雇佣军活动的发展动态和任务的演变

26. 使用雇佣军问题的任务是1987年规定的，当时的背景是，必须重申各族人民的自决权，特别是因为这项权利受到非洲的雇佣军活动的威胁。但特别报告员很快就发现必须着眼于雇佣军在中美洲的存在，因为这是当时的另一个冲突的中心。危地马拉和萨尔瓦多当时发生了国内武装冲突，而在尼加拉瓜，桑地诺民族解放阵线在成功地使该国摆脱血腥的索摩查独裁政权以后，不得不面对反对派。伊朗——反对派丑闻表明雇佣军参与了这场冲突。特别报告员在1989年访问美利坚合众国和尼加拉瓜时收到了许多此类报告，并调查了各种暗中活动。
27. 1990年代初，在雇佣军和泰米尔族斯里兰卡青年人发动未遂政变以后，特别报告员不得不访问马尔代夫。因此特别报告员注意到小岛屿发展中国家特别有可能遭到雇佣军分子的外部侵略。特别报告员还注意到，怀有领土野心或篡权企图的任何国家、组织或富有的政治冒险家可以很容易地通过以钱财作为交换条件招募无经验的青年人来武装雇佣军团体。
28. 两极对抗的消失和冷战的结束激起了人们的期望，期待着出现比较有利的条件来促进对各族人民自决权的尊重和逐渐减少武装冲突。但令人遗憾的是，这种情况并没有出现。与此相反，由于各种主要利益火上浇油，新的紧张局面来源应运而生。利用雇佣军的做法有增无减，而且有人利用雇佣军侵犯人权和违反国际人道主义法。由于苏联的消失，在原苏联领土上涌现的一些主权独立国家之间产生了磨擦。在前南斯拉夫出现了“周末雇佣军”，而在波斯尼亚和黑塞哥维那以及阿富汗出现了圣战者(即穆斯林战斗人员)为某种事业而不是为金钱战斗的现象。[……]
29. 因此，特别报告员被吁请审议在国际市场上提供服务的私营军事保安公司使用、招募和训练雇佣军所产生的新的问题。他分析了执行结果公司在安哥拉和塞拉利昂的活动和沙线国际公司在塞拉利昂和巴布亚新几内亚的活动。现在出现了几百个新的公司，形成了提供国际军事保安服务

的模式，现在在五大洲展开活动。由于国家军队的缩减，出现了大量突然失业的训练有素的职业军人。

30. 不管是单枪匹马，还是受雇于现代多用途保安公司，雇佣军通常是侵犯人权的。有时，雇佣军在恐怖主义行动中充当职业代理人，参加非法贩运，从事破坏行为等。雇佣军是所有各种暗中活动的一个因素。同筹集兵源的成本相比较，雇佣军为展开军事行动提供了一种廉价的手段，只要有报酬，他们就听命于政府、跨国公司、组织、派别和团体。雇佣兵受雇卖命，是因为他不惜践踏国际人道主义法的准则，甚至犯下严重罪行和侵犯人权。特别报告员在1999年1月应英国政府的邀请访问大不列颠及北爱尔兰联合王国期间对军事保安公司进行了深入的研究。
31. 按照特别报告员的建议，联合国人权事务高级专员办事处于2001年和2002年组织的两次雇佣军问题专家会议上讨论了军事保安公司的问题。不断有报告说，这些公司的雇员从事犯罪，包括谋杀、强奸和绑架儿童，而往往逍遥法外。国际法和各国的国内立法必须对这些公司的活动作出规定，并建立监测和监督机制，明确将军事咨询服务同参与武装冲突区别开来，并同可被视为属于国家专属责任的干预公共秩序和安全事务的任何行为区别开来。[……]

四、恐怖主义和雇佣军活动

35. 特别报告员曾几次要求将恐怖主义和雇佣军活动之间的联系这一问题列入其职权。特别报告员在其2000年的报告(E/CN.4/2001/19，第50-61段)中述及这一问题。没有任何事物可以阻止雇佣军为了金钱参与实施恐怖主义行为，而恐怖主义行为被理解为是一种由于思想意识的原因而实施的犯罪行为，这种行为提出政治上合法的诉求而其目的是推动集体恐怖。对任何恐怖主义袭击的调查不应该放弃调查雇佣军参与的可能性。
36. 恐怖主义行为并不一定由秘密组织的成员实施。这些组织可以利用精通军事艺术、驾驶飞机、使用尖端武器、制造烈性炸药等技术的雇佣军。但这种关系并不是一种组织关系，也不是一种持续的关系。但策划恐怖行为的人并不始终依靠狂热信徒。最近制定的广泛的国际反恐怖主义立法中忽视了这种联系。对于雇佣军参与实施恐怖主义行为必须始终进行调查。雇佣军逍遥法外的现象不得再继续下去了。

五、关于新的雇佣军法律定义的建议

37. 特别报告员在展开工作过程中发现，制止雇佣军活动方面的一个最大的问题是雇佣军缺乏一项明确的、毫不含糊的和全面的法律定义。
38. 1949年《日内瓦四公约《第一附加议定书》》第47条载有一项意在剥夺雇佣军战斗员的权利或战俘权利的雇佣军的定义。由于该议定书具有作为一项国际人道主义法律文书的性质，因此没有对雇佣军本身，而是对其可能参与武装冲突作出了规定。议定书仅仅对于一种具体情况作出规定。它规定了何种人应视为雇佣军，并规定了确定是否是雇佣军时必须同时存在的一些要素。国际立法中存在漏洞和缺陷，而多数国家的国内立法并不惩处雇佣军活动，因此情况更加复杂。雇佣兵可能成为社会渣滓，但法律却对他无可奈何。
39. 1989年，大会在其第44/34号决议中通过了《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》。但这项公约一直到2001年才生效。其中有些规定可以被视为在根除雇佣军活动方面取得的进展，因为该国际公约的一些规定便利对雇佣军提起诉讼并促进各国之间在这一方面的合作。但该公约基本上保持界定雇佣军所需要的并存的要素。第1条第1款几乎逐字沿用《第一附加议定书》第47条中雇佣军的定义，而第1条第2款提到利用雇佣军从事破坏一国宪政秩序或领土完整的共谋暴力行为。
40. 国际立法在以下要求方面有一些漏洞：国籍、住所、改变国籍以掩盖雇佣军的身份，雇佣军参与非法贩运或有组织的犯罪，最后是雇佣军参与恐怖主义行为。[……]
43. 特别报告员拟订了一项关于新的雇佣军法律定义的建议，其主要内容如下：
- (1) 经验性证据表明，由于国际法没有彻底对付雇佣军活动，这种活动得到了扩张。有时，雇佣军以严重杀人等罪行被交付审判，但从未考虑到他们是雇佣军这一事实，甚至没有作为加重处罚的情节；
 - (2) 雇佣军活动严重侵犯了一项或若干项法定权利。雇佣军活动的动机始终威胁到一些基本权利，例如生命权、人身健全权或个人自由权。这些活动还威胁到和平、政治稳定、法律秩序和自然资源的合理开发；
 - (3) 雇佣军活动本身必须被视为一项罪行，而且必须在国际上予以起诉，这是因为它侵犯了人权而且影响到各族人民的自决权。在这项

罪行中，直接参与实施犯罪的雇佣军必须被视为负有直接刑事责任的罪犯。另外还必须考虑到，雇佣军活动是一种复杂的犯罪，凡招募、雇用、训练和资助雇佣军的人，以及策划和命令雇佣军展开犯罪活动的人都负有刑事责任；

- (4) 如果雇佣军活动被证明是一个利用雇佣军干预另一国的第三国所指使的，此种活动必须被视为一种暗中犯罪。为了避免直接采取行动而雇用雇佣军不能被视为一种减轻处罚的因素，因为国际法不容忍直接或间接的干预。凡利用雇佣军进攻另一国或对个人实施不法行为的国家必须受到惩处；
- (5) 雇佣军本身利用其专业知识并出卖这种知识以实施犯罪，这涉及到双重动机：购买者的动机和为了报酬而出卖自己者的动机；
- (6) “雇佣军”这一词系指并适用于提供有报酬的专业服务以参加犯罪活动的受到军事训练的人。雇佣军活动通常包括参与雇佣军本国以外的国家的武装冲突；
- (7) 雇佣军现象出现在武器贩运、贩毒、一般非法贩运、恐怖主义、破坏合法政府的稳定、强行控制宝贵的自然资源的行为、针对性暗杀、绑架和其他有组织的犯罪活动等。因此有关活动是一种可以以多种形式出现的活动，但均为犯罪活动，而代理人的高度专业技能受到重视并取得报酬；
- (8) 新的雇佣军的法律定义包括提供国际性军事协助、咨询和保安服务的私营公司利用雇佣军，这些公司通常在出现国内武装冲突的国家里雇用他们。因此必须制定一项国际法律方法来禁止这些公司雇用雇佣军和从事相当于在国际或国内武装冲突的背景下他们直接参与军事行动的任何干预；
- (9) [……]制定新的雇佣军法律定义时应采取的原则是，国家不得招募和雇用雇佣军。由于主权的概念，国际法和各国的宪法将安全、公民秩序和防卫的任务赋予正规军和警察部队；
- (10) 关于新的雇佣军法律定义的建议还应该考虑到，关于雇佣军和雇佣军活动的国际法和习惯法的现行准则谴责不受适用于武装冲突的人道主义准则制约的有偿军事服务的广义上的雇佣军行为——这种服务通常导致犯下战争罪和侵犯人权行为；

- (11) 目前生效的规定要求雇佣兵在受影响的国家里必须是“外国人”，而且还对将参与这种行为的人界定为雇佣兵提出了其他要求。对于关于外国人的要求应该加以审查，以便使该定义主要以代理人为了报酬的目的而参与非法行为的性质和目的为依据。至于袭击其本国并实施犯罪的国民是否可以被定为雇佣兵，如果该国民与雇用他干预他作为国民的国家并对其实施犯罪的另一国或另一国的另一个组织有牵连，答复就应该是肯定的。这种雇用犯罪行为由于其性质和目的，应是一种雇佣军行为。
44. 第一，雇佣军的概念应该范围广泛，即应该包括雇佣军参与国际和国内武装冲突。第二，该定义应该远远超越《第一附加议定书》第四十七条的范围，即应该包括作为单独代理人的雇佣军，也应该包括与有关国家和组织策划和实施雇佣军行为的责任有关的概念的雇佣军活动。第三，雇佣军活动不仅应该视为与各民族的自决权有关，而且还应该涵盖范围广泛的各种行为，包括动摇合宪政府、各种非法贩运、恐怖主义和侵犯基本人权的行。[……]
46. 该建议既不应该影响到雇佣军和国际人道主义法规定的冲突的当事方的地位，也不应该影响到其义务的待遇。换言之，应该对修正案进行辩论，并在《公约》的范围内予以批准，而不妨碍《一九四九年日内瓦四公约《第一附加议定书》》第四十七条。
47. 特别报告员提议对1989年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》前3条修正如下：

第1条

为本公约的目的，

1. 雇佣军是指属于下列情况的任何人：

- (1) 特别在当地或国外受招募以便参加武装冲突或本公约第3条规定的任何犯罪；
- (2) 既非冲突一方的国民，也非冲突一方控制领土或犯罪地国家的居民。但以下情况不属此列：受该罪行影响的国家的国民受雇在其国籍国实施犯罪并利用其国民的身份掩盖雇用他的国家或组织利用他充当雇佣军的事实。以不当手段骗取的国籍除外；
- (3) 参加武装冲突的动机是营利或获取个人利益；
- (4) 不是他协同作战的正规武装部队或警察部队的成员，也不是在其领土上实施共谋暴力行为的国家的国民。同样，他也不是非冲突一方的国家作为其武装部队成员派遣担任公务。

2. 雇佣军也指在其他任何情况下属于下列情况的任何人：

(1) 特别在当地或国外受招募以参加共谋的暴力行为，其目的为：

- ① 推翻一国政府或以其他方式破坏一国的宪法、法律、经济或金融秩序或宝贵的自然资源；或
- ② 破坏一国的领土完整和基本的领土基础设施；
- ③ 侵害人的生命、健全或安全或实施恐怖主义行为；
- ④ 剥夺自决权或维持种族政权或外国占领；

(2) 既非冲突一方的国民，也非冲突一方控制的领土或犯罪地国家的居民。但下列情况不属此列：受该罪行影响的国家的国民受雇在其国籍国实施犯罪，并利用其国民的身份掩盖雇用他的国家或组织利用他充当雇佣军的事实。以不正当手段骗取的国籍除外；

(3) 参加武装冲突的动机是营利或获取个人利益；

(4) 不是他协同作战的正规武装部队或警察部队的成员，也不是在其领土上实施共谋暴力行为的国家的国民。同样，他不是由非冲突一方的国家作为其武装部队的成员派遣担任公务。

第2条

为本公约的目的，任何人招募、使用、资助或训练符合本公约第1条定义的雇佣军，即构成犯罪行为。

第3条

- 1. 为本公约的目的，符合本公约第1条定义的雇佣军，无论直接参与敌对行动或共谋的暴力行为，即构成国际犯罪。凡参与以下行为的雇佣军也犯下了应在国际上予以起诉的罪行：破坏合法政府、恐怖主义、贩卖人口、贩毒、贩运武器和任何其他非法贩运、破坏、针对性暗杀、有组织的跨国犯罪、强行控制宝贵的自然资源和非法拥有核材料或细菌材料。
- 2. 本条绝不限制本公约第4条的适用范围。
- 3. 如果一人被判定犯有公约第1条规定的一项罪行，判决时应该考虑到罪犯的主要动机。”

六、《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》的现况

48. 大会于1989年12月4日通过的《国际公约》在第22份批准书或加入书交存联合国秘书长之后，于2001年10月20日生效。[……]

七、关于任务延续的评论[……]

(一) 履行职责时遇到的困难和问题

52. 与在一项可以查明真相的国际法律文书的既定框架内履行的其他专题任务不同，使用雇佣军问题的任务缺乏一个明确和确切的法律框架。本报告中的一个章节分析这一问题并拟定有关建议。《一九四九年日内瓦四公约》的1997年《第一附加议定书》载列的雇佣军的定义具有局限性，《国际公约》有缺陷，而且普遍缺乏关于这一问题的国家立法和关于受到审判并被定罪的雇佣军案的先例，所有这些都是分析和查明任务应该涵盖的各种情况的工作中的严重缺陷。
53. 特别报告员被要求利用习惯国际法、法律学说、专家意见并通过征求各国政府、法学家、担任政府职务的政治家和国际组织及非政府组织的成员的意见来纠正这一缺陷。但令人遗憾的是，关于这一问题的科学文献很有限，现有材料包括肤浅地述及雇佣军专题的报刊文章、电视报告、虚构故事、传单和其他材料。有人认为雇佣军是拯救众生的英雄，是不受阻碍地杀死罪恶的压迫者的人，他们的口号是自由，因此激起了人们的幻想。雇佣军活动的罪恶性质是隐蔽的。这些普遍的想法对特别报告员的工作产生了影响，特别是对一些访问产生了影响，因为他得不到理解，而且他的工作在思想意识上受到攻击。
54. 在特别报告员会见由于参加雇佣军而被关押在监狱里的青年人时注意到，由于西方国家的文献的质量很低，吹捧雇佣军的歌颂宣传产生了破坏性的影响。这些青年人说，他们自认为是争取自由的超级英雄。当他们充当犯罪代理人时，他们的思想通常是糊涂的。他们承认他们是由于犯罪而领取钱财的，但不承认他们充当雇佣军。
55. 不管怎样，这些青年人的自白表明，确实存在招募、雇用和军事与思想意识训练的网络，而且与准军事组织、极端分子团体和情报部门有联系。解开这些复杂的网络和联系极为困难。这一层联系受到严密的保护，因此极难打入。特别报告员不得不基本上依靠供词、第三方的报告、国家调查结果、旁证和逻辑推理。
56. 国际雇佣军活动研究揭示的雇佣军活动方式的演变是特别报告员提出的另一个复杂的问题。特别报告员首先研究特别是在转型国家、巩固其完全主权和独立国家之地位的国家里阻碍各民族行使自决权的雇佣军侵略。这些活动是为第三国效劳的雇佣军针对民族解放运动展开的罪恶

活动，他们煽动分裂，展开破坏稳定的活动并实施恐怖主义行为。不久特别报告员不得不关注到新的雇佣军活动和一种充当以多种形式提供多重服务的罪犯的雇佣军的出现。雇佣军已经成为犯罪中的一种功能性因素，他们受雇于那些利用犯罪来达到其目的和打击其反对派的猖獗的代理人。

57. 贩毒卡特尔、恐怖主义组织、有组织的犯罪团伙和从事贩卖人口、贩运武器、钻石和宝石等各种组织利用雇佣军。在国际市场上提供军事保安和援助服务的合法组建的私营公司也利用雇佣军。特别报告员注意到这些当今在五大洲活跃的公司的发展和多样化经营。它们的广告和宣传服务甚至自称可以取代正规武装部队，特别报告员注意到，有人撰文建议在国际维持和平活动中用这种私营公司来取代政府军队。[……]

(二) 关于今后任务的建议

60. 特别报告员在结束其16年之久的任务并考虑到他所取得的经验，认为人权委员会应该保持并延长这项任务。过去几年里，这项任务的分析范围显然扩大了，因此其作为委员会的一项专题任务应该反映这种广泛的视野。[……]

八、结论

63. 特别报告员在其16年之久的任务结束时并在向人权委员会提交其最后报告时指出，尽管联合国和各国家间区域组织努力反对雇佣军活动并尽可能加以遏制，但这种活动仍然没有消失。一方面，阻碍各民族行使自决权的传统形式的雇佣军干预继续存在；另一方面，开始出现了一种变化的过程，雇佣军已经成为一种多功能和多用途的职业，被人招募、雇佣和训练以实施犯罪行为 and 侵犯人权。
64. 雇佣军活动违反了国际法，而且成为一种侵犯个人、人民和国家的各种基本权利的交易。不管方式如何，使用雇佣军和雇佣军活动都必须加以禁止。这种禁止必须包括对那些招募、雇佣、训练、资助和允许雇佣军组合、集结或转运的人进行有效的制裁。
65. 特别报告员在履行其任务过程中注意到，国际法律文书具有缺陷或有些空白使之无法得到执行。为此原因，特别报告员认为，有必要修正这一方面的国际立法，因此提出了一项新的更确切的雇佣军法律定义。[……]

67. 特别报告员建议，对于在国际市场上提供军事援助、咨询和保安服务的私营公司应加以制约，并置于国际监督之下。应该对它们提出警告，招募雇佣军即违反国际法。因此必须完善法律文书，以便对雇佣军代理人 and 招募和雇佣雇佣军的公司提起切实的起诉。如同经常一样，一个特别令人关注的问题是，这种公司的雇员犯下的罪行不得逍遥法外。
68. 鉴于一直有人利用雇佣军实施恐怖主义行为和展开各种犯罪活动，联合国各机构和区域组织中关于反对雇佣军的存在和使用的现有机制和程序必须予以加强。这种加强必须包括雇佣军和恐怖主义之间的联系、雇佣军参与有组织的犯罪和非法贩运等方面。
69. 保持并延长这项专题任务有利于和平、国际安全和对人权的尊重。特别报告员相信，今后这项任务将得到所有会员国的坚决支持并取得广泛的一致意见。

九、建议

70. 特别报告员建议人权委员会承认雇佣军活动的顽固不化而且正在扩大和蔓延，重申它坚决谴责使用、招募、资助、训练、集结和转运雇佣军。现在迫切需要制约私营的军事援助、咨询和保安公司并对这种公司的成员规定刑事责任。
71. 建议委员会重申它关注利用雇佣军侵犯人权和阻碍各民族行使自决权的行为。委员会应该重申这一问题明确无误地属于其职权范围。
72. 委员会应该再次吁请所有国家采取适当的措施并最大限度地警惕雇佣军活动构成的危险。
73. 特别报告员建议，如果委员会决定延长任期，就应该保留目前正在审议的问题，以便使目前未决的问题，例如关于一项新的雇佣军法律定义的建议和未成行的访问，可以成功地解决。
74. 委员会应该考虑让使用雇佣军问题特别报告员参加联合国各工作组和访问，特别是访问在其领土上出现雇佣军而遇到政治不稳定问题的国家。
75. 建议委员会再次吁请所有国家考虑是否有可能采取必要的步骤批准或加入1989年《国际公约》。
76. 委员会应该支持关于向各国分发特别报告员拟定的关于一项雇佣军法律定义的新的建议，并建议各国加以研究并就此提出立场。

77. 《公约》缔约国和有兴趣了解特别报告员提出的雇佣军法律定义修正案的性质和范围的联合国其他会员国应该同特别报告员保持合作。新的特别报告员应该继续研究这一问题，以便加紧努力打击雇佣军活动。

讨论

1. (1) 雇用兵现象会产生什么危险？对于民族自决权的行使会有什么危险？《联合国公约》、《第一附加议定书》第47条和联合国特别报告员是如何对付这些危险的？
(2) 为什么雇佣兵定义下的人只能是外国人？为什么只能是基于追求利益？
(3) 为什么特别报告员认为雇佣兵会比武装冲突中的其他参与者更多地实施战争罪和侵犯人权的行为？
2. (1) 是否可以想象符合《联合国公约》定义的雇佣兵为支持民族自决或“合法政府”而战？这样的雇佣兵在《第一附加议定书》第47条下的地位如何？在《联合国公约》下呢？联合国特别报告员对这样的雇佣兵持什么看法？特别报告员是否容忍那些为“合法政府”、“国家领土完整和国家领土的基础设施”、或“非法政府”而战的雇佣兵？
(2) 《第一附加议定书》第47条是否禁止使用雇佣兵？成为雇佣兵是否违反第47条或国际人道法的其他规则？第47条对雇佣兵有何影响？第47条第1款明确申明，是否考虑了第47条第2款第5项？
3. (1) 你如何看待特别报告员所建议的《联合国公约》的修订条款（参见《报告》的第43段和第47段）？从国际人道法的角度，你如何看待？从与雇佣兵现象作斗争的角度呢？
(2) 建议的新的第1条第2款和第3条处理的是“战时法”问题还是“诉诸战争权”问题？
(3) 建议的第1条第2款是否（仅仅或同样）适用于武装冲突？如果是（正如第2项“冲突”一词和第3项“武装冲突”一词所示），当某人为第1项所提及的目标而战时，是否就可以剥夺其依据国际人道法可以得到的保护？
(4) 依据国际人道法具有战斗员地位的人是否会因为建议的第3条所提及的部分或全部犯罪行为而遭到起诉？受到适用于非国际性武装冲突的国际人道法保护的个人是否会因为这些罪行而受到起诉？
4. (1) 那些被控为雇佣兵的人和那些在国际性武装冲突中落入敌人手中的人是否是国际人道法上的“受保护之人”？他们是受保护的平民还是战俘？是否“应当”考虑国际法规定的司法保障，或者说它们是否必须受到尊重？（比较《联合国公约》第11条）它们是否可以适用？（比较《日内瓦第三公约》第4条、第5条第2款和第82条至第108条，《日内瓦第四公约》第4条第1款和第4款以及第5条，《第一附加议定书》第47条。）

- (2) 如果有人被定性为是雇佣兵，而且在国际性武装冲突中被敌国拘留，这些人是受保护的平民吗？红十字国际委员会是否有权探视他们？（比较《日内瓦第四公约》第4条第1款和第4款、第5条以及第143条，和《第一附加议定书》第47条。）
5. 《第一附加议定书》规定了雇佣兵的定义，这是否减少了适用这一条款的可能性，因为只有《第一附加议定书》的缔约国才受其约束？《第一附加议定书》第47条界定的雇佣兵在不是《第一附加议定书》缔约国的控制下具有什么地位？（比较《第三公约》和《第四公约》第4条。）
6. 非国际性武装冲突中是否存在雇佣兵的地位问题？把类似第47条这样的规则规定在适用于非国际性武装冲突的人道法，是否有用处？没有这样一项规则是否更加难以惩罚雇佣兵？
7. 某人属于《第一附加议定书》第47条规定的人员的可能性有多大？一国能否避免让那些为该国而战的人成为第47条所规定的人员？
8. (1) 如果在武装冲突中有雇佣兵参加，这是否将使该冲突变成雇佣兵的来源国与雇佣兵所要对抗的国家之间的国际性武装冲突？
- (2) 要迅速制止雇佣兵这种做法，应该怎么办？禁止雇佣兵的行为是否不能以国家层面的禁止为基础，或者，不仅仅是在个人层面的禁止？为什么国际人道法对此没有规定？
9. 禁止雇佣兵这种做法是否意味着，由私人实现国家任务的趋势不可以涉足国家防务和安全领域？防务、安全和警察活动的私人化会存在什么风险？这些被私人化的活动怎样保障国际人道法和人权的价值？

文件13.《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》，1993年1月13日，巴黎

[资料来源：《国际法律资料》，第32卷第3期，1993年，第800—873页；可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

序 言

本公约各缔约国，

决心采取行动以切实促进严格和有效国际监督下的全面彻底裁军，包括禁止和消除一切类型的大规模毁灭性武器，

希望为实现《联合国宪章》的宗旨和原则作出贡献，

回顾联合国大会曾再三谴责一切违反1925年6月17日于日内瓦签订的《关于禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》（1925年《日内瓦议定书》）的原则和目标的行为，

认识到本公约重申1925年《日内瓦议定书》和1972年4月10日于伦敦、莫斯科和华盛顿签订的《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》的原则和目标以及按该议定书和该公约承担的义务，

铭记《关于禁止发展、生产和储存细菌（生物）及毒素武器和销毁此种武器的公约》第九条所载的目标，

决心为了全人类，通过执行本公约的各项规定而彻底排除使用化学武器的可能性，从而决心为了全人类，通过执行本公约的各项规定而彻底排除使用化学武器的可能性，从而补充按1925年《日内瓦议定书》承担的义务，

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，

认为化学领域的成就应完全用于造福人类，

希望促进化学品的自由贸易以及为本公约不加禁止的目的进行的化学活动方面的国际合作及科学和技术资料交换，以求增进所有缔约国的经济和技术发展，

深信彻底而有效地禁止发展、生产、获取、储存、保有、转让和使用化学武器及销毁此种武器是朝着实现这些共同目标迈出的必要步骤，

兹协议如下：

第一条 一般义务

1. 本公约各缔约国承诺，在任何情况下：
 - (1) 不研制、生产、以其他方法取得、存储或保存有化学武器，或直接或间接向任何方转让化学武器；
 - (2) 不使用化学武器；
 - (3) 不从事使用化学武器的任何军事准备；
 - (4) 不以任何形式帮助、鼓励或诱导任何方从事本约禁止缔约国从事的任何活动。
2. 各缔约国承诺根据本约规定销毁其拥有化学武器，或位于其管辖范围内或控制下的任何地方的化学武器。
3. 各缔约国承诺根据本约规定销毁其遗弃在另一缔约国领土上之全部化学武器。
4. 各缔约国承诺根据本约规定销毁其拥有的任何化学武器生产设备，或位于其管辖范围内或控制下的任何地方化学武器生产设备。
5. 各缔约国承诺不把防爆制剂用作战争手段。

第二条 定义和标准

为本公约的目的：

1. “化学武器”指符合下列单条或综合条件者：

- (1) 毒素化学制品及其母体，但使用目的不在本约禁止之列，并且其类型和数量与该目的保持一致的情况除外；
- (2) 使用时，通过释放(1)中所述毒素化学制品的毒性致死和致伤的特制弹药和装置；
- (3) 与使用(2)中所及弹药和装置有直接相关用途的任何特制设备。

2. “毒素化学制品”指：

任何通过对生命过程的化学作用，可导致人或动物死亡，暂时丧失能力或永久伤害的化学制品。它包括所有下列化学制品不论其来源和生产方法如何，不论其是制作在设备、弹药中，还是其他方面。

(为执行本约之目的，已确认的毒素化学制品已在化学制品附件表中列出，用作核证方法。)

3. “母体”指：

无论采用什么生产方法，在生产毒素化学制品任一阶段起作用的任何化学反应物。它包括二种或多种成分化学制品系统中的关键成分。

(为执行本约之目的，已确认的化学制品母体已在化学制品附件表中列出，用作核证方法。)

4. “二种或多种成分化学制品系统中的关键成分”(下称“关键成分”)指：

对确定最终产品毒性起重要作用，并可二种或多种成分化学制品系统中其他化学物质迅速反应的化学母体。

5. “旧化学武器”指：[……]

6. “遗弃的化学武器”指：[……]

7. “防爆制剂”指：

附件表中未列出的任何可迅速使人感觉烦躁或产生丧失体能作用，而在制剂暴露结束后在短时内作用消失的化学制品。

8. “化学武器生产设备”：

(1) 指1946年1月1日以来任一时间设计、建造或使用的任何设备及存放这些设备的建筑物：

① 设备运行时，作为物质流程所含生产阶段(“最后技术阶段”)的部分：

(甲) 化学制品附件中表1所列任一化学制品；或

(乙) 任何其他不能用于本约未禁之目的，但可用作化学武器目的，在某缔约国领土上或某缔约国管辖范围内或控制下的任何其他地方每年超过一吨的化学制品。或

- ② 用于装填化学武器，特别是用于向弹药、装置或大容量存储箱装填表1中所列之化学制品；将化学制品装填到构成复合组装弹药和装置之部分的容器中或装填到构成单一组装弹药和装置之部分的次一级化学弹药中，并将这些容器和次一级化学弹药装配到相应的弹药和装置上。

(2) 不指：

- ① 拥有低于一吨的(1)①中所定化学制品合成生产能力的任何设备；
- ② 作为生产本约未禁产品不可避免的副产品而生产出或生产(1)①中所定化学制品的任何设备，但其化学制品量不得超过总产品的百分之三，并且该设备要受执行和核实附件(下称“核实附件”)中宣言和检查的限制。或
- ③ 为了生产核实附件第四部分中所列的本约未禁的产品目的而生产表1中所列化学制品的小规模单个设备。

9. “本约未禁目的”指：

- (1) 工业，农业，研究，医学，药学或其他和平目的；
- (2) 保护目的，即与预防毒素化学制品或化学武器直接有关的目的；
- (3) 与使用化学武器无关和不靠用化学制品毒性作为战争方法的军事目的；
- (4) 执行法律，包括用于国内防爆的目的。……

第三条 宣布

1. 每一缔约国应迟于本公约对其生效后30天向本组织提交以下宣布，其中它应：

(1) 关于化学武器：

- ① 宣布它是否拥有或占有任何化学武器，或者在其管辖或控制下的任何地方是否有任何化学武器；
- ② 按照核查附件第四(A)部分第1至第3款的规定，列明其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的化学武器的确切地点、合计数量和详细的存货清单，[……]
- ③ 按照核查附件第四(A)部分第4款的规定，报告其领土上为另一国所拥有和占有的以及位于另一国管辖或控制下的任何地方的任何化学武器……
- ④ 按照核查附件第四(A)部分第5款的规定，宣布它自1946年1月1日以来是否直接或间接转让或接受过任何化学武器，[……]；
- ⑤ 按照核查附件第四(A)部分第6款的规定，提供其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的化学武器的总的销毁计划[……]；

(2) 关于老化学武器和遗留的化学武器：

- ① 按照核查附件第四(B)部分第3款的规定，宣布其领土上是否有老化学武器，并提供所有可以获得的资料；[……]
- ② 按照核查附件第四(B)部分第8款的规定，宣布其领土上是否有遗留的化学武器，并提供所有可以获得的资料；[……]

- ③ 按照核查附件第四(B)部分第10款的规定, 宣布它是否在其他国家领土上遗留过化学武器, 并提供所有可以获得的资料; [……]
- (3) 关于化学武器生产设施:
- ① 宣布1946年1月1日以后的任何时间它是否拥有或占有或曾经拥有或占有或者在其管辖或控制下的任何地方是否有或曾经有任何化学武器生产设施;
- ② 按照核查附件第五部分第1款的规定, 具体说明1946年1月1日以后的任何时间其所拥有或占有或曾经拥有或占有的或者位于或曾经位于其管辖或控制下的任何地方的任何化学武器生产设施的情况, 但(3)目所指的设施不在此限; [……]
- ③ 按照核查附件第五部分第2款的规定, 报告1946年1月1日以后的任何时间其领土上为另一国所拥有和占有或曾经拥有和占有的以及位于或曾经位于另一国管辖或控制下的任何地方的任何化学武器生产设施; [……]
- ④ 按照核查附件第五部分第3至第5款的规定, 宣布它自1946年1月1日以来是否直接或间接转让或接受过任何化学武器生产设备, 并具体说明转让或接受此种设备的情况; [……]
- ⑤ 提供其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的任何化学武器生产设施的总的销毁计划; [……]
- ⑥ 按照核查附件第五部分第1款(i)项的规定, 具体说明为关闭其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的任何化学武器生产设施所将采取的行动; [……]
- ⑦ 按照核查附件第五部分第7款的规定, 提供其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的任何化学武器生产设施暂时改装为化学武器销毁设施的总计划; [……]
- (4) 关于其他设施: 具体说明其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的自1946年1月1日以来主要为发展化学武器而设计、建造或使用的任何设施或机构的确切位置、性质和一般活动范围。除别的以外, 此种宣布应包括实验室、试验评估场;
- (5) 关于控暴剂: 列明它为控暴目的保有的每一种化学品的化学名称、结构式和化学文摘社登记号, 如果已给定此一号码。此一宣布应迟于任何变更生效后30天予以修订。
2. 一缔约国可斟酌情况自行决定: 本条的规定及核查附件第四部分的有关规定不应适用于1977年1月1日以前掩埋在其领土上而且仍然掩埋着的化学武器, 或1985年1月1日以前倾弃在海中的化学武器。

第四条 化学武器

1. 一缔约国拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的所有化学武器均应适用本条的规定及其详细执行程序, 但适用核查附件第四(B)部分的老化学武。

2. 用以执行本条的详细程序载于核查附件中。
3. 所有储存或销毁第1款所指化学武器的地点均应按照核查附件第四(A)部分的规定，置于通过现场视察和现场仪器监测进行的系统核查之下。
4. 每一缔约国应在根据第三条第1款(a)项提交宣布后，立即使第1款所指的化学武器能够接受察看，以便通过现场视察对此一宣布进行系统的核查。此后，每一缔约国不得移动任何此种化学武器，除非将其运往化学武器销毁设施。它应使此种化学武器能够接受察看，以便进行系统的现场核查。
5. 每一缔约国应使其所拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的任何化学武器销毁设施和这些设施的储存区能够接受察看，以便通过现场视察和现场仪器监测进行系统的核查。
6. 每一缔约国应按照核查附件的规定并按照议定的销毁速度和先后次序（下称“销毁顺序”），销毁第1款所指的所有化学武器。应迟于本公约对其生效后2年开始销毁，并应迟于本公约生效后10年完成销毁。但这不妨碍一缔约国以更快的速度销毁这些化学武器。[……]
16. 每一缔约国应承担其有义务销毁的化学武器的销毁费用。它还应承担对这些化学武器的储存和销毁进行核查的费用，除非执行理事会另有决定。如果执行理事会根据第13款决定限制本组织的核查措施，则本组织进行补充性核查和监测的费用应依照第八条第7款的规定，按联合国会费分摊比例表分摊。[……]

第五条 化学武器生产设施

1. 一缔约国拥有或占有的或者位于其管辖或控制下的任何地方的任何和所有化学武器生产设施均应适用本条的规定及其详细执行程序。
2. 用以执行本条的详细程序载于核查附件中。
3. 第1款所指的所有化学武器生产设施均应按照核查附件第五部分的规定，置于通过现场视察和现场仪器监测进行的系统核查之下。
4. 每一缔约国应立即停止第1款所指的化学武器生产设施的所有活动，但为关闭而需要进行的活动除外。
5. 任何缔约国都不得为化学武器生产目的或为本公约禁止的任何其他活动建造任何新的化学武器生产设施或改装任何现有的设施。
6. 每一缔约国应在根据第三条第1款(c)项提交宣布后，立即使第1款所指的化学武器生产设施能够接受察看，以便通过现场视察对此一宣布进行系统的核查。
7. 每一缔约国应：
 - (1) 迟于本公约对其生效后90天按照核查附件第五部分的规定关闭第1款所指的所有化学武器生产设施，并就此发出通知；而且
 - (2) 在关闭后，为通过现场视察和现场仪器监测进行系统的核查而使第1款所指的化学武器生产设施能够接受察看，以确保设施一直关闭并随后销毁。

8. 每一缔约国应按照核查附件的规定并按照议定的销毁速度和先后次序（下称“销毁顺序”），销毁第1款所指的所有化学武器生产设施以及有关设施和设备。应迟于本公约对其生效后1年开始销毁，并应迟于本公约生效后10年完成销毁。但这不妨碍一缔约国以更快的速度销毁这些设施。
9. 每一缔约国应：
 - (1) 迟于第1款所指的每一化学武器生产设施开始销毁前180天提交该设施的详细销毁计划；
 - (2) 每年迟于每一年度销毁期结束后90天提交关于第1款所指的所有化学武器生产设施的销毁计划执行情况的宣布；并
 - (3) 迟于销毁过程完成后30天核证第1款所指的所有化学武器生产设施均已销毁。
[……]
14. 化学武器生产设施的改装应做到：改装后的设施不比任何其他用于与附表1所列化学品无关的工业、农业、研究、医疗、药物或其他和平目的的设施更能重新改装成化学武器生产设施。
15. 所有改装的设施均应按照核查附件第五部分D节的规定，置于通过现场视察和现场仪器监测进行的系统的核查之下。[……]
19. 每一缔约国应承担其有义务销毁的化学武器生产设施的销毁费用。它还应承担根据本条进行核查的费用，除非执行理事会另有决定。如果执行理事会根据第16款决定限制本组织的核查措施，则本组织进行补充性核查和监测的费用应依照第八条第7款的规定，按联合国会费分摊比例表分摊。

第六条 本约未禁止的活动

[……]

第七条 国家执行措施

一般承诺

1. 每一缔约国应按照其宪法程序采取必要措施履行其在本公约下承担的义务。特别是，它应：
 - (1) 禁止其领土上任何地方或国际法承认在其管辖下的任何其他地方的自然人和法人进行本公约禁止一缔约国进行的任何活动，包括针对此种活动制定刑事立法；
 - (2) 不准在其控制下的任何地方进行本公约禁止一缔约国进行的任何活动；并
 - (3) 依照国际法扩大其根据(a)项制定的刑事立法的范围，使此一立法适用于拥有其国籍的自然人 anywhere 进行的本公约禁止一缔约国进行的任何活动。
2. 每一缔约国应同其他缔约国合作并提供适当形式的法律协助，以便利履行第1款下的义务。
3. 每一缔约国于履行其在本公约下承担的义务时，应最优先地确保人民安全和保护环境，并应在这方面酌情同其他国家进行合作。

缔约国与本组织的关系

4. 为履行其在本公约下的义务，每一缔约国应指定或设立一个国家主管部门，作为本国与本组织和其他缔约国进行有效联络的中心。每一缔约国应在本公约对其生效之时将其国家主管部门告知本组织。[……]
- [……]
7. 每一缔约国承诺在本组织行使其所有职能时给予合作，特别是向技术秘书处提供协助。

第八条 组织

1. 一般规定

- (1) 本公约各缔约国特此设立禁止化学武器组织，以实现本公约的宗旨和目标，确保本公约的各项规定、包括对本公约遵守情况进行国际核查的规定得到执行，并为各缔约国提供一个进行协商和合作的论坛。
- (2) 本公约所有缔约国均应是本组织的成员。一缔约国不得被剥夺其在本组织中的会籍。
- (3) 本组织的总部应设在荷兰王国海牙。……

2. 缔约国大会

[……]

3. 执行理事会

[……]

4. 技术秘书处

[……]

第九条 协商、合作和事实调查

[……]

2. 在不妨害任何缔约国请求进行质疑性视察的权利的前提下，只要有可能，各缔约国应首先尽一切努力，通过相互间交换情况和协商，澄清并解决任何可能对本公约的遵守产生疑问的问题，或对某一可能被认为不明确的有关问题产生关注的问题。一缔约国如接到另一缔约国请其澄清请求国认为引起此种疑问或关注的任何问题的请求，应尽快而且无论如何迟于接到请求后10天向请求国提供足以解答所提疑问或关注的资料，并说明所提供的资料如何解决了问题。本公约的任何规定均不应影响任何两个或两个以上缔约国有权经相互同意而在它们之间安排视察或任何其他程序，以澄清和解决任何可能对履约情况产生疑问或对某一可能被认为暧昧不明的有关问题产生关注的问题。此种安排不应影响任何缔约国在本公约其他条款下的权力和义务。[……]

请求澄清的程序：[……]

质疑性视察程序

8. 每一缔约国有权只为澄清和解决与本合同条款可能未得到遵守有关的任何问题而请求对位于任何其他缔约国领土上或其管辖或控制下的任何其他地方的任何设施或地点进行现场质疑性视察，并由总干事指派的一个视察组按照核查附件毫不延迟地在任何地方进行此一视察。[……]
15. 总干事应在视察组计划抵达入境点前至少12小时将视察请求转交被视察缔约国。
16. 在收到视察请求后，执行理事会应注意总干事就此一请求采取的行动，并应在视察程序进行的整个过程中随时审议有关的情况。但是，不应由于执行理事会进行审议而推迟视察的进行。
17. 执行理事会若认为此一视察请求毫无根据、滥用了权利或明显逾越了第8款所述的本公约范围，可迟于收到视察请求后12小时以其所有成员的四分之三多数决定不进行质疑性视察。提出请求的缔约国和被视察缔约国均不得参与作出此一决定。如果执行理事会决定不进行质疑性视察，应停止做准备，不应就此一视察请求采取任何进一步行动，而且应将此一情况告知各有关缔约国。[……]
22. 执行理事会应在视察组的最后报告提交后立即按照执行理事会的权力和职能审查该报告，并处理下列任何关注：
 - (1) 是否发生了任何未履约的情事；
 - (2) 此一请求是否未超出本合同的范围；而且
 - (3) 请求质疑性视察的权利是否受到了滥用。
23. 执行理事会若根据其权力和职能断定可能有必要就第22款采取进一步的行动，则应采取适当措施纠正此一情况和确保本合同得到遵守，包括向大会提出具体建议。在发生滥用的情况下，执行理事会应审查提出请求的缔约国是否应负担质疑性视察的任何有关费用。[……]

第十条 援助和化学武器防护

[……]

第十一条 经济和技术发展

[……]

第十二条 包括制裁在内的纠正境况和确保遵守的措施

1. 缔约国会议应采取第2、3和4款所述必要措施确保对本约的遵守和违反本约规定的境况的纠正和补救。在考虑执行本款的行动时，会议应重视执行委员会提供的有关问题的全部信息和建议。
2. 在执行委员会要求某缔约国采取措施纠正不履约境况，而其不在规定时间内满足这种要求情况时，会议可以，特别是根据执行委员会建议，限制或暂停本约赋予的权利和特权，直到其采取必要行动履行本约规定之义务。

3. 在对本约目标和宗旨的严重损害源于本约，特别是第一条所禁活动的情况下，会议可建议各缔约国采取集体措施以遵奉国际法。
4. 在特别严重情况下，会议应促使联合国大会和联合国安理会注意该问题，包括有关的信息和结论。

第十三条 与其他国际协议的关系

本约任何条款都不应解释为可在某方面限制或减少1925年6月17日日内瓦签署的禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书和1972年4月10日在伦敦、莫斯科和华盛顿签署的禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器公约要求缔约国家承担的义务。

第十四条 期限和退约

[……]

第十五条 修正

[……]

第十六条 期限和退出

1. 本公约应无限期有效。
2. 每一缔约国在行使其国家主权时若断定与本公约主题有关的非常事件已危及其本国的最高利益，应有权退出本公约。退出应提前90天通知所有其他缔约国、执行理事会、保存人和联合国安全理事会。此种通知书中应对该国认为已危及其最高利益的非常事件加以说明。
3. 一缔约国退出本公约不应在任何意义上影响各国继续履行其在任何有关国际法规则、特别是1925年《日内瓦议定书》下所承担义务的责任。

第十七条 附件的地位

本约附件为本约的构成部分。提及本约也包括其附件。[……]

第二十一条 条约生效

1. 本约在存放第65份批准书之日起180天后生效；但决不早于开放签署后两年。[……]

第二十二条 保留条件

本约不受保留条件限制。本约附件也不受与本约目标和宗旨不相符的保留条件的限制[……]

案例14. 关于联合国人员安全问题的公约

案 例

[资料来源：联合国文件，第49/59号决议附件(1994年12月9日)]

联合国人员和有关人员安全公约

本公约缔约国，
深为关切蓄意攻击联合国人员和有关人员而造成伤亡的数目日益增加，
认为无论何人攻击或以其他方式虐待以联合国名义行事的人员都是无理和不可容忍的行为，[……]
认识到如果在东道国的同意和合作下进行联合国行动，则其有效性和安全性会得到加强，[……]
兹协议如下：

第1条 定义

- 为本公约目的：
1. “联合国人员”指：
 - (1) 由联合国秘书长聘用或部署、担任联合国行动的军事、警察或文职部门的成员的人；
 - (2) 由联合国或其专门机构或国际原子能机构派遣、在进行联合国行动的地区具有正式身份的其他官员和专家；
 2. “有关人员”指进行活动以协助完成联合国行动的任务的下列人员：
 - (1) 由一国政府或政府间组织根据同联合国主管机关的协议派遣的人；
 - (2) 由联合国秘书长或专门机构或国际原子能机构聘用的人；
 - (3) 由人道主义非政府组织或机构根据同联合国秘书长或专门机构或国际原子能组织的协议所部署的人；
 3. “联合国行动”指联合国主管机关根据《联合国宪章》设立、并在联合国的权力和控制之下进行的行动，但须：
 - (1) 该行动是以维持或恢复国际和平与安全为目的；或
 - (2) 为本公约目的，安全理事会或大会宣布参加行动人员的安全面临特殊危险；
 4. “东道国”指联合国行动进行的国家；[……]

第2条 适用范围

1. 本公约适用于第1条所确定的联合国人员和有关人员及联合国行动。
2. 本公约不适用于经安全理事会根据《联合国宪章》第七章授权作为执行行动、有任何参与人员作为与有组织的武装部队作战的战斗人员、并适用国际武装冲突法的联合国行动。[……]

第6条 尊重法律和规章

1. 在不妨碍其可能享有的特权和豁免或其职务规定的情况下，联合国人员和有关人员应：
 - (a) 尊重东道国和过境国的法律和规章；
 - (b) 避免从事与其职务的公正性和国际性不相容的任何行动或活动。
2. 联合国秘书长应采取一切适当措施确保遵守这些义务。

第7条 确保联合国人员和有关人员的安全和保障的义务

1. 联合国人员和有关人员、其装备和驻地不得成为攻击目标或阻止他们履行其任务的任何行动目标。
2. 缔约国应采取一切适当措施，确保联合国人员和有关人员的安全和保障。缔约国尤其应采取一切适当步骤，保护在其境内部署的联合国人员和有关人员，使其免受第9条所列罪行的危害。
3. 在执行本公约中，缔约国应同联合国，并酌情同其他缔约国进行合作。当东道国本身无法采取所需措施时，尤其应当如此。

第8条 释放或交还被捕或被扣的联合国人员和有关人员的义务

除非在可适用的部队地位协定中另有规定，如果联合国人员和有关人员在履行职务时被捕或被扣，而其身份已被证实，不应对其进行询问，而应立即将其释放或交还给联合国或其他有关当局。在释放前，应遵照普遍公认的人权标准和1949年各项《日内瓦公约》的原则和精神对待这些人员。

第9条 危害联合国人员和有关人员的罪行

1. 各缔约国应将蓄意犯下的下列行为定为其国内法上的犯罪行为：
 - (1) 对任何联合国人员或有关人员进行谋杀、绑架或其他侵害其人身自由或自由的行为；
 - (2) 对任何联合国人员或有关人员的公用驻地、私人寓所或交通工具进行暴力攻击因而可能危及其人身或自由的行为；
 - (3) 威胁进行任何这类攻击，其目的是强迫某自然人或法人从事或不从事某种行为；
 - (4) 企图进行任何这类攻击；
 - (5) 构成同谋参与任何这类攻击、或企图进行这类攻击、或策划或指挥他人进行这类攻击的行为。

2. 各缔约国应按照第1款所列举的罪行的严重性，对各罪行处以适当的惩罚。

第10条 管辖权的确定

1. 各缔约国应采取必要措施，以在下列情况下，确定其对第9条所列举的罪行的管辖权；
[……]

第13条 确保进行起诉或印度的措施

1. 如情况需要时，嫌疑犯所在地的缔约国应根据本国法律采取适当措施，确保该犯留在其境内，以便对其进行起诉或引渡。[……]

第14条 对嫌疑犯的起诉

[……]

第15条 嫌疑犯的引渡

[……]

第16条 在刑事方面的互相协助

[……]

第17条 公平待遇

1. 任何人因第9条所列举的任何罪行而受到调查或被提起诉讼时，应在调查或诉讼的各个阶段中保障其受到公平待遇，受到公平审判，各项权利受到充分保护。
2. 任何嫌疑犯均有权：
 - (1) 立即与其国籍国、或有权保护其权利的国家、或该嫌疑犯为无国籍人士则经其请求意愿保护其权利的国家距离最近的适当代表取得联系；
 - (2) 由该国或其他国家的代表前往探视。[……]

第19条 传播

各缔约国承诺尽可能广泛传播本公约，特别是将本公约及国际人道主义法的有关规定的学习纳入其军事教学课程之中。

第20条 保留条款

本公约中的任何规定不得影响：

- (1) 国际人道主义法和国际文书所载普遍公认的人权标准对于保护联合国行动以及联合国人员和有关人员的适用性，或这些人员尊重有关法律和标准的责任；
- (2) 各国符合《联合国宪章》的关于同意人员进入本国国境的权利和义务；
- (3) 联合国人员和有关人员按照联合国行动的权限执行任务的义务；

- (4) 自愿派遣人员参加联合国行动的国家将其人员撤出该项行动的权利；
- (5) 各国自愿派遣参加联合国行动的人员因维持和平工作而死亡、残废、受伤或生病时应领取适当赔偿的权利。

第21条 自卫权利

本公约中的任何规定不得解释为减损实行自卫的权利。[……]

讨 论

1. 本公约是一份国际人道法文件？还是一项诉诸战争权的条约？抑或是一份国际刑法文件？
2. 本公约在什么情况下适用？国际人道法在什么时候适用？两者可以共同适用吗？本公约和国际人道法在什么事项上是互相冲突的？
3. 本公约第2条第2款是否意味着只要联合国的行动是依据《联合国宪章》第七章并且与有组织的武装部队作战（并且注意在这种情况下适用于国际性武装冲突的国际人道法就适用），本公约就不适用？还是说，本公约仅在适用于国际性武装冲突的国际人道法适用的情况下才不适用（因为联合国部队在与一国发生国际性武装冲突）？
4. (1) 国际人道法在什么情形下适用于联合国部队？适用于什么类型的联合国部队？
 - (2) 联合国是（日内瓦）公约及其议定书的缔约方吗？可以设想联合国成为（日内瓦）公约共同第2条意义上的国际性武装冲突的一方吗？
 - (3) 国际人道法的哪些规则是联合国这样一个没有立法机关、没有领土的非国家实体确定不需要遵守的规则？
 - (4) 有人认为，国际人道法不能正式适用于联合国的行动，因为这些行动不是平等参与方之间的武装冲突，而是经代表国际合法性的安全理事会授权的国际社会的执法行动，其目的不是为了发动战争而是为了执行和平。你如何看待这种观点？
 - (5) 在实践中有这样一种观点，认为联合国部队没有办法遵守国际人道法，因为比如，他们配备的医务人员的数量仅限于照顾联合国部队人员，不可能收集与照顾在行动地区内发现的其他武装部队的伤病员（而依据《第一公约》第3条第2款和第12款[原文有误，应该是第12条，而不是第12款——译者注]，他们应当那样做）。你如何认为呢？
 - (6) 为了适用国际人道法，可不可以说联合国部队派遣国（这些国家也是《公约》的缔约国）的部队，因此任何敌对行动都可以被看作是那些国家与对方部队的国家之间的武装冲突吗？
 - (7) 国际人道法在什么程度上适用于联合国部队？适用于国际性武装冲突的国际人道法什么时候适用于联合国部队？适用于非国际性武装冲突的国际人道法什么时候适用联合国部队？

- (8) 你能设想为什么联合国及其会员国不想承认在国际人道法对联合国部队在法律上具有可适用性，也不愿意明确指出它们已承认的国际人道法的哪些“原则和精神”（比较第8条）适用于联合国部队？
5. (1) 在与一国武装力量的敌对行动中被俘的联合国军事人员是否享有战俘待遇？在与一国的敌对行动中被联合国部队俘获的该国武装部队的成员是否享有战俘待遇？是否能理解这两个问题的答案有什么不同？（比较《第三公约》第2条和第4条）。
- (2) 本公约的哪些条款与《日内瓦第三公约》关于战俘待遇规定不符？为什么本公约第8条提及《日内瓦公约》的原则和精神，而不提那些公约本身？
- (3) 如果你是一名在部署了联合国行动的地区内的联合国部队军事人员，在与一国武装力量的敌对行动中被俘，你愿意享受《日内瓦第三公约》中规定的战俘的待遇还是愿意受到本公约的保护？从你所受到的待遇、遣返和你的身份地位受到敌人的承认与尊重的角度而言，这两种选择各有什么利弊？
6. (1) 本公约第9条提及的犯罪是否是严重破坏国际人道法的罪行？这些罪行是否总是违反国际人道法？（比较《日内瓦第三公约》第2条、第4条、第21条、第118条和第130条，《日内瓦第四公约》第2条、第4条、第42条和第147条，以及《第一附加议定书》第85条第3款第1项和第5项以及该条第4款第2项。）
- (2) 对那些依据当局的命令、攻击了联合国武装部队的一国武装部队成员，仅因为其攻击行为本身而对其进行惩罚，这是否与国际人道法相符？此类攻击行为是否是本公约第9条的行为？（比较《《第一附加议定书》》序言第5段和第43条第2款。）
- (3) 对于联合国部队旨在回应对安全区的袭击而使用武力时，士兵对此进行武力抵抗的行为，是否构成本公约第9条意义上的罪行？对此类罪行进行惩治是否符合国际人道法？（比较《第一附加议定书》序言第5段和第43条第2款。）
7. 本公约是否将红十字国际委员会的代表作为有关人员进行保护？
8. 本公约规定了什么样的实施机制？

案例15 国际刑事法院

[还可以参见：**案例138**，联合国达尔富尔调查委员会的报告，[比较：B，第1593 (2005) 号决议]，第1456页]

案 例

(一)《规约》

[资料来源：1998年7月17日第A/CONF.183/9号决议，重印于《国际法律资料》，第37卷，1998年，第1002—1069页，可访问 <http://www.icrc.org>]

国际刑事法院罗马规约

[1998年7月17日联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议通过]

[经1998年11月10日、1999年7月12日、1999年11月30日、2000年5月8日、2001年1月17日和2002年1月16日议事录修正]

序 言

[……]意识到各国人民唇齿相依，休戚与共，他们的文化拼合组成人类共同财产，但是担心这种并不牢固的拼合随时可能分裂瓦解，

注意到在本世纪，难以想象的暴行残害了无数儿童、妇女和男子的生命，使全人类的良知深受震动，

认识到这种严重犯罪危及世界的和平、安全与福祉，

申明对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作，

决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪，

忆及各国义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权，

重申《联合国宪章》的宗旨及原则，特别是各国不得以武力相威胁或使用武力，或以与联合国宗旨不符的任何其他方法，侵犯任何国家的领土完整或政治独立，

强调本规约的任何规定不得解释为允许任何缔约国插手他国内政中的武装冲突，

决心为此目的并为了今世后代设立了一个独立的常设国际刑事法院，与联合国系统建立关系，对整个国际社会关注的最严重犯罪具有管辖权，

强调跟据本规约设立的国际刑事法院对国内刑事管辖权起补充作用，
决心保证永远尊重国际正义的执行，
议定如下：

第一编 法院的设立

第一条 法院

兹设立国际刑事法院（“本法院”）。本法院为常设机构，有权就本规约所提到的、受到国际关注的最严重犯罪对个人行使其管辖权，并对国家刑事管辖权起补充作用。本法院的管辖权和运作由本规约的条款加以规定。

第二条 法院与联合国的关系

本法院应当以本规约缔约国大会批准后，由院长代表本法院缔结的协定与联合国建立关系。[……]

第二编 管辖权、可受理性和适用的法律

第五条 法院管辖权内的犯罪

（一）本法院的管辖权限于整个国际社会关注的最严重犯罪。本法院根据本规约，对下列犯罪具有管辖权：

1. 灭绝种族罪；
2. 危害人类罪；
3. 战争罪；
4. 侵略罪。[……]

第六条 灭绝种族罪

为了本规约的目的，“灭绝种族罪”是指蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体而实施的下列任何一种行为：

1. 杀害该团体的成员；
2. 致使该团体的成员在身体上或精神上遭受严重伤害；
3. 故意使该团体处于某种生活状况下，毁灭其全部或局部的生命；
4. 强制实行办法，意图防止该团体内的生育；
5. 强迫转移该团体的儿童至另一团体。

第七条 危害人类罪

(一) 为了本公约的目的,“危害人类罪”是指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下列任何一种行为:

1. 谋杀;
2. 灭绝;
3. 奴役;
4. 驱逐出境或强行迁移人口;
5. 违反国际法基本规则,监禁或以其他方式严重剥夺人身自由;
6. 酷刑;
7. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力;
8. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、第三款所界定的性别,或根据公认为国际法不容的其他理由,对任何可以识别的团体或集体进行迫害,而且与任何一种本款提及的行为或任何一种本法院管辖权内的犯罪结合发生;
9. 强迫人员失踪;
10. 种族隔离罪;
11. 故意造成重大痛苦,或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

(二) 为了第一款的目的:

1. “针对佳何平民人口进行的攻击”是指根据国家或组织攻击平民人口的政策,或为了推行这种政策,针对任何平民人口多次实施第一款所述行为的行为过程;
2. “灭绝”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;
3. “奴役”是指对一人行使附属于所有权的任何或一切权力,包括在贩卖人口,特别是贩卖妇女和儿童的过程中行使这种权力;
4. “驱逐出境或强行迁移人口”是指在缺乏国际法容许的理由的情况下以驱逐或其他胁迫行为,强迫有关的人迁离其合法留在的地区;
5. “酷刑”是指故意致使在被告人羁押或控制下的人的身体或精神遭受重大痛苦,但酷刑不应包括纯因合法制裁而引起的,或这种制裁所固有或附带的痛苦;
6. “强迫怀孕”是指以影响任何人口的族裔构成的目的,或以进行其他严重违反国际法的行为的目的,非法禁闭被强迫怀孕的妇女。本定义不得以任何方式解释为影响国内关于妊娠的法律;
7. “迫害”是指违反国际法规定,针对某一团体或集体的特性,故意和严重地剥夺基本权利;

8. “种族隔离罪”是指一个种族团体对任何其他一个或多个种族团体，在一个有计划地实行压迫和统治的体制化制度下，实施性质与第一款所述行为相同的不人道行为，目的是维持该制度的存在；
 9. “强迫人员失踪”是指国家或政治组织直接地，或在其同意、支持或默许下，逮捕、羁押或绑架人员，继而拒绝承认这种剥夺自由的行为，或拒绝透露有关人员的命运或下落，目的是将其长期置于法律保护之外。
- (三) 为了本规约的目的，“性别”一词应被理解为是指社会上的男女两性。“性别”一词仅反映上述意思。

第八条 战争罪

- (一) 本法院对战争罪具有管辖权，特别是对于作为一项计划或政策的一部分所实施的行为，或作为在大规模实施这些犯罪中所实施的行为。
- (二) 为了本规约的目的，“战争罪”是指：
1. 严重破坏1949年8月12日《日内瓦公约》的行为，即对有关的《日内瓦公约》规定保护的人或财产实施下列任何一种行为：
 - (1) 故意杀害；
 - (2) 酷刑或不人道待遇，包括生物学实验；
 - (3) 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害；
 - (4) 无军事上的必要，非法和恣意地广泛破坏和侵占财产；
 - (5) 强迫战俘或其他被保护人在敌国部队中服役；
 - (6) 故意剥夺战俘或其他被保护人应享的公允及合法审判的权利；
 - (7) 非法驱逐出境或迁移或非法禁闭；
 - (8) 劫持人质。
 2. 严重违反国际法既定范围内适用于国际武装冲突的法规 and 惯例的其他行为，即下列任何一种行为：
 - (1) 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；
 - (2) 故意指令攻击民用物体，即非军事目标的物体；
 - (3) 故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的所涉人员、设施、物资、单位或车辆，如果这些人员和物体有权得到武装冲突国际法规给予平民和民用物体的保护；
 - (4) 故意发动攻击，明知这种攻击将附带造成平民伤亡或破坏民用物体或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直接的整体军事利益相比显然是过分的；
 - (5) 以任何手段攻击或轰击非军事目标的不设防城镇、村庄、住所或建筑物；
 - (6) 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；

- (7) 不当使用休战旗、敌方或联合国旗帜或军事标志和制服，以及《日内瓦公约》所订特殊标志，致使人员死亡或重伤；
- (8) 占领国将部分本国平民人口间接或直接迁移到其占领的领土，或将被占领领土的全部或部分人口驱逐或迁移到被占领领土内或外的地方；
- (9) 故意指令攻击专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念物、医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标；
- (10) 致使在敌方权力下的人员肢体遭受残伤，或对其进行任何种类的医学或科学实验，而这些实验既不具有医学、牙医学或住院治疗有关人员的理由，也不是为了该人员的利益而进行的，并且导致这些人员死亡或严重危及健康；
- (11) 以背信弃义的方式杀、伤属于敌国或敌军的人员；
- (12) 宣告决不纳降；
- (13) 摧毁或没收敌方财产，除非是基于战争的必要；
- (14) 宣布取消、停止敌方国民的权利和诉讼权，或在法院中不予执行；
- (15) 强迫敌方国民参加反对他们本国的作战行动，即使这些人在战争开始前，已为该交战国服役；
- (16) 抢劫即使是突击攻下的城镇或地方；
- (17) 使用毒物或有毒武器；
- (18) 使用窒息性、有毒或其他气体，以及所有类似的液体、物质或器件；
- (19) 使用在人体内易于膨胀或变扁的子弹，如外壳坚硬而不完全包裹弹芯或外壳经切穿的子弹；
- (20) 违反武装冲突国际法规，使用具有造成过分伤害或不必要痛苦的性质，或基本上为滥杀滥伤的武器、射弹、装备和作战方法，但这些武器、射弹、装备和作战方法应当已被全面禁止，并已依照第一百二十一条和第一百二十三条的有关规定以一项修正案的形式列入本规约的一项附件内；
- (21) 损害个人尊严，特别是侮辱性和有辱人格的待遇；
- (22) 强奸、性奴役、强迫卖淫、第七条第二款第6项所界定的强迫怀孕、强迫绝育或构成严重破坏《日内瓦公约》的任何其他形式的性暴力；
- (23) 将平民或其他被保护人置于某些地点、地区或军事部队，利用其存在使该地点、地区或军事部队免受军事攻击；
- (24) 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；
- (25) 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，包括故意阻碍根据《日内瓦公约》规定提供救济物品；
- (26) 征募不满十五岁的儿童加入国家武装部队，或利用他们积极参与敌对行动。

3. 在非国际性武装冲突中，严重违反1949年8月12日四项《日内瓦公约》共同第3条的行为，即对不实际参加敌对行动的人，包括已经放下武器的武装部队人员，及因病、伤、拘留或任何其他原因而失去战斗力的人员，实施下列任何一种行为：
 - (1) 对生命与人身施以暴力，特别是各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；
 - (2) 损害个人尊严，特别是侮辱性和有辱人格的待遇；
 - (3) 劫持人质；
 - (4) 未经具有公认为必需的司法保障的正规组织的法庭宣判，径行判罪和处决。
4. 第二款第3项适用于非国际性武装冲突，因此不适用于内部动乱和紧张局势如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为。
5. 严重违反国际法既定范围内适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为，即下列任何一种行为：
 - (1) 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；
 - (2) 故意指令攻击按照国际法使用《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；
 - (3) 故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的所涉人员、设施、物资、单位或车辆，如果这些人员和物体有权得到武装冲突法规给予平民和民用物体的保护；
 - (4) 故意指令攻击专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念物、医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标；
 - (5) 抢劫即使是突击攻下的城镇或地方；
 - (6) 强奸、性奴役、强迫卖淫、第七条第二款第6项所界定的强迫怀孕、强迫绝育以及构成严重违反四项《日内瓦公约》共同第3条的任何其他形式的性暴力；
 - (7) 征募不满十五岁的儿童加入武装部队或集团，或利用他们积极参加敌对行动；
 - (8) 基于与冲突有关的理由下令平民人口迁移，但因所涉平民的安全或因迫切的军事理由而有需要的除外；
 - (9) 以背信弃义的方式杀、伤属敌方战斗员；
 - (10) 宣告决不纳降；
 - (11) 致使在冲突另一方权力下的人员肢体遭受残伤，或对其进行任何种类的医学或科学实验，而这些实验既不具有医学、牙医学或住院治疗有关人员的理由，也不是为了该人员的利益而进行的，并且导致这些人员死亡或严重危及其健康；
 - (12) 摧毁或没收敌对方的财产，除非是基于冲突的必要；
6. 第二款第5项适用于非国际性武装冲突，因此不适用于内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立和零星的暴力行为或其他性质相同的行为。该项规定适用于在一国境内发生的武装冲突，如果政府当局与有组织武装集团之间，或这种集团互相之间长期进行武装冲突。

- (三) 第二款第3项和第4项的任何规定，均不影响一国政府以一切合法手段维持或恢复国内法和秩序，或保卫国家统一和领土完整的责任。

第九条 犯罪要件

[2000年11月1日，公布了关于《犯罪要件》的最终草案，PNICC/2000/1/Add.2，可访问：<http://www.un.org/law/icc/index.html>]

- (一) 本法院在解释和适用第六条、第七条和第八条时，应由《犯罪要件》辅助《犯罪要件》应由缔约国大会成员三分之二多数通过。
- (二) 下列各方可以对《犯罪要件》提出修正案：
1. 任何缔约国；
 2. 以绝对多数行事的法官；
 3. 检察官；

修正案应由缔约国大会成员三分之二多数通过。

- (三) 《犯罪要件》及其修正应符合本规约。

第十条

除为了本规约的目的以外，本编的任何规定不得解释为限制或损害现有或发展中的国际法规则。

第十一条 属时管辖权

- (一) 本法院仅对在规约生效后实施的犯罪具有管辖权。
- (二) 对于在本规约生效后成为缔约国的国家，本法院只能对在本规约对该国生效后实施的犯罪行使管辖权，除非该国已根据第十二条第三款提交声明。

第十二条 行使管辖权的先决条件

- (一) 一国成为本规约缔约国，即接受本法院对第五条所述犯罪的管辖权。
- (二) 对于第十三条第1项或第3项的情况，如果下列一个或多个国家是本规约缔约国或依照第三款接受了本法院管辖权，本法院即可以行使管辖权：
1. 有关行为在其境内发生的国家；如果犯罪发生在船舶或飞行器上，该船舶或飞行器的注册国；
 2. 犯罪被告人的国籍国。
- (三) 如果根据第二款的规定，需要得到一个非本规约缔约国的国家接受本法院的管辖权，该国可以向书记官长提交声明，接受本法院对有关犯罪行使管辖权。该接受国应依照本规约第九编规定，不拖延并无例外地与本法院合作。

第十三条 行使管辖权

在下列情况下，本法院可以依照本规约的规定，就第五条所述犯罪行使管辖权：

1. 缔约国依照第十四条规定，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势；
2. 安全理事会根据《联合国宪章》第七章行事，向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势；或
3. 检察官依照第十五条开始调查一项犯罪。

第十四条 缔约国提交情势

- (一) 缔约国可以向检察官提交显示一项或多项本法院管辖权内的犯罪已经发生的情势，请检察官调查该情势，以便确定是否应指控某个人或某些人实施了这些犯罪。
- (二) 提交情势时，应尽可能具体说明相关情节，并附上提交情势的国家所掌握的任何辅助文件。

第十五条 检察官

- (一) 检察官可以自行根据有关本法院管辖权内的犯罪的资料开始调查；
- (二) 检察官应分析所收到的资料的严肃性。为此目的，检察官可以要求国家、联合国机构、政府间组织或非政府组织，或检察官认为适当的其他可靠来源提供进一步资料，并可以在本法院所在地接受书面或口头证言。
- (三) 检察官如果认为有合理根据进行调查，应请求预审分庭授权调查，并附上收集到的任何辅助材料。被害人可以依照《程序和证据规则》向预审分庭作出陈述。
- (四) 预审分庭在审查请求及辅助材料后，如果认为有合理根据进行调查，并认为案件显然属于本法院管辖权内的案件，应授权开始调查。这并不妨碍本法院其后就案件的管辖权和可受理性问题作出断定。
- (五) 预审分庭拒绝授权调查，并不排除检察官以后根据新的事实或证据就同一情势再次提出请求。
- (六) 检察官在进行了第一款和第二款所述的初步审查后，如果认为所提供的资料不构成进行调查的合理根据，即应通知提供资料的人。这并不排除检察官审查根据新的事实或证据；就同一情势提交的进一步资料。

第十六条 推迟调查或起诉

如果安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过决议，向本法院提出要求，在其后十二个月内，本法院不得根据本规约开始或进行调查或起诉，安全理事会可以根据同样条件延长该项请求。

第十七条 可受理性问题

- (一) 考虑到序言第十段及第一条，在下列情况下，本法院应断定案件不可受理：

1. 对案件具有管辖权的国家正在对该案件进行调查或起诉，除非该国不愿意或不能够切实进行调查或起诉；
 2. 对案件具有管辖权的国家已经对该案进行调查，而且该国已决定不对有关的人进行起诉，除非作出这项决定是由于该国不愿意或不能够切实进行起诉；
 3. 有关的人已经由于作为控告理由的行为受到审判，根据第二十条第三款，本院不得进行审判；
 4. 案件缺乏足够的严重程度，本院无采取进一步行动的充分理由。
- (二) 为了确定某一案件中是否有不愿意的问题，本院应根据国际法承认的正当程序原则，酌情考虑是否存在下列一种或多种情况：
1. 已经或正在进行的诉讼程序，或一国所作出的决定，是为了包庇有关的人，使其免受第五条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；
 2. 诉讼程序发生不当延误，而根据实际情况，这种延误不符合将有关的人绳之以法的目的；
 3. 已经或正在进行的诉讼程序，没有以独立或公正的方式进行，而根据实际情况，采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。
- (三) 为了确定某一案件中是否有不能够的问题，本院应考虑，一国是否由于本国司法系统完全瓦解，或实际上瓦解或者并不存在，因而无法拘捕被告人或取得必要的证据和证言，或在其他方面不能进行本国的诉讼程序。

第十八条 关于可受理性的初步裁定

- (一) 在一项情势已依照第十三条第1项提交本院，而且检察官认为有合理根据开始调查时，或在检察官根据第十三条第3项和第十五条开始调查时，检察官应通报所有缔约国，及通报根据所得到的资料考虑，通常对有关犯罪行使管辖权的国家。检察官可以在保密的基础上通报上述国家。如果检察官认为有必要保护个人、防止毁灭证据或防止潜逃，可以限制向国家提供的资料的范围。
- (二) 在收到上述通报一个月内，有关国家可以通知本院，对于可能构成第五条所述犯罪，而且与国家通报所提供的资料有关的犯罪行为，该国正在或已经对本国国民或在其管辖权内的其他人进行调查根据该国的要求，检察官应等候该国对有关的人的调查，除非预审分庭根据检察官的申请，决定授权进行调查。
- (三) 检察官等候一国调查的决定，在决定等候之日起六个月后，或在由于该国不愿意或不能够切实进行调查，情况发生重大变化的任何时候，可以由检察官复议。
- (四) 对预审分庭作出的裁定，有关国家或检察官可以根据第八十二条第二款向上诉分庭提出上诉。上诉得予从速审理。
- (五) 如果检察官根据第二款等候调查，检察官可以要求有关国家定期向检察官通报其调查的进展和其后的任何起诉。缔约国应无不当拖延地对这方面的要求作出答复。
- (六) 在预审分庭作出裁定以前，或在检察官根据本条等候调查后的任何时间，如果出现取得重要证据的独特机会，或者面对证据日后极可能无法获得的情况，检察官可以请预审分庭作为例外，授权采取必要调查步骤，保全这种证据。

- (七) 质疑预审分庭根据本条作出的裁定的国家，可以根据第十九条，以掌握进一步的重要事实或情况发生重大变化的理由，对案件的可受理性提出质疑。

第十九条 质疑法院的管辖权或案件的可受理性

- (一) 本法院应确定对收到的任何案件具有管辖权。本法院可以依照第十七条，自行断定案件的可受理性。
- (二) 下列各方可以根据第十七条所述理由，对案件的可受理性提出质疑，也可以对本法院的管辖权提出质疑：
1. 被告人或根据第五十八条已对其发出逮捕证或出庭传票的人；
 2. 对案件具有管辖权的国家，以正在或已经调查或起诉该案件为理由提出质疑；或
 3. 根据第十二条需要其接受本法院管辖权的国家。
- (三) 检察官可以请本法院就管辖权或可受理性问题作出裁定。在关于管辖权或可受理性问题的程序中，根据第十三条提交情势的各方及被害人均可以向本法院提出意见。
- (四) 第二款所述任何人或国家，只可以对某一案件的可受理性或本法院的管辖权提出一次质疑。这项质疑应在审判开始前或开始时提出。在特殊情况下，本法院可以允许多次提出质疑，或在审判开始后提出质疑。在审判开始时，或经本法院同意，在其后对某一案件的可受理性提出的质疑，只可以根据第十七条第一款第3项提出。
- (五) 第二款第2项和第3项所述国家应尽早提出质疑。
- (六) 在确认指控以前，对某一案件的可受理性的质疑或对本法院管辖权的质疑，应提交预审分庭。在确认指控以后，应提交审判分庭。对于就管辖权或可受理性问题作出的裁判，可以依照第八十二条向上诉分庭提出上诉。
- (七) 如果质疑系由第二款第2项或第3项所述国家提出，在本法院依照第十七条作出断定以前，检察官应暂停调查。
- (八) 在本法院作出裁定以前，检察官可以请求本法院授权：
1. 采取第十八条第六款所述一类的必要调查步骤；
 2. 录取证人的陈述或证言，或完成在质疑提出前已开始的证据收集和审查工作；和
 3. 与有关各国合作，防止已被检察官根据第五十八条请求对其发出逮捕证的人潜逃。
- (九) 提出质疑不影响检察官在此以前采取的任何行动，或本法院在此以前发出的任何命令或逮捕证的有效性。
- (十) 如果本法院根据第十七条决定某一案件不可受理，检察官在确信发现的新事实否定原来根据第十七条认定案件不可受理的依据时，可以请求复议上述决定。
- (十一) 如果检察官考虑到第十七条所述的事项，等候一项调查，检察官可以请有关国家向其提供关于调查程序的资料。根据有关国家的请求，这些资料应予保密。检察官其后决定进行调查时，应将曾等候一国进行调查的程序通知该国。

第二十条 一罪不二审

- (一) 除本规约规定的情况外，本法院不得就本法院已经据以判定某人有罪或无罪的行为审判该人。
- (二) 对于第五条所述犯罪，已经被本法院判定有罪或无罪的人，不得因该犯罪再由另一法院审判。
- (三) 对于第六条、第七条或第八条所列的行为，已经由另一法院审判的人，不得因同一行为受本法院审判，除非该另一法院的诉讼程序有下列情形之一：
 - 1. 是为了包庇有关的人，使其免负本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；或
 - 2. 没有依照国际法承认的正当程序原则，以独立或公正的方式进行，而且根据实际情况，采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。

第二十一条 适用的法律

- (一) 本法院应适用的法律依次为：
 - 1. 首先，适用本规约、《犯罪要件》和本法院的《程序和证据规则》；
 - 2. 其次，视情况适用可予适用的条约及国际法原则和规则，包括武装冲突国际法规确定的原则；
 - 3. 无法适用上述法律时，适用本法院从世界各法系的国内法，包括适当时从通常对该犯罪行为行使管辖权的国家的国内法中得出的一般法律原则，但这些原则不得违反本规约、国际法和国际承认的规范 and 标准。
- (二) 本法院可以适用其以前的裁判所阐释的法律原则和规则。
- (三) 依照本条适用和解释法律，必须符合国际承认的人权，而且不得根据第七条第三款所界定的性别、年龄、种族、肤色、语言、宗教或信仰、政见或其它见解、民族本源、族裔、社会出身、财富、出生或其他身份等作出任何不利区别。

第三编 法的一般原则

第二十二条 法无明文不为罪

- (一) 只有当某人的有关行为在发生时构成本法院管辖权内的犯罪，该人才根据本规约负刑事责任。
- (二) 犯罪定义应予以严格解释，不得类推延伸。涵义不明时，对定义作出的解释应有利于被调查、被起诉或被定罪的人。
- (三) 本条不影响依照本规约以外的国际法将任何行为定性为犯罪行为。

第二十三条 法无明文者不罚

被本法院定罪的人，只可以依照本规约受处罚。

第二十四条 对人不溯及既往

- (一) 个人不对本规约生效以前发生的行为负本规约规定的刑事责任。
- (二) 如果在最终判决以前，适用于某一案件的法律发生改变，应当适用对被调查、被起诉或被定罪的人较为有利的法律。

第二十五条 个人刑事责任

- (一) 本法院根据本规约对自然人具有管辖权。
- (二) 实施本法院管辖权内的犯罪的人，应依照本规约的规定负个人责任，并受到处罚。
- (三) 有下列情形之一的，应依照本规约的规定，对一项本法院管辖权内的犯罪负刑事责任，并受到处罚：
 - 1. 单独、伙同他人、通过不论是否负刑事责任的另一人，实施这一犯罪；
 - 2. 命令、唆使、引诱实施这一犯罪，而该犯罪事实上是既遂或未遂的；
 - 3. 为了便利实施这一犯罪，帮助、教唆或以其他方式协助实施或企图实施这一犯罪，包括提供犯罪手段；
 - 4. 以任何其他方式文助以共同目的行事的团伙实施或企图实施这一犯罪。这种文助应当是故意的，并且符合下列情况之一：
 - (1) 是为了促进这一团伙的犯罪活动或犯罪目的，而这种活动或目的涉及实施本法院管辖权内的犯罪；
 - (2) 明知这一团伙实施该犯罪的意图；
 - 5. 就灭绝种族罪而言，直接公然煽动他人灭绝种族；
 - 6. 已经以实际步骤着手采取行动，意图实施犯罪，但由于其意志以外的情况，犯罪没有发生。但放弃实施犯罪或防止犯罪完成的人，如果完全和自愿地放弃其犯罪目的，不按犯罪未遂根据本规约受处罚。
- (四) 本规约关于个人刑事责任的任何规定，不影响国家依照国际法所负的责任。

第二十六条 对不满十八周岁的人不具有管辖

对于实施被控告犯罪时不满十八周岁的人，本法院不具有管辖权。

第二十七条 官方身份的无关性

- (一) 本规约对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由。
- (二) 根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍本法院对该人行使管辖权。

第二十八条 指挥官和他的上级责任

除根据本规约规定须对本法院管辖权内的犯罪负刑事责任的其他理由以外：

- (一) 军事指挥官或以军事指挥官身份有效行事的人，如果未对在其有效指挥和控制下的部队，或在其有效管辖和控制下的部队适当行使控制，在下列情况下，应对这些部队实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任：
1. 该军事指挥官或该人知道，或者由于当时的情况理应知道，部队正在实施或即将实施这些犯罪和
 2. 该军事指挥官或该人未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。
- (二) 对于第一款未述及的上下级关系，上级人员如果未对在其有效管辖或控制下的下级人员适当行使控制，在下列情况下，应对这些下级人员实施的本法院管辖权内的犯罪负刑事责任：
1. 该上级人员知道下级人员正在实施或即将实施这些犯罪，或故意不理睬明确反映这一情况的情报；
 2. 犯罪涉及该上级人员有效负责和控制的活动的；和
 3. 该上级人员未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施，防止或制止这些犯罪的实施，或报请主管当局就此事进行调查和起诉。

第二十九条 不适用时效

本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效。

第三十条 心理要件

- (一) 除另有规定外，只有当某人在故意和明知的情况下实施犯罪的物质要件，该人才对本法院管辖权内的犯罪负刑事责任，并受到处罚。
- (二) 为了本条的目的，有下列情形之一的，即可以认定某人具有故意：
1. 就行为而言，该人有意从事该行为；
 2. 就结果而言，该人有意造成该结果，或者意识到事态的一般发展会产生该结果。
- (三) 为了本条的目的，“明知”是指意识到存在某种情况，或者事态的一般发展会产生某种结果。“知道”和“明知地”应当作相应的解释。

第三十一条 排除刑事责任的理由

- (一) 除本公约规定的其他排除刑事责任的理由外，实施行为时处于下列状况的人不负刑事责任：
1. 该人患有精神病或精神不健全，因而丧失判断其行为的不法性或性质的能力，或控制其行为以符合法律规定的的能力；
 2. 该人处于醉态，因而丧失判断其行为的不法性或性质的能力，或控制其行为以符合法律规定的的能力，除非该人在某种情况下有意识地进入醉态，明知自己进入醉态后，有可能从事构成本法院管辖权内的犯罪的行为，或者该人不顾可能发生这种情形的危险；

3. 该人以合理行为防卫本人或他人，或者在战争罪方面，防卫本人或他人生存所必需的财产，或防卫完成一项军事任务所必需的财产，以避免即将不法使用的武力而且采用的防卫方式与被保护的本人或他人或财产所面对的危险程度是相称的。该人参与部队进行的防御行动的事实，本身并不构成本项规定的排除刑事责任的理由；
4. 被控告构成本法院管辖权内的犯罪的行为是该人或他人面临即将死亡的威胁或面临继续或即将遭受严重人身伤害的威胁而被迫实施的，该人为了避免这一威胁采取必要而合理的行动，但必须无意造成比设法避免的伤害更为严重的伤害。上述威胁可以是：
 - (1) 他人造成的；或
 - (2) 该人无法控制的其他情况所构成的。

(二) 对于审理中的案件，本法院应确定本规约规定的排除刑事责任的理由的可适用性。

(三) 审判时，除可以考虑第一款所列的排除刑事责任的理由外，本法院还可以考虑其他排除刑事责任的理由，但这些理由必须以第二十一条规定的适用的法律为依据。《程序和证据规则》应规定考虑这种理由的程序。

第三十二条 事实错误或法律错误

(一) 事实错误只在否定构成犯罪所需的心理要件时，才可以作为排除刑事责任的理由。

(二) 关于某一类行为是否属于本法院管辖权内的犯罪的法律错误，不得作为排除刑事责任的理由。法律错误如果否定构成犯罪所需的心理要件，或根据第三十三条的规定，可以作为排除刑事责任的理由。

第三十三条 上级命令和法律规定

(一) 某人奉政府命令或军职或文职上级命令行事而实施本法院管辖权内的犯罪的事实，并不免除该人的刑事责任，但下列情况除外：

1. 该人有服从有关政府或上级命令的法律义务；
2. 该人不知道命令为不法的；和
3. 命令的不法性不明显。

(二) 为了本条的目的，实施灭绝种族罪或危害人类罪的命令是明显不法的。[……]

第九十八条 在放弃豁免权和同意移交方面的合作

(一) 如果被请求国执行本法院的一项移交或协助请求。该国将违背对第三国的个人或财产的国家或外交豁免权所承担的国际法义务，则本法院不得提出该项请求，除非本法院能够首先取得第三国的合作，由该第三国放弃豁免权。[……]

第一百二十四条 过渡条款

虽有第十二条第一款规定，一国成为本规约缔约国时可以声明，在本规约对该国生效后七年内，如果其国民被指控实施一项犯罪，或者有人被指控在其境内实施一项犯罪，该国不接受本法院对第八条所述一类犯罪的管辖权。根据本条作出的声明可以随时撤回。[……]

(二) 2002年《美国服役人员保护法案》

[资料来源：“第二部分《美国服役人员保护法案》，载于2002年《关于从对美恐怖主义袭击中进一步恢复与回应的补充拨款法案》，HR 4775，乔治·布什总统于2002年8月2日签署，可访问：<http://thomas.loc.gov>]

HR 4775

2002年《关于从对美恐怖主义袭击中进一步恢复与回应的补充拨款法案》 [……]

第二部分 美国服役人员保护法案

第2001节 简称

本部分可被引用为《2002年美国服役人员保护法案》。

第2002节 决定

国会作出如下决定：

- (1) 1998年7月17日，在意大利罗马召开的关于设立国际刑事法院的联合国全权代表外交会议通过了《国际刑事法院罗马规约》。[……]
- (5) 谢佛尔 (Scheffer) 大使继续向国会说道：“在一个已加入该条约的国家执行任务的多国维和部队将受到国际刑事法院的管辖，即使维和人员本人的国籍国并未加入该条约。因此，《国际刑事法院规约》意在确立一种安排，使得在海外的美国武装人员可以受到国际刑事法院的管辖，即使美国不同意受该条约的拘束。这不仅违反了条约法最基本的原则，还限制了美国利用军队实现其承担同盟义务和参与多国行动，包括为了拯救平民生命在内的人道干涉。其他维和行动的派遣国也会面临类似的风险。”
- (6) 尽管存在这些关切事项，克林顿总统依然指示美国于2000年12月31日签署《罗马规约》。在当天发表的声明中，他声称，鉴于《罗马规约》存在无法弥补的缺陷，在我们的根本关切获得满意解决之前，“我不会，也不建议我的继任总统将该条约提交参议院讨论并批准”。[……]
- (8) 美国武装部队成员，尤其是当他们驻扎或部署在世界各地以保护美国至关重要的国家利益时，应当免于受国际刑事法院追诉的风险。美国政府有义务尽最大可能保护其武装部队成员不受国际刑事法院的追诉。

- (9) 除了美国武装部队成员有受国际刑事追诉的风险之外,《罗马规约》还造成了美国总统和其他经选举并被任命的政府高级官员有受国际刑事法院追诉的风险。尤其是如果(国际刑事法院)筹备委员会不顾美国的反对就侵略罪的定义达成了一致,美国的高级官员将可能因在打击恐怖主义、防止大规模杀伤性武器扩散、阻止侵略等事项方面做出的国家安全决策而受到刑事指控。正如美国武装部队成员一样,美国政府的高级官员,尤其是当他们为保护美国国家利益而采取官方行动时,应当免受国际刑事法院的追诉。[……]
- (11) 条约仅拘束缔约方,未经非缔约方同意不得为其创设义务,这是国际法的一项基本原则。美国不是《罗马规约》的缔约方,因而不受其任何条款的拘束。美国不承认国际刑事法院对美国国民的管辖。

第2003节 本部分禁止性规定的放弃与终止[……]

- iii. **放弃第4节和第6节中关于对特定个人调查和追诉的权力**——如果第2004节和2006节规定的禁止和条件将妨碍美国与国际刑事法院调查和起诉特定个人进行合作,总统则有权放弃第2004节和第2006节所规定的禁止和条件。本条意义上的放弃须在总统行使此权力前15天公布。
- (2) 做出决定并向相应的国会委员会报告[……]
- i. 有理由相信特定个人犯有属于国际刑事法院调查或追诉范围内的罪行;
- ii. 国际刑事法院对特定个人进行的调查或追诉符合美国的国家利益;并且
- iii. 在调查与特定个人的行为有关的事项时,下列人员就其职务范围内的行动不受国际刑事法院或其代表的调查、逮捕、拘留、追诉或监禁:
- (i) 美国人。[根据现行法]
- (ii) 同盟国人。
- (iii) 曾经是美国人或同盟国人的个人。[……]

第2004节 禁止与国际刑事法院合作

- i. **适用**——本节各条:
- (1) 仅适用于与国际刑事法院的合作,不适用于与联合国安理会设立的特设国际刑事法庭的合作。[……]
- (2) 不禁止
- i. 第2008节所许可的行动[……]
- ii. **禁止响应合作的请求**——尽管有《美国法典》第28部分第1782节[比较 <http://uscode.house.gov>],或者任何其它法律条款的规定,美国任何法院、联邦或地方的任何机构或实体,均不得与国际刑事法院进行合作以响应国际刑事法院依据《罗马规约》提出的合作请求。
- iii. **禁止送达国际刑事法院的调查委托书**[……]

- iv. **禁止向国际刑事法院引渡**[……]
- v. **禁止向国际刑事法院提供支持**[……]
- vi. **禁止使用追加资金协助国际刑事法院**[……]
- vii. **限制依据司法协助条约提供的协助**——美国应当行使权利，在执行或者送达任何司法调查文书过程中，对美国作为缔约方的所有刑事司法协助条约、行政协定、含有司法协助条款的多边条约以及引渡条约中规定的协助的使用进行限制，以阻止美国依据这些条约和司法调查文书提供的协助移交给国际刑事法院或者被国际刑事法院利用。
- viii. **禁止任何机构的调查**——国际刑事法院的任何机构不得在美国境内和受美国管辖的任何领土内展开与初步调查、调查、追诉或者国际刑事法院的其它程序有关的调查行动。

第2005节 限制美国参加某些联合国维和行动

- (1) **政策**——自《罗马规约》依据第126条生效之日起，总统应当行使其在联合国安理会的话语权和表决权以确保安理会依据《联合国宪章》第6章进行维持和平行动和依据《联合国宪章》第7章采取执行和平行动的任何决议至少能永久免除参与此类行动的美国武装部队人员不会因为在联合国维和行动或者执行和平行动中的行为而受到国际刑事法院的刑事追诉或者其他管辖。
 - (2) **限制**——自《罗马规约》依据第126条生效之日起，美国武装部队人员不得参加联合国安理会依据《联合国宪章》第6章进行的维持和平行动或者依据《联合国宪章》第7章进行的执行和平行动，除非总统就此类联合国的行动向相应的国会委员会提交了本节第3条所言证明书。
 - (3) **证明书**——本节第2条所指证明书是总统提交的证明
- 1. 在不存在受到国际刑事法院刑事追诉或者其他管辖风险的情况下，美国武装部队人员能参加联合国维持和平行动或者执行和平行动；[……]或者
 - 3. 美国的国家利益是美国武装部队人员参与此类联合国维持和平行动或者执行和平行动的正当理由。

**第2006节 禁止向国际刑事法院直接或间接移交机密的
国家安全信息和执法信息**

- (1) **概况**——在《罗马规约》生效之日前，总统应当确保存在适当程序阻止那些便利国际刑事法院的调查、逮捕或起诉而向国际刑事法院提交机密的国家安全信息和执法信息。[……]

第2007节 禁止向国际刑事法院的缔约方提供军事援助

- 1. **禁止军事援助**——依据本节第2条和第3条，在《罗马规约》依据第126条生效之日起1年内，美国不再向国际刑事法院缔约国的政府提供军事援助。

- 2. **国家利益豁免**——总统有权无需事先通知国会，放弃对特定国家适用本节第1条的军事援助禁止，如果总统认定并向国会的相应委员会报告此类禁止的放弃对美国国家利益至关重要。
- 3. **第98条的豁免**——总统有权无需事先通知国会，放弃对特定国家适用本节第1条的军事援助禁止，如果总统认定并向国会的相应委员会报告该特定国家已经与美国依据《罗马规约》第98条缔结了阻止把在该国境内的美国人移交国际刑事法院审理的协定。
- 4. **豁免**——本节第1条的规定不适用于下列政府
 - (1) 北约组织成员国；
 - (2) 非北约组织的主要盟国（包括澳大利亚、埃及、以色列、日本、约旦、阿根廷、韩国和新西兰）；
 - (3) 台湾。

第2008节 解救被国际刑事法院或以国际刑事法院的名义拘留或监禁的美国武装部队人员和其他人员的权力

- 1. **权力**——总统经授权可以使用一切必要和适当的措施使本节第2条所指被国际刑事法院、以国际刑事法院的名义或经国际刑事法院请求而被拘留或监禁的个人得以释放。
- 2. **经授权释放的个人**——本节第1条所指的权力应适用于以下人员：
 - (1) 美国人。
 - (2) 同盟国人。
 - (3) 因公务行动被拘留或监禁的美国人或同盟国人，如果该人是同盟国国民，则经其政府请求。[……]

第2013节 定义[……]

- (3) **同盟国人**——本法意义上的“同盟国人”是指北约组织成员国、非北约组织成员国的主要盟国（包括澳大利亚、埃及、以色列、日本、约旦、阿根廷、韩国和新西兰）或台湾的武装部队人员、经选举或被任命的官员和受雇于或以这些政府名义工作的其他个人，只要该政府不是国际刑事法院的缔约方、并希望其官员或以这些政府名义工作的其他人免于国际刑事法院管辖；
- (4) **美国人**——本法意义上的“美国人”是指美国武装部队人员、经选举或被任命的美国政府官员和受雇于或以美国政府名义工作的其他个人，只要美国政府不是国际刑事法院的缔约方，[……]
- (12) **支持**——本法意义上的“支持”是指包括财政支持、财产或其他物资的转让、服务、情报分享、执法合作、人员培训或派遣、以及对个人的逮捕或拘留在内的任何形式的援助，[……]

(三) 大赦国际，《禁止在国际审判中实行双重标准》

[资料来源：大赦国际：《安全理事会：对国际司法拒绝双重标准》，新闻稿IOR 40/013/2002，2002年7月1日；可访问<http://www.amnesty.org>]

AI INDEX: IOR 40/013/2002, 1 July 2002

安全理事会：对国际司法拒绝双重标准

大赦国际认为，对国际司法不应存在双重标准，任何人在任何情形下都不能就灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪获得豁免。大赦国际今天敦促美国重新考虑就其人员寻求免于国际刑事法院管辖的豁免主张。《国际刑事法院罗马规约》今天生效。

在6月30日安全理事会会议上，美国因为其寻求豁免的主张没有得到支持，否决了驻波黑的联合国部队延长的议案。随后，安理会达成一致授权对驻波黑的联合国部队延期72小时以进一步讨论。

大赦国际宣称：“对安全理事会其他成员的坚定主张，我们表示欢迎。我们号召这些国家以及其他所有承诺与最严重的国际罪行的有罪不罚作斗争的国家继续充分支持国际刑事法院”。

“美国的主张危及了国际司法体系的完整性，对最根本的审判原则——灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪这些罪行没有豁免——的普遍适用构成了挑战。”大赦国际宣称，其强调的这一问题不只是驻波黑联合国部队的命运问题，甚至不只是国际刑事法院的问题。

1949年《日内瓦公约》要求各国搜捕最严重的战争罪行的违犯者，无论其官职或国籍，允许各缔约国在本国法庭将这些人绳之以法。《日内瓦公约》长期以来几乎得到包括美国在内的各国的普遍批准。1948年《防止和惩治灭绝种族罪公约》也规定不得豁免此类罪行的犯罪嫌疑人。大赦国际认为同样的原则也适用于危害人类罪。

大赦国际宣称：“美国表示的担忧是完全错误的。”

《国际刑事法院罗马规约》可以充分保障免受基于政治动机的、没有理由的起诉。这些保障包括由缔约国选举产生的独立的检察官。检察官开始调查之前需要获得法官小组的授权。安全理事会无权推迟任何起诉。国际刑事法院仅在缔约国法院不能或者不愿管辖时行使管辖权。[.....]

迄今，已有包括波黑在内的74个国家批准了《罗马规约》，可以预见未来将有更多国家批准该规约。已经批准《罗马规约》的国家将选举法院的第一位检察官和18位法官。

(四) 联合国，安理会第1487号决议（2003年）

[资料来源：联合国第1487(2003)号决议，2003年6月12日；可访问<http://www.un.org>]

第1487 (2003) 号决议

2003年6月12日安全理事会第4772次会议通过

安全理事会，

注意到1998年7月17日在罗马订立的《国际刑事法院规约》（《罗马规约》）已于2002年7月1日生效，

强调联合国行动对于国际和平与安全至关重要，

注意到并非所有国家都是《罗马规约》的缔约国，

注意到《罗马规约》各缔约国已决定根据该规约，尤其是互补原则，接受其管辖权，

注意到不是《罗马规约》缔约国的国家将继续在各自国家管辖范围内对国际犯罪行为履行其责任，

认定联合国安全理事会所设立或授权的行动是为维持或恢复国际和平与安全而部署的，

又认定加强各会员国参与联合国安全理事会所设立或授权的行动的能力有利于国际和平与安全，

根据《联合国宪章》第七章采取行动，

1. 根据《罗马规约》第16条的规定，要求国际刑事法院，如出现涉及参与联合国所设立或授权的行动、但不是《罗马规约》缔约国的国家目前或以前的官员或人员有关上述行动的行为或不行为的案件，在2003年7月1日起的12个月期间内不要对任何此类案件开始或着手进行调查或起诉，除非安全理事会另有决定；
2. 表示打算只要有必要，就于每年7月1日按同样条件将第1段所述要求顺延12个月；

3. 决定会员国不得采取不符合第1段、不符合国际义务的行动；
4. 决定继续处理此案。

讨 论

1. 《国际刑事法院规约》第7条

- (1) 本规约第7条规定的危害人类罪多了哪些新的要件？
- (2) 在和平时期可以实施危害人类罪吗？
- (3) 纽伦堡审判要求在指控危害人类罪时在被告与从事武装冲突的国家之间存在联系。这种联系在《国际刑事法院规约》是否存在？非国家行为体能否因危害人类罪依据《国际刑事法院规约》被起诉和惩治？控制了一定领土的叛乱团体如果从事了不人道的行为，能否因危害人类罪而受到惩治？《国际刑事法院规约》的起草者为达成其选择的解决方案是否依赖了前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭的判决？
- (4) 《国际刑事法院规约》规定的危害人类罪的定义是否包括新的要件？如果有，有哪些新要件？能不能说增加规定非人道行为的例子进一步澄清了危害人类罪的定义？这种列举是对危害人类罪要件的全部列举还是仅为部分列举？
- (5) 就具体要件而言，强奸和强迫怀孕在什么时候构成危害人类罪？这是否是一项新规则？

2. 《国际刑事法院规约》第8条

- (1) 国际刑事法院是否能管辖所有的战争罪行？是否能管辖所有严重破坏国际人道法的罪行？（分别比较1949年《日内瓦第一公约》第50条、《日内瓦第二公约》第51条、《日内瓦第三公约》第130条、《日内瓦第四公约》第147条以及《<日内瓦公约>第一附加议定书》第11条第4款和第85条。）
- (2) 本规约是否阐明国际刑事法院有权管辖哪些严重破坏国际人道法的罪行？本规约第8条第1款是否符合罪刑法定原则？
- (3) 本规约规定的战争罪是否与海牙公约体系和日内瓦公约体系规定的具体条款相一致？本规约规定的战争罪是否增加了新的要件？哪些新要件？
- (4) 《国际刑事法院规约》是否规定了非国际性武装冲突中的战争罪？这些罪行与国际性武装冲突中的战争罪是否相同？本规约第8条第2款第3项规定的罪行与该条第2款第5项规定的罪行在适用条件上存在的差异就国际人道法而言是否必要？这些差异是否合理？第8条第2款第5项规定的非国际性武装冲突中的战争罪与《第二附加议定书》的规定是否一致？你是否认为这一适用标准太高？该项列明的12种战争罪中并未提及使平民居民遭受饥饿，为什么？列明的这12种罪行是否有不受《第一附加议定书》禁止的罪行？

- (5) 能不能说本规约规定的战争罪都是习惯国际法？你对哪种战争罪构成习惯法存在疑虑？为了遵守罪刑法定原则，《国际刑事法院规约》在界定战争罪时是否必须编纂的是习惯国际法？本规约是否有权规定新的战争罪？本规约是否可以把日内瓦公约和议定书中的行为规定为新的战争罪，即使这些行为可能还不是习惯国际法？
- (6) 对于已经构成本规约第8条项下的罪行，但在《第一附加议定书》适用于该罪行的情况下，尚未构成《第一附加议定书》规定的同一罪行，国际刑事法院是否有权审判犯有此罪行的人？依据本规约第21条第1款第3项，国际刑事法院是否有权审判那些依据《第一附加议定书》构成犯罪、但本规约没有规定为犯罪的罪行？至少在该罪行已经被国际习惯法认定为犯罪的情况下，国际刑事法院是否有权审判前述罪行？
- (7) 本规约第10条是否禁止被告主张本规约第8条已经被新的习惯国际法废止？
3. 《国际刑事法院规约》第9条
- (1) 第9条规定的犯罪要件对国际刑事法院是否有拘束力？至少从法院不可以对没有满足要件的人进行宣判这个意义上说呢？为什么缔约国要界定犯罪构成要件？
- (2) 依据第9条制定犯罪要件是否有用？这是否会发展国际人道法？是否会把其他行为规定为犯罪？
4. 《国际刑事法院规约》第11条—第19条
- (1) 谁有权启动国际刑事法院对特定犯罪的管辖权？缔约国？个人？检察官？联合国安全理事会？
- (2) 谁决定某一项被指控的犯罪是否需要调查？检察官？国际刑事法院？联合国安全理事会？在调查特定具体罪行时，这些机构各自有什么权力？
- (3) 关于检察官的作用，你是否认为检察官的权力过大？检察官能否独立于联合国安全理事会启动对案件的调查？检察官开展某项调查时，是否需要获得预审分庭的正式批准？
- (4) 有哪些是对检察官权力的制衡？权力制衡呈现什么状态？你认为本规约第16条是对检察官权力的一种制约吗？你能否理解一些缔约国就对检察官权力的制衡所表示的关注？本规约第16条出台的原因是什么？该条是否有正当理由？联合国2003年第1487号决议是否是适用本规约第16条（也可参见下文要讨论的问题19）的一个例证？尽管存在第16条，国际刑事法院是否是独立的机构？如果一个被指控犯有严重破坏国际人道法的人被一缔约国俘获，而联合国安理会依据本规约第16条通过了一项要求释放该被指控的犯罪嫌疑人，此时该缔约国是有权还是必须将被指控的犯罪嫌疑人提交本国司法审判？联合国安理会依据《联合国宪章》第七章通过的决议能否要求《日内瓦公约》的缔约国不起诉被指控的严重破坏国际人道法的犯罪嫌疑人？（分别比较1949年《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条、《日内瓦第四公约》第146条的各自第2款，以及《联合国宪章》第103条；参见 <http://www.un.org>）

- (5) 关于案件的可受理性，在一国已经对犯有罪行的个人进行了调查和审判的情况下，国际刑事法院在什么程度上有权对被指控为犯罪的该人展开调查？本规约第17条第1款第2项是否可以确保不存在“虚假审判”？
- (6) 尽管存在第15条至第19条，被告依据第67条第1款第3项是否将会得到毫不过分迟延的审判？
5. (1) 国际刑事法院对于本规约生效之前的犯罪不具有溯及既往的管辖权，这在国际法上是否必要？这是否是因为罪刑法定原则？这是否是一些国家批准本规约所必不可少的条件？
- (2) 《规约》第124条规定的“选择退出条款”在国际人道法上是否可被接受？《规约》引入该条款是基于什么原因？一个行使了“选择退出条款”的缔约国国民是否因其在没有行使这个条款的缔约国境内犯有本规约规定的罪行而受到审判？当没有行使这一条款的国家境内实施了或者其国民实施了某项严重破坏《日内瓦公约》的罪行，《日内瓦公约》的缔约国负有什么义务？（比较1949年《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条、《日内瓦第四公约》第146条的各自第2款。）
6. (1) 本规约第12条第2款是否符合国际人道法？国际人道法是否需要征得犯罪行为地领土国或被告国国籍国的同意？其他国际法是否需要这样？在有关行为发生地国以及犯罪被告人国籍国都反对的情况下，一国法院是否有权或者必须起诉被指控为严重破坏国际人道法的人？（比较1949年《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条、《日内瓦第四公约》第146条的各自第2款。）对非国际性武装冲突中战争罪作出这一限制的后果是什么？
- (2) 一个非缔约国的国民或者不在缔约国境内发生的罪行也可能被受到国际刑事法院的审判（如果其他有关国家是缔约国），这是否符合国际法？这是否违反条约只约束缔约方的原则？如果非缔约国国民在缔约国境内犯相关罪行并受到国际刑事法院的起诉，这是否是条约的非缔约方受到条约拘束？《日内瓦公约》是否对在缔约国境内犯有相关罪行的非缔约国国民有拘束力？后者是否有权或者必须依据本国刑法就严重破坏行为启动司法程序？缔约国是否有权依据对双方有拘束力（但对被引渡对象的国籍国没有约束力）的引渡条约将被指控的被告人引渡给第三国？
- (3) 一国是否有权或者具有合法利益主张本国士兵不因战争罪受国际性法庭或外国法院审判？什么时候这种利益合法？《罗马规约》是否考虑了这种利益？被告是否具有依据犯罪行为时的国际法或国内法在适格的法院接受审判的人权？
7. 案件从被指控为战争罪的信息开始到判决书的作出，整个过程是如何进展？请尝试列明一个流程图。
8. 《罗马规约》第27条和第98条
- (1) 《国际刑事法院规约》是否规定了国家元首有免于起诉的权利？国际刑事法院是否有权起诉在位的国家元首？它能否从第三国要求移交一国国家元首？即使没有国家元首所代表的国家的同意？联合国安全理事会是否有权忽略《规约》第98条？

- (2) 尽管存在第12条第2款，如果《罗马规约》的非缔约国与缔约国签署一项条约，规定非缔约国国民在缔约国境内的罪行享有豁免权，非缔约国国民因为其在缔约国境内的犯罪行为在国际刑事法院是否具有管辖豁免？即使此条约是在《罗马规约》被批准之后得以通过的呢？为了部署国际部队而与一国签署的所有“武装部队地位协定”是否都具有这种效果？
9. 《罗马规约》第22条至第25条以及第30条至第32条是否反映了刑法的一般原则？在一国法院被指控犯有战争罪的被告是否应当受到相同的保障？这些原则是否也适用于你所在的国家的法院？（比较1949年《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条、《日内瓦第四公约》第146条的各自第4款。）
10. 本规约第28条是否和《第一附加议定书》第86条和第87条保持一致？国际刑事法院对其的适用是否与《第一附加议定书》相冲突？在冲突的情况下，国际刑事法院是否有权适用第28条？
11. (1) 第31条规定的排除刑事责任的理由是否也适用于国内法院，而不违反将严重破坏国际人道法的罪行绳之以法的义务？你所在的国家的国内立法中是否也存在所有这些理由？
- (2) 第31条第1款第3项，尽管存在最后一句，其规定的排除刑事责任的理由是否允许援引诉诸战争权？还是说这一抗辩仅适用于国际人道法下非法使用武力？为了保护自己的声明，士兵是否可以实施战争罪？为了保护战友的生命呢？为了保护平民的生命呢？军人是否有权以违反国际人道法的行为，作为针对威胁自身或他人生命的违反国际人道法行为的反应？此辩护理由与国际人道法上的禁止报复存在什么区别？（比较1949年《日内瓦第一公约》第46条、《日内瓦第二公约》第47条、《日内瓦第三公约》第43条、《日内瓦第四公约》第33条以及《日内瓦公约《第一附加议定书》》第51条第6款。）
- (3) 《规约》第31条第4款规定的排除刑事责任的理由是否意味着紧急状况可以成为战争罪的合法理由？如果出于保住同胞平民的性命，军人是否可以犯战争罪？审讯人员是否有权对掌握了迫在眉睫的攻击信息的人施行酷刑？
12. 第33条是否恰当地编纂了国际人道法中关于上级责任的规则？
13. 《罗马规约》是否改变或发展了国际人道法中的实体法？本规约是否增加了实施机制？国际人道法是否已经规定了在国际的法院起诉战争罪？（比较《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条、《日内瓦第四公约》第146条以及《日内瓦公约《第一附加议定书》》第88条。）
14. 为什么国际刑事法院的建立对国际人道法很重要？国际刑事法院是否会取代国内法院审判战争罪的必要性？什么情况下案件应当提交国际刑事法院？你的答案与本规约第17条是否符合？
15. 从国际人道法的角度，你对《国际刑事法院规约》的整体评价如何？
16. (1) 为什么美国通过了旨在保护其人员不受国际刑事法院可能的刑事审判的法律（《美国服役人员保护法》）？

- (2) 美国不是《罗马规约》的缔约国，国际刑事法院是否仍然可以审判涉及美国国民，尤其是美国士兵的案件？这种可能性是否因为美国是联合国安理会常任理事国而有所变化？作为联合国维和部队成员的美国人的情况是否有所不同？
 - (3) 美国的这项法律是否仅适用于经联合国安理会授权或决定的维和部队中的美国国民和其同盟国的国民？
 - (4) 美国是否有权根据国际法“保护”那些被指控为在一缔约国领域内实施了战争罪的埃及人、以色列人或者台湾人这样的同盟公民（这仅仅是《规约》非缔约方的一些同盟的公民）？
17. 美国总统依据《美国服役人员保护法》第2008节的授权，命令必要时进行军事干预以解救依据国际刑事法院的控告或判决而被羁押在荷兰的美国人，这是否符合国际法？
18. 在什么条件下联合国部队的人员以及《罗马规约》非缔约国国民应当受到国际刑事法院的起诉？
19. (1) 依据国际法，你如何理解联合国安理会第1487号决议？依据《联合国宪章》呢（参见<http://www.un.org>）？依据《罗马规约》，尤其是第16条呢？
- (2) 第1487号决议是否包括那些不受联合国指挥和控制、但是其使用武力受联合国安理会授权的部队中的士兵（比如1990—1991年海湾战争中的多国部队）？在科索沃的联合国科索沃部队的成员呢？（参见**案例第172**，案例研究，前南斯拉夫的武装冲突，第1732页）
- (3) 你怎样解释第1487号决议是安理会依据《联合国宪章》第七章采取的行动，正如《罗马规约》第16条的规定，《宪章》适用于“威胁和平、破坏和平和侵略行为”？

文件16：儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的 任择议定书 2000年5月25日

[资料来源：《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》，2000年5月25日，可访问<http://www.cicr.org/ihl>]

本议定书缔约国，

[……]

不安地注意到武装冲突对儿童造成有害和广泛的影响，并对持久和平、安全和发展造成长期后果，

谴责在武装冲突情况中以儿童为目标，以及直接攻击受国际法保护的物体，包括学校和医院等一般有大量儿童的场所的行为，

注意到《国际刑事法院规约》获得通过，特别是将征募或招募不满15岁的儿童，或在国际武装冲突和非国际武装冲突中利用他们积极参与敌对行动定为战争罪，

因此，考虑到为进一步加强行使《儿童权利公约》确认的权利，需要加强保护儿童，使其不卷入武装冲突，

注意到《儿童权利公约》第1条规定，为该公约的目的，儿童系指不满18岁的任何人，除非对其适用的法律规定成年年龄低于18岁，

深信公约任择议定书提高可被招募加入武装部队和参加敌对行动的人的年龄，将切实促进落实有关儿童的一切行动均应以儿童的最大利益为首要考虑的原则，

注意到1995年12月第二十六届红十字会和红新月会国际会议特别建议冲突各当事方采取一切可行措施，确保不满18岁的儿童不参加敌对行动，[……]

最严重关切并谴责非国家武装部队的武装团体在国境内外招募、训练和使用儿童参加敌对行动，并确认在这方面招募、训练和使用儿童的人所负的责任，

回顾武装冲突各当事方均有义务遵守国际人道主义法的规定，

强调本议定书不妨碍《联合国宪章》所载的宗旨和原则，包括其第五十一条以及有关的人道主义法规范，[……]

兹协议如下：

第1条

缔约国应采取一切可行措施，确保不满18周岁的武装部队成员不直接参加敌对行动。

第2条

缔约国应确保不满18周岁的人不被强制招募加入其武装部队。

第3条

1. 考虑到《儿童权利公约》第38条所载原则，并确认公约规定不满18周岁的人有权获得特别的保护，缔约国应提高该条第3款所述个人自愿应征加入本国武装部队的最低年龄。
2. 每一缔约国在批准或加入本议定书时应交存一份具有约束力的声明，规定其允许自愿应征加入本国武装部队的最低年龄，并说明其为确保不强迫或胁迫进行此类招募而采取的保障措施。

3. 允许不满18周岁的人自愿应征加入本国武装部队的缔约国应设置保障措施，至少确保：
 - (1) 此种应征确实是自愿的；
 - (2) 此种应征得到本人父母或法定监护人的知情同意；
 - (3) 这些人被充分告知此类兵役所涉的责任；
 - (4) 这些人在被接纳服本国兵役之前提供可靠的年龄证明。[……]

第4条

1. 非国家武装部队的武装团体在任何情况下均不得招募或在敌对行动中使用不满18周岁的人。
2. 缔约国应采取一切可行措施防止此种招募和使用，包括采取必要的法律措施禁止并将这种做法按刑事罪论处。
3. 本条的适用不影响武装冲突任何当事方的法律地位。

第5条

本议定书的任何规定不得被解释为排除更有利于实现儿童权利的缔约国法律或国际文书和国际人道主义法的规定。

第6条 [……]

3. 缔约国应采取一切可行措施，确保在违反本议定书的情况下被招募或用于敌对行动的本国管辖范围内的人退伍或退役。缔约国在必要时应向这些人提供一切适当援助，协助其恢复身心健康和重返社会。[……]

第10条 [……]

[注意：根据本条，该议定书“在第十份批准书或加入书交存后三个月生效。”即2002年2月12日。]

二、其他国际协定

文件17：《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》

[资料来源：《关于难民的国际文件汇编》，日内瓦，联合国难民署，1990年，第194—195页。]

《非洲统一组织关于非洲难民问题某些特定方面的公约》

非洲统一组织第六届国家元首和政府首脑会议全体大会通过
(1969年9月10日，亚的斯亚贝巴)

依据第6条于1974年6月20日生效

文本：联合国条约集第14691号。[……]

第1条：“难民”这个术语的定义

1. 就本公约而言，“难民”是指每个因有正当理由畏惧由于种族、宗教、国籍、属于某一社会团体或具有某种政治见解的原因留在其本国之外，并且由于此项畏惧而不能或不愿受该国保护”的人，或者不具有国籍并由于上述事情留在他以前经常居住国家以外而现在不能或者由于上述畏惧不愿返回该国的人。
2. “难民”一词也适用于，由于其来源国或国籍国部分或全部遭到外来侵略、占领、外国统治或出现严重危害公共秩序的事件而被迫离开自己的惯常居住地而在其来源国或国籍国以外的地方寻求避难的任何人。

[……]

4. 本公约应当停止适用于任何难民，如果[……]
(5) 该人被确认为难民的情形不再存在，该人不能再拒绝其国籍国的保护，或者[……]
5. 本公约各条款不再适用于任何由于庇护国有重大理由认为犯有下列罪行的人：
(1) 犯有相关国际文件界定的破坏和平罪、战争罪或危害人类罪，[……]
6. 就本公约而言，给予庇护的缔约国应当确定申请人是否是难民。[……]

文件18：红十字国际委员会与瑞士的协定

[资料来源：《红十字国际委员会与瑞士联邦委员会协定》，载于《红十字国际评论》，第293期，1993年，第152—160页]

红十字国际委员会与瑞士联邦委员会协定

确定该委员会在瑞士的法律地位

红十字国际委员会作为一方

瑞士联邦委员会作为另一方

为了确定红十字国际委员会在瑞士的法律地位，以及为此目的，
在一份总部协定中规范彼此关系，

达成如下条款：

一．红十字国际委员会的地位、特权与豁免

第1条 人格

联邦委员会确认红十字国际委员会（下文简称委员会）在瑞士的国际法律人格和法律能力。后者的职能由1949年《日内瓦四公约》及其1977年《附加议定书》和《国际红十字和红新月运动章程》予以规定。

第2条 红十字国际委员会的行动自由

瑞士联邦委员会确保红十字国际委员会的独立与行动自由。

第3条 房舍不受侵犯

红十字国际委员会的房舍和房舍的构成部分与邻接地面，不论由何人执管，都不受侵犯。未经红十字国际委员会的明示同意，瑞士的公务人员不得入内。仅红十字国际委员会的主席或主席授权的正式代表有权豁免此种不受侵犯的权利。

第4条 档案不受侵犯

红十字国际委员会的档案以及一般属于红十字国际委员会或其持有的一切文件不论其置于何处，均属不可侵犯。

第5条 司法程序和执行豁免

1. 红十字国际委员会处理公务的行为享有司法程序和执行豁免，除非：

(1) 在具体案件中，红十字国际委员会主席或主席授权的适当代表正式放弃此类豁免；

- (2) 以红十字国际委员会为被告的、基于其车辆或为其服务的车辆导致损害的民事诉讼；
 - (3) 红十字国际委员会与其雇员、前雇员或合法的权利人之间的雇佣争端；
 - (4) 依据法院命令，扣押红十字国际委员会应当向其职员支付的工资、薪水或其他报酬；
 - (5) 红十字国际委员会与本协定第10条第1段列明的退休金和公积金之间的争议；
 - (6) 与红十字国际委员会提起的主诉直接有关的反诉；
 - (7) 依据本协定第22条，仲裁裁决的执行争议。
2. 红十字国际委员会的房舍和房舍的构成部分，邻接地面与红十字国际委员会拥有或为履行职能使用的财产，无论其在何处，也无论为谁拥有，应免于任何形式的执行、征收或征用。

第6条 财政地位

1. 红十字国际委员会及其资产、收入以及其他财产应免除联邦、州和镇的直接税；然而，就其不动产而言，此类豁免仅适用于红十字国际委员会自有和公务目的占有的以及直接源于这些不动产的收益。
2. 红十字国际委员会应被免除联邦、州和镇征收的间接税。联邦购置税的免除仅适用于旨在红十字国际委员会官方用途的物品，而且单个相同物品的购买发票数额超过500瑞士法郎。
3. 红十字国际委员会应被免除联邦、州和镇征收的费用，但公共服务的费用除外。
4. 如有必要，依据红十字国际委员会的请求并按照其与瑞士有关当局确定的程序，上述税费的免除采用税费返还的方式。

第7条 关税地位

红十字国际委员会为其公务用途的物品，免除关税。关税免除应当受1985年11月13日《国际组织、国家与国际组织以及外国特别使团关税特权条例》规范。

第8条 自由处置资金

红十字国际委员会得接受、持有、转换和转让任何款项、黄金、任何货币、可兑换白银和其他证券，并得在瑞士境内和对其他国家关系上自由处置。

第9条 通讯

1. 红十字国际委员会公务通讯享有不低于瑞士给予境内其他国际组织的通讯的待遇，与1982年11月6日《国际电信联盟公约》的规定一致。
2. 红十字国际委员会有权经由信使或以邮袋收发邮件通讯，包括数据磁带；这些信使和邮袋应享有与外交信使和邮袋相同的特权和豁免。
3. 不得对红十字国际委员会的公务通讯或其他往来公文进行检查。
4. 通讯设备的运行必须与瑞士通讯部门 [通讯管理局] 的技术要求相协调。

第10条 养老金

1. 红十字国际委员会设立的、基于红十字国际委员会主席、成员或工作人员利益正式运行的任何养老金或公积金，不论是否具有独立的法律地位，应给予与红十字国际委员会自身动产相同的免除、特权和豁免。
2. 受红十字国际委员会发起和管理的、致力于公务用途的资金和基金，不论是否具有独立的法律地位，应当享有与红十字国际委员会自身动产相同的特权、豁免和免除。本协定生效以后设立的基金应当依据与联邦当局的协定，享有相同的免除、特权和豁免。

二. 以官方身份为红十字国际委员会服务的个人享有的特权与豁免

第11条 红十字国际委员会主席、委员会委员以及职员和专家的特权与豁免

红十字国际委员会主席、委员会委员以及职员和专家，不论国籍，都享有下列特权与豁免：

- (1) 以公务资格发表的口头或书面的言论或所实施的一切行为，豁免法律程序，即使这些人员已不再任职。
- (2) 其一切文书和文件均属不可侵犯。

第12条 非瑞士国籍的职员享有的特权与豁免

除了第11条规定的特权与豁免，非瑞士国籍的红十字国际委员会职员还享有：

- (1) 免除在瑞士的任何有关国民服役的义务；
- (2) 其本人连同其配偶及受扶养亲属豁免移民限制和外侨登记；
- (3) 转让和转换其在瑞士和其他国家的资产设施时，享有与其他国际组织官员相同的特权与豁免；
- (4) 其本人，连同受其抚养的家庭成员，享受给予政府间组织职员回国的同样便利；
- (5) 受《老年和遗属保险法》的调整，并应继续支付养老保险、残疾险、退休险 [社会保障] 以及失业保险和意外保险的费用。

第13条 法律程序和执行豁免的例外

本协定第11条所涉人员，在就其拥有或控制的机动车辆所引起的损害而对他们提起民事损害赔偿诉讼或者依据联邦道路交通法规可判处罚金的违法行为诉讼时，不得享有豁免。

第14条 瑞士籍工作人员的兵役

1. 在少数情形下，红十字国际委员会总部执行机构的瑞士籍职员可以请假，免于兵役（前往外国）。获准请假的人员应当免于强制培训、检阅和射击训练。
2. 红十字国际委员会的其他瑞士籍职员，申请免除或重新安排兵役训练，在提供了正当理由和相关人员签名后，由红十字国际委员会向联邦外交部送交申请并转交联邦军事部门，此类申请将得到妥善考虑。

3. 最后，为了确保红十字国际委员会相关机构在全民动员期间内继续工作，有限数量的免于积极服役将被授权给红十字国际委员会的瑞士籍职员。

第15条 豁免的对象

1. 本协定所指的特权和豁免不是给予所涉人员的个人利益。它们仅仅为了保证红十字国际委员会的行动自由和有关人员完全独立地执行公务。
2. 如果红十字国际委员会主席认为任何职员或专家所享有的豁免会妨碍司法的正常运作，并且放弃有关豁免将不损害红十字国际委员会的利益时，应放弃该项豁免。委员会会议应当有权放弃主席或委员会成员的豁免。

第16条 入境、居留和离境

瑞士当局应采取一切必要措施，为红十字国际委员会所有执行公务的人员的入境、停留和离境提供方便，不论其国籍。

第17条 身份卡

1. 瑞士外交部应当向红十字国际委员会的主席、委员会各成员和各工作人员提供一张载有持有者照片的身份卡。该卡经瑞士联邦外交部和红十字国际委员会确认，是身份卡持有人在瑞士联邦、各州和镇的身份证明。
2. 红十字国际委员会应定期向瑞士联邦外交部提交委员会成员和持续在总部工作的职员名单，并表明每个人的出生日期、国籍、在瑞士或其他国家的居所和职位。

第18条 防止滥用

红十字国际委员会与瑞士当局应长期合作以便利公正执法，确保警察法规的遵守、防止本协议规定的有关特权与豁免的滥用。

第19条 私法性质的争端

红十字国际委员会应当作出适当规定以妥善解决：

- (1) 以红十字国际委员会为一方的合同纠纷和其他私法性质的争端；
- (2) 与红十字国际委员会的职员基于公务身份享有豁免有关的争端，如果此类豁免没有依据本协议第15条放弃。

三．瑞士的免责

第20条 瑞士的免责

对于红十字国际委员会在瑞士的活动，瑞士对红十字国际委员会或其工作人员的作为或不作为不承担任何责任。

四. 最后条款

第21条 执行

瑞士联邦外交部是负责执行本协定的瑞士主管当局。

第22条 争端解决

- 1. 因本协定的解释和适用而引起的任何争端，如果没有通过缔约方之间直接谈判解决，任何一方都有权提请由包括主席在内的三人仲裁庭进行仲裁裁决。
- 2. 瑞士联邦委员会和红十字国际委员会有权各任命一名仲裁庭成员。
- 3. 被任命的仲裁庭成员应当选出主席。
- 4. 主席的选择出现争议时，依据仲裁庭成员的请求，主席可以由国际法院院长或者在没有院长时，由副院长，或者在没有副院长时，由任职资历最长的法官挑选仲裁庭主席。
- 5. 仲裁庭应当处理任何一方提出的请求。
- 6. 仲裁庭有权制定自身的程序规则。
- 7. 仲裁裁决对争端当事方有约束力。

第23条 修改

- 1. 经任何一方请求，可以修改本协定。
- 2. 任何此类请求提出后，双方应就相关条款的修改进行共同协商。

第24条 退出

任何一方可以书面形式提前两年通知退出本协定。

第25条 生效

本协定自签订之日其生效。
1993年3月19日签订于伯尔尼，两份法语文本。

红十字国际委员会
主席
科内利奥·索马鲁加 (Cornelio Sommaruga)

瑞士联邦委员会
外交部部长
勒内·费尔贝 (René Felber)

文件19 红十字国际委员会与前南斯拉夫问题国际刑事法庭 关于等候审判的人员的协定

[资料来源：《红十字国际评论》，第311期，1996年，第238—242页。]

前南斯拉夫问题国际刑事法庭庭长安东尼奥·卡塞塞 (Antonio Cassese)

1995年4月28日致红十字国际委员会主席

科内利奥·索马鲁加 (Cornelio Sommaruga) 的函件

尊敬的主席先生：

我很荣幸地参考1993年5月25日联合国安全理事会第827 (1993) 号决议—设立起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭 (以下简称本法庭)。

我也很荣幸地参考由本法庭法官1994年2月通过的《法庭程序与证据规则》及其随后的修订，尤其是第24 (5) 条规则——规定本法庭法官应当确定或监督拘留的条件。

我还很荣幸地参考《关于等候审判和上诉的人员或其他被法庭拘留人员的拘留规则》 (以下简称《拘留规则》)。《拘留规则》的第6条规定由本法庭任命的合格的、有经验的检查人员对拘留场所进行经常性的、未经通告的检查，以考察被拘留人员的待遇状况。

参考上述法律规定和我们之前的讨论，我提议，由红十字国际委员会这样一个对全世界各种武装冲突和内战中受拘留人员的拘留状况检查具有长期经验的独立、公正的人道组织，依据下列条件，负责检查本法庭管辖下的多人监狱或单人监狱 (统称拘留场所) 中的拘留状况和被拘留人员的待遇。

1. 红十字国际委员会负责全面检查和报告拘留状况，包括拘留场所的被拘留人员的待遇，以确保遵守国际普遍接受的人权或人道法标准。
2. 本法庭为红十字国际委员会进行检查时提供如下便利：
 - (1) 拘留场所的运作和实践的全面信息；
 - (2) 不受约束地访问拘留场所，包括无限制地走进拘留场所；以及
 - (3) 本法庭掌握的、并对红十字国际委员会履行检查职能必要的其他信息，尤其是被拘留人员的拘留通知。

3. 每个被拘留人员有权与红十字国际委员会自由通讯。在红十字国际委员会进行检查时，被拘留人员应当有机会在拘留场所工作人员不在场、不受监听的情况下与红十字国际委员会代表团的成员交谈。
4. 红十字国际委员会有权与任何其认为能提供相关信息的人员自由联系。
5. 检查应当定期进行。检查的频度由红十字国际委员会决定。
6. 对拘留场所的检查应当不经宣告。本法庭将向荷兰监狱当局和联合国安全人员提供本换文和允许任何时候未经宣告的 checks 的书面请求的副本。
7. 与检查有关的费用由红十字国际委员会负担。关于检查的规定被视为红十字国际委员会对本法庭的贡献。
8. 每次访问之后，红十字国际委员会应就调查的事实并结合书记官长或主席提交的观察意见，起草机密报告。该报告，包括红十字国际委员会认为必要的意见，应当送交本法庭。
9. 如认为有必要，红十字国际委员会有权在具体的访问检查之后，立即就其观察意见致信指挥官（由《拘留规则》界定）和本法庭书记官长。书记官长应当立即将这些意见送交本法庭庭长。
10. 红十字国际委员会在访问检查中收集的信息以及与本法庭的通讯应当保密。
11. 在获得红十字国际委员会同意后，本法庭有权公布这些报告和本法庭的评论。未经所涉人员书面明确同意，决不公布任何被拘留人员的个人信息。
12. 本法庭书记官长是接收红十字国际委员会通信的有权机构。当本法庭任命拘留场所联络人时，书记官长应当告知红十字国际委员会该联络人的姓名。
13. 红十字国际委员会主席是接收本法庭通信的有权机构。

若上述条款获得你方同意，我提议本信件和你方答复构成本法庭与红十字国际委员会关于检查在拘留场所受拘留人员状况的协定，并立即生效。

请接受这份我经过详细考虑后的保证文件。

(签名)

**红十字国际委员会主席科内利奥·索马鲁加1995年5月5日
致前南斯拉夫问题国际刑事法庭庭长安东尼奥·卡塞塞的函件**

尊敬的庭长先生：

我很荣幸参照您1995年4月28日关于红十字国际委员会对前南斯拉夫问题国际刑事法庭（简称“法庭”）管辖下的被拘留人员探访的函件。

探访武装冲突和内战中被拘留人员是红十字国际委员会的职责。因此，红十字国际委员会愿意按照您于1995年4月28日函件规定的条件探访法庭管理下、位于被拘留场所的被拘留人员。这些条件与红十字国际委员会评估拘留条件和被拘留人员待遇，尤其是私下会见被拘留人员和向相关当局提出适当建议的传统条件一致。

正如您所提议的，我们各自的函件应当构成法庭与红十字国际委员会之间的一项即刻生效的关于检查拘留条件和在拘留场所内的被拘留人员待遇的协定。我注意到，红十字国际委员会将获得必要的便利，包括拘留人员的通告。

我方的拘留事务部将联络指挥官和法庭的书记官长以安排探访细节。

我代表红十字国际委员会，感谢您对红十字国际委员会人道事务的支持。

我坚信法庭的努力对于促进对国际人道法的尊重发挥至关重要的作用，法庭的努力一定会成功。

敬上

(签名)

三、红十字国际委员会和国际红十字与红新月运动

文件20. 《国际红十字与红新月运动章程》

[资料来源：《红十字国际评论》，第256期，1987年，第25—29页。可访问<http://www.icrc.org>]

序 言

红十字与红新月国际大会声明：

各国红十字会和红新月会、红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会合在一起构成了一个世界性的人道主义运动，其任务是防止并减轻无论发生在何处的人类疾苦；保护人的生命和健康；保障人类尊严，尤其是在发生武装冲突和其他紧急情况的时候；为预防疾病、增进健康和社会福利而工作；鼓励志愿服务，鼓励本运动的成员随时做好准备提供帮助，鼓励对那些需要本运动保护和帮助的人持有普遍的同情感。

红十字与红新月国际大会重申，在履行其职责时，本运动恪守其基本原则：

人道：国际红十字与红新月运动的本意是要不加歧视地救护战地伤员。在国际和国内两方面，努力防止并减轻人们的疾苦，不论这种痛苦发生在什么地方。本运动的宗旨是保护人的生命和健康；保障人类尊严；促进人与人之间的相互了解、友谊和合作，促进持久和平公正；本运动不因国籍、种族、宗教信仰、阶级和政治见解而有所歧视，仅根据需要，努力减轻人们的疾苦，优先救济困难最紧迫的人。

公正：本运动不因国籍、种族、宗教信仰、阶级和政治见解而有所歧视，仅根据需要，努力减轻人们的疾苦，优先救济困难最紧迫的人。

中立：为了继续得到所有人的信任，本运动在冲突双方之间不采取立场，任何时候也不参与带有政治、种族、宗教或意识形态的争论。

独立：本运动是独立的。虽然各国红十字会是本国政府的人道工作助手并受本国法律的制约，但必须经常保持独立，以便任何时候都能按本运动的原则行事。

志愿：本运动是个志愿救济运动，绝不期望以任何方式得到利益。

统一：任何一个国家只能有一个红十字会或红新月会。它必须向所有的人开放，必须在全国范围内开展人道主义工作。

普遍：国际红十字和红新月运动是世界性的。在运动中，所有红会享有同等地位，负有同样责任和义务，相互支援。国际红十字与红新月运动再次提出：本运动所信奉的箴言“战时行善”和“通过人道获得和平”，共同表达了运动的理想。

国际红十字与红新月运动宣告：

通过它的人道主义工作和理想的传播，本运动正在促进持久和平。和平不仅仅是没有战争，而且还是各国和人民之间积极合作。合作应以尊重、自由、独立、国家主权、平等、人权为基础，以公平合理地分配资源，满足人民需求为基础。

第一章 总则

第一条 定义

1. 国际红十字与红新月运动（简称“运动”）包括按本章程第四条规定所承认的各国红十字会和红新月会（简称“各国红会”）、红十字国际委员会（简称“国际委员会”）和红十字会与红新月会国际联合会（简称“联合会”）。
2. 本运动的成员除在本章程范围内保持其独立外，任何时候都应依照基本原则行事，为完成共同任务而开展各自的工作，并互相合作。
3. 本运动的成员同1929年7月27日或1949年8月12日签定的日内瓦公约缔约国一道参加红十字与红新月国际大会（简称“国际大会”）。

第二条 日内瓦公约缔约国

1. 日内瓦公约缔约国遵照公约、本章程以及国际大会决议，同本运动的成员合作。
2. 每一缔约国均应敦促在其领土上建立国家红会，并鼓励其发展。
3. 所有国家，特别是已承认了在本国建立的国家红会的国家，应尽可能支持本运动成员工作；本运动的成员也将根据各自的章程，尽可能地支持各国的人道主义活动。
4. 任何时候各国都应尊重本运动的成员信守其基本原则。
5. 本运动的成员对本章程之贯彻应不影响各国之主权，还须对国际人道主义法的各项条款给予应有的尊重。

第二章 本运动的成员

第三条 各国红十字会和红新月会

1. 各国红会系本运动的基本成员和重要力量。它们依据自身的章程和本国立法从事符合本运动的任务和基本原则的人道主义活动。各国红会支持政府当局为满足各自国家人民的需要而开展的人道主义工作。
2. 在国内，各国红会是独立自主的全国性团体，为其志愿工作者和专职人员的活动提供了一个必不可少的组织机构。通过开展有益于社会的教育、卫生和社会福利等方面的活动，各国红会与政府当局在预防疾病、增进健康、减轻人类疾苦等方面合作。同政府当局一道，各国红会组织紧急救济活动和其他活动，救助日内瓦公约规定的武装冲突受难者、自然灾害的灾民，以及遭受其他灾害需要救助的灾民。它们传播并帮助政府传播国际人道主义法。在这方面各国红会应积极主动。它们宣传本运动的原则和理想，并协助也在宣传这些原则和理想的政府。它们还与政府合作，确保国际人道主义法得到尊重，保护红十字与红新月标志。
3. 在国际上，各国红会在资源允许的范围内，救助日内瓦公约规定的武装冲突受难者和自然灾害以及其他灾害的灾民。这类救济可以是服务和人员的方式，也可以是物质、经费和道义的方式，并应通过有关国家红会、国际委员会或联合会提供。只要办得到，各国红会应为需要援助的红会的发展工作做出贡献，以便加强整个运动的力量。本运动成员间的国际援助，将依照章程第五条和第六条进行协调。接受这种援助的一国红会，需在本国国内进行协调，并应视情况征得国际委员会和联合会的同意。
4. 为了完成这些任务，各国红会招聘、培训和派遣执行任务所需的人员。各国红会应鼓励每个人，特别是青年人参与该会的工作。
5. 根据联合会章程，各国红会有义务支援联合会的工作，如有可能，它们应志愿支援国际委员会的人道主义活动。

第四条 承认各国红会的条件

一个国家的红会如欲得到第五条第2节(2)款的承认，须具备下列条件：

1. 它应建立在一个独立的国家领土上，而且改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约已在该国生效。
2. 是该国唯一的全国性的红十字会或红新月会，并由一个中央机构领导；在与本运动的其他成员交往时，中央机构是唯一有资格代表该会的。
3. 本国合法政府已依照日内瓦公约和国家立法正式承认它为志愿救护团体，担任政府当局的人道主义工作助手。
4. 具有独立的地位，从而得以按照本运动的基本原则进行活动。
5. 采用日内瓦公约规定的红十字或红新月为其名称和标志。
6. 组织机构应能便于履行该会章程所确定的任务，并在乎时就做好准备，一旦发生武装冲突，应能履行公约所规定的法定任务。

7. 该会活动须遍及本国领土。
8. 在吸收志愿工作者和专职工作人员时，不得考虑种族、性别、阶级、宗教和政治见解。
9. 严守本章程，爱护团结本运动各成员的友谊，并与本运动各成员合作。
10. 尊重本运动的基本原则，以国际人道主义法指导其活动。

第五条 红十字国际委员会

1. 国际委员会1863年成立于日内瓦。它得到日内瓦公约和历届红十字国际大会的正式承认，是一个独立的人道主义团体，具有合法地位。委员从瑞士公民中互选产生。
2. 根据该委员会的章程，国际委员会的职责主要是：
 - (1) 维护并宣传本运动的基本原则，即人道、公正、中立、独立、志愿、统一和普遍；
 - (2) 承认公约第四条所规定的承认条件的任何新成立或改组的国家红会，并通告其他国家红会；
 - (3) 承担日内瓦公约所赋予的任务，为忠实执行适用于武装冲突的国际人道主义法而努力，并受理有关违反该法的诉讼；
 - (4) 作为特别在国际和其他武装冲突以及内乱时进行人道主义工作的中立团体，应始终致力于保护和救助受此类冲突与其直接结果影响的军人和平民中的受难人员；
 - (5) 确保日内瓦公约规定的中央查人局工作运转正常；
 - (6) 考虑到战争不可避免，应与各国红会、军民医疗单位以及其他有关当局合作，致力于训练医务人员和准备医疗器械；
 - (7) 为了解和传播适用于武装冲突的国际人道主义法知识而努力工作，并为发展该法做好准备；
 - (8) 执行国际大会委托的工作。
3. 国际委员会可以其特殊中立和独立团体以及中间人的身份，对属于其职责范围内的各项人道主义性质的工作采取主动行动，并考虑需要此类团体研究的一切问题。
4.
 - (1) 国际委员会应与各国红会保持密切联系。经取得同意，国际委员会将与各国红会就共同关心的问题合作，例如，武装冲突时的准备工作，尊重、发展、批准日内瓦公约，宣传基本原则和国际人道主义法。
 - (2) 如发生本条第2节(4)款提及的并需要协调来自其他国家红会的援助的情况，国际委员会应和该国红会或有关国家合作，根据与联合会缔结的协议协调此类援助。
5. 在本章程范围内，并根据第三、第六和第七条的规定，国际委员会和联合会将就共同关心的问题保持密切联系。
6. 国际委员会亦应同各国政府当局及其认为对其工作有助的任何国家的或国际的机构保持联系。

第六条 红十字会与红新月会国际联合会

1. 红十字会与红新月会国际联合会由各国红十字会与红新月会组成。遵照自己的章程进行活动。享有法人团体应有的一切权利和义务。
2. 联合会是一个独立的人道主义组织，其性质是非政府、非政治、非种族、非教派的。
3. 联合会的宗旨是经常激励、鼓舞、便利和促进各国红会所从事的各种各样的人道主义活动，目的在于防止并减轻人类疾苦，从而为维护和促进世界和平作出贡献。
4. 为了实现第3节所定的宗旨并以本运动的基本原则和国际大会决议为依据，参照本章程第三、第五和第七各条的规定，联合会在本章程范围内并以其自身章程为依据，特别有以下职责：
 - (1) 作为各国红会之间联络、协调和学习的常设机构，根据各国红会的要求向它们提供帮助；
 - (2) 鼓励和促进在所有国家建立和发展独立并获承认的国家红会；
 - (3) 采用一切可能的方法向所有灾民提供救济；
 - (4) 在灾害救济准备、救济活动的组织及其实施等方面向国家红会提供援助；
 - (5) 根据国际大会通过的《红十字与红新月灾害救济原则与条例》组织、协调和指导国际救济活动；
 - (6) 鼓励和协调各国红会与本国政府机构合作参与旨在保障公共健康和增加社会福利的活动；
 - (7) 鼓励和协调各国红会交流关于对儿童和青年进行人道主义国际理想教育以及发展各国青少年之间的友好关系；
 - (8) 协助国家红会从全体国民中招募会员，并对他们进行运动的基本原则和理想的教育；
 - (9) 根据与国际委员会签定的协议，向武装冲突的受害者提供帮助；
 - (10) 帮助国际委员会促进和发展国际人道主义法，并与其合作，在各国红会中宣传国际人道主义法和基本原则；
 - (11) 在国际上，尤其是处理涉及联合会大会通过的决定和建议等方面的事宜，担任其成员红会的正式代表，并担任成员红会独立完整的监护人和其利益的保护人；
 - (12) 执行国际大会委办的任务；
5. 在每个国家，联合会应通过该国红会或经其同意进行活动，并须遵守该国的法律。

第七条 协作

1. 本运动的各成员应根据各自的章程和本章程第一、第三、第五、第六各条的规定，相互合作。
2. 国际委员会和联合会应在各级保持经常的相互联系，以便根据需要保护和帮助人们的最高利益，协调两机构的工作。

3. 在本章程和各自章程的范围内，国际委员会和联合会应就协调两机构的工作相互达成协议。如由于某种原因而不存在上述协议，第五条第4节(2)款和第六条第4节(9)款应不再适用；国际委员会和联合会应参照本章程其他规定解决有关两机构各自活动范围的问题。
4. 本运动各成员在各自有关章程范围内，依据共同使命和基本原则的精神，开展地区性的合作。
5. 本运动各成员在保护自身独立和特性的同时，应尽量同活跃在人道主义领域内的其他团体合作，只要这类团体寻求与本运动类似的目的，并准备尊重本运动各成员信守的基本原则。

第三章 法定机构

红十字与红新月国际大会

第八条 定义

国际大会是本运动的最高审议机构。本运动各成员的代表与日内瓦公约缔约国代表一道参加大会会议。缔约国履行公约规定的职责，并根据本章程第二条全面支持本运动的工作。代表们一道审查并决定共同感兴趣的人道主义事务和其他有关事务。

第九条 成员

1. 国际大会的成员有各国红会、国际委员会、联合会和日内瓦公约缔约国的代表团。
2. 每个代表将拥有平等的权利，即一票表决权。
3. 一个代表只能属于一个代表团。
4. 一个代表团不得由另一个代表团或另一个代表团的成员代替。

第十条 职能

1. 国际大会完全遵循基本原则，致力于本运动的统一和任务的完成。
2. 国际大会努力尊重和发展国际人道主义法以及其他特别与本运动有关的国际公约。
3. 唯国际大会有权：
 - (1) 修改本章程和《国际红十字与红新月运动议事规则》（简称“议事规则”）；
 - (2) 在其成员要求下，就章程和规则的解释及实施所出现的分歧做出最后决定；
 - (3) 对常设委员会、国际委员会和联合会根据第十八条第2节(2)款向大会提出的问题做出决定。
4. 国际大会按个人身份选举本章程第十六条第1节(1)款规定的常设委员会委员时，应考虑委员的个人资历和平均地域分配的原则。
5. 在本章程以及议事规则的范围内，国际大会恪以决议的形式通过所做出的决定、建议和宣言。

- 6. 国际大会可根据国际委员会和联合会的章程以及本章程，向两组织指派工作。
- 7. 国际大会认为需要，经出席大会而又参加表决的三分之二的多数成员同意，制定有关诸如议责和颁发奖章的规定。
- 8. 根据议事规则，国际大会可在会议期间设立附属机构。

第十一条 程序

- 1. 除非另作决定，国际大会每4年召开一次。大会应由一个国家红会中央机构或国际委员会或联合会依照上届国际大会或第十八条第1节 (1) 款规定的常设委员会的委托而召集。对国家红会、国际委员会或联合会在大会期间提出主办下届会议的建议，应予以优先的考虑。
- 2. 如遇特殊情况，常设委员会可改变国际大会的地点和时间；常设委员会可主动地或根据国际委员会、联合会或至少三分之一的国家红会的建议，采取行动。
- 3. 国际大会选举大会主席、副主席、秘书长、副秘书长和其他会议官员。
- 4. 国际大会的所有与会者应遵循基本原则，提交的所有文件须符合这些原则。为了使国际大会的讨论赢得大家的信任，主席和所有当选负责主持会议的官员应确保任何发言人不不管在任何时候都不得涉及政治、种族、宗教和意识形态性质的争端。国际大会主席团按议事规则规定，在批准散发文件前也应采用同样标准。
- 5. 除有权参加国际大会的成员外，第十八条第1节 (4) 款提到的观察员可参加大会的各种会议，大会另定除外。
- 6. 国际大会不得修改国际委员会或联合会章程，也不得做出与本章程或国际大会决议相抵触的决议。
- 7. 国际大会应努力按议事规则规定的全体一致的原则通过决议；如达不到全体一致，将按规则进行投票表决。
- 8. 除受本章程规定的限制外，国际大会也受其议事规则的约束。国际红十字与红新月运动代表会议。

国际红十字与红新月运动代表会议

第十二条 定义

国际红十字与红新月运动代表会议（简称“代表会议”），系本运动各成员的代表集会及讨论有关本运动集体事宜的机构。

第十三条 成员

- 1. 代表会议成员包括各国红会、国际委员会和联合会的代表团。
- 2. 每个代表团均有平等的权利，即一票表决权。

第十四条 职能

1. 代表会议在本章程的范围内，应对国际大会、常设委员会、各国红会、国际委员会或联合会可能提出的有关本运动的所有问题发表意见，或在必要时做出决议
2. 如在国际大会开幕前举行会议，代表会议应：
 - (1) 向国际大会提出担任第十一条第3节所提的职务的人选；
 - (2) 通过国际大会的暂定议程。
3. 在本章程范围内，代表会议以决议形式通过决定、建议或宣言。
4. 尽管有第十条第7节的一般规定，代表会议可由出席会议而又参加表决的代表三分之二多数修改亨利·杜南奖章规则。
5. 代表会议可向国际大会提出任何问题。
6. 代表会议可向本运动任何成员提出问题，要求考虑。
7. 必要时，代表会议可由出席会议而又参加表决的代表三分之二多数通过设立附属机构，指明任务、任期和成员。
8. 对于按本章程专属国际大会权限以内的任何问题，代表会议不得作最后决定，也不得作出同国际大会决议相抵触的决定，或国际大会已经决定可保留列入下届会议议程的问题的决定。

第十五条 程序

1. 在每届国际大会前，召开代表会议；任何时候如有三分之一的国家红会或国际委员会、联合会或常设委员会要求，代表会议也可召开。原则上，代表会议与每届联合会大会同期召开；代表会议也可主动召开会议。
2. 代表会议选举其主席和副主席。代表会议、联合会大会以及同时召开的国际大会，应由不同的人主持。
3. 代表会议的所有参加者应尊重基本原则，提交代表会议的所有文件亦应遵循这些原则。为了使会议的讨论赢得大家的信任，主席和所有当选负责主持会议的官员应确保任何发言人不无论在何时都不得涉及政治、种族、宗教和意识形态性质的争端。
4. 除有资格参加代表会议的成员外，如代表会议没有另作决定，第十八条第4节(3)款提到的那些来自即将被承认的国家红会（即在可预见的将来有可能得到承认的国家红会）的观察员，可参加代表会议。
5. 代表会议应努力按议事规则规定的全体一致的原则通过决议，如达不到全体一致，将根据议事规则进行表决。
6. 代表会议应遵循议事规则。在必要时，代表会议可以出席会议而参加表决的成员的三分之二多数对议事规则加以补充，除非国际大会另有决定。

红十字与红新月常设委员会

第十六条 定义

红十字与红新月常设委员会（本章程称“常设委员会”）系两届国际大会期间的大会代表机构，执行第十八条规定的职能。

第十七条 成员

1. 常设委员会由9名委员组成，即：
 - (1) 5名来自不同国家红会的成员，每名成员均由国际大会按第十条第4节以个人身份选举产生，任职至下届国际大会闭幕或至下届常设委员会正式成立时为止。
 - (2) 2名系国际委员会代表，其中1名应为国际委员会主席。
 - (3) 2名联合会代表，其中1名应为联合会主席。
2. 如第1节 (2) 款或 (3) 款提到的成员不能参加常设委员会某次会议，他可指定一名代理人参加该会议，只要该代理人不是常设委员会的成员。如第1节 (1) 款提及的成员出缺，常设委员会本身可任命上次选举得票最多而未中选的候选人担任成员。只要该候选人不是现任成员的同一国家红会成员，如果表决票数相等，平均地域分配原则将是决定性因素。
3. 常设委员会至少应在下届国际大会开会前一年邀请该届国际大会东道组织的一位代表以咨询人身份参加其会议。

第十八条 职能

1. 常设委员会应为下届国际大会做出以下安排：
 - (1) 选定国际大会地址并确定日期，如果前届大会未就此做出决定或者根据第十一条第2节规定由于特殊情况需要；
 - (2) 制定大会日程；
 - (3) 准备大会暂定议程，以便提交代表会议；
 - (4) 全体一致确定第十一条第5节提及的观察员名单；
 - (5) 召集大会，争取多数人参加。
2. 在国际大会休会期间，在最后由大会裁定的条件下，常设委员会应解决：
 - (1) 有关本章程和议事规则的解释与实施所引起的意见分歧；
 - (2) 国际委员会或联合会可能向该委员会提出的有关两机构间分歧的问题。
3. 常设委员会应：
 - (1) 促进本运动工作的和谐，并就此在各成员间进行协调；
 - (2) 鼓励并敦促贯彻国际大会的决议；
 - (3) 根据上述目的，审查涉及本运动整体的所有问题。
4. 常设委员会应为下次代表会议做出安排：
 - (1) 选定代表会议的会址和会期；

- (2) 准备代表会议的暂定议程；
- (3) 全体一致地确定第十五条第4节提到的观察员名单。
- 5. 常设委员会颁发亨利·杜南奖章。
- 6. 常设委员会可向代表会议提出任何有关本运动的问题。
- 7. 常设委员会可一致同意设立必要的专门机构并指定这类机构的成员。
- 8. 在行使职能时并在国际大会最后裁定条件下，常设委员会应视情况需要采取任何措施，但本章程规定的本运动各个成员的独立性与主动性，应经常得到严格的保证。

第十九条 程序

- 1. 常设委员会至少每年应召开两次会议。主席可主动地或应委员会3名成员的要求，召开非常会议。
- 2. 常设委员会总部设在日内瓦。由主席选定并经多数成员同意，常设委员会可异地举行会议。
- 3. 常设委员会应与国际大会同时同地召开。
- 4. 所有决议均须由出席成员的多数表决通过，除非本章程或议事规则另有规定。
- 5. 常设委员会应从成员中选举一名主席和一名副主席。
- 6. 在现有章程和程序规则范围内，常设委员会可确立其自身的程序规则。

第四章 最后条款

第二十条 修改

修改本章程和议事规则的任何提案均须列入国际大会的议程，并且至少提前6个月将提案文本交大会所有成员。在听取了国际委员会和联合会的意见后，任何修改均须经出席国际大会而又参加表决的代表的三分之二多数通过。

第二十一条 生效

- 1. 本章程将取代1952年第十八届国际大会通过的章程。凡与本章程抵触的早期规定应即废止。
- 2. 经修订的章程将于2006年6月22日起生效。

文件21 红十字国际委员会的寻人服务

[资料来源：《重建家庭联系：等待消息》，日内瓦，红十字国际委员会]

逃亡人口、失踪儿童、离散家庭、流离失所被迫成为难民……

受伤的、被俘的、失踪的或者阵亡的士兵……

房屋毁损、前线封锁、通讯中断……

……缔约各方、冲突各方和各公约和本议定书所载的国际人道主义组织的活动，主要受家庭有权了解其亲属命运的权利推动。(1977年《第一附加议定书》第32条)

战争所造成的所有苦难中最痛苦的可能是不知道在战争中自己的儿子或兄弟会遭遇什么。妻子和祖父都在村庄里，孩子同亲人分离。

自创立之日起，红十字国际委员会就将这些精神上的痛苦视为关注的重心。为减少这种痛苦，红十字国际委员会采取行动编写了下列小册子。

1. 填写红十字通信是希望找到亲人的表示

武装冲突时期，邮政和电话通讯经常中断，难以直接联系。在这种情况下，任何希望与亲人联系的人可以通过红十字通信邮寄或接收纯粹的个人信息。红十字通信是一种有30行空白文本以及发信人与收信人地址的标准表格。红十字会和红新月会的工作人员通过下列不同渠道收集、运送和分发这些信息：

- 门到门的方式投递
- 联系邻居、村庄的长者或部落首领
- 在红十字会和红新月会的办公场所、难民营和人们经常前往的公共场所张贴信息列表
- 在新闻、广播或公共通讯网络公布信息接收人的姓名。在前南斯拉夫和卢旺达，英国广播公司与红十字国际委员会合作，广播被亲人寻找的人员名单。在扎伊尔，“记者无国界组织”也通过“阿加塔西亚电台”(Radio Agatashya)广播了类似节目。

通过红十字会进行的通讯交流一直会持续到正常通讯恢复。

2. 无人陪伴儿童处境悲惨

像成年人一样，儿童逃离战乱，走上背井离乡之路。然而，由于处于恐慌状态，儿童通常迷路，与父母分离，结果在难民营中无人照料。他们通常也成为孤儿，成为非正式收养或被贩卖的对象。

对儿童，应给予其所需的照顾和援助，并且……应采取一切适当步骤，以便利暂时离散的家庭重聚。(1977年《第二附加议定书》第4条第3款第2项)

为了保护家庭完整并使儿童与父母重聚，红十字国际委员会：

登记并跟踪所有无人陪伴儿童，无论他们在何处；

记录每个儿童的身份信息（姓名、年龄、父母姓名、先前和现在的地址）；

在大多数情况下给每个儿童**照相**（照片通常是婴幼儿档案中的唯一身份文件）；

设立寻找父母的机制，包括：

- 在难民营和公共场所张贴要找寻的亲人姓名；
- 在当地和国际广播网络广播姓名；
- 向那些寻找自己孩子的父母发出呼吁，敦促他们与最近的红十字会或红新月会联系；
- 向这些儿童的父母先前住址寄送红十字信息；
- 由红十字会、红新月会和其他国际人道组织的志愿者拜访和询问这些儿童的先前居住村落；
- 接洽能提供有用信息的当局。

这些努力通常使儿童获得与失散家庭团聚的无限欢乐。

在柬埔寨冲突中，从1979年至1982年，有4167个无人陪伴儿童得到登记。

3. 漫长的家庭重聚之路

缔约各方和冲突各方应以一切可能方法，便利由于武装冲突而离散的家庭得以重聚（……）。(1977年《第一附加议定书》第74条)

因战争离散的家庭重聚通常包括冗长的行政程序。在组织家庭重聚之前，红十字国际委员会的代表必须确保这样的行动会改善所涉人员的现状，尤其是冲突地区的人们。必须获得所涉每个人的同意，必须核实家庭关系。此外，红十字国际委员会必须获得战争各方和所涉国家，包括过境国的必要授权和签证。

红十字国际委员会的代表会优先考虑那些需要特殊保护的人，比如，无人陪伴的儿童、独自生活的老人、被释放的被拘留人员及其近亲属。

…重返家园

在混乱的冲突中，许多人丢失了身份证件，没有办法获得新证件。这种情况在第二次世界大战结束后尤为普遍，这就是为什么红十字国际委员会在1945年提议设立一种国际认可的临时旅行证件。

这种证件发给难民和那些没有身份证明的人，他们既不能返回来源国或原居住国，也不能进入东道国。这种证件不是护照或其他身份证件的替代品，仅在旅行期间有效。

全球网络

为恢复受战争影响的人的家庭联系，红十字国际委员会与全世界各国的红十字会和红新月会合作。

在受战争影响的地区和邻近国家，红十字国际委员会与所涉国家的红十字会和红新月会合作。

全世界160多个国家的红十字会和红新月会组成了恢复家庭联系的全球网络，收集、转寄并分发红十字信息，通常经过相当长的时间和努力后，收信人的地址才能查询到。

人道主义合作在行动

一些国际人道组织正日益频繁地加入到恢复家庭联系的行动中来。比如，在几乎所有的冲突中，联合国难民署 (UNHCR) 和国际移民组织 (IMO) 都是红十字国际委员会的例行合作方。诸如联合国儿童基金会 (UNICEF) 等其他一些机构和儿童救助基金会 (Save the Children Fund) 等非政府组织，也就特定事项，包括在卢旺达无人陪伴儿童等事项，与红十字国际委员会的代表进行合作。

计算机技术被应用于恢复家庭联系

红十字国际委员会收集的所有战争受害者的信息由一个数据库管理着，这个数据库能同时处理上百万个登陆进程、并被全世界所有红十字国际委员会代表编辑。

在确保战争受害者个人信息得到保护的情况下，如有需要，与红十字国际委员会合作的其他国际人道组织也可以访问这些信息。

红十字国际委员会有60多个数据库，主要数据库涉及卢旺达（有270,000份个人信息）、海湾战争（120,000份个人信息）、以色列、被占领土和自治领土（101,000份）、前南斯拉夫（92,000份）、斯里兰卡（58,000份）、索马里（25,000份）以及秘鲁（20,000份）。1996年，即卢旺达冲突发生的两年后，在肯尼亚的内罗毕，仍有红十字国际委员会的7名代表和80名其他雇员每天处理上千份与卢旺达冲突有关的270,000份个人档案。这些数据被输入到能链接50台电脑的数据库。

4. 自由被剥夺

战俘在任何时候须受人道之待遇。（1949年《日内瓦第三公约》第13条）

世界各地的红十字代表在探视那些被剥夺自由的人们，即那些在战场上被俘获的士兵，以及当城镇被占领、基于安全原因被占领当局拘留的、或因为属于不同种族、不同宗教或持有不同政治见解而被拘留的平民。

在第二次世界大战期间，柏林的红十字国际委员会代表主动采用囚犯自己填写的俘获卡，起草名单，因此便利了家庭联系。战俘的详细信息由位于日内瓦的红十字国际委员会寻找战犯的中央寻人局保管。如果没有这些信息，整理出失踪人员的名单将会花费更多时间。

这种方法被扩大适用于所有冲突。因此在伊朗和伊拉克战争的10年期间，红十字国际委员会代表登记了近90000名战俘的身份信息。红十字国际委员会探视战俘营的目的是确定战俘是否依据1949年《日内瓦第三公约》和1977年《第一附加议定书》受到了应有对待。

为了与战俘失踪、酷刑和不人道待遇现象作斗争，并且改善正在被拘留人员的生理和心理状况，红十字国际委员会的代表致力于：

- 确定和登记所有被剥夺自由的人员的身份信息；
- 跟踪每个战俘的情况，以监督拘留期间当局对他或她的待遇；
- 通过告知战俘的家人其被捕的消息，恢复其与家人的联系。

红十字国际委员会不对当局抓捕人员的理由发表意见，从干涉当局释放被俘人员的决策。它仅要求基于人道或医疗原因，释放那些容易受到侵害的人（儿童、怀孕的妇女、老人以及患有严重疾病的人和重伤员）。在敌对状态结束后，红十字国际委员会呼吁释放所有被拘留人员。

保持家庭联系

幸亏有红十字通信，被剥夺自由的人能够告知家人其现状，并在拘留期间与家人保持联系。

由于战俘通常在离家很远的地方、旅费昂贵或者探访需要穿越国家边境，红十字会可能组织战俘的家人对战俘拘留地点进行探视。红十字国际委员会通过与所涉国家的红十字会或红新月会以及监狱当局进行合作，便利战俘家属的探视。在菲律宾和印度尼西亚就是这样，由国内团体组织战俘家人，安排他们探视战俘，因为这些家人离探视地点可能有上千公里远。

确保释放

红十字国际委员会在冲突敌对状态结束时，甚至在更早的时候，负责组织被释放人员返回本国或出生地。红十字国际委员会的代表逐个探访战俘以确定他们是否愿意被遣返或者转交给边境线的另一方，或者是否宁愿留在被释放的地区。

红十字国际委员会努力确保在敌对状态结束时，所有被拘留人员都被释放。在冲突期间，红十字国际委员会鼓励交战各方同时释放所有在押人员，以避免基于人命的交易，或者仅仅为了使人员释放数量的增多与对方人员释放数量的增多保持一致而捕获人员，或者基于种族清洗的目的而捕获人员。

5. 对家庭的援助

冲突各方应尽速登记落于其手中之每一敌方伤者、病者，或死者之任何可以证明其身份之事项。(……)冲突各方应制备死亡证书，(……)并互送死亡证书或经证实之死亡表。(1949年《日内瓦第一公约》第16条)

证明被俘人员

在武装冲突期间，红十字国际委员会在必要时起草文件，证明每个被拘留人员在拘留期间已经得到红十字国际委员会的代表的跟踪。每年红十字国际委员会在世界各地的代表都会发布上千份此类证明文件。这些文件通常能使先前被拘留人员或其家庭依法获得本国的赔偿金或国家养老金。

证实死亡

依据其职权，对于武装冲突中死亡的人员，红十字国际委员会努力获取其死亡通知，以确保及时告知死者家属。

让人放心

战争令人痛苦的一个方面在于对亲人命运的一无所知——他们被监禁了，是受伤了，还是已经死了？如果家庭联系不能通过红十字通信得以恢复，没有关于亲人被俘或死亡的消息，红十字国际委员会会与相关当局联系，提交生死未卜的人员名单，以便有关当局能通过自身掌握的信息帮助查明这些人的现状。

在几次武装冲突之后（1974年塞浦路斯冲突，1991年海湾战争，1991—1995年前南斯拉夫地区冲突），在红十字国际委员会资助下，成立了各种特别委员会，以帮助先前的交战各方进行相关人员的查找。

文件22 红十字国际委员会，关于标志问题的示范法

[资料来源：《红十字国际评论》，第313期，1996年，第486—495页。]

红十字和红新月标志使用和保护的示范法

一. 一般规则

第1条 保护的范围

考虑到

- 1949年《日内瓦四公约》及其1977年《附加议定书》¹，尤其是《第一附加议定书》附件一《关于医疗队和医务运输标识²的规则》；
- 第20届红十字和红新月国际大会通过的各国关于红十字和红新月标志的使用规则及其后续修正；³
- 承认红十字（红新月）的法律（法令或其他文件）⁴

1. 为便于查找这些条约，建议标明其在官方法律和条约汇编中的准确位置。这些条约文本也再版于《联合国条约集》第75卷，1950年，第31—417页；第1125卷，1997年第3—699页。

2. 本附件于1993年11月30日修订，修订版于1994年5月1日生效，重印于《红十字国际评论》，1994年，第298号，第29—41页。

3. 这些条例于第20届红十字国际大会通过，1991年代表会议对其修订，随后在生效前提交给《日内瓦四公约》的缔约方。这些条例载于《红十字国际评论》，1992年，第289号，第339—362页。

4. 作为一种志愿者组织，作为公共权力当局在人道主义领域的补充。当前法律提及“红十字（红新月）”时，应当明确说明是“红十字”或“红新月”，在法律或确认文件中，应当使用正式名称。

下列受法律保护：

- 白底红十字或红新月标志；⁵
- 红十字或红新月的外观设计；⁶
- 确认医疗队和医务运输的显著标志。

第2条 保护性使用和识别性使用

在武装冲突期间，作为一种保护工具，红十字或红新月标志是《日内瓦四公约》及其议定书对医务人员、医疗队和医务运输提供保护的一种可视标志。这种标志的尺度应当尽可能大。

作为一种识别性工具，标志表明某个人或某个物体与红十字会或红新月会有关。这种标志应当是较小尺寸。

二、标志使用的规则

(一) 标志的保护性使用⁷

第3条 武装力量的医疗服务使用

国防部控制下的…国武装部队的医疗服务，无论在平时还是战时，都应当使用红十字或红新月标志，⁸ 标明其医务人员、医疗队和海陆空医务运输。

医务人员应当佩戴标明红十字或红新月标志的臂章、携带标明这些标志的身份卡。臂章和身份卡应当由…[国防部]颁发。⁹

隶属武装部队的宗教人员应当受到与医务人员同样的保护，并以相同的方式得到确认。

第4条 医院和其他平民医疗机构的使用

在武装冲突期间，经卫生部¹⁰ 明确授权、并受其控制的平民医务人员、医院和其他平民医疗队，以及平民医务运输，尤其是运送和治疗伤病员、遇船难者的交通工具，应当印有作为一种保护性工具使用的红十字或红新月标识。¹¹

5. 在任何情形下，国内立法都保护红十字标识和红新月标识，以及将首字母大写的“红十字”或“红新月”保留给红十字会或红新月会各机构，这很重要。这一规则有助于减少混乱。

6. 当提及标识时，“红十字”或“红新月”一词通常小写，而首字母大写保留的“红十字”或“红新月”专指红十字会或红新月会各机构，这一规则有助于减少混乱。

7. 为了提供最适当的保护，用来表示医疗单位和医疗交通工具的标志，其维度应该尽可能的大。《第一附加议定书》附件1也规定了这种识别性的标志。

8. 这里应当说明要使用的标志。

9. 依据《日内瓦第一公约》第40条，臂章应当佩戴在左手臂并且应当具备配有持有人照片的防水身份证。各缔约国可以仿照本公约附件附随的身份证模版。办法这种臂章和身份证的国防部应当明确注明。

10. 明确表明谁有权授权和监督标志的使用，这很重要。当局应当与国防部合作，必要时，后者可给予建议和援助。

11. 参见《日内瓦第四公约》第18条至第22条，以及《第一附加议定书》第8条和第18条，尤其是“医务人员”、“医疗队”和“医务运输”等词。医院和其他医疗队只有在武装冲突期间才可以标明红十字标志。和平时使用这些标志使人容易与那些属于国家红十字会的财产混淆。

平民医务人员应当佩戴标明红十字或红新月标志的臂章、携带标明这些标志的身份卡。臂章和身份卡应当由……[卫生部]颁发。¹²

隶属医院和其他医疗机构的平民宗教人员应当以相同的方式予以确认。

第5条 ……红十字（红新月）会的使用¹³

……红十字（红新月）会有权使医务人员、医疗队和医务运输接受武装部队的医疗服务的管理。此类人员、队和运输应当遵守军事法律和条例，经国防部授权，有权把红十字（红新月）标志作为一种保护性工具使用¹⁴。

此类医务人员应依据本法第3条第2款佩戴臂章和身份卡。

各国的红十字（红新月）会有权依据本法第4条的规定作为一种对医务人员和医疗队的保护而使用这些标志。

(二) 标志的识别性使用¹⁵

第6条 ……红十字（红新月）会的使用

……红十字（红新月）会有权使用红十字（红新月）标志作为一种识别性工具，以标明某人或物体与国家红十字会的联系。这种标志尺寸应当是小的，以避免与作为保护性工具的标志之间的混淆。¹⁶

……红十字（红新月）会应当适用《国家红十字或红新月会关于标志使用的条例》。¹⁷

经……[指出国家的名称]红十字（红新月）会的同意而出现在……[指出国家的名称]境内的其他国家的红十字（红新月）会应当按照相同条件使用这些标志。

12. 至于民用医务人员的臂章和身份证，《日内瓦第四公约》第20条和《第一附加议定书》第18条第3款对占领区内的使用和在战斗发生地或可能发生的地方使用作出了规定。然而，这些规定建议，臂章和身份证在武装冲突期间要广泛发放。《第一附加议定书》附件1规定了民用医务和宗教人员的身份证的模版。应当明确指出负责颁发臂章和身份证的主管当局（比如，卫生部）。

13. 依据《日内瓦第一公约》第27条，中立国的红十字也会可以派出其医务人员、医疗队以及医务运输供武装冲突当事国武装部队的医疗服务使用。

14. 也就是说，通常与武装部队医疗服务使用的标志相同（参见《日内瓦第一公约》第26条）。在征得主管当局同意之后，国家红十字会在和平时期可以用这一标志来标明那些已经被确定在武装冲突时期其任务是医疗服务的医疗队和医务运输（《关于标志使用的条例》第13条）。

15. 依据《日内瓦第一公约》第44条第4款的规定，作为一种例外措施，于平时，使用标志，用作辨明第三国使用的作为救护车的交通工具（但不构成国际红十字与红新月运动的组成部分），以及专门旨在给予伤、病员免费治疗的援助站。使用标志的同意表示必须由国家红十字会作出，并由其控制标志的使用。然而，不建议此类使用，因为这增加了使人困惑的危险，可能导致误用。根据类推，“援助站”一词也包括那些含有急救物资的、诸如在商店或工厂使用的包或针织袋。……

16. 比如，标志不能置于臂章上或者屋顶。在和平时期，作为一种例外措施，标志可以大维度，尤其对于国家红十字会的急救人员需要快速识别很重要的时候。

17. 这些规范使得国家红十字会以非常严格的方式同意第三方使用红十字或红新月的名字，以及在募集资金的活动中使用这一标志。（第23条“资助”）

(三) 国际红十字(红新月)组织

第7条 国际红十字(红新月)组织对标志的使用

红十字国际委员会和红十字与红新月会国际联盟有权在任何时候和一切活动中使用标志。¹⁸

三. 控制和惩罚

第8条 控制措施

……[指出国家名称]有关当局应当确保有关红十字或红新月标志、“红十字”和“红新月”的名称及其识别性符号使用的相关规则在任何时候都得到严格遵守。当局应当严格控制经授权使用上述标志、名称和符号的人。¹⁹

有关当局应当采取一切适当措施防止标识的滥用，尤其是尽可能广泛地向武装部队²⁰、警察、国家机构和平民传播关于标志使用的相关规则。²¹

第9条 ……红十字(红新月)会的作用

……红十字(红新月)会应当与有关当局合作，致力于防止和惩治对红十字(红新月)标志的任何滥用²²。它应当有权将滥用标志的行为告知……(适当的主管当局)，并有权参与针对滥用行为的相关刑事、民事或行政诉讼。

第10条 标志的滥用²³

任何人，故意且未经授权，使用红十字或红新月标志、用语、明显标识或任何其他在标志、外观上的模仿足以导致混淆，不论其此类使用的目的如何；

任何人，尤其是在符号、海报、通知、宣传册或商业文件上显示上述标志或用语，或者将这些标志和用语粘贴在货物或货物的包装上，或销售、提供或流通带有此类标志的货物；

都应当受到……(天或月)的监禁，并/或处以……(本国货币数量)的罚金。²⁴

如果法人(比如商业性公司或协会)犯有上述违法行为，惩罚应适用于从事或提供了违法行为的个人。

18. 《日内瓦第一公约》第44条第3款。

19. 建议在本法或本法的实施细则或法令中明确界定此种责任。

20. 在国际人道法的传播背景下。

21. 尤其是在医疗和准医疗行业的成员中和在非政府组织中，必须鼓励他们使用其他识别性标志。

22. 国家红十字会在这一方面具有重要作用。《国际红十字与红新月运动章程》明确规定，各国红十字会应当“与政府合作以确保国际人道法的尊重以及保护红十字与红新月标志。”(第3条第2款)

23. 在和平时期和武装冲突时期都必须禁止此类滥用。即使将识别性地使用标志并没有像违反下面第11条规定的行为严重，这样的行为也必须认真对待，并予以严厉禁止。事实上，如果在和平时期红十字标志就得到了有效保护，标志在武装冲突时期可以得到更好尊重。此类有效保护尤其源自对违反行为的严厉惩治。因此，建议惩罚应当是监禁以及(或者)很重的罚金，以起到威慑作用。

24. 为了使罚金具有持续威慑的作用，定期审查数额以便考虑物价贬值，这是很关键的。这一评论也适用于第11条和第12条。因此，可以考虑在现行法下，比如实施条例下，设置罚金是否适当。实施国际人道法的国家委员会可以依据要求审查这些罚金数额。

第11条 战争期间滥用作为保护性工具的标识²⁵

任何人，故意从事或者下令从事背信弃义地使用红十字或红新月标志或显著性标识，导致对方人员死亡或造成严重伤害，构成战争罪，应当被判处……年监禁。²⁶

背信弃义地使用标志是指利用对方的善意，意在欺骗对方使其相信他有权获得或应当被赋予国际人道法规则规定的保护。

任何人，故意且未经授权使用红十字或红新月标志、明显标识或任何其他模仿或足以导致混淆的标记，应当被判处……（月或年）监禁。

第12条 红底白十字的滥用

由于瑞士国旗与红十字标志之间可能的混淆，使用红底白十字或任何其他的构成模仿的标识，无论是商标、商业性标识还是这些标识的组成部分，或者是基于与公平交易相反的目的或者可能伤害瑞士情感的使用，在任何时候都应被禁止，违反者应当判处……（当地货币数量）的罚金。

第13条 临时措施

……[指出国家名称]²⁷ 有关当局应当采取必要的临时措施。尤其是，有关当局有权命令扣押印有违反本法标识的物体或材料、要求违反者自行承担费用去除相关红十字或红新月标志或用语、命令销毁用于制造这些违法标识的工具。

第14条 协会、商号和商标的注册

协会、商号的注册和商标的申请、商业性标识和工业模型与设计的使用，违反本法关于红十字与红新月标志或者外观设计的，应当被驳回。

四．适用与生效

第15条 本法的适用

……（国防部、卫生部）负责本法的适用。²⁸

第16条 生效

本法自……（颁布之日等）生效。

25. 这是最严重的滥用类型，在这种情况下，标志是大维度的，并且被使用的主要目的是在战时保护人和相关物体。该条应当与刑法一致（比如《军事刑法典》），刑法通常规定对严重违反国际人道法，尤其是严重违反《日内瓦公约》及其《附加议定书》的行为予以起诉。

26. 依据《第一附加议定书》第85条第3款第6项，背信弃义地使用标志是严重破坏该议定书的行为，并且被视为战争罪（第85条第5款）。因此，此类滥用尤其严重，必须受到严厉制裁。

27. 表明主管机构（法院、行政当局等）。

28. 尤其重要的是，要准确规定哪个机构负责适用这一法律。建议直接相关的部门之间密切合作，通常是国防部、卫生部。实施国际人道法的国家委员会可以在这一方面发挥有用的作用。

文件23 红十字国际委员会，关于国际人道法的咨询服务

[资料来源：《国际人道法的咨询服务》，红十字国际委员会，日内瓦，2001年4月，也参考<http://www.icrc.org/ihl>]

为什么要促进国际人道法？

当今世界上还有几十场冲突。每天都有战争中实施的残暴罪行的新闻：大规模屠杀、酷刑、草率处决、强奸、驱逐平民以及儿童直接参与敌对行动等，数不胜数。

有人可能认为，(上述) 这些行为只是战争中必然存在的罪恶行为。但是，这不对。这些行为是非法的。它们违反的是被称之为国际人道法的一种被普遍确认的法律。

作为保护武装冲突受害者的生命与尊严这一人道使命的一部分，红十字国际委员会致力于提高对国际人道法规则的尊重。国际人道法文件的普遍批准和此类文件包含的义务的有效实施能确保对武装冲突受害人最大限度的保护。

国家如何实施国际人道法？

遵守国际人道法条约正是第一步。在国家能遵守由1949年《日内瓦四公约》及其1977年《附加议定书》，1954年《保护文化财产公约》及其两项议定书，有关禁止和使用某些武器的其他公约以及《国际刑事法院罗马规约》所产生的义务之前，应当采取下列措施：

- 将国际人道法条约翻译成各国文字；
- 通过惩治战争犯罪和其他违反国际人道法的违反行为的相关刑事立法；
- 通过措施防止和惩治对红十字和红新月标志以及相关条约确认的其他标志的滥用；
- 界定和保证受保护之人员的地位；
- 武装冲突期间提供基本的和程序性的保障；
- 建立和/或规范国家红十字会、民防组织和国家情报局；
- 传播国际人道法；
- 任命武装部队的法律顾问；

- 确认和标志受保护的人、场所和财产；
- 在军事场所以及发展与采用武器和军事策略的场所遵守国际人道法

红十字国际委员会可以提供什么样的帮助？

红十字国际委员会于1996年设立了咨询服务处以逐步提高对承诺实施国际人道法的各缔约国的支持。

宗旨：

- 鼓励所有国家批准国际人道法条约；
- 鼓励缔约国在国家层面履行其承担的条约义务；

结构：

- 红十字国际委员会在日内瓦的法律部下的一个小组，即：一位监督员加三位法律顾问，包括一位大陆法专家、一位普通法专家、和一位负责咨询服务部数据的人员；
- 在各大洲配备一组法律专家（布达佩斯、莫斯科、危地马拉城、开罗、阿比让、比勒陀利亚、新德里、吉隆坡）。

咨询服务处做什么？

咨询服务部与各国政府密切合作，考虑其具体要求和政治法律体系。它与其他机构合作：

- 各国红十字会和红新月会；
- 学术机构；
- 国际和区域组织。

具体而言，咨询服务处：

组织专家会议

组织国家级和区域性的国际人道法实施研讨会，并就特定主题召开会议；参与国际论坛；

为国际人道法并入国内法提供法律和技术的方面的协助

翻译国际人道法条约；就国际人道法条约产生的义务与国内法的协调开展研究；提供法律意见；

鼓励国家设立国际人道法委员会并协助其工作

就国际人道法的实施、发展和传播支持政府咨询机构的工作；

促进信息交流

收集有关武装冲突的立法、判例法、国内研究和著作；在红十字国际委员会网站（www.icrc.org）中建立一个关于实施国际人道法的数据库和红十字国际委员会关于国际人道法的光盘。

公布专业文件

制作国际人道法主要条约及其实施问题的新闻活页；关于批准条约的工具包；关于实施措施的指南；定期报告世界各地国家实施条约的情况；报告专家研讨会和会议。

案例24 新闻记者的保护

案 例

[资料来源：亚历山大·鲍尔吉－加卢瓦 (Alexandre Balguy-Gallois)：《武装冲突期间对新闻记者和媒体的保护》，载《红十字国际评论》，2004年3月，第86卷，第853号，第37－68页；可访问：<http://www.icrc.org>；原文为法文；非官方的翻译；省略了脚注。]

2003年全世界有42名记者被害，这是自1995年以来的遇害人数最多的一年。这么多记者遇害主要是近期伊拉克境内的军事行动导致的，记者死亡人数已经大于联军的死亡人数——自武装冲突以来有14名记者和新闻工作者死亡，2名失踪以及十多个人受伤。近年来，人们也可以提及在巴勒斯坦被占领土内故意袭击记者、1999年北约对贝尔格莱德的“塞尔维亚国家广播电视大厦”的轰炸、美国军队对卡塔尔位于喀布尔和巴格达的半岛电视网的轰炸。

一般的趋势是，武装冲突期间记者工作条件在恶化。“……报道战争对记者来说变得越来越危险。除了战争的传统风险，还有无法预测的爆炸袭击所造成的

伤害，以及更精确武器的使用——使得对记者进行培训和保护收效甚微——相对于尊重新闻媒体人员的安全，武装冲突各方更关注战争的胜负局面。因此有许多因素增加了报道战争的风险……”

这种异常令人担忧的情形促使“记者无国界组织”发布了题为《武装冲突中记者和新闻工作者安全的宣言》。该宣言于2003年1月20日开放签署，并因为伊拉克事件于2004年1月8日进行了修改。该宣言旨在提醒交战各方尊重武装冲突期间保护记者和新闻工作者安全的国际人道法原则和规则，并促使改进相关规则以适应现实情形。在这一方面，有必要重申对记者和新闻媒体进行袭击是非法的，并提醒相关当局承担着在准备可能影响这些人员的袭击时采取预防措施的义务。

袭击记者和新闻媒体的非法性

袭击记者和新闻媒体是非法的，这源自国际人道法对平民和民用物体的保护，以及，即使媒体被用作宣传工具，除非在特殊情形下，仍不能视为军事目标这一事实。换句话说，尽管记者及其使用的设备没有专门的地位，但可以从对平民和民用物体的保护的一般性规定中受益，除非对军事行动具有实际贡献。

保护作为平民的记者

尽管没有准确的定义，国际人道法区分了在冲突地区工作的两类记者：隶属武装部队的战地记者和“独立的”记者。依据《国际公法词典》，前一类型的记者是“所有经武装部队授权、并受其保护的专业记者，他们出现于军事行动区域，就有关敌对行为提供信息”。这一定义反映了第二次世界大战和朝鲜战争以来的实践，当时战地记者身着制服，享有军官的特权，受自己隶属的部队首长的指挥。至于“记者”一词，依据1975年《联合国公约草案》的规定，是指“……任何随军记者、通讯员、摄影师以及通常在电影、广播、电视录制或报到活动中的专任技术助理……”

对战地记者的保护

战地记者属于“伴随武装部队而实际并非其成员之人”那一并未清楚界定的人员类别。既然战地记者不属于武装部队的组成部分，他们享有平民的地位和源自平民地位的保护。而且，在一定意义上，既然他们与战争努力有关，当他们落入敌方时应当享有战俘待遇，只要他们是经合法授权随军的记者。

对执行危险专业任务的记者的保护

1974年至1977年日内瓦外交会议的参与各方意识到，为了更好地应对时代的需要，建议在《第一附加议定书》增加关于“对新闻记者的保护措施”的具体规定，以补充《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项。最终的条款——第79条——没有改变适用于战地记者的制度。[……]

第79条正式规定，在武装冲突地区执行危险专业任务的新闻记者，应视为第51条第1款的意义上的平民。因此，他们享有国际人道法上关于平民的所有保护。当落入敌方时，无论是被俘获还是逮捕，他们享有免于冲突一方敌对行动影响以及免于冲突一方采取任意措施的保护。《第一附加议定书》的制定者们不希望为记者创设专门的地位，因为“……具有专门地位的任何增加，必然会增加受保护的标志，这会弱化已经被接受的每一种受保护地位的保护价值”。第79条第3款规定的身份证件并没有为证件的持有者创设一种地位，仅仅是“……证明该人的身份是记者”。因此，为了享有平民地位，没有必要拥有这样的身份卡。而且，尽管对记者的保护措施仅规定在国际性武装冲突的情形（《第一附加议定书》），记者在非国际性武装冲突中也享有平民的保护。[……]

对“随军”记者（"embedded" journalists）的保护

“随军”记者，即那些战时跟随武装部队的记者，其地位存在模糊之处。“随军”记者并不是一个新现象，新的是自从2003年伊拉克战争以来，这种记者的规模。记者被指派到美国和英国的作战队，并同意并入作战队的条件，即他们有义务跟随作战队以确保他们的保护，这使他们非常类似于《日内瓦第三公约》中的战地记者。事实上，英国国防部发布的关于媒体的指南授予被俘的随军记者战俘待遇。然而，依据非官方资料，法国军事当局将随军记者视为只享有《第一附加议定书》第79条规定的平民待遇的“单方人员”。因此，澄清这一点似乎很重要。……

作为“单方人员”的记者有武装护卫，这会给所有记者带来危险的后果。2003年4月13日，美国有线新闻网（CNN）的工作人员聘请的私人武装护卫队在完成一次护卫去（伊拉克北部）提克里特的路上，在城市的入口遭遇了武装袭击。有记者关注这种新的、与职业规则相反的行为。“此类行为设立了危险的先例，可能损害此次战争以及未来其他战争中所有其他记者的利益。”“记者无国界组织”秘书长罗伯特·梅纳德（Robert Menard）继续说：“战斗员因此会认为所有的媒体车辆都装备有武器。这是一个真实的风险。记者可以、而且必须通过乘坐防弹车和身着防弹衣这样的手段来保护自己，如果去雇佣会那些果断使用武力的私人保安公司，无疑会混淆记者和战斗员。”

保护的丧失

依据《第一附加议定书》第79条第2款和第51条第3款的规定，记者依据国际人道法享有的保护，条件是记者不直接参与敌对行动。……依据对第51条第3款的评注，“直接参与敌对行动”是指“战争行为，无论是其性质还是宗旨都容易造成敌对武装力量人员和设备的实际损害”的行为。记者从事宣传并不能被视为“直接参与”的行为（见下文）。只有当记者直接参加了敌对行动，才失去其豁免权，并成为合法的攻击目标。一旦记者停止了敌对行动，他就恢复了免于敌对行动影响的受保护的权利。

保护作为民用物体的媒体设施

广播和电视设施都是民用物体，其本身就享有一般的保护。自从20世纪初以来，禁止攻击民用物体已经成为国际人道法广泛确立的规则，并得到1977年《第一附加议定书》和国际刑事法院的重申。

特别是，这一规则源自《第一附加议定书》第48条规定的双方面的义务——即，必须在任何时候区分民用物体和军事目标，并且，相应地，直接军事行动只能针对后者。民用物体和平民居民享有第52条规定的一般保护。尽管《第一附加议定书》第85条规定攻击平民属于战争罪，但并没有关于民用物体的此类规定。虽然如此，攻击某些受保护的物体，即含有某些危险力量的工程和设施、不设防区域、非军事化区域、历史纪念物、艺术和宗教场所等属于战争罪。《第二附加议定书》没有规定对民用物体的一般保护，只是规定某些对平民至关重要的目标有权获得专门保护，即医疗队和医务运输、对平民居民的生存不可缺少的设施以及文化物体。[……]

推定民用物体正被用于民用目的的义务

《第一附加议定书》第52条第3款的规定，当存在怀疑时，通常适用于民用目的的物体，比如，广播和电视设施，都应当被推定为用于民用目的。[……]

对民用物体保护的丧失

从上述国际人道法文件可知，民用物体和其他受保护的物体所享有的豁免不是绝对的。当这些物体被用于敌对目的时，将丧失此类豁免。含有军事人员、设施或供给以及任何有助于战争努力的民用物体（船舶、飞机、交通工具和楼房）都将成为合法的攻击目标。[……]比如，如果位于贝尔格莱德的塞尔维亚广播电视大楼的设施确实被南斯拉夫联盟共和国的军队和特警用作无线电通讯接收站和中

转站，那么前斯拉夫问题国际刑事法庭设立的审查委员会得出此时大楼的相关设施构成北约轰炸的合法军事目标的结论就是正确的（参见**案例第193**，南斯拉夫联盟共和国，北约干涉，第2077页）。

媒体设施能否构成合法的军事目标？

国际人道法要求武装攻击严格限于军事目标。尽管“全面战争”的概念现在已经被“有限战争”的主张所取代，这大大减少了军事目标的种类，但是能被视为军事目标的物体仍然非常多。依据红十字国际委员会、上述主张和1954年《在武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》，广播和电视设施在某种情形下可以归类于其中。……

军民两用的媒体设备与设施

在当今高度技术化的社会，产品和资源通常具有民用和军用双重作用，这对于受（国际人道法）保护而言，不是没有影响。临时投入军用或者既作军事用途也民用的民用物体（道路、学校、铁路等）构成合法的攻击目标。2003年3月27日，联军两次轰炸位于巴格达的情报部大厦，尽管明知里面驻扎有国际媒体。2003年4月8日，一辆美国坦克向“巴勒斯坦大饭店”开火，该大饭店是驻巴格达的外国记者集中所在地，就在开火后，美国国防部发言人声称该饭店是合法的军事目标，因为伊拉克官员于48小时前在此开会。在北约轰炸南斯拉夫期间，北约代表声称其轰炸塞尔维亚广播电视大楼正当合法，因为该大楼有双重用途：除民用之外，广播电视大楼的设施被并入塞尔维亚军队的C3网络（命令、控制和通讯）。前南斯拉夫问题刑事法庭设立的审查委员会在其最后报告中指出，只要这些设施被用作武装部队的通信中转站，它们就构成军事目标（参见**案例第193**，南斯拉夫联盟共和国，北约干涉，第2077页）。这一结论似乎反映了《第一附加议定书》的精神和文本：当满足《第一附加议定书》第5条第2款时，对此类具有双重用途的目标进行攻击是合法的。同样，就像美军发言人主张2002年11月12日轰炸位于喀布尔的阿拉伯半岛电视台大楼是合法一样，如果塔利班武装和本拉登团伙就躲在里面，那么该大楼就是一个合法的军事目标。无论是那种情况，当目标的用途具有双重作用时，交战各方采取预防措施的义务则更大。

基于宣传目的使用媒体设施是否使之成为合法的军事目标？

2003年伊拉克武装冲突期间，英国媒体受到一些部长和议员的攻击，指责他们被伊拉克宣传机器正中下怀。四年前，许多北约代表公开认为轰炸贝尔格莱德

的塞尔维亚国家广播电视大楼是合法的，因为他们希望宣传工具能够中立化。尽管塞尔维亚广播电视大楼毫无疑问在用来进行宣传，但不能就合理解释说《第一附加议定书》第52条表明它本身就可以受到合法攻击。

前南斯拉夫问题国际刑事法庭在这一点上采取了坚定明确的观点。在其报告中，委员会声称媒体不能仅仅因为其进行宣传报道而被视为合法军事目标，即使宣传报道行为会支持战争努力。委员会的报告也规定民众的士气不是合法的军事目标。英国1996年出版的防务理论作出了与沃尔克·克伦宁 (Volker Kroning) 1999年11月向北约国家议会大会提交的报告相同的断言。这是否定全面战争理论开端。普鲁士将军冯·克劳塞维茨 (von Clausewitz) 在其著作《论战争》中首先明确阐述了这种全面战争的理论。据此，温斯顿·丘吉尔 (Winston Churchill) 提出了著名的论断，即“民众士气也是一种军事目标”。但是，如果对民众的心理折磨也可以被视为合法的战争目的，对暴力将没有任何限制，那将再次出现第二次世界大战的情形。这也就是为什么“大赦国际”的下列声明能获得赞同：

“‘大赦国际’承认瓦解政府的宣传会有助于降低民众和武装部队的士气，但相信基于此种理由进攻民用物体，扭曲了（《第一附加议定书》第52条第2款）中“对军事行动有实际贡献”和“明确的军事利益”的意思，超出了该解释可被接受的范围。”

然而，不是所有形式的宣传都是可以的。煽动战争罪、种族灭绝或暴力行动的宣传是受到禁止的，散布此类宣传的新闻媒体可以成为合法的军事目标。“媒体是否构成合法的军事目标，这是一个存在争议的问题。如果媒体被用来煽动犯罪，正如卢旺达的情形那样，媒体就是一个合法的军事目标……”1994年卢旺达境内的“千丘自由自由广播电台” (Radio Television Libre des Mille Collines) 和《康古拉》 (Kangura) 报纸那样煽动种族灭绝的媒体是否构成合法军事目标，这一点尚未确立明确的规则。如果对《第一附加议定书》第52条第2款进行解释，或者考虑到参加敌对行动时受保护的地位即丧失这一原则，那么对这一问题的答复无疑是肯定的。前南斯拉夫问题国际刑事法庭审查委员会作出了如下回复：“如果媒体被用来煽动犯罪，正如卢旺达境内的情形一样，这样的媒体可以成为合法的军事目标。”由于存在惩治破坏《日内瓦公约》（《日内瓦四公约》）的条款依次为第49条、第50条、第129条和第146条）和《第一附加议定书》（第85条）行为的义务，因此人们也可以主张煽动“仇恨的媒体”可以构成合法的军事目标。事实上，依据《日内瓦四公约》共同第1条，缔约国应采取行动尊重和“确保尊重”这些文件。

发动可能影响记者和新闻媒体的攻击时采取预防措施的义务

攻击的合法性不仅依赖于受攻击目标的性质——必须是合法的军事目标——也依赖于是否采取了预防措施，尤其是，是否遵守了比例性原则和警告义务。在这一点，记者和新闻媒体并不享有特别的法律地位，而只是享有《第一附加议定书》给予平民和平民目标免受敌对影响的一般保护。

比例性原则：记者和媒体豁免权的限制

比例性原则只是在1977年的公约，即《第一附加议定书》第51条第5款第2项和第57条第2款第1项第3目中才得以规定。该原则表明，要努力减少军事行动带来的附带损害。该原则确立了国际人道法上此类损害在什么程度上是合法的：合理的摧毁性损害与并不希望的附带效果之间必须存在合理联系。依据上述条款的比例性原则，武力攻击产生的意外的附带效果，即对受保护的人和财产的附带损害效果不得过分超过预期的军事利益。……

提前进行袭击警告的义务

尽管北约主张在其轰炸塞尔维亚国家广播和电视大楼时采取了所有可能的努力避免平民伤亡和附带损失，人们仍然质疑北约是否按照《第一附加议定书》第57条第2款第3项的规定履行了武力攻击之前警告平民居民的义务（“除为情况所不许可外，应就可能影响平民居民的攻击发出有效的事先警告。”）。当美国2003年4月8日轰炸位于巴格达的半岛电视台和阿布扎比电视网办事处导致一名记者死亡、一名受伤时，也没有对记者提前进行警告。……

给予“有效的事先警告”的义务

《第一附加议定书》要求给予有效的事先警告。依据多斯瓦尔德·贝克 (Doswald-Beck) 的观点，“在确定是否以及如何发出警告时，应当考虑常识，袭击者的安全不可避免也应当予以考虑。”《第一附加议定书》第57条第2款第3项规定的规则大部分没有要求向相关当局提供警告，针对居民的直接警告，例如通过从空中撒宣传单、通过广播或喇叭发布消息等要求平民待在家里或远离某些军事目标，应当被视为充分有效。……

1987年，美国陆军参谋长联席会议主席陆军中尉伯纳斯·卡纳汗 (Burrus M. Carnahan) 和美国国务院副法律顾问迈克尔·麦特森 (Michael J. Matheson) 就发表意见，认为给予警告的义务具有习惯法性质。这种法律确性在国际性和国内武装冲突中得到了相当多的国家的确认。

手段的充分性

北约在5月17日向“大赦国际”发送的通信中主张，在袭击塞尔维亚国家广播电视大楼期间，它依据《第一附加议定书》第57条的规定（“攻击时的预防措施”），“已经采取了一切可能的措施避免平民伤亡和附带损害……”。除塞尔维亚国家广播电视大楼、位于阿富汗或巴格达的半岛电视台、以及位于拉马拉的巴勒斯坦广播电视办公室等具体的实例，通常人们会质疑轰炸广播电视设施是否是追求军事目的的充分手段。依据《第一附加议定书》第52条第2款，摧毁军事目标不一定是唯一可行的解决办法，也许予以占领或者使之中立化就可以了。从军事的角度，这些其他的解决办法在经济和手段集中具有正当性，因为摧毁军事目标意味着财产和弹药的损失。但是上述这些解决办法从国际人道法的角度来说却具有正当性，因为它们能使“平民伤亡最小化”成为可能。（《第一附加议定书》第57条第2款第1项第3目。）基于上述原因，如果可能，使用其他的手段比进行轰炸不是更好吗？……

结 论

综上所述，记者及其设施享有豁免，前者享有平民的保护，后者享有国际人道法对民用物体的一般保护。然而，这种豁免不是绝对的。记者仅当不直接参与敌对行动时受保护。新闻媒体享有免受攻击的豁免，即使被用作宣传工具，但用于军事目的或煽动战争罪、种族灭绝或其他暴力犯罪除外。然而，即使对新闻媒体的攻击基于上述理由具有合法性，仍需采取一切可行的预防措施来避免，或至少限制人员死亡、对平民的伤害和对民用物体造成的损坏。……

讨 论

1. 《第一附加议定书》第79条的专门规定出台以前，你认为对执行危险任务的记者规定的保护是否充分？
2. 在第79条关于记者的规定出台以前，此领域的情形如何？（比较《海牙第四公约》第13条、1929年《日内瓦公约》第81条和1949年《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项。）
3. 《第一附加议定书》第79条是否为冲突当事方施加了任何义务？或者为记者创设了如果没有该规定就不存在的一种权利？记者从该条款中可以获得哪些利益？该条款是否阐明了记者不能被视为间谍这一事实？该条款是否保护记者的职业行为，即搜寻新闻？（比较《日内瓦第四公约》第4条，《第一附加议定书》第46条、第51条和第79条。）
4. 在国际人道法下，伴随武装部队的战地记者与其他记者有何区别？国际人道法对这两类不同的记者是否规定了相同的权利？自由记者是否属于后一种类型的记者？或者也属于媒体的常驻战地记者？

5. 随军战地记者在国际人道法下有什么权利？获得战地记者资格的标准是什么？如果没有达到这些标准会有什么后果？身份证件是否是记者享有战俘待遇的必要标准？在《第一附加议定书》第79条中，身份证件是否仍然是有个有关的标准？你是否认为国际人道法通过对执行危险职务的记者与战地记者进行区分，扩大了对记者的保护？抑或削弱了对他们的保护？
6. 在《第一附加议定书》第79条的准备工作中，有人主张对记者提供专门的保护，为什么这一主张被拒绝？你觉得将记者视为特殊类型的受保护人员或为记者提供识别性标志，是否能为记者提供更好的保护？《第一附加议定书》第79条是否阐明了《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项？在国际性武装冲突中被拘留的、不是《日内瓦第三公约》规定的战地记者的那些记者享有哪些主要的权利？这些权利与《日内瓦第三公约》规定的战地记者的权利有何不同？你是否认为在被俘后其中一种类型的记者比另一种类型的记者更容易受虐待？
7. 跟随武装部队的记者如果受到敌方部队开枪射击，你认为这是否是破坏国际人道法的行为？在冲突中，敌方部队是否应该特别注意区分战斗人员和记者？军事必要性是否可以作为杀死记者的合法理由？
8. 在非国际性武装冲突中，记者是否受到了充分保护？他们是否平民？在《第一附加议定书》第79条规定执行危险任务的记者在任何时候应被视为平民并因此享有平民的保护，这一规则是否也适用于非国际性武装冲突？
9. 2003年伊拉克战争和“随军记者”的不明确的地位是否阐明了保护记者的必要性？使用武装保安对于记者的地位有何影响？
10. 进行宣传的媒体是否应当被视为合法的军事目标？故意攻击这些设施是否违反国际人道法？是否应区分“煽动仇恨的媒体”（hate media）和正常的战争宣传？作出此类区分、并且把它们作为目标是否可能？鼓励战争罪的记者是否构成武力攻击的合法军事目标？任何犯有战争罪的人是否都失去了免受攻击的保护？

案例25 环境和国际人道法

案 例

一、《第一附加议定书》第 35 条

[资料来源：1949年8月12日《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》（第一议定书）；可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

第三部 作战方法和手段，战斗员和战俘的地位

第一编 作战方法和手段

第三十五条 基本原则

1. 在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。……
3. 禁止使用旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的作战方法或手段。

二、《第一附加议定书》第 55 条

[资料来源：1949年8月12日《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》（第一议定书）；可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

第四部 平民居民

第一编 防止敌对行动影响的一般保护

第三章 民用物体

第五十五条 对自然环境的保护

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

三、1977年《禁止为军事或任何其它敌对目的使用改变环境的技术的公约》第1条

[资料来源：《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》，1976年12月10日，联合国大会第31/72号决议通过，可访问：<http://www.un.org>]

第一条

1. 本公约各缔约国保证不为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重影响的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害一个缔约国的手段。
2. 本公约各缔约国保证不帮助、怂恿或引诱任何国家、国家集团或国际组织从事违反第一款的活动。

四、红十字国际委员会在联合国大会第48届会议上提交的关于《武装冲突时的环境保护》的报告，1993年7月29日

[资料来源：红十字国际委员会提交给第48届联合国大会的《关于武装冲突时的环境保护的报告》1993年7月29日，法语版本，脚注省略，可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

前 言

提交给第48届联合国大会的本报告遵循了红十字国际委员会1992年准备、并受第47届联合国大会审查的报告。

那时，联合国大会邀请红十字国际委员会继续其工作并向下一届大会报告。

本报告通过纳入在红十字国际委员会发起下的专家们的审查工作，补充了第A/47/328号文件。按照第47届联合国大会的要求，本报告也包含了《武装冲突时期保护环境的军事手册和指示指导纲领》这套基本规则（附件一）。

为了尽可能澄清，红十字国际委员会选择就这一问题提交全面报告。因此，本报告采纳了第A/47/328号文件的主要内容，有时稍微作了总结。该份文件可被视为临时报告，现已被本报告所取代。

引 言

在最近几十年，许多武装冲突涉及到对环境的广泛威胁。这包括对陆地、海洋和空气的持久化学污染，通过矿井和其他危险目标对土地的掠夺；对水资源供应和其他必需品的危险。这些结果不仅影响交战各方，而且也影响到平民和中立国。这些影响在武装冲突结束后长期存在。这些对环境的威胁暴露了许多困难问题。保护环境只是武装冲突时各方应当铭记在心的诸多考虑之一，但这是一个重要的考虑。这一主题在包括联合国在内的国际和国家范围内得到了广泛讨论。……

国际社会授权红十字国际委员会“为了解和传播适用于武装冲突的国际人道主义法知识而努力工作，并为发展该法做好准备。”红十字国际委员会声明，已经准备好了承担旨在战时保护环境的工作。……

没有必要详细审查第六委员会进行的相关讨论，因为相关程序的记录都可以获得。

但是，必须指出的是，有些内容和委员会通过的主要结论必须得到更详细审查。

参加讨论的大多数国家（包括红十字国际委员会）意识到现有规则的重要性和相关性，号召实施和尊重这些规则。

有国家认为现有规则已经足够，需要的是加强对这些规则的遵守。然而，大多数国家认为有必要澄清和解释其中某些规则的范围和内容，甚至要发展有关武装冲突期间保护环境的相关法律规定。这包括更好地保护环境的需要、更严格地适用比例性原则的需要（就这一点而言，在具体情形下需要该原则更详细的定义）、更精确地界定可适用的规则的重要性、国际环境法规则在战时的适用需要明确的决定，以及设立制裁违反国际环境法的机制的可行性。

旨在全面检查现有法律的建议被认为并不适当。

该次辩论后通过了第A/47/37号决议，该文件要求各国加入生效的条约、并适用相关条款，尤其是将相关条款并入军事手册。而且，该决议邀请红十字国际委员会继续这一问题的工作，准备一本军事手册的范本指南，并向第48届联大提交一份报告，在致力于“联合国国际法十年”的议程项下进行讨论。

这份报告首先回顾现有法律的主要条款（第一部分），然后列明各种组织和红十字国际委员会新近执行的主要活动的结果（第二部分和第三部分）。第四部分陈述了红十字国际委员会针对武装冲突时期保护环境的相关问题的态度，第五部分提出了相关结论。

正如前面已经指出的，本报告的附件含有《武装冲突时期保护环境的军事手册和指示指导纲领》。

第一部分 现有法律的报告

1. 背景

自其产生以来，国际人道法限制了交战各方对民众造成损害和报复性摧毁相关目标的权利。传统上这涉及到限制某些武器或作战手段的使用，即在战争之后仍会造成损害的、或者会损害与冲突完全无关的国家人员或财产。

1868年《圣彼得堡宣言》表达了如下观点：

“……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。”

《第一附加议定书》第35条第1款重申了1907年《海牙章程》第22条的规定，规定了如下基本规则：

“在任何武装冲突中，冲突各方选择作战方法和手段的权利，不是无限制的。”

比例性原则也对作战作出了重要限制：战争允许的是那些与合法的军事目标成比例的、并且实现目标所实际必需的行动。

这些基本规则现在是习惯国际法的组成部分，对国际社会所有国家都有约束力。他们也适用于战争中的环境保护。

制定国际人道法规则的目的是为了处理战争导致的具体问题。因此，自武装冲突爆发即生效。

除了与战争有关的规则，保护环境的一般（和平时期）规定也继续适用。尤其是在交战国与第三国关系上适用。

下列段落审查了与武装冲突时期保护环境有关的主要国际规则。

2. 关于财产保护的规则

如同国际法的其他规则，国际人道法在确认环境需要一系列专门规则予以保护时进展缓慢。因此，《海牙条约》和1949年日内瓦各项公约并没有出现“环境”一词，这些条约也没有处理专门的环境问题。然而，《海牙章程》第23条第1款第6项规定，禁止“破坏或占领敌人财产，除非此类破坏或占领是战争所绝对必要”。

武装冲突时期破坏财产也受习惯国际法的限制。《<纽伦堡法庭宪章>和该法庭判决所认可的国际法原则》获得了联合国大会的一致确认，是习惯国际法的编纂。其中第6项原则列明了应予以惩处的国际法上的犯罪，（此类犯罪）分为3种类型：破坏和平罪、战争罪和危害人类罪。该条第2款关于战争罪的列举的最后规定“无军事上之必要而蓄意破坏城市、城镇和乡村，或进行损毁”。国际法委员会的评论提到，纽伦堡法庭指出《纽伦堡宪章》第6条第2款界定的战争罪已经被确认为国际法上的战争罪。这是因为根据1907年《海牙章程》，尤其是第23条第1款第6项规定的规则，即禁止不属于“战争迫切需要”的损毁，已经在1939年获得了习惯国际法的地位。

在军事占领的情形下，《海牙章程》第55条和《日内瓦第四公约》第53条为占领国在破坏财产方面的自由裁量权设定了限制。后一规则值得引用，即：

“占领国对个别或集体属于私人，或国家，或其他公共机关，或社会或合作组织所有之动产或不动产之任何破坏均所禁止，但为军事行动所绝对必要者则为例外。”

武装冲突的一方在破坏诸如《日内瓦第四公约》所保护的财产时，造成了对环境的损害，如果此类损害不属于军事行动的绝对必要，则违反了第四公约。如果此类损害影响广泛，损害行为则构成严重破坏《日内瓦第四公约》(第147条)，即构成战争罪。

本节探讨的规则与环境问题之间没有直接关系，但这些规则通过禁止蓄意破坏或不具有合法理由地破坏财产来保护环境。

3. 关于环境保护的国际规则

《第一附加议定书》规定了两个条款，直接处理现代战争对环境的风险。这些条款保护环境，尽管它们是通过保护作为国际人道法主要关注对象的人类而与之相关联。

这些规则是第35条第3款和第55条。……(参见**案例25**，环境与国际人道法，(比较标题一和标题二)第701页。)

第35条规定了对所有战争行为适用的一般规则，而第55条意在保护平民居民免于战争对环境的影响。在这两种情形下，下列行为都被禁止：(1) 攻击环境；(2) 以环境为作战手段。

第35条第3款和第55条仅禁止对环境造成“广泛、长期和严重”的损害，因此并不是所有对环境的损害都属非法。事实上，战争对环境的损害不可避免。问题的重心在于怎样控制其最低限度。

什么构成“广泛、长期和严重”损害以及什么是对环境的可接受的损害，这一问题供开放解释。从《第一附加议定书》的准备工作可知，有重大理由认为，“长期”应被解释为几十年而不是几个月。另一方面，因为很难事先准确知道损害环境的行为的范围和存续时间，因此，即使不确定是否满足了“广泛、长期和严重”标准的严格解释，仍有必要尽可能地限制环境损害。由于《第一附加议定书》就目前的解释来说并没有一定包括所有对环境造成损害的情形，而且并不是所有国家都是缔约国，因此早期的公约和习惯法规则，尤其是1907年《海牙章程》以及1949年《日内瓦公约》中的规则，仍然是非常重要的。

除了第35条第3款和第55条，《第一附加议定书》的其他条款也附带起到了武装冲突中保护环境的作用。第56条处理对堤坝和核电站的破坏导致的环境危

险。在“对平民居民生存所不可缺少的物体的保护”的标题下，第54条禁止在某些情形下破坏农田和灌溉工程等物体。第52条（对民用物体的一般保护）和第57条（攻击时预防措施）也对环境保护有重要影响。

最后，《第一附加议定书》第36条要求各缔约国断定取得、发展或采用新的武器是否符合国际法。在衡量过程中，环境保护规则当然应当予以考虑。

总之，《第一附加议定书》的条款有利地补充了之前的国际人道法原则和规则，包含了一些禁止武装冲突期间广泛破坏环境的行为的重要规则。

到1993年6月16日，《第一附加议定书》有125个缔约国。因此，其环境保护条款是对大部分国家有约束力的国际法规则，尽管尚未对所有国家有约束力。

4. 其他国际规则

大量其他国际文件与武装冲突中的环境保护直接相关。不详细论述所有文件，但下列文件应当提及：

- 1925年6月17日《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》。（参见文件2，第560页）
- 1972年4月10日《禁止细菌（生物）及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》
- 1993年1月13日《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》（参见文件13，第619页）

考虑到有些生化武器具有长期、广泛和严重影响，本公约应当发挥最重要的作用。

- 1954年5月14日《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》（参见文件3，第561页）
- 1972年11月16日《保护世界文化和自然遗产公约》
- 1976年12月10日《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》

最后提及的这一公约是在裁军委员会的支持下起草的，旨在禁止军事或任何其他敌对目的使用“具有广泛、持久或严重影响的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何一个缔约国的手段”（第1条）。

该公约主要关注禁止军队以环境作为武器，因此，该公约必然宣布源自以环境为作战手段导致的环境损害非法。

- 1980年10月10日 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》(参见文件4, 第575页)

本公约是在联合国的支持下缔结的。如该公约名称所示, 本公约旨在禁止或限制某些武器的使用。迄今, 本公约有3项附加议定书, 分别处理 (1) 无法检测的碎片; (2) 地雷、诱杀装置和其他装置; 以及 (3) 燃烧武器。第二号和第三号议定书有助于武装冲突中的环境保护。

此外, 所有限制发展、生产、实验或使用大规模杀伤性武器的其他国际规则, 都对武装冲突中的环境保护有主要作用。

5. 非国际性武装冲突的特殊情形

与国际性武装冲突中受害者保护的规则相比, 非国际性武装冲突中受害者保护的规则更少。

1949年日内瓦公约共同第3条没有涉及内战中环境保护, 仅提及严格意义上的人道主义事项。……

《第二附加议定书》没有明确规定环境事项。然而, 第14条对平民居民生存所不可缺少的物体的保护, 通过禁止攻击农业区和灌溉设施等, 对于作战手段和环境有直接影响。

第15条也同样适用, 该条保护对含有危险力量的工程和装置。这两个条款适用于非国际性武装冲突, 其范围和内容与适用于国际性武装冲突的《第一附加议定书》第52条、第54条和第56条非常相似。关于环境的其他法律条款, 比如一般规则或双边国际条约, 原则上依然适用于发生内战的国家。……

第二部分 近年来的主要活动

与武装冲突中保护环境有关的大部分重要工作是在20世纪70年展开的。这产生了本领域主要的国际规则, 尤其是《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》、1977年《第一附加议定书》第35条第3款和第55条, 以及1980年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》的一些条款。此后, 很少讨论有关武装冲突中的环境保护问题, 尽管一些冲突中由于大规模地、不分皂白地使用地雷、轰炸和炮击整个地区, 并且攻击石油生产设施导致了严重污染, 造成了严重的环境损害。

1990年至1991年海湾战争期间, 武装冲突中保护环境的需要被突然、并令人痛苦地呈现于国际社会面前。冲突的随后几个月, 国际社会召开了大量会议和研讨会, 探讨现有规则是否能充分应对环境损害。

本文不会详细探讨这些会议（大部分会议报告已经出版）。然而，有必要简要回顾这些会议处理的主要问题和得出的主要结论。总体而言，在这些会议上，关于制定环境保护的新规则的主张被拒绝。大多数专家坚持现有法律的重要性（参见本报告第一部分），同时确认现有规则在适用中存在很多漏洞。因此，第一步需要确保更多国家遵守其现有义务，加入或批准现有条约，同时制定包括军事手册在内的相关国内立法。

这一领域的法律内容已经在很多场合得到了讨论。这些讨论表明，武装冲突中保护环境不仅仅由这一主题的专门规则（参见本报告第一部分）予以规定，而且包括其他有助于环境保护这一目标的其他国际规则，比如，不论是条约规则还是作为习惯法的国际人道法的基本规则、国际环境法规则和有关国际责任的一些规则。

现有法律的实施也受到密切关注。强调的是鼓励适当实施条约的诸多手段。尤其提及（规则的）传播，即：采取措施使法律被（人们）尽可能广泛地了解，以及依据1977年《第一附加议定书》第90条成立的国际实况调查委员会可能发挥的作用。

尽管就武装冲突中的环境保护问题制定一系列的新规则不太可能，然而，有必要发展或澄清处理某些问题的法律，比如：

- (1) 《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》和《第一附加议定书》的相关条款的解释；
- (2) 国际环境法和国际人道法规则的同时适用性；
- (3) 确定交战国与不属于冲突一方、但受对环境有害的作战手段影响的第三国之间应适用什么法律；
- (4) 武装冲突中采取更多行动保护环境和找到更好地防止环境损害的办法的必要性。

正如本报告引言所述，联合国大会在第四十六届和第四十七届会议也讨论了这一问题。

关于社会经济发展合作和环境保护的一个根本转折是1992年在里约热内卢召开的、有178个国家参加的联合国环境与发展大会。环境与发展大会确立了可持续发展是联合国的根本目标。《里约宣言》包含了3项与武装冲突有关的条款，而且，被称之为《21世纪议程》的联合国环境与发展大会的《行动计划》，在第39.6段明确提及武装冲突。

这两份文件随后在第四十七届联合国大会获得通过。

其中，需要提及的是《里约宣言》的第24项原则 [<http://www.agora21.org/rio92/riodecl.txt>]和《21世纪议程》的第39.6段，其具体内容分别如下：

“战争本来就是破坏持续发展的。因此各国应遵守规定在武装冲突时期保护环境的国际法，并为在必要对进一步制订国际法而进行合作。”

“应当考虑采取符合国际法的措施，处理在武装冲突中对环境造成的依据国际法说不过去的大规模破坏。大会和第六委员会是处理这个问题的适当论坛。红十字国际委员会的具体职权和作用应当受到考虑。”

1992年9月，在日内瓦召开的《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》第二届审查会议也讨论了武装冲突中的环境保护问题，包括是对该公约的适用问题，尤其是应当被禁止的改变环境的技术种类。但是，与会各方没有达成一致结论。依据《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5条，在一个或一个以上的缔约国请求下，这一问题也许将提交给专家咨询委员会。

第三部分 在红十字国际委员会监督下开展的工作

为履行联合国大会在第46/417号决定和第47/37号决议赋予的职责，红十字国际委员会召开了三次专家会议，探讨武装冲突中的环境保护问题。第一次会议于1992年4月27日至29日召开，由来自军队、科技领域、学术团体、政府部门的专家以及国际组织与非政府组织的代表近30人组成。这些人员都是以个人身份受到邀请。

第二次和第三次会议分别于1993年1月和6月在日内瓦举行，由同样的专家群体和为确保更广泛的地理代表性的一些其他与会代表组成。

这些会议的目标如下：

1. 界定现有法律规则的内容；
2. 确定实施这些法律所存在主要问题；
3. 确定现有法律的空白之处；
4. 断定此领域现在需要采取哪些行动；
5. 起草军事手册指南的范本。

几位专家的报告引发了初步的一般讨论，考察当前国际环境法规则在武装冲突时期是否应当适用。大多数与会人员认为，这些规则至少在一定程度上应当适用，只要这些规则不含有明确的放弃适用规定，但是就这一问题有必要继续进一步研究。

当前适用的规则（无论是条约规则的还是作为习惯法的国际人道法、国际环境法抑或是关于国际责任的规则）的重要性和关联性问题得到了明确重申，如同有必要使这些规则众所周知一样，尤其是通过为武装部队成员制定的指导纲领。

会议还承认，有必要对非国际性武装冲突时期关于保护环境法律以及方式进行澄清。

最后，一些专家提出的保护自然保护区的建议——其受保护的条件仍待制定——也得到了大量支持，提议将自然保护区视为非军事区或其他受保护地区。联合国制定的公园和类似保留区的名录以及联合国教科文组织规定的生物保护区在地图上为军事手册确认此类自然保护区提供了参考。可以从这些名录中进行优先选择。

在这三次会议中，需要讨论的最重要的问题被制成了列表。下文是就列明的一些具体问题进行讨论的摘要。

1. 依据国际人道法保护环境的国际社会全球利益概念

存在保护环境的超越了冲突各方自身利益的普遍利益。即使在武装冲突期间，当交战各方选择作战手段和方法时，这种普遍利益应当被冲突各方考虑。

2. 环境保护与军事必要 (包括比例性原则) 之间的平衡：需要专门的条款或阐释

在评估军事行动预期获得的军事利益时，有必要强调把环境保护考虑在内。关于敌对行动的公认原则对环境保护来说至关重要，并且紧密相关。这些原则包括：

- 禁止造成超过军事必要的损害；
- 尽可能地选择最小损害的手段实现军事目标；
- 在预期的军事利益和附带的环境损害之间尊重比例性原则的义务。

3. 习惯国际法规则

习惯法规则至关重要。事实上，有专家甚至认为，这些习惯规则是武装冲突时期保护环境的关键，尤其是诸如禁止以环境作为攻击目标这项规则。

4. 国际人道法与(区域和全球性的)国际环境法的关系；类似国际人道法与国际人权法的关系

- (1) **不属于**冲突一方的国家与交战国之间；
- (2) **交战国**之间。

国际环境法与国际人道法之间的关系需要更深入地进行研究。原则上，国际环境法在武装冲突时期依然适用，尽管其法律适用性在相关条约中没有得到关注或者被避开。有必要研究一般环境协定，关注其在武装冲突中的可适用性。如果可能，本领域任何新制定的条约都应当包含一项专门规定其适用于武装冲突时期的条款。此外，新文件都应明确重申，国际性武装冲突的当事方对第三国的义务和与环境保护有关的义务，原则上不受武装冲突的影响。

5. 环境保护的马顿斯条款的作用

马顿斯条款规定，即使在没有专门的国际协定的情况下，平民和战斗员仍然受国际法原则的保护和支配。而这些国际法原则来源于既定习惯、人道原则和公众良心的要求。该条款对武装冲突时期的环境保护的效力不容置疑。

6. 《第一附加议定书》与《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》规则的解释与关系

《第一附加议定书》与《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》相关条款制定的理由是不同的。

1995年可能召开《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》专家咨询委员会会议。在该会议的议事日程中，有必要更清楚地解释这两项条约中的相关术语。

7. 自我环境损害的适用；焦土政策和缔约国自我保护和保护领土利用环境

必须区分交战各方对敌国领土的环境破坏与对本国领土的环境破坏。

自身造成的环境损害主要发生于本国领土。尽管此种情形下，基本的规则是国家对其领土具有完全的主权，但必须注意的是，这一规则正在逐渐受到改变。

一般而言，对一国自身领土之外的环境造成的损害由现有的国际环境法和国际人道法规则予以规范，目前关于保护在敌国的平民居民的趋势应当被拓展到环境保护领域。另一方面，对一国领土造成的环境损害更为复杂。问题的答案可以在和平时适用的法律中找到，这套法律为国家规定了保护自己环境的义务。

8. 海战中的环境保护

有三个问题需要解决：(1) 海洋法的习惯规则和1982年的《海洋法公约》，特别是关于养护和保护海洋环境的规定在什么程度上应适用于武装冲突；(2) 武装冲突中养护和保护海洋环境的当前国际立法的可适用性，尤其是区域组织或国际海事组织支持下的通过的国际公约；(3) 国际人道法关于海战的一般条约的可适用性，尤其是1977年《第一附加议定书》。

有必要继续研究海洋法规则，澄清海洋法习惯规则和条约规则的内容与范围，尤其是1982年《海洋法公约》。即将生效的《海洋法公约》对海洋环境提供了更大的保护，因为许多规则已经被视为具有习惯法性质，并且被写入一些国家的军事手册中。

应当请求主持通过那些养护和保护海洋环境条约的组织对这些条约是否适用于武装冲突进行审查。

国际人道法的一般原则应当适用于海战，尤其是比例性原则和区分原则。此外，国际人道法的普遍性条约中的某些规则应当适用于海战，尤其是1977年《第一附加议定书》中的某些规则，但是目前海战中的规则不充分，不足以适应海洋环境保护。这是事实，比如，1977年《第一附加议定书》第52条（对民用物体的一般保护）和第55条（对自然环境的保护）就是这样。第56条（对含有危险力量的工程和装置的保护）对海洋环境的保护也有重要作用，（尤其是第6款规定进一步缔结协定）。海战中，包含有危险力量的工程和设施的石油钻井平台和输油管道的附加部件尤其值得研究。

而且，在对民用核动力船只和载有石油、液化气和其他危险物质的船只采取任何行动时应当考虑上述原则。还可以设想不把那些对于保护环境非常重要的海区宣布为是目标。

9. 对环境的损害什么时候构成“严重破坏”？国家责任与赔偿

对条约规则或者习惯法规则的任何违反如果可归因于一国，则该违反国都将对环境遭受损害的一国或数国承担义务。

依据第1907年《海牙第四公约》第3条和1977年《第一附加议定书》第91条，违反国际义务的缔约国应当负责赔偿。

根据1949年《日内瓦第四公约》第147条的规定，对该公约第53条的某些违反被视为对该公约严重破坏，因此构成战争罪，如同对《海牙第四公约》第23条的违反一样。

有专家认为，对1977年《第一附加议定书》第35条和第55条的违反应当被视为是严重破坏行为。

国际法委员会当前工作的重要性及相关性值得强调，尤其是国际法委员会准备的《国家责任条款草案》第19条。

10. 武装冲突中保护环境的预防性原则的适用

预防性原则是一项正在出现、但得到广泛认可的国际法原则。预防性原则的目的是预见、并防止环境损害，并确保存在严重或不可避免的损害威胁时，不得以缺乏科学确定性作为推迟采取防止此类损害发生的措施的理由。

这一原则主要包含在近年来旨在适用于和平时期的条约和文件中。它对武装冲突的可适用性需要进一步讨论，即使预防性原则已经部分地规定于一些国际人道法条约，尤其是关于新武器发展的《第一附加议定书》第36条。

尽管有预防性原则和《第一附加议定书》第36条，在新近的军控条约的谈判过程中，环境关注基本上被忽视了，这些条约没有阻止新武器的发展。

有专家主张，1977年《第一附加议定书》第36条并不足以确保控制新武器的发展。因此，有专家建议应当设立一个国际机构。

11. 非国际性武装冲突中的环境保护：适用法律的内容与范围；与国际性武装冲突中可适用的规则之间的区别

尽管1949年《日内瓦公约》共同第3条和1977年《第二附加议定书》都没有关于非国际性武装冲突的保护环境的专门规定，但是环境无疑是受到国际人道法的一般规则的保护的。

在这些规定中，1977年《第二附加议定书》第14条和第15条，以及1972年《世界遗产公约》的相关条款值得提及。后者尤其重要，因为它适用于所有类型的武装冲突，因此，要采取更大的努力确保其实施。

除了人道法的这些规则以外，普遍性或地区性的条约所规定的大多数和平时期的义务在非国际性武装冲突中仍然是适用的。

在某些情形下，环境条约在非国际性武装冲突中的确已经得到了尊重与适用。

有几个国家已经决定指示士兵适用相同的规则，无论是国际性还是非国际性冲突。这种实践弥补了非国际性武装冲突中没有这种特定条款的漏洞，而且与马顿斯条款相符，因此应当被更广泛地采用。

12. 武装冲突期间改善对文化和自然遗产地址的保护的手段

在最近召开的文化和自然遗产地址保护会议上，本主题得到了讨论。

会议的目标是使现存的条约在实践层面更为有效，并鼓励更多的国家参加这些条约，应当由联合国或联合国教科文组织起草和保存列入名录的这些地址。

许多实践措施值得推荐，包括准备受保护区的详细地图、为传播有关条约而准备说明的材料，以及为军事手册起草指导纲领。

联合国教科文组织对本领域重新表现出来的兴趣也应当被提及。人们希望这能提高各国参与条约的程度和改善条约的实施。

有专家注意到这些新发展。会议还强调了为划定陆地和海上受保护的地址制定严格的程序的重要性，就像受保护区域应当无武器化一样。

工作结束之际，专家们鼓励红十字国际委员会致力于澄清、并在必要时发展旨在武装冲突时期保护自然环境的工作。

第四部分 红十字国际委员会的立场

红十字国际委员会在很大程度上同意近年来组织的各种专家会议的结论，尤其是其主持的三项会议的结论。

红十字国际委员会对于认为需要对武装冲突时期保护环境的规则进行法典化的建议有所保留。一方面，红十字国际委员会认为结果具有双重价值，甚至是有副作用。该组织认为，如果现有法律的某些方面能得到详细阐述、并且法律能够得到更充分地实施，这些法律能为武装冲突时期的环境提供充分的保护。

因此，红十字国际委员会希望有专门的努力增加对现有规则的遵守和改善其实施。这当然要求尽可能多的国家成为国际人道法条约的缔约国，并且利用这些条约和其他条约与决议中规定的专门实施手段（改善实施）。

尽管红十字国际委员会相信对现有法律的善意实施需要经历很长时间才能限制武装冲突期间对环境的损害，但确信这些法律需要进行解释、澄清和发展。应当就某些条款的意思达成一致，许多具体的问题需要仔细研究（比如，国际环境法规则，特别是那些旨在适用于和平时期的规则，在武装冲突时期的可适用性；以及适用于非国际性武装冲突的规则的内容）。

红十字国际委员会也赞同采取更多措施保护武装冲突中的自然保护区的建议。同样，它也认为，不分皂白地使用没有记录的地雷造成的环境损害问题也值得注意。这一问题应当在1980年《常规武器公约》的审议过程中得到审查。

最后，红十字国际委员会认为，战场上使用某些武器在逐渐增加对环境造成破坏的风险。因此，武装冲突法应当将技术发展及其影响考虑在内。应当清楚地表明，如果继续采用目前仍在使用的一些作战方法和手段，将会对环境造成严重损害。尽管这些手段能够在一定程度上保护环境，但决不能减少对和平解决争端的义务的关注，和平解决争端已经得到了1899年《海牙和平解决争端公约》的支持。

第五部分 结论

近年来的论述已经证明，需要继续寻求武装冲突中保护环境的方法，并且确认了许多重要问题，对此，需要找到实际有效的解决办法以及应当采取的后续行动。

第六委员会（法律委员会）可以考虑下列问题：

1. 《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》与1977年《第一附加议定书》的关系，尤其是“广泛、持续和严重”（影响）的含义。

这一术语需要解释和澄清。《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5条规定的专家咨询委员会应当审议这一问题。

2. 武装冲突中一般环境法的适用；条约修订时进行澄清和采取行动

这一问题需要进一步研究，应当考虑习惯法、包括《海洋法公约》在内的国际环境协定以及区域性法律文件。应当由专门机构执行（这一问题的研究），比如给予了必要资源的国际环境理事会，应当审查最重要的环境条约。相关条约所涉及的各种机构也可发挥作用，尤其是针对审查程序。

3. 保护环境和限制地雷的适用；审查1980年《常规武器公约》的会议上应当采取行动

首先，相关国家应当成为1980年公约的缔约国。

即将开始的1980年《常规武器公约》的审议会议应当考虑地雷和燃烧弹等常规武器的使用对环境造成的损害。应当关注对新型武器的使用的合法性作出判断的义务。

应当严格遵守现有原则和习惯规则。

4. 保护文化财产和自然保护区

确保对自然和文化保护区的保护，第一步是制定确认这些地址的地图。世界自然保护联盟和联合国教科文组织可以承担此项任务。应当遵从1954年《武装冲突情况下保护文化财产公约的海牙公约》规定的指导纲领。该公约对文化财产进行了界定，并规定了进行登记的机制。有必要发展现有法律以便为这些已经获得特殊法律保护的地址提供更好的保护。

5. 非国际性武装冲突的情况下的环境保护；适用于武装冲突情况下的规则（在非国际性武装冲突中）的适用性

应当密切关注这一问题，因为非国际性武装冲突的情况下也必须保护环境。下列两个意见是相互关联的。

- (1) 很难断定，国际性武装冲突中被禁止的行为在非国际性武装冲突中会被允许。
- (2) 在某些情形下，全球性环境考虑应当优先于某个国家的主权。

6. 武装冲突中环境保护规定的实施手段；依据1977年《第一附加议定书》第90条的规定设立的国际实况调查委员会可能发挥的作用

新近设立的国际实况调查委员会应当在与环境有关的事项上发挥作用，必要时，可要求专家提供服务。负责国际人道法实施的其他机构（包括保护国或红十字国际委员会）应当考虑环境保护规定。

相关问题应当规定在作为各种环境条约报告制度组成部分的调查问卷表内。

7. 传播武装冲突期间保护环境的相关规则

传播与武装冲突有关的国际法规则时，环境因素应当予以考虑，反之亦然。在国际人道法下，这些规则的传播是一种义务。国际环境法规则的传播不是一种义务，但是应当予以鼓励。

公众意识到相关规定的存在，这一点非常重要。应当强调向士兵和其他直接参与武装冲突的人传授这些规则的必要性。

8. 起草军事手册与指示的指导纲领的程序

此处提交的、经与相关专家协商后起草的指导纲领，具有下列两项宗旨：

- 协调指导纲领与上述建议采取的措施；
- 为政府制定本国的军事手册提供帮助。

红十字国际委员会将来的工作

红十字国际委员会主张这一领域的工作必须继续进行。红十字国际委员会决定，履行其职责，致力于适用于武装冲突时期的国际人道法知识的了解与传播以及相关发展。

因此，它将对本领域的现存问题准备提出解决方案，以此继续积极探索武装冲突时期保护环境的方法。

红十字国际委员会为武装冲突的情况下保护环境特别准备了三项措施：

- 组织专家会议，如1974年和1976年那样，为1980年《常规武器公约》的审议会议作准备；
- 拓展与军方和法律团体的对话，以深入审查武装冲突中关于敌对行为的规则所面临的现实问题，包括保护环境的规则，并澄清这些规则；
- 在起草武装冲突时期环境保护的规则方面进行进一步合作，这些规则规定在军事手册中，并以附件的指导纲领为基础。

附件：

武装冲突时期保护环境的军事手册和指示指导纲领

一．序言

1. 本指导纲领源于现有国际法律义务和有关武装冲突对环境保护的影响的国家实践。汇编这些规则和实践是为了促进对武装冲突中所有国家环境的保护。
2. 对于确保武装冲突中保护环境的国际规则付诸实践来说，在国家层面制定国内立法和措施至关重要。
3. 如果本指导纲领的内容反映的是国际习惯法或对特定国家有约束力的条约法，它们应被纳入军事手册和关于战争法的指示。当本指导纲领反映的是国家的政策时，建议把该内容规定在这些文件中。

二．国际法的一般原则

4. 除了下面列明的具体规则外，适用于武装冲突时期的一般国际法原则也保护环境，比如区分原则和比例性原则，特别是，只能攻击军事目标，

不能使用会导致过分损害的作战方法或手段。必须按照国际法的要求在采取军事行动时采取预防措施。

《第一附加议定书》第 35 条、第 48 条、第 52 条和第 57 条。

5. 国际环境协定和有关的习惯法规则应当继续在武装冲突中适用，只要它们与关于武装冲突的法律不发生冲突。

对武装冲突的非缔约方（如邻国）有约束力的、以及与国家管辖范围以外的区域（如公海）有关的环境保护义务不受武装冲突的影响，只要这些义务与关于武装冲突的法律不发生冲突。

6. 应当鼓励存在非国际性武装冲突的国家适用那些在国际性武装冲突中保护环境的相同规则，因此，在不区分冲突性质的基础上，敦促国家在各自军事手册和有关战争法的指示中规定此类规则。
7. 国际协定没有规定时，环境问题依然受源自现有习惯、人道原则和公众良知的国际法原则的保护与规范。

《海牙第四公约》序言、《第一附加议定书》第 1 条第 2 款、《第二附加议定书》序言。

三．保护环境的专门规则

8. 无军事上之必要而对环境造成损害是违反国际人道法的。在某些情形下，此类损害应被视为对国际人道法的严重破坏而得到惩处。

《海牙第四公约》第 23 条第 6 款；《日内瓦第四公约》第 53 条和第 147 条；《第一附加议定书》第 35 条第 3 款和第 55 条。

9. 禁止破坏民用物体，除非此类破坏为军事上之必要这项一般原则也适用于对环境的保护。

《海牙第四公约》第 23 条第 6 款；《日内瓦第四公约》第 53 条；《第一附加议定书》第 52 条，《第二附加议定书》第 14 条。

特别是，国家应当按照国际法的要求，采取一切措施避免：

- (1) 使森林和其他植物覆盖区免受燃烧武器的攻击，除非这些自然因素被用来覆盖、隐蔽或伪装战斗人员或其他军事目标，或者它们自身就是军事目标。

《常规武器公约》第三议定书

- (2) 攻击平民居民生存所必不可少的目标，比如，粮食、农业区域或饮水设施，如果此类攻击是为了拒绝平民居民使用这些目标。

《第一附加议定书》第 54 条；《第二附加议定书》第 14 条。

- (3) 攻击诸如大坝、堤坝和核电站等含有危险力量的工程或设施，即使它们是军事目标，如果此类攻击会导致危险力量的释放、并导致平民居民的严重损害后果，而且此类工程或设施有权获得日内瓦公约《第一附加议定书》的特殊保护。

《第一附加议定书》第 56 条；《第二附加议定书》第 15 条。

- (4) 攻击构成人类文化或精神遗产的历史纪念物、艺术作品或宗教场所。

《保护世界文化和自然遗产公约》；《第一附加议定书》第 53 条；《第二附加议定书》第 16 条。

10. 禁止不分皂白地埋设地雷。所有预先设置的地雷都必须记录。禁止埋设任何未经记录的、遥布的和没有自失能装置的地雷。制定专门规则限制放置和使用水雷。

《第一附加议定书》第 51 条第 4 款和第 5 款；《常规武器公约》第二议定书第 3 条；《海牙第七公约》

11. 战争中必须对自然环境的保护和养护予以关注。禁止使用旨在或可以预见会导致广泛、长期和严重的环境损害、并因此损害人们健康或生存的作战方法或手段。

《第一附加议定书》第 35 条第 3 款和第 55 条

12. 禁止为军事或任何其他敌对目的使用具有广泛、持久或严重后果的改变环境的技术作为摧毁、破坏或伤害任何其他缔约国的手段。“改变环境的技术”一词是指通过蓄意操纵自然过程改变地球（包括其生物群、岩石圈、地水层和大气层）或外层空间的动态、组成或结构的技术。

《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 1 条和第 2 条

13. 作为报复对自然环境的攻击，受日内瓦公约《第一附加议定书》各缔约国禁止。

《第一附加议定书》第 55 条第 2 款

14. 敦促缔约各方和冲突各方彼此另订协定，对武装冲突情况下的自然环境另外加以保护。

《第一附加议定书》第 56 条第 6 款

15. 关于含有危险力量的物体，以及文化财产，应当依据可适用的国际法规则，用明显的记号标明和确认。敦促武装冲突的当事方标明和确认正在执行危险活动的工程与设施，以及对于人类和环境至关重要的场所。

比如，《第一附加议定书》第 56 条第 7 款和《保护世界文化和自然遗产公约》第 6 条

四．实施和传播

16. 各国应当尊重和确保对适用于武装冲突的国际规则下的义务的尊重，包括武装冲突情况下的环境保护规则。

《日内瓦第四公约》第 1 条；《第一附加议定书》第 1 条第 1 款

17. 缔约国应当尽可能广泛地在各自国家内传播这些规则，将其包括在军事教育计划和民事教育内。

《海牙第四公约》第 1 条；《日内瓦第四公约》第 144 条；《第一附加议定书》第 83 条；《第二附加议定书》第 19 条

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

《第一附加议定书》第 36 条

19. 在武装冲突情况下，鼓励冲突各当事方依据所涉各方之间的专门协定或在获得冲突一方的许可的情况下，便利和保护有助于防止和修复环境损害的中立组织。此类中立组织的工作应当考虑所涉各方的安全利益。

《日内瓦第四公约》第 63 条第 2 款；《第一附加议定书》第 61 条至第 67 条

20. 在破坏保护环境的国际人道法规则的情况下，应当采取措施制止此类违反行为，并防止进一步的破坏。军事指挥官应当防止，并于必要时制止这种行为并向主管当局报告此类违反行为。严重时，违反者应当被提交司法审判。

《日内瓦第四公约》第 146 条和第 147 条；《第一附加议定书》第 86 条和第 87 条

讨 论

1. (1) 传统上，国际人道法采取什么办法保护环境？
(2) 环境的每一个客观组成部分是否都是民用物体，并因此不受攻击，而不论是否存在关于环境的专门规则？为什么这不足以保护环境？
(3) 传统上，环境保护与平民居民和民用物体的保护相连，你认为这一方法是否已经改变？
2. 你是否认为各项海牙公约和日内瓦公约及其议定书关于环境的规定存在不足？

3. 环境或者环境的组成部分能否成为日内瓦公约《第一附加议定书》界定的军事目标？在什么条件下可以成为军事目标？环境或环境的组成部分能否受到攻击？（比较《第一附加议定书》第35条第3款，第52条第2款和第55条）
4. (1) 《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》的宗旨是什么？该公约第1条对国际人道法上的环境待遇增加了什么因素？
 - (2) 《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》是否包括对军事目标的攻击？日内瓦公约《第一附加议定书》关于环境保护的规定是否也包括对军事目标的攻击？
 - (3) 依据近年来的国家实践，你认为《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》是否必要？自从1977年《第一附加议定书》通过以来，环境是否被当作武器利用？如果不是，你的回答是否证实了该公约没有必要存在？
5. 既然第35条第3款关注环境问题，你是否认为《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1条是必要的？你是否认为适用《第一附加议定书》第35条第3款与《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1条的标准是相同的？你是否能区分这两个条款的适用问题？
6. 《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1条和《第一附加议定书》第35条第3款的用语，比如，损害（或者，影响）必须是“广泛、长期和/或严重”的，其意义是否相同？
7. 在什么程度上保护环境的条款能够因为军事必要而不用得到遵守？在这个问题上，《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1条和《第一附加议定书》的相关条款之间是否存在区别？
8. 你是否认为有关环境保护的条款已经成为或正在成为习惯国际法？它们怎样才能成为习惯国际法？仅通过武装冲突中的实践吗？或者也通过有关环境保护的一般国家实践？
9. 为什么对保护环境的规则进行编纂会有副作用？这种副作用是怎么产生的？
10. 红十字国际委员会是否有权研究发展国际人道法的环境保护规则的必要性？这是基于联合国大会决议还是仅基于《国际红十字和红新月运动章程》？

文件26 红十字国际委员会，战争受难者的保护

[资料来源：红十字国际委员会准备的《保护战争受难者的报告》，日内瓦，1993年6月，脚注省略。]

.....

2. 预防

无论再怎么预防，以及无论国际人道法得到多么切实的遵守，武装冲突造成苦难仍然难以言表。因此，关键的是，必须鼓励和集中所有的力量去消除产生武装冲突的根源，比如，贫穷、不平等、无知、种族主义、超大城市肆意增多、行政和社会结构的崩溃、贪污、全世界范围内的有组织犯罪、毒品交易和武器买卖。

鼓励遵守国际人道法是不够的。此类鼓励不能作为忽视根本问题的借口，这些根本问题不仅是冲突的根源，而且通常妨碍对法律的尊重。如何能真正让那些没受什么教育的年轻人理解国际人道法的根本原则并尊重人道主义工作？

现有的文件和保护战争受难者的国际会议都没有处理武装冲突根源问题的意图。然而，处理武装冲突根源和保护战争受难者的努力是相互补充的，强调这一点至关重要。

因此，下列规定的、在和平时期采取的措施，意在确保在武装冲突爆发的情况下，国际人道法能得到尊重。这些措施或许看上去不起眼，但它们源自这一确信——再好的宣言，如果没有附随长期持续的努力，是不会有没有任何效果。

2.1 促进国际人道法条约

.....

既然日内瓦公约获得了普遍承认，人们期望国际人道法的其他条约，尤其是1977年《第一附加议定书》，也会获得同样的承认。只有获得普遍承认，才能制定出适用于武装冲突情况下的、清楚无误的人道法规则。必须承认的是，1977年《第一附加议定书》规定的许多规则应被视为习惯国际法，但这些规则存在灰色区域。既然国际人道法适用于充斥了交战各方之间的紧张和不信任的武装冲突，如果其规则的适用存在不确定性，国际人道法会因此受到损害，所以，在军事训练过程中传授的国际人道法规则应当在每个场合得到传授，这对于确保国际人道法规则的安全感与可靠性是至关重要的。

应当要求那些尚未一项或多项国际人道法条约的国家考虑或重新考虑毫不迟延地参加这些条约的可能性。

.....

建议采取行动促进所有国际人道法条约（得到批准），所有缔约国应当积极支持此类行动。

最后，应当注意，依据1977年《第一附加议定书》第90条设立的国际实况调查委员会被赋予重要职责。由于承认该委员会的普遍职责需要作出表示接受的正式声明，因此，所有国家在批准或加入本议定书时或其后，都应当作出此类声明并致送条约的保管者，这非常重要。除非获得普遍承认，否则国际实况调查委员会不能发挥其积极作用。然而，目前只有34个缔约国作出了上述声明。……

2.2 通过和平时期的国内实施措施

日内瓦四公约获得普遍承认以及大量国家都是1977年《附加议定书》的缔约方的事实并不能确保这些条约的有效实施，因为缔约国在国内实施条约所通过的法律和采取的措施并不充分。

如果缔约国不采取必要的立法和实践措施，缔约国承担的某些至关重要的义务会形同虚设。缔约国采取此类措施，尤其能证明其实施承诺的真正意图。

对这一境况的关注促使国际社会鼓励红十字国际委员会在各种场合促进此类法律和措施的通过。相应地，红十字国际委员会继续先前的工作，致信1949年日内瓦四公约的缔约国要求其提供已经在国内层面采取的或计划采取的、确保有效实施国际人道法的各项措施的相关信息。这些书面请求有时候与国内红十字会或红新月会一起，就更有效地协助缔约国实施义务的机制提供意见。

依据目前的反馈——有约1/3的《日内瓦公约》的缔约国已经回复了这些书面询问——某些国际人道法极其重要，特别是对严重破坏国际人道法行为的惩治、保护红十字和红新月标志、以及传播国际人道法知识。缔约国在其他领域也采取了相应的措施，比如界定什么是受保护的人、保障人道待遇、保护医疗队和医务人员、武装部队内确保尊重国际人道法的纪律体系、培训武装部队的法律顾问。缔约国的回复也表明，尽管大多数国家欢迎在这一领域提供帮助，但它们不赞同可能意味着监督缔约国采取措施的更强制的体系。

红十字国际委员会将继续收集相关信息，以确认帮助缔约国履行义务的最适当手段。……

2.3 传播国际人道法知识

国际人道法知识的传播必须在平时时期开展，因为国际人道法一旦适用，就没有机会传播了，除非这些规则已经被那些负有遵守和确保遵守国际人道法的人所熟知。知识传播工作的重要性一开始就被现代国际人道法所确认。1949年各项日内瓦公约及其1977年附加议定书都相应地将其规定为一项义务。

而且，国际社会已经授权红十字国际委员会参与这一努力。红十字国际委员会执行这一任务尤其得到了各国红十字会和红新月会以及国际红十字联合会的支持。

在过去15年，传播国际人道法知识的活动毫无疑问得到了加强。……

在这方面，红十字国际委员会专门为传播国际人道法知识设立了组织机构，并且通过其各地区代表处网络和各国红十字会和红新月会以及国际红十字联合会的支持，提高了世界各地的国际人道法知识水平。红十字国际委员会已经组织了面向士兵、军官、政治和学术团体等各种观众的上千次研讨会、课程和展出，并且已经出版或者帮助出版了适用于不同文化背景的大量教学材料。已经有一份超过了上千本出版物的名录，其中许多出版物都被翻译成多国语言，并且红十字国际委员会注意使这些材料适用于不同层次的受教育对象：儿童阅读的材料不同于学术团体的材料，或者面向士兵的材料不同于面向高级军官的材料。

从1988年至1991年，国际红十字与红新月运动领导了一场保护战争受难者的世界性运动，这增加了全世界范围内的公众与政府的国际人道法知识。

然而，尽管许多国家已经意识到传播国际人道法知识的重要性，并开始作出必要安排，但结果还远不令人满意。

近年来一些武装冲突表明，武装部队成员或武装团体对国际人道法规则非常无知或漠视，这促使每一个缔约国考虑应当采取什么预防措施以避免此类过分为。保护战争受难者的国际会议应当作为认真、审议这一问题的机会。

这里挑选了三项主题供仔细讨论，即协调传播国际人道法知识的努力与其他类似性质的活动；培训武装部队；以及媒体的作用。

2.3.1 协调传播国际人道法知识的努力与防止冲突的其他教育活动

在平时时期开始传播国际人道法原则和基本规则的相关知识，并且在国家层面制定出传播这些知识的计划，这刻不容缓。专门针对年轻人的相关传播知识的活动将为大学和武装部队中规定专门课程铺平道路。

旨在预防武装冲突中过分伤害而采取的传播国际人道法知识的工作，应当与防止冲突本身的教育活动相匹配，这才符合逻辑。

在这种情况下，尤其要考虑传播《联合国宪章》所包含的原则和人权教育。有必要更加关注这些领域，重视年轻人，以及强调这些领域内的活动与传播国际人道法知识的活动相协调。在不同时提及国际社会拒绝以武装冲突作为解决分歧的手段时，我们怎么能讨论武装冲突的可能性？难道我们不应当指出更切实地尊重人权是避免武装冲突的最好办法？难道不应当作出专门的努力，解释人权和国际人道法是相互补充而不是相互冲突？

在预防的其他方面，国际红十字会和红新月运动通过更中立的方式发挥作用。

缔约国在这一领域的工作应当得到联合国教科文组织等政府间机构或其他非政府组织的帮助。……

2.3.2 对武装部队的培训

在向武装部队传授国际人道法规则的国家，这一主题通常是军事培训计划中的边缘项目。然而，除非国际人道法成为常规战斗训练必不可少的组成部分以及所有层次的指挥官培训计划中的关键组成部分，否则很难预期国际人道法会对战场上的武装部队成员的行为产生积极影响。在一些军事演习中，作为实验，在军事决策过程中对国际人道法进行了考虑，并取得了成功。

随着不同类型的武装冲突的迅速发展，武装部队日益参与维持或恢复法律与秩序的行动。考虑到传统战斗任务与在本国维持法律和秩序的任务存在根本区别，(武装部队发挥) 这些新职能尤其需要关注武装部队的培训。在某些情况下，也应当向警察提供此类培训。

红十字国际委员会最近组织了关于向武装部队传授国际人道法的专家会议，大部分与会人员都是各国的高级军官。会议得出结论认为，增进这一领域内国家、地区和国际层面的相关活动的协调，是至关重要的。尤其是，亚洲、非洲和拉丁美洲的区域经验表明，武装部队之间，更具体地说是负责传授国际人道法的人员之间，可以确立更大程度上的合作。……

2.3.3 媒体的作用

武装冲突中，媒体可以发挥至关重要的作用，因为媒体是与居民进行交流的主要工具。因此，它们的作用值得深入考虑。

可以预期媒体做什么能警醒政府和公众注意那些悲惨却容易忘却的情形？媒体能怎样帮助人道法知识在平时和战时的传播？就谴责战争中的过分损害而言，媒体的职责是什么？怎样避免基于政治目的操纵媒体，尤其是夸大对立团体之间的仇恨？媒体怎样能避免各种各样的恐怖情形？就上述各项问题而言，媒体独立什么时候开始，什么时候结束？

尽管在某种程度上，这些问题已经得到了探讨，但是有必要与媒体的高级管理人员和记者就这些问题作进一步详细的讨论。……

3. 面对不利，采取的行动

本报告已经指出，武装冲突的迅速增多以及从事武装冲突的过程正在威胁人道价值，因此要采取一切措施保护他们。……

这里应当尤其关注三个相互关联的问题：确保尊重国际人道法的行动；人道行动的协调，以及人道行动中的人员安全问题。

3.1 确保尊重国际人道法的行动

在近年来的许多武装冲突中，在适用国际人道法的过程中遇到的困难是如此大以至于国际人道法的基本原理都受到了质疑。

国际人道法据以确立的基本原则是，如果除了使用武力外没有任何其他办法解决彼此的争端，那么各当事方都同意，无论引发冲突的原因如何，在冲突期间，都遵守某些基本的人道原则。

这一方法对武装冲突中的所有受难者都有益，因此它符合武装冲突中的每一当事方的利益，并且不会使他们处于政治或军事上的不利地位，因为尊重国际人道法对冲突的军事结果并不会有重大影响。

要使这一体系发挥作用，必须满足诸多条件。本文件关于预防（武装冲突）的章节援引了其中的很多条件。

近年来的武装冲突产生的一个至关重要的问题是，当武装冲突的当事方不愿意尊重或者不能确保尊重国际人道法原则和规则时，国际社会如何应对？

保护战争受害者的国际会议为澄清这一问题提供了契机。

3.1.1 国际体系中是否还有国际人道法的位置？

从长期看，国际人道法似乎将不再保持其现有重要性。冷战的终结恢复了建立在国际法规定的公认价值的基础上、并以联合国为保障的和平世界的希望。

这本身有国际法院作为后盾，它关于国际争端的职权将得到每个国家的承认，而且还有能够执行法庭裁决的武装部队作为后盾。各国的国家武装部队将逐步减少到确保足够维持国内秩序的最低要求。

正如最初设想的以及上文简要描述的那样，《联合国宪章》确立的体系不再是一个关于武装冲突以及国际人道法的场所，或者是一个关于紧急人道援助必须中立和独立等原则的场所。这在国际法委员会的审议之初就非常明确。

而且，尽管冷战的氛围最初阻止了所有促使联合国体系正常运作的必要安排，但是，正如联合国秘书长最近表明的那样，现在，“实现联合国重大目标的时机重新来到。”

[脚注 20 的内容是：秘书长题为《和平的议程》的报告，文件号为 A/47/277 S/24111，1992 年 6 月 17 日。]

然而，不容忽视的是，上述目标仍远未实现：国际法院的强制性管辖权并没有获得所有国家的承认，国家仍掌握强大的武装部队，以及联合国并不具备，以及必要时恢复受武装冲突破坏的、以国际法为基础的国际秩序的相应资源。

不过，联合国至关重要的作用仍然是维持和平以及寻求解决冲突的办法。为结束冲突，必须采取类似政治承诺的措施。但是，此类承诺可能带来风险，即这方或那方，甚至是所有当事方可能都拒绝联合国的行动。

因此，国际人道法和人道紧急援助的中立与独立性在目前仍有意义。如果质疑国际人道法已确立的那些原则，那么就不可能解决在适用这些法律的过程中所面临的现实困难。

3.1.2 国家“确保尊重”国际人道法的义务

一旦出现了大规模违反国际人道法的情形，无论有什么困难，第一个反应应当是加大努力使国际人道法发挥作用。

基于这一目的，与冲突各方进行沟通，以获得各方尊重各自依据国际人道法承担的义务的承诺，这一点至关重要，而且找出解决诸如接触需要帮助的居民或毫无还手之力的囚犯等紧急问题的行之有效的解决办法，也是非常重要的。作为特定的独立而中立的中间人，红十字国际委员会的作用非常重要。也应当鼓励使用国际人道法为了确保本身的实施而规定的那些手段，尤其是指派保护国或依靠国际实况调查委员会。

然而，如果一贯存在严重破坏国际人道法的情形，此类必不可少的对话不再是处理问题的充分手段。交战各方应当就其行为向整个国际社会负责，因为《日内瓦公约》的缔约方“在任何情形下”都应“尊重和确保尊重”各项公约。

依据这一规定，当武装冲突的缔约方蓄意违反《日内瓦公约》的规定或不能确保对公约的尊重，《日内瓦公约》的所有缔约国都有义务采取单独或集体的行动以恢复对国际人道法的尊重。

最后，必须承认（现实中存在对）国际人道法的完全或部分不尊重，尽管存在确保国际人道法适用的各种努力。尽管这些确保尊重的措施当然必须继续采取，如果违反国际人道法的程度已经很大，这种持续违反将构成《联合国宪章》第39条意义上的对和平进一步威胁。

然后就由联合国安理会作出判断，并依据《联合国宪章》第41条或第42条建议或决定采取措施。

这些措施不同于日内瓦各项公约规定的措施，因为并不排除使用武力作为最后的手段，而且它们的目的在本质上并不是确保尊重国际人道法，而是处理威胁和平的情势。

3.1.3 确保尊重国际人道法所采取的行动

在《日内瓦公约》共同第1条和《第一附加议定书》第1条框架下，存在大量可能可供选择的措施。这些确保遵守国际人道法的可选择措施包括：秘密或公开、单独或集体的外交办法；鼓励使用国际人道法规定的实施手段，比如指派保护国或求助于国际实况调查委员会；进行斡旋。而且必须注意的是，这些行动所设置的限制是由一般国际法所规定的，国际人道法不可能规定一个没有卷入冲突的国家可以据此进行军事上的干涉，或在《联合国宪章》规定的框架以外采取强制措施。

《第一附加议定书》第89条规定，在严重违反本公约或本议定书的情形下，缔约各方有义务与联合国合作，采取共同或单方行动。然而，合作的手段目前还没有界定。

对于诸如红十字国际委员会这种组织的工作来说，采取的确保尊重国际人道法的措施具有直接影响。这些措施的目的甚至是促使或便利这些组织的工作。

相反地，在国际人道法上，联合国安理会依据《联合国宪章》第七章采取的措施和通过的建议不能被视为是中立的，即使有时候这些措施的最终目标是结束对国际人道法的违反。因此，并不排除使用武力。使用武力时，使用武力本身应受国际人道法相关规定的约束。

因此，诸如红十字国际委员会这样的人道组织不能参与此类措施的执行。保持自身的完全独立，并且作为冲突所有当事方之间的中间人展开行动，包括联合国授权或开展的相关行动，这对于红十字国际委员会至关重要。

因此，诸如红十字国际委员会这样独立的人道组织必须考虑联合国安理会通过相应措施后产生的新情势，并调查研究那些负责执行安理会相应措施的对象和冲突的各当事方在照顾伤员、探视和保护被拘留人员、为弱势人群运输和分发援助、发送家庭通信或者家庭团聚等事项上能发挥传统作用的方式。

至于因联合国安理会在维持或恢复和平的职能范围内的决议而产生的人道措施的实施，联合国附属机构或专门机构的作用、以及甚至联合国维和部队的作用问题都是联合国自己需要进一步考虑的。

总之，区分为便利国际人道法的适用而采取的行动（主要是基于冲突各当事方的同意）与维持或恢复和平而采取的行动（不排除强迫）是很重要的。应当分析近期的实践：除了某些行动不可否认的价值外，在维持和平或缔造和平行动中，强调纯粹出于人道主义目的的活动，有开创某种混淆的风险，这种混淆最终会被证实为有害于人道主义工作，并对恢复和平的目标有害。而且，必须指出的是，尽管已经多次在一些具体情形中提醒注意尊重国际人道法的义务，在此基础上所采取的行动并非构成习惯法的实践的确定性内容。

因此，为解决国际人道法适用过程中面临的问题，必须考虑一个适当的框架以举行经常性的、多边有组织的对话，并谨记红十字和红新月国际会议在这方面所能发挥的作用。

因此，有必要协商确定，缔约国实施确保尊重国际人道法义务的最适当的方法和框架，以及出现严重违反国际人道法情形时，与联合国进行合作的类型。还应当进一步考虑有组织的、定期多边探讨国际人道法实施中面临的特殊困难的最适当的框架。红十字国际委员会打算于1994年与来自各国政府和联合国的专家就这些问题展开对话。

3.2 人道行动的协调

为了更有效地满足武装冲突和自然灾害中的受难者日益增长的需要，联合国最近设立了协调机制。

经过几次会议磋商后，联合国大会于1991年12月19日以协商一致的方式通过了第46/182号决议，为改进人道主义援助的协调，规定了一系列措施，其中最重要的措施是：

- 任命一名直接对联合国秘书长负责的人道主义事务协调员；
- 创设一个在危机的初始阶段由专门机构负责的、循环而自动更新的基金；
- 为协调人道主义援助，创设一个常设性的机构间协商委员会。

机构间协调有助于避免在特定情形或领域，由于不同机构各自职权不同导致任务的分配方面出现重复行动或行动的空缺。由于采取联合行动克服这些重复行动或行动的空缺非常重要，因此当然应当继续、并且进一步改善机构间的协调。

然而，目前，必须承认，旨在分配任务的对话还不能使紧急行动依据规模和所需要的速度进行配置。长期以来，红十字国际委员会都是单独行动——尽管它获得了各国红十字会和红新月会以及红十字与红新月国际联合会的支持，以及一些非政府组织勇敢行动的支持——在大量行动中，其他机构的额外支持也很有必要。除了数量方面，此类援助应当进一步促使每个组织的专业能力尽可能发挥最大程度，以满足受害者的各种需求。

上面提及的第46/382号决议规定了早期预警体系。此外，预防灾害的项目计划，比如在国际红十字和红新月联合会的支持下，各国红十字会和红新月会的相应活动值得鼓励。

然而，受害者的需求如此大，以致于目前的基本问题是，在确认了这些需求后，国际社会不能应付这些需求。由于在面对针对居民实施的暴行时具有在现场及时提供援助的基本职责，因此与迟到的援助或必须接收成千上万的难民和无家可归者相比，这么做更经济有效。

除了任务的协调需求外，协调一致的方法对于改善紧急人道行动的效果和质量来说极其重要。紧急援助充分有效之前，长期低估了需要克服的政治的、后勤的和社会文化方面的困难。不尊重某些伦理原则而采取的人道行动不会有效果，或者导致的损害比带来的好处更大。而且，这会导致有关当局否定那些尊重伦理原则的人道组织，以及否定当局有义务在援助的目的地和援助行动的监督等方面要求进行的那些担保。

基于这一原因，保护战争受难者的国际会议应当鼓励国际红十字和红新月运动的工作，在与各种政府间组织磋商后，起草紧急援助中的各组织的行动守则，这很重要。

确保紧急状态向重建与发展阶段的顺利过渡，也至关重要，因为这能减少那些接受援助者的数目或者减少其依赖援助的程度，并且限制那些专门为紧急状态而设立的组织采取救济的存续期间。

3.3 从事人道行动之人员的安全

.....

当今，人道行动存在危险，人道组织面临糟糕的困境，即人道组织的代表在多大程度上在为妇女、儿童、被拘留者、甚至有时候是全体居民提供食物、药品

或其他的生存必需品、为他们提供保护措施、以及给予他们宽慰和支持时会遇到危险。

危险经常存在，每一次事故都必须进行分析和评估。这是否是一次事故？它是否因为普遍的不安全氛围所导致？这是否是武装部队或武装团体导致的？这是否是因为士兵违反命令所致？这是否反映了当局想要阻碍人道行动的不可告人的期望？

所要采取的措施依赖于对这些问题的回答，有时候问题比那些工作于这一领域的人所期望的还要严重。

面对这一问题，人道组织必须严格而精明地为其行动设置限制，因为一旦超越了它们所不能或不应当行动的范围，就会存在各种程度的风险。

在最近的一些情形中，与此相关的是武装护卫的特殊问题。使用武装护卫明显令人遗憾，因为依据国际人道法，红十字或红新月标识已经为那些需要帮助的人提供了充分的保护。

然而，国际人道法本身并不排除武装医务人员，以抵抗盗贼。尽管武装护卫的存在令人遗憾，而且这导致了许多问题，但是，武装护卫并不是一个可以立即排除的保护手段。

独立的人道组织使用武装护卫的一个绝对必要的条件是：获得武装冲突相关当事方的同意，或者，在国家机构如此混乱以致于难以确认有关当局的情形下，使用武装护卫没有受到正式反对。在人道行动所涉领土上、在获得冲突当事方同意的情况下使用武装护卫保护自己免受盗贼的袭击是一回事，而通过武力强制要求武装冲突中拒绝同意护卫的一方同意人道护卫则是另外一回事。

很明显，人道组织除了劝说之外，没有任何其他的武器，因此，人道组织自身并不能强迫要求护卫。

正如上文所强调的，像红十字国际委员会这样的组织不能参与针对冲突当事方的强制行动，即使轻微参与也不行，因为这些行动即使是基于人道主义目的，也毕竟具有军事性质。被要求作为武装冲突的中立调解人的组织，必须保有向所有受难者，包括此类行动中的潜在受难者，提供保护和援助的可能。

最后，必须关注人道规则的知识传播问题，这显然与人道行动的安全有关。

已经指出，和平时期就应当准备对国际人道法知识进行详细讲授，但是在很多武装冲突情形下，此类事先教育都没有进行，或者没有充分进行。拯救战争受难者的需要是如此急迫，因此必须采取各种不同的手段，例如呼吁媒体每天

报道人道工作是如何开展的、其目的和进展如何，而且，依靠无论何种政治或军事组织的支持仍然是需要的。

在这样的非常时期，为开展人道行动，确保人道行动的性质和宗旨明确易懂是绝对必要的。依据近期实践，尤其应当注意在非常时期获取此类信息的手段。

4. 惩治和赔偿

1949年《日内瓦公约》的各缔约国有义务禁止所有违反这些公约规定的行为，并有义务采取行动禁止任何严重破坏行为。许多严重破坏行为在《日内瓦公约》中已经列明，更多的行为规定在1977年《第一附加议定书》。所有严重破坏公约的行为都被视为战争罪。

和平时期就应规定惩治破坏国际人道法规则的行为，这样才有劝诫效果，也是重要的预防措施。

然而，在出现大规模违反国际人道法的情形时，惩治违反国际人道法的行为也可以视为一种紧急措施。

本报告的这一部分首先讨论国际实况调查委员会的作用。尽管该委员会不是法庭，其宗旨是便利对武装冲突中实施的破坏国际人道法的行为的惩治。

本报告接着审查国家层面和国际层面上的必要的刑罚措施。

4.1 国际实况调查委员会

为了实施国际人道法，1977年《第一附加议定书》引入了一种重要的补充机制。该议定书第90条规定：如果不少于20个缔约国同意接受其职权，国际实况调查委员会（简称调查委员会）将成立。1991年6月25日，当时20个缔约国选举出了15名委员会成员时，调查委员会就成为了现实。

调查委员会是一个常设机构，其职权是调查对被控为从事严重破坏或违反1949年各项日内瓦公约或1977年《第一附加议定书》规定的行为，只要指控违反的当事方和被指控的当事方都接受调查委员会的职权。在1992年3月12日至13日的第一次会议上，国际实况调查委员会表示，在所涉冲突的所有当事方同意的条件下，愿意调查其他违反国际人道法的行为，包括非国际性武装冲突中的那些违反行为。

声称接受调查委员会职权的任何缔约国，在被指控方作出同样声明的情况下，在没有就相关破坏国际人道法的行为与被指控方存在专门协定的情况下，有权向调查委员会提交指控。没有声明接受调查委员会职权的任何缔约国有权在与

所涉其他当事方签订专门协定的基础上，向调查委员会提交指控。调查委员会就调查结果作成报告，如有必要，向所涉当事方的提交相关建议。调查委员会不得公布其报告，除非经特定冲突的所有缔约方请求。

作为一个常设的完全独立的机构，调查委员会代表的是促进尊重国际人道法的一种全新的重要机制。武装冲突中的实况调查是防止不必要的争端与暴力的手段。调查委员会也为交战各方提供了表明其遵守国际人道法意愿的契机。

如果调查委员会能发挥其职能并从其经历中吸取经验教训，这一机制本身就能证明其效果。基于这一原因，正如上文所述，尚未接受调查委员会职权的缔约国应当尽早接受其职权，这非常重要。

除了重要的这一步，该机制使缔约国利用国际实况调查委员会，以尽早调查所有破坏国际人道法的行为，包括非国际性武装冲突中的那些行为。通过这种方式，缔约国能表明其对国际人道法的重要机制的承诺，以及各缔约国查清被指控的破坏行为的意图。

应当指出的是，调查委员会的作用不是通过对相关缔约国的裁判，而是协助他们改善对该法律的适用。

4.2 刑事制裁

国际人道法的一个重要组成部分是对破坏规则的行为的惩治，因为制裁是每个有序的法律体系的应有部分，而且制裁的威胁具有威慑作用。

4.2.1 国内措施

冲突一方声称的战争罪通常涉及敌方士兵的行为。因此，惩治破坏国际人道法并且采取措施惩治严重破坏行为的义务，需要各缔约国大力防范其武装部队成员违反国际人道法的行为，指出这一点很重要。正如前面所述，这意味着要在国家层面采取必要措施，特别是在刑法典规定这些违反行为。

许多国家的法官不能直接依据国际条约作出判决，因此，国际人道法的相关规定应当被规定进国内立法。此外，由于《日内瓦公约》和《第一附加议定书》都没有规定对各种破坏行为应当适用何种刑罚，因此在国内刑法体系中引进对破坏国际人道法行为的刑罚的规定是非常必要的。

此外，武装冲突中对破坏国际人道法行为的有效惩治必须在对敌对行为规定严格纪律和确定所有军事编制的背景下进行。如果士兵成为匪徒，那是指挥官的失职。

保护战争受难者的国际会议就需要强调军事指挥官有告知下属其在国际人道法下的义务的责任，采取一切措施避免破坏国际人道法规则，以及必要时向有关当局惩治或报告破坏国际人道法的行为。

4.2.2 国际措施

.....

4.3 损害的赔偿

1977年《第一附加议定书》规定有一条题为“责任”的简短条款（第91条）。它规定，违反1949年日内瓦四公约或1977年《第一附加议定书》规定的冲突一方，按情况所需，应负补偿的责任。该方应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责。

该条确认了一项当今已经被接受为习惯法的组成部分的规则，这项规则以相同的术语被规定在1907年《海牙第四公约》第3条。此外，四个《日内瓦公约》的一项共同条款强调，任何缔约国不得自行推卸，或允许任何其他缔约国推卸，其本身或其他缔约国所负之关于破坏公约行为之责任。这一条款首先规定的是刑事责任，但也意味着，不论武装冲突的结果如何，任何决定或协议都不能免除缔约国对破坏国际人道法行为的被害人导致的损害进行赔偿或对那些损害予以补偿的责任。

这一责任首先适用于缔约国之间的关系，并且在重申和发展那些调整敌对行为的规则的过程中获得了新的用武之地。不分皂白地埋设地雷的缔约国，或者对环境造成其他非法损害的缔约国有义务进行赔偿（尤其是通过清除地雷装置）或予以补偿。

由于下列原因，关于对个人的损害赔偿和进行补偿的相关问题显得更加复杂：

- 赔偿或补偿只能通过国家进行；这通常导致赔偿过程和结果具有不确定性；
- 尽管法律上能明确区分那些因违反从事战争行为的权利的法律（“诉诸战争权”）而导致的损害与那些破坏国际人道法（“战时法”）而导致的损害，但实际上仍然会产生相关混淆，从而弱化赔偿责任。
- 国际人道法规定的国际赔偿义务并不适用于非国际性武装冲突。然而，在这些非国际性武装冲突导致的国内局势中，那些应当使受害者获得应有补偿或赔偿的国内法律机制通常不能充分发挥作用。

实践中，当然有一些破坏国际人道法行为的受害者已经获得赔偿的例子。

然而，大部分受害者并没有得到应有的赔偿。一个令人震惊的例子就是，无数儿童因为地雷爆炸而残疾，他们甚至连安装假肢这样数目不多的赔偿也得不到。

与此相关的、尤其令人有其感兴趣的是，人权委员会下面的小组委员会已经就那些对人权和基本自由的严重违反行为的受害人要求恢复原状、赔偿和重新适应的权利问题展开的研究。

保护战争受难者的国际会议应当明确表明，它希望设立一个程序，为违反国际人道法的行为的受害人提供损害赔偿和补偿，以使这些受害人能获得应有的利益。

文件27 红十字国际委员会，援助政策

[资料来源：《红十字国际委员会援助政策》（2004年4月29日红十字国际委员会大会通过）公开版，
《红十字国际评论》，2004年，第86卷，第855期，第677页，可访问<http://www.icrc.org>]

红十字国际委员会援助政策

(红十字国际委员会大会2004年4月29日通过)

公开版

一、概述

近几十年来，红十字国际委员会的援助活动已趋于多样化，其援助项目也有所拓展。这一发展源自多种因素，而正是这些因素使得人道援助的概念远远超出了单纯应急行动的范畴。

应急行动本身也日益复杂，试图变得更加“聪明”，以求取得最佳效果，同时将人道援助可能带来的负面影响降至最低。在许多情况下，冲突旷日持久，迫使援助工作期限变长，以满足那些十分迫切、反复出现乃至长期存在的需求。因此，必须对人道工作加以调整，并且通常需要在应急项目和重建项目之间建立联系，以促进扶持或动员活动，刺激调整机制，并说服有关当局承担其责任。

红十字国际委员会还面临着开展人道工作的组织数量激增，专业领域、能力和工作方法不一而足的问题；这种情况造成了既互为补充又相互竞争的状况。根

据《塞维利亚协议》[参见文件30,《塞维利亚协议》,第769页],红十字国际委员会作为国际红十字与红新月运动在武装冲突中的“主导机构”,指导其他组成部分开展往往与援助项目有关的活动。与此同时,在某些局势中不安全因素日益增多,甚至发展到拒绝人道援助的地步,从而迫使红十字国际委员会不得不调整其方法和策略。[……]

红十字国际委员会有能力在急性危机中采取迅速有效的行动,努力防止发生人道灾难。与此同时,它必须继续满足慢性危机乃至危机后局势中的某些基本需求。

这一方法主要运用于红十字国际委员会在卫生、水与居住环境以及经济安全等领域所开展的项目。[……]

作为一种以行动为导向的实用工具,本政策的目标有三:

- 位与援助有关的决策制定提供指导,以确保采取专业、连贯和综合的方法,满足受武装冲突及其他暴力局势影响的个人和群体的基本需求;
- 澄清并确认援助工作及援助部在红十字国际委员会内部的地位,从而帮助塑造该组织的鲜明特征;
- 为制定适用于不同援助领域的各类专题指南提供了参考框架。

二、红十字国际委员会的行动

根据《国际红十字与红新月运动章程》[参见文件20,《国际红十字与红新月运动章程》,第670页]第5条第2款的规定,红十字国际委员会的行动涉及国际性武装冲突、非国际性武装冲突和内部动乱。除此之外,根据《章程》第5条第3款,它还可以在其他局势中提供援助。在这些情况下,红十字国际委员会的任务是向平民和军人受害者提供保护和援助。

红十字国际委员会首先会在那些其工作对于受影响人群而言具有附加值的情况中采取行动,具体而言包括如下情形:

- 它作为中立、独立的组织和中介,为接触需要帮助者及有关当局提供便利;
- 根据法律(无论是国际人道法、人权法还是难民法)的条文和精神,它集援助和保护于一体的综合方法可以促进尊重个人权利;
- 它在特定局势中开展工作及其对该局势的了解赋予其独特的合法性;
- 它可以运用所需技能以提供必要援助。

红十字国际委员会的策略是基于五种行动模式的结合：劝说、动员、谴责、支持和替代/直接提供服务。当其试图制止或防止违反国际人道法的行为，让当局意识到自己的职责，并敦促它们满足受影响群体的基本需求时，劝说和动员是优先考虑的行动模式。这也适用于保持受影响群体尊严的情形。谴责只是作为例外情形中的保留手段。当需要帮助提供必要服务或者代替无法提供服务的当局承担职责时，支持和替代/直接提供服务则是首选行动模式。[……]

必须始终将援助视为红十字国际委员会总体策略的一部分。这就必然要求在所有项目和各决策层之间保持密切合作。

三、指导原则

(一) 考虑受影响群体及其需求

红十字国际委员会努力与受影响群体密切合作。该组织必须考虑到当地价值体系，以及该群体的特殊脆弱性和对其需求的认知。

(二) 优质高效的人道援助

红十字国际委员会的项目必须依据专业最高标准进行规划、实施和监督。[……]

(三) 道德规范

在提供援助时，红十字国际委员会必须尊重某些道德规范，即应适用的运动原则、不损害原则以及相关行为准则中规定的原则。[……]

(四) 运动内部的职责

作为运动的组成部分，红十字国际委员会必须按照现行《塞维利亚协议》和《运动章程》履行其职责。在武装冲突或国内骚乱期间以及刚结束时，红十字国际委员会担负着双重职责：它作为一个人道组织，有责任开展源自其人道组织使命的具体活动；并有责任协调参与或希望参与行动的任何运动组成部分所采取的国际行动。[……]

四、策略

(一) 全面分析局势与需求

红十字国际委员会对其所介入的每种局势进行全面分析（安全、经济、政治、社会、环境和文化），以便明确受影响群体在资源和服务方面遇到的问题

需求，以及他们与介入的其他行动者之间的关系。特别是，它要尽量确定是否存在违反国际人道法的行为，如果有的话，是否是故意为之。[……]

(二) 综合方法

红十字国际委员会的援助工作方式灵活、范围广泛，目标在于满足受影响群体的基本需求。援助的综合方法建立在全面卫生概念的基础之上，包括供应和获取洁净饮用水、食物、住所以及基本卫生保健和卫生服务。[……]

(三) 结合不同行动模式

红十字国际委员会采用劝说、动员和（在必要时）谴责的方式促使当局履行其为受影响群体提供基本服务的义务。当红十字国际委员会认为其努力不会致使当局做出令人满意的及时回应，而问题又很严重的时候，它会同时予以适当的支持和（或）替代/直接提供服务。[……]

1. 劝说

红十字国际委员会工作人员的基本职责是：在其各自权限范围内确定有关当局在多大程度上未能履行其提供基本服务的义务（因为它们不愿且/或无力这样做），以及由此造成的紧急情况的规模程度。[……]

2. 支持当地机构/伙伴

红十字国际委员会为当地机构和伙伴提供支持，只要它认为后者是确保受影响群体获得基本物资和服务的可行手段。[……]

3. 替代/直接提供服务

替代当局向受影响者直接提供服务的决定取决于所要满足之需求的紧急和严重程度。[……]

4. 动员

红十字国际委员会可以动员第三方来劝说当局承担责任以及在劝说未果时直接（自己）或间接（通过支持他人）援助受影响者。[……]

5. 谴责

作为例外情形，对于反复出现的严重违反国际人道法的行为，红十字国际委员会可以根据其政策指南，采取措施谴责负有责任的主体。

(四) 协调

在不危及其独立、中立和安全的限度内，红十字国际委员会促进协调其自身与其他行动者的活动，以确保那些向需要帮助者提供人道援助的各类活动能够得以互补。[……]

(五) 分担任务和职责

红十字国际委员会会考虑同其他人道组织正式或非正式地分担任务和职责，但以不影响其独立、中立、安全、进入受冲突影响地区以及开展保护活动的能力为限。[……]

(六) 伙伴关系

红十字国际委员会确立并维持同当地及国际合作伙伴的关系。只有在合作伙伴的工作方法和政策同自己的目标、策略和原则一致，[……]红十字国际委员会才会与其合作开展活动。运动其他组成部分是红十字国际委员会的首选但非唯一合作伙伴。

(七) 调整和创新

如果上述策略不能为特定问题提供适当解决方案，那么红十字国际委员会将考虑制定其他策略，将地区、国内和国际环境等多种可变因素（尤其是安全因素）考虑在内。

五、援助领域的行动

没有得到满足的基本需求是红十字国际委员会援助工作的驱动力。任何行动的决策过程都基于两级分析：

(一) 第一级：红十字国际委员会确定需要优先援助的群体

为此目的，它遵循以下标准：

1. 受影响者的类别

- 受到国际人道法特别保护的人（如战俘、被剥夺自由者、伤病员、平民及遇船难者）；
- 由于国籍、宗教、种族、生理性别、社会性别[……]

2. 问题的严重性[……]

3. 行动的预期影响[……]

(二) 第二级：红十字国际委员会针对每个已确定的群体，决定采取行动的模式。

1. 纳入红十字国际委员会整体行动[……]

2. 援助活动的连贯性

援助活动以公共卫生金字塔为导向，需要在水与居住环境、经济安全以及卫生服务等领域采取综合方法，其结果是一系列界定清晰的活动。[……]

3. 开展核心活动的能力

红十字国际委员会根据其经验，在人道机构为应对受影响群体需求而开展的范围广泛的活动中确定了一系列核心活动。活动的优先级别和实施依具体情况而定，主要包括：

- 饮水的供应、储存和输送；
- 环境卫生和废弃物管理；
- 医院、水处理厂、输水网络等关键设施的能量供应，以及用于做饭和取暖的适当技术；
- 临时安置点（规划空间、设计和建立营地、修建适当住处）；
- 分配口粮；
- 分配必要家居用品；
- 分配种子、农具、肥料和渔具；
- 恢复农耕和灌溉；
- 畜牧管理；
- 复苏小买卖和手工艺品制作；
- 源自初级卫生保健的最基础活动；
- 对性暴力受害者的支持；
- 院前急救和伤员医疗后送；
- 医院急救（外科、产科、儿科、内科）和医院管理；
- 医疗设施和其他建筑的修理/更新；
- 治疗性喂养；
- 物理康复项目
- 被拘留者的健康。[……]

4. 伙伴关系

红十字国际委员会在不影响自身独立或中立的前提下同一个或多个其他行动者，尤其是同运动的其他组成部分，合作开展活动。[……]

5. 活动的多样化

当上述核心活动不能最好地满足已知需求，或者不可能建立伙伴关系时，可以考虑将活动多样化。[……]

6. 其他需要考虑的因素

在下列情况下可以考虑采取行动：

- 援助活动可以成为保护工作的起点；
 - 援助活动有助于红十字国际委员会确立地位并提高其受欢迎度。
- [……]

7. 行动的可行性[……]

(三) 实施

红十字国际委员会根据局势调整其应对方式。

在急性危机中，红十字国际委员会设法保持快速应对行动能力。这有助于强化其作为同受影响群体密切合作的组织的身份，能够有效应对紧急情况，与此同时还考虑到了安全方面的制约因素。

在危机前局势中，红十字国际委员会通过支持现有体系或动员其他机构，尽量采取行动防止可能发生的人道灾难。

在慢性危机中，红十字国际委员会专注于为所遇到的问题找到可持续的解决方案。它尤其注意探讨将其项目移交给相关当局——通过提高它们的服务能力——或其他组织的可能性。在其仍有后续职责时，红十字国际委员会将继续开展活动。

在危机后局势中，红十字国际委员会承担其后续职责。

1. 水与居住环境

水与居住环境项目旨在确保获得洁净水（饮用及家用）和安全居住环境。最终目标是帮助降低死亡率和发病率，以及供水系统中断或住所受损所造成的苦难。无论是在冲突中还是冲突后，水和住所的获得都成问题。[……]

2. 经济安全

经济安全项目的主要目的是使受影响的家庭保持或恢复满足自身基本需求的能力。[……]

3. 卫生

红十字国际委员会的卫生促进活动旨在确保受影响群体能够享受达到普遍公认标准的基本防治服务。为此，该组织对当地或地区卫生机构提供援助，有时还必须暂时予以取代。[……]

六、行动指令

(一) 让受影响群体参与项目规划和管理

必须尽可能让受影响群体参与以下活动：明确其自身的需求，以及为满足这些需求设计和实施项目。对于有能力承担援助活动或在红十字国际委员会的工作中发挥积极作用的当地机构，红十字国际委员会则采取措施，加强其能力建设。

(二) 评估局势——综合需求与背景分析

对援助需求的评估必须基于尽可能广的信息网络，并且必须包括范围宽泛的问题及行动领域。不仅要包括与援助有关的活动领域，还要包括同所涉群体保护及安全相关的领域。必须考虑到各种可能的情况（例如“如果不提供援助很可能会发生什么”）。[……]

(五) 进入与退出策略

在初始计划中必须规定进入与退出策略，而且退出策略必须同其他相关行动者一起制定。这将从一开始就促进社区对项目的参与和支持，并有可能及时确定未来退出过程中的潜在合作伙伴。退出策略必须透明、灵活。[……]

(六) 监督

从一开始就要建立一个情况监督和执行监督制度[……]

案例28 水与武装冲突**案 例****一. 对水的渴求**

[资料来源：泽马里·阿默尔 (ZEMMALI Ameur)：《对水的渴求》，载《战争和水的论坛》，红十字国际委员会，日内瓦，1998年，第31—35页。]

在现代武装冲突中，即使国际法关于普遍禁止使用毒物的规定得到遵守，作为针对相关水设备和工程采取的军事行动的直接后果，水仍然可能被污染。事实上，有时破坏或使水生产系统部分无效足以使整个系统瘫痪。如果恢复工作因为对立持续存在或者诸如缺乏备用部件、缺乏保持和清洁的方法等其他原因而停顿，就容易导致相当大的水污染、缺水或者引发传染的风险。……

占领国可能……征用土地，由此吞并泉水和井水；可能全部或部分禁止被占领土上的居民灌溉土地，禁止他们利用水资源和水渠种植农作物或经营和发展他们的产业；可能防止被占领土上的居民从地表或地下或蓄水层汲水，而且可能对水泵设置配额限制。……

这些是将被占领土上的居民赶出被占领土的众多方法。当然，这些行动不仅影响所涉人口，而且影响庄稼和牲畜。……

当今世界上的大多数武装冲突都是内战。在内战中，交战各方对水的利用构成了对相关居民的严重威胁。近年来开始流行的“环境或生态难民”一词是指因武装冲突而流离失所的人，这一用语是利用水作为交战手段的导致严重损害的同义词。仅以国内武装冲突中的对立为例，破坏饮用水源或安全水的供应或使之不可用，会立即剥夺当地居民的基本必需品；对于处在“敌对状态”的居民或生活在土地贫瘠地区的人们而言，人们很容易预见这会有什么结果。

在战场上，干渴会削弱部队的士气，而缺乏安全的水供应则会迫使人们背井离乡，并使农作物枯萎、牲畜死亡。攻击水就是对整个生活方式的攻击。……

战争对获取水的影响

……当全副武装的士兵阻止农民获得人与牲畜的饮用水和灌溉用水，农民能怎么办？当抽水设备、水装置、水供应和灌溉工程或者供应与灌溉渠道已经被埋设了地雷，那会怎样？……

人道主义援助具有中立性，对平民的虐待不能影响到人道主义救济人员。恢复和重建水装置、设施和工程需要进行复杂的行动，包括必要的技术专家、设备和人力，针对这些组成部分的任何敌对行动都将阻碍其他组成部分，导致几乎或完全不可能获得水，因此提高了平民居民的风险，尽管依据国际法他们有权获得保护。

法律如何规定

尽管适用于武装冲突的国际人道法没有关于保护水的专门规定，但是它确实有大量与保护水有关的规则。首先，应当记住的是，国际法的这一分支主要致力于保护在敌方或敌方权力下的个人，以及如果没有最基本的健康与卫生保障——换句话说，没有水，这种在任何以及所有情况下都是生命要素之一的因素——难以想象人道援助还可以存在的。

人道法也旨在保护民用物体，包括平民居民生存必不可少的那些物体。联合国大会1997年通过的《关于国际水道非航行使用法公约》[可查阅<http://www.un.org>]第29条规定：

“国际水道和有关的设施装置及其他工程，应享有适用于国际性及非国际性武装冲突的国际法原则和规则所给予的保护，并且不得用于违反这些原则和规则。”

依据适用于武装冲突的法律，一般保护已经扩大超出了国际水道的范围，而且规定在这些法律中的下列四项禁止值得关注：

- 禁止使用毒物或有毒武器；
- 禁止破坏、征收或征用敌人财产；
- 禁止破坏平民居民生存所必不可少的物体；
- 禁止攻击包含危险力量的工程或装置。

这四项禁止应当增加环境保护条款，它们被明确规定在与国际性武装冲突有关的文件，而且后两项也被规定在适用于非国际性武装冲突的法律。无论武装冲突的性质如何，饥饿作为一种战争手段都被明确禁止，而且作为平民居民生存所必不可少的物体，这一概念包括了饮用水装置和饮用水供应以及灌溉工程。人们生存不可或缺的这些物体仅当它们只被武装部队使用或者对军事行动提供直接支持时，其享有的豁免才被放弃。即使是这样，作出行动的敌方也必须限制其行动，以减少平民居民挨饿或被剥夺基本的水。

关于包含危险力量的工程或装置，国际人道法明确提及大坝、堤坝和核电站。即使它们是军事目标，当采取行动攻击会释放危险力量并造成平民居民严重

损失的结果时，禁止对这些目标进行攻击。相同的禁止也拓展至在这些包含危险力量的设施、装置内或附近的其他军事目标。仅在这些工程、装置或设备经常被用来为军事行动提供直接而重大的支持，而且攻击是终结此类支持的唯一可行办法时，免受攻击的豁免才被放弃。

因此，为了对平民居民和民用物体提供最好的保护，国际人道法规定了包括远离军事目标和保护其免受军事行动的危险等预防措施。禁止报复平民居民，这规定明确适用于对平民居民生存所不可或缺的物体以及包含了危险力量的工程或装置。

违反此类禁止性规定会产生相应制裁。下列“严重破坏”被视为国际人道法上构成战争罪的行为：无军事上之必要，广泛破坏和剥夺财产；非法、肆意、不分皂白地攻击平民和民用物体；以及攻击含有危险力量的工程或装置。此外，国际刑法已经扩大了战争罪的行为名录，并将其适用于非国际性武装冲突。根据1998年7月17日通过的《国际刑事法院罗马规约》的规定，发生于国际性武装冲突的战争罪行为……包括对自然环境造成广泛持续和严重损害的攻击；使用毒物或有毒武器进行的攻击；通过剥夺平民生存所不可或缺的物体，包括故意阻止依据《日内瓦公约》对平民提供的救济供应，使平民陷入饥饿作为作战手段。……

二、关于水资源的柏林规则

[资料来源：《柏林规则和水资源》，由2004年8月16日至21日在德国柏林召开的国际法协会第71届会议第2/2004号决议通过，可访问http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm]

……

第十章 在战争或武装冲突期间对水资源和水装置的保护

第50条 使水资源不适合利用

战斗员不得投毒或使对于平民居民生存和健康不可或缺的水不适合人类使用。

评论：禁止对饮用水投毒是一项习惯国际法规则。1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》附件第23条第1款对此有明确规定。平民在任何情况下都有权获得充分的水供应。因此，无论动机如何，禁止任何将导致拒绝平民居民获得必要水供应的行动。这一规则已经被扩展至保护人类的所有基本需求，相关规则体现的一个概念意味着水资源是确保人类健康和生存所必需的。……这项原则也可以在《第一附加议定书》第54条中找到。……

第51条 以水资源或水装置为目标

1. 战斗员不得为军事目的或作为报复，破坏或转移水资源，或破坏水装置，如果此类行动会对平民造成不相称的损害。

2. 在任何情况下，战斗员都不得攻击、破坏、迁移对平民居民健康和生存不可或缺的水资源和水装置，或使之不可用，如果此类行动会使平民居民水资源匮乏而造成平民居民死亡或被迫迁移。
3. 鉴于武装冲突任何一方有保卫国家领土免遭入侵的重大责任，如果为迫切的军事必要所要求，冲突一方得在其所控制的本国领土内，可以减损本条第1款和第2款的禁止规定。
4. 在任何情况下，水资源和水装置均享有适用于战争或武装冲突的国际法原则和规则所赋予的保护，不得被用来违反那些原则和规则。

评论：第1款为破坏或转移水资源和水装置规定了比例性限制。《第一附加议定书》没有就水资源保护的比例性作出专门规定。本条第1款的规则反映了武装冲突中比例性这一普遍规则。没有任何规则仅因为相关行动会对平民造成潜在的附带损害，而绝对禁止本来属于合法的战争手段。比如，修筑堤坝或转移河水以使部队转移的做法并不能因为会对平民造成潜在损害而当然非法。禁止的标准必须是给平民造成的损害与行动所获取的军事利益不相称。……第2款源自《第一附加议定书》的相关规定，主要是第54条。第52条规定了战争或武装冲突中对生态完整的保护。

约拉姆·丁斯坦 (Yoram Dinstein) 认为，第52条是“没有合法理由的，而且是乌托邦式的空想”，因为“围攻作为一种作战方法并没有受到传统国际法的质疑”，而且“如果在围攻城市时不能破坏平民生存必需的食品，那还算是‘围攻’吗？”（脚注22，参见约拉姆·丁斯坦：《战争中的围攻与平民挨饿》，载于阿斯特里德·德里森 (Astrid Delissen) 和吉拉德·塔尼亚 (Gerard Tania) 主编：《为纪念弗里茨·卡尔斯霍芬 (Frits Kalshoven) 的文集——武装冲突的国际人道法：前进中的挑战》，1991年出版，第145—146页。）红十字国际委员会对《第一附加议定书》的正式评论承认：“禁止以导致平民挨饿作为作战方法这项一般原则的表述是法律的一种创新和发展。”美国国务院的主张是：《第一附加议定书》关于“使平民挨饿不应作为一种作战手段”的规定属于那些“应当被遵守、并被正式确认为习惯法的规定，即使它们目前还没有获得习惯法的地位。”美国海军的军事手册也确认，这是习惯法规则。尽管国际人道法没有要求各国应当对水资源和水装置作出明显标记，但是建议各国作出明显标记以便将它们的损害风险降到最低。参见《第一附加议定书》附件一。

第3款确认了国家自卫行为是国家破坏水装置的例外。参见《第一附加议定书》第54条第5款。即便如此，各国仅在迫切的军事必要的情形下减损其不损害水装置的义务。国际法也不禁止拒绝向敌方部队提供水。美国战地手册指出：事实上，国际法并不禁止“采取干涸泉水和水井、使河流和沟渠改道的措施”。这里所指的“泉水和水井”，仅指军事用途的那些，而不包括使平民生存所必需的那些水和井。……第4款仅强调水和水装置应当受战争和武装冲突法的保护。

第52条 生态目标

战斗员不得为军事目的或为报复的目的，破坏或转移水资源，或破坏水装置，如果此类行动会对居民的健康和生存造成广泛、长期和严重的生态损害，或者此类行动会根本损害水资源的生态完整。

评论：《第一附加议定书》包含两项与生态损害有关的规定，即第35条和第55条，强调居民的健康和生存与水资源具有很大相关性。除了“照顾”一次不适当，因为适用了一种弱而模糊的标准，此处条文参考了《第一附加议定书》第55条。可以说《第一附加议定书》关于生

态损害的规定和本条都还不是习惯国际法。与这些规则对生态关注的强调相同，本条将保护延伸至水资源的生态完整性。海湾战争后出现了许多关于伊拉克的行动损害了科威特和海湾地区生态完整性、违反了战争法的指控，这表明，法律至少在向习惯法的方向发展。“关于使用核武器”的咨询意见表明，习惯国际法确实禁止对居民的生存和健康造成广泛、长期和严重的生态损害。……这一更广泛的规定也是《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境的技术公约》所要求的。

第53条 大坝和堤坝

1. 除了本规则规定的其他保护，战斗人员不得将大坝和堤坝作为攻击目标，即使它们是军事目标，如果此类攻击会导致危险力量的释放，从而在平民居民中造成严重的损失。
2. 如果大坝和堤坝用于其通常作用以外的目的和用以使军事行动得到经常、重要和直接支持时，而且如果这种攻击是终止这种支持的唯一可能方法，对大坝和堤坝的保护应停止。

评论：本条直接引用了《第一附加议定书》第56条第1款和第2款，除了一些字词作了编辑上处理。这一规则目前还不是习惯法。这一规则“引起了很大怀疑，比如，关于第二次世界大战期间，英国皇家军队袭击鲁尔水坝事件”，尽管该主要水坝“无疑是为至关重要的军工业提供水电支持”。1992年德国的军事手册将“对军事行动的直接重大支持”解释为包括“比如，武器、弹药和国防物资的制造。单纯存在被军队使用的可能本身并不属于这些规定。”……

第54条 被占领土

1. 占领国在被占领土上应当以确保水资源的可持续利用和将环境损害减少到最低限度的方式管理水资源。
2. 占领国应当保护水装置并确保对被占领土上的居民充分供水。

评论：习惯国际法上，占领国是对国家财产享有有益物权的唯一管理人。美国战地军事手册规定，“占领国不得以浪费和懈怠、并严重损害财产价值的方式行使权利。”如果将这一标准适用于水资源，就是要求占领国限制对水资源的利用，以确保水资源的可持续性和将环境损害减少到最小。《日内瓦第四公约》第55条规定：“占领国在其所有方法之最大限度内，负有保证居民之食物与医疗供应品之义务”。这条加强了关于水供应的规则，使之成为绝对规则。《关于武装冲突的马德里规则》第6条规定的用语更为详细具体。

这是否导致了真正变革，仍需要讨论。……

第55条 战争或武装冲突对相关水条约的影响

1. 为国际水道或国际水道的某个部分确立了法律制度的条约并不因为条约缔约国之间的战争或武装冲突而终止。
2. 仅当存在中止条约或条约某部分的军事必要、而且中止不会违反本章的任何规定时，此类条约或条约的某些部分有权中止。

评论：关于武装冲突对条约效力的影响的有关国际法规则并没有完全确立。麦克奈尔勋爵(Lord McNair)的论述很明显代表了习惯法规则。他说：“与国家主权、地位和领土有关的国家

权利，比如，那些由和平条约创设或承认的权利，具有永久性质，它们不受缔约国之间爆发战争的影响。”（脚注24，麦克奈尔：《条约法》，1961年第2版，第705页。）……

.....

讨 论

1. (1) 日内瓦各项公约和《第一附加议定书》关于国际性和非国际性武装冲突中保护作为平民居民生存所必不可少的水资源的规定是否充分？
(2) 为什么关于水的规则在战争中至关重要？
(3) 在“一．对水的渴求”这部分提到的四项主要的禁止是否为水资源提供了充分保护？
2. (1) 平民居民所必需的、但未被界定为民用物体的水是否因此可以受攻击？（比较《海牙第四公约》第23条第6款和《第一附加议定书》第52条。）
(2) 对水资源的保护象国际人道法上对待食物那样，这是否充分？旨在提供给战斗人员的食物依据国际人道法是否可以受到攻击和破坏？（比较《第一附加议定书》第52条和第54条。）
(3) 水难道不应被视为一种医疗物资吗？旨在提供给战斗人员的此类物资能否受到攻击和破坏？可以把水看作是药品吗？（比较《第一附加议定书》第33条。）
3. 水是平民居民生存所必不可少的物资吗？攻击平民居民生存所必不可少的物资是否违反国际人道法？即便如此，该物资能否同时是军事目标？如果该物资是军事目标，如果对该物资的攻击适当而且必要，此类攻击是否合法？（比较《第一附加议定书》第54条）
4. 第2/2004号决议的通过对于武装冲突期间水的保护有何意义？该决议是否延伸适用于之前存在的武装冲突？该决议是否只是确认武装冲突期间对水资源的保护？
5. 你是否赞同约拉姆·丁斯坦关于第54条的观点？禁止平民挨饿是否被习惯法确认为一种作战方法？为什么？
6. 《关于水资源的柏林规则》能否全部或部分视为习惯法？为什么？

案例29 红十字国际委员会，习惯国际人道法**案 例****一、红十字国际委员会1995年报告**

[资料来源：《国际人道法：从法律到行动——保护战争受难者的国际会议后续报告》，由红十字国际委员会在和红十字与红新月国际联合会协商后提交给1995年12月3—7日在日内瓦召开的第26届红十字与红新月国际大会，第一委员会的议程问题2；再版于《红十字国际评论》，第311期，1996年3—4月，第194—222页。可访问<http://www.icrc.org>]

**国际人道法：从法律到行动：
保护战争受难者的国际会议后续报告**

.....

2. 国际人道法习惯规则**2.1 向红十字国际委员会提出的邀请**

政府间专家组的第二项建议提议：“向红十字国际委员会发出邀请，希望其在代表不同地理区域及不同法律体系的国际人道法专家的协助下，并通过与来自各国政府和各个国际组织的专家进行磋商，编写一份关于可适用于国际性与非国际性武装冲突的国际人道法习惯规则的报告，并将该报告分发给各国及相关国际组织。”

2.2 红十字国际委员会的目标

为了实现可行的人道主义目标，红十字国际委员会愿意承担这一任务，即：断定没有规定在条约中的哪些规则可以用来处理人道主义问题，以及条约中的哪些规定在实践中得到了澄清。

对于特定问题的处理，如果条约没有作出相关规定，或者条约规则因为有关国家不受条约约束而不适用特定问题的处理时，就没有以条约为基础的规则。

国际组织不是国际人道法条约的缔约方，当确定什么规则适用于受国际组织控制下的武装部队，比如联合国控制下的武装部队时，习惯规则的知识也非常重要。

2.3 本报告对国际性武装冲突的重要性

就国际性武装冲突而言，针对与1949年《日内瓦公约有关的事项》，国际习惯规则的问题没有多大的实际意义，因为已经有185个国家受这些条约的约束。

必须承认的是，在一些国家宪政体制下，习惯规则与条约规则相反，在国内法上能直接适用。正如本报告其他地方所述……，缔约国有义务制定国内立法确保国际人道法并入国内法律体制，这样不仅那些被视为习惯法的规则，而且所有规则都能而且必须适用于行政和司法体制。

事实上，在理论上很难确定实践和判断实践被接受的程度，因为几乎日内瓦各项公约的所有缔约国要么是符合、要么是违反其条约义务。这些行为也能构成习惯规则的基础吗？

至于1977年《第一附加议定书》调整的事项，国际习惯规则的问题具有重大的实际意义，因为这一条约目前尚未获得普遍接受。但是，考虑到该条约已经有137个缔约国，习惯国际人道法当然不能以那54个尚未接受该条约约束的国家实践为基础。而且，国际习惯规则的演进并不因为它被并入《第一附加议定书》而停止。相反，它深受《第一附加议定书》的制定和缔约国实践的影响。

2.4 本报告对非国际性武装冲突的重要性

至于非国际性武装冲突，关于保护在冲突一方控制下的个人的规则已经部分被编纂入日内瓦四公约共同第3条和《第二附加议定书》，以及被适用于所有任何时期的国际人权法清楚地规定的“核心内容”。

习惯法规则的确立对于调整非国际性武装冲突和敌对行为的法律尤其具有重要性。这主要包括武器的使用和保护平民免受敌对行为的影响。

在敌对行为领域，专门适用于非国际性武装冲突的条约规则事实上没有得到发展或非常不完善。

基于这一原因，当红十字国际委员会为武装部队准备关于武装冲突法的示范手册以及当各国政府制定本国的国家手册时，习惯规则的知识尤其必要。事实上，与政府间专家小组的建议一致，这些手册也应当包括非国际性武装冲突。……

在这一方面还应当确定在什么程度上国家可以对本国国民使用那些国际社会已经达成一致在国际性武装冲突不得对外国军队使用的作战方法和作战手段。国际习惯法对非国际性武装冲突中非国家实体实践的影响和这些非国家行为的实践所体现的接受程度都还需要进一步确定。最后，会产生的问题是：非国际性武装冲突的当事方依据国内法采取的实践在什么程度上能反映对国际法原则的接受程度？

2.5 红十字国际委员会的程序与磋商

为准备这份报告，红十字国际委员会最初计划请求来自不同地域的研究人员收集必要的事实材料。委员会并不希望选择这个或那个关于国际习惯法的不理

论中，也不打算界定国际习惯的两个构成要素——对一般实践的广泛遵守和将这种实践接受为法律——，而是认为，要确立一项普遍习惯，其报告必须包括所有形式的实践和将这种实践接受为法律的所有情形，不仅交战各方的行为，而且包括交战各方发布的指示；制定的立法和它们的领导人的讲话；其他国家在外交场合、国际论坛或者公开讲话中的反应；相关的军事手册的规定；关于法律、包括国际组织决议的一般宣言；以及，最后还包括国内或国际法庭的决议。

需要考虑所有形式的国家实践，因此允许所有国家，而不仅是那些卷入武装冲突的国家，为国际习惯规则的形成所作出的贡献。

如果将习惯法仅以武装冲突的实际行为为基础，这等于把当前不人道的实践接受为法律。在保护战争受害者的国际会议上，与会各国的意见与舆论一样，全体一致地反对此类实践。

红十字国际委员会将收集到的资料委托给代表各地域和各种不同法律体系的专家，当相关实践符合优先的人道需求时，要求他们起草关于国际人道法各领域内现有习惯规则的报告。这些报告将于1997年在代表各国政府、国家红十字会以及国际红十字联合会、国际组织、政府间组织和非政府间的组织的专家会议上进行探讨。在专家报告和专家会议讨论的基础上，红十字国际委员会将在一份报告中总结这些材料，并于随后的红十字和红新月国际会议召开前，与相关建议一起送交各国和有关国际组织。

2.6 条约法的根本重要性

尽管要准备的报告关注的是习惯法，红十字国际委员会依然确信对国际人道法条约的普遍参与的需求和继续编纂这些法律的必要性。很难将法律的统一适用、军事指示和对违反的惩治建立在习惯的基础上，因为在理论上习惯是不断演进的、很难形成而且备受争议的。同时，红十字国际委员会这份报告还应当为改进对武装冲突受难者的保护而努力。……

二、红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究

[资料来源：]红十字国际委员会第05/17号新闻稿，2005年3月17日：《对习惯法的研究加强了对受武装冲突影响的人员的法律保护》，可访问<http://www.icrc.org>]

经过八年多的研究，日内瓦的红十字国际委员会已经公布了关于适用于武装冲突的习惯国际人道法研究。……

通过确认161项习惯人道法，该研究加强了对受武装冲突影响的人员的法律保护。“这是事实，特别是在非国际性武装冲突中，条约法尤其没有得到完善发展。”红十字国际委员会主席克伦贝格尔先生如是说。他还说：“然而，内战通常导致更严重的苦难。研究清楚表明，适用于非国际性武装冲突的习惯国际人道法超越了条约法规则。比如，尽管关于国内武装冲突的条约法没有明确禁止攻击平民目标，习惯国际人道法却填补了这一漏洞。重要的是，所有冲突各方——不仅是国家、而且包括诸如叛乱团体在内的当事方——都受适用于国内武装冲突的习惯国际人道法的约束。”

除了日内瓦各项公约及其附加议定书这样的条约法，习惯国际人道法是适用于武装冲突时期的规则的主要渊源。尽管条约以书面公约为基础，习惯国际人道法如上文所述，源自国家实践，比如，体现于军事手册、国家立法或官方声明。如果一项规则反映了广泛、有代表性的和一致的被接受为法律的国家实践，该规则就被视为一项有约束力的习惯国际人道法。

1995年底，红十字和红新月国际会议委托红十字国际委员会开展研究。研究由红十字国际委员会的法律人员和代表不同地域和法律体系的、包括学术人员和来自政府与国际组织的12名专家进行。专家们审查了47个国家的实践以及象联合国这样的国际组织、区域组织和国际性的法院和法庭的实践。

“红十字国际委员会充分尊重本研究的作者和编者的学术自由。”克伦贝格尔先生说。“该研究是当前习惯国际人道法的精确反映。红十字国际委员会将在工作中利用该研究成果，保护和协助世界范围内的武装冲突受难者。我期望学者和政府专家能以本研究成果为基础探讨当前国际人道法面临的挑战。”

三、《国际人道法习惯规则》

[资料来源：让·马里·亨克茨等编著：《习惯国际人道法研究：对理解和尊重武装冲突中的法治的贡献》一书的附件，《红十字国际评论》，第87卷，第857期，2005年3月，第198—212页。]

附件：国际人道法习惯规则

本规则编写之依据系第一卷中对习惯国际人道法研究所得之结论。由于该研究并不旨在确定每一项国际人道法条约规则的习惯法属性，因此它无须遵循现有条约的框架。方括号中指出了规则适用的范围。缩写IAC系可适用于国际性武装冲突的规则，而缩写NIAC则指可适用于非国际性武装冲突的规则。在后一种情况下，有些规则的适用被标注为“存疑”，这是由于尽管相关实践总体上指向了这一方向，但其广泛性程度尚弱。

区分原则

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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC]
- 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。[IAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 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为。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 规则9. 民用物体是指所有非军事目标的物体。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]

不分皂白的攻击

- 规则11. 禁止不分皂白的攻击。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]

规则 13. 使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其它地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击的攻击是被禁止的。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

攻击时的预防措施

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、平民受伤害和民用物体受损害。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

规则 20. 除非情况不允许，冲突各方应就可能影响平民居民的攻击发出有效的事先警告。[IAC/NIAC]

- 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。[IAC/ 存疑NIAC]

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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/ 存疑NIAC]
- 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。[IAC/ 存疑NIAC]

受特别保护的人与物体

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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

规则32. 用于人道救济行动的物体必须受到尊重与保护。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

规则36. 禁止攻击冲突双方通过协议确定的非军事化地带。[IAC/NIAC]

规则37. 禁止攻击不设防的地方。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。
[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC]

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它装置）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。[IAC/NIAC]

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损害，发动此类攻击是被禁止的。[IAC/NIAC]

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。[IAC/ 存疑NIAC]

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。[IAC/ 存疑NIAC]

特定作战方法

拒绝饶赦

规则46. 禁止下令决不纳降，禁止以此威胁敌人，或在此基础上进行敌对行动。[IAC/NIAC]

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，并不企图逃脱。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC]

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。[IAC/NIAC]

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
- (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。[IAC]

规则52. 禁止抢劫。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

规则56. 冲突各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。[IAC/NIAC]

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的规则。[IAC/NIAC]

- 规则58. 禁止不当使用休战白旗。[IAC/NIAC]
- 规则59. 禁止不当使用《日内瓦公约》所规定的特殊标志。[IAC/NIAC]
- 规则60. 除经联合国核准外，禁止使用联合国标志和制服。[IAC/NIAC]
- 规则61. 禁止不当使用其它国际公认标志。[IAC/NIAC]
- 规则62. 禁止不当使用敌方的旗帜或军用标志、徽章或制服。[IAC/存疑NIAC]
- 规则63. 禁止使用中立国或其它非冲突各方国家的旗帜或军用标志、徽章或制服。[IAC/存疑NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]
- 规则65. 禁止诉诸背信弃义行为以杀死、伤害或俘获敌人。[IAC/NIAC]

与敌方交流

- 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。[IAC/NIAC]
- 规则67. 军事谈判代表不可侵犯。[IAC/NIAC]
- 规则68. 指挥官可以采取必要防范措施，以避免军事谈判代表的到场于己方不利。[IAC/NIAC]
- 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。[IAC/NIAC]

武器

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的性质的作战方法和手段。[IAC/NIAC]
- 规则71. 禁止使用不分皂白性质的武器。[IAC/NIAC]

毒物

- 规则72. 禁止使用毒物或有毒武器。[IAC/NIAC]

生物武器

规则73. 禁止使用生物武器。[IAC/NIAC]

化学武器

规则74. 禁止使用化学武器。[IAC/NIAC]

规则75. 禁止以控暴剂作为作战方法。[IAC/NIAC]

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) 的使用旨在破坏非军事目标的植被；
- (4) 可能造成任何附带使平民生命受损失、平民受伤害、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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/存疑 NIAC]

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。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

规则85. 禁止以杀伤人员为目的使用燃烧武器，除非以其它危害较小的武器使人丧失战斗力是不可行的。[IAC/NIAC]

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。[IAC/NIAC]

平民和丧失战斗力者的待遇

基本保证

规则87. 必须给予平民及丧失战斗力者以人道待遇。[IAC/NIAC]

规则88. 禁止在适用国际人道法时，以种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或者其它意见、民族或社会出身、财富、出生或其他身份或任何其它类似标准为依据而加以不利区别。[IAC/NIAC]

规则89. 禁止谋杀。[IAC/NIAC]

规则90. 禁止酷刑、残忍或不人道待遇以及对人身尊严的侵犯，特别是侮辱性和有辱人格的待遇。[IAC/NIAC]

规则91. 禁止体刑。[IAC/NIAC]

规则92. 禁止残伤肢体，进行医学或科学试验或者任何其它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。[IAC/NIAC]

规则93. 禁止强奸和其它形式的性暴力。[IAC/NIAC]

- 规则94. 禁止一切形式的奴役和奴隶贸易。[IAC/NIAC]
- 规则95. 禁止无偿或肆意强迫劳动。[IAC/NIAC]
- 规则96. 禁止扣留人质。[IAC/NIAC]
- 规则97. 禁止使用人体盾牌。[IAC/NIAC]
- 规则98. 禁止强迫失踪。[IAC/NIAC]
- 规则99. 禁止任意剥夺人身自由。[IAC/NIAC]
- 规则100. 除了依据所有基本司法保障所提供的公正审判外，不得对任何人判罪或处以刑罚。[IAC/NIAC]
- 规则101. 任何人，如果其行为或不作为依据对其适用的国内法或国际法不构成刑事罪行，不应对其进行控告或判罪；也不应处以较其犯刑事罪行时可判处的刑罚为重的刑罚。[IAC/NIAC]
- 规则102. 任何人除以个人刑事责任为依据外均不应对其判罪。[IAC/NIAC]
- 规则103. 禁止集体惩罚。[IAC/NIAC]
- 规则104. 须尊重平民和丧失战斗力者的信念和宗教仪式。[IAC/NIAC]
- 规则105. 须尽可能尊重家庭生活。[IAC/NIAC]

战斗员与战俘地位

- 规则106. 战斗员在从事攻击或攻击前军事准备行动时，须使自己与平民居民相区别。如果他们没有这样做，则其将无权享有战俘地位。
[IAC]
- 规则107. 在从事间谍行为时被俘之战斗员无权享有战俘地位。未经审判，不得对其判罪或处以刑罚。[IAC]
- 规则108. 如《第一附加议定书》中所界定，外国雇佣兵不应享有作为战斗员或成为战俘的权利。未经审判，不得对其判罪或处以刑罚。
[IAC]

伤者、病者及遇船难者

- 规则109. 只要情况允许，特别在每次战斗之后，冲突各方须立即采取一切可能的措施以搜寻、收集并撤离伤者、病者及遇船难者，而不加以不利区别。[IAC/NIAC]

- 规则 110. 伤者、病者及遇船难者须在最大实际可能范围内并尽速得到其状况所需的医疗照顾和注意。不应以医疗以外任何理由为依据而加以任何区别。[IAC/NIAC]
- 规则 111. 冲突各方须采取一切可能的措施保护伤者、病者及遇船难者不受虐待或者个人财产免遭抢劫。[IAC/NIAC]

死者

- 规则 112. 只要情况允许，特别在每次战斗之后，冲突各方须立即采取一切可能的措施以搜寻、收集并撤离死者，而不加以不利区别。[IAC/NIAC]
- 规则 113. 冲突各方须采取一切措施防止死者被剥劫。禁止残毁尸体。[IAC/NIAC]
- 规则 114. 冲突各方须在死者本国请求下或在其近亲属请求下，尽量为送还死者的尸体提供便利。它们须返还死者的个人用品。[IAC]
- 规则 115. 须以尊重的方式处理死者尸体，并且其墓地应受到尊重和维护。[IAC/NIAC]
- 规则 116. 考虑到死者的辨认，冲突各方须在处理尸体前记录所有可获得的信息，并标记墓地的位置。[IAC/NIAC]

失踪人员

- 规则 117. 冲突各方须采取一切可能措施，查明因武装冲突而被报告失踪之人的下落，并须向其家人提供任何与其下落有关的信息。[IAC/NIAC]

被剥夺自由的人

- 规则 118. 必须向被剥夺自由的人提供充足的食物、水、衣物、住宿和医疗照顾。[IAC/NIAC]
- 规则 119. 除同一家庭的人按家庭单位予以安排之外，被剥夺自由的妇女，其住处应与男人的住处分开，并且这类妇女应由妇女直接监视。[IAC/NIAC]
- 规则 120. 除同一家庭的人按家庭单位予以安排之外，被剥夺自由之儿童的住处应与成人住处分开。[IAC/NIAC]

规则 121. 必须将被剥夺自由的人关押于远离战斗地带并能保障其健康和卫生的场所。[IAC/NIAC]

规则 122. 禁止抢劫被剥夺自由之人的个人财物。[IAC/NIAC]

规则 123. 须记录被剥夺自由之人的个人详细资料。[IAC/NIAC]

规则 124.

(1) 在国际性武装冲突中, 须准予红十字国际委员会经常接触被剥夺自由的人, 以便检验他们的关押条件并恢复他们与其家人之间的联系。[IAC]

(2) 在非国际性武装冲突中, 为了探视所有因与冲突有关之原因而被剥夺自由的人, 红十字国际委员会可以向冲突各方提供服务, 以便检验他们的关押条件并恢复他们与其家人之间的联系。[NIAC]

规则 125. 须准予被剥夺自由的人与其家人通信, 但可以受到通信频率以及有关当局加以审查之需要的合理条件的限制。[IAC/NIAC]

规则 126. 须准予平民被拘禁者与因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人, 在实际可能的程度上, 接见来访者, 特别是其近亲属。[IAC/NIAC]

规则 127. 须尊重被剥夺自由之人的个人信念与宗教仪式。[IAC/NIAC]

规则 128.

(1) 实际战事停止后, 战俘须即予释放并遣返, 不得迟延。[IAC]

(2) 一旦拘禁之理由不复存在, 但最迟不晚于实际战事结束之时, 平民被拘禁者须即予释放。[IAC]

(3) 一旦拘禁之理由不复存在, 因非国际性武装冲突而被剥夺自由的人须即予释放。[NIAC]

如果针对上述人员的刑事诉讼是未决诉讼, 或者他们正在服合法判处的刑罚, 则可继续剥夺其自由。

迁移与流离失所者

规则 129.

(1) 除为有关平民的安全或迫切的军事理由所要求外, 国际性武装冲突各当事方不得将占领地平民居民之全部或部分驱逐或强制移送。
[IAC]

- (2) 除为有关平民的安全或迫切的军事理由所要求外，非国际性武装冲突各当事方不得基于有关冲突的理由下令使平民居民之全部或部分迁移。[NIAC]

规则 130. 各国不得将其本国平民居民的一部分驱逐或迁往其所占领土。
[IAC]

规则 131. 如果发生迁移，须采取一切可能的措施，使平民居民能在满意的住宿、卫生、健康、安全和营养以及同一家庭成员不相分离的条件下被收留。[IAC/NIAC]

规则 132. 一旦迁移之理由不复存在，流离失所者有权平安、自愿地返回其家园或者惯常居所地。[IAC/NIAC]

规则 133. 流离失所者的财产权须受到尊重。[IAC/NIAC]

给予特别保护的其他人员

规则 134. 须尊重受武装冲突影响之妇女关于特别保护、健康和援助方面的需要。[IAC/NIAC]

规则 135. 受武装冲突影响的儿童有权获得特别尊重与保护。[IAC/NIAC]

规则 136. 禁止征募儿童参加武装部队或武装团体。[IAC/NIAC]

规则 137. 不得允许儿童参与敌对行动。[IAC/NIAC]

规则 138. 受武装冲突影响的老人、残疾人和弱者有权受到特别尊重与保护。[IAC/NIAC]

实 施

遵守国际人道法

规则 139. 冲突各方须遵守国际人道法并确保其武装部队以及其他事实上接受其指令或受其指挥或控制的人员或团体遵守国际人道法。[IAC/NIAC]

规则 140. 遵守与确保遵守国际人道法之义务不以相互性为前提。[IAC/NIAC]

规则 141. 各国须保证于必要时有法律顾问就国际人道法适用问题向相当等级的军事指挥官提供咨询意见。[IAC/NIAC]

规则142. 各国与冲突各方须向其武装部队发出符合国际人道法的指示。
[IAC/NIAC]

规则143. 各国须鼓励向平民居民传授国际人道法。[IAC/NIAC]

国际人道法的执行

规则144. 各国不得鼓励武装冲突各方违反国际人道法。它们须尽可能施加影响，以阻止对国际人道法的违反。[IAC/NIAC]

规则145. 在国际法不禁止的情况下，交战报复行为须受到严格条件的限制。[IAC]

规则146. 禁止对受《日内瓦公约》保护的人员实施交战报复行为。[IAC]

规则147. 禁止对受《日内瓦公约》与《保护文化财产的海牙公约》保护的物体实施交战报复行为。[IAC]

规则148. 非国际性武装冲突各方无权诉诸战争报复行为。禁止针对未参加或已停止直接参加敌对行动的人采取其它敌对措施。[NIAC]

责任与赔偿

规则149. 一国对可归咎于其的违反国际人道法的行为承担责任，其中包括：

- (1) 由其机构（包括武装部队）实施的违法行为；
- (2) 由经其授权而行使部分政府职能的人员或实体实施的违法行为；
- (3) 由事实上依其指令行事或者在其指导或控制下的人员或团体实施的违法行为；
- (4) 由经国家认可并接受为其行为的私人或团体实施的违法行为。[IAC/NIAC]

规则150. 对违反国际人道法行为承担责任的国家应对该行为所造成的损失或伤害承担全部赔偿责任。[IAC/NIAC]

个人责任

规则151. 个人对其所实施的战争罪承担刑事责任。[IAC/NIAC]

规则152. 指挥官和其他上级对依其命令实施的战争犯罪承担刑事责任。
[IAC/NIAC]

- 规则 153. 如果指挥官和其他上级知道或者有理由知道其下属即将实施或正在实施这些犯罪，却未采取在其权力范围内的一切必要而合理的措施以防止其实施，或者这些犯罪已经实施，却未对责任人予以惩罚，则他们应对其下属所犯之战争罪承担刑事责任。[IAC/NIAC]
- 规则 154. 每个战斗员都有义务不服从明显不法的命令。[IAC/NIAC]
- 规则 155. 如果下属知道下令实施的行为是不法的，或者由于其明显的不法性而本应当知道下令实施的行为是不法的，则服从上级命令并不免除下属的刑事责任。[IAC/NIAC]

战争罪

- 规则 156. 严重违反国际人道法的行为构成战争罪。[IAC/NIAC]
- 规则 157. 各国有权授权其国内法院对战争罪行使普遍管辖。[IAC/NIAC]
- 规则 158. 各国必须对被控由其国民或武装部队或者在其领土上实施的战争罪进行调查，并于适当时对犯罪嫌疑人进行追诉。[IAC/NIAC]
- 规则 159. 在敌对行动结束时，除被怀疑、指控或判处犯有战争罪的人员之外，当权当局对参加非国际性武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，应给以尽可能最广泛的赦免。[NIAC]
- 规则 160. 时效不适用于战争罪。[IAC/NIAC]
- 规则 161. 各国须在其可能的范围内尽力互相合作，以便利对战争罪的调查以及对犯罪嫌疑人的追诉。[IAC/NIAC]

讨论

1. (1) 你认为红十字国际委员会研究的主要结论是什么？对国际性武装冲突而言，其结论是什么？对非国际性武装冲突而言，研究的结论是什么？
(2) 哪些规则超出了现有适用于每种类型的武装冲突的条约法？
(3) 哪些规则没有超出条约规定的相应规则？在本研究所涉领域内，条约规定的哪些规则还没有成为习惯法？
2. 如果武装冲突期间的实践是非人道的，这些实践怎样成为习惯国际人道法？
3. 红十字国际委员会的研究风险是什么？研究的机遇是什么？

4. 就保护战争受难者而言, 条约规定的规则相对于习惯规则具有什么优势? 习惯规则相对于条约规定的规则有什么优势?
5. (1) 作为编纂得比较好的国际法分支, 为什么有必要确定国际人道法的习惯法规则? 什么时候有必要确定国际人道法的习惯法规则?
(2) 国际人道法的习惯法规则的创设与衡量是否存在什么特别之处? (比如, 相对于条约法或者海洋法而言)
(3) 为什么仅有习惯国际人道法规则适用联合国维和部队? 这是否避开了联合国的军事行动是否受那些调整出兵国的相同规则的约束这个问题? 关于这一问题是否存在实践?
6. (1) 就《第一附加议定书》规范的事项而言, 本研究是否只分析了尚未成为该议定书缔约国的那33个国家的实践, 还是也分析了已经成为缔约国的那163个国家的实践? 怎样断定缔约国遵守或违反《第一附加议定书》的行为是否应当被视为构成习惯国际法的惯例?
你能想象一个此类“条约实践”明确能作为或不能作为构成习惯法的实践的的例子吗? 同样的标准是否能适用于衡量遵守或违反条约义务的行为?
(2) 就条约缔约国而言, 本研究是否把重点放在各国成为条约缔约国以前的实践? 一旦被成功编纂后, 习惯国际人道法的发展是否会停止或至少减缓? 或者, 相反, 一旦被并入成为明确的条约规则之后, 由于成为明确的条约规则能导致各缔约国关于这些规则的实践能保持一致, 习惯国际人道法是否能获得加速发展?
(3) 起草《第一附加议定书》期间的国家行为怎样能与习惯国际法相关? 起草《第一附加议定书》的外交会议上所作的声明是否可以作为习惯国际人道法发展的国家实践? 此类声明中哪些声明比其他的声明更重要?
(4) 自从《第一附加议定书》起草以来, 各国的行为怎样与《第一附加议定书》相关? 各国普遍参加一项国际人道法条约的事实是否能使该条约规定的规则成为习惯法? 此类参加条约的行为是否算国家实践?
(5) 对条约义务的违反是否算习惯?
7. 对于一项具有192个缔约国、且只有1个不是缔约国(纽埃)的公约, 针对第6个问题的回答会一样吗? 你是否能解释这其中的区别?
8. 原则与习惯法是什么关系? 从原则或其他规则演绎而来的规则比以实践惯例为基础的规则更重要吗?
9. 基于政策原因采取的人道主义行动是否必须区别于基于法律义务采取的行动吗? 这些动机该如何区分? 尤其是在不作为的时候, 该如何区分?
10. 在衡量习惯国际人道法时, 马顿斯条款有什么相关性?
11. (1) 在非国际性武装冲突中, 一国能否使用在国际性武装冲突中被禁止的作战手段和方法? 从道德和政治的角度看, 这些手段和方法是否可以使用? 从法律的角度而言, 这些手段和方法是否能使用? 对于国家实践的研究能否回答后一个问题? 对

国家的实际行为的研究能否回答这个问题？为回答这一问题，是应当研究非国际性武装冲突中的实践，还是国际性和非国际性武装冲突中的实践都应当研究？

- (2) 非政府武装团体是否应受习惯法约束？
 - (3) 非国际性武装冲突中，诸如叛乱组织等非政府实体的实践是否有助于形成适用于非国际性武装冲突的习惯法？
 - (4) 非国际性武装冲突中，当事方尊重依国内法产生的义务的实践在什么时候有助于形成习惯国际人道法？你怎样衡量法律确信？将惯例接受为国际法，对于使之成为习惯国际人道法而言是否必要？
 - (5) 如果国家拒绝把条约规定的保护国际性武装冲突受难者的规则适用于改善对非国际性武装冲突受难者的保护，人们是否能从对习惯法的研究预期这一结果？
12. (1) 本案例第一部分第2.5段关于惯例的列举都构成国家实践吗？抑或其中一些是法律确信的表达？或者所有这些列举既构成国家实践又是法律确信的表达？
- (2) 某些国家的实践比其他国家的实践更重要吗？一些国家是否尤其受国际人道法影响？哪些国家容易受国际人道法影响？是具有庞大军队的国家吗？还是有详细的军事手册的国家？
 - (3) 交战国和非交战国的实践同等重要吗？什么类型的习惯国际人道法源自交战方的实践？能因此将有助于形成习惯法的实践仅限于交战方的实践吗？这种实践是怎样确立的？即便这种实践与官方声明相反，它也能作为构成习惯法的实践吗？人道主义组织关于国际人道法被违反的报告是否有用？每一个战斗员的行为都构成国家实践吗？至少当战斗员不受处罚时，其行为是否构成国家实践？
 - (4) 习惯国际人道法是否仅源自诸如外交声明、承诺和宣言等抽象的国家行为？还是源自交战的实际行为？抑或是非交战的行为？还是两类行为都包括？若交战方的实际行为不同于其官方声明，那又怎么样？

文件30 塞维利亚协定

[资料来源：1997年11月26日在西班牙塞维利亚召开的代表理事会第6号决议协商一致通过的文本。可访问<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/57JP4Y>]

国际红十字与红新月运动各组成部分国际活动组织协议

序 言

国际红十字与红新月运动的使命是：“防止和减轻人类遭受的疾苦，而无论这些疾苦发生在哪里；保护人的生命和健康；特别是在武装冲突和其它紧急情况

下，确保对人的尊重；为防止疾病、增进人的健康和社会福利而工作；鼓励志愿服务，激励运动成员广泛地团结一致，随时准备提供救助，保护和帮助所有需要帮助的人。”

为了完成这个共同使命，需要红十字运动的所有组成部分的共同努力和参与。为迅速、灵活、有创造性地做出反应，公正地提供人道保护和救助，红十字运动各组成部分必须联合其力量并根据各自情况加以利用。为达此目标，红十字运动各组成部分必须本着相互信任的精神，确保高效率地动用资源。所以，必须清楚地认识我们的目标和共同的使命，在坚实和有预见的基础上组织国际活动。这就意味着应遵守红十字运动的基本原则和条例，在各组成部分间清楚地划分不同作用的同时，又要密切协同合作。

本协议并不仅是一个行动的管理工具或谅解声明。它倡导在我们共同运动的成员们之间观念的深刻转变：本着协同合作精神，运动的每一个成员都珍视其他成员伙伴在全球人道事业中的贡献。本协议是有关合作的协议，它不仅关系到运动各部分工作的划分，而且适用于所有在运动章程指导下的国际活动，在这些活动中，要求运动各部分密切协作。同时，通过对运动每一成员能更好发挥作用的具体范围的确定，本协议为运动成员履行任务提供了清楚的指南。协议为在变化的形势下持续工作提供了办法，旨在推动运动各部分建立更强的统一、团结观念，相互信任及责任共担的观念。

本着上述目的，本协议为我们行动的新的共同战略架构了基本要素，以使运动的组成部分达到三个重要的目标：

- 对人道需要做出更有效的反应，以最大限度地利用好运动的资源；
- 促进更好地尊重人道原则和国际人道法；
- 要建立更强大的红十字与红新月运动，使运动各组成部分在最适宜的范围

第一章 总则

第一条 协议的范围

- 1.1 本协议适用于运动的各组成部分以双边或多边合作开展的国际活动；适用于运动章程和日内瓦公约分别委托运动各组成部分所开展的独特活动。……
- 1.3 按照运动章程第七条之第1段规定的、本协议所规定的组织所开展的国际活动所涉及的双边或多边的合作系指：……

- 1.4 本协议对运动各部分按照日内瓦公约及其附加议定书和运动章程所履行的特殊作用和职能并不加以限制和削弱。

第二条 协议的宗旨、目的

本协议的宗旨、目的是：

- (1) 促进有效地利用运动的人力资源、物资资源和财力资源，并尽可能迅速地运用这些资源，开展救济和发展工作，同时必须考虑到各种受难者的利益。这些受难者包括在武装冲突或国内动乱及直接后果中的受难者；自然或技术性灾害中的受难者；以及和平时期的自然灾害及突发事件中的易受损害者；
- (2) 促进运动各组成部分之间在如上所述的情况下的紧密合作；
- (3) 加强和发展各国红会，改善它们之间的合作，以使各国红会在红十字运动中更有效地参与国际活动；
- (4) 据运动对各部分国际活动与责任的规定，消除运动各部分间的分歧；
- (5) 加强国际委员会、国际联合会与各国红会之间在职能方面的合作。

第三条 指导原则

从事国际活动的各组成部分任何时候都应奉行指导运动的价值观和原则，这些原则是：

- 红十字与红新月运动基本原则；
- 运动章程；
- 日内瓦公约及其附加议定书；

第四条 管理原则

运动章程所包含的两个组织的概念，在此定义为“主导作用”和“主导机构”。

A) 主导作用

- 4.1. 由日内瓦公约及运动章程赋予各组成部分特定职责，在履行该职责时，充当主导作用。
- 4.2. 主导作用的概念同时表示合作伙伴在工作中的权利和责任。

B) 主导机构

- 4.3. 主导机构的概念即管理国际行动的组织工具。一个组织在特定的情况下，可被授予主导机构的职能。该组织对国际行动进行指导并进行协调。
- 4.4. 主导机构的概念主要适用于紧急事件（如第二条之a所提及的情况）。在此情况下，应根据对受害者需要的评估及对有关国家红会能力的评估，给予迅速、持续、有效的救助。……

第二章 国际救济活动

第五条：国际救援行动组织

5.1. 需要主导机构的情况

- A) 日内瓦公约及其附加议定书与运动章程所列举的国际性、非国际性武装冲突，国内动乱及其直接后果：
- (1) 日内瓦公约及其附加议定书与本协议所提及的“武装冲突的形势”，系指：与在全部领土上涉及冲突的各方有关的保护和援助冲突受害者的事宜；
 - (2) 日内瓦公约中提及的“冲突的直接后果”，适用于直到和平基本恢复、敌对状态停止并延长至冲突受害者仍需要救助的情况；
 - (3) “冲突的直接后果”同样适用于如下情况，和平基本恢复，国际委员会作为特殊的中立、独立机构进行的调解已不再继续，而受害者在冲突后，特别在重建和恢复期仍需要救助的形势；
 - (4) “冲突的直接后果”还适用于如下情况：在既不参与冲突，又不受内乱影响的国家出现了冲突受难者，特别是出现大规模的难民迁移。
- B) 在和平时期发生自然灾害、技术性灾害或其它紧急情况下，当所需资源超过国家红会能力时，适用于《红十字与红新月灾害救济原则与条例》。
- C) 武装冲突与自然或技术性灾害并存的情况。

5.2. 武装冲突和内部动乱：确认因素

为达本协议的适用与运动各部分国际救援之目的，

- (1) 武装冲突系指在两方或多方之间发生的武力行动，而参与各方都代表各自的组织；
- (2) 国内动乱并不意味着必须是武力行动，但必须是较长时期持续的严重的暴力行为，或潜在的发生暴力的情况，以及由政治、宗教、种族、社会、经济或其它原因导致的诸如此类的情况，如：大规模逮捕、强迫失踪、以安全理由拘禁、终止司法保障、宣布紧急状态、实施戒严。

5.3. 各组成部分作为主导机构的作用

- 5.3.1. 国际委员会作为主导机构发挥作用，系指在本协议第4条所述国际性和非国际的武装冲突、内部动乱及其直接后果的情况（参见5.1条之A部分之a和b段；及C部分）。
- 5.3.2. 国际联合会作为主导机构发挥作用，系指在本协议第5.1条之A部分内 (3) (4)两段及B部分所述之情况。
- 5.3.3. 国家红会可以承担的主导作用系指，在国际委员会或国际联合会存在、或同时存在的情况下，在本国领土内对国际救援进行必要的协调（在运动章程之第三条、第3段均涉及类似情况）。
- 5.3.4. 如在国际委员会已发挥主导机构作用的情况下，发生自然灾害或技术性灾害，国际委员会可请国际联合会提供另外合适的专业帮助，以促进救济工作的开展。

- 5.3.5. 如在国际联合会进行救济工作的地区爆发武装冲突或内部动乱，这时移交条款适用，参见本协议之5.5条。……

5.5. 移交

- 5.5.1. 在情况变化时，根据本协议的相关条款，指导和协调国际救援的责任应从国际委员会或国际联合会移交，负有主导责任的机构应与从事救援工作的国家红会达成协议，并与其他参加行动的国家红会进行磋商，采取必要措施，保证新的国际救援行动管理与进行的效率，并有条不紊地移交给发挥主导作用的接收机构。……

5.6. 国家红会开展的其它国际救济行动

- 5.6.1. 在没有出现具有主导机构的国际救济行动的情况时，直接进行冲突或灾害救援工作的国家红会，应立即视情况通知国际委员会或国际联合会。
- 5.6.2. 邻国红会间为在自然和技术性灾害发生时提供紧急救援所签订的多边协议，国家红会间所签订的关于发展的多边或双边协议应预先通知国际联合会。
- 5.6.3. 当一国红会或几国红会向国际委员会或国际联合会提出援助的请求，或向两者之一转交援助物资时，均不能视作如同本协议那样是对该两组织职能的界定。在此情况下，不能承担此责任的一方应通知有关国家红会，并立即向可承担此责任的一方通报此事。

5.7. 行动难点

- 5.7.1. 当国际委员会或国际联合会指导和协调的国际救援行动长期受阻时，主导机构应与有关各方进行磋商，争取以各方的联合力量尽快消除障碍。……

5.8. 联合国专门机构

- 5.8.1. 为保持红十字运动的统一和独立，国家红会在与联合国专门机构达成合作协议时，应通知国际联合会或国际委员会。……

第六条 国际救援活动总的指导和协调责任

6.1. 在本协议规定的情况下，国际救援行动由国际委员会或国际联合会作为主导机构组织实施，其职责包括以下责任：

6.1.1 总的责任

- (a) 在了解受害人及公正评估其需要的基础上，规定国际救援活动总的目标；
- (b) 指导执行这些目标；
- (c) 保证救济行动有效和协调；
- (d) 在红十字会或红新月会伙伴间建立适当的磋商机制；
- (e) 在事关受难者利益时，依据红十字运动基本原则，与其它从事人道工作的政府组织或非政府组织协调国际红十字或红新月救援行动；
- (f) 作为红十字国际救援行动的发言人，就公众感兴趣的问题进行宣传；

- (g) 为救济工作动员资金并发出呼吁，并在需要时直接或间接地使其与红会工作联系起来；
- (h) 确保受援红会和捐赠红会对救济资源进行严格有效地管理；
- (i) 通过其代表团促进受援红会和捐赠红会间的多边或双边合作。

6.1.2. 特别责任

(A) 国际委员会作为主导机构时的情况：

- (a) 遵循国际人道法的相关条款及红十字运动独立、中立、公正的基本原则，与冲突各方建立和保持关系与接触，为救助受难者，采取一切必要的措施开展国际救援行动；
- (b) 对冲突各方及有关的日内瓦公约缔约方最大限度地履行国际救援行动的责任；
- (c) 采取为实践证明所必需的一切措施，最大限度地保证现场从事救援工作的人员的人身安全；
- (d) 在武装力量为保护性目的使用红十字或红新月标志时，确保其尊重标志使用规则；
- (e) 与有关国家红会磋商，起草有关救助行动进展情况的公开声明；

(B) 国际联合会作为主导机构时的情况

- (a) 确保参与国红会与实际开展工作的国家红会遵守红十字与红新月灾难救济条例(1995)、国际红十字与红新月运动与非政府组织灾难救济行为规则(1995)；
- (b) 向国家红会迅速提供灾难报告，以便动员和协调所有可能方法开展救济；
- (c) 在紧急阶段后，促进建立、发展灾后恢复和重建项目，并为此动员其它国家红会给予支援；
- (d) 在国际救援活动结束后，经与有关国家红会及捐助国红会协商同意，决定剩余物资和资金的使用。

6.2. 国家红会在本国内对国际救济工作的协调

6.2.1 需考虑：……依据具体情况，基于国际委员会或国际联合会规定的总目标，国家红会可在协调本国境内的国际救援行动中充当主导机构。

6.2.2 在此情况下，国家红会在本国的协调职责主要有下列责任：

- (1) 指导国际救济活动总目标的执行；
- (2) 指导参与国红会经行动国红会同意的派遣人员的工作；
- (3) 协调救济行动和其它政府组织或非政府组织开展的人道活动，使之积极进行并易于被接受，符合受难者的利益和基本原则；
- (4) 为国际性救济工作的发言人；
- (5) 确保武装力量在使用红十字与红新月标志时尊重其使用规则；
- (6) 确保开展的行动遵循红十字与红新月灾难救济条例(1995)、国际红十字与红新月运动与非政府组织灾难救济行为规则(1995)；

- (7) 应对救济物资及资金进行严格和有效的管理，确保通过国际委员会或国际联合会根据情况用于救济工作；
- (8) 应根据情况向国际联合会或国际委员会提供所需的救济工作进展情况报告，以向捐助人反馈信息，使其对国际呼吁作出反应，从而争取得到为满足救助目的的必要物资及资金。

第三章 运动的加强：发展与合作

运动各部分都将努力相互合作发展其全部潜力，在制定全面发展的规划方面应采取建设性的政策。

第七条 国家红会的发展

7.1 国家红会的主要责任是自我发展

- 7.1.1. 国家红会应采用可使用的办法帮助其他请求援助的红会，如签订双边或多边的发展协议。
- 7.1.2. 此类协议应考虑到国际联合会大会通过的相关政策或策略。

7.2. 国际联合会在协调发展工作和对国家红会支持方面发挥主导作用。国际委员会将在适合其职能方面提供支持。

- 7.2.1. 国际联合会在发展方面的具体任务有：
 - (a) 同运动的其他组成部分协商，代表本运动制定和审议发展政策；
 - (b) 帮助国家红会草拟发展援助计划及项目建议；
 - (c) 为项目和计划的设计提供标准和指导；
 - (d) 为动员和配置发展资源确定标准；
- 7.2.2. 国际委员会将和国际联合会协调，在下列工作中支持国家红会的发展：
 - (a) 在建立或重建国家红会方面给予技术及法律的援助；
 - (b) 支持国家红会国际人道法知识和基本原则传播；
 - (c) 参与国家红会推广国际人道法的工作并确保它的执行；
 - (d) 为国家红会在冲突事件中的工作做好准备；
 - (e) 在相关的职责范围为国家红会提供人员培训；
- 7.2.3. 在武装冲突、内战及产生直接后果的形势下，国际联合会可继续援助国家红会的发展，但应考虑到国际委员会在该形势下，根据5.3条所起主导作用而提供的援助。国际委员会有责任协调和指导对受害者的救济。
- 7.2.4. 在武装冲突、内战及产生直接后果的形势下，国际委员会可扩大与有关行动国红会的合作，加强其行动能力。在此情况下，国际委员会得协调有关国家红会和国际联合会在此方面的计划。

- 7.2.5. 当出现国家红会无法保证其完整，或不能依据基本原则工作的情况时，国际委员会和国际联合会将相互商议采取明智的行动（联合行动或分别行动）。稍后，双方应相互通报所采取的行动及结果。

第八条 运动各部分的职能合作

- 8.1. 运动各部分的行动一致，决定于各部分在紧急情况和其它状态下的合作与协调。
- 8.2. 国际委员会、国家红会和国际联合会的职能合作尤其适用于如下的国际活动领域：
- (a) 建立和承认国家红十字会并保护其完整；
 - (b) 正确使用和尊重红十字与红新月标志；
 - (c) 为国际救济工作做好人力资源的开发、培训和准备工作；
 - (d) 各代表团间的相互合作；
 - (e) 与国际机构、非政府组织及其他团体的关系；
 - (f) 协调国际募捐工作。
- 8.4. 只有通过国际委员会、国际联合会国际活动负责人与各国红会间持续而经常性的、旨在分析和设想各种需要的对话与磋商，才能促进运动各部分职能合作的发展过程，使这种过程在对外部环境所作的反应中得到发展机会。在某一领域发挥主导作用的机构，应在该领域工作中采取主动，开展工作。

第九条 宣传、基本原则与国际人道法

9.1. 公共关系和信息

- 9.1.1. 在公共关系方面，国际委员会、国际联合会与各国红会通过他们各自职能的显示，向公众展现其在运动中各自的作用，协调各项工作，展示运动的整体形象，促进公众更好地理解红十字运动。
- 9.1.2. 为了保证宣传人道原则的最大效益，运动的各组成部分应根据代表会议颁布并生效的政策，进行合作与协调，开展宣传活动，发展宣传力量。在考虑到各组成部分的主导作用的情况下，在必要时可建立相应的机制进行工作。

9.2. 基本原则

- 9.2.1. 运动的各组成部分要确保基本原则得到本运动成员的尊重。
- 9.2.2. 国际委员会在维护和传播基本原则中具有主导作用。国际联合会与国际委员会应合作向各国红会传播基本原则。国家红会在本国坚持和传播基本原则方面应发挥主要作用。

9.3. 国际人道法

- 9.3.1. 国际委员会在促进、发展和传播国际人道法中发挥主导作用，国际联合会将协助并与其合作，在各国红会中开展国际人道法传播工作。
- 9.3.2. 各国红会应开展传播国际人道法工作，并协助本国政府开展这一工作。各国红会也应与各国政府合作，确保尊重国际人道法，保护红十字与红新月标志。

第四章 执行与最终条款

第十条 执行

- 10.1. 遵照运动章程第7条的规定，运动的所有组成部分都应尊重和执行本协议。
- 10.2. 运动的每一部分——国际联合会、国际委员会和各国红会都有单独的责任执行本协议条款，并指导其工作人员和志愿者执行。
- 10.3. 当执行本条款的单独责任超出范围时，鉴于国际委员会、联合会的指导和协调作用，它们有特别的责任保证整个运动全面尊重和执行本协议。
- 10.4. 由于国际委员会与国际联合会在国际活动中通常作为主导机构，因此它们需
 - 分享共同感兴趣的有关全球行动的信息；
 - 讨论可能存在及妨碍运动成员间顺利合作的困难。两机构一致同意，此安排是最适合需要的。
- 10.5. 根据运动章程第18条规定的精神，运动常设委员会将每年要求国际委员会和国际联合会做出执行本协议的报告，并作为磋商过程的一部分，将报告提交给所有国家红会。
- 10.6. 运动常设委员会应把本协议的有关问题列入代表会议的议程，以建立对本协议经常性审议的程序。
- 10.7. 如果有关各方在执行本协议中出现分歧并不能解决，运动常设委员会得建立一独立的相应机构，对协议各方的分歧、对立与调解做出仲裁。

第十一条 最终条款

此协议就此代替1989年由国际委员会、红十字与红新月协会（国际联合会）签订的协议。本协议于1997年11月26日在西班牙塞维利亚代表会议以第6项决议一致通过。

案例31 红十字国际委员会，标志问题

案 例

一. 《日内瓦公约附加议定书草案》（第三议定书）

[资料来源：红十字国际委员会，1949年8月12日日内瓦公约关于采纳一个新增标志的附加议定书草案（第三附加议定书），日内瓦，2000年10月12日。]

[注意，本议定书于2005年12月8日由在日内瓦召开的外交会议通过。]

1949年8月12日日内瓦公约关于采纳一个新增特殊标志的 附加议定书(第三议定书)

由红十字国际委员会与红十字和红新月国际联合会协商后提交*

* 本文件是根据第27届红十字和红新月国际大会第3号决议的授权，由红十字和红新月常设委员会设立的联合工作组内部讨论和随后的协商而制定

**日内瓦
2005年12月8日**

序 言

缔约各方，

(PP1) 重申关于使用特殊标志的1949年8月12日日内瓦公约的条款（特别是《日内瓦第一公约》第二十六、三十八、四十二和第四十四条）及其可适用的1977年6月8日附加议定书的条款（特别是《第一附加议定书》第十八条和第三十八条以及《第二附加议定书》第十二条）；

(PP2) 期望对上述条款进行补充以加强其保护作用及普遍性；

(PP3) 注意到本议定书不影响缔约各方继续使用它们依照日内瓦公约及其可适用的附加议定书的规定所正在使用的标志的权利；

(PP4) 忆及对日内瓦公约及其附加议定书所保护的人员和物体的尊重义务源自国际法给予他们的受保护地位，而不取决于使用特殊的标志、标记或记号；

(PP5) 强调特殊标志不应带有宗教、人种、种族、地区或政治的意义；

(PP6) 强调确保完全遵守日内瓦公约及其可适用的附加议定书认可的关于特殊标志所带来的义务的重要性；

(PP7) 忆及《日内瓦第一公约》第四十四条规定了对特殊标志作保护性使用和识别性使用之间的区别；

(PP8) 并忆及在其他国家领土上从事活动的各国国家红会必须保证其在这些活动范围内准备使用的标志可以在活动进行的国家或过境国国内使用；

(PP9) 承认某些国家和国家红会在现有特殊标志时会有困难；

(PP10) 注意到红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会以及国际红十字与红新月运动保持其现在的名称及标志的决定；

议定如下：

第一条 本议定书的尊重和适用范围

- 一、缔约各方承诺，在一切情况下都尊重本议定书并保证本议定书被尊重。
- 二、本议定书重申并补充1949年8月12日四个日内瓦公约（以下称日内瓦公约）及其可适用的1977年6月8日两个附加议定书（以下称1977年附加议定书）关于特殊标志，即红十字、红新月、红狮与太阳的条款，并在这些条款规定的相同情形中适用。

第二条 特殊标志

- 一、本议定书认可除日内瓦公约特殊标志外，新增一个特殊标志，其目的与己有标志相同。各特殊标志具有平等地位。
- 二、该新增的特殊标志为一个白底红色边框的竖立正方形，以本议定书附件中图形为准。该特殊标志在本议定书中被称作“第三议定书标志”。
- 三、使用和尊重第三议定书标志的条件与日内瓦公约及其可适用的1977年附加议定书所规定的关于特殊标志的条件相同。
- 四、缔约各方武装力量的医疗服务及宗教人员在不损害其现有标志的情况下，可以临时使用本条第一款所指的任何特殊标志，如果这样可以加强保护。

第三条 第三议定书标志的识别性使用

- 一、那些决定使用第三议定书标志的缔约各方的国家红会在依照各自国家的法律使用第三议定书标志时，可以识别为目的选择嵌入：
 - （一）日内瓦公约所认可的一个特殊标志或这些特殊标志的组合；或
 - （二）某一缔约方实际正在使用、并于本议定书通过之前经保存者向其他各缔约方和红十字国际委员会做了通报的其他标志。嵌入须符合本议定书附件中的图形。
- 二、选择根据上述第一款在第三议定书标志中嵌入其他标志的国家红会，可依照其国内法律使用该标志的名称并在其领土上进行展示。
- 三、各国国家红会依照其国家法律及在特殊情况下为便利其工作，可临时使用本议定书第二条所指的特殊标志。
- 四、本条不影响日内瓦公约及本议定书认可的各种特殊标志的法律地位，也不影响任何依照本条第一款以识别为目的嵌入的某一标志的法律地位。

第四条 红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会

红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会及其正式授权的人员，可在特殊情况下为方便其工作使用本议定书第二条所述的特殊标志。

第五条 联合国主导的使命

参加联合国主导的行动的医疗服务和宗教人员在参与国的同意下可使用第一条和第二条中所述的一种特殊标志。

第六条 防止和取缔滥用

- 一、日内瓦公约及其可适用的1977年附加议定书关于防止和取缔滥用特殊标志的条款同样适用于第三议定书标志。特别是缔约各方应采取必要措施，随时防止和取缔对第一条和第二条所述的各特殊标志及其名称的任何滥用，包括背信弃义地使用和任何构成对其模仿的标志或名称的使用。
- 二、尽管有上面第一款的内容，缔约各方可允许先前使用第三议定书标志或任何构成对其模仿的标志者继续使用之，但该使用在武装冲突期间，不得表现为赋予日内瓦公约及其可适用的1977年附加议定书的保护，并且该使用权是在本议定书通过前获得的。

第七条 传播

缔约各方承诺，在平时及在武装冲突时，尽可能广泛地在其国内传播本议定书，特别是将学习本议定书纳入其军事培训计划，并鼓励平民居民学习本议定书，以使本文件被武装力量和平民居民所周知。……

第十一条 生效

- 一、本议定书应于两份批准书或加入书交存后六个月生效。……

二、红十字国际委员会，关于新增标志的外交会议延期举行

[资料来源：红十字国际委员会：关于第5个标志的信息，2000年10月13日，<http://www.icrc.org/emblem>]

2000年10月13日关于增加标志的外交会议被推迟

10月12日，瑞士政府通知红十字国际委员会和红十字与红新月国际联合会，决定将关于的标志的外交会议推迟到2001年初。在国际气氛因为中东问题而出现变化之前，国际社会对于一次成功的外交会议持有很好的预期。国际红十字与红新月运动和瑞士政府优先考虑的都是，确保《日内瓦公约》缔约国在适当的时候通过创设补充标志的第三议定书草案。

尽管会议被推迟召开，但日内瓦依然高度确信明年召开的会议将有圆满的结果。这一乐观看法基于议定书草案已有的实质性进展。议定书草案的文本反映了各方关于创设一个新标志以及国际红十字与红新月运动被普遍接受的重要性等重要问题的共识。

关于在国际红十字与红新月运动的领导下尽快找出问题的解决办法的明确承诺依然强有力。通过2000年与各国政府的讨论形成的进展使人们确信关于标志问题的解决办法能在年终时形成。有瑞士政府作出的、将继续积极与日内瓦四公约缔约国协商的坚定承诺，人们相信这一议定书草案能于2001年通过。

同时。第三议定书的修订文本将散发各国和各国的红十字委员会。这将构成尤其是关于补充标识的使用及其形式等问题继续协商的基础。

外交会议的推迟也可能意味着原定于11月14日召开的第28届红十字与红新月国际大会的推迟。此次大会将被要求依据日内瓦公约《第三附加议定书》修改国际红十字与红新月运动章程。这一推迟决定将由常设委员会在未来几天内作出。

三、第28届红十字和红新月国际大会，第3号决议， 通过了2003年代表理事会的第5号决议

[资料来源：第28届红十字和红新月国际大会，第3号决议，通过了2003年代表理事会的第5号决议；可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

第28届红十字与红新月国际大会，

回顾1999年11月6日（第27届国际大会）通过的第3号决议，

通过了2003年12月1日代表理事会通过的第5号决议（详见附件）。

2003年代表理事会通过的第5号决议

代表理事会，

注意到常设委员会按照于1999年在日内瓦召开的第27届红十字与红新月国际大会的要求和2001年代表理事会第6号决议的要求提交的报告；

重申国际红十字与红新月运动，在1949年日内瓦四公约缔约国的支持下，以拟议的、而且一旦条件允许即通过的日内瓦公约《第三附加议定书草案》为基础，寻求标志问题的充分持久的解决办法的承诺；

回顾国际红十字与红新月运动使用的标志的法律价值和保护性价值，这些标志由于被并入《日内瓦公约》而且具有近一个世纪的持续实践，已经被视为对战争、自然灾害和其他重大灾难的受难者提供公正与中立援助与保护的标志；

1. 欢迎常设委员会及其关于标志问题的专门代表和特设工作组、红十字国际委员会和红十字与红新月国际联合会所作的工作，它们为标志问题的充分持久的解决办法逐步奠定了基础；
2. 进一步欢迎第27届国际大会以来的进展，尤其是拟议的日内瓦公约《关于标志的第三附加议定书》（2000年10月12日）的起草和2001年代表会议通过的第6号决议；
3. 对那些使得通过《第三附加议定书草案》的预期难以实现的进展深表遗憾；

4. 回顾红十字与红新月运动的基本原则，尤其是普遍性原则；
5. 强调加强在任何情形下采取措施保护战争受难者、医务人员和人道主义工作人员的紧迫性；
6. 请求常设委员会，在与作为《日内瓦公约》保管方的瑞士政府以及有关国家政府和国际红十字与红新月运动的各成员进行合作，以拟定的《第三附加议定书草案》为基础，只要条件许可，就继续优先考虑确保为标志问题寻求充分持久的解决办法；
7. 请求常设委员会关于标志问题的专门代表促使第28届红十字与红新月国际大会关注这一问题。

讨 论

1. (1) 为什么国际红十字与红新月运动会面临保护性标志多样化的问题？你是否能理解关于新标志的主张抑或是要求独一无二的标志的主张？谁提出了这些主张？这些主张中哪些更有影响力？
(2) 这些问题与《第三议定书草案序言》关于红十字标志缺乏宗教联系的评论有什么关联？这一主张是否因为第二个标志，即红新月，被接受而变得更困难？这对普遍性原则有何影响？《第三议定书草案》的通过是否会终结被某些人认为标志存在的宗教关联性？这是存在于第2条抑或是第3条还是两者都存在？
(3) 新标志的使用对于标志的当局而言，存在什么风险？这是否会损害作为根本原则的中立性原则？依据议定书草案，你有何看法？新标志的使用是否能加强对战争受难者的保护？
(4) 为什么国际红十字与红新月运动拒绝放弃现有标志以支持一个全新的标志？作出放弃现有标志而启用全新标志这样一个改变，谁会遭遇更大的困难——红十字国际委员会、各国红十字会、红十字与红新月国际联合会、各国，抑或是武装冲突受难者？他们会面临什么困难？
(5) 红十字以外的标志是否受各项公约和议定书的保护？哪些标志受保护？谁有权使用这些其他标志？（比较《日内瓦第一公约》第38条；《日内瓦第二公约》第41条；《第一附加议定书》第8第1款和第18条；《第一附加议定书》附件一和第4条、第5条；《第二附加议定书》第12条。）
(6) 是否有一些标志在被各国红十字和医疗队使用但却没有受到《日内瓦公约》及其议定书的保护？有哪些这样的标志？为什么它们没有受到保护？为什么有一些国家希望本国的红十字会和医疗队使用红十字与红新月以外的标志？
2. (1) 如果要增加新标志，这该如何实现？

- (2) 是否有必要制定一个单独的新条约？新标志能不能通过修订《第一附加议定书》附件一的方式被引入？（比较《第一附加议定书》第97条和第98条，《第二附加议定书》第24条。）然而，日内瓦公约的192个缔约国怎样才可能同意这样的修订呢？尤其当如果必须批准一项新条约时，缔约国怎样才可能同意？
- (3) 《国际红十字与红新月运动章程》不应当也修改么？（参见文件20，《国际红十字与红新月运动章程》，第20条，第670页。）修正《国际红十字与红新月运动章程》不会比修正公约更容易一些么？
- (4) 修改《国际红十字与红新月运动章程》却不修改《日内瓦公约》，这是否是对公约的违反？如果不是对公约的违反，仅修订《国际红十字与红新月运动章程》在实践中会有什么影响？
3. 谁可以使用这一标志？在什么条件和什么情况下使用标志？什么时候可以或必须被用作保护性手段？什么时候作为识别性手段？这两种情形下的使用是标志的宗旨么？怎样确保实现这一宗旨？（比较《日内瓦第一公约》第39条至第43条；以及《第一附加议定书》第18条。）
4. 你认为是什么原因导致代表理事会决定不再把废除当前的标志作为解决因标志的多样性而引起的问题的解决办法之一？
5. (1) 为什么通过《第三附加议定书草案》的谈判进程因为2000年底中东暴力事件的重新爆发而被搁置？
(2) 为什么这一冲突比其他冲突更有可能阻止一个新的普遍性标志被批准的进程？
(3) 巴勒斯坦“红新月”具有什么地位？以色列“红大卫盾”（红色大卫星）是什么地位？为什么这两个国家级的组织不是国际红十字与红新月运动的成员？这两国的情形都与标志问题有关么？你是否认为《第三附加议定书》的通过会结束这一问题？这是否会允许这两个国家级的团体加入国际红十字与红新月运动？
(4) 标志问题是否是此次整合的唯一目标？为了让“巴勒斯坦红新月”加入国际红十字与红新月运动，还需要克服什么困难？你是否知道存在类似于“巴勒斯坦红新月会”的其他国家级的团体？是哪些？
(5) 你是否知道与“以色列红大卫盾”情形类似的其他国家级团体？是那些？《第三附加议定书》的通过是否可以解决这些国家级团体存在的问题？

案例32 红十字国际委员会，国家结构的瓦解

案 例

[资料来源：《红十字国际委员会为首次国际人道法定期会议起草的准备文件》，日内瓦，1998年1月19日至23日；原文为法文，部分脚注被省略。]

一．国家结构的瓦解

在国际法上，国家是一个具有确定领土和常住人口、在其政府控制下、并能参加或有能力参加与其他实体正式关系的实体。

当国家的第三个构成要素，即有效统治的政府逐步减弱时，国家结构就开始出现瓦解。

这种情形源自比单纯的叛乱或政变严重得多的局势。它涉及国家机关、权力机构、法律与秩序的崩溃，简而言之是整个政治机构的缺失。这种情形也导致国家合法性赖以继的一系列价值遭到破坏，通常导致居民不再认同某种形式的民族主义，它建立在宗教或种族联系的基础之上，逐渐变成一种残留的、但能存在下来的身份形式。在大多数情况下，当国家结构瓦解，法律与秩序，连同国家权力的其他形式都落入不同派系的掌控。国家自身并没有消失，但是逐步失去了执行政府正常职能的能力。

国家瓦解出现于不同的紧张局势，可能影响国家的不同地区。国家分裂程度较低时，政府依然当权，但对相关的领土和居民缺乏控制。更高程度的国家分裂时，某些至关重要的国家结构依然正式运转，因此在法律上国家依旧存在于国际社会，但是它由数个军阀所组成。执政的政府不再享有无异议的权力和对军队的独有支配权。作为这些遭到削弱的国家仅存的几个机构之一的正规武装部队，也逐步瓦解。一个尤其令人担忧的发展是真正的私人部队和“安全”支队的多样化。这些部队通常与经济利益聚合在一起，不受真正的国家权力控制。

国家瓦解的下一个阶段就是政府机构的完全瓦解，因此，在法律上，国家不再存在于国际社会。在前述几个阶段已经广泛存在，也预示着国家完全瓦解的无秩序与犯罪，变得非常普遍，各方不再能有效控制其成员，并且没有明确确立的一系列支配权。不存在人道主义组织可以交流对话的合法的代表机构，不安全成为一个现实的问题。

在这种情形下的武装冲突已经导致、而且还将继续导致人道主义组织面临新的挑战与困难。这些冲突相继被称为“不稳定的”或“无政府的”。……在本文中，我们选择使用“无政府的”冲突这一术语。

二．“无政府的”冲突

1. 特点

基于对涉及国家结构瓦解、并且导致红十字国际委员会和其他人道主义组织难以开展工作和履行职责的几次冲突的分析，这些国内冲突的主要特征可以描述如下：

- 重要政府机关的瓦解，这些机关不再能对相关领土和居民行使权利或履行职责；
- 存在各个派别的武装力量；
- 国家领土控制的分裂；
- 各个派别和他们的民兵之间的指挥系统遭到破坏。

这些特征通常相互联系。这些特征是根本性的，而且是必须同时具备的。缺少任何一项，所涉冲突都不属于我们这里所说的“无政府的”冲突。另一方面，只有国内的敌对情势达到一定程度，具备这些特征的冲突才能被称之为“无政府的”冲突。……

2. 人道主义方面的影响

冷战时期的国内冲突通常是由国外的提供资助，当前的国内冲突倾向于由基于抢劫和非法交易为基础的独立的战争经济提供支持。这导致了分散的游击运动，外界援助的提供者通常武断地视之为统一的运动。当此类运动或者武装派别完全依靠抢劫和非法交易而生存时，它就成为了一种直接罪行，其中的每个小团体甚至是每个个体都是为自己而存在。

红十字国际委员会从其直接经验中发现，在“无政府的”武装冲突中，这些结果更加严重。事实上，在国家结构瓦解过程中发生的这些冲突，平民居民通常直接处于危险之中，因为每一个派别的目标都是获取生存空间。

这类武装冲突中人道主义行动的主要效果在于：

1. 人道主义组织不得不与各种派别及其过多的代表建立和保持联系。为了让他们理解他们被号召去工作的社会政治和经济背景；去阻止各种试图操纵在各派别的人道主义援助、希望通过人道主义援助物资的分发而培植或获取支持者的努力；以及确保在当地和居住在国外的人道主义工作人员的安全，这非常必要。由于武装派别已经极端个人化，因此使得接触和谈判具有高度不确定性。每一个士兵，无论是成年人还是儿童，实

际上都变成了一个发言人，或者，在任何情况下，都变成了需要与其谈判的对象。

2. 冲突所涉派别斗争导致的领土割据越分散，被当地主要派别认定为平民的人就越少，平民因此就越少会在原地居住。这导致了大规模的人口流动，既包括在国家边界内的人口流动（流离失所者），也包括跨国界的人口流动（难民）。……
3. 由于普遍存在的无秩序状态，各部队缺乏纪律，在极端情形下，甚至每个战斗员自己就是指挥官。因此，“战争的道德”一词成为一种幻想。同时，强奸、绑架、劫持人质、抢夺以及其他刑事犯罪事实非常普遍。纪律的完全缺乏，伴随着战斗员的压力和恐惧，导致了暴力的恣意横行。在这种背景下，传播军事行为规则的知识和尊重红十字或红新月标志以及人道主义组织等原则的各种努力都会遭遇困难，这需要创新性的解决办法。相关信息的传达再也不能象在传统武装冲突那样，会被像传达给他们的下属一样将信息传达给组织中的成员。……
4. 这种以各派别及其民兵成员为特征的松散结构导致，如果不是不可能的话，就是越来越难以区分战斗员和平民。这是国内冲突中通常存在的一个问题，尤其因为游击队使他们的社会基础——广大群众——成为了斗争的重要因素。这一现象在无政府状态的武装冲突中显得尤其明显，因为大多数时候民兵和平民都是混在一块的，民兵没有统一的着装，或其他的区别标志。对于人道主义组织而言，因此产生了一个额外的问题，即越来越难以确保只有平民才受益于人道主义援助。
5. 源自于国家解体的无政府状态损害了作为人道主义行动和国际人道法的核心价值。作为国家标志的那些价值的瓦解，助长了相关部分的强烈认同，使得公正等原则对于冲突各方甚至对于个人而言难以接受。明显的后果是导致所有人存在风险。这种情形对要在所有情形下尊重至关重要的人道主义组织而言，甚至更加困难。这些至关重要的工作道德包括，涉及人道主义行动的运作方法时，拒绝任何妥协，因为妥协只会给未来所有的援助机构带来负面影响。
6. 在国家结构瓦解的背景下，出现了新的、更加及时和切实的利益。这些利益反映了当地和（或）区域的经济关注，通常还包括与有组织犯罪网络有关的各派别或各团体的领导人的个人利益。个人直接利益甚过集体利益的重要性使得人道主义工作人员的风险增加，因为各派别会毫不犹

豫地挪用人道主义工作人员为了援助武装冲突受难者而管理的物资。因此，人道主义组织就不再被视为独立的提供救济的一方，而是经济上的“利益”相关方。……

7. 同时，在“无政府的”武装冲突中，人道主义组织通常被迫取代不再存在的国家结构或提供国家结构的服务。在医疗活动方面，这尤其显著。……

国家一旦分裂，就产生了一种悖论：人道主义行动既更加必要，又显得更加困难，如果不是不可能的话。这是因为，冲突各方的等级结构不充分，难以使其尊重国际人道法，也因为这种结构没有向人道主义组织充分提供其开展人道主义行动所需要的最低限度的安全条件。……

三. 国际人道法的可适用性和适用

然而，处于瓦解进程中的国家，即便缺乏能够确保国家职能持续的政府，依然……受国际法调整。同时，这样的国家作为缔约方依然必须遵守条约。

人权法文件在此类情势中发挥的作用很小，因为人权法文件的实施很大程度上依赖有效的国家结构的存在。能发挥更显著的作用的是适用于武装冲突的国际人道法文件。……这是因为国际人道法不仅约束国家，而且约束非国家实体，比如交战团体、敌对状态中的武装部队及其隶属成员。

然而，“无政府的”武装冲突的出现，既产生了国际人道法的可适用性问题，又产生了国际人道法的适用问题。

1. 1949年《日内瓦公约》共同第3条的可适用性

共同第3条要求非国际性武装冲突的当事方尊重某些最低限度的人道规则……。

相应地，在“无政府的”武装冲突中，与共同第3条的适用有关的主要问题是：(1) 参与此类冲突的各派别是否构成“武装冲突的当事方”？以及(2) 不同派别之间的敌对形式与紧张程度是否是武装冲突的特征？

(1) “冲突当事方”的定义

共同第3条没有界定什么是“冲突当事方”。……专家们形成普遍共识是，反对政府的武装部队为了被确认为武装冲突的当事方，必须具有最低程度的组织和纪律——足够使其尊重国际人道法。

……因此，所产生的问题是：当缺乏组织的军阀派别迅速增多时，这些派别是否有资格成为“冲突各当事方”，因此共同第3条可以考虑予以适用？

考虑到共同第3条的人道主义宗旨，其适用范围必须尽可能广泛，不应当受不适当的形式要求的限制。近期联合国安理会的决议敦促“冲突的所有各方”尊重国际人道法，这种敦促也体现在诸如索马里和利比里亚境内的无政府的冲突背景下，这一点很有启发意义。

[脚注7，参见比如，安理会1993年3月26日第814号决议，第13段“……重申要求索马里所有各方，包括各运动和各派别，立即停止并终止所有违反国际人道法的行为……”。联合国安理会1992年11月19日第788号决议，第5段“……敦促利比亚境内冲突各方严格尊重国际人道法的规定。”]

(2) 武装冲突的存在

就“武装冲突”这一术语而言，专家意见也几乎考虑了政府与叛乱团体之间的冲突，但不包括一国境内不同派别之间的冲突。专家们还同意，国内紧张局势和骚乱，比如暴动和独立零星的暴力行为，不够成共同第3条意义上的武装冲突。

然而，就上述情形而言，安理会暗示，与国家瓦解有关的敌对状态构成武装冲突。国际法院已经宣告，共同第3条的规则构成“基本的人道考虑”，不仅适用于武装冲突情形，而且作为习惯法，适用于所有情形。

[脚注8，国际法院，《判决、咨询意见和命令报告》：“在尼加拉瓜和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动案”，1986年6月27日，第114页，第218段。……]

因此，毫无疑问，共同第3条的规则适用于无政府的冲突。而且，当这些规则适用时，武装派别的所有成员都有义务遵守这些规则。

2. 《第二附加议定书》的可适用性

要适用《第二附加议定书》，首先要求武装冲突的派别必须反对政府，因此排除了非政府的各派别之间的对抗。《第二附加议定书》规定的另一项条件是冲突当事方必须对国家领土实施控制以使其执行持续一致的军事行动并且履行本议定书。经验表明，无政府的武装冲突中的武装派别很难满足这一条件。……

3. 共同第3条中的基本原则的适用

如上文所述，国际法院已经断言，共同第3条规定的规则相当于“基本的人道考虑”，对所有个人均有约束力。而且，安理会的大量决议，包括那些关于无政府的冲突的决议，敦促各当事方尊重国际人道法，并且确认，那些应当对违反国际人道法行为负责的人应负个人责任。因此，很明显这些例外情形不应当在法律范围之外。相反，它们应当受习惯法规则的调整，这些习惯法规则约束武装冲突的各种类型的当事方和参与敌对行动的每个个体。……

因此，这种类型的冲突所产生的问题不主要是哪些规则可以适用，而是这些可适用的规则的实施。可以说，国家所有的法律和所有国际的法律适用于正在瓦解的国家的领土。既然依据定义，国家的瓦解伴随着不遵守全部法律的风险，那么，通过合作和依据《联合国宪章》使国际社会确信，此类“没有法律的区域”是不存在的，这符合国际社会的利益。

一旦国家开始崩溃，武装冲突产生，国家就有义务在所有情形下不只会导致进一步恶化局势和潜在违反国际人道法的方式行事，履行其尊重和确保尊重国际人道法的义务。

4. 《联合国宪章》

安理会决议倾向于表明，无政府的冲突可能产生被视为威胁国际和平与安全的人道主义危机。在这种情形下，在《联合国宪章》规定的框架内进行政治和军事干涉必须存在可能性，这样提供人道主义援助的行动和为处于危险中的群体提供保护的行动能够继续。事实上，政治问题不能仅通过人道主义行动得到解决，国际社会的成员不仅有义务实施人道法下的义务，而且必须肩负《联合国宪章》赋予的责任。……

四．建议

国家的削弱或瓦解损害了对构成国际人道法和人道主义行动基础的那些规则和原则接受、甚至是理解。

避免导致这一状态的唯一办法是阻止国家结构的瓦解。然而，导致国家瓦解的原因很多，对这些原因提供补救的任务大大超出了人道主义机构的能力范畴。

人道主义组织，尤其是红十字国际委员会，即使在最极端的情形下，也有助于确保对那些调整人道主义行动的原则和国际人道法的基本规则的尊重。……

1. 人道主义行动

(1) 查清当地机构和团体

为了更好掌握和理解要求人道主义机构开展行动的情势，应当查清和支持那些在国家瓦解过程中继续存在的当地机构和团体。实际上，在所有的武装冲突情势下，都会存在一些机构，无论传统与否，这些机构在国家瓦解后仍然存在，而且已经接管了国家的一些职能。比如，在索马里，传统部落体系继续存在，妇女团体自发地组织起来，并且受到极大鼓舞和支持，这使得人道主义组织提供食物援助容易得多。

然而，并不是每场冲突中都会存在这样的替代性国家结构。即使存在这样的机构，它们也不能真正替代国家，意识到这一点很重要。……

(2) 当地习惯的作用

除了国家结构本身以外，有必要确认当地所有依然存在和有效的社会反应、习惯和荣誉行为，即便在因国家瓦解和冲突的广泛发展而受到严重影响的国内社会也是如此。这些传统规则通常与宗教信仰结合在一起，并且通常受到年长的人们——部族或部落中的德高望重者——的保障。这是不成文的、没有编纂成法典的、但却植根于社会的规则，甚至在一个极度瓦解的社会，这些规则继续得到确认，甚至得到尊重，这将便利人道主义工作。

(3) 人道法和原则传播

国际人道法基本原则和规则的传播在无政府的冲突中面临特殊的挑战，因为参与暴力行动的行为人太多。这些人形成了具有松散结构的小型团体，并且基于安全问题而难以接近这些人，抑或是这些人对外国人存在于自己领土上持怀疑态度。而且，当有办法接触这些小的团体时，必须向他们传达人道法原则的知识以及说服他们遵守法律，还要敦促他们理解自身环境和动机，以及倾听的重要意愿。……

(4) 减少人道主义援助的风险

当今，人道主义组织基于它们投入无政府冲突的援助大小等原因，事实上已经成为经济、社会以及政治情势中的首要行为体。任何一项人道主义行动的动议都不可避免地产生大量产品流出的结果，而这将改变当地的经济和社会结构，甚至可能煽动不同派别之间的斗争。

为减少这些风险，必须采用微观项目——自我管理的社区厨房、种子的分发、牲畜的免疫项目或者帮助恢复产生收益的活动。这些项目位于紧急行动和发展规划项目之间。……微观项目使得执行当地工作成为可能，这不仅为处于冲突中的国家经济的独立提供了支持，而且有助于与盗贼作斗争。当广泛的行动必不可少时，人道主义组织在分析其工作的负面影响时，必须更加开诚布公和清晰。……

(5) 人道主义人员的培训

……

紧急的人道主义工作要求具备完美的专业技巧，尤其是无政府的武装冲突背景下，这些专业技巧是基于对该地区、当地团体和文化、以及此种类型的情势内

在的风险和道德等先前知识的相信了解基础之上的。同时，对武装冲突中被俘获的人进行人道主义援助，也要求以同样的专业和道德标准为基础，与当地工作人员紧密合作。

2. 国际社会的作用与责任……

(1) 确保遵守国际人道法的义务

……民间社会的瓦解和暴力事件不受控制的发生是一项关涉整个国际社会的事情。事实上，《日内瓦公约》第1条规定，各缔约国必须“确保尊重”国际人道法。……各缔约国有权采取大量措施，比如武器禁运、外国资产的冻结或威胁减少军事和财政援助等。

(2) 考虑武装冲突中的新行为体

现代武装冲突中的新行为体适用和传播国际人道法时的手段必须予以考虑。在当代武装冲突中，除了武装暴力情形下的传统参与者，其他类型的积极参与者也具有直接或间接的作用。这些参与者可能是服务于商业公司的私人民兵，或者是受命于政府的准军事团体。他们也可以是对武装冲突当事方具有相当大支配影响的跨国公司或超国家的经济实体。他们还可以是能够将大众团结在一定信息之下的宗教或政治团体。……

(3) 国际司法管辖的需要

应当随时谨记的是，如果不伴随着对违反情形进行处罚的可能，关于尊重国际人道法原则与规则的信息将收效甚微。

这对于那些熟知指挥系统的削弱或瓦解就是逍遥法外的保障的战斗员而言，以及对于整个社会而言，都是事实，因为国家的瓦解和国家职能的崩溃，尤其是司法职能的崩溃，明显导致国家难以履行将违反者绳之以法的义务。其结果是各层次的责任缺失，这既是国家结构瓦解的一个原因，也是一种结果。在“无政府的”武装冲突情形中，法律体系无效或者完全丧失时，国际刑事法庭的建立对于确保国际人道法的未来适用和尊重非常重要。

(4) 军事干涉

在极其严重的情形下，安理会可以要求联合国会员国依据《联合国宪章》第七章进行军事干涉。然而，在采取军事行动之前，确立精确的目标和制定明确的行动计划对于避免人道主义行动与军事行动之间的混淆来说是非常重要的。尽管

此类干涉行动不能被视为人道主义行动，但这样的行动可能恢复国际人道法得以适用的条件以及人道主义行动得以继续进行的条件。

(5) 武装冲突的预防

最充分的、符合成本效益原则的国际行动当然是，通过监督和对早期预警信息进行有效反应，阻止武装冲突爆发的行动。……通常缺失的就是对这些早期预警信息的反应。……

讨 论

1. (1) 适用《日内瓦公约》共同第3条的必要条件是什么？
 - (2) 依据共同第3条那些“不论何时何地，都受禁止而且仍将受到禁止”的行为是否仅发生在武装冲突中？这些行为是否仅在武装冲突中受到禁止？这些行为是否仅受“武装冲突当事方”的禁止？这些禁止行为中的哪些需要得到最低限度的尊重？哪些能得到个人的尊重？
 - (3) 共同第3条的文本是否表明它仅禁止那些可归因于“武装冲突当事方”的行为？
 - (4) 在“无政府的”武装冲突中，各派别是否构成适用共同第3条意义上的“武装冲突当事方”？每个派别还是一些派别构成上述意义的当事方？如果政府使用武装部队对抗反政府派别是否比各起义派别之间相互战斗更容易确定某一派别是否具有武装冲突当事方地位？尤其是当这些派别之间的敌对行为涉及众多混乱无组织的派别时？为什么一个派别内部最低程度的组织结构和纪律与它被承认为“武装冲突当事方”相关？
 - (5) 基于适用共同第3条的目的，什么构成武装冲突？共同第3条是否对此规定了定义？为了构成足以适用共同第3条的武装冲突，敌对局势必须达到什么样的紧张局势？零星发生的暴力行为是否足以使共同第3条得以适用？国内骚乱呢？敌对局势必须采取什么形式？一国国内不同的非政府派别之间的敌对是否足以构成共同第3条得以适用的武装冲突？
 - (6) 共同第3条是否适用于所有情势？本书第1359页的**案例130**——尼加拉瓜诉美国的案例，国际法院在判决第218段的论述是否表明共同第3条适用于武装冲突之外的情形？至少共同第3条的规则构成“基本的人道考虑”？
 - (7) 你是否同意诸如暴动和独立与零星的暴力行为等国内紧张局势、骚乱不受共同第3条的规范？为什么？难道因为《第二附加议定书》第1条第2款表明这些不是武装冲突？（比较《第二附加议定书》第1条第1款。）
2. 什么是《第二附加议定书》适用的必要条件？（比较《第二附加议定书》第1条。）
《第二附加议定书》适用的条件与共同第3条的适用条件是否有区别？如果是，它比共同第3条的适用条件更高还是更低？

3. 如果国际人道法不适用，那么针对平民的暴力行为是否受国际法禁止？是否存在约束冲突中各种当事方和每个个体的习惯法规则？遵守这些规则是否是习惯法的需要？
4. 如果国际人道法不适用，对于“无政府的”武装冲突中被俘获的个人的保护，应适用什么法律？在无政府的武装冲突中，行为体不是国家而是私人武装派别，此时国际人权法是否适用？国际人权法的实施是否比国际人道法的实施更依赖于有效的国家机构的存在？国际人权法的什么机制在“无政府的”武装冲突中仍发挥作用？
5. (1) 你认为国际人道法在“无政府的”武装冲突中的适用存在什么困难？国际人道法的什么机制在此类武装冲突中仍发挥作用？哪些不再发挥作用？
 - (2) 国际社会在“无政府的”武装冲突有什么责任？“无政府的”武装冲突是否是国际和平与安全的威胁？联合国安理会能采取什么行动？《日内瓦公约》的缔约国能采取什么行动？什么是各缔约国必须采取的行动？（比较《日内瓦公约》共同第1条。）
 - (3) 红十字国际委员会或其他人道主义组织为防止此类“无政府的武装冲突”，可以采取什么措施？在敌对状态爆发后，应当采取哪些措施？你如何看待准备文件提及的各项建议？你对这些建议是否有所增加？
 - (4) 人道主义组织在此类“无政府的武装冲突”中面临什么具体困难？就其中立和公正原则而言，面临什么困难？就其提供保护和援助的工作方法而言，面临什么困难？

案例33 红十字国际委员会应对当前安全挑战的办法

案 例

[资料来源：《官方声明》，可访问<http://www.icrc.org>, Focus/Debate on Humanitarian Action.]

人道主义安全：“接受、理解和行为的问题……”

2004年3月31日，在日内瓦召开的一次会议上，红十字国际委员会行动部主任皮埃尔·克朗恩布尔 (Pierre Krahenbuhl) 简要阐述了红十字国际委员会针对当前人道主义工作面临威胁的观点，以及确认红十字国际委员会关于公正、独立和中立原则承诺。

在高级别人道主义论坛的演讲
日内瓦万国宫，2004年3月31日……

2003年对于人道主义行动而言无疑是困难、而且是异常困难的一年。有许多针对援助机构和人道主义援助人员的故意攻击，这产生了此类人道主义组织履行其职责的能力问题，以及关于人道主义行动前景的讨论。关于红十字国际委员会

的这一讨论具有重大关系，并且我们希望就红十字国际委员会如何评估进展和如何计划处理一些最重大的建议，分享一些观点和启示。

演进的环境

当今世界，武装冲突的环境就产生的原因、特征与类型而言，继续高度多样化。在全球层面，我们注意到一种新的分化或激进化。分化采取了不同的形式，但是影响冲突环境最显著的形式是，发生在进行了被称之为“反恐战争”的许多国家与一些系列激进的非国家实体之间的对抗，这些非国家实体反对那些进行反恐战争的国家、并准备适用非传统手段进行对抗，包括故意对平民和针对人道主义组织等所谓的软目标进行恐怖攻击。

尽管众多个体背景受全球趋势的影响，但在衡量世界上很多其他地方的冲突发生原因时，当地因素依然是主要的：经济、社会、健康和其他相关方面的原因。

对安全的影响

在发生了武装冲突或内乱的地区执行人道主义行动总是具有危险的活动。红十字国际委员会当前有10000名工作人员在75个国家开展工作。每天的同一时刻，这些工作人员都穿越那些发生战斗的地方或划分敌对各方的控制线，他们与各种携带武器的人员会见、谈判或处理相关问题：从军人到警察、从准军事人员到叛乱人员、从童军到雇佣军。

工作人员和受益人的安全是一个机构的重大责任：尽管在武装冲突背景下或暴力情势中工作，就明显意味着会面临各种程度的重大危险，红十字国际委员会总是试图形成有关安全管理的解决办法和手段，在最大可能的程度上限制这些危险的发生。

“典型的”安全环境通常被描述为：主要危险是发现自己处于错误的时间和地点。值得注意的是，正如我们讨论危险的一些新特征时所指出的，在红十字国际委员会的经验里，此类安全环境是目前世界上最广泛的。

尽管如此，在2003年，红十字国际委员会遭受了一系列故意的武力攻击，导致四名工作人员在阿富汗和伊拉克丧生。第五名工作人员在巴格达因陷于交火而被杀害。其他一些组织，比如阿富汗红新月会、联合国机构和一些非政府组织也经历了类似的悲惨遭遇。

尽管有三分之二的故意攻击，尤其是3月发生在坎大哈北部和7月发生在巴格达南部的那些攻击，似乎是红十字国际委员会的存在与广泛的国际政治军事行动

存在明显联系的结果，但是10月针对红十字国际委员会驻巴格达代表处的汽车炸弹袭击则是直接以该组织为目标的有计划的攻击。

这是否是一种新的现象？并非专门是新现象，因为在特定环境下成为受到故意攻击的目标，这在以前也发生过。……

因此，当今什么是新问题？从红十字国际委员会的观点看，当前背景下新的是威胁的全球性的，而不是限制在某个地理范围内的。红十字国际委员会对安全的界定基本上是以发生的特定背景为基础的。当地代表处对安全环境的评估是建立在一系列的制度指标之上的，我们把这些制度指标称为安全的支柱，其中可接受性是一个重要的指标。

然而，当今这些指标在一个既定背景下可能显得有利，但是来自外部的行为体能够以我们的工作人员为攻击目标。

复杂的因素在于这一事实，即：如果不是完全不可能的话，接触那些进行攻击的团体非常难。然而，对于红十字国际委员会而言，与影响冲突的特定局势有关的所有行为体开展对话，是红十字国际委员会工作程序的一个重要部分。没有此类对话，不可能获得我们所需要的可接受性，因此不可能接触到我们的保护和援助活动所要针对的那些处于危险的民众。

而且，在一个分化的环境中，存在着一种任何行为体都必须作出选择的预期。一个人要么是朋友、要么是敌人，要么是支持者、要么是反对者。这种预期对于红十字国际委员会这样的行为体获准通过而言更加复杂，因为这一组织秉持独立和中立原则。由此导致了关于人道主义行动的合法性的理解问题，以及尤其是红十字国际委员会运作方式的独立和中立性的问题。

这一发展包括两方面的特定风险：**被拒绝的风险和被工具化的风险。**

目前，不管怎样，任何似乎有助于在阿富汗的稳定或转变行动，或者有助于伊拉克占领行动的行为体都会处于潜在危险之中。此外，红十字国际委员会这一身份被某些团体视为主要是西方的——因为我们的资金、标志和总部——因此被误认为是更广泛的政治和军事存在的风险非常大。

无论这些攻击出于什么目的，红十字国际委员会强烈谴责这些针对其工作人员的攻击，这些攻击会严重损害红十字国际委员会提供诸如伊拉克和阿富汗的情形下所需要的保护和进行援助的能力。

另一种风险是被工具化，换言之，被一些进行人道主义行动的国家参与方在进行反恐行动中作为一种可利用的工具的危险。最近几个月已经有多种此类表述。这包括一些政府将其在伊拉克和阿富汗的军事存在描述为“主要是基于人道

主义”的表述。在阿富汗的国际部队的“省级重建队”(Provincial Reconstruction Team) 概念的确立, 是另一个例子。如果政治军事实体与人道主义机构在作用与目标方面模糊不清,那么将对红十字国际委员会这样的组织产生非常严重的理解和运行方面的问题。

红十字国际委员会的反应

红十字国际委员会打算如何处理与这些发展相联系的那些异常紧迫的方面? 在对这些问题作出回应的同时, 我想与你们一起分享我们当前的一些看法, 并对联合国人道主义办公室为这次会议提交给我们的讨论稿中提出的一些看法进行回应。

红十字国际委员会的安全管理概念是基于以下核心要素:

- 红十字国际委员会实行的主要是分散的、由下至上的管理文化。这也平等地适用于安全管理事务。我们持这样一种强烈信念: 离处于危险中的人越近, 就越能更好地分析所涉事件和制定战略。
- 为持续有效, 在清楚界定的各机构框架内, 有广泛的自主权阐述我们的权能、原则和安全概念。
- 红十字国际委员会的安全管理方法是, 安全责任在于项目执行管理人自己。安全管理与项目执行管理之间没有区分。……
- 当隶属于执行部门的安全单位于十年前在总部设立时, 负责执行事务的管理人设立的一个重要前提是, 他们并不排除安全管理责任。在这一意义上, 安全单位更有一种监察作用, 主要侧重于整体上的政策发展、监督、支持和培训。
- 红十字国际委员会也确性, 远在安全问题成为一个现实问题之前就确信, 安全问题是一个对红十字国际委员会这个组织和对红十字国际委员会的代表个人行为的接受和理解问题, 是对这个组织倾听武装冲突所涉的所有参与方的意见、并沟通交流和设计持久和谐景象的能力的接受和理解问题。换言之, 是一个关于可预计的问题, 即: 我们希望看到他能做他所说的事情。

那么, 先前提到的正在变化的环境对于红十字国际委员会的这一总体办法有什么影响呢?

- 面临去年那样的悲剧, 人们可能倾向于加强总部的集中决策。但国际红十字委员会坚信自己必须保持一种非集中的办法。

- 需要结合威胁的全球性质，换言之，安全管理概念需要引入能够提高对那些发展于既定事件的背景之外、但又能影响既定背景的危险的认知和应对水平的方法，
- 这也要求与既定情势中的不同当事方进行沟通的新办法，尤其意味着要找到与那些误解和拒绝我们的当事方进行沟通的方法。
- 这还意味着要强有力地支持中立和独立的人道主义行动。对一个不同的世界用旧的办法？在我们看来当然不是这样。相反，这是面对挑战时我们坚信的原则性的立场。

可以说，如果红十字国际委员会想要变得更有效率，就需要采取下列措施：

- **加强把各国红十字会工作人员接受安全分析和评估的整合。**在各自事件背景下实施这样的整合。……与此类似的是，改善与国内或当地的关键合作方之间的安全对话，比如各国的红十字会或红新月会的同行。
- **解释为什么公正或独立很重要，为什么中立性是密切相关的：**

公正，我们简单理解为，这意味着人道主义行动应当使所有人获益，不论其血统、种族、性别、信仰等。在此意义上，没有人可以因为其信仰而被剥夺援助或保护的权利。……

独立，我们理解为意味着，人道主义行动需要区别于政治决策进程，事实上人道主义行动也被认为是这样的。之所以要区别于政治决策进程的理由很简单，任何冲突的当事方都会拒绝那些有政治动机嫌疑的人道主义行为的参与者。

这毫无疑问地解释了为什么我们如此坚定不移地坚持尊重各标志、职能和运作方法。我们很高兴指出讨论文件中凸显了这一点。

然而，在我们看来，联合国和许多国家所倡导的那种结合政治的、军事的、重建和人道主义等手段的不同的整合办法与独立中立原则相冲突，红十字国际委员会不能、也不会同意这些政策。

这一点，我们想强调我们的关注，联合国人道主义办公室在其讨论文件中提及的“共同行动”的承诺——比如，从发生重大违反的区域撤出人道主义存在。尽管我们理解这一提议的目的，但是我们经历过这样的情形，比如在阿富汗和伊拉克，这种附条件的行动方法使我们看到，当地居民有被受国际社会排斥或孤立的一方以控制他们为借口而被抛弃。

中立也不总是能轻易被理解。通常，它被视为冷漠。红十字国际委员会并不是面对违反国际人道法的行为保持中立，而是在武装冲突中不支持

任何一方，也不把过错归结于一方或另一方。我们将武装冲突视为一种事实，对敌对行为进行评论。

因此，中立是实现目的的一种手段，它本身并不是目的。这是一种使得各种渠道对具体行动开放的手段。我们意在保持与所有当事方之间的对话；我们不拒绝与任何统治人们的实体进行对话。我们不评论他们作为对话者的价值，我们也不因此授予其特别的地位。

对独立和中立的人道主义行动办法的支持包括：明确区分人道主义行动和政治军事行动。这并不是因为红十字国际委员会回避军事问题，相反我们愿意、而且通常与军方进行积极对话。这也不是因为我们认为，当其他的参与方不能履行任务时，不存在军事机构可能是最后手段的场合。另一方面，我们确实希望避免因把当前的军事“民心 and 认同”行动或重建行动描绘成人道主义行动而产生的模糊界限。

在这一方面，红十字国际委员会与阿富汗境内的“省级重建队”存在问题。不是因为这些队伍确立的严格意义上军事或安全目标。为了保持中立，我们不愿意对此进行评论。然而，我们进行关注，是因为他们把人道主义反应并入总体的军事和安全概念，在这个过程中，满足一部分人的需求可能成为打败对手或敌人的战略一个组成部分。……

我们意识到，这可能导致这样一种感觉，即：红十字国际委员会非常强调其自身的隔绝状态——在世界变化了的情况下，红十字国际委员会依旧坚持相同的原有办法。我们的观点没有跟进。在讨论文件中有许多有用的评论，包括关于更广泛的人道主义组织的冲突与缺陷的论述。红十字国际委员会没有什么自鸣得意之处，很渴望从其他组织的经历中学到经验。

在这个意义上，我们真诚希望与所有人道主义组织和其他利益相关人员就这些事项进行开放透明的对话，既包括在那些通常来说分析与危险评估进行分享是至关重要的特定冲突情形中，也包括在那些在理解人道主义行动的各种解释过程中就可以取得的进展所进行的概念层面的讨论中。

我们充分意识到，当今有许多不同于我们的人道主义行动的概念。我们并不主张所有的行动参与方都应当、或能够同意我们关于人道主义行动的概念和运作哲理。我们也意识到，已经有很多、而且未来仍可能有很多情势是我们的办法难以产生预期结果、而且需要其他机构帮助的。

我们深信，一方面我们需要使我们的观点众所周知，我们能告知公众，与其他方进行对话、协商和协调是我们必不可少的内容。我们不是在别人的主导下进

行合作或整合，这很重要。我们决定保持我们目前原则性的运作方法，相信这些方法依然有效而且很有必要。

讨 论

1. (1) “人道主义”是什么意思？什么构成人道主义行动？人道主义行动旨在实现什么目标？维持和平行动的宗旨是什么？冲突解决的宗旨呢？
- (2) 人道主义的各种努力与政治行动之间存在什么关系？它们必须完全区分吗？它们是否能完全区分？在这样一种共生关系下，人道主义组织有可能真正保持独立吗？这种关系能怎样证明？
- (3) 人道主义行动是否必须中立和公正？为什么？
2. (1) 当人道主义努力与政治行动或军事行动相模糊时，对人道主义组织及其工作人员以及甚至是武装冲突的受难者而言，会产生什么风险？
- (2) 军队是否应当介入人道主义行动？此类介入会有什么风险和好处？
- (3) 人道主义组织，尤其是在对人道主义组织使用暴力的情形逐渐增加时，不应当从最低的军事保护中获益吗？武力保护会存在什么危险？如果是反对武装冲突中的一个当事方呢？如果是反对强盗匪徒呢？武装冲突的当事方与匪徒之间有什么区别？如果武力保护是接近武装冲突受难者的唯一办法时，人道主义组织能受益于武力保护吗？
- (4) 你如何解释针对人道主义组织的尊重出现衰退的现象？这是源自武装冲突的类型和性质已经改变的这一事实吗？还是源于维和行动的增加？或者仅仅因为缺乏对和平努力的国际承诺这一事实？再或者是因为这一领域存在太多的国际人道组织？
3. 传统上，红十字国际委员会怎样确保其工作人员的安全？哪些方法因为当前安全环境的什么特点而失去了其功效？
4. (1) 武装冲突中人道主义行动参与人的增加与人道主义目标的更加有效的实现之间是否存在直接联系？为什么？怎样才能实现更大的相互补充和更清楚的任务划分？
- (2) 人道主义行动参与人之间逐渐增加的相互协调对于红十字国际委员会和战争受难者而言，具有什么风险和好处？如果此类协调包括了红十字国际委员会，而且是由联合国提议进行的，那会有什么风险和好处？
- (3) 谁应当负责此类协调？当前是谁在负责？

文件34 红十字国际委员会，新武器

[资料来源：《新武器：事实情况》，红十字国际委员会关于国际人道法的咨询服务，日内瓦2001年11月；可访问<http://www.icrc.org>]

新武器

……《第一附加议定书》……还禁止使用某些武器、作战手段和方法，并且要求评估其合法性。目前大部分国家都受到《第一附加议定书》规则的约束。

强制审查

根据《第一附加议定书》第36条，每个缔约国都有义务对其所研究、发展、取得或采用的任何新武器、作战手段或方法的合法性进行评估。它必须判定，在某些或所有情况下，其使用是否违反《第一附加议定书》的规则或国际法的其它规则。

值得注意的是，某些非《第一附加议定书》缔约国的国家也已经采纳了确保其武器受到此类审查的程序。

程序与机制

《第一附加议定书》并没有具体规定如何判定武器、作战手段和方法的合法性。因此，采取行政、规章以及其它必要措施以履行其根据第36条所应负的义务就成为每个缔约国的责任。

各国所采纳的现有措施各不相同。这些措施包括建立一个负责评估的委员会，或由当局将进行此类审查的工作分配给国防部中的具体部门，或分配给武装部队中某一军种的军法总署。

已经建立的委员会通常由国防部、武装部队以及外交部的代表组成。他们定期或按要求开会。在某些情况下，可以对委员会的裁决提起上诉。

不论所选的审查机制为何，都鼓励各国采纳多学科审查方法，此方法将适当考虑军事、法律、医学以及环境专家的建议。

建议各国尽早开展审查，不论是在研究和发展新武器、作战手段或方法期间，还是在取得或采用它们时，但无论如何，都应在付诸使用之前。

在拥有实施国际人道法国家委员会的国家中，该委员会能够促进采纳国内审查程序。

审查范围

开展法律审查的义务适用于所有新武器、作战手段和方法，而无论其性质是杀伤人员的还是反器材的。

“作战方法”这一术语特别是指武器被使用的方式。《第一附加议定书》所禁止的作战方法包括不分皂白的袭击、对会造成平民居民严重损失的，含有危险力量之装置的袭击，以及使平民陷于饥饿。

在首次审查之后进行了修改的现有武器、作战手段和方法也属于第36条所调整的范畴。

各国也应该对出口武器的合法性进行检查，尽管第36条并没有明确要求这样做。这是1949年《日内瓦公约》之共同第1条以及《第一附加议定书》所规定的“遵守并确保遵守”这些条约之义务的逻辑延伸。

进行审查时应考虑的规则和因素

各国必须考虑所审查的新武器、作战手段或方法是否为习惯国际法或适用于它们的条约法所禁止。他们还须考虑有关敌对行动的规则，其中包括那些《第一附加议定书》中所设定的规则。

在很多条约中都能找到有关禁止特定武器、作战手段和方法的规定，最近的条约包括：

- 1972年《生物武器公约》；
- 1976年《禁止为军事或任何其它敌对目的使用改变环境的技术的公约》；
- 1980年联合国《有关某些常规武器的公约》及其《议定书》；
- 1993年《化学武器公约》；以及
- 1997年《禁止杀伤人员地雷公约》。

《第一附加议定书》中规制敌对行动的规则包括对下列武器、作战手段或方法的禁止：

- 属于引起过分伤害和不必要痛苦的性质的(第35条第2款)；
- 旨在或可能对自然环境引起广泛、长期而严重损害的(第35条第3款)；
- 不能以特定军事目标为对象的或者其效果不能按照《第一附加议定书》的要求加以限制的，而因此，属于无区别地打击军事目标和平民或民用物体的性质(第51条第4款)。

鼓励各国考虑其它因素，例如新武器、作战手段和方法的军事必要性及其使用目的；它们对健康的影响和关于所造成伤害（尤其是如果所造成的伤害是未知或不熟悉的）的性质可获得的信息；以及是否其它武器、作战手段或方法能够实现同样的军事目的。……

文件35 红十字国际委员会，生物技术、武器与人道

（一）红十字国际委员会的呼吁

[资料来源：《关于生物技术、武器与人道的官方声明》，红十字国际委员会向政治和军事机构以及科学与医疗团体、工业与民间团体，就生物技术潜在危险发展作出的呼吁，2002年9月22日。也可参见红十字国际委员会网站 (<http://www.icrc.org>) 关于“生物技术、武器与人道”的网页。]

关于生物技术、武器和人道的呼吁

**红十字国际委员会就发展生物技术的潜在危险，向各政治当局、
军事当局、科学界、医学界、工业界以及民间团体发出呼吁**

……

背 景

“生物技术时代”像工业革命和“信息时代”一样将带给人类的巨大福的好处。然而，如果生物技术被用于敌对目的，包括用于散布恐怖，人类就面临巨大危险。

红十字国际委员会，为恪守其保护和援助武装冲突中受难者的职责，尤其担心生物制剂可能被用于敌对目的。

生物科学技术的发展所带来的潜在的好处是显而易见的。这些好处包括：疾病的治疗，新疫苗的开发和粮食产量的提高，也让世界上贫困地区受益。

然而，生物技术遭到滥用的警告令人深深不安。红十字国际委员会相信这些警示值得社会各界做出反应。来自各国政府、联合国机构、科学界、医学界和工业界的证据提供了一个长长的清单，清单列有各种对现存的和正在出现的生物技术的可能的滥用方式。其中包括：

- 蓄意传播已有的病源，如伤寒、炭疽、天花，而导致人类死亡、疾病和恐惧；

- 改变已有的病原体，使之更具有致病能力，就象在研究“鼠天花”病毒时无意中已发生的那样；
- 从合成材料中制造新病毒，像在今年出现的使用来自互联网的处方和使用来自邮购方式买卖的供货者的基因片段；
- 未来可能开发的针对特定民族或种族的生物制剂；
- 开发并使用新颖的用于战争的生物制剂，同时给自己的部队和人民注射相应的疫苗。这样做会增强生物武器的吸引力；
- 用新的方法公开地扩散自然出现的生物制剂，以改变目标人群的诸如意识、行为和生育等生理或心理过程。在某些情况下，这种改变过程会长达数年；
- 开发能攻击农业的或工业的基础设施的生物制剂。即使不打算使用此类制剂，也对自然环境具有无法控制的、尚未知晓的影响；
- 开发能够影响人类基因构成的生物制剂。此类制剂一直影响数代人，对人类自身进化产生负面作用。

生命是人类生存的核心，它决不能被控制以用于敌对的目的。过去，科学的进步已太多被滥用，现在，人类务必行动起来，防止滥用生物技术。

红十字国际委员会呼吁所有相关者在为时未晚之前承担其在这一领域的责任。我们必须重申已在不同文化里相传了数代的戒律——反对在战争中使用导致瘟疫的和有毒的物质。从古希腊和古罗马到印度的《摩奴法典》中的战争法规，以及从萨拉森人《古兰经》中汲取的指导战争的规则，都禁止使用有毒物质和毒素武器。美国内战时期的1863年《利伯守则》，1899年《海牙宣言》（《禁止使用专用于散布窒息性或有毒性气体的投射物的宣言》），1907年《海牙公约》第四公约的附件，它们都将这一禁令法典化。[参见文件1，《海牙章程》，第553页，还可以访问：<http://www.icrc.org/ihl>]

1918年2月，红十字国际委员会强烈呼吁：“使用毒气的战争是科学正带到极致的野蛮创造。”并抗议道：“所有受命参战的武装部队都要反对这种战争，因为这种战争只能是一种犯罪。”这个呼吁在今天仍然是有根据的。

1925年通过的《日内瓦议定书》（《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》）[参见文件2，1925年《日内瓦化学武器议定书》，第560页。]某种程度上回应了红十字国际委员会的呼吁。该议定书重申全面禁止使用有毒气体，并扩大到细菌武器。这条规则已构成国际习惯法的一部分。它对所有武装冲突的所有冲突方，都具有拘束。

1972年的《生物武器公约》意义进一步加强了这一禁止。这一加强是通过宣布下列行为违法来实现的：发展、生产、储存、取得或保有、运输生物武器。关于生物技术的新发展以及潜在的恐怖主义威胁，该公约包括所有不属于预防、保护或其它和平用途所正当需要的生物制剂以及运输此制剂的手段（第一条）。有关通过建立监督公约执行机制以使该公约更加强有力地长期谈判未能如期待那样在2001年完成，红十字国际委员会对此深表遗憾。谈判未能如期完成突出表明急需重申所有缔约国的确保有效控制生物制剂的承诺。

防止将生物技术用于敌对目的的责任在于各国政府。但该责任现在已从政府扩大到所有个人，尤其是军事人员、科研人员、医学人员以及从事生物技术和制药的人员。……

红十字国际委员会特别

向所有政治和军事当局呼吁：

- 加入1925年日内瓦议定书（《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》）和1972年《生物武器公约》；鼓励未批准国批准之；撤回对1925年议定书的保留。
- 决心继续努力确保善意遵守这些条约和建立面对科技进步互相保持联系的适当的机制。
- 如果国内还没立法，就应通过严厉的国内立法，以便贯彻1925年日内瓦议定书和1972年生物武器公约，并且对可能被滥用的生物制剂实施有效控制。
- 保证任何从事被上述法律文件所禁止的行为受到起诉。
- 采取行动以保证诸武装人员了解并遵守禁止生物战争的法律规则。
- 鼓励科学界、医学界和工业部门制定有效的行为规则以控制相关活动和可能被滥用的生物制剂。
- 加强国际合作，包括通过发展更强的国际能力以监测传染病并对之做出反应。

呼吁科学界、医学界、生物工业界和制药工业界

- 仔细彻底检查所有具有潜在危险后果的研究项目并保证其研究项目接受与自身地位相当者的严格、独立的复查。

- 采用旨在防止滥用生物制剂的行业的和职业的行为规范。
- 保证有效地管理研究方案、设备和可能导致自身被误用的生物制剂以及监督接触须深重对待之技术的人员。
- 支持为防止传染病传播并对其传播做出反应的业已强化了国内、国际行动方案。

在此，红十字国际委员会要求所有上述各界人士——未来可能受到生物技术严重威胁的物种中的成员——承担其责任。红十字国际委员会呼吁你们为古老的、保护人类免于疾病的奋斗做出贡献。我们强烈要求你们考虑我们共同所处的最低水平，记住我们都属于人类。

红十字国际委员会强烈要求各国政府通过一个具有更高政策水平的关于“生物技术、武器和人道”的国际宣言，此宣言包括重申对现有的规则的承诺和对将来预防性行为的特别承诺。

日内瓦，2002年9月

(二) 联合国大会的决议

[资料来源：联合国大会2004年12月10日第A/59/110号决议通过的《关于禁止发展、生产和存储细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》，可访问<http://www.un.org>; footnotes are not reproduced.]

联合国大会

【根据第一委员会的报告A/59/466】

通过的决议59/110，关于禁止发展、生产和储存细菌(生物) 及毒素武器和销毁此种武器的公约

大会，……

满意地注意到《关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》¹已有一百五十二个缔约国，其中包括安全理事会的所有常任理事国，

考虑到大会曾呼吁公约所有缔约国参与执行各次审议大会提出的建议，包括交换关于禁止发展、生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约缔约国第三次审议大会的《最后宣言》中议定的资料和数据，并且……遵循标准化程序向秘书长提供这种资料和数据，……

欢迎第四次审议大会《最后宣言》重申要依照公约第一条的规定，在任何情况下有效地禁止使用、发展、生产和储存细菌(生物)和毒素武器，

回顾第五次审议大会作出的自2003年起直到第六次审议大会举行三次为期一周的缔约国年度会议，和举行一次为期两周的专家会议为各次缔约国会议进行筹备的决定，

1. 满意地注意到《关于禁止发展生产和储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》缔约国的数目增加，再次呼吁所有尚未批准公约的签署国迅速予以批准，并呼吁尚未签署公约的国家尽早成为缔约国，……
3. 回顾第五次审议大会作出的讨论并推动共同理解并采取有效行动的决定：2003年的两项议题是采取必要的国家措施，落实《公约》中规定的各项禁止，包括制订刑事法规，和拟定国家机制确保和维持病原性微生物和毒素的保障和监督；2004年的两项议题是加强国际能力，以便面对、调查和减轻涉嫌使用生物或毒素武器的事件或疾病可疑的爆发所造成的影响，和加强和扩大国家及国际机构在侦察、发现、诊断和打击影响人类和动植物的传染疾病方面的努力及现有机制；和2005年的议题是科学家行为守则的内容、颁布和通过；并且吁请公约缔约国参与决定的执行；……

第66次全会，
2004年12月3日

文件36 红十字国际委员会，当代武装冲突的挑战

[资料来源：《国际人道法与当代武装冲突的挑战》，红十字国际委员会为第28届红十字与红新月国际大会准备的报告，部分脚注重印，可访问<http://www.icrc.org>]

国际人道法与当代武装冲突的挑战……

引言……

红十字国际委员会的这份报告旨在针对当前武装冲突对于国际人道法的一些挑战提供一份总体看法，激发进一步的思考，并概述红十字国际委员会的预期行动。……

首先，红十字国际委员会相信，……日内瓦四公约及其附加议定书，和大量的其他国际人道法条约与习惯法规则，为继续规范敌对行动和对待那些落入武装冲突中一方权力的人，提供了最坚实的基本原则和规则。其次，……国际社会几十年来设法处理的一些困难，通过国际人道法的发展大体得到了满意的解决。……再次，包括各国政府和专家，以及公众意见在内的国际舆论，依旧大体依据如何处理新的暴力形式进行划分，用法律术语就主要是指国际恐怖主义行动。尽管没有人能预言未来会如何，在红十字国际委员会看来，本报告意在简述当前国际人道法面临的挑战。其宗旨是重申那些得到证实的法律原则，并建议澄清和发展这些原则的切实办法。

最后，通过引言无论如何强调都不过分的是，本报告只涉及红十字国际委员会确认的一部分挑战，并且，决不能被视为对所有当前和未来必须仔细审查的、与国际人道法相关的问题的全面评论。

2. 国际性武装冲突与国际人道法

国际性武装冲突是目前受国际人道法调整最充分的冲突类型。……尽管一些模糊之处会导致不同的解释——这也是所有法律的特点——，红十字国际委员会相信这一法律框架总体上能充分处理当前国家间的武装冲突。这一法律框架的大部分已经经受了时间的检验，因为这些法律的起草就注重了减少战争困难的需要和军事必要之间的谨慎平衡。

1949年四项日内瓦公约已经得到了几乎所有国家的批准（目前有191个缔约国），并且这些公约关于落入敌方的个人保护的规定反映了国际习惯法。与此相同的是，尤其是第四公约关于占领的规定，为管理被占领土和保护受外国占领下的居民规定了基本规则。虽然《第一附加议定书》还未获得普遍批准（161个缔约国），但关于敌对行为的大部分规则也是习惯国际法的反映，这一点并无争议。

在众多与国际性武装冲突有关的法律问题中，确定哪些问题值得研究，这并不容易。……这些研究问题的选择是以相关规则在实践中的不同解释为基础，更重要的是，以这些不同的解释对平民保护所具有的影响为基础。国际人道法上直接参加敌对行动的概念，与敌对行为有关的问题以及占领的概念都值得研究。

直接参加敌对行动

根据适用于国际性武装冲突的国际人道法，平民享有不受攻击的豁免，“除非平民直接参加了敌对行动”。平民直接参加敌对行动时，不仅丧失了不受攻击的豁免，而且与战斗员相反，会仅仅因为参加敌对行动的事实而受国内法的刑事

追诉。换言之，平民不享有战斗员或交战方就拿起武器的行为不受到追诉的“特权”，因此被称为“非法”或“没有特权”的战斗员或交战人员。特别是在最近几个月，相当具有争议的一个问题是直接参加敌对行动的平民的法律地位和待遇。与此有关的是什么构成“直接”参加敌对行动。……

关于直接参加敌对行动、并落入敌方的平民的法律地位和待遇问题，目前有大量的政府观点和学者意见。一种是处于少数的观点，主张这些人不受国际人道法的保护。持中间观点的人认为“没有特权”的战斗员受《日内瓦公约》共同第3条和《第一附加议定书》第75条（既可以作为条约条文也可以视为习惯法）的调整。依据红十字国际委员会和其他机构提出的解释，直接参加敌对行动的、并且符合《日内瓦第四公约》的国籍标准的平民，依然是《第四公约》意义上的受保护的人。那些不符合国籍标准的人受《日内瓦公约》共同第3条和《第一附加议定书》第75条（既可以作为条约条文也可以视为习惯法）的保护。

因此，红十字国际委员会认为并不存在一种受国际性武装冲突影响、但又不国际人道法保护之列的一类人员，或者是在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》之间存在国际人道法上的漏洞，也就是说，那些符合国籍标准的（没有特权的战斗员）平民将处于一种灰色状态。国际人道法规定，战斗员不因直接参加敌对行动而遭受刑事后果，而且战斗员被俘后享有战俘待遇。国际人道法不禁止平民为自己的国家而战，但是没有战俘待遇意味着，这些人一旦被俘，不享有免于国内法起诉的保护。但是应当指出的是，平民直接参加敌对行动并不是战争罪。

除了不享有免于国内刑事制裁的权利，直接参加敌对行动的平民在直接参加敌对行动期间，还将丧失免受攻击的豁免。……

因此，尽管红十字国际委员会不认为在国际性武装冲突中存在一种介于战斗员和平民的灰色人员，但是，什么构成“直接”参与敌对行动以及参与的时间因素应当怎样界定（“此时他们直接参加了敌对行动”），诸如此类的问题仍需讨论。在红十字国际委员会看来，考虑到上述直接参加的影响以及有可适用的能够支持区分原则的定义所具有的重要性，直接参加的概念是一个值得进一步思考和研究的法律问题，也是致力于澄清该概念的那些提议所努力的事项。这与国际性和非国际性武装冲突中平民参加敌对行动问题的出现同样重要。……

与敌对行动有关的问题

关于敌对行动的国际人道法规则是缔结《日内瓦公约》1977年附加议定书的外交会议的最大成就之一。在这些年来，尽管大多数的这些规则获得了广泛接受，并成为习惯法，但是应当承认，这些规则在制定时存在一些模糊之处已经产

生了解释上的分歧，并因此导致了规则适用的分歧。包括军事技术的发展在内的一些因素引起的战争的变化，也导致对相关规定的不同理解。这其中包括军事目标的定义、比例性原则和预防措施的规则等。

军事目标

在军事行动中，只有军事目标可以受到直接攻击。《第一附加议定书》关于军事目标的定义通常被视为习惯国际法的反映。依据《第一附加议定书》第52条第2款，“军事目标只限于由于其性质、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、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。”

（《第一附加议定书》的）起草着意在排除那些对军事行动有间接贡献或可能的利益的物体。如果没有这些限制，对合法攻击军事目标的限制将非常容易受到破坏，而且使区分原则无效。

关于军事目标的定义，如果结合对区分原则、禁止不分皂白的攻击、将平民伤亡降到最小化的义务，以及比例性原则的理解，就可以说都明确拒绝了对以前提出“全面战争”理论的解释，……

如果物体所具有的政治、经济、社会或心理方面的重要性成为决定性的因素，正如某些军事著作建议的那样，针对一个物体是否是军事目标的判断会具有高度随机性，导致一些无限制的解釋。同样，将攻击平民士气视为影响敌方作战决心的手段，接受这样的解释将导致无限制的战争，这种解释不受红十字国际委员会的支持。

就诸如机场和桥梁这样的所谓双重用途的物体而言，存在一个特殊的问题。应当强调，“双重用途”一词不是一个法律术语。红十字国际委员会认为，任何物体的性质都应当依据《第一附加议定书》关于军事目标的定义来确定。因此，可以认为，即使一个物体的次要用途是军事用途，它也可能因此是一个军事目标。然而，如果攻击对该物体的民用功能产生的影响违反了比例性原则，那么对此类物体的攻击属非法。……

敌对行动中的比例性原则

为了尽可能减少战争对平民和平民财产的影响，国际人道法禁止不成比例的攻击。不成比例的攻击被界定为，“能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击。”（《第一附加议定书》第51条第5款第2项）。这一定义通常被视为习惯国际法的反映。……

就比例性原则的解释而言，“具体和直接的军事利益”一词的含义至关重要。预期的利益必须是军事利益，通常指获得阵地或摧毁或削弱敌人军事力量，无论怎样强调这一点都不为过。“具体和直接”一词意在表明所涉利益必须是实质性的，而且相对直接，如果一项利益很难被觉察到，或者在很长时期才出现，则应当被忽视。……

如果军事利益一词被扩大，那考虑“连锁反应”，即由攻击造成的非直接即刻的、但确实是由于攻击所导致的那些影响，应当视为符合逻辑。红十字国际委员会认为，同样的尺度应适用于军事利益和相应的平民伤亡。这意味着，一项军事行动可预见的军事利益必须依据其造成的、包括连锁反应在内的可预见的平民伤亡或损害来权衡。……

预防措施

为了对攻击目标予以限制或禁止，以及将平民伤亡和损害减少到最低限度，军事攻击的有关预防的特殊规则必须得到遵守。这些规则规定在《第一附加议定书》第57条，也适用于攻击的计划和攻击行动本身。这些规则很大程度上反映了习惯国际法，并旨在确保军事行动持续谨慎以减少平民伤亡和平民物体的损害。

规定的某些义务不是绝对的，而是依赖于行为时时机是否可行。这又给那些对攻击进行计划和决策的人一定的自由裁量权。依据签署或批准《第一附加议定书》时作出的各种解释，以及后来关于地雷的议定书采取的定义（其最初和修订的文本，参见文件8，第581页），……，可行的预防措施是指“考虑到当时存在的一切情况、包括从人道和军事角度考虑后所采取的实际可行的或实际可能的预防措施”。

在这一情形下，对于攻击发动后确保进攻方武装部队的安全（“军事考虑”）这一目标应当给予什么份量的考虑存在争议。但是，军事考虑很难成为根本不采取预防措施并由此置平民和平民财产于危险之中的正当理由。尽管依据国内法，军队指挥官通常有责任保护其部队，在国际人道法上，战斗员可能被对方合法攻击。平民和民用物体不应当作为受攻击的目标，只要平民不直接参加敌对行动。因此，国际人道法的规定明确强调了对平民和民用物体的保护。

在敌对行动中，不仅攻击方、而且进行防御一方都有义务确保对平民和民用物体的保护。通常，后者必须采取必要的预防措施以保护平民居民，作为平民个人以及在其控制下的民用物体免受军事行动导致的危险，……平民决不能用来掩护军事目标免受攻击或掩护军事行动。

考虑到被攻击一方可能控制其平民居民，有时学者们在其著作中建议被攻击一方有更大的责任采取预防措施。……

红十字国际委员会并不支持任何减少攻击方义务的努力。然而，鼓励各国采取必要措施减少或消除在和平时期已经存在的对平民居民的危险。特别是，避免将军事目标置于人口密集区内或附近的义务通常在武装冲突中没有得到遵守，在和平时期应当予以遵守。

依据红十字国际委员会的估计，目前关于军事目标、比例性原则、攻击时采取预防措施的规则以及《第一附加议定书》规定的敌对行动其他规则都能得到发展以提高对平民和民用物体的保护。……

占领的概念

毫无疑问，《日内瓦第四公约》规定的占领规则依旧完全适用于缔约国领土被全部或部分占领的所有情形，无论此类占领是否遭到了武力抵抗。众所周知，这些规则包括了一个以第二次世界大战的经验和之前的海牙法规体系为基础的占领概念。这些规则规定占领概念是以对领土的有效控制为基础，并以占领方能或者愿意以自己的权力当局替代先前政府的假定为基础。这些规则也意味着占领国意在控制所涉领土，至少是暂时控制并进行管理。

尽管与传统的占领概念相对应的情形在持续，而且新的情形不断出现，但实践也表明，为了确保对个人的保护，存在需要一种更加实用的办法的情形。可能的例子是，当尚未占领他国领土的一国武装部队，在未排除所涉领土的国内当局（因为所涉国内当局不存在或者不能行使权力）的情形下，在一定时期内基于某种目的对他国领土上的人或设施行使了完全排他的控制权。

值得审查的另一个问题是对由于在未确立有效统治之前的军事行动或者由于未导致传统意义上的占领的军事行动而落入武装冲突另一方的个人进行保护的问题。……

一个完全不同的问题是，依据联合国的授权存在于特定领土的多国部队的适用规则。尽管《日内瓦第四公约》原则上不适用于维和部队，但实践表明，多国部队的确在类推适用占领法上的相关规则。……

3. 非国际性武装冲突与国际人道法

规范非国际性武装冲突的国际人道法条约的范围和数量远少于那些适用于国际性武装冲突的条约。国内武装冲突受《日内瓦公约》共同第3条和1977年通过的《第二附加议定书》（迄今已经有156个缔约国）以及一些其他条约的规范。

[脚注13，比如，1980年《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》及其议定书；1954年《武装冲突情况下保护文化财产的海牙公约》（参加文件3，保护文化财产的公约，第561页）以及一些习惯国际法……]

自该议定书通过二十五年多以来，国家和国际社会的实践结果已经清楚表明，适用于国际性武装冲突的许多规则以及习惯国际法规则也能适用于国内武装冲突。红十字国际委员会即将出版的关于适用于武装冲突的习惯国际人道法的研究确认了这一发展。[参见**案例29**，第749页。]……

4. 国际人道法与反恐战争

继2001年9月11日美国遭到攻击之后，人们看到国际社会立即发起了一场俗称为全球“反恐战争”的运动。考虑到恐怖主义主要是一种如同走私那样的犯罪现象，“战争”是由国家宣布，因而问题在于“反恐战争”是否是一种法律意义的“战争”。截至目前，这一问题没有统一的答案。[脚注15，经提示，恐怖主义在国际法上并无定义。在联合国起草全面的恐怖主义公约的工作几年前就已经停止。]

反恐战争是法律意义上的“战争”这一观点的支持者认为，2001年的“911事件”和其他事件证实了一种新现象的出现，一种能够远距离进行严重暴力攻击的跨国网络的出现。这种网络的跨国性而不是国际性得到了这一事实的证实，即在地理上处于分散状态的这些跨国网络的活动原则上依据国际法上的国家责任规则，并不归因于某个特定的国家。

依据这一观点，先前适用于国际性或国内反恐行动的法律执行的范例不再充分，因为已经证实的以及潜在恐怖主义袭击足以证明这些是战争行为。据说，刑事诉讼所要求的证据标准将不允许拘留或审判被怀疑有恐怖主义行为的大部分人，国内司法体系也会因为相关的大量潜在案件而崩溃。……

上述观点的支持者得出结论认为，这个世界正面临一种应当适用武装冲突法的新型暴力。依据这一观点，跨国暴力不符合国际性武装冲突的定义，因为它不是发生于国家之间，而且也不符合对非国际性武装冲突的传统理解，因为这种跨国暴力活动发生于广泛的地区。因此，武装冲突法应当作出相应改变以便成为处理跨国恐怖主义行动的主要法律工具。据称，目前此类改变在实践中已经产生，比如，通过习惯国际人道法的发展（既不是条约也不是其他提议的法律文件）。这一观点的某些支持者主张，恐怖主义行动的嫌疑人构成“敌方战斗员”，可以受到直接武力攻击，而且一旦被抓获，可以被拘留直至“反恐战争”的积极敌对状态结束。

上述观点的反对意见，也可以被简要归纳如下：恐怖主义不是一种新现象。相反，恐怖主义行为在国内和国际层面已经产生了几个世纪，由此导致了一系列规定对某些恐怖行为进行刑事处罚和要求各国进行合作预防与惩处恐怖主义行为的国际公约。非国家性已经成为恐怖主义的一个经常性的特征，比如，这种形式

的暴力，其非官方性质通常表现为追求意识形态上的或政治上的原因，而不是私人利益。目前，个人或团体旨在将其暴力拓展至跨越国界，或者创设跨国网络，这一事实本身并不能证明此类刑事犯罪现象符合武装冲突的各项条件。

依据这一观点，由于使用“战争”一词描述那些本来可以被更好地描述为“反对恐怖主义”全体行动，导致了不适当的混淆。很明显，正在采取的用来防止或打击恐怖主义行动的大多数活动并不是或者不涉及武装冲突。……

……更重要的是，在处理反恐行动的犯罪嫌疑人时，私利不应当成为非法谋杀、剥夺被拘留的个人基本人权、或者是拒绝受拘留的个人在刑事诉讼中由独立的常设法院进行审判的借口。……

正如红十字国际委员会在许多场合公开宣称的那样，红十字国际委员会认为，当“反恐战争”达到或涉及武装冲突时，国际人道法应当予以适用。阿富汗就是这样的情形，即明显受适用于国际武装冲突的国际人道法规则调整。缺乏进一步的事实证据时，发生在国家与跨国网络之间的全部暴力行为是否都可以被视为法律意义上的武装冲突，这一点存在疑问。任何类型的武装冲突都要求一定紧张程度的暴力行为，此外还需要存在反对派。武装冲突的一方通常是具有一定组织形式、指挥系统并且因此具备实施国际人道法的能力的武装部队或武装团体。

国际人道法的基本原理要求确认上述意义上的当事方，因为这种法律，虽然不影响当事方的法律地位，但当冲突各方交战时，确立了各当事方在国际人道法上（不是国内法上）平等的权利义务。……这些规则的主要受益人是平民，以及其他没有或不再参加敌对行动的个人和国际人道法致力于保护的其他个人。

目前的情形是，很难判断一个松散的秘密行事的网络，怎样才具有武装冲突一方当事人的资格，尽管国际社会对此类犯罪网络的特征目前毫无异议。……

交战方平等原则构成武装冲突法的基础，换言之，作为一个法律问题，不存在一方具有全部权利而另一方什么权利都不具备的战争。将武装冲突的原理适用于发生在国家与跨国暴力网络之间的所有暴力行为，意味着此类犯罪网络或团体应当被赋予同那些打击它们的国家同等的国际人道法上的权利和义务，这一问题国家似乎没有准备考虑。

因此，跨国恐怖主义行为和国际社会对此的反应，应当个案分析。有时候，所涉暴力等于国际人道法适用的情形（法律意义上的武装冲突），然而，有时候不属于国际人道法适用的情形。同样重要的是，不论法律意义上的武装冲突是否涉及，国际人道法都不是唯一适用的法律框架。国际人道法不是也不应当排除其他相关法律的适用，比如国际人权法、国际刑法和国内法。……

5. 改善对国际人道法的遵守

对国际人道法规则的不充分尊重通常很不幸是由于武装冲突的当事国或武装团体缺乏遵守其法律义务的政治意愿和切实的履行能力。……

近年来，各国在其他参与方的支持下，已经花了相当大的努力设计和实施旨在确保和平时更好地尊重国际人道法的预防措施。国际人道法的传播……已经得到加强，而且国际人道法已经日益被并入军事手册和军事理论。国内立法和规范已经逐步采纳或适应，并且并入了必要的法律结构以使相关的国际人道法条约规定的规则生效。……

尽管改进对国际人道法的违反行为的预防和打击是根本性的而且必须持续进行，依然存在武装冲突期间怎样确保更好地遵守国际人道法的问题。依据《日内瓦公约》共同第一条，缔约国有义务在任何情形下“尊重和确保尊重”这些公约。这一规定如今通常被解释为，阐述的是没有卷入武装冲突的第三国确保武装冲突的当事方尊重国际人道法的专门责任。此外，《第一附加议定书》第89条规定了，在严重违反《日内瓦公约》和《第一附加议定书》时，缔约国与联合国合作采取行动的可能。尽管这些规定经常被援引，实际上这尚未持续出现过。然而很明显，第三国以及普遍性或区域性国际组织的作用和影响，对于改善对国际人道法的遵守至关重要。

2003年，红十字国际委员会与其他组织和机构合作，组织了考察这一问题的一系列区域性的专家研讨会。

“确保遵守”国际人道法的范围和义务

……应当强调的是，日内瓦四公约共同第一条意味着国家不得鼓励武装冲突的当事方违反国际人道法，也不得采取行动协助此类违反行为。与会人员通过提及诸如禁止向明知会利用武器从事违反国际人道法的行为的国家出售或转让武器这样的行动，阐明这一消极的义务。……

研讨会的参加者也公认，没有卷入武装冲突的国家具有积极的义务——采取措施反对那些违反国际人道法的国家，尤其是利用自身影响去制止违反国际人道法的行为。……这不是一项需要取得特定结果的义务，而是一种国家在试图结束对国际人道法的违反行为时采取所有可能的适当措施的“方式的义务”。……

包含在《日内瓦公约》共同第一条的“尊重和确保尊重”《日内瓦公约》的国家义务，被确认为适用于国际性和非国际性武装冲突。

现有国际人道法机制和机构……

至于……现有的国际人道法机制，大多数与会人员都认同，原则上这些机制没有缺陷。尽管进行一些微调既可能也有必要，主要问题在于缔约国缺乏政治意愿利用这些机制，而且问题尤其在于现有大部分国际人道法机制的启动依赖于武装冲突各方的同意这一事实。……

尽管许多与会人员提交了关于设立新机制的看法，其他一些与会人员强烈建议将行动的努力侧重于对现有机制的改革或振兴，宣称只有通过使用机制才能证明机制本身的效果。……

国际人道法新的监督机制：赞成和反对

总体上，赞同设立新的国际人道法监督机制的与会者都同意，……缔约国可能通过的任何新的监督机制都应当是中立和公正的，都应当以使之有效运作的方式进行构建，应当无需所涉当事方的同意就能运作（也即使说，具有强制性的权利），并且应当考虑缔约国的成本和行政负担。然而，与会者中有人承认，目前的国际环境并不利于建立新的机制。因此，支持以创设和使用特设的或区域性的机制为开端的渐进方法的许多与会者，随着时间的流逝，会获得支持，可能导致新的普遍性常设机制的诞生。

提议的某些新机制要么是一种特设机制，要么是定期报告机制和受理个人申诉的机制，或者单独或作为国际人道法委员会的组成部分（参见下列提议）。……

关于创设一种“外交论坛”的观点也被提出来，即构建一个由国家组成的委员会或国际人道法专家委员会，类似联合国人权委员会及其保护与促进人权小组委员会。在与会者看来，许多上述提及的机制都可以置于国际人道法委员会或负责国际人道法的高级专员办公室，它们可被创设为《日内瓦公约》及其附加议定书的条约机构。其功能包括审查报告、审查个人申诉、发布一般意见，等等。……

认为应当利用现有机制而不是创设新机制的与会人员，强烈认为更多的机制不一定就更有效率。……

改善在非国际性武装冲突中的遵守

区域专家研讨会的讨论确认了，改善非国际性武装冲突中国际人道法的遵守依然是一项具有挑战性的任务。在上文提及的一般性障碍中，缔约国通常由于不愿意承认暴力情势达到了国内武装冲突的程度，而拒绝适用国际人道法。应当强

调的是，在许多国内武装冲突中，外国的干涉也导致了对法律条件的混淆并因此导致了应当适用于冲突的规则混淆。此外，武装团体缺乏足够的遵守国际人道法的动机，因为实施国际人道法下的义务对于避免其依据国内法遭受惩罚没有任何帮助。……

武装团体（即便尊重国际人道法）通常因为直接参与敌对行动而不享有免于刑事起诉的特权，这一事实依旧是实践中抑制武装团体更好遵守国际人道法的障碍。……

结 语

本报告试图强调当前武装冲突对国际人道法的一些挑战，……。红十字国际委员会认为，出现的总体情况是，一个适当确立的、成熟的法律分支如果得到善意适用，而且具备必要的政治意愿，其基本原则将继续服务于最初的目的，即，规范战争行为并因此减少战争带来的苦难。……

四、日内瓦公约缔约国定期会议

(也可参见**案例32**，红十字国际委员会，国家结构的瓦解，第784页)

文件37 第一次定期会议，主席报告

[资料来源：《红十字国际评论》，第323期，1998年，第366—394页。]

关于国际人道法的第一次定期会议

日内瓦，1998年1月19日至23日

主席报告

1. 事实方面

第26届红十字与红新月国际大会(1995年)要求作为《日内瓦公约》保管方的瑞士政府举办《日内瓦公约》缔约国的定期会议，以审查与国际人道法适用有关的一般性问题。

依据这一授权，并经与缔约国协商，瑞士政府于1998年1月19日至23日在日内瓦召开了第一次定期会议。它提议专家们考虑两个议题：对人道主义组织工作人员的尊重和安全问题，以及与国家结构瓦解相联系武装冲突问题。

在1998年1月13日召开的预备会议上，与会各方同意，第一次定期会议以非正式的方式召开。这一方法获得了会议的认可，第一次定期会议有129个国家的政府代表和36个观察员代表出席。……

大会讨论是以红十字国际委员会起草的两份准备文件和瑞士当局提交的两份工作文件为基础。

会议结束之际，主席起草并发表了下文将详细介绍的结论。这些结论确认了实施与讨论议题相关的国际人道法所面临的问题，并列明了可能的救济措施。这些结论反映了主席的个人观点，对参加第一次定期会议的代表没有法律约束力。……

2. 主席的结论

(1) 对人道主义组织工作人员的尊重和安全保障

找出问题

当平民居民是暴力行为的目标时，人道主义援助可能被视为达到这些暴力行为为目的的障碍。

因为不了解国际人道法的概念，那些直接参与武装冲突的人通常将人道主义工作人员视为敌人的朋友。

当国家结构已经瓦解时，直接参与武装冲突的人与平民没有什么明显区别，也没有指挥系统；并且适用于武装冲突各方的国际人道法存在混乱。

恢复和平与安全的措施与那些提供人道主义援助的措施之间缺乏充分协调。

人道主义组织并不总是协调各自的行动，并不总是遵守中立地位或尊重当地规则；它们的动机并不总是出于纯粹的人道主义。

由于没有进行勤勉认真的选择，人道主义行动有时候被派给那些并不能充分执行这些行动的组织。

对那些犯有暴力侵害人道主义工作人员的人，各国没有充分遵守或起诉或引渡的规则，这导致了没有充分威慑和预防此类犯罪行为。

政治行动和人道主义行动之间的联系使得人道主义工作人员更容易受到攻击。

可能的救济

确立预防针对人道主义工作人员的暴力行为的机制，比如对那些可能导致暴力行为的情势进行信息交换的早期预警机制；

确认对人道主义工作人员的暴力行为以及命令进行此类行为，都是国际法和国内法上的犯罪行为，其违法者应负个人责任；

对暴力侵害人道主义工作人员的人应当严厉追诉；或者，适当时，移交给一个独立的国际刑事法院；

支持清除威胁人道主义工作人员人身安全的杀伤人员地雷的国际行动，并为此进行合作；

加强和增进与当地的人道主义援助提供者之间的合作，尤其是各国红十字会和红新月会；

批准包括各项关于杀伤人员地雷公约在内的国际人道法公约，并通过国内法改善这些条约的实施；

批准《联合国人员和有关人员安全的联合国公约》；

实现将《日内瓦公约》翻译成当地语言的义务，必要时与红十字国际委员会咨询服务处进行合作；

提高对国际人道主义实况调查委员会权能的承认，并且，适当时，诉诸特设委员会；

人道主义组织充分遵守构成人道主义伦理基础的公正原则、中立和独立原则；

所有人道主义组织将坚持国际红十字与红新月运动和灾难救助的非政府组织的行动守则，而且这些组织必须尊重国际人道法；

接受人道主义组织的《行为守则》，并且把他们的活动与其他组织的活动进行协调，作为接受公众资金的前提条件；

确立人道主义组织的认证机制；

集中红十字国际委员会咨询服务处和其他机构的努力，包括具有宗教因素的努力，在武装部队和平民居民中传播国际人道法，特别强调保护人道主义工作人员和红十字与红新月标志；

改善人道主义工作人员的招收、教育和培训；

人道主义组织从其行动的开始就应当致力于与控制所涉领土的当局进行合作；

在合作不会损害人道主义援助的效果或援助提供者的安全时，改善人道主义组织在维持国际和平与安全的国际行动方面的合作。

(2) 与国家结构瓦解相联系的武装冲突

找出问题

国家结构在武装冲突进程中瓦解的情形通常以缺乏有效的领导以确保对国际人道法的尊重或保护人道主义工作人员的安全为特点；

当平民居民成为暴力行为的特定目标时，国家结构的瓦解和社会公共价值的瓦解会产生尤其严重的后果；

直接参与武装冲突的人员和平民之间的区别趋于模糊，当地民兵很少身着明显标志并且与平民混同。

可能的救济

国际社会支持旨在防止国家结构瓦解的措施；

建立早期预警机制以查明国家结构处于瓦解进程的各种迹象；

承认《日内瓦公约》共同第3条适用于包括国家结构瓦解在内的所有武装冲突；

为武装冲突地区的所有行为体确立一套除国际人道法原则外还考虑了当地道德和习惯的行为准则；

支持旨在为结束了武装冲突的地区建立永久和平的措施，比如，解除武装、重新安置和经济发展；

减少各国将武器流入武装冲突地区，并确立一份出口武器的行动守则；

将冲突的预防并入发展援助项目；

承认有必要加强国家红十字会和红新月会的能力，使之在国家结构瓦解时能继续提供人道主义援助；

履行不征召儿童加入武装部队或武装团体的义务；

促进为界定适用于所有情形的最低人道主义标准所作的努力；

确立一个独立的、能对国家结构瓦解和国家权力机构不再可能进行有效的追诉的武装冲突情形下发生的个人暴力行为具有管辖权的国际刑事法院；

支持联合国和其他区域组织管理无政府性质的武装冲突的各种努力，包括联合国安全理事会为恢复有益于人道主义援助的条件而开展的那些行动；

提高红十字国际委员会和包括各国红十字会和红新月会以及宗教性质机构在内的其他机构对人道主义原则的传播，强调对平民居民中的年轻人的教育；

为了创造使实施人道主义援助成为可能的各项条件，在还没有完全瓦解或正在重现的机构框架内确认合作方；

与那些熟悉当地习惯和条件的人道主义援助的当地提供方进行合作和对话。

(3) 后续措施

依据第26届红十字和红新月国际大会第1项决议第7段的授权，由《日内瓦公约》及其附加议定书的保管方召集的定期会议，作为一项持续行动的组成部分，应当依据《日内瓦公约》共同第一条审查与国际人道法的适用有关的一般问题；

为冲突地区专门组织关于国际人道法传播问题的经常性专家会议；

本次会议的主席报告送达给《日内瓦公约》的所有缔约国、所有与会代表、第27届红十字与红新月国际大会，以及红十字与红新月常设委员会；

本次会议的主席报告送达给联合国秘书长以协助其依据 1997 年 12 月 16 日联合国大会第 52/167 号决议，向第 53 届联合国大会报告联合国工作人员的安全问题。

卢修斯·卡弗利施 (Lucius Caflisch)

主席

第一次定期会议

五、联合国

案例38 国际法委员会，关于国家责任的条款草案

案 例

一、国际法委员会报告，A/56/10，2001年8月

[资料来源：联合国，A/56/10，<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>；脚注只是部分被复制]

国际法委员会第53届会议工作报告

(2001年4月23日－6月1日和7月2日－8月10日)

联合国大会

正式文件

第55届大会

第10号附录 (A/56/10)……

第四章：国家责任……

5. 国际不法行为国家责任条款草案文本……

2. 条款草案的评注如下……

第一部分

一国的国际不法行为……

第二章

把行为归于一国……

第7条 逾越权限或违背指示

国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍视为国际法所指的国家行为。

评注 ……

- (3) …… “如果由于一国官员以其官方职能为掩护而作出的未授权行为使一外国人蒙受损失，如果这一行为违背该国的国际法义务，则引起……该国的国际责任”。
- (4) 在国际法理学、国家实践和法学家们的著作均已牢固地树立起了这个意义上的当代规则。例如，这一点得到1949年8月12日的日内瓦四公约1977年《日内瓦第一号附加议定书》第91条152规定的肯定：“……冲突一方，……应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责”。这清楚地包含违反命令或指示从事的行为。评注指出，第91条以协商一致获得通过并“符合关于国际责任的一般法律原则”。……

第8条 受到国家指挥或控制的行为

如果一人或一群人实际上是在按照国家的指示或在其指挥或控制下行事，其行为应视为国际法所指的一国的行为。

评注 ……

- (4) 在“尼加拉瓜军事及准军事活动案”案中，的确由国家加以控制的行为才可以归于国家，其控制程度是关键问题。[脚注162：尼加拉瓜境内和外来的军事及警备活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国），实体问题，《1986年国际法院报告书》，p.14。]问题在于：是否可以把叛军的行为归于美国，以便依国际人道主义法使美国一般地为其违法行为担负责任。法院根据“控制”概念分析了这个问题。另一方面，法院认为，由于美国对尼加拉瓜行动军提供“计划、指挥和支助”，应为此担负责任。[脚注163：同上，p.51，第86段。]但是，法院拒绝了尼加拉瓜以叛军受到美国控制为由，把叛军的一切行为归于美国的要求。[……][参见**案例130**，国际法院，尼加拉瓜诉美国[比较：第115段]第1359页]

这种行为很可能是叛军在不受美国控制的情况下犯下的。若要美国承担对这种行为的法律责任，从原则上说，就必须证明：美国在尼加拉瓜指称的侵犯人权事件过程中，对军队或警备部队的行动实行了有效的控制。因此，虽然美国必须为支助叛军担负责任，根据由实际参与和提供指挥的情况判断，只有在一些个别事例中，可以把叛军自己的行为归于美国。法院认识到，光凭叛军对美国的依赖和美国对叛军的支助的一般情况，并不足以构成把行为归于美国的理由。

- (5) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭也研讨了这些问题。[脚注165：第IT-94-1号案件，公诉人诉塔迪奇案，(1999)《国际法律资料》，第38卷，p.1518。审讯分庭的判决(1997)，见《国际法报告书》，第112卷，p.1。]在公诉人诉Tadic案中，该分庭强调：“国际法对于把私人的行为归于国家的要求是：国家对个人实行了控制。但是，控制的程度可能根据每一案件的实际情况而各不相同。上诉分庭没有查明在每一情况下国际法对控制程度的检验要求高门槛的原因。[脚注166：第IT-94-1号案件，公诉人诉塔迪奇，(1999)《国际法律资料》，第38卷，p.1518，at p.1541，第117段(着重号是原文附加的)。] [参见**案例180**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇[比较：上诉分庭，实体问题]，第1794页。]

该上诉分庭认为，按照国际法的规定，为了将武装冲突视为国际冲突，南斯拉夫当局对上述军队的控制程度必须是“不仅限于资助和装备军队以及参与军事行动的规划和监督的全面控制”[脚注167，同上，第145段(着重号是原文附加的)]。在辩论过程中，他们绝大

多数认为，必需否定国际法院在“尼加拉瓜军事及准军事活动案”中所采取的着手方式。但是南斯拉夫案中的法律问题和实际情况与国际法院审理的“尼加拉瓜军事及准军事活动案”不同。法庭的职责是究明个人的刑事责任问题而不是国家的责任问题，该案中的问题不涉及责任而涉及国际人道主义法的适用规则。[脚注168：参看沙哈布迪恩法官的解释。同上，at pp. 1614-1615。]总之，需要逐案鉴别特定行为是否在国家的控制下进行，以确定是否应该将该行为归于国家。

第9条 正式当局不存在或缺席时实施的行为

如果一人或一群在正式当局不存在或缺席和在需要行使上述权力要素的情况下实际上正在行使政府权力要素，其行为应视为国际法所指的一国的行为。

评注……

- (1) 第9条载述一人或一群人在正式当局人员缺席时和不存在式当局时行使政府权力要素的行为的例外情况。“需要……的情况”等用语指明了这一条中所设想到的例外情况。这种情况很少见，只在革命、武装冲突或外国占领等正式当局解散、正在解体或受到抑制或暂时不起作用的情况下发生。它们也可能包括合法当局正在逐渐恢复（例如在外国占领以后）的情况。
- (2) 第9条的根本原则借用了国家总动员、在没有正规军情况下的全民自卫等老观念。[脚注176：《1907年关于陆地战争的法律和海关的海牙条例》第2条确认这项原则为合法：[参见文件1，第553页。]；《1949年关于战俘待遇的日内瓦公约》第4条A款第6项中也确认了这一点][……]实际上，它是一种危急情况下的代理形式。在国家责任领域，这种情况还是时时发生。[……]

第10条 叛乱运动或其他运动的行为

1. 成为一国新政府的叛乱运动的行为应视为国际法所指的该国的行为。
2. 在一个先已存在的国家的一部分领土或其管理下的某一领土内组成一个新的国家的叛乱运动或其他运动的行为，依国际法应视为该新国家的行为。
3. 本条不妨碍把不论以何种方式涉及有关运动的、按照第4条至第9条的规定应视为该国行为的任何行为归于该国。

评注……

- (2) 起初，这种运动的成员将其行为描述为纯粹的个人私人行为[……]因此不能将责任归为国家。一旦有组织的运动作为一个事实产生，就更不能将其行为归为国家，因为国家对其活动无法实行有效的控制。[……]
- (9) 对第10条所采用的“反叛运动”一词所包含的各种类型的团体下一个全面定义很困难，原因在于反叛运动实际上采取各种不同的表现形式，由有限的国内骚乱、真正的内战局面、反殖民化斗争、全国解决阵线行动、到革命或反革命运动不等。反叛运动可能以该运动行动所针对的国家领土为据点，或以第三国领土为根据地，尽管存在这

一多样性，仍可以将《1977年第二号附加议定书》所载的武装冲突。其第1条第1款提到“在负责统帅下对该方[有关国家]一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”，与这类集团形成对照的是“内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而又不时发生的暴力行为和其他类似性质的行为”（第1条第2款）。在这两项议定书范围内，“持不同政见的武装部队”定义体现了“反叛运动”的基本思想。[……]

- (11) 出于第10条的目的，不能依据其成立政府的任何国际“合法性”或任何非法性而对不同类别的运动加以区分，尽管在其他情况下作出这种区分可能十分重要。从制定管理国家责任的法律规则的角度出发，以提及正当性或其渊源的非法性的考虑因素而免除一新政府或一新国家对个人行为的责任既无必要，也不可取。相反，着眼点必须放在具体的行为上，放在其合法性或者国际法的适用规则上。[……]
- (16) 另一个可能性是，叛乱运动本身可能需依国际法为它自己的行为，例如它的军队犯下的违反国际人道主义法行为，承担责任。[……]

第四章

一国对另一国行为的责任

第16条 援助或协助一国实施国际不法行为

援助或协助另一国实施其国际不法行为的国家应该对此种行为负国际责任，如果：

- (a) 该国在知道该国际不法行为的情况下这样做，而且
- (b) 该行为若由该国实施会构成国际不法行为

评注 ……

- (9) 不提供援助或协助以便利另一国实行一国际不法行为的义务并不限于禁止使用武力。例如，一国如果[……]向一国提供物质援助供它侵犯人权，可能必须承担责任。在这方面，联合国大会曾经在若干情况下要求会员国不要向被发现实行严重侵犯人权行为的国家供应武器和其他军事援助。[脚注300：经济及社会理事会报告，大会第三委员会报告，决议草案十七，1982年12月14日，A/37/745，p. 50。]在有人指控一国的援助为另一国侵犯人权提供便利的情况下，必须仔细调查每一案件的特殊情况，以确定援助国是否意识到它所提供的援助并且有意为实行国际不法行为提供便利。[……]

第五章

解除行为不法性的情况[……]

第21条 自卫

一国的行为如构成按照《联合国宪章》采取的合法自卫措施，则该行为的不法性即告解除。

评注……

- (2) 如果不履行《宪章》第二条第四项规定的义务以外的某种义务的行为系与该条款受到违反有关，则自卫可作为此种不履行义务的行为的正当理由。传统的国际法在处理这些问题时，确立了一种单独的战争法律制度，确定了交战国权利的范围，并暂停实施交战各方在爆发战争时有效的大多数条约。如在宪章时期，宣战是罕见的现象，一方或双方通常在彼此“和平”相处时宣布采取自卫行动。《维也纳条约法公约》将这些问题搁置一边，在第73条中规定该公约不影响“因国家间爆发敌对行动，而可能对某一条约产生的任何问题”。
- (3) 这并不是说，自卫解除了所有情况下行为的不法性或对所有义务的的不法性。这种实例涉及国际人道主义法和人权义务。1949年《日内瓦四公约》以及1977年《第一号议定书》都平等地适用于国际武装冲突的所有当事方，习惯国际人道主义法也是如此。人权条约载有用于公众紧急状况时期的权利减损条款，包括为自卫采取的行动。至于国际人道主义法规定的义务以及在不可减损的人权条款方面，自卫并不解除行为的不法性。[……]

第25条 危急情况

1. 一国不得援引危急情况作为理解除不遵守该国所负某项国际义务的行为的不法性，除非：
 - (a) 该行为是该国保护基本利益、对抗某项严重迫切危险的唯一办法；而且
 - (b) 该行为并不严重损害作为所负义务对象的一国或数国的基本利益或整个国际社会的基本利益。
2. 一国绝不得在以下情况下援引危急情况作为解除其行为不法性的理由：
 - (a) 有关国际义务排除援引危急情况的可能性；或
 - (b) 该国促成了该危急情况。

评注……

- (19) 除第25条第1款中的条件之外，第25条第2款对危急情况的任何援引规定了两种一般性限制。“绝不得”等字的使用表明了这一点。第2款(a)项涉及有关的国际义务明确或含蓄地规定不得援引危急情况的各种状况。例如，适用于武装冲突的某些人道主义公约明确规定不得援引军事危急情况。另一些公约虽未明文规定不得援引危急情况，但它们旨在适用于责任国遭受危险并显然涉及其基本利益的非常状况。在这种情况下，不得援引危急情况显然出自该项规则的目标和目的。……
- (21) 如第25条所示，援引危急情况并非旨在涉及原则上受首要义务约束的行为。对于有关在国际关系中不使用武力和有关“军事危急情况”的问题，[……]这种理论首先就是战争和中立法一系列实质性规则的根本标准，而且包括在国际人道主义法领域若干条约的条款用语之中。[脚注435：见关于《陆战法规和惯例》的《海牙章程》(1899年《第二号公约》)和1907年《第四号公约》附件)，其中禁止破坏敌方财产，“除非此种破坏或扣押为战争的危急情况所急需”：[……]同样，1949年8月12日《日内瓦四公约附加议定书》第54条第5款以及《关于保护国际性武装冲突受难者的第一议

定书》(《联合国条约汇编》，第1125卷，p.3)显然允许在“军事紧急情况”需要时，可攻击对平民的生存必不可少的物体。]在这两方面，虽然与第25条类似的各种基本考虑因素可能有所作用，但在规定和解释首要义务时已将它们考虑在内。

第26条 遵守强制性规范

一国违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为，不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性。

……

第二部分 一国国际责任的内容

第一章 一般原则……

[注意：下列条款一般涉及国际不法行为的后果及其赔偿。全文可访问：[http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_commentaries\(e\).pdf](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibility_commentaries(e).pdf)]

第28条 国际不法行为的法律后果

一国依照第一部分的规定对其国际不法行为承担的国际责任，产生本部分所列的法律后果。

评注……

- (3) 第28条不排除国际不法行为可能在该行为的责任国与人或国家以外的实体之间的关系上引起法律后果的可能性。这种情况来源于第1条，其中包括该国的所有义务而不仅限于对其他国家承担的义务。因此，国家责任扩大到包括违背人权义务情事和其他违背国际法情事，在这种情况下，被违背的义务的第一受益人不是国家。[……]

第33条 本部分所载的国际法义务范围……

2. 本部分不妨碍任何人或国家以外的任何实体由于一国的国际责任可能直接取得的任何权利。……

评注……

- (4) [……]本条不处理人或国家以外的实体援引责任的可能性，第2款澄清了这一点。人或国家以外的实体是否有权自行援引责任和多大程度上有权自行援引责任应由特定初级规则加以确定。第2款只承认可能性。所以列入“任何人或国家以外的任何实体……可能直接取得的”一语。[……]

第三章

严重违法依据一般强制规范承担的义务……

- (6) 根据这一方针，尽管纽伦堡和东京军事法庭对一些具体的政府官员以其官方身份犯下的罪行进行了审判并定罪，但设立这两个法庭的文书都没有将德国和日本作为“罪犯”对待。例至于更近的国际上的做法，联合国安全理事会建立的南斯拉夫和乌干达特设法庭也是建立在同样方针的基础上。两个法庭都只对个人提出起诉。在有关公诉人诉Biaskic一案传票的决定中，前南斯拉夫国际刑事法院上诉庭表示：“根据目前的国际法，很清楚国家依其定义，不能作为类似于国家刑法制度规定的刑事制裁的主体。”同样，1998年7月17日的《罗马国际刑事法院规约》确定了“对引起整个国际社会关注的最严重罪行”的管辖权，但将这一管辖权限于“自然人”（第25条(1)），该条还明确规定，《规约》“有关个人刑事责任的任何规定均不影响国家对国际法的责任。”[脚注673：《罗马国际刑事法院规约》，1998年7月17日。A/CONF.183/9，第25条第4款。也见第10条：“本部分的任何内容均不应解释为以任何方式限制或损害为本规约以外的它目的已有或正在制定中的国际法规则。”[比较：案例15，国际刑事法院，[一、规约]第634页]]
- (7) 因此，现在的这些条款也不承认对第一部分而言国家的“罪行”与“不法行为”之间存在任何区别。一方面，条款必须反映出，在国家责任领域，一般国际法的强制规范与对整个国际社会的义务，这些基本概念会引起某些后果。不论一般国际法的强制规范与对整个国际社会的义务是不是一个单一基本思想的不同方面，至少在它们之间存在着相当大的重叠。国际法院提出的对整个国际社会义务的举例，一般认为都是一般国际法强制规范产生的义务。[脚注：674：国际法院认为，普遍义务“在当代国际法中，源于——举例而言——规定侵略和种族灭绝行为为非法，也源于人的基本权利的原则和规则，包括不受奴役和种族歧视的保护”：Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 32, para. 34. 另见“东帝汶”案(葡萄牙诉澳大利亚)，《1995年国际法院报告书》，第90页，见第102页，第29段；“威胁使用或使用核武器的合法性”，《1996年国际法院报告书》，第226页，见第258页，第83段；《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用”，“初步反对意见”，《1996年国际法院报告书》，第595页，见第615-616页，第31-32段。]同样，本委员会在它的评注中提出的强制规范的例子，后来又成为《维也纳公约》第53条，也是对整个国际社会的义务。

第40条 本章的适用

1. 本章适用于一国严重违法依一般国际法强制性规范承担的义务所产生的国际责任。
2. 如果这种行为是由责任国严重或系统性违约所引起的，则为严重违约行为。

评注……

- (5) [……]鉴于国际法院将适用于武装冲突的一些国际人道主义基本规则称之为具有“不可侵犯”性，因此似乎也有理由将那些规则作为强制性处理。[脚注684：[……][参见案例46，国际法院，核武器咨询意见[比较第69段]第910页]]。……

第41条 严重违法依本章承担的一项义务的特定后果

1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第40条含义范围内的任何严重违法义务行为。

2. 任何国家均不得承认第40条含义范围内的严重违背义务行为所造成的情况为合法，也不得协助或援助保持该情况。
3. 本条不妨碍本部分所指的其他后果和本章适用的违背义务行为可能依国际法引起的进一步的这种后果。

评注……

- (2) 根据第41条第1款，各国负有合作的积极义务，禁止第40条意义上的严重违背行为。由于可能涉及的情况很多，因此这项规定没有详细说明合作应采取什么形式。合作可在主管国际组织的框架内安排，特别是联合国。然而，第1款也设想了非机构性合作的可能性。
- (3) 第1款也没有说明各国应采取哪些措施，禁止第40条意义上的严重违背行为。这种合作必须通过合法手段，其选择取决于具体情况。但已经明确的是，合作的义务对各国都适用，不论它们作为具体国家是否受到严重违背行为的影响。在严重违背行为面前所需要的，是所有国家共同、协调地作出努力，抵消违背行为的影响。当今的一般国际法是否规定了合作的积极义务，这一点可能还有争议，在这方面第1款或许可以反映国际法的渐进发展。……
- (14) ……第3款还考虑到了对严重违背行为国际法可能规定的其他后果。这可由具体的首要规则作出规定，如禁止侵略的情况。因此，第3款承认，第40条意义上的严重违反行为，国际法还可承认进一步的法律后果。第三章没有明确讲到这些进一步的法律后果，并不妨碍当今国际法或国际法的进一步发展对这些法律后果的承认。此外，第3款还反映了一个认识，即严重违背行为的法律制度本身仍处于发展阶段。虽然载列了第40条含义范围内的严重违背义务行为的一些基本法律后果，第41条并无意排除今后对这类违背义务行为引起的后果制定一套更详细制度的可能性。

第三部分

一国的国际责任的履行 [……]

第一章

一国责任的援引 [……]

第42条 一受害国援引责任

一国有权在下列情况下作为受害国援引另一国的责任：

- (a) 被违背的义务是个别地对该国承担的义务：或
 - (b) 被违背的义务是对包括该国在内的一国家集团或对整个国际社会承担的义务，而且该义务的被违背：
 - (一) 特别影响到该国：或
 - (二) 根本改变了作为该义务当事方的所有其他国家在继续履行该义务上所处的地位。
- [……]

第48条 一受害国以外的国家援引国际责任

1. 受害国以外的任何国家有权按照第2款在下列情况下对另一国援引责任：……
 - (b) 被违背的义务是对整个国际社会承担的义务。
2. 有权按照第1款援引责任的任何国家可要求责任国：
 - (a) 按照第30条的规定，停止国际不法行为，并提供不重复的承诺和保证：和
 - (b) 按照前几条中的规定履行向受害国或被违背之义务的受益人提供赔偿的义务。……

评注……

- (4) 第1款提到“受害国以外的任何国家”。……当然所有或许多国家将有资格根据第48条援引责任，“任何国家”这一词是为了避免产生这些国家必须一起或一致行动的任何含义。……
- (8) 第1款(b)项规定，如果有关的义务是“对整个国际社会”承担的，受害国以外的国家可以援引责任。这项规定意在落实国际法院在“巴塞罗那电车”案中的声明，在该案中，法院就对具体国家承担的义务与“对整个国际社会承担的”义务作了“根本区别”。[脚注768：‘巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司’案，“第二阶段”，《1970年国际法院报告书》，p. 3, at p. 32, 第33段，并见第二部分第三章评注第(2)-(6)段。]回关于后一种义务，法院接来说，“鉴于所涉的权利重要，所有国家可以被认为对保护这些权利有法律利益；它们是对所有国家的义务。”
- (9) [……]法院本身提供有用的指导：它在1970年的判决中通过举例提到“禁止侵略行为和种族灭绝行为”以及“关于人的基本权利，包括免受奴役和种族歧视等的原则和规则”[脚注769：同上，at p. 32, 第34段。][……]

第二章 反措施

第49条 反措施的目的和限制

1. 一受害国只在为促使一国际不法行为的责任国依第二部分履行其义务时，才可对该国采取反措施。
2. 反措施限于暂不履行对责任国采取措施的一国的国际义务。
3. 反措施应尽可能容许恢复履行有关义务。[……]

第50条 不受反措施影响的义务

1. 反措施不得影响下列义务
 - (a) 《联合国宪章》中规定的不得实行武力威胁或使用武力的义务；
 - (b) 保护基本人权的义务；
 - (c) 禁止报复的人道主义性质的义务；
 - (d) 依一般国际法强制性规范承担的其他义务。[……]

评注……

- (6) 第(1)款(b)项规定反措施不得影响保护基本人权的义务。[……]
- (7) 经济、社会及文化权利委员会的一般性意见(1997年)曾论及经济制裁对平民，特别是儿童的影响。该意见既讨论了国际组织所采取措施的影响，但这一议题不在本条款的范围以内，也讨论了个别国家或国家集团所采取措施的影响。该一般性意见强调，“无论情况如何，此类制裁永远应当充分考虑到《经济、社会、文化权利国际公约》的规定”[脚注805：E/C.12/1997/8号文件，1997年12月5日，第1段。[可访问：<http://www.un.org>]]，并进而宣称：
- “在讨论制裁问题时，有必要区分对有关国家的当权者实施政治和经济压力使之遵从国际法这一基本目标与受制裁国最脆弱的群体遭受的附带影响。”[脚注806：同上，第4段。]
- 从一般国际法的一些其他要素也可以做出类推。例如，1977年的第一号附加议定书第54(1)条无条件规定“禁止使用让平民遭受饥馑的办法当作战争手段”[脚注807：[……]]。另见第54(2)条(“保障平民生存的必需品”)，75。另见《第二号附加议定书》第4条。[……]。与此类似，两项联合国的国际人权公约其第1(2)条最后一句都是“在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段”。[脚注808：《经济、社会、文化权利国际公约》第1(2)条，[……]，和《公民权利和政治权利国际公约》第1(2)条，[……][可访问：<http://www.un.org>]]
- (8) 第(1)款(c)项论及国际法在报复方面规定的义务，在《维也纳条约法公约》第60(5)条中有表述。[比较：引用，第13章，IX，2，c)，dd)，但是没有互惠，第301页。]该项反映的是国际人道主义法律中存在的根本禁止针对个人的报复行为。特别是依照1929年《海牙公约》和1949年《日内瓦公约》及1977年第一号附加议定书，对指定的几类受保护者禁止实行报复，这些禁令受到极广泛的接受。[……]

第51条 相称

反措施必须和所遭受的损害相称，并应考虑到国际不法行为的严重程度和有关权利。[……]

第54条 受害国以外的国家采取的反措施

本章不妨碍依第48条第1款有权援引另一国责任的任何国家，对该另一国采取合法措施以确保持止该违背义务行为和使受害国和被违背之该义务的利益人得到赔偿。

评注 [……]

- (6) 如这里的回顾所示，为普遍或集体利益采取反措施其国际法方面的现状尚不确定。国家行动很少见，且只涉及少数国家。目前似乎还没有明确承认国家有权如第48条提到的为集体利益采取反措施。因此目前的条文尚不适宜加入一款规定第48条指出的其他国家是否允许采取反措施以促使责任国履行其义务。而第二章会有一项保留条款，对此立场予以保留并将这一问题的解决留待国际法的进一步发展。[……]

第四部分 一般规定 ……

第55条 特别法

在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。……

二、对在第一次审读中通过之第10条的评注

[资料来源：《国际法委员会对〈国家责任条款草案〉第10条的评注》，第27届会议上第一次审读通过，第26段，《国际法委员会年报》，1975年，第二卷，第69页。]

……

(26) 另一方面，至于享有国家机关地位的个人以私人身份所进行的作为或不作为，委员会认为，这与所涉个人构成国家机器的组成部分这一事实无关，相应地，依据国际法这些行为不应归因于国家。……这当然不是阻止国家有时候依据条约对此类行为承担责任，比如，1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》第3条规定国家应对“构成武装部队组成部分的所有人的所有违反本公约附件法规的行为”承担责任，不论这些人是为自己还是为组织行事。……

[注意：联合国，国际法委员会，《关于第53届会议的工作报告》(2001年4月23日至6月1日以及7月2日至8月10日)，大会，第55届会议正式记录，第10号补充文件(A/56/10)，可访问：<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm> (下称：《报告》)，第29-365页。联合国大会在2001年12月12日的第A/RES/56/83号决议中记录了该《条款草案》。]

讨 论

1. (第7条和第一次审读中通过的第10条的评注)

国家是否应对其武装部队成员的所有行为负责？即便这些成员违反既定命令行事？即便这些成员以私人身份行事？国际人道法规则反映了一般规则还是具有更多限制？(比较《海牙第四公约》第3条和《第一附加议定书》第91条。)

2. (第8条)

(1) 什么时候而且什么条件下武装冲突中反对政府的个人可以被视为外国的代理人？是否依据国际法院在“尼加拉瓜诉美国”案的判决(比较**案例130**，国际法院，尼加拉瓜诉美国案，第1359页)？还是依据前南斯拉夫问题国际刑事法庭在“塔迪奇案”的判决(**案例180**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案，第1794页)？还是依据国际法委员会的意见？你的看法如何？

(2) 前南斯拉夫问题国际刑事法庭是否回答了国际法院“在尼加拉瓜军事行动和准军事行动”案中的相同问题？这是否应当依据前南斯拉夫问题国际刑事法庭的意

见？还是依据国际法委员会的意见？你如何看待这一问题？国际法院审查的是国家行为而前南斯拉夫问题国际刑事法庭审查的是个人行为，这是否很关键？

3. (第9条)

- (1) 在武装冲突中国家权力机关处于瓦解状态的国家是否应当为那些试图重建国家秩序的团体或个人的行为负责？此类责任有什么实际后果？战时全国总动员的参与人的行为是否归因于国家？（比较1907年《海牙章程》第2条和1949年《日内瓦第三公约》第4条第1款第6项。）
- (2) 在武装冲突中国家权力机构处于瓦解状态的国家什么时候应当对那些不是试图重建国家秩序的团体或个人的行为负责？此类责任有什么实际后果？《责任条款草案》是否顺应了这一问题？

4. (第10条)

- (1) 在什么情况下一国应当对叛乱运动违反国际人道法的行为负责？叛乱运动自身是否应当为此类违反行为负责？如果叛乱运动没有成为一国新政府，它是否应当为这些违反行为负责？（比较1949年《日内瓦公约》共同第3条。）
- (2) 叛乱运动违反国际人道法的国家责任依赖于叛乱运动的成功，这一说法是否可被接受？这种责任是否也依赖于其斗争的合法性？
- (3) 什么时候我们可以说后来成为政府的叛乱运动得到充分组建能为其获得政权之前的违反国际人道法的行为负责？叛乱运动达到何种组织程度就可以说它自己需要为它自己实施的违反行为承担责任？（比较1949年《日内瓦公约》共同第3条和1977年《第一附加议定书》第1条。）

5. (第16条)

什么时候我们可以认为一国在资助或协助另一国违反国际人道法？《日内瓦公约》共同第一条和《第一附加议定书》规定的义务是否与《国家责任条款草案》第16条规定的义务相同？当武器提供者明知这些武器将用于违反国际人道法的行为时，提供武器是否属于对国际人道法的违反？如果提供的武器被国际人道法禁止使用，提供武器本身是否属于对国际人道法的违反？提供和接受武器的双方都受此类禁止的约束吗？如果只有武器提供者受此类禁止的约束，这是否会导致非法资助？如果只有武器的购买方而不是武器提供方受此类禁止的约束，这是否会导致错误的资助？

6. (第21条)

自卫是否是排除一国违反国际人道法行为非法性的一种情形？个人严重破坏国际人道法的行为也是如此吗？（参见《国际刑事法院规约》第31条第1款第3项，以及前述案例15，第634页。）

7. (第25条)

- (1) 危急情况是否是排除一国违反国际人道法行为非法性的一种情形？如果是，在什么情形下可以排除？为什么一般情况下不援引这一理由？是因为国际人道法暗含排除这一可能性？

- (2) 国际人道法的什么规则在军事必要情形下允许某些行为？这些规则是主要规则还是次要规则？
- (3) 危急情况是否可以作为个人严重破坏国际人道法的辩护理由（参见《国际刑事法院规约》第31条第1款第3项，以及前述**案例15**，第634页。）？在什么情形下允许这一辩护理由？对前面（1）问题和本问题的回答都一样吗？这是否由相同的规则进行阐述？
8. 第26条本身是否并不意味着《条款草案》第21条和第25条不能被援引作为证明违反国际人道法行为合法的理由？
9. 在违反国际人道法的情形下，应当负责的国家对于此类违反行为的受害者是否承担义务（分别比较日内瓦四项公约中的《第一公约》第6条、《第二公约》第6条、《第三公约》第6条和《第四公约》第7条；和《第一公约》第7条、《第二公约》第7条、《第三公约》第7条和《第四公约》第8条；以及《第一公约》第51条、《第二公约》第52条、《第三公约》第131条和《第四公约》第148条。）？如果受害者个人是应负责任的国家的国民，又该如何？这些受害者该如何主张此类责任？《海牙第四公约》第3条和《第一附加议定书》第91条是否意味着受害者有权要求赔偿？
10. 当一国应当为违反国际人道法的行为负责时，该国承担什么义务？
11. 关于赔偿的形式和内容的一般规则是否都适用于国际人道法的违反情形？谁应当对什么人支付赔偿？
12. （第40条和第41条）
- (1) 《条款草案》第二部分第三章规定了违反国际人道法的什么情形？
- (2) 《条款草案》第41条第1款与日内瓦四公约共同一条、《第一附加议定书》第1条和第89条是什么关系？第一个规定是否意味着《第一附加议定书》第89条在非国际性武装冲突中也有效？
- (3) 为终止对国际人道法的违反，可以利用什么合法手段？这些合法手段必须由国际人道法规定吗？还是由国际法规定？这些手段不违反国际法的禁止性规定，这是否足够满足条件？这些手段的合法性是否也可以来自违反国际人道法以外的规则的反措施的合法性？《条款草案》第49-51条规定的条件是否适用于第三国根据《条款草案》第41条第1款所采取的反措施？根据《日内瓦公约》共同第1条和《第一附加议定书》呢？
- (4) 《条款草案》第54条是否适用于本《条款草案》第二部分第三章规定的违反情形？
13. （第42条和第48条）
- (1) 出现了违反国际人道法情形时，谁是受害国？在非国际性武装冲突中出现了违反国际人道法情形时呢？日内瓦四公约的共同第一条和《第一附加议定书》第1条第1款是否意味着所有缔约国都是违反国际人道法行为的受害国？

(2) 如果不是所有缔约国都是受害国，那对国际人道法的什么违反情形允许受害国以外的国家主张国家责任？是所有违反国际人道法的情形吗？是否这些国家必须共同行动主张国家责任？

(3) 《责任条款草案》第48条与日内瓦四公约及其《第一附加议定书》第1条是什么关系？

(4) 《责任条款草案》第48条第1款第2项与第41条第1项是什么关系？

14. (第49条至第51条)

(1) 因违反国际人道法的行为而遭受损害的国家是否有权采取反措施？如果回答是肯定的，受害国可以采取什么样的反措施？采取的反措施存在什么限制？

(2) 因违反国际法的行为而遭受损害的国家是否有权采取包括暂时不履行其承担的国际人道法义务在内反措施？至少并不排除将违反作为报复的义务？（分别比较日内瓦四公约，《第一公约》第46条、《第二公约》第47条、《第三公约》第13条第3款以及第33条第3款；和《第一附加议定书》第20条、第51条第6款、第52条第1款、第53条第3款、第54条第4款、第55条第2款和第56条第4款。）

(3) 国际人道法不予禁止、但构成不执行国际人道法义务的那些报复（比如，对战斗员使用某些武器）是否受《国家责任条款草案》第50条第1款第4项的禁止？

(4) 使平民居民挨饿作为一种反措施是否受禁止？在武装冲突中，此类禁止是来源于国际人道法还是来源于《国家责任条款草案》第50条第1款第2项、第3项还是第4项？（比较《第一附加议定书》第54条。）

15. (第54条)

(1) 出现一国对国际人道法的违反时，第54条允许第三国采取什么措施？此时是否允许采取反措施？这是否排除了违反国际法（除了人道法）的反措施？

(2) 对《国家责任条款草案》第54条而言，《日内瓦公约》及其《第一附加议定书》的各自第1条是否是特别法？如果是，这是否授权所有国家在出现了违反国际人道法情形时采取反措施？

16. (第55条)

列举国际人道法中关于国家责任的专门规定。

案例39 联合国，给予红十字国际委员会观察员地位**案 例****一、联合国大会决议**

[资料来源：联合国，Doc. A/RES/45/6，1990年10月16日，可访问<http://www.icrc.org>]

**鉴于1949年8月12日《日内瓦公约》
赋予红十字国际委员会的特别作用和任务，
给予该委员会观察员地位**

大会，

回顾1949年8月12日《日内瓦公约》赋予红十字国际委员会的任务，
考虑到红十字国际委员会据此而在国际人道主义关系方面发挥了特别作用，
期望促进联合国同红十字国际委员会的合作，

1. 决定邀请红十字国际委员会以观察员身分参加大会各界会议及其工作；
2. 请秘书长采取必要行动执行本决议。

二、解释性备忘录

[资料来源：联合国Doc. A/45/191的附件，1990年8月16日，21国常驻联合国代表致联合国秘书长请求把红十字国际委员会的观察员地位问题列入联合国大会议程的函件，可访问：<http://www.icrc.org>]

**鉴于1949年8月12日《日内瓦公约》
赋予红十字国际委员会的特别作用和任务，
给予该委员会观察员地位**

解释性备忘录

1. 红十字国际委员会(红十字会)是一个独立的人道主义机构，于1863年在瑞士日内瓦成立。红十字会依照国际社会在全世界批准的多项国际条约中所赋予它的任务，担任中立的调解机构，以保护并协助国际性和非国际性武装冲突的受害者。

2. 1949年8月12日关于保护战争受害者的四项《日内瓦公约》，共有166个缔约国；这些公约连同其1977年的两项附加议定书都明白确定红十字会是一个中立和公正的人道主义调解机构。所以，若干国际人道主义法的条约赋予红十字会的职务类似负责保障交战国利益的保护国的职务，因为红十字会可以代替1949年《日内瓦公约》和1977年《第一项附加议定书》所称的保护国。而且，红十字会与保护国具有同样权利可以探视战俘（《第三项日内瓦公约》）和《关于战时保护平民的日内瓦公约》（《第四项日内瓦公约》）所使用的平民。除了这些特定工作之外，红十字会作为一个中立机构，还有权根据《第四项日内瓦公约》的一项通则采取主动，提出它认为对冲突受害者有利的任何建议。
3. 《日内瓦公约》的缔约国参加红十字和红新月国际会议，通过《国际红十字和红新月运动章程》，其中规定红十字必须传播国际人道主义的知识，加深对国际人道主义法的理解，并促进国际人道主义法的发展。《章程》还规定红十字会必须维持并宣扬这一运动的基本原则，即：人道，公正，中立，独立，志愿服务，团结和普及性。
4. 1864年，各国政府就是根据红十字会的倡议而通过原来的《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》。从那时起，红十字会一直努力发展国际人道主义法，以配合冲突的演变。
5. 红十字会为了履行国际人道主义法、红十字和红新月国际会议各项决议以及《运动章程》所赋予它的任务，同许多国家缔订了关于红十字会代表团及工作人员的地位的总部协定。在工作过程中，红十字会又同许多国家和政府间组织缔订了其他协定。
6. 红十字会平均有590名代表组成48个代表团，1989年在非洲、亚洲、欧洲、拉丁美洲、中东将近90个国家积极工作——包括它若干区域代表团所服务的许多国家在内——根据《日内瓦公约》的规定向武装冲突的受害者提供保护和协助，并根据与有关政府所订的协定，向国内动乱和紧张局势受害者提供保护和协助。
7. 遇有国际性的武装冲突，红十字的任务是依照《关于战俘待遇的日内瓦公约》（《第三项公约》）、《关于战时保护平民的日内瓦公约》（《第四项公约》）和《1949年8月12日日内瓦公约》关于保护国际武装冲突受害者的《附加议定》（《第一号议定书》）的规定，探视战俘和《第四项日内瓦公约》所适用的平民。在发生非国际性的武装冲突情况下，红十字会则根据各项《日内瓦公约》都有的第三条和《1949年12月12日内

瓦公约》于保护非国际性武装冲突受害者的《附加议定书》(第二号议定书), 要求探视由于冲突而丧失自由的人。

8. 遇有《日内瓦公约》及其《附加议定书》所不使用的情况, 红十字会可以援引本身章程规定的权利, 主动提请政府准许它探视由于国内动乱和紧张局势而丧失自由的人。
9. 红十字会探访被剥夺自由的人, 完全是出于人道主义目的: 红十字会的代表观察员囚犯所得到的待遇, 调查他们在拘禁期间的身体和心理状况, 必要时也要求当局采取步骤改善囚犯的待遇和生活条件。红十字会从不就关押理由发表意见。其调查结果记录在保密的报告中, 而无意予以发表。
10. 每当出现武装冲突或内部动乱, 红十字会就会提供物质和医疗援助, 在有关政府同意的情况下并在获准评估受害者现场紧急需要的程度如何的条件下, 临场进行调查, 确定需要援助的人的种类和人数, 并且组织和检测救济品的发放。
11. 红十字会国际委员会中央寻人局的活动以该机构根据《日内瓦公约》而负有的责任即协助国际武装冲突中受伤害的军人和平民为基础, 也基础于它在其他场合中具有主动采取人道主义行动的权利。该局及其驻地代表的工作包括收集、记录、汇总以及适当提出有资格得到红十字会援助的人的有关情况, 如战俘、被拘留敌侨、被拘留者、无家可归者和难民。其中也包括使离散的家人恢复联系, 其基本手段是在不存在正常通讯设施或通讯设施因战争中断的地区建立家信联系, 此外也寻找所报失踪的或家人不知其情况的人, 组织家庭重聚, 迁移到安全的地方以及安排遣返活动。
12. 红十字会和联合国的任务日益相互补充, 而且两个机构在各自的实地活动中以及在其增强对国际人道主义法律尊重的努力中有着更密切的合作。近几年来, 向世界所有地区的冲突受害者提供保护和援助的许多行动已经证明了这一点。
13. 红十字会也在法律事务方面与联合国进行了密切合作, 红十字会在这一领域对联合国提供了帮助。这也反映在安全理事会、大会及其附属机构的决议以及秘书长的报告中。
14. 红十字会以观察员身份参加大会的审议工作将会进一步增进联合国与红十字会之间的合作, 与促进红十字会工作。

讨论

1. (1) 在获得观察员地位之前，红十字国际委员会在联合国框架内享有什么地位？
(2) 基于红十字国际委员会属于联合国经社理事会下依据经社理事会第1296号决议被赋予咨商地位的第二类别的非政府组织这一事实，联合国大会赋予一个既不是国家又不是政府间国际组织的实体观察员地位，这是否创设了先例？
(3) 观察员地位和咨商地位的主要区别是什么？地位的改变是否赋予红十字国际委员会在联合国体制内更重要的作用？
2. (1) 红十字国际委员会接受其观察员地位是否损害了中立原则或放弃了机密工作方法？红十字国际委员会的观察员地位对于其在冲突管理中的可能作用会有什么影响？
(2) 红十字国际委员会是否具有国际法律人格？你怎么证明红十字国际委员会具有法律人格？《日内瓦公约》为红十字国际委员会规定了一些任务，这一事实是否当然意味着它是国际法主体？
3. 由于红十字国际委员会被《日内瓦公约》和《第一附加议定书》赋予的地位，红十字国际委员会对于国际关系会有什么影响？《日内瓦公约》共同第3条与《第一公约》第10条、《第二公约》第10条、《第三公约》第10条以及《第四公约》第11条赋予红十字国际委员会的提议权与该组织在联合国框架内发挥更积极的作用之间有什么关系？它们是相互冲突还是相互补充？

文件40 最低限度人道标准

一、《土尔库宣言》

[资料来源：联合国，Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55，1990年12月2日，可访问www.un.org]

《最低限度人道主义标准宣言》

于芬兰土尔库 (阿博) 人权研究所组织的专家会议上通过

[联合国各有关机构，]

回顾《联合国宪章》和《世界人权宣言》重申对人的尊严和价值的信念；

考虑到内部出现暴力、种族、宗教和民族冲突、动乱、紧张状态和公共紧急情况在世界各地继续造成严重的不稳定和巨大痛苦；

对在这类情况下侵犯人权和违反人道主义准则事件的数量和野蛮程度升级感到震惊；

对在这类情况下人权和人道主义原则常常遭到侵犯表示关切；认识到尊重现有人权和人道主义准则的重要性；

注意到与适用于武装冲突的人权和人道主义准则有关的国际法不足以在内部出现暴力、种族、宗教和民族冲突、动乱、紧张状态和公共紧急等情况下保护人权；

认为在公共紧急状况时期对与人权有关的义务的任何克减都必须严格保持在国际法所规定的限度范围内，某些权利决不得加以克减，人道主义法不容许因公共紧急为由加以任何克减；

进一步认为对这类义务加以克减的措施必须严格符合这些文书中所载明的程序规定，紧急状态的实施必须正式地、公开地予以宣布并且必须依据法律所订立的规定，使对这类义务加以克减的措施限制在为形势迫不得已的限度内，这类措施不得以种族、肤色、性别、语言、宗教、社会出身、国籍或族裔本源为由加以区别；

确认在各项人权和人道主义文书中未予列明的情形下，所有个人和群体仍然受到由确定的惯例、人道原则和公众良心意旨所引伸出的国际法原则的保护；

深信必须重申并发扬在内部出现暴力、种族、宗教和民族冲突、动乱、紧张状态和公共紧急等情况下指导所有人、所有团体和当局的行为的原则；

进一步深信有必要订立和严格实行适用于这类情况的国家法律，为更有效地执行国家和国际准则，包括执行国际监督机制加强合作，以及传播并宣扬这些准则；

因此现在公布这一最低限度人道主义标准宣言

第1条

本宣言确认适用于包括内部出现暴力、种族、宗教和民族冲突、动乱、紧张状态和公共紧急状态在内的所有情况下的最低限度人道主义标准，这些标准不得在任何情形下如以克减。无论紧急状态是否已于宣布，都必须遵守这些标准。本标准不得被解释为限制和损害任何国际人道主义或人权文书的规定。

第2条

这些标准应受到所有人、所有团体和当局的尊重并应适用于所有人、所有团体和当局，不论其法律地位如何，并且不加以任何不利的区别。

第3条

1. 人人在任何地方有权被承认在法律面前的人格。所有人，即使其自由受到限制，都应有权使其人格、荣誉和信念、思想、良心和宗教自由受到尊重。在一切情形下，人人都应受到人道待遇，并且不如以任何不利的区别。
2. 下列行为均被禁止并应继续加以禁止：
 - (a) 对人的生命、健康和身心幸福的暴行，尤其是谋杀、酷刑、使人肢体残缺、强奸以及残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚和其他对人的尊严的凌辱；
 - (b) 对人及其财产的集体惩罚；
 - (c) 劫持人质；
 - (d) 逼人非自愿失踪，允许或容忍这类行为，包括绑架或秘而不宣地将人如以拘禁；
 - (e) 掠夺；
 - (f) 故意剥夺他人获得必需的食物、饮水和医药；
 - (g) 威胁或煽动他人参与上述任何行为。

第4条

1. 被剥夺自由的人应被监禁在经认可的拘禁场所。关于其拘禁和拘禁地点包括转移的确实情况应迅速告知其家属和律师或有正当理由关心这类情况的其他人。
2. 被剥夺自由的人应被许可依照当局颁布的合理条例与外界联系，包括与其律师联系。
3. 获得有效补救办法包括人身保护法的权利应受到保障，以便确定被剥夺自由者的下落或健康状况并查明下令或执行剥夺自由的当局。因逮捕或拘禁而被剥夺自由的人应有权提出诉讼，由法院迅速裁决这一拘禁是否合法，如法院裁定拘禁不合法，则应命令释放被剥夺自由者。
4. 被剥夺自由的人应受到人道待遇，得到足够的食物和饮水、起码的住宿条件和衣着。并应享有保健、卫生、工作和社会条件等方面的保障。

第5条

1. 对未参与暴力行为的人的攻击在一切情形下均应加以禁止。
2. 遇使用武力不可避免时，武力的使用程度应与罪行或形势的严重性或将要实现的目标相称。
3. 国际武装冲突中如以禁止的武器或其他物质或方法在任何情形下均不得采用。

第6条

主要目的或可预见的结果意在居民中造成恐怖的暴力行为或威胁均予禁止。

第7条

1. 人人有权不受侵扰地留在家中和他们的居住地。不得命令转移全体居民或部分居民，除非是为了他们的安全或出于加以必要保护的理。如必须进行这类转移，则应采取一切可能的措施，以便在提供适当住房、卫生、保健、安全和食物的条件下转移和安置人口。一旦导致紧急转移的情况不再存在，应准许被转移的人或群体返回家园、或他们的居住地。被转移的人如愿意留在一起，则应作出各种努力满足他们的愿望。愿留在一起的家庭成员亦必须准予如此。被转移的人应可以在领土内自由移徙，但须以有关人员的安全或绝对必要的治安理由为条件。
2. 任何人都不应被迫离开其本国领土。

第8条

1. 人人有固有的生命权。这一权利应受到法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。
2. 除现有各项人权和人道主义文书中对固有生命权的保证和禁止种族灭绝外，下列最低限度规定应受到尊重。
3. 在未废除死刑的国家，只有最严重的罪行才可判处死刑。对孕妇、有幼儿的母亲或犯罪时未满十八岁的儿童不应执行死刑。
4. 在宣告判处死刑的最后判决之日起至少六个月终了前不应执行死刑。

第9条

未经正常组成的、独立和公正的法庭先作出裁决并提供国际社会认为必不可少的一切司法保证的情形下，不得对认定犯有罪行的人判刑和执行刑罚。特别是：

- (a) 程序应就被告毫不延迟地得知被指控罪行的细节、就在合理时间内被提审和就提审前及审判期间向被告提供应享有的一切必要权利和辩护方式作出规定；
- (b) 除了基于个人的刑事责任外，不得判定任何人有罪；
- (c) 在未依法证实有罪之前，被控有罪的人应被推定无罪；
- (d) 被控有罪的人有权到庭受审；
- (e) 任何人均不得被迫作出不利于其本人的证明或认罪；
- (f) 任何人均不得因其业已依法和依刑事程序被定罪或被宣告无罪的罪行而再次受审或受罚；
- (g) 任何人均不得因依适用的法律在犯罪时并不构成刑事罪的任何行为或不行为被认为犯有刑事罪。

第10条

每个儿童有权在未成年状况下受到必需的保护，并应得到儿童所必需的照顾和帮助。不得招募或准许未满十五岁的儿童加入武装部队或武装组织或参与暴力行为。应作出一切努力不准许未满十八岁的人参与暴力行为。

第11条

如出于绝对必要的治安原因认为必需将某人限制于指定的住所、加以拘禁或行政拘留时，这类决定须遵照法律所规定的正常程序并提供国际社会认为必不可少的司法保障，包括享有上诉权和定期复查权。

第12条

在每一情况下，伤者和病者，无论是否参与暴力行为，均应受到保护和人道待遇，并应尽一切实际可能尽快为其提供其情况所需的医疗和照料。除医疗情况外，不应基于任何理由在他们之中加以任何区别。

第13条

应毫不迟延地采取一切可能的手段寻找和收容伤者、病者和失踪者并保护他们不遭抢劫和虐待，确保为之提供适当照料，并寻找死亡者，防止他们遭受劫掠或肢体遭残害并对他们加以妥善处理。

第14条

1. 医疗人员、宗教人员和其他人道主义工作人员应受到尊重和保护并应为履行职责得到现有的一切协助。他们不应被迫执行不符合其人道主义使命的任务。
2. 在任何情况下，任何人都不应因执行符合医务道德原则的医疗活动而遭到惩罚，不论受益于医疗的人属于何方。

第15条

在内部出现暴力、种族、宗教和民族冲突、动乱、紧张状态或公共紧急等情况下，应给予人道组织一切便利，使其能够执行人道主义活动，特别是向人口；提供人道主义救护和救济。

第16条

在遵守这些标准方面，应作出一切努力保护各群体、少数民族和人民的权利，包括他们尊严和特性。

第17条

遵守这些标准不应影响内部暴力、种族、宗教和民族冲突、动乱、紧张状态或公共紧急情况所涉及到的当局、团体或个人的法律地位。

第18条

1. 本标准之中不应有任何内容被解释为限制或损害任何国际人道主义或人权文书中所载明的规定。
2. 对依据法律、条约、条例、习惯或人道原则所承认或在任何国家内现行的任何基本人权加以限制或克减如以本标准不承认或不完成承认这些权利为借口应是不容许的。

二、联合国，最低限度人道标准

[资料来源：联合国，Doc. E/CN.4/1998/87，1998年1月5日，脚注省略]

防止歧视及保护少数小组委员会的报告

最低限度人道主义标准

秘书长根据人权委员会第1997/21号决议

提交的分析报告

导言

1. 人权委员会在题为“最低限度人道主义标准”的第1997/21号决议中，请秘书长向委员会第五十四届会议提出“一份分析性报告说明基本人道标准问题”，其中须特别考虑到1996年9月在南非开普敦举行的最低限度人道主义标准国际工作会议报告中提到的各项问题，并且还须确定适用于各种情况的人权法和国际人道主义法的共同规则。
-
3. 委员会第1997/21号决议还请秘书长向各国政府和联合国机构、特别是联合国难民事务高级专员办事处、各人权条约机构、政府间组织、区域组织以及非政府组织，征求意见和资料。[……]迄今收到的各国政府和政府间组织的多数答复一般说来支持制订“最低限度人道主义标准”或基本人道标准、但往往还建议进一步考虑某些问题。认真审查了迄今收到的各份答复，其中的许多要点已反映在本报告中。
4. 该项决议请秘书长在与红十字国际委员会协调下编写报告。秘书长对该机构提供的意见和建议表示感谢。

一、术语

5. 首先，为便于讨论，应澄清几点与特定词汇和术语有关的几个问题。目前的讨论始于1991年提交防止歧视及保护少数小组委员会的题为“最低限度人道主义标准”的宣言，所以，讨论标题沿用了宣言中所用的“最低限度人道主义标准”这一术语。但委员会最近决议明确提到的“基本人道标准”术语更好，原因如下：首先，有人批评（如在开普敦工作会议上）使用“最低限度”这一形容词；其次，“人道主义标准”这一短

语可能给人的印象是，这只涉及国际人道主义法律即只涉及与武装冲突有关的法律，而事实上国际法的这一领域只是部分讨论内容。最初用“人道主义标准”是想包括国际人权标准和国际人道主义法律标准，而“人道标准”现在看来效果更好。另外，近些年，我们大量讨论了人道主义援助问题，例如讨论了如何确定标准来指导这类援助的提供和执行工作。这是一个相关的问题，但并不是本次讨论的主要重点，因此，为避免混乱，最好还是用“人道标准”这一术语。

6. 与术语有关的第二个问题是如何描述国内的战斗和暴力。只有国际性或非国际性“武装冲突”才受人道主义法约束。国际人道主义法规定了如何确定国内暴力是否构成内部武装冲突的一些标准，如果是内部武装冲突，即属有关规则的范围。但考虑到人们往往对这些标准的应用有分歧，并可能会引起对“内部武装冲突”或甚至“内部冲突”等术语的误解，为避免这类误会，在并不影响为了应用国际人道主义法而对战斗所作的任何法律定性的情况下，本报告将统一用“内部暴力”来概括国内发生的各种程度的战斗和冲突情况。
7. 与术语有关的第三个问题涉及如何称呼拿起武器对抗政府的团体。可以用恐怖主义团体、游击队、抵抗运动等许多称呼，但每一个称呼的内涵都不一样。本报告将用“武装团体”或“非政府武装团体”来称呼拿起武器对抗政府权威的团体，而把是否应按其活动和目的将其定为“恐怖主义分子”或“自由斗士”的问题放在一边。用较为中性的武装团体这一术语绝不意味着所涉团体或其事业的任何合法性，事实上，这类团体可能、而且往往确实从事恐怖主义活动。

二、背景

A. 讨论简史

8. 目前，内部暴力往往对人类尊严和自由构成最大威胁，全世界许多国家的情况正是这样，因此，有必要确定基本人道标准。由联合国各人权机构编写或为其编写的报告反复指出了侵犯人权行为与武装团体同政府军之间或不同武装团体间现有的暴力和对抗的关系。这类情况往往造成最严重的侵犯人权行为，但人们对可适用的人权和人道主义法规则仍有分歧和疑虑。国际人道主义法规则取决于冲突的性质和强度。对内部暴力严重到什么程度才适用关于内部武装冲突的人道主义法律规则，人们仍

有不同意见。而且，人们普遍承认，即使这些规则明显适用，与适用国际武装冲突的规则不一样的是，它们只能提供最低限度的简单保护。

9. 此外，到目前为止，根据一般的解释，国际人权法规则只确定了政府的法律义务，而在内部暴力情况下，还需处理非政府武装团体的行为问题。有人还称、一些人权规范缺乏针对性，因此，在暴力冲突情况下，没有什么效果。最后，还有人担心政府可能会在这些情况下拒不履行人权法所规定的某些义务。
10. 一方面，内部暴力情况下侵权行为的规模很大，而另一方面。又显然缺乏明显规则，有感于此，人们努力制订“最低限度人道主义标准”或基本人道标准。在此方面成绩最显著的是，一群非政府专家于1990年在芬兰图尔库/阿博 (AboAkademi) 大学人权研究所举行的会议上，制订了《最低限度人道主义标准宣言》。[参见第一部分][……]
11. 防止歧视及保护少数小组委员会在1991年第四十二届会议上审议了这份文件，并在1994年第四十六届会议上决定向人权委员会提交这份文件、“以求进一步完善和最终予以通过”（第1994/26号决议）。人权委员会在1995年第1995/29号决议中，注意到小组委员会的决议，承认必须以符合国际法和《联合国宪章》的方式制订适用于国内及有关的暴力、动乱、紧急局势和紧张状态的原则。并请求秘书长将《最低限度人道主义标准宣言》送交各国政府、政府间组织和非政府组织。以征求它们的意见。
12. 人权委员会在1996年第四十二届会议上审议这一问题时。并未专门提到任何具体的文件，但再次承认需要制订适用于国内冲突情况的各项原则。委员会还欢迎北欧国家答应与红十字国际委员会合作举办一次工作会议来审议这一问题（第1996/26号决议）。如上所述，1996年9月在南非开普敦举办了这次工作会议，并向人权委员会上一届会议提交了工作会议的报告[……]。
13. 因此，需考虑的主要问题是，确定关于在内部暴力情况下更好地保护人身安全的原则或标准是否有必要，而且是否可取。考虑到近些年这类情况造成的令人恐怖的暴行和痛苦，有机会讨论这一专题是件及时和令人欢迎的事情。

B. 提示

14. 首先，值得指出的是，在许多情况下，战争本身或诉诸暴力剥夺了人权。联合国通过的（人民享有和平权利宣言训大会1984年11月12日第39/11号决议的，附件）的序言部分称：

“大会没有战争的生活是促进各国物质福利、发展和进步，并充分实现联合国宣布的各种权利和人类基本自由的首要国际先决条件……”

15. 为减少内部暴力情况下侵犯人权行为而采取的措施，不得影响为防止或结束这类暴力而作的努力，也不得助长所谓这类努力必然失败的悲观论调。重视解决暴力和冲突的根源必须始终是联合国工作的核心，在此方面，需特别重视保障少数人的利益，加强民主和民主机构，克服在实现发展权方面的障碍，并确保普遍尊重人权。
16. 本报告坚信，各项人权是相互依存和相互关联的。要想尽量减少内部暴力情况下侵犯人权行为，就必须增强对所有人权的认识和尊重；如果接受食物权并理解与此项权利有关的各项义务，防止有人用平民握饿作为一种作战手段则会更容易一些。另外，虽然没有“纯洁的”战争，但最近的历史告诉我们，如果在冲突中尽量减少暴力，并较为重视基本人道标准，就比较容易和平解决冲突，并为实现和解和公正创造条件。

三、内部暴力情况下侵犯人权的行为

A. 共同特点

17. 首先，似乎有必要谈一谈冷战结束后世界各地内部暴力情况的特点。近些年，由联合国部门和专门机构编写或为其编写的几份报告审议了这类情况带来的问题。本报告引述了其中的若干有关意见。
18. 一方面，国际武装冲突的数量有所减少，但另一方面，内战以及国内其他暴力情况的数目却增加了。对用什么因素来确定最严重情况并无多少共识，所以难以将问题的规模量化。如用死亡人数这一因素来考量，那么，据一些研究人员称，在1996年，共有19个至少造成1000人死亡的内部暴力情况（即“高强度冲突”）。把这些冲突加在一起，从一开始算起，有的还需从许多年前算起，总死亡人数达650万至840万之间。如果把1996年期间升级或结束的内部暴力情况也算在内，还要再加上200万死亡人数。另外，1996年，造成100人至1000人死亡的内部情况（“即低强度冲突”），大约还有40个左右，加在一起，这些冲突也造成了数

以千计的人丧身。当然，冲突造成的死亡人数只是这类情况带来的痛苦和毁灭的一小部分。不管有多少人死亡，这一问题的严重程度是不容置疑的。

19. 这些情况的特点是，一个或多个团体大多为了政治目标，拿起武器来武装对抗政府。这些目标可能包括：有关国家中某些民族、宗教或语言上的少数要求更多的自主权或甚至想完全分离；推翻现政府；反对现行的法律秩序；或质疑国家的领土完整。还有一些情况是，在现政府垮台或不能或不愿干预时，各武装团体之间相互争斗，以图压倒对方，成立新政府，或夺得霸主地位，或继续执行自己特定的政治计划等。
20. 在各种情况中，这些武装团体的组织水平、规模、成熟程度及其对领土和人口的实际控制力并不一样。一个极端是，有些团体就象实际政府那样，控制了领土和人口，并建立和/或维持学校、医院和治安机构等公共服务部门。另一个极端是，有些武装团体只是偶然或完全秘密地出来活动，并未直接控制领土。一些武装团体有着明确的一层层的指挥和控制系统，有些则组织松散，并无有效的核心指挥系统，各单位可以独立活动。
21. 在许多内部暴力情况下，公共机构停止活动，如学校关闭，地方政府无法开展工作，警察和司法机构受阻。这可能局限于国家的某些地区，也可能范围更为广泛。政府的职能往往越来越军事化，如军队行使民警职能，军事法庭审判平民等，军队的权力往往超出文职人员的控制。如果暴力程度严重，范围又较广，还可能会影响普通百姓的生活。由于通常在农村打仗，所以，农村往往最受影响，农民以及靠地为生的其他人特别容易受害。
22. 人们很容易获得武器无疑是这些情况的一大特点。政府军和武装团体似乎都有充足的轻型武器。人们相当注意杀伤人员地雷巨大的杀伤力，并正采取重大步骤禁止这一武器，但多数平民实际上死于其他武器，如突击步枪、轻型大炮（如迫击炮）以及杀伤炸弹或手榴弹等，而这类武器的滥用却并未受到多少国际谴责。
23. 最后，还有一个共同点是，犯罪暴力与“政治”暴力之间往往有联系。有些武装团体只限于开展军事活动，而有些武装团体虽然自称是在对抗政治权力，而实际上却大肆讹诈和抢掠，所作所为更象是犯罪团伙。政府军也有类似劣行，社会机构崩溃后，在普遍无法无天的气氛下，欺压平民百姓一时成风，腐败肆虐无阻。烧杀抢掠成为积敛资金和物资来继续作战的手段。

B. 侵权方式

24. Machel女士在所编写的报告中提请注意，过去十年来，共有200多万儿童死于各类冲突。这是一个“令人震惊不已的”数字，其中绝大多数儿童死于内部暴力和冲突。该份报告得出了如下的结论：

“……世界上越来越多的地方正在被吸入荒芜的道德真空地带。这是一个没有最基本的人类价值的地带；儿童遭到杀戮、强奸和重残的地带；儿童被拉去当兵的地带；儿童忍饥挨饿并遭受极端野蛮暴行的地带。这种肆无忌惮的恐怖和暴力显示出蓄意的谋杀。人类的堕落几乎到了无以复加的地步” (A/51/306, 第3段)。

25. 虽然儿童的处境最为险恶，但其他人也难以逃脱这种“肆无忌惮的恐怖和暴力”，如妇女、少数民族成员、难民和流离失所者以及在暴力冲突中被拘留者等等。事实上平民百姓都难逃厄运。
26. 两百万死亡儿童的数字大大说明了侵权行为的规模，但我们还应对这些情况中最常见的侵犯人权行为的性质和类型发表一些看法。全面调查超出本报告的近围，不过我们仍可以发表一些一般性看法。
27. 任意剥夺生命权是最严重的侵权行为。屠杀平民十分常见。政府军和武装团体直接或胡乱袭击并杀害平民，平民往往死于武器的滥用。被俘的对方士兵遭草率处决，而落入手中的平民，如果宗教信仰或民族血缘或政治见解令人起疑，也会遭草率处决。有些人因有人作梗得不到救济物资而饿死或病死。还有些人因行使和平抗议权而遭用过度的警察或保安部队杀害。
28. 酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚往往也与内部暴力有关。有关方面对在暴力冲突中被拘留的人拷打逼供，让他们交待反对团体的情况，或虐待或威胁他们。被俘的士兵、公开发表意见的政治组织的成员、战区的村民和农民以及涉嫌同情反对党的人都可能会遭受酷刑。政府军和武装团体的新兵一不听话，就会遭到殴打和虐待。村民被迫在政府军和武装团体中干活，干活的条件往往极为糟糕。
29. 冲突往往会造成人们流离失所。一方面，人们逃离受影响的地区，另一方面，一个普遍现象是，移动自由遭到蓄意干扰。人们被毫无理由地抓走和被赶出家园，以设立“安全”区，使武装团体得不到间接的民间支持，或以此惩罚或恐吓视为敌对的种族、语言或宗教少数人口，或将这类人士赶出某些领土。逃离或被逐的人在本国或其他国家没有安身立命

的地方，或被赶回不安全的地区。当可以安全返回时，又往往不让他们回去，使他们长期流落在外。另外，流离失所者往往不得不住在临时的营地中，其处境与关押或拘留无异。

30. 儿童的脆弱处境意味着，他们的权利特别容易受到侵害。Machel女士也强调了内部冲突中侵害儿童人权的情况。暴力可能会对儿童的教育、健康以及总体福利和发展等权利产生极为重大的影响。如果儿童在战事中丧失双亲或与家人分开（往往是被迫分开），则问题更为严重。另外，儿童还被强征入伍当炮灰，或被迫为军队干活，并遭受性凌辱。
31. 仗大多是由男人打的，这对内部暴力情况中妇女人权的保护产生了极大的影响。妇女和少女遭士兵和武装团体成员强奸，或被拐走当随军妓女遭受战火蹂躏的多数平民往往是妇女和儿童，包括流离失所的妇女和儿童。所以，其受害比例高出一般平民受害的比例。
32. 与任意剥夺自由和法定程序有关的权利也经常遭到侵犯。受战事影响，成千上万的人遭拘留，被怀疑是武装团体成员或支持者的人在未受指控或审判的情况下往往被一连关押数月或数年之久。即使果真审判，往往也无公正审判的基本保障，有时军事法庭也被用来审判平民。武装团体扣留人质，并“审判”可疑的政治反对人士或“叛徒”。政府军和武装团体扣押一些人，但却矢口否认，近些年数万人就是这么失踪或下落不明的。这些人通常遇害，遗体则被秘密处理掉了。
33. 最后，有关方面普遍忽视对平民应有的保护。住房、财物、庄稼和牲畜等人民财产遭肆意摧毁或抢掠，医院和学校以及宗教和文化建筑被故意捣毁。平民百姓得不到食品或药品等救济物资，或这类物资的分发工作受到无理干扰。医务人员和宗教人士没有获得应有的保护。公认的人道机构不能正常运转，工作人员受到威胁和袭击，设备被偷或被毁。
34. 人们常常提到，就所有这些侵犯人权行为而言，绝大多数案件中，受害者或其家人未能伸张正义。那些杀害、拷打、强奸或袭击他们的人做坏事时显然确信永远不必为自己的丑行负责，而且确实事后未受任何惩罚。
35. 所有这些侵权行为的另一共同特点是，有时难以确定谁应对暴力负责。存在内部暴力情况往往意味着，至少有两个或往往两个以上的敌对武装部队或团体使用了武力，而彼此间的敌对和怀疑则为传播虚假消息和进行宣传提供了充分的空间。关于一方干坏事却嫁祸于人的指控有时并非完全没有道理。如果侵权行为发生在边远地区，就很难确定违法者。如

果当局限制信息的自由传播和新闻机构的运作，如不准记者赴冲突地区采访，则更难弄清真相。有人还威胁并杀害记者，以防泄露侵权情况。有的还不准联合国调查员和人权监督员前往据称发生侵权行为的地方去调查和监督。

36. 应强调指出的是，以上只是概述了内部暴力情况下常见的侵犯人权行为以及这些情况的一些最相关的特点，并不是完备无遗的调查。值得指出的是，目前已有关于这些问题的大量资料，包括联合国各部门提供的资料，如人权委员会的国别报告以及各专题报告员和工作组的报告等。
37. 为了开展进一步研究，可从现有渠道收集包括武装团体侵权行为在内的各类侵权行为的资料，以便大大扩充上述归类法，并更充分地了解我们正努力预防的侵犯人权行为的全貌以及发生侵权行为的背景。

四、有关问题概述

38. 联合国各人权机构在审查如何制定适用于内部暴力情况的各项原则期间，发现许多问题是经常遇到的老问题。本节将有系统地提出并很简要地阐述这些问题及其影响，然后，第五至第九节将更详细地阐述这些问题。

现有标准的范围有什么问题？

39. 如上简述，正是因为现有的人权和人道主义法标准不能充分应付内部暴力情况，才要确定基本人道标准。所以，需考虑这一现象的程度，并较准确地确定现有规范的问题。
40. 关于人权法，主要问题涉及国家在内部暴力期间克减一些义务的可能性以及根据国际人权法武装团体可以负责的程度。还有人称，有些人权保障缺乏针对性，所以无法有效地适用于作战状况。
41. 关于国际人道主义法，主要问题是，难以确定哪些情况适用关于非国际性武装冲突的规则，而且，有些内部暴力并不属现有条约法的范围。另一问题是，即使某一情况符合国际人道主义法的适用标准，也还有现有规则是否够用的问题。另外，还需要确定国际人道主义法的习惯规则。

确定“基本人道标准”有何好处？又有什么大的坏处？

42. 显然，如果现有标准的范围有相当大的问题，那么按理说就应设法扩大其范围。但要想解决这一问题，还必须评估制订更准确的行为规范将如何具体促进缓解受这类情况影响的各类人士的窘境。

43. 关于可能的坏处，关键是基本人道标准声明与现有的国际法之间的关系。这一声明会有损或以任何方式影响现有的标准吗？

何为“基本人道标准”？

44. 第1997/21号决议明确表明，本份报告应认明“可适用于各种情况的人权法和国际人道主义法的共同规则”。这也就是说，这些规则将构成基本人道标准的基础。

基本人道标准声明的性质是什么？

45. 最后，如果应该认明和制定基本人道标准的话，那么，接下来的问题是，应如何从事这项工作。

五、国际人权法与内部暴力情况

46. 在保护人权与基本自由方面，已有相当可观的国际法规则。自联合国诞生以来，各种盟约、公约和宣言以及联合国有关机构通过的决议较详细地阐述了人权保护的范畴。现有规定的范围已相当广泛，同时，人们仍在进一步制定人权保护领域中的标准。今后，为了跟上不断变化的世界局势，仍有必要这样做。
47. 除了《世界人权宣言》之外，还有1966年通过的《公民权利和政治权利国际盟约》和《经济、社会、文化权利国际盟约》、《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年)、《消除一切形式种族歧视国际公约》(1965年)、《消除对妇女一切形式歧视公约》(1979年)、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984年)以及《儿童权利公约》(1989年)。另外，还有1951年通过的《关于难民地位的公约》和1967年通过的《关于难民地位的议定书》、国际劳工组织主持通过的含有人权规定的许多公约以及大会通过的几份非条约性宣言和其他决议，如《发展权宣言》(1986年)、《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》(1988年)、《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》(1989年)以及《保护所有人不遭受强迫失踪宣言》(1992年)。以上只是联合国订立的众多人权标准的一部分，而且并不包括区域一级通过的任何标准。
48. 有人称国际人权法提供的保护尚有欠缺。考虑到现有标准的范围，需认真审查这一说法。毕竟主要的人权文书（《世界人权宣言》和两项国际

盟约)加在一起已保障了(至少是较笼统地保障了)对最重要的人权和基本自由的保护,其中包括保障了内部暴力情况下与个人直接相关的各项权利。多数成员国已批准了两项国际盟约,其中一些规定无疑已成为对所有国家均有拘束力的习惯国际法的规范。人们公认,《世界人权宣言》虽然本身并不是条约,但联合国所有会员国均需履行其规定的各项义务。最重要的是,正如《世界人权宣言》所指出的那样,人权是“不移的”权利,而且,人人“生而自由,在尊严和权利上一律平等”,据此推论,不管我们所处的国家是处于战争状况,还是处于和平状态,我们都拥有这些权利。

49. 但关于人权法不够完备的说法较为复杂,其依据的三大要点是:克减的可能性、非政府武装团体在人权义务面前的立场以及现有标准缺乏针对性。

A. 克减

50. 一些人权条约允许国家在例外情况下采取措施,克减其承诺的某些人权义务。内部暴力情况被普遍理解成可能具有这样的例外性质,所以可在此类情况下克减权利。《公民权利和政治权利国际盟约》第4条第1款规定:

“在社会紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时,本盟约缔约国得采取措施克减其在本盟约下所承担的义务,但克减的程度以紧急情事所严格需要者为限,此等措施并不得与它根据国际法所负有的其他义务相矛盾,且不得包含纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身的理由的歧视。”

51. 《美洲人权公约》和《欧洲保护人权和基本自由公约》分这两项区域性人权条约也分别在第27条和第15条中作了类似规定。
52. 但《公民权利和政治权利国际盟约》第4条第2款还规定,国家不得克减与盟约所保护的几项权利有关的义务,这几项权利包括生命权、不受酷刑或残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚权、不受奴役或驱使权、不得因未履行约定义务而遭监禁权、不得遭受回溯性刑事措施制裁权、法律前人格获得承认权以及思想、良心和宗教自由权。上面提到的两项区域性公约也规定了类似不可克减的权利。
53. 值得注意的是,这些条约允许克减与迁移自由、平等、保护少数、公正审判、言论自由以及免遭任意拘留或关押有关的权利以及其他一些权

利，这也就是说，如果内部暴力情况允许援用克减条款，国家即可合法限制这类权利的行使。

54. 另一方面，允许一国以国内处于交战状态为由合法限制某些权利并不一定说明国际法的保护就有欠缺。首先，必须强调指出的是，国家不能不分清红皂白随意断然暂停行使可予克减的权利。《公民权利和政治权利国际盟约》第4条规定了若干条件，对国家援用克减条款作了具体限制，如规定不得采取纯粹基于种族、肤色、性别、语言、宗教或社会出身理由的歧视措施，而且所采取的每一项限制某些权利的具体措施仅“以紧急情事所严格需要者为限”。最后一项规定尤为重要，因为它要求限制必须与有关情事相称。迫于紧急情事可以对集会和移动自由作出一些限制，如实行宵禁，但不可任意限制。全面或普遍限制本身是值得怀疑的。另外，克减的临时性质及其法律依据等规定也限制了国家的随意权。
55. 其次，克减权利不得与国家根据国际法承担的其他义务相抵触。一些人权条约，如《经济、社会、文化权利国际盟约》、《禁止酷刑公约》、《儿童权利公约》、《消除一切形式种族歧视国际公约》和《消除对妇女一切形式歧视公约》都没有克减条款。批准了《公民权利和政治权利国际盟约》的许多国家同时也是这些条约的缔约国。
56. 第三，只有在内部情况最严重时才能援用克减条款。国内存在暴力本身并不能作为克减的理由。第4条所用的“威胁到国家的生命”这一措词显然指的是确实例外的情况。
57. 对于援用克减条款所规定的所有这些限制合在一起看来已在国际法中为确保这些条款免遭滥用奠定了坚实的基础。在此方面，值得注意的是，多次专家会议的结论较详细阐述了在应用克减条款方面的方针，即既要考虑到国家应付例外情况的合法需要，又要确保尽量保护人权。这些方针十分符合条约法，看来实行后可以解决在内部暴力情况下援用克减条款带来的一些问题。
58. 总之，克减权利本身并不足以构成制定基本人道标准的明确理由。换句话说，即使紧急情势无疑为保护人权带来了严重问题，但并不清楚这类问题是否主要是由于国家可以克减某些人权义务而造成的。看来还需作进一步的分析，以确定内部暴力情况下最普遍的侵犯人权行为，可在何种程度上归咎于国际条约中克减条款的适当和忠实的应用。

B. 非政府武装团体与人权法

59. 关于人权法是否够用的第二个问题涉及非政府人员的活动。显然，非政府人员采取的措施可能会对人权和基本自由的享受产生不利影响。尤其是，成熟程度和组织水平不等的武装团体往往犯下最严重的侵犯人权行为。但严格说来，这些团体并无法律义务遵守由国家通过的、而且只有国家才能正式加入或批准的国际人权条约的规定。这些条约确定的监督机制无力监督关于武装团体活动的报道或就此采取行动。
60. 在适用国际人道主义法的情况下（下面将讨论这一点），武装团体必须遵守国际人道主义法的规定。但在不适用国际人道主义法的情况下，虽然明显应根据国内刑法惩处侵犯人权行为，但武装团体对侵犯人权行为所负的国际法律责任并不清楚。关于适当的责任标准，意见亦并不一致。一些政府称，武装团体可能会侵犯人权，所以应根据国际人权法承担责任。但有些政府则称，虽然武装团体的不轨行为值得谴责，但这些行为本身并不是侵犯人权行为，因为所违反的法律义务只对政府有约束力。学者和评论人员也有这样的意见分歧。
61. 当代人权概念的基点是，人权是相对于国家而言的个人权利，国家负有确保充分享受这些权益的被动和主动的法律义务。起初，提供人权保护是为了制约国家权力的行使，如经济、社会和文化等权利就是这么制订出来的，另外，人们还合法要求政府采取干预措施，确保各项权利（如教育权或保健权等）获得尊重。后来，随着发展权的确认，国家有义务单独或在与其他国家合作下落实这些权利。
62. 这一人权概念风行一时，考虑到政府侵犯人权的规模，这一点都不奇怪。但这一概念并未充分划定国际人权关注的范围。《世界人权宣言》以及两项国际盟约在序言部分都确认个人有责任促进尊重人权。两项盟约在序言部分指出：

“认识到个人对其他个人和对他所属的社会负有义务，应为促进和遵行本盟约所承认的权利而努力”。

这类提法明确指出个人有责任促进人权，但不清楚这是否包括对侵犯人权行为承担法律义务。人们早期废除奴隶贸易时，虽然没有明确用人权这样的字眼，但针对的是一切形式的奴役，其中包括非政府人员奴役他人的做法。联合国主持通过的首份人权条约《防止及惩治灭绝种族罪公约》明确适用于“依宪法负责的统治者，公务员或私人”（下划线是后加

的)。最近，人权小组委员会和委员会就“人权与恐怖主义”问题通过的各项决议对“恐怖主义团体大规模侵犯人权行为”表示了关注。

63. 另外，与此相关的是，个人的某些行为可以引起国际刑事责任，而不论此人是否代表国家行事。这类行为包括违反人权法的行为，上面提到的种族灭绝罪就是一个例证，但这只是非政府人员可犯下的几项危害人类罪其中的一项罪行而已。[……]订于1998年7月在罗马举行的全权代表外交会议将完成对成立国际刑事法院事宜的讨论，其中包括确定属该法院管辖的包括危害人类罪和战争罪在内的有关罪行。该次外交会议的结果将特别令人注意，它们将有助于确定武装团体成员对违反人权法应负的责任。
64. 考虑到这一问题上的意见分歧及其复杂性，显然需要开展进一步研究。如果某一武装团体杀害平民，将人任意赶出家门或从事恐怖行为或不加区别的暴力行为，就可能会引起国际关注，这似乎是没有疑问的。如果一国政府已丧失逮捕并惩处这类罪犯的能力，则尤其会引起国际关注。不过，根据现有的国际人权法匆忙对付这类行为可能会造成非常严重的后果，至少会将针对这类团体成员而采取的侵犯人权的行为合法化。发展国际人权法来使政府遵循共同的标准是联合国的一大成就。我们现在面临的挑战是，既要维护这一成就，又要确保我们的人权概念仍符合我们周围的现实情况。

[……]

C. 现有人权规则缺乏针对性

66. 在对内部暴力情况应用现有的人权标准方面，可能出现的第三个问题是，一些最有关的权利和保护措施缺乏针对性。国际人道主义法的一大优点是，其规定直接了当，且十分详细，规定了与冲突有关的违法行为，使潜在受害者比较清楚在特定情况下他们究竟有何权利。另外，同样重要的是，国际人道主义法还较详细地规定了武装部队的职责。但是，对国内暴力情况极端重要的许多人权保障规定却相当笼统。[……]

[……]

六、国际人道主义法与国内暴力情况

70. 国内人道主义法包括各种国际条约和协定，有些可追溯到百年之前。最重要的文书是1949年的四项保护战争受难者的日内瓦公约及其两项附加议定书。[……]
71. 如上所述，关于国际人道主义法适用于国内情况存在种种问题的论点主要归结为两方面：第一，确定在哪些情况下适用约束国内冲突的条约规则有着重重困难；第二，即使这些规则可以适用，也只提供最低限度的保护。此外，如果不考虑习惯法的范畴，哪一方面都无从谈起。
72. 讨论这些问题之前，应该注意一个重要的说明：无论现有规则存在什么问题，我们都要问问自己这些连续不断的侵权行为是法律的含混所致，还是其他现实问题的反映。也就是说，如果用过多的精力讨论现有法律是否足够，并认定补充这些缺陷就可以了，这样做可能不明智，也没有帮助。阅读以下论述时，请牢记这一点，报告结尾还将回到这一问题。

A. 国际人道主义法对国内暴力和冲突情况的适用说明

73. 1949年起草和通过日内瓦公约时，可以相当详细地列出关于伤者、病者和遇船难者的照顾、战俘的待遇，甚至被占领领土平民的保护的各种规则。但这些详细规则只适用于国家之间的战争。关于“非国际性武装冲突”，只有一条得到了一致同意。[……]
74. 对共同第3条的重要性不应低估。它直接为当地提出了冲突各方必须尊重的一些重要保护，而且适用于“非国际性”的任何武装冲突，现已被视为习惯国际法的一部分。但是，它有两个缺陷。第一，只提供了最低限度的保护，例如，对有关行动自由的问题只字未提，没有明确禁止强奸，也没有明确谈及战争方法和方式问题。第二，共同第3条没有划定“非国际性的武装冲突”，事实上是为各国政府留有余地，让它们斟酌如何对本国内的暴力情况适用这项条款。
75. 但是，改进共同第3条缺陷的努力已经取得了若干成果。1968年在德黑兰召开的国际人权会议通过了一项决议，是这些成果中最重要的一项。第23号决议具体要求大会请秘书长除其他外研究：
- “需要制定新的国际人道主义公约或修订现有公约，确保向所有武装冲突中的平民、战俘和战斗员提供更好的保护……”（强调符是编者加的）。

提出这一要求，考虑的是1949年日内瓦公约“范围不够宽泛，无法涵盖所有武装冲突”。后来，秘书长与红十字委员会多次协商编写了研究报告，除其他外建议作出各种努力设法扩大国内武装冲突中的保护范围。[……]

76. 第二议定书提出了许多保护非国际性武装冲突受难者的重要措施，扩大了共同第3条保护的範圍，包括禁止集体惩罚、对健康和身体上或精神上幸福的暴力、恐怖主义行为、强奸、强迫卖淫和非理侵犯、奴隶制度和抢劫。此外，还包括了保护儿童以及保护因与冲突有关的原因被拘留者以及他们的权利的规定，对因与冲突有关的刑事犯罪而被起诉的人提供了公平审判的保证。还有关于保护和照顾伤者、病者和遇船难者以及保护医务和宗教人员的条款。第二议定书还禁止攻击平民人口，禁止将饥饿当作一种战争方法，禁止任意驱逐平民人口。
77. 第二议定书提供的保护是对共同第3条的重要改进。然而，与国家间战争规则相比，仍然是非常基本的。最严重的缺陷是没有第一议定书中关于保护平民免受敌对行动影响的许多具体措施。例如，第一议定书禁止直接和不加区别地攻击平民，列出了被禁止的不加区别攻击的具体类别；对武装力量规定了相当详细的义务，要求它们采取预防措施保护平民人口和民用物体；提出了有关不设防地方和非军事区的规则。第二议定书在这些问题上只有一些一般性的规定。
78. 但是，第二议定书存在的一个较大困难是它提供的保护只适用于符合某种规模和性质的国内冲突。第1条第1款规定该议定书适用于：

“……在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突。”

第1条第2款将以下情况排除在议定书适用范围之外：

“……非武装冲突的内部动乱和紧张局势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为或其他类似性质的行为。”

79. 这项双重标准似乎限制了第二议定书对全面内战或接近全面内战局势的适用。当然大多数政府也不打算对强度较轻的局面适用议定书。由于议定书和其他协定都没有规定由一个公正的外部机构来决定是否达到了适用议定书的标准，所以主要依赖有关政府的诚意，而这种诚意又常常缺

乏。它们认为允许适用议定书可能使反对派在国际上获得合法地位（即使议定的另一条款明确排除了这种解释）和／或表明政府默认它缺乏对国家的有效控制。

80. 于是，在许多国内暴力包括造成成千上万人死亡的国内暴力情况下，没有明确的条约规则约束所涉武装力量和武装集团行为的某些重要方面。还需要指出，安全理事会多次作出国内情势对国际和平和安全构成威胁的决定（以便根据《宪章》采取行动），但是否适用第二议定书则不明确。
81. 从实际或潜在受难者的观点来看，这种情形显然无法令人满意。平民和民用物体在所有情况下都应该受到保护，免受直接或不分皂白的攻击。国际武装冲突禁止使用的武器或战争方法在国内暴力和冲突情况下一般也应受到禁止。同样，武装部队在攻击中采取预防措施以减少平民伤亡的义务，以及方便和保护向平民人口提供救济的人道主义机构的工作等项规则，无论冲突的性质和规模，都应适用。认为武装部队可自由地对本国公民采取若在国外军事行动中将被视为非法的行为，似乎有点不合逻辑，在道义上也完全占不住脚。那么，为什么只有在武装集团参与的冲突达到第二议定书设定的高度极限时才让它们对任意驱逐人民的做法承担国际责任呢？[……]
83. [……]关键问题是是否有可能进一步发展有关国内冲突的规则，以便在所有需要保护的人在需要时得到保护。鉴于过去的困难，认为重新起草或修订现有的条约问题便可以解决的想法似乎有些不现实。此外，在这方面还应指出，国际人道主义法律习惯规则的重要性。这些规则不同于条约法，但对解决将国际人道主义法适用于国内暴力情况的问题却十分重要。我们在下一章可以看到，确认习惯规则出现了某些进展，有助于制定基本的人道主义标准。

B. 国际人道主义习惯法

84. 以上分析仅限于国际条约中的现行规则。需要强调，除条约规则外，国内武装冲突还受到国际习惯法规则的约束。早在1907年，各国在起草关于战争法的国际协定时就认为有必要明确指出，在条约规则不涵盖的情形下，战斗员和平民：

“……仍然受万国法原则的保护和管辖，因为这些原则来自文明民族之间建立的习惯、人道主义法律和公众良心的要求。”

这项条款称为马顿斯条款，在第二议定书的序言中也可看到：

“回顾到在现行法律所未包括的情形下，人仍受人道原则和公众良心要求的保护。”

85. 与共同第3条一样，马顿斯条款也不应被低估。它表明各国具体承认和接受在现有条约规则之外，国际习惯法规则也可适用于国家内部的战争。迄今，问题在于原则或具体地确定“人道原则和公众良心要求”禁止的是什么。例如，是否意味着国际冲突禁止使用的武器在国内冲突中也普遍不能使用？是否意味着无论什么时候都应禁止任意驱逐和禁止将让人挨饿当作一种战争方法，是否只在符合第二议定书很高的极限的国内冲突中才能这样做？是否意味着在任何时候而不仅仅在国际冲突中才禁止不分皂白的攻击？[……]

七、确认基本人道主义标准的好处和问题

89. 权衡发表一项基本人道主义标准宣言的问题现在已转向全面分析现有标准是否充分的阶段。从上可见，现有标准的范围和适用存在一些问题，但也需要更多的分析来确认应作哪些进一步的阐述和澄清，并了解其他领域的进展对它有什么帮助。
90. 除法律方面外，关键问题是实施，也就是一项基本人道主义标准宣言对减少和防止侵权行为可能产生的影响。换句话说，宣言本身不应被看作是目的。
91. 由于现有规则的适用有些混乱，所以一项基本人道主义标准宣言对那些大声疾呼在国内冲突情况下应更多尊重人权的人们将有较大的参考价值，对参与培训武装部队成员计划的工作人员尤其适用，也可便于人道主义工作人员在国内暴力情况下从事救济工作。
92. 就教育或培训计划而言，有人认为人道主义标准宣言可以是一份阐述国内暴力情况下保护人权基本原则的极有用处的文件。具体的想法是，宣言如果简明扼要、直接了当地阐述这些原则，可便于大家了解，不必面面俱到把现有法律的繁文缛节一一列出来。要设法影响军事集团的行为，这一点尤其应该加以注意。
93. 但是，关键的问题是不仅大家要知道这些原则，而且要遵守这些原则。落实原则宣言可能要依赖于现有的机构，如国别和专题报告员以及人权委员会的工作组。[……]

94. 确认基本人道主义标准也可能有一些不利之处。人们担心重述这些标准可能损害现有的国际标准。这一担心基于几点考虑。由于原来的设想是制定一套最低限度标准，所以没有列入的权利可能会有所减损。另外，一项新案文达成以后，总有可能低于或削弱现有的规则。当然，象许多人权文书那样，可以在新案文中加入具体的条款防止这种结果或解释。也可举出其他实例说明制定行为守则或原则宣言不会削弱而会加强条约规则。确认基本人道主义标准的工作如果继续下去，就要确保不对现有条约法构成危险。[……]

八、什么是基本人道主义标准？

[……]

97. [……]承认这项工作的复杂不是对它的用处产生怀疑。将适用于国内暴力情况的现有规范汇编在一起，无论是依据条约，还是参照习惯法，都是一件很有意义的工作，是对现有标准是否足够得出一个确切结论的最佳办法。从以上讨论可以看出，鉴于人权法和国际人道主义法的一些有关的发展(人权法在拟订妨害人类罪，国际人道主义法在编制习惯法规则，并将某些行为认定为国际罪行)所以现阶段列出一个结论性的权威清单似乎过早，不过可以提出若干意见。
98. 第一，为有效克服国内暴力情况下的侵犯人权行为，至少需要列入第二B节所述侵权的标准，即剥夺生命权，酷刑和残忍、不人道或有辱人格的待遇，行动自由，儿童权利，妇女人权，任意剥夺自由和正当程序，保护平民人口。而且，应该十分具体地阐述这些标准，以便在实际情况下具有意义，同时明确和容易理解。
99. 第二，要找到有关法律两个分支的共同规则，需要考虑整个问题最令人感兴趣的一个方面，即是否酌情考虑将这些规则合并在一起。长期以来，这两个法律分支在不同的领域运行，即便它们的出发点都是关心人的尊严。当然，在一些领域保持它们的区别也有令人信服的理由，尤其它们分属于调整国际武装冲突的规则和调整内战性质的国内武装冲突的规则。但是，在国内暴力情况下，有相当多的交叉和互补，这种区别可能产生相反的效果。我们必须注意不要扰乱现有的使命，也不要损害现行的规则，但是在这些限制内，应该有很大的余地建立一个关于保护的共同框架。

九、基本人道主义标准宣言的性质

100. 本报告对拟议的基本人道主义标准宣言可能采取的形式不作结论。小组委员会1994年向人权委员会转交(图尔库 / 奥布最低限度人道主义标准宣言)的决议中建议“……进一步完善和最终予以通过”。迄今,委员会通过的各项决议即使承认“有必要提出各项原则,但从未指出以何种方式议定和通过这些原则。
101. 人权领域以前的各套原则和宣言通常在人权委员会设立的工作组中进行讨论和拟订,然后提交大会,由大会以决议形式通过。不过,也可以以其他形式制订一项关于基本人道主义标准的宣言。由于与国际人道主义法问题的密切联系,也由于在该领域具有公认的专门知识,毫无疑问红十字国际委员会可积极参与制订这些标准的各种活动。[……]

十、结论和进一步研究的建议

103. 本报告的目的是提出确认基本人道主义标准涉及的各种问题。如有可能,对某些问题作了尝试性结论;在其他地方,则提出需要进一步磋商和分析的问题。
104. 分析是否需要拟订标准,必须考虑涉及的法律问题。对于非法律工作者而言,这项活动似乎有些抽象。因此,首先需要重申和强调我们讨论的出发点,即继续在全球肆虐的许多国内暴力情况对成百万个人的生命构成的可怕威胁。人权委员会通过的国别决议大都涉及有一定程度国内暴力的国家,这些国家又引人注目地出现在委员会各专题报告员和工作组的报告中。冲突的存在与侵犯人权行为之间有着密切联系。因此,再次看一下我们手中防止这些侵权行为的手段是及时的、适合的。
105. 工具之一是国际法,对国内暴力而言,我们有人权和人道主义法的法律标准。从这份初步报告可以看出,两个法律分支都有一些问题。国际人权法为非国家武装冲突团体设置哪些义务并不明确,也可以说国际文书载述的一些最重要权利如生命权缺少具体的规定,使它们在国内冲突中难以发生实际影响。另一方面,国际人道主义法可适用于非国家武装集团,它的规则也很具体和详细,但是它对许多国内冲突情况的适用受到麻烦的极限标准的阻碍和条约法缺乏许多重要保护的限制。
106. 既然制订基本人道主义标准可以克服这些问题,这就是一项值得认真注意和支持的倡议。显然,在实施过程中,需要密切注视两个法律分支目前出现的动态。除其他问题外,进一步的研究和活动可侧重于以下方面:

- (a) 审查非国家武装集团对侵权行为应负的国际法律责任，包括审查人们对基本人道主义标准宣言是否可成为迫使这些集团对自己行为负责的适当手段的看法；
- (b) 审查如何使有关的人权规定更加具体，以确保在国内暴力情况下尊重这些权利，探讨是否可以通过一项基本人道主义标准宣言来实现这一目标；
- (c) 密切注视为在国内暴力情况下保护人的尊严而确定妨碍人类罪和国际人道主义法习惯规则的动态，评估这些动态与制定基本人道主义标准的关系；
- (d) 征求各国政府和其他有关机构对本报告所述问题的意见，并与它们进行协商。[……]

文件41 联合国，《关于国内流离失所的指导原则》

[资料来源：联合国秘书长的代表关于《关于国内流离失所者的指导原则》，联合国，E/CN.4/1998/53/Add.2，1998年5月；可访问：<http://www.ohchr.org>]

《关于国内流离失所的指导原则》

关于指导原则的介绍性说明

1. 国内流离失所在世界上约有2,500万人，已日益被公认为当今世界上最悲剧性的现象之一。流离失所往往是暴力冲突、严重侵犯人权和有关事故所造成的惨痛经验，一般都为受影响的人民带来最严重的困难和痛苦。流离失所会使家庭分裂，切断人与人之间的社会和文化联系，中断可靠的雇员关系，摧毁教育机会，使人们无法获得食物、住房、医药等关键的日常生活需要，使无辜人士易于遭受营地受攻击、失踪和强奸等种种暴力行为。国内流离失所者不管他们是集中在营地里，逃到乡间避难，或混入其他穷苦人们的社区中，他们仍然是最易受迫害的人群，急需外界的保护和援助。
2. 近年来，国际社会已日益注意到国内流离失所者的困境，并采取步骤去解决他们的需要。1992年，联合国秘书长应人权委员会的要求，任命一

名国内流离失所者问题的代表，专门研究国内流离失所的起因和后果、国内流离失所者在国际法上的地位、现有国际体制安排所给予他们的保护、以及如何通过同各国政府和其他有关方面的对话，改善对国内流离失所者的保护和援助。

3. 于是，秘书长的代表在他职权内进行活动时，以拟订适当的准则和体制构架作为工作焦点，以求保护和援助国内流离失所者，同时进行国别访问，以便同各国政府和其他有关方面保持对话，促使大家对国内流离失所人民的困境作出有系统的国际反应。
4. 自从联合国首先提请国际社会注意国内流离失所的危机之后，许多政府间和非政府组织已扩大了它们的职权和活动范围，设法更有效地解决国内流离失所者的需要。有些国家政府已作出了反应，承认它们首先有义务保护和援助在它们管辖下受影响的人民。而即使它们没有能力履行这项义务，它们也越来越不怕开口向国际社会求助。同时，国际社会也日益愿意拟订准则、建立体制，以便有效地应付国内流离失所的现象。但是，也可以看出，在这方面它还是心有余而力不足。
5. 至少有一个领域秘书长代表在他的职权范围内取得了一定的进展，就是拟订一项准则构架，针对国内流离失所的所有方面。秘书长代表同一组国际法律专家密切合作、拟订了一项《法律准则汇编和分析》，列出国内流离失所者的需要和权利同时也阐明国家和国际社会保护、援助国内流离失所者的相应责任和义务。这份《汇编和分析》已由秘书长的代表于1996年提交人权委员会(E/CN.4/1996/52/Add2)。
6. 值得注意，联合国难民事务高级专员办事处已根据该《汇编和分析》编写了一份手册，专供难民署的人员在外地执行任务时使用。有迹象表明，其他的组织和机构也会学难民署的榜样使用这个文件。
7. 《汇编和分析》审查了国际人权法、人道主义法律、相应地也审查了难民法，作出结论认为，虽然现行法律对国内流离失所者提供一定的保护，可是还有不少领域法律不足以成为保护和援助的基础。此外，现行法律的条文出现于许多不同的国际文书内，非常分散，没有一定的针对性，很难凭此对国内流离失所者提供适当的保护和援助。
8. 为了响应《汇编和分析》，纠正现有法律的不足之处，人权委员会和大会要求秘书长的代表拟订一项适当的构架，专门保护和援助国内流离失所者(分别见大会1995年12月22日第50/195号决议和人权委员会1996年

4月19日第1996/52号决议)。由此，秘书长代表继续同编制《汇编和分析》的专家组合作，开始拟订一套指导原则。人权委员会在其1997年4月的第五十三届会议上通过了第1997/39号决议，注意到指导原则的拟订工作，并要求秘书长的代表就此向人权委员会第五十四届会议提出报告。《国内流离失所指导原则》将于1998年完成，附于本报告后面。

9. 《指导原则》是针对全世界国内流离失所者的具体需要，确定哪些权利和保证是同保护有关。《指导原则》反映、而且也符合国际人权法和国际人道主义法律，重申了分散在现有文书中的适用于国内流离失所者的有关原则，澄清了一些可能存在的灰色领域，填补了《汇编和分析》所指出的一些空白。《指导原则》适用于各种不同的流离失所阶段，对强迫流离失所提供了一定保护，说明在流离失所的过程中如何取得保护和援助，并在返回原籍地、或另地定居和重新融合的过程中如何得到保证。[……]
11. 《指导原则》让秘书长代表更有效地监测流离失所的情况，以国内流离失所者的名义同各国政府和有关方面保持对话，请各国政府为国内流离失所者提供保护、援助、重新结合和发展支助的时候适用这些原则，并发起国际机构、区域政府间和非政府组织在这些《指导原则》的基础上作出响应。因此，《指导原则》的目的是作为一项说服性的声明，不但能够提供实际的指导，而且也可以成为一项对公众实行教育、提高认识的政策工具。同样，在碰到全球性国内流离失所危机、急需需要作出反应时，这套《指导原则》也可能发挥一种预防性的作用。
12. 《指导原则》在拟订过程中，得益于许多机构和个人的投入、经验和支持。……

……

附件

国内流离失所问题指导原则

导言：范围和宗旨

1. 《指导原则》针对的是全世界国内流离失所者的具体需要。《指导原则》确定了一些权利和保障，确保任何人不被强迫迁移，保证他们在流离失所以及在返回原籍地定居和重新融合的过程中可获得保护和援助。

2. 根据《指导原则》的定义，国内流离失所者是被强迫逃离其家园或习惯住处的个人或集体，逃离的原因特别是要避免武装冲突、普遍的暴力、对人权的侵犯或天灾人祸，而这种逃离并没有穿过国际承认的边界。
3. 《指导原则》反映、也符合国际人权法和国际人道主义法律《指导原则》帮助：
 - (a) 秘书长国内流离失所者问题代表执行他的任务；
 - (b) 任何国家面对国内流离失所的现象；
 - (c) 所有其他当局、集体和个人同国内流离失所者建立关系；
 - (d) 政府间和非政府组织处理国内流离失所的问题。
4. 《指导原则》应予以广泛散发、广泛适用。

第一节：一般性原则

原则1

1. 国内流离失所者应在充分平等的条件下同国内其他人民一样享受国际法和国内法所保证的同等权利和自由。他们不得由于在国内流离失所而受到歧视，享受不到任何权利和自由。
2. 《指导原则》不影响任何个人根据国际法所应承担的刑事责任，特别是当这种责任涉及种族灭绝、侵犯人类罪行和战争罪行。

原则2

1. 《指导原则》应得到所有当局、集团和个人的遵守，无论它们的法律地位如何，也不能有任何歧视性的划分。遵守《指导原则》不影响任何有关当局、集团或个人的法律地位。
2. 《指导原则》不得被解释为限制、修改或影响任何国际人权法或国际人道法律文书的条文或任何国内法授予个人的权利。特别是《指导原则》不影响任何人向其他国家要求庇护或在其他国家享受庇护的权利。

原则3

1. 国家当局首先有义务和责任向在其管辖下的国内流离失所者提供保护和人道主义援助。

2. 国内流离失所者有权向国家当局要求应得到保护和人道主义援助。国内流离失所者在要求庇护的时候不得受到迫害或惩罚。

原则4

1. 《指导原则》在适用时不得有任何歧视，例如基于种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或其他见解、国籍、族裔或社会阶层、法律或社会地位、年龄、残疾、财产、出身或任何其他类似的标准歧视。
2. 若干国内流离失所者，如儿童、特别是无人照顾的未成年者、孕妇、幼童的母亲、单身妇女家长、残疾人、老年人等等，应有权按照他们的情况得到保护和援助，并得到考虑到他们的特殊需要的待遇。

第二节：关于保护人不受迁移的原则

原则5

所有当局和有关国际方面应随时遵守及确保遵守它们按国际法所应承担的义务，包括人权法和人道主义法律，以避免任何会造成人民流离失所的情况。

原则6

1. 凡是人都有权受到保护，不被迫从家园或习惯住处任意迁移。
2. 被禁止的任意迁移包括下列形式的迁移：
 - (a) 根据种族隔离政策、“族裔清洗”或其他类似的迁移，意图或导致改变受影响人民的族裔、宗教或种族组成；
 - (b) 在武装冲突情况下的强迫迁移，除非是为了保护有关平民的安全，或由于绝对必要的军事原因；
 - (c) 在大规模发展项目下的迁移，除非是为了绝对的、不可抗拒的公共利益；
 - (d) 在灾难情况下的迁移，除非是为了受灾难影响的人的安全和健康而需要他们迁移；
 - (e) 用以作为集体惩罚的迁移。
3. 迁移不得长于当前情况所需要。

原则7

1. 在决定需要群体迁移之前，有关当局应确保事先探讨所有可行的备选方法，以避免任何程度的迁移。如果不存在任何备选方法，那么就应采取所有措施，设法尽量减少迁移，也尽量减少其反面的影响。
2. 监督迁移的当局应在最大可行的范围内确保被迁移的人得到适当的居住条件，确保这种迁移是在较令人满意的安全、营养、健康和卫生的条件下进行，并确保同一家庭成员不被拆散。
3. 除非迁移是在武装冲突或灾难的紧急阶段进行，否则应遵守下列保证：
 - (a) 应有法律授权命令这种措施的国家当局作出具体决定；
 - (b) 应采取适当措施，保证被迁移者得到充分的情报，说明迁移的理由和程序，并酌情说明赔偿和重新安置的条件；
 - (c) 设法争取被迁移者的自由的、彻底了解情况的同意；
 - (d) 有关当局应设法争取受影响的人、特别是妇女参与迁移的计划和管理；
 - (e) 任何绝有必要的执法措施应由授权的主管法律当局执行；
 - (f) 有效的补救权利，包括对适当司法当局决定的复审，应得到尊重；

原则8

执行迁移的时候，不得侵犯被迁移者享受生命、尊严、自由和安全的权利。

原则9

国家有特别义务保护土著人民、少数人民、农民、牧民和其他特别依靠土地、同土地关系特别密切的群体，使他们免受迁移。

第三节：有关迁移过程中的保护的原则

原则10

1. 任何人对生命有固有的权利，这种权利应受到法律保护。任何人不得被任意剥夺其生命。在国内被迁移者应得到保护，免受：
 - (a) 种族灭绝；
 - (b) 谋杀；

(c) 即审即决或任意处决；

(d) 强迫失踪，包括劫持或不被承认的扣留、以死亡恐吓或造成死亡。

禁止以任何上述行为进行恐吓，或煽动人犯下任何上述行为。

2. 在任何情况下禁止攻击没有参与、或已经不参与敌对行为的国内流离失所者，或对他们施行其他的暴行。国内流离失所者应受到保护，特别是禁止对他们：

(a) 进行直接的、不分青红皂白的攻击，或对他们施行其他暴行，包括划出一些允许对平民滥行攻击的地带；

(b) 利用饥荒作为一种战斗的手段；

(c) 利用流离失所者作为军事目标的挡箭牌，或掩护、帮助或阻挠军事行动；

(d) 攻击流离失所者的营地或定居点；

(e) 使用杀伤地雷。

原则11

1. 任何人有享受尊严、享受身心和道德完整的权利。

2. 国内流离失所者，不管其自由是否受到限制，都应特别在下列方面受到保护：

(a) 免受强奸、对身体的伤残、酷刑、残忍、非人性或污辱性的待遇或惩罚、以及其他对个人尊严的侵犯，例如，针对性别的暴行、强迫卖淫和任何其他形式的淫秽侵犯；

(b) 免受奴役或任何当代形式的奴役，例如买卖婚姻、性剥削、或强迫童工；

(c) 免受意图在国内流离失所者群体中制造恐怖的暴行。

禁止以任何上述行为进行威胁，禁止煽动人去作出任何上述行为。

原则12

1. 凡是人每人都有权享受人身自由和人身安全。任何人不得受任意逮捕或扣留；

2. 国内流离失所者也应实际享受到这种权利，不得被扣留或关闭在营地里，如果由于例外情况绝有必要扣留或关闭，时间也不得长于情况所需要；

3. 国内流离失所者应得到保护，不得由于其流离失所而受到歧视性的逮捕和扣留；
4. 国内流离失所者绝不得拿来被当作人质；

原则13

1. 流离失所的儿童绝不得被征服兵役，也不得要求或允许他们参与敌对行动。
2. 流离失所者应得到保护，不得由于其流离失所而被任何武装部队或武装集团征募入伍。特别是在任何情况下禁止用任何残忍的、非人性的或污辱的手段强迫人接受征募或惩罚人不接受征募。

原则14

1. 任何国内流离失所者有权享受行动自由，并有自由选择其住处。
2. 特别是国内流离失所者有权自由进出营地或其他定居处。

原则15

国内流离失所者：

- (a) 有权到国家别处避难；
- (b) 有权离开其本国；
- (c) 有权到另一国寻求庇护；
- (d) 有权受到保护，不被强迫遣返任何其生命、安全、自由、健康会受到威胁的地方，或被强迫在那些地方重新定居。

原则16

1. 所有国内流离失所者均有权得悉失踪亲人的命运和下落；
2. 有关当局应设法确定据称失踪的国内流离失所者的命运和下落，并同承担任务的有关国际组织合作。它们应将调查的进展并将调查的任何结果通知近亲；
3. 有关当局应设法收回和认明死者的遗体，防止尸体受到损害，便利将尸体归还近亲，或严肃地将尸体埋葬；
4. 在任何情况下国内流离失所者的墓地应受到保护和尊重。国内流离失所者有权到死亡亲属的墓地上探坟；

原则17

1. 任何人的家庭生活有权利得到尊重；
2. 为了使国内流离失所者确实享受到这项权利，应允许愿意团聚的家庭不被拆散；
3. 在迁移过程中分散的家庭应能早日团聚。应采取一切适当步骤便利家庭团聚，特别是有孩子的家庭负责当局应便利家庭探询其成员的下落，并鼓励负责家庭团聚的人道主义组织进行其工作并与之合作；
4. 其个人自由由于营地扣留或关闭而受到限制的国内流离失所家庭成员有权不被分散。

原则18

1. 所有国内流离失所者均有权享受适当的生活水平；
2. 不论情况如何、主管当局应在最低限度内不歧视地向国内流离失所者提供、并确保他们安全地获得：
 - (a) 不可缺少的食物和饮水；
 - (b) 基本宿处住房；
 - (c) 适当的衣着；
 - (d) 不可缺少的医疗服务和卫生条件；
3. 应特别作出努力确保妇女能充分参与这些基本供应的计划和分配；

原则19

1. 所有伤、病的国内流离失所者以及残疾的国内流离失所者应在尽可能的限度内、尽可能不耽误地获得他们所需要的医疗照料，而且除了医药上的理由之外不得受到分别待遇。必要时，国内流离失所者应获得心理和社会服务。
2. 应特别注意妇女的保健需要，包括让她们得到妇女保健人员的服务，例如：生殖保健、以及对性凌辱和其他形式虐待的受害者提供的咨询帮助。
3. 还应特别注意防止国内流离失所者受到疾病、包括艾滋病的感染。

原则20

1. 每个人有权利在法律面前被承认是一个人。

2. 为了使国内流离失所者享受到这个权利，有关当局应向他们散发能帮助他们实现法律权利的一切必要的文件，例如护照、个人身分证、出生证明和婚姻证明。特别是，当局应便利签发新的文件，以补还在迁移过程中失落的文件，这样做的时候不强加任何不合理的条件，例如要求流离失所者回到习惯的住处去领取这些或其他必要的文件。
3. 妇女和男子应有同等的权利取得这种必要的文件，并有权以她们自己的名义取得这种文件。

原则21

1. 任何人不得被任意剥夺财产和随身拥有的物品。
2. 国内流离失所者的财产和拥有的物品在任何情况下应受到保护，特别是避免。
 - (a) 被人掠夺；
 - (b) 被人直接或乱行打击，或施以其他的暴力行为；
 - (c) 被人用以掩护军事行动或军事目标；
 - (d) 被人用以作为报复的对象；
 - (e) 以集体惩罚的方式被人破坏或被人没收；
3. 国内流离失所者所留下的财产和拥有的物品应受到保护，避免被人破坏、任意及不合法地被没收、侵占或使用。

原则22

1. 国内流离失所者不管他们是否住在营地里，不得由于他们的流离失所而受歧视。享受不到下列权利：
 - (a) 思想、良心、宗教信仰、见解和言论自由的权利；
 - (b) 争取自由就业机会、参与经济活动的权利；
 - (c) 自由结社、平等参与社区事业的权利；
 - (d) 投票及参与政府和公共事业的权利，包括有必要方法实现这项权利的权利；
 - (e) 用他们所能了解的语言交流的权利；

原则23

1. 每个人有权获得教育。
2. 为了实现国内流离失所者的这项权利，有关当局应确保流离失所者、特别是流离失所的儿童能获得教育，包括获得免费、普及的初级教育。这种教育应尊重流离失所者的文化认同、语言和宗教。
3. 应作出特别努力，以确保妇女和女童能充分、平等地参与教育方案。
4. 只要条件允许，应向国内流离失所者、特别是少年和妇女提供教育和培训设施，不管他们是否住在营里。

第四节：关于人道主义援助的原则

原则24

1. 所有人道主义援助工作应按照人性的原则公平地、不歧视地执行。
2. 给予国内流离失所者的人道主义援助不得被用到别处，特别是不得为了政治或军事原由用到别处。

原则25

1. 国家当局负有对国内流离失所者提供人道主义援助的主要义务和责任。
2. 国际人道主义组织和其他适当的机构有权向国内流离失所者提供它们的服务。当局应诚意对待这种服务，不得认为提供这种服务是不友善的行为，或是干预一国的内政。有关当局，特别是如果它无能力或不愿意提供必要的人道主义援助，不得任意拒绝别人提供这种援助。
3. 所有有关当局应允许并便利人道主义援助自由地通过，并允许从事人道主义援助的人士迅速地、无阻地接触到国内流离失所者。

原则26

从事人道主义援助的人士其车辆和供应应受到尊重和保护这些人士不得成为攻击或其他暴力行为的对象。

原则27

1. 国际人道主义组织和其他适当的机构在提供援助时必须注意保护国内流离失所者的需要和人权，并在这方面采取适当措施。在提供援助时，这些组织和人士应尊重有关的国际标准和行为准则。

2. 前段案文不影响到在此方面负有任务的国际组织向国家提供、或被国家要求提供服务时所应付的保护责任。

第五节：关于返回、重新安置和重新融合的原则

原则28

1. 有关当局负有主要义务和责任创造条件以及提供方便，允许国内流离失所者自愿地、安全地在保留其尊严的情况下返回到他们的家园或习惯住所，或在国内 另外地方自愿重新定居。有关当局应设法便利返回或另行定居的国内流离失所者重新与社会结合。
2. 应作出特别努力确保国内流离失所者充分参与计划和管理他们的返回或重新定居和重新融合。

原则29

1. 返回到家园或习惯住所、或在国内其他地方重新定居的国内流离失所者不得由于他们的迁移而受到歧视他们有权充分、平等地参与各阶层的公共事务，并有权利平等地享受公共服务。
2. 有关当局有责任和义务帮助返回或重新安置的国内流离失所者尽可能地收回他们在迁移时留下或被没收的财产和所拥有的物品。如果不可能收回这种财产和所拥有物品，有关当局应提供或帮助这些人士获得适当的赔偿或另外形式的公平补。

原则30

所有有关当局应允许和便利国际人道主义组织和其他适当方面在执行其个别任务时迅速地、无阻地接触到国内流离失所者，以帮助他们返回或重新定居和重新融合。

文件42 联合国，联合国部队指导方针**(一) 新闻稿**

[资料来源：红十字国际委员会第96/19号新闻，1996年5月15日。]

红十字国际委员会与联合国，联合国部队指导方针

5月10日，红十字国际委员会主席科内利奥·索马鲁加在纽约向联合国秘书长布特罗斯·布特罗斯-加利转交了一份关于尊重国际人道法的名为联合国部队指导方针的文件。文件载明，1949年日内瓦公约及其1977年附加议定书适用于在受武装冲突影响的地区执行任务的联合国部队。直到目前这一情形都没有明确规定，因为只有会员国而不是联合国是国际人道法条约的缔约方。多亏这一指导方针，这可能使未来确保联合国军事部队不会对战争受难者或其他类型的被拘留人员产生不利后果。

作为红十字国际委员会组织的一系列法律专家会议的结果，本指导方针是在与联合国相关部门紧密合作后起草的，必须得到所有联合国部队的遵守，不论其职责如何。本指导方针的主要目的，与所有国际人道法一样，旨在维护人的尊严。

适用于联合国部队的规则主要是那些禁止攻击平民财产、禁止或限制某些作战手段和方法、以及那些规定伤者的待遇只能由伤者医疗状况的紧迫性决定的规则。

指导方针还强调在所有情形下红十字国际委员会都应被毫不延迟地告知所有被联合国部队俘获或拘留的人员，以便红十字国际委员会的代表探访他们以及通知其家属这些人的所在。

(二) 联合国部队遵守国际人道法的指导方针

[资料来源：联合国，Doc. ST/SGB/1999/13，1999年8月6日。]

秘书长关于联合国部队遵守国际人道主义法的公告

秘书长为阐明适用于在联合国指挥或控制下进行活动的部队的国际人道主义法基本原则和规则，兹特颁布如下：

第1节：应用范围

- 1.1 本公告所述的国际人道主义法的基本原则和规则适用于在武装冲突情况下作为战斗人员积极介入此种冲突的联合国部队，但以这种介入的范围和时期为限。因此在强制执行行动中“或在允许为自卫使用武力的维持和平行动中应适用这些原则和规则。”
- 1.2 本公报的颁布不影响1994年《联合国人员和有关人员安全公约》所规定的维持和平行动成员的受保护地位，也不影响其作为非战斗人员的地位。只要他们有权受到关于武装冲突的国际法给予平民的保护。

第2节：国内法的适用

本规定并未详尽无遗地列出对军事人员具有约束力的国际人道主义法的所有原则和规则，并且不妨碍此种原则和规则的适用，也不取代军事人员在整个行动期间继续受其约束的国内法。

第3节：部队地位协定

在联合国与在其领土上部署联合国部队的国家之间缔结的部队地位中联合国承诺确保该部队进行活动时充分尊重适用于军事人员行为的一般公约的原则和规则。联合国还承诺确保该部队军事人员完全知道这些国际文书的原则和规则。即使在没有部队地位协定的情况下，联合国部队仍有义务尊重所述原则和规则。

第4节：违反国际人道主义法

联合国部队成员一旦违反了国际人道主义法，应在其国内法庭受到起诉。

第5节：保护平民

- 5.1 联合国部队在任何时候都应清楚地区分平民和战斗人员及区分平民目标和军事目标。只能对战斗人员和军事目标采取军事行动。禁止袭击平民或平民目标。
- 5.2 平民应受到本节所规定的保护，但他们若直接参与敌对行动以及在他们直接参与敌对行动时则不受这种保护。
- 5.3 联合国部队应采取一切可行的预防措施，以避免、并在任何情况尽量减少平民附带地丧生、受伤或财产遭受破坏。
- 5.4 在联合国部队的行动地区内，该部队应在可行的情况下尽吁能避免将人口稠密地区内或其附近的目标定为军事目标，并采取一切必要预防措施

保护全体平民、平民个人和平民目标不受军事活动所造成危险的影响，维和行动的军事设施和装备不应视为军事目标。

- 5.5 禁止联合国部队采取具布可能不分青红皂白地攻击军事目标和平民的性质的行动，并禁止采取预计会附带造成平民丧生或对平民目标所造成的损害与预期的具体、直接军事利益相比显得过分的行动。
- 5.6 联合国部队不得对平民或平民目标进行报复。

第6节：作战的方式和方法

- 6.1 联合国部队选择作战方式和方法的权利并不是无限制的。
- 6.2 联合国部队应尊重有关国际人道主义法文书禁止或限制使用某些武器和战斗方式的规则。这尤其包括禁止使用窒息性、毒性或其他气体以及生物作战方法；在人体内易于爆炸、膨胀或变扁的沪弹；以及某些爆炸性的射弹。禁止使用某些常规武器，诸如无法侦测的碎片、杀伤人员地雷、诱杀装置和燃烧性武器。
- 6.3 禁止联合国部队采用可能造成过份伤害，或不必要痛苦的战争方法、或采用有意或预计对自然环境造成广泛、长期和严重损害的战争方法。
- 6.4 禁止联合国部队使用具有造成不必要痛苦性质的武器或方法。
- 6.5 禁止下达不留任何生存者的命令。
- 6.6 禁止联合国部队攻击构成人民的文化或精神遗产的艺术、建筑或历史纪念物、考古场址、艺术品、礼拜场所以及博物馆和图书馆。在联合国部队行动地区内，该部队不得将此种文化财产及其周围地区用于可能使其受到破坏的目的：严禁对文化财产进行盗窃、抢夺、侵吞或任何破坏行为。
- 6.7 禁止联合国部队攻击、毁坏、移走平民生存所必需的物品，诸如食物、作物、牲畜以及饮水设施和供应品，或使其变为无用之物。
- 6.8 联合国部队不得将坝、堰和核能发电站等具有危险力量的设施作为军事行动的目标释放危险力量从而给平民造成严重损失。
- 6.9 联合国部队不得对受本节保护的目标和设施采取报复行动。

第7节：平民和失去战斗力之人员的待遇

- 7.1 不参加或不再参加军事行动的人员包括平民、放下武器之武装部队人员及因病、伤或拘留而失去战斗力的人员。在一切情况下应予以人道待

遇。不得基于种族、性别、宗教信仰或其他理由而予以任何歧视。应充分尊重其人身、尊严、宗教和其他信仰。

7.2 无论何时何地都不得对第7.1段所述的任何人员采取下列行为：对生命或人身施以暴力；谋杀及诸如酷刑、残伤肢体或任何形式之体罚的残忍待遇。集体惩罚、报复、劫持人质、强奸、强迫卖淫；任何形式的性攻击及侮辱性和有损人格的待遇，奴役、以及惊夺。

7.3 保护妇女免受任何攻击。特别是免受强奸，被迫卖淫或任何其他形式之猥亵攻击。

7.4 特别尊重儿童，并应保护儿童免遭任何形式的猥亵攻击。

第8节：被拘留人员的待遇

联合国部队应人道对待被拘留的武装部队人员以及因被拘留而不再参与军事行动的其他人员，并应尊重其尊严，应在无损于其法律地位的情况下比照适用1949年《日内瓦第二公约》的相关规定对待这些人员，尤其是：

- (a) 应立即将被俘和拘留情况通告被俘和被拘留依靠之方以及红十字国际委员会（红十字委员会）中央寻人局，尤其是为了通知被拘留者家属。
- (b) 应将他们安置于能提供所有可能的卫生和健康保障的安全房舍，不得将他们拘禁在面临战区危险的地方。
- (c) 他们有权得到食品和衣物、卫生和医疗照顾。
- (d) 在任何情况下都不得对他们施以任何形式的酷刑或待遇。
- (e) 应将自由受限制的妇女与男性被拘留者分开安置，并应由妇女直接看管。
- (f) 如有未满16岁儿童因直接参与敌对行动而被联合国部队逮捕、拘留或关押，他们应继续得到特别保护。尤其是应将他们与成年被拘留者分开安置，除非他们是与其家人一起安置。
- (g) 应尊重和保障红十字委员会探视犯人和被拘留人员的权利。

第9节：伤、病员以及医疗和救济人员的保护

9.1 在任何情况下都应尊重和保护在联合国部队看管下的受伤或生病的武装部队成员和其他人员，他们应得到人道待遇，并应不受歧视地得到其现

状所需的医疗护理和照顾，在护理次序安排方面，只有出于紧急医疗理由才能优先安排。

- 9.2 只要形势许可，应安排暂停交火或作出其他当地安排，以便搜寻和辨认战场上的伤、病员和死亡者以及安排他们的收集、搬移、交换和运送。
- 9.3 联合国部队不得攻击医疗设施或机动医疗单位。任何时候都应尊重和保护这些设施和单位，除非它们已在其人道主义职能外，被用来攻击或以其他方式作出有害于联合国部队的行动。
- 9.4 联合国部队在任何情况下都应尊重和保护仅参与寻找、运送或医治伤、病员的医务人员以及宗教人士。
- 9.5 联合国部队应像尊重和保护机动医疗单位那样尊重和保护伤、病员或医疗设备的运送。
- 9.6 联合国部队不得对伤、病员或受本节之规定保护的人员、设施和设备进行报复。
- 9.7 联合国部队在任何情况下都应尊重红十字和红新月标志。这些标志只能用于表示或保护医疗单位和医疗设施、人员和物品，禁止滥用红十字或红新月标志。
- 9.8 联合国部队应尊重伤、病和死亡者家属了解其亲属命运的权利。为此目的，联合国部队应为红十字委员会中央寻人局提供便利。
- 9.9 联合国部队应方便具有人道主义和中立性质、且不带歧视地进行的救济行动的工作，并应尊重参与此种行动的人员、车辆和房舍。

第10节：生效

本公报应于1999年8月12日开始生效。

(签名)
科菲·安南
秘书长

文件43 联合国，卜拉希米报告

[资料来源：联合国，第 A/55/305-S/2000/809号文件，2000年8月21日关于维持和平部队问题的全面审查，<http://www.un.org>]

**联合国大会－安全理事会
A/55/305-S/2000/809****2000年8月21日……****整个维持和平行动问题所有方面的全盘审查……****联合国和平行动问题小组的报告……****执行摘要**

……秘书长请联合国和平行动问题小组评析现行体制的缺点，并就改革该体制提出坦率、具体和现实的建议。本小组的成员在预防冲突、维持和平和建设和平等方面具有丰富的经验。我们的建议不仅集中于政治和战略方面，而且更集中于需要改进的业务和组织领域的问题。

要使预防性的主动行动成功地缓和紧张局势并避免冲突，秘书长需要从会员国得到清楚、有力和持续的政治支持。此外，联合国在过去十年中屡次痛苦地发现，要想使维和行动特别是复杂的维和行动获得成功，必须要有显示可信力量的根本能力，这种能力是多少良好意图都无法替代的。但是，单靠显示力量还不能建立和平；它只能建立一个可供建设和平的空间。除此而外，除非会员国有政治意愿，在政治、财政和业务上支助联合国，帮助联合国成为一支真正的促进和平的可信力量，否则，本小组建议作出的改革将不会有长期的效果。

本报告所载的各项建议是为了解决战略方向、决策、迅速部署、行动筹划和支助以及使用现代信息技术方面存在的严重问题。……

一. 需要改变

1. 以《联合国宪章》的话说成立联合国是为了“欲免后世再遭战祸”。迎接这项挑战是本组织最重要的职能，在相当大的程度上，是它所要服务的人民据以判断它的准绳。……
6. 小组提出的建议兼顾原则和实用性，同时尊重《联合国宪章》的精神和文字以及本组织各立法机关各自的作用。它们以下列前提为根据：……

- (e) 联合国系统在其和平与安全活动的所有方面坚持遵守和促进国际人权文书和标准及国际人道主义法是极其重要的；……

二. 和平行动的学说、战略和决策 ……

D. 对建设和平战略的影响

35. 安全理事会和大会维持和平行动特别委员会分别承认和确认建设和平至关重要，是维持和平行动能获得成功的不可或缺的组成部分。……
41. ……和平行动中的人权组成部分并未一直得到所需的政治和行政支助，其他组成部分也并非总能明确了解人权组成部分的职能。因此，小组强调必须对军事人员、警察和其他文职人员进行关于人权问题和国际人道主义法律相关规定的培训。在这方面，小组赞扬1999年8月6日秘书长题为“联合国部队遵守国际人道主义法的情况”的公报 (ST/SGB/1999/13)。[参见文件42，联合国，联合国部队指南，二，第875页。]……

E. 对维持和平原则和战略的影响

49. ……联合国维持和平行动人员部署后必须能够专业地完成任务。这就是说，联合国军事部队必须能够保卫自己和特派团的其他组成部分，并且使特派团的任务不受破坏。接战规则不应限制特遣队只能进行一枪对一枪的还击，而应容许在联合国部队或受其保护的平民受到致命攻击时作出有力的还击，迫使对方停止攻击，在情况危急时尤其如此，不应强迫联合国特遣队将主动权交给攻击者。
50. 因此，这种行动的公正性在于恪守《宪章》的原则和以这种原则为基础的任务目标。这种公正性不等于中立性，或等于在任何时候对所有各方一视同仁，那种做法有时可能等于是姑息。有时候，各地方当事方在道义上不是相等的，有些显然是侵略者，有些是受害者。维持和平人员不但在行动上使用武力的理由，而且基于道义也不得不这样做。卢旺达灭绝种族事件能够发展到这种地步，一部分的原因是国际社会未能动用或增援当时在该国当地的部队抵抗显然是罪恶的力量。自那以后，安全理事会在第1296 (2000) 号决议中规定在武装冲突情势中以平民为目标以及不准人道主义人员接触受战争创伤的平民人口的行为本身就构成为对国际和平与安全的威胁，就能促使安全理事会采取行动。如联合国和平行动已经在当地存在，采取这种行动可能成为它的责任，应当作好准备。……

F. 明确可靠和可以完成的任务

56. 作为一个政治机构，安全理事会即使可以以非一致方式作出决定，但仍应集中力量建立共识。但建立共识所需要的妥协可能是由于避免作出具体规定而获得的，由此产生的模糊规定可能对实地造成严重的影响，如果和平行动的各不同方面后来对有关任务作出了不同诠释，或当地的行动者认为安理会没有对执行和平作出彻底承诺，因而助长了它破坏和平的意愿。……模糊不清的规定也可能掩盖了日后在危机的压力下会出现的分歧，而使安理会不能采取紧急的行动。……
58. 小组认为秘书处必须能够向安全理事会提出有力理由，说明向联合国提出的执行停火或和平协定的要求符合某些最低条件，然后才由安理会承诺由联合国率领的部队执行这些协定，其中包括：……任何协定要符合目前的国际人权标准和人道主义法；……
62. 最后，秘书长希望扩大保护武装冲突中的平民，安全理事会采取行动，明确授权联合国维持和平人员保护冲突中的平民。这些都是积极的事态发展。事实上，维持和平人员（部队或警察）如果目击平民受暴力侵害理应有权以其可用的手段予以制止，以维护联合国的基本原则，同时如卢旺达问题独立调查报告所述，符合“由于[行动]的存在而带来的提供保护的想法和期望。”（见S/1999/1257，第55页）……

附件三 建议摘要

1. 预防行动

- (a) 小组赞成秘书长千年报告及其在2000年7月安全理事会关于预防冲突问题第二次公开会议上所作发言提出的关于预防冲突的建议，尤其是，他呼吁“致力于预防冲突和发展的所有行动者，包括联合国、布雷顿森林机构、各国政府和民间组织，都必须以更综合性的方式处理这些冲突”；
- (b) 小组支持秘书长更经常地向出现紧张局势地区派遣实况调查团，并强调会员国依照《宪章》第二条（五）项的规定，有义务对联合国的这种活动“尽力予以协助”。

2. 建设和平战略

【见上文D】

- (a) 特派团第一年预算的一小部分应给予领导该特派团的秘书长代表或特别代表，以便在联合国国家小组的驻地协调员建议之下，资助特派团行动领域中的速效项目……；
- (b) 小组建议应改变在复杂的和平行动中使民警、其他法治人员和人权专家的理论根据，以反映出更加重视在冲突后的环境中加强法治机构和加强尊重人权；
- (c) 小组建议，立法机构考虑将复员和重返社会方案纳入到复杂和平行动第一阶段的分摊预算中，以期促进迅速解散作战派系，并减少恢复冲突的可能性；……

4. 明确可靠和可以完成的任务

【见上文F】……

- (b) 安全理事会应在授权拥有大量兵力的特派团的决议应保留为草案形式，直至秘书长获得承诺，确定可以从会员国得到所需部队和其他关键性的特派团支援部分，包括建设和平的部分；
- (c) 安全理事会在部署维持和平行动到具有潜在危险性的地区时，其决议应满足维持和平行动的需要，尤其是需要有明确的指挥系统和统一的行动；
- (d) 秘书处在制订或改变特派团的任务时必须将安全理事会需要知道，而不是它想要听的情况通报给安全理事会。已承诺为一项行动派遣军事部队的国家应当能够出席秘书处就影响其人员的安全的事项为安理会举行的简报会，特别是那些牵涉到特派团使用武力问题的会议。

5. 信息和战略分析

秘书长应设立一个实体，本文称作和安执委会信息和战略分析秘书处（信息战略秘书处）它将支助和安执委会所有成员的信息和分析需要；……

6. 过渡民政管理

小组建议，秘书长邀请一个国际法律专家小组，其中包括具有在联合国负有过渡行政任务的行动方面经验的个人，以评价制订一项临时刑法典，包括可能需要的任何区域调整的可行性和有效性，以供这类行动使用直至重建了当地法治和当地执法能力。

7. 决定部署时间表

联合国应将“迅速而有效部署的能力”从行动角度界定为能够分别在安全理事会决议通过后30天和90天之内，完全部署传统的维和行动和复杂的维和行动。

8. 特派团领导

- (a) 秘书长应按照公平的地域分布和男女比例以及会员国提供的资料，……
- (b) 特派团的整个领导层应尽早选定并召集到总部，以便参与特派团筹划程序的关键方面，听取特派任务地区的情况介绍，并与其在特派团领导层的同事见面和共事；
- (c) 秘书处应经常向特派团领导提供战略指南和计划，以预见并克服对执行任务规定的挑战，……

9. 军事人员

- (a) 应当酌情鼓励各会员国彼此合作，在联合国待命安排制度（待命制度）的范围内，组成几支旅级统一指挥部队，外加必要的支援部队，随时准备在安全理事会通过决议，设立传统维和行动的30天内，或设立复杂维和行动的90天内进行有效部署；
- (b) 应当授权秘书长，一旦看来可能达成停火协议或协定，设想联合国发挥执行作用，就正式征求参加待命制度的会员国的意见，问它们是否愿意派遣部队参加可能开展的行动；
- (c) 秘书处作为标准措施，应当在部署之前，派遣一个小组核实每个可能派遣部队的国家是否作好准备，履行谅解备忘录有关必要训练和装备要求的各项规定；不符合要求的国家就不应调派部队；……

10. 民警人员

- (a) 鼓励各会员国在联合国待命安排制度范围内，各自设立国家民警备选人员库，一接通知即随时备供联合国和平行动调度；
- (b) 鼓励各会员国为各自国家备选人员库内的民警，建立区域性训练伙伴关系，以便根据联合国将颁布的准则、标准作业程序和业绩标准提高待命状态的共同水平；……
- (e) 小组建议为司法、刑事、人权和其他相关专家作出类似上面建议 (a)、(b)……他们将同专家民警组成综合“法治”工作队。

11. 文职专家

- (a) 秘书处应当利用中央因特网/内联网编制一份事先选定，接到通知后即可调派到和平行动的文职候选人名册。……

12. 迅速部署新闻工作能力

在特派团预算中应当增拨专用于新闻、有关工作人员和信息技术的资源，以便传播和平行动的信息，并建立有效的内部通讯联系。

13. 后勤支助与开支管理

- (a) 秘书处应当制订一项全球后勤支助战略，以便能在所建议的时间安排范围内，并根据维持和平行动部实务性办事处所制订的规划假定迅速有效地部署特派团；……

14. 总部维持和平行动支助工作的筹资

- (a) 小组建议大幅度增加用于总部维和行动支助工作的资源，并促请秘书长向大会提交一份建议，充分概述他的需求；
- (b) 应将总部支助维和的工作视为联合国的核心活动，从而用于这方面的所需经费的绝大部分，就应通过联合国的两年期经常方案预算机制来提供；……

15. 特派团综合规划和支助……

16. 维和部其他结构调整……

17. 新闻工作的业务支助

和平行动应建立一个新闻工作行动规划和支助股，设于维和部，或新闻部新设的和平和安全新闻处内，直接向主管通信和新闻的副秘书长汇报工作。……

18. 政治事务部的建设和平支助工作

- (a) 小组支持秘书处努力同联合国系统其他部门合作，在政治部内设立试验性的建设和平股，并建议如试验性方案一旦运作良好，各会员国即须重新讨论经常预算对该股的支助。……

19. 联合国人权事务高级专员办事处的维持和平行动支助工作

小组建议大力提高联合国人权事务高级专员办事处进行外地特派团规划和筹备的能力，经费部分由经常预算提供，部分由和平行动特派团预算提供。

20. 和平行动与信息技术

- (a) 总部各个和平与安全部门均需设立一个责任中心，以制订和监督信息技术共同战略的执行与和平行动的训练。这个中心应设在信息战略秘书处；……
- (c) 更广泛利用地理信息系统技术会对和平行动大有助益。这种技术可以很快地将行动信息与任务区内的电子图合并，以用于解除武装、民警、登记选举人、监测人权和重建等各种工作；
- (d) 特派团的各部分，例如民警和人权在信息技术方面有独特的需要，应在特派团展开规划和执行时预料到这种需要，并应更一贯地予以满足；
- (e) 小组鼓励总部和外地特派团制订网址共同管理办法，按照这种办法，总部将继续进行监督，但各特派团将授权工作人员编制和登载符合基本报告标准和政策的万维网资料。

文件44 联合国，关于威胁、挑战和改革的报告

[资料来源：联合国，<http://www.un.org/secureworld/report.pdf>; Highlights in the original]

联合国，大会

文件A/59/565

2004年12月2日

第五十九届会议，议程项目55

千年首脑会议成果的后续行动

秘书长的说明

……

- 2. 我请泰国前总理阿南·班雅拉春先生担任威胁、挑战和改革问题高级别小组主席，……
- 3. 我请高级别小组对国际和平与安全目前面临的威胁作出评估；评价我们现有的政策和机构在应对这些威胁方面的表现；并为加强联合国提出建议，以使联合国能够在二十一世纪为所有人提供集体安全。

……

一个更安全的世界：我们的共同责任

威胁、挑战和改革问题高级别小组的报告

.....

第一部分

达成新的安全共识

.....

二. 全面集体安全剖析

.....

B. 自我保护的限度

24. 没有哪一个国家，无论多么强大，能够单单依靠本身的力量保护自己免受当今各种威胁的伤害。每一个国家都需要其他国家的合作才能使自己获得安全。.....

C. 主权与责任

29. 威斯特伐利亚体系首次提出国家主权概念，不管当初盛行的理念如何，今天，这一概念显然含有一国保护本国人民福祉的义务，以及向更为广泛的国际社会履行义务之义务。.....

D. 一个有信誉的集体安全体制所含要素

31. 一个集体安全体制若要有信誉并能持久，就必须有效力，有效率，并且公平。.....

第二部分

集体安全与预防方面的挑战

.....

四. 国内和各国之间的冲突

.....

C. 应对预防方面的挑战

1. 改进国际管理框架和规范

.....

90. 在法律机制领域，最近最为重要的事态发展莫过于创立国际刑事法院的《罗马规约》。在冲突日趋恶化的情况下，如果安全理事会能及早表明它正在密切注视这一冲突，而且表明它有意愿行使《罗马规约》赋予的权力，那么就可能对各方产生威慑，阻止他们犯下反人类罪和违反战争法。**安全理事会应当随时准备行使《罗马规约》的授权，将案例提交国际刑事法院审理。**

91. 在自然资源领域需要建立更多的法律机制，因为对自然资源的争夺往往是实现和平的障碍。在塞拉利昂、安哥拉和刚果民主共和国，自然资源成了战争的助燃物，这使民间社会组织和安全理事会感到震惊，于是对那些参与非法贸易的个人和公司采取了“点名羞辱”的做法，并对其实施制裁，各国还做出特别努力，限制出售“冲突钻石”。……

92. **联合国应同国家当局、国际金融机构、民间社会组织和私营部门合作，为那些刚刚摆脱冲突或面临冲突危险的国家拟定管理自然资源的规范。**……

六. 恐怖主义

.....

B. 应对预防方面的挑战

.....

2. 改进反恐文书

.....

152. 但是，安全理事会必须谨慎行事。在由安理会掌握的恐怖主义名单上添加实体或个人的方式以及缺乏对名单所列者进行审查或上诉，这引起了严肃的责任问题，也可能侵犯了基本人权，违背了各项公约。**制裁基地组织和塔利班委员会应当建立一个程序，对那些声称被错误地放在或留在观察清单上的个人和机构案例进行审查。**……

4. 界定恐怖主义

.....

158. 1945年以来，一套越来越强大的规范和法律——包括《联合国宪章》、日内瓦四公约和《国际刑事法庭罗马规约》——指导和制约着国家使用武力的决定以及国家在战争中的行为，例如要求区分战斗员和平民，有分寸地使用武力以及遵守基本人道主义原则等。违背这些义务的行为应当继续受到广泛谴责，战争罪应当受到起诉。

159. 有关非国家行为者使用武力的规范没有跟上有关国家使用武力的规范。这与其说是一个法律问题，不如说是一个政治问题。从法律上来讲，几乎恐怖主义的所有形式都为12项国际反恐公约之一、国际习惯法、日内瓦四公约或《罗马规约》所禁止。法学家们知道这些，但是，这一分散的公约名单和鲜为人知的其他条约规定与众所周知、颇受关注的规范框架之间有着明显的区别，而围绕恐怖主义问题的应当是后者。联合国必须对非国家使用武力问题和国家使用武力问题实现同等力度的规范。如果不能就清楚而又广为人知的定义达成一致意见，那将有损于反恐规范和道义上的姿态，并且给联合国的形象带来了污点。签订一项全面反恐公约，包括明确的定义，这是一项必须完成的政治任务。

.....

163. 尽管如此，我们仍然认为在大会范围内就定义达成共识具有特别价值，.....

164. 关于恐怖主义的定义应当包括以下内容：

- (a) 在序言部分确认，国家对平民使用武力问题应依照日内瓦四公约和其他文书解决，并确认如果此种行为具有足够规模，便构成相关人员实施的战争罪或反人类罪；
- (b) 重申以往12项反恐公约所述行为均属恐怖主义行为，并应宣布根据国际法这些行为为犯罪行为；并重申武装冲突中的恐怖主义为日内瓦四公约和议定书所禁止；

.....

- (d) 将恐怖主义表述为“现有有关恐怖主义各方面的公约、日内瓦四公约和安全理事会第1566 (2004) 号决议已经列明的各种行动，以及任何有意造成平民或非战斗员死亡或严重身体伤害的行动，如果此

种行动的目的就其性质和背景而言，在于恐吓人口或强迫一国政府或一个国际组织实施或不实施任何行为”。

.....

第三部分 集体安全与使用武力

.....

九. 使用武力：细则和准则

.....

A. 合法性问题

.....

1. 《联合国宪章》第五十一条与自卫

188. 这一条款的条文具有限制性：“联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利”。但是，根据长期以来得到公认的国际法，只要威胁发动的攻击随时可以发生，又没有其他办法可以阻止，而且采取的行动是相称的，受威胁的国家就可以采取军事行动。但是，在这种威胁并非紧迫，但仍被称为真实威胁：例如，在有人据称不怀好意地获取制造核武器的能力时，就会出现这个问题。……

192. 我们不赞成修改或重新解释第五十一条。

2. 《联合国宪章》第七章与外来威胁

.....

3. 《联合国宪章》第七章，内部威胁和提供保护的责任

.....

203. 我们赞同新的规范，即如果发生灭绝种族和其他大规模杀戮，国际社会集体负有提供保护的责任，由安全理事会在万不得已情况下批准进行军事干预，以防止主权国家政府没有力量或不愿意防止的族裔清洗或严重违反国际人道主义法行为。

B. 正当性问题

.....

207. 安全理事会在考虑是否批准或同意使用武力时，不管它可能会考虑的其他因素为何，至少必须考虑以下五个正当性的基本标准：

- (a) 威胁的严重性。扬言要对国家或人类安全造成的伤害，是否足够明确和严重，按照初步证据应当使用武力？如果是国内的威胁，这种威胁是否涉及灭绝种族和其他大规模杀戮、族裔清洗或严重侵犯国际人道主义法行为，是否实际存在或恐怕很快会发生？
- (b) 正当的目的。是否明确无误地表明，不管有无其他目的或动机，拟议的军事行动的主要目的是制止或避免有关威胁？
- (c) 万不得已的办法。是否已经探讨通过非军事途径消除有关威胁的各种办法，并且有正当的理由认为其他措施不会取得成功？
- (d) 相称的手段。拟议的军事行动的范围、时间和强烈程度是不是应对有关威胁起码需要的？
- (e) 权衡后果。是否有相当的把握认为军事行动可成功消除有关威胁，而且行动的后果不会比不采取行动的后果更坏？

208. 应把这些授权使用武力的准则列入安全理事会和大会的宣告性决议。

.....

十. 实施和平与维持和平的能力

.....

211. 人们常常把根据各方同意派遣的维持和平特派团称为“第六章行动”，把强行派出的实施和平特派团称为“第七章行动”，因而在讨论所需要的能力时造成混淆。……

212. 这两种说法都造成某种程度的误解。从一开始就要使用大量武力应对越界入侵或突发的大规模暴力（近期是由多国部队承担这一任务）的特派团，确实不同于有较大把握预计不需要使用武力的特派团，例如监测和核查停火的传统维持和平特派团，或协助执行和平协定的特派团（基本仍由蓝盔部队担任）。

213. 但是这两类行动都需要安全理事会批准（第五十一条规定的自卫情况不在此列），而且维持和平行动和实施和平行动一样，现在的惯常做法都

是授予第七章规定的任务（尽管部队派遣国有时并不表示欢迎）。这样做是因为，即便最好的情况也可能发生变化……最好是百分之百地保证有关特派团在需要时能够用武力应对。另一方面，第六章规定的任务和第七章规定的任务之间的差别可能被人夸大：维持和平特派团是根据第六章派出的（因此没有实施和平的权力），但它无疑有权使用武力进行自卫，而且人们普遍公认这一权力包括“特派团的防卫”。

.....

十二. 保护平民

231. 在许多内战中，作战人员袭击平民和救济人员而不受任何惩罚。除了直接暴力行为外，死于饥馑、疾病和公共保健系统崩溃的人远多于死于枪炮的人。数以百万计的人在国内流离失所或流亡他国。侵犯人权和性暴力行为屡见不鲜。
232. 国际法规定，交战方——国家或非国家——要承担在战争期间保护平民免受苦难的主要责任。国际人道主义法规定为包括妇女、儿童和难民在内的、那些在武装冲突中最易受到伤害的人提供的最起码保护及其适用标准，它们必须得到遵守。
233. **所有作战人员都必须遵守《日内瓦四公约》的条款。所有会员国都应签署、批准和执行有关保护平民的各项条约，例如《灭绝种族罪公约》、《日内瓦四公约》、《国际刑事法院罗马规约》和各项难民公约。**
234. 人道主义援助是帮助各国政府履行这一职责的一个重要工具。援助的核心目的是保护受害百姓，尽量减少他们的痛苦，让他们在冲突中生存下去，以便在战争结束后，有机会重新开始生活。提供援助是这项工作必不可少的一个部分。捐助者必须公平地为人道主义保护和援助行动提供充足的资金。
235. 秘书长部分根据联合国难民事务高级专员开展的工作和非政府组织的大力倡导，起草了关于武装冲突中保护平民的十点行动纲要。所有各方——国家、非政府组织和国际组织——在努力保护武装冲突中的平民时，都应考虑秘书长的十点行动纲要。
236. 根据这一纲要，尤其应注意同平民进行接触的问题，因为这种接触机会常遭到公然剥夺。联合国实地人道主义工作人员以及联合国政治代表和维和代表应该得到良好培训和大力支持，以便通过谈判获得同平民接触

的机会。这一工作还要求更好地协调双边行动。安全理事会可通过派代表团前往实地和其他外交措施，增加接触和保护平民的机会。

237. 对于极为恶劣的违约行为，例如武装团伙把难民营变成军营的情况，国际社会必须做出强有力的反应，包括由安全理事会根据《联合国宪章》第七章采取行动。虽然安全理事会已经确认这种军事化行动威胁和平与安全，但它并没有建立起处理这一问题的能力或表现出处理问题的意愿。**安全理事会应全面执行关于武装冲突中保护平民的第1265 (1999)号决议。**

238. 把性暴力当作冲突武器的问题尤其令人关注。维和行动主管人权问题的部门应有明确的授权和足够的资源来调查和举报侵犯妇女人权的行为。安全理事会关于妇女、和平与安全的第1325 (2000) 号决议和有关的独立专家评估报告提出了关于保护妇女的其他多项重要的建议。**安全理事会、联合国各机构和会员国应全面执行它们的建议。**

.....

案例45 联合国，秘书长关于武装冲突中保护平民的报告

案 例

[资料来源：联合国，第S/2001/331号文件，2001年3月30日。本报告与联合国其他文件可访问<http://www.un.org/documents>]

秘书长提交安全理事会 关于武装冲突中保护平民的报告

一. 走向保护平民的文化

2. 不幸的是，受难人口的困境并没有改变，第一次报告中多数重要的建议都没有付诸实施。征募和使用儿童士兵、小型武器的扩散、地雷的滥用、大规模的被迫流离失所和种族清洗、妇女和儿童的直接受害、剥夺基本人权以及罪恶行为不受惩罚等都是战争中经常发生的现象。国际组织和其他援助团体的当地和国际工作人员也日益受到威胁，这是当代冲突中又一可耻的现象。

3. 当前的情况是很明白的：平民如今已成为主要受害者。近数十年来，战争受害者中平民的比例可说是急剧上升，达到75%有时还更高。而真实情况谁也不能确知。救济机构把资源正当地用于援救存活的人而非用于计算死亡人数。军队士兵伤亡有计数，而平民死亡则无人统计。今天暴力冲突的受害人并非无名者，但却是无法计数的。这种改变在某种程度上归因于冲突的性质发生变化。正规军队之间进行的国家间战争减少了，而非正规部队的国内战争增加了。此外，特别是在涉及种族或宗教仇恨的冲突之中，受影响的平民往往不是这些新的非正规部队的偶然受害者，而是他们的主要目标。
4. 联合国会员国于2000年9月1日通过《联合国千年宣言》(大会第55/2号决议)，表示要按国际人道主义法，扩大并加强在复杂紧急情况中对平民的保护。会员国往往不能够解决现代战争对于平民造成的灾难影响，同样的，联合国也往往无法对平民的保护和援助需要作出适当反应。关于卢旺达的一份报告中则记录了种族灭绝发生之前几个失策之处。现在我希望除了分析过去的失败之外还要指出一些方法来加强国际系统，以帮助满足战争中平民日益增大的需要。联合国和平行动问题小组的报告(A/55/305-S/2000/809)指出了联合国可以改善工作的一些步骤。本报告中我着重于会员国必须采取的其他一些步骤，以加强本身更有效保护战争中平民受害者的能力以及安全理事会和联合国其他机构辅助各国工作的行动。
5. 我相信各会员国在联合国和其他行动者的支助下，可以走向一个保护平民的文化。这样的文化中，各国政府承担起责任，武装集团尊重公认的国际人道主义法规则，私有部门意识到涉足危机领域可能造成的影响，各会员国和国际组织作出必要的承诺，以便在面临危机时采取快速的决定性行动。这样的文化靠各会员国不仅采取下列具体措施，而且还要应付冲突中武装集团和其他非国家行动者的现实，以及民间社会对于从危险走向安全和从战争走向和平所起的作用。……

二. 保护平民所涉各项因素 ……

7. 一如大会1991年12月19日第46/182号决议通过的《人道主义援助指导原则》所述，保护平民的主要职责在于国家政府。同时，日内瓦四公约共同的第3条以及习惯国际人道主义法规定，武装集团承担武装冲突中保护平民的直接责任。国际文书要求各国政府和武装集团在冲突局面下

承担起责任，还要提供资源来确保平民的基本需要和保护。如果政府由于缺乏资源和能力而无能力做到，他们有责任寻求国际系统的支助。保护工作的对象必须是人，而非国家的安全利益。国家的主要职责恰恰是确保其国民的安全。

三. 加强保护的措施

A. 起诉违反国际刑法的行为

9. 国际公认的保护措施仅当具备法律效力并可以正式和可靠的方式对违反行为施加制裁。设立前南斯拉夫和卢旺达特设法庭以及通过《罗马规约》以设立常设国际刑事法院是朝此方向迈进的重要一步。大规模屠杀和酷刑罪犯的庇护所正在逐渐消失。两个特设法庭的判例和《罗马规约》批准国数目速增使这方面的发展与国际刑法的重大进展相互配合。这种新生的国际刑事司法范例使严重违反国际刑法的人为过去、现在和未来的罪行面对刑事起诉。

1. 重罪不赦

10. 最近检察官对前国家元首或政府首脑或现任国家元首或政府首脑进行了逮捕、起诉和最终判罪，进一步冲破了犯罪而可以逍遥法外的这一障碍。法庭日益愿意发出无人可以免受法律制裁的信息。必须明确指出：以赦免方式包庇那些严重违反国际人道主义法和刑法的人的做法是无法接受……

2. 刑事司法的影响

11. 对个别嫌疑犯进行公平起诉和审判，免除集体承担罪责，大有助于在冲突后的社会中建立信任和促进和解。引起公众广泛注意起诉可在目前和未来的冲突中制止罪行发生。制止和预防犯罪需要国际社会全心全意支持伸张正义和追究责任的诉求，向在联合国或国家政府赞助下设立的司法安排提供必要的财政资源和作业途径。设立法庭后不给予可靠和持续的资助，不贯彻执行重建国际刑事司法制度的工作，可对大规模暴力行为的受害者造成不利，使他们对司法失去信心。在这方面，拟在塞拉利昂设立法庭和东帝汶设严重罪行审判庭的问题特别值得注意。……

3. 国家司法的重要性

12. 国际起诉对鼓励遵守国际法规则起着重要的作用，但是法规的一贯执行主要取决于国家管辖当局的决心和合作。《罗马规约》鼓励国家起诉。对个人起诉首先是有关国家的责任。国际司法工作仅于国家确实不能或不愿进行调查和起诉时才起补充作用。特别是，越来越多的国家已采用普遍管辖原则。行使普遍管辖权原则的最引人注意的实例是大不列颠及北爱尔兰联合王国应西班牙当局要求以施加酷刑的罪名逮捕前智利总统奥古斯托·皮诺切特和塞内加尔以类似罪名逮捕乍得前总统侯赛因·哈布雷。行使普遍管辖权是鼓励在罪犯原籍国中伸张正义和促进和解的主要因素。但其成功实施要求国家间密切合作，特别是取证和引渡方面。为此，各国必须调整国家法规使其适应国际人道主义法和人权法的公认的标准，以及确保公正和可靠的司法制度。

4. 调查真相和进行和解的工作

13. 卢旺达和其他地方的经验表明，国际或国家司法制度都没有掌握必要的资源对犯下与冲突有关罪行的数以千计嫌疑犯进行起诉。调查真相和进行和解的工作已成为追究过去罪行的一个公认可行方法，这种工作在几年前还被视为罕见的，最近已在尼日利亚、巴拿马、塞拉利昂设立了真相调查委员会；东帝汶也计划设立。在其他几个冲突后的范围也正在讨论设立真相调查委员会的问题。但是，调查真相和进行和解的工作不能代替个别的起诉。这种工作的目标是结合调查真相、追究过去罪行、促进民族和解并支持新兴民主秩序的努力。克服逍遥法外问题的妙方必须适合有关冲突或有关地区的具体情况。……

建 议

1. 我促请安全理事会和大会一开始就向国际努力提供可靠、足够和持续的资助，无论这是现有的或未来设立的国际法庭、在联合国和平行动特派团范围内设立的安排，或者与个别会员国协力开展的工作，以将严重违反国际人道主义法和人权法的人绳之以法。
2. 我建议安全理事会在拟订维持和平任务时，尤其当广泛和一贯违反国际人道主义法和人权法的行为引起反应时，考虑到制订处理逍遥法外问题的安排，并视情况需要制订调查真相和进行和解的安排。

3. **我鼓励会员国采用或加强国内法规和安排，对那些一贯和广泛违反国际刑法的人进行调查、起诉和审判。为此目的，我赞成支持会员国建立能够展开公平诉讼的强大和可靠的司法机构。**

B. 接触脆弱民众

14. 在许多冲突中，安全和无阻地与脆弱民众的接触断断续续，而且经常附带条件，无故拖延或甚至被干脆拒绝。结果民众往往受到沉重的打击：整个社区失去了基本的援助和保护。在这种个别的情况下，平民遭受的痛苦进一步加深，因为在近代战争特别是内部冲突中，故意以平民为目标已成为政治策略的一部分。……
15. 由于大多数冲突的本质，联合国机构、红十字国际委员会和非政府组织必须日益通过谈判以接触需要帮助的人。和平进程往往旷日持久，受苦的民众不能等待进程取得结果。冲突中的准入谈判必须充分理解为一种人道主义需要。……所以显然要有共同的标准，相互配合的谈判战略和熟练的谈判者。实际上，谈判者的能力往往确定了向落难的平民提供人道主义援助和保护的范围。共同的基本规则会有助于使准入谈判更加可靠和有效，并会减少争战各方的错误和对机构的操纵。

1. 取得有意义的接触

16. 一般而言，准入谈判必须有一个明确的目标，即接触受难人民的一个无障碍、切合时宜以及安全和持续存在的人道主义空间。必须不断地与当事方保持联系，在整个冲突中争取掌握和维持这种接触。……

2. 实地的复杂情况

17. 尽管安全理事会屡次重申安全和无阻地进入的重要性……争取安全和正常的接触是每日常有的难事，其中涉及许多引人关注的实际问题，包括条件要求——交战方要求给予一定的援助才准予接触脆弱民众；故意使平民挨饿以便取得粮食援助，为战斗人员提供粮食；或者运送可作战争用途的双用物品。根据国际法，流离失所者和其他冲突受害者无法从国家当局获得保护和援助时，有权寻求国际保护和援助。但是实地谈判内容往往围绕着所涉及的实际问题：例如交战方不承认是否运送某些粮食，因为这样会被视为不利于其作战目的。
18. 这些难题的处理方式往往确定了人道主义工作是否可靠和有效。因此加强准入谈判需要制订争取援助机构的共同政策和准则。这些准则应注意

审批程序、监测运送情况以减少流入战斗人员手上的货物以及有效进行协调。

3. 冲突各方的参与

19. 多派别冲突如在刚果民主共和国发生的冲突表明，为了与不同战区内的脆弱民众进行切实和正式的接触，又鉴于前线每日不断移动，所以必须在地方、区域、国家和国际各级征求许多当事方的同意，这些当事方可能包括许多不同的武装集团和其他非国家行为者，他们的政治、经济和战略目标往往有所不同或者含糊不明。有时这些行动者跨越国际边界，以及故意置身于国际既定规范框架之外。在大多数的国家间冲突中，武装集团实际上控制了另一国的部分领土和当地平民。因此，争取接触这些民众的谈判工作需要这些集团的参与。
20. 国家政府有时担心这种参与会使武装集团合法化。考虑这些关心事项时必须兼顾人道主义行动的紧急需要。这些政府有义务保护在其管辖范围内的每个公民的人身安全，不论其性别、族裔、宗教或政治信念，政府履行其主权责任时应以此为指导。当平民在武装集团控制下政府无法与他们接触时，就必须让立场公正的行动者执行其人道主义任务。失去控制并不意味着政府可以放弃对在其管辖范围内的所有平民的责任。
21. 争取武装集团参加建设性对话对保障冲突地区内人道主义行动的安全也至关重要。战斗人员往往认为向脆弱民众提供人道主义援助和保护并不是一种中立的做法，而是怀有政治动机的。在国家间冲突中当事方的政治和战略目标往往是要将某一族裔、宗教或政治群体赶走和消灭，即使向这些平民提供最基本的需要也会被视为直接干预其作战计划。追求国际法所载各项中立目标的人道主义机构往往被视为立场偏袒，因此成了攻击目标。在过去两年半的期间内在冲突区服务而伤亡的联合国地方和国际文职人员人数激增，这一点不幸地证明了这种发展情况。1992年1月1日至1998年8月31日期间牺牲生命的工作人员达153人，被劫持或绑架的人员有43人（见S/1998/883）；自1998年8月以来，相应数字分别增至198人和240人（2001年2月20日为止）。

4. 国际流离失所者

22. 估计有2000万至2500万人在其本国流离失所，帮助这些人就必须与他们实际接触。1990年代，这个特别脆弱的群体的处境愈益危机。由于该十年期间发生了许多内部武装冲突，这些人的数量显著增加。他们被迫

离乡别井，经常生活于极度贫困之中，不但无处栖身，而且安全没有保障并受到歧视。由于他们归有关国家管辖，保护他们是这些国家当局的首要责任。

23. 在许多情况下国家当局往往没有向这些人提供必要的保护和援助，也没有为国际组织安排安全和实际的接触，由于缺乏一套向在本国流离失所的人提供国际保护和援助的既定制度，为满足其需要而采取的应对措施往往不一致、不适宜和没有效果。……

5. 协调一致的方式

25. 为准入谈判制订协调一致的方式对于脆弱民众和人道主义工作者是生命攸关的事。冲突地区往往有很多国家和国际援助机构，数目众多使它们的工作产生困难。由于国际机构的任务和利益各不相同，所以它们往往独自进行准入谈判，以致削弱了自己和其他机构的应对措施的效果。工作重叠和交战方的把持操纵会危及脆弱的准入协议。因此必须为准入谈判制订更加协调一致的创新方式，例如，根据机构的任务规定“集中”考虑它们的利益，并就相互配合的部门谈判达成协议。……

建 议

4. **回顾安全理事会第1265 (1999) 号决议，其中确认必须使人道主义工作人员安全无阻地接触需要帮助的平民。我促请安理会积极促使冲突的当事方进行旨在安全开展人道主义行动的对话，并表明如果拒绝接触它将出面干预。**
5. **我鼓励安全理事会更经常地向冲突地区派遣真相调查特派团，以查明人道主义援助的具体需要，尤其是得以安全和实际地接触脆弱民众。**

C. 隔离平民和武装分子

28. ……流离失所民众大规模跨越国际边界移动，最经常出现的是因该区域的内战而引起的移动，这种情况已改变了邻国的微妙族裔平衡，并因而破坏收留社会的稳定。此外，还存在一种严重的风险：有时出现几十万民众与武装分子一起移动的情况，这将破坏整个分区域或区域的安全，使原本属于地方性的冲突国际化。
29. ……因此十分紧急的是尽早维护流离失所者——难民和国内流离失所者营地和安置点的平民性质办法是将平民和与平民一起移动的武装分子隔

离开来这种隔离能防止冲突进一步恶化并确保逃避迫害或战争的人获得他们所需要的保护和援助。

1. 流离失所民众和武装分子混杂的影响

30. 无法将武装分子和平民隔离开来已导致这类营地和安置点内及其周围局势的恶化，如西帝汶（印度尼西亚）的例子所示，没有将战斗人员和平民隔离开来会使武装团伙得以接收控制营地及其民众、使局势政治化并逐渐在营内建立军事文化。对难民和邻近当地民众安全的影响十分严重。整个营地民众会由民兵持为人质，民兵在营内为所欲为。使恐怖行动四处蔓延、强迫包括儿童在内的平民加入其团伙，为其队伍提供服务、对妇女进行性骚扰和剥削、蓄意阻止流离失所者回返家园。此外，人道主义援助和供应经常被这些武装分子转用。使原应获得这些供应的平民无法获益。最后，营地的平民和军事性质界线模糊，营地被视为重燃战火的起点，营内平民因而可能成为敌对力量攻击的对象。

2. 应对措施受到的限制

31. 然而，基于实际和政治理由。一直没有针对这种现象采取适当的应对措施。东道国负有主要的责任确保其领土上难民的安全，它们日益感到不胜负荷，无力应付收容大量人口流入的后勤和物资挑战。……事实上，为了避免这种紧张情况并且恐怕会陷入冲突，有可能成为东道主的国家关闭其边界，日益拒绝成为避难所，冲突地区内的流离失所平民的情况也因而进一步恶化。虽然真正认识到东道国在冲突中维护其中立立场的利益，但我们也必须清楚地了解到，这些国家有责任收留处境困苦和受迫害的民众，确保他们受到保护并向他们提供救济和援助。
32. 人道主义机构往往是在这些情况下最先，而且也是唯一实地存在的机构，它们无法鉴定和拘留难民营内的武装分子，解除其武装并使其复员。这些机构既没有获得授权也没有掌握办法这样做。查验武装分子业已导致大量问题。在法律上，国际人道主义法并没有为内部冲突中的战斗人员下定义，这是因为会员国不愿意让它们视为是叛乱或造反者的人具有正式地位。实际上，民兵和武装分子往往试图隐藏在逃难平民之中，他们无需穿上军装或以其他方式表露身份。……此外，内部武装冲突经过停火或停战及重燃战火等不同阶段，以及因而出现的复员和重新动员周期。出现非全时战斗人员（日间为农夫，夜间为战斗人员）再加上平民为战斗人员提供基本协助和住所，问题就更难解除了。结果，人道

主义行动因这类难民营缺乏安全而日益受到威胁。西帝汶（印度尼西亚）和几内亚境内的援助人员遭谋杀就是令人痛苦的例子。结果，不得不从各营地，而且往往是从整个地区撤消行动，这进一步加剧难民营民众的苦难。……

3. 设计一个工具包

34. 可能出现大规模人口流动，还有武装分子混在其中，使整个地区动荡不安，并最终导致国际冲突，西非和大湖区的事件正体现出这种悲惨情况。因此我认为，为安全理事会有关支持东道国采取适当而及时的措施隔离平民和武装分子，从而制止这种人口移动对国际和平与安全构成的威胁。我在关于保护平民的上份报告内建议设计一个工具包用以改善难民的安全情况。……
36. 此外，会员国应支助东道国。向其法律和秩序当局提供双边援助，支持这些国家努力在营内建立安全安排，以制止武装分子渗透。作为第一步，协助将难民营和安置点设在远离边界的地方将有助于防止军事化，援助也可能包括培训和能力建设。设备和后勤以及在营内部署国家警察特遣队，以便进行巡逻和监测。此外还应在各自的警察培训课程内纳入难民环境内的有关经验和做法。……

建 议

6. **我鼓励安全理事会进一步拟订区域办法概念以解决区域和分区域危机特别是制定任务规定时。**
7. **我还鼓励安全理事会支持制定明确的标准和程序，在大规模民众流离失所情况下查明并隔离武装分子。**

D. 冲突情况下媒体和新闻的作用

38. 滥用新闻会给武装冲突带来致命的结果，正如正确利用新闻可以拯救人命。在卢旺达种族灭绝期间利用“仇恨媒体”煽动是个极端的例子，说明如何操纵新闻来挑起冲突并煽动群众暴力。仇恨言论、错误情报和乱对宣传继续被用来作为对付平民的粗率工具，激发族裔暴力并迫使流离失所。因此，防止这类活动并确保散发准确新闻成为保护武装冲突中平民的重要部分。对身陷冲突动乱地区的困苦民众而言。要求公平不倚地报道冲突、战区、埋雷地点及提供人道主义援助的情况与提供住所、粮食、水和医疗服务同样重要。

1. 对抗被用来煽动暴力的仇恨媒体……

40. 发展自由独立的媒体以应付社会各界人士的需求是防止仇恨言论机器避免煽动暴力的最佳办法。……

2. 利用媒体和新闻来支持人道主义行动

42. 在全球信息时代，让受害者表达是调集维护和提高人的生活素质所需支助的重要部分。虽然认识到大众媒体运动时常会歪曲政策优先事项，但可靠媒体报道和适当的新闻管理是各国政府、捐助者、国际组织和非政府组织决策的重要依据。
43. 了解即使是远处发生的事件可进行有根据的评估并提供帮助，特别是帮助人道主义机构在进入冲突地区之前先制定适当的对应措施。关于民众大量流离失所、安全条件、违反国际人道主义和人权法等方面经核查的确实新闻对困苦民众和国际援助工作者同样重要，虽然通信受干扰，利用媒体向困苦民众通报救济机构的活动住所地点粮食水和医疗服务的情况对减轻民众的痛苦可能极为重要。……

3. 保护新闻工作者

45. 这些倡议有许多依赖冲突地区内新闻工作者的勇气和参与。因此，保护他们使其免受骚扰、恐吓和威胁必须成为大家关注的问题。1990年以来全世界遭杀害的新闻工作者人数估计有449人。许多情况下是受害于冲突各方力求制止准确报道其活动，逃避暴力攻击平民的后果，从而阻拦明智决策。在这方面，例如哥伦比亚境内的倡议为新闻工作者制定保护方案作为检察长办公室的一部分，这一倡议是很重要的。波斯尼亚和黑塞哥维那为冲突地区内的受威胁新闻工作者设立热线，这样做可进一步帮助消减其危险。

建 议

8. 我建议安全理事会经常在特派团任务规定内纳入媒体监测机制，以确保有效监测、报告和记载“仇恨媒体”事件和来源。这种机制将包括联合国内外有关新闻利益攸关者和其他有关国际组织、专家非政府组织和独立地方媒体的代表。

四. 提供保护的实体

46. ……新的行动者已在开展活动，而以前曾被忽视的行动者也已变得更加重要。虽然它们在资源、任务、构想以及利益上常常有着极大的差别，但它们可以通过额外资源、新方法和相对优势来增强我们应付暴力冲突的能力。当今的许多冲突中，地方和全球政治、经济利益和犯罪活动不透明地交织在一起，面对这种情况，我们必须促使所有有关的行动者加强对平民的保护，以便最佳程度地利用各组织的有限资源。

A. 负主要责任的实体

1. 政府

47. 保护平民的国际努力只能作为政府所作努力的补充。……各国政府必须显示出它们致力履行保护平民的国际义务的必要决心。这就要求在其领土范围内发起、安排、协调和实施人道主义援助。如果政府由于缺乏资源或不能实际控制其部分领土而无法保护其平民，就可能需要寻求国际系统的支持。国际系统正是为此目的建立的。遗憾的是，在发生冲突时，许多政府不愿意担负起这一责任；事实上，它们常常在任何有效人道主义援助和保护行动中起着重大的阻碍作用。这种国家责任与国际支持之间的相互关系继续对国际社会构成了重大的挑战。

2. 武装团体

48. 近年来内战频繁，导致人们将越来越多的注意力转向参与冲突的武装团体在保护平民方面可能起的作用。在多数国内冲突中，武装团体掌握了对一国部分领土及其居民的控制权。然而，我们却不断目睹它们的权力被滥用于攻击毫无防卫能力的平民，公然无视国际人道主义法。因此，我谨回顾，习惯国际人道主义法规定禁止任意攻击平民。习惯国际人道主义法不仅对国家及其政府具有约束力，而且如1949年《日内瓦四公约》共同第3条所明确规定的那样对参与冲突的武装团体也具有相同而直接的约束力。两个特设法庭的作法以及国际刑事法院规约都强调了追究武装团体违反国际人道主义法的直接责任的原则。

49. 但是，经验表明，许多武装团体在谋求自身目标的时候，故意不遵循公认的一般道德规范。为了在这些情况中促进尊重国际人道主义和人权法，而且也为了便利向脆弱民众提供必要的人道主义援助和保护，我们

必须促使这些团体参与一种分阶段的对话。在这方面，我欢迎安全理事会日益倾向于以武装冲突各方为对象（见第1261（1999）号决议）。重要的是，各援助机构应在其行为守则以及与实地行动者签定的任何单独协议中重申国际人道主义和人权法基本原则。与武装团体的接触应是中立的，不应影响到它们的合法地位或其所提要求的合法性。……

建 议

9. **安全理事会应在其决议中强调武装团体根据国际人道主义法所担负的直接责任。鉴于当代武装冲突的性质，要想保护平民就需要各武装团体参与对话，以便利提供人道主义援助和保护。**
10. **许多武装团体既没有形成一种军事理论，也没有以其他形式将公认的国际人道主义法原则纳入其行动方式之中。因此，我促请会员国和各捐助方支持开展努力，向武装团体散发有关国际人道主义和人权法的资料，并支持采取主动，提高它们对这些规则的含意的实际认识。**

B. 其他实体的辅助作用

51. 保护平民的主要责任固然在于各国政府，但如果政府无法或不愿意履行其义务，国际社会就需要承担起自己的责任。联合国，特别包括安全理事会，需要加强它在这方面的作用，更积极地促使各有关行动者参与活动。有效的协调、更良好的信息流动以及新伙伴关系的建立对于今后国际上对冲突局势成功作出反应至关重要。……

建 议

11. **我建议安全理事会在涉及武装冲突中保护平民问题上，与大会和联合国其他机构建立一种定期交流关系。我建议大会主席利用每月与安全理事会主席举行的会议，提请安理会注意可能需要采取行动的局势。**

1. 民间社会

(a) 非政府组织

53. 近年来，国家和跨国非政府组织的数目和影响力都大为增加。由于新闻界的全球触及面以及信息技术尤其是因特网所提供的可能性，非政府组织现在有更好的条件结成联盟，在全球范围组织和调动协调一致的支持。尤其是，非政府组织已经以事实证明，它们可以对公共政策和国际

法产生重大的影响。在许多冲突局势中，非政府组织很早就发现违反国际人道主义和人权法的行为，对实地的人道主义局势积极开展评估，并呼吁国际上作出协调一致的反应。因此，它们常常成功地提高了公众对冲突的了解从而使政治领导人果断采取行动应付危机。

54. 在实地，非政府组织在提供人道主义救济和援助脆弱民众方面，是联合国每天都不可缺少的伙伴。它们为当地居民所开展的工作常常带有某种程度的保护，特别是在少数族裔所生活的地区。然而，正如联合国人员一样，这些组织的国家和国际工作人员已日益成为攻击的目标。……最后，非政府组织在通过谈判解决建立人道主义通道和接触灾民问题方面，有时甚至在促使交战各派展开谈判方面起着重要的积极作用。
55. 各会员国联合国和其他国际组织以及各非政府组织必须更好地了解彼此的相对优势，以此作为更有效开展协作的第一步。……
56. 1997年《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种地雷的公约》和1998年《国际刑事法院罗马规约》体现了国际民间社会和各国政府的强大力量，它们共同谋求实现一项有助于武装冲突中保护平民的立法目标。

(b) 国内民间社会

57. 国内民间社会是基本的保护来源，尤其是如果所有其他各级的保护都不能起作用的话。在这方面，民间社会不仅指地方非政府组织和人权团体，而且也指宗教团体、慈善机构、大学、工会、法律协会、独立活动者和人权维护者、家庭、部族等等。我们必须继续拓展工作范围，与这些行动者建立协作关系，并利用它们对地方情况的了解、它们在冲突地区开展行动的能力以及它们对当地居民的需要和当地文化规范的灵敏度。因此，为这些行动者提供资金和培训是一项重要投资。尤其是，必须在谈判建立通道，监测虐待情况（尤其是在无法进行国际监测的时候）以及促进与实地有关政治行动者进行对话方面，加强国际和国内民间社会之间的协作。最后，国内民间社会行动者常常最有条件促进提高冲突地区对国际法的认识和尊重。
58. 各国际行动者必须确保流离失所群体在影响他们的决定方面有发言权。流离失所群体不是被动的。……

(c) 妇女儿童和青少年

59. 不幸妇女和儿童是武装冲突的主要受害者。妇女不论是在家庭内部，在逃亡途中，还是在流离失所人口的收容营中都很容易遭受性暴力、人口贩卖和切割性器官等行为之害。然而，妇女在重建遭受战争破坏的社会方面，也发挥着突出作用。妇女在武装冲突期间作为调解人和开展经济活动的一股主要力量的作用仍未受到充分研究与利用。……
60. 尽管儿童在武装冲突期间被迫充当童兵以及遭受许多其他形式的残害，但他们也可以在为战患国建设一个更稳定未来方面发挥作用，……联合国儿童基金会和我的儿童和武装冲突问题特别代表都一再谈到必须确保青少年参与应付人道主义危机以及建设和平活动。……

(d) 私营部门

61. 将近96%的私营部门参与了民用物资和服务的生产，因此私营部门在建设和平和经济稳定以及在补充而不是阻碍人道主义努力方面，有着既得利益。然而，并非所有企业都致力提供帮助或采取对社会负责的态度。外国企业在安哥拉和塞拉利昂钻石业中所起的消极作用证明了这一事实。在冲突地区谋求经济利益所造成的影响已受到日益严密的监督。一些公司已被指控参与侵害人权，一些公司的所得利润继续被用于加剧战争。众所周知，交战方通过出售钻石和其他贵重矿物，为自己装备了小武器和轻武器，从而延长并加剧了战火以及平民的痛苦。因此，联合国务必继续促进在危机地区从事负责任的投资，为此应发展和扩大与私营部门的协作关系。

建 议

12. **我鼓励安全理事会继续调查自然资源非法买卖与战争行为之间的联系，并敦促各会员国和区域组织采取适当措施，对付那些参与非法走私自然资源和小武器，从而可能进一步加剧冲突的公司、个人和实体。**
13. **我敦促会员国颁布并执行行政和立法措施，防止其管辖范围内的私营部门行动者与武装冲突当事方从事可能导致或助长有系统违反国际人道主义和人权法行为的商业活动。**

2. 区域组织

62. 近年来，联合国日益致力于在有关保护平民问题上与区域和政府间组织建立协作关系，这些组织中包括欧洲委员会、欧洲安全与合作组织、非

洲统一组织、西非国家经济共同体、南部非洲发展共同体、东南亚国家联盟、阿拉伯国家联盟、伊斯兰会议组织和美洲人权委员会等。……

建 议

14. **我鼓励安全理事会与各区域组织和安排建立更经常的合作，以确保作出明达的决策，结合更多的资源并利用它们的相对优势。此种合作应包括设立一个定期向安全理事会提出区域性汇报和情况通报的机制。联合国与区域组织之间未来的高级别磋商可以为进一步发展合作，加强在武装冲突中保护平民，提供一个很好的机会。**

五. 最后意见

64. 现有的武装冲突中保护平民的政治和法律文书急需修订。这些文书是在国家行动者占绝对主导地位的时候拟订的，也反映了当时情况。同样的，联合国成立之初的做法也几乎完全着重于会员国之间的关系。
65. 情况改变了，需要新的机制和战略。当今世界上各种冲突的形式——社会暴力、种族清洗、恐怖主义、由国际钻石或石油贸易资助的私自战争——都是国内冲突，与武装集团的扩散有关。这些情况在不同程度上反映出国家在世界局势中中心作用的动摇。平民在这种变化中成为主要的牺牲者，但新的秩序也不完全不利于平民的保护，有些机会是可以利用的，例如，新闻媒介和新的信息技术可以达到全世界；民间社会组织和非政府组织影响日增；全球经济的相互依存以及国际商业无广不屈。
66. 我在报告开始时提到的保护平民的文化是否能够建立大半决定于联合国和整个国际社会是否能适应改变中的世界。我们是否有足够的意愿加强刑事司法制度，不但在国际上，而且在国家管辖范围内？是否愿意同武装集团打交道，因为大多数武装冲突都发生在国家疆界之内？我们是否能够利用媒体和互联网的潜力？是否能与民间社会非政府和区域组织以及私营部门建立有效的合伙关系？这些都不是抽象的问题，而是为了减轻冲突中平民所受痛苦而日常遭遇的问题，如果回答是肯定的，就需要各会员国至少采取本报告和前一次报告中列举的各项具体步骤。
67. 为此目的，我要提请安理会注意一个特别重要的问题。本报告是一系列报告中的第二次报告。从我提出关于武装冲突中保护平民的第一次报告以来已经过了大约18个月。我很遗憾地注意到其中提出的40项建议中

到目前为止只有几项在执行。本报告中又增列了14项建议，我认为要想切实加强对平民的保护，就必须执行这些建议。报告和建议是无法取代有效行动的。保护平民的首要责任在于武装冲突情况所涉各国政府和武装集团。如果它们不履行这些责任，就应由安全理事会决定采取行动。……我促请安全理事会成员审查在执行本报告和前一次报告中提出的建议方面取得的进展。要有明确的证据证明两次报告内的建议促成了朝向这些建议的目标所取得的实际进展，进一步的报告才有其意义。将重点转移到执行已商定的建议，应可确保今后的努力能够较有效地为武装冲突中的平民提供真正的救济和保护。……

讨 论

[尽管有些关于《日内瓦公约》及其附加议定书的资料下文会提及，你也可以从下列文件找到回答这些问题的信息，这包括《国际刑事法院规约》，**案例15**，第634页；1951年《关于难民地位的公约》及其1967年议定书，可访问<http://www.unhcr.ch>；以及《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》，**文件16**，第658页]

1. 你如何看待秘书长在其报告第2段提及的“当代冲突”？是当代冲突比传统冲突更可怕吗？还是因为日益增加的平民伤亡更加难以令人接受？这种无法接受的平民伤亡是否仅涉及国内和/或者种族为导向的冲突？
2. (1) 从国际法的角度，武装团体处于什么地位？它们是国际法主体吗？至少是国际人道法的主体吗？这种法律地位是否赋予其任何合法性？与武装团体的谈判或谈话是否赋予其特定的法律地位或为其提供了某种合法性？国际人道法对武装团体的法律地位如何规定？（比较《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》第3条。）
(2) 它们能否是国际法主体，而且因此是条约的缔约方（比如和平条约、国际人道法条约等）？它们怎样才受国际人道法规则的约束？国际人道法是否明确包括直接适用于武装团体的规则？国际人道法的什么义务对非国际性武装冲突中的武装团体有约束力？在国际性或非国际性武装冲突中，武装团体如何表达其愿意遵守国际人道法规则的意愿？（比较日内瓦公约共同第3条和《第一附加议定书》第96条第3款。）
3. (1) 你是否同意联合国秘书长关于对战争罪犯的追诉是保护平民居民的最好办法这一观点？特别是在非国际性武装冲突中，你是否认为应当为严重破坏国际人道法行为负责的那些人意识到或害怕其行为的潜在的司法后果？武装冲突结束后追诉是否是防止未来冲突中违反国际人道法行为的好办法？对于促进冲突各方的和解而言，如何？

- (2) 国际人道法是否规定了赦免？赦免在什么条件下进行？对于国际人道法的严重破坏行为而言，赦免是否是可接受的？如果不是，那对什么类型的犯罪进行赦免是可接受的？你如何划分哪些行为可以被赦免以及哪些是不能赦免的非法行为？（比较《第二附加议定书》第6条第5款。）
- (3) 在冲突结束之后设立司法追诉体系和真相与和解委员会，这是否矛盾？这两个机构如何相互作用？你如何断定哪些人应当被追诉，而哪些人应当受到真相与和解委员会的审理？什么是保护平民的最佳体系？对于武装冲突的预防而言，什么是最佳体系？对于武装冲突的受害者、其利益和权利而言，什么是最佳体系？
4. (1) 国际人道法关于平民获得人道主义援助的权利规则什么？人道主义组织接触弱势居民的具体规则有哪些？保护人道主义工作人员和交通工具的规则是什么？在国际性武装冲突情形下的规则是什么？在非国际性武装冲突情形下的规则是什么？（比较《日内瓦第一公约》第19条至第26条、第33条至37条、第39条至43条以及第53条至54条；《日内瓦第二公约》第22条至第27条、第34条、以及第36条至43条；《日内瓦第四公约》第18条、第21条至23条、第55条至56条以及第59条；《第一附加议定书》第12条至第16条、第18条、第21条至23条、第69条至第70条；《第二附加议定书》第9条至第12条，以及第18条第2款。）
- (2) 国际人道组织保持中立的重要性是什么？红十字国际委员会是唯一一个中立而独立的组织吗？红十字国际委员会与其他国际性或非政府的人道组织有什么区别？国际、国内或当地层次的人道组织的增加会有什么优缺点？
- (3) 你如何看待正如本报告（第17段）所描述的人道主义行动的复杂性？人道组织是否应当接受诸如将一部分援助给予战斗人员的条件？如果是，这种行为不是为武装冲突提供供养并且违反中立性原则吗？如果不是，这种行为难道就不等于说是放弃挨饿的平民居民吗？
- (4) 故意使平民饥饿是否受国际人道法禁止？是在国际性武装冲突中受禁止还是在非国际性武装冲突中受禁止？这是战争罪吗？还是危害人类罪？（比较《第一附加议定书》第54条和《第二附加议定书》第14条。）
5. (1) 国际人道法是否保护国内流离失所者和难民？这些规则对于国际性武装冲突和非国际性武装冲突都相同吗？战斗员是否可能被赋予难民地位？一个从没有违反国际人道法的战斗员呢？谁负责授予难民地位？（比较《日内瓦第四公约》第23条以及第35条至46条，以及《第一附加议定书》第70条和第73条。）
- (2) 谁负责区分难民营内的平民和武装部队成员？在国内流离失所者营地内谁负责区分？是联合国难民事务高级专员办公室，还是国际社会（维和部队等），国籍国、庇护国、抑或是红十字国际委员会或其他组织？这种区分是一项国际法规则吗？抑或是难民法规则？或者是国际人道法规则？
- (3) 对于逃离国籍国内的武装冲突地区的平民，第三国是否有义务给予庇护？这是对邻国的安全构成威胁？国际社会和/联合国难民事务高级专员办公室是否有义务帮助庇护国处理难民到达的事项？

6. 考虑到一些媒体在战争中的重要作用，你认为媒体设施是否是合法的军事目标？还是仅当媒体传播仇恨或煽动暴力时才是军事目标？谁有权决定媒体是否是“煽动仇恨的媒体”？在“煽动仇恨的媒体”内工作的人煽动暴力行为时会怎样？在武装冲突情形下工作的真正记者会怎样？一般而言，那些记者在国际人道法上的地位如何？这些记者在国际人道法上的保护是否充分？（比较《日内瓦第三公约》第4条第1款第4项，和《第一附加议定书》第52条和第79条。）
7. 国际人道法对妇女和儿童规定了什么保护？是在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中的保护吗？有什么关于招募儿童和儿童兵的具体规则？什么规则能增加对他们的保护？（比较《日内瓦第一公约》第12条；《日内瓦第二公约》第12条；《日内瓦第三公约》第14条、第25条、第88条、第97条和第108条，《日内瓦第四公约》第14条、第16条至第17条、第21条至第27条、第38条、第50条、第76条、第82条、第85条、第89条、第91条、第94条、第97条、第124条、第127条和第132条；《第一附加议定书》第70条和第75条至第78条；《第二附加议定书》第4条、第5条第2款和第6条第4款。）
8. (1) 通过诸如钻石贸易等间接资助武装冲突或者通过向冲突当事方提供武器直接推动武装冲突的私人公司具有什么责任？与武装冲突当事方进行什么样的商业活动会导致对国际人道法的违反？每一项活动都会推动武装冲突的持续吗？所涉公司至少知道其活动违反国际人道法？还是商业活动自身必须与违反国际人道法的行为相关？还是公司必须知道存在违反国际人道法的行为而且自己意在帮助这些违反行为？
 - (2) 此类私人公司的工作人员是否要承担个人刑事责任并且因其支持的武装团体所犯战争罪行而受到追诉？

案例46 国际法院，核武器咨询意见

案 例

[资料来源：国际法院，1996年7月8日，关于使用或威胁使用核武器是否合法的咨询意见，《国际法院报告》，1996年，第226页，可访问<http://www.icj-cj.org>]

本院……

发表下述咨询意见：

1. 请求本院发表咨询意见的问题载于联合国大会（下称“大会”）1994年12月15日通过的第49/75K号决议。书记处在1994年12月20日收到1994年12月19日一封来函的传真，并于1995年1月6日将原函存档。联合国

秘书长以该函正式通知书记官长，大会决定将该问题提交法院发表咨询意见。随函附来第49/75K号决议英文本；决议内容如下：

“大会”……

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

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

本院已经有机会指出：

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

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

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

15. ……某些国家表示担心这个问题的抽象性质可能引导本院作出超越其司法职责范围而基于假设或猜测的宣告。本院不认为，对本案发表咨询意见时，必须写出各种“设想情况”研究各类核武器并评价极其复杂和有

争议性的技术、战略和科学资料。本院只是应用与此情况有关的法律规则，来讨论所引起的问题的各个方面。……

* * *

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

这项《国际盟约》第6条第1款规定如下：“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”……

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

27. ……有些国家在其书面和口头陈述中都进一步辩称，鉴于有关维护和保护环境的现有规范具有根本的重要性。根据这些规范，凡是使用核武器都不合法。

它们明确地提到了许多现有的国际条约或文书。这些文书包括1949年《日内瓦公约》的1997年《第一附加议定书》其中第35条第3款禁止使用“意图或可以预料会对自然环境造成广泛、长期和严重的损害的作战方法和手段”；以及1977年5月18日关于《禁止为军事或任何其他敌对目的使用改变环境技术公约》，其中禁止使用对环境具有“广泛、持久或严重影响”的武器（第1条）。……

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

有些国家辩称环境方面的条约和规范的主要目的是在和平时期保护环境。它们说，这些条约没有提到核武器。它们还指出，这些条约的案文

中没有提到一般战争，尤其没有提到核战争，如果现在以某种方法把这些条约解释为禁止使用核武器，就会动摇法治和对国际谈判的信心。

29. ……各国有一般的义务确保在其管辖范围内或在其控制下的活动尊重其他国家或在国家管辖范围以外地区的环境，这一点目前已成为有关环境的国际法典的一部分。
30. 但是，本院认为，问题不在关于保护环境的条约在武装冲突期间是否适用，而在这些条约所产生的义务是否作为在军事冲突期间全面实行克制的义务。

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

《里约宣言》的原则24的规定实际上支持这个办法：

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

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

这些规定是对所有签署上述规定的国家的有力约束。

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

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

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

*

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

* *

35. 将这项法规适用于本案时，本院却不得不考虑到核武器的某些独有的特征。

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

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

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

* * *

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

38. 《宪章》载有几项关于进行战力威胁或使用武力的规定。……

39. ……包括核武器。依据条约或习惯本身已属非法的武器不因用于《宪章》规定的正当目的而成为合法。

40. 根据第五十一条行使自卫的权利应受某些限制。有些限制为自卫概念本身所阴向第五十一条明确规定其他的条件。
41. 自卫权的行使应符合必要性和相称性的条件，这是习惯国际法的一项规则。如本院在关于在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动（尼加拉瓜诉美利坚合众国）一案中所表示（《1986年国际法院判例汇编》，英文本第94页第176段）：“有一项具体规则，规定自卫只许采取与武装攻击相称并为对付武装攻击所必需的措施：这是习惯国际法的一项根深蒂固的规则”。……
42. 因此，相称性原则可能本身并非在所有情况下都排除使用核武器自卫。可是与此同时，根据自卫法使用相称的武力也必须符合武装冲突中适用的法规的要求，其中特别包括人道主义法的原则和规则，才算合法。
43. 某些国家在其书面和口头陈述中表示，对于核武器的情况，必须根据其他的因素来评断相称性的条件。它们声称，鉴于核武器本身的性质，并鉴于核战争升级的可能性很大，造成很大破坏的危险性极高。它们说，危险性因素否定遵守相称性条件的可能。本院认为不必以数量来表示这种危险；也不必探讨现在究竟有没有足够准确的战术核武器可以限制危险的问题；本院只须指出，所有核武器本身的性质及其连带的巨大危险是那些认为能够按照相称性条件用核武器进行反击以求自卫的国家必须牢记的其他考虑因素。……
51. 本院讨论了《宪章》中关于以武力进行威胁或使用武力的规定后，现在转过来讨论武装冲突中所适用的法律。本院将首先讨论国际法中有没有具体的规则规定使用核武器本身为合法或非法；然后参照武装冲突中所适用的法律本身，即参照武装冲突中所适用的人道主义法及中立法的原则和规则，来审查提交本院的问题。

* *

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

*

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

54. 在这方面，有人提出一种论点，认为对待核武器应象对待毒性武器一样。在这种情况下，核武器将为下列各公约所禁止：
- (a) 1899年7月29日《海牙第二宣言》，其中禁止“使用专用于散布窒息性或有毒气体的射弹”。
 - (b) 1907年10月18日《海牙第四公约》所附《陆战法律和惯例章程》第23条(a)款，其中“特别禁止：……使用毒性或有毒武器”；
 - (c) 1925年6月17日《日内瓦议定书》，其中禁止“在战争中使用窒息性、毒性或其他气体，以及使用一切类似的液体、物体或器件”。
55. 本院要指出，《海牙第四公约》所附《章程》并未说明“毒性或有毒武器”应作如何理解，而且这个问题现在有各种不同的解释。1925年《议定书》也没有说明对“类似的物体或器件”一词所应赋予的意义。在国家实践中，他们是以一般的意义来理解这些词语，认为包括主要或甚至唯一的作用在于使人中毒或窒息的武器。这个惯例很明确，而那些文书的缔约国并没有把它们当作与核武器有关。
56. 有鉴于此，本院不认为可以根据上述1899年《海牙第二宣言》、1907年《海牙第四公约》所附《章程》或1925年《议定书》的规定，明确禁止使用核武器(见上面第54段)。
57. 到目前为止的一贯做法是以特定的文书宣布大规模毁灭性武器为非法。近来缔结的这类文书是1972年4月10日《关于禁止发展、生产、储存细菌(生物)及毒素武器和销毁此种武器的公约》——其中禁止拥有生物和毒素武器并加强禁止使用这类武器——和1993年1月13日《关于禁止发展、生产和储存和使用化学武器和销毁此种武器的公约》——其中禁止化学武器的一切使用并要求销毁目前储存的这类武器。
- 这些文书每一项都是根据本身的背景，为了本身的理由谈判通过的。在明白禁止使用某种大规模毁灭性武器的条约中，本院找不到任何禁止使用核武器的具体规定。……
62. 本院注意到，专门处理核武器的取得、制造、拥有、部署和试验的条约，虽然没有明确讨论到这类武器的威胁或使用，但确实显示出国际社会日益关切这些武器；本院由此断定，这些条约因此可以被看作预示将来会有一项全面禁令禁止使用此种武器的，但它们本身并不构成这项禁令。至于《特拉特洛尔科条约》和《拉罗通加条约》及其各项《议定书》，以及在无限期延长《不扩散核武器条约》时所作的各项声明，这些文书显示；

- (a) 若干国家已经承诺不在特定区域(拉丁美洲:南太平洋)或对某些国家(《不扩散核武器条约》的无核武器缔约国)使用核武器;
 - (b) 不过,即使在这个框架内,核武器国家仍保留了在某些情况下使用核武器的权利;
 - (c) 这些保留却没有引起《特拉特洛尔科条约》或《拉罗通加条约》的缔约国或安全理事会的反对。
63. 这两项条约和核武器国家在1995年提出的安全保证,而且安全理事会又表示满意地注意到这些保证,这一切都证实人们日益认识到需要使国际社会的国际公众脱离核武器的存在所带来的危险。本院还注意到,最近于1995年12月15日在曼谷签署了《东南亚无核武器区条约》,又于1996年4月11日在开罗签署了一项关于建立非洲无核武器区的条约。但本院并不认为这些事情合起来等于这样一项全面普遍禁止使用或威胁使用此种武器的公约。
64. 本院现在进而审查习惯国际法,以确定禁止以核武器进行威胁或使用核武器本身是否以该法源为依据。才院已经宣布,这种法律的实质必须“主要在各国的做法和法律意见中寻找”(大陆架阿拉伯利比亚民众国/马耳他一案,判决书,《1985年国际法院案例汇编》:英文本第29页第27段)。
65. 认为使用核武器为非法的国家努力证明有一项禁止使用核武器的习惯法规则存在。它们提到各国自1945年以来未曾使用核武器的一贯做法,认为这种作法是拥有核武器的国家所表达的一种法律意见。
66. 另外一些国家坚称在某些情况下以核武器进行威胁或使用核武器是合法的,并援引威慑的理论与做法来支持其论点。它们回顾,它们一直都同其他一些国家一致保留在对付威胁到它们的根本安全利益的武装攻击时行使自卫权使用核武器的权利。它们认为,如果说自1945年以来未曾使用核武器,那不是由于原有的或刚出现的一种惯例,只是因为幸运地未曾出现可以构成使用核武器的理由的情况。
67. ……本院无意对所谓“威慑政策”的做法表示意见。它指出,事实上许多国家在大部分冷战时期都曾经遵循、而且将继续遵循此一政策。此外,对于过去五十年未曾使用核武器一事是否构成法律意见的一种表示,国际社会的成员对这个问题的意见极为分歧。在这些情况下,本院不认为自己能够断定确有这种法律意见存在。

68. 某些国家认为，从1961年11月24日第1653 (XVI) 号决议开始，大会一系列重要的决议讨论核武器，并且一贯定期申明核武器为非法，这些决议表明目前存在着一项禁止使用核武器的习惯国际法规则。然而，另一些国家却认为，这些决议本身不具有约束力性质，也未曾宣示任何关于禁止核武器的习惯法规则；……
70. 本院注意到，大会的决议纵无约束力，有时候却可以具有规范的价值。在某些情况下，它们可以作为重要的证据来确定有一个规则存在或有一种法律意见刚刚出现。要确定大会某一项决议是否如此，则必须看看决议的内容和通过决议时的状况。还必须看看是否有一种法律意见存在，认为这项决议具有规范的性质。
71. 作为整体来研究，这些提交本院的宣称使用核武持“直接违反《联合国宪章》”；而且在某些措词中宣称“应禁止”使用核武器。这些决议的重点有时候转移到各种相关的事项；然而，本案所审查的决议之中有几项决议在通过时，相当多的国家投反对票或弃权；因此，这些决议虽然显示各方对核武器问题深感关切，仍然不足以确立定有一种认为使用核武器为非法的法律意见存在。
72. 本院还注意到，大会明文宣布使用核武器为非法的多项决议中第一项是1961年11月24日第1部3 (XVI) 号决议（后来多项决议都提到它）：这项决议提起从1868年《圣彼得堡宣言》到1925年《日内瓦议定书》的一些国际宣言和有约束力的协定，然后进而限制核武器的合法、确定其作用，并将习惯国际法的一般原则特别适用到核武器。大会将习惯法的一般原则这样地适用到核武器的特别情况，就表明大会认为习惯法尚无禁止使用核武器的明确规则：如果这样一项规则已经存在，大会只须提到这项规则，而无须这样费事对其施加法律上的限制。
73. 经过上述说明之后，本院指出，大会每年都以极大多数票通过决议，其中回顾第1653 (XVI) 号决议并请会员国缔结一项公约禁止在任何情况下使用核武器；这就显示国际社会有极大部分希望具体而明文地禁止使用核武器，借此朝着全面核裁军的方向跨出一大步。一方面刚刚出现这种法律意见，另一方面，仍然有人坚持威慑的作法，两者之间不断存在的紧张状态有碍于出现一项习惯法规则，作为现行法，明确禁止使用核武器。

74. 本院既找不到协约法中一项全面适用的规则或习惯法上的一项规则明确禁止以核武器进行威胁或使用核武器，现在要讨论的问题是：根据武装冲突中适用的国际人道主义法和中立法的原则和规则，是否应当把使用核武器视为不合法。
75. 很多习惯法规则是从国家的做法发展出来，成为与所提问题有关的国际法的一个组成部分。传统所称的“战争法规和惯例”是海牙进行的编纂工作（包括1899年和1907年两项公约）的主题，有一部分是根据1868年《圣彼得堡宣言》以及1874年布鲁塞尔会议的结果。这项“海牙法规”，更具体地说，《陆战法规和惯例章程》，确定交战国在作战行动中的权利和义务，并限制在国际武装冲突中伤害敌人的方法与手段的选择。此外，应加上“日内瓦法规”（1864年、1906年、1929年和1949年的各项公约），这项法规保护战争受害者，旨在保障丧失作战能力的武装部队人员和没有参加敌对行动的人员的安全。在武装冲突中适用嵌这两种法规的相互关系越来越密切，被认为已逐渐形成单独一个复杂的系统，即今天所谓国际人道主义法。1977年《附加议定书》的规定表现并证明这项法规的统一性和复杂性。
76. 本世纪初叶以来，由于新的战斗工具的出现，虽然没有引起对国际法的长期原则和规则的怀疑，却必须订出一些明确规定禁止使用某些武器，例如400克以下的爆炸炸弹、达姆弹和窒息毒气。接着，1925年《日内瓦议定书》禁止化学和细菌武器。更近一点，1980年10月10日《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》，按照个别情况，禁止或限制使用产生“无法检测的碎片”的武器、其他类型的“地雷、饵雷和其他装置”以及“燃烧武器”。该公约中关于“地雷、饵雷和其他装置”的条款刚刚在1996年5月3日修正，比如，现在对使用杀伤地雷作出更加详细的规定。
77. 这一切都显示军事行动应受一套法律规定的管制。如1907年《海牙陆战法旗和惯例章程》第22条所说，这是因为“交战国在损害敌人的手段方面并不拥有无限制的权利”。《圣彼得堡宣言》已经谴责使用“不必要地加重伤员的痛苦或使他背不能避免死亡”的武器。上述《陆战法规和惯例章程》是1907年《海牙第四公约》的附件，其中禁止使用“造成不必要痛苦的武器、投射物或物质”（第23条）。
78. 构成人道主义法体系的各项文书的主要原则如下。第一项原则的目的是保护平民和平民目标，并规定战斗人员和非战斗人员的区别；各国绝不

可把平民作为攻击的目标，因此绝不得使用不能辨别平民目标和军事目标的武器。根据第二项原则，禁止对战斗人员造成不必要的痛苦；因此禁止使用对他们造成这种伤害或不必要地加重他们痛苦的武器。根据第二项原则，各国并非毫无限制可以自由选择使用武器。

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

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

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

79. 毫无疑问，如1994年4月9日科孚海峡案判决书（《1949年国际法院判例汇编》，第22页）内本院所说，因为军事冲突中适用的很多人道主义法规则对人身的尊重和“人性的基本考虑”如此重要，所以各国才普遍加入《海牙公约》和《日内瓦公约》。此外，所有国家都应遵守这些基本规则，不论是否已经批准载有这些基本规则的各项公约，因为它们构成习惯国际法中不可违反的原则。
80. 1945年纽伦堡国际军事法庭已裁定，1907年《海牙第四公约》所附《章程》中的人道主义规则“为所有文明国家所承认，并被认为宣示战争法规和惯例”（国际军事法庭，《主要战犯审判》，1945年11月14日至1组6年10月1日，纽伦堡，1947年，第一卷第254页）。
81. 秘书长在他根据安全理事会第808（1993）号决议第2段提出的报告中提出《起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》，并经安全理事会一致通过（第827（1993）号决议）。报告内说，

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

用于武装冲突的法律，是国际人道主义协约法中毫无疑问地成为习惯国际法的一部分：1949年8月12日《关于保护战争受害者的各项目内瓦公约》；1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙（第四）公约》及其所附《章程》51948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1945年8月8日《国际军事法庭宪章》。”

82. 由于人道主义法的广泛编纂和由此缔订的条约得到各国普遍加入，加之所编纂的文书内所载有的退约条款从未被引用，从而使国际社会拥有一批条约规则，其中大多数已经成为习惯法规则，并且反映最受普遍承认的人道主义原则。这些规则指出国家应有的正常举动行为。……
84. 本院也无须阐明1977年《第一附加议定书》对核武器的适用性问题。本院只需指出，在1974-1977年外交会议上，既然没有对核问题进行实质性辩论，也没有提出关于这个问题的具体解决办法，《第一附加议定书》就不能取代包括核武器在内的一切战斗手段和方法所适用的一般性习惯法规则。本院特别回顾所有国家都受《第一附加议定书》内这些规则的约束，而这些规则一经通过，只不过表达先前存在的习惯法，就象《第一附加议定书》第一条所重申的《马顿斯条款》。1974-1977年会议没有具体处理某些类型的武器，但不能据此对使用这类武器可能产生的实质问题作出任何法律结论。……
86. ……本院同意这种看法。不错，核武器是在武装冲突用适用的大多数人道主义法原则和规则已经存在之后才发明的；1949年和1974-1977年两次会议又把这种武器撇在一边，而且核武器和一切常规武器之间存在质量上和数量上的差别。但是，不能据此断定武装冲突所适用的人道主义法既定原则和规则不适用于核武器。这样的结论不符合这些法律原则所固有的人道主义性质，而这种性质遍布于整个武装冲突法规并适用于所有方式的战争和所有类型的武器，包括过去、现在和未来的战争和武器。在这方面，似乎值得注意的是，有一种论点认为人道主义法规则不适用于新的武器，因为后者是新生事物，但在当前的程序中却没有人提出这个论点。相反地，却有人明确反对以核武辑套新盛雪事物作为论据，来否定国际人道主义法适用于核武器。

“一般来说，国际人道主义法适用于以核武器进行威胁或使用核武器的情况，一如适用于以其他武器进行威胁或使用其他武器的情况。国际人道主义法的形成是为应付当代的情况，不只是适用于以前的武器。这种法律的基本原则保持不变：基于人道主义理由，减轻并约束战争的残酷

行为。”(新西兰, 书面陈述, 第15页第63-64段。) 本院收到的陈述之中, 没有一项主张不顾人道主义的限制而自由使用核武器, 恰恰相反, 其中明确声称:

“武装冲突所适用的关于作战手段和方法的规则中制订的限制肯定也适用于核武器”(俄罗斯联邦, CR95/29, 第52页);

“就习惯战争法而吉, 联合王国一向同意核武器的使用应受战争法一般原则的限制”(联合王国, CR95/34, 第45页);

“美国长久以来一直认为武装冲突的法规适用于核武器的使用一如同适用于常规武器的使用”(美利坚合众国, CR95/34, 第85页)。

87. 最后, 本院指出, 《马滕斯条款》继续存在和适用性是不容怀疑的, 也肯定人道主义法的原则和规则适用于核武器。……
90. 虽然人道主义法的原则和规则及中立原则对核武器的适用性几乎没有争议, 但从这项适用性作出的结论却有争议。……
94. 本院要指出, 若干国家主张在某些情况下可以合法使用核武器, 包括“干净地”使用小型、低能量的战术核武器, 但其中没有一个国家表明, 假定这种有限使用方式实际可行, 在什么确切的情况下才有正当理由使用这种武器; 或表明这种有限使用方式会不会升级成为全面使用高能量核武器。既然这样, 本院就不认为它有充分的根据来断定这种观点的正确性。
95. 本院也不能断定另一种观点正确性: 即认为在任何情况下使用核武器均为非法, 因为核武器根本完全不符合武装冲突中适用的法律。当然本院已经指出, 武装冲突中适用的法律原则和规则一其中心是以人类为至高无上的考虑—规定武装冲突的行为必须遵守若干严格的要求。因此, 凡是无法区分平民目标和军事目标或对战斗人员造成不必要痛争的战争方法和手, 都禁止使用。考虑到本院在上文提到的核武器的独有特点, 使用主种武器事实上与遵守这些要求显然不能相容。虽然如此, 本院认为它没有充分的条件使它能够确实断定使用核武器在任何情况下必然违反武装冲突中适用的法律原则和规则。
96. 此外, 法院不能忽略每一国家求生存的基本权利, 因而也不能忽略也在生死存亡关头根据《宪章》第五十一条行使自卫的权利。

本院也不能忽视国际社会有相当多的国家多年来所遵循的所谓“威慑政策”的做法。本院又注意到某些核武器国家在他们所作的承诺, 特别是

根据《特拉特洛尔科条约》的议定书和《拉罗汤加条约》的议定书以及根据他们在延长《不扩散核武器条约》时发表的声明所作出的不使用核武器的承诺后面附加了保留。

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

.....

105. 由于这些原因，

本院，

(1) 以13票对一票，

决定接受关于提供咨询意见的请求；

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

反对：法官小田滋。

(2) 对大会提出的问题答复如下：

A. 一致认为，

习惯国际法或协定国际法中没有任何明确规定允许以核武器进行威胁或使用核武器；

B. 以11票对3票，认为，

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

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

反对：法官沙布哈丁，威拉曼特里，科罗马。

C. 一致认为，

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

D. 一致认为，

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

E. 以7票对7票，主席投票，认为，

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

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

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

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

F. 全体一致认为

各国有义务秉持善意，谈判缔结一项在各个方面都处于严格和有效国际控制下的核裁军的协议。

讨 论

1. 第74段至第87段：国际人道法是否适用于核武器的使用？是否存在例外？

(1) 国际人道法规则是否仅仅是“指明国家应有的正常举动行为”（第82段），抑或是对国家有约束力？即便对于核武器的使用也是如此？

(2) 《日内瓦公约》和《海牙公约》是否仅在它们是习惯法的范围内适用于核武器的使用问题？

- (3) 你是否能设想核武器的某种具体使用，既不受本判决第78段所述原则的禁止，也不被第79段所述已经构成习惯法的条约所禁止，但是因为“马斯顿条款”而属于非法？是否正是因为马斯顿条款所以尽管没有关于核武器的专门条款国际人道法仍适用于核武器的使用？
- (4) 《第一附加议定书》是否适用于核武器的使用？为什么它不应当适用？是否只有《第一附加议定书》内的习惯法可以适用于核武器的使用？是否只有在1977年当《第一附加议定书》通过时就已经是习惯法的那些规则可以被适用？抑或也包括那些后来成为习惯法的规则？自从1977年以来，习惯国际人道法是否有所发展？那些新的习惯国际人道法规则是否适用于核武器的使用？那些在《第一附加议定书》的影响下成为习惯法的规则呢？
2. 第94段至第97段，第105段第2点第5项：国际人道法是否在任何时候都禁止核武器的使用？法院是否回答了这一问题？
- (1) 由于对事实或法律存在疑虑（也就是说，因为不能排除核武器直接用于军事目标并且其效果仅限于军事目标或者导致的平民损害不是不相称的情形存在的可能性，此类使用符合国际人道法的所有规则）法院是否难以得出确切的结论？
- (2) 法院是否认为“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”可以使用核武器？
- ① 在上述情形下是否能使用核武器，法院对此是否存在疑虑？如果法院认定核武器的使用“通常违反国际人道法，但不能排除在极端情况下核武器的使用属合法，法院这样是不是事实上承认在上述极端情况下违反国际人道法也可能合法？上述极端情况下的行为在国际人道法上是否属于合法，抑或“诉诸战争权”法优于“战时法”？
- ② “一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”，交战方是否可以对战犯实施酷刑、在战场上处死伤员，或用有红十字标记的救护车运输武器？在国家自卫时，国际人道法是否应当得到尊重？“一国的生存面临极大危险而进行自卫的情形下”国际人道法是否应当得到尊重？国际法院是否质疑这一答案的肯定性？如果对于国际人道法的答案是否定的，那会产生什么后果？
- ③ 是由谁决定是否存在“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”？“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”违反国际人道法的当事国的敌方会有什么反应？
- (3) 你如何解释国际法院在回答第105段第2点第5项核心问题时的区分以及在答案中似乎混淆“诉诸战争权”和“战时法”？如果法院作出肯定或否定的结论，这对国际法院和对国际人道法而言会有什么后果？如果法院得出结论认为核武器的使用在国际人道法下属合法，而不是得出结论认为原则上核武器的使用属非法但“一个国家在生死存亡关头实行自卫的极端情况下”可以提供证明其合法，这对国际人道法而言是否更好？

3. 第25段：武装冲突中生命权仅受国际人道法的保护还是也受国际人权法的保护？国际人权法下生命权是否不是不受减损的而国际人道法承认战场上战斗员的“杀人权”？在联合国人权事务委员会（被要求监督《联合国公民权利与政治权利盟约》的实施，参见人权委员会网站，可访问<http://www.ohchr.org>），生命权是否可以援引对抗武装冲突中的特定交战行为？
4. 第27段至第33段：国际环境法是否适用于武装冲突？
 - (1) 保护环境的一般条约和习惯法在武装冲突中是否适用？
 - (2) 当“估量某项行动是否符合必要性和相称性原则（亦称，比例性原则）”时，《第一附加议定书》第35条第3款规定的禁止是否仅需要“适当考虑”还是在所有情形下都必须得到尊重？即便是在国家行使自卫权的情况下？
 - (3) 第30段提及的必要性和相称性原则是否是国际人道法原则？抑或这一段只是涉及“诉诸战争权”？还是说这一段混合了诉诸战争权和战时法？
5. 第43段：第43段提及的相称性原则（以及应当予以考虑的价值）与《第一附加议定书》第51条第5款第2项的规定是否相同？
6. 第55段：为什么核武器不是国际人道法上禁止有毒武器意义上的有毒的武器？是因为毒品是通过化学过程发生作用，而反射性是一个物理过程？
7. 第64段至第73段：自从1945年以来核武器从没有被使用过这一事实是否证明了禁止使用核武器是一项习惯法规则，因为1945年以来发生了很多武装冲突，包括一些行使自卫权的冲突，有一些武装冲突是拥有核武器的国家失败了？
8. 这份咨询意见的哪些方面对国际人道法或是对武装冲突受难者具有帮助或有害？如果从来没有请求发表过这样一份咨询意见，情况是否会更好？咨询意见是否表明了当代国际法发展的一个普遍方向？这一方向对国际人道法而言意味着什么？

六、国内立法

案例47 瑞士，军事刑法典

案 例

(一) 法典

[资料来源：《联邦法律系统汇编》，321.0 可访问：http://www.admin.ch/ch/f/rs/321_0/index.html；非官方的翻译]

《军事刑法典》

1927年6月13日联邦法律 (截至2004年6月1日)

.....

第2条

军事刑法适用于以下人员：

1. 应服兵役人员；
.....
9. 武装冲突中负有违反国际法罪行的平民 (第108到114条)。
.....

第3条

就现役人员而言，经联邦委员会决定并由其确认，军事刑法也适用于以下人员：

-
4. 属于交战国武装部队的被拘禁的军事人员、民兵或志愿军，包括有组织抵抗运动的成员；由军队负责的被拘禁的平民和难民；
.....

第4条

在战争期间，除第2、3条所述人员外，以下人员也应受军事刑法调整：

1. 为武装力量服务、但未直接构成武装力量组成部分之人员。
.....

- 3. 涉及本法典规定之罪行的战俘，在瑞士或瑞士以外、于战争中被俘前对瑞士或军队，或属于瑞士军队的人员犯罪的；
 - 4. 为实施犯罪而滥用地位的敌方谈判代表及其随从人员；
 - 5. 战区和被占领土上被拘禁的平民。
-

第9条

- 4. 与犯罪地有关之情形
 - 1. 本法典适用于在瑞士和瑞士以外所犯罪行。
第一次修改 [2003年12月19日通过，2004年6月1日生效] 本法典亦应适用于第2条第9款所述人员，即在武装冲突中在外国违反国际法的人和外国人 (第108条至第114条)，当他们：
 - (1) 出现在瑞士境内时；
 - (2) 与瑞士有紧密联系；
 - (3) 无法引渡或移交给国际刑事法庭。
-

第六章 武装冲突中违反国际法的罪行

第108条 范围

- 1. 本章各条款适用于两国或多国之间经宣战的战争或其他武装冲突情形；包括违反中立和为对抗违反中立而使用武力的情况。
- 2. 如有关国际协定规定了更广泛的适用范围，违反该协定的行为亦应受到处罚。

第109条 违反战争法的行为

- 1. 除非有更严厉的条文适用，任何违反有关敌对行为和有关人员与财产保护的条约规定的人，以及任何违反公认的战争法和习惯的人，应当受到监禁处罚。在严重的情况下，应当受到长期监禁处罚。
- 2. 轻微违法行为应受纪律处罚。

第110条 滥用国际标志

任何人滥用红十字、红新月、红狮日标志，或文化财产保护标志，或非法利用以上标志准备实施或实施敌对行动的，应受监禁处罚。在严重的情况下，应当受到长期监禁处罚。

第111条 针对国际组织保护的人员和物体的敌对行动

- 1. 任何参与对红十字、红新月、红狮日，或文化财产保护标志保护下人员的敌对行动，或阻止他们行使职责，任何破坏或损害红十字、红新月、红狮日标志保护下的物体，

任何非法破坏或损害文化财产保护标志保护下的文化财产或物体的人，应受监禁处罚。在严重的情况下，应当受到长期监禁处罚。

2. 轻微违法行为应受纪律处罚。

第112条 未能履行对敌人的职责

任何杀害或伤害已投降或已停止抵抗的敌人，任何残害敌人尸体的人，应受监禁处罚。在严重的情况下，应当受到长期监禁处罚。

.....

第114条 针对谈判代表的犯罪

任何人虐待、辱骂或没有正当理由拘留敌方谈判代表或其随从人员的应受监禁处罚。

.....

(二) 联邦议员萨穆埃尔·施密德向国民院做出的解释， 2003年12月15日

[资料来源：国民院官方公报，2003年，第1987—1988页；非官方译本。]

我更具体地表述的，也是委员会已经特别讨论的，是这一术语在理解上的一些例子。首先，任何人居住在，或其生活中心位于瑞士，则与瑞士有紧密联系。那样就清晰了。这些人包括、但不限于寻求庇护者，寻求庇护申请被拒绝者和难民。这些人为寻求避难而有意进入瑞士。他们应在法律保护的范围之内。同样，那些有近亲属，比如父母、配偶或子女居住在瑞士并与这些亲属保持惯常联系的人，与瑞士有足够的密切联系。同样，为住院病人医疗目的逗留在瑞士的人也适用。在瑞士拥有不动产的人，即使与瑞士没有其他联系，也具有在拟议条款意义范围内的与瑞士的密切联系。瑞士的一小部分属于他们，这为他们提供了必要的联系。

在瑞士的银行拥有帐户的人与瑞士没有足够紧密的联系，因为他们可以在世界上任何地方管理该帐户。依此类推，仅仅是旅行经过我们国家的人，或只停留很短时间并打算离开或继续后面的旅行的人没有此种意义上的紧密联系。

讨论

1. (1) 上述条款是否满足瑞士对涉嫌严重破坏《日内瓦公约》的人进行（普遍）管辖的义务？有没有漏洞？（分别依次比较四项《日内瓦公约》的第49/50/129/146条和《第一附加议定书》第85条。）

- (2) 瑞士是否也那些虽然没有构成严重破坏《日内瓦公约》但却违反该公约的行为建立了普遍管辖权？（分别比较依次比较四项《日内瓦公约》的第50/51/130/147条与《第一附加议定书》第11条和第85条。）
2. (1) 2004年通过的对第9条的修正案是否与四项《日内瓦公约》的分别第49、50、129、146条规定的义务一致？这些条款是否要求瑞士对未在其领土内发现的人进行管辖？对在其领土内、但与瑞士没有密切联系的人呢？对可以交给国际刑事法院的呢？第9条的修正案第3款是否与国际刑事法院对国家刑事管辖权的补充性相一致？（参见**案例15**，国际刑事法院，序言第10段，第1条和第17条，第634页。）
- (2) 基于第二份解释性文件，请解释为何瑞士要增加修改第9条？
3. 瑞士《军事刑法典》第108-114条包含了国际人道法规定的全部严重破坏的行为？在哪些方面超出了？它们允许对违反习惯人道法的行为进行惩罚吗？他们允许对违反适用于非国际性武装冲突的习惯法的行为进行惩罚？
4. 瑞士《军事刑法典》第109条这样的一般性条款有何利弊？惩罚严重破坏1968年通过的第109条下严重破坏《第一附加议定书》的行为是否违反“法无明文规定不为罪”的原则？

案例48 德国，国际刑法典

案 例

[资料来源：德国，2002年6月26日《违反国际法犯罪法典引入法案》；可访问：德文版 <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/vstgb/index.html>；也可访问：<http://www.icrc.org/ihl>；部分脚注重印。]

2002年6月26日

《引入违反国际法犯罪法典的法案》

联邦议会已通过以下法案：

第1条 《违反国际法犯罪法典》(CCAIL)

第1部分 一般条款

第1条 适用范围

本法适用于所有本法规定的违反国际法的刑事犯罪、本法规定的严重刑事犯罪，即使犯罪是在境外实施并且与德国没有任何联系。……

第3条 基于命令的行为

只要实施者并没有意识到命令是非法的，以及只要命令本身不是显属非法，任何人在执行军事命令或实际上必须遵守的类似命令时实施了第八条至第十四条所规定的犯罪的，其应属无罪。

第4条 军事指挥官和其他上级的责任

- (一) 因疏忽未能阻止他或她的下级实施本法所规定的犯罪的，该军事指挥员或民事上级应当受到该下级实施的犯罪的同样惩罚。在这种情形下，不适用刑法典第13条第2项的规定。……

第5条 诉讼时效不适用

对本法规定的严重刑事犯罪 的追诉以及对其受到的刑罚的执行不应受到任何时效的限制。

第二部分 违反国际法的犯罪

第一章 种族灭绝和危害人类罪

第6条 种族灭绝罪

- (一) 任何蓄意全部或局部消灭某一民族、种族、宗教或族裔团体的人：
1. 杀害该团体一成员；
 2. 致使该团体一成员在身体上或精神上遭受严重伤害，特别是《刑法典》第226条所规定的类型；[脚注4：德国刑法典第226段表明严重伤害引起以下损害：单眼或双眼失明，失聪，失语或失去生育能力；丧失重要肢腿并严重失去其用，或严重毁容，成为残疾，瘫痪，患精神疾病或残废。(非官方译文)]
 3. 使该团体处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；
 4. 强制施行办法，意图防止该团体内的生育；
 5. 强迫转移该团体的一儿童至另一团体。应当被判处终身监禁。[……]

第7条 危害人类罪

- (一) 任何人，作为广泛或有系统地针对任何平民人口的攻击的一部分：

1. 杀害某一入；
2. 以全部或部分摧毁人口为目的，使该人口或部分人口处于某种生活状况下，以毁灭其全部或局部的生命；
3. 贩运人口，特别是妇女和儿童，或以另一方式奴役某个人，并且此间声称自己对其具有所有权；
4. 违反国际法的一般规则，通过驱逐或其他强制行为，驱赶或强行迁移合法居住在某一地区的人口至另一国家或另一地区；
5. 对在他或她的羁押或在他或她的相同控制之下的人以致使该人的身体或精神遭受重大伤害或痛苦的方式实施酷刑，但是这种伤害或痛苦并非来自符合国际法的制裁；
6. 性强制、强奸、强迫卖淫或剥夺他或她的生育能力，或以影响任何人口的种族构成为目的而强迫妇女怀孕；
7. 以将他或她长期置于法律保护之外为目的，致使某人强迫失踪，
 - (1) 以某个国家或政治组织的名义或经其批准而进行的绑架，或严重地剥夺他或她的人身自由的相同方式，经询问时未能就该人的命运和下落立即给出真实的信息，或者
 - (2) 以某个国家或政治组织的名义或违反法定义务的方式，拒绝立即就上述第(1)项情形中被剥夺人身自由的人的命运和下落给出信息，或给出错误的信息；
8. 致使另一人严重的身体或精神伤害，特别是《刑法典》第226条所规定的类型；
9. 违反国际法的一般规则，严重剥夺他或她的人身自由；
10. 基于政治、种族、民族、族裔、文化或宗教、性别或国际法一般规则所不容的其他理由，对任何可以识别的团体或集体，通过剥夺这类团体或集体的基本人权或通过具有实质上此种限制的方式进行迫害；

有第1项和第2项行为之一的，应当判处终身监禁；有第3项至第7项行为之一的，应当判处最少五年的监禁；有第8项至第10项行为之一的，应当判处最少三年的监禁。[……]

第二章 战争罪

第八条 针对人身的战争罪

(一) 在国际性的武装冲突或非国际性的武装冲突中，任何人：

1. 杀害受到国际人道法保护的某人；
2. 劫持受到国际人道法保护的某人；
3. 残忍地或非人道地对待受到国际人道法保护的某人，致使他或她在身体上或精神上重大的伤害或痛苦，特别是对该人实施酷刑或伤残行为；
4. 性强制、强奸、强迫受到国际人道法保护的某人卖淫或剥夺他或她的生育能力，或以影响任何人口的种族构成为目的而强迫妇女怀孕；
5. 征募不满15岁的儿童进入武装部队，或将其列入武装部队或武装群体，或利用他们积极参与敌对行动；
6. 违反国际法的一般规则，通过驱逐或其他强制行为，驱赶或强行迁移受到国际人道法保护并且合法居住在某一地区的某人至另一国家或另一地区；
7. 在没有得到国际法规定的法律保障的公正和正常的审判的情况下，对受到国际人道法保护的某人判处或执行严重的刑罚，特别是死刑和徒刑；
8. 将受到国际人道法保护的某人置于死亡或对健康有严重伤害的风险中：
 - (1) 没有得到他或她自愿而明确的同意，或有关的实验既不是医学上必需也不是为了他或她自身的利益，而通过对该人进行实验；
 - (2) 通过为移植的目的而切除该人的身体组织或器官，如果并不构成符合一般承认的医疗原则为治疗的目的而抽血或切除皮肤，并且该人事先没有表示他或她的自愿而明确的同意；或
 - (3) 从医学角度没有必要，而且在该人没有事先表示他或她的自愿而明确的同意的情形下，通过对该人采用尚未得到医学承认的疗法；或
9. 以严重羞辱或有辱人格的方式对待受到国际人道法保护的某人。

有第1项行为的，应当判处终身监禁；有第2项行为的，应当判处最少五年的监禁；有第3项至第5项行为之一的，应当判处最少三年的监禁；有第6项至第8项行为之一的，应当判处最少两年的监禁；有第9项行为的，应当判处最少一年的监禁。

(二) 在国际性的武装冲突或不具有国际性质的武装冲突中，任何人伤害已经无条件投降或类似的丧失战斗力的敌方武装部队的成员或敌方的战斗员的，应当判处最少三年的监禁。

(三) 在国际性的武装冲突中，任何人：

1. 非法将第6款第1项意义上的受保护的人员作为囚犯监禁或不合理地推迟其返回家园；
2. 作为占领当局的成员，将部分本国平民人口迁移到其占领的领土；
3. 通过武力或者明显的伤害威胁，强迫第6款第1项意义上的受保护的人员在敌方的部队中服役；
4. 通过武力或者明显的伤害威胁，强迫敌方国民参加反对他或者她的本国的作战行动；

应当判处最少两年的监禁。[……]

(六) 受到国际人道法保护的人员是：

1. 在国际性的武装冲突中：受《日内瓦公约》以及附加议定书（《第一议定书》）[……]目的受到保护的人员，也即，伤者、病者、遇船难者、战俘和平民；
2. 在不具有国际性质的武装冲突中：伤者、病者、遇船难者以及位于敌方当局下不积极参与敌对行动的人。
3. 在国际性的武装冲突以及不具有国际性质的武装冲突中：已经放下武器或者没有其他防卫手段的武装部队的成员以及敌方的战斗员。

第九条 针对财产和其他权利的战争犯罪

- (一) 在国际性的武装冲突或不具有国际性质的武装冲突中，违反国际法，任何人抢劫或者，除非是基于武装冲突的必要，类似的广泛摧毁、征用或没收敌方财产，并在实施者一方的权力之下的，应当判处一至十年的监禁；
- (二) 在国际性的武装冲突中，违反国际法，任何人宣布取消、停止全部或大部分敌方国民的权力和诉讼权，或在法院中不予执行，应当判处一至十年的监禁。

第十条 针对人道主义行动和标志的战争犯罪

(一) 在国际性的武装冲突或不具有国际性质的武装冲突中，任何人：

1. 指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的所涉人员、设施、物资、单位或车辆,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；或
2. 指令攻击按照国际人道法使用日内瓦公约所订特殊标志的人员、建筑物、物质、医疗单位和运输工具；

应当判处最少三年的监禁。在不严重的情形下，特别是当攻击不是通过军事方法实施时，应当判处最少一年的监禁。

(二) 在国际性的武装冲突或不具有国际性质的武装冲突中，任何人不当使用日内瓦公约所订特殊标志、休战旗、敌方或联合国旗帜或军事标志和制服，致使人员死亡或重伤（《刑法典》第226条），应当判处最少五年的监禁。

第十一条 由使用禁止的作战方法构成的战争犯罪

(一) 在国际性的武装冲突或不具有国际性质的武装冲突中，任何人：

1. 用军事方法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；
2. 用军事方法指令攻击民用目标，只要这些目标本身受到国际人道主义法的保护，也即，专用于宗教、教育、艺术、科学或慈善事业的建筑物、历史纪念物、医院和伤病人员收容所，或攻击不设防的城镇、村庄、住所或建筑物，或攻击非军事化区域，或攻击装有危险力量的工程和设施；
3. 用军事方法，以与可预见的具体而直接的总体军事优势不成比例的规模实施攻击，并且明确预见到该攻击将会导致平民死亡或伤害或者导致民用目标的损坏；
4. 使用受到国际人道法保护的人员作为人盾来限制敌方针对某个特定目标而采取的战争行动；
5. 违反国际人道法，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或阻碍提供救济物品；
6. 作为指挥官，命令或威胁决不纳降；
7. 以背信弃义的方式杀、伤敌方武装部队的成员或敌方战斗员；

应当判处最少三年的监禁。在上述第2项不严重的情形下，应当判处最少一年的监禁。[……]

- (三) 在国际性的武装冲突中，任何人用军事方法，以与可预见的具体而直接的总体军事优势不成比例的规模实施攻击，并且明确预见到该攻击将会导致广泛的、长期的和严重的对自然环境的破坏的，应当判处至少三年的监禁。

第十二条 由使用禁止的作战手段构成的战争犯罪

(一) 在国际性的武装冲突或不具有国际性质的武装冲突中，任何人：

1. 使用毒物或有毒武器；
2. 使用生物或化学武器；或
3. 使用在人体内易于膨胀或变扁的子弹，如外壳坚硬而不完全包裹弹芯或外壳经切穿的子弹；

应当判处至少三年的监禁。[……]

第三章 其他犯罪

第十三条 违反监督的义务

- (一) 因为故意或过失未能正确监督受他或她指挥或处在他或她的实际控制之下的下属的军事指挥员，如果其下属实施了本法所规定的犯罪，并且该指挥员能够识别其即将实施犯罪而本来能够阻止的，应当为其违反监督的义务受到惩罚。
- (二) 因为故意或过失未能正确监督受他或她领导或处在他或她的实际控制之下的下属的民事上级，如果其下属实施了本法所规定的犯罪，并且该上级能够识别其即将实施犯罪而本来能够阻止的，应当为其违反监督的义务受到惩罚。[……]

第十四条 疏于报告犯罪

- (一) 疏于立即提醒负责调查和起诉本法规定的任何犯罪的机构的军事指挥员或民事上级，对于下属实施的犯罪，应当判处最多五年的监禁。[……]

第三条 对《刑事诉讼法典》的修改

1987年4月7日公布的《刑事诉讼法典》版本（《联邦法律公报》，第一卷，第1074页，第1319页），经由2002年6月21日的法案（《联邦法律公报》，第一卷，第2144页）第6条的最后一次修改，应当进行以下修改：[……]

(五) 第153 (e) 条后应当增加第153 (f) 条：

第153 (f) 条

(一) 在第153 (c) 条第 (一) 款第1项至第2项的情形下，如果犯罪嫌疑人并没有出现在德国，并且估计其不会出现在德国，公诉办公室可以免于起诉根据《违反国际法的犯罪的法典》第六条至第十四条的规定应当得到惩罚的犯罪。但是，在第153 (c) 条第 (一) 款第1项的情形下，如果犯罪嫌疑人是德国人，只有当犯罪受到某个国际性的法院或犯罪实施地的领土国或其国民受到犯罪侵害的国家的指控时，这才适用。”

(二) 在第153 (c) 条第 (一) 款第1项至第2项的情形下，公诉办公室特别能够免于起诉根据《违反国际法的犯罪的法典》第六条至第十四条的规定应当得到惩罚的犯罪，如果：

1. 并不存在德国人实施这种犯罪的嫌疑；
2. 这种犯罪并不是针对德国人实施的；
3. 没有这种犯罪的嫌疑人居住在德国，或估计其不会居住在德国；
4. 这种犯罪正受到某个国际性的法院、或犯罪实施地的领土国、或其国民涉嫌实施犯罪的国家、或其国民受到犯罪侵害的国家的指控。

如果在境外涉嫌实施了这种犯罪的外国人正居住在德国，同样应当适用，但是必须满足上面第2项至第4项的条件，而且向某个国际性的法院移交或向指控国引渡该罪犯是许可的和计划中的。

(三) 如果在第 (一) 款和第 (二) 款的情形下已经提起了公共指控，公诉办公室可以在诉讼的任何阶段撤回起诉，终止诉讼程序。[……]

讨 论

1. (1) 这部《违反国际法犯罪法典》(CCAIL)是对所谓“普遍管辖”原则的应用还是对起诉国际犯罪义务的应用？该法是否符合国际人道法？国家有无义务制定“普遍管辖”的法律起诉国际人道法下的战争罪犯？这样的法律需要符合刑法要求

的精确性吗？国际人道法的条款没有足够精确吗？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条及《第一附加议定书》第85条；参见第13章第十部分，个人犯罪，第303页。）

- (2) 比较德国《违反国际法犯罪法典》和比利时《普遍管辖权法》（简称比利时法典）的普遍管辖权（特别是《违反国际法犯罪法典》第1条第1款和第3条同比利时法典第7条；《违反国际法犯罪法典》第1条第3款和比利时法典第5条；《违反国际法犯罪法典》第1条第4款和第1条第13-14款同比利时法典第4条和第5.3条；《违反国际法犯罪法典》第1条第5款同比利时法典第8条；《违反国际法犯罪法典》第1条第6款同比利时法典第1条第1款；《违反国际法犯罪法典》第1条第7款同比利时法典第1条第2款；《违反国际法犯罪法典》第1条第8-12款同比利时法典第1条第3款。）两部法律之间有何差别及各自的优劣？（比较**案例52**，比利时，《普遍管辖权法》第955页。）
- (3) 在你的国家有没有类似德国《违反国际法犯罪法典》的法律？为什么即使在今天这样的立法也相对罕见？
2. 根据对《德国刑事诉讼法》第153条第6款的修改，你如何解释《违反国际法犯罪法典》第一段，特别是“与德国有关联”？
3. (1) 《违反国际法犯罪法典》在多大程度上受《国际刑事法院规约》启发？它有没有比后者更进一步，或更为谨慎？在排除刑事责任条文上？在定义犯罪上？（比较《国际刑事法院规约》第5-8条和第30-33条，**案例15**，国际刑事法院 [一、《国际刑事法院规约》]，第634页。）
- (2) 关于危害人类罪——尤其是起诉——《违反国际法犯罪法典》和《国际刑事法院规约》有何区别？尽管有些行为《国际刑事法院规约》第7条定义为危害人类罪并没有出现在《违反国际法犯罪法典》上，反之亦然，这对起诉有何影响？尤其是与迫害有关的起诉？
4. 国际人道法上的不适用法定时效有何法律依据？不适用法定时效与国际人道法下犯罪不得赦免有何联系？这是国际人道法的习惯法规则吗？[《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》1968年11月26日（可访问：<http://www.icrc.org/ihl>）；《国际刑事法院规约》第29条。]
5. 你对世界上关于“国际刑法典”这样的法律数量会增加的可能性有何见解？你认为它们对结束战争罪不受惩罚是必不可少的吗？

案例49 加拿大，危害人类罪与战争罪法案**案 例**

[资料来源：《危害人类罪与战争罪法案》，加拿大2000年年度法令，第24章，<http://laws.justice.gc.ca/en/2000/24/6002.html>.]

……《关于种族灭绝、危害人类罪和战争罪以及执行《国际刑事法院罗马规约》和对其他法案进行相应修改的法案 [2000年6月29日同意]》[……]

解 释

二、(一) 本法案中的定义适用于本法案。[……]

“协定国际法”是指任何公约、条约或其他国际协定

1. 已经生效，并且加拿大是缔约国；或
2. 已经生效，并且加拿大已经同意接受、在加拿大卷入的武装冲突中适用的条款。[……]

(二) 除非有相反的规定，本法中所使用的单词和措辞与《刑法典》中的单词和措辞具有相同的含义。

女王陛下

三、本法对女王陛下在加拿大或省的权利具有拘束力。

在加拿大境内的犯罪

四、(一) 每个人对受到指控的犯罪有罪，如果实施了：

1. 种族灭绝；
2. 一项危害人类罪；或
3. 一项战争罪。

(一、一) 与第(一)款中所指的罪行有关的事实或商议被认定犯有受指控的罪行之后，共谋或企图实施的每个人是从犯。

(二) 实施了第(一)款或第(一、一)款中的罪行的每个人，

1. 应当被判处终身监禁，如果故意杀害构成犯罪的基礎；或

2. 在任何其他情形下，可能被判处终身监禁。

(三) 本小节中的定义适用于本条。

“危害人类罪” [……]

“种族灭绝” [……]

“战争罪”是指武装冲突期间实施的行为或疏忽，并且，在行为的时候和地点构成一项习惯国际法或协定国际法或国际社会承认的一般法律原则规定的战争罪，其是否违反行为的时候和地点有效的法律则无关。

(四) 为了进行进一步的确认，《罗马规约》第6条、第7条和第8条第2款规定的罪行到1998年6月17日时是习惯国际法中的罪行。这并不在任何方面限制或损害适用现有的或正在发展中的国际法规则。

五、(一) 军事指挥员实施了指控的罪行，如果：

1. 军事指挥员

- (1) 未能对处于其有效指挥和控制或有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第四条规定的罪行；或
- (2) 本条生效之后，未能对处于其有效指挥和控制或有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第六条规定的罪行；

2. 军事指挥员知道，或因为刑法上的疏忽未能知道，该人即将实施或正在实施此种犯罪；以及

3. 军事指挥员随后，

- (1) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施预防或惩处第四条或第六条中的罪行的实施，或罪行的进一步实施；或
- (2) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施将事项提交主管当局进行调查和起诉。

(二) 上级实施了指控的罪行，如果：

1. 上级

- (1) 未能对处于其有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第四条规定的罪行；或

- (2) 本条生效之后，未能对处于其有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第六条规定的罪行；
2. 上级知道该人即将实施或正在实施此种犯罪，或有意不顾暗示此种犯罪由该人即将实施或正在实施的信息；
 3. 犯罪涉及上级有效领导和控制的行为；以及
 4. 上级随后，
 - (1) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施预防或惩处第四条或第六条中的罪行的实施，或罪行的进一步实施；或
 - (2) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施将事项提交主管当局进行调查和起诉。
- (二、一) 与第(一)款或第(二)款中所指的罪行有关的事实或商议被认定犯有受指控的罪行之后，共谋或企图实施的每个人是从犯。
- (三) 实施了第(一)款、第(二)款或者第(二、一)款中的罪行的每个人可能被判处终身监禁。
- (四) 本小节中的定义适用于本条。
- “军事指挥员”包括以军事指挥员进行有效行为的人，以及参照军事指挥员以某种程度的领导和控制指挥警察的人。
- “上级”是指除了军事指挥员以外具有权力地位的人。

在加拿大境外的犯罪

六、(一) 本条生效之前或之后的每个人在加拿大境外实施

1. 种族灭绝；
2. 一项危害人类罪；或
3. 一项战争罪；

犯有受指控的罪行，可以根据第八条对该罪行提起诉讼。

- (一、一) 与第(一)款中所指的罪行有关的事实或商议被认定犯有受指控的罪行之后，共谋或企图实施的每个人是从犯。
- (二) 实施了第(一)款或第(一、一)款规定的罪行的每个人，

1. 应当被判处终身监禁，如果故意杀害构成犯罪的基礎；或
2. 在任何其他情形下，可能被判处终身监禁。

(三) 本小节中的定义适用于本条。

“危害人类罪”是指针对任何平民人口或任何可识别的群体实施的谋杀、灭绝、奴役、驱逐出境、监禁、酷刑、性暴力、迫害或任何其他不人道行为或疏忽，并且，在行为的时候和地点构成一项习惯国际法或协定国际法或国际社会承认的一般法律原则规定的危害人类罪，其是否违反行为的时候和地点有效的法律则无关。

“种族灭绝”是指蓄意全部或部分消灭一个可识别的人群本身，并且，在行为的时候和地点构成习惯国际法或协定国际法或国际社会承认的一般法律原则规定的种族灭绝，其是否违反行为的时候和地点有效的法律则无关。

“战争罪”是指武装冲突期间实施的行为或疏忽，并且，在行为的时候和地点构成一项习惯国际法或协定国际法或国际社会承认的一般法律原则规定的战争罪，其是否违反行为的时候和地点有效的法律则无关。

(四) 为了进行进一步的确认，《罗马规约》第6条、第7条和第8条第2款规定的罪行到1998年6月17日时是习惯国际法中的罪行。这并不在任何方面限制或损害适用现有的或正在发展中的国际法规则。

(五) 为了进行进一步的确认，危害人类罪中的罪行在任何下列文件生效之前根据是习惯国际法的一部分或根据国际社会承认的一般法律原则是刑事犯罪：

1. 1945年8月8日签订于伦敦的《起诉和惩处欧洲轴心国主要战争罪犯的协定》；以及
2. 1946年1月19日的《联盟国家最高指挥官的公告》。

七、(一) 军事指挥员实施了指控的罪行，如果：

1. 军事指挥员在加拿大境外
 - (1) 未能对处于其有效指挥和控制或有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第四条规定的罪行；或

- (2) 本条生效之前或之后，未能对处于其有效指挥和控制或有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第六条规定的罪行；
 - 2. 军事指挥员知道，或因为刑法上的疏忽未能知道，该人即将实施或正在实施此种犯罪；以及
 - 3. 军事指挥员随后，
 - (1) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施预防或惩处第四条或第六条中的罪行的实施，或罪行的进一步实施；或
 - (2) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施将事项提交主管当局进行调查和起诉。
- (二) 上级实施了指控的罪行，如果：
- 1. 上级在加拿大境外
 - (1) 未能对处于其有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第四条规定的罪行；或
 - (2) 本条生效之前或之后，未能对处于其有效领导和控制之下的人进行正确的控制，结果该人实施了第六条规定的罪行；
 - 2. 上级知道该人即将实施或正在实施此种犯罪，或有意不顾暗示此种犯罪由该人即将实施或正在实施的信息；
 - 3. 犯罪涉及上级有效领导和控制的行为；以及
 - 4. 上级随后，
 - (1) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施预防或惩处第四条或第六条中的罪行的实施，或罪行的进一步实施；或
 - (2) 一旦切实可行，未能在其权力范围内采取所有必要的合理措施将事项提交主管当局进行调查和起诉。
- (二、一) 与第(一)款或第(二)款中所指的罪行有关的事实或商议被认定犯有受指控的罪行之后，共谋或企图实施的每个人是从犯。

(三) 涉嫌实施了第(一)款、第(二)款或者第(二、一)款中的罪行的人可以受到第八条规定的罪行的指控。

(四) 实施了第(一)款、第(二)款或者第(二、一)款中的罪行的每个人可能被判处终身监禁。

(五) 如果根据本条构成犯罪的行为或疏忽是在本条生效之前实施的，本条第(一)款第1项第(2)目以及第(二)款第1项第(2)目在下列范围适用，即：在行为或疏忽的时候和地点，该行为或疏忽构成对习惯国际法或协定国际法或国际社会承认的一般法律原则的违反，其是否违反行为的时候和地点有效的法律则无关。[……]

八、涉嫌实施了第六条或第七条规定的罪行的人，可以为该罪行受到指控，如果：

(一) 在该罪行涉嫌实施的时候，

1. 该人是加拿大公民或被加拿大民事或军事部门所雇佣；
2. 该人是与加拿大发生武装冲突的国家的公民，或被该国家的民事或军事部门所雇佣；
3. 涉嫌犯罪的被害人是加拿大公民；或
4. 涉嫌犯罪的被害人是武装冲突中与加拿大结盟的国家的公民。

(二) 据称的犯罪实施之后，该人出现在加拿大。

程序和辩护

九、(一) 对在加拿大境外据称已经实施，并且根据本法案可以受到指控的本法案所规定的犯罪提起的诉讼，可以在加拿大的任何领土部分开始，无论该人是否在加拿大境内，并且该人可以就该罪行得到审判和惩罚，就像该罪行是在该领土部分实施一样。

(二) 为了进行进一步的确认，在根据第(一)条在任何领土部分提起的诉讼中，《刑法典》关于诉讼期间犯罪嫌疑人出现或存在的条件，以及任何这些条件的例外的条款，应当适用。

(三) 在加拿大总检察长或副总检察长没有以书面形式表示亲自同意的情形下，不可以针对第四条至第七条、第二十七条至第二十八条规定的罪行提起诉讼，只有加拿大总检察长或代表他们的律师才可以实施起诉。[……]

(四) 在加拿大总检察长没有同意之前，不可以对第十八条规定的罪行提起诉讼。

十、对本条生效之前实施的罪行提起的诉讼应当根据诉讼时有效的证据和程序的法律进行。

辩 护

十一、在对任何根据第四条至第七条规定的罪行提起的诉讼中，犯罪嫌疑人可以在遵守第十二条至第十四条以及《刑法典》第607 (6)条的前提下，援引据称的犯罪时或诉讼时的加拿大法律和国际法所规定的任何正当理由、免责或辩护。

十二、(一) 如果某人涉嫌实施了构成本法案所规定的犯罪的行为或疏忽，并且该人就该罪行已经在加拿大境外以其在加拿大得到审判或处理的方式得到审判或处理，其可以援引先前的无罪判决、有罪判决或赦免进行辩护，该人可以被视为已经在加拿大受到审判或处理。

(二) 尽管第(一)款的规定，某人不可援引先前的无罪判决、有罪判决或赦免就任何第四条至第七条所规定的罪行进行辩护，如果该人是在一个外国国家或领土的法院得到审判，并且在该法院的审判

1. 目的是为了该人逃避刑事责任；或
2. 另外，并不是按照国际法所承认的正当程序独立地或不偏不倚地进行，而是在具体情况下，以将该人绳之以法的意图不一致的方式进行。

十三、尽管《刑法典》第十五条的规定，就第四条至第七条所规定的罪行而言，以该犯罪是遵守或按照行为的时间或地点有效的法律而实施并不是正当的理由、免责或辩护。

十四、(一) 在对任何根据第四条至第七条规定的罪行提起的诉讼中，犯罪嫌疑人以遵守政府或上级的命令——无论是军事的还是民事的——来履行构成犯罪主要内容的行为或疏忽，并不构成辩护，除非：

1. 该犯罪嫌疑人有法律义务遵守政府或上级的命令；或
2. 该犯罪嫌疑人不知道该命令是非法的；以及
3. 该命令不是本身显属非法。

- (二) 为第(一)款第3项起见，实施种族灭绝或危害人类罪的命令显属非法。
- (三) 犯罪嫌疑人不能将其根据第(一)款所作的辩护建立在这样一种信念之上，即：如果相信关于平民人口或可识别的人群的信息，而该平民人口或人群则是鼓励、可能鼓励或企图使针对该平民人口或人群的行为或疏忽正当化，就认为该命令是合法的。[……]

犯罪收益

二十七、(一) 任何人都不得获取任何财产或任何财产的收益，在明知所有或部分的财产或其收益从以下直接或间接获得或产生的：

1. 在加拿大境内构成第四条所界定的种族灭绝、一项危害人类罪或一项战争罪的行为或疏忽；
2. 在加拿大境外构成第六条所界定的种族灭绝、一项危害人类罪或一项战争罪的行为或疏忽；[……]

(二) 违反第(一)款的任何人，

1. 犯有可指控的罪行，可能判处最多十年的监禁；
2. 犯有根据简易审判而应受惩罚的罪行，可能判处最多两年的监禁。

(三) 治安官和根据治安官的指令而行动的任何人，以履行作为治安官的职务而进行的调查或类似的行为而拥有第(一)款提到的财产或财产收益，并不犯有本条所规定的罪行。[……]

生效

[本法2000年10月23日生效，参见议会主席令Nr. TR/2000-95]

讨论

1. 本法与《国际刑事法院规约》有何关系？
2. 本法符合《日内瓦公约》和《第一议定书》的要求吗？它是否允许对任何严重破坏国际人道法行为的起诉？或任何战争犯罪？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条和《第一附加议定书》第11条第4款和85条。）

3. 该法适用于非国际性武装冲突中违反国际人道法的行为吗？
4. 有关管辖权的问题：
 - (1) 第8条规定的加拿大管辖权符合国际人道法的要求吗？是否超出了国际人道法的要求？是否超出了国际公法允许的范围？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条。）
 - (2) 在本法通过前，《加拿大刑法典》规定任何发生在国外可能构成战争罪或危害人类罪在加拿大必需也违反加拿大宪法。这是为加拿大法院拥有审判犯罪管辖权的条件。本法如何促进加拿大法院审理案件的前景？请以涉及使用化学武器、背信弃义或滥用红十字或红新月标志案件的立场考虑问题（比较本法第6条）。
5. 被诉犯罪的人必须处在加拿大才能被起诉吗？在什么情况下必需在加拿大时才能起诉？这与国际人道法规定的基于普遍管辖原则的起诉义务相符吗？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条的各自第2款。）
6.
 - (1) 第5条第1款第2项和第7条第1款第2项规定的指挥官责任与国际人道法上的指挥官责任相一致吗？与《国际刑事法院规约》呢？它超出了后者吗？（比较《第一附加议定书》第86条第2款和《国际刑事法院规约》第28条 [见**案例15**，国际刑事法院 [一、规约]，第634页]。)
 - (2) 第7条第5款规定的限制与国际人道法相符吗？他们是国际公法要求的吗？
7.
 - (1) 第9条第3款与第4款规定的、未经加拿大总检察长同意，不得启动程序与国际人道法相符吗？你能想出为什么会包含这样的条款吗？在你的国家的法律理也有类似条款吗？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条的各自第2款。）
 - (2) 在什么情况下加拿大总检察长可以拒绝同意加拿大提起对没有违反国际人道法的战争罪起诉程序？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条的各自第2款。）
8.
 - (1) 第14条第1款规定的条件必须全部符合还是只需要符合其中一个即可？该条与国际人道法相符吗？与《国际刑事法院规约》呢？（比较《国际刑事法院规约》第33条，参见**案例15**，国际刑事法院 [一、《国际刑事法院规约》]，第634页。)
 - (2) 加拿大政府为何认为当被告的信念是建立在“煽动仇恨的宣传”时有义务取消被告以“法律错误”作为辩护的权利？该规则与《国际刑事法院规约》的规则一致吗？（比较《国际刑事法院规约》第32条，参见**案例15**，国际刑事法院 [一、《国际刑事法院规约》]，第634页。)
9. 第27条超出了《国际刑事法院规约》第七章有关没收犯罪收益条文的范围了吗？（参见**案例15**，国际刑事法院 [一、《国际刑事法院规约》]，第634页。)

案例50 喀麦隆，“红十字”标志与名称保护法

案 例

[资料来源：1997年1月10日第97-2号关于保护红十字标志和名称的法律；1997年2月1日喀麦隆共和国公报，第63-66页；可访问：<http://www.icrc.org/ihl-nat>]

国民大会讨论通过，

共和国总统公布法律如下：

第一部分：一般条款

第1条

在不损害喀麦隆共和国适当批准的有关国际人道法公约相关条文，尤其是1949年8月12日《日内瓦公约》及其1977年6月8日两个《附加议定书》的情况下，规范红十字标志和名称的使用和保护应当适应本法。

第2条

1. 红十字标志应为一个白底四臂等长的红色十字架。红色十字架由一个竖轴和一个横轴中间交叉组成。十字架不延伸到旗帜和盾牌的边缘。
2. 红十字应为标志的主导元素。在十字架和白色背景上不得出现任何题字或图案。
3. 在冲突期间，用于保护目的的标志应为以上第1、2款所述的白底红十字。并应当尽可能大以便最大限度地被看到。
4. 用于识别目的的标志应为缩小图。并可单独用于标识喀麦隆红十字会。

第二部分：红十字标志和名称的使用

第3条

红十字标志可被用于两种目的：识别和保护

第一章 用于识别作用的标志

第4条

1. 识别喀麦隆红十字会的标志应与“喀麦隆红十字会”或大写首字母“CRC”同时使用。
2. 标志应当用缩小图并应表明显示的人员或财产与喀麦隆红十字会有关。
3. 在冲突期间，标志不得展示在臂章或屋顶，以避免与用于保护目的的标志混淆。
4. 展示用于识别目的的喀麦隆红十字会标志的人员和财产在冲突期间不可从国际人道法赋予的特别保护中获益。

第5条

1. 喀麦隆红十字会的识别标志是其特有的财产。
2. 该标志的形式可以是圆章、徽章、标签、肩章、旗标、旗帜、小机件或任何用于推广喀麦隆红十字会的标志或媒介。

第6条

1. 喀麦隆红十字会主席有权单独授权任何人佩戴本会识别标志。
2. 主席须通知有权的当局。

第二章 用于保护目的的标志

第7条

1. 保护性红十字标志应是国际性武装冲突期间国际人道法赋予人员和财产的保护标志，尤其是建筑物，陆海空交通工具。
2. 然而，保护性标志可用于和平时期的标识大规模人群参与的事件中的急救人员。

第8条

以下人员可在国际或国内武装冲突中使用保护性标志：

- 部队医务服务中的喀麦隆红十字会医务人员；
- 参与救济和医疗援助行动的民间医务人员；

- 参与救济和医疗援助行动的民间医务人员和国家或国际人道组织工作人员；
- 部队医疗服务人员。

第9条

以下医疗单位、设施和交通工具可以显示保护性红十字标志：

- 喀麦隆红十字会的医疗单位、设施和交通工具，特别是：医院、救护车、船载医院、普通或机动船只、航空器和仓库；
- 参与搜索、疏散、诊断或治疗、急救和疾病预防行动的民间医疗单位；
- 部队医疗服务的医疗单位和交通工具。

第三部分：红十字标志和名称保护

第10条

红十字标志及其名称应受与注册商标和专利有关的生效法律的保护。

第11条

1. 喀麦隆红十字会享有在全国领土内专门使用红十字标识标志和名称的权利。
2. 喀麦隆红十字会是从事下列行为的专门机构：
 - 命令红十字标志的印刷和保护；
 - 颁发印有红十字标志的证书、证件、卡片和证明。

第12条

在国内武装冲突或斗争中，喀麦隆红十字会主席及有权当局得联合决定使用保护标志的条件，并监督合法使用。

第13条

1. 喀麦隆红十字会成员和急救工作人员为保护和识别目的使用标志时，应具有由喀麦隆红十字会主席或其合法授权的任何其他人员签名的会员证和急救工作人员证件。

2. 喀麦隆红十字会会员证或急救工作人员证件必需按要求出示。应严格归个人使用且不可转让和出租。不得在和平时期或国内斗争或冲突时期用于通行，也不得用作公共事件通行证。

第14条

1. 除依 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》及其 1977 年 6 月 8 日两个《附加议定书》以及本法授权外，严禁任何自然人或法人机构使用红十字标志和名称。
2. 同样应当禁止构成模仿红十字标志和名称的标志和名称。

第四部分：其他规定和最后条款

第15条

国际红新月运动的国际机构代表可以在 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》规定的范围内于任何时候使用红十字标志。

第16条

与使用红十字标志和名称有关的犯罪行为应根据刑法典第 330 条受到惩罚。

第17条

本法应根据紧急程序登记出版并以英语和法语刊登于官方公报。

雅温得(Yaounde), 1997年1月10日

共和国总统

保罗·比亚(Paul Biya)

讨论

1. 谁可以使用红十字或红新月标志？在何种情况下使用？（比较《海牙章程》第 23 条第 1 款第 6 项；《日内瓦第一公约》第 38–44 条和第 53 条；《日内瓦第二公约》第 41–43 条；《日内瓦第四公约》第 18 条；《第一附加议定书》第 8 条和第 18 条；《第二附加议定书》第 12 条。）
2. 为什么《日内瓦公约》要包含有关标志使用的详细条款？《公约》想要解决什么问题？
3. 《日内瓦第一公约》第 44 条想要澄清什么问题？

4. 保护性和识别性使用标志有何区别？对标志的授权使用在武装冲突时期与平时时期不同吗？（比较《第一附加议定书》第44条。）
5. 为什么《第一公约》在很大程度上澄清了各国红十字会和红新月团体对标志的使用？
6. 在什么条件下一个红十字或红新月会可以使用标志？什么时候可将标志用作保护性用途？何时可用作识别性用途？
7. 什么时候红十字国际委员会和红十字和红新月团体国际联合会可以使用标志？他们是否也有义务遵守规范对标志的保护性和识别性用途的条款？（比较《日内瓦第一公约》第44条。）
8. 为什么国家（此处如喀麦隆）必须通过有关标志使用的立法？当国际条约被认为是一国宪法体系下国家法律的一部分时还有必要吗？你认为喀麦隆法律是否完全符合国际人道法？（比较《日内瓦第一公约》第44条和第54条。）
9. 本法有无对禁止在武装冲突时期滥用标志提供附加保证？或者说是否仅限于指定在平时和武装冲突时期展示和使用标志的财产和人员？
10. 《第一附加议定书》是怎样阐明《日内瓦第一公约》第39条、第42条、第44条和《日内瓦第四公约》第18条？为什么要作此阐明？（比较《第一附加议定书》第8条、第18条、第37条、第38条、第85条，《第二附加议定书》第18条。）
11. 如果喀麦隆成为《日内瓦公约第三附加议定书》的成员国，它是否需要修改本法？（比较**案例31**，红十字国际委员会，标志的问题 [一、日内瓦公约第三附加议定书草案]，第777页。）

案例51 加纳，关于标志的国内立法

案 例

[资料来源：N.R.C.D.红十字标志 (控制) 法令 (1973) 第216页。]

红十字标志 (控制) 法令，1973

鉴于1949年8月12日《日内瓦公约》包含通过使用红十字标志和其他相似标志寻求给予特定人员、组织和机构保护的条文。

鉴于加纳政府已于1958年8月2日同意上述公约：

鉴于上述公约的所有缔约国有义务指定适当的法律禁止滥用红十字标志、相似标志和瑞士徽记：

鉴于就其有关保护红十字标志、类似标志和瑞士徽记而言已决定上述公约有效，有必要规定上述公约有关条款在加纳应具有法律效力，并制定禁止滥用或误用红十字标志、类似标志和瑞士徽记：

因此现在，依照1972年《国家拯救委员会（已建立）公告》，制定本法如下：……

2. 在战争期间和行动地区，标志可被武装冲突双方使用，以标识各方医疗服务和加纳红十字会以及其他经国家拯救委员会授权协助军队医疗服务的救济团体的设施、单位、人员（包括宗教人士）、资料、车辆、医院、船只其他航行器。
3. 战争期间，国家拯救委员会可以通过书面形式或在《国家公报》上发布通告，授权使用标志以标识民用医院、医院区和为伤病员保留的地点的设施和人员；用于运输伤病员、虚弱平民和孕妇的列车、救护车和其他车辆、船只或航空器。
4. 在和平时期，国家拯救委员会可以通过书面形式或在《国家公报》上发布通告，授权在用作救护车的车辆，专用于免费为伤病人员提供急救的救济邮件上使用标志。
5.
 - (1) 国际红十字会机构及其授权人员有权在任何时候使用标志。
 - (2) 加纳红十字会可以在任何时候依据任何当时有效的法律在遵循国际红十字大会规定的原则和自己的法规的情况下在其活动中使用标志。
 - (3) 经负责内政的行政长官事先同意，加纳红十字会可以制定附则规范自己对标志的使用。
6. 在本法生效前，任何人依任何法令取得任何一般性或为某一特定目的使用标志的权利的，自该任何目的开始满三年后其不得再使用标志。
7.
 - (1) 任何人违反本法任何条款，因该行为而有罪，根据轻罪判决应受不高于3个月监禁或不高于100塞迪的罚款或同时适用两者。
 - (2) 如犯罪行为由一个多人组成的机构实施，则
 - ① 在法人机构（而非合伙制）的情况下，法人机构每一个董事或经理应该被视为对此行为负责；
 - ② 在商行或合伙的情况下，每一合伙人应因该行为有罪。

如果其能证对明该行为的实施不知情或已尽职履行职责阻止该行为的实施，则该人应被认为无罪。……

10. 除非文本另有规定，本法所称“红十字标志”包括瑞士联邦徽记 [sic]、红十字、红新月或红狮日标志，或“红十字”“日内瓦十字”字样或任何构成模仿或易被混淆于任何上述标志或描述任何上述标志的文字的指示、标记或记号。
11. 本法于1973年10月1日生效。

讨 论

1. 谁可以使用红十字和红新月标志？在何种情况下使用？（比较《海牙章程》第23条第6款，《日内瓦第一公约》第38条至第44条和第53条；《日内瓦第二公约》第41条至第43条；《日内瓦第四公约》第18条；《第一附加议定书》第8条第1款和18条；《第二附加议定书》第12条。）
2. 为什么《公约》要对标志的使用以具体条款规定？《公约》试图解决什么问题？
3. 《日内瓦第一公约》第44条试图阐述什么问题？
4. 保护性和识别性使用标志有何区别？在武装冲突期间与平时使用标志有区别吗？（比较《日内瓦第一公约》第44条。）
5. 为什么《第一公约》对国家红十字会和红新月团体使用标志作了广泛的澄清？
6. 在什么条件下国家红十字会可以使用标志？其何时有权将标志用于保护目的？识别性使用呢？
7. 国际红十字会和国际红十字与红新月联合会什么时候可以使用标志？他们也必须符合关于保护性和识别性使用标志的条款吗？（比较《日内瓦第一公约》第44条。）
8. 为什么一个国家，这里如加纳，必须制定关于标志使用的法律？如果一国宪法体系规定国际条约是国内法的一部分，关于标志问题的立法还是必需的吗？加纳立法中有某些方面可被认为与国际人道法不符的吗？（比较《日内瓦第一公约》第44条。）
9. 本法为禁止武装冲突期间滥用标志提供了另一个保护吗？或者本法只是以具体条款限定了在和平时期和武装冲突期间有权持有和使用标志的人员和物体？
10. 为什么以及在哪些问题上《第一议定书》阐释了《第一公约》第39、42和44条与《第四公约》第18条？（比较《第一附加议定书》第8条、第18条、第37条、第38条和第85条以及《第二附加议定书》第1条。）
11. 加纳成为两个《附加议定书》成员国后在哪些方面已经修改了它的法律？（比较《第一附加议定书》第8条、第18条、第37条、第38条和第85条，以及《第二附加议定书》第12条。）

案例52 比利时，普遍管辖权法**案 例****一、2003年刑法典**

[资料来源：可访问法文本：<http://www.moniteur.be>，非官方译本。]

刑法典 (2003年8月5日第5条) 新的第1章第一节

第136条第1款

(2003年8月5日法律，第6条) 种族灭绝罪，按照以下定义，不论其在平时或战时所犯，均构成国际法上犯罪，应依据本法条款受惩罚。依据1948年12月9日《防治和惩罚灭绝种族罪公约》及在不损害适用于过失犯罪的刑法规则情况下，灭绝种族罪是指以下任何蓄意全部或局部消灭某一民族、人种、种族或宗教团体的行为：

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

第136条第2款

(2003年8月5日法律第7条) 危害人类罪，按照以下定义，不论其在平时或战时所犯，均构成国际法上犯罪，应依据本法条款受惩罚。根据《国际刑事法院规约》，危害人类罪是指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下列任何一种行为：

1. 谋杀；
2. 灭绝；
3. 奴役；
4. 驱逐出境或强行迁移人口；
5. 违反国际法基本规则，监禁或以其他方式严重剥夺人身自由；
6. 酷刑；
7. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或严重程度相当的任何其他形式的性暴力；
8. 基于政治、种族、民族、族裔、文化、宗教、性别，或根据公认为国际法不容的其他理由，对任何可以识别的团体或集体进行迫害，而且与任何一种本款提及的行为或任何一种第136第1款，第136条第2款和第136条第3款规定的犯罪结合发生；

9. 强迫人员失踪；
10. 种族隔离罪；
11. 故意造成重大痛苦，或对人体或身心健康造成严重伤害的其他性质相同的不人道行为。

第136条第3款

(2003年8月5日法律，第8条) 一、战争罪指1949年8月12日在日内瓦通过的《公约》及1977年6月8日在日内瓦通过的《第一附加议定书》和《第二附加议定书》，1949年8月12日在日内瓦通过的《公约》的第2条，1977年6月8日在日内瓦通过《第一附加议定书》和《第二附加议定书》第1条，和《国际刑事法院规约》第8条第2款第6项规定的适用于武装冲突的法律和习惯，以及构成国际法上的犯罪，应依据本节各条款惩罚，当该罪行通过作为或不作为侵害《日内瓦公约》及其《附加议定书》、法律和习惯所保护的人员和财产，在不损害关于过失犯罪的刑法规则的情况下的下列列举行为：

1. 故意杀害；
2. 酷刑或不人道待遇，包括生物学实验；
3. 故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害；
4. 强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育或构成严重破坏《日内瓦公约》共同第3条的任何其他形式的性暴力；
5. 其他损害个人尊严，特别是侮辱性和有辱人格的待遇；
6. 强迫战俘，受《关于战时保护平民的日内瓦公约》保护的平民，或其他1949年8月12日日内瓦公约附加议定书一和二保护的人员到武装部队或地方力量的或敌对方的武装团体服役；
7. 征募不满十五岁的儿童加入国家武装部队，或利用他们积极参与敌对行动；
8. 剥夺战俘、受《关于战时保护平民的日内瓦公约》保护的平民或1949年8月12日日内瓦公约第一、第二附加议定书保护的类似人员根据这些法律文件的规定公正和正规组织的审判的权利；
9. 非法驱逐、转移或放逐、非法限制受《关于战时保护平民的日内瓦公约》保护的平民或1949年8月12日日内瓦公约第一、第二附加议定书保护的类似人员；
10. 故意以使平民挨饿作为战争方法，使平民无法取得其生存所必需的物品，包括故意阻碍根据《日内瓦公约》规定提供救济物品；
11. 劫持人质；
12. 在国际性武装冲突中摧毁或没收敌方财产，或在非国际性武装冲突中摧毁或没收对方财产，除非这种摧毁或没收是出于战争必需的命令要求；
13. 无依据人权而界定的军事必要之正当理由，非法和恣意地广泛破坏或侵占财产；
14. 故意指令攻击民用物体，即非军事目标；
15. 故意指令攻击按照国际法使用国际人道法所订特殊标志的建筑物、装备、医疗单位和运输工具及人员；

16. 利用平民或其他受国际人道法保护的人存在使某地点、地区或军事部队免受军事攻击；
17. 故意指令攻击依照《联合国宪章》执行的人道主义援助或维持和平行动的所涉人员、设施、物资、单位或车辆，如果这些人员和物体有权得到武装冲突法规给予平民和民用物体的保护；
18. 没有正当理由，可能危害国际人道法保护的人员的健康，并导致身体或精神伤害的作为或不作为，尤其是任何不能以这些人员的健康状况合法化或不符合医学专业一般认同的规则医学治疗的；
19. 除非能为第18项下条件合法化，即使得到其同意，对18项所述人员进行身体损害，医学或科学实验或为移植手术移除组织或器官，除非在献血以供输血或捐献皮肤以供移植皮肤的情形下，如果这些捐献是自愿的、有意给予的、并为治疗的目的；
20. 故意攻击平民人口或未直接参与敌对行动的平民；
21. 故意对伤病员收集地点发起攻击，除非这些地方是军事目标；
22. 故意发动攻击，明知会导致平民附带伤亡或对民用物体造成附带损坏，或会对自然环境造成大规模的、长期的和严重的破坏，且这种附带伤亡、损坏或破坏与预期的具体和直接的总体军事利益相比属于过分。在不影响攻击的犯罪性质的情况下，攻击的危害后果即使与预期的军事利益相称，仍然国际公法原则不符，因为这些原则是确定的惯例、人道法和公共良知的要求；
23. 对含有危险力量的建筑或装置发动攻击，明知会导致平民附带伤亡或对民用物体造成附带损坏，且这种附带伤亡、损坏或破坏与预期的具体和直接的总体军事利益相比属于过分。在不影响攻击的犯罪性质的情况下，攻击的危害后果即使与预期的军事利益相称，仍然国际公法原则不符，因为这些原则是确定的惯例、人道法和公共良知的要求；
24. 以任何方式攻击或轰炸非军事区、城镇、乡村、住所或不设防的建筑且不是军事目标；
25. 劫掠城镇或其他地点，即使是在进攻中；
26. 明知某人已不在参与战斗而攻击他，如果攻击导致其死亡或受伤；
27. 以背信弃义的方式杀、伤属于敌国或敌军的人员或敌方战斗员；
28. 宣告决不投降；
29. 不正当使用红十字或红新月区分标志或其他国际人道法认可的保护性标志，导致人员死亡或重伤；
30. 不正当使用休战旗，或旗帜或敌方或联合国军事徽章和制服，导致生命损失和重伤的；
31. 占领军直接或间接转移部分己方平民人口到其占领地；
32. 没有正当理由延误遣返战俘或平民；
33. 放任种族隔离或其他基于种族歧视的不人道和有辱人格的对待，并导致对人格尊严的损害；
34. 指令攻击历史纪念物、艺术品或构成民族文化和精神遗产并根据特别安排应给予特别保护的明显认同的礼拜场所，即使没有证据证明敌方违反禁令利用这些目标支持军事行为，以及这些目标不直接位于军事目标附近；

35. 故意指令攻击用于宗教、教育、艺术、科学和慈善目的的建筑，历史纪念物和医院，如果他们不是军事目标；
36. 使用毒物或有毒武器；
37. 使用窒息性、有毒或其他气体，以及所有类似的液体、物质或器件；
38. 使用在人体内易于膨胀或变扁的子弹，如外壳坚硬而不完全包裹弹芯或外壳经切穿的子弹；
39. 宣布废除、暂停或不接收敌方国民入禀法院的权利和诉讼；
40. 违反武装冲突国际法规，使用具有造成过分伤害或不必要痛苦的性质，或基本上为滥杀滥伤的武器、射弹、装备和作战方法，但这些武器、射弹、装备和作战方法已被全面禁止并包含在国际刑事法院规约的一个附件中。

二、1949年8月12日《日内瓦公约》共同第3条规定的武装冲突情形下，对共同第3条的严重违反，只要违反行为损害了《日内瓦公约》对应受保护的人的保护，不论是作为还是不作为，都构成国际法下的犯罪，在不损害刑法关于过失犯罪的规定的情况下，应当依据本法进行处罚：

1. 对人和生命使用暴力，尤其是任何形式的谋杀、伤害、残忍对待和酷刑；
2. 侮辱人格，尤其是羞辱和有辱人格的对待；
3. 劫持人质；
4. 未经正规组织的法庭先行宣判，并保障所有文明各族认同为必需的司法保障，径行判罪和处决。

三、在武装冲突中，实施了1999年3月26日在海牙通过的《1954年<武装冲突期间保护文化财产的海牙公约>第二议定书》第15条所规定的严重违反行为，即在1954年《海牙公约》第18条第1、2款、上述《第二议定书》第22条规定的行为，列举如下：它们构成国际法上的犯罪。当这种通过作为或不作为的违反损坏了那些公约和议定书所保护的财产，在不损及刑法关于过失犯罪条文的情况下，应根据本法条款处罚：

1. 使受到特别保护的文化财产成为攻击目标；
2. 利用受到特别保护的文化财产或其周围环境来支持军事行动；
3. 广泛摧毁或侵占《海牙公约》及其《第二议定书》保护下的文化财产。

第136条第4款

(2003年8月5日，第9条) 第136条第1款和第2款列举的罪行应受终身监禁。

第136条第3款第1项第1、2、15、17、20—24和26—28目列举的罪行应受终身监禁。

该条同一款同一项第3、4、10、16、19、36—38和40目列举的罪行应受20到30年监禁。如造成一人或多人死亡，则应受终身监禁。

该条同一款同一项第12—14和25目列举的罪行应受15到20年监禁。该条同一款同一项第29—30目所述的同样地罪行，如果造成显然不可治愈的疾病永久丧失工作能力，或失去某一器官功能或严重毁损，则应受20到30年监禁。如造成一人或多人死亡则应受终身监禁。

该条同一款同一项第6—9，11和31目列举的罪行应受10到15年监禁。在上款的加重情形下应受上款规定的惩罚，以符合所涉案件。

第5目和第32—35目列举的罪行应受10到15年监禁，且不影响及对惩罚侮辱人格尊严的更严厉的刑法条款的适用。

该条同一款同一项第18目规定的罪行应受10到15年监禁。如对公共健康造成严重后果则应受15到20年监禁。

该条同一款同一项第39目列举的罪行应受10到15年监禁。

第136条第3款第2项第1目列举的罪行应受终身监禁。

该条同一款同一项第2和第4目列举的罪行应受10到15年监禁，对惩罚侮辱人格尊严的更严厉的刑法条款的适用不存偏见。

该条同一款同一项第3目列举的罪行应受10到15年监禁。如果造成显然不可治愈的疾病永久丧失工作能力，或失去某一器官功能或严重毁损，同样罪行应受20到30年监禁。如造成一人或多人死亡则应受终身监禁。

第136条第3款第1到3目列举的罪行应受15到20年监禁。

第136条第5款

(2003年8月5日，法律第10条) 任何人制造、占有或运输任何竖立一建筑或改变一已有建筑的设备、装置或物体，明知该设备、装置或物体、或该建筑或变换是为了实施第136条第1款、第2款和第3款规定的罪行之一或协助这些罪行的实施的，应受规定他们同意或协助的犯罪的相同惩罚。

第136条第6款

(2003年8月5日，法律第11条) 规定实施那些犯罪的惩罚适用如下：

1. 实施第136条第1款、第2款和第3款规定的罪行的命令，即使是无效的；
2. 建议或请求实施该罪行以及同意这种建议或请求的；
3. 煽动实施该种罪行，即使罪行没有实际发生；
4. 第66条、第67条意义下参与该种罪行，即使罪行没有实际发生；
5. 意识到所受命令为实施这种罪行，或意识到开始这种犯罪的行为的人没有采取可能的行为的，或本可避免实施或本可制止这些行为的人却没有那样做的；
6. 第51到53条意义上的企图实施这种罪行。

第136条第7款

(2003年8月5日法律，第12条) 第1款。在不损害第136条第3款第1项第18、22和23目所列例外的情况下，任何利益上、政治上、军事上或民族上的危急情况都不得成为第136条第1款、第2款和第3款规定的犯罪的正当理由，哪怕是报复而实施的。

第2款。被告基于其政府或上级命令的行为不免除其责任，如果在该情况下，该命令明显可以导致实施第136条第1款、第2款和第3款规定的犯罪。

二、2003年刑事诉讼法典

[资料来源：可访问法文：<http://www.moniteur.be>；非官方译本。]

刑事诉讼法典第1节新增条款

第1条第1款

(2003年8月5日法律，第13条)

(1) 根据国际法，不得采取针对以下人员的法律行动：

- 现任外国国家元首、政府首脑和外交部长，以及其他国际法认可享有豁免权的人员；
- 基于对比利时有约束力的条约享有完全或部分豁免权的人员；

(2) 根据国际法，在他们停留期间，不得对任何应比利时王国当局或建立于比利时或与比利时订有总部协定的国际组织正式邀请居留于比利时领土上的人员施与任何启动法律行动的压力。[……]

第10条第1款第1项

(2003年8月5日法律，第16条第2款)

除非 [某些特定案例]，外国人在比利时王国外实施了如下行为的，可以在比利时审判：[……]

《刑法典》第二部分第1条第1款规定的严重违反国际法的犯罪，[……]针对犯罪发生时是比利时公民或其实际惯常住所和法定居所在比利时至少有三年的入。

只有在对任何收到的指控进行评估的联邦检察官要求的情况下才能采取包括调查在内的法律行动。对该决定不得上诉。[注意：2005年3月23日，比利时宪法法院（“仲裁法庭”）认定前款违宪，2006年3月31日失效（见在线法文判决：<http://www.arbitrage.be>。）]

如果适用前面几款的指控已提交联邦检察官，他必需指示调查法官调查该指控，除非：

1. 指控显然没有根据；或
2. 指控援引的事实不能被认为是刑法典第二部分第1节 (a) 规定的罪行之一；或
3. 该指控不能导致可受理的公共诉讼；或
4. 案件实际情况显示，为公正执行正义和尊重比利时国际义务的起见，该案应被送到国际法庭或行为实施地法院、或犯罪人国籍国法院、或其被发现地法院，条件是：这些法院被证明是独立、不偏不倚和公平的，特别是因为在比利时和该国之间存在相关的国际义务。

如果联邦检察官认为案件需要终止，他应当通知司法部长，并指明前述各款列举的各点以及检察官具有得出结论的理由。[注意：2005年3月23日，比利时宪法法院（“仲裁法庭”）认定前款违宪，2006年3月31日失效（见在线法文判决：<http://www.arbitrage.be>。）]

如果一个案件仅仅基于上述第3点和第4点或仅仅基于上述第4点被归类为应终止，当这些行为在2002年6月30日以后实施，司法部长应当通知国际刑事法院。

新的第12条第1款

(2003年8月5日法律，第18条)

除第6条至第11条所指案件，比利时法院也被授权承认在比利时王国领土外实施的对比利时有拘束力的国际条约和习惯法规定的犯罪，当该规则要求以任何形式提交该事项到有权机构以采取法律行动。

只有在对任何收到的指控进行评估的联邦检察官要求的情况下才能采取包括调查在内的法律行动。对该决定不得上诉。[注意：2005年3月23日，比利时宪法法院（“仲裁法庭”）认定前款违宪，2006年3月31日失效（见在线法文判决：<http://www.arbitrage.be/>）]

如果适用前面几款的指控已提交联邦检察官，他必需指示调查法官调查该指控，除非：

1. 指控显然没有根据；或
2. 指控援引的事实不能被认为是刑法典第二部分第1条第1款规定的罪行之一；或
3. 该指控不能导致可受理的公共诉讼；或
4. 案件实际情况显示，为公正执行正义和尊重比利时国际义务的起见，该案应被送到国际法庭或行为实施地法院、或犯罪人国籍国法院、或其被发现地法院，条件是：这些法院被证明是独立、不偏不倚和公平的，特别是因为在比利时和该国间存在相关的国际义务。

如果联邦检察官认为案件需要终止，他应当通知司法部长，表明前款列举的和他所据以归类的要点。

如果一个案件仅仅基于上述第3点和第4点或仅仅基于上述第4点被归类为应终止，当这些行为在2002年6月30日以后实施，司法部长应当通知国际刑事法院。

三、比利时《普遍管辖权法》的发展

[资料来源：布鲁塞尔自由大学，国际法中心，比利时普遍管辖权法时事档案，<http://www.ulb.ac.be/droit/cdi>，非官方译本。]

立 法

关于“普遍管辖权”的法律，如其所称，通过于1993年6月16日，讨论了惩治严重破坏1949年8月12日《日内瓦公约》和1977年6月8日第一、第二附加议定书的行为。其适用范围限于战争罪，无论是在国际性或非国际性武装冲突中实施。在那种程度上，该法突破了新的领域，尤其是关于实施的国际文件。需要提醒的是，战争罪在《日内瓦公约》及其附加议定书中被限定在国际性武装冲突。根据该法，有关奥古斯托·皮诺切特的调查于1998年11月1日启动 [法文版可见：<http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/fichiers/OrdonnanceVdm.html>]。

本法于1999年2月10日提交首次修改。这次修改作了两个重要修正案：一方面，比利时法官的普遍管辖权被扩展到种族灭绝罪和危害人类罪，另一方面，罪犯被禁止要求任何豁免权。

一开始几乎没有基于该法的诉讼。2001年4月布鲁塞尔王座法庭审理的四人被控参与卢旺达种族灭绝并定罪一案——直到那时的比利时法唯一一次适用普遍管辖权——引起了诉讼的增多[该程序具体可访问：<http://www.trialch.org/trialwatch/home/en>]。这其中一些案件直指菲德尔·卡斯特罗，萨达姆·侯赛因，洛朗·巴博，伊德里斯·代比和阿里埃勒·沙龙。2001年6月1日和18日对阿里埃勒·沙龙提交的指控引起了以色列当局的强烈批评。

该法1999年修改后，四年后再次修改。2002年2月14日，国际法院基于逮捕令没有考虑给予国家元首的豁免权指令比利时撤销逮捕时任刚果民主共和国外交部长阿布杜拉耶·耶罗迪亚的国际逮捕令[见**案例206**，国际法院，刚果民主共和国诉比利时，第2241页。]。根据那项判决，2002年7月18日，一项考虑接受《国际刑事法院规约》并规定使该法符合既存国际法规则的议案提交参议院。另外，依据在布鲁塞尔的指控庭针对阿布杜拉耶·耶罗迪亚和针对阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚隆的两项判决，基于这些人不在比利时领土上而认为没有可受理性，一项解释1993年法的议案被提交，认为法律程序可以不论被告的所在而开始。该第二项议案因为裁定最后被上诉法院撤销而再未被通过。

法律修改议案在参议院被讨论时，约翰·阿什克罗夫（美国总检察长）(John. Ashcroft)将其担忧通知首相。然而，2003年1月30日，文本得到参议院同意，并于2003年2月5日提交内阁。但是，对美国政治和军事领导人提起指控，尤其是联合国介入伊拉克以后，是触发对这些领导人日益严厉地反应，达到威胁转移北约总部的高潮并最终导致1993年法案被废止。第一起指控有关在第一次海湾战争期间实施的行为，于2003年3月对老布什和他的领导集团的前成员提起。科林·鲍威尔是那起指控的对象之一，认为比利时法案带来了一个“严重的问题”，尤其是鉴于北约总部在布鲁塞尔的事实，并对比利时提出了警告。

结果，议案被修正并规定，在与比利时没有关联的情况下，公共检察官可以拒绝指示调查法官某些案件。此外，法案规定，司法部长有权发布反对命令，这以明示的用于表明将指控交回犯罪实施地国或罪犯国籍国的可能性。该法于2003年4月23日通过。

这并不是为了阻止2003年5月14日对美国将军弗兰克斯的指控。2003年5月13日，在北约总部的一次新闻发布会上，理查德·迈尔斯将军被一位记者告知该指

控将要被提起时说，他认为情况“非常严重”，并且这可以与北约在那里举行会议发生重要联系。

在一个月后的北约国防部长会议上，虽然针对弗兰克斯将军的指控已依据新程序被退回美国，唐纳德·拉姆斯菲尔德称该案是“荒唐的”，并拒绝承认比利时审判美国领导人的权利，之后他提醒比利时作为北约总部所在国承担的责任，并表示，美国是否对该总部新大楼决定出资取决于比利时是否能保证能再次成为“北约行使其事务的友好地点”，虽然同时承认应尊重比利时的主权。[发言可访问：<http://www.nato.int/docu/speech/2003/s030612g.htm>]。

2003年6月底，比利时外交部长宣布在新政府组建后尽快修改该法律。1993年6月16日法与2003年8月5日被废除。《刑法典》，包含《刑事诉讼法典》第一部分的1878年4月17日法案和《刑事诉讼法典》，被修改为允许起诉严重破坏国际人道法的行为。然而，由于缺乏比利时法院认可的连接点，指控只有在对比尔时有约束力的条约或习惯法上的国际法规则要求起诉其中的特定罪行实施者时才能得到支持。如果普遍管辖权真正在比利时法下存在，其联系受到更多限制（鉴于在国际法的现状下，缺席普遍管辖将不再能被实行），并有一个广泛的体系控制指控（如果该体系在先前的该法修正案得到支持时建立）。

在实践中，联邦检察官必须遵守的标准如何得到维持仍然有待观察，因为其中提到的其他有权审理的国家的法院是否不偏不倚以及是否独立的概念，这些概念的内容是很模糊的。

讨 论

1. 《刑法典》和《刑事诉讼法典》是否履行了比利时对严重犯罪人员建立（普遍）管辖权的义务？原1993年法（1999年修正）超出了条约义务了吗？如果超出了，是否违反国际法？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条和《第一附加议定书》第85条。）
2. (1) 来自1948年《种族灭绝罪公约》和《国际刑事法院规约》的种族灭绝罪和危害人类罪的定义是习惯法的一部分吗？除了上述公约，国内立法是否可以予以界定？其界定的范围是更狭窄了还是更宽泛了？
(2) 种族灭绝罪可以在平时犯吗？危害人类罪呢？武装冲突不是实施这些罪行的条件吗？你怎样解释危害人类罪的定义要求“作为广泛而有体系的攻击的一部分”和可以在平时实施这一事实？
3. (1) 《刑法典》第136 (3) 条涵盖了国际人道法规定的所有严重破坏行为了吗？它允许对违反习惯国际人道法的惩罚吗？比利时是否也对违反国际人道法、但不构成严重破坏的情形建立了其普遍管辖权？（分别比较日内瓦四公约第50/51/130/147条

和《第一附加议定书》第11、85条。)对实施犯罪时不在比利时管辖权内的人来说,那是否违反了国际人道法或一般国际法?

- (2) 法案将严重破坏这个概念扩展到非国际性冲突是否合适? 起诉非国际性武装冲突中严重违反国际人道法的行为是否规定在国际人道法中? 与国际人道法相符吗?
4. 当《刑法典》对所列犯罪将国际性与非国际性武装冲突一并考虑时,从实体国际人道法的观点看这里没有困难吗? 对这些罪来说只有术语上的问题吗? 对这些罪来说有实体上的问题吗? 因为被认为犯罪的行为并不为非国际性武装冲突的国际人道法所禁止。至少那项犯罪不在《第二议定书》禁止之列? 比利时的法律是否把实施那些没有受到可适用的实体国际人道法禁止的行为规定为了犯罪? 在国际人道法下一国可以惩罚武装冲突中不受国际人道法禁止的行为吗? 对这些行为可以建立普遍管辖权吗?
5. (1) 第136 (6) 条可从《日内瓦公约》和《第一议定书》相关条款推导出来吗? 它是否符合习惯国际人道法的规则? 可以认为是本法引入的一条规则吗? (分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条和《第一附加议定书》第85条第1款和86条第2款。)第136 (5) 条呢?
- (2) 第136 (6) 关于没有行动的规定与《第一附加议定书》第86条第2款在实质上有区别吗?
6. (1) 什么情况下上级命令可以作为对违反国际人道法的控诉的辩护理由? 什么情况下上级命令可以使这种行为免受惩罚? 什么时候可以减轻惩罚? 第136第6款第1项在国际人道法上有规定吗?
- (2) 不存在对严重破坏的行为的辩护理由吗? 对某些违反呢? 第136条第6款第1项规定的辩护限制在国际人道法上有规定吗?
7. 你认为原1993年法的条款(已从比利时法中删除)规定豁免权不能排除该法适用,连同该法的法律解释使得被告不必要在比利时出现,这是否过头了? 为什么? 你认为刑事诉讼法上的限制应该是什么? 他们会削弱比利时的普遍管辖权吗? 还是会使这种普遍管辖权符合国际法?

案例53 科特迪瓦，国家政府部门间委员会

案 例

[资料来源：1996年11月14日科特迪瓦共和国官方公报，第1042页；原文为法语，非官方译本；可访问：<http://www.icrc.org/ihl-nat>.]

设立实施国际人道法的国家政府部门间委员会的法令

1996年10月25日

第96-853号法令

共和国总统，

[.....]

命令：

第1条：设立

兹设立国家政府部门间委员会负责实施国际人道法。

第2条：职责

国家政府部门间委员会应当：

- 确保尊重国际人道法，并有效实施之；
- 研究并准备法律和实施规章需要补充或修改的地方，并提交政府；
- 保障国际人道法在科特迪瓦的适用；
- 促进该法的推广、传播和教育。

第3条：组织

委员会由司法和公共自由部部长任主席。副主席由国家红十字会负责，秘书处由外交部部长负责。

第4条：组成

委员会应当由下列人员组成：

- 以下部门各有两位代表：外交部、司法和公共自由部、国防部、内务和国家统一部、公共卫生部、经济与财政部以及高等教育部；
- 律师协会的两代表；
- 红十字国际委员会的地区代表；
- 国家红十字会的代表。

第5条：协助

可向红十字国际委员会寻求协助，以确保完成第2条下委员会所承担的任务。

第6条：运作程序

外交部和司法与公共自由部联合制订法令，规定委员会的运作程序，并在必要时建立附属委员会。

第7条：最后条款

外交部、司法与公共自由部、经济与财政部、国防部，高等教育部、研究与技术革新部、内务与国家统一部和公共卫生部的部长在他们各自主管领域内负责执行本法，本法将在科特迪瓦共和国官方公报上公布。

1996年10月25日，制定于阿比让

亨利·科南·贝迪埃 (Henri Konan Bedie)

讨 论

1. 为什么在实施国际人道法中建立一个国家政府部门间委员会是必需的和有用的？国际人道法规定了建立这样一个委员会吗？
2. 国家只需在武装冲突期间考虑国际人道法吗？如不是，为什么？和平时期有关国际人道法的什么措施得到最有效的执行？（分别比较《日内瓦第一公约》第47条至第49条，《日内瓦第二公约》第48至第50条，《日内瓦第三公约》第127条至第129条，和《日内瓦第四公约》第144条至146条。）这是否解释了不同政府部长为什么在上文第7条要求执行科特迪瓦的法令？
3. 如果一国已同意受条约拘束，国家实施措施还有什么必要存在？《公约》对国家措施有要求吗？如果该国又是两项附加议定书或其中之一的成员国，有关实施措施的义务会变化吗？（比较《日内瓦公约》共同第1条和《第一附加议定书》第1条第1款；也比较《日内瓦第一公约》第45条、第48条，《日内瓦第二公约》第46条、第49条，《日内瓦第三公约》第128条，《日内瓦第四公约》第145条和《第一附加议定书》第80条。）
4. 《公约》要求完成科特迪瓦共和国国家政府部门间委员会第2条所列全部任务吗？《公约》细化了完成这些任务的方式吗？
5. (1) 如果国家立法是必需的，这是否意味着《公约》的条款都不是自动实施的？那么被认为是习惯法的那些条文的适用性又将如何呢？
(2) 《公约》哪些条款特别要求成员国进行立法予以实施？《公约》要求成员国提供什么特别立法？（分别比较日内瓦四公约第49/50/129/146条；比较1954年《海牙

公约》第28条 [文件3,《保护文化财产公约》，第561页。]) 《公约》要求有多具体？成员国在那些方面有较大的自由度？成员国可以制定法律扩大《公约》要求的范围吗？

6. 所有实施条约国家措施对每个成员国是一样的吗？如果不一样，为什么？
7. 大多数国家进行了国家立法或创立了像科特迪瓦共和国这样的国家委员会吗？如果很多国家没有这样做，这对国际人道法的实际适用和效力有何影响？
8. 科特迪瓦共和国法令第5条给予红十字国际委员会的角色以及国家红十字会参与委员会与运动的《章程》和基本原则相符吗？这种参与有何有利和不利之处？（比较第一、二和三公约第9条和第四公约第10条以及《国际红十字和红新月运动章程》序言和第3、5条，见文件20，第670页。）

案例54 美国，战争罪法案

案 例

一、1996年《战争罪法案》

[资料来源：Title 18, Crimes and Criminal Procedure Part I, Crimes Chapter [116] 118, War Crimes, 18 USCS, § 2401 (1996); 可访问 <http://uscode.house.gov>.]

第2410节 战争罪

- (一) 罪行：在美国和美国以外任何人，实施了严重破坏《日内瓦公约》的行为，在任何下面第(二)款所述情形下，应在此名称下处以罚金、终身监禁或任何期限监禁或同时适用两者；如果导致受害人死亡，应被判处死刑。
- (二) 情形：第(一)款所指的情形是指犯罪实施者或犯罪受害人是美国军队成员或美国公民(《移民和国籍法》第101条界定了定义)。
- (三) 定义：本节中所使用的“严重破坏《日内瓦公约》”意思是违反美国作为缔约国的1949年8月12日签订于日内瓦的任何与战争法有关的国际公约及其任何议定书所界定的严重破坏行为。

[……]

二、1996年《战争罪法案》之1997年修正案

[资料来源：本修正案包含在1997年11月9日和1997年11月12日参众两院通过的《域外行动拨款法案》；可访问：<http://thomas.loc.gov/home/c105query.html>.]

[注意：美国法典第2401节已被重编为第2441节。]

战争罪的起诉

第583节，美国法典标题18第2401节（公法104－192；1996年《战争罪法案》）已修正如下：

- (1) 在第(一)款，删除“严重破坏《日内瓦公约》”，并增加“战争罪”；
- (2) 在第(二)款，删除每处出现的“破坏”，并增加“战争罪”；
- (3) 这样第(三)款变成如下：
 - (三) 定义：用于本节的“战争罪”意为任何行为：
 - (1) 美国作为成员国的1949年8月12日签订于日内瓦的国际公约及该公约的任何议定书的定义的严重破坏的行为；
 - (2) 被1907年10月18日签订的有关陆战法规和惯例的海牙第四公约附则的第23、25、27或28条禁止的行为；
 - (3) 构成违反美国作为成员国的和有关非国际性武装冲突的1949年8月12日签订于日内瓦的公约共同第三条或该公约任何议定书的行为；或
 - (4) 与武装冲突有关、并违反1996年5月3日在日内瓦修订的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书（修订于1996年3月3日第二号议定书）》，在美国成为该议定书成员国后的任何人任意杀害或导致平民严重伤害的行为。

讨 论

1. (1) 1997年对1996年《战争罪法案》的修正如何扩大了所覆盖罪行的范围？哪些其他的行为目前也受禁止？（比较《海牙章程》第23条、第25条、第27条和第29条；《日内瓦公约》共同第三条和经修正后的1980年《常规武器公约》第二议定书。参见文件1，第553页和文件8，第581页。）
 - (2) 修正案所指的《海牙章程》条款的选择合适吗？你曾援引过附加条款还是排除过一些？《海牙章程》第25条是对现代国际人道法禁止的攻击的适当阐述吗？一处

不设防的房屋可以成为合法的军事目标吗？依据《第一附加议定书》第52条第2款？还是依据当代习惯国际人道法？

- (3) 违反《第二附加议定书》的行为是否包括在修正后的法案覆盖的罪行范围内？
2. 经修正的《战争罪法案》是否履行了国际人道法下美国制定必要立法规定“给予实施或命令实施任何严重破坏本公约的行为的人有效的刑事制裁”的义务了吗？（分别比较《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条和《日内瓦第四公约》第146条。）
3. (1) 1996年《战争罪法案》的管辖范围是什么？1997年修正案改变了这一点吗？
- (2) 经修正的《战争罪法案》规定了普遍管辖权吗？美国作为成员国根据《日内瓦公约》不需要规定普遍管辖权吗？（分别比较《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条和《日内瓦第四公约》第146条。）
- (3) 为什么你认为规定了普遍管辖权的提议中的法案修正案版本无法获得优先支持？
- (4) 美国法案缺失普遍管辖权使美国成为某些战争罪犯不被起诉的“避难所”了吗？在这些案件中，美国是否可以基于其国际人道法的义务选择引渡或驱逐？这些总是令人满意的选择吗？（分别比较《日内瓦第一公约》第49条、《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条和《日内瓦第四公约》第146条。）

七、国家声明

案例55 俄罗斯联邦，国际人道法条约的继承

案 例

[资料来源：《1992年1月15日俄罗斯联邦常驻日内瓦代表团致红十字国际委员会的照会》。]

俄罗斯联邦外交部长照会：

“……俄罗斯联邦将继续行使源自苏维埃社会主义共和国联盟签署的国际协定所产生的权利并履行相应的义务。

据此，俄罗斯联邦政府将代替苏维埃社会主义共和国联盟政府履行相应的多边条约保存方的职能。

与此有关，部长要求将俄罗斯联邦，而不是苏维埃社会主义共和国联盟视为所有对其生效的国际条约的缔约方。……”

讨 论

1. 这一外交照会是否必要？它是否更改了俄罗斯联邦对国际人道法条约的法律地位？如果没有这一外交照会，俄罗斯能否成为国际人道法条约的缔约方？
2. 你对第一个问题的答案对于前苏维埃社会主义共和国联盟的其他加盟共和国而言是否也是正确的？如果这些其他加盟共和国没有作出此类宣言，他们的法律地位将如何？

案例56 苏联、波兰、匈牙利和朝鲜民主主义人民共和国， 对《日内瓦第三公约》第85条所做的保留

案 例

(一) 苏维埃社会主义共和国联盟

[资料来源：《1949年日内瓦外交会议最后记录》，第一卷，联邦政治部，伯尔尼，第355—356页。
可访问<http://www.icrc.org/ihl>.]

签署时所作、而且批准时继续有效的保留（1949年12月12日签署；1954年10月5日批准）：

斯拉文将军，苏维埃社会主义共和国联盟代表团团长：……

- (3) 在签署《关于战俘待遇之日内瓦公约》之际，苏维埃社会主义共和国联盟政府作出如下保留：……

第85条

“苏维埃社会主义共和国联盟认为自己不受第85条所规定义务的约束，该条将《公约》扩大适用于依据拘留国已经判罪的战俘。依据《纽伦堡审判原则》，对于战争罪和危害人类罪，各国认为，犯有这些罪行的人必须依据捕获国的法律确定其应受的惩罚。”……

(二) 波兰

[资料来源：《1949年日内瓦外交会议最后记录》，第一卷，联邦政治部，伯尔尼，第350—351页。
可访问<http://www.icrc.org/ihl>.]

签署时所作、而且批准时继续有效的保留（1949年12月8日签署；1954年11月26日批准）：

波兰驻瑞士公使普吉波斯先生，关于四项《日内瓦公约》作出如下保留：……

- (3) “在签署《关于战俘待遇之日内瓦公约》之际，我宣布波兰共和国政府将坚持这一公约，除对……第85条……作出保留外。”[……]

“至于第85条，波兰共和国政府认为，依据纽伦堡审判确定的原则被判犯有战争罪和危害人类罪的战俘继续有权享有本公约的保护是不合法的。各方理解犯有上述罪行的战犯，其刑罚的执行必须受所在国生效法律的约束。”……

(三) 匈牙利

[资料来源：《1949年日内瓦外交会议最后记录》，第一卷，联邦政治部，伯尔尼，第346—347页。
可访问<http://www.icrc.org/ihl>.]

签署时所作、而且批准时继续有效的保留（1949年12月8日签署；1954年3月8日批准）：……

“保留的声明是由匈牙利人民共和国政府在签署公约之际作出，具体如下：……

- (4) 匈牙利人民共和国代表在《关于战俘待遇之日内瓦公约》第85条的讨论会议上不断反对该条规定依据纽伦堡原则被判犯有战争罪和危害人类罪的战俘必须享有与其他罪犯相同的待遇。……”

(四) 朝鲜民主主义人民共和国

[资料来源:《联合国条约集》,第276卷,1957年,第263—264页。可访问<http://www.icrc.org/ihl>]

加入时所作保留(1957年8月27日);……

针对[1949年《关于战俘待遇之日内瓦公约》]第85条……:

“朝鲜民主主义人民共和国政府将不受第85条关于以纽伦堡和东京远东国际军事法庭确立的原则为基础,依据拘留国法律被判有战争罪或其他危害人类罪的战俘的相关待遇规定的约束。”……

讨 论

1. 你认为为什么会有这么多国家(除上述国家之外,还有阿尔巴尼亚、白俄罗斯、保加利亚、中华人民共和国、捷克斯洛伐克、德意志民主共和国、匈牙利、罗马尼亚、乌克兰、越南人民共和国和安哥拉)对《日内瓦第三公约》第85条提出类似的保留?(注意:匈牙利、白俄罗斯、保加利亚和罗马尼亚已经撤回了类似保留。)
2. (1) 那些违反了战争法的战犯是否依然有权主张法律保护?战争法是否应当适用于所有这些人?至少直到初步证据已经确立?直到已经对这些人宣判?然而,在敌人手中的战俘难道不是非常容易受到侵犯从而极度需要国际法对其提供法律保护?依据《日内瓦第三公约》第85条,直到什么时候《公约》规定的利益才适用于犯有战争罪而战俘?
(2) 《日内瓦第三公约》为战俘规定了什么保障措施?这些保障措施与大多数国家立法相比是更加详尽还是更简略?一个被控犯有战争罪的人是否应当被剥夺国内法通常提供给即便是最严重的罪犯的那些法律保护?《日内瓦第三公约》是否为拘留国审理或处罚战争罪犯带来了障碍?或者对审判犯有其他罪行的罪犯带来了障碍?《日内瓦第三公约》关于战俘待遇的哪项规定超出了国际人权法对已判罪犯的保障?
3. (1) 上述各项保留以各种方式声称的《纽伦堡原则》是什么意思?这是否是指《纽伦堡法庭宪章》所确认的、并由国际法委员会以及纽伦堡法庭判决所阐明的那些国际法原则?战争罪和危害人类罪是否被理解为国际法委员会所界定的那样?
(2) 保留不针对破坏和平罪,为什么这很重要?如果保留可以包括破坏和平罪,这对战俘会有什么潜在的影响?依据国际人道法,在被俘获之前所犯的什么违法行为使得战俘应受处罚?
(3) 苏维埃社会主义共和国联盟的保留是否明确规定了什么时候《日内瓦第三公约》为战俘规定的利益可以被撤回?如果一项保留使缔约国面临多种解释,缔约国可以采取什么措施?条约是否允许任何或所有保留?如果不是,那什么保留会被允许?
(4) 本文件下的其他三项保留是否与苏维埃社会主义共和国联盟的保留具有相同效果?

文件57 法国，加入《第一附加议定书》**(一) 在外交大会上的声明**

[资料来源：《关于重申和发展在武装冲突中适用的国际人道法外交大会的官方记录》，日内瓦，1974—1977年，第三卷，联邦政治部，伯尔尼，第192—194页。]

3. 鲍里尼先生(法国)作了如下声明：

“法国代表希望指出，《第一附加议定书》并不限于重申和发展武装冲突时期的人道法，它在一定程度上还确认和发展五十多年前通过的许多国际公约中确立的那些关于战争的法律和习惯，尤其是1907年10月18日关于陆战法规和惯例的《海牙第四公约》。人道法和战争法因此彼此联系，尽管这是两个相互独立的国际法领域。这在第三部分——关于作战手段和方法，以及第四部分——关于防止平民遭受敌对影响的一般保护，尤为明显。

人道法和战争法之间的结合无疑使人道法在某些方面有进步，但是这也有一些风险。一旦某份国际人道法的文件也处理战争行为，这就有必要确保其严格尊重国家主权和进行自卫反抗外来侵略的不可剥夺的权利。

法国代表因此希望明确，法国政府在任何情况下决不允许《第一附加议定书》的规定损害“固有的自卫权”，或者限制其使用被认为是自卫所需的任何特定武器，法国希望依据《联合国宪章》第51条充分行使自卫权。……

至于《第一附加议定书》本身，法国政府不能接受第46条第4款（最终条款号为第51条）以及第50条第2款（新条款号为第57条）关于不分皂白的攻击，这些条款可能限制国家武装部队在保卫本国领土时采取军事行动反抗外国武装力量的攻击或占领某些地区。

法国政府也不能接受第47条（新条款号为第52条）关于民用物体的一般保护或者第51条（新条款号为第58条）第2款建议缔约国避免将军事目标置于人口稠密地区内或附近，这些条款可能禁止或不可避免地损害本国军队保卫本国领土的特定部分或受到敌国攻击的城镇和村庄。[……]

法国代表很遗憾地认为，因为第46条（新条款号为第51条）、第47条（新条款号为第52条）、第50条（新条款号为第57条）和第51条（新条款号为第58条）性质模糊，对法国的国防政策有严重影响，因此，希望表明对这些条款的无条件保留……”

(二) 关于法国加入《第一附加议定书》所做的保留和解释性声明

[资料来源：法国加入1977年6月8日的《第一附加议定书》，载《红十字国际评论》，第842卷，2001年6月，第549–552页。可访问<http://www.icrc.org/eng/review>.]

法国加入1977年6月8日的《第一附加议定书》

法国于2001年4月11日加入在1977年6月8日通过的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一附加议定书》）。其加入附随各种声明和保留（参见下文）。

《第一附加议定书》于2001年10月11日对法国生效。法国是该议定书的第158个缔约国。

应当回顾的是，法国于1984年2月24日加入了《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二附加议定书》）。

法国加入《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一附加议定书》）所作的保留和解释性声明：

1. 1977年《第一附加议定书》的条款不得妨碍法国依据《联合国宪章》第51条行使天然自卫权。
2. 关于红十字国际委员会准备的、构成1974年至1977年外交会议工作基础的议定书草案，法兰西共和国政府依然认为，本议定书的规定仅与常规武器有关，它们不得损害适用于其他武器的国际法的其他规则，法国需要用这些武器行使合法天然自卫权。
3. 法兰西共和国政府认为，议定书使用的“可能的”和“努力”这样的表述，其意思是在包括人道主义和军事考虑在内的目前环境下，可以实现的或切实的。
4. 法兰西共和国政府认为，本议定书第1条第4款使用的“武装冲突”一词是指不包括普通犯罪、但包括恐怖主义行为的某种情形，无论犯罪是集体还是个人进行的。
5. 考虑到基于医疗撤离的目的使用非特定飞机的现实需要，法兰西共和国政府不将第28条第2款解释为排除纯粹为了便利第8条意义上的医疗运输任务的航行、识别或通讯而在飞机上装载通讯设备和电文译码材料或而使用这些设备与材料。
6. 法兰西共和国政府认为，依据第35条第2款和第3款以及第55条，使用某种作战手段和方法对自然环境造成的损害风险应当依据风险评估时可获得的信息进行客观分析。

7. 考虑到议定书第43条第3款涉及的武装执法机构，法兰西共和国政府告知本议定书所有缔约国，法国的武装部队永久包括法国国家警察部队。
8. 法兰西共和国政府认为，第44条第3款第二句话所指的情况仅存在于领土被占领或发生了第1条第4款意义上的武装冲突事件。该条第3款第2项中使用的“部署”一词意味着朝攻击发动所在地的任何活动。
9. 法兰西共和国政府认为，第50条第1款第二句话表明规则不应当被解释为要求指挥官依据其环境和可利用的信息，采取可能与其职责不相符的决策以确保其负责部队的安全或依据本议定书的其他规定维持其军事职位。
10. 法兰西共和国政府认为，第51条第5款第2项、第52条第2款和第57条第2款第1项第3点所使用的“军事利益”一词意味着从整个攻击而不是孤立或特定部分的攻击行为中预期可获得的利益。
11. 法兰西共和国政府宣称，其将在一定程度上适用第51条第8款，只要该条款的解释不损害本国依据国际法使用那些被认为对保护本国平民不受敌人明显故意的严重违反《日内瓦公约》和本议定书的行为影响所必不可少的手段。
12. 法兰西共和国政府认为，如果特定区域由于其位置或第52条列明其他标准，并考虑当时情形，其全部或部分毁坏、缴获或失去效用能提供决定性的军事利益，该特定区域可被视为军事目标。法兰西共和国政府还认为，第52条第2款的第一句话并不解决对军事目标的攻击导致的间接损害问题。
13. 法兰西共和国政府宣称，如果依据第53条受保护的目标被用于军事目的，它们因此失去本来依据议定书的规定可以获益的保护。
14. 法兰西共和国政府认为，第54条第2款并不禁止基于特定目的的攻击，例外是不得以旨在剥夺对平民居民生存所不可缺少的物体为目的，以及直接破坏那些尽管被敌方使用但并不仅仅是为武装部队提供生计的那些物体。
15. 法兰西共和国政府并不担保对所有包含危险力量的工程和设施提供绝对保护，这些工程和设施可能有助于抗击敌方或有助于这些设施的保卫者，但法国政府会依据本议定书第56条第57条第2款第1项第3点和第85条第3款第3项的规定，采取一切必要措施并避免在平民居民中造成严重的间接损失，包括在每次直接攻击时导致的间接损失。

16. 法兰西共和国政府认为，依据第57条第2款第2项，取消或中止一项攻击的义务仅要求以决定发动攻击的当事方可获得的信息为基础采取正常措施取消或中止攻击。
17. 法兰西共和国政府认为，第70条的有关救济行动对于适用于与海上封锁、水底战争和水雷战有关的现有海战规则没有影响。
18. 法兰西共和国政府不认为自身受适用第96条第3款所作宣言的约束，除非它明确承认该宣言是由能真正代表那些参加第1条第4款意义上的武装冲突的人的权力机构所制定。

案例58，英国和澳大利亚，《第一附加议定书》的适用性

案 例

(一) 英国代表团的声明

[资料来源：《关于重申和发展在武装冲突中适用的国际人道法外交大会的官方记录》，日内瓦，1974—1977年，第六卷，联邦政治部，伯尔尼，第46页。]

.....

82. 弗里兰先生 (英国).....
83. 英国代表对第1条的总体表决弃权，并且如果该条第4款会有单独表决的话，将对该款的表决投弃权票。在第一次会议上，英国代表团投票反对第1条增加现在被表示为第4款的修订，部分原因在于该款使用的语言存在法律困难，使用的似乎是政治性的而不是法律的术语。然而，反对的主要原因是该款规定引入了以冲突背后的动机作为国际人道法的适用标准这样一个令人遗憾的创新。
84. 尽管如此，英国代表充分理解1974年发起该项修订的发起人的意图，如今被表示为第4款的修订将按照传统标准被视为国内冲突，但国际社会强烈关注的那些诸多冲突划分为国际性武装冲突。这些冲突在1974年讨论中已经提及，这些也是联合国主要关注的冲突，都发生在欧洲以外地区，有的自1974年以来已经有幸结束。

[注意：英国于1998年1月28日批准了《第一附加议定书》，并附保留，参见 <http://www.icrc.org/ihl>]

(二) 澳大利亚对《第一附加议定书草案》表决的解释

[资料来源:《关于重申和发展在武装冲突中适用的国际人道法外交大会的官方记录》,日内瓦,1974-1977年,第六卷,联邦政治部,伯尔尼,第59-60页。]

《第一附加议定书》草案第1条

澳大利亚代表投票支持第1条,因为该条包括了与本议定书目的一致各项原则,而且还因为该条将国际人道法拓展适用于那些不再能被视为非国际性的武装冲突。……

将《第一附加议定书》适用于涉及民族解放运动的武装冲突,第4款是国际人道法的一个重要发展,也是我国代表团在第一次会议上支持的一项发展。国际人道法的这一发展是联合国诸多决议的结果,尤其是第3103 (XXVIII) 号决议,并且反映了国际法必须考虑1949年以来的政治现实这一国际社会深切感受的观点。这不是国际社会第一次决定为具有特殊意义的事项设置专门的法律分类。

澳大利亚代表团支持第4款,但不应被理解为对任何特定的民族解放运动的合法性发表意见。

澳大利亚支持第1条的全部规定,理解《第一附加议定书》将适用于高度激烈的武装冲突。而且,澳大利亚理解本议定书下的权利义务将平等适用于武装冲突所有各方,公正适用于所有受害者。

讨论

1. 你是否同意英国代表团关于《第一附加议定书》第1条第4款使用了政治语言而非法律语言的观点?《第一附加议定书》第1条第4款是否“将冲突背后的动机作为适用法律的标准”?这些标准的适用是基于主观还是客观标准?
2. (1) 英国代表团在上文第84段提及了什么冲突?澳大利亚代表团是否提及了相同的“政治现实”?《第一附加议定书》第1条第4款是否只适用于这些冲突?如果确实意在如此,这在当今与在1977年是否具有同样的意义?
(2) 《第一附加议定书》第1条第4款对武装冲突的列举是否穷尽?为什么那些冲突被列明?这些冲突被列明的选择是否支持了英国代表团关于这是使用政治语言以及用冲突背后的动机作为法律适用的标准的观点?
3. 为什么英国代表团强调所有导致引入《第一附加议定书》第1条第4款的冲突都在欧洲以外?
4. 你认为英国和澳大利亚代表团为什么对于《第一附加议定书》第1条第4款持相反观点?

5. 为将《第一附加议定书》适用于此类冲突，增加第1条第4款是否必要？日内瓦四项公约的共同第2条为什么不能被理解为适用于民族解放战争？“冲突之一方”一词是否仅指国家？

案例59，比利时和巴西，对《第二附加议定书》表决的解释

案 例

[资料来源：《关于重申和发展在武装冲突中适用的国际人道法外交大会的官方记录》，日内瓦，1974—1977年，第七卷，联邦政治部，伯尔尼，1978年，第76页。]

(一) 比利时

《第二附加议定书》草案第1条

第1条是关于《第二附加议定书》的适用领域，它对广泛的非国际性武装冲突做了具体规定。然而，它并没有包括所有可能发生的内战。事实上，1949年《公约》的谈判各方在制定共同第3条时非常谨慎没有界定其适用范围。

而且，尽管第1条发展和补充了共同第3条，但并没有包括共同第3条的所有可能的适用情形，也没有修改其适用条件。共同第3条依然如此，并被并入本议定书，尽管制定《第二附加议定书》的外交会议似乎决定不在这一文件中重申共同第3条的所有规定。换言之，共同第3条的全部原理，不论明示还是默示，都已经被并入本议定书。

这意味着共同第3条适用于基本的主权原则，即本议定书的义务对冲突双方都有平等约束力，尤其是第3条规定像红十字国际委员会这样的公正的人道主义组织有权向冲突各方提供服务。

同样，这还意味着冲突双方有义务签署专门协定，致使日内瓦四项公约全部或部分生效。

(二) 巴西

《第二附加议定书》草案第1条

当第一委员会在第二次会议上以协商一致的方式通过第1条时，巴西代表团声称，界定该条适用范围的条件应当由那些声称自身领土内发生了武装冲突的国

家予以认可。这些（条件）的确是明显的因素，进行核实不是那些持不同政见的武装部队的事情，也不是第三国的事情，[……]第3条[……]明确指出不干涉原则的重要性。这些动机是巴西代表在全体会议对第1条进行表决时投弃权票的正当理由。

讨 论

1. (1) 在什么情况下适用日内瓦共同第3条？什么时候适用《第二附加议定书》？（参见《第二附加议定书》第1条）。其适用领域与共同第3条是否相同？
- (2) 比利时关于共同第3条适用问题的解释是否正确？如果该条没有明确重申，为什么比利时如此确信？
- (3) 共同第3条的哪些方面既没有得到《第二附加议定书》的发展/又没有得到其重申？你是否能明白这是为什么？共同第3条的那些部分是否依旧有效？抑或这些部分就废弃过时了？
- (4) 当比利时声称红十字国际委员会提供服务的权利平等适用于非国际性武装冲突的各当事方时，其意思是什么？红十字国际委员会是否能仅为一方提供服务？如果只有一个当事方接受红十字国际委员会的服务时，它是否能只在一方开展活动？甚至如果该当事方是反政府的叛乱一方时，红十字国际委员会是否可以只在一方开展活动？
2. (1) 通常由谁确定某项国际条约是否适用于一个缔约国？是否由所涉缔约国决定？
- (2) 谁决定《第二附加议定书》的适用性？你是否同意巴西关于只有其领土上正声称发生武装冲突的国家有权确认《第二附加议定书》的适用范围？此类确认方式会产生什么问题？此类确认方式是否存在于日内瓦四项公约或《第一附加议定书》？更具体而言，是否存在于共同第3条？为什么共同第3条和《第二附加议定书》对缔约国而言更成问题？
- (3) 如果继续由当事国政府单独决定《第二附加议定书》的适用问题，这是否会损害《第二附加议定书》第1条的目的——界定武装冲突的因素这样当局再也不能否认武装冲突的存在？
3. 《第二附加议定书》是否以武装冲突当事方平等原则为基础，并因此为各方设置了相同的义务、赋予了相同的权利？
4. 国际人道法对非国际性武装冲突的适用性是否对武装冲突当事方的法律地位有影响？共同第3条或《第二附加议定书》的适用是否被用作要求获得承认的目的？

案例60，瑞典，瑞典国际人道法委员会的报告

案 例

[资料来源：《瑞典国际人道法委员会报告》，斯德哥尔摩，1984年。最初摘选的翻译由瑞典国际人道法委员会于1986年提供。]

武装冲突的国际法

.....

3.2 一般国际法

如上所述，国际法的规则包括两个组成部分：国际协定或条约，以及国际习惯法或一般国际法。习惯法规则并不经常以编纂的方式体现于条约。此处，要考虑的规则不仅是当事方之间的法律，还包括对所有国家有约束力的对世义务。区域习惯法有时也可能发展，尽管这在战争法中尚未出现过。

3.2.1 国家实践构成习惯法

一般国际法（习惯法）通常来自国家实践，即，有些例行实践被国家自己认为是有法律约束力的，被认为具有一般国际法地位。但这通常发生于和平时期，很少有关于战争的习惯法起源的描述。不管怎样，战争是一种不规则的简短事件，在实际冲突中的各国很少通过自己的具体行动发展法律规则。此类规则更容易通过和平时期的国家实践确立，即，通过允许诸如外交声明、行动或宣言等抽象的国家行为影响规则的发展。与战争有关的国际法规则通过那些编纂或发展被视为国际习惯法规则的外交会议确立，这绝非偶然。

1909年在伦敦召开的海军会议上，10个国家试图确认和编纂海战的法律规则。尽管所谓的《伦敦宣言》中的规则与已经确立的国家实践和各国捕获法院的裁决一致，但仍然难以达成各国批准该宣言的共识。该宣言包含了一些捕获的规则，这主要来源于英国的实践，被认为是存在争议的，不过大部分规则反映了习惯法，而且在第一次世界大战期间得到了广泛认可。《伦敦宣言》与封锁、走私和护航有关的章节中的有一些规则甚至现在依然被国家视为有约束力的习惯法规则。不幸的是，这一领域的当前法律依然缺少编纂，而编纂对于战争法而言非常重要。

空战领域也是类似情形。由1923年在海牙的法学家委员会通过的空战中保护平民的规则尚未得到批准。1923年的时候通过诸如区域轰炸这样的规则，时机不够成熟，但1977年则有可能在《第一附加议定书》框架内以对《海牙规章》进行某种修改的方式通过其中的许多规则。其中事实上就包括区域轰炸规则。有的专家认为，这部分地构成对一般国际法的编纂。

总之，可以说，与战争有关的习惯法规则还没有通过战争时期国家的反复实践得到正常发展，但是主要通过和平时期的缔结国际条约得到了发展，即，通过多边协定逐步吸引更多缔约方或以其他方式获得广泛承认。这些协定也是一种国家实践，将在下文论述。

3.2.2 通过国际条约形成的习惯法

1868年《圣彼得堡宣言》这一根本宣言声称“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”，以及“为实现这一目标，应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力”。这一《宣言》由17个国家签署，代表了当时文明国家组成的国际社会。

目前，很少有更多国家成为《宣言》的缔约国，但该宣言的原则已经获得了普遍承认，现在已经被视为对所有国家有约束力的一般国际法。

与此可以相比的是1907年《海牙公约》。《第四公约》及其陆战规则有其先行者，1899年第一次海牙和平会议通过了由几个国家接受的几乎相同的文本。当关于禁止劫掠、禁止扣留人质、禁止投毒、禁止使用足以引起不必要痛苦的武器和作战方法，以及保护已经放下武器的敌人等规则在1907年第二次海牙和平会议得到确认时，它们可以被视为有约束力的习惯法。1907年通过了13项公约，然而，这些主要都是新规则，而且和平会议并没有试图赋予这些规则以一般国际法的地位。相反，正如我们所见，这些条款被视为缔约方之间的法律，而且每项公约都规定只适用于交战双方都是公约缔约国的情形。这一限制条款意味着，各项《海牙公约》没有正式适用于第二次世界大战，因为诸如保加利亚、希腊、意大利、南斯拉夫等交战国都没有加入这些《海牙公约》。然而，这一荒谬的情况很大程度上是可以想象的，因为自战争于1939年爆发以来，《海牙公约》已经获得了普遍承认，它们作为一般国际法有全面的约束力。事实上，大部分规则在战争中得到了尊重。

自1907年以来被视为具有习惯法特征的一项一般原则是所谓的“马顿斯条款”。该条款规定在关于陆战规则与惯例的《海牙第四公约》的序言，以俄罗斯国际法教授暨与会代表，弗雷德里克·马顿斯的名字命名。……

甚至拥有150多个缔约国、实际上相当于国际社会全体国家的1949年《日内瓦公约》也主要由习惯法组成。1949年公约中的前三个公约以更早的、没有那么大影响的公约为基础。《日内瓦第一公约》关于陆战中的伤者病者的规则最早来源于1864年亨利·杜南的提议。继承该提议的1906年公约在1929年时被两项新公约替代，一项是关于陆战的伤者病者公约，另一项是关于战俘的伤者病者公约。关于改善海上武装部队伤者病者和遇船难者境遇之《日内瓦第二公约》是替代了1907年海牙第十公约。既然这些日内瓦规则始终限于保护那些没有参与战斗的人员（因此明显不同于海牙规则的战争法），关于保护的人道法核心规则随着国际法的发展而发展并获得了日益坚实的地位。《日内瓦公约》于1949年被通过时，一般国际法规则的要素就已经得到重视。

3.2.3 《第一附加议定书》中的习惯法

1949年《日内瓦公约》要有两项附加议定书补充时，召开了一次外交会议。1974年至1977年在日内瓦召开了四次会议。会议的正式名称是“关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法外交会议”，会议意在重申和进一步发展当前法律。最初，许多人认为会议讨论的起点仅仅是日内瓦法规，但是结果兼具确认和加强海牙法规和日内瓦法规。

《第一附加议定书》(关于国际性武装冲突)相应地包括从1949年日内瓦法规和1907年海牙法规中拿来的习惯法规则。可以很有把握地假定所有当时值得确认的规则都具有习惯法性质。

接下来就是列举议定书中具有习惯法地位的规则。这种列举在瑞典（已经批准《第一附加议定书》）卷入武装冲突而敌国没有批准该议定书的情况下具有实际意义。依据第96条的主要规则，议定书仅适用于已经批准或加入议定书的缔约国之间。然而，不能得出结论认为在上述情形下，瑞典可以完全忽视本议定书。构成一般国际法的规则必须始终得到尊重，正如敌国必须尊重这些相同规则一样。如果敌国没有尊重这些规则，瑞典在可能而且适当的情形下有权采取与国际法一致的各种报复。……

瑞典国际人道法委员会认为，《第一附加议定书》的下列规则在各种时候均具有习惯法地位。这些规则主要包括：

- 第10条关于伤者、病者和遇船难者的一般保护；
- 第11条第1款至第3款关于被剥夺自由的人的一般保护；
- 第12条关于医疗队的保护，和第15条关于医务人员的保护；

- 第17条识别人道主义援助组织的作用；
- 第18条第1款至第3款识别医务人员和医疗队；
- 第21条医务车辆的保护；
- 第25条至第27条医务飞机的一般保护；
- 第35条第2款禁止使用属于引起过分伤害和不必要痛苦的作战方法和手段；
- 第37条对背信弃义行为的禁止；
- 第38条至第39条禁止不正当地使用获得确认的标志和国籍标志；
- 第40条禁止下令杀无赦；
- 第41条保障失去战斗力的敌人；
- 第44条第1款战斗员的战俘待遇；
- 第48条区分原则；
- 第51条第5款第2项相称性原则（比例原则）；
- 禁止使平民陷入饥饿，如果其意图是杀害而不主要是迫使投降；此类禁止构成第54条的组成部分。
- 第59条关于不设防地区的主要规则；
- 第71条第2款保护救济行动的工作人员；
- 第75条在冲突一方权力下的人所享有的基本保证；以及
- 第76条第1款和第77条第1款对妇女和儿童的一般保护……

然而，不能保证其他国家对于哪些规则具有习惯法地位持有与本委员会相同的看法，也不能保证这些规则会得到敌国的尊重。

除了上面列举的条款，瑞典也应当在所有情况下遵守《第一附加议定书》内在国际人道法上很重要的其他条款，甚至是那些与习惯法很少或没有关系的条款。这些条款是关于伤者、病者，医疗交通工具以及民防组织的保护（第61条至第67条）、被占领土的基本需要（第69条）、保护难民和无国籍人（第73条）、家庭重聚（第74条）以及对记者的保护（第79条）。

3.3 敌方尚未批准《第一附加议定书》的情况

当明确采取行动的冲突各方缺乏共同的国际条约时，国际人道法的适用范围是什么？瑞典于1979年8月31日批准了《第一附加议定书》和《第二附加议

定书》。在一项瑞典是当事方的武装冲突中如果敌国没有批准《第一附加议定书》，那武装冲突将适用什么法律？这一问题与另一问题相关联，这里只给出简要的意见。

依据一般国际法和《第一附加议定书》第96条，应当适用互惠原则。不应当要求瑞典遵守比那些适用于我们的对手更多的义务。从国际人道法的观点看，人道法委员会认为，在此类情形下，瑞典当然有权采取所有力量确保《第一附加议定书》在瑞典参与的武装冲突的各方得到适用。这可以采取发表官方宣言的方式、致信《第一附加议定书》的非缔约方、声明瑞典方面将完全适用《第一附加议定书》，只要敌国不至于因不尊重议定书的规则导致瑞典方面不可能适用议定书。因此，《第一附加议定书》可以适用的设想能够得到维持，这非常重要因为这会树立榜样。

然而，如果瑞典的敌国不尊重议定书，瑞典因此有保留不适用该议定书规则的权利。在此情况下，瑞典会使敌国意识到它不会遵循议定书的战争规则，比如，第51条至第58条的主要部分。……

在武装冲突中，如果敌国正式宣布其适用本议定书规则的意图，并且在实践中确实如此，瑞典将以正常方式接受本议定书的约束（《第一附加议定书》第96条第2款）。既然条件是敌国真正遵守议定书规则，在这一意义上瑞典有权保留规则的全部适用。然而，正如上文所示，《第一附加议定书》的习惯法规则即使在上文列明的情形也必须得到尊重。如果敌国对《第一附加议定书》的规则有轻微违反，瑞典几乎不能促使不适用议定书，否则会与议定书的精神相冲突。最重要的是，在与尚未批准议定书的敌国相关时，已经批准议定书的缔约国不应当轻易地无条件地选择不适用议定书。互惠原则意为为显著的军事利益（一个“安全网”）提供合理的保护，而不是一种无条件地废止适用本议定书条款的机制。

讨 论

1. (1) 什么类型的习惯国际人道法规则可以源自交战国的实践？是否能因此将那些有助于形成习惯法的实践仅限于交战方？怎样才能确立此类惯例？人道主义组织报告的“违反”事例是否有用？战斗员的每种行为是否都可以构成国家实践？战斗员不受惩罚的实践是否至少构成国家实践？
- (2) 习惯国际人道法是否仅源自“诸如外交声明和宣言等抽象的国家行为”？是否可以源自交战方的行为？非交战方的行为呢？抑或两种行为都可构成？如果交战国的实际行为与其声明不符，又该如何？

- (3) 在重申和发展国际人道法的外交会议上所作的声明是否可被视为发展习惯国际人道法的国家实践？对于习惯国际人道法规则的形成，这些声明中哪些比另一些更有份量？
- (4) 国家广泛参与一项国际人道法条约是否能使条约规则成为习惯法？此类参与行为是否被视为形成习惯法的国家实践？
2. 1949年的时候还不是习惯法的一项公约规则后来怎样能成为习惯法？190多个国家的实践还是仅那3个尚未成为缔约国的国家实践被视为构成习惯国际人道法的国家实践？
3. 1984年所作的《第一附加议定书》的习惯规则列表（第3.2.3段）是否构成有助于使这些规则成为习惯法的国家实践？这些列表在2005年仍然有效吗？自从那以后，一项规则如何可以变成习惯法？其中160多个缔约国的实践还是仅指那些非缔约国的实践可被视为构成习惯国际人道法的国家实践？
4. (1) 瑞典可能与一个非《第一附加议定书》缔约国的国家卷入武装冲突的看法会对瑞典军队在和平时期的训练产生什么影响？
- (2) 对抗一个不受《第一附加议定书》约束、而且不尊重该议定书的敌国时，瑞典将不尊重《第一附加议定书》第51条至58条的非习惯法规则，这一观点是否违反《第一附加议定书》第1条规定的“在一切情况下”均尊重本议定书的义务？《维也纳条约法公约》第60条第5款是否已经规定人道法条约适用时禁止互惠原则？《第一附加议定书》第51条第6款是否规定禁止报复？

案例61，美国，总统拒绝签署《第一附加议定书》

案 例

[资料来源：美国总统的通知，美国政府印务局，第100届国会，第一次会议，条约号：100-2，华盛顿，1987年。]

美国总统针对1949年日内瓦四公约 《关于保护非国际性武装冲突受难者的《第二附加议定书》》的通知

.....

提交信函 [第9页]

国务院
华盛顿，1986年12月3日

总统，
白宫，

总统：

我很荣幸向您提交，并经由您致送国会，以获准批准于1977年6月10日在日内瓦缔结的1949年8月12日日内瓦四公约《关于保护非国际性武装冲突受难者的《第二附加议定书》》。

《第一附加议定书》

国务院、国防部和司法部也对与1949年8月12日日内瓦四公约《第一附加议定书》同时期谈判的第二项战争法协定做了一项详细的评论。这一协定是1973年至1977年日内瓦外交大会工作的主要目标，并表示了试图全面修订和更新1949年关于保护战争受难者的规则和1907年关于作战手段和方法的规则和相同主题事项的国际习惯法。

然而，我们的许多部门对议定书进行了广泛审议，我们的结论是，《第一附加议定书》具有很多根本的缺陷，无法通过提出保留或谅解得到弥补。因此，我们必须建议不应当将《第一附加议定书》致送参议院。下文是我们得出结论的理由概要。

《第一附加议定书》的关键部分将损害人道法并危及战争中的平民。某些规定，比如第1条第4款，“对人民行使自决权反抗对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权的武装冲突”赋予了特别地位，这为人道法的适用问题插入了主观政治性的有争议的标准。《第一附加议定书》也提升了那些可能进行恐怖主义活动的自称为“民族解放运动”组织的法律地位。这将损害一项国际法的原则，即，国际法的权利义务主要赋予那些能对自己的行为负责、并拥有履行义务的资源的主权因素的实体。

同样困难的是《第一附加议定书》能轻易推导出的政治和哲学意图，其宗旨不仅在于对通常的“民族解放运动”组织、而且尤其是许多此类组织使用的非人道战术进行鼓励和规定法律制裁。第44条第3款这样一个单独的从属条款，通过确认那些“不能”总是使自己与非战斗员区分的有武装的非正规人员，将多年的法律一扫而空；这将授予非正规人员战斗员的法律地位。因为恐怖主义刑事犯罪的核心就是取消战斗员与非战斗员的区别，美国宣布了打击恐怖主义政策，这使得美国很难坚定批准本议定书。

参谋长联席会议一起对《第一附加议定书》做了详细的研究，并且得出结论认为，该议定书在军事上有很多不可接受的理由。这些理由其中包括：议定书授予游击队的法律地位通常优于正规武装部队的地位。对攻击某些传统上被视为合法军事目标的物体也进行了不合理的限制。它没有重大改善对1949年日内瓦四公约的遵守和核准，并且排除了违反这些公约的一项重要制裁。权衡议定书的所有方面，参谋长联席会议认定《第一附加议定书》太模糊、太复杂，难以作为军事行动的切实指南，并建议美国不批准该议定书。

我们承认，《第一附加议定书》的某些规定反映了习惯国际法，有些规定肯定了新发展。因此，我们打算与我们的同盟进行协商以形成适当的方法将这些规定并入那些规范我们军事行动的规则之中，意在使那些规定能独立于《第一附加议定书》的存在而被及时承认为习惯国际法。对于各国为接受国际人道法的改进而设置的难以令人接受的条件的努力行动来说，这一措施是一种适当的救济。我将尽快向您报告这一努力的结果，国会可能因此接受我们在这方面的进步。

结 论

我认为，美国批准现我提交给您、并由您致送国会的1949年日内瓦公约《第二附加议定书》将促进与重要的军事要求相符合国际人道法合理标准的发展。然而，就1949年日内瓦公约《第一附加议定书》而言，却不是这样。该协定不应当转交国会以获得批准建议或同意。然而，我们将通过与同盟国进行协商以及其他方式，促进适用于国际性武装冲突的国际人道法规则的改进，而不需要以降低我们的人道主义法及其价值为代价接受此类改进。

将人道法政治化以支持恐怖主义组织的努力是一项令人遗憾的发展。我们反对《第一附加议定书》，这一行动应当被视为对国际法上单独权利的重申，以及对攻击非战斗员的行为进行集体道歉的否定。

总体而言，这些行动证明美国强烈支持人道主义原则，渴望符合这些原则的现有国际法规则的改进，并且拒绝任何损害这些原则的国际法的修订。国务院和司法部也支持这些意见。

敬上

乔治·普拉特·舒尔茨

讨 论

1. (1) 你是否同意关于《第一附加议定书》第1条第4款将政治目标引入了人道法的批评？这些断定对于在主观上真正适用《第一附加议定书》第1条第4款是否必要？（参见**案例140**，南非，S诉佩塔内案，第1498页。）
 - (2) 第1条第4款是否承认恐怖分子？进行民族解放战争的团体是否必然会比其对手进行更多的恐怖主义行动？是否必然会比那些进行典型战争的团体有更多的恐怖主义活动？即使如果《第一附加议定书》“提升了它们的国际法律地位”，这是否等于将敌对情况下的任何以及所有行为合法化？如果《第一附加议定书》适用于这些民族解放运动组织，它们不也要受议定书的相关条款的约束吗，比如承认平民的受保护地位？难道它们不也需要为自己的行为负责吗？《第一附加议定书》是否禁止恐怖主义行为？（比较《第一附加议定书》序言第5段、第1条第4款、第51条第2款和第85条第3款。）
 - (3) 如果《第一附加议定书》没有“提升”民族解放战争为国际性武装冲突，那么此类冲突应该是什么？就禁止恐怖主义行为和战斗员使自己区别于平民的义务而言，可适用的国际人道法能否规定更强或更弱的条件？（比较《第二附加议定书》。）
 - (4) “游击队员”或“恐怖分子”是否真正被赋予优于正规部队的法律地位？尤其是第1条第4款是否导致了武装冲突双方在国际人道法上地位不平等的情形？国际人道法赋予游击队员什么保护？正规部队有什么保护？国际人道法对游击队和正规部队各自规定了什么义务？
2. 《第一附加议定书》的哪些条款反映了习惯国际法，哪些条款是国际法的新发展？比如，《第一附加议定书》第1条第4款是国际法的创新发展还是仅仅反映了现有国际法？（参见**案例140**，南非，S诉佩塔内案，第1498页。）
3. (1) 《第一附加议定书》（第44条第3款）是否真正“将以往的法律一扫而空”？第44条第3款是否赋予那些没有使自己区别于平民的人以战斗员地位？该条款没有专门规定这些人该如何使自己区别于平民？你认为为什么第44条第3款第2项的例外会被规定在本议定书？议定书的起草者考虑的是什么类型的敌对情况？如果《第一附加议定书》没有规定第44条第3款，游击战争中国际人道法的尊重是否能得到改进？
 - (2) 为什么区分原则如此重要？它保护什么对象？第44条第3款规定的例外是否减少了这一保护？（参见**案例98**，马来西亚，奥斯曼诉检察官案，第1119页。）
 - (3) 战斗员如果没有使自己区别于平民在国际人道法上会面临什么后果？第44条第3款规定的例外如何改变了诸如游击队员等没有使自己区别于平民的人的法律后果？游击队员什么时候失去战斗员或战俘地位？他们因违反战争法而受到惩罚时，是否依然保留或失去战斗员地位？第44条第3款规定的例外情形下，如果战斗员没有公开携带武器或者战斗员滥用这一例外情形，其法律后果是什么？

4. 《第一附加议定书》怎样进一步界定攻击的合法目标？怎样界定作战方法和手段？这是是否是不合理的限制？《第一附加议定书》是否真的如美国的提交信函中所主张的那样，过于模糊而且对于实际的军事使用而言太复杂？
5. 《第一附加议定书》是否没有真正改进对《日内瓦公约》的遵守与核实机制？如果是这样的，这一理由能否单独作为拒绝《第一附加议定书》的充分理由？《第一附加议定书》是否事实上更多地保护武装冲突受难者，比如，通过扩大被视为严重破坏的行为？《第一附加议定书》是否排除了针对违反日内瓦公约行为的一项重要制裁？美国国务院提及的是哪一项重要制裁？

案例62，伊朗，放弃使用红狮与太阳标志

案 例

[资料来源：辛德勒和图门主编：《武装冲突法：公约、决议和其他文件汇编》第4版，日内瓦，马蒂努斯·纽约夫出版社，亨利·杜南研究所2004年第663页。]

1949年8月12日日内瓦四公约

伊朗 (伊斯兰共和国)

.....

1980年9月4日宣言：

通过1980年9月4日的备忘录，伊朗伊斯兰共和国外交部法律司对瑞士驻德黑兰大使通知如下：

“为避免慈善捐助和援助活动适用的国际标志多样化，并支持这些标志之间的统一，伊朗伊斯兰共和国政府认为，正式放弃其使用红狮与太阳标志作为红十字国际委员会的正式标志的权利，并因此使用所有伊斯兰国家接受的红新月标志，这是非常适当的。采取这一措施是因为所有国家被要求接受红十字或红新月两种标志之一。然而，如果发现违反这一国际规则的任何公然行为，伊朗伊斯兰共和国将保留其恢复在国内和国际层面使用这一标志的权利。”

讨 论

1. 为什么伊朗作出这样一份宣言？仅仅是为了避免受保护标志的多样化这一原因促使伊朗正式放弃对红狮与太阳标志的使用？

2. 为什么国际红十字与红新月运动面临源自受保护标志多样化的困难？这与红十字标志被解释为基督教符号有关吗？自从第二个标志，即红新月标志被接受以来，红十字标志的非宗教联系是否更难主张？这会如何影响普遍性原则？（参见**案例31**，红十字国际委员会，标志问题，第777页。）
3. 国际人道法保护哪些标志？谁可以使用这些标志？在什么情况下和什么条件下使用这些标志？（比较《海牙章程》第23条第6款，《日内瓦第一公约》第38条至第44条以及第53条，《日内瓦第二公约》第41条至第44条，《第一附加议定书》第8条第1款和第18条，《第一附加议定书》附件1第4条至第5条，以及《第二附加议定书》第12条。）
4. (1) 伊朗提及的“公然违反行为”是指什么？是指不尊重标记有这一标志的工作人员和交通工具？还是那些没有被授权使用标志的人频繁滥用标志？还是指以色列使用除红十字和红新月以外的标志来标记医务人员和医务交通工具？
 - (2) 缔约国是否有义务使用红十字或红新月标志？如果一国不使用这些保护性标志，会衍生什么后果？是不利的后果吗？是医务人员和医疗交通工具在法律上受到更少保护？还是事实上受到更少保护？

文件63，瑞士，禁止使用化学武器

[资料来源：《战争法》，载《瑞士国际法年刊》，1989年，第244 - 247页。原文为法文，非官方的翻译。]

10.1 禁止使用化学武器是否一项习惯国际法原则？条约和习惯，国际条约的保留，报复以及规范报复行为的条件

瑞士联邦外交部国际公法司在一份记录中（下文会部分复制这一份记录）考虑了1925年6月17日《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和作战方法的日内瓦议定书》规定的禁止使用化学的作战方法这一规定是否获得了习惯法的效力。

[国际公法司的意见：]

1. 1925年《议定书》禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和作战方法。换言之，它禁止使用化学武器。议定书也拓展适用于禁止细菌武器或生物武器。

依据该议定书，各国都应当接受此类禁止，尽管目前它们还不是禁止使用此类武器的条约缔约国。那份特殊的措辞表明1925年《议定书》是确认、而不是规定禁止使用化学武器的规则。因此，有些学者认为这份文件是宣告性质。

1919年《凡尔赛和约》似乎间接确立了禁止使用有毒或其他其他的国际习惯的存在，因为在第171条的开始就宣称“在战争中使用窒息性、毒性或其他气体以及所有类似液体、材料或装置都应当被禁止”。《凡尔赛和约》是1925年《议定书》默认提及的条约之一。

1899年和1907年各项关于战争法规和惯例公约的附件章程第23条第1款也规定使用有毒或毒性武器。而且该条第5款重申了1868年《圣彼得堡宣言》和1880年《牛津手册》中规定的一般性禁止。1922年在华盛顿签署的《关于禁止在战争中使用潜水艇和有毒武器公约》第5条也重申了化学武器的使用应当被文明世界普遍谴责。因此，正如一些知名学者所言，可以说1925年《议定书》是宣告了一项习惯法。

2. 在批准该《议定书》时，许多国家作出了保留。作出保留的国家通常分为两类。一类是那些作出保留的国家希望解释清楚他们仅对《议定书》的缔约国负有义务。此类保留是多余的，因为议定书包含了限制那种效果的规定。……在第二种类型的保留下，各国宣称，如果一国或其同盟国没有遵守《议定书》规定的禁止，他们将不受《议定书》的约束。换言之，在《议定书》的一个缔约国或其同盟国首先使用了化学武器的情况下，作出保留的缔约国依靠他们执行报复的权利。顺带提及的是，这些保留相对于上述1899年和1907年海牙公约第2条包含的“普遍参加条款”而言，构成了某种程度的进展，因为“普遍参加条款”使得缔约国仅因另一缔约国有同盟国不是本公约的缔约国就可免除其对该另一缔约国的义务。

为使报复合法，报复必须是同类性质的行为。因而，如果一国使用杀伤性的制剂作为反对一国使用化学除草剂作战方法的反应，无论该制剂是否有刺激性、窒息性或致命性，在理论上都不能获得其合法性。因此，用英文术语而言，报复必须是种类相同的手段。

3. 对被大部分知名学者视为习惯国际法的1925年《议定书》，其保留——第二种类型的保留——具有什么效果？桑多兹认为这毫无关系。[然而，可以倾向于一种]不那么明确的观点，当保留宣称如果敌国武装部队或其盟国没有遵守本议定书的禁止性规定，则本议定书将停止适用，这样的保留比报复权更加严重，因为报复权本身就可以含有根本禁止使用化学武器这一内容。

在这种情形下，几种情况值得正视。当所有交战国都是《议定书》的缔约国，则化学或细菌武器的使用属于非法，除非是在报复的情形下使

用。这同样适用于该《议定书》非缔约国的国家参加武装冲突的情形。然而，在那种情形下，依据习惯法，缔约国有义务禁止使用化学武器。而且，如果任何敌对国家使用了受禁止的作战方法，不论其是否是《议定书》的缔约国，作出保留的国家只有在那个方面与任何其他交战国依旧受习惯法规则的约束。另一方面，没有作出保留的缔约国将仅能对违法了本议定书规则的其他缔约国行使报复权。然而，在实践中，这一区分不太可能。无论是否是本《议定书》的缔约国，并且就前者而言，无论该缔约国是否提出了保留，国家只能在得到了完善界定的报复计划下，其使用杀菌剂才能具有合法性。习惯法和条约法对报复行为规定了相同的条件，比如兜底原则、相称原则和人道原则。

4. 总之，1925年《议定书》和习惯法都禁止首先使用化学武器，而且仅在报复的情形下承认其次使用的合法性。

瑞士联邦外交部国际公法司1988年12月15日的记录。

未公开出版的文件

案例64，美国，法律备忘录：使用激光作为杀伤人员的武器

案 例

[资料来源：多斯瓦尔德-贝克(编)，《致盲武器：红十字国际委员会关于战场激光武器召开的专家委员会的报告》，1989年—1991年，日内瓦，红十字国际委员会，附件三，1993，第367—371页。]

.....

1988年9月29日

法律备忘录

主题：使用激光作为杀伤武器

1. 概要。本备忘录考察使用激光作为杀伤武器的合法性问题。其结论是，与现代战场上一名士兵可能面临的其他杀伤机制相比，此类使用不会造成不必要的损害，并且因此不会违反美国的任何国际法义务。相应地，使用杀伤性的激光武器合法。

2. 背景。国防部第5500.15号指令要求，武器和军需品都需要在发展和获得之前经过法律审查，以确保所涉武器和军需品遵守美国承担的国际法律义务。这一审查由主张发展或获得该武器或军需品的相应部门的军法署署长进行。本备忘录并不构成对特定武器的审查，而是处理基于杀伤目的使用激光武器的合法性这一基本问题。本备忘录经由与海军和空军的军法署长办公室的国际法部门协商后形成，海军和空军的军法署都表达了各自的意见和结论。
3. 先前意见。针对激光武器的合法性问题，每一个军法署署长都提供了各自意见。海军方面……意见结论是，相对于为测距、截获目标或其他摧毁目的使用激光，激光对战斗员的损害是次要的、附属性的，是合法的，并且致盲本身并不能作为认定使用激光武器违反战争法禁止使用可能造成不必要痛苦的武器的规定的依据。空军的意见……，结论是，使用激光致战斗员产生视觉闪烁效果（暂时的视觉损害感应）并没有违反美国的战争法义务。美国的亲密盟友和美国的另一机构准备的相关法律意见也得到了考虑，以及美国的潜在对手的行动、计划和可能的意图有关的威胁概要也得到了考虑，尽管这些对本备忘录的内容和结论没有直接影响。
4. 战争法。没有专门规则禁止激光武器。事实上，杀伤人员的武器是专门被设计用来致使敌方战斗员死亡或伤残，不能因为这会导致敌人死亡、伤残、痛苦就属于非法。这一原则受美国关于武器或军需品合法性的战争法义务的调整，该义务规定在1907年10月18日关于尊重陆战法规与惯例的《海牙第四公约》的附件。……尤其是第23条第5项禁止使用会造成不必要痛苦的武器、抛射物或物质。对于什么是不必要的伤害没有国际社会接受的定义。事实上，存在一个反常的情形，因为一方面杀死敌军是法律许可的，而另一方面在理论上任何伤害不应当是有计划的或意图造成不必要的伤害。为了协调这两者，为了考虑到本世纪各国的实践惯例以及承认现代战场的毁灭性比上世纪更大，与本意见密切相关的一些因素显现如下：
 - (1) 不存在或不能存在以允许合法杀害、但要求伤害只能是暂时的伤残、即伤害的影响不能超越敌对期间的方式限制杀伤机制法律义务，而且
 - (2) 在考虑一种武器是否造成不必要的损害时，必须依据现代战场现存的可比较的杀伤机制，而不是孤立地看待该武器。

- (3) “不必要痛苦”这一词意味着，存在必要的痛苦，比如任何有效的军事武器的正常使用都会导致该武器的适用对象相应部位的伤害。
- (4) 规则不禁止仅出于增加某项武器的适用对象所遭受的痛苦这一目的，包括使伤口更难治愈的行动，而故意设计或改变一项武器。这是反对有毒武器和某些小口径中空弹等军需品规则的基础。
5. 近期谈判。在过去的十五年，规范或禁止激光武器的战争法规定一直受到考虑，但国际社会没有形成统一接受的规则。关于武器的单独讨论在与1974年至1977年国际人道法外交会议一起举行。尽管激光武器问题被一小部分国家提出，但所有的武器问题都被延期，除了将1907年关于尊重陆战法规与惯例的《海牙第四公约》附件的第23条第5项并入到1977年的《1949年保护战争受难者的〈日内瓦公约〉第一附加议定书》。在随后于1978年至1980年在日内瓦召开某些常规武器的联合国会议上，激光武器的规范问题又一次被一小部分国家提出，但由于缺乏支持，这个问题并没有得到积极探讨。在第25届红十字国际大会（日内瓦，1986年10月）上，瑞士和瑞典提议通过一项决议，谴责具有致盲效果的激光武器。该决议没有得到什么支持，而且还遭到一些国家的强烈抵制，因此没有被大会通过。1988年4月，瑞典以重大修改的方式再次提出这一问题。它承认对战斗员使用能产生闪动效果的激光武器合法，接受使用激光武器测距、获取目标和类似军事目的的合法性，也接受基于上述目的使用激光武器附随致人眼盲的合法性。瑞典最近的努力是提议禁止使用激光本身作为杀伤性武器。这一提议，第一次是以非正式的基础提交给1988年4月18日在日内瓦召开的联合国裁军委员会的代表，并且其后被送交给于1988年6月在纽约召开的联合国第三次特别裁军会议，两次都没有成功。这一事件不仅表明，国际社会缺乏对于禁止或规范使用激光作为杀伤武器的支持，同时也可以作为当前战争法承认如此使用激光的合法性。如果激光的此类使用属于非法，就不需要再制定进一步的规则、然而，在当前战争法的背景下，考虑激光武器及其效果对于理解其合法性的基础是有益的。
6. 激光。激光武器通过不同的波长和照射的持续时间运作。对人的眼睛和皮肤的感知依赖于许多物理方面和运行方面的因素，包括激光来源的特点，以及激光和攻击目标之间的空气状况（雨、雨夹雪、雪、雾和灰尘）……介质的状况会造成激光强度减弱或衰减。如果目标是人的眼睛或表皮，低能级的激光可能产生的最小化的效果，包括从眩光或晕

眩到眼睛与裸露皮肤的灼热感，高能级的激光可以产生的最大严重程度后果是灼伤眼睛或皮肤。高能级激光照射的主要损害机制是热量现象，……。在可视的和近距离的红外电磁光谱中，人眼尤其能感知激光。……在这种波长区域内（通常对眼睛而言属于波段内），对于人眼角膜的激光事故集中于视网膜的一个非常小的点，能量增加至视网膜区域正常能量的10万倍。这种高度集中的光束足以产生不可逆转的损害。……这种程度的激光照射对人眼的效果会导致人眼视网膜大面积灼伤，同时伴随眼睛晶状体后面部分出血。随着导致事故的激光能量减少，停止出血，视网膜灼伤面减小。随着激光照射能级降低到不会导致视网膜灼伤的限度，其效果之一就是产生致人晕眩或眼花现象的白光。一般而言，由激光导致的眼睛伤害的重要因素与包括太阳在内的其他强烈光源导致的损害相同。……激光能导致角膜灼伤、视网膜灼伤和闪动效果。损害的程度与激光光源的照射特点和决定多少激光能量到达眼睛的大气状况以及眼睛自身因素有关。眼睛的因素包括眼睛对激光的方位，个体年龄和瞳孔扩展程度或光线收集与适应程度（因为激光是由近距离的可视范围内的红外线起作用）。不是接受激光辐射的所有个体都会永远丧失视力。那些产生紫外线和红外线的波长被视为波段外的，并且主要是对眼睛表面（角膜和晶状体）和皮肤产生影响。这些影响可以表现为从大的眼角膜灼伤到深度严重皮肤灼伤情况不等。

7. 问题。这一备忘录不是关于皮肤灼伤问题。历史上很多国家使用了燃烧武器。试图禁止或规范对敌方战斗员使用这些武器的努力受到出席1978年至1980年关于《常规武器公约》的联合国会议代表的特别反对。这与眼睛损害不具有永久性质无关，因为这与其他常规性杀伤武器相容，而且通常损害更少。本审议关注的根本问题是基于致盲的目的使用激光武器是否构成不必要的损害。这一问题的结论是否定的。
8. 合理理由。失明对于战场而言并不陌生。第一次世界大战、第二次世界大战、朝鲜战争和越南战争中美国军事人员的眼睛受伤记录表明，永久性的眼睛伤害源自炸弹、炮弹和手榴弹片，子弹、地雷和其他机械装置，毒气、以及诸如灰尘、岩石和玻璃之类的战场上的碎片。象激光武器这样的机械装置造成的眼睛伤害并不必然导致死亡或永久性失明。然而，与激光不同的是，每种这些机制通常致人死亡，因此使用杀伤性的激光武器比那些相比较的武器更加人道。尽管某些激光伤害可能导致永久失明，其伤害程度受上文列明的一系列因素影响。正如关于化学制剂

或传统军需品的辩护一样，潜在的激光损害可以通过使用适当的保护性装备和防御性行动使损害最小化。所审查的武器不是仅仅被设计用来对战斗员产生永久性的伤害。与其他武器一样，即使发展了一种在大多数情形下会造成身体某种机能的永久性损害的激光武器，这也是合法的，因为这种武器所增强的作用具有军事上的有益效果，比如增强了针对传感器的范围。

有一些激光伤害可能导致永久性失明。问题是故意使用致人永久性失明的激光武器是否必然被视为造成了不必要的损害，永久性是否比敌对情形的持续时间更长，以及永久性失明能否或者应否被视为比其他永久性丧失能力更为严重。下面就处理这些问题。

永久性失明并不是激光武器特有的，永久性丧失身体机能在现代战争中也并不是很少出现的现象。许多伤害会导致永久性丧失某种身体机能的后果。现代武器不是设计用来导致暂时失去能力。超出了敌对持续时间的伤害司空见惯，并且战争法上不存在要以相反目的进行武器设计的任何义务。《海牙第四公约》附件第23条第5项限制会导致不必要痛苦的武器、装置和物质的使用，这必须实现与破坏性力量需要充分满足应对各种范围和情况下的各种威胁的必要性之间的平衡，比如，在掩体或装甲车内或者远程的战斗员。

如果提议得出故意使用致盲的激光武器将导致不必要的伤害这一结论，那么会与现行法律允许因为合法使用激光测距或获取目标——即激光是针对物体而不是针对个别的人而附随致人失明这一理解发生冲突。因此，在坦克外坐着的敌军士兵可以因受激光合法攻击而致盲，因为敌方意在攻击坦克，致人失明只是合法攻击坦克的附带后果；然而，如果对一个在离坦克有10米远的地方行走的士兵个人使用激光武器，这将被视为非法。然而战争法上目前还不存在这样的案例，即，尽管武器可以合法地伤害或杀死战斗员，但当该武器在一个与其他战斗员密切有关的情形下使用时，它不合法。

9. 结论。综上所述，结论是，使用激光作为杀伤武器不会造成不必要的伤害，也不构成对美国承担的国际法律义务的违反。相应地，使用激光作为杀伤性武器合法。

休·欧尔霍特
少将
军法署长

执笔人：

黑斯·派克斯，
国际法组军士长，
国际事务处
军法署署长办公室
美国华盛顿

协调人：

卡纳汗空军上校，
空军军法署长办公室国际法处

沙科特海军上校
海军军法署长办公室
沃里纳少将
美国海军陆战队
海军军法署长办公室国际法处

讨 论

1. (1) 国际人道法是否要求美国在发展武器时对武器进行法律审查以确保遵守国际人道法？即使美国不是日内瓦四公约《第一附加议定书》的缔约国（也有此类要求）？（比较《海牙章程》第23条第5项和《第一附加议定书》第35条第2款与第36条。也参见文件34，红十字国际委员会与新武器，第800页。）
- (2) 在研究和发展新武器方面，缔约国负有什么责任？缔约国必须作出什么评估？缔约国在作出此类评估时适用什么标准？（参见《第一附加议定书》第36条。）
2. (1) 适用激光作为杀伤人员的武器是否符合国际人道法对1980年《常规武器公约》议定书四的非缔约国的要求？在判断是否符合要求时应当适用哪一项标准？（比较《海牙章程》第23条第5项和《第一附加议定书》第35条第2款。也参见文件7，《关于致盲激光武器议定书》（1980年公约《议定书四》，1995年10月13日，第580页。）使用激光致使敌方士兵致盲是否构成“过分伤害或不必要的伤害”因而此类使用应当受国际人道法禁止？什么是“过分伤害”？什么是“不必要的痛苦”？这两个词是否都只是关于身体伤害？或者是否也包括精神伤害？这是两个客观的术语吗？在确定什么构成“过分伤害和不必要痛苦”时，缔约国是否有得到一致同意并适用的客观标准？
- (2) 确定“不必要痛苦”最适当的方法是与其他在战场上会导致士兵受伤的机制相比较而不是孤立衡量武器及其使用吗？武器对受害者的诸如损害的严重性或剧烈性

等客观效果是否需要与相关军事必要性相平衡？这种断定是否真正在造成的损害与满足威胁的能力二者之间实现了平衡？这些准确的概念是以什么为判断基础？

- (3) 如果需要采纳更为具体的标准以断定什么构成“过分伤害和不必要痛苦”，你提议什么标准？你是否赞同红十字国际委员会在过分伤害和不必要痛苦项目中提出的标准？

[红十字国际委员会，过分伤害和不必要痛苦项目 (SirUS 项目)：确定什么武器造成“过分伤害和不必要痛苦”，(罗宾·柯普兰主编，1997年)，第23页：

“什么构成‘过分伤害和不必要痛苦’应当由”设计时可预见的效果进行判断：武器被用于人类并造成：特殊疾病、特别的不正常身体状态、特别不正常的心理状态、特别的永久性的功能丧失以及特别的缺陷（标准1）；或战地死亡率超过25%或医院死亡率超过5%（标准2）；或造成红十字国际委员会所认定的伤残等级第3级（标准3）；或造成难以确认的和难以证实的状态（标准4）。”]

3. 武器可以致人死亡但不能等于或意在造成“过分伤害和不必要痛苦”。这是否矛盾？依据国际人道法，武装冲突中武器有什么目的？杀人？使敌方战斗员丧失战斗力？这是不同的目标吗？如果是，使用激光，即使致盲也比杀死一名士兵更人道这样一个主张是否误解了国际人道法的目标？这样的主张是否没有考虑传统武器通常不是致命的？是否也存在着突然致盲的心理因素？是否没有考虑致盲这一伤害超出了敌对状态的存续期间？是否没有考虑士兵失明会影响整个社会？

[参见，1868年11月29日/12月11日在圣彼得堡通过的《关于在战争中放弃使用某些爆炸性弹丸的宣言》：

……

考虑到：

……

各国在战争中应尽力实现的唯一合法目标是削弱敌人的军事力量；

为了这一目标，应满足于使最大限度数量的敌人失去战斗力；

由于武器的使用无益地加剧失去战斗力的人的痛苦或使其死亡不可避免，将会超越这一目标；

因此，这类武器的使用违反了人类的法律；]

4. 因为合法使用激光对某种目标进行测距或激光目标搜寻而附随导致士兵失去视力，这是否合法？这是否应当被视为合法？如果士兵不能单独被攻击，这是否在法律上不一致？这与目标是故意使士兵丧失视力存在区别吗？（比较《关于致盲激光武器议定书》（议定书四）第3条，文件7，第580页。）
5. (1) 你是否同意美国军法署长关于使用激光作为杀伤人员武器合法的观点？因为激光致盲的能力受许多因素的制约，并且致盲并不总是会出现？因为这些因素应当受保护？还是因为其有用的军事效果超过了其造成的损害？

- (2) 尽管它们是不分皂白的战争手段，使用激光也不应被视为非法？如果使用激光的区域内存在平民呢？激光是否能区分战斗员、丧失战斗力的人和平民？（比较《第一附加议定书》第51条第4款。）
6. (1) 《关于致盲激光武器议定书》（《议定书四》）的存在是否进一步证实了美国关于国际人道法并没有禁止使用激光作为杀伤人员武器的主张？或者这是否证实了“使用激光武器违反人道法和公众良心”这一国际社会的共识？（比较马顿斯条款：海牙第四公约第8—9段，日内瓦四项公约中第一公约第63条、第二公约第62条、第三公约第142条和第四公约第158条的各自第4款，《第一附加议定书》第1条第2款和《第二附加议定书》的序言第4段。）
- (2) 如果《关于致盲激光武器议定书》（《议定书四》）这样的国际协定禁止故意使人失明的效果而不是仅仅禁止某种武器技术，国际人道法是否会更好的发挥作用？然而，《议定书四》是否至少不是独一无二的因为它适用于武器的效果在战场得到遵守之前的武器？

案例65，英国，对《第一附加议定书》的保留

案 例

[资料来源：《1949年8月12日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突遇难者的1977年6月8日附加议定书》（《第一附加议定书》），1998年英国大使克利斯托弗·赫斯致送给瑞士政府的保留函。]

“……我很荣幸地就英国批准《第一附加议定书》向作为《第一附加议定书》保存方的瑞士联邦政府通知如下声明：……

“(4) 关于第1条第4款和第96条第3款

英国认为“武装冲突”一词自身及其背景表明这不是一种由不论是集体或单独的恐怖主义行为在内的那些普遍刑事犯罪所构成的情况。……”

(13) 保留：第51条至第55条

英国在可能的敌国自己严格认真遵守义务的基础上承认第51条至第55条的义务。如果敌国严重故意的攻击违反了《第一附加议定书》第51条或52条关于平民居民或民用物体的一般保护，或者违反了第53条、第54条或第55条对这些条款规定物体的保护，英国认为，只有在正式警告要求敌方停止违反行为遭到忽视后、并且只有经最高政府作出决定后，自己有权采取《第一附加议定书》上述条款所禁止的、但英国认为必要的措施，以迫使敌国停止对这些条款的违反。英国采取

的任何此类措施不会与敌国发生的违反行为不相称或不成比例，而且不会采取那些被1949年《日内瓦公约》禁止的措施，也不会因敌国的违反行为停止之后继续其措施。英国会向敌国的任何保护国作出此类正式警告，而且如果此类警告被忽视，会向保护国通知由此采取的任何措施。”……

讨 论

1. 第(4)项保留是否意味着英国认为反恐行动从来不构成武装冲突？是否意味着英国不会象美国那样将恐怖分子作为“敌方战斗员”拘留（参见**案例216**，古巴，被拘留者被移送至关塔那摩海军基地，第2293页。）？
2. 第(13)项保留是否一项真正的保留或者它仅解释了第51条至第55条项下的义务？英国不接受什么规定？
3. 第(13)项保留是否针对禁止报复？或者英国在敌国出现重大违反时，保留中止第51条至第55条的适用（违反《维也纳条约法》第60条第5项，参见第一部分第13章9.2.3的援引。）？
4. (英国的)保留是否正确地重申了国际习惯法关于保护的限制？或者它是否比习惯国际法更为严格？哪个因素超出了习惯法？
5. (1) 第(13)项保留是否很大程度上没有实际效果，因为该保留规定不违反日内瓦四公约？日内瓦四公约是否不禁止针对受保护的人进行报复？
(2) 日内瓦四公约关于报复是怎么规定的？（比较《日内瓦第一公约》第46条，《日内瓦第二公约》第47条，《日内瓦第三公约》第13条第3款和《日内瓦第四公约》第33条第3款。）《公约》是否以充分的方式保护平民居民免于报复？《日内瓦第三公约》第13条第3款的禁止性规定是否禁止对敌对状态中的平民居民进行报复？
(3) 《第一附加议定书》第51条增加了《日内瓦公约》关于禁止对平民居民进行报复的什么规定？《第一附加议定书》第51条第6款的澄清是否必要？
6. 第51条第6款是否减少了报复的适用范围？在《第一附加议定书》下什么类型的报复依然合法？
7. 针对第51条至第55条的第(13)项保留是否损害了整个《第一附加议定书》，尤其是关于保护平民居民的规定？
8. 第(13)项保留是否反映了在军事必要性和保护平民居民两个概念之间的务实妥协？劝阻敌军不要违反《第一附加议定书》，这是否没有实际保护平民居民？

八、国家决议

案例66，英国，对实施法案的解释

案 例

[资料来源：1 All ER (1968), pp. 779-783.]

切尼 诉 康恩 (税务稽查员)

萨梅 诉 税务局长

[高等法院大法官分庭 (安戈德·托马斯)，1967年7月3日。]

安戈德·托马斯法官：这是一个关于课税的上诉……，也是一个附加税课税的案件。这两个案件提出了同样的问题。诉求是课税非法，因为所征收的税收部分被用作军费开支，并且用于建造、而且如果某种情形出现时还将付诸使用的核武器。毋庸置疑，对本案而言，正如我所提到的，近年来税收的相当部分被用于建造核武器。因此，争议的问题就是，所得税和附加税用于建造，而且如果某种情形出现时还将付诸使用的核武器，这是否使得税收的课征无效？

税收的课征必须依据法律进行，相关法律是1964年《财政法》。……该条款首先具有法定效力；其次 非常明确；并且，第三，限于提高税收而根本不是此类税收被应用的目的或任何相关政策。

主张用这些税收得来的钱建造核武器非法的观点所依据的理由是，税收的此类使用主要与并入《日内瓦公约》的议会法令相冲突——这暗示表明，这些公约由后者（议会法令）批准，并且该法案由女王批准以通常方式批准；也因为依据援引的案例可知，税收的此类使用违反国际法。但是，在本法庭所要处理的问题主要是关于两个成文法律之间的冲突，即，指明《日内瓦公约》的法律（1957年《日内瓦公约法案》）和1964年《财政法》。在直接处理1957年《日内瓦公约法案》之前，我将先处理关于国际法的制定法与国际公约的关系问题。

首先，国际法是英国法律的组成部分，但是服从于制定法。……因此，很容易理解为什么纳税人在案件中主要依赖的不是一般国际法与制定法之间的冲突，而是1957年法案与1964年《财政法》之间的冲突。其次，由议会法令批准的《日内瓦公约》构成英国法律的组成部分；并且，第三，不是由议会法案进行

批准、并因此不会获得制定法效力的已批准的公约，不能优于一项措辞明确制定法。这一规则被规定在《奥本海国际法》(第8版)第924页：

“条约的约束力原则上仅限于缔约国，并不影响缔约国的国内主体。因为国际法主要是国家之间的法律，而且，条约通常只能对缔约国有效：正如常设国际法院所指出的，这一规则可以通过条约明示或默示的语言予以改变，在此情况下，相关条款就具有自动执行的效果。否则，如果条约包含关于缔约国国民、国内法院、官员等相关主体的权利义务的条款，这些国家就必须依据其国内法采取必要措施使这些条款约束其国民、法院和官员等。”

该书第40页规定，

“此类影响私人权利、并且其执行通常要求英国法院修改普通法或制定法的条约，必须通过议会的授权法案获得议会的同意。在一定意义上，构成国际法的组成部分的有约束力的条约并不构成本国法的组成部分，除非法律明确如此声明。与传统的普通法相区分主要是因为这一事实，依据英国宪法，条约的缔结和批准是英国国王的特权，否则（国际条约的生效无需议会同意，会使国王）处于无需议会同意就可以对国民进行立法的地位。”

韦德和菲利普斯主编的《宪法》(第7版)……第275页指出：“条约在英国的执行和适用如果需要增加或改变现有法律”就是“需要立法的条约”。

本案所依赖的立法，正如我指出的那样，是1957年议会法案。1957年议会法案的标题和序言是：

“本法案使一些在1949年8月12日缔结的《日内瓦公约》生效，并且为与此相关的目的。鉴于为了女王陛下批准规定在本法列表中的各项公约，在法律上作出如下修改。”

1957年法案所做的是提及《日内瓦公约》的特定条款，并在法律中作出相应修改。因此对于这些专门修订中包含的特定条款与1964年《财政法》之间不存在任何冲突；这些专门修订所依据的规定之间也没有冲突。

所依据的是1957法案的标题和序言。1957年法案的整体目标是，首先是关于女王陛下对《日内瓦公约》的批准；其次是，使《日内瓦公约》生效。女王可能作出或不作出批准决定。如果作出批准（事实上，随后女王作出了批准），然后当然是批准生效，这不是因为议会批准的原因，而是因为行政机关的批准。这在法律上产生不同的后果，与经行政机关批准的法律相比，如果是经议会法律批准，它在法律上就相当于制定法，并构成英国的议会制定法律的一部分。本案所依据的1957年法案的标题和序言都没有使之成为关于《日内瓦公约》的制定法；因此，除了1957年法案中规定的专门修订外，正如我已经提到的、而且也不是本案争议所依据的内容——事实上这些修订也几乎根本不能适用于本案，1957年法案没有规定本争议可以依据的、被视为与1964年《财政法》相冲突的内容。为了

本案的目的，而不是其他目的，女王承认批准了该法案，但是很明显，这一批准是由行政行动所采取的批准，而不是议会的行动，因此1957年法案应当从属于议会制定的制定法。因此，即使在已批准的《日内瓦公约》中包含的规定与1964年《财政法》二者之间存在冲突，1964年《财政法》由于其清楚明确，应当优先适用。因此，基于这一理由，而不是其他理由，我在判决中判定纳税人的案件败诉。

讨 论

- (1) 为什么1957年法案没有使《日内瓦公约》成为英国的制定法？该法案的序言存在什么限制？为什么使《日内瓦公约》成为制定法的组成部分很重要？
 - (2) 依据该法院的判决，我们是否可以推定与此有关《日内瓦公约》的任何条款都不具有自执行效果？国际条约的某一项肯定性的规定是否具有自动执行效果，这在英国法中重要吗？
- 《日内瓦公约》是否禁止建造核武器？是否禁止使用核武器？如果有这样的规定，国际人道法的哪些规定禁止使用核武器？这些规则是否具有自动执行效果？（比较《海牙章程》第23条第5款，和《第一附加议定书》第35条第2款和第3款、第36条和第51条。）
- 如果习惯法禁止使用或建造核武器，制定法是否仍然优先？（参见**案件46**，国际法院，核武器咨询意见，第896页。）
- 就《日内瓦公约》的实施而言，英国具有什么义务？1957年法案是否满足这一义务？正如本案的解释那样？（比较《日内瓦第一公约》第49条，《日内瓦第二公约》第50条，《日内瓦第三公约》第129条和《日内瓦第四公约》第146条。）

案例67，英国，工党活动——标志的滥用

案 例

(一) 工党被抨击滥用红十字标志

[资料来源：雷诺兹：《每日电讯》1988年2月19日。]

工党被指控滥用被全世界医疗和救援工作人员广泛使用的红十字标志，用于一项说服政府在财政预算中花更多钱用于健康服务的运动。

两天前，工党开始派发一百万份印有分层次的井号标志的小册子和驳头贴纸。这一行动惹怒英国红十字会、国防部和保守党人。

红十字会要求这一运动立即停止，因为害怕玷污红十字“传统标志的中立性”。

国防部依据1957年《日内瓦公约法案》的授权作为红十字标志在英国的法律捍卫者，主张未经允许使用受保护的标志违法。

但是工党不为所动，并认为红十字会在“找茬”。

在征求法律意见后，……工党昨天晚上宣布将继续此次运动。

……

工党副代表罗伊·哈特斯利昨天说，“我们有绝对是确定的法律意见，我们的行为没有违反法律。”

工党发言人说正式的红十字是白底红十字而且各边等长，而工党使用的是不等长的红十字。

小册子有浅黄色的背景，贴纸也是黄色。

英国红十字会的发言人昨天说：“（这一标志）被用于政治党派，这糟糕透顶。”

如果是被用于“除人道主义标志这一基本作用以外的其他事项，会削弱其效果，并且使人们觉得非常困惑。”她说。

她认为工党是无意中使用了这一标志。“我们对此非常遗憾，但是他们违法了”。……

一名工党发言人谈及红十字会的抗议时说：“一个与我们一同关注福利和卫生服务效果的组织，对于我们使用这一标志吹毛求疵，对此我们觉得很诧异。”

（二）工党官员与红十字的纠葛

[资料来源：罗斯：《卫报》，1988年11月11日。]

工党秘书长拉里·惠蒂先生昨天被判未经许可可在党派的宣传小册子上使用红十字标志，违反了《日内瓦公约》。

布莱恩·罗伯逊爵士在伦敦位于霍斯菲利路 (Horseferry) 的牛津郡法院作出裁决，授权对拉里·惠蒂先生12个月的假释，并外加200英镑的案件审查费。

《论坛报》编辑菲利普·凯利先生也因为在论坛首页使用红十字标志被判12个月的假释。

在审理之后，惠蒂先生说，由工业贸易部提起的本案是受政治因素驱动。起诉《论坛报》的原告是杰拉德·哈塔普(Hartup)先生是英国自由联盟运动这一右翼压力集团的负责人。

法院听取了英国红十字会的负责人约翰·伯克·格弗内先生要求惠蒂先生从2月份开始收回反对削减健康预算运动的宣传活页。

他认为这违反了关于《日内瓦公约》的1957年法案第6条，未经工业贸易部授权，禁止使用红十字标志。

惠蒂先生书面辩称，工党的红十字与红十字国际委员会所使用红十字不同，因此有权派发宣传活页。

在法院之外，惠蒂先生指责政府基于政治原因进行“卑鄙的”指控。

“这不是由红十字会提起、而是由政府部门促成的诉讼。”

.....

工业贸易部发言人对此表示否认，指出（本案）没有任何政治指示，而且惠蒂先生受到了与任何违反《日内瓦公约》的人相同的对待。

凯利先生指责红十字会与政府相联合。他指出本案应当促使人们思考红十字会的慈善地位。

格弗内先生在案件审理之后说：“我为整个事情感到难过，但是我很高兴法院明白这一标志应当得到保护。”

“我希望人们意识到红十字标志的重要性和需要支持。”

讨 论

1. 在和平时期，谁有权使用红十字标志？在什么情况和什么条件下有权使用该标志？（比较《海牙章程》第23条第6款，《日内瓦第一公约》第38条、第44条和第53条，《日内瓦第二公约》第41条至第43条，《第一附加议定书》第8条第1款和第18条，《第一附加议定书》附件1第4条至第5条，以及《第二附加议定书》第12条。）
2. (1) 工党是否恰当使用了红十字标志？工党是否利用了该标志吗？工党小册子的图象使用的是浅黄或黄色背景的不等长的红十字，与此对比，受保护的红十字标志是白底各边等长的红十字，这难道没有不同？这仍然是滥用标志？尽管为了吸引公众注意健康服务问题，谁有权使用红十字标志（而不是诸如无权使用红十字标志的医药生产者运动）（比较《第一公约》第53条、《第一附加议定书》第38条、以及《第二附加议定书》第12条）？

- (2) 对红十字标志的此类滥用是否构成战争罪？对于红十字标志的任何滥用是否都构成战争罪？如果是，什么时候构成战争罪？即使和平时期的滥用也构成战争罪吗？（比较《海牙章程》第34条、《日内瓦第一公约》第53条和《第一附加议定书》第37条第1款第4项、第38条和第85条第3款第6项。）
3. (1) 如果工党之前获得了使用红十字标志的授权，是否依旧会产生刑事有罪判决？此类使用是否应当事先获得授权？此类使用的授权是否与《日内瓦公约》及其《附加议定书》一致？
- (2) 谁授权使用红十字标志？国际红十字与红新月组织？还是国内红十字会？抑或是缔约国？谁负责惩罚对这些标志的误用和滥用？（比较《日内瓦第一公约》第54条，《日内瓦第二公约》第45条，和《第一附加议定书》第18条。）由政府部门而不是红十字会提起诉讼，这是否符合逻辑？
- (3) 《日内瓦公约》及其《附加议定书》的缔约国对于红十字标志负有什么义务？每一个缔约国是否必须通过象英国1957年关于日内瓦公约法案那样的实施法律？这一法律应当包括什么法律问题？（比较《日内瓦第一公约》第54条，《日内瓦第二公约》第45条和《第一附加议定书》第18条。）
4. (1) 正如工党发言人所言，难道英国红十字会不是在吹毛求疵吗？红十字会对工党使用红十字标志关注的什么？红十字会是否仅仅因为工党没有事先获得许可而表示关注？此类滥用对于红十字标志的主管机关而言会产生什么危险？这将如何影响红十字标志的中立性？如何影响其独立公正性？此类使用是否会削弱红十字所要提供的保护？
- (2) 由于工党对红十字标志的滥用或者由于红十字会与工党之间以工党领导人获得刑事有罪判决结果而结束的争议，英国红十字会的中立性是否受到影响？
- (3) 红十字会有否有权或必须与滥用红十字标志的行为作斗争？这是因为滥用标志的行为违反国际人道法还是因为相同的标志也被国内团体使用？国内红十字会是否有权或者必须与违反国际人道法的具体行为作斗争？包括看到违反者被送上法庭？

九、民间重申

文件68，《圣雷莫国际海上武装冲突法手册》

[资料来源：由日内瓦圣雷莫的国际人道法研究所的法律和军事专家准备的、并于1994年6月通过的《适用于海上武装冲突的国际法的圣雷莫海战法手册》，红十字国际委员会，1995年11月，第43页。
可访问 <http://www.icrc.org/ihl>]

第一章 总则

[……]

第四节 海战区域

10. 按照本文件或其他文件中包括的其他可适用的海上武装冲突法规则，海軍兵力的敌对行动需在下述区域或其上空进行：
- (a) 各交战国的领海、内水、陆地领土、专属经济区和大陆架，以及群岛水域；
 - (b) 公海；
 - (c) 按照第三十四条和第三十五条规定，各中立国的专属经济区和大陆架。
11. 吁请冲突各方同意不在下述海域内遂行敌对行动：
- (a) 稀有或脆弱的海洋生物所在地；
 - (b) 濒临灭绝类资源的产地，有遭到威胁或危险的物种，或其他形态的海洋生物。
12. 在中立国享有主权、管辖权或一般国际法规定的其他权利的区域遂行作战时，交战国需对那些国家的合法权利和责任给予应有的尊重。
- [……]

第二章 作战区域

第一节 内水、领海和群岛水域

14. 中立国水域由其内水、领海和群岛水域组成。中立国空域由各中立国水域上空和陆地领地上空的空域组成。

15. 禁止交战国军队在中立国水域（包括那些由国际海峡和有权行使群岛海道通过权的水域组成的中立国水域）之内和上空遂行敌对行动。中立国必须采取与本部分第二节规定相符的措施，包括实施监视，尽一切可能阻止交战国军队破坏自己的中立。
16. 第十五条所指的敌对行动包括：
 - (a) 攻击或拿捕位于中立国水域或领海水下、水面或上空的人员或目标；
 - (b) 用以作为行动基地，包括对中立国水域之外的人员或目标进行攻击或拿捕，只要这种攻击或拿捕行动是由位于中立国水域的水下、水面或上空的交战国部队所为；
 - (c) 布设水雷；
 - (d) 进行临检、搜查、迫使改变航向或实施拿捕。
17. 交战国军队不得把中立国水域用作庇护所。
18. 交战国军用飞机和辅助飞机不得进入中立国空域。如果进入，该中立国应使用一切手段要求该机在其领土内降落，并应扣留该机及其机组人员至武装冲突结束。如果该机拒绝服从要求其降落的命令，根据第一八一至一八三条有关医务飞机的特殊规定，该中立国有权对该机进行攻击。
19. 根据第二十九条和第三十三条规定，中立国有权在非歧视性基础上，制约、限制或禁止交战国军舰和辅助舰船进入或通过其中立水域。
20. 根据不偏不倚的原则和第二十一条、第二十三条至第三十三条，及本国制定的有关规定，中立国有权在不破坏中立的条件下，允许在其中立国水域内进行下述活动：
 - (a) 交战国军舰、辅助舰船和捕获物通过其领海或群岛水域时，有权雇佣该中立国的引水员；
 - (b) 交战国军舰或辅助舰船为自己补充足以使其到达本国领土港口的食物、淡水和油料；
 - (c) 交战国军舰或辅助舰船进行该中立国认为是保持适航性所必需的修理，这些修理不得恢复或增强它们的战斗力。
21. 交战国军舰或辅助舰船不得将其通过中立国水域的时间或其在这些水域内进行补给或修理的逗留时间延长至24小时以上，除非由于损坏或天气恶劣等原因而不可避免。上述规定不适用于国际海峡和行使群岛航道通过权的水域。

22. 如果交战国违反了本文件中规定的中立国水域制度，该中立国有义务采取必要措施以制止这种违法行为。如果该中立国未能制止交战国在其中立国水域内的违法行为，交战国另一方须通知该中立国，并给其留出合理的时间去制止交战国的违法行为。如果这种违法行为对交战国另一方的安全构成严重和直接的威胁，并且这种违法行为并未被制止，那么交战国另一方，在没有任何可行和及时选择方案的情况下，有权运用绝对必需的兵力去对这种违法行为所构成的威胁做出反应。

第二节 国际海峡和群岛海道的通行

一般规定

23. 交战国军舰和辅助舰船，军用飞机和辅助飞机，有权行使一般国际法规定的在中立国国际海峡的水面、水下和上空的通行权和对群岛海道的通过权。
24. 交战国军舰、辅助舰船或军用飞机、辅助飞机的过境通行，或者交战国军舰，辅助舰船穿越海峡的无害通过，并不危害该国际海峡沿岸国的中立。
25. 交战国军舰、辅助舰船或军用飞机、辅助飞机行使群岛海道通过权并不危害该群岛国的中立。
26. 中立国军舰和辅助舰船，军用飞机和辅助飞机有权在交战国国际海峡和群岛水域的水面、水下和上空行使一般国际法规定的通行权，作为预防措施，该中立国应及时将其行使通行权一事通知该交战国。

过境通行和群岛海道的通行

27. 和平时期适用于国际海峡和群岛水域的过境通行权和群岛海道的通过权在武装冲突时继续适用。各海峡沿岸国和群岛国沿用的与一般国际法中有关过境通行权或群岛海道通过的法律和规章也仍然适用。
28. 交战国和中立国的水面舰艇、潜艇和飞机，对一切普遍适用通行权的海峡和群岛水域的水面、水下和上空享有过境通行的权利和群岛海道通过的权利。
29. 各中立国不得中止、阻碍或妨碍这种过境通行权或群岛海道通过权。
30. 当交战国在中立国国际海峡的水面、水下和上空进行过境通行的时候，或在中立国群岛水域的水面、水下和上空通过群岛海道的时候，必须毫

不延缓地行驶，禁止对中立的沿岸国或群岛国的领土完整或者政治独立进行威胁或使用武力，或采取任何其他与《联合国宪章》宗旨不相符的举动，禁止遂行任何敌对行动或其他非过境的行动。交战国在中立国海峡或者适用于群岛海道通过权的水域的水面、水下和上空通行时，允许采取保护安全的防卫措施，这些措施包括：起降飞机、组成护航队形航行，实施水声与电子监视等。但是，交战国在进行过境通告或者在群岛海道通过时，不得对敌方部队实施攻击行为，或将该中立国水域作为庇护所或作战基地。

无害通过

31. 除了行使过境通行权和群岛海道通过权之外，交战国军舰有权依据第十九条和第二十一条规定，在中立国国际海峡和群岛水域，行使一般国际法规定的无害通过权。
32. 中立国军舰同样有权在交战国的国际海峡和群岛水域行使无害通过权。
33. 某些国际海峡按国际法规定不得中止的无害通过权在武装冲突时期不得中止。

第三节 专属经济区和大陆架

34. 如果在中立国专属经济区或大陆架上遂行敌对行动，各交战国除了要遵守其他可适用的海上武装冲突法规则之外，还需适当顾及沿岸国的权利与义务，特别是要顾及在专属经济区和大陆架的经济资源勘探与开发，以及对海洋环境的保护与维护。各交战国尤其要适当顾及中立国在专属经济区内和大陆架上建立的人工岛屿、设施、建筑物和安全区。
35. 如果交战国认为有必要在中立国的专属经济区或大陆架内布设水雷，该交战国须通知该中立国，要确保雷区范围和使用的雷种不危及人工岛屿、设施和建筑物，不干扰进出该区域内的通道，要尽量避免干扰中立国对该区域的勘探与开发，同时还要适当考虑对海洋环境的保护与维护。

第四节 公海和国家管辖之外的海床

36. 在公海遂行敌对行动，须适当顾及各中立国对国家管辖以外的海床、海底及其底土的中立资源实施勘探与开发的权利。
37. 各交战国需注意避免破坏海床上敷设的并不专为交战国服务的电缆和管道。

第三章 基本规则与目标识别

第一节 基本原则

38. 在任何武装冲突中，冲突各方选择战争方法或手段的权利并不是不受限制的。
39. 冲突各方须随时对平民或其他受保护人员与战斗员进行区别，对民用物体或免遭攻击的目标与军事目标进行区别。
40. 就目标而言，军事目标是指那些其性质、位置、目的或用途对军事行动能产生积极效能，如果对其进行全面或部分摧毁、夺占或压制，在当时情况下能产生明显的军事效益的目标。
41. 攻击须严格限于针对军事目标。商船和民用飞机都是民用物体，除非它们属于本文件制定的原则所确指的军事目标。
42. 除了对冲突各方都具有约束力的任何专门限制之外，还禁止使用下述作战方法或手段：
 - (a) 具有造成过多伤亡或不必要痛苦的性质；
 - (b) 在下述方面不加区别：
 - ① 它们不是或不可能是针对某一具体的军事目标；
 - ② 其效果不可能像本文件中反映的国际法要求的那样受到限制。
43. 禁止下达格杀无赦的命令，禁止以此威胁对手或者在此基础上实施敌对行动。
44. 使用的作战方法与手段须根据国际法有关规定适当顾及自然环境。禁止对自然环境进行并非军事必要性的肆无忌惮的破坏和摧毁。
45. 水面舰艇、潜艇和飞机也受同样原则和规定的约束。

第二节 攻击时的预防措施

46. 关于攻击，须采取下述预防措施：
 - (a) 计划、决定或执行攻击的人员必须采取一切可能的措施搜集情报，以协助判明是否有非军事目标出现在攻击区内；
 - (b) 计划、决定或执行攻击的人员须根据已有的情报，尽一切可能确保攻击仅限于军事目标；

- (c) 在选择作战方法和手段时须采取一切可行的预防措施，以避免或最大限度地减少附带伤亡或破坏；
- (d) 如果预计攻击所造成的附带伤亡或破坏大大超过整个攻击所产生的具体直接的军事利益，则不得发动这场攻击；如果可能造成过度附带伤亡或破坏，就应取消或中止攻击。

另外本章第六节还规定了有关民用飞机的预防措施。

第三节 避免攻击的敌方船舶与飞机

免遭攻击的船舶种类

47. 下述敌方船舶免遭攻击：

- (a) 医院船；
- (b) 用于进行沿海救援行动和其他医务运输的小艇；
- (c) 由交战双方协议批准遂行安全行动的船只，包括：
 - ① 交换战俘船，即专门用于和从事运输战俘的船只；
 - ② 从事人道使命的船只，包括运载供平民生存所必须的供应品的船只和从事救济活动和救援行动的船只。
- (d) 从事运输受特殊保护文物的船只；
- (e) 专门用于运送平民乘客的客轮；
- (f) 承担宗教、非军事科学或慈善使命的船只于军事用途的科学数据的船只不受保护；搜集有可能适用；
- (g) 从事当地沿海贸易的小型沿海捕渔船和小船，但应遵守在该地区活动的交战国海军指挥官的规定，并要服从检查；
- (h) 专用于或专门改装用于对海洋环境污染进行调查的船只；
- (i) 已投降的船只；
- (j) 救生筏和救生艇。

豁免条件

48. 第四十七条列出的船舶只有在下述情况下才免受攻击：

- (a) 无害地用于执行正常使命；

(b) 按要求服从识别与检查；

(c) 不故意阻碍战斗员的行动，按要求服从停止前进或让出航道的命令。

丧失豁免

医院船

49. 只有因医院船违反第四十八条规定的豁免条件，经发出适当警告，令其在合情合理的时限内消除危及其豁免身份的原因，而其对此类警告依然不予理睬之后，方可结束医院船的豁免待遇。

50. 如经适当警告，医院船仍坚持违反豁免条件，那它就使自己处于可能被拿捕或承受其他强迫其就范的必要措施。

51. 只有在下述情况下，别无其他选择时才可攻击医院船：

(a) 转变舰向或拿捕均不可行；

(b) 没有其他办法对其行使军事控制；

(c) 医院船拒绝服从命令的情况足以严重到使它成为、或可以被合理地推定为军事目标；

(d) 附带伤亡或破坏与预期的军事效益相比是相称的。

其他免遭攻击的船舶

52. 任何其他免遭攻击的船舶违反第四十八条中规定的任何豁免条件时，在下述情况下可对其进行攻击：

(a) 改变航向或拿捕均不可行；

(b) 没有其他办法对其行使军事控制；

(c) 该船拒绝服从命令的情况足以严重到使它成为、或可以被合理地推定为军事目标；

(d) 附带伤亡或破坏与预期的军事效益相比是相称的

免遭攻击的飞机种类

53. 下述各敌方飞机免遭攻击：

(a) 医务飞机；

(b) 冲突双方协议批准遂行安全行动的飞机；

(c) 民航客机。

医务飞机的豁免条件

54. 医务飞机只有在下述情况下才免遭攻击

- (a) 已被承认免遭攻击；
- (b) 正在按第一七七条规定的协议行事；
- (c) 在己方或友方军队控制下的区域内飞行；
- (d) 在武装冲突区域之外飞行。

在其他情况下，医务飞机活动要冒风险。

被批准遂行安全行动飞机的豁免条件

55. 被批准遂行安全行动的飞机只有在下述情况下才免遭攻击，它们：

- (a) 被无害地用于执行自己获得批准的任务；
- (b) 没有故意妨碍战斗员的行动；
- (c) 遵守协议的具体规定，包括接受检查。

民航客机的豁免条件

56. 民航客机只有在下述情况下才免遭攻击

- (a) 被无害地用于执行正常任务；
- (b) 没有故意妨碍战斗员的行动。

豁免的丧失

57. 如果免遭攻击的飞机违反了第五十四到第五十六条规定的任何可适用的豁免条件，只有在下述情况下，才可对其进行攻击：

- (a) 迫使改变航向着陆，进行临检、搜查和可能的拿捕都不可行；
- (b) 没有其他办法行使军事控制；
- (c) 该机拒绝服从命令的情况足以严重到使它成为或可以被合理地推定为军事目标；
- (d) 附带伤亡或破坏与预期的军事效益相比是相称的。

58. 如果怀疑免遭攻击的船只或飞机被用于有效地协助军事行动时，则应推断其未被这样使用。

第四节 其他敌方船舶与飞机

敌方商船

59. 只有在敌方商船符合第四十条规定的军事目标定义时才可对其进行攻击。
60. 下述行为可使敌方商船成为军事目标：
- (a) 代表敌方从事交战活动，如：布设水雷、扫雷、割断水下电缆和管道，对中立国商船进行临检、搜查，或攻击其他商船；
 - (b) 作为敌方武装部队的辅助舰船行动，如：运载部队或对军舰进行补给
 - (c) 加入或协助敌方情报搜集系统，如：从事侦察预警、监视，或指挥、控制与通信等任务；
 - (d) 在敌方军舰或军用飞机的护送下航行；
 - (e) 拒绝执行停止前进命令或积极抵抗临检、搜查和拿捕行动；
 - (f) 被武装到足以给军舰造成破坏的程度。其中不包括人员自卫用的个别轻型武器，如对付海盗用的小型武器和诸如“干扰箔条”之类的纯粹的诱骗系统；
 - (g) 有效地协助军事行动的其他行动，如：运送军用物资。
61. 对这类船舶的任何攻击都要遵守第三十八到第四十六条规定的基本原则。

敌方民用飞机

62. 只有当敌方民用飞机符合第四十条中规定的军事目标定义时，才可对其进行攻击。
63. 下述行动可使敌方民用飞机成为军事目标：
- (a) 代表敌方从事战争行动，如布雷、扫雷、布设监视用音响传感器，从事电子战、截击或攻击其他民用飞机，或向敌军提供目标射击诸元情报等。
 - (b) 为敌方武装力量担任辅助飞机，如运送军队或军用物资，或为军用飞机加油；
 - (c) 加入或协助敌情报搜集系统，如：从事侦察、预警、监视或指挥、控制和通信任务；
 - (d) 在敌方军舰或军用飞机的伴随掩护下飞行；

- (e) 拒绝执行要求其表明身份、改变航向，或飞往一个对该机来说是安全的且有理由易进入的交战国机场进行临检、搜查的命令，或者正在使用可能被合理地推定为飞机武器系统一部分的火控设备，或者正在进行明显的反拦截机动，以及攻击进行拦截的交战国军用飞机；
 - (f) 装备有空对空、空对舰武器；
 - (g) 正在进行有效地协助军事行动的其他行动。
64. 对这些飞机进行任何攻击都须遵照第三十八至第四十六条规定的基本原则。

敌方军舰和军用飞机

65. 敌方军舰、军用飞机、辅助舰船和辅助飞机都是符合第四十条内容含义的军事目标，除非他们处于第四十七条和第五十三条的情况下才可免遭攻击。
66. 须遵照第三十八条至第四十六条的基本规则对其进行攻击。

第五节 中立国商船和民用飞机

中立国商船

67. 悬挂中立国国旗的商船不得遭受攻击，除非它们：
- (a) 有理由证明其正在运送禁运品或者正在突破封锁，并在收到预先警告后，有意和明显地拒绝停止前进，或者有意和明显地抵抗临检、搜查或拿捕；
 - (b) 代表敌方从事交战活动；
 - (c) 为敌方武装力量担任辅助船只；
 - (d) 参加或协助敌方情报系统；
 - (e) 在敌方军舰或军用飞机的护航下航行；
 - (f) 对敌方军事行动做出其他有效的支援，如运载军用物资等，攻击部队应首先将乘客与船员置于安全之处。除非环境不允许，否则必须向这些船只发出警告，以使其能够改变航向，卸载，或采取其他预防措施。

68. 对这些船只进行任何攻击都要遵照第三十八至第四十六条规定的基本原则。
69. 单凭中立国商船进行武装这一事实不能作为对其进行攻击的理由。

中立国民用飞机

70. 不得对带有中立国标志的民用飞机进行攻击，除非它们：
- (a) 有理由证明其正在运载禁运品，并且经过预先警告或拦截后，仍有意和明显地拒绝改变目的地航线，或者有意和明显地拒绝飞往一个对该机来说是安全和有理由易进入的交战国机场进行临检、搜查；
 - (b) 代表敌国从事交战活动；
 - (c) 为敌方武装力量担任辅助飞机；
 - (d) 参加或协助敌方情报系统；
 - (e) 对敌方军事行动作出其他有效的支援，如：运载军用物资，并且经过预先警告或拦截后，有意和明显地拒绝改变目的地航向，或者有意和明显地拒绝飞往一个对该机来说是安全的和有理由易进入的交战国机场进行临检、搜查；
71. 对这些飞机进行任何攻击都要遵照第三十八至第四十六条规定的基本原则。

第六节 关于民用飞机的预防措施

72. 民用飞机应该避开那些有潜在危险的军事活动区域。
73. 在海军作战的邻近区域中，民用飞机须遵照执行交战国为其指定航向与高度的指示。
74. 有关交战国、中立国及提供空中交通勤务的当局须制定出程序，以使军舰和军用飞机的指挥官能够不间断地得知被分配的指定航线或处于军事作战区域内的民用飞机提交的飞行计划，包括有关通信频道、识别方式及识别码、目的地、乘客及货物等情报。
75. 各交战国和中立国应确保发布《飞行通告》，提供对民用飞机具有潜在危险性区域内的军事活动情报，包括各危险区域的活动或临时空域限制。该飞行通报须包括下述情报：
- (a) 飞机须保持连续监听的频率；

- (b) 民用气象避碰雷达、识别方式和识别码必须在连续工作和发射；
 - (c) 高度、航向和飞行速度限制；
 - (d) 建立军队对无线电联络的反应程序和双向通信程序；
 - (e) 如果民用飞机未遵守《飞行通告》并被军队视为威胁目标，则军队可以采取行动。
76. 民用飞机须按要求向空中交通管制局提交飞行计划，并附上有关该机注册、目的地、乘客、货物、紧急通信频道、识别方式与识别码、途中改变航向情况，以及有关注册、适航性、乘客和货物的航运执照。未经空中交通管制局批准，不应偏离空中交通管制局指定的航线或飞行计划，除非发生威胁航行安全或遇险等意外情况，此时应立即做出适当的通知。
77. 如果民用飞机进入一个具有潜在危险的军事活动区域，它应遵守有关的飞行通告，军队应使用一切现行手段对民用飞机进行识别并发出警告，特别是通过下述方法：使用二次监视雷达方式和编码，进行通信联系，参考飞行计划情报，用军用飞机拦截，以及在可能情况下，与适当的空中交通管制设施取得联系等。[……]

第四章 海战的方法与手段

第一节 作战手段

[……]

水 雷

80. 水雷只准许用于合法的军事目的，包括阻止敌方使用海区。
81. 为了使第八十二条中的规定不受损害，冲突各方不得布设水雷，除非这些水雷一俟使命完结或失控后就能被有效地销毁。
82. 禁止使用自由漂浮水雷，除非：
- (a) 被用于对付军事目标；
 - (b) 在失控一小时后变为无害。
83. 必须通告待发雷的布设情况或已布水雷的待发情况，除非这些水雷能够只针对军事目标类舰船进行攻击。
84. 各交战国应记录下所布水雷的位置。

85. 在交战国的内水、领海或群岛水域进行布雷活动时，须从一开始就为中立国的航运提供自由进出航道。
86. 禁止交战国在中立国水域布雷。
87. 布雷不得对中立国水域与国际水域之间的航行产生实际影响。
88. 各布雷国应当注意对公海的合法使用，特别是要为中立国航运提供安全的备用航道。
89. 不得阻碍对国际海峡的过境通行和对受群岛海道通过权管辖水域的通行，除非提供安全便利的备用航道。
90. 在积极的敌对行动停止后，冲突各方应尽最大努力清除自己所布的水雷，或使其变为无害，各方清除各自布设的水雷。对于布设到敌方领海内的水雷，各方应通告水雷布设的位置，并应在最短时间内清除本国领海内的水雷，或者采取其他措施使领海能够安全地用于航行。
91. 除了第九十条规定的义务外，冲突各方还须努力在相互之间，并适当地与其他国家和国际组织缔结协议，以提供情报、技术和物资协助，包括在适当情况下采取必要的联合行动，清除雷区，或采取其他行动使雷区变为无害。
92. 中立国采取行动清除违反国际法而布设的水雷并不违背中立法规则。

第二节 作战方法

封 锁

93. 实施封锁应向所有交战国和中立国宣布通告。
94. 宣布时应详细说明封锁的开始时间、持续时间、范围，以及允许中立国船只驶离被封锁海岸的期限。
95. 封锁必须有效。封锁是否有效是个事实问题。
96. 维持封锁的部队有权按军事需求确定的距离进行驻泊。
97. 实施与维持封锁须综合使用各种合法作战方法和手段，但这种综合不能造成与本文件所定规则不相符的行动。
98. 对于有理由证明正在突破封锁的商船有权进行拿捕，对于经预先警告后明显抵抗拿捕的商船有权进行攻击。
99. 实施封锁不得阻止进入中立国港口和海岸。

100. 封锁必须公平地适用于各国船只。
101. 停止、暂时解除、重新建立、扩大或改变封锁，必须遵照第九十三条和第九十四条规定做出宣布和通知。
102. 如果发生下述情况，则禁止宣布或建立封锁：
- (a) 封锁的唯一目的是使平民居民忍受饥饿，或是断绝生存所不可缺少的有关物品的运入。
 - (b) 对平民居民造成的损害会或预计会大大超过封锁预期带来的具体而直接的军事效益。
103. 如果被封锁领土内的平民居民得不到足够的食品和生存所不可缺少的其他物品，则封锁必须遵照下述规定保证这类食品和其他不可缺少的补给品的自由通行：
- (a) 有权在做出包括搜查在内的技术安排之后放行；
 - (b) 这类补给品的分发须由保护国或红十字国际委员会之类的、能提供公平保证的人道组织在当地监督实施。
104. 有权在做出包括进行搜查在内的技术安排之后放行，封锁方应允许专供平民居民或武装部队伤、病员使用的医疗物品通行。

海 区

105. 交战国所设立的海区，不得影响对其进行合法的使用。交战国不得利用这种方式来推卸自己按国际人道法所应承担的义务。
106. 如果交战国作为一种例外措施设立这样一个海区，那么：
- (a) 该海区内外适用同一法律体系。
 - (b) 该海区的范围、位置、持续时间及施加的措施，都须严格按相称性原则和军事必要性的要求确定，不得超出。
 - (c) 须适当注意中立国合法使用海洋权利。
 - (d) 在下述情况下，须为中立国船只和飞机穿越该海区提供必要的安全通行：
 - ① 该海区的地理延伸严重地阻碍了自由接近中立国港口和海岸；
 - ② 正常航行通道受到影响，除非军事需求不允许。
 - (e) 对于该海区的开始建立时间，持续时间、位置、范围以及施加的种种限制等情况，须做出公开宣布和适当通知。
107. 该海区内交战国一方采取的措施不应视作是有损于交战国另一方的行为。

108. 本节的任何规定不应视作为损害了交战国习惯上对海战场所附近海域内的中立国舰船和飞机实施控制的权利。

第三节 欺骗、战争诈术和背信弃义

109. 任何时候都禁止军用飞机和辅助飞机假冒豁免、民用或中立身份。

110. 允许使用战争诈术。但是禁止军舰和辅助舰船悬挂假旗发动攻击，任何时候都禁止其冒充下述身份：

- (a) 医院船、小型海岸救生艇或医务运输船；
- (b) 执行人道使命的船只；
- (c) 运载平民旅客的客轮；
- (d) 受联合国旗帜保护的船只；
- (e) 经双方事先协议保证遂行安全行动的船只，包括交换的战俘船；
- (f) 标有红十字会或红新月会符号的船只；
- (g) 从事运输受特殊保护文物的船只。

111. 禁止背信弃义行为。凡属争取敌方责任，使对方相信其有权利或义务按武装冲突中适用的国际法规则提供保护，却又背叛这种信任的行为，都构成背信弃义。背信弃义的行为包括冒充以下身份发动攻击：

- (a) 豁免、民用、中立或受保护的联合国身份；
- (b) 通过发出遇难信号或船员登上救生筏等方式表示投降或遇难。……

第六章 受保护人员、医院运输工具和医务飞机

一般规定

159. 除第一七一条规定外，不得以任何方式认为本部分的规定背离《1949年《日内瓦第二公约》》和《1977年《第一附加议定书》》中有关伤者、病者和遇船难者境遇及医疗运输的具体规定。

160. 为了人道的目的，冲突各方须同意在一个指定海区设立一个只允许进行符合人道目的的活动区域。

第一节 受保护的人员

161. 落入交战国或中立国手中的船舶和飞机上的人员，应受到尊重和保护。在未判明身份之前，无论在海上还是在以后，他们都须服从对其行使权利的国家的管辖。

162. 医院船上的船员在船上服务期间免遭拿捕。救生艇的艇员在从事救援行动时免遭拿捕。
163. 第一三六条和一二二条中列出的免遭拿捕的其他船舶或飞机上的人员免遭拿捕。
164. 负责照顾伤者、病者和遇船难者的宗教和医务人员不得成为战俘。但是须将他们扣留以满足为战俘提供医疗服务和精神安慰的需要。
165. 第一六二条至一六四条规定之外的敌国国民有权获得战俘身份。如果他们下述人员就可成为战俘：
- (a) 敌方武装部队成员；
 - (b) 敌方武装部队随军人员；
 - (c) 辅助舰船和辅助飞机的乘务人员；
 - (d) 不免遭拿捕的敌方商船或民用飞机上的乘务人员，除非他们能根据国际法的规定享受更为有利的待遇；
 - (e) 直接为敌方服务、参加敌对行动或为敌方进行辅助服务的中立国商船或民用飞机上的乘务人员。
166. 中立国的国民，凡是：
- (a) 乘坐敌国或中立国船舶或飞机者必须被释放，并且不得成为战俘，除非他们是敌方武装部队成员，或个人做出了对抗拿捕者的行动；
 - (b) 担任敌方军舰、辅助舰船或军用飞机、辅助飞机上的乘务人员有权享受战俘待遇，并可成为战俘。
 - (c) 担任敌国或中立国商船或民用飞机的乘务人员须被释放，并不得成为战俘，除非该船只或飞机做出第六十七条或第七十条列出的行动。或者该乘务人员个人做出了对抗拿捕者的行动。
167. 第一六二至一六六条规定之外的平民人员，须享受《1949年《日内瓦第四公约》》规定的待遇。
168. 落入中立国手中的人员须享受《1907年海牙第五公约》、《1907年海牙第十三公约》，以及《1949年《日内瓦第二公约》》规定的待遇。
[……]

第二章

有关过去和当代冲突的 案例与文件

一、美国内战

案例69. 美国，捕获案

案 例

[资料来源: Supreme Court of the United States, 67 US 635 (1862), 见于<http://laws.findlaw.com/us/67/635.html>.]

布里格·艾米·沃里克、斯库纳·克伦肖、
巴尔克·海华沙、斯库纳·布里连特

[捕获案]

1862年12月

案件沿革

[……]

于是，整件事便归结为几个主张。为了证明这一定罪的正当性，在这个所谓的俘获发生之时必须已经存在战争；不是老式随笔作家所描绘的、始于凯恩 (Cain) 和阿贝尔 (Abel) 之间的战争；不是两个人或成千上万人之间的打斗；不是

用这种或那种或者由这些或那些数量的人参与的冲突；而是为国际法所知的战争——双方相互承认为交战方的战争；这种战争产生封锁敌方港口的权利，并影响所有中立国家，直至其卷入争斗。在这个对于本案具有唯一重要性的意义上，战争是法律问题，而不只是事实问题。[……]

值得一提的是，主权者如果要行使这些交战权力的话，可以一开始就行使。时间的流逝并不给他新的战争权利。外国承认反叛政权为交战方并不赋予主权者任何权利，而只是对既有权利的承认。外国政府承认反叛州的主权地位，并不赋予主权者新的战争权力。从他停止对反叛领土主张管辖权的那一刻起，战争就不再是内战，而成为国际战争。[……]

根据这一理论，如果内战双方均声称为国家，那么双方均不得行使交战权力。如果双方均不声称，那么双方均可行使之。如果一方声称而另一方不声称，那么只有后者有权行使。[……]

由格里尔 (Grier) 法官撰写的意见

[……]

战争已经被定义为“国家通过武力行使其权利的状态”。

公共战争中的交战方是独立国家。但是，双方均被承认为独立国家或主权国家并非构成战争的必要条件。战争可以存在于交战一方对另一方声称主权权利的情形。

针对政府的暴动可能会也可能不会形成有组织的反叛，但内战总是始于针对政府合法权威的暴动。内战从来都不是经正式宣布，而是因其偶然因素——发动和继续进行者的人数、武力和组织——而成其为内战的。当反叛一方占领并以敌对态度保有一部分领土、宣布独立、放弃效忠、组织军队、对其前主权者展开敌对行动时，世界承认其为交战方，并承认争斗为战争。他们声称为了自由和独立而武装起来，旨在成为主权国家，而主权一方则将其作为负有效忠义务的暴动者和反叛者，认为他们应当以叛国罪被处死。

确立于国家间的战争法建立在理性的基础之上，趋向于减轻战乱所带来的残酷和不幸。因此，内战当事方通常彼此给予交战权利。他们交换俘虏，并采纳公共战争或国家间战争所共有的其它礼让或规则。

瓦特爾 (Vattel) 说：“内战使社会和政府的约束破裂，或者至少是暂停其效力 and 效果；它在国内形成两个独立当事方，彼此视为敌人，不承认有共同的上级裁判者。因此，必须至少是暂时性的认为双方构成了两个分离的实体、两个不同的

社会。因为没有共同的上级裁判者，他们处于同卷入争斗并诉诸武力的两个国家完全相同的境地。”

“既然如此，通常的战争法——那些有关人道、节制和荣誉的格言——很明显就应当被每场内战中的双方所遵守。如果主权者认为其有权将俘虏作为反叛者绞死，对方就会进行报复，战争就会变得残酷可怕，日甚一日的对国家造成破坏。”

因为内战从来都不是公开宣布的，而是用反对暴动者的名义进行，因此它的实际存在就是我们国内历史上的一个事实，法庭有义务注意和知悉。

这样，内战存在与否的真正检验标准，正如见之于普通法贤哲著述中的那样，就可以被概括为：“当司法的常规过程被反抗、叛乱或暴动所中断，以致法院无法保持运作时，就存在内战，并可以展开敌对行动，如同那些反对政府的人是侵略祖国的外国敌人一样。”[……]

有着交战双方的敌意对峙，尽管一方可能称之为“暴动”，并将暴动人员视为反叛者或叛徒，但它并不因此就不成其为内战。根据国际法，反叛省或州的独立性获得承认并非其成为战争中交战方的必要条件。外国通过宣布中立而承认战争，因为除非有两个交战方，否则不可能存在中立状态。[……]

在萨姆特港 (Fort Sumter) 遭到攻击和假定以交战方身份行动的分离各州组成政府的消息刚刚传到欧洲之时，亦即1861年5月13日，英国女王就发表了中立声明，“承认存在于美利坚合众国政府和自称为美国南部邦联的若干州之间的敌对状态”。其它国家随即做出了类似声明或默认。

在其主权者做出此种正式承认后，该外国之公民不得否认战争之存在，及其关于中立方的一切后果。[……]

讨 论

1. 法院所使用的战争定义（“国家通过武力行使其权利的状态”）难道不是一个非常克劳塞维茨式 (Clausewitzian) 的方法吗？今天还允许这样使用战争吗？（参见《联合国宪章》第2条第4款。）这是否解释了联合国国际法委员会为什么不探讨有关好的战争 (*ius in bello*) 的问题？国际法委员会的这一决定适当吗？
2. 国际人道法对非国际武装冲突和国际武装冲突一视同仁吗？法庭是否建议应当如此？
3. (1) 战争是否必须宣布才能适用国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条、《第一议定书》第1条第3款和《第二议定书》第1条。）如果不是，那么是仅限于国内叛乱的情形吗？还是也包括国家间冲突？
- (2) 今天，武装冲突真的需要敌对双方相互承认为交战方才能适用国际人道法吗？在非国际武装冲突中也是如此吗？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条第4款。）

4. (1) 根据今天的国际法，哪些因素使得国内冲突，如内战，转变为国际冲突？（例如，参见**案例180**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案 (The Prosecutor v. Tadic)(特别是一、“管辖”，第72-73段)，第1794页和**案例182**，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉拉伊奇案 (The Prosecutor v. Rajic)(特别是第13-31段)，第1874页。)
- (2) 他国对于暴动者的承认是否自动使冲突成为国际性的？
- (3) 国内紧张局势或骚乱何时达到冲突的程度，以致适用共同第3条及/或《第二议定书》？法庭所引用的载于普通法贤哲著述中的检验标准是真的标准吗？
- (4) 在当代国际人道法上，武装冲突的存在是事实问题还是法律问题？

二、第二次世界大战

文件70. 二战中瑞士担当保护国

[资料来源: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.82-83。]

外交保护

[……]

第三帝国与盎格鲁-撒克逊人

保护国的任务之一是传递一国政府对其它政府违反国际法的指控。例如，德国外交办公室会将照会送至驻瑞士伯尔尼的德国大使馆；大使馆将照会递交瑞士外交办公室（称为联邦政治部），后者将照会电传至驻伦敦或华盛顿的瑞士大使馆，瑞士大使馆进而将其提交英国或美国政府注意。经过适当调查后，英国外交办公室或美国国务院会起草正式答复并电传至驻伯尔尼的该国使馆送交瑞士联邦政治部，后者通过驻柏林的瑞士大使馆知会德国外交办公室，完成这轮循环。
[……]

德国外交办公室首先是通过战争犯罪局，同时也通过其在陆海空军统帅部、德军宣传部和前方军队中的联络官员，从许多来源获得有关违反战争法的信息。但是，战争犯罪局除将其文件提供给外交办公室以外，常常也自行建议向保护国提交抗议，有时还起草照会。

最常引起抗议的可能是德国战俘的待遇问题，其中最为著名的案例之一是1942年8月迪耶普 (Dieppe) 的英国突击队给被俘德国士兵带镣铐事件。另一个案例涉及将德国战俘滥用于靠近前线的危险任务。1944年12月20日，战争犯罪局向德军作战部送交了一份汉斯·格赖斯 (Hans Greiss) 列兵的宣誓证言，称他和其他德国战俘于1944年11月被强迫在靠近于利希 (Jülich) 基西贝格 (Kichberg) 的美军阵地前线挖掘战壕。格赖斯称，他和他的同志被强迫在德军炮火下工作，致使2死20伤。戈德沙 (Goldsche) 建议对英国和美国政府提出抗议，“因为本案涉及对《关于战俘待遇的公约》(关于战俘问题的1929年日内瓦公约) 第7条和第9条非常严重的违反”。作战部将建议转交德国外交办公室，后者同意并于1945年1月26日提出正式抗议。[……]

(一) 战争事件

文件71. 德国入侵克里特

[资料来源: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.156-157。]

[……]

负责调查有关对伞兵所犯罪行指控的吕德尔 (Rüdel) 法官首先询问了大量被空运至雅典医院的伤兵。他们的证词使空军第11军参谋长阿尔弗雷德·施勒姆 (General Alfred Schlemm) 少将相信, 应当派遣由情报官员约翰内斯·博克 (Johannes Bock) 少校率领的特别委员会前往克里特, 继续进行现场调查。吕德尔作为委员会成员于1941年5月28日飞往克里特。7月14日, 他提交了一份对英国军方比对克里特平民更为有利的长篇报告。他总结道:

根据参加了攻击克里特战役的德国士兵的宣誓证言, (以及) 对希腊和英国士兵的讯问, 并经由影像证据辅证, 我们可以确定如下内容:

1. 平民和警察参加了在所有阵地, 尤其是岛屿西部的正面战斗; 在一些地区平民按照军事原则进行了有组织抵抗。包括10岁左右的少年在内的平民用各种军用武器以及达姆弹和狩猎弹药开火。狙击手在灌木丛和树林中多次出现……。
2. 死伤士兵被抢劫并剥掉部分衣物, 主要是被平民。
3. 在德国士兵尸体上已经发现了无数残伤肢体情形: 有些被割掉生殖器, 挖出眼睛, 割掉耳朵和鼻子; 其他人的面部、腹部和背部有刀伤; 喉咙被割开, 手被砍掉。这些残伤肢体行为大部分可能是对尸体的亵渎, 只在少数案件中有证据表明受害人是被虐待和酷刑至死。许多尸体被发现时手、臂或腿被捆绑; 在一起案件中尸体颈部套有绳索……。
4. 敌人一方被发现使用德军制服, 特别是伞兵服和钢盔的情形。与此相似, 为了欺骗对方, 他们用卐字旗打信号。
5. 5月21日至22日, 被英国军舰攻击和部分毁坏的“韦斯特” (West) 轻舰队上的遇船难士兵遭英军射击。英军向划救生艇或在水中穿着救生衣游泳的士兵射击, 多人死伤。

从这些调查来看，残伤尸体肢体和虐待士兵的行为几乎全部是克里特平民所为。在一些案件中，幸存者看到平民扑到死尸上，抢劫并用刀割他们。只有一个案件中有敌方士兵参与这些行为；相反，英军对战俘的适当待遇给予高度重视，防止希腊士兵和平民的虐待行为，并在医疗方面做了一切必要工作。另一方面，射击遇船难士兵一事几乎完全是由英国军舰所为。难以确定克里特平民是如何加入战争和实施暴行的；克里特人和英国战俘的陈述不可尽信，因为他们倾向于相互推诿罪责。

文件72. 德国/英国，给战俘带镣铐事件

[资料来源：Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, p. 108。]

给战俘带镣铐事件

德国的正式报复中也许最为臭名昭著的一个例子涉及英国突击队1942年8月在法国迪耶普 (Dieppe) 登陆后给战俘带镣铐的事件。证人的书面证言显示，大量被意外袭击而又不能立即作为战俘对待的德国人在突击行动过程中被捆绑起来。作为报复，希特勒下令在德国的所有英国战俘都要同样捆绑起来。作为反报复，英国政府下令给德国战俘带镣铐。经过红十字国际委员会的持续努力后，这个邪恶的报复与反报复循环才被打破。

文件73. 英国对德国遇船难者的政策

[资料来源：Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.258-259。]

英国的官方政策无疑是遵守战争法，但这并不妨碍英国政府各部对于战争法限度的讨论，尤其是对于采取对敌军遇船难船员更为严厉的政策所可能带来的军事优势的讨论。

1943年初，德国潜艇指挥官汉斯·迪德里希·冯·蒂森豪森 (Hans Diedrich von Tiesenhausen) 在其潜艇沉没后被一艘英国驱逐舰救起。其后他向英国政府提交

了一份抗议，要求转送保护国。他声称在潜艇亮出白旗后，英军飞机继续攻击，用机关枪扫射遇船难船员。英国1943年6月3日外交办公室会议上讨论了冯·蒂森豪森的报告。主持会议的法律顾问帕特里克·迪安 (Patrick Dean) 建议不向保护国转交报告。他已于1943年5月14日在空军部论证说，飞机不可能俘获潜艇，而只能击沉。“不应接受这种船只的投降，除非邻近的联军水面潜艇有能力确保将其俘获。在所有其它情形下，即使亮出白旗，也应将攻击进行到底。已经取得共识的是，出于作战的考虑，应当尽可能向德国政府隐瞒这一政策……如果被他们知道，他们可能会对被俘英国海员进行报复。”然而迪安并未成功地使其观点被接纳；相反，空军部为战斗机飞行员做出了非常明确的指示：“在任何情形下均不得对在水中的潜艇船员进行任何形式的攻击。”1943年5月28日，迪安反对说：“可以设想在某些情形下 (例如潜艇船员从其沉没或受损的潜艇中游出并游向敌军战舰)，人们会认为对其进行空中攻击是正当的。”

迪安的观点与德国关于纳尔维克 (Narvik) 的假想一致，即英国驱逐舰船员认为对德国遇船难者的射击是正当的，因为任何到达陆地的德国水员都会被编入那里的德国军队。在纳尔维克的英国驱逐舰也许是根据这一不成文政策行事的，但其它针对船难幸存者的攻击就不那么容易做出合理解释了。一个恰当的例子是1944年5月3日四架英国战斗机在索马里兰 (Somaliland) 的本德-拜拉 (Bender-Beila) 附近对U852遇船难船员进行的机关枪扫射。该地区在英军手中，不存在德国船员加入岸上德国军队的任何危险。事实上，幸存者上岸后都很快被俘虏。

这一事件不无历史讽刺意义：两个月前，即1944年3月13日，正是这艘潜艇在大西洋击沉了英国轮船珀琉斯号 (Peleus)，并用机关枪扫射若干希腊幸存者。战后，在位于汉堡的英国军事法庭进行的刑事审判中，U852的指挥官海因茨·埃克 (Heinz Eck) 基于作战必要性为自己的行为辩护，称联军在大西洋的飞机侦察非常密集，1943年晚期有四艘德国潜艇在同一地区被发现并被战斗机击沉。他辩称自己从未下令杀死幸存者，而是下令击毁所有漂浮的轮船残骸，以免联军飞机借此发现和击毁他的潜艇——尽管他知道许多船难人员会被击中，没被击中的人在较大物体可供攀附的情况下逃生机会也将大大减小。

[参见**案例75**。位于汉堡的军事法庭，珀琉斯审判，第1034页。]

文件74. 英国/德国，图宾根号亚得里亚海沉船事件

[资料来源: Zayas, A. de, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939-1945*, University of Nebraska Press, 1989, pp.261-266.]

医院船

[……]

随着对医院船轰炸的继续，战争犯罪局编制了第二份清单，涉及从1943年5月至1944年12月的24个案例，包括被详细记录的1944年6月13日和15日对埃朗根号 (Erlangen) 及1944年8月14日对弗赖堡号 (Freiburg) 的攻击。基于这些记录，德国政府向英国政府提交了抗议照会：例如，1944年11月1日的一份照会描述了对胡克斯特号 (Hüxter)、因斯布鲁克号 (Innsbruck)、埃朗根号、波恩号 (Bonn) 和萨图鲁斯号 (Saturnus) 以及对带有红十字标志的医院列车的攻击。

战争犯罪局清单上最为重大的事件是1944年11月18日格林威治标准时间 (欧洲中部时间) 早晨7点45分图宾根号 (3509吨) 在亚得里亚海普罗蒙特海角 (Cape Promontore) 以南的波拉 (Pola) 附近被击沉一事。鉴于英国已承认图宾根号为医院船，并且英国地中海司令部知道其确切航线，这一案件更为引人注目。然而，两家英国波弗特战斗机仍然攻击并击沉了它。

沉船事件显然出乎英国外交部的意料：当天下午它就将消息告知了作为保护国的瑞士政府。瑞士政府给驻伯尔尼的德国代表团打了电话，后者给柏林的德国外交办公室发去电报：“医院船图宾根号按照所给保证于11月17日从巴里 (Bari) 驶往的里雅斯特 (Triest)。英国当局接到通知说该船于今晨被一架英国飞机攻击并重创。英国已下令立即进行调查。”

1944年11月19日，英国政府向保护国送交了更为详细的第二份照会。德国随即于11月24日提出正式抗议：

1944年11月18日早晨7点45分，德国医院船图宾根号在波拉附近被两架英国双引擎轰炸机用机关枪和炸弹攻击致沉，尽管德方在航程前很早便已将该医院船为运输伤兵之目的而往返萨洛尼基 (Saloniki) 的航线通报了英国政府。许多船员因此伤亡。德国政府坚决抗议击沉图宾根号这种严重违反国际法的行为。

德国政府要求英国政府采取所有必要措施防止这种无疑是故意违反国际法的行为再次发生，并保留对此以及许多其它违反国际法的行为，尤其是1944年11月1日以口头照会形式通报给驻柏林的瑞士代表团的那些行为，追究适当责任的权利。

这一照会于1944年11月27日被瑞士转递至伦敦：

英国空军部已于1944年11月18日下令追查；11月29日英国外交办公室通知其驻柏林的代表团说，对该案的调查正在进行之中。11月19日皇家空军地中海总部给空军部发去电报：“报告太长太复杂，难以一言以蔽之，但可以说这次事件是背运和愚蠢的古怪混合。”似乎是由于英国飞行员的一系列错误和无线电传送中的误会，事实上下达了攻击船只的命令。英国于1944年12月4日向德国提交的正式答复解释说，有四架飞机围绕该船飞行，但由于队长仍然无法识别其身份，他决定将看到的细节传送回基地，请求指示。由于技术原因，他无法自行发送信号，便指示小队中的第二架飞机去做。

第二架飞机的机长[……]已经认出该船是一艘医院船，并错误的假定其队长也已认出。但是，他料想必定存在某种特殊情形，为不执行禁止攻击医院船的常规命令提供了正当理由，于是发回了内容为“1 H.S.350”（一艘医院船——航线350度）的讯息以及船的位置。由于大气条件，讯息被基地错误的接收为“1 H.S.L.350”（一艘快艇——航线350度），位置在威尼斯海湾中部。此后由另一个电台发送了讯息的第二个版本，显示该船在伊斯特里亚半岛（Istrian Peninsula）的陆地上，并请求指示，但再次误指为快艇。

这些讯息随后被提交控制官员注意，后者确认在第一个版本讯息所示位置上并无联军快艇，而且该地区无论如何距离图宾根号所处位置还有许多海里，于是下达了攻击命令。仍未意识到该船是一艘医院船的队长在收到命令后指示其小队进行攻击。直到完成攻击后飞过该船时，他才在船侧看到图宾根号的名字并认出其身份。

英国政府已指示调查法庭对与此次攻击相伴的情形进行充分调查，以防止任何类似事件再次发生，并在有事实支持时给予恰当的纪律处分[……]。

尽管如上所述，英国政府对该船在所描述的情形下沉没感到遗憾，但他们仍然忍不住指出，如果图宾根号在被发现时有符合国际惯例的恰当照明，小队长就能毫不困难的认出其身份，事件也将因此而被避免。他们相信德方未来将采取措施确保所有的德国医院船在能见度不佳的情况下都以不致使人对其身份产生怀疑的方式照明。

一如所料，德国当局也投入了大量时间调查沉没情形。1944年12月23日，船长沃尔夫冈·迪特里希·赫米尚（Wolfgang Diettrich Hermichen）、大副京特·奎德（Günter Quidde）和三副海因里希·布伦斯（Heinrich Bruns）在德国海军法官弗朗茨·纳德纳（Franz Nadenau）那里做出宣誓证言；12月29日轮机长恩斯特·弗伦

茨 (Ernst Frenz)、二副马丁·梅塞克 (Martin Messeck) 和管轮二副奥古斯特·格兰德 (August Glander) 也同样做出陈述。赫米尚船长的陈述令人对英方的部分说法产生了怀疑：

两架英国飞机均在我们船的正上方60至70米处，我用肉眼看到了机身上的英国国旗。即使这些飞机之前没有认出我们是一艘医院船——我认为这是不可能的，因为能见度异常的好——最起码此刻他们必定已经意识到我们是医院船。在两架飞机都飞过后，它们调过头来，一架从右舷、另一架从舱口依次飞过，再次攻击我们。轰炸从右舷方向反复进行了约6次，从舱口方向进行了约3次。

显然，关键问题是该船是可立即辨认的 (如德方所称) 还是能见度受到了影响 (如英方所坚持)。负责照明的二副马丁·梅塞克解释说：“早晨7点过后不久，我命令我们的电工克塞尼希 (Kessenich) 关掉夜间照明。太阳已经在6点30分左右升起……在我观察期间，天气并未改变。日出后天气非常平静……7点过后不久，夜间照明关闭之后，四架战斗轰炸机在我们上空盘旋。但是它们调头向南飞去。它们显然是英国飞机。我看到了它们的国旗。”按照德国人的说法，船在7点45分到8点05分之间遭到攻击，8点20分沉没。有足够的时间放下救生艇，两名船员，水手特纳 (Töllner) 和霍伊尔 (Heuer)，还拍下了下沉中的船的照片。这些从战争中幸存的照片显示能见度良好，海上风平浪静。

基于这些证言，德国海军统帅部向德国外交办公室提交了一份初步报告，否认英方的主张：“照会中关于如果图宾根号有照明的话事件本可避免的说法只能说是充分的借口，因为德国法庭已经从图宾根号船长以及大副和三副处取证，他们认为由于天气晴朗，根本不可能弄错该病的医院船身份。”

(二) 位于德国的同盟国军事法庭的判决

案例75. 位于汉堡的英国军事法庭，珀琉斯审判

案 例

[资料来源: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Crimes*, vol.1, 1947, pp.1-21。]

珀琉斯审判

因为杀害在公海沉没的珀琉斯号轮船船员 对海军上尉海因茨·埃克及其他四人的审判

英国战争罪军事法庭，汉堡，
1945年10月17日－20日

[……]

2. 指控

罪犯是：

海军上尉海因茨·埃克

海军下尉奥古斯特·霍夫曼 (August Hoffmann)

潜艇上尉军医 瓦尔特·威斯芬尼格 (Walter Weisspfennig)

海军上尉汉斯·理查德·伦茨 (Hans Richard Lenz)

五等水兵施文德 (Schwender)

他们共同被控于1944年3月13/14日夜在大西洋实施一项战争罪，当时U852的船长和船员在违反战争法规和惯例击沉轮船珀琉斯号后，用射击和投掷手榴弹的方式杀害身为同盟国国民的该船船员。[……]

3. 公诉人的开庭陈述

“珀琉斯号”是英国战时运输部租用的一艘希腊船。船员由多国国民组成；船上有18个希腊人、8名英国水兵、1名来自亚丁 (Aden) 的水兵、2个埃及人、3

个中国人、1个俄国人、1个智利人和1个波兰人。1944年3月13日，轮船在大西洋中部被第一被告海因茨·埃克指挥的第852号潜艇击沉。显然“珀琉斯号”的大部分船员落水，并攀附上两艘救生筏和四处漂浮的轮船残骸。潜艇浮出水面，叫过来一名船员询问船的名字、目的地和其它信息。

然后潜艇用一挺或数挺机关枪对水中和救生筏上的幸存者开火，并向其投掷手榴弹，致使所有落水船员被杀死或受伤而死，只有希腊大副、一名希腊水兵和一名英国水兵三人存活。这些人在水里待了超过25天之后才被一艘葡萄牙轮船救起并带进港口。[……]

4. 控方证据

[……]

第五被告，海军上尉工程师伦茨有如下行为：(1) 当听说船长决定消除所有沉没痕迹时，他找到船长，告诉后者他不同意这一命令。埃克回答说，他仍然决定消除所有沉没痕迹。于是伦茨下去记录幸存者的陈述，没有参与射击和投掷手榴弹。(2) 后来伦茨来到桥楼上，发现被告施文德手持机关枪。他看到施文德正要目标开火，便从他手里取过枪，自己对着所示目标的大致方向开了火。他这么做是因为他一直认为施文德是船上最低等级成员之一，不配执行这一命令。

5. 辩护意见概要

[……] 辩方声称为了挽救潜艇，消除“珀琉斯号”的所有痕迹具有作战必要性。

其他被告主要以上级命令作为抗辩。[……]

关于上级命令的抗辩，韦格纳 (Wegner) 教授说他坚持由“卡罗琳案” (Caroline case) 所确立的“良好的古老英国原则”。他指出，根据这一案件，国际法上牢固树立的规则是，构成公共权力一部分并在其本国政府权力下行使的个人，不应作为侵犯者或犯罪者承担私人责任；此等个人所为之行为系公行为，由服务于英国政府的该人依照上级命令做出，由此而来的任何责任均由英国政府承担。[……]

6. 被告潜艇指挥官海因茨·埃克的证据

被告海因茨·埃克[……]认为救生筏对他是一个危险，首先是因为它们会向飞机显示出沉没的确切地点；其次是因为在战争当时，众所周知救生筏可能会配有现代的信号通讯手段。当他开火时，筏上看不到有人。当他意识到仅仅用机关枪射击不能击沉这些救生筏时，他还下令投掷手榴弹。他认为幸存者已经跳离救生筏了。[……]

他继续指出，在他看来，显然挽救幸存者生命的所有可能性均已不复存在。他不能将幸存者接上潜艇，因为这与他的命令相悖。他的印象是船上的情绪相当压抑。他自己也是同样的情绪，所以他对船员说，怀着沉重的心情，他最终决定毁灭沉船的残骸。

埃克提及他听两名军官说起过的涉及德国潜艇“哈滕施泰因号”(Hartenstein) 的一起事件。在拯救了很多幸存者的生命后，潜艇被一架飞机发现。潜艇亮出红十字标志，作为幸存者之一的一名空军中尉还用信号灯给飞机打出信号，让其不要攻击潜艇，因为船上有包括妇女在内的幸存者。飞机离开了，过了一段时间又返回并对潜艇进行攻击，致使潜艇被迫卸下幸存者以便潜水，并在受到一些损坏后才得以逃脱。他在航程开始前就听说的这一案件向他表明，在敌人一方军事考虑优先于人道考虑，即优先于拯救幸存者生命的考虑。为此，他认为他的措施是有正当理由的。[……]

埃克对于“哈滕施泰因号”事件的描述大体上被一名英国证人所证实。后者是在海军部担任临时公务员的一名检察官，他证实说，作为该事件的结果，德国潜艇指挥部下达了如下指示：

“不得做出营救沉船船员的任何尝试，包括捞起落水人员放入救生艇、扶正倾覆的救生艇以及递送食物和饮水。营救行为与摧毁敌人船只和船员的基本作战命令相悖。拿获船长和轮机长的命令仍然适用。只有在遇船难人员的陈述对于潜艇有重要性时才给予营救。要严厉，要记住敌人在攻击德国城市时是不考虑妇女和儿童的。” [……]

8. 对四名其他被告的讯问

[……]

被告威斯芬尼格也提到该命令，但承认在德国海军中有关于医务官行为的规章，禁止为攻击目的而使用武器。威斯芬尼格没有遵守这一规章，因为他接到了指挥官的命令。他不知道规章是否允许其拒绝服从违反《日内瓦公约》的命令。他知道《日内瓦公约》是什么，也意识到他作为医生受到保护的原因之一是他的非战斗员身份。他意识到有幸存者。他不认为他在这种特定情况下使用机关枪的行为是攻击行为。[……]

12. 军法官的总结

军法官一开始便声明，法庭决不当因为围绕此类案件的国际法的错综复杂而感到为难。禁止杀害无武装敌人是一项基本战争惯例，是文明国家许多世纪以

来的经验的结果。开枪杀害无助的沉船幸存者是对国际法的严重破坏。对违反这些战争规则的人员进行惩治的权利多年来已经得到明确承认。[……]

对于作战必要性的抗辩，军法官说：“交战方是否有权为保全本人生命之目的而杀害无武装人员是一个讨论得很多的话题。也许存在某些情形——没有必要在此设想——为这种杀害行为提供正当性，但是法庭必须基于埃克的证言所提供的事实考虑这一案件。他在沉没地点游弋了5个小时；他没有开足马力尽快离开；如他所言，他选择用机关枪对轮船残骸进行扫射。”军法官请法庭考虑，它们是否认为用机关枪射击大片残骸和救生筏是毁灭所有沉没痕迹的有效方法。他问道，无论如何可能会留下一块油污，而油污会向任何飞机显示新近有船只沉没，这难道不是显而易见的吗？他接着说：“你们是否认为，一个真正并主要考虑拯救其船员和潜艇的指挥官，将会像辩方证人施内船长所说的那样做，即在第一时间以最快速度尽可能远离？”

埃克没有用上级命令作为抗辩。他在庭上表示对自己下达的命令承担全部责任。

关于上级命令的抗辩，军法官说：“服从之职责限于对合法命令的服从。没有合法命令，就不可能有服从之职责。违反作战规则的行为是执行交战国政府或交战国指挥官个人的命令这一事实并不排除该行为作为战争罪的性质，也不赋予行为人免遭受害交战国惩治的权利。”

军法官补充道：“很明显，没有哪个水手或士兵能随身携带国际法丛书或随时向教授询问特定命令是否合法。如果向在水中挣扎的无助幸存者开枪的命令是否合法这一问题涉及对国际法的仔细考虑，那么你也许会觉得让本案中的任何一个被指控的部下对其被控行为承担责任有失公平。然而如果执行埃克的命令实际上涉及杀害这些无助幸存者，那么它并不是一个合法命令，具有最基本智力的人必定会认为它不是一个合法命令，而那些开枪射击的人也不能以上级命令为由为此种行为辩解，这些对你们而言难道不是显而易见的吗？”

[……]

13. 裁决

五名被告均被认定犯有被控罪行。

14. 判决

在辩方律师代表被告请求减轻处罚，部分被告还传唤了证人之后，法庭于1945年10月20日宣布了以下待批准判决：

埃克、霍夫曼和威斯芬尼格被判处死刑（枪决）。伦茨被判处无期徒刑，施文德被判处15年有期徒刑。

1945年11月12日，莱茵河英国陆军总司令批准了上述判决。对海军上尉海因茨·埃克、潜艇上尉军医瓦尔特·威斯芬尼格和海军下尉奥古斯特·霍夫曼死刑判决于1945年11月30日在汉堡执行。

讨 论

请考虑适用于以下讨论的1949年《日内瓦公约》和1977年《附加议定书》。

1. 埃克不将遇船难者救入潜艇的行为是否违反了国际人道法？摧毁救生筏和轮船残骸的行为？下令开枪的行为？（参见《日内瓦第二公约》第12条第2款、第18条和第51条。）
2. 军法官是否排除了对遇船难者开火的行为可以因军事必要性而获得正当理由的可能性？根据1949年《日内瓦公约》，如果向遇船难者开火是能够确保潜艇不被侦察到的唯一手段，这种行为是否具有正当性？如果是拯救开火者生命的唯一手段呢？
3. 威斯芬尼格违反了医务人员的哪些职责？按照今天的国际人道法，德国海军中禁止医务官为攻击目的而使用武器的规定是否还有必要？（参见《日内瓦第二公约》第35条和《第一议定书》第13条、第16条第2款。）
4. 伦茨的行为恰当吗？为了不违反国际人道法，他应当如何做？不参与执行命令？阻止他的任何部下执行命令？阻止任何船员执行命令？逮捕埃克？（参见《第一议定书》第86–87条。）
5. 上级命令何时可以排除对违反国际人道法行为的处罚？
6. 按照现在的国际人道法，英国对“哈滕施泰因号”的攻击合法吗？“哈滕施泰因号”在遭到攻击时亮出红十字标志的行为合法吗？（参见《日内瓦第二公约》第41、43条，又见文件68. 《圣雷莫国际海上武装冲突法手册》（The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea），第1007页。）

案例76. 位于德国的美国军事法庭，对斯科热尼及其他人的审判**案 例**

[资料来源: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IV, 1949, pp.90-93.]

对奥托·斯科热尼及其他人的审判**德国美占区总军政府法庭****1947年8月18日—9月9日****一、诉讼概要**

审判所涉的10名被告均系被告斯科热尼指挥的第150装甲旅的军官。他们被控参与不当使用美军制服，以之作为伪装参加战斗并背信弃义的杀害美国武装部队成员。他们还被控从战俘营中以不正当手段取得美军制服和分发给美国战俘的红十字包裹。

1944年10月，被告斯科热尼上校会见了希特勒。希特勒本人因为斯科热尼对墨索里尼的成功解救而认识了他，并委派他为阿登 (Ardennes) 特别攻势组建一支特别部队。特别部队将身着美军制服渗透穿越美军阵地，在敌人后方俘虏特定目标。[……]被称为150旅的特别部队成立了。[……]他们接受了英语、美式作派、美国汽车驾驶和美式武器使用方面的培训。斯科热尼让德国战俘局参谋长为150旅配备了美军制服。这些制服主要来自战利品堆存处和仓库，但也有些是根据其中两名被告的命令从战俘营的战俘处获得的。[……]

党卫军装甲分队对敌军阵地的突破未获成功。12月18日斯科热尼决定放弃攻占三座马斯河 (Maas) 大桥的计划 (阿登攻势)，并将他的旅交由党卫军司令作为步兵使用。他被委以向马尔梅迪 (Malmedy) 方向进攻的步兵任务。在这次进攻中，数名证人在作战区见到包括其中两名被告在内的身着美军制服和德国伞兵套装的斯科热尼旅成员，但证据只显示有两例情形是身着美军制服进行战斗。

在第一例中，奥尼尔 (O'Neil) 中尉作证说，在他12月20日进行的战斗中，对手身着美军制服和德国伞兵套装，其中一些被他俘虏的人说“他们属于‘元首’或‘阿道夫·希特勒’或‘装甲’分队”。第二例包含于被告科舍尔沙伊德 (Koscherscheid) 的书面证词中，称其在进攻马尔梅迪的过程中同一些战友一起参与了身着美军制服的侦查行动[……]。

所有被告对于所有指控均被判无罪。[……]

讨 论

1. (1) 是否允许穿敌军制服？这在国际人道法上总是被允许还是仅仅有时被允许？何时允许？在进攻中允许穿敌军制服吗？如果不，为什么不？在进攻前，比如本案中在阿登攻势中为了进入敌军区域，允许穿敌军制服吗？只要实际战斗开始时他们穿的是自己的制服？如果适用《第一议定书》，斯科热尼会被判无罪吗？（参见《海牙章程》第23条第2款、第6款，《第一议定书》第37条、第39条第2款。）
- (2) 穿敌军制服是背信弃义的行为吗？背信弃义与战争诈术的区别何在？后者被允许吗？然而战争诈术不也是试图误导敌人吗？斯科热尼在他是否受国际人道法保护这一点上误导敌人了吗？（参见《海牙章程》第23条第6款、第24条和《第一议定书》第37条、第44条第3款。）
2. 使用标有红十字标志的包裹来伪装进攻行动的行为不会至少被视为背信弃义吗？拿着红十字包裹的人会让敌人相信其受国际人道法保护吗？（参见《第一议定书》第37条第1款第4项、第38条及第39条。）这样使用红十字或红新月标志是重大破坏行为吗？（参见《第一附加议定书》第85条第3款第4项。）将红十字标志用于这些包裹是对这一标志的标明性还是保护性使用？合法吗？（参见《日内瓦第一公约》第38—44条。）

案例77. 纽伦堡美国军事法庭，正义审判

案 例

[资料来源：War Crimes Reports, vol.6, 1948, p.1. 引用于Lauterpacht, H. (ed.): *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Year 1947*, London, Butterworth & Co. Ltd., 1951, pp. 278, 288-289; 脚注略。]

关于阿尔特施特特 (Altstötter) 及其他人 (正义审判)

纽伦堡，德国，美国军事法庭

1947年12月4日

事实：14名被告系德国司法部的法官、公诉人或高级官员。他们在美国军事法庭上被指控制定和执行本质上为犯罪性质的法律、法令和命令，以及出于本质上为犯罪性的目的而与德国安全警察组织合作，在此过程中通过扭曲和取消司法程序，对占领区平民、战俘及德国国民实施犯罪。[……]

判决：阿尔特施特及其他9名被告就若干指控罪行被判有罪。其余四名被告被判无罪。[……]

(10) 侵略战争对于侵略者依赖作战规则之权利的影响。“被有说服力地极力主张的是，德国进行的是侵略战争这一事实使所有这些行为都具有了犯罪性。对于那些策划侵略战争和被控并认定实施《宪章》所界定的危害和平罪的人而言，这一论断是决定性的；但是这些被告被指控的并非危害和平罪，而且也未证明他们知道其在后方为之提供支持的这场战争是基于犯罪预谋或本身就违反国际法。希特勒和戈培尔 (Göbbels) 的谎言宣传甚至向许多政府官员也隐藏了侵略者核心集团的犯罪计划。如果我们采纳这一观点，即因为这场战争是犯罪性质的侵略战争，所有在自卫战争中可能是合法的每一个行为在这场战争中都是非法的，那么我们就将被迫得出结论说，每一个被命令进入占领区或在本国战斗的士兵都是罪犯和谋杀者。起诉所依赖的陆战规则将不再是衡量行为的标准，宣判有罪在任何情况下也都将仅仅成为形式。[……]

讨 论

1. 战争之法 (*ius in bello*) 与战争中法 (*ius ad bellum*) 有何不同？战争之法是否仅仅是战争中法的延伸？联合国国际法委员会为何决定不将注意力集中于战争之法的法典化？（参见引文，第2章第2节第2部分，禁止使用武力规则与国际人道法间不可避免的紧张关系）。什么是反战争法 (*ius contra bellum*)？
2. (1) 法庭在本案中认为被提交的主张不恰当地混淆了战争之法与战争中法，这一点是否正确？关于违反战争中法并不自动意味着违反战争之法的观点呢？如果法庭同意提交的主张，即对战争中法的违反决定性地使得被控罪行确立，那么其反面是否成立：冲突另一方不可能有违法行为，因为其战争是“正义的”并因此可以使用一切手段来确保其权利？被证实的违反战争中法行为对于危害和平罪指控有何影响？
(2) 混淆战争中法和战争之法有何危险性？它难道不会使得尊重国际人道法成为不可能吗？在实践中，人们该如何证明并从而确认冲突哪一方在遵照战争中法行使武力，哪一方违反了反战争法？冲突双方的受害者难道不是需要同样保护吗？所有受害者都要对他们一方违反战争中法的行为负责吗？
3. 如果战争中法同战争之法完全分开，那么在同国际人道法有关的方面对战争之法有何限制？反之呢？（参见《第一议定书》序言。）

案例78. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案**案 例**

[资料来源：The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. X, 1949, pp. 130-159; 脚注略。]

克虏伯审判**对阿尔弗里德·费利克斯·阿尔文·克虏伯·冯·波伦·翁德·哈尔巴赫及
其他十一人的审判****美国军事法庭，纽伦堡****1947年年11月17日－1948年6月30日**

[……]

4. 法庭对罪状二和罪状三的判决[……]**(2) 关于抢劫和掠夺的法律[……]**

“[……]上文所引之《海牙章程》条款[第 45 – 52 条和第 56 条]是明确无疑的。它们的核心内容是：如果交战一方作为战争行动的结果占领了对方领土，他并不因此获得处置该领土上财产的处置权，除非依照《章程》所制定的严格规则。被占领地的经济应保持完整，除了那些被给予占领当局的经过仔细限定的许可——许可全都涉及占领军。[……]

“因此，对私有财产的掠夺在两方面是被禁止的：首先，财产的私人所有者个人不得被剥夺财产；其次，被占领地的经济物资不得被占领者接管或用于其战争服务——始终有一条附带条款，即存在豁免适用这一规则的情形，但严格限于占领军的需要，只要该需要不超过被占领地的经济力量。

“《海牙章程》第 43 条规定如下：

‘合法政府的权力实际上既已落入占领者手中，占领者应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并除非万不得已，应尊重当地现行的法律。’”

该条允许占领国为保持和维护公共秩序和安全征用公共或私人财产。但是，该条对占领者的行动施加了限制，要求占领者除非万不得已，尊重被占领国的现

行法律。这一规定反映了《海牙章程》的基本标准之一，即被占领地人民的人身和私人权利不得被干涉，除非有紧急情况下的正当理由。占领国不得将任何新的法律概念强加于被占领地，除非该规定有来自公共秩序和安全需要的正当理由。[……]

“‘[……]第46条[……]要求交战国尊重敌国私有财产，禁止没收，[……]第47条[……]禁止抢劫。’

[……]

“第46条所包含的一般原则在第52条和53条得到了进一步阐述。第52条谈到可以要求市政当局或居民提供的“实物征用和劳务”，并规定‘除非占领军需要，不得要求提供’此种征用和劳务。所有当局均同意，此处所谈论且唯一被允许的征用和劳务必须涉及占领军的需要。从未有人主张克虏伯公司属于占领军。仅凭这一点，由或代表克虏伯公司进行的‘实物征用’就是非法的。[……]

“第52条第2段对该条所设想的情形作了明确描述：

‘此种征用和劳务只有在占领地区司令的许可下方可要求提供。’

“被告所依赖的观念，即侵略者可以首先侵占敌国领土，然后来自侵略国国内的工业企业就可以扑向被占领地并利用那里的财产，同《海牙章程》所规定的法律和惯例格格不入，并被其明确宣布为非法，因为《海牙章程》一再毫不含糊的指出，征用只有为占领军需要并在其许可下才能进行。[……]

“被告不能成功地作为一项法律主张辩称说，因为他们被指控进行的掠夺活动得到了某些德国政府和军事部门或人员的许可和积极支持，所以他们无须对这些行为承担责任。其他作恶者的鼓励和支持并不能免除责任，这是刑法的一般原则。这一点仍有必要强调，因为必须指出，作战法规和惯例所禁止的行为并不会通过使用复杂的法律解释就成为可允许的。被告被控进行大规模抢劫。这些抢劫中很多是以非常明显和直接的方式进行的。其他一些抢劫者是通过改变公司财产、对财产权进行契约转让等方式进行的。重要的是结果。尽管在第二种情况下结果是通过强加于他人的‘契约’来达成，但非法结果，即对财产的剥夺，还是一样达成了，就好像物资被实际搬走并运去德国一样。”

(3) 国家紧急情况抗辩

判决继续说：

“最后，辩方论证说，德国战时经济所遭遇的高度紧急情况为被控行为提供了正当理由。[……]

“[……] 如果一方在任何方面压力巨大，就可以违反作战法规和惯例，这一主张必须基于其它理由而被拒绝。战争本就是一件冒险的事情。战争一经发动，其结果无法预料，因此战争根本上是一种非理性的冲突解决手段，这正是全世界头脑正常的人都拒斥和憎恶战争的原因之一。战争的要素之一是一方或另一方必定会失败，富有经验的将军和政治家们在起草作战规则和惯例时了解这一点。简而言之，这些规则和惯例是明确为所有战争阶段设计的，包括这种紧急情况。主张它们可以仅仅因为任一交战方单方认为其情况紧急就被肆意漠视，那等于是彻底废除了这些法规和惯例。”

(4) 法庭将这些规则运用于本案事实：关于罪状二的调查结果

在以下段落中，我们会看到法庭将上文详细阐述的规则具体适用于本案的某些事实：

“我们从面前的可靠证据断定，基于从德国学来的排犹法律而对奥斯丁 (Austin) 工厂进行的没收，以及之后克虏伯公司对它进行的扣押，违反了要求尊重被占领国现行法律的《海牙章程》第 43 条，还违反了规定必须尊重私有财产的《海牙章程》第 46 条。克虏伯公司，通过被告克虏伯、勒泽尔 (Loeser)、欧德蒙 (Houdremont)、米勒 (Mueller)、扬森 (Janssen) 和埃伯哈特 (Eberhardt)，以购买并搬走机器和租借奥斯丁工厂财产的方式，未受胁迫地自愿参与这些违法行为以及参与租借巴黎的财产。无论是公共秩序和安全的利益，还是占领军的需要，都没有为这种行为提供正当理由。”

“我们在对可靠的证据进行仔细研究后断定，《海牙章程》没有为扣押埃尔马格 (Elmag) 财产和将机器运往德国提供正当理由。该没收是基于这样一个假定，即阿尔萨斯 (Alsace) 将并入德国，从而住在阿尔萨斯以外的法国人在阿尔萨斯拥有的财产可以以完全无视交战占领方所负义务的方式处理。这一企图将阿尔萨斯纳入德意志敌国的合并在国际法上是无效的，因此对私有财产权的干涉违反了《海牙章程》第46条。”

对于从阿尔斯-特姆 (Als-Thom) 工厂搬走机器的行为，法庭也裁决道：“我们从可靠证据断定，搬走和扣押这些机器明显违反了《海牙章程》第46条。”

法庭还判决：“我们断定，可靠证据清楚表明，从1942年起，由或代表克虏伯公司进行的非法抢劫和掠夺行为在荷兰大规模存在。特别是在大约1944年9月到1945年春之间，为了德国的战争行动，‘作为有意策划和政策的结果，以毫不考虑当地经济的极为无情的方式’，榨取和掠夺荷兰的特定产业。” [……]

(7) 上级命令或紧急避险抗辩

在处理完有关使用平民的法律和证据后，法庭接下来将注意力转向辩方提出的一个抗辩：

“本案中真正的抗辩，特别是在与罪状三有关的方面，是所谓紧急避险。辩方主张紧急性主要来自这一事实，即生产定额是斯皮尔部 (Spear Ministry) 所规定的，是必须完成的强制性任务。为了完成定额，必须使用政府部门提供的战俘、强迫劳动力和集中营囚犯，因为没有数量充足的其他劳动力。如果被告不这么做，他们就会在对其各方面活动进行严格监督的政府机构手中遭受可怕的后果。[……]

“国内法上的紧急避险抗辩有‘紧急性’、‘强迫’、‘武力和强迫’、‘强制和胁迫’等不同称谓。它通常产生于个人或个人群体而不是政府所实施的强制行为。

“这一规则在不同国家的制度中获得承认。《德国刑法典》第 52 节对其陈述如下：

‘如果被告在不可抗力或与被告或其亲属的生命和肢体面临的当前危险相关的威胁的强迫下从事某一行为，且该危险不能通过其它方式消除，那么该行为不构成犯罪。’

“从当代判例中推导出的英美法规则被陈述如下：

‘当情况表明被指控行为是为了避免严重和不可补救的损害，没有其它足够的避免手段，并且救济手段相比损害不是不成比例时，紧急避险可以作为抗辩理由。基于紧急避险的杀人行为——例如一个人的生命只有通过牺牲另一个人才能挽救——将在下一章讨论。应当注意的是，问题不仅仅是特定生命是否应当在紧急情况下被牺牲，而且是一个人为了挽救其生命而犯罪是否正确。教会法规定，一个其生命有赖于立即救济的人可以将此种紧急情况作为对其非法获得此种救济的起诉的抗辩。英国和美国判例也清楚表达了相同的基本立场。然而，在紧急避险抗辩下，通常只有在为保全抗辩人本人或其一级亲属的生命所必需时，才能牺牲生命。’

“正如控方所说，考虑这一抗辩的案件大多包括诸如两个遇船难者在一块大小只够容纳一人的漂浮物上尽力自救、将乘客扔出超载的救生艇、在死亡或高度身体损害的紧迫的现实的威胁下参与犯罪等情形。在我们利用手边有限资源所能确认的范围内，将之适用于纽伦堡企业家审判这样的事实情形还是第一次。[……]

“紧急避险不同于自卫，主要区别在于所涉及的法律原则不同。自卫允许对侵害进行反击，而紧急避险则为侵害提供正当性。[……]

“我们在这里讨论的不是由与人力无关的情形或者缘自事故或灾难的情形所带来的紧急性。相反，所主张的强迫完全是缘自因为不服从一个人或一些人的命令而肯定会在其手中遭受的损失或伤害。如果在实施非法行为时，被告的意志不是被那些据称实施强迫行为的人的意志所压倒，而是与其一致，那么就不存在可以将非法行为正当化的紧急性。本案就是这种情况。[……]”

法庭对紧急避险抗辩的另一个方面讨论如下：

“我们将会看到，‘被指控行为是为了避免严重和不可补救的损害’以及‘救济手段相比损害不是不成比例’是必不可少的要素。被告面对的伤害是什么？他们为了避免伤害所采取的救济手段又是什么？证据在这两点上都没有留下疑问。”在法庭看来，不服从使用奴隶劳工的命令所可能带来的最坏结果，不过是克虏伯失去工厂，而其他被告丢掉工作。

(8) 被告的个人责任

在涉及保护战俘的法律时，法庭插入了如下评论：“战争法规和惯例对个人同其对政府官员和军事人员一样具有约束力。在其被违反时，视具体情形可能会有罪行程度的区别，但在有罪这一点上并无区别。”[……]

法庭强调说，罪行必须是本人的。它继续道：“仅仅有被告是克虏伯董事会成员或公司管理人员这一事实是不够的。我们所采纳和适用的规则在一本权威的美国教材中被陈述如下：

‘在经营公司业务过程中参与违法行为的公司管理人员、董事或代理人可能会因此承担个人刑事责任。[……]当他是实际行为人或者违法行为被证明是在他的职权范围之内时，他需要承担责任。当公司自身被禁止从事某一行为时，这一禁止延伸到董事会以及每一个单独的董事个人。’《法学博士参考文集》(*Corpus Juris Secundum*)，第19卷，第363页，美国法律图书公司(American Law Book Co.)(1940)，布鲁克林 Brooklyn，纽约。]

“根据克虏伯企业在1942年12月成为私人企业后的组织结构，同样的原则在此适用。[……]”

讨论

1. 根据国际人道法，什么构成抢掠？在什么情形下可以使用被占领地的财产？任何种类的财产吗？谁可以使用这些财产？（参见《海牙章程》第23条第7款、第46条第2款、第47条、第52条、第53条和第55条。）前面提到的国际人道法条款禁止私人使用财产

吗？即使这些私人被占领国授权？占领国可以将它在国际人道法上的某些特权委托给私人企业吗？

2. (1) 国际人道法规则适用于谁？只适用于国家？只适用于战斗员？只适用于国家的代理人？适用于私人吗？如果适用于私人，国际人道法是否只禁止个人对国家所为的行为？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条和《第一议定书》第85、86条。）
- (2) 法庭认为私人犯有违反国际人道法的罪行是否适当？特别是如果国家不仅授权而且积极鼓励此种行为？如果这些个人没有以与纳粹政权的政策和意识形态相一致的方式行动，而是在遵循“曼彻斯特自由方式”（Manchester liberal approach）的“占领国”之下行事，法庭还能这样认定吗？
3. 法庭关于被告不能提出国家紧急情况抗辩的认定是否正确？无论如何国家或个人都不能在国家紧急情况下减损国际人道法规则，这样说对吗？本判决中的相关段落与国际法院在**案例46**. 国际法院，核武器咨询意见，第910页中的理论是否一致？国际法院在该案中对“在攸关国家生存本身的极端的自卫情形下”能否违反国际人道法这一问题没有下结论。
4. (1) 被控严重破坏国际人道法的个人可否以紧急避险或者胁迫作为抗辩？如果可以，什么时候？
- (2) 就破坏国际人道法而言，对国家紧急情况抗辩和紧急避险抗辩的处理是否相同？

案例79. 纽伦堡美国军事法庭，部长案**案 例**

[资料来源: Levie, H.S.(ed.), *International Law Studies: Documents on Prisoners of War*, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol. 60, Document No.104, 1979, pp.481-496.]

**美国诉恩斯特·冯·魏茨泽克及其他人案
(部长案)**

(美国军事法庭，纽伦堡，1949年4月11日－13日)

**资料来源
14 TWC 308**

[.....]

罪状三：战争罪、谋杀及虐待交战者和战俘

[.....]

斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德

萨甘河谋杀 (Sagan Murders)。国际军事法庭调查发现：

“1944年3月，50名从其被作为战俘关押的萨甘河集中营逃跑的英国皇家空军军官，在重新被俘后根据希特勒的直接命令被射杀。他们的尸体被立即焚化，骨灰瓮被送回集中营。被告没有辩称这不是完全违反国际法的赤裸裸的谋杀。”

保护国瑞士于1944年5月26日向德国外交办公室询问这些英国军官从空军第三战俘营逃跑的情况。6月6日，被告斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德替外交办公室回答说，已于4月17日向瑞士公使馆递交了一份关于发生于3月25日的这次逃跑的初步照会，称根据调查，80名逃跑战俘中的19人被带回了集中营；搜寻仍在继续，调查尚未结束；有初步报告显示37名英国战俘在被追踪特遣队逼得走投无路之后，在进行抵抗或在重新被俘后企图再次逃跑时被射杀；13名非英国籍的其他战俘在从同一集中营逃跑后被射杀；外交办公室保留在调查结束后、细节一旦被了解时做出确切声明的权利，但以下事实已经清楚：战俘的大规模逃跑发生在3月，人数多达数千人；这些逃跑部分地由总参谋部同其国外特务一起系统筹

备，追求政治和军事目标；是对德国公共安全的攻击，意在使其行政管理瘫痪；为了将这种冒险行为扼杀在萌芽状态，追踪特遣队被下达了不仅要重新俘获而且要自我保护的特别严厉的命令；相应的，特遣队对逃跑战俘展开了坚持不懈的追踪——这些战俘在逃跑中无视口令、进行抵抗或者在被抓获后企图再次逃跑——并且动用了他们的武器，直至这些逃亡者再无抵抗或进一步逃跑的可能；对于某些战俘，包括从空军第三战俘营逃跑的50名战俘，必须动用武器；目前为止29名英国战俘的骨灰已经被带回集中营。

英国外交大臣显然于6月23日就这些谋杀发表了声明。6月26日，瑞士再次询问外交办公室，并收到日期为7月21日的答复，称德国断然拒绝英国外交大臣的声明；由于对平民人口进行轰炸以及其它被控行为，英国必须被否认在逃跑者问题上表明立场或者对他人进行控诉的道德权利，而德国政府拒绝就此问题作进一步沟通。

5月25日，弗格尔 (Vogel) 根据里特尔 (Ritter) 的指示通知Legation Councilor (意义不明) 泽特 (Sethe)，外交办公室尚未收到日期为4月29日的国防军最高统帅部通讯。6月4日，里特尔通知外交办公室说，凯特尔 (Keitel) 已于前一日同意了给瑞士公使馆的关于英国战俘的照会草案，并询问外交办公室为何打算向保护国提前告葬礼事宜，因为这一信息并未被要求。[……]

6月22日，冯·塔登 (von Thadden) 向chief of Inland II (意义不明) 提交了一份备忘录，称安东尼·伊登 (Anthony Eden) 在英国下议院发表声明说，将会就射杀从集中营逃跑的英国战俘问题做出一项决定。备忘录还称外交办公室法律部负责人阿尔布雷希特 (Albrecht) 告诉他，已经通过瑞士告知英国人，在这些活动过程中射杀数名英国和其他国家军官被认为是必要的，因为他们在被俘时拒绝服从命令；19名未作抵抗的其他军官被带回了集中营；关于50名战俘被射杀情况的进一步细节将会提交给英国人。

7月17日，外交办公室的布伦纳 (Brenner) 通知里特尔说，希特勒已经同意了给瑞士公使馆的关于从空军第三战俘营逃跑的英国战俘的照会，并批准起草一份针对逃跑企图的警告和公布德国给瑞士公使馆的照会；警告应当公布；冯·里宾特洛甫 (von Ribbentrop) 已命令里特尔向瑞士公使传递德国的第二份答复，并指示里特尔同国防军最高统帅部合作起草将用于张贴在战俘营的警告并提交冯·里宾特洛甫批准；警告也许可以声称有某些用于测试非常特别的武器的死亡区，在其中被发现的任何人都将被当场射杀，并且因为在德国有很多这样的区域，因此逃跑的战俘不仅要冒被错当成间谍的风险，还要冒因无意闯入其中之一而被射杀的风险。[……]

两名刑警官员出庭提交了来自遍布德国的多个警察局的电传讯息和报告的影印件，报告说从萨甘河集中营逃跑的个人或战俘群体在拒捕或者企图再次逃跑的过程中被射杀。

里特尔和阿尔布雷希特显然都知道这些电传报告是编造的——对于这一事实警察官员没有认真争辩。于是，据阿尔布雷希特说，在同里特尔开会讨论后，他起草了一份基于这些捏造和虚假信息的答复；里特尔将答复提交冯·里宾特洛甫，并紧急建议不要送出，阿尔布雷希特对此也同意。[……]

尽管在初期凯特尔可能曾下令不将萨甘河谋杀事件告知外交办公室，国防军最高统帅部1944年4月29日的“临时通讯”也没有同时送达外交办公室，但事实仍然是，到1944年5月25日为止Legation Councilor泽特已经在统帅部查阅和复印了该通讯。因此，在起草照会时，里特尔完全知道逃跑战俘是被德意志帝国的军官在明显违反国际法和《日内瓦公约》的情况下有意谋杀的。[……]

布伦纳7月17日的备忘录提及第二份照会和警告，称里特尔已接冯·里宾特洛甫指示同国防军最高统帅部合作起草警告并提交外交部长批准，并已就“死亡区”条款的措辞提出建议。备忘录标有“大使里特尔提交”的字样。

1944年8月5日，里特尔写信告诉阿尔布雷希特“随函所附之警告已被帝国外交部长和国防军最高统帅部批准”；国防军最高统帅部正在进行翻译，完成后将交由国防军最高统帅部的战俘部门分发到集中营；“外交办公室尚未将警告通报瑞士政府，因为通报时间必须同警告在集中营张贴的时间一致；给瑞士的照会草案将提前交里宾特洛甫批准，以便在警告张贴完成后尽快发出。”

1944年7月21日，外交办公室向瑞士政府递交第二份照会，以伊登6月23日在下议院的讲话为借口，称外交办公室拒绝就此问题作进一步沟通。这样一个幼稚的举动当然骗不了谁。

然而，8月5日里特尔给阿尔布雷希特的备忘录中提及的被提议照会似乎从未送出，也没有证据显示张贴了警告。可以合理推断的是，德国政府认为其7月21日的鸵鸟式照会使其能够带着它所希望的几分尊严从一个无法言喻的局面中脱身，这个局面它无力维持，也承担不起暴露给文明世界的代价；因此，被提议的照会并未送出，警告也没有张贴，一幅帷幔将整件事情包裹起来。

尽管斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德不如里特尔接近这一局面，但正是他，作为外交办公室仅次于冯·里宾特洛甫的负责人，至少向瑞士代表团递交了第一份照会。

第二份讯息也完全可能是由他传递的，因为这是他所承认的正式职责之一。他作证说他不能“清楚记起”外交办公室1944年6月22日的负责人会议，会上讨

论了伊登的讲话和阿尔布雷希特的陈述，即英国人已经通过瑞士被告知，已有数名英国和其他国家逃跑者被射杀，关于50人被射杀的进一步细节将会提交给英国人。[……]

在讨论赖因哈特 (Reinhardt) 关于“萨甘河集中营发生的50名军官在企图逃跑后被射杀的事件是极其令人遗憾的”这一声明时，斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德说：“我们对此都感到极为遗憾，这是一个可怕的罪行。”

在这样一个不可避免地引起中立国和敌国反响的重要事件上，国务卿会在不对事件进行任何调查的情况下递交一份如此明显没有说服力的照会，是令人无法置信的，阿尔布雷希特或里特尔会没有将射杀借口是编造的这一事实以及他们对于照会条款的疑虑告诉他，也是极其不可能的。

具有普通智力的人就会认识到这是企图掩饰一个见不得光的事件。我们相信斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德向瑞士政府递交了1944年6月6日的照会，并且当时他已经知道了实际情况。

毫无疑问，对这些不幸的逃跑者的谋杀[……]是残忍无情和野蛮恐怖的罪行[……]，违反了《日内瓦公约》的每一项原则。没有一个被告不对其进行谴责，每个人都否认与其有任何有罪联系。

斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德没有参与命令的发布或执行。在他知道时，谋杀早已是既成事实。

然而，根据《日内瓦公约》和《海牙章程》（1929年《日内瓦公约》〔战俘〕第77条，1907年《海牙章程》〔《日内瓦第四公约》附件，陆战法规和惯例〕第14条），德国有义务向保护国如实报告关于战俘待遇和战俘死亡情形的事实。虚假报告是对其签署的国际协定的破坏，也是对国际法的破坏。拘留国的报告义务正是为了防止萨甘河事件这种对无助战俘实施的野蛮行径。

如果交战国可以秘密对其战俘克扣食物、虐待或谋杀，或者可以不受惩治地向保护国提供虚假信息，保护国为无助不幸者的利益所能施加的约束性影响就会荡然无存。因此，在回答像瑞士政府这种询问时如实进行报告就是题中应有之义。

由里特尔帮助起草、斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德传递的虚假报告虽然愚蠢和拙劣，但意在欺骗保护国和英国，并且至少给为国际法所不容的行提供了某种合法性表象。

保护国根据紧急情况和外交惯例向德国政府进行的关于战俘待遇和命运的质询，是向外交办公室提出的。德国政府向紧急情况和外交惯例下的保护国做出的答复，也是从外交办公室发出的。

必须认定斯藤格拉赫特·冯·莫伊兰德和里特尔各自犯有起诉书罪状三第28c段所述之罪行。

* * * * *

冯·魏茨泽克和韦尔曼 (Woermann)

* * * * *

剥夺法国战俘的保护国。1940年11月1日，里特尔传递给外交办公室一份备忘录，称他已通知了约德尔 (Jodl) 将军，希特勒决定不再将美国作为法国战俘的保护国。这是由冯·魏茨泽克拟订的。

11月2日，外交办公室法律部负责人阿尔布雷希特给德国驻巴黎大使馆发去电报，称菲雷尔 (Fuehrer) 已经做出指示，以后法国自己将作为法国战俘的保护国，并要阿贝茨 (Abetz) 为以下目标同赖伐尔 (Laval) 进行讨论：

- (1) 法国接管对其本国战俘的保护工作；
- (2) 法国向美国明确声明，后者终止其作为保护国的活动；
- (3) 通知赖伐尔，由斯卡皮尼 (Scapini) 担任战俘问题全权代表适合德国，并让其到柏林商谈细节。

这份电报是由里特尔、冯·魏茨泽克和韦尔曼拟订的。

11月3日，阿贝茨给外交办公室发电报说已经这样告知赖伐尔，维希 (Vichy) 政府将立即通知美国，不再承认其为法国战俘的保护国，并已请求斯卡皮尼于周二去见贝当 (Petain) 元帅，以便被正式告知准备让其承担的职责和为柏林之行作准备。这份答复由冯·魏茨泽克收到。

韦尔曼称“在德国和法国直接建立关系后，保护国不再必要”，这些问题可以在他们和斯卡皮尼之间处理。他断言斯卡皮尼的任命不是恶化而是改善了法国战俘的状况。我们非常怀疑法国方面的行动是自愿的。希特勒决定了他们应当做什么。外交办公室让阿贝茨确保法方同意，而在24小时内任务就完成了。

如此重要的问题在各自能够自由行动和思考的外国之间不是以这么快的速度解决的。但是，由于控方并未提供证据表明这一变化导致了法国战俘的状况和待遇恶化，在缺乏此种证据的情况下，这一事件不能作为认定有罪的基础。

谋杀被俘英国士兵。1941年2月14日美国作为保护国就六名英国士兵在迪耶普森林被俘虏和射杀的情形提出询问。

从冯·里宾特洛甫办公室发出的一份由冯·魏茨泽克起草的备忘录指示公使馆顾问阿尔布雷希特确认事实，称其认为该照会应当被“以最尖锐的措辞拒绝”。

阿尔布雷希特向国防军战俘部作了书面质询。记录到此为止。国防军是否做出回答，外交办公室给美国政府何种答复，以及外交办公室是否曾基于这些事实有所行动或者拒绝照会，都完全不为人所知。

不能基于这样的记录认定有罪。

讨 论

请在下列讨论中适用今天的国际人道法规则。

1. 什么是保护国？（参见《第一议定书》第2条第3款）。它起什么作用？（参见四个《日内瓦公约》分别第8/8/8/9条。）保护国的工作是否限于《日内瓦公约》各种条款所界定的那些？保护国承担哪些工作，例如在战俘方面？（参见《日内瓦第三公约》第13–108条、第126条。）
2. (1) 指定保护国有何程序？谁可以作为保护国？谁来指定保护国？敌国必须自动接受保护国吗？它能拒绝所有被指定的中立国吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第10/10/10/11条及《第一议定书》第5条。）
(2) 一国在同拘留国达成休战后可以解除保护国的职务吗？即使战俘仍被拘留，他们也还能享受保护国的服务吗？即使来源国被拘留国占领？来源国能够成为自己战俘的保护国吗？拘留国能否与来源国达成协议，放弃《日内瓦第三公约》所预见的保护？（参见《日内瓦第三公约》第5、6、8条和《第一议定书》第5条。）
3. 保护国的职责何时终止？来源国全境被占领时？达成停火时？不再存在《日内瓦公约》含义范围内的受保护者时？（参见《日内瓦第三公约》第5、8条和《第一议定书》第5条。）
4. (1) 拘留国对保护国负有哪些义务？拘留国有义务向保护国通报所有针对战俘的违反国际人道法行为吗？战俘的任何死亡情况？针对战俘死亡情况的查询的结果？战俘任何死亡的原因？（参见《日内瓦第三公约》第121、122、126条。）故意无视这些义务有何后果？这种无视是否构成对《日内瓦公约》的重大破坏？战争罪？（参见《海牙章程》第14条，四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条，《第一议定书》第11条第4款和第85条。）
(2) 本案中的个人是因为无视对保护国进行适当通知的义务而被认定有罪吗？还是因为他们所隐瞒的特定的谋杀战俘行为？或者都是？如果是因为他们所隐瞒的特定行为，为什么？在犯罪后进行隐瞒构成对犯罪的参与吗？应当如此吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条和《第一议定书》第11条第4款和第85条。）
5. 根据今天的国际人道法，如果英国轰炸德国的平民人口，英国是否还有权要求德国确保对英国战俘适用《日内瓦公约》？在有关英国的方面，德国是否不再负有尊重《日内瓦公约》的义务？（参见四个《日内瓦公约》共同第1条和第2条第3款，《日内瓦第

二公约》第13条第3款，《第一议定书》第51条第6款和第96条第2款，《维也纳条约法公约》第60条。参见第13章第9节第2部分第3段第4小段，有关国家责任的一般规则的适用性，但是不得主张相互性。）

6. (1) 拘留国能否为了阻止战俘逃跑而对其射击？为了重新俘获逃跑的战俘？只是作为极端措施？只有在后者有武装时？如果事实真如德国外交办公室1944年6月6日的答复中所述，德国的行为会否符合国际人道法？（参见《日内瓦第三公约》第42条。）
- (2) 拘留国能否因为战俘企图逃跑而对其进行处罚？因为逃跑成功，如果他们在抵达其阵地之前被重新俘获？处罚方式甚至可以是死刑吗？可以因为完全出于逃跑目的而实施的普通法罪行（偷钱、向哨兵射击等）处罚逃跑者吗？（参见《日内瓦第三公约》第89、91-93、100条。）
7. 本案是否表明国际人道法对于希特勒及其官员有任何重要性？

文件80. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·利斯特案

[资料来源：The United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. VIII, 1949, pp.34-76.]

人质审判

对威廉·利斯特及其他人的审判

美国军事法庭，纽伦堡

1947年7月8日 – 1948年2月19日

被告均为前德国陆军高级军官，被控对其指挥下的部队在占领希腊、南斯拉夫、阿尔巴尼亚和挪威期间所犯罪行负有责任。这些罪行主要包括据说是面对游击队抵抗时企图用以维持秩序的所谓报复性杀害，以及不能由军事必要性提供正当理由的肆意破坏财产行为。被告被控由此犯有战争罪和危害人类罪。

法庭在判决中涉及许多法律问题，包括[……]指挥官对其部队所犯罪行承担责任的限度，以及上级命令抗辩的有效性程度。[……]

3. 法庭判决

[……]

(2) 上级命令抗辩

[……]

“被告抗辩称，被指控为犯罪的行为是根据他们有义务服从的上级军官的命令实施的。[……]

“战争时期在敌方军事权力之下所实施的行为，如果不被条约或习惯战争规则所禁止，那么不能给其军官或士兵带来任何刑事责任，这一点没有疑问。对上级军官命令的固有服从几乎在每个军事体系中都不可或缺。但这只意味着对合法命令的服从。如果根据命令所实施的行为是谋杀，命令的下达并不会使其有丝毫不同。它可以减轻罪行，但不能将罪行正当化。但是，我们认为，如果部下并不知道命令的非法性，而且也不能被认为理应知道其非法性，那么就不存在构成犯罪所必须的非法故意，而部下也将受到保护。但一般规则是，武装部队成员只有服从其指挥官的合法命令的义务，他们不能因为服从有违国际法和基本正义观念的命令而免除刑事责任。在德国战争审判(1921)中，德国莱比锡最高法院(German Supreme Court of Leipzig)在兰达弗里城堡案(*The Llandovery Castle case*)中说：‘帕奇希(Patzigs)的命令并不能使被告免罪。诚然，根据《军事刑法典》第47段，如果在日常履行职责过程中所执行的命令涉及应受处罚的违法行为，那么只应由发布命令的上级军官负责。但是，根据第2号法令，如果服从命令的部下知道上级命令涉及对民事或军事法的违反，那么他也可能受到处罚。’

“是的，上述规则迫使一名指挥官做出选择：要么因为不服从上级军官的非法命令而受到其无法无天的政府的处罚，要么因为国际法上的罪行而受到合法惩治。抱着胜利将洗清行为的犯罪特性的希望而选择前者，仅仅表明了性格的软弱，丝毫无益于辩护。

“我们承认这种选择的严重后果，尤其是对于一名在独裁者军队中的军官而言。但是这一规则是必需的，因为否则对方军队在很多情况下将完全无法避免基于上级命令的肆意犯罪。

“辩方大量引用L. 奥本海(L. Oppenheim)教授的著作来支持其立场。诚然，他在其著作中自始至终地鼓吹这一原则。作为英国《军事法手册》(*Manual of Military Law*)的合著者，他将这一原则纳入了书中。该原则似乎还被写入了美国《陆战规则》(*Rules of Land Warfare*) (1940年)。我们认为奥本海教授赞成了一个明显的少数派观点。它的基本理由如下：法律不能要求一个人因为法律强迫他实施的行为而受处罚。这一陈述完全忽视了这样一个事实，即非法命令根本就不是人们有义务服从的有效法律。英国和美国军队可能作为政策采纳了该原则来管理其本

国军队，但这并没有使其上升为国际法规则。我们指出，军队规章并非国际法的合格渊源。它们既不是立法声明也不是司法声明。它们为任何目的都不足以用于确定一项根本性的正义原则是否已被文明国家普遍接受。但是，因为这种规章与实施战争的习惯和实践有关，它们可能会具有证据价值，特别是在可适用部分已经被用于一般实践时。确定习惯或实践是否存在，是一个事实问题；一项基本的正义原则是否被接受，则是司法或立法声明的问题。在确定前者时，军事规章可以扮演重要角色；但在确定后者时，它们不构成权威先例。

“认为上级命令是对国际法罪行的完全抗辩的人，很大程度上将其观点基于几个主要国家所颁布的军法间存在的冲突。尽管我们的观点是军队规章在涉及基本的正义规则时不是国际法的合格渊源，但我们同时也认为无论如何该冲突并不支持被告所主张的立场。例如，如果一个人被控实施被可适用的国际法规则认定为犯罪的行为，并以上级命令作为抗辩，下一步就要由法庭通过研究国际法渊源来确定抗辩的曲直。如果法庭发现国际社会一些成员的军队规章规定上级命令是完全抗辩，而其他成员的军队规章则持相反观点，那么法庭将不得不认为——仅就论证而言，假定这些规章构成国际法的合格渊源——在国家之间不存在普遍接受或同意。由于上级命令是否构成刑事指控抗辩这一点在国家之间存在实质性冲突，法庭只能进一步发现，不存在宣布上级命令是国际法罪行抗辩的基础。但是，如前所述，当涉及基本的正义规则时，军队规章不是国际法的合格渊源。这就使得法庭可以肯定地宣布上级命令不是国际法罪行的抗辩，如果它发现所涉及的原则是基本的正义规则并且因此已经获得普遍接受。

“国际法从未认可上级命令抗辩是起诉战争罪犯的强制性障碍。本案中被告不能将之作为抗辩理由，尽管如果情况允许，根据控制委员会第10号法令的明确规定，它也许可以作为减轻处罚的考虑因素。”[……]

(5) 侵略战争的非法性与当前讨论无关

[……]

“就本讨论而言，我们承认这种说法的正确性，即对南斯拉夫和希腊的战争直接违反《凯洛格－白里安公约》(Kellogg-Briand Pacty)，因此本质上是犯罪。但这并不意味着德国占领军针对人员和财产的每个行为都是犯罪，或者意味着被占领国居民对德国占领军采取的每个行为都因此成为合法自卫。控方试图通过如下表述将问题简单化：

‘这里唯一的问题是，德国军队是否能够一方面不受惩治地通过发动和从事侵略战争违反国际法，另一方面却又要求这些罪行的受害者一丝不苟地遵守只对合法占领者才承担的职责和义务。’

“我们愿意在一开始就指出，国际法在处理占领者和被占领地居民的各自义务时并不区分合法和非法占领者。一旦占领关系事实上确立，在军事占领所采取的方式与占领者和居民彼此的权利义务之间并无对等联系。在考虑这一问题时，入侵是合法还是犯罪并非重要因素。

“绝不能忽略的是，国际法是禁止法。当各国国家已经采取了积极行动，例如1907年《海牙章程》，它就禁止与之相冲突的行为。它的具体条款优先于一般理论，无论后者看起来多么合理。关于这一主题我们认同表达在如下文字中的观点：‘无论已经爆发的战争的原因如何，也无论该原因是否是所谓的正义原因，关于交战国和中立国不能做什么、可以做什么和必须做什么的国际法规则都同样有效。即使宣战本身就违反国际法，例如交战国因为中立国拒绝其军队通过而对后者宣战或者一国在明显违反其根据《国联盟约》或《非战公约》所负义务的情况下发动战争，这一点仍然成立。因为这样的宣战本身就是对中立和国际法的违反，所以它“在法律上不起作用，没有任何司法意义”，这种说法是错误的。无论战争产生于何种原因，国际法规则都同样适用。’”[……]

(10) 被占领地总指挥官职责的限度

“我们此前已经指出，维持和平和秩序、处罚犯罪以及保护生命和财产是被占领地总指挥官的职责。这一职责不仅及于被占领地居民，也及于他自己的部队和辅助人员。拥有行政权和军事指挥权的总指挥官，不能推脱说从其他人处接到非法命令的部队单位应当为罪行负责，而他自己却免除责任。例如，被告主张，被指控的某些暴行是由海因里希·希姆莱(Heinrich Himmler)直接指挥下的特定党卫军单位在被告没有知悉、同意或批准的情况下实施的。但这不能成为被占领地总指挥官的抗辩。维持和平和秩序、防止犯罪的职责和义务系于总指挥官。他不能忽视显而易见的事实，而以不知道作为抗辩。事实是，下级单位的报告几乎毫无例外地将战场上正在执行的恐怖和恫吓政策通知给被告。”[……]

“在军事指挥官仅有战术指挥权时，附属关系问题作为确定刑事责任的基础具有重要性。但对于负有和平和秩序、处罚犯罪以及保护生命和财产之职责的被占领地总指挥官来而言，附属关系相对不那么重要。他的职责是一般性的，并不限于控制直接受其指挥的单位。被占领地的下级指挥官在受委托行使行政权的限度内承担类似责任。”

判决其余部分还指出，总指挥官“有责任注意到被占领地内发生的事件。他可以要求对所有在其权限范围内的事件提交充分报告；如果这些报告不完整或者在其它方面不充分，他必须要求提交补充报告，以便知道所有相关事实。如果他

没有要求和获得完整信息，那么玩忽职守的责任在他，他不能以自己的忽视作为抗辩。不在总部的事实不能免除他对于根据他所确定的政策或在其默许下实施的行为所应承担的责任。当然，他可以不对基于其他人发布的、超出他所发布的基本命令范围之外的命令所实施的行为负责。如果时间允许，他必须撤销此等非法命令，否则他必须采取措施防止其再度发布。

“不知道提交给他的报告的内容不是抗辩理由。给总指挥官们的报告是特地为他们提供的。不使自己熟悉这些报告的内容，或者在报告明显不充分时不要求提交补充报告，均构成玩忽职守，他不能以之作为抗辩。

“向作为国防军东南指挥官的被告利斯特提交的报告使其注意到为报复居民中的未知成员的行为而对成千上万无辜者的非法杀害。他不只一次地要求对这些非人道的野蛮行为负责的人做出解释。他没有终止这些非法杀戮和采取充分措施防止其再度发生的事实，构成对其职责的严重破坏，并导致刑事责任。” [……]

4. 法庭的调查结果

[……]

关于弗奇 (Foertsch)，法庭断定，被告弗奇作为参谋长的职务、他完全没有战场指挥权的事实、他试图让特定命令被撤销和其它命令被减轻的努力、以及表明其责任的直接证据的缺乏，让我们断定控方对被告的指控不能成立。没有证明存在任何可以从中推断出犯罪意图的公开行为。

“他知道我们在此认定为国际法上的非法行为的那些行为的发生，这一点没有疑问。但光是说他必定是一个有罪的参与者是不够的，必须有某些责任行为表明他确实是。这些行为中很多是由那些除总指挥官以外国防军对其毫无控制的组织实施的。其它许多行为是通过正规渠道实施的，尽管有他的明示反对或消极抵制。他仅仅是知道非法行为发生并不足以达到刑法的要求。他必须是命令、教唆或同意参与犯罪的人。我们不能说被告达到了上述关于参与的标准。因此我们只能说，证据没有排除合理怀疑地表明被告弗奇在所指控的任何一个罪状下有罪。”

文件81. 纽伦堡美国军事法庭，美国诉威廉·冯·莱布等人案

[资料来源: *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. XII, 1949, pp.86-89.]

以下分析是基于“美国诉威廉·冯·莱布等人案”(US v. Wilhelm von Leeb, et al)的判决(最高统帅部案, 美国军事法庭, 纽伦堡, 1948年10月27日—28日) Source 11 TWC 462

[……]

(12) 海牙和日内瓦公约的解释和适用

法庭指出:“本案中另一个具有普遍意义的问题是《海牙公约》和《日内瓦公约》在德国和俄国之间的适用。”[……]

关于《日内瓦公约》的适用, 法庭说:“需要记住的是, 俄国不是《日内瓦公约》签署国。本案中源自德国某师部命令的证据显示, 俄国曾经表达了愿意像签署国一样受约束的意图, 但档案中没有可供得出此种结论的权威文件。在戈林(Goering)等人案中, [……]国际军事法庭[……]陈述如下:

“以苏联不是《日内瓦公约》当事方来为谋杀和虐待苏联战俘的指控作辩护的论断是毫无基础的。1941年9月15日, 卡纳里斯(Canaris)上将对赖内克(Reinecke)将军于1941年9月8日签署的苏联战俘待遇规章提出异议。他说道:

“关于战俘待遇的《日内瓦公约》对于德国和苏联之间的关系没有约束力。因此, 只适用关于战俘待遇的一般国际法。从18世纪开始逐渐确立起来的原则是, 战争俘获既不是报复也不是惩治, 而只是保护性羁押, 其唯一目的在于防止俘虏进一步参与战争。这一原则是根据杀戮或伤害无助的人有悖军事传统这样一个所有军队都持有的看法发展起来的……所附的苏联战俘待遇规章是基于根本相反的观点。”

“《宪章》第6条第2款规定‘虐待……被占领土平民人口……杀害人质……肆意破坏城市、城镇或村庄’的行为构成战争罪。这些规定大体上不过是重申《海牙公约》第46条所表述的既有战争法:‘家庭的荣誉和权利、个人的生命和私有财产以及宗教信仰和活动, 应受到尊重。’”

“上述引文表明该法庭将卡纳里斯上将的陈述——《日内瓦公约》在德国和俄国之间不作为契约性协定而发生约束力, 但这些《日内瓦公约》所概括的国际

法一般原则却是适用的——接受为国际法。换言之，在上述案件中，国际军事法庭在涉及《日内瓦公约》时沿用了对待《海牙公约》的思路，即只要它们实质上是对文明国家所接受的国际法的表述，它们就具有约束力。本法庭采纳这一观点。”

法庭接下来对两点解释问题讨论如下：

“我们面对的一个严肃问题是使用战俘修建防御工事。我们在此指出，《海牙公约》明确禁止在任何与战争行动有关的工作上使用战俘，而《日内瓦公约》则规定不应同战争行动有直接联系。让情况更加复杂的是，当会议上有人建议明确规定将修建防御工事排除在外时，那种限制遭到反对，因此使得这种对战俘使用的明确排除未获采纳。在本庭看来，声称敌方犯有国际罪行并非抗辩理由，但作为解释何者构成国际法上可接受的战俘使用行为的证据，这种证据具有相关性。无论如何，这种使用行为的非法性是完全不清楚的。使用战俘修建防御工事是针对在此受审的战场指挥官们的指控。本庭认为考虑到国际法在此问题上的不确定，要求这样使用战俘而又不要求将其用于危险区域的上级命令从表面上看并没有犯罪性质，而是战场指挥官有权假定是上级依据其合法权力所恰当决定的事项。

“本案中针对战场指挥官们的另一个指控是将战俘送到德国用于军备工业。军备工业这一术语出现在许多文件中。尽管对于这一术语的解释存在一些疑问，但其似乎是用于涵盖武器和军需品制造。战场指挥官将战俘转往德国的行为是合法的，而他们对于这些战俘的控制就此终止。指明这些战俘的使用是军备工业所需或者战俘是为军备工业运送的通讯和命令，对于战俘的最终使用并无约束力。俄国战俘事实上被用于军备工业以外的许多目的。仅仅是这一类的陈述，并不能说在非法使用被告所转移的战俘方面对于被告构成了不可反驳的不利证据。无论如何，如果要认定被告对于将战俘转往军备工业负有责任，必须有证据证明从他的管区被运走的战俘确实被用于了这种用途。

“因此，对于本案中的战场指挥官，我们认为根据证据，不能认定在此受审的战场指挥官们应为在军备工业中使用战俘承担责任。”

然后法庭回到了《海牙公约》和《日内瓦公约》的宣示性这一问题：

“在说《海牙公约》和《日内瓦公约》表述了被接受的战争惯例和习惯时必须注意的是，对于有关战俘的照顾和待遇的某些详细规定很难这样说。我们相信这些详细规定只能通过国际协定发生约束力。但是鉴于本案不涉及对这些规定的违反，我们因此不作评论，仅仅指出就俄国战俘而言，本判决绝不是基于违反这些规定的行为。

“《海牙公约》和《日内瓦公约》的大多数禁止性规定，就实质而言都明显是对文明国家所接受的观点的表述，就对俄国进行的战争而言对德国及在此受审的被告具有约束力。这些规定包括 (1) 战俘待遇；

[……]

[法庭在此对1907年《海牙公约》和1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》某些条款的部分内容作了24处引用，认为这些内容作为习惯法具有约束力。]

(三) 远东国际军事法庭的判决

文件82. 东京战争罪审判

[资料来源：International Military Tribunal for the Far East, The Tokyo War Crimes Trial, November 1948, reprinted from Friedman, L.(ed.), *The Law of War: A Documentary History*, New York, Random House, vol. 2, 1972, pp. 1037-1040。]

[……]

2. 对俘虏所犯战争罪的责任

战争中的俘虏和被拘留平民处于俘获他们的政府的权力之下。虽然并非向来如此，但这一立场在过去两个世纪以来已经得到承认，这种内容的习惯法也正式体现在1907年《海牙第四公约》和1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》之中。照顾战俘和被拘留平民（我们将统称为“俘虏”）的责任因此就落在控制他们的政府身上。这一责任不仅限于维持生存，还包括防止虐待。特别是，对俘虏负有责任的政府要防止被习惯国际法和公约禁止的针对俘虏的不人道行为。

在履行这些对俘虏负有的职责时，政府必须依靠人员。在这个意义上，承担责任的政府实际上是那些指导和控制政府工作的人员。在本案中以及在上述方面，我们涉及日本的内阁成员。对俘虏的职责并非施加给一个政治抽象物的没有意义的义务，而是应当首先由组成政府的那些人来履行的具体职责。在现代政府所涉及的大量职责和义务中，必然存在一个细分和委托行使职责的复杂精致的系统。在他们于战时控制的政府对俘虏所负职责的问题上，组成政府的那些人对他们的俘虏承担主要和持续的责任，即使他们将维持和保护职责委托给了其他人。

总体而言日本对俘虏所承担的责任可以说落在以下人员身上：

- (1) 政府成员；
- (2) 有俘虏在其控制之中的负责指挥调度的陆军或海军军官；
- (3) 涉及俘虏安康的部门的官员；
- (4) 直接控制俘虏的文职、陆军或海军官员。

通过建立适于实现这些目的的制度并保证其持续和有效率的运行，确保俘虏的适当待遇并防止虐待他们，是所有那些有责任人员的职责。这些人员没有尽到这一职责，并应对虐待俘虏承担责任，如果：

- (1) 他们没有建立这种制度；
- (2) 在建立这种制度后，他们没有保证其持续和有效率的运行。

这些人每人都有义务确认该制度的运行，否则就要承担责任。仅仅建立适当的制度，然后便不去了解其应用情况，并不等于履行职责。例如，陆军司令或陆相必须努力确保其在这方面的命令得到服从，如同为确保由其发布的关于最重要事项的其它命令得到服从所付出的努力一样。

然而，如果有适当制度及其持续和有效率的运行，那么这些人员无需对战争罪行承担责任，除非：

- (1) 他们知道这些罪行的发生，但没有在其权限范围内采取措施防止这些罪行在将来发生；或
- (2) 他们出于过错对此不知情。

如果此等人员知道，或者如果不是因为疏忽或懈怠应当知道这些罪行，那么他的不作为不能被免除责任，如果其职责要求或允许他采取任何行动阻止罪行发生。另一方面，仅仅证明其从更为直接地控制俘虏的其他人处获得了保证，并不足以为需要承担责任的人开脱罪责，如果鉴于其他人的职位、报告这些罪行的次数以及任何其它情况，他应当进一步调查此等保证的真实性。在断定应当知道时，罪行众所周知、数量众多以及在时间和地域上分布广泛，都是参考因素。

作为政府主要机构之一的内阁集体对照顾俘虏负责，其成员不能免除责任，如果他在如上所述的意义上知道罪行的发生且没有确保采取措施防止这些罪行在将来发生，之后又选择继续担任内阁成员。即使他所负责的部门并不直接涉及照顾俘虏，这一点仍然成立。内阁成员可以辞职。如果他知道对俘虏的虐待，无力防止将来的虐待，却又选择留任，从而继续参与承担内阁保护俘虏的集体责任，那么他就是自愿对将来的任何虐待行为承担责任。

陆军或海军司令可以通过命令确保对战俘的适当待遇和防止虐待。陆相和海相也是如此。如果出现针对他们控制下的俘虏的罪行，而他们事先知道或应当知道其可能发生，那么他们需要对此负责。例如，如果情况表明在其指挥下的单位内发生了战争罪行，而他对此知道或应当知道，那么不采取充分措施防止这些罪行在将来发生的指挥官要对将来的罪行承担责任。

知道虐待战俘行为的部门官员并不因为其不辞职而承担责任；但如果他们的职责涉及执行战俘保护制度，而他们在知道或应当知道罪行的情况下，没有在其权限范围内采取任何有效措施防止其在将来发生，那么他们要对将来的那些罪行承担责任。

(四) 国内法庭的判决

案例83. 美国，奎林等人案

案 例

[资料来源：Supreme Court of the United States, 317 US 1 (1942)；脚注略。]

奎林等人案

美国根据奎林等人的告发而对宪兵司令考克斯 (Cox) 提起之诉 [……]

斯通 (Stone) 首席大法官宣读了法庭意见。[……]

所有请愿人都出生在德国；所有人都已生活在美国。所有人都在1933年至1941年回到德国。除了请愿人豪普特 (Haupt) 以外，所有人都是美国正在与之作战的德意志帝国的公民。豪普特5岁时随父母来到这个国家；据称他是因为父母在其未成年时入籍而成为美国公民的，自那以后并未失去公民身份。然而美国政府的立场是，他在成年时选择了保留德国公民身份和对其效忠，或者至少是通过其行为否认或放弃了他的美国公民身份。[……]

在美国和德国之间宣战后，请愿人在德国柏林附近的一家破坏活动学校接受培训，学习炸药使用和密写方法。之后请愿人[……]登上了一艘穿过大西洋开往

[……]纽约的潜艇。这四个人于晚间在纽约登陆，[……]随身携带了一批炸药、引线以及点火和定时装置。登陆时他们身着德国海军陆战队制服或其部分。登陆后他们立即将制服和上述物品掩埋，然后身着平民服装前往纽约市。[……]

所有人都在德国接到了德国最高统帅部一名军官的指示，要他们破坏美国的战争工业和战争设施，德国政府将为此向他们在德国的亲属支付报酬。[……]

总统，作为总统和陆海军总司令，通过1942年7月2日的命令任命了一个军事委员会，指示其审判请愿人违反战争法和军法的行为。[……]同日，总统宣布：“所有在战争期间……通过海防或边防进入或企图进入美国的，被指控从事、企图从事或者准备从事破坏、间谍、敌对或作战行动或者违反战争法行为的，同美国作战的任何国家的国民、公民或居民或者服从此等国家或在其指示下行事的人，都应适用战争法，受军事法庭管辖。”[……]

根据普遍认同和实践，战争法区分武装部队与交战国的和平人口，以及合法与非法战斗员。合法战斗员作为战俘受到敌方军队的俘获和拘留。非法战斗员同样受到俘获和拘留，但除此之外他们还要为他们的非法交战行为接受军事法庭的审判和处罚。在战争期间不穿制服秘密穿越交战国前线、寻求收集军事证据并传递给敌方的间谍，或者不穿制服秘密穿越前线、企图通过破坏生命和财产来进行战争的敌方战斗员，都是通常被认为不享有战俘地位、而要作为违反战争法的罪犯接受军事法庭审判和处罚的交战者的典型例子。[……]

说明书一称，请愿人“作为美国的敌人，代表[……]交战敌国德意志帝国，违反战争法、身着平民服装秘密穿越美国军事前线和海防线，[……]并违反战争法、身着平民服装进入后方，[……]旨在实施敌对行为，特别是破坏美国境内的特定战争工业、战争设施和战争物资。”

由于对战争法的违反在说明书中一目了然，我们只需简要讨论请愿人的论辩即可。我们已经看到，敌方交战者，包括在敌方武装部队指示下行事的人，为破坏已用于战争或对战争有用的财产，在战争期间进入我国领土的行为，是敌对和作战行为。它使得那些不穿制服参与其中的人承受战争法为非法交战者所规定的处罚。请愿人未持有正规武器或者他们所准备实施的敌对行为并不必然包含同美国武装部队的正面冲突，这一点无关紧要。[……]现代作战不仅着眼于摧毁武装部队，还同样着眼于破坏敌方的作战物资以及生产和运输活动。无论其目标是此或彼，使得非法交战者应受处罚的每一个考虑因素都同等适用。这些携带炸药进入我国领土、意在破坏战争工业和物资的敌军特务，同以类似方式进入、旨在摧毁要塞或我国武装部队的特务一样，就作为敌方交战者这一点而言在战争法上并

无丝毫区别。不穿制服或佩戴表明交战身份的其它标志穿越我国边界，或者在进入后丢弃身份标志，使得这些敌人成为要受审判和处罚的非法交战者。

美国公民身份并不使得敌方交战者免于承担违反战争法的非法交战行为带来的后果。加入敌国政府军事部门并在其协助、引导和指示下进入这个国家，一心从事敌对行为的公民，是《海牙公约》和战争法含义范围内的敌方交战者。[……]请愿人豪普特是被控作为敌方交战者进入美国，而非法交战是他被指控罪行的核心。[……]

我们因此断定，据以拘留请愿人供军事委员会审判的指控¹，所指控的是总统被授权命令军事委员会审判的罪行；他召集军事委员会的命令是合法命令，委员会系合法组成；请愿人是被合法羁押，未证明有释放理由。由此，我们确认地区法院的命令，并拒绝给予请愿人向本庭提交人身保护令申请之许可。[……]

讨 论

为本讨论之目的，请考虑可适用的《日内瓦公约》及《第一议定书》。

1. (1) 谁有权享有国际人道法上的战俘地位？只有战斗员吗？（参见《日内瓦第一公约》第28条第2款，《日内瓦第三公约》第4条，《第一议定书》第44条第4-5款和第45条。）

(2) 公民身份是否影响本来有权享有战俘地位的个人的地位？即使该个人具有拘留国的公民身份？即使是战俘，他也可以因为参与反对祖国的战争或在敌国武装部队中作战这样的叛国行为被处罚吗？（参见《日内瓦第三公约》第4、16、85条，《第一议定书》第43条。）
2. 法庭为何专门提到敌方战斗员未穿制服？未将自己同平民相区分的战斗员的地位如何？（参见《海牙章程》第1条，《日内瓦第三公约》第4条第1款第2项，《第一议定书》第44条第3-4款。）这一区分原则的目的何在？这是否解释了国际人道法规则为何不给予间谍战斗员地位？（参见《海牙公约》第29-31条，《第一议定书》第44条第4款、第45条第3款和第46条。）国际人道法对破坏者和间谍同样对待吗？破坏者和间谍的区别何在？
3. 如果适用《第一议定书》，还会做出这一判决吗？

案例84. 美国，约翰逊诉艾森特雷格案**案 例**

[又见**案例218**，美国，拉苏尔诉布什案。]

[资料来源：U.S. Supreme Court JOHNSON v. EISENTRAGER, 339 U.S.763(1950);June 5, 1950; 见于 <http://laws.findlaw.com/us/339/763.html>。]

**美国最高法院
约翰逊诉艾森特雷格****美国国防部长约翰逊等人诉艾森特雷格
(又名埃尔哈特 (Ehrhardt))等人****调审令第306号，发给美国哥伦比亚特区巡回上诉法庭****1950年4月17日审理****1950年6月5日判决**

[……]

杰克逊 (Jackson) 大法官宣读了法庭意见。

本案的最终问题是美国民事法院同军事当局在敌方海外侨民管辖权方面的关系。情况如下：

21名德国国民向哥伦比亚特区地区法院申请人身保护令。他们自称1945年5月8日以前在德国在华武装部队中服役。[……]1945年5月8日，德国最高统帅部[……]宣布无条件投降，明确要求德国控制下的所有部队立即停止实际战斗。这些俘虏因为在德国投降后、日本投降前，参与、允许或命令对美国继续进行军事活动，被判违反战争法。他们的敌对活动主要是收集有关美国部队及其调遣的情报并提供给日本。日本投降后，他们同其他6名被判无罪的人一起被美军羁押，由中国战区总司令根据美国参谋长联席会议专门授权，委托南京指挥官设立军事委员会审判并定罪。经中国政府明确同意，委员会设在中国。审判完全由美方进行，没有他国参与。定罪后，对判决进行了正当复审。[……]

俘虏被遣返回德国服刑。[……]

请愿书请求下令让俘虏到地区法院出庭，由后者调查其监禁情况，并为他们洗刷罪名、解除监禁。他们主张，对他们的审判、定罪和监禁违反宪法第1条和

第3条及其第五修正案，美国宪法和法律的其它规定，以及管辖战俘待遇问题的《日内瓦公约》的规定。[……]

一、

[……]

正是战争暴露出外国人地位的相对脆弱性。他在其所效忠的国家与美国和睦相处时享受到安全和保护，在他的国家与我们兵戎相见时大受损害。尽管他的命运比在一些敌国的我国公民远为人道[……]和可忍受，但仍然算不上幸福。但是，我国对成为敌人的外国人所施加的限制是暂行性的，是附随于战争而非外国人身份的事件。[……]

美国关于战争对交战国国民地位之影响的原则在我们的第一次对外战争之后永久成形。[……]征兵、义务服役、以及动员一切人力物力资源和将无论身在何处的国民用于武装、阴谋和破坏的措施，证实了[……]本庭早些时候的教导，即在战争中“一国的每个人必须将另一国的每个人都视为他自己的敌人，因为这是他的国家的敌人”。[……]这无关乎他的个人感情或倾向。[……]敌方外国人受其效忠约束，不放过任何一个促进我们敌国事业的机会；因此美国，假定他信守其忠诚，[……]将之视为敌国力量的一部分。它因此采取措施使他无法实施归因于他的意图的敌对行为，因为这是他对主权者的职责。[……]

敌方外国人在美国法院的诉讼资格常常被质疑，有时被否认。[……]最近本庭全体一致阐明了在我国法院受审的特权及其限制。我们指出：“拒绝居民敌方外国人诉讼的古老规则，只在为防止利用法院来实现妨碍我国战争活动或帮助敌国之目的所必需的限度内被保留下来。今天这可以被认为是合理的普通法规则。”[……]

但是非居民敌方外国人，尤其是仍在敌军中服务的人，连这种有条件的受审权也没有，因为他既没有对于我们制度的类似请求权，他对它们的使用也不可能对敌国没有帮助。[……]

二、

[……]

我们在此面对一个判决，其基本假定是，作为宪法权利，这些俘虏有权在某个美国法庭起诉申请人身保护令。为了支持这一假定，我们必须认定，我们军事当局的俘虏在宪法上有权获得令状，即使他：(1) 是敌方外国人；(2) 从未到过或

居住在美国；(3) 在我国领土之外被俘获并作为战俘受到军事羁押；(4) 由设在美国之外的军事委员会基于其在美国之外所犯的违反战争法的罪行审判和定罪；及(5) 始终监禁在美国之外。

我们已经指出，诉讼特权之所以被给予外国人，无论友好还是敌对，仅仅是因为他们既然处在这个国家就意味着[……]受保护。这个基础在本案中不存在，因为这些俘虏从未在任何相关时间位于美国的主权领土之内，而他们的犯罪、俘获、审判和处罚地点都超出了任何美国法院的地域管辖权。[……]

人身保护令实践中的一个基本考虑就是俘虏将被带到法院出庭。[……]给予这些俘虏[……]令状，也许意味着我们的军队必须飘洋过海运送他们来受审。这将需要分配运输空间、看守人员、士兵住处和粮食定量。也许还需要运送这些俘虏想要传召的任何证人，以及那些捍卫判决合法性所必需的人。由于令状被认为是权利，因此它无论是在实际战斗期间还是在目前这种介于战争与和平之间的模糊状态，对于敌人都同等适用。这种审判将妨碍战争活动，给予敌人帮助和安慰。他将降低我国指挥官们在敌国以及摇摆不定的中立国那里的威望。允许恰恰是那些他被命令使其投降的敌人在他本国的民事法庭上与其对质，将他的努力和注意从国外的军事进攻转移到国内的法律防御，很难设想有比这更为有效的对战场指挥官的束缚了。敌人的这种好讼会造成美国的敌人所极为乐见的司法与军事意见之间的冲突，这也并非是不可能的。

再者，将诉讼武器放到无节制的敌人手中后，我们并不能指望互惠。[……]一般没人知道人身保护令。[……]

尽管如此，我们法庭的大门也没有对这些俘虏立即关闭。三个法庭先后考虑了他们的申请，并给了他们的律师机会来提出对他们有利的所有论据以及指出他们之所以不应受制于为非居民敌方外国人设置的通常限制的某种理由。[……]在听取了他们认为适于提出的所有论点，以及考虑了我们能在他们的申请和下级法院的裁决中发现的所有论点之后，我们的结论同本庭在每一个此类案件中的结论一致，即：不存在获得人身保护令的权利。[……]

讨 论

1. (1) 在1945年5月8日以后同日本一起继续对美国作战的德国国民是否违反了“战争法”？国际人道法？
- (2) 根据《日内瓦第三公约》，一旦落入美国控制，这些请愿人会是战俘吗？如果他们战俘，他们还会因为所做的事被判刑吗？没有向美国最高法院请愿的可能性？（参见《日内瓦第三公约》第82、84、85、99、102和106条。）

- (3) 如果请愿人是受《日内瓦第四公约》保护的平民，他们还会因为所做的事被判刑吗？没有向美国最高法院请愿的可能性？（参见《日内瓦第四公约》第64、66、70和73条。）
2. 你如何看待美国法律对“敌方外国人”施加的限制？它们与国际人道法规则一致吗？（参见《日内瓦第四公约》第35—43条，《海牙章程》第23条第8款。）
3. 受保护者能否在控制他或她的敌对国家的法院起诉？即使他或她不在敌国领土内？（参见《日内瓦第三公约》第14条第3款，《日内瓦第四公约》第38条，《海牙章程》第23条第8款。）
4. 战俘能否在拘留国法院提出人身保护申请？敌方外国平民能否在拘留国法院提出人身保护申请？敌国所有国民是否要么是战俘，要么是受保护平民？（参见《日内瓦第三公约》第4、5条，《日内瓦第四公约》第4条。）

案例85. 美国，对陆军中将谏山春树及其他人的审判

案 例

[资料来源：Levie, H.S.(ed.), *International Law Studies: Documents of Prisoners of War*, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol.60, 1979, pp.345-348。]

对陆军中将谏山春树及其他七人的审判

(美国军事委员会，上海，1946年7月25日)

资料来源

5 LRTWC 60

一、诉讼概要

1. 指控

[……]

指控加上相应的详细说明罪行的细节清单，断言被告陆军中将谏山春树“允许、授权和指示日本军事法庭对若干美国战俘进行不合法、不公平、无根据和虚假的审判”，“非法命令和指示日本军事法庭”对这些美国战俘判处死刑，以及“非法命令、指示和授权非法处决”这些美国战俘。[……]关于其他被告，[……]

指控和细节清单断言他们作为日本军事法庭成员，根据虚假和欺诈性证据，在不予公平听证的情况下，故意、不当、非法和虚假地审理、起诉和判决了“针对7名美国战俘”的若干指控：“故意、非法和蓄意判决”这7名美国战俘死刑，导致其非法死亡。数名被告以首席法官或检察官的身份受到进一步指控；以法官身份行事者还被进一步指控故意和不正当地不履行法官职责，以及不提供公平和适当的审判。

被告作无罪抗辩。

2. 委员会面前的证据

证据显示14名美国航空兵被日本福莫萨 (Formosa) 军俘虏，并因为被指称的关于惩治有违反国际法之轰炸和扫射行为的航空兵的《福莫萨军法》的违反而受到讯问。这14名航空兵主要是无线电技术员、摄影师和枪炮手，在1944年10月12日（《军法》颁布之日）和1945年2月27日之间被俘虏。机务人员中的高级成员——驾驶员和副驾驶员——为情报目的被送往东京，没有同其余机务人员一起被日方审判。

上述法律规定其条款适用于第十方面军管辖范围内的所有敌方航空兵，而所有实施下令行为的敌方航空兵都将受到处罚：以破坏或烧毁的意图轰炸和扫射非军事性质的私人目标；在不可避免的情形之外轰炸和扫射非军事目标；无视人权，实施不人道行为；带着实施任何上述行为的意图进入管辖范围。规定的处罚是死刑，但视情况可以改为无期徒刑或10年以上有期徒刑。该法称处罚将由适当指挥官进行，规定在台北设立一个由第十方面军及在其指挥下的单位的军官组成的军事法庭，并规定该军事法庭适用特别军事法庭规章。它还规定任何违反该法的人都将由军事法庭审判；指挥官将主管法庭；法庭由指挥官任命的三名法官——两名军官和一名司法官员——组成。

这14人全部受到第十方面军司法部的讯问。有证据显示，调查期间被告司法部负责人古川 (Furukawa) 在东京询问如何处置这些被俘的航空兵，并被告知这14人若在《军法》范围之内，应受到审判。回到福莫萨后，他指示部下完成调查。美国军事委员会面前的证据显示，数名美国航空兵的讯问记录是在日本法庭审判之前或者日本法庭记录完成之前伪造的。

伪造陈述时在场的翻译证实，没有一名航空兵承认进行了任何不分皂白的轰炸或扫射。这一证据得到若干负责记录讯问的人的证言支持。被告否认伪造，声称航空兵承认了有罪。

本案中被告辩称，根据日本陆军省指令，第十方面军在预审调查期间向中央政府请求指示，并在将案件提交审判前转发了意见声明。东京的答复是，若所提供的意见正确，应做出严厉判决。全部诉讼过程都告知了作为第十方面军参谋长的被告谏山。

这14名美国人根据所在的飞机被分组审判。共有6个案件，都在1945年5月21日提交审判。美国航空兵没有被给予取得代表自己的证据或证人的权利。辩方试图证明这种做法的正当性：首先是因为人手和设备的缺乏使其不可能允许航空兵去他们被指进行不分皂白轰炸和扫射的现场，其次是因为在法庭上给予了航空兵做出他们所愿意的任何陈述的机会。在美方审判中控方引用的某些证言显示，除指控外，没有任何其它文件或证据被翻译给航空兵，也没有律师为其辩护。

有证据显示，根据日本军事司法制度，战争期间不允许被告有辩护律师；法庭上的证据在很大程度上是文件性的，是基于被告在预审讯问中的承认和陈述，以及伤害报告和宪兵调查；被告可以在庭上作证和提交代表自己的证据。辩方辩称这是在对14名美国航空兵进行的每一个审判中都遵循的程序，并作证说该程序是正常程序。

辩方的论点是，因为日本公诉方要求死刑的意图已经被东京批准，而且在审判中也提出了死刑要求，所以军事法庭不得不判处死刑，指挥官也不得不下令执行。[……]

在收到东京的最终指示后，指挥官[……]发布了对全部14人的处决命令。1945年6月19日，美军飞行员在一条明沟前被列队射杀，然后埋在沟里。

1945年9月转交给美国当局的有关审判这些美国航空兵的日方记录，是直到日本投降后才完成的。[……]被告直到战后才签署了这些记录。

3. 认定和判决

所有被告均被认定有罪。

讨 论

1. 美国战俘是否如美国法庭所说，没有获得公平审判？如果是，是因为审判违反了当时适用的国际人道法吗？即使日本并非1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的当事国？根据今天适用的国际人道法规则，本案被告被拒绝给予公平审判了吗？（参见《日内瓦第三公约》第82—89条和第99—108条。）

2. (1) 根据当代国际人道法，战俘是否可以或者必须因为诸如《福莫萨军法》所规定为犯罪的那些行为而受到处罚，即使这些行为是在被俘前实施的？（参见《日内瓦第三公约》第85条，《第一议定书》第51条和85条。）
- (2) 根据当代国际人道法，《福莫萨军法》是否适用于被告？该法同国际人道法一致吗？如果不一致，是因为该法颁布时没有给予保护国适当通知吗？最起码，如果这14名航空兵是在该法颁布当日被俘，能够适用吗？因为该法颁布时没有取得战俘所依靠的国家的同意？还是因为该法将死刑作为处罚？还是因为该法只适用于敌国航空兵？（参见《日内瓦第三公约》第82、87、88和100条。）
3. (1) 日本的审判是按照当代国际人道法规定的司法保障进行的吗？如果不是，对被告的宣判是否有效？（参见《日内瓦第三公约》第84、102和105条。）
- (2) 针对航空兵的证据是适当获得的吗？（参见《日内瓦第三公约》第99条第2款。）
- (3) 被告应当被给予获得证据和证人的机会吗？（参见《日内瓦第三公约》第105条。）
- (4) 尽管日本军事司法制度不允许被告有辩护律师，本案中的被告是否应当被提供辩护律师？（参见《日内瓦第三公约》第99条第3款和第105条。）
- (5) 法庭是否应当给予被告上诉权？他们有这种权利吗？（参见《日内瓦第三公约》第106条。）
4. 即使保护国没有被告知诉讼，日本和美国的审判也可以进行吗？（参见《日内瓦第三公约》第104条。）
5. 在宣判后如此迅速地执行死刑是否符合当代国际人道法？难道不是必须首先通知保护国吗？这种通知必须包含哪些信息？（参见《日内瓦第三公约》第100条第3款、第101条和第107条。）
6. 根据当代国际人道法，美国有权利或义务因为这些日本法官参与对航空兵的宣判而处罚他们吗？日本法官实施犯罪时是在美国管辖权之下吗？法官能因为他做出的判决而被宣判吗？（参见《日内瓦第三公约》第130条。）

案例86. 美国，关于山下案

案 例

[资料来源：Supreme Court of the United States 327 US 1 (1946)；部分脚注略。]

[……]

斯通首席大法官宣读了法庭意见。

[……]

指控。无论是国会立法行为还是设立委员会的军事命令都没有授权其审判请愿人，除非对他的指控是违反战争法行为。目前具有相关性的指控，是请愿人在1944年10月9日到1945年9月2日间，在菲律宾群岛，“作为与美国及其盟友作战的日本武装部队的指挥官，非法忽视和不履行控制其所指挥人员的作战行动的指挥官职责，允许他们对美国及其盟友和属地——尤其是菲律宾——的人民实施野蛮暴行和其它严重犯罪，从而违反了战争法”。

控方按照犯罪时间顺序归档的细节清单，宣称请愿人指挥下的部队成员在上述时间段内实施了一系列行为，数量上共有123次。清单第一项详细说明了“屠杀和灭绝八打雁 (Batangas) 省很大一部分平民人口以及破坏和摧毁当地公共、私人和宗教财产，致使全部是没有武装的非战斗员平民的25,000多名男人、妇女和儿童被没有理由和不经审判地野蛮虐待和杀害，整个部落被没有军事必要性地肆意破坏和摧毁的蓄意计划和目的”的执行。其它项目详细说明了“对平民人口和战俘实施的暴力、虐待和杀害行为，大规模掠夺，以及对宗教纪念碑的肆意破坏”。

无可否认的是，针对战俘和被占国平民人口的此种行为是被国际法确认为违反战争法的行为。1907年《海牙第四公约》附件，第4、28、46和47条。[……]但被极力主张的是，指控没有宣称请愿人实施或指示实施了此种行为，因此并无针对他的违法行为指控。但这忽视了一个事实，即指控的要旨是被告非法不履行其作为指挥官、控制其所指挥人员的作战行动的职责，“允许他们实施”上述大规模和大范围的暴行。那么问题就在于战争法是否要求军队指挥官有责任在其权力范围内采取适当措施控制在其指挥下的部队，以防止不受控制的军人占领敌国领土时可能发生的违反国际法的行为；以及发生了违法行为时是否可以因为他未采取此种措施而追究其个人责任。[……]

很明显，如果指挥官不通过命令和努力对其部队的肆意妄为行为加以约束，部队的军事行动就几乎肯定会导致战争法所要防止的那些违法行为。如果侵略军指挥官可以不受惩治地忽视采取合理措施保护平民人口和战俘，战争法保护他们免遭暴行的目的就会在很大程度上落空。因此，战争法预先假定，违法行为将通过在一定程度上对其部下负责的指挥官们对于军事行动的控制而得到避免。

1907年关于陆战法规和惯例的《海牙第四公约》的附件对此予以承认。第1条规定了武装部队为了获得合法交战者权利必须满足的条件，即它必须“由一个为其部下负责的人指挥”。[……]《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦红十字公约》第26条规定各交战国武装部队总司令有义务规定该公约上述条款

的执行细则以及未经规定的事项。最后,《海牙第四公约》附件第43条[……]要求像请愿人这样的占领敌国领土的部队的指挥官“尽力采取一切措施,在可能范围内恢复和确保公共秩序与安全并且除非万不得已,应尊重当地现行的法律”。

这些条款清楚地给当时作为菲律宾军事统治者和日军指挥官的请愿人施加了一项积极职责,即根据具体情况采取其权力范围内的适当措施,保护战俘和平民人口。我们的军事法庭此前已经对指挥官的这一职责加以承认,并对违反该职责的行为给予处罚。[……]

我们并不制定战争法,但我们尊重它们,只要它们不与国会的命令或宪法冲突。不能说眼前的指控没有证据支持,或者说委员会要求请愿人为了没有采取超出其控制或指挥官在当时情况下不适于采取的措施而承担责任。

[脚注4:委员会在其认定中考虑到了“被告不仅在美军的迅速和压倒性推进方面,而且在前任错误、组织弱点、装备、供给、……训练、通讯以及部队的纪律和士气方面所面对的”困难,以及“战术形势,参谋官和下级指挥官的性格、训练和能力,以及部队的……性格特点”。但委员会仍然认定请愿人没有采取“情况所需”的措施控制其部队。]

我们不衡量证据。我们只是认为,指控充分陈述了一个违反战争法的行为,而委员会根据所发现的证据,能够恰当地认定请愿人犯有该罪行。[……]很清楚,请愿人在审判中被指控不履行控制其所指挥人员作战行动的职责,允许他们实施所述暴行。这足以要求委员会听取倾向于证明请愿人未履行战争法对其所施加义务的有罪证据,并在证据充分时认定有罪。[……]

墨菲 (Murphy) 大法官反对。[……]

[……]我发现自己不可能同意,针对请愿人的指控陈述了一个公认的违反战争法行为。[……]

在1944年10月9日以后菲律宾群岛上的军事事件的背景下,这些指控意味着这个:“我们,胜利的美国军队,已经做了一切可能的事来破坏和瓦解你的通讯线路、你对人员的有效控制、你进行战争的能力。在这些方面我们成功了。我们击败和摧毁了你的军队。现在,我们指控和宣判你,在我们如此有效地围困和消灭你的军队、阻碍你维持有效的控制期间,没有能够有效率地控制你的军队。你被瓦解的军队实施了很多可怕的暴行。因为这些暴行的分布如此广泛,我们将不会费力去指控或证明你实施、命令或赦免了其中任何一件。我们将假定它们必然是你作为指挥官的无能和疏忽所造成的。一句话,我们指控你犯有控制部队无能罪。我们将根据在很大程度上是由我们自己所造成的混乱来判断你履行职责的情况。我们的判断标准是我们愿意采取的任何标准。”

至少据我所知，在全部历史中或者在国际法上，没有什么能为针对战败军队指挥官的这样一个指控提供正当理由。将恰恰是获胜军队所造成的无效率和混乱，作为宣判战败军队官员的首要依据，这同正义或军事现实毫无相似之处。

国际法并未试图界定处于持续和压倒性攻击之下的军队指挥官的职责，也不在此情况下因为没有达到通常的指挥要求而追究责任。控制部队的职责和能力随特定战斗的性质和强度而有所不同。认定战斗条件下对职责的非法背离，需要进行有难度和猜测性的考虑。当它们是胜利者关于失败指挥官行为的考虑时，这些考虑就非常不可靠了。[……]

法庭对于某些海牙公约和日内瓦红十字公约的模糊和不确定的提法的依赖是放错了地方。因此，1907年10月18日《海牙第四公约》附件第1条的陈述，即军队和志愿部队只有在“由一个为其部下负责的人指挥”时，战争的法律、权利和义务才适用于它们，与本案中的问题无关。即使有，“为其部下负责”的表述也没有说明对谁承担责任或者承担何种责任。国际法权威著作对这一短语有不同解释。奥本海的《国际法》(International Law) (第六版，劳特派特 (Lauterpacht) 修订，1940年，第2卷，第204页，脚注3) 称“‘负责’一词的意义……不明确。它可能是指‘向更高权威负责’，无论这个人是上级指定还是下级选举的；……”。另一权威著作称‘负责’一词在这个特定语境中“想来”是指“向更高权威”，但“它也可能仅仅指一个控制其部下、从而可以被要求对后者的行为做出解释的人”。惠顿 (Wheaton)：《国际法》(第7版，伦敦，1944年，第172页，脚注30)。还有一本权威著作，韦斯特莱克 (Weatlake) 的《国际法》(1907年，第2部分，第61页)，称“也许意指的责任不过是实施有效控制的能力”。最后，埃德蒙兹 (Edmonds) 和奥本海的《陆战》(Land Warfare) (1912年，第19页，第22段)，称“只要部队指挥官被正规或暂时委任为军官，或者是一个有职位和权力的人”就足够了。显而易见，在这个特定《海牙公约》中，“负责”一词没有被用于要求战败军队指挥官在破坏性攻击下满足任何高的效率标准，也没有被用于在这种情况下将受他指挥的部队所犯的战争罪行的刑事责任归结于他。法庭提及的其它公约的条款从字面上看同样与这里所讨论的局面无关。无论是《海牙第十公约》第19条[……]还是1929年《日内瓦红十字公约》第26条[……]都没有涉及指挥官的部队在极其不利的战斗条件实施暴行的局面。还被提及的是《海牙第四公约附件》第43条的要求，即占领敌国领土的部队的指挥官“应尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序与安全并且除非万不得已，应尊重当地现行的法律”。但是请愿人不只是占领敌国领土的部队的指挥官。他是一支处于更强大的再入侵军队的持续和毁灭性攻击下的军队的指挥官。这一条款并未涉及此种情况下的指挥官的责任。[……]

我能得出的唯一结论是，对于请愿人的指控在国际法上或者军事史记录中明显没有先例。这并不是说敌军指挥官可以逃脱对于防止暴行职责的明确和非法的不履行的处罚。但是，处罚应当建立在根据已经确立的国际法规则和公认的司法观念而公平做出的指控的基础之上。[……]

讨 论

1. (1) 对请愿人的指控在当时是公认的违反战争法行为吗？或者它仅仅是胜利者的司法行为？
(2) 这样的指控在今天是公认的违反国际人道法行为吗？（参见《第一议定书》第86和87条。）
2. (1) 如果军事指挥官在没有采取必要措施防止行为发生（以及在实际发生时加以制止并处罚行为人）时，要为其所指挥人员针对受保护者的犯罪行为承担个人责任，那么足以避免个人责任的必要措施是什么？最低限度必要措施会随具体情况而不同吗？
(2) 在认定有罪时适用的是主观还是客观标准，亦即指挥官必须知道其部下将要实施违反国际人道法的行为，还是他拥有的信息应当能够让他做出这种判断？哪一个确定犯罪意图的更高标准？
3. (1) 墨菲大法官在反对意见中说在“处于持续和压倒性攻击之下”时不应要求指挥官为其军队的行动承担责任，这对吗？是军事上不现实吗？那有关系吗？应当有关系吗？
(2) 激烈的战斗情形在回顾时真的能够被公平评价吗？尤其是被冲突的胜利者？如果不能，士兵就永远也不能获得公平的起诉和处罚了吗？（参见**案例101**. 美国，美国诉威廉·L.卡利案 (US v. William L. Calley, Jr.)，第1136页。）

案例87. 缅甸，郭貌丁诉吴贡曼案**案 例**

[资料来源：AD, vol. 14, 1947, pp. 233-235。]

郭貌丁诉吴贡曼

缅甸，高等法院 (民事上诉)

**(罗伯茨 (Roberts) 首席法官；巴吴 (Ba U)、布莱格登 (Blagden)、
赖特 (Wright)、埃貌 (E. Maung) 法官)**

1947年5月3日

事实。在日本占领缅甸期间，上诉人用日钞借给被上诉人1000卢比；后者给上诉人开立了一张本票，答应用日钞偿还1000卢比本息，并交付了其财产的所有权证书作为抵押。在英国重新占领缅甸后，上诉人根据本票对被上诉人提起诉讼。被上诉人辩称，日本货币的发行是非法的，1000卢比（日本货币）不是本票定义中的“确定金额”含义范围内的货币。[……]

判决：关于本票的起诉必须被驳回[……]。日本军事当局发行与合法政府确立的货币相平行的货币的做法超出了其根据国际法享有的权力。

埃貌法官：“在判决日本军事当局在占领缅甸期间建立一个平行货币体系并将之同缅甸合法政府确立的体系相联系的做法超出了其根据国际法享有的权力时，我不是没有注意到1914年—1918年战争期间德国人在法国和比利时以及奥地利人在塞尔维亚留下的先例，以及1939年以来德国及其联系国对此做法的重复。德国法学家和最高法院试图基于下述理论将这些行为正当化，即在对敌国领土的有效占领期间，占领国的权力完全排除和取代合法政府的国家权力。这一理论没有得到普遍接受，与现代关于占领国的观点也不一致。占领者在被占领地的权利仅仅是管理权。”参见麦克奈尔 (McNair)：《战争的法律效果》(Legal Effects of War) (第二版)，第337页。

“1907年《海牙章程》第42—56条显然不能用于支持改变被占领地货币体系并使这一改变约束合法政府这种行使占领权力的做法。”

[……]

讨 论

1. 占领国能为它所占领的领土立法吗？在什么事项上？在哪些条件下？（参见《日内瓦第四公约》第64条和《海牙章程》第43条。）
2. 占领国能将其本国货币作为法定货币引入被占领地吗？至少是与当地货币平行？它能为被占领地单独创设法定货币吗？货币的引入何时构成立法行为？

案例88. 荷兰，关于皮尔茨案**案 例**

[资料来源：AD, vol. 17, 1950, pp. 391-392, 原始报告见于NJ, No. 681, 1950。]

惩治战争罪**关于皮尔茨****荷兰，海牙地区法院 (特别刑事法庭)****1949年12月21日****特别上诉法院，1950年7月5日**

事实。在被占领的荷兰，一名被招募进德国军队的荷兰年轻人在企图从他的队伍逃跑时遭开火。被告，一名德国军医，因为不允许德国人员对这名受伤男子进行医治，以及滥用其职权下令或者至少是允许一名部下射杀他，在战后被起诉。在其1949年12月21日的判决中，海牙地区法院特别刑事法庭认为其没有审理此种性质案件的管辖权。根据公诉人的起诉，

判决 (特别上诉法院)：上诉必须被驳回。特别上诉法院同意下级法院的观点，即只有在这名德国医生犯有战争罪，从而有必要调查他被起诉的行为是否构成对战争法的违反时，荷兰法院才对此案具有管辖权。然而，关于战争法规和惯例的1907年《海牙章程》并未被违反，因为《章程》，特别是第46条，旨在保护敌国居民，而不是占领军成员。后者的法律地位不是由国际公约，而是由占领国的军法调整。下级法院已经作为事实确认，伤者属于占领军。在这种情况下，他的国籍或前国籍已经无关紧要，因为通过加入占领军，他已经放弃了国际法的保护，自愿使自己受占领国法律的拘束。1929年7月27日《关于改善战地武装部

队伤者病者境遇的日内瓦公约》(Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field) 也没有被违反，因为该公约只针对敌对军队成员的行为保护军队成员。拒绝治疗受伤士兵和允许对他进行谋杀，如果被证实，对于一名军医而言是令人憎恶的罪行，违背一切人道原则和医生的天职。然而，它们并不构成战争罪，而只是德国国内军法和管辖权范围内的罪行。德国军医在荷兰被起诉的行为也不是《国际军事法庭宪章》意义上的危害人类罪，因为受害者不再属于被占领地的平民人口，对他实施的行为也不能被认为构成“基于政治、种族或宗教理由的迫害”制度的一部分。

讨 论

就讨论而言，请假定《日内瓦公约》和《第一议定书》适用。

1. 《日内瓦第一公约》是否只适用于敌国给予的待遇？《第一议定书》呢？敌国国民自愿加入控制国的武装部队后，是否失去受保护者身份？（参见四个《日内瓦公约》分别第 7/7/7/8 条，《第一议定书》第 10、11 和 75 条。）拒绝治疗这样的人是违反国际人道法的行为吗？草率处决这样的人呢？（参见《日内瓦第四公约》第 5 条第 3 款，四个《日内瓦公约》分别第 50/51/130/147 条，《第一议定书》第 10 和 75 条。）
2. 拒绝给予医疗救助是对国际人道法的重大破坏吗？即使是在本案中？（参见《日内瓦第三公约》第 13 条，四个《日内瓦公约》分别第 50/51/130/147 条，《第一议定书》第 11 条第 1 款和第 4 款。）
3. 军官允许部下向丧失战斗力的逃跑者射击是否违反国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第 3 条，《第一议定书》第 75 条和第 85 条第 3 款第 5 项。）

案例89. 新加坡，巴达维亚石油公司诉战争损害赔偿委员会案**案 例**

[资料来源：AJIL, vol.51(4), 1957 pp.802-815; 脚注略。]

巴达维亚石油公司诉战争损害赔偿委员会

上诉法院，新加坡

1956年4月13日，怀亚特 (Whyatt) 首席法官、

马修 (Mathew) 首席法官、惠顿 (Whitton) 法官

荷兰公司在荷属东印度群岛上拥有的石油库存被日本武装部队扣押并用于日本的民用和军事目的。但是，它们并未被日本根据《海牙章程》征用。战争结束时这些库存在新加坡被大量发现，并被英国军队作为战利品扣押。荷兰公司请求赔偿。他们的请求被下级法院驳回，但通过上诉被允许。怀亚特首席法官在判决意见中对事实有更充分的陈述，部分如下：

[……]上诉人辩称石油是他们的财产，而不是如被上诉人所说，是日本的国家财产。为支持他们的论点，他们依赖两条主要意见：第一，他们对石油拥有国内法上的有效所有权；第二，他们从来没有被日本交战占领者合法剥夺所有权。

在详细分析这些意见之前，摆出已经在冗长的诉讼过程中被证明或承认的相关事实是适宜的。上诉人是三家成立于荷兰的石油公司，在1941年同日本的战争爆发之前在苏门答腊（Sumatra）从事石油生产和精炼业务。[……]截至1941年底，上诉人已经在位于特许区内不同地方的32个技术上所称的石油池开展生产。[……]

作为在日本占领期间发生的事件的证据，[……]日本海军和陆军军官的证言[……]可以概括如下：当日本武装部队占领苏门答腊时，他们立即扣押了上诉人在油田的设施及其位于巨港（Palembang）的炼油厂，因为正如应被上诉人要求出庭的一名日本海军军官渡边（Watanabe）上将所说，“石油是当时最重要的战争物资，而且我个人认为我们是为石油发动了战争”。作为荷属印度群岛政府否定政策的一部分，这些设施已经被严重损坏，日本军事当局组织了一个受军事纪律管理的特别技术组来进行维修。到日本占领的第一年年底，它们全部恢复了正常运转，原油又开始从石油池中被开采出来，并在上诉人的炼油厂里加工。在整个占领期间日本军事当局没有投产任何新的油田，而是继续在现有石油池中开采。

这样开采的石油，或者至少是其中很大一部分，以精炼产品、有时以原油的方式运往新加坡，存放在贮藏罐内（有些贮藏罐属于上诉人的关联公司所有），直至最终运往不同目的地[……]，用于满足当地的军用和民用需要。负责设在新加坡的石油办公室运输部的日本上校[……]对于分别分配给军用和民用消费者的数量没有做出估计。当英国人1945年9月5日在新加坡登陆时，他们在储藏罐内发现了[……]精炼油和[……]原油；被上诉人承认，所有这些都是交战占领者从苏门答腊石油池中开采出来的[……]。英国军队扣押了这些石油库存作为战利品。[……]

我现在开始考虑日本交战占领者在国际法上是否有权扣押地里的原油并剥夺上诉人的所有权。共同的立场是，如果交战占领者确实有这项权利，那么它源自《海牙章程》第53条。但是，在我分析这一条款之前，有必要考虑上诉人提出的一个强有力的意见；该意见如果成立，将使得对《海牙章程》的详细分析只具学术意义。上诉人称，日本之所以发动战争，或者至少是发动对荷属印度群岛的入侵，是为了确保该国的石油供应，因为石油在现代作战条件下是不可缺少的原料。因此，日本侵略军一旦确立必要的军事优势，立即“一股脑儿”地扣押了上诉人的设施，并尽可能迅速地将其修复和投入了运行，为此目的使用了[……]附属于军队并在工作纪律约束下的平民技师。按照上诉人的论证，整个行动是根据日本开采荷属印度群岛的石油资源以推进其侵略战争的总计划，由日本军队筹备和执行的。计划取得了成功，使得东南亚日军得以在战争过程中分配出大量的原油和精炼油，满足其控制区及日本本土的军事和民用消费者的需求。上诉人因此辩称，对荷属印度群岛石油资源的这种开采是日本国以极权主义规模对私有财产进行的有预谋的掠夺，违反了战争法规和惯例。

上诉人依赖日本海军和陆军军官的证据来证明这一意见所基于的事实。设在东京的海军省供应局燃料课课长称，他参加了1942年春天有关恢复荷属印度群岛油田生产的计划；之后他巡视了被夺取的油田，并安排送去人手和材料进行维修，使其恢复正常运行。[……]驻扎在巨港和石油办公室新加坡总部的日本陆军军官提供的有关石油处理、炼制和分配的更多细节显示，除满足军事需求外，石油还被用于满足民用需求。在我看来，这一证据证明侵略军对苏门答腊石油设施的扣押是作为一个更大计划的一部分实施的；由日本国制订的这一计划旨在确保获得荷属印度群岛的石油资源，不只是为了满足占领军的需要，而且是为了在对同盟国作战期间满足日本国内外的海军、陆军和民用需求。

证明了这些事实后，下一个要确定的问题就是以这种规模、为这种目的对私有财产进行的扣押是否违反战争法规和惯例。幸运的是，在这一点上源自欧洲战争的判决提供了相当多的先例。首先是纽伦堡法庭1946年的判决，其中确立的

原则是，根据旨在推进交战者总体战争的蓄意计划、在不考虑当地经济的情况下对被占领地资源进行开采的行为是掠夺，从而违反战争法规和惯例。这一原则在关于弗利克案 (*In re Flick*) (1947年，美国军事法庭，纽约堡)、关于克虏伯案 (*In re Krupp*) (1948年，美国军事法庭，纽伦堡) [参见**案例78**：纽伦堡美国军事法庭，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案，第1042页] 和关于克劳赫案 (*In re Krauch*) (1948年，美国军事法庭，纽伦堡) 中得到了认可和进一步阐述；在这些案件中该原则被适用于通过违背所有者意愿获得对私有财产的实质或控制利益的方式系统掠夺被占领地经济的德国企业家的行为。本案要更为突出得多，因为对上诉人财产的掠夺不是由日本企业家，而是由日本武装部队自己，在整个占领期间系统和冷酷地进行的。在我看来，这些先例充分支持了上诉人的意见。因此我的结论是，日本武装部队对上诉人在苏门答腊的石油资源的扣押及其后的开采违反了战争法规和惯例，从而并不能起到将上诉人的所有权转让给交战占领者的效果。

我现在转向上诉人极力主张的替代论点，即无论如何扣押是非法的，因为地里的原油不是《海牙章程》第53条含义范围内的“军需品”，因为它此时还是原料，而且更重要的是，是固定原料。按照陆军委员会根据《海牙章程》第1条的规定颁发的《英国军法手册》(*British Manual of Military Law*)，“军需品”是那些“可以直接用于军事用途的东西”。被上诉人认可对“军需品”的这一解释，正如他们必须如此的那样，因为他们在这些诉讼中事实上代表君主，尽管不是以君主的名义出庭。因此他们就不得不论证说，地里的原油尽管是原料，但却可以直接用于军事用途，或者至少同直接军事用途有紧密的足以适用第53条的联系。被上诉人没有引用直接依据来支持原料可以是“军需品”的主张，但提及《奥本海国际法》(第七版)第404页上的一段话，“所有种类的私有动产，例如……制服用的布，靴子用的皮革……都可以……为军事目的……被扣押”，认为其支持原料可以是“军需品”的观点。另一方面，芬兰的卡斯特伦 (*Castren*) 教授在《战争与中立法》(*Law of War and Neutrality*) 第236页称“原料和半制成品很难被认为是军需品”。或许，诸如制服用的布和靴子用的皮革这些可以由军队人员无需借助民用技师就能在工厂之外做成成品的特定种类的原料和半制成品，可以毋须过分扩展“军需品”一词的含义而被视为同直接军事用途有紧密得足以适用第53条的联系。但没有必要对此下结论，因为本案中并不存在这种紧密联系。根据证据，军队需要复杂的设备和民用技师才能开采这些石油和将之准备用于战争机器。石油必须从地下石油池内抽出，运往炼油厂，进入复杂的精炼过程，然后才能对任何人有任何用处。在我看来，在这种情况下不能说，在石油在地里被扣押的那一刻，它就同直接军事用途有了紧密得足以使其进入第53条所指的“军需品”范围的联系。

上诉人进一步提出的论点是，“军需品”不包括不动产，因此扣押时作为不动产一部分的原油不是“军需品”。上诉人承认，属于第53条所列类别的某些带有不动产特征的东西，如铁路运输系统，可以被扣押，但辩称地里的石油不能被视为这样的例外情况。为支持这一观点，上诉人依赖西蒙 (Simon) 勋爵在席福尔特·特罗伊汉德诉总检察长案 (*Schiffahrt-Treuhand v. Prosecutor General*) (1953) A.C. 232 (第262页) 中的附带意见，即“扣押土地上的敌国私有财产是不合法的(除非是可以在战斗中用于对敌的弹药或武器)……”。当然，西蒙勋爵并未打算对“军需品”进行穷尽式的解释，但我认为，说它可以包括位于原处 (*in situ*) 的矿产，将是对他“可以在战斗中用于对敌的弹药或武器”这一短语含义范围的令人吃惊的扩展。据我判断，一般说来第53条意在适用于动产，只有当其描述宽泛得足以包括可能部分属于不动产的东西的那些类别，如该条第2段开头提到的“客运或货运设施”，才允许将其解释为包括不动产。在我看来，“军需品”不属于这种类别。因此我认定，地里的石油，作为不动产且不能直接用于军事用途，不是第53条含义范围内的“军需品”。

酷爱提出替代论点的上诉人还辩称，即使地里的原油根据第53条可以作为“军需品”扣押，本案中的扣押也是无效的，因为没有给所有人或任何代表他们的人收据。第53条没有要求给收据，而第52条 (涉及征用) 则对此有明确规定；因此作为纯粹的解释也许可以说，第53条的遗漏是制定《章程》的人有意为之，从而不应推断出这种要求。然而，已经解释过该条的国内法院并不持这种观点。在比约特案 (*Billotte*) (1948年，荷兰地区法院，阿纳姆案 (Arnhem)) 中，德国军事人员扣押一辆汽车而不给收据的做法被认定为使得扣押无效。1950年，海牙上诉法院在欣里希森案 (*Hinrichsen*) 中持类似观点。在该案中，一名德国海关边境警卫在扣押两辆摩托车时没有给所有者收据，法庭判决说“为了确保遵守在媾和后必须归还这些货物并给予赔偿的规则，在没有以某种方式正式承认时不能这么做”。在做出判决时上诉法院提及第一次海牙和平会议 (1899) 过程的报告，里面称虽然专门对收据加以规定似乎不合适，但委员会仍然认为扣押的事实必须以这种或那种方式被明确陈述，只要能够给所有者提供一个请求赔偿的机会就好。[……]被上诉人寻求将这些先例同本案相区分，理由是众所周知的扣押不需要收据或承认。没有先例被引用来支持这一观点，但无论如何它在本案中不能成立，因为在这里扣押虽然众所周知，但被扣押的数量却不为人知。上诉人不知道也无法发现在日本占领期间有多少原油在其石油池中被扣押；即使按照法律规定做了其它所有事情，他们现在也无法主张第53条所明确规定的赔偿。对于日本交战占领者而言，给受其指定在苏门答腊代表不在场所有者的敌国财产托管人一份正式承认，并向他提供所开采原油的适当记录，是轻而易举的事；然而任何这样的事情都没有做。在我看来，这违反了第53条，使得扣押无效。

上诉人提出的最后一个关于解释第53条的替代论点是，即使扣押在所有方面都有效，交战占领者对被扣押财产也只有暂时所有权，如果该财产在战事停止时仍然实际存在，必须归还给原来的私人所有者。他们主张，在本案中扣押财产在战事停止时仍然实际存在，因此上诉人的权利恢复，财产必须归还给他们。为支持这一主张，上诉人首先依赖第53条“媾和后……必须归还扣押物品”的明确文字，其次依赖韦斯特莱克（《战争》（War），第二卷，第115页）和罗兰（*Rolin*）（《现代战争法》（*Le Droit Moderne de la guerre*），第492页）的观点，最后依赖国内法院在1943年和1947年判决的两个案件[……]。被上诉人承认关于归还的规定适用于某些扣押，例如若被扣押的是一辆卡车，敌对交战者有义务将其归还给所有者；但他们辩称，将这些规定适用于汽油这样的消耗性战争物资违背常识，因为不能轻易辨认出它们属于哪个特定所有者。这样一个区别并不是基于任何原则，而只是基于假定的在实践中执行该条规定的困难。但是，如果事实上在辨认财产所有者方面没有实际困难，就像在本案中这样，那么我找不到任何理由背离第53条的明确文字。被上诉人还反对说，即使有归还石油存货的义务，该义务也要等到实际媾和后才发生。然而，交战占领者使用“军需品”的权利显然必须随战事的停止而停止；在我看来，此时交战占领者保留的唯一权利就是代表所有者继续占有财产，原始所有者重新取得对财产的其它一切权利。因此我的意见是，从这件事情的任何角度看，上诉人都有权要求交战占领者代表他们占有这些剩余的石油库存，直到它们能够按照第53条的规定被归还为止。

现在我已经讨论了上诉人提出的很多关于《海牙章程》的论点。在论证一开头，上诉人的律师就主张日本军队对原油的扣押在每个细节上都违反了国际法规则。这是一个笼统的主张，但我不得不说，我认为他成功论证了对荷属印度群岛石油资源的扣押是经济掠夺、地里的原油不是“军需品”、不给收据是一个致命疏漏以及归还未消耗石油的义务并未完成。在我看来，交战占领者在所有这些事项上都违反了战争法规和惯例，从而既没有为自己取得有效所有权，也没有剥夺掉我已经认定上诉人在扣押前就具有的所有权。[……]

基于这些原因，我认为上诉应当被允许。上诉人应当承担上诉费用以及在委员会前的诉讼费用。（其它意见省略。）[……]

讨 论

1. 如果证明日本发动了一场旨在纯粹为了战争需要而夺取私有财产（石油）的入侵，为什么这，如法庭所说，使得对《海牙章程》第53条的分析只具学术意义？日本的这种行动是否违反战争法规和惯例？它是否意味着日本不能行使占领国在国际人道法上的

权利？它的所有行动都变得非法？法庭提到哪些战争法规和惯例？法庭的推理是否混淆了战争之法（*ius ad bellum*）与战争中法（*ius in bello*）？

2. (1) 军队何时可以从其占领的领土取走财产？占领军可以为自己使用而扣押财产吗？为其平民人口的使用？（参见《海牙章程》第23条第7款、第46条第2款、第52条、53条和55条。）
- (2) 占领军可以扣押、利用或破坏何种财产？财产是国家所有还是私人所有重要吗？在评价占领者进行的扣押或征用时，财产还有其它哪些特征是决定性的？（参见《海牙章程》第23条第7款、第46条第2款、第52条、53条和55条。）
3. (1) 原油不构成军需品吗？什么构成《海牙章程》第53条上的军需品？要构成军需品，一件物品必须满足可以直接用于军事用途和是动产这两项要求吗？《英国军法手册》的军需品定义对所有人都有约束力吗？
- (2) 如果接受《英国军法手册》的军需品定义，法庭对于本案事实的分析，即认定石油作为原料不可直接用于军事用途，令人信服吗？原料永远不是军需品吗？
- (3) 军需品必须是动产吗？在这点上法庭是否令人信服地解释了《海牙章程》第53条的用语？石油真的是不动产吗？
4. 扣押和征用物品的区别何在？在扣押方面允许占领者做什么？征用呢？在国际人道法上有不同规则分别适用于二者吗？法庭对为了符合关于扣押的《海牙章程》第53条所必需满足的要求的解释是否正确？这些要求是直接规定在该条中还是暗示的？（参见《海牙章程》第52和53条。）日本不给收据的做法是如法庭所说的“致命疏漏”吗？
5. 被扣押财产必须归还吗？如果是，什么时候？“媾和后”？（参见《海牙公约》第53条。）那确切是指何时？战事停止时？
6. 本案中的征收不违反《日内瓦第四公约》第147条吗？单是第147条就足以使日方的征收构成对国际人道法的重大破坏，还是必须有保护这种财产的实体规则才能适用该条？

案例90. 美国，丹珍朱克引渡案**案 例**

[资料来源：United States District Court for the Northern District of Ohio, Eastern Division, 612 F. Supp. 544 (1985); 脚注略。]

关于约翰·丹珍朱克引渡案[……]**Misc. No. 83-349,****1985年4月15日**

1983年10月31日，以色列国政府根据1983年10月18日发出的一份以色列逮捕令，请求从美国引渡约翰·丹珍朱克 (John Demjanjuk) (以下简称“被告”)。逮捕令指控丹珍朱克犯有以色列国“《纳粹及纳粹合作者(惩治)法》第1-4节所规定的谋杀犹太人罪”。以色列国对约翰·丹珍朱克的引渡请求，第11-12页。

美国政府，按照其根据《美利坚合众国政府与以色列国政府间引渡条约》(1962年12月10日签署，1963年12月5日生效，以下简称“《条约》”)，于1983年11月18日提起控诉(以下简称“政府控诉”)，寻求将被告引渡到以色列。政府在控诉中称，被告被指控犯有“谋杀和恶意伤害罪；造成严重肉体伤害”，属于仍然有效的《条约》的第2条所列举的犯罪。政府控诉，第1-2页。

本法庭必须确定被告是否可以依据《美国法典》第18章第3184页之规定被引渡到以色列国。

案件沿革

被告，苏维埃社会主义共和国联盟(以下简称“苏联”)乌克兰人，1952年2月9日进入美国；[……]1958年11月14日，他在俄亥俄州克里夫兰(Cleveland)的美国地区法院归化为美国公民。[……]

1981年6月23日，本庭发现被告在签证申请中有重大虚假陈述，没有披露他于1942-1943年间在特拉尼基(Trawniki)和特雷布林卡(Treblinka)战俘集中营为德国党卫军服务的情况。被告的美国公民资格被下令作废，归化证书被撤销。[……]

1982年12月6日，移民和归化局对被告提起驱逐诉讼。1984年5月23日，移民法官阿道夫·P. 安吉莉莉(Angellilli)认定被告可被驱逐，并指定苏联为驱逐地

国。但是，移民法官也给了被告自愿离开美国的选择。1985年2月14日，移民上诉委员会驳回了被告对驱逐令的上诉；委员会维持了关于被告可被驱逐的认定，撤销了自愿离境的许可。[……]

1984年7月17日，本庭裁定，尽管有被告对于驱逐的上诉，但引渡和驱逐诉讼是相互独立的，因此对被告的引渡听证可以继续进行。法庭还说道，美国政府没有义务选择驱逐或是引渡作为针对被告的唯一诉讼手段。

二、

[……]1985年3月12日的引渡听证考虑了三个问题，它们是：

1. 被告是否是控诉所指名的当事人（识别问题）；
2. 被告被寻求引渡所依据的罪行是否是“《条约》范围内的”犯罪（条约解释问题）；
3. 是否有“合格和足够的证据”或“合理根据”使人相信被告犯有被指控的罪行（合理根据问题）。

下面将逐一分析和解决这些问题。

[……]

四、条约解释

转向引渡法庭必须考虑的第二个要素，本庭将要确定被告是否被指控在以色列国管辖权内犯有《条约》所规定的任何罪行。[……]

（一）以色列的管辖权

被告声称，根据“公认的国际法原则”，以色列没有审判他的管辖权。被告的终止案件申请，第11页（1984年4月2日提交）。如果以色列没有管辖权，那么美国就不能将被告引渡到以色列。然而，以色列对被告主张的管辖权根据以色列国内法和国际法都是恰当的。而且，以色列的管辖权没有违反任何美国管辖权原则或实践。[……]

国际法一般并不禁止国家对非公民或发生在领土外的行为适用该国法律（所谓“立法管辖权”）或由该国法院管辖（所谓“执法管辖权”）。荷花号案（S.S.Lotus, 法国诉土耳其），[1927] P.C.I.J. Ser. A, No. 10 at 19. 相反，国家有“广泛的自由裁量权，只在特定情况下受到禁止性规则的限制”。同上。在其它情况下，每个国家都可以“自由地采用其认为最好和最合适的管辖权原则”。同上。

在特定情形下对非公民行使域外刑事管辖权并不违反一国的国际义务，例如尊重其它国家主权的义务。同上，第20页。在此无需确定国际法是否允许其所不禁止的一切，因为以色列基于反纳粹法对被告主张管辖权符合国际法上的“普遍管辖权”原则。

国际法规定某些犯罪可以由任何国家惩治，因为犯罪人是“所有人类的共同敌人，所有国家对于他们的逮捕和惩治都有同等利害关系”。[……]

对危害人类罪和战争罪罪犯行使普遍管辖权的原则在第二次世界大战的战后时期获得了接受。同盟国在数个法庭对被控犯有战争罪和危害人类罪的人员提起诉讼。很多情况下他们对被告行使了域外管辖权。纽伦堡国际军事法庭对“其犯罪没有特定地理处所”的主要战争罪犯进行了审判。[……]大量个人被告被判犯有“战争罪”和“危害人类罪”，这些罪行中很多是在四个同盟国的领土之外实施的。国际社会以联合国大会决议的方式确认和支持了法庭的工作及其所采取的原则。G.A. Res. 95 (A/64/Add. 1) p. 188 (1946) [……]。

在提交美国军事法庭的许多案件中，战争罪被告都反对法庭的管辖权主张，因为罪行不是在美国领土或者德国的美国占领区实施的。这些抗辩无一例外都被驳回。在主张管辖权时，美国军事法庭讨论了战争罪管辖权的普遍性。例如，在美国诉瓦尔德克案等人案 (United States v. Waldeck, et al, 1947年11月15日) 中，被告是德国布痕瓦尔德 (Buchenwald) 集中营的医生、警卫和官员。他们分别被指控和认定犯有“杀害、殴打、酷刑、饿食”及其它虐待行为中的不同罪行。在认定对在美国参战前在任何地方对任何国家国民实施的违反战争法的行为具有管辖权时，法庭称：

对国际法的任何违反都侵犯和损害了所有主权国家的利益。在特定案件中是否行使对这种罪行的惩治权是一国自由裁量的问题。但不言自明的是，遵从作为国际法一部分的战争法的国家，对于该法的维持和执行利益攸关。无论罪行发生于何时何地、惩治国的交战地位如何或者受害者具有何国国籍，都是如此。[……]

法国和挪威都已制定法律，规定对在其领土外实施针对其国民或国家利益的罪行的战争罪犯进行审判。[……]没有任何被提交或发现的证据显示国际社会反对同盟国对战争罪和危害人类罪行使域外管辖权。

联合国及其不同组织在第二次世界大战后的工作进一步表明了国际社会在起诉战争罪，包括危害人类罪 (在实施其它战争罪行过程中发生或与其相联系) 之中的利益。应联合国大会请求，联合国国际法委员会拟订了“纽伦堡原则”，

《国际法委员会第二次会议报告》，5 U.N. GAOR, Supp. 12, Pt. 111, U.N. Doc. A/1316 (1950)，将破坏和平罪、战争罪和危害人类罪规定为“国际罪行”。[……]此外，《联合国防止及惩治灭绝种族罪公约》，78 UN. T. S. 277 (1948年12月9日开放签署) [以下简称“《灭种罪公约》”] 于1948年在联合国大会通过，G.A. Res. 260 (A), U. N. Doc. A/810 at 174 (1948)，并已被93个国家批准。《灭种罪公约》“确认”灭绝种族是“国际法上的一种罪行”，并将包括“蓄意……消灭某一民族、人种、种族或宗教团体”的“杀害”和“严重身体或精神伤害”在内的不同行为界定为灭绝种族行为。《灭种罪公约》第1、2条。缔约国承诺“防止和惩治”灭绝种族行为。《灭种罪公约》第1条。[……]

(二) 《条约》范围内的指控

[……]逮捕令的附件J指控被告犯有“违反《纳粹及纳粹合作者(惩治)法》的罪行”。令状申请的附件J更充分的陈述了指控：犯罪细节：犯罪嫌疑人，绰号“恐怖伊万(Ivan)”，系党卫军成员，1942至1943年间在二战期间被纳粹占领的波兰卢布林(Lublin)地区的特雷布林卡集中营操作毒气室灭绝战俘。嫌疑人谋杀了数以万计的犹太人和非犹太人，杀死他们、损伤他们、给他们造成严重的身体和精神伤害、将他们置于意在带给他们肉体毁灭的生存条件下。嫌疑人这些行为的意图是消灭犹太人民和实施危害人类的罪行。指控依据：《纳粹及纳粹合作者(惩治)法》第1、2、3、4段。此外，令状申请中的目击证人陈述提及被告杀人、殴打和伤害的具体例子。基于以下理由，本庭认定针对丹珍朱克的某些指控是他根据《条约》第3条可以被引渡的罪行，也是《条约》第2条所提及的罪行。[……]

2. 第3条

[……]如果被指控的域外犯罪“在类似情况下”在被请求国是可惩治的，被请求国必须引渡被告，除非《条约》其它条款另有规定。如果被指控罪行根据请求国的法律是不可追诉的，那么“不必”同意引渡，亦即引渡是自由裁量的。但是，引渡法庭必须依据所涉及的条约[……]，对被告的可引渡性做出法律决定。[……]

美国确实承认被指控行为的犯罪性。美国参与了纽伦堡审判，在那里个人因其实施的灭绝平民人口的暴行受到惩治。[……]此外，美国军事法庭因为其在集中营实施的可怕罪行对个人进行了审判。[……]再者，国会和行政部门（通过国务院）都明确指出，他们将大规模谋杀、酷刑以及其它对平民的不人道待遇视为可追诉的罪行。[……]但是，美国现行法律并未规定对被控于二战期间在欧洲

的纳粹集中营谋杀平民的人进行审判和惩治。因此，引渡被告的决定是自由裁量的。根据第3条，法庭的职责是确认被告能否被引渡。行政部门必须决定被告实际上是否将被引渡。[……]

六、抗辩

根据《条约》和《美国法典》第18章第3184页所进行之引渡的所有先决条件均已满足。因此，庭上剩下的唯一问题就是本案是否在《条约》中任何禁止或限制引渡的条款范围之内。被告对可引渡性的认定提出了数个抗辩。如下所示，这些抗辩都缺乏价值。

(一) 以色列法律不是追溯既往的

被告论证说丹珍朱克不可根据《美国法典》第18章第3184页引渡，因为该以色列法律是追溯既往的，违反了以色列的国际法义务和美国宪法。终止案件申请，第7-11页。被告的论证和结论是错误的。

根据国际法，一部使得在实施时不是犯罪的行为成为犯罪的法律，可能是被禁止的追溯既往的法律。今天无需涉及这一问题，因为《纳粹及纳粹合作者(惩治)法》不是追溯既往的法律。该法并未将以前合法的行为宣布为非法，而是为审判以前就公认为犯罪的行为提供了新的场所。根据该法被追诉的被告否则将受到行为发生地国的刑事管辖以及同盟国军事法庭、也许还有德国法庭的管辖。同上，第20-24页；1985年3月8日之法庭命令，第10-12页。

被告被指控的是在实施时就是犯罪的行为。在所讨论的时期，战时谋杀没有自卫能力的平民的行为在国际法上就是非法的。关于陆战法规和惯例的1899年和1907年《海牙公约》[……]都禁止杀害没有自卫能力的人，即使他们是敌国国民，第23条第2、3款，并禁止针对居民的“一般性惩罚”，第50条。上述的规则对于其当事国，包括德国，具有约束力，到1939年时已经被所有文明国家认可，并视为对战争法律和惯例的宣布。[……]而且，声称操作毒气室以及拷打和杀害没有武装的战俘的行为在1942至1943年间不是每个文明国家的法律和标准上的非法行为，是荒谬的。[……]

该以色列法律只是规定以色列法院对于审判被控在域外犯有某些罪行的人有管辖权，并确立了司法程序和适用刑罚。[……]与此相似，根据同盟国的协定，纽伦堡国际军事法庭为追诉被控在二战期间犯有战争罪行的人提供了一个新的场所。该法庭一以贯之地拒绝被告关于他们是根据追溯既往的法律被审判的主张。

[……]因此，以色列没有违反国际法上可能存在的、禁止追溯既往地适用刑事法律的规则。[……]

在特雷布林卡对犹太人、吉普赛人和其他人的谋杀不是第三帝国国内政治骚乱或政治权力斗争的一部分。谋杀是在对波兰的入侵完成之后，针对波兰境内的无辜平民人口实施的。没有任何声称这些被杀害的犹太人和非犹太人是改变政治结构或推翻占领政府的积极企图的一部分的主张被提出，这样的主张也不可能得到支持。[……]

相反，这些无辜的平民人口是“最终方案”计划之内的受害者。被指称的犯罪在实施时并不考虑受害者政治隶属或者政府或军事地位。[……]受害者的平民身份也具有重要性，因为美国并不将对平民不分皂白地使用暴力的行为视为政治罪。[……]被告人关于在特雷布林卡杀害没有自卫能力的平民是纳粹战争活动的一部分、因此在本质上是政治性的主张，是于法无据和令人不快的。无论如何，被指称的在特雷布林卡的谋杀是与第二次世界大战同时进行的这一事实本身，并不足以使得该犯罪具有《条约》含义范围内的“政治性”。

在涉及临时爱尔兰共和军成员的最近另一个引渡案件中，《美利坚合众国与大不列颠及北爱尔兰联合王国间引渡条约》28 U. S. T. 227 (1977) 的政治罪例外条款被解释为只要求不将违反文明行为的国际标准的行为视为政治性的。无疑，一个即使是在经过宣战的战争中或者在公开武装冲突最激烈的情况下也可以恰当惩治的行为，不能也不应当根据《条约》的政治例外条款得到承认。[……]本庭现在不必讨论美国引渡条约中的政治罪例外是否应当被解释得像多尔蒂 (Doherty) 法庭所解释的那么广泛。但清楚的是，即使是这个非常广泛的“政治罪”定义也不包括丹珍朱克被指控的罪行。被指控的这些罪行不符合文明行为的国际标准。[……]

在作为纳粹集中营警卫期间，作为灭绝宗教或种族团体的更大的“最终方案”的一部分对大量平民进行的谋杀，不是“政治性质”的犯罪，因此不属于对引渡的政治罪例外的范围。[……]

结 论

根据《美国法典》第18章第3184页，本庭向国务卿证实：

逮捕令申请和逮捕令中包含的“谋杀”指控是根据《条约》第2条和第3条可引渡的罪行；逮捕令申请和逮捕令提出了合格和足够的证据支持对被告的“谋杀”指控。

[……] 准此。

弗兰克·J.巴蒂斯蒂 (Frank J. Battisti) 首席法官

讨 论

1. 根据哪些法律，丹珍朱克被指控的行为在20世纪40年代是非法的？
2. 法庭可以将以色列对丹珍朱克的管辖权建立在1949年《日内瓦公约》的管辖权条款基础之上吗？或者那将是适用一个追溯既往的法律？本案可以像法庭根据1949年《日内瓦公约》所做的那样处理吗？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条。）
3. 丹珍朱克是否可以因为他的二战罪行在美国根据美国法被惩治？根据国际人道法？美国没有一部给予其对丹珍朱克管辖权的法律，这是否违反国际人道法？美国不惩治丹珍朱克是否违反国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》分别第49/50/129/146条。）
4. 对国际人道法的重大破坏行为可能是禁止引渡的政治罪吗？

三、中国内战

案例91. 中国，毛泽东军事著作

案 例

[资料来源: *Selected Military Writings of Mao Tse-Tung*, Peking, Foreign Language Press, 1963, p.341; 脚注略。]

《中国人民解放军总部关于重新颁布 三大纪律八项注意的训令》

1947年10月10日

1. 本军三大纪律八项注意[……]现在统一规定，重新颁布。望即以此为准，深入教育，严格执行。至于其它应当注意事项，各地各军最高首长，可根据具体情况，规定若干项目，以命令施行之。
2. 三大纪律如下：
 - (1) 一切行动听指挥；
 - (2) 不拿群众一针一线；
 - (3) 一切缴获要归公。
3. 八项注意如下：
 - (1) 说话和气；
 - (2) 买卖公平；
 - (3) 借东西要还；
 - (4) 损坏东西要赔；
 - (5) 不打人骂人；
 - (6) 不损坏庄稼；
 - (7) 不调戏妇女；
 - (8) 不虐待俘虏。

讨 论

1. 这些纪律和注意符合国际人道法吗？
2. 国际人道法的哪些规定在这些纪律和注意中缺失，特别是注意到四个《日内瓦公约》共同第3条？
3. 这些纪律和注意在哪些方面超出了国际人道法的范围？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条和《第二议定书》。）
4. 这些纪律和注意预见的实施机制是哪些？
5. 关于纪律(1)，军队成员必须永远服从命令吗？即使这种命令同其它纪律或注意不一致？

四、朝鲜战争

案例92. 美国，美国诉巴彻勒案

案 例

[资料来源：United States Army Board of Review, 19 CMR 452 (1955)。]

美国诉克劳德·巴彻勒 (Claude Batchelor)
下士 [……] CM 377832
Petition for review by USCMA pending.

1955年8月1日

案件经过：1954年9月30日判决。被批准的判决：

不光彩退伍、完全没收及二十 (20) 年有期徒刑。

判决意见：[……]

—

在一般军事法庭的审判中，本案依召集人指示被作为非死刑案件处理。被告作无罪辩护，但被认定犯有如下罪行：两度未经适当授权同敌人交流 (指控1，细节清单1和2)；发出一封不忠于美国的信，意在鼓动美国平民的不忠和不满 (指控2及其细节清单)；作为战俘时有不当行为 (附加指控1，细节清单2)；非法参与对战俘伙伴的“审判”并建议将其枪决 (附加指控2及其细节清单)。所有罪行都是被告在北朝鲜碧潼 (Pyoktong) 的第五集中营作为战俘被敌人控制时实施的，分别违反了《统一军事司法典》(Uniform Code of Military Justice) 第104、134、105和134条。[……]

二

被告被认定于1951年7月1日至1953年9月1日作为战俘受敌人控制期间，未经适当授权有意同敌人联络、沟通和交流：加入、参与和领导敌人组织的讨论组，提出、发展、讨论和反思美国在朝鲜进行细菌战、是朝鲜冲突中的非法入侵

者、战俘应当信奉共产主义等观点和意见；散发批评美国介入朝鲜冲突的请愿书；敦促联合国战俘签署这些请愿书；帮助敌人影响其它联合国战俘接受和遵循共产主义哲学和原则，违反了《法典》第104条（指控1，细节清单2。）[……]

八

[……]

(三) 拒绝以《战俘法典》被声称的不适用性为理由的请求 (第2、3号)

上诉辩护律师的基本论点是，所有指控都是基于被告作为中国共产党人俘虏期间的行为，都应当被撤销，因为1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》将对战俘的所有权力置于俘获国手中，而从母国手中收回了此种权力（《日内瓦第三公约》）。[……]

(1) 对作为战俘期间所犯罪行的管辖权

上诉辩护律师显然认为，1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》，以及作为补充的《技术手册》19-500号，起到排除任何此种管辖权的作用。诚然，美国有遵守这一公约的法律义务 [……]，而且尽管1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》直到最近，准确地说是1955年7月14日才被批准，但美国在安全理事会的代表1951年7月6日致联合国秘书长的信称“朝鲜的联合国军已经并正在被指示要始终遵守关于……战俘待遇的1949年《日内瓦公约》” (UN Doc. S/2232, 25 Dept/State Bull. 189 (1951))。但是这些战俘公约（以下按年份和条款引用，如1929年第2条）并非意在产生、也不会产生上诉辩护律师所认为的那种效果。它们并不意味着影响母国在战俘被遣返后，对其在敌军俘虏期间违反母国法律所犯罪行的管辖权；也不意味着许可或赦免任何像指控的细节清单所述的那些行为。另一方面，《日内瓦公约》的特定目的在于确保人道待遇，消除对战争受害者的残酷和不人道待遇（1929年前言；1949年第3条）。为实现这一目的，它们只认可俘获国—敌国所施加的不可避免的临时纪律控制（1929年第9、18、45、50、51、54—58、62、66条；1949年第21、39、82、87—94、98、100条），同时表述了战俘继续服务于其母国的原则（《奥本海国际法》，第七版，劳特派特，第二卷，第127e节），并且非常确定地承认其对母国继续效忠（1929年第19、27、31、49、75条；1949年第5、18、22、40、43、49、50、54、68、87、118条），而没有义务对不是其国籍国的俘虏国—敌国效忠（1929年第45、66条；1949年第87、100条；《奥本海国际法》第128节、128b节）。被特别依赖的1929年《公约》第2条和第45条也不支持上诉辩护律师的论点。因此，第2条关于“战俘是在敌方

国家的权力下，而不是在俘获战俘的个人或队伍的权力下”的规定仅仅是确保俘虏国－敌国的人道待遇和保护（温斯洛普 (Winthrop)：《军事法与先例》(Military Law and Precedents) [第二版，1920年重印]，第790页)；通过进一步规定“他们在任何时候都应受到人道待遇和保护，特别是不遭受暴行、侮辱和公众好奇心的烦扰……”，第2条本身也承认这一点。第45条关于“战俘应受拘留国武装部队现行法律、规则及命令的拘束”——第45条是“第三章 对战俘的刑事制裁”的“总则”部分的第一个条款——不过是对我们先前称之为俘获国－敌国所施加的不可避免的临时纪律控制的明示承认。这一点对于规定“战俘应受美国军队包括《军法》在内的现行法律、规则或命令的拘束，而不应受他们在其中服役的武装部队所属国家的法律、规章或命令的拘束”的《技术手册》19-500号第57段（变更7，1945年8月29日）也明确成立；该段是在“纪律和控制”的主标题之下，而《技术手册》19-500号也正是意在作为1929年《日内瓦公约》的补充（变更3，第2a段，1945年8月9日）。[……]

因此，第一个论点明显没有价值。定此。

(2) 《战俘法典》第104条的适用性

无论是1929年还是1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》都没有哪怕是暗示地许可指控1的细节清单所指的交流行为。相反，《日内瓦公约》只不过要求战俘“当其受询问时，应告以其真实姓名和等级或其部队番号”（1929年第5条；1949年第17条），以及允许战俘直接（1929年第42条；1949年第78条）或通过其代表（1929年第43条；1949年第79条）对在俘情况提出申诉。战俘不得被胁迫提供任何其它信息（1925年第5条；1949年第17条）。因此，已经有人指出：

“显然，战俘没有义务就除其等级和身份之外的其它事项提供信息。对给予提供此种信息的战俘进行处罚或虐待是非法的。……”（惠顿：《国际法－战争》，第7版，1944年，第184页）

及

“《日内瓦公约》详细规定了可以要求战俘提供的信息。信息仅限于他的姓名、等级、出生日期，及军、团、个人番号。……”（《奥本海国际法》，劳特派特，第二卷，第127页）

显然，对公布身份或申诉在俘条件的许可，无论如何延伸想像力，也不能被解释为对从事本案被告被指控的这些行为的许可。[……]

现在能否首次公平地说，国会自己的意图是让这些军法条款包含一个默示例外，原因仅仅是不交流规则在所提及文本中被陈述为“绝对的”，而根据对我们

有法律约束力的那些战俘公约，战俘的某些轻微背离，如公布身份和申诉，是可以接受的？我们认为不能。[……]

[……]

九

审查委员会认为有罪认定和已获适当机构批准的判决在法律和事实上均系正确，并基于整个记录确定其应当被批准。特此确认有罪认定和判决。

讨 论

1. 战俘能否对其本国援引《日内瓦第三公约》？《日内瓦第三公约》是否调整战俘同其本国之间的关系？
2. 战俘应受拘留国法律还是他所依靠的国家的法律拘束？（参见《日内瓦第三公约》第82和99条。）如果二者冲突怎么办？
3. (1) 国际人道法是否保护战俘对其所依靠国家的效忠？拘留国能否允许战俘违反这一义务？能否鼓励他这样做？若他这样做，能否答应给予他超过《日内瓦第三公约》规定范围的好处？拘留国能否允许战俘在其他战俘中间进行不利于他自己国家的宣传？在媒体上？（参见《日内瓦第三公约》第87条。）
(2) 如果战俘改变其效忠对象，出于自由意志宣布对拘留国效忠，他是否丧失《日内瓦第三公约》上的权利？他可以被接受加入（前）拘留国的武装部队吗？（参见《日内瓦第三公约》第7、23、52和130条。）

五、匈牙利

案例93. 匈牙利，战争罪决议

案 例

[资料来源：53/1993. (X. 13.) AB (On War Crimes); 原文为匈牙利文，in *Magyar Közlöny*, 1993, p. 147; 英文翻译由法院职员提供。http://www.cicr.org/ihl-nat.]

以匈牙利共和国名义的决议
宪法法院，1993年

基于共和国总统提出的关于审查国民大会通过但尚未公布的这部法律的条款的申请，宪法法院决议如下：

- 1. 在适用《刑法典》第33条第2款时的一项宪法要求是，不适用法定时效的决定只能针对那些根据在行为实施时有有效的匈牙利法律，尚在追诉期内的刑事犯罪；除非国际法将该罪行界定为战争罪或危害人类罪，宣布不适用法定时效或使得不适用成为可能，而匈牙利已经承担了排除法定时效适用的国际法义务。
- 2. 宪法法院认为，对于下列被国际法界定的罪行适用《刑法典》第33条第2款，而不考虑行为实施时的匈牙利法定时效规定，符合《宪法》。

1949 年 8 月 12 日在日内瓦签订、适用于 1949 年 8 月 12 日签订的四个《日内瓦公约》共同第 2 条所认定的两个或两个以上缔约国间一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突的《关于战时保护平民的日内瓦公约》所界定的“严重违反权利行为”；

在共同第3条所认定的在一缔约国领土内发生的非国际性武装冲突中的禁止行为。[……]

论 证

一、

- 1. 1993年2月16日，国民大会通过了“关于1956年10月革命和自由斗争期间所犯的某些刑事罪行的程序”的法律(以下简称“《法律》”)。

《法律》的条文如下：[……]

第2条第1款：在签订于1949年8月12日、由1954年第32号法律加入的关于保护战争受害者的四个《日内瓦公约》中，联系：

- (1) 基于共同第3条第1款的1949年8月12日《关于战俘待遇的公约》第130条；及
 - (2) 基于共同第3条第1款、界定“严重违反权利行为”的1949年8月12日《关于战时保护平民的公约》，同时注意1968年11月26日联合国大会通过并经由1971年第1号法律生效的《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》第1条第1款，在涉及法定时效对惩治1956年10月革命和自由斗争期间所犯刑事罪行的适用性时，必须适用《刑法典》第33条第2款。[……]
2. 根据《刑法典》第33条第2款，对于下列犯罪的惩治不适用法定时效：
- (1) 战争罪，[……]
 - (2) 危害人类的其它罪行（第六章）；[……]

四、

战争罪和危害人类罪的特殊性

在本案中，对《宪法》和国内法的解释都必须根据这一事实，即适用于战争罪和危害人类罪的规范构成国际法的一个特殊部分，不仅包括国家彼此之间的责任，还包括个人的义务和刑事责任。国际法藉此触及了一个原本属于主权国家国内刑事权力范围的领域，并且在处理战争罪和危害人类罪时，在很多方面与国内刑法的原则和适用方式有所不同。

1. 就战争罪和危害人类罪而言，所指罪行不是基于国内法上的犯罪分类法，而是被界定其要素的国际社会认为构成刑事犯罪的行为。[……]
2. 国际社会起诉和惩治战争罪和危害人类罪；途径首先是国际审判，其次是坚持要求想要成为国际社会成员的国家起诉犯罪者。[……]
3. 因此，起诉和惩治危害人类罪和战争罪的国家是基于国际社会的授权、根据国际法设定的条件行事。国际社会偶尔也可能要求通过国际组织的行动，审查和拒绝不符合国际法的国内法律实践。[……]

4. 对战争罪和危害人类罪的起诉和惩治只能在法律保证的框架内进行；在没有这种法律保证的情况下保护人权是自相矛盾的。但是，国内法上的法律保证不能代替或取代这些国际保证。
 - (1) [……]国际法的发展已经不断将“国际人道法”的领域从战争语境中分离出来，并且已经使得对这些罪行的起诉和惩治独立于国内刑法的要求和条件，包括在法定时效的适用性方面，已经签订了两个关于战争罪及危害人类罪不适用法定时效的公约。
 - (2) [……]1968年《纽约公约》（《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》）的目标正是在于结束国内法的差异所带来的不确定和随意性；它宣布，本公约所列举的战争和危害人类罪，“不论其犯罪期日，不适用法定时效”。从该公约的序言可以看出，战争罪和危害人类罪一方面是“普通罪行”，另一方面却又不能以同样的方式对待。[……]

《欧洲保护人权与基本自由公约》第7条第2款和《公民权利与政治权利国际公约》第15条第2款允许缔约国对国际社会界定的罪行不适用法定时效。相反，《纽约公约》用强制性规定取代了这一许可性规定。而且，《纽约公约》是溯及既往的。[……]

五、

国际法和《宪法》界定的刑事罪行

1. [……]关于战争罪和危害人类罪的法规无疑是习惯国际法的一部分；它们是国际社会普遍承认的原则，或者按照《匈牙利宪法》的说法，它们属于“国际法所普遍承认的规则”。[……]
4. [……]
 - (2) 正是“基于”1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》所界定的“严重侵犯权利行为”，并考虑到禁止对起诉和惩治战争罪及危害人类罪适用法定时效的1968年《纽约公约》，《法律》第2条规定对1956年10月革命和自由斗争期间所犯罪行适用《刑法典》第33条第2款。

关于四个《日内瓦公约》共同第2条的“严重侵犯权利行为”涉及国际武装冲突。对于非国际（国内）武装冲突而言，被认为应禁止的行为由共同第3条界

定。四个《日内瓦公约》各自在不同条款中确切和详细界定了受保护人员的范围；只有针对这些类别的人员才可能实施“严重侵犯权利行为”。[……]

相反，共同第3条“不论何时何地”，适用于“不实际参加战事”的所有人员。

《法律》在制定中合并了《日内瓦公约》涉及不同主题和不同类别受保护人员的若干规定，在它们之间建立了《日内瓦公约》中所没有显现的联系。国内法规不得改变国际协定的内容。因此，有理由关注《法律》条文的合宪性问题。

宪法法院指出，1968年《纽约公约》关于不适用法定时效的要求不只是针对《日内瓦公约》所禁止的、构成“严重侵犯权利行为”的行为。《纽约公约》第1条第1款——有鉴于此《法律》要求适用《刑法典》第33条第2款——确实提及“严重侵犯权利行为”，但只是作为纽伦堡国际军事法庭所界定的战争罪的例子。根据第1条，不论其犯罪期日，下列刑事罪行不适用法定时效：(1) 1945年8月8日《纽伦堡国际军事法庭宪章》所界定的战争罪，尤其是那些被列举为“严重侵犯权利行为”的罪行。

四个《日内瓦公约》共同第3条所列举的行为构成危害人类罪，“不论何时何地”都被禁止，其中所包含的最低限度要求是武装冲突中的每个当事国都有义务遵守的（与“严重侵犯权利行为”的适用范围不同）。根据四个《日内瓦公约》共同第3条第2款，冲突当事国可以用特别协议的方式使该公约的其它条款发生效力，并且当事国应当努力这样做。因此，对关于第3条的“严重违反权利行为”的惩治需要有特别协议。

但是在国际法院看来，第3条所规定的禁止是基于“基本的人道考虑”，在任何武装冲突中都不能被违反，无论其性质是国际还是国内。

军事和准军事行动案（尼加拉瓜诉美国），1986 I.C.J.4 (June 27) at 114 [参见**案例130**。国际法院，尼加拉瓜诉美国案，第1359页]。也正是在提及危害人类罪的定义时，授权设立一个负责起诉在前南斯拉夫领土内所犯罪行的国际法庭的联合国报告（第47页）援引了《日内瓦公约》第3条。

因此，惩治四个《日内瓦公约》共同第3条所列举行为的法定时效也不会过期；万一这些罪行由于受保护人员的范围或者行为的实施方式而不属于《纽约公约》第1条第1款所界定的战争罪，它们也会不可避免地被有关危害人类罪的该公约第1条第2款的不适用法定时效的要求所涵盖。

(3) [……]宪法法院指出，将特定刑事罪行划归战争罪或危害人类罪是否适当最终将由国际社会进行监督，如果这些案件被提交国际人权委员会或人权法庭。

(4) [……]因此，《日内瓦公约》是否已被适当宣布无关紧要，匈牙利国所承担的实施义务是否发生在被《法律》指定为该法适用时限的日期（即1956年10月23日）之前也无关紧要。国际法和其后国内立法所规定的犯罪人的刑事责任可以使责任的全部范围生效。[……]

布达佩斯 (Budapest), 1993年10月12日

[……]

讨 论

1. 匈牙利法第2条处理发生在哪种冲突中的犯罪？冲突的种类与国际人道法的适用有关吗？如果是，如何有关？法庭默示还是明示地对1956年发生在匈牙利的事件进行定性？
2. (1) 关于四个《日内瓦公约》所界定的“严重破坏行为”（或者译自匈牙利语的、法庭所使用的“严重侵犯权利行为”）的规定适用于哪种冲突？（参见四个《日内瓦公约》分别第50/51/130/147条。）
(2) “严重破坏行为”这一概念也涵盖四个《日内瓦公约》共同第3条吗？如果不，匈牙利法是否做出了这种区分？法庭呢？法庭说“《法律》在制定中合并了《日内瓦公约》涉及不同主题和不同类别受保护人员的若干规定，在它们之间建立了《日内瓦公约》中所没有显现的联系”是什么意思？（参见判决第4部分第4段第2小段。）
3. 根据法庭的讨论，法定时效对哪类犯罪不适用？违反四个《日内瓦公约》共同第3条的行为属于这些犯罪吗？如果是，属于哪一类别？
4. 违反四个《日内瓦公约》共同第3条的所有行为都是危害人类罪吗？（参见**案例180**. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇案，2. 审判分庭，事实真相，第626–659、700段及3. 上诉分庭，事实真相，第238–304段，第1794页。）
5. 国际法是否规定对某些犯罪有义务排除适用法定时效？（例如，参见《欧洲保护人权与基本自由公约》第7条第2款、《公民权利与政治权利国际公约》第15条第2款和1968年《纽约公约》（《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》）。）国际人道法所规定的镇压严重破坏行为的义务是否排除法定时效的适用？

六、果阿

案例94. 印度，蒙泰罗神父诉果阿案

案 例

[资料来源：India, Supreme Court Reports, 87-102(1970)；脚注略。]

赛巴斯蒂昂·弗朗西斯科·沙维尔· 多斯雷梅迪奥斯·蒙泰罗神父 诉 果阿

1969年3月26日

[……]

Hidayatullah首席法官宣读了法庭判决：

上诉人（蒙泰罗神父）是果阿居民。在果阿被印度兼并后，他可以选择成为印度国民或保留葡萄牙国籍。他选择了后者，被登记为外国人。他还获得了临时居住许可[……]。停留期结束后，他没有要求延期或更新。他被果阿副总督要求离开印度。[……]蒙泰罗神父没有遵守这一命令，结果被起诉[……]。他被定罪和判决[……]。现在他根据本庭的特别许可上诉[……]。

蒙泰罗神父的抗辩是他受1960年《日内瓦公约法》保护，副总督驱逐他的命令超越了该法赋予的权限，并且他没有实施任何罪行。司法委员及两个下级法院基于不同理由，认为《日内瓦公约》在果阿成为印度一部分后停止适用，并且印度的国内法院对于国家行为不能给予他任何救济。在我们面前的上诉中，皇家大律师爱德华·加德纳（Edward Gardner）先生经本庭许可代表蒙泰罗神父出庭。

为了理解本案，有必要简单回顾对果阿的兼并以及其后发生的事情。果阿在被葡萄牙武力夺取后，作为其殖民地大约450年。1961年12月19日，印度武装部队在短时间军事行动后占领了果阿，它由此处于印度管理之下。1962年3月27日，《宪法（第12修正案）法》通过，并被视为自1961年12月20日起生效。通过这一修正案，果阿被包括在联邦领土中，在《宪法》第240条中也插入了有关

果阿的内容。于是印度的许多现行法律开始适用于果阿，并发布了许多规章和命令。[……]

首先可以说，加德纳先生（辩护律师）承认他并不质疑军事行动或兼并的合法性。事实上，他很明确的说我们可以将兼并视为合法。他的论点，简言之，是副总督的命令相当于对蒙泰罗神父的驱逐，而《日内瓦公约》在尚未有效结束的占领期间给予免受这种驱逐的保护，因此他没有实施任何犯罪。

这一论点忽略了国际法的一条基本原则。蒙泰罗神父通过他的声明保留了葡萄牙国籍。他在印度的逗留应受印度的一般法律和果阿的特别法律拘束。毋庸置疑，外国人的接收和居住是自由裁量事项，每个国家基于其属地优越性，不仅有法律权利也有权限从其领土整体或任何部分驱逐外国人。[……]

在这一主张被解决后，加德纳先生从1960年《日内瓦公约法》的规定为其抗辩寻求支持。该法是为了实施1949年在日内瓦签署的国际公约而通过的。印度和葡萄牙都签署和批准了《公约》。加德纳先生依赖《关于战时保护平民的第四公约》的规定。他特别提及第1、2、4、6、8、47和49条。根据第1条和第2条，在一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态，以及凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，都存在尊重和确保尊重《公约》的义务。第4条界定了受保护者，该表述包括那些在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突方或占领国手中的人。然后第6条规定《公约》开始和停止适用的时间。《公约》从任何冲突或占领开始时适用。在冲突各方领土内，《公约》在军事行动全面结束时停止适用。在占领地内，《公约》在军事行动全面结束后一年停止适用，但在占领期间，占领国在该国于占领地内行使政府职权之限度内，应受《公约》第1—12、27、29—34、47、49、51、52、53、59、61—73和143条的拘束。

我们接下来遇到第47和49条；它们是问题的关键所在，也是寻求保护的依赖。加德纳先生指出，根据第8条，即使是受保护者也不得在任何情况下全部或部分放弃《公约》所赋予他们的权利。因此，本案取决于第47和49条是否适用。现在我们可以读一下第47和49条：

“47. 本公约所赋予在占领地内之受保护者之各项利益，均不得因占领领土之结果引起该地制度或政府之变更，或因被占领地当局与占领国所订立之协定，或因占领国兼并占领地之全部或一部，而在任何情况下或依任何方式加以剥夺。”

“49. 凡自占领地将受保护者个别或集体强制移送及驱逐往占领国之领土或任何其它被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何，均所禁止。[……]”

我们面前的当事方之间的分歧点，就第47条而言是尽管有领土之兼并，占领是否继续；就第49条而言则是副总督的命令是否意味着对受保护者的驱逐。

加德纳先生的意见是：所做出的命令是驱逐令，因此是对《日内瓦公约》的越权行为。这些公约创设了个人权利，它们甚至不能被放弃。只要占领延续，就有这些权利，而《日内瓦公约》也不能被孤立看待，而是必须结合作为实在法一部分的国际法来理解。它们不应被轻易放弃。在他看来，征服过去是取得领土的一种手段，但在《国际联盟盟约》、《联合国宪章》和《非战公约》之后，通过武力取得领土在国际法上不再赋予任何所有权。因此，占领只能针对无主地 (*terra nullius*)，现在已不可能。他[……]说《日内瓦公约》的起草历史表明这正是被寻求避免的危害，而《公约》通过议会立法已经成为印度法律的一部分。他承认果阿解放战争及兼并是合法的，但辩称兼并并未剥夺受保护者应受的保护。在他看来，一旦有军事行动和占领，占领不能通过将果阿领土并入印度的单方行为停止。如果印度不想受《公约》拘束，在第158条中有退出方法，但由于《公约》是根据第159条登记的，在后期即使是退出也不可能了。他依赖第77条，认为“解放”意味着占领终止之时。《宪法》的修正案仅仅是在涉及印度的范围内将兼并合法化，但在国际法上该领土仍处于占领之中。占领并未终止，也不能被单方终止。第47条的文字足够清楚地确立了这一点。简言之，论点是占领不因兼并而终止，保护因此持续，直至领土被割让或者占领国撤出领土，而二者均未发生。[……]

代表印度国的论点是，占领是指武装部队的占领或者说交战占领，占领随征服以及随之而来的被征服状态而终止。[……]我们必须在这两种意见之间做出决定。

这是首个此类案件[……]。我们认为，加德纳先生关于《日内瓦公约法》使得蒙泰罗神父的行为不可处罚的抗辩必须被否定。

首先，《日内瓦公约法》没有给予任何人具体权利来向法院主张。[……]被侵害的当事方必须采取何种方法来说服国内法院不是非常清楚，但鉴于我们对本案其它部分的结论，我们不必考虑这一点。我们将考虑《公约》本身。[……]

1960年《日内瓦公约法》[……]分为五章。[……]该法然后在附录中列出《公约》，四公约被列在同样数量的附录中。

然后我们将会看到，该法本身没有提供任何具体救济。通过规定对破坏《公约》行为的刑罚，它倒是的确提供了间接的保护。政府没有使得《公约》可以对自己强制执行，该法也没有给予任何当事人强制执行《公约》的诉因。因此，只

存在印度政府在平民待遇方面尊重《公约》的义务，而没有为受保护者创设本庭被要求强制执行的权利。如果没有法院可以强制执行的法律条款，法院是无能为力的[……]。

然而，上诉人寻求借助《日内瓦公约》来证明他不能被强制离开果阿，从而没有实施任何犯罪。因此，我们可以就《日内瓦公约》，尤其是关于战时保护平民的《日内瓦第四公约》说几句。公约和条约过去对保护平民的规定并不充分。[……]1907年《海牙第四公约》有第42-56条，但这一保护限于被敌军占领的场合。《章程》仅仅陈述原则，要求维持法律和秩序并尊重家庭权利、人的生命和私有财产，以及禁止集体处罚。实际上，这些规定限于“战争前沿”，而不适用于发生“全面战争”、平民同军队一样暴露于战争危险下的情形。[……]

[……]1949年《日内瓦公约》是附加于《章程》的，《日内瓦公约》第154条也是这样明确规定的。

《海牙章程》第42-56条包含了一些关于保护被占领地居民的有限的一般性规则。《章程》是补充性的。必须阅读的是第43和55条，它们《日内瓦公约》中没有对应条款。它们与本案并不相关。类似的，因为在《日内瓦公约》中没有“占领”的定义，必须阅读《章程》第42条，因为它包含一个定义：

“42. 领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。”

《章程》进而责成对该领土有权力的当局采取一切措施建立和确保法律及秩序。《章程》一般性地责成占领国尊重被占领地居民的人身和财产。没有条款表明占领何时发生，何时终止。正是因为这一缺失，本案中上诉方才主张只要被征服者没有割让领土或者征服者没有撤出，占领就一直延续，《日内瓦公约》的保护也一直延续。但是，规定《日内瓦公约》适用的开始和停止时间的第6条为此问题提供了一些说明。

这样剩下的问题就是，占领意味着什么？这当然不是对无主地的占领，而是别的什么。因为《日内瓦公约》中没有占领的定义，我们不得不转向《日内瓦第四公约》第154条所指向的《海牙章程》。[……]

必须阅读《章程》中的“占领”定义，因为《章程》是原始规则，《公约》只是《章程》的补充。我们已经引用了该定义，它表明领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。这意味着占领是由军事当局进行的。在“正义案”中法庭指出，关于交战占领的法律只适用于实际作战期间的占领；一旦敌人被彻底击败，那些法律就不再适用于接下来的占领。

问题因此转化为：第47条中所说的占领是交战占领还是彻底击败敌人后的继续占领？关于这一点我们必须从国家当局的声明中找到国家事实。军事占领是暂时性的事实 (*de facto*) 状态，不剥夺被占领国的主权，也不使它失去国家地位。所发生的全部事情就是被占领国暂时 (*pro tempore*) 不能行使其权利。换言之，交战占领意味着政府不能行使职能，而由占领军行使权力。

相反，兼并不发生于占领国取得被占领地并使其成为本国领土的情形。兼并产生管理领土的法律 (*de jure*) 权利。兼并意味着不仅有占有，还有对领土无可争议的主权。[……]军事占领必须同被征服状态相区分；在后者中领土不仅被征服，还被征服者兼并。

但是，真正的兼并与单方和过早的兼并，或者有时被称为预期兼并，有所区别。只要战事还在继续，战场上还有反抗的军队，即使被占领国已经被完全逐出领土，法学家也将兼并视为过早。通过单方行动的预期兼并不是真正的兼并。只有当领土被征服和顺从时，才是真正的兼并。[……]

《日内瓦公约》正确地规定，兼并对于保护没有影响。但它们所说的是过早或预期兼并。过早或预期兼并没有影响。这样的抗辩基于同样的理由被纽伦堡法庭否定。实际上，在《日内瓦公约》本身的起草过程中，专家半倾向于在第47条的“兼并”前加上“声称”一词，以区分征服和顺从之后的兼并与战事尚在进行之中的兼并。征服结束战争状态，并摧毁现有政府权利来源。在被承认为所有权的取得方式之一的征服中，不但事实 (*de facto*) 所有权而且法律 (*de jure*) 所有权都转移给征服者。在征服之后，居民必须遵守所制定的法律，不得反抗之。

因此，被接受的原则就是，占领国必须适用《日内瓦公约》，即使其在冲突期间声称已经兼并了被占领地。然而，如果冲突已经结束，战场上已没有敌军，那么兼并就具有创设领土所有权的效果。人们可能会问，那为什么第6条提到一年的期间？我们给出的理由是，如果被占领国反败为胜，那么领土将在一年内被解放；而如果占领国保持胜利，战事停止，那么针对平民的强力措施将不再必要。在此，如同在其它法律中一样，界线被主观地划定为一年结束时。或者，占领，这里指的是交战占领，也可以随战事停止和领土成为占领国一部分而终止。[……]

对新领土的所有权何时开始的问题不容易回答。[……]

尽管《联合国宪章》规定有不使用武力侵害他国领土完整的义务（第2条第4段），但第二次世界大战之后的事件表明通过征服转让领土所有权仍然受到承认。[……]如果战败后的割让能够创设所有权，那么占领加上无抵抗必然产生同样的所有权。

本案中的事实是，交战只持续了几小时，然后便再没有任何抵抗。[……]1961年12月20日的占领既不是交战占领也不是过早占领，而是征服和顺从后的真正兼并。必须记住，加德纳先生承认兼并是合法的。因此，由于第47条意义上的占领已经终止，保护也必须终止。我们因此认为，本案中不存在破坏《日内瓦公约》的行为。[……]

《日内瓦公约》在1961年12月20日之后停止适用。印度政府提出给蒙泰罗神父印度国籍和公民身份，但他予以拒绝并保留了葡萄牙国籍。作为葡萄牙国民，他只有拿到许可才能在印度逗留。因此，根据适用于他的法律对他进行的起诉是正确的。因为关于该审判没有提出申诉，上诉必须失败。上诉将被驳回。

驳回上诉。

讨 论

1. 领土何时被视为被占领？《日内瓦公约》使用的占领定义是什么？（参见《日内瓦第四公约》第154条和《海牙章程》第42条；参见文件1，《海牙章程》，第553页。）
2. (1) “交战占领”同“占领”的区别何在？为什么这一区别在法庭对第47条的分析中有意义？
(2) 国际人道法禁止占领国兼并被占领地吗？根据国际人道法，对领土的兼并是否结束其被占领状态并从而终止《日内瓦公约》的适用？是“真正兼并”还是“过早兼并”有影响吗？《日内瓦第四公约》是否区分不同种类的兼并，例如规定只适用于“过早兼并”？
(3) 上诉人对兼并合法性的承认是否真的削弱了他的论证？如果上诉人没有承认兼并的合法性，法庭的决定会有所不同吗？
3. (1) 法庭关于“占领”与“交战占领”之间以及“真正兼并”与“过早兼并”之间区别的论证是否有效回应了上诉人的观点，即“只要被征服者没有割让领土或者征服者没有撤出，《日内瓦公约》的保护就一直延续”？《日内瓦第四公约》在被占领地的适用如何才能终止？法庭在确定《日内瓦公约》适用性时所采用的“占领”与“交战占领”的区别，同四个《日内瓦公约》共同第2条一致吗？
(2) 如果不按法庭而是按上诉人的论点，《日内瓦第四公约》何时在果阿停止适用？这种解释的好处和坏处是什么？
4. 法庭对其提出的关于《日内瓦第四公约》所说的《公约》（在军事行动全面结束后）一年适用期的问题是否给予了充分回答？
5. 占领国是否可以自由决定外国人在被占领地的去留？关于被占国国民？关于其他外国人？根据国际人道法，占领国在此问题上有哪些可能性和限制？（参见《日内瓦第四公约》第4、48、49和64条，1907年《海牙章程》第43条。）

6. (1) 禁止逐出被占领地的规定是“自动执行”的吗？对此问题的回答在印度法律体系中有关紧要吗？《日内瓦第四公约》第49条被纳入印度立法了吗？上诉人为何不能在印度最高法院面前援引之？
- (2) 一部将《日内瓦公约》纳入国内法的法律是否“没有给予任何人具体权利来向法院主张”，以寻求对违法行为的救济？这样一部法律没有使得《日内瓦公约》可以“对政府自己”强制执行吗？刑事法庭上的被告不应当至少有权主张，被纳入的国际条约使其被声称的罪行具有正当理由吗？
- (3) 那么《日内瓦公约法》还有其它什么目的？在法庭看来，为了允许法院执行《日内瓦公约》，该法应当如何拟订？

七、古巴

案例95. 古巴，被俘“游击队员”的地位

案 例

[资料来源: Chapelle, D., “How Castro Won,” in Greene, T.N. (ed.), *The Guerrilla-And How to Fight Him: Selections from Marine Corps Gazette*, 1965, p. 233. Also cited in Walzer, M., *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York, Basic Books, 1977, 360 pp.]

当晚，我看到数以百计的巴蒂斯塔军 (Batistianos) 从一个小镇要塞投降。他们被聚集在由反叛的美军冲锋枪手围成的空四方形内，听劳尔·卡斯特罗 (Raul Castro) 训话：

“我们希望你们同我们待在一起，跟这么虐待你们的主人战斗。如果你们拒绝这个邀请——对此我不会再重复——你们明天将会被送交古巴红十字会照管。一旦你们再次处于巴蒂斯塔的命令之下，我们希望你们不要再拿起武器对付我们。但是，如果你们要，那么记住这一点：

“我们这次俘虏了你们。我们可以再次俘虏你们。当我们俘虏你们时，我们不会恐吓、折磨或者杀死你们……如果你们第二次甚至第三次被俘虏……我们将再次把你们送回去，同我们现在正在做的一模一样。”

讨 论

1. 根据国际人道法，那些在非国际武装冲突中参加作战的人，如果被俘，是否享有战俘地位？在此劳尔·卡斯特罗可以怎样处理那些被俘的人？他们能由于为错误事业战斗而被定罪吗？
2. 他所做的合法吗？他的行动是否超越了甚至是适用于国际武装冲突的法律？
3. (1) 国际人道法是否保护战俘对其所依靠国家的效忠？拘留国能否允许战俘违反这一义务？能否鼓励他这样做？（参见《日内瓦第三公约》第87条。）
(2) 如果战俘改变其效忠对象，出于自由意志宣布对拘留国效忠，他是否丧失《日内瓦第三公约》上的权利？他可以被接受加入（前）拘留国的武装部队吗？（参见《日内瓦第三公约》第7、23、52和130条。）

4. 根据国际人道法，战俘被遣返后能否再次拿起武器？（参见《日内瓦第一公约》第14条和《日内瓦第三公约》第117条。）如果再次被俘，他们的命运如何？
5. 劳尔·卡斯特罗的做法的风险和好处是什么？会促进他的胜利吗？
6. 此处指派给古巴红十字会的任务是否适当？由红十字国际委员会承担这一职能是否更为适当？为什么？（参见**文件20**.《国际红十字与红新月运动章程》，第670页，第3、5条。）

八、也门

案例96. 1967年红十字国际委员会关于也门的报告

案 例

[资料来源: *Annual Report 1967*, ICRC, PP. 15-17.]

也门

红十字国际委员会在北也门的医疗活动。向也门的保皇党人控制地区的伤病员提供医疗援助，是红十字国际委员会1967年在该地区的主要活动。

但是，这个代表团的工作因数个事件而变得极为困难。首先是1月发生在Jauf Ketaf的事件，1967年1月5日对这个村子进行的一次空袭使得大约120人丧生，其中很多是妇女和儿童。

这次攻击促使红十字国际委员会在1月31日向交战方发出如下呼吁：

“日内瓦红十字国际委员会极度关切最近在也门及其临近地区针对平民人口的空袭以及被声称的毒气使用。

鉴于由此造成的苦难，红十字国际委员会诚挚呼吁冲突涉及的所有当局在一切情况下尊重被普遍承认的国际道德和法律人道规则。

红十字国际委员会有赖于所有被涉及势力的理解和支持，以使其医生和代表能够继续在可能的最佳条件下开展工作，向冲突受害者提供公平援助。

红十字国际委员会借此机会确认，为了需要其援助的人的利益，已经将不公开其代表在履行职能过程中所观察到的情况作为一般规则。但是，这些观察结果将用于支持其在任何必要时候都不懈进行的适当谈判。”

5月12日的又一次袭击造成75人死亡。一支红十字国际委员会医疗队在自己遭到空中攻击后，赶往那里进行救助。6月2日，由红十字国际委员会医生撰写的报告被送往冲突的政府当事方，提供他们观察到的情况，并请后者承诺不在任何情况下使用1925年《日内瓦议定书》所禁止的作战方式。

自那以后，红十字国际委员会没有再接到有关此类事件的报告。

6月底，红十字国际委员会的代表之一成为一起严重事故的受害者。在奈季兰—Gizan前线随机护送一批药品时，劳伦特·Vust先生在着陆坠毁中严重受伤。他是唯一的幸存者，被严重烧伤。Vust先生1967年12月底仍在接受治疗。

另一个事故降临到代表团头上。8月26日一支红十字国际委员会车队在Jauf沙漠中遭贝多因人伏击，年轻的医生弗雷德里克·德布罗斯 (Frédéric de Bros) 被子弹击中左臂，造成开放性骨折，并导致该手臂部分麻痹。

到了秋天，作为在喀土穆 (Khartoum) 签订的协定的结果，红十字国际委员会已原则上同意在年底终止其医疗行动。

然而，战斗于12月在萨那附近再度打响。结果，医疗行动不得不在保皇党人阵地后方继续进行。经过奈季兰和Jihanah之间600公里的铁路行程，克服了沿途的所有困难，一支红十字国际委员会医疗队在Jihanah镇驻扎下来。他们晚上工作，白天躲在一个箱子中。在预计只会发现少量伤员的Jihanah，医疗队找到了大约30名处于无法形容的不幸状态中的被遗弃的伤员，其中大约20人受到严重伤害和野蛮的肢体残伤，大部分是妇女和儿童。

在这种条件下，可以理解红十字国际委员会医生的工作是最困难的事情之一，如果再加上受红十字标志保护的医疗队在1967年期间被两次轰炸和攻击这一事实的话。其成员为了他人而冒生命危险的勇气值得高度赞扬。

最后，鉴于战斗重新开始，红十字国际委员会在1967年最后几天里向冲突双方第二次发出呼吁，请求其尊重《日内瓦公约》所包含的基本人道原则。

讨论

1. (1) 每个故意杀死和伤害平民的攻击是否都违反国际人道法？如果不是，在哪些情况下违反国际人道法？在国际冲突国际人道法和非国际冲突国际人道法上情况是否有所不同？如果这些攻击寻求恐吓平民人口呢？（参见《第一议定书》第51条第2款和《第二议定书》第13条第2款。）每个针对平民的攻击是否都违反第一或第二附加议定书？（参见《海牙章程》第25条，《第一议定书》第51条和《第二议定书》第13条。）
- (2) 妇女和儿童在非国际武装冲突国际人道法上不是应当受到特别保护吗？（参见《第二议定书》第4条第2款第5项和第3款。）这一保护在本案中是否相关？
2. (1) 非国际冲突国际人道法给予伤病员何种保护？他们有权享受何种照顾？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条第2款和《第二议定书》第7条。）非国际武装冲突国际人道法给予伤病员的保护和照顾同国际武装冲突国际人道法一样广泛吗？

- (2) 红十字国际委员会在也门关于伤员的哪些发现构成对国际人道法的明确违反？如果只适用四个《日内瓦公约》共同第3条？如果适用国际武装冲突国际人道法？
- (3) 国际人道法为给予那些照顾伤病员和提供救济的人何种保护？（参见《第二议定书》第11和18条。）如果医院和医疗人员被频繁攻击，如同此处的红十字国际委员会医疗队和人员一样，那么人道组织应当何时离开？特别是当标志已经明显不被尊重时？（参见《第二议定书》第12条。）如果那意味着没有人留下来救助受害者怎么办？
3. (1) 使用化学武器是否被习惯国际法禁止？还是纯粹通过条约法？（参见《海牙章程》第23条第1、5款，《第一议定书》第35和51条，以及文件2. 1925年《日内瓦化学武器议定书》，第560页。）然而，这些规定适用于这一局势吗？非国际武装冲突国际人道法对于被禁止武器的规定为何如此模糊？因为习惯国际人道法禁止这种武器？因为这一禁止可以从“马尔顿斯条款”以及多少可以从四个《日内瓦公约》共同第3条推导出来？还是因为《第二议定书》预期援引国际武装冲突国际人道法？在所有方面？如果只是一些方面，那么是哪些？（参见《海牙章程》第23条第1、5款，四个《日内瓦公约》分别第63条第4款/第62条第4款/第142条第4款/第158条第4款，《第一议定书》第1条第2款和第35条第2款，以及《第二议定书》序言第4段。）
- (2) 不管规则的起源如何，作为1925年《战争中禁用窒息性气体、毒气体或其它气体及细菌作战方法的议定书》（参见文件2. 1925年《日内瓦化学武器议定书》，第560页。）的当事国，也门不是被禁止使用化学武器吗？
4. (1) 红十字国际委员会的公开呼吁是否意味着实施国际人道法的正常和具体机制在特定局势中不起作用？
- (2) 为了在具体局势中决定是否就违法行为向冲突各方发出公开呼吁，你建议红十字国际委员会采取何种标准？这样的呼吁实际上是对所有当事国“确保尊重”国际人道法的呼吁吗？
- (3) 这一呼吁是否尊重了红十字中立和公平原则？根据这些原则，红十字国际委员会有必要批评交战者吗？因为持续的违法行为？根据这两项原则，红十字国际委员会是否永远也不能只批评武装冲突一方？
- (4) 如何解释为什么红十字国际委员会作为一般原则采纳了不公开其代表观察到的情况的政策？这是红十字中立和公平原则的结果吗？还是仅仅是工作道德？

九、马来西亚

案例97. 马来西亚，公诉人诉黄启开案

案 例

[资料来源：Levie, H.S.(ed.), *International Law Studies:Documents on Prisoners of War, Naval War College, R.I., Naval War College Press, vol. 60, Document No. 155, 1979, pp. 737-744.*]

公诉人诉黄启开 (及相关上诉) 枢密院，1967年12月4日

1 All E.R.419 [1968], A.C. 829 [1968], 42 ILR 441 (1971)

[……]

霍德森勋爵：这些相关上诉中的主要问题是，被告是否由于1962年《日内瓦公约法》(1949年《日内瓦公约》被列为该法附录)而有权享有受保护战俘待遇。

被告是出生或定居于马来西亚的所谓马来华人，但是没有哪个案件显示他们是否具有马来西亚国籍。

他们是在同印度尼西亚的对抗战役中被俘的。除两人外，所有人都是作为受印度尼西亚空军军官指挥的伞兵部队成员被空投到马来西亚的。突击队员身着迷彩服被空投到柔佛州 (Johore)，每人都携带一支枪、弹药、两枚手榴弹、食物定量及其它军事装备。在48名突击队员中有34名为印度尼西亚人，14名为马来华人，其中包括被告中的12人。另一人携带类似装备被另一架飞机空投。其余两名被告之后从海路登陆，被俘并受审。其中一人也主张受《日内瓦公约》保护。

根据1960年《马来西亚联邦国内安全法》，所有被告均被认定有罪，并判处死刑。[……]

所有被告均对其定罪提出上诉[……]，但均被马来西亚联邦法院驳回，只有黄启开 (1967年第16号上诉) 和黄万礼 (Ooi Wan Yui) (1967年第17号上诉) 两人例外。这两人的上诉请求均被允许，理由是被告是1962年《日内瓦公约法》(以下

简称《1962年法》) 含义范围内的战俘, 从而有权获得《关于战俘待遇的日内瓦公约》(《1962年法》附录3) 的保护。

在这两个案件中, 公诉人通过特别许可对联邦法院的判决上诉。在其余案件中, 被告通过特别许可对联邦法院维持其定罪的判决上诉。

[……]

[1949年《日内瓦公约》] 第5条规定:

“……凡曾从事交战行为而陷落于敌方者, 其是否属于第4条所列举各类人员之任何一种发生疑问时, 在其地位未经主管法庭决定前, 应享受本公约之保护。” [……]

《日内瓦公约》第5条指向的是第4条所描述的那类人, 但对于其是否属于第4条所列举的任何一种“发生疑问”。根据第5条, 这样的人将被暂时给予《日内瓦公约》的保护, 直至“其地位经主管法庭决定”之时。[……]

在公诉人作为上诉人的两个案件, 亦即黄启开和黄万礼案中, [……], 联邦法院在从原审法官处被上诉的争议点上, 认为被告有权获得保护。联邦法院在其余维持定罪的案件中认为, 原审中没有提出争议, 因此没有“发生疑问”以致需要适用第4节。

上议院认为, 在联邦法院听取上诉时, 公诉方没有责任证明, 那些在原审中未对所采用程序的正确性提出疑问的被告无权享有受保护战俘待遇。尽管有罪举证责任始终在公诉方, 但这并不意味着它还要承担进一步的责任, 去证明被告人无权申请将审判推迟至采取了某些程序性步骤之后。除非“发生疑问”, 否则第5条不适用, 法庭也没有义务确认是否应当给予此种保障。因此, 如果被告当时没有提出疑问, 就不存在无效审判的问题。

上议院被提请注意的、支持《日内瓦公约》(更准确地说是使用类似表述的它的前任) 在不存在保护问题或者没有提出保护时也可以说是自动适用的唯一先例, 是“R. v. Guiseppe案”。12名意大利战俘被一名治安法官审判并认定犯有盗窃罪, 但没有按照《日内瓦公约》要求通知保护国代表。在应君主的特别请求进行的复审中, 定罪和判决被认为应当撤销。在君主所要求复审的这个案件中, 战俘是敌对国家的国民, 明显有权获得《日内瓦公约》的保护。上议院认为该判决不是目前复审的案件中存在无效审判这一主张的有效先例。

[……]

被告没有被证明是马来西亚公民或者对马来西亚效忠，尽管在许多案件中如果这个问题直接出现，证据可能会表明他们是；但决定其中任一问题都将需要进一步的事实发现。除了在被告在原审中主张受《日内瓦公约》保护的一个案件外，不存在因为没有[《1962年法》]第4节所要求之通知而导致的无效审判。没有什么表明被告是受保护战俘，或者对于他们是或不是提出疑问。仅有他们作为印度尼西亚武装部队一部分着陆这一事实并不足以产生疑问，而除了在一个案件中外，也没有提出任何主张来为原审法院适用该法第4节提供依据。

在这个唯一的案件，“张文再诉公诉人案”(Teo Boon Chai v. The Public Prosecutor, 1967年第15号上诉)中，记录显示被告律师主张其当事人既不是马来西亚公民也不是印度尼西亚公民，因此根据《日内瓦公约》他应当被作为战俘对待。法庭基于管辖权正在被讨论这一错误的理由而对该主张置之不理。联邦法院的观点是，应当由被告证明其有权获得保护，但他没有这样做。在上议院看来，被告向原审法院提出的这个主张足以对他是否是受《日内瓦公约》保护的战俘提出疑问。法院应当暂时将他作为战俘对待，然后要么对其是否受保护做出决定，要么在没有通知的情况下不作继续审理。上议院认为，只有在这个案件中才存在无效审判，因此为了合乎司法公正的要求，应当允许上诉请求，撤销定罪，将案件发回重审。

在其余案件中，不存在因为没有第4节所要求之通知而导致的无效审判。
[……]

* * * *

上议院因此向马来西亚元首报告，1967年第16号和17号上诉请求被允许；
[……]1967年第15号上诉请求被允许。[……]

讨 论

1. 根据国际人道法，被告是否必须主动提出对战俘待遇和《日内瓦公约》保护的主张才能获得这些待遇和保护？如果是，在所有案件中吗？只在那些没有“发生疑问”的案件中？
2. (1) 在评估是否有或者也许应当有引起法庭注意的疑问时，应该采用何种标准？作为敌人武装部队成员这一事实不应当始终产生《日内瓦第三公约》第5条第2款所指的疑问吗？或者甚至导致具有战俘地位的假定？
(2) 你是否同意本案中的事实没有引起对于被告地位的疑问？尤其是他们被俘的情况？

案例98. 马来西亚， 奥斯曼诉检察官**案 例**

[资料来源: *Law Reports*, vol. 1, 1969, Appeal Cases, pp. 430-455 (P.C.).]

上议院

[枢密院]

奥斯曼·本·穆罕默德·阿里及另一上诉人

及

公诉人被上诉人

从马来西亚联邦法院之上诉

[……]

1965年3月10日，新加坡一家银行的两名女秘书被两名上诉人放置在大楼台阶上的一个装有25磅硝化甘油的袋子所导致的爆炸杀死。两名上诉人未穿制服，也没有身份文件，在被逮捕时也没有穿制服。他们根据《刑法典》被控谋杀这两名女秘书以及另一个在爆炸中受伤后来死去的人，并在新加坡高等法院受到审判[……]。上诉人声称是印度尼西亚武装部队成员，有权获得1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的保护。原审法官裁定他们不享有战俘地位，并认定他们有罪。[……]

[两名上诉人辩称]：第三，上诉人系《日内瓦公约》含义范围内的战俘，因此有权获得《日内瓦公约》的保护；并且由于没有证据显示《日内瓦公约》第104条和1962年《日内瓦公约法》第4节所要求的通知已经做出，故存在无效审判，上诉人的定罪应被撤销。用于支持这一意见的主张是：

1. [……]

上诉必须基于这一事实进行，即《日内瓦公约》适用于新加坡 [当时是马来西亚的一部分]，并且在相关时间印度尼西亚和马来西亚之间处于武装冲突状态。

2. 如果对于地位发生“疑问”，可以不经通知就进行有别于审判的对于地位的调查。[……]除非确定了地位或者发出了通知，否则审判不能进行：《日内瓦公约》第5条。关于地位的“疑问”发生于上诉人被逮捕并声称是印度尼西亚武装部队成员的当天。当存在武装冲突，而被告在被俘时声称是武装部队成员时，《日内瓦公约》第5条含义范围内的“疑问”就发生了。也许某些情形会清楚表

明对地位的声称不真实，但本案的情形足以对上诉人能否获得《日内瓦公约》保护提出“疑问”。本案的情形中没有什么表明上诉人显然不是印度尼西亚武装部队成员。《日内瓦公约》第5条是一个暂缓条款，法院将给予其更广泛的解释。认为“疑问”直到律师主张《日内瓦公约》保护时才发生是错误的。由此，存在无效审判，因为没有发出通知，也没有确定上诉人的地位。第5条含义范围内的“交战行为”是指战争过程中的行为，无论合法还是非法。它不限于合法的战争行为。它不能由现场当局简单决定。第5条范围内的“疑问”取决于只有合格法庭才能决定的问题。无论如何，当律师在审判开始时主张《日内瓦公约》保护时，“疑问”确实发生了，原审法院正确地对地位进行了调查，认定上诉人无权获得《日内瓦公约》保护。对此先决问题的这一认定已经被证明是错误的；因此，法院没有正当理由不经通知就进行审判。由于在审判时没有而现在才有的新证据，应当进行新的审判。如果审判没有根据第104条延期，那么它就是无效审判，对上诉人的定罪不能成立。

3. 根据第4条第1款第1项，冲突一方之武装部队人员及构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员包括在“战俘”类别之中，这一点对于被俘时未穿制服的武装部队成员同等适用。第4条第1款第2项的要求不应以隐含意义的方式被加诸第4条第1款第1项之上。没有特殊标志并不妨碍未穿制服的武装部队成员主张《日内瓦公约》之保护。根据《日内瓦公约》，识别标志限于持有身份证。被告从未被问及第17条所设想的问题。《日内瓦公约》第85条适用于被认定犯有战争罪的战俘，使得他们甚至在定罪之后仍然有权享受该地位和保护；在定罪前、作为嫌疑人与被告时，他们更加有权享受这一保护。[……]

第四，破坏活动只是一种战争罪。破坏者不应等同于间谍。身着平民服装的武装部队成员应当作为战争罪犯对待，如果他的行为被视为非法。间谍是通过伪装秘密收集情况的人，地位特殊，在被俘时不享受保护；而不着制服而穿平民服装的武装部队成员因为毁灭生命或财产的敌对行为受审，是被视为实施违反战争法而非国内法的罪行。不同于1929年《公约》，1949年《公约》明示给予游击队员战俘地位和保护。法律的趋势是扩大《公约》的保护范围。这是一个发展非常迅速的法律部门。不存在针对军用建筑和针对民用建筑的攻击的区分。不分皂白的爆炸不涉及对战争法的破坏。在现代作战条件下，不可能找到任何原则作为现在可以将攻击民用建筑视为对战争法之破坏的依据。无特权交战是某种不被战争规则允许的做法；但不管是作为有特权还是无特权对待，交战者都不能由俘获者随心所欲处置。[……]

[被上诉人辩称：]

首先，假定上诉人是印度尼西亚武装部队成员，他们也已经丧失了被作为受《日内瓦公约》保护的战俘对待的任何权利，因为：(1) 他们脱掉了制服；(2) 他们身着平民服装；(3) 他们攻击平民目标；(4) 他们对和平的平民造成伤亡。关于《公约》的先例支持如下主张：(1) 为敌对目的脱掉制服的武装部队成员无权根据《公约》第4条第1款或通过其它途径享有“战俘”地位。(2) 不着制服的间谍和破坏者属于上述类别，因此在被俘时不享有“战俘”地位。(3) 因为出于敌对目的而不穿制服，间谍和破坏者所犯的不是恰当意义上的战争罪。(4) 间谍和破坏者应当根据俘获国国内法受到审判和惩治。(5) 杀害和平平民及攻击非军事建筑的行为有违战争法规和惯例。(6) 不分皂白的爆炸及使用V1、V2武器的行为有违战争法规和惯例。(7) 破坏者可以是普通平民志愿者，参与破坏活动的民兵或志愿部队组织成员，以及奉命从事破坏活动的武装部队成员。(8) 根据必然的暗示，第4条第1款第2项的先决条件也是第4条第1款第1项的先决条件。[……]

迪尔霍恩 (Dilhorne) 子爵宣读了上议院的判决。

1965年10月20日，上诉人被新加坡高等法院依据《刑法典》认定犯有谋杀三名平民的罪行，并判处死刑。他们向马来西亚联邦法院提起的上诉于1966年10月5日被驳回，现通过特别许可上诉。[……]

上诉人在离新加坡一些距离的海中被一个船上小贩救起。他看到他们在海中攀附着一块木板。[……]他发誓说两人都没有穿制服；其中一人赤身，穿浅黑裤子，另一人穿着运动衬衫和长裤。[……]

当日下午2点45分，第一上诉人被指控谋杀在爆炸中身亡的三人。在被再次警告后，他做出如下陈述：他于3月10日上午10点来到新加坡，同第二上诉人一起寻找目标；他和第二上诉人“在到达第一层之前”放置了“两捆炸药在台阶上”，第二上诉人点燃了引信，之后他们离开现场上了一辆公共汽车。[……]

下午6点15分，第一上诉人会见了第四治安法官姚先生。他告诉他，他是印度尼西亚军队成员，他来是为了告诉治安法官关于上级要他履行的职责的信息。[……]

在审判开始时，上诉人的律师声称他们都是印度尼西亚武装部队成员，有权获得1949年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的保护。1962年马来西亚联邦通过了《日内瓦公约法》，以便使这一公约及其它公约生效。

该法第4节第1款除其它内容外，规定若受保护战俘因任何罪行被提交审判，法庭在确信已经至少提前三个星期向保护国、被告及战俘代表发出通知之前不得进行审判。通知须包括被告的全名和描述以及关于他的其它细节，如被指控罪行、承审该案的法庭以及审判的时间地点。

为了支持这一论点，第一上诉人作证说他是印度尼西亚武装部队成员，“Korps Kommando Operasi”正规军中的下士。他发誓说他和第二上诉人从海里被救起时穿有制服。他说他和第二上诉人的身份证放在塑料袋中，在他们的舢板沉没时丢失了。第二上诉人也作证说他是印度尼西亚海军陆战队成员，在被救起时穿着制服。他还说他的指挥官不允许他佩戴身份证。在听取了小贩和在上诉人被救起后很快看见他们的另一个证人关于上诉人着装的证词后，博学的法官裁定上诉人不享有战俘地位。他说压倒性的证据显示他们在被救起时未穿制服。他还发现他们先声称是渔民，后来一人又声称是农民。[……]

他补充说，即使他们是印度尼西亚武装部队成员，在他看来他们也不享有战俘地位。

“在我看来”，他说，“身为战斗员、带着除去了士兵特征或外表的和平伪装来到这里并被俘的敌人武装部队成员，不享有战俘的特权。”

在联邦法院受理上诉后，印度尼西亚军队两名军官代表上诉人提交了宣誓书面证言，称上诉人从1965年3月起就是印度尼西亚武装部队成员，在“Kommando Mandala Siaga”中服役。声称是他们个人军事记录的文件也被提交。

黎Quesne先生还主张上诉人是《日内瓦公约》范围内的战俘，《日内瓦公约》的要求没有被遵守，因此存在无效审判。

《日内瓦公约》第2条规定其适用于两个或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其它武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。在审判开始时，检察官称当时在印度尼西亚和马来西亚之间不存在战争或武装冲突状态，但当蔡法官说在他看来存在武装冲突状态时，检察官没有继续谈论这一问题。[……]

上诉因此是基于《日内瓦公约》适用于新加坡以及当时在印度尼西亚和马来西亚之间存在武装冲突状态这一点进行的。

需要决定的问题是，在本案的这种情况下，上诉人是否有权获得《公约》的保护。蔡法官对此问题的观点已经说过。联邦法院认为不可能

“有丝毫怀疑，在麦唐纳大厦的爆炸不仅是破坏行为，而且与战争必要性毫无联系”。

他们继续说：

“在我们看来清楚无疑的是，在冲突另一方的领土内、在平民在其间从事与战争活动没有任何联系的工作的非军事建筑中引爆炸药的、不着制

服而穿平民服装的冲突一方武装部队成员，丧失了在被俘时被作为战俘对待的权利。”

他们因此判决上诉人不是《日内瓦公约》含义范围内的战俘。

首先有必要考虑作为1907年《海牙陆战法规与惯例公约》附件的章程。这些章程的第一编的标题为“交战者”，第1条是该编及“交战者的资格”一章的第一个条款。该条规定如下：

“战争的法律、权利和义务不仅适用于军队，也适用于具备下列条件的民兵和志愿军：(1) 由一个对部下负责的人指挥；(2) 有可从一定距离加以识别的固定明显的标志；(3) 公开携带武器；(4) 在作战中遵守战争法规和惯例。在民兵或志愿军构成军队或军队的一部分的国家中，民兵和志愿军应包括在‘军队’一词之内。”

这一编的第二章的标题为“战俘”。章程并未在条文中说具有交战者地位的人在被俘时有权享受战俘待遇，但很清楚暗示了这一点。正如让·皮克泰 (Jean Pictet) 博士在红十字国际委员会1960年出版的《〈日内瓦公约〉评论》[《〈日内瓦公约〉评论》，让·S.皮克泰指导出版，第三：《关于战俘待遇的日内瓦公约》，红十字国际委员会，日内瓦，1958年。]第46条所言：

“一旦一个人被给予交战者地位，他就承担战争法所施加的义务，并享有它们所赋予的权利，其中最重要的就是在被俘时被视为战俘。”

这些章程的第29条规定如下：

“只有以秘密或伪装方式在交战一方作战区内搜集或设法搜集情报，并企图将情报递交敌方的人方能视为间谍。因此，没有伪装而深入敌军作战区搜集情报的军人不得被视为间谍……”

第31条规定：

“重归所属部队而日后被敌方俘获的间谍，应作为战俘对待……”

这两个条款表明，充当间谍并且在身着伪装时被俘的士兵无权享受战俘待遇。[……]

《日内瓦公约》第4条增加了许多新的有权享受战俘待遇的人员类别。仅有必要提及第4条第1款第1、2、3项。它们规定如下：

“1. 本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下列各类人员之一种：(1) 冲突之一方之武装部队人员及构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员；(2) 冲突之一方所属之其他民兵及其他志愿部队人员，包括有组织之

抵抗运动人员之在其本国领土内外活动者，即使此项领土已被占领，但须此项民兵或志愿部队，包括有组织之抵抗运动人员，合乎下列条件：① 有一为其部下负责之人统率；② 备有可从远处识别之固定的特殊标志；③ 公开携带武器；④ 遵守战争法规及惯例进行战斗；(3) 自称效忠于未经拘留国承认之政府或当局之正规武装部队人员。”

第1、2项的措辞显然是模仿《海牙章程》第1条。不构成军队或武装部队一部之民兵和志愿部队必须满足的条件是相同的。

《日内瓦公约》没有暗示其意图是将给予士兵的保护延伸至超出《章程》所给予的范围；在《军法手册》第3部分(1958)第96段中有如下规定：

“若正规战斗员未能满足此四个条件，则其在某些情况下可能成为非特权交战者。这意味着他们在被俘时不享有战俘地位。故此，作为间谍被俘之武装部队正规成员无权享受战俘待遇。”

有鉴于此，必须断定，武装部队成员身份的确立并非在所有案件中都足以使其在被俘时享受战俘待遇。

《海牙章程》和《日内瓦公约》均未明示规定武装部队成员在被俘时必须身着制服才能享受这种待遇。对于某些民兵和志愿部队的成员而言，必须满足某些条件才能享受战俘待遇。但是，并没有规定此等成员在被俘时必须佩戴“可从远处识别之固定的特殊标志”。

然而，国际法承认区分交战者与和平居民的必要性。“将军队与和平居民相区分”，斯佩特(Spaight)在《陆战权利》(War Rights on Land)第37页写道，“也许是国际法最伟大的胜利。它在减轻战争灾难方面的效果是不可估量的。”尽管《军法手册》第86段承认界限正在变得日益模糊，但这些类别各自具有特殊的权利和义务这一点仍然是成立的。

为了让“可从远处识别之固定的特殊标志”实现任何有用的目的，它必须被适用那四个条件的民兵或志愿部队成员佩戴。如果承认交战者以及与之相伴的享受战俘待遇之权利的必要条件仅仅适用于此种部队的成员，而不适用于武装部队的成员，那将是不正常的。所有四个条件对于一国的武装部队，或者如劳特派特教授在《奥本海国际法》第七版(1952)第二卷第259页所称之“有组织武装部队”而言，都是存在的。关于《章程》第1条，斯佩特先生在《陆战权利》第56页写道：“四个条件必须被统一起来，以确保对交战者地位的承认。”皮克泰在《〈日内瓦公约〉评论》第48页说“交战者的资格取决于对这四个条件的满足”，在第63页谈及第4条第1款第3项时写道：

“这些‘正规武装部队’具备第1项意义上的武装部队的所有实质特征
和所有属性：穿制服、有着有组织的等级、了解并尊重战争法规和惯例。”

关于处于敌人后方的军队，劳特派特教授在《奥本海国际法》第259页说，
只要他们

“是敌人的有组织部队的成员，并且穿着制服，他们就有权被作为正规
战斗员对待，即使他们是单个作战。”

因此，在作战时穿制服或者佩戴固定的特殊标志被给予相当的重视。[……]

在本上诉中，没有必要对一个作为军队或武装部队成员而属于《章程》第
1条和《日内瓦公约》第4条适用范围的人停止享受战俘待遇的所有情形加以界
定。需要决定的问题是，身着平民服装从事破坏活动并且身着平民服装被俘的此
种部队的成员是否享有受《日内瓦公约》保护的待遇。

《军法手册》第96段规定：

“身着平民服装在敌国领土从事破坏活动时被俘之武装部队成员的地位类似
于间谍。”第331段规定：

“若其以平民服装或者俘虏他们的军队或其盟军的制服作为伪装，则其
地位与间谍相同。若其身着自己的制服被俘，则其有权被作为战俘对待。”

在《军法手册》的美国等价物《陆战法规》(1956)中，有如下段落：

“74. 制服之必要性。冲突一方之武装部队成员及构成此种武装部队一部
之民兵或志愿部队成员，无论何时为了穿越敌人前线以实现收集军事情
报或通过破坏生命、财产进行战争之目的，故意隐瞒身份，均丧失享受
战俘待遇之权利。身着平民服装或者敌军制服是隐瞒武装部队成员身份
之实例。”

在“奎林案”中[参见**案例83**，奎林等人案，第1063页]，美国最高法院不得不考虑是否
给予提交人身保护令申请之许可。[脚注2：(1942) 317 U.S. 1] 该案涉及许多德国人，在
二战期间身着制服、携带炸药在美国海岸登陆，旨在从事破坏活动。登陆后他们
穿上平民服装。他们被俘虏。在宣读最高法院判决的过程中，斯通首席大法官说
道：[脚注3：(1942) 317 U.S. 1, 31]

“在战争期间不穿制服秘密穿越交战国前线、寻求收集军事证据并传递
给敌方的间谍，或者不穿制服秘密穿越前线、企图通过破坏生命和财产
来进行战争的敌方战斗员，都是通常被认为不享有战俘地位、而要作为
违反战争法的罪犯接受军事法庭审判和处罚的交战者的典型例子……”

及：[脚注4：同上，第37页。]

“不穿制服或佩戴表明交战身份的其它标志穿越我国边界，或者在进入后丢弃身份标志，使得这些敌人成为应受审判和处罚的非法交战者。”

根据以上引用的段落，上议院认为，国际法清楚表明，如果上诉人是印度尼西亚武装部队成员，那么当他们登陆从事破坏活动，并且在放置炸药和被捕时都身着平民服装时，他们不享有在被俘时被作为《日内瓦公约》的战俘对待的权利。

黎Quesne先生还辩称，上诉人放置炸药的行为是合法的战争行为，因此他们不能因谋杀罪被审判。联邦法院在拒绝上诉人的抗辩时，似乎部分基于这一理由，即在麦唐纳大厦这一“平民在其间从事与战争活动没有任何联系的工作的非军事建筑”放置炸药的行为不是合法的战争行为。“非战斗员免于遭受直接攻击是关于战争的国际法根本原则之一”，“根据现行国际法，非战斗员不是合法的军事目标”（劳特帕特教授，《奥本海国际法》第524和525页）。

因为在上议院看来，如果他们是印度尼西亚武装部队成员，那么他们由于身着平民服装从事破坏活动已经丧失了《日内瓦公约》上的权利，所以毋须再考虑他们是否还由于违反战争法规和惯例攻击有平民在其间的非军事建筑而丧失这些权利。他们既然已经丧失权利，在上议院看来就不再有适用《日内瓦公约》第5条的余地；而既然不享有《日内瓦公约》上的保护，基于上诉人身着平民服装在新加坡管辖范围内实施的谋杀行为而对其进行的定罪就不能撤销。

基于这些原因，上议院认为应当驳回上诉。[……]

讨 论

1. 在印度尼西亚和马来西亚联邦（当时新加坡属于后者）之间是否存在国际武装冲突？印度尼西亚武装部队成员奉上级命令在新加坡进行攻击这一事实本身是否足以使国际人道法适用？（参见四个《日内瓦公约》共同第2条。）
2. (1) 根据《日内瓦公约》和《海牙公约》，正规武装部队成员是否必须将自己同平民永久区分？他是否可以因为没有这样做而被处罚？是否必须因为没有这样做而被处罚？如果不这样做他是否丧失战斗员地位？情况如何随《第一议定书》的适用性而变化？（参见《海牙章程》第1条，《日内瓦第三公约》第4条第1款，《第一议定书》第44条第3—4款、第85条。）
(2) 正规武装部队成员能否攻击平民目标？他是否可以因为这样做而被处罚？是否必须因为这样做而被处罚？如果这样做了他是否丧失战斗员地位？（参见《海牙章程》第23条第7款、第25和27条，《日内瓦第三公约》第85条，《第一议定书》第

44条第2款、第48、51、52、57条，《日内瓦第四公约》第146—147条，《第一议定书》第85条。)

- (3) 如果上诉人在攻击时穿了制服，他们还能被判处刑罚吗？他们的法律处境会有何不同？
 - (4) 如果《第一议定书》适用的话，还能做出这一判决吗？结果是否会有所不同？法庭推理的哪一部分会有所不同？（参见《第一议定书》第44条。）
3. 上诉人是否应当受益于《日内瓦第三公约》第5条第2款的假定？该假定对于其审判有何意义？第104条是否适用？

十、刚果

案例99. 比利时，公诉人诉G.W案

案 例

[资料来源：Brussels War Council 18 May 1966, partially reported in *Revue Juridique du Congo*, 1970, p.236 and in *Revue de droit Pénal et de Criminologie*, “Chronique annuelle de droit Pénal militaire” 1970, p.806; 原文为法文，非官方翻译。]

布鲁塞尔， 战争委员会

关于公诉人诉G.W.案，1966年5月18日

[……]

判 决

[……]

二、事实

1965年10月5日，被告G.W.，援助刚果民主共和国的比利时参谋团中的高级成员，在两名刚果国民军士兵M.和M.的陪伴下，驾驶一辆吉普车从设在奥帕拉路上的一个检查站驶出，前往Stanleyville一个边远的区Lubunga。

吉普车刚刚离开禁止平民进入的地区进入非禁区，车上的人就看到[……]两个手持“贝雷塔”冲锋枪的刚果人穿过公路；[……]

一名刚果妇女，Z.S.，出现在据W.说第二名叛乱者从中走出来的小屋门口；被告在其司机N.的帮助下对她进行了讯问，但听不懂她的回答；[……]

如他自己所说，被告开始推搡这名妇女；他推倒了她，她倒向了一侧；他用脚抬起她的头，因为她坚持扭过头去面朝地下；他没有真正踢她，但把脚踩在她头上往下压。

被告声称他继而命令她随他去营地；这名妇女没有服从，在地上打滚。如他自己所说，他命令两名士兵将她放进吉普车，但他们没能办到；一听到引擎发

动——吉普车在视线之外——他就用左轮手枪向躺在他脚下的受害者头部开了一枪。然后被告回到营地，告知刚果和比利时当局所发生的事情，并要求派巡逻队去搜寻叛乱者。

验尸结果显示受害者有两处弹伤，其中一处[……]在头部。[……]

针对被告的实质性案件事实已经确立无疑。还被确立的是，被告向受害者头部开枪有着杀人的故意。

三、正当性的理由[……]

1. 上级命令

被告援引O.少校发布的在禁止平民进入的区域“对所有可疑分子一看见即射击”的命令。

卷宗显示而被告也未提出异议的是，受害者并不在禁区内；被告所援引的命令因此不适用于本案。

但被告坚持说本案所讨论的区域没有清晰的界限，他相信他当时是在禁区内；[……]

而且，[被告援引的]命令的范围肯定不是被告所说的那样，即“不收俘虏，‘杀死’我们在那儿碰到的任何东西”。

卷宗及听证期间进行的调查表明，实际上它是“授权”一看见可疑分子无需警告即可射击，但绝对不是命令不收俘虏或杀死俘虏。

照被告在实践中的解释——即杀死在其权力下的无武装人员的权利甚至义务——这一命令显然是非法的。不经事先之正当审判而处决或下令处决嫌疑人或者甚至是落入其军队手中的叛乱者，显然超出了O.少校的权限，这样的处决是故意杀人的明显例子。被如此解释的命令的非法性是毫无疑问的，被告必须拒绝执行。[……]

被告的行为不仅构成《刚果刑法典》第43和44条以及《比利时刑法典》第393条含义范围内的谋杀，而且是对战争法规和惯例以及人道法的公然违反。

从法律、军事和人道的立场出发，这种行为是不能容许和不容辩解的。

基于这些理由

军事法庭，在正当听取双方意见后，[……]

认定G.W.犯有被指控之罪行，

判处他5年有期徒刑。[……]

讨 论

1. 无论比利时在刚果的军事行动应受国际还是非国际武装冲突的法律管辖，被告的行为是否都违反了国际人道法？（参见四个《日内瓦公约》共同第3条，《日内瓦第四公约》第27和32条。）
2. 禁止平民进入某个地区是否合法？被告对于在此种地区发现的平民可以合法地做什么？如果我们溯及既往地适用第一和第二附加议定书，这一命令，照法庭的解释是允许在禁区内“对所有可疑分子一看见”即开火，根据国际人道法是否合法？（参见《第一议定书》第50条第1款和51条第2款，《第二议定书》第4条第1款。）如果我们不适用那些法律文件呢？（参见《海牙章程》第23条第4款。）一看见战斗员即开火是否合法？如果是在“禁区”内、针对被肯定识别为战斗员的人，被告的行为会是合法的么？（参见《第一议定书》第40和41条。）
3. 上级命令何时可以作为违反国际人道法指控的抗辩？上级命令何时排除对此种违法行为的处罚？它何时减轻对此种违法行为的处罚？

十一、越南

案例100. 美国，对越南被拘留者的审查

案 例

[资料来源：H.S. 列维主编：《国际法研究：关于战俘的文件》，海战学院，R.I.，海战学院出版社，第60卷，文件155，1979年，第748—751页。]

**美国军事援助指挥，越南
指令381—46，军事情报：
对被拘留者的联合审查
(1967年12月27日)**

**资料来源：
美国国家档案馆**

**《美国国际法杂志》，第62卷，第766页 (仅有附录)
《桑塔·克拉拉大学法学》，第12卷，1972年，第236页 (仅有附录)
《威廉和玛丽大学法律评论》，第12卷，1971年，第798页 (仅有附录)**

[……]

- 1. 目的** 该指令为联合审查被拘留者并按要求为正式建立联合战术审查中心 (CTSC) 提供政策导向。
- 2. 一般原则**
 - (1) 俘获或拘留嫌疑人员的武装部队负有对被拘留者立即进行审查和分类的责任。
 - (2) 确定被拘留者地位及对之进行分类的标准规定在附录A第2段与第3段中。
 - (3) 对已经分类后的被拘留者进行处置将依据附录A第5段进行。

[……]

- 4. 讨论** [……] 必须将所有被拘留者归为以下种类之一：

- (1) 战俘
- (2) 非战俘
 - A. 平民抵抗者
 - B. 海外归国人员
 - C. 无辜平民

5. 概念

[……]

- (2) 对被拘留者的联合审查应当在接近命令的最低组织层次进行；通常在旅或师建制的战俘集中点。审查中心应位于部门/次部门指挥中心附近，以便获取军事与民事档案。
- (3) 联合战术审查中心 (CTSC) 的任务是优化对大量被拘留者的审查与分类，允许有效利用可知资源以立即获得战术信息，并促进对战俘与非战俘人员的适当处置。

* * * * *

8. 审查程序

- (1) 拘留单位应当确保适当建立并保存每一个被拘留者的档案。必须保证数据反应俘获的情况以及在被拘留者身上是否发现有文件或武器。
- (2) 讯问者与翻译应尽力使初次审查与隔离在尽可能低的层次进行。鼓励联合战术审查中心 (CTSC) 的所有代表机构参与初次审查。不过，决定被美国武装部队拘留的人员的地位的权力仅由美国武装部队的代表人员享有。
- (3) 被拘留者应依据附录A的标准予以分类。[…]
- (4) 为防止战俘营的指挥官拒绝让那些身份可疑的人员享有战俘地位，搜集的用于确定被拘留者享有战俘身份的证据必须伴随战俘。不得把那些文件记录有问题的战俘转移至战俘营。

* * * * *

附录A

对被拘留者予以分类和处置的标准

- 1. 目的 建立对被拘留者予以分类的标准有助于迅速、准确审查以及适当处置被拘留者。

2. 定义

- (1) 被拘留者 已经被拘留、但其最终地位尚未确定的人员。依据《日内瓦公约》的规定，此类人员享有受到人道待遇的权利。
- (2) 分类 将一名被拘留者系统地归类为战俘或非战俘。
- (3) 战俘 符合以下第4段(1)规定条件的所有被拘留者。
- (4) 非战俘 符合以下第4段(2)规定条件的所有被拘留者。

3. 武装部队的种类

- (1) 越共主力部队 (MF) [……]
- (2) 越共地方部队 (LF) [……]
- (3) 北越军队 (NVA) [……]
- (4) 非正规军。由游击队、自卫武装与从属于越共村级组织的秘密自卫武装组成。这些武装承担着支持越共组织的多项任务，并为在战术与战斗上支持部队提供训练与机动基地。
 - A. 游击队。组织成班或排的全天候武装，这些武装不一定只停留在其家乡的村落。游击队的典型任务包括宣传、保护党的村级委员会、从事恐怖与破坏活动。
 - B. 自卫武装。越共的准军事组织，负责越共控制区村落的防卫。这些武装不离开他们的家乡，且其履行职责是以兼职为基础。它们的职责包括建造防御工事、担当村落卫兵以及保卫家乡。
 - C. 秘密自卫武装。越共的秘密组织，其在越南政府控制区承担相同的基本功能。它们的行动包括搜集情报以及从事破坏与宣传工作。

4. 被拘留者的分类

- (1) 被拘留者若符合以下情形之一者，应被归类为战俘：
 - A. 以上第3段(1)、(2)或(3)所列单位的成员。
 - B. 以上第3段(4)所列单位的成员，且被捕获时正在武装从事战斗或交战行为，而非恐怖、破坏或间谍行为。
 - C. 以上第3段(4)所列单位的成员，且承认或有证据证明其参与或从事了武装战斗或交战行为，而非恐怖、破坏或间谍行为。

(2) 被拘留者若符合以下情形之一者，应被归类为非战俘：

A. 平民抵抗者

- a. 不享有战俘地位、但因触犯了越南政府的法律而受到审判的被拘留者。
- b. 以上第3段 (4) 所列单位的成员、且被捕获时没有武装从事实际战斗或交战行为、也无证据证明曾经武装参加过实际战斗或交战行为的被拘留者。
- c. 被怀疑为间谍、破坏分子或恐怖分子的被拘留者。

B. 海外归国人员 (Hoi Chanh)。所有自愿受到越南政府控制的人员，不论他以前是否属于上述第 3 段所列任何一个单位的成员。

C. 无辜平民。不属于上述第3段所列单位的成员，且无平民抵抗者的嫌疑。

5. 对被分类的被拘留者的处置

A. 被分类后，被拘留者的处置应按以下程序进行：

- a. 美国俘获的战俘以及由“越战中自由世界军事援助部队”(FWMAF) 移交给美国的战俘将通过美国军事渠道拘留，直到转移至南越军队 (ARVN) 战俘营。
- b. 被怀疑为平民抵抗者的非战俘将释放给越南政府适当的民事当局。
- c. 符合回归人员条件的非战俘将被转移至适当的“张开怀抱”计划 (Chieu Hoi) 中心。
- d. 被确定为无辜平民的非战俘将被释放、并送回被俘获地。

* * * * *

讨 论

1. (1) 该指令规定的确定战俘的标准是否符合《日内瓦第三公约》？依据国际人道法，哪些人享有战俘待遇？对于哪些类型的被拘留者来说，该指令超出了《日内瓦第三公约》所规定的内容？（比较《海牙章程》第1条；《日内瓦第一公约》第28条第2款，《日内瓦第三公约》第4条与《第一附加议定书》第44条第5款。）

- (2) 被归类为非战俘的人员是否受《日内瓦第四公约》的保护？（比较《日内瓦第四公约》第4条、第5条。）
- (3) 以上文件第5节中规定的对各类被拘留者的处置是否符合国际人道法？这些被拘留者的一部分或全部是否可以被移交给南越政府？（比较《日内瓦第三公约》第12条、以及《日内瓦第四公约》第4条、第5条和第45条。）
2. (1) 为什么会规定《日内瓦第三公约》第5条第2款？为什么必须要由“主管法庭”来裁定一个被拘留者的身份？怎样才能构成“主管”法庭？可以是一个军事裁判庭吗？
(2) 对于被该指令否定为战俘的人员来说，其身份是否可以由一个有权法庭依据《日内瓦第三公约》第5条第2款作出裁定？
3. 执行该指令是否符合《日内瓦第三公约》第5条第2款的规定？缔约方是否可以制定这样的指令？他们是否必须制定这样的指令？诸如联合战术审查中心那样的审查中心是否符合《日内瓦第三公约》第5条第2款的规定？如果没有提供法庭来确定人员的身份，是否构成对《日内瓦公约》的违反？这是否构成“严重破坏”？（比较四个《日内瓦公约》各自的第49、50、130、146条与《日内瓦第三公约》第5条第2款。）
4. 当一个人的身份正在被确定时，他享有什么类型的待遇？只有附录A第2段第1款规定的人道待遇？还是直到主管法庭裁定或证明一个人不满足战俘的条件之前，他或她都有权享有战俘待遇？《日内瓦第三公约》第5条第2款规定的“本公约之保护”是什么意思？
5. 如果适用《第一附加议定书》，该指令的哪些规定是符合该议定书的，哪些规定又是违反了该议定书？该指令是否有助于说明《第一附加议定书》的那些内容已经成为习惯国际法？（比较《日内瓦第三公约》第4条与第5条，以及《第一附加议定书》第43条至第45条。）

案例101 美国，美国诉威廉·L.卡利案**案 例**

[资料来源：H.S. 列维主编：《国际法研究：关于战俘的文件》，海战学院，R.I.，海战学院出版社，第60卷，文件171，1979年，第804至811页。]

美国诉威廉·L.卡利
(美国军事上诉法院，1973年12月21日)

资料来源

22 USCMA 534 (1973)

48 CMR 19 (1973)

(在卡利诉卡罗威的名义下准允人身保护令，382 F. SUPP. 650 (1974);
Rev'd 519 F 2d. 184 (1975); cert. Den. 在卡利诉霍夫曼的名义下，
425 U.S. 911(1976))

[.....]

摘 要
意 见

奎因 (Quinn) 法官：

卡利中尉初审被判蓄意谋杀22名婴儿、儿童、妇女和老年男性并以谋杀为目的的袭击一个两岁的儿童。所有的谋杀与袭击发生在南越共和国米莱 (My Lai) 村区域内。军事复审法院肯定了有罪判决的事实裁定与量刑，临时军事裁判官已经将量刑减为开除军职与劳役监禁20年。被告请求本法院进一步审查，指称审判中有30处错误。我们准予了其中的3处。

卡利中尉是C连的一个排长，该部队是被称为巴克先锋队 (Task Force Barker) 组织的一部分，其任务是征服并驱逐越南共和国境内平克维尔 (Pinkville) 地区的敌人。1968年3月16日以前，该区域 (包括米莱村) 是越共的一个据点。C连在此区域行动过数次。每次部队进入此区域都因阻击手射击、机关枪扫射、地雷或其他形式的攻击而遭受伤亡。卡利中尉率领他的排行动时，曾遭遇其中一部分袭击。

1968年3月15日，为纪念前几周遇害的连队成员，举行了一次追悼仪式。仪式结束后，C连指挥官恩斯特·L·梅迪那 (Ernest L. Medina) 上尉向连队简单部署

了第二天在平克维尔的任务。C连承担着巴克先锋队主要的进攻信息搜集任务。[……]情报显示，部队将受到一个富有经验的敌军营的抵抗，且该地区没有平民。目标是消灭敌人。在摧毁的具体指示上，存在分歧。

梅迪那上尉佐证，他指示部队用“燃烧烈酒、杀死家畜、封闭水井和毁坏庄稼的方法来摧毁米莱村。”在被问及是否杀害妇女儿童时，梅迪那说他予以否定的回答，并补充到：“你必须运用常识。如果他们有武器并且试图攻击你，你可以射击，但是你们必须运用常识。”但是，卡利中尉佐证，梅迪那上尉通知部队，要求对所有活物格杀勿论——男人、女人、儿童与动物——不论在何种情况下，在他们路过村庄到达最终目标时，身后不要留任何越南人。其他证人对这两个版本的简要情况都给予或多或少的支持。

1968年3月16日，行动以封锁性火力开始。C连被直升飞机运送至目标区域。卡利中尉的排是第一批。[……]部队没有遇到来自村庄的敌对火力。

卡利的排以猛烈火力向村庄接近。进入村庄后，该排遇到的仅仅是没有武装、没有反抗的男人、妇女和儿童。村民，包括襁褓中的婴儿，被集中起来，并分割成组再转移到集中点。卡利佐证，在这期间，梅迪那上尉两次通过无线电下命令，要求知道是什么延误了该排的行动。当被告知有大量村民被拘捕时，卡利说，梅迪那命令他“废了他们”。卡利进一步佐证指出，他服从了命令，是因为他在整个军旅生涯中被灌输的均是服从原则。梅迪那否认他发出过任何这样的命令。

村民的一个集中点在村庄的南部。在那里，一等列兵保罗·D·米爱德罗 (Paul D. Meadlo) 看守一组约30到40人的男人、妇女和儿童。卡利中尉走到米爱德罗身边，告诉他：“你知道做什么”，然后离开。旋即，他又回来并质问米爱德罗这些人怎么还没有死。米爱德罗回答说，他不知道卡利的意思是要求杀死他们。卡利宣称，他希望他们死。随后，他与米爱德罗向这组人开火，直到除几个儿童以外的所有人都倒下。这时，卡利亲自射杀了这些儿童。在这一事件中，他的M-16来复枪用了4到5个弹仓。

卡利中尉与米爱德罗从这一地点走到米莱村东部的灌溉渠。在那里，他们遇到了另一组被几个士兵羁押的平民。米爱德罗估计，这组人的数量介于75至100之间。卡利大声说：“我们又有活干了，米爱德罗。”然后，他命令这组人走到灌溉渠中。当他们全部到渠里后，卡利与米爱德罗向他们开火。尽管卡利下令射击，一等列兵詹姆斯·J·德拉斯 (James J. Duris) 拒绝加入杀戮；另外，医护兵罗伯特·E·马普斯 (Robert E. Maples) 拒绝将其机关枪交给卡利用于杀戮。卡利中尉承认，他向沟渠内射击，枪口对准5英尺内的人群。这一次，他用了10到15个弹仓。

卡利与无线电通信员查尔斯·斯来德 (Charles Sledge) 走到沟渠的北端。在那里，他发现并审问了一位年长的越南和尚。卡利用枪托打了他，随后向他的脑袋开枪。其他证言表明，卡利看见了一个儿童向村庄跑去，便抓住了他的胳膊，并将他扔进了沟渠，然后向他开火。卡利承认他审问并殴打了和尚，但否认向他射击。他还否认该事件涉及到儿童。

上诉辩护律师认为，证明被告有罪的证据不足。对卡利参与杀人行为，他们并无异议；不过，他们辩称，他的行动缺少对判定谋杀罪定罪具有关键意义的犯罪恶意；他接受杀死村里所有人的命令并不明显违法；他在行动时并不知战争法；他被告知“敌人”在村庄里；诚实地相信村庄里没有无辜村民可以使他免除对村民死亡所负的刑事责任；以及最后，他的行为是受到合理的刺激后产生的狂热冲动的结果。

* * * * *

米爱德罗和其他人的证言为法庭成员提供了足够证据，证明卡利中尉指导并亲自参加了故意的杀戮，杀死了在C连监护下的手无寸铁的男人、妇女与儿童。如果相信控方的证人，那么有足够的证据证明被告故意枪杀了他所审问的那个越南和尚，并抓住那个男孩，将之扔进沟渠，然后故意枪杀了他。

被俘敌人不得被抓获者立即处死。军事法明确规定，屠杀不抵抗的俘虏是谋杀。[……]

即便为承认此处的错误而认为卡利相信村民是“敌人”的一部分，还是有确凿的证据表明村民处于武装士兵的控制下，他们并没有任何反抗。卡利在陈述中承认，他知道俘虏应受到有尊严待遇的规定。他同时承认，他知道一般惯例是审问村民，释放其中能圆满地为自己解释的人，挑选有嫌疑的人员以作进一步检查。然而，卡利没有按照通常方式进行，而是处决了所有人，不论年龄、具体情况或是否有嫌疑的可能。依据证据，军事法庭可以合理地认定卡利有罪。

在审判中，卡利的主要辩护理由是他的行为是在执行梅迪那上尉杀死米莱村所有人的命令。[……] 梅迪那上尉否认他下过任何这样的命令。[……]法官需要审查事实来解决他与被告陈述之间的冲突。[……]

* * * * *

我们现在来看看这一主张，即法官就上级命令的抗辩所提出的意见有错误。在对证据进行总结后，法官就这一事项作出了以下指导意见：

我[……]告诉你，从法律上说，如果米莱村的村民没有反抗、并在我们军事部队的有效监管下遭到杀害，他们的死亡就不能被视为是合法的。从法律上说，

任何杀害这些人的命令都是非法的。因此，如果你发现卡利中尉收到一个命令，命令他杀害处于其或其部队控制下的不抵抗的越南人，这便是一个违法命令。

虽然确定某个命令是非法的，但是这本身并不说明服从该命令的人必须承担刑事责任。士兵们被教育要服从命令，尤其要注意在战场上服从命令。军事效率取决于对命令的服从。但在另一个方面，士兵的服从并不是机械的服从。士兵是一个理性的行为者，不应成为机器，而应作为人来反应。在评估应服从命令而执行的行为的刑事责任时，法律会考虑这些因素。

下级因服从其上级下达的非法命令不须承担刑事责任，除非在依据一个人在这种情况下的常识与理解，该上级命令是非法的，或者被告实际知道该命令是非法的。

* * * * *

[……]

除非你对被告行动时明知命令非法的认定能达到排除合理怀疑标准，否则，你都必须确定，依据一个人在这种情况下的常识与理解，被申请人是否应该知道命令是非法的。你对这个问题的考虑不应集中在卡利中尉以及他对所收到的命令合法性的理解上。标准应当是依据一个人在这种情况下的的理性标准与理解。

[……]

上诉辩护律师主张，这些指导意见带有偏见，是错误的。[……]他们敦促我们采用以下标准，即依据一个人“最普通的理解”，命令是否明显或显然非法，以致于他能觉察到其非法性。他们坚持认为，法官论述的标准过于严格，也不公正；它面对的是武装部队的成员，他们不是拥有常识和理解的人，他们不得不在两难困境作出选择：或是战时不服从命令面临死刑，或是服从命令而受到同样严重的惩罚。一些考虑周全的军事法专家曾提出非常近似的观点。[……]

在战争的压力下，不能合理的期望武装部队的成员作出精密的法律判断，也不能因为他对一个有分歧的问题猜测错误就让他负刑事责任。但是，在该案中，对于该屠杀命令的非法性是没有分歧的。100年来，美国法律的一个既定规则是：即便是在战争中，立即杀害已经或正在处于有效控制中的敌人就是谋杀。上诉辩护律师[……]说，卡利中尉不应对他杀害的男人、妇女与儿童负责，因为军事法庭本应当查明他是一个“理解力最普通”的人，这样一个人也许不知道我国法律的规定；他的上尉命令他杀害这些手无寸铁且顺从的人，作为一个严守军纪的士兵，他只是执行了这个命令。

不论卡利中尉是美国最无知的人，还是最聪明的人，都必须推定他知晓不能杀害此处涉及的人。[……]

因此，必须维持军事复审法院的判决。[……]

讨 论

1. (1) 该案适用什么法律？是适用于国际性武装冲突的国际人道法还是适用于非国际性武装冲突的国际人道法？
- (2) 判断是否适用国际性武装冲突的国际人道法还是非国际性武装冲突的国际人道法对本案有重大影响吗？两者是否均禁止卡利中尉的行为？如果遇难无辜村民以前支持越共或在落入卡利之手之前是越共战士（不管是合法还是非法），这会有关系吗？（比较，例如，《海牙章程》第23条第3款到第4款；《日内瓦公约》共同第3条；四个《日内瓦公约》各自的第50、51、75、77条；《第一附加议定书》第85条；《第二附加议定书》第4条、第6条第2款与第13条。）
2. (1) 什么时候上级命令可以为违反国际人道法的行为辩护？什么时候上级命令可以对违法行为的惩罚进行有效辩护？什么时候它可以减轻对这样违反的惩罚？
- (2) 法庭指示陪审团用于判定上级命令何时构成对国际人道法的违反的辩护标准是否符合国际人道法？如果不符合，辩方提出的标准是否符合？抑或两者都不符合？
- (3) 法庭应用什么标准指示陪审团？哪一种标准，是客观标准还是更加主观的标准能得到最公正的结果？哪一种标准更能有效地遏止对国际人道法的违反？这些标准是否相同？
- (4) 士兵被灌输要服从命令，且明了不服从意味着严厉惩罚，这个事实能否支持适用更加主观的标准？在对明显违法的命令作出判断时又将如何？
- (5) 如果一个列兵，如一等列兵詹姆斯·J·德拉斯知道这个命令是错误的，并选择不遵守，为什么一个中尉不应当那样呢？中尉难道是一个没有经验的士兵吗？不知道战争法是否构成有效辩护？甚至对一个中尉也如此？如果士兵不知晓战争法，那么，国家向其战斗员发出不当指示是不是也无须承担责任？（比较《第一附加议定书》第82条、83条和第87条第2款。）
- (6) 如果每个下级都质疑指挥官命令的合法性，当他或她确定对此辩论会令武装部队溃败并会错过所有关键的作战机会时，才会服从命令，这样的观点有说服力吗？难道没有明确无疑的案例表明何时应当不服从命令？本案的情况是不是这样一个例子？事后反观是不是更容易判断？激战中的情形能在事后反观中得到公正评估吗？

案例102 美国，前战俘出访河内**案 例**

[资料来源：Cloud, D.S., 《芝加哥论坛》，1997年4月15日，N1]

**前战俘出访河内的任务
美国大使寻求和解**

有一段时间，彼得·彼得森 (Pete Peterson) 无论如何不曾想到会返回越南，更别说在那里生活和工作了。

彼得森曾是一位空军飞行员。1966年在执行一次轰炸任务时，飞机被击落。之后，他忍受了6年半的折磨与隔离生活，在被称为河内希尔顿的北越潮湿的战俘营里靠草汤和米饭维持生命。

1973年，他被释放时曾发誓离开越南，并将这段磨难埋葬在记忆深处。彼得森说，这是一个有意识的自我保护行为，好象在为下一个任务做准备。

“在这6年半中，我被困在一个牢房里，我恨透了这段生活。”在最近一次接受采访时，他如是说。“如果时间再长一点，我可能就挺不住了。自我从那间牢房中走出来的那一天起，我基本上就把它放在脑后了。”

61岁的彼得森将作为美国第一位驻越南大使返回河内，而在那里他曾经手脚被铐。

在推迟了一年以后，参议院于上周批准了对他的任命，结束了彼得森的不确定状态，议员们为是否应与前敌国重建关系争论了很久。

在越南统一后，美国还从未向该国首都河内派驻过大使。4月29日，彼得森将宣誓就职，并在5月初正式走马上任。

克林顿总统选择一个战俘出身、并连任3届佛罗里达议员的人作驻越大使，受到了老兵们的广泛赞誉，须知老兵团体一直反对与越南实现关系正常化。这个选择也受到了国务院的职业外交家甚至是越南共产党领导的赞赏。

这种支持是一种确认，即可能确实需要像彼得森这样的一个人，这个人有充足的理由怀有仇恨，同时也有充足的理由成为在两个前敌人间的协调者。

“他的经历使他走向疗伤与和解的方向，这和我本人情况一样。”参议院约翰·麦卡恩 (John McCain) 这样说到，他在同一个战俘营里也度过了6年。

彼得森是“唯一我们会支持其工作的人，理由是他曾经在那里呆过，他知道影响越南老兵的事项。”美国越战老兵联合会主席乔治·杜金斯 (George Duggins) 这样说。

美国驻越南最后一任大使格兰汉·马丁 (Graham Martin) 在北越部队包围西贡——南越首都——的前一刻乘坐直升飞机仓皇离开。这是美国卷入冲突后令人感到耻辱的结束，也是深藏在这个国家精神中的痛苦回忆之一。

彼得森的手时常麻木，他的肘部还有对他施行酷刑的人燃烧绳子留下的疤痕。但是，他决心留下不同的印记。

“我确实希望能利用这种关系来弥合仍存在两国民众间的伤痕。”他说道。
“并不是只有我们在这里受到了伤害。越南人失去了整整一代男人。”

彼得森的首要任务是在几十个涉及美国战俘的案例中取得进展，这些战俘在执行任务时失踪。对克林顿与越南实现关系正常化的决定，美国越战老兵联合会表示反对，因为后者担心这会使河内失去公开全部情况的压力。

彼得森不同意对关系正常化的批评。他注意到，许多遗留的案例涉及的美军人员是山区丛林或是在越南与老挝边界的偏远地区执行任务时失踪的。他指出，河内正在合作，并补充说，他的出现将有助于辩识遗留的失踪人员的身份。

他坚持说，在这些案件取得进展之前，河内不会获得它真正想得到的东西——美国的投资与全面的商业联系。

尽管做了多年战俘，道格拉斯·彼得·彼得森 (Douglas Pete Peterson) 却从未准备做战俘的代言人。

1966年9月10日，彼得森在执行第67次轰炸任务时，他驾驶的F-4幻影飞机被一枚地对空导弹击中。成功弹出机舱后，他降落在一棵树上，右臂、肩膀和腿部受伤。被当地军事人员捕获以后，彼得森被送到华咯 (Hua Lo) 监狱，该监狱被称为河内的“希尔顿”。

没有鞋子、足够的食物、医疗，也不允许与其他美国战俘联系。他被监禁在一个长20英尺、宽12英尺的牢房里，只有一个用来睡觉的木板。残酷的刑讯逼供司空见惯。通过将精力集中在想象的事物上，比如修建房子，彼得森得以保持神志清醒。

在监禁期间，他被转移过两次。

彼得森的妻子和3个孩子等了3年，才获得了关于他命运的消息。1969年圣诞期间，他们在河内发行的宣传片中看到了彼得森。空军将彼得森的物品送给了他

的家人，其中，有他打算旅途回来后送给女儿保拉·布莱克伯恩 (Paula Blackburn) 的玉手镯和木雕猫。[……]

现在，彼得森有了一项新的挑战——为国家给这场他曾经全身心投入的战争缔造一个更令人满意的结局。

彼得森与其女儿探讨了他接受这项工作的原因。他说，他“如果不知道其他未能返回家园的军人[他们在执行任务时失踪]的下落，他将无法成为一个自由人。”

讨 论

1. 彼得森大使所描述的他成为战俘时的生活条件与国际人道法的规定是否一致？（比较《日内瓦第三公约》第22条、第25条、第26条与第29条。）他受到的待遇呢？（《日内瓦第三公约》第13条、第17条第4款、第87条第3款与《第一附加议定书》第85条第2款。）他的家属是否有权知晓他的下落和健康状况？他是否享有接收通信的权利？（比较《日内瓦第三公约》第70条、第71条。）
2. 依据国际人道法，缔约方在战俘和失踪人员方面有什么义务，这对彼得森大使解决他的首要任务，即解决美军战俘与失踪人员的案件有无帮助？国际人道法要求《日内瓦公约》的缔约方在失踪人员方面采取哪些行动？（比较《日内瓦第一公约》第15–17条、《日内瓦第三公约》第118、120、122、123条、《日内瓦第四公约》第136–140条、《第一附加议定书》第32–34条。）
3. (1) 如果美国认为越南没有完全公开战俘和失踪人员的情况，应当拒绝和越南实现关系正常化吗？甚至是在过了20多年以后？和解会不会便利情况的公开？和解是否经常取决于那些被害人的努力？依据国际人道法，和解会不会影响缔约方关于战俘和失踪人员的义务？
(2) 国际人道法规定的适用与执行取决于像彼得森大使这样富有经验与洞察力的个人吗？这一观点在受害者中是否具有典型性？国际人道法的力量取决于这样的人吗？

十二、尼日利亚

案例103，尼日利亚，作战行动守则

案 例

[资料来源：格林·K (Greene K)，《尼日利亚的危机与冲突：原始资料》，第1卷，1966-69，第455至457页。]

尼日利亚军队的行动守则行动

[脚注1：没有具体日期，但颁布于1967年7月初，承蒙一位尼日利亚士兵帮助，本文件得以复制。英文译本之后还会有豪撒语，伊博语，约鲁巴语，埃菲克语、伊卓语版本。缔维语版本未提及。]

尼日利亚联邦全体武装部队官兵 执行军事行动的限制性指令

作为尼日利亚联邦共和国武装部队总指挥官，我要求所有作战官兵具有两个最重要品质：忠诚与严守纪律。尼日利亚武装部队，特别是陆军，自组建以来因其纪律严明，已经在国际上建立了很高的声誉；但在1966年1月15日发生的事件，使其名誉扫地。自那以来，非常有必要要求武装部队的各级官兵具备最严格的纪律感和最高的爱国精神。在战斗中取得胜利在很大程度上取决于官兵的纪律、忠诚与他们的爱国精神。

2. 你们都知道陆军中校奥都梅格武·奥巨克武 (Odumegwu-Ojukwu) 在东部中心州的反叛，以及他的派系反对尼日利亚联邦共和国政府。鉴于反叛政府，使用必要武力平叛已不可避免。叛军的主力都是伊博人 (Ibos)。少数民族地区（卡拉巴 (Calabar)、奥高加 (Ogoja) 与河流地区、甚至包括部分伊博 (Ibos) 地区都不支持奥都梅格武·奥巨克武的叛乱。联邦政府军在对叛军行动时，许多部队与平民将会投降。你们应当依据此指令公正、体面地对待他们。
3. 你们要时刻牢记，非洲其他国家和全世界都在注视着我们，看我们如何履行这项国家要求我们履行的任务。同时，你们必须记住，你们所投入

的战争不是在与外国作战。你们也不是在打一场宗教战争或圣战。你们仅仅是在镇压奥都梅格武·奥巨克武中校及其派系的叛乱。你们决不能做任何会影响国家未来团结的事情。你们在与奥都梅格武·奥巨克武及其派系作战时，采取的任何行动必须遵守《日内瓦公约》的规定。

4. 我命令所有的官兵在行动中严格遵守以下规则（这些指示须与《日内瓦公约》结合阅读）：
 - (1) 不论在什么情况下，都不能虐待或杀害孕妇。
 - (2) 决不能骚扰或杀害儿童。必须保护、照顾他们。
 - (3) 不能攻击青年与在校儿童，除非他们公开从事反对联邦政府部队的军事活动。应当给予他们全面的保护与照顾。
 - (4) 医院、医院工作人员与病人不应受到影响或骚扰。
 - (5) 不应杀害已投降的士兵。他们应被解除武装并受到战俘待遇。不论在什么情况下，他们都享有受到人道待遇的权利，他们的人身和尊严应受到尊重。
 - (6) 不能恶意破坏财产、建筑等。
 - (7) 决不能亵渎教堂和清真寺。
 - (8) 不能有任何形式的抢劫。(好士兵从不抢劫。)
 - (9) 妇女受到保护，免受对其身体和尊严的攻击，尤其是免受强奸和任何形式的不体面攻击。
 - (10) 对联部队有敌对行动的男性平民应受到严厉但公平的待遇。他们必须受到人道待遇。
 - (11) 必须给予所有军事及平民伤者必要的医疗照顾。不论在什么情况下，他们都必须受到尊重与保护。
 - (12) 不要骚扰从事合法经营的外国人，但是雇佣兵不得被饶恕，他们是最坏的敌人。
5. 作为士兵，我们只有小心遵守这些规则，才能成功完成任务。在我指挥下的武装部队的任何成员，如果不遵守这些规则，我将感到颜面无光。他不值得任何怜悯与同情，将受到无情处罚。你将为捍卫你的国家——尼日利亚的领土完整进行一场清白的战争、一场值得尊重的战争。

6. 你们必须记住，现在被奥巨克武中校强迫而反对你们的士兵曾是你们的老战友，而且可能仍是。所以，你们必须尊重他们、保护他们的尊严，除非他们对你们采取敌对行动。

祝好运。

雅库布·哥翁 (Yakubu Gowon) 少将

军政府首脑

尼日利亚联邦共和国武装部队总指挥官

注：武装部队的每一成员均需阅读之并被给予详细解释。该指令应被制作成足够的份数以使武装部队和警察人手一册。部队应始终携带之。

讨 论

1. (1) 在哪些事项上，该指令超越了《日内瓦公约》共同第3条的规定？在哪些事项上，该指令超越了《第二附加议定书》？
(2) 《日内瓦公约》共同第3条的哪些事项没有被该指令提及？这些遗漏的原因以及可能的合理解释是什么？后来签定的《第二附加议定书》规定的哪些事项没有涵盖在该指令中？
2. (1) 该指令是否指示士兵遵守适用于国际性武装冲突的国际人道法？它是否为被俘叛军士兵提供战俘待遇？它是否暗示认可叛乱者的交战团体身份？
(2) 该指令关于雇佣兵不应被饶恕的指示是否符合今天的国际人道法？雇佣兵是否得到任何保护？依据适用于国际性武装冲突的国际人道法呢？依据《日内瓦公约》共同第3条呢？（比较《第一附加议定书》第47条与第75条，《日内瓦第四公约》第4条与第5条，《日内瓦公约》共同第3条。）
3. 该指令通过哪些因素确保其被政府武装遵守？有没有任何条款会减少其被遵守的机会？你觉得它的语言是否恰当？
4. 你是否找到该指令被标为“限制性”的原因？你是否发现执行国际人道法的指示不被敌人知晓的原因？

案例104 尼日利亚，皮乌斯·努沃加诉政府案**案 例**

[资料来源：ILR，1972，第494页至497页。]

尼日利亚，皮乌斯·努沃加诉政府案

尼日利亚，最高法院

1972年3月3日

[……]

上诉人被指控另一项谋杀，即在1969年7月20日在依巴哥瓦·耐克 (Ibagwa Nike) 谋杀了罗伯特·尼格武 (Robert Ngwu)。他被判有罪并被判死刑，但第二被告人却被释放。这是对判决的上诉。

导致杀害死者的事件发生在这个国家的内战期间。上诉人参加了被称为“比夫拉军” (Biafran) 叛乱部队。他作为列兵参加叛军，后来成为中尉。他隶属于“比夫拉自由战士组织” (BOFF)，被派往耐克，当时该地处于联邦部队的控制之下。

死者也是叛军的一名士兵；他与上诉人都是巴哥瓦·耐克的本地人，并相互熟知。1969年7月之前，上诉人被安排在一个名叫奥洛 (Olo) 的小镇指挥一个连。该镇靠近耐克，他所在的旅的行动总部在阿塔 (Atta)。1969年7月，上诉人被召唤到阿塔。在那里，他被指示带领尼格武中尉与尼都 (Ndu) 中尉去依巴哥瓦·耐克，并将死者指认给他们。他被告知，由于他非常熟悉这一区域同时认识死者，所以他的任务是为两位中尉辩识死者，因为这两位中尉要将后者除掉。死者的罪行是：为了“比夫拉自由战士组织”成员的利益，他得到了800英镑重新开张并经营位于依怒古 (Enugu) 的春日酒店 (Day Spring Hotel)，但是他将这笔钱转用于他的合同，而且确实履行了与联邦政府的合同来修复被叛军飞机摧毁的依怒古机场。[……]

[……] 我们需要将注意力投向以下事实。

1. 上诉人以及与他一起的人是叛军军官；
2. 他们的行动位于联邦领土内，因为证据显示该区域处于联邦政府与联邦军队的控制下。
3. 上诉人以及与他一起的人在联邦领土内伪装活动，他们是破坏分子。

4. 上诉人及与他一起的人没有身着叛军军服，而是身穿普通衣服，以和平民众的面貌出现。

基于这些事实，如果任何一个叛军军官，就像上诉人所为，犯了刑法上的罪行，他将受到处罚，恰如任何平民，不论他的行为是否是执行命令。

我们通过《奥本海国际法》第7版第2卷第575页关于战争中的背信弃义行为的一段话强化了这一观点，这段话如下：

“敌军士兵——而非秘密的敌人个体，只有在进行伪装的情况下在交战地带从事这些行为才会受到惩罚。例如，两个身穿军服的士兵被派到敌人后方破坏桥梁，他们在被捕时可能不会因战争中的背信弃义行为而受到惩罚，因为他们行为是合法的战争行为。但是，如果他们将其军服换成普通衣服，以和平民众的面貌出现，他们将受到惩罚。”

在这段话的脚注中，奥本海援引了1904年日俄战争中的一个著名案例：两个日本军官身穿中国平民的衣服，他们在试图在满洲炸毁一座铁路桥时被捕。他们被审判、并被处死。

我们用以上案例来分析现在摆在我们面前的问题。我们认为，在该案中，在联邦领土内蓄意杀害一个手无寸铁、和平生活的人构成危害人类罪，即便是在内战中，也是对国内法的违反，必须受到惩罚。

在本案中，必须维持上诉人的有罪判决，因此必须驳回上诉。

[报告：[1972]《全尼法律报告》（第一部分），第一卷，第149页。]

讨 论

1. 法院是否为尼日利亚的内战定性？它是否在该案中适用了适用于国际性武装冲突的国际人道法？
2. 要求处死死者的命令以及被告执行该命令是否违反了适用于非国际性武装冲突的国际人道法规则？适用于国际性武装冲突的规则呢？（比较《日内瓦公约》共同第3条第1款，《海牙章程》第23条第2款，《第一附加议定书》第51条第2款。）
3. 执行处决的方式是否违反了适用于国际性武装冲突的国际人道法规则？适用于非国际性武装冲突的规则呢？如果处决是在叛军控制领土内执行的，你的答案会有所不同吗？如果被告身着军装呢？（比较《海牙章程》第1条，《日内瓦第三公约》第4条第1款，《第一附加议定书》第43条、第44条与第46条。）

十三、印巴冲突

案例105 孟加拉国/印度/巴基斯坦，1974年协定

案 例

[资料来源：ILM，第74卷，1974年，501-505页]

**孟加拉国/印度/巴基斯坦：
关于遣返战俘和被拘留者的协议
[新德里，1974年4月9日。]**

**孟加拉国、印度、巴基斯坦
于1974年4月9日在新德里签署的协议**

[……]

3. 1971年悲剧事件引发的人道问题构成南亚次大陆国家和解以及实现关系正常化的主要障碍。如果孟加拉国的平等主权得不到认可，它就不可能参加解决人道问题的三方会谈。[……]
4. 1973年4月17日，印度与孟加拉国[……]联合提议，关于被拘留者与身处困境者的问题，应当在人道考量的基础上通过同时遣返来解决问题，某些巴基斯坦战俘除外，因为他们有可能应孟加拉国政府要求，面临审判与指控。
5. 该《宣言》发表之后，印度与孟加拉国、印度与巴基斯坦之间展开了一系列对话。这些对话导致1973年8月28日印度与巴基斯坦在有孟加拉国参与的情况下于德里签定了一份协议。该协议为重大的人道问题提供了解决方法。
6. 依据此协议，三方遣返程序从1973年9月19日开始。至今，已有30万人被遣返，这营造了和解的氛围，并为次大陆各国的关系正常化铺平了道路。
7. 1974年2月，孟加拉国的主权得到认可，这便利了孟加拉国在主权平等的基础上参与德里协议的三方会晤。接着，孟加拉国政府外长卡玛

尔·侯赛因 (Kamal Hossain) 博士阁下、印度政府外长萨达尔·斯瓦然·辛格 (Sardar Swaran Singh) 阁下、巴基斯坦政府国防与外交部部长阿齐兹·艾哈迈德 (Aziz Ahmed) 阁下于1974年4月9日在新德里会晤，讨论德里协议中提到的诸多事项，尤其是关于195名战俘的问题、涉及在巴基斯坦的孟加拉国人以及在印度的巴基斯坦战俘的三方遣返进程的完成事项。[……]

9. 部长们同时考虑了为使三方遣返的进程迅速实现令人满意的结局所需要采取的步骤。
10. 印度方面宣布，剩余的巴基斯坦战俘和被扣留的平民将依据德里协议进行遣返，人数约为6500，按火车的正常速度每隔一天进行遣返。[……]因此，遣返战俘的进程有望在1974年4月底之前完成。
11. 巴基斯坦方面宣布，从巴基斯坦遣返孟加拉国公民的进程接近完成。在巴基斯坦剩余的孟加拉国公民将不受阻碍的被全部遣返。
12. 关于在孟加拉国的非孟加拉人，巴基斯坦方面宣布，巴基斯坦政府已经为下列人员签发了迁往巴基斯坦的许可证，即住所在前西巴基斯坦地区的非孟加拉国人、中央政府雇员及其家属或者是分离家庭的成员，不论他们的原始住所在哪里。对25000人发放许可证虽有很大难度，但也在进展中。巴基斯坦重申，巴基斯坦接受以上前三类人员，将不受数量限制。在申请人的申请遭拒绝时，巴基斯坦政府将应请求提供个案被拒绝的理由。任何一个遭拒绝的申请人，如果能向巴基斯坦政府提供新的事实或信息以证明他符合前三类人员的条件，便可以在任何时间要求复审。这些人员的请求不受时间限制。如对一个案例的复审作出相反裁决，巴基斯坦和孟加拉国政府可以寻求通过共同协商的方法加以解决。
13. 在三国政府迫切期望次大陆实现和解、和平与友谊的背景下，三国部长讨论了关于195名巴基斯坦战俘的问题。孟加拉国外长指出，依据联合国安理会的相关决议与国际法，这些战俘犯下了大量的罪行，包括战争罪、危害人类罪、种族灭绝罪，因此，这195名巴基斯坦战俘应受到这些罪行的指控并享有正当的法律程序。巴基斯坦政府国防与外交部部长指出，其政府对这些人可能犯下的罪行予以谴责并深表遗憾。
14. 三位部长指出，问题的解决应当放在三国决心继续致力于和解的语境下。部长们进一步指出，在认可孟加拉国的主权之后，巴基斯坦总理已经宣布，他将应孟加拉国总理的邀请访问孟加拉国；他还呼吁孟加拉

国人民忘记并原谅过去的错误以促进和解。与此相似，孟加拉国总理宣布，关于1971年在孟加拉犯下的罪行与破坏，他希望人民忘记过去，重新开始，他指出，孟加拉人民知道如何去原谅。

15. 鉴于以上进展，尤其是巴基斯坦总理呼吁孟加拉国人民原谅并忘却过去的错误，孟加拉国外长宣布，作为友善行为，孟加拉国政府决定不进行审判程序，同意195名战俘与正在遣返的其他战俘一起，依据《德里协议》被遣返至巴基斯坦。[……]

讨 论

1. (1) 依据国际人道法，什么时候应当遣返战俘？是否需要当事方之间签定一份协议来执行遣返？依据国际人道法，巴基斯坦不承认孟加拉国是否构成对遣返战俘的障碍？（比较《日内瓦第三公约》第118条。）
(2) 对于被指控严重破坏国际人道法的战俘，孟加拉国是否有权不予遣返？它决定“作为友善行为不进行审判程序”是否符合国际人道法要求其对被控犯下严重罪行的人承担或起诉或引渡的义务吗？（比较《日内瓦第三公约》第119条第5款；四个《日内瓦公约》各自的第49、50、129、146条以及第51、52、131、148条。）
2. 依据国际人道法，什么时候应当遣返被拘禁平民？是否需要当事方之间签定一份协议来执行遣返？依据国际人道法，巴基斯坦不承认孟加拉国是否构成对遣返被拘禁平民的障碍？（比较《日内瓦第四公约》第133条、第134条与《第一附加议定书》第85条第4款第2项。）
3. (1) 非孟加拉人是否有权离开孟加拉国？那些住所在前西巴基斯坦的人呢？那些被巴基斯坦中央政府雇佣的人呢？那些失散家庭的成员呢？（比较《日内瓦第四公约》第26条、第35条与第134条。）
(2) 对于被遣返的住所在前西巴基斯坦的非孟加拉人，巴基斯坦是否有接受的义务？那些被巴基斯坦中央政府雇佣的人呢？那些失散分离家庭的成员呢？有没有必要签定一份关于遣返这些人的协议？（比较《日内瓦第四公约》第26条、第35条与第134条。）

十四、以巴冲突

[注：本书这一部分分析了相当多的案例，旨在反映：

(1) 该地区连续不断的冲突中产生了多种法律问题；以及

(2) 以色列法院在人道法的解释上扮演着独特的角色。]

文件106 红十字国际委员会关于近东地区的呼吁

1. 1973年10月的呼吁

[资料来源：红十字国际委员会，第152号，1973年，第583-585页]

对交战者的呼吁

1973年10月9日，红十字国际委员会代表冲突各方的平民发出以下呼吁：

红十字国际委员会非常关注中东新近爆发的暴力的范围，特别是它对人口稠密地区的影响。事件的悲剧性转变已由可靠的消息来源和冲突各方的反对所证实，为此，红十字国际委员会重申它在24小时前给有关政府发出的紧急建议，敦促他们遵守1949年8月12日的日内瓦四公约。它强调在所有情况下宽恕平民的必要性。

10月11日，鉴于收到了平民陷入困境的警报，红十字国际委员会敦促所有的交战方（包括伊拉克、以色列、埃及阿拉伯共和国、叙利亚阿拉伯共和国）立即遵守1949年8月12日日内瓦四公约的关于保护国际性武装冲突中的受害者的附加议定书草案，尤其是第46条（“保护平民居民”）、第47条（“对民用物体的一般保护”）与第59条（“攻击中的预防措施”）[分别与1977年《第一附加议定书》的第51条、52条与57条对应。]

叙利亚阿拉伯共和国和伊拉克政府积极回应了红十字国际委员会，埃及阿拉伯共和国政府也作了积极回应，但以以色列同样行动为条件。

以色列遂于10月19日做了回复：“对红十字国际委员会的呼吁，以色列政府宣布，它已经、并将继续严格遵守国际公法关于禁止攻击平民与民用目标的规定。”

由于红十字国际委员会认为这一声明没有回答它提出的问题，以色列政府通过外交部政治顾问R.凯德龙(R.Kidron)先生做了如下补充回答：

“由于你们知晓在 10 月 30 日与 31 日会谈中我们探讨了内容广泛的议题，以色列政府对红十字国际委员会对其声明所做的消极反应表示惊讶与失望。我做过解释，红十字国际委员会的建议在耶路撒冷得到了最认真的检验与注意，以上所做的重复声明是经过仔细考虑后形成的。

不过，为了消除在这个事件上的一切疑虑，我受指示宣布，以色列政府的观点是，它于 1973 年 10 月 19 日传递给红十字国际委员会的声明表明了其立场，它不但包括、而且超出了红十字国际委员会于 1973 年 10 月 11 日提及的附加议定书草案第 46 条、第 47 条与第 50 条规定的义务；它包含了关于在国际性武装冲突中保护平民与民用物体的国际公法的全部规定，既包括成文法，也包括习惯法。

我相信，我国政府的立场将能被红十字国际委员会以积极的态度加以接受，与此相应，记录也将被纠正。”

2. 2000 年 11 月的呼吁

[资料来源：红十字国际委员会，新闻稿 00/42，2000 年 11 月 21 日；可浏览：<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JQRF>]

红十字国际委员会对卷入近东冲突各方的呼吁

日内瓦（红十字国际委员会）：红十字国际委员会对近东持续暴力引发的人道条件极为担忧。自 9 月底以来，红十字国际委员会多次要求卷入暴力的各方遵守国际人道法的限制及其基本原则，尤其要确保尊重平民、伤者、医疗人员和不再从事敌对行动的人员。迄今，激烈的冲突已经造成 200 人死亡，数以千计的人受伤。红十字国际委员会尤其对冲突造成大量手无寸铁的平民甚至是儿童伤亡以及因弹药和橡皮或塑料子弹造成过分受伤表示担忧。

在巴勒斯坦反抗作为占领国的以色列的背景下，红十字国际委员会强调《关于战时保护平民的日内瓦公约》完全适用，而且是相关的。

红十字国际委员会再一次提醒积极参与暴力的所有人，无论在什么时候使用武力，对手段与方法的选择都不是无限制的。它反复强调其对卷入暴力及对局势有影响的所有人的呼吁，即在任何情况下都要尊重并确保尊重国际人道法及其基本原则。恐怖行为、针对平民的报复行为、不分皂白的攻击以及针对平民居民的攻击都是被绝对、无条件禁止的。

为避免给平民居民造成危险，那些携带武器以及参与暴力的人必须使自己与平民能区分开来。武装部队与安全部队必须宽恕和保护所有不参加或不再参与冲突的平民，尤其是儿童、妇女与老年人。不能授权对手无寸铁的平民使用武力。

不论属于哪一方，伤者与病者均必须被收集，并得到照顾。必须尊重并保护救护车与从事医疗服务的人员。必须允许他们自由行动而不受伤害，这样他们才能履行其人道义务。所有参加冲突的人都必须尊重医疗服务人员，不论他们是武装部队、民事机构、巴勒斯坦红十字会或以色列红大卫盾会派遣的。

迄今，几十辆巴勒斯坦红十字会的救护车及其不少工作人员在被占领区进行医疗活动时受到火力攻击。以色列红大卫盾会的救护车也遭受攻击。红十字国际委员会再次呼吁卷入暴力的各方尊重医疗人员、医院、其他医疗设施、救护车及其他医疗运输和供给设备。

任何滥用保护医疗服务的标志都是对国际人道法的违反，滥用标志将使在标志之下工作的人处于危险之中。红十字国际委员会要求所有卷入暴力的人不要滥用保护性标志，并呼吁所有有关当局阻止或遏止这种滥用。

所有被捕人员必须得到尊重，不得受到任何形式的暴力。拘留当局必须授权红十字国际委员会接触这些人员，不论他们可能处于何处，这样一来，其代表可以确定他们的身体状况并给其家属传递消息。

红十字国际委员会对在被占领土内建立以色列定居点所带来的人道后果愈加担忧，以色列国防军在特定区域实行宵禁与封锁产生的结果与《日内瓦第四公约》相违背。作为占领国，以色列只有在军事必要的限度内才能限制居民的自由行动。不论在什么情况下，通过宵禁与封锁区域的手段限制行动都不能构成集体惩罚，也不能严重阻碍平民居民的日常生活或产生极端的经济后果。此外，占领国有义务确保足够水平的医疗照顾，包括免费到医院和医疗服务，不能为食物供应制造障碍。必须允许所有为儿童提供照顾与教育的机构正常工作，还必须尊重宗教习惯，这意味这在最大可能的情况下必须能进入宗教场所。

最后，红十字国际委员会要求有关当局与所有卷入暴力的人便利巴勒斯坦红十字会志愿人员、以色列红大卫盾会及其代表以及国际联合会代表的工作。尽管面临巨大困难，往往是冒着生命代价，这些志愿人员与代表还是在不倦工作，为冲突受害者提供援助。

3. 2001年12月5日红十字国际委员会的声明

[资料来源：红十字国际委员会在《日内瓦第四公约》缔约方会议上的官方声明，日内瓦，2001年12月5日。可访问：<http://www.icrc.org/eng>]

红十字国际委员会的声明

2001年12月5日

1. 依据国际人道法的相关规定与1949年《日内瓦公约》缔约方的授权，红十字国际委员会在以色列、相邻的阿拉伯国家以及1967年被占领土建立了永久性存在，以在该地区执行其人道任务并为忠实执行国际人道法而工作。
2. 联大与安理会以及红十字与红新月国际大会的多项决议反映了国际社会的观点。依据这些决议，红十字国际委员会始终声明，以色列有在1967年以来的被占领土上，包括东耶路撒冷，适用《日内瓦第四公约》的法律义务。以色列于1951年正式批准该公约，该公约对当前暴力仍具有完全可适用性与相关性。作为占领国，以色列同时还受其他与占领有关的习惯规则的制约，这些规则体现在1907年10月18日《陆战法规和惯例的海牙章程》的附件中。
3. 一般而言，《日内瓦第四公约》保护平民居民免受占领国方面的虐待，尤其是保护其免受歧视，免受任何形式的暴力以及尽管处于被占领和战争状态，平民仍能依据其法律、文化与传统尽可能维持正常的生活。虽然国际人道法授予占领国特定权利，同时也为其权力的范围设定了限制。作为被占领土暂时的管理者，占领国不得干涉被占领土原来的经济与社会结构、组织、法律体系或人口。它必须确保在占领区生活的人的安全与福利。这意味着如果占领延续，须允许被占领土正常的发展。
4. 具体而言，《日内瓦第四公约》的规定旨在保护生活在被占领土的人（包括被拘留者）的人格尊严与身体完整。它禁止任何形式的身体与精神虐待、强迫、集体惩罚与针对受保护人员与财产的报复。它同时禁止占领国将其部分平民转移至被占领土、禁止强制被保护人员从被占领土转移或驱逐出去、禁止破坏动产与不动产，除非这样的破坏是进行军事行动所绝对需要的。
5. 红十字国际委员会在以色列占领区进行活动时反复发现了破坏国际人道法规定的行为，如以色列将其部分平民转移至被占领土、破坏房屋、不尊重医疗行动、将受保护人员拘留在被占领土外。某些违反《日内瓦第

四公约》的行为已被规定在法律与行政指令中，并被最高司法当局处罚。虽然红十字国际委员会赞赏以色列当局允许使用其某些设施来从事人道任务，它还一贯要求以色列当局注意巴勒斯坦平民因占领政策而遭受的痛苦和承担的重负，并按其惯例通过双边与多边代表及公开呼吁来表达其担忧。对违反《日内瓦第四公约》在被占领土建立以色列定居点导致的人道后果，红十字国际委员会尤其表示担忧。定居政策往往意味着破坏巴勒斯坦人的房屋、没收土地与水资源以及瓜分这块土地。为扩展定居点、保护定居者，就必须采取措施破坏房屋、征用土地、封锁区域、设置路障、长时间宵禁等措施，这严重妨碍了巴勒斯坦人民的日常生活。不过，定居点的设置违反了《日内瓦第四公约》，这并不代表居住在定居点的平民可以成为攻击的目标。只要他们不积极参与战斗，他们作为平民就受到人道法的保护。

6. 红十字国际委员会同时要求以色列当局注意以色列国防军延长宵禁与对特定地区的封锁产生的结果。限制行动对全体巴勒斯坦民众已经产生了灾难性后果。它们阻止了紧急医疗行为和医疗照顾、妨碍上班、上学与宗教祈祷，并对经济产生了致命性后果。它们还使巴勒斯坦家庭数月无法探访他们被拘留在以色列的家属。在最近14个月，对这些行为的担忧与日俱增，因为为遏止愈演愈烈的暴力局面而采取的措施进一步恶化了被占领土人民的生活水平。
7. 红十字国际委员会提醒所有参与暴力的人，不论在什么时候，武装部队选择武力的手段与方法都不是不受限制的。今天，考虑到武装冲突越来越多，红十字国际委员会强调在被占领土内外活动的巴勒斯坦武装组织也必须遵守国际人道法原则。除了《日内瓦第四公约》以外，还有被广泛接受的关于军事行动的国际人道法规则与原则。它们特别规定只有军事目标才能被攻击。因此，不分皂白的攻击，如巴勒斯坦个人或军事组织对以色列平民的炸弹攻击或旨在平民居民间散布恐怖气氛的行为都是被绝对、无条件禁止的。它们同样适用于以色列当局对巴勒斯坦人的攻击与杀害，只要这些人没有直接从事敌对行为或立即威胁生命。禁止针对平民及其财产的报复。在攻击一个军事目标时，必须采取一切可行预防措施最大限度减少平民伤亡，那些携带武器和从事武装暴力的人必须使自己与平民能区分开来。
8. 平民向占领部队示威与他们之间的僵局不是战争行为。因此，不能使用军事手段与方法来对待他们。当面对平民居民时，以色列部队必须保持

克制：武力的任何使用必须相称，必须采取所有必要的预防措施来避免伤亡，并严格限制致命性枪炮的使用，只有在为保护生命而不可避免时，才能使用。

9. 在当前局势下，保证所有人如有必要都能享有紧急医疗服务同样是至关重要的。不得拒绝或延误获得紧急医疗服务。应允许救护车与医疗人员往来自由不受伤害，不得妨碍他们履行其医疗义务。参与暴力的各方必须尊重并协助医疗服务，不论它们是武装部队、民事机构、巴勒斯坦红十字会、以色列红大卫盾会、红十字国际委员会还是红十字与红新月国际联合会所派遣的。
10. 日内瓦四公约共同第一条规定“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”。本次会议应当在这一语境下加以审视。红十字国际委员会欢迎《日内瓦公约》缔约方采取单独或联合努力来履行这一义务，并确保遵守国际人道法。考虑到在世界范围内对国际人道法的违反屡见不鲜，这些努力愈加重要。
11. 为履行这些法律与政治义务而采取的手段自然由各缔约方决定。不论选择采取什么手段，红十字国际委员会均须强调，缔约方在国际层面上采取的手段必须旨在取得有利于受保护人员利益的实际结果，并确保遵守并适用国际人道法。
12. 超出所有法律考量并鉴于当前人道局势，红十字国际委员会再次呼吁有关各方尽可能饶恕平民生命，并保持一定程度的人道。
13. 红十字国际委员会将继续竭尽全力，在其职权范围内，依据支配其人道工作的中立、公正与独立的原则，协助与保护所有受害者。它期望得到有关各方的全力支持，促进对国际人道法的遵守并便利人道行动，这同时会为在该地区不同国家与民族间建立和平铺下道路。
14. 过去数月人道局面持续恶化，尤其是过去几天发生的悲剧事件表明有必要打破暴力循环以及重新尊重国际人道法。

案例107 国际法院/以色列，在巴勒斯坦被
占领土上建起的隔离墙/安全篱笆

[注：该地图由联合国人道事务协调办公室于2005年2月绘制；在线可见：<http://un.org/unispal.nsf/>]



1. 国际法院，修建隔离墙的法律后果

[资料来源：在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果，国际法院咨询意见，2004年7月9日，<http://www.icj-icj.org>.]

国际法院，2004年7月9日， 在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果

[……]

咨询意见

[……]

1. 联合国大会（下称“大会”）在其2003年12月8日第十届紧急特别会议通过的第ES-10/14号决议中列出了请本法院发表咨询意见的问题。书记处在2003年12月10日收到联合国秘书长2003年12月8日的信的传真，后来又收到该信原件。信中正式通知本法院，大会决定提出该问题请本法院发表咨询意见。信中附有ES-10/14号决议经验证无误的英文和法文文本。该决议内容如下：

“大会，

[……]

遵照《联合国宪章》各项原则，

认识到不容以武力取得领土的国际法既定原则，

又认识到在尊重各民族平等权利和自决权原则的基础上发展各国间友好关系是《联合国宪章》的宗旨和原则之一，

回顾大会有关决议，包括1947年11月29日第181(II)号决议，其中将受委任统治的巴勒斯坦分为两个国家，一个是阿拉伯国家，另一个是犹太国家，

[……]

重申《日内瓦第四公约》[……]以及日内瓦四公约第一附加议定书[……]均得适用于包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土，

回顾《陆战法规和惯例公约》（1907年海牙公约）[……]所附的《章程》，

欢迎1999年7月15日在日内瓦召开了日内瓦第四公约缔约国会议，探讨如何采取措施，在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土执行这项公约，

表示支持2001年12月5日在日内瓦举行的日内瓦第四公约缔约国会议续会所通过的宣言，

特别回顾联合国有关决议，其中申明以色列在包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内的定居点是非法的，是妨碍和平与经济及社会发展的障碍，并回顾要求全面停止定居点活动的联合国各项决议，

又回顾联合国有关决议，其中申明占领国以色列采取的旨在改变被占领的东耶路撒冷的地位和人口组成的行动没有法律效力，因此完全无效，

注意到以色列政府和巴勒斯坦解放组织在中东和平进程范畴内达成的协议，

严重关注占领国以色列在包括东耶路撒冷及周围地带的被占领巴勒斯坦领土开始并继续构筑围墙，此一行为背离了1949年停战线(绿线)，涉及没收和破坏巴勒斯坦土地和资源，扰乱了数以千计受保护平民的生活，而且事实上吞并了大片领土，并强调国际社会一致反对构筑此道围墙，

又严重关注计划构筑的各段围墙将对巴勒斯坦平民以及解决巴以冲突和在该区域建立和平的前景产生更为严重的破坏影响，

欢迎人权委员会1967年以来被以色列占领的巴勒斯坦领土人权情况特别报告员2003年9月8日的报告「E/CN.4/2004/6」，特别是有关围墙的部分，

申明必须根据安全理事会和大会有关决议，在以色列和巴勒斯坦两国须沿1949年停战线和平、安全地毗邻共处的解决办法的基础上停止冲突，

赞赏地收到秘书长根据ES-10/13号决议提交的报告「A/ES-10/248」，

铭记时间的推移逐步加重了当地的困难，因为占领国以色列在构筑上述围墙的问题上继续拒绝遵守国际法，造成了有害影响和后果，

决定根据《联合国宪章》第九十六条，请求国际法院按照《法院规约》第六十五条，就以下问题紧急发表咨询意见：

考虑到国际法规则和原则、包括1949年《日内瓦第四公约》以及安全理事会和大会有关决议，如秘书长报告所述，占领国以色列在包括东耶路撒冷及周围地带的被占领巴勒斯坦领土构筑隔离墙，有何法律后果？”

[……]

67. 如下文第82段所解释，所说的“隔离墙”(“wall”)是一个综合的建筑物，因此不能从有限的实物意义来理解这个用语。然而，所使用的其他词，不论是以色列使用的“fence”一词，还是秘书长使用的“barrier”

一词，如果从实物意义来理解，都是不准确的。因此法院决定在本咨询意见内采用大会使用的用语。

法院还指出，大会的请求涉及“在包括东耶路撒冷及其周围地区在内的被占领的巴勒斯坦领土上”修建隔离墙所产生的法律后果。同样，如下文所述（见下文第79至84段），隔离墙的一部分修建在、或计划修建在以色列自己的领土上；法院认为并没有要求它审查修建这些部分的隔离墙所产生的法律后果。

[……]

71. 1947年，联合王国宣布打算在1948年8月1日前全部撤出委任统治领土，后来又把这个日期提前至1948年5月15日。同时，大会于1947年11月29日通过了关于巴勒斯坦未来治理问题的第181 (II) 号决议，其中“建议联合王国和联合国所有其他会员国通过并执行”决议中提出的“分治计划”，把该领土分为两个独立国家，一个阿拉伯国家和一个犹太国家，并为耶路撒冷城建立一种特殊的国际制度。巴勒斯坦的阿拉伯人和阿拉伯国家反对这项计划，认为这项计划有失偏颇；1948年5月14日，以色列根据这项大会决议宣布独立，随后在以色列和一些阿拉伯国家之间爆发武装冲突，《分治计划》未得到执行。
72. [……] 1949年以色列同邻国缔结了全面停战协定。特别是1949年4月3日以色列同约旦在罗得岛签署了这样一项协定。该协定第五条和第六条确定了以色列部队和阿拉伯部队之间的停战分界线（后来经常称为“绿线”，因为在地图上用绿色标出，下称“绿线”）。第三条第2款规定，“双方的任何军事或准军事部队人员……都不得为任何目的超过或跨越停战分界线……”。第六条第8款议定，不得将这些条款“解释为在任何意义上妨碍双方之间的最终政治解决办法”。这一款还规定，“《协定》第五条和第六条中确定的停战分界线是双方议定的，不妨碍今后的领土解决办法或边界线，也不妨碍任何一方提出与其有关的权利主张”。 [……]
73. 在1967年的武装冲突中，以色列部队占领了曾经是英国委任统治下的巴勒斯坦的所有领土（包括绿线以东被称为西岸的领土）。
74. 1967年11月22日，安全理事会一致通过第242 (1967) 号决议，其中强调不容许通过战争获取领土，并呼吁“以色列军队撤离其于最近冲突所占领之领土”，以及“终止一切交战地位之主张或状态”。

75. 自1967年以来，以色列在这些领土上采取了旨在改变耶路撒冷城地位的若干措施。安全理事会在多次回顾“不容许以军事占领获取领土的原则”后谴责这些措施，并在1971年9月25日第298 (1971) 号决议中以最明确的语气申明：

“以色列所采变更耶路撒冷市地位的一切立法与行政行动，包括土地及财产的征用，人口的迁移及意在合并占领地区的立法等，均一概完全无效，且不能变更此种地位”。

后来，1980年7月30日以色列通过了《基本法》，宣布耶路撒冷是以色列“完整和统一”的首都。安全理事会随即在1980年8月20日第478 (1980) 号决议中宣布，颁布《基本法》是违反国际法的行为，“占领国以色列改变或意图改变耶路撒冷圣城的性质和地位所采取的一切立法和行政措施和行动……都是无效的”。决议还决定，“不承认这项‘基本法’和以色列根据这项法令设法改变耶路撒冷性质和地位的任何其他行动”。

76. 随后，1994年10月26日以色列同约旦签署了和平条约。这项条约确定了两国的边界线，“参照了附件一(a)所示的委任统治时期划定的界限……但不影响1967年在以色列军事政府控制下的任何领土的地位” (第3条第1和第2款)。[……]

77. 最后，自1993年以来，以色列同巴勒斯坦解放组织签署了若干协定，规定了各方的各种义务。除其他外，这些协定要求以色列将其军事当局和民事行政机构在被占领的巴勒斯坦领土上行使的某些权利和责任移交给巴勒斯坦权力机构。有些权力和责任已经移交，但由于后来发生的事件，移交的权利和责任仍然不全面，范围有限。

78. 法院认为，根据1907年10月18日《第四项海牙公约》附件《陆战法规和习惯条例》(下称《1907年海牙章程》) 第42条体现的国际习惯法 (见下文第89条)，领土实际由敌对军队管理时，则将其视为被占领土，占领范围只限于已建立并实施此种管理的领土。

以色列在1967年同约旦的武装冲突中占领了绿线 (见上文第72段) 和委任统治下的巴勒斯坦原东部边界线之间的领土。根据国际习惯法，这些领土是被占领土，以色列在这些领土的地位是占领国。如上文第75至77段所述，以后在这些领土上发生的事件丝毫没有改变这种情势。所有这些领土 (包括东耶路撒冷) 仍然是被占领土，以色列的地位仍然是占领国。

[……]

80. 秘书长报告指出, “以色列政府自1996年以来一直在考虑推行计划以阻止从西岸中部和北部渗入以色列…”(第4段)。报告称, 以色列内阁在2001年7月第一次核可这样一个计划。内阁其后于2002年4月14日通过, 建造这些工程的决定, 目的是在西岸三个地区筑成长达80公里的所谓“安全围栏”。

2002年6月23日, 以色列内阁核可在西岸(包括东耶路撒冷)建造“连续围栏”的第一阶段工程, 从而将项目推进到下一个阶段。2002年8月14日, 内阁通过了“围栏”A阶段工程的路线, 目的是在西岸北部建造一个长123公里的综合体[……][……]

81. 根据秘书长的书面陈述, 这些工程的第一部分(A阶段)最终延伸150公里, 于2003年7月31日宣布完工。据报告, 大约56 000巴勒斯坦人将被包围在飞地以内。在这一阶段, 围绕耶路撒冷周围建造了两段围栏, 共19.5公里。2003年11月, 沿Nazlat Issa-Baqa al-Sharqiya飞地以西绿线建造一段新围栏的工程开始, 到2004年1月秘书长提交书面陈述时已接近完工。

[……]

秘书长书面陈述进一步指出, C阶段工程从埃肯纳定居点附近的A阶段终点延伸至耶路撒冷东南的Nu'man村, 于2003年12月动工。这一段分为三个阶段。C1阶段在Rantis村和Budrus村等村落之间建造, 已完成计划的40公里中的大约4公里。C2阶段将切入西岸22公里, 环绕所谓的“阿列尔突出部”。这一阶段将纳入52 000名以色列定居者。C3阶段将建造两个“堑”。其中一个为南北向, 大致与目前C1阶段在Rantis村和Budrus村等村落之间的一段工程平行。另外一个为东西向, 沿着据说为正在修建的45号公路一部分的路脊延伸。如果完成这两个坑壕的工程, 将形成两个飞地, 圈入24个社区的72 000名巴勒斯坦人。[……]

截至2004年1月25日, 大约190公里的工程已经完工, 覆盖A阶段和B阶段的大部分。C阶段的进一步工程在西岸中部若干地区和耶路撒冷已经开始。计划在西岸南部建造的D阶段尚未开始。

以色列政府解释说, 上述路线和时间表可随时修改。例如在2004年2月就拆除了Baqa al-Sharqiya镇附近一段8公里长的工程, 墙的计划长度看起来也略有缩短。

82. 根据秘书长报告和书面陈述中的描述，已经计划或完成的工程已经形成或将形成一个下述形式的综合体，其中主要包括：

- (1) 安装有电子传感器的围栏；
- (2) 一条坑壕（深达4米）；
- (3) 一条双车道沥青巡逻路；
- (4) 一条与围栏平行的追踪路（一条平滑的沙路以探测脚印）；
- (5) 标明综合体周边范围的六圈带刺铁丝。

综合体宽度为50至70米，有些地方甚至宽达100米。这些工程另可加上“深堑”。

秘书长提交报告时已经完工或正在建筑的大约180公里综合体中包括约8.5公里水泥墙。这些水泥墙通常位于巴勒斯坦居民中心靠近或邻接以色列的地方（如盖勒吉利耶和图勒凯尔姆附近或耶路撒冷部分地区）。

83. 根据秘书长的报告，在最北部，已完工或正在建筑的隔离墙基本上不偏离绿线，但大部分在被占领领土内。在若干地方，工程为了纳入定居者偏离绿线超过7.5公里，同时也圈入了巴勒斯坦居民区。图勒凯尔姆以西长度为1至2公里的隔离墙似乎是在绿线以色列一方。而另一方面，在其他地方，计划路线将向东偏离多达22公里。在耶路撒冷，现有的工程和已计划的路线远在绿线之外，在有些情况下甚至超出以色列划定的耶路撒冷市东部边界。

84. 根据秘书长报告，在这一路线的基础上，大约975平方公里，即整个西岸的16.6%，将处于绿线和隔离墙之间。据说这一地区是237000巴勒斯坦人的家园。如果整个隔离墙按计划完成，另外还有160000巴勒斯坦人将生活在几乎被完全包围的社区，即报告中所述的飞地。按照计划路线，将近有320000以色列定居者（其中178000在东耶路撒冷）将生活在绿线和隔离墙之间的地区。

85. 最后应该指出，在建筑隔离墙的同时还建立了新的行政制度。例如2003年10月，以色列国防军发布命令，将西岸位于绿线和隔离墙之间的地区定为“封闭区”。除非持有以色列当局签发的许可证或身份证，否则这一地区的居民不得继续在该地区居留，非居民也不得进入该地区。根据秘书长报告，大多数居民获得的许可证期限有限。以色列公民、以色列永久居民以及那些根据《回籍法》有资格移民至以色列的人，可以在没

有许可证的情况下在封闭区继续居留或自由进出封闭区。进出封闭区必须通过封闭区的大门，但大门不经常开放，而且开放时间较短。

86. 本法院现在将确定与评估以色列所采取措施的合法性相关的国际法规则和原则。这些规则和原则见诸《联合国宪章》和其他几项条约、习惯国际法及大会和安全理事会根据《宪章》通过的相关决议。然而，以色列一向质疑国际人道主义法和人权文书的某些规则在被占领巴勒斯坦领土的适用性。本法院现在将审议这些问题。

[……]

89. 至于国际人道主义法，本法院首先注意到，以色列并非附件载有《海牙章程》的1907年《海牙第四公约》缔约国。本法院指出，用《公约》的话来说，《章程》的拟定就是“修订”当时的“一般战争法规和习惯”。但是，此后，纽伦堡国际军事法庭认为，“《公约》订立的规则为所有文明国家所承认，并被视为战争法规和习惯的宣示”[……]。本法院自身在审查交战方开展军事行动过程中的权利和义务时也得出了同样的结论（“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性，咨询意见”，《1996年国际法院案例汇编》（一），第256页，第75段）。本法院认为，《海牙章程》的规定已经成为习惯法的一部分，事实上已经得到了参与本法院咨询程序的所有各方的承认。

本法院还注意到，根据《日内瓦第四公约》第154条，该《公约》是对《海牙章程》第二编和第三编的补充。《章程》第三编涉及“在敌国领土内的军事当局”，对本案特别相关。

90. 第二，对于《日内瓦第四公约》，参与咨询程序的各方表达了不同观点。以色列同绝大多数其他参与方相反，反对《公约》在法律上适用于被占领巴勒斯坦领土。具体而言，秘书长报告载列的题为“以色列政府的法律立场概述”的附件一第3段说明，以色列不同意《日内瓦第四公约》“适用于被占领巴勒斯坦领土”，理由是“该领土在被约旦和埃及兼并之前没有被承认为主权领土”，因此认为它“不是《公约》所要求的缔约国领土”。

91. 本法院回顾，以色列1951年7月6日就批准了《日内瓦第四公约》，而且现在是该《公约》缔约国。约旦自1951年5月29日以来也一直是该《公约》缔约国。两个国家无一提出与本咨询程序相关的任何保留意见。

此外，巴勒斯坦于1982年6月7日发表声明，单方面承诺适用《日内瓦第四公约》。瑞士作为保存国，认为这项单方面承诺是有效的。但瑞士又

认为，它“作为保存国不能确定”“巴勒斯坦解放运动[1989年6月14日]以‘巴勒斯坦国’的名义提出加入”除其他外《日内瓦第四公约》“的请求是否可被视作加入文书”。

92. 此外，为确定《日内瓦第四公约》的适用范围，应当回顾，1949年8月12日四公约共同第2条规定：

“于和平时应予以实施之各项规定外，本公约适用于两上或两个以上缔约国间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。

凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。

冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束。设若上述非缔约国接受并援用本公约之规定时，则缔约各国对该国之关系，亦应受本公约之拘束”。

93. 以色列当局于1967年占领西岸后曾发布第3号命令，其第35条规定：
“军事法庭……在司法程序方面必须适用1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》的规定。如本命令与上述《公约》发生冲突，则应以《公约》为准。”

此后，以色列当局多次表示，事实上它们一般在被占领领土内适用《日内瓦第四公约》的人道主义规定。但是，根据上文第90段概述的以色列立场，这项《公约》在法律上却不适用于被占领领土，因为根据第2条第2款，《公约》仅适用于参与武装冲突的缔约国主权范围内的领土被占领的情形。以色列解释说，无可否认，约旦在1967年是《日内瓦第四公约》缔约国，当时以色列同约旦之间爆发了武装冲突，但它接着指出，以色列在冲突后占领的领土以前不在约旦的主权范围内。因此它从中推论认为，《公约》在法律上不适用于被占领领土。但是，咨询程序的绝大多数其他参与方认为，根据《日内瓦第四公约》第2条第1款，该《公约》适用于被占领领土，不管约旦在1967年之前是否对其拥有任何权利。

94. 本法院回顾，根据1969年5月23日《维也纳条约法公约》第31条所表述的习惯国际法，条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有的通常意义，善意解释之。第32条规定：

“为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而……意义仍属不明或难解……或……所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内。”[……]

95. 本法院注意到，根据《日内瓦第四公约》第2条第1款，《公约》在下列两项条件得到满足时就可以适用：存在武装冲突（不管是否承认有战争状态）；以及冲突是在两个缔约方之间发生的。如果满足了这两项条件，《公约》就适用，特别是在冲突期间由一个缔约方占领的任何领土内。

第2条第2款的目的并非是要排除不在一个缔约方主权范围内的领土，从而限制第1款所界定的《公约》适用范围。其用意仅仅是要表明，即使在冲突期间实施的占领没有遇到武装抵抗，《公约》仍然适用。

这种解释反映了《日内瓦第四公约》起草人保护无论以何种方式落入占领国之手的平民的用意。1907年《海牙章程》起草人既关注保护领土被占国的权利，也关注保护领土内的居民，而《日内瓦第四公约》的起草人则如《公约》第47条所表明的那样，力图确保平民在战时得到保护，而不管被占领领土的地位如何。

这种解释为《公约》的准备工作材料所证实。在第二次世界大战结束后，红十字国际委员会(以下称红十字委员会)为了拟定新的日内瓦公约而召集的政府专家会议建议，公约应适用于任何武装冲突，“不管当事方是否承认其为战争状态”，并适用于“在没有出现战争状态时对领土的占领情形”（《研究保护战争受害者公约的政府专家会议工作报告，1947年4月14日至26日，日内瓦》，第8页）。因此，第2条第2款的起草人在将该款写进《公约》时，其用意并非是要限制后者的适用范围。他们仅仅是考虑到在没有发生战斗情况下的占领情形，如1939年德国对波希米亚和摩拉维亚的占领。

96. 本法院还指出，《日内瓦第四公约》缔约国在1999年7月15日举行的会议上赞成这项解释。他们发表一份声明，其中“重申《日内瓦第四公约》适用于被占领的巴勒斯坦领土，包括东耶路撒冷”。后来，在2001年12月5日，缔约国在特别提到1949年《日内瓦第四公约》第1条的规定时，再次重申“《日内瓦第四公约》适用于被占领的巴勒斯坦领土，包括东耶路撒冷”。它们还提醒出席会议的缔约国、冲突各方和占领国以色列它们各自的义务。

97. 此外，本法院指出，当事方必须按照公约第142条的规定，“在任何时候均应承认和尊重”红十字委员会在涉及执行《日内瓦第四公约》方面的特殊地位。本法院也就对公约的解释发表意见。在2001年12月5日的一项声明中，它忆及“红十字委员会始终申明，《日内瓦第四公约》在法律上适用于以色列国自1967年以来占领的领土，包括东耶路撒冷”。
98. 本法院指出，大会在其许多决议中也采取相同的立场。[……]
99. 安全理事会本身，[……]在1979年3月22日第446（1979）号决议中，[……]再次申明“1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》适用于1967年以来被以色列占领的阿拉伯领土，包括耶路撒冷在内”。[……]

1990年12月20日，安全理事会第681(1990)号决议促请“以色列政府接受……《关于战时保护平民之日内瓦公约》在法律上适用于自1967年以来被以色列占领的所有领土，并严格遵守该公约的各项规定”。它还要求“上述公约的缔约国根据公约第1条的规定，确保占领国以色列尊重其按照该公约承担的各项义务”。

最后，安全理事会 1992 年 12 月 18 日第 799 (1992) 和 1994 年 3 月 18 日第 904 (1994) 号决议重申其关于《日内瓦第四公约》适用于被占领土的立场。

100. 本法院最后指出，以色列最高法院在 2004 年 5 月 30 日的一项判决中也认为：

“[以色列国防军] 在拉法的军事行动一旦涉及平民，应适用《1907 年关于陆战法规与习惯之海牙第四公约》和《1949 年关于战时保护平民之日内瓦公约》。”

101. 有鉴于此，本法院认为，在两个或两个以上缔约方之间发生武装冲突时，《日内瓦第四公约》适用于任何被占领的领土。1967 年武装冲突爆发时，以色列和约旦均是该公约的缔约国。本法院据此认为，该公约适用于在冲突之前位于绿线以东、在冲突期间被以色列占领的巴勒斯坦领土，因为无需对这些领土原先的确切地位加以任何调查。
102. 本法院正在审理的诉讼程序的参与方也对以色列签署的国际人权公约是否适用于被占领的巴勒斯坦领土持有不同意见。秘书长报告附件一指出：

“4. 以色列否认它已签署的《公民及政治权利国际盟约》和《经济、社会、文化权利国际盟约》适用于被占领的巴勒斯坦领土。它说，

人道主义法是在诸如西岸和加沙地带这样的冲突局势中提供保护的
法律，而人权条约是为了保护公民在和平时期不受本国政府的侵权
行为之害。”

在该诉讼程序的其他参与方中，那些谈到该问题的参与方持相反的看法，认为这两项盟约在被占领的巴勒斯坦领土中适用。

103. 1991年10月3日，以色列批准了1966年12月19日的《经济、社会、文化
权利国际盟约》和《公民及政治权利国际盟约》、以及1989年11月20
日的《联合国儿童权利公约》。它是这三项文书的缔约国。

[……]

105. 在1996年7月8日《关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性咨询
意见》中，本法院有机会讨论与《公民及政治权利国际盟约》有关的这
些问题中的第一项问题。在那些诉讼程序中，一些国家认为，该盟约旨
在保护平时时期的人权，而有关在敌对行动中非法丧生的问题是由适用于
武装冲突的法律管辖”（《1996年国际法院案例汇编》，第一卷，第
239页，第24段）。

本法院不接受这种论据，指出：

[法院重申了“核武器咨询意见案”第25段，参见**案例46**，第910页。]

106. 从较为广义的意义上来说，本法院认为，人权公约提供的保护在武装冲
突中并没有停止，除非因为《公民及政治权利国际盟约》第4条所述
的那种减损规定造成的结果。至于国际人道主义法律与人权法律之间的
关系，因此，存在三种可能情况：某些权利可能专属于国际人道主义法律
的事项；其他权利可能专属于人权法律事项；另外一些法律可能专属于
国际法这两种分支的事项。为了回答所提出的问题，本法院必须考虑到
国际法的这两种分支，即人权法律和作为特别法的国际人道主义法律。

107. 这两项国际盟约和《儿童权利公约》是否只适用于缔约国境内的领土，
还是也可在这些领土之外适用，如果可以适用，在什么情况下适用的问
题，仍有待于确定。

108. 《公民及政治权利国际盟约》适用的范围在该盟约第2条第1款中得到界
定，该款规定：

“本盟约每一缔约国承担尊重和保证涉及领土内和受其管辖的一切
个人享有本盟约所承认的权利，[……]”

这项规定可以解释为，只包括在某国境内及其属于该国管辖的个人。它也可理解为包括那些在某国境内以及那些在该国境外但受该国管辖的个人。因此，本法院将努力确定该案文的含义。

109. 本法院指出，尽管各国管辖权主要在该国境内，但有时也可在国家领土之外行使。考虑到《公民及政治权利国际盟约》的目标和宗旨，似乎理所当然的是，即使情况是如此，该盟约缔约国也应有义务履行其条款。

人权事务委员会的惯例也符合这种做法。因此，委员会已认为，该盟约可在国家能够在外国境内行使管辖权的地方使用。它已对乌拉圭特工人员在巴西或阿根廷开展逮捕案件（第52/79号案件Lopez Burgos诉乌拉圭；第56/79号案件，Lilian Celiberti de Casariego诉乌拉圭）中乌拉圭采取行动的合法性作出裁决。在乌拉圭驻德国领事馆没收护照的案件中（第106/81号案件，Montero诉乌拉圭）也作出类似的裁决。

该盟约准备资料确认委员会对该文书第2条规定的理解。这些资料表明，在采用所选择的措辞时，该盟约起草者并不打算允许国家在其境外行使管辖权时逃避它们的义务。他们只打算防止居住在境外的个人不会对他们的原籍国提出不属于该国而属于居住国管辖范围的权利（见人权委员会对初步案文的讨论，E/CN.4/SR.194，第46段；联合国大会第十届会议正式记录，附件，A/2929，第二部分第五章第4段(1955)）。

110. 在这方面，本法院注意到以色列在给人权事务委员会的来文中就《盟约》的可适用性问题采取的立场，并注意到委员会的意见。

以色列于1998年表示，在编写给委员会的报告时，它不得不面对的一个问题是，就适用《盟约》而言，“被占领土内的居民是否实际上处于以色列的管辖权之下（CCPR/C/SR.1675，第21段）。以色列采取的立场是，“《盟约》和类似文书不直接适用于被占领领土内的当前局势”（同上，第27段）。

委员会在审查报告后的结论性意见中，对以色列的态度表示忧虑，并指出“以色列在[被占领]领土内长期存在、以色列对被占领领土未来地位持模糊态度以及以色列安全部队在领土内行使有效管辖权等情况”（CCPR/C/79/Add.93，第10段）。2003年，针对以色列的一贯立场，即“《盟约》不适用于以色列本国领土之外，特别是西岸和加沙……”，委员会得出以下结论：

“在当前情况下，为了保护被占领领土内的居民，对于缔约国在这些领土上的当局或人员的所有行为，凡影响到享受《盟约》规定的权利和属于国际公法原则规定的以色列的国家责任范围之内的，适用《盟约》的规定” (CCPR/CO/78/ISR, 第 11 段)。

111. 本法院的结论认为，《公民及政治权利国际盟约》适用于一国在其领土外行使管辖权所实施的行为。

112. 《经济、社会、文化权利国际盟约》没有关于其适用范围的规定。这可能是由于该盟约所保障的权利主要是领土内的权利。但不应排除的是，《盟约》既适用于缔约国对其拥有主权的领土，也适用于该国对其行使属地管辖权的领土。[……]

在这方面，宜回顾以色列在其提交经济、社会和文化权利委员会的各次报告中所采取的立场。以色列在1998年12月4日提交委员会的初次报告中提供的“统计数字表明在被占领领土内的以色列定居者享有《盟约》规定的权利”。委员会注意到，据以色列称，“同一管辖地区内的巴勒斯坦居民则没有被列入报告和被排除在《盟约》的保护之外” (E/C.12/1/Add.27, 第8段)。[……]委员会在这方面表示了关切。鉴于这些意见，委员会再次表示关注以色列的立场，并重申“它认为《盟约》规定的缔约国义务适用于受其有效控制之下的所有领土和人口” (E/C.12/1/Add.90, 第15段和31段)。

由于上文第106段说明的原因，本法院不能接受以色列的意见。本法院还须指出，被以色列占领的领土处于占领国以色列的属地管辖权之下，时间已超过37年。以色列在行使在此基础上拥有的权力时，须受《经济、社会、文化权利国际盟约》规定的约束。此外，以色列有义务不设置任何障碍，不妨碍在已向巴勒斯坦权力机构移交权限的领域内行使这些权利。

113. 关于1989年11月20日《儿童权利公约》，根据该文书所载第2条的规定，“缔约国应尊重本公约所载列的权利，并确保其管辖范围内的每一儿童均享受此种权利……”。因此，《公约》适用于被占领巴勒斯坦领土。

114. 在确定了相关的国际法的规则和原则据以回答大会所提问题、特别是就国际人道主义法和人权法在被占领巴勒斯坦领土内的可适用性作出裁定后，本法院现在将试图确定筑墙行为是否违反这些规则和原则。

115. 在这方面，秘书长报告中题为“巴勒斯坦解放组织法律立场摘要概述”的附件二指出，“建造隔离墙是企图违反国际法吞并该领土的行为”，“事实上的土地吞并干涉领土主权，因而侵犯了巴勒斯坦人的自决权利。”提交本法院的一些书面陈述和庭审时表示的意见重申了这种意见。[……]在这方面特别强调指出的是，“所策划的隔离墙路线是为了通过加强在被占领巴勒斯坦领土上非法建立的以色列定居点，改变包括东耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土的人口组成”。[……]
116. 以色列方面则辩称，隔离墙的唯一目的是使其能够有效打击从西岸发动的恐怖攻击。此外，以色列多次指出，隔离墙是一种临时措施（见秘书长报告，第29段）[……]强调“[围栏]没有把领土兼并到以色列国”，并且“如果是出于配合政治解决冲突的需要，以色列愿意而且能够在付出巨大代价的情况下调整或拆毁围栏”（S/PV.4841，第9页）。[……]
117. 本法院忆及，大会和安全理事会在巴勒斯坦问题上均提到“不容许通过战争取得领土”这一习惯规则（见上文第74段和87段）。[……]
118. 关于人民的自决权原则，本法院指出，“巴勒斯坦人民”的存在不再是争论中的问题。[……]
119. 本法院注意到，按照以色列政府确定的隔离墙的路线，大约80%的生活在被占领巴勒斯坦领土内的定居者被划入“封闭区”（见上文第85段）。此外，查看上文第80段所述的地图后可清楚看出，隔离墙蜿蜒路线的划定是为了将被占领巴勒斯坦领土（包括东耶路撒冷）内的绝大多数以色列定居点划进该区域。
120. 关于这些定居点，本法院注意到，《日内瓦第四公约》第四十九条第6款规定：“占领国不得将其本国平民的一部分驱逐或移送到所占领的领土。”该条款不仅禁止诸如在第二次世界大战期间实施的驱逐或强迫迁移居民的行为，而且禁止占领国为组织或鼓励其本国居民的一部分迁往被占领土所采取的任何措施。
- 在这方面，提供给本法院的资料显示，自1977年以来，以色列违反上述第四十九条第6款的规定，实行了在被占领巴勒斯坦领土内建立定居点的政策并制订了种种做法。
- 因此，安全理事会认为，这种政策和做法“没有法律效力”。安理会还要求“占领国以色列严格遵守”《日内瓦第四公约》，并：
- “废除以前的措施和停止采取可能改变1967年以来包括耶路撒冷在内的被占领阿拉伯领土的法律地位和地理性质及对其人口组成有实

质影响的任何行动，尤其是不要将以色列的一部分平民迁入被占领的阿拉伯领土内”（1979年3月22日第446（1979）号决议）。

安理会在1979年7月20日第452（1979）号和1980年3月1日第465（1980）号决议中重申了它的立场。实际上，安理会的后一项决议将“以色列将其部分人口和新来移民移居到[被占领]领土的政策和措施”指为对《日内瓦第四公约》的“悍然违反”。

本法院的结论是，在被占领巴勒斯坦领土（包括东耶路撒冷）建立以色列定居点的行为违反国际法。

121. 虽然本法院注意到以色列保证建造隔离墙并不等于吞并，隔离墙是临时性的（见上文第116段），但是人们担心隔离墙的路线会预先确定以色列和巴勒斯坦之间将来的边界，担心以色列可能把定居点和进出路径联成一体，本法院对这些担心不能无动于衷。本法院认为，建造隔离墙及其附属设施造成一种完全可能成为永久性的“既成事实”，在此情况下，尽管以色列对隔离墙的正式定性，但它相当于事实上的吞并。

122. [……]换句话说，为隔离墙选择的路线实际上表明了遭到安全理事会谴责的以色列对耶路撒冷和定居点采取的非法措施（见上文第75段和第120段）。建造隔离墙还可能进一步改变被占领巴勒斯坦领土内的人口组成，因为这会促使巴勒斯坦人离开某些地区，下文第133段将进一步加以说明。建造隔离墙加上以前采取的措施严重妨碍了巴勒斯坦人民行使自决权，因此，以色列违反了尊重这项权利的义务。

123. 建造隔离墙还产生了国际人道主义法和人权文书有关条款方面的许多问题。

124. 关于《1907年海牙章程》，本法院回顾，第二编涉及敌对行为，特别是涉及“伤害敌人的手段、包围和轰击”。第三编涉及被占领领土内的军事当局。现在只有第三编适用于西岸，而《海牙章程》第二编第二十三条第(七)款与此不相关。

《海牙章程》第三编中有第四十三条、第四十六条和第五十二条适用于被占领巴勒斯坦领土。第四十三条规定占领者有义务“尽力采取一切措施，在可能范围内恢复和确保公共秩序和安全并且……应尊重该国现行的法律”。第四十六条补充说，私有财产必须受到“尊重”并且“不得没收”。最后，第五十二条认可占领军为满足需要可在一定限度内征用实物和劳务。

125. 《日内瓦第四公约》也区分了占领军事行动中适用的条款和整个占领期间适用的条款。它在第六条中规定：

[法院在这里陈述了第六条规定的内容。]

由于导致1967年占领西岸的军事行动早已结束，只有《日内瓦第四公约》第六条第三款提到的那些条款仍适用于被占领领土。

126. 这些条款包括《日内瓦第四公约》第四十七条、第四十九条、第五十二条、第五十三条和第五十九条。

[法院在这里陈述了第47、49、52、53和59条规定的内容。]

127. 《公民及政治权利国际盟约》也有几项条款相关。在深入审视这些条款之前，本法院要指出，《盟约》第四条允许缔约国在不同条件下克减该文书的一些规定。以色列援用该条规定的克减权，于1991年10月3日写信给联合国秘书长，内容如下：

“自从以色列国成立以来，它的生存及其公民的生命和财产一直受到持续的威胁和攻击。

这些威胁和攻击采用战争威胁、实际武装进攻和恐怖主义活动等方式，造成了人员的伤亡。

[……]

因此，以色列政府认为有必要根据上述第四条，完全按局势紧迫性所需的程度采取措施，包括行使逮捕和拘留权力，以保卫国家和保护生命与财产。

如果任何这些措施与《盟约》第九条的规定不一致，以色列则克减该条款规定的义务。”

本法院指出，所述克减仅涉及《公民及政治权利国际盟约》第九条，而该条说明了个人自由和安全的权利并规定了适用于逮捕或拘留情况的规则。因此，《盟约》其他条款仍然不仅适用于以色列领土，而且适用于被占领巴勒斯坦领土。

128. 其中必须提到第十七条第一款，该款规定如下：“任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的荣誉和名誉不得加以非法攻击。”

还必须提到第十二条第一款，该款规定如下：“合法处在一国领土内的每一个人在该领土内有权享受迁徙自由和选择住所的自由。”

129. 除了《公民及政治权利国际盟约》对移动自由所给的一般性保障之外，还必须考虑到关于出入基督教、犹太教和伊斯兰教神圣处所权利的具体保障。[...]以色列签署了全面停战协定，就是承诺——约旦也一样——保障人们自由出入这些神圣处所及宗教建筑物或场址的权利。本法院认为以色列的这项承诺同样适用于在1967年被它控制的神圣处所及宗教建筑物或场址。1994年以色列与约旦签订的和平条约第9条第1段以较为笼统的言辞进一步肯定了这项承诺：“每一方将让人们自由出入具有宗教和历史意义的地方场所”。
130. 至于经济、社会、文化权利国际盟约，它包含了几个有关条款，即：工作权利（第6和第7条）；向家庭、儿童和少年提供保护和援助（第10条）；适当生活水平权，包括获得足够食物、衣服和住房的权利以及“免受饥饿权”（第11条）；健康权（第12条）；受教育的权利（第13和第14条）。
131. 最后一点，1989年11月20日《儿童权利公约》第16、24、27和28条也有类似的条款。
132. 根据提交给本法院的信息特别是秘书长的报告，看来建造这堵墙导致了财产设施的破坏和征用，而这种情况违反了1907年海牙章程第46和第52条以及日内瓦第四公约第53条的规定。
133. 在绿线与这墙之间建一个封闭区以及建立飞地对被占领巴勒斯坦领土的居民（除了以色列公民和已被同化者）的移动自由施加了很大的限制。此种限制在城区例如卡勒基利亚飞地或耶路撒冷市及其郊区最为明显。而其中某些地方出入的门闸少，开放的时间看来有限制而且无定时，使情况更糟糕。例如，根据人权委员会关于自1967年以来被以色列占领的巴勒斯坦领土的人权状况特别报告员的报告，“人口4万的卡勒基利亚城完全被这堵墙围住了，居民只能在早上7时到晚上7时开放的唯一一个军事检查站通过”。（人权委员会1967年以来被占领巴勒斯坦领土人权情况特别报告员约翰·杜加德依照委员会第1993/2 A号决议的规定提出了题为“在包括巴勒斯坦的被占领阿拉伯领土上人权被侵犯问题”的报告（2003年9月8日，E/CN.4/2004/6，第9段）。

农业生产方面也受到了严重影响——这是许多来源所证实的。据调查以色列侵害占领区巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人人权的行为特别委员会指出“被以色列占领部队没收的大约100 000德南（约10 000公顷）最肥沃的农地在这堵墙第一阶段的建造过程中被毁了，大量的财产消失了，特别是千万巴勒斯坦人赖以生存的私有农地、橄榄树、水井、柑橘园和温

室等”(调查以色列侵害占领区巴勒斯坦人民和其他阿拉伯人人权的行为特别委员会的报告, 2003年8月22日, A/58/311, 第26段)。

还有, 1967年以来被占领巴勒斯坦领土人权情况特别报告员指出, “落在墙的以色列那一边的大多数巴勒斯坦人的土地是该区域最肥沃的农地及最重要的一些水井”(2003年9月8日, E/CN.4/2004/6, 第9段)。联合国人权委员会粮食权利特别报告员指出, 建这堵墙“把巴勒斯坦人隔离在他们的农地和水井之外, 切断了他们的生计”(联合国人权委员会特别报告员让·齐格勒的报告“被占领巴勒斯坦领土特派团”增篇“食物权”(2003年10月31日, E/CN.4/2004/10/Add.2, 第49段)。世界粮食计划署在其最新的报告中指出, 这种情况已使该区域的粮食安全恶化, 需要粮食援助的人据报已增加了25 000人(秘书长的报告, 第25段)。

这已进一步导致受影响的人口越来越难于获得医疗服务、上学和利用主要的水源。这一点已获得若干不同的消息来源所证实。因此, 秘书长的报告这样概括地指出: “据巴勒斯坦中央统计局指出, 迄今这堵墙已隔离了30个地方的医疗服务、隔离了22个地方的学校、隔离了8个地方的主要水源、隔离了3个地方的电力网。”(秘书长的报告, 第23段)。联合国人权委员会1967年以来被占领巴勒斯坦领土人权情况特别报告员说, “在墙与绿线之间的巴勒斯坦人实际上已同土地、工作地点、学校诊所和其他社会服务隔离开。”(2003年9月8日, E/CN.4/2004/6, 第9段)。特别是在水资源问题上, 联合国人权委员会食物权问题特别报告员指出: “以色列通过建造这堵墙还将有效地并吞西边含水层的大部分(这个西岸的水资源51%来自这个含水层)(2003年10月31日, E/CN.4/2004/10/Add.2, 第51段)。同样, 在医疗服务方面, 据指出, 自卡勒基利亚镇被围起来之后, 该镇的一家联合国医院的工作量减少了40%(秘书长的报告, 第24段)。

根据提供给联合国的报告显示, 卡勒基利亚有大约600家店和企业倒闭, 6 000至8 000人离开了该区域(2003年9月8日, E/CN.4/2004/6, 第10段; 2003年10月31日, E/CN.4/2004/10/Add.2, 第51段)。联合国人权委员会食物权问题特别报告员还指出, “在这个围栏/围墙把社区隔离它们的土地和水资源的情况下, 在没有其他生计的情况下, 许多居住在这些地区的巴勒斯坦人将被迫离开。”(2003年10月31日, E/CN.4/2004/10/Add.2, 第51段) 还有, 建造这堵墙将剥夺数量相当多的巴勒斯坦人“选择居住地的自由”。不过, 还有一点, 在本法院认为, 由

于数量相当多的巴勒斯坦人已因这堵墙及其相关的制度而被迫离开某些地区——随着这堵墙继续扩建，加上上文第120段提到的以色列新建的移民点，被占领巴勒斯坦领土的人口构成将会改变。

134. 总而言之，本法院的意见认为建造这堵墙以及其相关的制度阻碍了被占领领土居民（除了以色列公民和已同化者）的移动自由——这是《公民及政治权利国际盟约》第12条第1款所保障的，也阻碍了受影响的人行使工作、获得医疗服务、接受教育和拥有适当生活水平权的权利——这是经济、社会、文化权利国际盟约和联合国儿童权利公约郑重宣布的。最后一点，由于建造这堵墙以及其相关的制度促成了上文第122和第133段所提到的人口组成的变化，这已违反了日内瓦第四公约第49条第6款以及上文第120段提到的安全理事会决议。

135. 不过，本法院愿意指出，适用的国际人道主义法有条款容许在某种情况下考虑到军事紧急状况。

1907年海牙章程第46条和日内瓦第四公约第47条都没有容许任何这类特殊条件。至于日内瓦第四公约第49条第1款禁止的强制转移人口和递解出境，该条第2款则规定在“人民的安全或绝对的军事理由需要”的情况下允许例外。不过，这项例外不适用于该条第6款——它禁止占领国把自己的部分平民人口流放或转移到其占领的土地。至于有关破坏个人财产的第53条，该条规定在“军事行动必须作出此种破坏的情况下”允许例外。

本法院认为这些条文所考虑的那些军事紧急状况，即使在占领所用的军事行动总体上已结束的情况下仍可援引。不过，本法院面前的材料不能使它信服，即以以色列违反日内瓦第四公约第53条进行的破坏是其军事行动所绝对必要的。

136. 本法院进一步指出，一些人权公约，特别是《公民及政治权利国际盟约》，载有缔约国在各种情况下可援引用以克减其所承担的某些公约义务的规定。但是，在这一方面，本法院回顾，以色列根据《公民及政治权利国际盟约》第四条给联合国秘书长的通知函仅涉及该盟约有关人身自由和安全的第九条(见上文第127段)；所以，以色列必须遵守该文书的所有其他规定。

此外，本法院注意到，人权公约的某些规定含有限制这些规定给予的权利的条款。《公民及政治权利国际盟约》第十七条没有此类条款。另一

方面，该文书的条十二条第三款规定，对该条保障的迁徙自由“除法律所规定并为保护国家安全、公共秩序、公共卫生或道德、或他人的权利和自由所必需且与本盟约所承认的其他权利不抵触的限制外，应不受任何其他限制。”《经济、社会、文化权利国际盟约》第四条载有下列一条通则：

“本盟约缔约各国承认，在对各国依据本盟约而规定的这些权利的享有方面，国家对此等权利只能加以同这些权利的性质不相违背而且只是为了促进民主社会中的总的福利的目的的法律所确定的限制。”

本法院认为，《公民及政治权利国际盟约》第十二条第三款规定的限制，从该款本身的规定来看，是对第一款所载迁徙自由的例外。此外，此类限制仅服务于许可目的是不够的；它们还必须达到这些目的所需要的。如人权委员会所说的那样，它们“必须符合相称原则”以及“必须是可能实现期望结果的同类手段中干涉程度最低的手段”（CCPR/C/21/REV.1/Add.9，第27号一般性意见第14段）。根据已掌握的资料，本法院裁定本案没有满足这些条件。

本法院进一步指出，因以色列修筑隔离墙而对生活在被以色列占领的领土上的巴勒斯坦人享有其经济、社会和文化权利造成的限制没有满足《经济、社会、文化权利国际盟约》第四条规定的条件，也就是说实行这些限制必须“只是为了促进民主社会中的总的福利的目的”。

137. 总之，根据已掌握的资料，本法院并不相信以色列为隔离墙所选择的特定路线是实现其安全目标所需要的。沿所选择路线修建的隔离墙及其相关制度严重侵害了生活在被以色列占领的领土上的巴勒斯坦的几项权利，以军事紧急状态或以国家安全或公共秩序的需要来对这一路线造成的侵权行为进行辩解是站不住脚的。因此，修建这一隔离墙是构成以色列对其在适用的国际人道主义法和人权文书下所承担的多项义务的违反。

138. 因此，本法院断定，修建隔离墙是一项不符合以色列应遵守的多项国际法律义务的行为。但是，秘书长报告的附件一说，以色列认为：“建造隔离墙符合《联合国宪章》第五十一条、其固有的自卫权利以及安全理事会第1368 (2001) 和1373 (2001) 号决议”。更具体地说，2003年10月20日，以色列常驻联合国代表在联大称，“隔离墙是一项完全符合载于《宪章》第五十一条中的各国自卫权的措施”；他继续说，所提及的

安全理事会决议，“明确承认各国有权在对恐怖主义袭击进行自卫时使用武力”，因此当然也承认了为此目的采用非武力措施的权利(A/ES-10/PV.21，第6页)。

139. 《联合国宪章》第五十一条规定：

“联合国任何会员国受武力攻击时，在安全理事会采取必要办法，以维持国际和平及安全以前，本宪章不得认为禁止行使单独或集体自卫之自然权利。”

所以，《宪章》第五十一条承认在一国对另一国进行武力攻击的情况下存在自卫之自然权利。但是，以色列并未称对它的攻击可归责于一个外国。

本法院还注意到，以色列对被占领的巴勒斯坦领土行使控制，正如以色列自己所称，它认为成为修建隔离墙的原因的威胁来自领土内部而不是领土外部。这一情况与安全理事会第1368(2001)号和1373(2001)号决议所考虑的情况不同，因此，以色列无论如何不能援引这些决议来支持它正在行使自卫权利的主张。

所以，本法院断定，《宪章》第五十一条在本案中不具相关性。

140. 但是，本法院审议了以色列是否可以危急情况为由排除修建隔离墙行为的不法性。在这一方面，本法院必须注意到，本案所涉及的一些公约含有对保障权利的限制条款或克减规定(见上文第135和136段)。由于这些条约本身的条款中已对此类考虑作出了规定，可以提出的一个问题是，就这些条约而言，是否可援引习惯国际法所承认的危急情况，作为排除正受到挑战的措施或决定的不法性的理由。然而，本法院不需审议这一问题。正如本法院在有关加布奇科沃-大毛罗斯项目案(匈牙利/斯洛伐克)中指出的那样：“危急情况是习惯国际法承认的一项理由”，“只有在特殊情况下才可得到接受”；危急情况“只有在某些严格规定的条件下才可以援引，必须以积累的方式满足这些条件；至于这些条件已否得到满足，不能只由所涉国家作出判断”(《1997年国际法院案例汇编》，p. 40，第51段)。本法院以国际法委员会使用的说法阐明了其中的一项条件，该说法目前的案文要求受到挑战的行为“是该国保护基本利益，对抗某项严重迫切危险的唯一办法”(国际法委员会关于国家对国际不法行为的责任条款的第二十五条；[……])。鉴于所掌握的资料，本法院不相信，沿所选择的路线修建隔离墙是以色列保护其利益，对抗严重迫切危险的唯一办法，而以色列却援引此点为修建该隔离墙辩解。

141. 实际情况依然是，以色列必须面对针对其平民的许多不分青红皂白的致命暴力活动。它有权，也的确有责任作出反应，以保护其公民的生命。但是，所采取的措施仍然必须符合适用的国际法。

142. 总之，本法院认为，鉴于上文第122和第137段的考虑，以色列不能以自卫权或危急情况为由排除修建隔离墙的不法性。因此，本法院裁定，隔离墙的修建及其相关制度违反国际法。

[……]

147. 由于法院已经得出结论认为，在被占领巴勒斯坦领土上，包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙的行为以及与其相关的制度违背了以色列的各项国际义务，因此，该国应负的责任是由国际法确定的。

148. 法院现将研究以色列违反国际法的行为所造成的法律后果，区别对以色列的法律后果和对其他国家的法律后果，并酌情研究对联合国造成的法律后果。法院将首先研究这些违法行为对以色列造成的法律后果。

149. 法院指出，以色列首先应当履行它在被占领巴勒斯坦领土上修建隔离墙的行为所违背的各项国际义务（见上文第114至137段）。因此，以色列必须履行尊重巴勒斯坦人民自决权利的义务以及国际人道主义法和国际人权法规定其应承担的义务。另外，以色列必须确保其自1967年战争以来控制的圣地的进出自由（见上文第129段）。

150. 以色列在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的行为引发了以色列的一些国际义务，法院认为，以色列还有义务不再违背这些国际义务。一个国家若对一项国际不法行为负有责任，则该国家有义务结束这一行为，这一点在一般国际法中早有明确规定，法院也多次确认这一义务[……]

151. 因此，以色列有义务停止其正在被占领巴勒斯坦领土，包括在东耶路撒冷及其周围进行的隔离墙修建工程。另外，法院了解到（见上文第143段），隔离墙的修建及与其有关的制度导致以色列对其国际义务的违反，因此要结束此类违反义务的行为，以色列就必须立即拆除隔离墙位于被占领巴勒斯坦领土的部分，包括在东耶路撒冷及其周围的部分。为修建隔离墙及建立与其有关的制度而通过的所有法规，都必需立即撤销或宣告无效，除非在规定向巴勒斯坦人口进行补偿或其他形式的赔偿后，这些法规仍然与以色列遵守下文153段中所述的各项义务有关。

152. 另外，鉴于除了其他后果之外，在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的行为还导致住家、商业以及农业用地被征用或毁坏，法院进一步裁定，

以色列有义务向所有遭受损失的有关自然人和法人进行赔偿。法院回顾，常设国际法院曾就习惯法中赔偿的基本形式作出如下规定：“一项非法行为的实际概念中所包含的基本原则（似乎是由国际惯例，特别是由仲裁法院各项决定确立的原则）是，赔偿必须尽量消除非法行为的一切后果，并尽可能将有关情况恢复到假定这一行为没有发生的状态。可归还实物，在不可能归还实物时，亦可赔款，赔款数额相当于实物补偿的数额；对实物归还或赔款未覆盖的损失，亦可以做出必要补偿——应依据这些原则来确定一项违背国际法的行为的补偿数额。”（《1928年常设国际法院案例汇编》，A辑，第17号，第47页，第13号判决书，Chorzow工厂案，实质问题）。

153. 因此，以色列有义务退还土地、果园、橄榄园，以及归还为在被占巴勒斯坦领土修建隔离墙而从任何自然人或法人手中攫取的其他不动产。若无法归还实物，以色列有义务赔偿有关人员所遭受的损失。法院认为，以色列还有义务根据适用的国际法规则，对所有因隔离墙的修建而遭受任何形式的物质的自然人或法人进行补偿。

154. 法院现将审议因以色列修建隔离墙而引发的国际不法行为对其他国家造成的法律后果。

155. 法院认为，以色列所违背的各项义务包括某些普遍义务。正如法院在巴塞罗那电车公司案中所指出的那样，这些义务从本质上说“涉及所有的国家”，而且“鉴于所涉权利的重要性，可以说这些权利的保护在法律上同所有国家都有关”（《1970年国际法院案例汇编》，第32页，第33段，巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案，第二阶段，判决书）。以色列所违反的普遍义务是，尊重巴勒斯坦人民自决权的义务以及以色列按照国际人道主义法应遵守的某些义务。

[……]

157. 至于国际人道主义法，法院回顾，在其关于以核武器进行威胁或使用核武器的合法性的咨询意见中，法院表示，“在武装冲突中适用的许多人道主义法规则也是在对人的尊重以及‘人道考虑因素’方面的根本规则……”，“这些规则是不容违背的国际习惯法原则，因此，无论是否批准了载有这些规则的各项公约，所有国家都应当遵守”这些规则（《1996年国际法院案例汇编》（一），第257页，第79段）。法院认为，这些规则包含了一些实质上具有普遍性的义务。

158. 法院还要强调,《日内瓦第四公约》第一条是日内瓦四公约中共同的一条,此条规定,“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”法院根据该规定认为,该公约的每个缔约国,无论是否是某冲突的一方,都有义务确保有关文书中的各项规定得到遵守。

159. 鉴于所涉权利和义务的性质和重要性,法院认为,所有国家都有义务不承认因在被占领巴勒斯坦领土上,包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙而导致的非法状况。各国还有义务不为维护这一修建行为所致局势而提供帮助或者援助。所有各国在遵守《联合国宪章》及国际法的同时,应确保终止任何通过修建隔离墙而对巴勒斯坦人民行使自决权造成阻碍的行为。另外,1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》的缔约国都有义务在遵守《联合国宪章》及国际法的同时,确保以色列遵守该公约所包含的国际人道主义法。

160. 最后,本法院认为,联合国,尤其是大会和安全理事会,应该考虑须采取何种进一步行动,终止修建隔离墙及相关制度所造成的非法状况,对本咨询意见给予应有的考虑。

[……]

163. 出于这些理由,

本法院,

(1) 一致,

裁定国际法院有管辖权给予所要求的咨询意见;

(2) 以十四票对一票,

决定应允对咨询意见的请求;

[……]

(3) 以下方式答复大会提出的问题:

A. 以十四票对一票,

占领国以色列在被占领巴勒斯坦领土,包括东耶路撒冷及其周围地区,正在修建的隔离墙及其相关制度违反国际法;

[……]

B. 以十四票对一票，

以色列有义务终止其违反国际法的行为；根据本咨询意见第151段，以色列有义务立即停止正在包括东耶路撒冷及其周围地区在内的被占领巴勒斯坦领土修建的隔离墙工程，立即拆除在上述地区已经修建的隔离墙，并立即撤消与其相关的所有立法和管制行为或使其无效；

[……]

C. 以十四票对一票，

以色列有义务赔偿在包括东耶路撒冷及其周围地区在内的被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙造成的一切损失；

[……]

D. 以十三票对一票，

所有国家均有义务不承认修建隔离墙造成的非法状况，不为维持修建隔离墙造成的状况提供帮助或援助；1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》所有缔约国还有义务，在遵守《联合国宪章》和国际法的前提下，确保以色列遵守该公约所体现的国际人道主义法；

[……]

E. 以十四票对一票，

联合国，尤其是大会和安全理事会，应该考虑须采取何种进一步行动，终止修建隔离墙及相关制度所造成的非法状况，对本咨询意见给予应有的考虑。

[……]

科罗马法官的个别意见

[……]

一. 介绍性发言

1. 除了对关于国家承担的法律后果的第(3)(D)段外，我对《咨询意见》执行部分各段都投赞成票。

我投反对票有几个理由，在目前阶段我只是简要提一下这些理由，因为我在对《咨询意见》各个部分提出评论时将会提到这些理由。

我的动机可以摘述如下：

[……]

第三，我认为，法院在本答复第(3)(D)段中所作的结论相当软弱无力；除了法院裁定国家有义务“在维持由于建造[隔离墙]而造成的局势方面不提供支援或援助”（我同意这项裁定）外，我很难想象可以预期各国在实际情况下应做什么或不应做什么。我认为，一个司法机构的裁定应对当事方的行为有直接的影响。执行部分第(3)(D)段第一部分或最后一部分都不能满足这项请求。

[……]

9. [……]以色列政府声称，由于西岸在1967年战争之前不在约旦的主权范围内，因此《日内瓦第四公约》在法律上不适用于西岸。如果这个说法是对的，那么这种论点就已经站不住脚，因为冲突一方声称属于它的并在它的控制下的领土一旦被冲突另一方所占领，按照定义，就是《日内瓦第四公约》意义下缔约国的占领领土（斜体是后加的），而以色列和约旦都是该公约的缔约国。

[……]

五. 实质问题

[……]

34. 相称性——法院裁定，在适用的人道主义法和人权公约的限制条款中规定的条件没有得到满足，而且以色列不能把军事上的迫切需要或者国家安全或公共秩序方面的要求当作以色列采取措施的正当理由（第135-137段）。我同意这一裁定，但认为隔离墙的修建还应受相称性原则的检验，特别是因为军事需要和相称性概念已经在国际人道主义法中紧密地交织在一起。而且我认为，即使能认为修建隔离墙和制订相关制度作为用来保护以色列公民合法权利的措施具有正当理由，这些措施也不会通过相称性原则的检验，这一点具有决定性的重要意义。为修建隔离墙选定的路线以及随之对被占领巴勒斯坦领土的居民造成的令人担忧的后果，与以色列力图保护的利益明显不相称，而且以色列最高法院在最近的裁定中也确认了这一点。
35. 自卫——以色列把它根据《宪章》第五十一条享有的固有的自卫权，当作修建隔离墙的理由。在这方面，它援用了是安全理事会在2001年9月11日对美国境内的目标发生恐怖主义袭击事件之后通过的第1368 (2001) 号和第1373 (2001) 号决议。

法院在就这一论点作出答复时，首先指出，第五十一条确认在一国对另一国发动武装进攻时存在固有的自卫权（第139段）。这一说法无疑是正确的，但作为就以色列的论点作出的答复，它虽应予以应有的尊重，却不相干。第1368号和第1373号决议确认了单独或集体自卫的固有权利，而没有一处提到一国的武装进攻。安全理事会称国际恐怖主义行为是对国际和平与安全的威胁，并授权安理会根据《宪章》第七章采取行动，而未对国际恐怖主义行为作出进一步限制。它实际在第1373号决议中作出有关规定时，没有将恐怖主义行为归于具体的一个国家。这是这些决议中全新的特点。这一新特点并未因第五十一条的用词而受到排斥，因为它以先发生武装进攻作为行使固有的自卫权的条件，而没有说这一武装进攻必须来自另一个国家，即使50多年来这种解释已得到了人们的普遍接受。这一新特点的法律影响迄今尚未得到评估，但无疑是自卫概念的新的处理方式。令人遗憾的是，法院没有考虑到这一新特点。

36. 我认为，对驳回以色列关于它只是在行使自卫权的主张具有决定意义的论点载于第139段第二部分。《宪章》所载的自卫权属于国际法规则，因此与国际现象有关。第1368号和第1373号决议提到国际恐怖主义行为构成对国际和平与安全的威胁；因此，它们对也是受害国的国家控制的领土内所产生的恐怖主义行为没有直接影响。而且以色列没有说这些行为产生于其他地方。因此，法院正确地认定，这一局势不同于第1368号和第1373号决议所述的情况，因而以色列不能援用《宪章》第五十一条。

六. 法律后果

[……]

40. 《咨询意见》第155至158段所述的理由是：以色列违背的义务包括一些普遍义务。必须承认，我很难理解，为什么一个国家违背了一项普遍义务，就必定会给第三国带来义务。我勉强能够找到的一种解释是国际法委员会《关于国家责任的条款》第41条的条文。该条写道：

- “1. 各国应进行合作，通过合法手段制止第40条含义范围内的任何严重违背义务行为。（第40条论述了对一般国际法强制性规范所产生义务的严重违背行为。）
2. 任何国家均不得承认第40条含义范围内的严重违背义务行为所造成的局势为合法，也不应提供协助或援助以维持这种局势。”

[……]

42. 第41条第1款明确提到合作的义务。正如评注第3段所述：“面对严重违背行为，所要求的是所有国家联合和协调努力，抵消这些违背行为的效果。”而第2段提到“在主管国际组织、特别是联合国框架内的合作”。因此，第41段第1款并没有提到严重违背行为给第三国带来的个别义务。该款所述的内容，已经列入本法院的裁定执行部分第3段(E)分段，而不是第3段(D)分段。
43. 但是，第41条第2款明确提到不得承认严重违背行为所造成的情况为合法的义务，正如执行部分第3段(D)分段所述的一样。国际法委员会在评注中提到，非法状况——几乎无一例外——都是以合法权利要求，通常是对领土的权利要求的形式出现。它举了下列例子：“试图通过否认自决权取得对领土的主权”；日本吞并满洲国和伊拉克吞并科威特；南非对纳米比亚的权利要求；罗得西亚单方面独立宣言，以及在南非建立班图斯坦。换言之，所有上述这些例子都提到，正式或准正式颁布意在造成普遍效果的公告所产生的局势。在此类案件中，我可以同意不承认的义务。
44. 然而，我很难理解，不承认非法行为的义务指的是什么。为了遵守这项义务，执行部分第3段(D)分段此部分内容涉及的各个对象应该做些什么？鉴于有144个国家明确谴责建造隔离墙为非法行为（ES-10/13号决议），这个问题就更加切中肯綮了。而那些弃权或投票反对的国家（以色列除外），也不是因为认为建造隔离墙合法才这样做。因此，我认为，不承认的义务是一项没有实质内容的义务。
45. 这一论点不适用于第41条第2款提到的第二项义务，即不提供协助或援助以维持严重违背行为所造成的状况。因此，我完全支持执行部分第3段(D)分段此部分的内容。此外，我也赞成在推理中、甚至在执行部分中添加一个句子，提醒各国注意向建造隔离墙的受害者提供人道主义援助的重要性。（本法院在“纳米比亚案”的《咨询意见》中列入了一个论述范围不同但内容类似的句子，见《1971年国际法院案例汇编》，第56页，第125段。）
46. 最后，我难以同意本法院关于《日内瓦第四公约》缔约国有义务保证以色列遵守该公约所包含之人道主义法的裁定（第159段，执行部分第3段(D)分段，最后一节）。

在这方面，本法院以《日内瓦四公约》共同的第一条为依据，该条写道：“各缔约国承诺在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”（强调后加。）

47. 本法院没有说明，它有何依据断定该条给未参与冲突的第三国强加了义务。“筹备工作材料”并不支持此项结论。按照透彻研究共同第一条之起源和进一步发展的卡尔斯霍芬教授的看法，该条的主要目的是保证居民作为整体对条约的尊重，这与论述内部冲突的共同第三条密切相关。（卡尔斯霍芬著：“The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit”，《国际人道主义法年鉴》，1999年，第二卷，第3至61页）。他从“筹备工作材料”中得出的结论是：

“我在外交会议的记录中发现，政府代表根本就没有意识到，有人会在‘保证尊重’这个句子中读出缔约国除了保证其人民‘在一切情况下’尊重《四公约》义务之外应承担的任何承诺。”（同上，第28页。）

48. 如今确凿无疑的是，早在很久以前，红十字国际委员会就在其对《1949年公约》的（非权威）评注中采取立场认为，共同第一条包含了所有缔约国应保证《公约》被其他缔约国尊重的义务。同样确凿的是，通过《1977年附加议定书》的外交会议已在《第一议定书》中纳入共同第一条。但是，该会议从来没有讨论该条对第三国的推定影响。
49. 本法院在“尼加拉瓜案”中对共同第一条的引用也不是没有助益。本法院在未解释其条款的情况下评论说，“这一义务并非仅来自《四公约》本身，还来自《四公约》只具体提到的人道主义法的一般性原则。”本法院继续说，“美国因此有义务不鼓励参与尼加拉瓜冲突的个人或团体”违反共同第三条（“在尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜采取的军事和准军事活动”（尼加拉瓜诉美利坚合众国），判决书，《1986年国际法院案例汇编》，第114页，第220段）。

但是，这项不采取行动的义务完全不同于保证遵守法律的积极义务。

50. 我绝不赞成对共同第一条的狭义解释，这种解释可能在1949年就已经考虑过。但我只是不明白，本法院在《咨询意见》中给予该条的适用范围，是不是象实在法的陈述一样正确。鉴于本法院没有在推理时提供任何论据，我觉得不能支持其判决。此外，我看不到由于有了这项义务，个别国家除外交行动外，还可以采取哪一类积极行动。

[……]

埃拉拉比法官的个别意见

[……]

三. 交战国占领法

[……]

3.1. [……] 以色列占领已持续近40年。占领，无论其期限有多长，都会造成无数的有关人、法律和政治的问题。在解决延长的交战国占领问题上，国际法寻求“在冲突结束前的原地待命”。没有人会低估延长的占领期间会产生的固有困难。延长占领会损伤适用的规则，但是，无论占领期限多长，交战国占领法必须得到完全尊重。

克里斯托弗·格林伍德教授提供了正确的法律分析，我对他的分析表示赞同。他写道：

“然而，没有任何情况表明，国际法仅仅因为一个占领国占领的时间长，更不用提因为没有一套似可取代有关规定的法典而允许一个占领国无视条例或公约的规定；没有情况表明，国际社会愿意将无限行动权委托给占领者。”

[……]

占领遭到武装抵抗这一情况不能用作无视被占领领土内的基本人权的借口。纵观历史，占领总是一直遭到武装抵抗。暴力滋生暴力。这一恶性循环同样严重地影响着占领者和被占领者的每一行动和每一反应。

[……]

我衷心赞成福尔克教授和韦斯顿教授所表达的观点，双方违反人道主义法的基本规则源于“以色列占领政权本身的非法性”。占领是一种非法和临时状况，是整个问题核心所在。唯一可行的结束严重侵犯国际人道主义法行为的办法是结束占领。

[……]

3.2. [……]把军事需要和军事急迫要求作为修建隔离墙的理由似可商榷。本法院指出，以色列未能表明这一点。以色列认为，修建隔离墙是一种安全措施。另一种观点认为，可以把军事需要原则作为与修建隔离墙过程同时出现的无正当理由的破坏和拆除行动的理由。对此两种观点必须加

以区分。军事需要如果适用，仅仅延伸至前者而非后者。在建设隔离墙及其相关制度过程中给平民住户造成的巨大损害和伤害，显然是国际人道主义法所禁止的。在修建隔离墙的同时毁坏家园、拆除基础设施及剥夺土地、果园和橄榄园，是无法以任何借口开脱的。100 000多名平民非战斗平民已经遭到不幸，变得无家可归。

[……]

希金斯法官的个别意见

[……]

14. [……]然而，鉴于大会的请求是希望对人道主义法发表咨询意见，这一请求所带来的义务是绝对的（这些义务本身的限制性规定除外）。这是人道主义法的基石，而且那些参与冲突的各方始终知道，冲突是以我们对未来的希望为代价，因此，无论冲突是如何挑起的，他们交战时都必须“有所节制”，并且遵照国际法行事。尽管就人道主义法的义务而言，这一因素削减了前因后果的相关性，但事实上，前因后果对于法院决定处理的其他国际法问题仍然具有重要性。然而，由于问题的提法，无法对这一前因后果加以考虑。

[……]

18. 我遗憾地指出，我不认为本意见达到了这个目的。当然，法院在第162段中指出“各方都采取了非法行动，作出了单方面的决定”，并强调指出“以色列和巴勒斯坦都有义务严格认真地遵守国际人道主义法规则。”但我认为，还需要做大量工作，避免因被请来考虑“整个大问题的一部分”而引发的不平衡，然后“认真考虑”实际情况。应在主文的范围内呼吁双方根据国际人道主义法律采取行动。不这样做就严重违反了法院遵循《威胁或威胁使用核武器合法性的主文》(国际法院报告，1996年(I)，咨询意见第266页)执行条款F的途径。此外，法院应提出在这个“大问题”上对双方的要求。[……]
19. 我认为，法院还应当借此机会最明确地说明，令人遗憾的是，现在明显需要的是重申、甚至是在国际律师中重申保护平民仍然是人道主义法不可逾越的义务，不仅对占领者是如此，对寻求从被占领中解放出来者也同样如此。

[……]

23. 大会第 ES-10/13 号决议认定隔离墙违背人道主义法，但却没有具体说明违背了哪一条和为什么这么说。巴勒斯坦告知大会，它认为违反了《日内瓦第四公约》第 33、53、55 和 64 条和《海牙章程》第 52 条。其他与会者援引《海牙章程》第 23(g)、46、50 和 52 条，以及《日内瓦第四公约》第 27、47、50、55、56 和 59 条。特别报告员认为，隔离墙违反《海牙章程》第 23(g) 和 46 条以及《日内瓦第四公约》第 47、49、50、53 和 55 条。人们可能期望，咨询意见可能载有详尽的分析，并提到案文，大部头的学术文章以及由法院决定哪些事实是正确的情况。这种措施可能是采取了传统的做法，把咨询意见作为阐述和发展国际法的机会。
24. 也许为了平衡，不但应说明以色列违背了哪些条款，而且还要说明它没有违背哪一条。但是法院一旦决定适用其中哪些条款，就只提及以色列违背的那些条款。此外，意见的结构没有分别讨论人道主义法和人权法，我认为这使人们很难理解法院确定的理由。主文第(3)(A)分段的语言很笼统，但是也不应当忽略法院认定只违反了《日内瓦第四公约》第49条(第120段)、《海牙章程》第46和52条以及《日内瓦第四公约》第53条(第132段)。我同意这些认定。
25. 经过对国际人道主义法进行一份轻描淡写地叙述之后，法院转向人权法。我同意法院关于人权法在被占领土上具有重要性的结论。我还赞同第134段中对《公民及政治权利国际盟约》第12条所作的结论。
26. 与此同时，还应当指出，有一些常设条约机构，它们的职能是仔细审查各《盟约》缔约国的行为。的确，法院对《公民及政治权利国际盟约》的答复既提到人权事务委员会的相关管辖权，也提到该委员会对以色列在被占领土上的义务所作的结论意见。
27. 迄今为止，考虑到实现这类权利的方案要求，《经济、社会、文化权利国际盟约》的情况甚至更为蹊跷，法院所能做的只不过是用一句话说明，隔离墙及其关联制度“妨碍有关人员行使工作、健康、受教育和享受如《经济、社会、文化权利国际盟约》所宣布的适当的生活条件的权利”(第134段)。对这两个《盟约》来说，人们可能希望了解要求法院就缔约国遵守这些义务的情况提出咨询意见是否适当，遵守盟约情况又由为此目的设立的条约机构负责进行极为详细的监督。大会没有提出任何更笼统地先例，因为很多很多缔约国不遵守根据这两项盟约所应承担的义务，因此请法院研究以色列在这方面的行为，这也许难以成为一个理由。

[……]

33. 我不完全同意法院就自卫法问题所说的一切。法院在第139段援引了《联合国宪章》第51条，然后接着说“因此《联合国宪章》第51条承认在一国对另一国进行武装攻击时存在固有的自卫权利”。恕我直言，第51条没有一点规定只有在国家发起武装攻击的时候才可以用自卫的手段。这个但书只不过是本法院在尼加拉瓜境内发生的和针对尼加拉瓜的军事和准军事活动所作的这样的裁定(尼加拉瓜诉美利坚合众国，实质问题、法院判决、1986年国际法院案例汇编，第14页)的副产品。法院在那一次认为，如果非正规军是由一国所派或是为了其利益而派出的，并且如果这些活动“的规模 and 影响之大，就象是由正规的武装部队进行的，会定性为军事行动”，则可构成武装攻击(同上，第103页，第195段)。虽然我接受——我也必须接受——必须视此为目的的法律的表白，但是我维持我已经在其他地方表达过的对此论点的所有保留(罗莎琳·希金斯著，《问题与过程：国际法和我们是怎样应用国际法的》，第250-251页)(R. Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It)。
34. 本法院的论点是，由于武力的使用源自被占领领土，因此那不是“一国对另一国”的武装攻击。我认为这个论点没有说服力。我不能明白本法院这样的观点，即如果攻击源自占领国占领的领土(这个领土是法院曾裁决没有被并吞的，则当然是以色列“以外”的领土)，则占领国失去保卫自己国内的平民百姓的权利。此外，巴勒斯坦可以因够不上一个国际实体而不邀请其来参加这些诉讼程序和受益于人道主义法，但却不因够不上一个国际实体而不适用禁止对他国进行武装攻击的法律。这是不公平的那种形式主义。问题肯定是派人和派人群去对付以色列平民的责任谁属以及此种行动累积的严重性。
35. 不过，到头来，这些保留没有使我投票反对答复第(3)(A)分段，理由有二：第一，我仍然未能信服的是，非强制性的措施(例如建墙)按照平常理解的《宪章》第51条属于自卫范围；第二，即使正确地说那是自卫行为，那也需要提出这是必要和恰如其分的理由。虽然这堵墙看来是减少了对以色列平民的攻击，但所选的墙的建筑路线为与这些攻击没有相干的巴勒斯坦人造成的困难，其必要性和是否恰如其分并没有加以解释。

[……]

37. 我对答复的第(3)(D)分段投了赞成票，但我与法院不同，我不认为已确定的违反国际法事件的指定后果与普遍义务的概念有任何关系（参看这个咨询意见第154-159段）。本法院在巴塞罗那 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited 有限公司一案第二阶段的著名判词（判决，《1970年国际法院案例汇编》第32页第33段）常常被援引，次数多得不得了。遗憾的是，本咨询意见也这样做——在第155段。当年的那个判词是针对十分具体的司法诉讼地位问题。正如国际法委员会在对国家对国际不法行为的责任条款草案的评注(A/56/10, 英文本第278页)中正确地指出的，有些权利，由于其重要性，“予以保护对所有国家来说有法律上的利害关系”。这与在一个案件中把重大的义务强加于第三方无关。
38. 第三方不要承认或协助非法的状况是不言而喻的，不需要援引不确定的“普遍义务”。[……]
39. 最后一点，对违反人道主义的事援引(第157段)“普遍义务”性质看来是同样不相干。这些不得违反的原则一般是有约束力的，因为它们是切切实实的习惯国际法。而日内瓦第四公约第1条规定“缔约国承诺在所有情况下尊重本公约及确保本公约得到尊重”，虽然本法院看来将其视为与“普遍义务原则”有关，但其实只是几乎获得普世批准的这个多边公约的一个条款而已。1949年日内瓦外交会议的最后记录没有对该项规定作出有用的解释；有关的评注认为

“确保公约得到尊重”超越一国自己领土上的立法行动和其他行动。它指出“如果一个缔约国没有履行其义务，则其他缔约国（中立国、盟国或敌国）可以也应当努力使它恢复对该公约的尊重。该公约提供的保护制度要正确运转，事实上要求各缔约国不应当仅仅满足于自己适用公约的条款，而应当尽其所能确保该公约所立足的人道主义原则在全世界适用。”（1949年8月12日的日内瓦四公约：评注，关于战时保护平民之日内瓦第四公约(Pictet版)第16页）

人们将注意到这份答复第(3)(D)分段谨慎地指出任何此种行动都应当符合《宪章》和国际法。

[……]

比尔根塔尔法官的声明

[……]

3. 如能对所有相关事实进行彻底分析，作出的裁决很可能是，以色列在被占巴勒斯坦领土上修建的隔离墙，几段甚至各段都违反国际法（见下文第10段），这是很有可能的，而且我准备作这种假定。但是，考虑到以色列本土一直并继续反复遭受来自被占巴勒斯坦领土的致命恐怖袭击，在不具备或不设法查明与以色列合法自卫权、军事必要性和安全需要有直接关系的一切有关事实，便对整个隔离墙得出结论，在法律上是站不住脚的。对于跨绿线发动的这些攻击的性质及其对以色列和以色列人民的影响，法院从未真正认真地加以审视。联合国提供给法院的卷宗几乎没有触及这个问题，而法院的裁决在很大程度上是以这些卷宗为依据的。我不是说，进行这样的审视后，以色列就可以摆脱关于它正在修建的隔离墙部分或全部违反国际法的指控，而只是说，不经过这样的审视，作出的裁决在法律上没有可靠的依据。我认为，法院如果能考虑到这些因素，对巴勒斯坦人民的人道主义需要会更有利，因为如果考虑到这些因素，法院的咨询意见就会有可信度，而我认为，现在的意见缺乏可信度。
4. 这一点适用于法院的全盘结论，即整个隔离墙，只要修建在被占巴勒斯坦领土上，就违反国际人道主义法和国际人权法。[……]
7. [……]法院所做的，无非是叙述隔离墙造成的伤害，并讨论了国际人道主义法和人权文书的各种规定，然后得出结论说，这项法律遭到了违反。其中所缺少的，恰恰是审视事实，而通过审视事实，可能会发现，出于军事迫切需要、国家安全或公共治安需要的论点，为何无法为整个隔离墙或者几段隔离墙的走向辩护。法院说，它“不信服”，但并未说明它为何不信服。正因为如此，法院的这些结论不令人信服。
8. 诚然，法院援引的某些国际人道主义法不承认基于军事紧急需要的例外情形。因此，《海牙规则》第46条规定，私有财产必须得到尊重，不得加以没收。在联合国秘书长报告附件一所载以色列政府法律立场摘要(A/ES/10/248, 第8段)中，秘书长报告了以色列关于这个问题的立场，其中一部分是：“以色列政府的论点是：土地的所有权并没有改变；对土地的使用、作物收成或土地受到的破坏给予了补偿；居民可以向最高法院提出申诉，要求停止或改变隔离墙的修建；而且居民身份没有变化。”法院没有谈到这些论点。虽然以色列的这些呈件对本案未必有决

定性作用，但法院应加以处理，而且这些呈件事关以色列的另一项主张，即隔离墙是临时性结构。法院注意到了这一主张，认为这是“以色列作出的保证”（第121段）。

9. 《日内瓦第四公约》第四十九条第6款也不允许存在以军事或安全紧迫需要为理由的例外情形。该款规定，“占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土”。我同意，这项规定适用于西岸的以色列定居点，定居点的存在违反了第四十九条第6款。据此，以色列为保护定居点正在修建的几段隔离墙自然违反国际人道主义法。此外，鉴于这几段隔离墙造成的飞地内和飞地周围受影响的巴勒斯坦居民显然遭受巨大苦难，我十分怀疑隔离墙在这方面能符合相称性的要求，因此无法视其为合法的自卫措施。

[……]

2. 以色列高等法院，拜特苏里克村委会诉以色列政府案

[资料来源：HCJ，拜特苏里克村委会诉以色列政府 [HCJ2056/04，可访问：www.court.gov.il/]]

拜特苏里克村委会

诉

以色列政府

HCJ2056/04

[……]

最高法院行使高等法院职能

[……]

判 决

A巴拉克 (A.Barak) 院长

以色列国防军在朱迪亚—撒马利亚的指挥官签发命令，要求占有朱迪亚—撒马利亚地区的小块土地。征收的目的是为了在这片土地上修建隔离墙。本案需要裁决的问题是：该命令以及根据该命令建立起来的隔离墙是否合法？

背 景

1. 自1967年以来，以色列就通过交战国的占领一直占据着朱迪亚—撒马利亚地区[以下简称“地区”]。1993年，以色列与巴勒斯坦解放组织开始政治进程，双方签署一系列协议，将该地区的一部分控制权交给巴勒斯坦当局。以色列与巴勒斯坦解放组织继续政治谈判，以期解决剩余问题。这些谈判的最后一个阶段发生在美国马里兰州的戴维营，但是在2000年7月失败。从被申请人的宣誓陈述书（该陈述书是对附条件裁定的回复）中我们得知，戴维营和谈失败后不久，以巴暴力冲突就达到一个新的高度。2000年9月以来，巴勒斯坦方面开始了一个针对以色列与以色列人的恐怖行动。该地区与以色列均发生了恐怖袭击，袭击的目标包括士兵与平民、男人与妇女、老人与儿童、普通公民与公众人物。恐怖袭击遍布四处。[……] 恐怖组织使用炮火、自杀性袭击、迫击炮、喀秋莎火箭炮和汽车炸弹进行攻击。从2000年9月至2004年4月初，在以色列境内共发生了780起袭击；同一时期，该地区共发生了8200起袭击。截止到2004年4月，武装冲突使900名以色列公民与居民丧生，6000多人受伤，其中有一部分受重伤导致严重残疾。武装冲突也造成巴勒斯坦方面死伤惨重。丧亲之痛使我们不堪承受。

[……]

7. 称为“连接线”的建筑障碍物由数段构成。在其中心是一段“智能”隔离墙。隔离墙的目的是警示沿线武装不要企图渗透。隔离墙的外侧是针对机动车辆的障碍物，多为壕沟，目的在于防止车辆撞垮隔离墙。还有一道附加延缓隔离墙，在其附近则是一条便道。在电子隔离墙内侧，有许多道路：一条土路（其目的是发现穿过隔离墙的人的足迹）、一条巡逻道、一条军用道路、还有一道附加隔离墙。障碍物最佳形态的平均宽度介于50-70米。由于限制，在特定区域的障碍更为狭窄，仅有支持电子隔离墙设施。在某些地段，由于地形状况，障碍的宽度可以达到100米。在于本申请相关的地区，障碍物的宽度不超过35米，除非依据地形条件必须修建更宽的障碍物。在与本申请相关的地区，隔离墙没有被混凝土墙所代替。现在，正努力使事实上将要被占据的地区的宽度降至最小。[……] 在下文中，我们用“隔离墙”来称呼“连接线”上的所有障碍物。

征收程序

8. 有一部分隔离墙是在非私有土地上建立的；而另一部分则是在私有土地上建立。在这种情况下——并考虑安全需要——朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官（被申请人二）签发征收命令。依据标准程序，被征收土地的所有者将获得使用其土地的赔偿。征收命令签发后，已通告公众与巴勒斯坦对口联络机构。为展示隔离墙的计划位置，还向居民发布公告，并邀请每位利益相关者参与受影响土地的勘测。命令发出后数日，在土地所有者的参与下，完成了该地区的勘测，以明确哪些土地将被征收。勘测后，留给土地所有者一周的时间，他们可以在此期间向军方指挥官请求复议。复议的内容将得到审查，如有可能，将尽力与土地所有者达成谅解。如果复议被拒绝，土地所有者将再获一周时间，在此期间，他可以向高等法院提出申请。

申 请

9. 申请的最初措辞是反对关于在拜特苏里克 (Beit Sourik)、拜都 (Bidu)、艾尔卡贝拉 (El Kabiab)、卡特那 (Katane)、贝特阿南 (Beit A'anan)、贝特利卡 (Beit Likia)、贝特阿加茨 (Beit Ajaza) 与贝特达库 (Beit Daku) 等村征收土地的命令。[……] 申请人是受征收令影响的土地所有者与村委会。他们指出，征收令是非法的。因此，应废除这些征收令或者改变隔离墙的位置。他们还认为，对申请人造成的损害是严重和无法承受的。超过42000德南的土地受到影响。光障碍物本身就占地4859德南，并将申请人与超过37000德南的土地隔离开来，其中有26500德南的土地是经多代垦殖的耕地。一旦修建隔离墙，利用这些耕地就非常困难，甚至变成不可能。申请人是否能从一侧土地到另一侧土地需要经过纷繁复杂的、拖沓的官僚机构的批准。使用本地水井也将成为不可能。同样，也无法获得庄稼的灌溉用水。依靠这些水井的放牧也将变得困难。数以千计的橄榄树与果树将被连根拔起。隔离墙还会使村民与数以万计的树木隔开。很多以农业为基础的巴勒斯坦家庭的生活将受到致命性打击。隔离墙不仅会伤及征收令影响的土地所有者，也会打乱35000名村民的生活。隔离墙将会损害这些村庄发展与扩大的能力。通往中心城市拉马拉与比那巴拉的道路也将被阻隔。获得东耶路撒冷及其他地区医疗及其他服务也将成为不可能。救护车在为居民提供紧急服务时将遭遇困难。儿童进入城市中心学校以及学生进入大学的难度也将加大。申请人认为，这些伤害是没有法律依据的。

10. [……] 首先, 申请人指称, 被申请人无权颁布征收命令。如果隔离墙是沿着以色列的国界线, 他们不会有意见。但是, 实际情况并非如此, 因为依据征收令, 隔离墙要穿过朱迪亚—撒马利亚地区。依据他们的意见, 这些征收令在没有经过明确法定授权的情况下改变了西岸的国界。他们提出, 隔离墙使以色列兼并了领土, 是违反国际法的。隔离墙满足了占领国的需要, 而非被占领土的需要。隔离墙的目的是阻止恐怖分子渗透进入以色列; 因此, 它不是为了被占领土当地人民的利益, 也不是为了占领国在被占领土的利益。此外, 在计划线路上修建隔离墙也非军事必需。安全理由掩盖了被申请人的真实目的: 为以色列兼并领土。所以, 修建隔离墙没有法律基础, 旨在使隔离墙成为可能的征收令是非法的。其次, 申请人认为, 确定隔离墙路线的程序是非法的。[……]
11. 第三, 隔离墙侵犯了当地居民的基本权利, 是非法的, 也是没有合法授权的。占据土地并阻止他们出入土地的行为侵犯了他们的财产权。此外, 他们的自由迁徙权也受到损害。他们的日常生活受到损害, 他们的自由受到限制。隔离墙不仅使在土地里工作困难重重, 而且令农产品贸易难上加难。隔离墙还减损了村里儿童的教育机会, 使当地家庭与社区的生活陷入混乱。由于阻止进入宗教场所, 宗教自由也受到侵犯。此外, 隔离墙还损坏了自然风光与特色。申请人指称, 这些违反行为不符合比例原则, 依据实际情况也缺乏法律依据。修建隔离墙的路线体现了集体惩罚, 这是国际法所禁止的。因此, 被申请人漠视国际法要求其承担的义务, 即维护朱迪亚—撒马利亚地区的正常与适当生活。他们主张, 被申请人提出的安全考虑无法辩解给当地居民造成这么严重的伤害。这些伤害没有符合比例原则。依据他们的观点, 征收令并非如其措辞所称的那样是暂时性的, 它对当地民众造成的致命性伤害远远超过其带来的利益。[……]

规范性框架

23. 所有各方的基本出发点 (也是我们的出发点) 是以色列通过交战国的占领 (“交战占领”) 而占据该地区。[……] 在与本申请相关的地区, 由军事指挥官领导的军事管理继续适用。[……] 军事指挥官的权限来自关于交战占领的国际公法规定。这些规定主要由1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙章程》[以下简称 “《海牙章程》”] 所确立起来的。这些规定体现了习惯国际法的要求。军事指挥官的权限亦由《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》(以下简称 “《日内瓦第四公约》”) 规定

下来。关于《日内瓦第四公约》的可适用性问题已经在本院出现不止一次。[……]我们现在不须考虑这个问题，因为各方均同意《日内瓦第四公约》的人道规则适用于被复议的事项。[……]

24. 另外，《关于使用统治权限的以色列行政法原则》与国际法规定对军事指挥官均有可适用性。[……]事实上，“每一位以色列士兵都随身携带关于战争法的国际公法的规定与以色列行政法的基本规定。”[……]
27. [……]通过交战占领取得的领土上的军事指挥官必须在军队与当地居民的需求之间保持平衡。在这种微妙平衡的框架中，没有附加其他考量的空间，不论是政治考量，还是扩大领土或建立国家永久边界的考虑。本院反复强调，由于交战占领在本质上是暂时性的，因此军事指挥官的权限也是暂时性的。永久性安排不属于军事指挥官的权限。该地区的军事占领确实已持续多年。这一事实对军事指挥官的权限会有所影响。[……]但是，时间的推移不能扩大军事指挥官的权限，也不能使他在适当管理通过交战占领取得的地区以外考虑其他因素。

[……]

30. 通过指出隔离墙的路线，申请人试图证明修建隔离墙并非出于安全考虑，而是政治上的考虑。他们认为，如果隔离墙主要基于安全考虑，就会沿“绿线”修建。[……]我们不能接受这一主张。实际情况恰恰相反：不管绿线的位置如何，都是从安全角度——而非政治角度——来考虑隔离墙的路线。[……]
31. [……]我们没有理由推测修建隔离墙的目的是政治性而非安全性的。确实，申请人没有承担举证责任，未能说服我们相信修建隔离墙的背后是政治性而非安全性考量。同样，申请人没有承担举证责任，未能说服我们相信该地区以色列国防军指挥官在选择隔离墙线路时不是基于军事考虑，没有依据其最佳军事理解诚信行事。
32. 申请人的第二个主张，即在该地区修建隔离墙，很大一部分是建立在占据私有土地的基础上，由于这种占据是非法的，所以军事指挥官无权修建隔离墙。我们不能接受这一主张。在签发命令的程序中以及给予申诉机会的程序中，我们没有发现瑕疵。对于所面对的核心问题，我们的观点是，依据适用于通过交战占领取得的领土的国际法，如果为满足军队需要所必需，军事指挥官有权占据该块领土[参见《海牙公约》第23条第7款与第52条；《日内瓦第四公约》第53条]。当然，他必须为土地的

使用提供赔偿。[……]事实上，以《海牙公约》与《日内瓦公约》的规定为基础，本院认可为以下多种军事需要而征收土地与房屋，包括修建军事设施[……]、铺建绕行路[……]、在边远村庄周围修建围墙[……]、为士兵提供临时住所[……]、确保该地区交通不受影响[……]、修建民事行政办公室[……]、为调动军事部队征收建筑物[……]。当然，在如此行动时，军事指挥官必须考虑当地民众的需要。如果满足了这些条件，军事指挥官毫无疑问有权占据其控制之下的土地。隔离墙的修建属于该框架之中。侵犯财产权的行为本身不足以使修建隔离墙缺乏依据。依据适用于通过交战占领取得的领土的国际法，如果存在军事必需，军事指挥官有权占据土地并在上面修建隔离墙。换言之，在军事必要的范围内，国际法允许修建隔离墙。实际上，隔离墙旨在通过在物理上阻止恐怖分子渗透进以色列人口密集区来取代军事战斗行动。在军事必要的范围内，修建隔离墙在军事指挥官的权限范围内。当然，隔离墙的路线必须考虑到当地民众的需要。但是，这一事项仅涉及隔离墙的路线而不涉及修建与否的权限。[……]这是隔离墙的地址与路线的合法性问题。[……]

隔离墙路线

33. 本申请的焦点是修建隔离墙所选路线的合法性问题。这个问题独立存在，需要一个明确、真实的答案。修建隔离墙的动机是否是政治性而非基于安全考虑，并不足以作为答案。在通过交战占领控制的地区，军事指挥官出于安全考虑而进行每项活动时并不是随意的。军事指挥官的自由裁量权是受到法律体系的限制的，其行为及其权利来源均在此体系内。军事指挥官确实不是被占领土的主权者。[……] 他的行为必须在关于交战占领的法律范围内，因为该法律确定了交战占领情况下他的权力。那么，这种法律的内容是什么呢？
34. 关于交战占领的法律认可军事指挥官维持地区安全与保护其国家和公民安全的权力。但是，它也对该权力的行使设置了条件。该权力必须适当权衡当地民众的权利、需要与利益。[……]

比例性

36. 在安全与自由之间保持平衡并非仅限于通过交战占领取得地区的军事指挥官的自由裁量权。这是法律的一个基本问题，包括国内法，也包括国际法。其解决方法具有普遍性，包含在一般法律原则中，包括理性与善意。[……] 在目标的合法性与实现目标的手段之间保持平衡的一项基本

原则之一是保持比例性。依此原则，个人的自由可以受到限制（本申请指交战占领下当地居民的自由），其条件是这种限制符合比例性。这一方法超越所有部门法。[……]

比例性的含义及其内容

40. 依据比例性原则，只有在实现政府目标时所使用的的手段保持合适的比例性的条件下，行政机构作出的裁决才是合法的。因此，比例性原则关注的核心是期望实现的目标与用来实现之的方法两者之间的关系。[……]因此，不论是在国际法（调整不同国家的法律制度，包括普通法系（如加拿大）与大陆法系（如德国）），还是在以色列国内法中，比例性原则的内容都包括三个标准。[……]
41. 第一个标准是目标必须与手段相关联。行政机构使用的手段必须是为了实现其准备实现的那个目标。行政机构使用的手段的合理结果必须是导致目标的实现。这就是“适当手段”或“合理手段”标准。依据第二个标准，行政机构使用的手段对个人造成的损害必须减小到最低限度。在为了实现目标而可以采取的手段类型内，必须使用那个造成损害最小的手段。这是“最低损害手段”标准。第三个标准是：行政机构为实现其目的而使用的手段与该手段带来的收获相比，必须比例适宜。这是“比例性手段”标准（或者是“狭义”比例性）。“狭义”比例性标准通常与“绝对价值”一起使用，通过直接比较行政行为产生的好处与造成的损害。不过，也可以用“相对方式”适用狭义比例性标准。依据这种方法，行政行为将与一个可替代行为相比较，后者带来的利益应当比前者小。如果在一定程度上削减原始行政行为获得的利益（如通过使用替代手段）能保证行政行为造成的损害的实质性降低，原始行政行为就不具备狭义上的比例性。
42. [……] 比例性原则常可以经由多种方法满足。在这些情况下，必须确认“比例性范围”（与“合理性范围”类似）。行政机构在“比例性范围”内选择的任何手段都是符合比例性原则的。[……]
43. 通过交战占领取得领土上的军事指挥官行使权力也同样适用比例性原则。[……]

隔离墙路线的比例性

44. 比例性原则也适用于对隔离墙合法性的审查。被申请人接受这一方法。[……] 隔离墙的比例性必须取决于以下3个问题，这3个问题反映了比

例性原则的3个标准：第一，线路是否满足“适当手段”（或“合理手段”）？问题是，在隔离墙的路线与修建隔离墙的目的之间是否存在合理联系。第二，它是否满足“最低损害手段”标准？这个问题是，在可以达到隔离墙目的的多种线路中，被选路线造成的损害是否是最小的。第三，它是否满足狭义比例性标准？这一问题是：与隔离墙产生的安全利益相比，军事指挥官所划定的隔离墙路线给当地居民带来的损害是否微不足道？依据该标准的“相对”方法，如果建议隔离墙使用另一种替代路线，该路线与被申请人选择的路线相比虽然在安全利益上小一些，但产生的损害明显小于原始路线，则隔离墙就不是合乎比例性的。

司法审查的范围

45. 在审查隔离墙路线之前，我们有必要对审查的性质做一定义。我们的出发点是，假定政府修建隔离墙的动机是出于安全而非政治考虑，这一点申请人未没有否定。我们的工作依据如下假定：军事指挥官尽其理解，出于军事考虑确定的隔离墙的路线能够实现安全目标（这一假定申请人也没有否定）。另外，我们假定——这一事项在本申请中甚至没有引发争议——军事指挥官认为对当地居民造成的损害是符合比例原则的。以此事实为基础，有两个问题摆在我们面前：第一，军事指挥官所确定的隔离墙路线从军事角度来看是否站得住脚？有没有其他路线可以更好地实现安全目标？这构成比例性原则的核心内容。如果从军事角度被选线路站不住脚，那么，在隔离墙期望达到的目标与被选线路之间就没有合理联系（第一个标准）；如果存在一条路线可以更好地实现目标，我们就必须考察这条替代路线造成的损害是否更少（第二标准）。第二个问题是：隔离墙路线是否是合乎比例性的？对于审查比例性原则，这两个问题均非常重要。不过，它们又引起了一个关于司法审查范围的独立问题。[……]
47. [……] 因此，在审查相反的军事考量时，我们特别倚重该地区指挥官负责安全这一事实。以此方法为基础，我们认为——具体细节下文阐述——申请人没有承担举证责任，未能说服我们在和平与安全理事会成员的专家意见与地区指挥官的安全立场之间采信前者。我们在权衡两种军事方法。这两种方法各有军事优点与缺点。在这种情况下所涉及的事项，我们必须把军事指挥官的专家意见作为判决的基础。

隔离墙路线的比例性

48. [……] 这个问题的标准并非军事指挥官的主观标准。问题不是军事指挥官是否善意认为，伤害是合乎比例性的。标准是客观的。问题是依据法律标准，隔离墙的路线是否符合比例性标准？这是一个法律问题，由法院予以裁定。

从一般到特殊

49. 我们面前的关键问题是[……]：当地居民因隔离墙造成的伤害是否是合乎比例性的？或者说，修建隔离墙是否能满足核心的安全考量，它给当地居民带来的伤害是否相对较轻？如果是这样，即合乎比例性。该申请涉及的隔离墙长约40公里。依据当地的条件不同，它的比例性也有所不同。我们应当依据为修建不同部分的隔离墙而签发的不同命令而分别考察其比例性。我们应当从西向东沿着隔离墙的路线审查命令的合法性（本地区地图参见本判决附录）。隔离墙的路线从马克卡宾 (Maccabim) 城东开始，一直到拜特苏里克村；再从梅夫桥容 (Mevo Choron) 城南继续，一直到东耶路撒冷。隔离墙的路线继续蜿蜒前行，将其沿线的以色列城镇与巴勒斯坦村庄隔离开来。它爬上了杰贝穆克塔 (Jebel Muktam) 以保证以色列对其的控制。这样，它便穿越了贝特利卡、贝特阿南、阿布阿拉姆 (Abu Alahm) 等村庄。接着，它继续向东，将马莱哈查米沙 (Ma'aleh HaChamisha)、哈阿达 (Har Adar) 与卡特那 (Katane)、艾尔卡贝拉与拜都分割开来。隔离墙继续延伸，围着拜特苏里克，向北直到443道路，该道路是连接耶路撒冷与国家中心的交通要道。在其最后一段，它将拜都、贝特阿加茨、贝特达库与哈什穆尔 (Har Shmuel)、新吉翁 (New Giv'on) 与吉瓦特则武 (Giv'at) 分割开来。

[……]

命令Tav/104/03; 命令Tav/103/03; 命令Tav/84/03 (命令的西段)

51. 这些命令适用于超过10公里的隔离墙线路。这段线路围绕着杰贝穆克塔的高山区。这段山脊在地形上控制着其邻近区域。它向北跨越443道路，连接着耶路撒冷与磨迪英 (Modi'in)。隔离墙路线从贝特利卡与贝特阿南的西南以及齐尔贝特阿布拉姆 (Chirbet Abu-Lahm) 的西部穿过。被申请人的解释是，这一路线的目的是使山区处于以色列的控制之下。这对于武装部队在地形上控制隔离墙、阻止其他人袭击在443道路上行进的人员有好处。

52. 申请人用一张形势严峻的图画来描绘隔离墙给其沿线村庄带来的损害。
[……]
53. 被申请人对称述的事实有争议。[……]
56. 从军事角度来看，专家在路线实现安全目标这一问题上争议。如前所述，这使申请人肩负沉重的举证责任，因为他们要求我们在和平与安全理事会专家的意见[他们中有以色列前将军]与军事指挥官的方法之间，采信前者。[……] 申请人未能履行这一责任。我们不能——我们不是军事专家——确定安全考虑是否能为隔离墙建在杰贝穆克塔以北提供正当依据（军事指挥官的立场），也无法确定是否没有必要让隔离墙包括此地（申请人以及和平与安全理事会的立场）。因此，关于军事指挥官出于在地形上控制山区从而阻止“弹道火力”的考虑在军事上是否正确，我们无法确定立场。在这种情况下，从军事角度讲，我们没有理由干涉隔离墙的路线。
57. 依据被申请人确定的路线，这一段隔离墙给当地居民造成的损害合乎比例性吗？我们用三个标准来审查路线的比例性。第一个标准是审查在隔离墙的目的与其修建的路线之间是否存在合理联系。我们的答案是存在这样的合理联系。[……] 由于我们裁定，隔离墙通过了军事合理性的检验标准，因此我们进一步认为，它实现了隔离墙的军事目标。
58. 第二个标准是：隔离墙是否可以通过某种方式在减小对当地居民造成损害的情况下实现其安全目标。[……] 军事指挥官的立场是，和平与安全理事会成员建议的隔离墙路线在保证的安全度上低于他建议的路线。我们确定，我们不应干涉这一立场，并确定没有可替代路线可以在减轻当地居民损害的情况下，实现相似程度的安全需要。因此，我们的结论是，摆在我们面前的事项符合比例性的第二个标准。
59. 第三个标准是：修建隔离墙给当地居民造成的损害与隔离墙所选线路带来的安全利益相比，其比例是否适宜。这是“比例性手段”标准（或者是“狭义”比例性）。[……] 依据这一标准，行政机构作出的决定必须在集体需要与对个体造成的损害之间保持合理平衡。审查的目的是确定个体遭受损害的严重程度与为其提供正当依据的理由之间是否保持适宜的比例。这一判决是在法律体系的一般规范性构架中作出的，即承认人权以及保证当地居民需要与福祉、保证“家庭的荣誉和权利”的必要性（《海牙章程》第46条）。所有这些都得到《海牙章程》与《日内瓦公约》构建的国际人道法体系的保护。摆在我们面前的问题是：依据军事

指挥官确定的路线修建隔离墙给沿线当地居民造成的损害与其带来的安全利益相比，两者之间的比例是否合理（适宜）？

60. 我们的答案是：依军事指挥官确定的路线修建隔离墙给沿线当地居民造成的损害与其带来的安全利益相比，两者之间不合乎比例性。该路线破坏了军事指挥官两方面义务之间微妙的平衡，即维持安全的义务与保证当地居民需求的义务。这一方法的基础是军事指挥官所确立的隔离墙路线——它将当地居民与其农业用地分割开来——对当地居民造成了严重的损害，并侵犯了他们依国际人道法享有的权利。以下是部分事实：超过13000名农民与其数千德南的土地与数万棵树木（这些树直接关系到他们的生计）隔离开来。尽管我们反复提议为他们提供替代土地，但是，没有人为此作过任何努力。隔离墙并非完全封闭：军事指挥官宣布，将利用两个村的土地修建两扇大门，并建立一套许可证制度。这将对农民造成严重损害，因为这套许可证制度必然对他们利用土地构成严重限制。这套制度还将导致农民在通过时排起长队；并使车辆的通行变得十分困难（车辆本身也需要许可证与检查），从而使农民与其土地之间产生距离（因为在这段墙中，仅建有两扇大门白天开放）。这样以来，与以前的生活相比，农民的生活将发生彻底改变。隔离墙的路线严重侵犯了他们的财产权与他们的行动自由；他们的生活也受到严重损害。他们在现实生活中遭受的困难（这是因为，例如，在该地区产生的高失业率）在未来只会变得越来越严重。
61. 这些损害不合乎比例性。用和平与安全理事会专家提交的路线或由军事指挥官另行制定替代线路可以大大减轻这些损害。这些的替代路线确实存在，并不是虚构的想象，而是真切地呈现在我们面前。它以对杰贝穆克塔的军事控制为基础，无须将隔离墙“拉”到山上。确实，必须记住，即便在修建隔离墙以后，军事指挥官仍然控制杰贝穆克塔以东的地区。依据军事指挥官的观点——我们假定是正确的，并作为审查的基础——他在那一地区提供的安全度将会下降。但是，和建议的替代路线相比，军事指挥官确定的路线所能得到的安全利益与其给当地居民造成的损害之间的比例不合理。事实上，对第三个比例性标准“相对”审查的真正问题并不是在以下两种方案中作选择：修建一条给当地居民造成损害的隔离墙，或不修建隔离墙并不对当地居民造成损害。真正的问题是，接受军事指挥官的观点（隔离墙应该围绕杰贝穆克塔）带来的安全利益是否与该观点（隔离墙将当地居民与其土地隔离开来）造成的附加

损害之间存在比例性。对这个问题，我们的答案是：军事指挥官选择的路线不合乎比例性。军事指挥官确定的隔离墙路线将当地居民与其土地隔离开来，而替代路线不会（或者产生的隔离少得多，并使沿线生活成为可能），两者之间的差别巨大；与此相比，这两条路线在提供的安全上的差异微乎其微。事实上，我们接受这样的观点，即满足安全需要必然会使当地居民及其利用土地的能力受到损害。但是，国际人道法与以色列行政法的基本原则要求确保损害合乎比例性。当修建隔离墙要求将居民与其土地隔离开来的时候，必须确保居民能出入土地，以尽可能减小损失。

62. 我们得出的结论是，隔离墙的路线将贝特利卡、贝特阿南两村与为其村民提供衣食的土地隔离开来，该路线不合乎比例性。对直接适用于山区领土的命令Tav/103/03，该决定立即生效，并导致该命令无效。该决定对适用于路线（该路线转向贝特利卡村，以抵达山区）以西的命令Tav/104/03也有效力。它对命令Tav/103/03的西部区域也有同样效力，依该命令，路线从山上向下往东南方向延伸。

[……]

命令Tav/107/03与命令Tav/108/03的东部一角

68. 本命令适用于长度为5公里半的一段隔离墙，它穿越拜特苏里克村（人口数为3500）和拜都村（人口数为7500）的西部与东南部。如最初命令所发布的那样，对这段线路加以研究就会发现，它给这些村民造成的损害是巨大的。依据申请人提供的数据——被申请人对之予以否认——隔离墙将使拜特苏里克村500德南的土地遭到直接破坏。另有6000德南的土地被隔离（其中有5000德南的耕地），包括3间温室。一万棵树将要被连根拔起，2万5千棵橄榄树、2万5千棵水果树与5400棵无果树以及其他农业作物将与村民隔离开来。这些数字还不足以说明损害的严重性。我们必须考虑隔离墙对该地区民众生活造成的全部后果。命令确定的原始路线将使拜特苏里克村在其西、南及东侧被隔离墙紧紧包围，这将严重制约当地村民的日常生活。拜都村的命运也好不了多少。隔离墙从东到南将村子包围起来，并对其西部的土地产生影响。对被申请人提交的地图加以研究（2004年3月10日）似乎可以发现，在这段路线中，拜特苏里克村南部将要修建一个季节性大门。另外，在从拜都村向东延伸的道路上将修建一个检查点。

69. 除了申请人与被申请人陈述观点，拜特苏里克村以南的梅瓦塞瑞特资翁镇 (Mevasseret Zion) 也有许多居民要求陈述他们的观点。他们指出，在该地区，以色列人与巴勒斯坦人的关系融洽，隔离墙路线将巴勒斯坦居民与其土地隔离开来，将断送这种友好关系，对此，他们深表担忧。他们认为，巴勒斯坦人出入其土地将受制于一系列障碍，这侵犯了他们的尊严，而且甚至会完全阻止他们出入其土地。另一方面，代表梅瓦塞瑞特资翁镇其他居民意见的艾法兰姆·哈勒维 (Efraim Halevi) 先生也要求陈述观点。他认为，由于将隔离墙的路线往南推进，这将接近梅瓦塞瑞特资翁镇，因此会危害到该镇居民。
70. 与前面的命令一样，这里，我们也把军事指挥官确定的隔离墙路线作为我们审查的基础。我们这样做是因为重视负责安全的官员的立场。摆在我们面前的问题是：这部分的隔离墙对当地居民造成的损失是否合乎比例性？这里同样符合比例性原则的前两个标准。我们的疑问涉及是否符合第三个标准。关于这个问题，事实是，我们面对的这段墙造成的损害是最为严重的。这连军事指挥官本人也知道。在申请的听审过程中，路线作了一些修改，以减轻当地居民受损的情况。他提到，这些修改对安全问题的解决是不利的，但可以减少对当地居民的损害，同时保证安全维持在合理的层次上。然而，即便作了这些改变，损害仍然很严重。当地居民的权利还是受到了侵犯。他们的生活方式彻底受到了损害。依据《海牙章程》与《日内瓦第四公约》体现的国际人道法，军事指挥官没有履行其义务。
71. 和平与安全理事会提议的替代路线对农业用地造成的损害要小得多。依据此提议，隔离墙应与拜特苏里克村的东西部均保持距离。这样，就会实质性减小对农业用地造成的损害。我们确信，与替代路线相比，军事指挥官确定的路线所带来的安全利益与此命令给当地居民造成的额外伤害之间不成比例。因此，我们不得不得出的结论是，必须撤销摆在我们面前的这个命令。军事指挥官必须重新考虑这一事项。[……] 这是军事指挥官的事务，但须受制于以下条件：路线的位置不能使拜特苏里克村处于被阻遏的状态（在一定程度上也包括拜都村），并允许村民能出入大部分农业用地。

[……]

命令造成伤害的比例性概述

82. 以上分别彻底审查了每一项命令的比例性问题，现在，我们将视角转向本申请所涉及之隔离墙，考察全部路线的比例性。这些命令适用的这部分隔离墙的长度大约为40公里，将对35000名当地居民的生活造成损害，4000德南的土地被隔离墙路线占据，以及在沿线生长的数千棵树木要被连根拔起。隔离墙使8个村庄的村民与其超过30000德南的土地隔离开来。大部分土地是耕地，包括数万棵橄榄树、水果树和其他农业作物。军事指挥官希望建立的许可证制度无法阻止或明显减轻对当地居民造成损害的严重程度。能否接触到土地取决于是否能穿过大门，这些大门相距遥远而且并不一直开放。安全检查很可能阻止车辆通行，必然会导致大门前排长队以及长时间等待。能否出入土地并不一定取决于他耕种土地的能力。不可避免的是，存在一些因隔离墙而将当地居民与其土地隔离开来的地区。在这些地区，指挥官必须允许通行，这将在可能的范围内减轻对农民的损害。
83. 在听审过程中，我们询问申请人是否可能通过以下方式对其予以赔偿：为其提供其他土地来交换隔离墙占据的以及隔开的土地。我们没有得到一个令人满意的答案。这一申请事关依靠土地为生的农民。占据申请人的土地，在这种情况下，使被申请人有义务尽力用其他土地来交换从申请人那里占据的土地。只有在没有可替代土地的情况下才能给予经济赔偿。
84. 隔离墙造成的损害不仅仅局限于居民的土地及居民出入土地的路径。损害的范围远为广泛。它影响到整体民众生活的方方面面。在许多地点，隔离墙正好要穿越他们的房屋。在某些地方（如拜特苏里克村），隔离墙将村庄从西、南及东三个方向包围起来。隔离墙直接影响到当地居民与城市中心（如那巴拉、拉马拉）的联系。即使没有隔离墙，联系原本就不容易，修建了隔离墙以后，联系会难上加难。
85. 军事指挥官的任务也不容易。他们必须在安全需要与当地居民的需要之间保持微妙的平衡。对军事指挥官内心保持这种平衡及其希望通过修改原始计划来达成一个更合适解决方案的愿望，我们印象深刻。从他这一方面来看，我们没有发现顽固不化。尽管这样，我们还是认为军事指挥官确定的平衡不合乎比例性。依据我们已经设定的比例性标准，必然要对隔离墙的路线作一重新审查。

后 记

86. 我们的任务很艰难。我们是以色列社会的一份子。虽然我们有时身处象牙塔，但这个塔是耶路撒冷的中心，也常常受到无情恐怖的袭击。我们知道恐怖袭击导致的杀害与破坏给国家及其公民带来的苦难。和其他以色列公民一样，我们也认可有必要保护国家及其公民免受恐怖带来的伤痛。我们知道，该判决在短期内也不会使国家在与恐怖行为的斗争中获得助益，但是，我们是法官。当坐在这里审判时，我们受制于我们的判断。我们依据良心与最佳的理解行事。关于国家与恐怖行为的斗争，我们确信，依法进行的斗争最终将增强其力量与精神。没有法律就没有安全。遵守法律规定是国家安全的一个方面。[……] 只有以法律为基础修建隔离墙才能为国家及其公民提供安全。只有以法律之路为基础的隔离墙路线才能使国家带来其渴望已久的安全。结果是，我们拒绝了对命令Tav105/02的申请。我们接受对命令Tav104/03、Tav103/03、Tav84/03 (西段)、Tav107/03、Tav108/03 (在适用于贝特达库土地的范围内) 的申请，这意味着这些命令被废止，因为他们给当地居民造成的损害不合乎比例性。

被申请人支付2万新谢克尔 (NIS) 的申请费用。

副院长E. 马扎 (E. Mazza)

我同意。

法官M·切斯秦 (M.Cheshin)

我同意。

A巴拉克院长的意见

2004年6月30日

3. 巴勒斯坦人“生产数百万磅”廉价水泥出售给其强烈反对的隔离墙工程

[资料来源: <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=?news?2004/07/25/wmid25.xml>]

依尼哥·吉尔摩 (Inigo Gilmore)，于耶路撒冷

(档案号: 25/07/2004)

巴勒斯坦商人已经制造了百万磅的水泥供以色列修建“安全障碍”。作为批评隔离墙的主要人物，巴勒斯坦领导人亚西尔·阿拉法特 (Yasser Arafat) 对此完全知情。

一份经电报曝光巴勒斯坦立法者的报告得出如下结论：虽然阿拉法特先生公开谴责前者修建隔离墙是“危害人类罪”，他却没有采取任何行动来阻止水泥交易。

报告指出，水泥是在巴勒斯坦国家经济部门的高官与阿拉法特的幕僚知晓的情况下出售的。它因此得出结论，这些官员接受了行贿，才给水泥进口商与为以色列工作的商人颁发了许可。

[……]

依据该报告，去年11月9日，巴勒斯坦当局审计官给阿拉法特先生递交了一封信，揭露无限制的水泥进口许可是由经济部长马哈·阿马斯瑞 (Mahar al-Masri) 签发的。

巴勒斯坦当局审计官在信中指出，水泥肯定将用于隔离墙的修建。据称，阿拉法特收到并阅读了这封信，就在那一天，他号召民众在第一个“国际反隔离墙日”上街示威。克瑞施先生 (Khreish) 认为，阿拉法特先生没有采取任何行动阻止进一步进口水泥，进口又持续了5个月。

[……]

讨 论

- (1) 《海牙章程》与《日内瓦第四公约》是否适用于巴勒斯坦领土？国际法院看法是怎样的？以色列高等法院呢？
 - (2) 国际法院在裁定《日内瓦第四公约》的可适用性时，该公约第2条第1款与第2款是否具有决定意义？
 - (3) 在以色列不是《第一附加议定书》成员国的情况下，联大决议怎能重申该议定书的可适用性？国际法院适用《第一附加议定书》了吗？《第一附加议定书》对国际法院的结论会有影响吗？
 - (4) 从什么意义上说，1982年6月7日单方面宣布遵守《日内瓦第四公约》是有效的？这一举动有没有使巴勒斯坦成为该公约的成员国？这一举动对以色列高等法院判决案件有没有影响？
- (2) 《日内瓦第四公约》所有条款都适用于巴勒斯坦领土，还是仅仅是第6条第3款的规定？领土上所有的军事行动都停止了吗？

3. (1) 修建隔离墙构成兼并吗？国际法院看法是怎样的？高等法院看法是怎样的？这样的兼并是否违反国际人道法？关于此点，国际法院是怎么表述的？
(2) 如果隔离墙的路线受到非安全因素考虑的影响，以色列高等法院是否会裁定其违法？占领国能否考虑领土上其本国民众的安全？定居点居民的安全呢？在什么样的基础上以色列高等法院可以得出隔离墙线路没有受到政治因素或犹太复国主义的影响？它没有遵循“绿线”的事实是否构成相反的证据？
4. (1) 国际法院有没有解释为什么隔离墙违反了《日内瓦第四公约》第47条、第49条、第52条、第53条与第59条？你可以对违反每一条规定作出解释吗？你同意希金斯(Higgins)法官的批评吗（比较她的意见的第23段与第24段）？
(2) 为什么破坏并征用私有财产违反了《海牙章程》第46条与第52条以及《日内瓦第四公约》第53条的要求？如果事实确如以色列高等法院判决第8段所描述，这一结论是否正确？你同意比尔根塔尔(Buergethal)法官的批评吗（比较他的意见的第8段）？
(3) 在军事紧急状态下可以减损国际法院提到的哪一条规定？军事紧急状态与军事行动相同吗？为什么依据《日内瓦第四公约》不允许破坏私有财产来修建隔离墙？
(4) 占领国可以为其军队的需要而占领土地吗？为安全原因呢？
(5) 为什么禁止在巴勒斯坦领土上修建犹太定居点？是不是每一处犹太定居点都违反了国际人道法？隔离墙包括了犹太定居点的事实对认定它违反国际人道法是否有决定意义？对国际法院呢？对比尔根塔尔法官呢？你呢？以色列高等法院是处理了对定居点的禁止了吗？为什么没有呢？难道这不是《日内瓦第四公约》规定的一项人道规则吗？
5. (1) 你同意以色列高等法院对比例性所作的定义吗？将这一定义适用于这些事实呢？
(2) 以色列高等法院是否认为存在一条对巴勒斯坦人损害更小的隔离墙路线？它是否因此认为隔离墙路线不合乎比例性？如果安全利益与对巴勒斯坦人造成的损失相同，但不存在替代路线，以色列高等法院还会认为路线不合乎比例性吗？
(3) 以色列高等法院是否认为如果对国际人道法的违反在比例性的范围内就是可以允许的？
(4) 以色列高等法院是否援引比例性问题？是在国际人道法还是国际人权法的框架下进行呢？
6. (1) 国际人权法是否适用于武装冲突？如果答案是肯定的，在该法与国际人道法相冲突的情况下，你如何决定适用何者？
(2) 国际人权法是否适用于被占领土？《经济、社会及文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》与《儿童权利公约》呢？依据国际法院的观点如何？你的观点呢？

- (3) 在武装冲突期间，国际人权法的所有条款都适用吗？是否只要官方宣布，就可以因紧急状况而予以减损？
- (4) 国际法院提到的人权在被占领土也受到国际人道法的保护吗？哪些不受后者的保护？这些人权与国际人道法之间有矛盾吗？
- (5) 国际人道法是否能预见被占领土的行动自由？这种自由与国际人道法是否相符？
- (6) 在本案中，国际人权法是否会使国际法院得出依据国际人道法不会得出的结论？
- (7) 以色列高等法院是否适用国际人权法？
7. 自卫权或紧急状态是否能为违反国际人道法提供正当依据？国际人权法呢？国际法院的观点如何？以色列高等法院的观点呢？你的观点呢？
8. 对以色列而言，隔离墙的非法性有什么法律后果？国际法院的观点如何？以色列高等法院的观点呢？
9. 非法的隔离墙是否给巴勒斯坦当局创设了义务？卖水泥去修建隔离墙是否违反了这些义务？涉及的个人是否违反了国际人道法？
10. (1) 对第三国而言，隔离墙的非法性有什么法律后果？
(2) 国际人道法的所有规则都具有对一切的性质吗？这种对一切的性质影响是什么？
(3) 共同第1条是否意味着第三国必须确保以色列遵守国际人道法？共同第1条是否简单地肯定了国际人道法规则的对一切的性质或者它有另外的附加含义？你是否同意科艾曼斯（Kooijmans）法官的批评以及卡尔斯霍芬（Kalshoven）教授对这一条的解释？
(4) 在实践中，第三国对因修建隔离墙导致的非法情况不予承认的义务指什么？他们对保持修建隔离墙所造成的情况不予援助或协助的义务呢？这些义务的原因是什么？
(5) 第三国必须采取什么措施以确保阻止修建隔离墙？这些措施是否有限制？
(6) 你是否同意科艾曼斯法官对国际法院判决正文第3段（D）的批评？
11. 比尔根塔尔法官是否认为修建隔离墙没有违反国际人道法？
12. 希金斯认为国际法院应该在更广泛的语境下处理问题，如巴勒斯坦人针对以色列人的自杀性袭击，她是否正确？这些袭击是否违反国际人道法？这些袭击是否已经改变了国际法院的结论？如果国际法院将这些袭击归责于巴勒斯坦当局呢？
13. 你是否同意以色列高等法院的如下观点：没有法律就没有安全；遵守法律规定是国家安全的一个方面（判决第86段）。如果同意，请作解释。

一、以色列的实践

案例108，以色列，公约对被占领土的可适用性

案 例

[资料来源：沙姆加尔 (Shamgar)，M [那时是司法部长 (以色列)，后来成为以色列最高法院的法官及院长。] “在被管理领土遵守国际法”，载于《以色列人权年刊》，第1卷，1971，第262-77页，脚注省略。]

一、公约的适用

不受天生偏见与根深蒂固的主观看法的影响来解决与执行战争规则相关的问题，大家显然都知道要做到这一点难度很大。困难实际上存在于两个方面：缺乏一致性与明确性，这是国内法较为常见的特点；此外，政治偏袒造成的困难更为严重。[……]

在转向遵守国际法规则这个问题之前，需要考虑下面两种问题的区别，即与遵守这些规则相关的问题，和特定规则在特定情况下的可适用性这个先决问题。换言之，规则在事实上得到尊重并不必然代表它们在法律效力上具有可适用性。[……]

人道法在本质调整的是处于困难中的人类以及战争的受害者，而不是国家或其特殊利益。正如马克斯·胡伯 (Max Huber) 所言：“人类的命运并不取决于交战者希望赋予其斗争的法律性质。”因此，尽力将人道救济的方式与方法扩展至战争受害者，而不要等到国际法进一步发展，不要将平民的命运受制于政治与法律现实，这一点始终是非常重要的。尽管政治权利与对特定情况的法律解释对于国家命运具有深远影响，不能不对之加以考虑，但是，如有可能，还是应该积极考虑将政治事项的决定与人道规则的实务适用区分开来。必须牢记，这也是日内瓦四公约共同第3条的内在含义。

我的观点是，没有现存的国际法规则规定，不论当事方的地位如何，《日内瓦第四公约》均适用于每一场武装冲突。被征服的土地并不必然成为适用《日内瓦第四公约》的被占领土。比如，在敌对行为结束导致战争结束的情况下，显然就不是；在征服的情况下也不是，尽管这一问题只有在1949年之前才会产生。

限制军事管理当局的权力，这一理念的基础是以下假定，即存在一位被罢黜的主权者，他享有法定主权。任何其他概念均会导致这样的结论，如，法国在阿

尔萨斯——洛林地区的行为，应当遵守1907年《海牙公约》第42条至第56条的规定，直到签署和平条约。

前已提及，我知道臣服的理论，该理论自二战以来就被适用；如果《日内瓦第四公约》适用于每一场冲突，我们如何将这一理论与《日内瓦第四公约》相适应？在我看来，《日内瓦第四公约》自动适用于以色列管理的领土，至少这一点是非常令人怀疑的。保守地说，自动适用将引发复杂的司法与政治问题。我将提及其中的部分问题。

直到1967年，以色列都没有承认埃及与约旦对其占领领土的权利。朱迪亚 (Judea)、撒马利亚 (Samaria) 与加沙地带 (Gaza Strip) 曾是英属巴勒斯坦委任地的一部分，直至1948年5月14日终止。自这一天开始的战争从未导致被认可的边界。相反，1948年《停战协议》明确规定，停战分界线不在任何意义上构成政治或法律边界，分界不损害任何一方的权利、主张与立场。

依据阿拉伯联合共和国 (U.A.R.) 的声明，从1948年至1956年，以及自1956年至1967年，加沙地带处于埃及的军事占领下，由阿拉伯联合共和国的军事总督进行统治。加沙地带的居民不是占领国的国民。他们需要得到特别许可才能进入阿拉伯联合共和国。依据军事总督的命令，建立了军事法院、宣布了宵禁、并实施了行政拘留。值得注意的是，尽管有以上事实，《日内瓦第四公约》对这块领土的适用性问题在1967年之前却从未被提起或考虑。

朱迪亚—撒马利亚的法律地位也是相关的。1948年5月13日，外约旦 (TransJordan) 制订了一部法律，依据该法，《外约旦国防法》适用于每一个由约旦负责维持安全与秩序的国家或地区。1948年5月18日，阿布杜拉 (Abdullah) 国王任命易卜拉欣·佩哈·哈希姆 (Ibrahim Pecha Hashem) 将军作为外约旦军队控制地区的军事总督。依据哈希姆将军发布的第2号布告：

1948年5月15日委任地终止之日，在巴勒斯坦有效的所有法律与规定在阿拉伯约旦军队驻扎及其负责安全与秩序的所有地区继续有效，除非这些法律与规定违反1935年《外约旦国防法》或依据此法颁布的规定与命令。

1950年9月16日，《关于约旦哈希姆王国约旦河两岸生效的法律与规定的法律》颁布并生效。该法规定，在两岸统一法经国会同意与国王批准之前，两岸各自的法律继续有效。1950年至1967年间，东西两岸的法律统一化进程在进行中，虽然直到1967年6月5日，两岸还有些法律有所不同。约旦于1950年4月24日对西岸的兼并只得到了两个国家的承认：英国与巴基斯坦。[……]

没有必要在该语境下全面评估各方权利的相关价值。不过，值得一提的是，对约旦王国最有利的解释是，她在西岸的法律地位最多是非法侵略后的交战占领者。换言之，在违反国际法进行军事侵略后，约旦的军事力量仍然在西岸驻扎，约旦王国那时仍兼并了西岸，虽然她在1949年《停战协议》中同意无意损害协议各方的权利、主张与立场。这样一来，布卢姆(Blum)在“朱迪亚和撒玛利亚的地位的反思”一文中，就西岸的相关权利作出下列结论便不足为奇了：

[……] 支配交战占领的国际法的传统规则系建立在以下两个假定之上：

(1) 被占领土的合法主权者被废黜；(2) 废黜主权者的一方符合该领土交战占领者的条件。依据格拉汉 (Glahn) 的观点，“习惯国际法与国际条约法规定的交战占领有一个前提状态，即主权者、被占领土的合法政府、被废黜的主权者与交战占领者处于国际法这些规则的根基位置。这些规则一方面认可并制裁占领者管理被占领土的权利，另一方面保护被废黜主权者的归复权。这似乎得出这样的结论：在本案中被废除的国家从未成为合法主权者，因此，旨在保护主权者归复权的交战占领的规则不具有可适用性。”[《以色列法律评论》，1968年第279页]

同样结论也可以适用于加沙地带，阿拉伯联合共和国政府将之视为处于军事占领之下的领土，并且从未对这块领土提出任何法律权利的主张。

关于领土的立场因而是自成一类的，所以，以色列政府试图在纯理论的司法与政治问题和遵守《日内瓦第四公约》之间作出区分。与此相应，以色列政府在《日内瓦第四公约》对这些领土可适用性的法律问题之间作出区分（如前所述，我不认为具有适用性），并决定其行为实际上依据该公约的人道规定[……]

五、结论

[……] 我认为，现有制度取得的重大成就主要如下：(1) 自军事管理当局成立之日起就存在一套以法治为基础的军事法律体系，即便是国外敌对的批评家也没有找到这套体系的缺陷；(2) 当地法院迅速恢复了正常功能并不受干涉地行使职权；(3) 在军事与民事审判中被告的权利都得到保障；(4) 通过自动提供高等法院的救济提供了对军方当局提批评的途径，这与其他国家在被占领土军事统治的惯例相反；(5) 存在一个损害赔偿与监护机构判决上诉委员会，该委员会由律师主持；(6) 民众的权利由一系列立法行为所保障，这些立法涉及财产保护、财产权保护、社会福利权与宗教自由。[……]

讨 论

1. (1) 1967年在以色列、约旦与埃及之间是否发生了一场国际性武装冲突？《日内瓦第四公约》是否适用于这场冲突？其适用何时终止？（《日内瓦第四公约》第2条与第6条）
 - (2) 《日内瓦第四公约》关于被占领土的规定是否仅适用于“缔约方”的领土被占领的情况？（比较《日内瓦第四公约》第2条第2款）？还是适用于受国际性武装冲突一方控制的所有领土？（比较《日内瓦第四公约》第2条第1款。依据沙姆加尔的解释，“冲突一方领土上的外国人”的规定是否适用于西岸与加沙？还是依据其解释，那些规定以及那些关于被占领土的规定都是不适用的？（比较《日内瓦第四公约》第2条、第35-46条，第47-48条）
 - (3) 依据国际人道法，领土何时被认定为被占领土？（比较《海牙章程》第42条）领土是否被占领是一个事实问题还是领土的法律地位问题，或者两者皆是？依据《日内瓦第四公约》与《海牙章程》，“被占领土”的概念相同吗？
 - (4) 为什么沙姆加尔主张，依据国际人道法，西岸与加沙均不是被占领土，因此《日内瓦第四公约》不适用？国际人道法是否考虑占领前的领土地位？依据国际人道法，是不是以前被合法主权政府控制的领土才可以成为被占领土，正如沙姆加尔所主张的？国际人道法的适用是否以对前政府的承认作为条件？如果《日内瓦第四公约》的可适用性取决于被占领土先前的控制是否合法，会导致什么样的实际后果？在冲突过程中，谁回答这个问题？交战方同意此观点并适用《日内瓦第四公约》的可能性有多少？
 - (5) 《日内瓦第四公约》本身涉及如下这些问题吗？“谁开始了战争？”“谁在为正义的事业而战斗”？或者“谁行使合法控制？”这难道没有混淆诉诸战争权与战时法吗？
 - (6) 国际人道法的目标，如布卢姆文章的引证，是保护主权者权利？还是它的主要目的是为了保护个人？谁或者什么是《日内瓦第四公约》的保护对象？（比较《日内瓦第四公约》第4条）
2. 沙姆加尔对什么构成被占领土的解释是否符合条约“用语之通常意义”？（比较《维也纳条约法公约》第31条第1款；可访问：<http://www.walter.gehr.net>）
3. 虽然以色列同意“行为在事实上依据日内瓦公约的人道条款”，它是否指出是哪些条款？哪些是“人道条款”？《日内瓦第四公约》是否能分成人道条款与非人道条款？国际人道法从概念上说难道不是由所有人道规定所构成的吗？**案例110**（p.1221）、**案例111**（p.1226）与**案例114**（p.1247）中援引反对以色列的条款，是否是后文所说的非人道条款？例如，禁止酷刑与驱逐出境是非人道条款吗？

案例109 以色列，军事检察官诉卡西姆及其他人案**案 例**

[资料来源：劳特派特主编：《国际法报告》，剑桥，格劳秀斯出版有限公司，第42卷，1971年，第470-483页]

军事检察官诉卡西姆及其他人案

以色列，在拉马拉的军事法院，

1969年4月13日

以下是本院判决：

[……] 第一被告人辩称他是战俘，其他被告人也提出相似请求。

[……] 本院讯问被告人，他们是否准备作证以确定他们是否满足被视为战俘的条件。[……]

第二被告人[……] 准备宣誓作证。[……] 他声称，他属于“巴勒斯坦人民解放阵线组织”，被捕时身着军装，并拥有“人民阵线”签发的军事通行证，上面有“字母J.T.F [巴勒斯坦人民解放阵线组织]，我的名字和我的序列号码”。[……]

[……]

我们认为，我们有权审查并考虑被告人是否有权享受战俘待遇，如果我们这么判决，就需要停止处理这个指控。[……]

我们现在应调查，被敌军逮捕时，应给予战俘地位的战斗员的种类。

[……]

关于这个问题的原则最终规定在1949年8月12日《关于战俘待遇的日内瓦公约》。不论我们是否将该公约视为缔约方之间的协议或是否将之视为依据关于战俘待遇的习惯国际法的明示立场，我们都认为它适用于以色列及其武装部队；以色列实际上于1951年7月6日、约旦于1951年5月29日加入该公约。

该公约第4条第1款规定，本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下列各类人员之一。为确定被告的地位，我们应当考虑第4条第1款第1、2、3项与第6项。

毫无疑问，被告人不属于第1项所称的“冲突一方之武装部队人员”或“构成此种武装部队一部之民兵与志愿部队人员”。

第2条规定其适用范围，表明它适用于“两个或两个以上缔约方间所发生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认战争状态”。

为理解该公约的真实意图，让我们来引述美国代表利兰德·哈里森 (Leland Harrison) 的一段话：

“因此，公约将适用于所有公约缔约方之间经过宣战或未经过宣战的情形以及在一个缔约方领土内的某些武装冲突”（最后报告，IIB, P.12）

这段话明确表示，该公约适用于国家间的关系，而不适用于国家与非国家或不代表国家的机构之间。因此约旦王国是与我们有冲突的一方，而不是自称为“巴勒斯坦解放阵线”的组织，因为该组织既不是国家，也不是政府，无须对占领之前的西岸政权承担效忠义务，该政权现在处于约旦王国的境内。这样一来，我们在事实上就排除了第4条第3款适用于上述组织。[……]

第4条第6款也不适用，因为被告人不是非占领区的居民，他们在敌人接近时自发拿起武器抵抗侵略部队，没有时间组成正规武装组织。

简言之，被告人所属的组织甚至没有满足全国总动员 (*levee en masse*) 最基本的标准。我们不是在处理一个敌人接近或入侵地区的民众。1969年10月，我们没有接近该地区，其民众还未处于我们的有效控制下，我们肯定也没有入侵新的地区；毫无疑问的是，从1967年6月5日至1968年10月间，那个地区的“民众”有时间“将自己组成”正规武装组织。

该公约提及的另一类人是非正规部队，即民兵以及不构成国家正规军的志愿部队，但是他们于战争期间建立，或仅为一项特定任务成立，包括在武装冲突一方国家内外甚至被占领时进行的反抗运动。这样的非正规部队只有在满足以下四个条件时才能被认可为合法战斗员：(1) 他们必须处于一个对其下属负责的人的指挥下；(2) 他们必须固定佩带在远处可以辩识的标记；(3) 他们必须公开携带武器；(4) 他们必须依据法律与战争惯例展开行动。

现在，让我们审查第4条第1款第2项是否适用于被告及其组织。

首先，必须指出，被敌军俘获的地下组织的成员必须明确符合以上四个条件，才能享有战俘待遇。缺少任何一个条件都足以使之拥有不享有战俘待遇的战斗员的特点。[……]

然而，由于某些原因，关于这一主题的著述忽略了被俘获时被视为战俘的战斗员的最基本条件，即非正规武装必须属于交战方的条件。如果他们不属于其为之战斗的政府或国家，我们认为，依据当前的国际法，他们从一开始就不具备被捕时享有战俘地位的权利。

在国际性武装冲突中，先前占据被占领土的政府很自然会鼓励、庇护非正规部队继续在其境内战斗，并给予保护与物质援助；因此，在这样的政府与战斗武装之间应当存在“指挥关系”，其结果是政府与以其名义并代表其战斗的军队指挥官之间存在持续的责任。

[……] 如果国际法确实通过有约束力的规则调整战争行为，那么，违反这些规则就是违法行为，最严重的形式便是战争罪。正是战争规则的执行赋予权利与义务，违反一方因而必须对其正规与非正规军的行为承担责任。我们同意该公约适用于属于一个缔约方并与另一缔约方交战的军事部队（该术语作广义理解），但排除——即使是正规武装组织——不服从缔约方当局及其政府机构的部队。对这些部队，该公约完全不适用。他们被视为不受关于战俘的国际法保护的战斗员，占领国可以出于各种目的将之视为罪犯。

非正规部队效忠于中央政府的重要性使得二战期间国家与流亡政府有必要发布关于他们与人民抵抗部队之间关系的宣言（参见，例如，1944年9月荷兰皇家紧急法令）。事实上，非正规部队的忠诚问题的最初产生与《日内瓦公约》有关。1907年10月18日的《海牙公约》没有提到这个事项的重要性，是因为在20世纪初，非正规军，如游击队，作为战斗组织的作用很小。然而，两次世界大战的经历使世界各国发现有必要增加政府对非正规部队整体责任的基本要求，以确保如果他们的行为不依据战争法律与惯例，会有人对此负责。

本案情况不同。我们处于战争状态中，没有政府愿意对“解放巴勒斯坦人民阵线”的行为承担责任。就我们所知，该组织本身也不准备遵守约旦政府的命令，这从该组织在约旦为非法组织以及其常被约旦当局侵扰的事实中可以得到证明。约旦政府采取的打击该组织的措施包括使用武力。在国际社会中，这种类型的地下行为还未听说，正是由于这个原因，如前所述，我们还没有找到直接相关的文献，即被当局视为非法的非正规部队，但从性质上说该部队应受制于当局。如果这些当局将诸如“解放巴勒斯坦人民阵线”的组织视为非法组织，为什么我们必须认为关于合法组织的国际法规则对其具有适用性？

尽管如此，让我们还是采取极其自由的态度并尽力从以下假定出发，即每一个成员，即便是非法组织的成员，在被捕时也享有战俘待遇，只要该组织满足《陆战法规与惯例章程》第一条规定的4个基本条件，这构成了1907年10月18日《海牙公约》的附件。[……]

随着人道公约越来越多，武装部队的受伤成员的地位得以改善，但并非每个战斗员都享有这样的待遇。不符合关于“国家总动员”规则的平民以及积极参加

战斗的平民与间谍的地位相同。与此相似，作为武装部队成员的战斗员，如果不符合交战方的最低条件或者被证明违反了其他战斗规则，则为战争罪犯。他们将受到与捕获国要求相一致的任何待遇与惩罚。

由于对合法与非法战斗员引入了额外的区分以及联合适用关于战斗员与非战斗员、平民与军事人员地位的检验标准，因此就有可能对被占领土上绝大多数平民与武装部队的被捕人员提供广泛的保护。

在更狭窄的限制内，即便是那些被排除享有特权待遇的俘虏也享有文明标准所带来的好处。至少，他们在司法程序中有权就他们是否是不享有特权的俘虏的关键事实得到审查。另外，对他们作出的任何惩罚都必须符合文明标准。

被告律师提出的辩护理由是，有一小部分人独自行动，他们自身满足了该公约第4条第1款第2项规定的条件，因此可以给予战俘待遇。鉴于上述理由，不难回答这种辩护理由。我们无法同意这位饱学的律师的推理。

[……]可以这样说，不符合该公约第4条第1款第2项条件的人或组织永远不能被视为合法战斗员，即使他们声称愿意依据其规定战斗。用孔雀的羽毛来装饰自己的人并不能成为孔雀。

那么，依据国际法，这些非法战斗员的法律地位是什么呢？答案可以在冯·格拉汉 (Von Glahn) 的著述中找到[见《占领敌方领土》，第52页。]

如果一个武装团伙无视被公认的战争法对占领部队采取行动，……那么，依据常识与逻辑，其非法地位将会延续。如果一个武装团伙从事掠夺活动，而不是代表被占领土的合法主权者，那么，其成员不得主张战斗员或战俘的权利。[……]

如果我们现在考虑起诉方的证人证言，如前述的莫施 (Moshe)，我们会发现自称为“解放巴勒斯坦人民阵线”的组织的行为完全漠视文明国家所认可的习惯国际法。

攻击民用物体与在耶路撒冷马哈·叶胡德 (Mahne Yehuda) 市场谋杀平民、在特拉维夫中心车站使用手榴弹破坏等都是恶意的恐怖行为，针对的是肯定不是合法军事目标的男人、妇女与儿童。[……] 非战斗员免受直接攻击是关于战争的国际法的一项基本规则。

在缺少合理解释的情况下，被告穿着平民衣着显示其从不受保护的平民转换成普通罪犯的意图。涉及谋杀无辜者的行动，如在雅典机场与苏黎士机场攻击飞机，充分说明了这一点。

国际法并不是为保护破坏分子与罪犯而设计的。除了站在法庭上依据法律与证据确立的事实，按与道德与国际要求相一致的程序受审外，被告别无其他权利。

因此，我们驳回了被告认为的有权获得战俘待遇的请求，并认为我们有权依据指控书审理本案。[……]

[报告：以色列控制区的法律与法院(耶路撒冷，1970年)，第17页。]

讨 论

1. (1) 是否存在可适用国际人道法的国际性武装冲突？如果存在，是存在哪些国家之间？《日内瓦第三公约》是否适用？谁是交战一方？法院是否认为《日内瓦第三公约》不适用于本案？理由是什么？（比较《日内瓦公约》共同第2条。）
- (2) 法院的判决是否基于与《日内瓦第四公约》不适用于西岸与加沙地带相同的理由？（参见**案例108**，以色列，公约对被占领土的可适用性，第1212页。）以色列法院是否可适用《日内瓦第三公约》而不适用《日内瓦第四公约》？当判决指出“解放巴勒斯坦人民阵线”“从事掠夺活动，而不是代表被占领土的合法主权者”时，法院是否在考虑（与**案例108**，以色列，公约对被占领土的可适用性[中的意见]相反）约旦是合法主权者，或者是否会拒绝给予约旦士兵战俘地位？
- (3) 依据法院的推理，《日内瓦第三公约》是否保护在被占领土居住反抗占领的巴勒斯坦人？它是否保护在占领之前在此领土战斗的巴勒斯坦人？依据国际人道法，你的回答是什么？
- (4) 依据《日内瓦第三公约》，为不被拘留国承认的国家战斗的个人是否享有战俘地位？如果仅仅是政府不被拘留国承认呢？是否要由国家或政府认可个人在为其战斗，还是个人实际上在为其作战即够？依据《第一附加议定书》，你的答案会不同吗？是不是属于冲突一方即够？被告是否并非为巴勒斯坦国家而战斗？“解放巴勒斯坦人民阵线”是否代表巴勒斯坦国家？（比较《日内瓦第三公约》第2条与第4条以及《第一附加议定书》第1条和第43条。）
- (5) 对《日内瓦第三公约》第2条的这种解释是否说明《第一附加议定书》为什么包括第1条第4款？如果适用《第一附加议定书》，法院还会作出此判决吗？结果会不同吗？法院哪一部分的推理会不同？法院会考虑哪些附加因素？《日内瓦公约》是否会因为“解放巴勒斯坦人民阵线”不是缔约方而自动不予适用？（比较《第一附加议定书》第1条第4款与第96条第3款）
2. 依据国际人道法，谁被认定为战斗员？这种确定与本案有什么样的关联性？除《日内瓦第三公约》第4条第1款外，《海牙章程》第1条是不是没有作出定义？
3. (1) 法院指出，一个人只有属于冲突一方才能享有战俘待遇，这一观点是否正确？还是只要符合第4条第1款第2项(a)至(d)列举的条件即为足够？如果适用《第一附加议定书》，答案是否会不同？

- (2) 第4条第1款第2项 (a) 至 (d) 列举的条件必须全部满足吗？是整个团体都需要满足这些条件，还是只要其中要求战俘地位的成员满足即可？如果一个团体仅以满足这些条件为目标，是否足够？
4. 如果被告人被赋予战俘地位，法院是否就不得不停止审理对他们谋杀平民的指控，包括[……]他们在特拉维夫中央汽车站使用手榴弹的恶意恐怖行为[……]？如果适用《第一附加议定书》，被告人的这些行为是否免于起诉？还是国际人道法已经规定了这些起诉？（比较《日内瓦第三公约》第4条与第85条以及《第一附加议定书》第43、44、51条与第85条第3款第1项）

案例110，以色列，阿尤布诉国防部长

案 例

[资料来源：摘要重印并由F. 栋姆 (Domb, F)部分翻译，《以色列人权年刊》，1979年，第337-342页；脚注略。]

高等法院，606 / 78

**阿尤布 (Ayub) 及其他人诉国防部长和
其他人 (贝恩及其他人案)；高等法院610/78，
马塔瓦及其他人
诉
国防部长及其他人案
33 (2) *Piskei Din* 113**

在本案中，以色列最高法院在高等法院开庭，裁定在阿拉伯私有土地上建立犹太人定居点的合法性。这些阿拉伯土地是被以色列军事管理政府早先以军事与安全原因征收的。两个阿拉伯申请人分别是位于艾尔比瑞 (Al-Bireh) 与图巴斯 (Tubas) 的土地的所有者。这两块土地位于朱迪亚—撒马利亚地区及西岸地区 (自1967年6日战争以来一直处于以色列的军事管理之下)。依据地区军事指挥官签发的命令，这两块土地于1970年与1975年被征收。命令指出，地区军事指挥官认为，收土地是为军事与安全目的所必须的。1978年，在以色列文职政府而非军政府的鼓励下，被征收土地上建立了犹太人定居点；阿拉伯的土地所有者请求高等法院针对征收令签发禁令，返还他们的土地。他们提出了以下两个理由：

- (1) 征收对真正的军事或安全目的并非必要，而且在事实上也起不到这样的作用；
- (2) 即便军事必要可以提供正当依据，征收土地依然构成了对国际法规则的违反，申请人因而有权要求本法院给予救济。

关于这两个理由之间的联系，法院一开始就强调，这是两个相互独立的理由，不可混同。从军事和安全的角度来看，被占领土军政府的一个行为也许是正当的，但是从国际法的角度来审视仍可能是有瑕疵的。依据国际法，并非促进安全的行为都是被许可的。

高等法院的法官[……]分别分析了这两个理由，最终一致驳回了申请人的请求。主导性判决由魏特肯(Witkon)法官作出[……]

一开始，魏特肯法官加上了一段预先提示，指明法院[……]判决的基础仅仅为：

依据当前以色列与阿拉伯国家的主导局势，我们所面对的当事人的权利。这是交战状态，被申请人在被占领土的地位是占领国。

魏肯特法官驳回了申请人提出的第一个理由，即真正的军事或安全目的不能为征收提供正当依据，其理由如下：

1. 正如申请人所提出，在可为征收令提供正当依据的严格的军事需要与一般的安全需要之间无法作出区分，这被指称超出了征收权力的范围。本院的意见是：“军事方面与安全方面是一个相同的方面”，因为

当前的局势是交战状态，维护被占领土的秩序与安全是强加给占领国的责任。同时必须预防在被占领土出现针对被占领土与占领国的危险。这些天战争采取的形式是破坏行为，即便是把这些行为（这些行为伤及无辜民众）视为游击战的一种方式的人也承认占领国有权，甚至必须采取所有必要步骤阻止之。

所以，严格的军事需要或一般的安全需要，或两者一起，显然都可以为军事指挥官的行为提供正当依据。

2. 占领国可以针对恐怖行为和破坏行为采取预防性措施，甚至在没有出现这些行为的地区也可以采取之。这与魏特肯法官所援引的法院在“希路案”(Hilu)中的意见一致。在那个案子中，拉法·赛利特(Rafiah Salient)(位于西奈半岛北部)的贝都因(Bedouin)部落是土地的所有者，其土地被征收，并在征收土地上建立了犹太人定居点。贝都因人请求针对征收令签发禁令，但此请求被法院驳回。被告认为，鉴于在该地区事实上已

经发生的恐怖行为与破坏行为，有必要采取措施。此观点得到法院的一致支持。尽管在本案中，所涉及地区实际上还没有发生恐怖行为，但魏特肯法官拒绝将两个案子区别开来，他坚持认为，预防是对所有伤痛最好的医疗，在恐怖行为实施之前就发现并遏制之是更可取的。因为依据被申请人提交的一份宣誓书，被征收的土地位于敏感战略地区，“很难期望占领国会将这一地区的控制权留给敌对势力。”

3. 只要交战状态持续存在，被占领土的犹太人定居点就能起到实际、真实的安全作用。在“希路案”中，魏肯特法官表达了他的观点：被征收土地为了修建犹太人定居点的事实并不能改变征收土地是基于安全原因这个特点。他认为：

毫无争议，被占领土存在占领国的定居点（尽管是“平民”）对于该地区的安全大有益处，并且有助于军队实现其任务。不需要是军事和国防专家，一个普通人就能够理解，在一个仅有冷漠的或对敌人予以同情的民众居住的区域从事恐怖活动很容易；相形之下，如果该地区的民众很可能会观察敌人并向当局汇报任何可疑行动，那么，在这样的地区从事恐怖活动，其难度就大多了，这样的民众不会为恐怖分子提供隐匿场所、协助或补给。

鉴于被申请人提交的宣誓书确认犹太人定居点受军队的控制并且只有得到军队的许可与授权才得以维持，魏肯特法官坚持其在“希路案”中表达的观点，即“只要交战状态持续存在，被占领土的犹太人定居点就能起到实际、真实的安全作用。”

因此，法院认为，征收土地以及修建犹太人定居点确实起到军事与安全作用，因此是符合以色列国内法的。

为支持他们的另一个理由——从国际法角度质疑修建平民定居点的合法性——申请人援引了1907年《关于陆战法规和惯例的海牙公约》（第四公约）与1949年《关于保护战时平民的日内瓦公约》（第四公约）的规定。转到本理由上来，魏肯特法官首先考虑和裁定的是一个先决问题，即申请人，作为受保护人，其自身是否可以依据这些公约在占领国的国内法院主张权利，或者说，是不是只有公约的缔约方才有权主张受保护人的权利，当然，是在国际法的层面上。

用法院的话说，这个问题的答案取决于所援引的国际法规定是否已经成为被要求执行之的法院所在地国国内法的一部分。国际条约的规定是国内法的一部分，——因此在国内法院具有可执行力——如果它成为习惯国际法的一部分，这同国际条约法不同，后者只对缔约方具有约束力。

关于1907年《海牙公约》与1949年《日内瓦第四公约》，魏肯特法官援引了最高法院的三个判决。在这些判决中，这些公约均被认为是国际条约法的一部分，因此，个人不能依据之在以色列国内法院寻求救济。但是，在这三个判决作出后，约朗·丁斯坦 (Yoram Dinstein) 教授撰文强调，这两个公约之间存在区别，虽然1949年《日内瓦第四公约》仍然是国际条约法的一部分，但1907年《海牙公约》在所有情况下都为所有文明国家所接受，已经被视为习惯国际法。

依据本文的观点，在考虑了施瓦曾伯格 (Schwarzenberger) 与冯·格兰汉 (Glahn) 的观点后，魏肯特法官确信，1907年《海牙公约》被广泛认可为习惯国际法，而1949年《日内瓦第四公约》的规定在性质上仍然是公约。因此，申请人可以在本院主张适用构成以色列国内法的1907年《海牙公约》，而不能主张适用1949年《日内瓦第四公约》。由于他们关于定居点是非法的主张完全依据1949年《日内瓦第四公约》第49条，本院因此无权处理。

所以，法院需要裁定的仅仅是征收申请人的土地是否违反了《海牙公约》第23条、第46条及其他条款关于禁止征用私人财产的规定。向法院证明的事实是，土地只是被征用，租金已经支付给申请人，后者保留土地的所有权。依据《海牙公约》第52条，占据土地的这种类型——即征用——是合法的。对此，冯·格兰汉评论道：

在正常情况下，占领者不能永久性侵吞或占据任何私有不动产，但是，可以因军事必要请求为不同目的而暂时性使用土地和建筑物……

法院还采纳了冯·格兰汉的如下观点，即关于占领军并非真正为其自身目的而需要的土地，绝不能将之留给其所有者控制，以免为敌人利益服务。依据法院援引的一段话“常识似乎表明占领者有必要针对私有财产的所有者采取预防性措施。”[……]

讨 论

1. (1) 依据国际人道法，在被占领土，什么时候可以征收私有财产？被谁征收？什么时候可以没收私有财产？被谁没收？国际人道法对征收与没收施加了哪些额外限制？（比较：《海牙公约》第23条第7款、第46条、第52条和第55条；《日内瓦第四公约》第49条。）
- (2) 法院关于允许占领国征收的程度的意见与设在纽伦堡的美国军事法庭在**案例78**，美国诉阿尔弗里德·克虏伯等人案中的意见一致吗？哪一个判决是正确的？

2. 本案中，征收土地是否因为军事或安全目的？是不是在以色列文职政府的鼓励下，而非军事指挥官基于军事或安全目的，定居点才得以修建？假定占领军需要或军事必要能为临时占据私有土地提供正当依据，占领国是否可以在这些土地上定居其平民？（比较《日内瓦第四公约》第49条第6款。）
3. 由于占领被视为临时的，建立永久定居点是否违反了国际人道法？除了安全需要，占领国在什么时候可以对被占领土作永久性改变？如果定居点能给当地巴勒斯坦民众带来好处，国际人道法会许可修建这些定居点吗？（比较《海牙章程》第43条、第46条、第52条、第55条。）
4. 不管征收土地是否出于军事目的，修建定居点是否直接违反了国际人道法关于禁止占领国将其民众转移到被占领土的规定？（比较《日内瓦第四公约》第49条第6款。）国际人道法这条规定背后的目的是什么？这是人道目的吗？定居点是以色列人自发建立，而非占领国政府修建或协助修建的，这是否可以被允许？军事必要或安全原因是否能为修建定居点违反国际人道法关于禁止占领国将其民众转移到被占领土的规定提供正当依据？
5. (1) 为什么法院宣布它无权处理《日内瓦第四公约》？为什么《日内瓦第四公约》属于条约法或是习惯法会与其可适用性有关联，特别是因为以色列是缔约方？条约法的约束力是否逊于习惯法？
(2) 一个国家是否可以决定只要有适用条约的立法，国际条约便成为其国内法的一部分？一国是否有义务制订这样的立法？国际人道法是否要求缔约方允许其法院援用公约？在没有适用公约的立法的情况下，以色列是否可以援用其宪法制度或最高法院的判决来逃避其违反《日内瓦第四公约》的国际义务？
(3) 《海牙章程》适用于本案吗？作为条约法还是习惯法？
(4) 法院是否解释为什么《海牙章程》的（假定为所有）规定是习惯法，而《日内瓦第四公约》的（假定为所有）条款不是？这种区分的依据是什么？丁斯坦教授如何能证明《日内瓦第四公约》的所有条款都是纯条约性质的？其中的一部分是否是习惯法？《日内瓦第四公约》第49条是否是习惯法？考虑到1978年，在150个缔约方中，只有不到10个国家不遵守该《日内瓦公约》第49条第6款，如何能评判该条款是习惯法还是纯条约法性质？是否应该仅评判非缔约方的习惯作法？是否应该仅评判在1949年第49条第6款为习惯法？1949年至1979年间，习惯法没有发展吗？为什么《日内瓦第四公约》不属于习惯法？

案例111 以色列，在被占巴勒斯坦领土上拆毁房屋**案 例**

[注：2004年，以色列官方决定不再将毁坏房屋作为惩罚措施，因为破坏房屋已经不具备威慑效果]

1. 萨赫维勒等人诉朱迪亚——撒马利亚地区指挥官案

[资料来源：《以色列人权年刊》，第10卷，1980，第345页；脚注省略]

**H.C. 434/79，萨赫维勒等人
诉
朱迪亚——撒马利亚地区指挥官**

[……]

[……]

本申请由两个来自[……]西岸地区的阿拉伯妇女向高等法院提出。这两位妇女请求法院签发禁令，阻止被申请人在她们及其家属居住的地方封闭、拆毁或征收房屋。

[……]

关于第二申请人的房子，被申请人确实颁发命令封了房子的一个房间——该房间属于她的儿子。该妇女的律师[……]认为，房间的封令是无效的，因为它带有歧视性与专断性，违反了1949年《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》。法院考虑了以下事实：她的儿子被拉马拉的军事法院认定为非法组织的成员、藏匿了一名触犯安全法律的罪犯、并拥有爆炸物。已向法院证实，她的儿子在明知的情况下，将被申请人封的那间房用来窝藏法塔赫 (Al-Fatah) 组织的成员（该成员曾在耶路撒冷从事过破坏活动）并藏匿一袋爆炸物。鉴于这个房间的用途，法院认为，主张被申请人的封令为非法的观点是没有根据的。法院宣布，依据1945年《关于国防的第119 (1) 号（紧急）条例》，该房间是被合法封闭的。这个条例“构成约旦立法，自英国托管时期以来一直生效，因此，应当在朱迪亚—撒马利亚地区生效。”至于《条例》119允许在特定情况下破坏私有财产的内容，法院指出：“第119号条例适用于非正常的惩罚性行为，其目的在于威慑类似行为的发生。”

最后，法院也拒绝了申请人律师要求遵循《日内瓦公约》的主张。法院认为，没有必要考虑被申请人是否有义务遵守《日内瓦公约》的规定，因为“即便有遵守之的义务，《日内瓦公约》的规定…与使用立法赋予当局的权利之间也没有矛盾。须知该立法生效时，朱迪亚—撒马利亚地区处于约旦的控制之下，直到今天仍在朱迪亚—撒马利亚地区有效。”因此，高等法院驳回了该申请，支持被申请人封闭一个房间。

2. 以色列占领区人权资料中心，“因所谓军事目的拆毁建筑”

[资料来源：以色列占领区人权资料中心，“因所谓军事目的拆毁建筑”，<http://www.btselem.org/>]

国际人道法

即便依据《奥斯陆协议》，在将西岸与加沙地带的部分地区转交给巴勒斯坦当局以后，以色列仍然是被占领土的占领者。作为占领者，它必须遵循占领国的义务，其行为必须依据占领法。

虽然在被占领土发生了敌对行为，但是这些行为并不能为以色列逃避作为占领者的义务（似乎占领已经终结）提供正当依据。[……]

占领国同时必须保护平民居民的财产。《海牙章程》第46条规定，私有财产应受到尊重，不得被没收。《日内瓦第四公约》第53条规定，禁止占领国破坏财产，除非“为军事行动所绝对必要”。在举证证明破坏是必需时，由于占领者对平民居民承担特殊义务，其责任因而极其沉重。该公约第147条规定，“无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收”构成对公约的严重破坏。

以色列官员援用1907年《海牙章程》第23条第7款作为拆毁房屋与破坏农业用地的法律依据。该条款规定：“禁止毁灭或没收敌人财产，除非此项毁灭和没收是出于不得已的战争需要。”以色列官员认为，保护安全部队与定居者免受巴勒斯坦人的炮火袭击，打击偷挖地道走私武器是迫切的军事需要，依据第23条第7款，拆毁财产是合法的。

以色列援引的《海牙章程》第23条第7款与《日内瓦第四公约》第53条没有明显区别，两者互为补充。以色列援引《海牙章程》有以下两个原因：第一，它试图强调被占领土上目前正展开一场武装冲突；第二，《日内瓦第四公约》不适用于被占领土，与国际社会相反，自1967年以来，以色列一直主张此观点。即便是在军事必要的情况下（即构成禁止破坏财产的例外），占领者也必须遵守国际

人道法的其他规定。确实，法学家与国际法庭已经坚决反对军事必要凌驾于其他考虑之上及其使其他条款无效的观点。每一个行为都必须符合国际人道法，当事人在选择战斗的方式与手段时并非毫无限制。

为确保《海牙章程》第23条第7款与《日内瓦第四公约》第53条分的例外规定不被扩大解释，国际人道法规定（不限于此），禁止在危险成为现实之前将破坏财产作为预防手段。它还规定，除非造成较少损害的替代方法无法达到目的，否则禁止破坏财产。另外，它还明确禁止以遏制、威慑目的或以平民为报复对象而破坏财产。旨在造成永久性或持续性破坏的财产损害也在禁止之列。

即便在某些情况下，以军事必要为依据的破坏要求不能被完全驳回，还是有充分理由相信所涉及的许多理由与军事必要的狭义定义没有直接联系。不过，我们不会审查在加沙地带是否存在为禁止破坏财产的例外提供依据的军事必要。因为即便存在军事必要，以色列的政策还是悍然违反了国际人道法的其他规则，这足以使其政策成为非法政策。

过去，以色列通常也援用对“军事必要”的广义理解。以色列主张，依据《关于国防的第119号（紧急）条例》，“迫切的军事必要”为拆毁房屋提供了依据。以色列持有这样的主张，即便它宣布拆毁房屋旨在惩罚袭击以色列的嫌疑人并遏制其他巴勒斯坦人从事相似行为。国际人道法关于禁止破坏财产的规定恰恰禁止使用这些理由来为破坏财产提供依据。

比例性原则

[……]比例性原则也适用于本文件讨论的以色列政策。依据红十字国际委员会出版的对《日内瓦第四公约》第53条的评论，如果占领者没有“尽力在军事利益与造成的损失之间保持比例性”，破坏财产就是非法的。这种禁止即便在军事必须的情况下也予以适用。

审查以色列执行其政策的情况——拆毁房屋、连根拔树、破坏农业用地的数量极其巨大，以及以色列执行其政策所选择的方式——明白无疑都表明这些主张是没有根据的。与以色列公开宣称的试图通过实施其政策达到的目标相比，对平民居民造成的伤害过度超出比例。

比例性的一个主要要求是，在采取将会伤害平民的行为之前，必须首先考虑造成伤害更小的替代行为，如果替代行为无法产生必要的军事利益才能放弃之，转而采取原始行动。以色列漠视此规则，使用了对平民造成极其严重伤害的方式。另外，以色列宣布破坏农业用地及拆毁房屋构成一项未来政策。宣布这些行为为政策意味着在实施破坏行为之前没有考虑替代行为的意图。

以色列国防军声称有些房屋下挖有走私武器的地道，因而破坏了整个邻近的居民区。在其他一些情况下，以色列军队破坏了几十处地面上的房屋，巴勒斯坦人正是在这些区域向以色列国防军士兵开枪。以此主张为基础拆毁房屋不能被视为满足了比例性原则的条件。

以色列破坏了庄稼与农业用地，将这些土地上的果树连根拔起，巴勒斯坦人就是在这些田地里向士兵与定居者开枪。在一些情况下，以色列国防军破坏了人无法藏身的番茄与南瓜地。军队的行为对土地产生了长期、有时是不可恢复的损害，对数以千计的人民许多年后的收入造成影响。这样的破坏显然不能视为符合比例性原则。[……]

以色列在加沙地带执行其政策时违反比例性原则的主张得到民事管理委员会首脑——多弗·萨得卡 (Dov Zadka) 准将的支持。在接受《布马哈内 (B'Mahaneh)》(以色列国防军杂志) 记者关于以色列在被占领土拆毁房屋的行为是否过分的提问时，萨得卡指出：

在加沙——确实很过分。我认为，他们做了几件非常过分的事情。在阿雷西奈与杜吉特 (Aley Sinai and Dugit) 事件后，他们实施了称为“北方部门”的大规模清理行为。他们破坏了数百德南的草莓、果园与温室，我认为这不正确。…在朱迪亚—撒马利亚地区，也有我们行为不当的地方。有时，我批准了特定范围的清理，但是，当我到实地查看时，我们发现部队的行为超过批准的范围。……在某些地方，我们行为过分了吗？说实话——是。肯定是。你批准移掉30棵树，第二天，你会发现移走了60棵树。现场的士兵或连队指挥官过于激动。已经发生了这样的情况，我们不能漠视之。

3. 以色列外交部，“拆毁用于恐怖行动的巴勒斯坦建筑——法律背景”

[资料来源：以色列外交部，“拆毁用于恐怖行动的巴勒斯坦建筑——法律背景”，2004年5月18日，<http://www.mfa.gov.il/MFA/Terrorism-+Obstacle+to+Peace/Terror+Groups>]

近4年来，巴勒斯坦恐怖分子四处制造死亡事件与进行破坏，将我们这个地区推入持续混乱之中，造成900多名以色列人丧生，6000多人受伤。以色列人因而成为持续不断的恐怖活动的受害者。

鉴于史无前例的致命性威胁，以色列安全部队尽力采取新的有效与合法的反制措施以最大限度减少这些恐怖袭击，尤其是自杀性恐怖袭击的出现，阻遏可能的自杀性爆炸者。

巴勒斯坦恐怖分子使用最可恶与不人道的方法，包括以以色列平民与士兵为目标的自杀性恐怖活动，这违反了任何道德理念并严重破坏了关于武装冲突的国际法。巴勒斯坦恐怖分子在人口稠密地区内部进行攻击，违反了国际法对平民居民的保护。

由于巴勒斯坦领导人没有遵守其打击恐怖主义、停止煽动与组织走私武器的义务，以色列被迫战斗，以使以色列人的生命免受威胁，依国际法行使其自卫权、确认其义务。拆毁对以色列部队构成真实安全威胁的建筑就是这样的安全措施。

恐怖分子经常在家中或民用建筑中展开活动。当恐怖分子从这些建筑中开火或从果园及田地中展开沿路攻击，拆毁之便成为军事必要。依据国际法，这些地理位置被视为合法目标。因此，在战斗中，如果为行动必要，以色列安全部队就可以合法摧毁恐怖分子使用的建筑。

拆毁建筑的另一个必要是恐怖分子利用民用建筑来隐藏开掘的地下通道，以走私武器、爆炸物，恐怖分子也利用这些通道从埃及进入加沙地带。与此相似，在西岸与加沙地带的建筑被用于制造与藏匿袭击以色列的火箭弹、迫击炮、武器与爆炸物。拆毁这些建筑往往是与这种威胁战斗的唯一方法。

以色列使用的另一种方式是拆毁特定人员的家，这些人包括实施自杀性攻击的人或实施其他严重袭击的人或派遣自杀性爆炸者实施死亡任务的负责人。在与恐怖主义的作战中，以色列拥有的有效方式屈指可数。此处的措施旨在有效威慑罪犯及其派遣者，而非惩罚性措施。高等法院审查并肯定了这一实践。

以色列安全部队遵守国际人道法规则与以色列高等法院的监督，每年巴勒斯坦人与人权组织向以色列高等法院提出数百项申请。

并不像某些人所声称的那样，以色列的措施不是“集体惩罚”形式，其意图并不是故意为全体民众制造困难。尽管因对付恐怖活动与自卫而采取的措施使一部分巴勒斯坦人民不幸遭遇困境，但这显然不是其意图。只要困难，即便是在军事行动中，以色列安全部队都会竭尽全力减小安全措施对没有卷入恐怖活动中的平民的影响。

在此语境下，以色列采取措施的目的是确保其目标仅限于恐怖分子及其使用的建筑。另外，虽然武装冲突法许可，以色列还是尽量不从空中或用大炮攻击恐怖分子，以减小附带损害，这一政策以威胁到以色列士兵的生命为代价。2004年5月初，在加沙地带的军事行动中，有13名士兵死亡，这就是以色列为履行其尽量减少巴勒斯坦平民伤亡的承诺而付出的沉重代价。

虽然巴勒斯坦人正因持续的冲突而备受折磨，但是，这种折磨是巴勒斯坦恐怖分子袭击以色列平民直接导致的，以色列有必要保护其公民免受这些骇人袭击。

[……]

4. 大赦国际：“房屋被毁：拉法难民营中的巴勒斯坦平民”

[资料来源：大赦国际，“房屋被毁：拉法难民营中的巴勒斯坦平民”，2004年5月24日，<http://web.amnesty.org/library/print/ENGMD150532004>]

2004年5月18日

以色列/被占领土

拉法难民营中的巴勒斯坦平民

最近几天，以色列军队加快了拆毁拉法难民营中的房屋的进程，使上千人无家可归。军队计划拆毁难民营中更多的房屋。[……]

联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 官员估计，以色列军队在最近几天中，拆毁了拉法难民营中80多间房屋，使约1100名巴勒斯坦人无家可归。以色列军方官员宣布他们计划拆毁更多房屋；5月16日，以色列最高法院驳回了由代表住在难民营中的巴勒斯坦家庭的人权组织提出的申请，他们要求停止拆毁行动。

军队说，最近拆毁巴勒斯坦人房屋的浪潮旨在扩大加沙地带南部与埃及交界沿线的禁行区（援引自费城路线）。以色列当局认为，清除巴勒斯坦人用来从埃及向加沙地带走私武器的地道，就必须大规模拆毁房屋。据报道，拆毁计划于5月13日得到以色列总理阿里埃勒·沙龙(Ariel Sharon)、国防部长沙乌勒·莫法兹(Shaul Mofaz) 和其他高层官员的批准。

自1948年存在以来，拉法难民营一直人口密集，每排房屋间仅有狭窄的小巷间隔。2000年末，以色列军队在难民营开始大规模拆毁房屋。直到那时，房屋离埃及边境仅有几米之遥：现在，距离边界线300米之内的房屋都被拆为碎片。拆毁的对象是连排的房屋，而与以色列当局所声称的相反，后者声称，他们仅破坏被巴勒斯坦人用来攻击巡逻边界的以色列士兵以及用来隐藏地道的房屋。

5月14日，据报道，以色列军队指挥官莫士·亚龙 (Moshe Yaalon) 说：“要拆毁第一排用来挖掘走私武器与掩护设计的房屋。我们过去被迫破坏这里的房屋；而将来，我们很明显要破坏更多房屋。” [……]

大赦国际相信，“绝对的军事必要”不能向以色列当局所声称的那样，能为大规模拆毁拉法难民营及加沙地带其他地方中的房屋提供依据，这构成了对成千上万的巴勒斯坦人的集体惩罚。这些措施违反了国际人道法，尤其是《日内瓦第四公约》第33条，该条规定：“被保护人[即生活在外国占领区的人]无论男女不得因非本人所犯之行为而受惩罚。集体惩罚及一切恫吓恐怖手段，均被禁止。…禁止对被保护人及其财产采取报复行为”。[……]

5. 以色列国土报，“高等法院允许在加沙拆毁建筑：军队的‘行动必要’优先”

[资料来源：以色列国土报，特拉维夫，2004年5月17日，Yuval Yoaz Dideon Alon “高等法院允许在加沙拆毁建筑：军队的‘行动必要’优先”，www.haaretze.com]

高等法院昨天作出裁定，在“立刻行动必要”时，或在以色列士兵的生命或军事行动受到威胁时，以色列拥有拆毁巴勒斯坦人房屋的权利，而无需给予居民到法院上诉的权利。

艾利阿胡·马萨 (Eliahu Mazza)、多瑞特·贝尼斯奇 (Dorit Beinisch) 与艾利埃塞·瑞夫林 (Eliezer Rivlin) 法官驳回了拉法的13名居民提出的申请，他们的家被以色列国防军拆毁。裁定取消了周五晚上马萨签发的临时命令，要求以色列国防军停止拆毁与加沙地带南部边界的费城路线邻近的房屋。

法官们接受了国家的立场，即无法承诺不再拆毁更多房屋。国家承诺将给予房屋被拆毁的巴勒斯坦人以法律救济——除非这将立即导致军事风险。但是，代表国家的依那·海尔曼 (Enar Helman) 律师承认，地面情况使这种区分基本不起作用。

“与西岸或加沙地带的其他地区不同，拉法地区99%的情况是，我们一宣布拆毁某一房屋，巴勒斯坦人立刻在那里设置地雷。”海尔曼解释道。

“国家告诉我们，在周五的战斗中，以色列国防军在费城线路上拆毁房屋并非作为威慑手段，而是为保护在地面行动的士兵的生命而进行的紧急军事行动。”法官裁决道。

尽管申请被驳回，申请人律师余尼斯·塔明 (Yunis Tamin) 还是说，他希望法院的判决最终能限制破坏的范围。“我们确信，对未来继续破坏房屋，军队将非常仔细地予以考虑。这个判决明确告诉我们，拆毁房屋是有一定限制的。”他告诉记者。

以色列议会 (Knesset) 的反应

梅雷兹派 (Meretz) 主席泽哈瓦·高尔·昂 (Zehava Gal-On) 说, 她对高等法院的判决表示遗憾。梅雷兹派领袖认为, 法院为了军队所定义的安全需要舍弃了数以千计的无辜民众。“这再一次证明, 在以色列, 人权止于绿线边界, 而不扩展于被占领土的居民。”高尔·昂说道。

穆罕默德·巴拉克 (Mohammed Barakeh(Hadash))也抨击了法院的判决, 指出它等于“批准了战争罪行”。

在回应这一批评时, 利库德集团领袖与联合主席吉登·萨尔 (Gideon Sa'ar) 说: 他“很遗憾, 在左翼批评人士的眼中, 国家与以色列国防军士兵的安全没有拉法居民的财产权珍贵。”他称之为“基于政治目的, 拙劣的尝试恐吓法院。”

讨 论

1. 为什么以色列法院应当适用约旦法律? (比较《日内瓦第四公约》第64条) 通过适用约旦的立法(《关于国防的第119号(紧急)条例》), 法院是否承认朱迪亚—撒马利亚作为被占领土的地位需要适用《日内瓦第四公约》? (比较《日内瓦公约》共同第2条第2款, 《日内瓦第四公约》第6条与《第一附加议定书》第1条第3款与第3条第2款, 《海牙章程》第23条8款与第43条)
2. (1) 《第119号条例》允许破坏私有财产; 这与《日内瓦公约》相一致吗? 军事必要可以为这一行为提供正当依据吗? (比较《海牙章程》第53条与《日内瓦第四公约》第53条和第147条)
(2) 在萨克维尔 (Sakhwil), 那个妇女或她的儿子拥有房屋吗? 她的儿子是房屋的唯一居民吗? 那个妇女犯有罪行吗? 这是相关的考虑因素吗? (比较《海牙章程》第50条与《日内瓦第四公约》第33条) 该公约没有提供获得公正审判的权利吗? 那个妇女被判有罪便允许破坏房屋吗? (比较《日内瓦第四公约》第147条与《第一附加议定书》第85条第4款第5项)
(3) 如果适用《第119号条例》与公约的上述条款相抵触, 该条例如果构成占领前生效的约旦法律, 是否必须适用? 它可能被适用吗? (比较《海牙章程》第43条与《日内瓦第四公约》第64条)
3. 2003年10月, 加沙地带是被占领土吗? 对破坏房屋的禁止是否适用于被占领土以外? (比较《日内瓦第四公约》第2条、第4条、第53条; 《第一附加议定书》第52条; 《海牙章程》第42条)
4. 《海牙章程》第23条第7款是否适用于敌对行为或是同时适用于被占领土? B'Tselem网站在文件2中认为《海牙章程》第23条第7款与《日内瓦第四公约》第53条没有明显区

- 别，他是否正确？今天，《海牙章程》第23条第7款有没有被《第一附加议定书》第52条和相关的习惯国际法所替代？
5. 文件2、3、4中表述的破坏行为是否受到关于军事占领的法的调整？是否受到关于交战行为的法的调整？是否都受到它们的调整？在每一个情况下，什么时候拆毁房屋具有正当依据？什么时候民用房屋可以成为军事目标？一个军事目标是否只有在军事行动绝对需要时才能被摧毁？（比较《日内瓦第四公约》第53条与《第一附加议定书》第52条）
 6. 外交部所描述的关于军队基于军事必要可以拆毁房屋的情况是否符合国际人道法规则？讨论每一种类。什么时候房屋是“合法目标”？（比较《日内瓦第四公约》第53条与《第一附加议定书》第52条）
 7. 以色列部队采取的确保只有恐怖分子及其组织才能成为目标的措施是否符合他们依据国际人道法承担的义务？依据国际人道法，是否允许从空中袭击民房？即便是在被占领土？如果这些房屋被叛乱者使用呢？
 8. 保护以色列士兵是否为确定是否构成军事必要的一个合法因素？

案例112，以色列，纳瓦尔诉国防部长案

案 例

[资料来源：杜姆，F，“以色列最高法院判决”，《以色列人权年刊》1986年第16卷，第321页至328页；脚注省略。]

高等法院 574/82 纳瓦尔诉国防部长及其他人

[……]

该判决由沙姆加尔 (Shamgar) 法官作出，是一个具有指导意义的判决——关于如何处置位于战场或军事占领下的领土上的敌方财产问题。

申请由一名黎巴嫩公民提出。他提出，在1982年的“加里利和平” (Peace of Galilee) 行动中，以色列国防军非法抢占了位于黎巴嫩南部达木尔村 (Damur) 附近的生产塑料制品的一家企业的机器设备与存货。虽然驻黎巴嫩的以色列国防军指挥官 (第三被申请人) 认为，该企业属于“巴勒斯坦解放组织”，已经被当作敌人财产没收，但申请人提出，他于1982年6月，即没收之前已经购买此企业，因此是其私有财产。

以提交高等法院的证据为基础，沙姆加法官查明：

1. 企业是“Tzamd”企业的一部分，构成“巴勒斯坦解放组织”的一部分经济基础设施。
2. 企业与一个弹药库以及一个军用鞋制造厂同处于一幢由“巴勒斯坦解放组织”占领并控制的建筑之中。
3. 以色列国防军于1982年7月占据该企业；并在现场派驻卫兵，以作宣布其被占有之用。
4. 申请人于1982年8月签订购买该企业的合同，这发生在以色列国防军占据之后；因此，在申请人所称购买企业的时候，企业的所有者没有处置其财产的权利。

鉴于这些事实，本申请中的核心法律事项是被申请人是否有权占有“巴勒斯坦解放组织”所有的企业。

沙姆加法官分析的第一个问题是关于在企业被占有时，适用于企业所处地区（以下简称“地区”）及被占有动产的法律。对于这个问题，沙姆加法官的裁决如下：

在1982年6月至9月期间，关于陆战的国际法规则，如1907年《陆战法规和惯例的海牙公约》（《第四公约》）所附的《海牙章程》的第三部分以及1949年《日内瓦第四公约》，适用于该企业所处的地区。

沙姆加法官作出这一结论主要依据他在H.C.593/82 (Tzamel Adv.)案中所作的判决。在这个判决中，他指出，当领土“实际处于敌军的控制之下”时，便取得“被占领土”的地位，故应适用《海牙章程》与《日内瓦第四公约》（依据《海牙章程》第42条）。领土“实际处于敌军的控制之下”是一个事实问题，靠《英国军事法手册》（劳特派特主编，1958）中提出的双方标准加以解决。据此，在满足以下两个条件时，便出现交战占领：

第一，由于侵略者的行为，合法政府无法在被占领土内公开行使其权力；第二，侵略者应当处于用其权力替代合法政府权力的地位。

根据上述标准，沙姆加法官驳回申请人的主张，即在黎巴嫩没有以色列的军事占领，因为以色列国防军在那里出现的性质是临时及非持续的。

在援引丁斯坦 (Dinstein) 的论文《战争法》时，沙姆加法官注意到，“加里利和平”行动并不是直接针对黎巴嫩这个国家。不过，在“加里利和平”行动中，以色列国防军毫无争议地控制了黎巴嫩的部分领土。

有鉴于此，没有必要确定在以色列与黎巴嫩之间是否存在战争状态，因为正如丁斯坦的论文所述，即便不存在战争状态，

关于敌对武装部队之间的行动，重要的战争法（主要关于交战）…应当适用。

因此，沙姆加尔法官认为，在“加里利和平”行动期间，在黎巴嫩的以色列国防军的行动首先受制于关于作战的国际法，后来受制于对被占领土适用的国际法。沙姆加尔法官于是转向研究关于战场（或战区）上与被占领土的敌人财产的国际法。

1. 战场（或战区）上的敌人财产

这一问题的出发点是，恰如沙姆加尔法官所言，依据当代国际法，武装部队关于在战争期间或战后落入其手的敌人财产的权力，是有定义并受到限制的。

关于敌人财产的最重要国际法原则是《海牙章程》第23条第7款，其规定如下：特别禁止：

（七）毁灭或没收敌人财产，除非此项毁灭和没收是出于不得已的战争需要。

沙姆加尔法官阐述的其他规则，可总结如下：

- （1）在战场上俘获的一切属于国家的动产可以由俘获之的交战国作为战利品而占有。这符合丁斯坦的方法，即在战斗区域俘获的一切属于国家的动产，如武器弹药、储存货物、机械、装备甚至是现金，都自动成为落入其手的交战方的财产。
- （2）此外，所有在战场上发现的用于敌对目的（或对敌对目的有用）的私有财产可以被交战国作为战利品而没收。
- （3）如施瓦曾伯格的解释，《海牙章程》第23条第8款虽然禁止破坏或抢占敌人财产，但是，并不保护用于敌对目的的财产。这样的财产受到免于任意破坏的保护，但是受制于敌人作为战利品没收的权利。
- （4）《海牙章程》第46条第2款关于私有财产不得没收的规定仅适用于术语“私有”正常意义下的私有财产，并不延展适用于“实际为敌军使用”财产。
- （5）国家财产不仅包括实际上由敌国所有的财产，也包括其控制或管理的财产，甚至包括公司、机构或组织的财产，如果敌国对其拥有实

质利益或行使实质控制权。1967年的《政府财产令》（朱迪亚—撒马利亚）（第59号）采纳了国家财产的这种广义概念。

- (6) 国家（政府）财产与私有财产的区分应以功能性标准为基础，该标准适用于1921年“船舶转让案”与“多瑙河拖航案”的仲裁裁决中，它依据所涉及财产的实际用途确定财产的性质。[……]

2. 被占领土内的敌人财产

关于国家的动产，《海牙章程》第53条第1款规定：

占领军只能占有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。

这个可占有的例举以及一般供作战用的财产的概括性援引导致如下结论——恰如丁斯坦所指出的——除了该条款明确罗列的动产以及完全超出军事用途的动产（如书籍和绘画），被占领土内的大部分政府财产可以被合法占有。

这样一来，在战场上俘获的政府动产与在被占领土占有的政府动产之间就不存在实际区别：两者均构成战利品，因此，交战方可以取得财产的所有权并可以为获利用于军事目的而出卖之。另外，依据第53条第1款，占有政府财产并无归还或赔偿的义务。

关于被占领土内的私人财产，第53条第2款规定如下：

除非海战法另有规定，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，亦得予以扣押，但媾和后必须归还并给予补偿。

由此款可知，实际用于敌对用途的所有私有财产，即便不在本条款罗列范围之内，也可以予以扣押。这样一来，用于军事目的的私有财产与政府财产的地位就完全一样：均可被占领者扣押。

[……]

将上述法律适用于判决开头阐述的事实，沙姆加尔法官得出的结论是：由于企业属于“巴勒斯坦解放组织”，所考虑的占有是合法的，其影响的是在战场上或被占领土的属于敌人的动产，该动产实际上被敌对使用并用于军事目的：[……]

沙姆加尔法官还讨论了申请人的如下主张，即关于敌人财产的国际战争法旨在适用于交战国的财产，而不适用于一个组织的财产，后者的财产应当被视为纯

私有财产。为回应这一主张，沙姆加尔法官指出，当代存在将国际战争法扩大适用于国家之间宣布的战争之外，以涵盖所有武装冲突，甚至是非国际性的武装冲突。即便不考虑这一趋势，适用于这一主张的法律原则依然如下：

当一个国家因自卫而与一个对其公民进行谋杀及从事破坏活动的恐怖组织斗争时，它对该组织及其财产享有的采取措施的权利与其依据战争法对一个敌国军队及其财产享有的采取措施的权利相同。一个从事恐怖活动与军事行动的综合组织不能享有由战争法赋予（不够成敌军一部分的）平民财产的特权与保护…因此，法律将用于敌对及军事目的政府财产与私人财产放在相同的地位上；两者均构成战利品（“船舶转让案”与“多瑙河上拖航案”）。支配用于敌对或军事目的的敌国财产的法律经适当修正同样适用于恐怖组织的财产。[……]

沙姆加法官作出的最后结论如下：

鉴于黎巴嫩存在的特定政治与军事情况，战争法授权以色列国防军对“巴勒斯坦解放组织”经济部门的财产采取行动，可将其财产当作交战敌国的财产或者为敌军服务的私有财产，即它既可以被视作战场上的战利品，也可以依据《海牙章程》第53条第1款将之作为被占领土内的敌国财产而占有。

因此，高等法院的5名法官一致决定驳回申请。

讨 论

1. 为什么法院裁定适用《海牙章程》与《日内瓦第四公约》？为什么法院裁定涉及地区取得被占领土的地位？这个案子与那些关于西岸与加沙地带的案件有什么区别？它是否真正是关于冲突前领土地位的事项？即便法院同意丁斯坦的论文“关于敌对武装部队的行动，最主要的战争法…应当适用”？法院是否认为，国家间必须宣战，其控制之下的领土才能视为被占领土？（参见**案例108**，以色列，公约对被占领土的可适用性，第1212页；**案例110**，以色列，阿尤布诉国防部长案，第1221页；**案例114**，以色列，关于驱逐令案，第1247页。）
2. 即便适用《海牙章程》与《日内瓦第四公约》，由于以色列没有制定关于适用《日内瓦第四公约》的立法，法院是否有权审理本案？法院为什么没有讨论审理此案的权限问题？如果法院有权审理本案，是不是因为《海牙章程》与《日内瓦第四公约》都是习惯国际法？为什么这些条约是条约法还是习惯法的地位对其在本案中的可适用性有影响？（参见**案例110**，以色列，阿尤布诉国防部长案，第1221页。）

3. (1) 依据国际人道法，被占领土内的私有财产在什么时候可以被征用？被谁征用？私有财产在什么时候可以被没收？被谁没收？国际人道法对征用与没收施加了哪些限制？（比较《海牙章程》第23条第7款、第46条、第52条、第55条；《日内瓦第四公约》第55条第2款。）国际人道法规定与沙姆加尔法官阐述的规则（本院认为适用于被占领土）是否一致（关于在战场上俘获的财产）？
- (2) 本案中，征用财产是出于军事还是安全目的？或是因为它不是私有财产？这些是不同的问题吗？这些问题的答案具有什么重要意义？
- (3) 你是否同意为了把私有财产归为国家财产把“巴勒斯坦解放组织”视为国家？如果“巴勒斯坦解放组织”不被视为国家，以色列国防军是否能占有其财产？

案例113， 以色列， 谢赫·奥贝德等人诉安全部案

[注：自2002年6月以来，被拘留者不再处于“行政拘留”中，而是被视为“非法战斗者”。2002年6月底，自迪拉尼 (Dirani) 先生被捕后，红十字国际委员会第一次被许可访问他，这也是在两年内第一次访问奥贝德 (Obeid) 先生。自那以后，这两个被拘留者被释放，并被遣返回国。]

案 例

[资料来源：高等法院法官谢赫·阿贝达尔·卡瑞姆·奥贝德 (Cheikh Abdal Karim Obeid) 与穆斯塔法·迪布·马尔·迪拉尼 (Mustafa Dib Mar'i Dirani) 诉安全部案，H.C.J. 794/98, 2001年8月23日；非官方翻译]

最高法院行使高等法院审判职能

H.C.J. 794/98

主审：

A. 巴拉克 (A.Barak) 院长

施·列维 (Sh. Levin) 副院长

T. Or.法官

M. 何信 (M. Heshin) 大法官

Y. 英格拉德 (Y. England) 大法官

申请人：谢赫·阿贝达尔·卡瑞姆·奥贝德

穆斯塔法·迪布·马尔·迪拉尼

诉

被申请人：安全部长

巴塔亚·阿拉德 (Batya Arad)

塔米·阿拉德 (Tami Arad)

陈·阿拉德 (Chen Arad)

大卫·阿拉德 (David Arad)

听 审

听审日期：2001年1月11日，犹太历5761年提别月16日[……]

判 决

院长A. 巴拉克 (A.Barak)

一、申请人处于行政拘留中：第一申请人（奥贝德）自1989年起，第二申请人（迪拉尼）自1994年起。他们的行政拘留的合法性已经法院审查。法

院裁定，对申请人的行政拘留是合法的，现在释放他们会产生危险，这种危险对国家安全与居民幸福构成切实损害。这种危险可从被拘留之前他们行为的性质与他们在所属组织中的高级地位中得知（行政拘留复议 5652/00）奥贝德等人诉安全部案（尚未公布）。在行政拘留期间，被申请人请求会见红十字的代表。请求遭到拒绝。被申请人就对该决定向我们提出了申请，我们对此发出了一个临时命令。在申请处于未决期间时，被申请人通知我们说，他决定允许第一申请人（奥贝德）会见红十字代表。以该通知为基础，奥贝德的申请被取消[记录]。我们继续听审迪拉尼的申请，同时等待关于行政拘留合法性的裁决作出（行政拘留复议 5652/00）。在裁定行政拘留有效之后，我们继续听审他关于会见红十字代表的主张。在他们的要求下，我们增加了阿拉德的家人作为第2至第5被申请人（注：容·阿拉德（Ron Arad）是一位失踪的以色列士兵。以色列认为，被拘留者所属的组织扣留了他，如果他已死亡则处置了他的尸体，或至少知道他的命运。）迪拉尼的申请在未决期间，再次作出不允许红十字会会见奥贝德的决定。应奥贝德的要求，我们将他增为申请人。

二、申请人的律师将其申请建立于国际法及我们的国内法之上。他主张，《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》作为第一渊源。他还坚持认为，这一规定具有习惯法效力，因此构成以色列国内法的一部分。此外，他还主张，依据我们的国内法（条例11，紧急状态权力条例（拘留）（行政拘留——拘留条件）—1981（以下简称：“条例”），会见的请求也应当被允许。

三、尼特赞（Nitzan）先生为第一被申请人主张，第2至第5被申请人也加入该主张，《日内瓦第四公约》，特别是该公约第143条，仅具有条约法的效力，因此，不构成以色列法的一部分。另外，他主张，即便该条款适用于本案，依据公约第5条第1款，仍然有可能“不得要求此等权利与特权”，如果“确有危害该国安全之活动之嫌疑”，本案即属这种情况。至于“条例”第11条，他主张，阻止申请人与红十字人员会见是合理的。本判决的基础是第1被申请人的立场，即安排红十字与申请人会见有可能危害国家安全。所以，经申请人律师同意，在其不在场时，我们听审了关于安全考虑的信息（安全考量构成了第一被申请人的立场）。

四、关于阻止申请人与红十字人员会见的裁定是否合理，总检察长的立场已经发生改变。一开始，我们被告知，参谋长的观点是申请人不应被允许会见红十字人员，但是，总检察长的立场有所不同。他认为，考虑事情

的所有情况，尤其是自申请人被首次拘留以来过去了很长时间，允许红十字人员与他们会见是正确与合适的。他强调，“经过的时间是一个实质性考量因素。另一个考量是以色列在行为上终究与监禁容·阿拉德的组织不同。以色列将尽力维持其自由，为此，将继续保持拥有行政拘留人员的权利，拘留他们有助于实现之。不过，在眼前这些情况下，允许与红十字代表会见是合适的。”在总结其立场时，他指出，合理的方法是保持行政拘留的框架同时允许申请人会见红十字代表。“这种进行方式是合理的，它一方面考虑到人道因素，一方面考虑到今天的实际可能性，即随着时间的流逝，阻止与红十字代表的会见[不会]对容·阿拉德有任何益处。”

五、在本申请处于未决阶段，3名以色列国防军士兵（宾亚明·阿维拉汉（Binyamin Avraham）上士、奥马尔·萨瓦依德（Omar Sawayid）上士与阿迪·阿维坦（Adi Avitan）上士）被黎巴嫩真主党劫持（2000年10月7日）。几乎同时，艾而哈南·塔能布尔（Elhanan Tannenbaum）上校也被黎巴嫩真主党劫持。黎巴嫩真主党拒绝向以色列提供关于被劫持人状况与健康的任何消息，并拒绝红十字代表会见他们。在此背景下，总检察长得出的结论是，允许红十字探访申请人目前并不合理。他强调（在日期为2001年1月4日的补充通知中），“这些发展构成了关于申请救济的情势根本变迁，因为以色列国显然有最高利益——与最高义务——去竭尽全力获得关于被劫持人状况与健康的信息。因此，就目前而言，允许红十字会见申请人是不合理的。”因此，他转向了参谋长的立场。在此语境下，需要强调的是，申请人没有与外界隔离，他们已经为公众所见，被媒体照相。所有这些都向世界澄清，他们现在很健康。他们定期会见其律师，其所关切的事项还能诉诸法院。在这种情况下，允许红十字探访申请人的重要性大为降低，这与不允许被拘留人获得以上任何权利的情况完全不同。

六、我们在仔细考虑该申请的不同阶段，听审了有趣、全面的法律主张。我们希望将绝大多数主张留给将来决定。我们的立场建立于以下假定之上，即摆在我们面前的真实问题最终是：不允许申请人会见红十字代表的决定是否合理。如果国际法规则不适用于本案，[法院的]裁定必须依据“条例”第11条第1款第2项，以安全当局行使的自由裁量为基础，则情况肯定如此。第11条第1款规定如下：

“a) 指挥官决定被拘留者在某个地点可以会见探访者半个小时，具体规定如下：

(1) 探访者为家庭成员的，每两周一次；

(2) 探访者是较远亲属的，或不属于第12条[关于律师探访]规定范围内的，须经指挥官裁量给予特别许可。

即便本事项适用国际法规则，安全考量(依据《日内瓦第四公约》第5条)也必须在合理的范围内行使。因此，关键问题是不允许申请人会见红十字代表的决定是否合理。

七、为确定该决定是否合理，必须在两项相反的考虑中保持平衡：第一，与红十字人员探访申请人相关的人道考量。另一个是安全考虑，关于这项考虑，我们得到了关于领航员容·阿拉德和我们四名被劫持者的信息，我们不能毫无限制地透露细节内容。这里，当第一位被申请人的立场是应继续阻止会见(1998年)时，或当总检察长的立场已经发生改变时(2001年初)，我们可以留待将来确定在这两项考虑之间保持平衡[的问题]。我们不得不确定的是，现在，在第一次判决经过3年之后以及总检察长改变其立场半年多之后的现在，适当的平衡是什么？另外，考虑行政拘留延长的基本情况是合适的。对于这个问题，我们现在的答案是，已经不再有什么理由能够为阻止申请人会见红十字代表提供正当依据了。随着年年月月的流逝，人道考虑的分量愈加沉重。另一方面，时间的流逝减轻了安全因素的考量。就这一事项，我们当面询问了军队代表，彻底审视了这些考虑。我们确信，要在人道考虑与安全考虑之间维持适当平衡，就应当把人道考虑放在优先位置。

八、有人也许会问：申请人有权在其事项上着重获得人道考量吗？他们是恐怖组织的成员。他们漠视人权，伤害无辜人是他们的衣食之源。当以色列士兵与平民被申请人所属的组织扣押，且这些组织拒绝提供关于其劫持人员的任何信息时，值得对申请人给予人道考量吗？对这些问题的回答是：以色列国是法治国家；以色列国是尊重人权并对人权予以认真考虑的民主国家。我们注重这些考量，因为作为犹太人和一个民主国家，同情心与人道主义深嵌入我们的性格之中；我们注重这些考量，因为在我们眼中，人的尊严是珍贵的，即便是我们的敌人(比较法院案例320/80卡瓦萨玛诉国防部长，P.D. 35(3) 113, 132)。我们知道，这似乎会给毫无人道的恐怖组织“优势”。但是，这是一种暂时的“优势”。我们的道义方法，我们立场中的人道主义，指引我们的法治——这些都是构成我们安全与力量的元素。最终，这是我们的优势。在别处说的事情，在这里也适宜：

我们非常了解这个判决不会使面对现实更加容易。这就是民主的命运，即不是所有的手段都是合法的，不是敌人使用的所有方法对它都是敞开的。民主经常是在一只手被捆在身后的情况下作战。尽管如此，民主之手仍然制胜，因为遵守法治、承认个人自由是民主安全观的重要组成部分。归根到底，这些价值会增强民主的精神与力量，使其战胜困难。（高等法院5100/94，以色列反酷刑委员会诉以色列，P.D. 53(4) 817, 845）。

九、我们作出决定来之不易。我们知道为营救容·阿拉德以及我们被劫持的士兵与平民所作的努力。我们确信我们的判决不会有损于这些努力。正是这一信念才使我们在整体权衡之后作出人道考量优先的决定。我们知道许多人——那些没有看见提交给我们的安全信息的人——会有不同观点。[……]

结果是：在第一被申请人做了可接受的安排的意义上（使红十字代表能够会见申请人），我们准允了申请。

院长 [……]

Y. 英格拉德 (Y. England) 法官

[……] 两位申请人[……]在以色列已经被行政拘留多年。第一申请人自1989年被拘留，已达12年；第二申请人自1994年被拘留。摆在我们面前的问题是是否允许红十字会见他们。

我们在内心反抗不人道及愤世嫉俗的恐怖组织，这些恐怖组织给被挟持的家属（他们对亲人的命运一无所知）带来额外的痛苦。我们的心与阿拉德的家属在一起，他的命运已经被恐怖组织与支持恐怖组织的政府所隐藏。这一行为不仅是不人道的、违背文明人类行为准则的，而且公然违反国际公约，另外，国际组织与开明国家是否为纠正这一无法忍受的局面作出足够努力也值得质疑。

这一切是安全当局作出决定的背景，他们竭尽全力解决由恐怖组织扣押被劫持平民与士兵引起的人道与政治问题，他们的行为方式与所有人道规则背道而驰。以色列国政府的诚实信念是，阻止会见申请人可以帮助被劫持人争取基本权利的斗争。如果不是希望阻止这些会见的压力将对恐怖组织造成相似的回应，安全部门根本不会考虑采取针对申请人的这一步骤。

正如我的同事巴拉克院长详细阐明的，红十字的访问显然是人道事项，以色列认为在紧急和重要的安全需要的限制内，它应当受制于人道事项。我现在从

犹太教的观点增加一些在哈拉卡传统 (Halacha tradition) 中所做的评论。在《犹太法典》(Shulhan Aruch, Yoreh Dea, Mark Resh-Nun-Bet) 中, “救赎囚犯是最重要的律令” 是一句箴言,

任何人, 只要漠视囚犯救赎, 便违反 [了规则], 你不可忍着心 (《申命记》15, 7) 或攥着手 (《申命记》15, 7)。[规则]你不可与邻舍为敌, 置之于死。(《利未记》, 19, 16) [规则]你不可严严地管辖他。(《利未记》, 25, 53) 总要向他松开手, 补他的不足。(《申命记》15, 8) 使你的兄弟与你同住。(《利未记》, 25, 36) [规则]要爱人如爱己 (《利未记》, 19, 18)。[规则]人被拉到死地, 你要解救。(《箴言》, 24, 11) 很多事情属于这一类型。(《犹太教法典》——Shulhan Aruch, Yoreh Dea, Mark Resh-Nun-Bet, B部分)

同时规定, “在救赎囚犯时, 如果能早一点, 任何时间的延误都如同流血。” (同上段)

犹太法对救赎囚犯的律令予以高度重视, 但对释放囚犯的方式规定了一些例外。这意味在选择释放囚犯的方式时, 我们必须考虑的更加广泛, 比如释放行为对今后落入坏人手中的囚犯的影响。在我们这个时代, 我们同时认为, 在广义上, 我们有义务将维持人道价值作为恢复世界秩序的一种形式。关于此点, 没有必要详细阐述。在本案的特殊情况中, 就目前看来, 这一考量似乎必然应允许红十字会见申请人。

因此, 我同意我的同事巴拉克院长的结论。

讨 论

1. (1) 依据国际人道法, 拘留申请人是否合法? 可归咎于申请人的行为是否可以为他们不经审判便被行政拘留或受到刑事追究提供正当依据? (《日内瓦第四公约》第42条、第43条与第78条)
- (2) 由于申请人是在黎巴嫩南部被捕的, 将他们拘留在以色列是否可以接受? 在以色列从黎巴嫩南部撤出以后, 它是否能继续扣留申请人? (《日内瓦第四公约》第49条第1款)
2. (1) 为什么容·阿拉德的家属卷入了审判?
- (2) 容·阿拉德、3名于2000年10月7日被俘获的士兵与塔能布尔上校的家属是否有权利知道他们深爱的人的命运? 红十字国际委员会是否有权探视这些人? 违反这些权利是否能为拘留申请人提供正当依据? 它是否能为拒绝允许红十字国际委员会访问申请人提供正当依据? 它是否能为拒绝申请人家属通过红十字国际委员会知

晓申请人命运的权利提供正当依据？互惠性要求是否是获得对国际人道法遵守的一个可接受的方式？它是否有助于遵守国际的人道法？互惠性能否采取报复的形式？这种报复是否可以被接受？（参见《日内瓦第三公约》第70条、第71条、第122条、第123条与第126条；《日内瓦第四公约》第25条、第33条第3款、第106条、第107条、第136条、第137条、第140条与第143条；《第一附加议定书》第32条与第33条；《维也纳条约法公约》第60条第5款，上引，第13章第9节2 (3) dd) 但是没有互惠性，第301页。)

- (3) 只要他们不提供关于容·阿拉德（和其他失踪人员）命运的信息，就一致扣留申请人，这能否被接受？因为申请人所属的组织不提供这些信息？如果行政拘留某些人员能有助于释放容·阿拉德，以色列是否有权利扣留这些人员？当法官裁判本案时，他们有没有违反国际人道法？他们有没有严重破坏《日内瓦第四公约》？（参见《日内瓦第四公约》第34条、第42条、第78条、第147条。）
- (4) 对禁止红十字会探视申请人以及认为这一禁令有助于容·阿拉德事件的进展，你的观点是什么？
3. (1) 国际人道法是否赋予申请人有被红十字国际委员会探视的权利？它是否赋予红十字国际委员会探视申请人的权利？（《日内瓦第四公约》第143条第5款。）
- (2) 法院裁判的真实事项是什么：是禁止探视的命令是否合理，还是探视权是否为国际法所保障？
4. 考虑到以色列与黎巴嫩都是《日内瓦第四公约》的缔约方，为什么知晓该公约第143条是否为习惯法非常重要？以色列——在国际法与国内法的关系上属于多元制传统国家——是否可以主张因为它没有制定转化与执行《日内瓦第四公约》的立法，因此没有遵守该公约的义务？
5. (1) 安全原因是否能为剥夺一个人依据《日内瓦第四公约》享有的权利提供正当依据？《日内瓦第四公约》第5条的第一句话是否适用于在黎巴嫩南部被捕的申请人？是否可以援引《日内瓦第四公约》第5条第2款来禁止红十字国际委员会探视受保护人员？
- (2) 什么样的安全原因是否能为禁止红十字国际委员会的探视提供正当依据？这些原因在本案中能否被援引？
6. 红十字国际委员会探视申请人的“人道意义”是什么？由于红十字国际委员会的探视，哪些权利能够被更容易行使？
7. 如英格拉德法官所阐述的，将国际人道法的要求与《犹太法典》的要求相对应的优点与缺点是什么？

案例114，以色列，关于驱逐令案

案 例

[资料来源：ILM，第29卷(1)，1990，pp.139-181；脚注省略。]

以色列，最高法院关于驱逐令案的判决

[1988年4月10日]

[……]

最高法院行使高等法院审判职能

H.C. 785/87

H.C. 845/87

H.C. 27/88

[……]

判 决

沙姆加尔·P. 法官

- 一、我们一并听审了关于依据1945年《国防（紧急）条例》第112条颁布的驱逐令的3个申请。[……]
- 1988年3月我们决定驳回申请[……] 以下是判决理由。
- 二、我们首先检查了基本情况，这实质上否定了对上述领土居民签发驱逐令的法律基础。如果结论是依据有关法律禁止签发驱逐令，那么，显然不需要审查是否存在签发特别命令的重大理由（通过将这个问题适用于关于每个申请人的事实数据）。[……]
- 三、(1) 申请人提出，其申请的中心原因是1949年《关于战时保护平民的日内瓦公约》（以下简称《日内瓦第四公约》）第49条禁止从朱迪亚、撒马利亚以及加沙地带驱逐任何一名申请人，本案即可能如此。依据这一观点，对于以色列国防军占领领土内的居民，绝对禁止适用1945年《国防（紧急）条例》第112条或其他关于驱逐的立法。这是因为依据上述国际公约规定的内容，该公约应被视为国际公法规则，对以色列国与代表以色列的军政府有约束力，并授权受到伤害的人到本院寻求救济。

本院已经多次遇到支持这一观点的法律问题，并已经在不少案例中直接或部分及间接地讨论过。[……]

[……]

(3) 我的评论涉及以下领域：

A. 依据以色列国内法可被接受的解释方法；

B. 适用于国际条约的解释原则；

C. 对上述第49条的解释。

(4) 在我们的法律中可被接受的解释：[……]

简言之，到目前已经说过的可总结如下：我们已经援用了用于确立书面用语的字面意义与正确的法律解释之间关系的指导原则，因为它适用于我们的法律制度。在这个领域的解释，据信是为揭示立法目的铺平道路。将目的设立为这种形式，是为了将人们引导至能确定目的的渊源。在这一事项上的惯例是不仅仅审查文本，还要审查立法历史等、法律与实体语境、源自立法结构中的含义。[……]

(5) 国际公法中的解释：现在出现了第二个问题：在国际公法中，关于我们这个事项的解释规则是什么？

对于参加1969年5月23日的《维也纳条约法公约》（以下简称《维也纳公约》）的国家来说，该公约于1980年生效，但是以色列尚未批准该公约。[可访问：<http://www.walter-gehr.net>]

[……] 不过，即便是为了比较，审查公约关于解释的条款仍有价值。

关于解释事项，该公约第31条与第32条规定如下：

“31. 解释之通则

1. 条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之。

2. 就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括：

(a) 全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定；

32. 解释之补充资料

为证实由适用第三十一条所得之意义起见，或遇依第三十一条作解释而：

- (a) 意义仍属不明或难解；或
- (b) 所获结果显属荒谬或不合理时。” [……]

从第31条第1款的前半部分来看，似乎可以认为公约支持强调文本解释的一派，而非强调公约制定者意图的一派，尽管接受这一派意见的人绝不比前一派少。[……] 然而，第31条第1款的后半部分和第32条形成了通往其他解释理论的桥梁；从早先我们对国内法的审查中我们也熟悉了这些理论。

因此，公约的规定为审查其形成的目的提供了充足空间，甚至可以思考描述公约制定背景的准备工作的准备工作，因为这些材料对于清楚了解文本、其目的与适用范围能起到补充作用。

[……]

[从穆斯塔法·卡米奥·亚信(Mustafa Kamil Yasseen)教授那里]自由翻译后：解释的方法不可能统一及完全一致，它可能依据一系列事实而变化。它主要受制于解释者使用的解释方法论、被解释文件的实质与所涉及特定法律领域的特点(即国际公法)。另外，就条约而言，解释的方法必须是宣言行为，而非形成行为(即不是司法立法)。方法必须考虑到条约是源自制定者自由意志的行为，不是单边行为；缔约方是主权国家而非私人之间的合同或是国家内部的法律。最后，需要牢记的是国际法律秩序的特点，在此领域，形式主义没有取得上风；在此领域，国家享有很大的行动自由；在此领域，国家不仅是条约的缔约方，还是条约的指导者(即国家必须是其执行者)；在此领域，用和平方式解决争议的愿望取决于国家的自由意志。因此，条约的解释方法与适用于法律或合同的解释方法不同，就毫不为奇了。[……]

- (6) [……] 不限于此：为处理眼前的事项，当我们采用目前正讨论的特定法律领域（即国际公法）所表达的解釋方法时，我们应当记住亚信教授的解釋原則[……]，其中出現反對限制國家權力與形式主義的觀點，或忽視我們所討論的法律領域的特點的方法。

我們現在開始適用解釋規則來處理面對的事項。

- (7) 《日內瓦第四公約》：關於上述第49條的解釋，分歧是什麼？

該條部分規定如下：

凡自佔領地將被保護人個別或集體強制移送及驅逐往佔領國之領土或任何其他被佔領或未被佔領之國家之領土，不論其動機如何，均被禁止。

但如因居民安全或迫切的軍事理由，有此必要，佔領國得在一定區域施行全部或部分之撤退。

[……]

占领国不得将其本国平民之一部分驱逐或移送至其所占领之领土。

在上引H.C. 97/79中(第316页至317页),对于适用国防(紧急)条例第112条违反《日内瓦第四公约》第49条的观点,苏斯曼.P. (Sussman P.) 评论如下:

……有观点认为适用国防(紧急)条例第112条违反《日内瓦第四公约》第49条,但我没有从中找到实质性内容。[……]正如皮克泰(Pictet)博士在公约评述(第10页)中所写到的,其目的在于保护平民免受占领军的肆意行为,上述第49条的目的在于阻止例如德国在二战期间犯下的暴行,二战期间,数百万平民因为各种目的被驱逐出他们的家园,基本被驱逐到德国被强迫为敌人劳役,犹太人和其他人被驱逐到集中营受到酷刑与种族灭绝。

很显然,上述公约没有转移占领国维护被占领土公共秩序的义务,这一义务由1907年《海牙公约》第43条施加,也没有转移其使用必要手段以确保其自身安全的权利,参见皮克泰,《人道法与保护战争受害者》,第115页。

……

它与第二次世界大战期间进行的旨在强迫劳动、折磨和灭绝的驱逐没有任何共同点。而且,被申请人的目的是将申请人安置在该国(以色列)外,而不是将他转移到该国,将其转移是因为他对公共安全形成威胁,而并不是剥削他的劳动以及为以色列国而榨取利益。

朗道P. (Landau P.)在H.C. 698/80(第626至第628页)再一次提到了那个问题。下面是他的评论中的有关段落:

[……]朗格(Langer)女士坚持那个观点,而且显得更加强烈。她认为,法院在H.C. 97/79中忽视了上述第49条第1款与第2款之间的差别:该条第2款规定,如因居民安全或迫切的军事理由,占领国得在一定区域施行全部或部分之撤退。而后面的条款规定,对驱逐往占领国之领土之外的禁止是绝对的,“不论其动机如何”。引用了《1949年8月12日日内瓦公约评述》(日内瓦, J.S. 皮克泰主编, 第4卷, 1958) 279。

关于禁止驱逐,它论述如下:

禁止是绝对的,不允许例外,除了第2款规定的以外。[……]

我们已经提出,必须区分公约第49条各项禁止的原因,据说,禁止是建立在那些暴行的回忆的基础上,由此,该条第1款使用了毫不含糊的禁

止措辞，依据其语言，它不仅适用于大规模驱逐，还适用于针对个人的驱逐。与此相对，可以说在希特勒政权下，为实现相同政策，针对个人的驱逐常导致大规模驱逐，所以，公约第49条的任何规定都不适用于威胁到公共福祉的人——如本院在H.C. 97/79中的判决。[……]

[……]

不论公约第49条第1款的正确解释可能是什么，公约，以及作为整体之一部分的第49条，都不能构成习惯国际法。因此，签发的驱逐令没有违反以色列的国内法，也没有违反朱迪亚—撒马利亚地区的法律，依此，本院作出判决：……

朗格女士请我们回顾施瓦曾伯格的书——《由国际法院与法庭适用的国际法》(伦敦，第2卷，1968)第165-166页，上述H.C. 606，610/78曾予以援引，第121页。有学识的学者表达了这样的信念：禁止驱逐被占领土的居民不过是“试图阐明习惯国际法现存规则”。我假定，此处援引的任意驱逐人口与希特勒政权近似。如果有作者同时认为针对个人的驱逐是为了维护被占领土的安全，那么，这只是个别作者用模糊语言表述的观点，并无什么实质内容。

(8) 指引《公约》起草者的考虑是什么？分析1949年日内瓦外交大会行为[……]会无可辩驳地显示，参与者选择“驱逐”这个术语意指二战期间进行的驱逐。[……]

《公约》起草者指出：驱逐“是在上次那场战争中发生的行为”，并在深思熟虑的构架中寻找用不同方式及不同语言表达这一意思的文本。[……]

规定禁止驱逐的第49条因此与这些规定有关。正如皮克泰所描述的：

用他的话：当一个人想到，在上一次冲突(即二战)中，百万计的人被迫从一个地方转移到另一个地方，以及他们遭受身体上与精神上的磨难，他就不得不感谢(公约的)文本，是它终结了这些非人道实践。

在这里，“驱逐”、“集中营”与“扣押人质”被联系在一起，“驱逐”这个词在上述语境中使用。[……]

在这方面，并不是说(甚至连推断也不是)将恐怖分子、渗入分子或敌方代理人从领土上清除，而是保护整体民众免于被驱逐，因为平民居民已经越来越经常成为战争的直接受害者。[……]

从以上可以得出结论：《公约》起草者的目的是保护平民居民，后者已经成为当代战争的主要受害者，制定这些规则将确保平民不会成为任意行为与非人道

剥削的对象。指引《公约》起草者的是：大规模驱逐的目的是灭绝，大规模转移居民是出于政治或种族原因，或是为了强迫劳动。这是“立法目的”，也是实质性语境。

可以合理得出以下结论：该条款文本中加入大规模及个体驱逐也是对二战期间纳粹所使用方法的反应，那一时期展开了大规模的人口转移，有时是基于普通的种族身份，或通过犹太人区、街道或房屋来圈定人选，有时则以名单传唤个人。通过姓名传唤的目的是将该人处死，监禁于集中营，或招募其到占领者的工厂或农场中做苦役。另外，传唤去奴役劳动似乎总是以个人为基础。

(9) 申请人的要旨是，第1款绝对禁止违反一个人的意志而将其从领土中转移出去。

这一论点的核心是：第49条并不像上次战争中普遍定义的那样，其仅仅指驱逐、撤退及转移平民，而且指在任何情况下将任何人从领土内转移走，不论是否已经合法的司法程序（如引渡请求），或已证明在领土内居住是非法、未获得许可的[……]，或是依据被占领土国内法而产生的其他法律理由。

依据上述观点，从对领土的军事行动开始起，就全面禁止转移人员，在处于军事统治之下的领土内，不论发现谁，不论基于什么目的，均不得转移之，只要军事统治持续。从这个角度上说，合法居住与非法居住之间并无区别，因为第49条将其保护对象扩大到“受保护人员”这一术语涵盖的所有人。依据公约第4条，这一术语包括在领土内发现的所有人，不论他们是否是公民或永久居民，即便他们是非法渗透者（包括武装渗透者）[……]。

申请人的请求实质上以该条第1款的一部分为基础，即“……转移……驱逐……不论其动机如何。”因此，依据这一论点，驱逐的原因或法律理由已经没有关系。尽管申请人可能会同意，第49条措辞的背景确如前文所描述，但当前，该条款还是应被依其字面及简单含义来解释，这样一来，就包括从领土内的任何强制转移。

(10) 我不同意上述主旨，理由如下：

提出这一观点含义的所有方面是合适的。在这一方面，我们应该再一次详细讨论，依据这一观点，什么易于发生，以及在个人意义与实质意义上，怎样是适当适用第49条。[……]

从个人意义上说，第49条指所有属于各类受保护之人的人员，这一点，前已论及并已得到普遍接受。这一术语由公约第4条定义，相关规定如下：

“在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。”

该定义使用了否定标准，即为了我们的目的，任何在我们武装部队占领领土内被发现的非以色列国民，依此事实就是受保护之人。这包括渗透者、间谍以及以任何非法方式进入领土者。[……]

第49条的禁止适用于个人时不考虑其动机，如果接受这一观点，就意味着如果一个人在有限期间内因访问或者因在加沙海岸遇船难而抵达领土，甚至是以间谍或破坏为目的的渗透者（即便他不是领土的居民或国民，这不是第4条的要求），只要领土处于军事统治之下，就禁止驱逐他。换言之，简单从字面上理解第49条的概括性定义，同时结合阅读第4条，可以得出如下结论：一个人在领土内是否以合法面目出现并无关联，他的身体出现在领土就足以使他免受驱逐。依据该观点，禁止驱逐已经服刑的武装渗透者。[……]

从申请人提交的这一论点中可以得出结论：以破坏为目的的渗透者在其服刑前后均不得被驱逐。依据这一方法，一名通过开放桥梁来访的人，他若在领土滞留超出许可截止日期，也不得被驱逐。字面及简单解释导致了这样一个不合逻辑的结论。

(11) [……]

如果，[……] 接受申请人提议的解释，依据此解释，驱逐系指任何将身体从领土中移走，那么，以上规定应适用于，例如，为引渡被保护人的驱逐，因为这也要求从领土中移走一个人。在引渡的语境下，法律、司法判决与法律著述用驱逐这一术语指代实施引渡的阶段。一个逃到被占领土的杀人犯等于进入一个安全天堂，因为这里排除将之转交给有权的法域。[……]

- (12) 关于我们面前的这个事项，申请人将我们的注意力引导至皮克泰在《公约》评述中的观点（前注，第368页），他采用字面解释，依据之，不论什么原因，所有驱逐均应被禁止。应当看到，按照这样的解释，第49条在其语境及限制范围内将适用于最广泛的情况。在学术著作中，学者使用字面与简单解释的愿望对法院并无约束力。这不仅是因为存在其他及相反的观点，[……]，更重要的是，在处理法律时，法院应采用被接受的解释规则来阐明法律或条约的意思。[……]

假使采用我们法律所使用的解释规则，我们就不能接受申请人提出的论点。法院会认为《公约》的瑕疵应改正，[……] 将分析第49条的实质文本与结构，《公约》在其他规定中清楚、公开地指向撤离与移送人口[……]，将试图揭开立法过程的面纱，从而将之作为标准解释而采用[……]；并对字面解释采取谨慎与回避态度，因为字面解释虽说简单，但在法律与事实中如此简单化会导致法律或《公约》语言的适用范围产生令人困惑的局面[……]，例如绝对禁止驱逐渗透者或间谍，因为“不论动机如何”，均禁止驱逐。

从本质上来讲，甚至援引国际公约的解释规则也不能支持申请人的论点：因为即便是《维也纳公约》也不仅仅遵守字面解释，而是“按其上下文并参照条约之目的及宗旨”来领会公约词语的含义（《维也纳公约》第31条第1段）。《维也纳公约》允许我们分析准备工作，并排除那些结果是“显属荒谬或不合理”的解释，这一描述直接适用于禁止驱逐一名渗透者[……]

[……]

(13) 与申请人主张的答案形成对照，相反的问题自然出现，即：“不论其动机如何”这几个字可替代的解释是什么？

如果我们采取这样的解释，即我们所熟悉的“驱逐”这一术语系指大规模或肆意的驱逐，那么，意指动机的词语就不改变其本质；提到一些可能的动机仅仅是为了排除有人提出与大规模驱逐相联系的主张与借口是合理动机。换言之，不论动机如何，《公约》第49条所指的禁止行为（驱逐）的基本含义不发生改变。反过来说是正确的：主张援引“一些动机”的基础是二战的教训。

“不论动机如何”这几个字旨在包括所有为了劳动、医疗实验或灭绝而驱逐居民与大规模撤退居民，在战争期间可以找到许多理由与动机，包括欺骗与欺诈（例如重新安置、必要的工作、为安全目的的撤退等……）。另外，《公约》起草人考虑了军政府战时使用人力的现有权利（参见1907年《关于强制劳役的海牙公约》第52条，《日内瓦第四公约》第51条至今仍允许强迫被保护人员劳动），但是尽力澄清大规模驱逐（正如已经实施的）是被禁止的，即便在动机似乎合法的情况下，除非出现第49条第2款规定的符合撤退条件的情况。[……]

概言之，本院有权依据上述原则选择解释，而不采纳申请人提议的字面解释。本院在H.C.97/70中就是这么做的[……]。[……]

4. (1) 本院在判决中指出，以上第49条在国际条约法的范围内。作为这一确定的结果，申请人现在提出一个新主张，即本院适用的方法[……]系建立于错误的基础上。该方法认为，国际条约法规则（与

习惯国际法相反)并不自动成为以色列法的一部分，除非其首先以一级立法形式经过法律批准程序。[……]

- (2) 申请人提出，不仅习惯国际法(除了有矛盾的规定)自动成为这个国家法律的一部分，而且有部分国际条约法也将自动并入该国法律，而无需经过立法批准才成为以色列国内法的实体部分。国际条约法中的“立法条约”属于这一范畴。[……]

5. [……]

- (2) 以色列的法律状况：以色列法律在国际法与国内法的关系上——即为了解决国际公法的特定部分是否已经成为以色列法律一部分的问题，——区分了条约法与习惯法。[……]

[……]

依据本院的一贯判决，习惯国际法是本国法的一部分，除非以色列立法规定了相反的条款。[……]

艾尔斯通 (Alverstone) 勋爵在“西兰德”(West Rand) 案中表达了上述思想[……]当说到为了被视为英国法的一部分，他指出，国际法规则必须：

“……被令人满意的证据证明，该证据必须表明提出的某一特殊立场已得到我国认可或我国的行为遵循之，或它是这样一种性质，已被非常广泛接受，以至于任何一个文明国家几乎都不可能拒绝接受之。”

事实上，这一标准与《国际法院规约》第38条第1款第2项规定的涉及国际习惯的标准相似。[……]

(3) [……]

这些评论的明确意思是，批准国际条约——为了将之并入国内法的一部分以及国内法庭可执行之——须以立法者的事先行为为条件。正如我们所看到的，国际条约可能构成对有效习惯法的宣布——但是，他们的内容具有约束力是因为其中的习惯法规则的地位，而非因为这些规则包含在条约之中。[……]

(4) [……]

概言之，依据适用于以色列的法律，国际条约不成为以色列法律，除非——

- (a) 其条款已通过立法方式被批准并在它们被批准的范围内，或者，

(b) 条约的规定仅仅是现存习惯国际法的重申或宣告，即对现存习惯的法典化。[……]

(5) 如果将上面所述的适用于眼前的事项，我们必须记住，在判决中，我们将第49条归类为没有表达习惯国际法的条约法。[……]

考虑到第49条没有反映习惯法，兰杜·P (Landau P) 在第629页进一步指出：

“第一次世界大战以后，在德国莱茵州的占领部队，使用从被占领土上驱逐的方法制裁那些违反占领当局法律的官员或危害占领部队的秩序、安全或需要的官员 (佛兰克尔 (Fraenkel)：《军事占领与法治》，牛津大学出版社，1994年)。依据这一政策，法国在一战停战后驱逐了76名官员，比利时驱逐了12名官员，在关于鲁尔地区的争端期间，有不少于41808名德国官员被驱逐 (同前注，第130-131页)。面对这些事实，很清楚，禁止驱逐平民并不构成文明国家所接受的习惯国际法规则，这好比《日内瓦公约》仅仅是表达预先存在的法律。” [……]

7. [……]

(3) [……]

条约的签字国有义务在处理它们之间的关系时遵守条约义务；但是，在涉及个人与政府间关系的制度中，在法院上只能依靠习惯国际公法规则。这一方法构成上述H.C.97/70中，威特肯·J (Witkon J.) 表述的基础。在第29页中，他指出：

必须将《日内瓦公约》视为国际条约法的一部分；因此，——依据普通法国家以及我们所采纳的观点——受损害方不得在一国法院申请主张他的权利。这一申请权仅赋予是该公约成员国的国家，这样的诉讼甚至不能在一国法院进行，而应在一个国际法院进行。

(4) 吕宾 (Rubin) 先生提出[……]，是否存在这样的理由，即在《日内瓦公约》签字时，《海牙公约》仅仅是对其成员国有约束力的国际条约，而其后，它们成为有约束力的习惯国际法及国内法的一部分。依我之见，这个问题的答案在纽伦堡国际法庭的判决中，其论述如下：

《公约》所表述的陆战规则毫无疑问代表了制定时现有国际法的进步。但是，公约（《关于陆战法律与惯例的海牙公约》）明确表示，它试图“修改一般战争法规和惯例”，这些法律与惯

例的存在因此已被认可，但是，到了1939年，这些规则被《公约》规定下来，而该公约被所有文明国家所认可，并被视为战争法律与惯例的确认。……(I.M.T. 判决，前注，第65页)

换言之，自《海牙公约》于1907年签字以来，它作为习惯法的地位已经取得了进展。[……]

11. 下面，让我们分析每一位申请人提交的主张：

12. H.C.785/87：(a) 申请人阿伯德·艾尔·纳森·阿伯德·艾尔·阿兹·阿伯德·艾尔·阿佛 (Abd al Nasser Abd al Aziz Abd al Affo) 生于1956年，是杰宁市的居民：

驱逐令[……]内容如下：

“依据1945年《国防（紧急）条例》第112条第1款以及任何法律或安全立法赋予我的权利，我相信这一事项对确保地区的安全、公共福祉与公共秩序非常必要，因此，我命令：

阿佛·穆罕默德·阿伯德·艾尔·阿兹 (Abd al Affo Muhamad Abd al Aziz) [……]被驱逐出本地区。

[他是]“民族阵线”组织的高级特工，曾经因恐怖行为三次入狱。他即将服完为期5年零3个月的第三次刑期。在监狱期间，他坚持敌对行为以促进组织目的的实现。” [……]

13. H.C.845/87：(a) 阿伯德·艾尔·阿兹·阿伯德·艾尔奇曼·尤德·拉法 (Abd al Aziz Abd Alrachman Ude Rafia) 生于1950年，是加沙居民。

1987年11月15日，对他签发了驱逐令，其理由如下：

“对上述人员签发驱逐令是因为他是伊斯兰杰哈德运动加沙地带的精神领袖，该组织支持效仿伊朗模式进行伊斯兰暴力革命、武装斗争，并由杰哈德解放巴勒斯坦。在清真寺的布道大纲中，他呼吁采取军事斗争行动来反抗伊斯兰的统治。”

一收到这一命令，申请人即被逮捕，并被关押在加沙。申请人向咨询委员会提出申请[……]

[……]

在其理由充分且详细的决定中，委员会指出：

申请人被提及是杰哈德运动加沙地带（可能还超出此范围）的负责人。他被描述成那个组织的导师，在加沙地带的居民中，尤其是属于该组织

的成员中具有影响力。他们不断拜访他，并经常等在他家的门口聆听他的讲话。他通过在大学作讲师与在清真寺作牧师的行为获得了这种地位，在大学和清真寺中，他发表充满煽动憎恨以色列统治的具有极端宗教和民族性质的演说。有时，他还呼吁暴力斗争，包括鼓励平民骚乱、甚至采取诸如谋杀的极端暴力行动。因此，毫无疑问，申请人对该地区及其居民的安全和公共秩序的维护构成了威胁；所以，对他的驱逐命令是在第108条的思考框架中作出的。

……

问题依然是，在本案中最严厉的步骤，即驱逐，是否适当。

考虑申请人的“历史”与“人格”，我们确信这个问题的答案是肯定的。[……]

即便将之囚禁起来，如行政拘留，仍无法抵消他的影响。有理由担心恰恰在这个地方，他更容易接触到追随者，并且他在狱期间对监狱内外发生的事情会产生最危险与负面的影响。

因此，本案最有效率、最适当的措施是将申请人驱逐出该地区及国家。

与行走在我们中间的情况相比，他在外国对该地区的有害影响将明显减小，且不易被觉察到、更加间接（即便他在外国土地上可以自由走动，也没有人约束他）。[……]

因此，我没有发现本院有任何理由阻止被申请人的决定。[……]

14. (1) H.C.27/88: (a) 吉马尔·沙梯·印地 (J'mal Shaati Hindi) 是杰宁的居民，现正在艾尔·纳加哈 (Al Najah) 大学读书。1987年12月1日对他签发了驱逐令[……]。

[……]

- (4) 申请人对法律程序提出控诉，指控机密证据在他及其律师不在场的情况下递交咨询委员会。法院曾就一相似事项在上述H.C.513, 514/85与 H.C.M.256/85第658页阐述如下：

申请人控诉，他们不是递交给咨询委员会的秘密材料的利害关系人，但是，本院已经在一个相似案件A.D.A. 1/80中作过解释，这是在两种利益间保持平衡的唯一合理安排：一方面维持对军事指挥官的考虑与决定的额外审查；另一方面，防止因秘密信息源泄漏而损害国家安全。它确实没有为每一个事实主张提供回复的机会，当咨

询委员会（或者特定环境下的法院）审查这一信息的分量或附加确认度时，它必须考虑到这一事实。然而，立法者无法找到一个更加合理与有效的方式，以防止在某些情况下泄露秘密信息，而这对防止严重破坏安全十分关键；[……]

这一次，委员会审查了可以由申请人处置的无害于关键安全利益的最大范围的信息，没有理由针对委员会提出控诉。在这个事项上，我们没有要补充的了，因为我们没有检查秘密信息，因此也不知晓其具体内容。

所以，我将驳回申请，撤销以其为基础的命令。[……]

巴奇法官 (Bach J.)

1. 我同意我受人尊敬的同事——院长关于这些申请所作的最后结论；但是，关于其中一个重要的地方，我与他的意见不同。

这一事项系涉及《日内瓦第四公约》（以下简称“公约”）第49条的解释。[……]

[……]

5. 在全面审查了这个问题之后，我倾向于接受申请人在这个问题上的立场，理由如下：

- (1) 第49条的语言意思明确清楚。将“个别或集体强制移送及驱逐”与“不论其动机如何”的措辞相结合，使我认为没有怀疑的空间，即该条不仅适用于集体驱逐，也适用于个别驱逐，禁止意在全部、彻底及无条件的禁止——“不论其动机如何”。

- (2) 我接受苏斯曼·P (Sussman P) 在H.C.97/79判决中表达的方法，即《公约》的制定是吸取了纳粹德国的教训，是面对二战期间纳粹对平民犯下的各种罪行的反应。与此相似，我同意这一观点，即为《公约》条款找到一个适当解释，可以考虑《公约》制定的历史事实及其制定目的。即便克瑞茨曼 (Kretzmer) 教授在本语境中所援用的《维也纳公约》，也没有否定这一可能(第31条)[……]

[……] 我没有发现“历史方法”与对第49条予以宽泛解释的可能之间存在矛盾。

德国军队在被占领土犯下的罪行强调，有必要缔结一个公约保护平民，并对公约的形成起到控制杆（与“准扳机”）作用。但是，这

一事实并不能拒绝这一命题，即起草者在准备制定公约时决定以广泛的方式来做出规定，这种方式会完全阻止将居民从这些领土中驱逐至占领国或另一国家。

在我看来，该条的文本，不仅依据上下文，而且考虑到作为整体的公约背景，均不能解释为《公约》仅仅为阻止诸如纳粹因人种、种族或民族原因而实施的行为。

该条语言明确清楚，且语言解释与立法目的之间没有矛盾，不会导致不合逻辑、荒谬的结论，在这种情况下，我们绝不能通过解释偏离条文措辞清晰、简单的意思。

- (3) 第49条第2部分支持上述解释。这里，《公约》允许在领土内（即在被占领土内从一个地方转移到另一个地方）撤退民众，如果这是确保民众安全所必须的，或是对军事目的至关重要。这告诉我们，《公约》起草者意识到确保安全利益的必要性，为此目的甚至允许在被占领土内撤退民众。第一部分没有这一要求的事实，即不允许因安全原因将居民驱逐出国界，这值得我们关注。

- (4) 另外，仔细阅读《公约》的其他条款会发现，起草者保护占领国安全需要的意识，这间接支持对第49条予以上述宽泛解释。

这是第78条第一部分所表述的：

如占领国由于迫切的安全理由认为对被保护人需采取安全措施时，至多得置之于指定居所或加以拘禁。

我接受克瑞茨曼教授的观点，即第78条与第49条应一并理解，这可以进一步推导出如下观点：如果一个人对安全构成了可预见的危险，最多能限制他在领土内的行动自由并逮捕他，但不能将之驱逐至另一国家。[……]

研读关于间谍与破坏分子的第5条可以得出相同结论。第5条第2款规定如下：

在占领地内个别被保护人如因系间谍或破坏分子，或因确有危害占领国安全之活动嫌疑而被拘留者，在绝对的军事安全有此要求之情况下，其人应即认为丧失在本公约下之通讯权。[……]

我们可以看出，依据该公约，如果被视为安全原因所必要，可以多种方式否认间谍与破坏分子的权利。尽管《公约》起草者对占领国的安全需要有警惕，但是没有条款限制第49条的彻底禁止，也没有间接提及有权将这些人的驱逐至另一国家。

《日内瓦公约》的上述条款补充了《海牙章程》第43条的规定，即占领国有义务确保被占领土的公共秩序与公共福祉，因为上述条款表明可以采取步骤以履行这一义务。无论如何，《海牙章程》第43条与建议对第49条进行简单、宽泛的解释没有矛盾。

- (5) 可以看出《公约》的一个明显方向。如果是确保公共安全所必要或为占领国的重大利益，可以限制“被保护之人”的行动自由，甚至可以不经审判就逮捕他；还可能审判、惩罚甚至处死他。但是，不能驱逐“受保护之人”；因为一旦将之驱逐到另一国家，保护国就失去了对他的控制，他因而就不再是“受保护之人”。
- (6) [……]

对《公约》第49条的这种解释几乎获得了一致认可，我也接受之。
[……]

我受人尊敬的同事——院长也援引了这一主张，即考虑到《公约》第4条的彻底规定，它包含了《公约》中“受保护之人”的定义，对第49条的字面解释将导致即便是在占领期间非法渗透入境的恐怖分子也不能被驱逐，与此相似，也不可能依据引渡条约从领土内将罪犯引渡到另一国家。

由于解释《公约》第4条存在一定困难，该条含义不明确，所以会出现关于渗透者的问题。因此，当同样的第4条规定“在冲突或占领之场合，发现自己处于冲突之一方或占领国手中之人，为受本公约保护之人……”时，便可能有余地认为所指的这些人是由于国家间的冲突或交战而违背其意愿发现自己落入冲突一方或占领国手中的人；后来恶意潜入领土的人不涵盖在此定义中。在实际案件中，如果出现这个问题，就需要通过适当解释《公约》第4条来解决，但是，依我之见，这并不足以引发对第49条解释的怀疑。在我们面前的这个事项，并不存在上述困难，因为申请人是以色列国防军控制地区的永久居民；如果讨论的《公约》适用于这些领土，他们无疑涵盖在“受保护之人”的定义中。

同样也适用于引渡罪犯的问题。问题是，国家之间的引渡条约在多大程度上是可行的，当它涉及的人员位于被条约缔约方占领的领土内时，其本身是棘手的和复杂的；这个问题的答案不论是什么，均不能由此而推断出关于第49条的解释。无论如何，以《引渡法》

(5714-1954) 和依其订立的引渡条约为基础，可以确定，确实可能要引渡被占领土上的居民；关于实际引渡有关人的可能性，我得出的最终结论与我依据《国防（紧急）条例》第112条对申请人发布的驱逐命令的结论相同，详述如下。

7. 尽管有前述观点，我仍然同意我受人尊敬的同事——院长的决定，即应驳回这些申请。[……]我没有发现背离以下规则的理由，即许多判决已经确定并支持《公约》第49条仅仅是国际条约法规定，而非习惯国际法规定。这样的规定不构成有约束力的法律，不能作为任何个人在法院提出申请的基础。[……]
8. 还要增加一点，出于正义的原因，我没有发现有理由干涉被申请人在该事项上作出的决定。[……]

我没有忽视这一事实，即国家的代表在本院多次宣布，政府有意愿将尊重《公约》的人道规定作为政策。[……]

但是，每个案子应该依据其具体情况予以审查，与解释法律及国际公约常常要求严格遵循措辞与条款相反，本院在审查政府宣布的政策时，依其内容与精神，享有灵活、广泛的自由裁量权。

不应忽视，我们正讨论的《日内瓦第四公约》包含许多条款，其中的主要部分在实体内容上是纯人道规定。但是，其中有一部分是公法与行政法内容，《公约》还包含只能部分被视为人道性质的规定。《公约》第49条确实主要是人道性质，但是，这一方面不能压倒一切，尤其是当由于彻底禁止而试图阻止个体驱逐时，因为决定转移这些人是因为他们有系统地煽动其他居民进行暴力行为以及对公共福利构成了严重威胁。[……]

9. 考虑到前述观点，我也同意院长的一部分观点，即关于申请事实方面的观点，我同意受人尊敬的同事关于这些申请命运的判决。

今日作出，犹太历5748年尼散月23日（公元1988年4月10日）

讨论

1. (1) 《日内瓦第四公约》的所有规定是否均为公约性质？有没有一部分是习惯法性质？《日内瓦第四公约》第49条是否是习惯法？这如何评判？考虑到在1985年，170个国家中有超过164个有遵守这一规定的条约义务，如何作出评判？是否应评判6个非缔约方的实践？该法院是不是没有评判在1949年第49条是否是习惯法？或是在1923年？在1945年到1985年间，习惯法是否取得发展？

- (2) 如果以色列是《第四公约》的缔约方，为什么第49条的地位，即是条约法抑或习惯法，仍关系到“公约”的可适用性？
 - (3) 以色列缔结的国际条约不自动构成以色列法律的一部分，只有经立法适用过程才能成为其法律，一个国家是否可以采用以色列的体制？以色列是否有义务制定这样的立法？国际人道法是否要求以色列允许在其国内法庭中援引“公约”？以色列是否可以援引其宪法制度、缺少立法适用过程或最高法院的判决来逃避违反《日内瓦第四公约》的国际责任？（比较《日内瓦第四公约》第145条与第146条。）
 - (4) 《海牙章程》是否适用于本案？是作为条约法，还是习惯法？
 - (5) 《日内瓦第四公约》第49条是否为自动执行条款？这一问题的答案是否与本案有关？这个问题是否能解释日内瓦四公约分别涵盖关于国内立法的第49条、第50条、第129条、第146条，或第48条、第49条、第128条和第145条？
2. (1) 假定《日内瓦公约》对以色列具有可适用性，驱逐是否违反了《日内瓦第四公约》的第49条？法院认为第49条适用于哪些驱逐出境案件？为什么？这样的理解是否符合“根据条约用语的通常意义”？（比较《维也纳条约法公约》第31条第1款）如果允许解释的补充方法，为什么法院确定的49条的“通常意义”会导致“显属荒谬或不合理”的结果？（比较，《维也纳条约法公约》第32条第2款。）
 - (2) 你是否能设想出比第49条第1款更清楚地禁止驱逐个人的措辞？考虑到《日内瓦第四公约》的目标与目的，字面解释的结果是否为不合理的（禁止驱逐个人，不论其动机如何）？皮克泰与其他起草者回想其纳粹德国的大规模驱逐是否意味着他们希望第49条仅涵盖这种驱逐？这种意愿是否主导着今天对该规则的解释？
 - (3) 在其独立意见中，巴奇如何解释第49条？如果多数法官采纳了巴奇的意见，本案中的驱逐是否仍会出现？为什么？
3. 不论是否有遵守《日内瓦公约》的法律义务，以色列都宣布，它一般有意愿尊重公约的人道规定。这些人道规定是什么？禁止驱逐的条款是否构成人道规定？或者仅仅在特定场合构成？依据第4条，本案中的3个申请人是否为受保护之人？依据法院适用的公约的人道条款呢？
 4. (1) 申请人反对使用“机密资料”作为证据，因为这剥夺了他们的公平审判权，即多数意见中的14 (4)。尽管有关于使用“机密资料”的决定，第49条是否允许遵循合法司法程序的驱逐？
 - (2) 当累犯（如目前的申请人）对被占领土上的公共秩序和安全构成危险，且没有可选择措施时，是否不允许驱逐呢？（比较，《海牙章程》第43条和《日内瓦第四公约》第49条。）
 5. 依据《日内瓦第四公约》被保护之人不允许被驱逐吗？这是否是第49条在驱逐与撤退间所作的区分？它们之间的区别是什么？（同时比较，《日内瓦第四公约》第78条。）
 6. 被高等法院容许的驱逐是否是严重破坏国际人道法的行为？（比较，《日内瓦第四公约》第147条。）

案例115，以色列，阿朱里诉以色列国防军指挥官案

案 例

[资料来源：以色列，阿朱里诉以色列国防军指挥官案，最高法院行使高等法院审判职能，2002年9月3日，HCJ7019/02；HCJ7015/02] 可访问：<http://court.gov.il/>

1. 克巴·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里

HCJ7015/02

2. 阿贝德·阿那赛·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德等人

诉

1. 西岸的以色列国防军指挥官

2. 加沙地带的以色列国防军指挥官等人

1. 阿姆塔·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里等人

HCJ7019/02

诉

1. 朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官

2. 加沙地带的以色列国防军指挥官等人

最高法院行使高等法院审判职能

[2002年9月3日]

A. 巴拉克院长，S. 列维副院长，E. 马萨法官，M. 切斯秦法官，

T. 斯特拉伯格—克恩法官，D. 多内法官，Y. 提普克法官，D. 贝尼斯奇法官

最高法院行使高等法院审判职能

事实：朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官命令朱迪亚—撒马利亚地区的三位居民在接下去的两年内居住在加沙地带。这些命令被上诉委员会批准。朱迪亚—撒马利亚地区的这三位居民针对这些命令向高等法院提出申请。

申请人认为，这些命令违反国际法。他们特别指出，朱迪亚—撒马利亚地区应被视为与加沙地带不同的另一个处于交战占领状态下的领土。因此，这些命令构成了从一块领土向另一块领土驱逐，这是国际法所禁止的。（《日内瓦第四公约》第49条）

被申请人认为这些命令符合国际法。被申请人指出，处于交战状态下的朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带应当被视为一处领土，因此这些命令仅构成指定居所，这是国际法所允许的。（《日内瓦第四公约》第78条）

产生的另一个问题是，以色列国防军指挥官在对任何人签发指定居所的命令时是否会考虑到威慑其他人的因素。

判决：《日内瓦第四公约》第78条赋予占领国因迫切的安全原因而对个人指定居所。指定居所是在极端情况下使用的严厉措施。然而，当前，有数以百计的平民被自杀性炸弹杀死，这一安全形势为在适当情况下使用这种措施提供了正当依据。

朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带实际上是一块处于同一交战占领状态下的领土，被同一占领国占领。从各方面看，它们都是一个整体，这从《以巴临时协定》中就能看得出来。因此，命令朱迪亚—撒马利亚地区的居民到加沙地居住是《日内瓦第四公约》第78条所允许的指定居所，而不构成《日内瓦第四公约》第49条禁止的驱逐。

只有在一个人其自身对该区域的安全构成真实危险时，才存在对他签发指定居所命令的合理性的可能。如果他自身对该领域不构成真实危险，出于威慑其他人的考虑不足以签发指定居所的命令。但是，如果这种危险确实存在，以色列国防军指挥官有权签发指定居所的命令，在决定实际上是否签发命令时，他可以考虑威慑因素。

上诉委员会发现，HCJ7019/02中的申请人计划实施爆炸。上诉委员会发现，HCJ7015/02中的第一申请人在恐怖组织移动爆炸物时担任望风人的角色。在这些案件中，最高法院认为，申请人的行为符合签发指定居所令的条件，故确认了命令。但是，关于HCJ7015/02中的第二申请人，上诉委员会发现的仅是：他给其兄弟，一个被通缉的恐怖分子，以食物与衣服，在不知晓其兄弟目的的情况下，他驾车送了他兄弟并把车辆借给后者。最高法院认为，第二申请人的行为不足以为对他签发指定居所令提供正当依据，因此撤销了针对他的指定居所令。

HCJ7019/02——申请被拒绝。

HCJ7019/02——第一申请人的申请被拒绝，第二申请人的申请被允许。
[……]

判 决

A. 巴拉克院长

朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官签发“指定居所的命令”。依据该命令的规定，申请人，朱迪亚—撒马利亚地区的居民，被要求在接下去的两年内在加沙地带居住。军事指挥官是否有权签发指定居所的命令？指挥官是否合法地行使其自由裁量权？这是我们所面对的申请的主要问题。

背 景

1. 2000年9月以来，朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带爆发了激烈的战斗。这不是警察行动，这是武装斗争。在这一框架下，大约发生了14000起针对无辜以色列公民与居民（包括老年人、儿童、男性与妇女）的生命、人身与财产的袭击。超过600名以色列公民与居民被害，4500多人受伤，其中部分受重伤。巴勒斯坦方面也遭受严重伤亡。自2000年9月以来，许多人被害或受伤。[……] 悲伤浸透了我们。
2. 以色列的战斗是很复杂的。除其他方式外，巴勒斯坦还使用了受操控的人体炸弹。只要有以色列人的地方，就有这些自杀性爆炸（在以色列国的国境线内以及朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带的犹太人村）。他们在城市与小镇中计划破坏与流血活动。事实上，与以色列作战的部队是恐怖分子；他们不是正规军；他们不穿统一军服；他们隐藏在领土内的巴勒斯坦平民中，包括宗教圣地中；他们部分受平民支持，部分受其家属与亲属支持。在为其国家及公民安全作战时，以色列国遇到新的困难现实。好几次，本院也面临这一困难（“人权医生诉西岸的以色列国防军指挥官”（HCJ2936/02）；“人权医生诉西岸的以色列国防军指挥官地区”（HCJ2117/02）；“阿马达尼诉国防部”（HCJ3451/02），第36页）。
3. 在反恐战争中，以色列已经使用了——基于自卫权——特别军事行动（2002年3月开始的“保护墙”行动，2002年6月开始、至今尚未结束的“既定路线”行动）。这些行动的目的是摧毁巴勒斯坦恐怖主义的基础设施，阻止恐怖分子未来发动袭击。在这些行动中，以色列国防军进入了原先因交战占领而控制、以及依据协议转移给巴勒斯坦当局区域。军队在许多区域实施宵禁与封锁，武器与爆炸物被集合一处。嫌疑人被逮捕。[……]

4. 对于阻止严重恐怖行为的迫切需要而言，特别军事行动并不足够。国家安全部长委员会尽力采取其他几项措施以阻止继续发生恐怖行为，并威慑攻击者，使其不再继续实施恐怖行为。[……]
5. 国家安全部长委员会采取的措施之一——所有措施均在司法部长意见的框架中——是对自杀爆炸者或从事严重袭击的犯罪分子，以及从朱迪亚—撒马利亚地区遣送至加沙地带的人的家庭成员签发指定居所的命令，只要这些家庭成员亲自参与了恐怖活动。之所以采取这些措施，是因为依据有关专家（军队、基本安全服务机构、情报与特别任务机构（摩萨德）与警方）的评估，这些附加措施将对与恐怖浪潮作战起到巨大贡献，能达到保护生命的结果。这一贡献有两方面的意义：第一，它可以阻止家庭成员卷入恐怖分子策划的恐怖活动（遏制效果）；第二，它可以威慑其他恐怖分子——那些被指示充当人体炸弹与从事其他恐怖袭击的人——使其不再继续实施他们的计划（威慑效果）。

修改指定居所的命令

6. 为了使新政策生效，2002年8月1日，朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官修改了（朱迪亚—撒马利亚地区）安全条款命令（no. 378），5730-1970（以下简称“原始命令”）。除其他规定外，这一命令确定了关于特殊监督的其他规定（s.86）。这些规定允许作出一人处于特殊监督之下的指示。依据“原来命令”的规定，不应在此事项上行使权力，除非军事指挥官认为“是决定性安全原因所必要的”。（s.84(a)）可以在上诉委员会提起关于特殊监督令的上诉（s.86(e)）。上诉委员会由当地指挥官指定。上诉委员会主席是一位法官兼法学家。委员会的作用是考虑此处作出的命令，并向军事指挥官提建议。如果一人对命令提出上诉，该命令被维持，上诉委员会每6个月会再考虑一次他的案情，不论他是否继续提出上诉。（s.86(e)）。“原始命令”的适用限于朱迪亚—撒马利亚地区。修正后，适用扩展至加沙地带（（安全条例，（朱迪亚—撒马利亚地区）（修正no.84）命令（no.510），5761-2002（以下简称“修正命令”）（s.86(b)（1）修正后）规定：

特殊监督与指定居所

- （1）军事指挥官可以在命令中指示一人应处于特殊监督之中。
- （2）一个依此规定处于特殊监督之下的人，应当受制于以下全部或部分限制，军事指挥官应当作出指示：

- A. 他应当被要求在朱迪亚—撒马利亚地区或加沙地带内的特定地点居住，正如军事指挥官在命令中详细指出的。

“修正命令”的介绍部分指出，这次修正是“考虑到朱迪亚—撒马利亚地区的极端安全条件。[……]”介绍部分还宣告，命令是在“我获得了加沙地带的以色列国防军军事指挥官的同意后作出的。”事实上，与“修正命令”相结合，加沙地带的以色列国防军军事指挥官签发了安全条例（加沙地带）（修正no.87）命令（no.1155），5762-2002。该命令的第86条第7款规定如下：

朱迪亚—撒马利亚地区的军事指挥官依据安全条例（朱迪亚—撒马利亚地区）针对某人签发命令，在其框架下，他被要求在加沙地带的某一地点生活，只要命令有效，他就无权离开此地，除非得到朱迪亚—撒马利亚地区或加沙地带的以色列国防军军事指挥官的允许。

依据“修正命令”，我们目前面对的这3个人被签发了指定居所的命令。让我们现在看看这些命令及当时的情况。

军事指挥官与上诉委员会的程序

7. 2002年8月1日，朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官（以下简称“被申请人”）签发了针对每一位申请人的指定居所的命令。[……]这些命令要求每一位申请人都在加沙地带居住。命令宣布，其有效期为两年。此外，命令还指出可以向上诉委员会对命令提起上诉。这些命令背后的事实——我们将在下文予以考虑——是每一位申请人都协助了导致人员伤亡的恐怖活动。依据被申请人的观点，指定申请人在加沙地带居住将避免他们产生危险，并对其他人从事严重恐怖行为产生遏制作用。申请人针对这些命令向上诉委员会提出上诉。每个申请人的案件由两个上诉委员会分别进行了听审。每个委员会的听审都持续了数天。2002年8月12日，委员会作出决定，建议被申请人确认命令的有效性。被申请人研究了委员会的决定，同日确定这些命令仍然有效。2002年8月13日，申请人针对被申请人的决定向我们提出申请。

我们的程序[……]

9. 申请人的律师向我们提出，“修正命令”以及依据之签发的各个命令，以及上诉委员会的决定应当被撤销，理由有数条。[……]第三，“修正命令”的签发主体没有权限签发涉及加沙地带的命令。最后——这一主张是我们听审的焦点——“修正命令”是无效的，因为它违反了国际

法。被申请人的律师向我们提出，应当驳回申请。依据他的观点，“修正命令”以及依据之签发的各个命令是适当的，他们签发的程序没有任何瑕疵。被申请人有权作出“修正命令”，各个命令是合法的，因为它们旨在阻止申请人制造危险并对其他人构成威慑。这些命令符合比例性。他们以提交给指挥官与上诉委员会的事实为基础，是合法的。被申请人的律师指出，“修正命令”以及依据之签发的各个命令符合国际法，因为他们在《日内瓦第四公约》第78条的调整范围内（《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》，1949；以下简称《日内瓦第四公约》）。[……]

12. 正如我们所看到的，我们面对的主张涉及被申请人与上诉委员会的决定的各个方面。应当指出，一开始，我们发现，认为被申请人的决定或上诉委员会的决定在程序方面有瑕疵的主张是没有根据的。[……] 确实，双方当事人观点的集中之处——也是我们关注的焦点——涉及到以下三个问题：第一，依据国际法的规定，军事指挥官是否有权作出“修正命令”？这个问题涉及到依据国际法军事指挥官在指定居所方面的权限。第二，如果第一个问题的答案是肯定的，那么，依据国际法，指定居所需要满足的条件是什么？第三，国际法要求的指定居所的条件在本案是否存在？这个问题关系到我们依据所适用的法律考虑申请人的案件。现在，让我们依次考虑这些问题。

军事指挥官指定居所的权限

13. 处于交战占领状态下的领土的军事指挥官是否有权决定将该领土中的居民从其居住地转移走，并在该领土中的另一地点为其指定居所？有主张认为军事指挥官没有这一权限，原因即在于这是强行转移，而国际法禁止驱逐（《日内瓦第四公约》第49条）。我们的立场是，为了回答军事指挥官的权限这个问题，仅仅确定“修正命令”（或该领土的指挥官签发的其他任何命令）是否赋予指挥官为领土内居民指定居所的权力是不够的。这是因为，指挥官指定“修正命令”的权限来自交战占领法。这是他的权力来源，与此相对应，他的权力也应当依此确定。在一个案件中我曾讨论过这一问题，我是这么说的：

从法律的角度来看，处于交战占领状态下的军事指挥官的权力来源是关于交战占领 (*occupatio bellica*) 的国际公法规定，它构成战争法的一部分（“艾尔马诉丽亚诉朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军指挥官” (HCJ393/82)，第793页)。

因此，我想谈两点：第一，所有当事人均假定，依据在以色列国防军控制下领土当前的情况，关于交战占领的国际法应予适用[……]；第二，适用于该领土的法律是习惯法（如1907年10月18日《关于陆战法规和惯例的海牙（第四）公约》的附件，它一般被视为习惯法；以下简称《海牙第四公约》）。关于《日内瓦第四公约》，被申请人的律师向我们重申了以色列国的立场，即该公约——他认为它不是习惯法——不适用于朱迪亚—撒马利亚地区。尽管尼特赞（Nitzan）先生告诉我们——依据以色列政府的长期做法（参见沙姆加，“在被管理领土遵守国际法”，载于《以色列人权年刊》第1卷，1971，第262页）——以色列政府决定其行为将遵守《日内瓦第四公约》的人道规定。鉴于这一声明，我们没有必要审查关于这一事项的法律主张，这并不简单，我们可以将之留待今后再加以决定。因此，为了我们面对的申请，我们假定，国际人道法——如《日内瓦第四公约》（第78条）与《海牙第四公约》——适用于我们面对的这些案件。我们还应当补充，除了适用于这些案件的国际法规则，以色列行政法的基本原则，如自然正义规则也适用。确实，每一位以色列士兵在包裹中都装有国际法规则和以色列行政法与本事项相关的基本规则。[……]

14. 基本立场是，强制一个人从一处到另一处居住严重伤害了他的人格尊严、自由与财产。一个人的家不仅仅是他头上的屋顶，也是其确定物理与社会处所，以及私人生活与社交关系的方式。[……] 强制要求一个人从他的家到另一处居住，即便指定居所没有涉及到要求他穿越边界，这样的结果仍会伤害一些基本人权（参见：F.M. 邓，《国内流离失所者：法律规范的编纂与分析》，1988，14）。这些人权部分来源于不同国家的国内法，部分来源于国际法规范。
15. 一个人的尊严、自由与财产的权力并非绝对权利。它们是相对权。为实现社会目标与他人权利，它们可以受到限制。[……]
16. 强制要求一个人从一处到另一处居住，依据指定居所背后的原因，对人权限制的程度有所不同。[……] 我们面前的这个案子涉及的是：因为安全原因，指定一个人从一处到同处于交战占领状态下的领土内的另一处居住。因此，关于武装冲突的人道法应确定人权的限制程度。[……] 这些法律主要体现在《海牙第四公约》与《日内瓦第四公约》，我们现在来分析这些法律。
17. 《海牙第四公约》（主要是第43条）与《日内瓦第四公约》（主要是第49条与第78条）被援引。我们认为，这个案件完全应该由《日内瓦第四公约》第78条来调整：[可访问：<http://www.icrc.org/ihl>] [……]

这一规定涉及指定居所。它构成法律的特别规定 (*lex specialis*)，在决定我们面对的法律问题时，我们必须援引之。它所禁止的必须禁止，即便一般规定表面上的解释是允许之；它所允许的必须被允许，即便一般规定表面上的解释是禁止之[……]。确实，对“修正命令”以及依据之签发的各个命令作一研究发现，命令的制定者考虑了《公约》第78条的规定，并在作出“命令”以及依据之签发各个命令时有相应行为。被申请人因此没有寻求强制转移或驱逐任何领土内的居民。被申请人的行为在“指定居所”的框架中（依据《日内瓦第四公约》第78条）。因此，我们看不出有理由分析《日内瓦第四公约》第49条的适用范围，该条禁止强制转移或驱逐。无论如何，我们认为没有必要考虑批评申请人提出了关于本院裁定的，正如好几个判决所反映，主要的一个判决是“阿贝德·艾尔·阿普诉西岸的以色列国防军指挥官” (HCJ785/87)，关于《日内瓦第四公约》第49条的解释。我们将把这个事项留到日后解决。

18. 《日内瓦第四公约》第78条没有涉及强制转移或驱逐。它全面、充分地规定了指定居所与拘禁被保护之人。这一规定与《日内瓦第四公约》的其他几条规定（第41条、第42条与第43条）还讨论了指定居所与拘禁。依据《日内瓦第四公约》第78条，军事指挥官指定一个受保护之人从一个地方到另一个地方居住是合法行为，这不构成对国际人道法所保护的人权的违反。事实上，《日内瓦第四公约》第78条不仅构成保护受到指定居住之人的人权的渊源，也构成限制这一权利的渊源。由此可见，《日内瓦第四公约》第78条规定的措施是占领国的可以“最多”采取的措施。

军事指挥官行使关于指定居所的权力的条件

19. 《日内瓦第四公约》第78条规定了如果希望对受公约保护之人实施指定居所，军事指挥官必须遵循的几个条件（主观与客观条件）。我们不需要为了我们面对的申请考虑所有这些条件。例如，《日内瓦第四公约》第78条规定了一些客观条件，即必须规定行使这一权力的常规程序；这一程序应包括上诉权；指定居所的决定将受到定期审查，如有可能，每6个月审查一次。在我们面前的这些案件中，这些规定均得以确认，并不是我们考虑的对象。我们要增加的是，依据《日内瓦第四公约》第78条，居所受到指定的人“应当享有本公约第39条之全部利益”。在口头辩论的过程中，被申请人的律师通知我们，如果案件的情况是被申请人受公约第39条施加义务的约束，他将履行这些义务。关于《日内瓦第四

公约》第78条规定的条件，向我们提出了两项主张。提出的第一项主张是《日内瓦第四公约》第78条指在处于交战占领状态下的领土内的指定居所。这个规定不适用于领土之外的指定居所。申请人指出，他们被要求从朱迪亚—撒马利亚地区转移到加沙地带居住，这超出了领土范围。因此，《日内瓦第四公约》第78条的适用前提未能满足。申请人进一步指出，在这种情况下，《日内瓦第四公约》第49条的规定应当适用，依据之，禁止驱逐申请人。第二项主张乃是关于军事指挥官依据第78条的规定在行使他的权限时可以考虑的事实。依据这一主张，军事指挥官可以考虑该居民造成的危险与通过对他指定居所阻止的危险（阻止因素）。军事指挥官可以不考虑威慑他人的因素（威慑因素）。让我们逐一考虑这些主张。

在处于交战占领之下的领土内指定居所

20. 各方均同意，《日内瓦第四公约》第78条允许指定居所，只要新的居所与原居所均位于处于交战占领之下的领土内。因此，《日内瓦第四公约》第78条不适用于将受保护之人转移至领土外。对此，皮克泰在其对《日内瓦第四公约》第78条的评注中讨论如下：

“有关的受保护之人因此只能扣留或居住在占领国国界以内的地方。”（J.S. 皮克泰，《评注：〈关于战时保护平民的日内瓦第四公约〉》，1958，第368页）。

有主张提出，将申请人从朱迪亚—撒马利亚地区指定到加沙地带居住——这超出了领土范围。

21. 这一主张很有趣。依据此主张，朱迪亚—撒马利亚地区是从约旦那里征服的，然后被哈希姆王国兼并（这违反了国际法），后者一直统治至“六日战争”。与此相反，加沙地带是从埃及征服来的，并一直保有至“六日战争”，没有被埃及兼并。因此，我们拥有两块受制于两个不同的军事指挥官统治的领土，它们都处于交战占领的状态下，这两位指挥官不能发布涉及另一块领土的命令。依据这一主张，这两个军事指挥官的行为代表一个占领国，但这不代表它们属于同一块领土。
22. 这一主张必须被驳回。这两块区域都是巴勒斯坦托管地的一部分。他们受以色列的交战占领。从社会与政治的角度来看，这两个区域应被视为一个整体，军事指挥官在此区域的立法在内容上应完全一致。因此，被申请人的律师提请我们注意《关于西岸与加沙地带的以巴临时协定》，其规定如下：

“双方将视西岸与加沙地带为同一块区域，其完整性与地位受本临时协定保护。”

该协定的第31条第8款重复了这一规定，它确定了朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带之间的“安全通道”。与此相似，虽然这一协定对我们讨论的事项不具有决定意义，但是，它确实表明这两个区域被视为一块领土，同处于以色列的交战占领下。此外，被申请人的律师还向我们指出，“不仅以色列用协调的方式管理这两个区域，巴勒斯坦方面也将这两个区域视为一个整体，这两个区域的领导机构也合并在一起。”确实，《日内瓦第四公约》第78条将指定居所的效力限制在领土内，其深层次目的在于维护领土的社会、语言、文化与政治统一，限制指定外国某一地为居所造成的损害。鉴此，朱迪亚—撒马利亚地区与加沙地带不应被相互视为外国领土，而应被视为同一块领土。在这同一块领土内，有两位军事指挥官，其行为代表同一个占领国。因此，一位军事指挥官有权为受保护之人指定超出其统治区域的居所，另一位军事指挥官有权同意接受保护之人在其管辖范围内居住。结果是《日内瓦第四公约》第78条的规定确实适用于本案。因此，没有理由需要考虑《公约》第49条的规定。

地区指挥官的考虑

23. 本案的主要问题——也是主要主张集中之处——依据《日内瓦第四公约》第78条的规定，占领国可以行使自由裁量权的范围。这一裁量权必须在两个层次上予以考虑：第一个层次——这是我们必须马上考虑的——涉及依据《日内瓦第四公约》第78条的规定，军事指挥官行使其权力时应当考虑的事实因素。另一个层次——这是我们以后要考虑的——涉及在考虑我们面前的每个申请人的案情时，军事指挥官必须考虑之因素的可适用性。
24. 关于第一个层次，各方均接受——这也是我们的观点——依据《日内瓦第四公约》第78条，为一个人指定居所的基本条件是这个人本人对安全构成威胁，为他指定居所有助于阻止危险。因此，行使指定居所的裁量权基于如下考虑，即阻止指定居所的对象制造危险。对一个不构成危险的无辜的人，不能仅仅因为起到威慑他人的目的而为其指定居所。与此相似，一个曾经实施过危害安全行为的人，在他不再产生任何危险的情况下，也不应为他指定居所。因此，如果有一个人从事过恐怖活动，

为他指定居所可以降低其产生的危险，则有可能为其指定居所。对于一个不曾与任何人勾结的家庭成员，以及一个曾有过勾结但现在对地区不产生危险的家庭成员而言，均不应对其指定居所。即便为一个家庭成员指定居所会对其他恐怖分子实施恐怖活动产生威慑作用，也是如此。这一结论是《日内瓦第四公约》关于拘禁与指定居所是占领国所能采取的最为严重与严肃的措施的规定所要求的。（参见：皮克泰，同前注，第257页）。因此，这些措施只有在极端与例外的情况下才能采用。皮克泰说道：

在被占领土，拘禁被保护之人应比在冲突各方的领土内更为例外；因为在前一种情况下，不会出现国籍问题。这就是第78条缘何要求迫切安全原因的理由；没有采取集体措施的问题：每一个案件必须单独判决，必须维持其例外特性。（同前注，第367、368页。）

他还指出，只有对“认为威胁到安全”的人，占领国才能采取指定居所的措施（同前注，第368页）。这一方法——偏离了条约的规定——过去曾被本院所采纳。我们反复指出，行政拘留措施——《日内瓦第四公约》第78条考虑的措施与指定居所——只有在“申请人的行为对区域构成危险”[……]时才能采取之。在一个案件中，巴奇法官指出：

被申请人不应仅仅为威慑他人的目的使用驱逐这种制裁手段。只有在作出驱逐令的人确信驱逐的对象对区域安全构成威胁以及采取该措施对消除这一危险至关重要时，这一命令才是合法的（高等法院，“那斯拉拉诉西岸的以色列国防军”，第271页）。

“修正命令”的解释也暗示着这一结论。从中可以看出，只有在一个人本身构成危险时，才能采取指定居所这一措施。不仅如此，这一结论还是我们犹太与民主价值观所要求的。从我们的犹太传统中，我们学习到“为父者，不应为其子而被处死；为子者，亦不应为其父被处死；一个人只能因其自己的不法行为而被处死（《申命记》24，第16页）“每个人应对其自己的罪行负责，每个人应为其自己的不法行为而被处死”[……]；“每个人应被其自己的不法行为而被捕——而不能因为其他人的不法行为而被捕。[……] 需要注意，指定居所的目的不是惩罚，而是阻止。它不以惩罚被指定居所的人为目的，而旨在阻止他继续成为安全的威胁。沙加玛院长 (Shamgar) 讨论了这一问题，他说：

权力是预防性的，即着眼未来，除非为阻止预期危险所必要，否则不得行使；除非军事指挥官有证据表明申请人在未来将成为威胁，

除非采取的旨在限制其行为的措施能实质性阻止他将产生之损害，否则不得行使这一权力 [……]。

25. 为指定居所提供正当居所的危险程度是什么？可能性是多少？答案是，任何危险的程度都不足够。考虑到这一措施的特殊性质，通常只有在如下情况下才能行使之：存在行政证据——即便是法庭无法采纳的证据——这些证据能清楚、确凿表明，如果不采取指定居所的措施，他将领土的安全构成真实危险（参见皮克泰，第258页，以及他给出的例子[……]）。另外，与其他措施一样，指定居所措施的行使也必须符合比例性。“必须有一个客观关系——确当的相对性或比例性——在个人被禁止的行为与政府采取的措施之间。” [……] 在阻止被指定居所者造成危险的目的与如果不对其采取措施会产生的危险之间，必须存在适当的关系[……]；采取的措施所造成的损害必须是较轻的；指定居所的措施与其带来的确保地区安全的利益之间，通常需要符合比例性要求 [……]。

26. 在比例性的框架下，我们应当考虑另外两个事项，沙加玛院长在一个涉及行政拘留朱迪亚—撒马利亚地区居民的案件中指出：

拘禁的目的是阻止与挫败因被拘禁人可能实施某种行为而对安全造成的危险，且不能通过常规法律措施（如刑事程序）或者（从结果角度来看）更加宽松的行政措施来阻止（出于从过去的行为预知未来危险的目的） [……]。

这些论述与指定居所事项也有关系。因此，在每个案件中，均应审视提起刑事指控是否能阻止指定居所旨在阻止的危险。另外，指定居所的措施——如《日内瓦第四公约》第78条所讨论的——通常不及拘禁严厉。这一事项必须在每个案件中依据其实体问题以及皮克泰论述的精神加以考虑，其论述如下：

拘禁更加严厉，因为它通常意味着与其他被拘禁者一起生活在拘留营中。不应忘记，“指定居所”与“拘禁”这两个术语在不同国家的法律中的解释不尽相同。一般的规则是，指定居所是一个不及拘禁严厉的措施（同前注，第256页）。

27. 在作出指定居所的决定时，军事指挥官可以考虑威慑他人的因素吗？如我们所见，指定居所这一措施的目的在于：如果不对这个人指定居所、不通过对其指定居所来威慑他，其本身将构成危险。因此，军事指挥官

不应仅仅为威慑他人而采取指定居所的措施。尽管如此，如果一个人对安全构成危险为指定居所提供了正当依据，仅仅涉及是否应行使该权力这一问题时，军事指挥官考虑到威慑他人的因素并不构成瑕疵。因此，在指定居所与拘禁之间进行选择时，可以考虑这一因素。该方法在人本身构成危险这个本质条件——指定居所旨在阻止这一危险——与保护领土安全的本质需要之间保持了平衡。这与《日内瓦第四公约》的方法完全一致，后者将指定居所视为保护领土安全的合法机制。这是以色列国及其领土面临的严峻现实所要求的，因为非人道“人体炸弹”现象肆虐该区域。

28. [……] 这些规定给予军事指挥官广泛的自由裁量权。他必须决定是否有关决定性的安全原因——或迫切的安全原因——从而为指定居所提供正当依据。在讨论这一问题是，皮克泰说：

似乎不可能以更加具体的方式定义“国家安全”。因此，留给国家很大的空间来决定有关行为是否损害国家的内部或外部安全，从而为拘禁或指定居所提供正当依据（同前注，第257页）。

需要注意，军事指挥官需要考虑的不仅仅是“军事”原因（参见，例如，《日内瓦第四公约》第5条、第16条、第18条、第53条、第55条、第83条与第143条）。《日内瓦第四公约》第78条将原因种类扩展至“安全原因”（参见，例如，《日内瓦第四公约》第9条、第42条、第62条、第63条、第64条与第74条）。确实，《日内瓦第四公约》在“迫切的安全原因”与“迫切的军事原因”之间作出了区分。安全原因的概念要广于军事原因的概念。

29. 军事指挥官签发指定居所命令时享有的自由裁量权是广泛的。军事指挥官必须在本判决确定的条件与《日内瓦第四公约》第78条以及“修正命令”规定的框架下行使自由裁量权。例如，军事指挥官不应为一个没有参与危害国家安全活动、并不构成任何危险的无辜之人指定居所，即便军事指挥官认为这么做是安全的决定性原因所必须的。如果一个人曾经参与危害国家安全的行为，但不再构成危险，也不应对其指定居所。事实上，有意利用《日内瓦第四公约》第78条规定的军事指挥官，其行为必须在该条规定的限定要素的框架之中。这些限定要素创造了一个“区域”情况——类似“合理性区域”——在此区域内军事指挥官可以采取行动。他不能偏离这些要素。

30. 在高等法院审理案件时，最高法院对军事指挥官行使的自由裁量权进行了司法审查。[……]在进行司法审查时，我们没有将自己视为安全事项的专家。我们没有用自己的安全考虑来代替军事指挥官的安全考虑。在安全事项进行的方式方面，我们没有表明任何立场[……]。

必须承认，“国家安全”并不是阻止司法审查的“魔力词汇”[……]。我们不会仅仅因为指挥官的决定系基于重要的安全事项而放弃依《日内瓦第四公约》第78条行使审查权。我们将考虑军事指挥官裁量权的合法性，以及依据适用于本案的相关规范，他的决定是否处于“合理区域”[……]。

从一般到具体

阿姆塔萨·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里 (HCJ7019/02)

31. 阿姆塔萨·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里（一位年龄为34的未婚女性）是恐怖分子艾哈迈德·阿里·阿朱里的姐妹。很多恐怖活动都归责于她的兄弟哈迈德·阿里·阿尤，包括派遣人体爆炸，其责任包括在特拉维夫中心车站造成5人死亡、多人受伤的恐怖袭击。上诉委员会（格登 (Gordon) 是主席）在2002年8月12日的判决中认定——以提交的享有保密特权的证据以及安全机构成员的证言为基础——申请人直接并实质性协助了其兄弟的不法行为，这些行为旨在侵害无辜公民。上诉委员会确定（超出了作结论的基础），她知道其兄弟的被禁行为——包括以色列安全部队通缉的行为——她还知道其兄弟在准备爆炸物时受伤，初步证据还显示她知道其兄弟参加武装、并在公寓中藏匿来复枪。此外，判决还认定，申请人协助其兄弟制造自杀性爆炸物。上诉委员会指出，享有保密特权的证据“可信、最新”，以此为基础，可以发现申请人确实协助其兄弟从事不法行为。遂作出判决：这是一个“直接、实质性协助准备爆炸物的案件，毫无疑问，[申请人]知晓这种协助产生的重大负面意义。”无可否认，申请人在上诉委员会前作证，指出她没有参与、也没有协助其兄弟，但是上诉委员会拒绝了这一证言，认为这不可信，并指出：“在她的整个作证过程中，我们发现她虚假、含糊其词的故事完全不合理；很清楚，她希望用任何可能的方式使自己与其兄弟的行为划清界限，她的故事留给我们一个清晰的印象，即有人在隐藏什么，这一印象与从享有保密特权的证据得出的她参与准备爆炸物的确凿信息结合在一起。”因此，上诉委员会驳回了上诉。需要指出，被申请人在回答中——并获得

宣誓陈述书所支持——指出，申请人协助其兄弟从事恐怖活动，其中包括协助制作爆炸物”——而且不仅仅是一个爆炸物。

32. 我们觉得，在申请人的这个案例中，被申请人的决定是以《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”为基础的。申请人的行为是严重的，给国家安全造成的危险是真实存在的。例如，申请人准备了不止一个爆炸物。申请人提出，她并不知晓其兄弟的行为。上诉委员会拒绝接受这一说法，我们不会干涉上诉委员会对事实的认定。申请人的行为十分严重，对地区安全构成重大威胁，远远超过了《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”所要求的最低限度。确实，对申请人予以指定居所是合理的措施——在比例性要求的框架内——以降低她在未来造成的危险。我们询问国家检察官，为什么没有对申请人提起刑事指控。答案是，缺乏可用于刑事审判的证据，因为针对她的证据是享有保密特权的，无法在刑事审判中使用。我们认为，这是一个令人满意的答案。不可否认，申请人受到了行政拘禁（2002年10月结束）。然而，已经考虑延长的可能性。我们认为，在这个特殊案件中，应由被申请人在行政拘禁与指定居所之间作出选择，如果他决定结束行政拘禁并以指定居所替代之，我们没有理由干涉其决定。即便被申请人的决定是基于普遍威慑的考虑，他也有权考虑。

克帕·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里 (HCJ7015/02中的第一申请人)

33. 克帕·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里（以下简称第一申请人）（38岁）已婚，有3个孩子。他是申请人的兄弟。他的兄弟哈迈德·阿里·阿朱里是一名恐怖分子，并从事了严重的恐怖活动（正如我们所见）。第一申请人在我们面前承认，在警察讯问中（2002年7月23日），他知晓其兄弟阿里·阿吉瑞因“涉及爆炸”被以色列安全部队通缉，并在准备爆炸的过程中受伤。在讯问中，第一申请人说由于遭到通缉，其兄弟不再造访他家；他还说，其兄弟携带手枪、并拥有两支攻击性来复枪。后来，在一次讯问中（2002年7月31日），他承认他知晓其兄弟从属于一个军事组织、并参与“爆炸事项”。他还说，他看见其兄弟在家中地板下藏匿武器，他有这个房间（即恐怖组织滞留及准备爆炸物的房间）钥匙。甚至有一次，在从房间拿床垫的时候，他发现了两袋爆炸物，其中的一袋有电线突出。另外一次，在接受警察讯问时，第一申请人说，当其兄弟和组织的其他成员在将它们拥有的爆炸物从房间转移到汽车上时，他担当望风的角色。还有一次——第一申请人告诉讯问的警察——他看见其兄弟和另一个人

在公寓的一个房间内为一个将要实施自杀性爆炸者录像，他们前面的桌子上放着一部古兰经。在讯问中，第一申请人说，他给其兄弟的组织带了食物。[……]

36. 我们认为，在第一申请人的案件中，被申请人的决定没有瑕疵。第一申请人协助其兄弟、并深陷其兄弟实施的严重恐怖活动之中，正像上诉委员会所确定的，我们不想干涉对事实认定。我们认为，第一申请人尤其严重的行为是担当望风的角色，在将爆炸物从他居住的地方——也是他拿床垫的地方——转移到他们使用的汽车上时，他卷入此角色，旨在为其兄弟提供警报。由于实施了这一行为，第一申请人因而深陷其兄弟从事的严重恐怖活动之中，因此，他对地区安全造成真实危险、具有合理性的可能。在这里，我们也讯问了被申请人的律师，为什么没有对第一申请人予以刑事指控，得到的回答是不具现实性。对第一申请人指定居所，这确实是阻止其产生危险的合乎比例性的措施，因为该申请人的行为远远超过《日内瓦第四公约》第78条规定的最低限度。所以，被申请人有权将普遍威慑作为考虑因素，并选择指定居所而不是行政拘禁。我们没有理由干涉被申请人的决定。

阿贝德·阿纳森·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德 (HCJ7015/02中的第二申请人)

37. 阿贝德·阿纳森·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德 (以下简称第二申请人) (35岁) 已婚，有5个孩子。他是恐怖分子纳森·阿丁·阿斯德 (Nasser A-Din Asida) 的兄弟。他的兄弟因从事广泛的恐怖活动而被通缉，其中包括对1998年在依撒 (Yitzhar) 两名以色列人被害负责，并对两次对伊玛纽尔 (Immanuel) 市的恐怖袭击负责，在这两次袭击中，有19名以色列人遇害，多人受伤。警察讯问了第二申请人。在讯问中 (2002年7月28日)，第二申请人承认，他知晓其兄弟因在依撒从事恐怖袭击而被通缉。第二申请人说，当其兄弟来他家时，他给后者提供了食物与干净的衣服，但是没有允许他借宿。他甚至说，他曾几次将其私有汽车借给其兄弟使用，尽管并不知道后者使用汽车的目的。他还指出，由于担心以色列安全部队在汽车里暗杀其兄弟，他不再将汽车借给后者使用。还有一次，他驾车带其被通缉的兄弟去色奇 (Shechem) (即纳布卢斯)，虽然第二申请人仍不知晓这次旅途的目的。第二申请人还说，他看见其兄弟携带了来复枪。还有一次，他帮助了另一个受通缉的人——他的姐夫。当后者造访他家时，第二申请人给他提供了食物、水与干净的衣服，甚至借车给他，还驾车带其去过几次色奇。尽管第二申请人声称，他并不知道汽

车的用途，也不知道色奇之旅的目的，但是他告诉警察，当其兄弟在准备爆炸物时受伤时，他曾驾车带其去医院；还有一次，为送另一位在准备爆炸物时受伤的人去医院，他曾借车给其兄弟；与此同时，在讯问中，第二申请人声称他不知晓他们受伤的具体情况。

38. 在提交上诉委员会的证据中，第二申请人确认，他知晓其兄弟被通缉。他作证指出，他曾驾车带其兄弟，但没有借车给后者。他还指出，他看见其兄弟携带武器，并想在后者短暂造访时给其提供食物，但没来得及。上诉委员会裁定（2002年8月12日），第二申请人确实知晓其兄弟的行为及其携带武器的事实，并与后者有密切联系，包括——在他家——为后者提供干净的衣服与食品。上诉委员会认定，第二申请人不仅驾车带其兄弟，而且将其汽车借给其兄弟及另一受通缉人员使用。上诉委员会指出，“我们并不是在处理轻微违法行为”，但同时指出，“[第二申请人]与其兄弟之间的联系及其对后者的实质性协助不及[第一申请人]严重。”上诉委员会还认为，在此背景下，“出于这一时期的比例性要求，我们要求地区指挥官注意到他的个人行为不及[第一申请人]严重这一事实。”
39. 我们认为，没有理由对第二申请人予指定居所。不可否认，该申请人知晓其兄弟的严重恐怖行为。但是，这不足以对其实施指定居所。他协助其兄弟的实际行为没有达到《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”规定的最低危险限度。他的行为所涉及的程度还没有到对地区安全造成真实危险的程度，只有构成真实危险，才能对之指定居所。该申请人主张——上诉委员会没有反对——他不知道其兄弟借用汽车的目的，而且第二申请人也不知晓在驾车带其兄弟时，后者的目的是什么。应当指出，我们认为，第二申请人的行为——即使偏离了紧密的家庭关系——是不恰当的。恰恰是家庭成员给予恐怖分子的协助使后者逃脱了安全部队的通缉，并得以实施了他们的计划。但是，指定居所的机制是在特殊情况下使用的严厉措施。只有在不实施指定居所，便可预见地区安全将遭受真实危险时，方能采用之。（比较“撒拉奇拉诉朱迪亚—撒马利亚地区的以色列国防军司令”（HCJ2630/90）[33]）我们认为，第二申请人的情况不属于这一类型。在我们看来，第二申请人给地区安全造成的危险还没有达到采取指定居所的程度。似乎上诉委员会也意识到这一问题，所以它考虑缩短采取指定居所措施时间的可能性。不可否认，我们准备接受这样的观点，即对第二申请人指定居所可能会威慑其他人。但

是，在《日内瓦第四公约》第78条与“修正命令”规定的情况不存在时，不能使用这一考量——只有在超出采取指定居所的程度以后，才能考虑之。

结 论

40. 在下结论之前，我们想作两点总结。第一，我们已经尽力解释《日内瓦第四公约》第78条。依据所有被接受的解释方法，我们试图给予其一种含义，该含义能满足以色列所面临的新状况。我们怀疑《日内瓦第四公约》第78条的起草者是否会预见被保护之人与恐怖分子及“人体炸弹”合作。这一新情况要求对《日内瓦第四公约》第78条采取灵活的解释方法，以使其适应新情况。
41. 第二，以色列正经历一个困难时期。恐惧正在侵袭其居民。人的生命正受到践踏。数以百计的人被谋杀，数以千计的人受伤。朱迪亚—撒马利亚地区的阿拉伯人也遭受到无法忍受的折磨。国家试图依据在其有约束力的国际法以及国内法的框架下实施合法的行动。结果是，并非每一种有效措施都是合法措施。确实，约束力在与恐怖主义进行一场艰难的战争。这是一场在法律内实施、并用法律允许的工具进行的战争。著名的谚语“战争之下，法律噤声”（*inter arma silen leges*——西塞罗，*pro. Milone* 11；同时参见：W. Rehnquist, *All Laws but One*, 1998, 第218页）并不反映、也不应反映法律。阿特金（Atkin）勋爵在“利佛赛德诉安德森案”（*Liversidge v. Anderson*）[37]第361页中有明确表述，他指出：

在英国，法律在战争中并不保持沉默。它们也许有所改变，但是，在战争中，它们使用与和平时一样的语言。这向来是我们为之战斗的自由的支柱与原则之一，法官阻止行政机关对臣民自由的侵犯，确保任何强制行为均是合法的。

结果是：我们拒绝了HCJ7019/02与HCJ7015/02的申请，因为涉及到第一申请人。关于HCJ7015/02中的第二申请人，我们作出说明理由的命令。[……]

讨 论

1. 西岸是否发生了武装冲突（朱迪亚—撒马利亚地区）？你是否同意这是警察行动而非武装斗争？这一分类对我们的案件是否有影响？如果不是武装斗争，指定居所是否构成非法？在这种情况下，国际人道法是否予以适用？（比较《日内瓦第四公约》第2条与第6条第3款）

2. 被申请人提出,《海牙公约》关于交战占领的规定适用于该领土,而《日内瓦第四公约》有关规定不适用,这一主张是否可以采信?(比较《日内瓦第四公约》第2条与《海牙公约》第42条)
3. 对申请人指定居所的程序是否符合《日内瓦第四公约》第78条的规定?即便是在他们无法获得针对他们的证据的情况下?
4. 《日内瓦第四公约》第78条是否是第49条的特别法?占领国能否因此将被保护之人指定到被占领土外居住?在其自己的领土内呢?在另一块被占领土内呢?高等法院的观点如何?你的观点呢?第49条与第78条调整的是否不是两个不同的事项?为了遵守国际人道法,一个措施是否无须同时符合这两条的规定?
5. (1) 加沙地带与西岸是否位于同一块被占领土内?哪些因素支持这一理解,哪些因素反对这一理解?依据《日内瓦第四公约》的宗旨及目的,是否可以接受加沙地带是一块独立的被占领土的观点?为了和平谈判的目的呢?(比较《日内瓦第四公约》第2条、第47条与第78条。)
- (2) 加沙(或者更确切的说是不再由以色列军队控制的加沙地区)是否仍处于被占状态,尽管其已处于巴勒斯坦当局的有效控制下?高等法院观点如何?你的观点呢?依据高等法院的观点,如果它不再是被占领土,那么,对申请人指定居所是否合法?(比较《日内瓦第四公约》第6条、第78条;《海牙章程》第42条。)
- (3) 以色列军事指挥官如何确保《日内瓦第四公约》第39条在他控制之外的加沙地区得到遵守?
6. (1) 为惩罚被保护之人过去的行为,是否可以对他或她指定居所?为了阻止他或她对占领国安全造成威胁呢?为了威慑他或她呢?为了威慑其他人呢?(比较《日内瓦第四公约》第33条第1款与第78条。)
- (2) 当决定对一个被保护之人采取措施时,是否可以考虑拘禁或指定居所的威慑效果?在这两种措施之间作选择时呢?(比较《日内瓦第四公约》第33条第1款与第78条。)
- (3) 指定居所是否为刑事起诉的附带措施?如果关于过去罪行的证据在法院不具可采性,是否可以指定居所?(比较《日内瓦第四公约》第71条、第72条与第78条。)
7. (1) 你是否能解释为什么阿姆塔萨·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里制作爆炸物的证据不能在刑事审判中出示?克帕·穆罕默德·艾哈迈德·阿朱里知晓其兄弟的恐怖活动及担当望风角色,为什么会认为据此对其刑事指控“[……]不可行”(比较判决的第36段)?它们在未来各自会产生什么危险?(比较《日内瓦第四公约》第31条、第71条、第72条与第78条。)
- (2) 阿贝德·阿纳森·穆斯塔法·艾哈迈德·阿斯德在未来会产生什么危险?他与其他两位申请人之间有什么区别吗?在评估他对未来造成的危险时,他过去卷入恐怖行动的严重度是否需要考虑?(比较《日内瓦第四公约》第78条。)

案例116 以色列，从杰宁后送尸体

[同时参见“防御墙行动”：联合国，A/ES-10/186，依据联大决议ES-10/10 (杰宁报告) 秘书长贮备的报告，2002年7月30日，<http://www.um.org/peace/jenin>]

案 例

[资料来源：“从杰宁后送尸体——最高法院行使高等法院审判职能作出的判决，2002年4月14日，可访问<http://www.court.gov.il>]

从杰宁后送尸体

最高法院

行使高等法院审判职能作出的判决

2002年4月14日

H.C. 3114/02

穆罕默德·巴拉克 [以色列议会议员]

诉

**国防部长本杰明·本·艾利赛、以色列国防军总参谋长舒尔·莫法兹
杰宁地区的以色列国防军指挥官**

H.C. 3115/02

艾哈迈德·提毕 [以色列议会议员]

诉

**总理阿里埃勒·沙龙、国防部长本杰明·本·艾利赛
以色列国防军总参谋长舒尔·莫法兹、中央司令区指挥官依茨查克·艾坦**

H.C. 3116/02

**阿达哈——以色列的阿拉伯少数民族权利法律中心
教会——法律——巴勒斯坦保卫人权组织**

诉

西岸地区的以色列国防军指挥官

**最高法院行使高等法院审判职能
巴拉克院长，或法官与贝尼斯奇法官**

判决

巴拉克院长

1. 最近，朱迪亚—撒马利亚地区发生了战斗行动（“防御墙行动”）。展开这次行动（2002年3月29日）是政府的决定，其目的是摧毁巴勒斯坦恐怖

组织的基础设施、防止经常侵扰以色列的恐怖袭击再次出现。在这次行动的框架下，以色列国防军进入（2002年4月3日）杰宁市区域以及邻近的难民营。依据布拉斯（Blass）先生（被申请人的律师）向我们提供的信息，大规模的用于恐怖活动的基础设施已经在杰宁市与难民营中建立起来（布拉斯先生使用善意的措辞“巴勒斯坦军事基础设施”）。有超过23个自杀性爆炸者出自这一地区，占已发生的自杀性爆炸事件的四分之一（包括发生移交期间的海法玛撒（Matza）餐厅的袭击和耶路撒冷斯巴罗（Sbarro）餐厅的袭击；本亚米那（Benyamina）火车站的袭击；莫斯莫（Mosmos）枢纽的公交车袭击与邻近军队基地80的枢纽袭击）。

2. 当以色列国防军进入难民营时，他们发现相当大比例的房屋是空的。平民主要在难民营中心。当以色列国防军到达时，他们要求居民走出房间。依据转交给我们的材料，这一要求直到2002年4月7日夜才有回应。在那一刻，约有一百人离开营房。为逮捕恐怖分子及缴获武器与爆炸物，以色列国防军进行挨家挨户的战斗行动。采用这一方法的一个原因是避免造成平民大规模伤亡。发生了小规模的战斗。后来才发现，空房子已经成为设下的陷阱。战斗的结果是，23名我方士兵牺牲。经过几天挨家挨户的战斗，部队控制了难民营。依据被申请人律师的指称，经过发出撤离房屋令的阶段后，推土机在战斗过程中摧毁了房屋，一些巴勒斯坦人丧生。
3. 巴勒斯坦人的尸体仍然在难民营中。直到以色列国防军完全控制难民营，否则，不可能后送尸体。控制了难民营后，开始搜寻进程。在此过程中，巴勒斯坦人在难民营附近散布的爆炸装置被拆卸并被移走。到这些申请被送达时，发现了37具尸体。有8具尸体交给巴勒斯坦方面；26具尸体尚未后送。
4. 我们面对的3个申请是，要求我们命令被申请人不要定位、后送杰宁难民营中的巴勒斯坦人的尸体。另外，申请要求我们命令被申请人不要焚毁一个约旦山谷墓地中被认定为恐怖分子的巴勒斯坦人的尸体。申请人要求将定位、收集尸体的任务交给医疗队与红十字的代表。此外，他们要求允许死者的家庭成员为死者进行及时、适当和体面的埋葬。
5. [……] 本院院长决定签发临时命令，禁止从被埋地点后送巴勒斯坦人的尸体，直到听审。[……]
7. 作为出发点的原则是：依据本案的情况，定位、辨识、后送与掩埋尸体的责任属于被申请人。依据国际法，这是他们的责任。被申请人接受这

一立场，并依此指导其行动。在此立场的框架下——集合了团队，包括炸弹工作小组、医疗代表与其他专业人士。这些团队将给尸体定位。他们将加速辨识进程。他们将在一个中心点后送尸体。在回答我们的问题时，布拉斯先生说，被申请人愿意将红十字的代表吸纳到不同团队中去。另外，作为一个积极的观点，他们愿意考虑——鉴于不断变化的情况，须依据军事指挥官的决定——让一名红新月的代表参与定位与辨识进程。我们建议，应当让一名红新月的代表参与进程，当然这受制于军事指挥官的决定。被申请人还接受，在定位与后送阶段后，让能提供帮助的当地代表参与辨识进程。对以色列国防军方面而言，辨识活动将包括依据标准程序的照相、记录等。出于尊重死者以及确保行动部队安全的考虑，这些活动应尽快完成。申请人也接受这些原则。

8. 辨识过程结束后，开始掩埋阶段。被申请人的立场是，掩埋应由巴勒斯坦方面以一种及时的方式进行。当然，迅速的完成任务需要被申请人与巴勒斯坦方面达成一致。如果巴勒斯坦方面不立刻掩埋尸体，就必须考虑由被申请人迅速掩埋尸体的可能性——考虑到这一局面是对安全的妥协。不用说，被申请人的立场是，如果由被申请人进行这样的埋葬，则应当以一种合适、体面的方式进行。这里，在定位尸体事项上将不会有分歧，在武装恐怖分子的尸体与平民尸体之间也不会有分歧。申请人接受该立场。
9. 实际上，在当事人之间并没有真正分歧。尸体的定位、辨识与埋葬是非常重要的入道行为，这是从尊重死者的原则推演而得的。尊重所有死者。这是我们作为犹太国家与民主国家存在的基础。被申请人宣布，他们的行为是依据此态度的；在我们看来，他们的态度是合适的。这就是说：为了防止谣言，在尸体定位阶段就让红新月的代表参与进来是合适的。在尸体辨识阶段，让当地巴勒斯坦当局参与进来也是合适的——被申请人也接受这一观点。最后，——这甚至就是被申请人最初的立场——埋葬尸体应由当地的巴勒斯坦当局依据宗教习俗体面完成。所有这些行为应尽可能及时完成。在这一点上，各方当事人意见一致。不用说，上述所有均须受制于该地的安全情况以及军事指挥官的判断。
10. 在入道事项上，达成谅解与安排确实可以经常实现。尊重死者对于我们所有人都是很重要的，因为人类是按照上帝的模样被创造出来的。所有当事人均希望尽快完成尸体的定位、辨识与埋葬进程。在定位与后送阶段之后，被申请人愿意在辨识阶段邀请红十字代表参与其中（受制于

军事指挥官的特别命令)。所有各方均同意, 埋葬应以宗教习俗体面的完成。

11. 申请人提出, 在难民营中发生了大屠杀。对此, 被申请人予以最强烈反对。在杰宁发生了战斗——我们许多士兵在战斗中牺牲。部队进行了挨家挨户的战斗, 但是没有使用空袭, 其目的就在于最大限度减少平民伤亡。23名以色列国防军士兵以身殉职, 几十名士兵受伤。申请人没有承担他们应承担的举证责任。大屠杀是一件事情; 艰难的战斗是另一回事。申请人在我们面前多次重复, 他们不想隐瞒什么, 也没有什么可以隐瞒。我们已达成的务实安排体现了这一立场。
12. 这些申请的当事人能相互理解是件好事。这种理解非常理想。它尊敬生者、亦尊敬死者。布拉斯先生告诉我们, 在所有的行动中, 军方首席律师都是军方的顾问。这是应该的。即便在战斗时刻, 也必须遵守适用于战斗的法律。即便在战斗时刻, 也必须尽一切力量保护平民[……]。显然, 本院在战斗进行的方式问题上将不会表明立场。只要士兵的生命处于危险之中, 就应由指挥官作出决定。在我们面对的案件中, 没有人主张已经达成的安排会危及士兵的生命。也没有主张认为签发临时命令会给士兵造成危险。与此相反, 我们已经达成的安排是对各方均有益处的安排。

考虑到上文详述的安排, 各方均能接受驳回申请。

2002年4月14日判决

讨 论

1. 你如何为发生在杰宁的敌对行为定性? 这是国际性还是非国际性武装冲突? 在确定适用的人道法时, 杰宁位于巴勒斯坦被占领土还是巴勒斯坦自治领土是否关键? 在这种情况下《日内瓦第四公约》是否适用? 即便以色列宣布对于其签署的《日内瓦第四公约》, 它只事实上适用其中的人道规定?
2. 摧毁房屋是否符合国际人道法? 如果房屋是设下的陷阱呢? 如果有可疑因素呢? 如果摧毁房屋将造成平民伤亡的可能性很高呢? 作为对巴勒斯坦人在杰宁制造自杀性爆炸的报复行为呢? (比较, 《海牙章程》第23条第7款与第50条; 《日内瓦第四公约》第33条、第53条与第147条。)
3. (1) 哪些国际人道法规定涉及死者的辨识、遣返与埋葬? (比较《日内瓦第一公约》第15条第1款、第16条与第17条; 《日内瓦第二公约》第18条第1款与第20条; 《日内瓦第三公约》第120条; 《日内瓦第四公约》第130条, 《第一附加议定

书》第17条第2款、第32条、第33条第4款和第34条。) 这些条款中是否有一部分可以适用于本案? 如果不能, 为什么? 如果可以, 哪些条款可以适用? 以哪一种资格? 其中一部分是否有习惯法的价值?

- (2) 如果前述规定不能适用, 为什么法院认为, “定位、辨识、后送与掩埋尸体的责任属于被申请人”, 为什么依据“国际法规则”存在这样的义务(比较第7段)? 法院此处援引的是哪些国际法规则? 前述规则是否是以色列接受适用的“人道规定”? 在国际人道法中有没有“非人道”规定?(同时参见**案例114**, 以色列, 关于驱逐令案, 第1247页。)
- (3) 平民团体, 尤其是“巴勒斯坦红新月”参与这些活动是否为强制性的? 还是选择性的? 在本案中为什么是必要的?
- (4) 红十字国际委员会参与这些活动是否为强制性的? 还是选择性的? 红十字国际委员会的职权是什么? 关于武装期间的死亡人员, 它是否能扮演一定角色? 这不是冲突各方的主要任务吗? 红十字国际委员会是否不论如何都可以提供服务?(《日内瓦第四公约》第10条、第140条与第143条。)
- (5) 以色列与巴勒斯坦当局之间的协议是否至关重要? 在这些情况下的建议呢? 军方是否可因安全原因终结这些协议, 正如法院似乎想说的那样? 基于同样原因, 他们是否依据“国际法规则”可以停止履行其义务?

案例117， 以色列， 拉法案**案 例**

[资料来源：“人权医生诉加沙地带的以色列国防军指挥官”，HCJ4764/04，最高法院行使高等法院职能，2004年5月30日]

HCJ4764/04**人权医生等****诉****加沙地带的以色列国防军指挥官****最高法院行使高等法院职能****[2004年5月30日]****A. 巴拉克院长，J·图克尔法官，D·贝尼斯奇法官****向行使高等法院职能的最高法院提出申请 [……]****判 决****A. 巴拉克院长**

依据国际人道法，以色列在当前的拉法军事行动中是否履行了义务？这是我们面对的问题。

背 景

1. 自2004年5月18日以来，在加沙地带的拉法地区发生了战斗行为。[……] 依据被申请人的观点，这些战斗范围广泛，其对象是该地区恐怖组织的基础设施。他们的中心目标是找出用来从拉法的埃及一面向巴勒斯坦一面走私武器的地下通道。此外，军事行动的目的还包括逮捕被通缉的恐怖分子并找出拉法地区武器的藏匿处。以色列国防军遇到了爆炸与开枪射击。[……]
3. 拉法市有数个邻近区域。绝大部分军事行动发生在特拉阿苏坦 (Tel A-Sultan) 区域。以色列国防军也进入了巴西 (Brazil) 区域。在进入这两个区域的间隔期间，申请被递交至法院 (2004年5月20日)。第二天 (2004年5月21日) 便传出以色列国防军从这两个区域撤出的消息。不过，这些区域仍被以色列国防军保卫与控制。[……]

5. 借鉴以前相似行动的经验，以色列国防军采取三个步骤以应付可能产生的人道问题。第一，建立“人道热线”。热线的作用是为行动区域外的组织提供联系。例如，人权组织可以通过热线联系，从而可以迅速解决具体的人道问题。第二，建立地区合作办公室（“DCO”）。DCO的作用是与巴勒斯坦卫生部、红新月与国际红十字以及当地医院保持持续联系。DCO由莫德查 (Mordecha) 上校领导，可以解决因行动产生的人道问题。第三，每个营都设置了合作办公室的联络官员。联络官员将解决人道问题，如后送巴勒斯坦的伤亡人员。[……]

申 请

7. 申请人是四个人权组织。他们指出，军事行动给拉法的平民造成了伤害——房屋被拆毁、平民遭受伤害。申请要求以色列国防军允许医疗队与救护车后送拉法的伤员，并且这样的后送不需要与热线合作，还要求医疗队不得受到威胁或伤害，以及允许将医疗设备运送到拉法。申请进一步要求在特拉阿苏坦区域恢复水电供应，要求以色列国防军允许在该区域为居民提供食品与医药，并要求允许第一申请人的一个医疗队进入加沙地带评估那里的医疗情况。最后，申请人要求完全调查炮击抗议人群造成不少居民遇害的事件。另外，申请人要求禁止炮击平民，即便在他们中间混有对生命不造成即刻威胁的武装战斗员的情况下。

司法审查

13. “以色列不是孤岛。她是国际社会的一员”（“亚辛诉克兹特 (Kziot) 军营指挥官”，HCJ 5592/02）。以色列国防军的军事行动并非在法律真空内进行。有法律规范——包括习惯国际法与以色列缔结的条约，以及以色列法律的基本原则——调整军事行动。在“阿曼迪 (Almandi) 诉国防部长案” (HCJ3451/02) 中，我指出：
14. 以色列发现，她正在与恐怖主义浪潮做艰难斗争、以色列正在行使自卫权。参见《联合国宪章》第51条。这个战斗并不是在规范真空中进行的。它是依据国际法进行的，因为国际法提供了战斗行为的原则与规则。谚语“大炮隆隆时，缪斯也沉默”是不正确的。西塞罗的格言——战争期间，法律噤声——不能反映当代现实。这一方法的基础不仅是政治与规范现实的务实结果。它有更深层次的根基。它表现了一个民主国家为其生命而战斗，是不同于恐怖分子的进攻的。国家以法律及维护法律的名义而战。恐怖分子与法律作战，实施违法行为。所以，与恐怖主

义作战也是法律在向其违反者作战。[……] 另外，以色列是建立在犹太与民主的价值观之上的。我们建立了一个维护法律的国家，它实现其国家目标、世代的理想，同时维护人权、保障人的尊严。在这些——理想与法律——之间只有和谐，没有冲突。

确实，以色列国防军的行动是受制于国际法的。例如，在“巴拉克诉国防部长案”(HCJ3114/02)中，我指出：“即使在战斗中，也必须遵守战争法。即便在战斗中也必须尽全力保护平民。”

15. 本院的司法审查基本上是溯及既往的。申请是在行为发生之后提出的。有时，从行为发生到本院对该行为进行审查，已经过去了相当长的时间。但是，本案不是这种情况。申请人没有要求我们审查已经结束的军事行动的法律意义。申请的目的是指导目前的军事行动。这是事前审查，是在军事行动正在进行时的审查。这就为本院施加了一定的限制。[……] 当前的申请是独特的，因为它要求我们在军事行动正在进行时，在以色列国防军士兵正在面对战斗的危险时展开审查。因此，作如下强调是合适的：
16. 显然，关于战斗正在进行的方式，本院将不表明立场。只要士兵的生命处于危险中，这些决定就应由指挥官作出。在我们面前的这个案件中，没有主张认为我们已经达成的安排威胁到士兵的生命。[……]
17. [……] 我们假定从军事角度看，拉法的军事行动是必要的。我们面前的问题仅仅是这些军事行动是否符合国际法与国内法。军事行动在军事上的必要性并不自动表明他们满足了法律要求。当然，关于军事事项，我们不会代替军事指挥官的角色，不会用我们的自由裁量代替他的自由裁量。那是他的专长。我们审查他的决定的法律意义，这是我们的专长。[……]

规范框架

19. 以色列国防军在拉法的军事行动对平民的影响受1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》[以下简称《海牙公约》]与1949年《关于战时保护平民的日内瓦公约》[以下简称《日内瓦第四公约》]支配。此外，它们还受以色列行政法原则支配。[……] 依据这些原则，以色列国防军的行为必须完整（既包括实体也包括程序）、合理、符合比例性，并在个人自由与公共利益之间保持平衡。[……]

21. 为实现我们的目的，战时适用的国际人道法的中心禁止令是：平民“之人身、荣誉、家庭权利、宗教信仰与仪式、风俗与习惯，在一切情形下均应予以尊重。无论何时，被保护人均须受人道待遇，并应受保护，特别是使其免受一切暴行，或暴行的威胁。”（《日内瓦第四公约》第27段。同时参见《海牙公约》第46条）。[……]

本禁止令的基本前提是认可人的重要性、其生命的神圣性与其自由的价值（比较《基本法：人类尊严与自由》，第1段；J.S. 皮克泰，《述评：关于战时保护平民的日内瓦第四公约》，第199页（1958））。不能伤害他的生命，必须保护他的尊严。不过，这个基本义务并不是绝对的。它受制于“对被保护人得采取由于战争而有必要之管制及安全之措施”（参见《日内瓦第四公约》第27条）。这些措施不应“影响到相关人员的基本权利。”（参见：皮克泰，第207页）。这些措施必须符合比例性（参见：弗莱克（Fleck），第220页）。军事行动是针对恐怖分子与敌对战斗员的，而不针对平民（参见：弗莱克，第212页）。当平民进入战斗区域（这时常发生）——尤其是当恐怖分子将平民当作“人体盾牌”时——必须竭尽全力维护当地平民的尊严。军事指挥官有双重义务。首先，他们必须对可能造成平民伤亡的军事行动保持克制。这是消极义务。其次，他们必须采取所有必要措施确保平民安全。这是积极义务（参见：弗莱克，第212页）。在考虑时间与地点的情况下，这两项义务——有时并不容易区分——应当合理、成比例性的执行。

23. 与涉及战时平民尊严的这一中心禁止令一起，国际人道法还施加了数项具体义务。这些义务并未超出基本原则，而仅仅构成原则的具体表述。在我们这个案例中，需要注意两项相关义务。

24.

1. 食物与医疗供应：“占领国负有保证居民之食物与医疗供应品之义务；如占领地资源不足时，尤应运入必需之食物、医疗物资及其他物品。”（《日内瓦第四公约》第55条；皮克泰，第300页）。应允许红十字与其他人道组织提供食物与医疗供应品（《日内瓦第四公约》第59条）。必须允许此等物资自由通过（同时参见前注，第23条）。当然，可以检查装运物资，以确保他们用于人道目的（参见前注，第59条）。[……]
3. 医疗供给：保证并维持医疗与医院设置与服务（《日内瓦第四公约》第56条）。从事搜寻伤病平民之人员，均应受尊重（前注，第20

条)。红十字与红新月会应能按照国际红十字大会所定之红十字原则进行活动(前注,第63条)。

4. 从一般到特别 [……]

水

27. 申请人指出, 坦克开进特拉阿苏坦区域, 破坏了供水设施, 所以整个拉法的供水被破坏。[……] 申请人要求我们命令被申请人恢复特拉阿苏坦区域的供水。在口头辩论中, 莫德查上校确认, 特拉阿苏坦区域的水井确实遭到破坏。由于担心敌对行为, 巴勒斯坦维修组不愿意进入特拉阿苏坦区域, 维修工作因而受到拖延。后来, 在莫德查上校的倡议下, 红十字会进入该区域, 修好了绝大部分水井。在仍没有自来水的地方, 如拉阿苏坦区域, 军方允许运水车进入。当前, 特拉阿苏坦区域有5辆运水车, 居民可以无困难地去取水。当莫德查上校正向我们解释情况时, 他得到报告, 又有6辆运水车进入该区域, 并随即向我们报告。[……] 当前, 拉法的所有邻近区域均有自来水供应。[……]
29. 确保战斗区域的水供应是军事指挥官的责任。这不仅包括确保不损害水资源, 也包括在缺水时承担供水的积极义务。必须竭尽全力确保水供应, 必须以适当的速度维修供水设备。如果没有自来水供应, 应允许供水车进入。如莫德查上校通知我们, 这些问题已经得到解决。当然, 军队在未来应当借鉴这里的经验。[……]

电

31. 申请人提出, 拉法邻近区域没有电。无法联系特拉阿苏坦区域, 整个城市均没有电。他们要求我们命令被申请人恢复受影响地区的供电。[……] 以色列国防军——与拉法市政府合作——正在努力修复供电系统。修复工作需要时间, 因为工人在寻找问题时常常有困难。另外, 在维修现场发生战斗使得重建电网十分困难。当前, 拉法的大部分地区有电, 将竭尽全力确保整个地区恢复供电。有鉴于此, 我们相信, 关于此事项, 本院没有必要签发额外命令。[……]

医疗设备与药品

33. 申请人主张, 特拉阿苏坦区域的医院严重缺乏药品、医疗设备, 血库告急。这一地区虽然位于战斗区之外, 却是以色列国防军的控制区域。医疗品缺乏的情况由医院报告给道秦 (Dochin) 教授, 他是第一申请人的成

员(人权医生)。第一申请人准备了一辆满载药品、绷带与捐献血液的车辆。车辆等在艾雷斯(Erez)口岸外, 没有被允许进入加沙地带。申请人要求我们命令被申请人允许为特拉阿苏坦区域的居民提供药品。他们还要求我们命令被申请人允许运送医疗设备的车辆在拉法和外部的医院, 以及在克汉尤尼斯(Khan Younis)与加沙市之间自由通行。在书面回答中, 莫德查上校说, 药品与医疗设备正被允许运往拉法地区。医疗设备的转移没有受到阻碍。为了使从运送医疗设备的卡车从埃及进入加沙地带, 开放了因战争而关闭的拉法国际边界。莫德查上校还说, 进入战斗区的入口是艾雷斯口岸。从这里输入的医疗设备将被立刻送往目的地, 只要没有以色列平民伴随, 这是因为担心他们被扣为人质。[……]

35. 确保战斗区有足够的医疗设备是军事指挥官的责任。这无疑是他对士兵的义务; 同时也是他对其控制之下的平民的义务。在准备军事行动的框架时, 该事项——这是始终应期待的——必须得到考虑。因此, 必须预先审查当地医疗体系以及当地医院在战斗时提供合理医疗服务的能力。必须预先准备医疗设备以防短缺; 必须允许不同来源供给医疗设备以防短缺; 应在尽可能的范围内与当地医疗机构保持联系。这是军事指挥官的义务, 得到来自外部的援助并不能使他免责(比较《日内瓦第四公约》第60条)。然而, 外部援助很可能有利于在事实上完成此义务。现在看来, 问题正接近得到解决, 我们认为没有必要从本院获得额外的救济。

食物

36. 申请人提出, 随着军事行动的开始, 拉法邻近地区实施了全面的宵禁与封锁。依据特定时间战斗发生的地点, 这些措施时而实施, 时而暂时取消。在特拉阿苏坦区域, 自2004年5月18日以来, 战斗一直在持续。到现在为止, 宵禁已持续了3天, 该地区居民因此与外部世界隔离开来。他们正遭受水短缺(参见上文第14段)、药品短缺(参见上文第17段)及食品短缺。在拉法的4个邻近地区, 既没有牛奶也没有基本食品。以色列国防军拒绝与其他邻近区域联系——联系可以解决问题。申请人要求我们命令被申请人允许为特拉阿苏坦区域的居民提供食品供应。在回答中, 莫德查上校提到, 每当一次宵禁开始时, 标准程序是, 允许储存自宵禁开始后72小时的食物。在这种情况下, 以色列国防军允许红十字会准备的满载食品的卡车在48小时内进入该区域。在区域的不同部分均设有食品站, 向居民发放食品。为此目的, 以色列国防军与拉法市长以及巴勒斯坦当局的部长进行了联系。白天, 还允许额外的装载食品的卡车

进入。来自外部的供应食物的要求均被批准，并迅速开始实施。同样适用于牛奶供应。依据莫德查上校的观点，当前已经没有食物短缺。他强调，即便是在军事行动开始前，联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 就被允许将其仓库储满食品。[……]

38. 在规范层面上，只要通过战争控制了一个地区，军事指挥官就必须为处于其控制之下的居民提供营养需要，此乃规则。这一义务的具体事项当然取决于当前的战斗状况。不过，战斗导致处于军队控制下的当地居民发生饥荒是被禁止的。[……] 在实际层面上，看来食品问题已经得到解决。不过，我们必须再一次指出，与药品问题一样，平民的食品问题必须构成军事行动前预先计划的一部分。以色列国防军承担全部责任。当然，以色列国防军很可能会受到国际组织，如红十字会与联合国难民救济及工程局的协助。但是，后者的行动，并不能使实际控制该区域的军队免于其对所控制平民承担的责任（比较《日内瓦第四公约》第60条）。[……]

后送伤亡人员

40. 申请人提出，自军事行动开始后，从拉法到克汉尤尼斯的道路被双向封闭。那天早上，从拉法到克汉尤尼斯后送伤亡人员的救护车没能返回拉法，因此，伤员仍留在阿那贾 (A-Najar) 医院。那个医院没有设备与能力同时收治数十名伤员。由于道路被封闭，许多伤员的生命处于危险状态。另外，从位于拉法的阿那贾医院后送伤员到拉法以外的医院需要满足以下条件，即必须提供伤员的姓名与身份号码以及计划承担后送伤员任务的救护车的许可证号。虽然提供救护车许可证的要求可能被满足——尽管很困难——但是，提供伤员的姓名与身份号码的要求不可能得以满足。这是因为许多伤员已经昏迷，他们的身份不得而知。这样一来，救护车便无法后送身份不明的伤亡人员。另外，更多试图进入特拉阿苏坦区域的救护车因以色列国防军正在此区域进行后送行动而被阻止。有一次，甚至发生了枪击红十字会救护车的事件。申请人要求我们命令被申请人不要伤害或威胁从事后送伤亡人员的医疗队或平民。他们还要求，为了将拉法的伤员后送至医院，应允许医疗队与巴勒斯坦的救护车到达伤员所在的地方。最后，他们要求我们命令被申请人允许救护车从拉法的医院转移伤员至加沙地带的其他医院，而无须事先批准或提供伤员的身份。[……]

42. [……] 莫德查上校宣布，允许救护车与医疗队进入拉法后送伤亡人员。后送工作由红十字与红新月会官员、巴勒斯坦民事联络办公室、多位联合国难民救济及工程局官员、多位巴勒斯坦官员以及以联系热线的以色列人权组织合作进行。[……] 关于辨识救护车与伤员身份的要求，莫德查上校提到，[……] 这些要求系基于以下原因：确保巴勒斯坦医疗队确实是在转移伤员，以及车辆确实是救护车、而非用于其他目的的车辆。过去的经验表明，巴勒斯坦恐怖分子曾经将救护车用于恐怖活动，包括运送巴勒斯坦武装人员，从一个区域向另一个区域走私武器。[……] 莫德查上校还指出，每个营都附有一位合作办公室的官员。他主要的职责之一就是与救护车队联系，确保有序后送伤员。在军事行动期间，有80余辆救护车从加沙地带北部进入南部的拉法。只要与之合作，以色列国防军允许所有救护车自由通行。检查救护车——以确保被禁武器从一个地区转移到另一个地区——只需要几分钟就可以完成。后送伤员不因是否提供其姓名与身份号码而受到影响。那些身份不明的伤员也正在被后送。[……] 莫德查上校提到，关于后送伤员至拉法以外的地方，已经有40余辆救护车离开拉法向北驶去。对于每一辆要求离开的救护车，均允许其离开。所有的要求全部是关于路线的协调。至于枪击救护车的事件，莫德查上校强调那不是故意的。[……] “救护车逾越了界限”——莫德查上校在我们面前宣布。[……] 如果出现了一个例外，那么很遗憾。救护车司机与DCO官员之间有无无线联系，这得以维持正在作战的部队与救护车之间的正常联系。当一辆救护车因路上的土堆无法通行时，为能调来一辆推土车移走障碍——在协调之后——所能做的全部做了。[……]
44. 关于规范框架，尚没有取得一致。在战斗行为持续期间，军方应当尽最大可能——受制于战斗的当前状况——允许后送本地的受伤居民。关于这个事项，多纳 (Dorner) 法官两年前在“人权医生诉西岸的以色列国防军指挥官案” (HCJ2936/02) 中就已经作出裁决。
45. [……] 我们的战斗部队被要求遵守关于照顾伤员、病员与尊重死者尸体的人道法规则。医疗人员滥用其在医院与救护车中的地位使以色列国防军有必要采取行动阻止这些行为，但是，这一事实本身并不能为全面违反人道规则提供正当依据。确实，这也是以色列国家的立场。这一立场不仅是国际法规则（这是申请人主张的基础）所要求的，也是以色列作为一个犹太国家与民主国家所要求的。[……]

在我们看来，救护车从往来拉法的通行似乎进展恰当。通过以色列国防军——经由DCO的官员——与救护车司机的联系以及其他手段，这才成为可能。这种联系是恰当的，并实际运作良好。另外，救护车可自由往来该地区。以色列国防军要求提供救护车的许可证号是合理的。转移伤员不应因是否提供他们的名字与身份号码而有变化。然而，假定收到这些数据不是向战斗区域外运输的条件，并不会造成运输不合理的拖延，我们认为，在这些数据可以获得的情况下，努力获得这些数据没有瑕疵。枪击救护车的个案只是例外。我们已经确认，禁止这样的行为是清晰和无可置疑的。因此，在我们看来，就涉及的事项而言，申请已经得到满足。

埋葬死者

46. 申请人的律师坚持，在拉法的阿那贾医院里有37具尸体，他们是在以色列国防军行动中遇害的居民。由于军方的限制，不可能埋葬他们。在给我们的回答中，莫德查上校指出，就军方而言，没有限制在墓地埋葬死者。就他所知，这些墓地位于特拉阿苏坦区域以外，所以，应尽快埋葬。在申请人的回答中，他们指出，由于军队包围了特拉阿苏坦区域，并不允许死者亲属参加，所以无法举行葬礼。莫德查上校承认这是事实。[……]
48. 我们对这一回答不满意。我们注意到，这一问题必须迅速解决。因此，例如，我们讯问为什么亲属(是全部，还是部分)不被允许参加葬礼。莫德查上校许诺将给我答复。我们于2004年5月23日收到一份新的声明。这份声明说，莫德查上校代表被申请人通知我们，被申请人已经决定(2004年5月21日)允许相当数量的所有遇害者的家庭成员离开特拉阿苏坦区域，以参加葬礼。这一建议被巴勒斯坦人拒绝。这份声明还指出，被申请人在同一天还建议(2004年5月21日)，作为友好姿态，允许每个家庭有两辆汽车离开特拉阿苏坦区域，以便参加其亲属的葬礼。这一建议也被巴勒斯坦人拒绝。作为友好姿态，星期六(2004年5月22日)，被申请人准备应红十字会的要求，允许所有死者的家属离开区参见葬礼，并没有人数限制，只要不是所有葬礼都在同一时间举行。巴勒斯坦人也拒绝了这一建议。星期天(2004年5月23日)，被申请人宣布，作为一个友好姿态，经与巴勒斯坦当局协调，准备允许几辆客车离开该区域以使死者亲属参加葬礼。被申请人提出，巴勒斯坦人已经开始组织运送死者亲属离开特拉阿苏坦区域参加葬礼所需的客车。被申请人当前的声

明 (2004年5月25日) 通知我们, 由于巴勒斯坦人的反对, 组织所需客车运送亲属参加葬礼的努力没有取得成功。被申请人进一步指出, 同一天 (2004年5月24日), 在以色列国防军撤离特拉阿苏坦区域后, 举行了22场葬礼, 没有阻止居住在特拉阿苏坦区域的亲属参加, 因为以色列国防军没有封锁该区域与举行葬礼地点间的交通。[……]

50. 在2004年5月24日的回答中, 被申请人报告, 经与拉法市市长讨论, 拉法的居民确实拒绝了以色列国防军的建议, 这很大程度上限制了死者亲属参加葬礼。居民更愿意在宵禁取消后再举行葬礼, 以确保能诵读为死者进行的祈祷, 并能为哀悼者建立临时建筑, 从而使他们能依伊斯兰法律接待前来安慰他们的人。我们得到进一步通知, 拉法市市长已经宣布, 在特拉阿苏坦区域关闭后, 拉法的居民已经开始为23名死者组织大规模葬礼。葬礼将在下午开始, 因为死者数量多, 预计将一直持续到傍晚。[……]

52. 埋葬死者的问题得到了解决。然而, 从这一事件中可以得到经验教训。我们的假定是: 《日内瓦第四公约》第27条载明的基本原则, 即必须尊重当地居民的尊严, 不仅包括活着的当地居民, 也包括死者。[……] 人类尊严既包括生者的尊严, 也包括死者的尊严。以色列法律同样适用。[……] 军事指挥官有义务寻找并定位尸体。[……] 尸体被发现后, 他有义务确保他们能得到有尊严的埋葬。在“巴拉克”(Barake) 案中 (此案关于军事行动期间军事指挥官对尸体的义务), 我们宣布:

53. 我们的出发点是: 在此情况下, 被申请人负责定位、辨识、后送与埋葬尸体。这是国际法赋予他们的义务。被申请人认可这一立场。定位、辨识与埋葬尸体是重要的人道行为。它们是尊重死者原则的直接后果。它们对我们作为一个犹太与民主国家是至关重要的。被申请人宣布, 他们的行为符合这一方法, 在我们看来, 这一态度是恰当的。确实, 在人道事项上达成一致通常是可能的。尊重死者对于我们所有人都是重要的, 因为人是按照上帝的模样创造出来的。各方当事人均希望尽快完成定位、辨识与埋葬过程。被申请人同意, 在定位与后送阶段后的辨识过程, 邀请红十字会与当地政府 (受制于军事指挥官的具体决定) 参与其中。各方均同意, 应及时依据宗教习俗体面的进行埋葬。前注, 第15页。

在本案中, 军方试图依据这些原则来行动。死者的身份被辨识后, 被转移至阿那贾医院。红十字会与红新月会参与了这两个阶段。这里的问题涉及埋葬。被申请人显然准备埋葬死者, 但它相信通过将尸体转移至阿

那贾医院，已经履行了这一义务。事实情况不是这样。被申请人的义务是确保死者被埋葬得有尊严。为此，他必须与当地政府协商，在后者的职权范围内，寻找履行此义务的体面方式。从提交给我们的信息中可以清楚看出，主要难题是关于死者亲属的参与问题。[……] 关于这一进程的不同阶段，必须制定清晰的程序。当然，如果到那天结束时，死者仍在阿那贾医院，他们的亲属仍拒绝埋葬他们，不应强迫他们这么做。无论如何，应当尽力在此事项上达成协议。

炮击示威者

54. 申请人提出，2004年5月19日（星期三），数以千计来自拉法的巴勒斯坦人参加一个安静的非暴力游行。他们向特拉阿苏坦区域的方向前进。一些参与者是武装人员，并带有面具。示威者包括男女老幼。在他们正在前进时，有三四辆坦克向他们开火，还有直升机向他们发射了两枚导弹。据示威者的报告，炮火来自特拉阿苏坦观察哨站的方向，该哨站由以色列国防军把守。射向示威者的炮火造成8名平民丧生。伤亡人员中约有一半是未成年人。申请人要求我们命令军事警察调查局全面调查该事件。他们同时要求我们命令被申请人禁止炮击或向平民集会开枪，即便其中有武装人员，只要他们不对生命立刻构成威胁。[……]
56. 被申请人通知我们，立即开始初步调查。调查发现，在坦克向一个废弃的建筑物开火时发生了不幸事故，8位巴勒斯坦人被炮弹碎片击中并丧命。其中一个人是伊斯兰杰哈德组织的武装人员。其余7个受害者完全是无辜平民。调查强调，拉法有许多武器，包括穿甲武器。此外强调，过去恐怖分子经常利用平民作掩护攻击以色列国防军。还担心示威者爬上内载士兵的装甲车。示威是在战斗区域发生的。在示威者中有武装人员。在与示威者的初步谈判中，试图要求停止游行。但这一努力无果而终。随后，使用了路障。但还是失败了，游行继续前进。这时，才决定向废弃的建筑物发射空子弹。
57. [……] 被申请人还解释了以色列国防军开火的规则，还涉及平民聚会的情况、并结合防止伤及无辜的法律与道德立场。然而，他强调，在一个有稠密平民居住的地区，这是一个对部队构成积极战事与危险的情况，当时，战斗员没有将自己与平民区别开来，而是隐藏在人群中。故意用平民当作人体盾牌违反了基本的战斗规则，已构成战争罪。

58. [……] 在此阶段，在缺乏事实的情况下，我们只能重复：军队必须尽可能谨慎，以避免伤害平民民众，即便是反对军队的平民。必要的预防措施，显然依据境况而定，如对平民与士兵构成的危险。[……]

未来

66. 依据国际法的人道原则，军事行动应当满足以下条件：第一，上至司令，下至新兵，都必须学习、并领会行动规则。[……] 第二，应当制定程序，以执行这些规则，并将之在战斗中付诸实践。审查正在拉法战斗的军队的行为，正如申请人向我们详细阐述的那样——除了提交我们的资料，我们别无他物——与两年前的局势相比，已经有所进展。[……] 这是关于执行确保水、医疗设备、药品与食物供应、后送伤员、埋葬死者的义务的案例。这也是关于军队的准备并设计程序以允许完成人道义务的案例。建立人道热线与DCO，以及在每个营设立DCO的联络官员，非常有利于执行人道原则。[……]
68. 在我们讨论的关于领会人道法的框架内，我们强调，军事指挥官的义务不仅仅是阻止军队伤害当地居民的生命与尊严（“消极义务”：参见前文第11段）。他还有“积极”义务（第11段）。他必须保护当地居民的生命与尊严。[……] 必须使军事指挥官在思想上认识到这是属于他的义务，他的工作是从一开始就采取各种措施，以使他能够完成其在战场上的义务。[……]
72. 在结束申请的辩论时，我们命令该地区的军方人员确保他们不仅解决申请人提出的问题，还要考虑到依事物本质将来可能发生的新问题。所以，裁定由莫德查上校指定一位高级官员与申请人保持直接联系。在事件发展到目前这个阶段，这本应是必需之举。主要的事情是，为吸取事件的经验教训，现在就必须采取行动。[……]
76. 结果是：申请人提出的7项申请中，有6项得到准许。第七项要求——第一申请人的以色列医生进入该地区，尤其是阿那贾医院——被决绝，是因为医生会面临危险。在该事项上，必须满足被申请人提议的条件——已经被申请人拒绝——非以色列医生（不论是否来自加沙地带、朱迪亚—撒马利亚地区、以色列，还是世界其他任何地方）将被允许进入该地区。[……]

讨 论

1. 你如何给2004年5月18日至24日发生在拉法的战斗行为定性？国际人道法的什么规定涵盖这一类型的战斗行为？你是否同意法院对所适用公约的评估？（第19段）
2. 你如何看待军事行动开始前的预防性措施，比如“人道热线”？它们在多大程度上使以色列履行了占领国的义务？
3. (1) 以色列关于水供应的义务是什么？这些义务是否受到遵守？依据申请人的观点呢？被申请人呢？法院呢？你的观点呢？（比较《日内瓦第四公约》第56条与第60条；《第一附加议定书》第14条第1款、第54条与第69条。）
(2) 关于电力供应呢？
4. 军事指挥官是否履行了其供应医疗设备与药品的义务？如果没有，法院是否应下令提供额外救济？为什么本案不是这样呢？（比较《日内瓦第四公约》第55条、第57条与第69条；《第一附加议定书》第14条与第69条。）
5. 你如何看待法院关于食品发放的判决？被申请人是否履行了国际人道法的义务？（比较《日内瓦第四公约》第55条、第56条与第60条；《第一附加议定书》第14条。）
6. (1) 依据申请人所表述的事实，对后送伤员施加的限制违反了《日内瓦公约》的什么规定？（比较《日内瓦第四公约》第17条；《第一附加议定书》第21–31条。）
(2) 你认为被申请人所描述的限制是否有正当依据？考虑到巴勒斯坦部队以前滥用医疗站的事实呢？
7. 依据国际人道法，被申请人对死者的义务是什么？由于本案终结时，死者已经或即将依据其宗教信仰的方式被埋葬，即便当事人并没有达成一致，这是否意味着该事项得到了解决？法院还能做些什么？（比较《日内瓦第四公约》第130条；《第一附加议定书》第34条。）
8. 以色列国防军在炮击游行人群时是否遵守了国际人道法（第54段）？炮击与大批平民邻近的废弃建筑物是否违反了国际人道法？进攻是否有一个明确的军事目标？如果有，可期待的军事利益如何与平民死亡相平衡？一个武装人员的死亡是否能改变平衡？

二、国际社会的立场

[同时参见文件106，红十字国际委员会关于近东地区的呼吁[C.12月5日在《日内瓦第四公约》缔约方大会上的声明，第1152页。]

案例118 联合国，关于尊重《日内瓦第四公约》的决议和会议

案 例

1. 联合国安理会第681(1990)号决议

[资料来源：联合国，安理会第681号决议，1990年12月20日，可访问：<http://www.un.org>]

安全理事会，[……]

收到了秘书长根据1990年10月12日到672(1990)号决议提出的关于设法确保以色列占领下巴勒斯坦平民的安全与保护的报告，特别注意到报告的第20至26段，[……]

严重关切自1967年以来以色列占领的包括耶路撒冷在内的所有巴勒斯坦领土内局势的危险恶化，以及以色列境内的暴力事件和日益紧张的局势，[……]

- (2) 对以色列拒绝其1990年10月12日第672 (1990) 号和1990年10月24日第673 (1990) 号两项决议表示严重关切；
- (3) 对占领国以色列政府决定恢复将被占领领土内巴勒斯坦平民驱逐出境表示遗憾；
- (4) 促请以色列政府接受1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》在法律上适用于自1967年以来被以色列占领的所有领土，并严格遵守该《公约》的各项规定；
- (5) 要求上述《公约》的缔约国根据《公约》第1条的规定，确保占领国以色列尊重其按照该《公约》承担的各项义务；
- (6) 请秘书长与红十字国际委员会合作，进一步研究秘书长报告内关于召开上述《公约》的缔约国会议、讨论各缔约国根据《公约》可以采取何种措施的想法，并为此目的邀请各缔约国就该想法可以如何促进《公约》

的目标以及就其他有关事项提出意见。并就这个问题向安全理事会提出报告；[……]

2. 联合国大会第ES-10/2号决议

[资料来源：联合国文件A/RES/ES-10/2(1997年5月5日)；不包括脚注；可参见<http://www.un.org>]

大会决议

[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.1 和Add.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和 其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

大会，

意识到在大会1997年3月13日第51/223号决议通过之后，占领国以色列于1997年3月18日开始在东耶路撒冷以南阿布古奈姆山地区建筑新定居点，和以色列在耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土进行的其他非法行动，[……]

还重申1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》和1907年《第四项海牙公约》附件载列的条例适用于包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土，以及自1967年以来被以色列占领的所有其他阿拉伯领土，

回顾《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》缔约国有义务按照该公约第1条的规定，在所有情况下尊重该公约并确保该公约得到尊重，

认识到持续侵犯和严重违反该《公约》所引起的严重危险和因此产生的责任，

深信确保尊重条约和国际法其他渊源是维持国际和平与安全必不可少的条件；并决心按照《联合国宪章》的序言，创造适当环境，俾克维持正义，尊重由条约与国际法其他渊源而起之义务，

还深信在这方面，占领国以色列屡次违反国际法以及不遵守安全理事会和大会有关决议和双方达成的各项协定，会破坏中东和平进程并且对国际和平与安全构成威胁，

日益关注武装以色列定居者在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土的行动，

认识到在这种情况下大会应该根据其1950年11月3日第377(V)号决议审议该局势，以期向联合国会员国提出适当建议，[……]

- (5) 还要求以色列接受1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》在法律上适用于自1967年以来被占领的所有领土，以及按照《联合国宪章》遵守安全理事会各项有关决议；[……]
- (7) 呼吁对以色列在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内的非法活动，尤其是定居活动，停止提供一切形式的援助和支持；
- (8) 建议《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》缔约国在国家一级或区域一级采取措施履行该公约第1条规定的义务，确保占领国以色列尊重该公约；[……]

3. 联合国大会第ES-10/3号决议

[资料来源：联合国，A/RES/ES-10/3, 1997年7月15日，可访问<http://www.un.org>]

大会决议

[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.2/Rev.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和 其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

大会，

赞赏地收到秘书长的报告，[A/ES-10/6;S/1997/494和Add.1,可访问<http://www.un.org>]，[……]

重申其1997年4月25日ES-10/2号决议，[可访问<http://www.un.org>]，

从秘书长的报告获悉，除其他外，截至1997年6月20日，以色列政府尚未放弃在阿布古奈姆山建筑新定居点，违反安全理事会关于此事的决议的定居活动，包括扩大现有定居点建筑旁道和没收邻接定居点的土地以及有关活动，继续在被占领巴勒斯坦领土全境不断进行，而且以色列总理及该国政府其他代表仍然不接受要求停止这种活动的ES-10/2号决议的规定，

意识到鉴于秘书长的报告所述的以色列政府的立场，大会应再次审议该局势，以期按照大会1950年11月3日第377A(V)号决议向联合国会员国作出其他适当建议，[可访问<http://www.un.org>]，

- (1) 谴责以色列政府不遵守大会第十届紧急特别会议ES-10/2号决议的要求；[……]

- (6) 建议会员国积极阻止直接帮助在包括耶路撒冷在内被占领巴勒斯坦领土的任何建筑或发展以色列定居点的活动，因为这种活动违反国际法；
- (7) 要求占领国以色列就在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土的非法定居点生产或制造的货物向会员国提供必要资料；
- (8) 强调所有会员国为确保其作为会员国所享有的权利和利益，均应忠诚地履行依照联合国宪章的规定所承担的义务；
- (9) 强调一贯违反和严重侵犯1949年8月12日《关于战时保护平民的日内瓦公约》而引起的责任，包括个人责任；
- (10) 建议《关于战时保护平民的日内瓦公约》的缔约国举行会议，审议在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内履行《公约》的措施，按照共同条款第1条确保其受到尊重，并请秘书长在三个月内就此事提出报告；[……]

4. 联合国秘书长报告

[资料来源：联合国，A/ES-10/16与S/1997/798，1997年10月14日；可访问<http://www.un.org>]

以色列在被占领的东耶路撒冷和 其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

秘书长依照大会ES-10/3号决议提交的报告

(1) 导言

- (a) 本报告是依照1997年7月15日大会第十届紧急特别会议通过的ES-10/3号决议提交的。[……]
- (b) 为履行我提交报告的职责，1997年7月31日，我向瑞士常驻联合国观察团发出一份普通照会，请瑞士政府以《关于战时保护平民的日内瓦公约》保存国身份，在适当时候向我提供必要的资料。

(2) 瑞士政府提供的资料

- (c) 1997年10月7日，瑞士政府向我转交以下资料：
“针对秘书长的照会，瑞士政府向《日内瓦第四公约》的188个缔约国征求了意见。向各缔约国发出的照会特别指出：

‘《第四公约》缔约国在考虑向其提出的建议之后，有责任决定希望如何采取后续行动。作为保存国瑞士政府希望了解其看法。因此，本大使馆谨请贵部提出意见并请贵部提交有关对 ES-10/3 号决议可能采取何种后续措施的评论，包括有关依建议举行会议和会议可能取得何种成果的评论’。

“到目前为止，已有 53 个公约缔约国对征求其意见的照会发出书面答复。

其意见如下：[接着是各国意见列表，包括：]

- 一个国家表示该国 ‘不反对有关各方的专家举行会议，以讨论目前巴勒斯坦领土人道主义问题的建议’。该国还认为 ‘另一个可能采取的措施……是有关各方向国际实况调查委员会提出呼吁（《1977 年第一号附加议定书》第 90 条）。委员会有能力通过斡旋鼓励恢复对《1949 年公约》采取尊重态度’。在这方面，该国认为 ‘以色列未加入《1977 年第一号附加议定书》这一事实并不妨碍委员会特别解决这个问题’。该国认为， ‘采取这两个措施中的任何一个都是积极步骤，都有助于巴勒斯坦领土人道主义局势的正常化’。[……]
- 一个国家认为， ‘鉴于中东局势微妙’，最好 ‘等待为恢复和平进程正在作出的努力取得进展，尤其是目前正值直接有关各方计划近期举行会议’。
- 一个国家表示希望 ‘尽力与其他国家政府交换意见，以确保在目前阶段举行会议不会使以色列和巴勒斯坦关系更加紧张，不会危及脆弱的已受到突发暴力威胁的和平’。[……]

“同样，阿拉伯国家联盟秘书长的来信表示， ‘所有阿拉伯国家都赞同瑞士政府关于举行这种会议的信件的内容’，在随后的一封信中还表示 ‘阿拉伯国家希望尽快举行这次会议以捍卫巴勒斯坦人民的利益’。

“最后，欧洲联盟理事会主席团表示，作为《日内瓦公约》缔约国的欧洲联盟成员国已 ‘授权主席团转交 15 个成员国有关举行会议的 ES-10/3 号决议第 10 段后续行动的联合答复’。各成员国在联合答复中表示它们 ‘认为除非认真筹备，在目前情况下，近期举行会议可能引起更多的复杂情况’。因此各成员国建议 ‘在举行缔约国会议之前，应探求是否有可能举行受命研究政治和法律状况的专家会议。专家会议还可以研究缔约国会议的更广泛影响’。

“在收到这些集体答复时，保存国为求清楚和准确，表示希望有关国家尽可能单独提出答复。其中一些国家接受了保存国的请求，单独提交了答复，已列入上述 53 个国家，这些答复与这些国家所属机构的答复大体相同。”

5. 联合国大会第ES-10/4号决议

[资料来源：联合国文件A/RES/ES-10/4(1997年11月19日)；不包括脚注；可访问<http://www.un.org>]

大会决议

[未经发交主要委员会而通过 (A/ES-10/L.3 和Add.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和 其余被占领巴勒斯坦领土的非法行为

大会，

收到了秘书长按照其1997年7月15日ES-10/3号决议第10段提交的报告，
[……]

重申ES-10/2和ES-10/3号决议内提出的要求，[……]

获悉秘书长的报告内载有《日内瓦公约》缔约国对瑞士政府以该公约保存国资格发出的照会作出的答复以及《日内瓦公约》许多缔约国通过不结盟国家运动协调局主席，阿拉伯国家联盟秘书长和欧洲联盟理事会主席的来信作出的集体答复，[……]

严重关切中东和平进程不断恶化和达成的协议没有执行，

重申以色列在被占领的东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的一切非法行动，特别是定居活动及其所造成的实际结果，不论岁月消逝多久，均不能得到承认，

回顾大会遵照所有联合国有关决议和宣言，不接受一切形式和表现的恐怖主义，[……]

- (3) 重申它向《关于战时保护平民的日内瓦公约》缔约国提出的建议，请它们在国家一级或区域一级采取措施，履行其根据该公约第1条应负的义务，确保占领国以色列遵守该公约，并重申它向会员国提出的建议，请它们积极阻止有助于在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土内建筑或发展任何以色列定居点的活动，因当这些活动都是违反国际法的；
- (4) 还重申建议《日内瓦公约》缔约国召开一次关于在包括耶路撒冷在内的被占领巴勒斯坦领土执行该公约的措施问题会议，以及确保它依照共同条款第1条受到尊重；
- (5) 建议瑞士政府以《日内瓦公约》保存国资格采取必要的准备步骤，包括召开一次专家会议，以便尽快但最迟在目标日期1998年2月底落实上述建议；

- (6) 请瑞士政府邀请巴勒斯坦解放组织参加上述会议和该次会议的任何筹备步骤；[……]

6. 新闻稿，1998年6月专家会议

[资料来源：联邦外交部，瑞士，日内瓦，1998年6月11日，可访问：<http://www.dfae.admin.ch/eda/e/home/recent/press.html>]

关于《日内瓦第四公约》适用的专家会议

1998年6月9日至11日，在日内瓦附近的萨拉新 (Sarasin) 山庄召开了适用《日内瓦第四公约》的专家会议。会议由瑞士主持，红十字国际委员会会的代表参加。借此机会，瑞士联邦总统弗拉维奥·科蒂 (Flavio Cotti) 会见了代表，并表示支持瑞士政府在这个重要事项上所做的努力。

鉴于联大紧急特别会议的各项决议，作为《日内瓦公约》的保存国，瑞士在与各缔约方，尤其是相关国家及组织进行了广泛协商后，主持召开了这一次会议。

会议是瑞士建议的两项措施的第一部分。第二项措施是到7月初，建议召开《日内瓦公约》缔约方关于《日内瓦第四公约》的问题的专家会议（一般问题，尤其是在被占领土的问题）。预计将于1998年初秋举行。

参加于萨拉新山庄召开的各方同意进行私下讨论，并联合召开这次新闻发布会。

已经提出关于《日内瓦第四公约》的适用这一主要事项。关于《日内瓦第四公约》的执行及其与中东和平进程与安全环境的关系出现了重大的概念性分歧。

讨论坦诚并富有建设意义，是在相互尊重与理解的精神中进行的。以色列与巴勒斯坦代表同意瑞士在会议中提出的关于此事项3个原则：

- 有助于真正促进在现场对国际人道法的尊重；
- 避免国际人道法的政治化；以及
- 支持中东的和平进程

各方交换了关于建立机制的可行性、并采取具体措施执行《日内瓦第四公约》的观点。所有代表团均确认，《日内瓦公约》是国际社会的一个核心价值，必须受到遵守。

为了继续对话——各方同意再次开会，考虑可以推动《日内瓦第四公约》受到尊重的意见与建议。

7. 主席报告，1998年10月专家会议

[资料来源：《日内瓦第四公约》缔约方会议，关于《日内瓦第四公约》的专家会议，日内瓦，1998年10月27日至29日；可访问：<http://eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/49c.html>]

关于《日内瓦第四公约》的专家会议

日内瓦，1998年10月27日至29日

主席报告

一、介绍

1998年10月27日至29日，在日内瓦召开了1949年《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》（《第四公约》）的专家会议。召开会议旨在探讨关于适用《第四公约》的基本问题——一般问题，尤其是在被占领土的问题——，考虑采取措施以克服这些问题，以及审查执行这些措施的必要手段。

《日内瓦第四公约》的118个缔约方以及15个观察员派代表参加了这次会议。红十字国际委员会为代表提供了会议报告。

在与《日内瓦第四公约》缔约方以及与之有密切联系的组织进行了长期磋商以后，瑞士政府主持召开了这次会议。作为一揽子措施中的一部分；我们须记住通过联大紧急特别会议向各缔约方传达的信息。

在开始声明中（见本报告附件），主席指出，在此次会议是否构成联大第ES-10/5号决议第三段所提议的会议的初步步骤这一问题上，有几个代表团表达了不同的观点。他强调，瑞士政府认为，此次会议的举行不应专用于任何特定情势，不应损害缔约方执行联大第ES-10/5号决议或联大未来在此问题上可能作出的建议。确实，缔约方应当评估此次会议的结果，并考虑后续行动的合理性及其模式。在会议进行的过程中，有几个代表团稍后援引了自己在这个问题上的观点和具体例子。另外，还援引了具体地区的情况来解释属于《日内瓦第四公约》适用的一般性问题。在引述这些例子以及其自己的例子时，他们不仅仅简单阐述基本问题，这时，主席打断了他们，提醒他们注意大会规则。主席在开始声明中宣布，这个报告既不提具体情况，也不援引特定地区的情形。

主席还强调，专家会议虽与在1998年1月召开的国际人道法第一次定期会议主题相近，但并不构成定期会议的一部分。专家会议既不是在红十字与红新月运动的框架中召开的，也不是在联合国的赞助下召开的。此外，考虑到支配会议的主要原则，不要求与会者进行选举程序、投票或作出任何决定。

主席通知参会代表团关于巴勒斯坦代表团与南斯拉夫联盟共和国代表团的参会问题，经磋商，达成与1995年红十字与红新月第26届国际会议以及1998年1月国际人道法第一次定期会议相同的决议。

在开始声明中，主席宣读关于巴勒斯坦问题的意见，并发放至所有与会者。应巴勒斯坦代表团的要求并依据与主要相关代表团的协议，主席对包括术语“巴勒斯坦”在内的事项作了澄清。这些澄清附在在报告附件中。

南斯拉夫联盟共和国的声明也发放给代表团。克罗地亚共和国的代表团，前南斯拉夫马其顿共和国、斯洛文尼亚共和国也为与会者准备了声明。这两份声明都在附件中。

会议结束时，主席发表了他对讨论的总结。这份总结——指出了关于适用《日内瓦第四公约》的基本问题——一般问题，在被占领土的特殊问题——，考虑了诸多旨在克服这些问题的可能措施，并分析了执行这些措施所需要的方式。总结是主席对会议的个人说明，对与会代表团并无约束力。

* * * * *

二、主席总结

(一) 辨识出的一般问题

它源自观点的交流与讨论，它不是阻止《日内瓦第四公约》适用的技术性问题，而是关于其适用性的基本政治与法律争议：

- 在今天的武装冲突中，平民之所以苦难深重，常常不仅是因为《日内瓦第四公约》包含的义务没有得到遵守，同时因为对其可适用性及其适用的期间存在政治与法律争议。有关缔约方否认国际性武装冲突的存在（或武装冲突没有超出警察行动或反恐斗争的程度），或对特定领土的法律地位存在争议，或主张公约在诸多事项上缺乏明确性等等都导致这些问题的产生；
- 依据公约第1条，缔约方确保遵守公约规则的义务常常屈服于政治考量；
- 武装冲突各方没能在建立保护区域上达成一致。

(二) 辨识出的对《日内瓦第四公约》的违反

考虑到以上一般问题，下面列出的是与会者辨识出的对《日内瓦第四公约》具体违反。在许多近期的武装冲突中，以及在被占领土，平民不仅成为敌对行为的受害者，而且成为它们的实际目标，这些具体问题因而产生：

在一般的武装冲突中：

- 杀人、酷刑、强奸、掠夺、扣押人质；
- 缺乏正当的安全原因而迁移平民；
- 违反避难者不被驱逐的原则而遣返外国国民，或在非人道条件下监禁他们；
- 侵犯家庭权；
- 拒绝给平民受害者提供人道援助或拒绝宗教人士接近他们，尤其是儿童、妇女、老年人与需要医疗救助者；
- 遣返或驱逐平民，作为种族清洗的一部分；
- 使用杀伤人员地雷来恐吓平民或阻止他们安全返回；
- 破坏医院与宗教场所；
- 没有正当军事理由而破坏财产；
- 破坏环境。

在被占领土：

- 破坏被占领土的经济与社会结构，不尊重当地习俗，用占领国的法律代替以前生效的法律；
- 限制当地人口与外部世界联系，这样会妨碍被占领土的思想、经济与结构发展；
- 破坏文化遗产；
- 既非因平民自身的安全考虑，又无必要的军事考虑而驱逐及迁移平民；
- 肆意拘禁；
- 并非因军事行动的绝对需要而没收及破坏财产；
- 将占领国自己的部分人口转移至被占领土，这构成对领土的渐进兼并；
- 粗暴对待平民或施行暴力，如强奸、酷刑、立即执行死刑以及集体惩罚措施——有时是持续性的。

(三) 缔约方提出旨在解决问题、避免未来违法的主要措施

在辨识了对《日内瓦第四公约》的违反的基础之上，专家会议的与会者分析了可能的解决方法的各个方面，并分析了执行这些方法的适当措施。与会者提出了旨在克服所遇到的问题、并阻止未来违法的一系列具体措施。其中一部分措

施明确要求缔约方竭尽全力保证全面遵守《日内瓦第四公约》（在一般武装冲突中，尤其是在被占领土）。与会者一致同意强调更好执行这些措施的必要性。所讨论的措施如下：

- 确保在任何情况下，武装冲突的各方，包括占领者与被占领土的居民，遵守人道原则以及人类所享有的尊严；
- 认可《日内瓦第四公约》的人道目标，即保护武装冲突期间的平民，以及在占领的情况下，绝不能通过对公约的可适用性予以不当的限制性解释，来危及其人道目标；
- 依据《日内瓦公约》共同第一条，确保在国际性武装冲突与非国际性武装冲突中完全、不加区别地尊重公约；
- 加入关于在武装冲突期间保护平民的其他国际人道法文件，如1949年《日内瓦公约》的两个附加议定书、经1996年5月3日修正后的《联合国常规武器公约》以及1997年的《禁止杀伤人员地雷公约》；
- 通过外交对话鼓励武装冲突各方尊重《日内瓦第四公约》；
- 在人道对话的传统中——如在第26届红十字与红新月国际大会决定的定期会议的框架下——审查关于适用《日内瓦第四公约》的一般问题；
- 就相关国家或实体组织会议，适当时由一定数量的成员国参加，以便就特定情形进行审查；
- 审查（既包括一般情形，也包括具体情形）在特定情况下缔约方会议的合理性，以确定这些会议是否以及在多大程度上能对提高受害人的命运作出具体贡献；并审查举行与支持这些会议的模式；
- 当安理会依据《联合国宪章》对缔约方严重、有系统地违反公约采取制裁与其他强制性措施以及对受害人予以公正赔偿时，保持合作；
- 在国家层面上起诉个人违反者，支持对犯有战争罪的嫌疑人进行审判的国际努力，包括通过签署《国际刑事法院规约》的方式；
- 在适当的情况下，依据1949年《日内瓦公约》第一附加议定书第90条认可国际实况调查委员会的权限，或利用程序使委员会能够在取得冲突各方的同意后启动调查；
- 制定合适的国家立法防止、惩治对国际人道法的违反，须知红十字国际委员会的咨询服务处的用处；

- 制定规划，在武装部队与平民社会中传播国际人道法，支持红十字国际委员会与各国红十字会与红新月会在此方面的活动；
- 建立一个能使缔约方在传播方面交换意见与经验的机制；
- 鼓励联合国设立一个向维和部队教授国际人道法的规划，作为在各国武装部队中传播国际人道法的范例；
- 建立协助各国政府不同部门实施国际人道法的委员会；
- 支持红十字国际委员会与各国红十字会、红新月会以及提供人道协助的非政府间国际组织的活动。

日内瓦，1998年12月11日

《日内瓦第四公约》专家会议主席

沃特·B·吉哥 (Walter B. Gyger)

8. 联合国大会第ES-10/6号决议

[资料来源：联合国，A/RES/ES-10/6, 1999年2月24日，不包括脚注；可参见<http://www.un.org>]

大会决议

[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.5/Rev.1)]

以色列在被占领的东耶路撒冷和

其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动

大会，[……]

- (3) 最坚决地重申第十届紧急特别会议通过的上述各项决议对占领国以色列提出的所有要求，包括立即全面停止在阿布古奈姆山的建筑活动和其他一切建立以色列定居点活动以及在被占领东耶路撒冷采取的一切非法措施和行动，接受在法律上适用日内瓦第四公约和遵守安全理事会有关决议，停止和撤销对巴勒斯坦裔耶路撒冷人非法采取的一切行动并提供关于在各定居点生产或制造的商品的资料；[……]

9. 2001年12月5日《日内瓦第四公约》缔约方会议通过的宣言

[资料来源：《日内瓦第四公约》缔约方会议通过的宣言，2001年12月5日；可访问：<http://www.eda.admin.ch/eda/e/home/foreign/hupol/4gc.html>]

《日内瓦第四公约》缔约方会议

2001年12月5日

宣 言

1. 本宣言反映了《日内瓦第四公约》缔约方会议与会者的普遍理解。在联合国大会紧急特别会议通过的第ES-10/6号决议的建议下，1999年7月15日召开的会议发表了如下宣言：“缔约方重申《日内瓦第四公约》在巴勒斯坦被占领土的可适用性，包括东耶路撒冷。另外，宣言反复强调了在被占领土充分尊重该公约规定的必要性。考虑到中东局势整体得到改善，大会暂停对以下问题进行考虑，即视人道局势发展的实际协商情况再次举行会议。”
2. 缔约方对人道局势的实际恶化深表关注。他们对大量平民受害者，尤其是儿童和其他弱势群体表示哀悼，不分皂白或不合比例地使用武力与不遵守国际人道法使他们成为受害者。
3. 考虑到1949年《日内瓦第四公约》第1条与联大第ES-10/7号决议，缔约方重申该公约在巴勒斯坦被占领土的可适用性，包括东耶路撒冷，并反复强调了在被占领土充分尊重该公约规定的必要性。通过该宣言，强调了所有公约缔约方（第4-7段）、冲突各方（第8-11段）与作为占领国的以色列（第12-15段）各自的义务。
4. 与会的缔约方要求各方，不论是否直接卷入冲突，在所有情况下都要遵守并确保遵守《日内瓦公约》，传播公约，并采取必要措施组织、惩治对公约的破坏。他们重申了依据《日内瓦第四公约》第146条、第147条与第148条，缔约方的刑事制裁、严重破坏与责任的相关义务。
5. 与会缔约方强调《日内瓦第四公约》充分考虑了迫切的军事需要，应在所有情况下予以尊重。
6. 与会缔约方发现，有必要关注涉及没有积极参与敌对行为之人的人道规则，他们不应受到歧视，并应当受到人道待遇；有必要关注禁止在任何时间、任何地点，对生命、人身实施的任何暴力行为、酷刑、侵犯人的尊严以及肆意或司法外处决。

7. 与会缔约国表达支持人道救济社团的努力，以确保伤员与病员得到协助，支持红十字国际委员会、联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 与其他公正的人道组织的行动。他们还支持联合国人权事务高级专员与联合国特别报告员的努力以测评实际情况，他们同时注意人权事务高级专员的报告与建议。
(E/CN/4/2001/114) 与调查委员会 (E/CN/4/20001/121)。[可访问：<http://unhchr.ch>]
8. 与会缔约方要求冲突各方确保尊重并保护平民与民用物体，在任何时间都需要区分平民与战斗员、民用物体与军事目标。他们还要求各方不要对平民采取野蛮措施与暴力，不论是军事机构，还是民事机构，不要将平民曝露于军事行动前。
9. 与会缔约方要求冲突各方在任何时间都要保护医疗服务机构的固定及移动设施，便利人道救济社团的实际行动，包括确保他们的救护车与医护人员通行自由，并确保对他们的保护。
10. 与会缔约方要求冲突各方便利红十字国际委员会在其由《日内瓦公约》、联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 与其他公正的人道组织授予的特别角色上采取的行动。他们认可并支持他们评估、提高实际人道情况的努力。他们邀请冲突各方与独立、公正的观察机构合作，如希伯伦市临时国际存在 (TIPH)。
11. 与会缔约方要求冲突各方考虑1998年缔约方专家会议提出的新方案，解决《日内瓦第四公约》的执行问题，以及任何情况下尊重并确保尊重国际人道法规则，在直接对话的框架下合作，包括调查与调节程序。他们鼓励冲突各方所支持的，运用独立公正的观察员来进行监督——包括对《日内瓦第四公约》的违反——的任何安排与协议，以此作为保护与信任建立措施，旨在确保人道规则的有效性。
12. 与会缔约方要求占领国完全、有效的在被占巴勒斯坦领土尊重《日内瓦第四公约》，包括东耶路撒冷，并不要破坏公约。他们重申，在上述地区建立并扩大定居点是非法的。他们要求维护并保证所有居民享有去圣地的权利与机会。
13. 与会缔约方要求占领国立即停止任何涉及《日内瓦第四公约》第147条提到的严重破坏的行为，如非法、任意的实施故意谋杀、酷刑、不法驱

逐、任意剥夺公平、正常的审判权、缺乏正当军事必要性的大规模破坏与没收财产。与会缔约方忆及，依据第148条，缔约方不可以自我免除其因严重破坏行为产生的责任。与会缔约方同时提醒占领国依据《日内瓦第四公约》第29条承担的对待受保护之人员的责任。

14. 与会缔约方还要求占领国不要对公约有任何破坏，尤其是报复被保护之人及其财产，集体惩罚、对自由迁移的不正当限制，并要求占领国人道对待被保护人之人，不应基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出生或财产或其他相似标准而进行不利的区分。
15. 与会缔约方还要求占领国便利红十字国际委员会与联合国难民救济及工程局 (UNRWA) 及其他公正的人道组织的救济行动与自由通行，确保对他们的保护，以及在可适用的领域，对这些组织免于征税以及免于施加不当的经济负担。
16. 与会缔约方强调，对《日内瓦第四公约》与国际人道法的普遍尊重对提高实际的人道状况以及实现公正、持续的和平至关重要。与会缔约方呼吁冲突各方通过谈判结束冲突，依据可适用的国际法解决他们的争议。
17. 与会缔约方欢迎并鼓励各国，单个或集体的，依据公约第1条提出的动议，目的是确保遵守公约，他们强调各方采取行动执行本宣言的必要性。
18. 与会缔约方对《日内瓦第四公约》保存国的良好服务与工作表示感谢。

10. 联合国大会第ES-10/10号决议

[资料来源：联合国，A/RES/ES-10/10,2002年5月7日，可访问<http://www.un.org>]

大会决议

[未经发交主要委员会而通过(A/ES-10/L.9/Rev.1)]

以色列在被占领东耶路撒冷及

其余被占领巴勒斯坦领土内的非法行动

大会，[……]

- (5) 要求通过国家、区域和国际三级的具体行动执行2001年12月5日在日内瓦重新召开的日内瓦第四公约缔约国会议通过的宣言，以确保占领国以色列尊重该公约各项条款；[……]

11. 联合国大会第ES-10/15号决议

[资料来源：联合国，A/RES/ES-10/15,2004年8月2日，可访问<http://www.un.org>]

国际法院对在被占领巴勒斯坦领土包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙的法律后果发表的咨询意见

[参见**案例107**，国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆 [比较A.国际法院，修建隔离墙的法律后果，第1158页。]

大会，[……]

恭敬地收到国际法院2004年7月9日发表的对在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果的咨询意见，[参见**案例107**，国际法院/以色列，在巴勒斯坦被占领土上建起的隔离墙/安全篱笆，第1158页。]

[……]

(3) 吁请联合国所有会员国履行咨询意见中提及的法律义务；

(4) 请秘书长就咨询意见第152段和153段建立登记册，登记所有有关的自然人和法人遭受的损失；

[……]

(7) 吁请1949年《日内瓦第四公约》所有缔约国确保以色列尊重该公约，并邀请瑞士政府作为日内瓦四公约11的保存国，进行协商，并就此事向大会报告，包括说明是否可能恢复日内瓦第四公约缔约国会议；

[……]

讨 论

1. (1) 《日内瓦公约》共同第一条给缔约方施加的“确保尊重”国际人道法的要求是什么？联大要求以色列接受《日内瓦第四公约》在法律上的可适用性并要求它尊重条约的规定是否允许缔约方以令人满意的方式履行共同第一条的义务？即便以色列不遵守这些决议？
- (2) 缔约方如何执行第一条？它们如何“确保尊重”公约？为了行动符合第一条，它们必须采用什么方式？它们可以采用什么方式？它们不能采用什么方式？
- (3) 你如何看待用公众意见对不履行义务的缔约方施加压力？政府间组织或非政府间组织的秘密或公开方法呢？如果这些方法失败了，怎么办呢？
- (4) 如果缔约国在其领土上支持或授权人民违反国际人道法，该国是否违反了第一条？

- (5) 依据第一条，缔约国是否必须或可以禁止因违反《日内瓦第四公约》第49条第6款而建立的定居点生产的以色列产品（如前文文件8第3段所建议的）？
- (6) “尊重并确保尊重”公约的这一义务是否仅仅源自公约？或者它同时是国际人道法的一项基本原则？还是条约法的一项基本原则？这一原则是否适用于所有多边条约？（参见**案例130**，国际法院，尼加拉瓜诉美国案[比较第22段]，第1359页。）
2. (1) 联大决议的法律价值是什么？在对“联合一致共策和平”决议（1950年11月3日第377（V）号决议；可访问：<http://www.un.org/Depts/dhl/landmarks/amajor.htm>）的援引中，联大宣布，在安理会因常任理事国投否决票而瘫痪时，它将行使后者的职能，这一主张是否增强了它的法律价值？这是否意味着公约缔约方不需要遵守上述文件3第10段中的建议？每个缔约国是否没有遵守公约的单独义务？
- (2) 联大是否本应提醒缔约方的公约义务？联合国，既不是公约的缔约方，也非这些公约预计的执行机构，它要求适用共同第一条是否足够？（比较《第一附加议定书》第89条。）
3. 对所有缔约方关于公约的想法，为什么瑞士做了两次初步调查？在公约的执行方面，保存国的角色是什么？在违反公约方面，保存国是否有特殊角色？保存国是否可以主持召开缔约方会议？依据公约？依据《第一附加议定书》呢？（比较《第一附加议定书》第7条、第97条与第98条）在什么情况下以及为了什么目的？
4. (1) 对于公约被遵守，缔约方是否没有法律利益？不采取行动“确保尊重”国际人道法是否违反第一条？
- (2) 缔约方希望要求国际实况调查委员会介入的法律主张是否合理？（比较《第一附加议定书》第90条与上述文件4）每个缔约方是否均有义务在违反发生时要求国际实况调查委员会进行调查？至少在国际实况调查委员会有管辖权的情况下？这一请求是否是第三方满足共同第一条义务的一种方式？在本案中，国际实况调查委员会可以做什么？是否需要确定一些事实？
- (3) 有些国家担心和平进程的负面影响，你如何看待这些国家的回答？它们担心这种影响，是否因为会议可能考虑对和平进程重要的问题？（比较上述文件4）或者它们担心，讨论公约的遵守问题将导致国际社会对主要目的，即和平进程，视而不见？遵守国际人道法是否可以替代和平？在对国际人道法的违反无法得到纠正的情况下，持久的和平是否是个现实的选择？
5. (1) 1998年6月与10月召开的会议的目的是否是执行联大决议提出的要求？它们是否违反了这些决议？它们是否有用？（比较上述文件6与7）
- (2) 1998年10月的会议是否带来新的结论或者提出了超出现存国际人道法的建议？（比较上述文件7）
6. (1) 共同第一条是否必须由各缔约方独立地予以执行？可以被独立执行的措施是什么？依据第一条，联合采取措施是否必要？如何最有效地组织这种联合？

- (2) 依据第一条，缔约方会议是否是联合采取的措施的有用工具？这样的会议，其危险与机会是什么？
- (3) 公约是否预见到组织召开所有缔约方的会议？《第一附加议定书》呢？（比较《第一附加议定书》第7条。）这样的会议是否可以处理特定语境的问题？条约法是否预见到组织召开所有缔约方的会议？缔约方是否有义务参加？在这些会议中，他们能作出有约束力的决定吗？
- (4) 如果以色列不参加，文件12提到并设想的会议是否可以、以及必须召开？这些会议的目的是否是讨论以色列的违反行为或第三国的义务？
- (5) 2001年12月的缔约方会议是否带来新的结论或者提出了超出现存国际人道法的建议？它对中东局势是否产生了预期的影响？如果所有缔约方都参加，它是否能产生更大的影响？（比较上述文件1）
- (6) 这次会议以后通过的联大决议与要求适用公约的宣言是否具有更大的法律价值？它是否具有更大的影响？（比较上述文件10）
- (7) 文件11所设想的会议的目的是什么？

三、第三国的立场

案例119，英国，关于《日内瓦第四公约》可适用性的立场

案 例

[资料来源：摘自《英国国际法资料》，《英国国际法年刊》，第LXIX卷，1998年，第598-600页。]

以下评论由外交部副法律顾问M.依顿(M.Eaton)先生在1998年10月27日至29日召开的《日内瓦第四公约》人道法专家会议上提出：

与《日内瓦第四公约》执行有关的最大问题是拒绝承认它的可适用性。正如红十字国际委员会所说：“在面临应当适用公约的情况时，缔约方几乎总是援引一些它不具可适用性的理由。”

“在二十世纪的绝大多数时间，遵守交战占领法的记录都很差。主要问题是国家根本不愿意承认法律具有适用性。”此言甚当。这不仅仅是占领的单一情况——这是一个广泛传播、长时间存在的现象。但是，由于当前这里有一个经常被提及的特别占领情况，我愿意宣布，关于《公约》对1967年后以色列占领领土在法律上的可适用性，英国政府的立场是广为人知的，不需要反复强调。

不幸的是，《日内瓦第四公约》的可适用性经常因涉及领土的所有权而深受困扰。如果法律的可适用性取决于有待解决的所有权，那么，它几乎永远无法适用。

事实上，法律并没有将被占领土在占领前属于被取代的主权者作为一个前提条件。这似乎可以从《日内瓦第四公约》第2条第2款的规定中看出。该款规定：“凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。”

但是，这不是适用的主要标准；相反，它扮演辅助角色。主要规则在第2条第1款中：“本公约适用于一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突。”

所以，如果在武装冲突期间，一个国家在军事上控制了冲突前非由它控制的一个地区，《公约》具有可适用性，不论关于所有权存在什么样的争议。

重申一条非常著名、但仍经常不被遵守的国际人道法原则：国际人道法的适用与正义、过错以及冲突的起源没有关系。唯一的问题是，是否存在武装冲突，

国际性的，还是非国际性的？如果存在，国际人道法的相关规则应予适用。当然，这个问题本身并不总是很容易回答，但我的意见是，国际人道法的适用取决于占领的事实情况。不论关于领土抑或冲突方地位的法律观点如何，为了处于这一局势下的平民的利益，有必要适用之。《公约》的起草者尽力排除这些观点。它们仍然被用来为不予适用提供正当依据，是令人悲哀的。

请允许我回忆在1974—77外交大会第三次委员会会议上《第一附加议定书》的谈判过程[……]；当时，有提议将占领定性为固有错误。

这一提议受到报告员，美国大使乔治·奥尔德里奇 (George Aldrich) 的反对，他提请注意，美国、法国、苏联与英国是柏林的占领国，他没有发现这有任何错误。该建议遂被摒弃。

所以，占领本身并不违反国际人道法（我将其他法律问题，如使用武力放在一边）。占领者拒绝在被占领土全面适用国际人道法规则是法律问题所在。除了无法适用外，法律不存在特别缺陷。

这样说容易；但是将之付诸实践则是难事，因为《日内瓦第四公约》与《第一附加议定书》都没有建立独立的仲裁者来确定它们何时应被适用。这不是红十字国际委员会的工作。确实，国际社会与缔约方，单独或集体的，应当将所想的说出来。但是，在任何一个特定占领情况下，它最终取决于有关缔约方的政治意愿。

当然，当《公约》得到自愿适用，以及在其法律适用 (*de jure application*) 存在争议时《公约》得到实际适用 (即便是部分适用) 是值得欢迎的。平民得到实际上的保护是最为重要的事情。但是，它部分或全部取决于一个总是可以撤回的同意，因此，始终不可能是法律适用的满意替代。

最后，有建议指出，交战占领法在本质上是为临时局势而设计的，无法适用长期占领这种类型，而这一类型自1945年以来，相对常见。这一提议具有一定道理。从《日内瓦第四公约》中找出难以适用于长期占领的特定规定是可能的。但是，你用什么代替它？任何认可状态的永久性 or 给予占领国在那里更大改变权的变化都会导致占领国取代原先主权者的合法化。

所以，本代表团再一次指出，试图制定一个适用于长期占领的新规定，不仅难以做到，而且没有必要。更好地适用现存法律，在我们看来，它们已经有足够灵活。适用中的困难没有无法克服的。

(外交部提供的文本)

讨论

- 1. (1) 缔约方如何为不适用《日内瓦第四公约》寻找正当依据？涉及领土所有权的争议是否是不适用《日内瓦第四公约》的一个正当理由？（比较公约共同第2条。）
- 2. 说占领本来就是不对的能否成为现实的解决方法？
- 3. 由第三国决定《日内瓦第四公约》何时适用能否解决决定性的问题？决定是否取决于有关占领国的政治意愿？
- 4. (1) 是否应当修改《日内瓦第四公约》以使之适应长期占领？为什么应当？或为什么不应当？
(2) 你是否同意现存法律有“足够灵活”，既涵盖短期占领、也涵盖长期占领？

案例120，瑞士，禁止从以色列被占领土驱逐人员

[资料来源：“战争法”，载《瑞士国际法年刊》，1989年，第248页；原文是法语，英文文本为非官方翻译。]

10.2禁止从被占领土驱逐人员。《关于战时保护平民的日内瓦公约》在以色列占领领土的可适用性。

以下是国际公法理事会作出的记录。它关于将4名巴勒斯坦人从西岸与约旦驱逐至黎巴嫩的合法性问题。

- 1. 尽管安理会于1988年1月5日一致通过第607号决议，要求以色列不要从被占领土驱逐巴勒斯坦平民，并履行1949年12月《关于战时保护平民的日内瓦公约》（以下简称《日内瓦第四公约》）施加的义务，以色列当局还是将4名巴勒斯坦人从西岸与约旦驱逐至黎巴嫩。

于是出现了依据国际法，尤其是《日内瓦第四公约》，这项措施是否合法的问题。为解决这一问题，首先必须考虑[该公约]是否适用于自1967年就被以色列占领的领土。
- 2. 以色列总是对《日内瓦第四公约》在被占领土上的可适用性提出异议，其出发点是对公约第2条第2款的字面解释，该款规定如下：

凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合，即使此项占领未遇武装抵抗，亦适用本公约。

以色列的观点是，在占领的情况下，这一法律文件仅仅适用于被驱逐的当权者享有合法主权，而约旦王国不属于这一情况，因为从1950年至1967年间，约旦王国违反1949年停战协议兼并了西岸。

与此相反，国际社会的绝大部分成员（包括美国）一致坚持，依据公约第2条第1款，公约在法律上具有可适用性。该款规定如下：

本公约适用于两个或两个以上缔约国间所产生之一切经过宣战的战争或任何其他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。

然而，《日内瓦第四公约》缔约国（以色列与约旦）之间的冲突（“六日战争”）恰恰造成以色列占领西岸的结果。那一解释，实质上基于《公约》的目的——对没有参加敌对行动的平民予以保护——被第4条进一步证实，该条规定如下：

在冲突或占领之场合，于一定期间内及依不论何种方式，处于非其本国之冲突之一方或占领国手中之人，即为受本公约保护之人。

因此，《日内瓦第四公约》在被占领土适用于非以色列公民的观点被广泛接受。巧合的是，1907年10月18日《海牙第四公约》第42条对占领做了定义：领土如实际上被置于敌军当局的权力之下，即被视为被占领的领土。

然而，《日内瓦第四公约》在法律上的可适用性似乎只是一个理论问题，由于以色列一直宣布它有意在被占领土事实上适用之，它有可能无法得到解决。1987年12月16日，以色列代表向安理会重复了这一宣布。他说，自1967年我们就已经决定各项行为在事实上符合该公约的人道规定。

所以，必须考虑将4名巴勒斯坦人从西岸与约旦驱逐至黎巴嫩是否构成对《日内瓦第四公约》的违反。

3. 《日内瓦第四公约》第49条第1款特别禁止个别或大规模的强制转移，同时禁止驱逐往占领国之领土或任何其他被占领或未被占领之国家之领土，不论其动机如何。这是绝对的禁止，不允许例外，不同于第2款规定的减损情况（如因居民安全或迫切的军事理由，有此必要，占领国得在一定区域施行全部或部分之撤退）。第78条消除了对这样的决定的合法性仍可能存在的怀疑：

如占领国由于迫切的安全理由认为对被保护人需采取安全措施时，至多得置之于指定居所或加以拘禁。

换言之，法律与秩序的维护不能为在此方面采取任何措施提供正当依据，即便是针对激进分子。强制撤退尤其是公约所禁止的措施。在这一语境下，不应忘记，明确禁止这些行动是因为二战期间的悲惨经历。仅仅涉及驱逐而非集体撤退的事实不能改变它们的法律性质。上述第49条禁止任何个别或大规模的强制转移。

尽管《日内瓦第四公约》保留了占领国将人民受制于刑事规定的权力，如果它认为对领土的有序统治至关重要，但是，占领国制定与执行的刑事规定不能为明确禁止驱逐制造任何障碍。

因此，通过驱逐4名巴勒斯坦平民——不论他们是否是煽动者——以色列似乎违反了《日内瓦第四公约》。另外，这是对公约的严重破坏，因为第147条将非法驱逐或转移视为严重破坏公约的行为。正是在这样的条件下——严重破坏——红十字国际委员会才公开谴责了以色列的近期决定。

联邦外交部国际公法理事会记录，1998年1月20日

[未出版的文件]

四、非政府组织的报告

案例121，大赦国际，违反区分原则

案 例

1. “大赦国际”报告呼吁巴勒斯坦武装团体停止杀害平民

[资料来源：大赦国际报告，“呼吁巴勒斯坦武装团体停止杀害平民” AL INDEX: MDE 15/104/2002，新闻发布，2002年7月11日；可访问：<http://www.amnesty.org>]

新闻发布——AL INDEX: MDE 15/104/2002

2002年7月11日

[……]

自2000年9月“阿尔——阿克萨”起义 (Al-Aqsa intifada) 以来，至少有2000名平民，大多数是以色列人，在巴勒斯坦武装团体与巴勒斯坦个人发动的128场袭击中丧生，大赦国际在加沙发起的报告中如此记载。

题为“不加区分：巴勒斯坦武装团体对平民的攻击”的报告是自起义以来该组织就地区人权情况发表的第7份重要报告。

“不论战斗的原因是什么，都没有直接攻击平民的正当理由。”“大赦国际”如是说。

受害者从5个月大的婴儿一直到老年人。年龄最大的是90岁的查那·罗根 (Chanah Rogan)。2002年3月27日，在涅坦亚的一家酒店的移交庆典中，她遭遇空袭身亡。大多数遇害者死于以色列境内发生的自杀性爆炸，在350名丧生平民中有184名死于此因。

巴勒斯坦武装团体为袭击以色列平民提供了许多原因，从报复以色列杀害巴勒斯坦平民到与占领国斗争。其他理由包括犹太定居者不是平民或者袭击平民是唯一能对强大敌人产生影响的方法。

依据国际法，袭击平民没有理由。将平民作为攻击目标违反了国际法所规定的基本人道原则，这项原则不论何时，不论何种情况均应适用。“大赦国际”毫无保留地谴责了对平民的攻击，不论攻击者对他们的行为赋予什么样的原因。

“平民永远不能成为攻击的焦点，不论是以安全，还是以自由的名义。我们呼吁所有巴勒斯坦武装团体的领导立即、无条件的停止攻击平民，”“大赦国际”这样强调。

该组织敦促巴勒斯坦当局逮捕命令、计划或实施攻击平民的人，并将之绳之以法。巴勒斯坦当局与以色列有采取措施阻止袭击平民的义务。这些措施必须始终符合国际人权标准。

“大赦国际”还呼吁以色列确保其所有针对涉嫌参与攻击平民的武装团体与个人的行为符合国际人权与人道法的标准。“大赦国际”呼吁国际社会协助巴勒斯坦当局改进其刑事法律体系的效力，促进其符合国际人权标准，尤其是提供国际专家，对攻击平民的调查与针对负责人的法律程序提出建议、展开监督。

越来越多的巴勒斯坦人相信，以平民为攻击目标是错误的。“大赦国际”欢迎巴勒斯坦人与其他人士一起公开谴责对平民的攻击，敦促巴勒斯坦人与全世界人民一道呼吁武装团体停止攻击平民。

背 景

多年来，“大赦国际”记录、并谴责以色列在被占领土针对巴勒斯坦人的违反国际人权与人道法的行为。这些违反包括非法杀害、法外处决、酷刑与虐待、任意拘留与集体惩罚，如惩罚性封闭区域及破坏家园。

据估计，自2000年9月29日以来，巴勒斯坦武装团体与可能不代表某个团体的巴勒斯坦个人杀害了350余名平民，其中有60多个受害者是儿童，64名受害者是超过60岁的老年人。

“大赦国际”在这份报告中研究，在128起致命性攻击中，有25起由实施者将爆炸物捆绑在自己身上，其本人也在攻击中丧生。还有6次，平民由被埋的、被投掷的或射击的爆炸物致死。其他事件涉及枪击与刺伤。

大量袭击发生在被占领土上。尽管发生在以色列境内的袭击要少的多，但他们声称350名遇害平民中有210人是以色列人。

据报道，在“大赦国际”调查的128起致命性攻击中，武装团体声称承担责任的约有一半。涉及的主要组织有“依兹艾尔丁”(Izz al-Din)、“艾尔卡萨姆旅”(al-Qassam Brigades) (哈马斯)、“阿科萨烈士旅”(Al-Aqsa Martyrs Brigade)、“巴勒斯坦伊斯兰杰哈德”(Palestinian Islamic Jihad) 与“巴勒斯坦人民解放阵线”(Popular Front for the Liberation of Palestine) (PLPF)。

联大认可人民反抗外国占领的斗争具有合法性，这是他们在行使自决权与独立权。但是，国际法要求冲突各方始终要在平民与积极参与敌对行为的人之间作出区分。他们必须竭尽全力保护平民免受伤害。

2. 大赦国际：《不加区分》

[资料来源：大赦国际：以色列、被占领土与巴勒斯坦当局，《不加区分——巴勒斯坦武装团体攻击平民》。AL INDEX: MDE 02、003、2002，2002年7月11日。没有复制脚注；可访问：<http://www.amnesty.org>]

[……]

违反国际人道法的基本原则攻击平民

[……]

平民与战斗员

[……] 巴勒斯坦武装团体及其支持者已经指出，禁止攻击平民并不适用于被占领土的定居者，因为依据国际人道法，定居点是非法的；因为定居点可能有军事功能；因为许多定居者是武装者。

许多定居点确实有军事功能。定居点占加沙地带全部面积的三分之一。每个定居点都有军事基地，并被重兵把守。尽管加沙定居点的军事化程度最高，西岸的部分定居点也有一些军事功能。以色列国防军可能将之作为开展行动的据点，也可以用于拘禁人。许多定居者是武装人员，他们有时攻击巴勒斯坦人，并破坏巴勒斯坦人的房屋及其他财产。然而，这样的定居者是平民，除非他们在以色列武装部队中服役。

“法塔赫”认为攻击被占领土内的定居者是合法的。“法塔赫”总书记马尔万·巴尔古提 (Marwan Barghouti) 对“大赦国际”代表宣布，“法塔赫”认为西岸与加沙的以色列人不是平民，因为“这完全是一个被占领的国家”，巴勒斯坦正在为独立而战。他同时公开宣布，虽然他和“法塔赫”运动反对攻击以色列境内的平民，“我们未来的邻居，我保留保护我自己与反对以色列占领我的国家以及为我的自由而战的权利。”

依据国际人道法的规定，被占领土内的以色列定居点是非法的。《日内瓦第四公约》禁止将平民从占领国领土内转移至被占领土 (第49条第6款)。然而，以色列定居点的非法定位并不影响定居者的平民地位。定居者，与其他任何平民一样，不能作为攻击目标，只有在他们直接参与敌对行为的时候才能失去免于攻击

的保护。(《第一附加议定书》第51条第3款)。与此相似，西岸与加沙的巴勒斯坦居民也是平民，受惠于《日内瓦第四公约》的保护，除非在他们直接参与敌对行为的时候。[……]

讨 论

1. 你如何定性本案所涉及的冲突？这是国际性武装冲突吗？是否存在两个缔约国之间的敌对行为？如果没有，国际人道法为什么适用？因为依据《第一附加议定书》第1条第4款，它是民族解放战争？即便以色列不是该议定书的缔约国？因为以色列对领土的占领？为回答这个问题，知晓该领土属于或过去属于约旦、埃及还是“巴勒斯坦”是否重要？（比较《日内瓦公约》共同第2条，《第一附加议定书》第1条。）
2. (1) 巴勒斯坦武装团体组织的自杀性袭击是否是恐怖主义行动？你如何为“恐怖主义行动”下定义？在国际法中是否存在一个清晰的定义？在国际人道法中呢？在你所在国家的国内法中呢？
(2) 国际人道法是否禁止恐怖主义？如果恐怖主义没有被特别禁止，它们是否仍被国际人道法中更加一般的规定禁止？哪些规则？（比较《日内瓦第四公约》第33条第1款，《第一附加议定书》第48条与第51条，《第二附加议定书》第4条第2款第4项与第13条第2款。）
(3) 这些行为是否可以因“正义事业”（如反对外国占领者的斗争）而具有正当性？报复是否可以为之提供正当依据？在国际人道法中，是否可以接受报复？即便是对违反国际人道法的反应，如“非法杀害、司法外处决、酷刑与虐待、任意拘留与集体惩罚”？（比较，四个《日内瓦公约》各自的第46条、第47条、第13条第3款、第33条，《第一附加议定书》第20条、第51条第6款以及52条第1款。）
3. (1) 在国际层面上，谁应对这些自杀性攻击负责？只有那些组织攻击的人吗？这些组织是否和国家一样拥有国际责任？（比较**案例38**，[比较A.，第10条及其评论]第822页。）对从自治领土内实施的攻击，巴勒斯坦当局是否应负责？即便是在它谴责攻击的时候？它是否有责任“逮捕”并“将命令、计划或实施攻击的人绳之以法”？这是否是国际人道法规定的义务？巴勒斯坦当局是否受国际人道法的约束？依据是什么？因为巴勒斯坦解放组织在1989年6月21日宣布它将加入《日内瓦公约》？以色列是否有逮捕、并将这些人绳之以法的责任？它是否可以这样做？即便这将涉及在巴勒斯坦自治领土内的警察或军事行动？（比较《日内瓦第四公约》第29条、第146条与第148条，《第一附加议定书》第85条第1款与第91条。）
(2) 国际人道法是否禁止作为战争一种方式的自杀性攻击？即便是针对合法军事目标？你的答案是否因攻击者是否公开携带武器或有明显区别标志而有所不同？自杀性袭击的煽动者与组织者是否对其实施者的死亡也有责任？你认为他们应该承担责任吗？（比较《第一附加议定书》第37条第1款第3项、第43条、第44条以及第51条。）

4. (1) 被占领土内的以色列定居点是否是军事目标？如果它们由军事基地保卫，是否构成军事目标？如果许多定居者是武装人员呢？军事目标的定义是什么？（比较《第一附加议定书》第48条与第52条。）
- (2) 武装的平民是否是战斗员？武装的平民是否是合法目标？在什么情况下？定居者是否始终为平民，“除非他们在以色列武装部队中服役”？即便是那些武装自卫的民兵？即便是那些攻击巴勒斯坦人或破坏其家园的人？（比较《日内瓦第三公约》第4条，《第一附加议定书》第43条、第44条、第50条以及第51条第3款。）
- (3) 未武装的定居者是否是平民？即便他属于其定居点的自卫民兵？依据国际法，定居点是非法的事实是否使他丧失了国际人道法的保护？（比较《日内瓦第四公约》第49条第6款）？这一违反是否为针对定居者的违反国际人道法的行为提供了正当依据？（比较《第一附加议定书》第50条。）

五、黎巴嫩

案例122， 红十字国际委员会/黎巴嫩， 萨卜拉和夏蒂拉

案 例

[资料来源：红十字国际委员会年度报告， 1982， 第57页。]

黎巴嫩

以色列武装部队于6月6日干涉黎巴嫩后，红十字国际委员会在这个国家行动的性质发生了实质性变化。[……]

[……]

为了保护平民和卷入敌对行为的各种武装部队所逮捕的战斗员，红十字国际委员会于6月7日呼吁交战方尊重依据现行人道法负有的义务。两天后，红十字国际委员会对以色列当局又做了一个强烈、严肃的呼吁，要求其采取所有可能措施确保各国平民免受冲突伤害。“巴勒斯坦解放组织”正式宣布，它决定遵守《日内瓦公约》与1977年《第一附加议定书》[……]

在萨卜拉和夏蒂拉的巴勒斯坦难民营发生的大屠杀导致红十字国际委员会于9月18日向国际社会发表呼吁。这些大屠杀发生后，红十字国际委员会于9月18日能够进入难民营后，便立即采取了医疗，尤其是保护性措施。[……]

萨卜拉和夏蒂拉的大屠杀

红十字国际委员会的代表习惯每天探访贝鲁特南郊，以便为平民提供协助与保护，直到以色列军队拒绝他们进入该区域（巴勒斯坦难民营坐落于此）的命令于9月15日生效。

到9月17日，代表还可以将在难民营边缘的加沙与阿卡 (Akka) 医院治疗的最严重病员转移至首都的其他医院，但是，他们无权干涉，直到第二天 (9月18日) 能进入难民营周围地区。(大屠杀发生于16日)

那一天，即9月18日，依据其在贝鲁特的代表报告的事实，红十字国际委员会向国际社会发出呼吁。在呼吁中，它谴责“数以百计的妇女、儿童、青少年与

老年人在贝鲁特的夏蒂拉区被杀害，街道上遍布尸体。红十字国际委员会同时注意到，伤员在病床上被杀害，其他人，包括医生则被挟持。”红十字国际委员会进一步宣布，它的代表已经疏散了两个医院，有几百人向代表团寻求避难。呼吁的结尾是：“红十字国际委员会郑重呼吁国际社会干预，立刻制止对一部分人实施的无法忍受的大屠杀，确保伤员及照顾他们的人受到尊重，生命的基本权得到遵守。

同时，在海 (Hay) 主席写给贝京 (Begin) 先生的一封信中，红十字国际委员会提醒占领当局，依据《日内瓦第四公约》的规定，恢复并确保公共秩序与安全是它的义务。

9月18日，贝鲁特的加沙与阿卡医院被彻底疏散。由于贝鲁特的医院过于拥挤且不安全，红十字国际委员会一连几天，将加沙、拉胡德 (Lahoud)、艾美姆赛特布 (Amel-Moussaitb) 与那贾尔 (Najjar) 的医院均置于其控制与保护之下。约五千名在红十字国际委员会代表团寻求避难的人暂时处于其保护之下。

自9月18日起，红十字国际委员会还组织并参与大屠杀受害者的身份辨认与尸体处理。为达此目的，它得到黎巴嫩红十字会的大量帮助，后者的救援人员尽了最大努力来参与行动。红十字国际委员会在该国其他地区的医疗人员也前来贝鲁特帮忙。

第一个阶段一完成，红十字国际委员会便继续每天探访难民营，通过其出现来安慰人群。直到10月11日与13日，阿卡与加沙的医院才分别开始提供永久医疗服务。

由于黎巴嫩南部持续不安全局势，代表团从9月一直到12月每天都探访巴勒斯坦难民营，以保护和安慰人群。[……]

讨 论

1. 你如何定性1992年夏的发生在黎巴嫩的武装冲突？国际性武装冲突的国际人道法是否应予适用，尽管以色列武装部队并不是与黎巴嫩武装部队作战，而是主要与“巴勒斯坦解放组织”作战？依据国际人道法，巴勒斯坦解放组织士兵的地位是什么？以色列作为萨卜拉和夏蒂拉的占领国，在大屠杀发生时有没有什么义务？（比较《日内瓦第三公约》第2条、第4条，《日内瓦第四公约》第2条与《海牙公约》第42条。）
2. 依据《日内瓦第四公约》，萨卜拉和夏蒂拉居民是否被视为被保护之人？（比较《日内瓦第四公约》第4条。）
3. 大屠杀由黎巴嫩民兵实施：

- (1) 他们应当遵守《日内瓦第四公约》的哪些条款？如果《日内瓦第四公约》对黎巴嫩民兵不适用，他们的行为不被国际人道法的其他规定禁止吗？（比较《日内瓦第四公约》第3条、第4条与第29条。）
- (2) 大屠杀是否可以归咎于以色列对国际人道法的违反？即便那些实际上实施屠杀的人没有收到以色列的命令？即便以色列不知晓民兵的行为？（比较《日内瓦第四公约》第4条与第27条，《海牙公约》第42条与第43条。）

案例123， 红十字国际委员会/南黎巴嫩， 关闭因萨尔难民营

案 例

[资料来源：红十字国际委员会新闻发布，No. 1504，日内瓦，1985年4月4日。]

南黎巴嫩——关闭因萨尔难民营

日内瓦（红十字国际委员会）——1985年4月2日，以色列占领当局通知红十字国际委员会，它打算关闭南黎巴嫩的因萨尔难民营。3月底，该难民营有1800余名囚犯，红十字国际委员会的代表每天均去探访他们。

有一千名被拘留者已经被转移到以色列，这违反了《日内瓦第四公约》第49条与第76条。以色列当局已经告诉红十字国际委员会，这些囚犯最终将被送回黎巴嫩领土，一个新的难民营正在那里修建。

其他因萨尔的囚犯于4月3日交给了红十字国际委员会。红十字国际委员会的代表正帮助他们重返家庭。

讨 论

1. 在什么条件下，这些被拘留在因萨尔难民营的人（他们是“巴勒斯坦解放军”的成员，依据与黎巴嫩政府的协议，他们反抗以色列对黎巴嫩的占领。“巴勒斯坦解放军”是巴勒斯坦解放组织的军事机构）拥有战俘地位？如果拥有战俘地位，是否可以将他们驱逐并拘留在以色列？以色列是否应援引这样的理由来驱逐因萨尔的囚犯至以色列？（比较《日内瓦第三公约》第4条、第21条与第22条。）
2. (1) 是不是因萨尔所有的囚犯（在黎巴嫩被捕）都不是平民战俘？不论他们的国籍？即便他们是无国籍的巴勒斯坦难民？即便是那些为“巴勒斯坦解放军”作战但不符合战俘地位的人？（比较《日内瓦第四公约》第4条与第5条。）

- (2) 占领国是否可以将被保护平民从被占领土转移至其自己的领土？如果转移是暂时的呢？什么时候可以允许撤退？如果为维持生活条件或被拘留者的安全，撤退至以色列是不可避免的，这将是什么情况？（比较《日内瓦第四公约》第49条与第76条。）
- (3) 是否至少对已经被判有罪，但尚未服刑的人，驱逐是被允许的？（比较《日内瓦第四公约》第76条与第77条。）
- (4) 是否为了迫切的安全原因，至少犯罪嫌疑人可以被允许驱逐，考虑到《日内瓦第四公约》第79条至第135条没有包含任何对驱逐的禁止？为什么第79条至第135条没有包含这样的禁止，不像第76条规定了禁止驱逐其他被拘留者？（比较《日内瓦第四公约》第49条与第79条。）

案例124，黎巴嫩，直升飞机攻击救护车

案 例

[资料来源：红十字国际委员会，1987年12月23日；原文为法语，非官方译文]

红十字国际委员会在黎巴嫩的代表

1987年12月21日，在黎巴嫩南部那巴提耶 (Nabatiyeh) 附近的军事行动的进行过程中，两辆救护车，一辆来自黎巴嫩红十字会，另一辆来自“瑞萨里” (Risali) 运动，遭遇了直升机炮火的直接攻击。一名红十字急救工作人员受伤，与另一辆救护车里的两名巡逻急救工作人员与一名病人丧生。

对急救工作人员在履行人道义务时再次成为敌对行为的受害者，红十字国际委员会深为惊愕。

红十字国际委员会在黎巴嫩的代表对此次事件深为悲痛，呼吁有关各方在任何地方与任何事件尊重红十字与红新月标志，此标志保护那些对黎巴嫩冲突受害者提供协助的人员。

贝鲁特，1987年12月23日

讨 论

1. 为什么攻击救护车违反国际人道法？因为每辆救护车标有被保护标志，国际人道法禁止攻击被保护标志？还是仅仅因为他们是救护车？如果救护车没有得到标志赋予的额

- 外法律保护，为什么将它们涂上标志还有用处？如果救护车非法使用标志，攻击之是否为合法？如果它运输的是受伤的“恐怖分子”呢？（比较，如《日内瓦第一公约》第19条、第21条、第24条至第26条，第35条；《日内瓦第四公约》第21条。）
2. 国际人道法保护哪些标志？哪些人可以使用这些标志？在什么情况下以及在什么条件下？你是否可以假定本案提到的救护车涂有标志是合法的？（比较《海牙公约》第23条第6款，《日内瓦第一公约》第38条与第53条；《日内瓦第二公约》第41条至第43条；《第一附加议定书》第8条第1款与第18条；《第一附加议定书》附录第4条、第5条；《第二附加议定书》第12条。）
 3. 标志的目的是什么？如何可以保证这一目的能够实现？以及阻止不尊重公约的行为？

案例125，以色列，海军击沉驶离黎巴嫩海岸的小型救生艇

案 例

[资料来源：布瑞林特·J. (Brilliant J.)，《耶路撒冷邮报》，1990年8月1日]

海军击沉驶离黎巴嫩海岸的小型救生艇

海法——一艘以色列国防军“达布尔”号 (Dabur) 巡逻艇昨天清晨击沉了一艘驶离黎巴嫩南部海岸的小型橡皮救生艇，艇内的两个人显然已经丧生。救生艇似乎是向以色列驶去的，但是，还不清楚艇上的人是否为武装人员。

“达布尔”号没有任何损失。

约凌晨3点，“达布尔”号的船员在安全区内接到来自该地区雷达站的警报，称可能受到攻击，随后，在间于泰尔拉斯 (Tyre Ras) 与艾尔拜达 (al-Bayda) 海岸的2.5公里处，他们发现了救生艇。几分钟后，“达布尔”号的炮火向救生艇开火，导致后者发生了几次爆炸并沉没。

在昨天的新闻发布会上，“达布尔”号称为“乌里” (Uri) 的指挥官与海军指挥官米查·兰姆 (Micha Ram) 描述了这一系列突如其来的事件。[……]

在雷达屏幕上，乌里发现一个小点离开海岸，以约25节的速度向以色列的方向移动。

他命令船员进入战斗岗位，操作火炮、机枪及侦察设备。“达布尔”号开始拦截过程。三分钟后，船员辨认出救生艇的形状，接着辨认出救生艇。

乌里来到距离目标300米以内，他打开了“达布尔”号的放映机。他看见救生艇上有两个人。“达布尔”号的炮手随即开火。

“达布尔”号的几位船员后来说，他们相信敌人开枪回击了，但是，兰姆认为他们搞错了。乌里说，他们没有发现救生艇上有任何枪炮。

显然，敌船立即中弹。船上的人“试图逃脱，先是驶向东南，再向西北，又转向东北，”但是，“达布尔”号的枪手一直在开火。

第一次爆炸后的30至40秒后，救生艇上的两个人“掉进水里”，乌里说。救生艇的引擎继续运转，救生艇开始打圈。“达布尔”号继续开火，救生艇开始沉没。

“达布尔”号在前方50米处发现了其中一个人。“达布尔”号将两架炮都对准他，并“开火，他于是沉入水里。”没找到第二个人。

在被问及向水里的人射击时，兰姆说“恐怖分子”没有举手表示投降。曾经有过敌人在相似情况下向以色列船只开火的先例。

一位红十字的法律专家说，《日内瓦第二公约》规定，不能向受伤的海军人员或“遭遇船舶遇难的人员”开火。但是《公约》没有涉及“正在附近游泳、并战斗”的人。

乌里这位一级海军上尉准备离开新闻发布会，但是，兰姆留下了他，并将之提拔为上校。

讨 论

1. 国际人道法在这里是否适用？因为自1949年以来，以色列与黎巴嫩就处于战争状态中？因为以色列在黎巴嫩南部占领了一个“安全区”？
2. (1) 救生艇上的人是否为战斗员？还是平民？“达布尔”号上的船员在开始开火之前是否先确定了救生艇上的人是否为战斗员还是平民？他们是否应该确定？（比较《第一附加议定书》第51条第2款与第85条第3款，《第二附加议定书》第13条。）
(2) 战斗员与平民的区别对考虑船舶遇难是否有关？（比较《日内瓦第二公约》第12条与第13条；《第一附加议定书》第8条第2款与第10条。）在本案中，这种区别是否会导致对遇船难者的不同保护？
3. (1) 什么时候应被视为遇船难者？保护是否取决于进一步作出投降表示，如举手？在保护遇船难者与伤员与病员之间是否有区别？依据国际人道法，伤员与病员是否只有投降才能获得保护？（比较《日内瓦第二公约》第12条第2款，《第一附加议定书》第8条第2款、第41条第2款与《第二附加议定书》第7条。）

- (2) 一旦救生艇上的人落水，向他们开火是否违反国际人道法？摧毁遇难船舶呢？（比较《日内瓦第二公约》第12条第2款，《第一附加议定书》第10条）这些行为是否构成对国际人道法的严重破坏？（比较《日内瓦第二公约》第51条，《第一附加议定书》第85条第2款。）依据国际人道法，军事必要是否能为向遇船难者开火提供正当依据？
- (3) “达布尔”号的船员是否有责任将遇船难者搜救到他们的船上？（比较《日内瓦第二公约》第18条，《第一附加议定书》第17条第2款与《第二附加议定书》第8条。）
4. 如果落水的人向“达布尔”号开火，以上问题的答案会发生怎样的变化？他仍会被视为遇船难者？（比较《日内瓦第二公约》第12条，《第一附加议定书》第8条第2款。）

案例126，以色列，在古迹中避难

案 例

[资料来源：考克伯恩 (Cockburn)，《自由报》，1997年12月10日，第10页。]

以色列士兵在古迹中避难 当黎巴嫩真主党 (Hizbollah) 游击队小队人马埋伏时

从黎巴嫩南部大规模俯视以色列占领区的城堡中，以色列部队与“黎巴嫩真主党”的游击队展开了一场致命性的猫捉老鼠的游戏。[……]

卡库 (Karkum) 是一座中世纪的城堡，它的驻军被高达50英尺的混凝土与巨石组成的围墙所保护。从能够抵御迫击炮直接攻击的钢铁观察哨所中，以色列士兵向薄雾中注视，试图侦察到沿黎巴嫩南部的陡峭山脊行动的“黎巴嫩真主党”游击队的小队人马。[……]

自1985年以来，除来自2500名强壮的“南黎巴嫩军”的235名士兵以外，约有219名以色列士兵被杀害，694人受伤。以色列的分歧来源于这样的事实，即他们似乎在浪费生命，因为以色列在黎巴嫩没有政策，而且因为与巴勒斯坦游击队不同，“黎巴嫩真主党”在小股军事行动上表现出与以色列部队相同的技巧。

卡库，在希伯来语中的意思是“番红花”，这里是观察游击队在黎巴嫩南部运动的一个好地方。这个区域的其他前线哨所由“南黎巴嫩军”把守。虽然紧临以色列北部边界，卡库却是一个以军基地。由于这里的地带只有2.5公里宽，而该区域的最宽处为14公里，它反复遭到袭击。

“在最近1年半间，我们一直在重建我们的哨所，以使之能抵御迫击炮，”一名以色列军官说道。“只要你遵守规则，他们就不危险，”另一位指挥官说；他还解释道，他说这话指停留在掩体内。很奇怪，在卡库，山顶曾有座庙，从庙里伸出的古希腊圆柱的顶部，恰好突出在以色列防御工事以外。

不算零星的迫击炮攻击，该基地今年已多次遭遇来自“黎巴嫩真主党”的协同袭击。有一次，在山顶发现了两个真主党人，并实施追捕，但后来证明，他们是伏击的诱饵。更近的一次，一组以色列巡逻队发现在基地的简易直升机场场上有7名真主党士兵。当靠近他们时，巡逻队发现他们正走进一个灌木丛中，而真主党人在那里设下了炸弹。每一次真主党步兵行动时，反坦克和迫击炮兵团总是小心地互相配合。[……]

讨 论

1. 国际人道法对文化物体提供了什么保护？什么东西构成文化物体？这里的古遗址是否构成文化物体？（比较《海牙章程》第27条，《第一附加议定书》第52条、第53条和第85条第4款第4项，《第二附加议定书》第16条，1954年5月14日《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》；参见文件3 [比较A] 第561页。）
2. (1) 如果认为这是一个文化物体，“黎巴嫩真主党”袭击它是否违反国际人道法？以色列军队在古迹里避难，是否违反国际人道法？（参见《第一附加议定书》第53条和《第二附加议定书》第16条）
(2) 以色列部队这样驻扎是否影响要塞的地位？例如，国际人道法是否停止保护该物体？国际人道法是否现在允许真主党袭击这个文化物体，因为它已变成合法的军事目标？（比较《第一附加议定书》第52条第2款。）如果这样，在袭击前，必须采取什么预防措施？（比较《第一附加议定书》第57条）

十五、塞浦路斯

案例127，欧洲人权法院，塞浦路斯诉土耳其案

案 例

[资料来源：欧洲人权法院，2001年5月10日判决，可访问：<http://hudoc.echr.coe.int>.]

塞浦路斯诉土耳其案

欧洲人权法院

(申请号：25781/94)

判 决

斯特拉斯堡，2001年5月10日[……]

程 序 [……]

3. 申请国政府指称，自1974年7月土耳其在塞浦路斯北部开展军事行动以来，土耳其政府（被申请国政府）一直违反《（欧洲人权）公约》[……]。申请国政府尤其援引了《公约》第1条至第11条与第13条，并将上述条款与第14条、第17条与第18条结合起来阅读。他们进一步援引了《第一议定书》第1条、第2条与第3条。

这些起诉书适当的援引以下诉讼标的：希腊裔塞浦路斯失踪人员及其亲属；被迁移人的家及其财产；被迁移的希腊裔塞浦路斯人的自由选举权；希腊裔塞浦路斯人在塞浦路斯北部的生活条件；土耳其裔塞浦路斯人的状况与生活在塞浦路斯北部的吉普赛社区。[……]

事 实

案件的情况

(一) 基本情况

13. 在本申请中，起诉源自1974年7月与8月在塞浦路斯北部的军事行动以及持续对塞浦路斯领土的分割。当法院考虑1996年的“洛伊奇都诉土耳

其” (Loizidou v. Turkey) 案的实体问题时，土耳其在关键时间的军事存在被描述如下：[……]

“16. 超过 30,000 人的土耳其武装部队驻扎在塞浦路斯北部的整个被占区域，并持续巡逻，在所有的交通要道均设有检查点。[……]”

14. 在塞浦路斯处于持续分割的状态下，一个主要的发展是1983年11月“北塞浦路斯土耳其共和国”(“TRNC”)宣布成立，后来，1985年5月7日，颁布了“北塞浦路斯土耳其共和国宪法”。

国际社会谴责了这一发展。1983年11月18日，联合国安理会通过了第541(1983)号决议，宣布“北塞浦路斯土耳其共和国”(“TRNC”)的建立法律上是无效的，并呼吁除了塞浦路斯共和国以外，所有国家不要再承认其他任何塞浦路斯国。1984年5月11日，安理会在第550(1984)号决议中做了相似的呼吁。1983年11月，欧洲理事会部长委员会决定，将继续视塞浦路斯共和国政府为唯一合法的塞浦路斯政府，并呼吁尊重塞浦路斯共和国的主权、独立、领土完整与统一。

15. 依据被申请人政府的观点，北塞浦路斯土耳其共和国(“TRNC”)是一个民主、宪政国家，它在政治上独立于其他所有国家，包括土耳其。它是土耳其裔塞浦路斯人行使其自决权在塞浦路斯北部建立的国家，而不由土耳其管理。尽管有此观点，但是考虑到外交、条约关系以及国际组织的工作，还是仅有塞浦路斯共和国政府被国际社会认可为塞浦路斯政府。

16. 联合国维和部队(“UNFICYP”)维持着一个缓冲区。()另外，为立即适用，1981年建立了联合国失踪人员委员会(“CMP”)来“调查社群间斗争以及1974年事件及以后报告失踪人员的情况”，并“制定两个社群间失踪人员的综合名单，确定他们是健在还是已经死亡，如果已经死亡，确定死亡的具体时间。”CMP还未完成调查。[……]

(四) 委员会认定的本申请中的事实[……]

1. 指称对希腊裔塞浦路斯失踪人员及其亲属权利的违反[……]

22. 委员会的行为基于这样一个观点，即它的任务不是确定在1974年7、8月土耳其在塞浦路斯北部展开军事行动以后希腊裔塞浦路斯人究竟遭遇了什么。它认为，其任务之一是确定被申请人国家没有澄清关于失踪的事实是否构成对《公约》的持续违反。[……]

24. 在本案中，委员会进一步忆及在1983年的报告中，它发现有足够的迹象表明，在1974年有数目不祥的希腊裔塞浦路斯失踪人员处于土耳其的羁押之中，这一发现再一次制造了土耳其对这些人的命运负责的假定。
25. 委员会发现，本案提交给它的证据确认了其早先的认定，即有一定数量的失踪人员最后一次被发现时正处于土耳其或土耳其裔的塞浦路斯的羁押中。[……]
26. 委员会得出结论：虽然有杀害希腊裔塞浦路斯囚犯与平民的证据，但并没有证据证明这些失踪人员中有人是在被申请国负责的情况下被杀害的；委员会也没有发现任何证明被申请国羁押的人现在仍被拘留或在服劳役的证据。另一方面，委员会发现，关于失踪人员命运的事实没有被当局澄清，也没有通知受害者的亲属。
27. 委员会进一步得出结论，审查申请国在本申请中的起诉不排除CMP正在进行的工作。它指出，与此相关，CMP展开的调查限于确定名单上的失踪人员是否存活；CMP没有被授权认定死亡的原因或对死亡责任的认定事项。另外，CMP的属地管辖权仅限于塞浦路斯岛，因此将排除其在土耳其境内的调查，有一些失踪据称发生在土耳其境内。委员会还评论道：对违反《公约》负责的人可能被许诺免责；CMP的调查是否可以扩展到土耳其军队或在塞浦路斯领土上的土耳其官员值得怀疑。

2. 指称违反了被迁移人员尊重其家园与财产的权利[……]

28. 在此标题下，委员会所确定的事实背景是，申请国的主要主张为：超过211000位被迁移的希腊裔塞浦路斯人及其孩子仍然被政策阻止返回其在塞浦路斯北部的家园，并被禁止接触他们的财产，不论目的是什么。申请国政府提出，土耳其军队与“北塞浦路斯土耳其共和国”实施了边境控制，从而使被迁移人员返回家园成为不可能之举，同时也使跨边境的家庭探访受到很大阻碍。[……]
30. 委员会发现，除了几百名生活在考玛克提 (Kormakiti) 地区的马龙派教徒与生活在卡帕斯 (Karpas) 半岛的希腊裔塞浦路斯人外，1974年以前生活在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人已经离开了那一地区，他们中的大部分现在居住在塞浦路斯南部。对这一局势的现实，被申请国政府没有辩驳。[……]

3. 指称因希腊裔塞浦路斯人在塞浦路斯北部生活条件引发了违反[……]

39. 委员会进一步发现，“北塞浦路斯土耳其共和国”存在一个运作之中的法院体系，该体系原则上对在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人开放。似乎至少在侵犯财产或人身伤害的情况下，希腊裔塞浦路斯人的诉讼当事人在民事与刑事法院取得过胜诉。但是，考虑到希腊裔塞浦路斯人提起的诉讼很少，委员会得出的结论是：为希腊裔塞浦路斯居民提供的司法制度，其有效性还没有真正得到检验。
40. 在结论中，委员会还认定，在审议期间没有证据表明，将希腊裔塞浦路斯人的财产非法分配给其他人的情况继续存在。不过，委员会确实发现，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局将已死亡的或已离开塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人的财产分配给土耳其裔塞浦路斯人或移民的做法依然存在。
41. 由于“北塞浦路斯土耳其共和国”法院缺少法律程序，委员会注意到，居住在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒事实上是否被视为受“北塞浦路斯土耳其共和国宪法”保护的公民尚未得到验证。不过，就所涉及的组织提起行政诉讼而言，如基于“北塞浦路斯土耳其共和国”部长理事会的决定限制其行动自由或家庭探访，确认的事实是，对这些限制提起的任何法律反对都是无效的，因为这些决定不受法院审查。
42. 尽管委员会没有发现对孤立人口的成员实际实施拘留的证据，但是，有明确的证据表明，限制行动自由与家庭探访依然适用于希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒，尽管最近情况有所改进。[……]
43. 委员会认定，希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒的学龄少年在南部上学时，存在对他们行动自由的限制。[……]
44. 关于教育设施，委员会认为，在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人虽然有小学可上，但是没有初中。很多学龄少年到南部上初中，而限制希腊裔塞浦路斯人或马龙教徒的学龄少年在完成学业后返回北部造成许多家庭的分离。[……]
47. 关于所指称的对宗教礼拜的限制，委员会发现，希腊裔塞浦路斯人的主要问题源自整个卡帕斯地区只有一个牧师，土耳其裔的塞浦路斯当局又不愿意从南部指定额外的牧师。委员会的代表无法通过他们对卡帕斯地区的访问确认希腊裔塞浦路斯人是否可以在任何时间都可以去阿波斯特罗斯·安德瑞斯 (Apostolos Andreas) 寺。[……]

4. 指称违反了塞浦路斯北部土耳其—塞浦路斯与土耳其—塞浦路斯吉普赛社区的权利[……]

52. 委员会发现，在土耳其裔塞浦路斯的原住民与持续大量来到的移民之间存在竞争与社会冲突。一些土耳其裔塞浦路斯原住民及其政治团体对“北塞浦路斯土耳其共和国”完全融合定居者的政策非常不满。
53. 另外，尽管离开“北塞浦路斯土耳其共和国”有经济原因，但是，不能排除有土耳其裔塞浦路斯人逃离“北塞浦路斯土耳其共和国”是害怕政治迫害。委员会认为，没有理由怀疑证人主张的正确性，即在少数情况下，一些支持或反对政治对手的私人团体提出的骚扰与歧视的指控没有得到“北塞浦路斯土耳其共和国”警察的受理。不过，结论是，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局（包括法院）拒绝保护执政党的政治对手的一贯行政实践尚没有达到排除合理怀疑的标准。[……]
54. 关于歧视与任意对待土耳其—塞浦路斯吉普赛社区成员的指称，委员会发现，尤其是在一些严重事件中，如推倒莫尔弗 (Morphou) 附近的小木屋与拒绝航空公司运载无签证的吉普赛人去英国，显然没有看到司法救济。
55. 在结论中，委员会进一步评论道，在审议期间，没有证据表明土耳其裔塞浦路斯平民受到军事法院的管辖。[……]

法 律

一、先决事项[……]

委员会在实体阶段保留的事项[……]

3. 关于依据《公约》，被申请国在所指称之违反上的责任

69. 对本申请指称的土耳其依据《公约》所承担的责任，被申请国政府予以辩驳。在递交给委员会的材料中，被申请国政府主张，被指控的作为与不作为完全归责于“北塞浦路斯土耳其共和国”（“TRNC”），[……]
77. [……] 由于已经有效、完全控制了塞浦路斯北部，它的责任不能局限于其自己在塞浦路斯北部的士兵或官员，而且包括由当局行政机构的行为，这些机构是在土耳其的军事及其他支持下才得以存在的。因此，依据《公约》第1条，土耳其的“管辖权”必须被视为延展至确保《公

约》以及以批准《议定书》规定的所有实体权利，违反这些权利均归责于土耳其。[……]

4. 关于穷尽国内救济的要求[……]

101. 本院确实想增加一点，[……] 即申请国政府对“北塞浦路斯土耳其共和国”法院非法性的仰赖与其要求土耳其政府对塞浦路斯北部所指称的违反负责的主张似乎（该主张已经被本院接受）相互矛盾[……]。确实，承认一个国家对出现在其非法占有、并管理的领土上的行为负责，同时却否认该国试图通过改正可归责于其法院的错误来避免这些责任的机会，这似乎很难解释。在现申请框架下，给予被申请国这种机会决不等于一个非法政权依国际法得到合法化。[……]

102. 本院因此作出结论：为达《公约》原第26条（现第35条第1款）之目的，“北塞浦路斯土耳其共和国”内部可提供的救济可以被视为被申请国的“国内救济”，它们的效力问题应视其产生的具体情况而定。[……]

三、指称违反了希腊裔塞浦路斯失踪人员及其亲属的权利

（一）希腊裔塞浦路斯失踪人员[……]

2. 申请国政府诉状的实体问题

（1）《公约》第2条 [生命权] [……]

129. 本院注意到，申请国政府首要的主张是，失踪人员必须被推定存活，除非有确凿的相反证据[……] 尽管委员会援引的证据确认，在1974年7、8月间的军事行动中，军人与平民的死亡率很高，本院仍然强调，不能推测任何失踪人员事实上是否已经被土耳其部队或土耳其裔的塞浦路斯准军事部队杀害。[……]

130. 本院注意到，直接由土耳其士兵或得到其默许而进行的杀戮，相关证据牵涉到的时间超出了本申请的范围。[……] 本院因此作出结论：不能接受申请国政府的指控，即事实表明对《公约》第2条（关于任何失踪人员）的实体性违反。

131. 本院认为，申请国的指控必须放在依第2条保护生命权的缔约国之程序性义务的语境下加以审视。须提醒，此处《公约》第2条保护生命权应与缔约国依据第1条，即“确保每一位生活在其管辖范围内的人享有

《公约》所定义的权利与自由”，而负有的一般义务结合起来阅读。这意味着，国家代理人使用武力导致个人遇害后，应有某种形式的有效官方调查。[……]

133.[……] 在此背景下，本院注意到，证据证实了申请国政府的主张，即现在在很多失踪人员处于土耳其或土耳其裔的塞浦路斯部队的拘留之中。军事行动中伴随着大规模的逮捕与杀戮，他们是在这一时间被拘留的。[……]

134.[……] 本院不得不注意到，被申请国政府对失踪人员亲属的请求从未展开过调查。这些人员是在被拘留的情况下消失的，因此有担心他们命运的真实原因。[……] 关于希腊裔塞浦路斯囚犯被转移到土耳其的指称，似乎也没有任何官方调查。

135. 本院同意申请国政府的主张，即被申请国此处的程序性义务不能因为它对CMP调查工作的贡献而被免除。与委员会一样，本院注意到，尽管CMP的程序对其所确立的人道目的无疑有用，但这不足以满足《公约》第2条要求的有效调查标准，特别是鉴于该组织调查的范围狭窄。[……]

136. 鉴于以上考虑，本院的结论是：由于被申请国没有开展旨在澄清希腊裔塞浦路斯失踪人员命运（他们消失于生命受到威胁的情况下）的有效调查，构成了对第2条的持续违反。[……]

(3) 《公约》第5条[自由与安全权][…]

143. 据申请国政府称，被申请国政府没有就拘留附近的情况展开及时、有效的调查，导致大量数目不详的希腊裔塞浦路斯人失踪，这一事实构成了对第5条规定的程序性义务的违反。[……]

147. 本院一开始便强调，未得到认可的拘留是对《公约》第5条涵盖的确保自由与安全权的完全否定，是对第5条最严重的违反。在假定已经完全控制一个人的前提下，当局有义务说明他（她）的下落。[……]

148. 本院援引了无可辩驳的证据，即希腊裔塞浦路斯人被土耳其或土耳其裔的塞浦路斯部队拘留。没有证据表明保存了这些被拘留人的身份及其拘留地点。从人道角度看，这一疏漏不能以在相关时间发生了战斗或局势混乱、紧张为借口。从《公约》第5条的规定来看，缺少这些信息将无法缓解家属因失踪人员的下落而产生的焦虑。即便不可能提供被拘留人员的姓名，被申请国也应当开展其他调查，对失踪作出说明。[……]

150. 本院的结论是，在审议期间存在对《公约》第5条的持续违反，因为被申请国没有就失踪的希腊裔塞浦路斯人的下落展开有效调查，有主张认为，他们是在其拘留期间消失的。[……]

(二) 希腊裔塞浦路斯失踪人员的亲属

1. 《公约》第3条[禁止酷刑与非人道或有辱人格的对待或惩罚][……]

156. 法院指出，一个“失踪人员”的亲属，其是否构成违反第3条规定之待遇的受害者，取决于特殊因素的存在，这些因素使有关人员遭受的伤害在程度与性质方面有别于一般的精神痛苦，这可以被视为严重违反受害者亲属的人权。相关因素包括家属关系的亲近程度——在这一语境下，需要给予父母子女关系一定程度的重视——、关系的特殊情况、家庭成员对涉及事件的见证程度、家庭成员试图获得失踪人员下落的努力程度，以及当局回应这些讯问的方式。法院进一步指出，这种违反的本质不在于家庭成员“失踪”的事实，而在于要求当局对有关情况予以关注时，后者的反应与态度。特别是在后一种情况下，受害者亲属可能声称是当局行为的直接受害者[……]

157. 本院注意到，被申请国没有展开任何调查，来查明人员失踪时的相关情况。由于缺少关于在1974年7、8月间的事件中失踪人员命运的信息，他们的亲属不得不生活在无休止的焦虑之中，这种情绪不会因时间的流逝而消失。[……] [本院]指出，军事行动导致大量人员的死亡、大规模的逮捕与拘留以及家庭成员的强迫分离。由于当局从未说明失踪人员的命运，在他们家属的头脑里，关于整个情况的记忆一定非常清晰。他们不得不忍受这种不知情的痛苦；对亲属在冲突中是已经遇害还是仍在拘留中，或是在拘留中死亡，他们一无所知。不少希腊裔塞浦路斯人去南部寻求避难与塞浦路斯持续分裂的事实，必须被视为对他们寻求信息构成严重障碍。提供这些信息是被申请国当局的义务，其尚未履行这一义务。本院认为，在面对失踪人员亲属的真实关切时，被申请国保持沉默达到了第3条所规定的非人道待遇的严重程度。[……]

四、指称违反了被迁移人员尊重其家园与财产的权利 [……]

(二) 关于申请国政府主张的实体问题

1. 《公约》第8条 [尊重私人与家庭生活、家与通讯的权利]

171. 本院注意到，被申请国政府在程序中没有辩驳申请国的主张，即希腊裔塞浦路斯人不可能返回其北部的家。[……]
172. 本院注意到，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局的官方政策是，拒绝被迁移人员回家的权利，这一政策被以下做法进一步加强，即当局对居住在南部的希腊裔塞浦路斯人探访北部施加了非常严格的限制。与此相应，被迁移人员不仅无法向当局申请重新占有他们曾离开的家，而且他们被阻止探访之。
173. 本院进一步指出，申请国政府所谴责的局势自1974年塞浦路斯北部发生事件以来一直维持。这一局势似乎从未在“立法”中得到反映。[……]
174. 本院在此作出以下评论：第一，依据《公约》第8条第2款的意思，完全拒绝被迁移人员尊重其家园的权利是没有法律基础的。第二，不能援用跨社群对话来使违反公约合法化；第三，所涉及的违反自1974年以来就是一项政策，且必须被视为还在继续。
175. 有鉴于此，本院认为，拒绝希腊裔塞浦路斯被迁移人员返回他们在塞浦路斯北部的家园构成对《公约》第8条的持续违反。[……]

2. 《第一议定书》第1条 [财产权] [……]

183. 委员会[……]的结论是，在审议期间，拒绝塞浦路斯北部财产的所有人——希腊裔塞浦路斯人占有、控制、使用及享用财产，并拒绝对妨害其财产权予以赔偿，是对《第一附加议定书》第1条的持续违反。
184. 本院同意[……]分析。[……] 妨害被迁移人员财产的合法性在“北塞浦路斯土耳其共和国”法庭上似乎是无法辩驳的。因此，没有要求有关人员使用国内救济以确保其诉讼得到受理。[……]
187. [……] 依据《第一附加议定书》第1条的第1句话，持续、完全否认他们获得财产权是对被迁移的希腊裔塞浦路斯人和平享有财产权的妨害。需要进一步指出的是，关于所声称的征用，没有给被迁移人任何赔偿，这是对他们财产权的持续妨害。[……]

189. 基于以上原因，本院的结论是，拒绝塞浦路斯北部财产的所有人——希腊裔塞浦路斯人占有、控制、使用及享用财产并拒绝对妨害其财产权予以赔偿，已经构成对《第一附加议定书》第1条的持续违反。[……]

五、指称因塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人的生活条件导致了违反

207. 申请国政府主张，留在北部的希腊裔塞浦路斯人的生活条件引发了对《公约》的重大违反。他们强调，这些违反是实际发生的，针对的是生活在塞浦路斯北部卡帕斯地区的人。在种族清洗政策的影响下，这些人的数量现在大为减少，而且主要是老年人。这一政策的成功可以由这一事实得到印证：1974年有约两万名希腊裔塞浦路斯人居住在卡帕斯地区，而现在仅留下429名。目前仍生活在塞浦路斯北部的117名马龙教徒也在相似的（也许所减轻）限制之下劳动。[……]

(二) 关于申请国政府主张的实体问题[……]

4. 公约第9条[宗教自由]

241. 申请国政府指称，已披露的事实表明，孤立的希腊裔塞浦路斯人进行宗教活动的权利受到妨碍，这违反了《公约》第9条[……]。
243. 委员会注意到，存在许多限制孤立的希腊裔塞浦路斯人宗教信仰的措施。须注意，在此方面，至少直到最近，还对他们去阿波斯特罗斯·安德瑞斯寺以到村外参加宗教仪式的能力施加限制。另外，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局没有再任命该地区的牧师，整个卡帕斯地区只有一名牧师。[……]
244. 委员会因此得出结论：在审议阶段，就塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人而言，已经违反了《公约》第9条。
245. 本院接受委员会认定的事实，申请国政府也没有表示异议。申请国政府主张，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局妨害了希腊裔塞浦路斯人的宗教信仰权（或是单独妨害此权，或是一并妨害其他权利）。事实上，现在还没有这种妨害的证据。不过，在审议期间对他们行动自由施加的限制在很大程度上限制了他们进行宗教信仰的能力，尤其是限制了他们到村外宗教场所的机会以及他们参与宗教生活的其他方面。
246. 本院得出结论：关于生活在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人，存在对《公约》第9条的违反。

7. 《第一议定书》第1条[财产及尊重财产权]

265. 申请国政府进一步主张，第三方侵害了有关人员的财产，这些财产有在村内的，有超出三英里区域的，“北塞浦路斯土耳其共和国”当局或默许或容忍了这些侵害。依据申请国政府的观点，呈交给委员会的证据清楚的表明，作为行政机构，当地警察没有对侵害、夜盗与损害财产的不法行为展开调查，[……]

268. 关于申请国政府援引的第三方的犯罪行为，委员会认为，证据未能证实他们的指称，即“北塞浦路斯土耳其共和国”当局或参与或鼓励刑事破坏或侵害。须指出，关于因这些事件引发的民事与刑事诉讼已经在法院成功提起，刑事起诉的数量近期也在增长。[……]

269. 依据委员会认定的事实，本院指出，关于北部财产的所有权，“北塞浦路斯土耳其共和国”的做法是，不区分被迁移的希腊裔塞浦路斯所有者与永久离开“北塞浦路斯土耳其共和国”的卡帕斯的希腊裔塞浦路斯所有者。这样的结果是，后者的不动产被视为“遗弃物”，可分配给“北塞浦路斯土耳其共和国”内的第三方。

本院认为，这些事实表明，在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人永久性离开这块领土时，他们和平享受其所有物的权利没有得到保障，这构成对《第一议定书》第1条的持续性违反。

270. 本院进一步指出，本诉讼的证据强烈表明，希腊裔塞浦路斯人在北部的财产不能因死亡而遗赠他人，它作为“遗弃物”转移给当局。

8. 《第一议定书》第2条[教育权]

277. 本院注意到，在塞浦路斯北部的希腊裔塞浦路斯人的孩子如希望继续上希腊语中学，他们不得不转学到南部的学校，但是，自从土耳其—塞浦路斯当局决定取消希腊语中学之后，在“北塞浦路斯土耳其共和国”内就没有希腊语中学了。不可否认，超过12岁的孩子，他们只可以选择在北部的土耳其语或英语学校。[……]

278. [……] 本院认为，希腊裔塞浦路斯的父母选择让其孩子在北部继续上学是不现实的，因为所涉及的孩子在那里的希腊语塞浦路斯学校已经接受了小学教育。毫无疑问，当局应明白，希腊裔塞浦路斯的父母希望他们孩子能在希腊语学校完成学业。[……]

七、指控违反了土耳其裔塞浦路斯人 (包括生活在塞浦路斯北部的吉普赛社区的成员) 的权利 [……]

(三) 申请国政府主张的实体问题[……]

3. 指控违反《公约》第6条[公平、常规审判的权利]

354. 申请国政府主张, “北塞浦路斯土耳其共和国”当局, 作为法律与惯例, 违反了《公约》第6条的规定, 因为民事权利与义务与刑事指控不能由依法成立的独立、公正的审判机构判决。[……]

355. 申请国政府进一步提出, “北塞浦路斯土耳其共和国”当局有一套军事法院体系, 对于归类为军事违法的事项, 军事法院可以对平民行使管辖权。从“因卡诉土耳其”(Incal v. Yurkey) 案的判决 (1998年6月9日, 报告: 1998-4) 中可以看出, 一个在军事法院受审的平民被拒绝由一个独立、公平的裁判机构继续公正地听审。“北塞浦路斯土耳其共和国宪法”第156条规定了军事法院的管辖权, 这造成其组成人员不能被要求回避的结果。[……]

357. 本院认为, 缺乏令人满意的证据证明在“北塞浦路斯土耳其共和国”内, 军事法院审判平民是行政惯例。

358. 在抽象审查了受到质疑的“宪法条款”与“军事禁区条例”后, 本院认为, 这些文本明确授权军事法院审判平民。本院认为, 毫无疑问, 与“因卡诉土耳其案”判决强调审判机构存在 (被申请国在土耳其建立的国家安全法院体系) 的瑕疵一样, 这些法院缺乏独立性与公正性, 尤其是在行政权与“北塞浦路斯土耳其共和国”军事法院工作的军官之间存在密切的机构联系。本院认为, 一个平民, 若因其行为被归类为军事违法而由军事法院受审, 他对军事法院缺乏独立性与公正性的担心是有法律依据的。

359. 基于以上原因, 本院认定, 由于立法实践授权军事法院审判平民, 已经对《公约》第6条构成了违反。[……]

法德 (Fuad) 法官的部分反对意见

[……]

10. 必须抓住棘手问题。法院判决的多数意见一定意味着, 除非每一个希望重新拥有其财产的塞浦路斯人能被允许这么做 (如有必要穿越联合

国控制的缓冲区），除非立即找到塞浦路斯问题的解决途径，否则，在拒绝这些人的愿望方面就存在对《公约》权利的违反。今天的问题（很遗憾，这样的问题存在了不止四分之一个世纪了）是：是不是每个声称有所有权的人都能走到联合国维和部队驻地，要求穿越缓冲区去重新占有其财产？谁可以管理这一行动？涉及财产的目前占有者的态度可能是什么？严重破坏和平的结果是否会不可避免的出现？谁来驱逐现在占有人，从而使登记在册的财产所有者重新拥有财产？

11. 如果这类考虑是有关系的（我没发现如何能置它们于不顾），那么，我认为，必须承认，在当前的塞浦路斯，允许每一个所有者立即在其财产现在所处的位置重新占有之是不现实的。我的观点是，这些问题无法通过给予这些人赔偿来解决，因为基于现实原因，不能恢复他们的财产权。
12. 过去超过30年发生的事件已经表明，尽管联合国（通过秘书长及其工作人员的不懈努力）、其他组织与友好政府全心全意、毫无松懈的努力，但是，仍未找到一个令双方都能接受的解决方法。这显然是塞浦路斯问题复杂性与困难性的表现。这些努力还在继续：在本院开庭期间，在纽约的对话仍在进展中。
13. 令人悲哀的是，也许总有一天终会找到解决方法，但是，这种方法仍然无法满足每位塞浦路斯人返回其家园与田地的愿望，虽然非常容易理解这种愿望。[……]
19. [……] 联大要求建立一个调查机构来解决两个社群的人员失踪问题。联大曾要求秘书长支持在红十字国际委员会参与下建立一个机构“以公正、有效、迅速、无耽搁的运作，从而解决这一问题。”
20. 最终，决定CMP应当由3名成员组成：来自希腊的代表、来自土耳其方面的代表、由红十字国际委员会提名的秘书长代表。似乎肯定的是，基于显而易见的原因，联合国期望设立一个能公正、无偏见地行使其任务（其任务是令人难过且艰难的）的机构。联合国的要求与CMP的组成相符合。非常明智，如果我可以这样说，红十字国际委员会将涉及其中，这样一来，其资源与在这项任务上的广泛经验（这项任务是令人心碎的）可以得到利用。[……]
22. 土耳其在在失踪人员整个事件上的立场是众所周知的。我们没有发现土耳其拒绝与CMP合作或阻止后者工作的证据。如果支配CMP运作的参考条件、规则或指导原则不令人满意，可以在秘书长帮助下善意修改之。我不同意我同事的观点，即CMP的程序本身不足以满足第2条所要求的

有效调查标准。将所使用规则、指导原则与参考条件结合起来阅读可以发现，它们已经创设了一个有效的调查团队（只要双方都无顾虑的与CMP合作）。“联合国强迫或非自愿失踪问题工作组”已经认可CMP是一个进行必要调查的合适机构。[……]

讨论

[注意：《保护人权及基本自由条约》(以下简称“《欧洲人权公约》”)可访问：<http://conventions.coe.int>]

1. 法院是否正在适用国际人道法？它能这么做吗？

（《欧洲人权公约》第15条规定如下：“1. 在战时或其他危及国家存亡的公共紧急情况下，缔约国可以在此紧急情况严格限定的程度内采取措施减损其依本公约而负有的义务，只要这些措施与其依据国际法负有的其他义务相一致。2. 本规定不得减损（保护生命权）[……]除非合法的战争行为引发死亡[……]。”）

2. 依据国际人道法，塞浦路斯北部是否为被占领土？即便土耳其于1974年入侵塞浦路斯北部已经合法，它是否为被占领土？即便“北塞浦路斯土耳其共和国”（“TRNC”）是一个独立国家呢？即便土耳其在塞浦路斯北部不再有部队呢？（比较《日内瓦第四公约》第2条与《第一附加议定书》序言第5段。）

3. (1) 法院考虑的每个事项，确定是否有对国际人道法的违反？（比较《日内瓦第四公约》第25条、第26条、第49条第1款、第50条第3款、第53条、第58条、第64条、第66条、第136条、第137条与第140条；《海牙章程》第43条与第46条。）

(2) 当在被占领土的做法违反了国际人道法时，是否会必然违反《欧洲人权公约》？（比较后者的第5条，在第一题中曾引用）？如果国际人道法允许在被占领土的某一做法，而《欧洲人权公约》不允许，是否构成对国际法的违反？

4. (1) 下列人员是否处在土耳其的管辖之下？

- A. 失踪的希腊裔塞浦路斯人；
- B. 在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯失踪人员的家属；
- C. 被拒绝进入塞浦路斯北部的塞浦路斯南部居民；
- D. 在塞浦路斯北部生活的希腊裔塞浦路斯人；
- E. 在塞浦路斯北部生活的土耳其裔塞浦路斯人；

(2) 国际人道法是否保护上列人员？他们中的哪些是“受保护之人”？（比较《日内瓦第四公约》第4条、第13条、第25条与第26条。）

5. 土耳其是否对其部队在塞浦路斯北部的行为负责？它对“北塞浦路斯土耳其共和国”的行为是否负责？因为它建立了“北塞浦路斯土耳其共和国”？因为它给“北塞浦路

斯土耳其共和国”的机构发出指示？土耳其有责任，是仅仅从《欧洲人权公约》的角度，还是同时包括国际人道法的角度？（比较《日内瓦第四公约》第29条与第47条。）

6. “北塞浦路斯土耳其共和国”当局必须遵守适用于被占领土的《日内瓦第四公约》吗？关于希腊裔塞浦路斯人？关于土耳其裔塞浦路斯人方面？关于土耳其定居者？（《日内瓦第四公约》第4条、第13条、第25条、第26条、第29条与第47条。）
7. 依据国际人道法，土耳其是否对在塞浦路斯北部的土耳其定居者的行为负责？如果负责，其原因是什么？依据《欧洲人权公约》吗？依据国际人道法吗？在这个特别的案件中，法院为什么不认可这一责任？依据事实，还是法律原因？（比较《日内瓦第四公约》第1条、第4条、第29条与第49条第6款；《海牙章程》第43条。）
8. 法院是否认可“北塞浦路斯土耳其共和国”的法律制度？依据什么理由？依据国际人道法，土耳其是否可以允许“北塞浦路斯土耳其共和国”建立这样一个法律制度？（比较《日内瓦第四公约》第47条、第54条、第64条与第66条；《海牙章程》第43条。）
9. (1) 土耳其如何违反了希腊裔塞浦路斯失踪人员的生命权与自由权？通过杀害他们？他们的死亡是否应归责于土耳其？通过拘留他们？他们是否曾被土耳其拘留？依据《欧洲人权公约》，土耳其对这些失踪人员是否负责？关于这些失踪人员的家属，土耳其的义务是什么？
(2) 依据国际人道法，土耳其对失踪人员的责任应该是什么？它是否履行了这些义务？（比较《日内瓦第四公约》第25条、第26条、第136条、第137条第140条，以及《第一附加议定书》第32条至第34条。）
(3) 土耳其是否可以自行调查失踪人员的命运？
(4) 存在国际调查机构（CMP）会不会免除土耳其调查失踪人员命运的义务？这两种“种”调查是否有同样的目标？
(5) 红十字国际委员会或其一个机构参与处理失踪人员的事实是否会阻止另一个机构对失踪承担责任？在什么领域，它们各自的活动会削减对方成功的机会？这两个机构是否可以交换已获取的信息？
10. 请讨论法德法官的反对意见。你是否能想象法院的判决会得到遵守？希腊裔塞浦路斯人大规模到北部索要财产会导致什么后果？通过政治谈判而非由法院认可个人权利的方式是否能更好实现对人权的尊重？通过人权组织的实际工作是否可以得到相似的结果？
11. (1) 就本案中的人道问题而言，国际人道法是否比《欧洲人权公约》更加合适处理之？在这样情况下，国际法的这两个分支各自的优、缺点是什么？
(2) 红十字国际委员会最适合解决本案中的什么人道问题？它们中的哪些得到了法院的最佳定位？共用两个组织的努力是否有阻力？