一九四九年日内瓦四公约评注

《日内瓦第一公约》评注

改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约

ICRC

《日内瓦第一公约》评注

改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约

作为人道领域的重要条约，1949年日内瓦四公约及其1977年两项附加议定书自红十字国际委员会于70年前首次出版相关评注以来，在适用和解释方面已取得显著发展。为了增进对这一法律体系的理解与尊重，红十字国际委员会启动了对初版评注的全面修订工作。本书为新版评注的第一卷。

《日内瓦第一公约》是国际人道法领域的基础性文件，涵盖有关保护伤者与病者、负责照顾伤病员者以及红十字与红新月标志的重要规则。本评注采取了逐条阐释的编著体例，结合法律层面与实践层面的各种发展，对《日内瓦第一公约》进行了与时俱进的解释。新版评注经由世界各地人道法学者及实务工作者审阅，是该领域工作者和学习者必不可少的重要工具书。

《日内瓦第一公约》评注

改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约

编辑委员会

克努特·德尔曼、莉丝贝特·莱因扎德、马尔科·萨索利、菲利普·施珀里

项目组

项目负责人让-马里·亨克茨

林赛·卡梅隆、布鲁诺·德梅耶尔、夏娃·拉艾、艾里斯·米勒、海克·尼贝格奥-拉克纳

红十字国际委员会东亚地区代表处

© 红十字国际委员会，2022年9月

《日内瓦第一公约》评注中文版由红十字国际委员会出版。

英文原版由剑桥大学出版社于2016年出版。

中文版由红十字国际委员会东亚地区代表处于2022年9月译制。

本评注电子版可在红十字国际委员会官网免费获取：https://shop.icrc.org/。

红十字国际委员会对本评注所引用的外部网站链接的有效性和准确性不承担任何责任，亦不对上述网站的维护工作承担任何责任。

目 录

	前 言 红十字国际委员会主席 彼得·毛雷尔	XI
	致 谢	XIII
	缩略语表	XXV
	导 论 让-马里·亨克茨和海克·尼贝加尔-拉克内	1
	序 文 艾里斯·米勒	23
第一章	**总 则**	**27**
第一条	尊重本公约 让-马里·亨克茨	29
第二条	本公约之适用 特里斯坦·费拉罗和林赛·卡梅伦	57
第三条	非国际性之冲突 林赛·卡梅伦、布鲁诺·德梅耶尔、让-马里·亨克茨、夏娃·拉艾和艾里斯·米勒，以及科尔杜拉·德勒格、罗宾·盖斯和洛朗·吉塞勒	105
第四条	中立国适用 布鲁诺·德梅耶尔	277
第五条	适用期间 林赛·卡梅伦	289
第六条	特别协定 林赛·卡梅伦	293
第七条	不得放弃权利 林赛·卡梅伦	307
第八条	保护国 弗朗索瓦·比尼翁	315
第九条	红十字国际委员会或其他公正的人道组织的活动 布鲁诺·德梅耶尔	341

第十条 保护国之代替 361
弗朗索瓦·比尼翁
第十一条 和解程序 381
西尔万·维特

第二章 伤者与病者 397
第十二条 伤者与病者之保护及照顾 399
罗宾·盖斯以及海伦·德拉姆
第十三条 被保护人 437
林赛·卡梅伦
第十四条 落于敌人手中之伤者病者的身份 445
林赛·卡梅伦
第十五条 搜寻伤亡者
撤退 449
罗宾·盖斯
第十六条 登记与转送情报 467
桑代什·西瓦库玛兰
第十七条 关于死者之规定
坟墓登记处 495
桑代什·西瓦库玛兰
第十八条 居民之任务 517
林赛·卡梅伦

第三章 医疗队及医疗所 531
第十九条 医疗队及医疗所之保护 533
亚历山大·布赖滕格
第二十条 医院船之保护 547
布鲁诺·德梅耶尔
第二十一条 医疗队及医疗所保护之停止 551
亚历山大·布赖滕格
第二十二条 不剥夺对医疗队及医疗所保护之情况 559
亚历山大·布赖滕格
第二十三条 医院地带及处所 569
艾里斯·米勒

第四章 人 员 583
第二十四条 常任人员之保护 585
布鲁诺·德梅耶尔
第二十五条 辅助人员之保护 603
布鲁诺·德梅耶尔
第二十六条 救济团体之人员 613
布鲁诺·德梅耶尔
第二十七条 中立国之团体 633
布鲁诺·德梅耶尔
第二十八条 留用人员 645
雅恩·克勒夫纳
第二十九条 落于敌方手中之辅助人员之地位 663
布鲁诺·德梅耶尔
第三十条 医务和宗教人员之送回 669
布鲁诺·德梅耶尔
第三十一条 送回人员之选择 679
布鲁诺·德梅耶尔
第三十二条 属于中立国人员之送回 687
布鲁诺·德梅耶尔

第五章 建筑物及器材 695
第三十三条 医疗队及医疗所的建筑物及器材 697
夏娃·拉艾
第三十四条 救济团体之财产 703
夏娃·拉艾

第六章 医务运输工具 707
第三十五条 医务运输工具之保护 709
杰弗里·科恩
第三十六条 医务飞机 725
杰弗里·科恩
第三十七条 在中立国上空之飞行
伤者与病者之降落 743
杰弗里·科恩

第七章 特殊标志 755
第三十八条 本公约之标志 757
迈克尔·迈耶
第三十九条 使用标志 767
迈克尔·迈耶
第四十条 医务及宗教人员之辨别 773
林赛·卡梅伦
第四十一条 辅助人员之辨别 783
迈克尔·迈耶
第四十二条 医疗队及医疗所之标志 789
亚历山大·布赖滕格
第四十三条 中立国医疗队之标志 799
林赛·卡梅伦
第四十四条 使用标志之限制
例外 801
迈克尔·迈耶

第八章 公约之执行 817
第四十五条 详细执行
预料不到之事件 819
让-马里·亨克茨和达纳·康斯坦丁
第四十六条 禁止报复 829
夏娃·拉艾
第四十七条 传播本公约 837
艾里斯·米勒
第四十八条 译文
实施本公约之法律与规则 847
艾里斯·米勒

第九章 滥用及违约之取缔 853
第四十九条 刑事制裁 855
夏娃·拉艾
第五十条 严重破约行为 893
克努特·德曼和夏娃·拉艾

第五十一条 缔约国之责任 927
夏娃·拉艾
第五十二条 调查程序 933
西尔万·维特
第五十三条 标志之滥用 947
迈克尔·迈耶
第五十四条 防止标志之滥用 961
迈克尔·迈耶

第十章 最后条款 969
第五十五条 文字 971
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第五十六条 签字 977
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第五十七条 批准 983
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第五十八条 生效 989
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第五十九条 与以前公约之关系 993
艾里斯·米勒
第六十条 加入 997
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第六十一条 加入之通知 1005
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第六十二条 立即生效 1009
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
第六十三条 退约 1015
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔，以及艾里斯·米勒
第六十四条 联合国登记 1029
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔
证明及签字条款 1035
斯特凡·米歇尔和克劳德·申克尔

参考资料 1039

前 言

红十字国际委员会主席
彼得·毛雷尔

《日内瓦第一公约》初版评注于1952年撰写完成之时，第二次世界大战的恐怖景象仿佛仍历历在目；但与此同时，1949年外交会议上占主导的人道精神也同样令人记忆犹新。日内瓦四公约得以通过，正是得益于这一精神。而60多年之后的今天，人类又再次面临类似的矛盾处境。

一方面，我们注意到当今的武装冲突中主体日益分散化、局势愈发复杂，往往呈现出漠视法律的现象。各种媒体报道中日常充斥着战火蔓延、民不聊生的讯息：儿童饱受苦难；家庭或遭围困，或被迫逃离家园，深陷绝望之中；伤者病者的权益也遭到践踏。但另一方面，各国已达成共识，将制定较之以往各个时期均更为强有力且全面的规范性法律框架。我们知道日内瓦四公约所体现的价值观已成为人类共同传承的重要组成部分，因为世界各地有越来越多的人深信这些价值观在道德和法律层面具有重要意义。

面对上述诸多相互矛盾的现实情况，我们必须采取行动：消除民众苦难，制止违反法律之行为，并从根源上防止此类情况再次发生。

为此，红十字国际委员会将发挥自身作用、履行其职责，通过与政治及宗教领袖、意见领袖和政策制定者、学术界人士、司法机关以及武器携带者等各个利益相关方开展对话，努力推动各方对国际人道法达成共识。

这本《日内瓦第一公约》新版评注，是红十字国际委员会为实务工作者和学者提供的全新工具，有助于我们共同努力，缩小现行法律规定与其实际适用情况之间的差距。

我们了解到，日内瓦四公约初版评注出版之后，对军方和文职的实务工作者以及法官和学者均大有助益；此后几十载，我们在各种局势中积累了大量有关适用和解释四公约的经验，而这些局势与初版评注通过之时已截然不同。因此，红十字国际委员会于五年前开始投身于一项意义重大的工作：对所有现存评注进行更新，并根据过去数十年间各国的解读及法院的司法解释等资料制定新的指南。随着第一部新版评注——《日内瓦第一公约评注》问世，我们取得了第一项里程碑式的成果。

红十字国际委员会负责开展评注修订工作，具有得天独厚的优势。委员会的工作结合法律和行动两个层面，新版评注因而可得益于这两个领域专家同事的真知灼见。同样重要的是，来自本组织以外全球各地的学者和实务工作者均参与到了新版评注项目中，规模前所未有——他们针对公约具体的条款起草评注，对所有稿件进行评审并提供宝贵意见。最终呈现在读者面前的终稿是集体智慧的结晶。

新版评注为公约规则提供指南，并作出概念化分析，体现出红十字国际委员会对国

际人道法的解读，同时也指出了主要意见分歧以及尚待进一步讨论和澄清的问题。红十字国际委员会将在其日常工作中充分参考新版评注的内容，但也会始终牢记相关实践和解释可能随时间推移而不断变化。

在此，红十字国际委员会谨向所有奉献宝贵时间、提出专业意见的专家学者，尤其是外部撰稿人和同行评审者表示诚挚的感谢。委员会还希望感谢编委会成员、项目组成员以及其他工作人员多年来付出的艰苦努力，使新版评注最终面世。

此番为日内瓦四公约各缔约国、各国红十字会与红新月会及其他人道组织、法官、学者及其他相关各方奉上这部新版评注，红十字国际委员会由衷希望该评注和日后陆续出版的其他评注，能够澄清日内瓦四公约的含义，彰显其重要意义，并帮助确保战争受难者获得更多保护。

致 谢

《日内瓦第一公约》新版评注得以成书离不开众多人员的参与，红十字国际委员会在此谨向所有为本评注做出贡献的人员表示衷心的感谢。下述内容如有疏漏，我们在此致歉。

编辑委员会

编辑委员会负责对本书的起草工作进行督导，负责书稿交付同行评议前的初审工作以及出版前的终审工作。编辑委员会由两名红十字国际委员会工作人员以及两名外部成员组成。委员会工作人员包括菲利普·施珀里（Philip Spoerri）和克努特·德曼（Knut Dörmann）。施珀里先生曾于2006年至2014年担任国际法与合作部主任，现任红十字国际委员会常驻纽约联合国观察员；德曼先生现任首席法律官兼法律部主任。两名外部成员分别为：荷兰外交部法律顾问、马斯特里赫特大学国际法实践教授利斯贝特·莱因扎德（Liesbeth Lijnzaad）；以及日内瓦大学国际法教授、蒙特利尔魁北克大学国际法副教授马尔科·萨索利（Marco Sassòli）。

红十字国际委员会项目组

红十字国际委员会项目组成员包括项目负责人让-马里·亨克茨（Jean-Marie Henckaerts，负责项目的整体协调和最终统一工作）和红十字国际委员会法律部的诸位法律顾问：林赛·卡梅伦（Lindsey Cameron）、布鲁诺·德梅耶尔（Bruno Demeyere）、夏娃·拉艾（Eve La Haye）、艾里斯·米勒（Iris Müller）和海克·尼贝加尔-拉克内（Heike Niebergall-Lackner）。

项目组负责对本评注各个阶段的研究、起草和审阅工作进行组织、协调和监督，并完成了本评注大部分的研究工作。项目组成员除撰写大量文稿外，还对所有文稿内容进行了修订、编辑和统一，并在与作者协商后将同行评议的反馈意见整合到最终成稿中。

评阅委员会

评阅委员会由项目组成员和外部专家组成。委员会对文稿进行审阅，旨在确保本评注跨学科内容连贯一致、整体协调统一。评阅委员会成员包括：

- 弗朗索瓦·比尼翁（François Bugnion），红十字国际委员会大会成员
- 达纳·康斯坦丁（Dana Constantin），柏林洪堡大学波茨坦研究小组“国际法治——崛起抑或衰落？”的学术协调员（至2016年5月）
- 杰弗里·科恩教授（Geoffrey S. Corn），休斯顿南德克萨斯法学院法学教授；美国陆军中校（退休）
- 海伦·德拉姆（Helen Durham），曾任澳大利亚红十字会国际法与战略部主任（2007-2014年），现任红十字国际委员会法律与政策部主任
- 罗宾·盖斯教授（Prof. Robin Geiss），格拉斯哥大学国际法与安全系主任
- 雅恩·克勒夫纳教授（Prof. Jann K. Kleffner），斯德哥尔摩瑞典国防大学国际法教授兼国际法中心主任
- 迈克尔·迈耶（Michael Meyer），英国红十字会国际法部主任
- 斯特凡·米歇尔（Stephan Michel），瑞士联邦外交部国际法司条约处处长
- 克劳德·申克尔（Claude Schenker），瑞士联邦外交部国际法司条约处副处长
- 桑代什·西瓦库玛兰教授（Prof.Sandesh Sivakumaran），诺丁汉大学国际公法教授
- 西尔万·维特（Sylvain Vité），安卡拉比尔肯特大学讲师（2013-2015年），现任红十字国际委员会法律顾问

此外，奥德河畔法兰克福欧洲大学的沃尔夫·海因茨切尔·冯·海内格教授（Prof. Wolff Heintschel von Heinegg）、墨尔本大学法学院的布鲁斯·奥斯沃德教授（Prof. Bruce Oswald）、乔治城大学法学院的加里·索里斯教授（Gary Solis）以及克雷顿大学法学院的肖恩·沃茨教授（Sean Watts）对部分评注内容进行了评论，柏林洪堡大学的格奥尔格·诺尔特教授（Georg Nolte）对导论部分进行了审阅。

同行评议组

本评注文稿撰写完毕后，交由一个规模庞大且具地域代表性的同行评议组进行评议。2014年9月至2015年2月期间，评议组成员以个人身份对书稿内容进行了审阅并提出相关意见建议。评议组提出的宝贵反馈意见对起草工作的顺利完成非常重要。

同行评议过程的顺利开展，也得益于红十字国际委员会驻各国代表处法律顾问的鼎力协助。

同行评议组由以下人员组成：

阿尔及利亚

卡梅尔·费拉里教授（Prof. Kamel Filali），君士坦丁大学国际法教授；非洲联盟国际法委员会成员；联合国儿童权利委员会前副主席。

阿根廷

何塞·亚历杭德罗·孔西利博士（Dr. Jose Alejandro Consigli），科尔多瓦法斯塔（FASTA）大学校长；海军战争学院和阿根廷军队高级战争学院国际人道法前特邀教授。

亚美尼亚

弗拉基米尔·瓦尔达尼扬博士（Dr. Vladimir Vardanyan），亚美尼亚共和国宪法法院法律咨询处处长；埃里温国立大学欧洲和国际法系讲师。

澳大利亚

罗伯·麦克劳林教授（Prof. Rob MacLaughlin），（堪培拉）澳大利亚国立大学法学院副教授。

理查德·罗（Richard Rowe PSM），澳大利亚外交和贸易部前高级法律顾问；（堪培拉）澳大利亚国立大学法学院兼职教授。

阿塞拜疆

拉蒂夫·胡赛诺夫博士（Dr. Latif Hüseynov），巴库国立大学国际公法教授；欧洲防止酷刑委员会前成员；阿塞拜疆共和国议会秘书处宪法部主任。

白俄罗斯

安德烈·L.科齐克博士（Dr. Andrey L. Kozik），（白俄罗斯）国际法和仲裁协会秘书长；白俄罗斯国际人道法国家实施委员会成员。

比利时

埃里克·达维教授（Prof. Eric David），布鲁塞尔自由大学荣誉教授；国际人道实况调查委员会成员

玻利维亚

伊丽莎白·桑塔拉·巴尔加斯教授（Prof. Elizabeth Santalla Vargas），顾问、教授和研究员，专业研究方向为国际法、国际刑法、人道法和人权法；曼彻斯特国际法中心牛津国际组织项目报告员。

巴西

塔西索·达尔马索·雅尔丁（Tarciso Dal Maso Jardim），巴西国际人道法国家委员会成员；巴西参议院法律顾问；巴西最高法院院长顾问。

加拿大

布莱斯·卡思卡特少将（Major-General Blaise Cathcart），加拿大武装部队军法署署长。

智利

埃尔南·萨利纳斯·布尔戈斯大使（Ambassador Hernán Salinas Burgos），智利天主教大学国际法教授和国际法系主任；美洲国家组织美洲法律委员会成员；国际人道实况调查委员会前成员、智利国际人道法国家委员会前主席。

中国

肖凤城大校（退役），（北京）中国政法大学法学教授，原中央军委法制局成员。

凌岩博士，（北京）中国政法大学国际法学院国际法教授。

哥伦比亚

亚历杭德罗·拉梅利·阿特加教授（Prof. Alejandro Ramelli Arteaga），哥伦比亚对外大学教授；哥伦比亚宪法法院助理法官。

空军准将胡安·卡洛斯·戈麦斯·拉米雷斯（Air Force Brigadier General Juan Carlos Gómez Ramírez），哥伦比亚空军法律与人权办公室主任。

科特迪瓦

杰杰罗·弗朗西斯科·梅勒杰教授（Prof. Djedjro Francisco Meledje），科科迪大学公法和政治学正教授。

克罗地亚

达沃林·拉帕斯教授（Prof. Davorin Lapas），萨格勒布大学法律系。

刚果民主共和国

热拉尔·巴兰达·米库因·莱里尔教授（Prof. Gérard Balanda Mikuin Leliel），金沙萨大学法律系和刚果新教大学教授；刚果法律改革常设委员会主席；最高法院前院长（至1998年）

埃及

艾哈迈德·阿布·瓦法教授（Prof. Ahmed Abou El Wafa），开罗大学法律系国际法教授。

法国

埃里克·达雷少将（Eric Darré），医学博士，法国国防部法国军事医疗服务督察员。

埃马纽埃尔·德科教授（Prof. Emmanuel Decaux），巴黎第二大学教授；联合国强迫失踪问题委员会成员、前主席（2012-2015年）。

格鲁吉亚

塔玛尔·托马什维利（Tamar Tomashvili），第比利斯自由大学法律系助理教授。

德国

迪特尔·弗莱克博士（Dr. Dieter Fleck），德国国防部国际协定与政策司前司长。

希腊

斯泰利奥斯·佩拉基斯大使（Ambassador Stelios Perrakis），（雅典）派迪昂大学教授；希腊常驻欧洲委员会代表；国际人道实况调查委员会成员；欧洲人权与人道行动研究与培训中心主任。佩拉基斯大使由派迪昂大学助理教授、欧洲人权与人道行动研究和培训中心副主任玛丽亚-丹妮拉·马鲁达（Maria-Daniella Marouda）协助开展评注相关工作。

印度

V.S.马尼教授（Prof. V. S. Mani），斋浦尔国立大学副校长兼法学院院长，亚洲国际法学会前主席（2011-2013年）。

萨诺吉·拉詹教授（Prof. Sanoj Rajan），（古尔冈）安萨尔大学法学院院长。

印度尼西亚

罗姆里·阿斯帕斯米塔教授（Prof. Romli Atmasasmita），任教于万隆大学，曾担任法律行政事务司、立法司主任及法律与人权部部长。阿斯帕斯米塔教授由三宝垄大学讲师特里霍尼·纳列斯蒂·德维博士（Dr. Trihoni Nalesti Dewi）、红十字国际委员会雅加达代表处前法律顾问、现任顾问的法迪拉·阿古斯博士（Dr. Fadillah Agus）以及红十字国际委员会雅加达代表处法律顾问里娜·鲁斯曼（Rina Rusman）协助开展评注相关工作。

伊朗

贾姆契德·蒙塔兹教授（Prof. Djamchid Momtaz），德黑兰大学国际公法教授；联合国国际法委员会前成员、主席。

以色列

伊亚尔·本维尼斯提教授（Prof. Eyal Benvenisti），特拉维夫大学法学院；剑桥大学惠威尔国际法讲座教授。

意大利

帕奥罗·本维努蒂教授（Prof. Paolo Benvenuti），罗马特雷大学法学系。

肯尼亚

提图斯·吉蒂奥拉准将（Brigadier Titus Githiora），退役前供职于肯尼亚国防军军法署；前红十字国际委员会武装部队合作项目代表，目前在肯尼亚治理学院教授国际人道法。

韩国

朴宣基（Seon Ki Park）法官，联合国刑事法庭余留事项国际处理机制法官；大东法律与公证事务所合伙人；卢旺达问题国际刑事法庭前审案法官；国防部前法律总顾问。

科威特

拉希德·哈米德·阿内兹博士（Dr Rashid Hamed Al Anezi），科威特大学法律系国际法教授。

黎巴嫩

卡里姆·穆夫提博士（Dr Karim El Mufti），（贝鲁特）圣贤大学国际法教授和法律诊所主任。

墨西哥

玛丽安娜·萨拉查（Mariana Salazar），外交部国际人道法主任和国际人道法国家委员会技术秘书。

摩洛哥

穆罕默德·巴扎兹教授（Prof. Mohamed Al Bazaz），梅克内斯大学法律系国际法教授。

尼泊尔

吉塔·帕塔克·桑格罗拉教授（Prof. Geeta Pathak Sangroula），加德满都法学院执行主任。

尼日尔

奥马鲁·纳雷博士（Dr Oumarou Narey），任职于（尼亚美）阿卜杜·摩莫尼大学法律系；尼日尔宪法法院法官。

尼日利亚

博尼法斯·奥比纳·奥凯雷教授（Prof. Boniface Obina Okere），尼日利亚大学埃努古校区名誉法学教授；非洲联盟国际法委员会成员。

巴基斯坦

西坎德·沙阿教授（Prof. Sikander Shah），拉合尔管理科学大学教授；外交部前法律顾问。

秘鲁

伊丽莎白·萨尔蒙·加拉特教授（Prof. Elizabeth Salmon Garate），秘鲁天主教大学国际法教授。

菲律宾

拉乌尔·潘加兰根教授（Prof. Raul Pangalangan），（马尼拉）菲律宾大学法学院。

哈里·罗克教授（Prof. Harry Roque），（马尼拉）菲律宾大学法学院。

俄罗斯联邦

巴赫季亚尔·R.图兹穆哈梅多夫法官（Judge Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov），卢旺达问题国际刑事法庭和前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭前法官；国际法教授。

塞尔维亚

马尔科·米拉诺维奇教授（Prof. Marko Milanovic），诺丁汉大学法学院副教授；欧洲国际法学会副主席。

南非

加思·亚伯拉罕教授（Prof. Garth Abraham），南非圣奥古斯丁学院首席执行官；威特沃特斯兰德大学法律系前教授。

安德烈·雷迪夫上校（Colonel André Retief），南非国防军武装冲突法、教育、培训和发展事务高级参谋。

斯里兰卡

罗汉·佩雷拉博士（Dr. Rohan Perera），斯里兰卡常驻纽约联合国代表；外交部前法律顾问；联合国国际法委员会前成员（2007-2011年）。

瑞典

塞西莉亚·滕罗特（Cecilia Tengroth），瑞典红十字会高级法律顾问。

克里斯蒂娜·林德瓦尔（Kristina Lindvall），瑞典红十字会法律顾问。

泰国

穆罕默德·乌孙教授（Prof. Vitit Muntarbhorn），（曼谷）朱拉隆功大学国际法教授。

土耳其

埃姆雷·厄克特姆教授（Prof. Emre Öktem），（伊斯坦布尔）加拉塔萨雷大学；《红十字国际评论》编辑委员会成员。厄克特姆教授由穆罕默德·乌尊（Mehmet Uzun）协助开展评注相关工作。

英国

查尔斯·H.B.加拉维（Charles H. B. Garraway）上校（退役），国际人道实况调查委员会成员、前副主席；埃塞克斯大学人权中心研究员。

乌克兰

米科拉·格纳托夫斯基教授（Prof. Mykola Gnatovsky）教授，（基辅）塔拉斯·舍甫琴科国立大学国际法教授；欧洲防止酷刑委员会主席。

美国

理查德·杰克逊上校（退役）（Colonel Richard Jackson），陆军军法署署长战争法事务特别助理。

迈克尔·施密特教授（Prof. Michael Schmitt），美国海军战争学院斯托克顿国际法研究中心主任、埃克塞特大学国际公法教授。

国际组织及其他组织

联合国：法律事务助理秘书长史蒂芬·马蒂亚斯（Stephen Mathias）。马蒂亚斯先生由首席法律干事卢克·姆拉巴（Luke Mhlaba）和法律干事卡塔琳娜·格伦费尔（Katarina Grenfell）、冈本圭一郎（Keiichiro Okimoto）协助开展评注相关工作。

红十字会与红新月会国际联合会：前副秘书长马蒂亚斯·施马勒（Mathias Schmale）（在任至2015年）。

人权观察组织：法律及政策主任詹姆斯·罗斯（James Ross）。

红十字国际委员会员工

红十字国际委员会的众多工作人员对本书提供了宝贵的反馈、建议与支持，本评注项目的顺利完成离不开他们的重要贡献。

红十字国际委员会法律部的多名律师对书稿进行了审阅并提出了有益的反馈：亚历山大·布赖滕格（Alexander Breitegger，伤者与病者、医务人员和医务运输工具）、科尔杜拉·德勒格（Cordula Droege，共同第3条）、特里斯坦·费拉罗（Tristan Ferraro，共同第1条和第3条）、格洛丽亚·加焦利（Gloria Gaggioli，共同第3条）、洛朗·吉塞勒（Laurent Gisel，共同第3条）、萨拉·麦科斯克（Sarah McCosker，第38条至第39条）、何塞·塞拉沃（Jose Serralvo，共同第1条）和耶莱娜·佩伊奇（Jelena Pejic，共同第3条、第13条至第14条）。

此外，本项目还得益于红十字国际委员会法律部其他成员的宝贵建议以及世界各地代表处中为本评注做出慷慨奉献的律师。红十字国际委员会派往武装部队的代表也作出了重要贡献，特别是拉乌尔·福斯特（Raoul Forster）、安德鲁·卡斯维尔（Andrew Carswell）、皮特·埃文斯（Pete Evans）以及詹·阿克多根（Can Akdogan）。

此外，还有诸多同事审阅了与其专业领域有关的文稿，并提供了宝贵的反馈意见，包括下列人员：卡蒂亚·吉新和索菲·巴尔贝（Katya Gisin和Sophie Barbey，信息登记与转送，关于死者的规定）；莫里斯·蒂德博尔-宾兹、舒亚拉·马丁·拉迪及奥兰·法恩根（Morris Tidball-Binz、Shuala Martin Drawdy和Oran Finegan，关于死者的规定）；马西莫·马雷利（Massimo Marelli，数据保护）；保罗·布维耶博士（Dr Paul Bouvier，伤者与病者）；克里斯蒂娜·佩兰蒂尼和安托万·布维耶（Cristina Pellandini和Antoine Bouvier，刑事制裁、传播和最后条款）；理查德·德加涅和阿娜玛丽·拉罗萨（Richard Desgagné和Anne-Marie La Rosa，刑事制裁）；奥德丽·帕拉马（Audrey Palama，非国家武装团体的作用）；西梅纳·隆多尼、科莉恩·拉普诺和玛丽亚-特雷莎·加里多（Ximena Londoño, Coline Rapneau和Maria Teresa Garrido，妇女保护、性暴力）；托马·德圣莫里斯和帕斯卡尔·多丹（Thomas de Saint Maurice和Pascal Daudin，人道倡议权）；克莱尔·德弗（Claire de Feu，人道原则）；拉法拉·迪亚娜、玛丽亚·尼科洛娃、艾蒂安·库斯特和弗朗索瓦·塞内绍（Raffaella Diana, Mariya Nikolova, Etienne Kuster和François Sénéchaud，传播和详细执行）。斯特凡·汉金斯（Stéphane Hankins）和安托万·布维耶（Antoine Bouvier）审阅了所有与标志保护以及国家红会的辅助作用有关的评注部分（第26条至第27条），并提出了富有深刻见解的意见。莱斯利·里奇（Leslie Leach）和苏·费瑟斯通（Sue Featherstone）在收集汇总有关标志使用的实践方面提供了宝贵的协助。

在研究方面，项目组得到了下列人员的宝贵支持，他们当时是红十字国际委员会法律部的法律实习生：Nicole Anderson, Audrey Baëté, Tracey Begley, Marcela Giraldo, Andrea Harrison, Öykü Irmakkesen, Yvette Issar, Claudia Maritano, Jérôme Massé, Anna Leshchinskaya, Ximena Londoño, Rochus Peyer, Vanessa Pooudomsak, Tilman Rodenhäuser, Jose Serralvo, Helena Sunnegardh, Nele Verlinden, Oliver Waters and Cornelius Wiesener.

特别值得一提的是，红十字国际委员会图书馆的米歇尔·侯（Michèle Hou）、索尼娅·克伦（Sonia Crenn）和伊斯梅尔·拉布（Ismaël Raboud）为研究工作提供了慷慨支持。红十字国际委员会档案馆的法布里齐奥·本西（Fabrizio Bensi）、让-米歇尔·迪兹（Jean-Michel Diez）和丹尼尔·帕尔米耶里（Daniel Palmieri）以及玛雅·罗姆巴尔迪·雷瓦兹（Maya Rombaldi Revaz）、伊莎贝尔·尼克尔斯（Isabelle Nikles）和尼科尔·杜克劳（Nicole Ducraux）在档案研究方面也同样向我们给予了大力协助。

我们还要感谢凯瑟琳·德利斯（Catherine Délice）和梅兰妮·施韦泽（Mélanie Schweizer）在行政方面所提供的全力支持。

红十字国际委员会还希望向其他提供重要支持和建议的诸多人员，特别是各国红十字会的法律顾问，表示诚挚的感谢。

英文编辑

克里斯蒂娜·格里兹伍德（Christina Grisewood）和苏珊·沃尔德（Susan Wald）负责本评注艰巨的编辑工作。

评注中文版

《日内瓦第一公约》新版评注中文版翻译项目在红十字国际委员会东亚地区代表处翻译组的组织协调下，由众多外部专家参与翻译工作，内部人员负责予以审校，现终于顺利出版，以飨读者。在此，我们谨向所有参与本书翻译和校对工作、为此辛勤付出的人员表示衷心的感谢，其深厚的学术功底与严谨的工作态度使本书行文晓畅，解释明晰，有助于读者更加深刻地理解公约条款之要义。

参与翻译工作的学者包括（按姓氏笔画顺序）：丁玉琼（甘肃政法大学副教授）、尹文娟（红十字国际委员会东亚地区代表处法律部前法律顾问）、朱利江（中国政法大学国际法学院副院长）、李强（中国政法大学副教授、军事法研究所所长）、李尊然

（中原工学院法学院教授）、张膑心（巴黎政治大学博士研究生）和廖凡(中国社会科学院国际合作局副局长、研究员)。

红十字国际委员会东亚地区代表处翻译组主管范明舒女士负责项目协调统筹工作，全书译稿的校对、审校和统稿工作由法律翻译张萌、法律翻译王绪芳、前法律翻译李佳益和翻译组副主管崔敏完成。

另外，还要特别感谢红十字国际委员会东亚地区代表处法律顾问刘欣燕博士和晁译博士为译稿提出的宝贵意见。还有一些单位和个人也对本评注中文版的翻译、出版工作提供了大力支持，由于篇幅有限，无法一一列出，在此一并致以真诚的谢意！

网络版与印刷版

网络版由瓦莱里·布朗（Valéry Blanc）和弗洛朗·伊塞林（Florent Isselin）开发，并得益于桑德拉·曼齐（Sandra Manzi）所提供的建议与支持。

印刷版由红十字国际委员会的萨拉·弗莱明（Sarah Fleming）和克里斯蒂娜·格里兹伍德（Christina Grisewood）以及剑桥大学出版社的菲诺拉·奥沙利文（Finola O'Sullivan）和艾玛·科里森（Emma Collison）组织出版。

缩略语表

AU	非洲联盟	非盟
DRC	刚果民主共和国	刚果（金）
ECCC	柬埔寨法院特别法庭	/
EU	欧洲联盟	欧盟
ICC	国际刑事法庭	/
ICJ	国际法庭	/
ICJ Reports	国际法院关于判决、咨询意见和命令的报告	/
ICRC	红十字国际委员会	/
ICTR	卢旺达问题国际刑事法庭	卢旺达刑庭
ICTY	前南斯拉夫问题国际刑事法庭	前南刑庭
IHL	国际人道法	/
IHFFC	国际人道实况调查委员会	/
ILA	国际法协会	/
ILC	国际法委员会	/
IMT	国际军事法庭	/
LOAC	武装冲突法	/
NATO	北大西洋公约组织	北约
OAS	美洲国家组织	/
OAU	非洲统一组织（现非洲联盟）	非统
PCIJ	常设国际法院	/
UN	联合国	/
UNESCO	联合国教育、科学及文化组织	联合国教科文组织
UNHCR	联合国难民事务高级专员办事处	联合国难民署
UNICEF	联合国儿童基金会	联合国儿基会
UDFR	争取团结民主力量联盟	/
USSR	苏维埃社会主义共和国联盟	苏联
UK	大不列颠及北爱尔兰联合王国	英国
US	美利坚合众国	美国

导 论

目 录

一、红十字国际委员会新版评注项目 2
(一)项目背景和范围 2
(二)红十字国际委员会在解释公约和议定书方面的作用 3
二、起草过程 4
三、方法论 5
(一)引言 5
(二)用语之通常意义 5
(三)上下文 6
(四)目的和宗旨 7
(五)解释的附加要素 8
1. 国际刑法 9
2. 国际人权法 9
3. 附加议定书 10
4. 习惯国际人道法 10
(六)用语的特殊意义 11
(七)准备工作 11
(八)实践的缺乏与约文的废止 12
四、评注的结构 12
五、《日内瓦第一公约》 14
(一)引言 14
(二)历史背景 14
(三)《日内瓦第一公约》的内容 17
(四)结构 18
(五)当代意义和挑战 20
主要参考文献 21

一、红十字国际委员会新版评注项目

（一）项目背景和范围

1 1949年日内瓦四公约及其1977年附加议定书是当代国际人道法的基石。它们所包含的人道法基本规则保护平民、失去战斗力的人员、医务与宗教人员以及民用物体、医疗队和医务运输工具等一系列受保护的物体。在撰写本评注之时，日内瓦四公约已得到普遍批准或加入。此外，绝大多数国家（超过六分之五）都已成为1977年两项附加议定书的缔约国。[1]

2 1949年日内瓦四公约通过之初，一批曾参与过公约起草和谈判的红十字国际委员会法律专家开始着手针对四公约各项条款撰写详细的评注。最终，四部公约的评注于1952至1960年间陆续出版，让·皮克泰（Jean Pictet）担任总主编。[2]同样，1977年附加议定书通过时，参与谈判的红十字国际委员会法律专家也开始着手撰写关于这两项议定书的评注。这些评注在1986至1987年间出版。[3]

3 多年来，红十字国际委员会出版的这六部评注备受推崇，已被视为日内瓦四公约及其1977年附加议定书的权威解释，对于理解和适用国际人道法而言至关重要。[4]

4 旧版评注主要基于作者们亲眼见证的条约谈判过程以及先前的实践。就此而言，它们仍有其历史价值。旧版评注中经常包含与先前公约的详细比较，例如1949年四公约与1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和《关于战俘的日内瓦公约》之间的比较。

1 如需持续了解相关信息的更新，见红十字国际委员会官方网站（http://www.icrc.org/ihl）及公约保存者网站（https://www.fdfa.admin.ch/depositary）。

2 《日内瓦第一公约》：由让·S.皮克泰撰写评注，弗雷德里克·西奥尔德（Frédéric Siordet）、克洛德·皮尤（Claude Pilloud）、让-皮埃尔·申霍尔泽（Jean-Pierre Schoenholzer）、勒内-让·威廉（René-Jean Wilhelm）和奥斯卡·M.乌勒尔（Oscar M. Uhler）参与，1952年出版（法文原文和英文版本）。《日内瓦第二公约》：由让·S. 皮克泰与M.W.穆顿（M.W. Mouton）少将（荷兰）合作撰写评注，弗雷德里克·西奥尔德、克洛德·皮尤、让-皮埃尔·申霍尔泽、勒内-让·威廉和奥斯卡·M.乌勒尔参与，法文版于1959年出版，英文版于1960年出版。《日内瓦第三公约》：由让·德普勒（Jean de Preux）撰写评注，弗雷德里克·西奥尔德、克洛德·皮尤、亨利·库尔西耶（Henri Coursier）、勒内-让·威廉、奥斯卡·M.乌勒尔和让-皮埃尔·申霍尔泽参与，法文版于1958年出版，英文版于1960年出版。《日内瓦第四公约》：由奥斯卡·M.乌勒尔、亨利·库尔西耶与弗雷德里克·西奥尔德、克洛德·皮尤、罗歇·博普（Roger Boppe）、勒内-让·威廉和让-皮埃尔·申霍尔泽共同撰写，法文版于1956年出版，英文版于1958年出版。

3 《第一附加议定书》（及其附件一）：由克洛德·皮尤、让·德普勒、伊夫·桑多（Yves Sandoz）、布鲁诺·齐默尔曼（Bruno Zimmermann）、菲利普·埃贝林（Philippe Eberlin）、汉斯-彼得·加塞尔（Hans-Peter Gasser）和克洛德·F.文格尔（Claude F. Wenger）撰写评注。《第二附加议定书》：西尔维·S.朱诺（Sylvie S. Junod）撰写评注。两部评注均是在伊夫·桑多、克里斯托夫·斯维纳尔斯基（Christophe Swinarski）和布鲁诺·齐默尔曼的编辑下撰写的，法文版于1986年出版，英文版于1987年出版。

4 See e.g. W. Hays Parks, 'Pictet's Commentaries', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 495–497.

5 不过，随着时间的推移和实践的发展，已确有必要对评注进行更新。因此，红十字国际委员会决定启动一个宏大项目以实现上述目的。此次更新工作在保留旧版评注中仍具相关性的内容的同时，力求反映日内瓦四公约及其附加议定书通过数十年以来，其解释和适用方面的实践发展。更新工作旨在确保新版评注反映当代实践和法律解释。因此，新版评注更为详尽，因其得益于各国、各法院和学者过去60多年适用日内瓦四公约、过去40多年适用1977年附加议定书的经验以及他们对这些公约和议定书的解释。新版评注还反映了当前红十字国际委员会对国际人道法的解释（如果存在这类解释的话）。新版评注还指出了现有的主要不同观点。

6 这次更新遵循旧版评注的形式，即对日内瓦四公约及其附加议定书的所有条款进行逐条分析。关于《日内瓦第一公约》中共同条款的评注则通用于四部公约。不过这些评注也会在必要时根据某一公约的具体语境作出调整，如在《日内瓦第二公约》的语境下对“遇船难者”进行定义。

7 本卷是六卷新版评注中的第一卷。2007年出版的《第三附加议定书》评注并非本项目的一部分，此次不作更新。[5]

（二）红十字国际委员会在解释公约和议定书方面的作用

8 红十字国际委员会依据其捍卫和推广人道法的职责，授权编写了旧版评注。目前的新版评注也同样如此。这项职责在《国际红十字与红新月运动章程》中得到认可，尤其是委员会负有“为了解和传播适用于武装冲突的国际人道法知识而努力工作，并为发展该法做好准备”的职责。[6]该职责也产生于“承担日内瓦公约所赋予的任务”和“为忠实执行适用于武装冲突的国际人道法而努力，并考量有关违反该法的申诉”的职责。[7]在诸多情况下，这些任务要求委员会对这项职责所依据的国际人道法条约作出解释。因此，国际人道法解释工作构成该组织各项行动日常工作的核心。

9 其他各类行为体也会对四公约和议定书进行解释，特别是国家（通过政府各部委的律师、军事指挥官、参谋人员和法律工作者、出庭律师）、国内和国际法

5 Jean-François Quéguiner, ‘Commentary on the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III)’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 865, March 2007, pp. 175–207.

6 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第2款第7项。关于红十字国际委员会在解释国际人道法方面的职责，另见François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 914–922。

7 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第2款第3项。

院及法庭、仲裁庭、国际组织、红十字与红新月运动成员、非政府组织以及学者。在必要时，本评注也已将这些行为体作出的解释纳入考量，尤其是各国作出的解释和法院及法庭裁决，这些是指导解释工作最重要的资源之一。

10 此外，红十字国际委员会授权编写的新版评注与其他学术类评注的不同之处在于，编写人员能够借鉴红十字国际委员会档案馆中的研究报告，同时尊重其保密性，以对四公约和议定书通过以来的适用情况和相关解释加以评估。

二、起草过程

11 新版评注的研究与协调工作由红十字国际委员会项目团队负责实施。该项目团队与外部专家组和红十字国际委员会的其他法律专家共同起草了本评注。所有评注文稿均交由编写专家组（即评阅委员会）予以审议。

12 与此同时，诸多文稿还交予红十字国际委员会其他工作人员进行了审议，包括下列领域的工作人员：法律纳入及推广、政策、红十字与红新月运动内部合作、保护和援助等。对于具体问题，还另外与政府、军队以及国家红会的法律专家进行了咨商。

13 此后，评注文稿还交由红十字国际委员会内部和外部资深人道法专家组成的编辑委员会进行审议。根据编辑委员会的意见，撰写新文稿并提交进行全面的同行评议，即接受全球60位人道法研究与实施方面的学者和实务人员的评议。根据同行评议的反馈结果，项目团队完成了最终文稿并交由编辑委员会批准。因此，最终稿是各方通力合作的结果。[8]

14 这些不同的咨询和评议环节力图确保继1952年首版评注出版60多年后撰写的新版评注能够尽可能准确地反映当前实践，并在晚近实践、判例法、学术评论和红十字国际委员会经验的基础上提供最新的法律解释。评注中提及的条约、其他文件、军事手册、国内立法、国际和国内判例的详细信息，请见本卷末尾随附的相应文献列表。

15 新版评注的受众十分广泛，尤其包括国际人道法实务人员，例如军事指挥官、参谋和律师、国际和国内法院及法庭的法官和律师、红十字国际委员会和红十字与红新月运动的其他成员、非政府组织工作人员以及专家学者。

8 关于参与评注研究、起草和评议的人员的详细信息，见本评注致谢部分。

三、方法论

(一) 引言

16 新版评注适用的是1969年《维也纳条约法公约》规定的条约解释方法，特别是第31条至第33条。[9]虽然该公约的通过比日内瓦四公约晚20年，但普遍观点认为这些规则反映了习惯国际法。[10]

17 下文将说明如何适用该方法，对日内瓦四公约，特别是《日内瓦第一公约》进行解释。

18 根据《维也纳条约法公约》第31条，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”地予以解释。尽管该解释规则包含不同要素（下文将在各小标题下分别加以分析），但解释本身应综合考虑所有要素。[11]

19 善意解释条约条款的义务源于善意遵守条约义务的一般义务，拉丁法谚称之为*pacta sunt servanda*（‘有约必守’）。[12]

(二) 用语之通常意义

20 日内瓦四公约中大部分用语的通常意义均较易确定。公约一般使用通俗易懂的语言写成，而且条款本身也提供了诸多详细规定（例如，见《日内瓦第三公约》中的许多详细规定）。

21 日内瓦四公约是以易于士兵及其指挥官以及平民理解的方式起草的，旨在促进实现其宗旨。四公约规定军事教育计划应包含学习四公约的内容，[13]并且规定各战俘营应“以战俘本国文字”将《日内瓦第三公约》全文“张贴在人人均能阅读之处”。[14]其目的在于便于战俘阅读《日内瓦第三公约》，充分了解其在拘禁期间根

9 下文仅概述了这些条款所提出的问题。关于对这些规定更为详细的评述，见Aust, pp. 205–226; Gardiner, 2015; Sinclair, pp. 114–158; 以及Corten/Klein, Dörr/Schmalenbach, and Villiger, 其中关于第31条至第32条的部分。

10 See e.g. ICJ, *Kasikili/Sedudu Island case*, Judgment, 1999, paras 18–20; *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 160; 国际法委员会：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”结论1.1（暂时通过），载《国际法委员会第六十五届会议工作报告》，联合国A/68/10号文件，2013年，第11页。

11 See ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, p. 220, paras 9–10; 国际法委员会：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”结论1.5（暂时通过），载《国际法委员会第六十五届会议工作报告》，联合国A/68/10号文件，2013年，第11页。

12 《维也纳条约法公约》（1969年）第26条。详见Gardiner, 2015, pp. 167–181。

13 《日内瓦第一公约》第47条；《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条；《日内瓦第四公约》第144条。

14 《日内瓦第三公约》第41条。同样，《日内瓦第四公约》也需要张贴在拘禁平民的营地内，见《日内瓦第四公约》第99条。

据该公约所享有的权利。同样，日内瓦四公约也预见到平民居民的作用，例如搜寻并收集伤者和病者，因此平民了解日内瓦四公约（未加解释的）约文也至关重要。此外，平民受《日内瓦第四公约》的保护，因而更有必要充分理解该项条约。

22 然而，过去60年适用和解释日内瓦四公约的实践表明，四公约的用语含义有时并非清楚明了，或者可能需要进一步解释。必要时，本评注参考了《牛津简明英语词典》（*Concise Oxford English Dictionary*）等权威、标准的英语词典，或《布莱克法律词典》（*Black's Law Dictionary*）等法律词典来确定用语的通常意义。

23 尽管新版评注以英文起草，但作者们一直在参考和比较同等作准的法文版公约。[15]对于两个版本看似存在不同的情况，评注也提出了调和两个版本的解释。[16]为确定公约法文版中用语的含义，作者参考了权威、标准的法语词典，如《小罗贝尔词典》（*Le Petit Robert*）或《小拉鲁斯词典》（*Le Petit Larousse*）。

（三）上下文

24 根据《维也纳条约法公约》第31条第1款，为确定条约用语的通常意义，必须将这些用语置于“其上下文”中。根据第31条第2款，解释条约时应予考虑的上下文不仅包括条约约文，还包括其序言和附件。

25 《日内瓦第一公约》有两个附件：附件一是关于医院地带及处所之协定草案，附件二是附属武装部队之医疗和宗教人员的身份证模板。当在特定条款的上下文中具有相关性时，评注会提及这些附件。[17]关于附件本身的评注尚未更新，因为对其进行修订的实际意义不大。

26 上下文还包括四公约的结构、名称、章节标题以及其他条款的约文。出于解释这些条约的目的，1949年日内瓦外交会议通过的最后文件和所附的11项决议也被视为上下文的一部分。[18]

27 就日内瓦四公约而言，旁注标题既不属于条约约文，也不属于上下文，因为这些标题是由条约保存者，即瑞士联邦委员会，在外交会议之后确定的。此举旨在便于引用，因为不同于附加议定书的条款，日内瓦四公约中的条款没有标题。[19]本评注对部分条款的旁注标题略作调整，以便更清楚地表明其主题。

15 见《日内瓦第一公约》第55条；《维也纳条约法公约》（1969年）第33条。

16 更多相关详细内容，见关于第55条的评注，第二部分第（二）节。

17 见关于第23条和第28条的评注。

18 See Aust, p. 211; Gardiner, 2015, p. 86; Sinclair, p. 129; and Villiger, p. 430.

19 见 “Marginal Headings (or Titles of Articles) Established by the Swiss Federal Political Department”，载《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第三部分。

（四）目的和宗旨

28 严格而言，可以认为条约的目的是指该条约规定的权利和义务，[20]而宗旨则是指条约规定旨在实现的目标。[21]然而，“目的及宗旨”一词是作为一个“整体”使用的。[22]因此，可认为条约的目的和宗旨是指条约的“存在理由”、[23]“基本核心”[24]或“实质内容”。[25]

29 善意地考虑目的和宗旨将确保条约用语的有效性：

> 如果一项条约可作两种解释，其中一种解释可使条约产生适当的效果，而另一种则不能，此时根据善意原则以及条约的目的和宗旨，应采用前一种解释。[26]

上述引文表明，一项条约可能有多个目的和宗旨，这一点也为国际法院所承认。[27] 条约的目的和宗旨通常载于序文之中。[28] 日内瓦四公约的序文较短，所提供的指导也十分有限，而附加议定书的序文内容则更具实质性。[29] 不过，在确定公约的目的和宗旨时，除序文以外，还必须考虑公约全文，包括标题和附件。[30]

30 在此基础上，可以确定的是，《日内瓦第一公约》总体的目的和宗旨是确保在国际性武装冲突中尊重和保护伤者、病者以及死者。第一公约的其他条款也旨在实现这一宗旨，例如关于搜寻和收集伤者、病者及死者的规则。此外，要求尊重和保护医务和宗教人员、医疗队和医务运输工具以及特殊标志的规则，也都服务于保护和照顾伤者和病者的宗旨。最后，还有诸多其他规定旨在通过推广、实

20 Reuter, p. 186, para. 283; see also Buffard/Zemanek, pp. 331–332.

21 Buffard/Zemanek, pp. 331–332.

22 Villiger, p. 427, 及更多参考资料; Gardiner, 2015, pp. 212–213 （“一个复合性事项”）; David S. Jonas and Thomas N. Saunders, ‘The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43, No. 3, May 2010, pp. 565–609, at 578 （“一个统一的概念”）.

23 ICJ, *Reservations to the Genocide Convention*, Advisory Opinion, 1951, para. 23.

24 Alain Pellet, ‘Article 19. Formulation of reservations’, in Corten/Klein, pp. 405–488, at 450–451.

25 David S. Jonas and Thomas N. Saunders, ‘The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods’, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 43, No. 3, May 2010, pp. 565–609, at 576.

26 ILC, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 1966, p. 219, para. 6. See also ICJ, *Territorial Dispute case (Libya v. Chad)*, Judgment, 1994, para. 51: 在国际法中，有效性（*effet utile*）被视为“条约解释的基本原则之一”。

27 ICJ, *Morocco case*, Judgment, 1952, p. 196; see also Villiger, p. 427, para. 11; Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, pp. 321–322; Gardiner, 2015, p. 214 （“有时条约的目的和宗旨与特定条款的目的之间并无不同”）; Sinclair, p. 130; and Fitzmaurice, p. 228. 但是，见Jan Klabbers, ‘Some Problems Regarding the Object and Purpose of Treaties’, *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 8, 1997, pp. 138–160, at 152–153（接受根据个别条款的目的和宗旨而提出的某种论点可能引发的问题）。

28 ICJ, *Morocco case*, Judgment, 1952, p. 196; see also Fitzmaurice, p. 228, and Sinclair, pp. 125–126.

29 详见关于序文的评注。

30 See Gardiner, 2015, p. 213; Fitzmaurice, p. 228; and Buffard/Zemanek, p. 332.

施和执行该公约来确保其受到尊重。

31 共同第3条为《日内瓦第一公约》以及所有四部公约规定了另一个目的和宗旨，即保护在非国际性武装冲突局势中不参加或不再参加敌对行动的人。

32 国际人道法的特点是在人道考量和军事必要之间寻求平衡。这种平衡反映在1949年外交会议通过的四公约约文中。

（五）解释的附加要素

33 根据《维也纳条约法公约》第31条第3款以及上下文，本评注中提供的解释还必须考虑到：

（1）当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定；

（2）嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例；

（3）适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。

在解释日内瓦四公约时，第 2 项和第 3 项尤其重要。必须确定自公约通过以来数十年积累的公约适用方面的嗣后惯例。

34 嗣后惯例如不符合第31条第3款规定的标准，即未能确定各当事国对条约解释之协定，根据第32条仍可作为解释的补充资料。[31]这些惯例包括一个或多个当事国在缔结条约后适用条约的行为。[32]此种惯例的重要性可能取决于其是否清晰明确、具体特定，是否重复出现。[33]日内瓦四公约通过后的60年间，其适用方面出现了大量实践，这些实践尤其有助于开展条约解释工作。

35 其他相关国际法规则包括习惯人道法和三项附加议定书，以及国际法中的其他相关条约，包括可适用的国际刑法和国际人权法。[34]1949年日内瓦四公约通过时，后几部法律还处于萌芽阶段，但自此之后已获得显著发展。正如国际法院所述：“国际法律文书必须在解释当时现行的整个法律体系框架内进行解释和适用。”[35]

31 国际法委员会：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”结论1.4（暂时通过），载《国际法委员会第六十五届会议工作报告》，联合国A/68/10号文件，2013年，第11页。

32 同上注，结论4.3（暂时通过），第12页。

33 国际法委员会：“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例”结论8.3（暂时通过），载《国际法委员会第六十六届会议工作报告》，联合国A/69/10号文件，2014年，第188页。

34 应注意的是，除日内瓦四公约本身外，本评注提及其他条约之时均基于如下理解：这些条约仅在与其属地、属时、属人适用范围相关的所有条件均得到满足的条件下才适用。此外，除非这些条约反映了习惯国际法且仅在此范围内得为例外，否则他们仅适用于已批准或加入的国家。

35 ICJ, *Namibia case*, Advisory Opinion, 1971, para. 53. 更多相关详细内容，另见国际法委员会：“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难——研究组工作的结论”，载《国际法委员会第五十八届会议工作报告》，联合国A/61/10号文件，2006年，第十二章，第251段，第17～23小段，第303～305段。

1. 国际刑法

36 就国际刑法而言，各种国际刑事法院及法庭以及国内法院的判例法不断增加，阐明了出于评估个人刑事责任的目的而适用和解释国际人道法中相同或类似概念及义务的方式。这些方式只要与日内瓦四公约的解释相关，就已予以分析。

37 另外，1979年《反对劫持人质国际公约》已成为解释劫持人质这一概念的起点。嗣后实践也证明了这一点，例如1998年《国际刑事法院规约》中关于劫持人质的战争罪、2002年《国际刑事法院犯罪要件》中的定义以及判例法。[36]

38 尽管如此，必须强调的是，人道条约义务的范围可能比国际刑法文书所载规则中如遭违反即构成犯罪的义务范围更加宽泛。人道条约义务独立于判例法所依据的国际刑法规则而存在。因此，义务的内容在两套法律体系中可能不完全相同，新版评注对两者存在差异之处都予以指明。

2. 国际人权法

39 关于人道法和人权法之间的关系，得到普遍承认的是，由于这两套法律体系具有保护人的生命和尊严这一共同价值，适用于武装冲突局势的人权法因而补充了人道法所提供的保护。[37]不过，这两套法律体系之间的关系较为复杂，仍有待进一步澄清和发展。这一关系会因具体情况而有所不同，因此两者之间的相互作用取决于具体问题。本评注无意针对日内瓦四公约每项规则与人权法之间所有可能的相互作用，提出一套有关这一关系的一般性理论，而是以这两者具有互补性为前提，在具体个案中分析两者之间的关系。

40 因此，为解释共同的概念（如残忍、不人道和降低身份的待遇），新版评注会在相关时参考人权法。但这并不代表国际人道法规定可以机械地照搬国际人权法及其解释，新版评注已在必要时对两者之间的区别加以点明。例如，1984年《禁止酷刑公约》规定了酷刑的定义，但前南刑庭的判例法和国际刑事法院的《犯罪要件》对这一概念在人道法中的解释要比《禁止酷刑公约》更为宽泛。[38]

36 详见关于共同第3条的评注，第七部分第（三）节。

37 See e.g. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 25; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 106; and *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 215–220. See also ICRC, *Handbook on International Rules Governing Military Operations*, ICRC, Geneva, 2013, p. 67; Cordula Droege, ‘The Interplay between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict’, *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2, Summer 2007, pp. 310–355; and Cordula Droege, ‘Elective affinities? Human rights and humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 501–548.

38 详见关于共同第3条的评注，第七部分第（二）节，以及关于第50条的评注，第四部分第（二）节第1项。

41 人权法虽然不同于人道法，适用范围也有所不同，但在日内瓦四公约的适用可能受国际人权义务影响的情况下，人权法也可能具有相关性。例如，共同第3条（以及《日内瓦第三公约》第100条至第101条和《日内瓦第四公约》第68条）预见到使用死刑的可能性，关于该条的评注如不提及旨在废除死刑的国际条约，则有欠周全。[39]提及这些条约并不旨在通过人权法解释日内瓦四公约中的义务，而是为了全面概述相关国际法规则而提及相关平行义务。

3. 附加议定书

42 一个特别的问题是1949年日内瓦四公约与1977年和2005年附加议定书之间的关系。关于日内瓦四公约的初版评注起草于附加议定书通过之前。新版评注旨在将附加议定书缔约国所负的义务纳入考量，阐明四公约中各项条款所规定的义务内容。

43 因此，新版评注在必要时会指明议定书相关规则对解释四公约的法律影响。关于附加议定书的评注将详细说明议定书的规则是如何对四公约中的相关规则予以更改、补充和（或）巩固的。例如，关于《日内瓦第一公约》相关规定的评注，会简要提及《第一附加议定书》第8条第11款中有关医务人员、医疗队和医务运输工具之定义的影响，而关于该议定书第8条本身的评注则会更详细地讨论这些定义。

4. 习惯国际人道法

44 另一个问题是协定国际法和习惯人道法之间的关系。日内瓦四公约已得到196个国家的批准，一般视为习惯法的一部分。[40]尽管如此，确定四公约中某一条款在一般国际法中的位置时，新版评注仍会提及国际法庭或其他机构识别的或出自红十字国际委员会相关问题研究中的习惯国际人道法相关规则。

45 不过，新版评注并不力图逐条确定所有规定是否构成习惯法，因为这超出了该评注的研究范围，而且如前所述，日内瓦四公约一般被视为习惯法。因此，如未提及某一规定的习惯法地位，该规定也不应解读为不属于习惯国际法，因为这一问题并不在新版评注的探究范围内。

39 见《欧洲人权公约第六议定书》（1983年）；《公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》（1989年）；《旨在废除死刑的美洲人权公约议定书》（1990年）。

40 See e.g. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, paras 79 and 82; Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War*, Eritrea's Claim, Partial Award, 2003, para. 40; and *Prisoners of War*, Ethiopia's Claim, Partial Award, 2003, para. 31.

（六）用语的特殊意义

46 根据《维也纳条约法公约》第31条第4款的规定，“倘经确定当事国有此原意，条约用语应使其具有特殊意义”。就《日内瓦第一公约》而言，该规则具有相关性，例如就伤者、病者的定义而言，该定义与其自身的通常意义相比，既更狭窄又更宽泛。[41]

（七）准备工作

47 最后，根据《维也纳条约法公约》第32条，“得使用”条约之准备工作及缔结之情况，以证实由适用一般解释规则所得之意义，或在适用一般规则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，确定其意义。

48 通过“得使用”这一表述，可能会认为诉诸准备工作具有选择性。而实际上，大多数关于条约的学术评述中，对准备工作进行分析都属于标准研究内容，并不仅限于意义不明或难解，或所获结果显属荒谬或不合理的情况。[42]

49 事实上，即使一般解释规则产生了令人满意的结果，但为全面分析所有问题，对条约的准备工作进行研究似乎也是合乎逻辑的。条约准备工作也有助于评注撰写者“按其上下文”理解“用语”，这是一般规则下的一项要求（见《维也纳条约法公约》第31条第1款和第2款）。如果关于某一问题缺少最新实践，那么研究准备工作则更为重要，例如《日内瓦第一公约》第33条和第34条针对武装部队和救济团体之医疗队，关于其建筑物和器材落于敌手后的待遇所作的规定。

41 见关于第12条的评注，第四部分第（二）节。

42 See e.g. Corten/Klein; Dörr/Schmalenbach; Villiger; Jiří Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol*, Dartmouth/UNESCO, Aldershot, 1996; Stuart Maslen (ed.), *Commentaries on Arms Control Treaties, Volume I: The Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production, and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction*, Oxford University Press, 2004; Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005; Manfred Nowak and Elizabeth McArthur (eds), *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary,* Oxford University Press, 2008; Jiří Toman, *Commentary on the Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, UNESCO Publishing, Paris, 2009; William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010; Gro Nystuen and Stuart Casey-Maslen (eds), *The Convention on Cluster Munitions: A Commentary*, Oxford University Press, 2010; Andreas Zimmermann, Jonas Dörschner and Felix Machts (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011; Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte and Andreas Paulus (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd edition, Oxford University Press, 2012; Christian J. Tams, Lars Berster and Björn Schiffbauer, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*, Beck/Hart/Nomos, Oxford, 2014; Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015; and Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016.

50 本评注中已予以分析的准备工作，列于本卷末尾随附的相应文献列表中。

（八）实践的缺乏与约文的废止

51 过去60年中，《日内瓦第一公约》中的某些条款似乎没有得到广泛适用。然而，某一规定在适用方面缺乏实践，这一事实本身并不会导致该规定的废止。废止是指一项条约规则已不再适用或已被修改，不应轻易得出某些条款已被废止的结论。条约废止必须符合严格的条件，而且缔约国必须至少默示地达成一致意见，或出现与其不一致的习惯国际法规则。[43]

52 《日内瓦第一公约》中未付诸实践或仅有少量实践的条款列举如下：

— 第8条和第10条：关于保护国及其代替组织，自1949年以来鲜少付诸使用；

— 第11条和第52条：关于和解和调查程序，在晚近的冲突中均未予以援引；

— 第26条：关于在军队医务部门担负任务之各国红十字会和红新月会的工作人员。自1949年以来，这种情况很少出现。关于这些救济团体财产的第34条也从未付诸实施。

— 第27条、第32条和第43条：涉及属于中立国救济团体的医疗队及其工作人员，自1949年以来一直没有付诸实施。

— 第28条、第30条和第31条：关于留用医务人员和宗教人员，在晚近的武装冲突中很少出现这方面的问题。

然而，这些条款仍然作为有效的条约规则存在，而且在满足其适用条件时必须予以适用。

四、评注的结构

53 每篇评注都会提供公约约文。对于包含多款的条文，为便于引用，为条文各款加标了序数。公约约文之后，还列出了出版时存在的保留和声明。

54 评注正文前附有目录，作为该篇评注所涉问题的大纲。通过目录，读者可轻松浏览全文，迅速查阅最相关的内容。每篇评注均遵循类似结构：

43 Jan Wouters and Sten Verhoeven, ‘Desuetudo’, version of November 2008, in Rüdiger Wolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL, paras 10–11. 譬如可以认为，目前对《日内瓦第一公约》第38条关于使用特殊标志规则的适用，可被视为已被后续习惯国际法规则以及缔约国之间的默示合意所变更。详见关于第38条的评注。

55 引言：引言是评注的摘要部分，重点说明评注所涵盖的主要问题，并对特定条款所涉及的内容进行简要概述。详细内容则放在讨论部分。在某些情况下，引言会与下一部分的历史背景合并。

56 历史背景：这一部分着重介绍具体条款制定过程中的主要阶段，而并不力求详尽地概述整个起草历史。这一部分的篇幅取决于该历史背景对当前理解该条款的意义，以及具体条款随着时间推移而产生的变化多少及发展情况。这部分的脚注会引导读者了解必要的详细信息。

57 起草历史中的某些要素如果对某项条款某一特定方面的解释有直接影响，则会被纳入讨论部分。

58 对于含有多款的条文，如共同第3条，历史背景部分将侧重阐述该条的总体历史背景，而非各款的历史背景。具体各款的历史背景可能会在单独章节中予以说明，或其部分要素可能会融入该款的引言或讨论部分。

59 讨论：这一部分构成每篇评注的核心。对于单款条文，讨论部分可能会按主题划分章节。对于多款条文，则会按款划分章节，并可能另外按主题划分小节。评注会概述并阐释该条款的内容。如前所述，评注遵循《维也纳条约法公约》所载的解释规则。讨论部分的确切内容取决于所要分析的条款，但总体而言，讨论部分旨在：

— 根据约文的上下文及其目的和宗旨，对其通常意义作出解释；
— 在有助于阐明某项条款的适用范围和内容时，列出实施该条款的实践；
— 分析性地描述国际法院及法庭对某项条款的所有解释；
— 指明某项规则中具体要求存在争议的部分；
— 整体概述关于某一问题的最权威学说（并提供参考文献等），重点阐述不同观点间的主要分歧点；
— 表明红十字国际委员会对如何解释和适用该条款的立场（如有）以及持这一立场的理由；
— 从人道和军事两个方面，提供在实践层面履行义务的关键要素；
— 必要时，简要描述实践中适用某一规定可能会对妇女、男子、女童和男童产生的不同影响；以及
— 必要时，简要说明根据国际法违反某一规定的行为是否引发行为人的个人刑事责任。

60 主要参考文献：如果关于该条款的具体文献可供查阅，该篇评注后会附有主要参考文献书目，包括已引用的具体著述以及拓展阅读资料。本卷末尾的文献列表中包含文中提及的条约、其他文件、军事手册、国内立法以及国内和国际判例。

五、《日内瓦第一公约》

（一）引言

61 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》是1949年日内瓦外交会议上通过的四部日内瓦公约中的首部。

62 第二次世界大战规模空前，导致战斗员和平民居民伤亡惨重前所未有，这促使国际社会决定对1929年两项日内瓦公约进行修订，建立一个更加完善的武装冲突受难者法律保护框架。尽管二战爆发前，已经对改善国际人道法提供的保护有所讨论，但二战的经验教训促使参加外交会议的各国政府决定填补二战中暴露出的协定国际人道法中的某些漏洞。

63 65年后，1949年日内瓦四公约依然是国际人道法的基石，也是关于保护武装冲突受难者的最重要的条约之一。这些受难者包括伤者和病者、遇船难者、战俘、平民被拘禁者以及在敌国控制和占领下或在敌国领土内生活的平民，包括特定类别的人员，如妇女、儿童和流离失所者。因此，日内瓦四公约包含了保护不直接参加或不再直接参加敌对行动之人的重要规则。

64 1949年日内瓦四公约迅速获得各国的广泛接受，并且无一例外地始终作为一个整体得到批准。在第二份批准书交存之后，日内瓦四公约于1950年10月21日生效。[44]这些公约于20世纪50年代和60年代又分别得到74个国家和48个国家的批准。70年代和80年代，批准四公约的国家数量稳步增加。90年代初，特别是由于苏联、捷克斯洛伐克和南斯拉夫的解体，又获得新一波26个国家的批准。自2000年至今最后几个国家批准后，日内瓦四公约已获得普遍适用性，在本评注写作时已有196个缔约国。[45]此外，普遍观点认为四公约属于习惯法的一部分。[46]日内瓦四公约获得普遍批准及其规则的习惯法性质，是战争必须要有限度这一普遍共识的重要证明。

（二）历史背景

65 《日内瓦第一公约》的起源与红十字国际委员会的历史及其创始人密不可分。亨利·杜南在1862年10月出版的《索尔费里诺回忆录》一书的结尾表达了

44 瑞士和南斯拉夫是最先批准日内瓦四公约的两个国家，分别于1950年3月31日和4月21日批准四公约；see ‘Les Conventions de Genève du 12 août 1949 entrent dans le droit positif’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 32, No. 378, June 1950, p. 448. 关于《日内瓦第一公约》的生效，另见关于第58条的评注。

45 关于公约目前的批准情况以及缔约国批准或加入的日期，见红十字国际委员会网站：https://www.icrc.org/ihl，或公约保存者网站：https://www.fdfa.admin.ch/depositary。

46 See e.g. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, paras 79 and 82.

双重愿望：一是各国应于和平时期设立救济团体，在战时为军队医务部门提供援助；二是各国应签订一份国际公约载入一项庄严原则，给予此类在武装冲突中协助武装部队医疗部门的团体以国际承认。红十字会与红新月会不断将第一个愿望变为现实。第二个愿望则促成首部日内瓦公约的缔结，即1864年《改善战地武装部队伤者境遇的公约》（以下简称1864年《日内瓦公约》）。该公约能在短时间内得到通过，很大程度上得益于红十字国际委员会创始人的远见卓识和坚定决心。

66 1864年《日内瓦公约》仅包含10项条款，但却奠定了坚实的基础。该公约体现的原则是，因伤病而失去战斗力且无任何自卫手段的武装部队人员，无论其国籍为何，都必须予以保护和照顾。作为一个必然结果而且仅出于为伤者的利益考虑，该公约补充规定，应保护救护车和军队医院以及医务人员免受敌对行为的侵害。白底红十字的特殊标志被选为该项保护的有形记号。

67 武装部队伤者和病者应无差别地受到保护和照顾，编纂该原则的重要性如何强调也不为过。这是各国政府、红十字国际委员会和各国红会不断努力修正和改善对战争受难者保护的起点。这种保护尽管最初仅涵盖武装部队中的伤者和病者，不包括平民，但现今已发展成一套全面的国际人道法条约体系，为所有武装冲突受难者提供保护。

68 早在1868年，各国就已召开外交会议讨论对1864年《日内瓦公约》作出调整以适用于海战，但于该会议上制定的附加条款从未得到批准。

69 1906年外交会议通过了一部关于伤者和病者的新版《日内瓦公约》，内容有所扩充，条款数也增加至33条。1864年《日内瓦公约》规定了收集和照料伤者病者的一般义务，1906年《日内瓦公约》在此基础上加入了“尊重伤者和病者”的概念，还规定了有关埋葬死者和转送死者相关身份信息的新条款。

70 1929年，基于第一次世界大战的经验教训，一项新的日内瓦公约获得通过，对先前的规定予以扩充。新公约最重大的变化就是废除了普遍参加条款（*clausula si omnes*），而根据该条款，公约仅在所有冲突交战方均为该公约缔约国的情况下才可适用；增加了承认使用医务飞机的条款；将标志的使用范围扩大到各国红会和平时期的活动；以及关于取缔违反公约之行为的要求。

71 如前所述，1929年日内瓦公约通过20年后开展的修订工作深受第二次世界大战的影响。当时存在两种修订方案，必须做出选择：针对所有可能出现的情况制定更为详细的规则，或者制定灵活的一般原则，足以根据每个国家的现有情况调整适用。外交会议最终采取折衷方案，不仅制定了详细的规定，还包含一套不可违反的一般原则。正是这些原则为当今的日内瓦四公约赋予了其特有的法律特征。它们确保公约所规定的保护是绝对的，确保四公约的保护范围可以超出国家

间层面，为拥有不得放弃之权利的最终受益人提供保护。[47]尽管各缔约国日后可按照公约所附之示范协议和规则所反映的标准订立特别协定，但此类协定也不可降低日内瓦四公约提供的保护水平。1949年日内瓦四公约第一次明文规定，缔约国应承诺尊重公约并保证公约之被尊重。四公约所保护的利益意义重大，遵守公约符合所有缔约国的法律利益。为了使四公约提供的保护体系妥善发挥作用，缔约国不仅自身必须适用公约的规定，还必须在合理范围内竭尽全力保证公约得到普遍尊重。四公约因而创造了对一切各方的义务（*erga omnes partes*），即针对其他所有缔约国的义务。[48]

72 为实现这些目标，在日内瓦召开了数次专家会议，集中讨论了红十字国际委员会收集的准备材料和公约初稿，其中最重要会议的是1946年国家红会预备会议和1947年的政府专家会议。这些会议制定的草案后来呈交至1948年斯德哥尔摩红十字国际大会，并得到进一步的修正。

73 1949年4月21日至8月12日瑞士联邦委员会（1929年日内瓦公约的保存者）在日内瓦召集举行外交会议，斯德哥尔摩草案成为此次会议谈判的基础。59个国家的全权代表讨论了约文草案；四个国家派遣了观察员。外交会议立即成立了四个主要委员会，同时开会并审议：（1）修订《日内瓦第一公约》并起草《日内瓦第二公约》（对《日内瓦第一公约》作出调整以适用于海战）；（2）修订《关于战俘的日内瓦公约》；（3）起草一项全新的公约，首次涉及平民的保护；（4）四部公约的共同条款。

74 除众多工作组外，[49]在会议即将结束时还成立了一个协调委员会和一个起草委员会，负责对约文进行编辑以保证统一性和一致性。

75 这些不同委员会和工作组开展的讨论和取得的成果，反映在对单个条款的评注中，通常出现在历史背景部分，因此无需在此予以概括。然而，值得一提的是，已发表的外交会议记录，[50]以及个别与会者的报告，都是全权代表们近四个月

47 见共同第7条（《日内瓦第四公约》第8条）。See also Abi-Saab, pp. 267–268.

48 See ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 157（“本法院认为，这些〔适用于武装冲突的人道法〕规则包含了实质上具有对世性质的义务”）; ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 519（“国际人道法规范形成的并非相互义务，即一国对另一国的义务。相反，……它们规定的是对整个国际社会的义务……”）; and Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 25 （“它并非是基于相互性而达成的约定，并非只有在协议一方遵守其自身义务时才对另一方有拘束力。相反，它是面对其他缔约方所代表的世界庄严缔结的一系列单边约定”）。另见关于共同第1条的评注，以及Abi-Saab, p. 270。

49 准备工作的法文文本将其称为“工作小组”（groupes de travail），而英文文本称之为“工作组”（Working Parties）。

50 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》全四卷（*Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, 4 volumes, Volume I, Volume II-A, Volume II-B, Volume III, Federal Political Department, Berne, 1950）。

不懈努力的明证。尽管存在一些意见分歧，但他们在整个外交会议期间均展现出非凡的人道精神和合作意愿。

（三）《日内瓦第一公约》的内容

76 贯穿所有日内瓦四公约的基本原则是，应尊重人的生命和尊严，即使（或尤其是）在武装冲突局势中也（更）是如此。武装冲突期间遭受苦难的人必须得到援助、保护和照顾。在任何情况下他们都应得到人道的待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身、财力或任何其他类似标准而有所歧视。

77 这一原则是《日内瓦第一公约》中关于武装部队伤病人员的具体规则的基础，尤其是规定了缔约国的核心义务，即他们在任何情况下都应得到尊重和保护、人道待遇和照顾，且不得有任何歧视。应搜寻并收集武装部队的伤病员，保护他们免遭抢劫虐待。

78 与这项义务密切相关的是与死者有关的规定。这些规定要求应搜寻死者，保护他们免受剥劫，荣誉地安葬死者，其坟墓应受尊重。必须采取措施记录有助于识别伤者、病者或死者身份的信息，以便将有关其下落的信息转送其所附之国，并最终转送给其家属。在埋葬死者之前，必须详细检查尸体以证明死者身份，必须对其坟墓进行适当标记并记录其位置。

79 作为收集并照顾伤者和病者的必要条件，《日内瓦第一公约》为军事医务人员、器材和运输工具以及为其提供庇护的建筑物提供保护。这种保护既适用于战场，也适用于其落入敌手时。《日内瓦第一公约》还规定了可能导致失去这种保护的一些情况。但是，此类少数且界定明确的例外只加强了基本义务，即军事医务和宗教人员及设施，在某些情况下还包括辅助人员，不得受到攻击，冲突各方必须予以尊重和保护 。

80 《日内瓦第一公约》将白底红十字或红新月确定为一国武装部队医务部门使用的特殊标志，以促进保护伤病士兵和武装部队医务部门人员。[51]特殊标志表明，其佩戴者享有特别保护，免受攻击、伤害或其他对其执行任务的干扰。武装部队的医务部门被视为特殊标志的主要使用者。同时公约确认，各国红十字会和红新月会可使用红十字或红新月标志来表明其与国际红十字与红新月运动的联系，而不得暗示其依据日内瓦四公约享有保护或者有任何援引公约的意图。《日内瓦第一公约》要求各缔约国对特殊标志的使用予以尊重，并保证其之被尊重，同时管控标志的使用，始终防止其被滥用。

51 《日内瓦第一公约》第38条也提到的白底红狮与日标志，自1980年起并未为任何国家所用。

81 鉴于当今大多数武装冲突都是非国际性武装冲突，因此适用于此类冲突的共同第3条就成为国际人道法的关键条款之一，其所取得的重要地位可能超出了1949年公约起草者的预期。共同第3条是首项专门针对非国际性武装冲突的条约规定。在许多方面，该条都是日内瓦公约中的微型公约，[52]其规定具有根本性，被认定为反映了“基本的人道考量”，是对所有武装冲突都具有约束力的“最低标准”。[53]《第二附加议定书》和该领域不断发展的习惯国际法，在诸多重要领域中对共同第3条进行了补充。

82 最后，《日内瓦第一公约》包含一整套关于制止滥用和刑事制裁的规定，旨在保证《日内瓦第一公约》之被尊重并提高其所提供之保护的程度。这些是1949年全新制定的规定，四部公约都纳入了类似的规定。第49条责成缔约国制定立法，以规定有效的刑事制裁，并且不分国籍，起诉或引渡涉嫌犯有第50条所列之严重破约行为之一的行为人。

（四）结构

83 《日内瓦第一公约》的前几条是共同条款，这些条款在四公约中几乎相同。第一章所载的共同条款涉及尊重公约和保证公约之被尊重的义务，并规定了公约的适用范围。它们还规定冲突各方之间可缔结特别协定，但禁止可能导致放弃保护或降低公约保护水平的协定，并确认被保护人的权利不可剥夺。它们概述了保护国或其代替组织预期应发挥的作用，并规定了各方之间的和解程序。它们还规定红十字国际委员会和其他公正人道组织有权提议为国际性武装冲突各方开展保护伤者和病者的人道活动。如前文所述，共同第3条是一个微型公约，在协定国际法中首次规定了关于非国际性武装冲突的规则。

84 《日内瓦第一公约》的最后数条也载有四公约的共同条款，特别是有关公约的传播和译文、报复行为和刑事制裁的规定，以及规定《日内瓦第一公约》的签署、批准和生效以及加入程序的最后条款。

85 第一章的共同条款之后是第二章，该章规定了关于保护武装部队伤者病者的规则，属于《日内瓦第一公约》的核心条款。第12条规定了一系列应予禁止的行为，包括危害生命、酷刑以及故意不给予医疗救助及照顾。第15条对第12条进行补充，为冲突各方施加了某些针对伤者病者的核心义务，包括搜寻和收集伤者病者并将其从危险地带转移的义务。第13条列举了如受伤或患病可享有《日内瓦第

52 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第35、98、326页。

53 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219.

一公约》之保护的各类人员类别，而第14条则明文规定，落于敌人手中的伤病军人属于战俘，因而同时享有《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》所提供的保护。第16条和第17条规定了提供有关受伤战俘的信息和有关死者的义务。

86 第三章涉及医疗队及医疗所的保护，并规定了安全地带和处所的设立。

87 第四章涉及军事医务人员和宗教人员的法律地位，规定在战场上他们应受到尊重和保护。原则上，如果此类人员落于敌人手中，必须将其送回其所属之冲突一方。但是，《日内瓦第一公约》规定，在某些情况下，可以留用上述人员以照顾战俘。第28条、第30条和第31条仔细界定了上述人员的特殊地位以及无需照顾伤病战俘的人员的送回条件。这一章的第26条、第27条和第30条还规定了各国救济团体工作人员作为本国或另一国武装部队医务部门的辅助人员时，应发挥的作用及其享受的保护。

88 第五章仅包含两项条款。第33条调整武装部队的流动医疗队和固定医疗所落于敌方手中时受到的保护。第34条规定救济团体的财产必须视为私有财产，不得视作战利品或予以没收。

89 第六章也为保护运输车辆和医务飞机作出了类似的规定。此外，《日内瓦第一公约》第37条规定医务飞机在某些情况下可飞越中立国家。

90 第七章包含有关于使用和保护红十字或红新月特殊标志的规定。本章重申了特殊标志的保护功能，并阐明了其使用要求。关于预防和惩治滥用标志行为的其他规定见第九章。

91 第八章涉及《日内瓦第一公约》的执行及其传播，这两方面是有效适用公约的必要条件，也是创造守法环境的重要因素。本章还包含一项绝对禁止对《日内瓦第一公约》所保护的伤者、病者，以及人员、建筑物和设备实施交战报复的条款。针对违反公约的行为，交战各方如采取相同或相似行动予以应对，则会导致冲突各方受《日内瓦第一公约》保护的人员所享有的待遇迅速、严重恶化，而正是这项绝对禁止性的规定保护此类人员免遭这种风险。

92 第九章是《日内瓦第一公约》的最后一章，规定了有关取缔滥用及违约行为的条款，公约最后一部分则包含了最后条款。

93 《日内瓦第一公约》自1949年通过以来，在诸多重要方面得到《第一附加议定书》以及该领域不断发展的习惯国际法的补充。特别是，《第一附加议定书》不再区分军人和平民伤者病者，而是为所有伤者病者提供保护。关于《第一附加议定书》的评注对这一点进行了详细探究，并进一步予以补充和澄清。

（五）当代意义和挑战

94 与通过之时相比，《日内瓦第一公约》对当今世界而言同等重要。日内瓦四公约以遵循人道、尊重人类尊严这些基本价值为基础，这些价值亘古不变。战争不断变化，新型武器系统层出不穷，但始终不变的现实情况令人担忧：无数民众亟需医疗救治、医疗基础设施遭到破坏、大量平民流离失所，这些仍是武装冲突的主要特征。因此，加强对医务人员和医疗资源的保护，从而便利医务人员有效履行其职责并确保武装冲突受难者得到援助和保护，仍是一项重大挑战。

95 事实证明，《日内瓦第一公约》对于确保武装部队伤者和病者得到照顾和保护至关重要，并且对各国军事政策和程序的制定以及对资源分配、培训和实施产生了深远影响。根据《日内瓦第一公约》的规定，红十字国际委员会呼吁各国在武装冲突期间遵守某些有关伤者和病者的待遇标准；特别是，这些规则使红十字国际委员会能够在一线履行人道使命，并在武装冲突期间开展人道工作。

96 日内瓦四公约的积极影响不易量化，但并不代表影响不存在：在世界各地武装冲突中开展工作的红十字国际委员会代表们无数次见证了这些影响。确实，数百万遭受武装冲突伤害的民众能够有尊严地幸存下来，或许是对四公约人道影响的最有力证明。红十字与红新月特殊标志加强了对无数医院、医疗所和医务人员以及无数伤者和病者的保护。这些从《日内瓦第一公约》中获得保护价值的标志，在世界范围内广为人知。

97 尽管《日内瓦第一公约》建立了具体的保护制度并获得巨大成功，但伤者和病者保护工作仍然面临诸多挑战。许多武装部队和武装团体根本没有雇用专门的医务人员，在某些情况下，医务人员、医务运输工具和医疗队还选择不使用标志表明身份。当代武装冲突的特征还包括针对医务人员、医疗设施和运输工具的广泛干扰、威胁和攻击。这些不遵守公约的行为严重影响了伤者病者获得医疗照顾的能力，破坏了减轻苦难的努力。国际红十字与红新月运动的“医疗救护面临危险”项目[54]旨在提高武装冲突期间和其他紧急局势中提供医疗服务的安全程度，该项目在多国统计了多起事件，显示伤者病者以及医务人员和物体在敌对行动中受到了直接攻击或其他伤害。[55]医疗设施和运输工具还被用于军事目的：用以发动攻击、储存和运输武器或建立军事指挥和控制中心。这些事件往往构成对明确规则

54 “医疗救护面临危险”是国际红十字与红新月运动于2012年至2017年开展并由红十字国际委员会主导的一个项目，旨在通过动员专家制定可供决策者、人道组织和医疗卫生专家在一线实施的实际措施，促进在武装冲突期间和其他紧急局势下提供有效且公正的医疗服务并提高其效率。更多信息，见项目网站：https://healthcareindanger.org/zh-hans/hcid-proj-zh/。

55 See e.g. ICRC, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care, January 2012 to December 2014*, ICRC, Geneva, 2015.

的蓄意违反。这些行为不仅可导致相关人员和物体失去《日内瓦第一公约》的保护，还会破坏对医疗设施和运输工具纯医疗性质的信任，从而使其面临遭受敌方攻击的风险。这继而可能还会阻碍收集并照顾伤者和病者的工作。

98 必须强调的是，此类事件带来的根本挑战并非因人道法规则的缺失而造成。不过，只有交战各方都尊重并适当实施《日内瓦第一公约》所载之规则，这些规则才会有效。因此，红十字国际委员会在承认该法某些特定方面可以且需要改进的同时，坚信尊重现有规则并予以更好实施，对于在武装冲突期间加强对武装部队伤者病者的照顾和保护至关重要。

99 自1864年《日内瓦公约》通过以来，国际人道法体系不断得到完善。《日内瓦第一公约》通过已有超过65年，为充分理解其重要性，应将其与另外三部日内瓦公约、附加议定书以及大量现行的习惯国际人道法规则结合起来看待，而不应单独审视。这些规则整体构成了旨在减轻战争中人类苦难的主要法律制度。

主要参考文献

Abi-Saab, Georges, 'The specificities of humanitarian law', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 265–280.

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 205–226.

Buffard, Isabelle and Zemanek, Karl, 'The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma?', *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 3, 1998, pp. 311–343.

Corten, Olivier and Klein, Pierre (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, 2011.

Dörr, Oliver and Schmalenbach, Kirsten (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, Berlin, 2012.

Fitzmaurice, Gerald, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1951–4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points, *British Yearbook of International Law*, Vol. 33, 1957, pp. 203–293.

Gardiner, Richard K., 'The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation', in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 475–506.

– *Treaty Interpretation*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015.

Reuter, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd edition, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1995.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984.

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

序 文

公约序文

下列签署之各国政府全权代表出席自1949年4月21日至8月12日在日内瓦举行之外交会议，为修订1929年7月27日在日内瓦订立之改善战地伤病军人境遇公约，议定如下：

保留或声明

无

目 录

一、引言 23
二、历史背景 24
三、讨论 25
主要参考文献 26

一、引言

100 《日内瓦第一公约》序文十分简短，仅包含一个引介性语句，将该公约的标题与其执行部分连接起来，而未遵循一般公约序文的制定方法，阐明公约执行部分条文背后的意图。除提及出席 1949 年外交会议的政府外，序文仅指出该会议的目的为修订 1929 年《关于伤者病者的日内瓦公约》。因此，似乎没有必要就这一颇为简略的序文进行评注。不过，外交会议期间曾对若干更为详细的序文草案展开讨论。虽然这些序文草案最终未获通过，但其中的重要内容在日内瓦四公约的主体条文中得以体现，因而有理由对该引介性序文及其历史背景予以讨论。

101 《日内瓦第二公约》、《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》均采用了类似的引介性序文。[1] 相比之下，1977 年两项附加议定书的执行部分之前，均有内容更为详细的序文，对这些文书的背景、目的和宗旨进行阐述。[2]

1 详见关于日内瓦第二、第三、第四公约序文的评注。
2 详见关于第一和第二附加议定书序文的评注。

二、历史背景

102 除1864年《日内瓦公约》外，在1949日内瓦四公约之前订立的公约中均包含更为详尽的序文。这些序文不仅列明了相关国家，具体提及了各新公约所修订或修改的较早公约，而且还简要说明了通过该新公约背后的意图。例如，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的序文阐明：

> 一致渴望在各自力所能及的范围内，减少与战争不可分割的祸害并要求为此目的改进和补充1864年8月22日和1906年7月6日在日内瓦议定的关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的条款，……[3]

103 1948年，红十字国际委员会向斯德哥尔摩红十字国际大会递交了公约草案，该大会旨在修订1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和《关于战俘的日内瓦公约》，以及1907年《海牙第十公约》，并制定一部关于战时保护平民的新公约。这些草案均未包含序文，因为委员会希望将序文的起草工作留予随后召开的外交会议。[4]

104 然而，在法国代表的建议下，斯德哥尔摩大会通过了一项有关平民的新公约序文草案，[5]促使委员会提议将下述序文纳入四公约的所有草案中，以阐明“所有人道公约依据的主要原则”：

> 尊重人的人格与尊严是一项普遍性原则，即使不存在任何基于约定的承诺也具有约束力。
>
> 该原则要求，在战时，应充分尊重所有未实际参加战事之人员，及所有因病、伤、被俘或其它任何情势而失去战斗力之人员，并保护他们免受战争

3 类似的序文见于1899年《海牙第三公约》、1906年《日内瓦公约》、1907年《海牙第十公约》，以及1929年《关于战俘的日内瓦公约》。1906年《日内瓦公约》的序文表述如下：“一致渴望在各自权力所及的范围内，减少战争所固有的祸害，并希望为此目的改进和补充1864年8月22日在日内瓦议定……的条款……”。在1906年和1929年日内瓦公约的法语作准文本中，各序文表述相同：“également animés du désir de diminuer, autant qu'il dépend d'eux, les maux inséparables de la guerre …”。

4 由于序文不属于条约主体部分，有观点认为，在理想情况下，关于序文的讨论仅应在条约正文已经确定之后进行；see Aust, p. 368, and Pazarci, p. 2, para. 1.

5 该序文草案表述如下：
各缔约国意识到其有义务为保护平民居民免受战争威胁而达成协议，承诺尊重作为文明之保障的人权原则，特别承诺在任何时间与地点遵守以下规则：
（1）保护个人免于遭受对其生命及肢体施加的任何暴力；
（2）禁止劫持人质；
（3）未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭宣判，不得执行死刑；
（4）严格禁止任何形式的酷刑。
以上规则构成人类普遍之法律的基础，在不减损本公约为被保护人而制定的特别规定的前提下，应予以尊重。
见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第113页。

> 影响，其中遭受苦难者均应得到救助与照料，不因种族、国籍、宗教信仰、政治见解或其他因素而有所区别。
>
> 各缔约国郑重声明其意图遵守这一原则。他们将确保按照本公约的规定，将该原则适用于战地武装部队的伤者与病者，并保证尊重、且始终确保尊重该公约。[6]

105 1949年外交会议为讨论四公约草案建立了三个委员会，这些委员会对序文问题予以探究。[7]相关论辩十分激烈。虽然对于在四公约中加入序文以及序文草案本身并无本质性的反对意见，但事实上却很难就序文具体内容达成一致。尤其是罗马教廷关于“每则序文均应提及神灵”的建议，该建议引发了若干争议。[8]另有其他提案强调，在序文中提及缔约国对某些违反四公约之行为予以禁止和惩罚至关重要。[9]

106 最终，考虑到与其采用一则未获一致同意的序文，不如将其舍弃，[10]三个委员会因而决定不采纳任一序文草案。[11]

107 因此，1949年日内瓦四公约的实质性序文均未获通过。然而，交由外交会议讨论的序文草案的重要内容得以纳入四公约的执行部分，尤其体现于共同第3条下非国际性武装冲突中有关人道待遇的基本义务。[12]

108 若给予人道待遇是非国际性武装冲突中应遵守的最低限度的要求，这一要求也必然可适用于国际性武装冲突，即便公约序文未予以重申。因此，该要求构成日内瓦四公约共同的指导性原则。

三、讨论

109 尽管并非国际法的强制要求，但条约通常是由序文引导的。序文可指出参与条约缔结的国家或国家代表，或更笼统地提及条约的缔约国；传统上，序文还可

6 《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第8、26、36页。对于有关平民的新公约草案，红十字国际委员会另建议了序文以供替代；见上注，第66～67页。

7 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第33页。第一委员会的任务是讨论1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和1907年《海牙第十公约》的修订草案，第二委员会的任务是讨论1929年《关于战俘的日内瓦公约》的修订草案，而第三委员会的任务是讨论关于战时保护平民的新公约草案。

8 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第112～114页。

9 见上注，第165页。

10 例如，在讨论中，红十字国际委员会“大胆建议，拟通过的序文应反映某种共识，至少应体现出各方一致同意的一项原则，即尊重人类之苦难。本大会旨在就四部人道公约的条文达成一致，而非就启发这些条文的哲学或形而上的目的形成合意，不同国家可能对这些目的有不同的理解。”；见上注，第166页。

11 第三委员会首先决定不使用序文，第二委员会随后也做出同样的决定；见上注，第691～697、777～782、807、813页（第三委员会）及第322～323、366～367、393～398、561页（第二委员会）。鉴于这一情况，第一委员会也决定不在其有权讨论的两项公约草案中加入序文。见上注，第181～182页。此前，第一委员会建立了工作组以详细起草序文草案，且已经通过了该草案；见上注，第164～168页。

12 详见关于共同第3条的评注，第二部分。

列举缔结条约的意图。[13]虽然序文不属于条约执行部分的条文，[14]但其构成条约上下文的一部分，并因此可在条约解释时引作参考，这尤其是因为序文或许可表明条约的目的和宗旨。[15]

110 《日内瓦第一公约》序文采用的引介性语句非常简短。除提及“下列签署之各国政府全权代表出席自1949年4月21日至8月12日在日内瓦举行之外交会议”外，其仅指出了该会议的目的，即“修订1929年7月27日在日内瓦订立之改善战地伤病军人境遇公约。”

111 第59条阐明了《日内瓦第一公约》与序文提及的1929年公约之间的关系。根据该条规定，《日内瓦第一公约》“在各缔约国间之关系上”“代替”这些较早的公约。[16]

112 序文未就通过1949年《日内瓦第一公约》的原因提供更多信息，这导致其在明确公约的目的和宗旨方面作用有限。然而，通过考量较早的1906年和1929年公约的序文，或许可推知其目的和宗旨。[17]因此， 1949年《日内瓦第一公约》的目的和宗旨亦可为，通过规定改善战地武装部队伤者、病者的境遇应遵守的法律规则，“在〔缔约国〕各自力所能及的范围内，减少与战争不可分割的祸害”。[18]

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013.

Gardiner, Richard K., *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, 2008, pp. 192–197.

Kovacs, Peter, ‘Article 7. Full powers’, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 126–144.

Mbengue, Makane Moïse, ‘Preamble’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), version of September 2006, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Pazarci, Hüseyin, ‘Preamble’, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 1–11.

Salmon, Jean, ‘Representatives of States in International Relations’, version of August 2007, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

13 See Aust, pp. 366–367; Mbengue, para. 1; and Pazarci, p. 3, paras 5–6.

14 关于这一问题的讨论，见Mbengue, paras 11–14。

15 有关序文的条约解释功能，见《维也纳条约法公约》（1969年）第31条第1款至第2款；Gardiner, pp. 192, 194 (fn. 162) and 196–197; and Mbengue, paras 3–5.

16 见关于第59条的评注，第3199段。

17 《日内瓦公约》（1906年）和《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）。如前述，1864年《日内瓦公约》无序文。

18 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）序文；另见本条评注第二部分。

第一章
总 则

113 1949年日内瓦四公约载有某些一般性条款和其他适用范围较为有限的条款。在1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中，如同先前公约的编排一样，这两类条款是混合在一起的。但是，当提议修订四公约时，人们认为有必要有条理地对这些条款进行编排。因此，红十字国际委员会在四份公约草案的开头均列有主要的一般性条款，特别是阐明应在四公约中重申的基本原则的条款。这种安排较为合乎逻辑，有利于为当时出现的将四公约合并为一份法律文件这一设想铺平道路。[1]这一建议的编排方式在1948年于斯德哥尔摩举行的红十字国际大会以及后来的外交会议得到通过。

114 因此，本章中的大多数条款在其他三部公约中的形式完全相同或略有修改。因此，关于这些条款的评注也大体相同，但在某一特定公约语境下的具体适用方面有所不同。

115 本章条款被称为日内瓦四公约的“共同条款”。其中最首要的是：

— 共同第1条，关于尊重本公约并保证本公约之被尊重的义务；
— 共同第2条，规定了本公约在国际性武装冲突和占领方面的适用范围；和
— 共同第3条，关于非国际性武装冲突。

116 第4条和第5条本身并非共同条款，但也列入本章：第4条涉及中立国对本公约的适用，第5条涉及本公约适用的期限。[2]由于《日内瓦第四公约》第6条是另行增加的一项单独规定，因此，自第6条起，前三部公约中的共同条款编号相同，而《日内瓦第四公约》中相应条款的编号则为前三部公约中共同条款编号加一。因此，本章其余条文为：

— 共同第6条（《日内瓦第四公约》第7条），涉及缔约国可订立的特别协定；
— 共同第7条（《日内瓦第四公约》第8条），载有不得放弃权利的原则；
— 共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条），规定了保护国的作用；

1 见《1947年政府专家会议报告》，第332页，和《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第4页。

2 在《日内瓦第二公约》中，第4条涉及该公约的适用范围，而第5条涉及中立国对公约的适用。在《日内瓦第三公约》中，第4条列出了有权享有战俘身份或待遇的人员类别，第5条规定了公约适用的起止时间。在《日内瓦第四公约》中，第4条界定了受公约保护的人员，第5条规定了对公约赋予的权利和特权进行的一些非常有限的克减。

— 共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条），涉及红十字国际委员会或其他公正的人道组织的活动；

— 共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条），涉及指定保护国的代替组织；和

— 共同第11条（《日内瓦第四公约》第12条），规定四公约的和解程序。

117 在本公约末尾也有共同条款，特别是在第八章（公约之执行）和第九章（滥用及违约之取缔）以及最后条款。有关更多详细内容，请参阅对这些章节的介绍。

第一条
尊重本公约

公约条文

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。

保留或声明

无

目 录

一、引言 30
二、历史背景 31
三、适用范围 32
(一) 在国际性和非国际性武装冲突中适用的规则 32
(二) 在武装冲突与和平时期适用的规则 32
四、共同第 1 条的适用对象 33
(一) 各缔约国 33
(二) 参与多国行动的各缔约国 33
(三) 国际组织 34
五、共同第 1 条衍生的义务 36
(一) 尊重公约并保证武装部队以及行为可归因于各缔约国的其他个人或团体尊重公约的义务 36
(二) 保证缔约国治下之全体人民尊重公约的义务 38
(三) 保证他方尊重公约的义务 40
1. 消极义务 41
2. 积极义务 43
3. 可采取之行动的限度 46
4. 可能采取之措施概述 48
六、“在一切情况下”一词 50
主要参考文献 53

一、引言

118 在1949年日内瓦四公约各公约的第1条中，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”。该条款证明四公约具有特殊性质，其中大量规则体现出“人道的基本考虑”。[1] 各缔约国因此认为，最好明确重申四公约对其缔约国有约束力这项一般原则，各缔约国必须“尊重”四公约。此外，缔约国承诺在其能力范围内采取一切合理的措施“保证〔四公约〕之被尊重”。“尊重并保证尊重”这一短语首先适用于各缔约国自身、其武装部队、代表其行事的其他个人和团体以及这些国家的全体人民。

119 另外，各缔约国承诺保证其他缔约国和武装冲突的非国家当事方尊重四公约，不论其自身是否为武装冲突的当事方。四公约所保护的利益对人类而言具有根本性的重要意义，因此不论冲突发生在何地、受害者为何人，遵守公约均符合每个缔约国的法律利益。[2]此外，四公约规定的保护制度的正常运行要求缔约国不仅自己要适用这些规定，还要在其能力范围内采取一切合理的措施保证这些规定得到普遍尊重。公约因此创设了“对一切各方”（*erga omnes partes*）的义务，也就是对其他所有缔约国的义务。[3]

120 过去数十年中，对共同第1条的解释，尤其是对“保证尊重”这一表述的解释存在很多问题。一般而言，有两种解释方法。一种方法主张，根据第1条，各国承诺采取一切必要措施保证四公约被尊重，但只保证其机关和其管辖范围内的个人尊重四公约。另一种方法则反映了当今的主流观点并得到红十字国际委员会的支持，即第1条额外要求各国保证其他国家和非国家当事方尊重四公约。1952年皮克

1 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 218, 涉及共同第3条（“本法院认为，这些规则反映了本法院在1949年所称之‘人道的基本考虑’”）; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 79:“毫无疑问，正是因为武装冲突中适用的大量人道法规则对人的尊重和‘人道的基本考虑’至关重要……所以各国才普遍加入了海牙公约和日内瓦四公约。”

2 譬如，类似的考虑也适用于1948年《灭绝种族罪公约》，对于该公约“缔约国没有任何私利；它们只有一个共同利益，即实现作为本公约存在理由的那些崇高目的”；ICJ, Reservations to the Genocide Convention, Advisory Opinion, 1951, p. 23.

3 See ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 157 (“本法院认为，这些〔在武装冲突中适用的人道法〕规则包含了实质上具有对世性质的义务。”); ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 519 (“国际人道法规范并非施加双诺义务，即一国相对于另一国的义务。相反……它们设定了对国际社会整体的义务”); Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention, ICRC*, 1952, p. 25 (“其并非一项基于相互性而达成的约定，并非只有在协议一方遵守其自身义务时才对另一方有拘束力。相反，它是面向其他缔约方所代表的世界庄严订立的一系列单边约定。”).

泰（Pictet）的评注既已表达了这种观点。[4]自那时起，习惯国际法的发展也确认了这种观点。[5]

121 共同第1条并非仅为形式性条款，而是被赋予了强制力，是确保遵守公约的可用手段之一。通过承诺“尊重并保证尊重”四公约，各国也认识到采取一切合理措施从源头就防止违反行为发生的重要性。

二、历史背景

122 1864年和1906年《日内瓦公约》并没有包含类似于共同第1条的条款。即便如此，共同第1条的第一个要素（“尊重”）以及保证本国武装部队尊重公约的要素也已经暗含在1864年的公约中，其中规定：“本公约的实施细节由交战国军队的总司令根据他们各自政府的指示并遵照本公约规定的一般原则予以制定”。[6]1906年《日内瓦公约》和1907年《海牙第十公约》用类似的措辞重述了该规定。[7]

123 “条约必须遵守”（“协议必受尊重”）原则，以“在一切情况下”这一措辞为补充，在1929年两部日内瓦公约中首次得到明确规定：“缔约各国应在任何情况下尊重本公约的各项规定。”[8]在最初的草案中，这一句是与下述义务联系在一起的：即使并非所有交战方都是公约的缔约国，但在涉及其他缔约国时仍应适用公约。但在起草的过程中，上述义务被分为两款，从而使在一切情况下尊重公约的义务具有了独立的意义。[9]

124 1948年，在提交于斯德哥尔摩红十字国际大会的草案中，在一切情况下尊重公约的义务被移至其现在的显要位置，即四公约的第1条中，而且增加了“保证……尊重”这一要素，以便“强调，若要该公约的保护制度有效，各缔约国不能仅限于自身实施公约”，还“必须在其权力范围内采取一切措施，保证构成公

4 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, 1952, p. 26〔尽管该评注的英文版使用了动词“should endeavor”（“应尽力”），但法文原版通过使用动词“doivent”（“必须”），清楚表明其被视为一项义务〕。

5 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220, 以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则144。

6 《日内瓦公约》（1864年）第8条。

7 《日内瓦公约》（1906年）第25条；《海牙第十公约》（1907年）第19条。

8 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第25条第1款；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第82条第1款。

9 在一切情况下保证公约被尊重的义务，成为1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第25条第1款；即使并非所有交战国都参加了公约，但在涉及其他缔约国时仍应适用公约的义务成为该条第2款。1929年《关于战俘的日内瓦公约》第82条与之措辞相似。关于起草历史的详细综述，见Kalshoven, pp. 6–10。

约之基础的人道原则得以普遍适用”。[10]因此公约草案第1条规定：“各缔约国以其人民的名义承诺，在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重。”[11]次年外交会议上，有提案建议使用该约文（但不包含斯德哥尔摩大会删除的“以其人民的名义”这一措辞），[12]仅有少量代表团对该条作出评论，其后，未经过多讨论便获通过。[13]

三、适用范围

（一）在国际性和非国际性武装冲突中适用的规则

125 各缔约国承诺在一切情况下尊重“本公约”并保证“本公约”被尊重。这一措辞不仅涵盖适用于国际性武装冲突的规定，包括共同第2条所定义的占领，还涵盖那些依据共同第3条适用于非国际性武装冲突的规定，后者也是“本公约”的一部分。因此，各缔约国还必须保证尊重适用于非国际性武装冲突的规则，包括保证非国家武装团体尊重这些规则（有关该义务范围的详细讨论，见第五部分第（二）节和第（三）节）。[14]这一解释与共同第3条的根本性是一致的，国际法院将共同第3条认定为任何武装冲突中的“最低标准”（“minimum yardstick”）。[15]

126 此外，根据红十字国际委员会对习惯国际人道法的研究，尊重和保证尊重的义务并不局限于日内瓦四公约，而是适用于对某一特定国家产生约束力的整个国际人道法体系。[16]

（二）在武装冲突与和平时期适用的规则

127 然而，尊重四公约并保证四公约之被尊重的义务不只适用于武装冲突，在和平时期也同样适用。否则，该义务的对象就应该是“冲突各方”而非更一般意义上的“各缔约国”。1929年外交会议上，针对中国提出的问题，即红十字国际委员会提议的条款草案的最初措辞——“在战争情况下”——没有考虑到那些适用

10 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第5页。
11 同上注，分别见四部公约草案的第4、34、51、153页。
12 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第9、31、51和144页。
13 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第53页（法国、意大利、挪威和美国的声明）。另见摩纳哥（第79页）和法国（第84页）代表在其他条款的讨论中所作的评论。
14 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220.
15 *Ibid*. para. 218.
16 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则139。

于和平时期的公约条款，会议曾特别提及该条款所暗含的这层内容。[17]

128 因此，尊重和保证尊重的义务还涵盖那些已明确适用于和平时期的公约条款。共同第2条第1款也间接提及了这些规则（“于平时应予实施之各项规定之外”）。[18]

129 公约适用的广泛时间范围还反映在“在一切情况下”一词中，该词已解释为既包括武装冲突期间也包括和平时期。[19]

四、共同第 1 条的适用对象

130 本部分列出了尊重四公约并保证四公约被尊重义务所约束的主体。关于这些义务的更多详细内容，见第五部分。

（一）各缔约国

131 共同第1条的适用对象是“各缔约国”。不同于公约中其他一些规定，其对象不是“冲突各方”。因此，它不包括作为非国际性武装冲突之一方的非国家武装团体。

132 然而，依据对冲突所有各方都具约束力的共同第3条，非国家武装团体有义务“尊重”其中所包含的各项保障。[20]此外，这类团体必须“保证”其成员和代表其行事的个人或团体“尊重”共同第3条。[21]这源自如下要求：武装团体须有组织，有负责之人统率且必须保证人道法之被尊重。这也是习惯国际法的一部分。[22]

（二）参与多国行动的各缔约国

133 在各缔约国参与多国行动的情况下，可能出现共同第1条的适用问题。多国行动即在一个国际组织、长期同盟或临时联盟主持之下，由两个或两个以上国家的

17 《1929年日内瓦外交会议记录》，第329～330页。

18 更多相关详细内容，见关于共同第2条的评注，第三部分。Sceptical Focarelli, p. 159.

19 See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 186: “这里想要阐明的是，公约须在一切情况下均予适用（1906年公约对此未作明确规定），包括和平时期和战时，无论条款适用于和平时期还是战时均如此。重点在于该义务的一般性。”

20 关于共同第3条对冲突所有各方之拘束性质的更多内容，见关于该条的评注，第四部分第（一）节。

21 另见关于共同第3条的评注，第十三部分第（五）节第1项以及Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002, pp. 92–93。关于一些工具，例如，见红十字国际委员会：《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》，红十字国际委员会（北京）2010年版，以及Sandesh Sivakumaran, ‘Implementing humanitarian norms through non-State armed groups’, in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 125–146。

22 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则139，以及亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则139的评注，第469～470页。

部队所开展的行动，例如在联合国或区域性国际组织的范畴内开展的行动。

134 此类行动可能采用多种形式，各国对其部队保留权力的程度也各不相同。然而在实践中，部队派遣国从来不会将全部“指挥权”移交给领导行动的国家或国际组织，而只是移交“行动控制权”或有时是“行动指挥权”。[23]另外，各国几乎始终对其本国派遣的部队保有纪律管理权及刑事管辖权。

135 这可能会产生的问题是，这些被派遣部队的行为在多大程度内仍可归因于各缔约国，以及因此哪个（些）国际法主体可能为其行为负责。这是一个关于国家及国际组织之责任的国际法问题，并不影响共同第1条的适用。[24]不论如何归因，各缔约国在多国行动期间仍有义务尊重四公约并保证四公约之被尊重。

136 参加多国行动的事实并不会免除各缔约国在共同第1条项下的义务。只要其一直对其本国派遣的部队保留某些权力，各缔约国就必须继续保证这些部队尊重四公约。它们可尤其通过如下方式履行这项义务：保证其部队得到充分的培训、装备及指导；[25]行使其保留的纪律及刑事权力；努力保证其联盟伙伴国停止可能的非法行为；以及最终，如果预期这些行动可能违反公约，选择不参加特定行动。[26]

137 因此，各缔约国仍然有义务保证四公约之被尊重；其不能通过将派遣部队交由某个国际组织、长期同盟或临时联盟支配的方式来逃避其义务。[27]按照这个思路，其应在充分保证这些部队遵守公约的条件下移交其指挥权和控制权。[28]

（三）国际组织

138 除了部队派遣国本身之外，对各国派遣的部队行使指挥和控制权或授权其成员国诉诸武力的国际组织也有义务尊重并保证这些部队尊重公约。

23 关于这些术语的定义，见Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2010, pp. 631 and 638。

24 见《国家责任条款草案》（2001年）第4条、第5条和第8条，以及《国际组织的责任条款草案》（2011年）第6条、第7条。

25 例如，见第20届红十字国际大会（维也纳，1965年）第25号决议：“联合国紧急部队对日内瓦公约的适用”，第2段（在序言中援引共同第1条后，建议“向联合国派遣分遣队的各国政府应当在分遣队出国之前就日内瓦四公约向他们做出充分的指示（因为此问题极其重要），并命令他们遵守这些公约”）；中文译文载红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》，中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版。

26 关于保证其他冲突各方尊重公约之义务的消极和积极方面的更多内容，见第五部分第（三）节。

27 《国际组织的责任条款草案》（2011年）第61条。See also Naert, p. 510.

28 例如，见第20届红十字国际大会（维也纳，1965年）第25号决议：“联合国紧急部队对日内瓦公约的适用”，第1段（建议“进行适当的安排，确保交由联合国支配的军队能够遵守日内瓦四公约的规定”）。Naert, p. 511, 认为共同第1条可以“加强一国不在无充分保证的情况下将权力授予国际组织的义务”。See also Zwanenburg, p. 108 (“可以说，一国在没有某国际组织将尊重人道法之充分保证的情况下，将其对武装部队的权力让渡给该组织的行为违反了此项义务。”)。

139 国际组织——在国际法的现状下——并不直接或正式受四公约的约束，因为只有国家才能成为“缔约国”。但现在公认的是，作为国际法主体，国际组织受习惯国际人道法的约束，[29]从而也有义务尊重该法律体系并保证该法律体系之被尊重。[30]

140 在某国际组织对某行动行使指挥和控制权的范围内，该组织有义务尊重人道法并保证交由其支配的各国部队尊重人道法，本质上就像国家必须尊重四公约并保证其武装部队尊重四公约一样。例如，联合国在其军事派遣部队部署之初以及过程中都会为其人员系统性地提供人道法培训。[31]

141 人道法对联合国部队的适用性已得到1999年联合国秘书长公告的确认，其颁布是“为阐明适用于在联合国指挥和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”，并可视为尊重人道法并保证人道法之被尊重的一种方式。[32]另外，联合国与联合国和平行动的东道国之间签订的部队地位协定一般要求联合国保证其行动之开展“充分尊重适用于军事人员行为的国际公约的原则和规则”，包括“1949年8月12日日内瓦四公约及其1977年6月8日附加议定书以及1954年5月14日联合国教科文组织《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》”，并对东道国施加了相应义务，要求其在对待该行动的军事人员时应始终充分尊重这类原则和规则。[33]

29 See ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, p. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, para. 37; and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, Advisory Opinion, 1996, para. 25, 其中法院认为“国际组织……不同于国家，不具备一般性的权能。国际组织受‘特定性原则’的制约，也就是说，它们的权力由创建它们的国家授予”。在人道法对国际组织的可适用性方面，关于该原则之影响的探讨，见Kolb/Porretto/Vité, pp. 121–143; Naert, pp. 533–534; Shraga, 1998, p. 77; 以及Engdahl, p. 519。

30 See ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 160; ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 93; see also Boisson de Chazournes/Condorelli, 2000, p. 70; Boisson de Chazournes/Condorelli, 2006, pp. 15–16; and Engdahl, p. 517.

31 例如，见《关于非盟-联合国达尔富尔混合行动部队地位的协定》（2008年）。

32 《联合国秘书长公告》（1999年）序言。

33 See e.g. The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan (UNMISS), Juba, 8 August 2011, paras 6(a) and (b). 尽管联合国秘书长应大会请求编制的“维持和平行动部队地位协定范本”（联合国A/45/594号文件，1990年10月9日）中并未包含此类规定，但自联合国与卢旺达就联合国卢旺达援助团于1993年11月5日签订协议（United Nations *Treaty Series*, Vol. 1748, 1993, pp. 3–28）以来，此类规定就已被纳入相关的部队地位协定之中。

142 同时，即使在没有任何此种指挥与控制权的情况下，国际组织不论自身是否为冲突一方，根据习惯国际法也负有保证他方尊重公约的义务。[34]如果最初是该组织授权使用武力，[35]或者该组织从事支持其他冲突方的行动，就更应承担此项义务。[36]

五、共同第 1 条衍生的义务

（一）尊重公约并保证武装部队以及行为可归因于各缔约国的其他个人或团体尊重公约的义务

143 尊重日内瓦四公约的义务重申了条约法的一般原则——“条约必须遵守”原则，该原则编纂在1969年《维也纳条约法公约》第26条中：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。”

144 构成破坏公约的作为或不作为会使缔约国承担国际责任，其前提是根据国家责任规则，那些作为或不作为可归因于该缔约国。这不仅涉及缔约国国内法所界定的国家机关的行为，还涉及代表该国行事的其他个人或团体的行为，例如《日内瓦第三公约》第4条子款第2项意义上的志愿部队和民兵、该国必要控制之下的其他武装团体，以及在某些情况下该国约聘其提供服务的私营军事和安保服务公司。[37]就这一原则而言，共同第1条并没有在一般国际法已经规定的内容之上增加新的规定。

145 该条的新颖性在于其增加了“保证……尊重”的义务，该义务必须“在一切情况下”均予履行。这设立了一个清晰的标准，因为“保证”（“ensure”）的意思是“确保某事会发生或会如此”或反之“确保（某个问题）不会出现”。[38]因

34 See Shraga, 1998, p. 71, and David, para. 3.13. 国际法院在2004年“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”咨询意见中专门就联合国含蓄提及了保证他方尊重公约的义务（ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 160），这是涉及尊重人道法并保证人道法之被尊重义务的三个段落（paras 158–160）的最后一段：“最后，本法院认为，联合国，尤其是大会和安全理事会，应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。”

35 See Shraga, 1998, pp. 71–72, and Kolb/Porretto/Vité, pp. 153–154 and 332–333.

36 见《关于联合国向非联合国安全部队提供支持的人权尽职政策》，联合国A/67/775–S/2013/110号文件，2013年3月5日。关于相关实例，例如，见联合国安理会2009年12月23日第1906号决议，第22段：“重申，……联刚特派团〔联合国组织刚果民主共和国稳定特派团〕向刚果民主共和国武装部队领导的打击外国和刚果武装团体的军事行动提供支持的严格条件是，刚果民主共和国武装部队遵守国际人道法、人权法和难民法，切实共同规划这些行动。”

37 关于一国约聘的私营军事和安保服务公司，见《关于私营军事和安保服务公司的蒙特勒文件》（2008年）第一部分，第7段。

38 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 475.

此，各国必须采取适当的措施从源头上防止违反行为的发生。[39]因此，各缔约国必须——从和平时期开始——采取一切必要的措施以保证公约受到尊重。[40]在发生武装冲突时尊重公约通常以事先已做好准备为前提。[41]

146 原则上，各缔约国在选择保证公约之被尊重的措施方面有一定自由度，只要这些措施足以达成预期的结果。但它们选择的余地是有限的，尤其是在公约规定各缔约国有义务采取特定措施的一些情况下。四公约包含大量旨在保证各缔约国实施公约的规定：

— *武装部队内的教育*：各缔约国须在其各自国家内尽量广泛地传播公约，尤其是将学习四公约纳入其军事教育计划中。[42]

— *适用公约规则*：各缔约国须互相通知公约的正式译文，及其所采用以保证实施公约的法律与规则。[43]

— *制止破约行为*：各缔约国须“不分国籍”搜捕、起诉或引渡被控犯有严重破坏公约行为之人，并在这方面制定必要的立法。各缔约国还须进一步制止其他一切破坏公约的行为。[44]

— *针对滥用标志的行为*：各缔约国，若其立法尚未完备，须采取必要之措施，以便随时防止及取缔各种滥用标志的行为。[45]

147 四公约还提出了若干其他措施以便各缔约国可保证公约之被尊重，尤其是指定保护国或代替组织，[46]以及使用四公约所规定的调查程序。[47]

148 另外，还有许多措施可视为公约的隐含规定或者被认为构成习惯国际法的一部分，因此各国应予以采用，并作为履行其尊重公约和保证公约之被尊重义务的

39 另见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（2005年），第3(a)段。

40 另见共同第2条第1款（“于平时应予实施之各项规定之外”）；《日内瓦第一公约》第45条；《日内瓦第二公约》第46条。另见《第一附加议定书》第80条。

41 关于准备措施，见关于共同第2条的评注，第三部分。

42 《日内瓦第一公约》第47条；《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条；《日内瓦第四公约》第144条。这些规定又为《第一附加议定书》第83条、《第二附加议定书》第19条以及《第三附加议定书》第7条所补充。

43 《日内瓦第一公约》第48条；《日内瓦第二公约》第49条；《日内瓦第三公约》第128条；《日内瓦第四公约》第145条。这些规定又为《第一附加议定书》第84条所补充。

44 《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。这些规定又为《第一附加议定书》第85条所补充。

45 《日内瓦第一公约》，第54条;《日内瓦第二公约》第45条。这些规定又为《第一附加议定书》第18条和《第三附加议定书》第6条所补充。

46 《日内瓦第一公约》第8条和第10条；《日内瓦第二公约》第8条和第10条；《日内瓦第三公约》第8条和第10条；《日内瓦第四公约》第9条和第11条。

47 《日内瓦第一公约》第52条；《日内瓦第二公约》第53条；《日内瓦第三公约》第132条；《日内瓦第四公约》第149条。这些规定又为根据《第一附加议定书》第90条设立的国际人道实况调查委员会所补充。

手段。这些措施尤其包括，向部下发出命令和指示以保证公约之被尊重并监督其实施，[48]以及必要时为武装部队提供法律顾问。[49]

149 非国际性武装冲突的当事国可以通过基本相同的措施保证尊重其在共同第3条项下的义务。共同第3条第3款特别要求冲突各方努力达成特别协定，以使公约之其他规定的全部或部分发生效力。

（二）保证缔约国治下之全体人民尊重公约的义务

150 保证尊重的义务不仅涵盖武装部队以及代表缔约国行事的其他个人或团体，还扩及缔约国治下的全体人民，即涵盖行为不可归因于该国的私人。[50]这因而构成一项一般性的义务，即各缔约国应尽到防止和取缔一国治下之私人，包括被占领土内之人，破坏公约的责任。[51]这是一项手段义务，其内容取决于具体的情况，特别是违反行为的可预见性以及该国是否知情、破约行为的严重性、该国可合理采用的手段及其对相关私人所具有的影响程度。[52]

151 另外，四公约中的许多规定明确要求各缔约国采取措施保证私人尊重公约：

— *在平民居民中传播公约*：缔约国承诺，如可能时将学习公约纳入公民教育计划中，以使四公约之原则为全体人民所周知。[53]

— *制止破约行为*：缔约国须“不分国籍”搜捕、起诉或引渡被控为犯有严重破坏公约行为之人并制止其他一切破约行为。这包括私人所犯的破约行为。[54]

48 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 26（“譬如对一个国家来说，只是向几个民事或军事当局发出命令或指示，然后让它们按照自己的意愿安排执行细节，这是不够的。该国应监督这些命令或指示的执行情况。”）; Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 41（“尊重的义务意味着，有义务保证民事和军事当局、武装部队人员尊重本议定书，以及更一般地，保证全体人民尊重本议定书。这意味着，不仅必须采取准备措施以实施本议定书，还应对实施情况予以监督。在这方面，‘保证……尊重’这一短语主要是指第80条（‘执行措施’）中规定的执行和监督措施。”）. 另见《第一附加议定书》第80条第2款。

49 见《第一附加议定书》第82条。《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则141。

50 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第53页（挪威、美国）（“确保全体人民尊重公约”）。See also Inter-American Court of Human Rights, *Mapiripán Massacre case*, Judgment, 2005, para. 114.

51 See Koivurova, para. 32; Sassòli, pp. 411–412; and Ryngaert/Van de Meulebroucke, pp. 462–463.

52 关于尽责标准，见ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 430–431。See also Pisillo-Mazzeschi, p. 45, and Ryngaert/Van de Meulebroucke, p. 463. 关于在人权法语境下对尽责标准的解释，见European Court of Human Rights, Osman v. UK, Judgment, 1998, paras 115–116; Inter-American Court of Human Rights, *Velásquez Rodríguez case*, Judgment, 1988, paras 172–175; Pueblo Bello Massacre case, Judgment, 2006, paras 123–141; 联合国人权事务委员会：《第31号一般性意见：公约缔约国的一般法律义务的性质》，联合国CCPR/C/21/Rev.1/Add.13号文件，2004年5月26日，第8段；African Commission on Human and Peoples' Rights, *Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS* v. *Cameroon*, Decision, 2009, paras 89–92.

53 《日内瓦第一公约》第47条；《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条；《日内瓦第四公约》第144条。这些规定又为《第一附加议定书》第83条第1款所补充。

54 《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。这些规定又为《第一附加议定书》第85条所补充。

152 其他若干规定更一般性地要求缔约国有义务保护特定的人员或物体，包括保护他们免受私人行为的侵害。这些规定涵盖如下部分领域：

— *伤者、病者和遇船难者*：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》要求伤者、病者和遇船难者在一切情况下应受尊重与保护。[55]《日内瓦第一公约》尤其要求平民居民应尊重伤者、病者，且不得施以暴行。[56]此外，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》明确规定了保护伤者、病者和遇船难者免遭抢劫和虐待的义务。[57]

— *医疗队和医疗所、医务和宗教人员、医务运输工具*：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》规定应尊重和保护医务部门的固定医疗所及流动医疗队、医务和宗教人员、医务运输工具和医院船及其船员。[58]

— *死者*：《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》规定了防止死者被剥劫的义务。这包括平民居民所犯的剥劫行为。[59]

— *战俘*：《日内瓦第三公约》规定了在任何时候都应保护战俘的义务，尤其应保护其免遭暴行或恫吓及侮辱与公众好奇心的烦扰。[60]

— *平民伤者和病者、弱者、孕妇*：《日内瓦第四公约》要求伤者、病者、弱者以及孕妇应受特别保护与尊重。这包括保护其免遭平民居民实施的任何暴行、骚扰或其他不当行为。[61]

— *民用医院及其人员*：《日内瓦第四公约》规定了保护民用医院及其人员，以及伤病平民、弱者及产妇的运送。[62]

— *被保护人*：《日内瓦第四公约》规定了尊重被保护人的义务，特别是保护其免受一切暴行，或暴行的威胁及侮辱与公众好奇心的烦扰。[63]

— *妇女*：《日内瓦第四公约》规定了保护妇女以免其荣誉受辱，尤须防止强奸、强迫为娼或任何形式的非礼之侵犯的义务。[64]

55 《日内瓦第一公约》第12条第1款；《日内瓦第二公约》第12条第1款。这些规定又为《第一附加议定书》第10条和《第二附加议定书》第7条所补充。

56 《日内瓦第一公约》第18条第2款。该规定又为《第一附加议定书》第17条第1款所补充。

57 《日内瓦第一公约》第15条第1款；《日内瓦第二公约》第18条第1款。

58 《日内瓦第一公约》第19条第1款、第24、25、26条和第35条第1款；《日内瓦第二公约》第22条第1款、第24、25、27、36条和第37条第1款。这些规定又为《第一附加议定书》第12条（医疗队）和第21条至第31条（医务运输）所补充。

59 《日内瓦第一公约》第15条第1款；《日内瓦第二公约》第18条第1款。这些规定又为《第一附加议定书》第34条所补充。

60 《日内瓦第三公约》第13条第2款。

61 《日内瓦第四公约》第16条

62 《日内瓦第四公约》第18条第1款、第20条第1款、第21条和第22条。这些规定又为《第一附加议定书》第12条（医疗队）、第15条（平民医务人员）和第21条至第31条（医务运输）所补充。

63 《日内瓦第四公约》第27条第1款。

64 《日内瓦第四公约》第27条第2款。这些规定又为《第一附加议定书》第76条第1款所补充。

（三）保证他方尊重公约的义务

153 保证尊重的义务还有一个外部维度，涉及保证参与冲突的其他各方尊重公约。因此，不论是中立国、同盟国还是敌国，都必须在其权力范围内采取一切合理的措施保证参与冲突的其他各方尊重公约。

154 这项保证他方尊重公约的义务由消极义务和积极义务组成。在消极义务下，各缔约国既不得鼓励，也不得援助或协助冲突各方违反公约。在积极义务下，它们必须在其权力范围内采取一切合理的措施以防止和终止这类违反公约的行为。保证公约受到尊重义务的这一外部维度超出了“条约必须遵守”原则的范畴。

155 共同第1条并没有明确说明必须确保何方对公约的尊重，有观点认为起草者们只打算对国家施加保证其人民尊重公约的义务。[65]在促成四公约之通过的外交会议期间，挪威和美国代表的发言表明，他们在本质上将“保证尊重”这一短语理解为国家保证其全体人民尊重公约的一项承诺。[66]但起草者们确实就一个非常宽泛的表述方式达成了共识。考虑到日内瓦四公约在人道方面的显著重要性以及公约起草的时间——第二次世界大战结束后不久——这一宽泛的表述方式涵盖了保证公约受到尊重这一义务的外部维度。在1948年斯德哥尔摩大会前以及1949年外交会议期间，红十字国际委员会声明，其认为，共同第1条意味着各缔约国“应当尽最大努力确保公约之基本人道原则得到普遍适用”。[67]

156 后续的实践确认了共同第1条中保证他方尊重公约义务的存在。1968年德黑兰人权会议明确承认了这项义务，[68]并随后被联合国大会提及。[69]正是由于充分认识到这些发展，《第一附加议定书》第1条第1款，[70]以及后来的1989年《儿童权利公约》第38条第1款和2005年《第三附加议定书》第1条第1款才对这一条款予以重申。2013年《武器贸易条约》明确提到尊重和保证尊重的义务，该条约规定武器转

65 See Kalshoven, p. 28.

66 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第53页（挪威和美国）。

67 同上注。关于原始的声明，见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第5页：“红十字国际委员会认为有必要强调，若要使本公约的保护制度有效，缔约国不能只限于实施本公约。它们必须尽其所能确保构成本公约之基础的人道原则得到普遍适用。”

68 International Conference on Human Rights, Teheran, 1968, Res. XXIII, Human Rights in Armed Conflict, Preamble.

69 联合国大会1971年12月20日第2851（XXVI）号决议：“调查以色列妨害占领领土内居民人权的行为特别委员会报告书”，序言和第9段。

70 See e.g. ICRC, Questionnaire concerning measures intended to reinforce the implementation of the Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, 1973, p. 19; Levrat, p. 269; and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 44. 但是，见Kalshoven, p. 52，作者认为“《第一附加议定书》对共同第1条文本（无可否认的）重述以及（纯粹技术性的）重申并不能真的被认为体现了会议全面理解了这条只是被逐字重复的条款或者体现了该会议真正的意愿”。

让的决定须以受让方尊重人道法为前提。[71]保证他方尊重公约的义务还得到国际法院、[72]联合国安理会、[73]红十字与红新月国际大会[74]以及在其他场合会谈的各缔约国的明确支持。[75]红十字国际委员会采取了许多保密或公开的措施，鼓励各国（甚至包括非冲突参与国）利用其影响力或力求开展合作以保证公约得到尊重。[76]

157 正如上文所述，保证他方尊重公约的义务由消极义务和积极义务组成：

1. 消极义务

158 根据共同第1条，各缔约国负有某些消极义务，这意味着其不得从事某些行为。它们尤其不能鼓励，也不能援助或协助违反公约的行为。[77]如果共同第1条要求各缔约国本国武装部队“尊重〔本公约〕并保证〔本公约〕之被尊重”，但同时也允许它们帮助冲突其他当事方违反公约，则是自相矛盾的。因此，国际法院

71 《武器贸易条约》（2013年）序言，“原则”第5段。

72 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, paras 158–159; and *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 211 and 345.

73 联合国安理会1990年12月20日第681号决议，第5段。

74 第25届红十字国际大会（日内瓦，1986年）第1号决议：“在武装冲突中尊重国际人道法并尊重国际委员会为日内瓦四公约保护的人采取的行动”，第5段；第26届红十字与红新月国际大会（日内瓦，1995年）第1号决议：“国际人道法：从法律到行动——向保护战争受害者国际大会提交的跟进报告”，第2段，以及第2号决议：“武装冲突期间对平民的保护”，第（一）节第1段；第27届红十字与红新月国际大会（日内瓦，1999年），“通过宣言和行动计划”第1号决议，最终目标1.1，第1段；第28届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2003年）第1号决议：“通过宣言和人道主义行动议程”，最终目标2.3；以及第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007）第3号决议：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段；中文译文载红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》，中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版。

75 例如，见保护战争受难者国际会议（日内瓦，1993年）“最后宣言”，第二部分，第11段；Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Geneva, 5 December 2001, Declaration, para. 4; and Conference of High Contracting Parties to the Fourth Geneva Convention, Geneva, 17 December 2014, Declaration, para. 4.

76 See e.g. ICRC, News Release 03/63, Israel and the occupied and autonomous Palestinian territories: Deliberate attacks on civilians must stop, 10 September 2003; News Release 82/07, Myanmar: ICRC denounces major and repeated violations of international humanitarian law, 29 June 2007; News Release 95/8, Rwanda: ICRC sounds alarm on appalling prison conditions, 31 March 1995; Conflict in Southern Africa, ICRC Appeal, 19 March 1979, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 209, April 1979, pp. 85–90, at 89; Conflict between Iraq and Iran, ICRC Appeal, 11 May 1983, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 23, No. 235, August 1983, pp. 220–222, at 222; Conflict between Iraq and Iran, Second ICRC Appeal, 15 February 1984, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 24, No. 239, April 1984, pp. 113–115, at 115; and ICRC appeal for a humanitarian mobilization, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 25, No. 244, October 1985, pp. 30–34, at 33.

77 关于相应的保证尊重的习惯法义务，见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则144（“各国不得鼓励武装冲突各方违反国际人道法。”）。

在1986年认可了“不鼓励在尼加拉瓜参与冲突的个人或团体违反1949年日内瓦四公约共同第3条之规定”的消极义务。[78]该项“不鼓励”的义务也得到各缔约国自身的明确承认。[79]

159 此外，根据一般国际法，在知情的情况下援助或协助另一个国家实施国际不法行为的国家应对此种行为负责。[80]根据国际法委员会的观点，这要求“有关国家机关意图通过提供援助或协助便利不法行为的实施”（后加着重号以示强调）。[81]但就共同第1条而言，“意图”这一主观要素不是必要的。与前段阐明的理由一致，共同第1条不容许一国在知情的情况下帮助冲突一方违反公约，不论其意图为何。

160 因此，共同第1条和国家责任规则在不同的层面上发挥作用。保证尊重公约的义务是一项独立的首要义务，在援助或协助的问题上较之关于国家责任的次要规则施加了更为严格的条件。其利害关键不只在于援助或协助违反国际法规则，而是涉及援助或协助对各缔约国特别承诺予以尊重并保证尊重的规则的违反。[82]因此，提供资金、物资或其他支持且明知这种支持会被用于实施违反人道法的行为，将违反共同第1条，即使就国家责任而言，它尚不构成援助或协助接受国实施不法行为。

161 因此，在多国行动的情况下，共同第1条要求，倘若基于事实或对过去模式的了解，预计某一特定行动将会违反公约，则各缔约国应选择不参加该行动，原因是参加该行动可能构成援助或协助违反公约的行为。

162 对于消极义务，可以从武器转让的角度予以说明。共同第1条要求，如果基于事实或对过去模式的了解，预计所转让的武器将会被用于违反公约，则各缔约国不得转让这些武器。[83]

78 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220.

79 第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007）第3号决议：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段。

80 见《国家责任条款草案》（2001年）第16条。

81 同上注，关于第16条的评注，第5段。另见关于侵犯人权的第9段。对在此情况下提及“意图”的评论，见Boivin, pp. 471–472，供进一步参考。

82 在武器转让的背景下，另见Sassòli, p. 413，作者认为，一旦一国得知受让国系统地利用某些武器实施违反人道法的行为，“继续进行协助就必然旨在为进一步的违反行为提供便利。这一严格标准可能并非国际法委员会在其评注中提到的标准，但得到了国际人道法下的特别义务的支持，即第三国不仅不能协助违法行为，还要‘保证’其他所有国家‘尊重’国际人道法规则。一国如明知其协助被用于实施违反行为还予以提供，则该国必然未遵守上述特别义务”。See also Brehm, pp. 385–386.

83 这就要求在任何武器转让之前进行适当评估。See Dörmann/Serralvo, pp. 732–735; Daniel Thürer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, The Hague Academy of International Law, 2011, p. 223; 以及红十字国际委员会：《武器转让决定：适用国际人道法标准》，红十字国际委员会（北京）2010年10月版。

163 最后，根据一般国际法，还存在其他消极义务，即不得承认严重违反国际法强制性规范所造成的情况为合法，且不得为维持该情况提供援助或协助。[84]这些义务只要体现出不可减损的规范，即与日内瓦四公约相关。[85]在2004年关于“隔离墙”的咨询意见中，国际法院似乎将同一义务与《日内瓦第四公约》第1条联系在一起。[86]此外，这些义务可视为既不鼓励也不援助或协助实施违反公约之行为的义务的必然结果。

2. 积极义务

164 各缔约国还负有共同第1条项下的积极义务，这意味着它们必须主动采取措施以终止违反公约的行为，并且尤其凭借其对冲突过错方的影响使之重新采取尊重公约的态度。[87]这项义务不限于制止正在进行的违反行为，还包括在存在可预见的实施违反行为的风险时预防其发生的义务，以及在已经发生违反行为的情况下防止进一步发生违反行为的义务。[88]

165 原则上，只要各国所采取的措施可视为足以保证公约之被尊重，他们仍可在

84 见《国家责任条款草案》（2001年）第41条第2款。

85 See ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons,* Advisory Opinion, 1996, para. 79 (“武装冲突中适用的大量人道法规则……构成习惯国际法中不可违反的原则”); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 157; 《国家责任条款草案》（2001年），关于第40条的评注，第5段（“适用于武装冲突的一些国际人道主义法基本规则”是国际法强制性规范的一部分）；国际法委员会：“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难——研究组工作的结论”，载《国际法委员会第五十八届会议工作报告》，联合国A/61/10号文件，2006年，第十二章，第251段，第33小段，第307页（“最经常被引述的强行法规范实例包括……适用于武装冲突中的国际人道主义法的基本规则”）；以及ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 520 (“国际人道法中的大多数规范，尤其是那些禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的规范，同时也是国际法中的强制性规范或强行法，即具有不可克减和高于一切的性质”)。

86 See ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, paras 158–159. See also Tom Moerenhout, ‘The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and their Economic Activity in Occupied Territories’, *Journal of International Humanitarian Law Studies*, Vol. 3, 2012, pp. 344–385.

87 见第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007）第3号决议：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段。See also ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, A 1308, 16 February 2005, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400, at 396:“此外，普遍认为共同第1条要求非武装冲突一方的国家采取一切可能的措施制止冲突之一方的违反行为，尤其是利用其对该方的影响力，以努力保证该法被尊重。”关于保证尊重的相应习惯法义务，见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则144（“〔各国〕须尽可能施加影响，以阻止对国际人道法的违反”）。更加谨慎的看法，Gasser, p. 32：“总之，可以说第三国至少有义务审查涉及交战一方违反人道法的局势，并善意地考虑是否应采取行动。”

88 见第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007）第3号决议：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段；Dörmann/Serralvo, pp. 728–732; Geiss, 2015a, p. 117; Devillard, pp. 96–97; Gasser, pp. 31–32; and Levrat, p. 277.

不同可行措施之间进行自由选择。各国应尽责履行保证公约之被尊重的义务。正如上文所述，其内容取决于具体情况，包括破约行为的严重性、该国可合理采用的手段以及其对破约行为责任方所具有的影响程度。不同于前述消极义务的是，它是一项手段义务，即只要各缔约国已在其权力范围内采取了一切合理的措施来终止违反公约的行为，就无需为其工作可能出现的失败承担责任。[89]

166 1948年《灭绝种族罪公约》第1条项下存在类似的尽责义务，根据该条的规定，“缔约国确认灭绝种族行为，不论发生于平时或战时，均系国际法上的一种罪行，承允防止并惩治之”。在“灭绝种族罪公约”案中，国际法院认为：

> 所涉〔防止灭绝种族罪〕的义务是行为义务，而非结果义务，也就是说，一国不可能有义务在任何情况下都成功地防止灭绝种族行为的实施：各缔约国的义务是采取所有可合理采取的手段，以尽可能地防止灭绝种族罪。一个国家不能仅仅由于未实现预期的结果就承担责任；但如果该国明显未能采取力所能及的所有可有助于防止灭绝种族罪的措施以防止灭绝种族罪，则该国应承担责任。在这方面，需要予以具体评估的“尽责”概念至关重要。[90]

至于可适用的尽责标准，国际法院认为：

> 评估一国是否已尽责地充分履行有关义务时，应考虑各种因素。第一项因素，显然是有效影响可能或正在实施灭绝种族行为之人的能力，这种能力因国而异。该能力本身取决于有关国家与事件发生地之间的地理距离，以及该国当局与事件主要行为人之间政治联系和其他所有类型之联系的紧密程度等因素。[91]

167 就联合行动中的合作伙伴而言，保证日内瓦四公约之被尊重的义务尤其强有力，而且由于这种情况与下述消极义务密切相关就更是如此，该义务要求既不鼓励也不援助或协助违反公约行为。例如，某一缔约国参与资助、装备、武装或训练冲突一方的武装部队，甚或与这些部队联合策划、执行行动并听取行动情况汇

89 See also ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430. 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则144（“尽可能”）；ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, A 1308, 16 February 2005, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400, at 396 (“采取每一项可能的措施”); Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 24 (“以一切适当手段行事”); Boisson de Chazournes/Condorelli, 2000, p. 69 (“采取一切可能的措施”); Pfanner, p. 305(“以一切适当手段行事”); Bothe/Partsch/Solf, p. 43 (“其国际关系中可采用的任何合法手段”); Benvenuti, p. 29 (“可采用的任何合法手段”); Azzam, p. 69 (“运用一切可采用的合法手段”); Sandoz, p. 167 (“在可能的范围内”)。

90 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430.

91 *Ibid*.

报，这就将该国置于独特的地位，使其可以影响这些部队的行为，并因而保证公约之被尊重。

168 在将被拘留者移送至共同交战国、非交战国或中立国的情况下，即使没有关于移送后责任的具体规定（例如，见《日内瓦第三公约》第12条第3款），各缔约国也应密切关注被移送人员的命运，并在必要时发挥其影响力以保证接收国遵守公约。[92]

169 有观点对保证他方尊重公约之义务中的积极部分的法律性质表示怀疑，因为该义务的内容没有明确界定，在很大程度上是由各缔约国对其进行具体解释。[93]

170 但是，共同第1条是一项国际条约的一部分，这意味着它不是宽松的誓言而是具有法律效力的承诺。国际法院在“尼加拉瓜”案中确认了这一点，其在该案中认为，这一条款反映了一项法律义务。[94]共同第1条中所使用的“承诺”一词也强调了各缔约国保证他方尊重公约的承诺。“承诺”（“undertake”）一词的通常意义是“正式地保证、誓言或允诺”。[95]国际法院认为该词“并非仅具有劝告性或决意性”。[96]

171 1973年，在回答红十字国际委员会发出的调查问卷时，许多国家明确承认了这项积极义务的存在。[97]自那时起，联合国安理会、[98]联合国大会、[99]联合国

92 See e.g. Colassis, pp. 467–468:
尤其是，如果移送国在接收国具备强有力的外交和军事存在，则移送国更有手段保证尊重〔国际人道法〕，美国在伊拉克的情形即是如此。它们可以就被拘留人的待遇问题进行对话并采取其他措施，例如移送后的后续工作或者羁押链条不同层级上的能力建设，以确保接收国遵守其义务。
另见关于共同第3条的评注，第七部分第（七）节，以及《日内瓦第三公约》第12条和《日内瓦第四公约》第45条。

93 See Kalshoven, pp. 59–61（“道德动机”）; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, 2004, paras 46–50（“我看不出，除了外交交涉之外，个别国家根据这一义务还应采取何种积极行动。”）; Focarelli, p. 125（“仅为一项建议”）and pp. 170–171（“不明确的建议性意义”）; Frutig; and Kolb, p. 518（“采取行动的权力……但……不是一项在一切情况下均应采取此举的义务”）.

94 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220.

95 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1573.

96 关于1948年《灭绝种族罪公约》第1条中“承允”一词的含义，见ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 162 （“它并非仅具有劝告性或决意性。承允是无条件的……；不应仅理解为是介绍后来明确提及的〔其他义务〕”）。

97 ICRC, Questionnaire concerning measures intended to reinforce the implementation of the Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, 1973, 对问题2的回答：联邦德国（第20页）、比利时（第21页）、韩国（第23页）、美国（第24~25页）和英国（第30页）。外交会议期间，巴基斯坦也表达了相同的观点：“1949日内瓦四公约共同第1条和《第一附加议定书》草案第70条意味着，如果一方未能履行其义务，其他缔约国有义务尽力使其重新采取尊重其承诺的态度。”《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VIII卷，第185页，第3段。

98 联合国安理会1990年12月20日第681号决议，第5段。

99 联合国大会1988年11月3日第43/21号决议：“巴勒斯坦人民的起义”，第5段。

秘书长、[100]欧洲委员会议会[101]和各缔约国自身[102]都明确提到过保证尊重公约的积极义务。在此基础上，红十字国际委员会呼吁各国积极保证其他缔约国遵守公约。[103]2004年，国际法院从《日内瓦第四公约》第1条中得出结论，“该公约的每个缔约国，无论是否是某特定冲突的一方，都有义务保证有关文件中的各项要求得到遵守”。[104]

172 当然，这项积极义务的准确内容很难抽象地加以确定，但该困难本身并不足以否认此种义务的存在。共同第1条是一项处于动态发展之中的条款，必须在四公约、议定书（可适用时）以及整个国际法律秩序的总体背景下加以解释。其内容在未来几十年内将会进一步具体化并具备可操作性。

173 因此，保证四公约之被尊重的积极法律义务的确存在，并且得到专家和学者的广泛支持。[105]人们同理也可理解保证人道法之被尊重的相应习惯法义务。[106]

3. 可采取之行动的限度

174 共同第1条不为背离可适用的国际法规则提供依据。[107]最显著的是，该条本

100 联合国秘书长：《秘书长按照第605号决议（1987年）的规定向安全理事会提出的报告》，联合国S/19443号文件，1988年1月21日，第27段。

101 Council of Europe, Parliamentary Assembly, 39th Ordinary Session, Res. 881 (1987) on the activities of the International Committee of the Red Cross (ICRC) (1984–86), 1 July 1987, para. 21, see also para. 23(iii).

102 例如，见保护战争受难者国际会议（日内瓦，1993年）“最后宣言”，第二部分，第11段，以及第30届红十字与红新月国际大会第3号决议（日内瓦，2007年）：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段。

103 See e.g. ICRC, Letter dated 18 October 1989 from the ICRC Director of Principles, Law and Relations within the Movement to two UK Members of Parliament, reproduced in Labour Middle East Council and Conservative Middle East Council (eds), *Towards a Strategy for the Enforcement of Human Rights in the Israeli Occupied West Bank and Gaza, A Working Symposium*, London, 25 July 1989, pp. vii–viii; ICRC Statement, The Balkan conflict and respect for international humanitarian law, 26 April 1999, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 834, June 1999, pp. 408–411, at 411; and ICRC, News Release 82/07, Myanmar: ICRC denounces major and repeated violations of international humanitarian law, 29 June 2007. See generally ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, A 1308, 16 February 2005, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400, at 396.

104 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 158; see also para. 159.

105 See Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 368–369; Bothe/Partsch/Solf, p. 43; Kessler, 2001b, pp. 504–507; David, para. 3.13; Levrat, pp. 267 and 276–279; Benvenuti, p. 29; Azzam, p. 68; Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 24; Boisson de Chazournes/Condorelli, 2000, p. 69; Brehm, pp. 374–375; Sachariew, p. 184; Palwankar, p. 9; Sandoz, p. 167; Gasser, p. 32; Vöneky, para. 1432, pp. 696–697; Niyungeko, p. 127; Pfanner, pp. 304–305; Obradović, pp. 487–488; Fleck, p. 182; Zwanenburg, p. 108; and Dörmann/Serralvo. 2003年，关于促进遵守人道法的五次地区性专家咨询会也普遍同意这是一项法律义务；see ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*, Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2003, p. 22.

106 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则144。

107 See ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory

身并不能为一国或国家集团参与违背《联合国宪章》第2条第4款规定之“使用威胁或武力”行为的提供正当性。只有关于诉诸武力的国际法规则（“诉诸战争权”，jus ad bellum）才能决定任何武力威胁或使用武力的合法性，即便此种武力意在终止严重违反四公约的行为。

175 保证尊重的义务并不授权减损公约自身的保障措施，因为这将直接违反“在一切情况下”尊重其规定的义务。此种减损只允许在构成合法报复的情况下进行。[108]

176 此外，中立法要求中立国在不歧视的基础上对待国际性武装冲突的所有各方，但这并未免除中立国在共同第1条项下的保证尊重的义务。反过来，共同第1条也没有为违反中立法提供依据。[109]

177 不干涉原则本身不会妨碍第三国根据共同第1条采取措施。根据公约义务“对一切各方”的性质，某一缔约国违反公约规定不应被视为只是该国的内部事务，即使违反行为发生在非国际性武装冲突的背景下也是如此。[110]

178 最后，共同第1条并没有规定集体措施优先于单边措施。[111]因此，在违反公约的情况下，每个缔约国都有权采取适当的单边措施以终止违反公约的行为。[112]所以，2001年《国家责任条款草案》第48条第1款b项认为，如果一国违反了“对一切”（*erga omnes*）的义务，任何国家都有权援引其国家责任。在实践中，国家确实会单边地谴责违反人道法的行为或诉诸强制措施以防止或终止违反行为。[113]但是，某些特别严重的违反公约的情形可能需要集体措施予以应对，尤其是联合国

Opinion, 2004, para. 159（“在遵守《联合国宪章》及国际法的同时”）；《第一附加议定书》第89条（“按照《联合国宪章》”）；以及第30届红十字与红新月国际大会第3号决议（日内瓦，2007年）：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段（“依据国际法”）。关于防止灭绝种族罪的义务，另见ICJ, *Application of theGenocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430（“每个国家都只能在国际法允许的范围内行事”）。

108 关于禁止报复，见《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；《日内瓦第四公约》第33条第3款。另见《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项、第54条第4款、第55条第2款和第56条第4款。

109 关于中立法的适用范围，见关于第4条的评注。

110 See e.g. ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 519, 涉及人道法规则所施加的大多数义务的“对一切”性质（“国际社会中每一个成员遵守这些义务，均符合其各自‘法律上的利益’，因此在法律上有权要求尊重这些义务”）。另见《国家责任条款草案》（2001年）第48条以及ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*, Report prepared by the ICRC for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2003, p. 49（“根据共同第1条采取的行动不应被理解为对他国内部事务的非法干涉”）。

111 情况与此相同的是，根据1948年《灭绝种族罪公约》第1条负有的防止灭绝种族罪的义务；see ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 427. 但是，见Sachariew, p. 193, 作者总体上偏向于采取集体措施。

112 见第30届红十字与红新月国际大会第3号决议（日内瓦，2007年）：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，第2段。

113 见Palwankar, p. 16中引用的的例子。

框架内的集体措施。[114]《第一附加议定书》第89条专门规定了这一选项，“在严重违反本公约或本议定书的情形下，缔约各方承诺在与联合国合作下按照联合国宪章采取共同或单方行动”。

179 共同第1条和《第一附加议定书》第89条项下的义务独立于任何其他概念而存在，例如联合国大会和联合国安理会认可的“保护人民免遭灭绝种族、战争罪、种族清洗和危害人类罪之害的责任”。[115]

4. 可能采取之措施概述

180 从概念上讲，可以在保证他方尊重公约的单边和集体措施之间做出区分。[116]

181 单边措施包括：

— 从外交对话角度处理遵约问题；
— 通过保密的抗议或公开的谴责施加外交压力；
— 将联盟伙伴国遵守其在四公约项下的义务作为联合行动的条件并（或）联合策划行动以防止此种违反公约的行为；[117]
— 在联盟伙伴国违反公约的情况下，例如即将非法攻击平民时，对指挥官进行直接干预；
— 向冲突各方提供法律援助并（或）支持其他方面提供的援助，例如指导或培训；
— 根据共同第 8 条（《日内瓦第四公约》第 9 条）充当保护国或根据共同第 10 条（《日内瓦第四公约》第 11 条）充当代替组织；
— 根据第 11 条从事斡旋以解决关于公约适用和解释的意见分歧；
— 根据第 52 条同意就被控违犯公约的行为开启调查程序；
— 如果可适用，将相关局势提交国际人道实况调查委员会进行调查；[118]

114 根据一般国际法，至少存在着一个合作义务的趋势；见《国家责任条款草案》（2001年）第41条第1款“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。”

115 联合国大会2005年10月24日第60/1号决议：“2005年世界首脑会议成果”，第138～139段，以及联合国安理会2006年4月28日第1674号决议，第4段。关于“人道干涉”和人道法相关概念的讨论，见Ryniker。

116 关于可能措施的概况（其中大量措施已纳入以下列表），见Palwankar, pp. 12–24（作者在外交施压措施、各国可自行采取的强制性措施以及与国际组织合作采取的措施等方面之间加以区分）。

117 例如，见《关于联合国向非联合国安全部队提供支持的人权尽职政策》，联合国A/67/775–S/2013/110号文件，2013年3月5日。就联刚特派团而言，例如，见联合国安理会2009年12月23日第1906号决议，第22段；至于进一步的措施，见上注，第9段（“联合保护小组、预警中心以及与当地村庄的通信联络”）。

118 《第一附加议定书》第90条第2款第1项和第4项。See also Pfanner, p. 286:

原则上，国际实况调查委员会只有在所有相关当事方都同意的情况下才能从事调查，但这并不妨碍第三国请求调委会调查冲突一方实施的严重破约或严重违反人道法的行为，只要该当事方也承认调委会的管辖权。这种可能性源自“保证尊重”武装冲突法的义务。

— 请求召开缔约国会议；[119]
— 采用反报措施，例如停止正在进行的谈判或拒绝批准已经签署的协定，不展期贸易特权以及减少或中止自愿的政府援助；
— 采用合法的反措施，例如武器禁运、贸易和经济制裁、飞行禁令以及减少或中止援助及合作协定；
— 制约、限制或拒绝武器转让；[120]
— 将问题提交至主管国际组织，例如联合国安理会或联合国大会；[121]
— 如果可能，将特定问题提交至国际法院或其他争端解决机构；[122]
— 采取刑事措施惩戒违反人道法的行为；[123] 以及
— 支持国内和国际上将涉嫌严重违反国际人道法之人绳之以法的努力。[124]

182 许多此类措施，以及更多旨在阐明法律或促进遵守公约的一般措施，同样可以由国家集团[125]或在国际组织的框架内集体采取。[126]联合国在保证遵守四公约方面有着特殊的作用，1977年《第一附加议定书》第89条明确认可了该作用。联合国在这方面也变得越来越主动并且参与了各类行动，从谴责特定的违反行为和派遣实况调查团，到根据1945年《联合国宪章》第七章采取制裁行动以及部署负有保护平民职责的和平行动。[127]

119 迄今为止，已召开三次《日内瓦第四公约》的缔约国会议以便在巴勒斯坦被占领土执行该公约，且三次会议均明确提及共同第1条：第一次会议召开于1999年7月15日（除其他外，由联合国大会1999年2月9日第ES-10/6号决议“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”（第6段）建议召开）；第二次会议召开于2001年12月5日〔根据联合国大会2000年10月20日第ES-10/7号决议“以色列在被占领东耶路撒冷和其余被占领巴勒斯坦领土的非法行动”（第10段）召开〕；第三次会议召开于2014年12月17日〔由联合国大会2009年11月5日第64/10号决议“联合国加沙冲突问题实况调查团报告的后续行动”（第5段）建议召开〕。另见联合国安理会1990年12月20日第681号决议，第6段。

120 See e.g. 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, Res. 2, Annex 1: Action Plan for Implementing International Humanitarian Law, Objective 5: Arms transfers; 第30届红十字与红新月国际大会第3号决议（日内瓦，2007年）：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”；第28届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2003年），“人道主义行动议程”，最终目标2.3；以及《欧盟促进遵守国际人道法指南修订版》（2009年），第16(i)段。See also Dörmann/Serralvo, p. 734; Boivin, pp. 475–479; Fleck, pp. 182–183; and Brehm, pp. 375–377. 2013年《武器贸易条约》要求缔约国考虑到拟议武器转让的受让方尊重人道法的情况（第6条至第7条）。

121 见《联合国宪章》（1945年）第35条第1款。

122 See e.g. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, Separate Opinion of Judge Simma, para. 34:
因此，不论受虐待人员是否是乌干达人，乌干达都有权利——事实上是义务——针对在机场对普通个人实施的违反国际人道法的行为提起诉讼。在这方面，一国通过在国际法院提起诉讼，实施其保证另一缔约国尊重人道条约义务的国际法律义务，无疑是最具建设性的途径之一。

123 See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 1995, para. 71（“共同第1条关于所有缔约国都必须尊重公约和保证公约之被尊重的要求可能需要诉诸刑事措施。”）

124 另见《第一附加议定书》第88条，关于刑事事项上的互助。

125 例如，见《关于私营军事和安保服务公司的蒙特勒文件》（2008年）。

126 例如，见2009年《欧盟促进遵守国际人道法指南修订版》第16段中所列之行动手段，为欧盟及其机构和机关促进遵守人道法制定出了行动层面的工具。

127 更多相关内容，见关于《第一附加议定书》第89条的评注。

183 至于各缔约国针对非国际性武装冲突的各国家冲突方可采取的措施，可以参考与国际性武装冲突情形下可用措施本质上相同的措施。在实践中，各国和国际组织通常谴责违反共同第3条的行为，包括非国家武装团体的违反行为，并且采取经济和其他非军事制裁措施。[128]

六、“在一切情况下”一词

184 最后，各缔约国承诺“在一切情况下”尊重四公约和保证四公约之被尊重。这一短语最初是与废除所谓的普遍参加条款相关联的，[129]普遍参加条款规定于1906年《日内瓦公约》和1907年海牙公约等法律文件中，其含义是，只有某一特定冲突中的所有交战方都是公约的缔约国，公约才可以适用。[130]1929年，起草者们认为非缔约国参与冲突不应再影响公约对那些属于缔约国之交战方的约束性质。正如前文所述，在起草过程中，在一切情况下保证公约之被尊重的义务和在与其他缔约国的关系上适用公约的义务（即使并非所有交战方都是公约的缔约国）被分为两款，从而使前者获得了独立的意义。[131]后者现在明确规定于共同第2

128 一般而言，见《欧盟促进遵守国际人道法指南修订版》（2009年），第2段：“这些指南符合欧盟及其成员国对国际人道法的承诺，旨在处理第三国以及（酌情处理）在第三国境内活动的非国家行为体对国际人道法的遵守问题”（后加着重号以示强调）。具体的例子包括联合国安理会针对下列实体采取的制裁措施：争取安哥拉彻底独立全国联盟（例如，联合国安理会1993年9月15日第864号决议，B部分，第19段）；利比里亚，包括非国家行为体（例如，联合国安理会2003年12月22日第1521号决议，B部分，第2段和第4段）；在刚果民主共和国境内活动的外国和刚果武装团体与民兵（例如，联合国安理会2003年7月28日第1493号决议，第20段）；科特迪瓦（例如，联合国安理会2004年11月15日第1572号决议，第7段、第9段和第11段）；以及在达尔富尔活动的非政府实体和个人（例如，联合国安理会2004年7月30日第1556号决议，第7段和第8段）。关于加强非国家当事方遵守人道法问题的概述，见Kessler, 2001a, pp. 219–234。

129 在一切情况下尊重公约的义务首次出现在由英国代表提交的修正1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第24条草案的提案中：

> 缔约各国应在一切情况下尊重本公约的各项规定，除非当一交战国并非未参加本公约时。此种情况下，本公约各项规定不应在该交战国及其敌对各方之间适用，但在参加本公约的交战国之间的关系上仍须予以尊重。

《1929年日内瓦外交会议记录》，第322页。

130 《日内瓦公约》（1906年）第24条：“本公约的规定，仅在缔约国内的两国或数国间发生战争时，对这些国家有约束力。如果交战国之一不是本公约的签署国，则本公约的规定不具有约束力。”另见《圣彼得堡宣言》（1868年）第9段；《海牙第四公约》（1907年）第2条；《海牙第五公约》（1907年）第20条；《海牙第六公约》（1907年）第6条；《海牙第七公约》（1907年）第7条；《海牙第八公约》（1907年）第7条；《海牙第九公约》（1907年）第8条；《海牙第十公约》（1907年）第18条；《海牙第十一公约》（1907年）第9条；《海牙第十二公约》（1907年）第51条第1款；《海牙第十三公约》（1907年）第28条；《海牙第十四宣言》（1907年）第3段；《伦敦海战法宣言》（1909年）第66条。

131 在一切情况下保证公约被尊重的义务，成为1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中的第25条第1款；即使并非所有交战国都参加了公约，但在与其他缔约国的关系上仍应适用公约的义务，成为第25条第2款：“战时遇有一交战国并未参加本公约，则本公约的规定仍应在参加本公约的交战国之间具有拘束力。”1929年《关于战俘待遇日内瓦公约》第82条与此情况相同。关于起草历史的详细综述，见Kalshoven, pp. 6–10，以及Dörmann/Serralvo, pp. 712–716。

条第3款中，其规定，即使并非某一武装冲突的所有各方都是公约的缔约国，但缔约国于其相互关系上，仍应受公约的拘束。[132]

185 此外，正如上文所述（第129段），“在一切情况下”的表述意味着尊重并保证尊重的义务，根据相关义务的具体内容，即可适用于武装冲突期间，也可适用和平时期。公约某些规定必须在和平时期既予实施的事实显然暗含在共同第2条第1款中（“于平时应予实施之各项规定之外”）。[133]

186 “在一切情况下”尊重公约和保证公约之被尊重的承诺也重申了，诉诸武力法（“诉诸战争权”）和武装冲突法（“战时法”）的严格区分是确保遵守公约的基本保障之一。换言之，公约的适用并不取决于该冲突根据诉诸武力法是否正当。只要出现共同第2条或第3条规定的适用条件之一，受四公约约束的国家就没有任何合理的借口（包括法律和其他方面的借口）不全面尊重公约，并就所有受四公约保护之人尊重公约。不论武装冲突是“正义的”还是“非正义的”，不论是侵略战争还是抵抗侵略的战争，四公约规定的保障均不会受到影响。[134]因此，对武力攻击的自卫（见《联合国宪章》第51条）无法排除违反公约行为的不法性，[135]缔约国根据联合国安理会授权行事时也一样。

187 此外，冲突各方在军事、经济、地理或其他事实上的不平等并不影响它们在公约下的义务；不论其实际能力如何，均须遵守公约。对体现为手段义务的规定而言，可以根据可采用手段的不同而予以区别适用。[136]对规定了最低标准的义务而言，在该底线之上也可有区别地予以适用。[137]

132 更多相关详细内容，见关于共同第2条的评注，第六部分第（一）节。这一点并不影响所有国家仍均受习惯国际法约束的事实。

133 更多相关详细内容，见关于共同第2条的评注，第三部分。

134 《第一附加议定书》序文第5段明确重申了这一原则。但是，见Kalshoven, p. 48：“包含该措辞的必要性有效地破除了如下主张，即共同第1条一劳永逸地解决了这些问题。”

135 见《国家责任条款草案》（2001年），关于第21条的评注，第3段，根据该条，日内瓦四公约及其《第一附加议定书》“平等地适用于国际性武装冲突的所有当事方”，并参考ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 79（“习惯国际法中不可违反的原则”）。

136 例如，见《日内瓦第一公约》第15条第1款；《日内瓦第二公约》第18条第1款；《日内瓦第三公约》第76条第1款；以及《日内瓦第四公约》第76条第1款。

137 例如，见《日内瓦第三公约》第25条至第32条和《日内瓦第四公约》第76、85、87条和第89条至第92条中所包含的为自由被剥夺之人提供生活必需品（食物、水、衣物、住所和医药照顾）的规则。在对厄立特里亚关于战俘之赔偿请求的部分裁决中，厄立特里亚-埃塞俄比亚求偿委员会发现，至少目前，无法要求厄立特里亚和埃塞俄比亚拥有与发达国家相同的医疗待遇标准。然而，资金和基础设施的匮乏也不能成为不给予人道法所要求的最低标准之医药照顾的借口（*Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, para. 138）。

188 此外，“在一切情况下”这一措辞还表明了四公约的非相互性，即公约约束每一缔约国，不论其他缔约国是否遵守其义务。[138]该原则得到1969年《维也纳条约法公约》第60条第5款的明确认可，该条款规定对“各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”的重大违约情事，并不适用终止或停止施行条约的规定。

189 另一方面，除公约明确禁止之处外，“在一切情况下”尊重公约本身似乎并不意味着对报复的绝对禁止，[139]尽管前南刑庭的判例法对此种绝对禁止理论有所支持。[140]在2005年所评估的习惯国际法中也是如此。[141]

190 然而，“在一切情况下”这一短语似乎在很大程度上排除了通过诉诸一般的国家责任法所承认的所谓“解除行为不法性的情况”来正当化违反公约行为的可能性。[142]2001年《国家责任条款草案》列举了六种情况，如能证明其存在，就可解除某行为的不法性，否则该行为将构成违反一国国际义务的行为。这六种情况是：（1）同意；（2）自卫；（3）反措施；（4）不可抗力；（5）危难；以及（6）危急情况。[143]就违反四公约而言，同意不能成为正当理由，因为这可以从不得推卸其本身或任何其他缔约国所负之破坏公约行为之责任的禁止性规定推断出来。[144]同样的理念还体现在被保护人不得放弃公约所赋予彼等之权利的规定中。[145]正如前文所讨论的，由于武装冲突法和诉诸武力法的严格区分，国家针对武力攻击的自卫不能为违反公约的行为提供正当性。[146]另外得到普遍认同的是，

138 见第30届红十字与红新月国际大会第3号决议（日内瓦，2007年）：“重申和实施国际人道法‘在武装冲突中维护人的生命和尊严’”，序文（“忆及尊重国际人道法这一义务对武装冲突各方都有效，并强调：这一义务不是以相互性为基础的。”），以及ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 517。关于该原则的习惯法性质，见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则140。关于1929年公约，见Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 19。

139 见《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；《日内瓦第四公约》第33条第3款。另见《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项、第54条第4款、第55条第2款和第56条第4款。

140 See ICTY, *Martić* Rule 61 Decision, 1996, para. 15.

141 根据亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，第493页，“断定已经形成了一项明确禁止在敌对行为中针对平民的报复行为的习惯法规则”。

142 See also Vöneky, para. 1402（“即便诉诸某些解除行为不法性的情况，例如自卫、受害国同意、危急情况，等等”，违反日内瓦四公约、《第一附加议定书》和习惯法的行为也并不合法）。

143 分别为《国家责任条款草案》（2001年）第20条至第25条。

144 见《日内瓦第一公约》第51条；《日内瓦第二公约》第52条;《日内瓦第三公约》第131条；《日内瓦第四公约》第148条。

145 见共同第7条（《日内瓦第四公约》第8条）。

146 另见《国家责任条款草案》（2001年），关于第21条的评注，第3段:“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。”

除了专门的例外规定外，[147]军事必要不能正当化违反公约的行为，因为在制定公约规定时已将军事必要纳入考量。[148]同样的考虑也适用于危难。[149]

191 至于应对违反人道法规则以外之国际不法行为所采取的反措施，条款草案明确规定这些措施不得影响“禁止报复的人道主义性质的义务”。[150]但正如前文所述，考虑到即使是针对非法攻击的自卫也不能作为违反公约——以及附加议定书（可适用时）——之行为的正当理由，有人可能会思考，这项例外是否应制定得更加宽泛从而一般性地涵盖所有“人道性质的义务”，不论这些义务是否属于禁止报复的范畴。[151]最后，条款草案第26条规定，若违反国际法强制性规范，这六种情况都无法解除其不法性，而国际法委员会本身认为国际法强制性规范也涵盖人道法的基本规则。[152]

主要参考文献

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Azzam, Fateh, ‘The Duty of Third States to Implement and Enforce International Humanitarian Law’, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 66, No. 1, 1997, pp. 55–75.

Benvenuti, Paolo, ‘Ensuring Observance of International Humanitarian Law: Function, Extent and Limits of the Obligations of Third States to Ensure Respect of IHL’, *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*, 1989–90, pp. 27–55.

Boisson de Chazournes, Laurence and Condorelli, Luigi, ‘Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: Protecting collective interests’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, No. 837, March 2000, pp. 67–87.

– ‘De la “responsabilité de protéger”, ou d’une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie’, *Revue générale de droit international public*, Vol. 110, No. 1, 2006, pp. 11–18.

147 例如，见《日内瓦第一公约》第8条第3款、第33条第2款和第34条第2款;《日内瓦第二公约》，第8条第3款和第28条;《日内瓦第三公约》，第126条第2款;《日内瓦第四公约》，第27条第4款、第42条、第53条、第55条第3款、第78条第1款、第108条第2款和第143条第3款。

148 关于“军事必要”问题，见《国家责任条款草案》（2001年），关于第25条的评注，第21段，认为“虽然与第25条类似的各种基本考虑因素可能具有一定作用，但在规定和解释首要义务时已将它们考虑在内”；另见ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 140。

149 Sassòli, p. 417.

150 《国家责任条款草案》（2001年）第50条第1款c项。

151 Sassòli, pp. 425–426.

152 《国家责任条款草案》（2001年），关于第40条的评注，第5段。关于解除行为不法性的不同情况的概述，见Sassòli, pp. 413–417。

Boivin, Alexandra, 'Complicity and beyond: International law and the transfer of small arms and light weapons', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 859, September 2005, pp. 467–496.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, pp. 43–44.

Brehm, Maya, 'The Arms Trade and States' Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 3, 2007, pp. 359–387.

Colassis, Laurent, 'The Role of the International Committee of the Red Cross in Stability Operations', in Raul A. 'Pete' Pedrozo (ed.), *The War in Iraq: A Legal Analysis*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 86, 2010, pp. 457–476.

Condorelli, Luigi and Boisson de Chazournes, Laurence, 'Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 17–35.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012, paras 3.11–3.20.

Devillard, Alexandre, 'L'obligation de faire respecter le droit international humanitaire : l'article 1 commun aux Conventions de Genève et à leur premier Protocole additionnel, fondement d'un droit international humanitaire de coopération?', *Revue québécoise de droit international*, Vol. 20, No. 2, 2007, pp. 75–129.

Dörmann, Knut, and Serralvo, Jose, 'Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 895–896, December 2014, pp. 707–736.

Engdahl, Ola, 'Compliance with International Humanitarian Law in Multinational Peace Operations', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009, pp. 513–526.

Fleck, Dieter, 'International Accountability for Violations of the Ius in Bello: The Impact of the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 11, No. 2, 2006, pp. 179–199.

Focarelli, Carlo, 'Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?', *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, pp. 125–171.

Frutig, Andreas, *Die Pflicht von Drittstaaten zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts nach Art. 1 der Genfer Konventionen von 1949*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2009.

Gasser, Hans-Peter, 'Ensuring Respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations', in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds), *Armed Conflict and the New Law, Vol. II: Effecting Compliance*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, pp. 15–49.

Geiss, Robin, 'The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 111–134. (2015a)

– 'Common Article 1 of the Geneva Conventions: scope and content of the obligation to 'ensure respect' – 'narrow but deep' or 'wide and shallow'?', in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 417–441. (2015b)

Happold, Matthew, 'Comment – obligations of States contributing to UN peacekeeping missions under Common Article 1 of the Geneva Conventions', in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 382–398.

Kalshoven, Frits, 'The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 3–61.

Kessler, Birgit, *Die Durchsetzung der Genfer Abkommen von 1949 in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten auf Grundlage ihres gemeinsamen Art. 1*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001. (2001a)

– 'The duty to "ensure respect" under common Article 1 of the Geneva Conventions: its implications on international and non-international armed conflicts', *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, pp. 498–516. (2001b)

Koivurova, Timo, 'Due Diligence', version of February 2010, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Kolb, Robert, 'Commentaires iconoclastes sur l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire selon l'article 1 commun des Conventions de Genève de 1949', *Revue belge de droit international*, Vol. 46, No. 2, 2013, pp. 513–520.

Kolb, Robert, Porretto, Gabriele and Vité, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

Levrat, Nicolas, 'Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de "faire respecter" les Conventions humanitaires', in Frits Kalshoven and Yves Sandoz (eds), *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 263–296.

Momtaz, Djamchid, 'L'engagement des Etats à "faire respecter" le droit international humanitaire par les parties aux conflits armés', *in Actes du Colloque de Bruges, Améliorer le respect du Droit International Humanitaire*, 11–12 septembre 2003, Collegium No. 30, Summer 2004, pp. 27–34.

– 'Les défis des conflits armés asymétriques et identitaires au droit international humanitaire', in Michael J. Matheson and Djamchid Momtaz (eds), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 3–137, at 70–101.

Moulier, Isabelle, 'L'obligation de "faire respecter" le droit international humanitaire', in Michael J. Matheson and Djamchid Momtaz (eds), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l'épreuve des conflits armés récents*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 725–783.

Naert, Frederik, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2010.

Niyungeko, Gérard, 'The implementation of international humanitarian law and the principle of State sovereignty', *International Review of the Red Cross*, Vol. 31, No. 281, April 1991, pp. 105–133.

Obradović, Konstantin, 'Que faire face aux violations du droit humanitaire? Quelques réflexions sur le rôle possible du CICR', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 483–494.

Palwankar, Umesh, 'Measures available to States for fulfilling their obligation to ensure respect for international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 34, No. 298, February 1994, pp. 9–25.

Pfanner, Toni, 'Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 279–328.

Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, 'The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States', *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51.

Ryngaert, Cedric and Van de Meulebroucke, Anneleen, 'Enhancing and Enforcing Compliance with International Humanitarian Law by Non-State Armed Groups: an Inquiry into some Mechanisms', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 16, No. 3, 2011, pp. 443–472.

Ryniker, Anne, 'The ICRC's position on "humanitarian intervention"', *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 842, June 2001, pp. 527–532.

Sachariew, Kamen, 'States' entitlement to take action to enforce international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 270, June 1989, pp. 177–195.

Sandoz, Yves, 'Appel du C.I.C.R. dans le cadre du conflit entre l'Irak et l'Iran', *Annuaire français de droit international*, Vol. 29, No. 1, 1983, pp. 161–173.

Sassòli, Marco 'State responsibility for violations of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, June 2002, pp. 401–434.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War*?, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, pp. 368–372.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

– 'The Secretary-General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Decade Later', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 39, 2009, pp. 357–377.

Tonkin, Hannah, 'Common Article 1: A Minimum Yardstick for Regulating Private Military and Security Companies', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4, December 2009, pp. 779–799.

Vöneky, Silja, 'Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 647–700.

Zwanenburg, Marten, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

Zych, Tomasz, 'The Scope of the Obligation to Respect and to Ensure Respect for International Humanitarian Law', *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 27, No. 2, 2009, pp. 251–270.

第二条
本公约之适用

公约条文 *

一、于平时应予实施之各项规定之外，本公约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他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态。

二、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。

三、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。

保留或声明

无

目 录

一、引言 58
二、历史背景 59
三、第 1 款：公约在和平时期的可适用性 60
四、第 1 款：缔约国间经宣战之战争或任何其他武装冲突 61
（一）经宣战之战争的概念 61
（二）武装冲突的概念 64
1. 武装冲突定义的构成要素 67
2. 与国际性武装冲突概念有关的具体问题 74
3. 国际性武装冲突的结束 83
五、第 2 款：公约在占领情况下的可适用性 86
（一）未遇武装抵抗的占领 86
（二）占领概念的定义 88

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

（三）占领的构成要素 89
（四）涉及占领概念的具体问题 93
1. 占领的地域范围 93
2. 占领的时间范围 93
3. 对国际地位不明之领土的占领 94
4. 通过代理的占领 95
5. 多国部队的占领 96
六、第 3 款：冲突之一方为非缔约国时公约的可适用性 98
（一）第 1 句：普遍参加条款的废除 98
（二）第 2 句：非缔约国对公约事实上的适用 99
主要参考文献 100

一、引言

192 本条规定是日内瓦四公约的核心支柱，因为它确立了四公约所适用的情况和条件。[1]日内瓦四公约共同第2条在1949年通过之时是一项重大进步，因其弥补了较早的国际人道法文书的一个缺陷。事实上，无论是1899年和1907年的各海牙公约还是1864年、1906年和1929年的各日内瓦公约，均未明确规定引发其适用的条件。由于缺乏明确的指示，当时普遍认为这些文件仅适用于经宣战之战争期间，即交战各方承认其相互之间存在战争状态时。

193 通过引入“武装冲突”的概念，第2条第1款拓展了日内瓦四公约的适用范围，从而使其适用不再仅取决于存在“经过宣战的战争”这一形式要求。此外，第2条第2款明确规定，日内瓦四公约适用于所有类型的外国军事占领，即使此项占领在入侵期间或之后未遇武装抵抗。在这方面，第2款是第2条第1款的补充，涵盖了国家间敌对行动所导致的占领局势。第2条——连同共同第3条——有助于在国际性和非国际性武装冲突之间加以区分，随着时间的推移该二分法在日内瓦四公约之后通过的人道法条约中一再得到确认。

1 共同第3条除外，该条调整的是非国际性武装冲突。更多相关详细内容，见关于该条的评注，尤其是第三部分。

194 尽管非国际性武装冲突是目前最普遍的武装冲突形式，但共同第2条仍在人道法的架构中发挥着基础性的作用。事实上，尽管《联合国宪章》禁止将国家间诉诸武力作为解决其分歧的手段，[2]但国家间的武装冲突仍在继续发生，第2条因而依然十分相关。鉴于战争或武装冲突概念所附带的政治和情感层面的问题，各国往往不愿意承认它们正在参与战争或武装冲突。这使得第2条第1款愈加重要，因为该款清楚地表明，日内瓦四公约和人道法基于客观标准而普遍适用。

195 第2条第3款确认了普遍参加条款（*si omnes* clause）的废止，[3]而其此前曾是将人道法有效适用于国家间武装暴力的一大障碍。根据该款规定，非缔约国也有可能通过明确表示接受的方式适用日内瓦四公约，在新建立的国家在批准这些公约之前就卷入武装冲突的情况下，这一点或许十分重要。

196 共同第2条在确定《第一附加议定书》的适用范围方面也发挥着作用。[4]

二、历史背景

197 1864、1906和1929年各日内瓦公约都没有关于其各自适用范围的具体规定。到了20世纪30年代，当时已很明显的是，准确说明1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和《关于战俘的日内瓦公约》适用于何种局势将十分有益，因为这些公约中的某些规定提到了“战时”或类似表述，如果对此进行狭义解释，很可能被理解为只包含经宣战之战争。[5]与此同时，尤其是基于西班牙内战的经验，武装冲突显然不一定只发生于国家之间，而1929年两部公约不适用于“内战”。[6]此外，第二次世界大战的经验还揭示出将公约适用于所有军事占领局势的必要性。由

2 在自卫的情况下以及获得联合国安理会授权时除外；分别见《联合国宪章》（1945年）第51条和第42条。

3 早期的战争法条约中规定了普遍参加条款，其规定，如果冲突之一方不是该条约的缔约国，那么冲突各方均不受该条约的约束。例如，见1907年《海牙第四公约》第2条，其规定：“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。”1906年《日内瓦公约》第24条也有类似的规定。

4 《第一附加议定书》第1条第3款规定：“本议定书补充一九四九年八月十二日关于保护战争受难者的日内瓦四公约，应适用于各公约共同第二条所指的各场合。”

5 例如，见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第24条、第25条和第29条。该公约第37条还提到“战争状态”。1929年《关于战俘的日内瓦公约》提到了“战争的极端情况”（序文）、“战时”（第82条）和“战争状态”（第95条）。针对这些关切，1934年于东京举行的第15届红十字国际大会通过一项决议，明确希望1929年公约可类推适用于国家间发生的武装冲突，即使没有经过宣战。See *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 16, No. 191, November 1934, p. 899. 另见《1946年国家红会预备会议报告》，第14～15页，以及《1947年政府专家会议报告》，第8页、第102页和第272页。另见本评注脚注29。

6 ICRC, *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929*, Report prepared for the 16th International Conference of the Red Cross, London, 1938, pp. 7–8.

1948年斯德哥尔摩红十字国际大会批准并于1949年外交会议上讨论的共同第2条草案，就旨在解决所有这些关切。[7]

198 该条草案明确规定，公约适用于包括敌对占领在内的所有国家间发生武装冲突的局势，草案中关于这一规定的内容没有争议，未经辩论便获通过。[8]该条提交讨论的前三款与如今共同第2条的规定几乎完全一致。事实证明，第2条草案中有争议的部分是该条原始文本第4款中提议将公约整体适用于非国际性武装冲突的内容；该款规定经修改后最终成为共同第3条。[9]

三、第 1 款：公约在和平时期的可适用性

199 共同第2条第1项规定是一个重要的提醒：尽管日内瓦四公约完全适用于武装冲突局势，但缔约国在和平时期就已负有义务。特别是，各缔约国必须颁布并实施立法以便对严重破约行为施以刑事制裁，并采取措施制止其他违反公约的行为；它们必须颁布并实施立法以防止对标志的误用和滥用；它们还必须培训武装部队以使其知晓并能够遵守公约，并在平民居民中尽量广泛地予以传播。[10]由于以一个国家自己的语言进行培训和教育通常最为有效，各缔约国还应将公约（甚至是所有人道法文书）翻译成本国语言。[11]

200 如果在和平时期就已采取执行公约的准备措施，那么四公约中的其他规定在武装期间便可得到最好的实施。就《日内瓦第一公约》而言，这不仅包括盖印并向军队医务人员发放臂章以及标记医疗队和医疗所等技术性任务，还延伸至更为复杂的义务，如确保有足够数量的医务人员已经过适当培训、配备适当装备并准备好提供

7 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第2条草案规定：

> 于平时应予实施之各项规定之外，本公约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。
>
> 冲突之一方如非缔约国，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。
>
> 在一个或多个缔约国领土内可能发生之非国际性武装冲突之场合，任一交战方均应有义务实施本公约之各项规定。本公约应适用于此等情况，无论冲突各方之法律地位为何且不影响冲突各方之法律地位。

8 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第128页。

9 更多相关详细内容，见关于共同第3条的评注，第372～383段。

10 见《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（关于严重破约行为的立法和制止其他违反公约的行为）；《日内瓦第一公约》第47条、《日内瓦第二公约》第48条、《日内瓦第三公约》第127条和《日内瓦第四公约》第144条（传播）。另见《日内瓦第一公约》第54条（防止标志的滥用）。

11 《日内瓦第一公约》第48条、《日内瓦第二公约》第49条、《日内瓦第三公约》第128条和《日内瓦第四公约》第145条要求各缔约国互相通知公约的正式译文。

医疗服务。[12]各缔约国还可能希望在和平时期就设立医院地带。[13]此外，正如传播日内瓦四公约的义务所强调的，培训所有武装部队人员在一切行动中尊重伤者、病者、医务人员、医疗队和医务运输工具是和平时期的一项至关重要的任务。[14]

四、第 1 款：缔约国间经宣战之战争或任何其他武装冲突

201 第2条第1款包含“经过宣战的战争”和“武装冲突”两个概念。二者均可引起日内瓦四公约的适用，但涉及不同的法律场景，其中后者比前者更加灵活和客观。不过，二者是互补的，甚至可能重合，而且涵盖的交战关系的范围比1949年日内瓦四公约之前法律规定的范围更大。

202 第2条第1款旨在扩大日内瓦四公约的适用范围，以使其规定即便在缔约国之间发生未经正式宣战的敌对行动时亦可实施。这样，通过尽可能降低各国仅以不宣战或拒绝承认存在武装冲突的方式就逃避其人道法项下义务的可能性，第2条第1款有助于实现日内瓦四公约的人道目的。[15]

(一) 经宣战之战争的概念

203 日内瓦四公约中经宣战之战争的概念对应着1899年《海牙第二公约》第2条以及1907年关于战争开始的《海牙第三公约》序文中所体现的战争概念。经宣战之战争的概念较之第2条第1款中武装冲突的概念更有局限性，因为它充斥着形式主义和主观性。如果日内瓦四公约完全依赖形式上的战争概念，那么公约的适用就会取决于交战一方通过宣战的形式正式承认（或建立）战争状态。宣战具有单边性质，无论宣战对象的立场和行为如何，单方面的宣战就可以触发战争状态。[16]第

12 见第12条和第40条至第43条。关于与每一公约有关的具体义务，见各公约关于共同第2条的评注。

13 第23条。

14 此外，各缔约国还有一些义务在武装冲突结束后仍继续适用（《日内瓦第四公约》第6条第4款）或者在冲突结束之后也必须适用才会有实际意义并切实有效（譬如《日内瓦第一公约》第16条和第17条）。除其他外，《日内瓦第三公约》第122条（以及《日内瓦第四公约》第136条的同类规定）所提到的国家情报局，在冲突后必须继续履行其职责。除日内瓦四公约规定的义务以外，《第一附加议定书》的缔约国负有和平时期的具体义务。这些义务包括训练合格人员以便利日内瓦四公约及其附加议定书的适用，并保证于必要时有法律顾问向军事指挥官提供意见（分别是《第一附加议定书》的第6条第1款和第82条）。其他人道法条约也施加了和平时期的义务以确保武装冲突期间其所提之保护的有效性。譬如，1954年《关于保护文化财产的海牙公约》要求缔约国于和平时期做好准备以保障文化财产（第3条）；修改其军事条例或训示以保证该公约得以遵守（第7条第1款）；在其武装部队内筹划或设置机构或专门人员，其目的在于确保文化财产得到尊重并同负责其保护的民政当局进行合作（第7条第2款等）。

15 例如，给其行动打上不构成战争之行动或非战争之军事行动的标签，或者认为其行动只是执法行动而不适用人道法。

16 Dinstein, 2011, p. 30.

2条第1款重申了这一概念，确认即使其中一个交战方不予承认，战争状态依然可以存在。

204 根据传统上经宣战之战争的理论，仅仅是各国参与武装暴力的事实尚不足以导致不再适用平时法而引起人道法的适用。因此在法律意义上，经宣战之战争是以宣战为起点的，[17]而宣战被认为是表达各国交战意图的唯一方式。

205 2005年，厄立特里亚埃塞尔比亚索偿委员会详细说明了宣战的重要性，委员会称“宣战的本质在于明白无误地确认交战各方之间存在战争状态”。[18]宣战应当被理解为“一个合宪的国家主管当局发出的单方面正式声明，明确指出与指定敌方之间战争开始的时点”。[19]因此，经宣战之战争标志着适用法律从平时法转换为战时法。它还会带来其他法律后果，例如中立法的适用、[20]交战各方之间外交关系可能断绝[21]以及国际捕获法的适用。[22]

206 即使宣战后宣战国与其指定的对手之间没有武装对抗，日内瓦四公约也自动适用。[23]事实上，宣战不需要以针对敌人开展敌对行动为基础就可以使人道法得以适用。[24]因此，一国如仅限于宣战但不参加战斗，也必须适用日内瓦四公约。这也凸显出经宣战之战争的概念与武装冲突概念的互补性，因为就人道法而言，后者需要有敌对行动的支撑，人道法才能规制第2条第1款意义上的武装冲突之各方的行为。

207 自日内瓦四公约生效至今，各国已很少宣战。1945年《联合国宪章》的通过以及诉诸武力法（“诉诸战争权”）制度的创立使侵略战争非法化，这导致各国

17 见《海牙第三公约》（1907年）第1条：“缔约各国承认，除非有预先的和明确无误的警告，彼此间不应开始敌对行为。警告的形式应是说明理由的宣战声明或是有条件宣战的最后通牒。”

18 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claims*, Partial Award, 2005, para. 17.

19 Dinstein, 2011, p. 30.

20 在已经宣战并且有关战争状态得到承认时，中立法适用；在日内瓦四公约第2条第1款意义上的国际性武装冲突已经存在时，中立法也适用。See Michael Bothe, ‘The Law of Neutrality’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 549–580, at 549; Wolff Heintschel von Heinegg, ‘“Benevolent” Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality’, in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 543–568; Dietrich Schindler, ‘Transformations in the Law of Neutrality since 1945’, in Astrid J.M. Delissen and Gerard J. Tanja (eds), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 367–386; and Wolff Heintschel von Heinegg, ‘Wider die Mär vom Tode des Neutralitätsrechts’, in Horst Fischer (ed.), *Crisis Management and Humanitarian Protection: Festschrift für Dieter Fleck*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 221–241.

21 Greenwood, 1987, pp. 283–306.

22 Wolff Heintschel von Heinegg, ‘The Current State of International Prize Law’, in Harry H.G. Post (ed.), *International Economic Law and Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 5–50.

23 Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 268; Greenwood, 2008, p. 47.

24 例如，在第二次世界大战中，大多数拉丁美洲国家都对轴心国宣战，但没有参与任何敌对行动；see Schindler, p. 132.

对另一国宣战的实践显著减少。不过，这并不必然意味着经宣战之战争的概念已被废弃。即使有学者主张战争的概念已消失，[25]也不能排除一国宣战的可能性。[26]因此，即使必须注意到使用经宣战之战争这一概念的场合在逐渐减少，但断言其已消失仍为时尚早。[27]

208 保留经宣战之战争这一概念还有助于实现人道目的，对于身处敌对方领土之内的敌国国民而言，如果他们正遭受宣战及其带来的好战言论和氛围的不利影响，保留经宣战之战争这一概念使他们有可能——即使各国尚未开战——受益于人道法所给予的保护。在这种情况下，各国必须以符合《日内瓦第四公约》的方式对待处于其领土内属于敌国国民的平民。因此，从保护的角度来看，在发生经宣战之战争时适用公约将是十分有益的，也符合其人道目标。[28]

209 就引起人道法适用的条件而言，如果缺乏更客观的界定，因而只依赖经宣战之战争的概念及其附带的主观性，可能会妨碍日内瓦四公约人道目标的实现。[29]因此在1949年，人们感到迫切需要，摒弃经宣战之战争的概念所附带的主观性和形式主义，确保人道法的可适用性主要以客观和事实标准为基础。在这一背景下，日内瓦四公约引入了基于事实的武装冲突概念，即从实质意义而非法律意义上加以界定，从而补充经宣战之战争的概念。通过这一语义上的转变，日内瓦四公约的起草者放弃仅基于战争的法律概念来设定日内瓦四公约的适用条件。自此以后，人道法的可适用性不仅与各缔约国宣告战争的意愿有关，还取决于源自第2条第1款所引入的武装冲突概念的客观和事实标准，即只要一国针对另一国开展敌对军事行动，人道法就可适用。

25 See Kolb, 2009, p. 161; Partsch, p. 252; and Marco Sassòli, 'La "guerre contre le terrorisme", le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre', *Annuaire canadien de droit international*, Vol. 39, 2001, pp. 211–252, at 215. 还值得注意的是，前南刑庭在"塔迪奇"案中对国际性武装冲突的界定未提及"战争"（*Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70）。

26 International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, pp. 7–8. See also Greenwood, 1987, p. 294: "国家实践表明，很多国家仍然认为有建立战争状态的可能性，因此推测它们接受战争作为一项法律制度继续存在。"

27 Dinstein, 2011, p. 32.

28 在这种情况下，1949年日内瓦四公约的适用并不影响同时适用人权法，后者提供的保护可以补充人道法赋予的保护。

29 如果日内瓦四公约只适用于"经过宣战的战争"，那么即使确实发生了武装对抗，一国只需否认法律意义上战争状态的存在（因为没有宣战），即可规避公约的严格规定。最恶名昭著的例子就是1931年爆发的中日冲突，当时中国和日本均拒绝承认相互之间存在战争状态，尽管二者都展开了大规模的军事行动、日本占领了中国东北且导致严重伤亡（Voelckel, p. 10）。这种情况会导致法律上的不确定性：如果人道法不调整这种情形，那可适用的法律框架又是什么？在此种情况下，那些受敌对行动影响之人会丧失适当的法律保护。

（二）武装冲突的概念

210 如上所述，在1949年日内瓦四公约之前，得到普遍接受的规则是战争法仅在两个或两个以上国家之间存在法律上的战争状态时才可适用。第2条第1款克服了这一僵化的规则，确认除了经宣战之战争，即使战争状态未获承认，日内瓦四公约也可适用。[30]1907年至今的经验已表明，许多武装冲突虽然拥有战争的全部特点，但在发生之前并不满足1907年《海牙第三公约》所规定的任何形式要求。[31]根据第2条第1款，事实上武装冲突的存在就足以引起人道法的适用。[32]此外，第2条第1款中武装冲突的概念还包括敌对行动或经宣战之战争所导致的占领情形。[33]因此，武装冲突概念主要的附加价值是使日内瓦四公约的适用以客观和事实标准为依据。

211 事实上，第2条第1款强调了武装冲突的事实存在相对于正式战争状态的优越性。因此，确定是否存在第2条第1款意义上的武装冲突，必须只基于当时的事实，即交战各方之间存在事实上的敌对行动，即使未曾宣战。

212 这一观点除了得到学术界的广泛支持外[34]，在晚近的国际判决和某些军事手册中均有所体现。事实上，前南刑庭和卢旺达刑庭已确认人道法能否适用，应根据当时的情况而非冲突各方的主观认识来确定。[35]例如，前南刑庭审判庭在“博什科斯基和塔尔丘洛夫斯基”案中就表示，“在有关时间是否存在武装冲突的问题是一个事实判断，由审判庭听取并审查审判中采信的证据后决定”。[36]同样，卢旺达

30 Dietrich Schindler, ‘The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols’, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 163, 1979, pp. 117–164, at 131.

31 《海牙第三公约》（1907年）第1条。

32 International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 2.

33 关于占领概念的详细分析，见第五部分。

34 See e.g. David, p. 120; Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 75–76; Kleffner, pp. 47–48; Geoffrey S. Corn *et al.* (eds), *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012, pp. 72 and 80; Gabriele Porretto and Sylvain Vité, ‘The application of international humanitarian law and human rights to international organisations’, *Research Papers Series No. 1*, Centre Universitaire de Droit International Humanitaire, 2006, p. 32; and Shraga, 2008, pp. 83–84. See also International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 33: “武装冲突的法律状态或情势取决于实际可见的事实的存在，换言之，即客观标准。”

35 即使大多数此类案件所涉均为对是否存在非国际性武装冲突的判定，国际刑事法庭的分析对国际性武装冲突局势来说也有重要意义。大多数此类判决都基于前南刑庭在1995年“塔迪奇”案中给出的武装冲突定义，该定义同时涵盖了国际性和非国际性武装冲突。在“卢班加”案和“本巴”案中，国际刑事法院审判庭使用了前南刑庭在“塔迪奇”案中确立的检验标准来判定武装冲突的存在。ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, paras 531–538, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 128. 因此，国际刑事法院默示承认了武装冲突的存在要依据当时的事实来确定。

36 ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 174.

刑庭在“阿卡耶苏”案中也强调，“如果国际人道法的适用仅取决于冲突各方的自行判断，在大多数情况下就会出现冲突各方最小化冲突的趋势”。[37]

213 在这方面，我们不能排除的一种可能性就是，即使实际事实证明存在武装冲突，某些国家也可能倾向于予以否认。即使交战各方都不承认存在战争状态或武装冲突，倘若武装冲突事实上确实存在，人道法仍可适用。如果情况表明，相关国家实际参与了针对另一国的敌对武装行动，那么各国对武装对抗如何定性并不影响日内瓦四公约的适用。无论出于政治还是其他原因，一国在特定局势中没有明确提及存在第2条第1款意义上的武装冲突，并不妨碍在法律上将其归类为武装冲突。例如，联合国安理会也曾在一项决议中提出其自身依据人道法对某一局势的归类。[38]日内瓦四公约的可适用性不受官方声明的影响，以避免出现各国拒绝提供公约之保护的情况。[39]

214 应当指出的是，国际法上不存在一个负责将某个局势界定或归类为武装冲突的中央机关。各国和冲突各方需要自行判定其开展军事行动时可适用的法律框架。对红十字国际委员会而言，它对事实做出独立判定并对局势进行系统性归类以便开展工作。这是红十字国际委员会依据日内瓦四公约履行职责所固有的一项任务，也是履行规定于《国际红十字与红新月运动章程》的职责所固有的任务。[40]而像联合国和区域性组织等其他行为体，也会需要对局势进行归类以便开展工作，国际和国内的法院和法庭也需要这样做以行使管辖权。无论在何种情况下，必须依据事实和人道法的相关标准善意地进行归类。[41]

37 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 603. See also ICTY, *Milutinović* Trial Judgment, 2009, para. 125: “武装冲突的存在不取决于冲突各方的看法。”同样，见*Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 82：“无论在何种情况下，冲突各方都不可相互商定改变冲突的性质，冲突的性质由事实确定，而对该事实的解释（如适用）应由法官作出。”另见英国《武装冲突法手册》（2004年），第3.2.3段。

38 依据1945年《联合国宪章》第103条，可以说联合国安理会援引第七章对局势所作的判定具有拘束力。虽然这或许有道理，但如果此类结论会导致终止或更改具有强行法性质的义务，那么其可靠性则令人质疑。See e.g. Robert Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 119–121; Marco Sassòli, ‘Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers’, *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 661–694, at 680–682 and 684.

39 见红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第31届红十字和红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2011年，第4页，以及Vité, 2009, p. 72。

40 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条。

41 由于国际法是一个自适用系统，不同的行为体对相同的事实可能有不同的看法。在任何情况下，只有事实才能决定一个局势是否构成国际性武装冲突、非国际性武装冲突，抑或根本不构成武装冲突。

215 基于当时事实作出判断时还应符合——或有助于保持——武装冲突法（“战时法”）与诉诸武力法的严格区分。[42]的确，根据这一区分，确定武装冲突的存在以及与之相关的国际人道法的可适用性仅取决于当时的实际情况而非针对另一国使用武力是否为《联合国宪章》所允许。一国是依据其自卫权、联合国安理会授权使用武力，还是以违反禁止使用武力原则的方式使用武力，并不影响对武装冲突是否存在的判定。一国诉诸武力的授权以及其事实上或所认为的合法性属于诉诸武力法范畴的问题，不影响国际人道法对两个或两个以上缔约国参与的特定局势的可适用性。

216 倘若国际人道法的适用取决于冲突在诉诸武力法框架下的合法性，则无法实现该法律体系的目的和宗旨，即保护武装冲突期间没有或不再参加敌对行动的人。对于正从事所谓的“正义”或“合法”的武装冲突的交战一方，断言人道法不适用或在适用上有所不同，会武断地剥夺冲突受难者所应受的保护。这也会为武装冲突各方通过给敌方使用武力行为打上非法标签或强调自身的国际合法性来否认其在人道法项下承担的法律义务打开方便之门。人道法不考虑这种区分，平等地适用于参与冲突的所有国家。

42 除条约（共同第1条和《第一附加议定书》的序文）之外，国际和国内法庭、大量学者以及许多军事手册不仅确认了严格区分武装冲突法与诉诸武力法的合理性和重要性，而且确认了其推论，即交战各方在人道法面前平等的原则的合理性和重要性。特别是，1948年设在纽伦堡的美国军事法庭对“人质”案的判决成为了关于严格区分武装冲突法与诉诸武力法的里程碑式的判决。其他关于第二次世界大战期间实施的战争罪的判决也遵从了相同的方法并确认了保持这一严格区分的重要性（see Okimoto, p. 17, and Orakhelashvili, pp. 167–170）。遵循着这项一贯的判例法的路径，绝大多数学者都支持这一严格区分并确认，交战各方在诉诸武力法下的法律地位不应影响人道法的可适用性或其实际适用：see e.g. Hersch Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 6th edition, Longman's, Green and Co., London, 1940, pp. 174–175; Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983, pp. 24–26; Myres S. McDougal and Florentino P. Feliciano, *The International Law of War: Transnational Coercion and World Public Order*, New Haven Press, 1994, pp. 530–542; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edition, Cambridge University Press, 2011, pp. 167–175; Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edition, Manchester University Press, 2000, pp. 18–19; Christopher Greenwood, 'International Humanitarian Law (Laws of War): Revised Report for the Centennial Commemoration of the First Hague Peace Conference 1899', in Frits Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions*, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 173–192; François Bugnion, 'Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, No. 847, September 2002, pp. 523–546; Okimoto; Sassòli, 2007, pp. 241–264; Christopher Greenwood, 'The relationship between *jus ad bellum and jus in bello'*, *Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4, 1983, pp. 221–234; Ryan Goodman, 'Controlling the recourse to war by modifying *jus in bello', Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 12, 2009, pp. 53–84; and Jasmine Moussa, 'Can *jus ad bellum* override *jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872, December 2008, pp. 963–990.

1. 武装冲突定义的构成要素

217 第2条第1款仅提到“两个或两个以上缔约国间所发生之……任何其他武装冲突”。尽管该款界定了国际性武装冲突的当事方，却没有提供武装冲突的定义。第2条第1款引入武装冲突概念的主要目的是提供一个以当时的事实为基础的客观评估标准。

218 国家实践、判例法和学术著作为武装冲突概念勾勒出法律上的轮廓，并为如何解释第2条第1款提出了见解。第2条第1款意义上的武装冲突是指那些缔约国（即国家）之间相互对抗的冲突，发生于一国或多国对另一国诉诸武力之时，而不论对抗产生的原因或激烈程度。[43]在“塔迪奇”案中，前南刑庭表示，“只要国家之间诉诸武力，就存在武装冲突”。[44]从彼时起，其他国际机构就对该定义予以采纳，且普遍认为其对人道法中武装冲突概念的任何解释都具有当代借鉴意义。

219 上述所有内容表明，第2条第1款中武装冲突的概念需要两个或两个以上的国家敌对性地诉诸武力。[45]

(1) 交战各方的法律地位：“两个或两个以上缔约国间”

220 根据共同第2条第1款，1949年日内瓦四公约适用于“两个或两个以上缔约国间所发生之一切……武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态”（后加着重号以示强调）。“缔约国”这一表述是指这些公约对其生效的国家。[46]因此，第2条第1款所涉情况仅限于国家之间相互对抗的武装冲突。[47]

43 ICRC, ‘How is the term “armed conflict” defined in international humanitarian law?’, Opinion Paper, March 2008, p. 1. 1958年关于《日内瓦第四公约》的评注也在阐释“武装冲突”的概念方面发挥了重要作用。See Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention, Geneva*, 1958, pp. 20–21.

44 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70.

45 ICRC, ‘How is the term “armed conflict” defined in international humanitarian law?’, Opinion Paper, March 2008, p. 1.

46 公约中使用的“缔约国”这一表述必须按照1969年《维也纳条约法公约》第2条第1款庚项对“当事国”一词的定义加以理解，“当事国”即“同意承受条约拘束及条约对其有效之国家”。See Kritsiotis, p. 275：“鉴于缔约国本质上属于条约用语，将‘缔约国’变换为‘国家’以描述进入所谓‘国际性武装冲突’这一法律关系的主体，当然是〔前南刑庭〕上诉庭从习惯法的角度界定国际性武装冲突时所作出的一个必要的变动。”

47 当代武装冲突表明，除了国家以外，诸如联合国或北约等国际组织也可能参与武装冲突。见红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第31届红十字和红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2011年，第25～28页，以及Ferraro, 2012a。不过，日内瓦四公约本身并不适用于国际组织。国际组织不能成为日内瓦四公约的签署方，从而也不能成为缔约方，但它们受习惯国际人道法的约束。

221 因此，根据第2条第1款，参与敌对行动的行为体的身份——国家——决定了相应武装冲突的国际性。[48]在这方面，国家地位一直是衡量第2条第1款意义上武装冲突存在与否的基线。

222 在探讨第2条第1款中的武装冲突概念时，1958年对《日内瓦第四公约》的评注提到“两个国家间产生并导致武装部队人员介入的任何分歧”（后加着重号以示强调）。[49]不过，这将意味着，第2条第1款意义上的武装冲突存在的条件，必须是至少两个敌对国家通过其武装部队同时介入。这种解释过于狭隘。

223 这一立场事实上把一国针对另一国单方面使用武力的情形排除在武装冲突的范围之外。对第2条第1款的这种解读会与日内瓦四公约的目的和宗旨相悖，因为四公约旨在调整涉及两个或两个以上国家的任何类型的武力使用行为。一国单方面对另一国使用武力，即使后者没有或无法以军事手段来回应，武装冲突也可产生。单方面使用武力以存在多个行为体为前提，仍然体现为涉及两个或两个以上国家的武力对抗，即存在攻击国和被攻击国，因此满足第2条第1款的要求。一国针对另一国诉诸武力的事实就足以使该局势构成日内瓦四公约意义上的武装冲突。从这个角度看，宣战、建立和执行有效的海上或空中封锁，作为一种“战争行为”足以开启一场国际性武装冲突，人道法也将适用。[50]同样，一国武装部队未经同意即入侵或部署于另一国领土——即使未遇武装抵抗——可构成一国针对另一国的单方面敌对性使用武力，符合第2条第1款中国际性武装冲突的条件。[51]

224 同样，不针对敌国武装部队而只是针对敌国领土、领土内的平民居民和（或）民用物体（包括但不限于基础设施）使用武力，也构成第2条第1款意义上的国际性武装冲突。根据人道法，国际性武装冲突的存在不要求被攻击人员和

48 9·11事件以后，为了根除基地组织的威胁，美国政府将该局势界定为国际性武装冲突，即使一方并非国家（see *Hamdan case*, Government Brief on the Merits, 2006）。美国联邦最高法院在“哈姆丹”案中作出共同第3条适用于该局势的判决后，美国政府就将其视为一个跨国的非国际性武装冲突。See United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 629–631; John B. Bellinger, ‘Prisoners in War: Contemporary Challenges to the Geneva Conventions’, lecture at the University of Oxford, 10 December 2007, reported in *American Journal of International Law*, Vol. 102, pp. 367–370. See also Marko Milanovic, ‘Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing *Hamdan* and the Israeli *Targeted Killings case’, International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 373–393.

49 Pictet (ed.), Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, 1958, p. 20. 同样，皮克泰（Pictet）将国际性武装冲突定义为“两个国家间武装部队介入并存在受难者的任何对抗”；see Jean S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1975, p. 52. 前南刑庭在“塔迪奇”案中几乎使用了相同的方法，确认“只要国家之间诉诸武力，就存在武装冲突”（后加着重号以示强调）；*Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. See also Kritsiotis, p. 274.

50 Wolff Heintschel von Heinegg, ‘Naval Blockade’, in Michael N. Schmitt (ed.), International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honour of Professor L.C. Green on the Occasion of his Eightieth Birthday, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 75, 2000, pp. 203–230, at 204.

51 其前提是此种单方面的军事行动并非是由错误或越权行动导致的（见第236～244段）。

（或）物体必须是行政当局的一部分，也不以仅攻击当权政府为条件。[52]国际性武装冲突发生在国家之间。政府只是国家的构成要素之一，而领土和居民则是其他的构成要素。因此，针对领土、居民或者军用或民用基础设施的任何攻击都构成对该领土、居民或基础设施所属国家诉诸武力的行为。[53]

225 国际性武装冲突的存在以至少一个敌对国家的武装部队参与为前提。[54]的确，如果存在武装冲突，即可假定的是，为战胜敌人或迫使其屈服、根除其所带来的威胁或迫使其改变行动安排，需使用军事手段。在传统的作战手段和方法——诸如在敌国境内部署军队、使用火炮或诉诸战斗机或作战直升机——发挥作用时，毫无疑问它们构成国家之间的武装对抗并引起日内瓦四公约的适用。

226 不过，即使武装对抗不涉及军事人员，而是涉及准军事部队、边防警卫队或海岸警卫队等国家非军事机构实施，也不应完全排除存在第2条第1款意义上的武装冲突的可能性。[55]上述任何一类机构都可能参与武装暴力，并表现出与国家武装部队参与此类活动时相同的特点。

227 在海洋背景下，依据海上适用的国际法，国家在某些情况下可以针对另一国所有或运营或在该国注册的船舶合法地使用武力。譬如，在海警部队怀疑一艘船舶违反了本国的渔业立法，尝试登临该船但遭遇抵抗时，可能便是这种情况。规制此过程以及其他类型的海上执法行动中使用武力的法律概念，与人权法下调整武力使用的法律概念类似。[56]原则上，这类措施不构成与船舶有关的国家之间的

52 Akande, p. 75.

53 见第236～244段。

54 See Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 274; Schindler, p. 131; and David, p. 125.

55 不时有观点主张，因为国家之间在小规模和（或）零星的武装交火期间使用武力的行为涉及的是非军事机构，这种局势不应被解读为国际性武装冲突，也不受人道法的规制。See Arimatsu, p. 77.

56 阐明该法律框架的相关案件，例如：ICJ, *Fisheries Jurisdiction case (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1998, para. 84; International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), *The M/V 'Saiga' (No. 2) case, Saint Vincent and the Grenadines* v. *Guinea*, Judgment, 1 July 1999, paras 155–159〔另见安德松法官（Judge Anderson）个别意见的最后一段〕; and Arbitral Tribunal constituted Pursuant to Article 287, and in accordance with Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, *In the Matter of an Arbitration between Guyana and Suriname*, Award of the Arbitral Tribunal, Registry: The Permanent Court of Arbitration, The Hague, 17 September 2007, para. 445. See further *Claim of the British Ship 'I'm Alone'* v. *United States*, Joint Interim Report of the Commissioners, 30 June 1933, in *American Journal of International Law*, Vol. 29, 1936, pp. 326–331, and 'Investigation of certain incidents affecting the British Trawler *Red Crusader*', Report of 23 March 1962 of the Commission of Enquiry established by the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of Denmark on 15 November 1961, *International Law Reports*, 1962, Vol. 35, p. 485. 关于学术著述，见Efthymios Papastavridis, *The Interception of Vessels on the High Seas*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 68–72; Douglas Guilfoyle, Shipping Interdiction and the Law of the Sea, Cambridge University Press, 2009, pp. 271–272; Patricia Jimenez Kwast, 'Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorisation of Forcible Action at Sea in Light of the *Guyana/Suriname* Award, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, No. 1, 2008, pp. 49–91; Natalie Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea*, Oxford University Press, 2001, pp. 62–146; Ivan Shearer, 'The Development of International Law with Respect to the Law Enforcement Roles of Navies and Coast Guards in Peacetime', *International Law Studies*, Vol. 71, 1998, pp. 429–453; and Anna van Zwanenberg, 'Interference with Ships on the High Seas', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, No. 4, 1961, pp. 785–817.

国际性武装冲突，特别是在针对私人船舶使用武力的情况下。但也不能排除出于行使执行海上适用的监管制度之国家权力以外的其他动机在海上使用武力的可能性。视情况而定，这种局势可能被界定为国际性武装冲突。

228 “何方”参与国家间武装对抗的问题不应对将该局势归类为国际性武装冲突产生重大影响。如果一国针对另一国诉诸作战手段和方法，不论该国哪一个机关诉诸此类手段和方法，该局势均构成国际性武装冲突。

229 即使第2条第1款意义上的武装冲突通常意味着军事手段的使用和介入，也可能存在这样的情况，即其他国家官员或构成一国“代理”的人员使用武力便足以引起武装冲突。不过，只有一国法律上或事实上的机关使用武力，而非私人使用武力，才构成武装冲突。[57]国际刑事法院预审庭在“本巴”案中遵循了类似的推理方法，断定“若国家之间通过其各自的武装部队或代表该国行事的其他行为人发生武装敌对行动，则存在国际性武装冲突”（后加着重号以示强调）。[58]

230 这些观点强调，国家非军事机构即使没有正式编入武装部队，只要其构成有关国家的国家机关，也可能成为武装冲突的起因。将国际性武装冲突的存在仅限于双方国内法定义之武装部队参与的情况，会使各国通过使用非军事机构或其他未正式视为武装部队人员的代理人来规避人道法的适用。对第2条第1款的这种解释会导致明显不合理的结果，因为该解释会妨碍日内瓦四公约保护性目标的实现。

231 在判定国际性武装冲突存在与否时，一个经常出现的问题是声称具有国家地位的冲突一方实际上是否为国际法所定义的国家。这个问题尤其会在以分离为目的的冲突或因非国际性武装冲突而导致国家解体的情况中出现。[59]就这一点而言，如果分离主义实体在满足了国际法下国家地位的标准后成功地变成一个国家，那么以非国际性武装冲突开始的冲突转变为国际性武装冲突就是可能的。交战方的国家地位决定了武装冲突的性质是国际性的，国家地位由国际法规定的客观标准来确定，而这些标准有着自身的复杂性。[60]冲突一方不承认另一方是国家的事实并不重要。

232 同样，交战方的法律地位还产生了某些涉及国家代表权的问题。国际性武装冲突显然是在国家之间发生的，但谁能代表这些国家则可能是一个棘手的问题。[61]确定哪一个实体是一国政府至关重要，因为许多国际法的问题都取决于该问题，

57 Greenwood, 2008, p. 48.

58 ICC, *Bemba* Decision on the Confirmation of Charges, 2009, para. 223. 该方法在审判时也有适用；see Bemba Trial Judgment, 2016, paras 654–656. 根据一国对位于其敌国领土内的非国家武装团体的控制程度来判定某局势为国际性武装冲突，对于此类情况的详细分析，见第265～273段。

59 例如，前南刑庭必须确定克罗地亚是否已成为一个国家以便判定在前南斯拉夫发生的冲突是否为国际性武装冲突。See ICTY, *Slobodan Milošević* Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 2004, paras 85–93.

60 见《蒙得维的亚国家权利义务公约》（1933年）第1条（“作为一个国际法人，国家应当具有以下资格：（1）永久人口；（2）确定的领土；（3）政府；和（4）与其他国家交往的能力。”）。

61 Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 279.

尤其是涉及该国政府的武装冲突的性质问题。的确，对这一问题的回答可能从一开始就会对武装冲突的归类产生某些影响，或者在发生过渡（政治）进程或非国家武装团体的军事胜利导致政府更迭时，对其重新归类产生影响。[62]

233 不过，现任政府战败的事实本身并不会使武装冲突失去其最初的国际性质，胜利一方建立傀儡政府也如此。因前政府战败而导致武装冲突性质发生改变的唯一可能途径是，确定新政府已有效建立并同意外国部队在其境内驻扎或开展军事行动，除非该政府是由占领国建立的。[63]

234 根据国际法，一个政府存在的关键条件是其有效性，即在一国领土范围内有效行使通常由政府行使之职能的能力，包括维护法律和秩序。[64]有效性是在内部和外部（即在与其他国家的交往中）行使国家职能的能力。[65]

235 在一个政局分裂的国家也可能出现这一问题，在此类国家，会有不同的实体自称为该国政府。2001年在阿富汗、2010至2011年间在科特迪瓦以及2011年在利比亚，都存在这种情况。在这方面，某政府未能获得国际社会的普遍承认并不重要。该政府的有效性以及控制有关国家大部分领土的事实本身就意味着它是事实上的政府，其行为必须视为其所代表的国家的行为，这从而会在各种方面对判定国际性武装冲突是否存在产生影响。[66]

62 例如，见2002年12月20日红十字国际委员会法律顾问致英国下议院（国际发展委员会）的信：

> 不过，针对提出的问题，我想借此机会向国际发展委员会告知有关红十字国际委员会对阿富汗冲突的法律定性及其某些影响。
>
> 尤其可忆及的是，红十字国际委员会认为1949年8月12日日内瓦四公约完全适用于2001年10月7日在阿富汗开始的武装冲突。因此，红十字国际委员会将该冲突定性为国际性武装冲突。
>
> 随着2002年6月支尔格大会在喀布尔的召开以及后续2002年6月19日阿富汗过渡政府的建立（其建立不仅获得了整个国际社会的一致承认，还可通过支尔格大会进程主张在阿富汗国内获得广泛认可），红十字国际委员会改变了其最初对冲突的定性：红十字国际委员会不再把目前正在阿富汗进行的针对疑似塔利班或其他武装团体的军事行动视为国际性武装冲突。
>
> 因此，2002年6月19日以后，美国及其盟国部队在阿富汗针对塔利班和基地组织等团体开展的敌对行动受可适用于非国际性武装冲突局势的规则规制，因为相关军事行动是在经承认的主权国家政府，即阿富汗伊斯兰共和国政府同意的前提下进行的。

63 见《日内瓦第四公约》第47条。在占领期间，如果出现一个“拥有较多权威和公信力并被接受为该国代表机关”的当地政府，其同意与否可能会改变武装冲突的性质。See ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, p. 29.

64 Hersch Lauterpacht, ‘Recognition of Governments: I’, *Columbia Law Review*, Vol. 45, 1945, pp. 815–864, especially at 825–830; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, pp. 376–382.

65 一些观点将该要素称为合法性要素。关于进一步的讨论，见Jean d’Aspremont, ‘Legitimacy of Governments in the Age of Democracy’, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 38, 2006, pp. 877–917; see also Hersch Lauterpacht, ‘Recognition of Governments: I’, *Columbia Law Review*, Vol. 45, 1945, pp. 815–864, especially at 830–833, and Malcolm N. Shaw, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, p. 379.

66 Dinstein, 2004, p. 888. See also Christopher Greenwood, ‘International law and the “war against terrorism”’, *International Affairs*, Vol. 78, No. 2, April 2002, pp. 301–317, at 312–313. 国家代表权的问题对第三国介入到另一国境内的局势来说也有一定重要性。在这种情况下，人道法的可适用性以及与之相关的武装冲突性质的确定将取决于同意这一概念。对此，同意者的身份及其作出同意的能力是需要考虑的关键因素。见第257～263段。

(2) 武装对抗的激烈程度

236 就国际性武装冲突而言，并没有要求各方之间使用武力必须达到某种激烈程度才可认定存在武装冲突。第2条第1款本身也没有提到任何关于敌对行动的激烈程度或持续期间的门槛要求。事实上，在被频繁引用的1958年关于共同第2条的评注中，皮克泰表示：

> 两个国家间产生并导致武装部队介入的任何分歧均构成第 2 条意义上的武装冲突，即使其中一方不承认存在战争状态。冲突持续多长时间，或者发生多少屠杀，都对此没有影响。应给予人的尊重不由受难者的人数来衡量。[67]

此外，同样没有影响的是“参与部队的数量有多庞大；只要一国武装部队已俘获〔《日内瓦第三公约》〕第 4 条范围内的敌方人员就已足够”。[68] 这种看法在如今仍然十分恰当。

237 即使是武装部队（无论是陆军、空军还是海军部队）之间微小的摩擦也可引发国际性武装冲突并导致人道法的适用。[69]一国未经另一国同意而在其境内开展军事行动应被解释为在后者主权范围内的武装介入，因而可能构成第2条第1款下的国际性武装冲突。

238 日内瓦四公约通过数十年来，有实践和理论学说支持这种解释。譬如，一些国家认为，只要己方任意一名武装部队人员被俘，即存在引起日内瓦四公约适用的国际性武装冲突。[70]不要求武力使用达到一定的激烈程度也得到了国际法庭的支持，譬如前南刑庭就判定“国家间存在使用武力本身就足以引起国际人道法的适用”。[71]学术界相当多的专家也持这一看法。[72]

239 保护方面存在充分理由，说明不应将国际性武装冲突的存在与特定暴力程度联系在一起。此种做法符合日内瓦四公约的首要目的，即确保最大限度地保护公约旨在保护的人。[73]譬如，依据《日内瓦第三公约》，如果一国与另一国处于争端

67 Pictet (ed.), Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, 1958, pp. 20–21.

68 Pictet (ed.), Commentary on the Third Geneva Convention, ICRC, 1960, p. 23.

69 国际刑事法院检察官办公室同样使用了这一较低标准，尤其是在涉及2010年发生在黄海的海上事件时；see *Situation in the Republic of Korea: Article 5 Report*, June 2014, paras 45–46.

70 *Digest of United States Practice in International Law* (1981–1988), Vol. III, 1993, p. 3456. See also Sassòli, 2008, p. 94, and Berman, p. 39.

71 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 184 (see also para. 208); Tadić Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70; ICC, Lubanga Decision on the Confirmation of Charges, 2007, para. 207. 塞拉利昂问题特别法庭使用了前南刑庭在“塔迪奇”案中提出的国际性武装冲突的定义；see SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, paras 563–566.

72 See Hans-Peter Gasser, ‘International humanitarian law: An introduction’, in Hans Haug (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1993, pp. 510–511; David, p. 125; Kolb, 2003, p. 73; Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 274; Kritsiotis, pp. 278–279; Clapham, pp. 13–16. Schmitt, 2012b, p. 459-461; and Grignon, p. 75, fn. 255.

73 Arimatsu, p. 76.

之中且其武装部队人员落于敌手，他们就有资格享受战俘身份，无论两国是否已全面开战。日内瓦四公约明确界定了战俘身份和待遇，包括拘留国不得因合法的战争行为而起诉战俘。如果一个局势未被归类为武装冲突，被拘留的军事人员依据拘留国的国内法无法享受同等的法律保护，即使有国际人权法作为补充。[74]

240 按照这种规定方法，人道法能够适用于开战阶段，从而避免这一期间因一国试图观察冲突是否达到特定的激烈程度标准而带来不确定性。[75]

241 然而，重要的是，不应将由错误或未得相关国家认可的个人越权行为引发的局势纳入人道法的适用范围，即使个人越权行为可能意味着行为人所属国家需承担国际责任。此类行为不构成武装冲突。[76]国际性武装冲突存在与否，取决于是否出现由以官方身份并按照指示行事的国家代理人实施，或者由国家代理人或机关专门指示以执行相关敌对行动的其他人员，针对另一国居民、武装部队或领土实施的敌对行动，而错误行为并不引起国际性武装冲突。[77]譬如，如果某局势客观上表明，一国实际参与了针对另一国的军事行动或任何其他敌对行动，使敌方军事人员或资产失去效用、阻碍敌方军事行动或使用（控制）敌方领土，则该局势为武装冲突。武装冲突的存在必须依据事实来推断。

242 然而必须承认，一些观点认为敌对行动必须达到一定的激烈程度才能构成第2条第1款意义上的武装冲突。[78]国家之间孤立或零星地使用武力有时被形容为“边境摩擦”、“海上事件”、“轻微冲突”或其他类型的“武装挑衅”，一些人因而主张，由于相关暴力持续的时间较短或激烈程度较低，此种局势将不构成国际性武装冲突。[79]

243 确实，国家可能不会公开承认这种局势为武装冲突，而可能仅仅将其形容为“意外事件”。对于针对其军事人员或居民或在其领土上发动的攻击，它们还可能不采用暴力应对手段。尽管如此，鉴于人道法的适用以事实为基础，一国公开使用“武装冲突”以外的术语来描述涉及其与另一国敌对行动的局势，这本身不是该局势被归类为武装冲突的决定因素。此外，一旦各国开始针对他国使用武力，人道法就会为所有受影响之人提供一个公认的保护框架。如果国家之间的轻

74 红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第31届红十字和红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2011年，第4页。

75 另见关于共同第3条的评注，第422～437段。

76 不过，伯曼认为，较低的标准不包含意外事件（Berman, pp. 39–40）。

77 See e.g. Vité, p. 72; Kritsiotis, p. 262; David, p. 125; Françoise J. Hampson, ‘The relationship between international humanitarian law and human rights law from the perspective of a human rights treaty body’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 549–572, at 553; Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 250; and Ferraro, 2012b, p. 19.

78 International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, pp. 32–33.

79 *Ibid*. pp. 32–33; Greenwood, 2008, p. 48. See also Marouda, pp. 204–207.

微摩擦不被认为是国际性武装冲突，或者敌对行动的初始阶段不受人道法调整，那么就必须在可适用的法律方面找到替代选择。人权法和国内法似乎并不具备充分处理国家间暴力的能力。就其本身而言，诉诸武力法提供了关于使用武力合法性的一般性框架，但在使用武力的方式方面只包含非常笼统的规则。[80]一旦一国针对另一国实际使用武力，人道法会提供专为国家间武装对抗而制定的详细规则。因此，不要求特定的暴力激烈程度即可引发国际性武装冲突，既合乎逻辑也符合四公约的人道目的。

244 最后，应当忆及，四公约的适用并不必然涉及繁复机制的介入。它完全取决于具体情况。譬如，就《日内瓦第一公约》而言，即使只有一人因冲突受伤，一旦该人经收集并得到照顾，第12条的规定得到遵守，该人身份得予通知其所依附之国，公约就已经适用。

2. 与国际性武装冲突概念有关的具体问题

(1) 多国部队参与的武装冲突

245 如果满足人道法可适用性的典型条件，国际人道法的规定并不禁止派遣多国部队[81]的国家或国际组织成为武装冲突的当事方。根据上文所述的武装冲突法和诉诸武力法的严格区分，人道法对多国部队的可适用性，就像其对任何其他行为体的适用一样，仅取决于现实的情况，而不考虑联合国安理会给予其哪些国际职责，也不考虑对其潜在的敌对方做出了何种认定。做出该判定的基础在于，是否满足源自人道法相关规范的具体法律条件，在国际性和非国际性武装冲突的场合，该规范分别为共同第2条第1款和第3条。[82]委派给多国部队的任务的权限范围与合法性属于诉诸武力法的范畴，对人道法对其行动的可适用性没有任何影响。

246 不过有些观点主张，在联合国指挥和控制下的多国部队依据联合国安理会的授权参与军事行动时，对于是否适用规制国际性武装冲突的人道法，存在或应规

80 见1945年《联合国宪章》第51条，并结合必要性和比例性的要求。

81 本节使用的“多国部队”一词是指部队派遣国交由和平行动支配的武装部队。国际法上并没有关于和平行动的明确定义。《联合国宪章》中也没有“和平行动”、“和平支持行动”、“维持和平行动”和“执行和平行动”这些术语。这些术语可能有不同的解释方式，也时常互换使用。一般而言，“和平行动”这一术语涵盖了国际组织、区域性组织或国家联盟根据联合国安理会依1945年《联合国宪章》第六、第七或第八章通过的决议而代表国际社会开展的维持和平行动与执行和平行动。原则上，本节的讨论也适用于在国际社会授权之外开展的多国部队，如以自卫为理由开展的军事行动。

82 相关讨论，见关于共同第3条的评注，第411～413段。

定更高的暴力程度标准。[83]这种观点并未挑战人道法的整体适用性，而是主张在联合国指挥和控制下的多国部队参与时，引发人道法适用的条件有所不同。[84]也有较少观点认为，如果多国部队在联合国授权之下开展行动，但并非处于其指挥和控制之下，只要该军事行动的唯一目标是保护平民和重建国际和平与安全，则向该行动派遣部队的国家就未卷入国际性武装冲突。[85]

247 然而，日内瓦四公约中没有任何规定表明，多国部队——包括联合国指挥和控制下的部队参与武装冲突时，公约的适用条件会有所不同。根据现行法，涉及多国部队的武装冲突存在与否的判定标准与形式上更“传统”的武装冲突所使用的标准完全相同。[86]对于多国武装部队参与的敌对行动，一般实践并不要求必须达到较高的激烈程度才构成武装冲突，而且这一要求也没有得到法律确信的确认。[87]因此，确定多国部队参与了国际性还是非国际性武装冲突，抑或根本没有参与武装冲突，应遵循共同第2条和第3条的通常解释，即使其行动是依据联合国安理会的授权时也是如此。[88]

248 一旦多国部队卷入国际性武装冲突，重要的是查明多国行动的参与方中应将何方视为冲突当事方。视情况而定，冲突一方或各方可能是部队派遣国、指挥和控制多国部队行动的国际组织或二者兼有。

249 如果多国行动由国家实施而不受国际组织的指挥和控制，参与针对其他国家之军事行动的各国应视为国际性武装冲突的当事方。

250 如果多国行动是在国际组织的指挥和控制下实施的，情况则更为复杂。参与这种行动的国际组织通常都有一个共同特点，即它们自身并没有武装部队。为了实施此类行动，它们必须依靠成员国将武装部队交由其支配。将部队交由国际组

83 See Shraga, 2008; Berman, p. 41; Christopher Greenwood, ‘International Humanitarian Law and United Nations Military Operations’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 3–34, at 24; and International Law Association, Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 17. For an overview of the discussion, see Ferraro, 2013, pp. 580–583.

84 Shraga, 2009, pp. 359–360.

85 这一主张是在北约部队2011年于利比亚开展“联合保护者行动”的背景下提出的。Engdahl, p. 259，其中提到了挪威首相的一项声明，根据该声明，因为挪威是在执行由联合国委派的任务，所以其参加北约在利比亚的行动时不能被视为国际性武装冲突的一方。

86 红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，为第32届红十字和红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2015年，第21～22页。Kolb/Porretto/Vité, pp. 180–181; 另见脚注88中的参考资料。但是，见Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, p. 207。

87 Ferraro, 2013, p. 582.

88 Ola Engdahl, ‘The Status of Peace Operation Personnel under International Humanitarian Law’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11, 2008, pp. 109–138, at 118; Garth J. Cartledge, ‘Legal Restraints on Military Personnel Deployed on Peacekeeping Operations’, in Helen Durham and Timothy L.H. McCormack (eds), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, pp. 125–130.

织支配的国家总是保留对其武装部队某种形式的权威和控制，因此，即便在一国武装部队代表国际组织开展行动时，该部队同时也作为其国家的一个机关在行事。因此，参与在国际组织指挥和控制下实施的多国行动的武装部队具有双重身份——同时作为部队派遣国和该国际组织的机关，导致更加难以确定应将何方视为武装冲突当事方。

251 在这种情况下，确定冲突当事方的一个途径，或许是查明相关行为依据国际法规则可归因于哪一实体。[89]根据为国际组织和国家责任而发展起来的行为归因规则，对有关行为的控制是一关键概念。[90]因此，若采用这一方法，则意味着确定哪个或哪些实体是武装冲突的当事方，需要分析该国际组织对处于其支配之下的部队的控制程度。

252 这可能是一项艰巨的任务，因为在多国行动中，在指挥和控制安排与所行使的相应程度的权力方面，不存在“一刀切”的做法。指挥和控制安排因行动不同以及国际组织不同而有差异。[91]在这方面，需要采用逐案分析的方法以确定哪个实体有效或总体控制着军事行动，从而确定应将何方视为是国际性武装冲突的一方。[92]在某些情况下，国际组织和部分或所有向行动派遣部队的国家均可能成为武装冲突的当事方。[93]

89 Zwanenburg, 2012b, pp. 23–28.

90 见《国际组织的责任条款草案》（2011年），第77～88段。See also Tom Dannenbaum, ‘Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers’, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, No. 1, 2010 pp. 113–192, and Christopher Leck, ‘International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct’, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 346–364. 关于国家，另见第265～273段。

91 Terry D. Gill, ‘Legal Aspects of the Transfer of Authority in UN Peace Operations’, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 42, 2011, pp. 37–68; Blaise Cathcart, ‘Command and control in military operations’, in Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds) *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, 2010, pp. 235–244.

92 关于这些问题的讨论，见Engdahl, pp. 233–271; Zwanenburg, 2012b, pp. 23–28; and Ferraro, 2013, pp. 588–595。可能发生的情况是，部队派遣国与国际组织的指挥和控制体系的联系十分紧密，导致几乎无法分辨出是国际组织本身还是部队派遣国对军事行动拥有总体或有效的控制。在这种情况下，行动通常应同时归因于该国际组织和部队派遣国。就人道法而言，由此带来的法律后果是，二者均应被认为是武装冲突的当事方；见红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，为第32届红十字和红新月国际大会准备的报告，日内瓦，2015年，第22～24页。

93 得到公认的是，这类组织受习惯国际法的约束。See ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, p. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, para. 37; and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, Advisory Opinion, 1996, para. 25. 另见关于共同第3条的评注，第四部分第（一）节第3项。

(2) 网络行动引发的国际性武装冲突

253 技术的进步，特别是国家网络能力的成倍增长及其对平民居民和基础设施以及敌国军事能力的潜在影响，在人道法的适用性方面提出了重要问题。具体而言，重要的是确定网络行动能否引起国际性武装冲突。

254 如果一国在针对另一国开展更为传统的军事行动的同时还进行网络活动且以该网络活动支持传统军事活动，毫无疑问这种局势将构成国际性武装冲突。[94]但如果网络行动是一国实施敌对行动的唯一手段，情况就不那么明晰了。而在此类行动是孤立的行为时，问题甚至更加复杂。此类行动能否视为国家之间“诉诸武力”这一武装冲突概念的构成要素？

255 普遍认为，与传统动能行动有着相似效果的网络行动，可以构成国际性武装冲突。[95]确实，如果这些行动导致民用或军事资产的毁坏，或者造成士兵或平民的伤亡，就没有理由将这一局势与通过传统作战手段和方法所实施的程度相当的攻击区别对待。

256 但网络行动并不一定必然产生上述效果。网络攻击如果没有在物理上毁坏或损害军用或民用基础设施，也可能扰乱其运行。此类做法是否仍可视为第2条第1款意义上的诉诸武力？就仅通过网络行动实施的敌对行为而言，上述关于激烈程度的较低标准是否仍然适当？受网络行动影响的国家所容忍的损害程度是否会因“被攻击”物体的军用或民用性质而有所不同？目前，这些问题仍悬而未决，关于该主题的法律也并不确定。因此，在未来的行动中，国家是否且在何种条件下将这类网络行动视为构成人道法意义上武装冲突的武力，仍需拭目以待。[96]

(3) 同意与国际性武装冲突存在的相关性

257 当代的武装冲突表明，国家越来越多地在另一国境内开展军事行动。这些军事介入经常针对非国家武装团体进行，在事先存在非国际性武装冲突的框架内，构成提供给当地政府的军事支持的一部分。在其他情况下，针对此类团体的军事介入也可能构成发生在另一国境内且该国并非当事方的非国际性武装冲突的一部分。通过支持与领土所属国政府作战的武装团体甚至对其行使某种形式的控制，

94 见《塔林网络战国际法手册》（2013年）规则22。

95 See Schmitt, 2012a, p. 251; Knut Dörmann, *Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks*, ICRC, 2004, p. 3; Heather Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge University Press, 2012, p. 131; Nils Melzer, *Cyberwarfare and International Law*, UNIDIR Resources Paper, 2011, p. 24; 以及《塔林网络战国际法手册》（2013年）规则23，第15段。但是，见《从国际安全的角度来看信息和电信领域发展的政府专家组的报告》，联合国A/68/98号文件，2013年6月24日，第16段。

96 Cordula Droege, ‘Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, June 2012, pp. 545–549.

第三国也可能介入事先已存在的非国际性武装冲突。[97]

258 所有这些形式的域外介入所引发的问题是，第三国的军事行动会对人道法意义上相关局势的归类产生何种影响。在某些情况下，这些局势可构成第2条第1款意义上的国际性武装冲突。

259 首先，应明确说明的是，并非任何在他国领土（包括其领水和领空）内使用武力的行为都会引起与领土所属国的交战关系，因此也不必然会归类为国际性武装冲突。事实上，一国可能同意一外国在其领土内使用武力，甚至可能邀请此种介入，例如借此应对与政府作战或在其境内针对其他国家开展行动的非国家武装团体所造成的威胁。在这种情况下，同意的存在显然排除了将这种介入归类为国际性武装冲突的可能性，前提是这种介入仅限于同意国设定的范围内且该同意未被撤回。

260 是否存在同意对划定两国之间可适用的法律框架来说至关重要，因为这影响着判定两国参与的武装冲突属于国际性还是非国际性武装冲突。[98]如果第三国未经领土所属国同意就实施介入，会构成介入国与领土所属国之间的国际性武装冲突。[99]

— 武装介入另一国领土

261 在某些情况下，介入国可能声称，其暴力活动并非针对该国政府或该国基础设施，而是例如，其在跨国、跨境或波及他国的非国际性武装冲突的框架内，针对正与之作战的另一方使用武力。但即使在这种情况下，这种介入也构成对领土所属国主权范围的未经同意的武装侵入，构成共同第2条第1款意义上的国际性武装冲突。[100]国际法院在“刚果境内的武装活动”案中含蓄地确认了这一立场，将规制国际性武装冲突的法律适用于乌干达在刚果（金）境内、其占领部分以外地区进行的军事行动。在国际法院看来，即便乌干达声称其在刚果（金）境内的军队主要是与非国家武装团体而非刚果武装部队作战，冲突也是国际性的。[101]这并不排除同时存在着介入国与该武装团体之间的非国际性武装冲突。

262 一些观点认为，如果一国只攻击位于另一国领土上的非国家武装团体成员或其财产，那么与该武装团体作战的国家和领土所属国之间并不同时存在国际性武装

97 更多有关这些不同情况的详细评论，见Vité, pp. 69–94。

98 Fleck, p. 608: “鉴于一国未经另一国同意而在后者领土上使用武力属该外国针对领土所属国使用武力的行为，两国之间因而自动出现武装冲突局势。”

99 这并不影响在诉诸武力法方面同意可能产生的任何效力问题。

100 Akande, pp. 74–75. 关于对非纯粹国内性质的非国际性武装冲突问题的讨论，见关于共同第3条评注：第三部分第（三）节第3项。

101 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 108, 146 and 208ff. 关于类似的立场，见联合国黎巴嫩调查委员会，《黎巴嫩调查委员会根据人权理事会S-2/1号决议提交的报告》，联合国A/HRC/3/2号文件，2006年11月23日，第50～62段，承认2006年以色列和黎巴嫩之间发生了国际性武装冲突，即使敌对行动仅涉及黎巴嫩真主党和以色列武装部队。

冲突。[102]尽管在某些方面这种看法合乎逻辑，但不妨忆及，领土所属国的居民和公共财产也可能处于该武装团体所在地区而且一些团体成员也可能是领土所属国的常住居民或公民，因而针对该武装团体的攻击将附带地影响当地居民和该国的基础设施。出于这些理由以及其他原因，如下结论更好地反映了现实情况：如果一国未经领土所属国同意而在其领土上使用武力，二者之间即发生了国际性武装冲突。

263 如果领土所属国同意介入国的行动，从而消除同时存在的国际性武装冲突，那么所做出的同意必须经事先（明示或默示）表明或确立。[103]同意必须有效，即由有权代表该国做出同意的机关在未受介入国强迫的情况下做出。[104]然而出于各种原因，可能很难确定存在此种同意。国家通常不会公布其表示同意的协议。此外，第三国的介入也许不会有来自领土所属国的任何抗议，也可能会促使其当局做出自相矛盾的声明，或者引起旨在迎合自身选民的象征性抗议。如果没有抗议是（至少）存在默示同意的强烈信号，其他两种情况则仍然十分复杂且须谨慎对待。不过，如果领土所属国明确抗议该介入而且这种抗议由有权给予或撤回同意的当局做出，就应当推定同意自始不存在或者已被撤回，从而使人道法适用于领土所属国与介入国之间的关系。

— 武装部队在另一国境内向非国家武装团体提供支持

264 国家有时通过其武装部队在另一国领土上支持一个或多个非国家武装团体对抗当地政府来实施介入。这种支持的性质可能各不相同，但经常采用的形式是该国武装部队直接参与，同上述武装团体并肩作战。在这种情况下——除了当地政府与上述武装团体之间存在着非国际性武装冲突这一事实以外——介入国与领土所属国之间武装对抗的性质是国际性的。确实，第三国通过对领土所属国使用军事手段而强制性地侵入了该国领土。如果第2条第1款下武装冲突存在的所有条件都已满足，那么介入国与领土所属国之间的交战关系将受日内瓦四公约整体的规制（与此同时，适用于非国际性武装冲突的法律将规制领土所属国与上述武装团体之间的冲突）。[105]

102 See Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, 2010, pp. 92–134; Djemila Carron, *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*, Schulthess, Geneva, 2016, pp. 409-432; Andreas Paulus and Mindia Vashakmadze, 'Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, March 2009, pp. 95–125, at 111–119; and Claus Kreß, 'Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 245–274, at 255–277.

103 国际法委员会：《第五十三届会议工作报告》，载《国际法委员会年鉴》第二卷第二部分，2001年，第83页。See also Antonio Cassese, *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005, pp. 370–371.

104 《国家责任条款草案》（2001年），关于第20条的评注，第83页。关于在武装冲突的背景下对同意概念更为详细的讨论，见ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 20–23。

105 See Vité, pp. 85–87. 一些观点认为，如果某外国介入一个正在进行的非国际性武装冲突，那么冲突整体会变为国际性武装冲突，但这种看法尚未得到实践或判例法的认可。See e.g. David, pp. 167–178. See also George H. Aldrich, 'The Laws of War on Land', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 1, 2000, pp. 42–63, especially at 62–63.

(4) 国家对非国家武装团体的控制和国际性武装冲突

265 在某些情况下，外部国家对非国家武装团体提供的支持就相当于某种形式的控制。这种控制的实施，可补充或替代他国武装部队在一国领土内的实际存在。国际法庭已讨论过这种情形，并已认可，如果他国通过对参与冲突的一个或多个武装团体行使某种程度的控制来介入事先存在的非国际性武装冲突，该局势就具有了国际性质。

266 在这种情况下，即使冲突一方利用了非国家武装团体，非国际性和国际性武装冲突也不再同时存在，而仅有介入国与领土所属国之间的国际性武装冲突。[106]20世纪90年代在前南斯拉夫发生的冲突就是这种情况，根据前南刑庭的调查结果，克罗地亚和塞尔维亚政府对在波黑和克罗地亚发生的非国际性武装冲突中作战的某些武装团体实施了总体控制。这种控制凸显了武装团体与介入国之间的附属关系，该关系视其程度而定，可能使事先存在的非国际性武装冲突转变为纯粹的国际性武装冲突。

267 为确定附属关系的存在，需要证明该武装团体确实是在代表介入国行事。这就意味着武装团体的行动需要与介入国有某种关联，从而在法律上被视为后者的行动。人道法中没有确定一个武装团体的部队是否“属于”第三国的具体检验标准，[107]必须借助国际法的一般规则来确定何时以及在何种条件下可将私人（包括非国家武装团体的成员）视为代表第三国行事。调整国家责任的国际法提供了某些适当的解决方法。

268 依据调整国家责任的国际法，冲突归类的关键在于个人或团体开展的行动能否与国际义务的承担者（即介入国）联系在一起。这意味着在依据人道法对冲突进行归类时用于确定个人团体与一国之间关系的检验标准应当与根据国家责任法将私人个人（或私人团体）从事的行为归因于一国时所使用的标准相同。[108]“归因”问题在界定国际性武装冲突时发挥着主要作用，原因在于通过归因，武装团体的行为可被视为介入国的行为[109]并由此确立两者之间的附属关系。

106 然而可以预想的是，在事先不存在非国际性武装冲突的情况下，如果一国利用其掌握必要控制权的武装团体针对另一国开展军事行动，即可引发国际性武装冲突。在这种情况下，武装冲突将随即且完全由国际性武装冲突法规制。

107 只有《日内瓦第三公约》第4条子款第2项提到了这种附属关系，但仅以事实的方式加以描述且并没有必须要求对该团体实施控制。

108 Zwanenburg 2012b, p. 26. See also Marina Spinedi, ‘On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs’ Conduct to Serbia’, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 4, 2007, pp. 829–838, at 832–833. 注意，国际法院似乎暗示，行为归因和冲突定性的检验标准不必相同；see ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–405.

109 ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 104.

269 尚存在争论的一个问题是，通过归因的方式使武装冲突具有国际性时，外国对非国家武装团体的控制必须达到何种程度。[110]国际法委员会[111]和一些国际法庭（国际刑事法院、前南刑庭）[112]以及学者，[113]都承认控制概念是将非国家武装团体的行为归因于一国的核心问题。不过，受理该问题的国际法庭最初对控制概念的解释并不统一。随后，各法庭提出的不同检验标准，尤其是有效控制标准和总体控制标准，引发了理论上的争论。此处不详细探讨在确定适用于特定局势的人道法规则时对控制概念的具体法律分析，但有必要强调，国际判例——以及学说——一直在两种标准之间犹豫不决，即国际法院在2007年[114]和1986年[115]的判决中就国家责任问题所采取的更为严格的完全依赖和控制或“有效控制”标准，和前南刑庭所建议的更宽泛的“总体控制”标准。[116]有效控制的概念要求，受到控制的非国家武装团体不仅得到介入国的装备和（或）资助且其行动受介入国的监督，还从该国接受具体的指令或者该国控制着有违反行为发生的具体行动。[117]与此相反，1999年前南刑庭在“塔迪奇”案中认定：

> 为了将一个军事或准军事团体的行为归因于一国，必须证明该国对该团体实施总体控制，不仅包括为该团体提供装备和资金，还包括为其军事活动的总体规划作出协调或予以协助。只有满足这两点，该国才能为该团体的任何不法行为承担国际责任。不过除此以外，并不要求该国还要向该团体的头目或成员发布指令以实施违反国际法的特定行为。[118]

110 关于这一争论的概述，例如，见Akande, pp. 57–62 and 63–64。

111 《国家责任条款草案》（2001年），关于第8条的评注，第78～82页。

112 ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of the Charges, 2007, and Trial Judgment, 2012, para. 541; ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999. 欧洲人权法院曾被当事方要求在其受理的案件中适用归因标准以确定管辖权；在许多判决中，该法院坚持使用不同的判断标准。See e.g. *Chiragov and others* v. *Armenia*, Grand Chamber, Judgment, 2015, para. 169; see also Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele, paras 6–12, and Dissenting Opinion of Judge Gyuluman, paras 49–95. See also *Al-Skeini and others* v. *UK*, Judgment, 2011, paras 130–142; *Catan and others* v. *Moldova and Russia*, Grand Chamber, Judgment, 2012, paras 106–107; *Jaloud* v. *The Netherlands,* Judgment, 2014; *Loizidou* v. *Turkey*, Judgment, 1996; and *Cyprus* v. *Turkey*, Judgment, 2001.

113 Milanovic, pp. 553–604; Cassese, pp. 649–668; Talmon, p. 496.

114 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 392–393.

115 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 115.

116 这种犹豫不决反映在国际法委员会对2001年《国家责任条款草案》的评注中。国际法委员会在关于第8条评注的框架内讨论了控制的概念，但其并未在有效控制标准和总体控制标准之间作出选择，而只表示：“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80页)

117 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 115.

118 ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 131.从这个意义上说，总体控制的概念不仅是指监督或控制活动，还要求对另一个实体行使某种形式的权威。此处所指的“权威”概念显然比“发出指令的权力”概念更具一般性和全局性，因此前者更加近似于“指示和协调”的权力。

因此，就军事和准军事团体而言，前南刑庭拒绝了在对武装冲突定性时适用有效控制标准，而是选择“总体控制”作为归类条件。[119]

270 在将行为归因于一国的问题上，尽管国际法院没有接受前南刑庭提出的“总体控制”标准，但国际法庭最近的判决反映出一个明显的趋向，即在冲突归类的问题上适用总体控制标准。当然，前南刑庭是这方面的先驱，因为总体控制的概念正是最先在其支持下才发展起来的。[120]随后，国际刑事法院在“卢班加”案中遵循了这一方法。2007年，国际刑事法院预审庭表示，“如果一国没有通过其自身部队在另一国领土上直接实施介入，则将使用总体控制标准以确定武装部队是否是代表前者行事”。[121]2012年，同样是在该案的判决中，审判庭同意了这一分析。[122]最后，国际法院在2007年也明确表示，总体控制的概念可用于确定某一局势在人道法上的法律定性。[123]

271 在依据人道法对某一局势进行定性方面，如果该局势中非国家武装团体与第三国之间关系密切但并非隶属关系，则总体控制标准是适当的，因为总体控制的概念可以在进行归因等方面，更好地反映出该武装团体与该第三国之间的真实关系。这意味着即使没有就每一项交战行为发出的具体指令，该武装团体仍可从属于该国。此外，通过采用总体控制标准，可以评估整个非国家武装团体或事实上

119 不过，前南刑庭也承认，如果控制国不是领土所属国，则“需要有更加广泛和有说服力的证据来表明该国真正控制着该单位和团体”，这意味着可能更加难以证明该国参与了军事行动的计划和协调（*Tadić* Appeal Judgment, 1999, paras 138–140）。法庭还指出，如果个人或团体的组织结构中没有建立军事架构，则须采用不同的方法（*ibid.* paras 132–137）。

120 前南刑庭上诉庭在“塔迪奇”案中作出的判决经常引起学者的关注，但实际上在此前1999年“阿列克索夫斯基”（Aleksovski）案的判决中就已经提出了总体控制的概念。事实上，在该判决中，沃赫拉（Vohrah）和涅托-纳维亚（Nieto-Navia）法官在他们关于1993年《前南刑庭规约》第2条可适用性的联合意见中得出结论（第27段）：

> 检方未能履行其证明责任，证明在起诉期间和地点，克罗地亚国防委员会开展针对波黑的武装冲突之时事实上是在克罗地亚共和国军队的总体控制下行事。审判庭大多数意见认为，克罗地亚国防委员会并非该国事实上的代表机关……因此，检方未能确立冲突的国际性。

121 ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of the Charges, 2007, para. 211.

122 ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 541:

> 就另一国对代表其行事的武装团体行使控制的必要程度而言，审判庭认定“总体控制”标准是正确的方法。这将确定一个非国际性武装冲突是否可因代表另一国行事的武装部队的参与而变成国际性武装冲突。

See also *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 130.

123 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 404. 国际法院使用的措辞是：“在使用‘总体控制’标准确定一场武装冲突是否具有国际性时，……该检验标准很可能是可适用且适当的。”

的实体所受控制的程度，从而得以将若干行为归因于第三国。[124]相反，如果依靠有效控制标准，则可能要求在每次行动中都对冲突进行重新定性，这是不切实际的。再者，所用标准还必须避免的情况是，某些行为受国际性武装冲突法规制，但无法归因于一国。

272 这一立场目前尚未得到一致认可。国际法院认为，总体控制标准可用于对冲突进行定性，而有效控制则继续作为行为可归因于一国的检验标准，但没有阐明如何协调适用这两种标准。[125]对于使用总体控制标准，少数学者持质疑态度。[126]

273 红十字国际委员会认为，总体控制概念是决定性标准，因为非国家武装团体由此成为介入国的附属。武装团体的成员在国际法中相当于介入国的“代理”。这意味着介入国代替该武装团体成为已存在的冲突的一方，而且该冲突完全变成国际性冲突。总体控制的概念可以防止介入国通过隐藏在代理人的面纱之后，从而规避其人道法上的义务和国际责任。此外，还可借助这一概念，对第三国的如下主张提出质疑：相关行为事实上是由不能被视为官方人员或代表其行事的行为人所实施的，因此其本身不能被视为冲突的一方。[127]

3. 国际性武装冲突的结束

274 评估第2条第1款意义上之武装冲突的结束可能是一项十分困难的任务。这主要是因为日内瓦四公约没有对此问题作出规定，也是因为国家实践表明，各国越来越少地诉诸于缔结和平条约的手段。[128]

275 根据传统的理论学说，结束战争的方式如下：缔结和平条约或交战各方以其他方式明确表示他们视战争状态为终止（如声明）。这一立场支持的主张是：一旦（传统法律意义上的）战争状态开始存在，则实际战斗和军事行动的停止“本身不足以终结战争状态”。[129]因此，任何其他协定，无论是以停火还是休战、停

124 相反，几乎无法针对每一次行动是否受到有效控制进行证明，因为不太可能达到所须的证据水平。国际法院在2007年“灭绝种族罪公约适用”案以及1986年“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动”案中，为确定国家是否应对国际不法行为承担责任，使用了以“全面控制和依赖”为基础的归因标准，这使得归因检验标准更加严苛。See Ascencio, pp. 290–292, and Jörn Griebel and Milan Plücken, ‘New Developments regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia* v. *Serbia*’, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 601–622.

125 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–407.

126 关于对这些观点的分析，例如，见Milanovic, 2006, pp. 553–604; Milanovic, 2007, pp. 669–694; Talmon, pp. 493–517; Akande, pp. 57–62; Katherine Del Mar, ‘The Requirement of “Belonging” under International Humanitarian Law’, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, pp. 105–124; and Theodor Meron, ‘Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: *Nicaragua’s Fallout’, American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2, April 1998, pp. 236–243.

127 Cassese, p. 656. See also ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 117.

128 不过，日内瓦四公约确实包含大量涉及公约适用期间的规定。例如，见《日内瓦第一公约》第5条以及《日内瓦第四公约》第6条；另见《第一附加议定书》第3条。

129 Kleffner, p. 62; Dinstein, 2004, pp. 889–890.

止敌对行动还是停战的形式出现，均视为具有临时性，可以中止但无法终止敌对行动。[130]这些协议的共同特点是，它们都不改变仍然存在正在进行的国际性武装冲突且总体尚未和平的事实。尽管如此，所有这些协议都意味着暂时中止敌对行动，且可视为推动武装冲突最终结束的一个步骤。[131]

276 现今，国际性武装冲突很少以缔结和平条约的方式结束，而经常是以不稳定的停火、缓慢而逐步地降低激烈程度或者维和人员的介入为特征。在某些情况下，敌对行动非常有可能重新开始。[132]随着这种趋势，旨在中止敌对行动的协议与和平条约之间的区别也已变得模糊。但在任何情况下，确定国际性武装冲突是否结束，并不以是否存在和平协定为依据，而应以实际事实为评估依据。

277 在这方面，有证据证明“军事行动全面结束”是确定国际性武装冲突已经全面、最终并有效结束的唯一客观标准。[133]敌对行动的结束必须具有一定程度的稳定性和持久性，才可认定国际性武装冲突已终止。[134]前南刑庭在“戈托维纳”案中确认，军事行动的全面结束是确定国际性武装冲突结束的关键因素：[135]

> 一旦武装冲突法开始适用，则不应轻易断定其适用性的停止。否则，武装冲突的参与方可能会面临该法在可适用与不适用之间频繁变换的情况，导致相当程度的法律不确定性和混乱。因此本审判庭要考虑，在起诉期间的任何一个时间点，国际性武装冲突是否已足够全面、最终且有效地终止，从而结束了武装冲突法的适用。其将尤其考虑军事行动是否全面结束。[136]

278 军事行动全面结束这一概念在1958年关于《日内瓦第四公约》的评注中被解释为“所有相关各方之间的一切战斗的最终结束”。[137]后来，在1987年关于《第一附加议定书》的评注中，又主张“军事行动全面结束”这一表述并不仅仅限于实际战斗的停止，因为交战性质的军事行动并不必然意味着武装暴力，在没有敌对行动时亦可继续。[138]军事行动全面结束不仅包含实际战斗的终止，还包括为作战而开展的军事活动的终止，包括其停止改革、重组或重构，并由此可合理排除敌对行动再次开始的可能性。

130 Dinstein, 2004, pp. 889–890.

131 Shields Delessert, p. 97. 从实质上说，停战协议可能意图最为明显，隐含了交战各方开始准备终止战争的意图；see Greenwood, 2008, p. 58.

132 Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 134–135.

133 该主张进一步得到《日内瓦第四公约》第6条第2款的支持，该款规定公约之适用“于军事行动全面结束时”即停止。See also Greenwood, 2008, p. 72: “实际战斗的停止应足以终止武装冲突”。

134 Milanovic, 2013, p. 88.

135 ICTY, *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1697.

136 *Ibid*. para. 1694.

137 Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 62.

138 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 153.

279 既然“军事行动”的定义是“武装部队为作战而开展的任何类型的动作、部署和行动”，[139]那么为增强军事能力沿边境重新部署部队或出于防御或进攻目的而动员或部署部队，就应被视为以作战为目的的军事措施。即使没有实际战斗，但此类军事行动仍与国际性武装冲突有持续联系，也证明应继续将该局势归类为国际性武装冲突。此情形所反映出的总体情况是，武装冲突从客观上讲尚未全面、最终且有效地结束。

280 因此，如果交战各国不再参与敌对行动，但仍维持部队的警戒状态、动员预备役人员或在其边境进行军事活动等，那么没有正在进行的敌对行动在总体上便属武装冲突的暂停或中止，而非稳定的停火或停战，而后者可解释为迈向即将到来之和平状态的第一阶段。倘若基于正在进行的军事活动可合理认为敌对国家之间的敌对行动很可能在不久的将来再度爆发，那么缺乏交战双方之间实际战事的军事行动本身，仍可证明国际性武装冲突仍继续存在。在这种情况下，不能做出军事行动已全面结束的结论。

281 与“军事行动全面结束”标准类似，有观点建议，对武装冲突是否结束的评估围绕着一个基本的一般原则，即“一旦起初引起国际人道法适用的条件不复存在，其适用即停止”。[140]适用该原则意味着，如果交战各国不再处于武装对抗之中，第2条第1款意义上的武装冲突即告结束。在某些情况中这一点较为明确，例如武装冲突仅仅是由俘虏敌方士兵或对敌国领土零星且短暂的军事侵入而引发且只包含这些情形。在这些情况下，释放士兵或停止军事入侵就足以结束武装冲突局势。不过，如果武装冲突起因于更为传统的武装对抗，即两个或两个以上国家的武装部队之间的公开敌对行动，那么在确定武装冲突是否结束时情况可能更为复杂。因此，上述一般原则应结合上文所阐明的证明军事行动全面结束的各类因素加以解读。

282 武装冲突既不是一个技术概念也不是一个法律概念，而是对敌对行动事实的承认，这一考量支持如下结论：不如和平条约正式的协议也可表明武装冲突的结束。上文提到的不构成和平条约的任何协议也都可能有永久终止敌对行动的效果。即便如此，如果事实表明冲突仍未结束，那么敌对行动的中止、停火、停战甚或和平条约都不构成国际性武装冲突的结束。[141]相反，与其他因素相结合，协

139 *Ibid*. para. 152.

140 Milanovic, 2013, pp. 86–87. 不过，该作者也确实合理指出，该一般原则可能存在某些例外。

141 在这方面，前南刑庭合理表示（ICTY, in *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 293）：
就国内武装冲突而言，上诉庭将战争法规和惯例适用的时间范围描述为持续至和平解决方案的达成。这一认定不应理解为将法庭的管辖权限定于各方达成和平协议前所犯下的罪行；相反，即使已达成此类协议，如果武装暴力继续，武装冲突仍可能存在并且战争法规和惯例依旧适用。
尽管该案涉及非国际性武装冲突，此处认为，这种看法也可以完全换用于国际性武装冲突，因为它确切地反映了第2条第1款的理论基础，及其仅基于当时的事实评估人道法可适用性的目标。See also Venturini, p. 57.

议只不过是可能揭示出交战各方最终结束武装冲突的某种意图的一项证据。因此，协议被冠以何种“标签”并不重要；其所引起的事实情况才能界定其实际意义及其客观上能否结束武装冲突。[142]因此，若停火协议或其他此类文件引起军事行动事实上的全面结束，或与其同时发生，则该协议或文件可能反映出将武装冲突视为已结束的时间点。

283 因此，武装冲突的结束，就像其开始一样，必须基于事实和客观的标准加以确定。[143]关键在于，交战各国之间的武装对抗已经停止，且该局势已达到可合理解释为军事行动全面结束的程度。

284 武装冲突结束并不意味着人道法完全停止适用。某些规定在武装冲突结束后会继续适用。例如：《日内瓦第一公约》第5条、《日内瓦第三公约》第5条第1款、《日内瓦第四公约》第6条第4款以及《第一附加议定书》第3条第2项，该条规定：

> 在冲突各方领土内，于军事行动全面结束时，各公约和本议定书应终止适用。在被占领领土内，则于占领终止时终止适用，但在上述任何一种情况下，嗣后予以最后释放，遣返或安置的人除外。这类人在最后释放、遣返或安置前，应继续享受各公约和本议定书有关规定的利益。

五、第 2 款：公约在占领情况下的可适用性

（一）未遇武装抵抗的占领

285 第2条第2款是日内瓦四公约中第一条明确提到占领概念的规定。共同第2条第1款虽已暗含占领，包括在经宣战之战争或武装冲突背景下于敌对行动期间或因敌对行动而发生的占领。[144]但出于编辑上的原因，所有与占领有关的问题均在本评注的这一部分中加以探讨。

286 采纳第2条第2款这一规定旨在确保，即使在占领未遇抵抗时，占领法也得适用。该款旨在处理未发生敌对行动即确立占领的情况，填补第2条第1款遗留的空白。第2条第2款的历史渊源以第二次世界大战的经验为基础，尤其是1940年纳粹德国对丹麦的占领。那时，由于德国军队占据绝对优势，丹麦决定对其占领不予抵抗。此外，在1949年日内瓦四公约通过前，欧洲国际军事法庭认为即使波西米

142 Shields Delessert, pp. 97–100.

143 在“戈托维纳”案的判决中，前南刑庭似乎还找出了一个比“塔迪奇”案所提出的“直至全面实现和平”标准更加基于事实的标准，“塔迪奇”标准仍有可能导致不受欢迎的形式主义。

144 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第331～339页。See also Pictet (ed.) *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, pp. 18–22.

亚和摩拉维亚落入德国有效控制时未作任何武装抵抗，其仍为被占领领土。[145]因此，第2条第2款将学术界和法庭已承认的情形引入协定国际法，其在通过时并非法律上的创新。[146]

287 因而，第2条第2款是第2条第1款的补充，确保占领法适用于所有类型的占领。

288 占领未遇武装抵抗的事实并不妨碍其具有敌对性。占领的敌对性质源自一国武装部队未经同意即入侵另一国领土或存在于另一国领土之内的情况。[147]军事占领在本质上就是一种不对称的关系：占领的存在意味着外国部队利用军事或其他强迫手段将其权力施加于当地政府。通过军事手段施加这种权力不以开战为必要前提，仅通过展示武力就可实现。切实存在或已知的军事优势可能致使当地政府不在军事上对抗外国军队在其境内的部署。当地主权者不作军事抵抗不应解释为对外国军队进入其境内一事的某种形式的同意，从而排除占领法的适用，而应解释为在胁迫下作出的决定。[148]在这一背景下，外国部队的出现显然是军事胁迫的结果，并应定性为具有敌对性质，为占领的交战性质提供了证据。

289 占领未遇武装抵抗的事实并不意味着占领国为当地居民所“接受”，也不意味着后者不需要法律保护。只要平民和平民财产处于敌方的军事和行政控制之下，就存在专断和滥用的风险，包括在未发生敌对行动的占领期间。因此，未遇武装抵抗即确立占领时，适用人道法的理由仍然存在。部分当地居民可能会欢迎外国部队，但这对将该局势归类为占领没有任何影响。

290 应详细说明的是，依据联合国安理会决议和东道国的同意而在联合国指挥和控制下行动的多国部队不会被视为占领军。[149]在这种情况下，对该部队不作武装抵抗的基础是东道国对多国部队的出现和行动所明确表示的同意。不过，如果此类多国部队未经东道国同意仍驻留该国并继续行动，或者其部署未获此种同意，该部队（或部队派遣国），无论其所获授权的法律依据为何，均有可能符合占领的标准。[150]

145 International Military Tribunal for Germany, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1946, pp. 220–222.

146 Arnold D. McNair and Arthur D. Watts, *The Legal Effects of War*, Cambridge University Press, 1966, p. 423.

147 例如，如果一国武装部队驻扎在另一国领土内，一旦后者撤回对前者驻扎的同意，也可能出现这样的情况。See e.g. Roberts 2005, pp. 43–44; Dörmann/Colassis, pp. 309–311. 另见第289段。

148 应清楚地区分对外国部队部署于另一国领土内不作反抗与当地主权者给予正式同意这两种情形，前者并不必然意味着后者。

149 See Roberts, 1984, pp. 289–91; Dinstein, 2009, p. 37; Kolb/Vité, pp. 102–103; and Michael Kelly, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 167–181. 另见第五部分第（四）节第5项。

150 大多数人认为这种可能性存在于通常被称作“执行行动”或“执行和平行动”的情况下。See Alexandre Faite, ‘Multinational Forces Acting Pursuant to a Mandate of the United Nations: Specific Issues on the Applicability of International Humanitarian Law’, *International Peacekeeping*, Vol. 11, No. 1, 2007, pp. 143–157, especially at 150–151; Shraga, 1998, pp. 64–81, especially at 68–70; Kolb/Vité, pp. 99–105; and Dinstein, 2009, p. 37. See also Benvenisti, pp. 62–66.

291 人道法意义上占领的存在可引起日内瓦四公约的整体适用。它尤其引起《日内瓦第四公约》第三部第三编（“占领地”）的适用，以及其他条约中规制占领的其他规范对其缔约国的适用，如1907年《海牙章程》和《第一附加议定书》。[151]

（二）占领概念的定义

292 占领法，尤其是《日内瓦第四公约》第三部第三编中所包含的规定，构成人道法为该公约第4条所定义之“被保护人”所提供的最为详细、最具保护性的规范。因此，界定占领概念的内涵和外延至关重要，因为如果导致占领的武装冲突尚未引起相关法律的适用，那么占领的出现将会引起占领法的适用，以及日内瓦第一、第二和第三公约及《第一附加议定书》相关规定对其缔约方的适用。

293 因为存在许多潜在的复杂因素，譬如持续的敌对行动、当地政府继续行使一定程度的权力，或者入侵一方拒绝承担因其对一外国领土行使权力所衍生出的义务，作出此种界定并不容易。

294 由于日内瓦四公约中没有占领的定义，对占领是否存在的判定变得更加复杂。反而只有1907年《海牙章程》第42条概略地描述了占领的概念，其规定：“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。”随后的条约，包括日内瓦四公约在内，都不曾更改这一定义。

295 正如上文所讨论的，第2条第2款中占领的概念专门包括了未遇武装抵抗的占领。然而，除了确保此类情形得以涵盖在内的这一补充外，准备工作中没有任何内容表明，公约的起草者们有意更改《海牙章程》第42条中得到广泛接受的占领定义；他们只是想澄清其内容。[152]

296 既然共同第2条明确承认四公约适用于一切占领的情形而又没有定义占领的概念，那么从逻辑上可得出结论，认为日内瓦四公约相关规范的可适用性乃是基于《海牙章程》第42条所规定的占领定义。《日内瓦第四公约》中规制该公约与1907年《海牙第四公约》之关系的第154条也表明了这一点。[153]如该条所规定，《日内瓦第四公约》是《海牙章程》的补充。换言之，就占领概念的定义而言，《日内瓦第四公约》以《海牙章程》为基础但又并未取代该章程。

151 见《海牙章程》（1907年）第42条至第56条，以及《第一附加议定书》，尤其是第14条、第15条、第63条和第69条。

152 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第650、672、675～676、728和811页。See also ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, paras 78 and 89; ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 215; and Dinstein, 2009, pp. 6–7. See also Kolb/Vité, pp. 70–71.

153 更多相关详细讨论，见关于《日内瓦第四公约》第154条的评注。

297 因此，占领法是主要由《海牙章程》、《日内瓦第四公约》以及（如适用）《第一附加议定书》构成的规范性框架。[154]

298 国际法院和前南刑庭都确认了对占领概念的这种解释，二者将《海牙章程》第42条描述为人道法中确定占领存在的唯一标准。[155]

299 因此，日内瓦四公约中所使用的占领概念与《海牙章程》并无区别，确定占领是否存在的条件以《海牙章程》第42条为依据。[156]

300 正如关于第2条第1款的评注所提到的，占领作为国际性武装冲突的一种类型，其存在与否只能依据当时的事实来确定。此种确定方式不仅符合武装冲突法与诉诸武力法的严格区分，而且得到了设于纽伦堡的美国军事法庭的支持，该法庭表示“入侵是否发展为占领是一个事实问题”。[157]认为1907年《海牙章程》和1949年日内瓦四公约中的占领概念相同，并不意味着占领法的某些规则不能适用于入侵阶段。占领法的某些规范也很可能适用于入侵阶段。

（三）占领的构成要素

301 为了确定占领概念的构成要素，必须首先分析有效控制的概念，有效控制是占领概念的核心，长期以来一直与之联系在一起。涉及占领问题时，经常使用“有效控制”一词；然而，无论是日内瓦四公约还是1907年《海牙章程》都没有

154 有观点主张存在两种不同的占领定义，一个来源于《海牙章程》而另一个来源于《日内瓦第四公约》。See Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 60; Sassòli, 2012, pp. 42–50; Akande, pp. 44–48; and Koutroulis, pp. 719–728. 不过，由于《日内瓦第四公约》中不存在任何明确的占领定义且考虑到其第154条所起的作用，认为日内瓦四公约提供了一个不同的占领定义这一主张没有得到一致接受（see Zwanenburg, 2012a, pp. 30–36, and Ferraro, 2012b, pp. 136–139）。

155 前南刑庭已在多个不同的判决中使用了《海牙章程》所规定的占领定义，以确定《日内瓦第四公约》意义上的占领是否存在。基于《日内瓦第四公约》第154条的规定，法庭判定：

> 《日内瓦第四公约》虽然是对占领国权利和义务的进一步编纂，但在此事项上并未废除《海牙章程》。因此，由于在日内瓦四公约中没有关于“占领”的定义，考虑到《海牙章程》的习惯法性质，法庭参考了该章程以及它所包含的定义。

Naletilić and Martinović Trial Judgment, 2003, para. 215. 审判庭而后援引了《海牙章程》第42条并明确了其对该定义的支持（第216段）。在2004年“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果”咨询意见以及2005年“刚果领土上的武装活动案”的判决中，国际法院仅仅依据《海牙章程》第42条来确定在有关领土上是否存在占领以及占领法是否适用于上述局势。

156 更多相关讨论，见关于《日内瓦第四公约》第6条的评注。See also United Kingdom, *Military Manual*, 1958, p. 141, para. 501; United States, *Field Manual*, 1956, p. 138, para. 352(b); and ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 221–222.

157 United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948. 下列判例重申了相同的观点：ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, para. 173, 以及ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 211。

提及这个短语。“有效控制”反映了长期以来在与占领有关的法律论述中发展出来的概念，描述了确定占领状态存在的情况和条件。[158]

302 占领意味着敌军代替领土主权国对该国的全部或部分领土实施了某种程度的控制，这一点是不言而喻的。然而根据人道法，引发占领法适用的是该控制的有效性。事实上，符合有效控制，外国部队才能适用占领法。就此而言，“有效控制”是一个至关重要的概念，因为它证实并明确了作为《海牙章程》第42条中占领定义核心的“权力”概念。因此，有效控制是占领的主要特征，因为没有外国敌军对一国领土实施的有效控制，就不可能有对其领土的占领。但是，有效控制不要求对该领土行使全面的权力；相反，仅仅有行使这种权力的能力就足够了。即使存在抵抗，甚至部分相关领土已被抵抗军暂时控制，仍然可以说存在军事占领。[159]

303 即使日内瓦四公约对占领没有作出任何定义，但1907年《海牙章程》及其准备工作、学术著作、军事手册和司法判决都表明，在占领的构成要件方面，有三项要素被赋予优先地位，即外国军队未经同意而存在于相关领土、外国军队取代当地主权者对有关领土行使权力的能力，以及后者没有能力对该领土行使其权力的情况。所有这些要素集合在一起，就构成了所谓的“有效控制标准”，用于确定某局势是否构成国际人道法意义上的占领。也只有这三个要素同时存在才能反映出当地政府、占领国和当地居民之间的利益冲突，而这正是敌对占领局势的特点。[160]

158 与占领有关的“有效控制”概念不同于国家责任法上的有效控制概念。“有效”一词通常与控制概念相联系以界定外国部队支配有关领土的性质，选择“有效”一词反映出1874年《布鲁塞尔宣言》谈判期间在占领和封锁概念之间进行的类比。在该宣言的起草过程中，代表们在讨论时几乎毫无例外地指出了占领和封锁之间的相似性：在武装冲突法的意义上，二者都必须有效才可视为存在。See Marten Zwanenburg, ‘The law of occupation revisited: the beginning of an occupation’, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 10, 2007, pp. 99–130 at 102; Shane Darcy and John Reynolds, ‘Otherwise occupied: The status of the Gaza Strip from the perspective of international humanitarian law’, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 211–243, at 218–220; Thomas J. Lawrence, *The Principles of International Law*, 6th edition, Macmillan & Co., London, 1917, pp. 435–436; and James M. Spaight, *War Rights on Land*, Macmillan & Co., London, 1911, pp. 328–329. 有观点主张，正如只有有效的封锁才会被承认一样，占领的存在也必须在有效控制的基础上加以确定。就这一点而言，代表们之间达成共识，认为事实上，只有外国军队可以对有关领土实施一定程度的控制时，占领才会存在。See Doris A. Graber, *The Development of the Law of Belligerent Occupation 1863–1914: A Historical Survey*, Columbia University Press, New York, 1949.

159 United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, pp. 55–59. 英国军事手册规定：

> 占领不因某些居民起义、游击队或抵抗分子偶尔取得成功的事实而终止。即使处于占领之下的某一地区取得暂时性的反叛胜果，只要占领国采取措施镇压叛乱并重建其权力，或者有关地区被包围并被切断与外界的联系，占领也不必然终止。

《武装冲突法手册》（2004年），第11.7.1段。不过，如果外国武装部队需要通过大型作战行动才能从当地抵抗武装手中重新夺取有关地区，那么直到外国军队设法重新在该地区建立有效控制时，该部分领土才能视为被占领。另见美国《战争法手册》（2015年），第746页。See also ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 16–26, and Dinstein, 2009, pp. 42–45 and Roberts, 2005, p. 34.

160 See also ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 16–26.

304 在此基础上，下列三个条件需同时满足才能确定存在人道法意义上的占领状态：[161]

— 一国武装部队实际存在于某外国领土之内且入侵时未经当权的当地有效政府的同意；

— 由于外国军队未经同意的部署，当权的当地有效政府遭到入侵时实质上或完全无法行使其权力，或可被置于此种境地；

— 外国军队有能力取代当地政府对有关领土（或其一部分）行使权力。[162]

305 从法律角度评估占领的结束也非常困难。逐步退出、部分撤军、对先前占领的地区仍保留某些责任、基于受质疑的同意而保留军事存在，或者自《海牙章程》通过至今控制手段的演变：所有这些问题都可使某一特定局势的法律归类变得十分复杂，并且在占领何时可视为结束方面引发了大量问题。[163]

306 原则上，有效控制标准同等适用于对占领开始和结束的确定。事实上，确定占领结束的标准一般与确定占领开始所用的标准相同，[164]只是反过来而已。[165]因此，实际存在外国部队、其有能力取代当地现有政府当局对有关领土行使权力以及当地政府一直未对外国军队的存在表示同意，在评估占领是否终止时应同时对三项条件予以详细审查。如果任何一个条件不再满足，都可认为占领已结束。

307 然而，在某些具体和例外的情况下——尤其是当外国部队撤出了被占领领土（或其一部分），但仍保留权力的关键要素或其他通常由占领国担负的重要政府职责时——占领法可能在行使上述权力的地域和职责范围内继续适用。[166]

161 关于占领概念构成要素的详细分析，见Ferraro, 2012b, pp. 133–163; Sassòli, 2015; Dinstein, 2009, pp. 31–45; and Benvenisti, 2012, pp. 43–51. See also ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 16–35。

162 尽管占领法假定占领国因为其军事支配地位而应在被占领领土内承担所有责任，但也允许一种纵向的权力共享。占领国可以决定——依照人道法——在何种程度上行使其行政权以及哪些权力可以下放给被占领当局。这种情况不影响事实上占领国对被占领领土行使的有效控制。See Ferraro, 2012b, pp. 148–150, and ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, p. 20. See also Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, *Tzemel case*, Judgment, 1983, pp. 373–374.

163 占领也可能在缔结和平条约后结束，在这种情况下，重新掌权的主权者可选择将被占领领土的所有权让渡给占领国，只要这种让与符合1969年《维也纳条约法公约》第52条的要求。

164 什拉加曾主张，《日内瓦第四公约》第6条第3款创造了一个占领结束的新定义，即把有效控制标准替换为履行政府职能的标准；see Daphna Shraga, 'Military Occupation and UN Transitional Administrations – the Analogy and its Limitations', in Marcelo G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law: Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, pp. 479–498, at 480–481. 但有观点主张，这种观点是对第6条第3款的误解。该条款从未打算提供一个评估占领开始与结束的标准，而只是在占领仍然继续的基础上规定《日内瓦第四公约》何时停止适用或该公约的适用范围。《海牙章程》第42条以及《日内瓦第四公约》第6条第3款是两项不同的规定，涉及不同的具体实质情况。因此，第6条第3款不能被用作确定占领是否结束的参考规定。See Ferraro, 2012b, p. 149.

165 Yuval Shany, 'Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 369–383, at 378. 确定占领开始与结束之标准的同一性可从法学著作及军事手册中推导出来，因为它们并未区分用于评估占领开始或结束的标准，这暗示着适用于二者的标准是相同的。See Kolb/Vité, p. 150.

166 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 31–33; Ferraro, 2012b, p. 157.

308 确实，尽管外国部队没有实际存在于有关领土之内，他们所保留的权力仍可能相当于占领法意义上的有效控制，从而使占领法的相关规定得以继续适用。[167]

309 现今，不能排除在先前占领地之外继续实施有效控制的情况。确实，可以说由于军事和技术的发展，如果一方没有在相关地区持续进行军事部署，该方也有可能对外国领土的全部或一部分实施有效控制。在这种情况下，必须考虑外国军队保留权力的程度而不是只关注权力实际行使的方式。还应承认，在这些情况下，交战各国之间存在任何地理上的临近关系都能发挥重要作用，有助于远程实施有效控制，例如已将部队迁至该领土之外的占领国因而能够在合理时间内彰显其权力。

310 因此，这种对占领的功能性解释可作为相关标准，用于确定逐步退出或突然撤离占领地但仍保有一定权力的敌国部队根据占领法还应承担的义务的范围。这一检验标准适用的前提是，外国部队仍在全部或部分占领地内行使占领确实持续存在时所取得的政府职能。

311 对于难以准确判定占领是否结束的局势，这种功能性的解释还可以更准确地界定可适用的法律框架。由于占领法没有明确涉及单方撤离占领地期间可适用的法律义务问题，这一点就显得愈加重要。占领法在这一问题上未作规范的主要原因是：占领通常是以诉诸武力、签署协定或者单方面撤离的方式结束的，而撤离后通常伴随着当地政府重获相关权力。在大多数情况下，撤离占领地的外国部队不会——至少不在未经当地政府同意之时——在该领土继续履行重要的政府职责。

312 占领法相关规定的继续适用确实相当重要，因为其尤为适合处理并调整交战各国之间权力的共享和有关义务的分配问题。

313 对此，一个相反的观点则认为，不应在此类特定情况中适用占领法的某些相关规则，该观点可能鼓励占领国从全部或部分被占领领土撤军，但仍保留并远程行使某些重要职能以规避人道法所施加的义务。[168]这种做法最终会使当地居民失去法律保护，与占领法的目的和宗旨背道而驰。

167 这些相关规定取决于所保留的权力的性质。因此，除了1907年《海牙章程》第43条这一总括性规定外，无法以抽象的方式确定具体的规范。

168 Yuval Shany, 'Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 8, 2005, pp. 369–383, at 380–383. See also Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, Bassiouni case, Judgment, 2008, para. 12. 但是，对比其他观点，例如Dinstein, pp. 276–280, Michael Bothe, Cutting off electricity and water supply for the Gaza Strip: Limits under international law, preliminary expert opinion commissioned by Diakonia, 18 July 2014, p. 2, 以及ICC, Office of the Prosecutor, Situation on Registered Vessels of Comoros, Greece and Cambodia, Article 53(1) Report, 6 November 2014, para. 16。

（四）涉及占领概念的具体问题

1. 占领的地域范围

314 1907年《海牙章程》第42条第2句表明，占领的地域范围与占领方对该领土建立并行使权力的能力是相称的，这意味着被入侵领土的某些部分可能在占领方的有效控制之外，从而不视为被占领的领土。

315 共同第2条第2款确认了这种解释方式，因其明确提及了部分占领的概念。结合《海牙章程》第42条，该款否定了某领土若非完全被占领即不存在占领这一观点。这种观点没有考虑到可能发生的多种情况。尽管公认一国可以被整体占领，但第2条第2款表明，占领可以局限于该国的某些部分。不过，《海牙章程》第42条和共同第2条第2款都没有指出如何精确划定占领的地理边界。人道法并未排除即使是非常小的地方（如村庄或小岛）也可以被占领的可能性。[169]但在部分占领的情况下，确定被占领领土的确切边界可能会十分复杂。[170]

316 这个难题的产生是因为，依据占领法，有效控制的概念不要求外国部队进驻被占领领土的每一个角落。事实上，只要有可能在合理的时间内派遣部队在有关地区全境彰显占领者的权力，那么将部队部署于被占领领土的战略要地就可以实施有效控制。[171]如果部分领土已经落入外国部队的有效控制之下而其他部分仍处于战斗之中，或者相对于敌国领土的面积而言外国部队可用的资源有限，这种情况就可能发生。如果占领军逐步撤离被占领领土但保持着对特定地区的有效控制，占领的地域范围也可能很难确定。

317 因此，占领的地域范围可能因情况不同而各不相同。[172]

2. 占领的时间范围

318 法律对确定占领有效建立是否有最低时限的要求，这一问题尚未得到详细讨论。

319 有观点主张，一定时间的要求是必要的，以便区分入侵阶段和占领。根据这一说法，占领意味着某种程度的稳定性，而且需要一些时间才能认定争议地区已被外国部队牢牢占据，且由于外国部队未经同意而存在于该领土，当地主权者已在实质上或完全无法行使其权力。[173]对此，一些专家主张，应在有效控制已持续

169 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, p. 24.

170 例如，见国际法院2005年为由乌干达占领的部分刚果民主共和国领土划定地域范围时所遇到的难题（*Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 167–180）。

171 见美国《战地手册》（1956年），第139页。

172 Dinstein, 2009, pp. 45–47.

173 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 38–40.

实施一定时间后才能认为某领土在人道法的意义上已被占领且占领国得依据占领法承担其相应的责任。[174]

320 但是，占领法没有为占领设置具体时限，且事实上对最短持续期间这一问题未作任何规定。[175]占领可能非常短暂，譬如只持续几周或几天。[176]入侵阶段和占领之间的过渡可能非常快，尤其在入侵部队未遇武装抵抗且有充足资源能迅速对有关领土行使权力时。

321 依据占领法，有效控制的概念并不要求占领者必须能够承担分配给它的所有责任才可确定占领已经存在。相反，它允许随着时间的推移逐步适用占领法。

322 占领法既包括消极义务也包括积极义务。消极义务直接适用，例如禁止将被保护人驱逐出被占领领土，而绝大部分积极义务属于手段义务，要根据所实施的控制程度、占领初期阶段主要的制约因素以及外国部队可用的资源，随着时间的推移逐步履行。譬如在非常短暂的占领中，占领者应向居民提供用水和食物等基本必需品，且不得驱逐被保护人，但如果在占领前没有可行的教育或卫生体系或者这些体系因占领而崩溃，则不应要求占领者建立此类体系。相反，占领者须使现存的制度能够继续发挥作用。换言之，占领国须承担的义务应与占领的时间长短相称。如果占领持续下去，占领国就会承担越来越多的责任。[177]

3. 对国际地位不明之领土的占领

323 有观点主张，《日内瓦第四公约》关于被占领领土的第三部第三编仅在国际法所定义的“国家”的境内适用。因此，只有一国已有效建立主权的领土才可能视为被占领领土。[178]

174 *Ibid*. p. 24.

175 Dinstein, 2009, p. 39：“对于突袭的最长时限和敌对占领的最短持续时间，不存在硬性规定。”

176 厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会曾支持这一立场：“如果在敌国武装部队控制只有几天的地区未发生战斗，本委员会认为适用于被占领领土的法律规则应当适用。”*Central Front, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2004, para. 57.

177 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 18 and 24–26.

178 这种观点以如下事实为其依据：1907年《海牙章程》第三编题为“在敌国领土内的军事当局”（后加着重号以示强调），共同第2条第2款也提到了“缔约国”的领土，“缔约国”一词根据其解释，是指已稳定建立的国家。根据这种解释，若某领土属于尚未满足国家之法定标准的实体，则该领土不在共同第2条第2款所提到的“缔约国”一词的范围内。See Meir Shamgar, ‘Legal concepts and problems of the Israeli military government: The initial stage’, in Meir Shamgar (ed.), *Military Government in the Territories Administered by Israel 1967–1980: The Legal Aspects*, Vol. I, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 1982, pp. 31–43, and ‘The observance of international law in the administered territories’, *Israel Yearbook on Human Rights*, 1971, pp. 262–277.

324 不过，这种主张违背了占领法的精神，也为判例法[179]和法学著述[180]所普遍否定。事实上，领土地位不明并不影响《日内瓦第四公约》之规则的适用性，包括那些涉及被占领领土的规则。《日内瓦第四公约》适用的条件是，已对有关领土建立有效控制的武装部队所属国家在冲突爆发或未遇武装抵抗的入侵发生时不是该地的合法主权治者。一旦某领土处于非该领土公认之主权者的国家的有效控制之下，占领即告存在。至于该领土是从谁手中夺取来的并不重要。被占领领土的居民不得因交战各方对有关领土之主权的争议而丧失赋予他们的保护。[181]

325 “占领”一词意在涵盖一国占领国际地位有争议之领土的情况，这一解释反映在近期的国际判决中。正如国际法院在其2004年的咨询意见中所述：

> 第2条第2款的目的并非是要限制第1款所界定的〔《日内瓦第四公约》〕的适用范围，并非旨在排除不属于缔约方主权范围内的领土。其仅旨在表明，即使在冲突期间实施的占领没有遇到武装抵抗，该公约仍然适用。[182]

326 厄立特里亚-埃塞俄比亚索偿委员会在其2004年的裁决中采用了相同的观点，指出：

> 根据《海牙章程》，被占领领土是指实际上被置于敌军当局权力之下的敌国领土，而“凡在一缔约国的领土一部或全部被占领之场合”，1949年《关于战时保护平民之日内瓦公约》都适用。然而两则约文均未主张只有所有权清晰且无争议的领土才能成为被占领领土。[183]

327 任何其他解释都会导致不合理的结果，使占领法的可适用性取决于入侵国的主观考虑。入侵国只要以相关领土的国际地位有争议为由，就足以否认有关地区是被占领领土，从而逃避其在占领法上应负的责任。

4. 通过代理的占领

328 在“传统的”占领中，占领国的武装部队会实际出现在被占领领土之内。然而，诸如20世纪90年代在前南斯拉夫普遍存在的情况已表明，即使不实际部署本国（国内法所界定的）武装部队，各国也可能通过代表其行事的武装团体在另一国领土内开展行动。

179 For example, ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 95.

180 See Greenwood, 1992, pp. 243–244; Roberts, 1984, p. 283; Benvenisti, p. 4; Kolb/Vité, pp. 81–85; Dinstein, 2009, pp. 20–25; Bothe, p. 794; and Gasser/Dörmann, pp. 270–271.

181 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Central Front, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2004, para. 28.

182 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, para. 95.

183 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Central Front, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2004, para. 29.

329 正如上文所指出的，在部队对领土施以有效控制时占领即建立。根据人道法，一国对他国全部或部分领土的有效控制可以通过代理武装部队来实施，只要该部队处于该国的总体控制之下。[184]因此，当一国总体控制另一国事实上的当地政府或当地其他有效控制该国全部或部分领土的有组织团体时，该国就可被视为占领国。

330 国际法庭在不同判决中支持了该理论及其重要意义。譬如在“塔迪奇”案中，前南刑庭判定“外国事实上的机关或代理关系包括该外国仅通过当地事实上的机关或代理的行为‘占领’某领土或在该领土内活动的情形”。[185]在“刚果境内的武装活动”案中，国际法院分析了乌干达是否对刚果武装团体实施了控制。国际法院似乎接受了通过间接有效控制实施占领的可能性，但以该国对该武装团体或相关团体实施有效控制为基础。[186]

331 法学著作或军事手册很少涉及间接有效控制的概念。本评注主张，如果已确存在间接有效控制，那么就满足要求敌国部队的军事存在这一要件。如果当地实体本身已有效控制了有关地区，则对这些实体的总体控制使附属于这些实体的个人成为该外国的“代理人”或“助手”。对这些当地实体施加的此种控制反映出实施有效控制的团体与通过代理人开展行动的外国国家之间真实和有效的联系。[187]

332 间接有效控制理论十分重要，这是因为其防止了因一国利用当地代理人规避其占领法上的责任而产生的法律真空。

5. 多国部队的占领[188]

333 长期以来，占领法对多国部队（尤其是那些在联合国指挥和控制下的多国部队）的可适用性一直未获接受。有观点认为，多国部队基于联合国安理会特别授

184 关于对一个实体或武装团体的总体控制，见第265～273段。对该团体或实体实施总体控制的问题不同于该团体或实体是否对该领土实施有效控制的问题。

185 ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 584. 前南刑庭在“布拉什基奇”案中确认了这种解释，指出：

> 在这些飞地中，克罗地亚通过总体控制克罗地亚国防委员会、向其提供支持并与其保持密切联系，发挥了占领国的作用。因此，与确定武装冲突具有国际性的逻辑相同，克罗地亚对克罗地亚国防委员会实施的总体控制意味着在该民兵组织实施破坏活动时，波黑穆斯林的财产处于克罗地亚控制之下，处于被占领领土之内。

Blaškić Trial Judgment, 2000, para. 149.

186 ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo case*, Judgment, 2005, paras 160 and 177.

187 英国军事手册涉及到间接有效控制的问题：

> 在某些情况下，占领军通过现有或新任命的本地政府间接开展行动……在这种情况下，尽管与军事占领的传统形式存在某些差别，但与军事占领有关的法律很可能可予适用。法律义务、政策考量以及外部的外交压力都可以指向这一结论。
>
> 《武装冲突法手册》（2004年），第11.3.1段。

188 就本评注而言，关于多国部队的定义，见脚注81。

权而在国际法上享有的特殊地位、其行动的利他性质，以及其与当地居民之间并无明显敌对关系的情况，都是与军事占领的概念相矛盾的。[189]

334 不过，第一个论点混淆了诉诸武力法与武装冲突法，其推导过程忽视了如下事实：占领法的可适用性是基于当时的事实和满足《海牙章程》第42条所规定之标准来确定的，不论多国部队所受之授权为何。[190]

335 如同其他形式的武装冲突，如果满足了占领的条件，人道法中没有任何规定会妨碍将多国部队定性为占领者。[191]国际社会赋予多国部队的授权决不应使其摆脱占领法的约束并规避占领者的身份，对于其他行为体也是如此。不过，如果在联合国指挥和控制下行动的多国部队所执行的是联合国安理会根据《联合国宪章》第六章委派的授权，则此类多国部队就不太可能满足占领者的要件。

336 一些多国行动近期所呈现的特点——尤其是未经东道国同意即部署多国部队或者多国部队被部署在政府当局和国家基础架构崩溃的国家之时——进一步表明占领法在这种情况下作为法律框架的相关性，也表明确定人道法的这一分支何时以及如何适用于多国部队的必要性。

337 确定占领状态的传统条件同样适用于多国部队；但主要的难点在于判定，在对一国领土实施有效控制的多国行动各参与者中，依据人道法，哪些应被视为占领者。对在国际组织指挥和控制下的多国部队而言，该国际组织原则上应被视为占领者。[192]

338 就国家领导下的多国部队实施的占领而言，作出这种判定尤为困难。[193]在行动中，参加此种多国部队的国家可能被分派不同的任务。有两种方法可以确定在对某领土实施有效控制的多国部队中，哪些参与国可被定性为占领国。第一种方法是，对每一个部队派遣国根据占领的法律标准分别加以评估。在这种情况下，人道法要求，构成占领国的条件是，各部队派遣国需要在未经当地政府同意的情

189 Shraga, 1998, pp. 69–70.

190 ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 33–34. 关于对这一问题的详细分析，见Tristan Ferraro, 'The applicability of the law of occupation to peace forces', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law*, *Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 133–156。

191 See Roberts, 1984, pp. 289–291; Christopher Greenwood, 'International Humanitarian Law and United Nations Military Operations', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, 1998, pp. 3–34, at 28; Marco Sassòli, 'Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers', *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 661–694, at 689–690; and Kolb/Porretto/Vité, p. 218.

192 Kolb/Vité, pp. 99–105.另见Benvenisti, p. 63 （以查阅更多参考资料）; Dinstein, 2009, p. 37. 对于联合国指挥控制下的部队能否因其普通部署活动而成为占领者的问题，尽管一些观点继续在“维持和平”与“执行和平”之间加以区分，但妥当的做法是依靠事实情况而非该行动被赋予的名称来得出结论。

193 见第248～253段。

况下在当地部署军队，并且能够代替流亡的当地政府对分配给它的那部分被占领领土行使权力。

339 第二种方法是所谓的“功能性方法”。[194]根据这种方法，除了单独符合有效控制标准的国家以外，其他多国部队派遣国如果履行一般由占领国执行且占领法具有相关性的职能和任务，也应被定性为占领国。因此，这些部队派遣国的行动以及分派给它们的职能将使其成为占领国。

340 尽管功能性方法具有重要意义，但考虑到占领某国的多国部队派遣国所从事活动的广泛性，在实践中仍然很难区分它们的法律地位。尽管如此，在“不具争议的”占领国的命令或指示下执行任务往往会使那些与占领国合作的国家获得占领国地位，尤其是在这些任务对履行源于占领法的行政责任不可或缺时。[195]

341 此外，也应认识到，占领国对被占领领土的权利和义务的演变，及其受到承认的全面管理者身份——该身份如《海牙章程》第43条和《日内瓦第四公约》第64条所规定——使得难以区分委派给占领者的核心任务（如保证法律和秩序的实行）与不太具有代表性的其他任务，这是因为所有这些任务都是属于占领者权能范围内的事项。因此，似乎存在一个推定：如果对外国领土实施有效控制的多国部队的参与国承担起一般由占领国履行的职能，则该国应视为占领国。不过，这一推定是有反驳空间的，例如当某部队派遣国将对其军队的行动指挥权或控制权交于另一个多国部队参与国之时，即是如此。

六、第 3 款：冲突之一方为非缔约国时公约的可适用性

342 共同第2条第3款涉及并非所有冲突当事国都是日内瓦四公约缔约国的情况。在撰写本评注时，日内瓦四公约已获普遍批准，这意味着上述情况应该很少发生。但是，形成新国家的可能性（无论这种情况多么不常发生）意味着，在具备国家地位和批准公约之间也许会存在间隔，如此一来这些规定可能会具有相关性。

343 相同的条款还规定于《第一附加议定书》的第96条第2款。

（一）第 1 句：普遍参加条款的废除

344 第2条第3款的第1句规定，“冲突之一方虽非缔约国，其他曾签订本公约之国

194 红十字国际委员会就2003年占领伊拉克的局势使用了这一方法；see Dörmann/Colassis, pp. 302–304; ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, pp. 34–35; and Ferraro, 2012b, pp. 160–162.

195 See Roberts, 2005, p. 33, and Lijnzaad, p. 298.

家于其相互关系上，仍应受本公约之拘束”。这一句必须结合第2条的整体语境进行解读，该条规定公约适用于两个或两个以上缔约国间发生的冲突。因此，在只有两个国家之间发生的冲突中，如果其中一个国家不是公约的缔约国（除非其依据第3款第2句“接受并援用”公约），则公约在法律上不适用于该冲突，但只要相关实质义务反映了习惯国际法，则仍对各方具有拘束力。

345 如果某冲突有三个当事方，但只有其中两个敌对的国家是日内瓦四公约的缔约国，公约在这两个国家之间仍然适用，这在如今似乎是不言自明的。然而情况并非一直如此。事实上，根据1906年《日内瓦公约》以及1899年和1907年海牙公约中的一项规定，冲突的所有当事方都必须是公约的缔约国，公约才能适用。[196]这就是著名的普遍参加条款。1929年修订1906年的公约时，基于第一次世界大战的经验，废除普遍参加条款的工作被提上日程。[197]在对各种提案进行讨论后，一条与第2条第3款近乎相同的规定于1929年通过。[198]1949年时该规定毫无争议地被保留下来。

346 对于参加多国行动且与某非日内瓦四公约（或《第一附加议定书》）缔约国共同作战或合作的各国而言——不论其指挥架构是否已整合，该规定也尤为相关。在这种情况下，公约缔约国仍在与所有其他同样受这些条约约束的国家的关系上受其义务的约束。

（二）第 2 句：非缔约国对公约事实上的适用

347 第二次世界大战期间，作为冲突当事方的一些国家并非1929年《关于战俘的日内瓦公约》的缔约国，这严重破坏了对战俘的保护。[199]在这方面，人道法条约

196 见1899年《海牙第二公约》，第2条：
第一条所指章程各条款只对缔约国在它们之中两个或两个以上国家之间发生战争的情况下具有拘束力。
在缔约国之间的战争中，一俟一个非缔约国加入交战一方，此章程的条款就失去拘束力。
另见1907年《海牙第四公约》第2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。”

197 第一次世界大战期间，严格说来1906年《日内瓦公约》从未在冲突各方之间发生效力，因为黑山不是该公约的缔约国；不过，该公约实际上被参与冲突的所有国家适用并援引；see Paul Des Gouttes, ‘De l’applicabilité des Conventions de La Haye de 1889 et de 1907, ainsi que de celles de Genève de 1864 et de 1906’, *Revue internationale de La Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 1, No. 1, 1919, pp. 3–10. 尽管大多数国家继续援引各公约并认为它们可适用，但由于第24条（普遍参加条款）的存在，有一个国家，即美国，认为其本国不受1906年公约的约束。结果，德国拒绝送回被俘的美国医务人员。不过，美国后来显然改变了立场。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 188, fn. 2. 海牙公约直到1917年均有效力，因为1917年当时几个不是海牙公约缔约国的国家加入了冲突。

198 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第25条第2款：“战时遇有一交战国并未参加本公约，则本公约的规定仍应在参加本公约的交战国之间具有拘束力。”

199 See Bugnion, pp. 169–170 and 176–194. 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的适用不存在这一特殊问题，因为相较于战俘公约，它获得了更为普遍的批准。

和人权法条约之间存在重大区别：如果冲突一方不受日内瓦四公约约束，与该方发生冲突的国家在与前者的关系上也不受公约的约束，即使该国是日内瓦四公约的缔约国，而人权法条约在任何时候都对其缔约国有约束力。[200]引入第3款第2句正是为了补救上述情况。

348 1949年的外交会议期间，代表们讨论了这一条款各种可能的规定方式，包括要求冲突一方接受本公约约束并为默许接受约束设定时限，以及最终获选的更为务实的以事实为基础的规定方式。[201]

349 准备工作表明，各国并不想让一个缔约国的义务仅取决于另一国的正式接受声明。所以，只要一国以行动表明其接受并适用公约，就足以使双方都完全受四公约所设定的义务约束。[202]这种情况曾发生过多次，譬如1956年苏伊士运河危机期间即是如此。[203]相反，如果某非缔约国明确拒绝接受公约约束，第2条第3款就不能发挥作用使公约适用于任何一方。[204]

350 如今在实践中，日内瓦四公约事实上适用的重要性已经降低，因为四公约已得到普遍批准。此外，公约的规定一般还被视为习惯国际法的一部分。[205]

主要参考文献

Akande, Dapo, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 32–79.

Arimatsu, Louise, 'Beginning of IHL Application: Overview and Challenges', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 71–82.

Ascencio, Hervé, 'La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque', *Revue générale de droit international public*, Vol. 111, No. 2, 2007, pp. 285–304.

200 不过在这种情况下，当事双方仍受其习惯法义务的约束。

201 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第53～55页，以及第III卷，第27～28页。

202 同上注，第II-B卷，第53～55页。

203 Jean S. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1975, p. 52. 在1971年印巴冲突期间，孟加拉当局明确表达了尊重日内瓦四公约的意图；see 'Activités extérieures', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 54, No. 637, January 1972, pp. 20–29, at 20.

204 在埃塞俄比亚与厄立特里亚之间发生的冲突中，厄立特里亚不接受日内瓦四公约，且不接受这些公约的约束。See Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, paras 24–28.

205 See e.g. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, paras 79 and 82; Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, para. 40; and *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, para. 31.

Benvenisti, Eyal, *The International Law of Occupation*, Princetown University Press, 1993.

Berman, Paul, 'When Does Violence Cross the Armed Conflict Threshold: Current Dilemmas', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 33–42.

Bothe, Michael, 'Belligerent Occupation', *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1982, pp. 64–66.

Cassese, Antonio, 'The *Nicaragua* and *Tadić* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia', *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 649–668.

Clapham, Andrew, 'The Concept of International Armed Conflict', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 3–26.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Dinstein, Yoram, 'Comments on War', *Harvard Journal of Law and Public Policy,* Vol. 27, No. 3, Summer 2004, pp. 877–892.

– *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009.

– *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edition, Cambridge University Press, 2011.

Dörmann, Knut and Colassis, Laurent, 'International Humanitarian Law in the Iraq Conflict', *German Yearbook of International Law*, Vol. 47, 2004, pp. 293–342.

Engdahl, Ola, 'Multinational peace operations forces involved in armed conflict: who are the parties?', in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 233–271.

Ferraro, Tristan, 'IHL applicability to international organisations involved in peace operations', in *International Organisations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, Proceedings of the 12th Bruges Colloquium, 20–21 October 2011, College of Europe/ICRC, Collegium No. 42, Autumn 2012, pp. 15–22. (2012a)

– 'Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, March 2012, pp. 133–163. (2012b)

– 'The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891, December 2013, pp. 561–612.

Fleck, Dieter, 'The Law of Non-international Armed Conflict', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 581–610.

Gasser, Hans-Peter and Dörmann, Knut, 'Protection of the Civilian Population', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 231–320.

Greenwood, Christopher, 'The Concept of War in Modern *International Law', International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 2, April 1987, pp. 283–306.

– 'The Administration of Occupied Territory in International Law', in Emma Playfair (ed.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 241–266.

– 'Scope of Application of Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2008, pp. 45–78.

Grignon, Julia, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Geneva, 2014.

ICRC, *Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Report of expert meeting edited and prepared by Tristan Ferraro, ICRC, Geneva, March 2012.

Kleffner, Jann K., 'Scope of Application of International Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 43–78.

Kolb, Robert, *Ius in bello : Le droit international des conflits armés, Précis*, Helbing and Lichtenhahn, Basel, 2003.

– *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, Précis, 2nd edition, Helbing and Lichtenhahn, Basel, 2009.

Kolb, Robert, Porretto, Gabriele and Vité, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

Kolb, Robert and Vité, Sylvain, *Le droit de l'occupation militaire : Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruylant, Brussels, 2009.

Koutroulis, Vaios, 'L'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (Congo c. Ouganda) : une lecture restrictive du droit de l'occupation?', *Revue belge de droit international*, Vol. 39, No. 2, 2006, pp. 703–741.

Kritsiotis, Dino, 'The Tremors of *Tadić*', *Israel Law Review*, Vol. 43, 2010, pp. 262–300.

Lijnzaad, Liesbeth, 'How Not to Be an Occupying Power: Some Reflections on UN Security Council Resolution 1483 and the Contemporary Law of Occupation', in Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek and Bahia Tahzib-Lie (eds), *Making the Voice of Humanity Heard*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, pp. 291–305.

Lubell, Noam, 'What does IHL regulate and is the current armed conflict classification adequate?', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 17–24.

Marouda, Maria-Daniella, 'Application of international humanitarian law in contemporary armed conflicts: Is it 'simply' a question of facts?', in Stelios Perrakis and Maria-Daniella Marouda (eds), *Armed Conflicts and International Humanitarian Law 150 Years after Solferino: Acquis and Prospects*, Bruylant, Brussels, 2009, pp. 201–244.

Milanovic, Marko, 'State Responsibility for Genocide', *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 553–604.

– 'State Responsibility for Genocide: A Follow-Up', *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 669–694.

– 'End of IHL Application: Overview and challenges', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 83–94.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, 'A taxonomy of armed conflict', in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law*: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus post Bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Okimoto, Keiichiro, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

Orakhelashvili, Alexander, 'Overlap and Convergence: The Interaction between *Jus ad Bellum and Jus in Bello', Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 2, 2007, pp. 157–196.

Partsch, Karl Josef, 'Armed conflict ', in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1992, p. 252.

Roberts, Adam, 'What Is a Military Occupation?', *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, No. 1, 1984, pp. 249–305.

– 'The End of Occupation: Iraq 2004', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1, January 2005, pp. 27–48.

Sassòli, Marco, '*Jus ad Bellum and Jus in Bello*, The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 241–264.

– 'International humanitarian law and peace operations, scope of application *ratione materiae*', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4–6 September 2008, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 100–106.

– 'A plea in defence of Pictet and the inhabitants of territories under invasion: the case for the applicability of the Fourth Geneva Convention during the invasion phase', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, March 2012, pp. 42–50.

– 'The Concept and the Beginning of Occupation', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 1389–1419.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War*? Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, p. 122.

Schindler, Dietrich, 'The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 163, 1979, pp. 117–164.

Schmitt, Michael N., 'Classification of cyber conflict', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17, No. 2, 2012, pp. 245–260. (2012a)

– 'Classification in Future Conflict', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 455–477. (2012b)

Shields Delessert, Christiane, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities: A Study of Article 118, Paragraph 1 of the 3rd Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1977.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

– 'The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4–6 September 2008, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 82–89.

– 'The Secretary General's Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Decade Later', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 39, 2009, pp. 357–377.

Talmon, Stefan, 'The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, No. 3, July 2009, pp. 493–517.

Venturini, Gabriella, 'The Temporal Scope of Application of the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 51–66.

Vité, Sylvain, 'Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, March 2009, pp. 69–94.

Voelckel, Michel, 'Faut-il encore déclarer la guerre?', *Annuaire français de droit international*, Vol. 37, 1991, pp. 7–24.

Zwanenburg, Marten, 'Is the law of occupation applicable to the invasion phase? Challenging the Pictet theory', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, March 2012, pp. 30–36. (2012a)

– 'International organisations vs. troops contributing countries: Which should be considered as the party to an armed conflict during peace operations?', *International Organisations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility*, Proceedings of the 12th Bruges Colloquium, 20–21 October 2011, College of Europe/ICRC, Collegium No. 42, Autumn 2012, pp. 23–28. (2012b)

第三条
非国际性之冲突

公约条文 *

一、在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合，冲突之各方最低限度应遵守下列规定：

（一）不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内，在一切情况下应予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。

因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为：

（甲）对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑；

（乙）作为人质；

（丙）损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇；

（丁）未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑。

（二）伤者、病者应予收集与照顾。

二、公正的人道团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务。

三、冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力。

四、上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位。

保留或声明

无 [1]

1 1949年，阿根廷在签署日内瓦四公约时，对共同第3条作出如下保留（见United Nations *Treaty Series*, Vol. 75, 1950, pp. 422）：

……因此，我将以本国政府之名义以批准为条件签署该四项公约，并作出如下保留：四项公约的共同第3条是唯一一条应适用于非国际性之武装冲突之场合的条款，而其他所有条款均不应于此类场合适用。

但是，阿根廷于1956年批准日内瓦四公约时并未正式确认此保留；see United Nations *Treaty Series*, Vol. 251, 1956, pp. 372–375.

1949年，葡萄牙在签署日内瓦四公约时，作出如下保留（见United Nations *Treaty Series*, Vol. 75, 1950, p. 446）：

对于非国际性之冲突的含义并没有实际上的界定，且倘若此用语意在仅指内战，一国内部的武

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

目 录

一、引言 110
二、历史背景 111
三、第 1 款：共同第 3 条的适用范围 118
(一) 引言 118
(二) “非国际性之武装冲突之场合” 120
1. 非国际性武装冲突各方 120
2. 构成非国际性武装冲突的条件 126
(三) 适用的地域范围 137
1. 引言 137
2. “国内”非国际性武装冲突 137
3. 不限于一国领土的非国际性武装冲突 140
(四) 属时适用范围 145
1. 引言 145
2. 非国际性武装冲突的开始 146
3. 非国际性武装冲突的结束 146
4. 非国际性武装冲突结束后共同第 3 条的继续适用 148
四、第 1 款：共同第 3 条的约束力 149
(一) “冲突之各方……应遵守” 149
1. 概述 149
2. 共同第 3 条对非国家武装团体的约束力 150
3. 共同第 3 条对多国部队的约束力 151
(二) “最低限度应遵守下列规定” 152
五、第 1 项：受保护的人员 153
(一) 引言 153
(二) 不实际参加战事之人员 154
(三) 放下武器之武装部队人员及失去战斗力之人员 155
1. 武装部队人员 155
2. 放下武器或失去战斗力 156

装叛乱在何时应被视为已经演变为内战并无明确规定，因此，在第3条的各项条款可能与葡萄牙法律相违背的情况下，葡萄牙在世界范围内处于其主权之下的所有领土内保留其不适用第3条各项条款的权利。

但是，葡萄牙于1961年批准日内瓦四公约时撤回了此项保留（见United Nations Treaty Series, Vol. 394, 1961, p. 258）。

（四）共同第 3 条与敌对行动的开展 157
（五）共同第 3 条对所有平民以及冲突一方自身武装部队的可适用性 159
六、第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务 160
（一）人道待遇义务 160
1. 引言 160
2. 人道待遇 160
3. 在一切情况下 163
（二）禁止歧视 165
1. 引言 165
2. 歧视 165
3. 非歧视性区别 167
七、第 1 项：共同第 3 条禁止的行为 168
（一）引言 168
（二）对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑 168
1. 对生命与人身施以暴力 168
2. 谋杀 171
3. 残伤肢体 173
4. 虐待 175
5. 酷刑 179
（三）扣留人质 186
1. 引言 186
2. 扣留人质的定义 186
（四）损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇 189
1. 引言 189
2. 损害个人尊严的定义 190
（五）具有必需之司法保障的正规组织之法庭的要求 192
1. 引言 192
2. 正规组织之法庭 193
3. 必需之司法保障 195
4. 非国家武装团体组建的法庭 197
（六）性暴力 199
1. 引言 199
2. 共同第 3 条项下的禁止性暴力 200
（七）共同第 3 条中的不推回原则 202

八、刑事诉讼以外的拘留 206
九、第 2 项：收集与照顾伤者、病者 209
（一）引言 209
（二）历史背景 210
（三）讨论 211
1. 该义务的对象 211
2. 适用范围 211
3. 收集伤者、病者的义务 215
4. 照顾伤者、病者的义务 217
5. 收集和照顾伤者、病者所涉之默示义务 219
十、第 2 款：红十字国际委员会等公正的人道团体提供服务 222
（一）引言 222
（二）历史背景 224
（三）公正的人道团体 224
1. 概述 224
2. 红十字国际委员会 226
（四）提供服务 227
（五）提议提供的服务 228
1. 人道活动 228
2. 保护 229
3. 救济（援助） 230
4. 受益人 231
（六）服务提议对象 232
（七）同意 232
1. 有关同意的要求 232
2. 不得任意拒绝予以同意 233
3. 准许和便利迅速和无阻碍通过的义务 235
十一、第 3 款：特别协定 235
（一）引言 235
（二）历史背景 236
（三）讨论 236
十二、第 4 款：冲突各方之法律地位 241
（一）引言 241
（二）历史背景 241

（三）讨论 242
十三、刑事方面和遵守机制 243
（一）引言 243
（二）非国际性武装冲突中的个人刑事责任 243
（三）严重违反共同第 3 条作为战争罪 246
（四）违反共同第 3 条的国家责任 248
（五）预防措施和对遵约情况的监督 249
1. 预防措施 249
2. 对遵约情况的监督 250
（六）非国际性武装冲突中交战报复的概念 252
主要参考书目 254
第二部分 历史背景 254
第三部分 第 1 款：共同第 3 条的适用范围 255
第四部分 第 1 款：共同第 3 条的约束力 259
第五部分 第 1 项：受保护的人员 260
第六部分 第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务 261
第七部分 第 1 项：共同第 3 条禁止的行为 262
对生命与人身施以暴力、谋杀 262
残伤肢体 263
虐待、酷刑及损害个人尊严 264
扣留人质 265
具有必需之司法保障的正规组织之法庭的要求 266
性暴力 266
不推回原则 267
第八部分 刑事诉讼以外的拘留 268
第九部分 第 2 项：收集与照顾伤者、病者 269
第十部分 第 2 款：诸如红十字国际委员会等公正的人道团体提供服务 270
第十一部分 第 3 款：特别协定 272
第十二部分 第 4 款：冲突各方之法律地位 274
第十三部分 刑事方面和遵守机制 274

一、引言

351 1949 年日内瓦四公约的通过给国际人道法带来了诸多方面的重要发展，而共同第 3 条就是其中尤为突出的一项突破。通过在各公约中加入这一条，各国有史以来首次同意在国际性条约框架内对所谓“非国际性之武装冲突”进行规制。[2] 对于此类当时被各国视为完全属于一国内政的情势，共同第 3 条是最早予以规制的国际法规则之一。该条款为日内瓦四公约的共同条款。[3]

352 在随后的几十年中，共同第3条的重要性得到了证明。尽管国际性武装冲突仍旧不时发生，但是近年来爆发的大部分武装冲突在性质上均属于非国际性武装冲突，且其造成的苦难并不亚于国际性武装冲突。[4]

353 自1949年以来，关于非国际性武装冲突的法律得到显著发展。各国还通过了调整非国际性武装冲突的其他条约，尤其是1977年《第二附加议定书》，以及诸多适用于非国际性武装冲突的其他文书。[5]此外，红十字国际委员会关于习惯国际人道法的研究也明确了一系列适用于非国际性武装冲突的习惯国际法规则。[6]

354 即使已经有了这些发展，共同第3条仍然是人道法条约中调整非国际性武装冲突的核心条款。作为得到普遍批准的1949年日内瓦四公约的一部分，共同第3条是唯一一项在全世界范围内具有约束力并规制所有非国际性武装冲突的条款。相对而言，《第二附加议定书》尚未得到普遍批准，而且其适用范围更加有限。不过，共同第3条既有的适用条件并没有因《第二附加议定书》而改变。[7]

2 除非另有特别注明，第3条所调整的武装冲突一般称为“非国际性武装冲突”；该用语的含义将在第三部分中讨论。

3 日内瓦四公约中“共同”第3条的约文是一致的，唯一的不同之处在于，《日内瓦第二公约》规定的是“伤者、病者及遇船难者”，而第一、第三和第四公约则规定的是“伤者、病者”。

4 关于从国际人道法和其他学科的视角进行的各项分析，例如，见Stuart Casey-Maslen (ed.), *The War Report: Armed Conflict in 2013*, Oxford University Press, 2014, pp. 26–32 and 35–233, 以及Lotta Themnér and Peter Wallensteen, ‘Patterns of organized violence, 2002–11’, *SIPRI Yearbook 2013*, Oxford University Press, 2013, pp. 41–60。

5 例如，见《关于保护文化财产的海牙公约》（1954年）第19条；《常规武器公约经修正之第二号议定书》（1996年）第1条第3款；《禁止杀伤人员地雷公约》（1997年）；《关于保护文化财产的海牙公约第二议定书》(1999年) 第22条；《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》（2000年）；《1980年〈常规武器公约〉第一条修正案》（2001年）（将公约及其议定书的适用范围括至非国际性武装冲突）；以及《集束弹药公约》（2008年）。

6 亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，以及Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law, Volume 2: Practice*, ICRC/Cambridge University Press, 2005, 载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。该研究是红十字国际委员会根据1995年保护战争受害者政府间专家小组会议第2号建议进行的，该项建议得到第26届红十字与红新月国际大会（日内瓦，1995年）第1号决议的赞同。

7 关于日内瓦四公约及其附加议定书目前的情况，见https://www.icrc.org/ihl。关于共同第3条和《第二附加议定书》适用范围的比较，见本评注第三部分第（二）节，以及关于《第二附加议定书》第1条和第2条的评注。

355 与日内瓦四公约中调整国际性武装冲突的条款数量和详细程度相比，共同第3条十分简短，措辞笼统概括。

356 共同第3条在非国际性冲突方面具有“微型公约”的性质，这一点在1949年外交会议期间就已予指出。[8]此后，共同第3条各项规定因所具有的根本性而被视为一项“最低标准”，在所有武装冲突中均有约束力，并反映了“基本的人道考虑”。[9]

二、历史背景

357 非国际性武装冲突并非新现象，早在1949年共同第3条首次对其进行调整之前，国际性或非国际性暴力局势就已长期影响并塑造着人类的历史。[10]

358 但是，第一部《日内瓦公约》，即1864年《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》，只涉及国家间的武装冲突，更确切地说只涉及“战争”，[11]后续对该公约的修订和其后相继通过的关于人道相关问题的条约也沿用了此做法。[12]这反映了当时对战争的理解，即发动或实施战争是行使主权权力的行为，是国家所享有的特权，适合由国际法予以调整。相反，非基于此种特权而实施的暴力行为被认为不适合受此种规制。[13]倘若将其视为“战争”并受到国际法的调整，将会不适当地抬高这些暴力实施者的地位。[14]

359 但是，这并不意味着在1949年共同第3条通过之前，人们没有意识到需要对涉及非国家武装团体的暴力行为的某些方面进行规制。[15]例如，1928年《国家在内乱中的义务和权利公约》（Convention on Duties and Rights of States in the Event of Civil Strife）规定了一缔约国处于内乱时其他缔约国应遵守的规则。[16]此外，处于

8 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第326页。在当时，该表述被用以形容最终成为共同第3条的相关草案的简明性和独立性，以便与外交会议所考虑的其他制定方式相区别，这些其他制定方式将使日内瓦四公约的某些条款本身适用于非国际性武装冲突。另见第二部分。

9 See ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219.

10 关于几个世纪以来和不同文化背景下被认为具有国际或非国际性质的暴力局势的详细讨论，见Neff。

11 关于国际法中“战争”观念的相关详情，见关于共同第2条的评注，第四部分。

12 见《海牙第三公约》（1899年）；《日内瓦公约》（1906年）；《海牙第十公约》（1907年）；《关于伤者和病者的日内瓦公约》（1929年）；以及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）。另见《圣彼得堡宣言》（1868年）和《海牙章程》（1899年）和（1907年）。

13 See e.g. Moir, p. 3, and Sivakumaran, 2012, p. 9.

14 See e.g. Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 261–262, and Sivakumaran, 2012, p. 9.

15 See e.g. the work of Emer de Vattel, The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, Slatkine Reprints/Henry Dunant Institute, Geneva, 1983, Book III, Chapter XVIII, paras 287–296. （号召内战双方遵守已经确立的战争法，以避免内战升级为野蛮行径。）

16 另见国际法学会于1900年在瑞士纳沙泰尔会议上通过的两项决议：Resolution I, Règlement sur la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d’émeute, d’insurrection ou de guerre civile; and Resolution II, Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l’insurrection.

国内武装暴力之中的国家偶尔也会与非国家当事方缔结临时协定，[17]或者为其己方武装部队颁布单方面的指令，这其中最著名的实例是1863年的《利伯守则》。[18]

360 另外，在19世纪，承认交战团体的概念开始得到发展。[19]这一概念承认一些非国家当事方事实上具有发动一场足以影响第三国利益的“战争”的能力，即使其在法律上并无如此行事的权利能力。[20]承认交战团体使得某些调整国家间“战争”的国际法规则可以适用于某些涉及非国家当事方的武装冲突中，这些国际法包括交战方与中立国之间的中立法以及交战国之间的战争法规和惯例。[21]只要该武装冲突满足某些条件，[22]则认为“允许”（某些学者认为甚至是“要求”）第三国[23]承认冲突的非国家当事方为“交战团体”，由此触发中立法的适用。[24]

361 不过，由第三国承认交战团体将不会对冲突各方之间的关系产生任何法律后果，既不会使国际战争法规和惯例在他们之间发生效力，也不会使作为冲突一方的国家有承认其国内反对派为交战团体的法律义务。[25]冲突的国家当事方可以自由决定是否承认其反对方为交战团体；只有当国家决定承认交战团体时，国际法才具有可适用性，武装冲突才会受到关于战争的国际法规和惯例的调整。[26]但是，一旦冲突结束，虽然叛乱方已经被承认为交战团体，但这并不妨碍获胜的国家一方将其视为叛国者并对其适用国内刑法，因为通过承认而获得的交战团体的资格已

17 例如，见Sivakumaran, 2012, pp. 25–28。

18 1863年的《利伯守则》规定了美国南北战争期间北方联邦部队应遵守的规则。

19 有关这一概念，例如，见Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 263–264；Moir, pp. 4–18; 及Sivakumaran, 2012, pp. 9–20。

20 See e.g. Oppenheim, pp. 92–93.

21 见Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 262, 此文参考Neff, p. 251, 文中指出使中立法具有适用性的愿望是推动承认交战团体概念发展的决定性因素。

22 例如，见Oppenheim, p. 93, para. 76：

> 作为一项万国法习惯规则，任何国家均可以承认叛乱团体是交战团体，只要：（1）它们占据了合法政府的一部分领土；（2）它们建立了自己的政府；（3）它们依据战争法规和惯例与合法政府进行武装对抗。

See also Institut de Droit International, Resolution II, Droits et devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les gouvernements établis et reconnus qui sont aux prises avec l’insurrection, adopted at its Neuchâtel Session, 1900, Article 8. 相关额外考量，进一步见Lauterpacht, 1947, pp. 175–176, 以及1952, pp. 249–250。

23 See Lauterpacht, 1947, pp. 175–176, and 1952, pp. 249–250. 不过，这并不是一种被广泛采纳的观点。

24 See Oppenheim, p. 69, and Lauterpacht, 1952, p. 209. 关于武装冲突的国家一方，当时“认为，在任何情况下合法政府均有权主张交战国地位和由此产生的交战权利”；更多参考内容，见Lauterpacht, 1952, p. 249, fn. 4。

25 See e.g. Oppenheim, pp. 69 and 366, see also Lauterpacht, 1947, pp. 246–247, 1952, pp. 251 and 209–210.

26 另外，武装冲突的国家一方在与第三国之间的关系上开始受中立法的约束，尽管此时第三国既不会因为国家一方承认非国家一方为交战团体而受到中立法的约束，也不会因此有义务承认非国家一方为交战团体；更多相关考量，例如，见Oppenheim, pp. 69 and 366, 以及Lauterpacht, 1947, pp. 246-247。更多参考内容，另见Sivakumaran, 2012, pp. 15-16。

经因其战败而丧失。[27]在实践中，除了一些例外情形外，[28]国家通常不愿意使用这一承认交战团体的机制，因为它们不愿承认在其境内存在可以且需要适用国际法的情势，不愿提高境内反对方的法律地位。而且，第三国通常也不愿意承认他国境内的反对方为交战团体，因为这可能冒犯这些国家，它们也倾向于不使自己受到中立法的限制。[29]

362 起初，红十字国际委员会同样对是否将非国际性武装冲突视为一项国际人道关切犹豫不决。[30]但是，红十字国际委员会根据一线经验，已清楚认识到，在非国际性武装冲突情形下，制定类似于1864年《日内瓦公约》规定的规则必要且适当。[31]1912年，个别国家红十字会向第9届红十字国际大会提交了两份报告，阐述了红十字会在“内战”和“叛乱”情形下的作用，[32]但由于一些国家的强烈反对，这些报告最终没能得到详细讨论和表决。[33]

363 不过，1921年第10届红十字国际大会通过了一项决议，该决议特别涉及了“内战”局势期间的人道关切。[34]尽管该决议是一份无法律拘束力的文件，但其确认了红十字会在内战、社会动荡和革命中提供救济的权利和义务。该决议承认，内战或此类动荡局势的所有受害者无一例外均有权依照红十字会的一般原则获得救济。[35]

27 See Oppenheim, pp. 69–70, and Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 264. 另见《利伯守则》（1863年）第154条：“在战场上依据战争法规和惯例对待叛军从未阻碍合法政府以叛国罪审判叛军领袖或主要叛乱者，也从未阻碍合法政府以叛国罪对待他们，除非他们被纳入大赦。”

28 经常被讨论的一个例子是在美国南北战争中对南方邦联交战团体地位的承认；见Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 264, 以及Sivakumaran, 2012, pp. 17–19。

29 See Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 264, and Duculesco, p. 126.

30 日内瓦公共福利协会为了研究如何落实亨利·杜南在《索尔费里诺回忆录》一书中提出的建议，设立了一个小组委员会红十字国际委员会，1863年3月17日该小组委员会，即红十字国际委员会创始机构在其第二次会议纪要中指出：

> 首先，委员会同意，其认为不应在内战期间采取任何行动，且各委员会应只关注在欧洲发生的战争。经过几年的经验，该项福利制度一旦得到普遍采纳和确立，毫无疑问可以多种方式进行拓展，但是目前我们应将自己限制在欧洲国家之间的大规模冲突问题上。

收录于*Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Supplement, Vol. II, No. 3, March 1949, p. 130。

31 See Moynier, p. 304, and Ador/Moynier, pp. 168–169.

32 美国红十字会提交了关于“内战或叛乱情况下红十字会的作用”的报告，古巴红十字会提交了关于“红十字会在处于内乱的国家中为在交战方之间履行职能且不丧失中立性而应采取的措施”的报告；see American Red Cross, *Neuvième Conférence Internationale de la Croix-Rouge tenue à Washington du 7 au 17 Mai 1912, Compte Rendu*, Washington, 1912, pp. 45–49.

33 See *ibid*. pp. 45 and 199–208. 例如，有一国代表指出，红十字会为“叛乱分子或革命者”提供每一项直接或间接的服务只可被视为“不友好的行为”。

34 第10届红十字国际大会（日内瓦，1921年）第14号决议：“内战”，收录于Dixième conférence internationale de la Croix-Rouge tenue à Genève du 30 mars au 7 avril 1921. Compte rendu, Imprimerie Albert Renaud, Geneva, 1921, pp. 217–218, 中文译文载红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》，中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版，第871～873页。

35 同上注。标题为“决议”一节，第4～6段。

364 1921年决议所迈出的重要一步在1938年再次得到了确认。彼时正值西班牙内战期间，第16届红十字国际大会进一步通过一项决议，请求红十字国际委员会“利用自己的实践经验，在总体上继续研究内战引发的与红十字会有关的问题，并向下一届红十字国际大会提交其研究成果”。[36]

365 第二次世界大战的爆发使得原本应当在1942年召开的红十字国际大会未能如期召开。战争结束之后，基于西班牙内战和希腊内战的经验，红十字国际委员会重新思考了非国际性武装冲突中产生的人道问题，并将思考成果融入1929年两项日内瓦公约和1907年《海牙第十公约》的修订工作以及关于战时保护平民的新公约的起草工作。

366 1946年，红十字国际委员会召开了“研究各公约以及与红十字相关的诸多问题的国家红十字会预备会议”。针对1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的修订，红十字国际委员会建议“在一国境内发生内战的情况下，应欢迎敌对各方，在遵循相互性原则的基础之上，宣布其已经做好适用该公约之原则的准备”。[37]

367 该次预备会议采取了更直接的起草方式，用推定适用取代了红十字国际委员会草案中依照相互性原则进行适用这一条件。其建议，在公约的开头加上一条来界定公约的适用范围，其中包含如下条款：

> 当一国境内发生武装冲突时，敌对各方仍应适用本公约，除非其中一方明确表示相反的意图。[38]

368 预备会议以如下考量为指导，“面对世界舆论，没有任何国家或叛乱团体敢于宣明其有漠视人道法的企图，因为后者的价值和基本性质已得到公认”。[39]就1929年《关于战俘的日内瓦公约》而言，预备会议认为，“在原则上，公约的规定……应当适用于内战的情形”。[40]

369 1947年的政府专家会议讨论了这些提案。就修订1929年两项日内瓦公约和起草关于平民的新公约而言，与会者达成一致的条款中再次包含了依照相互性原则进行适用这一条件：

36 第16届红十字国际大会（伦敦，1938年）第14号决议：“红十字会在内战时期的作用和活动”，收录于 *Sixteenth International Red Cross Conference, London, June 1938, Report*, p. 104, 中文译文载红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》，中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版，第873页。

37 《1946年国家红会预备会议报告》第15页。

38 同上注。

39 同上注。

40 同上注，第70页。此外，关于具体的红十字会的问题，预备会议“希望在公约中写入……如下活动：……在内战的情形下，红十字会应当被授权将其救助工作扩展到所有的伤者，而不区分其可能属于哪一方”；同上，第105页。

> 当发生内战时，缔约国应将本公约的原则同等适用于其本土或殖民地的任何部分，只要敌对方也予以遵守。[41]

370 随后，在筹备1948年于斯德哥尔摩举办的第17届红十字国际大会时，红十字国际委员会起草了如下内容，作为第2条第4款草案列入未来经修订的各项公约或新制定的公约：

> 在一个或者多个缔约国领土内可能发生非国际性之武装冲突之所有场合，尤其是内战、殖民冲突或者宗教战争之场合，敌对之各方有义务执行本公约之原则。公约于此类情形之适用绝不依赖于冲突各方之法律地位，且不影响其法律地位。[42]

371 红十字国际委员会在其草案中删除了依照相互性原则进行适用这一条件，是考虑到该条件可能“导致该条规定失去价值，因为某一当事方总是可以声称其敌对方没有遵守公约的某些特定条款”。而对冲突各方法律地位作出明确阐释，是接受1947年政府专家会议期间一个代表团建议的结果。[43]

372 以此为基础，斯德哥尔摩大会为修订1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和1907年《海牙第十公约》通过了如下第2条第4款草案：

> 在一个或者多个缔约国领土内可能发生非国际性之武装冲突之所有场合，敌对之各方有义务执行本公约之规定。无论冲突各方法律地位如何，公约于此类情形下均应得适用，公约之适用亦不影响其法律地位。[44]

373 至于1929年《关于战俘的日内瓦公约》的修订以及关于平民保护的新公约，斯德哥尔摩大会纳入了依照相互性原则进行适用这一条件：

> 在一个或者多个缔约国领土内可能发生非国际性之武装冲突之所有场合，冲突之各方有义务执行本公约之规定，只要其敌对方行事时同样予以遵守。无论冲突各方法律地位如何，公约于此类情形下均应得适用，公约之适用亦不影响其法律地位。[45]

41 《1947年政府专家会议报告》，第8页（为修订关于伤者病者的公约所通过的案文）。与对战俘公约的修订以及关于保护平民的新公约的用语相比较，其条款文字略有不同，但实质内容是一致的；另见第103、271页。重新纳入“本公约的原则”的表述（存在于1946年红十字国际委员会的提案中，但在1946年预备会议通过的案文中被“公约”所取代）是根据某个代表的建议而定的；见《1947年政府专家会议纪要》第II-1卷，第一委员会，第5～6页。至于政府专家会议通过的文本改回了“内战”一词（1946年预备会议已采用了“武装冲突”一词），见《1947年政府专家会议报告》，第9、270页。

42 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第5、34～35、52、153、222页。

43 同上注，第6页。

44 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第10、32页。此处“本公约的条款”是对提案法文案文的翻译。红十字国际委员会提交至斯德哥尔摩大会的提案原文为法文，其用语为“本公约的条款”（“dispositions de la présente Convention”），但英文文本错误地将其翻译为“本公约的原则”（“principles of the present Convention”）。见《1948年斯德哥尔摩大会法律委员会会议纪要》，第46页。

45 见上注，第51～52、114页，着重号已略。

在战俘公约草案和平民公约草案中加入依照相互性原则进行适用这项条件，是因为下述主流观点，即虽然关于伤者、病者及遇船难者的各个公约的人道性质支持在非国际性武装冲突中适用其条款，甚至无需遵循相互性原则，但在战俘公约和新的平民公约中，并非所有的条款都能适用，尤其是例如涉及保护国的条款。[46]此外，红十字国际委员会的草案中关于非国际性之武装冲突的列举（“尤其是……内战、殖民冲突或者宗教战争的场合”）被删去，其根本考虑是，规定得过于细致可能会削弱该条款，因为不可能预见所有未来可能发生的情况，并且某个局势的武装冲突性质与其动机无关。[47]

374 1949年初，红十字国际委员会为准备当年晚些时候于日内瓦举行的外交会议，向各国分发了关于公约草案的若干意见和建议。对于1929年《关于战俘的日内瓦公约》的修订草案以及新平民公约的草案，红十字国际委员会强调了其意见，即在这两个公约中也“最好删去‘只要其敌对方在行事时也同样予以遵守’这一表述”。[48]

375 在外交会议上，正如在此会议前的争论中已显而易见的，如何规制“非国际性之武装冲突”成为谈判桌上最棘手的议题之一。

376 在联合委员会对第2条草案进行一读时，各国立场的分歧就已经开始显现。[49]一些国家反对在各项新公约中规定任何调整非国际性武装冲突的条款，而其他一些国家则支持对所有的非国际性武装冲突进行规制。另外一些国家则虽然同意应当进行某些规制，但主张应将此种规制严格局限在特定的情势中。[50]

377 一个特别委员会得以设立并负责寻求一个能调和各方意见的规定方式。当各国就最基本的问题达成一致，即同意各项新公约应当以某种方式对非国际性武装冲突进行调整之后，特别委员会重点围绕下列两种方案开展研究：

1. 将各公约的全部条款仅适用于非国际性武装冲突中的特定情形；或者
2. 仅将各公约的某些规定适用于所有的非国际性武装冲突。[51]

46 见《1948年斯德哥尔摩大会法律委员会会议纪要》第48～57、64页。关于支持在这些公约中规定相互性的适用条件的所有代表团的观点总结，见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第37～38页。

47 见《1948年斯德哥尔摩大会法律委员会会议纪要》，第36～45、64页。

48 见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第36～38、68页，其中第38页注明：

> 正如到目前为止红十字国际委员会在其关于公约草案的评论中所指出的，也正如一国家红十字会最近所评论的，红十字国际委员会希望强调，如果该款中写入了相互性条款，那么公约在内战中的适用可能会完全失去意义。冲突一方总是可以声称其敌对方没有遵守公约这样或那样的规定，尤其是在内战这种性质的战争中这么做实在太容易了。

49 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第9～15页。联合委员会联合了由大会设立的三个委员会，分别讨论以下问题：伤者病者公约草案和海上公约草案；战俘公约草案；关于平民的新公约草案。联合委员会的任务是讨论这些草案中的共同条款。

50 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第16、26页。

51 见上注，第122页，进一步指出，“这两种规定方式并非相互排斥，而且，由于可能在四项公约中用不同的方法解决这个问题，增加了可设想的解决方式的数量”。另见，第76页。

378 为研究上述两种方案，特别委员会设立了一个“工作组”。[52]工作组在提交的第一份草案中设想，在符合严格限定的情形时，将各个公约的全部条款（除关于保护国的条款之外）适用于严格界定的非国际性武装冲突的情形；倘若不符合这些情形，则仅能大体上适用公约的“基本人道原则”。[53]不过，无论是赞同对非国际性武装冲突进行调整的国家，还是反对进行调整的国家，都不支持这项提案。[54]

379 基于收到的反馈，工作组提交了第二份草案。这份草案有两版案文，一份用于对1929年两项日内瓦公约和1907年《海牙第十公约》进行修订，[55]另一份则用于制定关于武装冲突时保护平民的新公约。[56]

380 该草案再次促使代表团提出若干修正提案。[57]其中，法国代表建议应放弃以下方案：将各公约全部条款适用于严格界定的非国际性武装冲突的情形，而其他非国际性武装冲突仅在大体上受公约“基本人道原则”的约束。相反，法国的草案参考了平民公约序文草案中的规定，[58]建议将一系列数量有限但不同的人道法规范适用于所有非国际性武装冲突的情势。[59]

381 第二工作组由此成立，负责研究法国的提案。[60]工作组而后向特别委员会提交了一则约文草案以纳入所有四部公约，这则草案为最后通过的约文奠定了基础。[61]

382 特别委员会会议对相当数量的修正提案进行了表决，[62]其中一项案文被成功提交至联合委员会，其行文与最终通过的共同第3条几乎完全一致。[63]联合委员会还

52 见上注，第45、122页。

53 见上注，第46～47、124页，附件A。

54 见上注，第47～50页。就草案而言，红十字国际委员会的代表特别指出，“在他看来，工作组起草的案文可能无法适用于近期发生的任何一场内战。因此，这项案文不能代表一项相对于目前情况的进步”（同上，第47～48页）。

55 见上注，第76～77、125页，附件B。

56 见上注，第76～77、125页，附件C。

57 见上注，第77～79、122～123页。特别委员会向联合委员会提交的第七份报告对代表们关于第二份草案案文的回应做了如下汇总：

> 对于工作组的第二份草案最主要的反对意见是，倘若将非国际性武装冲突细分为两类，那么在每一次内战、殖民战争或其他战争的开始阶段都将会出现漫无止境的讨论，争论其究竟属于哪一种类别；法律也没有规定哪些机构具有管辖权，以判断在特定情形中公约完整适用的条件是否得到了满足；实际上，此类判断将会由合法政府自由裁量；且这些条件将很少能被满足。（同上，第123页）

58 在联合委员会的早期讨论中，以及在设立第一工作组之前的特别委员会的早期讨论中，意大利代表也提建了这一选项；见上注，第13、40页。

59 法国提案的案文，见上注，第123页。法国提案中提及的序文草案最初是1948年斯德哥尔摩大会为平民公约草案提出的。见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第113页。红十字国际委员会随后提交了一个类似的序文案文以置入所有四项公约当中，见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第8、26、36、67页（另为平民公约准备了一则备选案文）。外交会议最终决定日内瓦四公约不设置实质性的序文；但是，序文草案的实质内容最终成为了共同第3条。详见对本公约序文的评注，第二部分。

60 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第79页。

61 见上注，第82～83、125～126页。

62 见上注，第83～84、90、91、93～95页。

63 见上注，第101、126页，附件E。

考虑了其他草案，其中包括苏联代表提交的一项案文，主张日内瓦公约的规定只要服务于基本的人道目的，就应适用于所有非国际性武装冲突。[64]最后，由特别委员会提交至联合委员会的案文在表决中获得了多数票，最终被采纳为新的第2A条草案，并被提交至全体大会。[65]

383 在全体大会的最终表决中，第2A条草案以34票赞同、12票反对和1票弃权得以通过。[66]根据一同通过的各条款的序列，第2A条草案最终的位置是日内瓦四公约的共同第3条。[67]

三、第 1 款：共同第 3 条的适用范围

(一) 引言

384 共同第3条没有就其适用范围进行详细界定，也没有包含一套判断其旨在适用之情形的标准。该条仅规定了“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合”，冲突各方必须遵守若干规定。

385 这一看似简单的表述是共同第3条谈判历史的结果。[68]在1949年的外交会议上，各方立场千差万别，有方面认为，一国有权在其主权范围内对武装暴力采取应对措施，因此反对国际法对这一权利施加任何限制；而其他方面则决心要将非国际性武装冲突在最大程度上纳入日内瓦公约制度的规制范围。因此，必须找到一种妥协的方案。摆在各国面前的选择有两个：一是将受公约约束的情形限制在某些限定类型的非国际性武装冲突类型中，二是限制适用于非国际性武装冲突的规则的数量，并确保这些规则能够适用于广泛的情形。各国最终选择了后者，同时为冲突方就允许适用更多的公约规则达成特别协定预留了空间。[69]

386 然而，各方对约文用词达成一致却并不能解决共同第3条一直存在的适用范围问题。在这一点上故意未作详细规定，有助于国家接受共同第3条。但对其适用范围作出澄清却十分重要，因为某一局势是否属于“非国际性之武装冲突”具有重大影响。为此，值得注意的是，《第二附加议定书》第1条将“内部动乱和紧张局

64 见上注，第97～98、127页。
65 见上注，第34～35、36～37页。
66 见上注，第339页。
67 见上注，第I卷，第383～385页。
68 详见第二部分。
69 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第122～123页；另见第46～50、76～79、122～125页。

势，如暴动、孤立而不时发生的暴力行为和其它类似性质的行为”定性为“非武装冲突”，这种定性对共同第3条来说也是准确的。[70]

387 如果在某暴力局势中，有组织的冲突各方以一定激烈程度的暴力相互对抗，这种局势便达到了构成“非国际性之武装冲突”的标准。这是一项根据事实作出的判断。

388 如果某暴力局势构成了非国际性武装冲突，那么就应当适用共同第3条及其他在非国际性武装冲突中适用的人道法规定，从而保证冲突各方负有国际法上的义务，为冲突的受难者提供基本的保护，并遵守关于敌对行动之开展的规则。[71]重要的是，人道法约束所有冲突方，无论是国家还是非国家实体。[72]因此，适用共同第3条，以及其他专门为应对非国际性武装冲突的现实情况而制定的人道法规定，对冲突受难者的生存、健康和尊严具有至关重要的意义。

389 尽管共同第3条中的规则限制或禁止非国际性武装冲突中的伤害行为，但该条款本身却没有规定规制敌对行动的规则。然而，可以认为，在共同第3条具有适用性的情形下，其他有关非国际性武装冲突的人道法规则也应当适用，包括关于敌对行动的相关规则。因此，虽然可能没有明显必要确定共同第3条适用范围的界限，但重要的是，适用于武装冲突的规则应仅适用于其旨在规制的情形。[73]

390 因此，对于某情形是否达到构成“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突”的标准，不可轻易予以肯定或否定。人道法标准必须只适用于武装冲突（人道法正是为规制武装冲突局势而拟定和发展的），并审慎平衡军事必要与人道需求这两项考量因素。

391 对共同第3条适用范围的评估不仅回答了某暴力局势是否达到了构成非国际性武装冲突的标准的问题，还发挥了另外一项作用：确认国际性和非国际性武装冲突之间存在区别。虽然自1949年以来适用于非国际性武装冲突的协定国际人道法或习惯国际人道法已经得到长足发展，但规制国际性武装冲突的人道法中仍有一些重要元素，在适用于非国际性武装冲突的法律中没有对应规定。特别是，规制非国际性武装冲突的人道法没有战俘身份的规定，也没有相当于占领法制度的规定。因此，区分国际性和非国际性武装冲突仍然具有重要意义。

70 See Bothe/Partsch/Solf, p. 719，文中指出，关于《第二附加议定书》第1条第2款，“〔‘非武装冲突’〕一语不应被解释为试图改变共同第3条的意义，共同第3条‘现有的适用条件’并没有被《第二附加议定书》第1条修正”。

71 除了共同第3条，其他人道法条约也可能适用于非国际性武装冲突，特别是《第二附加议定书》。详见关于《第二附加议定书》第1条的评注及本评注第三部分第（二）节。此外，适用于非国际性武装冲突的习惯国际法也应当予以遵守，见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克。

72 关于共同第3条的约束力，详见第四部分第（一）节。

73 关于共同第3条的属地和属时适用范围，详见第三部分第（三）节和第（四）节。

392 应当指出的是，国际法上不存在一个中央机关负责把某个局势界定或归类为武装冲突。各国和冲突各方需要自行判定其开展军事行动时可适用的法律框架。对红十字国际委员会而言，它对事实做出独立判定并对局势进行系统性归类以便开展工作。正如《国际红十字与红新月运动章程》所规定的，这是红十字国际委员会依据日内瓦四公约履行其职责所固有的一项任务。[74]联合国和区域性组织等其他行为体，也可能需要对局势进行归类以便开展工作，国际和国内的法院和法庭也需要这样做以行使管辖权。无论在何种情况下，必须依据事实和人道法的相关标准善意地进行归类。[75]

（二）“非国际性之武装冲突之场合”

1. 非国际性武装冲突各方

（1）概论

393 共同第3条以一种否定的描述为基础：它适用于“非国际性”之武装冲突之场合。“非国际性”武装冲突是至少有冲突一方不是国家的冲突。共同第3条的前后文支持这一解读：它规定在适用于国家间的武装冲突（也就是国际性武装冲突）的共同第2条之后。共同第3条适用的场合不同于共同第2条所适用的国家间的武装冲突。[76]据此，非国际性武装冲突首先是缔约国政府与一个或多个非国家交战方间的所有武装冲突。[77]这种类型的武装冲突是在共同第3条谈判过程中所主要讨论的类型。[78]

394 此外，普遍认为共同第3条意义上的非国际性武装冲突也包含没有国家一方参加的武装冲突，即仅在敌对的非国家武装团体之间发生的武装冲突。[79]但应注意的

74 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条。

75 由于国际法是一个自适用系统，不同的行为体对相同的事实可能有不同的看法。在任何情况下，只有事实才能决定一个局势是否构成国际性武装冲突、非国际性武装冲突，抑或根本不构成武装冲突。

76 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第3.8段：“非国际性武装冲突区别于国际性武装冲突之处在于其敌对各方的法律地位；冲突各方不都是主权国家，而是一个国家的政府在其境内与一个或多个武装部队发生冲突。”See also United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, p. 67: “此处使用‘非国际性之武装冲突’一词是与国家之间的武装冲突相对的。‘公约诸规定有关其适用的根本逻辑’体现了这一点。”但是，见Israel, Supreme Court, *Public Committee against Torture in Israel case*, Judgment, 2006, para.18, 该段将国际性武装冲突定义为：“该法〔关于国际性武装冲突的国际法〕适用于任何具有国际性的武装冲突的场合——换言之，即跨越国境线的武装冲突。”

77 See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para 70. See also Gasser, p. 555。

78 详见第二部分。

79 See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, 1995, para. 70. See also Gasser, p. 555: “〔非国际性武装冲突的〕另一种情形是，一国所有政府权力处于瓦解之中，导致各种团体为了夺权而相互斗争。”

是，《第二附加议定书》并不适用于此类冲突。[80]然而，这并不影响共同第3条的适用范围。[81]随着1998年《国际刑事法院规约》的通过，各国再次确认，仅发生于不同武装团体之间而不涉及某个国家的战斗也可构成非国际性武装冲突。[82]

(2) 具体场合

395 共同第3条意义上的非国际性武装冲突是敌对方中至少一方不是国家的武装冲突。依据这一理解，区分国际性和非国际性武装冲突通常是容易的。但在某些情形中，这一点并不是那么明显。

396 国际人道法中的条约本身就包含了某些场合。根据《第一附加议定书》第1条第4款，日内瓦四公约第2条意义上的国际性武装冲突还

> 包括各国人民在行使庄严载入联合国宪章和关于各国依联合国宪章建立友好关系及合作的国际法原则宣言的自决权中，对殖民统治和外国占领以及对种族主义政权作战的武装冲突。

397 对于议定书的缔约国来说，调整国际性武装冲突的人道法由此适用于这些冲突中。[83]

398 当一国与国家地位不确定的另一实体发生武装冲突时，武装冲突具有国际性还是非国际性就可能不是那么明确。该实体是否为国家将决定该冲突具有国际性还是非国际性，也将决定应当适用国际性武装冲突法还是非国际性武装冲突法。[84]共同第3条或一般人道法规则对于一个实体在国际法上是否是一个国家并没有给出答案；其相关标准是由一般国际法规则设定的。[85]例如，反对派是否以及何时成为

80 根据《第二附加议定书》第1条第1款，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……持不同政见的武装部队或其它有组织的武装集团之间的”武装冲突；详见该条评注。

81 根据《第二附加议定书》第1条第1款，该议定书“发展和补充“共同第3条，“而不改变其现有的适用条件”。基于同样的原因，《第二附加议定书》第1条第1款关于非国家一方行使领土控制权的要求仅适用于《第二附加议定书》而不适用于共同第3条。至于共同第3条，领土控制权的行使可能在事实上反映了非国家武装团体的组织性已经达到了作为非国际性武装冲突一方的要求；详见第三部分第（二）节第2项。

82 1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第4项在确定第8条第2款第3项的适用范围时，并没有将其限制于至少涉及一个国家的非国际性武装冲突，尽管这一条另行使用了《第二附加议定书》发展出来的概念。此外，根据该规约第8条第2款第6项，第8条第2款第5项明确适用于“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，或这种集团相互之间长期进行武装冲突”。

83 见《第一附加议定书》第96条第3款。详见《第一附加议定书》第1条第4款和第96条之评注。

84 只要在后一种情况中非国际性武装冲突的条件已经满足；详见第三部分第（二）节第2项。

85 关于国际法上的国家地位问题，例如，见James R. Crawford, ‘State’, version of January 2011, in RüdigerWolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL, 以及，关于相关详细分析，见James R. Crawford, The Creation of States in International Law, 2nd edition, Oxford University Press, 2006。一般而言，以有效性为基础的国家地位的“传统”标准规定在1933年《蒙得维的亚国家权利义务公约》第1条中：“作为一个国际法人，国家应当具有以下资格：（1）永久人口；（2）确定的领土；（3）政府；和（4）与其他国家交往的能力。”另见关于共同第2条的评注，第231段。关于保存者在这方面的作用，见关于第60条的评注，第三部分第（一）节，以及关于第62条的评注，第三部分第（二）节。

国家的问题就曾经出现在20世纪90年代早期前南斯拉夫的冲突中，这一冲突导致了克罗地亚和波黑的独立。[86]该冲突和其他局势也说明，武装冲突可以从非国际性变成国际性，反之亦然。

399 此外，当一国与另一个可能是、也可能不是另一国政府的实体发生冲突时，可能也无法确定该冲突是国际性还是非国际性冲突。与上述情况不同，此时的问题并不在于国家地位不明确，而在于一国的敌对方是否是另一国的政府。人道法并未就决定一个实体是否是一国政府提供指导；这一决定应当根据一般国际法规则作出。根据国际法，一个政府存在的关键条件是它的有效性，即在一国领土范围内有效行使通常由政府行使之职能的能力，包括维护法律和秩序。[87]换言之，有效性是指对内对外（即在与其他国家的交往中）行使国家职能的能力。如果有关实体为政府，该武装冲突就是由各自政府所代表的两国之间发生的国际性武装冲突。如果有关实体不是政府，该冲突就是非国际性武装冲突，当然前提是既已满足构成非国际性武装冲突的标准。[88]

400 例如，在2001年10月美国领导北约国家联盟在阿富汗发动的军事行动中就产生了这一问题。基于以上考虑，红十字国际委员会在初期将以美国为首的联军与当时控制阿富汗将近90%领土的塔利班政权之间的冲突定性为国际性武装冲突。2002年6月，阿富汗支尔格大会（大国民会议）成立新政府之后，红十字国际委员会又将该局势重新定性为非国际性武装冲突，其一方为盟国支持的阿富汗新政府，另一方为塔利班及其他非国家武装团体。[89]

401 然而，参与该冲突的某些国家对其定性有所不同，从最初的国际性武装冲突，[90]到维稳行动，后者可能包含维和行动的性质，而维和行动通常并不视为武装冲突（包括国际性和非国际性武装冲突）。[91]

86 ICTY, *Slobodan Milošević* Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 2004, paras 87–115; *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 96–108 and 211–214; *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 72.

87 See Hersch Lauterpacht, 'Recognition of Governments: I', Columbia Law Review, Vol. 45, 1945, pp. 815–864, especially at 825–830, and Malcolm N. Shaw, International Law, 5th edition, Cambridge University Press, 2003, pp. 376–382. See also Siegfried Magiera, 'Governments', version of September 2007, in RüdigerWolfrum (ed.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL, paras 14 and 17. 另见《日内瓦第三公约》第4条子款第3项，从该规定可以推断出，拘留国不承认某政府或当局不影响武装冲突的国际性；详见关于该条的评注。

88 且该实体不属于另一个国家。关于非国际性武装冲突的门槛标准，详见第三部分第（二）节第2项。

89 见，例如，红十字国际委员会，《国际人道法与当代武装冲突的挑战》，2007年，第302～303页，以及《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第6页。

90 United States, Memorandum on Humane Treatment of Taliban and al Qaeda Detainees, The White House, Washington, 7 February 2002, 此备忘录将该冲突定性为国际性武装冲突。

91 Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, pp. 33–36. See also Nina M. Serafino, *Peacekeeping and Related Stability Operations: Issues of U.S. Military Involvement*, Congressional Research Service Report, updated 24 January 2007; Constantine D. Mortopoulos, 'Note: Could ISAF be a PSO? Theoretical Extensions, Practical Problematic and the Notion of Neutrality', *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, Vol. 15, No. 3, pp. 573–587; and Françoise J. Hampson, 'Afghanistan 2001–2010', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 242–279.

(3) 一个或多个外国参与非国际性武装冲突的情况

402 当一个或多个外国加入一场非国际性武装冲突时，判断应将其归类为国际性还是非国际性武装冲突也是一个复杂的问题。外国加入冲突可能是为政府一方作战，也可能是为非国家武装团体一方作战。在多个外国参与的情况下，也有可能是一个或多个国家为支持政府而战，而另外的一个或多个国家则为支持非国家武装团体而战。

403 鉴于这一情况的潜在复杂性，有观点认为，外国在非国际性武装冲突中的任何军事参与（即为支持一方而战斗），均得使该武装冲突整体国际化，从而使调整国际性武装冲突的人道法适用于所有敌对各方之间的关系。[92]红十字国际委员会也在1971年的政府专家会议上提出了这一论点，但未被接受。[93]

404 相反，区别说得到了广泛接受，即区分外国是为支持冲突的国家一方而战还是为支持武装团体一方而战。[94]在前一种情况下，因为在该武装冲突中仍然是非国家武装团体与政府当局相互对抗，所以该武装冲突将保持其非国际性。在后一种情况下，非国家武装团体与国家一方间的原武装冲突仍然保持其非国际性（除非介入国对该武装团体实施了一定程度的控制）。[95]与此同时，由于在第二种情况下，介入国与原非国际性武装冲突国家一方之间处于敌对状态，这两个国家之间还同时存在着国际性武装冲突。最后，当多个外国介入原非国际性武装冲突的任意一方时，各个双边冲突关系是国际性还是非国际性将取决于敌对双方是仅由国家构成还是有非国家武装团体卷入其中。红十字国际委员会现在也采用了这一观点。[96]

405 尽管区别说在法律上是准确的，但是有学者指出，其在实际适用中有时并不容易。[97]例如，当一外国介入并支持原武装冲突中的非国家武装团体一方而导致非国际性和国际性武装冲突同时存在时，被非国家武装团体或介入国剥夺自由的人员便会适用不同的法律制度。基于这些人员不同的身份，介入国有义务根据《日

92 例如，见联合国安全理事会：《安全理事会第780（1992）号决议所设专家委员会的临时报告》，联合国S/25274号文件，1993年2月10日，附件一，第45段，认为规范国际性武装冲突的人道法适用于“前南斯拉夫境内的所有各次武装冲突”。另见David, p. 178: “总之，将冲突分为〔国内部分和国际部分〕在理论上是可能的，但这会很难付诸实践，而且可能导致不一致。因此，在外国介入的情况下，将其视为对冲突的总体国际化是更可取的。”

93 该提案为：“在非国际性武装冲突场合下，当任一冲突方或双方同时受益于第三国提供的行动武装部队的帮助时，冲突各方则应当适用适用于国际性武装冲突的全部国际人道法”；《1971年政府专家会议报告》，第50页。专家们提到的拒绝这一提案的原因之一是，该提议会鼓励非国际性武装团体寻求外国的支持；见上注，第51～52页。

94 国际法院曾含蓄地确认了这一区别说，ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 219. See also Akande, pp. 57 and 62–64; Schindler, p. 150; 以及《非国际性武装冲突圣雷莫手册》（2006年），关于第1.1.1节的评注。

95 见第406～410段。

96 见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第6页，关于在国际组织的框架内多国部队介入的情况，见第26～27页。

97 See e.g. Schindler, p. 150; Vité, p. 86; and, generally Stewart.

内瓦第三公约》或《日内瓦第四公约》给予其相应待遇，而非国家武装团体则仅仅受非国际性武装冲突相关法律的约束。

(4) 外来介入国对作为冲突一方的非国家武装团体的控制

406 可能还会发生一种特殊的情况，即一外国不仅加入了某非国家武装团体与一国武装部队的冲突，而且事实上控制着该非国家武装团体。在这种情况下，便不涉及非国际性和国际性武装冲突并存的问题，而仅在介入国与领土所属国之间存在国际性武装冲突，即使其中一方通过一个非国家武装团体行事也是如此。由此产生的争论是：外来介入国需要对非国家武装团体实施何种程度的控制，才会使武装冲突具有国际性。[98]

407 在1999年的“塔迪奇案”中，前南刑庭上诉庭在该问题上寻求了国家责任法的指引。[99]在1986年的“尼加拉瓜案”中，就国家责任而言，国际法院确定了将非国家行为归因于某一外国所要求的控制程度：非国家武装团体完全依赖于某一外国，从而使其任何行为均归于该外国；或者对具体行动存在有效控制，从而使在该行动过程中犯下的行为归于该国。[100]在这一背景下，前南刑庭发展出了判定一国是否对非国家武装团体实施“总体控制”的标准，认为该标准最适合用于国际性和非国际性武装冲突的定性，以及进行国家责任意义上的归因。[101]根据该标准，形成国际性武装冲突且非国家武装团体的行为可归于一国的条件是：介入国对该非国家武装团体控制的程度“不止是提供资金和装备”，“也包括参加军事行动的计划和监督”，但并不要求“此种控制应延伸至就单个军事行动发布具体的命令或指示”。[102]

408 在2007年的“灭绝种族罪公约适用”案中，国际法院指出，“只要‘总体控制’标准被用于确定某场武装冲突是否具有国际性，……那么该检验标准很可能就是可适用且适当的”。但国际法院并不接受将“总体控制”标准适用于不法行为的归因问题。[103]

98 关于该争论的概况，例如，见Akande, pp. 57–62 and 63–64。

99 See ICTY, *Tadić*, Appeal Judgment, 1999, paras 88–114.

100 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 110–116.

101 See ICTY, *Tadić*, Appeal Judgment, 1999, paras 115–145.

102 *Ibid*. para. 145. 在这方面，另见ICC, *Lubanga* Decision on the Confirmation of Charges, 2007, paras 210–211, and Trial Judgment, 2012, para. 541。就冲突的定性而言，从国家责任法中有关归因的次级规则层面开始论证是否合适，或者是否应当在国际人道法本身的初级规则中找到一个解决方案，一直以来都有争议。相关讨论，见Cassese, 2007, 以及Milanovic, 2006 and 2007a。

103 See ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–407. 有关控制标准及其在国际性或非国际性武装冲突情形归类中的可行性分析，详见关于共同第2条评注，第265～273段。

409 在依据人道法对某一局势进行定性方面，如果该局势中非国家武装团体与第三国之间存在密切关系且并非隶属关系，则总体控制标准就是适当的，因为就归因等问题而言，总体控制的概念更好地反映出该武装团体与该第三国之间的真实关系。这意味着即使没有就每一项交战行为发出的具体指令，该武装团体仍可从属于该国。此外，诉诸总体控制标准，可以整体评估事实上的实体或非国家武装团体所受控制的程度，从而可以将若干行为归因于第三国。[104]相反，依靠有效控制标准可能要求在每一次行动中都对冲突进行重新定性，这是不切实际的。再者，所用标准还必须避免这样的情况，即某些行为受国际性武装冲突法调整，但无法归因于一国。

410 这一立场目前尚未得到一致认可。国际法院认定，总体控制标准可用于对冲突进行定性，而有效控制则继续作为行为是否可归因于一国的检验标准，但并未阐明如何协调适用这两种标准。[105]

(5) 非国际性武装冲突中的多国部队

411 如果满足人道法适用的典型条件，国际人道法的规定并不禁止派遣多国部队[106]的各国或国际组织成为武装冲突的当事方。[107]人道法对多国部队的可适用性，就像其对任何其他行为者的适用一样，仅取决于现实的情况，而不考虑联合国安理会委派给这些部队哪些国际职责，也不考虑对其潜在的敌对方做出了何种认定。做出该判定的基础在于，产生于人道法相关规范的具体法律条件是否得到了满足，就非国际性武装冲突而言，相关规范即共同第3条。

412 因此，不论该武装部队的名称或构成如何，不管其是根据联合国安理会决议行事的维和部队，还是有或没有联合国安理会授权的多国部队，如果该部队事实上参与了针对一个或多个武装团体的集体敌对行动，并满足了非国际性武装冲突

104 相反，有效控制与每一次行动相关联，几乎不可能证明，因为它需要的证据水平不太可能能够达到。国际法院在2007年“灭绝种族罪公约适用”案以及1986年“尼加拉瓜境内和针对尼加拉瓜的军事和准军事行动”案中，为确定国家是否应对国际不法行为承担责任，使用了以“全面控制和依赖”为基础的归因标准，这显然使得有效控制的标准甚至更加严苛。See Hervé Ascencio, ‘La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l’affaire du génocide bosniaque’, *Revue générale de droit international public*, Vol. 111, No. 2, 2007, pp. 285–304, at 290–292, and JörnGriebel and Milan Plücken, ‘New Developments regarding the Rules of Attribution? The International Court of Justice’s Decision in *Bosnia* v. *Serbia’*, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, No. 3, 2008, pp. 601–622.

105 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, paras 404–407.

106 本节所用的“多国部队”一词是指部队派遣国交由和平行动支配的武装部队。国际法上并没有关于和平行动的明确定义。1945年《联合国宪章》中也没有“和平行动”、“和平支持行动”、“维持和平行动”和“执行和平行动”这些用语。这些用语可能有不同的解释方式，也时常被互换使用。一般而言，“和平行动”涵盖了国际组织、区域性组织或国家联盟根据联合国安理会依《联合国宪章》第六、七或八章通过的决议而代表国际社会开展的维持和平行动与执行和平行动。

107 这一判定并不影响另一个完全不同的问题：是该国际组织整体还是该组织的下属机构成为了冲突的一方。

的条件，派遣多国部队的国际组织或组成该部队的各国便可以成为武装冲突的一方（或各方）。[108]

413 鉴于多国部队的国际背景，有观点认为，在任何冲突中，如果多国部队从事的活动相当于某冲突一方开展的行动，则该冲突为国际性武装冲突，而不论该多国部队与国家还是与非国家武装团体作战。[109] 然而，这种武装冲突的自动国际化是否合适可能存在疑问，特别是当介入冲突的部队只是与非国家武装团体开展敌对行动之时。[110] 根据另一种观点，即红十字国际委员会所持观点，[111] 对多国部队参加之武装冲突的国际性和非国际性的评估应当采取与适用于单个外国介入武装冲突之情况相同的区别说。[112] 据此，武装冲突的国际性与非国际性取决于敌对各方是国家还是非国家团体。因此，只有当多国部队与一个国家发生武装冲突时，该特定的冲突才是国际性武装冲突，且同时存在的该国与非国家武装团体之间的原武装冲突仍具非国际性，不受影响。与此相反，当多国部队为支持国家一方而与非国家武装团体作战时，敌对各方的关系将由非国际性武装冲突法进行规范。[113]

2. 构成非国际性武装冲突的条件

(1) 引言

414 非国家行为体与政府当局之间或者几个非国家行为体相互之间发生武装暴力并非罕见的现象。国家职责的一部分就是管制境内的暴力活动，维持并恢复法律和秩序，必要时行使为此目的而赋予它的垄断权利，即合法使用武力的权利。[114]

108 关于谁是冲突一方（例如，是国际组织还是部队派遣国）的讨论，见关于共同第2条的评注，第245～252段。See also Ferraro, 2013b, pp. 588–595以及红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2015年，第21～25页。

109 See e.g. Shraga, 1998, p. 73 and David, pp. 178–186.

110 For a discussion, see Ferraro, 2013b, pp. 596–599.

111 见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第26～27页。

112 See e.g. Pejic, 2007, p. 94; Ferraro, 2013b, pp. 575–579; Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 185–193; Ola Engdahl, 'The Status of Peace Operation Personnel under International Humanitarian Law', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11, 2008, pp. 109–138; Françoise J. Hampson, 'Afghanistan 2001–2010', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press,2012, pp. 242–279; and Robert Kolb, Gabriele Porretto and Sylvain Vité, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisationsinternationales: Forces de paix et administrations civilestransitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

113 也有日内瓦四公约缔约国支持区别说在多国部队介入冲突的场合适用；see e.g. Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 34:

> 北约领导的国际安全援助部队是在阿富汗政府的邀请和允许下进入其境内的；这意味着有关领土所属国以国际法下有效的方式同意了国际安全援助部队的部署。因此，由于国际安全援助部队是代表阿富汗政府当局作战，尽管该冲突有国际部队的参与，但仍须根据国际法将其定性为具有"非国际性"。

114 Max Weber, 'Politik als Beruf', speech at Munich University, 1919, in *Gesammelte Politische Schriften*, Munich, 1921, pp. 396–450.

国内法和国际法，尤其是国际和区域人权法，在可适用时提供了一国行使这种权利时应予遵守的框架。

415 在非国家武装团体和政府当局之间或者几个非国家武装团体相互之间发生的暴力局势中，最根本的问题就是，依据人道法，这些暴力局势何时成为非国际性武装冲突并受人道法约束。

416 构成非国际性武装冲突与国际性武装冲突的条件不同。对国际性武装冲突来说，任何“国家之间诉诸武力”的行为都足以引起人道法在相关国家间立即适用。[115]然而，因冲突一方具有非国家性而不能被定性为国际性武装冲突的暴力局势不一定就是非国际性武装冲突。非国际性与国际性武装冲突存在不同的构成条件，这是因为，与处理同其他主权国家之间的外部关系相比，各国更倾向于防范国际法对其内部事务的规制。共同第3条通过时当然也是这种情况。[116]

417 让·皮克泰（Jean Pictet）在其1952年对《日内瓦第一公约》所做的评注中，针对“非国际性之武装冲突”这一术语缺少相关定义，其指出：

> 许多代表团担心，该术语可能会被理解为包含通过武力实施的任何行为——任何形式的无政府状态、叛乱甚或普通匪患。例如，如果少数个人揭竿而起反抗国家并袭击了一所警察局，这是否足以形成该条意义上的武装冲突？[117]

这些与主权有关的担忧有助于解释，为何在非国际性武装冲突中，适用人道法的标准要比国际性武装冲突要多。

418 不过，应当注意的是，对1977年《第二附加议定书》进行谈判并予以通过时，各国专门为《第二附加议定书》设置了相对较窄的适用范围，但这并未改变共同第3条的适用范围。[118]

115 See ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. 相关详细讨论，见关于共同第2条的评注，第236～244段。

116 相关详细讨论和更多内容，例如，见Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 269–272。1948年，在斯德哥尔摩会议上，一些国家对这一草案进行了批判（根据该草案，公约的全部条款都将适用于非国际性武装冲突），它们担心“其将预先涵盖所有形式的叛乱、反叛、无政府状态、国家解体，甚至是普通的匪患”；Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 43. 各国尤其担心人道法中对非国家当事方任何法律地位的承认可能带来的影响。

117 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 49.

118 《第二附加议定书》第1条。另见本评注第394段，以及关于对《第二附加议定书》起草历史的概述，见Cullen, pp. 88–101。

419 1952年至1960年间由红十字国际委员会出版、让·皮克泰担任主编的日内瓦四公约评注，列举了大量“实用标准”用以评估共同第3条的适用问题。[119]正如这些评注所指出的，“实用标准”来源于1949年外交会议上“所讨论的多项修正草案”。评注认为，“这些不同的条件尽管没有任何约束力，但是构成了实用标准”，它们“是区分真正的武装冲突与单纯的匪患或无组织的短期叛乱的有用手段”。[120]

420 然而，这些“实用标准”仅具指引作用。[121]他们来自于1949年外交会议期间提交的有关公约修正草案的提案，当时仍在讨论的是日内瓦四公约对非国际性武装冲突的完全适用，而非如最终通过的共同第3条所规定那样，仅仅适用一些最低限度的规则。所以，考虑到如果四部公约整体适用于非国际性武装冲突，所有各方将承担非常详尽和苛刻的义务，各国提出了所列标准，以限制将来共同第3条的适用范围。[122]由于最终通过的共同第3条放弃了将日内瓦四公约完全适用于非国际性武装冲突的想法，以换取其广泛的适用范围，并不是所有这些标准都适用于共同第3条。[123]然而，如果满足“实用标准”，当然表明存在非国际性武装冲突。

421 随着时间推移，在皮克泰评注所列举的标准中，现在普遍公认有两项标准与评估非国际性武装冲突是否存在最为相关，即：暴力需要达到一定的激烈程度，并且该暴力须发生在至少两个有组织的当事方/武装团体之间。因此，非国际性武装冲突是否存在，就需要依据这些特定的标准进行评估。

119 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 49–50:
1、反叛合法政府一方拥有一支有组织的军事力量、一个为其行为负责的当局，在一块确定的领土内行动，并且拥有尊重本公约并保证本公约被尊重的手段。
2、合法政府被迫诉诸常规军事力量，对抗占据该国一部分领土的、具有军事组织的叛乱者。
3、（1）合法政府承认叛乱者为交战团体；或者
（2）其主张自身享有交战权利；或者
（3）其仅仅为了本公约的目的而承认叛乱者为交战团体；或者
（4）有关争端已经作为对国际和平的威胁、对和平的破坏或侵略行为而被列入联合国安全理事会或大会的议程。
4、（1）叛乱者具有一定的组织形式，且该组织形式意图具有国家的特征；
（2）叛乱者的民政当局对某一确定领土内的人员行使事实上的权力；
（3）武装部队依据有组织的民政当局的指挥行动，而且准备好遵守一般战争法；
（4）叛乱者的民政当局同意受本公约规定的约束。
See further Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 35–36, *andCommentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, pp. 35–36. 这些标准在关于《日内瓦第二公约》的评注中没有出现。

120 *Ibid.*

121 See e.g. ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 176.

122 因此，所列标准体现了传统交战团体概念的内容，例如必须得到有关国家的承认，或要求非国家武装团体具有类似国家的特征，包括明确宣布服从日内瓦四公约的约束。

123 例如，如果承认叛乱方为交战团体的标准得到满足，那就意味着，武装冲突法整体，而不仅仅是共同第3条，都可适用，这将使共同第3条成为多余。不过，需要承认的是，皮克泰评注原文倡导应“尽可能广泛地”适用共同第3条的规定；See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 50.

(2) 冲突各方的组织性以及冲突的激烈程度

422 共同第3条的措辞为其适用条件提供了一些基本指引：其要求存在非国际性的“武装”“冲突”，并涉及“冲突之各方”。这表明，若要适用共同第3条，某暴力局势必须达到一定的激烈程度，以有能力成为武装冲突当事方的非国家武装团体诉诸武力为特点。[124]

423 红十字国际委员会基于国际判例法的实践和发展，表明了其对非国际性武装冲突的理解，即：

> 非国际性武装冲突是政府武装部队与一个或者多个武装团体之间或者上述团体相互之间在一国〔日内瓦四公约缔约国〕领土内发生的长期武装对抗。此种武装对抗必须达到最低限度的激烈程度，并且参与冲突的各方须展现最低限度的组织性。[125]

424 非国际性武装冲突的上述定义，即“政府当局和有组织的武装团体之间或此种团体相互之间的长期武装暴力”，以及“激烈程度”和“组织性”的判断标准，已广泛地反映在其他机构的实践中。[126]它们在日内瓦四公约缔约国的实践中也有体现。[127]

425 这些标准早在1962年就已被提出，当时，红十字国际委员会召集了专家委员会研究向国内武装冲突的受难者提供人道援助的问题，并研究了共同第3条的适用条件问题。[128]另外，1979年，一位专家重申，敌对行动具有一定激烈程度，且当

124 需要注意的是，“敌对行动”这个术语指的是“冲突各方伤害敌人（集体）诉诸的手段和方法”。红十字国际委员会，《解释性指南》，第41页。

125 ICRC, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law*?, Opinion Paper, March 2008, p. 5. 这方面进行理解的首要案件是前南刑庭审理的“塔迪奇案”，*Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70, andTrial Judgment, 1997, para. 562.

126 See e.g. SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 95, and ICC, *Bemba* Decision on the Confirmation of Charges, 2009, para. 231, and Trial Judgment, 2016, para. 128. 更多例子，见Sivakumaran, 2012, p. 166。

127 例如，见加拿大《加拿大部队行动中的武力使用》（2008年），第104.6段；哥伦比亚《作战法手册》（2009年），第II章；荷兰《军事手册》（2005年）第1006段；秘鲁《国际人道法手册》（2004年），第9章术语表；以及英国《武装冲突法手册》（2004年），第29页。See also Colombia, Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-291/07*, Judgment, 2007, pp. 49–52; and Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 34.

128 除其他外，委员会受邀考量了如下问题：“1949年8月12日日内瓦四公约共同第3条在何种场合可合法适用”。委员会指出：

> 所观察到的实践使委员会能够界定落入第3条适用范围的局势的类型。……它必须是一个引起“敌对行动”的国内“武装”冲突的问题。……
>
> 在委员会看来，如果针对合法政府的敌对行为具有集体性质，而且具有最低程度的组织性，则无法否认存在第3条意义上的武装冲突。在这个方面，应当考虑的因素包括冲突的时间长度、叛乱团体的数量和结构、它们在部分领土上的设施或行动、不安全的程度、是否存在受难者、合法政府为恢复秩序而动用的方法等，这些情况不一定需要累加考虑。

ICRC, ‘Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a Commission of Experts in Geneva, 25–30 October 1962, Report’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 3, No. 23, February 1963, pp. 79–91, at 82–83.

事方具备组织性，是两项指导要素，他指出：

> 实践已经为区分非国际性武装冲突和内乱设定了如下标准。首先，敌对行动必须通过武力实施，其激烈程度一般会迫使政府动用武装部队（而不仅仅依靠警方）来对付叛乱方。其次，就叛乱方而言，敌对行动必须具有集体性，也即不仅由单个团体实施。另外，叛乱方应当展现出最低限度的组织性。他们的武装部队应当处于一个负责任的统率之下，并且有能力满足最低的人道要求。[129]

426 20世纪90年代，前南刑庭和卢旺达刑庭的裁决为澄清非国际性武装冲突的定义或构成要件作出了重大贡献。为了能够对严重破约行为和其他战争罪行使管辖权，两个法庭必须确定，据称发生了犯罪行为的局势是否构成武装冲突，而且如果构成，它们是国际性抑或非国际性武装冲突。[130]

427 1995年，在关于“塔迪奇案”管辖权问题的裁定中，前南刑庭上诉庭认为，“只要……在一国境内发生了政府当局和有组织的武装团体之间或此类武装团体相互之间的长期武装暴力”，就满足了构成非国际性武装冲突的条件。[131]1997年，在对同一案件的审判判决中，前南刑庭进一步发展了这一判定方法，认为：“上诉庭采用的……判定的标准侧重于冲突的两个方面……冲突的激烈程度和冲突各方的组织性。”[132]这些结论随后为前南刑庭和卢旺达刑庭的判例法所重申。[133]正如前南刑庭和卢旺达刑庭所指出的，“冲突激烈程度和当事方组织性的判定是事实问题，需要结合特定的证据在个案的基础上进行决定”。[134]

428 从国际刑事司法判例发展出来的这一判定方法与红十字国际委员会关于共同第3条中“非国际性之武装冲突”的概念的理解是一致的。国际法庭的司法判例也为帮助理解这些标准的内容提供了更多要素。

429 首先，关于“组织性”的标准，国家武装部队被推定为具有组织性。非国家武装团体要想具备足够的组织性以成为非国际性武装冲突的一方，就必须拥有有

129 See Schindler, pp. 146–147.

130 见《前南刑庭规约》（1993年）第2条和第3条，以及《卢旺达刑庭规约》（1994年）第3条。

131 See ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70.

132 See ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 562:

> （1）政府部队与有组织的武装团体之间的长期武装暴力
> 562. 上诉庭采用的在共同第3条所载规则的意义上对武装冲突是否存在进行判定的标准侧重于冲突的两个方面：冲突的激烈程度和冲突各方的组织性。在国内或混合性武装冲突中，这些彼此密切相关的标准仅作为最低标准，用于区分武装冲突和匪患、无组织且短期的叛乱或者恐怖活动，后者不受国际人道法的调整。关于《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（第一公约）的评注（“《日内瓦第一公约》评注”）论及了与这一判定相关的因素。〔后加着重号以示强调。〕

133 See e.g. ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 84, and *Boškoskiand Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 175. See also e.g. ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 619–620, and *Rutaganda* Trial Judgment, 1999, paras 91–92.

134 See ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 84. See also *Boškoskiand Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 175, and ICTR, *Rutaganda* Trial Judgment, 1999, para. 92.

组织的武装部队。这些部队“必须有某种指挥结构，而且有能力持续开展军事行动”。[135]另外，“尽管该团体不需要具有国家武装部队的组织程度，但是它必须拥有某种程度的等级和纪律，以及实施国际人道法基本义务的能力”。[136]

430 为了评估非国家武装团体必须达到的组织程度，前南刑庭确定了某些具有指示性的要素，但同时指出，任何一个要素本身对于判断是否符合这一标准都不是决定性的：

> 这些指示性的因素包括：团体内部是否存在指挥结构和纪律规则与机制；是否存在总部；团体是否控制了一定的领土；团体是否有能力获得武器和其他装备、招兵与军事训练；是否有能力计划、协调和实施军事行动，包括军队的调动和后勤保障；是否有能力确定统一的军事战略，并采取军事战术；是否有能力对外一致发声，谈判和缔结诸如停火或和平协议等协定。[137]

431 其次，“当敌对行动具有集体性质，或者政府被迫动用军队（而不仅仅依靠警方）来对付叛乱方时”，即可满足必要的激烈程度要求。[138]据此，可以说，《第二附加议定书》第1条第2款中的规定，即“本议定书不应适用于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和其它类似性质的行为”，也界定了共同第3条的最低适用条件。[139]这种理解已经得到国家实践的确认，即对于适用于非国际武装冲突的其他条约，各国选择了将共同第3条和《第二附加议定书》第1条第2款结合起来进行参考。[140]

135 ICRC, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law*?, Opinion Paper, 2008, p. 3.

136 Droege, 2012, p. 550. See also ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 2003, p. 19.

137 ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 60. See further ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, paras 199–203, and *Limaj* Trial Judgment, 2005, paras 94–134. 其中一些要素也已在国际刑事法院得到适用；see *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 537, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1186, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 134–136.

138 ICRC, *How is the Term ‘Armed Conflict’ Defined in International Humanitarian Law*?, Opinion Paper, 2008, p. 3.

139 See Bothe/Partsch/Solf, p. 719, 文中指出，关于《第二附加议定书》第1条第2款，“〔‘非武装冲突’〕一语不应被解释为试图改变共同第3条的意义，共同第3条‘现有的适用条件’并没有被《第二附加议定书》第1条修正”。See also e.g. Abi-Saab, p. 147, 文中指出，《第二附加议定书》第1条第2款对于共同第3条实际上比其对《第二附加议定书》更加重要；更多相关详细内容，见关于《第二附加议定书》第1条的评注。
关于“内部动乱”和“紧张局势”，另见ICRC, ‘The ICRC, the League and the Report on there-appraisal of the Role of the Red Cross (III): Protection and assistance in situations not covered by international humanitarian law, Comments by the ICRC’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 18, No. 205, August 1978, pp. 210–214。See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 4475–4476.

140 例如，见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第3项至第4项；《关于保护文化财产的海牙公约第二议定书》（1999年）第22条第1款至第2款；《1980年〈常规武器公约〉第一条修正案》（2001年）第1条第2款。

432 前南刑庭还发展出了许多可用于评估暴力激烈程度的“指示性因素”，包括：

> 攻击的严重程度以及武装冲突是否呈加剧态势、冲突波及的领土范围和时间范围、政府军和动员数量是否增加以及冲突双方的武器配置是否增加，以及该冲突是否引起联合国安理会的关注，且是否有针对此事的决议通过。审判庭在这个方面还考虑了被迫逃离战斗区域的平民人数；使用的武器类型，尤其是重型武器和其他军事装备，例如坦克和其他重型车辆的使用；对城镇的封锁或围攻以及对这些城镇的猛烈炮击；炮击或战斗造成的损毁程度和人员伤亡数量；部署的军队和作战单位的数量；各方之间前线的存在和变化；对领土、城镇和村庄的占领；政府军在危机地区的部署；道路的封闭；停火命令或协议，以及国际组织的代表调停和执行停火协议的努力。[141]

433 正如这两个刑庭指出的，上述激烈程度和组织性的指示性因素仅为举例，对于某个特定局势，在判定某个特定局势是否满足激烈程度和组织性标准时，上述因素可以但无需全部具备。

434 无论如何，某暴力局势必须同时满足激烈程度和组织性这两项标准，才能达到构成非国际性武装冲突的条件。然而，其中一个标准也有可能从另一个标准中推导出来，这取决于具体的情况。例如，当政府当局和非国家武装团体之间或者多个非国家武装团体相互之间发生的武装对抗十分激烈时，可能表明，这些团体已经满足了非国际性武装冲突当事方所需要达到的组织程度。

435 总体而言，冲突的激烈程度和敌对各方的组织程度是此类局势的关键标志，需要在对各种事实因素进行综合判断的基础上进行评估。这两项标准从共同第3条通过后不久就得到援引，而且在此后多年被不断重申和发展，这足以说明，它们是确定共同第3条适用条件的决定性标准。尽管如此，在有些情况下，仍很难对这些标准做出解释。

436 鉴于此，应当注意的是，与国际性武装冲突的情况一样，技术的发展引起了网络行动是否以及在何时可以成为非国际性武装冲突的问题。[142]要判断是否存在涉及网络行动的非国际性武装冲突，应当适用与动能暴力相同的判断标准。[143]如果在涉及网络行动或仅基于网络行动的局势中，所需的组织性和激烈程度要求得以满足，那么该局势就在共同第3条的适用范围内。

141 See ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 177, 删除了该段中的脚注及其提及的前南刑庭的判例。See further *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, paras 49 and 90–99, and *Limaj* Trial Judgment, 2005, paras 90 and 135–170. 其中一些要素也为国际刑事法院所适用；see *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 538; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1187; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 137–141.

142 见关于共同第2条的评注，第253～256段。

143 见《塔林网络战国际法手册》（2013年）规则23，以及Droege, 2012, pp. 549–550。

437 在将已确立的定性标准适用于网络行动时，存在一些特定的挑战。首先，一个非国家武装团体如果具有足够的组织性使其可构成传统非国际性武装冲突之一方，则也具有成为包括网络行动或仅基于网络行动的冲突之一方所需的组织性。然而，对于一个仅拥有线上组织的团体来说，可能就难以——但或许也并非无法[144]——判断其是否符合成为非国际性武装冲突一方所必需的标准。[145]其次，如果网络行动“具有与动能行动一样的暴力后果，例如网络行动被用于打开大坝的闸门，或者引起飞机或者火车相撞”，[146]它们可能达到了非国际性武装冲突所要求的激烈程度标准。相反，某些网络行动不会产生类似于动能攻击的影响，而仅限于阻碍网络功能、利用网络，或者窃取、删除或破坏数据。如果网络行动仅仅由后面几种行为构成，那么人道法所要求的暴力激烈程度则不太可能达到。[147]

(3) 持续时间是否是一项独立标准?

438 由于一些定义使用了“长期武装暴力”这一表述，引发了一个问题：政府当局和非国家武装团体之间或此类团体相互之间发生的敌对行动的持续时间长短是否构成判断非国际性武装冲突存在与否的另一项独立标准。

439 敌对行动的持续时间主要适合在事后进行评估，例如在司法程序中。但从人道法实际适用的角度来说，持续时间如果成为一项独立标准，反而可能导致应尊重人道法的当事方在战斗早期阶段不确定人道法是否可以适用，或者致使在该法实际早应发挥规制作用的局势中，出现适用滞后的情况。

440 因此，把敌对行动的持续时间视为判断武装对抗激烈程度的一个因素是更为适当的。视情况而定，持续时间较短的敌对行动仍有可能达到非国际性武装冲突所需的激烈程度，只要在特定局势中，有其他因素表明敌对行动足够激烈从而需要且有理由作出这一判断。[148]

144 《塔林网络战国际法手册》（2013年）规则23，第13段。

145 See Droege, 2012, p. 550. 关于对“分散的虚拟团体”可构成非国际性武装冲突一方的观点更强烈的反对意见，见Robin Geiss, ‘Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflicts’, *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 627–645, at 637。

146 Droege, 2012, p. 551.

147 将网络行动定性为非国际性武装冲突的国家实践仍在发展，需要进一步观察。有些学者认为，鉴于“网络行动更具破坏性和干扰性且社会日趋高度依赖网络基础设施，可以期待，国家实践与法律确信相结合，将导致现有门槛的降低”；Michael N. Schmitt, ‘Classification of Cyber Conflict’, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17, No. 2, 2012, pp. 245–260, at 260.

148 See e.g. Sivakumaran, 2012, pp. 167–168. 1997年，在“塔布拉达案”（*Tablada case*）中，美洲人权委员会通过一般性地适用激烈程度标准和组织性标准，得出结论认为，42名武装人员对兵营的袭击引发了持续30个小时的战斗，已经越过了非国际性武装冲突的门槛；see *Case 11.137 (Argentina)*, Report, 1997, paras 154–156. 但是，见Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, pp. 34–35：

> 关于武装冲突的时间要素，《违反国际法罪行法典》（VStGB）规定，有关战斗必须持续一定时间。……这并不意味着，军事行动的开展不能受到任何中断。反之，动用武装部队的敌对行动的持续时间通常必须远远超过几个小时或几天（不过，另见美洲人权委员会在涉及阿根廷的一则案件，该案中对兵营仅持续两天的攻击因其特殊的激烈程度被定性为“武装冲突”，Inter-American Commission on Human Rights, Report no. 55/97 Case no. 11.137）。

441 关于这一点，前南刑庭认为，持续时间是判断武装对抗激烈程度的一个因素，其在对此做出澄清时指出：

> 因此，在实践中，包括“塔迪奇案”审判庭自身，对长期武装暴力这一标准的解释是，它更多地是指武装暴力的激烈程度而非持续时间。审判庭援引了与判断是否满足“激烈程度”标准有关的若干指示性因素，这些因素单独而言都不是认定满足该标准的必要条件。这些指示性因素包括单个对抗的数量、持续时间和激烈程度等；……[149]

442 然而，前南刑庭也指出，在评估敌对行动是否已经达到非国际性武装冲突所要求的激烈程度时，也不应忽视武装对抗的持续时间：

> 就国内武装冲突而言，评估其激烈程度时，应注意不要忽视长期武装暴力这一要求。各标准是紧密联系的。它们是事实问题，应当根据现有的特定证据，在个案的基础上进行判断。[150]

443 1998年，各国在对《国际刑事法院规约》进行谈判并予以通过时，有机会处理非国际性武装冲突的定义或构成要件问题，包括武装对抗应持续多长时间才构成非国际性武装冲突。各国通过的战争罪条款中，一则反映了共同第3条，即《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项，另一则列出了其他严重违反战争法的行为，即第8条第2款第5项。关于第8条第2款第3项，各国重申了共同第3条的适用范围，仅增加了一项规定以澄清其不适用于内部动乱和紧张局势，该规定载于《第二附加议定书》第1条第2款。[151]各国为第8条第2款第5项所列的其他战争罪采纳的适用范围规定在第8条第2款第6项中，其规定：

> 〔它〕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，或这种集团相互之间长期进行武装冲突。〔后加着重号以示强调。〕

444 《国际刑事法院规约》通过后，一个问题浮现出来：这一规定是否创设了一种不同类型的非国际性武装冲突？[152]一些观点将“长期武装冲突”的提法解释为创设了一种新的、中间类型的非国际性武装冲突，居于共同第3条和《第二附加

149 ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 49. 相比之下，见前南刑庭的一项早期判决，其指出“要区别武装冲突和民众骚乱或恐怖主义活动，应当关注武装暴力是否长期以及有关各方的组织性程度。See *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 184.

150 ICTY, *Boškoskiand Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 175.

151 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第4项。

152 关于各类观点的概述，见Vité, pp. 80–83, 以及Cullen, pp. 174–185。

议定书》之间。[153]其他人则认为，该规约第8条第2款第6项并不意图创设一种新型的非国际性武装冲突，因为采用“长期武装冲突”这一表述的目的是为了防止把《第二附加议定书》中的限制性标准纳入《国际刑事法院规约》，这是在前南刑庭判例法的启发下为各国提供的一个折衷方案。[154]国际刑事法院的首批判决认为，在《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项和第5项之间并不存在两类不同的非国际性武装冲突。[155]为了证明存在非国际性武装冲突，检察官必须证明，武装团体的组织程度已足以使其能够实施长期的武装对抗。[156]就《国际刑事法院规约》第8条第2款第5项而言，这些审判庭明确拒绝适用《第二附加议定书》第1条第1款规定的要求，即武装团体必须对部分领土行使控制权或者处于负责统率之下。[157]另外，由于第8条第2款第6项规定，暴力行为不能是孤立和零星的，审判庭对武装冲突的激烈程度进行了考量。[158]为评估冲突的激烈程度，国际刑事法院采用了与前南刑庭相似的因素，这明确表明，武装敌对行动的激烈程度和武装团体的组织性是界定任何非国际性武装冲突必不可少的两项标准。

(4) 其他武装部队参加先前存在的非国际性武装冲突

445 如上所述，当多国部队或外国武装部队参加和平行动时，无论是作为集体还是单独国家，都有可能成为武装冲突的一方。[159]当和平行动涉及正在发生的非国际性武装冲突时，红十字国际委员会认为，判定多国部队是否为某场冲突的当事方，并不必然需要评估其行动自身是否符合构成非国际性武装冲突所须的激烈程度标准。例如，在下列三种情况下可能就是如此：一国政府和非国家武装团体之间存在非国际性武装冲突，而有外国部队支持该政府；多国部队已经参与了一场针对某非国家武装团体的非国际性武装冲突，而其他外国部队为该多国部队提供了支援；多国部队参加了一场非国际性武装冲突，其中一些国家的派遣部队提供了某些支援，但此种支援不构成参与集体敌对行动。在后两种情况下，根据其履行的职能不同，部队派遣国也有可能成为非国际性武装冲突的一方。这是因为，他们所参加的非国际性武装冲突的存在已经使该标准得到了满足。[160]

446 必须强调的是，这种判断谁是非国际性武装冲突之一方的方法只是补充、而

153 See e.g. Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol. I, p. 123; Condorelli, pp. 112–113; and Bothe, 2002, p. 423.

154 See e.g. von Hebel/Robinson, pp. 119–120; Meron, 2000, p. 260; and Fleck, p. 588.

155 See ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, paras 534–538, and *Katanga* Trial Judgment, 2014, paras 1183–1187.

156 See ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 536; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1185; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 134–136.

157 See ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 536; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para.1186; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 136.

158 See, in particular, ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para.538; *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1187; and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 138–140.

159 见本评注第411～413段。

160 关于对这种观点的详细阐述，见Ferraro, 2013b, 尤其是pp. 583–587。

非取代判断人道法适用的标准，其标准仍然是冲突方的组织性和敌对行动的激烈程度。另外，并非所有的行动、参与形式或支持形式都可以使多国部队成为先前存在的非国际性武装冲突的当事方。决定性因素是这些部队对集体敌对行动做出了何种贡献。只有对敌对方开展军事行动的能力产生直接影响的活动，才可以使多国部队成为先前存在的非国际性武装冲突的当事方。相反，那些能让冲突方从多国部队的参加中获益以增强其军事能力的活动就不会带来同样的结果。然而，也有专家对这种观点表达了担忧。[161]

(5) 特定目的是否是一项额外标准?

447 还可能产生的一个问题是，除了冲突的激烈程度以及武装团体的组织性之外，在判断某个暴力局势是否构成非国际性武装冲突而不仅仅是普通的犯罪时，是否还需要考虑额外的标准，即便该局势对抗激烈，而且有关团体组织严密。

448 有观点指出政治目的尤其是非国际性武装冲突的一个典型特征。[162]在共同第3条的谈判过程中，与会代表讨论了采纳某些目的作为判断非国际性武装冲突存在的必要因素。然而，与会国没有采纳这类提议。[163]

449 多年来的情况，已明确表明在确定某个局势是否构成非国际性武装冲突时，不应将从事暴力行为的目的作为一项判断标准。正如前南刑庭所称：

> 判断是否存在武装冲突仅依据两项标准：冲突的激烈程度和各方的组织性，因此，武装部队从事暴力行为或实现某些进一步目标的目的，在所不问。[164]

161 See the remarks by Marten Zwanenburg and Mona Khalil, in 'Peace Forces at War: Implications Under International Humanitarian Law', in *Proceedings of the 108th Annual Meeting of the American Society of International Law*, April 7–12, 2014, pp. 149–163.

162 See e.g. Gasser, p. 555:

> 非国际性武装冲突是在一国领土内发生的政府一方和武装叛乱团体一方之间的武装对抗。此种团体的成员，无论是被称作叛乱者、造反者、革命者、分离主义分子、自由战士、恐怖分子或者其他类似的名称，是为了取得统治权、在国内得到更大的自治权或者为了脱离并建立他们自己的国家而进行斗争。……另一种情况是，由于政府权力在国内的全面崩溃，不同的团体为了争夺权力而相互斗争。（后加着重号以示强调。）

163 1948年提交给在斯德哥摩尔红十字国际大会的相关条款草案（该条款最终成为共同第3条）列出了“非国际性之武装冲突”的具体例子，即“内战、殖民冲突或者宗教战争”。但是，在讨论过程中，占据上风的观点认为，规定得过于细致可能会削弱该条款，因为不可能预见所有未来可能发生的情况，而且某个局势的性质与其动机无关，因此斯德哥摩尔会议对这些举例予以否决。在1949年的外交会议上，丹麦代表团建议“在适用条件中增加一项标准，〔具体而言〕应当增加‘政治性武装冲突’一词。这样可以在具有法律性质的情形和具有政治性质的情形之间作出区分”。但是，法国代表团回应称其“不认为‘政治性’这个形容词是恰当的，因为该冲突可能具有宗教性质或者在某些方面与一般法律有关。法国政府准备适用第二工作组案文本中所包含的原则，甚至适用于匪患”；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第99页。丹麦的提议未被采纳。

164 See ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 170. See also Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 33:“就对涉及非国家行为者的武装冲突进行归类而言，所涉各方的政治倾向或其他动机在法律上是无关紧要的，他们如何描述自己及其行动也是一样。”See also Germany, Federal Prosecutor General, *Targeted Killing in Pakistan case*, Decision to Terminate Proceedings, 2013, pp. 741–742.

450 此外还应考虑到，将政治动机作为判断非国际性武装冲突存在的必要条件，可能会导致出现以其他各种基于动机的理由否认存在此种武装冲突的情况。[165]而且，在实践中，非国家武装团体的动机往往难以确定。例如，对于何种目标属于政治目标可能会有争议；非政治和政治动机可能同时存在；且非政治活动可能在实际上有助于实现最终的政治目的。[166]

451 因此，红十字国际委员会认为，某个暴力局势是否构成非国际性武装冲突的问题应仅依据激烈程度和组织性标准来回答。[167]

(三) 适用的地域范围

1. 引言

452 一旦根据有关各方的性质以及冲突的激烈程度和各方的组织性确认存在非国际性武装冲突，共同第3条即可适用。但是，对于调整共同第3条所指的非国际性武装冲突的人道法，其适用的地域范围存在争议。

453 此外，当敌对行动越过单个国家的边界时，出现的一个问题是相关行动的地理位置是否会影响该局势为非国际性武装冲突的这一定性。

454 这些问题由于实践的发展而变得相当突出，特别是在武力使用的问题上。在撰写本评注时，这些问题仍在持续的讨论之中。[168]

2. “国内”非国际性武装冲突

455 传统上，主要认为非国际性武装冲突主要是发生在单个国家领土范围内的冲突，即在“国内”武装冲突的意义上予以理解。[169]对于这些“国内”非国际性武装

165 见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第8页。

166 See e.g. Vité, p. 78, 以及红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第8页。

167 见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第7～8页。更多参考内容，另见Akande, p. 52, and Moir, 2015, pp. 408–409。

168 See e.g. Akande; Anderson; Arimatsu; Bartels, 2012; Bianchi, pp. 10–11; Blank; Corn/Jensen; Corn, 2013; Ferraro, 2013a; Koh, pp. 218–220; Kreß; Milanovic/Hadzi-Vidanovic; Pejic, 2011; Radin; Sassòli, 2006; Schmitt; Schöndorf; Sivakumaran, 2012, pp. 228–235 and 250–252; and Vité. See also ILA Committee on the Use of Force, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*（ILA, *Report of the Seventy-Fourth Conference*, The Hague, 2010）, and ILA Study Group on the Conduct of Hostilities (ongoing）.

169 这是皮克泰评注提供的解释：“……发生在单个国家国界内的冲突”；see Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 36 (see also *Commentary on the Second Geneva Convention*, 1960, ICRC, p. 33, and *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC , 1960, p. 37. 该表述没有出现在关于《日内瓦第一公约》的评注中。) 另见 Gasser, p.555; 《非国际性武装冲突法圣雷莫手册》（2006年），第1.1.1段；以及Milanovic, 2007b, pp. 379–393。

冲突，共同第3条和规制非国际性武装冲突的一般人道法的可适用性是毋庸置疑的。

456 但是，问题在于，人道法究竟是适用于有关国家的整个领土还是只适用于发生敌对行动的地区。对于一国内较少甚或不存在敌对行动的地区，是否适用人道法可能似乎存在疑问。有观点认为，即使是在武装冲突正在发生的国家内，人道法特别是针对敌对行动的规则不应适用于没有发生敌对行动的地区。在该国较为和平的地区，该国的刑法和执法制度可以在可适用的国际和区域人权法规定的范围内提供充分的法律框架。[170]

457 然而共同第3条的措辞表明，只要存在非国际性武装冲突，该条就适用于相关国家的整个领土："不论何时何地，不得有下列行为"（后加着重号以示强调）。

458 1995年，在"塔迪奇案"中，前南刑庭指出：

> 67、……国内武装冲突和国际性武装冲突的时间和地理范围不限于发生敌对行动的确切时间和地点……
>
> ……
>
> 69、日内瓦四公约共同第 3 条的受益人是那些不实际参加（或者不再实际参加）敌对行动的人。这表明，第 3 条所包含的规则同样适用于战斗行动实际区域的有限地理范围之外的地区。……
>
> 70、……国际人道法继续适用于交战各国的整个领土，或者在国内冲突的情形下，适用于一方控制之下的整个领土，无论具体领土是否发生了实际的战斗。[171]

459 一般而言，一旦一国境内发生了满足构成非国际性武装冲突条件的情形，共同第3条和其他调整非国际性武装冲突的人道法条款就因此可以延伸适用于该国的全部领土。[172]

460 然而，人道法可适用于冲突国家一方的全部领土并不意味着，该领土内的所有行为都因此必然受到人道法制度的约束。正如前南刑庭所指出的：某个特定行为要想被认定是在武装冲突的背景下实施的，并因此适用国际人道法，必须"与

170 即使可以适用人道法，一国的国内法仍然适用，而且国际人权法也在该国未做克减的范围内仍然适用。

171 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, paras 67–70. See further *Delalić* Trial Judgment, 1998, para.185, and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 636.

172 See e.g. Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Fuel Tankers case*, Decision to Terminate Proceedings, 2010, p. 36: "国际人道法的基本目的，以及在这种情况下在实践中无法做出区分的问题，倾向于支持如下结论：原则上，国际法的主体，例如阿富汗，包括其盟国，无法参与非国际性武装冲突，除非作为一个领土上的整体。" See further David, pp. 261–262, and Kleffner, 2013b, p. 59. 就人道法而言，一个国家的领土不仅包括其陆地表面，还包括河流和内陆湖、领海和领土之上的国家空域。

冲突各方所控制领土的其他地区内正在发生的敌对行动紧密相关”。[173]因此，判定人道法是否可适用于某个具体的行为，需要考察在该行为和非国际性武装冲突之间是否存在某种联系。在可适用的国际和区域人权法的规定范围内，与冲突没有此种联系的行为一般而言仍然受且仅受国内刑法和执法制度的调整。[174]

461 此外，如果依据前面提到的考虑因素，在一国相对和平的地区实施或发生的某个特定行为一般属于人道法的适用范围，那么关于某个特定的情形，仍然会产生有关可适用的法律标准的问题。可能还需要判断，在某特定情势中，某一具体的武力使用行为是否必然受到敌对行动法律规范的调整，还是受到建立在人权法基础之上的执法制度的调整。[175]

462 这些问题是若干讨论的主题。[176]在发生了实际敌对行动的情形中，武装冲突各方对合法目标使用武力受到人道法中关于敌对行动规则的调整。[177]但是，如果单独个人一般视为国际人道法下的合法攻击目标、但其所处地区在一国牢固而稳定控制之下且没有发生敌对行动、而且无法合理预见敌对方可以轻易得到增援，那么针对此类个人使用武力的情况，是否受关于敌对行动的规则所调整则并不明确。

463 法律还没有解决此问题。但是，已经提出一些不同的法律解读，它们大致可以被归类为四种学说。根据其中一种观点，有关敌对行动的人道法规则将调整上述情形，除了人道法具体规则中规定的限制外，没有任何其他限制。[178]根据第二种观点，在此类情况下使用武力的问题应受到红十字国际委员会《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》建议九的调整。[179]该项建议及其评注一同指出，在一国国内较为和平的地区，“针对不享有免受直接攻击之保护的人员可

173 See ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. 这一解释也得到了国际刑事法院的支持；see ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1176, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 142–144.

174 例如，见红十字国际委员会，《武装冲突中的武力使用》，第3页：“要受人道法调整，武力的使用必须发生在武装冲突局势中并且必须与武装冲突有联系。”从国际刑法的角度来看，进一步见，例如ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 636, 以及ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, paras 58–59。这可能还包括紧急状态法。

175 相关详细讨论和进一步的参考内容，见红十字国际委员会，《武装冲突中的武力使用》，第11～18页，讨论了在武装冲突期间针对合法目标使用武力的案例。

176 见关于人道法中直接参加敌对行动的概念和关于武装冲突中武力使用的专家会议。详见红十字国际委员会，《解释性指南》，以及《武装冲突中的武力使用》。

177 谁或者什么是合法目标的问题是另一个问题。详见关于《第二附加议定书》第13条的评注。关于何种人员构成合法目标，红十字国际委员会的立场在《解释性指南》中已有说明。

178 根据此观点，虽然军事必要原则和人道原则指导着人道法的整个体系，但是在人道法中的具体规则之外，它们并不创设额外的义务。See e.g. W. Hays Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, 2009–2010, pp. 769–830.

179 2009年，红十字国际委员会出版了《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，其仅从人道法的视角讨论武力使用，而不影响其他法律体系，尤其是人权法，其有可能在特定的情形中与人道法同时适用。

使用之武力的性质和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的实际所须的限度”。[180]而另一个观点认为，对于每个情形所适用的法律框架，需要在衡量所有情况后，在个案基础上予以决定。[181]最后，有观点认为，在此种情形下武力使用应由以人权法为基础的执法规则进行调整。[182]

464 可以看出，如果采用后三个学说中的任何一个学说，都有可能在实践中导致相似的结果。

3. 不限于一国领土的非国际性武装冲突

465 如上所述，传统上主要将非国际性武装冲突理解为在一国范围内针对非国家武装团体或者非国家武装团体相互之间的武装冲突，即在“国内”武装冲突的意义上予以理解。[183]但是，这提出了一个问题：冲突仅发生在一国领土范围之内是否是判断共同第3条所指的非国际性武装冲突存在与否的一项要求。

466 表面看来，共同第3条的措辞要求有这样的限制，因为它不仅提到武装冲突的“非国际性”，[184]而且还要求武装冲突发生“在一缔约国之领土内”。对这一表述的一种解读可以是，该冲突必须严格地在 “一”缔约国之领土内发生，因而将共同第3条的适用限制在“国内”武装冲突的范围内。但从另一种角度解读，可以强调一个事实，即冲突必须发生在其中一个“缔约国”的领土内，因而只排除发生在非日内瓦四公约缔约国的一国领土内的冲突。[185]共同第2条同样提到了日内瓦四公约的缔约国。结合这种背景来看，这两项条款均可采用“缔约国”（而非

180 建议九的全文如下：

> 除国际人道法对具体作战手段和方法所施加的限制外，且在不违背其他可适用的国际法分支所规定的其他限制的前提下，允许对不享有免受直接攻击之保护的人员所使用之武力的性质和程度，不得超出在当时情况下为达成合法军事目的实际所须的限度。

据此观点，军事必要和人道这两项基本原则减少了被允许开展的军事行动的总量，从人道法未明确禁止的军事行动，到在当时情况下为实现一项合法军事目的而实际需要的军事行动；红十字国际委员会，《解释性指南》，第75～80页。本评注承认，在写作时，这一解释并未得到普遍接受。See e.g. “Forum: The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 637–916.

181 Marco Sassòli and Laura Olson, ‘The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 599–627, at 603–605. 另见红十字国际委员会，《武装冲突中的武力使用》，第15～16页。

182 Charles Garraway, ‘Armed Conflict and Law Enforcement: Is There a Legal Divide?, in Mariëlle Matthee, Brigit Toebes and Marcel Brus (eds), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, The Hague, 2013, pp. 259–283, at 282.

183 见本评注第455段。

184 这可以初步（而不一定必须）被理解为主要是指潜在的非国际性武装冲突各方的国家或非国家性质；见第三部分第（二）节第2项。

185 在这个意义上，例如，见Sassòli, 2006, p. 9。结合这种背景来看，这两个条款均可以采用“缔约国”（而非“一缔约国”）的提法以避免产生1949年日内瓦四公约会对非缔约国创设新义务的任何误解。

“一缔约国”）的提法以避免产生1949年日内瓦四公约会对非缔约国创设新义务的任何误解。

467 从共同第3条的目的和宗旨来看，该条可适用于超出一国领土范围的非国际性武装冲突。由于其目标是在国家和非国家武装团体之间或者非国家武装团体相互之间激烈的武装对抗中，为不实际参加或者不再实际参加战事的人员提供某些最低限度的保护，当这种暴力波及的领土范围多于一国时，也应当适用那些相同的保护，这符合逻辑。[186]

468 但是，当共同第3条适用时，其他规则也可适用，尤其是那些涉及敌对行动的规则，与平时法相比，这些规则对使用武力的方式作出了不同的限制。必须牢记，并不是共同第3条对某个局势的可适用性引起人道法中调整非国际性武装冲突的其他规则的适用，而是非国际性武装冲突的存在，使得共同第3条和其他人道法规则具有可适用性。[187]据此，让共同第3条适用于那些不限于一国领土范围的非国际性武装冲突，符合共同第3条的宗旨。

469 如果经过上述分析，关于共同第3条是否只适用于国内武装冲突仍存有疑问，[188]那么为弄清其适用范围，还可以参考该条款的起草历史。各国曾一度考虑的一个条款草案提及“在一个或多个缔约国之领土内可能发生”的武装冲突（后加着重号以示强调）。[189]但是，出于未说明的原因，1949年的外交会议并没有采纳“或多个”这一表述，因此不能从这一表述的缺失中为解释共同第3条得出结论。[190]在20世纪40年代，各国似乎主要考虑的是对国内武装冲突的规制。当时，各国对适用于非国际性武装冲突的实体规则加以限制的一个主要担忧和动机，就是防止国际法对其内政的全面调整。[191]但是，如果共同第3条的措辞“意味着国家和有组织的武装团体之间相互对抗且蔓延至多国领土的冲突不是‘非国际性之武装冲突’，那么在保护方面将出现漏洞，而这无法用各国对其主权的担忧加以解释”。[192]

470 总之，虽然约文和起草历史在某种程度上不甚明晰，但共同第3条的目的和宗旨表明，其对那些跨越边界的非国际性武装冲突是适用的。

186 在这个意义上，例如，见Sassòli, 2006, p. 9。

187 在这方面，必须知道，共同第3条没有对非国际性武装冲突进行界定；它仅仅表明了其适用的武装冲突。

188 下文对国家实践进行了分析，第473～478段。

189 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》以及《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第10页；另见第二部分。

190 相关详细历史，见Katja Schöberl, ‘The Geographical Scope of Application of the Conventions’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 67–83, at 79–82.

191 例如，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第10～15页；另见第二部分。

192 Marco Sassòli, ‘Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law’ *HPCR Occasional Paper Series*, Winter 2006, p. 9.

471 在撰写本评注时，日内瓦四公约缔约国的一些实践证明，在特定、有限的情形下，非国际性武装冲突可能会跨越国界。[193]

472 具有域外性质的非国际性武装冲突有多种称法，包括“跨境”冲突、“外溢”冲突，以及“跨国武装冲突”。其他术语，如“域外非国际性武装冲突”也曾被使用。[194]这些并不是法律分类或者术语，但它们有助于对冲突作出描述。

473 其中有一类武装冲突不限于一国领土之内且各国似乎在实践中也将之视为具有“非国际性”，此类冲突就是一国在其领土内与一武装团体作战，而后有一个或多个他国加入该国的情况。尽管此类冲突可能发生在一国领土之内，但其他国家作为冲突的一方则在域外使用武力，也就是说，在其领土之外使用武力。在这种情形中，该冲突的性质仍为非国际性武装冲突。[195]在此类情形中，就会产生有关共同第3条和一般人道法适用范围的问题，尤其是当该国领土被划分为不同外来介入国的责任区且一些地区的战斗比其他地区更激烈时。在这种情况下，人道法对所有参与国的适用方式与在上述纯粹的“国内”非国际武装冲突中的适用方式相同。[196]关于国际法是否同样适用于参加此类冲突当事国“本国”领土，也出现了一些问题。[197]在撰写本评注时，对于其在本国领土的可适用性问题，可找到的国家实践并不充分。

474 第二，一场非国际性武装冲突可能从其开始的国家的领土波及至不属于冲突一方的邻国的领土。[198]有时，这样的冲突被称为“外溢”型的非国际性武装冲

193 See United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 66–67. 德国的《军事手册》指出，非国际性武装冲突是“通常”发生在一国领土内的对抗；在强调非国际性武装冲突典型的国内特征的同时，这一措辞似乎也允许出现并非如此的情形；见《军事手册》（2013年），第186页，第1301段。See also Netherlands, Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on Armed Drones*, Advisory Report No. 23, The Hague, July 2013, p. 3 (“在一个或多个国家和一个或多个有组织武装团体之间，或者这类团体相互之间的非国际性武装冲突中，原则上国际人道法仅适用于发生冲突的国家的领土之内。”), 以及美国《战争法手册》（2015年），第3.3.1节：“即使在战斗中跨越了国际边界，两个非国家武装团体相互交战或者国家与非国家武装团体交战可被称为‘非国际性武装冲突’。”

194 See Vité, p. 89.

195 见本评注第402～405段。这并不影响关于领土所属国政府和有关国家之间是否另有国际性武装冲突存在的判断；详见关于共同第2条的评注，第257～264段。

196 2002年之后在阿富汗的冲突被广泛认为是若干国家从域外参加非国际性武装冲突的一个例子。

197 See e.g. Schmitt, pp. 10–11.

198 See Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Targeted Killing in Pakistan case*, Decision to Terminate Proceedings, 2013, p. 742: “阿富汗塔利班将联邦直辖部落地区作为一个避难所和中转地使用，显然导致了阿富汗冲突‘外溢’至巴基斯坦国家领土的这一部分。”See also p.723:

> 无人机空袭的时候〔2010年10月4日〕，至少存在着两个独立的非国际性武装冲突。一个在巴基斯坦政府和在联邦直辖部落地区活动的非国家武装团体（包括基地组织）之间。另一个在阿富汗塔利班及其附属团体和由国际安全援助部队支持的阿富汗政府之间，该冲突外溢至巴基斯坦的领土。

Netherlands, Advisory Committee on Issues of Public International Law, *Advisory Report on Armed Drones*, Advisory Report No. 23, The Hague, July 2013, p. 3: “如果冲突外溢至另一个国家，即在交战一方的一些或全部武装部队转移到另一个国家（通常是邻国）的领土内并从那里继续开展敌对行动的情况下，国际人道法的可适用性可能会延伸。”关于更多被认为是外溢至另一国领土的冲突的例子，见Milanovic, 2015,

突，但这仅仅是一个描述性的词语，而非一个法律专业术语。就分析此问题而言，假设乙国同意冲突国家一方（甲国）使用其领土，因而就排除了在甲乙两国之间存在国际性武装冲突的可能性，那么就产生了一个问题：当甲国与冲突的非国家一方在乙国（即邻国）的领土上开展行动时，它们之间的关系是否仍然受到调整非国际性武装冲突的人道法的约束？[199]若他们之间在乙国的领土上发生的武装暴力自身已经满足了非国际性武装冲突的构成要件，即激烈程度要件和组织性要件，则调整非国际性武装冲突的人道法仍可适用。但是，如果不是这种情况，如果敌对行动在乙国仅仅是偶尔或者零星地发生，可能会出现的问题是，这种偶尔发生的“外溢”行为是否可以被视为与甲国领土上既有的非国际性武装冲突有关，是否仅仅是该冲突的延续。[200]在这种情况下，国家实践似乎表明，跨越国际边界并不改变该武装冲突的非国际性质。[201]与“外溢”型冲突相关的国家实践的实例全部都与冲突从一国领土延伸至邻国领土或者相接壤的领土的情形有关。

475 这种情况的存在似乎还在1994年《卢旺达刑庭规约》中得到承认，该规约规定该法庭的管辖范围是，起诉“应对……卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对……邻国境内的种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民”（后加着重号以示强调）。[202]

476 然而，仍然存在的问题是，既有的非国际性武装冲突对邻国领土的波及范围达到何种程度时，可视为“外溢”至该国。换言之，仍然不清楚的是，人道法是否可适用于受到该冲突波及的国家的全部领土（就像典型的“国内”武装冲突的情形一样），或者其适用范围是否更为有限。[203]只要领土受到波及的国家没有成

paras 52, 56 and 58（引用的例子包括：刚果民主共和国的冲突在相邻国家境内的扩散；欧加登民兵组织从埃塞俄比亚、青年党民兵组织从索马里对肯尼亚的入侵；库尔德人对土耳其和伊朗的入侵；和哥伦比亚武装部队和哥伦比亚革命武装力量对厄瓜多尔的入侵。）Melzer, pp. 259–260, 除其他外，引用的例子包括：苏丹同意乌干达在其领土实施对圣灵抵抗军的行动；南非在博茨瓦纳、莫桑比克和津巴布韦对南非国会的行动；以及越南冲突在柬埔寨境内的扩散。

199 当乙国不同意时，这个问题可能同样会出现。在这种情况下，可能同时存在着国际性和非国际性武装冲突。

200 正如前南刑庭所注意到的，与在一国领土的其他部分实施的对抗“密切相关”单个行为可以与该非国际性武装冲突联系起来；see *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70. 有观点建议同样的考量因素可适用于冲突外溢的情形；see Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 290–291.

201 见脚注198列举的实践。另见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第6页，指出：

> 就蔓延至国外的非国际性武装冲突的各方而言，它们至少应当受共同第三条和习惯国际人道法的约束。因为非国际性武装冲突蔓延至邻国的事实并不能使冲突各方仅仅由于冲突跨越了国界，而免除了其承担的国际人道法义务。否则，由此产生的法律真空将剥夺受战争影响的平民和落入敌手的人员所应受到的保护。

202 《卢旺达刑庭规约》（1994年）标题和序文。但是，见ICTR, *Musema* Trial Judgment, 2000, para. 248:“‘武装冲突’这一表述引入了一个实质性标准：……在这些限制之内，非国际性武装冲突是敌对行动在武装部队或者有组织的武装团体之间、在单个国家的领土之内爆发的情形”。

203 Schöberl, p. 82; Lubell/Derejko, p. 78.

为该冲突的一方，就有理由质疑人道法对该国全部领土的适用性。[204]尽管已经提出了不同的法律理论，[205]但是实践还未达到能够确立明确规则的地步。另外，还出现的一个问题是，根据地理环境或者技术能力的不同，非国际性武装冲突的“外溢”是否只限于相邻国家。下面将讨论最后这种情形。

477 不限于一国领土的非国际性武装冲突的第三种情形就是，甲国与在乙国（即邻国）领土开展行动的非国家武装团体之间发生且符合必要的激烈程度标准的武装对抗。[206]武装对抗也可以发生在两个有组织的非国家武装团体之间。在这种情况下，对抗就具有“跨界”的性质。如果非国家武装团体是代表乙国采取行动，则可能存在国际性武装冲突，因为在该情况下，对抗实际上是在甲乙两国之间进行。[207]但是，如果该非国家武装团体并不代表乙国开展行动，那么可以认为，在甲国和非国家武装团体之间的对抗应被视为非国际性武装冲突。[208]在这种情况下，如果乙国并不同意甲国在其领土内开展行动，那么甲乙两国之间也可能存在国际性武装冲突。[209]因此，在此情形中，可能非国际性武装冲突和有关国家之间的国际性武装冲突同时存在。

478 最后，还有一个问题是，关于非国际性武装冲突，地理因素是否起着最低限度的作用。[210]例如，一个问题是，武装冲突以某一特定国家的某一区域为主要或关键战区与否，是否会影响对于非国家武装团体和国家之间存在非国际性武装冲突的判断。这可能有两种情形。第一种情形是上文所述的扩及他国的“外溢”型冲突。在这种情形下，冲突的激烈程度和组织性都足以使得一场非国际性武装冲突在敌对行动的主要战区发生并被如此定性，唯一的问题是，这种外溢效果可以延伸到多远。第二种情形考虑到，冲突可能完全基于非国家武装团体的行动而产生，但敌对行动和武装团体成员在地理上是分散的。在这种情形下，主要的问题就是，有没有可能将广布的敌对行动作为一个整体进行评估，以便得出在非国家武装团体和国家之间存在武装冲突的结论。因此，在不抛弃非国际性武装冲突存在所要求的组织性和激烈程度标准的同时，依据这一理论，可以认为，在每个国家的领域内发生的看似零星或孤立的行动累积起来可视为构成了非国际性武装冲突。

204 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70 (人道法适用于在冲突一方控制下的整个领土).

205 例如，将人道法的可适用范围仅限于与该武装冲突有联系的人、地点和物体。See, e.g., Milanovic/Hadzi-Vidanovic, pp. 307–308; Lubell/Derejko, pp. 75–76; 红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2015年，第14页，脚注13。

206 有关讨论，例如，见脚注168提及的文献。

207 见第406～410段以及关于共同第2条的评注，第265～273段。

208 在这方面，见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第7页，写道：“尽管共同第三条的起草者难以预见此情形，但是毫无疑问的是，除了适用于两个国家之间的国际性武装冲突的法律外，第三条和习惯国际人道法是适用于此双重武装冲突的合适的法律体系。”

209 详见关于共同第2条的评注，第257～264段。

210 有关讨论，例如，见脚注168提及的文献。

479 假如存在这样一种全球性或跨国性的非国际性武装冲突，那么就可以使人道法适用于那些没有参与该冲突之各方间相互对抗的国家的领土，否则将在有关人权法的框架内完全适用国内法，包括刑法和关于武力使用的执法规则。

480 这一情形引起了严重的保护方面的担忧。这意味着，例如，当这种全球性的或者跨国性非国际性武装冲突的一方在未参与冲突的另一国家的领土内攻击敌对方的单个战斗人员时，该国家的居民就有可能因人道法中武力使用标准的适用而受到影响。在人道法中，例如，攻击军事目标只有在可能会造成附带的平民生命损失，而这种损失与预期的具体和直接军事利益相比属过分时，才是不合法的。这意味着，根据情况的不同，对不参与全球性或者跨国性非国际性武装冲突各方之间对抗的国家的平民居民造成一定程度的“附带损害”可能并不是不合法的。这将明显削弱了国际法对这些居民的保护。

481 然而，如上文所示，即使认为人道法适用于这一情形，也并不必然意味着这一情形中所有的行为都由该法律进行规范。[211]

482 另外，日内瓦四公约的缔约国支持全球性或者跨国性非国际性武装冲突的实践还很少。[212]因此，红十字国际委员会表明了观点：对武装冲突是否存在或特定军事行动与既有的武装冲突之间存在何种关系，需要在个案基础上进行判断。[213]

（四）属时适用范围

1. 引言

483 共同第3条适用于在一缔约国领土内“发生”的非国际性武装冲突。但是，共同第3条并没有就此种武装冲突何时应被视作“发生”做出任何规定。不同于日内

211 见本评注第460～463段。

212 例如，见美国，奥巴马总统在国防大学的讲话，2013年5月23日：“在国内法和国际法下，美国正与基地组织、塔利班和他们的附属部队进行战争。”另见，例如于2014年6月23日公开发布的备忘录：US Department of Justice, Office of Legal Counsel, Memorandum for the Attorney General Re: Applicability of Federal Criminal Laws and the Constitution to Contemplated Lethal Operations Against Shaykh Anwar al-Aulaqi, 16 July 2010, p. 24：“……将使得国防部在也门的行动成为与基地组织的非国际性武装冲突的一部分”。另可比较United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 66–67。至于美国最高法院是否认为其在该决定中确认的非国际性武装冲突具有全球性，例如，见Milanovic, 2007b, pp. 378–379, 及其中更多参考内容。但是，见Germany, Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, *Targeted Killing in Pakistan case*, Decision to Terminate Proceedings, 2013, p. 745, 据此，“只有当对存在武装冲突的判定是就一个具体的领土范围和时间段做出时，该判定才将会有效”。

213 见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011年，第7页，以及关于多国部队在国际组织的框架内介入冲突的具体情形，第6～7页。

瓦四公约对国际性武装冲突适用的规定[214]，也不同于《第一附加议定书》[215]和《第二附加议定书》[216]，共同第3条并不包含任何有关其属时适用范围的具体规定。

2. 非国际性武装冲突的开始

484 关于共同第3条适用的开始，没有必要做出具体的规定：只要根据前面的分析，存在非国际性武装冲突，即只要国家和非国家武装团体之间或者两个或两个以上的非国家武装团体相互之间的暴力局势符合激烈程度和组织性标准，共同第3条就应当开始适用。

3. 非国际性武装冲突的结束

485 与认定非国际性武装冲突的开始一样，认定冲突何时结束同样具有重要影响。因此，与非国际性武装冲突何时开始存在一样，对于冲突何时结束，既不能轻易予以肯定或否定：就像人道法并不适用于尚未达到构成非国际性武装冲突条件的暴力局势一样，该法也不应适用于不再构成非国际性武装冲突的局势。

486 前南刑庭认为："国际人道法的适用从〔某非国际性武装冲突〕的发动开始并延伸至敌对行动的停止，直至……在国内冲突的情况下，实现和平解决。"[217]这种观点后来已经为国际判例法所确认，也在其他国内和国际法律渊源中得到了重申。[218]

487 在评估非国际性武装冲突是否结束，或换言之，是否实现了"和平解决"时，必须依靠有关事实。[219]这种判断方法不仅反映了单纯基于事实的对非国际性武装冲突何时开始的评估，[220]而且一般而言更符合现代人道法，因为就其可适用性而言，形式要求并不具有决定性。[221]

214 见《日内瓦第一公约》第5条；《日内瓦第三公约》第5条第1款；以及《日内瓦第四公约》第6条。

215 见《第一附加议定书》第3条。

216 见《第二附加议定书》第2条第2款：

> 在武装冲突结束时，基于有关该冲突的原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，以及在该冲突后基于同样原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，均应享受第五条和第六条的保护，直至自由的剥夺或限制终止之时为止。

217 ICTY, Tadić Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70.

218 See e.g. ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 100; ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 619; *Rutaganda* Trial Judgment, 1999, para. 92; and ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, paras 533 and 548. 这一观点也反映在国家实践之中；例如，见英国《武装冲突法手册》（2004年），第15.3.1段； Council of the European Union, Independent International Fact-Finding Missionon the Conflict in Georgia, *Report*, Vol. II, 2009, pp. 299–300; Colombia, Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-291-07*, Judgment, 2007, para. 1.2.1. 关于"和平解决"概念的讨论，例如，见Jean-François Quéguiner, 'Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, No. 850, June 2003, pp. 271–311, at 282–283。

219 See ICTY, *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 293. 一般性地，关于未作具体规定的人道法适用的结束，例如，David, pp. 267–268。关于国际性和非国际性武装冲突两种情况，另见Kolb/Hyde, p. 102, 此外也见Sivakumaran, 2012, pp. 253–254。

220 见第三部分第（二）节。

221 见共同第2条中除传统的形式方面的"经宣战之战争"概念以外，还引入了"其他武装冲突"的概念。详见关于共同第2条的评注，第201～202段。

488 为确定非国际性武装冲突是否结束而对事实进行评估时，应考虑以下事项：

489 第一，当冲突一方不复存在的时候，非国际性武装冲突自然就结束了。军事上完胜另外一方、非国家一方的复员，或者冲突一方以任何其他方式解散，都意味着非国际性武装冲突的结束，即使由解散一方的残余分子组织的孤立、零星的暴力行为仍然存在。然而，如果一方受到程度较小的打击且处于某种混乱状态，它仍有可能重新集结，甚至是在很长时间之后再次组织起来，并继续进行敌对行动。在非国家武装团体控制领土或继续招募、训练和武装其部队的情况下，这种情形尤其可能发生。在这种情况下，并不能得出一方已经不复存在的结论。

490 第二，即使已经存在缔结或单方宣布缔结停火协议、停战协议或和平协议等正式行为，武装对抗有时仍继续存在。如果仅依靠这些协议的存在便认定非国际性武装冲突已经结束，有可能会导致在冲突仍然实际存在的情况下过早地结束了人道法的适用。[222]相反，在未曾缔结任何停火、停战或和平协议的情况下，或者在缔结这些协议之前，武装冲突也可能已经结束了。因此，虽然评估所有事实时可以将这些协议的存在纳入考量，但它们本身既不是人道法终止适用的必要条件，也不是其充分条件。

491 第三，在没有重新开始的现实风险时，武装对抗的长时间停止无疑将构成非国际性武装冲突的结束，因为这已经相当于冲突的和平解决，即使并未达成或单方宣布采取停火、停战或者缔结和平协议等正式行为。

492 第四，武装对抗的短暂停歇不能自动视为非国际性武装冲突的结束。冲突的激烈程度也许会“出现波动”，[223]但是，如果没有其他因素，在冲突各方仍继续存在的情况下，平静期的出现并不足以断定冲突已经结束。我们无法抽象地说明，武装对抗需要停止多长时间，才能足够有把握地认定局势已经稳定，且相当于冲突已得到和平解决。例如，其中一方可能决定暂时停止敌对行动，或者冲突的历史模式本就在武装对抗的停止与恢复间更迭。在这种情况下，还不能得出局势已经稳定的结论，仍然需要更长时间的观察。与此同时，人道法将继续适用。

493 不能因冲突的定性问题而使得人道法在“可适用与不适用之间频繁变换”，因为这会“导致相当程度的法律不确定性和混乱”。[224]因此，基于事实情况的评估需要考虑到冲突的波动性质，以避免过早地断定非国际性武装冲突已经结束。

494 在这一点上，不能仅以各方之间的武装对抗已经不满足冲突存在的激烈程度

222 See e.g. ICTY, *BoškoskiandTarčulovski*Trial Judgment, 2008, para. 293. 另见相关实践应用，para. 293: “该武装冲突的时间范围涵盖并超过了8月12日，以及8月13日的《奥赫里德框架协议》，至少直至该月月末。”

223 ICTY, *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 100.

224 ICTY, *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1694.

要求为由，得出非国际性武装冲突已经结束的结论。[225]然而，尽管可能仍然存在孤立或零星的暴力行为，但如果根据当时的事实，原冲突各方之间长期没有武装对抗，就可能表明，非国际性武装冲突已结束。

495 可表明某局势已经足够稳定，可以考虑非国际性武装冲突已经结束的因素包括，例如：（1）和平协议或停火的有效实施；（2）冲突方表明其确定放弃所有暴力活动的宣言，且该宣言与事实不相违背；（3）政府为冲突所设的特别机构的撤销；（4）解除武装、复员和（或）重返社会方案的实施；（5）无敌对行动时期的不断延长；（6）紧急状态或其他限制性措施的解除。

496 因此，只有通过对所有现有事实的整体评估，才可确定某局势是否已经稳定到一定程度、稳定状态是否已持续一定时间，使该局势可构成冲突的“和平解决”。很明显，这样的预测永远不会有绝对的确定性。这不是一门完美的科学。有鉴于此，红十字国际委员会认为，最好不要过于草率，因为草率行事可能导致出现冲突定性“频繁变换”的风险，这可能会引发法律上的不确定性和混乱。

4. 非国际性武装冲突结束后共同第 3 条的继续适用

497 尽管非国际性武装冲突已经结束，但在必要的情况下，共同第3条的某些方面是否仍然能够继续适用呢？对于这个问题，共同第3条没有做出任何规定。

498 然而，早在1962年，红十字国际委员会就召集专家委员会，研究国内冲突受难者的人道援助问题，该委员会指出：

> 委员会过去也研究了第 3 条的适用范围。根据第 3 条，国内冲突的解决本身并不能完全终止该条的适用，不论解决的形式和条件如何，不论是合法政府自身已重新建立秩序，还是旧政府消失而其敌对方组成新政府，亦或是合法政府与另一方达成协议。委员会指出：第 3 条规定的义务“在一切情况下……无论何时何地”均应得到尊重。因此委员会认为，第 3 条的规定仍然适用于冲突造成的局势以及该冲突的参加者。[226]〔后加着重号以示强调。〕

225 相关讨论，见Marko Milanovic, ‘End of application of international humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 893, March 2014, pp. 163–188, at 178–181。See also Bartels, 2014, pp. 303 and 309, and Grignon, pp. 270–275, 作者强调武装冲突的全球性结束，与国际性武装冲突中军事行动的全面结束概念相当，对判断非国际性武装冲突的结束来说是一个决定性因素。对于多国行动的类似观点, see Ferraro, 2013, p. 607, and Sivakumaran, 2012, pp. 253–254.see also Kolb/Hyde, p. 102, and Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol.I, p. 135, paraphrasing ICTY, Haradinaj Trial Judgment, 2008, para. 100.

226 See ICRC, ‘‘Humanitarian aid to the victims of internal conflicts. Meeting of a Commission of Experts in Geneva, 25–30 October 1962, Report’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 3, No. 23, February 1963, pp. 79–91, at 83. See also Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol. I, p. 136, and David, pp. 267–268.

499 1977年，各国在《第二附加议定书》中通过了以下规定：

> 在武装冲突结束时，基于有关该冲突的原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，以及在该冲突后基于同样原因而自由被剥夺或自由受限制的一切人，均应享受第五条和第六条的保护，直至自由的剥夺或限制终止之时为止。[227]

500 共同第3条对国家和非国家当事方都具有约束力，其所规定的保障即使在冲突结束后，对于非国际性武装冲突的受难者来说也是至关重要的。

501 受共同第3条保护的人，只要其因武装冲突而处于共同第3条提供保护的情形中，即使非国际性武装冲突已经结束，仍然能够继续受益于该条的保护。因此，例如，与冲突有关的被拘留者在冲突结束后应继续得到人道待遇，包括不受酷刑或虐待或享有公正审判。[228]

502 如果在非国际性武装冲突结束后恢复适用正常的国内和国际法律框架可以为受共同第3条保护的人提供比共同第3条更有利的保护，则当然必须适用该种保护。[229]

四、第 1 款：共同第 3 条的约束力

（一）“冲突之各方……应遵守”

1. 概述

503 一旦出现了共同第3条意义上的非国际性武装冲突，共同第3条明确地规定了“冲突之各方……应遵守”本条的基本规定。

504 这一简单但明确的规定是一项重大成就。一旦共同第3条开始适用，冲突的国家一方和非国家一方均自动并绝对负有遵守其规定的义务。该义务不仅不受非国家一方是否明确接受共同第3条的影响，也不受敌对方是否在实践中遵守了共同第3条之规定的影响。[230]此外，共同第3条基于冲突各方平等的原则。它赋予了国家和非国家当事方相同的权利，规定了相同的义务，这些权利和义务均具有纯粹的

227 《第二附加议定书》第2条第2款。该议定书第5条和第6条为基于有关武装冲突的原因以及在刑事追诉期间被剥夺自由的人提供了保护。详见关于《第二附加议定书》第1条、第5条和第6条的评注。对于国际性武装冲突，还可比较《日内瓦第一公约》第5条、《日内瓦第三公约》第5条第1款、《日内瓦第四公约》第6条第3款，以及《第一附加议定书》第3条第2款。

228 《第二附加议定书》第2条第2款并未将第5条和第6条在冲突结束后的持续保护限定在冲突期间基于有关冲突的原因而自由被剥夺或被限制的人，它同时保护冲突后基于有关冲突的原因而自由被剥夺或被限制的人。如果共同第3条意义上的非国际性武装冲突已经结束，那么各方也可以考虑依据共同第3条提供此种广泛的持续性保护。

229 See e.g. David, p. 268.

230 另见第五部分第（一）节第3项。

人道性质。[231]然而，这并不意味着非国家武装团体的成员享有战斗员的豁免权，因为战斗员豁免权这一概念不适用于非国际性武装冲突。

2. 共同第 3 条对非国家武装团体的约束力

505 非国家武装团体不是日内瓦四公约的“缔约国”。1949年，各国决定非国家实体不能成为日内瓦四公约的缔约方。然而，如今已经公认的是，共同第3条作为条约和习惯法对非国家武装团体均具有约束力。[232]

506 共同第3条的措辞区分了“缔约国”与冲突各方：“在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合，冲突之各方……应遵守……”（后加着重号以示强调）。这明确支持了上述观点。在共同第3条谈判期间，一项修正案提议在该句第二部分提及缔约国，但遭到否决。[233]

507 共同第3条对非日内瓦四公约缔约国的实体产生约束力的确切机制颇具争议。[234]有关解释包括：（1）声称代表一个国家或其某些部分，特别是对其行使有效主权的实体，承担该国的国际义务；[235]（2）在一国批准日内瓦四公约后，共同第3条成为国内法的一部分，并因此对该国管辖下的所有个人，包括对非国家武装团体成员都具有约束力；[236]（3）旨在对非国际性武装冲突的非国家当事方具有约束力的共同第3条和其他人道法条约，是为第三方合法创设义务的国际条约规定，类似于条约在一定情况下[237]可以为非缔约国创设义务；[238]（4）当一国批准某项条约时，它代表着其管辖下的所有个人，因此该国管辖下的所有个人都成为国际法

231 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4442. See also Sivakumaran, 2012, pp. 242–244; Bugnion, 2003b, p. 167; and Christopher Greenwood, ‘The relationship between *ius ad bellum* and *ius in bello’, Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4, 1983, pp. 221–234, at 221.

232 关于共同第3条的习惯法地位，例如，见ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219; ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 1995, para. 98; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 228; 以及ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 608–609。

233 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第90页，其中包含红十字国际委员会的回应；进一步见第93～94、99～100页。

234 有关概述，见Sivakumaran, 2012, pp. 238–242, 以及2015, pp. 415–431; Kleffner, 2011; Moir, pp. 52–58; Murray, pp.101–131; 以及Dinstein, 2014, pp. 63–73。

235 See e.g. Pictet (ed.), Commentary on the First Geneva Convention, ICRC, 1952, pp. 51–52；Commentary on the Second Geneva Convention, ICRC, 1960, p. 34; Commentary on the Third Geneva Convention, ICRC, 1960, pp. 37–38; Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, 1958, p. 37; Elder, p. 55; Schindler, p. 151; and Sivakumaran, 2015, pp. 422–423.

236 这通常被称为立法管辖权理论。See e.g. Pictet (ed.), Commentary on the Second Geneva Convention, ICRC, 1960, p. 34; Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, 1987, para. 4444; Sivakumaran, 2015, pp. 418–419; Dinstein, p. 70; and Elder, p. 55. 另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第94页（希腊的发言）。

237 见《维也纳条约法公约》（1969年）第34至36条。

238 See Cassese, 1981, pp. 423–429; and Sivakumaran, 2015, pp. 419–420.

规定的直接权利与义务的对象；[239]（5）约束力“源于这些规则〔共同第3条〕的基本性，且其得到了整个国际社会的认可，是保障重要人道利益所需的绝对最低限度”；[240]（6）非国家武装团体也可以同意受共同第3条的约束，例如通过发布单方面声明或通过武装冲突各方之间签订特别协定。[241]

508 学界已经提出各种此类法律理论来解释非国家武装团体如何受共同第3条的约束，但无可争议的是，共同第3条的实质性规定对所有此类成为武装冲突一方的武装团体均具有约束力。

3. 共同第 3 条对多国部队的约束力

509 如前所述，[242]无论是出于履行其授权还是由于事态的发展，多国部队从事某些活动，可以使其派遣国或国际组织成为非国际性武装冲突的一方。可在下列两类多国行动之间做出区分：一类是由不受国际组织指挥和控制的国家联盟开展的行动；另一类是在联合国或其他国际组织指挥和控制下开展的行动。

510 在由不受国际组织指挥和控制的国家联盟开展多国行动的情况下，参加多国部队的各个国家成为冲突的当事方。[243]根据多国部队是与国家还是非国家冲突方交战，有关国际性或非国际性武装冲突的法律对部队派遣国产生约束力。在后一情况中，共同第3条将对这些国家的部队具有约束力。

511 当多国行动是在有关国际组织的框架内开展的且该组织指挥和控制这些部队时，该组织可以成为武装冲突的一方。[244]由于部署多国部队的国际组织并非国家并因此不能成为日内瓦四公约或其他人道法条约的缔约国，这些条约本身对它们没有约束力。但是，联合国与联合国和平行动的东道国之间签订的部队地位协定一般要求联合国确保其行动“充分尊重有关适用于军事人员行动的国际公约的原则与规范”。[245]关于在联合国指挥和控制下的部队，联合国秘书长已经明确肯定

239 See Sivakumaran, 2015, pp.417–418; Antonio Cassese, ‘La guerre civile et le droit international’, *Revue générale de droit international public*, Vol.90, 1986, pp. 553–578, at 567; Dinstein, p. 66; and Schindler, p. 151.

240 See Bugnion, 2003a, p. 336, 作者也主张，共同第3条的约束性“来源于国际习惯、人道法规与公众良知的要求”。关于这一点，另见Sivakumaran, 2015, p. 424。

241 See Sivakumaran, 2015, pp. 420–422, and Dinstein, pp. 70–71.

242 见第411～413段，以及关于共同第2条的评注，第245～252段。

243 更多相关详细内容，见本评注第411～413段。

244 在某些情况下，国际组织和部队派遣国也可能都被视为武装冲突的当事方。关于这一问题的更多详细内容，见第 411～413段；关于共同第2条的评注，第245～252段，以及Ferraro, 2013, pp. 588–595。

245 See e.g. The Status of Forces Agreement between the United Nations and the Government of the Republic of South Sudan concerning the United Nations Mission in South Sudan (UNMISS), Juba, 8 August 2011, paras 6(a) and (b). 虽然这些规定并没有列入联合国秘书长应联合国大会要求编制的“维持和平行动部队地位协定范本”（联合国A/45/594号文件，1990年10月9日），但它们已经被列入联合国自1993年11月5日与卢旺达就联合国卢旺达援助团（UN Assistance Mission in Rwanda，UNAMIR）签订此类协议以来的相关部队地位协定中，United Nations *Treaty Series*, Vol. 1748,1993, pp. 3–28。

了某些“国际人道主义法的基本原则和规则”对多国部队的适用性。[246]

512 此外，这些国际组织受习惯国际法的约束已经成为共识。[247]国际法院已指出，包括联合国在内的国际组织是国际法的主体，受到其根据国际法一般规则所承担之义务的约束。[248]

513 另外，由于部队派遣国通常不会向部署多国部队的组织交出对其部队的一切控制权，因此许多国家认为，这些部队仍受其本国承担的人道法义务的约束。[249]

（二）“最低限度应遵守下列规定”

514 非国际性武装冲突所有冲突方均应遵守共同第3条中所列的“最低限度”的规定。这些基本义务在任何非国际性武装冲突发生时即自动适用。

515 正如共同第3条约文本身所指出的，这些规定仅是“最低限度”的规定。

516 1949年，各国在通过共同第3条时，在是否使更多或全部日内瓦四公约规定自动适用于非国际性武装冲突这一问题上难以达成一致。[250]但各国也意识到，在此类冲突中适用其他、更详细的规则可能是可取的。因此，他们同意在共同第3条中增加第3款，根据该款规定，“冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使〔日内瓦四公约〕之其他规定得全部或部分发生效力”。[251]

517 除了共同第3条所规定的基本义务以及缔结特别协定的选择外，非国际性武装冲突各方还应遵守其他人道法条约。[252]此外，冲突各方还应遵守适用于非国际性

246 例如，见1999年《联合国秘书长公告》，该公告没有区分国际性与非国际性武装冲突。

247 See ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949, p. 179; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980, para. 37; and *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)*, Advisory Opinion, 1996, para. 25.

248 See ICJ, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO), Advisory Opinion, 1996, para. 25，其中，国际法院指出：

> “国际组织……不同于国家，不具备一般性的权能。国际组织受‘特定性原则’的制约，也就是说，它们的权力由创建它们的国家授予……授予国际组织的权力通常在它的宪章性文件中作了明确的说明。”

关于这一原则对国际组织适用人道法的影响的讨论，见Kolb/Porretto/Vité, pp. 121–143; Naert, pp. 533–534; Shraga, 1998, p. 77; 以及Engdahl, p. 519。

249 见1999年《联合国秘书长公告》第2节，其表明：“本规定并……不取代军事人员在整个行动期间继续受其约束的国内法”。另见，例如荷兰《军事手册》（2005年），第1231页（“自然地，参加联合国领导的此类行动的各个国家受习惯法及其签署和批准的条约或公约的约束。”）以及德国《军事手册》（2013年），第1405页（“联合国是否予以授权并不影响武装冲突法可否适用的问题。相反，如果国际人道法的规范对有关派遣国适用，而且如果在部队所部署之国存在武装冲突，那么国际人道法的规范就可以直接适用”）。

250 更多相关详细内容，见第二部分。

251 详见第十一部分。

252 尤其是《第二附加议定书》的规定，当然这需要取决于该议定书是否得到了批准，还有，某个特定的非国际性武装冲突是否符合适用该议定书的条件。详见关于《第二附加议定书》的评注。另见，例如本评注脚注5提及的其他条约。

武装冲突的习惯人道法以及国际人权法中可适用的义务。但是，人权法对非国家武装团体是否适用，以及在多大程度上适用，尚未得到解决。至少，似乎得到公认的是，武装团体如果对领土行使控制权并履行类似于政府的职能，则因而应依据人权法承担相应责任。[253]

五、第 1 项：受保护的人员

(一) 引言

518 第1项涵盖了所有“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员”。共同第3条并未对上述概念进行详述，在1949年外交会议上这部分内容也未引发大量讨论。依据该项享有保护之人，必须处于冲突一方的权力之下（见第五部分第（四）节）。[254]

519 保护不参加或不再参加敌对行动的人员是人道法的核心内容。共同第3条因此将受其保护的人员明确界定为：“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员”（后加着重号以示强调）。非国际性武装冲突之各方负有明确的义务，应在一切情况下给予这些人员以人道待遇，不得有所歧视。

520 不过，除共同第3条之外，人道法还规定了诸多在人员实际参加敌对行动期间对其有利规定，包括一般性地禁止使用属于引起过分伤害或不必要痛苦的性质的作战手段或方法，以及禁止使用特定的作战手段和方法。[255]

253 关于该问题相关实践及论辩的概述，例如，见Sivakumaran, 2012, pp. 95–99; Jean-Marie Henckaerts and Cornelius Wiesener, ‘Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution from customary international law?’, in Robert Kolb and Gloria Gaggioli (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 146–169; Andrew Clapham, ‘Focusing on Armed Non-State Actors’, in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, pp. 766–810, at 786–802; and Konstantinos Mastorodimos, *Armed Non-State Actors in International Humanitarian and Human Rights Law: Foundation and Framework of Obligations, and Rules on Accountability*, Ashgate, Farnham, 2016。

254 关于受到该款第2项保护的人员，涉及伤者和病者，见第九部分第（四）节。

255 这些规则作为习惯国际法适用于非国际性武装冲突；见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年），尤其见规则46、规则64至规则65、规则70、规则72至规则74、规则77至规则80，以及规则85至规则86。

（二）不实际参加战事之人员

521 共同第3条保护“不实际参加战事之人员”。这些人员首先是平民居民，他们一般不实际参加敌对行动。[256]因此，平民受到共同第3条的保护，除非在他们实际参加敌对行动时。一旦他们停止实际参加敌对行动，包括“因伤、病、拘留、或其他原因而失去战斗力”时，他们即受到保护。[257]平民居民也包括被武装部队遣散或脱离武装部队的前武装部队人员。[258]

522 第二，不实际参加敌对行动的人员还包括武装部队中的非战斗人员，即医务和宗教人员。他们因为须专门受委派从事医疗或宗教职务，所以一般不会实际参加敌对行动。[259]

523 第三，正如共同第3条阐明的，不实际参加敌对行动的人员包括“放下武器之武装部队人员及……失去战斗力之人员”。这类人员将在第五部分第（三）节中进一步讨论。

524 共同第3条并未对实际参加敌对行动这一概念进行界定，1949年日内瓦四公约或更早的条约中也没有其他任何条款对该内容做相关规定。[260]但是，对实际参加敌对行动的人员与不实际参加或不再实际参加敌对行动人员进行区分，是人道法的主要特征。

525 1977年附加议定书对参加敌对行动的概念做出了规定，即平民“除直接参加敌对行动并在直接参加敌对行动时外”，享受免受军事行动所产生的危险的保护。[261]共同第3条中的“实际”参加敌对行动和附加议定书中的“直接”参加敌对行动是相同的概念，这是一个普遍公认的观点。[262]

256 另见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项规定下所有罪行的共同要件（将受日内瓦四公约共同第3条保护的人员描述为：“这些人或为无战斗力人员,或为不实际参加敌对行动的平民、医务人员或神职人员”）。

257 关于失去战斗力的人员的详细内容，见第五部分第（三）节第1项。将有关失去战斗力的人员的考量因素适用于实际参加敌对行动的平民，这来源于“失去战斗力之人员”和“不实际参加战事之人员”之间存在的联系。关于这一点，法文版较英文版更为清晰，因为与英文版不同，其重复了“人员”一词（‘Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris … les personnes qui ont été mises hors de combat …’）（该条款中文译文同样重复了“人员”一词）。See also Kleffner, 2015, pp. 442–443.

258 关于从非国家武装团体中脱离的问题，见红十字国际委员会，《解释性指南》，第70～71页。

259 另见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项规定下所有罪行的共同要件（将受共同第3条保护的人员描述为：“这些人或为无战斗力人员，或为不实际参加敌对行动的平民、医务人员或神职人员”）。

260 但是，见《日内瓦第四公约》第15条。该条规定了国际性武装冲突各方设立中立化地带的可能性，用于庇护“不参加战事及虽居住在该地带内而不从事军事性工作之平民”等人员。

261 见《第一附加议定书》第51条第3款，以及《第二附加议定书》第13条第3款。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则6。

262 See e.g. ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 629, 以及红十字国际委员会，《解释性指南》，第41页。与英文约文同等作准的共同第3条法文版则使用了“不直接参加战事之人员”（“personnes qui ne participent pas *directement* aux hostilités”）这一说法（后加着重号以示强调）。

526 附加议定书提及直接参加敌对行动的目的是为了确定在敌对行动期间，平民何时会成为人道法中的合法攻击目标。直接参加敌对行动这一概念的范围和适用问题也是敌对行动相关规则框架内的争议内容。[263]

527 无论冲突各方为了决定攻击目标对直接参加敌对行动这一概念采取何种观点，一旦某人员停止实际参加敌对行动，例如当其落入敌手时，该人员就进入了共同第3条的保护范围，必须给予人道待遇。

528 因此，永远不能因为一个人在过去曾经实际参加敌对行动而对其进行任何形式的虐待，例如酷刑或者虐待、侮辱或降低身份的待遇。人道法禁止报复。

（三）放下武器之武装部队人员及失去战斗力之人员

1. 武装部队人员

529 共同第3条或日内瓦四公约总体上均未对“武装部队人员”做出定义。[264]

530 就共同第3条而言，“武装部队”一词同时指冲突国家一方和非国家一方的武装部队。这一点可以从共同第3条使用的措辞中推导出来，即“冲突之各方”必须对“不实际参加战事之人员，包括……武装部队人员”予以保护。[265]此外，共同第3条此处对武装部队一词采取了泛指的表述方式（“armed forces”），而非特指（“the”armed forces），后者可解释为仅指国家武装部队。[266]最后，共同第3条的基础是所有冲突各方之间义务的平衡，并要求无论是国家武装部队还是非国家武装团体的人员，一旦他们放下武器或者失去战斗力，均应受到人道待遇。[267]

531 但是，给予人道待遇的要求并不意味着，非国家武装团体的人员享有战斗员豁免权，因为这一概念本身在非国际性武装冲突中是不适用的。非国家武装团体的人员可因参加敌对行动的行为而依据国内法予以起诉，包括并未违反人道法的

263 就敌对行动中的区分原则来说，红十字国际委员会对直接参加敌对行动的概念解释提出了建议，见红十字国际委员会，《解释性指南》。关于对该出版物的讨论，例如，见Michael N. Schmitt, ‘The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis’, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 5–44; *Report of the Special Rapporteur on Extra-Judicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston, Addendum: Study on targeted killings*, UN Doc. A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, pp. 19–21; 以及‘Forum: The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law’, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 637–916。更多相关详细内容，见关于《第一附加议定书》第51条和《第二附加议定书》第13条的评注。

264 直到1977年，在国际性武装冲突方面，武装部队的定义才规定在了人道法条约中；见《第一附加议定书》第43条。

265 另见红十字国际委员会，《解释性指南》，第27页。

266 另见与英文约文同等作准的共同第3条法文版，其用的是 “les membres *de* forces armées” 这一表述，而不是“les members *des* forces armées”（后加斜体以示强调），同样为泛指与特指的区别。

267 See also Sassòli, 2006, p. 977.

行为。共同第3条的最后一款确认，该条的适用不影响冲突各方的法律地位。

532 国家武装部队首先包括一国的正规武装部队。但是，国家武装部队这一概念还包括其他有组织的武装团体或单位，只要他们在非国际性武装冲突国家一方的负责统率之下。[268]

533 国家武装部队通常由行使战斗员职能的人员和行使非战斗员职能的人员组成，后者包括医务和宗教人员。如上所述，医务和宗教人员通常不实际参加敌对行动，且在严格履行其非战斗员职责时，受到共同第3条的保护。[269]

534 非国际性武装冲突的非国家一方不具有在国内法意义上建立的武装部队。[270]不过，非国际性武装冲突存在的条件就是，代表非国家冲突方进行战斗的部队必须有能力从事持续的武装暴力，这就要求一定程度的组织性。[271]此类有组织的武装团体就构成共同第3条意义上非国家冲突方的“武装部队”。[272]

2. 放下武器或失去战斗力

535 共同第3条分别提及了“放下武器之武装部队战斗人员”和“因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员”。将“放下武器”的武装部队人员与“因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力”的人员进行区分的关键在于，前者停止参加冲突的原因是其自身决定投降，而非其不可控的外界因素。[273]不过，决定投降的结果同因外界因素失去战斗力的结果是一样的：他们都不再参与冲突。个人放下武器即可获得共同第3条的保护，而不需要武装部队整体这样做。[274]

536 共同第3条或日内瓦四公约总体上均未对失去战斗力这一概念做出界定。

537 不过，就开展敌对行动而言，《第一附加议定书》对“失去战斗力”的后果及条件作出了规定：

268 这包括依据国内法不属于武装部队界定范围、但是被正式纳入或者实际上行使正规武装部队职能的实体，如国民警卫队、海关、警察或其他类似部队。例如，见Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4462; 红十字国际委员会，《解释性指南》，第29～30页；以及 Sivakumaran, 2012, p. 180。

269 见本评注第522段。

270 尽管如此，有时，其也可能包括一国持不同政见的武装部队；见《第二附加议定书》第1条第1款。

271 见第三部分第（二）节第2项。

272 见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第37页；红十字国际委员会，《解释性指南》，第26～34页；以及关于《第二附加议定书》第1条第1款和第13条的评注。

273 在1949年外交会议期间，相对于曾提议的“及投降人员”这一规定方式，最终获得通过的规定方式——“放下武器”的人员获得接受；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第84、90、100页。

274 在与英文约文同等作准的共同第3条法文版中，“放下武器之武装部队人员”（“les membres de forces armées qui ont déposé les armes”）一语，既可被理解为放下武器的武装部队人员个人，也可被理解为，要想使武装部队人员受到共同第3条的保护，武装部队整体需放下武器。然而，1949年外交会议上的讨论表明，该规定的真实意图是第一种解读。在目前所采纳的英文约文中，使用“放下武器之……人员”（“who have laid down their arms”）这一表述，即使用“who”这一关系代词是故意为之，因为该词仅可指代个人。有代表曾建议用关系代词“which”取代关系代词“who”，“以表明武装部队整体必须放下武器”，但是这一提议遭到了否决。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第100页。

一、被认为失去战斗力或按照情况应被承认为失去战斗力的人，不应成为攻击的对象。

二、下列的人是失去战斗力的人：

（一）在敌方权力下的人；

（二）明示投降意图的人；或

（三）因伤或病而失去知觉，或发生其它无能力的情形，因而不能自卫的人；

但在上述任何情形下，均须不从事任何敌对行为，并不企图逃脱。[275]

这一规则是适用于非国际性武装冲突的习惯法的一部分。[276]

538 这一定义的最后一部分（即“但在上述任何情形下，均须不从事任何敌对行为，并不企图逃脱”）解释了失去战斗力的人员不应成为攻击对象的原因。当一个人不从事敌对行为且不企图逃脱时，也就不再有理由伤害该人员。这些条件因此似乎也与共同第3条相关，即决定了某武装部队人员（或某实际参加敌对行动的平民）从何时起应被视为失去战斗力的人员并因此受共同第3条的保护。

539 特别地，清楚表明投降意图而失去战斗力的人员属于共同第3条意义上的“放下武器”，因而受该条的保护。[277]共同第3条继而指出，下列其他因素可能使人失去战斗力，包括：“病、伤、拘留、或其他原因”。伤病是非国际性武装冲突中的武装部队人员通常可能会遭遇的情况，拘留也是一样，冲突的国家和非国家一方均会采取拘留措施。[278]其他失去战斗力的原因还可能包括遇船难、从遇难飞机上跳伞降落，或落入或以其他方式处于冲突一方权力之下的情形（比如在检查站），即使相关情形还不能视为构成拘留。“其他原因”这一表述说明，不能对共同第3条中“失去战斗力”的概念作狭义解释。[279]

（四）共同第 3 条与敌对行动的开展

540 共同第3条并未对敌对行动的开展做出规定。共同第3条提供的实质保护，如禁止酷刑和扣留人质，建立在对相关人员具有一定程度的控制的基础上：他们处于冲突一方的权力之下。这包括居住在冲突一方控制区域内的平民，但并不涉及

275 《第一附加议定书》第41条。

276 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则47。

277 被遣散或脱离武装部队的人员可以被视为“放下武器”，但若上述情况发生在该人员落入敌方权力下之前，则他们因在落入敌方权力时“不实际参加战事”而得于此时受共同第3条保护；另见第521段。

278 在外交会议上，与会代表更倾向于使用共同第3条中的“拘留”一词，而非“在俘”一词。一代表团认为，在俘“意味着战俘身份，而这与内战概念不相容”，因此建议使用“拘留”一词；也有代表团认为，“使用‘在俘’一词没有问题，这一词语是指被警察或反对派部队‘拘捕’”；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第94、100页。关于不涉及刑事诉讼的拘留，见第八部分。

279 这也是2002年《国际刑事法院犯罪要件》起草者的理解；见Dörmann, p. 389。

受敌对行动规则规制的冲突各方的行为。这一解读可以在日内瓦四公约的准备工作，以及军事手册和判例法中找到支持，[280]也得到了学术文献的支持。[281]

541 在这方面，唯一引发疑问的一项保护就是对谋杀的禁止性规定，该规定在某些情况下被认为适用于敌对行动中的非法攻击。[282]一些学者认为，共同第3条对敌对行动的开展做出了某些规定。[283]如若正确，那么禁止谋杀应当依照规制敌对行动的具体规则来进行解释，特别是区分规则、比例规则和预防措施规则。遵守敌对行动规则的剥夺生命的行为将不构成共同第3条中的谋杀。

542 但是，红十字国际委员会认为，从共同第3条在1949年日内瓦四公约中的上下文来看，该条并不旨在调整敌对行动的开展。[284]最终通过的共同第3条约文是从建议将日内瓦四公约的原则——或四公约的规定本身——适用于非国际性武装冲突的草案发展而来的。日内瓦四公约的主要关切在于保护国际性武装冲突中落于冲突一方权力之下的受难者，而非规制敌对行动的开展本身。同样，共同第3条也应当如此，通过共同第3条是为了将日内瓦四公约的核心要素扩大适用于非国际性武装冲突。[285]

280 例如，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第407～410页。（美国、加拿大、墨西哥、法国和瑞士就《日内瓦第四公约》第32条中“在其手中”的含义所做的发言，这些讨论明确地将这一规定与共同第3条进行了比较）；英国《武装冲突法手册》（2004年），第215页；以及Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.137 (Argentina)*, Report, 1997, para. 176 （平民“被捕或因其他原因处于敌对方权力之下时，受共同第3条的保障”）。

281 See Meron, 1991, p. 84; Pejic, 2011, pp. 203, 205–206 and 219 (共同第3条保护处于“权力”之下或“被捕”的人员；涉及的是“保护处于敌方手中之人”的问题); Melzer, 2008, p. 216 (关于禁止谋杀); Yukata Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 299 (共同第3条适用于“在武装冲突中被捕的”人员；谋杀仅在执法行动背景下成立，在敌对行动背景下不成立; Knuckey, p. 456 (关于禁止谋杀); and Dinstein, p. 134.

282 ICTY, *Strugar* Trial Judgment, 2005, 该案涉及对杜布罗夫尼克老城的炮击，其中居住着不实际参加敌对行动的人员。法庭认为，谋杀的战争罪、虐待的战争罪，以及攻击平民的战争罪指控均成立；see paras 234–240, 260–261 and 277–283, 其中引用了更早的判例法。进一步对比ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, paras 856–879。See also Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia*, 26 February 1999, para. 41; 人权理事会：《国际调查委员会对所有据称在阿拉伯利比亚民众国境内发生的违反国际人权法行为的调查报告》，联合国A/HRC/17/44号文件，2012年1月12日，第146段； and UN, *Report of the Secretary-General's Panel of Experts on Accountability in Sri Lanka*, 31 March 2011, paras 193, 206 and 242.

283 See e.g. Bond, p. 348; William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, 2012, p. 433; Cassese, p. 107; and Rogers, p. 301. 关于一种更为折衷的观点，见Bothe/Partsch/Solf, p. 667, fn. 1。

284 1977年起草后来成为《第二附加议定书》第13条的条款草案时所采用的也是这一理解，该草案禁止攻击平民居民以及不直接参加敌对活动的平民；见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XV卷，第363页：“与非国际性武装冲突相关的唯一的一般国际法是1949日内瓦四公约的共同第3条，其并未包含与《第二附加议定书》该条款的主题事项相关的规定。”See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 4365 and 4776; Draper, 1965, pp. 84–85 (日内瓦四公约“采取了避免直接对敌对行动的开展进行立法的方式……禁止性规定涉及战斗以外的待遇问题”); 红十字国际委员会，《解释性指南》，第27页；Pejic, 2011, p. 219; Gasser, p. 478; Meron, 1991, p. 84; Watkin, p. 271, with fn. 31; Zegveld, pp. 82–84; and Abresch, p. 748, with fn. 22.

285 详见第二部分。

543 敌对行动可能导致不实际参加敌对行动的人员出现伤亡的情况，这是非国际性武装冲突中的现实，这有可能是因为这些人员成了非法攻击的目标，或者是因为他们受到了攻击的附带伤害。不过，共同第3条并不适合用于评估敌对行动的合法性，这由人道法中特定的规则所调整。对于非国际性武装冲突来说，此类特定规则规定在《第二附加议定书》和习惯国际法中。[286]

（五）共同第 3 条对所有平民以及冲突一方自身武装部队的可适用性

544 日内瓦四公约，尤其是《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》的很多条款，仅限于保护处于敌方权力之下的人员，[287]但有些条款则不限于此。在《日内瓦第一公约》中，规定了该公约所提供之核心保护的条款——第12条，即尤为如此。[288]

545 共同第3条的措辞表明，它适用于所有不实际参加敌对行动的人员，而不得“有所歧视”。[289]该条并未规定不实际参加敌对行动的人员必须处于敌方权力之下才能受此条款的保护。

546 平民无论处于哪方权力之下，都应享受共同第3条的保护，这样才合乎逻辑。在实践中，通常无法在非国际性武装冲突中确定，不实际参加敌对行动的全体居民中，有关人员是隶属于冲突一方还是另一方。不同于在国际性武装冲突中的通常做法，[290]像国籍这样的客观标准是无法采用的。[291]因此，如果要求将共同第3条的保护限于隶属于或被认为隶属于敌方的人员，那么将很难与共同第3条的保护目的相协调。

547 另一个问题是，冲突一方的武装部队是否能从其己方对共同第3条的适用中获益。[292]例如，武装部队人员被指控涉嫌犯罪而被己方审判，如武装冲突背景下的战争罪或普通犯罪，以及武装部队人员遭到己方的性侵犯或遭受其他虐待。[293]由其所属一方执行审判或实施虐待的事实，不应成为否认这些人员应受共同第3条保护的理由。这是由共同第3条的基本特点决定的，它一直被认为是所有武装冲突中的“最低标准”，同时也反映了“人道的基本考虑”。[294]

286 尤其见《第二附加议定书》第13条至第17条，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）（2005年）规则1至规则2、规则5至规则21、规则42至规则48，以及规则53至规则54。

287 见《日内瓦第三公约》第4条，以及《日内瓦第四公约》第4条。

288 见关于第12条的评注，第1337、1368、1370段。

289 关于禁止歧视，见第六部分第（二）节。

290 详见关于《日内瓦第四公约》第4条的评注。

291 关于共同第3条中禁止以国籍为标准进行歧视的讨论，见第六部分第（二）节第2项。

292 相关详细讨论，见Kleffner, 2013c, 以及Sivakumaran, 2012, pp. 246-249。

293 See ICC, *Ntaganda* Decision on the Confirmation of Charges, 2014, paras 76–82, 该决定将冲突方对己方儿童兵实施的强奸和性奴役的指控确认为战争罪；see also *Katanga* Decision on the Confirmation of Charges, 2008, para. 248, 该决定指出，在敌对行动中使用儿童兵“可以由行为人对其所属冲突方的人员实施”。但是，见SCSL, Sesay Trial Judgment, 2009, paras 1451–1457, 该判决认为，“武装冲突法不保护武装团体成员免遭其己方部队针对他们实施的暴力行为”。

294 See ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case, Merits, Judgment, 1986, paras218–219.

548 当然，在许多情况下，可能没有必要援引共同第3条以促使冲突一方给予己方武装部队人道待遇，这是因为冲突一方一般会觉得其自然有义务这样做，或出于自身利益而如此行事，或者因为，至少就冲突的国家一方而言，国内法和国际人权法要求的待遇至少相当于共同第3条意义上的人道待遇。

549 然而，只要某个特定情况与非国际性武装冲突有联系，如上例所示，武装冲突各方应至少依据共同第3条给予己方武装部队以人道待遇。

六、第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务

(一) 人道待遇义务

1. 引言

550 人道待遇义务是共同第3条所提供之保护的基石。它只用了寥寥数语表达，但仍不失其根本性。从中延伸出共同第3条第1款第1项下的具体禁止性规定，该规定旨在确保所有不参加或不再参加敌对行动的人能够得到非国际性武装冲突中国家一方和非国家一方的人道待遇。

551 让·皮克泰在1958年写到，人道待遇原则“事实上是日内瓦四公约的主旨”。[295]就国际性武装冲突而言，人道待遇原则已被编纂于1899年和1907年的《海牙章程》，以及随后的日内瓦四公约及其《第一附加议定书》中。[296]然而，就非国际性武装冲突而言，该原则首次编纂于共同第3条，并随后在《第二附加议定书》中得以重申。[297]

2. 人道待遇

552 给予受共同第3条保护的人员以人道待遇不仅仅是一项建议或道德诉求。很明显，“应”一词表明，其是冲突各方在国际法下的义务。

295 See Pictet (ed.), Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, 1958, p. 204.

296 见《海牙章程》（1899年）和（1907年）第4条；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第1条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第2条。如今，尤其见《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13条；《日内瓦第四公约》第27条；以及《第一附加议定书》第10条和第75条。

297 这方面的正式规则可以追溯到《利伯守则》，它是在非国际性武装冲突，即美国内战的背景中颁布的；见《利伯守则》（1863年）第4条和第76条。另见《布鲁塞尔宣言》（1874年）第23条。《利伯守则》第73条明确表明了人道待遇的特殊重要性：“所有军官在被捕时必须向俘虏者上缴其随身携带的武器。在特殊情况下，指挥官可将其归还俘虏，以示对其杰出的英勇行为的钦佩，或对其被俘前对俘虏的人道待遇的赞许”（后加着重号以示强调）。见《第二附加议定书》第4条，其为该议定书第二部的第1条，该部分标题为“人道待遇”。根据《第二附加议定书》第5条第1款和第3款，必要的人道待遇义务也适用于“基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论是被拘禁或被拘留”以及“基于有关武装冲突的原因而自由以任何方式受限制的人”。

553 尽管如此，“人道待遇”的确切含义并没有在共同第3条或人道条约法的任何其他规定中得到界定。然而，这并不是这些条款的一个缺陷。人道待遇的含义需要结合特定的背景理解，并且必须在个案的具体情况中进行考量，同时考虑到客观和主观因素，比如环境、相关人员的身心状况，以及其年龄、社会、文化宗教或政治背景和过去的经历。另外，妇女、男子、女童和男童受武装冲突影响的方式是不同的，这点已经获得越来越多的承认。必须顾及每个人固有的地位、能力和需求，包括因社会中的社会、经济、文化和政治结构而在男女间产生的差异，这均有助于对共同第3条中人道待遇的理解。[298]

554 如果在共同第3条中纳入人道待遇的全面定义，将会形成一个可能过于狭窄和僵化的规范框架，而且在不可预见或特殊的情况需要被纳入考量时，例如气候条件、文化敏感性或个人需求等，导致无法确保人道待遇。但与此同时，对人道待遇的含义不提供任何指导可能会给武装冲突各方留下太多自由空间，导致出现不符合这一基本规则目的的解释。[299]共同第3条选择的规定方式是以人道待遇这项必要义务为核心，同时通过列举应予禁止的行为加以说明。因此，共同第3条明确要求，在一切情况下给予不实际参加或不再实际参加敌对行动的人以人道待遇，并补充说明“因此”，“不论何时何地，不得有下列行为”：对生命与人身施以暴力、扣留人质、损害个人尊严、未经公正审判而判罪。

555 “因此”这一措辞表明，人道待遇义务是共同第3条的实质性核心。人道待遇自身所具有的含义比所列的禁止性规定更为广泛。这些禁止性规定仅为具体列举无疑违反人道待遇义务之行为。[300]

556 根据“人道”（“humane”）一词的通常意义，应当给予受共同第3条保护的人员以“同情或仁慈”[301]的待遇。这更为直接地反映在法语版约文中，其中该义务被规定为要求“以人道方式对待”（“traitées avec humanité”）共同第3条所保护之人员。

298 关于武装冲突产生的差异性影响的更多信息，例如，见Lindsey, 2001, 或Lindsey/ Coomaraswamy/Gardam, 2005, 或者，类似信息见联合国安理会：《秘书长关于妇女、和平与安全的报告》，联合国S/2002/1154号文件，2002年10月16日。男女均需积极参与为其利益所开展之行动的规划和实施。因此，在确定和评估这些问题时，纳入不同年龄和背景的男性和女性的视角十分重要。相关指导，例如，见Cecilia Tengroth and Kristina Lindvall, *IHL and gender – Swedish experiences*, Swedish Red Cross and Swedish Ministry for Foreign Affairs, Stockholm, 2015, Recommendations, and chapter 6,Checklist – a gender perspective in the application of IHL。

299 See e.g. ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 49; see also Elder, p. 61, and Sivakumaran, 2012, pp. 257–258.

300 《第二附加议定书》第4条第1款、第2款重申了这一规定方式。See also Sivakumaran, 2012, pp. 257–258.

301 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 693, 以“造成最小痛苦”为另一要件。

557 国家实践要求，所给予的待遇应尊重人之为人的固有尊严。[302]对人道待遇的相同理解也反映在国际判例法中。[303]受共同第3条保护之人员所受到的待遇绝不应低于其他人类同胞，其固有的人格尊严必须得到支持和保护。

558 此外，各国在其军事手册、行为守则和政策文件中阐明人道待遇义务的方式进一步说明了这些义务的内容，特别是关于被剥夺自由者。这些文件不仅列出了不符合与人道待遇概念的实践，而且还举例说明了人道待遇要求的内容。这些例子包括：在充分考虑个人性别的基础上提供相应待遇、[304]尊重信仰和宗教习俗、[305]提供足够的食物和饮用水[306]以及衣物、[307]健康和卫生保障、[308]提供适当的医疗服务、[309]保护其免受暴力且免遭武装冲突的危险，[310]以及允许其与外界进行适当联系。[311]

302 See e.g. Colombia, *Constitutional Case No. C-291/07*, Judgment, 2007, section III-D-5: “人道待遇的一般保证是日内瓦四公约的总体指导原则，因为其目的本身是保护作为人的个人以及保障源于此的权利的人道任务。”另见美国《海军手册》（2007年），第11.1～11.2段：“人道待遇……所有被羁押者应当：……（六）作为人得到尊重。”

303 See e.g. ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 49.

304 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.48、9.49段；加拿大《行为守则》（2007年）第2-9页，第5段；吉布提《国际人道法手册》（2004年），第23页；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第49页；以及斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1603段。

305 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.58段；乍得《国际人道法手册》（1996年），第28页（乍得在批准《第二附加议定书》前的版本）；尼泊尔《军队手册》（2011年），第6页；斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1222段；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第158页；英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-5页；以及美国《海军手册》（2007），第11.2段。

306 例如，见乍得《国际人道法手册》（1996年），第28页；斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1221段；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第158页；英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-5页；以及美国《海军手册》（2007），第11.2段。

307 例如，见英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-5页；以及美国《海军手册》（2007），第11.2段。

308 例如，见乍得《国际人道法手册》（1996年），第28页；斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1228段；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第158页；以及英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-4页。

309 例如，见加拿大《战俘管理手册》（2004年），第1B-4页；乍得《国际人道法手册》（1996年），第28页；斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1228段；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第159～160页；英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-5页；以及美国《海军手册》（2007），第11.2段。

310 例如，见乍得《国际人道法手册》（1996年），第28页；斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1228段；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第158页。

311 例如，见乍得《国际人道法手册》（1996年），第28页；尼泊尔《军队手册》（2011年），第3页；斯里兰卡《军事手册》（2003年），第1228段；土耳其《武装冲突法手册》（2001年），第159～160页；英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-5页；以及United States, Department of Defense (DoD), *DoD Detainee Program*, Directive No. 2310.01E, 19 August 2014, section 3(b)(1) ‘Policy’。另见《哥本哈根原则》（2012年），第2、9、10段。

3. 在一切情况下

559 根据共同第3条，人道待遇义务“在一切情况下”适用，这一表述也出现在其他人道法条约的条款中。[312]

560 此表述强调，人道待遇义务是绝对的，并且没有例外。任何情况下都不得背离此义务。[313]如上所述，尽管履行该义务，例如提供充足的食物或医疗服务，可能会因武装冲突的具体情况而有所不同，[314]但是向共同第3条所保护之人员提供的待遇绝不得是不人道的，即不得低于应给予全人类同胞的最低待遇标准。[315]

561 “在一切情况下”一语也被解读为确认了，不能以军事必要为由拒绝履行共同第3条中的人道待遇义务。[316]人道法的一些规定明文纳入了军事必要这类考量因素，将之与人道需求相平衡。如果一项规定没有此种明文规定，就必须假定该规则已将军事必要与人道之间的平衡包含在内，因此不得援引军事必要作为不遵守该规则的理由。[317]对于共同第3条中的人道待遇义务，并无任何明文规定的以军事必要为基础的限制。因此，军事必要不能为任何不符合人道待遇要求的作为或不作为提供正当理由。

562 “在一切情况下”这一表述也加强了包括共同第3条在内的人道法的非相互性。不论敌对方采取何种行为，武装冲突各方均受其人道法义务的约束。武装冲突一方不履行其义务，不免除另一方的义务。[318]这种理解得到了共同第3条的起

312 关于“在一切情况下”对特定类别人员之待遇、尊重和保护，例如，见《日内瓦第一公约》第12条和第24条；《日内瓦第二公约》第12条；《日内瓦第三公约》第14条；《日内瓦第四公约》第27条；《第一附加议定书》第10条第2款和第75条第1款；以及《第二附加议定书》第4条第1款和第7条第2款。此规定同样出现在日内瓦四公约共同第1条以及《第一附加议定书》第1条第1款中，要求缔约国“在一切情况下”尊重各公约或该议定书并保证各公约或该议定书之被尊重。对于敌对行动的开展而言，《第一附加议定书》第51条第1款和《第二附加议定书》第13条载有遵守确保在“任何情况下”保护平民免受军事行动所产生的危险的规则的义务。

313 例如，见美国《拘留行动手册》（2014年），关于被拘留人员，第I-1页：“《统一军事司法法典》、国内法和国际法以及国防部政策禁止对被拘留者施以非人道待遇。因此，人道待遇这项要求不存在例外，也不得规避”（后加着重号以示强调）。另见美国《海军手册》（2007），第11.1～11.2段。

314 例如，见科特迪瓦《教学手册》（2007年），第IV册，第14页；英国《被俘人员联合条令》（2015年），第2-5、2-8页；以及美国《海军手册》（2007），第11.1段。See also Elder, p. 60.

315 例如，见ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, paras 168, 173 and 182, 以及在国际性武装冲突背景下，见Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, paras 58, 65, 68 and 138。

316 See Kleffner, 2013a, pp. 326–327, 其对《日内瓦第一公约》第12条中的“在一切情况下”进行了评论。

317 用设于纽伦堡的美国军事法庭的话来说（United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, pp. 66–67），“军事必要或权宜考虑不是违反实在法规则的正当理由”。See further Kalshoven/Zegveld, pp. 32–33 and 84; O'Connell, pp. 36–38; and Rogers, pp. 7–10.

318 See Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 19; Moir, p. 60; and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 49–51, 其对《第一附加议定书》第1条中的“在一切情况下”进行了评论。See also ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 517:

> “你也一样”这种论调在原则上是错误的。其将人道法视为狭义的权利与义务的双边交换。相反，人道法绝大部分规定设置了绝对义务，即无条件的义务，或换言之是不以相互性为基础的义务。

这方面还可见1969年《维也纳条约法公约》第60条第5款，其规定排除了国家援引重大违约以终止或停止实施“各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”。

草历史的支持。正如第二部分所讨论的，为使人道法在非国际性武装冲突各方之间适用，本条的早期草案要求相互性。[319]然而，本条约文删除了关于相互性的要求，而通过“在一切情况下”这一表述做出了相反的规定。

563 在非国际性武装冲突的情况下，国际法没有任何诉诸武力法（“诉诸战争权”）意义上的关于诉诸武力的规则。“在一切情况下”这一表述重申，某方自身诉诸武力的合法性或其敌对方使用武力的非法性，不能成为违反规制此类武力使用方式之法律的正当理由。[320]虽然一国的国内法律通常禁止对政府当局采取的暴力行为或其领土上个人之间的暴力行为，但是国家通常有权使用武力来恢复国内公共安全、法律和秩序。[321]不过尽管各国有这项权利，但只要暴力局势达到非国际性武装冲突的构成条件，所有冲突各方必须遵守其在人道法条约和习惯法下的义务。不论非国际性武装冲突的国家一方或非国家一方是否有权根据国内法参与该冲突，均不影响其在人道法下的义务。适用于非国际性武装冲突的人道法正是为了规范这种暴力局势，特别是为了保护所有不实际参加或不再实际参加敌对行动的人而制定的。如果人道法的可适用性取决于诉诸武力的合法性或非法性，人道法就无法实现这一目的。[322]

564 最后，必须指出，“在一切情况下”不应理解为，作为协定国际法规定的共同第3条适用于所有武装冲突，即同等适用于国际性和非国际性武装冲突。这种解读不符合共同第3条特定的适用范围，即非国际性武装冲突。然而，共同第3条中规定的人道法的基本规则，如今作为“人道的基本考虑”的体现，是公认的在所有武装冲突中具有约束力的“最低标准”。[323]不过，对于国际性武装冲突中与共同第3条所保护之人处于同样弱势的人员，协定国际法还规定了更详细的规则，为这些人员提供人道待遇。[324]

319 例如，见1948年在斯德哥尔摩举行的第17届红十字国际会议通过的关于战俘待遇问题的公约草案第2条第（4）款，该条款草案是1949年外交会议谈判的基础：

> 在一个或者多个缔约国领土内发生非国际性之武装冲突之所有场合，敌对之各方有义务执行本公约之规定。无论冲突各方的法律地位为何，公约于此类情形下均应得适用，公约之适用也不影响其法律地位。

《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第51～52页。更多相关详细内容，见第二部分。

320 See Bugnion, 2003a, p. 173, 其提到了共同第1条中的“在一切情况下”这一表述。

321 更多相关详细内容，见Bugnion, 2003a, pp. 169–170。关于1945年《联合国宪章》第51条是否也包括一国对在另一国领土上活动的非国家行为者使用武力进行自卫的权利，相关论辩的概况，见Tams。

322 更多相关详细内容，见Bugnion, 2003a, pp. 186 and 197, 以及Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 114–121。

323 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 218–219.

324 必要的人道待遇义务，关于伤者、病者及遇船难者，见《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第12条第2款；关于战俘，见《日内瓦第三公约》第13条第1款；关于平民被保护人，见《日内瓦第四公约》第27条第1款；关于在冲突一方权力下而不享受日内瓦四公约或《第一附加议定书》所规定的更优惠待遇的利益的人，见《第一附加议定书》第75条第1款。

(二)禁止歧视

1. 引言

565 共同第3条第1款第1项所保护的人员在一切情况下应受到人道待遇，“不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视”。

566 《第二附加议定书》重申了这项义务。[325]

567 坚持应不加区别地适用人道法的某些规则，这一主张可以追溯到编纂适用于国际性武装冲突的人道法的初期。[326]1929年《关于战俘的日内瓦公约》第4条规定了作为人道法中禁止歧视之基础的若干考虑因素：“战俘之间待遇的区别仅因基于享受待遇者的军级、生理或心理健康状况、职业能力或性别的理由始为合法。”如此，根据人道法，待遇上的差别本身并不被禁止，甚至可能是法律所要求的。共同第3条的这一条款反映了这种观点。任何形式的区别对待，如果没有实质上不同的情况和需求作为理由，都是被禁止的。[327]

2. 歧视

568 共同第3条要求人道待遇“不得……有所歧视”。这个表述强化了该条规定下人道待遇义务的绝对性。

569 共同第3条列举了“种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力”几项事由，禁止以其为由对被保护人进行歧视。从其后的概括性表述“或其他类似标准”可以明显得出，这并非穷尽式列举，而仅具有说明性。因此，同样禁止基于其他事由的歧视，例如受共同第3条保护之人的年龄、健康状况、教育水平或者家庭关系。

570 《第二附加议定书》第2条第1款进一步明文规定了其他禁止作为歧视标准的事由：语文、政治或其他意见，以及民族或社会出身，并再次附以概括性表述

325 《第二附加议定书》的第2条第1款事实上将禁止歧视义务扩及至对议定书的整体适用。关于不直接参加或不再直接参加敌对行动的人员应“不加任何不利区别”地受到人道待遇，见《第二附加议定书》第4条第1款。更多相关详细内容，见关于《第二附加议定书》第2条及第4条的评注。（译者注：共同第3条中文译文将“adverse distinction”一词译为“歧视”，而该词在《第二附加议定书》中文作准文本中相应用词为“不利区别”，就共同第3条意义上的人道待遇义务而言，两词并无实质差别。）

326 见《日内瓦公约》（1864年）第6条；《日内瓦公约》（1906年）第1条；《海牙第十公约》（1907年）第11条；以及《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第1条。更多相关详细内容，见关于第12条的评注，第六部分第（一）节第3项。

327 国际性武装冲突中关于禁止歧视的规定，对于伤者病者及遇船难者，规定于《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第12条以及《第一附加议定书》第9条；对于战俘，规定于《日内瓦第三公约》第16条；对于冲突国家的全体居民，规定于《日内瓦第四公约》第13条；对于被保护人，规定于《日内瓦第四公约》第27条；以及对于在冲突一方权力下而不享受日内瓦四公约和《第一附加议定书》所规定的更优惠待遇的利益的人，规定于《第一附加议定书》第75条。

“或任何其它类似标准”。[328]这些理由也构成共同第3条所禁止的“其他类似”的歧视标准。

571 不同于人道法的其他规定，[329]共同第3条没有将“国籍”列为一项禁止性标准。[330]这一点可视为仅反映出下述考虑，即相比于国际性武装冲突，在非国际性武装冲突中，国籍的问题不经常发生。然而，情况也未必如此；一场非国际性武装冲突也可能涉及或者影响到不同国籍的人员。虽然承认这一点，但鉴于一国政府区别对待本国叛乱者和参加内战的外国人并给予本国叛乱者更不利的待遇可能是完全合法的，在1949年外交会议上负责起草共同第3条最后文本的工作组决定不把国籍作为一项标准。相比于有关国家的国民，外国人可能被视为犯有更严重的罪行，或者相反，他们可能会受到较不严重的处罚或仅仅被驱逐出境。[331]

572 没有在列举中纳入“国籍”，是考虑到了国家对参加非国际性武装冲突的人员拥有依据国内法实施制裁的权利。然而，这对于共同第3条下不加歧视地给予人道待遇的必要义务没有影响。共同第3条具有严格的人道性质。该条并不限制国家镇压非国际性武装冲突或处罚参加这类冲突人员的权利，仅关注确保每一个不实际参加或者不再实际参加敌对行动的人员都享有人道待遇。在针对非国际性武装冲突的国内司法审判中，国籍可视为一项加重或者减轻情节，但不得视为对人道法上的人道待遇义务产生任何影响。非人道地对待非国际性武装冲突中的外国公民是与共同第3条相抵触的。[332]虽然因为上述原因，1949年外交会议没有把国籍列为一项禁止性标准，但必须将其理解为属于共同第3条的“其他类似标准”的范畴之内。[333]

328 见《第二附加议定书》第2条第1款。这些标准与1966年《公民及政治权利国际公约》第2条第1款中的标准非常相似：“种族、肤色、性别、语言、宗教、政见或其他主张民族本源或社会阶级、财产、出生或其他身分”。关于对这些标准的解释，例如，见Nowak, pp. 47–57。关于为国际性武装冲突所列举的禁止的歧视标准，见《日内瓦第一公约》及《日内瓦第二公约》第12条；《日内瓦第三公约》第16条；《日内瓦第四公约》第27条第3款；以及《第一附加议定书》第9条第1款和第75条第1款。

329 关于国际性武装冲突，见《日内瓦第一公约》及《日内瓦第二公约》第12条，以及《日内瓦第三公约》第16条。

330 《第二附加议定书》第2条第1款，同《第一附加议定书》第9条第1款和第75条第1款以及1966年《公民及政治权利国际公约》第2条第1款一样，提到了“民族出身”（或“民族本源”），从而引入一种与国籍相关的概念，尽管不是国籍本身；例如，见Sivakumaran, 2012, p. 259。然而，在《公民及政治权利国际公约》的语境中，民族本源标准被解释为与种族、肤色和种族出身标准有所重叠，而不是指国籍本身，后者被归为“其他身分”；关于该讨论的概述，例如，见Nowak, pp. 54–55，以及其中更多参考内容。

331 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第94页。

332 类似的考虑适用于“政治或其他意见”，《第二附加议定书》第2条第1款明确将“政治或其他意见”列入禁止作为歧视标准的事由，而在共同第3条中其被归入禁止进行歧视的“其他类似标准”。受共同第3条保护的人员的“政治或其他意见”可能导致其实际参加非国际性武装冲突或效忠于冲突一方等，这在国内法中可能是有影响的。然而，它与冲突各方在共同第3条下所承担的人道待遇的绝对义务无关。不同于国籍，政治或其他意见的问题在1949年外交会议上没有具体讨论。

333 在没有将国籍列为一项禁止性标准方面，共同第3条与禁止对被保护人进行歧视的《日内瓦第四公约》第27条第3款一样。考虑到《日内瓦第四公约》某些规定的适用事实上取决于一个人的国籍，1949年外

573 共同第3条关于“有所歧视”的禁止性规定得到完全有效实施的前提是，必须将该条理解为，不仅包括特别针对受该条保护的某些人员施以不利待遇的措施，还包括看似中立但会对某些人员产生不利影响的措施。对于受共同第3条保护的人员而言，他们是被直接选中而遭受非人道待遇，还是因一般性政策的间接后果而受到非人道待遇，这并没有差别。[334]因此，当采取一般性政策时，非国际性武装冲突方需要考虑到这些政策对于共同第3条保护下所有受影响人员的潜在后果。

3. 非歧视性区别

574 如上所述，同人道法的其他规定一样，共同第3条不对所有区别行为予以禁止。

575 该条不禁止非歧视性区别，即依据该条所保护人员实质上不同的情况和需求而做出具有正当理由的区别。

576 若某一差别待遇实际上有助于实现个人的人道待遇，则该差别待遇是被允许的。虽然共同第3条下人道待遇的法律义务是绝对的；但是实现这种待遇的方式必须针对个人的具体需求作出调整。[335]给予某个人的人道待遇，对另一个人而言未必足以构成人道待遇。因此，若差别待遇实际上是为实现人道待遇所必需的，则共同第3条并未予以禁止。[336]

577 共同第3条没有具体提及可以依据哪些正当事由对其所保护人员予以差别待遇。然而，此类正当事由可以在人道法的许多其他规定中找到。尤其是，传统上认为，某人的健康状况、年龄或者性别可以为差别待遇提供正当性，并且这些因素实际上也要求对相关人员给予差别待遇。[337]例如，为了确保生存，根据某人伤病的严重程度可能必须对其进行优先医治，先于其他伤势或病情较轻的伤者或病

交会议在第27条第3款列举的标准中略去了国籍：“第25条〔最终获得通过，成为第27条〕略去了‘国籍’一词，因为对敌国公民采取拘禁或限制人身自由的措施正是基于‘国籍’”；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第641页。然而，正如共同第3条一样，《日内瓦第四公约》第27条第1款所载的人道待遇的绝对义务不受这些考虑的影响。更多相关详细内容，见关于《日内瓦第四公约》第27条的评注。

334 后者例如，向被监禁人员提供标准化食物配给，虽然这些食物一般具有足够的营养价值，但对于一些人来说，可能是不够的或者是在文化上不能接受的。

335 在国际人权法的语境中，这通常被称为实质平等而非形式平等。在*Thlimmenos* v. *Greece*案中，关于1950年《欧洲人权公约》第14条，欧洲人权法院裁决认为：“当国家没有客观及合理的理由而未能对情况明显不同的人员予以不同的待遇时，在享有《欧洲人权公约》所保障之权利方面不受歧视的权利也受到了侵犯”（European Court of Human Rights, *Thlimmenos* v. *Greece*, Judgment, 2000, para. 44）。

336 See e.g. Pejic, 2001, p.186.

337 关于非国际性武装冲突，见《第二附加议定书》第4条第3款：“对儿童，应给予其所需的照顾和援助。”关于国际性武装冲突，例如，见《日内瓦第一公约》及《日内瓦第二公约》第12条第3款至第4款；《日内瓦第三公约》第16条；《日内瓦第四公约》第27条第2款至第3款；《第一附加议定书》第76条和第77条至第78条。另见关于对不满十八岁的人、孕妇以及婴儿或幼童的母亲宣判和执行死刑的规定：《第二附加议定书》第6条第4款；《日内瓦第四公约》第68条第4款；以及《第一附加议定书》第77条第5款和第76条第3款。See also Rona/McGuire, p. 195.

者。[338]根据被剥夺自由人员的年龄，可能必须对其予以适当的待遇，例如在提供的食物种类或医疗护理方面；而且被拘留的怀孕或哺乳期妇女同样可能需要专门的营养和医疗护理，或需要调整其住宿安排和设施。

578 如果了解在某个社会中，社会、经济、文化或政治背景如何导致不同年龄和背景的男女间形成具体地位、需求和能力不同的各种角色或模式，也可以发现其他非歧视性区别的理由。对这些因素的考虑并不违背禁止歧视的义务，反而有助于为共同第3条保护下的一切人员实现人道待遇。[339]

579 非国际性武装冲突的一方总是可以选择给予高于人道待遇标准的待遇。然而，共同第3条中并没有此种法律义务。

580 无论如何，给予某些人员高于人道待遇标准的待遇，绝不能导致依据共同第3条第1款第1项受保护的所有其他人员受到非人道待遇。

七、第 1 项：共同第 3 条禁止的行为

(一) 引言

581 本项首先规定“因此，对于上述人员，不论何时何地，不得有下列行为”。该句第一个词语——“因此”——重申了这一项中的禁止性规定，旨在确保在其保护范围内的一切人员享有人道待遇。

582 另外，“不论……不得”这一表述重申了，这些禁止性规定是绝对并且毫无例外的。

583 “不论何时何地”的表述指的是共同第3条适用的地理和时间范围。[340]“对于上述人员”指向的是该项所保护的人员。[341]

(二) 对生命与人身施以暴力，特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑

1. 对生命与人身施以暴力

(1) 引言

584 在共同第3条明确禁止的行为中，首先列出的是对生命与人身施以暴力的行为。该项禁止性规定位置突出，这强调了其在保障人道待遇方面具有根本性的重大意义。

338 更多相关详细内容，见第六部分。

339 在实现非歧视的方法方面，人道法和人权法并无不同，即允许并事实上要求对相关人员予以并非不利但有益的区别，从而可使其从人道待遇中充分受益；例如，见人权事务委员会：《第18号一般性意见：不歧视》，1989年11月10日，第7～8、13段。

340 更多相关详细内容，见第三部分第（三）节及第（四）节。

341 更多相关详细内容，见第五部分。

585 共同第3条保护不参加或者不再参加敌对行动的人员。[342]因此，该条将对上述人员的生命与人身施以暴力的行为规定为不合法的原因显而易见。此类暴力行为并不影响敌方的军事行动或能力。在军事上，并无必要侵犯其人身。[343]无端剥夺人的生命或者侵害人的身心健康，不符合构成共同第3条基础的人道待遇的必要义务。

586 《第二附加议定书》第4条第2款第1项重申了禁止对生命与人身施以暴力的规定。

587 共同第3条举例说明了禁止对生命与人身施以暴力的规定，禁止“特别如各种谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑”等行为（后加着重号以示强调）。这意味着，没有被特别列举的行为仍有可能属于更加一般意义上的禁止行为。例如，一个并未构成酷刑或是虐待的行为仍有可能作为对人身施以暴力的行为而被禁止。

588 国际和区域人权条约在其各自适用的领域内均要求对生命权[344]和人身完整权[345]予以尊重。这些条约一般均将上述权利排除在紧急状态时可予克减的权利范围之外。[346]

(2) 受保护的价值：生命与人身

589 禁止对生命与人身施以暴力这项规定所保护的第一个价值是人的生命。这项禁止性规定突显出尊重受共同第3条所保护人员的生命具有全方面的重要意义。因为如果连他们的生命都不能得到尊重，那么该条款的最终目的——人道待遇——就无法实现。[347]

590 这项禁止性规定所保护的第二个价值是“人身”。在英文约文中，共同第3条并没有表明“人身”是否仅包括身体的完整性，还是也包括精神的完整性。在同等做准的法文版本中，措辞则更为明确（“atteintes portées à la vie et à l’intégrité corporelle”即“对生命与身体完整的侵犯”），这表明，人的精神完整性不在共同第3条禁止对人身施以暴力的保护范围之内。《第二附加议定书》第4条第2项

342 更多相关详细内容，见第五部分。

343 1868年的《圣彼得堡宣言》在其序言中简明扼要地阐明，尽管是在国际性武装冲突的背景中，“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；……为此目的，使尽可能多的敌人失去战斗力就足够了”。

344 例如，见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第6条；《欧洲人权公约》（1950年）第2条；《美洲人权公约》（1969年）第4条；和《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第4条。

345 一些人权文书明确保护人身完整权，而其他的一些文书则只通过一些更具体的禁止性规定予以保护，如禁止酷刑或残忍、不人道或侮辱的待遇或处罚。见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第7条；《欧洲人权公约》（1950年）第3条；《美洲人权公约》（1969年）第5条；以及《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第4条。

346 例如，见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第4条；《欧洲人权公约》（1950）第15条；《美洲人权公约》（1969年）第27条。然而，需要注意的是，根据《欧洲人权公约》第15条第2款的规定，就“因合法的战争行为引起的死亡”而言，对生命权的克减是不受禁止的；在这方面，对比《欧洲人权公约》第2条第2款c项。1981年的《非洲人权和民族权利宪章》则不包含克减条款。

347 更多参考内容，见Nowak, p. 121，其指出，在国际人权法中：“生命权被恰当地界定为最高的人权，……因为若没有对这一权利的有效保障，所有其他人权都将失去意义。”

明确禁止“对人的……健康和身体上或精神上幸福的暴行”（后加着重号以示强调）。一方面，本条规定可解读为，阐明对人精神完整性的暴行包含在对人身施以暴力的范围之内，另一方面它又可视为表明，共同第3条禁止对人身施以暴力的规定，有意将针对精神完整性的暴力行为排除在外。[348]然而，现如今，普遍接受的观点是，共同第3条中禁止酷刑与虐待的规定，作为明确列举的禁止对人身施以暴力的具体情形，包含了禁止有害于精神完整性的行为。[349]

(3) *受禁止的行为：对生命与人身施以暴力*

591 共同第3条禁止对其保护范围内的个人的生命与人身施以“暴力”，但它并未界定“暴力”的含义。

592 导致共同第3条所保护的人死亡或受伤的暴力行为，明显包含在禁止对生命与人身施以暴力的范围内。然而，是否构成违反不得对生命与人身施以暴力这一禁止性规定并不取决于受害人是否死亡。在许多情形下，某个侵害生命的暴力行为虽然没有造成受害人的死亡，但至少会造成一些身体或者精神上的损害，并因而属于禁止对人身施以暴力的范围。

593 鉴于禁止对生命与人身施以暴力是旨在确保不实际参加或不再实际参加敌对行动的人享有人道待遇，这种禁止在某些情形下也应当被理解为包括不作为。例如，有可能提供食物却不提供而放任处于其责任下的人饿死，或者有可能提供医疗服务却不提供而放任此类人员因伤病死去或继续遭受伤病折磨，这些都不符合人道待遇的要求。[350]

594 共同第3条第1款第1项丁目提到了死刑，这表明，共同第3条并未禁止对属于其保护范围的人处以死刑。然而，它明确要求判处及执行死刑必须经“具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判”。[351]不遵守这些严格要求的死刑判决和执行不仅将违反第1项丁目的规定，还将在第1项甲目的意义上构成对人身的不法暴力。[352]

595 共同第3条并未明确禁止体罚。然而，《第二附加议定书》第4条第2款第1项明确禁止体罚，它规定，禁止“对人的生命、健康和身体上或精神上幸福的暴

348 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann,para. 4532, and Zimmermann/Geiss, para. 888.

349 相关详细内容，见第七部分第（二）节第4项和第5项。

350 关于不作为的问题，见关于第50条的评注，第2954段。

351 更多相关详细内容，见第七部分第（五）节。

352 从国际性武装冲突的角度看，见Dörmann, 2003, pp. 40–41，其指出，就1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第1项第1目规定的“故意杀害”的战争罪而言，下列行为曾被判为构成战争罪：“未经（公正）审判而杀害……。非法的死刑判决和执行，即特别是，就战俘而言，违反《日内瓦第三公约》第100条第2款、第107条关于死刑判决和执行的规定，以及就平民而言，违反《日内瓦第四公约》第68、71、74、75条关于死刑判决和执行的规定，……也构成故意杀害的战争罪。”

行，特别是谋杀以及虐待，如酷刑、残伤肢体或任何形式的体罚”（后加着重号以示强调）。这可理解为表明，体罚需要在《第二附加议定书》中明确禁止，因而共同第3条未予以禁止。[353]然而，共同第3条明确禁止虐待，《第二附加议定书》第4条第2款第1项中提及体罚是虐待的一种具体情形。另外，例如，如果体罚符合残伤肢体或酷刑的具体要求，那么体罚也会通过共同第3条所包含的这些禁止性规定而受到禁止。[354]

2. 谋杀

596 “各种谋杀”是共同第3条例举的“对生命与人身施以暴力”的第一种具体情形，对谋杀的禁止在《第二附加议定书》第4条第2款第1项中得到了重申，同时它也是习惯国际法的一部分。[355]

597 共同第3条和其他人道法条款均没有对“谋杀”的概念进行界定。有说法认为，“谋杀是一项罪行，这在每个国家的国内法中都有清楚的理解和明确的定义。这种被禁止的行为不需要任何进一步的解释。”[356]然而，由于受各国刑事法律传统的影响，各国国内法对谋杀概念的理解有所不同。[357]因此，应当注意到，共同第3条禁止“各种”谋杀。这表明，不宜对共同第3条所禁止的谋杀进行狭义解释。

598 对于违反共同第3条的行为，包括“谋杀”不实际参加或不再实际参加敌对行动的人员，一向依据1993年《前南刑庭规约》第3条的规定（违反战争法和惯例的行为）予以起诉。[358]前南刑庭认为，“‘故意杀害’与‘谋杀’之间并不存在影响其内容的界限”，[359]唯一的区别是“规约第3条项下的罪行无需针对一‘被保护人’犯下，而可针对‘不实际参加战事之人员’犯下”。[360]2002年《国际刑事法院犯罪要件》重申了上述观点，其对于国际性武装冲突中“故意杀害”之战争罪以及非国际性武装冲突中“谋杀”之战争罪，除犯罪对象不同之外，采纳了实质

353 《第二附加议定书》第4条起草的历史或可支持这一结论：与该议定书第4条第2款第1项的其他部分不同，引入体罚的提法在1974年至1977年举行的外交会议上引起了争论，有的代表团更倾向于禁止“任何形式的身体伤害”，认为体罚可包括监禁，还指出，体罚是“许多国家立法承认的一种处罚手段”；尤其见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VIII卷，第421～429页，第5、12段，以及第X卷，第49～50页，第146～147段，以及第103～104页。

354 在国际性武装冲突的背景下，禁止对被保护人实施体罚的明确规定已包含在1929年《关于战俘的日内瓦公约》第46条，以及随后的《日内瓦第三公约》第87条、《日内瓦第四公约》第32条和《第一附加议定书》第75条第2款第1项第3目之中。

355 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则89。

356 见《国际法委员会危害人类和平及安全治罪法草案》（1996年），第48页，对“谋杀”这一危害人类罪所做评述。

357 关于对一些国家的法律体系的概述，例如，见Horder。

358 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 316.

359 *Ibid*. para. 422.

360 ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 233.

上相同的犯罪构成要件。[361]因此，国际判例法对“故意杀害”的解释可以作为理解“谋杀”含义的参考，反之亦然。[362]

599 基于以上分析，可以确定共同第3条项下禁止“谋杀”的以下要件：

— 禁止杀害受共同第3条第1款保护之人，或造成其死亡。[363]

— 禁止谋杀，即禁止故意杀害或者故意造成他人死亡，以及轻率过失地杀害或者造成他人死亡。当死亡纯属意外或者是某人疏忽大意的作为或不作为不可预见的结果时，则不属禁止“谋杀”的范围。[364]在许多情况下，例如在人身自由被剥夺的情况下，受共同第3条保护之人处在冲突一方的完全控制之下，他们的生存因而仰仗于该冲突一方。因此，若是该冲突一方制造或容忍不健康的拘留条件，则可视为轻率过失或者故意的作为或不作为。[365]

— 作为和不作为都是被禁止的。[366]比如，如果一方有可能为其责任之下的受共同第3条保护的人员提供充足的食物或者医疗服务但未能提

361 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），第8条第2款第1项第1目和第3项第1目。

362 更多相关详细内容，见关于第50条的评注，第四部分第（一）节。

363 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 424; *Jelisić* Trial Judgment, 1999, para. 35; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 153; *Kordić and Čerkez* AppealJudgment, 2004, paras 36–37; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; *Krajišnik* Trial Judgment, 2006, para. 715; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Dragomir Miloševic* Appeal Judgment, 2009, para. 108; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, paras 137–138; *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1725; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 102; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2143; *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6165; *Nizeyimana* Trial Judgment, 2012, para. 1552; SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, paras 688–690; *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 146; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 142; *Taylor* Trial Judgment, 2012, paras 412–413; and ICC, *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 91–97. 更多相关详细内容，见关于第50条的评注，第四部分第（一）节。

364 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, paras 437 and 439; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 153; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 229; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 248; *Stakić* Trial Judgment, 2003, para. 587; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 386; and *Kordić and Čerkez* Appeal Judgment, 2004, para. 36. 另见Dörmann, 2016, p. 329–331, 对1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第1项第1目进行了评述。更多相关详细内容，见关于第50条的评注，第四部分第（一）节第2项。

365 见Dörmann, 2003, p. 43, 特别提及United Kingdom, Military Court at Brunswick, *Gerike case* (又称*The Velpke Children's Home case*), 1946, pp. 76–81, 在该案中，几个被告被指控犯有战争罪并被判有罪，“因为他们于1944年5月至12月间在德国的费尔普克，以故意忽视的方式参与杀害了若干波兰籍儿童，违反了战争法规和惯例。”

366 这与违反该禁止性规定是否会导致国际刑事责任的问题无关。国际法院和法庭已承认，不作为可引发个人刑事责任。See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 424; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 153; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 229; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; *Krajišnik* Trial Judgment, 2006, para. 715; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Dragomir Miloševic* Appeal Judgment, 2009, para. 108; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, paras 137–138; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1725; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 102; ICTR, *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6165; *Nizeyimana* Trial Judgment, 2012, para. 1552; SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, paras 688–690; *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 146; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 142; and *Taylor* Trial Judgment, 2012, paras 412–413.

供，并最终导致这些人员饿死，这种情形也属于共同第3条所禁止的谋杀行为。[367]

600 然而，共同第3条中的谋杀概念并不适用于开展敌对行动期间的杀戮。[368]对此种杀戮行为合法性的认定必须依据关于敌对行动之开展的具体规则，特别需要考虑关于区分原则、比例原则和预防措施原则的规则。

3. 残伤肢体

601 残伤肢体为该条例举的禁止“对生命与人身施以暴力”的第二种具体情形。该禁止性规定是一项在人道法中存在已久的规则。[369]这项规则在日内瓦第三、第四公约的其他条款中也有规定，并为1977年附加议定书所重申。[370]该禁止性规定现已成为习惯国际法的一部分。[371]法律或实践中没有迹象表明，“残伤肢体”一词在国际性和非国际性武装冲突中具有不同的含义。[372]

(1) 残伤肢体的含义

602 日内瓦四公约或其附加议定书并未对残伤肢体的含义作出具体界定。就“残伤肢体”这一术语而言，公约及其议定书英文作准文本同时使用了“mutilation”和“physical mutilation”这两种表述。[373]根据其通常意义，“mutilate”是指“严重的伤害或损害，通常旨在造成外貌损毁”。[374]因此，“mutilation”这一术语是指对肢体的暴力行为。据此，“mutilation”和“physical mutilation”两词应理解为具有相同的意义，即残伤肢体。[375]

603 《国际刑事法院犯罪要件》指出，残伤肢体“特别”包括“永久毁损这些人的容貌”，或“永久毁伤或割除其器官或附器”。[376]塞拉利昂问题特别法庭的判

367 见关于第50条的评注第四部分第（一）节中，有关“故意杀害”的严重破约行为的部分。柬埔寨法院特别法庭判定一被告犯有故意杀害的严重破约行为，因被拘留者的死亡是“由已知可能导致死亡的不作为，和对其施加的拘留条件造成的”；见*Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 437。

368 更多相关详细内容，见第五部分第（四）节。See also Knuckey, pp. 452–456.

369 例如，见《利伯守则》（1863年）第16条和第44条（禁止致残）和第56条（禁止残伤肢体）。

370 见《日内瓦第三公约》第13条第1款；《日内瓦第四公约》第32条；《第一附加议定书》第11条第2款第1项、第75条第2款第1项第4目；以及《第二附加议定书》第4条第2款第1项。

371 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则92。

372 See Dörmann, 2003, pp. 231 and 484.

373 日内瓦四公约及其附加议定书使用了“mutilation”一词，但是《日内瓦第三公约》第13条第1款和《第一附加议定书》第11条第2款第1项除外，这两条款使用了“physical mutilation”一词。中文译本将两词均译为“残伤肢体”（《日内瓦第三公约》第13条第1款中为“肢体残伤”）。

374 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 945.

375 See Dörmann, 2012, pp. 230 and 397, and Zimmermann, pp. 489–490.

376 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），第8条第2款第2项第10目之一、第3项第1目之二和第5项第11目之一。关于对这些要件的评述，见Dörmann, 2012, pp. 229–233, 396–397 and 482–484。See also La Haye, 2001, pp. 164–166 and 208–209.

例法遵循了关于残伤肢体的这一定义。[377]然而，目前似乎没有任何国内或者国际判例法对《国际刑事法院犯罪要件》使用的“残伤肢体”、“永久毁损容貌”或者“毁伤或割除”术语作出进一步解释。

604 《国际刑事法院犯罪要件》使用的“永久”（“permanent”）伤害一词应按照其通常意义理解为“无限期地持续或保持不变，或预期如此；非暂时性的”。[378]这表明，伤害无需永久存在。[379]

605 《国际刑事法院犯罪要件》中的“毁损容貌”（“disfigure”）一词也应按其通常意义进行理解，即毁坏某人的外观，[380]而“毁坏”（“spoil”）则要求具有一定的严重性。[381]

606 当代武装冲突中所记录的实践阐释了构成残伤肢体的行为。这些行为包括：切除手足、[382]切除人体其他部位、[383]残伤性器官、[384]切割某人的身体等。[385]其他引述的例子还包括挖除眼睛、敲掉牙齿、损伤内脏、或者用酸在脸上留下疤痕。[386]

（2）例外

607 残伤肢体行为只有基于严格的医疗事由才可能是正当，即：该行为有助于改善有关人员的健康状况，比如对坏死的肢体进行截肢。尽管这一例外在共同第3

377 See SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 724, and *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 180, and Appeal Judgment, 2009, para. 1198.

378 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1068.

379 另见美国《军事委员会手册》（2010年）第四部分，第5(14)(c)段，其认为“即使受害者有可能最终恢复了该肢体或器官的用途，或者体貌的毁损最终有可能通过手术得以治愈”，也构成残伤肢体的罪行。

380 See *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 410.〔“毁损容貌”（“disfigure”）被定义为“毁坏外观”（“spoil the appearance of”）〕。

381 See *ibid*. p.1395〔“毁坏”（“spoil”）被定义为“减少或毁灭价值或质量”〕。See SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 179（“残伤肢体是所禁止的暴力行为的一种尤其恶劣的形式”）；ICTR, *Kayishema and Ruzindana* Trial Judgment, 1999, para. 108（肢体残伤是“严重的身体伤害”），and Appeal Judgment, 2001, para. 361（某些类型的伤害比其他类型更加严重，例如残伤肢体）；*Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 706–707（残伤肢体对身体造成“严重”伤害）；and Canada, Superior Court, Criminal Division, Province of Québec, *Munyaneza case*, Judgment, 2009, para. 88（残伤肢体被认为是“造成严重身体伤害”的行为）。另见美国《军事委员会手册》（2010年）第四部分，第5(14)(c)段：

> 毁损外貌行为无需对肢体整体残伤即可归入该条的规定范围，也无需属于任何特定的类型，但必须明显地且实质性地损害了被害者的外表形象。毁损外貌、降低活力，或者破坏任何肢体或器官或使其丧失功能，必须是颇具永久性的严重伤害。

382 See e.g. SCSL, *Koroma* Indictment, 2003, para. 31.

383 See e.g. ICTR, *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, paras 935–936, and Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, September 1996.

384 See e.g. ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2266; *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, paras 935–936; and ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, paras 45 and 237; 联合国人权委员会：《暴力侵害妇女、其原因及后果问题特别报告员关于其对哥伦比亚的访察（2001年11月1日至7日）的报告》，联合国E/CN.4/2002/83/Add.3号文件，2002年3月11日，第42段；以及Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, September 1996。

385 See e.g. SCSL, *Koroma* Indictment, 2003, para. 31.

386 见美国《军事委员会手册》（2010年）第四部分，第5(14)(c)段。

条中没有明确规定，但任何其他的解释方法都将与照顾伤者病者的义务相悖，与共同第3条的目的和宗旨不符。若参考《日内瓦第三公约》及其《第一附加议定书》，这一结论将得到强化，因为它们明确规定了这一例外。[387]

608 《国际刑事法院犯罪要件》关于残伤肢体这一战争罪所通过的构成要件中也规定了例外情形，即相关行为“具有医学、牙医学和住院治疗这些人员的理由，〔或〕是为了其利益而进行的”。[388]该例外得到了塞拉利昂问题特别法庭判例的确认。[389]

609 这是唯一的一项例外。同意永远不能成为残伤肢体的正当理由。这在《第一附加议定书》第11条第2款得到了明确规定，也反映在《国际刑事法院犯罪要件》中，其具体规定被害者的同意不能成为抗辩事由。[390]

610 而且，也不得依照国内法中的刑罚规定对受共同第3条保护之人进行残伤，因为共同第3条或一般人道法均未规定这一例外。

(3) 残伤尸体

611 共同第3条仅禁止对生者的残伤肢体，并没有扩展到禁止对尸体的残害。免受永久性外貌毁损或除去器官或附器的保护，必然以受害者在侵害行为发生时是生者为前提。因此，共同第3条禁止残伤肢体的目的和宗旨并不涉及死者。然而，残伤尸体因构成损害个人尊严的行为而受到共同第3条的禁止。[391]禁止残毁尸体也是国际习惯法中的一项单独的禁止性规定。[392]

4. 虐待

(1) 引言

612 虐待是共同第3条例举的禁止对生命与人身施以暴力的第三种具体情形。该禁止性规定是一项在人道法中存在已久的规则。[393]这项规则在日内瓦第三、第四公约的其他条款中也有规定，并为《第二附加议定书》所重申。[394]该禁止性规定

387 见《日内瓦第三公约》第13条第1款，以及《第一附加议定书》第11条第1款至第2款。

388 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第1目之二，要件2。See also La Haye, 2001, p. 209.

389 See SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 725, and *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 181.

390 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），脚注46，关于第8条第2款第2项第10目之一，要件三，以及脚注69，关于第8条第2款第5项第11目之一，要件三。根据Dörmann, 2003, p. 396, 第8条第2款第3项第1目没有这一脚注可能是起草上的错误。

391 见第七部分第（四）节。

392 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则113。

393 例如，见《利伯守则》（1863年）第16条；另见第11条和第56条。

394 见《日内瓦第三公约》第87条；《日内瓦第四公约》第118条；以及《第二附加议定书》第4条第2款第1项。

现已成为习惯国际法的一部分。[395]国际性和区域性人权条约在其各自的适用范围内，将禁止虐待列为了不可克减的规定。[396]

613 除虐待之外，共同第3条还禁止酷刑和损害个人尊严的行为，所有这些术语有时也称为各种形式的“虐待”。这些禁止性规定只是相似，但并不完全相同，下文将按它们在共同第3条中出现的顺序分别予以阐释。

614 尽管如此，就其禁止性而言，“虐待”、“酷刑”和“损害个人尊严”这些术语之间的差别并不重要，而且，它们在法律文本中的顺序也并不表明其禁止性效力有任何增加或降低的程度差异。共同第3条绝对禁止在非国际性武装冲突的一切情形下实施所有上述形式的虐待行为，[397]任何理由，无论是政治、经济、文化还是宗教理由，都不能证明实施任何受禁止之待遇的正当性；也不得以打击恐怖主义、镇压武装叛乱等维护国家安全的理由而实施此种待遇。根据实际情况的需要授权实施酷刑或者其他形式的虐待行为有悖于这些禁止性规定的绝对性，淡化了共同第3条的禁止性效力，并增加了随后出现侵害行为的风险。的确，这是一扇绝不能打开的“方便之门”；在任何情况中实施这些虐待行为，往往容易诱使人们为从事受禁止之行为寻找理由，从而几乎无法避免地导致此类做法扩散、升级（即所谓的“滑坡效应”论）。此外，这也会减损冲突各方对共同第3条的遵守，因为这会给冲突各方释放出一个信号，即这些禁止性规定是有条件的，但实际上，共同第3条绝对地禁止了这些行为（另见“不论何时何地，不得有下列行为”一语）。

(2) 虐待的含义

615 日内瓦四公约及其附加议定书并未对“虐待”的含义进行界定。[398]

616 前南刑庭认为，共同第3条禁止虐待的规定“是为达到目的的手段，该目的是确保不实际参加敌对行动的人在任何情况下都能够得到人道的待遇”。[399]鉴于此，前南刑庭将虐待定义为：

395 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则90。

396 见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第7条；《欧洲人权公约》（1950年）第3条；《美洲人权公约》（1969年）第5条第2款；以及《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第5条。

397 同样的，国际人权法绝对禁止所有形式的虐待；这种禁止性规定也适用于紧急情况，如战争或受战争威胁的情况。见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第4条；《欧洲人权公约》（1950年）第15条；《美洲人权公约》（1969年）第27条；和《禁止酷刑公约》（1984年）第2条第2款。（译者注：关于“cruel treatment”这一概念，日内瓦四公约及其附加议定书中文文本使用了“虐待”一词，而1966年《公民及政治权利国际公约》、1984年《禁止酷刑公约》中文作准文本则使用了“残忍待遇”这一术语，本评注中这两个术语应被视为具有相同意义，可互换使用。）

398 人权文书也没有对虐待（或残忍待遇）进行定义，尽管两个人权条约在禁止虐待与尊重人类固有的尊严之间建立了联系。见《美洲人权公约》（1969年）第5条第2款（“所有被剥夺自由的人都应受到尊重人类固有的尊严的待遇”），以及《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第5条（“每一个人的固有尊严有权受到尊重”）。

399 ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 723.

> 造成严重的精神或身体痛苦或者构成严重侵犯人格尊严的待遇，其相当于日内瓦四公约严重破约规定之框架中不人道待遇的犯罪行为。[400]

617 由此可知，该法庭并未区分共同第3条所禁止的“虐待”和作为严重破坏日内瓦四公约行为的“不人道待遇”。[401]《国际刑事法院的犯罪要件》也遵循同样的定义方式。[402]据此，“虐待”和“不人道待遇”这两个术语可以互换使用。关于国际性武装冲突中作为严重破约行为的“不人道待遇”的更多详细介绍，请参见关于第50条的评注，第四部分第（三）节。

618 某一行为如要构成虐待（或者不人道待遇），必须造成严重的身体或精神痛苦。与酷刑不同，虐待不要求有特定目的。至于相关精神与身体痛苦的严重性，前南刑庭认为，“特定行为是否构成虐待，是一个需要逐案确定的事实问题”。[403]这种解释与人权机构和文书的解释一致。[404]

619 为了评估痛苦的严重性，必须要考虑每一个案中的个别情况，既包括与损害的严重程度相关的客观因素，也包括与受害者自身状况相关的主观因素。虐待常常不表现为孤立的行为。虐待可以通过单个行为实施，也可以是数个单独可能不构成虐待的行为相结合或累积的结果。[405]根据前南刑庭的意见，这些包括“作为或者不作为的性质、行为发生的背景、行为持续的时间和（或）重复情况、行为对被害者的身体、精神和道德影响以及年龄、性别及健康状况等被害者的自身情

400 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 551. See also *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 246; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 256; *Blaškić*Trial Judgment, 2000, paras 154–155; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 231; Orić Trial Judgment, 2006, para. 351; *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 126; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957; and *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 853. 2011年6月9日“红十字国际委员会关于被剥夺自由者遭受酷刑和残忍、不人道或降低身份的待遇问题的政策”（ICRC policy on torture and cruel, inhuman or degrading treatment inflicted on persons deprived of their liberty of 9 June 2011）遵循了同样的定义；see *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 547–562, fn. 1.

401 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 550–552（“虐待是一种不人道的待遇”）; see also *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 265, and *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 186.

402 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第1项第2目之二（战争罪——不人道待遇）和第3项第1目之三（战争罪——虐待）。有关虐待之战争罪，其犯罪要件部分为：“1. 行为人使一人或多人身体或精神遭受重大痛苦。”关于对该罪的评论，见Dörmann, 2003, pp. 398–401; 另见pp. 63–70（不人道待遇）。

403 ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 232, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 517; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957; and *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 854.

404 更多相关详细内容，见Droege, 2007, pp. 521–522, 以及Doswald-Beck, 2011, pp. 196–199。

405 See European Court of Human Rights, *Dougoz* v. *Greece*, Judgment, 2001, para. 46; *Iovchev*. v. *Bulgaria*, Judgment, 2006, para. 137; 以及联合国禁止酷刑委员会：“审议缔约国根据《公约》第19条提出的报告：以色列”，联合国A/52/44号文件，1997年9月10日，第257段。

况”。[406]虐待所造成的痛苦不要求是持久的，只需它“真实且严重”。[407]但某一待遇有长期影响的事实可能有助于确定行为的严重性。[408]

620 前南刑庭认为构成虐待的具体行为包括：缺乏足够的医疗照顾、[409]拘留中心不人道的生活条件、[410]殴打、[411]谋杀未遂、[412]在前线利用被拘留者在危险境地中开挖战壕、[413]使用人体盾牌等。[414]

621 从人权机构的实践和相关标准中也可以总结出一些虐待的例子，包括：某些处罚方法（特别是体罚）、[415]某些处决方式、[416]未经公正审判程序而判处死刑、[417]强制节育、[418]基于性别的羞辱（例如将正在分娩的被拘留妇女用镣铐锁住、[419]为控制被拘留者而使用电击设备。[420]上述这些行为也构成对共同第3条的违反。

622 虐待的定义表明，痛苦不一定只是身体上的痛苦。单纯精神上的痛苦也可具有一定的严重性从而构成虐待。[421]对虐待的这种理解也体现在下述两项规定不可分割

406 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 131; see also *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 33; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 80; *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 51; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957; and *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 854. 并非所有列出的判决都提到了应考虑的全部因素。

407 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 131. See also *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 80, and *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 957.

408 See ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 235.

409 See ICTY, *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 517; see also Inter-American Court of Human Rights, *Tibi case*, Judgment, 2004, para. 157, and European Court of Human Rights, *Koval* v.*Ukraine*, Judgment, 2006, para. 82.

410 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 554–558 and 1112–1119, confirmed in Orić Trial Judgment, 2006, para. 352. See also *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 35. 关于拘留的条件，见Droege, 2007, pp. 535–541, 以及Doswald-Beck, 2011, pp. 205–214。

411 See ICTY, *Jelisić* Trial Judgment, 1999, paras 42–45, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352; see also *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 35.

412 See ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 239, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

413 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 713, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

414 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 716, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

415 国际人道法绝对禁止使用体罚。见《日内瓦第三公约》第87条第3款、第89条和第108条；《日内瓦第四公约》第32条、第118条至第119条；《第一附加议定书》第75条；以及《第二附加议定书》第4条。See also UN Human Rights Committee, *Osbourne* v. *Jamaica,* Views, 2000, para. 9.1; Inter-American Court of Human Rights, *Caesar* v. *Trinidad and Tobago*, Judgment, 2005, paras 67–89; and African Commission on Human and Peoples' Rights, *Doebbler* v. *Sudan*, Decision, 2003, paras 42–44.

416 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006, para. 31.

417 See European Court of Human Rights, *Öcalan* v. *Turkey*, Judgment, 2005, paras 168–175, and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Guatemala*, UN Doc. CAT/C/GTM/CO/4, 25 July 2006, para. 22.

418 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Peru*, UN Doc. CAT/C/PER/CO/4, 25 July 2006, para. 23.

419 See UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006, para. 33.

420 See *ibid*. para. 35.

421 See e.g. ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 369; Inter-American Court of Human Rights, *Loayza Tamayo* v. *Peru*, Judgment, 1997, para. 57; European Court of Human Rights, *Ireland* v. *UK*, Judgment, 1978, para. 167; and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: United States of America*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, 25 July 2006, para. 13.

的关系中，即禁止虐待与绝对要求人道待遇的规定，而后者并不只是要求保护人的身体完整性。例如，充当人体盾牌的行为就可能使人遭受精神上的痛苦从而构成虐待。[422]此外，前南刑庭的判决还包括其他例子，如对生命的威胁、[423]强制掩埋同伴尸体，[424]以及随意殴打和射杀被监禁人员。[425]人权机构认定，以下造成精神痛苦的情形构成虐待行为：威胁使用酷刑、[426]目睹他人被虐待、[427]强奸[428]或者处决。[429]

623 在这一点上，非常有必要指出的是，《国际刑事法院犯罪要件》在虐待的定义中并未纳入“严重侵犯人格尊严”这一要件。[430]该要件在前南刑庭的判例中得以确立，并一直得到维持，但是制定《国际刑事法院犯罪要件》的预备委员会并未将其列入，因为预备委员会认为，侵犯人格尊严将由“损害个人尊严”这项战争罪所涵盖。[431]

5. 酷刑

(1) 引言

624 酷刑是共同第3条在其规定中例举的禁止对生命与人身施以暴力的最后一种具体情形。该禁止性规定是一项在人道法中存在已久的规则。[432]这项规则在日内瓦四公约的其他条款中也有规定，并为1977年附加议定书所重申。[433]该禁止性规定现被视为习惯国际法的一部分。[434]国际性和区域性人权条约在其各自的适用范围内，将禁止酷刑列为了不可克减的规定。[435]法律或实践中没有迹象表明，“酷刑”一词在国际性和非国际性武装冲突中具有不同的含义。[436]

422 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 716, confirmed in *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352.

423 See ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 655.

424 See *ibid*. paras 313 and 657.

425 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 394.

426 See Inter-American Court of Human Rights, *Villagrán Morales and others* v. *Guatemala*, Judgment, 1999, para. 165; *'Juvenile Reeducation Institute' v. Paraguay*, Judgment, 2004, para. 167; and Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.710 (Colombia)*, Report, 2001, para. 34. 关于一项认为威胁使用酷刑并不必然构成虐待的判决，见European Court of Human Rights, *Hüsniye Tekin* v. *Turkey*, Judgment, 2005, para. 48.

427 See Inter-American Court of Human Rights, *Caesar* v. *Trinidad and Tobago*, Judgment, 2005, para. 78.

428 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.565 (Mexico)*, Report, 2000, para. 53.

429 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.520 (Mexico)*, Report, 1998, para. 76.

430 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第1目之三。

431 See Dörmann, 2003, pp. 63–64.

432 例如，见《利伯守则》（1863年）第16条。

433 除了共同第3条以外，禁止酷刑还规定在下列条款中：《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17条和第87条；《日内瓦第四公约》第32条；《第一附加议定书》第75条第2款第1项第2目；以及《第二附加议定书》第4条第2款第1项。

434 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则90。

435 见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第7条；《欧洲人权公约》（1950年）第3条；《美洲人权公约》（1969年）第5条第2款；以及1981年《非洲人权和民族权利宪章》第5条。另见专门的反酷刑公约：《禁止酷刑公约》（1984年）和《美洲防止和惩处酷刑公约》（1985年）。

436 See Dörmann, 2003, p. 401.

625 共同第3条法语文本禁止“酷刑和肉刑”（“tortures et supplices”），而英语文本则是禁止“酷刑”（“torture”）。但是，法语文本中使用的“肉刑”一词并没有创设任何未由“酷刑”一词涵盖的其他禁止实施的待遇类型。[437]

(2) 酷刑的定义

626 日内瓦四公约及其附加议定书均未对酷刑作出定义。协定国际法中第一个关于酷刑的定义出现在1984年《禁止酷刑公约》第1条第1款中。这个定义包含如下要求，即酷刑“是由公职人员或以官方身分行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”。但是，人道法并不要求要有官方人员参与酷刑行为（见第645段）。

627 因此，就人道法而言，前南刑庭将酷刑定义为：为了取得情报或供状，为了惩罚、恐吓或威胁受害人或第三者，或为了基于任何一种理由歧视受害人或第三者，通过作为或不作为，故意在肉体或精神上造成剧烈疼痛或痛苦的行为。[438]

628 因此，酷刑与虐待之间的区别是，就酷刑而言，构成疼痛或痛苦的标准更高，其程度必须是“剧烈”而非“严重”，而且造成疼痛或痛苦必须是某一特定目的或动机的结果。

——剧烈疼痛或痛苦

629 相较于虐待，前南刑庭针对酷刑规定了更高的疼痛或痛苦标准：“剧烈”而非“严重”。另一方面，《国际刑事法院犯罪要件》则要求酷刑和虐待都要造成身体或精神上的“重大”痛苦。[439]它们之间唯一的区别是待遇的目的。这是妥协的结果，而且偏离了前南刑庭的判例法。[440]

630 有些学者对确立虐待和酷刑的痛苦程度等级之必要性提出了质疑。[441]对他们而言，区分酷刑和虐待的唯一要素应当是酷刑所要求的特定目的。支持该学说的

437 *Le Grand Robert & Collins français-anglais*, 2008, 将法语词“肉刑”翻译为“酷刑的形式、酷刑”（“form of torture, torture”）。

438 前南刑庭起初对这些目的的列举是穷尽式的：see *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 497. 当时，审判庭确信，这些目的已成为习惯国际法的一部分，对于该正在审理中的特定案件来说，也不需要再去探究其他可能的目的；see *ibid.* para. 485. 前南刑庭在后来的案件中承认，所列目的并不穷尽：see e.g. *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 487; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 235; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 513.

439 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第1目之三（战争罪——虐待）和第3项第1目之四（战争罪——酷刑）。（译者注：关于此处疼痛或痛苦的标准，1984年《禁止酷刑公约》中文作准文本使用了“剧烈”一词，而《国际刑事法院犯罪要件》中文本则使用了“重大”一词，但二者在英文本中用词均为“severe”，上文前南刑庭判例原文所用也是“severe”。）

440 See Dörmann, 2003, p. 63.

441 See Evans; Rodley, 2002; and Nowak, 2005, p. 678, and 2006, p. 822. See also Nowak/McArthur, pp. 74 and 558, 提及了European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, p. 186 (“‘酷刑’一词经常被用于形容带有一定目的的不人道待遇……而其通常是不人道待遇的一种加重形式”), 前南刑庭予以确认，ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 442. See also Rodley/Pollard, pp. 123–124.

一个论据是，很难对严重痛苦和剧烈痛苦之间不同的激烈程度进行界定。而认为某种待遇比“虐待”更剧烈也有些荒谬。[442]

631 不同条约的措辞使这个问题悬而未决。[443]《禁止酷刑公约》第16条提到“未达……酷刑程度的其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚的行为”（后加着重号以示强调），这可能隐含着酷刑所要求的痛苦程度高于残忍、不人道或有辱人格的待遇。但是，也可能意味着酷刑所要求的特定目的构成了此处的加重要素，而且这个问题似乎在该公约起草期间并未得到解决。[444]

632 即使在《国际刑事法院犯罪要件》通过以后，前南刑庭仍在继续适用不同的疼痛或痛苦标准，用以区分酷刑和虐待。[445]欧洲人权法院也要求酷刑必须达到更高的疼痛程度，其中造成疼痛的目的也是一个相关因素，[446]而且有时是决定性因素。[447]美洲人权委员会和美洲人权法院，和前南刑庭一样，要求酷刑中的疼痛强度要高于残忍、不人道或降低身份的待遇，同时还有目的要求。[448]红十字国际委员会也基于不同的疼痛程度标准开展工作。[449]另一方面，联合国人权事务委员会没有尝试对二者进行区分。[450]

633 使用单一的目的标准来区分酷刑和虐待的主要后果是，在为特定目的而实施虐待的情况下，相关行为自动构成酷刑。考虑到“目的”一词含义非常宽泛，包含了恐吓或威胁等如此广泛的意图[451]，这在酷刑与损害个人尊严之间没有给虐待留下多少余地。正如上文所指出的，到目前为止，判例法并没有放弃将痛苦的强

442 See Evans, pp. 33–49, especially at 49.

443 特别见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第7条；《欧洲人权公约》（1950年）第3条；《美洲人权公约》（1969年）第5条第2款；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第5条。

444 Burgers/Danelius, p. 150，只提到了特定目的作为予以区别的要素；另见Rodley, 2002中的阐述。

445 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 468; *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 142; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, paras 180–181; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 483; *Martić* Trial Judgment, 2007, paras 75 and 80; *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, paras 126–127; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 422; and *Limaj* Trial Judgment, 2005, paras 231 and 235. 关于被认为不够剧烈而不构成酷刑的虐待的例子，见ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 369。

446 See European Court of Human Rights, *Ireland v. UK*, Judgment, 1978, para. 167; *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 1996, para. 64; *Selmouni v. France*, Judgment, 1999, paras 96–105; *Salman v. Turkey*, Merits, Judgment, 2000, para. 114; European Commission of Human Rights, *Corsacov v. Moldova*, Judgment, 2006, para. 63; and *Menesheva v. Russia*, Judgment, 2006, para. 60.

447 See European Commission of Human Rights, *Kismir v. Turkey*, Judgment, 2005, paras 129–132.

448 See Inter-American Court of Human Rights, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgment, 2005, paras 50, 68 and 87.

449 See the ICRC policy on torture and cruel, inhuman or degrading treatment inflicted on persons deprived of their liberty of 9 June 2011, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 547–562, fn. 1.

450 联合国人权事务委员会在其关于《公民及政治权利国际公约》第7条的第20号一般性意见中提到了待遇的“性质、目的和严厉程度”（“nature, purpose and severity”）（《第20号一般性意见：第七条（禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚）》，1992年3月10日，第4段）；Rodley, 2002, 作者指出，从该委员会早期的判例法中推断出任何一般标准都是不可能的。

451 See ICTY, *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 140, and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 682.

度作为区分酷刑和虐待的一个要素，但也不排除将来会有所改变，尤其是如果国际刑事法院遵循犯罪要件中的明确措辞的话。但如果真要如此，不应以提高虐待所要求之剧烈程度为代价。

634 为了评估疼痛或痛苦的剧烈程度，必须要考虑每一个案中的个别情况，既包括与损害的剧烈程度相关的客观因素，也包括与受害者自身状况相关的主观因素。[452]因此，这种评估必须考虑大量事实因素，例如环境、持续时间、隔绝情况、受害人的身体或精神状况、文化信仰和敏感性、性别、年龄、社会、文化、宗教或政治背景，或者过去的经历。[453]

635 具体因素则包括“施加疼痛行为的性质和环境”、[454]“虐待行为是否有预谋、是否为系统性虐待”、“受害人的身体状况”、“使用的方式和方法”以及“受害人的劣势地位”。[455]就虐待的所有形式来说“在某些情况下，痛苦可能会因社会和文化状况而加剧，在评估被控行为的剧烈程度时应考虑到受害人特定的社会、文化和宗教背景”。[456]

636 像虐待一样，酷刑常常不表现为孤立的行为。酷刑可以通过单个行为实施，也可以是数个单独可能不构成酷刑的行为相结合或累积的结果。因此不当待遇的持续时间、重复情况和各种形式应当作为一个整体加以评估。[457]但是，酷刑的“定义中没有严格的持续时间的要求”。[458]它并不需要造成永久的伤害。[459]因此，“在犯罪实施之后，甚至无需有可见的痛苦迹象”。[460]

452 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 143, and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 483.

453 See ICTY, *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, paras 483–484; *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 143; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75.

454 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182, confirmed by ICTY, *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514. See also *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75（只提到“性质”）

455 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182. See also *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012 para. 417; *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75.

456 ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237.

457 See ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182, and *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237.

458 ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300.

459 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, paras 148–149; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; and *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417. See also *Brđanin* Appeal Judgment, 2007, para. 249. (“身体酷刑可包括造成比‘极度疼痛或痛苦’或者‘与严重人身伤害，例如器官衰竭、身体机能受损甚至死亡，所伴随之疼痛强度相当的……疼痛’的剧烈程度弱的身体疼痛或痛苦的行为。”)

460 ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; see also *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 150, and *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48.

637 有些行为本身就达到了剧烈程度的标准，因为它们必然意味着剧烈的疼痛或痛苦。[461]强奸尤其如此。[462]在这方面，前南刑庭认为：

> 某些行为，如强奸，看起来明显满足剧烈程度的标准。像酷刑一样，强奸侵犯人格尊严，其目的是恐吓、诋毁、羞辱和歧视、惩罚、控制或毁灭一个人。一旦证明强奸成立，就可以说具备了酷刑罪定义所要求的剧烈疼痛或痛苦，因为强奸行为必然意味着这种疼痛或痛苦。[463]

638 从国际判决中总结出的其他酷刑的例子包括电击[464]、火刑[465]、分膝[466]、跪在利器上[467]、用水导致窒息或在水下窒息[468]、活埋[469]、吊刑[470]、鞭笞和毒打[471]、尤其是抽打足底[472]、模拟处决[473]、模拟埋葬[474]、射杀威胁[475]、将审讯中的被拘留者长时间

461 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 299, and *Brđanin* Appeal Judgment, 2007, para. 251.

462 See ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 495–497; *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 151; ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 682; European Court of Human Rights, *Aydin v. Turkey*, Judgment, 1997, paras 82–86; UN Committee against Torture, *T.A. v. Sweden*, Decisions, 2005, paras 2.4 and 7.3; and Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.970 (Peru)*, Report, 1996, p. 185. 另见联合国人权委员会：《酷刑和其他残酷、不人道或有辱人格的待遇或处罚，联合国酷刑特别报告员的报告》，联合国E/CN.4/1986/15号文件，1986年2月19日，第119段。

463 ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 485. See also *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48.

464 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, Vol. I, pp. 406–407; UN Human Rights Committee, *Rodríguez v. Uruguay*, Views, 1994, paras 2.1 and 12.1; *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Views, 1984, paras 8.2 and 12; European Court of Human Rights, *Çakici v. Turkey*, Judgment, 1999, para. 93; and UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Switzerland*, UN Doc. CAT/C/CR/34/CHE, 21 June 2005, para. 4(b)(i).

465 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, Vol. I, p. 407.

466 See *ibid*.

467 See *ibid*.

468 See *ibid*. p. 406〔所谓的“水刑”（“water treatment”）〕; see also UN Human Rights Committee, *Rodríguez v. Uruguay*, Views, 1994, paras 2.1 and 12.1.

469 See UN Human Rights Committee, *Eduardo Bleier v. Uruguay*, Views, 1980, paras 2.3 and 12.

470 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, Vol. I, pp. 406–407（有时与鞭笞结合使用）; European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 1996, para. 64; and UN Human Rights Committee, *Torres Ramírez v. Uruguay*, Views, 1980, para. 2.

471 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, Vol. I, p. 408, and European Court of Human Rights, *Selmouni v. France*, Judgment, 1999, para. 101.

472 See European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey*, Judgment, 1996, para. 64.

473 See International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, Vol. I, p. 408; European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, pp. 462–465; and UN Human Rights Committee, *Tshitenge Muteba v. Zaire*, Views, 1984, pp. 182–188, paras 8.2 and 12.

474 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 7823 (Bolivia)*, Resolution, 1982, p. 42.

475 See European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, pp. 462–465.

置于严寒环境中[476]、殴打后拘留三天且不给饮食并不准如厕[477]、一系列在令人非常痛苦的条件下约束人身的手段、在特殊条件下带头罩、长时间听高分贝音乐、威胁（包括死亡威胁）、猛摇身体和吹冷风冷冻。[478]

639 精神上的疼痛和痛苦本身可能足够剧烈以构成酷刑。[479]《日内瓦第三公约》和《第一附加议定书》均明确指出，禁止施以肉体和精神上的酷刑。[480]心理上的酷刑方法以及酷刑的心理影响可以造成与身体酷刑及其后果同样剧烈的痛苦。[481]前南刑庭认为，被迫观看一名亲属遭受凌虐[482]，或者被迫观看一位熟人遭受严重性侵犯，对被迫观看的人来说就是酷刑。[483]该法庭认为同样构成酷刑的情况还有：造成重大精神痛苦的死亡威胁，以及向受害人谎称他的父亲已被杀害，[484]或者强迫受害人收集同族人的遗体，尤其是他们邻居和朋友的遗体。[485]

——特定目的

640 酷刑的构成要件之一是，酷刑是为了特定的目的或动机而实施的。《禁止酷刑公约》举例如下：（1）取得情报或供状，（2）惩罚、恐吓或威胁受害人或第三者，以及（3）基于任何一种理由歧视受害人或第三者。[486]前南刑庭认为这些目的构成习惯国际法的一部分。[487]

641 这些目的具有示例性，并非穷尽式列举。《禁止酷刑公约》第1条的措词“如……等目的”也确认了这一点。[488]《禁止酷刑公约》中的非穷尽式列举还反映在《国际刑事法院犯罪要件》中。[489]前南刑庭也认为该列举是非穷尽式的。[490]

476 See UN Committee against Torture, *Report on Mexico produced by the Committee under Article 20 of the Convention, and reply of the Government of Mexico*, UN Doc. CAT/C/75, 26 May 2003, para. 165.

477 See UN Committee against Torture, *Danilo Dimitrijević v. Serbia and Montenegro*, Decisions, 2005, paras 2.1, 2.2, 7.1 and 7.2.

478 见联合国禁止酷刑委员会：“审议缔约国根据《公约》第19条提出的报告：以色列”，联合国A/52/44号文件，1997年9月10日，第253～260段。

479 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 149; see also *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514.

480 见《日内瓦第三公约》第17条，以及《第一附加议定书》第75条第2款第1项第2目。

481 See Inter-American Court of Human Rights, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment, 2003, para. 93. 关于这一问题的更多详细内容，见Reyes。

482 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 149.

483 See ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 267.

484 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 446–447.

485 See ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 511.

486 见《禁止酷刑公约》（1984年）第1条。（译者注：《禁止酷刑公约》中文本未译出该短语。）

487 See ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 485. 在该案中，法庭无须处理习惯国际法是否也包含其他目的的问题。See also *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 185.

488 See also ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 470, and ICTR, *Musema* Trial Judgment, 2000, para. 285.

489 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第1项第2目和第3项第1目：“行为人造成这种痛苦是为了〔如下等目的〕：取得情报或供状、处罚、恐吓或胁迫，或为了基于任何一种歧视的理由。”（译者注：《国际刑事法院犯罪要件》中文本未译出英文本中“such purposes as”一语，此处作以补充。）

490 See e.g. ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 487; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 235; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 513.

642 实践中，这会导致对不当目的极为宽泛的解释。的确，“恐吓或威胁〔受害人〕或第三者”以及“基于任何一种歧视的任何理由”这些概念本身较为宽泛，导致大多数给某个人（尤其是被拘留者）造成剧烈痛苦的蓄意行为，都可出于其中一个目的或与之非常相似的目的。但是，不是任何目的都可构成酷刑，而必须与“明确列出的目的有某些共同之处”。[491]因此，前南刑庭认为“羞辱”与恐吓的概念较为接近，认为其也是酷刑的可能目的之一。[492]

643 因此，前南刑庭认定，如果在讯问被拘留者期间实施了强奸，则应存在这些目的：“强奸是由讯问者本人或者与讯问有关联的其他人实施，作为惩罚、恐吓、威胁或羞辱受害人，或者向受害人或第三者取得情报或供状的一种手段。”[493]

644 前南刑庭还认为，受禁止且支持认定存在酷刑的目的“既无需是造成剧烈疼痛或痛苦的唯一目的，也无需是其主要目的”。[494]

——官方人员的参与

645 人道法中的酷刑定义并不要求官方人员参与该行为。而另一方面，1984年《禁止酷刑公约》则规定，疼痛或痛苦必须是“由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”。[495]前南刑庭在其早期的判决中确认，这个定义是武装冲突中可适用的习惯国际法的一部分。[496]但该刑庭后来得出结论，人道法中的酷刑定义并不包含与上述相同的要件。尤其是，“在实施酷刑的过程中，有国家公职人员或任何其他行使权力之人存在”，并不是将该行为视为人道法中酷刑的必要条件。[497]这个推论符合共同第3条的适用范围，即该条不仅禁止由国家武装部队实施的酷刑，也禁止非国家武装团体实施的酷刑。

491 Burger/Danelius, p. 118.

492 See ICTY, Furundžija Trial Judgment, 1998, para. 162. See also Naletilić and Martinović Trial Judgment, 2003, para. 337.

493 ICTY, Furundžija Trial Judgment, 1998, para. 163.

494 ICTY, Kvočka Trial Judgment, 2001, para. 153. See also Delalić Trial Judgment, 1998, para. 470; Krnojelac Trial Judgment, 2002, para. 184; Kunarac Trial Judgment, 2001, para. 486, and Appeal Judgment, 2002, para. 155; Haradinaj Trial Judgment, 2008, para. 128, and Retrial Judgment, 2012, para. 418; Limaj Trial Judgment, 2005, para. 239; Martić Trial Judgment, 2007, para. 77; Mrkšić Trial Judgment, 2007, para. 515; Brđanin Trial Judgment, 2004, para. 487; and Kunarac Trial Judgment, 2001, para. 486, and Appeal Judgment, 2002, para. 155.

495 《禁止酷刑公约》（1984年）第1条。

496 See ICTY, Delalić Trial Judgment, 1998, para. 459, and Furundžija Trial Judgment, 1998, para. 162, and Appeal Judgment, 2000, para. 111.

497 ICTY, Kunarac Trial Judgment, 2001, para. 496, confirmed in Appeal Judgment, 2002, para. 148. See also Simić Trial Judgment, 2003, para. 82; Brđanin Trial Judgment, 2004, para. 488; Kvočka Appeal Judgment, 2005, para. 284; Limaj Trial Judgment, 2005, para. 240; Mrkšić Trial Judgment, 2007, para. 514; Haradinaj Retrial Judgment, 2012, para. 419; and Stanišić and Župljanin Trial Judgment, 2013, para. 49.

（三）扣留人质

1. 引言

646 直至第二次世界大战期间，扣留人质仍被认为是合法的，尽管受制于非常严格的条件。[498]但是，针对第二次世界大战期间与人质有关的虐待行为，1949年日内瓦四公约完全禁止了这种做法。[499]两项附加议定书重申了这项明确的禁止性规定。[500]其现已成为习惯国际法的一部分。[501]

2. 扣留人质的定义

647 日内瓦四公约及其附加议定书没有对扣留人质加以定义。在另一个不同的法律语境中，1979年《反对劫持人质国际公约》将扣留人质定义为劫持或扣押一个人（人质），并以杀死、伤害或继续扣押该人为威胁，以强迫第三方，作或不作某种行为，作为释放人质的明示或暗示条件。[502]

648 1998年《国际刑事法院规约》中劫持人质之战争罪的构成要件以上述定义为基础，并增添了该人被劫持、扣押“或以这些人为人质”的一揽子规定。[503]在此基础上，塞拉利昂问题特别法庭上诉庭得出结论，“个人落入犯罪人手中的确切手段不是该罪行的决定性特征”。[504]

649 《国际刑事法院犯罪要件》中规定的广泛定义也适用于共同第3条和《日内瓦第四公约》第34条关于禁止扣留人质的基本规定。事实上，起草《国际刑事法院犯罪要件》的专家组认为，国际性和非国际性武装冲突中扣留人质的行为不可能有任何差异。[505]

650 因此，就共同第3条而言，扣留人质可以被定义为劫持、扣押或以其他方式扣留某人（人质），并以杀死、伤害或继续扣押该人为威胁，以强迫第三方，作或不作某种行为，以此作为人质的释放、安全或健康的明示或默示条件。

498 See United States, Military Court at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, pp. 1249–1251.

499 关于禁止扣留人质之由来的更多详细内容，见关于《日内瓦第四公约》第34条的评注。

500 《第一附加议定书》第75条第2款第3项；《第二附加议定书》第4条第2款第3项。

501 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则96。

502 《反对劫持人质国际公约》（1979年）第1条。

503 2002年《国际刑事法院犯罪要件》关于劫持人质之战争罪的第8条第2款第1项第8目，部分规定如下：
1. 行为人劫持或拘禁一人或多人，或以这些人为人质。
2. 行为人威胁杀害、伤害或继续拘禁这些人。
3. 行为人意图迫使某一国家、国际组织、自然人或法人或一组人采取行动或不采取行动，以此作为这些人的安全或释放的明示或默示条件。
4. 这些人受到一项或多项1949年《日内瓦公约》的保护〔即：他们要么失去战斗力，要么是未实际参加敌对行动的平民、医务或宗教人员〕。
关于这些要件的评述，见Dörmann, 2003, pp. 406–407; 另见pp. 124–127。

504 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, para. 598.

505 Dörmann, 2003, p. 406.

651 现今，扣留人质通常是为了索取赎金、换囚或获得“战争税”。[506]这类做法有时被称为绑架或诱拐，但不同的称谓并不影响其法律定性。[507]倘若满足了所有必要条件，这些做法就构成扣留人质，并且为共同第3条所禁止。

(1) 人质

652 共同第3条中禁止扣留人质的规定适用于所有属于该条保护范围内的人员。[508]在“塞萨伊案”中，塞拉利昂问题特别法庭审判庭认为，“一名或多名被扣为人质的人在被控违法行为发生时必须没有正在直接参加敌对行动”。[509]在审判庭看来，“‘人质’一词必须作最广义的解释”。[510]在这个案件中，被告人被控劫持了数百名联合国塞拉利昂特派团的维和部队人员，并将他们作为人质。[511]

653 人质通常是指被非法俘获和拘留的人，例如不具有安全威胁的平民。但是，非法拘留不是扣留人质的先决条件。被合法拘留的人，例如具有安全威胁的平民，也可能被作为人质，这将使这种情况构成扣留人质。以人为质的必要意图不需要在拘留开始时就表现出来；它可以在拘留期间逐渐显现。[512] 2009年塞拉利昂问题特别法庭上诉庭就确认了这一点：

> 从法律角度来看，〔扣留人质所需的〕必要意图可能在该人最初被拘留之时就存在，也可能是其一段时间之后，在该人在押时形成的。就前者而言，犯罪行为在最初拘留时就已经完成（假设其他所有犯罪要件都已满足）；就后者而言，在该意图具体形成的那一刻，情况转变为扣留人质的犯罪行为（还是假设其他犯罪要件都已满足）。[513]

654 这一点很重要，因为前南刑庭早期的判决似乎表明，非法剥夺自由是扣留人质定义的一部分。[514]但是，这些判决也可解释为如下主张：剥夺自由之所以是非法

506 关于当前实践中的一些例子，见Herrmann/Palmieri, pp. 142–145, 以及Sivakumaran, 2012, pp. 269–271。

507 关于绑架的定义，见经济及社会理事会第2002/16号决议，“开展国际合作，预防、打击和消除绑架活动并向受害者提供援助”，2002年7月24日，第1段（“对人进行非法扣押而违背其本人意愿，以索取非法好处或任何其他经济利益或其他物质利益作为释放的交换条件，或迫使某人做某事或不做某事”）。国际法没有定义诱拐（“abduction”）。按照其通常意义，它是指利用暴力或欺骗的方式非法带走某人；see *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 2.

508 更多相关详细内容，见第五部分。

509 SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 241.

510 *Ibid*. 提及了Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, Article 34, p. 230, 由前南刑庭引用并认可，ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 187。

511 SCSL, *Sesay* Corrected Amended Consolidated Indictment, 2006, Count 18.

512 See also Sivakumaran, 2010a, p. 1033, and 2012, p. 269.

513 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, para. 597.

514 见ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, paras 158 (“平民人质是指那些被非法剥夺自由的人，对其自由的剥夺往往是任意的，且有时会受到死亡威胁。然而，正如辩护一方所主张的，在某些情况下拘留可能是合法的，尤其是为了保护平民或是为安全原因所迫时。”) 以及187 (“人质的定义必须被理解为类似于〔1993年前南刑庭〕规约第2条中严重违反公约行为意义上的被扣为人质的平民的定义，即被非法剥

的，是因为其为扣留人质的行为。也许更重要的是，前南刑庭没有审查塞拉利昂问题特别法庭所审查的问题，即：如果在拘留开始后的某个时间产生了扣留人质的非法目的，那么最初本不以扣留人质为目的而进行的拘留能否转变为扣留人质。

(2) 人质面临的威胁

655 正如上文所定义的，扣留人质涉及以杀死、伤害或继续扣押人质相威胁。威胁伤害人质包括对其身心健康的威胁。这个解释源于禁止对被拘留者的身体和精神健康施以暴行的规定。[515]因此，前南刑庭判定，“认定非法扣留平民作人质之罪行必须予以证明的一个额外要件是，是否对平民身体和精神健康发出了附带条件的威胁”。[516]

656 所做出的威胁必须本身在国际人道法中是非法的。因此，威胁继续扣押某人并不一定构成扣留人质。例如，作为换俘谈判的一部分，威胁继续扣押法律上并未要求予以释放的某人，不违反禁止扣留人质的规定。但如果拘留是任意的，做出这种威胁就是非法的。[517]仅仅是某一非国家武装团体拘留了某一战斗员的事实，不能被视为共同第3条中的扣留人质。

(3) 强迫第三方的意图

657 扣留人质的“目的是强迫”第三方。因此，必须发出附带条件的威胁，且该威胁“意在作为一种强迫措施以达成满足某项条件的结果”。[518]正如扣留人质定义中所指出的，该威胁可为明示或暗示。[519]

658 在“塞萨伊案”中，塞拉利昂问题特别法庭审判庭认为，“扣留人质罪行要求威胁被传达给第三方，意在强迫该第三方作或不作某种行为，以此作为被扣留人员安全或释放的条件”。[520]在该案中，审判庭认为，被告人虽然反复威胁被俘的维和人员，[521]但没有证据表明，该威胁已被传达给第三方，也没有证据显示，存在维和人员可能受到伤害的隐含威胁，或已传达了可使维和人员获得安全或释

夺自由之人，对其自由的剥夺往往是恣意的，且有时会受到死亡威胁。”); 以及*Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 314 (“某人如果威胁要使被非法拘留的平民遭受虐待或死亡，以此作为实现某一条件的手段，则该人犯有扣留平民作人质的罪行”)。

515 见第七部分第（二）节第1项以及《第二附加议定书》第4条第2款第1项。这进而与以这种行为相威胁也为非法的事实相符；见《第二附加议定书》第4条第2款第8项。

516 ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 313.

517 关于禁止任意拘留的习惯法规则，见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，规则99及其评注，第327～334页。

518 ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 313; SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 243, and Appeal Judgment, 2009, para. 583.

519 See SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 1964.

520 *Ibid.*

521 *Ibid*. para. 1963.

放的隐含条件。[522]但是，塞拉利昂问题特别法庭上诉庭认为，“出于强迫的意图而作出威胁这一要求，并不意味着要将该威胁传达给第三方”，并断定“该威胁传达给被扣押的个人就足够了”。[523]

(4) 扣留人质的目的

659 正如定义中所反映的，扣留人质是为了强迫第三方作或不作“某种行为”，这是一个非常宽泛的概念。前南刑庭认为，扣留人质是“为了获得某种让步或得到某种好处”，这同样也很宽泛。[524]

660 例如，在“塞萨伊案”中，被告人是革命联合阵线（以下简称“联阵”）的成员，曾拘留了维和部队人员，并在联阵领导人被俘后以他们作人质来强迫释放该领导人。[525]

661 扣留人质其他的目的还可包括，利用被扣留平民作为人盾，使某些地区或军事目标免受军事行动的打击。[526]在这种情况下，扣留人质还可能违反禁止虐待或禁止集体惩罚的规定。[527]但是，对每个具体违法行为都必须分别加以分析。

662 不论扣留人质者试图强迫实施何种行为，都不得扣留人质。因此，即使是为了强迫第三方停止非法行为，扣留人质也不合法。违反共同第3条并不是保证人道法获得尊重的合法途径。[528]

（四）损害个人尊严，特别如侮辱与降低身份的待遇

1. 引言

663 禁止损害个人尊严的规定最先出现在共同第3条中。这项规定在附加议定书中得以重申，且现被认为是习惯国际法的一部分。[529]国际性和区域性人权条约在其各自的适用范围内，将禁止不人道和降低身份的待遇列为了不可克减的规定。[530]

522 *Ibid*. paras 1965–1968.

523 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, paras 582–583.

524 ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 158; see also para. 187（“要被界定为人质，被拘留者必须曾被用于获得某种好处，或曾被用于确保交战一方、其他人或其他团体作出某种承诺”); *Blaškić* Appeal Judgment, 2004, para. 639（“利用某种关系到被拘留人的威胁以获得某种让步或得到某种好处”); *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 319.

525 SCSL, *Sesay* Appeal Judgment, 2009, paras 596–601.

526 See also Gasser/Dörmann, para. 535(3).

527 关于将使用“人盾”定性为虐待的问题，见第620、622段。关于禁止集体惩罚的规定，见《第二附加议定书》第4条第2款第2项；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则103。

528 关于非国际性武装冲突中交战报复的概念，见第十三部分第（六）节。

529 《第一附加议定书》第75条第2款第2项；《第二附加议定书》第4条第2款第5项；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则90。

530 《公民及政治权利国际公约》（1966年）第7条；《欧洲人权公约》（1950年）第3条；《美洲人权公

正如前文所述，“损害个人尊严”一词可能与虐待和酷刑有关，但也有其自身的特点。

2. 损害个人尊严的定义

664 日内瓦四公约及其附加议定书并没有对“损害个人尊严”一词做出定义。前南刑庭要求“被告人蓄意犯下或参与某作为或不作为，而该作为或不作为一般被认为会造成严重的侮辱、降低身份或以其他方式对人格尊严的严重侵犯”。[531]前南刑庭认为，这种评估不应当仅基于与受害者敏感性相关的主观标准，还应当基于与行为严重性相关的客观标准。[532]关于行为的严重性，法庭认为对受害者的侮辱必须强烈到一定程度，以至于任何理性的人都会感到愤怒。[533]

665 如同虐待和酷刑，损害个人尊严常常不表现为孤立的行为。该罪行可以通过单个行为犯下，也可以是数个行为相结合或累积的结果，而这些行为单独来看，可能不构成损害个人尊严。根据前南刑庭的判决：

> 某个行为及其后果的严重性可能来自于该行为本身的性质，或一个行为的反复实施，或者不同行为的结合，而这些行为单独来看又不构成本（1993年前南刑庭）规约第3条意义上的犯罪。暴力的形式、严重程度和持续时间，身体或精神痛苦的强烈程度和持续时间，应作为评估是否犯罪的依据。[534]

666 尽管侮辱和降低身份的待遇必须是“真实且严重的”，但它不必是持久的。[535]也没有禁止性目的的要求，例如酷刑罪构成要件中的禁止性目的。[536]

约》（1969年）第5条第2款；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第5条。另见《禁止酷刑公约》（1984年）；《美洲防止和惩处酷刑公约》（1985年）；以及《欧洲防止酷刑公约》（1987年）。（译者注：对于其中“degrading treatment”一词，第一、第二附加议定书中文作准文本将其译为“降低身份的待遇”，《公民及政治权利国际公约》中文作准文本使用了“侮辱之处遇”这一表述，而《禁止酷刑公约》中文作准文本中则为“有辱人格的待遇”一词，应当认为这些不同的中文表述并未带来实质意义上的差异。）

531 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 514, and Appeal Judgment, 2002, paras 161 and 163. See also *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 132〔使用了“剧烈”（“severe”）而非“严重”（“serious”）一词〕; ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2250; *Renzaho* Trial Judgment, 2009, para. 809; *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6178; SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 431; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 175; and *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 716.

532 See ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 56, and *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 504, and Appeal Judgment, 2002, paras 162–163.

533 *Ibid*.

534 ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 57.

535 See ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 501, and *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 168. See also SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 176.

536 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 226.

667 《国际刑事法院犯罪要件》将损害个人尊严的实质要件定义为如下行为："行为人侮辱一人或多人、实施有辱人格的待遇或以其他方式损害侵犯这些人的尊严"以及"侮辱、有辱人格待遇或其他侵犯行为的严重性达到公认为损害个人尊严的程度"。[537]尽管该定义用语重复，但它表明，侵犯行为无需（像有关酷刑的规定那样）造成剧烈的身心痛苦，但为了与单纯的冒犯行为相区分，此类侵犯行为必须是重大的。[538]这也是遵循了英文作准文本中"outrage"一词的通常意义。[539]

668 根据《国际刑事法院犯罪要件》，禁止损害个人尊严，特别如侮辱性和降低身份的待遇，包括那些对死者犯下的行为。[540]澄清这一点很重要，因为近年来的武装冲突表明，以一种侮辱性和降低身份的方式对待人的遗体也并非罕见，时至今日也依然如此。例如，前南刑庭和卢旺达刑庭的判决中都记录下了残害尸体的情况。[541]

669 《国际刑事法院犯罪要件》进一步具体规定，受害者本人无需意识到存在侮辱行为。[542]提出这最后一点是为了涵盖对无意识的人或有精神残疾的人进行蓄意侮辱的情况。《国际刑事法院犯罪要件》还指出，需要考虑到受害者文化背景的相关方面，从而涵盖诸如对属于特定国籍、文化或宗教的人具有侮辱性的行为，而这些行为对其他人来说则不一定具有侮辱性。[543]

670 没有一个国际刑事法庭曾尝试区分"侮辱"和"降低身份"的待遇。尽管共同第3条并列使用了这两个术语，暗示它们可能指代不同的概念，但它们的通常意义几乎是一样的。[544]关于是否可能存在某种构成损害个人尊严的侮辱性待遇，而该待遇不致降低身份的情况（或反之），这一问题最终并不重要，因为这两种行为都为共同第3条所禁止。在"损害个人尊严"与其他两个概念的关系上同样也是如此。尽管在该规定中使用了"特别如"一词，我们很难想象存在属于"损害个人尊严"而不具侮辱性或不致降低身份的待遇。

671 还有个问题是，要构成虐待，身体或精神痛苦是否必须达到一个更高的标准。关于严重破约之规定将不人道待遇（或虐待）定为犯罪，而未将损害个人尊

537 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第2目。

538 关于国际人道法中的禁止性规定比国际刑法中的禁止性规定更宽泛的观点，见 Sivakumaran, 2012, p. 264。

539 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1017 （"盛怒或极大的愤慨；悍然违反或侵犯（法律或原则）"）。

540 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第2目，脚注57。See also UN Human Rights Council, Advisory Committee, Fourth Session, 25–29 January 2010, *Study on best practices on the issue of missing persons*, UN Doc. A/HRC/AC/4/CRP.2/Rev.1, 25 January 2010, paras 66–71, and ICTY, Tadić Trial Judgment, 1997, para. 748.

541 See ICTR, *Niyitegeka* Trial Judgment, 2003, para. 303, and ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 849. 其他损害个人尊严的例子还包括将身体部位作为战利品以及将尸体公开示众并进行诋毁。

542 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第2目，脚注57。

543 同上注。

544 *The Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 377, 其将降低身份（"degrading"）定义为"导致丧失自尊；侮辱性的"。

严定为犯罪，该事实可能表明了这一点。尽管如此，前南刑庭对虐待或不人道待遇的定义和其对损害个人尊严的定义之间有所重叠，因为二者都包括“严重侵犯人格尊严”一语。事实上，这两个概念在一定范围内必然会重叠。视具体情况而定，如果在一定期间内反复实施或者针对某个处于特别脆弱状态下的人实施，被认为属降低身份或侮辱的待遇就可能会转化成虐待。如果出于某一特定目的实施并造成剧烈疼痛或痛苦，降低身份或侮辱的待遇也可能构成酷刑。

672 国际刑事法庭认为构成降低身份待遇的具体行为包括：强迫在公共场合裸体；[545]强奸和性暴力；[546]“性奴役，包括劫持妇女和女童作‘丛林妻子’这种婚姻形式的性奴役”；[547]利用被拘留者作为人盾或挖掘战壕；[548]不适当的监禁条件；被迫做出顺从行为；被迫在自己的衣物上排泄；或忍受可能遭受身体、精神或性暴力的长期恐惧。[549]

673 从人权机构的裁决中也可以总结出一些降低身份待遇的例子，包括：对一人做出属于如下行为待遇或惩罚——“在他人面前严重地侮辱他或者驱使他做出违背意志或良心的行为”；[550]不允许被关押者更换脏衣服；[551]剪掉某人的头发或胡子作为惩罚。[552]

（五）具有必需之司法保障的正规组织之法庭的要求

1. 引言

674 共同第3条禁止“未经具有文明人类所认为必需之司法保障的正规组织之法庭之宣判，而遽行判罪及执行死刑”。该规定在《第二附加议定书》中得以细化并构成习惯国际法的一部分。[553]

675 该规定禁止由任何不公正和不正规的法庭进行“草率”司法或审判。但是，它并没有为任何犯罪提供免于审判的豁免；它并不妨碍对嫌犯依法予以逮捕、起诉、判罪和惩罚。

676 共同第3条提到“遽行判罪及执行死刑”。“判罪”被定义为“在查明刑事被

545 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 766–774.
546 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, paras 270–275; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2158.
547 SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 432.
548 ICTY, *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 229.
549 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 173.
550 European Commission of Human Rights, *Greek case*, Report, 1969, p. 186.
551 European Court of Human Rights, *Hurtado v. Switzerland*, Judgment, 1994, para. 12.
552 European Court of Human Rights, *Yankov v. Bulgaria*, Judgment, 2003, paras 114 and 121.
553 《第二附加议定书》第6条第2款；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则100。另见《第一附加议定书》第75条。

告人有罪后由法庭正式宣布的判决；对罪犯施加的惩罚”。[554]这意味着共同第3条中公正审判的保障适用于对受刑事犯罪指控的人进行的起诉和惩罚。

677 至于“执行死刑”，共同第3条虽未加以禁止，但其他条约可能对缔约国产生影响。首先，《第二附加议定书》分别限制了对犯罪时不满18岁的人以及孕妇和幼童的母亲宣判和执行死刑的权利。[555]但是，人道法并不禁止对其他人宣判死刑或执行死刑。不过，该法为国际性武装冲突中宣判和执行死刑的程序设定了严格的规则。[556]另外，若干条约还要求缔约国完全禁止死刑。[557]许多国家已经废除死刑，甚至是对于军事犯罪也是如此。[558]

2. 正规组织之法庭

678 《第二附加议定书》第6条第2款中，正规组织之法庭的要求已被法院应具备“独立和公正的主要保证”的要求所取代。这一措辞源自《日内瓦第三公约》第84条。它更加关注法庭进行公正审判的能力而不是法庭是怎样设立的。该规定考虑到了非国际性武装冲突的现实（另见第692～693段）。《国际刑事法院犯罪要件》还将“正规组织”的法庭定义为具有“独立和公正的必要保障”的法庭。[559]根据这些文本，独立和公正的要求是解释该术语含义的基准。

679 1966年《公民及政治权利国际公约》及其他人权条约均规定了公正审判的权利。这些条约具体规定，审判若要公正，必须由“独立”且“公正”的法庭作出。[560]人权机构曾表示，公正审判的基本原则和法院独立、公正的要求永远不能

554 Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10th edition, Thomson Reuters, 2014, pp. 1569–1570.

555 《第二附加议定书》第6条第4款。对国际性武装冲突而言，见《日内瓦第四公约》第68条第4款以及《第一附加议定书》第76条第3款和第77条第5款。

556 见《日内瓦第三公约》第100条至第101条及第107条，以及《日内瓦第四公约》第68条、第71条及第74条至第75条。

557 《公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》（1989年）；《旨在废除死刑的美洲人权公约议定书》（1990年）；《欧洲人权公约第六议定书》（1983年）以及《欧洲人权公约第十三议定书》（2002年）。

558 1989年《公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》第2条第1款允许各国提出这样一项保留，即“规定在战时可以对在战时犯下最严重的军事性罪行被判罪的人适用死刑”。有八个国家对该条提出保留，其中三国已经撤回，其余五国的保留仍然有效。1990年《旨在废除死刑的美洲人权公约议定书》允许提出类似的保留。两个国家对此提出保留，现均有效。关于死刑的更多信息，例如，见Hans Nelen and Jacques Claessen (eds), *Beyond the Death Penalty: Reflections on Punishment*, Intersentia, Cambridge, 2012; Austin Sarat and Jürgen Martschukat (eds), *Is the Death Penalty Dying? European and American Perspectives*, Cambridge University Press, 2011; William A. Schabas, *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2002, and 'The Right to Life', in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, pp. 365–385; and Elizabeth Wicks, *The Right to Life and Conflicting Interests*, Oxford University Press, 2010.

559 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第4目。

560 《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第1款；《儿童权利公约》（1989年）第40条第2款b项；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第1款；《美洲人权公约》（1969年）第8条第1款；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第7条和第26条。

摒弃。[561]这些机构对这些术语的解释对于共同第3条也有重要意义，至少对由国家当局运转的法庭来说是这样。

680 法庭获得独立性的前提是，其必须能够履行职责而不受任何其他政府机关的干预，尤其是行政部门的干预。[562]因此，法官必须要有任期届满的保障。[563]独立性的要求并不必然禁止法庭由来自政府行政部门的人员组成，例如武装部队的成员，只要程序适当，足以保证这些人独立且公正地履行其司法职责即可。

681 公正性的要求包含主观和客观两个方面。第一，为做到公正，组成法庭的法官做出判决时不得受其个人倾向或偏见之影响，不可对其审判的案件存有成见，也不得以不当促进一方利益之方式行事。[564]第二，法庭从客观角度上看必须是公正的，即从理性观察者的角度看，法庭必须是公正的。[565]前南刑庭和卢旺达刑庭均适用了公正性要求的这两个方面。[566]

682 司法机关独立，特别是独立于行政部门的要求，以及主观和客观公正的要求同等适用于普通法庭、军事法庭和特别安全法庭。只有在例外情况下，才能由军

561 见联合国人权事务委员会：《第29号一般性意见：第四条（紧急状态期间的克减问题）》，联合国CCPR/C/21/Rev.1/Add.11号文件，2001年8月31日，第11、16段；African Commission on Human and Peoples' Rights, *Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria*, Decision, 2001, para. 27; Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002, paras 245–247; and Inter-American Court of Human Rights, *Judicial Guarantees case*, Advisory Opinion, 1987, paras 29–30.

562 See e.g. African Commission on Human and Peoples' Rights, *Centre for Free Speech v. Nigeria*, Decision, 1999, paras 15–16; European Court of Human Rights, *Belilos case*, Judgment, 1988, para. 64; *Findlay* v. *UK*, Judgment, 1997, paras 73–77; and UN Human Rights Committee, *Bahamonde* v. *Equatorial Guinea*, Views, 1993, para. 9.4.

563 更多相关详细内容，见联合国人权事务委员会：《第32号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，联合国CCPR/C/GC/32号文件，2007年8月23日，第19段，以及《关于司法机关独立的基本原则》（1985年）。美洲人权委员会也强调了不受行政部门干预之自由以及法官任期届满之保障的必要性；, *Annual Report 1992–1993*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.83 doc. 14, 12 March 1993, p. 207, and *Case 11.006 (Peru)*, Report, 1995, section VI(2)(a). See also Canada, Supreme Court, *Ell case*, Judgment, 2003, paras 18–32, and United States, Supreme Court, *Hamdan case,* Judgment, 2006, p. 632.

564 联合国人权事务委员会：《第32号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，联合国CCPR/C/GC/32号文件，2007年8月23日，第21段；*Karttunen* v. *Finland*, Views, 1992, para. 7.2; and European Court of Human Rights, *Incal* v. *Turkey*, Judgment, 1998, para. 65. See also Australia, Military Court at Rabaul, *Ohashi case*, Judgment, 1946.

565 见联合国人权事务委员会：《第32号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，联合国CCPR/C/GC/32号文件，2007年8月23日，第21段；see also African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project* v. *Nigeria*, Decision, 1995, para. 8; *Malawi African Association and others* v. *Mauritania*, Decision, 2000, para. 98; European Court of Human Rights, *Piersack* v. *Belgium*, Judgment, 1982, paras 28–34; *De Cubber case*, Judgment, 1984, paras 24–26; *Findlay* v. *UK*, Judgment, 1997, para. 73; and Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.970 (Peru)*, Report, 1996, section V(B)(3)(c).

566 See e.g. ICTY, *Furundžija* Appeal Judgment, 2000, paras 189–191; *Mucić* Appeal Judgment, 2001, paras 682–684; and *Galić* Appeal Judgment, 2006, paras 37–41; ICTR, *Akayesu* Appeal Judgment, 2001, paras 203–207; *Rutaganda* Appeal Judgment, 2003, paras 39–41; and *Nahimana* Appeal Judgment, 2007, paras 47–50.

事法庭或特别安全法庭对平民进行审判，并且应当在真正提供共同第3条规定的公正审判的充分保障的条件下进行。[567]

3. 必需之司法保障

683 在1949年外交会议上，就共同第3条是否要对司法保障进行列举，或者是否要提及四公约其余规定以及其中包含的司法保障，存在一些争论。关于建议参考四公约中司法保障，包括《日内瓦第三公约》第105条的提议没有得到采纳。[568]最后，采用了“文明人类所认为必需之司法保障”这一措辞，而没有列出任何具体的保障措施。然而，代表们并没有将其解释完全放开，因为这句话规定，此类保障必须是“文明人类所认为必需之”保障。“文明人类所认为必需之司法保障”这一表述在《国际刑事法院犯罪要件》中被替换为“公认为国际法规定的〔……〕必需的司法保障”，[569]现今也应当对其作出此种解释。

684 尽管共同第3条并没有列出具体的司法保障，但《第二附加议定书》第6条进行了列举，而且现在，共同第3条中关于公正审判的要求必须根据这些规定及其相应的习惯法规则来解释。[570]第6条中“特别是”一词表明，这一列举不是穷尽式的，但指出了当今国际法公认为公正审判所必需的最低限度保障。[571]现今的观点认为《第二附加议定书》第6条中列举的司法保障构成习惯法。[572]

685 因此，当今公认为必需提供的司法保障至少包括：

— 立即告知被告其被控犯罪的性质及原因的义务；[573]

567 联合国人权事务委员会：《第32号一般性意见，第十四条：在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利》，联合国CCPR/C/GC/32号文件，2007年8月23日，第22段。在许多案件中都曾发现这类法庭不符合标准。See e.g. UN Human Rights Committee, *Espinoza de Polay* v. *Peru*, Views, 1997, para. 8; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Constitutional Rights Project* v. *Nigeria*, Decision, 1995, para. 8; *Civil Liberties Organisation and others* v. *Nigeria*, Decision, 2001, paras 25, 27 and 43–44; European Court of Human Rights, *Findlay* v. *UK*, Judgment, 1997, paras 73–77; *Çiraklar* v. *Turkey*, Judgment, 1998, para. 38; *Mehdi Zana* v. *Turkey*, Judgment, 2001, paras 22–23; *Şahiner* v. *Turkey*, Judgment, 2001, paras 45–47; Inter-American Commission on Human Rights, *Case 11.084 (Peru)*, Report, 1994, section V(3); and Inter-American Court of Human Rights, *Castillo Petruzzi and others* v. *Peru*, Judgment, 1999, paras 132–133. 更多相关详细内容，见Doswald-Beck, 2011, pp. 337–344。

568 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，pp. 83–84.

569 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第3项第4目。

570 See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4597.

571 各种人权法文书均支持这一列表。特别见1966年《公民及政治权利国际公约》，第14条；1950年《欧洲人权公约》第6条；1969年《美洲人权公约》第8条；1981年《非洲人权和民族权宪章》第7条。

572 见红十字国际委员会：“习惯国际人道法”，关于规则100的实践，载国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v2_rul。

573 《第二附加议定书》第6条第2款第1项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第1项；《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款子项；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第3款a项；《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款b项。

— 被告享有必要的辩护权利和手段的要求；[574]

— 除以个人刑事责任为依据外，不被判罪的权利；[575]

— 法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚原则（“罪刑法定”）并禁止处以重于其犯罪时可适用的刑罚；[576]

— 无罪推定的权利；[577]

— 受审时在场的权利；[578]

— 不被强迫提供对自己不利的证据或自认犯罪的权利；[579]

— 被告知其司法或其他救济方法以及使用这些救济方法的时限的权利。[580]

关于这些司法保障的更多详细内容，见关于《第二附加议定书》第6条的评注。

686 《第一附加议定书》第75条也做了类似的列举，这对该问题也有重要意义。[581]两处列举都受到了1966年《公民及政治权利国际公约》的启发。[582]第75条还列出了另三项保障：

574 《第二附加议定书》第6条第2款第1项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第1项；《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第3款；《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第7条第1款c项。

575 《第二附加议定书》第6条第2款第2项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第2项。

576 《第二附加议定书》第6条第2款第3项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第3项；《公民及政治权利国际公约》（1966年）第15条；《欧洲人权公约》（1950年）第7条；《美洲人权公约》（1969年）第9条；《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第7条第2款。

577 《第二附加议定书》第6条第2款第4项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第4项；《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第2款；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第2款；《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第7条第1款b项。

578 《第二附加议定书》第6条第2款第5项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第5项，以及《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款卯项。关于缺席审判的问题，见关于第49条的评注，第2871段。

579 《第二附加议定书》第6条第2款第6项。另见《第一附加议定书》第75条第4款第6项；《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款午项；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款g项和第3款。1950年《欧洲人权公约》虽然没有明文规定这项权利，但它已被欧洲人权法院解释为第6条第1款所指之公正审判的要件之一；例如，见*Pishchalnikov* v. *Russia*, Judgment, 2009, para. 71。

580 《第二附加议定书》第6条第3款。另见《第一附加议定书》第75条第4款第10项。人权文书保障上诉权；见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第5款；《儿童权利公约》（1989年）第40条第2款b项第5目；《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款h项；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第7条第1款a项；以及《欧洲人权公约》之《第七议定书》（1984年）第2条第1款。“在这个问题上，人权法的影响如此之大，以至于可以说，上诉权本身——而不仅仅是被告知是否可上诉的权利——已经成为武装冲突中的公正审判权的一个基本组成部分”（亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则100的评注，第352页）。

581 See e.g. United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 632–634. (法院依赖《第一附加议定书》第75条，指出即使美国没有批准该议定书，美国政府对适用第75条也没什么问题，而且第75条列出了许多最低限度的要求。此外，美国是1966年《公民及政治权利国际公约》的缔约国，该公约包含许多相同的公正审判的要求。本法院认定，军事委员会违反了被告必须可以查阅对其不利的证据且受审时必须在场的基本原则。) See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3084, 以及红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2011年，第12页。

582 关于《公民及政治权利国际公约》的重要意义，例如，见英国《武装冲突法手册》（2004年），第15.30.5段，以及United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 632–634。

— 提出证人出庭作证和讯问证人的权利；[583]
— 取得公开宣判的权利；[584]
— 不因同一行为或同一罪名而受同一方一次以上之追诉或惩罚的权利（一事不再理）。[585]

687 由于一些代表希望对司法保障的列举尽可能简短，这些保障中的前两条并没有出现在《第二附加议定书》中。[586]然而，或许可以说，这两条应当适用于非国际性武装冲突，因为它们对于公正审判至关重要，而且在主要的人权文书中都有规定。第三项保障——即一事不再理原则——没有包含在《第二附加议定书》中是因为“该原则在政府的法庭和叛乱团体的法庭之间不能适用”。[587]但反过来，也可主张该原则应当作为一项禁止性规定适用，即禁止由同一方进行二次追诉或惩罚，按照该原则在《第一附加议定书》第75条中所规定的方式。在对相关人员已宣告无罪或已定罪的终审判决之后，同一方就同一行为或同一罪名进行二次审判，应视为不公正的审判。

688 正如前文所指出的，两项附加议定书中的列举均为示例性而非限定性。其叠加效果是要保证被告得到公正审判。每项权利的适用都应当保证审判的公正。人权文书进一步包括了受审“不得无故稽延”或“在合理的时间内”受审的权利。[588]《日内瓦第三公约》第103条也规定了该项原则，但《第二附加议定书》第6条或《第一附加议定书》第75条则没有。但在非国际性武装冲突中，无故拖延也会对审判造成不良影响，因此该因素也应被纳入此类审判公正性评估的考虑范畴。

4. 非国家武装团体组建的法庭

689 在实践中，已知非国家武装团体曾组建法庭，特别是因涉及武装冲突的刑事罪行而审判自己的成员。[589]尽管这种法庭的建立可能引起合法性的问题，但以这种方式进行审判，可以替代简易司法，武装团体也可借此维持“法律与秩序”并

583 《第一附加议定书》第75条第4款第7项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款辰项；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第3款d项；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款f项。

584 《第一附加议定书》第75条第4款第9项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第1款；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第1款；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第5款。

585 见《日内瓦第三公约》第86条；《日内瓦第四公约》第117条第3款；以及《第一附加议定书》第75条第4款第8项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第7款；《欧洲人权公约》之《第七议定书》（1984年）第4条；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第4款。

586 Bothe/Partsch/Solf, p. 745.

587 *Ibid*.

588 《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款寅项；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第1款；《美洲人权公约》（1969年）第8条第1款；《非洲人权和民族权利宪章》（1981年）第7条第1款d项。

589 相关实例见Sivakumaran, 2009, pp. 490–495, 及2012, pp. 550–555；Somer, pp. 678–682；以及Willms, pp. 22–24。

保证人道法之被尊重。[590]例如联合国安理会等机构，经常呼吁武装团体要保证人道法之被尊重。[591]

690 指挥官责任原则适用于非国际性武装冲突强化了这一评估。[592]根据该原则，如果武装团体的指挥官知道，或者有理由知道他们的下属犯有战争罪，且没有在其权力范围内采取一切必要且合理的措施惩罚责任人，他们将负有刑事责任。[593]国际刑事法院认为存在非国家武装团体指挥官可用以惩罚战争罪的司法系统是在实践中适用该原则的一项重要因素。[594]

691 这些法庭，即使国家不认为它们合法，也要遵守共同第3条中公正审判的要求。这源于共同第3条第1款，其规定“冲突之各方……应遵守”。

692 共同第3条要求“正规组织之法庭”。如果这专指根据国内法组建的国家法庭，那么非国家武装团体将无法遵守这项要求。共同第3条规定这项规则适用于“冲突之各方”便没有了效力。因此，为了让该规定有效，可以主张，只要法庭是根据武装团体的“法律”组织的，就是正规组织的法庭。[595]另外，武装团体也可能继续运用现有的法庭并适用现有的法律。

693 1974年至1977年的外交会议认识到对共同第3条进行解释时面临的这一难题。因此，《第二附加议定书》中正规组织之法庭的要求被替换为“具备独立和公正的主要保证”之法庭的要求。《第二附加议定书》中的这一表述来自《日内瓦第三公约》第84条，没有受到外交会议代表们的任何反对。[596]

694 如果不能提供这些保障，无论国家当局还是非国家武装团体，都不应进行审判。武装团体能否进行提供了这些保障的审判是一个事实问题，需要逐案确定。[597]如果不能提供公正审判，可考虑其他形式的拘留，特别是出于安全原因的

590 Sivakumaran, 2009, pp. 490 and 497, and 2012, p. 550.

591 例如，见联合国安全理事会关于科特迪瓦的第1479（2003）号决议，第8段；关于利比里亚的第1509（2003）号决议，第10段；关于科特迪瓦的第1962（2010）号决议，第9段；关于科特迪瓦的第1933（2010）号决议，第13段；关于阿富汗的第2041（2012）号决议，第32段；以及关于叙利亚的第2139（2014）号决议，第3段。

592 Sivakumaran, 2009, p. 497, and 2012, p. 557; Sassòli, 2010, p. 35; Somer, p. 685.

593 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则153。

594 ICC, *Bemba* Decision on the Confirmation of Charges, 2009, para. 501, and Trial Judgment, 2016, paras 205–209.

595 See Bond, p. 372; Sivakumaran, 2009, pp. 499–500, and 2012, p. 306; Somer, pp. 687–689; and Willms, p. 6. 英国《武装冲突法手册》（2004年）指出，“（《第二附加议定书》第6条第2款第3项中）使用的‘法律’一词……也可能广泛到足以涵盖叛乱当局制定的‘法律’（第15.42段，脚注94）”。根据Bothe/Partsch/Solf, p. 746, “反叛团体不得改变其行使实际权力的领土内现有的法律秩序，这一观念没有依据”。欧洲人权法院判定，“为了使个人能够享受本公约提供的保障，在某些情况下，某个属于国际法未予承认之实体的司法系统的法庭可以被视为‘依法建立的’法庭，只要它属于‘依照宪法和法律’运作的司法系统的一部分，且该司法系统反映了符合本公约的司法传统”（*Ilaşcu and others* v. *Moldova and Russia*, Judgment, 2004, para. 460）。

596 Sandoz/Swinarksi/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4600.

597 一般地，见Sivakumaran, 2009; Somer; and Willms。

拘禁（见第八部分）。在这种情况下，必须尊重禁止任意拘留的规定。[598]

695 上述分析旨在评估武装团体对共同第3条之要求的遵守情况。该条并不意味着一国必须对冲突非国家一方进行的审判或其他司法程序的结果予以认可或赋予法律效力。这符合共同第3条最后一款关于此类冲突当事方法律地位的规定。

（六）性暴力

1. 引言

696 尽管共同第3条没有明文禁止性暴力，但其暗含了这一规定，因为它规定了人道待遇的义务并且禁止对生命与人身施以暴力，包括残伤肢体、虐待、酷刑及损害个人尊严。

697 “性暴力”一词用于描述在强制的情况下对任何人实施的任何性行为。[599]强制性情况包括武力、武力威胁或者因惧怕暴力行为、胁迫、羁押、心理压迫或滥用权力而造成的强制性情况。[600]此外，也包括行为人利用强制性环境或一个人无能力给予真正同意的情况。[601]武力、武力威胁或强制手段既可针对受害人，也可针对其他人。[602]性暴力也包括利用上述情况迫使一个人进行性行为。[603]

698 性暴力包括强奸、强迫卖淫[604]、非礼侵犯[605]、性奴役、强迫怀孕和强迫绝育等行为。[606]其他来自于国际刑事法庭判决的例子还包括强迫在公共场合裸体[607]、强迫脱衣等性骚扰，[608]以及残伤性器官。[609]性暴力还被认为包括强迫婚姻、强制

598 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则99。

599 See ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 688. 关于武装冲突中对这一概念的概述，例如，见Durham; Gardam/Jarvis; Haeri/Puechguirbal; Brammertz/Jarvis; and Viseur Sellers/Rosenthal。

600 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第5项第6目之六；另见第7条第1款第7项之六以及第8条第2款第2项第22目之六；WHO, *World report on violence and health*, Geneva, 2002, pp. 149–181.

601 《国际刑事法院犯罪要件》在强奸之战争罪的脚注中指出：“有关的人可以因自然、诱发或与年龄有关的因素而无能力给予真正同意。”这也适用于性暴力之战争罪。

602 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第5项第6目之六。

603 同上注。 See also ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 1066.

604 见《第二附加议定书》第4条第2款第5项。另见《日内瓦第四公约》第27条和《第一附加议定书》第75条第2款第2项。1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第5项第6目、1994年《卢旺达刑庭规约》第4条e款、《联合国东帝汶过渡当局第2000/15号条例》第6条第1款e项第6目以及2002年《塞拉利昂问题特别法庭规约》第3条e款均将强奸和强迫卖淫列为战争罪。

605 见《第二附加议定书》第4条第2款第5项。另见《日内瓦第四公约》第27条和《第一附加议定书》第75条第2款第2项。1994年《卢旺达刑庭规约》第4条e款和2002年《塞拉利昂问题特别法庭规约》第3条e款均将非礼侵犯列为战争罪。

606 1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第5项第6目和《联合国东帝汶过渡当局第2000/15号条例》第6条第1款e项第6目将性奴役、强迫怀孕和强迫绝育列为战争罪。

607 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 688. See also ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 766–774.

608 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 693. See also Bastick/Grimm/Kunz, p. 19.

609 See ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 976.

童贞检查、性剥削（诸如以提供性服务换取食物或保护等）、强迫堕胎，[610]以及为性剥削而贩卖人口等行为。[611]

699 正如下文解释的一样，判例法和国际刑事法庭的规约表明，性暴力可构成共同第3条所列之一项或多项受禁止的行为。通常这些行为不会只属于共同第3条中的某一类违禁行为，而是可能同时构成诸如“对生命与人身施以暴力”和“损害个人尊严的行为”。另外，性暴力可能在一系列违禁行为中接续发生，例如强奸伴随着谋杀或强迫在公共场合裸体。[612]

700 《日内瓦第四公约》第27条第2款特别规定了应保护妇女免遭强奸、强迫卖淫和非礼侵犯。[613]但如今的观点认为，禁止性暴力的规定不仅囊括对妇女和女童的暴力行为，也囊括对所有人的暴力行为，包括对男子和男童的暴力。[614]《第二附加议定书》第4条第2款第5项和《第一附加议定书》第75条第2款第2项禁止性暴力行为，不论受害者性别为何。[615]习惯国际法同样如此。[616]国际刑事法院和法庭的规约在定义性暴力犯罪时，也采用了性别中立的表述。[617]尽管武装冲突中大多数性暴力的受害者是妇女和女童，但男子和男童也经常是性暴力的受害者，特别是被关押在拘留所内之时。[618]

2. 共同第 3 条项下的禁止性暴力

(1) 性暴力及人道待遇之要求

701 共同第3条禁止性暴力，因为该行为构成了违反对不实际参加敌对行动者予以人道待遇的义务。《日内瓦第四公约》第27条对不人道待遇的行为进行了例举，包括强奸、强迫卖淫和非礼侵犯。因此，在共同第3条的语境下，这些行为也应视为不人道行为。[619]

610 关于所有这些例子，见Bastick/Grimm/Kunz, p. 19；WHO, *World report on violence and health*, Geneva, 2002, p. 149以及WHO, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Geneva, 2003, p. 7。

611 为性剥削而贩卖人口经常属于强迫卖淫的定义范围，但它还可能包括诸如为制作淫秽作品而对人进行性剥削的行为。See Inter-Agency Standing Committee, *Guidelines for Integrating Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Action*, p. 6. 另见《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》（2000年）第3条。

612 See e.g. ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 933.

613 另见《第一附加议定书》第76条第1款。

614 但强迫怀孕、强迫堕胎和强制童贞检查是例外，依其性质，它们只能针对妇女和女童实施。

615 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3049.

616 亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则93的评注，第311页。

617 见《卢旺达刑庭规约》（1994年）第4条e款；《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第5项第6目；《联合国东帝汶过渡当局第2000/15号条例》第6条第1款e项第6目；以及《塞拉利昂问题特别法庭规约》（2002年）第3条e款。

618 See Lindsey, p. 29; Solangon/Patel, pp. 417–442; and Sivakumaran, 2010b.

619 就危害人类罪而言，不人道行为被认定为包括性暴力；例如，见ICTR, *Muvunyi* Trial Judgment, 2006, para. 528; *Kamuhanda* Trial Judgment, 2004, para. 710; 以及SCSL, *Brima* Appeal Judgment, 2008, para. 184。

(2) 性暴力和禁止对生命与人身施以暴力，特别如残伤肢体、虐待及酷刑

702 性暴力通常属于“对生命与人身施以暴力”的范畴从而受到禁止，并且曾被认定构成酷刑、残伤肢体或虐待。

703 前南刑庭和卢旺达刑庭判定，强奸和一些其他形式的性暴力可能构成酷刑。这两个法庭以及一些人权机构认为，强奸本身满足了酷刑所要求的剧烈性标准，因为它必然意味着剧烈的疼痛或痛苦。[620]例如，在“库纳拉茨案”中，前南刑庭上诉庭认为，“性暴力必然导致剧烈疼痛或痛苦，不论身体上还是精神上，因此有理由将其定性为一种酷刑行为”。[621]前南刑庭还认为，强迫某人观看对其熟悉之人的性侵犯对于该人来说也是酷刑。[622]

704 性暴力行为还被认定为构成残伤肢体，以及虐待或不人道待遇。在“普尔利奇案”中，前南刑庭审判庭认为，“利用威胁、恐吓或武力手段，对一个人的身心健全施加任何性暴力，其方式导致诋毁或侮辱受害者，可构成不人道待遇”。[623]非自愿的绝育已被认定构成虐待。[624]在性暴力的语境下，残伤性器官是残伤肢体的一个例子。[625]

(3) 性暴力与禁止损害个人尊严

705 共同第3条中规定的禁止“损害个人尊严”涵盖了性暴力行为。随后《第二附加议定书》第4条第2款第5项和国际刑事法庭规约将某些性暴力行为纳入损害个人尊严的范畴则确认了这种理解。《第二附加议定书》第4条第2款第5项明确将“强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯”列为损害个人尊严的行为。[626]《卢旺达刑

620 See ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 485; *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48; *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 495; *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 151; and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 682. 关于源自人权法的例子，见European Court of Human Rights, *Aydin* v. *Turkey*, Judgment, 1997, paras 82–86; UN Committee against Torture, T.A. v. *Sweden*, Decisions, 2005, paras 2.4 and 7.3; Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.970 (Peru)*, Report, 1996, p. 185; 以及《酷刑问题专题报告员的报告》，联合国E/CN.4/1986/15号文件，1986年2月19日，第119段。

621 ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 150.

622 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 267. See also *Kvoćka* Trial Judgment, 2001, para. 149. 美洲人权委员会认为，强迫观看他人被强奸构成虐待；见*Case 11.565 (Mexico)*, Report, 1999, para. 53。

623 ICTY, *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 116. 国际性武装冲突中实施的“不人道待遇”的概念与共同第3条所禁止的“虐待”的概念之间没有区别；见关于第50条的评注，第2982段。

624 UN Committee against Torture, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 19 of the Convention: Peru*, UN Doc. CAT/C/PER/CO/4, 25 July 2006, para. 23.

625 See e.g. ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2266; *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, paras 935–936; ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, paras 45 and 237; 联合国人权委员会：《暴力侵害妇女、其原因及后果问题特别报告员的报告》，联合国E/CN.4/2002/83/Add.3号文件，2002年3月11日，第42段； and Human Rights Watch, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, New York, September 1996.

626 《第二附加议定书》的这一措辞直接来自《日内瓦第四公约》第27条。见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第X卷，第104页。

庭规约》和《塞拉利昂问题特别法庭规约》也将强奸、强迫卖淫和任何形式的非礼侵犯列为共同第3条项下的损害个人尊严。[627]

706 国际法庭多次判定，性暴力属于损害个人尊严的范畴，包括侮辱和降低身份的待遇。性暴力被认为构成降低身份或侮辱待遇的例子包括强奸、[628]强迫在公共场合裸体、[629]性奴役（包括拐骗妇女或女童成为“丛林妻子”——一种婚姻形式的性奴役）[630]、性侵犯，[631]或持续忍受担心遭受身体、精神暴力或性暴力之恐惧。[632]在“巴戈索拉案”中，卢旺达刑庭审判庭认定被告因强奸犯有损害个人尊严之罪，违反了共同第3条和《第二附加议定书》。[633]

707 最后，还需着重指出的是，某些性暴力行为已被认为构成国际性和非国际性武装冲突中独立的战争罪，并被纳入了《国际刑事法院规约》。[634]

（七）共同第 3 条中的不推回原则

708 鉴于共同第3条所保护的基本权利，该条应当被理解为禁止冲突各方将处于其权力之下的人移送给另一当局，倘若那些人会因移送而面临这些基本权利遭受侵犯的危险。对这种移送禁止通常被称为“不推回”。

709 在传统意义上，不推回原则禁止以任何方式将一个人从一国移送至另一国，倘若有实质理由相信该人在另一国管辖下将会面临某些基本权利遭受侵犯的危险。在涉及酷刑或残忍、不人道或降低身份的待遇或处罚、任意剥夺生命（包括在没有公正审判之基本保障的情况下而被宣判死刑的情况），或者基于种族、宗教、国籍、属于某一特定社会团体或政治见解而受迫害时，这一点尤其得到认可。很多国际法律文书，包括人道法、难民法、人权法以及某些引渡条约，尽管在范围上有些不同，都明确规定了不推回原则。[635]不推回原则的核心内容也是习

627 见《卢旺达刑庭规约》（1994年）第4条e款，以及《塞拉利昂问题特别法庭规约》（2002年）第3条e款。

628 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, paras 270–275; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2158.

629 ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 766–774.

630 SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 432.

631 ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 272.

632 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 173.

633 ICTR, *Bagosora* Trial Judgment, 2008, para. 2254.

634 《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第5项第6目之一至之六：战争罪之强奸、性奴役、强迫卖淫、强迫怀孕、强迫绝育以及构成严重违反共同第3条的任何其他形式的性暴力。关于国际刑事法院对强奸之战争罪的首次定罪，见*Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 98–112 and 631–638。另见《联合国东帝汶过渡当局第2000/15号条例》第6条第1款e项第6目。

635 《日内瓦第三公约》禁止缔约国将战俘移送至无意愿和能力适用《日内瓦第三公约》的国家（第12条），并且要求“……患病或受伤之战俘，在战事期间不得违反其意志将其遣返”（第109条第3款）；《日内瓦第四公约》禁止将被保护人移送至无意愿和能力适用《日内瓦第四公约》的国家，并且规定“男女被保护人在任何情况下不得移送于因其政治意见或宗教信仰有恐惧迫害之理由之国家”（第45

惯国际法的一项原则。[636]

710 共同第3条没有明确禁止推回。但是，在红十字国际委员会看来，共同第3条绝对禁止的行为也包括禁止将人移送至如下地方或当局：在那里有实质理由相信他们将面临生命和人身遭受暴力的危险，例如谋杀或者酷刑和其他形式的虐待。[637]尽管支持将不推回义务解读为包含在适用于非国际性武装冲突的人道法中的主张曾被认为“极其缺乏说服力”，[638]但反过来，一些政府专家也指出，这种义务“已经隐含在现有的国际人道法中”。[639]确实，日内四瓦公约禁止在国际性武装冲突中将被保护人移送至不遵守义务的缔约国从而规避应尽的保护义务，[640]同样地，也不应通过将人移送至冲突另一方或者不是冲突一方的另一国或国际组织来规避适用于非国际性武装冲突的人道法。[641]或许可以说，对共同第3条中所有的基本保障来说都是如此，包括人道待遇、禁止扣留人质以及禁止未提供一切司法保障而遽行判罪。[642]但对于最后一种情况——也考虑到人权判例中更具限制性的解释——禁止不推回可能至多被限定于明显不公正的审判。[643]

711 从某种程度上说，《第二附加议定书》第5条第4款也包含这一逻辑，即要求决定释放某人的当局“采取措施，以保证被释放的人的安全”。这也是根据《日内瓦第三公约》第118条遣返战俘时援引并落实的一项原则，即使该条约文没有明

条）。其他特别禁止推回的条约包括：《难民公约》（1951年）第33条；《非统关于非洲难民问题的公约》（1969年）第2条第3款；《禁止酷刑公约》（1984年）第3条；《强迫失踪公约》（2006年）第16条第1款；《美洲人权公约》（1969年）第22条第8款；《美洲防止和惩处酷刑公约》（1985年）第13条第4款；以及《欧盟基本权利宪章》（2000年）第19条第2款。另见《关于难民地位和待遇曼谷原则》（2001年）第3条第1款。本评注不涉及一国不得大批推回逃离武装冲突局势而试图入境该国之人的义务。

636 UNHCR, ‘The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law. Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93’, 31 January 1994; UNHCR, ‘Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of *Non-Refoulement* Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol’, 26 January 2007, paras 15 and 21. See also Lauterpacht/Bethlehem, pp. 87–177, and Hathaway, pp. 503–536.

637 See Gisel.

638 Françoise J. Hampson, ‘The Scope of the Obligation Not to Return Fighters under the Law of Armed Conflict’, in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 373–385, at 385.

639 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 23.

640 特别见《日内瓦第三公约》第12条；《日内瓦第四公约》第45条；以及日内瓦四公约共同第1条。

641 在红十字国际委员会召开的专家咨商会议期间，“许多专家赞成共同第3条至少禁止非国际性武装冲突之一方通过蓄意将被拘留者移送至可能违反本条规则的冲突之另一方来规避本条之规则”。ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 23. See also ICTY, *Mrkšić* Appeal Judgment, 2009, paras 70–71.

642 见《哥本哈根原则》（2012年）评注，第15.4段（“在移送的情况下，重要的是确保将要被移送的被拘留者不会遭受违反有关人道待遇和正当程序之国际法义务的违法行为侵害的现实风险。”）

643 European Court of Human Rights, *Mamatkulov and Askarov* v. *Turkey*, Judgment, 2005, para. 90; UN Human Rights Committee, *Yin Fong* v. *Australia*, Views, 2009, para. 9.7.

确提及不推回。[644]最后但同样重要的是，日内瓦四公约共同第1条规定了“保证尊重”各公约的义务。[645]如果冲突之一方将某一被拘留者移送至另一当局，而在后者的羁押下，该被拘留者将面临其根据共同第3条所享有的基本权利遭受侵犯的危险，则该冲突方未能采取一切可能的措施来保证共同第3条之被尊重。[646]

712 解释共同第3条中绝对禁止酷刑、虐待或损害个人尊严的规定时应当“考虑到人权法中的相应规定”，这进一步证实共同第3条禁止推回这一解释。[647]确实，共同第3条的逻辑是一样的：如果人权法中绝对的禁止性规定意味着，当局既要避免对人施以这种待遇，也不得将其移送至会遭受这种待遇的地方，那么则没有理由认为人道法中应有所不同。[648]此外，国际判例和联合国人权事务委员会也已认定，即便在不推回没有被规定为一项单独的条款时，不推回也构成了保护某些权利的一项重要措施——特别是不受酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇或者不被任意剥夺生命的权利。[649]

644 Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 547–548:

> 本规则〔实际战事停止后，拘留国必须遣返战俘，不得迟延〕不得有任何例外，除非有重大理由担心，本身反对被遣返的战俘在被遣返后可能遭受影响其生命或自由的不公正措施，尤其是基于种族、社会阶层、宗教或政治观点的不公正措施，以及担心遣返因此会违背国际法关于保护人的一般原则。每一个案都必须单独审查。

See also ICRC, *Annual Report 1987*, ICRC, Geneva, 1988, p. 77; ICRC, *Annual Report 1991*, ICRC, Geneva, 1992, pp. 111–112; ICRC, *Annual Report 1992*, ICRC, Geneva, 1993, pp. 141–142; ICRC, *Annual Report 2000*, ICRC, Geneva, 2001, p. 201. See further Alain Aeschlimann, ‘Protection of detainees: ICRC action behind bars’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 83–122, at 104–105; and Meron, 2000, pp. 253–256.

645 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 24（该报告回顾指出，一些专家将移送的义务视为“一国根据共同第1条采取适当措施保证其他国家尊重国际人道法之义务的一部分”）；Horowitz, pp. 50–51. 有学者就非交战国将被拘留者移送至非国际性武装冲突之国家一方发展了这一主张，见Reuven (Ruvi) Ziegler, ‘Non-Refoulement between “Common Article 1” and “Common Article 3”’, in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 386–408。

646 See Gisel, pp. 118–120.

647 Droege, 2008, p. 675. See also Bellinger/Padmanabhan, p. 236, and Horowitz, p. 57.

648 Droege, 2008, p. 675. See also Sanderson, pp. 798–799, and Byers.

649 关于酷刑、残忍、不人道或有辱人格的待遇，见第613～614段。关于1966年《公民及政治权利国际公约》第7条，见联合国人权事务委员会：《第20号一般性意见：第七条（禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚）》，1992年3月10日，第9段，以及《第31号一般性意见：〈公约〉缔约国的一般法律义务的性质》，联合国CCPR/C/21/Rev.1/Add.13号文件，2004年5月26日，第12段，以及判例法。关于1950年《欧洲人权公约》第3条，见European Court of Human Rights, *Soering* v. *UK*, Judgment, 1989, paras 88–91; *Chahal* v. *UK*, Judgment, 1996, para. 74; 以及*El Masri* v. *the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Judgment, 2012, para. 212。可能引发推回之连锁反应的移送也被禁止：见*Hirsi Jamaa and others* v. *Italy*, Judgment, 2012, paras 146–147, 及其他。欧洲人权法院也认为，已批准2002年禁止死刑之《第十三议定书》的《欧洲人权公约》缔约国也不得将人送回其可能面临死刑之风险的国家，不论审判公正与否：见*Al-Saadoon and Mufdhi* v. *UK*, Judgment, 2010, paras 115–120 and 137。另见联合国儿童权利委员会：《第六号一般性意见（2005年）：远离原籍国无人陪伴和无父母陪伴的儿童待遇》，第28段，其规定，鉴于极有可能造成不可弥补的损害，包括侵犯生命权等基本人权，国家不得将儿童遣返到“存在着招募未成年兵风险的国家的边境内，这种招募入伍不仅包括作为战斗员，同时也包括为军人提供性服务，或的确有可能直接或间接参与敌对行动，无论是作为战斗员或是履行其他军事职能”。

713 关于受禁止推回原则约束的对象，按照共同第3条的逻辑，不仅国家，非国际性武装冲突中的非国家冲突方也应遵守该原则。非国家冲突方将控制权移交给另一（国家或非国家）当局，就会触发不推回原则。例如，倘若冲突的非国家一方将某人遣返至敌方控制的领土或同盟的非国家冲突方手中，而该人在该领土内或该方手中有遭受虐待的风险，则共同第3条禁止此种移送。

714 如果外国部队或当局正在拘留某些人或正在对某些人行使权力和控制，则不推回原则将适用于此类当局将任何个人移送至另一国（通常是东道国）的领土或控制之下或移送至国际组织的情况。[650]如果外国部队处于某国际组织的指挥和控制下，则禁止推回原则不仅来自于习惯法（习惯法对国际组织具有约束力），也来自部队派遣国所负有的人道法和人权法义务对国际组织的持续可适用性，即使这些部队正在海外开展行动。[651]然而，一些其海外部队已参与了移送的国家尚不承认不推回原则可适用于这些情况。[652]这种立场受到了人权机构的批评。[653]在红十字国际委员会看来，不论是否跨越国境，不推回原则都应适用。对于共同第3条项下的不推回原则来说，重要的是对某人控制权的移交。[654]

715 根据禁止推回原则，计划将某人遣返或移送至另一当局控制之下的冲突一方必须审慎且善意地评估是否有实质理由相信该人在移送后会遭受酷刑、其他形式

650 Droege, 2008, pp. 683–687. See also UN Department of Peacekeeping Operations, *Interim Standard Operating Procedures: Detention in United Nations Peace Operations*, 24 January 2010, para. 80.

651 联合国人权事务委员会：《第31号一般性意见，〈公约〉缔约国的一般法律义务的性质》，联合国CCPR/C/21/Rev.1/Add.13号文件，2004年5月26日，第10段；《人权事务委员会的结论性意见：比利时》，联合国CCPR/CO/81/BEL号文件，2004年8月12日，第6段；UN Human Rights Committee, *Comments by the Government of Germany to the Concluding Observations*, UN Doc. CCPR/CO/80/DEU/Add.1, 5 January 2005; *Concluding observations: Poland*, UN Doc. CCPR/CO/82/POL, 2 December 2004, para. 3; *Consideration of periodic reports: Italy*, UN Doc. CCPR/C/SR.1680, 24 September 1998, para. 22; *Consideration of periodic reports: Belgium*, UN Doc. CCPR/C/SR.1707, 27 October 1998, para. 22; and *Consideration of periodic reports: Canada*, UN Doc. CCPR/C/SR.1738, 7 March 1999, paras 29 and 32–33. 另见《联合国秘书长公告》（1999年）第2节。东道国的人权义务也可能适用；see UN Human Rights Committee, *Concluding observations: Kosovo (Republic of Serbia)*, UN Doc. CCPR/C/UNK/CO/1, 14 August 2006.

652 See Gillard, pp. 712–715, and Bellinger/Padmanabhan, p. 237.

653 See European Court of Human Rights, *Al-Saadoon and Mufdhi* v. *UK*, Judgment, 2010, para. 143; Committee against Torture, *Conclusions and Recommendations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland–Dependent Territories*, UN Doc. CAT/C/CR/33/3, 10 December 2004, para. 5(e); UN Human Rights Committee, *Concluding observations: United States of America*, UN doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 December 2006, para. 16.

654 虽然没有条约明确规定了这些内容，但这种解释符合禁止推回原则的目的和宗旨。由于《哥本哈根原则》关注的是国际军事行动，其第15段主要涉及的是不跨境的移送，关于该段的评注中对“东道国”的提法确认了这一点；见《哥本哈根进程》（2012年），第15（2）段。若干红十字国际委员会专家咨商会议的参加者也“感到，任何现有的不推回义务都优先于东道国的任何移送请求”，但相反也有其他人指出，在某些情况下可能难以证明这一点；see ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 33. 见前注652中的参考资料。

的虐待、任意剥夺生命或迫害。如果有实质理由相信会发生这些情况，则不得移送该人，除非已采取了有效消除这些风险的措施。该评估应当涵盖接收当局的政策及实践，以及被拘留者的个人情况和主观恐惧，[655]评估应基于对被拘留人的访谈、拘留国自身对接收当局拘留实践的了解，以及从独立来源获得的信息。[656]

716 在最近的非国际性武装冲突中，一些国家和国际组织已达成共识，并且建立了不同形式的移送后监测机制。[657]在大多数情况下，监测的持续时间应与所评估的被拘留者可能面临受到非法待遇之危险的持续时间相当。这些移送后的监测机制尤其准许移送当局接触被移送的被拘留者，以便监测他们的福祉，并以事实调查的结果指导未来的移送决定，在某些情况下也会导致移送暂停。[658]有关国家和国际组织还就拘留行动，包括被拘留者的待遇，开展了不同形式的能力建设工作。这些方法如果有效，也符合共同第1条规定的各国保证公约之被尊重的义务。

八、刑事诉讼以外的拘留

717 拘留在国际性和非国际性武装冲突中都是经常发生的，国家和非国家冲突方都会实施。[659]对于涉及刑事诉讼的拘留，共同第3条施加了公正审判的义务（见第七部分第（五）节）。

655 ICRC, *Meeting of all States on Strengthening Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of their Liberty: Chair's Conclusion*, 27–29 April 2015, p. 12.

656 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 25. 虽然一些专家提出，一些情况可能会限制对个案化评估的需要，但在战俘的移送方面，即使并无明文规定，这种需要很早之前就已出现；Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 547. See also Droege, 2008, pp. 679–680; Gillard, pp. 731–738; and Gisel, pp. 125–127. 关于一个部分不同的观点，见Horowitz, p.64。

657 在红十字国际委员会咨商会议期间，“有些人〔即有些国家的专家〕认为〔移送后的监测〕是一项法律义务，而其他人则认为其只是一个良好实践”；ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, p. 26. 关于建立移送后监测机制的协议的例子，见Gisel, pp. 128–130, 关于脚注60–78的部分。

658 See Horowitz, pp. 57 and 61–64; *U.S. Monitoring of Detainee Transfers in Afghanistan: International Standards and Lessons from the UK & Canada*, Human Rights Institute, Columbia Law School, December 2010; and United Kingdom, High Court of Justice, *R (on the application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence*, Judgment, 2010, paras 287–327.

659 See e.g. 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015, Res. 1, Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Preamble, para. 1 (“注意到剥夺自由在武装冲突中十分常见且预计将会发生……”); 以及《哥本哈根原则》（2012年）序文，第3段（“与会者承认拘留是实现国际军事行动之目标的一种必要、合法且正当的手段。”）。另见红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第13页；以及Dörmann, p.349。

718 本节涉及刑事诉讼以外的拘留，也被称为拘禁。“拘禁”一词是指在武装冲突中出于安全原因而进行的拘留，即在涉及武装冲突时，基于某人的行为给拘留当局的安全带来的严重威胁而对某人实施的非刑事性拘留。[660]

719 在国际性武装冲突中，《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》相当详细地规范了这种拘留。[661]在非国际性武装冲突中，共同第3条和《第二附加议定书》对于拘禁均没有类似的规定框架。[662]然而，习惯国际法要求任何拘留都不得是任意的。[663]因此，必须提供实施这种拘留的特定理由和程序。但是，这些理由和程序的确切内容在当今国际法中未得以确定。

720 缺乏非国际性武装冲突中可适用的人道法规则已经成为法律和保护方面的问题。共同第3条一般性地提到了拘留，但仅为表明被拘留的人有权享有该条的保护。然而，该条没有规定在非国际性武装冲突中拘禁有关人员的理由及程序保障，尽管正如前文所述，国家和非国家武装团体都会实施拘禁。《第二附加议定书》明确提到了拘禁，从而确认这是非国际性武装冲突中固有的一种剥夺自由的形式，但同样没有提到拘禁的理由或程序性权利。

721 红十字国际委员会以“迫切的安全理由”作为非国际性武装冲突中作出拘禁决定的最低法律标准。之所以选择这个标准，是因为它强调了拘禁的例外性质，并且在国家出于安全理由诉诸非刑事拘留时已被广泛使用。在具有域外因素的非国际性武装冲突中，外国部队在东道国领土内对非本国国民实施拘留，这个标准似乎也是合适的，因为其措辞是以《日内瓦第四公约》中适用于被占领领土的拘禁标准为基础的。[664]它也反映出人道法的一个基本特点，即需要在人道考虑和军事必要之间取得平衡。

722 关于非国际性武装冲突中剥夺自由的程序，人道法条约未作任何规定，为了解决其所带来的不确定性，红十字国际委员会于2005年发布了一份题为《在武装冲突及其他暴力情况下的拘禁/行政拘留的程序规则和保障条款》的制度性

660 并非开展军事行动时出现的每一次剥夺自由的情况均将构成拘禁——例如，在检查站停下接受检查或者在搜查期间限制行动。但在剥夺自由达到某一时间门槛时，或者由于某人构成严重的安全威胁而决定拘留该人时，必须通过明晰的拘禁理由和所需程序，来降低任意性的风险。

661 尤其见《日内瓦第三公约》第21条，以及《日内瓦第四公约》第42条和第78条。

662 《第二附加议定书》第5条涉及下述人的待遇：“基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人，不论是被拘禁或被拘留”，但没有规定这种剥夺自由的理由和程序。

663 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则99。见《哥本哈根原则》评注，第4.4段：

> 作为合法性的重要组成部分，拘留不得是任意的。就《哥本哈根进程：原则与指南》而言，“任意”一词是指需要保证每一例拘留都继续具有法律上的正当性，以便能表明拘留在一切情况下都是合理且合法的。拘留的正当性则要求，作出拘留的决定必须基于法律中的有效理由，这些理由从所有情况看来是合理且必要的。此外，拘留不能是一种集体惩罚措施。因此，拘留必须服务于合法且持续正当的目标，例如安全目的或刑事司法。

664 见《日内瓦第四公约》第78条。

指南。[665]该指南基于法律和政策，落实时需考虑到当前的具体情况。红十字国际委员会已在与各国、国际和地区部队及其他行为体开展行动性对话时使用了该指南。

723 至于确定拘禁合法性的审查程序，上述指南中的12项具体准则要求，除其他保障外，必须以相关人员能够理解的语言迅速告知其被拘禁的理由。被拘禁者同样有权在尽可能不迟延的情况下对其受拘禁的合法性提出质疑。[666]对拘禁合法性的审查必须由独立且公正的机构进行。[667]应当注意的是，在实践中，只有遵循若干程序和实践步骤，提出质疑才是有效，这些程序或步骤包括：（1）向被拘禁者提供支撑对其所提出之指控的充分证据；（2）确保程序到位，使被拘禁者能够寻求并获得额外的证据；以及（3）确保被拘禁者理解拘禁审查程序的不同阶段以及整体流程。如果拘禁审查是行政性而非司法性的，则需要特别注意确保审查机构具有必要的独立性和公正性。在可行的情况下应提供律师的协助，但也可考虑其他确保专家法律援助的手段。

724 指南还规定了要求对持续性拘禁之合法性进行定期审查的权利。定期审查要求拘留当局确定被拘留者是否仍继续造成迫切的安全威胁，如果不是则应下令予以释放。适用于初次审查的保障措施也同样适用于定期审查。

725 然而在本评注写作时，在非国际性武装冲突中须采取何种标准和保障措施以防止任意性的问题仍处于争论中，需要进一步澄清，这部分与国际人道法和国际人权法之间的相互作用问题悬而未决有关。[668]

726 在一国领土内发生的国家武装部队与一个或多个非国家武装团体之间的非国际性武装冲突中，如果某些人员的活动对一国造成了严重安全威胁，该国对其实

665 See ICRC, 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', 2007. 这些指南涉及拘禁/行政拘留问题，其将这一概念定义为“由行政机关……在没有对被拘禁者/行政拘留者提起刑事诉讼的情况下实施的剥夺人的自由的行为”。这些指南既不涉及刑事诉讼的审前拘留，也不涉及国际性武装冲突中对战俘的拘禁，因为对于后者，《日内瓦第三公约》存在一个单独的法律框架。

666 关于这一原则规定方式的法律渊源和理论依据，见Pejic, pp.385–386。

667 关于这一原则规定方式的法律渊源和理论依据，见上注pp.386–387。

668 红十字国际委员会依据2011年在日内瓦召开的第31届红十字与红新月国际大会通过的第1号决议发起了关于加强对武装冲突受难者之法律保护的咨商进程，咨商期间，这些问题与其他问题一同得到了讨论。See e.g. *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty, Synthesis Report from Regional Consultations of Government Experts*, ICRC, Geneva, November 2013, pp. 10–11; *Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Concluding Report*, Document prepared by the ICRC for the 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, June 2015, pp. 12 and 20–21; 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Res. 2, Strengthening compliance with international humanitarian law, para. 8; and Copenhagen Process: Principles and Guidelines (2012), Preamble, para. IV (“与会者回顾并重申了国家、国际组织、非国家行为体和个人在可适用之国际法下的相关义务，尤其承认就准确描述国际人权法和国际人道法之间的相互作用达成共识所面临的挑战。”)

施拘禁时应遵循的法律框架是：以该国人权义务为依据的国内法以及人道法。

727 然而，人道法是否规定了拘留的固有权力的问题仍处于争论之中。[669]该问题已经引发争议，尤其是在具有域外因素的非国际性武装冲突中，即一国或多国、国际或区域组织的武装部队，与东道国武装部队在其领土内并肩作战，对抗一个或多个非国家武装团体的武装冲突。

728 一种观点认为，在非国际性武装冲突中剥夺自由的法律依据必须是明示的，就像《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》为国际性武装冲突所规定的那样。[670]另一种观点认为，习惯和条约国际人道法中均包含在非国际性武装冲突中实施拘留的固有权力，红十字国际委员会也持这一观点。[671]不过，为符合合法性原则，在非国际性武装冲突中剥夺自由的理由和程序方面，在一切情况下均需规定有额外的权力基础。[672]

九、第 2 项：收集与照顾伤者、病者

(一) 引言

729 共同第3条为非国际性武装冲突中的陆上伤者、病者（依据《日内瓦第二公约》第3条还有遇船难者）提供了具体的法律保护。在这一方面，共同第3条包含了两项核心义务：伤者和病者应予（1）收集和（2）照顾。尽管简明扼要，但如果结合共同第3条中的其他义务和保护来解释，它为全面保护非国际性武装冲突中的伤者、病者提供了基础。

730 在非国际性武装冲突中，武装冲突对公众健康所造成的间接影响可能“对受影响的人构成了远大于暴力伤害的健康威胁”。[673]武装冲突可能会妨碍人们抵至医疗设施并获得药物，无论是对于急性还是慢性健康问题均是如此；它还可能助

669 See e.g. ‘Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict, Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 876, December 2009, pp. 859–881.

670 See e.g. United Kingdom, England and Wales High Court, *Serdar Mohammed and others* v. *Ministry of Defence*, Judgment, 2014, paras 239–294; and England and Wales Court of Appeal, Appeal Judgment, 2015, paras 164–253.

671 See 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015, Res. 1, Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, Preamble, para. 1; ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014, p. 7; and Jann K. Kleffner, ‘Operational Detention and the Treatment of Detainees’, in Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2nd edition, Oxford University Press, 2015, pp.518–532, at 524–525. para. 26.03.

672 See ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014, p. 8.

673 Müller, p. 213.

长传染病的传播、导致营养不良、妨碍诸如接种疫苗等预防医学的有效落实，以及干扰母婴保健和儿科医疗。[674]

731 收集和照顾伤者、病者必然意味着要尊重和保护他们。这也源自第1项中予以人道待遇的一般义务，以及对某些行为的明确禁止。因此，自1949年日内瓦四公约通过以来，尊重和保护伤者、病者的义务得到了事实上的承认。[675]此外，收集和照顾的义务还必然意味着要尊重和保护医务人员、医疗设施及医务运输工具。[676]这是因为尊重和保护医务人员、医疗设施和医务运输工具对于有效履行收集与照顾伤者、病者的义务来说至关重要。

732 《第二附加议定书》包含了关于伤者、病者更详细的规定，尤其明确了对医务人员、医疗设施和医务运输工具的保护。[677]其中规定的保护被认为隐含在收集和照顾伤者、病者的基本义务中：因为它们对于落实那些义务来说至关重要，二者密不可分。[678]尽管如此，在《第二附加议定书》中对这些保护明确加以规定仍十分有益。一般认为这些规则构成习惯国际法的一部分。[679]日内瓦四公约中包含有适用于国际性武装冲突的类似义务。[680]

（二）历史背景

733 自1864年保护伤者、病者的法律制度建立以来，收集和照顾伤者、病者的义务便是该法律制度的一部分。这完全合乎逻辑，因为正是亨利·杜南在索尔费里诺战场亲眼所见的骇人情况启发他建议缔结一项国际公约以改善伤病士兵的境遇，当时大约4万名奥地利、法国和意大利士兵被遗留在战场上无人照料。[681]该规定在1906年、1929年和1949年的日内瓦公约中得到了扩充。[682]不过，伤者、病

674 *Ibid.*; ICRC, *Health Care in Danger: A Sixteen Country Study*, ICRC, Geneva, 2011, p. 3.

675 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 57.

676 《1971年政府专家会议报告》第VII卷，第30～31页。

677 见《第二附加议定书》第7条至第12条。

678 《第二附加议定书》的缔约准备工作显示，保护医务人员、医疗设施和医务运输工具已被认为隐含在共同第3条中。见《1971年政府专家会议报告》第V卷，第53～55页。See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4634.

679 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年），规则25、26、28、29、30、59、109、110和111。

680 见《日内瓦第一公约》第12条和第15条；《日内瓦第二公约》第12条和第18条；以及《日内瓦第四公约》第16条。

681 Dunant, p. 126.

682 《日内瓦公约》（1864年）第6条；《日内瓦公约》（1906年）第1条和第3条；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第3条。1899年，1864年《日内瓦公约》中的原则由《海牙第三公约》调整适用于海战，以及海上受伤、生病和遇船难的士兵。1907年，《海牙第十公约》取代了《海牙第三公约》，将1906年《日内瓦公约》中的原则调整适用于海战（见第25条）。关于这一历史背景的更多详细内容，见关于《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第12条的评注，第二部分。

者和遇船难者不得受到攻击，不得受没有医药照顾之痛苦，这些基本原则始终保持不变。

734 1949年，收集和照顾伤者、病者的义务由《日内瓦第四公约》扩展至平民，由共同第3条扩展适用于非国际性武装冲突。

（三）讨论

1. 义务主体

735 收集和照顾伤者、病者的义务适用于冲突之各方，不论是国家还是非国家冲突方。这也源于共同第3条第1款，其中规定“冲突之各方……应遵守下列规定”。值得注意的是，许多武装团体的行为守则都表明他们明白自身有义务尊重和保护伤者病者，且有义务收集和照顾伤者病者。[683]此外，大多数军事手册都没有基于冲突的性质对伤者与病者的保护作出区分。[684]

2. 适用范围

（1）涵盖的人员类别

736 这一款规定适用于伤者、病者，无论是武装部队人员还是平民。相关义务同等适用于冲突方己方武装部队的伤者病者和敌方武装部队的伤者病者，也适用于伤病平民。至少，在武装冲突中因军事行动或战争遗留爆炸物等而受伤或患病的人，以及健康状况或就医途径受冲突影响的人，必须视为属于共同第3条中受保护之伤者病者的范畴。一个人的健康状况或就医途径可能会受冲突影响的情况包括，例如其治疗所依赖的设施被摧毁，其因为冲突无法获得其所依赖的医务人员或设施的救治，或者基于有关冲突的理由无法获得对其持续治疗至关重要的药物。

683 See e.g. Ejército de Liberación Nacional (ELN), Colombia, Our Principles on Military Doctrine, 1996, Principle 2 (“〔哥伦比亚民族解放军〕给予投降或在战斗中受伤的敌人以人道待遇，尊重其个人尊严并视其境遇提供必要的帮助”); Moro Islamic Liberation Front/Bangsamoro Islamic Armed Forces, Philippines, General Order No. 2（该命令修正了邦萨摩洛伊斯兰武装力量行为守则第34条和第36条，以及其他内容）, 2006, Article 34(4) 〔“受伤的敌方战斗员——切勿出卖、背弃或报复。不得残伤。……（《圣训》）”〕 and (6) 〔“战俘或被俘人员——始终对被俘人员或战俘保持仁慈。收集和照顾受伤的战斗员。（Al Insan: 5:9）”〕; Transitional National Council (TNC) Libya, Guidelines on the Law of Armed Conflict, 2011, p. 3, Rules on the treatment of detainees （“立即向任何有需要的人提供医疗/急救。有义务从双方战场上搜寻、收集和救助伤者。也必须对死者予以收集、尊重和埋葬”）; and Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), Colombia, Beligerancia, Suplemento, 2000, p. 13 （“哥伦比亚革命武装力量-人民军遵守使其负有如下义务的规则：尊重战斗中战败之战俘的生命、向他们提供食物和医药照顾，并以人道和尊严对待他们”）; 所有文件见http://theirwords.org/。

684 见红十字国际委员会：“习惯国际人道法”，关于规则109和110的实践，载国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v2_rul。

(2) *伤者与病者*

737 无论是日内瓦四公约整体还是共同第3条本身，都没有具体规定一个人何时在法律上被视为“伤者”或“病者”。从这些词语的通常意义出发，如果某人受伤或者患病，那么该人通常会被认为是伤者或病者。这一用词的含义开放，足以涵盖严重程度不同的各种健康问题，包括身体和精神健康问题。这是一种普遍接受的观点，并且也反映在《第一附加议定书》第8条第1款的定义中，某人必须同时满足两项标准，才能构成人道法意义上的伤者或病者：第一，该人必须需要医疗救助或照顾；第二，该人必须不从事任何敌对行为。[685]

738 《第一附加议定书》第8条第1款反映出当代对“伤者”和“病者”两词的理解，这为理解共同第3条中义务的范围提供了有用的标准。在国际性武装冲突中适用一种“伤者”或“病者”的定义而在非国际性武装冲突中适用另一种是显然不合逻辑的；因此，就共同第3条而言，使用《第一附加议定书》第8条第1款中的定义似乎是恰当的。[686]此外，《第二附加议定书》原本打算采用与《第一附加议定书》第8条第1款和第2款相类似的定义。[687]最终决定不在《第二附加议定书》的最终文本中规定这些定义，是因为起草者希望在总体上对约文进行精简。但是，这些定义本身及其在非国际性武装冲突中的可适用性是没有争议的。[688]

739 因此，伤者或病者的身份既基于一个人的健康状况，也基于该人的行为。人道法对“伤者”和“病者“的定义相比于这些词的通常意义，既宽泛又狭窄。[689]说其宽泛，是因为除了在通俗意义上不会使人受伤或患病的伤害或疾病之外，这些词语还包含了许多其他健康问题。同时，说其狭窄，是因为人道法要求伤者、病者不从事任何敌对行为。

740 有必要忆及，就法律目的而言（相比于就医疗目的和确定适当的治疗手段而言），一个人是否属于这些词语通俗意义上的“伤者”或“病者”并无影响；这些术语也包含了所有其他需要立即接受治疗的人。

741 就法律目的而言，除了不得从事任何敌对行为之外，决定性的标准是一个人是否需要医疗救助或照顾。保护伤者病者的法律制度旨在应对的正是这种需求，以及随之而来的特殊脆弱性。事实上，这种解读也符合《第一附加议定书》第8

685 Kleffner, 2013a, pp. 324–325.

686 See also Bothe/Partsch/Solf, pp. 655–656, and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4631.

687 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第IV卷，第40页，第11条a项。《日内瓦第二公约》第3条还将遇船难者列入需要予以收集与照顾之列。

688 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第IV卷，第39～43页，以及第XII卷，第259～272页。See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4631, and Sivakumaran, 2012, p. 190.

689 Sivakumaran, 2012, p. 274.

条第1款第一句的措辞，该句并没有具体规定创伤或疾病的严重程度，而是提到了“需要医疗救助或照顾”的人，并通过举例的方式列举了一系列的条件。因此，就相关的健康问题而言，对“伤者”和“病者”两词须作广义解释，使其可适用于需要医疗救助或照顾的任何人，而无任何关于健康问题严重性的定性要求。同时，其也不区分急症和慢性疾病；唯一相关的因素即是对医疗救助或照顾的需求。[690]因此，作为需要医疗照顾的人，性暴力或其他犯罪的受害者可能也符合“伤者、病者”的定义。精神或心理健康问题也符合条件，包括创伤后应激障碍，只要他们需要医疗救助或照顾。

742 《第一附加议定书》第8条第1款的第二句还清楚地表明“伤者、病者”包括“产妇、新生婴儿和其它……如弱者或孕妇……的人”（后加着重号以示强调），因为他们可能需要立即予以医疗救助或照顾。所有这些情况都仅仅是示例；决定性的标准始终是一个人是否需要医疗救助或照顾。

743 医疗照顾的需要是否源于武装冲突之前或与武装冲突有关的（即便不是冲突所造成的）健康状况无关紧要。[691]该定义“不局限于那些受冲突影响的人，即基于有关武装冲突的原因而受伤或生病的人，而是涵盖所有需要立即予以治疗的人”。[692]

744 除了健康方面的要求，人员还不得从事任何敌对行为，才能构成法律意义上的“伤者”或“病者”。因此，与这些词的通常意义不同，继续参加敌对行动的人并不构成法律意义上的伤者或病者，不论其健康问题可能有多严重均如此。对大多数平民来说，这个要求通常可以得到满足。因此，构成伤者或病者的这项条件对于战斗人员来说尤为相关，[693]即使这是一项一般性的标准。

745 受伤或患病但继续在武装部队中担负正常职责的战斗人员可被视为从事敌对行为。因此，举例而言，若某具有轻微健康问题或正从战伤中恢复的战斗人员仍继续驾驶军火车辆或擦拭武器，则该人不享有给予伤者、病者的保护。尽管如此，该人应当获得其自身武装部队提供的任何必要的医疗照顾。但是，一名战斗人员如果因为肺炎或需要医疗照顾或观察的创伤等，正在急救站或医院接受治疗，且没有从事任何敌对行为，就不得受到攻击且必须得到保护。实践中，攻击方可能主要依据在医疗设施里接受治疗与否，将这些受伤或患病的战斗人员与他

690 《第一附加议定书》第8条第1款提到了由于任何“肉体上或精神上失调或失去能力”而产生的医疗照顾的需要。一个人属于共同第3条意义上的“伤者或病者”的事实并不妨碍该人可能在2006年《残疾人权利公约》可适用时同时构成该公约所指的残疾人。

691 武装冲突期间，许多死亡是由可预防和可治疗的疾病造成的，只是这些疾病由于与冲突有关的原因而未能得以治疗。譬如在刚果民主共和国就是这种情况。见经济、社会和文化委员会：《审议缔约国根据〈公约〉第十六条和第十七条提交的报告——结论性意见：刚果民主共和国》，联合国E/C.12/COD/CO/4号文件，2009年12月16日，第34段。

692 Müller, p. 205. 另见第736段。

693 在本评注中，“战斗人员”一词是指非国家武装团体的武装部队人员和国家武装部队中构成战斗员（combatants）的人员。

们身体健康的战友区别开来。这些人员有权接受其健康状况所需的医疗照顾。在近身战斗中这可能更加难以确定，但是诸如被安置在看似伤员收容所的地点、不携带武器、没有其他战友的帮助就无法移动等因素，都表明该战斗人员不再从事任何敌对行为。

746 在敌对行动中，当一名战斗人员在战斗中负伤时，也许有一刻，攻击者必须停止对该人的攻击并开始给予尊重和保护。在战斗情况下，在战斗人员负伤的那一刻，可能很难确切认定该人是否属于法律意义上的伤者或病者，尤其是该人是否不再从事任何敌对行为。在正在进行的敌对行动中，一名战斗人员可能在数秒内从合法目标变为受伤人员——并因此成为受保护的人。在这种情况下，考虑到必须在很短的时间内完成初步评估，重点可能主要在于，是否有可见的迹象表明某人已经负伤并且此后不再从事任何敌对行为。

747 相关标准是，一个理性的战斗人员在特定情况下是否会认为相关人员不再从事敌对行为。例如，参加了战斗且小腿刚刚被子弹打伤的战斗人员可能仍然拿着枪。即使像这样负伤相对较轻，该作战人员也可能停止所有的敌对行为。攻击部队必须保持警醒，注意到受伤的战斗人员可能会放弃从事敌对行动，并相应地调整其攻击。在这种情况下，是否拥有继续攻击该作战人员的权力取决于对该人是否负伤并不再参加任何敌对行为的善意评估。若未见受伤或生病的战斗人员从事任何敌对行为，则应当结束针对该人的所有敌对行为。然而，在某些情况下，在战场上可能很难确定一个受伤的人是否不再从事任何敌对行为。

748 若某人即使身受重伤但仍继续战斗，则该人不构成法律意义上的伤者。不存在这样的义务，即不得攻击通俗意义上受伤或患病但继续参加敌对行动的人。冲突各方可通过发布诸如“交战规则”等内部文件，为其武装部队提供指南，帮助他们评估这类情况，这类文件必须遵守人道法。

749 正如上文所述，伤者、病者必须受到尊重和保护。这个概念是共同第3条的核心，并且为《第二附加议定书》第7条的明文规定所强化。[694]就这一点而言，尊重伤者、病者的义务在最低限度上要求，不得对其予以攻击且不得予以谋杀或虐待。另外，他们必须受到保护，这意味着各方有义务提供保护，尽力阻止或防止其受到伤害，无论这种伤害是来自第三方、正在进行之敌对行动的影响或其他方面。例如，保护的义务可能要求采取措施以便利医务人员的工作，包括便利医疗供应品通过的措施。[695]

694 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第209～210页。

695 ICRC, *Safeguarding the Provision of Health Care: Operational Practices and Relevant International Humanitarian Law Concerning Armed Groups*, ICRC, Geneva, 2015, p. 23.

3. 收集伤者、病者的义务

750 冲突各方有义务收集伤者、病者。为了与共同第3条和更一般意义上之人道法的人道目标相一致，“收集”一词必须作广义解释，包括搜寻伤者、病者并将他们撤退至更安全的地点的义务。[696]如果不采取此举，很多人会被留在敌对行动地区，这与该项的目的和宗旨相悖。该规定的目的是将伤者和病者从邻近危险的地区转移出去，使他们能够尽快并在更好更安全的条件下接受必要的医治。如果没有将伤者、病者撤退至更安全地点的相应义务，那么对其进行搜寻和收集就没有意义。根据习惯国际法，撤退的义务与搜寻和收集的义务并存。[697]

751 收集伤者、病者的义务，以及搜寻和撤出的义务是行为义务。因此，应尽责采取行动，履行这些义务。尽责是一个具有相对性的标准，其所要求的确切内容取决于具体的情况。[698]因此，在每一情况下，都需要决定何时开始搜寻、收集和撤退行动并采用何种手段和措施是合理的。

752 收集伤者、病者的义务是一项持续性义务，即其适用于非国际性武装冲突的整个期间。《第二附加议定书》第8条要求缔约国“在情况许可的任何时候”采取一切可能措施搜寻、收集和保护伤者、病者及遇船难者。习惯国际法中存在同样的要求。[699]无论何时有迹象表明该地区可能有伤者、病者，若情况许可，则必须开始搜寻、收集和撤退行动。显然，特别是在战斗后，存在伤者、病者的可能性是很大的。尽管共同第3条没有提到“特别是在战斗后”，但《第二附加议定书》第8条提到了这一点。[700]由此可以推断，除非有明显相反的迹象，善意适用共同第3条要求在每次战斗后开展搜寻、收集和撤退活动。

753 共同第3条并不要求进行危及生命的搜寻、收集和撤退行动。例如，如果条件不够安全，可能会导致暂时无法开展这些行动。[701]因此，该义务并不要求搜寻、收集和撤出行动必须在正在发生的战斗中进行。尽管如此，也可能有例外。例如，如果在实地战斗中，明显发现有伤员在该区域，而且冲突一方有可能通过飞机或其他任何手段，在不会给自己的人员带来很大风险的情况下收集并撤退这些

696 《日内瓦第一公约》第15条和《日内瓦第四公约》第16条为国际性武装冲突规定了类似的义务。

697 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109。

698 Riccardo Pisillo-Mazzeschi, ‘The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States’, *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51, at 44; Timo Koivurova, ‘Due Diligence’, version of February 2010, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2011, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

699 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109。另见马里《军队服务条例》（1979年）第36条；摩洛哥《纪律条例》（1974年）第25条第4款；以及荷兰《军事指南》（2003年），第7～44页。

700 《日内瓦第一公约》第15条中也作出了这一规定。

701 在这方面，例如加拿大的《行为守则》（加拿大《行为守则》（2007年），第2～12页，第3段）阐明：“但是，对该义务的理解是，其仅在该地区已经安全时才需履行”。

人员，那么对该规则的善意适用就要求该方采取此行动。同样，如果人员和装备资源丰富，则需要根据合理性的要求予以部署。相反，如果资源稀缺，则公约并不要求各方开展不可能的工作，但它们必须考虑到所有可用的资源，采取特定情况下一切可行的措施。

754 考虑到迅速医治往往能挽救生命，尽快搜寻和收集伤者、病者至关重要。[702] 因此，该义务所固有的要求是，搜寻和救援行动必须在情况许可时尽快开始。强烈鼓励各方缔结特别协定，以便暂停战斗以开展这些行动。[703]

755 尽管非国际性武装冲突之各方显然有责任搜寻和收集伤者、病者，但共同第3条并没有具体规定由谁来实际开展这些行动。该条设想的典型场景是，参与作战并导致产生伤员的冲突一方或各方开展搜寻、收集和撤退行动。但在涉及多方的冲突中，这也意味着没有参与某一特定战斗的一方需要为搜寻和收集伤者、病者提供帮助。

756 如果冲突之一方的资源不足以开展搜寻、收集和撤退行动，为了履行其在共同第3条项下的义务，该冲突方可以呼吁平民或人道组织协助开展这些行动。[704]同样，当伤者、病者的医疗需求超出冲突一方所能提供的范围时，该冲突方应设法将他们撤退至拥有更多可用医疗设施的地区。冲突一方如果本身无法搜寻、收集或撤退伤者、病者，则需要提供所有相关信息，使其他各方能够安全地执行这些任务。因此，冲突各方应当为收集和撤退伤者、病者的运输工具及人员和任何其他必要的设备安全、有效地通过提供便利，并提供交通路线和时间，使相关人员或交通工具不致受雷区威胁或其他障碍的阻碍。例如，冲突各方应当采取措施保护人道工作者免受地雷和其他战争遗留爆炸物的影响。具体的条约义务载于《常规武器公约》的议定书之中。[705]

757 收集和照顾伤者、病者的义务意味着，敌对各方必然有义务允许尽可能迅速地将伤者病者撤退并送往医疗设施的辅助义务。例如，为了履行这些义务，检查站的工作程序必须允许收集、撤退和照顾伤者病者的工作能够尽可能快地进行，避免对医务运输工具造成任何不必要的迟延。安全检查应当尽快进行。即使是短暂的延迟，如持续不到一小时的拖延，也可能是致命的。[706]当冲突一方认为有必

702 Atul Gawande, 'Casualties of War – Military Care for the Wounded from Iraq and Afghanistan', *The New England Journal of Medicine*, Vol. 351, 2004, pp. 2471–2475.

703 更多相关详细内容，见第十一部分。

704 亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则109的评注，第378～379页。另见《日内瓦第一公约》第18条。

705 对于1996年《常规武器公约经修正之第二号议定书》的缔约国来说，冲突之各方必须尊重该议定书第12条规定的相关义务（特别见第12条第2款至第5款），而对于2003年《常规武器公约第五号议定书》的缔约国来说，冲突之各方必须尊重该议定书第6条规定的相关义务。

706 ICRC, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, p. 8.

要逮捕或拘留某个正被送往医疗设施的伤者或病者时，其必须根据病人的健康状况对所有安全措施进行衡量。无论如何，这种安全措施不得妨碍伤者病者获得必要且充分的医疗照顾，而且实施逮捕的一方必须确保被逮捕和拘留的人能够得到持续的治疗。同样，如果运送伤者、病者或提供救助的人被逮捕或拘留，也必须仍然确保将伤者、病者运送至医疗设施或在运送途中提供必要的照顾。

758 同样，将敌方的伤者、病者运往医疗设施的冲突方也必须尽快行动，无论如何不得在运送途中故意出于任何伤者、病者的身体状况所不允许的目的延长行程。

759 如果一方不能或不愿撤退伤者或病者，应当大方授权公正的人道组织开展行动，而且在任何情况下都不得任意拒绝授权。[707]实践表明，红十字国际委员会尤其经常参与伤者、病者的撤退行动。[708]

760 尽管共同第3条并没有提到收集死者的义务，但是《第二附加议定书》第8条涵盖了搜寻死者、防止其被剥夺衣物并予以适宜处理的义务。习惯国际法中有类似的义务。[709]根据习惯国际法，冲突各方还必须采取一切可行的措施以确定死者身份，并且在任何可能的时候，将遗体返还给家属以便妥善埋葬、葬化或举行葬仪。[710]这一做法的前提是死者得到搜寻和收集。实践中，在搜寻和收集伤者、病者的同时可能也会搜寻和收集死者，尽管需要遵循不同的程序。[711]尽管如此，必须优先考虑伤者、病者以便其接受恰当且及时的治疗。

4. 照顾伤者、病者的义务

761 照顾伤者、病者的义务要求冲突各方采取实际行动以改善伤者、病者的健康状况。像共同第3条中的其他义务一样，该义务同等适用于国家和非国家冲突方。有些非国家武装团体有能力提供先进的医疗照顾，而其他一些仅具有基本的能力。无论如何，非国家武装团体必须努力发展自身能力，以提供它们所能提供的最好的治疗，并且应获准采取此种行动。和国家冲突方一样，它们应当保证其部队受过急救训练。同样，必要时它们可以诉诸公正的人道组织提供的医疗援助。

707 更多相关详细内容，见第十部分。

708 例如，在1956年布达佩斯冲突期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 38, No. 456, December 1956, p. 720）；在1961年多米尼加共和国内战期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 47, No. 558, June 1965, p. 283）；在1976年和1981年黎巴嫩内战期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 58, No. 692, August 1976, pp. 477–478, and ICRC, *Annual Report 1981*, ICRC, Geneva, 1982, pp. 52–53）；以及在1979年乍得内战期间（*International Review of the Red Cross*, Vol. 61, No. 716, April 1979, pp. 95–96）。See also ICRC, Communication to the Press No. 96/25, Russian Federation/Chechnya: ICRC calls on all parties to observe truce, 10 August 1996.

709 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则112至规则116。

710 同上注，规则114、115、116及其支撑实践，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v2_rul。

711 例如，救护车不应用于收集死者。另见红十字国际委员会，《灾后死者尸体的处理》，第7～8页。搜寻并记录死者还有助于防止死者成为失踪人员。

762 照顾伤者、病者的义务是手段义务。其具体内容取决于每一个案的具体情况。[712]显然，受重伤的人会比受轻伤的人需要更多的医疗照顾；[713]可以支配大量医疗供应品的一方须比只有有限手段的一方承担更多责任；[714]相比于仅有受过有限训练的战斗人员的情况，如有医生在场，则可预期该方可提供更高标准的医疗照顾。[715]尤其是，《第二附加议定书》和习惯法中的相应规定要求冲突各方“在最大实际可能范围内和尽速”提供医疗照顾。[716]从实质上说，日内瓦四公约、《第二附加议定书》和习惯国际法所要求的医疗照顾是同类同质的。

763 急救至关重要，往往能拯救生命。然而，考虑到可能不得不在战斗后甚至或许在战斗中在战场上进行急救，很显然共同第3条并不要求此种治疗达到伤者病者被转移至医疗队后、处于更安全条件下时所要求的治疗标准。尽管符合最高医疗标准的医疗照顾是最理想的，但考虑到安全条件和可用资源等因素，共同第3条只要求在特定情况下医疗照顾达到可合理预期的水平。

764 关于共同第3条所要求的医疗照顾的种类和质量，基本规则是伤者、病者必须得到其健康状况所需的医疗照顾。尽管该条对此没有明确提及，但这一点已得到普遍接受，并且在《第二附加议定书》中有明确规定，而且符合习惯法。[717]关于专业医疗行为可适用标准的一般性指南，可从世界医学协会通过的普遍适用的一般性规定及文件中总结出来。[718]这些标准随着时间的推移可能会发生改变，而且国与国之间也可能有所不同。但是，就医疗标准而言，该义务所要求的治疗，应由医务工作者根据特定情况和人员的健康状况进行。[719]

765 在任何情况下都必须提供符合医疗道德的照顾。[720]这要求应完全依据分诊原则提供照顾。[721]因此，如任何一方坚持受轻伤的战斗人员优先于急需医疗照顾的

712 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430.

713 即使是在致命伤的情况下，尽责义务也要求伤者得到治疗，尤其是为了解决疼痛和痛苦；见美国《战争法手册》（2010年），第51页。

714 See e.g. Lindsey, p. 112: ‘尤其在武装冲突中，提供安全献血的必要资源可能是有限的。’

715 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's claim*, Partial Award, 2003, paras 57 and 69–70.

716 《第二附加议定书》第7条第2款，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则110。

717 同上注。

718 关于发生武装冲突时医疗道德的文件，尤其包括：the World Medical Association's Regulations in Times of Armed Conflict (adopted by the 10th World Medical Assembly, Havana, Cuba, October 1956, as amended or revised in 1957, 1983, 2004, 2006 and 2012); Rules Governing the Care of Sick and Wounded, Particularly in Time of Conflict (adopted by the 10th World Medical Assembly, Havana, Cuba, October 1956, edited and amended in 1957 and 1983); Standards of Professional Conduct regarding the Hippocratic Oath and its modern version, the Declaration of Geneva, and its supplementary International Code of Medical Ethics (adopted by the 3rd WMA General Assembly, London, England, October 1949, as amended in 1968, 1983 and 2006). 另见红十字国际委员会：《战地救护面临危险：武装冲突和其他紧急局势中的医务工作者的责任指南》，红十字国际委员会2013年版，第55～62页。

719 关于医务工作人员应使用的装备和技术类型以及应遵循的程序有许多研究；例如，见红十字国际委员会《战伤外科》。

720 Bothe/Partsch/Solf, p. 108, para. 2.3. 另见明确提及医疗道德的《第一附加议定书》的第16条第1款至第2款。

721 关于分诊原则，见红十字国际委员会，《急救：武装冲突和其它暴力局势》，第116页。

平民或其他人员接受照顾，则将违反照顾伤者、病者的义务。事实上，除了医疗方面的原因外，在治疗中不得基于任何理由予以歧视。[722]

766 不同年龄、背景的妇女、男子、男童和女童可能有不同的医疗需求，面临着阻碍其得到平等照顾的不同风险，或者承受着与其伤病有关的不同社会污名。因此重要的是，在关于医疗照顾的需求评估中应考虑到不同年龄和背景的男女的意见，同时还应考虑到可能的制约因素（如医疗设施的可及性、安全、资金限制和社会文化制约因素）以及可能的解决方案。[723]

767 最后，严格意义上的医疗照顾，即纯粹对伤病的治疗本身，不足以改善伤者或病者的健康状况。的确，如果不能同时提供充足的食物和衣服、适当的庇护所和卫生条件，提供医疗照顾或许并不足够。这尤见于受重伤者接受长期治疗的情况。根据共同第3条的宗旨和目的，该条中照顾伤者、病者的义务应做广义解释，即不仅与医疗照顾有关，至少还与提供食物、衣服、庇护所和卫生条件有关，这有助于改善伤者、病者的境遇。无论如何，不向伤者、病者提供这些生活必需品在大多数情况下还会构成不人道待遇，违反共同第3条规定的一般义务。[724]照顾病者可能还包括采取预防措施以保证居民的基本健康，包括为其接种传染病疫苗。

5. 收集和照顾伤者、病者所涉之默示义务

768 为保护伤者、病者，负责搜寻、收集和照顾他们的人员及其运输工具和装备，也需要得到保护。因此共同第3条的一项隐含规定是，医务人员必须受到尊重和保护，因为根据对该义务的理解，“保护医务人员是一种为确保伤者、病者得到医疗照顾而给予的辅助保护形式”。[725]这种保护被公认为是规制非国际性武装冲突的习惯国际法的一部分，并被编纂于《第二附加议定书》第9条。[726]该保护也来自于共同第3条第1项，因为不直接参加敌对行动的医务人员受到该规定的保护。为非国家武装团体成员提供医疗服务的行为不得解释为是对该团体事业的支

722 见《第二附加议定书》第7条第2款，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则110。

723 See Charlotte Lindsey-Curtet, Florence Tercier Holst-Roness and Letitia Anderson, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict: An ICRC Guidance Document*, ICRC, Geneva, 2004, p. 76. 因此，在计划并提供照顾时，至关重要的是要理解社会、文化、经济和政治结构如何塑造不同的角色或模式，而这些角色或模式继而可能承载着某一特定地位并造成男女之间不同的需求和能力。理解性别及其他多样性对人们所拥有机会的影响，以及对人际互动的影响，有助于在照顾伤者、病者时提供更有效的保护和尊重。

724 更多相关详细内容，见第六部分第（一）节。

725 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第209～210页。另见关于第24条的评注，以及亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则25的评注，第77页。

726 关于外交会议期间提出的医务人员的定义，见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XIII卷，第304页。另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则25的评注，第78～79页，并得到布劳的确认（Breau, pp. 177–178）。

持，也不得理解为从事敌对行为。因此，医务人员不能仅因给伤者、病者提供符合医疗道德的治疗或照顾这一事实而受惩罚。[727]针对这些行为而骚扰或惩罚医务人员会妨碍其提供医疗照顾，因而构成对照顾伤者、病者义务的违反。

769 同样，医疗队和医务运输工具不得受到攻击，包括当它们被用于运送受伤的战斗人员时。[728]如果它们被用于从事敌对行为，例如运输武器或身体健康的战斗人员，它们则丧失了免受攻击的保护。因此，冲突各方必须采取一切可行的预防措施，以保护医疗队、设施及运输工具免遭军事行动带来的危险。这包括应避免以可能导致其失去免受攻击之保护的方式进行使用，从而保证他们能继续收集和照顾伤者、病者。如果这些医疗队失去了免受攻击的保护，冲突各方必须发出警告，并且只有在一段合理时限后警告仍无效果时，才可进行攻击，这一点为《第二附加议定书》第11条第2款所认可。[729]合理时限会根据情况而有所不同；但时限必须足够长，使非法行为得以停止，或者能让伤者、病者以及医疗队中的医务人员撤退至安全地区。警告也使医疗设施得以对缺乏依据的指控作出回应。但是，如果对医疗设施的滥用导致攻击部队面临紧迫的生命危险，则设定时限的做法可能会被完全摒弃，在这种情况下他们可进行自卫。例如，若某医务运输工具在接近检查站时向检查站的卫兵开火，上述情况就可能发生。[730]

770 这些默示义务还意味着，比如，提供医疗照顾所需或所用的医疗设施或运输工具不得遭劫掠或毁坏。劫掠医疗设施会妨碍对伤者、病者的照顾，并因此而违反这一项义务。即使冲突一方是因需要医疗供应品而劫掠这类设施，同样也违背了本项规定义务。因此，冲突各方可能需要采取措施，保证医疗设施和医务运输工具不受其他人的洗劫或劫掠。

771 另外，为执行搜查行动而全副武装地进入医疗设施可能会严重干扰医疗照顾的提供。因此在医疗设施中开展军事搜查行动必须是一种特别措施，并且应当最大程度地降低对提供医疗照顾的负面影响。如果一个人被逮捕，必须确保其持续

727 另见《第二附加议定书》第10条第1款，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则26。

728 国际刑事法院将对下列人员、设施或运输工具的故意攻击列为非国际性武装冲突中的战争罪："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"，以及"医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标"；见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第5项第2目和第4目。See also Dörmann, 2003, p. 462. 可以注意的是，叙利亚问题调查委员会认定，"对医务人员和医疗设施的袭击违反了日内瓦各公约的共同第3条和习惯国际人道法，等同于战争罪"；见人权理事会：《阿拉伯叙利亚共和国问题独立国际调查委员会的报告》，2014年8月13日，联合国A/HRC/27/60号文件，第111段。

729 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则28和29及其评注（亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，第87～98页）；《非国际性武装冲突法圣雷莫手册》，第4.2.1节；美国《战争法手册》（2015年），第1045页；Breau, pp. 177–178；以及Kleffner, 2013a, p. 338。

730 Kleffner, 2013a, p. 338.

获得治疗。为避免医疗设施或医务运输工具丧失免受攻击的保护，冲突各方不得采取会导致这一情况的行动。会导致失去保护的行动包括，例如在医院里储藏武器（属于在医院接受治疗的伤者、病者并于治疗期间暂时存放的武器除外）或者使用救护车运送身体健康的部队、武器或弹药。

772 此外，那些照顾伤者、病者的人员及其设施具有可识别性是十分有益的，可使其免受攻击。在适当的授权和控制之下，用诸如红十字、红新月或红水晶标志来标记医疗设施，可使敌方和大众更容易识别这类设施，从而提高获得医疗照顾的机会。

773 共同第3条没有对非国际性武装冲突中使用特殊标志作出规定。但是，《第二附加议定书》第12条规定了在非国际性武装冲突中出于保护性目的而合法使用特殊标志的条件：

> 在有关主管当局指导下，医务和宗教人员以及医疗队和医务运输工具应展示白底红十字、红新月或红狮与太阳的特殊标志。在任何情形下，该特殊标志均应受尊重。该特殊标志不应用于不正当的用途。

774 在最终促成第12条通过的谈判期间，没有代表对以下观点提出异议：非国家武装团体的医务人员可以展示标志，且与国家医务人员获准展示标志基于相同的条件和方式。[731]这意味着该团体的领导层必须能够授权和控制标志的使用。习惯国际法禁止不正当使用日内瓦四公约规定的特殊标志。[732]不正当使用是指出于规定以外的目的对标志的任何使用行为。[733]此外，保护性标志必须以纯粹的形式予以展示。也就是说，它只能包含白底红十字、白底红新月或白底红水晶，而不能有任何额外的标记或词语。[734]

775 红十字国际委员会所知的实践表明，有些非国家武装团体的医务人员的确佩戴了标有红十字或红新月标志的臂章，但其他许多医务人员则没有佩戴。冲突各方也希望通过与其他各方沟通医疗设施的全球定位系统（GPS）坐标，使医疗设施的存在为人所知。

776 不论国家武装部队或非国家武装团体是否选择展示标志，他们都必须尊重其敌对方使用标志的做法，以保证伤者、病者可以得到收集和照顾。鉴于此，必须强调的是，就像在国际性武装冲突中那样，如果医务人员携带轻武器以专门用于自卫或者保护其照顾下的伤者、病者，这不会使他们失去免受攻击的保护。[735]因

731 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第427～431页。

732 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则59。

733 亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则59的评注，第199页。

734 实践中，红十字国际委员会出于保护目的所使用的是其“圆形标志”（两个同心圆包围着一个红十字，两同心圆之间的空白处标有“COMITE INTERNATIONAL GENEVE”（法文“日内瓦国际委员会”）的字样），这个标志已得到广泛接受。不过，这种做法只适用于红十字国际委员会。见红十字国际委员会：《关于使用特殊标志的研究报告》，红十字国际委员会2013年版，第131～132页。

735 见第22条。

此，医务人员出于这些目的而携带此类武器的事实并不能免除冲突各方尊重——且不攻击——这些医务人员的义务。尽管如此，为了维系其所享有的保护，医务人员不得从事害敌行为。[736]

777 在一些非国际性武装冲突中，为了指定仅为平民居民提供医疗服务的人员和设施，会采用红十字或红新月之外的标志予以替代。例如，哥伦比亚的医疗团（Misión Médica）就是这种情况。[737]无论如何，即使医疗设施或运输工具未标有标志或以其他手段表明其受保护地位，一旦其为人所知，就必须受到尊重和保护。[738]

778 最后，冲突各方还可根据共同第3条第3款的规定缔结特别协定，设立用于照顾伤者、病者的区域。[739]这些区域的设立必须获得各方同意并且必须是非军事化的。在很多非国际性武装冲突中都设立了这种区域。[740]必须回顾指出的是，无论如何，在此种区域内，伤者、病者和任何提供治疗的医务人员受到保护，是因为其伤病情况或其作为医务人员的角色；此种保护并不取决于这些区域的设立本身。此外，处于此种区域之外的人仍依据人道法的一般规则受到保护。因此，即使没有设立此种区域，伤者病者、医务人员及设施，以及不直接参加敌对行动的平民，也必须受到尊重和保护。针对此种区域的攻击受到禁止。[741]

十、第 2 款：红十字国际委员会等公正的人道团体提供服务

（一）引言

779 共同第3条第2款赋予了公正的人道团体向非国际性武装冲突各方提议提供服务的权利，即服务提议权。本款明确提及红十字国际委员会，作为有权据本款行动的团体的一个实例。这项权利可面向所有冲突方行使，包括非国家冲突方。

780 其他涉及这一问题的人道法规则明确了这项权利行使的方式：为了从事拟开展的活动，公正的人道组织需获得同意。根据国际法自1949年以来的发展，非国际性武装冲突的任何冲突方均不得任意拒绝予以同意（见第十部分第（六）节第2项）。

736 关于医务人员实施之害敌行为的概念的讨论，见关于第24条的评注，第六部分；另见关于第21条的评注，第三部分第（一）节，该节涉及医疗队相关问题。

737 See Colombia, Ministry of Health and Social Protection, *Manual de Misión Médica*, Bogotá, 2013, Resolución 4481 de 2012, pp. 11–12.

738 另见《第一附加议定书》附件一，第1条第2款。

739 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则35和36。

740 譬如，此类情况包括哥伦比亚、乍得、塞浦路斯、黎巴嫩、尼加拉瓜和斯里兰卡冲突。见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则35的评注，第114页，脚注6。

741 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则35。

781 通过采纳本款和其他相关条款，各缔约国承认，无论在国际性还是非国际性武装冲突中，服务提议权在国际法中都具备坚实的基础。[742]其宽泛的法律基础不足为奇，只不过是反映了这样一个真理：每一场武装冲突，不论在法律上如何定性，都会产生人道需求。因此，不论武装冲突的法律定性如何，各国都承认，在国际法上，红十字国际委员会和其他公正的人道团体很可能将在满足人道需求方面发挥作用。

782 尽管公正的人道团体愿意且有能力对受非国际性武装冲突影响之人的人道需求做出回应，但在国际法上，这并不影响冲突各方仍负有满足此类需求的首要责任这一事实。在这方面，公正的人道团体的活动应只在必要时对冲突当事方的相关努力进行补充。这也是为什么公正的人道组织没有提供服务的法律义务，共同第3条第2款的措辞“得……提供”也清晰地体现出这一点；它们得自由决定是否作出提供服务的提议。

783 尽管如此，各国红十字会与红新月会（以下简称“各国红会”）仍有义务认真考虑其本国公共当局提出的开展其职责范围内之人道活动的任何请求，前提是这些活动的开展符合国际红十字与红新月运动（以下简称“运动”）的基本原则。这项义务源于它们在人道领域的特殊地位以及对其各自政府独一无二的辅助作用——该地位明确规定于运动的章程之中。[743]运动的基本原则列于章程序言之中，由红十字与红新月国际大会通过，该大会汇集了1949年日内瓦四公约的缔约国以及运动的各成员，并因此可视为具有权威性。[744]

784 服务提议权，有时也称为“人道倡议权”，不应与所谓的“人道干涉权”或“保护的责任”相混淆。人道干涉权和保护的责任这两个完全不同的概念引发了大量争论，例如，国际法是否允许出于人道考虑而采取武力威胁或使用武力等措施。[745]同样，对共同第3条第2款的分析并不影响联合国安理会依据1945年《联合国宪章》和其决议的国际法效力，就人道活动采取其认为适宜的行动的权利。这些问题由国际法，特别是武力使用法（诉诸武力法）调整。因此，须将它们与在共同第3条第2款框架下开展人道活动的问题区分看待。

742 其他相关条款为适用于国际性武装冲突的共同第9条（《日内瓦第四公约》为第10条）和适用于非国际性武装冲突的《第二附加议定书》第18条。

743 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第4条第3款。

744 这些基本原则首次公布于1965年在维也纳召开的第20届红十字国际大会。随后，它们于1986年被纳入第25届红十字国际大会通过的《国际红十字与红新月运动章程》的序言中，该章程分别于1995年和2006年进行了修正。

745 Vaughan Lowe and Antonios Tzanakopoulos, ‘Humanitarian Intervention’, version of May 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 2, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

（二）历史背景

785 在非国际性武装冲突的背景下开展人道活动的实例在共同第3条通过之前就已出现。[746]事实上，在1949年以前，没有此类一般性的条约规定对非国际性武装冲突予以调整。[747]其必然结果是，没有任何协定国际法对在非国际性武装冲突中提议并开展人道活动的条件作出规定。然而起初，事实证明，相关国际法律框架的缺失并非（建于1863年的）红十字国际委员会和（随后建立的）各国红会在若干此类冲突中开展活动的障碍。不过随着时间的流逝，建立以条约为基础的规范性框架以澄清某些基本问题的需要变得日益明显：特别是，在协定国际法上，人道组织是否有权在非国际性武装冲突中作出提供服务的提议？

786 基于这一点，1921年召开的第10届红十字国际大会就适用于红十字国际委员会和各国红会的规范性框架通过了一项决议。[748]直至1949年，这项决议还是规制服务提议权的主要文件。[749]

787 在1949年外交会议前的起草阶段，找不到最终成为共同第3条第2款的条款草案的痕迹。在外交会议期间，第一工作组在服务提议权方面使用了不同的规定方式：只有冲突各方未就保护国的指派和职责达成一致时，红十字国际委员会等公正的人道团体才可以向非国际性武装冲突的冲突方提供服务。[750]因此在草案第一稿中，公正的人道团体的活动是日内瓦四公约赋予保护国的职责。[751]不过，第二工作组在其两版草案中都不再提及保护国缺失这一先决条件，而是设想了红十字国际委员会等公正的人道团体“向冲突之各方”提供服务的可能性。[752]

（三）公正的人道团体

1. 概述

788 只有“公正的人道团体”才有权在本款意义上提议提供服务，并承担相应的法律后果。共同第9条针对国际性武装冲突中的服务提议权使用了与“公正的人道组

746 相关详细内容，见Bugnion, 2003a, pp. 244–296, Chapter IX, The International Committee of the Red Cross and Internal Conflicts (1863–1945)。

747 另见第一部分。

748 第10届国际红十字大会，日内瓦，1921年，第14号决议，“内战”，原则1；see Bugnion, 2003a, pp. 260–262. 在1912年于华盛顿召开的第9届红十字国际大会上，已有尝试就这一问题通过一项决议，但未获成功；see Bugnion, 2003a, pp. 248–250.

749 See Bugnion, 2003a, pp. 263–286. 这一时期值得注意的是，红十字国际委员会在1938年于伦敦召开的第16届红十字国际大会上曾提出过一项决议草案。该决议本可为红十字国际委员会在非国际性武装冲突的情况下开展活动提供更为坚实的法律基础，同时强化其在“内战”中的作用，但未能全面阐明有关该问题的法律框架；see *ibid*. pp. 283–286.

750 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第122页。

751 同上注，第124页。

752 同上注，第125～126页。

织”实质上相同的概念，同样，日内瓦四公约也并未对“公正的人道团体”的概念进行定义。与英文同等作准的法文版本在共同第3条第2款和共同第9条中均使用了“organisme humanitaire impartial”（“公正的人道组织”）一词，因而强化了如下结论：“公正的人道团体”和“公正的人道组织”可认为是实质上相同的概念。

789 当这些措辞被引入共同第3条的约文时，各缔约国所设想的例子主要是它们所熟悉的红十字国际委员会和各国红会。自1949年以来，认为自身属于共同第3条意义上的公正的人道组织，且得到武装冲突各方承认的组织，其数量和种类均显著增多，包括某些非政府组织和政府间组织。

790 在“人道组织”的构成条件中，并没有要求其活动范围仅限于人道活动。[753] 因此，在武装冲突爆发之前只从事发展活动的组织后来也有可能成为共同第3条意义上的人道组织，这并不妨碍该组织同时在其他地方开展不同性质的活动。

791 共同第3条要求希望提供服务的实体是一个公正的人道“团体”。因此，就个人之间松散结成的联盟而言，尽管其活动可能会减轻人的苦难，但也不具有本规定意义上的团体资格。希望从事慈善活动的私人也是如此。此类“团体”需要具有最低限度的组织结构，以便能够作为人道组织履行职责。此外，该组织必须始终能够遵守人道活动的职业标准。[754]否则，在实践中，作为服务提议对象的当局有可能会怀疑该组织的公正性和人道性。

792 人道组织需要资金来维持人员开销和业务运转并购买必要的商品和服务。因此，绝不能因涉及金钱而认为该组织或其活动不具有“人道”性质。此外，只要该组织继续作为公正的人道组织行事，它仍可与私营或国有企业等经济行为体保持关系。这种关系的例子包括：有能力提供人道服务的经济行为体，例如用于运输救济物资的商业航空公司，向公正的人道组织出售其服务以获利；或经济行为体免费向公正的人道组织提供服务，例如作为企业社会责任计划的一部分。

793 尽管在许多情形下经济行为体均可参与人道活动，但它们营利的另一面也使其自身无法成为公正的人道组织，即使当它们在特定人道活动的框架内提供免费服务时也是如此。经济行为体参与人道活动的其他例子还包括：接受另一行为体（例如武装部队）支付的款项用于提供人道服务；直接提供人道服务，即在不与某公正的人道组织建立关系的情况下提供人道服务。因此，由于不构成公正的人道组织，经济行为体无法援引共同第3条意义上的服务提议权。

753 关于哪些活动可构成“人道活动”的分析，见第十部分第（四）节第3项。

754 See e.g. ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013. 在红十字国际委员会主持下协商通过的这些标准体现了人道和人权机构（联合国机构、运动成员和非政府组织）的共同想法和普遍的一致意见。红十字国际委员会认为，一个机构提供保护的标准不应低于该文件所列标准。

794 日内瓦四公约要求，希望基于共同第3条提供服务的人道组织必须是“公正的”。公正性是指在策划和实施拟定的人道活动时，对受到武装冲突影响的人员所采取的一种态度。作为运动的一项基本原则，“公正”原则要求不得“因国籍、种族、宗教信仰，阶级和政治见解”或任何其他类似标准而有所歧视。[755]此外，公正这项基本原则得到了国际法院的支持，[756]该原则要求运动成员“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”。[757]这一定义作为一项良好做法，运动成员和国际运动以外的行为体均予以遵循。

795 某个组织若要成为“公正的人道团体”，自身单方面宣称具有这种资格是不够的：该组织需要始终公正地开展行动。在实际行动中，重要的是，作为服务提议对象的当局认为该组织是公正和人道的，并相信该组织将据此行事。

796 公正原则适用于任何人道活动的策划阶段以及实施阶段：在决定开展哪些活动、在何地以及如何付诸实施时（例如，首先向哪些人员提供医疗援助），只有受冲突影响之人的需求才能影响人道组织的提案、优先事项和决定。

797 就共同第3条意义上的公正的人道团体而言，构成此类团体的条件中，并未对组织总部所在地做出要求，其总部可设在发生非国际性武装冲突的国家的领土以外。

798 公正的概念与中立的概念不同。虽然实际上，为了能够公正地开展工作，中立时常是一项重要的态度，但共同第3条并不要求希望根据该款具备有关资格的组织是“中立的”。就人道活动而言，“中立”是指对武装冲突各方所采取的态度。中立也是运动的基本原则之一，其表述如下：“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、宗教或意识形态性质的争论。”

799 应指出的是，尽管不构成公正的人道组织的行为体也可以开展人道活动，而且这种活动也可以减轻人的苦难，但它们既不受共同第3条第2款的调整，也不为指导公正人道团体行为之原则所约束。

2. 红十字国际委员会

800 共同第3条提到了红十字国际委员会，并以其为例（“如”）对具备公正的人道团体资格的组织进行说明。

755 尽管共同第9条中没有“任何其他类似标准”这一措辞，但其在日内瓦四公约的其他条款中确有规定。例如，见《日内瓦第一公约》第12条第2款。

756 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242.

757 See also The Sphere Project, *Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, 3rd edition, 2011, para. 6, 其阐明：

> “必须根据公正原则提供人道援助，即援助只能根据需求提供，且须与需求相称。这反映了更广义的不歧视原则：即任何人都不应受到基于任何身份的歧视，包括年龄、性别、种族、肤色、族裔、性取向、语言、宗教、残疾、健康状态、政治或其他见解、国籍或社会出身。”

801 红十字国际委员会是唯一一个在服务提议权方面同时被共同第3条第2款和共同第9条提及名称的组织。对于四公约的起草者来说，红十字国际委员会是公正的人道团体的一个典型代表。反言之，由于红十字国际委员会是公正的人道组织的一个实例，各国赋予其服务提议权，这表明，明确提及红十字国际委员会有赖于其始终作为公正的人道组织开展工作。

802 在1949年日内瓦四公约及其1977年《第一附加议定书》中，根据相当数量的条款规定，缔约国明确赋予了红十字国际委员会在国际性武装冲突中提议开展特定人道活动的权利。[758]不过，就适用于非国际性武装冲突的协定国际法而言，只有共同第3条明确提到了红十字国际委员会，且没有将其与特定的活动相关联。与此同时，《国际红十字与红新月运动章程》为红十字国际委员会在这些类型的冲突以及其他类型的局势中提供服务规定了法律基础。[759]

（四）提供服务

803 依据共同第3条，各缔约国明确承认，公正的人道组织有权提议提供其认为与满足武装冲突所引起的人道需求有关的任何服务，但并不负有提供服务的义务。此种提供服务的提议可以是无条件的，不论一个或多个相关冲突方是否事先接触该组织或作出请求，也不论是否存在任何制约这些组织享有服务提议权的其他因素。

804 公正的人道组织作出提供服务的提议时，不能将其视为不友好的行为，也不能将其视为对一国内政的非法干涉，或对具体冲突的非法干涉。[760]也不能将其视为对冲突一方的承认或支持。因此，不能通过立法或制定其他规定禁止此类组织作出提供服务的提议并予以实施，也不得将其入罪。没有任何规定阻止非国际性武装冲突之一方邀请红十字国际委员会或其他公正的人道组织开展某些人道活动。但是，在国际法上，这些组织没有义务接受此种请求；它们有权自行决定在任何特定情况下是否予以积极回应。[761]在向非国际性武装冲突之一方提议提供服务时，共同第3条并不要求相关组织也向另一或其他冲突方作出同等提议。

805 红十字国际委员会或另一公正的人道组织提议提供服务并不影响作为提议对象之实体之国际法律地位。共同第3条第4款清楚表明，向武装冲突的非国家冲突方提议提供服务不影响该方的法律地位。同样，也不得将提供服务的提议解释为对该实体参与武装冲突的理由表示赞同。

758 更多相关详细内容，见关于第9条的评注，第1132段。

759 见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第2款第3项至第4项和第3款。关于该章程由来的详细内容，见第783段。

760 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242: “毫无疑问，向另一国的人员或部队提供纯粹的人道援助，不论其政治背景或目的为何，都不能被视为非法干涉或者以任何其他方式违反国际法。”

761 关于各国红会在这方面的特殊地位，见第783段。

806 为了使以条约为基础的服务提议权得到有效行使，代表非国际性武装冲突之一方的当局应确保，负责这方面决策的人员能够收到相关提议。

（五）提议提供的服务

1. 人道活动

807 共同第3条简要规定，在非国际性武装冲突中，公正的人道团体可以提议提供“服务”。共同第3条没有定义服务的概念，也没有举例说明。

808 共同第9条规定了适用于国际性武装冲突中的服务提议权，其允许红十字国际委员会和其他公正的人道组织提议开展“人道活动”以“保护”并“救济”（该词可与“援助”一词互换使用）某些类别的人员。

809 不论武装冲突的法律定性如何，其引发的人道需求可能是基本一致的。因此，如果没有任何相反的迹象，共同第3条中的“服务”一词应作广义解释，即包括：为满足所有受武装冲突影响之人的需求所需的一切类型的人道活动。武装冲突的性质不应对可提议的人道活动产生任何影响，无论是保护活动还是救济（援助）活动。

810 或许可以说，人道保护和人道援助活动拥有相同的目标，即保障受武装冲突影响之人的生命和尊严。因此在实践中，既不应将两者视为是彼此割裂的，也不应将其视为是相互排斥的：援助受武装冲突影响之人同时也是对他们的保护，反之亦然。所以，“人道保护”活动也可同时构成“人道救济”活动。因此，冲突之一方如果只允许一类活动（例如人道救济），而在原则上拒绝同意另一类活动（例如人道保护），则会背离共同第3条的宗旨。

811 至于何谓“人道”，可以从作为运动基本原则之一的“人道”原则中找到线索。该原则也得到了国际法院的确认[762]，是运动七项基本原则中的第一项。[763]从其定义中可以推知，人道活动是指所有“防止并减轻人们的疾苦，不论这种痛苦发生在什么地方”的活动，其宗旨是“保护人的生命和健康；保障人类尊严”。[764]虽然该定义中使用了“生命”一词，但并不妨碍也可为死者的利益而开展人道活动，例如以有尊严的方式处置遗体。[765]

762 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242.

763 关于基本原则的由来和地位的更多信息，见第783段。

764 关于对“人道”原则及相关术语的进一步讨论，见Jean S. Pictet, ‘Commentary on the Fundamental Principles of the Red Cross (I)’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 210, June 1979, pp. 130–149。

765 “人道”一词的另一定义见《环球计划——人道主义宪章与人道主义救援响应最低标准》（*Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*）一书中，其将“人道责任”（“humanitarian imperative”）定义为“为了防止并减轻灾害或冲突引发的人类苦难”而采取行动的义不容辞的责任。另见《国际红十字和红新月运动及从事救灾援助的非政府组织行为准则》，1994年：“人道责任是首要的。”

812 因此，在武装冲突的背景下，人道活动是指那些旨在保护受冲突影响之人的生命、安全、尊严和身心健康的活动，或者在这些福祉已经遭到侵害的情况下旨在予以恢复的活动。这些活动必须关乎人本身。因此，也正如公正之要求所昭示的，人道活动以及实施人道活动的方式不得受到任何政治或军事考量的影响，也不得受到与该人过去的行为有关的任何考量因素的影响，包括依据刑法或其他纪律规范可能受到惩罚的行为。人道活动旨在挽救人的生命、身体完整和尊严，除实现该目标外无任何其他动机。最后，那些提议开展人道活动的团体应只关注受冲突影响之人的需求。

813 除上述的一般性考虑外，各缔约国未阐明，他们认为哪些活动可构成人道活动。这一点不令人意外，因为很难预测某个特定的武装冲突可能引发哪些人道需求；此外，由于武装冲突的性质可能发生转变，其产生的人道需求也可能发生变化，依据共同第3条可能提议的服务也会因此改变。一般性地界定在某特定情势中哪些活动具有保障受影响之人的生命、安全、尊严和身心福祉的性质也是不可能的，当武装冲突持续数年甚至数十年之时尤其如此。

2. 保护

814 “保护”（“protect”）的通常意义是指，“使免于损害或伤害”。[766]就人道法而言，其核心目的之一就是“保护”武装冲突中的人们免遭冲突各方滥用权力的伤害。

815 关于公正的人道组织可开展何种活动以确保非国际性武装冲突各方遵守可适用的法律框架以“保护”人民，共同第3条第2款没有提供任何指引。即使在公正的人道组织之间，对于哪些行为构成保护活动也存在不同的看法。对于红十字国际委员会和机构间常设委员会来说[767]，“保护”这一概念包括一切旨在依据国际人道法、国际人权法和难民法等相关法律体系的规定和精神，确保充分尊重个人权利的活动。[768]

816 因此，在人道法的语境下，“保护活动”是指所有旨在确保有关当局和其他相关行为体履行其义务以维护个人权利的活动。[769]保护活动包括设法制止或预防

766 Concise Oxford English Dictionary, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1153.

767 为了响应联合国大会关于加强人道援助的第46/182号决议，机构间常设委员会于1992年建立。它是一个旨在协调、制定政策和决策的机构间平台，包括了主要的联合国和非联合国人道伙伴在内。

768 ICRC, *Professional Standards for Protection Work carried out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013, p. 12. See also Inter-Agency Standing Committee, *IASC Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, The Brookings – Bern Project on Internal Displacement, Bern, January 2011, p. 5. 关于公正概念的更多消息内容，见第794～797段。

769 ICRC Protection Policy, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 751–775.

违反人道法之行为（再）发生的活动（例如通过与有关当局交涉或提高法律普及度），以及设法确保有关当局停止或制止任何违反可适用规范的活动。

817 在非国际性武装冲突中从事保护活动时，红十字国际委员会的目的在于确保可适用的人道法规则以及其他可适用的相关法律规则得到冲突各方的遵守或实施。这类活动可包括探视自由被剥夺之人，以及与有关当局就其人道法义务进行充分知情的保密性对话。[770]更一般而言，红十字国际委员会可提议开展任何其认为有必要的活动以监督人道法规则以及其他可能相关的法律框架的实施。

818 在日内瓦四公约之外，“保护”一词对不同行为体来说具有不同的含义，并非所有此类活动都属于共同第3条的范畴。实践中，这导致概念分析变得更为复杂。例如，如果某军事行为体，例如参与经联合国授权的执行和平特派团的部队，被授以“保护”平民居民的职责，那么其可能会采取不同的活动和方式，包括使用武力。尽管使用了相同的术语，但这个意义上的“保护”不同于公正的人道组织从事保护活动所采用的方式。

3. *救济（援助）*

819 “救济”（“relief”）的通常意义是指，“减轻或消除痛苦、焦虑或苦难”。[771]正如日内瓦四公约所使用的，“救济”一词大多用于为应对紧急情况下出现的人道需求而开展的活动。在《第一附加议定书》的语境下，对该术语的解读需结合议定书第81条第1款所使用的更广义的“援助”一词，该词还力图涵盖反复出现乃至持续存在的长期需求。[772]与保护一样，日内瓦四公约或其附加议定书均未对救济或援助作出定义。对“援助”这一术语未作一般性定义或未列举该词所囊括的具体活动，是符合下述事实的：对人道援助的需求在每一情势中不一定相同，而且还可能随着时间的演变发生变化。

820 “援助活动”是指主要在卫生、水、居住环境（创造可持续的生活环境）和经济安全（红十字国际委员会将经济安全定义为“个人、家庭或社区能够根据自身文化标准以一种可持续的方式满足自身基本需求和不可避免之支出的条件”）

770 红十字国际委员会在保密的基础上开展工作。应当指出的是，该保密性要求并非只与红十字国际委员会的保护活动（例如在拘留的情况下）相关；它是红十字国际委员会人道行动整体的必要条件。保密性使红十字国际委员会能够接触武装冲突和其他暴力局势的受难者、与有关当局开展双边对话，以及保护其受益人及一线工作人员。更多相关信息，见红十字国际委员会：《红十字国际委员会的保密工作法：红十字国际委员会为确保政府和非政府当局遵守人道法而采取的特别方法》，政策文件，2012年12月，见 *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 887, Autumn 2012, pp. 1135–1144。

771 Concise Oxford English Dictionary, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1215.

772 《红十字国际委员会援助政策》，红十字国际委员会大会于2004年4月29日通过，见*International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 677–693。

领域进行的所有活动、服务和物资供给，这些活动旨在确保被卷入武装冲突之人能够生存，并有尊严地生活。[773]实践中，救济活动的类型视受益人的身份及其需求的性质不同而有所不同。例如，针对战场伤员的救济活动就不同于为自由被剥夺之人开展的活动。人道法的核心原则之一是，无论针对不直接参加或不再直接参加敌对行动之人采取何种救济活动，此类活动永远不应视为具有加强敌方军事能力的性质，包括例如，向受伤的战斗人员提供医疗救助。

821 无论在保护活动还是援助活动中，红十字国际委员会在双边和保密的基础上利用劝说等行动模式来引导当局履行其遵守可适用规则的义务，包括那些关于提供基本服务的规则。[774]当红十字国际委员会认为其努力不会得到有关当局令人满意的及时回应而且问题严重时，它可同时对援助提供适当支持，或替代当局直接提供援助。[775]当这种情况发生时，仍应牢记，冲突各方承担着确保人道需求得以满足的首要责任。[776]若人道法一再遭到重大违反，且尽管采取了各项努力，红十字国际委员会仍未能说服有关当局承担起这方面的责任，则委员会可使用其他行动模式，包括在某些情况下进行公开谴责。[777]

4. 受益人

822 共同第3条没有详细说明哪类人员可以成为拟议之人道活动的受益人。如果根据本规定的上下文加以解释，必须理解为，人道活动首先可为所有受共同第3条保护之人的利益而开展，受共同第3条保护之人即“不实际参加战事之人员，包括放下武器之武装部队人员及因病、伤、拘留、或其他原因而失去战斗力之人员在内”。

773 同上注，第2页。关于红十字国际委员会开展的属于这些术语范畴的具体活动的例子，见红十字国际委员会：《医疗行动：援助被武装冲突与其他暴力局势影响的民众》，红十字国际委员会2015年版，中文译本2020年版，以及ICRC, Economic Security, ICRC, Geneva, 2013。

774 在救济活动领域，保密性也是红十字国际委员会的主要工作方法，相关内容见第817段及脚注770。

775 《红十字国际委员会援助政策》，红十字国际委员会大会于2004年4月29日通过，见*International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 677–693, at 682。

776 红十字国际委员会或其他公正的人道组织会开展援助活动以替代有关当局或补充其工作，这并不意味着，它有这样做的法律义务。共同第3条中使用“得……提供”这一措辞进一步证明了这一点。《红十字国际委员会援助政策》（同上注，第7页）阐明了红十字国际委员会将同意作为替代者直接向居民提供服务的情况：

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。在下列情况下可以考虑采取此种行动模式：

- 需求巨大，责任当局无力满足，或者不存在这样的当局；
- 需求巨大，责任当局不愿满足；
- 安全状况及/或间接援助被滥用或不愿被接受的风险要求如此；
- 援助有助于保护受影响者。

777 更多相关信息，见红十字国际委员会：《在发生违反国际人道法或暴力局势中保护人们的其他基本规则的行为时红十字国际委员会所采取的行动》，见*International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400。

823 武装冲突不止会影响共同第3条明文规定之保护范围内的人员。该条也并未规定，红十字国际委员会或其他公正的人道组织仅可为该条所列之人提议提供服务。而且，可受益于人道活动之人无须是违反某可适用法律标准之行为的受害者。此种对人道活动受益人范围的广义解释反映在《第一附加议定书》第81条第1款中，该条款提及“冲突受难者”一词。这一理解还得到后续非国际性武装冲突实践的确认：收到提供服务的提议时，冲突各方通常不会将其同意开展的活动的范围局限于那些属于共同第3条范畴之内的受武装冲突影响之人。最后，前文所述不改变如下事实，即公正的人道组织可以且确有为了身体健全的战斗人员的利益开展其他活动，例如预防领域的活动（例如提高国际人道法意识）。

824 尽管共同第3条没有明确提及，但服务提议权还可能涉及为死者利益而开展的活动。[778]同样，尽管该条没有明确提及，但依据共同第3条的宗旨，视情况而定，也可行使服务提议权来保护医疗所等有益于伤病员的物体，或保障其正常运作。

（六）服务提议对象

825 共同第3条允许公正的人道组织“向冲突之各方”提议提供服务。在非国际性武装冲突的背景下，这使此类组织既有权向作为冲突一方的日内瓦四公约缔约国提议提供其服务，也有权向作为冲突一方的任何非国家武装团体提议提供服务。因此，依据共同第3条第2款提议提供服务的行为，不得视为介入武装冲突，且“不影响冲突各方之法律地位”。[779]

826 虽然冲突各方是应对人道需求的主要责任者，但本款的宗旨在于允许公正的人道组织在冲突各方未能履行其在这方面的义务时为其提供补充。

（七）同意

1. 有关同意的要求

827 共同第3条规定“公正的人道团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务”，但该条没有阐明应由何方以及应如何对此类提议予以回应。在这方面，共同第3条不同于《第二附加议定书》第18条第2款，后者明确规定，就特定类别的人道活动（即救济行动）而言，有关团体需获得“有关缔约一方”的同意。[780]

778 关于依据共同第3条给予死者的保护，见第760段。

779 见第805段和第十二部分。

780 同样，对于《第一附加议定书》适用的国际性武装冲突，另见该议定书第70条第1款和第81条第1款。另见红十字国际委员会，《红十字国际委员会关于人道准入的问答及术语汇集》，以及《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，2015年，第25～29页。

828 尽管共同第3条没有提及，但从国际法[781]，尤其是人道法所依据的逻辑来看，公正的人道组织原则上显然只有获得同意，才能从事所提议的人道活动。

829 同意可以通过向作出提议的组织作出书面答复来表明，也可以口头传达。在没有明确表示同意的情况下，公正的人道组织可以确保有关冲突各方至少通过默认的方式默示同意事先已经合理通知该冲突当事方的拟议的人道活动。

830 但在例外情况下，寻求并获得有关冲突方的同意可能面临难题。例如，在无法确定掌权政府或者国家政权已经瓦解或停止运作时，可能便是这种情况。

831 此外，还可能存在人道需求尤为重大的情况。只要这些需求没有得到解决，人道责任就会要求红十字国际委员会等公正的人道组织开展人道活动。

2. 不得任意拒绝予以同意

832 日内瓦四公约没有提供任何指引，涉及非国际性武装冲突之一方是否在某些情况下可以合法地拒绝对某公正人道组织提供服务的提议予以同意。在1949年，至少就相关缔约国的同意而言，对获得相关冲突各方同意这一要求的理解，是在当时国家主权几乎不受限制的背景下形成的：作为服务提议对象的缔约国享有全面的自由裁量权，不受任何国际法规则的限制。不过，即便依据当时的理解，当冲突一方拒绝所提议的服务时，如果随之产生的后果在性质或效果上导致该方违反自身对目标受益人的人道义务，那么它将为此类后果承担重大的道义责任。[782]

833 自1949年以来，国际法，尤其是国际人道法，已经有了相当程度的变化，如今，作为公正人道组织服务提议对象的非国际性武装冲突之一方，无论是缔约国还是非国家武装团体均不再享有决定如何回应此种提议的完全自由。现在公认的是，在某些情况下，非国际性武装冲突方在国际法上负有同意公正的人道组织提供服务的义务。

834 特别是，在日内瓦四公约的实施过程中，国际法经过嗣后国家实践的影响已经有所发展，如今，冲突一方不得基于任意的理由而拒绝表示同意。[783]因此，对

781 这包括一国对进入其领土的行为进行规管的主权权利。

782 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 58:“冲突一方〔在额外帮助为必要时〕若拒绝来自前线外的提供慈善服务的提议，则将招致严重的道义责任。”

783 在习惯国际人道法中也有相同变化；见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则55的评注，第187页：“未征得相关各方的同意，人道组织就无法开展行动……但禁止任意拒绝同意。”该习惯法研究中的这一表述是在“向急需帮助之平民提供的人道救济”这一规则的语境下提出的。从逻辑上讲，这项规则适用于向伤者、病者或遇船难者提供保护或援助的提议，也适用于向战俘提供保护或援助的提议。没有任何理由对此类提供服务之提议作出不同的规定。否则，这将导致一个明显荒唐和不合理的局面：冲突一方不得任意拒绝向平民提供服务的提议，但是却可以任意拒绝为受武装冲突影响的其他人员的利益提供服务的提议。另见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XII卷，第336页，其中，德意志联邦共和国代表（在这一点上得到其他几个国家代表的支持）在提到“须经此种救济行动中有关冲突方的同意”

人道活动的任何妨碍必须基于正当理由，而作为同意征求对象的冲突一方在评估任何提供服务的提议时，必须采取善意态度，[784]并遵守其有关受非国际性武装冲突影响之人之人道需求的国际法义务。所以，如果非国际性武装冲突之一方不愿或不能解决基本人道需求，则国际法要求其接受公正的人道组织提供服务。如果无法通过其他方式满足这些人道需求，那么对提供服务之提议的拒绝即为任意，也因而构成违反国际法的行为。

835 关于如何解释“任意性”这一标准，国际法没有作出权威性的阐释。[785]这项评估依然遵循具体情况具体分析的方法。尽管如此，确实在一些情况下，拒绝给予同意显然不能视为任意。例如，如果作为服务提议对象的冲突方本身愿意且能够应对人道需求且确实以一种公正的方式采取此类行动，那么拒绝同意就不是任意的。相反，如果拒绝给予同意会导致该冲突一方违反其人道法义务或其在其他国际法领域（如可适用的人权法）中的义务，则该拒绝行为就可能被视为任意。例如，如果有关冲突方不能或不愿向受武装冲突影响之人提供人道援助，其拒绝便是任意的，如果连维持他们有尊严地生活这一基本需求都未得满足，则更是如此。

836 此外，必须牢记，以断绝平民居民的粮食作为战争方法是受禁止的。[786]因此，如果冲突一方意在借助物资短缺断绝平民居民的粮食，或物资短缺可预期造成断绝平民居民粮食的后果，则该冲突方就没有正当理由拒绝向有关居民提供人道救济的提议。[787]当作为服务提议对象的冲突方本身没有能力应对人道需求时，也不存在任何拒绝该提议的正当理由。同样，为了加剧平民的苦难而拒绝同意，无论是明示还是默示的，均构成任意的拒绝。

837 如果拒绝给予同意是基于不利区别，即为阻止具有某一国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治见解之人获得其所需之人道救济或保护而予以拒绝，则该拒绝也可视为任意。

838 在人道法上，军事必要并非拒绝有效的服务提供提议之正当理由，也非整体否定公正的人道组织所提议之人道活动的正当理由。

时表示：“这些措辞并不意味着，有关各方享有绝对和无限的自由以拒绝对救济行动予以同意。拒绝同意的一方这样做必须基于正当理由，而不能是任意的或反复无常的。”另见《关于国内流离失所的指导原则》（1998年）原则25第2款：“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〔国际人道组织或其他适当的行为体〕提供这种援助。”另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则124第2款的评注，第420页。关于近期的两个例子，见联合国安理会2014年2月22日关于叙利亚问题的第2139号决议，序言第10段：“谴责所有不让人道主义人员和物资进出的行为，回顾任意剥夺平民生存不可缺少的物品，包括蓄意阻碍救济物资的供应和获取，可构成违反国际人道法行为”；以及2015年4月14日关于也门问题的第2216号决议，序言第10段，其自“回顾”开始采用了同样的表述。

784 红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第21页。

785 另见《红十字国际委员会关于人道准入的问答及术语汇集》，第12页。

786 见《第二附加议定书》第14条，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则53。

787 红十字国际委员会，《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，2011年，第21页。

839 在任何时候，非国际性武装冲突之一方同意开展人道活动均不影响其采取控制措施的权利。此类措施可包括：核实援助的性质；为提供援助提供技术安排；出于迫切的军事必要而临时限制人道活动。[788]如果核查得出的结论是，有关活动不具有公正性，或不具有人道性质，则可拒绝同意其准入。不过，这些控制和限制措施的制定和执行，就其所有实际意图和目的而言，不能等同于拒绝同意。换言之，人道法承认的控制权不应不合理地拖延人道行动或致使其无法实施。在这方面，只有在例外的情况下才能援引迫切的军事必要，而且仅可旨在规范而非禁止人道准入，仅可临时在地理范围上限制人道工作者的行动自由。[789]此类属于迫切军事必要的事由可包括，例如，防止干扰正在进行的或将要发生的军事行动。

3. 准许和便利迅速和无阻碍通过的义务

840 与适用于国际性武装冲突的人道法不同，没有任何条约规则专门规定，不属于非国际性武装冲突之一方的缔约国是否有义务准许和便利救济物资、设备和人员迅速和无阻碍地通过。[790]至少可以试探性地认为，依据共同第1条所包含之尽责要素（“保证尊重”），此项义务可视为具有强制性。无论如何，如果某一人道组织只有穿越某一特定国家的领土才能抵及其受益人，那么根据日内瓦四公约所依据之人道精神可知存在一项合理期待，即该国不得以有损于受益人的方式滥用其主权。若那些国家拒绝准许和便利救济的提供，则其实际上就会使人道需求无法得到满足，从而导致冲突各方的同意变得没有意义。

十一、第 3 款：特别协定

(一) 引言

841 共同第3条第3款鼓励冲突之各方订立协定，除适用共同第3条以外，适用日内瓦四公约中未正式适用于非国际性武装冲突的“其他规定”。从这一点来看，本款反映出，适用于此类冲突的基于条约的人道法颇具基本性。在这方面，应当牢记，即使非国际性武装冲突各方之间没有特别协定，习惯国际人道法也适用。

842 特别协定“可明确规定在此情况下可适用的法律（或超出已适用法律的一系列人道法的扩展规定），并可从当事方处获得维护该法的明确承诺”。[791]谈判缔

788 见《第一附加议定书》第70条第3款；另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则55的评注，第188～189页。
789 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则56。
790 见《第一附加议定书》第70条第2款至第3款以及关于第9条的评注，第1168段。
791 红十字国际委员会，《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》，第16页。

结特别协定的益处“不止于文件中所订立的正式条款，冲突各方聚在一起谈判协议本身就具有重要意义”。[792]

843 《关于保护文化财产的海牙公约》也鼓励非国际性武装冲突之各方“通过特别协议以实施〔该公约〕所有或部分其他条款”。[793]在国际性武装冲突中订立特别协定的可能性则规定于共同第6条（《日内瓦第四公约》第7条）。

（二）历史背景

844 为1949年外交会议起草公约草案期间，关于将人道法适用于非国际性武装冲突的初始提案之一是，此类冲突之各方“应受邀宣告其适用本公约之原则的意愿”。[794]该提案是利用特别协定使各公约所有规定对非国际性武装冲突之各方发生效力这一理念的起源。在外交会议期间，这种可能性几乎在当时所拟议的第2条第4款的各版草案背后都具有重要地位，[795]并最终得到保留成为共同第3条的第3款。

845 在非国际性武装冲突中利用此种协定的一个历史先例发生在西班牙内战期间（1936年至1939年），该协定的缔结并非基于任何条约规定，因为当时还不存在这方面的条约规定。在西班牙内战期间，冲突各方分别与红十字国际委员会订立协定，同意该组织在冲突期间提供人道服务。[796]

（三）讨论

846 共同第3条第3款规定“冲突之各方应进而努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力”。如作狭义解读，该款似乎表明，只有明确使一部或多部日内瓦公约的其他规定发生效力的协定才可视为特别协定，而涉及日内瓦四公约以外规定的协定则不被视为特别协定。不过，既然该规定旨在鼓励武装冲突之各方就一套保护不参加或不再参加敌对行动之人的全面规范达成一致，那么规定实施习惯国际人道法的特别协定，或者所涉规则比日内瓦四公约之规定更为宽泛，特别是包涵了《第一附加议定书》中规定的特别协定，可视为共同第3条所指的特别协定。此外，申明冲突各方不使用某类武器的协定，或者确认或建立关于敌对行动之开展的规则的协定，也可以构成特别协定。

792 同上注，第17页；另见Bell, p. 20。

793 《关于保护文化财产的海牙公约》（1954年）第19条第2款。此外，该条第4款还确认，订立此种协议不影响冲突各方的法律地位。

794 《1946年国家红会预备会议报告》，第15页。

795 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第120～127页。See also Siordet, pp. 198–200.

796 ‘Comité International: Guerre civile en Espagne’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 67, No. 409, 1936, pp. 758–759. 虽然冲突各方都同意红十字国际委员会提供人道服务，但在其他方面，两协议之间略有不同。

847 特别协定可承认已具可适用性的习惯法或条约义务，因此它们可以仅仅是宣告性的，特别协定也可为实施新的或既有的义务作出更详细的安排。重要的是，通过特别协定在各方之间发生效力的规定应有助于保护武装冲突受难者。事实上，许多类型的协定都可视为本条意义上的特别协定。此外在实践中，非国家武装团体和其他行为体曾采用诸多不同手段，表明其承诺尊重各项人道法规范。[797]

848 冲突之各方“应……努力”订立此类协定。因此，该项规定并非仅仅指出冲突各方可以订立此类协定，其更鼓励各方切实做出努力，使保护受难者并限制武装冲突所造成之苦难的义务产生效力。本条的法文版确认了该项敦促的紧迫性，其使用了“s’efforceront”（“力求”）一词。

849 共同第3条所指特别协定中最简单易明的情况是，非国家武装团体和与其交战的国家之间签署的协定，或两个相互交战的非国家武装团体之间签署的协定。实例包括，20世纪90年代前南斯拉夫境内武装冲突各方之间订立的协定，这些协定旨在使日内瓦四公约的诸多规定及附加议定书的若干规定产生效力。[798]其他此类协定包括：2001年哥伦比亚革命武装力量（Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia，FARC）与哥伦比亚政府之间订立的人道交换协议；[799]2004年订立的关于达尔富尔冲突的人道停火协定；[800]2006年尼泊尔政府与尼泊尔共产党（毛派）之间订立的停火行为守则；[801]以及1998年菲律宾尊重人权和国际人道法全面协定。[802]这些协定都是在正在进行的武装冲突的背景下订立的，旨在规范敌对行动、允许提供人道援助，或减轻冲突对居民的负面影响等。

850 如果某和平协定、停火协定或其他协定中包含某些条款，使来自日内瓦四公约和（或）其附加议定书的其他义务发生效力，那么该和平协定、停火协议或其他协定也可构成共同第3条意义上的特别协定，或者实施共同第3条的手段。在这方面，应当忆及，为终止敌对行动而订立的“和平协定”，可能包含来自其他人道法条约的规定，例如赦免依据战争法规和惯例开展行动的战斗人员、释放所有被俘人员或者承诺搜寻失踪人员。[803]如果此类协定包含来自人道法的规定，或是

797 见本评注第855～857段。

798 《克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国关于适用国际人道法的谅解备忘录》（1991年）；Jakovljevic, pp. 108–110.

799 Government-FARC Humanitarian Exchange Accord, 2 June 2001, available at https://www.c-r.org/accord.

800 《关于达尔富尔冲突的恩贾梅纳人道停火协定》（2004年）；另见附随的《关于在达尔富尔提供人道援助的恩贾梅纳议定书》（2004年）。

801 The Code of Conduct for Ceasefire agreed between the Government of Nepal and the CPN (Maoist), Gokarna, 25 May 2006.

802 《菲律宾尊重人权和国际人道法全面协议》（1998年）。

803 《第二附加议定书》第6条第5款：“在敌对行动结束时，当权当局对参加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，不论被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免。”另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则159。例如，见《关于利比里亚的科托努协定》（1993年）。但是，见《关于危地马拉人权的全面协议》（1994年）第9条第2款（“双方的这些声明不构成1949年日内瓦各公约第三条（共同）第二款第二项所说的特别协定。”）。

旨在实施冲突各方已承担的人道法义务，则这些协定或者相关规定（视情况而定）可构成共同第3条下的特别协定。鉴于敌对行动并不总是随着和平协议的缔结而终止，这一点尤为重要。

851 同样，协定可包含来自人权法的义务，并有助于人道法的实施。例如，它可旨在使公正审判的义务更为准确，或是以另一种方式借鉴国际人权法。[804]在某些情况下，人权法和人道法中的规则可能是一致的，因此，协定各方参考了来自哪一法律体系的规则并不重要。再次强调，此类协定中任何实施人道法或使其产生效力的规定都可构成共同第3条意义上的特别协定。

852 特别协定可能有多种不同的形式和格式。根据具体情况的不同，平行声明或者冲突各方与国家或者国际组织等第三方之间订立的“三角协定”也可以是特别协定。关键在于，各方表示同意尊重或实施人道法或履行特定义务。这可以通过经共同谈判且措辞体现受约束之意愿的平行声明来实现。[805]如果冲突之一方与一个人道组织订立了一项协定，允许该组织开展人道活动，那么这种协定就可能有助于该方实施其人道法义务或使四公约的其他规定发生效力，无论这些协定是否被视为共同第3条意义上的特别协定均如此。

853 如果一项协定是以书面形式订立的，可能更容易证明各方所作承诺的准确条款。实施广泛人道法义务的协定当然为此种情况。此外，例如，建立安全地带或医院地带的协定，或者规定司法保证的协定，应当以书面形式订立。[806]不过，在某些情况下，针对一个较小的问题，只要协定缔结方式使其可以信赖，则可能无须订立书面协定。因此，例如，对于一项明确允许进入相关地区提供人道救济的承诺，如果各方已商定并广而告之或者以其他方式进行了有效传达，则构成共同第3条意义上的特别协定。尽管如此，该协定仍应足够详尽，以便明确义务和期待。[807]

854 必须强调的是，即使各方只就数量更为有限的额外规定达成一致，他们也仍受到所有可适用的人道法规范的约束。此外，这类协定不得减损可适用的人道法，不得因此削弱该法提供的保护。这一结论来自对共同第3条约文的字面解读，

804 Marco Sassòli, ‘Possible Legal Mechanisms to Improve Compliance by Armed Groups with International Humanitarian Law and International Human Rights Law’, Paper presented at the Armed Groups Conference, Vancouver, 13–15 November 2003, p. 10. 关于协定中引入人权法义务的确认，Sivakumaran, 2012, pp. 131–132。另见《菲律宾尊重人权和国际人道法全面协议》（1998年）。

805 通常被引用的非国际性武装冲突中特别协定的历史先例之一，即红十字国际委员会和西班牙内战各方之间订立的特别协定，便是这种情况。更晚近的一个例子是，刚果民主共和国政府与非国家武装团体“3•23”运动于2013年12月平行发布的单方面声明：见联合国安全理事会：《秘书长关于〈刚果民主共和国和该区域的和平、安全与合作框架〉执行情况的报告》，2013年12月23日，联合国S/2013/773号文件，第3～11段。

806 例如，见关于《日内瓦第一公约》第23条的评注，以及关于《日内瓦第四公约》第14条的评注。

807 除了总体上详尽的协定所带来的益处外，值得重提的是，“仅仅了解国际人道法……不足以直接影响战斗员的行为”；红十字国际委员会，《战争中行为的根源》，第11页。

该条规定“冲突之各方最低限度应遵守”本条之规定。[808]共同第6条（《日内瓦第四公约》第7条）也采用了这一思路，其具体规定，国际性武装冲突中的特别协定不得对四公约所保护之人员的境遇有不利的影响，亦不得限制赋予他们的权利。

855 此外，还应指出的是，非国际性武装冲突各方时常与其他冲突方、其盟友以及国际组织订立协定。许多此类协定可构成共同第3条意义上的特别协定，但非全部。这项规定的目的在于鼓励非国际性武装冲突之各方就一套保护不参加或不再参加敌对行动之人的全面规范达成一致，并鼓励非国际性武装冲突之各方更好地履行既有义务。尽管在盟友之间而非冲突各方之间订立的关于实施习惯国际人道法的协定，或者包含比日内瓦四公约之规定更为宽泛的一套规范的协定并非共同第3条意义上的特别协定，但它们仍然是确保尊重人道法的有效手段，是值得欢迎的。

856 非国家武装团体和政府也曾与具备特殊专长的国际组织签署声明或协定，以促使该团体或国家承诺就某一具体问题改善其遵守情况。其中一些可解释为单边声明，而其他则可能是双边或多边协定。[809]例如，苏丹解放军一派曾与联合国儿基会签署了一份“行动计划”，“承诺停止招募并释放所有18岁以下儿童”。[810]联合国秘书长儿童与武装冲突问题特别代表办公室与大量其他非国家武装团体和国家签署过这种“行动计划”，旨在预防和（或）停止在武装冲突中使用或招募儿童的行为。[811]同样，非国家武装团体也曾与名为“日内瓦呼吁”（Geneva Call）的非政府组织签署承诺书，承诺在特定领域尊重人道法。[812]因此，为澄清冲突一方所负的人道法义务，无须在冲突各方之间作出明示的承诺。

808 此外，各方还不得减损习惯国际人道法下的义务，也不得在《第二附加议定书》可适用时减损其规定，或减损可适用于非国际性武装冲突的其他人道法条约。

809 ICRC, *Improving Compliance with International Humanitarian Law*, ICRC Expert Seminars, October 2003, p. 21; Roberts/Sivakumaran, p. 142.

810 联合国安全理事会：《安全理事会第1612（2005）号决议所设的儿童与武装冲突问题工作组活动年度报告（2007年7月1日至2008年6月30日）》，联合国S/2008/455号文件，2008年7月11日，附件，第11段c项。同样，中非共和国政府、民主力量团结联盟（Union des forces démocratiques pour le rassemblement, UDFR）和联合国儿基会之间于2007年6月签署了一份三方协定，“民主团结联盟在协议中同意隔离和释放与该武装团体有关系的所有儿童，并为这些儿童重返社会提供方便”；另见联合国大会：《儿童与武装冲突——秘书长的报告》，联合国A/63/785-S/2009/158号文件，2009年3月26日。后两份文件被引用于Bellal/Casey-Maslen, p. 190。

811 联合国大会：《儿童与武装冲突——秘书长的报告》，联合国A/66/782-S/2012/261号决议，2012年4月26日；《儿童与武装冲突——秘书长的报告》，联合国A/67/845-S/2013/245号决议，2013年5月15日（2013年7月30日重新引发）。另见联合国秘书长儿童与武装冲突问题特别代表办公室，与武装部队和武装团体的行动计划，载办公室网站：http://childrenandarmedconflict.un.org/our-work/action-plans/.

812 “日内瓦呼吁”有三项承诺书：《遵守全面禁止杀伤人员地雷的规定并在排雷行动中给予合作的承诺书》（Deed of Commitment for Adherence to a Total Ban on Anti-Personnel Mines and for Cooperation in Mine Action）；《保护儿童免受武装冲突影响的承诺书》（Deed of Commitment for the Protection of Children from the Effects of Armed Conflict）；以及《禁止武装冲突局势中的性暴力和消除性别歧视的承诺书》（Deed of Commitment for the Prohibition of Sexual Violence in Situations of Armed Conflict and towards the Elimination of Gender Discrimination），载“日内瓦呼吁”网站：http://www.genevacall.org/how-we-work/deed-of-commitment/。

857 事实上，非国家武装团体通过各种不同的机制承诺尊重人道法并不罕见。仅举几例，这些机制包括共同第3条规定的特别协定，以及单边声明、行为守则或签署“承诺书”或“行动计划”。[813]所有这些机制“使冲突方有机会做出‘明确承诺’，表明其遵守人道法的意愿或打算”，应当予以鼓励。[814]尤其是，如果这些机制详尽细致，而且同时为实施其中所包含之承诺做出了真诚而具体的努力，则它们可有效加强对人道法的尊重。[815]不过，如果没有任何此种承诺，也并不减损非国家武装团体遵守条约和习惯国际法的义务。

858 无论一方是否通过特别协定、单边声明或行为守则等其他承诺手段承担了额外的人道法义务，它都应当能够遵守其既已承担的义务。这确保了这些约定并非一纸空文，从而避免削弱对人道法的尊重。

859 公正的人道组织，如红十字国际委员会，可提议提供服务以便利特别协定的订立或者帮助实施这些协定。[816]虽然可能不存在订立特别协定的一般义务，但在某些情况下，它可能是尊重人道法既有义务的一项重要手段，例如有助于收集和照料伤者病者或者寻找失踪人员的下落。还需指出的是，如果某协定各方希望将特定的监控或监督职责委予第三方，它们应确保获得该实体承担相关职责的同意。

860 最后，值得重申的是，订立特别协定的能力与共同第3条第4款的规定密切相关，即“上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位”。因此不能推定，承认订立特别协定使日内瓦四公约中其他义务发生效力的能力，意味着对交战团体的承认，或以任何方式表明该协定的非国家当事方拥有完全的国际法律人格。[817]特别协定各方重申该协定不影响其法律地位的情况并不少见。[818]即使认为特别协定无

813 关于对此类承诺的列举，见Sivakumaran, 2012, pp. 143–151, 以及更一般而言pp. 107–152。See also ICRC, ‘A collection of codes of conduct issued by armed groups’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011. 关于单方面声明、行为守则和特别协定的例子，见由非政府组织“日内瓦呼吁”管理的数据库：http://theirwords.org/。See also Ewumbue-Monono, pp. 905–924; Veuthey, pp. 139–147; Roberts/Sivakumaran, pp. 107–152; 以及红十字国际委员会，《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》。这些参考资料提供了若干实例，说明订立特别协定所涉之内容的类型。

814 红十字国际委员会，《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》。《第二附加议定书》第38条草案还规定了作出单方面声明的可能性，该条款草案在外交会议总体缩减该议定书的过程中被删除；见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第IX卷，第245～246页，第45～50段。另见第27届红十字与红新月国际大会，第1号决议“通过宣言和行动计划”附件2：“2000～2003年行动计划”，第1.1.3段：“敦促非国际武装冲突中的有组织武装团体尊重国际人道法。呼吁他们宣布愿意尊重该法律并对其部队进行相关教导。”该决议中文译文载红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》，中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版。

815 红十字国际委员会，《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》；Sassòli 2010, p. 30; Roberts/Sivakumaran, pp. 126–134.

816 例如，红十字国际委员会参与了前南斯拉夫冲突中1991年至1992年多项协定的订立。另见共同第3条第2款，该款规定了公正的人道团体向冲突之各方提议提供服务的权利。

817 See van Steenberghe, pp. 51–65.

818 此外，“日内瓦呼吁”的标准承诺书中也包含一项具有该效力的规定。

法像国际条约那样优先于国内法，也不应援引国内法来阻碍实施冲突各方善意商定的特别协定。[819]

十二、第 4 款：冲突各方之法律地位

(一) 引言

861 本款至关重要，其确认，“上述规定之适用不影响冲突各方之法律地位”。它应对的是如下担忧：在非国际性武装冲突的情况下适用公约，即使是在非常有限的程度上予以适用，也可能妨碍合法政府对武装活动的合法镇压。这一规定绝对清楚地表明，本公约的目的具有纯粹的人道性质，其绝对无关乎各国内部事务，且仅旨在确保所有国家公认在任何地方、任何情况下都有效的基本人道规则受到尊重。

(二) 历史背景

862 本规定的起草历史简单明了。其在1947年红十字国际委员会召集的政府专家会议上被首次提出，并在仅有很少量修改的情况下，再得引入此后所有历版草案。[820]如果没有该款规定，无论是共同第3条，还是任何替代该条的其他条款，都不可能获得通过。但应重申的是，旨在适用于非国际性武装冲突的人道法的范围从缔约过程开始至结束发生了巨大变化。1949年外交会议上讨论的第2条第4款草案的最初建议文本是：

> 在一个或者多个缔约国领土内可能发生非国际性之武装冲突之所有场合，敌对之各方有义务执行本公约之规定。无论冲突各方法律地位如何，公约于此类情形下均应得适用，公约之适用亦不影响其法律地位。[821]

819 1969年《维也纳条约法公约》第3条规定，该公约不适用于“国家与其他国际法主体间所缔结之国际协定或此种其他国际法主体间之国际协定”（但同时承认上述协定的存在）。无论是否构成国际法上的条约，非国际性武装冲突之各方之间订立的特别协定或可创设国际法下的义务。前南刑庭认为，在其管辖范围内的冲突各方之间订立的特别协定中至少有一项具有约束力，并且用一位学者的话来说，“类似于条约”；针对苏丹解放运动（苏丹解放军）和正义与平等运动之间订立的协定，达尔富尔问题国际调查委员会得出了类似的结论；见Sivakumaran, 2012, p. 109。虽然前南刑庭审判庭在一个案件中将一项特别协定作为法律义务的渊源而作出有罪判决，但在上诉中，法庭更倾向于以习惯国际人道法作为同一义务的基础。See *Galić* Trial Judgment, 2003, and Appeal Judgment, 2006. 更常见的情况是，前南刑庭将这些协定用于证据目的；see Vierucci, 2011, p. 423. 在某些情况下，非国家武装团体与国家之间订立的协定虽然不被认为是国际法上的条约，但仍然“能够为协定各方创设有拘束力的国内法义务和权利”；SCSL, *Kallon and Kamara* Decision on Challenge to Jurisdiction, 2004, para. 49. 但是，该裁决曾受批评：Cassese, pp. 1134–1135. See also Colombia, Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-225/95*, Judgment, 1995, para. 17. 关于特别协定之地位的讨论，另见Vierucci, 2015, pp. 515–517。

820 《1947年政府专家会议报告》，第9页。

821 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第10页。

863 出于前述理由，外交会议上的各国代表未能同意在非国际性武装冲突中适用整个公约，而是制定了我们现在所知的共同第3条。[822]必须从这一角度来看待与会代表关于将人道法适用于非国际性武装冲突会引发某些后果的主张，尤其是这“似乎会赋予叛乱方以交战团体的地位，而叛乱方发动战争的权利不得受到承认”。[823]并非适用任何人道法规则都会造成问题，但在他们看来，适用整个法律体系则会产生问题。[824]

（三）讨论

864 本规定确认，适用共同第3条——或者，可能更准确地说是，一国承认共同第3条和习惯国际人道法义务适用于某涉及非国家武装团体的冲突——不构成合法政府对其敌对方有任何地位或权力的任何承认；它并未限制政府利用一切合法手段与非国家武装团体作战的权利；同时，政府有权根据其本国法律、按照符合适用于相关程序的任何其他国际法律义务的方式，对其敌对方所犯罪行予以起诉、审判和宣判，这一权利亦不受影响。[825]这一点同样适用于订立特别协定。的确，将共同第3条适用于非国际性武装冲突不会赋予非国家武装团体以交战团体的地位或者更多的权力。

865 尽管本款规定十分明确，但各国有时仍继续对某局势被归类为非国际性武装冲突持保留态度，这通常是因为其担心此种归类某种程度上会赋予非国家武装团体以某种法律上或政治上的地位或合法性。[826]可能还有一部分原因在于，国家不愿坐下来与被政府打上恐怖分子标签的非国家冲突方就某一特定问题进行谈判，或者就诸如冲突和平解决等更广泛的问题与非国家冲突法进行接触。重要的是，这并不一定是因为不愿适用和尊重人道法。[827]事实上，尽管各国可能出于各种理由继续否认非国际性武装冲突的存在，包括如果予以承认，将给予武装冲突的非国家冲突方以合法性，但目前适用人道法并不改变冲突各方之地位的原则已广为接受。[828]

822 详见第二部分。

823 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第10页。

824 各国尤其关心战俘身份的适用；同上注，第10～11页。因此，适用人道法不影响各方法律地位的事实必须结合交战团体的地位在狭义上予以理解，而不是非国家武装团体的国际法律人格存在与否的更广泛问题。关于这一争论，见Moir, pp. 65–66。

825 不过，见《第二附加议定书》第6条第5款，它敦促当权当局在敌对行动结束时，“对参加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，不论被拘禁或被拘留，应给以尽可能最广泛的赦免”。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则159。

826 英国《武装冲突法手册》（2004年），第15.3.1段；Fleck, pp. 589–591, para. 1202.

827 Sivakumaran, 2012, pp. 209 and 546–549.

828 在1980年《常规武器公约》及其他人道法条约的语境下，也有类似规定得以采纳。见《关于保护文化财产的海牙公约》（1954年）第19条第4款；《常规武器公约经修正之第二号议定书》（1996年）第1条第6款；《关于保护文化财产的海牙公约第二议定书》（1999年）第22条第6款；以及《1980年〈常规武器

866 本规定确认，尽管人道法针对冲突各方应给予其权力下之人何种待遇方面规定了同等的权利和义务，但该法并不赋予属于冲突方的非国家武装团体以合法性。

867 此外，本规定有助于强调，由于国际人道法是基于事实而适用的，不论一国是否将某一非国家武装团体的成员界定为“恐怖分子”或将其活动界定为“恐怖主义活动”，只要适用条件得以满足，人道法即可适用。

868 对于被一国打上“恐怖分子”标签的团体，如果不承认其可以成为人道法意义上的非国际性武装冲突之一方，可能会导致该非国家武装团体失去遵守国际人道法之动力。这反过来又会降低人道法发挥其保护性作用的能力。人道法力图保护平民和所有不直接参加敌对行动的人；其在某种程度上通过使冲突各方承担区分平民、民用物体与军事目标的义务来实现这一目的。

869 自1949年提出共同第3条至今，有一个事实从未发生改变，即人道法对非国际性武装冲突局势的可适用性并不影响非国家武装团体的法律地位，也不会增强其合法性。这一点在今天仍和当时一样至关重要，因为任何其他解释几乎都不可避免地会导致各国否认共同第3条的可适用性，从而妨碍其人道目标的实现。

十三、刑事方面和遵约机制

（一）引言

870 共同第3条缺乏各公约所包含的适用于国际性武装冲突的遵约机制，例如保护国、和解程序和调查程序。最重要的是，该条没有规定个人违反其条款时的刑事责任。不过，在过去的几十年里，无论协定国际法还是习惯国际法都有了显著发展，填补了其中某些空白。

（二）非国际性武装冲突中的个人刑事责任

871 1949年外交会议仅简要讨论了违反共同第3条的个人刑事责任问题。有些国家希望共同第3条能包含各国将违反本条的行为视为战争罪的可能性。[829]这主要是那些支持1949年各公约大部分规定适用于非国际性武装冲突的国家。不过，当时大部分国家都否决了这项提议。[830]多数派的观点是，除了第3条，日内瓦四公约的规

公约〉第一条修正案》（2001年）第1条第6款。另见哥伦比亚宪法法院关于遵守《第二附加议定书》的意见：*Constitutional Case No. C-225/95*, Judgment, 1995, para.15。

829 意大利代表团表达了这种观点；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第49页。

830 See La Haye, 2008, p. 133.

定不适用于非国际性武装冲突。[831]同样，1949年外交会议期间关于严重破约之规定的讨论也表明，这些规定在非国际性武装冲突中的适用不在设想之中。[832]

872 起诉严重违反共同第3条的个人，被留予各国依据其各自的国内刑法典自行决定。这一情况在20世纪90年代以前很少发生。[833]1993年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》和1994年《卢旺达问题国际刑事法庭规约》的通过是承认非国际性武装冲突中个人刑事责任的转折点，包括严重违反共同第3条的个人刑事责任。联合国安理会促成建立这些法庭的辩论体现出国家实践的变化，因为安理会若干成员认为，《前南刑庭规约》第3条，在违反战争法或惯例方面，应理解为包括：

> 行为当时前南斯拉夫领土上遵行的各人道主义法协定，包括1949年《日内瓦公约》第3共同条款和1977年《日内瓦公约附加议定书》所载的各项义务。[834]

873 前南刑庭上诉庭将《前南刑庭规约》第3条解释为“一项涵盖所有违反人道法行为的一般条款”，具体包括严重违反共同第3条以及其他可适用于非国际性武装冲突之习惯法规则的行为。[835]上诉庭认定：

> 根据习惯国际法，严重违反共同第3条应负刑事责任，该条由关于保护国内武装冲突受难者的其他一般原则和规则予以补充，违反关于国内动乱中战斗手段和方法的某些基本原则和规则，也应负刑事责任。[836]

874 《卢旺达刑庭规约》是首份将严重违反共同第3条的行为定为犯罪的国际文书。[837]1998年，尽管有一小部分国家反对，[838]但绝大多数国家支持将非国际性武

831 见关于在共同第3条的讨论期间特别委员会报告员博拉先生（Mr. Bolla）表达的观点：“特别委员会发表了明确的意见，各公约之规定原则上不适用于内战，且只有被明文提及的某些规定才可适用于此类冲突。”《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第36～37页。

832 例如，见联合委员会之特别委员会起草的第四次报告，其中已表明，严重破约制度仅适用于国际性武装冲突中最严重的违反公约的行为；同上注，第114～118页。

833 关于缺少对严重违反共同第3条的国内起诉，见Perna, pp. 139–143。

834 联合国安理会美国代表的发言，《第三二一七次会议临时逐字记录》，联合国S/PV.3217号文件，1993年5月25日，第8页。另见法国的发言，第6页（“法国认为，《前南刑庭规约》第3条中使用的‘战争法或惯例’的表述特别涵盖由犯罪之时在前南斯拉夫领土上实行的各种人道主义法协定而产生的所有义务”），以及英国的发言，第10页。

835 ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 89.

836 *Ibid*. para. 134. 卢旺达刑庭审判庭在“阿卡耶苏”案中也采这些结论，法庭认为：“很明显，这些骇人听闻的违反行为的元凶必须为其所作所为承担个人刑事责任……因此，本庭得出的结论是，作为习惯国际法，违反这些规范会导致行为人承担个人责任。”*Akayesu* Trial Judgment, 1998, paras 616–617.

837 见联合国安全理事会：《秘书长按照安全理事会第955（1994）号决议第5段提出的报告》，联合国S/1995/134号报告，1995年2月13日，第12段，指出“〔卢旺达刑庭〕规约……首次将违反日内瓦四公约的共同第3条的行为定为罪行”。有趣的是，在1994年《卢旺达刑庭规约》通过之时，联合国人权委员会关于卢旺达人权情况的特别报告员报告称：“所指控的许多事实，如暗杀、政治谋杀、处决人质以及冲突双方的军事力量对平民或解除武装的军人犯下的其他不人道行为，均构成了战争罪，直接违反了1949年8月12日日内瓦四公约及其共同第3条，卢旺达亦批准了这些公约。”见人权委员会：《关于卢旺达人权情况的报告》，联合国E/CN.4/1995/7号文件，1994年6月28日，第54段。

838 例如，见1998年6月18日印度向联合国全体委员会所作发言（the statement made by India to the UN Com-

装冲突中的战争罪，尤其是严重违反共同第3条的行为，纳入国际刑事法院的属事管辖范围。[839]因此，《国际刑事法院规约》包含了对非国际性武装冲突中战争罪的重要列举，包括严重违反共同第3条的行为。[840]

875 现今，关于非国际性武装冲突中战争罪的个人刑事责任原则已成为习惯国际法的一部分。大量国内法，包括国际刑事法院的实施性立法和刑法典以及军事手册，都将严重违反共同第3条定为战争罪。在安理会上或在《国际刑事法院规约》缔约谈判期间，各国所作的大量单方发言表明，对大多数国家而言，相关实践伴随着坚定的确信，即应对犯有严重违反共同第3条之行为之人追究刑事责任。[841]

876 承认严重违反共同第3条构成战争罪，既为国际法院和法庭，也为国内法院起诉被控行为人开辟了新的途径。前南刑庭、卢旺达刑庭、国际刑事法院、塞拉利昂问题特别法庭和伊拉克特别法庭等若干国际法院和法庭已得设立，以起诉被控犯有严重违反共同第3条之人，以及被控犯有其他国际罪行之人。

877 犯罪行为发生地国、受害人国籍国或者行为人国籍国的法院都可以起诉被指控的行为人。在非国际性武装冲突中，这三类可能的国家大多是同一国家，即领土所属国。领土所属国的国内法院，在正常运作的情况下，似乎是处理这类案件的最佳平台。它们能够直接获取证据和证人，并且熟知当地习俗和地理情况。它们的判决兼具实际和象征意义：受害人能够看到正义得以伸张，对和解有积极影响，同时还可对未来的犯罪行为产生威慑作用。[842]不过，政府并不总会寻求这种解决方案；当权者可能会庇护犯罪嫌疑人，或者其本身就是战争罪的行为人，或是通过关于赦免的法律。即使愿意予以起诉，政府也可能缺乏进行公正审判所需的财政、技术或人力资源。[843]

mittee of the Whole on 18 June 1998），印度主张“只要主权国家存在，对国际性和非国际性武装冲突就不可能有相似的处理结构”。联合国全体委员会：《第5次会议简要记录》，联合国A/CONF.183/C.1/SR.5号文件，1998年11月20日，第9页。

839 例如，见1998年6月18日孟加拉国的发言：“〔孟加拉国〕坚决支持全面实施1949年日内瓦四公约的共同第3条。从普遍和平与安全的观点来看，国际性冲突与非国际性冲突之间的区别越来越没有意义。”联合国设立国际刑事法院全权代表外交会议：《第7次全体会议简要记录》，联合国A/CONF.183/SR.7号文件，1999年1月25日，第3页。在另外一个场合，美国代表表示：“美国坚信，严重违反共同第3条所反映之基本习惯规范的行为应当是国际刑事法院关于非国际性武装冲突之属事管辖权的核心。……美国敦促，应当有一节……涵盖关于非国际性武装冲突中敌对行动之开展的其他规则。”美国驻国际刑事法院设立筹备委员会代表的发言，1998年3月23日，载网站：http://www.amicc.org/docs/USDel3_23_98.pdf。更多实例和分析，见La Haye, 2008, pp. 162–164。

840 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第3项，涉及严重违反共同第3条的行为，以及第8条第2款第5项，列举了严重违反适用于非国际性武装冲突的法规和惯例的其他行为。

841 关于对该问题的详细研究以及该原则习惯规则地位的确立，见La Haye, 2008, pp. 131–251。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则151和156；Moir, pp. 233–235; and Sivakumaran, 2012, pp. 475–478.

842 在曾遭受非国际性武装冲突荼毒的国家中存在若干国内起诉的先例，例如波黑、克罗地亚、埃塞尔比亚、科索沃和卢旺达。关于国内起诉的概述，见La Haye, 2008, pp. 256–270。关于在波黑进行的大量起诉，见波黑法院网站：http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e。

843 See La Haye, 2008, p. 216; Morris, pp. 29–39; and Blewitt, pp. 298–300.

878 严重破约制度尚未延伸适用于严重违反共同第3条的行为。因此，各国没有义务依据日内瓦四公约搜捕被控犯有这些严重违法行为之人，无论其国籍如何，也没有义务将其送交本国法院。[844]不过，习惯法所承认的是，各国有权授权其国内法院对战争罪，包括严重违反共同第3条的行为，行使普遍管辖权。[845]

879 此外，各国有义务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起诉。[846]这项习惯法义务在国际性和非国际性武装冲突中均适用。

880 截止2015年，在过去的60年中，据报似乎仅有17个国内法院或法庭对战争罪的行为人行使普遍管辖权的案件。[847]值得注意的是，这些案例绝大多数发生在过去20年中且与非国际性武装冲突中发生的事件有关。基于普遍管辖权的国内起诉数量有限，有多种因素可予以解释。基于普遍管辖权进行起诉的可能性通常取决于被控行为人出现在愿意且能够对其行使管辖权的一国境内。一些基于普遍管辖权的起诉曾面临无法克服的举证难题。获取证据和证人，以及取得犯罪发生地国当局的合作，可能十分困难。第三国国内法院与涉嫌犯罪之行为的时间和地点之间的距离对起诉工作非常不利，可能因缺乏证据而导致作出无罪判决。[848]最后，这类起诉对于实施诉讼的国家来说可能十分昂贵。尽管如此，在犯罪发生地国没有进行起诉的情况下，由其他国家的国内法院予以起诉可能会是一个重要的替代方案，同时也是对国际法院或法庭起诉机制的必要补充。[849]

（三）严重违反共同第 3 条作为战争罪

881 实施共同第3条第1款甲项至丁项所列之违禁行为已被认定会引发非国际性武装冲突中行为人的个人刑事责任。谋杀、残伤肢体、虐待、酷刑、扣留人质、损害个人尊严以及拒不提供公正审判，都已作为非国际性武装冲突中的战争罪，被明文规定在卢旺达刑庭、国际刑事法院和塞拉利昂问题特别法庭的规约之中。[850]

844 见关于第49条的评注第七节中对这个问题的讨论。

845 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则157。关于该规则习惯法性质的相反观点，见John B. Bellinger III and William J. Haynes II, 'A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study *Customary International Humanitarian Law*', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 443–471；但是，见Jean-Marie Henckaerts, '*Customary International Humanitarian Law*: a Response to US Comments', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 473–488。

846 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则158。另外注意1998年《国际刑事法院规约》的序言，其忆及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

847 关于这些案件的概况，见ICRC, *Preventing and repressing international crimes*, Vol. II, pp. 123–131, 以及红十字国际委员会，国际人道法的国内实施数据库：https://www.icrc.org/ihl-nat。

848 关于国内起诉的一些实例，见La Haye, 2008, pp. 243–256。

849 See *ibid*. pp. 270–273.

850 见《卢旺达刑庭规约》（1994年）第4条a项至g项；《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第3项；《塞拉利昂特别法庭规约》（2002年）第3条a项至g项。

此外，上述行为还作为严重违反战争法和惯例的行为，在《前南刑庭规约》第3条下受到起诉。这些受禁止的行为也在大量国内法中被规定为战争罪或严重违反人道法的行为。[851]

882 《国际刑事法院犯罪要件》并未基于武装冲突的性质对这些犯罪行为作出区分。[852]同样，各国际刑事法庭也对这些行为适用了相同的犯罪要件，无论它们是在国际性还是非国际性武装冲突中实施的。[853]

883 适用于非国际性武装冲突的战争罪远不止共同第3条第1款所列举的受禁止之行为。共同第3条的列举由《国际刑事法院规约》第8条第2款第5项列明的罪行以及条约或习惯法认可的其他罪行所补充。[854]

884 至于禁止“对生命与人身施以暴力”，《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项第1目重申了共同第3条，将“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”列为该规约项下非国际性武装冲突中的战争罪。不过，2002年国际刑事法院缔约国大会没有通过关于对生命与人身施以暴力的犯罪要件，而只是针对谋杀、残伤肢体、虐待及酷刑的具体犯罪制定了犯罪要件。这表明，缔约国大会无意根据《国际刑事法院规约》就对生命与人身施以暴力的指控本身进行起诉。

885 此外，前南刑庭于2002年的一项判决就对生命与人身施以暴力之战争罪采取了谨慎的态度。在“瓦西列维奇”案中，鉴于罪刑法定原则——该原则特别要求，刑法规定须足够“确切以确定行为并区分罪与非罪”[855]，审判庭驳回了“对生命与人身施以暴力”的战争罪指控，而认定被告人犯有具体的谋杀之战争罪。[856]

886 因此，就国际刑法而言，关于“对生命与人身施以暴力”的战争罪很可能尚未发展出一个足够精确的定义。[857]但这不影响共同第3条从根本上禁止对生命与人

851 有关这些法律的详细内容，见红十字国际委员会：“习惯国际人道法”，关于第89条（谋杀）、第90条（酷刑、虐待和损害个人尊严）、第92条（残伤肢体）、第96条（扣留人质）和第100条（拒绝公正审判）的实践，第五部分，载国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v2_rul。

852 适用于国际性和非国际性武装冲突的战争罪之间唯一的区别源自相关受害者的性质：非国际性武装冲突中的战争罪针对受共同第3条保护的人实施，而国际性武装冲突中的战争罪针对受日内瓦四公约保护的人实施。

853 关于大多数此类犯罪涉及刑法方面的更多详细内容，见关于第50条的评注，第四部分。

854 尤其见，亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则156的评注，第563～569页。

855 See ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 193.

856 See *ibid*. paras 193–204 and 307–308. 关于不同的观点，见ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, pp. 267–269, 该审判庭判决对生命与人身施以暴力之战争罪成立（后来在上诉阶段被推翻）。在“科尔迪奇（*Kordić*）”案和“切尔凯兹（*Čerkez*）”案的判决中，前南刑庭审判庭同意在“布拉什基奇（*Blaškić*）”案中使用的关于对生命与人身施以暴力之战争罪的描述；不过，考虑到同时进行的“故意造成重大痛苦”和“不人道待遇”之战争罪的指控对于未造成受害人死亡的行为来说更加确切，法庭没有就对生命与人身施以暴力进行定罪；see *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, paras 260 and 821.

857 沿着相同的思路，例如，见SCSL, *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 145, 其参考了ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002。

身施以暴力的行为。人道法的禁止性规定与违反这些规定是否会产生国际刑法上的后果无关。

887 关于残伤肢体之战争罪，《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项第1目将残伤肢体列为严重违反共同第3条的行为，而第8条第2款第5项第11目则将其列为严重违反非国际性武装冲突中战争法规和惯例的行为。《国际刑事法院犯罪要件》区分了这两种犯罪行为。当残伤肢体为严重违反共同第3条的行为时，无须证明该行为造成受害人死亡或严重危及其身心健康，而对于违反战争法规和惯例而言，则需要此类证据。塞拉利昂问题特别法庭审判分庭也已确认，该要件不适用于严重违反共同第3条的残伤肢体行为。[858]

888 各国选择只将共同第3条第1款甲项至丙项所列之受禁止之行为定为犯罪对于本条所载之其他义务的效力并无影响，包括其首要义务：对不实际参加或不再实际参加敌对行动之人予以人道待遇，不得基于种族、肤色、宗教或信仰、性别、出身或财力或其他类似标准而有所歧视。

（四）违反共同第 3 条的国家责任

889 就像违反日内瓦四公约的任何情况一样，根据国家责任之规则，违反共同第3条的缔约国可能会承担责任。[859]在一些人权案例中，有些国家曾被认定违反了共同第3条。[860]如果非国家武装团体的行为可归于相关国家，该国还可能要为此类行为负责。[861]例如，如果该武装团体事实上按照该国的指示或在其指挥下行事，就将出现这种情况。

890 如果武装团体成为一个国家的新政府或者一个新国家的政府，那么也可引发武装团体违反共同第3条的责任。在这些情况下，该武装团体的行为将依据国际法被视为该国的行为。[862]

891 若一个非国家武装团体没有成功变成新政府或一个新国家的政府，该非国际性武装冲突之国家一方就不用为非国家武装团体违反共同第3条的行为承担任何责任。[863]

858 SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 725; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 182.

859 见《国家责任条款草案》（2001年）第1条和第4条；亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则149的评注，第500～505页；以及Dinstein, 2014, pp. 116–126。

860 See Inter-American Commission on Human Rights, *Case 10.480 (El Salvador)*, Report, 1999, para. 82; *Case 10.548 (Peru)*, Report, 1997, para. 88; and *Case 11.142 (Colombia)*, Report, 1997, para. 202; 所有这三个案例均引用于Sivakumaran, 2015, p. 429, fn. 62。

861 见《国家责任条款草案》（2001年）第8条，以及亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则149的评注，第502～505页。

862 见《国家责任条款草案》（2001年）第10条。See also Dinstein, 2014, pp. 126–130.

863 某一国若未能采取可用的步骤以保护如中立国外交使团的房地，就可能产生国家责任（见《国家责任条款草案》（2001年），关于第10条的评注，第89页，第15段），但它不会为某一非国家武装团体违反共同第3条的行为承担责任。

892 至于一个非国家武装团体本身作为一个实体是否应为该团体成员实施的行为承担责任，国际法尚不清晰。[864]

（五）预防措施和对遵约情况的监督

1. 预防措施

893 日内瓦四公约包含非国际性武装冲突之各方应落实的诸多措施以加强对共同第3条的尊重并预防或制止违反行为。

894 共同第3条没有规定传播该规定之内容的义务。不过，《日内瓦第一公约》第47条规定了尽量广泛“传播本公约之约文”的义务，其中就包括共同第3条。[865]向一国武装部队和广大公众普及可适用于非国际性武装冲突之法律的内容，是确保有效适用该法以及共同第3条之规定得以遵守的重要措施。[866]

895 既然第47条所包含的传播义务也涵盖共同第3条，各缔约国在和平时期就已经有义务将研习共同第3条纳入军事教育计划中，并如可能时纳入公民教育计划中。[867]传播的方法交由各缔约国自行决定。[868]使全体居民熟悉共同第3条的内容，有助于在爆发非国际性武装冲突之时，创造一个有益于尊重人道法的环境。

896 实践表明，一旦一国发生非国际性武装冲突，包括共同第3条在内的人道法的传播和教育，也可以由缔约国以外的实体进行，例如红十字国际委员会和非政府组织。[869]在国家以及非国家冲突方的武装部队中配备法律顾问也会在这类冲突中加强对人道法的尊重。同样，由于各国有义务调查战争罪并起诉嫌疑人，[870]它们应在国内立法所列举的战争罪中包括严重违反共同第3条的行为。

897 提高非国家武装团体对人道法的认识、针对如何尊重人道法对其成员进行培训，以及在刑事制裁的同时实施纪律制裁，这些措施都能在促进这类团体遵守共同第3条方面发挥至关重要的作用。[871]

864 关于这一问题的分析，见Zegveld, and Annyssa Bellal, ‘Establishing the Direct Responsibility of Non-State Armed Groups for Violations of International Norms: Issues of Attribution’, in Noemi Gal-Or, Math Noortmann and Cedric Ryngaert (eds), *Responsibilities of the Non-State Actor in Armed Conflict and the Market Place: Theoretical Considerations and Empirical Findings*, Brill, Leiden, 2015, pp. 304–322。

865 另见关于第47条的评注，第2769段；Sivakumaran, 2012, p. 431; Moir, p. 243; 以及Draper, p. 27。

866 另见《第二附加议定书》第19条，其规定：“本议定书应尽可能广泛地予以传播。”

867 更多相关详细内容，见关于第47条的评注。

868 传统上，传播通过命令、教育课程或颁布手册来进行，但也可以采取其他手段，例如绘画、图片或漫画书，以及广播或电视节目；见Sivakumaran, 2012, pp. 433–434。

869 在这个领域特别活跃的一个非政府组织是“日内瓦呼吁”；见Sivakumaran, 2012, pp. 434–436。另见联合国安全理事会：《秘书长提交安全理事会关于武装冲突中保护平民的报告》，联合国S/2001/331号文件，2001年3月30日，建议10，第9～10页。

870 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则158。另外注意1998年《国际刑事法院规约》的序言，其忆及“各国有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”。

871 更多相关详细内容，见Sassòli, 2010; La Rosa/Wuerzner; and Bellal/Casey-Maslen。

898 共同第1条呼吁各国在一切情况下尊重日内瓦四公约并保证四公约之被尊重。这一措辞涵盖了可适用于国际性和非国际性武装冲突的规定。[872]“保证尊重”共同第3条的措施可能包括：第三国对违反共同第3条的冲突各方施加外交压力、公开谴责违反共同第3条的行为，以及采取旨在确保共同第3条得到遵守的任何其他措施。[873]

899 共同第3条对非国际性武装冲突之各方均有拘束力，从该条中可得出结论，非国家武装团体有义务“尊重”其中所包含的各项保障。[874]此外，这类武装团体还必须“保证”其成员以及代表其行事的个人或团体“尊重”共同第3条。[875]这源自如下要求：武装团体具有组织性且有负责任之统率，而该统率必须保证人道法之被尊重。这也是习惯国际法的一部分。[876]

2. 对遵约情况的监督

900 共同第3条缺乏有助于确保非国际性武装冲突各方遵守其规定的手段。[877]作为日内瓦四公约一部分的遵约机制，例如设立保护国[878]以及建立调查程序或和解程序[879]，均仅适用于国际性武装冲突。[880]不过，非国际性武装冲突之各方可依据第3条第3款订立特别协定，在非国际性武装冲突中使用这些遵约机制或其他机制。[881]

872 更多相关详细内容，见关于共同第1条的评注，第125段。

873 对各国保证四公约被尊重可采用之措施的详细讨论，见上注，第146、150～151和、181段。See also Moir, pp. 245–250.

874 关于共同第3条对非国际性武装冲突所有各方均有拘束力的更多详细内容，见第505～508段。

875 见关于共同第1条的评注，第132段。至于某些工具，例如，见红十字国际委员会，《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》，以及Sandesh Sivakumaran, ‘Implementing humanitarian norms through non-State armed groups’, in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, Cambridge University Press, 2015, pp. 125–146。

876 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则139，及其评注（亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，第469～470页）。

877 See 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2011, Res. 1, Strengthening legal protection for victims of armed conflict.

878 见关于第8条和第10条的评注。

879 见关于第11条和第52条的评注。

880 或可主张，在有违反共同第3条的情况下可适用第52条（调查程序），因为第52条在其约文中提到“关于任何被控违反本公约的行为之调查”。

881 关于特别协定的更多详细内容，见第十一部分。关于非国际性武装冲突各方在相关时间曾考虑使用调查程序的例子，见《克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国关于适用国际人道法的谅解备忘录》（1991年）第12条，引用于Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 1713–1717：

> 12. 请求调查。
>
> 1. 如果红十字国际委员会被要求展开调查，它可进行斡旋以在其机构之外根据其原则设立一个调查委员会。
>
> 2. 红十字国际委员会只有在与有关各方达成一般协定或专门协定的情况下，才会参与设立此类委员会。

另见一些单方面声明，例如“日内瓦呼吁”的“遵守全面禁止杀伤人员地雷的规定并在排雷行动中给予合作的承诺书”，有超过30个非国家武装团体签署，其中第3条规定了监督与核查手段。

901 1991年根据《第一附加议定书》第90条建立的国际人道实况调查委员会（International Humanitarian Fact-Finding Commission，IHFFC），有权对被控为严重破坏或其他严重违反日内瓦四公约或《第一附加议定书》的行为进行调查。其职权受《第一附加议定书》的适用范围制约。[882]不过，一些学者曾表示，议定书第90条第2款第3项第1目的措辞可包含严重违反共同第3条的行为。[883]委员会自身也表达了“只要冲突各方同意，对被控违反人道法的行为，包括那些发生在非国际性武装冲突中的行为，进行调查的意愿”。[884]在调查开始之前，国际人道实况调查委员会需得到非国际性武装冲突之各方的同意。这种情况迄今为止尚未发生。[885]

902 在非国际性武装冲突中加强对人道法的遵守也曾得益于其他组织的帮助。尤其是，共同第3条赋予公正的人道团体，如红十字国际委员会，向此类冲突之各方提议提供服务的权利。[886]在从事保护活动时，红十字国际委员会力图防止违反行为的发生并寻求确保非国际性武装冲突之各方停止可能发生的任何违反行为。[887]在开展这些活动时，红十字国际委员会力图与武装冲突各方进行双边对话，旨在劝说对违反行为负责之人改变其行为并履行其义务。[888]在与所有冲突方接触时，红十字国际委员会也发表关于尊重人道法的公开声明和呼吁，提供培训和能力建设，并帮助将人道法融入公务、法律、教育和作战课程。[889]

882 See Bothe/Partsch/Solf, p. 543; Françoise J. Hampson, ‘Fact-Finding and the International Fact-Finding Commission’, in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds), *Armed Conflict and the New Law, Vol. II, Effecting Compliance*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, p. 76; Heike Spieker, ‘International (Humanitarian) Fact-Finding Commission’, version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL; and Pfanner, p. 299.

883 See Sivakumaran, 2012, pp. 459–462; Luigi Condorelli, ‘La Commission internationale humanitaire d’établissement des faits : un outil obsolète ou un moyen utile de mise en œuvre du droit international humanitaire ?’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 83, No. 842, June 2001, pp. 393–406, at 401; and Aly Mokhtar, ‘To Be or Not to Be: The International Humanitarian Fact-Finding Commission’, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. XII, 2002, pp. 69–94, at 90.

884 International Humanitarian Fact-Finding Commission (IHFFC), Report of the International Fact-Finding Commission 1991–1996, Bern, 1996, p. 2. See also Report on the work of the IHFFC on the Occasion of its 20th Anniversary, Bern, 2011, pp. 15, 17, 19 and 28.

885 See Sivakumaran, 2012, p. 461.

886 更多相关详细内容，见第十部分。

887 这样做是为了推动1986年《国际红十字与红新月运动章程》第5条第2款规定的红十字国际委员会的职责，其中规定红十字国际委员会的职责包括为“忠实执行……国际人道法”以及为“了解和传播……国际人道法知识”而努力。关于保护活动的讨论，见第814～818段。

888 原则上，这种对话是保密的。除了在某些严格界定的情况下，红十字国际委员会不会公开谴责应为违反人道法的行为负责的当局；见‘Action by the ICRC in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400。

889 关于红十字国际委员会接触武装团体的更多详细内容，例如，见红十字国际委员会，《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》，以及Sivakumaran, 2012, pp. 467–472。

903 其他组织的工作，例如联合国，也有助于在非国际性武装冲突中增强对人道法的尊重。[890]安理会长期呼吁非国际性武装冲突之各方尊重人道法，谴责严重的违反行为并提醒各方履行起诉这类违反行为实施者的义务。[891]安理会建立了实况调查团来调查非国际性武装冲突中违反人道法和人权法的行为，它还根据第1612（2005）号决议，针对儿童与武装冲突建立了创新性的监测和报告机制。[892]联合国的人权机制也力图确保人道法在非国际性武装冲突中得到更好的尊重，尤其是从其特别程序机制的角度思考人道法问题或者在某些情况下建立调查委员会。[893]

（六）非国际性武装冲突中交战报复的概念

904 交战报复是指在国际性武装冲突中，冲突之一方针对一敌对方违反人道法的行为而采取的应对措施。这种措施旨在制止违反行为并促使该敌对方遵守人道法。这些措施如果不是由受害国针对责任国实施的国际不法行为所采取的，则属于违反国际法的行为。[894]在不受国际法禁止的情况下，在国际性武装冲突中使用交战报复受到严格的条件限制。[895]

905 共同第3条和《第二附加议定书》均未提及非国际性武装冲突中的交战报复问题。红十字国际委员会认为，没有充分的证据证明，非国际性武装冲突中交战报

890 一般地，见David S. Weissbrodt, 'The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflict', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 21, 1988, pp. 313–365。

891 关于1989年以来联合国安理会在这个领域的工作概况，见La Haye, 2008, pp. 166–167. See also Sivakumaran, 2012, pp. 465–466, and Stephen M. Schwebel, 'The Roles of the Security Council and the International Court of Justice in the Application of International Humanitarian Law', *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 27, No. 4, 1995, pp. 731–759. 一个例子是，联合国安理会向国际刑事法院提交了达尔富尔和利比亚情势。

892 联合国安理会已在布隆迪、达尔富尔（苏丹）、卢旺达、前南斯拉夫和其他地方建立了许多实况调查团。关于在武装冲突中针对儿童的严重违反行为的监测和报告机制，相关信息见联合国网站：https://childrenandarmedconflict.un.org/。

893 例如，见人权理事会2011年4月29日第S-16/1号决议：以最近发生的事件看阿拉伯叙利亚共和国的人权现状，联合国人权高专据该决议中的请求建立了一个实况调查团，来调查被控在叙利亚境内实施的违反国际人权法和人道法的行为。See also Sivakumaran, 2012, p. 467; Daniel O'Donnell, 'Trends in the application of international humanitarian law by United Nations human rights mechanisms', *International Review of the Red Cross*, Vol. 38, Special Issue No. 324, September 1998, pp. 481–503; Theo C. van Boven, 'Reliance on norms of humanitarian law by United Nations' organs', in Astrid J.M. Delissen and Gerard J. Tanja (eds), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead: Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 495–513; and Fanny Martin, 'Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l'homme', *Droits fondamentaux*, No. 1, July–December 2001, pp. 119–148.

894 更多相关详细内容，见关于第46条的评注，第一节。

895 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则145。更多相关详细内容，见关于第46条的评注，第2731～2732段。

复的概念曾在国际法中成为现实。[896]在历史上，阐释报复之目的以及诉诸报复之条件的实践仅涉及国家间关系。[897]在《第二附加议定书》的谈判期间，许多国家都认为，报复概念本身在非国际武装冲突中没有一席之地。[898]将交战报复的概念延伸至非国际性武装冲突可能给予非国家武装团体以国际法上的法律地位或合法性[899]，也会给予这类团体针对国家进行交战报复的权利，而所有这些国家都不愿意给予此种权利。[900]许多军事手册都没有将这个概念适用于非国际性武装冲突，而是将交战报复定义为一国针对另一国的一种执行措施。[901]此外，在过去的60年里，似乎没有国家在非国际性武装冲突中实际诉诸报复的记录。[902]在非国际性武装冲突中被控实施的所谓“报复”的行为已遭到谴责，而且保护平民与丧失战斗力之人的重要性也得到强调。[903]鉴于这些考虑因素，《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》得出的结论是，根据习惯国际法，非国际性武装冲突之各方没有诉诸交战报复的权利。[904]

906 不过，一些学者坚信，交战报复是一个向非国际性武装冲突之各方开放的手段，这是此类冲突方受人道法初级规范约束的必然结果。[905]前南刑庭某些审判庭也曾对报复的概念是否适用于非国际性武装冲突这一问题展开过研究。[906]

896 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则148的评注，第497页。西瓦库马兰（Sivakumaran）不赞同这一观点，他以西班牙内战为例，以说明交战各方认为自身有权使用交战报复；see Sivakumaran, 2012, p. 449.

897 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则148的评注，第497页。

898 见上注，其援引，例如，加拿大、伊朗、伊拉克、墨西哥、尼日利亚和美国的声明。关于《第二附加议定书》准备工作中该问题有关部分的全面回顾，见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则148的评注，第498～499页，以及Bílková, pp. 44–47。

899 见《第二附加议定书》缔约谈判期间德国所作的声明：该术语可能赋予“冲突各方本无权主张的国际法地位”；《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VIII卷，第325页，第11段。

900 Milanovic/Hadzi-Vidanovic, p. 273, and De Hemptinne, p. 588.

901 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则148的评注，第498页，其援引了，例如，澳大利亚、加拿大、德国、英国和美国的军事手册。See also Bilková, pp. 50–51.

902 See Bílková, p. 49. 但该学者主张，“各国在非国际性武装冲突中没有诉诸报复或至少没有公开声称这样做的事实，并不一定意味着他们相信自己无权这样做”。

903 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则148的评注，第497页（援引了乍得、哥伦比亚、刚果民主共和国、马里和卢旺达冲突中的例子）。

904 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则148。See also De Hemptinne, pp. 587–591, and Shane Darcy, ‘The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals’, *Military Law Review*, Vol. 175, March 2003, pp. 184–251, at 216–220.

905 更多详细内容，见Bílková, pp. 31–65, and Sivakumaran, 2012, pp. 449–457。比尔科瓦（Bílková）认为这种报复的权利并非是不受限制的；特别见，pp. 40–41。西瓦库马兰认为，“根据共同第3条禁止使用交战报复须只限于该条所禁止的行为”（p. 451）。

906 值得注意的是，前南刑庭早期在“马尔蒂奇”案（*Martić* Rule 61 Decision, 1996, paras 15–17）和“库普雷什基奇”案（*Kupreškić* Trial Judgment, 2000, paras 527–536）中得出的结论——根据习惯法，在所有武装冲突中禁止针对平民居民实施报复——并未得到“马尔蒂奇”案审判庭和上诉庭的采纳；see *Martić* Trial Judgment, 2007, paras 464–468, and Appeal Judgment, 2008, paras 263–267. 那些案件中的法官分析了被告人炮击萨格勒布的行为能否被视为一种合法的报复。在进行这种分析时，法庭将对报复施加的条件或限制适用于非国际性武装冲突，而这些条件或限制通常公认为适用于国际性武装冲突，因此这明显否定了“库普雷什基奇”案中审判庭所得出的结论，即根据习惯法，禁止在一切情况下针对平民居民实施报复。

907 然而，不管持何种观点，清楚的是，共同第3条“不论何时何地”都禁止下列行为：对生命与人身施以暴力、扣留人质、损害个人尊严——尤其是侮辱与降低身份的待遇，以及拒绝公正审判。因此，任何导致这些行为的“报复”均应予以禁止。[907]同样，共同第3条规定，不实际参加或不再实际参加敌对行动的所有人员，“在一切情况下”必须予以人道待遇。因此，任何不符合人道待遇要求的“报复”都是非法的。[908]

主要参考书目

第二部分 历史背景

Abi-Saab, Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes : Origines et évolution de la réglementation internationale*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986.

Ador, Gustave and Moynier, Gustave, ‘Les destinées de la Convention de Genève pendant la guerre de Serbie’, *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, Vol. 7, No. 28, 1876, pp. 164–176.

Duculesco, Victor, ‘Effet de la reconnaissance de l’état de belligérance par les tiers, y compris les Organisations internationales, sur le statut juridique des conflits armés à caractère non international’, *Revue générale de droit international public*, Vol. 79, 1975, pp. 125–151.

Lauterpacht, Hersch, *Recognition in International Law,* Cambridge University Press, 1947.

– (ed.), *Oppenheim’s International Law*, 7th edition, Longmans, Green and Co., London, 1952.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, ‘A taxonomy of armed conflict’, in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Jus post Bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Moynier, Gustave, *Étude sur la Convention de Genève pour l’amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Librairie de Joël Cherbuliez, Paris, 1870.

Neff, Stephen C., *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge University Press, 2005.

O’Connell, Mary Ellen, ‘Historical Development and Legal Basis’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 1–42.

907 见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 55, 以及亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则148的评注，第496页。

908 同上注。同样，《第二附加议定书》第4条也决不允许针对不直接参加或不再直接参加敌对行动的人员实施报复；see Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 4530.

Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise*, Vol. II, *War and Neutrality*, 2nd edition, Longmans, Green and Co., London, 1912.

Padelford, Norman J., 'The International Non-Intervention Agreement and the Spanish Civil War', *American Journal of International Law*, Vol. 31, No. 4, 1937, pp. 578–603.

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia,* 2nd edition, Externado University of Colombia, Bogotá, 2004.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

第三部分 第 1 款：共同第 3 条的适用范围

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

红十字国际委员会：《国际人道法与当代武装冲突的挑战》，为第 30 届红十字与红新月国际大会准备的报告，2007 年版，收录于《国际人道法文选》2007 年卷，第 295 ~ 339 页。

— 《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，尼尔斯 · 梅尔泽著，红十字国际委员会（北京）2009 年版。

— 《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第 31 届红十字与红新月国际大会准备的报告，2011 年版。

— 《武装冲突中的武力使用：敌对行动范式与执法范式间的相互影响》，专家会议，洛丽亚 · 加焦利筹划并编写的报告，红十字国际委员会（北京）2014 年版。

— 《国际人道法及其在当代武装冲突中面临的挑战》，为第 32 届红十字与红新月国际大会准备的报告，2015 年版。

Abi-Saab, Rosemary, *Droit humanitaire et conflits internes : Origines et évolution de la réglementation internationale*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986.

Akande, Dapo, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 32–79.

Anderson, Kenneth, 'Targeted Killing and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a "Legal Geography of War"', *American University Washington College of Law Research Paper*, No. 2011-16, 2011, pp. 1–17.

Arimatsu, Louise, 'Territory, Boundaries and the Law of Armed Conflict', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 12, 2009, pp. 157–192.

Bartels, Rogier, 'Transnational Armed Conflict: Does it Exist?', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, Collegium No. 43, Autumn 2013, pp. 114–128.

– 'From *Jus In Bello* to *Jus Post Bellum*: When Do Non-International Armed Conflicts End?', in Carsten Stahn, Jennifer S. Easterday and Jens Iverson (eds), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford University Press, 2014, pp. 297–314.

Bianchi, Andrea, 'Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law & Literature Perspective', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, No. 1, Blank, Laurie R., 'Defining the battlefield in contemporary conflict and counterterrorism: Understanding the parameters of the zone of combat', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, 20102011, pp. 1–21.

Blank, Laurie R., 'Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1, 2010, pp. 1–38.

Bothe, Michael, 'War Crimes', in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. IA, Oxford University Press, 2002, pp. 379–426.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Cassese, Antonio, 'The *Nicaragua* and *Tadić* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia', *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 649–668.

Condorelli, Luigi, 'War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court', in Mauro Politi and Giuseppe Nesi (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ashgate, Aldershot, 2001, pp. 107–117.

Corn, Geoffrey S., 'Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 40, No. 2, 2007, pp. 295–355.

– 'Geography of Armed Conflict: Why it is a Mistake to Fish for the Red Herring', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 77–107.

Corn, Geoffrey S. and Jensen, Eric Talbot, 'Transnational Armed Conflict: A "Principled" Approach to the Regulation of Counter-Terror Combat Operations', *Israel Law Review*, Vol. 42, 2009, pp. 1–34.

Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2010.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Droege, Cordula, 'Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians', *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, June 2012, pp. 533–578.

Ferraro, Tristan, 'The geographic reach of IHL: The law and current challenges', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, *Collegium*, No. 43, Autumn 2013, pp. 105–113. (2013a)

– The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891, December 2013, pp. 561–612. (2013b)

Fleck, Dieter, 'The Law of Non-International Armed Conflict', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 581–610.

Gasser, Hans-Peter, 'International humanitarian law: An introduction', in Hans Haug (ed.), *Humanity for All: The International Red Cross and Red Crescent Movement*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1993, pp. 491–592.

Grignon, Julia, *L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Geneva, 2014.

ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report prepared for the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2003.

Kleffner, Jann K., 'Scope of Application of International Humanitarian Law', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 43–78. (2013b)

Koh, Harold Hongju, 'Keynote Address: The Obama Administration and International Law', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 104, 2010, pp. 207–221.

Kolb, Robert and Hyde, Richard, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2008.

Kreß, Claus, 'Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 15, No. 2, 2010, pp. 245–274.

Lubell, Noam and Derejko, Nathan, 'A Global Battlefield? Drones and the Geographical Scope of Armed Conflict', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, N° 1, 2013, pp. 65-88

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008.

Meron, Theodor, 'The Humanization of Humanitarian Law', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 239–278.

Milanovic, Marko, 'State Responsibility for Genocide', *European Journal of International Law,* Vol. 17, No. 3, 2006, pp. 553–604.

– State Responsibility for Genocide: A Follow-Up', *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007, pp. 669–694. (2007a)

– 'Lessons for human rights and humanitarian law in the war on terror: comparing *Hamdan* and the Israeli *Targeted Killings* case', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 373–393. (2007b)

– 'End of IHL application: Overview and challenges', in *Scope of Application of International Humanitarian Law*, Proceedings of the 13th Bruges Colloquium, 18–19 October 2012, College of Europe/ICRC, *Collegium*, No. 43, Autumn 2013, pp. 83–94.

– 'The Applicability of the Conventions to 'Transnational' and 'Mixed' Conflicts, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 27–50.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, 'A taxonomy of armed conflict', in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Jus post bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Moir, Lindsay, 'The Concept of Non-International Armed Conflict', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 391–414.

Pejic, Jelena, 'Status of armed conflicts', in Elizabeth Wilmshurst and Susan Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 77–100.

– 'The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, March 2011, pp. 189–225.

Radin, Sasha, 'Global Armed Conflict? The Threshold of Extraterritorial Non-International Armed Conflicts', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 696–743.

Sassòli, Marco, 'Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law', *HPCR Occasional Paper Series*, Winter 2006, pp. 1–43.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

Schindler, Dietrich, 'The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 163, 1979, pp. 117–164.

Schmitt, Michael N., 'Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 90, 2014, pp. 1–19.

Schöndorf, Roy S., 'Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?', *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, No. 1, 2004, pp. 1–78.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

– 'The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance', in Gian Luca Beruto (ed.), *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, Proceedings of the 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, 4–6 September 2008, International Institute of Humanitarian Law, San Remo, 2008, pp. 82–89.

Shraga, Daphna and Zacklin, Ralph, 'The Applicability of International Humanitarian Law to United Nations Peacekeeping Operations: Conceptual, Legal and Practical Issues', *Report to the Symposium on Humanitarian Action and Peacekeeping Operations*, 22–24 June 1994, ICRC, Geneva, 2004, pp. 39–48.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Stewart, James G., 'Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, June 2003, pp. 313–350.

Vité, Sylvain, 'Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, March 2009, pp. 69–94.

von Hebel, Herman and Robinson, Darryl, 'Crimes within the Jurisdiction of the Court', in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 79–126.

第四部分 第 1 款：共同第 3 条的约束力

Bugnion, *François, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003. (2003a)

Cassese, Antonio, 'The status of rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, No. 2, 1981, pp. 416–439.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173–199.

Elder, David A., 'The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 1979, pp. 37–69.

Engdahl, Ola, 'Compliance with International Humanitarian Law in Multinational Peace Operations', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78, No. 4, 2009, pp. 513–526.

Ferraro, Tristan, 'The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891, December 2013, pp. 561–612.

Kleffner, Jann K., 'The applicability of international humanitarian law to organized armed groups', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 443–461.

Kolb, Robert, Porretto, Gabriele and Vité, Sylvain, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales: Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruylant, Brussels, 2005.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Murray, Daragh, 'How International Humanitarian Law Treaties Bind Non-State Armed Groups', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 20, No. 1, 2015, pp. 101–131.

Naert, Frederik, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy, with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights*, Intersentia, *Antwerp*, 2010.

Schindler, Dietrich, 'The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 163, 1979, pp. 117–164.

Shraga, Daphna, 'The United Nations as an Actor Bound by International Humanitarian Law', *International Peacekeeping*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 64–81.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

– 'The Addressees of Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 415–431.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

第五部分 第 1 项：受保护的人员

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

红十字国际委员会：《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，尼尔斯 · 梅尔泽著，红十字国际委员会（北京）2009 年版。

—《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第 31 届红十字与红新月国际大会准备的报告，2011 年版。

Abresch, William, 'A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya', *European Journal of International Law*, Vol. 16, No. 4, 2005, pp. 741–767.

Bond, James E., 'Application of the Law of War to Internal Conflict', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 2, 1973, pp. 345–384.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Cassese, Antonio, 'The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian law of Armed Conflict and Customary International Law', *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, 1984, pp. 55–118.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Draper, Gerald I.A.D., 'The Geneva Conventions of 1949', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 114, 1965, pp. 59–165.

Gasser, Hans-Peter, 'Remarks of Hans-Peter Gasser', in The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, No. 2, 1987, pp. 477–481.

Kleffner, Jann K., 'Friend or Foe? On the Protective Reach of the Law of Armed Conflict: a Note on the SCSL Trial Chamber's Judgment in the Case of "Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao"', in Mariëlle Matthee, Brigit Toebes and Marcel Brus (eds), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, The Hague, 2013, pp. 285–302. (2013c)

– 'The Beneficiaries of the Rights Stemming from Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 433–447.

Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008.

Meron, Theodor, 'Application of Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts: Remarks by Theodor Meron', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 83–85.

Pejic, Jelena, 'The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, March 2011, pp. 189–225.

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, 3rd edition, Manchester University Press, 2012.

Sassòli, Marco, 'Terrorism and War', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, pp. 959–981.

– 'The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts', in Orna Ben-Naftali (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 34–94.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Watkin, Kenneth, '21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 265–296.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, 2002.

第六部分 第 1 项：共同第 3 条规定的基本义务

Bugnion, François, '*Jus ad bellum*, *jus in bello* and non-international armed conflicts', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6, 2003, pp. 167–198. (2003b)

Condorelli, Luigi and Boisson de Chazournes, Laurence, 'Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 17–35.

Elder, David A., 'The Historical Background of Common Article 3 of the Geneva Convention of 1949', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 1979, pp. 37–69.

Kalshoven, Frits and Zegveld, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4th edition, ICRC/Cambridge University Press, 2011.

Kleffner, Jann K., 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357. (2013a)

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

– 'The Impact of Armed Conflict on Women', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 21–35.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Kehl am Rhein, 2005.

O'Connell, Mary Ellen, 'Historical Development and Legal Basis', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 1–42.

Pejic, Jelena, 'Non-discrimination and armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 841, March 2001, pp. 183–194.

Rogers, A.P.V., *Law on the Battlefield*, 3rd edition, Manchester University Press, 2012.

Rona, Gabor and McGuire, Robert J., 'The Principle of Non-Discrimination', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 191–205.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Tams, Christian J., 'The Use of Force against Terrorists', *European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 2, 2009, pp. 359–397.

第七部分 第 1 项：共同第 3 条禁止的行为

对生命与人身施以暴力、谋杀

红十字国际委员会：《武装冲突中的武力使用：敌对行动范式与执法范式间的相互影响》，专家会议，洛丽亚·加焦利筹划并编写的报告，红十字国际委员会（北京）2014 年版。

Ambos, Kai, 'Article 25: Individual criminal responsibility', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 979–1029.

Bellal, Annyssa, Giacca, Gilles and Casey-Maslen, Stuart, 'International law and armed non-state actors in Afghanistan', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881, March 2011, pp. 47–79.

Bothe, Michael, 'The status of captured fighters in non-international armed conflict', in Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange and Stefan Oeter (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 195–214.

Cassese, Antonio, 'The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian law of Armed Conflict and Customary International Law', *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, 1984, pp. 55–118.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

– 'Wilful killing', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 329–331.

Doswald-Beck, Louise, 'The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?', *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, December 2006, pp. 881–904.

Gasser, Hans-Peter, 'The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions; Remarks of Hans-Peter

Gasser', *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2, No. 2, 1987, pp. 415–538, at 477–481.

Gowlland-Debbas, Vera, 'The right to life and the relationship between human rights and humanitarian law', in Christian Tomuschat, Evelyne Lagrange and Stefan Oeter (eds), *The Right to Life*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, pp. 121–150.

Horder, Jeremy (ed.), *Homicide Law in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

Knuckey, Sarah, 'Murder in Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 449–467.

Meron, Theodor, 'Application of Humanitarian Law in Non-international Armed Conflicts: Remarks by Theodor Meron', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 85, 1991, pp. 83–85.

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N.P. Engel, Kehl, 2005.

Ovey, Clare and White, Robin C.A., *Jacobs & White: The European Convention on Human Rights,* 4th edition, Oxford University Press, 2006.

Watkin, Kenneth, '21st Century Conflict and International Humanitarian Law: Status Quo or Change?', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 265–296.

Zegveld, Liesbeth, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law, Cambridge University Press*, 2002.

Zimmermann, Andreas and Geiss, Robin, 'Mutilations', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 528–568.

残伤肢体

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

La Haye, Eve, 'Mutilation and medical or scientific experiments: Article 8(2)(b)(x)', in Roy S. Lee and Hakan Friman (eds), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 164–167. (2001a)

– 'Violations of Common Article 3', in Roy S. Lee and Hakan Friman (eds), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 207–213. (2001b)

Zimmermann, Andreas and Geiss, Robin, 'Mutilations', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 528–568, at 551.

虐待、酷刑及损害个人尊严

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Bank, Roland, 'Das Verbot von Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe', in Rainer Grote and Thilo Marauhn (eds), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 479–534.

Burgers, J. Herman and Danelius, Hans, *The United Nations Convention against Torture: A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

Dewulf, Steven, *The Signature of Evil: (Re)Defining Torture in International Law*, Intersentia, Antwerp, 2011.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Doswald-Beck, Louise, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, pp. 194–227.

Droege, Cordula, '"In truth the leitmotiv": the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 515–541.

Evans, Malcolm, 'Getting to Grips with Torture', in *The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*, Association for the Prevention of Torture, Geneva, 2001, pp. 33–49.

Nowak, Manfred, 'Challenges to the absolute nature of the prohibition of torture and ill-treatment', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 23, No. 4, 2005, pp. 674–688.

– 'What Practices Constitute Torture?: US and UN standards', *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, No. 4, 2006, pp. 809–841.

Nowak, Manfred and Janik, Ralph R.A., 'Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 317–342.

Nowak, Manfred and McArthur, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008.

Reyes, Hernán, 'The worst scars are in the mind: psychological torture', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 591–617.

Rodley, Nigel S., 'The definition(s) of torture in international law', *Current Legal Problems*, Vol. 55, 2002, pp. 467–493.

– The prohibition of torture: absolute means absolute', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 34, No. 1, 2006, pp. 145–160.

Rodley, Nigel S. and Pollard, Matt, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2009.

Röling, B.V.A. and Rüter, C.F., *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946–12 November 1948*, 2 volumes, University Press, Amsterdam, 1977.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

扣留人质

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Elliott, H. Wayne, 'Hostages or Prisoners of War: War Crimes at Dinner', *Military Law Review*, Vol. 149, 1995, pp. 241–274.

Gasser, Hans-Peter and Dörmann, Knut, 'Protection of the Civilian Population', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 231–320, at paras 508 and 535.

Gucciardo, Dorotea, 'Hostages', in Jonathan F. Vance (ed.), *Encyclopedia of Prisoners of War and Internment*, 2nd edition, Grey House Publishing, Millerton, New York, 2006, pp. 183–186.

Hammer, Ellen and Salvin, Marina, 'The Taking of Hostages in Theory and Practice', *American Journal of International Law*, Vol. 38, No. 1, 1944, pp. 20–33.

Herrmann, Irène and Palmieri, Daniel, 'A haunting figure: The hostage through the ages', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 135–145.

Kuhn, Arthur K., 'Editorial Comment: The Execution of Hostages', *American Journal of International Law*, Vol. 36, 1942, pp. 271–274.

Lambert, Joseph J., *Terrorism and Hostages in International Law: A Commentary on the Hostages Convention 1979*, Grotius Publications, Cambridge, 1990.

Pilloud, Claude, 'La question des otages et les Conventions de Genève', *Revue international de la Croix Rouge*, Vol. 32, No. 378, June 1950, pp. 430–447.

Rosenstock, Robert, 'International Convention Against the Taking of Hostages: Another International Community Step Against Terrorism', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, No. 2, 1980, pp. 169–195.

Salinas Burgos, Hernán, 'The taking of hostages and international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 270, June 1989, pp. 196–216.

Sivakumaran, Sandesh, 'War Crimes before the Special Court for Sierra Leone: Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 4, 2010, pp. 1009–1034. (2010a)

– The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, 2012.

Tuck, David, 'Taking of Hostages', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 297–316.

Wright, Lord, 'The Killing of Hostages as a War Crime', *British Yearbook of International Law*, Vol. 25, 1948, pp. 296–310.

具有必需之司法保障的正规组织之法庭的要求

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Barber, Rebecca, 'Facilitating humanitarian assistance in international humanitarian and human rights law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 371–397.

Bond, James E., 'Application of the Law of War to Internal Conflict', *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 3, No. 2, 1973, pp. 345–384.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Doswald-Beck, Louise, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford University Press, 2011, pp. 331–344.

– 'Judicial Guarantees', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 469–494.

Sassòli, Marco, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law', *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 5–51.

Sivakumaran, Sandesh, 'Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice?', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 3, 2009, pp. 489–513.

– The Law of Non-International Armed Conflict, Oxford University Press, 2012.

Somer, Jonathan, 'Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 655–690.

Willms, Jan, 'Justice through Armed Groups' Governance – An Oxymoron?', *SFB-Governance Working Paper Series*, No. 40, October 2012.

性暴力

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Bastick, Megan, Grimm, Karin and Kunz, Rahel, *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for the Security Sector*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2007.

Brammertz, Serge and Jarvis, Michelle (eds), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016.

Durham, Helen, 'International Humanitarian Law and the Protection of Women', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 95–107.

Gardam, Judith G. and Jarvis, Michelle J., *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

Haeri, Medina and Puechguirbal, Nadine, 'From helplessness to agency: examining the plurality of women's experiences in armed conflict', *International Review of the Red Cross,* Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 103–122.

Inter-Agency Standing Committee, *Guidelines for Integrating Gender-based Violence Interventions in Humanitarian Action: Reducing risk, promoting resilience and aiding recovery*, 2015.

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC Study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

Sivakumaran, Sandesh, 'Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 259–277. (2010b)

Solangon, Sarah and Patel, Preeti, 'Sexual violence against men in countries affected by armed conflict', *Journal of Conflict, Security and Development*, Vol. 12, No. 4, 2012, pp. 417–442.

Viseur Sellers, Patricia, 'The Context of Sexual Violence: Sexual Violence as Violations of International Humanitarian Law', in Gabrielle Kirk McDonald and Olivia Swaak-Goldman (eds), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 263–332.

Viseur Sellers, Patricia and Rosenthal, Indira, 'Rape and Other Sexual Violence', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary,* Oxford University Press, 2015, pp. 343–368.

World Health Organization, *World report on violence and health*, Report edited by Etienne G. Krug *et al*., WHO, Geneva, 2002.

– *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, WHO, Geneva, 2003.

不推回原则

Bellinger III, John B. and Padmanabhan, Vijay M., 'Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law', *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 2, 2011, pp. 201–243.

Byers, Michael, 'Legal Opinion on the December 18, 2005 "Arrangement for the Transfer of Detainees between the Canadian Forces and the Ministry of Defence of the Islamic Republic of Afghanistan"', Liu Institute for Global Issues, 7 April 2006.

Droege, Cordula, 'Transfers of detainees: legal framework, *non-refoulement* and contemporary challenges', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 669–701.

Gillard, Emanuela-Chiara, 'There's no place like home: States' obligations in relation to transfers of persons', *International Review of the Red Cross,* Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 703–750.

Gisel, Laurent, 'The principle of *non-refoulement* in relation to transfers', in *Detention in Armed Conflicts*, Proceedings of the 15th Bruges Colloquium, 16–17 October 2014, College of Europe/ICRC, *Collegium*, No. 45, Autumn 2015, pp. 113–130.

Hathaway, James C., 'Leveraging Asylum', *Texas International Law Journal*, Vol. 45, No. 3, 2010, pp. 503–536.

Horowitz, Jonathan, 'Transferring Wartime Detainees and a State's Responsibility to Prevent Torture', *American University National Security Law Brief*, Vol. 2, No. 2, 2012, pp. 43–66.

Lauterpacht, Elihu and Bethlehem, Daniel, 'The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion', in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pp. 87–177.

Meron, Theodor, 'The Humanization of Humanitarian Law', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 239–278.

Sanderson, Mike, 'The Syrian Crisis and the Principle of *Non-Refoulement*', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 89, 2013, pp. 776–801.

Sassòli, Marco and Tougas, Marie-Louise, 'International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan', *McGill Law Journal*, Vol. 56, No. 4, 2011, pp. 959–1010.

Skoglund, Lena, 'Diplomatic Assurances Against Torture – An Effective Strategy? A Review of Jurisprudence and Examination of the Arguments', *Nordic Journal of International Law*, Vol. 77, No. 4, 2008, pp. 319–364.

第八部分 刑事诉讼以外的拘留

Debuf, Els, *Captured in War: Lawful Internment in Armed Conflict*, Hart Publishing, Oxford, 2013.

Deeks, Ashley S., 'Administrative Detention in Armed Conflict', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40, No. 3, 2009, pp. 403–436.

Dingwall, Joanna, 'Unlawful confinement as a war crime: the jurisprudence of the Yugoslav Tribunal and the common core of international humanitarian law applicable to contemporary armed conflicts', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 9, No. 2, 2004, pp. 133–179.

Dörmann, Knut, 'Detention in Non-International Armed Conflicts', in Kenneth Watkin and Andrew J. Norris (eds.), *Non-International Armed Conflict in the Twenty-first Century*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 88, 2012, pp. 347–366.

Hampson, Françoise J., 'Is Human Rights Law of Any Relevance to Military Operations in Afghanistan?', in Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 85, 2009, pp. 485–524.

Heffes, Ezequiel, 'Detentions by Armed Opposition Groups in Non-International Armed Conflicts: Towards a New Characterization of International Humanitarian Law', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 20, No. 2, 2015, pp. 229–250.

ICRC, 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', in *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, Report prepared for the 30th International

Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2007, Annex 1, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 375–391.

– *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper, November 2014.

Pejic, Jelena, 'Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 375–391.

– 'Conflict Classification and the Law Applicable to Detention and the Use of Force', in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, 2012, pp. 80–116.

Rona, Gabor, 'Is There a Way Out of the Non-International Armed Conflict Detention Dilemma?', *International Law Studies*, U.S. Naval War College, Vol. 91, 2015, pp. 32–59.

Rowe, Peter, 'Is There a Right to Detain Civilians by Foreign Armed Forces during a Non-International Armed Conflict?', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 3, 2012, pp. 697–711.

第九部分 第 2 项：收集与照顾伤者、病者

另见《日内瓦第一公约》第 12 条之评注的主要参考书目。

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

红十字国际委员会：《灾后死者尸体的处理：第一反应者一线工作手册》，红十字国际委员会（北京）2009 年版。

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Breau, Susan C., 'Commentary on selected Rules from the ICRC Study: Protected persons and objects', in Elizabeth Wilmshurst and Susan C. Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 169–203.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Dunant, Henry, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, reprint 1986.

ICRC, *War Surgery: Working with Limited Resources in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, Vol. 1 by Christos Giannou and Marco Baldan and Vol. 2 by Christos Giannou, Marco Baldan and Åsa Molde, ICRC, Geneva, 2009 and 2013 respectively.

– *First Aid in Armed Conflicts and Other Situations of Violence*, ICRC, Geneva, 2010.

– *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, January 2012 to December 2013, ICRC, Geneva, 2014.

– *Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care*, ICRC, Geneva, 2014.

Kleffner, Jann K., 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357. (2013a)

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC Study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

Müller, Amrei, *The Relationship between Economic, Social and Cultural Rights and International Humanitarian Law: An Analysis of Health-Related Issues in Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

第十部分 第 2 款：诸如红十字国际委员会等公正的人道团体提供服务

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

红十字国际委员会：《红十字国际委员会关于人道准入的问答及术语汇集》，载《红十字国际评论》第 96 卷第 893 期，2014 年 3 月刊。

——《国际红十字与红新月运动的基本原则》，红十字国际委员会（北京）2014 年版。

红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会：《国际红十字与红新月运动基本原则：人道行动道德规范和工具》，红十字国际委员会（北京）2016 年版。

Barrat, Claudie, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

Blondel, Jean-Luc, 'L'assistance aux personnes protégées', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 69, No. 767, October 1987, pp. 471–489.

– 'The meaning of the word "humanitarian" in relation to the Fundamental Principles of the Red Cross and Red Crescent', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 507–515.

– 'Genèse et évolution des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 73, No. 790, August 1991, pp. 369–377.

Bouchet-Saulnier, Françoise, 'Consent to humanitarian access: An obligation triggered by territorial control, not States' rights', *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 893, March 2014, pp. 207–217.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, Book II, Part Two. (2003a)

de Geouffre de La Pradelle, Paul, 'Une conquête méthodique : le droit d'initiative humanitaire dans les rapports internationaux', in Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 945–950.

Fast, Larissa, 'Unpacking the principle of humanity: Tensions and implications', *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Nos 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 111–131.

Forsythe, David P., 'International Humanitarian Assistance: The Role of the Red Cross', *Buffalo Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, 1996–1997, pp. 235–260.

Gentile, Pierre, 'Humanitarian organizations involved in protection activities: a story of soul-searching and professionalization', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, December 2011, pp. 1165–1191.

Gillard, Emanuela-Chiara, 'The law regulating cross-border relief operations', *International Review of the Red Cross,* Vol. 95, No. 890, June 2013, pp. 351–382.

Harroff-Tavel, Marion, 'Neutrality and Impartiality – The importance of these principles for the International Red Cross and Red Crescent Movement and the difficulties involved in applying them', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December1989, pp. 536–552.

Junod, Sylvie S., 'Le mandat du CICR durant un conflit armé. Le mandat et les activités du Comité international de la Croix-Rouge', *The Military Law and Law of War Review*, Vol. 43, 2004, pp. 103–110.

Kalshoven, Frits, 'Impartiality and Neutrality in Humanitarian Law and Practice', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 516–535.

Kolb, Robert, 'De l'assistance humanitaire : la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges en 2003', *Revue international de la Croix-Rouge*, Vol. 86, No. 856, December 2004, pp. 853–878.

Kuijt, Emilie Ellen, *Humanitarian Assistance and State Sovereignty in International Law: Towards a Comprehensive Framework*, Intersentia, Cambridge, 2015.

Labbé, Jérémie, and Daudin, Pascal, 'Applying the humanitarian principles: Reflecting on the experience of the International Committee of the Red Cross', *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Nos 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 183–210.

Lattanzi, Flavia, 'Humanitarian Assistance', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 231–255.

Nishat, Nishat, 'The Right of Initiative of the ICRC and Other Impartial Humanitarian Bodies', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 495–508.

Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict, by Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, commissioned and published by the UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 2016.

Plattner, Denise, 'Assistance to the civilian population: the development and present state of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 32, No. 288, June 1992, pp. 249–263.

Ryngaert, Cédric, 'Humanitarian Assistance and the Conundrum of Consent: A Legal Perspective', *Amsterdam Law Forum*, Vol. 5, No. 2, 2013, pp. 5–19.

Sandoz, Yves, 'Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-rouge', *German Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1979, pp. 352–373.

Schwendimann, Felix, 'The legal framework of humanitarian access in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, December 2011, pp. 993–1008.

Spieker, Heike, 'Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Stoffels, Ruth Abril, 'Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 515–546.

Swinarski, Christophe, 'La notion d'un organisme neutre et le droit international', in Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 819–835.

Swiss Confederation, Federal Department of Foreign Affairs, *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Practitioners' Manual*, 2014.

Toebes, Brigit, 'Health and Humanitarian Assistance: Towards an Integrated Norm under International Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2013, pp. 133–151.

Vukas, Budislav, 'Humanitarian Assistance in Cases of Emergency', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

第十一部分 第 3 款：特别协定

红十字国际委员会：《战争中行为的根源：了解并防止违反国际人道法的行为》，丹尼尔 · 穆尼奥斯 - 罗哈斯、让 - 雅克 · 弗雷萨尔著，红十字国际委员会（北京）2009 年版。

— 《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》，红十字国际委员会（北京）2010 年版。

Aïvo, Gérard, 'Le rôle des accords spéciaux dans la rationalisation des conflits armés non internationaux', *Revue québécoise de droit international*, Vol. 27, No. 1, 2014, pp. 1–30.

Bell, Christine, 'Peace Agreements: Their Nature and Legal Status', *American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 2, 2006, pp. 373–412.

– *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford University Press, 2008.

Cassese, Antonio, 'The Special Court and International Law: The Decision Concerning the Lomé Agreement Amnesty', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 2, No. 4, 2004, pp. 1130–1140.

Corten, Olivier and Klein, Pierre, 'Are Agreements between States and Non-State Entities Rooted in the International Legal Order?', in Enzo Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 3–24.

Ewumbue-Monono, Churchill, 'Respect for international humanitarian law by armed non-state actors in Africa', *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, December 2006, pp. 905–924.

– 'A collection of codes of conduct issued by armed groups', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 483–501.

Jakovljevic, Bosko, 'Armed conflict in Yugoslavia: Agreements in the field of international humanitarian law and practice', *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, Vol. 5, No. 3, 1992, pp. 108–111. (1992a)

– 'The Agreement of May 22, 1992, on the Implementation of International Humanitarian Law in the Armed Conflict in Bosnia-Herzegovina', *Jugoslovenska Revija za Medunarodno Pravo*, Nos 2–3, 1992, pp. 212–221. (1992b)

Ramelli Arteaga, Alejandro, *Derecho Internacional Humanitario y Estado de Beligerancia,* 2nd edition, Externado University of Colombia, Bogotá, 2004, pp. 45–53.

Roberts, Anthea and Sivakumaran, Sandesh, 'Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law', *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, 2012, pp. 107–152.

Sassòli, Marco, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law', *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 5–51.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, pp. 1713–1717.

Sassòli, Marco and Tougas, Marie-Louise, 'International Law Issues Raised by the Transfer of Detainees by Canadian Forces in Afghanistan', *McGill Law Journal*, Vol. 56, No. 4, 2011, pp. 959–1010.

Siordet, Frédéric, 'Les Conventions de Genève et la guerre civile (suite)', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 32, No. 375, March 1950, pp. 187–212.

Sivakumaran, Sandesh, 'Lessons for the law of armed conflict from commitments of armed groups: identification of legitimate targets and prisoners of war', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 882, June 2011, pp. 463–482.

– *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

van Steenberghe, Raphaël, 'Théorie des sujets', in Raphaël van Steenberghe (ed.), *Droit international humanitaire : un régime spécial de droit international ?*, Bruylant, Brussels, 2013, pp. 15–71.

Veuthey, Michel, 'Learning from History: Accession to the Conventions, Special Agreements, and Unilateral Declarations', in *Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors*, Proceedings of the Bruges Colloquium, 25–26 October 2002, College of Europe/ICRC, *Collegium*, No. 27, Spring 2003, pp. 139–151.

Vierucci, Luisa, 'Special Agreements between Conflicting Parties in the Case-law of the ICTY', in Bert Swart, Alexander Zahar and Göran Sluiter (eds), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, pp. 401–433.

– 'Applicability of the Conventions by Means of Ad Hoc Agreements', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 509–522.

第十二部分 第 4 款：冲突各方之法律地位

Fleck, Dieter, 'The Law of Non-International Armed Conflict', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 581–610.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

第十三部分 刑事方面和遵守机制

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

红十字国际委员会：《在非国际性武装冲突中促进遵守国际人道法》，红十字国际委员会（北京）2010 年版。

Bellal, Annyssa and Casey-Maslen, Stuart, 'Enhancing Compliance with International Law by Armed Non-State Actors', *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1, 2011, pp. 175–197.

Bílková, Veronika, 'Belligerent reprisals in non-international armed conflicts', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 1, 2014, pp. 31–65.

Blewitt, Graham T., 'The Necessity for Enforcement of International Humanitarian Law', *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 89, 1995, pp. 298–300.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

De Hemptinne, Jérôme, 'Prohibition of Reprisals', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary,* Oxford University Press, 2015, pp. 575–596.

Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge University Press, 2014, pp. 173–199.

Draper, Gerald I.A.D., 'The implementation and enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978' (sic), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 164, 1979, pp. 1–54.

ICRC, Advisory Service on International Humanitarian Law, *Preventing and repressing international crimes: Towards an 'integrated' approach based on domestic practice*, Report of the Third Universal Meeting of National Committees for the Implementation of International Humanitarian Law, prepared by Anne-Marie La Rosa, Vols I–II, ICRC, Geneva, February 2014.

La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2008.

La Rosa, Anne-Marie and Wuerzner, Carolin, 'Armed groups, sanctions and the implementation of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, June 2008, pp. 327–341.

Meron, Theodor, 'International Criminalization of Internal Atrocities', *American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 3, 1995, pp. 554–577.

Milanovic, Marko and Hadzi-Vidanovic, Vidan, 'A taxonomy of armed conflict', in Nigel D. White and Christian Henderson (eds), *Research Handbook on International Conflict and Security Law:* Jus ad Bellum, Jus in Bello *and* Just post bellum, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, pp. 256–314.

Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2002.

Morris, Madeline H., 'International Guidelines Against Impunity: Facilitating Accountability', *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, 1996, pp. 29–39.

Perna, Laura, *The Formation of the Treaty Law of Non-International Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

Pfanner, Toni, 'Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 279–328.

Plattner, Denise, 'The penal repression of violations of international humanitarian law applicable in non-international armed conflicts', *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 278, October 1990, pp. 409–420.

Sassòli, Marco, 'Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law', *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, No. 1, 2010, pp. 5–51.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

– 'The Addressees of Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 415–431.

第四条
中立国适用

公约条文

中立国对于在其领土内所收容或拘禁之伤者、病者、医务人员、随军牧师及所发现之死者，应准用本公约之规定。

保留或声明

无

目 录

一、引言 278
二、历史背景 279
三、讨论 280
(一) 中立国 280
(二) 第 4 条的适用条件 281
1. 所涵盖之人员 281
2. 在中立国领土内所收容、拘禁或发现 282
(三) 实质性义务：“应准用本公约之规定” 283
1. 一般性讨论 283
2. 对伤者和病者准用 284
3. 对医务人员和宗教人员准用 285
4. 对死者准用 286
主要参考文献 286

一、引言

908 国际性武装冲突爆发时，即触发特定国际法规则的适用。在不影响其他国际法规则的前提下，按照传统的理解，适用于国际性武装冲突的国际法由国际人道法和中立法所组成。二者是相异而又互补的法律体系，谓之互补，是因中立法至少在某种程度上与国际人道法具有同样的目的和宗旨，即减轻并限制国际性武装冲突的不利后果。[1]

909 中立法调整国际性武装冲突各方与非冲突各方（中立国）之间的关系。[2]因此，中立法同时包含了适用于这两类国家的规则。尽管中立法整个体系适用于所有国际性武装冲突，但在实践中，该法所赋予的所有权利并不总会被中立国或武装冲突各方所援引或适用。这是因为其中许多权利仅适用于特定类型的事件，而这些事件并非在所有国际性武装冲突中都会发生。不过，中立法所包含的某些义务，比如尊重中立领土的不可侵犯性，仍会适用于所有此类冲突。

910 日内瓦四公约多项规则均提及“中立国”，其英文作准文本使用了“neutral Powers”、“neutral country”或“neutral States”这些可相互替换的措辞。[3]1949年四公约通过提及这些术语，确认了就国际人道法而言，中立法在1945年《联合国宪章》及其集体安全机制通过之后，仍继续有效。[4]通过日内瓦四公约中规制“保护国”制度的条款也可得出相同结论，因为这些条款均以存在中立国为前提。[5]但1949年日内瓦四公约的起草者刻意避免涉及中立法实体性规则的问题。[6]

1 见国际法委员会：“武装冲突对条约的影响条款草案及其评注”，载《国际法委员会第六十三届会议工作报告》，联合国A/66/10号文件，2011年，第190页，该《草案》提及“关于武装冲突法的条约，包括关于国际人道主义法的条约”（后加着重号以示强调）。See also Christopher Greenwood, ‘Historical Development and Legal Basis’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2008, pp. 1–43, at 11: “因此，国际人道法包括曾谓之战争法的大部分，不过严格而言，战争法中的某些部分，比如中立法，因人道并非其首要宗旨而未予纳入。”

2 关于“中立国”的定义，见第916～919段。关于“国际性武装冲突”的定义，以及一国何时成为“国际性武装冲突一方”的讨论，见关于共同第2条的评注，第四部分第（二）节。关于中立国是否成为国际性武装冲突一方的标准问题，只能援引国际人道法、而非中立法来加以判断。

3 见《日内瓦第一公约》第4条：“中立国”（“neutral Powers”）；第8条第1款：“中立国”（“neutral Powers”）；第10条：第2款中为“中立国”（“neutral State”），第4款中为“中立国”（“neutral Power”）；第11条第2款：“中立领土”（“neutral territory”）和“中立国”（“neutral Power”）；第27条：第1款中为“中立国”（“neutral country”），第2款中为“中立政府”（“neutral Government”），第4款中为“中立国”（“neutral country”）；第37条：第1款中为“中立国”（“neutral Power”），第3款中为“中立领土”（“neutral territory”）；以及第43条：“中立国”（“neutral countries”）。

4 见国际法院“威胁使用或使用核武器的合法性”咨询意见中对“中立原则”的重要论述，ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, paras 88–89. See also Edward R. Cummings, ‘The Evolution of the Notion of Neutrality in Modern Armed Conflicts’, *Military Law and Law of War Review*, Vol. 17, 1978, pp. 37–69, at 46–47.

5 见共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条）。See also Bindschedler, p. 33. 如一中立国按照第8条之规定行使保护国的职责，此种行为不应视为该国违反其在中立法下负有的义务，见美国《战争法手册》（2015年），第15.3.2.4段。

6 关于此点的详细讨论，参见第934～935段。

911 第4条是日内瓦四公约规则适用于中立国的一个例证。该条规定涉及受《日内瓦第一公约》保护的人员处于中立国领土之内的情形。对于这类人员，中立国有义务在其领土内准用《日内瓦第一公约》之规定。该义务体现了本公约的宗旨：确保受本公约保护之人无论身处何地均受其保护。

912 《日内瓦第二公约》第5条除根据语境添加“遇船难者”一词外，与本条完全相同。《第一附加议定书》也包含一条相似的规则，但其适用的受益人范围更广。[7]由于中立法并不适用于非国际性武装冲突，共同第3条和《第二附加议定书》并无相似规定。

二、历史背景

913 1907年《海牙第五公约》是唯一一部专门规定适用于陆战的中立法的公约。该公约第15条规定“〔1906年〕日内瓦公约适用于拘留在中立国领土内的伤病员”。[8]因此，适用于陆战的中立法提及了该《日内瓦公约》的可适用性。1864年、1906年和1929年日内瓦公约则并未包含此类规则。

914 红十字国际委员会在其提交给1948年斯德哥尔摩大会的《日内瓦第一公约》草案中，首次提议应加入以下规则：“中立国对于其领土内所可能拘禁之属于交战方部队成员之伤者、病者、医务人员及随军牧师，应准用本公约之规定。”[9]当时的观点认为有必要将此规则纳入《日内瓦第一公约》，以确保（1949年）最新版公约可成为中立国在此种情况下可予援引的法律文书。此外，草案拟议的措辞，得以确保该规则不仅适用于伤者和病者（这已是1907年公约的适用范围），还适用于武装部队的医务人员和随军牧师。该提案后经少量措辞变动，即为斯德哥尔摩大会所接受。[10]

915 1949年外交会议将该规则扩大适用于中立领土内“收容”的被保护人[11]和“所发现之死者”。[12]

7 《第一附加议定书》第19条。

8 1874年《布鲁塞尔声明》第56条、1880年《牛津手册》第82条和1899年《海牙规则》第60条也含有类似措辞。

9 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第3条草案，第6～7页。

10 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第3条草案，第10页：“中立国对于在其领土内所拘禁之交战方武装部队之伤者、病者、医务人员及随军牧师，应准用本公约之规定。”

11 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第46页。对于这一修改的详细分析，见第923段。

12 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第157、165页。

三、讨论

(一) 中立国

916 第4条约束中立国。[13]1907年《海牙第五公约》和1949年日内瓦四公约的多项条款都使用了该术语。[14]这些条约并未对“中立国”这个概念作出定义。在习惯国际法上，“中立国”是指不属于国际性武装冲突一方的国家。[15]因此，可以认为第4条适用于所有不属于共同第2条意义上的国际性武装冲突各方的国家。[16]

917 不论一国对其非特定冲突之一方的地位持有何种观点或如何定性，即在受中立法权利和义务之约束的层面上，不论其是否认为或宣称自身为“中立”，第4条均对其具有约束力。一国如选择采取所谓的“非交战国”立场，不论此举是否符合国际法，均不影响该条的适用。[17]

918 由于第4条仅规定了人道性质的义务，对于确定该条的适用范围而言，上述考量因素并不具实质影响。第4条的适用范围因而包括但不限于下列各类国家：自认为是永久中立国的国家、宣称为非交战国的国家，以及在第8条框架内作为保护国的国家。如果联合国安理会根据《联合国宪章》第七章针对某一特定国家采取了预防或执行措施，比如制裁或授权使用武力，情况也是如此。采取这些措施可能会导致出现构成国际性武装冲突的情形，或者发生于该种情形之中。无论在该种情势下是否需要遵守中立法，第4条均适用于所有非该国际性武装冲突一方的国家。

13 见《日内瓦第二公约》第5条，该条也适用于“中立国”。日内瓦四公约还在两处使用了“中立国或非交战国”这一措辞；见《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项及第122条。这一措辞上的差别并无实质影响，见Sandoz, pp. 92–93。此外，《第一附加议定书》第19条适用于“中立国家和其他非冲突各方的国家”。《第一附加议定书》所使用的不同措辞并不影响四公约中“中立国”一词的含义；见Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, p. 61。另见Kussbach, pp. 232–235, and Heintschel von Heinegg, p. 554. 另见Sandoz, p. 93, 他总结道：“我们可以确定，〔国际性武装冲突〕爆发时，所有国家或是交战国，或是中立国”。

14 关于《日内瓦第一公约》中哪些条款使用了该术语及与其实质意义相同的其他措辞，见脚注3。

15 该定义与独立专家组晚近起草的国际法重述中所体现的界定相一致。见《圣雷莫海战法手册》（1994年），第13条第4款；《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则1第27款；以及Helsinki Principles on the Law of Maritime Neutrality, adopted by the International Law Association at its 68th Conference, Taipei, 30 May 1998, Article 1.1。类似地，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年），第11.3段；加拿大《武装冲突法手册》（2001年），第1302～1303段；以及美国《海军手册》（2007年），第7.1段。《第一附加议定书》第19条也同样提到“中立国家和其他非冲突各方的国家”，这不影响“中立国”这一术语在日内瓦四公约中的含义；见脚注13。另见Bothe, 2011,p.1: “中立是指国际法所定义的，一国非为武装冲突一方的特定状态。”俄罗斯联邦《国际人道法适用条例》（2001年）提到了“中立国”的概念，但并未对其加以定义。

16 共同第2条第1款项下国际性武装冲突的存在，无需以宣战为前提，见关于该条的评注，第四部分第（一）节。

17 如前所述，判定某中立国是否已经成为国际性武装冲突一方的标准仅专门规定于国际人道法中，而非中立法。关于所谓的“非交战国”，更多相关内容见Heintschel von Heinegg, p. 544：“‘友好的中立’或‘非交战国’这种概念并无依据”；另见Sandoz, p. 93。不同观点见Natalino Ronzitti, ‘Italy’s Non-Belligerency during the Iraqi War’, in Maurizio Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 197–207。

919 以下两个考量因素也不影响第4条的适用：第一，中立国和武装冲突方之间是否存在外交关系；第二，第4条所涵盖的人员是否有权享受战俘待遇。[18]与此相反的观点将违背第4条的宗旨，因为该条是专门出于人道考量而制定的，即应确保《日内瓦第一公约》所保护的人无论身在何地均能受到该公约的保护。

（二）第 4 条的适用条件

920 第4条要求中立国针对满足下列条件的人员准用《日内瓦第一公约》之相关规定：（1）受《日内瓦第一公约》保护，且（2）在其领土内所收容、拘禁或发现之人。

1. 所涵盖之人员

921 四类受《日内瓦第一公约》保护之人是第4条所规定义务的潜在受益人：

（1）伤者与病者。“伤者、病者”一语是指第12条第1款所涵盖的人员：第13条所涵盖的武装部队和同化为武装部队之团体的人员中的伤者或病者。[19]这些人员一旦不再构成“伤者”或“病者”，则即刻不再受《日内瓦第一公约》的保护，而其在中立领土的地位将根据中立法以及其他可适用的国际和国内法规范予以规制。[20]

《日内瓦第三公约》规定，伤病战俘可被收容于中立国。[21]虽然《日内瓦第一公约》第4条也可适用于此种情况，但中立国必须适用《日内瓦第三公约》中更详细的规则，以履行其在日内瓦四公约下的义务。[22]

（2）冲突各方武装部队的医务人员。这类人员包含第24条和第25条所涵盖的人员，即常任军事医务人员和宗教人员，以及辅助医务人员。鉴于第4条的目的和宗旨，根据该条的起草历史，第26条和第27条所涵盖的人员（此类人员并非冲突各方武装部队人员，而是平民）由于享有《日内瓦第一公约》的保护，因而也包含在第4条“医务人员”这一概念中。[23]

18 关于第二点，见《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项。

19 关于《日内瓦第一公约》中“伤者与病者”的定义，见关于第12条的评注，第四部分第（二）节。

20 关于中立国是否必须拘禁这些人，见第934～935段。

21 见《日内瓦第三公约》第109条至117条。

22 如果中立国在其领土内收容重伤与重病战俘，则其须遵守《日内瓦第三公约》的规定，该要求来源于该公约第12条第2款。虽然《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》至少可能暂时地同时适用于落于敌人手中的伤者和病者（见关于第14条的评注，第三部分第（一）节），但后者的规则更为详细。对于在获得战俘身份后受伤或患病的人则不存在该问题：在这种情况下，他们仅受益于《日内瓦第三公约》的保护。

23 第26条针对各国红十字会或红新月会及其他志愿救济团体，规定了经本国认可并核准协助其武装部队医疗部门的此类团体之人员的地位。第27条规定了经中立国认可之团体的人员，这些团体以其医疗人员及医疗队协助冲突一方。1949年外交会议期间关于第4条的讨论支持这样的解释，即第26条或第27条所涵盖的人员处于中立国领土内时，应受到第4条的保护；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第188、190页。

（3）冲突各方武装部队随军牧师。这类人员是指第24条所涵盖的宗教人员。鉴于第4条的目的和宗旨，根据该条的起草历史，第26条和第27条所涵盖的人员（此类人员并非冲突各方武装部队人员，而是平民）由于享有《日内瓦第一公约》的保护，因而也包含在第4条“随军牧师”这一概念中。

（4）死者。这类人员在《日内瓦第一公约》，特别是在第16条和第17条的适用范围内，仅限于属于第13条所列类别的死者。

922 如果某些人员并不属于上述范畴，那么即使他们受伤或患病，中立国依据第4条对其也不负有义务。因此，除《日内瓦第一公约》第13条所专门规定的人员外，中立国根据该条对出现在其领土内的国际性武装冲突一方之平民并无义务，即使其为伤者或病者时亦是如此。根据该条，中立国对于可能在其领土内的失踪人员亦无义务。[24]不过，根据国际人道法的其他规定中立国可能对上述人员负有义务，如《日内瓦第四公约》第24条第2款、第132条第2款和《第一附加议定书》第19条等。此外，根据国际法的其他分支（如人权法和难民法），中立国可能也对此类人员负有义务。[25]

2. 在中立国领土内所收容、拘禁或发现

923 第4条所涵盖的人员在中立国领土内一经“收容或拘禁”，或就“死者”而言在该领土内一经“发现”，即引发该条所规定的义务。负责起草第4条的委员会在其提交给1949年外交会议的报告中解释如下：“‘收容’应适用于医务人员和牧师，这类人员未必应予以拘禁，而‘拘禁’则适用于伤者和病者”。[26]换言之，这两个概念涉及中立国针对第4条所保护的人员需遵守的不同实体规则。[27]

924 只要在中立国领土内存在第4条所涵盖的人员，该条即适用。[28]这些人员出于何种原因以及根据国际法或国内法是否合法出现在该国都不重要。可想象到的情形包括，这些人员可能因中立国事先同意的某一安排而出现在该国，例如伤者或病者途径其领土[29]或乘坐医务飞机经过其领空。[30]他们的出现也可能是由于意外情况，

24 不过，《第一附加议定书》第19条规定的“在其领土内收留或拘禁的受本部规定保护的人，或其所发现的冲突各方的任何死者”这一类人员则包含中立国领土内的失踪人员。《第一附加议定书》第32条还在作为“失踪和死亡的人”这一编之基础的“一般原则”中，提到了包括中立国在内的“缔约各方的活动”。关于中立国领土上失踪人员的讨论，见Sandoz, pp. 105–106。

25 见上注，p. 102。

26 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第190页。另见第46页。

27 关于这些实体规则的讨论，见第三部分第（三）节第3项。

28 关于这一点，见美国《战争法手册》（2015年），第3.7.1段：中立国“根据其中立义务拘禁伤者、病者或战俘时，必须准用关于这些人员之待遇的规则”。

29 见《海牙第五公约》（1907年）第14条。

30 见《日内瓦第一公约》第37条。

例如遇险，或是在中立国领土内寻求庇护。[31]当然，在实践中，只有中立国当局知道这些人在其领土内时，才能认为准用《日内瓦第一公约》之规定的义务被引发。

925 第4条并不排除同时适用更为详细的规则，来规范本条所涵盖的人员在中立领土内的地位和待遇。例如，对于中立国家所收容的伤病战俘就是如此。[32]

（三）实质性义务："应准用本公约之规定"

1. 一般性讨论

926 1949年外交会议期间，有代表团提出，确认构成第4条核心的实质性要求可能是多余的，（1）这是因为共同第1条要求包括中立国在内的所有"缔约国……在一切情况下尊重〔日内瓦四公约〕并保证〔日内瓦四公约〕之被尊重"；且（2）如果武装冲突各方在中立国领土内已派驻外交代表，这些代表"可以照顾其国民的福祉"。[33]尽管存在这些意见，但会议还是认为最好是明确规定，只要满足第4条的适用条件，中立国都必须遵守《日内瓦第一公约》的规定。

927 与《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项不同，《日内瓦第一公约》第4条并未明文规定中立国准用《日内瓦第一公约》相关规定的义务"惟不碍及该国之愿对彼等予以更优惠之待遇"。然而，中立国仍可自行决定是否给予更优惠的待遇。

928 当第4条所涵盖的人员在中立国领土内时，该国应"准用本公约之规定"。换言之，中立国需要认识到这些人员受《日内瓦第一公约》保护，并给予他们与该受保护身份相关的尊重和保护。顾名思义，中立国并非国际性武装冲突的参与方，因此它们应"准用"公约，即如同作为冲突各方那样适用公约（比照适用）。[34]

929 准用《日内瓦第一公约》的规定意味着中立国将需要针对第4条所述人员开展某些活动。此种活动不能视为对冲突的干涉、不得视为对一方交战国的帮助或该中立国变为冲突一方。[35]因此，遵守第4条的行为不能被视为违反中立国在中立法下的义务，例如公平对待国际性武装冲突双方这一中立法的传统要求。换言之，将第4条列入《日内瓦第一公约》，有助于"在中立国向某交战国的伤者和病者提供优待时，保护〔中立国〕免受该交战国之敌国的批评"。[36]

31 同样，见Sandoz, p. 95。

32 见《日内瓦第三公约》第109条至第117条。关于这种情况下此类人员的地位，另见《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项。

33 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第119页。

34 例如，见美国《战争法手册》（2015年），第3.7段："在某些情况下，为某种情势而专门制定的规则，作为适用于另一情势的标准，可能也是有益且适当的。这有时被称为准用某一规则"，该文件提到第4条，作为"条约中要求准用某些规则"的例证。See also Jean Salmon, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Brussels, 2001, p. 63: "准用：将明确规范某一法律关系的规则适用于另一不明确由其规范的法律关系"。

35 另见1907年《海牙第八公约》第26条。

36 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第47页。另见《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，1949年4月26日召开之会议，第19页。

930 中立国负有适用《日内瓦第一公约》相关规定的义务，但该义务并不妨碍有关人员在该国领土内受益于其他法律框架的适用，包括人权法、难民法、外交保护和国内法。此外，中立国有义务在其法院起诉被控为曾犯下或曾命令他人犯下严重破坏公约行为之人，该条款并不限制或中止该义务。[37]

931 《日内瓦第一公约》并没有列举中立国应准用实施哪些具体条款。[38]条款适用问题将根据个案的具体情况，依据相关规则的目的予以判定。

932 针对《日内瓦第一公约》所保护的物体，如流动医疗队或军事医务运输工具，第4条并未规定中立国的相关权利和义务。但鉴于《日内瓦第一公约》的目的，只要该公约所保护的物体出现在中立领土内，中立国就需要准用有关规则。[39]关于医务飞机则应适用第37条。

933 第4条没有规定最后应由哪个国家承担实施该条款所产生的费用，如住院或拘禁的费用。对此，可参照《日内瓦第一公约》第37条第3款的基本逻辑，该条款规定相关费用“应由其所依附之国负担”。[40]大多数情况下，其所依附之国为其国籍国。但如果某人代表其国籍国以外的国家参加战斗，则收容或拘禁的费用须由其所代表的国家承担。

2. 对伤者和病者准用

934 关于伤者和病者，关键在于中立国必须适用《日内瓦第一公约》关于其地位和待遇的规定。这意味着中立国必须按照第12条的规定对其予以“尊重和保护”。例如，当伤者和病者在其领土内时，中立国必须根据第16条的要求登记“任何可以证明其身份之事项”。此外，如果知道伤者、病者可能出现在其领土内，中立国也必须根据第15条“采取一切可能的措施以搜寻并收集”之。第4条没有涉及中立国是否必须确保其领土内冲突一方的伤者和病者不再参加战争行动的问题。与《日内瓦第一公约》第37条第3款不同，本条未提及国际法可能要求中立

37 见第49条第2款。

38 1949年外交会议期间，曾有人提议制定一份中立国需要遵守的《日内瓦第一公约》条款的“完整清单”。由于“清单不可能规定所有可能的情况”，该提案被驳回；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第103、119页。《日内瓦第一公约》第4条与《日内瓦第二公约》第5条一样，也没有列明哪些条款不需要实施。而《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项则与前述两公约中的条款不同，该条列出了在某些情况下不需要适用于其所涵盖之人员的具体条款。而《第一附加议定书》第19条则提及中立国必须适用该议定书中的“相关规定”。

39 第35条第1款（伤者及病者或医疗设备之运输队）以及第36条至第37条（医务飞机）。

40 《日内瓦第二公约》第17条第2款对于“在中立国港口登陆之伤者、病者或遇船难者”的规定也体现了同样的原则。另见《海牙第五公约》（1907年）第12条：“如无特别的专约，中立国应向被拘留者提供衣、食以及符合人道主义要求的救助。因拘留而支付的费用在媾和时应予以偿还。”另见《海牙第十公约》（1907年）第15条第2款。同样受该逻辑影响的条款还有《日内瓦第三公约》第116条和《日内瓦第四公约》第36条。See also Sandoz, p.94, 不过他提出了一些减免的考量因素。

国拘留伤者和病者的情况。[41]这种情况专门由中立法而非国际人道法规定。虽然起草日内瓦四公约时假设存在中立国应采取此举的情况，但起草人没有选择在四公约的语境下明文规定这一问题。[42]实际上，1949年外交会议强调，当缔约方在未来任何特定情况下需要适用中立法时，关于其如何理解该法项下的规则，“每个缔约方都有完全的解释自由”。[43]

935 根据1907年《海牙第五公约》第11条，国际法对于身体健全的战斗员在这一问题上的要求如下：“中立国在它的领土内收容的交战国部队,应尽可能将其拘留于远离战场的地方。”[44]该公约第14条要求，中立国应看管经其准许过境其领土的，以及那些“委托给它的”属于武装冲突一方的伤者和病者，以“务使他们不得重新参加作战行动”。《海牙第五公约》这些规则目前的法律地位并不在本评注的研究范围内。[45]只能说自1907年以来，各国本身并未公开重新审查这些规则是否仍反映现行法。

936 收容于中立国领土内且因中立国依国际法须拘禁之人，必须按照《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项的规定予以战俘待遇。[46]这是准用《日内瓦第一公约》第14条的体现。当然，虽然法律要求将他们视为战俘，但这仍然不影响中立国可能决定给予其更有利的待遇。

3. 对医务人员和宗教人员准用

937 第24条（武装部队常任医务人员和宗教人员）或第26条（协助本国武装部队医务部门的各国红十字会或红新月会及其他志愿救济团体之人员）所涵盖的人员，若处于中立国领土内，则必须允许其返回其所属的冲突一方（第30条）。在其返回之前，中立国必须至少按照战俘的标准对待这些人员。[47]但如果根据公约约文的字面意思，可得出的结论是：如果冲突各方伤者和病者的“健康状况，精神需要以及人数上”有此要求，则中立国可根据第28条留用这些人员。[48]但在实践

41 这与日内瓦四公约中其他一些条款不同，这些条款虽然也未涉及相关实体规则，但其承认在某些情形下，中立国可能需要确保冲突各方的伤者和病者不能参加“战争行动”。例如，见《日内瓦第一公约》第37条第3款、《日内瓦第二公约》第15条和第17条第1款。

42 关于日内瓦四公约的起草者未选择制定有关中立法实体规则这一事实，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第103、220～221页，以及第II-B卷，第240页。

43 同上注，第II-A卷，第105～107页。

44 另见《海牙第十公约》（1907年）第15条和《海牙空战规则》（1923年）第43条。

45 相关历史分析，见Mears。See also K.V.R. Townsend, ‘Aerial Warfare and International Law’, *Virginia Law Review*, Vol. 28, 1941–1942, pp. 516–527, at 518–520.

46 与此相关的是，《日内瓦第三公约》第122条要求中立国“凡在其领土内收容属于〔《日内瓦第三公约》〕第四条所指之各类之一种之人员者”，“应为在其权力下之战俘设立一正式情报局”。

47 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第188页。

48 见美国《战争法手册》（2015年），第15.16.6段。

中，所观察到的情况是，留用制度“并不真正适合于中立国家”。据此，有论点指出，除非其所依附之冲突一方已同意可以留用这些人员，否则中立国必须释放第24条和第26条所涵盖的人员。[49]

938 第25条所涵盖的人员（辅助医务人员），若处于中立国领土内，该国可对其予以拘留，使其无法再参加军事行动。根据《日内瓦第一公约》第29条和《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项，这些人员必须获得战俘待遇。[50]

939 第27条所涵盖的人员（协助冲突一方医疗部门且经某中立国认可之团体的医务人员），若处于另一中立国领土内，不得被该国拘留或留用。根据第32条，必须允许他们返回本国。

4. 对死者准用

940 属于第13条任一类别的人员被发现死于中立国领土内时，准用第16条和第17条。因此，冲突一方的死者落入其手时，中立国必须按照第16条的要求，记录“任何可以证明其身份之事项”。由于准用第15条第1款，中立国还必须“搜寻死者”。[51]

主要参考文献

Bindschedler, Rudolf L., ‘Die Neutralität im modernen Völkerrecht’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 17, 1956, pp. 1–37.

Bothe, Michael, ‘Neutrality: Concept and General Rules’, version of April 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

– ‘The Law of Neutrality’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 549–580.

Castrén, Erik, *The Present Law of War and Neutrality*, Suomalaisen Tiedeakatemian Toimituksia, Helsinki, 1954, pp. 421–492.

Chadwick, Elizabeth, ‘Neutrality Revised?’, *Nottingham Law Journal*, Vol. 22, 2013, pp. 41–52.

de Preux, Jean, ‘Conventions et Etats neutres’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 71, No. 776, April 1989, pp. 132–143.

Gioia, Andrea, ‘Neutrality and Non-Belligerency’, in Harry H.G. Post (ed.), *International Economic Law and Armed Conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 51–110.

49 Sandoz, pp. 97–98.

50 *Ibid.* p. 189.

51 关于中立国对失踪人员的义务，见脚注24。

Heintschel von Heinegg, Wolff, '"Benevolent" Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality', in Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 543–568.

Hostettler, Peter, 'Neutrals, Disarming and Internment of Belligerents', version of June 2006, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Hostettler, Peter and Danai, Olivia, 'Neutrality in Land Warfare', version of September 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Kussbach, Erich, 'Le Protocole additionnel I et les Etats neutres', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 62, No. 725, October 1980, pp. 231–251.

Mears, Dwight S., 'Neutral States and the Application of International Law to United States Airmen during World War II. To Intern or Not to Intern?', *Journal of the History of International Law*, Vol. 15, No. 1, 2013, pp. 77–101.

Monnier, Jean, 'Développement du droit international humanitaire et droit de la neutralité', in *Quatre Etudes du droit international humanitaire*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1985.

Neff, Stephen C., *The Rights and Duties of Neutrals: A General History*, Manchester University Press, 2000, pp. 191–217.

Norton, Patrick M., 'Between the Ideology and the Reality: The Shadow of the Law of Neutrality', *Harvard International Law Journal*, Vol. 17, No. 2, 1976, pp. 249–311, especially at 254–257.

Ochsner, Richard, *Der Transit von Personen und Gütern durch ein neutrales Land im Falle des Landkrieges*, Polygraphischer Verlag A.G., Zurich, 1948, pp. 72–80.

Sandoz, Yves, 'Rights, Powers and Obligations of Neutral Powers under the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 86–108.

Schindler, Dietrich, 'Aspects contemporains de la neutralité', in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 121, 1967, pp. 220–321.

– 'Transformations in the Law of Neutrality since 1945', in Astrid J.M. Delissen and Gerard J. Tanja (eds), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 367–386.

Seger, Paul, 'The Law of Neutrality', in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 2014, pp. 248–270.

第五条
适用期间

公约条文

本公约应适用于落于敌人手中之被保护人，直至彼等最后遣返为止。

保留或声明

无

目 录

一、引言 289
二、讨论 290
主要参考文献 291

一、引言

941 日内瓦四公约及其附加议定书的多项条款对这些条约的属时适用范围作出了规定。[1] 这些条款规定了四公约及其议定书全部或部分适用的起止时间。实际上，四公约及其议定书中的部分条款可能在冲突结束时即停止适用，但仍有许多条款在冲突结束后继续适用。[2] 有鉴于此，第 5 条确认伤病战斗员、医务人员及宗教人员如落于敌人手中，则受该公约的保护，直至其最后遣返为止。

942 第二次世界大战期间，关于1929年两部日内瓦公约适用的起止时间出现了重大争议，因而有必要在1949年《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》中为此作出规定。某些交战方曾否认战败敌方的主权甚或任何法律存在，他们主张有权按其认为适当的方式对待战俘，有权剥夺条约赋予战俘的保障。[3]随后通过的条款

1 除此条款外，尤其见共同第2条；《日内瓦第三公约》第5条；《日内瓦第四公约》第6条；以及《第一附加议定书》第1条和第3条。关于非国际性武装冲突，见共同第3条和《第二附加议定书》第1条第1款和第2条第2款。

2 关于《日内瓦第一公约》属时适用范围的讨论，见关于共同第2条的评注，第四部分第（二）节第3项。

3 See François Bugnion, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 686–687; Catherine Rey-Schyrr, De Yalta à Dien Bien Phu: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge 1945–1955, ICRC/Georg, Geneva, 2007, pp. 138 and 164–167.

措词较为笼统，也涵盖该特定情形以外的情况。只要被保护人在敌方手中，第5条就与有关权利不得放弃和特别协定的条款一起，[4]禁止冲突一方援引任何借口否认四公约为被保护人提供的保护。

二、讨论

943 《日内瓦第一公约》纳入第5条是为了确保四公约的一致性，确保每个公约本身的完整性。因此，该条与《日内瓦第三公约》第5条和《日内瓦第四公约》第6条相类似；但该条款又与这两条有所不同：该条并未具体规定《日内瓦第一公约》开始适用于被保护人的时间。原因在于《日内瓦第一公约》中的被保护人在己方武装部队服役时即已受到该公约的保护。换言之，战斗员一旦受伤或患病就享有保护，而医务人员只要符合公约规定的条件就受到保护。[5]因此，与保护的持续时间不同，保护开始的时间并不取决于相关人员是否落于敌手。[6]

944 落于敌人手中的伤病战斗员属于战俘。[7]因此，他们同时受《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》的保护。冲突结束后初始伤病尚未痊愈且仍在敌人手中的人员，仍受《日内瓦第一公约》的保护，直至第5条规定的时刻为止，即直至最后遣返时为止。

945 伤病战俘痊愈后，《日内瓦第一公约》对其则不再适用，但他们仍受《日内瓦第三公约》的保护，直至最后被释放及遣返为止。[8]如果他们在身为战俘期间再次受伤或患病，则仅受《日内瓦第三公约》的保护，该公约要求在任何情况下均应提供至少等同于《日内瓦第一公约》规定的医疗和卫生标准。无论哪种情况，必须给予落于敌人手中的伤病员其病情所需之治疗。[9]因此，落于敌人手中的人员被认为恢复健康的时间点并不产生真正的影响。第5条因而对留用医务或宗教人员最为相关，因其确保了这些人员在最后遣返前均受《日内瓦第一公约》的保护。

946 “最后”一词预先制止或排除了下述行为：任何涉及释放受伤战俘或留用医务或宗教人员，但又以其他名义继续囚禁他们的欺骗行为。因此，该条与《日内瓦第三公约》第5条相对应。[10]《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》第5条确

4 分别见共同第7条和共同第6条（《日内瓦第四公约》第8条和第7条）。
5 分别见第12条和第24条。
6 关于公约开始适用的时间，见第2条及其评注，第三部分和第四部分。
7 见第14条。
8 见第5条。另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第143页。
9 尤其见《日内瓦第一公约》第12条和《日内瓦第三公约》第29条至第31条。
10 有关该公约适用期间的详细讨论，见关于《日内瓦第三公约》第5条的评注。

保有关人员只要在敌人手中就继续享有保护，即使实际战事已停止，甚或冲突结束很久之后。

947 《日内瓦第一公约》要求“一俟归路可通及军情许可”，缔约国应遣返对于照顾战俘来说并非必需的医务或宗教人员。[11]这完全可能发生在实际战事结束之前。第5条的意义在于，即使一方没能在规定的时间内履行遣返此类人员的义务，也并不会改变其地位或者剥夺其应享有的保护和待遇。

948 此外，《日内瓦第三公约》要求，“实际战事停止后”，战俘应即予释放并遣返，“不得迟延”。[12]对于被留用的医务及宗教人员而言，这就需要即使在战事结束之后，他们的留用及送回条件仍然适用。[13]换言之，（不论出于何种原因）继续拘留战俘的一方仅可留用照顾战俘所必需的医务及宗教人员。[14]1971年印巴冲突就涉及相关问题，当时在冲突期间和冲突结束后仍有战俘被拘留，医务人员被留用。[15]虽然各方对于留用的医务人员仍受《日内瓦第一公约》保护这一点没有争议，但是有人质疑是否所有留用医务人员对于照顾战俘而言都是必需的。未能遣返多余的医务和宗教人员可理解为等同于企图改变这些人的地位。

949 简言之，第5条确认了国际人道法的主要宗旨：即公约的适用以一线的事实情况为基础。只要被保护人仍处于需要保护的情形之下，日内瓦四公约所赋予的保护就持续适用，其适用并不取决于有关冲突开始或结束的形式。

主要参考文献

Grignon, Julia, *L’applicabilité temporelle du droit international humanitaire*, Schulthess, Geneva, 2014.

11 关于医务人员和宗教人员的送回和遣返，见关于第30条的评注，第三部分。

12 《日内瓦第三公约》第118条。

13 见《日内瓦第一公约》第28条、第30条和第31条，以及《日内瓦第三公约》第33条。

14 具体数字应按照第28条所规定的具体条件和要求予以确定。

15 François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, p. 478; ICRC, Annual Report 1972, ICRC, Geneva, 1973, p. 51.

第六条
特别协定

公约条文 *

一、于第十、十五、二十三、二十八、三十一、三十六、三十七及五十二各条明文规定之协定之外，各缔约国对其认为需另作规定之一切事项得订立特别协定。是项特别协定不得对本公约关于伤者、病者、医务人员或随军牧师所规定之境遇有不利的影响，亦不得限制本公约所赋予彼等之权利。

二、除在上述或后订之协定中有相反之明文规定，或冲突之一方对彼等采取更优待之措施外，伤者、病者、医务人员及随军牧师，在本公约对其适用期间，应继续享受是项协定之利益。

保留或声明

无

目 录

一、引言 294
二、历史背景 294
三、讨 论 296
（一）协定的形式和缔结时间并不影响第 6 条的适用 296
（二）特别协定和非国家实体 299
（三）特别协定和第三方 300
（四）特别协定和修正案 301
（五）特别协定和武力威胁或使用武力 301
（六）特别协定的限制 302
（七）特别协定的期限 304
主要参考文献 305

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

950 武装冲突期间，交战方之间可以缔结协定。虽然停火协定与和平协定可能是各类协定中最广为人知的，但此类协定并不仅限于此。武装冲突各方在敌对行动过程中（特别是涉及被拘留的被保护人时）和冲突结束后，均可就各项问题缔结协定。因此，本条款作为1949年日内瓦四公约的共同条款，[1]承认尽管四公约及其附加议定书的条文已颇为详细，但冲突各方以及其他缔约国仍可针对特定的情形制定更为具体的规定。特别协定可以根据当时的情形和现代技术，使四公约及其附加议定书的某些规定适应于具体情况，该手段是四公约本身所预见并予以规定的一项特征。[2]

951 第6条确认各缔约国可以缔结此类协定，为这些协定的实质内容设定重要的限制，并阐明其期限。

952 对于非国际性武装冲突，值得回顾和注意的是，共同第3条也鼓励此类冲突之各方缔结特别协定，以使四公约的全部或部分规定发生效力。

953 第6条是四公约及其附加议定书所提供的保护制度的基石，因为该条为四公约及其附加议定书中所载明的保护规定了最低限度的保障，并禁止对其作出任何克减。在特别协定的谈判和缔结过程中，无论其形式如何，当事方必须在各方面都善意行事。

二、历史背景

954 交战各方之间缔结特别协定长期以来一直是武装冲突的一个特征。实际上，在国际人道法编纂之前，这些协定在规范交战各方之间的关系方面发挥了重要的作用。[3]因此可能不足为奇的是，1949年日内瓦四公约之前的每一项公约都规定可

1 《日内瓦第一公约》《日内瓦第二公约》《日内瓦第三公约》第6条和《日内瓦第四公约》第7条。

2 例如，见《日内瓦第二公约》第44条和《日内瓦第三公约》第60条第2款。

3 关于医疗设施和武装部队伤者和病者待遇问题的协定，尤其见Véronique Harouel-Bureloup, *Traité de droit humanitaire*, Presses Universitaires de France, 2005, pp. 85 and 92–98。关于战俘交换、释放和待遇协定的历史实例，见Stephen C. Neff, 'Prisoners of War in International Law: The Nineteenth Century', in Sibylle Scheipers (ed.), *Prisoners in War*, Oxford University Press, 2010, pp. 57–73。较早的协定包括，例如：Convention between Great Britain and France respecting Prisoners of War, London, 10 May 1854 (PRO FO 93/33/55A)。关于海上武装冲突，一个很好的例子是1780年3月12日法国和英国缔结的交换所有海上俘虏的条约。该条约针对下列物体和人员等规定了诸多保护措施，包括运载被遣返人员的船只和照顾双方海军人员的医疗和宗教人员。见Pictet (ed.), *Commentary on the Second Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 3, 其引用了Georges Cauwès, *L'extension des principes de la Convention de Genève aux guerres maritimes*, L. Larose, Paris, 1899, p. 16, 以及Ernst Julius Gurlt, *Zur Geschichte der internationalen und freiwilligen Krankenpflege*, F.C.W. Vogel, Leipzig, 1873, pp. 29 and 31。交战各方与中立国之间也缔结了多项协定。See also Riccardo Monaco, 'Les conventions entre belligérants', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 75, 1949, pp. 274–362.

以（或至少预料到可能须）缔结特别协定以填补公约所规定的制度。例如，1864年《日内瓦公约》预期各方可能会缔结安排相互归返受伤战斗员的协定，[4]而1906年《日内瓦公约》规定“但各交战国可以……对伤者或病者相互自由签订它们认为适当的条款”，并进一步明确规定他们“特别有权同意”的领域。[5]1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》也载有规定缔结此类协定的具体条款。[6]

955 第一次世界大战期间，各方就冲突期间的战俘问题进行谈判并缔结了许多协定，当时有关这方面的条约规则相对较少。[7]实际上，1929年《关于战俘的日内瓦公约》的规定主要就是基于这些协定。同时，1929年公约的缔约国“对于它们认为需要个别处理关于战俘的一切问题，保留缔结特别专约的权利”。[8]然而不幸的是，第二次世界大战期间，一些国家所缔结的协定修改了1929年公约所规定的保护的一些重要方面，[9]以致战俘丧失了一些基本权利。因此，红十字国际委员会在1947年提议，各公约须明文规定，交战国之间缔结的特别协定在任何情况下均不应减损对战俘或任何其他受保护人员的待遇标准。[10]尽管一个代表团提出了一些顾虑，[11]但这一提议在1949年的外交会议上得到了认可。[12]

956 在1949年之后的时代，若干关于伤病战俘遣返问题的特别协定得以缔结。[13]另有一系列与战俘和被拘留平民的一般性遣返和交换有关的特别协定以及与死者遗体交换或返还有关的特别协定得以缔结。[14]在其他情形中，交战国还试图对从包围区撤离武装部队伤者病者和平民缔结特别协定。

4 《日内瓦公约》（1864年）第6条。

5 《日内瓦公约》（1906年）第2条。

6 尤其是第2条第2款规定：“但各交战国为了伤病战俘的利益有自由在超出现行义务之外另订它们认为有益的任何条款。”另见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第3条、第12条和第13条。

7 当时没有专门关于战俘的条约。1907年《海牙第四公约》的相关规则是第4条至第20条。关于相关协定，例如，见：Agreement between the British and Turkish Governments respecting Prisoners of War and Civilians, Bern, 28 December 1917 (PRO FO 93/110/79)。Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 79, 提供了此类协定的简短列表。See also Alan R. Kramer, ‘Prisoners in the First World War’, in Sibylle Scheipers (ed.), *Prisoners in War*, Oxford University Press, 2010, pp. 75–90, especially at 76–77; Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*: *A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Åbo Akademi, Helsinki, 1976, reprinted 2005, pp. 51–69.

8 《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第83条第1款。

9 See Catherine Rey-Schyrr, *De Yalta à Dien Bien Phu: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge 1945–1955*, ICRC/Georg, Geneva, 2007, pp. 165–167; Bugnion, pp. 436–437.

10 Wilhelm, pp. 561–590, especially at 573–576.

11 关于旨在对这一限制要求施加限定的拟议修正案的讨论，见第三部分第（六）节。

12 见《1947年政府专家会议报告》，第259页；另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第109页。

13 例如，1956年从以色列遣返受伤的埃及战俘，见Françoise Perret and François Bugnion, *De Budapest à Saigon: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge*, ICRC/Georg, Geneva, 2009, p. 93。

14 See Bugnion, Appendix I, Table of Special Agreements, pp. 1029–1043.

三、讨论

对于与日内瓦四公约具体条款相关的特别协定，关于其实质内容的讨论，见有关这些条款的评注。

（一）协定的形式和缔结时间并不影响第 6 条的适用

957 缔约国之间缔结的影响或涉及被保护人依日内瓦四公约和《第一附加议定书》所享有的权利的任何协定均受第6条的约束。是否构成一项特别协定与该协定是双边还是多边无关，该协定也不必仅与一项特定的公约或一项特定的权利有关。例如，如果停火或停战协定所载条款涉及被保护人依四公约或《第一附加议定书》所享有的权利，则该协定构成第6条所指的“特别协定”。[15]

958 就第6条而言，各种各样的协定都可以视为“特别协定”。该条款所列各项协定的多样性佐证了这一事实。[16]《日内瓦第一公约》明文规定可在下列领域缔结协定：

1. 委任公允之组织，作为保护国的代替组织（第 10 条第 1 款）；
2. 搬移、交换及运送战场上遗落之受伤者（第 15 条第 2 款）；
3. 撤离被包围地区之伤者与病者，并使送往该地区之医疗与宗教人员及器材得以通行（第 15 条第 3 款）；
4. 设立并承认医院地带及处所（第 23 条第 2 款和第 3 款）；
5. 遣返留用的医务人员（第 28 条第 3 款）；
6. 决定留用的医务人员和宗教人员的百分比（第 31 条第 2 款）；
7. 保护医务飞机（第 36 条第 1 和第 3 款）；
8. 保护在中立国之领土上空飞行的医务飞机（第 37 条第 1 款）；
9. 设立关于任何被控违犯本公约的行为之调查程序（第 52 条）。

959 上述清单仅旨在说明根据第一公约可缔结的协定种类，此外还有其他提及交战方之间缔结协定的条款，包括鼓励或禁止这种协定安排或者确保此种协定不影响被保护人之权利的条款。[17]例如，下列情形也可能涉及缔结协定：

1. 为《日内瓦第一公约》的适用或解释设立和解程序（第 11 条第 2 款）；
2. 中立国国家红十字会或红新月会人员的送回（第 32 条第 2 款）。

15 这也是英国关于该问题的解释：见《武装冲突法手册》（2004年），第10.24段。尽管如此，这种协定可能会引起一些变化，从而导致国际人道法某些规则不再适用，不过具有这种效果的是事实情况的实际变化，而不是协定的存在本身。

16 第6条（《日内瓦第四公约》第7条）的每个版本都列举了若干提及有关公约具体特别协定的条款，进一步强调了可缔结此类协定的议题范围广泛。

17 另见第10条第5款（如一国谈判之自由受限制，有关保护国之代替组织的规定不得因此有所减损）。

此外在某些情况下，尽管《日内瓦第一公约》没有做出任何此种明确规定，但缔结特别协定可能是必要或有益的。例如，特别协定可能有助于安排有关处置死者及其埋葬事宜的程序。[18]

960 《第一附加议定书》也认可缔结特别协定的可能性，[19]议定书中诸多条款均规定可就特定问题缔结协定。由于《第一附加议定书》是对1949年日内瓦四公约的补充，[20]此类协定因而也在共同第6条（《日内瓦第四公约》第7条）的涵盖范围内。这种理解还源于四公约及《第一附加议定书》的目的和宗旨，即设定武装冲突时期的最低保护标准。因此可以理解的是，就附加议定书所涉事项缔结的特别协定均不可对四公约或《第一附加议定书》（如适用）所规制的被保护人的境遇产生不利影响。《第一附加议定书》规定可针对下列事项缔结特别协定：

1. 在本国领土外使用便利四公约和《第一附加议定书》适用的经过训练的合格人员的条件（第 6 条第 4 款）；
2. 医务飞机的保护（第 25、26、27、28、29 和 31 条）；[21]
3. 搜寻、识别和收回战地上死者的工作组的安排（第 33 条第 4 款）；
4. 便利有关人员前往墓地，保护墓地并便利死者尸体的送还（第 34 条第 2 款）；
5. 对含有危险力量的物体额外加以保护（第 56 条第 6 款）；
6. 设立不设防地方（第 59 条第 5 和第 6 款）；
7. 非军事化地带的设立、记号标明、使用和保护（第 60 条）；
8. 民防组织出于识别目的使用特殊信号（第 66 条第 5 款）；
9. 针对被占领领土外的平民居民开展救济行动（第 70 条第 1 款）；
10. 保护国对儿童撤退行动的监督（第 78 条）；
11. 国际实况调查委员会（第 90 条）。

961 最后，《第三附加议定书》规定“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……一种特殊标志”（即红十字、红新月、红狮与太阳或红水晶），[22]从而允许各缔约国缔结有关这方面的协定。[23]

962 这些例子说明，“协定”一词涵盖多种可能性。协定可以是纯粹的地方协议或临时协议（例如，关于撤离伤员的协议），可以是相当于规章的文件（例如，

18 见第17条。
19 《第一附加议定书》第4条。
20 《第一附加议定书》第96条第1款规定：“当各公约缔约各方也是本议定书缔约各方时，经本议定书补充的各公约应予适用。”
21 另见《第一附加议定书》附件一，第6条第3款。
22 《第三附加议定书》（2005年）第5条。
23 日内瓦四公约及其附加议定书未对标志规定其他特别协定。

关于医务人员的规范性文件），或者确实是更为正式的协议（例如，关于保护国之代替组织或调查程序的协议）。因此，必须在非常广泛的意义上解释特别协定的概念，在缔结形式或时间上均没有限制。[24]

963 此外，各种形式的协定，不论书面或是非书面、明示或默示，[25]双边或多边、有无期限限制，甚至是通过信号缔结的协定，均适用第6条的规定。[26]尽管这类协定只有在采用书面形式时，才能适用1969年《维也纳条约法公约》，[27]但一般国际法承认，未经书面缔结或以其他方式记录的协定也可构成条约。[28]有鉴于此，必须指出的是，各国的单方面声明即使在形式上无法构成“协定”，但鉴于这类声明能够对其制定国产生具有约束力的法律义务，也必须遵守第6条的要求。[29]特别协定也可通过相互一致的意向声明以口头形式订立，而无任何其他的形式要求，但为使其切实可行，这些口头协定需要特别明晰且确切。[30]从政策上来说，如有可能，最好以书面形式订立特别协定。[31]

964 特别协定对国家产生具有约束力的法律义务。[32]协定必须予以“严格遵守”。[33]无论该协定是在具有缔约权的全权政府代表之间缔结的，还是在战场上交

24 与武装冲突中的保护有关的其他文书也提到了可以缔结协定的具体领域。例如，1954年《关于保护文化财产的海牙公约》第24条是一项与第6条类似的一般性规定。1994年《圣雷莫海战法手册》提到了鼓励冲突各方缔结协定的若干领域（尤其见第11条、第47条第3项、第53条、第91条和第177条）。2009年《空战和导弹战国际法手册》规则99也申明可以为保护该手册未涵盖的人员或物体而缔结协定。如果这种协定实质上涉及日内瓦四公约规定的保护，那么也将受第6条的规制。

25 例如，在1982年阿根廷和英国之间的冲突中，双方通过默示的协定使敌对行动暂停，以收集伤员。See Sylvie S. Junod, *Protection of the Victims of Armed Conflict, Falkland-Malvinas Islands (1982)*, ICRC, Geneva, 1984, p. 26. 另见美国《战争法手册》（2010年），第56页，脚注16。

26 专门关于默示协定和信号，见Verdross/Simma, pp. 440–443, paras 683–689。See also the commentaries by Philippe Gauthier, ‘1969 Vienna Convention. Article 2: Use of terms’, in Corten/Klein, pp. 38–40, paras 14–18, and by Yves Le Bouthillier and Jean-François Bonin, ‘1969 Vienna Convention. Article 3: International agreements not within the scope of the present Convention’, in Corten/Klein, pp. 66–76.

27 《维也纳条约法公约》（1969年）第2条。一般条约法中的其他问题也可能具有相关性。

28 同上注，第3条。See Yves Le Bouthillier and Jean-François Bonin, ‘1969 Vienna Convention. Article 3: International agreements not within the scope of the present Convention’, in Corten/Klein, pp. 69–70, para. 9, and Hollis, pp. 23–24.

29 See International Law Commission, ‘Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto’, *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, Vol. II, Part II. See also ICJ, *Nuclear Tests case (Australia v. France)*, Judgment, 1974, p. 253, and *Nuclear Tests case (New Zealand v. France)*, Judgment, 1974, p. 457.

30 国际法院指出，各国的联合公报可构成一项国际协定。See *Aegean Sea Continental Shelf case*, Judgment, 1978, para. 96. 正如一位德国大使就联合公报中表达的意向声明所写的那样：“一切都取决于内容和情况。”Hartmut Hillgenberg, ‘A Fresh Look at Soft Law’, *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, pp. 499–515, at 507, note 42.

31 此外，就战俘而言，另一项义务是，必须在战俘营中以战俘理解的语言张贴所有特别协定以及《日内瓦第三公约》约文。见《日内瓦第三公约》第41条。

32 See Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Maitland Publications, Sydney, 1954, p. 636; Fitzmaurice, p. 309; 更多参考内容，见Verdross/Simma, p. 443, para. 687。但是，关于一个更为模糊的观点，见Baxter, p. 366。至少，甚至巴克斯特（Baxter）也承认，“各国可能有义务不采取会妨碍履行这些承诺的措施”。

33 英国《武装冲突法手册》（2004年），第10.13段；美国《战地手册》（1956年），第453段：“在一切非敌对关系中，双方绝对必须以最严谨的方式恪守善意，不得利用敌方并不意图给予的好处。”

战的指挥官就特定问题或地区缔结的，都是如此。[34]不过，一些军事手册指出，如今各方指挥官之间在战场上直接进行谈判的情况并不常见，交战方之间的交流往往发生在“政府间层面”。[35]

965 在时间方面，必须指出的是，特别协定并不要求必须是在武装冲突期间缔结的协定。重要的不是协定何时缔结，而是其条款的实质内容是否影响四公约之一或第一议定书所赋予的权利。部分协定是在冲突期间缔结的，例如关于进入被围困或包围的地区或暂停敌对行动以收集伤者和病者的协定，而另一部分协定则可能是在敌对行动结束之后缔结的。例如，与战俘有关的协定甚至可能在冲突结束很长时间之后，但《日内瓦第三公约》仍然持续适用之时才缔结。[36]此外，即使没有武装冲突，缔约国也可以缔结特别协定。[37]无论何时缔结，所有的特别协定均应遵守第6条规定的规则。

966 在理想情况下，为确保协定可体现并顾及不同的观点，谈判参与人员应包括不同性别和背景的人。[38]

967 关于占领国与被占领领土地方当局之间的协定，《日内瓦第四公约》第47条将与第6条一同适用于对此类协定的解释。[39]

968 最后，第6条涉及缔约国之间缔结的所有特别协定，而不仅仅是冲突各方之间的协定。这是起草者有意识的选择，以实现使冲突当事方与中立国之间关于转移战俘的协定可以受本条规定的约束等目的。[40]

（二）特别协定和非国家实体

969 第6条适用于缔约国（即国家）之间的协议。[41]但有时冲突各国之间缔结特别协定时，也会有红十字国际委员会或其他组织等非国家实体签署。[42]红十字国际

34 关于军事指挥官谈判并缔结具有约束力的协定的可能性，见Peter Kovacs, ‘Article 7. Full powers’, in Corten/Klein, p. 143, para. 67, 及Verdross/Simma, p. 443, para. 687, 以及更多参考内容。

35 加拿大《武装冲突法手册》（2001年），第1401.2段；英国《武装冲突法手册》（2004年），第10.3.1段。

36 See e.g. ICRC, Press Release, ‘Iran: 20th anniversary of prisoner-of-war repatriation’, 16 August 2010. See also Harroff-Tavel, pp. 465–496, especially at 475–78.

37 例如，见关于地带的规定（《日内瓦第一公约》第23条、《日内瓦第四公约》第14条和《第一附加议定书》第60条）。

38 见联合国安理会2000年10月30日第1325号决议，第1段。人们日益认识到，妇女、男子、女童和男童受武装冲突影响的方面不同，因此，在国家、区域和国际层面预防、管理和解决冲突的机构和机制中，妇女和男子在其中所有决策层都有其代表是有利于相关进程的。国际人道法的适用也应反映这一认识。

39 John Quigley, ‘The Israel-PLO Agreements Versus the Geneva Civilians Convention’, *Palestine Yearbook of International Law*, Vol. 7, 1992–1994, p. 45. （这主要涉及《日内瓦第四公约》第7条，而不涉及前三部公约的第6条。）

40 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第109页。

41 在《第一附加议定书》第96条第3款适用的情况下，第6条也可适用于“代表对缔约一方从事……武装冲突的人民的当局”与其他缔约国之间缔结的协定。关于非国际武装冲突期间国家与有组织武装团体之间缔结的特别协定，见关于共同第3条的评注，第十一部分。

42 See ICRC, Press Release, ‘Iran/Iraq: significant step forward in search for missing persons from 1980–1988 war’, 16 October 2008, 关于伊朗、伊拉克和红十字国际委员会之间谅解备忘录的缔结。

委员会等组织参与缔结协定本身，并不影响第6条对缔约方之间的协定的适用。确实，没有理由不将第6条正式适用于缔约方与联合国等国际组织之间缔结的协定。无论如何，这些特别协定的实质内容必须遵守一项原则，即不得以任何方式削弱公约所提供的保护。

970 在某些情况下，“交战双方各自与红十字国际委员会缔结了单独的协定，以解决某些具体的人道问题，但同时拒绝彼此之间任何的直接联系。”[43]无庸赘述，红十字国际委员会如果认为拟议的协定将对国际人道法产生不被容许的减损，则不会同意达成该协议。如果冲突各方与联合国或红十字国际委员会等组织针对前者在《日内瓦第一公约》规定领域内的行为缔结了并行的补充协定，那么在第6条的意义上，这些协定将被视为特别协定。换言之，冲突一方不能通过经由某个组织发挥中介作用而缔结的平行协定来规避第6条的要求，即使该组织看似是该协定的当事方。不能通过纯粹的法律形式主义来规避本条款和日内瓦四公约总体的宗旨。

971 非国际性武装冲突各方之间的协定受共同第3条的规制。[44]

（三）特别协定和第三方

972 根据国际条约法的一般规则，国际协定“非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”。[45]只有在某些特定情况下且第三国“以书面明示接受”该项义务时，才会产生义务，[46]但也存在未经第三国明确同意即为其创设权利的可能性。[47]对于国际组织而言，条约制度是类似的，但与国家不同的是，相关条约规则不推定某组织对给予它的权利表示同意。[48]该组织是否同意是“依照该组织的规则”而定。[49]

973 从红十字国际委员会的角度来看，这可能是相关的。缔约各方缔结特别协定，规定红十字国际委员会负责监督或协助本协定的实施，这种情况并不少见。如果红十字国际委员会没有参与此类协定的谈判和（或）没有机会同意或拒绝接受这一职责，则其不受该协定条款的约束。例如，1948年巴勒斯坦的一份停战协定就涉及这种情况。[50]红十字国际委员会由于对该协定中所规定的责任存在疑虑，

43 Bugnion, pp. 392–394.

44 更多相关详细内容，见关于共同第3条的评注，第十一节。

45 《维也纳条约法公约》（1969年）第34条。

46 同上注，第35条。

47 同上注，第36条。

48 《关于国家和国际组织间条约法的维也纳公约》（1986年）第34条至第36条。

49 同上注，第36条第2款。

50 该协定第8段规定：“市区……中之双方人民之救济工作应由国际红十字会委员会（原文如此）办理，惟以确保于停战期间终止时所有基本物资之储存不较工作开始时大为增加或减少为原则。”联合国S/829号文件，1948年6月8日。

采取了与其遵循中立、公正和独立原则的工作方法更为相符的行事路径。[51]在其他情形中，红十字国际委员会接受了其并非当事方的协定中所规定的责任。[52]原则上，对于红十字国际委员会而言，如果某项特别协定遵守国际人道法（包括第6条），符合其基于中立、公正和独立原则的工作方法，并得到其同意，那么委员会就有可能接受此协定赋予它的职责。

（四）特别协定和修正案

974 一般条约法引起的另一个问题是条约的修正案与在协定的缔约方之间修改条约的协定之间的区别。《第一附加议定书》规定了一项修正程序，但没有关于特别协定的一般条款，[53]而日内瓦四公约并未规定修正程序，但载有关于特别协定的一般条款（本评注所涉之第6条和《日内瓦第四公约》第7条）。条约修正与修改之间的区别具有重大法律影响：根据条约法，修正案自动适用于条约的新缔约方，而修改现有缔约方之间的条约的特别协定仅适用于现有缔约方。[54]

975 特别协定与修正案之间不存在任何相互混淆的理由。如《第一附加议定书》第97条所述，通过修正案的程序相比特别协定更为正式和严格，并且不适用于日内瓦四公约。在大多数情况下，特别协定只是对现有的可适用规则予以补充，帮助实施这些规则并仅对协定缔约方具有约束力。因此，极少有特别协定能够构成对日内瓦四公约的修改。对于四公约和议定书中专门规定的特别协定，这种解释也适用：例如，《第一附加议定书》第56条所规定的协定将构成第6条意义上的特别协定，而非修正案。

（五）特别协定和武力威胁或使用武力

976 特别协定通常是在武装冲突的背景下缔结的，而武装冲突几乎不可避免地涉及使用武力。1969年《维也纳条约法公约》第52条规定，条约若“系违反联合国宪章所含国际法原则以威胁或使用武力而获缔结者”则无效。[55]该规则与特别协定有何关系？由于确定第52条所载规则是否适用取决于对诉诸武力法（“诉诸战争

51 红十字国际委员会“决定将其援助限于为医院运输物资”，这是因为它担心该协定为其规定的其他职责可能导致其为战斗员提供食物；see Bugnion, p. 391. See also ‘The International Committee of the Red Cross in Palestine’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin des Sociétés de la Croix-Rouge*, Supplement No. 8, August 1948, pp. 128–137, especially at 132–133.

52 例如，当红十字国际委员会受正式请求履行1973年8月28日巴基斯坦和孟加拉国之间的《新德里协定》为其规定的职责时，它同意履行该职责；see Bugnion, p. 392.

53 尽管如此，《第一附加议定书》承认存在缔结特别协定的可能性；见第4条。修正程序载于该议定书第97条。

54 见《维也纳条约法公约》（1969年）第40条和第41条。

55 此外，根据1969年《维也纳条约法公约》第44条第5款，在这种情况下，“条约之规定一概不许分离”。

权”）的评判，红十字国际委员会将不会进行此类分析，而是会按自己的标准评判协定的有效性，包括其是否符合第6条。

977 但是，其他机构可能会进行此类分析。因此有必要指出的是，一种观点认为，“只有当使用武力或武力威胁直接旨在促成缔结条约，或该条约旨在维持非法使用武力所创设的局势时，才能认定该条约是受胁迫缔结的”。[56]另一种观点认为，“只有遭胁迫的受害者别无选择，只得缔结条约时，条约才是无效的”，因而十分狭义地解释了该规则。[57]就第6条而言，可以推断的是，根据这项规则，涉及停火协定的情况下，最有可能出现协定效力不明的问题。[58]协定是在非法使用武力的情况下缔结的或旨在减轻这种非法使用武力的后果，这一事实本身并不会使其无效。这一逻辑源于诉诸武力法与武装冲突法（“战时法”）之间的完全分离，关于人道问题的协定与使用武力无关。

（六）特别协定的限制

978 第6条第1款第二句有效确认了日内瓦四公约所载权利的“不可减损性”。[59]它指出“是项特别协定不得对本公约关于〔被保护人〕所规定之境遇有不利的影响，亦不得限制本公约所赋予彼等之权利”。根据这一条款，各国自愿接受其缔结协定的自由受限，即不得订立可能削弱四公约赋予受武装冲突影响人员之保护的协定。这一意图在四公约谈判过程中得到明确体现，尤其体现在各国对一国提案的反应中，该提案建议缩减“保障”或限制条款的范围，仅禁止可能破坏公约“基本”条款的协定。其他国家主要基于以下两个反对意见坚决否绝了该提案：第一，“难以在被保护人的基本权利与非基本权利之间加以区分”；第二，“这种区分可能为各类滥用行为开辟道路，而四公约的宗旨是为其旨在保护的人员确保最低限度的保护”。[60]此外，一位代表坚称“在任何情况下都不得减损公约所规

56 Michael Bothe, ‘Consequences of the Prohibition of the Use of Force’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27, 1967, pp. 507–519, at 513.

57 Olivier Corten, ‘1969 Vienna Convention. Article 52: Coercion of a State by the threat or use of force’, in Corten/Klein, pp. 1201–1220, especially at 1219, para. 39.

58 *Ibid*. pp. 1217–1220.

59 关于四公约赋予个人权利的事实，见关于第7条的评注，第三部分第（二）节。

60 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第109页。

定的规则”。[61]如今，国际人道法的这种“不可减损性”已得到广泛接受，[62]并且可视为反映了其规则的强行法特征。

979 不符合第6条要求的特别协定是否具有法律效力？正如梅隆（Meron）所指出的，“国家据以意图限制被保护人在日内瓦四公约下所享权利的条约或协定将是无效的”。[63]此外，基于一般国际法，根据1969年《维也纳条约法公约》，任何违反现行强行法规范的条约均属无效。[64]对于国家的单方面声明也是同样的道理。[65]对于意图减损任何等同于强行法的人道法规范的特别协定，这些规则提供了一层额外的保护。

980 这一辩论的主题还凸显出“保障条款”涵盖范围广泛；在适用时，它涵盖了日内瓦四公约和《第一附加议定书》所载的所有权利和机制。实际上，“所赋予彼等之权利”是指日内瓦四公约为被保护人提供的全部保障——在这种情况下，被保护人为伤者、病者、医务人员和随军牧师。这些保障措施同样存在于为这些人员的利益而制定的所有安排中，例如特殊标志、对援助武装冲突受难者之人的保护、保护国的监督或对违约行为的处罚。简而言之，可以说该原则适用于日内瓦四公约的所有规则——最后一部分所载的纯粹形式性的规定或可除外——因为所有这些规则的适用都直接或间接地代表了被保护人的利益及其有权享有的保障。此外，日内瓦四公约的部分条款对于特别协定中允许或禁止包含的内容作出了具体的规定。当然，并没有规定阻止各缔约国对被保护人承担更多和更广泛的义务，但必须将日内瓦四公约规定的义务视为最低要求。

61 对以下原文的翻译：“en aucun cas il ne doit pouvoir être dérogé aux règles fixées par les Conventions”（法国）。同样，摩洛哥代表表示：“我们面临的……公约将会是人道公约，这些公约只有在……我们最大限度地确保保障条款发挥作用的情况下，才会具有生命力。”《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年4月29日召开之会议，第11、17页。因此，皮克泰（Pictet）版评注对这一关切进行如下阐述：

> 1949年聚集于日内瓦的各国政府明确禁止任何减损性协定的原因是，各国意识到一个巨大的危险，即它们在最佳条件下（即在和平时期）耐心起草的劳动成果可能会因偶然因素或战时条件下的压力而任凭修改。他们有足够的勇气认识到这种可能发生的情况，并针对这一情况制定了保障措施。从这个意义上说，在各国为个人利益和更高的司法秩序而放弃主权权利的过程中，第6条的一个里程碑。

Pictet (ed.), Commentary on the First Geneva Convention, ICRC, 1952, pp. 74–75.

62 See e.g. ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 73. See also Meron, pp. 251–253. 凡是四公约允许减损之时，都有明文规定。见《日内瓦第四公约》第5条。

63 Meron, p. 252.

64 第53条第一句规定：“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效”。第53条被称为“习惯国际法的新兴规则”（Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 676–677）并“逐渐获得了习惯规则的地位”（Eric Suy, ‘1969 Vienna Convention, Article 53: Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (‘jus cogens’), in Corten/Klein, pp. 1224–1233, at 1226, para. 5）。See also Meron, p. 252.

65 国际法委员会：“适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则及其评注”，载《2006年国际法委员会年鉴》第二卷第二部分，原则8。

981 此处，与共同第7条（《日内瓦第四公约》第8条）一样，有时可能会产生的一个问题是，拟议的特别协定是否会导致被保护人所处境地优于或劣于四公约所规定的状况。并非所有情况下均能立即确定某一特别协定是否会“对被保护人之境遇有不利的影响”。当情况在某些方面有所改善而在其他方面却受到不利影响时，如何作出判定？在这方面，特别协定不得“限制”四公约赋予被保护人的“权利”这一必然推论就旨在支持巩固这项一般性保障机制。大多数情况下，对公约保护的减损会立即或延迟导致被保护人处境的恶化。在实践中，红十字国际委员会在与各缔约国的沟通中将呼吁缔结符合人道法并加强保护的特别协定。

982 评估特别协定是否符合日内瓦四公约的要求时，有时还可能出现另外一个复杂因素，即某一冲突的定性是国际性武装冲突还是非国际武装冲突。在非国际性武装冲突中，共同第3条第3款鼓励各方缔结使日内瓦四公约全部或部分生效的协定。因此，在这种情况下缔结的特别协定可能不完全包括日内瓦四公约规定的所有保护内容。在冲突定性可能极具争议且没有国际机构可就此做出具有约束力的决定时，即使存在共同第6条，仍可能缔结一项使日内瓦四公约大部分而非全部规定生效的协定。[66]

983 但是可能存在一种特殊情况。如果出现一种罕见的特殊情况，导致适用日内瓦四公约中的某项规定给被保护人带来严重的不利后果，那么“保障条款”是否会阻止相关国家通过缔结背离该规定的协定对这一状况进行补救？这是有关国家无法自行解决的一个问题。在这种情况下，应由负责关照被保护人的中立、公正和独立的人道组织提供意见，该种意见应立足于保障条款固有的规则，即被保护人的处境不得受到不利影响。在这种情况下，此种组织可容许有关国家为补救这种状况而采取某些减损措施，无论是单独采取行动或订立双方协议。

984 当然，如果交战双方同意使其国民受到违反公约的待遇，则有关被保护人可能难以反对此种协定的缔结，难以避免其后果。但是，负责审查四公约适用情况的组织有义务提请交战方注意其义务。毫无疑问，其他因素也会纳入考量，例如未介入冲突的第三国施加的压力、公众舆论的压力或对起诉的畏惧。四公约的正确适用不仅是交战方之间的问题，还关系到整个国际社会。[67]

（七）特别协定的期限

985 第6条第2款确认，除在该协定或后订之协定中有相反之明文规定，或冲突之一方“对〔被保护人〕采取更优待之措施”外，只要日内瓦四公约及《第一附加

66 相反的观点，见ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 73。

67 另见关于共同第1条的评注，第一部分。

议定书》可适用，该项协定就继续适用。[68]由于1918年《停战协定》（第10条）废除了第一次世界大战交战方之间就战俘缔结的协定，应德国的要求，该条款于1929年引入《关于战俘的日内瓦公约》。[69]该款防止胜利一方通过停战协定废除其在冲突期间可能给予被保护人的任何更优待遇措施。对于尚未被遣返的战俘而言，这尤其重要。

986 日内瓦四公约和《第一附加议定书》都规定了其对受其保护之人的适用期间；第6条明确规定，除非已由提供更优保护之协定所取代，同样的标准也适用于特别协定。因此，本款旨在强调，四公约中的保护是其所要求的最低标准。

主要参考文献

Baxter, Richard R., 'Armistices and other forms of suspension of hostilities', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 149, 1976, pp. 353–400.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003 (especially Part I, Chapter V).

Corten, Olivier and Klein, Pierre (eds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, 2011.

Fitzmaurice, Sir Gerald, 'The juridical clauses of the peace treaties', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 73, 1948, pp. 255–367.

Harroff-Tavel, Marion, 'Do wars ever end? The work of the International Committee of the Red Cross when the guns fall silent', *International Review of the Red Cross,* Vol. 85, No. 851, September 2003, pp. 465–496.

Hollis, Duncan, 'Defining Treaties', in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 11–45.

Meron, Theodor, 'The Humanization of Humanitarian Law', *American Journal of International Law,* Vol. 94, No. 2, 2000, pp. 239–278.

Verdross, Alfred and Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis,* Duncker & Humblot, Berlin, unchanged reprint of the 3rd edition, 2010, p. 443.

Wilhelm, René-Jean, 'Le caractère des droits accordés à l'individu dans les Conventions de Genève', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 32, No. 380, August 1950, pp. 561–590.

68 有鉴于此，必须指出的是，特别协定的内容或条文必须张贴在战俘营和拘留平民的场所（《日内瓦第三公约》第41条和《日内瓦第四公约》第99条）。对于战俘，张贴的协定必须使用其本国语言；对于平民被拘留者，则必须使用他们理解的语言。另见《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》第5条和《日内瓦第四公约》第6条。

69 《1929年日内瓦外交会议记录》，第511页。

第七条
不得放弃权利

公约条文

在任何情况下，伤者、病者、医务人员及随军牧师不得放弃本公约或上条所述之特别协定——如其订有是项协定——所赋予彼等之权利之一部或全部。

保留或声明

无

目 录

一、引言 307
二、历史背景 308
三、讨论 308
(一) 禁止放弃部分或全部权利 309
(二) 公约赋予的权利 312
主要参考文献 313

一、引言

987 共同第7条（《日内瓦第四公约》第8条）是日内瓦四公约所确立之制度的基石，其目的是确保被保护人直至国际人道法适用于他们或其处境的最后一刻，始终享有四公约的保护。本条规定被保护人的权利不可剥夺。连同共同第1条和规定各公约适用期间的条款，[1]以及禁止订立减损四公约之特别协定的共同第6条（《日内瓦第四公约》第7条），本条旨在确保四公约之保护不受侵犯。

988 第7条发挥保障作用，以确保一国不得以其系基于有关被保护人的意愿行事为由，为其不履行四公约义务的行为开脱。当然，如果四公约为个别被保护人规定了待遇方面的选择，那么提供这类选择的国家并不会因此而违反四公约。共同第7条体现了这样一种假设，即在大多数情况下，四公约所确立的地位、权利和机

1 特别是《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》共同第5条及《日内瓦第四公约》第6条。

制，如果妥善适用，能够为武装冲突局势中的被保护人提供最好的保护。就《日内瓦第一公约》而言，这尤其适用于伤者病者以及医务和宗教人员。

989 该条款承认个人享有权利，但无权放弃这些权利，这体现出一定程度的矛盾性。最好将其理解为一种确保即使是在武装冲突这种极端情形下，进行“自由选择”的行为可能受到严重影响时，权利也不受侵犯的机制。

二、历史背景

990 共同第7条是1949年新加入日内瓦四公约的内容。制定这一条款主要是为了应对第二次世界大战期间部分国家对战俘施加压力使其放弃战俘身份而成为平民的做法，而那时平民还不享有日内瓦公约的保护。[2]那些放弃了战俘身份的人很快发现其自身的处境比想象的要糟糕得多，不享有使其免遭任意对待的任何保护，而且也处于红十字国际委员会各项活动所及范围之外。[3]在1948年斯德哥尔摩红十字国际大会上，红十字国际委员会提议了一项四公约共同条款的草案，规定被保护人“在任何情况下均不得以限制或其他强迫手段而被诱使放弃本公约赋予的部分或全部权利”。[4]在1949年外交会议上，红十字国际委员会建议的措辞旨在禁止强迫或限制，但允许一定程度的自由选择。代表们在斯德哥尔摩国际大会以及随后的外交会议上通过了目前这样措辞更加绝对的共同第7条，是为了避免双重危险：第一重危险是被保护人因承受被迫改变身份或保护的压力而引起的身体或精神伤害，第二重危险是实际失去保护所造成的伤害。证明存在强迫行为所固有的困难，也是导致该禁止性规定绝对化的一个因素。《第一附加议定书》并未提议或纳入类似条款，但由于《第一附加议定书》是“补充”1949年日内瓦四公约，因此从逻辑上说，共同第7条也适用于其中规定的被保护人的权利。

三、讨论

991 在战俘是否可以同意接受与《日内瓦第三公约》之规定不同的待遇或地位方面，往往援引共同第7条。而作为日内瓦四公约的共同条款，该条款对于平民及其他类别被保护人的待遇也具有重要意义。

2 见克洛德·皮尤（Claude Pilloud）在联合委员会讨论该条款草案时的解释，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第17页。

3 See François Bugnion, The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 437–438.

4 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第一公约第5条草案及第二、三、四公约第6条草案，第7、36、55、156页。

（一）禁止放弃部分或全部权利

992 早在公约谈判时，起草委员会就已经认识到，在某些情况下，一项绝对性的规则可能会给某些人员带来严重后果，但其仍决定接受这种风险。[5]事实上，一些观点将该条款称为“家长式”条款，认为其使得公约“过度僵化”。[6]但必须记住的是，该条款的首要关切在于，在武装冲突局势中，处于弱势地位的人（特别是被拘留者）不太可能真正自由地同意失去保护。经验表明，这一关切于今日的重要意义不亚于多年以前。

993 然而，这并不代表适用日内瓦四公约时不允许被保护人进行任何自由选择。四公约多处规定，在某些具体方面，给予战俘和受保护平民的待遇取决于有关人员的选择。例如，对于战俘而言，假释、战俘营中战俘的集中方式、空闲时间的安排、参加危险劳动、履行宗教义务和参加其所信仰宗教之仪式以及伤病时的遣返都在此列。[7]《日内瓦第四公约》有若干条款规定被保护人可以进行一定程度的选择。例如，如果被保护人希望离境，冲突各方可予以准许。[8]在某些情况下，平民被拘禁者也同样享有一定程度的选择权：他们“应有履行其宗教义务之完全自由”；他们必须能够进行文化、教育和娱乐活动，但不得被强迫参与此类活动；除非其想要工作，否则拘留国不得雇其为工人。[9]但一般而言，四公约中的待遇标准在适用方面旨在尽可能少地依赖于被保护人的意愿。特别是，个人所作之选择可能并不会导致四公约被完全取代。

994 共同第7条的要旨是，被保护人的行为或言论不得被解释为对其受保护地位的放弃，也不得被理解为取缔该地位的理由。例如，除全数遣返时外，如果战俘在被俘期间的某个时刻，表达了不被遣返的意愿，此种已实际发生的或有意实现的断绝关系或断绝效忠关系的情况并不影响其战俘身份。[10]此外，在被俘期间的

5 见联合委员会就第5（或6）条草案的讨论，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第17～18页；另见Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 75。

6 Esgain/Solf, p. 544.

7 分别见《日内瓦第三公约》第21条第2款、第22、38、52、34条以及第109条第3款。

8 《日内瓦第四公约》第35条。

9 分别见《日内瓦第四公约》第93条、第94条及第95条。《日内瓦第一公约》第32条第2款也允许中立国国家红会工作人员即使在落于敌方之手后也可选择继续其工作，尽管通常的规则是如果可能应许其返回本国。第32条没有明确，决定权是在个人、国家红会还是相关国家。See also Christophe Lanord, *Le statut juridique des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Editions de la Chapelle, Geneva, 1999, p. 69.

10 See Marco Sassòli, ‘The status, treatment and repatriation of deserters under international humanitarian law’, *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law*,1985, pp. 9–36, at 21–24. See also L.B. Schapiro, ‘Repatriation of Deserters’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1952, pp. 310–324; Esgain/Solf, pp. 537–596, at 554–563; 澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年），第10.32段；以及加拿大《武装冲突法》（2001年），第1011段。关于战俘身份的讨论，见《日内瓦第三公约》第4条及其评注。

某个时刻表示希望脱离部队的人，在其释放或遣返前也仍属战俘。[11]简言之，共同第7条规定，拘留国不得给予任何实际或有意之放弃权利之行为以任何效力。[12]

995 有观点在解释《日内瓦第三公约》第7条时指出，该条意味着拘留国不得接受其所拘留的任何战俘自愿加入其武装部队（或其附属部队）。[13]红十字国际委员会遇到这类情形时，至少会设法通过单独面谈来独立核实相关战俘的意愿。这种由红十字国际委员会等中立、公正、独立的人道组织所采取的程序有助于核查人伍是否未受强迫。然而，即便存在此类保护机制，考虑到武装冲突期间落于敌手之人员处于脆弱且往往绝望的处境，他们不太可能在此情形下基于“自由意志”作出决定。[14]对于某一个体是否是出于自由意志选择放弃保护，即便可通过独立机构或机制来确定，但少数人“选择放弃”也可能会削弱整个保护制度。[15]

996 有观点认为共同第7条禁止放弃权利，但并不限制“获得更多权利”。[16]该论点得到下述事实的支持：只要不削弱四公约的保护，各国可以缔结特别协定。尽管这种解释可能是正确的，但问题往往在于了解相关额外权利是否真正有益于被保护人。这可能是个必须“观望”的问题。尽管这在某些层面上似乎不够理想，但也许只有随着时间的推移才能确定，看似给予的更多权利长远而言是否会导致对保护的削弱。[17]对任何这类情形都必须加以仔细观察和权衡。

997 问题在于，战时落于敌手的被保护人往往无法充分了解、评估或预测放弃其权利，特别是放弃其受保护之地位，在四公约下会产生何种影响。有些观点认为，共同第7条发挥作用的方式旨在阻止各国使个人作出的相当于放弃其权利的决定发生效力。[18]由此，各国不得以被保护人所做决定或选择的“自愿性”为由，为

11 See also L.B. Schapiro, “Repatriation of Deserters”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1952, pp. 310–324; Esgain/Solf, p. 554; 以及澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年），第10.11、10.32段。

12 Sandra Krähenmann, “Protection of Prisoners in Armed Conflict”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 359–411, at 375: “《日内瓦第三公约》第7条禁止拘留国依赖于战俘的同意。战俘不得放弃其在《日内瓦第三公约》下的权利，即使只是部分放弃。”另见，如英国《武装冲突法手册》（2004年），第8.1段：“战俘在任何情况下都不得放弃其在武装冲突法下的权利。他们仍然是其所赖之国家之武装部队人员，不得同意改变其身份。”（脚注省略）

13 埃里克·戴维（Eric David）和霍华德·利维（Howard Levie）均认为，第7条使得任何招募战俘进入拘留国武装部队的行为均构成非法行为，即使为志愿加入也是如此。See David, para. 2.408; Howard S. Levie, *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 59, 1978, p. 362.

14 与该语境尤为相关的这一关切反映在：澳大利亚《武装冲突法手册》（2006）年，第10.18段。

15 这并非纯属人道关切：从军事角度看，武装部队成员可能会受到巨大压力，被迫表现出与其他战俘团结一致并拒绝特殊待遇。还可能出现的，是放弃与受保护地位无关的权利，如战俘同意在媒体上播放或公布其图像，但违反《日内瓦第三公约》第13条的情况。

16 Rup Hingorani, *Prisoners of War*, 2nd edition, Oceana Press, Dobbs Ferry, 1982, pp. 183–184.

17 一个可能的例子是，拘留国将战俘待遇给予无权享有该待遇的人员，从而可能导致不受审查程序约束的长期拘留，或者相反，使得拘留的物质条件得到改善。

18 Hersch Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, 7th edition, Longmans, Green and Co., London, 1952, p. 396, note 1.

其侵犯四公约权利之行为辩护。此外，相关人员也不得放弃日内瓦四公约中某部公约所规定的权利，例如获得战俘身份的权利，而选择另一项法律制度。[19]

998 就平民而言，《日内瓦第四公约》第8条与该公约其他条款一起发挥作用，确保被保护人不被强迫参加军事行动活动等。[20]尽管《日内瓦第四公约》确实允许占领国强迫受保护平民从事某些工作，但“第8条旨在排除伪装为自愿参与、实则为强迫参与〔军事行动〕的行为”。[21]被保护人被要求放弃其在《日内瓦第四公约》下权利的其他例子还包括，让个人有机会在继续受到行政拘留与被释放之间作出选择，条件是其同意从通常居住的领土上被移送或驱逐（包括临时移送或驱逐）。[22]最后应当指出的是，无论是战俘还是平民，国籍的变化，例如在冲突期间加入或被给予拘留国或占领国国籍，不应剥夺四公约对被保护人的保护。

999 尽管如此，对该规则的“绝对”适用有一个例外，即涉及战俘在敌对行动结束时被遣返的权利（《日内瓦第三公约》第118条）。实际上，如果按照字面含义解释和适用，《日内瓦第三公约》第7条和第118条可能意味着战俘不得拒绝被遣返。[23]但是，必须允许战俘对是否希望被遣返作出个别决定，这一例外自《日内瓦第三公约》生效时既已存在，并与不推回原则存在内在联系。[24]这一点也适用于拘

19 这意味着，个人的战俘身份一旦经拘留国适当承认，即使他们诉诸任何程序质疑其身份或自由遭剥夺之境遇，这些个人仍保有其战俘地位。

20 See Otto, pp. 776–781. 另见《日内瓦第四公约》第51条。

21 Otto, p. 779. 与此相似，奥托（Otto）认为《日内瓦第四公约》第8条表明，受保护平民自愿作为“人盾”并不影响第28条对此用途的禁止（pp. 780–781）。

22 特别是，见其在《日内瓦第四公约》第49条下的权利；ICRC, *General problems in implementing the Fourth Geneva Convention, 27* October 1998, Meeting of Experts, Geneva, 27–29 October 1998 (Report), section 5(b)(ii): “其他被拘留者获得释放，但条件是离境，这违反了第8条关于不得放弃权利的规定。” See also ICRC Press Release, Jerusalem: Palestinian detainee transferred to Gaza, 1 April 2012, and BBC, ‘Palestinian hunger striker Hana Shalabi exiled to Gaza’, 2 April 2012.

23 See Charmatz/Wit, pp. 394–396, 其列出了朝鲜战争时期倡导此种解释之人的立场。

24 See Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 542–549. 实际上，早在朝鲜战争中，即使在很多国家批准1949年日内瓦四公约之前，就产生了对这一例外的需要：see JaroMayda, ‘The Korean Repatriation Problem and International Law’, *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 3, July 1953, pp. 414–438, and L.B. Schapiro, ‘Repatriation of Deserters’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1952, pp. 322–324. 关于更多晚近实践，见John Quigley, ‘Iran and Iraq and the Obligations to Release and Repatriate Prisoners of War after the Close of Hostilities’, *American University International Law Review*, Vol. 5, No. 1, 1989, pp. 73–86, especially at 83。但注意，战俘并非必须在其庇护请求成功时才能拒绝遣返。关于不推回原则，见Emanuela-Chiara Gillard, ‘There’s no place like home: States’ obligations in relation to transfers of persons’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 703–750; CordulaDroege, ‘Transfers of detainees: legal framework, *non-refoulement* and contemporary challenges’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 871, September 2008, pp. 669–701; Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, ‘The scope and content of the principle of *non-refoulement*: Opinion’, in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson (eds), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pp. 87–177; 以及David, section 2.409。

留或拘禁结束后被遣返的平民，[25]但对于他们而言，《日内瓦第四公约》第45条明确规定了禁止推回。允许这一例外的关键因素在于，在敌对行动结束时，战俘必须能够不受限制地在重返正常生活（根据公约所给予的保障）与重新安置等其他选项之间作出选择。同样的规则也适用于伤者病者和医务及宗教人员的送回。[26]

（二）公约赋予的权利

1000 最早的日内瓦公约的发起者们希望捍卫人格尊严，深信即使是在敌对行动最为激烈之时，与人格尊严相关的权利也是不可剥夺和不受侵犯的。[27]然而，交战方必须为公约所提及之人员提供的待遇起初并未被表述为——事实上也未被明确设想为——构成一套“权利”体系。1929年，“权利”一词出现在《关于战俘的日内瓦公约》的若干条款中，[28]但直到1949年日内瓦四公约的通过，赋予被保护人之权利的存在才得以确认。[29]权利直接附加于个人这一概念在四公约起草时有明确体现。例如，在讨论关于特别协定的共同第6条时，一个代表团建议将“本公约所赋予彼等之权利”这一短语替换为“代表彼等所规定之权利”。该提议暗示个人仅从对国家承担的义务中间接受益，但外交会议拒绝了这项提议。[30]

1001 日内瓦四公约由此赋予个人权利。[31]至于这些权利是否是受国际条约保护、由

25 见《日内瓦第四公约》第134条。See also e.g. ICRC Press Release, Azerbaijan: civilian internee transferred under ICRC auspices, 19 August 2008; ICRC Press Release, Israel-Lebanon: transfer operation completed, 16 July 2008; and ICRC, *Annual Report 2005,* ICRC, Geneva, 2006, p. 313.

26 见关于《日内瓦第一公约》第15条和第30条及《日内瓦第三公约》第109条第3款的评注。

27 See Max Huber, *The Red Cross: Principles and Problems*, ICRC, Geneva, 1941, pp. 105–133; Jean S. Pictet, ‘La Croix-Rouge et les Conventions de Genève’, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 76, 1950, pp. 5–119, at 27–34.

28 例如，1929年《关于战俘的日内瓦公约》第42条规定：“战俘有权向主管军事当局提出他们在俘情况的请求。他们亦有权请求保护国的代表。”第62条规定：“〔进入司法程序的〕战俘有权由其自行选定之合法辩护人协助，并如有必要，使用一胜任的翻译员。拘留国应于审讯前及时将此等权利通知战俘。”第64条规定了战俘“有权”对判决“提出抗告”。

29 事实上，1946年各国红十字会一致建议赋予公约所承认之权利以“个人性和无形性”，使得受益人“无论其母国采取何种态度均可主张这些权利”。《1946年国家红会预备会议报告》，第71页。另见法国代表的评论，载《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第10页；以及Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, especially pp. 82–84。

30 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第76页。另一方面，许多代表指出，即便是基于现有措辞，共同第7条所首要指向的也是缔约国。

31 See also Christopher Greenwood, “Human Rights and Humanitarian Law – Conflict or Convergence?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 43, 2010, pp. 491–512, at 499; George Aldrich, “Individuals as Subjects of International Humanitarian Law”, in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer, The Hague, 1996, pp. 851–858, especially at 856; and René Cassin, “L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la sociétéuniverselle”, in *La technique et les principes du Droit public. Etudes en l’honneur de Georges Scelle*, L.G.D.J., Paris, 1950. Contra see Kate Parlett, *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 187.

法院或条约机构执行或监督的国际法律权利，并不影响相关受保护利益的性质。[32] 在不影响实施和执行国际人道法的其他机制的情况下，四公约所保护的权利自身就带有适应于武装冲突环境的执行机制。特别是，战俘向拘留国请愿以及战俘和受保护平民直接联系监督国的能力，为其提供了一种比向某国际法院请愿的能力更为直接的确保其权利得到保护的手段。[33]共同第7条允许被保护人主张四公约的保护——不是作为恩惠，而是作为权利——并使其得以使用四公约中的机制或任何其他现有程序来要求尊重四公约。“权利”一词是指四公约下的整个保护制度，而不仅仅是“基本权利”。在有关特别协定的讨论中，确定了四公约赋予的权利涉及整个制度而非仅涉及“基本权利”。这一逻辑也适用于此。[34] 因此，传播四公约就具有重要意义，[35]特别是要提及四公约所赋予的权利的个人特性。

1002 至于“本公约……所赋予彼等之权利”的含义，一篇专作在讨论占领情况下的平民保护时主张，“〔权利不得放弃〕这一原则适用于整个国际人道法”。[36]据此，一项权利是通过条约还是习惯国际法受到保护，或者是在国际性还是非国际性武装冲突中受到保护，对于是否可以放弃而言都不重要。这一解释似乎与该条款的严格措辞相悖，但却可得到目的论的支持。

主要参考文献

Charmatz,Jan P. and Wit,Harold M.,‘Repatriation of Prisoners of War and the 1949 Geneva Convention’, *Yale Law Journal*, Vol. 62, No. 3, February 1953, pp. 391–415.

32 劳特派特（Lauterpacht）将个人不能必然在法院执行的权利称为“不完善的法律权利”（“imperfect legal rights”）；see Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons, London, 1950, p. 34. 在一元论国家，条约可以“自动执行”，实施性立法并非必需；see Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 163–167, and David Sloss, “Domestic Application of Treaties”, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 367–395, at 373–376.

33 例如，《日内瓦第三公约》第78条和《日内瓦第四公约》第30条允许被保护人直接请求协助。正如申德勒（Schindler）所言：“受人道法保护的人员通常孤立无助、脆弱无防，无法诉诸任何法律程序。因此，武装冲突受难者的权利最好由一个自主行事的公正机构来确保，而不是通过必须由权利受侵犯者提起司法诉讼的制度来确保。”(Dietrich Schindler, “Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws”, *American University Law Review*, Vol. 31, No. 4, summer 1982, pp. 935–943, at 941.)

34 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第73、74页。

35 见《日内瓦第一公约》第47条；《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条；《日内瓦第四公约》第144条；以及如适用，《第一附加议定书》第83条和《第二附加议定书》第19条。

36 Hans-Peter Gasser and Knut Dörmann, “Protection of the Civilian Population”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 231–320, at para. 539.

d'Argent, Pierre, 'Non-Renunciation of the Rights Provided by the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 145–153.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Esgain Albert J. and Solf, Waldemar A., 'The 1949 Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War: Its Principles, Innovations, and Deficiencies', *North Carolina Law Review*, Vol. 41, No. 3, 1963, pp. 537–596.

Otto,Roland, 'Neighbours as human shields? The Israel Defense Forces' "Early Warning Procedure" and international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 856, December 2004, pp. 771–787.

Wilhelm, René-Jean, 'Le caractère des droits accordés à l'individu dans les Conventions de Genève', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 32, No. 380, August 1950, pp. 561–59

第八条
保护国

公约条文

一、本公约之适用应与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益。为此目的，保护国在其外交或领事人员之外，得自其本国国民或其他中立国国民中指派代表。上述代表应经其执行任务所在国之认可。

二、冲突各方对于保护国之代表之工作应尽最大可能予以便利。

三、保护国之代表，在任何情况下，不得逾越本约所给予之任务。彼等尤须顾及其履行任务所在国之安全上迫切的必要。仅偶有迫切的军事需要时，始能作为一种例外及暂时的措施而限制其活动。

保留或声明

无

目 录

一、引言 316
二、历史背景 318
（一）截止第二次世界大战的实践 318
（二）1949 年四公约的准备工作 319
三、规制保护国的国际法渊源 321
四、保护国的指定 324
（一）原籍国与保护国之间的协议 325
（二）保护国与接受国之间的协议 326
（三）职权范围 327
五、第 1 款：保护国依照日内瓦四公约应履行的义务 327
（一）概述 327
1. 合作 328
2. 监察 329

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

（二）日内瓦四公约共同规定的任务 330
（三）有关武装部队伤者、病者、遇船难者和医务人员的任务 330
（四）与战俘有关的任务 331
（五）与平民有关的任务 332
1. 概述 332
2. 冲突各方领土上的外国国民 333
3. 被占领领土上的平民 333
4. 被拘禁的平民 333
六、第 2 款：为保护国代表的工作提供便利 334
七、第 3 款：对保护国代表的作用的限制 334
八、1949 年以来的发展 336
主要参考文献 337

一、引言

1003 第8条规定了保护国的指定、作用和职能。这项规定是日内瓦四公约的共同规定。[1]

1004 为监督国际性武装冲突中日内瓦四公约的遵约情况，1949年外交会议将保护国设计为该监督制度的关键。的确，缔结一项条约意味着存在最低限度的相互信任；实施该项条约则需要进行最低限度的相互监察。毕竟，一个国家如果不相信其敌国会善意地履行其所作出的承诺，又怎么会同意也如此行事呢？

1005 在和平时期，外交和领事使团有责任随时向本国政府通报接受国如何履行对派遣国的承诺。在未能履行这些义务的情况下，派遣国可利用外交渠道维护其权利。

1006 共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条）是基于这样一个假设，即战争意味着外交和领事关系的中断，这一假设主要得到了1949年外交会议召开之前，特别是两次世界大战期间的国家实践的支持。如今，这一假设并不一定总是成立的，因为在某些以往发生的国际性武装冲突中，冲突各方仍然保持着此种关系。然而，即使在这种情况下，冲突各方外交和领事使团的大多数成员都已撤离，且对于未撤离的成员而言，其行动自由也受到严格限制，因此他们无法再观察和报告驻在国对派遣国义务的履行情况，也无法向派遣国的国民提供有效保护。在这种情况下，能否期待条约将得到遵守？

1 《日内瓦第一公约》《日内瓦第二公约》《日内瓦第三公约》第8条和《日内瓦第四公约》第9条。

1007 1864年《日内瓦公约》是我们今天所知的国际人道法的起点，其起草者并没有预见到上述困难。他们计划依靠总指挥官的警惕来监督这一新条约的实施，该条约第8条规定：

> 本公约的实施由交战军队的总指挥官根据他们各自政府的指示并遵照本公约规定的一般原则予以安排。[2]

1008 因此，该新公约没有建立任何机制来监督其条款的实施。各方认为，所有国家都会积极地确保自己遵守条约，任何国家都不会通过违反条约规定而冒被驱逐出时称所谓“文明国家”之列的风险。

1009 但这些期望很快就破灭了。在1870年至1871年的普法战争期间（新公约生效后的第一次冲突中），冲突各方互相指责对方违反了公约的规定。这种情况在随后的冲突中反复重演。

1010 人道法最初并没有规定任何机制来监督其实施，因此转而求助于外交法中的一项制度。

1011 当时普遍接受的是，在某一特定国家未派代表的国家可以请求在该国派有代表的另一国来维护其利益及其公民的利益。如果外交关系断绝，尤其是在战时，情况亦是如此，此时这一作用扩大到对落入敌人手中的士兵和平民的境遇进行监督，包括受该《日内瓦公约》保护的伤病士兵和医务人员，还有被敌方关押的战俘或平民。

1012 这一制度在19世纪后半叶得到进一步巩固，但正是在两次世界大战期间，保护国的工作范围得到了最大程度的拓展。

1013 1949年的外交会议规定，新公约的实施应“与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益”，通过这一规定，外交会议要求必须依靠保护国来监督新公约的实施。为了确保受新公约保护的人不致得不到保护，外交会议还规定了在没有指定保护国之时的替代机制。[3]

1014 1949年以来的实践并没有朝着日内瓦四公约起草者所设想的方向发展：在发生国际性武装冲突时指定保护国一直是例外而非常规规则。从表面上看，1949年以来的实践已经发展到认为指定保护国具有任选性。但是，这并不排除在今后的国际性武装冲突中仍然可以根据第8条指定保护国。

1015 由于人道法的保护国制度乃借用于外交法，这一规定只适用于国际性武装冲突。无论是共同第3条还是《第二附加议定书》均没有提及保护国在非国际性武装冲突中的作用。然而，没有任何规定阻止此类冲突的各方达成特别协定，以建立一种类似于保护国的制度。[4]

2 现行规定，见《日内瓦第一公约》第45条和《日内瓦第二公约》第46条。

3 见共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条）。

4 关于非国际性武装冲突中特别协定的问题，见关于共同第3条的评注，第十一部分。

二、历史背景

（一）截止第二次世界大战的实践

1016 纵观历史，各国曾经委托其外交和领事工作人员负责维护本国和本国公民在接受国的利益。这是一项得到条约和习惯法充分认可的使命。[5]

1017 然而，这一活动并不总是局限于保护派遣国国民。一国（称为“原籍国”）可能委托另一国（称为“保护国”）在其本国未派有代表的国家（称为“接受国”）维护其利益及其国民的利益。

1018 这一职能产生于16世纪，当时常驻外交正变得越来越普遍。只有大国有财力维持大使馆。为了确保本国国民得到保护，小国同意将这项任务委托给其他国家。[6]如今仍然有许多国家请求另一个国家在其没有派驻代表的国家代表它们，并保护它们的利益。[7]

1019 同样，如果断绝了外交关系，一国可以请求第三国在其不再派有代表的国家维护其利益，并保护其国民，这一作法是公认的。[8]这包括在战时保障外国国民的利益，特别是保护被敌方关押的人员。这种做法在19世纪后半叶得到广泛接受，[9]并在第一次世界大战期间变得越来越普遍。[10]经过1914年底至1915年的谈判，保护国的代表获准访问战俘营。保护国代表以及与之同时开展工作的红十字国际委员会代表，为打破使交战各方陷入困境的报复和反报复的循环提供了帮助，并为战俘的境况带来了重大改善。[11]

5 根据1961年《维也纳外交关系公约》第3条：

> 一、除其他事项外，使馆之职务如下：
> ……
> （乙）于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益。

6 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 87; Franklin, pp. 8–9; and Siordet, pp. 4–5.

7 例如，意大利在许多国家代表圣马力诺，而瑞士在列支敦士登未派有代表的国家代表该公国（Salmon, p. 118）。

8 因此，自1961年至2015年，瑞士在古巴代表美国的利益，1980年以来在伊朗代表美国的利益，在埃及代表伊朗的利益（1979年以来），在格鲁吉亚代表俄罗斯的利益（2008年以来），以及在俄罗斯代表格鲁吉亚的利益（2009年以来）。更多相关详细内容，见瑞士外交部网站：https://www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/human-rights/peace/protective-power-mandates.html 以及‘La diplomatie suisse en action pour protéger des intérêts étrangers’, *Politorbis*, No. 56, 2014。

9 Franklin, pp. 30–88; Wyler, pp. 23–39.

10 Franklin, pp. 88–104 and 243–256.

11 美国派驻柏林和伦敦的外交官在这些谈判中发挥了关键作用，这是因为美国的特权地位，它同时代表了英国在德国的利益和德国在大英帝国的利益。See *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, 1914, Supplement, The World War, United States Government Printing Office, Washington, 1928, pp. 731–756, and *Papers relating to the Foreign Relations of the United States*, 1915, Supplement, The World War, United States Government Printing Office, Washington, 1928, pp. 997–1023.

1020 通过为保护国今后的行动奠定法律基础，1929年外交会议向保护国在第一次世界大战期间所做的工作表示敬意。1929年《关于战俘的日内瓦公约》第86条在其第1款中规定：

> 缔约各国承认，正常适用本公约的保障在于负责维护各交战国利益的保护国之间存在合作之可能；在此方面，保护国得在其外交人员以外，从其本国国民中或从中立国国民中指派代表。此项代表必须获得派往执行任务所在的交战国的同意。〔后加着重号以示强调。〕[12]

1021 这项规定没有为缔约国规定任何义务；不过第二次世界大战期间的事实证明，该规定极为有用，当时大多数交战方都要求保护国提供服务。瑞士保护了35个国家的利益，包括大多数主要大国：大英帝国（涉及11个国家或领地）、法国（17个）、美国（12个）、德国（15个）、日本（15个）和意大利（14个）。瑞典保护了包括苏联在内的28个国家的利益。在参战之前，美国也代表了十几个国家。[13]

1022 然而，几个重大困难变得显而易见。没有以条约为基础的规定为保护国代表敌方平民行事提供授权。没有条款为保护国在被占领领土采取行动作出规定；例如，日本因而宣布其占领的所有领土为军事行动区，并拒绝保护国进入这些地区。[14]最后，当保护国代表未经官方承认的政府（例如未得到德国承认的流亡同盟国政府）开展工作时，保护国的工作不被接受。[15]

（二）1949 年四公约的准备工作

1023 上述困难促使红十字国际委员会在第二次世界大战后开始筹备通过新的日内瓦公约时，为自身确定了以下目标：将由保护国进行的监督扩至所有四项公约；使这种监督具有强制性；并在没有保护国的情况下提供某种替代性安排。[16]

1024 第二次世界大战戏剧性地揭示了两种截然不同的情况：当《关于战俘的日内瓦公约》在某保护国的支持下得以实施时，其条款（或至少其关键条款）大体上得到了尊重；而当缺少保护国的监督时，则发生了严重的违反条约的行为。在最终通过新日内瓦四公约的谈判中，红十字国际委员会为自身设定的这三项目标得到了广泛的支持。

12 关于1929年《关于战俘的日内瓦公约》第86条的制定历史，见Bugnion, 2003, p. 855, fn. 6。
13 Franklin, pp. 261–277; Janner, pp. 68–70.
14 Janner, pp. 17 and 27.
15 *Ibid*. pp. 21–22.
16 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 92. See also de La Pradelle, 1951, pp. 221–225 and 234–243.

1025 监督日内瓦四公约实施情况的问题首先被提交于1946年在日内瓦举行的国家红会预备会议。然而，该会议着重讨论了红十字国际委员会的作用，并要求委员会代表享有与保护国代表相同的权利和职权范围。[17]此外，会议只强调了监督新公约的实施和惩罚违反公约条款行为的重要性。[18]

1026 随后，这个问题在1947年的政府专家会议上得到讨论。该会议讨论的重点在于修订1929年《关于战俘的日内瓦公约》第86条。讨论的关键在于，是否可针对没有保护国的情况确立一项指定其替代者的程序，以及红十字国际委员会在监督日内瓦公约实施情况方面具有何种作用。[19]会议还认为，应删除《关于战俘的日内瓦公约》第86条第2款中的“通常”一词，该措词曾被用以限制保护国代表的活动，特别是在远东地区。会议还提议是否可以将保护国代表长期派驻在战俘营，但该提议遭到否决，转而重点讨论短期探视。因此，对于这次会议来说，短期探视以及在无他人在场的情况下与战俘面谈的可能性被视为新公约得以实施的基石。这项职能将被委托于保护国。[20]

1027 关于平民的保护，该会议设想保护国应参与诸多具体领域的工作，包括处理自愿的拘禁请求、处理对拘禁决定的上诉以及监督移送和撤退。然而，尽管第二次世界大战期间暴行频发，特别是针对被占领领土内居民的暴行频发，但该会议似乎并没有设想并赋予保护国一项一般性职权，以促进任何有关战时平民保护的新公约的实施与遵行——这在第二次世界大战期间是非常缺乏的。[21]

1028 在提交于1948年斯德哥尔摩第17届红十字国际大会的公约草案中，红十字国际委员会加入了以下共同条款草案：

> 本公约之适用应与保护国合作并受其控制。保护国之责任为维护冲突各方之利益。为此目的，保护国在其外交人员之外，得自其本国国民或其他中立国国民中指派代表。这些代表应经其执行任务所在领土之国家之认可。
>
> 冲突各方对于保护国之代表之工作应尽最大可能予以便利。[22]

1029 斯德哥尔摩大会的法律委员会研究这一草案时，加拿大政府的代表就法语单词“contrôle”在英语中被翻译为“control”（控制）这一事实表示反对。他指出，英语中的“control”一词所表达的语义程度重于相应的法语单词，如果保留这一措辞，会给人一种印象，即保护国有权指挥冲突一方的行动。经过这一讨

17 《1946年国家红会预备会议报告》，第73～74页。
18 同上注，第68页。
19 关于指定代替组织，见共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条）。
20 《1947年政府专家会议报告》，第262～268页。
21 关于这方面相关讨论的完整概述，见上注，第284～347页，尤其见第298～300、304～305页。
22 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，共同第6/7/7/7条草案，第8、36、56、156页。

论，斯德哥尔摩会议将英文中的“control”一词替换为“supervision”（监督），同时应红十字国际委员会的要求保留法语中的“contrôle”一词。在作出这一改变之后，该会议毫不犹豫地同意了红十字国际委员的提案。[23]

1030 在1949年外交会议期间，研究第6/7/7/7条草案的任务被交予会议的联合委员会，该委员会负责审议四公约的所有共同条款草案。讨论主要集中在两点上。

1031 首先，来自英语国家的代表团反对上述将第6/7/7/7条草案第一句中“contrôle”一词翻译为“supervision”（监督）的做法。他们认为，这使保护国有权向拘留国或占领国发出指示，而后者将有义务遵守这些指示。他们认为，这远远超过了两次世界大战期间由实践中发展起来的保护国所发挥的作用。在几种翻译之间犹豫之后，外交会议最终决定采用“scrutiny”（监察）一词。[24]这一讨论是值得注意的，因为其有助于深入了解外交会议意图赋予第8条第一句中“contrôle”和“scrutiny”（即“监察”）两个词的含义。

1032 第二，苏联代表团提议作出修正，规定保护国代表不得侵犯接受国的主权。该修正案付诸表决后遭到否决，因为许多代表团担心，这一援引国家主权的规定将被用来任意地限制保护国的活动，并使外交会议希望确立的监察制度归于无效。[25]

1033 然而，审议该条草案的委员会认为，最好向接受国提供某些在与保护国交往过程中的保障措施。因此，委员会同意增加一则规定，该规定仅作编辑性修改后，成为目前第8条的第3款。[26]然而，该款中有一句话只出现在第一和第二公约中，但被有意地从第三和第四公约的约文中删除。[27]

三、规制保护国的国际法渊源

1034 保护国的地位和义务主要受习惯法和两组条约的规制：（1）国际人道法条约，特别是1949年日内瓦四公约和1977年《第一附加议定书》及；[28]（2）外交和领事法条约，特别是1961年《维也纳外交关系公约》和1963年《维也纳领事关系

23 《1948年斯德哥尔摩大会法律委员会会议纪要》，第70～73页；《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第11、33、54、155～116页。

24 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II–B卷，第18～20、57～59、89、110～111页。

25 见上注，第28～29、38、57～59、74、89、110～111、130页。

26 见上注，第111页。

27 详见第1111～1113段。

28 共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条）和《第一附加议定书》第5条。《第一附加议定书》第2条第3项将“保护国”定义为“经冲突一方提名和敌方接受并同意行使各公约和本议定书所赋予保护国的职务的中立国家或其它非冲突一方的国家”。1954年《关于保护文化财产的海牙公约》第21条至第22条所建立的机制主要就是受到日内瓦四公约相关规定的启发。

公约》，以及1969年《特别使团公约》。[29]

1035 在此基础上，通常对“日内瓦授权”和“维也纳授权”加以区分，前者规定了保护国基于人道法的义务，后者则规定了具体产生于外交法和领事法，以及外交和领事实践的活动。[30]两者的共同点在于，根据《维也纳外交关系公约》第45条，保护国的任务可由该国的外交官员执行。因此，其将受外交法的约束。

1036 不过，在某些情况下，对“日内瓦授权”和“维也纳授权”予以区分颇为重要。首先，如果两国断绝外交关系，而它们之间没有发生日内瓦四公约意义上的国际性武装冲突，[31]则只能适用维也纳授权范围内的规则。此外，保护国根据维也纳授权承担的某些职责并未规定在日内瓦四公约中，例如《维也纳外交关系公约》第45条乙项所规定的对使馆馆舍和档案的保护。[32]

1037 需区分两种授权的另一种情况是，某国际性武装冲突爆发，但有关国家仍保持着外交关系。在这种情况下，可能没有必要指定《维也纳外交关系公约》意义上的保护国。不过，由于武装冲突的发生，指定一个日内瓦四公约意义上的保护国仍然是有益的。[33]的确，即使外交或领事工作人员留在接受国，他们的行动自由仍可能受到限制。[34]一般来说，在实践中，外交法的所有规定均将难以执行，这些规定大多是为和平时期的局势制定的。[35]

29 见《维也纳外交关系公约》（1961年）第45条乙项、丙项和第46条。其中第45条乙项、丙项规定：
遇两国断绝外交关系，或遇使馆长期或暂时撤退时：
……
（乙）派遣国得将使馆馆舍以及使馆财产与档案委托接受国认可之第三国保管；
（丙）派遣国得委托接受国认可之第三国代为保护派遣国及其国民之利益。
第46条规定：
派遣国经接受国事先同意，得应未在接受国内派有代表之第三国之请求，负责暂时保护该第三国及其国民之利益。
1963年《维也纳领事关系公约》第27条规定了领事关系断绝时适用的类似规则。1969年《特别使团公约》第1条子项将“特别使团”定义为“一国经另一国同意派往该国交涉特定问题或执行特定任务而具有代表国家性质之临时使团”。

30 《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项最后一句也反映了这一区分：“此项人员所依附之冲突各方可对彼等执行本公约所规定之保护国之任务，但不碍及该各方依照外交与领事惯例及条约正常执行之任务。”

31 例如，见Lord Gore-Booth (ed.), *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 5th edition, Longman, London, 1979, p. 188, and Salmon, pp. 499–502。

32 关于该条款约文，见脚注29。

33 《第一附加议定书》第5条第6款明确规定：“冲突各方之间外交关系的维持，或按照关于外交关系的国际法则将一方的利益及其国民的利益委托第三国保护，对于为了适用各公约和本议定书的目的而指定保护国，不构成任何障碍”。关于这一点，见Kolb, p. 551。

34 例如，在1962年印度和中华人民共和国之间的国际性武装冲突期间，红十字国际委员会指出，尽管两国之间保持着外交关系，但在中国的印度战俘和在印度的中国平民被拘禁者均未得到其原籍国代表的探视；see *International Review of the Red Cross*, Vol. 3, No. 24, March 1963, p. 149, and ICRC, *Annual Report* 1962, ICRC, Geneva, 1963, p. 27.

35 See Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Diplomatic Claim, Eritrea's Claim, Partial Award, 2005, paras 4–6:
4、……首先，委员会要强调，尽管发生了武装冲突，但双方仍决定不断绝外交联系，这是值得称赞的。只要回顾一下奥本海，就会明白这种情况的真正特殊性。

1038 至少在第二次世界大战之前，一般认为，两国间爆发战争意味着两国间的外交关系自动断绝。[36]然而如今，“当在没有正式宣战的情况下发生武装冲突之时，情况就不那么明朗了。……与经宣战之战争相反，武装冲突本身并不必然导致外交关系的断绝。这种情况的好处是，使有关国家有可能就利益相关的问题保持外交接触。”[37]在实践中，自1949年以来，某些国家尽管在国际性武装冲突中处于敌对状态，但仍保持了外交关系，然而在其他诸多国际性武装冲突中，外交关系在冲突伊始或冲突期间便已断绝。[38]最后，也曾发生作为国际性武装冲突敌对方的国家之间在冲突爆发时没有外交关系的情况。[39]在所有这些情况下，不言而喻的是，对保护国进行指定仍具有重要作用。

1039 国际性武装冲突是否自动导致外交关系断绝的问题，需要与爆发此类冲突是否对《维也纳外交关系公约》在相关国家之间的持续适用产生任何影响的问题分开处理：无论冲突各方之间的外交关系是否已经断绝，该公约均仍适用。[40]

1040 当两国间爆发国际性武装冲突且断绝外交关系时，如果在日内瓦四公约的意义上指定了保护国，这种区分在实践中就失去了其法律意义。随着时间的推移，特别是在两次世界大战期间，国家实践的发展意味着保护国的职责形成了一个连贯的整体：按照日内瓦四公约指定保护国时，保护国官员将主要承担日内瓦授权和维也纳授权的共同义务。

1041 第8条的措辞清楚地表明，1949年的约文意图维护保护国职责的统一性，因为其规定，新公约的实施应“与保护国合作并受其监察”，“保护国之责任为维护冲突各方之利益”。这项授权现已载入两种不同的法律文书，但这一事实并不能改变这些授权本应具有的连贯性。

……

6、……这种不寻常的情况给外交法的适用带来了不寻常的挑战。外交使团的某些核心职能，例如《维也纳外交关系公约》第3条戊项规定的“促进派遣国和接受国间之友好关系”显然不符合战时的情况。不能假定有效外交代表权的某些前提（例如，自由旅行、自由接触、情报收集、影响舆论的能力）在敌对行动期间不受限制地继续存在。

See also Smolinska/Boutros/Lozanorios/Lunca, pp. 93–94.

36 See Oppenheim, p. 301, para. 98; see also Sfez, p. 388, and Papini/Cortese, pp. 137–138.

37 See Ludwik Dembinski, *The Modern Law of Diplomacy: External Missions of States and International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 96. 关于经宣战之战争的概念，见关于共同第2条的评注，第四部分第（一）节。

38 关于外交关系的断绝，见Sfez, p. 361, 以及Smolinska/Boutros/Lozanorios/Lunca, p. 108。

39 Salmon, p. 498, 其中列出了有关国家断绝外交关系的国际性武装冲突和有关国家维持外交关系的国际性武装冲突。See also Smolinska/Boutros/Lozanorios/Lunca, p. 92, and Papini/Cortese, p. 138. 另见脚注35，关于厄立特里亚和埃塞俄比亚间的冲突。

40 例如，见《维也纳外交关系公约》（1961年）第44条和第45条甲项，和《维也纳领事关系公约》（1963年）第26条和第27条第1款第1项。另见国际法委员会：《武装冲突对条约的影响条款草案案文及其评注》，2011年，第11、20、38～40段，其中将“关于外交和领事关系的条约”列为“主题事项含有这些条约在武装冲突期间继续全部或部分施行之意”的条约，以及第五十七届会议：《武装冲突对条约的影响：对实践和理论的审查》，秘书处备忘录，联合国A/CN.4/550号文件，2005年2月1日，第25页。

1042 事实上，《维也纳外交关系公约》第45条丙款规定，如果外交关系断绝，“派遣国得委托接受国认可之第三国代为保护派遣国及其国民之利益”（后加着重号以示强调）。在战时，那些利益需受保护的国民包括武装部队伤者病者、战俘和处于敌手之中的平民——换言之，即那些受日内瓦四公约保护的人。因此，在指定了保护国的情况下，两项授权在很大程度上是重叠的。当然，就保护国为保护国际性武装冲突受难者而可从事的任务而言，国际人道法包含更详细的规则。

四、保护国的指定

1043 第8条第1款前两句规定：“本公约之适用应与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益。”

1044 “应”一词的使用表明，指定保护国不是国际性武装冲突各方可选择的一种援助形式，而是一项义务。[41]与1977年通过的《第一附加议定书》第5条的情况一样，这显然是1949年公约起草者的意图。

1045 然而，自1949年以来的数十年中，各国对这一规定产生了不同的理解。如下文（见第八部分）所述，自1949年以来，指定保护国是国际性武装冲突中的例外而非规则。因此，由于不存在任何抗议，至少在大多数国家看来，未指定保护国似乎并不被视为对其条约义务的违反。[42]与此同时，没有迹象表明各缔约国认为第8条已经被废止。[43]

1046 在日内瓦四公约起草者的设想中，关于指定保护国之替代组织的第10条并不是第8条的替代方案。实际上，第10条基本上是为了涵盖无法指定保护国的情况而制定的，例如由于原籍国的消失或由于该国不能再继续履行其职责而无法指定保护国的情况。[44]因此，第10条的存在不可作为佐证保护国制度已失效这一观点的论据。

1047 四公约没有规定指定保护国的程序。尽管如此，人道法并没有创立保护国制度；其只是诉诸于在外交和领事实践中既已建立的一项制度。因此，正是产生于此种实践的习惯法规定了这一程序。这也解释了为什么只有国家可以被指定为第8条规定下的保护国。

41 其法文约文同样清楚，其写作：“La présente Convention sera appliquée avec le concours et sous le contrôle des Puissances protectrices.”（英文约文为：“The present Convention shall be applied with the cooperation and under the scrutiny of the Protecting Powers.” 意即本公约之适用应与保护国合作并受其监察。）

42 See also Kolb, p. 559: “国家实践使原来指定保护国的义务变成了一种单纯的选择”; see also p. 552.

43 See *ibid*. pp. 558–559:

> 总体而言，存在各种可解释保护国制度为何已被废弃的理由。从法律上讲，这显然并不意味着该制度已失去效力或已废止。在任何程度上，保护国的法律制度都没有被废除。因此，一个国家今天完全可以任命一个保护国，并寻求敌对方的同意。

44 见关于第10条的评注，第1211段。

1048 保护国的指定以缔结两项协议为前提：一项是原籍国与保护国之间的协议；另一项是保护国与接受国之间的协议。敌对的缔约国之间不需要达成协议。

（一）原籍国与保护国之间的协议

1049 任何国家都不能主动将自己任命为保护国。同时，并无任何规定阻止一国与冲突一方接触并提议自己作为保护国。保护国必须从请求其提供服务的国家获得一项授权，规定其可以实施保护的范围。其通过委托授权的方式行事，这意味着，作为一项一般性规则，保护国只能在其所代表的国家的权利范围内行事。最后，可以期见的是，被代表的国家应该不会将明显损害保护国利益的任务委托给保护国。[45]

1050 保护国不得逾越委托于它的权限范围。此外，根据传统，保护国还应定期向原籍国提交关于其活动和该国国民在接受国的情况的报告。[46]何时以及如何提交此类报告取决于原籍国和保护国之间的协议。

1051 当中立国收到被指定为保护国的请求时，其在法律上没有义务接受这一职责。[47]不过，外交传统和国际礼让表明，只要接受国赞成，中立国便将同意这种请求。

1052 然而，在第二次世界大战结束后不久，鉴于德国政府已消失，瑞士单方面宣布放弃了其对德国利益的维护。同样，瑞士拒绝维护日本的某些利益，因为它无法继续与当时由同盟国控制的日本政府自由通讯。这两个例证表明，至少在瑞士的实践中，保护国的意义取决于存在政府的授权。[48]

1053 日内瓦四公约或外交法、惯例中没有任何规定要求交战的两个国家指定同一国家作为保护国。因此，1939年9月，英国和法国指定美国维护其在德国的利益，而德国则请求瑞士保护其在英国的利益，并请求西班牙保护其在法国的利益。[49]然而，经验表明，如果某国由敌对双方共同指定为保护国，与仅由冲突一方指定相

45 Franklin, pp. 119–124; Janner, pp. 11–15.

46 Janner, pp. 12–13. 就军事人员而言，“原籍国”是指一个人在因伤、因病或因被俘而失去战斗力之前在其武装部队中服役的国家；就平民而言，该词指的是他们的国籍国，如果平民为难民或无国籍人，则指给予他们庇护的国家。

47 但是，或许可以主张，根据共同第1条，缔约国承诺“在一切情况下尊重〔各项公约〕并保证〔各项公约〕之被尊重”，这也使中立国有义务在被要求承担保护国的职责时接受并履行这一任务。然而，中立国总是可以质疑为什么要求它而不是另一国家承担这一任务。关于哪些国家构成“中立国”的讨论，见关于第4条的评注，第三部分第（一）节。

48 Janner, pp. 12 and 29–30.

49 See Swiss Federal Council, Minutes of the session of 1 September 1939, *Documents diplomatiques suisses*, Vol. 13, 1991, pp. 331–332; Journal de Genève, 3 September 1939, p. 8, and 9 September 1939, p. 4; ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War (September 1, 1939–June 30, 1947), Volume I: General Activities*, ICRC, Geneva, May 1948, pp. 358–359; and Franklin, p. 267. 在美国参战之后，瑞士承担了美国外交工作人员截至当时所开展的大部分保护任务；Franklin, pp. 266–268.

比，该国更容易发挥作用。这是因为它对整体情况有了全面了解，并且可以很容易地与每一敌对方进行沟通。[50]

（二）保护国与接受国之间的协议

1054 如果没有接受国的批准，被请求成为保护国的国家便不能接受这一授权；[51]一般来说，它甚至会设法与该国达成正式协议，以确保其能够令人满意地履行受托之职责。[52]

1055 接受国可以拒绝由敌对方指定的保护国提供服务；但是，其行为不得使另一国的利益和国民得不到保护。[53]在国际性武装冲突中，这种态度显然违背了第8条和日内瓦四公约的若干具体规定，特别是《日内瓦第三公约》第126条和《日内瓦第四公约》第143条。

1056 保护国代表的指派必须得到其任务执行地所属之冲突方的认可。第8条第1款最后一句规定："上述代表应经其执行任务所在国之认可。"

1057 这一规则符合外交法和实践，保护国制度就是源自于此。这一规则使接受国在有充分理由的情况下能够拒绝代表的指派，例如，若被提名的个人发表了可使他人对其中立性或公正性产生怀疑的言论。

1058 但这项规定不允许接受国拒绝保护国指派的所有代表，因为此种态度会妨碍保护国履行其职责。根据第8条第1款，日内瓦四公约缔约国履行公约应"与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益。"系统性地拒绝保护国指派的所有代表，就等于阻止其行使职责。

1059 为促进对日内瓦四公约的遵守，并认识到为此，必须提供足够多的人员，且他们能够承担起保护国受托之任务，即公正地监察各项公约的实施情况，1965年第20届红十字国际大会提议公约缔约国考虑是否可将若干有能力的人组织起来以监督公约的实施情况，并邀请红十字国际委员会协助对他们进行培训。[54]随后，

50 Note from J. de Saussure, Deputy Head of the Foreign Interests Division, Political Department, to D. Secretan, Head of the International Unions Section, Political Department, 22 January 1946, *Documents diplomatiques suisses*, Vol. 16, 1997, pp. 166–169, at 167; Janner, pp. 24–25 and 52.

51 Swiss Federal Council, Minutes of the session of 1 September 1939, *Documents diplomatiques suisses*, Vol. 13, 1991, pp. 331–332; Note from M. Pilet-Golaz, Head of the Political Department, to D.V. Kelly, UK minister in Bern, 28 July 1941, *Documents diplomatiques suisses*, Vol. 14, 1997, pp. 263–264.

52 Franklin, pp. 124–134; Janner, pp. 16–18.

53 Janner, p. 16; Heintze, para. 11: "长期地拒绝提供保护的行为违反了国际人道法中关于外国人待遇的最低标准要求。" 例如，见Cahier, p. 138; Salmon, p. 122; 以及Smolinska/Boutros/Lozanorios/Lunca, p. 106。

54 20th International Conference of the Red Cross, Vienna, 1965, Resolution XXII, Personnel for the Control of the Application of the Geneva Conventions; Austrian Red Cross, *Twentieth International Conference of the Red Cross, Vienna, October 2–9, 1965, Report*, Vienna, 1965, pp. 78–79 and 106.

《第一附加议定书》第6条第1款要求缔约各方努力训练合格人员，特别是为了从事“保护国的活动”。

（三）职权范围

1060 最后，指定保护国的前提是冲突各方之间至少在就保护国的义务达成一致时存在部分共识。根据人道法，日内瓦四公约自然是这项授权的基础。[55]除第8条或《维也纳外交关系公约》规定外的其他职责，有关各方可在一项特别协定中予以商定。然而，保护国的指定及其职责的履行无需冲突各方之间达成双边协定，冲突各方之间也不需要进行任何直接沟通。

五、第1款：保护国依照日内瓦四公约应履行的义务

（一）概述

1061 一般而言，保护国的职责以第8条第1款第一句所产生的两项任务为中心：就日内瓦四公约的实施开展合作；以及监察其实施情况。

1062 虽然保护国的义务可视为“外交保护”的一种形式，但其超出了国际法委员会2006年《外交保护条款草案》中对这一概念的具体定义。条款草案“就本草案而言”，对这一概念的界定如下：

> 外交保护是指一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成的损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国承担责任。[56]

1063 按照上述意义，“外交保护”是指一国在相关事实发生后，试图使另一国对其违反应适用的国际法规则的行为承担责任的行动。然而，保护国的活动大多具有预防性：通过监察，其目的是预防违反行为。最后，条款草案意义上的“外交保护”的一个关键要求是，“一国对于其国民……所受的损害，在该受害人用尽一切当地救济之前，不得提出国际求偿”。[57]这一要求不适用于保护国的活动，换言之，以保护战俘为例，保护国采取行动无需战俘用尽所有当地救济。

55 见Dominicé, p. 431: “虽然其作为保护国的权力无疑建立在某一具体国家委托的特定职权的基础之上，但其于日内瓦四公约下的责任是由所有缔约国赋予的。”

56 《外交保护条款草案》（2006年）第1条。

57 同上注，第14条第1款。

1. 合作

1064 “合作”的概念意味着，保护国应与被保护人的原籍国和接受国合作，以实施日内瓦四公约。

1065 保护国应为原籍国和接受国之间的通讯提供渠道。日内瓦四公约载有若干条款，规定关于战俘和受《日内瓦第四公约》保护之平民的情报应通过保护国转达。[58]然而，在其他情况下，日内瓦四公约规定了传递某些情报的义务，但未指明传递的方式。[59]这一未指明传递方式的做法可能被解读为，保护国只有在公约明确表示其应传递时才会传递情报。但这种解释忽略了一个事实，即1949年的外交会议决定，新日内瓦公约的实施将“与保护国合作并受其监察”，“保护国之责任为维护冲突各方之利益”。在1949年日内瓦四公约起草者看来，这项一般性的义务足以使保护国成为冲突各方交换情报的主要渠道（但绝非唯一渠道），无需每次都提醒冲突各方，此类通讯可通过保护国进行。此外，早在1949年以前，保护国在维也纳授权和日内瓦授权范围内的事务上，作为指定它的国家和接受国之间通讯的渠道已成为惯例。因此，1918年10月，柏林政府要求瑞士（德国在美国利益的保护国）将停战请求转达给威尔逊总统。瑞士因此成为谈判调停人，促成了1918年11月11日停战协定的缔结。[60]此外，还可委托保护国将原籍国的汇款或救济物资转交给成为战俘或被拘禁平民的该国国民。[61]

1066 因此，保护国的职责包括在冲突各方之间发挥调停人的作用。保护国协助当事方之间的沟通，在对条约条款的解释或实施发生争议时，也可以要求保护国提供斡旋，[62]或为填补人道法的任何空白或促进其实施参与达成协定的进程。[63]

58 因此，《日内瓦第三公约》第122条第3款规定，关于战俘的身份、拘留、移送、释放或死亡的一切情报，必须立即以最迅速的方法，“通过保护国以及第一百二十三条所规定之中央事务所”，转达给其原籍国。《日内瓦第四公约》第137条就受该公约保护的平民载有类似规定。

59 因此，《日内瓦第二公约》第22条和第24条规定，对军用医院船和各国红十字会或红新月会或其他官方承认的救济团体使用的医院船提供保护的前提是，“须于使用前十日，将该船之名称及其说明通知冲突各方”，但没有具体说明应通过什么渠道将该通知传达给敌方。在指定了保护国的情况下，可要求保护国承担这项任务（Janner, p. 61）。

60 Pierre Renouvin, *La crise européenne et la Première Guerre mondiale*, 5th edition, Presses universitaires de France, Paris, 1969, p. 613. 瑞士联邦委员会在得知德国政府的请求后指出，由于瑞士联邦委员会在美国代表德国的利益，它有责任立即落实这一请求。Swiss Federal Council, Minutes of the session of 4 October 1918, *Documents diplomatiques suisses*, Vol. 6, 1981, pp. 799–800. 瑞士联邦委员会的反应表明，就联邦委员会而言，保护国的职责包含了这一作为中立调停人的角色。

61 Janner, pp. 41–42 and 54.

62 见共同第11条（《日内瓦第四公约》第12条）。

63 例如，见《法德关于战俘问题的协定》（1918年）和《法德关于战俘与平民问题的第二次协定》（1918年）。这些协定是在瑞士的主持下于伯尔尼签署的。自美国参战以来，瑞士一直负责保护德国在法国的利益。See Renée-Marguerite Frick-Cramer, ‘Le Comité international de la CroixRouge et les Conventions internationales pour les prisonniers de guerre et les civils’, *Revue internationale de la CroixRouge*, Vol. 25, No. 293, 1943, pp. 386–402, at 388–389.

1067 虽然没有证据表明保护国在第二次世界大战期间组织了敌对各方之间的会议，但它们提供了斡旋，以便就改善伤员、战俘和平民的境遇达成协议。这些协议促成了许多关于重伤者、医务人员和平民的遣返行动。意大利军队在东非战败后，在敌对行动仍在持续的情况下，约2.8万名意大利平民得以从厄立特里亚和埃塞俄比亚遣返，此为在人数方面最为重大的遣返行动。[64]

1068 只要保护国的授权范围包括提供斡旋，则也包括这一职能所固有的倡议权。[65]因此，保护国行使这一权利所作的提议在任何情况下都不得视为不友好的行为。[66]但这一倡议权有明确的限制，正如第8条所明确规定的："保护国之代表，在任何情况下，不得逾越本公约所给予之任务。"

2. 监察

1069 "监察"（scrutiny）一词的解释更为复杂。但是，1949年外交会议就如何翻译法语单词"contrôle"（控制）一词进行的讨论澄清了其含义。英语国家的代表团指出，"supervision"（监督）一词（斯德哥尔摩大会通过的公约草案中的"contrôle"一词被译为"supervision"）将赋予保护国向接受国发出指示的权利。通过建立一种等级关系，这样的职权范围将超出在实践中发展起来的保护国职责的界限。在这些讨论之后，"scrutiny"（监察）一词被选为与法语词"contrôle"意义相对应的用词。[67]

1070 1949年的外交会议对监察背后的想法作出如下解释：

> 其基本概念是，保护国不能对拘留国下达命令或指令。它有权核实公约是否得到适用，并在必要时代表被保护人建议可采取的措施。[68]

1071 监察意味着保护国有权了解被保护人的状况，并向其原籍国报告这一信息。这意味着保护国可以接触日内瓦四公约所保护的人，以评估这些人是否确实受到符合公约有关规定的待遇。为此目的，对于分别受日内瓦第三或第四公约保护的战俘或平民而言，若其国籍国是利益受保护国维护的国家，保护国的代表必须能够进入关押这些人员的所有拘留场所。而且，保护国还必须获准与这些被拘留者私下会面。此外，拘留国有义务向保护国提供必要的资料，以查明战俘和平民被拘禁者的身份，并向保护国通知其状态的变化，如移送、释放、遣返、脱逃、住

64 Janner, pp. 45–46.

65 例如，见关于保护国为解决冲突各方之间的分歧而提供斡旋的共同第11条（《日内外第四公约》第12条）。

66 另见共同第3条第2款关于公正的人道团体提供服务的规定。

67 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第57～58、110～111页。关于法语"contrôle"一词的定义，另见Jean Salmon, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Brussels, 2001, pp. 261–262。关于这一讨论的完整内容，见第1028～1031段。

68 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第110页。

院或死亡。保护国还必须随时获知针对受《日内瓦第三公约》保护的战俘或受《日内瓦第四公约》保护的平民采取的任何法律行动，且其代表有权参加这些诉讼程序。此外，保护国的代表有权听取战俘代表或拘禁委员会转达给他们的任何申诉。日内瓦第三和第四公约非常详细地提到了这些任务（见第五部分第（四）节和第（五）节）。

1072 如果出现违反日内瓦四公约规定的行为，可要求保护国传达被保护人的原籍国所提出的抗议。保护国也可主动提出申诉，当违反行为影响到日内瓦四公约赋予它的权利或其履行公约义务的能力时尤其如此。[69]

1073 因此，第8条第1款中出现的“合作”和“监察”两个词表明了接受国与保护国之间关系的合作性质：接受国同意考虑保护国的意见，但后者不对所观察到的活动实施控制。

1074 除了“合作”和“监察”这两个词所表明的一般范围外，日内瓦四公约还赋予保护国若干具体任务，并因此承认了保护国的职权范围。这些任务和职权范围由日内瓦四公约的多项不同条款予以规定。下列各段概述了这些规定的关键要素。

（二）日内瓦四公约共同规定的任务

1075 保护国的主要任务是就日内瓦四公约的实施开展合作并监察其适用情况。为此，保护国有广泛的职权范围，特别是其代表有权访问敌对一方关押武装部队伤者、病者或遇船难者、医务人员、战俘和受《日内瓦第四公约》保护的平民的所有拘留、拘禁及工作场所（《日内瓦第三公约》第126条；《日内瓦第四公约》第143条）。

1076 如果对日内瓦四公约的解释或适用存在分歧，保护国将进行斡旋以期解决分歧（共同第11条；《日内瓦第四公约》第 12 条）。

1077 在敌对行动期间，保护国将传递日内瓦四公约的正式译文以及为保证其适用而通过的法律和规则（《日内瓦第一公约》第48条；《日内瓦第二公约》第49条；《日内瓦第三公约》第128条；《日内瓦第四公约》第145条）。

（三）有关武装部队伤者、病者、遇船难者和医务人员的任务

1078 保护国可参与以下活动：（1）转交详细信息，以帮助识别武装部队伤者、病者和遇船难者的身份和死者的信息（《日内瓦第一公约》第16条和第17条；《日内瓦第二公约》第19条和第20条）；及（2）将经核准协助武装部队医务部门的

69 因此，在第二次世界大战期间，瑞士驻东京代表团就同盟国战俘提出了400多份书面陈述，并转达了美国国务院的240份抗议书（Janner, p. 51）。

救济团体的名称（《日内瓦第一公约》第26条）和医院船的使用情况通知敌对方（《日内瓦第二公约》第22条、第24条和第25条）。邀请保护国提供斡旋，以便利医院地带和处所的设立和承认（《日内瓦第一公约》第23条）。

（四）与战俘有关的任务

1079 为了监察《日内瓦第三公约》的实施情况，保护国代表可前往战俘所在之一切地方，尤其是拘禁、监禁及工作之地方；他们也可与战俘，尤其是战俘代表会晤，而无他人在场。（第126条）。保护国代表应收到所视察营地的劳动队的记录（第56条）。此外，保护国代表可收到战俘向其提出的请求和申诉，以及战俘代表的定期报告（第78条）。应向战俘代表提供与保护国代表进行通讯的一切物质便利（第79和81条）。如果拘留国拒绝批准或罢免战俘同胞选出的代表，其必须将采取这种行动的理由通知保护国（第79条第4款；第81条第6款）。最后，应向保护国通报识别战俘身份所需的所有详细信息，以及有关移送、释放、遣返、脱逃、送入医院和死亡的情报（第122条）；如果脱逃的战俘被重新俘获，也必须通知保护国（第94条）。

1080 如果战俘从一个拘留国转移到另一个拘留国，如果被移交国在任何重要方面未能履行其义务，保护国必须通知移交战俘的国家。这一通知触发该国采取有效措施纠正此种情况或要求送还战俘的义务。这种要求必须得到遵守（第12条）。

1081 在战俘的经济来源方面，保护国参与确定战俘可保有款项的最高金额（第58条第2款），被告知对这一数额的任何限制（第60条第4款），并可检查战俘的账目（第65条第2款）。

1082 对战俘通信（第71第1款）或对其救济装运物资（第72条第3款）施加限制，必须征求保护国的意见；保护国监督此项救济物品的分配（第73条第3款），并可在救济物品的运送中断时组织特别运输（第75条）。如有必要，保护国可确保以其认为有用的任何方式分配集体救济物品（附件三第9条）。

1083 保护国的代表可检查对战俘所受纪律性处罚的记录（第96条第5款），并可与正受此种处罚的战俘自由交谈（第98条第1款）。

1084 在适用于战俘的刑事处罚方面，保护国的权利尤其广泛。必须尽快将可判处死刑的罪行通知保护国（第100条第1款）。必须将针对战俘的任何法律程序（第104条第1款）、对战俘的判决和量刑（第107条）〔特别是死刑（第101条）〕以及被判刑的战俘提出的任何上诉（第107条第1款）通知保护国。如果判处死刑，在保护国收到死刑通知之日起至少六个月内不得执行死刑（第101条）。如果被告人不指定法律顾问，则由保护国指定（第105条第2款）。保护国的代表有权出席

案件的审判，除非在特殊情况下，为了国家安全的利益而“禁止旁听”（第105条第5款）。保护国代表可探视被判刑的战俘（第108条第3款）。

1085 若出现由于或疑为由于哨兵、另一战俘或其他任何人导致的战俘死亡或重伤事件，保护国应在对每一事件的正式调查之后收到一份报告（第121条第2款）。

1086 在指定第112条规定的混合医务委员会中立国委员方面，保护国也可以发挥作用。[70]

1087 最后，还可通过保护国传递下列信息：战俘营的地理位置（第23条第3款）、工资数额（第62条第1款）、汇款通知（第63条第3款）、战俘结存款项表册（第66条第1款）、就通信采取的措施（第71条）、法律文件（第77条第1款）和遗嘱（第120条第1款）。保护国应收到确定战俘身份所需的一切信息，以及有关战俘状态的变化，即移送、释放、遣返、脱逃、送入医院和死亡的任何信息（第122条第3款和第4款）。

（五）与平民有关的任务

1. 概述

1088 为了监察《日内瓦第四公约》条款的实施情况，保护国代表可前往被保护人所在之一切地方，尤其是拘禁、拘留及工作之地方。他们应能进入被保护人居住之一切处所，并得会见被保护人而无须他人在场（第143条）。保护国可接收被保护人向其提出的任何请求或申诉（第30条第1款；第40条第4款；第52条第1款；和第101条第2款）。对于被拘禁超过两周、被指定居所或被拘禁的被保护人，必须向保护国通报所采取的任何措施。还应向保护国通报被保护人状态的任何变化，特别是移送、释放、脱逃、出生和死亡（第136条和第137条）。

1089 在保护平民不受战争影响方面，应请保护国进行斡旋，以便利建立和承认医院和安全地带及处所（第14条第3款）。可以委托保护国传递关于建立中立化地带的信息（第15条第1款）。还可要求保护国指派特别委员会委员，负责检查医院和安全地带是否符合《日内瓦第四公约》附件一所列条件和义务（《关于医院及安全地带与处所协定草案》第10条）。

1090 可要求保护国监督纯为平民使用的医疗供应品和宗教礼拜所需物品的装运物资的分配，以及供妇女和儿童使用的食品、衣服和滋补剂的装运（第23条第3款）。

1091 为了使15岁以下因受战争影响而成为孤儿或与家庭离散的儿童不受敌对行动的影响，冲突各方应为冲突期间将此种儿童收容于中立国提供便利。此事应经保护国（如其有保护国）之同意（第24条）。

70 《日内瓦第三公约》附件二《混合医务委员会规则》第2条和第5条。

2. 冲突各方领土上的外国国民

1092 作为一般规则，应告知保护国拒绝被保护人离开冲突一方领土的理由，并提供不准离境之人的姓名（第35条第3款）。应向保护国提供被拘禁或指定居所的任何平民的姓名，并将有关其案件的任何法律和行政决定通知保护国（第43条第2款）。自愿拘禁的请求可通过保护国移交（第42条第2款）。

1093 保护国可向被保护人发放津贴（第39条第3款）。

1094 如果被保护人从一个拘留国移送到另一个拘留国，保护国执行的任务与移送战俘应开展的任务相同（第45条第3款）。

3. 被占领领土上的平民

1095 被保护人的任何移送或撤退必须立即通知保护国（第49条第4款）。

1096 保护国得随时检查被占领领土内食物及医疗供应品的情形（第55条第3款）。当被占领土居民的给养不足时，占领国应同意并在一切可能的情况下便利救济计划（第59条第1款）。可要求保护国查明救济装运物资将用于人道目的（第59条第4款），或在例外情况下同意将救济装运物资移作他用（第60条）。保护国监督救济装运物资的分配，或将这项任务委托给红十字国际委员会等公正的人道团体（第61条第1款）。

1097 在司法保障方面，如果被控罪名可能判处死刑或两年以上的监禁，则必须将任何此类针对被保护人的法律诉讼通知保护国（第71条第2款和第3款）。任何涉及此类科刑的判决都应通知保护国；其他判决必须详细记录在法院的记录中，并可供保护国代表检查（第74条第2款）。除第75条规定的特殊情况外，自保护国接到判决通知之日起至少六个月内不得执行死刑；如果出现任何缩短该期限的情形，必须通知保护国（第75条第2款和第3款）。如果被告人不指定法律顾问，保护国可予指定（第72条第2款）。保护国的代表有权出席审判，除非在例外情况下，为了占领国安全的利益而“禁止旁听”（第74条第1款）。保护国代表可访问被告人和服刑人员（第76条第6款）。

4. 被拘禁的平民

1098 在这一方面，保护国的任务与其为战俘所执行的任务相类似。

1099 除第143条规定的访问拘禁地点外，保护国代表有权接受被拘禁人的任何申诉或要求（第101条第2款）。他们与被拘禁人委员会保持联系（第102条第1款和第104条第3款），并且对于此类委员会委员，应将任何拒绝批准或撤职之理由通知保护国代表（第102条第2款）。他们应收到依附于其所视察之拘禁处所的劳动队名单（第96条）。

1100 保护国可向被拘禁人发放津贴，并查询其个人账目（第98条第2款和第3款）。

1101 必须将对被拘禁人救济装运物资的任何限制及时通知保护国（第108条第2款）。

1102 保护国代表有权监督向被拘禁人分发的救济供应品（第109条第2款；附件二第8条）。在某些情况下，保护国可组织特殊运输方式向被拘禁人运送救济装运物资（第111条第1款）。

1103 保护国代表可以检查对被拘禁人的纪律性处罚记录（第123条第5款），并可以自由地与受这种处罚的被拘禁人交谈（第125条第4款）。

1104 有关拘留国国家领土内被拘禁平民的司法保障，保护国享有的权利等同于其就被占领领土上的平民拘禁者所享有的权利（第126条）。

1105 若出现由于或疑为由于哨兵、另一被拘禁人或其他任何人导致的被拘禁人死亡或重伤事件，保护国应在对每一事件的正式调查之后收到一份报告（第131条）。

1106 最后，还可通过保护国传递下述信息：关于拘禁处所的地理位置（第83条第2款）、关于被拘禁人与外界接触的措施（第105条）、发给被拘禁人或由其发出的法律文件（第113条第1款）、死亡证明（第129条第3款）和关于被拘禁人身份的情报（第137条第1款）。

六、第 2 款：为保护国代表的工作提供便利

1107 第8条第2款规定冲突各方有义务“尽最大可能”为保护国代表或代表的工作提供便利。这是第1款规定之义务的逻辑结果。

1108 这项义务包括便利签证申请和行程安排（特殊情况除外），特别是根据《日内瓦第三公约》第126条和《日内瓦第四公约》第143条的规定，为接触被保护人提供便利。

1109 准许保护国接触前线附近的人员，例如受伤的敌方人员、战俘或尚未从该地区撤离的平民，可能也是有益的做法。

七、第 3 款：对保护国代表的作用的限制

1110 针对保护国代表在某国履行职责的活动，第8条第3款旨在保障该所在国的权利。通过此款规定，1949年外交会议希望在人道要求和国家主权要求之间取得平衡。[71]然而，公约将这一义务加于保护国代表，使他们有责任评估接受国迫切的安

71 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 99.

全需要，并据此采取行动。这一规定的原因很明显。如果单靠接受国来评估其自身迫切的安全需求，可能会导致滥用，并使该国能够轻松逃避保护国的监察。

1111 在《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》中，第3款还载有以下一句："仅偶有迫切的军事必要时，始能作为一种例外及暂时的措施而限制其活动。"因此，冲突一方不得援引其声称面临的"迫切的军事必要"，以限制保护国有关战俘或受第四公约保护的平民的活动，从而阻止保护国履行《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》规定的职责。

1112 这项规定只出现在《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》中，它保护接受国并使其能够限制保护国代表的活动。[72]然而，此类限制只可作为存在"迫切的军事必要"情况下使用的一种例外和临时措施。"军事必要"或"军事要求"是武装冲突法的一个重要组成部分，[73]并出现在日内瓦四公约的许多规定中。[74]然而，在此处，只可援引"迫切的军事必要"在例外的情况下临时限制保护国代表的活动。虽然日内瓦四公约没有对"迫切"一词下定义，但其含义是指一种使有关当事方别无选择的绝对制约因素。此外，这些限制只适用于保护国在《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》下有关帮助受伤、患病和遇船难军事人员的范围有限的任务。

1113 一方面是《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》，另一方面是《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》，二者之间的差异是刻意造成的。在1949年外交会议联合委员会通过的共同第6/7/7/7条草案中，四项公约草案中均出现了这一措辞："仅偶有迫切的军事必要时，始能作为一种例外及暂时的措施而限制其活动。"[75]但是，当外交会议全体会议研究该草案时，新西兰代表指出，就第一和第二公约而言，出于迫切的军事必要对保护国的活动施加限制是合理的，因为这两项公约主要在（陆战）战场或海战中实施，但在第三和第四公约的情况下则不能援引这些限制，因为这两项公约主要在后方地区、冲突各方领土或被占领领土实施，即在战俘和被拘禁的平民撤离战区之后实施。在这种情况下，这些限制可能会削弱新公约。他的发言引起了一场讨论，最后外交会议投票决定从第三和第四公约中删除这一限制性条款。[76]

72 关于可援引这一事由的情况的例子，见美国《战争法手册》（2015年），第4.25.3段。

73 1868年《圣彼得堡宣言》旨在就"技术上的限制"达成共同协议，"在此限制内，战争的需要应服从人道的要求"。同样，1907年《海牙第四公约》指出，该公约是出于"在军事需要所许可的范围内为减轻战争祸害的愿望"而起草的。

74 例如，见《日内瓦第一公约》第12条第4款、第30条第1款、第32条第2款、第33条第2款和第50条；《日内瓦第二公约》第28条和第51条；《日内瓦第三公约》第126条第2款；以及《日内瓦第四公约》第16条第2款、第18条第4款、第49条第2款和第5款、第53条、第143条第3款和第147条。

75 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第III卷，第29～30页。

76 同上注，第II-B卷，第344～346页。

八、1949 年以来的发展

1114 虽然日内瓦四公约预见到国际性武装冲突的当事方委托一个保护国来维护其国民在敌对方手中的利益，但公约将采取何种行动实现这一目的的决定权留予每一当事方。1949年日内瓦四公约的起草者理所当然地认为，冲突各方将积极地主动采取行动，确保其在敌对方手中的国民得到保护，其所设想的程序将得到普遍遵守。这一假设是基于这样两个事实：在两次世界大战期间，几乎所有交战国都把保护其利益和国民的责任委托给了保护国，而且国家是其国民的自然保护者。第二次世界大战结束后，国际性武装冲突的这一特点发生了巨大的变化。

1115 自1949年四公约通过以来，已知仅在五次冲突中冲突当事方指定了保护国：[77]

— 埃及与英法之间的苏伊士运河冲突（1956 年）；[78]

— 法国和突尼斯之间关于比塞大的冲突（1961 年 7 月）；[79]

— 印度和葡萄牙之间的果阿危机（1961 年）；[80]

— 印度和巴基斯坦之间的冲突（1971 年 12 月）；[81]

— 阿根廷和英国之间的福克兰（马尔维纳斯）群岛冲突[82]（1982 年）。[83]

1116 然而，在1949年以来的其他冲突中，冲突各方没有指定任何保护国，这使数百万战争受难者得不到第三国的援助，其情况也得不到此种形式的监察，这往往导致日内瓦四公约所提供的保护形同虚设。归根结底，这一缺陷会破坏整个以条

77 即使在这五次冲突中，保护国也并非总能执行日内瓦四公约规定的所有任务，也并非总能代表所有交战方采取行动；see Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, p. 77.

78 瑞士在埃及代表法国和英国的利益，而印度在法国和英国代表埃及的利益（*Keesing's Contemporary Archives*, 1956, p. 15181; Knellwolf, pp. 291–294）。没有保护国在以色列代表埃及的利益，反之亦然。

79 瑞典保护突尼斯在法国的利益，而瑞士保护法国在突尼斯的利益（*Keesing's Contemporary Archives*, 1961, p. 18343 A）。

80 阿拉伯联合共和国保护印度在葡萄牙的利益，而自1955年断交以来巴西一直保护葡萄牙在印度的利益（*Keesing's Contemporary Archives*, 1961, p. 18635 B）。

81 两国都指定瑞士为保护国（*Keesing's Contemporary Archives*, 1972, p. 25054 A; Knellwolf, pp. 294–298）。然而，瑞士只是被要求在巴基斯坦和孟加拉国之间进行斡旋。在实际战斗暂停后，印度声称，瑞士只在外交法下被指定为保护国。印度以此为由，限制了保护国希望为被关押在印度的9万名巴基斯坦战俘和平民被拘禁者开展的活动。瑞士援引第8条，对这一立场提出异议，并声称它有权执行日内瓦四公约为这些战俘和平民被拘留者的利益赋予保护国的所有任务（Abi-Saab, 1979, pp. 323–324; Knellwolf, pp. 294–298）。

82 本评注中使用的边界、名称和称呼并不意味着红十字国际委员会的正式认可，也不代表红十字国际委员会对此发表意见，且不妨碍对所述领土主张主权。如果有关各方对某一争议领土使用不同的名称，红十字国际委员会按法文字母顺序一并使用这些名称。

83 瑞士代表英国在阿根廷的利益，而巴西代表阿根廷在英国的利益。在这两种情况下，两国都被赋以代表外国利益的责任；两国都没有被正式指定为日内瓦四公约意义上的保护国。然而，通过履行委派给保护国的一些任务，特别是通过转递医院船的启用通知，两国为公约的实施作出了努力（Sylvie S. Junod, *Protection of the Victims of Armed Conflict, Falkland-Malvinas Islands (1982): International Humanitarian Law and Humanitarian Action*, ICRC, Geneva, 1984, pp. 20–21; Knellwolf, pp. 305–306）。

约为基础的保护制度。当旨在确保规则得到实施的机制经常陷于停顿时，规则的效力就会受到威胁。

1117 因此，有必要探究，为何在1949年以来的所有其他国际性武装冲突中当事方都没有指定保护国？在1977年外交会议之前和会议期间，许多专家和政府代表质疑指定保护国的程序是否适合其目的或过于繁琐。他们强调了指定保护国的所谓任择性质、就一个双方都能接受的中立国达成一致的困难、[84]敌对国之间外交关系的维持以及保护国的活动可能给要求其提供服务的国家带来的财政负担。[85]《第一附加议定书》第5条旨在解决在第8条的实施方面发现的一些缺陷。

1118 然而，事实上，这些障碍似乎不是由于程序的不完善或财政负担造成的，而更有可能是与政治考虑有关。所遇到的困难包括，担心：在敌对方之存在是否合法存有争议的情况下，指定保护国会被解释为默示地对敌对方予以承认；关于日内瓦四公约对所涉问题的适用性的质疑；以及关于武装冲突是否存在或一方是否参与冲突的争议。此外，共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条）规定可指定保护国之代替组织，这或许也反映出起草者预见到可能会出现该制度无法按预期发挥作用的情况。[86]

1119 最后，1949年以来的大多数武装冲突都是非国际性的武装冲突，而保护国机制并非是为此类冲突建立的。[87]

主要参考文献

Abi-Saab, Georges, 'Le renforcement du système d'application des règles du droit humanitaire', *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. XII, No. 2, 1973, pp. 223–235.

– 'Les mécanismes de mise en œuvre du droit humanitaire', *Revue générale de droit international public*, Vol. 82, No. 1, 1978, pp. 103–129.

– 'The Implementation of Humanitarian Law', in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Vol. I, Editoriale scientifica, Naples, 1979, pp. 310–346.

Bertschy, Ruth, *Die Schutzmacht im Völkerrecht: ihre rechtliche und praktische Bedeutung, Paulusdruckerei*, Fribourg, 1952.

Bouffanais, Pierre, *Les consuls en temps de guerre et de troubles*, Les Éditions Domat Montchrestien, Loviton & Cie, Paris, 1933.

84 这一论点假定，敌对双方必须商定指定同一国家为保护国，以保障其利益及其国民的利益。但情况并非如此。

85 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VIII卷，第80、88、142～143、148～150页；Abi-Saab, 1979, pp. 323–325.

86 关于为什么1949年以来在国际性武装冲突中任命保护国是例外而不是常规的进一步分析，另见Kolb, pp. 557–558。

87 详见第1015段。

Bugnion, François, 'Le droit humanitaire applicable aux conflits armés internationaux, Le problème du contrôle', *Annales d'études internationales*, Vol. 8, 1977, pp. 29–61.

– *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims,* ICRC/ Macmillan, Oxford, 2003, pp. 848–859.

Cahier, Philippe, *Le droit diplomatique contemporain*, 2nd edition, Librairie Droz, Geneva, 1964.

Calmy-Rey, Micheline, 'La protection dans la politique extérieure suisse d'aujourd'hui', *Relations internationales*, No. 144, 2010, pp. 93–103.

Cortese, Gaetano, *La potenza protettrice nel diritto internazionale: elementi per uno studio sistematico dell'azione della potenza protettrice nel caso di una rottura delle relazioni diplomatiche*, Edizioni Bizzarri, Rome, 1972.

– 'La potenza protettrice in case di rottura delle relazioni diplomatiche', *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Vol. 54, 1976, pp. 96–106.

Coulibaly, Hamidou, 'Le rôle des Puissances protectrices au regard du droit diplomatique, du droit de Genève et du droit de La Haye, in Frits Kalshoven and Yves Sandoz (eds), *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 69–78.

de La Pradelle, Paul, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, pp. 221–243.

– 'Le contrôle de l'application des conventions humanitaires en cas de conflit armé', *Annuaire français de droit international*, Vol. II, 1956, pp. 343–352.

– 'Une institution en question du droit international humanitaire: la puissance protectrice', *Studies in Honour of Maulio Udina*, Vol. I, A. Giufré, Milan, 1975, pp. 409–419.

de Preux, Jean, 'Puissance protectrice', *Revue international de la Croix-Rouge*, Vol. 67, No. 752, April 1985, pp. 86–95.

Döhring, Karl, 'Schutzmacht', in Karl Strupp and Hans-Jürgen Schlochauer (eds), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Vol. III, De Gruyter, Berlin, 1962, pp. 218–222.

Domb, Fania, 'Supervision of the Observance of International Humanitarian Law', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 8, 1978, pp. 178–221.

Dominicé, Christian, 'The implementation of humanitarian law', in Karel Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. II, UNESCO, Paris, 1982, pp. 427–447.

Dominicé, Christian and Patrnogic, Jovica, 'Les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève et le système des puissances protectrices', *Annales de droit international médical*, Vol. 28, 1979, pp. 24–50, at 24–29.

Draper, Gerald I.A.D., 'The implementation of international law in armed conflicts', *International Affairs* (London), Vol. 48, 1972, pp. 46–59.

– 'The implementation and enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978' (sic), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 164, 1979, No. III, pp. 1–54.

Escher, Alfred, *Der Schutz der Staatsangehörigen im Ausland durch fremde Gesandtschaften und Konsulate* (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, neue Folge, Heft 16), Graphische Werkstätten H.R. Sauerländer & Co, Aarau, 1929.

Forsythe, David P., 'Who Guards the Guardians, Third Parties and the Law of Armed Conflicts', *American Journal of International Law*, Vol. 70, No. 1, 1976, pp. 41–61.

Franklin, William Mc Henry, *Protection of Foreign Interests: A Study in Diplomatic and Consular Practice*, United States Government Printing Office, Washington, 1946.

Gasser, Hans-Peter, 'Scrutiny', *Australian Year Book of International Law*, Vol. 9, 1985, pp. 345–358.

– 'Ensuring respect for the Geneva Conventions and Protocols: The Role of Third States and the United Nations', in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds), *Armed Conflict and the New Law*, *Vol. II: Effecting Compliance*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, pp. 15–49.

Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Vol. II, Georg & Cie, Geneva, 1953, pp. 332–337.

Hackworth, Green H., *Digest of International Law*, 8 volumes, United States Government Printing Office, Washington, 1940–1944, Vol. IV, pp. 485–506, and Vol. VI, pp. 282–286.

Heintze, Hans-Joachim, 'Protecting Power', version of July 2009, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, http://www.mpepil.com.

Janner, Antonino, *La Puissance protectrice en droit international d'après les expériences faites par la Suisse pendant la seconde guerre mondiale*, Verlag von Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1948 (reprint 1972).

Knellwolf, Jean-Pierre, *Die Schutzmacht im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse*, Ackermanndruck, Bern, 1985.

Kolb, Robert, 'Protecting Powers', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 549–560.

Laitenberger, Birgit, "Die Schutzmacht", *German Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1978, pp. 180–206.

Lauterpacht, Hersch, (ed.), *Oppenheim's International Law*, 7th edition, Longmans, Green and Co., London, 1952, pp. 374–376.

Levie, Howard S., 'Prisoners of War and the Protecting Power', *American Journal of International Law*, Vol. 55, No. 2, 1961, pp. 374–397.

– *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 59, 1977, pp. 255–293.

Lowe, A.V., Warbrick, Colin and Lowe, Vaughan, 'Diplomatic Law: Protecting Powers', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, No. 2, 1990, pp. 471–474.

Nordmann, François, 'La représentation des intérêts étrangers au Département fédéral des Affaires étrangères : témoignage d'un diplomate', *Relations internationales*, No. 144, 2010, pp. 87–92.

Papini, Roberto and Cortese, Gaetano, *La rupture des relations diplomatiques et ses conséquences*, Pedone, Paris, 1972.

Patrnogic, Jovica, 'Internationalisation du contrôle des Conventions humanitaires en cas de conflit armé', *Annales de droit international médical*, No. 21, April 1971, pp. 33–51.

– 'Implementation of the Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols of 1977', *European Seminar on Humanitarian Law* (Jagellonean University, Krakow, 1979), Polish Red Cross/ICRC, Warsaw/Geneva, 1979, pp. 87–100.

Peirce, Captain George A.B., 'Humanitarian Protection for the Victims of War: The System of Protecting Powers and the Role of the ICRC', *Military Law Review*, Vol. 90, 1980, pp. 89–162.

Pictet, Jean S., 'Les Conventions de Genève de 1949: Aperçu des règles d'application', *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. XII, No. 2, 1973, pp. 59–99.

– *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1975, pp. 61–67.

Rasmussen, Gustav, *Code des prisonniers de guerre : Commentaire de la Convention du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre*, Levin & Munksgaard, Copenhagen, 1931, pp. 56–62.

Rousseau, Charles, 'Les consuls en temps de guerre', *Revue générale de droit international public*, Vol. 40, No. 4, 1933, pp. 506–519.

– *Le droit des conflits armés*, Pedone, Paris, 1983, pp. 34–39 and 94–95.

Salmon, Jean, *Manuel de droit diplomatique*, Bruylant, Brussels, 1994, pp. 118–124.

Sandoz, Yves, 'Implementing international humanitarian law', *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1988, pp. 259–282.

Sassòli, Marco, 'Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : Une comparaison', *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLIII, 1987, pp. 24–61.

Sereni, Angelo Piero, 'La représentation en droit international', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 73, 1948, pp. 69–166.

Sfez, Lucien, 'La rupture des relations diplomatiques', *Revue générale de droit international public*, Vol. 70, 1966, pp. 359–430.

Siordet, Frédéric, *The Geneva Conventions of 1949: The Question of Scrutiny*, ICRC, Geneva, 1953.

Smolinska, Anna Maria, Boutros, Maria, Lozanorios, Frédérique and Lunca, Mariana (eds), *Droit international des relations diplomatiques et consulaires*, Bruylant, Brussels, 2015.

Takemoto, Masayuki, 'The Scrutiny System under International Humanitarian Law – An Analysis of Recent Attempts to Reinforce the Role of Protecting Powers in Armed Conflicts', *Japanese Annual of International Law*, Vol. 19, 1975, pp. 1–23.

Vourkoutiotis, Vasilis, 'What the Angels Saw: Red Cross and Protecting Power Visits to Anglo-American POWs, 1939–45', *Journal of Contemporary History*, Vol. 40, 2005, pp. 689–706.

Wyler, Éric, 'La protection des intérêts étrangers : origines et signification de l'institution', *Relations internationales*, No. 143, 2010, pp. 23–39.

Wylie, Neville, 'Protecting Powers in a Changing World', *Politorbis*, No. 40, 2006, pp. 6–14.

– 'Une évaluation du parcours de la Suisse en tant que puissance protectrice à "double mandat" pour le Royaume-Uni et l'Allemagne durant la Seconde Guerre mondiale', *Relations internationales*, No. 144, 2010, pp. 3–19.

第九条
红十字国际委员会或其他公正的人道组织的活动

公约条文

本公约之规定并不妨碍红十字国际委员会或其他公正的人道组织，在有关冲突各方之同意之条件下，从事保护与救济伤者、病者、医务人员及随军牧师之人道活动。

保留或声明

无

目 录

一、引言 342
二、历史背景 344
三、讨论 346
（一）“本公约之规定并不妨碍” 346
（二）为被保护人开展的人道活动 347
1. 人道活动 347
2. 保护 349
3. 救济（援助） 350
4. 受益人 351
（三）红十字国际委员会或其他公正的人道组织 352
1. 红十字国际委员会 352
2. 其他公正的人道组织 353
（四）“在有关冲突各方之同意之条件下” 355
1. 有关同意的 355
2. 不得任意拒绝予以同意 356
主要参考文献 359

一、引言

1120 第9条规定公正的人道组织有权向国际性武装冲突各方提议开展人道活动。其明确提及了红十字国际委员会，作为有权据本条行动的团体的一个实例。人道活动的形式既可以是救济，也可以是保护。

1121 接触人道活动的潜在受益人，必须征得有关冲突各方的同意。不过，自1949年以来，国际法，尤其是国际人道法，已经得到了发展，如今，关于如何回应公正的人道组织提出的开展人道活动的服务提议，武装冲突的当事方并没有完全的自由。相反，当事方必须在任何时候都依据其承担的有关人道需求的国际法义务对这种提议予以善意评估。因此，如果当事方没有能力或意愿回应此种人员的人道需求，国际法则要求该当事方对公正的人道组织提出的代为从事人道活动的提议予以积极回应。如果人道需求无法得到满足，那么对此类提议的拒绝就会被认为是任意的，从而不符合国际法。以上所述并不影响予以同意的当事方所享有的出于迫切军事必要的原因而对人道活动采取控制措施的权利。

1122 公正的人道组织享有的这种以条约为基础的向武装冲突各方提议开展人道活动的权利，通常被称为提议提供服务的权利或服务提议权（right to offer services）。就国际性武装冲突而言，该项权利规定在日内瓦四公约共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条）中。不过，在不同的公约中，此类活动的受益人员类型不同：在《日内瓦第一公约》中为“伤者、病者、医务人员及随军牧师”；在《日内瓦第二公约》中为“伤者、病者、遇船难者、医务人员及随军牧师”；在《日内瓦第三公约》中为“战俘”；最后，在《日内瓦第四公约》中为“平民”。措辞的差异只是说明每个公约所保护的人员类型是不同的。至少，前三个公约的情况即是如此。不过，在《日内瓦第四公约》中，能够从第10条中受益的人员类型（“平民”）要比第4条中规定的“被保护人”的范围更广泛。然而，所有四个公约所提到的人员类型并不具有限制性，这是因为国际法发展至今，已经可以为受武装冲突影响的所有人员行使服务提议权。

1123 《日内瓦第四公约》第10条涉及国际性武装冲突的一般情况，除此之外，该公约还就占领的情况对这一问题作出了更加具体、更强有力的规定。[1]《第一附加议定书》还进一步扩展规定了国际性武装冲突中的服务提议权。[2]同时，就非国际性武装冲突而言，也存在着调整服务提议权的规则，具体规定载于日内瓦四公约共同第3条和《第二附加议定书》。[3]这项权利的法律基础如此广泛并不令人惊

1 尤其见《日内瓦第四公约》第59条和第63条（《第一附加议定书》第69条扩展了该规定）。

2 见《附加议定书》第81条。该议定书还扩展了适用于国际性武装冲突中人道救济行动的规则；见第70条和第71条。

3 见日内瓦四公约共同第3条第2款和《第二附加议定书》第18条第1款。

讶，其只是说明了一个真理，即：每一武装冲突不论法律性质为何，都存在人道援助和保护的需求。因此，各国承认，依据国际法，红十字国际委员会和其他公正的人道组织可以在满足这些人道需求方面发挥一定的作用，而不论武装冲突的性质为何。由于第9条只适用于国际性武装冲突，本篇评注并不涉及非国际性武装冲突中的人道活动问题。

1124 尽管公正的人道组织有能力且愿意从事人道活动，但这并不改变一个事实，那就是在国际法上，冲突各方仍对满足受国际性武装冲突影响之人的人道需求承担首要责任。公正的人道组织的活动只应在必要时补充国家自身为满足这种需求所做的努力。这也是为什么公正的人道组织在国际法中没有提供服务的义务，第9条的措辞“得……从事”（“may … undertake”）也明确体现出这一点。公正的人道组织得自由对此作出决定。尽管如此，各国红十字会与红新月会有义务认真考虑其本国公共当局提出的开展其职责范围内之人道活动的任何请求，前提是这些活动的开展符合国际红十字与红新月运动（以下简称“运动”）的基本原则。[4]这项义务源于它们在人道领域的特殊地位以及对其各自政府当局独特的辅助作用——该地位明确规定于运动的章程之中。[5]运动的基本原则列明于章程序言之中，由红十字与红新月国际大会通过，该大会汇集了1949年日内瓦四公约的缔约国以及运动的各成员，因此可视为具有权威性。[6]

1125 在国际性武装冲突中，冲突各方以及日内瓦四公约其他缔约国有义务准许和便利救济物资迅速和无阻碍地通过。关于公正的人道组织服务提议权的规则与关于上述义务的规则是不同的，应予以区分。前者允许冲突各方在特定情况下合法地拒绝人道组织提供服务，而后者规定，冲突各方一旦对提供人道援助表示同意，则有义务准许和便利该援助的通过。换言之，有关各方一旦接受人道组织提供服务，就必须允许其落实，即使开展人道活动是为了敌方控制下的居民的利益，但这不影响该当事方采取控制措施的权利。[7]

4 第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007年）第2号决议：“关于红十字与红新月运动在行动和伙伴关系中的具体性质以及国家红会作为政府在人道领域助手的作用”，第4段第1小段；中文译文载红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》，中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版。

5 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第4条第3款。

6 这些基本原则首次公布于1965年在维也纳召开的第20届红十字国际大会。随后，它们于1986年被纳入第25届红十字国际大会通过的《国际红十字与红新月运动章程》的序言中，该章程分别于1995年和2006年进行了修正。另见《日内瓦第一公约》第44条第2款，该条款提到“国际红十字大会所定之原则”。同样，《第一附加议定书》第81条第2款提到“国际红十字大会所制订的红十字基本原则”。

7 见《日内瓦第四公约》第23条和《第一附加议定书》第70条至第71条（尤其是关于冲突各方和各缔约国“对所有救济物资、设备和人员，应准许和便利其迅速和无阻碍地通过”的义务；见《第一附加议定书》第70条第2款至第3款）。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则55、56（适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突）。关于进一步的讨论，见第1179段。

1126 服务提议权，有时也称为“人道倡议权”，不应与所谓的“人道干涉权”或“保护的责任”相混淆。人道干涉权和保护的责任这两个完全不同的概念引发了大量争论，例如，国际法是否允许出于人道的考虑而对另一国采取威胁或使用武力等措施。[8]同样，对第9条的分析并不影响联合国安理会依据1945年《联合国宪章》及其决议的国际法效力，就人道活动采取其认为适当的行动的权利。这些问题由国际法，特别是武力使用法（“诉诸战争权”）调整。因此，须将它们与在第9条框架下开展人道活动的问题区分看待。

二、历史背景

1127 早在普法战争期间（1870年～1871年），红十字国际委员会就开始开展活动，帮助落入敌方手中的士兵与其家庭重建联系。

1128 首次以条约为依托对“旨在从事慈善行为”的“战俘救济团体”之工作予以认可，是在1899年和1907年的《海牙章程》中。[9]这是首次在条约中规定武装冲突期间具体人道活动的作用。

1129 第一次世界大战期间，此类工作的工作量迅速增加，红十字国际委员会设立了“国际战俘局”并负责其各项事务的开展。[10]该机构的活动不仅包括重建家庭联系，还包括向战俘传送通信、包裹和金钱，以及遣返重病或重伤的军事人员或将其拘禁于中立国。该机构还开创了若干保护平民被拘禁者的活动。[11]

1130 在这些经验的基础上，1929年的《关于战俘的日内瓦公约》第一次明确规定红十字国际委员会有权提议提供与战俘保护有关的服务。[12]1929年公约的第88条可视作《日内瓦第三公约》第9条的前身，其规定：“上述〔有关本公约之执行的〕

8 Vaughan Lowe and Antonios Tzanakopoulos, ‘Humanitarian Intervention’, version of May 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 2, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

9 1899年《海牙章程》第15条和1907年《海牙章程》第15条（二者内容实质相同）。

10 有关历史回顾，见Gradimir Đjurović, *The Central Tracing Agency of the International Committee of the Red Cross: Activities of the ICRC for the Alleviation of the Mental Suffering of War Victims*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986; 以及André Durand, *History of the International Committee of the Red Cross, Volume II: From Sarajevo to Hiroshima*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1984, pp. 34–48。在第二次世界大战期间，红十字国际委员会设立了“中央战俘局”。1960年，该机构改名为“中央寻人局”，该机构今天还存在。详见关于《日内瓦第三公约》第123条的评注。

11 See Gradimir Đjurović, *The Central Tracing Agency of the International Committee of the Red Cross: Activities of the ICRC for the Alleviation of the Mental Suffering of War Victims*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986, pp. 50–62.

12 见《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第79条和第88条。经过一些修改后，第79条成为了《日内瓦第三公约》第123条。

规定不妨碍红十字国际委员会为保护战俘，在有关交战国的同意下，可能发挥的人道主义的活动。”[13]

1131 如果对1929年公约第88条和1949年日内瓦四公约共同第9条进行对比，可发现以下三个区别：

（1）1929年的约文只规定了红十字国际委员会的服务提议权，而1949年的约文则将这一权利同时赋予了红十字国际委员会和任何“其他公正的人道组织”。这项新的规定来源于1949年外交会议期间的一项提案，该提案几乎没有经过实质讨论即予以采纳。[14]日内瓦四公约的起草者们有意使用“其他公正的人道组织”这一措辞，且未表明该组织必须事先得到“国际承认”[15]或是具有国际性质。因此，希望获得共同第9条项下权利的组织不必在一个以上的国家领土上开展活动。[16]

（2）1929年的约文中，就人道活动只提及了“保护”，而1949年的约文则增加了“救济”。[17]虽然所有公正的人道组织都有权在人道救济和保护领域提议提供服务，但必须强调的是，日内瓦四公约诸多条款明确提到了红十字国际委员会，公约缔约国通过这些条款赋予红十字国际委员会从事某些人道保护活动的独特职责，例如，探视战俘（见《日内瓦第三公约》第126条第4款）。关于人道“救济”活动和人道“保护”活动之间的区别和紧密联系，见第三部分第（二）节第1项。

（3）1929年的约文只在“战俘”保护方面规定了服务提议权（《日内瓦第三公约》），而在1949年的约文中，这一权利现在已被纳入所有日内瓦四公约中，这使得为“伤者、病者、医务人员及随军牧师”（《日内瓦第一公约》）、“伤者、病者、遇船难者、医务人员及随军牧师”（《日内瓦第二公约》），以及“平民”（《日内瓦第四公约》）开展人道活动也成为可能。[18]

13 在1929年外交会议期间，第88条没有经过任何实质性讨论即获得通过。见《1929年日内瓦外交会议记录》，第520页。

14 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第21、60、111页。

15 同上注，第60页。

16 同上注，第111页。

17 “救济”一词是由1947年政府专家会议就战俘公约相关问题加入的；见《1947年政府专家会议报告》，第268页。

18 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第21页；到1930年时，《红十字国际委员会章程》第5条第2款包含了作为现行《国际红十字与红新月运动章程》第5条第3款的前身的内容。1934年《关于在交战国或被交战国占领之领土上敌国平民之境遇和保护的国际公约草案》（Draft International Convention on the Condition and Protection of Civilians of enemy nationality who are on territory belonging to or occupied by a belligerent）提议了三项规则处理关于平民的人道活动的问题；见该公约草案第8条、第19条和第25条。

三、讨论

（一）“本公约之规定并不妨碍”

1132 第9条开头这一措辞的重大意义在于，它确认，日内瓦四公约中的任何条款均不得解释为限制公正的人道组织向冲突所有各方提议提供服务的权利。确实，日内瓦四公约及其附加议定书中的许多条款明确预见到，红十字国际委员会、各国红十字会和红新月会和其他救济团体可发挥一定的作用。[19]第9条所规定的服务提议权的具体特点是，服务范围无需局限于此类条款中提到的活动；相反，缔约国明确承认，公正的人道组织在法律上有权提议开展它们认为与满足武装冲突造成的人道需求有关的任何人道活动。同样，红十字国际委员会或任何其他公正的人道组织如果有意依据共同第9条提供服务，无需以共同第10条第3款意义上的保护国之代替组织的身份行事。服务提议权赋予红十字国际委员会或任何其他公正的人道组织向受武装冲突影响的人员自主提供协助和保护的职责。这项职责不同于红十字国际委员会作为保护国之代替组织的作用。[20]

1133 第9条赋予了红十字国际委员会或任何其他公正的人道组织提议提供服务的权利，即使有关冲突方没有事先接触该组织或作出请求。公正的人道组织提出提供服务的提议时，不能将其视为不友好的行为，也不能将其视为对一国内政的非法干涉，或对具体冲突的非法干涉。也不能将其视为对冲突一方的承认或支持。[21]因此，不能通过立法或制定其他规定禁止此类组织作出提供服务的提议并予以实施，也不得将其入罪。相反，没有任何规定阻止武装冲突一方在任一时刻邀请红十字国际委员会或其他公正的人道组织开展某些人道活动。但是，在国际法上，这些组织没有义务接受此种请求，它们有权自行决定是否予以积极回应。[22]不过，为了使以条约为基础的服务提议权得到有效行使，作为国际性武装冲突一方的缔约国必须确保负责这方面决策的人员能够收到相关提议。

19 此类条款如：共同第10条第3款（《日内瓦第四公约》第11条第3款）；《日内瓦第三公约》第125条第1款；《日内瓦第四公约》第142条；《第一附加议定书》第5条第3款和第4款；和《第二附加议定书》第18条。关于红十字国际委员会，《第一附加议定书》第81条第1款进行了以下区分：对于《日内瓦公约》和《第一附加议定书》明确赋予红十字国际委员会的职责，该条款使用了“人道主义职务”这一表述；对于红十字国际委员会可以提议开展的所有其他活动，该条款使用了“其它人道主义活动”这一表述。

20 关于服务提议权与红十字国际委员会作为保护国代替组织的作用之间的关系，见关于第10条的评注，第十部分。

21 见《第一附加议定书》第70条第1款，第二句：“这种救济的提供，不应视为对武装冲突的干涉，或视为不友好行为。”See also ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242: “毫无疑问，向另一国内的人员或部队提供纯粹的人道援助，不论这些人员或部队的政治背景或目的为何，都不能被视为非法干涉或者以任何其他方式违反了国际法。”

22 关于各国红十字会与红新月会在这方面的特殊地位，见第1124段。

1134 第9条不要求提议提供服务的组织和收到提议的实体就该局势的法律定性达成一致意见，即该局势是否构成武装冲突，以及如果构成武装冲突，其构成国际性武装冲突还是非国际性武装冲突均无须达成一致意见。同样，开展人道活动的提议并不影响作为提议对象的实体的国际法律地位。[23]因此，如果一些国家并不承认某国政府为该国的合法政府，那么向该政府提议提供服务并不影响该政府要求得到承认的请求。[24]也不得将提供服务的提议解释为对主张该实体参与武装冲突的理由提供支持。

（二）为被保护人开展的人道活动

1. *人道活动*

1135 第9条仅适用于国际性武装冲突中开展的人道活动。《日内瓦第一公约》的约文表明，“人道活动”既可以是对伤者、病者、医务人员及随军牧师的“保护”，也可以是对他们的“救济”，不过日内瓦四公约并没有给出这些概念的定义。[25]

1136 尽管“保护”和“援助”（后者可与“救济”一词换用）是两个不同的概念，但在实践中，它们经常是相互联系的，且存在重叠部分：援助受武装冲突影响之人也是对他们的保护，反之亦然。[26]当受武装冲突影响的人员获得援助时，由于公正的人道组织就在他们中间，并因此可以协助阻止违反保护伤者病者、医务人员及随军牧师的法律框架的行为，从这个意义上说，他们也受到了保护。反过来，冲突各方更好地遵守《日内瓦第一公约》可能意味着，例如，医务部门可获得充足的医疗补给用以照料伤者和病者。

1137 确实，两类人道活动均旨在保障受武装冲突影响的人员的生命和尊严。根据具体情况的不同，有时一类人道活动就足以实现该目的，有时则同时需要开展两类活动。至于何谓“人道”，可从作为运动基本原则之一的“人道”原则中找到线索。该原则也得到了国际法院的确认，[27]是运动七项基本原则中的第一项。从人道的定义中可以推知，人道活动是指所有“防止并减轻人们的疾苦，

23 共同第3条第4款第二句明确指出了这一点，该条款也适用于非国际性武装冲突中服务提议权的行使；见关于共同第3条的评注，第825段。

24 另见《第一附加议定书》第4条第一句，其至少间接地指出了同一点：“各公约和本议定书的适用，以及这些文件所规定的协议的订立，均不应影响冲突各方的法律地位。”

25 《第一附加议定书》第81条同样用到了“人道主义活动”这一概念，而没有界定其含义。

26 自1949年以来，“保护”和“救济”这两个词连同这些概念中各自包含的各种活动，对于不同主体来说具有不同的含义。关于在服务提议权的语境下对“保护”一词的解释，见第三部分第（二）节第2项；关于在服务提议权的语境下对“救济”一词的解释，见第三部分第（二）节第3项。

27 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242.

不论这种痛苦发生在什么地方”的活动，其宗旨是“保护人的生命和健康；保障人类尊严”。[28]

1138 来自人道领域的各种文件均含有关于“人道”的类似定义。[29]运动的其他基本原则的定义，例如公正原则（见第1160~1162段），也同样得到采用。因此，源自国际人道法的一些概念已成为人道界主流的行动理念，包括对于和平时期开展的活动。

1139 就武装冲突而言，“人道活动”是指那些旨在保护受冲突影响之人的生命、安全、尊严和身心健康的活动，或者在这些福祉已经遭到侵犯的情况下旨在予以恢复的活动。这些活动必须关乎人本身。因此，也正如“公正”原则之要求所昭示的（见第1160～1162段），人道活动以及开展人道活动的方式不得受到任何政治或军事考量的影响，也不得受到与该人过去的行为有关的任何考量因素的影响，包括依据刑法或纪律规范可能受到惩罚的行为。人道活动旨在保护人的生命、安全、尊严和身心健康，除实现该目标外无任何其他动机。最后，提议开展人道活动的组织应只关注受武装冲突影响之人的需求，而不论这些人员依据可适用的人权法是否可享有其他的权利。

1140 除了上述概念方面的指引外，缔约国尚未就其认为可构成人道活动的活动作出列举。这符合这样一个事实：预测某个特定的武装冲突中可能引发哪些人道需求是不可能的；由于武装冲突的性质可能发生转变，其产生的人道需求也有可能发生变化。一般性地界定在某特定情势中哪些活动具有保障受影响之人的生命、安全、尊严和身心健康的性质也是不可能的，尤其是武装冲突持续数年甚至数十年之时。

1141 第9条仅将提议开展人道活动的权利赋予了“红十字国际委员会或其他公正的人道组织”〔关于这些术语的分析，见第三部分第（三）节〕。不过，应当指出，救济活动也可由其他不属于公正的人道组织的行为体开展，例如国家机关。虽然这种活动也可减少人类的苦难，但它们并不受共同第9条的调整。[30]

28 关于对“人道”原则及相关术语的进一步探讨，见Jean S. Pictet, ‘Commentary on the Fundamental Principles of the Red Cross (I)’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 210, June 1979, pp. 130–149。虽然该定义使用了“生命”一词，但这并不妨碍也有可能为死者的利益而开展人道活动，例如处理死者遗体时，也必须尊重死者的尊严（见第1145段和第1150段）。See also Larissa Fast, ‘Unpacking the principle of humanity: Tensions and implications’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Nos 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 111–131.

29 “人道”一词的另一定义可参见《环球计划——人道主义宪章与人道主义救援响应最低标准》（*Sphere Project's Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*）一书，其提到了“人道责任”（“humanitarian imperative”），即“为了防止或减轻灾害或冲突引发的人类苦难而应当采取行动”（The Humanitarian Charter, para. 1）。关于“人道责任”，另见《国际红十字和红新月运动及从事救灾援助的非政府组织行为准则》（1994年）：“人道责任是首要的。”

30 当某缔约国，例如通过专门的部门，自己向国际性武装冲突中作为冲突敌对方的另外两个缔约国提议开展人道活动时，这些活动不受第9条的调整。这也是因为，《日内瓦第四公约》第59条第2款使用了选择性的连接词：“由国家或公正人道组织”（后加着重号以示强调）。

2. 保护

1142 第9条赋予红十字国际委员会或其他公正的人道组织为“保护”某类受国际性武装冲突影响的人员而提议开展人道活动的权利。从其通常意义来看，“保护”（“protect”）是指“使其安全，免受伤害或损伤”。[31]就人道法而言，其核心目的之一就是在武装冲突“保护”人们免遭冲突各方滥用权力的伤害。

1143 对于公正的人道组织具体可开展何种活动，以确保有关当局和其他相关行为体通过遵守可适用的法律框架来保护民众，第9条并没有提供任何指引。即使在公正的人道组织之间，对于哪些行为构成保护活动也存在不同的看法。对于红十字国际委员会和机构间常设委员会来说，[32]“保护”这一概念包括一切旨在依据国际人道法、国际人权法和难民法等相关法律体系的规定和精神，确保充分尊重个人权利的活动。[33]

1144 因此，从人道法的角度看，“保护活动”是指所有旨在确保有关当局和其他相关行为体履行其义务以维护受武装冲突影响之个人的权利（不仅仅是其生存）的活动。[34]保护活动包括那些力图从源头上预防出现违反国际人道法行为的活动，例如通过与有关当局交涉或提高法律普及度，以及力求确保有关当局停止或制止任何违反可适用规范的活动。

1145 在武装冲突中开展保护活动时，红十字国际委员会旨在确保相关的人道法规则或保护冲突局势中有关人员的其他基本规则得到有关当局的遵守和执行。这类活动可包括探视自由被剥夺之人。[35]红十字国际委员会还可以向冲突各方提供斡旋，包括促进解决各方关于《日内瓦第一公约》条款的适用或解释的分歧，或者关于各方所达成的任何安排在执行方面的分歧。[36]就《日内瓦第一公约》而言，提供服务的提议还可能涉及其他活动，例如将伤者、病者和死者搬离战场。[37]更一般而言，红十字国际委员会可建议开展任何其认为相关的活动以监督可适用的人道法规则或保护暴力局势中有关人员的其他基本规则的实施。[38]

31 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1153.

32 为了响应联合国大会关于加强人道援助的第46/182号决议，机构间常设委员会于1992年建立，是一个旨在协调、制定政策和决策的机构间论坛，汇集了所有主要的联合国和非联合国的人道行为体。

33 See ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013, p. 12, and Inter-Agency Standing Committee, *IASC Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, The Brookings – Bern Project on Internal Displacement, Bern, January 2011, p. 5.

34 《红十字国际委员会保护政策》，2008年4月，第2页。

35 见《日内瓦第三公约》第126条第4款，以及《日内瓦第四公约》第143条第5款。

36 见关于第6条的评注，第973段，以及关于第11条的评注，第五部分第（六）节。

37 见关于第15条的评注，第1490、1518段。

38 另见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第2款第3项、第4项和第7项。

1146 就其自身而言，无论在保护活动还是在援助活动中，红十字国际委员会在双边和保密的基础上利用劝说等多种方法来引导当局遵守适用于它们的规则，包括关于提供基本服务的规则。[39]当红十字国际委员会认为其努力不会得到有关当局令人满意的及时回应而且问题严重时，它可同时提供适当支持，和（或）代替当局直接提供此种服务。[40]当这种情况发生时，仍应牢记，冲突各方承担着确保人道需求得以满足的首要责任。[41]若人道法一再遭到重大违反，且尽管采取了各项努力，红十字国际委员会仍未能说服有关当局承担起这方面的责任，则委员会可诉诸其他方法，包括在某些情况下进行公开谴责。[42]

1147 在日内瓦四公约之外，“保护”一词对于不同行为体来说具有不同的含义，并非所有此类活动都属于第9条的范畴。实践中，这导致概念分析变得更为复杂。例如，如果某军事行为体，例如联合国授权的执行和平特派团被授权“保护”平民居民，其可能会采取不同的活动和方法，包括使用武力。尽管使用了相同的术语，但是公正的人道组织开展“保护”活动的方式却有很大不同。

3. 救济（援助）

1148 第9条赋予红十字国际委员会或其他公正的人道组织为受国际性武装冲突影响的人员提议开展救济活动的权利。“救济”（“relief”）的通常意义是指“减轻或消除痛苦、焦虑或苦难”。[43]正如日内瓦四公约所使用的，“救济”一词大多用于为应对紧急情况下出现的人道需求而开展的活动。对该术语的解读需结合《第一附加议定书》第81条第1款所使用的更广义的“援助”一词，该词还力图涵盖反复出

39 红十字国际委员会在保密性的基础上开展工作，保密性是委员会主要的工作方法。不过，其保密的工作方法并非只与其保护活动（例如在拘留的情况下）相关。它是红十字国际委员会人道行动整体的必要条件。保密性使红十字国际委员会能够更多地接触武装冲突和其他暴力局势中的受难者，并与有关当局开展双边对话，以便能够履行其人道使命，并巩固受益人及其工作人员在一线地区的安全。更多相关信息，见红十字国际委员会：《红十字国际委员会的保密工作法：红十字国际委员会为确保政府和非政府当局遵守人道法而采取的特别方法》，载《红十字国际评论》第94卷第887期，2012年9月刊。更多相关信息，见红十字国际委员会：《在发生违反国际人道法或暴力局势中保护人们的其他基本规则的行为时红十字国际委员会所采取的行动》，载《红十字国际评论》第87卷第858期，2005年6月刊。

40 《红十字国际委员会援助政策》，红十字国际委员会大会于2004年4月29日通过，载《红十字国际评论》第86卷第855期，2004年9月刊，第6页。

41 虽然红十字国际委员会或其他的公正的人道组织在从事援助活动，从而代替国家当局或补充国家当局的努力，但是这并不意味着，它们有这么做的法律义务。第9条使用的措辞（“may … undertake”）进一步说明了这一点。另见本评注第1133段。2004年4月29日红十字国际委员会大会通过的《红十字国际委员会援助政策》阐明了红十字国际委员会愿意作为代替组织直接向平民居民提供服务的具体情形，《红十字国际委员会援助政策》载《红十字国际评论》第86卷第855期，2004年9月刊，第7页。

42 更多相关信息，见红十字国际委员会：《在发生违反国际人道法或暴力局势中保护人们的其他基本规则的行为时红十字国际委员会所采取的行动》，载《红十字国际评论》第87卷第858期，2005年6月刊。

43 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1215.

现乃至持续存在的长期需求。[44]上述条约均未对救济或援助作出定义。对“援助”这一术语未作一般性定义或未列举该词所囊括的具体活动，是符合下述事实的：对人道援助的需求在每一情势中不一定相同，而且还可能随着时间的演变发生变化。

1149 “援助活动”是指主要在卫生、水、居住环境（创造可持续的生活环境）和经济安全（红十字国际委员会将经济安全定义为“个人、家庭或社区能够根据自身文化标准以一种可持续的方式满足自身基本需求和不可避免的支出的条件”）领域开展的所有活动、服务和物资供给。[45]所有这些活动旨在确保被卷入武装冲突之人能够生存，并有尊严地生活。实践中，救济活动的类型视受益人的身份及其需求的性质不同而有所不同。例如，针对战场伤员的救济活动就不同于为战俘营中战俘的利益开展的救济活动。人道法的一项核心原则是，无论从事何种救济活动（包括例如，向受伤的战斗员提供医疗救助），此类活动永远不应视为具有加强敌方军事能力的性质。

4. 受益人

1150 根据《日内瓦第一公约》第9条，开展人道活动所针对的对象是“伤者、病者、医务人员及随军牧师”。“伤者、病者”一词是指第12条和第13条所规定的人员。“医务人员”一词是指第24、25、26和27条所规定的人员。“随军牧师”一词是指第24条所规定的“随军牧师”，且在可适用的情况下还包括依据第26条或第27条开展工作的宗教人员。[46]虽然第9条没有明确提到，但是服务提议权还可涉及为死者利益开展的活动，因为第15条、第16条和第17条规定了这方面的一系列义务。同样，虽然没有明确提及，但是根据《日内瓦第一公约》的逻辑可合理推断，在某些情况下，也可以为了保护或保障受《日内瓦第一公约》保护的物体（例如军事医疗所和医务飞机）的正常工作而行使服务提议权。这些物体之所以受到保护，是因为它们对受《日内瓦第一公约》保护的人员有利。[47]

1151 除了那些明确属于四公约共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条）所列之受益人类别且符合各类受益人条件的人员外，武装冲突还影响其他人员。该条也未

44 《红十字国际委员会援助政策》，红十字国际委员会大会于2004年4月29日通过，载《红十字国际评论》第86卷第855期，2004年9月刊，第1页。

45 见《红十字国际委员会援助政策》，红十字国际委员会大会于2004年4月29日通过，载《红十字国际评论》第86卷第855期，2004年9月刊，第2页。关于红十字国际委员会开展的属于这些术语范畴的具体活动的例子，见红十字国际委员会：《医疗行动：援助被武装冲突与其他暴力局势影响的民众》，红十字国际委员会（北京）2020年版，以及ICRC, *Economic Security*, ICRC, Geneva, 2013。

46 就《第一附加议定书》而言，见第8条第1款中对“伤者”和“病者”的定义、第8条第3款中对“医务人员”的定义，以及第8条第4款中对“宗教人员”的定义。

47 关于这种联系的更多详细内容，例如见关于第19条（固定医疗所和流动医疗队）的评注，第1772段，以及关于第35条（伤者及病者或医疗设备之运输工具）的评注，第2363段。

规定，红十字国际委员会或其他公正的人道组织仅可为属于该条所列之类别的人员提议提供服务。[48]而且，无论有关人员是否构成日内瓦四公约意义上的“被保护人”，红十字国际委员会或其他公正的人道组织都可以为其利益行使服务提议权。这可以从《日内瓦第四公约》第10条得到印证，该条款使用的是“平民”这一措辞，而非《日内瓦第四公约》第4条中的“被保护人”这一措辞，后者的意义更狭窄。

1152 此外，可受益于人道活动之人无须是违反某可适用法律标准之行为的受害者。此种对人道活动受益人范围的广义解释反映在《第一附加议定书》第81条第1款中，该条款提及了“冲突受难者”一词。这一理解还得到后续国家实践的确认：如果武装冲突当事方同意所提议的人道服务，则通常不会将该服务仅局限于面向属于日内瓦四公约意义上的“被保护人”的人员。最后，前文所述不改变如下事实，即公正的人道组织可以且确有为了身体健全的战斗人员的利益开展其他活动，例如预防领域的活动（例如提高国际人道法意识）。

（三）红十字国际委员会或其他公正的人道组织

1. 红十字国际委员会

1153 红十字国际委员会是唯一一个在服务提议权方面同时被第9条和共同第3条第2款提及名称的组织。在这两项条款中，红十字国际委员会是构成公正的人道组织的一个实例。对于四公约的起草者来说，红十字国际委员会体现了公正的人道组织的基本特征。尽管如此，各国以红十字国际委员会这一公正的人道组织为例，赋予其服务提议权，旨在说明，明确提及红十字国际委员会有赖于其始终以这一身份开展工作。由此可以推知，任何其他的组织想要成为第9条意义上的组织，也需要满足该条件。

1154 在适用于国际性武装冲突的1949年日内瓦四公约及其1977年附加议定书中，有相当数量的条款规定，缔约国明确赋予了红十字国际委员会提议开展特定人道活动的权利。[49]与此同时，《国际红十字和红新月运动章程》也为红十字国际委员会在此类冲突中提供服务规定了法律基础。[50]该章程第5条第3款规定，“〔红

48 注意：共同第3条第2款在这个问题上是没有作出规定的，它只是规定，“公正的人道团体，如红十字国际委员会，得向冲突之各方提供服务”。另见《第一附加议定书》第81条，该条提到“冲突受难者”是人道活动的受益人，以及1986年《国际红十字与红新月运动章程》第5条第2款第4项。有关详细说明，见《关于国内流离失所的指导原则》（1998年），原则25第2款规定：“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。”

49 关于服务提议权与在某特定活动方面明确提到红十字国际委员会的作用的条款之间的区别，见第1132段。

50 关于该章程的背景与地位，见第1124段。

十字〕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”。[51]

2. 其他公正的人道组织

1155 红十字国际委员会在服务提议权方面并不具有垄断权。第9条规定“其他公正的人道组织”也享有相同的权利。不过，日内瓦四公约既没有界定也没有进一步澄清这一概念的含义。[52]

1156 1949年外交会议期间，当这些措辞被引入约文时，各缔约国所设想的组织类型主要限于各国红十字会和红新月会。[53]自1949年以来，认为自身属于第9条意义上的公正的人道组织，且得到武装冲突各方承认的组织，其数量和种类均显著增多，包括某些非政府组织和政府间组织。

1157 在“人道组织”的构成条件中，并没有要求其活动范围仅限于人道活动。[54]因此，在武装冲突爆发之前只从事发展活动的组织后来也有可能成为第9条意义上的人道组织，这并不妨碍该组织同时在其他地方开展不同性质的活动。不过，第9条确实要求有意提供服务的实体是一个“组织”。因此，就个人之间松散结成的联盟而言，尽管其活动可能会减轻人的苦难，但也不具有本规定意义上的组织资格。[55]希望从事慈善活动的私人也是如此。希望成为该条款意义上的“人道组织”的组织，必须始终能够遵守人道活动的职业标准。[56]否则，在实践中，作为服务提议对象的当局有可能会怀疑该组织的公正性和人道性。

1158 人道组织需要资金以维持人员开销和业务运转并购买必要的商品和服务。因此，绝不能因涉及金钱而认为该组织或其活动不具有“人道”性质。此外，只要该组织继续作为公正的人道组织行事，它仍可与私营或国有企业等经济行为体保持关系。这种关系的例子包括：有能力提供人道服务的经济行为体，例如用于运输救济物资的商业航空公司，向公正的人道组织出售其服务以获利；或经济行为体免费向公正的人道组织提供服务，例如作为企业社会责任计划的一部分。

51 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第3款。该章程中其他相关的规定可见第5条第2款。

52 不过，见第1131段中有关1949年外交会议的讨论。

53 更多相关内容，见第1131段。

54 关于哪些活动可构成“人道活动”的分析，见第三部分第（二）节。

55 共同第3条第2款使用的是“公正的人道团体”这一措辞，可以说，这一表述实质上与“公正的人道组织”相同；见关于该条的评注，第788段。

56 See e.g. ICRC, *Professional Standards for Protection Work Carried Out by Humanitarian and Human Rights Actors in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2013. 在红十字国际委员会主持下协商通过的这些标准体现了人道和人权机构（联合国机构、运动成员和非政府组织）的共同想法和普遍的一致意见。红十字国际委员会认为，一个机构提供保护的标准不应当低于该文件所列标准。

1159 尽管在许多情形下经济行为体均可参与人道活动，它们营利的另一面也使其自身无法成为公正的人道组织，即使当它们在特定人道活动的框架内提供免费服务时，例如作为企业社会责任项目的一部分，也是如此。此类参与人道活动的情形包括，经济行为者基于与公正的人道组织的契约或自发地直接提供人道服务。因此，由于不构成公正的人道组织，经济行为体无法援引第9条意义上的服务提议权。

1160 日内瓦四公约要求，希望基于第9条提供服务的人道组织必须是“公正的”。公正性是指在策划和实施拟定的人道活动时，对受武装冲突影响的人员所采取的一种态度。作为适用于运动各成员的一项基本原则，“公正”原则要求不得“因国籍、种族、宗教信仰，阶级和政治见解”或任何其他类似标准而有所歧视。[57]此外，公正这项基本原则也得到了国际法院的支持，[58]该原则要求运动成员“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”。这一定义作为一项良好做法，也为运动以外的其他行为体所采用。

1161 某个组织若要成为“公正的人道组织”，自身单方面宣称具有这种资格是不够的：该组织需要确保其始终都以公正和人道的方式开展行动。在实践中，重要的是，作为服务提议对象的武装冲突方认为该组织是公正和人道的，并相信该组织将据此行事。

1162 公正原则适用于任何人道活动的策划阶段以及实施阶段：在决定开展哪些活动、在何地以及如何付诸实施时（例如，首先向哪些人提供医疗援助），只有受冲突影响之人的需求才能影响人道组织的提案、优先事项和决定。

1163 就第9条意义上的公正的人道组织而言，构成此类组织的条件中，并未对其总部所在地做出要求，其总部可设在有关冲突各国的领土之外。[59]

1164 公正的概念与中立的概念不同。第9条并不要求希望根据该条具备有关资格的组织是“中立的”。就人道活动而言，“中立”是指对武装冲突各方所采取的态度。中立也是运动的基本原则之一，其表述如下：“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。”尽管该条款对中立性不作要求，但是实践中，在某些情形下，如果能够证明存在中立的态度，对于该组织得到有关冲突各方的接受来说

57 尽管共同第9条中没有“任何其他类似标准”这一措辞，但其在日内瓦四公约的其他条款中确有规定。例如，见《日内瓦第一公约》第12条第2条。

58 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 242. See also the Sphere Project’s Humanitarian Charter, para. 6, 其阐明：

> “必须根据公正原则提供〔人道〕援助，即援助只能根据需求提供，且须与需求相称。这反映了更广义的不歧视原则；即任何人都不应受到基于任何身份的歧视，包括年龄、性别、种族、肤色、族裔、性取向、语言、宗教、残疾、健康状况、政治或其他见解、国籍或社会出身。”

59 另见第1131段关于1949年外交会议上对这一问题的讨论。

将有所帮助。同样，某公正的人道组织如果偏向于冲突某一方或者被认为有这种偏向，那么就有可能无法得到冲突各方的接受。

（四）“在有关冲突各方之同意之条件下”

1. 关于同意的规定

1165 自1949年日内瓦四公约通过以来，寻求并获得有关冲突各方的同意这项条约要求，已经成为适用于武装冲突中的人道活动的法律框架中最具争议的一个问题。[60]一方面，缔约国已经赋予红十字国际委员会和其他公正人道组织单方面提议开展人道活动的权利。另一方面，对第9条的简单解读表明，这一权利不一定构成一项准入权，也就是说，不一定能够保证可以开展所提议的人道活动。能否准入取决于“有关冲突各方之同意”。

1166 就本条规定而言，对“有关冲突各方”的措辞需作狭义理解。只能向符合以下条件的缔约国寻求和取得同意：（一）该缔约国是有关国际性武装冲突的“一方”；且（二）该缔约国是“有关”一方，即所提议的人道活动将发生在该国领土或受其控制的地区，例如该国为占领国的情形。[61]因此，没有必要基于第9条而寻求该国际性武装冲突敌对方的同意。例如，即使所提议的救济车队需要通过该敌对方的领土，也是如此。在那种情况下，虽然关于该方准许和便利“通过”的义务有一套不同的规则予以规制（见第1168段），但是该方并不是第9条意义上的“有关”一方，因为所提议的人道活动并不会在其领土上开展。[62]不过，需要依据一般国际法寻求该国的同意。[63]

1167 同样，按照适用于国际性武装冲突的法律，如果所提议的人道活动需要从中立国领土出发或通过中立国的领土，在冲突一方领土上或受冲突一方控制的地区开展人道活动不需要基于第9条寻求或获得中立国的同意：中立国并不是第9条意义上的“有关”一方。不过，在这种情况下，同样需要依据一般国际法寻求该中立国的同意。[64]

60 在其他涉及服务提议权的条约规定中，也可见这一要求；见关于共同第3条的评注，第十部分第（六）节第1项。另见《第一附加议定书》第70条第1款和《第二附加议定书》第18条第2款。

61 与有关不构成占领的国际性武装冲突情况下的人道活动的规定相比，有关占领情况下人道活动的规定更为严格。见《日内瓦第四公约》第55条和第59条。

62 同样，见《第一附加议定书》第70条第1款，该条款进一步澄清了这一点，当提到在冲突一方控制下的地区开展救济行动时，只要求“有关各方关于这种行动的协议”。

63 但是，见*Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, pp. 36–38。

64 关于对“中立国”一词的解释，见关于第4条的评注，第3部分第（一）节。

1168 正是在这一关键问题上，体现出引言部分已提及的两项规则之间的区别（见第1125段）：一方面是为了获准开展人道活动而寻求并获得冲突一方的同意，另一方面是冲突一方准许和便利人道活动通过的义务。基于《日内瓦第四公约》第23条和《第一附加议定书》第70条第2款并根据其规定的条件，所有缔约国，无论是否是冲突一方，都有义务准许和便利旨在援助平民居民的救济物资、设备和人员迅速和无阻碍地通过，即使这些救济物资、设备和人员旨在援助敌方的平民居民，也是如此。换言之，他们必须允许既经接受的服务提议得以执行。[65]如果那些国家拒绝准许和便利救济方案的实施，实际上便是导致受武装冲突影响之人员的人道需求无法得到满足，因而导致冲突各方给予的同意变得没有意义。

1169 第9条并没有规定如何表明同意。这既可以通过对提议提供服务的组织作出书面答复，也可以通过口头传达。在没有明确表示同意的情况下，公正的人道组织可以确保有关冲突各方，至少通过默认的方式默示同意事先已经合理通知该冲突当事方的拟议开展的人道活动。

2. 不得任意拒绝予以同意

1170 对于冲突一方是否在某些情况下可合法拒绝对开展人道活动的提议予以同意，日内瓦四公约并未提供任何指引。就《日内瓦第一公约》而言，此类活动是为了该公约所涵盖的伤者、病者、医务人员及随军牧师的利益而开展的。

1171 对具体问题的法律评估取决于服务提议的对象是占领国（本文不涉及）[66]还是占领国以外的国际性武装冲突一方（本文涉及这种情况）。

1172 1949年时，对寻求和获得有关冲突各方同意这一要求的理解，是在当时国家主权几乎不受限制的背景下形成的：收到服务提议的武装冲突一方享有全面的自由裁量权，不受任何国际法规则的限制。不过，即便依据当时的理解，当冲突一方拒绝所提议的服务时，如果随之产生的后果，其性质或效果导致该方违反其自身对目标受益人的人道义务，那么它将为此类后果承担国际法律责任。[67]

65 见《日内瓦第四公约》第23条，以及《第一附加议定书》第70条第3款。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则55和56（适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突）。

66 关于占领的情况，见《日内瓦第四公约》第59条第1款，该条款规定了更加严格的标准。另见《第一附加议定书》第69条。

67 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 110–111:

> 所有这些人道活动均受到一个最终条件的制约，即有关冲突各方的同意。这一条件显然十分苛刻。但是这几乎可以说是很自然的。交战国显然没有义务容忍任何外国组织在自己的领土上开展任何类型的活动。此种情况是不可能的。交战国拒绝此种活动无需给出理由。决定权完全掌握在其手中。但是，由于有义务适用本公约，如果交战国拒绝接受帮助以履行其诺言，其必须独自承担责任。

1173 自从1949年以来，国际法，尤其是国际人道法，已经有所变化，如今，作为公正人道组织服务提议对象的国际性武装冲突之一方不再享有决定如何回应此种提议的完全自由。现在公认的是，在某些情况下，冲突一方在国际法中有义务同意公正的人道组织开展人道活动的提议。换言之，在某些情况下，拒绝同意此种提议将引起该方的国际法律责任。

1174 特别是，人道法经过后续国家实践的影响已经有所发展，如今可以断定，冲突一方不得基于任意的理由而拒绝表示同意。[68]因此，任何对人道活动的妨碍必须基于正当理由，而作为同意征求对象的冲突一方在评估任何提供服务的提议时，必须采取善意的态度，[69]并遵守其关于人道需求的国际法义务。因此，如果国际性武装冲突之一方不愿或不能解决相关人员的人道需求，则必须接受公正的人道组织提供服务。如果无法通过其他方式满足这些人道需求，那么对提供服务之提议的拒绝就将是任意的，并因此违反国际法。

1175 关于如何解释“任意性”这一标准，国际法没有作出权威性的阐释。[70]这项评估依然是遵循具体情况具体分析的方法。尽管如此，确实在一些情况下，拒绝给予同意显然不能视为任意。例如，如果作为服务提议对象的国家本身能够且愿意应对人道需求，而且更重要的是，该国实际上确以公正的方式采取此类行动，那么拒绝同意就不是任意的。相反，如果拒绝同意会导致该冲突一方违反其人道法义务或其在其他国际法领域（包括可适用的人权法）中的义务，则该拒绝就可能被视为任意，也因此是非法的。例如，如果有关冲突方不能或不愿向受武装冲突影响之人提供人道援助，其拒绝便是任意的，如果连维持他们有尊严地生活的基本需求都未得满足，则更是如此。

68 在习惯国际人道法中，也有相同变化；见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则55（关于向急需帮助之平民提供人道救济）的评注，第187页：“未征得相关各方的同意，人道组织就无法开展行动……但禁止任意拒绝同意。”该习惯法研究中的这一表述是在“向急需帮助之平民提供的人道救济”这一规则的语境中提出的。从逻辑上讲，这项规则适用于向伤者、病者或遇船难者提供保护或援助的提议，也适用于向战俘提供保护或援助的提议。没有任何理由对此类提供服务之提议作出不同的规定。否则，这将导致一个明显荒唐和不合理的局面：冲突一方不得任意拒绝向平民提供服务的提议，但是却可以任意拒绝为受武装冲突影响的其他人员的利益提供服务的提议。另见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XII卷，第336页，其中，德意志联邦共和国代表（在这一点上得到其他几个国家代表的支持）在提到“须经此种救济行动中有关冲突方的同意”时表示：“这些措辞并不意味着，有关各方在拒绝同意救济行动方面享有绝对和无限的自由。拒绝同意的一方这样做必须基于正当理由，而不能是任意的或反复无常的。”另见《关于国内流离失所的指导原则》（1998年）原则25第2款：“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〔国际人道组织或其他适当的行为体〕提供这种援助。”关于近期的两个例子，见联合国安理会2014年2月22日关于叙利亚问题的第2139号决议，序言第10段：“谴责所有不让人道主义人员和物资进出的行为，回顾任意剥夺平民生存不可缺少的物品，包括蓄意阻碍救济物资的供应和获取，可构成违反国际人道主义法行为”；以及2015年4月14日关于也门问题的第2216号决议，序言第10段，其自“回顾”开始采用了同样的表述。

69 红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第31届红十字与红新月国际大会准备的报告，2011年版，第21页。

70 另见红十字国际委员会：《ICRC关于人道准入的问答及术语汇集》，2014年，第12页。

1176 此外，必须牢记，以断绝平民居民的粮食作为战争方法是受禁止的。[71]因此，如果冲突一方意在借助物资短缺断绝平民居民的粮食，或物资短缺可预期造成断绝平民居民粮食的后果，则该冲突方就没有正当理由拒绝公正的人道组织开展人道活动的提议。[72]根据1998年《国际刑事法院规约》，“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”在国际性武装冲突中是一项战争罪。[73]

1177 同样，为了加剧平民的苦难而拒绝同意，无论是明示还是默示的，也构成任意的拒绝。如果拒绝给予同意是基于不利区别，即为阻止具有某一国籍、种族、宗教信仰、阶级或政治见解之人获得其所需之人道救济或保护而予以拒绝，则该拒绝也可视为任意。

1178 在人道法上，军事必要并非拒绝有效的提供服务的提议的正当理由，也非整体否定公正的人道组织所提议之人道活动的正当理由。

1179 在任何时候，冲突一方同意开展人道活动均不影响其采取控制措施的权利。此类措施可包括：核实援助的性质；为实施援助工作提供技术安排；出于迫切的军事必要而临时限制人道活动。[74]如果核查得出的结论是，有关活动既不具有公正性，也不具有人道性质，则可拒绝同意其准入。不过，这些控制和限制措施的制定和执行，就其所有实际意图和目的而言，不能等同于拒绝同意。换言之，人道法承认的控制权不应不合理地拖延救济行动或者致使其无法实施。在这方面，只有在例外的情况下才能援引迫切的军事必要，而且仅可旨在规范而非禁止公正人道组织的准入，且仅可临时在地理范围上限制人道工作者的行动自由。[75]此类属于迫切军事必要的事由可包括，例如，防止干扰正在进行的或即将发生的军事行动。

1180 人道法并未规定，在国际性武装冲突的当事国拒绝同意并构成对其国际法义务的违反时会产生何种后果。最后，在冲突方任意拒绝某公正的人道组织提供服务的情况下，该组织不顾冲突方的拒绝而开展人道活动是否合法，需根据其他可适用的国际法和国内法规则进行评估。[76]

71 见《第一附加议定书》第54条第1款，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则53。

72 红十字国际委员会：《国际人道法及其在当代武装冲突中所面临的挑战》，为第31届红十字与红新月国际大会准备的报告，2011年版，第21页。

73 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第25目。

74 见《第一附加议定书》第70条第3款；另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则55的评注，第188～189页。

75 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则56。

76 关于国际法，尤其见《第一附加议定书》第71条第4款。关于国内法，需要考虑涉及入境方面的国内法规。

主要参考文献

红十字国际委员会：《ICRC 关于人道准入的问答及术语汇集》，载《红十字国际评论》第 96 卷第 893 期，2014 年 3 月刊。

—《国际红十字与红新月运动基本原则》，红十字国际委员会（北京）2014 年版。

Barrat, Claudie, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014.

Blondel, Jean-Luc, 'L'assistance aux personnes protégées', *Revue international de la Croix-Rouge*, Vol. 69, No. 767, October 1987, pp. 471–489.

– 'The meaning of the word "humanitarian" in relation to the Fundamental Principles of the Red Cross and Red Crescent', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 507–515.

– 'Genèse et évolution des principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge', *Revue international de la Croix-Rouge*, Vol. 73, No. 790, August 1991, pp. 369–377.

Bouchet-Saulnier, Françoise, 'Consent to humanitarian access: An obligation triggered by territorial control, not States' rights', *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 893, March 2014, pp. 207–217.

de Geouffre de La Pradelle, Paul, 'Une conquête méthodique : le droit d'initiative humanitaire dans les rapports internationaux', in Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 945–950.

Fast, Larissa, 'Unpacking the principle of humanity: Tensions and implications', *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, Nos 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 111–131.

Forsythe, David P., 'International Humanitarian Assistance: The Role of the Red Cross', *Buffalo Journal of International Law*, Vol. 3, No. 2, 1996–1997, pp. 235–260.

Gentile, Pierre, 'Humanitarian organizations involved in protection activities: a story of soul-searching and professionalization', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, December 2011, pp. 1165–1191.

Gillard, Emanuela-Chiara, 'The law regulating cross-border relief operations', *International Review of the Red Cross,* Vol. 95, No. 890, June 2013, pp. 351–382.

Harroff-Tavel, Marion, 'Neutrality and Impartiality – The importance of these principles for the International Red Cross and Red Crescent Movement and the difficulties involved in applying them', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 536–552.

Heintze, Hans-Joachim and Lülf, Charlotte, 'Non-State Actors Under International Humanitarian Law', in Math Noortmann, August Reinisch and Cedric Ryngaert (eds), *Non-State Actors in International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 97–111.

Institute of International Law, 'Humanitarian Assistance', Resolution of the Bruges Session, 2 September 2003, available at http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2003_bru_03_en.PDF.

Junod, Sylvie S., 'Le mandat du CICR durant un conflit armé. Le mandat et les activités du Comité international de la Croix-Rouge', *The Military Law and Law of War Review*, Vol. 43, 2004, pp. 103–110.

Kalshoven, Frits, 'Impartiality and Neutrality in Humanitarian Law and Practice', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 273, December 1989, pp. 516–535.

Kolb Robert, 'De l'assistance humanitaire : la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Bruges en 2003', *Revue international de la Croix-Rouge*, Vol. 86, No. 856, December 2004, pp. 853–878.

Kuijt, Emilie Ellen, *Humanitarian Assistance and State Sovereignty in International Law: Towards a Comprehensive Framework*, Intersentia, Cambridge, 2015..

Labbé, Jérémie, and Daudin, Pascal, 'Applying the humanitarian principles: Reflecting on the experience of the International Committee of the Red Cross', *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, No. 897/898, Spring/Summer 2015, pp. 183–210.

Lattanzi, Flavia, 'Humanitarian Assistance', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 231–255.

Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict, by Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, commissioned & published by UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, 2016.

Plattner, Denise, 'Assistance to the civilian population: the development and present state of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 32, No. 288, June 1992, pp. 249–263.

Ryngaert, Cédric, 'Humanitarian Assistance and the Conundrum of Consent: A Legal Perspective', *Amsterdam Law Forum*, Vol. 5, No. 2, 2013, pp. 5–19.

Sandoz, Yves, 'Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-Rouge', *German Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1979, pp. 352–373.

Schwendimann, Felix, 'The legal framework of humanitarian access in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 884, December 2011, pp. 993–1008.

Spieker, Heike, 'Humanitarian Assistance, Access in Armed Conflict and Occupation', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Stoffels, Ruth Abril, 'Legal regulation of humanitarian assistance in armed conflict: Achievements and gaps', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, September 2004, pp. 515–546.

Swinarski, Christophe, 'La notion d'un organisme neutre et le droit international', in Christophe Swinarski (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 819–835.

Swiss Confederation, Federal Department of Foreign Affairs, *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Practitioners' Manual*, 2014.

Toebes, Brigit, 'Health and Humanitarian Assistance: Towards an Integrated Norm under International Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 18, No. 2, 2013, pp. 133–151.

Vukas, Budislav, 'Humanitarian Assistance in Cases of Emergency', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

第十条
保护国之代替

公约条文*

一、各缔约国得随时同意将根据本公约应由保护国负担之任务，委托于具有公允与效能之一切保证之组织。

二、当伤者、病者，或医务人员及随军牧师，不拘为何原因，不能享受或已停止享受保护国或本条第一款所规定之组织的活动之利益时，则拘留国应请一中立国或此种组织担任依照本公约应由冲突各方指定之保护国所执行之任务。

三、若保护不能依此布置，则拘留国应在本条之规定之约束下，请求或接受一人道组织，如红十字国际委员会，提供服务，以担任依本公约由保护国执行之人道的任务。

四、任何中立国或任何组织经有关国家邀请或自愿提供服务而执行任务时，在行为上须对本公约所保护之人员所依附之冲突一方具有责任感，并须充分保证能适当执行其所负之任务，且能公允执行之。

五、各国间订立特别协定，如其中一国因军事关系，特别是因其领土之大部或全部被占领，以致该国与其他一国或其盟国谈判之自由受限制，即或是暂时的，本公约上列规定不得因该项特别协定而有所减损。

六、凡本公约中提及保护国，亦适用于本条所指之代替组织。

保留或声明

（一）在本评注出版时已作出保留且保留有效的缔约国有：阿尔巴尼亚；朝鲜民主主义人民共和国；几内亚比绍；中华人民共和国；葡萄牙；前南斯拉夫马其顿共和国；俄罗斯联邦；以及越南。关于这些保留的内容和分析，见第五部分。

（二）曾经作出有效保留的缔约国有：白俄罗斯（2001年8月7日撤回）；保加利亚（1994年5月9日撤回）；捷克斯洛伐克（捷克共和国于2001年9月27日撤回，斯洛伐克于2000年6月5日撤回）；德意志民主共和国（直到并入德意志联邦共和国）；匈牙利（2000年5月31日撤回）；波兰（2004年9月22日撤回）；罗马尼亚（2002年6月24日撤回）；乌克兰（2006年6月30日撤回）；南斯拉夫（南斯拉夫联盟共和国于2001年10月16日宣布“毫不保留地”继承南斯拉夫社会主义联邦共和国）。**

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

** 作出保留时的国名。

目 录

一、引言 362
二、历史背景 363
（一）历史上的先例 363
1. 第一次世界大战后的实践 364
2. 第二次世界大战期间的实践 364
（二）1949 年日内瓦四公约的准备工作 366
三、第 10 条的结构 368
四、第 1 款：由缔约国签订协议指定代替组织 369
五、第 2 款：拘留国单方面指定代替组织 370
六、第 3 款：由红十字国际委员会等人道组织代替保护国 372
（一）对法律的讨论 372
（二）代替组织的职责范围：“人道的任务” 373
（三）嗣后实践 374
七、第 4 款：作为代替组织的中立国或人道组织所需作出的保证 375
八、第 5 款：禁止减损 375
九、第 6 款：保护国及其代替组织权利与责任的对等 376
十、1949 年以来的发展 376
主要参考文献 378

一、引言

1181 第 10 条规定了指定保护国代替组织的条件、哪些组织可以成为保护国代替组织、以及它们应当为何种目的发挥作用。该条款为日内瓦四公约的共同条款。[1]

1182 1949 年的外交会议使保护国成为了监督日内瓦四公约遵守情况的制度关键，[2]并规定了在保护国缺位的情况下指定代替组织的程序。

1183 在第二次世界大战中，有大量的证据证明，委托予保护国的人道法规则实施监督工作是一项十分重要的任务。不过，也有证据表明，即使在 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》可以适用的情况下，在俘人员也有可能无法得到保护国的帮助。

1 见《日内瓦第二公约》第10条；《日内瓦第三公约》第10条；以及《日内瓦第四公约》第11条。
2 关于保护国的指定和职责的更多内容，见关于共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条）的评注。

1184 因此，1949 年外交会议就被保护人无法或不再能够从该制度受益的情况拟定了一项程序。为了理解日内瓦四公约针对这一问题所依据的逻辑，需要强调的是，日内瓦四公约的起草者们十分熟悉以下情形，即当保护国无法履行职责时，例如当保护国自身卷入该武装冲突时，该国将寻求指定一个新的保护国。原籍国请求另一中立国担任保护国的角色；如果该中立国同意，它就会寻求其保护国职责履行地所在国（即东道国或接受国）的认可。东道国或接受国一旦认可，新的保护国就开始履职。该国随后便具有保护国的所有权利和义务，因此不能被称为代替组织。1917 年和 1941 年，瑞士取代美国成为保护国，就是这种情况。[3]

1185 在共同第 10 条（《日内瓦第四公约》第 11 条）通过之前所开展的论辩中，探讨了完全不同的情况，即无论出于何种原因，无法再遵循常规程序的情况，例如由于原籍国不再存在、冲突一方的国际地位具有争议、或者不再有中立国存在。日内瓦四公约起草者们认为，这些情况是引入代替程序的目的所在。

1186 在 1974 年至 1977 年外交会议的议程上，制定保护国的代替程序是一项重要议题。这最终促成了《第一附加议定书》第 5 条第 4 款和第 7 款的制定，这两项条款对 1949 年四公约共同第 10 条进行了补充。[4]

1187 尽管共同第 10 条并没有明确规定，但在该条的设想中，各种可能的代替程序只适用于国际性武装冲突，就像其旨在取代的保护国机制一样。无论是共同第 3 条还是《第二附加议定书》均没有提及保护国的代替组织在非国际性武装冲突中的作用。不过，没有任何规定阻止此类冲突各方达成特别协定，以建立一种类似于保护国代替组织的制度。[5]

二、历史背景

（一）历史上的先例

1188 应当提到两个尤其重要的先例：第一次世界大战后保护在德俄国战俘的任务团；以及第二次世界大战期间红十字国际委员会为了保护被德国俘获的自由法国军队（Free French Forces）士兵和被自由法国军队关押的德国战俘而开展的活动。[6]

3 See William McHenry Franklin, *Protection of Foreign Interests, A Study in Diplomatic and Consular Practice*, United States Government Printing Office, Washington, 1946, pp. 254–256 and 266–268, and Janner, p. 24.

4 《第一附加议定书》第2条第4项规定，“代替组织”是指“按照第五条代替保护国行事的组织”。

5 关于非国际性武装冲突中的特别协定，见关于共同第3条的评注，第十一部分。

6 关于对这两个事件的历史回顾，见Bugnion, 2003, p. 903, fn. 3。

1. 第一次世界大战后的实践

1189 就在 1918 年 11 月 11 日签订结束第一次世界大战的停战协定后不久，战胜国在德国设立了一个协约国委员会，以便掌控俄国战俘的情况。由于当时认为这些战俘可能大多支持布尔什维克，且如果被遣返回俄国将有可能扩大红军的队伍，协约国委员会因而禁止将这些战俘遣返回苏维埃俄国。1920 年 2 月，《凡尔赛和约》签订后不久，该委员会被解散；德国重新获得了行动自由，但其面临着极其动荡的局面。俄国战俘对其在俘状态感到心灰意冷，看不到任何被释放的可能，再加上对各种失信之事感到厌恶，并坚信协约国将阻止他们返回家园，因此，这些战俘处于叛乱的边缘。同时，数以万计的德国、奥地利和匈牙利战俘被关押在俄国，苏维埃政府声称，如果德国不允许俄国战俘返国，则俄国也拒绝遣送这些战俘回国。因此，德国政府试图指定一个中立的机构协助监管战俘营，并就德国与俄国战俘的交换问题展开谈判，该机构可以保障俄国战俘在其自由意愿得到尊重的基础上全部得到遣返，而且可以协助解决俄国战俘和战俘营当局之间的任何纠纷。简而言之，德国政府希望该机构在拘留国、原籍国和过境国之间发挥中间人的作用，同时具有检查战俘营、调解在俘人员和拘留当局之间纠纷的职责。

1190 显然，这些任务属于保护国的任务范畴，但是当时，没有任何国家与苏维埃政府有外交关系。因此，德国政府请求红十字国际委员会提供服务，委员会于是向德国派出了一个代表团，该代表团很快就有大约 20 位代表和译员。派驻这一规模的代表团使对主要战俘营开展常规检查成为可能。遣返工作从 1920 年 5 月开始，直到 1921 年 7 月结束，此后，红十字国际委员会任务团逐步解散。[7]

1191 尽管在当时的文件中并没有“保护国之代替”这一说法，但毫无疑问的是，由于当时的情况不允许指定保护国，红十字国际委员会事实上为关押在德国的俄国战俘发挥了保护国的作用。

2. 第二次世界大战期间的实践

1192 第二次世界大战期间亦是如此，即使在 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》可以适用的情形下，也出现了许多战俘无法得到保护国帮助的情形。[8] 这对于需要得到法律援助的战俘影响最大，因为按照 1929 年公约第 60 条至第 67 条的规定，保护国有义务确保受拘留国起诉的战俘享有其应得的法律保障。1929 年公约并不承

7 See *ibid*. pp. 869–870.

8 例如，1941年12月，德国政府反对瑞士接任此前由美国担任的一些保护职能，因为一旦一国政府流亡境外（例如比利时、荷兰和挪威的情形），德国就不再承认该国为交战国；见Rousseau, p. 87, 以及Janner, p. 23。而且，在德国和日本投降之后，因为第三帝国政府已经不存在，瑞士决定不再保护德国的利益，因为日本已经被迫断绝所有外交关系，也不再保护日本的利益。See Janner, pp. 12 and 29–30.

认红十字国际委员会有权就此类问题采取行动，不过，只要战俘无法得到保护国的帮助，委员会就会竭尽全力弥补这一缺位。

1193 在德国与自由法国军队之间的关系上，委员会是否应履行通常交由保护国承担的职责这个问题变得十分尖锐。当时的德国政府认为，无论是在阿尔及尔的法国民族解放委员会，还是在巴黎解放后接替它的法兰西共和国临时政府，在法律上都是不存在的，只有维希政府才有资格代表法国的利益。[9] 此后，德国政府与维希政府于 1940 年 11 月 16 日签订了一项协议，建立了一个有名无实的国家制度，用以监督法国战俘在德的利益，即“斯卡皮尼任务团”（the Scapini mission），以此取代保护国。事实证明这一体系是失败的。[10]

1194 不久，这一安排便反作用于其制定者的身上。1943 年 5 月，轴心国集团的军队在北非投降，自由法国军队捕获了数千名士兵，这些士兵无法受益于任何保护国的活动。[11] 由于西班牙直至 1940 年 6 月签署停战协定时一直负责代表德国和意大利在法国的利益，阿尔及尔当局建议西班牙为这些战俘承担保护国的责任，但前提条件是，德国和意大利同意指定保护国以保护法国战俘。德国政府拒绝了这一建议，意大利政府则未作任何回复。不过，1943 年 11 月，德国政府请求委员会向法国军队在北非关押的德国战俘提供法律援助。出于人道理由，“并考虑到这些战俘无任何保护国的事实”，委员会接受了德国的请求，同时强调“它无法承担任何官方职责，且仍是其自身行动的唯一评判者”。在与阿尔及尔当局做出安排以便可以开展这一职责之后，委员会请求德国政府达成类似的安排，以便向在德国法院接受审判的法国战俘提供同等的法律援助。相关谈判一直持续到 1945 年 4 月，但最终并未达成任何可以使委员会为双方战俘提供法律保护的协定。[12]

1195 不过，红十字国际委员会还是履行了诸多通常交由保护国承担的任务。例如，1944 年 11 月，法兰西共和国临时政府请求委员会向德国政府和“意大利社会共和国”当局通知，一艘名为“加拿大号”的医院船已投入使用。在法国当局的支持下，委员会得以对在法国法院接受审判的德国战俘提供实质上的法律援助。1944 年 2 月，西班牙驻阿尔及尔的领事通知委员会驻阿尔及尔代表处，表示他今后将把从法国当局收到的所有原始文件移交给该代表处，因为德国政府已通知西班牙政府，其“委托红十字国际委员会来代替保护国”。[13]

9 Bugnion, 2003, p. 871.

10 *Ibid*. p. 868.

11 *Ibid*. p. 871.

12 ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War (September 1, 1939–June 30, 1947), Volume I: General Activities*, ICRC, Geneva, May 1948, pp. 352–353, 357 and 359.

13 Bugnion, 2003, pp. 871–872.

1196 德国投降后，委员会作为保护国代替组织的工作量大幅增加，特别是因为有大量的德国战俘因战争罪或其他罪行接受同盟国法院的审判，而且由于德国政府不复存在，瑞士已不再担任其保护国。因此，委员会设立了一个法律援助处，在敌对行动结束后的若干年时间里继续开展工作。[14]

1197 因此，在没有任何正式协议的情况下，委员会在自由法国当局与德国政府间的关系上实际履行了保护国的许多人道职能。

1198 因此，并不令人感到意外的是，在第二次世界大战结束后修订人道公约的过程中，新公约条款规定了在没有指定保护国的情况下，由红十字国际委员会或其他公正的人道组织作为代替组织，承担保护国根据日内瓦四公约履行的人道职能。

（二）1949 年日内瓦四公约的准备工作

1199 在第二次世界大战期间被俘的战俘中，有近 70% 的人在部分或全部在俘期间得不到保护国的援助。[15] 因此不足为奇的是，修订这些人道公约前所开展的部分工作包括试图建立一套代替程序以应对在指定保护国方面遇到不可逾越的障碍。1947 年 4 月，在日内瓦举行的政府专家会议朝着这个方向迈出了第一步，该会议认为，如果不存在保护国，红十字国际委员会（或“一些其他公正的人道组织”）可以同意在交战方之间从事战俘公约所规定的转达通知和情报的工作。[16]

1200 在这一建议的鼓舞之下，委员会在日内瓦四公约草案中增加了一项共同条款，规定了一套真正的代替程序，该条款随后于 1948 年 8 月提交至在斯德哥尔摩举行的第 17 届红十字国际大会。[17] 这一条款的设想是，由一个经武装冲突各方批准、且具有公允与效能之一切保证的机构取代保护国，抑或在冲突各方无法达成协议时，由拘留国单方面指定的中立国或公正的人道组织（例如红十字国际委员会）来取代不能或不再工作的保护国。

1201 第 8 条的草案规定：

> 各缔约国得随时同意将根据本公约应由保护国负担之任务，委托于具有公允与效能之一切保证之机构。
>
> 此外，如果〔被保护人〕不能享受或已停止享受保护国或上述机构的活动之利益时，俘获该人的冲突一方应有义务邀请一中立国或公正的人道组织，例如红十字国际委员会，为其承担本公约交于保护国的任务，以此弥补缺失的保护。

14 *Ibid*. p. 872. See also Catherine Rey-Schyrr, *De Yalta à Dien Bien Phu: Histoire du Comité international de la Croix-Rouge 1945–1955*, ICRC/Georg, Geneva, 2007, pp. 160–163.

15 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第21页（红十字国际委员会的声明）。

16 《1947年政府专家会议报告》，第262～267、270～271页。

17 关于更详细的历史资料，另见 de La Pradelle, 1951, pp. 225–234。

凡本公约中提及保护国，亦指根据本条规定代替保护国的机构。[18]

1202 在斯德哥尔摩会议上，这一草案得以通过且未经过任何实质修改，[19]该草案随后被提交至 1949 年的外交会议。[20]

1203 与所有共同条款的草案一样，第 8 条的草案被提交给 1949 年外交会议的联合委员会，该委员会将研究该草案的任务委托给专门委员会。专门委员会为此召开了七次会议。[21]该草案随后被提交回联合委员会，而后在外交会议全体大会上获得通过。[22]

1204 外交大会的讨论十分冗长，而且也相当混乱。尽管没有人对在保护国缺位的情况下设立代替程序的必要性提出质疑，但各国代表对于可以代替保护国的机构、如何指定此类机构、以及其职责范围产生了分歧。而且，“保护国之代替”这一措辞被用于指称的组织，无论是在性质上还是执行任务的范围上都完全不同。因此，虽然一些国家的代表基本上认为应当委托红十字国际委员会开展通常交由保护国承担的人道任务，[23]但其他国家的代表则排除了将这一职责委托给红十字国际委员会的可能性。[24]法国代表建议设立一个临时的国际机构承担保护国的所有任务，包括主要源自外交法的任务。法国建议，这一“人道保护高级国际委员会”应当由 30 名委员组成，从政治、宗教和科学人士、高级法官和诺贝尔和平奖获得者中聘任。委员们应当由日内瓦公约全体缔约国代表组成的大会选举产生。在没有指定保护国的情况下，这一机构将接管日内瓦公约中通常委托给保护国的一切任务。[25]

1205 为了澄清这一问题，参加斯德哥尔摩大会的英国代表建议将第 8 条草案第 2 款拆分成三款。[26]该新草案是外交会议讨论的基础。[27]苏联担心拘留国会指定某个

18 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第8～9、36～37、57、157页。对被保护人的指称被调整适用于每一公约的情况。

19 《1948年斯德哥尔摩大会法律委员会会议纪要》，第73～79页。

20 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第8/9/9/9条草案，第11～12、34、55、116页。

21 专门委员会第13、14、15、16、17、18、19次会议。

22 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第48、62、75、114、206、226～227、245～246、299、343～357、361页；第II-A卷，第208～209、222～223、578、849页；第II-B卷，第21～23、60～69、74～75、80、89、110～112、27、92～93、96～97、118～119、106、29～30、34、130～131、38～39、158、166、172、190、346～352、487～489、521～524页；第III卷，第30～34、102～103、182页。

23 “德 · 阿尔瓦（de Alba）先生认为，应当拓展人道组织，尤其是红十字国际委员会的职能，以尽可能地使其可以代替保护国。”《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第22页（墨西哥）。

24 “红十字国际委员会的作用与保护国的作用完全不同”，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第22页（法国）；“澳大利亚政府认为，红十字国际委员会不可以作为保护国的代替组织”，同上注，第22～23页（澳大利亚）。

25 法国的建议见上注，第III卷，第30～31页；关于审议的详细记录，见上注，第II-B卷，第22、60～63、110～112、27、92～93、96～97、118～119、106、34、130～131、487～489页；关于外交会议第2项决议，见上注，第I卷，第361页。

26 英国的修正建议见上注，第III卷，第31～32页。

27 同上注，第II-B卷，第60～69页。

对该国有利的国家或国际组织作为保护国的代替组织，因此强烈反对斯德哥尔摩草案和英国修正草案中所规定的由拘留国单方面指定代替组织的规定。[28] 最终，外交会议以30票赞成，8票反对，通过了共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条）。[29] 在新日内瓦公约的签署仪式上，苏联及其当时的盟国对该条提出了保留。[30]

1206 从第10条中可以看出促成该条的讨论过程中存在的不确定性和不精确性。

三、第10条的结构

1207 第10条对保护国代替组织的指定程序和工作作出了规定。

1208 该条规定了三种代替情形：

（一）通过缔约国之间的协定指定具有公允与效能之一切保证的组织来代替保护国（第1款）；

（二）如果无法达成协定，拘留国单方面指定中立国或具有公允与效能之一切保证的组织来代替保护国（第2款）；

（三）如果保护不能依此安排，则由拘留国指定的人道组织，例如红十字国际委员会，来代替保护国，或者由拘留国接受此类组织提供服务（第3款）。

1209 从第10条的措辞和结构来看，显然，必须按照上述顺序采用这些可能的程序：当第一种可能性自始不存在时，自动适用第二种程序；当第二种可能性用尽时，再适用第三种程序。[31]

1210 虽然第10条并没有详细规定代替机制的适用条件，但从外交会议的讨论来看，这些条件是很清楚的。在提出第8条草案时，红十字国际委员会的专家就明确指出，这一条款的目的是“为了弥补保护国经常缺位的漏洞”，[32] 而且在联合委员会第五次会议公开辩论中发言的大多数代表也强调了这一点。[33]

1211 起草者们设想的代替程序所适用的情形是：在一次大规模的冲突中，不再有任何可以有效担任保护国角色的中立国；被拘留人员的原籍国消失，或者至少是代表该国的政府消失（1945年5月8日德国投降后的情形）；或者交战一方具有迫使敌对方停止保护国工作的能力（法国维希政府的情形）。[34]

28 同上注，第22、29～30、130、347～348、350～351、352页。

29 同上注，第352页。

30 同上注，第I卷，第355页，以及第II-B卷，第537～538页。关于对这一保留的讨论，见第五部分。

31 在联合委员会向1949年外交会议全体会议提交的报告中，可以找到相同的解释，同上注，第II-B卷，第130页。

32 同上注，第21页（红十字国际委员会的声明）。

33 同上注，第21～23页（澳大利亚、法国、英国和苏联）。

34 同上注，第21～23页（加拿大、法国）。

1212 《第一附加议定书》第 5 条对指定保护国或保护国代替组织的程序进一步作出了详细规定。

四、第 1 款：由各缔约国订立协定指定代替组织

1213 第 10 条第 1 款规定了在任何时候指定一般性的保护国代替组织的规则框架。该款并没有规定缔约国有义务在保护国缺位的情况下委托某个组织履行应由保护国承担的职责，不过其规定了采取这一做法的可能性（注意该条款用词“得”）。

1214 该款规定了在各缔约国订立协定的基础上对代替组织的指定。[35] 其目的主要在于（而不限于）纳入法国提出的应当设立“人道保护高级国际委员会”的建议。

1215 不过，事实上，这一建议招致了诸多疑虑，因为建立这样一个满足所有要求、能够有效工作，而且由各国委员组成的机构是十分困难的。苏联代表还强调这一高级国际委员会是不切实际的，因为其委员须得到所有国家的承认和接受，而且“在某种意义上，就当时世界的现实而言这种情况不太可能出现，这种要求也高于现实”。如果不再存在中立国，对于此类由各专业领域人员组成的机构将在何处召开会议这一问题，法国代表作出回应，认为“其可以在国际化领土上开会，或者也可以在世界不同地区的诸多此类领土上开会”，显然，这个建议纯粹依赖于文字游戏，是脱离现实的。[36]

1216 在 1949 年的外交会议上，国际难民组织（联合国难民署的前身）要求在第 10 条中明确提及该组织可在保护国不存在时承担代替组织的职责，尤其是需要保护难民和无国籍人时。[37] 虽然 1949 年外交会议拒绝特别提及国际难民组织，但其确认，该组织完全满足具有公允与效能之一切保证之组织的定义。[38]

1217 外交会议最终决定，它没有创设一个新国际组织的授权，并仅仅通过了一项决议，建议讨论是否有可能设立一个在保护国缺位时履行保护国职责的国际机构。1949 年外交会议第 2 项决议名为“在保护国缺位情况下设立国际机构”（“Creation of an international body in the absence of a Protecting Power”），其表明：

35 虽然第1款的措辞留有解释空间，但是在开头部分，该条款使用了定冠词“*The* High Contracting Parties”（后加斜体以示强调），这似乎说明1949年外交会议预期所有缔约国能够开会或协商设立一个新的组织或者委托某现有组织承担保护国依据四公约所应负担的职责。如果外交会议只是设想少数几个缔约国便有权设立这样的机构或者委托现有组织承担应由保护国负担的职责，那么该条款就不会使用定冠词。

36 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第92～93页（丹麦、苏联、法国）。

37 同上注，第II-B卷，第80页；第III卷，第32～33页。

38 同上注，第II-B卷，第80页

鉴于在将来爆发的国际冲突中，可能出现没有保护国可与之合作并在其监督下适用各“保护战争受难者公约”的情形，

鉴于〔共同第 10 条（《日内瓦第四公约》第 11 条）规定〕各缔约国得随时同意将根据本公约应由保护国负担之任务，委托于具有公允与效能之一切保证之机构，

会议建议，应尽快考虑是否建议设立一个在保护国缺位时在各“保护战争受难者公约”的适用方面履行保护国职责的国际机构。[39]

1218 基于上述最后一段，法国理应要开展各种磋商，努力实现其想法。但是，经过一些粗浅的尝试，法国最终放弃了这一计划。[40] 因此，第 10 条规定的第一种代替程序所涉及的机构，至少就日内瓦四公约起草者心目中的设想而言，尚未出现。

1219 尽管毫无疑问，第 10 条第 1 款主要是指根据第 2 项决议为取代保护国而拟设立的国际机构，但由于该款的措辞所提及的是“具有公允与效能之一切保证之组织”，其不仅限于这一机构。[41] 由于第 1 款并没有提到这一从未实现的想法，没有任何规定阻止缔约国日后利用该款创设新的机构，且“组织”一词表明，该机构不能是一个中立国。这一点也源于该款所使用的“随时”一词。

五、第 2 款：拘留国单方面指定代替组织

1220 第 10 条第 2 款是斯德哥尔摩草案中的条文与英国的一项建议混合的结果。如果在某特定的国际性武装冲突中没有指定保护国，或者指定的保护国停止开展活动且没有其他保护国予以取代，该款要求拘留国请求中立国或“具有公允与效能之一切保证之组织”[42] 担任依照日内瓦四公约委托于保护国的任务。

1221 虽然法国代表曾警告外交会议，存在拘留国指定“某种傀儡机构”的风险，[43] 但是四公约仍保留了拘留国单方面指定保护国代替组织的安排，这似乎令人惊讶。不过，外交会议之所以作出这样的决定，可通过该代替程序所意在涵盖的假设情况进行解释，尤其是被保护人的原籍国或者能够以该国名义自由表态的国家不复存在的情况。

39 同上注，第I卷，第361页。

40 1949年外交会议后法国政府曾经游说各国政府支持它的提案，但是后来失败了。关于对这一过程的叙述以及失败原因的阐释，见de La Pradelle, 1956。

41 虽然国际红十字和红新月运动在1863年成立之初便提到公正（公允）原则，但是这项原则在1965年于维也纳举行的第20届红十字国际大会通过的《红十字基本原则宣告》中才有权威性的定义：“公正：〔国际红十字和红新月运动〕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。”关于对“公正”概念的进一步分析，见关于第9条的评注，第1160段。“效能”属于常用语，需要根据它的通常含义进行解释。

42 第10条第2款本身只提到“此种组织”，关于哪些组织属于“此种组织”，仍需要参考第1款规定的资质。

43 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第22页（法国）。

1222 为了克服单方面指定代替组织所固有的滥用风险，英国代表团曾设想委托红十字国际委员会负责指定拘留国可以请求的中立国，但委员会的代表表示，这一职责不应由委员会来承担。[44] 在这种情况下，考虑到代替程序意在解决的情形，唯一剩余的解决方案就是委托拘留国履行这一职责。外交会议认为，第 10 条第 4 款将会保证避免出现单方面指定可能带来的滥用风险。

1223 不过，这些预防措施不足以说服苏联及其盟友，以及中国和其他许多国家，它们担心拘留国可能会指定一个对该国有利的国家或组织，而赋予受难者的保护将流于形式。[45] 因此，在签署日内瓦四公约时，苏联作出如下保留：

> 拘留国请求中立国或人道组织从事保护国所执行的任务时，除非得到被保护人本国政府的同意，苏维埃社会主义共和国联盟不承认此种请求的有效性。[46]

1224 其他保留国提出的保留采用了近乎相同的措辞，它的基本内容是，第 2 款的实施仍取决于被保护人原籍国的同意。这一保留背后的逻辑是，由于需要由被保护人的原籍国来指定保护国，因此该国也应参与指定保护国的代替组织。

1225 在批准日内瓦四公约时，这一保留得到了确认，其逻辑也适用于该条第 3 款。在 20 世纪 90 年代初，前苏联的许多继承国选择在不对第 10 条作出保留的情况下加入日内瓦四公约。同样，其他若干国家在冷战结束时撤回了这一保留。[47] 不过，至本评注写作时，仍然有八个国家的保留具有效力。[48]

1226 根据 1969 年《维也纳条约法公约》，“对另一当事国成立之保留：（甲）对保留国而言，其与该另一当事国之关系上照保留之范围修改保留所关涉及条约规定；及（乙）对该另一当事国而言，其与保留国之关系上照同一范围修改此等规定”。[49] 因此，对于那些保留曾经有效或者仍然有效的所有其他缔约国来说，在它们可能成为冲突一方的国际性武装冲突中，该条款基本上是无效的。

44 同上注，第65～66页。

45 关于对历史背景的更多内容，见Wylie, p. 11：

> 虽然大多数国家愿意接受第三方的协助，但是莫斯科当局不愿意支持中立的保护国在苏联活动，尤其是在中立的保护国为战俘的利益行动时享有广泛的权力的情况下，这在1949年外交会议开始讨论保护国的地位时，是一块很大的绊脚石。同样明确的是，莫斯科当局不愿允许在事先没有取得战俘的国籍国政府同意的情况下，各国就保护被其拘留的战俘指定机构。

46 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第355页。See also see Claude Pilloud, ‘Reservations to the Geneva Conventions of 1949’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 16, No. 180, March 1976, pp. 117–120, and Vol. 16, No. 181, April 1976, pp. 163–187, especially at 117–120.

47 这一信息来自红十字国际委员会的条约和文件资料库，载红十字国际委员会网站：https://www.icrc.org/。

48 详见上文对第10条的“保留或声明”。

49 《维也纳条约法公约》第21条第1款甲项至乙项。另见国际法委员会：《第六十三届会议报告》，A/66/10/Add.1，2011年，第431页，准则4.2.4第3款：

> 如果成立的保留更改条约某些规定的效力，保留方在与保留对之成立的其他当事方的关系中，依照经保留更改的那些规定具有权利和义务。那些其他当事方在与保留方的关系中，应依照经保留更改的那些规定具有权利和义务。

关于对“保留的对等适用原则”的进一步分析，见第436～441页。

1227 但是，即使是那些并没有对第 10 条提出保留的国家，也没有实际适用过这一条款：与第 1 款一样，第 2 款所规定的代替程序同样缺乏实践。因此，第 3 款所规定的安排，即由诸如红十字国际委员会等人道组织代替保护国，应当得到更加详细的考量。

六、第 3 款：由红十字国际委员会等人道组织代替保护国

(一) 对法律的讨论

1228 第 10 条第 3 款适用于第 1 款和第 2 款规定的代替程序均无法实施的情形。如果不存在保护国，而且采用所有其他代替程序的可能性均已用尽，第 3 款规定，拘留国必须寻求诸如红十字国际委员会等公正的人道组织来承担通常由保护国履行的职责，或者必须接受此类组织提出的承担这些职责的服务提议。正如前文所述，一些国家对于这一条提出的保留也适用于第 3 款。[50]

1229 条文此处提及红十字国际委员会作为人道组织的一个例子，表明日内瓦四公约明确承认红十字国际委员会有资格承担通常交由保护国开展的工作。但是，没有任何规定禁止红十字国际委员会以外的公正人道组织提供第 3 款意义上的服务。[51] 由于第 10 条前 3 款并没有规定任何条件或限制，“在本条之规定之约束下”这一措辞显然指向第 4 款和第 5 款规定的条件。

1230 在第 3 款适用的情况下，拘留国有义务接受红十字国际委员会为开展保护国的人道任务所提供的服务。这一义务来自该条款本身的表述（“应……接受”）。的确，这是外交会议上各国政府代表的理解。[52] 这一理解还得到联合委员会之专门委员会报告的支持，以及联合委员会向外交会议全体会议所提交之报告的支持：

> 只有当无法因此确保此种保护时，拘留国才必须求助于红十字国际委员会等人道机构……如果拘留国不在所涉情况下主动向人道机构提出申请，任何这类机构都有可能建议提供服务，而拘留国不能予以拒绝。拘留国承担后一项义务的前提是，提供服务的机构应能够充分保证其有能力履行有关职责，而且有能力以公正的方式履行职责。[53]

1231 而且，这也是外交会议想要确保被保护人不会丧失由保护国履行职能所提供的保护的必然结果，或者在没有保护国的情况下，确保被保护人不会丧失由红十字国

50 详见第1225段。
51 关于对公正的人道组织这一概念的更多详细内容，见关于第9条的评注，第三部分第（三）节第2项。
52 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第29页（苏联）。
53 同上注，第111、130页（这两份报告关于这一点的措辞完全相同）。

际委员会等保护国代替组织所提供的保护的必然结果。[54] 因此，红十字国际委员会与其他的人道组织一起成为了人道保护的“守门员”。如果事实证明所有其他可能的代替程序均无效，那么拘留国就有义务请求红十字国际委员会或另一人道组织履行通常由保护国承担的人道职责，或者接受此类组织提出的提供此种服务的建议。

1232 不过，红十字国际委员会始终认为，除非其确定冲突各方已予以同意，否则它将无法提供服务。[55] 这一立场回归了保护国制度要求各方同意的基本性质，使红十字国际委员会的指定需要得到交战方的同意，而第 3 款正是出于避免出现这种情况的目的而制定的。这符合事物的本质，也源于常识——毕竟，很难设想，诸如红十字国际委员会等人道组织如何可在没有交战方同意的情况下履行保护国代替组织的职责。这一理解随后得到了《第一附加议定书》第 5 条第 4 款的确认。

(二) 代替组织的职责范围：“人道的任务”

1233 在红十字国际委员会或任何其他人道组织根据本条规定被指定为保护国代替组织时，第 3 款明确规定，可委托给此类组织的职责范围限于由保护国执行之“人道的任务”。在第 1 款和第 2 款所规定的代替情形中，代替组织所预计承担的是由保护国根据日内瓦四公约所执行之“任务”，而第 3 款则使用了“人道的任务”一词。

1234 日内瓦四公约或准备工作没有作出任何说明和定义，也没有列明条约款项，以澄清依据日内瓦四公约委托于保护国的各项任务中哪些属于“人道”任务，哪些不属于此类任务。

1235 在 1949 年外交会议上，红十字国际委员会的代表一再强调，委员会不会成为“真正的代替组织”，而只能开展由保护国负担的某些任务。[56] 会议确认，不能期待委员会承担保护国的所有任务，其只可承担具有人道性质的任务。[57]

1236 至于红十字国际委员会对“人道的任务”这一概念的确切理解，其有关这一问题的立场随着时间的推移发生了极大的变化。在 1951 年的一份备忘录中，红十字国际委员会列出了其准备作为保护国的代替组织而开展的任务和开展任务所须满足的条件。[58] 委员会排除了大多数监察日内瓦四公约实施的工作，认为此类活动与其作为“准代替组织”的工作宗旨、性质和限度不符。[59] 因此，委员会拒绝监督

54 See also Dominicé, p. 428.

55 关于对这一点的参考资料，见Bugnion, 2003, pp. 905–906, fn. 44。

56 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第61、63页（红十字国际委员会的声明）。

57 同上注，第130页。

58 ‘Memorandum sur l’activité du Comité international de la Croix-Rouge en l’absence d’une Puissance protectrice’, Document D 141, 1 May 1951.

59 *Ibid*. p. 18. 红十字国际委员会用“准代替组织”这种说法来指称其可能依据第10条第3款而受托承担的职责，以此来强调其有限的职责与真正的代替组织的职责之间的区别，前者只包括应由保护国负担的部分任务，而真正的代替组织则被要求履行保护国根据日内瓦四公约应负担的所有任务。不过，“准代替组织”一词在四公约中并没有出现，因此只会让这个问题变得更加复杂。

实施规制以下事项的条款：交战方在军事行动地区应遵守的态度；交战方应就其己方国民和财产采取的措施（例如向武装部队颁发身份证明文件或标志的使用）；以及诸多关于被占领领土的规定。[60]

1237 红十字国际委员会还指出了其他可能造成困难的活动。[61] 诚然，在作出所有这些保留之后，保护国代替组织的职责中可由红十字国际委员会履行的职责已所余无几。

1238 由于 1951 年以来红十字国际委员会的实践在很大程度上使上述备忘录中提出的保留事项失去了意义，委员会在 1971 年的政府专家会议上重新审查了自身立场并明确宣布，准备从事保护国在日内瓦四公约下应负担的所有任务：

> 红十字国际委员会的代表解释认为，委员会近期详细审议了这一问题，并得出结论认为所有依据四公约属于保护国应从事的任务均可视为人道的任务。换言之，红十字国际委员会准备承担四公约拟使保护国负担的所有任务。[62]

这一立场在 1974 年至 1977 年外交会议之前和期间得到多次确认。[63] 这一理解还得到了第 10 条第 6 款的确认。

（三）嗣后实践

1239 虽然 1949 年以来的大多数武装冲突都是非国际性武装冲突，但是也有相当数量的国际性武装冲突。然而，只有五场国际性武装冲突中出现了指定保护国的情况。[64] 因此，并不缺乏实施日内瓦四公约所设定之代替程序的机会。

1240 然而，在所有此类国际性武装冲突中均无组织被正式指定为保护国的代替组织。仅在少数冲突中出现了指定红十字国际委员会承担这一职能的可能性，包括苏伊士运河危机（1956 年）、伊里安查亚事件（1961 年至 1962 年）、越南战争、阿以冲突，以及印度和巴基斯坦之间的冲突。[65]

1241 不过，由于 1949 年以来的大多数冲突均没有指定保护国，红十字国际委员会逐渐扩大了其活动范围，承担起越来越多通常交由保护国所承担的职责。正如下面要讨论的，这一做法的基础是其人道倡议权（见第 1258 段）。

60 *Ibid*. pp. 18–20.
61 *Ibid*. pp. 20–24.
62 《1971年政府专家会议报告》，第109页，第553段。
63 见上注；《1972年政府专家会议报告》，第180页，第4.71段，及第207～208页，第5.46段；ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949: Commentary*, October 1973, p. 13; 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第8卷，第146页。See also Bugnion, 2003, pp. 884–885.
64 关于这五场冲突，详见关于第8条的评注，第1115段。
65 关于进一步的分析，见Bugnion, 2003, pp. 889–894。

七、第 4 款：作为代替组织的中立国或人道组织所需作出的保证

1242 第 10 条第 4 款旨在防止（第 2 款和第 3 款所预见的）在拘留国单方面指定保护国代替组织的过程中可能出现的滥用情况。这一条款最初是由英国在 1949 年外交会议上提出的。[66] 它对拘留国授权的中立国或人道组织施加了双重义务。

1243 首先，拘留国单方面指定的代替组织必须注意其对在俘人员原籍国的责任。其次，代替组织必须提供充分保证，保证其有能力承担委托给它的任务并且公正地履行这些任务。

1244 然而，正如法国代表在公开辩论中所提到的，无法确定这些保障措施能否防止出现拘留国指定“某种傀儡机构”的风险。归根结底，受第 4 款所规定的双重义务约束的，是有关国家或组织，而不是由指定该代替组织的拘留国。

1245 不过，如果被指定的中立国或组织想要善意地开展任务，那么第 4 款就是非常有用的，因为他们可以援引该款来捍卫代替组织的独立性，防止拘留国干涉其工作的任何企图。

1246 关于由谁决定第 4 款规定的条件是否已得到满足的问题，在 1949 年外交会议期间，一位代表指出，“这一决定应当由有关国家作出，即拘留国和应受保护人员的所属国（如存在此类国家时）”。[67]

八、第 5 款：禁止减损

1247 第 10 条第 5 款就单方面指定代替组织规定了防止滥用的另一项保障措施。其规定，不得通过特别协定减损第 10 条中成为代替组织的资格要求。

1248 该款最初来自法国在 1949 年外交会议期间的提案。其旨在防止再次出现第二次世界大战期间发生的下述情形。[68] 通过于 1940 年 11 月 16 日签订的一项协议，德国政府迫使法国维希政府停止战争爆发时所指定的保护国（美国）对法国战俘的保护，反而接受以斯卡皮尼大使领导的法国委员会的形式设立的伪国家监督机制。[69] 由于维希政府对德国政府的依赖，该委员会无力防止违反 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》的行为，尤其是将战俘转变为平民，使其在德国战争工厂中工作的行为。

66 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第III卷，第31～32页。

67 同上注，第II-B卷，第69页。

68 同上注，第III卷，第31页。

69 Protocol of 16 November 1940 between Germany and Vichy France, Berlin, 16 November 1940, quoted by Georges Scapini, *Mission sans gloire*, Morgan, Paris, 1960, pp. 36–37。

1249 这一历史背景就能解释为何该款在提到特别协定时规定“各国间订立特别协定，如其中一国因军事关系，特别是因其领土之大部或全部被占领，以致该国与其他一国或其盟国谈判之自由受限制，即或是暂时的”。在占领的情况下，对谈判自由的限制可能尤为明显。不过，根据共同第 6 条（《日内瓦第四公约》第 7 条）所规定的不可通过特别协定进行减损的原则，无论是否发生这种特定的情形，该禁止性规则均可适用。

九、第 6 款：保护国及其代替组织权利与责任的对等

1250 第 10 条第 6 款同时涉及保护国代替组织的权利和义务。这一条款最初来自斯德哥尔摩草案。就基于第 10 条第 1 款和第 2 款指定的代替组织的特权与任务而言，不应当存在任何解释问题，因为其与保护国自身的特权与任务完全相同。因此，第 6 款的措辞意味着，保护国与依据本条第 1 款和第 2 款指定的代替组织在权利和责任方面是完全相同的。[70]

1251 对于依据第 3 款指定的红十字国际委员会或其他组织的特权与任务而言，这一问题更为复杂。当此类组织据此被指定为代替组织时，其任务是承担由保护国履行的“人道的任务”。关于对这一问题实质性讨论，包括关于红十字国际委员会在这方面的立场演变（其已使这一区分失去意义），参见第六部分。

十、1949 年以来的发展

1252 1949 年以来，第 10 条的演变方式与第 8 条大致相同。根据第 2 款和第 3 款所使用的“应”字可以得出的结论是，指定保护国的代替组织不是冲突各方的一项选择，而是一项义务。换言之，每当爆发国际性武装冲突，且没有指定保护国或第 1 款意义上的代替组织时，冲突各方有义务依据第 2 款或第 3 款的规定指定保护国的代替组织。显然，在 1949 年，这确实是起草者们的意图。

1253 然而，自 1949 年以来，将第 10 条解释为具有强制性的做法似乎不再符合各国目前对这一条款的理解，也不符合红十字国际委员会的行动实践。在依据公约的规定本应指定保护国的代替组织时，冲突各方却并未正式予以指定。而且，由于对此未出现任何抗议，似乎在大多数国家看来，在各国际性武装冲突中未能指定保护国并不违反缔约国的条约义务：与第 8 条一样，第 10 条的适用似乎已被解释为具有任择性。不过，尽管缺乏此类实践，但是没有任何迹象表明缔约国认为第 10 条已被废止。[71]

70 关于1949年日内瓦四公约委托给保护国的任务之概述，见关于第8条的评注，第五部分。

71 See also Kolb, pp. 558–559.

1254 这个发展可由三个截然不同的理由予进行解释。第一，这一条款过于复杂，规定了多种代替程序。然而，其出发点是从过去的实践中得出的一个非常简单的想法：如果没有指定保护国，允许红十字国际委员会等人道组织开展通常委托给保护国的部分任务。遗憾的是，关于这一问题的所有讨论都存在一项误解：有权承担这一职责的组织数量越多，冲突各方就越愿意接受代替组织的工作。因此，在最初的想法上又附加上了其他建议。法国关于设立“人道保护高级国际委员会”的建议尤其如此，其目的实际上是以一个负责监督日内瓦四公约实施的国际机构取代保护国。增加可能的代替程序意味着更大的不确定性、更多的阻碍和解释上的困难。由于存在所有这些负担，这一拟议设立的机构从未真正建立。

1255 第二，所有经常导致无法指定保护国的政治困难也会同样妨碍代替组织的指定。[72] 这最终导致第 10 条所规定的代替程序无法实现：当本有可能指定代替组织时，反而是没有必要指定，因为此时不存在任何指定保护国的障碍；当有必要指定代替组织时，反而不可能予以指定，因为指定保护国的障碍也阻碍了代替组织的指定。

1256 第三，不可否认的是，基于规定在日内瓦四公约中的人道倡议权，红十字国际委员会的活动范围自 1949 年以来已得到极大的扩展。委员会开展了许多通常委托给保护国的任务，在有些情况中则开展了大多数此类任务。因此，在没有保护国时，各国几乎没有动力再试图指定一个代替组织。

1257 下述两种概念是不同的：红十字国际委员会或其他人道组织作为保护国代替组织行事的可能性，不同于红十字国际委员会等公正的人道组织依据通常所称的人道倡议权提供服务的权利。[73] 因此，无论在国际性武装冲突中是否以及何时正式指定了保护国或其代替组织，红十字国际委员会均保有其人道倡议权。

1258 一般而言，红十字国际委员会更倾向于以日内瓦四公约及其附加议定书赋予的人道倡议权为基础开展活动。因此，委员会更倾向于在其保护和援助所有受武装冲突影响之人的职责的基础上开展工作，而不是作为保护国的代替组织行事，即依据第 10 条代表国际性武装冲突中特定一方的利益。[74]

72 关于对这些困难的分析，见关于第8条的评注，第1117～1118段。

73 关于红十字国际委员会人道倡议权的法律基础，尤其见共同第3条第2款、共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条），以及《第一附加议定书》第81条。另见1986年《国际红十字与红新月运动章程》第5条第3款。

74 See also Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, p. 366: “对红十字国际委员会而言，其没有兴趣充当保护国的代替组织，因为它本身即可履行后者的多数职能，而不会留下它只代表某个国家而不是所有战争受难者的印象。”; and Kolb, pp. 557–558: “在所有〔未指定保护国的情况〕中，红十字国际委员会均作为某种事实上的保护国的代替组织行事。不过，其以自己的名义、按照自己的职责范围履行职能，而没有强调其作为某特定国家的代表而开展活动。”

主要参考文献

Abi-Saab, Georges, 'Le renforcement du système d'application des règles du droit humanitaire', *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, Vol. XII, No. 2, 1973, pp. 223–235.

– 'Les mécanismes de mise en œuvre du droit humanitaire', *Revue générale de droit international public*, Vol. 82, No. 1, 1978, pp. 103–129.

– 'The Implementation of Humanitarian Law', in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Vol. I, Editoriale scientifica, Naples, 1979, pp. 310–346.

Bugnion, François, 'Le droit humanitaire applicable aux conflits armés internationaux, Le problème du contrôle', *Annales d'études internationales*, Vol. 8, 1977, pp. 29–61.

– *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/ Macmillan, Oxford, 2003, pp. 845–910.

de La Pradelle, Paul, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, pp. 221–243.

– 'Le contrôle de l'application des conventions humanitaires en cas de conflit armé', *Annuaire français de droit international*, Vol. II, 1956, pp. 343–352.

Domb, Fania, 'Supervision of the Observance of International Humanitarian Law', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 8, 1978, pp. 178–221.

Dominicé, Christian, 'The implementation of humanitarian law', in Karel Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights,* Vol. II, UNESCO, Paris, 1982, pp. 427–447.

Draper, Gerald I.A.D., 'The implementation of international law in armed conflicts', *International Affairs* (London), Vol. 48, 1972, pp. 46–59.

– 'The implementation and enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978' (sic), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 164, 1979, No. III, pp. 1–54.

Forsythe, David P., 'Who Guards the Guardians, Third Parties and the Law of Armed Conflicts', *American Journal of International Law*, Vol. 70, No. 1, 1976, pp. 41–61.

Gasser, Hans-Peter, 'Scrutiny', *Australian Year Book of International Law*, Vol. 9, 1985, pp. 345–358.

Guggenheim, Paul, *Traité de droit international public*, Vol. II, Georg & Cie, Geneva, 1953, pp. 332–337.

Janner, Antonino, *La Puissance protectrice en droit international d'après les expériences faites par la Suisse pendant la seconde guerre mondiale*, Verlag von Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1948 (reprint 1972).

Kolb, Robert, 'Protecting Powers', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary,* Oxford University Press, 2015, pp. 549–560.

Levie, Howard S., 'Prisoners of War and the Protecting Power', *American Journal of International Law*, Vol. 55, No. 2, 1961, pp. 374–397.

– *Prisoners of War in International Armed Conflict*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 59, 1977, pp. 255–293.

Patrnogic, Jovica, 'Internationalisation du contrôle des Conventions humanitaires en cas de conflit armé', *Annales de droit international médical*, No. 21, April 1971, pp. 33–51.

– 'Implementation of the Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols of 1977', *European Seminar on Humanitarian Law* (Jagellonean University, Krakow, 1979), Polish Red Cross/ICRC, Warsaw/Geneva, 1979, pp. 87–100.

Peirce, Captain George A.B., 'Humanitarian Protection for the Victims of War: The System of Protecting Powers and the Role of the ICRC', *Military Law Review*, Vol. 90, 1980, pp. 89–162.

Pictet, Jean S., 'Les Conventions de Genève de 1949: Aperçu des règles d'application', *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. XII, No. 2, 1973, pp. 59–99.

– *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, A.W. Sijthoff, Leiden, 1975, pp. 61–67.

Sandoz, Yves, 'Implementing international humanitarian law', *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1988, pp. 259–282.

Sassòli, Marco, 'Mise en œuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme : Une comparaison', *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XLIII, 1987, pp. 24–61.

Siordet, Frédéric, *The Geneva Conventions of 1949: The Question of Scrutiny*, ICRC, Geneva, 1953.

Takemoto, Masayuki, 'The scrutiny system under international humanitarian law: An analysis of recent attempts to reinforce the role of protecting powers in armed conflicts', *Japanese Annual of International Law*, Vol. 19, 1975, pp. 1–23.

Vourkoutiotis, Vasilis, 'What the Angels Saw: Red Cross and Protecting Power Visits to Anglo-American POWs, 1939–45', *Journal of Contemporary History*, Vol. 40, No. 4, 2005, pp. 689–706.

Wylie, Neville, 'Protecting powers in a changing world', *Politorbis*, No. 40, 2006, pp. 6–14.

第十一条
和解程序

条款的规定 *

一、保护国认为于被保护人之利益适宜时，尤其遇冲突各方对于本公约之适用与解释意见有分歧时，应从事斡旋以期解决分歧。

二、为此目的，各保护国得应一方之请求，或主动向冲突各方建议，可能在适当选择之中立领土召开代表会议，负责管理伤者、病者之当局代表和医务人员与随军牧师之代表尤须参加。冲突各方对于为此目的而提出之建议负有实行之义务。各保护国得于必要时，提请冲突各方同意，特邀一中立国人员或红十字国际委员会委派之人员参加此项会议。

保留或声明

无。[1]

目 录

一、引言 382
二、历史背景 384
三、概论 385
四、第 1 款：保护国的斡旋 386
(一) 启动和解程序 386
(二) 受益于和解程序的各类情形 387
(三) 提供斡旋 388
(四) 和解程序的目的 389

1 在签署时，匈牙利作出了如下保留：“匈牙利人民共和国政府无法同意伤者病者、海战和战俘公约第11条和平民公约第12条的规定，根据这些规定，保护国的职责包括对公约的解释。”（See United Nations *Treaty Series*, Vol. 75, 1950, p. 436.）该保留在批准时得以确认（see United Nations *Treaty Series*, Vol. 198, 1954, pp. 384, 386, 388 and 390），但于2000年被撤回（see United Nations *Treaty Series*, Vol. 2117, 2003, pp. 301, 303, 305 and 307）。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

五、第 2 款：冲突各方代表的会议 390
（一）会议的目的 390
（二）会议的启动 390
（三）参加会议的各方代表 391
（四）会议地点 392
（五）“实行”召开会议之建议的义务 392
（六）中立国或红十字国际委员会参加会议 392
六、1949 年以来的发展 394
主要参考文献 395

一、引言

1259 第 11 条为建立一项有利于被保护人的“和解程序”规定了法律基础。虽然“和解”一词出现在该条的旁注标题中，但该标题不具有正式地位，[2] 而条文本身并未使用这一概念。不过，自本公约通过以来，对该程序性质的此种描述一直被广泛使用，且未引起重大争议。[3] 在所有四部 1949 年日内瓦公约中都有这一条款，且措辞几乎相同。[4]

1260 在国际法中，和解最初被认为是一种和平解决国家间争端的方法，且这一点得到了许多国际条约和其他文件的承认。在这种情况下，和解通常包括调查和积极参与的职权，用以找到参与该程序的所有各方都能接受的争端解决方案。这一程序的结果不具拘束力，当事方仍可自由决定是否接受其解决方案。[5]

1261 不过，在日内瓦四公约中，和解一词意味着一项不同的程序。首先，它并不必然假定在各方之间存在分歧，而更具一般性，即每当“于被保护人之利益适宜时”均可采用这一程序。其次，第 11 条所预期采取的程序性步骤与传统上在和平解决国际争端的语境下所预期采取的程序性步骤并不完全相同。第 11 条旨在确定在国

2 各条旁注标题是在公约通过之后由公约保存者起草的。

3 但是，在第11条的起草过程中，一个代表团认为，把这一程序称为“和解”程序是不合适的；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第23页；另见第II-A卷，第34页。

4 见《日内瓦第二公约》第11条；《日内瓦第三公约》第11条；《日内瓦第四公约》第12条。1954年《关于保护文化财产的海牙公约》第22条和1999年该公约的第二议定书第35条也规定了相似的程序。

5 国际法学会认为，和解是“解决任何性质的国际争端的一种方法，根据这一方法，各方为处理争端而设立常设或特设委员会，并由该委员会进行争端的公正审查并试图确定能为各方接受的解决方案，或为解决争端试图确定解决方案以便能向各方提供其可能请求的协助。”（Institut de Droit International, International Conciliation, Session of Salzburg, 1961, Article 1）关于对和解程序作为和平解决国际争端的一种方法的介绍，见Malanczuk, pp. 279–281, 及Cot。

际性武装冲突当事国之间建立对话的条件。第 1 款邀请保护国通过“斡旋”来促进这种对话。第 2 款规定了为促成对话可采取的一种方法，即组织冲突各方的代表参加会议。不过，第 11 条所预期采用的程序与传统和解程序不同，其不要求设立专家组并由该专家组负责审查争端并提出解决方案。换言之，如第 1 款中“斡旋”一词所示，第 11 条所建立的机制涉及的可能是不太正式的外交手段。因此，尽管其旁注标题为“和解程序”，但是第 11 条规定的机制与国际争端解决框架中所定义的“和解程序”并不完全相同。

1262 第 11 条是 1949 年日内瓦四公约以及随后的 1977 年《第一附加议定书》所详细规定的遵约机制的一部分。[6] 在《日内瓦第一公约》中，该条规定在“总则”部分中。对它的解读必须与该公约第 8 条和第 10 条相结合，[7] 以及在可适用时，与《第一附加议定书》第 5 条相结合。这三条规定对保护国及其代替组织的作用进行了一般性界定，[8] 而第 11 条则围绕其“斡旋”作用进行了更为详细的规定。

1263 第 11 条也与第 6 条有关，第 6 条鼓励各缔约国“对其认为需另作规定之一切事项得订立特别协定”。第 11 条规定的程序可用于便利在冲突各方之间就关于公约适用与解释的任何问题达成此种协定。

1264 无论是共同第 3 条还是《第二附加议定书》，均未提及非国际性武装冲突中应对人道问题的和解方法。不过，这并不代表在此种情况中不可以采用类似于第 11 条所述方法的机制。共同第 3 条第 3 款鼓励冲突各方“努力，以特别协定之方式，使本公约之其他规定得全部或部分发生效力”。这可以包括建立和解程序。另外，适用于非国际性武装冲突的法律允许保护国及其代替组织以外的其他行为体开展和解活动。共同第 3 条第 2 款规定，红十字国际委员会或任何其他公正的人道组织“得向冲突之各方提供服务”。这可以包括按照第 11 条中的模式进行斡旋并协助组织冲突各方代表召开会议。

1265 在实践中，第 11 条所建立的“和解程序”从未得到应用。主要原因是，自 1949 年以来保护国制度几乎从未得到启用。而且，当时还可通过其他机制为改善武装冲突受难者的境遇开展和解工作。

6 这一制度涉及若干机制，例如：保护国及其代替组织（共同第8条和第10条（《日内瓦第四公约》第9条和第11条）和《第一附加议定书》第5条）；红十字国际委员会或任何其他公正的人道组织（共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条））；调查程序（《日内瓦第一公约》第52条、《日内瓦第二公约》第53条、《日内瓦第三公约》第132条、《日内瓦第四公约》第149条）；以及国际人道实况调查委员会（《第一附加议定书》第90条）。

7 分别是《日内瓦第二公约》第8条和第10条；《日内瓦第三公约》第8条和第10条；《日内瓦第四公约》第9条和第11条。

8 见第8条第1款：“本公约之适用应与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益。”

二、历史背景[9]

1266 1949 年外交会议的参加者们是在解决国际性武装冲突各方之间产生的争端这一更广泛的框架中讨论和解程序的。[10] 正如负责审查所有四部日内瓦公约共同条款的联合委员会特别报告员所概括的那样，该讨论主要围绕以下两方面问题进行：

> 在出现违反公约的情况下，受害国如何伸张正义？在对公约文本的解释存在分歧的情况下，如何阐明法律以及在双方处于战争状态的情况下，因某一公约的解释而引起的争端如何通过仲裁解决？[11]

1267 参加外交会议的各国代表研究了三项提案，分别建议设立不同的程序，即“斡旋与协商”、“调查与和解”以及“司法解决”。[12] 在激烈讨论之后，外交会议最终通过了第 11 条和第 52 条，前者建立了一项包括“斡旋”的“和解程序”，后者制定了“调查程序”。[13] 关于司法解决的条款草案在公约中没有得到保留，但其作为外交会议的一项决议得以通过。[14]

1268 1949 年日内瓦四公约中的“和解程序”主要受到 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》第 87 条的启发。该条款要求保护国为解决交战国之间就该公约的适用可能产生的争端为交战国进行斡旋。为此，第 87 条规定，可以召开有关交战国的代表“会议”。1949 年的新条款对该程序进行了修改，吸收了 1929 年公约第 83 条的内容，该条鼓励交战国准许“负责管理战俘的各有关当局代表开会”，以便确保该公约的适用，并促进“特别专约”的缔结。与第 87 条不同，第 83 条规定的程序并不以争端解决为目的，而是意图在必要时促进交战国之间的对话，以便推动对该公约的实施与尊重。因此，1949 年公约第 11 条是两个原本相互独立且有所区别的程序相结合的产物。

1269 1929 年公约的第 83 条还是起草 1949 年公约中关于“特别协定”的第 6 条的基础。第 83 条明确规定，为了便利特别协定（或 1929 年公约中“特别专约”）

9 关于对第11条起草过程的详述，见Paul de La Pradelle, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, pp. 265–286。

10 见《联合委员会特别委员会起草的第六份报告》，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第119～120页，第119页，以及《联合委员会起草并提交至全体大会的报告》，同上，第128～133页，第131页。

11 见《联合委员会起草并提交至全体大会的报告》，同上注，第131页。

12 见《联合委员会特别委员会起草的第六份报告》，同上注，第119～120页。

13 更多详细讨论，见关于第52条的评注。

14 第一项决议规定：“大会建议，当无法通过其他方式解决关于解释或适用本公约的争端时，有关缔约国应努力彼此同意将此争端提交国际法院”；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第361页。与公约规定的条款不同，本决议无法律约束力。不过，该决议是对缔约国的强烈建议。关于促成这一决议的讨论过程，见上注，第II-B卷，第365～371页。See also Paul de La Pradelle, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, pp. 277–284.

的缔结，可准许召开冲突各方的代表会议。这一历史背景因而凸显出 1949 年公约第 11 条和第 6 条之间存在的联系。

1270 1949 年外交会议期间，对第 11 条草案的讨论很少。与会代表几乎没有修改草案就通过了该条款。在讨论期间，争议的主要问题涉及保护国根据这一新条款可发挥的作用。[15]

三、概论

1271 第 11 条提出了促进国际性武装冲突各方之间为被保护人的利益进行对话的两种方法。第 1 款侧重于非正式外交，允许保护国进行“斡旋”。第 2 款提出了一种更为正式的方法，即组织冲突各方的代表参加会议。保护国有权应冲突一方请求或主动建议召开此类会议。它们也可建议邀请中立国或红十字国际委员会等第三方参加。因此，保护国在确保有效利用和解程序方面具有核心地位。

1272 第 11 条特别说明了第 8 条规定的保护国的作用。[16] 第 8 条第 1 款一般性地规定，该公约“之适用应与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益。”[17] 和解程序是保护国为了开展这一任务可以采用的多种方法之一。

1273 在启动这一程序时，每一个相关的保护国都可以单独行动。尽管第 11 条第 1 款中，“保护国”（“Protecting Powers”）一词为复数形式，但这并不意味着它们必须采取一致的行动。虽然日内瓦四公约在其他若干条款中将各种责任赋予各“保护国”，但这并不必然要求它们共同行动。[18] 例如，虽然第 8 条第 1 款规定该公约“之适用应与保护国合作并受其监察”时“保护国”（“Protecting Powers”）一词以复数形式表示，但实践表明，国家通常都是单独履行这些监察职能的。[19] 另外，第 11 条第 2 款明确规定，“各保护国”都可以建议冲突各方召开会议，这相当于确认这一程序是可以单方面启动的。当然，为了确保和解获得成功，最好能够取得所有有关保护国的支持。[20]

15 见第四部分第（一）节。

16 在起草过程中，这两项条款的相互兼容性受到了质疑，苏联代表认为，这两项条款之间是相互冲突的。但是，联合委员会特别报告员强调，第8条的措辞非常广泛，足以包括保护国的和解职能。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第354页。〔迪帕基耶（Du Pasquier）上校（瑞士），联合委员会报告员〕。

17 见关于第8条的评注，第五部分，以及《第一附加议定书》第5条第2款。See further Bugnion, pp. 845–910; Coulibaly, pp. 69–78; and, in general, Heintze.

18 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 86–103. 同样，分别根据《日内瓦第三公约》第126条和《日内瓦第四公约》第143条的设想，“保护国之代表”探视战俘或被拘禁的平民不要求有关冲突中受指定的全部保护国集体参与。

19 见对第8条的评注。

20 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 127.

四、第 1 款：保护国的斡旋

（一）启动和解程序

1274 根据第 11 条第 1 款，保护国在确定何时启动和解程序方面享有非常广泛的自由裁量权。其允许保护国在一切“保护国认为于被保护人之利益适宜”时启动这一程序。

1275 这就意味着，首先，保护国可以根据其对情况的评估，决定被保护人的利益是否确实受到威胁。至少在考虑采用和解程序以确保更好地尊重公约时，对这一问题的回答应该是肯定的。四公约构成了具有约束力的义务，确定了公约缔约国承诺确保为被保护人提供的最低限度的保护和援助。然而，采用和解程序并不一定限于不遵守公约的情形。“利益”一词表明，可以为了解决影响被保护人的任何问题而使用这一程序。该程序甚至可用于应对不一定属于本公约调整范围的人道问题。这一解释符合第 6 条第 1 款的规定，该款确认，各缔约国可就其认为须进一步规范的“一切事项”缔结特别协定。

1276 其次，即使为了被保护人的利益需采取行动，保护国也必须判断和解程序是否的确是解决该问题的最合适的机制。在实践中，情况可能并非如此。在有些情况下，红十字国际委员会或另一公正的人道组织可能更适于满足被保护人的需求。[21]

1277 第 11 条的机制旨在保护“被保护人”的利益。这一措辞首先援引了第 13 条的规定，该条款确定了哪些人一旦受伤或生病应受本公约的保护：包括武装部队人员，以及虽然不属武装部队人员，但在被俘后有权享有战俘身份的其他各类人员。[22] 另外，第 11 条的宗旨与目的表明，也可为第 13 条明确提及之人以外的其他人员的利益而使用和解程序。这一程序是确保更好地实施和尊重公约的手段，其作用范围不应仅仅包括适用于第 13 条非正式旁注标题中所谓“被保护人”的规定。这说明，该程序不仅适用于“伤者、病者”，还适用于所有依据公约享有保护的其他个人，包括医务人员和宗教人员。[23] 在这一方面，第 11 条第 2 款确认，和解会议不仅可由负责“伤者、病者”的当局参加，也可由负责“医务人员和随军牧师”的当局参加。基于相同的理由，和解程序也应适用于有关死者待遇的问题。[24]

21 见第9条。《第一附加议定书》提供了另一可能性，国际人道实况调查委员会有权对被控严重违反1949年日内瓦四公约或其1977年《第一附加议定书》的行为展开调查，并且“通过……斡旋，促使”恢复对这些文书的尊重态度；见《第一附加议定书》第90条。

22 更多详细讨论，见关于第13条的评注。

23 尤其见第24条至第27条。在这一意义上，见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 371。

24 见第17条。

1278 如果对第 11 条和第 8 条进行比较，可能会发现两者之间存在冲突，因为前者规定保护国必须为“被保护人之利益”行事，而后者规定保护国必须“维护冲突各方之利益”。不过，这两项条款实际上并不矛盾。虽然保护国可能代表冲突一方，但这并不意味着它可以背离受公约保护之人的利益而行事。第 8 条明确指出，保护国制度的根本目标是确保公约的适当适用。[25] 如果依据第 8 条开展的活动对被保护人不利或者导致对公约规定的漠视，这一目标显然将无法实现。的确，1949 年四公约的总体趋势是委托给保护国广泛的权利义务，其范围比作为国家的代理并维护其利益所享有的权利和义务广泛得多，四公约同时赋予保护国一定的主动倡议权。因此，它们已经成为了所有缔约国的代理人或受托人，而且在这种情况下仅仅依据它们自己的良知开展活动。

(二) 受益于和解程序的各类情形

1279 和解程序可以在各类情形中发挥作用。第 11 条非常灵活，足以适应实践中各种不同的需求和情形。虽然 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》将保护国提供斡旋限于“各交战国间……发生分歧”的情况，[26] 但第 11 条将其扩大到所有保护国“认为于被保护人之利益适宜”的情形。因此，是否存在争端不再是采用这一程序的前提条件。虽然第 1 款提到“冲突各方……有分歧”的可能性，但仅旨在具体举例说明该程序可适用的范围更广泛的一类情形。该款明确规定，和解程序“尤其”可适用于出现这种分歧的情形，但并不止适用于这一种情形。之所以作出这一改动，是因为第 11 条，正如前文所释，是对两种不同程序的合并，这两种程序原先分别规定在 1929 年公约的不同部分，即第 83 条（公约的适用）和第 87 条（争端解决）。因此，虽然 1949 年公约中的和解程序可有助于协调对立各方关于公约适用和解释的不同观点，但情况不一定如此。

1280 例如，第 11 条规定的机制可用于提醒某些当局注意人道问题、促进各当局间的对话，以及为改善被保护人的境遇提议各种方法。根据本公约的规定，在许多情况中，即使各方并不存在分歧，第三方或尤其保护国的介入也可有助于促进武装冲突各方开展讨论并制定办法。例如，第 23 条第 3 款邀请保护国（以及红十字国际委员会）“从事斡旋”以便利医院地带及处所的设立和承认。和解程序还可用于协助冲突各方达成安排等，以便搜寻和撤离战场上或被包围地区的伤者和病者、寻找和收集死者，或者遣返或送回被留用的医务人员或宗教人员。[27]

25 第8条第1款第一、二句规定：“本公约之适用应与保护国合作并受其监察。保护国之责任为维护冲突各方之利益。”

26 《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第87条第1款。

27 见第15条第2款至第3款、第28条第3款、第31条第2款。其他预期冲突各方达成协定以扩展或实施《日内瓦第一公约》所规定保护的条款包括第6条、第36条第2款、第37条第3款和第52条。

1281 1949 年引入的另一项创新性规定是，和解程序不仅可用于就公约条款的“适用”出现意见分歧的情形，也可用于就公约条款的“解释”出现分歧的情形，这一点没有规定在 1929 年公约的第 87 条中。在某些情况下，为了被保护人的利益，可能的确需要冲突各方寻求对如何理解某些条款达成共识。这一新规定在第 11 条的起草过程中受到了质疑。一个代表团认为，和解程序将“使保护国负责履行其职责范围之外的职能，即参与公约条款的解释和冲突各方间可能产生之分歧的解决”。[28] 因此，该代表团建议这一程序仅限于与公约“适用”有关的问题，而不涉及公约的“解释”或分歧的解决。[29] 不过，外交会议并没有采纳这一建议。在讨论过程中，有观点认为，这一新的措辞方式不会为保护国创设额外的责任，因为“在法律或条约文本的适用和解释之间并没有明确的界限”。[30] 此外，还有观点强调，根据新的和解程序，保护国仅承担中间人的角色，因此不会对公约作出权威解释，也不会在各方间存在分歧的情况下强制要求采用某种解决办法。[31] 因此，在该条款的最终版本中还是提到了对公约的“解释”。

（三）提供斡旋

1282 第 11 条第 1 款建议，在特定的情况下， 如果看似有必要为改善被保护人境遇在国际性武装冲突各方间进行和解，那么保护国有义务（“应”）进行斡旋。不过，必须对这一项义务进行客观分析，因为如前所释，在实践中，这一义务的适用取决于保护国对有关情况的独立评估。只有当保护国认为在特定情况下进行和解有利于被保护人的利益时，它才有义务采用这一程序。该义务也相当于明确承认了保护国启动这一程序的权利。因此，行使这一权利并不构成对冲突任何一方的不当或不友好行为。如果保护国决定提供斡旋，此举的法律基础是每个国家在成为公约缔约国时既已接受的保护国所承担的职责。[32]

1283 保护国依据第 11 条第 1 款有权开展的活动被定性为“斡旋”。在国际法中，斡旋通常被定义为一种和平解决争端的外交手段。[33] 这一概念“是指第三国采取的

28 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第353页（苏联）。另见匈牙利在签署1949年日内瓦四公约时所作的保留（脚注1）。

29 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第353页（苏联）。

30 见上注，第353页〔迪帕基耶（Du Pasquier）上校（瑞士），联合委员会报告员〕。

31 见上注，第354页。同样，另见红十字国际委员会主任克洛德 · 皮尤（Claude Pilloud）在下列文章中发表的观点：‘Les réserves aux Conventions de Genève de 1949’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 39, No. 464, 1957, pp. 409–437, at 418, 以及‘Reservations to the Geneva Conventions of 1949’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 16, No. 180, March 1976, pp. 107–124, at 121。

32 见英国《武装冲突法手册》（2004年），第16.7段：“中立国为了解决分歧从事的斡旋和调停是友好行为。”在和平解决国际争端的语境下，这一规则也得到了明确承认；见《海牙第一公约》（1907年）第3条第3款。

33 见《海牙第一公约》（1907年），第2条至第8条。

仅旨在鼓励争端当事方恢复谈判或协助将其召集起来的行动。第三方并不参与谈判。”[34] 根据这种传统观点，第三方只被视为争端当事国之间的中间人，这一观点是 1949 年起草第 11 条时所依据的模式。[35]

1284 不过，依据第 11 条以外的程序开展的实践表明，从事斡旋的方式更加灵活，在涉及人道问题时尤其如此。[36] 在许多情况下，斡旋并不限于纯粹促进对立双方接触的活动，而是由从事斡旋的个人或组织发挥更加积极的作用。[37] 这种作用可包括为劝说有关当局尊重其义务而进行的外交对话，或者是为寻找解决问题的合适方法而提供的任何形式的协助。[38] 正如联合国外交活动的一位观察员所阐述的那样，斡旋包括任何类型的“在情况允许范围内进行的非正式接触和友好建议”。[39]

1285 考虑到这一变化以及第 11 条的人道宗旨，对第 1 款的“斡旋”不应作狭义理解。关于保护国基于这一款开展的活动，需采取一种灵活的态度，允许采用任何可能有利于被保护人利益的外交举措。保护国不仅可以作为对立双方之间的中间人，而且也可以在必要时向双方提供具体建议，以便促进解决方案的达成。第 11 条第 2 款确认并说明了保护国的此种积极作用，该款授权各保护国“主动”建议组织冲突各方代表召开会议。此外，第 11 条的旁注标题虽然不具有正式拘束力，但是可以进一步佐证这一观点。将这一程序定性为“和解”，说明该规定预期保护国应发挥的作用超出了传统理解中的“斡旋”职能。

1286 无论在这一框架下开展的确切活动或者这种程序的可能后果如何，“斡旋”的关键特点是，保护国只能向各方提出建议，而不能强制各方采取某种解决方案。[40] 这一点也在 1949 年外交会议期间得到了注意。[41]

（四）和解程序的目的

1287 虽然提供斡旋“以期解决分歧”是第 11 条规定的要求，但是采用该程序的目的并不止于此。如前文所释，这一规定的适用并不必然要求冲突各方之间“意见有分歧”。例如，有可能需要达成某种安排以澄清公约实际实施的条件，而这不

34 Lapidoth, para. 1. See also Malanczuk, p. 276: “当第三方（作为“中间人”）努力说服争端当事国进行谈判时，其便可以说是在提供斡旋；它在各方之间传达信息和建议，而当谈判开始时，它的使命就结束了。”

35 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第354页〔迪帕基耶（Du Pasquier）上校（瑞士），联合委员会报告员〕。

36 See Ramcharan, in particular pp. 35–51.

37 See Lapidoth.

38 此类实践尤其与联合国秘书长发挥的作用有关；see Pěchota, pp. 13–18. See also Ramcharan, pp. 35–36, and Franck/Nolte, pp. 143–182.

39 Pěchota, p. 2.

40 另见《海牙第一公约》（1907年）第6条。

41 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第23页（摩纳哥）。

一定意味着有关国家之间在这一方面存在对立的观点。因此，保护国不仅可进行斡旋以期解决当事国之间的分歧，而且可以更一般地，即每当“认为于被保护人之利益适宜”之时提供斡旋。

五、第 2 款：冲突各方代表的会议

（一）会议的目的

1288 第 11 条第 2 款描述了落实“和解程序”的一种更为正式的方法。其建议了组织冲突各方代表召开会议需要符合的实际条件。此类会议与第 1 款中设想的斡旋具有相同的目标，即保障被保护人之利益。虽然第 2 款开头中“为此目的”这一表述可解释为指向第 1 款最后一部分的内容，即应提供斡旋“以期解决分歧”，但如前所释，和解程序并不必然要求在国际性武装冲突各方之间存在意见分歧。因此，此类会议的目的可以是解决必须由各方讨论的、符合被保护人利益的任何问题，即使不存在意见分歧。

（二）会议的启动

1289 第 11 条第 2 款设想了启动会议的两种方式。第一种方式是，各保护国可“应一方之请求”建议召开会议。虽然这一规定并不十分清楚，但该条款的历史背景显示，该表述指的是“冲突的”一方，而不是“公约的”一方。在这一问题上，1929 年公约第 83 条第 3 款则没有那么模糊，因为其规定，有权启动这一程序的是“交战国”。从 1949 年公约的准备工作来看，没有任何情况显示，当时外交会议的与会者在决定用“一方”一词替代“交战国”一词时，打算修改这一规则。此外，日内瓦公约在提到缔约国时一直用的是“缔约国”这一完整表述，而非仅用“一方”一词。在这方面，没有任何理由认为第 11 条第 2 款是一个例外。该条款约文明确规定，会议可仅由“一”方启动。尽管基于政治或实际的原因，让所有相关各方都参与该建议可能更好，但这并非一项法律要求。

1290 保护国可以采取的第二种方式是“主动”建议召开会议。冲突一方的事先请求因此不是先决条件。此外，第 11 条第 2 款明确规定，“各”保护国均有权履行这一职责。这就意味着，可以单方面提出建议，无需征得其他保护国的同意。

1291 虽然第 11 条第 2 款规定的重点在于组织冲突各方召开会议，但其也明确指出，这一机制并非唯一的选择。该款规定，保护国“得”建议召开这种会议，这就意味着，若在当时的情况下更为适当，也可以采取其他方法。因此，保护国不仅在决定是

否应当采取和解程序方面，而且在应当为被保护人的利益建议采取何种具体措施方面，享有自由裁量权。[42]

1292 第 11 条第 2 款并没有说明启动这一程序的具体时间。1929 年《关于战俘的日内瓦公约》第 83 条第 3 款规定，得于“在战争开始时”组织此类会议。与此不同，1949 年的公约对此没有规定。因此，保护国有权在任何时候启动这一程序。如前所述，为了被保护人的利益，不仅在冲突开始时可能需要采取协调一致的措施，例如设立医院地带及处所，[43] 在此后任何时候也可能需要采取此类措施，包括冲突结束后。[44]

(三) 参加会议的各方代表

1293 虽然第 11 条第 2 款设想的会议必须由冲突各方的“代表”参加，但该条款并没有详细规定这些代表应为何人。不过，该款使用的措辞非常宽泛，足以涵盖一国不同领域的各类“代表”，只要他们有权在各自负责的领域表达其政府的观点即可。此类人员还可包括对拟议问题具备特定专业知识且经政府正当授权参加会议的非国家组织成员，例如医疗或宗教协会的成员。为了确保集思广益，与会代表应由不同性别的人士的组成，而且最好包括不同背景的人士。[45]

1294 与会人员的级别取决于有关问题的性质以及会议可能取得的成果。如果有关问题涉及具体的情况，而且可以通过达成临时安排予以解决，例如从战场撤离伤病战斗员，那么参加会议的最合适人选可能是当地的军事指挥官。[46] 如果为了保障被保护人的利益，需要缔结更具一般性和正式性的协定，那么可能就有必要确保那些有权进行谈判并通过此类协定的代表参加会议。[47]

1295 第 11 条第 2 款规定，“负责管理伤者、病者之当局代表和医务人员与随军牧师之代表尤须参加”代表会议。“尤”字的使用说明，这一列举不是穷尽的，而是示例性的。对这些当局的列举是本条在四部公约中唯一不同的地方。这是因为，本条所涉及的被保护人在各部公约中都是不同的，因此这一条款的范围也进行了相应调整。[48] 如有必要，还可以将负责搜寻和管理死者的人员包括在内。

42 这一点在第11条的起草过程中得到强调。联合委员会特别报告员认为，保护国进行斡旋的结果不仅可促成第2款所设想的会议，也可促成采用其他程序，例如“提名某人担任仲裁员”；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第354页。

43 见第23条。

44 例如，第17条第3款所设想的为运送死者回国提供便利。

45 见联合国安理会2000年10月31日第1325号决议，尤其见第1段和第8段。

46 更多详细讨论，见关于第15条的评注。

47 在第一次世界大战期间，达成了许多此类协定，以澄清涉及战俘待遇和其他人道问题的某些问题；see FrickCramer, pp. 388–389.

48 关于这一点，其他各日内瓦公约规定：“负责管理伤者、病者、遇船难者之当局代表和医务人员与随军牧师之代表”（《日内瓦第二公约》第11条）；“负责管理战俘之当局代表”（《日内瓦第三公约》第11条）；“被保护人之负责当局代表”（《日内瓦第四公约》第12条）。

（四）会议地点

1296 关于地点，第 11 条第 2 款建议，会议“可能在适当选择之中立领土”召开。[49] 这一选择不是强制性的，有关各方可另行决定。如果有关程序需要就公约解释或适用的一般问题进行长期讨论，那么在中立国领土召开会议可能较为合适。之所以规定这种可能性，主要是由于第一次世界大战的经验。当时，经过中立国的外交努力并在中立国的领土上，关于战俘待遇和其他人道问题的若干特别协定得以谈判和订立。[50] 不过，如果需要就某些具体的人道问题达成临时的解决方案，那么在发生敌对行动的地区召开较非正式的会议可能更加合适。

（五）“实行”召开会议之建议的义务

1297 第 11 条第 2 款规定，冲突各方对于保护国为组织代表会议的目的而“提出之建议负有实行之义务”。这意味着，各方不能无视这一建议；它们有法律义务予以回应（它们“负有〔回应之〕义务”）。这也意味着，它们至少必须同意参加会议。否则，召开会议的邀请便不得“实行”。因此，第 11 条第 2 款的程序可自动启动，因为会议的启动和组织本身无需征得冲突各方的同意。

1298 不过，“实行”召开会议之建议的义务并不意味着各方负有接受谈判结果的义务。和解的性质决定了，这一程序可能产生的任何决定必须得到当事各方的同意。保护国可以提出建议，但无论如何都不能强制各方接受有拘束力的决定。

1299 1929 年《关于战俘的日内瓦公约》第 87 条的起草历史也支持这一观点。正如第二部分所阐释的，起草 1949 年日内瓦四公约共同第 11 条（《日内瓦第四公约》第 12 条）的主要灵感便来自这一条款。在 1929 年的外交会议上，红十字国际委员会的代表在提及是否有可能经保护国提议召开冲突各方代表的会议时表示，“交战国仅有义务参加此类会议；本公约不能强制其遵守会议期间达成的任何决定”。[51]

（六）中立国或红十字国际委员会参加会议

1300 第 11 条第 2 款最后一句提及中立国或红十字国际委员会参加会议的可能性。如这一规定的措辞所示，保护国没有义务邀请中立国或红十字国际委员会，而只有在其认为有“必要”时才会邀请。另外，这些主体能否参加还取决于是否能够得到冲突各方的同意。保护国可以“提请”，但不能强制第三方参加会议。该规定的措辞（“特邀……参加”）也说明，有关中立国或红十字国际委员会没有义务对该邀请作出积极回应。[52]

49 中立领土是指中立国的领土。关于中立国概念的讨论，见关于第4条的评注，第三部分第（一）节。

50 这些国家包括丹麦、荷兰、瑞典和瑞士；see FrickCramer, p. 389.

51 《1929年日内瓦外交会议记录》，第520页。

52 红十字国际委员会保留其在任何时候根据自己的参与标准决定是否在某特定局势中开展行动的自由裁量权；见关于第9条的评注，第1133段。

1301 第 11 条第 2 款没有具体说明向中立国或红十字国际委员会发出邀请的目的。的确，这些主体参加会议可能是有益的，这存在多种原因。公约本身在明确要求中立国参与保障被保护人利益的同时，提到了其中一些原因。例如，如果会议讨论的目的是在中立国的领土上组织被保护人的收容或拘禁，[53] 那么确保中立国参加会议显然就是“必要”的。如果预期中立国将在指派负责监督医院地带及处所的“特别委员会”方面发挥决定性的作用，[54] 那么也有必要确保中立国参加会议。但是，没有任何规定不允许中立国出于与该公约具体规定无关的其他原因参加会议，只要认为对于被保护人的利益而言确有必要，中立国就可以参加。

1302 邀请红十字国际委员会参加会议的原因，与该组织依据其职责和使命而为武装冲突受难者从事的多种活动有关。[55] 和解程序各方可能会希望征询委员会在行动方面的专业经验，或是希望委托其参与执行和解程序所通过的协定。例如，如果会议的目的是达成一项本地安排以便撤离、交换和运送遗留在战场上的伤者、病者或死者，[56] 那么各方就可能决定邀请委员会开展这项任务。

1303 正如第 11 条第 1 款所设想的情况，红十字国际委员会还可能被邀请参加会议，就涉及公约适用或解释的问题分享其法律专业知识。委员会的主要作用之一是致力于国际人道法的忠实适用、理解和传播，这一点在《国际红十字与红新月运动章程》中得到确认。[57]

1304 由此产生的问题是，除了第 11 条第 2 款明确提到的第三方主体外，是否还可以邀请其他第三方参加会议。鉴于第三方参加会议无论如何都需要得到和解程序当事方的同意，对这个问题的回答应当是肯定的。第 11 条第 2 款中没有任何规定表明，该款提到中立国或红十字国际委员会时认为该列举是穷尽的。相反，从这一条款的目的和宗旨来看，保护国有权提议任何其他第三方参加会议，只要这种提议有利于被保护人的利益即可。第 11 条第 2 款只为组织和解会议提供了指导，但只要和解程序的当事方已予同意，该款并不禁止诉诸其他途径。除了第 11 条第 2 款提到的主体外，与会者还可以包括联合国、其他政府间组织、第三国、非政府组织的代表或独立专家等。

53 见第4条及其评注，尤其见第三部分第（二）节第2项。

54 见《日内瓦第一公约》附件一《关于医院地带及处所之协定草案》第10条。

55 红十字国际委员会职责和使命的主要根据是1949年日内瓦四公约及其1977年附加议定书、《红十字国际委员会章程》、1986年《国际红十字与红新月运动章程》、以及红十字和红新月国际大会的各项决议。

56 见第15条第2款。

57 见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第2款第3项和第7项。

六、1949 年以来的发展

1305 迄今为止，第 11 条建立的机制从未得到使用。[58] 第一次世界大战期间，在中立国的领土上曾组织了许多冲突各方的代表会议，并就诸多人道问题订立了特别协定，例如遣返重病或重伤的战俘。[59] 但是，自此之后，这一实践就再未出现。

1306 和解程序未得使用，是保护国制度缺乏有效性的直接后果。自从 1949 年日内瓦四公约通过以来，指派保护国的情况只出现过五次，[60] 而且这些保护国从未有机会履行其基于第 11 条的正式职责。不过，各国也可在第 11 条的特定框架之外从事斡旋，也就是说，即使某国没有被正式指定为保护国，其也可进行斡旋。

1307 此外，第 11 条并没有排除被指定为保护国代替组织的其他主体，在公约规定的权限范围内诉诸和解程序的可能性。[61] 不过，这一替代方案在实践中也没有得到适用。[62]

1308 这个问题还与实施和解程序的特定背景有关。确实，一旦相关国家成为武装冲突的对立方，要说服它们积极参加和解程序并就人道问题达成一致意见是极其困难的。[63] 它们无法通过和平手段解决其原本的争端这一事实说明，在冲突期间开展外交对话的空间十分有限。

1309 尽管第 11 条规定的程序缺乏有效性，但是这并不意味着斡旋不是保障被保护人利益的相关手段。相反，除了保护国以外，有许多主体有权出于人道目的采取这一手段，也的确在采取该手段。这些主体的活动范围不仅包括国际性武装冲突，还包括非国际性武装冲突。

1310 红十字国际委员会的职责之一便是作为中立调解人向需要保护和援助的人员提供支持。为此目的，委员会可以向冲突各方提供斡旋，以促进分歧的解决或促进达成并实施有利于被保护人的安排。在实践中，委员会只有在符合冲突受难者的利益并且得到所有相关方的同意时，才会接受发挥这一作用的提议。[64]

58 1954年《关于保护文化财产的海牙公约》及其1999年第二议定书中规定的类似和解程序，也至今从未得以应用；see O'Keefe, p. 126.

59 更多详细讨论，见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 128–129, 以及FrickCramer, pp. 388–389。

60 见关于第8条的评注，第1115段；see also Bugnion, p. 864.

61 见第10条第1款。

62 见关于第10条的评注，第六部分第（三）节。

63 See Sassòli/Bouvier/Quintin, Vol. I, pp. 386–387.

64 发挥这一作用的主要基础是1949年日内瓦四公约和1986年《国际红十字与红新月运动章程》（尤其见《日内瓦第一公约》第3条第2款和第9条，以及章程第5条第2款第4项和第3款）。关于红十字国际委员会提供服务的法律基础和实践的更详细分析，见Bugnion, pp. 403–465。不过，这一工作并不专属于红十字国际委员会。公约明确规定，在有关冲突各方同意的条件下，任何其他的公正的人道组织都可以从事人道活动，见第3条第2款和第9条。

1311 红十字国际委员会曾出于各种目的进行斡旋，例如在对冲突各方有正式拘束力的规则以外确保尊重国际人道法、[65] 设立医院及安全地带和处所、[66] 达成停战协定以允许武装冲突受难者撤离战斗区域、[67] 便利救济物资通往被包围的地区，[68] 以及便利战俘的释放和遣返。[69]

1312 联合国、其他政府间和非政府组织以及单个国家也可在召集武装冲突各方讨论人道问题方面发挥关键作用。为履行共同第 1 条下“保证本公约之被尊重”的义务，外交对话，无论是采用单独还是集体的方式，都可能是 1949 年日内瓦四公约缔约国希望诉诸的一项工具。[70]

主要参考文献

Boutruche, Théo, ‘Good offices, Conciliation and Enquiry’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary,* Oxford University Press, 2015, pp. 561–574.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 480–493, 515–516, 692–696, 744–763 and 845–910.

Cot, Jean-Pierre, ‘Conciliation’, version of April 2006, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Coulibaly, Hamidou, ‘Le rôle des Puissances protectrices au regard du droit diplomatique, du droit de Genève et du droit de La Haye’, in Frits Kalshoven and Yves Sandoz (eds), *Implementation of International Humanitarian Law/Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 69–78.

65 例如，当1962年也门内战爆发时，红十字国际委员会从冲突双方取得了承诺，双方承诺尊重1949年日内瓦四公约的主要条款；see Bugnion, p. 414. 另见《克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国关于适用国际人道法的谅解备忘录》（1991年），该谅解备忘录通过于红十字国际委员会主持开展的讨论，收录于Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 1713–1717，以及《波黑冲突各方关于适用国际人道法的协定》（1992年），该协定通过于应红十字国际委员会邀请开展的讨论，收录于Sassòli/Bouvier/Quintin, pp. 1717–1721。

66 See Bugnion, pp. 480–483 and 748–763.

67 See *ibid.* pp. 484–493 and 744–748. 实践表明，武装冲突各方经常请求红十字国际委员会撤离伤者、病者或死者，在这种情况下，红十字国际委员会将从双方获得保证，以使委员会开展这一任务时有足够的安全保障。

68 See *ibid.* pp. 515–516.

69 See *ibid.* pp. 692–696. 关于这些活动，比尼翁（Bugnion）在其著作第694页解释为：

> 因此，这基本上是一项斡旋结合了和解作用的外交任务。自从第一次世界大战以来，红十字国际委员会在许多冲突中曾发挥这一作用。尽管在大多数情况下这一工作是私下进行的，而且即使存在记录也难以找寻，但是在有些情势中，这一工作得到了更为官方的确认，而且为各交战方自己邀请红十字国际委员会帮助它们寻找解决方案。”

关于非国际性武装冲突情况下红十字国际委员会进行斡旋的实例，见Mégevand, pp. 94–108。

70 另见关于共同第1条的评注，第五部分第（三）节第4项。

Franck, Thomas M. and Nolte, Georg, 'The Good Offices Function of the UN Secretary-General', in Adam Roberts and Benedict Kingsbury (eds), *United Nations, Divided World: The UN's Roles in International Relations*, 2nd edition, Oxford University Press, 1993, pp. 143–182.

FrickCramer, Renée-Marguerite, 'Le Comité international de la CroixRouge et les Conventions internationales pour les prisonniers de guerre et les civils', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 25, No. 293, 1943, pp. 386–402.

Heintze, Hans-Joachim, 'Protecting Power', version of July 2009, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Lapidoth, Ruth, 'Good Offices', version of December 2006, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th edition, Routledge, London, 1997, pp. 276–279.

Mégevand, Béatrice, 'Between Insurrection and Government – ICRC action in Mexico', *International Review of the Red Cross*, Vol. 35, No. 304, January-February 1995, pp. 94–108.

O'Keefe, Roger, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, p. 126.

Pěchota, Vratislav, *The Quiet Approach: A Study of the Good Offices Exercised by the United Nations Secretary-General in the Cause of Peace*, United Nations Institute for Training and Research, New York, 1972, pp. 13–18.

Ramcharan, Bertrand G., *Humanitarian Good Offices in International Law: The Good Offices of the United Nations Secretary-General in the Field of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1983.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War?*, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, Vol. I, pp. 386–387, and Vol. III, pp. 1713–1721.

第二章
伤者与病者

1313 第二章是本公约最重要的章节之一。甚至可以说，本公约是以本章为基础，因为本章体现了国际红十字与红新月运动创始人所倡导的重要思想，即士兵自其受伤或患病，从而失去战斗力的那一刻起，其人身不可侵犯。这一思想自 1864 年以来一直主导着日内瓦四公约。伤者与病者，无论属于友军还是敌军，均须得到同样的照顾。

1314 第 12 条奠定了当今对伤者与病者进行法律保护的基础。针对伤者与病者，该条规定了一项积极义务与消极义务相互补充的制度，并就他们应得到何种待遇和照顾作出基本规定。该条还规定了应对死者承担的某些义务。

1315 第 15 条对第 12 条作出补充，规定了“搜寻并收集”伤者与病者的义务，以便将其从直接危险地区转移出去，并使其得到必要的医治和照顾。第 18 条作出进一步补充，其中载有亨利 · 杜南关于平民应军事指挥官号召或自发采取行动协助和照顾武装部队伤者与病者的核心思想。冲突一方在采取“一切可能的措施”搜寻并收集伤者、病者，并确保其得到其病情所需的医疗照顾时，必须考虑这些选择。

1316 第 13 条旨在具体规定《日内瓦第一公约》所保护的伤者病者的类型。该清单包括武装部队人员和其他类别的享有战斗员地位或因其他原因享有战俘地位的非武装部队人员。

1317 第 14 条对落于敌人手中的武装部队伤者或病者应享有的地位予以界定。在该等情形下，武装部队人员既是需要救治的伤者或病者，又是有权成为战俘并因而享有战俘身份的个人

1318 第 16 条就三个重要问题作出规定：关于落于敌方之手的伤者、病者和死者的信息的登记与转送；死亡证书的制备与转送；死者之个人物品的搜集与转送。这一规定极其重要，因为如果没有证明身份并予以报告的要求和程序，则很难甚或无法查明失踪人员下落或向其家属提供信息。

1319 第 17 条专门涉及死者的处理问题；该条规定了若干有关埋葬或焚化，埋葬或焚化之前的尸体检查，以及坟墓的维护和标记的规则。该规定对于保证尊重死者的尊严并确保避免人员失踪至关重要。

1320 上述部分条款在 1864 年、1906 年和 1929 年《日内瓦公约》中已予以规定，但在 1949 年得到极大澄清，《第一附加议定书》第二部第一编进一步作出补充完善。

第十二条
伤者与病者之保护及照顾

公约条文 *

一、受伤或患病之下条所列武装部队人员或其他人员，在一切情况下，应受尊重与保护。

二、冲突之一方，对于在其权力下之此等人员应予以人道之待遇与照顾，不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视。对其生命之任何危害或对其人身之暴行均应严格禁止；尤其不得加以谋杀或消灭，施以酷刑或供生物学的实验；不得故意不给予医疗救助及照顾，亦不得造成使其冒传染病危险之情况。

三、只有医疗上之紧急理由，可予提前诊治。

四、对于妇女之待遇应充分顾及其性别。

五、冲突之一方被迫委弃伤者、病者于敌人时，在军事的考虑许可范围内，应留下一部分医疗人员与器材，以为照顾彼等之助。

保留或声明

无

目 录

一、引言 400
二、历史背景 401
三、义务主体 404
四、适用范围 404
（一）涵盖的人员类别 404
（二）伤者与病者 405
五、第 1 款：尊重与保护的义务 408
（一）尊重的义务 408
（二）保护的义务 410
（三）在一切情况下 412

* 编者注：为便于引用，加标条文各项序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

六、第 2 款：给予伤者病者的待遇与照顾 413
（一）给予人道待遇与医疗照顾而不得有所歧视 413
1. 人道待遇 413
2. 照顾伤者病者的义务 416
（1）照顾伤者病者之义务的具体内容 416
（2）备有医疗服务的义务 418
3. 禁止歧视 419
（二）受特别禁止的行为种类 421
1. 谋杀 421
2. 消灭 423
3. 酷刑 424
4. 生物学实验 425
5. 故意不给予伤者病者医疗救助及照顾 426
6. 造成使伤者病者冒传染病危险之情况 426
七、第 3 款：可予提前诊治的情况 427
八、第 4 款：妇女之待遇 428
九、第 5 款：被迫委弃伤者、病者于敌人 431
主要参考文献 433

一、引言

1321 “尽可能减轻战争带来的苦难”[1]是国际人道法的基本要求。因此，自现代国际人道法出现以来，保护伤者病者一直是其核心内容。受伤和患病的军事人员以及负责照顾他们的医务人员，都属于第一类受益于1864年《日内瓦公约》特别法律保护的“被保护人”。此后，关于伤者病者的法律制度历经多次修订，即于1906年[2]，1929年[3]，1949年[4]，以及1977年经过修订[5]，这些修订均旨在针对武装冲突不断变化的性质对公约作出调整并进一步完善对伤者病者的保护。

1 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第9页。
2 《日内瓦公约》（1906年）。
3 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）。
4 《日内瓦第一公约》。
5 《第一附加议定书》。

1322 由于日内瓦四公约及其附加议定书的整体结构特点，伤者病者相关法律制度散见于不同的文件中，这些文件规定了对其保护的不同方面。不过，为当今伤者病者保护制度奠定基础的是《日内瓦第一公约》第12条。该条款就伤者病者制定了一套积极义务和消极义务互补的制度，并确立了应给予其何种待遇和照顾的基本规定。

1323 《日内瓦第一公约》第12条适用于国际性武装冲突中武装部队人员或因其他原因有权享有战俘身份之伤者病者。[6]《日内瓦第二公约》第12条将保护延伸至海上受伤、患病或遇船难之武装部队人员或其他享有战俘身份的人员。《日内瓦第四公约》第16条第1款规定了对伤病平民的保护和尊重。《第一附加议定书》第10条包含了类似的条款。

1324 日内瓦四公约共同第3条和《第二附加议定书》第7条规定了非国际性武装冲突中伤者病者的待遇问题。

1325 不过，如今适用于任何冲突中伤者病者的法律制度都更为全面。给伤者病者提供人道待遇以及医疗照顾的义务具有强制性，这不仅是日内瓦四公约及其附加议定书的规定，也是习惯国际人道法的要求。[7]这些基本义务同时适用于国际性和非国际性武装冲突，而且不论伤者或病者是军事人员还是平民均适用。[8]

1326 在国际性武装冲突中违反这些义务可能构成严重破约行为。[9]这种破约行为在国际性和非国际性武装冲突中均以战争罪论处。[10]《日内瓦第一公约》第46条以及习惯国际法都禁止对伤者和病者进行报复。[11]

二、历史背景

1327 有关过往战争的历史性描述表明，在不同时代和地区的各种情况下都出现过冲突双方照顾敌方伤病战斗员的实践。[12]然而，虽然有些国王或指挥官可能曾下

6 见第13条。

7 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109至规则111。

8 *Ibid.*

9 此类严重破约行为包括故意杀害、酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，或故意使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害。见《日内瓦第一公约》第50条和《日内瓦第二公约》第51条。

10 见《国际刑事法院规约》（1998年），如第8条第2款第1项第1目至第3目，第2项第6目和第10目，第3项第1目至第2目以及第5项第11目。

11 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则146："禁止对受日内瓦四公约保护的人员（包括伤者病者）实施交战报复行为。"

12 See John F. Hutchinson, *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, pp. 24–27; Henri Coursier, 'L'évolution du droit international humanitaire', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 99, 1960, pp. 357–466, at 364–369; P.M. Bogaïewsky, 'Les secours aux militaires malades et blessés avant le XIXe siècle', *Revue générale de droit international public*, Vol. 10, 1903, pp. 202–221. See also Bugnion, pp. 11–13.

令实施过此类慈善行为，但这些行为在很长一段时间内都不具系统性，而且并非源自国际法律义务。克里米亚战争（1853年至1856年）揭示了战地伤者病者待遇方面存在的明显缺陷。[13]此后不久，一位瑞士商人亨利·杜南在索尔费里诺战场（1859年）亲眼目睹了伤者境遇的骇人情况，继而决心弥补这些缺陷，当时大约四万名奥地利、法国和意大利士兵被遗留在战场上无人照料。[14]杜南在其《索尔费里诺回忆录》一书中，提议缔结一项国际公约以保护受伤和患病的士兵，并建议成立救济团体，依据该公约“让那些热心、忠实并完全可以胜任的志愿者为战时的伤病员服务”[15]。杜南的倡议推动“伤兵救护国际委员会”于1863年成立[16]，该组织最初亦称为“日内瓦委员会”或者“五人委员会”，于1876年更名为红十字国际委员会。[17]在委员会的推动下，瑞士政府在日内瓦召开了一次外交会议，通过了1864年《改善战地武装部队伤者境遇的日内瓦公约》。

1328 1864年《日内瓦公约》仅有10项条款，但却标志着战争法规与惯例的转折点。此前，交战方之间的双边协定中仅偶尔对受伤士兵和军医作出有限的保护规定。[18]在国家层面，美国于1863年4月24日通过的《利伯守则》规定“根据医务人员的能力，每位被俘受伤敌兵都应受到医疗救治”（后加着重号以示强调）。[19]不过，1864年《日内瓦公约》是首部以法律形式声明“应不分国籍地收集和照顾受伤或患病的战斗员”的多边公约。[20]1868年又通过了另外15项条款，题为“关于战争中伤者境遇的附加条款”，旨在将1864年《日内瓦公约》的规则拓展适用于海军（遇船难者），并且使该公约中的部分条款更为具体化，但这些条款一直没有生效。[21]同样，1874年《布鲁塞尔宣言》和1880年《牛津手册》虽然都包含关于伤者病者的内容，但均未以具有约束力的条文形式得到通过。[22]不过，这些文件仍是推动多边层面加强规则编撰的重要举措。

13 John F. Hutchinson, *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, p. 26. See also Novak, para. 2, and Geiss, 2009, para. 5.

14 Bugnion, p. 7.

15 Dunant, p. 115.

16 Bugnion, pp. 8–9, note 11.

17 Jean S. Pictet, ‘The foundation of the Red Cross: Some important documents’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 3, No. 23, February 1963, pp. 60–75, at 60–61.

18 Lauterpacht, p. 353.

19 《利伯守则》（1863年）第79条。

20 《日内瓦公约》（1864年）第6条（57个缔约国）。

21 见Additional Articles relating to the Condition of the Wounded in War (1868)，引言部分。尽管1870年至1871年的普法战争和1898年的美西战争的交战各方都同意遵守该规定，但只有美国批准了该条约。

22 见《布鲁塞尔宣言》（1874年）第35条和第56条，以及《牛津手册》（1880年）第10条至第18条。总体而言，这些文件提及并再次规定了1864年《日内瓦公约》中的条款。

1329 1864年《日内瓦公约》（共10项条款，57个缔约国）经修订由1906年《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的公约》（共33项条款，52个缔约国）所取代。[23]1906年公约随后被1929年《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》所取代（共39项条款，60个缔约国）。

1330 在第二次世界大战之后，1929年《日内瓦公约》为1949年《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（以下简称“《日内瓦第一公约》”）所取代。1949年《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》（以下简称“《日内瓦第二公约》”）将关于伤者病者的法律保护延伸到海上环境。而1949年《关于战时保护平民之日内瓦公约》（以下简称“《日内瓦第四公约》”）首次编入关于受伤和患病平民之法律保护。[24]此外，1929年《关于战俘的日内瓦公约》首次规定了对女性战俘的特别保护，这项保护也被纳入有关伤者、病者和遇船难者的规定中。[25]

1331 由于1949年日内瓦四公约获得了普遍批准，所以1864年、1906年和1929年《日内瓦公约》，还有1899年《海牙第三公约》以及1907年《海牙第十公约》现今均已不再使用。[26]

1332 《日内瓦第一公约》第12条在起草之时没有引发任何争议。该项条款基于此前1864年、1906年和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中所载的条款，但其规定更为具体且扩大了保护范围。因此，第12条的属人范围比其前身更加广泛。值得注意的是，1864年《日内瓦公约》依其第6条，仅适用于受伤或患病的战斗员。1906年《日内瓦公约》依其第1条，适用于受伤或患病的“军官、士兵和其他正式随军服务的人员”。同样，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》依其第1条，适用于受伤或患病的“军人和其他正式随军服务的人员”。

1333 1949年日内瓦四公约经修订结构有所变化，首先规定了一些共同条款和一般性条款，因此保护伤者病者的条款改为第12条。虽然有这种编辑修改，但第12条仍是规范伤者病者保护的核心条款，也是《日内瓦第一公约》的核心条款。[27]

23 更多历史详情，见Davis, and Sperry, pp. 33–35。

24 《日内瓦第四公约》第16条至第17条。一般概述见，Pictet, 1951, pp. 462–475。

25 见《日内瓦第一公约》第12条第4款和《日内瓦第二公约》第12条第4款。关于孕妇和产妇的规定，另见《日内瓦第四公约》第16条和第17条。

26 见关于《日内瓦第一公约》第59条和《日内瓦第二公约》第58条的评注。

27 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 133–134.

三、义务主体

1334 第12条第2款和第5款明确指出“冲突之一方”是照顾伤者病者并给予其人道待遇的义务承担方。虽然其他各款并没有具体规定承担其所载义务的主体，但显然第12条整体涉及作为国际性武装冲突一方的缔约国。

1335 此外，《日内瓦第一公约》第4条要求中立国对于在其领土内所收容或拘禁之伤者、病者等人员，应准用本公约之规定。[28]

四、适用范围

1336 在属人适用范围方面，当同时满足两项不同的标准时，第12条才可适用。

1337 第一项标准以身份为基础（见下文第（一）部分）。该标准要求个人或是武装部队人员，或属于《日内瓦第一公约》第13条所列的其他类别人员。[29]而该个人属于冲突哪一方并不重要。第12条适用于一国己方伤者病者，也适用于敌方或战时盟国的伤者病者。

1338 第二项标准要求该个人必须构成法律意义上的伤者或病者（见下文第（二）部分）。

1339 第12条第1款的适用，并不取决于相关人员是否被俘或因其他原因处于冲突之一方权力之下。相反，第12条第2款所载之义务仅面向处于冲突之一方权力之下的伤者病者。

（一）涵盖的人员类别

1340 第12条适用于武装部队人员或属于《日内瓦第一公约》第13条中提到的其他类别人员。此外，《日内瓦第二公约》第4条第2款明确规定，海军部队一旦上岸，则立即受到《日内瓦第一公约》规定的限制。同样，出现在陆地上的空军部队人员也包括在内。[30]第12条第4款包含了一项具有特定属人适用范围的附加义务：该款的措辞表明武装部队或第13条中提到的各类人员中的女性有权享有特别保护。

28 有关中立国定义的分析，见关于第4条的评注，第三部分第（一）节。

29 见关于第13条的评注，第三部分第（二）节。尤其鉴于《日内瓦第一公约》第12条仅适用于特定类别人员，该条的适用范围小于《第一附加议定书》第10条和习惯国际人道法中的相应规则（这些规则适用于军事人员和平民）；见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109-111。

30 见关于第13条的评注，第三部分第（二）节。

(二)伤者与病者

1341 只有伤者或病者才可享有第12条规定的保护。从法律角度来看，“伤者”和“病者”两个概念之间并没有区别。整个《日内瓦第一公约》中这两个词都是一同使用的。二者的法律后果也相同。第12条提及这对概念时体现出的一致性，强化了一种观点，即各类健康状况均可触发该条款赋予的受保护地位。在国际人道法语境下，构成伤者或病者必须同时满足两项条件：相关人员必须需要接受医疗救护，并且不从事任何敌对行为。换言之，伤者或病者法律地位的基础是其健康状况和行为。因此，人道法对“伤者与病者”的定义比其通常含义更为狭窄也更为宽泛。相较于这些术语的通俗意义，该条对健康状况的定义更为宽泛，但又因存在必须避免从事任何敌对行为才能作为伤者或病者获得保护这一法律要求，而更为狭窄。

1342 整个《日内瓦第一公约》，特别是第12条都没有具体规定，个人在何种情况下可视为伤者或病者。从这些词的通常意义来看，如果某人受伤或患病，那么他（或她）一般会被视为伤者或病者。这种措辞含义宽泛，足以囊括各种不同的健康状况。根据第12条，确定某人是否为伤者或病者的决定性标准，（除不从事敌对行为外）是其是否需要医疗照顾。这种具体的需求以及随之而来的特定的脆弱性，正是保护伤者病者的法律制度旨在解决的问题。这种解释确实也与《第一附加议定书》第8条第1款的措辞相一致。因此，就相关健康状况而言，应对“伤者”和“病者”这两个词作广义解释。

1343 实际上，对于人道法下“伤者”或“病者”构成要件的解读，可能比这些词的医学含义或通常含义更为宽泛。[31]就第12条而言，某种身体或精神上的状况是否构成通常意义上的外伤或疾病，并不重要。例如，创伤是战场上常见的一种伤势，但正如《第一附加议定书》第8条第1款所称，只要需要医疗照顾，任何其他的“肉体上……失调或失去能力”均满足构成要件。[32]同样，精神或心理上的疾病，包括创伤后应激障碍，只要需要医疗照顾，就符合条件。

1344 有观点认为第12条仅涉及伤势或病情的严重程度导致其因身体原因而不能继续战斗的人员。[33]这种解释过于局限。如果对“受伤或患病”的定义仅提及导致身体上失去能力的健康状况，那么就是将受伤或患病等同于丧失战斗力，而这种定义对于第12条而言并不完整全面。[34]尽管狭义解释或许可以提高战场上的法律

31 See Kleffner, p. 324; Kalshoven/Zegveld, p. 125; and Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 301.

32 因此，某人在《日内瓦第一公约》下构成“伤者或病者”这一事实，并不妨碍该个人同时构成（如适用）2006年《残疾人权利公约》下的残疾人。

33 See Spaight, p. 421, and Sivakumaran, p. 274.

34 关于“失去战斗力”的定义，见《第一附加议定书》第41条第2款。

确定性，但并不能解决第12条旨在涵盖的所有情况。这种解释尤其会将所有受伤或患病（不论严重与否），但没有（尚未）因其身体状况而失去能力的人排除在外。此外，这实际上可能会将照顾伤者病者的义务降低为急救义务：如果要求伤势或病情必须导致失去能力才构成受伤或患病，那么只要此种健康状况不再使人失去能力（包括某人处于己方武装部队权力之下的情况），其“伤者或病者”的法律地位以及基于该地位而产生的义务就会终止。在此种情况下，鉴于受伤或患病通常是一种短暂状态，该个人可能仍然需要医疗照顾。因此，就第12条整体而言，任何需要医疗照顾的身体状况，不论其严重程度，均足以触发该条的适用。但是，在战斗局势中，战斗员受伤或患病的事实必须明显可见或具有某种外在表现，这样敌方的战斗员才能注意到。

1345 除需要医疗照顾外，个人还必须不从事任何敌对行为，才能构成第12条意义上的伤者或病者。因此，不同于“伤者”和“病者”这两个词的通常含义，持续从事敌对行为的个人并不构成为人道法下的伤者或病者，不论其伤势或病情多么严重都是如此。与《第一附加议定书》第8条第1款关于“伤者和病者”的定义不同[35]，《日内瓦第一公约》第12条的措辞中并没有体现出这项标准。但鉴于第12条仅适用于一般可合法予以攻击的人员，为了符合该条款的目的，这项限制条件也必须构成“伤者与病者”之定义的一部分。否则，所有需要医疗照顾的战斗员都将自动有权获得尊重和保护，并因此不再是合法攻击目标。在武装冲突局势中，对战斗员提供这种广泛的保护，既不切实际也无法贯彻实施。基于此逻辑，尽管《第一附加议定书》第8条第1款第一句话中所载之定义并不能直接适用于《日内瓦第一公约》第12条（因为《第一附加议定书》第8条中的定义是“为了本议定书的目的”而起草的），但《日内瓦第一公约》第12条暗含了第8条第1款中明文规定的基本原理。

1346 因此，举例来说，己方部队中正在从战伤中恢复的战斗员，尽管仍需医疗照顾且尚未从事敌对行为，但如果该战斗员进行武器维护等工作，则不再视为不从事敌对行为，因此不构成法律意义上的伤者或病者。但是，如果某战斗员由于肺炎或伤势等状况需要医疗照顾或监护而正在急救诊所或医院接受治疗，并且不从事或不再从事敌对行为，则不能对其进行攻击。在实践中，在此类情况下，攻击部队可能主要依靠（但未必仅依靠）伤病战斗员在医疗场所接受治疗这一事实，将其与健全战斗员相区分。此类人员有权获得其状况所需的医疗照顾。他们如果康复并继续履行在武装部队的正常军事职责，则不再属于第12条意义上的伤者或病者。

35 《第一附加议定书》第8条第1款相关规定为：“‘伤者’和‘病者’是指由于创伤、疾病或其他肉体上或精神上失调或失去能力而需要医疗救助或照顾而且不从事任何敌对行为的……人……”。

1347 在实践中，确定某人是否属于（或仍属于）伤者或病者是相当困难的。当然，必须作出此类决断的情形也可能大不相同。这尤其是因为在整个军事行动区域（从前线到后方）都可能遇到受伤或患病的人员。对“伤者与病者”含义的解释要依据常识并遵循善意。战斗员在判断某人是否构成第12条意义上的伤者或病者之前，必须全面考虑当时可合理获取的所有信息。[36]对于在实践中必须运用这些术语的人而言，例如负责确定战场上人员身份的人，如果认识到或有理由相信某人属于伤者或病者，则不得对其予以攻击。从实践的角度来看，失去战斗力这一标准可以在作战局势中提供有用的指导。

1348 敌对行动期间，战斗员在战斗中受伤时，不论伤势轻重，可能都存在一个时间点攻击者必须停止对其攻击并开始予以尊重和保护。在战斗情况下，某人受伤的那一刻，可能很难在任何程度上确定该人是否构成在法律意义上的受伤，尤其难以判断该人是否不再从事任何敌对行为。某人仅受轻伤时尤为如此。但是，即使是在伤势较轻的情况下，战斗员也可能停止所有敌对行为。在此类情形下，因受伤而昏迷或因其他原因而丧失能力的人，由于不再从事任何敌对行为，因而不得予以攻击。[37]相反，即使身受重伤，但仍继续战斗的人，也不属于法律意义上的伤者或病者。对于需要医疗照顾但准备从事敌对行动或实际从事敌对行动的人，不论其伤病的严重程度如何，都不存在不得予以攻击的法律义务。

1349 在持续的敌对行动中，战斗员的身份可能因受伤而在数秒内从合法攻击目标转变为被保护人。因此，攻击方部队必须保持警觉，注意可能出现受伤的战斗员中止敌对行为的情况，并随时准备好暂停或停止攻击。如果一名受伤战斗员明显放弃了所有敌对行为，那么就必须停止所有针对该人的敌对行为。

1350 总而言之，受伤或患病通常是一种短暂状态，尽管并不一定总是如此。[38]从法律角度看，一旦符合受伤或患病的构成要件，即某人存在需要医疗照顾的健康状况且不再从事任何敌对行为，该人就开始享有受保护的地位。但是，在战斗情况下，必须已获知或基于当时情形下合理可用的信息能够获知相关健康状况。如果是这种情况，受保护的地位就会自动激活；不需要投降或任何其他额外活动。一旦被保护人参与敌对行为、死亡或痊愈，即提供医疗照顾的必要性不复存在，则伤者或病者的受保护身份就会终止。[39]

36 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 2195–2197.

37 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则47。另见《第一附加议定书》第41条第2款第3项。

38 某些健康状况可能是慢性或终身的身体状况，例如导致残疾的伤势。

39 另见Kleffner, p. 324。但该人如落于敌人手中，则属于战俘；见第14条。

1351 受伤或患病的战斗员如果死亡或被俘，则分别适用保护死者和战俘的法律制度。[40]某一敌方战斗员被俘后，伤者或病者身份与战俘身份并不相互排斥。正如《日内瓦第一公约》第14条所规定的，这两种身份可以同时存在。[41]关于战俘某些医疗方面的问题，《日内瓦第三公约》规定的义务比《日内瓦第一公约》第12条更为具体。[42]痊愈的受伤战俘如果仍然在俘，则不再属于《日内瓦第一公约》的保护范畴，但根据《日内瓦第三公约》可继续享有对战俘的保护。与此类似，战斗员可同时成为《日内瓦第一公约》第12条意义上的伤者或病者以及《第一附加议定书》第41条中的失去战斗力的人。根据《日内瓦第一公约》第7条，伤者或病者的身份以及该身份所赋予的权利是不得放弃的。对于伤者病者而言，不得通过口头方式放弃权利，但并不排除通过行动放弃权利，因为如果伤者或病者再次开始战斗就会丧失受保护的地位。

五、第 1 款：尊重与保护的义务

1352 第12条第1款规定，伤者与病者“在一切情况下，应受尊重与保护”。因此这一条款包含了两种不同的义务：尊重的义务，即不攻击或不以其它方式伤害伤者和病者[43]；以及保护的义务，即采取主动（积极）措施保护伤者病者免受武装冲突情形下的各种危险。[44]

(一) 尊重的义务

1353 “尊重”的义务中规定了不实施某种行为的义务。这是一种结果义务。因此，只要义务承担方没有“尊重”第12条规定的被保护人，即违反了该项义务。[45]

1354 首先，尊重的义务要求不得直接攻击被保护人或对其实施不分皂白的攻击。[46]因此，根据规制敌对行动的法律，伤者和病者可能永远不会被视作合法的攻击目标。

40 例如，见《日内瓦第一公约》第17条关于死者的规定，以及更一般而言，关于战俘的《日内瓦第三公约》。

41 见关于第14条的评注，第三部分第（一）节。

42 见《日内瓦第三公约》，第29条至第31条。

43 Bothe, p. 55: ‘L’expression “respectés et protégés” implique … ce qui a été expliqué à diverses reprises dans les débats … [que] les personnes et objets protégés ne doivent pas être sciemment attaqués.’（“正如在讨论中多次阐明的，‘受尊重与保护’一词意味着……不得故意攻击被保护人和物体。”）

44 See Breau, p. 169, and Bugnion, p. 471.

45 Draft Articles on State Responsibility (2001), Chapter II. See also James R. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, pp. 91-123.

46 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 134–135, and Bothe/Partsch/Solf, p. 108.

1355 这里产生的一个问题是，尊重伤者病者的义务是否要求在进行比例性评估时，将伤者病者纳入考量。[47]这个问题是有争议的，而且与第12条所规定的内容尤为相关，该条专门规定了第13条提及的受伤或患病的武装部队人员及其他人员。《第一附加议定书》“平民和平民居民”这一特定章节中第51条第5款第2项涉及平民，但没有具体规定伤者病者。[48]考虑到该章所涉及的主题范围，在这一规定中将伤者病者省略可能更多是出于编辑的原因，而非有意将某些类别的被保护人排除在比例性评估之外。

1356 第12条的准备工作中没有提到过这个问题。[49]这并不奇怪，因为1949年关于敌对行动的相关规则并没有像现今这样详细。然而，由于1977年议定书同时涉及尊重和保护伤者病者的义务（《第一附加议定书》第10条）和关于敌对行动的具体规则（《第一附加议定书》第51条、第57条和第58条），人们可能认为在议定书准备工作中会讨论该问题。但是，《第一附加议定书》第10条的准备工作同样也没有提及该问题。[50]

1357 鉴于伤者病者享有特别保护，即在一切情况下均应予以尊重（与保护）的义务，他们也就更加应当享有赋予平民、民用物体和医疗物体的保护。换言之，如果比例性评估应将平民纳入考量，那么伤者病者则更应如此。如果在比例原则中不考虑伤者病者，那么他们是否处于合法军事目标附近，确实不是一个具有法律意义的问题。但是，这就与在一切情况下尊重伤者病者的明确义务和赋予其特别保护的基本理由相矛盾。如果认为直接或不分皂白地攻击伤者病者构成严重破约行为并应严加禁止，但又不应禁止过分的附带伤亡，这是非常不合理的。因此，攻击前进行比例性评估时应考虑军事目标附近是否存在受伤或患病的武装部队人员。另外，基于同样的理由，攻击方必须根据《第一附加议定书》第57条，在涉及平民和受伤或患病之武装部队人员时采取预防措施，保护他们免遭直接攻击和附带损害。[51]

47 关于武装冲突中的比例性概念，见《第一附加议定书》第51条第5款第2项和《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则14。See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 1976–1981, and William J. Fenrick ‘The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare’, *Military Law Review*, Vol. 98, 1982, pp. 91–127.

48 有关攻击时采取预防措施和为防止攻击影响而采取预防措施的义务，也没有明确提及伤者和病者；见《第一附加议定书》第57条和第58条。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则15和22。

49 See Henderson, p. 196. 另见关于第19条的评注，第1797段，以及关于第24条的评注，第1987段。See further Laurent Gisel, ‘Can the incidental killing of military doctors never be excessive?’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 215–230.

50 见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第11卷，第64~79页。

51 不同于比例原则（比例原则要求武装冲突各方不得对平民和民用物体造成过分损害），采取可行之预防措施的义务是一项积极义务，因此将其纳入保护伤者病者的一般义务是合理的。相反观点见，美国《战争法手册》（2015年），第418~419页，第7.3.3.1段。

1358 尊重的义务并不仅限于禁止直接或不分皂白的攻击。该义务还适用于敌对行动之外的其他形式的侵害行为。第12条旨在针对伤者病者的特殊脆弱性对其予以保护，因此尊重的义务应广义解释为不得蓄意伤害伤者病者的一般性禁止性规定。[52]通过比较第12条第1款和第2款，即可得出支持这种解释的理由。通过规定伤者病者应受到人道待遇并列举严格禁止的行为，第2款包含了一般尊重义务的详细内容。第二句话中“尤其”一词表明这种列举并非详尽无遗。因此，虽然第12条第2款列举的示例指出了违反尊重义务的行为，但尊重义务本身更为宽泛，其禁止以任何形式蓄意虐待伤者病者，包括违反行为情节相对较轻的情况。此外，某些特定的严重虐待行为会作为严重破约行为受到制裁。[53]

1359 武装部队遇到敌方滥用“伤者”或“病者”身份时，这种情况可能产生的不确定性会导致在之后的交战中难以确定此种身份，并因而破坏对真正的伤者或病者的尊重。因此，背信弃义这一战争罪就是保护伤者病者的重要的必然结果。[54]例如，《第一附加议定书》第37条第1款第2项列举了一种背信弃义行为，即“假装因伤或因病而无能力”以杀死、伤害或俘获敌人。虽然仅对用以杀死、伤害或俘获敌人的背信弃义行为予以禁止，但为向伤者病者提供可靠且有效的保护，则要求任何人不得假装受伤或患病以获得保护。

（二）保护的义务

1360 根据第12条第1款，伤者病者“在一切情况下，应受……保护”。保护义务与尊重义务互为补充。保护义务要求冲突各方主动采取措施保护伤者病者免受伤害。保护的义务是一种行为义务。因此，冲突各方不仅有义务避免己方部队攻击或以其他方式伤害伤者病者（即予以尊重），也必须尽责地防止伤者病者受到其他形式的侵害（即予以保护）。

1361 第12条第1款并没有具体规定必须保护伤者病者免受何种伤害或危险。保护的义务可理解为暗含保护伤者病者免受他人伤害，他人包括己方士兵和敌方士兵或平民（不论国籍）。另外，保护的义务还可解释为要求采取保护性措施，应对武装冲突局势所产生的其他危险，例如保护伤者病者免受持续的敌对行动、自然灾害或战争遗留爆炸物的伤害。此外，保护的义务还可解释为要求保护伤者病者免受因其伤势或病情带来的危险，即要求提供医疗服务。

52 在这方面，认识到伤者病者的状况会因其性别、年龄或背景而有所不同，可能有助于更好地确定各群体具体的脆弱问题。详见第八部分。See also e.g. Lindsey-Curtet/Holst-Roness/Anderson; Coomaraswamy; and Lindsey, 2001.

53 见《日内瓦第一公约》第50条，以及《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第1项。

54 见《第一附加议定书》第37条；《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第11目；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则65。

1362 规范伤者病者的法律制度在1864年、1906年、1929年及1949年连续经过四次修订，明确旨在最大限度地保护这类人员。[55]在这种背景下，保护伤者病者的义务应作广义解释，包括上述所有形式的伤害或危险。以下两方面进一步证明了这一点：《日内瓦第一公约》（特别是第12条）的目的和宗旨，以及在措辞、准备工作或后续的国家实践中都没有任何迹象表明相反的意思。伤者病者易受伤害，是因为他们身体过于虚弱而无法保护自己免受他人侵害，或者行动不便而较难躲避战场上的某些危险，或是因为其伤势或病情若得不到救治将进一步恶化。此外，还必须考虑到伤者病者特殊的脆弱性。[56]

1363 因此，第1款规定了保护伤者病者免受伤害的一般义务，不论造成伤害的原因为何。关于伤者病者的其他条款规定了该项一般义务的特定方面。例如，收集义务（第15条）旨在保护其免于面临战场上的危险（并且使他们能接受医治），以及保护他们免遭抢劫虐待的义务（第15条）旨在保护其免受他人实施的特定形式的伤害。

1364 后续条款对这项一般义务的不同方面作出更为详细的规定，这一事实并不会导致第1款中更为一般性的规定显得冗余或在任何方面限制这些一般性义务。相反，这些一般性规定作为总括性条款，涵盖广泛，足以填补任何保护方面的空白并将武装冲突所固有的多变性和不确定性纳入考量。

1365 保护的义务要求采取积极措施，保护伤者病者免遭任何伤害或危险。在特定局势中冲突方应具体采取何种行为，取决于一系列限定因素和军事及人道考虑，前者包括伤害的紧迫性、类型和程度，一国的能力及可用资源，该国与违法者的关系，其施加影响或干预的能力等，而这些又取决于地理位置的远近。[57]因此，危险越严峻越迫近，一般对各国的要求就越多。显然，一旦伤者病者落于冲突之一方的权力之下，该冲突方就有更好的方法保护他们，使其伤势或病情免于恶化并免遭其他危险。

1366 最后，关于该条款的时间范围，保护的义务既可作狭义解释，即仅旨在停止持续伤害的义务，也可作广义解释，即主动防止或降低伤者病者所面临的伤害或危险的义务。根据2001年《国家责任条款草案》第14条第3款，“一国违反其必须防止某一特定事件之国际义务的行为，始于该事件开始之时，并持续存在于该事件继续发展的整个期间。”第12条中保护的义务始于“一国获悉或通常而言应当获悉存在重大风险的那一刻”，此处风险是指可能发生的上述任何一种伤害。[58]

55 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第184~185页；另见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第III卷，第57~59页，以及第XI卷，第64~65页。

56 见脚注52。

57 Kessler, p. 506. 例如，保护伤者病者所需措施包括采取对医院、医疗队和医务运输工具标以标志等预防措施，以及必须在远离军事目标的位置设置此类设施的要求。例如，见第19条，第36条和第42条。类似义务也适用于有关战俘营的规定；见《日内瓦第三公约》第23条。

58 See ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 431.

（三）在一切情况下

1367 第12条第1款规定的义务“在一切情况下”均适用，这一表述在其他条款中也存在。[59]例如，在共同第1条中[60]，正如在第12条中一样，这一表述也具有多重法律含义。[61]首先，经常有观点认为，该表述强调了日内瓦四公约的非相互性[62]，意味着即使敌方未能尊重其国际人道法义务，己方对于伤者病者的义务仍然适用。其次，有观点认为，该表述旨在防止有人援引军事必要性的概念或任何其他借口（包括诉诸战争权的考虑）作为不遵守保护伤者病者规则的正当理由。[63]的确，自第二次世界大战结束以来，普遍观点认为，除非有特别规定，否则不得以军事必要性为由违反人道法规则。[64]此外，该表述还可解释为具有地理和时间上的涵义，要求在所有适用《日内瓦第一公约》的地方——在实际战区以及远离战区的地方（后方）——在国际性武装冲突期间的任何时候均应尊重和保护伤者病者。

1368 按照“在一切情况下”的通常含义以及鉴于第12条的宗旨，该表述应作广义解释，涵盖上述提及的所有含义。己方武装部队或无人区的伤者病者应与落于敌人手中的伤者病者一样受到同等尊重。这项义务适用于任何武装部队中的所有战斗员（不论其身份）和非战斗员。这一点还适用于平民，第18条特别规定“一般平民应尊重此种伤者、病者；尤不得施以暴行”。鉴于现代战争往往具有战斗员分散、军事单位孤立、前线易于移动等特性，而且这些特性可能会导致军队与平民更加密切且频繁的接触，因而为此做出明确规定至关重要。因此，有必要让作战部队和普通公众都清楚了解不可侵犯伤病战斗员的原则。出于以上各种原因，该表述应当按字面意思理解。

59 历史上，例如，见1906年《日内瓦公约》第9条和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第1条、第9条及第25条第1款。另见，例如《日内瓦第一公约》第24条；《日内瓦第二公约》第12条；《日内瓦第三公约》第14条；《日内瓦第四公约》第27条；《第一附加议定书》第1条第1款，第10条第2款，第51条第1款及第75条第1款；《第二附加议定书》第4条第1款，第7条第2款及第13条；以及共同第3条第1款。

60 不过，第12条第1款涉及一个完全不同的情形：第12条涉及尊重并保护特定类别人员，而共同第1条中的尊重并保证尊重的义务涉及遵守日内瓦四公约所规定的所有法律规定。

61 见关于共同第1条的评注，第六部分。See also Geiss, 2015, pp. 132–133, and Focarelli, pp. 125–171.

62 针对共同第1条中该表述的使用，这一观点较为普遍。See e.g. Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 47–51; ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 517; and Condorelli/Boisson de Chazournes, p. 19.2007年于日内瓦举行的第30届红十字与红新月国际大会第3号决议对该结论予以确认，决议强调共同第1条中的尊重义务“不是以相互性为基础”（序言部分第12段）。另见《维也纳条约法公约》（1969年）第60条第5款。

63 See also Kleffner, pp. 326–327.

64 See United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, p. 647. 仅在人道法条款明文规定军事必要性为例外情形时，才可做此考虑；见Geiss, 2010, p. 558。

六、第 2 款：给予伤者病者的待遇与照顾

(一) 给予人道待遇与医疗照顾而不得有所歧视

1369 根据第12条第2款的第一句话，“冲突之一方，对于在其权力下之此等人员应予以人道之待遇与照顾”。“应予以”一词表明该款的强制性不容置疑。

1370 第2款适用于伤者病者处于冲突一方权力之下的情形。就本款而言，处于冲突一方权力之下包括处于己方的权力之下。因此，一国对己方武装部队伤者病者（以及第13条所列人员）和敌方伤者病者均负有第12条第2款所规定的义务。的确，对于同时构成战俘的伤病敌方人员，第14条的用词是“落于敌人手中者”。由此可推断，至少就《日内瓦第一公约》而言，第12条中处于冲突一方权力之下的概念与第14条中落于敌人手中的含义不同，前者包括处于己方部队的权力之下。简言之，如果一国事实上有可能不人道地对待伤者病者，那么该人就必须被视为处于这一方的权力之下。

1371 对比第12条第2款和第15条第1款可以发现，后者主要规定的是在敌对行动之后立即提供医疗急救[65]，而前者主要规定的是在更为安全的条件下提供更全面且长期的医疗照顾。

1. 人道待遇

1372 根据第12条第2款，伤者病者“应予以人道之待遇”。对被保护人予以人道待遇这一义务是国际人道法的基石。古今各种人道条约[66]和国际习惯法中都载有这项义务。[67]

1373 这项义务规定的是最低标准，即相关方有责任尊重伤者病者固有的人格尊严[68]，尊重他们作为人类不可侵犯的权利。[69]因此，这项义务渗透到伤者病者待遇的方方面面；在诸多情况下该义务都具有相关性，因此无法对人道待遇作出全面定义，即使试图进行此类定义，结果也会过于局限。出于这个原因，日内瓦四公

65 见关于第15条的评注，第1481~1482段。

66 见《海牙章程》（1899年）第4条；《海牙章程》（1907年）第4条；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第1条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第2条。另见《日内瓦第三公约》第13条，《日内瓦第四公约》第27条，《第一附加议定书》第10条和第75条，这两项条款维护的原则是向没有或不再直接参加敌对行动的人员提供人道待遇。关于非国际性武装冲突的规定，尤其见共同第3条和《第二附加议定书》第4条第1款。

67 《红十字国际委员会国际人道法研究》（2005年）规则87。

68 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则87的评注，脚注42及其包含的参考文献。

69 See e.g. Colombia, Constitutional Court, *Constitutional Case No. C-291/07*, 2007, section III-D, Heading 5: “人道待遇这种一般性保障体现出日内瓦四公约背后的整体指导原则，原因在于该保障本就旨在完成人道任务，即保护个人并保障由此产生的权利。”另见美国《海军手册》（2007年），第11-1至11-2页。

约及其附加议定书（和人权条约一样）明智地避免对此作出定义。[70]不过，应注意的是，为了实现人道待遇，必须理解并考量性别、经济、文化和政治因素在社会结构形成中的作用以及对男性和女性的不同影响。[71]人道待遇的要求是一种结果义务。因此，任何低于人道待遇标准的待遇都违反了该义务。

1374 人道待遇这项义务的保护范围很广，因此为了在司法实践中能够更容易地将该义务适用于具体情形，这一义务有时仅规定为禁止“不人道的待遇”。[72]因此，给予伤者病者人道待遇的义务在逻辑上包含了禁止所有不人道或降低身份的待遇。

1375 第2款中“尤其”一词表明列举并非详尽无遗。第12条未明文列出但第50条有所提及的其他虐待形式（如故意造成重大痛苦）也是禁止的。还可参考共同第3条，其中也明确规定了人道待遇的具体要求，以及何种行动或行为显然低于该标准。

1376 但更重要的是，其他可能无法轻易归入任何现有明文禁止性规定的待遇，也可能会违反人道待遇的义务。例如，厄立特里亚-埃塞俄比亚赔偿委员会（尽管是关于战俘人道待遇的委员会）认为，在战俘的鞋袜被没收后从战场上撤退时，如果强迫他们光脚走过艰险崎岖的道路，“不必要地加剧其苦难”，那么此种撤退行为则违反了《日内瓦第三公约》第20条要求撤退必须“依人道方式”的规定。[73]

1377 鉴于人道待遇标准以人格尊严这一基本概念为基础，各类被保护人因而适用相同的人道待遇标准，并且该标准也同等适用于国际性和非国际性武装冲突。因此，其他人道法条款的相关实践可以提供有益指导，有助于理解第12条第2款所要求的人道待遇以及何种待遇未达到该标准。

1378 例如，《日内瓦第三公约》中的部分义务可理解为对第12条所涵盖的伤者病者予以人道待遇之义务的具体规定，即针对其中落入敌人手中之伤者病者规定了具体的义务。因此，必须为此类人员提供一些条件和保护，包括：满足健康及卫生标准之适当收容场所[74]；充足的食物和用水[75]；与气候相适应的衣物[76]；适当的

70 第3款中使用“treatment”一词（公约约文中文版译为“诊治”），是从“医疗……理由”这一角度出发的，因而显然应按其医学意义理解。相比之下，可以看出第2款第1句话中的“treatment（待遇）”一词应按其一般意义理解。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第1条作出了区别更为明显的规定：“交战国对于在其权力下的〔伤者病者〕应不分国籍，给予人道的待遇和〔医疗〕照顾”。

71 见脚注52。

72 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 520–543.

73 See Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, para. 68.

74 《日内瓦第三公约》第22条第1款和第29条；《日内瓦第四公约》第85条。另见美国《海军手册》（2007年），第11.2段：“人道待遇……。所有被拘留者均应：……2.获得充足的食物、饮用水、住处和衣物。”

75 《日内瓦第三公约》第26条；《日内瓦第四公约》第89条。另见布隆迪《国际人道法条例》（2007年），第15页，关于国际性武装冲突中人道待遇的举例：“被俘敌方战斗员构成战俘。禁止杀害战俘或施以酷刑。他们必须得到人道待遇（获得食物和衣物等）”。另见美国《海军手册》（2007年），第11.2段。

76 《日内瓦第三公约》第27条；《日内瓦第四公约》第90条。另见如布隆迪《国际人道法条例》（2007年），第15页。另见美国《海军手册》（2007年），第11.2段。

医疗照顾[77]；保护他们免受严酷气候的影响[78]；保护他们免受武装冲突的影响[79]；享有履行其宗教义务的自由[80]；以及保护他们免遭侮辱及公众好奇心的烦扰。[81]在被保护人的待遇问题上应充分顾及其性别[82]，而且此类人员不得用作人盾。[83]正如共同第3条评注所指出的，第3条规定的被保护人，如果被剥夺自由，也因其享有得到人道待遇的权利而可享受上述及其他保护。

1379 在第12条第2款的语境下，对人道待遇这一概念的广义解释表面上看似与照顾伤者病者的义务有部分重叠。但这并不是缺陷。相反，这两项义务之间的相互作用形成了一套顾及武装冲突现实情况的全面保护体系。给予伤者病者人道待遇的义务是一项结果义务，因而构成不可降低的最低标准。在任何情况下都应该保证人道待遇。与此同时，照顾伤者病者的义务，特别是在医疗方面，是一种手段义务，取决于当前安全局势中以现有能力可采取的最佳措施。虽然医疗和其他照顾的预期标准可能会因情况而有所不同（特别是可能显著高于人道待遇要求的最低标准），但在任何情况下都不能低于人道待遇的标准。

77 《日内瓦第三公约》第15条、第30条和第31条；《日内瓦第四公约》第91条和第92条。另见如美国《海军手册》（2007年），第11.2段："人道待遇……。所有被拘留者均应：……1.获得适当的医药照顾和诊治。"

78 《日内瓦第三公约》第22条第2款；另见第27条第1款。

79 《日内瓦第三公约》第23条第1款和第2款。

80 《日内瓦第三公约》第34条；《日内瓦第四公约》第86条和第93条。另见美国《海军手册》（2007年），第11.2段："人道待遇……。所有被拘留者均应：……3.准许在符合安全和安保要求的前提下自由进行宗教活动。"

81 《日内瓦第三公约》第13条第2款；《日内瓦第四公约》第27条第1款。根据加拿大《行为守则》（2007年），第2页至第9页第5段，这种条件和保护作为"根据《日内瓦第三公约》规定的标准给予所有被拘留者以人道待遇"之规则的一个要素，适用于被执行军事任务（加拿大国内行动除外）的加拿大部队人员拘留的所有人员。

82 《日内瓦第三公约》第14条第2款；《日内瓦第四公约》第27条第2款。另见如吉布提《国际人道法手册》（2004年），第23页: 'Les femmes ont droit également, en application du DIH [droit international humanitaire], à certaines formes de protection spécifiques à leur sexe, qui sont les suivantes: - Traitement humain des femmes combattantes, notamment des prisonnières de guerre'（"根据国际人道法，女性也享有其性别所特有的某些保护。这些保护如下：女性战斗员享有人道待遇，尤其是女性战俘"）。根据加拿大《行为守则》（2007年），第2~9页，第5段，以下规定作为"根据《日内瓦第三公约》规定的标准给予所有被拘留者以人道待遇"之规则的一个要素，适用于被执行军事任务（加拿大国内行动除外）的加拿大部队人员拘留的所有人员所享有的待遇："给予被拘留者的待遇应顾及其性别。搜身应由同性实施，除非在特殊情况下必须由另一性别者实施。另一性别人员应以尊重的方式实施搜身。"另见《第一附加议定书》第76条第1款。

83 《日内瓦第三公约》第23条第1款；《日内瓦第四公约》第28条。另见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第23目；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则97；英国《武装冲突法手册》（2004年），第15章：国内武装冲突，第392页，第15.14.2段："近期武装冲突中存在着诸多出于保护军事设施免受攻击……的目的而使用"人类盾牌"的行为。这些做法违反了武装冲突法有关攻击、区分以及给予丧失战斗力人员以人道待遇的基本原则（后加着重号以示强调）。

2. 照顾伤者病者的义务

1380 照顾伤者病者的义务要求国际性武装冲突各方提供医疗照顾，即采取积极的措施改善伤者病者的伤势或病情。冲突各方应尽责采取行动，履行这项义务。[84]

(1) 照顾伤者病者之义务的具体内容

1381 这项义务的具体内容取决于个例具体情况下可合理预期提供何种医疗服务。例如，受重伤的士兵比受轻伤的士兵可能需要更多的医疗照顾。即使伤势致命，也应提供一些减轻疼痛和痛苦的照顾或治疗。[85]

1382 此外，相较于手段有限的一方中的医务人员，可预期资源丰富的一方中的医务人员能够并因此应该提供更多医疗服务。[86]与此类似，与没有医务人员相比，可预期在配备此类人员的情况下应该能够提供更高标准的医疗照顾。不过，即使是普通士兵也应该可以提供急救和基本护理。同样，尽责义务所要求的医疗救治标准在下述两种情况下也有所不同：必须在战场上实施医疗救治的情况与伤者病者被转移到离战斗地区足够远的医疗设施这种环境相对安全的情况。

1383 对于应予提供的医疗照顾的种类和质量，基本规则是伤者病者必须受到“其状况所需的医疗照顾和注意”。第12条虽未对此作出明确规定，但《第一附加议定书》第10条第2款规定了这一点并得到广泛接受。[87]《第一附加议定书》第10条第2款详细规定了提供伤者病者状况所需的照顾的义务，要求必须“在最大实际可能范围内”提供照顾。增加这项要求依据的事实是：并非所有国家都有同样的资源，而且对于一个国家来说要为所有伤者病者提供其状况所需的医疗照顾是不太可能的。[88]尽管如此，“在最大实际可能范围内”提供照顾的要求，意味着一方仅达到维系个人生存所需的最低标准是不够的；而必须尽其所能对其进行照顾。照

84 Sassòli, p. 412. 关于尽责标准，见Dupuy, p. 384; Riccardo Pisillo-Mazzeschi, ‘The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States’, *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51, at 41; Jan Arno Hessbruegge, ‘The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law’, *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 36, Nos 2 & 3, 2004, pp. 265–306; Rüdiger Wolfrum, ‘Obligation of Result Versus Obligation of Conduct: Some Thoughts About the Implementation of International Obligations’, in Mahnoush H. Arsanjani *et al.* (ed.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, pp. 363–384; and Timo Koivurova, ‘Due Diligence’, version of February 2010, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL. See also James R. Crawford, ‘Second report on State responsibility’, UN Doc. A/CN.4/498, 17 March 1999, pp. 23–40, and ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430.

85 美国《武装冲突法手册》（2012年），第49页。

86 例如，见Lindsey, 2001, p. 112: “尤其是在武装冲突中，提供安全捐献血液所需的资源可能是有限的。”

87 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则110。

88 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第76~77页。

顾伤者病者还包括为残疾人提供康复治疗。对于敌方武装部队伤者病者而言，这项义务源于《日内瓦第三公约》第30条，但必须指明的是，该义务也适用于一国己方武装部队的伤者病者。另外，根据不歧视原则，照顾己方和敌方伤者病者的标准必须相同。[89]

1384 尽管最理想状况是提供最高标准的医疗照顾，但《日内瓦第一公约》仅要求针对具体情形，考量现有人力和器材资源及安全状况，提供合理预期可达到的标准即可。因此，在某一特定情势下可合理预期的医疗服务的种类，将取决于医务人员的供给、取决于提供医疗护理的是符合资质的医生、护理人员还是士兵或其他没有任何医疗资质的人员。如果医疗器材和医务人员充足，就应达到较高的医疗服务标准。条件欠佳时，可望达到的标准就会相对较低。因此，厄立特里亚-埃塞俄比亚求偿委员会认为“在人员被俘后的初期阶段提供……医疗照顾的要求，必须根据战场上的严酷情况和前线部队现有医疗培训和器材的有限程度予以评估”。[90]

1385 具体的医疗标准可能随时间而变化，而且可能也有国别差异。[91]尽管如此，世界医学协会通过的普遍适用的一般性规定和文件，仍然可以为医疗道德与职业医疗行为方面可适用的标准提供某些一般性指导。[92]关于医师应使用何种器材和技术以及应遵循何种规程，已经有许多研究。在任何情况下，必须始终按照医疗道德规则提供照顾。[93]

1386 《第一附加议定书》第10条第2款进一步规定，必须“尽速”提供照顾。该条中规定的这些标准可理解为，是对照顾伤者病者之义务中的尽责义务的具体规定；因此，它们是《日内瓦第一公约》第12条规定之义务所固有的要求。

89 见第六部分第（一）节第3项。

90 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, para. 70. 埃塞俄比亚指控厄立特里亚“在俘获战俘之后和战俘撤退期间未能按照《日内瓦第一公约》（第12条）和《日内瓦第三公约》（第20条和第15条）中所体现的习惯国际法的要求，向这些埃塞俄比亚战俘提供必要的医药照顾”。埃塞俄比亚指出，“许多埃塞俄比亚宣誓人作证表示，在被俘获时或刚被俘获后不久，其伤口均未得到清洗和包扎，导致感染和其他并发症”。厄立特里亚回应道“其部队尽可能快地（包括在临时营地）提供了基本的急救护理”；*Prisoners of War, Ethiopia's Claim*，第69段。尽管该委员会得出厄立特里亚没有违反公约的一般性结论，但认为后勤和资源制约不能成为不提供基本照顾的借口。

91 见上注，第106段。

92 有关武装冲突期间医学伦理的文件，尤其包括：the World Medical Association's Regulations in Times of Armed Conflict（1956年10月古巴哈瓦那第十次世界医学大会通过，于1957、1983、2004、2006以及2012年修正或修订）；Rules Governing the Care of Sick and Wounded, Particularly in Time of Conflict（1956年10月古巴哈瓦那第十次世界医学大会通过，于1957年和1983年校订和修正）以及Standards of Professional Conduct regarding the Hippocratic Oath and its modern version, the Declaration of Geneva, and its supplementary International Code of Medical Ethics（1949年10月英国伦敦第三届世界医学协会大会通过，于1968、1983和2006修正）。另见红十字国际委员会《战地救护面临危险：武装冲突和其他紧急局势中的医务工作者的责任指南》，红十字国际委员会，日内瓦，2012年，第55~62页。

93 Bothe/Partsch/Solf, p. 108, para. 2.3 (end). 另见《第一附加议定书》第16条第1款和第2款，其中明文提及医疗道德。

1387 照顾伤者病者的义务还包括其他形式但同样重要的非医疗照顾，如提供食物、避难所、衣物和卫生用品。[94]这是因为仅治疗伤病不足以改善伤者病者的境遇。实际上，提供医疗照顾但不提供充足的食物、避难所、衣物和卫生用品，是毫无意义的。[95]

1388 重伤士兵长期在医院接受治疗的情况下更是如此。第12条之所以没有对此作出专门规定，可能是因为第14条规定伤者病者“落于敌人手者，应为战俘”，他们因而受益于《日内瓦第三公约》第25、26、27和29条关于提供充足的宿舍、食物、衣物和卫生用品的规定。不过，关于冲突一方对己方伤病人员所负之义务，并没有此类具体规定。

(2) 备有医疗服务的义务

1389 医疗照顾的质量取决于医疗服务能否正常运作，包括是否备有足够的合格医务人员和医疗器材。因此，尤为重要的是，应考虑为伤者病者提供医疗照顾的义务是否还要求武装冲突各方将医疗服务配置到位，并针对预计可能产生的伤病人数为医疗队配备相应的医疗器材与医务人员。对此，1906年外交会议秘书长指出，冲突各方都有义务预先提供足够的医务人员和医疗器材，以确保所有伤者病者得到医疗照顾。[96]有证据表明，许多国家都预先做了这种准备。[97]

1390 毫无疑问，只有医疗服务到位，才能有效履行为伤者病者提供医疗照顾的义务。因此，由于备有医务人员和医疗器材是提供医疗照顾的先决条件，公约缔约国因而必须在合理预期范围内采取相应的准备性和组织性措施。

1391 并没有明确规则规定，如果预期可能出现X名伤者，就必须部署Y名医务人员。但如果发生极端情况，即武装冲突一方疏于提供任何医务人员或医疗器材和设施，那么这种不作为将违反照顾伤者病者的义务。这一点已由厄立特里亚-埃塞俄比亚求偿委员会予以确认：

94 起草《第一附加议定书》时，罗马教廷提出一项修正案，以明确规定应满足伤者病者的全部需求，而不仅只是医疗需求。该提案仅在口头商议期间提出，并未正式提交，因此最终未获采纳。就我们所知，这仅仅是因为编辑的考量，而不是因为人们认为伤者病者无权得到食物、住所、衣物和卫生用品。罗马教廷的这项提案得到了美国和比利时的支持；伊拉克则指出，提案中使用了“医疗照顾”一词，而该词的含义比“医治”广泛。《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第69、73、77及78页。

95 更多关于妇女卫生和营养需求的详细内容，见第1434段。

96 Röthlisberger, pp. 18–20.

97 见Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, *Physicians for Human Rights v. Prime Minister of Israel and others*, Judgment, 2009，第9段：“被告提交了其为维持和改进伤者撤退协调工作而在军事活动之前和期间所采取的措施的详细资料。”另见英国《医疗联合条令》（2011年），第5章，“行动”和第1A5段。

> 至少目前不能要求厄立特里亚和埃塞俄比亚采用与发达国家同样的医疗救治标准。但是，资金不足和基础设施欠缺不能成为其未能提供国际人道法所要求的最低医疗照顾标准的理由。与武装冲突所带来的其他成本相比，医疗照顾的成本无论如何都是相对较低的。[98]（后加着重号以示强调）。

> 该求偿委员会因此确认，无论具体情况如何，按合理预期，一国均应能够提供基本最低限度的医疗照顾，即使该国资源严重匮乏也是如此。这种合理预期可能因每个国家的资源与其他领域的发展水平而异，也可能随时间而变化。但各国必须建立可使其履行其人道法义务的医疗部门。[99]

3. 禁止歧视

1392 根据第12条第2款，伤者病者必须予以照顾，“不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视”。从历史上看，非歧视条款背后的理念是确保敌方伤者病者受到与己方武装部队人员同样的待遇与照顾。因此，1906年和1929年《日内瓦公约》中的早期条款仅规定了禁止以“国籍”为标准加以歧视。[100]随着时间的推移以及人权法领域的发展，[101]受禁止的歧视标准清单得以扩展。

1393 不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见而有所歧视的理由不言而喻，[102]但“其他类似标准”这一用语则须作进一步解释。该用语表明第2款所列标准并非详尽无遗。起草者十分明智地预见到受禁止标准的种类将经历各种变化，因此选择了一种足够开放的措辞，以囊括各种新增理由。[103]确定禁止歧视的范围最重要的是确定在特定的时间哪些标准应受禁止。《第一附加议定书》第9条要求在适用这些旨在改善伤者病者境遇的规定时，应“不加任何以种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或其它意见、民族或社会出身、财富、出生或其他身分或任何其它类似标准为依据的不利区别”。[104]由于第12条第2款采用开放式用

98 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, paras 138 and 115–119; *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, paras 104–107.

99 另见《经济、社会及文化权利国际公约》（1966年）第12条第2款第3项与第4项以及联合国经济及社会理事会，《第14号一般性意见：享有能达到的最高健康标准的权利》，联合国E/C.12/2000/4号文件，2000年8月11日。

100 见《日内瓦公约》（1906年）第1条；另见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第1条。

101 尤其，见《世界人权宣言》（1948年）第2条。

102 1966年《公民及政治权利国际公约》第2条第1段，见联合国人权事务委员会，General Comment No. 18, Non-discrimination, 10 November 1989。1950年《欧洲人权公约》第14条及其2000年《第十二议定书》，见 Heiko Sauer, 'Art. 14: Diskriminierungsverbot', in Ulrich Karpenstein and Franz C. Mayer (eds), *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, Beck, Munich, 2012, pp. 340–358。

103 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第190~191页。

104 《第一附加议定书》第75条第1款要求提供保护时，“不得以种族、肤色、性别、语言、宗教或信仰、政治或其它意见、民族或社会出身、财富、出生或其它身份或任何其它类似标准为依据而加以不利区

语，而且该款的背景是当代受禁止的标准清单，因而可以将《第一附加议定书》规定的附加标准纳入考量。

1394 第12条中的非歧视条款并不禁止所有的区别，仅规定不得基于受禁止的标准而“有所歧视”。[105]尤其是对于为伤者病者提供（医疗）照顾的义务而言，健康状况不同显然要求采用不同的治疗形式，因此难以避免会出现区别。这一道理也体现在第12条第3款中。该款规定，医疗上的紧急理由是优先获得诊治的依据之一。另外，这种解释既符合当代习惯国际法规则，也符合《第一附加议定书》第10条第2款的规定，该款要求“不应以医疗以外任何理由为依据而加以任何区别”。[106]

1395 给予伤者病者平等诊治与照顾所需的非不利的区别不受禁止，而且还有利于无歧视地履行该项义务。这包括在伤者病者可能因其自身的社会、经济、文化或政治状况或地位而无法寻求并获得同等照顾的情况下，采取措施确保其获得此类照顾。[107]

1396 由此产生的一个难题是，禁止“有所歧视”的规定，是否也禁止在敌方人员获得的医疗照顾达到可接受标准的情况下，为己方人员提供优待。据报道，在伊拉克和阿富汗武装冲突期间，受伤的美国士兵病情稳定后被尽速运至德国或美国接受进一步治疗，但“另一方面，伊拉克战俘和平民却在伊拉克接受全部治疗”。[108]按照第2款第一句的措辞，可以认为这种行为构成以国籍为依据的区别，因此可能似乎属于受禁止的“歧视”。但也可认为，只要在美国权力下的伊拉克士兵受到的医疗照顾标准等同于在伊拉克接受照顾的美国士兵所享有的标准，就不存在第2款意义上的不利区别（歧视）。禁止歧视的要旨并不在于防止己方士兵获得尽可能好的医疗照顾，而是在于确保敌方士兵能够获得其伤势或病情所需要的照顾，确保不得为了将医护人员或其他资源用于治疗己方部队人员而降低敌方士兵的医疗照顾标准。

别”。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则88；人权法非歧视原则涉及类似的标准，例如，见《联合国宪章》（1945年）第1条第3款；《消除种族歧视公约》（1965年）第2条；《公民及政治权利国际公约》（1966年）第2条第1款；《经济、社会及文化权利国际公约》（1966年）第2条第2款和第3条；《消除对妇女歧视公约》（1979年）第2条；《儿童权利公约》（1989年）第2条第1款；《欧洲人权公约》（1950年）第14条；《美洲人权公约》（1969年）第1条第1款以及《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第2条。

105 此外，第2款仅禁止针对特定人群（即伤者病者）的歧视。因此，该款在范围上与习惯国际人道法中规定的一般规则相比更为有限。根据习惯国际人道法，“禁止在适用国际人道法时，……加以不利区别”（2005年《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》规则88）。

106 同上注，规则110。

107 为履行第12条的义务，必须借鉴具有不同视角的人员的经验，识别并评估与害怕污名、社会后果或歧视有关的社会和文化障碍是如何阻碍平等获得治疗或照顾的。例如，在某个特定情形下，对于心理问题、被污名化的疾病、性暴力或基于性别的暴力行为，男性和女性的处理方式是不同的。典型的非不利区别包括（如可能）：如符合文化习俗，女性伤者病者应仅由女性卫生工作者照顾其需求；为男性和女性提供独立诊室；以及明白处理不同性别所特有的健康问题或暴力经历时需要注意敏感事宜并酌情行事。

108 Gawande, p. 2473.

(二) 受特别禁止的行为种类

1397 第12条第2款“严格”禁止“对〔伤者病者〕生命之任何危害或对其人身之暴行”（后加着重号以示强调）。[109]“严格”一词用以强调这些禁止性规定的绝对性，即不允许任何例外。“任何”一词则表明这些一般禁止性规定应广义解释为涵盖针对伤者病者的任何形式的暴力行为，包括致命和非致命暴力，以及身体或心理层面的暴力。

1398 第2款第二句话列举了这些一般受禁止之行为的具体示例，即谋杀、消灭、酷刑、供生物学实验、故意不给予医疗救助及照顾以及造成使其冒传染病危险之情况。这些不得实施的行为是给予伤者病者人道待遇义务的具体表现形式。

1399 受禁止行为种类的列举并非详尽无遗。正如“尤其”一词所示，其它种类的行为也可能受到禁止。对于下述行为尤其如此：第12条第2款未明文规定，但在该公约第50条中列为严重破坏公约行为的行为。[110]这一点尤其适用于“不人道待遇”和“故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害”这些严重破坏公约行为。[111]

1400 这一点同样适用于性暴力和“损害个人尊严，特别是侮辱性和有辱人格的待遇”。[112]这些形式的受禁止行为可归为“对其人身之暴力”而受禁止或归为第2款第一句中的不人道待遇而受一般性禁止。

1. 谋杀

1401 日内瓦四公约及其附加议定书虽然禁止谋杀，[113]但并未对其进行定义。有人指出“谋杀是一种易于理解的犯罪，而且各国国内法中对其均有明确的界定。这一受禁止行为因而无须作进一步解释”。[114]但受国内刑法传统的影响，各国国内立法对于谋杀概念的理解可能不尽相同。[115]

109 与英文同等作准的法文约文第12条为：“Est strictement interdite toute atteinte à leur vie et à leur personne”（“严格禁止任何对其生命和人身的伤害”）。

110 另见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第1项。

111 见第50条。

112 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第21目和第22目。See also Roberta Arnold and Stefan Wehrenberg, ‘Outrages upon personal dignity’, in Triffterer/Ambos, pp. 469–476, and Michael Cottier and Sabine Mzee, ‘Rape and other forms of sexual violence’, in Triffterer/Ambos, pp. 476–503.

113 除《日内瓦第一公约》第12条的规定外，谋杀还受《日内瓦第二公约》第12条和《日内瓦第四公约》第32条的禁止。《日内瓦第三公约》没有规定对谋杀的具体禁止，但其第13条一般性地禁止“拘留国任何不法行为或因不法行为可导致其看管中之战俘死亡或严重危害其健康者”，并要求“战俘……应在任何时受到保护，尤其免致遭受暴行”；详见关于这些条款的相应评注。《第一附加议定书》第75条第2款第1项、共同第3条、《第二附加议定书》第4条第2款第1项以及习惯国际人道法（《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则89）也对谋杀予以禁止。

114 See ILC Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996), p. 48, para. 7, 在其意见中将“谋杀”视作一种反人类罪。

115 对一些法律体系的综述，例如，见Jeremy Horder (ed.), *Homicide Law in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford, 2007。

1402 根据前南刑庭，“故意杀害”和“谋杀”之间并不存在对内容产生影响的明确界限，[116]唯一的区别是在非国际性武装冲突中，“犯罪不需要针对‘被保护人’，只需针对‘不实际参加战事’之人”。[117]这一方法受到判例法的一致认可，并在2002年得到国际刑事法院缔约国大会的肯定，大会对国际性武装冲突中“故意杀害”这一战争罪与非国际性武装冲突中的“谋杀”，（除在受害人方面）规定了实质相同的犯罪要件。[118]因此，“谋杀”的含义可以参考关于“故意杀害”的国际判例法，反之亦然。[119]

1403 基于以上评述，可将第12条所禁止之“谋杀”的构成要件定义如下：

— 禁止杀害武装部队伤者病者或《日内瓦第一公约》第13条中规定的其他伤者病者，或致其死亡。[120]

— 无论是以作为还是不作为的方式实施谋杀都受禁止。[121]因此，例如，在有条件向责任之下属于《日内瓦第一公约》意义上的伤者病者提供充足的食物或医疗照顾时，蓄意不予提供而致使其死亡的，也属于第12条所禁止的谋杀。[122]

— 应予禁止的“谋杀”（而非谋害他人生命的其他行为），是指故意杀害或致使伤者病者死亡，以及过失杀人或致其死亡的行为。不论是作为还是不作为，无需存在预谋，均属于第12条所禁止的“谋杀”。相反，因纯粹意外或因个人疏忽的作为或不作为的不可预见的结果所造成的死亡，不可归于该条所禁止的“谋杀”范围。[123]但对此必须牢记的是，在许多情况下，《日内瓦第一公约》意义上的伤者病者是在冲突一方的完全控制之下，因而其生存有赖于该方。因此，该方应在某

116 See ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 422.

117 See ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 233.

118 根据2002年《国际刑事法院犯罪要件》，1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第1项第1目中故意杀害这一战争罪所采用的部分要件如下：

1. 行为人杀害一人或多人。（脚注：“杀害”一词可与“致人死亡”一词互换。该脚注适用于使用这两个概念的所有要件。）

2. 该一人或多人受1949年日内瓦四公约中一部或多部公约的保护。

1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第3项第1目中谋杀这一战争罪所采用的部分要件如下：

1. 行为人杀害一人或多人。

2. 该一人或多人为不实际参加敌对行动的失去战斗力的人员、平民、医务人员或宗教人员（脚注忽略）。

119 详见关于第50条的评注，第四部分第（一）节。

120 详见上注。

121 这与违反这一禁止性规定是否会导致国际刑事责任无关。详见上注。

122 见关于第50条“故意杀害”这一严重破约行为的评注，第四部分第（一）节。柬埔寨法院特别法庭认定一名被告犯有故意杀害这一严重破坏公约的行为，理由是被拘留者死亡是由“明知可能致人死亡而不作为和向其施加的拘留条件”所造成的；*Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 437. 另见第12条专门对于故意不给予伤者病者医疗救助或照顾的行为的禁止性规定，此类行为如导致死亡，就与不作为杀害相重合。

123 详见关于第50条的评注，第四部分第（一）节。

种程度上给予照顾并克尽职责，才可使其致人死亡的作为或者不作为行为不被视作疏忽大意。[124]

1404 无论动机如何，谋杀都受禁止。因此，所谓的“怜悯杀人”，即杀死伤病战斗员使其“摆脱痛苦”的行为违反第12条，构成故意杀害这一严重违反公约行为。另外，有资料表明，“射击〔敌方〕伤者或看似已死亡的人员，以确保其死亡”的这种所谓“死亡检查”的做法，在战场上相当普遍。[125]无论这些主张是否成立，这种做法都应予以禁止。[126]个人一旦成为人道法规定的伤者病者，任何企图谋害其生命的行为即为第12条所禁止，并在满足相应犯罪构成要件时，构成故意杀害。

2. 消灭

1405 日内瓦四公约没有对消灭作出定义。[127]“消灭”一词的通常意义指的是完全摧毁或者根除。[128]

1406 因此，第12条所禁止的消灭行为，似乎涵盖的是针对《日内瓦第一公约》所保护的伤者病者整个群体实施谋杀的情况，而该条所禁止的谋杀则涵盖杀害单个伤者病者的情况。

1407 此种对消灭的这种理解，可以通过比较其他国际文件中对该词语的使用予以确认。根据《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》、《卢旺达问题国际刑事法庭规约》、《国际刑事法院规约》、《柬埔寨法院特别法庭规约》以及《塞拉利昂问题特别法庭规约》，消灭是一种反人类罪。[129]有关消灭的国际判例法通常涉及

124 See Dörmann, p. 43, referencing, *inter alia*, United Kingdom, British Military Court at Brunswick, *Gerike case*, Trial, 1946, pp. 76–81, 该案中被告被控犯有战争罪，其中数人被定罪，理由是“他们于1944年5月至12月期间在德国维普克实施了因故意疏忽而杀害多名波兰籍儿童的行为，违反了战争法律和惯例”。尽管该案不涉及《日内瓦第一公约》意义上的伤者病者，但案情具有可比性。

125 Solis, pp. 327–330, and Simpson, p. 751.

126 另见与英文同等作准的法文约文第12条：“Est strictement interdite toute atteinte à leur vie et à leur personne et, entre autres, *le fait de les achever ou de les exterminer* …”（“严格禁止任何对其生命和人身的伤害，包括加以谋杀或消灭……”）（后加着重号以示强调）。“Achever”的含义之一就是“施以致命一击”(*Le Petit Larousse*, 2008, p. 11)。

127 除《日内瓦第一公约》第12条外，《日内瓦第二公约》第12条和《日内瓦第四公约》第32条也对消灭予以禁止。《日内瓦第三公约》未具体规定禁止消灭，但其第13条一般性地禁止“拘留国任何导致其看管中之战俘死亡或严重危害其健康的不法行为或不作为”，并规定“战俘……应在任何时受到保护，尤其免致遭受暴行”；详见关于这些条款的评注。

128 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 504.

129 见《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》（1993年）第5条第2项；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》（1994年）第3条第2项；《国际刑事法院规约》（1998年）第7条第1款第2项；《柬埔寨法院特别法庭设立法》（2001年）修正版第5条；以及《塞拉利昂问题特别法庭规约》（2002年）第2条第2项。对此另见1945年《纽伦堡宪章》第6条第3项，该条将消灭规定为危害人类罪。

杀害大量个人的情况。[130]《国际刑事法院犯罪要件》还将灭绝这一危害人类罪定义为杀害一人或多人，“包括施加某种生活状况，目的是毁灭部分的人口”。[131]《国际刑事法院犯罪要件》指出，“施加这种状况可以包括断绝粮食和药品来源”。[132]《国际刑事法院犯罪要件》要求行为人的行为构成大规模杀害平民人口的成员，或作为这种杀害的一部分发生，以此进一步确认应将消灭理解为针对多人实施的行为。[133]

1408 因此，《日内瓦第一公约》第50条并未将消灭列为严重违反公约的行为。第50条规定的是“故意杀害”。与谋杀一样，消灭《日内瓦第一公约》保护的伤者病者可归为故意杀害这种严重违反公约的行为，因而需要由《日内瓦第一公约》缔约国予以取缔。

3. 酷刑

1409 尽管人道法中已经明确确立对酷刑的禁止，[134]但是日内瓦四公约或其附加议定书均未对酷刑予以定义。首次作出定义的国际条约是1984年的《反酷刑公约》。[135]以此为基础，前南刑庭将人道法中的酷刑定义为通过作为或者不作为，蓄意施以身体上的或精神上的严重痛苦或折磨，旨在获取信息或者供词，惩罚、恐吓或者强制受害人或者第三人，或者以任何理由歧视受害人或者第三人的行为。但是，对于施加酷刑之目的的示例并非穷尽式列举。[136]

130 See e.g. ICTY, *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 229; *Krstić* Trial Judgment, 2001, para. 498; *Stakić* Appeal Judgment, 2006, para. 252; ICTR, *Bisengimana* Trial Judgment, 2006, para. 72; *Gacumbitsi* Trial Judgment, 2004, para. 309; *Rutaganda* Trial Judgment, 1999, para. 82; *Nahimana* Trial Judgment, 2003, para. 1061; *Ntagerura* Trial Judgment, 2004, para. 701; *Ntakirutimana* Appeal Judgment, 2004, para. 521; *Rutaganira* Trial Judgment, 2005, paras 49–50; *Bagilishema* Trial Judgment, 2001, para. 87; *Kamuhanda* Trial Judgment, 2004, para. 692; and *Kayishema and Ruzindana* Trial Judgment, 1999, para. 145. For a commentary, see Christopher K. Hall and Carsten Stahn, ‘Extermination’, in Triffterer/Ambos, pp. 250–258.

131 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第7条第1款第2项以及《国际刑事法院规约》（1998年）第7条第2款第2项。《灭绝种族罪公约》（1948年）第2条第3项也使用了“施加某种生活状况，目的是毁灭部分的人口”这种措辞。但与消灭相反，灭种行为是蓄意全部或部分毁灭一民族、人种、种族或宗教团体。

132 《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第7条第1款第2项，第1段脚注9。

133 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第7条第1款第2项。

134 除第12条外，《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条和《日内瓦第四公约》第147条也将酷刑规定为严重破约行为。共同第3条、《第一附加议定书》第75条第2款第1项、《第二附加议定书》第4条第2款第1项以及习惯国际人道法（2005年《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》规则90）也对酷刑予以禁止。

135 1984年《禁止酷刑公约》第1条第1款。

136 前南刑庭最初在“库纳拉茨（Kunarac）”案中列举了实施酷刑的目的清单，而且不包含清单之外的目的；Trial Judgment, 2001, para. 497。当时，审判庭对这些目的成为习惯国际法之一部分感到满意，因此认为其无需在该特定诉讼案中审查其它可能存在的目的：*ibid*. para. 485。此后，前南刑庭承认该目的清单并非详尽无遗；see e.g. *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 487; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 235; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 513.

1410 第50条将“酷刑”与“不人道待遇”均列为严重破坏公约行为，二者之间的区别在于，必须达到较高的疼痛或痛苦程度才能构成该条中的酷刑，即必须“非常严重”而非“严重”，同时施以这种疼痛或痛苦必须是出于特定的目的或动机。人道法不要求酷刑行为必须有官方参与。

1411 精神上的痛苦和折磨本身也可达到足以构成酷刑的严重程度。[137]《日内瓦第三公约》和《第一附加议定书》明文规定禁止身体上和精神上的酷刑。[138]通过精神方法实施酷刑以及酷刑的精神后果，可以造成与身体酷刑及其后果同样严重的痛苦。[139]

1412 根据条约与习惯国际法，无论武装冲突为国际性还是非国际性，酷刑这一战争罪涵盖的行为都是相同的。[140]《国际刑事法院犯罪要件》也未按照武装冲突的性质对这种罪行作出任何区分。[141]

4. 生物学实验

1413 在伤者病者等被保护人身上进行生物学实验违反了给予这些人员人道待遇的义务。1949年外交会议明确力图禁止生物学实验，“以防二战期间集中营中出现过的残酷实验再次发生”。[142]

1414 日内瓦四公约及其附加议定书均未对“生物学实验”这一概念进行定义。但是，按照其通常含义，“生物学实验”一词指的是主要旨在研究某种效果未知的产品或者状况（例如温度极低或海拔极高的环境）对人体的影响的行为。与《日内瓦第三公约》禁止医学或科学试验一样，[143]生物学实验也应加以禁止，出于被保护人接受医疗诊治、牙科治疗或住院治疗的正当理由，为实现此类人员的利益而实施的除外。[144]生物学实验，除非旨在改善被保护人的精神和身体健康状况且符合其利益，否则均为非法且构成《日内瓦第一公约》第50条规定的严重破坏公约行为。

137 ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 149. See also *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514.

138 《日内瓦第三公约》第17条；《第一附加议定书》第75条第2款第1项第2目。

139 Inter-American Court of Human Rights, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, Judgment, 2003, para. 93. On this subject, see Hernán Reyes, ‘The worst scars are in the mind: psychological torture’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867, September 2007, pp. 591–617.

140 ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 482. See also ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 178; *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 139; *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 497; *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 158; *Stanišić and* Župljanin Trial Judgment, 2013, para. 54; and ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 439.关于国际性武装冲突中作为严重破约行为的酷刑，详见关于第50条的评注，第四部分第（二）节。

141 Dörmann, p. 401. Confirmed by ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 482, and *Stanišić and* Župljanin Trial Judgment, 2013, para. 54. 更多信息，另见关于共同第3条的评注，第七部分第（二）节第5项中对酷刑的讨论。

142 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第248页。

143 关于禁止科学或医学试验，见《日内瓦第三公约》第13条。

144 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第191页。

1415 因此，第12条禁止非为伤者病者的健康状况所要求且与进行医疗程序一方未剥夺自由的国民在类似医疗情况下所适用的公认医疗标准不符的医疗程序。[145]

1416 这种禁止具有绝对性，因为伤者病者或被拘留者无法有效地同意一项特定的生物学实验。[146]但是，不得将禁止生物学实验理解为治疗或临床研究也受法律禁止。[147]这项禁止性规定也不阻止负责伤者病者的医生出于医学上的正当理由和单纯为改善患者状况之目的，尝试采用新的治疗方法。患者有权自由地同意参与旨在改善其健康的药物试验，前提是此类试验的实施方式和条件等同于普通市民参与的试验。[148]

1417 就人道法禁止性规定而言，生物学实验即使未导致死亡或严重危及受害人的健康，也是非法的。[149]

1418 更多关于国际性武装冲突中生物学实验作为一项严重破约行为的详细讨论，见关于第50条的评注，第四部分第（四）节。

5. 故意不给予伤者病者医疗救助及照顾

1419 故意不给予伤者病者医疗救助及照顾同样受到第12条第2款的严格禁止。尽管日内瓦四公约未将该行为列为严重破约行为，但此类行为仍可能构成不人道待遇、故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，或者根据具体情况构成故意杀害。[150]

6. 造成使伤者病者冒传染病危险之情况

1420 第2款规定，各方不得造成使伤者病者冒传染病危险之情况。外交会议代表们认为，“传染”一词“适用于在人际间传播的疾病，而感染一词……尤其适用

145 这一表述参考了《第一附加议定书》第11条第1款和2002年《国际刑事法院犯罪要件》关于1998年《国际刑事法院规约》中有关进行医学或科学试验这种战争罪的规定，脚注46。对这一问题的全面解释，见关于《日内瓦第一公约》第50条的评注，第四部分第（四）节。

146 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则92的评注，第306~307页，该条评注参照了诸多国际文件、官方声明以及判例法，其中均涉及此项禁止性规定但并未针对被拘留者同意该医学程序的情况制定任何具体的例外规定。更多信息，见关于第50条的评注，第四部分第（四）节。

147 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第191页:

> 生物学实验。委员会详细讨论了是否需要对这些词语进行定义，还特别讨论了其范围是否应当通过增加“非为医学治疗所必须的”等短语进行限制。但事实上，按照其普遍接受的含义，生物学一词并不适用于内科或外科的治疗。

148 详见关于第50条的评注，第四部分第（四）节。

149 生物学实验这种严重破约行为要求该行为严重危及被保护人的健康或尊严。见上注。在这一点上，实施生物学实验的刑事责任的范围比人道法上禁止进行实验的范围要窄些。

150 柬埔寨法院特别法庭认定一名被告犯有故意杀害这一严重破坏公约行为，理由是被拘留者死亡是由“明知可能致人死亡而不作为和向其施加的拘留条件”所造成的；*Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 437. 前南刑庭和卢旺达刑庭均接受第7条第1款意义上的不作为成立；see ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, para. 188; *Kordić and* Čerkez Trial Judgment, 2001, paras 375–376; and ICTR, *Musema* Trial Judgment, 2000, para. 123.

于通过人为的方式，如注射导致的感染”。[151]这项禁止性规定应该可以提醒各方注意，任何故意将伤者病者暴露于这种不可接受的条件之下的行为，显然均受禁止，并且可能构成严重破约行为。无论如何，照顾伤者病者的义务要求武装冲突各方不仅应避免使伤者病者冒传染病危险，还应采取更多措施。武装冲突各方必须尽责采取行动，努力创造在当时情况下尽可能良好的卫生条件。

七、第 3 款：可予提前诊治的情况

1421 根据第3款，“只有医疗上之紧急理由，可予提前诊治”。“只有”一词意味着不允许基于“医疗上之紧急理由”之外的标准优先诊治任何人员。最明显的例子是根据患者国籍优先提供医疗服务，从而导致敌方人员无法获得的充分照顾。第12条第2款禁止在照顾伤者病者的任何方面存在歧视。因此可以推断，不得基于该款所列举的任何标准作出分诊决定。第3款专门规定了一项明确的规则，允许作出区别予以“提前诊治”。

1422 对此，人道法没有规定可以援引何种“医疗上之紧急理由”。一般观点认为，作此类决定时应遵循医学伦理规则和公认的医学职业标准。[152]因此，从时序角度看，优先治疗重伤患者而非轻伤患者是正当的。另外，如果镇痛剂供应不足，那么为重伤士兵而非轻伤士兵缓解痛苦也是正当的。

1423 第3款允许基于医疗理由对个人或群体进行区别。[153]医疗分诊原则也可成为优先诊治可援引的正当医疗理由。医疗分诊在武装冲突期间尤为重要，因为此时可能存在大量伤者病者，但医务人员和医疗器材却可能十分有限。在此类情形中，应将更多的时间、人力和器材资源投入到重伤士兵而非轻伤士兵身上。实际上，在这种情况下，医疗分诊是确保向尽可能多的人员最高效地提供医疗照顾的必要前提。[154]红十字国际委员会指出：

151 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第191页。根据现今的认知，疾病也能够在动物和人之间传播。译者注：第2款相关规定英文版为：“conditions exposing them to contagion or infection”（使其冒传染病危险之情况），该中文译文将contagion（传染）和infection（感染）合并译为传染病。

152 Bothe/Partsch/Solf, p. 108, para. 2.3. See also World Medical Association, International Committee of Military Medicine, International Council of Nurses and International Pharmaceutical Federation, *Ethical Principles of Health Care in Times of Armed Conflict and Other Emergencies*, 2015, Principle 7, https://www.icrc.org/en/document/common-ethical-principles-health-care-conflict-and-other-emergencies.

153 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则110。

154 关于分诊的概述，见Kenneth V. Iserson and John C. Moskop, ‘Triage in Medicine, Part I: Concept, History, and Types’, *Annals of Emergency Medicine*, Vol. 49, No. 3, March 2007, pp. 275–281; Jonathan P. Wyatt *et al.* (eds), *Oxford Handbook of Emergency Medicine*, 4th edition, Oxford University Press, 2012, p. 7; and Vivienne Nathanson, ‘Medical ethics in peacetime and wartime: the case for a better understanding’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 189–213, especially at 199–200.

分诊的最终目的是达到现有人员和资源的最佳利用效果，从而尽可能多地救治生存几率大的伤员。因此：

— 不应为特定个人，而应为尽可能多的人的最大利益作出选择；
— 由于时间和资源有限，部分伤员甚至无法获得诊治，治疗遭到中断，或者未曾有医疗后送的机会。

分诊工作可能极具挑战。分诊决定是所有医疗卫生工作中最难做出的抉择。[155]

1424 照顾尽可能多的伤者病者这一目标符合第12条的宗旨，也符合医学伦理。在这一背景下，可依据的“医疗上之紧急理由”必须解释为包括个人和集体的医疗理由，因而也允许在完全基于医疗理由的前提下进行医疗分诊。

1425 第3款明确规定不得以医疗上之紧急理由以外的任何因素为由优先诊治任何人员。由此可以得出，不得援引军事必要作为这种区别待遇的正当理由。尽管允许在所谓的“战地救护站”对轻伤士兵进行快速治疗，以便使其尽快重返战场，但不允许以牺牲那些无法立即重返战场的重伤士兵为代价，优先治疗仅需简单包扎的轻伤士兵。

八、第 4 款：妇女之待遇

1426 在武装冲突中应向冲突一方权力之下的妇女予以特别尊重这一原则首次出现在1929年《关于战俘的日内瓦公约》第3条中。[156]这一规定主要是根据大量妇女卷入第一次世界大战这一事实而制定的。自此以后，无论是女性在武装部队服役的人数，还是在战场上下发挥的各种作用，都能看出她们越来越多地参与到武装冲突中。[157]尽管战争通常被认为是男性的领域，但女性也越来越多地涉足前线的近战岗位。[158]

1427 自1949年以来，出现了许多与性别平等有关的社会和国际法律方面的发展。[159]如今人们也深刻认识到，妇女、男子、女童和男童因受武装冲突的影响各

155 ICRC, *First Aid in Armed Conflicts and Other Situations of Violence*, ICRC, Geneva, 2010, p. 116.

156 《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第3条：“战俘应享受人身及荣誉之尊重。对于妇女的待遇应充分顾及其性别。俘虏应保持全部民事能力。”

157 根据各国国防部官方网站，在大国武装部队中全职服役的女性比例在稳步提高，如澳大利亚（约14%）、英国（约9%）以及美国（约14.6%），部分战斗职位对于性别的限制也较少。例如在澳大利亚，2011年到2016年期间，所有招聘岗位类别均向女性开放，以确保职业选择仅受个人能力是否满足职位全部要求的限制，而非基于其性别。红十字国际委员会进行的实地调研表明，在某些冲突中，女性战斗员在某些非国家武装团体的占比达30%。

158 若干国家向女性开放战斗岗位，包括加拿大、丹麦、芬兰、法国、德国、以色列、荷兰、新西兰、挪威、波兰、罗马尼亚、西班牙、瑞典以及最近开始的澳大利亚。

159 1966年联合国大会通过了《公民及政治权利国际公约》，规定了男女平等原则（第3条）和不歧视原则（第2条和第26条）。1979年通过的《消除对妇女一切形式歧视公约》沿袭了这些原则。最近，国际社会已经承认在和平时期的不平等和歧视与武装冲突时针对妇女的暴力行为之间存在关联。联合国秘书长，《秘书长关于妇女、和平与安全的报告》，联合国S/2002/1154号文件，2002年10月16日，第5段。

不相同，其具体需求和能力也可能不同。[160]专门针对妇女做出规定绝不表明她们在武装部队中或作为平民缺乏适应性、主动性或能力，而是承认妇女有完全不同的需求，在身体和精神方面可能面临特殊的风险。[161]

1428 日内瓦四公约及其附加议定书所依据的原则是，适用有关尊重、保护和照顾伤者病者的规则时不得有所歧视。第12条不仅包含关于尊重、保护和照顾伤者病者的基本规则，还规定了应如何予以适用。第12条第2款明文禁止基于性别的歧视行为。在平等保护这项要求之内，第12条还允许基于因伤病战斗员的性别而产生的特别需求做出有利的区别。第12条第4款承认，妇女有特别需求并且面临特殊的风险，因此“总括性”的保护对妇女而言并不充足。此类需求和风险可能是身体上的或精神上的，也可能因社会中的社会、经济、文化和政治结构而产生。随着妇女日益在武装冲突时期扮演多样化的角色，第12条第4款比以往任何时候都更加重要。

1429 第12条第4款要求冲突各方对武装部队的女性伤病成员的待遇应“充分顾及其性别”。同样，第12条第3款允许基于医疗上之紧急理由给予有利的区别，这是另一项基于需求的标准。按照第12条的宗旨，即照顾伤者病者特殊的脆弱性并为其建立一个全面的保护制度，为履行第12条第4款中的义务，必须考虑妇女不同的需求及其面临的身体和精神上的特殊风险，包括因社会结构而产生的需求和风险。

1430 第12条第4款与第2款结合在一起，规定应基于妇女的全部需求平等地予以尊重、保护和照顾。其他条款要求给予武装部队女性成员的待遇“应充分顾及其性别”且“在一切情形下……应享受与男子同等之优遇”，[162]这些条款强化了应按照妇女的特别需求确定应对措施的义务，此类措施不得低于四公约已经明文规定的基本人道标准。

1431 在第12条第4款中，“待遇”一词不仅包括立即提供必要的医药照顾和器材，而且就第12条整体而言，还包括尊重并保护女性伤病战斗员。[163]

1432 如上所述，个人必须同时满足两项标准才能获得伤者病者的身份：需要医疗照顾且不从事任何敌对行为。因此，“伤者与病者”这一类别还包括产妇和孕

160 许多联合国安理会决议都关注武装冲突对妇女的影响：见联合国安理会第1325号（2000年），第1820号（2008年），第1888号（2009年），第1889号（2009年），第1960号（2010年），第2106号（2013年）以及第2122号（2013年）决议。更多信息，见Tengroth/Lindvall; Lindsey, 2005; Coomaraswamy; and Gardam。See also Lindsey, 2001.

161 相比而言，关于第12条第4款的旧版评注是当时的社会和历史背景的产物，因此对妇女“比自己弱，并且其名誉和节操需要予以尊重”的说法已不再合适。(Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 140). 更多详细讨论以及女权主义者对人道法的批判，见Gardam/Jarvis, Haeri/Puechguirbal, and Durham。

162 见《日内瓦第三公约》第14条第2款。

163 关于“尊重”和“保护”两个词语的讨论，见第五部分。

妇，因为她们需要医疗救助或照顾。《第一附加议定书》关于“伤者和病者”的定义明确承认这一点。[164]因此，根据第12条第4款，必须照顾怀孕或分娩之后的妇女的特别需求，如额外的食物或者特别的卫生要求。

1433 如前文所述，一旦伤者病者从事敌对行为、死亡或康复，即其需要医疗救助或照顾的情形不再存在，其受保护地位即告终。在女性怀孕和分娩的特定情形下，这意味着对妇女的保护义务延伸到产后恢复期结束之后。只要母亲和婴儿需要医疗救助或照顾，这种义务便继续存在。[165]

1434 为了给予女性伤病战斗员“充分顾及其性别”的待遇，武装冲突各方必须确保提供这种保护和照顾时顾及其在卫生、产前产后护理和妇科以及生殖健康方面的特别需求，包括可能导致贫血和矿物质缺乏症风险增加的生理因素。如果战斗部队成员在伤病期间怀孕或刚刚生育，她们则需要特别的医药照顾。此外，交战方使用的特定武器或方法可能因女性军事成员的体质或其他心理方面的差异而对其产生截然不同的影响。[166]实际上，第12条第4款要求军事医务部门应采取多学科的方法，并且应具备有各种专业知识和技能的人员来治疗男性和女性病人。[167]

1435 为履行上述义务，包括对所提供的医疗服务的类型进行规划和分析，武装冲突各方需要思考下列两方面会对任何一个群体安全获取医疗照顾的状况造成何种阻碍：因社会、经济和文化或政治环境而形成的男女不同的角色和模式；这些角色和模式导致不同年龄和背景的男女享有的不同地位、拥有不同的需求及能力。阻碍可能包括人们因伤病群体遭受歧视或污名而不愿去寻求或接受医疗照顾。为确保妇女和男子都获得充分的医疗照顾，并且将任何群体遭受歧视、不受尊重、在接受医疗照顾之前、期间和之后遭受伤害或危险的风险降到最低，就必须了解社会结构对各类群体的就医状况产生了何种影响。[168]

164 见《第一附加议定书》第8条第1款。

165 《第一附加议定书》第8条第1款中关于“伤者病者”的定义还包括“新生婴儿和其它需要立即予以医疗救助和照顾……的人”。

166 See Sweden, Ministry of Foreign Affairs, *International Humanitarian Law and Gender*, Report Summary, International Expert Meeting: ‘Gender Perspectives on International Humanitarian Law’, 4–5 October 2007, Stockholm, Sweden; and Tengroth/Lindvall, chapter 14.

167 冲突会加剧已有的性别不平等问题，通常导致妇女面临更多风险。在武装冲突中，妇女越来越多地成为一些特别形式的暴力与虐待行为的目标和对象，包括性暴力、酷刑和残伤肢体，她们会因此遭受各种身体上和精神上的后果。（对这一点的重申，例如，见消除对妇女歧视委员会第30号一般性建议，第9~10页。）有建议认为“终止冲突中的性暴力的工作必须包括仔细审视性别角色在和平时期是如何形成和维持的。持男尊女卑观念的社会所创造的环境就会在武装冲突期间助长性暴力行为。”（Joint Nordic statement at UN Security Council Open Debate on Women, Peace and Security, 24 June, 2013.）

168 应评估武装部队伤病人员在武装冲突期间是否可能面临歧视、任何形式的暴力行为、羞辱或其他有辱人格的待遇等特定风险，而且必须考虑到社会中固有的性别歧视或风险可能在武装冲突期间更为严重。例如，如果某一社会本身默许歧视、针对妇女的暴力或强奸，或者如果某一文化要求妇女和男人只能由同一性别的人员进行治疗，那么在规划和提供医疗照顾时就必须考虑应当采取什么预防措施，以确保武装

1436 在日内瓦四公约中，确保在关注妇女特别需求的同时给予男女战斗员平等待遇的义务是一个持续的主题。该义务也适用于《日内瓦第一公约》第14条规定的落于敌人手中的武装部队女性伤病成员。此外，这一主题还贯穿关于战俘待遇的《日内瓦第三公约》全文。[169]

1437 确保妇女受到尊重、保护、人道待遇及其特别需求所要求的照顾，是日内瓦四公约的一个基本特点。在当今的武装冲突中，第12条第4款比以往任何时候都更为相关、也更为重要。随着妇女承担越来越多的战斗职能，武装冲突各方必须考虑对其做出有利的区别。给予武装部队的女性成员充分顾及其性别的待遇，需要确保各方既要深刻理解应满足女性伤者病者各种特定需求，也要具备相关应对能力。

九、第 5 款：被迫委弃伤者、病者于敌人

1438 第5款规定了国际性武装冲突一方被迫将其伤者病者委弃给敌方的情形，要求该方以“在军事的考虑许可范围内”为前提，“留下一部分医疗人员与器材，以为照顾彼等之助”。据我们所知，该条款从未在现代实践中得到适用或援引。该条规定的前提是可以委弃伤者病者，这与第1款和第2款中规定的义务不相符。使用“被迫”一词表明，如果可以委弃伤者病者，那么也仅可在最极端情况下采取此举。因此，第5款不得理解为委弃伤者病者的法律基础，而应理解为关于最后手段的保障条款，适用于别无其它选择只得留下伤者病者的情形。

1439 尽管第5款的措辞在己方武装部队与敌方武装部队的伤者病者之间进行区分，但该款的首要侧重点是在极端情况下委弃本方伤病人员的必要性（“被迫”）。这一解释源于第5款的历史背景，即1906年公约的第1条第2款。该款规定，“当交战国被迫遗弃己方伤者于敌方手中时，在军事条件许可的范围内，应留下其卫生部门的一部分医疗人员和‘器材’，以便有助于照顾他们”（后加着重号以示强调）。对于这种情形，第5款规定了（“应”）“在军事的考虑许可范围内”继续协助治疗的义务。因此，即使根据第2款，冲突另一方在被委弃的伤病人员落于其权力下时负有照顾他们的义务，但第5款仍然要求委弃一方应协助另一方为被委弃之伤病人员提供医疗照顾。

部队的女性成员得到充分保护和尊重，并获得与男性成员同样的照顾标准。关于同样适用于本条所规定的预防性做法的指南，例如，见Lindsey-Curtet/Tercier Holst-Roness/Anderson, chapter 1.1, Personal safety, and chapter 1.2, Sexual violence; and Tengroth/Lindvall, Recommendations, and chapter 6, Checklist – a gender perspective in the application of IHL.

169 见《日内瓦第三公约》第3条第1款、第14条第2款、第16条、第25条第4款、第29条、第49条第1款、第88条第2款、第88条第3款、第97条第4款以及第108条第2款。

1440 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的评注指出：

> 这一义务尽管是理应必须承担的，但如果正在撤退的交战方被迫陆续委弃几批伤者，而且每次都要将医务人员和器材留给他们，该交战方将面临沉重的负担。该交战方在此类情形中面临的风险是，没有医疗人员或器材用以治疗其最后失守部队中的伤者。但这种风险无法避免。不论是否仍有医疗手段救治未来的伤亡人员，均应不遗余力地满足当前需求，这是该交战方的义务所在。如果该方因此出现医疗人员或器材不足的情况，无法救治后续的伤亡人员，其将不得不尽其所能确保他们获得救治，甚至包括在这种情况下根据（1929年《日内瓦公约》）第5条赋予其的权利，号召居民以慈善精神提供援助。[170]

1441 但是，这种机械的理解存在过度解释之嫌，在第5款规定的措辞中找不到相关依据。“在军事的考虑许可范围内”这一前提赋予军事指挥官一定的自由裁量余地，可以决定应留下多少医疗人员和器材。在这方面，《日内瓦第一公约》第28条第1款作出了相关规定。根据该款规定，第24条和第26条所指医务人员之“落于敌方手中者，仅在战俘之健康状况精神需求以及人数上均有此要求时，方得留用之”。另外，根据第28条第3款，“在战事中，冲突各方应制定关于可能时遣返留用人员之办法，并决定遣返之程序”。[171]因此，军事指挥官并没有留下医疗人员和器材的绝对义务。相反，该义务取决于个案情况，并需要考虑人道和军事利益，包括预期敌方可以向落于其权力下的被委弃人员提供的治疗。因此，随意决定不留下任何医疗人员的行为将违反第5款的规定。但不留下任何医疗人员和器材的决定，如果是基于任何理性军事指挥官在特定情况下均会接受的考虑因素（包括在即将到来的战斗中会有大量军事人员受伤的预期），该决定则具有正当性。

1442 鉴于据我们所知第5款从未在现代实践中得到适用和援引，可能有观点认为，该款规定已不再适用甚或已废止，认为即使在极端情况下任何委弃伤者病者的行为均违反给予其人道待遇的义务，而且该义务不容许有任何例外，就算是依照第5款等特定人道法条款也是如此。但是，由于第5款的制定初衷就是对最后手段进行规定，缺乏国家实践并不奇怪，而且如果没有更多证据，也不得认为该条款不再有效。[172]

170 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 15–16.

171 见关于第28条的评注第五部分。有关留用制度，另见《日内瓦第一公约》第30条和第31条以及《日内瓦第三公约》第33条。

172 见英国《武装冲突法手册》（2004年），第7.7段，以及美国《武装冲突法手册》（2012年），第49页。

主要参考文献

Bellal, Annyssa, 'Who Is Wounded and Sick?', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 757–765.

Benoit, James P., 'Mistreatment of the Wounded, Sick and Shipwrecked by the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11, 2008, pp. 175–219.

Bothe, Michael, 'Le statut de la profession médicale en temps de conflit armé', *Annales de droit international médical*, Vol. 28, 1979, pp. 52–59.

Bothe, Michael and Janssen, Karin, 'Issues in the protection of the wounded and sick', *International Review of the Red Cross*, Vol. 26, No. 253, August 1986, pp. 189–199.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982.

Breau, Susan C., 'Commentary on selected Rules from the ICRC Study: Protected persons and objects', in Elizabeth Wilmshurst and Susan C. Breau (eds), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 169–203.

Bugnion, Francois, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General recommendation No. 30 on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations*, CEDAW/C/GC/30, 18 October 2013.

Condorelli, Luigi and Boisson de Chazournes, Laurence, 'Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 17–35.

Coomaraswamy, Radhika, 'Sexual Violence during Wartime', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 53–66.

Davis, George B., 'The Geneva Convention of 1906', *American Journal of International Law*, Vol. 1, No. 2, 1907, pp. 409–417.

Detter, Ingrid, *The Law of War*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2000.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Dunant, Henry, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, reprint 1986.

Dupuy, Pierre-Marie, 'Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility', *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 371–385.

Durham, Helen, 'International Humanitarian Law and the Protection of Women', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 95–107.

Focarelli, Carlo, 'Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?', *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010, pp. 125–171.

Gardam, Judith, 'Women and Armed Conflict: The Response of International Humanitarian Law', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 109–123.

Gardam, Judith G. and Jarvis, Michelle J., *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

Gawande, Atul, 'Casualties of War – Military Care for the Wounded from Iraq and Afghanistan', *The New England Journal of Medicine*, Vol. 351, 2004, pp. 2471–2475.

Geiss, Robin, 'Land Warfare', version of September 2009, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

– 'Military Necessity: A Fundamental "Principle" Fallen into Oblivion', in Hélène Ruiz Fabri, Rüdiger Wolfrum and Jana Gogolin (eds), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, Vol. 2, 2008, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 554–568.

– 'The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary,* Oxford University Press, 2015, pp. 111–134.

Giacca, Gilles, 'The Obligations to Respect, Protect, Collect, and Care for the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 781–806.

Haeri, Medina and Puechguirbal, Nadine, 'From helplessness to agency: examining the plurality of women's experiences in armed conflict', *International Review of the Red Cross,* Vol. 92, No. 877, March 2010, pp. 103–122.

让 - 马里 · 亨克茨和路易丝 · 多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。

Henderson, Ian, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

Jakovljevic, Bosko, 'The protection of the wounded and sick and the development of International Medical Law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 5, No. 48, March 1965, pp. 115–122.

Kalshoven, Frits and Zegveld, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, 4th edition, ICRC/Cambridge University Press, 2011.

Kessler, Birgit, 'The duty to "ensure respect" under common Article 1 of the Geneva Conventions: its implications on international and non-international armed conflicts', *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001, pp. 498–516.

Kleffner, Jann K., 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357.

Kolb, Robert and Hyde, Richard, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2008.

Krieger, Heike, 'Protected Persons', version of March 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Krill, Françoise, 'The Protection of Women in International Humanitarian Law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 25, No. 249, December 1985, pp. 337–363.

Lauterpacht, Hersch (ed.), *Oppenheim's International Law*, 7th edition, Longmans, London, 1952.

Lindsey, Charlotte, *Women facing war: ICRC study on the impact of armed conflict on women*, ICRC, Geneva, 2001.

– 'The Impact of Armed Conflict on Women', in Helen Durham and Tracey Gurd (eds), *Listening to the Silences: Women and War*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005, pp. 21–35.

Lindsey-Curtet, Charlotte, Tercier Holst-Roness, Florence and Anderson, Letitia, *Addressing the Needs of Women Affected by Armed Conflict: An ICRC Guidance Document*, ICRC, Geneva, 2004.

Mehring, Sigrid, 'Medical War Crimes', in Armin von Bogdandy and Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 15, 2011, pp. 229–279.

ICRC, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, by Nils Melzer, ICRC, Geneva, 2009.

Novak, Gregor, 'Wounded, Sick, and Shipwrecked', version of December 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Pictet, Jean S., 'The New Geneva Conventions for the Protection of War Victims', *American Journal of International Law*, Vol. 45, No. 3, 1951, pp. 462–475.

Röthlisberger, Ernst, *Die neue Genfer Konvention von 6. Juli 1906*, A. Francke, Bern, 1908.

Sassòli, Marco, 'State responsibility for violations of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, June 2002, pp. 401–434.

Schmitt, Michael N., 'Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements', *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3, 2010, pp. 697–739.

Scobbie, Iain, 'Smoke, Mirrors and Killer Whales: The International Court's Opinion on the Israeli Barrier Wall', *German Law Journal*, Vol. 5, No. 9, 2004, pp. 1107–1131.

Simpson, Stephen W., 'Shoot First, Ask Questions Later: Double-Tapping Under the Laws of War', *West Virginia Law Review*, Vol. 108, No. 3, 2006, pp. 751–775.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Solf, Waldemar A., 'Development of the protection of the wounded, sick and shipwrecked under the Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions', in Christophe Swinarski (ed.),

Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 237–248.

Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2010.

Spaight, James Molony, *War Rights on Land*, Macmillan, London, 1911.

Sperry, Charles S., 'The Revision of the Geneva Convention, 1906', *Proceedings of the American Political Science Association*, Vol. 3, 1907, pp. 33–57.

Tengroth, Cecilia and Lindvall, Kristina, *IHL and gender – Swedish experiences*, Swedish Red Cross and Swedish Ministry for Foreign Affairs, Stockholm, 2015.

Triffterer, Otto and Ambos, Kai (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016.

第十三条
被保护人

公约条文

本公约适用于下列各类之伤者、病者：

（一）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；

（二）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：

（甲）有一为其部下负责之人统率；

（乙）备有可从远处识别之固定的特殊标志；

（丙）公开携带武器；

（丁）遵守战争法规及惯例进行战斗。

（三）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；

（四）伴随武装部队而实际并非其成员之人，如军用机上之文职工作人员、战地记者、供应商人、劳动队工人或武装部队福利工作人员，但须彼等已获得其所伴随之武装部队的准许；

（五）冲突各方之商船队之船员，包括船长，驾驶员与见习生，以及民航机上之工作人员，而依国际法之任何其他规定，不能享受更优惠之待遇者；

（六）未占领地之居民，当敌人迫近时，未及组织成为正规部队，而立即自动拿起武器抵抗来侵军队者，但须彼等公开携带武器并尊重战争法规及惯例。

保留或声明

几内亚-比绍，[1]受到德意志联邦共和国[2]、美利坚合众国[3]和大不列颠及北爱尔兰联合王国[4]的反对。

目 录

一、引言 438
二、历史背景 439
三、讨论 440
(一) 适用范围："下列各类之伤者、病者" 440
(二) 第13条中不同类别的人员 441
(三) 《日内瓦第一公约》未涵盖之伤者病者的保护 443

一、引言

1443 第13条旨在规定哪些人员在受伤或者患病的情况下应受《日内瓦第一公约》的保护。[5]该条所列人员包括武装部队人员和其他类别人员，后者虽然不是武装部队人员，但或具有战斗员身份，或因其他情况而享有战俘身份。因此，第13条所列之被保护人与《日内瓦第三公约》第4条所列之属于战俘的人员几乎相同，这是有意为之。第13条援引《日内瓦第三公约》第4条关于战俘的定义确保了四公约的一致性。[6]

1 United Nations *Treaty Series*, Vol. 920, 1974, pp. 280–282, at 281:
几内亚-比绍共和国国务院不承认本条第2款关于其它民兵及其他志愿部队人员，包括有组织之抵抗运动人员应符合的"条件"的规定，因为这些条件不符合当代所发动的人民战争。

2 *Ibid*. Vol. 970, 1975, pp. 366–367:
德意志联邦共和国政府认为，几内亚-比绍共和国在这方面所做的保留涉及……《日内瓦第一公约》（即《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》）第13条第2款……，该保留超出了四公约的宗旨和意图，因此是不可接受的。除此之外，这一声明不影响国际法上前述日内瓦公约在德意志联邦共和国与几内亚-比绍共和国之间的效力。

3 *Ibid*. pp. 367–368:
美利坚合众国国务院引用1974年3月5日来自瑞士大使馆的附有瑞士联邦政治部关于几内亚-比绍共和国加入1949年8月12日保护战争受难者日内瓦四公约的照会，附有若干保留。
这些保留与其它国家先前就日内瓦四公约或其他公约所表达的保留类似，对此，美国政府曾声明过其观点。美国政府对几内亚-比绍共和国的所有保留所持的态度与其针对其它此类保留的观点类似。美国政府虽然反对这些保留，但仍然承认其与几内亚-比绍共和国的条约关系。

4 *Ibid*. Vol. 995, 1976.

5 该公约也保护其他人员，尤其是医务人员和宗教人员，但对这类人员的保护不以受伤或患病为条件；尤其见第22条至第27条。

6 例如，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》关于记录和转送伤者病者材料的义务以及关于死者的规定具有相似性。如，比较《日内瓦第一公约》第17条和《日内瓦第三公约》第120条。

1444 但是，《日内瓦第一公约》第13条与《日内瓦第三公约》第4条之间仍存在一定区别。例如，第13条不考虑《日内瓦第三公约》第4条丑款所涉及的情形，即在被占领领土或者中立或非交战国领土上再次遭拘禁的战斗员。这是因为《日内瓦第一公约》主要规定的是紧邻敌对地区的伤者病者的境遇，而《日内瓦第三公约》第4条丑款中所列人员类别与这种情形无关。[7]此外，《日内瓦第一公约》第13条并未规定人员必须落于敌手才能受到该公约的保护。不过，正如第14条所确认的，《日内瓦第一公约》所涵盖的伤者病者一旦落于敌人手中，他们也应以战俘身份受到保护。在此类情况下，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》同时适用。[8]

1445 除属于第13条第4款和第5款规定的少数平民之外，《日内瓦第一公约》不适用于受伤或患病的平民。平民伤者病者有权享有《日内瓦第四公约》和其他国际人道法规则的保护。[9]

二、历史背景

1446 1864年《日内瓦第一公约》规定了战地部队中伤者病者的保护。该公约确立了对“伤病战斗员（不分国籍）”的保护制度。[10]1906年修订该公约时，将伤病“军官、士兵和其他正式随军人员”纳入保护范围，因而将保护扩大至所有武装部队成员，包括非战斗员，如医务人员和任何其他不是战斗员的武装部队正式人员。[11]该公约于1929年再次作出修订，适用范围未发生变化。[12]

1447 1929年公约并未试图对《关于伤者病者的日内瓦公约》适用的人员类别与新的《关于战俘的日内瓦公约》适用的人员类别进行统一，尽管这两项公约的谈判

7 第4条丑款涉及已落于敌手或者在中立国或非交战国控制下的人员。由于此类人员在战场或敌对地区附近受伤或患病的可能性低，《日内瓦第一公约》因而未包含这些类别。

8 见关于第14条的评注第三部分第（一）节。

9 见《日内瓦第四公约》第16条和第17条。对于《第一附加议定书》的缔约国而言，第8条第1款在该议定书范围内没有规定对伤病军事人员和平民加以区分。根据《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》，在国际人道法规定的对伤病战斗员、军事人员和平民应负之义务方面，不得有所区别。见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109至规则111。对于非国际性武装冲突，共同第3条规定，对伤者病者必须予以收集、照顾并给予人道待遇。《第二附加议定书》第7条也不区分伤病军事人员和平民。

10 1864年《日内瓦公约》第6条。

11 1906年《日内瓦公约》第1条。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 15. 此处“非战斗员”一词为狭义，如其在1907年《海牙章程》第3条中的含义一样。例如，当时作为武装部队人员的厨师不被视为战斗员。

12 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第1条。在1929年公约中，英文译文作出细微改动，改为“[o]fficers *and* soldiers and other persons …”（军官和士兵及其他……人员）。除此之外，该公约与1906年公约完全相同。1864年、1906年以及1929年《日内瓦公约》法文文本则全部使用“militaires”（军人）一词。

同时进行。[13]这是有意为之，因为有人担心对于1906年公约缔约国而言，如果公约经修订采用了这些国家并不支持的战俘定义，那么他们可能不愿意成为修订后公约的缔约国。[14]但在1949年，各国代表却倾向于在最大程度上对各公约进行统一。[15]

1448 与此同时，对于因武装冲突或在武装冲突期间受伤或患病的平民的保护成为迫切关注的问题。1949年外交会议之前起草公约期间，与会人员就是否有可能将《日内瓦第一公约》所提供的全部保护扩展至平民展开了激烈的争论。[16]最后并未采取扩展的方式，而是另行制定了《日内瓦第四公约》作为一部单独公约，而《日内瓦第一公约》的保护范围基本上保持不变。

1449 《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第13条以及《日内瓦第三公约》第4条子款最终所采用的人员类别，完全是在《关于战俘的日内瓦公约》修订的范围内演变发展的。

关于与战俘有关的人员类别的历史演变更为详尽的讨论，见关于《日内瓦第三公约》第4条的评注。

三、讨论

（一）适用范围：“下列各类之伤者、病者”

1450 第13条的概述段规定，《日内瓦第一公约》适用于“下列各类之伤者、病者”。“伤者、病者”一词在该公约语境下的含义已在关于第12条的评注予以阐述。[17]

1451 除要求个人必须受伤或患病外，第13条与《日内瓦第三公约》第4条还存在一个细微但重大的区别：如上所述，第13条并未规定伤病人员必须落于敌方手中才能得到保护。这意味着除敌对方武装部队的伤病人员外，《日内瓦第一公约》也适用于己方武装部队的伤病人员。[18]这就是我们对目前《日内瓦第一公约》所规定

13 《1929年日内瓦外交会议记录》第88~90页。最终，1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》采用了1907年《海牙第四公约》中的定义，但也可以适用于特定类别的平民；见1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》第1条和第81条。

14 1929年外交会议期间曾讨论过《关于伤者病者的日内瓦公约》关于战俘的定义是否等同于正在磋商的战俘公约关于战俘的定义。见《1929年日内瓦外交会议记录》，第88~89页（英国代表：“我认为在关于战俘的规则中会有相同的约文”）。不过，对此，外交会议主席却劝阻不对两个条约进行统一；见第89页。当时，关于战俘的定义采用的是1907年《海牙章程》第1条至第3条中的定义。

15 他们还力图将该定义与1907年《海牙章程》第1条中的定义进行统一；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第237、239~242、386~387、413~414及420~423页。

16 1937年（各国红会）专家委员会会议期间对这一想法予以考虑，但并未被第17届红十字国际大会采纳；见《1946年国家红会预备会议报告》，第16~18页。

17 见关于第12条的评注第四部分第（二）节。

18 这一点还在《第一附加议定书》第10条中得到确认，而且1987年的评注也重申了这一点；see Sandoz/

的此类保护义务自其1864年确立以来的一贯理解。[19]另外，《日内瓦第一公约》还强调冲突各方对伤病人员负有义务，如该公约第15条规定的搜寻并收集伤者、病者的义务，即使此类人员未落于其手也是如此。

（二）第 13 条中不同类别的人员

1452 第13条涵盖了冲突各方武装部队人员以及许多其他类别的人员。该条第1款涉及“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”。专门选用“武装部队”一词旨在包含所有军事人员，无论他们属于陆军、海军还是空军，均包含在内。[20]应当注意的是，将个人纳入国家武装部队（包括构成此种武装部队一部之民兵和志愿部队）的行为，并不受国际法规范，而取决于各国国内法。[21]

1453 第2款规定了“其他民兵”为取得战俘身份而必须满足的标准。[22]该项为属于冲突一方但非其正规武装部队之一部的民兵和志愿部队规定了四项条件，这些条件至少自1899年载于《海牙章程》以来就已得到承认。[23]1949年公约的创新之处在于，将这些条件延伸适用于反抗占领国的有组织抵抗团体，包括占领国已完全控制某国整个领土的情形。

1454 第3款保护的是效忠于未经敌对部队承认的政府的正规武装部队。[24]该规定适用于一国虽存在，但相关冲突其他当事国未承认该国掌权政府为该领土合法政府的情况。2001年至2002年阿富汗塔利班和美国领导的联军之间的国际性武装冲突即为此类情况。[25]尽管塔利班控制了该国90%的领土，但仅少数国家承认其为合法政府。[26]

Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 445:

> 订入“不论属于何方”这一表述确保“明确规定冲突各方必须尊重并保护其本方伤者、病者和遇船难者，这似乎不言自明，但或可发挥提醒作用……”。尽管如此，《日内瓦第一公约》仍然在第13条第3款中保留了“拘留国”一词，这种表述从技术上来说对于伤者病者的情形是不准确的。

19 See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 13–14.

20 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》英文约文已经使用“武装部队”（armed forces）一词，而该公约法文版使用的是“军队”（armies）一词。

21 See Knut Ipsen, ‘Combatants and Non-Combatants’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 79–113, at 86.

22 另见关于《日内瓦第三公约》第4条的评注。

23 1899年《海牙章程》第1条。1874年《布鲁塞尔宣言》第9条也列举了同样的条件。

24 出于保护武装部队人员的需要，例如二战中在戴高乐将军领导下作战的人员，于1949年订入该项。

25 关于《日内瓦第三公约》第4条的评注讨论了与该冲突参与者的战俘地位有关的问题。

26 See Stephane Ojeda, ‘US Detention of Taliban Fighters: Some Legal Considerations’, in Michael N. Schmitt (ed.), *The War in Afghanistan: A Legal Analysis*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 85, 2009, pp. 357–369, at 358–359.

1455 第13条第3款的措辞需要额外予以澄清。第13条第3款使用的是“拘留国”而非“敌对部队”，这表明伤者病者必须受到拘留才能适用该款。严格而言，这是不正确的；对该词的错误使用可能是由于起草者在将该条款从《日内瓦第三公约》转换到《日内瓦第一公约》时出现的疏忽所致。[27]无论如何，该词应当按照该条款的目的进行解释，即旨在确保毫无例外地提供协助。因此，《日内瓦第一公约》规定的伤者病者，包括本项所提及的人员，均享有敌方部队应向其提供的保护，即使他们（尚）不在其手中或（尚）未被拘留也是如此。

1456 第4款确认，“伴随武装部队而实际并非其成员”之人应受保护，这将《日内瓦第一公约》的保护延伸至担任特定角色的某些平民。[28]该类人员可包括“嵌入”武装部队的记者（即随军记者）以及向武装部队提供服务且经冲突一方准许开展此类工作的私营承包商。[29]

1457 《日内瓦第一公约》第13条第4款的措辞与《日内瓦第三公约》第4条子款第4项的对应文本相比存在一个细微区别。第4条子款第4项补充规定，准许个人伴随他们的武装部队“应……发给彼等以与附件格式相似之身份证”。第13条将该句略去是符合逻辑的，因为在实践中，可能无法在尊重和收集伤者病者之前甚至在此期间核查其身份证，而一旦人员落于敌方权力之下便可进行此类核查。无论如何，第4条的起草工作表明，拥有身份证不应视为取得战俘地位的一个要件。[30]即便如此，由于此种证件足以表明随军人员的身份，各国应当予以颁发以保护这些人员。但是，第13条第4款未提及身份证这一事实，对可适用该条款的人员类别并无实际影响。

1458 第5款规定冲突一方之商船与民航机上的平民工作人员中的伤者病者，如“依国际法之任何其他规定，不能享受更优惠之待遇”，则也享有该公约的保护。该条款主要涉及《日内瓦第一公约》第14条对此类人员的适用。“更优惠之待遇”

27 1949年外交会议的一名代表曾指出，“拘留国”一词应当替换为“敌对方”，但最后此事似乎被忘记了；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第50页。

28 1899年《海牙第二公约》、1907年《海牙第四公约》和1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》向这些平民赋予战俘地位，但直到1949年公约对伤者病者的保护才对其适用。1899年和1907年《海牙章程》第13条规定：“不直接属于军队组成部分的随军人员，例如报社记者和通讯员、小贩、供应商，如落入敌军手中，而后者认为有必要予以拘留时，有权享受战俘待遇，但须携带他们所随军队的军事当局的证件。”1929年《关于战俘的日内瓦公约》第81条继续向该类人员赋予战俘地位。更多分析，见关于《日内瓦第三公约》第4条的评注。

29 但并非所有私营承包商皆可归于这一类别。例如，由非政府组织、私营公司甚或（根据国内法）国防部门以外的政府机构所雇佣的私营军事和安保承包商不太可能满足可视为武装部队随军平民的条件。See Lindsey Cameron and Vincent Chetail, *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 419–421.

30 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第416~418页。相关筹备文件没有说明第13条未提及身份证的原因。

条款援引自1907年《海牙第十一公约》。该公约规定，某些商船水手不得视为战俘。[31]但根据《日内瓦第一公约》必须对其予以尊重、收集和照顾。中立国商船和民航机的工作人员不受《日内瓦第一公约》的保护，但可受《日内瓦第四公约》的保护。[32]最后，第13条第6款保护参与“民众起义”的伤者病者。最后一类人员在1949年被认为基本上过时，但作为一种历史遗留的人员类别被订入公约，只要其符合某些条件，便可被视为具有战斗员地位。[33]

1459 1949年外交会议期间就《日内瓦第三公约》第4条（《日内瓦第一公约》第13条）中被保护人清单的制定问题所开展的讨论，主要涉及哪类人员有权获得战俘地位从而享有这种地位所赋予的保护的问题。如今这种情况依然存在：有关解释《日内瓦第三公约》第4条和《日内瓦第一公约》第13条中所包含的概念的争论，通常与战俘地位问题相关，即与《日内瓦第三公约》适用有关的问题。相比之下，并未出现与《日内瓦第一公约》规定的伤者病者的地位和保护有关的争论。[34]

关于不同类别人员，尤其是与战俘地位有关的更为全面的讨论，见关于《日内瓦第三公约》第4条的评注。

（三）《日内瓦第一公约》未涵盖之伤者病者的保护

1460 第13条规定了哪些人员在其受伤或患病时应受《日内瓦第一公约》保护。但是必须强调，所有伤者病者，包括平民，均有权受到尊重、人道待遇和其状况所需的照顾。任何需要医药照顾的人均都有权获得救治。当伤者病者落于敌手时，首要任务必须是尽速向其提供医疗照顾。[35]至于其是否满足成为战俘的条件，则可以晚些时候在适当的时间和地点再予确定。另外，《日内瓦第一公约》中的某些义务——如搜寻和收集伤者病者的义务——必须先予履行，然后才有可能确定这些人员是否满足第13条规定的标准。[36]

31 见《海牙第十一公约》第5条至第8条。有关讨论见《1949年日内瓦外交会议最终记录》，第II-A卷，第418~419页。另见《海牙第十一公约》（1907年）第3条和第4条，其规定了某些船只免于捕获。关于可免于捕获的船只，另见《圣雷莫海战法手册》（1994年）规则136。

32 如果根据《日内瓦第四公约》他们不属于受保护人员，他们便有权受《第一附加议定书》第75条的保护。

33 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第239页。

34 1970年联合国秘书长报告在一定程度上确认了这一点：“似乎没有修改日内瓦四公约关于保护伤病和遇船难之战斗员的迫切需要”，‘Respect for Human Rights in Armed Conflicts’, UN Doc. A/8052 (1970), 18 September 1970, para. 99。

35 详见《日内瓦第四公约》第16条以及《第一附加议定书》第8条第1款及第2款和第10条。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109至规则111。

36 见第15条。

1461 1949年外交会议强调“那些未包括在（第13条）清单中的人员仍然受其他公约的保护，或者直接受国际法一般原则的保护，这当然是十分明确的”。[37]因此，第13条无论如何也不可能赋予冲突一方不尊重伤者或者拒绝给予其必要待遇的权利，即使在此等人员不属于该条所规定的任何一类的情况下也是如此。

1462 这一方法随着时间的推移而变得更为重要。由于过去150年中武装冲突的实施方式发生了诸多变化，在敌对行动中平民甚至比武装部队人员更可能受到伤害。[38]另外，当今许多冲突具有复合性质，即非国际性武装冲突——不存在法律上的战俘地位问题——与国际性武装冲突同时发生。就尊重和保护伤者病者、向其提供医疗照顾并给予其人道待遇而言，《日内瓦第一公约》订入的第13条并不意味对该条未涵盖的人员无需承担这些义务。[39]

37 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第191页（关于第10条第1项）。起草委员会曾建议在第13条中增加一段 “订明第13条的规定不得剥夺伤者病者根据各国一般法律原则所享有的保护，无论其为何种类别的人员均如此”。在《日内瓦第三公约》第4条定稿之前提出的这条建议遭到投票否决，但遭否决的原因是提议文本和原则的翻译存在问题；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第158页。另见《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会1949年7月30日召开的会议，第3卷，第35~46页。

38 19世纪30年代和40年代讨论修订《关于伤者病者的日内瓦公约》时，已经出现此种情况；见《1946年国家红会预备会议报告》第16~18页。

39 见如英国2004年《武装冲突法手册》：

> 7.3. 伤者病者应受保护和尊重。不得对其进行攻击。必须给予其人道待遇。必须给予其医疗照顾。不得故意使其无法获得医疗救助，也不得使其面临感染传染病的风险。优先诊治应当仅依据医疗上的理由。……
>
> 7.3.2. 第7条第3款适用于所有伤者病者，无论是英国、联军还是敌军，无论是军人还是平民均如此。

第十四条
落于敌人手中之伤者病者的身份

公约条文

在第十二条规定之限制下，交战国的伤者、病者之落于敌人手中者，应为战俘，国际法有关战俘之规定并应适用于彼等。

保留或声明

无

目 录

一、引言 445
二、历史背景 446
三、讨论 446
（一）多部公约的同时适用 446
（二）“在第十二条规定之限制下” 447
（三）落于敌人手中 447
（四）国际法赋予战俘的保护 448
主要参考文献 448

一、引言

1463 第14条明确规定了落于敌人手中的武装部队伤者病者的身份。[1]在这种情况下，武装部队人员既是需要医治的伤者或病者，又是有权成为战俘并因此具有战俘身份的个人。因此，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》将同时适用。

1 在本条评注中，“武装部队人员”一词包括不属于冲突一方武装部队人员但仍属于《日内瓦第一公约》第13条规定范围的人员。

二、历史背景

1464 1906年《日内瓦公约》和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》均明文规定：落于敌人手中的武装部队伤者病者为战俘，“国际法有关战俘的一般规则并应适用于他们。”[2]因此，将第14条列入1949年《日内瓦第一公约》并无争议。

1465 关于这一问题，历史上讨论颇多。在1929年公约谈判期间，其中一个代表团曾在关于这一问题的讨论中提议：伤病战俘在住院期间应享有与战俘不同的特殊特权地位。[3]该提议因种种原因被否决，主要是因为该等特殊特权地位可能会带来诸多难题和不平等问题。此外，各方赞成，若自觉遵守有关伤者病者和战俘待遇的现行规则，则无需再采用特殊地位来确保伤者病者得到其状况所需且适当的一切照顾。[4]

三、讨论

（一）多部公约的同时适用

1466 由于落于敌人手中的伤者病者应为战俘，他们同时受到《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》的保护。冲突结束时尚未从原有伤病中复原且仍处于敌人手中的人员，仍受《日内瓦第一公约》的保护，直到《日内瓦第一公约》第5条规定的最终遣返之时为止。

1467 伤病战俘恢复健康后，《日内瓦第一公约》将不再适用于他们，但他们仍受《日内瓦第三公约》保护，直到《日内瓦第三公约》第5条规定的最终释放和遣返之时为止。[5]若此类人员在作为战俘期间再次受伤或患病，则其只受《日内瓦第三公约》保护，《日内瓦第三公约》在任何情况下均要求提供至少与《日内瓦第一公约》所规定的标准相当的医疗照顾和卫生条件。[6]在上述任一情况下，落于敌人手中的伤者病者必须得到其状况所需要的医治。[7]

2 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第2条。1906年《日内瓦公约》第2条的措辞几乎完全相同，规定“国际法有关战俘的一般规则应适用于他们”。1864年《日内瓦公约》并未就这一问题作出规定。

3 《1929年日内瓦外交会议记录》第102~103页及第108~115页。

4 同上注，第142~144页及第600~601页。See also Des Gouttes, Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades, ICRC, 1930, pp. 19–21.

5 《日内瓦第三公约》第5条。另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第143页。

6 《日内瓦第三公约》中的多项条款均涉及战俘的医疗照顾：例如，见第15条、第19条至第20条、第29条至第32条、第46条至第47条、第49条、第54条、第55条、第98条、第109条至第110条、第112条至第114条，以及所有涉及为战俘提供健康环境、充足食物等的其他条款。

7 尤其见《日内瓦第一公约》第12条及《日内瓦第三公约》第29条至第31条。

1468 《日内瓦第一公约》主要涉及战地武装部队的伤者与病者，而《日内瓦第三公约》则规定了战俘待遇，并包含有关在俘人员各个方面的一系列具体规定。各公约规定的详细程度是根据其所预期适用的情况和背景而定的。因此，在敌对行动期间或在敌对行动刚刚结束之时，《日内瓦第一公约》规定的义务占主导地位。敌对行动结束后经过的时间越久，离敌对行动地区的空间距离越远，《日内瓦第三公约》中的具体规定越优先适用。

（二）“在第十二条规定之限制下”

1469 “在第十二条规定之限制下”这一规定表明：对于落于敌人手中的武装部队伤者或病者而言，首要关切是根据第12条的规定，他们能够得到尊重和保护、获得人道待遇和照顾。因此，例如，在紧急情况下，拘留伤者或病者的国家必须优先考虑提供医疗照顾而非采取限制其自由的措施。

（三）落于敌人手中

1470 第14条规定，“交战国的伤者、病者之落于敌人手中者”应为战俘。“落于敌人手中”的表述含义广泛，足以包括俘获或投降，以及将伤者送至敌方医疗队进行照顾的情况。还包括敌对各方的部队仅仅在战场上提供治疗的行为：当受伤的战斗员受到其敌对方的照料时，该方能够对他们施加一定程度的控制，继而构成了受伤的战斗员有必要具有战俘身份的情况。

1471 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》使用“落于另一交战国手中”的表述，而1929年《关于战俘的日内瓦公约》则使用“俘获”一词。[8]在第二次世界大战期间，一些拘留国拒绝给予投降的战斗员以战俘身份，并主张投降与“俘获”不同。[9] 为避免这种情况再次发生，《日内瓦第三公约》第4条采用了“落于敌方权力之下”的措辞，使得《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》在这一点上于本质上是一致的。[10]

1472 正如关于第13条的评注所述，关于如何就确定某人是否具有战俘身份的要件进行解释，争议一直存在。这些论辩与有关战俘的规定最为相关，而且在此类规

8 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第2条；1929年《关于战俘的日内瓦公约》第1条和第2条。

9 See Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 50. See also Bugnion, p. 194: “1945年，在德国和日本投降后，同盟国拒绝给予落入他们手中的德国和日本士兵以战俘身份，并主张他们的情况不受1929年公约的规制。相反，他们被归类为‘敌方投降人员’”。

10 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第237页。《日内瓦第一公约》法语约文的第14条和《日内瓦第三公约》法语约文的第4条的表述更为相近：‘tombés au pouvoir de l’adversaire’（第14条）及‘tombées au pouvoir de l’ennemi’（第4条）。

则的背景下也最易于理解，因此将在关于《日内瓦第三公约》第4条的评注中进行论述。

1473 最后，虽然在规定谁是战俘时，第14条使用了较宽松的措辞“交战国的伤者、病者”，而未使用第13条中较为严格的用语，但《日内瓦第一公约》对战俘的定义并不意在背离《日内瓦第三公约》中的相关定义。在顺序上将第14条所规定的内容置于第13条之后，加之起草人确保各公约一致性的意图，均证实了这一理解。

（四）国际法赋予战俘的保护

1474 第14条不仅规定，落于敌人手中的伤者病者“应为战俘”，还规定了所有“国际法有关战俘之规定并应适用于彼等”。选择使用这一表述，而非仅提及《日内瓦第三公约》，旨在表明与保护战俘有关的所有国际法规则均继续适用，特别是出现下述情况之时：一些国家是《日内瓦第一公约》的缔约国，而不是《日内瓦第三公约》的缔约国；或《日内瓦第三公约》约文业经修订，而《日内瓦第一公约》约文未经修订。[11]然而，这种担忧并未成为现实，因为各缔约国一并批准了日内瓦四公约，因此《日内瓦第三公约》的具体规定将可适用。[12]无论如何，《日内瓦第三公约》一般也视为反映了习惯国际法。[13]

1475 第14条与其在1906年和1929年公约中的前身不同，就伤者送还或将其转移到中立国等事项订立特别协定而言，没有进行专门规定。但是，1949年四公约共同第6条（《日内瓦第四公约》第7条）规定，只要此类协定不减损四公约所提供的保护，就可以订立关于被保护人的此类协定。[14]

主要参考文献

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 192–194.

11 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》关于第11条草案的评注，第10~11页。

12 在可适用情况下，《第一附加议定书》可能也对确定哪类人员享有战俘身份具有相关性。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则106。

13 See Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 1 July 2003, para. 41, and *Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, Partial Award, 1 July 2003, para. 32.

14 关于第14条的前身，见1906年《日内瓦公约》第2条第2款，及1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第2条第2款。关于1949年四公约，《日内瓦第一公约》第15条规定可以商定交换战场上的伤者；《日内瓦第三公约》第109条至第111条规定了送还伤病战俘的问题，并对就此缔结相关协议制定了规则。

第十五条

搜寻伤亡者
撤退

公约条文 *

（一）无论何时，特别在每次战斗之后，冲突各方应立即采取一切可能的措施以搜寻并收集伤者、病者，加以保护借免抢劫虐待，而予以适宜之照顾，并搜寻死者而防其被剥劫。

（二）环境许可时，应商定停战或停火或局部办法，以便搬移、交换及运送战场上遗落之受伤者。

（三）冲突各方之间亦得商定局部办法，以便搬移、交换被包围地区之伤者与病者；并使送往该地区之医疗与宗教人员及器材得以通过。

保留或声明

无

目 录

一、引言 450
二、历史背景 450
三、适用范围 451
四、第 1 款：搜寻、收集和照顾 452
（一）搜寻并收集伤者、病者的义务 452
（二）对伤者、病者加以保护借免抢劫虐待的义务 455
（三）确保予以伤者病者适宜之照顾的义务 456
（四）搜寻死者而防其被剥劫的义务 458
五、第 2 款：许可搬移、交换及运送伤者病者的办法 459
六、第 3 款：搬移或交换被包围地区之伤者病者的办法 462
主要参考文献 463

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

1476 第15条是对第12条的补充，规定了国际性武装冲突各方对于伤者病者的若干核心义务。《日内瓦第二公约》《日内瓦第四公约》、各附加议定书以及习惯国际人道法中均包含与第15条相似的义务。[1]第15条尤其对第12条规定的在一切情况保护伤者病者的一般性义务加以充实。为此，第15条第1款施以“搜寻并收集”伤者病者的义务，以将其搬移出直接危险地区，并使其能够得到必要的医治。第1款还施加了某些针对死者的义务。第2款规定应商定停火等办法，以便履行第1款所规定的义务。最后，第3款规定了特定情况下，即被包围地区可采取此类办法。

1477 第15条与最初规定于1864年、1906年和1929年日内瓦公约中有关战地伤者病者的法律保护制度密切相关。因此，与第12条一样，第15条仅适用于国际性武装冲突期间且仅适用于作为武装部队人员或因其它原因有权享有战俘身份的伤者病者（和死者）。

1478 但如今，搜寻并收集包括平民在内的伤者病者的义务已成为习惯国际人道法的一部分，既适用于国际性武装冲突，也适用于非国际性武装冲突。[2]向伤者病者提供医疗照顾和注意[3]并保护其免遭抢劫和虐待的义务亦然。[4]此外，现有习惯国际人道法还对武装冲突各方施以搜寻和收集死者[5]而防其被剥劫[6]并以尊重的方式处理死者等义务。[7]

二、历史背景

1479 自1864年国际人道法以条约形式创设以来，收集伤者病者的义务一直是该法的一部分。[8]这是合乎逻辑的，因为亨利·杜南曾目睹索尔费里诺战场上约四万名奥地利、法国和意大利阵亡士兵尸横遍野而无人问津，正是这一令人震惊的情形才启发他提议订立一项改善伤病士兵境遇之国际公约。[9]该规定在1906、1929和

1 《日内瓦第二公约》第18条；《日内瓦第四公约》第16条和第17条；《第一附加议定书》第10条；《第二附加议定书》第8条；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109至规则113。

2 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则109。不同的观点，见Benoit。《第一附加议定书》还将其缔约方的该项义务延伸到所有伤病平民。另见美国，《战争法手册》（2015年），第477~478页。

3 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则110。

4 见上注，规则111。

5 见上注，规则112。

6 见上注，规则113。

7 见上注，规则115。

8 1864年《日内瓦公约》第6条第1款。

9 Dunant, p. 126.

1949年日内瓦公约中均得到扩展。[10]但是，基本人道理由始终如一：必须向伤者病者提供医疗照顾，不得任由他们遭受痛苦而置之不顾。

三、适用范围

1480 第15条“无论何时”都适用于国际性武装冲突期间的“冲突各方”。具体而言，该条适用于《日内瓦第一公约》第12条和第13条规定的伤者病者和属于该公约范围内的死者。

1481 1952年版评注称“第15条专门适用于在前线开展的行动”。[11]第12条和第15条通常被认为是调整两种不同情形的条款。根据这一观点，第12条适用于“ 后方”和伤者病者在冲突一方权力之下的情形，而第15条则仅适用于战斗前线和“战线之间”的地区。[12]但是，尽管在实践中这些都是典型的适用领域，但在法律上这两项规定都不存在此种限制。第12条第2款是一个例外，因为该款条文明文要求伤者病者应在冲突一方权力之下。[13]第15条第1款的措辞——“无论何时，特别在每次战斗之后”——则表明应作出广义解释，并且不暗含任何地理上的限制。如果只能在实际作战地区收集伤者病者，无论如何都不符合上述明确定义或地理界定，而且还有悖第15条确保伤者病者受到其状况所需的医疗照顾这一目的。特别是在当代武装冲突背景下，通常没有传统意义上的前线，而且敌对行动经常从一处转移到另一处，这种附加条件将施加不当限制。[14]因此，虽然该条第1款使用“特别在每次战斗之后”、第2款使用“战场”、第3款使用“被包围地区”这些措辞表明，作战地区是第15条的主要适用范围，但这仅反映出某种务实的强调意图而非法律限制。因此，第15条的地域适用范围遵照了《日内瓦第一公约》整体在涉及因冲突致伤或患病之人或因冲突影响而难以得到医治或照顾之人时所规定的地域适用范围。

1482 尽管如此，在特定情形下应给予的医疗照顾的标准可能取决于发现伤者病者的地点。作战地区附近显然可能无法获得在安全条件下（比如伤者病者在医院就

10 1906年《日内瓦公约》第3条；1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第3条。另外在1899年，1864年《日内瓦公约》的原则经调整首次应用于海战和武装部队中的伤者病者和遇船难者以及海上的船员，并订入《海牙第三公约》，《海牙第三公约》于1907年被《海牙第十公约》取代（见1907年《海牙第十公约》第25条）。

11 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 150.

12 *Ibid.* pp. 150–151. 为明确起见，1929《关于伤者病者的日内瓦公约》已尝试在这些不同阶段之间作出区分，方法是先规定在前线开展的行动，然后规定后方的行动，后者可能可以借助于较常设性的设施。

13 见关于第12条的评注，第1370段。

14 See Bart, pp. 33–43, especially at 43.

诊时）预期可得到的医疗照顾，因而在作战地区提供照顾的义务主要涉及实施急救。在作战条件下，要求高于这一标准是不切实际的。因此，第15条第1款对于处于直接危险区域和远离战区的医院这种安全条件下的伤者病者，要求提供不同种类和水平的医疗照顾，因为后者具备合格的医务人员和器材等其它资源。

四、第 1 款：搜寻、收集和照顾

（一）搜寻并收集伤者、病者的义务

1483 根据第1款，冲突各方有义务搜寻并收集伤者、病者。这两项义务互为补充：为收集伤者病者，逻辑上必须先开展搜寻工作。这一规定旨在将伤者病者搬移出直接危险区域，从而使其能够尽快得到充分的医治并处于更好、更安全的条件下。

1484 因此，将“搜寻”和“收集”这两个表面上不同的义务理解为一项实施搜寻和救援活动的单一义务是合理的。同样，如果仅仅规定应收集伤者病者，而未规定将其撤退至安全地点的相应义务，明显是毫无意义的，尤其是考虑到医学界公认在受伤后一个小时内接受治疗通常可极大提高存活几率。[15]因此，无论具体措辞如何，在任何情况下该义务都要求对伤者病者进行搜寻、收集和撤退。相应地，《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》中所阐述的规则并未给该义务增加新的维度；而只是通过提及“撤离”，具体说明了该义务的一个重要方面，而这一方面已构成此前提及搜寻和收集义务之规定的重要组成部分。[16]

1485 搜寻与收集（即实施搜寻和援救活动）的义务，是一种行为义务。该义务的这种性质由“采取一切可能的措施”这一措辞予以明确。因此，应尽责履行这一义务。[17]而在特定情形下，应采取何种措施才构成尽责，取决于首要规范中规定的内容以及实际情况。[18]对此，可参照一名理性的指挥官在该特定情形下预期会采取的行动。[19]除搜寻和援救活动的时机外，在选择应予采取之措施时（如提供具有适当资质之人员的数量和拟部署器材的类型）也应适用该原则。

1486 通过仔细研究可知，搜寻与收集义务具有下列一般特征。首先，搜寻并收集伤者病者是一种持续性义务。如“无论何时”这一措辞所示，该义务适用于整个武装

15 Atul Gawande, ‘Casualties of War – Military Care for the Wounded from Iraq and Afghanistan’, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 351, 2004, pp. 2471–2475.

16 此外，《日内瓦第一公约》第16条第1款要求冲突各方应“尽速登记……任何可以证明〔伤者与病者〕身份之事项”，这意味着也应当收集伤者、病者的所有物品。

17 See Koivurova, paras 1–3; Dupuy, pp. 378 and 384; Pisillo-Mazzeschi, pp. 41–46; and Hessbruegge, p. 270.

18 See ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 430, and Pisillo-Mazzeschi, p. 44.

19 Pisillo-Mazzeschi, pp. 44–45.

冲突期间。但是，这并不意味着各方必须在任何时候都要主动搜寻伤者病者，因为这不现实。不过，只要有迹象表明在某一地区有伤病之人，如情况允许，一个理性的指挥官就应当开展搜寻和救援工作。关于产生“采取一切可能的措施”这一责任的具体时间点，国际法院在“灭绝种族罪公约适用”案中认为，“一个国家的……行为义务，产生于该国知道或者在正常情况下应当知道存在某一严重危险的那一刻……”（后加着重号以示强调）。[20]在这方面，第15条第1款施加了一项“特别在每次战斗之后”应采取措施的义务，因为此时可能出现伤者、病者或死者。“战斗”一词描述的是可能造成人员受伤、患病或者死亡的任何类型的作战活动。因此，可以推知，除非有明确的迹象表明作战活动尚未产生任何伤者、病者或死者，那么一般情况下在每次战斗之后均应进行搜寻和援救活动。

1487 其次，在任何情况下必须采取的措施也应取决于可合理预期的情况。可能需要考虑各种因素，除地形和天气条件等因素外，还包括安全考量和（医务）人员和医疗及其他救援器材的储备情况。有时出于安全考量，可能至少暂时无法履行搜寻伤者病者的义务。此外，不论医务人员多么勇敢、多么敬业，还是会出现超越其预期工作限度的情况。正是由于这一原因，本条中的义务并非绝对，该条也因此规定“冲突各方应立即采取一切可能的措施……”。立即行动是一项严格义务，但应采取的行动受可行性，尤其是安全考量因素的限制。军事指挥部必须基于实际情况和现有信息，可行措施和可投入的医务人员人数，合理而善意地作出判断。无论如何，开展行动必须完全符合不歧视原则。

1488 第三，鉴于搜寻和收集义务“无论何时”均适用，该项义务也适用于战斗期间。但是，有时可能难以在下列两方面之间寻求平衡：搜救人员（或医疗人员）生命所面临的风险在可接受的范围内与尽速开展搜寻和撤退工作。不过，如果在实际战斗期间，该地区明显存在受伤士兵，而且如果冲突一方能够在自身人员面临较低风险的情况下找到并撤离伤者，则应当采取此种行动。敌对行动持续期间尤其如此，因为在此期间人员受伤的可能性增加，快速进行急救至关重要，通常能够挽救生命。在决定是否开展搜寻与救援时，需要考虑此项任务的急迫性。因此，第15条强调搜寻与救援活动必须“立即”（亦即尽快）开始。所以，相应基准点不仅仅是“在每次战斗之后”，而是只要有理由认为某地区存在伤者病者且一旦条件允许，就应立即行动。[21]第15条第1款本身通过使用“特别”一词阐明该义务绝不限于战斗后的情形，也对这种解读予以确认。

20 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 431. 但是，就违反防止义务的国家责任而言，国际法院更为谨慎，因此根据2001年《国家责任条款草案》第14条第3款作出裁决：“只有在已经实际实施灭种罪的情况下，才可认定某个国家应承担违反防止灭种罪之义务的责任。只有在开始实施被禁止行为时，才构成违反防止义务。”相关评论，见Dupuy, pp. 381–384。

21 ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 431.

1489 第四，从逻辑上说，伤者病者数量越多，所需的搜寻与救援资源也就越多。同理，地形条件越恶劣，所需搜救资源也就更多。如果人力和器材资源充足，就应在能够合理使用该资源的范围内予以部署。在空袭或其他远程或防区外武器已经或可能造成伤亡的情况下，这一点尤为重要。在这种情况下，指挥官可能知道或预期攻击会造成伤亡，但攻击部队可能无法开展搜救活动。

1490 第五，国际性武装冲突各方负有搜寻并收集伤者病者的义务。但是，第15条没有规定应由哪类人员开展这些活动。第1款规定的典型情形是由士兵或军队医务人员开展搜救活动，不过本公约还规定平民可以协助收集和照顾伤者病者。[22]在多国或联军部队作为冲突方参与战斗的情况下，这还意味着未参与特定战斗的一方只要出现在战斗地区也需协助搜寻、收集和撤退活动。武装部队始终负责开展搜寻活动；但是，缺乏撤离伤者病者资源的武装部队应依赖外部帮助。实践表明，红十字国际委员会尤其经常在各类冲突情势中参与伤者病者的撤退活动。[23]因此，知道附近存在伤者病者的冲突方可能至少应将这一情况通知其他行为体，特别是中立的人道组织，并在可能时提供有关其具体位置的详细信息（地理坐标）。此外，不得以任意的理由拒绝公正的人道组织主动提供的搜寻或撤离伤者病者以及死者的服务。[24]在实践中，此类组织会寻求冲突各方的准许。对第1款的这一解释以其约文为依据，约文明文规定各方应“采取一切可能的措施以搜寻并收集伤者、病者”（后加着重号以示强调），且符合第1款的宗旨。

1491 最后，在特定情况下预期可开展的搜寻、收集和撤退工作可能会存在一定限制，比如武装冲突一方仅实施远程（空中）作战而未派遣任何地面部队的情形。尽管如此，在战斗结束之后，而且只要军事考量允许，至少应当将遭受（空中）打击的地理位置披露给第三方，即公正的人道组织或附近其他能够开始实施撤退活动的国家，同时通常应取得对伤者所在地具有管辖权的国家的同意。同样重要的是，攻击一方也必须事先保证在此类活动进行期间不予攻击。

22 见第18条。另见Giacca, para. 29。

23 例如，见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则109的评注，第378页。例如在巴勒斯坦冲突期间（1948年6月至8月）（*Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 30, No. 354, June 1948, pp. 401–407及其他参考文献）；在法国与突尼斯武装部队在比塞大冲突期间（1961年7月）（*Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 43, No. 515, November 1961, p. 530; *Keesing's Contemporary Archives*, 1961, pp. 18341–18343）；以及在埃及与以色列战争期间（1973年11月和1974年1月）（*Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 55, No. 660, December 1973, p. 728）。

24 另见关于第19条的评注，第三部分第（四）节第2项。

（二）对伤者、病者加以保护借免抢劫虐待的义务

1492 冲突各方有义务（“应”）保护伤者病者，使其免遭抢劫虐待。1906年和1929年日内瓦公约规定了同样的义务。[25]第15条第1款中的保护义务与第12条第1款中的尊重和保护的义务密切相关，但第15条第1款具体说明了保护伤者病者使其免受的若干危险。

1493 伤者与病者因其健康状况尤其易受各种类型的虐待。保护伤者病者的义务直接针对的就是这种脆弱性，也因此应对虐待的含义作广义解释。冲突各方因而必须采取一切可能的措施保护伤者病者免受任何形式的虐待，尤其是第12条第2款和第50条所列的几类行为。

1494 “抢劫”可定义为个人违反国际人道法、未经财产所有人同意而侵占或者取得公共或私人财产的行为。[26]侵占或取得财产不一定通过武力或暴力手段，但必须是未经财产所有人默示或明示同意。[27]

1495 受禁止之抢劫行为包括经授权或依命令而实施的有组织抢劫行为以及个人抢劫行为。[28]抢劫可由战斗员或平民实施。

1496 重要的是，必须在构成抢劫的非法侵占财产行为与国际人道法视为合法的占用财产行为之间加以区分。首先，在国际性武装冲突中有一项公认的权利，即可缴获属于敌国的任何动产作为战利品。[29]战利品包括可用于军事行动的各类敌方公共动产，如武器与弹药。如果个人从战场上的伤者病者手中获取这些类型的公共物品，并将其上缴国家，则可能不构成抢劫。但如果将此类物品留作私用，就构成抢劫，并且违反了第15条的禁止性规定。其次，在敌对行动中，存在一些1907年《海牙章程》第23条第7项规定的合法占用财产的情形。该条款允许出于不得已的战争需要而没收敌方财产。除这些列举的例外情况外，[30]在武装冲突中未经所有

25 1906年《日内瓦公约》第3条；1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第3条。

26 前南刑庭在下列判决中对掠夺或抢劫的定义进行了讨论：*Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 587–591; *Simić* Trial Judgment, 2003, para. 99; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgment, 2004, paras 79–84; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 612–615; and *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, paras 49–51. 塞拉利昂问题特别法庭在诸如下列案件中对抢劫这一战争罪进行了讨论：*Brima* Trial Judgment, 2007, para. 754; *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 160; and *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 452. 国际刑事法院在下述判决中对抢劫这一战争罪进行了讨论：*Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 113–125 and 639–648。

27 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 591. See also France, Permanent Military Tribunal at Metz, *Bommer case*, Judgment, 1947. 在关于1998年《国际刑事法院规约》中抢劫这一战争罪的要件进行讨论期间，各国否决了“武力”要件，而重点关注“未经同意”这一要件。见关于《日内瓦第四公约》第33条的评注。

28 See e.g. ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 590, and ICC, *Bemba* Trial Judgment, 2016, para. 117.

29 见《红十字国际委员会习惯国人道际法研究》（2005年）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。”

30 国际性武装冲突中的另一个例外情况是，对抢劫的禁止不影响占领国在占领法的限度内使用占领地区的资源，以维持占领军供给、满足其需要。见1907年《海牙章程》第52条、第53条和第55条，以及《日内瓦第四公约》第55条和第57条。另见关于《日内瓦第四公约》第33条的评注。

人同意侵占其财产的行为均构成抢劫。[31]

1497 第15条特别规定了对伤者病者的抢劫，即非法侵占其财产的行为。第15条禁止未经伤者病者同意而侵占其财产的行为，除非属于武装冲突法中所列举的合法占用私人和公共财产的例外情形。

1498 第1款未规定必须保护伤者病者免受何方的侵害。但是根据本款之目的，同时考虑到第1款的措辞未包含任何限制，必须保护他们免受任何人实施的虐待或抢劫。因此，武装冲突各方有义务保护伤者病者免受其本方和敌方部队以及平民的虐待和抢劫。

1499 保护伤者病者的义务是一种行为义务，应尽责采取行动予以履行。就保护其免受一国本方部队侵害而言，必须采取积极的措施以防止任何形式的虐待或抢劫，包括确保武装部队接受适当的指示，以及对侵害行为予以惩处。在战场上，第15条要求武装冲突一方应保护伤者病者，以防止他们遭受虐待或抢劫。医务人员为保护其照顾之下的伤者病者免受此类侵害而需使用武器时，并不会因此丧失其受保护的地位。[32]

（三）确保予以伤者病者适宜之照顾的义务

1500 根据第1款，武装冲突各方对于伤者病者负有“采取一切可能的措施……而予以适宜之照顾”的义务。

1501 鉴于“特别在每次战斗之后”这一措辞，第15条第1款所规定的典型情形是在战场上进行急救，当然这并非该款适用的唯一情形。如前文所述，急救至关重要且通常能够挽救生命。[33]

1502 确保予以适宜照顾的义务要求在预期的敌对条件下，预先采取措施将照顾伤者病者所需的医疗用品和人员部署到位。这暗含着一种双重义务，即不仅要提供照顾，还要确保具备提供照顾的能力。考虑到可能需要在战斗之后甚或战斗期间实施战地医疗照顾，本公约对此种情况规定的救治标准，显然不同于伤者病者被转送至医院或者更为安全的医疗机构时所要求的标准。

1503 伤者病者必须接受其状况所需的医疗照顾和注意。[34]尽管按照最高医疗标准提供医疗照顾是最理想的情况，但第15条仅要求提供“适宜”的照顾。采取一切可能措施这一要求，表明冲突各方应根据具体情况，在合理预期范围内竭尽所能提

31 当然，这预先假定在抢劫行为与武装冲突之间存在关联。这种关联性使抢劫区别于国内法上的盗窃。

32 《日内瓦第一公约》第22条第1款。另见关于第24条的评注，第2005~2006段。

33 See Atul Gawande, ‘Casualties of War – Military Care for the Wounded from Iraq and Afghanistan’, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 351, 2004, pp. 2471–2475.

34 见关于第12条的评注，第1383段。

供适当的照顾。在特定情况下可合理预期的医疗救治水平，取决于是否配有合格人员以及医疗照顾是否由医生或救护人员或者未经任何医疗培训的普通士兵或其他人员实施。但是，缺少合格医务人员并不能成为不提供救治的正当理由，因为无论现有资源如何，均必须提供救治。

1504 相关标准和规程可能随时间而变化，并可能因国别而异。[35]尽管如此，仍然可以从世界医学协会（WMA）所采纳的普遍适用的一般性规定和文件中，得出一些关于可适用的医学伦理和职业医疗行为标准的一般性指导原则。[36]关于医务人员应使用何种器材和技术以及应遵循何种规程已有诸多研究。不过，必须强调的是，在任何情况下，均须遵照可适用的医学伦理标准提供医疗照顾。[37]

1505 厄立特里亚-埃塞俄比亚求偿委员会认为“在俘获之后的初期阶段提供……医疗照顾的要求，必须根据战地的恶劣条件和前线部队可获得的医疗培训和器材的有限程度进行评估”[38]。照顾伤者病者可能会面临一系列问题。因此，有必要区分需要由军事指挥官作出的决定（应参照理性指挥官会作出的决定）与需要由医生作出的决定（应根据理性医疗执业人员标准来判断）。[39]

1506 如上所述，“确保”伤者病者获得“适宜之照顾”的义务意味着，应当在武装冲突爆发之前将必要的人员和设备部署到位，即要求建立医务部门。另外，关于《日内瓦第一公约》第12条的评注讨论过有关建立医务部门之义务的考虑因素，这些因素在细节上经必要修正后也适用于第15条。[40]

35 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, para. 106.

36 有关武装冲突期间医学伦理的文件，尤其见：the World Medical Association's Regulations in Times of Armed Conflict (adopted by the 10th World Medical Assembly, Havana, Cuba, October 1956, as amended or revised in 1957, 1983, 2004, 2006 and 2012); Rules Governing the Care of Sick and Wounded, Particularly in Time of Conflict (adopted by the 10th World Medical Assembly, Havana, Cuba, October 1956, edited and amended in 1957 and 1983); Standards of Professional Conduct regarding the Hippocratic Oath and its modern version, the Declaration of Geneva, and its supplementary International Code of Medical Ethics (adopted by the 3rd WMA General Assembly, London, England, October 1949, as amended in 1968, 1983 and 2006). 另见红十字国际委员会：《战地救护面临危险：武装冲突和其他紧急局势中的医务工作者的责任指南》，红十字国际委员会，日内瓦，2012年，第55~62页。

37 另见《第一附加议定书》第16条第1款和第2款；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则26；以及Bothe/Partsch/Solf, p. 108, para. 2.3 (end)。

38 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, para. 70. 埃塞俄比亚指控厄立特里亚“在俘获战俘后和撤退期间未能按照《日内瓦第一公约》（第12条）和《日内瓦第三公约》（第20条和第15条）中所体现的习惯国际法规则向埃塞俄比亚战俘提供必要的医疗救治”。埃塞俄比亚进一步指出“埃塞俄比亚声明者作证表示，其伤口在被俘时或被俘后不久，均未得到清洗和包扎，继而导致感染和其他并发症”。厄立特里亚回应称“其部队已尽速（包括在中转营）提供了基本的急救护理”。厄立特里亚-埃塞俄比亚求偿委员会得出一般性结论认为，尽管没有发生违反公约的行为，但后勤和资源方面的制约因素并不能成为不提供基本照顾的理由。

39 Israel, Supreme Court sitting as High Court of Justice, *Physicians for Human Rights v. Prime Minister of Israel and others*, Judgment, 2009, para. 23:
被告称，2009年1月5日在一位陆军少校一级的军官指挥下建立了一间专用的医疗手术室，该少校负责从战斗发生地撤退伤者和死者的协调工作。手术室出现的专业问题则由一位陆军中校一级的军医决定。

40 见关于第12条的评注，第1389~1391段。

1507 照顾伤者病者的义务还包括提供其他形式的非医疗照顾，如食物、避难所、衣物以及卫生用品，此类照顾同样至关重要。这是因为仅对伤者病者进行医疗救治不足以改善其状况。实际上，如果拒绝给予其食物、避难所、衣物以及卫生用品，而只提供医疗照顾是毫无意义的。所以，仅提供医疗照顾无法达到“适宜之照顾”的要求，因为如果不满足其他基本需求，伤者病者不可能恢复健康。因此，根据确保予以适宜之照顾的义务，各方都负有向伤者病者提供食物、避难所、衣物以及卫生用品的尽责义务。

（四）搜寻死者而防其被剥劫的义务

1508 第1款规定了关于死者的两项不同的义务，即搜寻并防其被剥劫。这些义务对于确保尊重死者尊严非常重要。尊重死者十分重要，主要是因为不尊重死者可能会引发野蛮行径的循环往复。[41]此外，搜寻并收集死者有助于防止人员“失踪”。在国际性武装冲突中搜寻死者的义务首次规定在1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中。[42]保护死者“免受抢劫虐待”的义务在1906年《日内瓦公约》中已被纳入。[43]

1509 第1款规定的有关死者的两项义务与搜寻伤者病者并保护其免受抢劫和虐待的义务相似。[44]二者都属于行为义务。此类义务包括允许其他行为体，尤其是中立的人道组织，搜寻死者并为其提供便利。在实践中，红十字国际委员会经常参与死者收集工作。[45]冲突任何一方不得任意拒绝此类组织收集和撤离死者的活动。[46]另外，在各方人员和器材资源稀缺且该地区存在死伤士兵的情况下，必须优先诊治伤者病者。

1510 虽然第15条规定的是搜寻死者的义务，但该义务从逻辑上来说还包括收集死者。[47]第17条规定的识别死者身份、确保其得到荣誉的安葬以及加以标志等义务，是对搜寻并收集死者的义务的补充。这些措施旨在避免人员失踪。[48]

41 另见第17条。

42 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第3条。

43 1906年《日内瓦公约》第3条。该义务续订于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》（第3条）中。

44 尽管措词上存在细微区别，但二者依然相似：关于死者，第15条第1款使用的是“防止”，而非“保护”。

45 亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则112的评注，第386~387页。如红十字国际委员会代表在波斯尼亚与黑塞哥维那帮助找回阵亡者遗体（UN Secretary-General, Report pursuant to Security Council resolution 752 (1992), UN Doc. S/24000, 26 May 1992, para. 9）。

46 见关于第9条的评注第三部分第（四）节第2项。

47 与此类似，但涉及的是非国际性武装冲突，见Sivakumaran, pp. 280–281。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则112。

48 另见关于第17条的评注，第1663段。

1511 无论死者属于哪一冲突方以及他们是否直接参加敌对行动，第15条第1款中的义务均适用。第15条第1款中规定的义务本身不适用于平民死者；不过，其他公约条款和习惯国际法包含针对平民死者的相应义务。[49]

1512 各方必须防止死者遭剥劫。剥劫是一种抢劫，因而应予禁止。[50]例如，在1947年的“波尔案”（*Pohl* case）中，美国纽伦堡军事法庭指出，抢劫死者“现在构成而且始终构成犯罪”。[51]另外需要指出的是，根据《第一附加议定书》，保护死者不限于保护其免受剥劫：武装冲突各方负有广义上的“尊重”死者的义务。[52]尽管第15条没有具体规定，但毁损死者遗体的行为仍受习惯国际法的禁止，而且属于1998年《国际刑事法院规约》规定的“损害个人尊严”这一战争罪。[53]

五、第 2 款：许可搬移、交换及运送伤者病者的办法

1513 第2款旨在促成和便利撤离伤者从而使其能够受到适宜之救治。[54]为此目的，第2款列举了各种不同的机制，即商定停战、停火或者局部办法，为实施搜寻与救援工作创造必要的（安全）条件。因此，该款是对第1款所规定之义务的补充。

1514 该条款规定了“应商定〔……〕停火〔……〕办法”，以便搬移战场上之受伤者（后加着重号以示强调）。“环境许可时”这一用语限制了该义务表面上的命令性质，为各方提供了很大的酌处权。但无论如何，从人道角度来看，这是一种为了伤者的福利甚或生存作出的紧迫而重要的建议。因此，指挥官必须始终牢记采取此种办法的可能性，一旦条件允许就应予以实现，并且应当提请其指挥系统各级部队的注意。

1515 与第1款不同，第2款仅规定了伤者，未明确提及病者或死者。从逻辑上来讲，病者也可包括在此类协定中。起草工作中也没有任何有关故意省略的依据。[55]鉴于整个《日内瓦第一公约》（特别是第1条和第3条）的保护范围都一致地指向“伤者与病者”，而且在伤者与病者之间并非总有明显的区别，第2款因而应当理

49 见《日内瓦第四公约》第16条；《第一附加议定书》第33条第4款和第34条第1款；《第二附加议定书》第8条；以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则112至规则113。

50 1907年《海牙规则》第28条；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则52。

51 United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Pohl case*, Judgment, 1947, p. 996.

52 见《第一附加议定书》第34条以及Petrig, pp. 350–351。

53 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则113；《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），关于损害个人尊严这一战争罪的定义（1998年《国际刑事法院规约》，与第8条第2款第2项第21目有关的脚注49）。关于该战争罪的评论，见Dörmann, p. 314, and Roberta Arnold and Stefan Wehrenberg, ‘Outrages upon personal dignity’, in Triffterer/Ambos, pp. 469–476。

54 另见《日内瓦第三公约》第19条和第20条，这两条规定了撤退伤病战俘的条件。

55 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第155~156页.

解为也适用于病者。《日内瓦第二公约》规定伤者病者的相应条款（第18条第2款）也支持这一观点。此外，第2款对第1款规定的义务予以补充，对伤者、病者和死者进行规定。在实践中，同样的搜寻和救援伤者病者的活动也可以用来搜寻并收集死者，不过可能需要遵循不同的流程。[56]根据《第一附加议定书》，各方应当努力就工作组相关安排达成共识，以便从战斗地区搜寻并找回死者。[57]

1516 关于应订立的协定，第2款明文提及停战、停火或局部办法。[58]就第2款而言，在这些不同形式的协定之间作出准确的（法律）区分是没有意义的，[59]因为无论如何，并不存在关于停战或停火的权威法律定义。在实践中，停战、停火、暂时停火或暂停敌对行动、停止敌对行动等诸多词语都是可以互换的。[60]如今，停战通常理解为两个或两个以上交战国之间达成的正式协定，意味着战争的结束，但并非完全意义上的恢复和平。[61]另一方面，暂停或停止敌对行动或者停火更为不正式，可能是为达成正式协定而采取的初步措施。[62]“停火”一词可理解为“暂停敌对行动”或者暂时停火等词语的同义语。[63]因此，可将其理解为经商定在武装冲突某段时间内进行局部或全面休战。[64]停火未必可以从事实上或者法律上终结交战方之间的武装冲突。[65]

1517 前述协定由《日内瓦第一公约》第6条予以专门规定。此类特别协定在各国之间产生具有约束力的法律义务。无论协定是在具有完整缔约权的指挥官之间达成，还是在战地指挥官之间就某一特定问题或者局部地区达成，均产生法律约束力。[66]

1518 第2款明确规定“局部办法”表明，该款涵盖武装冲突各方之间为搬移、交换及运送伤者病者创造必要条件而达成的所有协定，无论其确切法律性质或名称如何，均涵盖在内。实际上，1949年外交大会将“局部办法”订入第2款，专门旨在

56 比如，救护车一般不应用于收集死者，因为收集死者尸体不应优先于收集伤者。另见红十字国际委员会，《灾后死者尸体的处理：第一反应者一线工作手册》，红十字国际委员会，日内瓦，2009年，第7~8页。

57 《第一附加议定书》第33条第4款。

58 See Ary, pp. 192–195 and 233–242, and Dinstein, 2000, pp. 146–151.

59 例如，加拿大的军事手册规定：“在陆战情况下，指挥官之间可以达成协定（包括停战和停火协定），以交换、搬移和运送留在战场上的伤者”（加拿大《武装冲突法手册》，2001年，第904.3段）。

60 See Dinstein, 2000, p. 140.

61 See Dinstein, 2009, para. 1, and Bell, para. 5. 在两次世界大战之前，停战指的是仅旨在促使交战方之间暂停敌对行动的协定，但他们仍陷于战争状态，因此该表述是休战的同义语。自此以来，其含义已从暂停敌对行动演变成终止战争。See also Levie, pp. 884–888.

62 See Bell, para. 6, and Dinstein, 2009, paras 25–27.

63 See Azarov/Blum, paras 1, 2 and 8.

64 See *ibid*. para. 1.

65 See Levie, p. 884.

66 见关于第6条的评注，第936~964段。

应对实际需要并让小部队指挥官也能够就促进实施搜寻和救援活动而商定办法。[67]因此，第2款既包括由两国间全权代表进行谈判并按照正式程序缔结的国际条约，也包括由当地指挥官达成的临时性的非正式口头协定。事实上，后一种地域适用范围有限的非正式协定是第2款规定的典型情形，即旨在应对在特定地点出现的人道需要的协定[68]。在实践中，红十字国际委员会、[69]各国红会和红新月会[70]以及“无国界医生”组织[71]等中立的中间人在启动或便利冲突各方达成此类协定方面发挥了重要作用。

1519 第2款并不限于冲突各方之间的协定，也不要求必须由各方自己开展伤者、病者和死者的搬移和运送工作。当然，显然所有停战或停火协定都是在交战各方之间订立的，但“局部办法”一词涵义较广，还包括与第三方之间的协定。因此，为便利伤者、病者和死者的搬移、交换和运送，武装冲突各方没有在相互之间达成协定，而是与中立的人道组织达成协定（从而形成三方关系）似乎也是符合该款要求的。第2款旨在促成并便利伤者病者的撤离，从而使其能够受到适宜的待遇（并使死者得以识别，从而避免“失踪”并得到荣誉的安葬）。因此，该款涵盖有助于实现这些目标的各类协定。在实践中，武装冲突各方确实往往更倾向于与中立的人道组织联络，以便在伤者病者和死者的撤退工作中获得帮助，而不是武装冲突各方之间直接联络达成局部停火办法。[72]此类协定如果要实现其目的，就应当向所有可能遵守或违反协定的人员明确传达其条款要求。

1520 最后，与1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中的相应条款不同的是，[73]第2款还规定了“交换”战场上遗留之伤者。这一点在1864年《日内瓦公约》中也有规定，[74]只不过有观点认为在战场上立即交换伤者过于理想化，因而在1929年公约

67 关于《日内瓦第一公约》第15条，见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 154。关于《日内瓦第四公约》第12条，see Pictet, *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 139.

68 见德国，《军事手册》（1992年），第238页。丁斯坦指出：“一项有限的休战协定的适用范围应当尽可能准确地予以界定。比如，如果需要寻回伤者，那么就必须明确是否仍可轰炸离后方有一定距离的地点，而且必须明确可以对距离后方多远的地点实施轰炸。有时还有必要对空域的利用和船舶的通行进行协调”。(Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5th edition, Cambridge University Press, 2011, p. 52.) 第2款的前身，即1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第3条第2款规定了商定“局部停战”的事实也证明了这一观点。see Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 154.

69 关于非国际性武装冲突的实例，见Stephanie Nebehay, ‘Syria, rebels agree truce for Homs evacuation: ICRC’, *Reuters*, 20 June 2012。

70 例如，挪威红十字会已有此种实践；见ICRC, *Annual Report 2011*, ICRC, Geneva, 2012, p. 369。

71 Médecins Sans Frontières, *Activity Report 2011*, pp. 14–15.

72 “无国界医生”也开展了一些大规模的医疗后送工作，如2011年3月在利比亚；see *ibid.* pp. 72–73。

73 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第3条规定缔结局部停战或停火协定只是“以便搬移在火线上遗留的伤者”。

74 1864年《日内瓦公约》第6条规定：“在情况允许并且敌对双方同意的情况下，司令官可立即将在交战中受伤的敌方战斗员送交给敌方的前沿哨所。”

中予以删除。[75]第2款说明了伤者病者的交换虽然在实践中很少出现，[76]但仍然是一个可行的选项，而且并不与各方根据第1款所负的义务相抵触。对“交换”一词应作广义解释，因此交换还包括由一方单方面向另一方转移伤者（和病者）。在现场交换（未经救治的）伤者（和病者）与《日内瓦第三公约》第109条规定的情形不同。按照第109条的规定，“重伤与重病之战俘”在经过各方治疗后，而且只要他们适于旅行，都必须遣返至其本国。就第2款而言，“交换”伤者是搬移战场上的伤者并确保其在安全条件下得到照顾的一种可行方法。

六、第 3 款：搬移或交换被包围地区之伤者病者的办法

1521 第3款关注的是商定交换伤者病者，或者将其从被包围地区搬移出去，并使送往这些地区的医疗和宗教人员及器材得以通过的局部办法。[77]与正式办法一样，此类办法的具体要求也应当明确传达给所有可能遵守或违反该办法的人员。与第2款一样，第3款也旨在促成并便利照顾伤者病者，包括通过将其搬移出不再可能提供此类照顾的地区，或通过在该地区创造条件从而可以再次提供医疗照顾和精神关怀。根据该款目的，其还应当适用于死者。

1522 第3款强烈鼓励各方，“环境许可时”，应商定局部办法以便搬移、交换伤者或病者并使送往此类地区的医疗与宗教人员及其器材得以通过。从第3款可以得出，利用伤者病者来增加被包围方的负担这一战略性目标并不合理。如果合理的话，促进交换伤者病者或者将其搬移出被包围地区的义务将变得毫无意义。

1523 第3款明确提及“病者”，表明了病者也可以通过类似办法从被包围地区撤退。第3款仅提到“局部办法”，而且明确提及冲突各方。“局部办法”一词含义广泛，还包涵停战与停火。鉴于该款目的，它还允许——可能是与中立的人道组织等第三方——商定其他协定和办法以加强对伤者病者的照顾并为搬移死者提供便利。

1524 国际人道法没有对“被包围地区”这一概念进行定义。[78]尽管未予禁止，但根据国际人道法的各种规定（包括有关敌对行动的规定，如禁止攻击对平民居民生

75 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 24.

76 在福克兰/马尔维纳斯群岛冲突期间，“红十字医疗区”中的医院船显然确实进行了战争伤亡人员的交换；see http://blog.usni.org/2011/06/29/the-red-cross-box.

77 另见《日内瓦第四公约》第17条。

78 尽管1907年《海牙章程》第27条用的是“包围（sieges）”一词，但也未予定义。包围是陆战概念。在海战或空战语境下的相应概念是封锁（blockade）。对海上封锁适用规则的重述，见《圣雷莫海战法手册（1994年）规则93至规则104；对空中封锁适用规则的重述，见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则147至规则159。在后者中，规则147将“空中封锁”定义为“阻止飞机（包括无人飞行器、无人战斗机）进出属于敌方、被敌方占领或控制的特定空域或海域的交战行动”。“被包围地区”一词仅出现于各日内瓦公约中；见《日内瓦第二公约》第18条第2款以及《日内瓦第四公约》第17条。

存所必不可少的物体或使其失去效用或者禁止使平民居民陷于饥饿[79]）可知，许多传统上的围攻战如今已不再允许。另外，还需要考虑适用于人道活动的国际法规定。[80]以断绝平民居民粮食作为作战方法，剥夺对其生存所不可缺少的物品（包括日内瓦四公约规定的故意阻碍救济物品的供应），这种行为构成战争罪。[81]按照第15条的整体目的，一个地区是否被包围并不重要。重要的是伤者病者是否因正在进行的敌对行动而无法获得适宜的医疗照顾或精神关怀。反之，如果伤者病者因敌对行动被困于某一地点，而该地点仍可提供适宜之医疗救治，那么可能没有撤退他们的人道需要。

1525 第3款规定了允许交换伤者病者或将其搬移出相关地区，或允许“送往该地区之医疗与宗教人员及器材得以通过”的办法，但没有规定此类人员的国籍。[82]就搬移工作而言，必须指出的是，第3款仅适用于符合第12条之规定的伤者病者。[83]关于平民的类似规定载于《日内瓦第四公约》第17条。无论如何，《日内瓦第一公约》第15条第3款或《日内瓦第四公约》第17条都不得用作实施种族清洗政策和证明将部分人口迁移出该地区的正当性的法律托辞。[84]

1526 一旦出现伤者病者无法被撤出的情势，就必须作出安排，通过派遣医务人员或允许将伤者病者搬移至能够受到救治的地区，使其受到其状况所需的照顾。在这种情势持续存在的情况下，一次性的协定不足以解决问题。

主要参考文献

Ary, Vaughn A., ‘Concluding Hostilities: Humanitarian Provisions in Cease-Fire Agreements’, *Military Law Review*, Vol. 148, 1995, pp. 186–273.

Azarov, Valentina and Blum, Ido, ‘Suspension of Hostilities’, version of March 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

79 《第一附加议定书》第54条第1款和第2款；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则54和53。

80 见第9条。

81 《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第25目。关于断绝粮食，见Michael Cottier and Emilia Richard, ‘Starvation of civilians as a method of warfare’, in Triffterer/Ambos, pp. 508–519。See also Dinstein, 2010, pp. 220–223.

82 关于宗教人员，皮克泰在其评注中指出：“至于宗教人员，最基本的人道观点和对个人的尊重，要求在需要他们出现时必须允许他们毫无例外地自由出入，以便于他们对所有人带来宗教抚慰，包括受伤的人和健康的人。” (Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 157.)

83 见关于第12条的评注，第四部分第（二）节。

84 Geiss, paras 3–8.

Bart, Gregory Raymond, 'Special Operations Commando Raids and Enemy *Hors de Combat*', *The Army Lawyer*, July 2007, pp. 33–44.

Bell, Christine, 'Ceasefire', version of December 2009, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

Benoit, James P., 'Mistreatment of the Wounded, Sick and Shipwrecked by the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law', *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 11, 2008, pp. 175–219.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, pp. 107–108.

de Mulinen, Frédéric, *Handbook on the Law of War for Armed Forces*, ICRC, Geneva, 1987.

Dinstein, Yoram, 'The Initiation, Suspension, and Termination of War', in Michael N. Schmitt (ed.), *International Law Across the Spectrum of Conflict: Essays in Honour of Professor L.C. Green on the Occasion of his Eightieth Birthday*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 75, 2000, pp. 131–160.

– 'Armistice', version of April 2009, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://www.mpepil.com.

– *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Dunant, Henry, *A Memory of Solferino*, ICRC, Geneva, reprint 1986.

Dupuy, Pierre-Marie, 'Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility', *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 2, 1999, pp. 371–385.

Geiss, Robin, 'Ethnic Cleansing', version of April 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press*, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Giacca, Gilles, 'The Obligations to Respect, Protect, Collect, and Care for the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 781–806.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Hessbruegge, Jan Arno, 'The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law', *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 36, Nos 2 & 3, 2004, pp. 265–306.

Koivurova, Timo, 'Due Diligence', version of February 2010, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Levie, Howard S., 'The Nature and Scope of the Armistice Agreement', *American Journal of International Law*, Vol. 50, 1956, pp. 880–906.

Petrig, Anna, 'The war dead and their gravesites', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 341–369.

Pisillo-Mazzeschi, Riccardo, 'The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States', *German Yearbook of International Law*, Vol. 35, 1992, pp. 9–51.

Röthlisberger, Ernst, *Die neue Genfer Konvention von 6. Juli 1906*, A. Francke, Bern, 1908.

Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012.

Triffterer, Otto and Ambos, Kai (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016.

第十六条
登记与转送情报

公约条文 *

一、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。

二、可能时，此项记录应包括：

（甲）所依附之国；

（乙）军、团、个人番号；

（丙）姓；

（丁）名；

（戊）出生日期；

（己）身份证或身份牌上所表明之任何其他事项；

（庚）被俘或死亡之日期及地点；

（辛）有关伤病之情况或死亡之原因。

三、上述登记材料应尽速转送一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约第一百二十二条所述之情报局，该局应通过保护国及战俘中央事务所转达上述人员所依附之国。

四、冲突各方应制备死亡证书，并通过前项规定之情报局互送死亡证书或经证实之死亡表；亦应搜集并通过该局转送死者尸体上发现之双身份牌之一半，遗嘱或对于其最近亲属具有重要性之其他文件、金钱及一般具有实质价值或情感价值之物品。此项物品连同未能辨认其所有人之物品，应以密封包裹寄送，并附说明书载明死者身份之详情以及包裹内容之清单。

保留或声明

无

* 编者注：为便于引用，加标条文各项序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

目 录

一、引言 469
二、历史背景 470
三、第 1 款：信息的登记 471
（一）此项义务的性质 471
（二）人员适用范围 471
（三）事项的登记 473
（四）时机 473
（五）被俘邮片 474
四、第 2 款：记录的内容 474
（一）内容的性质 475
（二）所列事项的类型 476
（三）所列事项 476
（甲）所依附之国 476
（乙）-（戊）番号、姓名和出生日期 476
（己）身份证或身份牌上之事项 476
（1）身份证 476
（2）身份牌 477
（庚）-（辛）有关被俘、伤病或死亡之详细情况 479
（四）获取所列事项的方法 480
五、第 3 款：信息的转送和转达 481
（一）转送至情报局 481
（二）转达至保护国和中央寻人局 482
（三）转送和转达信息具有强制性 483
（四）转达给个人所依附之国 483
（五）通告相关个人家属 484
六、第 4 款：死亡证书和个人物品的转送 485
（一）死亡证书或死亡表 485
1. 义务 485
2. 时机 485
3. 程序 486
4. 应予转送的文件与物品 486
（1）死亡证书 486
（2）经证实之死亡表 487

（二）身份牌、遗嘱以及个人物品 487
1. 义务 487
2. 时机 487
3. 程序 488
4. 应予转送的物品 488
（1）双身份牌之一半 489
（2）遗嘱 489
（3）其他重要文件 490
（4）金钱 490
（5）具有实质价值或情感价值之物品 490
（6）未能辨认其所有人之物品 491
（三）物品的转送 491
主要参考文献 492

一、引言

1527 第16条对三个问题作出了规定：落于敌方手中之伤者、病者和死者相关情报（信息）的登记和转送；死亡证书的制备和转送；以及死亡人员物品的搜集和转送。

1528 应予登记的信息与证明相关人员的身份有关。这具有若干目的，其中主要目的是保护相关人员，向其所依附的国家及其家属提供信息。登记这一信息并随后将其转送至有关人员所依附之国及其家属，有助于说明其下落，从而防止人员失踪或强迫失踪。[1]关于在非国际性武装冲突中如何处理这一问题，详见关于共同第3条的评注第九部分。

1529 关于死者，搜集并转送其个人物品对其亲人来说也很重要。这些物品可能是死者最后的遗物，而且因为在死者去世时随身携带而倍加珍贵。

1530 第16条还包括国际人道法关于伤者、病者和死者的其他规定，以及关于失踪人员及其家属知晓其亲人命运之权利的规定。[2]本条尤其与《日内瓦第三公约》若干规定之间有密切的联系。

1 另见《强迫失踪公约》（2006年）第17条第3款。该款规定，公约的每一缔约国都“应保证编制并维持一份或数份被剥夺自由者的最新官方登记册和（或）记录，并在收到要求时，及时将之提供给有关缔约国在这方面有法律授权的任何司法或其他主管机关或机构，或该国已加入的任何相关国际法律文书所授权的司法或其他主管机关或机构”。

2 例如，见《日内瓦第一公约》第17条和《第一附加议定书》第32条。

1531 落于敌方手中的武装部队伤者病者和其他人员属于战俘，因而还享有《日内瓦第三公约》的保护。[3]由于第16条的大多数规定还载于《日内瓦第三公约》第17条、第120条和第122条之中，可能会认为《日内瓦第一公约》无需包含此类条款。但是，虽然存在这种重合，本条仍然非常重要，这特别源于下述两个原因。

1532 首先，伤者与病者通常出现于为战俘所设置的惯常地点之外，如战地医院，而非战俘营。同样，他们经历的过程可能不同于战俘，例如他们可能在被俘时被立即转移到军队医院，而无需先经历转运站或战俘营阶段。因此，与伤者、病者接触的人可能更熟悉《日内瓦第一公约》而非《日内瓦第三公约》的规定。因而，有必要在《日内瓦第一公约》中纳入与《日内瓦第三公约》相关规定相似的条款。这也符合使每一个公约本身尽可能完整的一般做法。

1533 其次，除伤者、病者外，本条还涵盖死者，包括在落于敌方手中之前死亡的人。这类人在任何阶段都不会成为战俘。

1534 尽管存在上述两个原因，但本条与《日内瓦第三公约》各项规定之间的密切联系表明必须重视该公约及其评注。

二、历史背景

1535 与必须将死者的死亡证书及其某些财物转送给其所依附的国家一样，各方也早已公认必须对武装部队伤者、病者或死者以及某些其他人员的身份予以证明。

1536 1880年《牛津手册》规定，“在死者身上所有可用于确定其身份的物品（如笔记本、番号等）全部搜集完毕之前，不得将其埋葬”。该手册补充规定，“以此种方式从敌方死者身上搜集的物品应转交其部队或政府”。[4]

1537 1906年《日内瓦公约》第4条规定了类似的事项。该条还要求交战方向当局转交一份其控制下的伤者、病者名册，从而将证明身份的要求扩展至伤者、病者。但是，该条未作详细规定。

1538 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》在1906年公约的基础上又进行了扩展。第4条要求将伤者、病者及死者的姓名连同一切可以证明其身份的事项通告给敌方，还规定了死亡证书的转送以及死者某些个人物品包括身份牌之一半的搜集和转送。由于死者个人物品可能是其家人借以纪念亲人的唯一物件，因此个人物品的转送尤为重要。[5]

3 《日内瓦第三公约》第4条。关于《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》之间适用范围之划分，见《日内瓦第一公约》第14条。

4 《牛津手册》（1880年）第20条。

5 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 31.

1539 《日内瓦第一公约》第16条纳入了1929年公约的核心保护内容，并增加了详细规定。1929年公约仅限于某些方面，未提及哪些信息有助于证明死者身份以及应以何种方式转达给敌方，[6]而且在应转送死者哪些随身物品方面也缺少指导。第16条对这些方面予以扩展，并从第二次世界大战的实践中吸取了经验教训。[7]

三、第 1 款：信息的登记[8]

(一) 此项义务的性质

1540 冲突各方有义务尽速登记任何可以证明落于其手中的敌方伤者、病者，或死者身份的事项。由“应登记”这一措辞不难发现，该义务是一种绝对义务。[9]因此，必须登记某些事项，不得以任何借口不予登记。第2款中规定了应予登记的具体事项，而登记其中某些事项的能力则取决于实际情况。

1541 信息登记与转送工作中有两个方面特别重要，即速度与准确性。[10]迅速登记信息非常必要，可以降低人员失踪的风险，在进行人员转移的情况下尤其如此。迟延转送已登记的信息会加重下落不明人员的家属与朋友的痛苦。准确性也至关重要，因为只有仔细准确地登记了具体细节，才能确切查明个人身份，并将准确的信息传递给其家属。

1542 因此，各方必须及时地，甚至在敌对行动开始之前就采取必要的准备措施，以确保设立合格的机构履行职责。这些措施包括确定记录应采用的格式、指导并培训信息登记方面的相关人员以及建立快速证明身份和进行处理的程序。

(二) 人员适用范围

1543 承担该项义务的主体是“冲突各方”而非特定的个人。尽管如此，该义务必然只能由个人来履行。只有个人才能够向伤者或病者询问其身份或查阅其身份证或身份牌。所以，该义务涉及到冲突各方的所有层级和所有部队，[11]而其决定性因

6 但是，1929年《关于战俘的日内瓦公约》包含有关建立国家情报处（第77条）和中央事务所（第79条）的规定，而且默示委托这些机构从事与从战场上所收集的伤者和死者有关的事务；见上注。

7 对此，见红十字国际委员会，*Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War (September 1, 1939–June 30, 1947), Volume I: General Activities* and *Volume II: The Central Agency for Prisoners of War*, ICRC, Geneva, 1948。

8 与英文约文同等作准的法文版编排的格式稍有不同。英文约文的第1款和第2款合并形成了法文版的第1款。相应地，英文约文的第3款对应法文版的第2款，英文约文的第4款对应法文版的第3款。

9 登记死者和被拘留者的有关信息也是习惯国际法上的一项义务，见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则116和规则123。

10 Durand, p. 416.

11 See also Katz, p. 409.

素是伤者、病者或死者是否落于其手中。因此，第1款中规定的冲突各方登记信息的义务与第3款规定的向情报局转送信息的任务，可能是由不同人员来履行。由谁实际完成这些任务取决于冲突各方向情报局转送信息的程序。不过，各国必须组织并构建能够完全履行第16条规定之义务的主管部门和机构。这意味着，如果在这一过程中执行各阶段任务的人员不同，各方必须通过培训和监管等方式，确保信息能够在各阶段得到妥善转达。

1544 第16条没有对非冲突方的国家施加任何登记信息的义务。但是，根据《日内瓦第一公约》第4条，“中立国对于在其领土内所收容或拘禁之伤者、病者……及所发现之死者，应准用本公约之规定”。因此，将《日内瓦第一公约》第16条与第4条结合起来解读，可以清楚地得出，在领土内收容或发现伤者、病者或死者的中立国具有同样的登记必要信息的义务。

1545 与“落于〔冲突一方〕手中之每一敌方伤者、病者，或死者”有关的事项必须予以登记。无论涉及人数多寡，这些事项必须单独登记。这源于一项要求，即必须登记与“每一”伤者、病者或死者有关的信息。由于一群人在转移时可能被分开，因此对个人进行单独登记尤为重要。另外，这对于确定个人身份也至关重要。

1546 本条是《日内瓦第一公约》中为数不多的同时规定伤者、病者和死者的条款；[12]其他条款或仅涉及伤者、病者，或仅涉及死者。[13]由于需要证明所有三类人员的身份，因此本条对这三类人员一并予以规定。仅与死者有关的更多义务规定在第4款中。

1547 该义务仅限于“每一敌方伤者、病者，或死者”（后加着重号以示强调）。因此，与搜寻伤者、病者或死者以及安葬死者的规定不同，[14]本条中的义务不延伸至己方部队的伤病或死亡人员。这一限制可以由登记信息的后续义务来解释，亦即应通过第3款中规定的程序将信息转送给敌方。国际人道法上规定的提供己方部队相关信息的义务源自不同的规则。[15]

1548 伤者、病者或死者的身份并不总是容易确定，而且他们是否属于敌方可能也不明确。由于本款的目的之一是协助证明此类人员的身份，因此在个人归属存疑的情况下，也仍然应当登记有助于证明其身份的事项。

1549 该义务还仅适用于“落于〔冲突一方〕手中”的敌方伤者、病者或死者。关于该用语的含义，见关于第14条的评注第三部分第（三）节。

12 另见《日内瓦第一公约》第4条和第15条。关于“伤者与病者”一词的含义，见关于第12条的评注第四部分第（二）节。

13 关于伤者与病者，尤其见《日内瓦第一公约》第二章；关于死者，见《日内瓦第一公约》第17条。

14 《日内瓦第一公约》第15条和第17条。

15 例如，见《第一附加议定书》第32条。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则117。

（三）事项的登记

1550 冲突各方必须“登记”某些事项。“登记”一词指的是“做记录”，[16]而且记录的行为和内容尤为重要。这种记录有助于冲突一方对落于其手中的敌方伤病或死亡人员进行持续的核对，并向敌方提供应予转送的事项。记录所采用的具体格式并不重要，可为电子或纸质记录。尽管如此，根据这一要求仍需注意一些问题。首先，必须实际上建立一个记录：仅凭个人通过记忆记住落于其手中之人员的事项是不够的。记忆难免会导致信息不准确或者信息遗失。其次，记录必须尽可能准确。虽然由于实际情况，可能无法达到百分之百的准确度，但信息登记人员必须尽职尽责地进行记录。第三，记录必须能够经受住武装冲突的状况和气候的异常变化。第四，冲突各方必须制定一套进行信息登记的标准方法。这将有助于在各阶段链条上及时转达信息。[17]最后，一旦制成记录，必须按照本条第3款将其安全储存并尽速转送至相关情报局。

1551 为实现本条所规定之目的而进行的数据处理活动，也遵循数据保护立法中开展一般数据处理活动的法律依据，包括：履行某项法律义务，此处即第16条本身；符合数据主体的切身利益，此处指的是防止人员失踪；以及存在重大公共利益理由，此处指的是实施日内瓦四公约及其附加议定书和《国际红十字与红新月运动章程》所规定的人道活动，以及情报局和中央寻人局履行源于上述文件的职责。[18]日内瓦四公约缔约国有义务确保，其通过的数据保护立法不得妨碍第16条之义务的履行。

1552 第16条第1款规定了应予登记的信息，而第2款则规定了应予登记事项的详细内容。

1553 第16条第1款规定，“任何可以证明”伤者、病者或死者身份之“事项”均应予以登记。因此这一规定主要旨在证明落于敌方手中的伤者、病者或死者的身份。为此，必须登记“任何”“可以”证明身份的事项，包括看似极其琐碎的信息。第2款对这一点进行了扩展，但一般来讲，冲突各方都应当选择全面登记的方式。摘要式信息登记不符合本款要求。

（四）时机

1554 冲突各方应“尽速”登记相关事项。从规定该项义务的理由可明显看出，快速履行这一义务是十分必要的。[19]冲突各方对于失踪人员负有义务。[20]失踪人员家

16 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1202.

17 对此，见第1588段。

18 例如，见欧洲理事会《有关个人数据自动化处理之个人保护公约》，第108号公约，斯特拉斯堡，1981年1月28日，第5条第1款。

19 见第1541段。

20 见《日内瓦第四公约》第26条；《第一附加议定书》第33条；以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则117。

属和朋友希望了解其亲人是否还在世。及时登记信息能够帮助了解失踪人员的下落，从而有助于对其进行保护。除此之外，快速建立必要的记录也有助于相关方完成其向伤者病者分配住处的任务，同时持续对其移送情况进行仔细的核查。这一点尤其重要，因为冲突各方有时难以说明落于其手中但处于一般战俘处理程序之外的敌方伤者病者的下落。[21]

1555 由于情况各异，该款无法订入履行该项义务所允许的更为准确的时间。履行义务的时机尤其取决于落于敌方手中人员的人数、收容方的人数以及所需时间。[22]尽管如此，仍然可以遵循某种指导原则。相关信息必须尽可能在伤者、病者或死者首次落于敌方手中时立即予以登记，并在任何转移（包括内部和外部转移）之前进行登记。最后一项要求尤为重要，因为如果存在人员转入或转出临时收容设施、医院或战俘营的情况，那么人员失踪的可能性就更大一些；而如果相关人员被转移到敌方控制之外的设施中，失踪的可能性更会显著增加。[23]

1556 人员落于敌方手中之时，出于人道与军事考量可能无法立即登记其信息。例如，伤者、病者可能需要紧急医疗救治或从战场上迅速撤退，而当时情况并不便于立即登记信息。[24]虽然这会造成在个人落于敌人手中与信息登记之间出现一个时间差，但这并不会削弱登记信息的义务，只是导致义务的延期履行。部分国家采用一种多阶段制度：被俘时进行基本信息登记，即简略记录；而嗣后一旦合理可行即进行更为详尽的记录，这通常是在随后对被俘人员进行处置的阶段进行。[25]

（五）被俘邮片

1557 如前所述，落于敌方手中的武装部队人员和其他受伤或患病人员均属于战俘且应受《日内瓦第三公约》的保护。因此，负责适用《日内瓦第三公约》的当局应当注意《日内瓦第三公约》第70条，根据该条规定，必须使战俘能够直接写邮片分寄其家属和战俘中央事务所（现称中央寻人局）。[26]

四、第 2 款：记录的内容

1558 第16条第2款规定了证明落于敌方手中的伤者、病者或死者身份所需要的事项清单。可以认为，应尽一切可能确保妥善识别落于敌方手中人员的身份；而且如

21 Ary, p. 25.

22 See also *ibid*. p. 21.

23 另见《日内瓦第三公约》第12条中规定的保障。

24 另见尊重与保护伤者病者的义务（第12条）以及搜寻和撤退伤者病者的义务（第15条）。另见《日内瓦第三公约》第19条以及Ary, pp. 25–26。

25 例如，见英国《被俘人员联合条令》（2015年）。

26 有关书写被俘邮片的时机和内容以及邮片的传递，见《日内瓦第三公约》第70条及其评注。关于名称变更，见第1591段。

有可能，理想的情况是受日内瓦四公约保护的所有类别人员应适用相同的身份证明程序。因此，在日内瓦四公约中均纳入了类似的详细规定。[27]

（一）内容的性质

1559 第16条第2款中规定的事项清单具有说明性，而不具穷尽性，这体现在“可能时，……应包括”这一用语中。在这一方面的指导性原则是应当尽可能多地登记有助于证明伤者、病者或死者身份的信息。据此，记录中可以加入本条未提及的项目或事项，比如照片、指纹、身体围度、最近亲属的姓名和住址[28]以及伤疤或纹身等显著特征或者标志[29]。在该款中所列的某些详细信息无法获得的情况下，登记这些项目则尤为重要。此外，由于信息登记或转达工作偶尔会出现错误，此时这些项目就能发挥重要作用。[30]这些错误可能因语言差异所致，如不同的字母系统、某些相似的姓名（包括音似或形似，前者如Hussein, Hussain和Hossein，后者如Ferrand和Ferraud）或者常见姓名（如John Smith）。[31]本条中所列项目是对于证明个人身份、联系其所依附国家以及说明其下落方面最为有用的项目。

1560 第16条第2款规定，所列项目“可能时，……应”包括在记录中。使用这一措辞表明，可能无法登记所有有关每一位伤者、病者或死者的所列事项。比如，如果伤者病者或死者没有身份证或身份牌，则可能无法登记此类证件所示的事项。同样，如果他们失去意识且未携带任何形式的身份证件，就可能无法登记其姓名和出生日期。[32]因此，如可能，相关信息必须予以登记，并且应当对“可能性”的含义进行严格解释。伤者、病者或死者人数众多或者人力不足并不能解除冲突各方的义务，只是各方所耗费的时间可能长于一般情况，不过面对此类情况，应当对“尽速”这一标准作出相应的解释。同样，缺少一个事项不能成为一方不登记其他现有信息的借口。

27 《日内瓦第二公约》第19条；《日内瓦第三公约》第122条；《日内瓦第四公约》第138条。

28 比如，在厄立特里亚与埃塞俄比亚武装冲突期间，埃塞俄比亚转送的部分死亡证书中就包含最近亲属的姓名和住址。尽管所用措辞为“最近亲属”，但指代的是死者家属的一般概念，不限于严格意义上的“最近的直系亲属”。

29 关于死者，见ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains and Information on the Dead by Non-Specialists*, ICRC, Geneva, 2004, pp. 41–42。

30 例如，在1974年塞浦路斯冲突期间，一些经转达的清单“不能充分发挥作用，因为姓名拼写错误致使无法证明战俘身份”；Đjurović, p. 232。

31 在第二次世界大战期间，这曾经是一个非常特殊的问题。See ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War (September 1, 1939–June 30, 1947), Volume II: The Central Agency for Prisoners of War*, ICRC, Geneva, 1948, pp. 105–106.

32 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则123的评注，第417页（“至于所记录信息的范围，缔约国的义务不能超出从被关押者处或其可能携带文件中可获得的信息的范围。”）

（二）所列事项的类型

1561 该款所列事项包含不同种类。多数与个人身份有关：姓名、出生日期、身份证或身份牌所示的其他事项以及军队番号或其他番号。其他事项涉及个人所依附之国的国名（“名称”），以便妥善通知相关国家。在涉及多方的冲突中，这一信息尤为重要，有助于准确通知相应冲突方及相关人员家属，并履行《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》所规定之义务。其他事项涉及个人落于敌手的情况，包括被俘或死亡日期及地点以及有关伤病的详细信息或死亡之原因。最后一类事项涉及相关条款所包含的义务，尤其是《日内瓦第一公约》第17条的义务。

（三）所列事项

（甲）所依附之国

1562 “〔个人〕所依附之国”指的是确定该个人所隶属的冲突一方的国家名，通常与该个人的国籍国相同。但在某些情况下，个人也可能不代表其国籍国作战。

（乙）-（戊）番号、姓名和出生日期

1563 “军、团、个人番号”“姓”“名”以及“出生日期”属于日常概念，无需进一步解释。所有的名字都应写全名。缩写形式可能在身份证明过程中造成不必要的延误，并可能造成误导。

（己）身份证或身份牌上之事项

1564 尽管该款规定的是“身份证或身份牌”，但由于身份证容易在冲突混乱中丢失、损坏或毁损，因此最好是身份牌。

（1）身份证

1565 《日内瓦第三公约》第17条第3款要求各国“对于在其管辖下有资格成为战俘之人”应为之制备“身份证”。第17条所指的人员是《日内瓦第三公约》第4条子款和丑款所列之人员。《日内瓦第三公约》第4条子款中列举的人员类别与《日内瓦第一公约》第13条所列相同，第13条规定了本公约适用的人员类别。因此，受本公约保护的所有伤者、病者都应当携带身份证，除非在冲突期间丢失或损坏。

1566 尽管第16条第2款中所列事项存在很多重叠，但是身份证必须包含本款未予规定的一些额外信息。这些额外信息包括个人军衔等级、签名、指纹（非强制性）和其他未规定的信息，对于伴随武装部队而非其成员之人，还应当登记颁发身份

证的军事当局名称、出生地点、颁发日期、照片、血型、宗教、公章以及其他身份辨认记号。[33]这些项目相当于本款己项所指的“任何其他事项”。所有这些详细信息均可予以登记，例如可通过扫描、电子化或者拍照的方式登记签名和指纹，从而在一般事项缺失（如身份证部分毁损）的情况下提供一种重要的身份证明手段。这些补充事项有助于确保妥善证明个人身份，并且可通过个人所依附的国家持有的记录对其进行交叉核对。

1567 在实践中，各国不一定都颁发身份证，这导致在证明个人身份方面存在巨大困难，在人员死亡的情况下尤甚。实际上，在一些情况下，由于缺少此类信息，某些人员的身份一直无法得到证明。因此，各方颁发身份证，武装部队成员随时携带，都是非常重要的。

1568 如果个人还携带其他形式的身份证件，如驾驶证或者国民身份证，还应当登记这些证件所提供的其他事项。

(2) *身份牌*

1569 向武装部队每一位成员提供身份牌的做法在第一次世界大战期间变得较为普遍，此后不久，身份牌的标准化需求即显现出来。[34]第13届红十字国际大会批准了一个示范身份牌，[35]该身份牌可分为两部分，每一部分具有相同的信息，一枚身份牌留在死者身上，另一枚则从其身上取下送交其所依附的国家，[36]1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条对此作了规定。自此以后，身份牌为各国武装部队广泛使用。1981年，第24届红十字国际大会敦促武装冲突各方，无论是在国际性武装冲突还是在非国际性武装冲突中，均 “采取一切必要措施向其武装部队人员提供身份牌，并确保其在服役期间一直佩戴”。[37]

1570 要有效证明身份，就必须极为谨慎地制备这种双身份牌。铭文必须无法擦去。身份牌材质必须能够尽可能抵御化学或物理介质的破坏，尤其是火和热，[38]

33 《日内瓦第三公约》第4条子款第4项以及附件四。

34 关于第一次世界大战前身份牌的使用情况，见Capdevila/Voldman, 2006, pp. 22–26。

35 第13届红十字国际大会（海牙，1928年），第10号决议，转载于*Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix Rouge*, Vol. 10, No. 119, November 1928, p. 1019。

36 See Commission internationale pour la standardisation du matériel sanitaire, 2nd Session, 24–31 October 1927, Resolution III, reproduced in *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix Rouge*, Vol. 9, No. 107, November 1927, pp. 770–771, and 3rd Session, 16–23 July 1928, Resolution VIII, reproduced in *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix Rouge*, Vol. 10, No. 115, July 1928, p. 583.

37 第24届红十字国际大会，马尼拉，1981年，第1号决议，转载于*International Review of the Red Cross*, Vol. 21, No. 225, December 1981, p. 318。

38 该段源于Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 171, 重申于第24届红十字国际大会（马尼拉，1981年），转载于*International Review of the Red Cross*, Vol. 21, No. 225, December 1981, p. 318。

而且不受气候和身体接触的影响。一般应使用耐用金属。虽然有示范身份牌，但不同武装部队有其各自的偏好。因此，具体的身份牌格式因国而异，差异体现在下列方面，如形状（椭圆、长方形等）、具体使用的金属以及身份牌两半接合方式（链式、直接接合等）。身份牌有时被称为“a disc”（即一块身份牌，但有两半）或者“discs”（即指一块身份牌的两部分）。无论使用单数还是复数，其本质上为同一事物。

1571 身份牌应随身佩戴，通常绕于脖颈，而且不应系于衣物上（比如鞋带）或其他随身物品上（如背包）。身份牌如不随身佩戴，就易于脱离随身物品，从而极大地降低其效用，在冲突期间更是如此。[39]同样，个人必须佩戴自己的而非他人的身份牌。

1572 身份牌上刻印的具体信息因国而异。第24届红十字国际大会建议，身份牌应“记载准确证明武装部队人员身份所需的一切信息，如全名、出生日期和地点、宗教信仰、番号和血型”。[40]有些国家还规定包括其他事项，如个人的社会保障（或保险）号或其服役的武装部队部门。不言而喻，身份牌上刻印的详细信息必须真实，不得包含用以误导敌方的虚假信息等内容。刻印方式也应易于他人理解，不得采用代码等方式。

1573 个人一经加入武装部队，就应立即向其颁发身份牌。这是缔约国可在和平时期采取的一项措施。拖延到敌对行动发生前才颁发身份牌，会由于部队紧急部署或专注于军事问题而导致过晚甚至无法颁发。[41]

1574 也许有观点认为，由于现实的原因，国家有义务为其武装部队人员颁发身份牌。原因在于《日内瓦第三公约》第17条第3款规定冲突各方负有“对于在其管辖下有资格成为战俘之人，为其制备身份证”的义务，加之第24届红十字国际大会第1号决议也表示应优先采用身份牌而非身份证。[42]但是，第16条并未因此而明确规定颁发身份牌或佩戴身份牌的义务。[43]尽管如此，此类身份牌的重要性以及所有武装部队采用身份牌和所有个人熟悉身份牌的可取性，再怎么强调也不为过。在一些冲突中，身份牌缺失已经对死者遗体辨认和失踪人员搜寻工作造成诸多问题。[44]

39 在一些旧时的冲突中，会颁发给士兵“军饷簿”，用作身份证件，但其装于士兵行军包中，不会带到战场上。“装备上刻印有个人番号，从理论上来说，其持有者的身份可以由军需官的记录来证明。但是大战之后的早上，战场上许多死者因夜间被抢掠者扒走衣物而变得赤身裸体。”因此，人们公认需要在身体上佩戴某种形式的身份证件。See Bugnion, p. 499.

40 第24届红十字国际大会（马尼拉，1981年），第1号决议，转载于*International Review of the Red Cross*, Vol. 21, No. 225, December 1981, p. 318。

41 See Bugnion, p. 502.

42 另外，《日内瓦第一公约》第40条第2款规定，医务人员“除应携带第十六条所述之身份牌外，应另携带……特种身份证”。

43 See also H. Wayne Elliott, ‘Identification’, in Roy Gutman, David Rieff and Anthony Dworkin (eds), *Crimes of War: What the Public Should Know*, 2nd edition, W.W. Norton & Company, New York, 2007, pp. 232–234.

44 例如，1991年海湾战争就是这种情况，当时伊拉克武装部队未使用身份牌。

（庚）-（辛）有关被俘、伤病或死亡之详细情况

1575 俘获方在很大程度上有能力确定“（庚）被俘或死亡之日期及地点”和“（辛）有关伤病之情况或死亡之原因”两项中所要求的信息。因此，此类信息应尽可能予以登记，无论个人的情况如何以及是否携带身份牌或身份证。所要求的信息涉及本公约第17条（关于死者的规定），因此也涉及俘获方的相关义务。

1576 就庚项而言，有时可能无法准确确定死亡日期，比如个人被从战场上收集到时已经死亡的情况。但无论如何，主要出于民法和家庭法相关的原因，例如涉及死者家属领取其应得之福利或涉及留有遗嘱的问题，确定死亡日期非常重要。因此，必须按照当代医学所能达到的精确度，在可获取的医学技术切实可行的程度内来确定日期，而且在转送的详细信息中应当提及所做的医疗检查和结果。[45]

1577 被俘日期和地点也必须予以登记。这也适用于个人以被俘之外的其他方式落于敌人手中的情况（如投降）。应当注意，第1款规定了该条的范围并一般性地提及落于敌方手中的伤者病者或死者。第2款仅提及俘虏，但并非用来限制该条的范围。相反，该款列举了“可能时”应当记录的事项。在没有身份证或身份牌的情况下，关于个人落于一方手中的时间和地点的记录（比如通过全球定位系统坐标）可能有助于证明其身份。失踪人员家属有时会联系中央寻人局，向其提供亲人在某时某地被敌方俘获的信息。随后可以将该信息与该敌方提供的对等信息进行交叉核对。

1578 辛项中规定的信息具有医疗性质，应当由医生提供。因此，应常设一名具有主管行政职权的医生。如没有医生，则应由其他具有适当资质的人员来提供这些信息。只要这些事项对于证明个人身份有意义，冲突各方就必须尽力提供。[46]根据当代医学伦理标准，医生必须对所有医疗信息予以绝对保密，[47]除非患者具有行为能力且同意公开或分享该信息或者“法律另有规定”（此处即第16条的规定）或“符合公共利益”。[48]这是一个非常微妙的问题，由于所涉人员具有高度脆弱性，因而必须审慎处理。

45 关于尸检，另见关于第17条的评注，第三部分第（二）节。

46 关于死者，另见《日内瓦第一公约》第17条。

47 World Medical Association, International Code of Medical Ethics, adopted by the 3rd General Assembly of the World Medical Association, October 1949, as amended; ICRC, *Health Care in Danger: The Responsibilities of Health-Care Personnel Working in Armed Conflicts and Other Emergencies*, ICRC, Geneva, 2012, p. 77.

48 British Medical Association, *Ethical decision-making for doctors in the armed forces: a tool kit*, London, 2012, p. 25; ICRC, *Health Care in Danger: The Responsibilities of Health-Care Personnel Working in Armed Conflicts and Other Emergencies*, ICRC, Geneva, 2012, pp. 76–78. 另见《第一附加议定书》第16条第3款。

（四）获取所列事项的方法

1579 搜集伤者、病者或死者的信息可能非常困难。但是，俘获方可以采用不同的方式获得第16条第2款规定的信息。

1580 如果有身份证或身份牌，那么清单中甲项至己项所列信息则较易获取，而庚项至辛项规定的信息则由俘获方提供。应当注意，在任何时候，即使是旨在获取相关信息，也不得没收身份证或身份牌。《日内瓦第三公约》第17条第2款对此作出明确规定，由于没收身份证或身份牌有违设立此类证件的初衷，此项规则因而在当前语境下也具有同等适用效力。

1581 还可以通过询问相关人员来获得信息。根据《日内瓦第三公约》第17条第1款，战俘应提供其“姓名、等级、出生日期，及军、团、个人番号，如其不能，则提使相当之材料”。在这种情况下，第17条第4款禁止对战俘施以酷刑或胁迫借以从其获得情报，并规定“战俘之拒绝答复者不得加以威胁、侮辱，或使之受任何不快或不利之待遇”。在当前语境下，这尤其意味着提供医疗救治不得以回答询问为条件。同样，未能回答询问不应导致任何不利待遇，包括不得降低治疗质量。另外，问询不得以任何方式阻碍或影响所需的医疗照顾。因此，为使相关个人感到更脆弱而延迟提供必要医疗救治，或者为获得更多询问时间而故意延长前往医疗机构的路程等行为均受禁止。

1582 尽管《日内瓦第三公约》第17条的规定未包含在本条中，但这些规定仍然适用于第17条所涵盖的人员。[49]落于敌方手中的伤者、病者属于战俘，应同时适用第一公约和第三公约。因此，被要求适用《日内瓦第一公约》的当局和所有个人都必须熟悉《日内瓦第三公约》第17条的规定并予以严格遵守。另外，根据《日内瓦第一公约》第12条，伤者、病者必须受到人道待遇和照顾。

1583 如果无法通过上述方法获得信息，例如所涉人员失去意识或拒绝提供信息时，或者没有身份证或身份牌的情况下，并不能由此得出结论认为无法进行登记。如上所述，某些必要信息主要在俘获伤者病者或死者的一方的控制范围内。[50]因此，通常可以获取该信息，而且一般不存在不予登记的合理辩解事由。

1584 其他信息可通过不同的方法获得。根据《日内瓦第三公约》，必须使用“各种可能方法”来证明“战俘，因身体及精神状态不能言明其身份者”的身份，但这些方法不得构成或者涉及酷刑、胁迫、威胁、侮辱或者使之受任何不快或不利之待遇。[51]因此，可以采集个人指纹或进行拍照。[52]但未经本人同意，

49 关于《日内瓦第一公约》与《日内瓦第三公约》之间适用范围之划分，见《日内瓦第一公约》第14条。

50 See also Sassòli, p. 11.

51 《日内瓦第三公约》第17条第4款和第5款。

52 见如英国《武装冲突法手册》（2004年），第 8.33.2段，该手册列举了这些例子，以说明可采取的措施。

除非存在合法理由，例如在刑事调查情况下，或者为了证明遗骸的身份，否则不得采集其DNA样本。[53]

五、第 3 款：信息的转送和转达

1585 第16条第3款规定了应当如何处理已搜集的信息。该款填补了先前各公约中的一项重大空白，这些公约无一规定应如何以及向何方转达这些信息。[54]这一规定目前已经清晰明确。相关信息应当由搜集人员或当局尽速转送至冲突各方按要求建立的情报局。该局应将信息转达给保护国（如存在）和中央寻人局，而保护国和中央寻人局应当分别将信息转交至伤者病者或死者所依附之国。自本公约通过以来，这一程序，除指定保护国外，已经在所有重大国际性武装冲突中得到广泛的遵守。

（一）转送至情报局

1586 依照第16条第1款和第2款所搜集的信息应当转送至《日内瓦第三公约》第122条所述之情报局。根据该条规定，冲突各方应当在冲突发生时以及在占领的情况下设立情报局。情报局的目的是汇总与战俘有关的所有信息，如关于其移送、释放、患病或死亡的信息。这有助于进行管理并将这些事项转送至战俘所依附之国，然后继而转送至其家属，因此非常必要。该规定还源于战俘是在敌方手中而非在俘虏他们的个人手中这一原则。[55]由于在《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》之间存在重合之处，[56]情报局的职责也延伸至《日内瓦第一公约》的某些方面。实际上，唯一合理的做法是，汇总所有关于战俘的信息，并将其受伤患病或健康无恙等所有情况报告给同一个机构，无论有关人员是受第一公约、第二公约还是第三公约的保护，均应如此。

1587 情报局要履行其职责，冲突各方必须制定转送情报的程序。这要求在俘获战俘的个人、医治伤者病者的医院或其他机构、战俘营以及情报局之间建立“明确的沟通渠道”。[57]这是确保实际登记信息的人员将其转送到情报局的唯一方法。

53 在此类情况下，DNA样本的采集必须仅为证明个人身份的目的，由合格人员搜集，在实现目的之后予以销毁，在运作条件符合认证标准的实验室中进行分析，并且受到保护，未经许可不得获取和使用。See ICRC, *Missing People, DNA Analysis and Identification of Human Remains*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2009, p. 42.

54 见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条；《1946年国家红会预备会议报告》，第22页；以及《1947年政府专家会议报告》，第17页。

55 《日内瓦第三公约》第12条。

56 见关于第14条的评注，第三部分第（一）节。

57 Ary, pp. 21–22.

1588 基于上述原因，信息应当“尽速”转送。[58]如果可能存在信息转达链条，转送的及时性则更为重要。“尽速”一词意味着信息转送必须以现有最快捷的方式进行，比如通过电子方式。

（二）转达至保护国和中央寻人局

1589 情报局一旦收到信息，必须将其转达给保护国和中央寻人局。实践证明，这种双线报告的方式非常有用，因为大多数冲突中并未指定保护国。[59]在存在保护国的冲突中，信息可以通过两种不同的渠道送达敌方。

1590 向保护国转达信息的工作，通常是通过将信息告知保护国为实现其保护职能而在有关国家委派的外交人员来进行的。因此，外交人员有责任尽速做出安排将信息转达给其当局，该当局应当将信息转交给其作为保护国所代表的国家。

1591 战俘中央事务所于1960年更名为中央寻人局，是总部位于日内瓦的红十字国际委员会的一个常设分支机构。如其原名所示，其主要职能之一是将关于战俘的信息集中起来并转达给战俘的本国或者其所依附之国。[60]就本条规定而言，该寻人局的一项职能就是接收有关伤者、病者及死者的事项并转送至其所依附的国家。[61]在实践中，这些事项以各种形式出现，包括个人身份证、清单、死亡证书、书信以及电报。

1592 情报局必须“尽速”转达信息。[62]《日内瓦第三公约》第122条第3款中对应的规定要求“立即”转达。在实践中，对于信息转达过程的这一阶段，在“尽速”和“立即”之间并无区别。追求即时性的前提是必须以适当形式记录信息，将其与收到的其他信息进行交叉核对，并制作副本供情报局所属方记录存档。

1593 必须使用现有“最迅速之方法”转送信息。这一标准规定在《日内瓦第三公约》第122条第3款中的对应条款中，也同样适用于本条。具体的信息转达方式取决于相关国家的技术水平。在实践中，传达方式包括邮政服务、电报、电子通讯以及人工投递。但是某些方法（如电报）目前大多已不再使用，因此使用现有最迅速之方法的要求意味着在大多数情况下要使用电子邮件等电子手段，而实践中

58 见第三部分第（四）节。Katz, p. 409，将其定义为“以最快的速度”。《日内瓦第三公约》第122条要求应“在尽可能最短时期内”履行有关战俘的同等义务。这些用语的含义基本相同。

59 见关于第8条的评注第八部分。

60 《日内瓦第三公约》第123条。

61 第123条还规定了将信息转达给“战俘的本国”，这一规定看似更加宽泛，但在实践中与本条之间差别不大。一般来说，一个人本国与其所依附的国家是相同的。在出现不同的情况下，除非有关个人同意，否则中央寻人局不会将相关信息转达给战俘的本国，因为这样做等于告知有关国家，其国民之一是某外国的武装部队人员。见Sassòli, p. 12, fn. 26。

62 Katz, p. 409, 将其定义为“毫不拖延地”。

通常也已采取此类形式。信息有时也会被转交给红十字国际委员会或者其他公正的人道组织的一线代表。

（三）转送和转达信息具有强制性

1594 信息转达过程的两个阶段，即从信息登记人员到情报局和从情报局到保护国（如有）与中央寻人局，均具有强制性。这可以从“应”一词明显看出，该词在本款使用了两次，分别与两个阶段有关。因此，登记信息的个人在决定是否将信息转达给情报局时不得使用其酌情权。同样，情报局在决定是否将信息转达给保护国和中央寻人局时也不得使用其酌情权。无论情况如何，比如无论敌方是否已提供对等的信息，均应如此。[63]本款的适用与国际人道法所有规定一样，不以符合相互性原则为前提。[64]

（四）转达给个人所依附之国

1595 保护国和中央寻人局在冲突各方之间发挥传达信息之媒介的作用。因此，他们并非为其自身而持有信息；相反，他们必须将信息转送给相关个人所依附的国家。但是，中央寻人局为了存档仍然要登记信息并制作副本，[65]以防信息在送往该国途中丢失等情况。这样做还有助于中央寻人局回应来自相关家属的问询。[66]

1596 就中央寻人局而言，该规则的一个例外是个人所依附之国系统地使用信息来伤害相关个人或其家人的情况，[67]例如用以指控个人犯有逃兵行径或用以威胁或迫害其家人。当信息被再三（滥）用于宣传目的时，如指控敌方虐待或杀害在其手中的个人，也可中止信息转达活动。这也符合个人数据不得用于数据搜集目的或相应数据处理目的之外的用途这一理念。[68]因此，如果个人所依附之国使用该信息伤害其家人，唯一适当的做法是中止信息转达活动。这种中止应由中央寻人局而非俘获国来决定；将信息转达给中央寻人局仍然是该国义不容辞的责任。这也不意味着落于敌方手中的人员的家属将被剥夺获得其亲人消息的权利。如果中央寻

63 然而，实际上在某些冲突中，各方发送信息有时也以敌方先发送信息为条件。

64 见《维也纳条约法公约》（1969年）第60条第5款。另见前南刑庭, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, paras 510–520。

65 Bugnion, p. 501. 另见Đjurović, p. 231, 关于20世纪70年代早期的印巴冲突。

66 Bugnion, p. 501.

67 对此，《日内瓦第四公约》第137条第2款和第140条第2款明确规定了有关平民被拘留者的一个例外情况。

68 See e.g. Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, adopted by UN General Assembly, Res. 45/95, 14 December 1990, Annex, Principle 3(b); OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, C(80)58/FINAL, 23 September 1980, Annex, as amended by C(2013)79, 11 July 2013, para. 9; and Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Convention No. 108, Strasbourg, 28 January 1981, Article 5(b).

人局认为其能够在不影响任何人的情况下将信息直接通知给相关家属，那么就应采取这种做法。

1597 就保护国而言，情况更为困难。保护国与中央寻人局不同，中央寻人局是一个仅关注武装冲突受难者之命运的纯粹的人道组织，而保护国则依照其自身与其保护的国家之间的某种协定承担转送各种文件的义务，而无需考虑这种转送是否得当。但是，如果落于敌方手中的个人或其家人的利益正在受到侵害，保护国最好应至少暂时采取一种类似于中央寻人局的立场。

1598 信息转达必须“尽速”进行。这一用语出现在本款开头，因此可解读为同时适用于保护国和中央寻人局。《日内瓦第三公约》第123条对此予以确认，规定寻人局必须“尽速将此项情报转送”。信息转达方式如上所述，比如视乎情况确定通过电子邮件或人工投递的方式。[69]

（五）通告相关个人家属

1599 尽管本款并未规定，但个人所依附之国必须将有关落于敌方手中的伤者、病者或死者的命运通知其家属。[70]实际上，该制度是为了个人所依附之国和其家属的利益而建立的。《日内瓦第三公约》第122条第4款规定，该条所要求的此项情报“应能尽速通知有关最近亲属”。尽管在该公约通过时尚不明确该款是否构成对交战方通知战俘近亲属的一种建议，因为这些都完全属于战俘所依附之国职责范围之内的事务，但此后国际人道法已有所发展。《第一附加议定书》规定，其关于失踪人员和死者之规定的适用“主要应受家庭了解其亲属命运的权利的推动”，[71]这一点也同样适用于四公约有关伤者、病者和死者的规定。

1600 其他文件也规定了家庭了解其失踪亲属命运的权利。[72]根据习惯国际法，冲突各方必须向失踪人员的家庭成员提供其掌握的任何与其命运有关的信息。[73]实际上，有一个国家已表达观点，认为需要证明个人身份就是旨在“向其本国当局和其家属报告其被俘这一情况”；[74]另一个国家规定，国家情报局的任务之一是“将收到的信息……转达给相关家属”。[75]故意扣留关于失踪者的信息将侵犯家庭了解其亲人命运的权利。但这并不意味着必须将所有信息都通知其家属，因为一方可

69 见第五部分第（二）节，尤其是第1593段。

70 《日内瓦第三公约》第70条中规定的被俘邮片应当有助于提供这一信息。具体通知哪位家庭成员取决于个人的情况。在实践中，倾向于通知其配偶、父母，或者在无法通知上述人员时，通知其他的家庭成员。

71 《第一附加议定书》第32条。

72 例如，见联合国秘书长公告（1999年），第9节第8项；《国内流离失所问题指导原则》（1998年），原则16.1和原则17.4；以及亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则117的评注，第401~404页。

73 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则117。

74 英国《武装冲突法手册》（2004年），第8.33.1段。

75 比利时《战俘情报局具体操作程序》（2007年），第七部分第（四）节。

能有扣留某些类型的信息的正当利益。尽管如此，个人死亡或被俘等一般命运必须通知其家属。

六、第 4 款：死亡证书和个人物品的转送

1601 第16条第4款规定了仅与死者有关的文件和物品的转送。

1602 本款体现了第二次世界大战期间许多交战国和战俘中央事务所的做法，并引入了1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》所缺少的细节性规定。

(一) 死亡证书或死亡表

1603 根据第16条第4款第一句，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”（以下简称“死亡证书或死亡表”）。

1. 义务

1604 从“应”这一用词可明显看出，冲突各方必须制备并转送死亡证书或死亡表。[76]该义务是一种结果义务，因此并不存在任何未能满足要求的借口。但这并不意味着各方有义务证明每一名死者的身份，以便制作死亡证书。证明身份的义务是一种行为义务，应尽职尽责地予以履行，因为在一些情况下可能无法证明死者身份，例如有关个人身上没有身份牌或身份证而且在相关方手中期间没有恢复意识。[77]关于尚未被确定身份的个人，应在死亡证书或死亡表提供尽可能多的信息。

1605 由于制备死亡证书或死亡表的义务是为了能够将其转送，承担该项任务的一方不得将其用于宣传或威胁等其他目的。

2. 时机

1606 尽管本款未明确规定，但应尽快制备并转送死亡证书或死亡表。这是因为在收到死亡通知之后，家属有权尽快收到死亡证书，从而开始处理遗嘱和其他民事法律事宜。同样，《日内瓦第三公约》第120条第2款要求应“尽速”送交战俘的死亡证或经证明之死亡战俘名单。在许多情况下，可以同时制作并转交死亡记录和死亡证书。实际上，对于一经落于敌方手中且未登记第2款所规定之信息即死亡的个人，该方可决定按照死亡证书的格式登记所要求的信息。

76 根据《日内瓦第一公约》第4条，在涉及中立国的情况下，该义务还适用于中立国。

77 另见关于第17条的评注，第1664段。

3. 程序

1607 死亡证书或死亡表应“通过前款规定之情报局”转送，即第3款中所指的情报局。在实践中，死亡证书或死亡表并非总是通过情报局转达。有时是由相关人员亲自转交给红十字国际委员会一线代表，然后再由代表转送至位于日内瓦的中央寻人局，有时是由有关国家的常驻使团转交给红十字国际委员会日内瓦总部。

4. 应予转送的文件与物品

（1）死亡证书

1608 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条第2款提及“死亡证书”，但并未规定其内容或制作方式。第二次世界大战期间，制备并转达死亡证书的程序千差万别，但部分国家采用了红十字国际委员会建议的一种内容详细的标准格式。[78] 尽管存在这种格式，但《日内瓦第一公约》并未具体规定死亡证书的内容或其制作格式，因此在这方面应参照《日内瓦第三公约》的规定。《日内瓦第三公约》第120条第2款对战俘的死亡证书作出规定。虽然冲突一方对阵亡人员和对死亡的战俘负有的照顾义务有所不同，[79]但至少在情况允许的范围内，第120条大体上适用于这两种类别的个人。

1609 这意味着阵亡人员的死亡证书应按照《日内瓦第三公约》附件四（丁）所附的示范格式制作，并包含下列三类信息。

1610 第一类事项涉及死者的身份，包括姓氏和名字；军衔等级；军、团、个人番号或者同等信息；以及出生日期。第二类事项涉及死亡本身，包括死亡的日期与地点以及死亡的原因。第三类和最后一类事项涉及埋葬地点，包括埋葬日期和地点以及识别墓地所需的全部事项。如果遗体已经焚化，应按照《日内瓦第一公约》第17条第2款的规定，说明有关事实以及进行这种特殊处理的理由。[80]所有这些事项，除最后一类外，都与第16条第1款和第2款的规定相同。

1611 除上述事项外，示范死亡证书还包括两类对于死者家属最为重要的事项，即提及是否存在个人物品（下文进一步讨论）和死者临终时的一些详细情形。从战场上寻回死者的情况下，无疑很难获得上述第二类信息。但尽管如此，负有责任的当局仍应考虑到其情感与人道价值，尽可能多地提供这些详细情形。

78 See ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War (September 1, 1939–June 30, 1947), Volume I: General Activities*, ICRC, Geneva, 1948, pp. 301–302. See also *ibid. Volume II: The Central Agency for Prisoners of War*, p. 33.

79 例如，《日内瓦第三公约》第121条规定，针对战俘在某些情形下遭杀害或受重伤的情况应开展正式调查。

80 详见《日内瓦第三公约》第120条。

(2) 经证实之死亡表

1612 作为死亡证书的一种替代证明，本款规定了经证实之死亡表的制备和转送。例如，在20世纪60年代末和70年代初的中东冲突期间就采取了这种做法。[81]死亡表必须经证明属实，即经核实，这要求由一名具有足够权威的个人，遵循一定的鉴定程序，对死亡表的真实性予以确认，[82]例如用该方所掌握的其他记录来核对表中所含信息。如死亡表经证明属实，则通常以签字或盖章为凭。[83]

1613 死亡表虽然作为一种替代方案得到规定，但到目前为止，死亡证书仍优先于经证明的死亡表，因为个人所依附之国的国内立法通常要求出示个人死亡证书，用于从法律上确认死亡，向死者家属发放抚恤金，或者处理遗嘱等事务。规定替代方案的原因在于，死亡证书涉及额外工作，因而不能规定为强制性要求。[84]如果使用经证实之死亡表，那么它们必须尽可能与示范死亡证书相一致，并包含同样类别的信息。

(二) 身份牌、遗嘱以及个人物品

1. 义务

1614 根据第16条第4款第二句话，冲突各方应搜集（即“整合或汇总”）[85]并转送本款所述的物品。“应”一词体现出这项义务。相关物品为“死者尸体上发现之双身份牌之一半、遗嘱或对于其最近亲属具有重要性之其他文件、金钱及一般具有实质价值或情感价值之物品”。[86]

2. 时机

1615 尽管本款无明确规定，仍应尽速搜集并转送所列举的物品。这一义务基于家庭的需要。例如，按照死者的意愿分配其财产需要遗嘱。在许多情况下，或许可以将物品与第2款规定的信息或第4款规定的死亡证书或死亡表同时转送给情报局。但并非在任何情况下都可以采取此法，例如可以通过电子方式传递信息，但却没有物理手段来送交物品。还应注意的是，俘获死者的个人不得以任何理由保留物品，包括作为纪念品。[87]

81 Đjurović, p. 226.

82 《日内瓦第三公约》第120条第2款要求死亡表应当由“负责军官”来证明。

83 《日内瓦第三公约》第122条第8款规定，“情报局之书面通知，应以签字或盖章为凭”。

84 关于在《日内瓦第三公约》语境下关于这一问题的讨论，见《1947年政府专家会议报告》，第247页。

85 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 281.

86 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则114（冲突各方须将死者个人物品返还其近亲属）。

87 这将构成抢掠或抢劫，受1907年《海牙章程》第28条和第47条、《日内瓦第一公约》第15条以及习惯国际法所禁止（见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则52）。

3. 程序

1616 物品应“通过前款规定之情报局”转送，然后情报局必须再将其转交给中央寻人局或者保护国。由于物品是独一无二的有形物体，因此只能通过这两种渠道之一进行转达。应由有关情报局在两者之间作出选择，但在实践中，通常被选中的都是中央寻人局，这或是因为没有保护国，或是因为在有保护国的冲突中，中央寻人局已专门为此任务做好准备。随后，中央寻人局和保护国再将物品转交死者家属。

4. 应予转送的物品

1617 本款规定了一个详尽的转送物品清单，不过其中两种物品（对于最近亲属具有重要性之文件和具有实质价值或情感价值之物品）具有普遍性。在实践中，各国对清单作广义解释，要求搜集并转送“个人物品”，这一点体现在习惯国际法标准中。[88]

1618 所列之物品的共性在于，它们都是在“死者尸体上发现”的。这一短语包括物理上处于尸体上的物品，如双身份牌之一半、戒指或手表，还包括在死者所穿的衣服上或衣服中的物品，如衣兜里或附着在衣领上的物品。此外，还涵盖死者所携带的物品，如背包内的物品，因为这些也是在“死者尸体上发现”的。最后，该短语还延伸至死者附近的物体。[89]例如，对于本应属于本款范围之内却恰好在死者伸手可及的范围之外的物品，如果对这一规定进行严格解读而得出结论认为，因其并非“在死者尸体上”发现而不予搜集和转送，则是十分不妥的。虽然一方并无义务在死者周围搜寻属于死者的贵重财物，但解释该短语时必须谨记该规定的目的，[90]即归还对死者家属具有价值和（或）重要性的物品。因此，对于并非在死者尸体上发现，但明显属于该死者且对其家属具有价值和重要性的物品，

88 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则114。见贝宁《武装冲突法手册》（1995年）第三分册第13页；喀麦隆《指导员手册》（2006年）第122页和第164页；乍得《指导员手册》（2006年）第94页；克罗地亚《武装冲突法概要》（1991年）第21页；法国《武装冲突法教学资料》（2000年）第3页；匈牙利《军事手册》（1992年）第38页；以色列《作战规则手册》（2006年）第39页；肯尼亚《武装冲突法手册》（1997年）第12页；马达加斯加《军事手册》（1994年）第23段；荷兰《军事手册》（2005年）第0610段；秘鲁《国际人道法和人权手册》（2010年）第69（c）段；塞内加尔《国际人道法手册》（1999年）第18页；西班牙《武装冲突法手册》（2007年）第5.2.d.(6)段和段6.2.b.(3)段；多哥《军事手册》（1996年）第二分册第12页以及英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.34段。这与1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条是一致的，该公约将其称为“个人用品”。

89 红十字国际委员会曾建议将“或者在其附近”纳入“由于有关物品无需实际在死者尸体上发现”这一规定中。见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第11页。1906年《日内瓦公约》第4条指的是“在战场上发现的，或在医疗队或其他医疗所内死亡的病者或伤者所遗留的”物品。另见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。

90 《维也纳条约法公约》（1969年）第31条第1款。

就必须予以转送。[91]在实践中，各国确实对“在死者尸体上发现”的个人物品这一条件予以忽略，转而适用了一种更为一般性的搜集和转送物品的义务，这一点也反映在习惯国际法标准中。[92]

（1）双身份牌之一半

1619 双身份牌的一半应留在死者脖颈上，而另一半应拆下并送到其所依附之国。[93]第17条第1款规定了士兵仅获发单身份牌的情况。在这种情况下，整个身份牌必须留在尸体上，因为在任何时候这对于尸体辨认都是必不可少的。但使用单身份牌将使个人所依附之国失去一种通常十分重要的证明身份的额外方法。因此，身份牌应由可分离的两部分组成。

（2）遗嘱

1620 在搜集死者随身文件时，对具有法律价值的文件，特别是遗嘱，进行保存和转送是非常重要的。只有采取此类措施才能使死者的财产按照其生前意愿得到处置。尽管冲突实践表明，极少出现需要诉诸日内瓦四公约关于遗嘱之规定的情况，但遗嘱问题十分重要，四公约均对其有所规定。[94]

1621 本款所提及的“遗嘱”，无论如何描述，均指“一种含有在一个人死后处分其金钱和财产的指示的法律文件”[95]。可视为遗嘱的文件可能看似并不像遗嘱，例如可能是潦草地写在一张碎纸片上，可能并未使用法律语言（立遗嘱人、受益人等），而且可能未经见证人证明。但仍必须将此类文件进行转送。冲突方没有权利判断遗嘱的效力，其任务只是将类似于遗嘱的文件转送情报局。[96]

1622 如果存在多份不同日期的遗嘱，必须将其全部转送。本款所提及的“遗嘱”（last will）指的就是一般遗嘱（will）、“临终遗嘱”或“最后遗嘱及遗言”是这些遗嘱文件的别称。这种提法并不意味着俘获死者一方的个人应只选择并转送日期最近的遗嘱。如前所述，遗嘱之间的选择、遗嘱的效力等事项并不由相关冲突方来决断；在这方面，冲突方只须将遗嘱转送给情报局即可。对遗嘱的效力和其他问题的决定属于遗嘱发生效力国家的国内法管辖范围。

91 另见《日内瓦第三公约》第122条最后一款，该款要求搜集并转送战俘的“个人贵重物品”，并转达他们的“其他个人物品”。

92 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则114及相关实践。

93 关于身份牌，见第1569~1574段。

94 《日内瓦第二公约》第19条；《日内瓦第三公约》第77条和第120条；《日内瓦第四公约》第129条。

95 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1651.

96 实际上，即使相关文件在法律上不构成遗嘱，但仍可能属于一件具有情感价值的物品。

(3) 其他重要文件

1623 应转送的文件不限于遗嘱；还包括“对于其最近亲属具有重要性之其他文件”。这一类别较为宽泛，由三个主要特征来界定。首先，物品必须具有文件性质，即必须是“一件提供信息或证据的书面、印刷或者电子物质”。[97]其次，必须是对于最近亲属具有重要性的物品。[98]因此，这一类别包括关于处置尸体的指示和照顾儿童的安排等文件，但不包括某些文件，如具有情报或军事价值的文件。由于文件的重要性是相对的，而且除遗嘱或具有军事价值之类的文件之外，其重要性可能不会立即显现，俘获死者一方的个人应尽量转送这些文件。其实，这一规定应解读为要求转送对最近亲属并非明显不重要的文件。当一叠文件或者U盘文档中同时含有具有军事价值的文件和对最近亲属具有重要性的文件时，如有可能，应尽可能将两者分开。

(4) 金钱

1624 “死者尸体上发现之……金钱”也必须予以转送。由于这一类别未作进一步细化，因此在死者尸体上发现的所有金钱必须进行转送，无论金额多少和货币种类均如此。同样，金钱也不仅限于现金，即纸币和硬币，还包括支票、汇票和其他货币性项目。

(5) 具有实质价值或情感价值之物品

1625 本款所列的最后一类物品是“一般具有实质价值或情感价值之物品”。事实上它包括两类物品，一类是具有实质价值的物品，一类是具有情感价值的物品。从“一般”和“所有”这两个用词可知，应对这两类物品作广义解释。这两类物品的主要特征都是物品的价值，只不过其中一类物品由其金钱价值来判定，而另一类则由其情感价值来判定。对具有情感价值的物品进行选择有时更为困难；必须牢记的是，一些价值不高或者没有明显价值的物品，却可能由于情感因素为其最近亲属所珍视。同样，何种物品具有情感价值也会因人而异，还可能因文化而异。而且鉴于一个人认为具有金钱价值的物品对于另一个人而言可能一文不值，俘获死者一方的个人应尽量转送物品，并交由死者家属来判断其是否愿意予以保留。[99]死者去世之时所随身携带的物品，确实可能使得该物品对其家人具有情感

97 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 421.

98 有些国家对“重要性”作广义解释，即相当于“有用”。关于《日内瓦第三公约》中的平行条款，见加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第1036段。

99 1947年6月政府专家会议期间，一个代表团指出存在敌方难以判定物品是否具有实质价值或情感价值的问题，因此建议删除相关文字；见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第12页。不过，该短语最终得以保留。

价值。不过在一般情况下，具有情感价值的物品包括个人函件、[100]个人照片、钱包、手表、戒指或项链等珠宝以及宗教物品。同样一般而言，下列物品不归于此类：武器、[101]其他军事物资以及军用照片，比如在侦查任务中拍摄的照片。

(6) 未能辨认其所有人之物品

1626 本款还列举了另外一类应予转送的物品，不过出现在本款最后一句话中而且未包含在说明其他应予转送物品的句子中。这类物品被称为“未能辨认其所有人之物品”，而且默认不包括上述所有类别物品。必须重申的是，根据习惯国际法，所有“个人物品”，即不仅限于上述本款所列之物品，均应予以搜集和转送。通过增加“未能辨认其所有人之物品”这一类别，协定国际法和习惯国际法之间的标准便较为相近。

(三) 物品的转送

1627 第16条第4款最后一句详细规定了本款所列举物品的转达。冲突各方应以密封包裹寄送物品，并附说明书载明死者身份之详情以及包裹内容之清单。

1628 有关物品规定于本款前两句中，加上“未能辨认其所有人之物品”。这些物品应通过情报局“寄送”。由于有关物品为实物而非信息，因此必须通过实体运输的方式，先送至情报局，然后再送达中央寻人局或保护国。通常通过邮政系统进行寄送，而且《日内瓦第三公约》规定情报局“应享受邮政免费”。[102]但只要物品得以“寄送”，并不要求必须通过邮政系统进行；也可通过人工运送等其他方法将物品递送给情报局和保护国或中央寻人局。无论具体使用何种方法，寄送的方式方法必须可靠。可靠性体现在不同层面，包括物品实际收讫流程正常；物品收讫时良好状况；以及其收讫无不当延误。必须采取一切可能的预防措施，确保具有此种价值的包裹不会丢失或在途中被打开。在武装冲突期间，邮政通讯不太可靠，而且经常会绕道，因此也相应增加了物品损坏或性能衰减的风险。

1629 物品应以“密封包裹”寄送。这降低了物品受影响或受损的可能性，还降低了与同时转达的他人物品混杂的可能性。

1630 密封包裹必须“附”以一些信息。因此，所要求的信息必须放入物品包裹中，不应随后寄送。相关信息还必须附于物品上或清楚标明其所附之物品；否则

100 这明文规定于1906年《日内瓦公约》第4条中。

101 即使特定武器可视为对于死者具有情感价值，也不例外。

102 《日内瓦第三公约》第124条。该规定尤其通过《世界邮政公约》第7.2.1条至第7.2.3条、《信件投递规章》规则111至112以及《邮政支付服务规章》第1005条等得到实施。See Universal Postal Union, *Postal Payment Services Manual*, Berne, 2013, para. 10.4–10.6.

将有违信息寄送的初衷。有关信息为“说明书载明死者身份之详情”和“包裹内容之清单”。前者旨在使死者与其财产相匹配，而后者旨在确保所有被寄送的物品到达最终目的地。在身份不明人员身上发现财产的，涉及死者的信息应当与该方所能登记的事项相关。

1631 接收物品的中央寻人局或保护国应将其以未启封的状态寄送给死者家属。具体由哪位家庭成员接收物品取决于个人的情况。在实践中，接收人一般为配偶、父母或者（在无法送达这些成员的情况下）其他家庭成员。就中央寻人局而言，如果红十字国际委员会已与死者家属取得联系，物品应寄送给红十字国际委员会代表或相关国家的红十字会或红新月会，并由他们转达给其家属，而不应通过死者所依附之国。如果尚未取得此种联系，红十字国际委员会应与死者所依附之国就此问题进行讨论或者将物品寄送给该国，以便进一步转达给相关家属。

主要参考文献

Ary, Vaughn A., ‘Accounting for Prisoners of War: A Legal Review of the United States Armed Forces Identification and Reporting Procedures’, *Army Lawyer*, No. 261, August 1994, pp. 16–26.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 498–507.

Capdevila, Luc and Voldman, Danièle, ‘Du numéro matricule au code génétique: la manipulation du corps des tués de la guerre en quête d’identité’ (‘From regimental number to genetic code: The handling of bodies of war victims in the search for identity’), *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 848, December 2002, pp. 751–765.

– (eds), War Dead: Western Societies and the Casualties of War, Edinburgh University Press, 2006.

Đjurović, Gradimir, *The Central Tracing Agency of the International Committee of the Red Cross*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1986.

Durand, André, *History of the International Committee of the Red Cross, Volume II: from Sarajevo to Hiroshima*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1984, pp. 34–48 and 413–441.

Geiss, Robin, ‘Name, rank, date of birth, serial number and the right to remain silent’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 860, December 2005, pp. 721–735.

Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise (eds), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, ICRC/Cambridge University Press, 2005, available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1.

亨克茨和多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Katz, Monique, 'The Central Tracing Agency of the ICRC', *International Review of the Red Cross*, Vol. 17, No. 199, October 1977, pp. 407–412.

Petrig, Anna, 'Search for Missing Persons', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 257–276.

Sassòli, Marco, 'The National Information Bureau in Aid of the Victims of Armed Conflicts', *International Review of the Red Cross,* Vol. 27, No. 256, February 1987, pp. 6–24.

第十七条

关于死者之规定
坟墓登记处

公约条文 *

一、冲突各方应保证在情况许可下将死者分别埋葬或焚化之前，详细检查尸体，如可能时，应经医生检查，以确定死亡，证明身份并便作成报告。双身份牌之一半，或整个身份牌，如其系单身份牌应留于尸体上。

二、除因卫生上迫切之理由，或出于死者所奉宗教之动机外，尸体不得焚化。如举行焚化，则在死亡证明书或经证实之死亡表上应详注焚化之情况及理由。

三、冲突各方更应保证死者得到荣誉的安葬，可能时，应按照彼等所属宗教之仪式埋葬之，其坟墓应受尊重，于可能时，按死者之国籍集中一处，妥为维护，并加以标志，俾随时可觅见。因此，冲突各方在战事开始时应即组织正式坟墓登记处，以便事后迁葬，并保证认明尸体，不论坟墓位置如何，及可能运回本国。此项规定应适用于骨灰，骨灰应由坟墓登记处保管、直至依照本国愿望处理时为止。

四、一俟情况允许，并至迟在战事结束之时，各坟墓登记处应通过第十六条第二项所指之情报局互相交换表册，载明坟墓之确实地点与标志以及有关该处埋葬的死者之详细情形。

保留或声明

无

目 录

一、引言 496
二、历史背景 497
三、第 1 款：尸体检查与证明身份 498
(一) 埋葬或焚化 498
1. 义务 498
2. 单独埋葬或焚化 499

* 编者注：为便于引用，加标条文各项序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

3. 适用人员范围 501
（二）埋葬或焚化前的尸体检查 502
1. 义务 502
2. 尸体检查的目的 502
3. 尸体检查的性质 504
四、第 2 款：尸体的焚化 506
五、第 3 款：荣誉的安葬 508
（一）荣誉的安葬 508
（二）坟墓 509
1. 尊重坟墓 509
2. 坟墓的集中 510
3. 对坟墓进行维护并加以标明 510
（三）坟墓登记处 511
1. 正式坟墓登记处的设立 511
2. 坟墓登记处的职能 512
3. 应给予骨灰的待遇 514
六、第 4 款：交换载明坟墓地点与标志的表册 514
主要参考文献 515

一、引言

1632 第17条专门规定了死者的待遇。该条与第16条最后一款关联紧密，因为在对死者物品以及死者尸体上发现的信息制定相关规则之后，仍有必要对尸体的处理作出规定。因而，该条规定了与死者的埋葬或焚化、埋葬或焚化前的尸体检查以及坟墓的维护与标明有关的若干规则。

1633 第1款包含两项主要义务。第一，冲突各方应确保死者得以埋葬或焚化。在情况许可下，必须对死者进行单独埋葬或焚化。第二，埋葬或焚化之前必须对尸体进行详细检查。尽管本款规定的是“埋葬或焚化”，但第2款却表明埋葬优先，仅在两种限定情况下允许焚化。第3款规定了若干相关义务。各方必须确保死者得到荣誉的安葬，可能时，应依照死者所属宗教之仪式埋葬。他们必须确保坟墓受到尊重，于可能时，按死者国籍将其集中一处，予以维护并加以标明。各方还应在战事开始时设立正式的坟墓登记处，使其能够交换“表册，载明坟墓之确实地点与标志以及有关该处埋葬的死者之详细情形”。

1634 本条和国际人道法其他条款中有关死者之规定[1]的根本目的在于保护死者的尊严。因此，死者尸体应得到荣誉的待遇，并获得尊重，[2]其身份得到确定，其坟墓得以标明并得到尊重。

1635 关于死者的规定（例如证明身份和标明坟墓的规定）与关于失踪人员及家庭知晓其亲属命运之权利的规定有关。[3]

1636 关于非国际性武装冲突中的死者待遇，见关于共同第3条的评注第一部分。

二、历史背景

1637 在历史上，武装冲突期间的死者待遇问题一直引人关注，各种各样的文化与宗教均对此发表意见。国际人道法也在很早以前就对死者待遇作出规定，至少可追溯至1880年的《牛津手册》。[4]

1638 1906年《日内瓦公约》也就死者待遇作出规定："占领战场的交战者在埋葬或焚化死者之前，应仔细检验其尸体"。[5]它还规定，"每一交战国应将死者尸体上发现的标志，或证明其身份的军事证件……尽速转交给他们的国家或军事当局"。[6]当时有一个国家将该公约解释为要求采取"必要的措施，……对死者尸体进行检查并证明其身份"。[7]

1639 公约虽明确要求"在埋葬或焚化死者之前……仔细检验其尸体"，但尚不明确其是否对交战国本身施以埋葬或焚化死者的义务。公约条文中并未就此作出具体规定，且至少有一个国家认为公约不包含该义务。[8]但是，早在1906年的学术著作中，尽可能埋葬或焚化死者的义务就已被视为一项习惯国际法规范。[9]

1 《日内瓦第二公约》第18条和第20条；《日内瓦第三公约》第120条；《日内瓦第四公约》第129条和第130条；《第一附加议定书》第34条。

2 另见《日内瓦第一公约》第15条（保护死者防其被剥劫）。

3 见《第一附加议定书》第32条至第33条；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则117。

4 1880年《牛津手册》第17条和第20条。

5 1906年《日内瓦公约》第3条。

6 同上注，第4条。

7 'Geneva (Red Cross) Conference of 1906', in *Papers relating to the Foreign Relations of the United States with the Annual Message of the President transmitted to Congress December 3, 1906*, Government Printing Office, Washington, 1909, Part Two, p. 1557.

8 United Kingdom, War Office, *Manual of Military Law*, London, 1914, p. 267.

9 See Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. II, *War and Neutrality*, Longmans, Green and Co., London, 1906, p. 128, and James Molony Spaight, *War Rights on Land*, Macmillan, London, 1911, p. 431（暗示）. See also United Kingdom, War Office, *Manual of Military Law*, London, 1914, p. 267（暗示——"即使是敌方的死者也应得到埋葬这一原则得到普遍承认"）.

1640 1906年公约的规定在1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中得到扩展。[10]本公约第17条对1929年公约所包含的核心保护予以规定。

三、第 1 款：尸体检查与证明身份

1641 第17条第1款包含两项主要义务。第一，冲突各方应确保埋葬或焚化死者。在情况许可下，此种埋葬或焚化必须单独进行。第二，在埋葬或焚化之前，各方必须详细检查尸体，以确定死亡，证明身份并便作成报告。

1642 此外，《日内瓦第一公约》第4条还要求中立国将本公约的这些规定准用于在其领土上发现的死者。[11]

(一) 埋葬或焚化

1. 义务

1643 冲突各方必须确保死者得到埋葬或焚化。第17条第2款和第3款详细规定了如何进行埋葬或焚化，包括确保“死者得到荣誉的安葬”。1929年公约也要求死者应得到“荣誉的安葬”。[12]由于尸体经常被遗留在战场上，荣誉的安葬因而特别重要。[13]国家实践也对确保死者得到实际埋葬或焚化的义务予以确认。[14]

1644 确保死者得到埋葬或焚化的义务可以不同的方式履行。相关方可自行为死者安排荣誉安葬；或者也可将死者遗体归还遗属，进行埋葬或焚化。红十字国际委

10 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。除延续1906年《日内瓦公约》的义务外，1929年公约还要求将死者荣誉地安葬，尊重并标明其坟墓，以及设立坟墓登记处等。

11 见第4条评注第940段。

12 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。

13 See e.g. Sophie Martin, ‘The Missing’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 848, December 2002, pp. 723–726, at 723 and 725.

14 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.103～9.104段 （“对死者遗体最低限度的尊重是予以体面埋葬或焚化”）；加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第925.5段（“冲突各方应确保死者得到荣誉的安葬，可能时应按照其所属宗教的仪式予以安葬”）；克罗地亚《指挥官手册》（1992年）第76段（“作为一种规则，应当证明死者身份并单独埋葬、焚化或海葬”）；意大利《武装冲突法基本规则手册》（1991年）第76段 （“作为一种一般规则，死者应……得到单独埋葬、焚化或者海葬”）；俄罗斯联邦《国际人道法适用条例》（2001年）第164段（“只要情况允许，应立即安排对敌方武装部队成员以及武装冲突中的其他受难者进行搜寻、收集、身份证明，并加以实施，从而……按照道德原则所要求的应有尊严和尊重予以埋葬”）；西班牙《武装冲突法手册》（1996年）第1卷第5.2.d.(6)段（“一旦战术情势和其他情况允许，就应立即埋葬、焚化或海葬死者”）；乌克兰《国际人道法规则适用手册》（2004年）第1.4.12段 （“只要情况允许，所有武装冲突方均应……安排搜寻死者以……确保予以妥善安葬”）；以及美国《军事行动法律手册》（1993年）第Q-185页（“各方必须确保妥善安葬”）。

员会在这方面可以充当中立调解人。[15]本款规定各方“应保证”死者得到埋葬或焚化，而非各方“应埋葬或焚化”死者，这一措辞就表明可就义务履行方式进行选择。

1645 最可取的方式是将死者遗体归还遗属，以便他们按照其宗教信仰和习俗予以埋葬或焚化。这种方式的另外一个可取之处在于遗属得以吊唁亲人。[16]实际上，将死者遗体归还遗属可视为一项基本人道目标，这在条约法和习惯国际法中均已得到认可。[17]

1646 “埋葬”指的是“掩埋尸体”，而“掩埋”指的是“将（尸体）置于土中或坟墓中”。[18]埋葬通常需要将死者遗体置于棺材或裹尸袋中，或者以裹尸布包裹，然后将其掩埋于地下。“焚化”指的是“通过烧成灰烬的方式处理死者遗体”；[19]这既包括在正式的火葬场焚化，也包括在人工搭建的柴堆上焚化。

1647 尽管第1款规定了“埋葬或焚化”，但从第2款可以明确得知，这两种选项的地位并不相同，而且冲突各方不能在二者之间自由选择。埋葬是优先选项，而焚化只允许在例外情况下进行。[20]

2. 单独埋葬或焚化

1648 “在情况许可下”，应对每位死者进行单独埋葬或焚化。这是死者应得到荣誉安葬这一要求的一个方面。尽管集体坟墓不符合尊重死者的意图，但死者遗体还是经常被“胡乱地扔到乱葬坟中”。[21]虽然这种现象早在1930年就出现，但至今却仍然存在。从实际层面来看，单独埋葬或焚化也是更好的选择。在单人墓中埋葬，有助于最终将死者遗骸归还遗属或本国，便于事后迁葬和认明死者身份，而且还可避免扰乱其他死者的安息之地。要求在单人墓中埋葬，并不表示不可以同时安葬多具尸体，或一起出殡，但应确保每具尸体都分开下葬。单独焚化也尤为重要，否则就可能无法将每位死者的骨灰归还各自的遗属。

1649 回顾武装冲突的现实可知，在单人墓中埋葬或进行单独焚化的义务并非一种绝对义务，而是应“在情况许可下”加以履行。由此可以推断，每位死者都会得

15 例如在20世纪90年代初期亚美尼亚与阿塞拜疆的冲突之后，红十字国际委员会就在归还死者遗体方面发挥了中立调解人的作用。See ICRC, *Annual Report 2010*, ICRC, Geneva, 2011, p. 315.

16 ICRC, *Accompanying the Families of Missing Persons: A Practical Handbook*, ICRC, Geneva, 2013, pp. 36, 57–58 and 134.

17 见《第一附加议定书》第34条第2款以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则114。

18 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, pp. 187 and 189.

19 *Ibid*. p. 336.

20 见第四部分。

21 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, Geneva, 1930, p. 32.

到单独埋葬或焚化，而未履行该义务的一方需要证明其不具备相应条件。在集体坟墓中埋葬或进行集体焚化应当是例外措施。“情况”这一用词表明，集体埋葬或焚化的理由并不局限于军事理由，而是可能涉及死者人数众多、人力不足、出于军事必要等，[22]但公共卫生一般不能成为在集体坟墓中埋葬的正当理由。[23]尽管有时存在尸体会引发流行病这种根深蒂固的恐惧，但实际上，尸体所带来的健康危害可忽略不计。[24]

1650 对死者进行单独埋葬或焚化的义务应当从严解释。如果情况确实“许可”在单人墓中埋葬或进行单独焚化，那么就负有采取此举的法律义务；而若情况只是导致这两项工作较难实施，各方也不能以此为由不履行本条规定的义务。这应视乎个案具体事实而定。而且，如果具备临时保存尸体的设施，如冷冻设备或防腐液，集体埋葬也就毫无必要了。[25]虽然相较于集体埋葬或焚化，在单人墓中埋葬或单独焚化必然更为繁重耗时，但这本身并不能成为各方不履行其义务的借口，否则这一义务将受到减损；只有这导致情况发生变化，无法进行单独埋葬或焚化，各方才可免除这一义务，并允许其采取集体埋葬的方法，因为集体埋葬至少比将死者留在战场上更可取。

1651 如果情况不允许在单人墓中埋葬，那么在集体坟墓中埋葬死者时就必须遵守一些最低限度的要求。并不是除单独埋葬外，就只能将遗体丢弃于万人冢。相关的要求包括：死者应葬于战壕，尸体只能单层摆放，不可上下叠放；应以一定的间距并排摆放，在理想状况下还应装入单独的裹尸袋或以裹尸布分别包裹。[26]尸体应“以

22 Wisner/Adams, p. 199（论及死者人数、气候或其他制约条件）。

23 Tidball-Binz, p. 426, 指出：

> 研究表明，在重大灾害过后，尸体（包括腐尸）除非直接接触了饮用水，否则并不会传播疾病；相反，幸存者最有可能成为流行病传染源。认为尸体传播疾病是毫无依据的，但这一观念会在灾后身心疲惫的公众中快速散布，并经常由媒体、有时甚或是受误导的卫生机构进行传播。这种观念所带来的政治压力通常迫使当局要求对未经辨认的尸体在仓促之下进行大规模埋葬和焚化，并使用无效的“卫生”措施，如佩戴面罩，向死者尸体喷洒所谓的“消毒剂”，而消毒剂才有可能会真正污染水源。

这种仓促的处理流程会造成遗体管理不当，致使丧亲遗属和社区在看到亲人遗体得到毫无尊严的对待，且无法进行哀悼的情况下，长期饱受深重的精神痛苦。

24 See Morgan/Tidball-Binz/van Alphen, pp. 5–6（“对公众的危害可忽略不计，因为他们并不接触尸体”）; WHO Regional Office for South-East Asia, *Disposal of Dead Bodies in Emergency Conditions*, WHO/SEARO Technical Notes for Emergencies, Technical Note 8, p. 1（“与健康有关的风险可能是可忽略不计的”）; Harvey/Baghri/Reed, p. 135（“在绝大多数情况下，与死者尸体有关的健康危害可忽略不计”）; and Tidball-Binz, p. 426. See also Wisner/Adams, p. 198:

> 尸体或腐尸一般不会造成严重的健康危害，除非死者的排泄物污染了饮用水源，或者死者感染了瘟疫或斑疹伤寒，这些疾病可能经他们身上的跳蚤或虱子进行传播。

25 See Wisner/Adams, p. 199.

26 See Tidball-Binz, p. 436, and ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, Annex E.

一种容易识别的顺序摆放，最好是并排摆放”，并在序列起始处做好标记。注明顺序的表册应一式两份，一份置于标记下方，另一份附于坟墓记录。[27]各方可能无法为每位死者提供单人墓，也无法分别举行葬礼，但必须尽力确保事后有条件进行迁葬和认明身份，确保每位死者都得到尊重。此类预防措施还有助于证明情况确实不允许单独埋葬，且该方未曾故意隐瞒违反法律的证据或未曾无视其义务。

1652 考虑到焚化仅在例外情况下允许实施，[28]且集体埋葬死者也属于例外情况，集体焚化故而只有在极少数情况下才具有法律上的正当性。由于这将导致事后无法认明身份，也无法将骨灰归还给遗属或本国，希望冲突方永远都不会采取这一做法。

3. 适用人员范围

1653 埋葬或焚化死者的义务属于“冲突各方”。因此，各方不得想当然地认为其他个人或国家红十字会、红新月会等实体会对死者进行荣誉的安葬，而是必须“保证”这些个人或实体承担其责任。

1654 本公约在该条中首次使用了“应保证”这一短语，但这并非从未出现过的措辞，1929年和1906年公约就已使用该短语来引入同一规定。动词“保证”指的是“确保（某事）发生或达到某种状态”，[29]该词之前使用了“应”，进一步加强了这一义务的强制性。但这并不意味着各方必须亲自埋葬或焚化死者，他们可将其委托给其他个人或实体。不过，即使是进行委托，各方也必须确保该义务得到履行。另外，各方也可将死者遗体归还给遗属予以埋葬或焚化，这种方案是较为可取的。因此，没有理由认为该任务具有任意性；相反，本公约通过要求冲突各方确保该义务得到履行，再次提请各方关注该任务的重要性和完成该任务的必要性。

1655 就人员适用范围而言，第16条是 “落于〔冲突各方〕手中之……敌方”死者，本条却只提及“死者”。存在这一差异的原因在于第16条涉及的是敌方死者信息记录，随后会经中间人转送给敌方，[30]所以没有理由将本方死者信息也纳入该条的范围，这些记录是不需要转送给敌方的。而第17条本身规定的义务是尊重死者。这是一种不同类型的义务，且此种尊重应当同等适用于所有死者，而无论其属于哪一方。因此，两项条款所规定的主题不同，就决定了第16条规定的是“敌方”死者，而第17条规定的只是死者，且不加更多限定条件。[31]同样，关于搜寻死

27 ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, Annex H.
28 见第四部分。
29 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 475.
30 见关于第16条的评注第五部分。
31 另见Thomas Erskine Holland, *The Laws of War on Land*, Clarendon Press, Oxford, 1908, p. 29, 对1906年《日内瓦公约》第3条和第4条所规定的义务加以区分，认为后者仅涉及敌方死者。1906年《日内瓦公约》第3条相当于本公约第17条相关部分，1906年《日内瓦公约》第4条相当于本公约第16条。

者的第15条也是一般性地适用于死者，而并非仅仅适用于敌方死者。[32]虽然普遍观点可能会认为，各方始终会向己方部队予以人道待遇，但国际人道法的历史证明并非如此。毕竟，亨利·杜南正是出于对索尔费里诺战役双方伤者病者和死者的关切才呼吁建立救济团体，而且不只是停留在一方对敌方此类人员予以人道待遇的层面。[33]

1656 本条款相当于《日内瓦第三公约》第120条，两者联系紧密。两者均对死亡战斗员的待遇问题作出规定，但在适用方面有所不同：本条主要涉及阵亡人员，而《日内瓦第三公约》第120条主要涉及在俘期间死亡的战俘。不过，本条与第120条所规定的实质性规则大体一致。

（二）埋葬或焚化前的尸体检查

1. 义务

1657 冲突各方有义务确保尸体在埋葬或焚化前得到“详细检查”。[34]检查的目的是确定死亡，证明身份并便作成报告。

1658 冲突各方“应保证”实施详细检查。此处使用的“应保证”，与上文讨论的同一短语具有相同的含义。[35]因此，尽管各方无需亲自进行检查，例如可将其交由武装部队之外的合格法医，但各方必须确保检查得以实施。不论是单独埋葬还是集体埋葬，均应履行该项义务。该任务不具任意性；相反，公约通过要求冲突各方确保该义务得到履行，再次提请各方关注该任务的重要性和完成该任务的必要性。

2. 尸体检查的目的

1659 要求进行尸体检查是为了实现一种特定的目的。这一点体现在本条的措辞中，其规定应检查尸体“以”得出某种结论。该目的包含三个方面：“确定死亡，证明身份并便作成报告”。这其中的每一项都很重要，不过最后一项要在前两项发生之后才能实现。

1660 为避免不幸活埋或焚化看似死亡的人员，必须确定人员是否确已死亡。一般认为“死亡”一词的含义不言自明。[36]从医学上讲，死亡是指人体全部生活机能的永久性停止，包括心跳、脑活动（包括脑干）以及呼吸的停止。[37]

32 见关于第15条的评注第1511段。See also Petrig, pp. 349–350.
33 亨利·杜南，《索尔贝里诺回忆录》，红十字国际委员会，日内瓦，于1986年重印。
34 关于“详细”的含义，见第1670～1671段。
35 见第1654段。
36 Petrig, p. 344.
37 Elizabeth A. Martin (ed.), *Concise Medical Dictionary*, Oxford University Press, 8th edition, 2010.

1661 死者的身份应尽可能确切地予以证明，为此必须采取一切可能的措施。[38]除了对死者身上发现的全部文件和其他物品进行彻底检查之外，还必须采取其他有助于证明个人身份的方法。在过去，主要采用的方法包括对尸体及其体貌特征进行测量和描述，并对牙齿进行检查；此后，身份识别方法取得了巨大进步，为冲突各方履行这项义务提供了更多选择：他们可以对尸体及其面部拍照和（或）录制视频、采集全部手指指纹，并收集头发样本（包括发根），以备日后进行DNA分析。[39]不过，个人体貌特征描述目前依然是一项重要手段，新近出现的身份识别方法应视为补充性方法。[40]由于仅凭肉眼识别（包括查看照片）的方法可能不够可靠，在识别身份时需要采用全面整体的方法。尽管并非所有冲突方都有条件使用各种证明身份的方法或手段，但一方不能以缺乏合格的法医服务或技术能力较低为由，不遵守本条所依据的基本原则。红十字国际委员会等组织也可以在相关规程的发展与传播、能力建设以及必要设备的采购方面为各方提供帮助。

1662 各方开展身份识别工作时，必须尊重其依据国际人道法所承担的其他义务。因此，如果各方对死者拍照或录制视频片段，就不得将照片和视频公开或用于宣传目的。[41]向死者家属展示图像时，应注意敏感事宜，谨慎行事。

1663 证明身份，是为了查明失踪人员下落，并向其家属提供相关信息，这是依据该法律领域的一项核心原则：即“家庭了解其亲属命运的权利”。[42]

1664 该义务是一种行为义务，而非结果义务，应尽责采取行动予以履行。[43]因此，如果已经采取一切可能的措施，但却未能证明死者身份，并不构成对该条的违反。

38 ‘The Missing: Action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families’, International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts, Geneva, 19–21 February 2003, Observations and Recommendations, Point 11.1, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 849, March 2003, pp. 185–193, at 185.

39 ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, Annex D. See also ICRC, *Missing People, DNA Analysis and Identification of Human Remains*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 2009.

40 这包括：性别、估计年龄、身高、体型、肤色、发色和发型、面部毛发、眼睛颜色、族裔外貌特征、着装和徽章、首饰、纹身、胎记、疤痕、明显的牙齿异常、秃头类型、手指上的烟渍、指甲状况以及明显变形或畸形。See ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, Annex I. 更多实用指南，see Tidball-Binz, pp. 430–433.

41 见《日内瓦第三公约》第13条第2款及其评注。

42 见《第一附加议定书》第32条。另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则117的评注，第401～404页，以及Elliott, p. 11，指出“证明死者身份的部分动机是使其近亲属了解其命运”。有关失踪亲属命运的不确定性为其家庭带来切实的痛苦。See also ICRC, *Accompanying the Families of Missing Persons: A Practical Handbook*, ICRC, Geneva, 2013, pp. 35 and 40–56.

43 See Sassòli/Tougas, p. 731, and Petrig, p. 352. 尽管某些国家的军事手册中似乎暗示该义务为结果义务，但实际上该任务仍是行为义务。下列国家的军事手册中将该义务视为基于结果的义务：阿根廷、比利时、贝宁、布隆迪、中非共和国、意大利、肯尼亚、马达加斯加、塞内加尔、西班牙以及多哥等。而另外一些国家的军事手册则表明该义务为基于行为的义务，其中包括：喀麦隆、加拿大、科特迪瓦、克罗地亚、法国、德国、匈牙利、墨西哥、荷兰、新西兰、尼日利亚、秘鲁、菲律宾、波兰、俄罗斯联邦、瑞士、乌克兰、英国和美国等。See ICRC, Customary International Humanitarian Law, Practice relating to Rule 116, section A(III), available at https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul.

1665 冲突结束之后，采取一切可能的措施证明死者身份的义务仍然存在。这可从有关失踪人员的义务中得知。[44]

1666 另外，为便于证明死者身份，双身份牌之一半或整个单身份牌应始终留在尸体上；[45]印有唯一身份识别码的标牌也应附于防水标签，并拴附于尸体之上。[46]这两种措施均有助于事后证明或确认死者身份，例如在迁葬等情况下。该规定旨在确保武装部队的任何成员，无论生死，其身份牌均不得被剥夺。因此，军事当局除极为特殊的情况外，始终都能够识别己方人员的身份，这应该可以鼓励尚未普遍使用身份牌（最好是双身份牌）的当局采取此举。

1667 在上述两项工作完成之后，必须作成报告，提供关于死者死亡确认及其身份的记录；或如果无法确定其身份，就提供相应的记录。该报告内容应包括识别此人身份的方法（如通过尸体上发现的身份证明文件及其包含的信息），[47]还应尽量精确地记录死亡地点或发现尸体的地点，并在条件允许的情况下记录GPS坐标。这有助于避免错误识别相关个人的身份，还使得国内层面颁发的死亡证明书可以提供更为详细的信息。此外，报告后续还应添加埋葬地点（GPS坐标或其他明显标志）和坟墓的详情信息，以便随时可觅见坟墓。这些初步措施有助于尽速将人员死亡的信息传达至国家情报局，再由情报局通知敌方，并能够为主要负责集中坟墓并制作坟墓表册的坟墓登记处在之后开展工作时提供便利。[48]该报告还便于各方开展各种后续工作，如迁葬，以及可能时将尸体归还其家属或本国。在国内层面，该报告还可能具有其他意义，例如有助于颁发死亡证明，继而帮助遗属获得其应得的权益。

1668 尽管本条只明确规定了上述三重目的，但尸体检查还可发挥其他作用。例如，在可行的情况下，验尸工作还能尽可能准确地确定死者的死亡日期、时间以及死因，第16条对此均做出规定。因此，报告中应写明死亡日期和时间，或写明推测死亡日期或时间及推测理由。

1669 本条旨在实现的目的会对尸体检查的性质产生影响。

3. 尸体检查的性质

1670 必须对尸体开展“详细检查”。因此，敷衍草率的检查或仅为显示相关方已履行本条之义务而“走形式”，均不符合本条之规定。尸体检查必须真实全面，

44 《第一附加议定书》第33条（“一旦情况许可，并至迟从实际战斗结束时开始”）。另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则117的评注，第403～404页。

45 关于身份牌，见关于第16条的评注，第1569～1574段。

46 该身份识别码必须清楚地标于地面，并绘制地图以便日后查找。See Morgan/Tidball-Binz/van Alphen, p. 22.

47 另见第16条及其评注。

48 见第六部分。

并旨在达到上文所述的本条规定之目的。[49]

1671 “详细检查”这一短语还有第二层含义，亦即死者尸体始终应受到谨慎对待并予以尊重，故而在检查之前、期间和之后也是如此。例如，检查过程不得对死者加以肢体残伤或剥劫。[50]禁止对尸体进行医学或科学实验。[51]不得借检查之机将尸体向广大公众展示，因为此举不符合对死者予以“荣誉的安葬”这一要求。[52]

1672 死者尸体检查应当是一项医学检查。第17条规定“详细检查尸体，如可能时……经医生检查”。“如可能时”一词并不意味着各方可自由选择是否进行医学检查，而是允许存在医学检查不可行的情形。例如，没有法医或法医人手不足而且必须迅速埋葬时，就会出现这种情形。在许多情况下，医学检查都是可能的。如果没有军事法医，或许可以找到平民法医；如果都没有，可在找到法医之后延期埋葬。可采用冷藏等方式对尸体进行临时存放。医学检查的重要性还在于，多数国家仅在尸检之后才能颁发死亡证明，而遗属获得其应得权益等事宜，都可能需要出具死亡证明。

1673 如果无法进行医学检查，冲突各方就必须尽力开展近似于医学检查的检查。例如，检查可由经过医学培训但不具备法医资格的人员进行。武装部队中某些人员就可能接受过在法医服务到位之前有关尸体处理的指导，[53]如果法医确实无法到位，就应当召集这些人员。即使无法进行医学检查，冲突各方也仍然必须努力通过测量和描述尸体、拍照或录制视频、收集DNA样本等方式证明死者身份，而且必须制作报告。他们至少必须采取一切可能的措施以“尽最大限度地提高事后系统性评估该事件并证明死者身份的几率”。[54]报告还应写明无法进行医学检查的情况及其原因。这也有助于日后在适当情况下进行医学检查。

1674 检查必须及时进行。在致死事件之后尽速进行检查这一要求，源于检查的三重目的。“及时”检查这一概念本质上是可变的，需要取决于当时的情况。军事考虑或者实际困难都会影响检查的时间选择。例如，如果后续又发生战事，对死者的搜寻就可能遭到延误；[55]地形、当时的交通手段或者合格法医距离战场的远近，也都会影响检查的及时性。尽管如此，这些考虑不得减损及时开展尸体检查的必要性，不必要的延误也应避免。检查的及时性还会因死者数量而受到影响，但这不会完全免除进行检查的义务。

49 见第三部分第（二）节第2项。

50 关于剥劫，另见关于第15条的评注第四部分第（四）节。另见《第一附加议定书》第34条第1款以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则113。

51 根据《日内瓦第一公约》第50条，“生物学实验”构成严重破坏公约的行为。

52 见第17条第3款；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则115。

53 See e.g. Colombia, *Operational Law Manual*, 2009, pp. 121–125.

54 ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, para. 3.2.

55 关于搜寻死者，见关于第15条的评注第四部分第（四）节。

四、第 2 款：尸体的焚化

1675 尽管第1款规定了“埋葬或焚化”，但第2款的用语“除……外，尸体不得焚化”表明，埋葬是常规做法。而且，本款规定应“详注”焚化的理由，但针对埋葬则无此要求，也证实了这一结论。

1676 当今优先实施埋葬而非焚化的主要原因是后者具有不可逆性。对于遗属而言，即使死者已经埋葬，但如果他们希望进行焚化，仍然有选择空间；而对于冲突方而言，要想掩盖其违法事实，焚化是比埋葬更为容易的。正如二战中所发生的一样，违反国际法的罪行痕迹因焚化被抹去，[56]当时外交大会的参与者对此记忆犹新。[57]此外，如果进行焚化，便无法确认死者身份，因此在任何情况下都不得焚化身份不明的个人。

1677 第17条允许焚化的情况仅限于两种，即“卫生上迫切之理由”和“出于死者所奉宗教之动机”。

1678 从历史上来看，关于卫生的某些认知可能导致选择焚化而非埋葬。但是，科学已经证明此类认知缺乏事实依据。本条规定应存在卫生上“迫切”之理由，而非仅仅是卫生上的理由，这一措辞表明必须满足较高的标准才能实施焚化。在此语境下的限定词“迫切”指的是除焚化外，冲突方必须别无选择。卫生上迫切的理由并不限于仅对冲突方人员的健康构成威胁，还包括对附近平民等人员健康的威胁。过去，在卫生方面的考虑主要是担心暴发疫情；而如今公认的是，这种担忧并不能证明必须由焚化代替埋葬，[58]因为死者尸体造成的公共卫生风险微乎其微。[59]因此，根据1949年以来的医学认知，几乎不存在证明焚化正当性的第一种情形。

1679 第二种例外情形涉及死者所奉宗教，[60]与本条第3款有关。第3款规定应按照死者所奉宗教的仪式对其进行荣誉的安葬。[61]如果在某种程度上了解到死者信奉的是

56 See e.g. United Kingdom, Military Court at Hamburg, *Stalag Luft III case*, Trial, 1947.

57 红十字国际委员会，《1947年战俘和平民被拘禁者宗教与精神需求委员会报告》，第4～5页。See also Elliott, p. 11.

58 Tidball-Binz, p. 435; Harvey/Baghri/Reed, p. 135（“卫生因素本身并不能证明焚化的正当性。”）.

59 红十字国际委员会，《灾后死者尸体的处理》，第5～6页。 See also Wisner/Adams, p. 198（“尸体或腐尸一般不会造成严重的健康危害，除非死者的排泄物污染了饮用水源，或者死者感染了瘟疫或斑疹伤寒，这些疾病可能经他们身上的跳蚤或虱子进行传播”); WHO Regional Office for South-East Asia, *Disposal of Dead Bodies in Emergency Conditions*, p. 1（“与健康有关的风险可能微乎其微”); Harvey/Baghri/Reed, p. 135（“与尸体有关的健康危害微乎其微”); and Claude de Ville de Goyet, ‘Epidemics caused by dead bodies: a disaster myth that does not want to die’, *Pan-American Journal of Public Health*, Vol. 15, No. 5, May 2004, pp. 297–299.

60 “死者所奉宗教之动机”（后加着重号以示强调）仅指基于死者所奉宗教的理由。

61 见第五部分第（一）节。

倾向于实施焚化的宗教，这种认知会促使对该名死者进行焚化。[62]但是，是否焚化的决定最终应基于个人（已经明示）的愿望或其信仰，而非死者所代表的冲突一方的偏好。如今，许多国家都是多民族国家，因此多数人所奉的宗教可能并非为死者所奉。正如第17条第2款明文规定的，宗教例外指的是“死者所奉”宗教，而非相关国家或其武装部队所奉的主要宗教。某人所奉的宗教很难通过其体貌特征加以确定，因此必须考虑其他因素才可得出结论。如果无法确定死者的宗教，或此人为不可知论者或无神论者，则必须将埋葬作为优先选项。同样，在存疑的情况下，冲突方必须选择埋葬。上述结论均源自本条之明文规定，即应优先进行埋葬而非焚化。因此，仅在有限的情况下才可对基于宗教理由实施焚化的例外予以适用。但即便如此，基于上述原因，[63]将死者尸体归还遗属，并由遗属进行焚化的做法还是更为可取的。

1680 虽然本条未明确提及，但仍存在第三种例外情形，即死者本人明确表示愿意被焚化，而且未必出于宗教理由。[64]不同于《日内瓦第三公约》，本条未提及这一附加例外情形，可能是因为当时认为本款主要关注的是战场上所收集的死者。尽管如此，在《日内瓦第一公约》的适用范围内，也可能出现某人在阵亡前不久或送往就医途中表示希望被焚化的情形。在此类情况下，冲突方可选择尊重死者的遗愿。个人的意愿必须是明确的，而且还应采取某些保障措施以确保意愿是自由表达的，如独立见证人的形式，或遗书的形式。不过，实施此类措施的条件并非总是具备。同样，在这种情况下，死者尸体最好归还给遗属进行焚化。

1681 如果对死者进行焚化，第17条要求应记录与焚化相关的情况及理由，这体现出焚化的例外性。这种情况及理由还应予“详注”。因此，仅注明焚化的理由是“死者所奉宗教”是不够的，而是还需说明认定死者所奉宗教所依据的各种因素。该要求也适用于死者本人表明希望被焚化的情况；实际上，在这种情况下应提供更为详细的信息。冲突方应提供足够详细的信息以履行本条所规定的义务，并向敌方和遗属提供信息。信息的详细程度因实际情况而异。“在死亡证明书或经证实之死亡表上”应详注焚化的情况和理由。如果死者以书面形式表明其意愿，则应将此书面材料附于死亡证明书或经证实的死亡表上。

62 关于各类宗教及其在埋葬或焚化方面之倾向的列举，见Froidevaux, pp. 800–801。

63 见第1645段。

64 见《日内瓦第三公约》第120条第5款，该款除规定了第一公约中本条所提及的两种例外情形外，还规定了第三种例外情形。

五、第 3 款：荣誉的安葬

1682 第17条第3款规定了冲突各方应履行的多项相关义务。首先，他们必须确保死者得到荣誉的安葬，如有可能，应按照其所属宗教的仪式进行。其次，他们还负有某些与坟墓有关的义务，即确保死者的坟墓受到尊重，于可能时按照死者国籍集中一处，并加以维护和标明。为履行第二项义务，冲突各方必须“在战事开始时”组织具有特定职能的正式坟墓登记处。

(一) 荣誉的安葬

1683 冲突各方应保证死者得到荣誉的安葬。该义务规定了对死者遗体最低限度的尊重，[65]而且是一项由来已久的义务。[66]前文对“应保证”这一用语的讨论也适用于此处。[67]

1684 对死者予以荣誉的安葬是一项绝对义务，其中包含积极和消极两个方面。各方必须尊重死者尸体、埋葬地点以及安葬仪式。例如，此项义务包括在死者尸体未归还遗属的情况下选择适当的地点进行埋葬；[68]禁止故意污染埋葬地点，禁止在埋葬地点实施冒犯行为，如丢弃废物或小便；禁止将敌方的徽章等可能被视为冒犯死者的物品与死者一起埋葬；还要求尊重而不扰乱安葬仪式，例如，如果默哀一分钟是仪式的重要环节，就应予以遵守。冲突方还必须保证他人尊重安葬流程。

1685 针对阻止荣誉地安葬死者的行为，已出现提起刑事诉讼的情况。[69]

1686 可能时，应按照死者所属宗教的仪式进行安葬。加入“可能时”一词，证明该义务并非绝对义务，因为根据实际情况可能无法以这种方式安葬死者。但上文对该短语更为详细的讨论表明，[70]“可能时”这一用语还说明各方在这一问题上并没有自由选择权。换言之，只要有“可能”，各方就必须按照死者所属宗教之仪式予以安葬。然而，在某些情况下这也许无法实现。冲突方可能无法确认死者所属的宗教；在能够确认时，该方又可能无法找到合适的宗教人员或仪式所需的组

65 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.103～9.104段。

66 Elliott, p. 10, 将该义务描述为“自古”即已存在，“并被视为自然法之一部分”。

67 见第1654段。

68 “人类遗骸紧急或临时埋葬核对表”还规定：

> 应将遗体埋葬于土壤中；土壤必须排水良好且应适当考虑采取措施，避免污染地下水（可能需要在坟墓内洒石灰）；埋葬地应设于驱车容易抵达的地点；不应位于具有重大战略或战术意义的地区；应与供人类使用的水源保持合理距离，以防止此类水源受到污染。

ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, Annex H. 尽管不能将忽视这些因素的行为视为不荣誉的安葬，但仍应尽可能予以尊重和考量。

69 United States, Military Commission at the Mariana Islands, *Yochio and others case*, Trial, 1946.

70 见第1672段。

成要素。[71]在这种情况下，该方也许能够遵守宗教仪式的某些方面，却无法遵守其他方面，如进行祈祷或者朝特定方向进行埋葬。葬礼可能会由宗教人员主持，但并非死者所奉宗教的人员；如果没有宗教人员，也可由其他人来主持。[72]因此，“可能时”一词应解读为“尽可能”。也就是说，如果不能完全遵循死者所属宗教的全部仪式，也不代表可以不依照其中任何仪式，而是应尽可能加以遵守。

(二) 坟墓

1687 冲突各方对于死者坟墓负有特定义务。坟墓被认为是“为容纳棺材或尸体而在地面上开挖的一个洞”，[73]因此涉及容纳死者尸体（或非全尸情况下死者部分遗骸）的那一部分土地。坟墓不仅限于公墓等正式的埋葬地，集体坟墓与单人墓均符合这一描述。正如该定义所表明的，所涉土地必须容纳死者遗骸。因此，空墓穴不构成坟墓，但含有死者尸骨的墓碑则属于坟墓；如果一座墓碑和一块墓地构成一体，这一整体也必须视为一座坟墓。[74]同样，临时坟墓自死者遗体迁出之时起，即不再构成坟墓。[75]但这并不意味着该地不应享有某种特别待遇，如禁止在此类地点建造建筑物的待遇。不过，这一问题属于国内法问题。

1. 尊重坟墓

1688 冲突各方应确保坟墓受到“尊重”。这可由尊重死者的义务推导而来。无条件尊重阵亡敌方人员这一原则即使在人员死后仍然适用。

1689 确保尊重坟墓的义务同时具有消极和积极成分。各方自身不得对坟墓不敬，这一点还适用于行为可归因于冲突方的所有实体和个人。该义务禁止毁损或移除墓碑、夷平或拆除墓地以及挖掘尸体等行为，除非掘尸为国际人道法所认可。[76]重要的是，根据该条款，此项义务并不局限于各方自身的行为；他们还有义务“保证”坟墓受到尊重。[77]因此，各方必须采取措施防止其他个人或实体不尊重坟墓。为履行该义务，应采取的行动包括通过保护坟墓的立法以及采取措施确保坟墓安

71 起草《日内瓦第三公约》中相应条款时以稀有物质的使用和动物的献祭进行举例说明。ICRC, ‘Rapport sur les travaux de la Commission constituée pour étudier les dispositions conventionnelles relatives aux besoins religieux et intellectuels des prisonniers de guerre et des civils internés’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 29, No. 341, May 1947, pp. 399–421, at 402.

72 ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains*, Annex H.

73 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 622.

74 See also Petrig, p. 345. 每一种情况都必须依据其实际情况予以判定。

75 但见上注。认为“墓地只要在某个时间点曾容纳过死者遗骸，就构成坟墓”。

76 关于最后一点，见《第一附加议定书》第34条第4款。

77 关于“应保证”一词的讨论，见第1654段。

全等行为，如设置安全防线，尤其是在冲突期间和冲突后不久时更应如此，因为此时情势可能仍然较为紧张。

1690 本条中特别提及尊重坟墓的一个方面，即坟墓的维护。[78]

2. 坟墓的集中

1691 各方应确保坟墓“于可能时，按死者之国籍集中一处”。该义务有两个方面：将坟墓予以集中，并于可能时按照死者的国籍将坟墓集中一处。在这两个方面中，对坟墓予以集中更为重要，约文中在涉及坟墓集中的方式时加入“于可能时”一词，就体现了这一点。该规定旨在避免出现1949年外交大会前夕在战争中频繁将死者匆忙埋葬于路边的情况。因此，将一片土地上一系列临时的单人墓通过集中的方法变为公墓，关系到对死者的尊重和荣誉的安葬，还便于事后进行迁葬。

1692 第二个方面是坟墓的集中方式：于可能时，按照死者的国籍予以集中。这是军事当局自然最有可能选择的一种方式，便于各国日后集体哀悼本国死者，还有助于事后迁葬和将遗体归还给本国。[79]“于可能时”一词表明该义务并非绝对义务，而是要取决于当时的情况。军事考虑或尸体数量过多有可能导致无法按照国籍加以集中。同样，各方可能无法辨别死者的国籍，例如在多方参与的冲突中，以及在尸体身份无法辨认的情况下。

1693 将死者埋葬于集体坟墓时，根据国籍进行集中尤为重要。由于仅在情况不允许单独埋葬时才可葬于集体坟墓，[80]时间可能是一个关键因素。尽管如此，仍然可能存在时间不足以进行单独埋葬、但仍可按照死者国籍予以集中的情况。

3. 对坟墓进行维护并加以标明

1694 各方应保证对坟墓“妥为维护，并加以标志，俾随时可觅见”。因此，各方负有两项相互关联的义务：妥善维护坟墓的义务和对坟墓加以标明的义务。这两项义务还与尊重坟墓这一更宽泛的义务相关。如果坟墓未得到妥善维护，如任由坟墓长满植物，从而遮蔽了坟墓的所在，会导致尊重坟墓变得更为困难。妥为维护还意味着必要时必须修缮或者更换墓碑。同样，如果某坟墓因未予以标明而无法辨认为坟墓，也难以保证对其予以尊重。

1695 此外，本条规定坟墓应加以标明以“随时可觅见”。因此，坟墓上的铭牌必须得到维护，不得移除。对坟墓进行妥善的物理标记至关重要，一是因为随着时

78 见第五部分第（二）节第3项。
79 见《第一附加议定书》第34条。
80 见第三部分第（一）节第2项。

间的流逝，记忆会衰退，曾经熟知的坟墓日后也可能会被遗忘；[81]二是因为迁葬可能发生在死者埋葬数年或数十年后，坟墓必须能够随时觅见；[82]三是因为这还便于家庭扫墓。[83]

1696 关于标明坟墓的问题，本条仅作出简要的规定，并未具体说明应以何种标志加以标明。关键问题在于标志应使得坟墓能够随时觅见。仅在标记物上载有与记录中的详细信息对应的数字或一组符号，不足以实现这一目的，因为记录可能遭损毁。记录中的参考编号可以而且应当出现在墓碑上；但死者的姓氏和名字以及已经掌握的生卒年月也应记载在碑文中。在集体坟墓的情况下这一点更为必要。这些信息必须以不可擦除且不可毁损的方式予以铭刻，以抵御无常气候的影响。

1697 上述所有规定经相应调整，同样适用于本款末句中所规定的骨灰。下文对此将继续予以讨论。[84]

1698 本款对维护和标明坟墓以便“随时可觅见”的规定表明，战事停止后该义务仍继续存在，但该款未详细说明该义务的持续时间。由于标明和维护墓地的工作涉及财政开支，尤其是在一国境内出现大量死者的情况下，不能指望坟墓所在国无限承担外国国民坟墓的维护费用。《第一附加议定书》第34条为此规定了一项程序，而且有关坟墓维护的实践也几乎并未在该议定书适用的坟墓与其不适用的坟墓之间做出区分。对于该议定书生效前结束的冲突中存在的这一问题，也已达成了一些协议。[85]另外，各坟墓委员会通常会维护因各种冲突而建立的坟墓。[86]

(三) 坟墓登记处

1. 正式坟墓登记处的设立

1699 为了便于履行上述义务，各方必须建立一个正式坟墓登记处。此类登记处可以从属于武装部队；可以属于其他政府部门；或者也可以采取非政府实体的形式。[87]

81 另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则116，将标记坟墓地点与辨别死者身份联系起来。

82 对此，见《第一附加议定书》第34条。

83 见上注。

84 见第五部分第（三）节第3项。

85 例如，见《关于英国武装部队成员在德意志民主共和国的战争公墓待遇协议》，1987年4月27日订于柏林，涉及一战和二战后建立的战争公墓；《苏维埃社会主义共和国联盟政府与日本政府关于战俘营被拘留人员的协议》，1991年4月18日订于东京；以及《俄罗斯联邦和土耳其共和国政府关于土耳其共和国领土上的俄国公民埋葬地和俄罗斯联邦领土上的土耳其公民埋葬地的协定》，2012年12月3日订于伊斯坦布尔。另见《俄罗斯联邦和匈牙利共和国政府关于缅怀阵亡将士和平民战争受害者以及公墓地位的协定》，1995年3月6日订于莫斯科，该协定提及并将日内瓦四公约及其附加议定书的规定适用于在一战和二战期间以及两次战争之间阵亡的军事人员。

86 见关于《第一附加议定书》第34条的评注。

87 Bothe, p. 316, 列举了坟墓登记工作在法国和意大利由多个部委、在美国由联邦政府行政部门下属某机构，在德国由政府委托的某私营机构加以实施的实例。

如果采取最后一种形式，则其需要具有某种意义上的“正式”性，即由该冲突方设立或与该冲突方有足够的关联才能履行职能，而且该国仍将为其负责。此类登记处无需均称为“坟墓登记处”，但必须履行本条所规定的职能，而且该方以及其他各方均应注意，即使命名不同，其职能也应等同于本条规定的坟墓登记处。

1700 在实践中，多数国家均常设军事坟墓管理部门，在和平时期负责武装部队阵亡人员的坟墓维护工作。毕竟，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》就首次对该义务予以规定。[88]这些部门配置完善，能够在爆发战事时自行接管敌方坟墓的维护和造册工作，或者为此目的组建专门的部门。尽管各国可自由选择履行该义务的方式，但鉴于此项职责的专业性质，军事当局仍应将相关工作委托给对此较为熟悉的个人或组织，而不应设立可能不具备所需经验或能力的新机构。

1701 根据第17条第3款，应“在战事开始时”设立坟墓登记处。在某些情况下，各方甚至应在战事开始前（如宣战后）就设立坟墓登记处。[89]人员随时都可能会阵亡，与这些死者有关的冲突方的义务也会随时产生。考虑到登记处的职能，如果在冲突期间甚或冲突结束时才予以建立，则为时已晚。因此，实际上需要在和平时期就做好坟墓登记处的筹备工作。

1702 本条未规定坟墓登记处应停止工作的时间。考虑到其职能，其工作显然不会在冲突停止时终止，而且实际上是不能终止的。与冲突期间相比，冲突结束后的迁葬工作和可能发生的尸体遣返工作会更加频繁。因此，一战期间设立的坟墓登记处，如“英联邦战争墓地委员会”（前“帝国战争墓地委员会”）一直存续至今。然而，这并不意味着登记处旨在无期限地履行职责。前文有关时间考量因素的讨论也适用于此。[90]

1703 本条规定了坟墓登记处的具体职能，即以便迁葬，保证认明尸体，并于可能时便于将遗体运回本国。登记处的这些职能还与前文讨论的各方在坟墓方面的义务有关。[91]

2. 坟墓登记处的职能

1704 坟墓登记处有两套职能。第一套职能涉及前文所讨论的各方义务，即确保坟墓受到尊重、予以集中，妥为维护并加以标明以便随时可以觅见。本条因而规定，“因此”必须组建正式坟墓登记处。在冲突期间，登记处对于履行这三项义务均非常重要；而在冲突结束后，随着时间流逝，登记处将优先履行最后一项义

88 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。
89 关于宣战的概念，见关于共同第2条的评注第四部分第（一）节。
90 见第1698段。
91 见第五部分第（二）节。

务。因此，对于任何尚未加以标明或尚未充分标明的坟墓，登记处必须以清楚标志予以标明。登记处还必须保存一份载明坟墓准确地点和标志的表册，并与敌方坟墓登记处所保存的同等表册进行交换。[92]

1705 1949年外交大会期间，曾有提案建议对坟墓登记处的职能做出进一步的详细规定。该提案尤其建议，应规定登记处承担“记录所有焚化和埋葬的详细情形，包括坟墓地点”的任务。[93]大会认为“登记处的名称本身已清楚地反映出”其职责，因此未采纳该提案。[94]不过，记录所有焚化和埋葬的详细情形，包括坟墓地点，显然属于登记处的一项重要职能。

1706 第二套职能体现在创立坟墓登记处的规定中。该套职能也有三个层面，即：便于事后迁葬，保证认明尸体，并于可能时协助将尸体运回本国。例如，为确认个人身份或遣返遗体，事后可能发生迁葬。因此，设立一个专门机构来协助此类迁葬十分重要。登记处还应保证认明尸体。由于在尸体检查之时就应已认明其身份，[95]登记处将主要负责记录埋葬地的变化或尸体的转移情况。

1707 “不论坟墓位置如何”，登记处均应履行事后迁葬和认明尸体的职能。本款中的用语仅在1929年公约相关规定（“无论事后坟墓地点位于何处”）的基础上有所修改。[96]1929年公约中的这一用语及其后一款中的短语“安葬于公墓和其他地点的死者”，表明该用语旨在涵盖在非公墓的坟墓，即所有坟墓中埋葬的尸体。

1708 最后，登记处应当对可能发生的将尸体运回本国的工作予以协助。可能出现需要将尸体运回本国的情况，是在外交大会上首次提出的。大会上某些代表团提议务必为此制定一项规定；但其他代表团则希望将其完全省略。[97]某些国家的惯例是战事结束后将死者运回本国，而其他国家则倾向于将其埋葬于实际阵亡地。为同时符合这两种惯例，该条款采取一种任选的方式，因而使用“可能运回”这一措辞。《第一附加议定书》第34条包含了更多有关死者遗体运回的规定。[98]

1709 已有一些协定规定由坟墓登记处履行上述职能。[99]

92 见第六部分。

93 《1949年日内瓦外交会议最终记录》，第II-A卷，第155页（英国）。

94 同上注（荷兰）。

95 见第三部分第（二）节第2项。

96 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。

97 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》，第II-A卷，第154～155页。

98 见关于《第一附加议定书》第34条的评注。

99 例如，见1953年《朝鲜停战协定》第二条第十三款：

> 敌对双方司令官：……巳、在埋葬地点见于记载并查明坟墓确实存在的情况下，准许对方的墓地注册人员在本停战协定生效后的一定期限内进入其军事控制下的朝鲜地区，以便前往此等坟墓的所在地，掘出并运走该方已死的军事人员，包括已死的战俘的尸体。

更多分析，见关于《第一附加议定书》第34条的评注。

3. 应给予骨灰的待遇

1710 鉴于在某些情况下可能对死者进行焚化而非埋葬，第17条还规定了应给予被焚化者的骨灰的待遇。如该款末句所规定的，前述规定也适用于骨灰。骨灰应由坟墓登记处保管，直至依照本国的愿望妥为处理时为止。

1711 在确定本国之愿望之前，应给予骨灰与被埋葬者同样的尊重，因为在这方面埋葬与焚化具有等同性。例如，这意味着骨灰必须得到收集，最好装入骨灰盒中，并应储存于环境适宜的适当地点，不得将其丢弃或遗忘。本条规定骨灰在妥善处理之前应予以保管，因此登记处不得播撒骨灰。还应保护骨灰使其免受任何形式的亵渎、免受气候影响。骨灰盒必须清楚地加以标明，以表明内含骨灰并参照有关坟墓的规定载明所有详细信息。

1712 尽管本条规定骨灰应依照“本国愿望”妥为处理，但本国应尽可能考虑遗属的愿望。实际上，《日内瓦第四公约》中的对应条款规定，骨灰“一经死者最近亲属请求，应即尽速交付”，[100]这一要求应同样适用于本条规定。

六、第 4 款：交换载明坟墓地点与标志的表册

1713 冲突各方的坟墓登记处应交换“表册，载明坟墓之确实地点与标志以及有关该处埋葬的死者之详细情形”。1929年公约仅规定了交换“坟墓和所葬死者的表册”。[101]该规定不够明确，而且仅提供这些信息的表册无疑是不完整的，有时可能导致无法确定特定坟墓的准确地点或无法认明其中所埋尸体的身份。因此，本条规定，表册必须载明坟墓的“确实”地点和标志。提供地图、GPS坐标等信息会对此有所帮助。死者的详细信息为《日内瓦第一公约》第16条中所规定的内容。

1714 相较于1929年公约，本公约第17条旨在向敌方提供更多有关坟墓及其中所葬死者的信息，而并未试图限制应予提供的信息。因此，也应提供任何其他相关信息，如死者尸体检查后所起草的报告。[102]实际上，在二战后期，“已经确立了经常性的坟墓照片交换制度”。[103]

1715 表册的交换应通过《日内瓦第一公约》第16条第2款中规定的情报局（即各方

100 《日内瓦第四公约》第130条。尽管该条所用措辞为“最近亲属”，但它指的是一般意义上的死者家属，而不限于严格意义上的最近直系亲属。另见《第一附加议定书》第34条第2款第3项及其评注。

101 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。

102 第1667段已对此类报告予以讨论。

103 ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities during the Second World War (September 1, 1939–June 30, 1947), Volume I: General Activities*, ICRC, Geneva, May 1948, p. 303.

的战俘情报局）进行。[104]尽管使用“交换”一词表明应同步移交情报，但也没有理由说明必须严格依照该词的含义传递此类信息。各方似乎不必同步传递信息。实际上，国际人道法的实施并不以法律上的相互性为基础，一方未能履行其义务不能成为另一方不履行义务的借口，因此应鼓励以非同步的方式移交情报。同样，本条中对情报局的规定也不意味着如果一方未组建情报局，就无法交换相关情报。例如，也可通过红十字国际委员会来进行。

1716 “一俟情况允许，并至迟在战事结束之时”即应进行表册交换。鉴于家庭了解其亲属命运的权利、[105]各方了解其人员下落的愿望及其在失踪人员方面的义务，[106]本条中“ 一俟情况允许”的规定确认了该义务是一项具有紧迫性的义务。同时，该条还承认冲突的紧急状况可能导致无法立即交换表册。例如，由于死者人数众多，坟墓登记处可能必须将其注意力投入到坟墓的集中和标明工作上。一俟战事结束，这种紧急状态便不复存在，因此本条对此作出规定，指出“至迟在战事结束之时”必须交换表册。“在战事结束之时”这一用语尽管较为模糊，但指的是战事停止而非战事终止。1929年公约中的对应条款明确规定了“在战事停止之后”，[107]而1949年公约的措辞仅旨在反映战事期间也可进行表册交换这一事实，正如在第二次世界大战期间出现的情况一样，[108]表册交换并不限于战事终止之后。另外，考虑到战事停止之后情势紧急，也有可能可以交换表册。

1717 表册交换并非一次性义务，而是一种进行性义务。在实践中，一旦知悉有人死亡，各方就会提供表册，或由红十字国际委员会提出此项请求。

主要参考文献

Bothe, Michael, ‘War Graves’, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 2000, pp. 1373–1374.

Capdevila, Luc and Voldman, Danièle (eds), *War Dead: Western Societies and the Casualties of War*, Edinburgh University Press, 2006.

Elliott, H. Wayne, ‘The Third Priority: The Battlefield Dead’, *Army Lawyer*, July 1996, pp. 3–20.

Froidevaux, Sylvain, ‘L’humanitaire, le religieux et la mort’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 848, December 2002, pp. 785–801.

104 更多详情，见《日内瓦第三公约》第122条。
105 见《第一附加议定书》第32条；另见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则117的评注，第401～404页。
106 见《第一附加议定书》第33条；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则117。
107 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第4条。
108 见《1946年国家红会预备会议报告》第24页和《1947年政府专家会议报告》第20页。

Gavshon, Daniela, 'The Dead', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 277–296.

Harvey, Peter, Baghri, Sohrab and Reed, Bob, *Emergency Sanitation: Assessment and Programme Design*, Water, Engineering and Development Centre, Loughborough University, 2002.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。

ICRC, *Operational Best Practices Regarding the Management of Human Remains and Information on the Dead by Non-Specialists*, ICRC, Geneva, 2004.

摩根，蒂德博尔 - 宾兹，范阿尔芬主编：《灾后死者尸体的处理：第一反应者一线工作手册》，泛美卫生组织 / 世界卫生组织 / 红十字国际委员会 / 红十字会与红新月会国际联合会，日内瓦，2009 年。

Petrig, Anna, 'The war dead and their gravesites', *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 341–369.

Sassòli, Marco and Tougas, Marie-Louise, 'The ICRC and the missing', *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 848, December 2002, pp. 727–750.

Tidball-Binz, Morris, 'Managing the dead in catastrophes: guiding principles and practical recommendations for first responders', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 421–442.

Wisner, Benjamin and Adams, John (eds), *Environmental health in emergencies and disasters: A practical guide*, World Health Organization, Geneva, 2002.

第十八条
居民之任务

公约条文 *

一、军事当局得号召居民以慈善精神，自愿在其指导下，收集与照顾伤者、病者。并对于响应此项号召之人予以必要之保护及便利。倘敌方控制或再控制该地区，则对于上述之人亦应予以同样之保护及便利。

二、军事当局，即令在侵入或占领地区，亦应准许居民或救济团体自动收集与照顾任何国籍之伤者、病者。一般平民应尊重此种伤者、病者；尤不得施以暴行。

三、任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪。

四、本条规定并不免除占领国对于伤者、病者给予身体上及精神上照顾之义务。

保留或声明

无

目 录

一、引言 518
二、历史背景 519
三、第 1 款：号召居民践行慈善精神 520
（一）自愿响应号召 520
（二）救助号召的响应者 521
（三）收集与照顾伤者、病者 521
（四）必要之保护及便利 522
（五）在军事当局的指导下 523
四、第 2 款：平民和救济团体自动收集和照顾伤者、病者 524
（一）居民与救济团体 525
（二）居民和救济团体的自动行动 526
（三）收集与照顾伤者、病者 527
（四）与军事当局的关系 527

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

（五）平民居民应尊重伤者、病者 528
五、第 3 款：不得因照顾伤者、病者而受到惩罚 528
六、第 4 款：占领国继续承担责任 530
主要参考文献 530

一、引言

1718 第 18 条包含了亨利·杜南关于平民响应军事指挥官的号召或者自动采取措施救助和照顾武装部队伤病人员这一思想的精髓。自从 1864 年第一部《日内瓦公约》通过以来，在许多地方军事医务人员在武装冲突中所提供的医疗照顾已经变得更为成熟且受到更为严格的管理，因此似乎不太需要此类平民个人提供协助。与此同时，当地组织在紧急情况下有效应对需求的能力也逐渐得到认可。[1] 根据第 18 条，军事指挥官依然可以号召平民或者救济团体帮助照顾伤病军事人员。

1719 相关领土上当地平民和救济团体主动照顾伤病战斗员的权利在1949年得到重申并在1977年《第一附加议定书》第17条中得以延伸，发展为向伤病平民提供照顾的权利。冲突一方在采取“一切可能的措施”搜寻和收集伤者、病者以及在确保其受到其状况所需的医疗照顾时，必须考虑这些选择。[2]第18条所载的两种选择，即请求平民协助和准许平民或平民组织自动提供救助，在若干军事手册和武装部队培训材料中得到重申，但通常均未指明应予照顾的人员是军事人员还是平民。[3]

1720 平民负有不伤害伤者病者的直接义务。同样，照顾者也不得因救助伤者病者而受到伤害或侵扰。在当代情况下，第18条所载之原则可提醒军事当局或者冲突各方注意，平民通常会赶往现场帮助在攻击中受伤的幸存者，并且他们有权采取此举；因此，在其后续的攻击中必须考虑这些施救者的存在。

1 许多报告都认可当地组织可有效应对因灾难和武装冲突局势而产生的需求。See e.g. Tsunami Evaluation Coalition, *Joint evaluation of the international response to the Indian Ocean tsunami: Synthesis Report*, July 2006, pp. 91–92 and 110–111; United Kingdom (Lord Ashdown), *Humanitarian Emergency Response Review*, July 2011, pp. 33–34.

2 《日内瓦第一公约》第12条和第15条。

3 例如，见阿根廷《战争法手册》（1969年）第3.006段；喀麦隆《指导员手册》（1992年）第96页和《指导员手册》（2006年）81页，第401段；加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第906.1段；德国《军事手册》（1992年）第632段；肯尼亚《武装冲突法手册》（1997年）第3号摘要，第11页；新西兰《军事手册》（1992年）第1003（4）段；俄罗斯联邦《军事手册》（1990年）第15段；瑞士《基础军事手册》（1987年）第75条；土耳其《武装冲突法手册》（2001年）第70页；以及英国《军事手册》（1958年）第345段，和《武装冲突法手册》（2004年）第7.38.1段。美国在其《战争法手册》（2012年）第47页中指出，尽管其不承认这是一项法律义务，而且美国目前也不是《第一附加议定书》缔约国，但其仍然告诫在实践中不得区别对待伤病平民和伤病战斗员。其手册也重申了当地居民可自愿参与救济活动。

二、历史背景

1721 不得因缺少护理人员而将伤病战斗员遗留在战场上这一原则是1864年首部《日内瓦公约》的核心要素。该公约第5条允许并鼓励当地居民救助伤病战斗员。[4]经部分修改后，这一概念在此后各版《关于伤者病者的日内瓦公约》中得到保留，[5]包括本条款，并在《第一附加议定书》第17条中得到重申。

1722 但是，早期在效能和风险层面就此类援助提供者所发挥作用的争论几乎导致该条款被删除，而且还有观点认为这些争论几乎致使这一刚具雏形的红十字倡议夭折。[6]1864年公约第5条为自动施救者规定了某些保护和豁免，但据报这一规定在普法战争期间遭到滥用。据称，有些人为了从标志的保护作用中获益并逃避为部队安排住处或者支付战争税的义务而设立虚假的救护车和医院，而还有些人臂上佩戴保护标志，但却以搜寻伤者为借口在战场上对其实施抢劫。[7]与此同时，普鲁士一方军事当局负责组织的伤者病者救助工作明显十分成功，这表明由军方组织的行动比号召未经培训、装备不良的热心平民所开展的慈善行动具有更好的效果，并能提供更好的照顾。[8]

1723 1906年外交会议的代表认为，如果按照基于上述滥用情况所提出的建议将该条款完全删除，将会传递错误的信号。[9]因此，1906年和1929年公约对相关关切予以解决，规定平民救助活动应受军事监督和控制并对给予响应救助号召之个人的豁免或奖励加以限制。[10]此外，这两部公约还详细订立了规制标志使用的新规则，而且增加了一条对误用或者滥用标志的禁止性规定。[11]同时，武装部队内部对伤者病者提供的医疗救助变得日益专业化，从总体上减少了对平民救助的依赖。

4 1864年《日内瓦公约》第5条：

> “任何国家救助伤者的居民应受到尊重并保有自由。交战国的将军应负责将向居民发出的人道呼吁以及人道行为所赋予的中立地位告知居民。任何受伤战斗员在某住宅内受到收容和照顾，该住宅即应受到保护。收容伤者的居民应免除向军队提供住处，并免除可能征收的对战争的一部分捐献。”

5 1906年《日内瓦公约》第5条；1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第5条。

6 Hutchinson, pp. 126–133. See also Charles Sperry, ‘The Revision of the Geneva Convention, 1906’, *Proceedings of the American Political Science Association,* Vol. 3, 1907, p. 37. 1906年外交会议关于修订1864年公约的准备性文件建议删除第5条，并在会议期间提出了相关动议。《1906年日内瓦外交会议记录》，第17页和第161页。

7 Hutchinson, pp. 109–117.

8 *Ibid*. pp. 117–138. 其他评论者认为作战方法的改变使得平民不具备承担这种职能的能力。See Auguste-Raynald Werner, *La Croix-Rouge et les conventions de Genève : Analyse et synthèse juridiques*, Geneva, Georg & Cie, 1943, pp. 194–195.

9 另见《1906年日内瓦外交会议记录》，第182～184页和第198～200页。

10 1906年《日内瓦公约》第5条；1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第5条。另见《1906年日内瓦外交会议记录》，第182～184页和第198～200页。

11 见1906年《日内瓦公约》第18条至第23条；1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第19条至第24条。

1724 第二次世界大战中的经验教训，进一步证明了1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第5条所载之原则的作用。这段经历甚至表明，该条款在某些方面的规定仍有所缺失，例如被击落的飞机乘务组和落于敌方领土的受伤跳伞者所面临的困境都体现了这一点。当时认为该条款缺少两项关键要素：第一，敌方或占领当局也必须承认救助伤者病者之平民的“中立地位”；第二，应允许平民和救济团体“自动”向伤者病者提供照顾。[12]1949年《日内瓦第一公约》第18条弥补了这些不足之处。

三、第 1 款：号召居民践行慈善精神

1725 冲突各方有义务采取“一切可能的措施”搜寻、收集并照顾武装部队的伤病人员。[13]利用相关领土内自愿行事的当地居民或有能力的组织，或者授权此类组织进入伤者病者所在区域，是履行该项义务的重要途径。

（一）自愿响应号召

1726 第18条第1款为缺乏收集和照顾武装部队伤病人员所需充足资源的军事当局提供了一种号召当地平民居民提供协助的选择。[14]当地平民进而可以选择响应此类号召。军事当局没有义务向居民发出号召，而且根据国际法，居民也无义务响应其号召。[15]尽管如此，军事当局如果自身不具备为伤者病者提供照顾的能力，则负有采用此法的道德责任。但是，不得强迫平民同意这种请求：第18条中增加了“自愿”一词，专门是“为了避免任何滥用行为”，尤其是占领国的滥用行为。[16]

12 在为外交会议起草新公约而召开的专家会议期间所发表的声明，尽管没有对此做出详细说明，但从中可以明显看出这些要素。《1946年国家红会预备会议报告》，第24～25页，以及《1947年政府专家会议报告》，第20～23页。

13 《日内瓦第一公约》第15条和第12条。另见《第一附加议定书》第10条。

14 《第一附加议定书》第17条在规定何方可发出此类号召时，选择了“冲突各方”一词，以涵盖民政当局和军事当局。See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 720.

15 尽管求偿委员会认定在1998年至2000年埃塞俄比亚-厄立特里亚冲突中，双方对刚俘获的受伤战俘所提供的医疗照顾均不充足（但未达到违反公约的程度），但该委员会似乎并未调查指挥官是否试图通过请求当地居民提供救助来弥补这种不足。Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, paras 69–70; *Prisoners of War, Eritrea's Claim*, Partial Award, 2003, paras 64–65.

16 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第143页。同前，第192页，起草委员会解释道：“委员会希望对于占领国的情况作出特别规定，并且防止占领当局以号召居民展现慈善精神为由，向居民施加压力，诱导居民，甚至在违反其意志的情况下，延长其为伤者提供治疗的时间，从而使占领国摆脱其应承担的主要责任。”交战国和占领国可强迫被保护人承担某些形式的工作，但必须向其提供相应补偿（《日内瓦第四公约》第40条和第51条）。他们不得强迫此等人员参与军事行动。平民不得被强迫响应救助伤者病者之号召这一事实，并不意味着收集和照顾伤者病者就代表参与军事行动；相反，被强迫的劳工必须得到补偿，而第18条允许号召弘扬“慈善精神”，表明无需为慈善行为提供补偿。

1727 《第一附加议定书》第17条保留了可请求自愿协助的规定，而且遵循该议定书的要旨，这种自愿协助还延伸至收集和照顾伤病平民工作。这一延伸弥补了平民保护中的一个空白，因为《日内瓦第四公约》没有规定与《日内瓦第一公约》第18条相对应的条款。《第一附加议定书》第17条还将可请求当地平民提供协助的活动范围扩大至包括搜寻死者并报告其位置。[17]重要的是，该议定书的起草者力求保持这一规定的自愿性质。[18]

(二) 救助号召的响应者

1728 第1款规定的“居民”是指某被占领领土内或正在发生武装冲突之领土内的当地居民，无论其国籍如何。该款确实仅规定了“居民”而未提及第2款中规定的组织或救济团体。但是，从逻辑上讲，对当地平民发出号召，此等平民还应包括那些自我组织起来形成救济团体的平民。对于《第一附加议定书》的缔约国而言，该款在议定书第17条中的对应条款明文规定了救济团体，从而消除了在这方面的所有疑惑。[19]

1729 关于此等号召可面向哪些居民，应作进一步澄清。尤其应提请注意的是，这类人员可能包括尚未被冲突一方派用于特定医疗任务的专业医务人员。号召此类人员提供救助不会使其成为本公约意义上的常任医务人员或《第一附加议定书》所规定的临时医务人员。[20]

(三) 收集与照顾伤者、病者

1730 如今，个人更有可能收集伤者、病者并将其送往医疗设施，而非在自己家中提供照顾。尽管如此，如果他们确实将伤者、病者带到家中，或者如果救济组织在其设施中提供照顾，那么这种照顾可能不止于急救。因此，“照顾”一词还涵盖改善伤者病者状况所需的所有合理措施，包括提供食物、避难所、衣物、被毯以及卫生用品。[21]外交会议期间，为避免对可提供的照顾加以限制，在措辞上选择了“收集和照顾”而非“提供急救”，不过前提是此种照顾是自愿提供的。[22]

17 《第一附加议定书》第17条第2款。

18 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI 卷，第242～243页。

19 除此之外，《日内瓦第一公约》的准备工作并未表明起草者意在排除军事当局请求当地救济机构或救济组织进行救助的可能性。关于第18条的争论，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第49页和第51～52页，以及第III卷，第35页，《关于伤者病者的日内瓦公约》第30号和第31号修正案。

20 《日内瓦第一公约》第24条；《第一附加议定书》第8条第11项；另见第三部分第（五）节关于“控制”的讨论。

21 另见第12条及其评注，第1387段。

22 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第51页和第143页。

1731 收集伤者、病者前可能需要先搜寻此类人员。在攻击或军事交火之后，可能无法立即得知是否存在伤者或死者及其具体位置。为了能够收集和照顾他们，施救者必须进行搜寻。第18条的宗旨是确保伤者或病者受到及时和挽救生命的治疗，因而必然也包括搜寻此等人员的工作。[23]

1732 如上所述，《第一附加议定书》第17条增加了一项可号召平民居民承担的第三项任务（以其自愿承担为前提）：搜寻死者并向当局报告其位置。应当强调的是，不得要求平民收集死者。[24]

（四）必要之保护及便利

1733 冲突一方号召当地居民或救济团体在收集和照顾伤者病者方面提供协助时，必须向其提供相应保护和便利，否则平民或救济团体承担该任务时将面临过多困难或危险。首先应由发出号召的冲突一方的主管当局来评估应提供何种必要保护与便利。但该方必须尽可能考虑准备响应号召的个人或救济组织的愿望和意见。此类保护和便利主要依实际情况而定，因此无法详尽列举所有可能的情形。[25]“便利”包括为完成相关任务而保障尽可能多的活动自由、以各种方式传递信件的便利以及转送救济物资和资金的便利。但这不意味着军事活动确实导致其无法开展救助活动时不得限制其活动自由。“便利”可包括提供车辆或者其他运输手段以及保障安全行动。从该领土外接收医疗或其他人道物资的组织还应当获得免除关税和运输税的待遇。[26]

1734 “保护”在某种程度上是指收集和照顾伤者病者所需的安全条件。应采取何种必要且适当的措施以确保人道救济工作者的安全，是一个复杂的问题，本公约对此未作规定。[27]保护的一个方面是确保己方部队知道不得攻击执行医疗或人道任务的人员或组织，而且也确未实施此类攻击。保护还意味着与敌方共同做出当地

23 另见第15条及其评注，第1483～1484段。

24 当时认为收集死者对于当地居民而言是一项过于艰巨而无法承担的任务：见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第486页。英国代表团“认为除海上可能存在例外的情况外，期待平民居民和救济团体去收集死者是不合适的”。

25 1906年《日内瓦公约》第5条使用“豁免”代替“便利”一词。关于“豁免”一词的含义及其是否包括免除为部队提供住处的义务存在一些争论。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 37–38.

26 例如，见《日内瓦第三公约》第74条第1款；《日内瓦第四公约》第61条第3款以及《第一附加议定书》第70条第2款。

27 See Kate Mackintosh, ‘Beyond the Red Cross: the protection of independent humanitarian organizations and their staff in international humanitarian law’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 865, March 2007, pp. 113–130; Abby Stoddard, Adele Harmer and Katherine Haver, *Aid Worker Security Report 2011, Spotlight on security for national aid workers: Issues and perspectives*, Humanitarian Outcomes, 2011. 但是需要注意，《第一附加议定书》第71条第2款规定，“〔救济人员〕应受尊重和保护”。

安排或同意停火等，以允许进行医疗或人道活动。[28]保护还包括防止或者采取措施防止他方实施此类攻击。另外，给予保护的要求强化了第18条第3款“任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪”的规定。[29]

1735 应当指出的是，在此背景下可给予的保护不包括使用红十字、红新月或红水晶标志的权利。由于标志极易遭到滥用，施加此种限制因而具有合理性。[30]标志的使用必须限制在四公约和议定书明文规定的情形下，并受到主管军事或民政当局的控制。因此，响应军事当局救助号召的个人或组织不得在其照顾伤者的房屋或建筑上展示标志，除非冲突一方根据《日内瓦第一公约》或《日内瓦第四公约》将这些建筑指定为医疗设施。[31]

1736 至于个人佩戴标志的情况，《日内瓦第一公约》未规定通过指定临时医务人员来增加军事医务人员数量的机制；但是，《第一附加议定书》的缔约国却有这种选择权。[32]因此，根据《第一附加议定书》，冲突各方可以增加其临时医务人员的力量或其临时医务队的数量，而此等人员有权使用标志。但是，对于这些措施必然需要施以严格的监督。即使对于议定书缔约国而言，响应军事当局号召的个人也不能等同于临时医务人员，除非他们被明确指定为临时医务人员。[33]应当谨记，并非每一个在武装冲突地区从事医疗活动的个人都具备四公约和议定书意义上的“医务人员”的资格。

1737 最后，第18条第1款规定，如果敌方控制着一个地区，它必须给予已经响应救助号召的居民同样的保护和便利。1929年公约的规定中明显缺失这项义务，而且已经对响应此种号召的个人产生了负面影响，该义务因而被纳入到1949年公约中。

（五）在军事当局的指导下

1738 响应救助伤者病者号召的志愿者必须在军事当局的“指导下”行事（与英文约文同等作准的法文约文是sous son contrôle，即“在其控制下”）。这一要求是

28 见《日内瓦第一公约》第15条。此外，应提请注意的是，“故意指令攻击……人道主义援助……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”的行为，属于1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第3目所规定的战争罪。

29 见第五部分。

30 与本条有关的早期滥用标志的实例，见第二部分。但是，基于另外一项法律依据，有些救济团体，特别是各国红十字会或红新月会，有权使用或佩戴标志。详见第44条及其评注第四部分。另见《日内瓦第一公约》第26条规定的专门制度。

31 《日内瓦第一公约》第21条；《日内瓦第四公约》第18条。或者《第一附加议定书》（如可适用）第18条。

32 《第一附加议定书》第8条。但是，《日内瓦第一公约》允许在特定情况下通过辅助医务人员（第25条）或者借助各国红十字或红新月会的医疗服务机构（第26条和第27条）来增加医务人员的数量。

33 《第一附加议定书》第8条第11款。但是应当指出，关于标志使用的规则并不禁止其他人道组织使用载有其自身标识的标牌、旗帜或服装以表明其身份，但这些物品不得导致与红十字、红新月或红水晶标志相混淆。特别见《日内瓦第一公约》第53条及其评注（第四部分）。

针对普法战争期间发生的滥用行为而增加的，并在后续各版公约中得到保留。[34]

1739 该款明确规定，即使当地居民或救济组织为伤者提供救助，军事当局仍对伤者的状况和医疗救治负有责任。尤其是在涉及敌方伤者的情况下，该国当局必须依照关于战俘待遇的《日内瓦第三公约》将其身份和被俘情况通知其本国，并做出安排为其提供保护。[35]由响应军事当局的请求并在其指导或者控制下行事的当地居民或救济组织所照顾的敌方受伤人员，必须视为落于敌方手中，并且属于战俘。[36]

1740 军事当局可以规定其认为必要的控制措施的性质和程度。在实践中，收集并转达了关于身份的事项之后，这种控制可能包括确保伤者受到适当的照顾并得到人道的待遇及其应享有的尊重。

1741 对于《第一附加议定书》的缔约国而言，有时可能并不容易在针对响应一般性救助号召的当地居民施加的严格控制措施与指派本国公民为临时医务人员之间划出明确的界限。临时医务人员的指定应当清晰而明确。据此，对于响应号召的个人对标志的使用，有责任防止滥用保护性标志的冲突一方，必须保有决定哪些人员有权得到医务人员应享有之保护的权力。

四、第 2 款：平民和救济团体自动收集和照顾伤者、病者

1742 第18条第2款规定，当局有义务准许自动的救济行动。当地居民和救济团体有权救助伤病战斗员，包括敌方战斗员。[37]《第一附加议定书》第17条对这一规定予以保留与确认，还将伤病平民包括在救助对象的范围内。冲突各方有义务采取“一切可能的措施”搜寻和收集武装部队的伤病人员，并对其进行照顾。[38]

1743 第2款第2句包含一个重要的劝诫：救助伤者病者的平民和救济团体“不得施以暴行”。该项义务的承担者是平民，且对其直接适用。同时，该款表明各国负有一项重要责任，即当局始终有义务保护武装部队伤病人员免受第三方的侵害，此等第三方包括声称救助伤者病者但实际上反而对其加以虐待或伤害的平民。各国有义务确保伤者病者得到人道待遇，无论他们是在国家工作人员手中还是在普通公民手中均如此。[39]

34 1906年公约第5条纳入了军事当局负责监督当地居民对伤者病者的收集和照顾这一规定。

35 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 187–188. 关于登记和转送情报的必要性，见第16条及其评注。《日内瓦第一公约》第14条规定，落于敌人手中的伤者、病者属于战俘；《日内瓦第三公约》第12条明文规定战俘“系在敌国国家手中，而非在俘获彼等之个人或军事单位手中”。

36 见关于《日内瓦第三公约》第4条的评注。

37 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第51页。

38 《日内瓦第一公约》第15条和第12条。另见《第一附加议定书》第10条。

39 见《日内瓦第一公约》第12条。

(一) 居民与救济团体

1744 《日内瓦第一公约》规定，除居民外，当局还必须准许救济团体照顾伤者、病者。1949年公约增加这一规定的原因是二战期间救济团体采取这种行动的权利有时会受到质疑。[40]但是，该公约未对本条所规定之救济团体的构成要素作出定义，而且1949年外交会议也没有讨论这一问题。[41]有迹象表明，该词应解释为各国红十字或红新月会等当地组织，但不限于此类组织。尤其是《第一附加议定书》第17条规定（该条在未改变《日内瓦第一公约》第18条含义的情况下将该原则延伸适用于伤病平民），“如各国红十字会（红新月会、红狮与太阳会）”，这表明这些组织被包括在内，但其并不享有采取此类行动的排他性权利。1977年外交会议通过第17条时，圣座指出，其已经加入了这一共识，即“确信该条所提及的各国红十字会（红新月会、红狮和太阳会）并不暗含对其他救济团体采取的倡议和行动施加限制”（后加着重号以示强调）。[42]

1745 这种类似于个人所享有的权利被授予“居民”，即已位于相对靠近敌对行动发生地或伤者、病者需要救助之地点的个人。从逻辑上来讲，这种权利不限于紧邻伤者病者的救济组织，但仅限存在于发生冲突之领土内的组织。该权利未延伸适用于外国组织或国际组织，这些组织由其他条款规定。[43]另外，第18条确认军事当局应准许救济团体在占领或者侵入的领土上为伤者病者开展工作。[44]

1746 救济组织自动向伤者病者提供救助时，应当遵守人道原则，尤其是中立原则。[45]特别是对于提供医疗救济的组织而言，中立性与医疗道德和“需求最迫切者（无论其属于哪一方）必须予以优先救治”原则相一致。[46]

1747 平民个人自动救助伤者病者时没有义务在感情上严格中立，但其行动必须严格遵循中立原则。另外，他们必须“人道”。因此，像任何其他提供医疗照顾的个人一样，他们不应将受伤战斗员视为敌人，只能将其视为需要照顾的人。第2款对这一点做出进一步强调，规定平民不得伤害伤者、病者。

1748 必须再次强调，个人和救济团体人员不得在其设施上或者其身上使用特殊标志，获得主管当局专门授权此类使用的除外。[47]

40 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 191.

41 1947年政府专家会议建议救济团体可自动采取此类行动。Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 191.

42 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VI卷，第78页。

43 尤其是共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条）和《第一附加议定书》第81条。对于非国际性武装冲突，见共同第3条第2款和《第二附加议定书》第18条第2款。

44 关于占领的定义，见关于共同第2条的评注，第五部分。

45 关于人道原则（包括中立性原则），详见关于第9条的评注。

46 见第12条及其评注第七部分。

47 《日内瓦第四公约》第18条规定主管当局（可能是军事或民事当局）可以认可并授权平民医院使用特殊标志。另见《第一附加议定书》第18条。

（二）居民和救济团体的自动行动

1749 第18条规定个人和救济团体可以“自动”采取行动，收集并照顾伤者、病者。第1款允许响应号召采取此类行动。据此解读，第2款中的“自动”从逻辑上可解释为个人和救济团体也可主动采取此类行动。1977年外交会议期间就《第一附加议定书》第17条展开讨论，详细探讨了“自动”一词，这些讨论进一步支持了上述解释。1977年会议上的代表担心“自动”一词可能被狭义解释，可能导致有组织的救济活动被排除在外。[48]但是，相关记录中没有证据表明《日内瓦第一公约》第18条曾被如此解读。[49]因此，他们并不是对第18条的实际适用情况感到担忧。尽管如此，为确保有组织的救济行动（尤其是救济团体开展的行动）不被排除于《第一附加议定书》第17条的范围之外，1977年外交会议的代表们倾向于使用“主动”而非“自动”一词。他们希望在维护个人自行决定提供救助之自由的同时，确保任何有组织的救济团体不会因其并非“自动”而无法提供救助。[50]因此，《日内瓦第一公约》第18条中的“自动”应解释为与《第一附加议定书》第17条中的“主动”具有相同的含义。

1750 “自动”一词还有另外一个重要目的，即提请冲突各方注意当地平民居民可以而且经常会赶往攻击或爆炸现场去收集并照顾伤者。但是，后续攻击（即“意在导致尽可能多的人员伤亡的爆炸，包括先前爆炸受难者的施救者”）已成为当今时代令人担忧的现象。[51]据悉此类攻击是直接针对第一反应者实施的，可以说阻却了平民前去救助伤者病者，因此违背了本公约整体，尤其是第18条所体现的精神。攻击方指挥官还必须清楚认识到，平民有权（亦即有可能）在受敌对行动影响的地区自动采取救助应对行动，在评估针对非受伤战斗员或军事目标实施后续攻击是否合法时更应做此考量。此种救助应对行动将影响对应予采取的必要预防措施以及预期对平民造成的附带伤害的评估。[52]考虑或进行后续攻击时，攻击方必须考虑是否存在各类第一反应者，包括受过培训的医务人员和偶然出现的当地居民等，并采取一切必要的预防措施，以避免或尽量减少对其造成伤害。攻击方应等待第一反应者“已从先前攻击现场完成收集和撤离伤者病者的工作”之后再实施攻击。[53]

48 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第237～244页。

49 同上注。

50 同上注。

51 ICRC, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting Health Care*, January to December 2012, ICRC, Geneva, 2013, p. 9; *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care*, January 2012 to December 2013, ICRC, Geneva, 2014, p. 13.

52 《第一附加议定书》第57条第2款第1项第3目。

53 Breitegger, pp. 109–110.

（三）收集与照顾伤者、病者

1751 除上述有关收集与照顾伤者、病者的论述以外，还应补充的一点是，《第一附加议定书》第17条第1款的起草者支持一种自动“照顾”的概念，其范围比严格意义上的医疗救助更宽泛。他们认为，这种照顾也可包括直接的人道救济，包括提供衣物或食物。[54]这一理解符合第18条的人道宗旨。

（四）与军事当局的关系

1752 与第18条第1款不同，该条第2款未规定自动救济活动应受军事当局的指导。这并非疏忽所致；相反，这反映了1949年外交会议的明确选择。起草历史揭示了这一重要而恪守原则的立场。

1753 当时为外交会议制订公约草案的专家会议认为，应在慈善与军事要求之间实现平衡，因此在经过长时间讨论后达成共识并提出了一项条款提案。根据该提案，居民不得使其收集的伤者病者脱离军事当局的控制。[55]这一条件出现在1949年外交会议上讨论的草案中；但是外交会议却坚持删除该条件。会议代表拒绝以接受军事监督或对伤者病者相关情报的任何形式的强制披露为条件准许居民自动提供救助的提议。[56]当时，基于第二次世界大战的经历，起草者担心通知当局可能会对伤者及其施救者造成不利后果。不过，尽管这种控制不受禁止，但起草者认为“在一部人道公约中做此规定是极其不可取的”。[57]此外，在实践中，与当局主动呼吁求助相比，当局可能更加难以对自动救济活动进行控制。

1754 必须指出的是，《日内瓦第一公约》第18条可适用于专业医务人员。有人表示担心，如果此类人员负有告发在其照顾下的敌方伤者病者的义务，该义务可能与医疗保密原则相冲突。[58]本公约在此方面缺少具体规则，继而引发了诸多关于医疗道德——尤其是关于医疗保密的规则——与国内法中（或者由占领当局规定的）向当

54 See also para. 1730. 《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第159～163页。这一解释由教廷代表提出，并得到瑞士代表的支持且未遭到反对。

55 《1946年国家红会预备会议报告》，第24～25页；《1947年政府专家会议报告》，第20～23页。这一建议在1947年政府专家会议上已经充满争议。1948年斯德哥尔摩会议采纳的这一建议条款相关部分规定：“即使在入侵或占领地区，军事当局也应允许居民和救济团体对任何国籍之武装部队伤病人员进行收集并提供急救，条件是后者不得拒绝本国或者占领当局可能实施的控制。”《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第14～15页。

56 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第51～52页。记录表明，英国代表认为“根据（草案约文）第2款，平民居民将有义务将其照顾下的伤者转交给占领其国领土的敌方——而且此项义务竟然源于一部人道公约！”该记录补充道：“他强烈要求删除任何此类义务。”

57 *Ibid*. pp. 51–52 and 143; Remarks of the Rapporteur of the First Commission of the Diplomatic Conference, *ibid*, p. 192. 另见《第一附加议定书》第16条第3款。

58 International Law Association, *International Medical Law, Conference Report (Buenos Aires)*, 1968, Vol. 53, pp. 539–588, especially at 542–549 and 558–573.

局报告伤者病者这种假定义务之间关系的争论。[59]实际上，国内法普遍要求医务人员报告接受特定伤情（如子弹伤或刺伤）治疗的人员，以防需要开展刑事调查。

1755 《第一附加议定书》第16条第3款重申了医疗保密问题：

> 任何从事医疗活动的人，如果认为有关情报将证明为有害于有关病人或其家属，即不应迫使其向属于敌方的任何人，或除自己一方的法律所要求外，向属于自己一方的任何人，提供关于在其照顾下或曾在其照顾下的伤者和病者的情报。但关于传染病的强制通知的规章，则应受尊重。[60]

（五）平民居民应尊重伤者、病者

1756 “平民居民应尊重伤者病者，尤不得施以暴行”这一劝诫是《日内瓦第一公约》中唯一专门约束平民居民的规定。当然，四公约和议定书中规定了许多关于保护平民的义务，但本条的独特性在于，其规定了平民自身在涉及伤者病者时必须满足的明确照顾标准。[61]该句重申了《日内瓦第一公约》第12条所规定的基本原则，并阐明平民也有义务尊重并保护伤者与病者。《第一附加议定书》第17条的第一句与本句相对应。

1757 这项义务的存在，加上当地居民收集并照顾伤者病者的权利，凸显出为促进对这一规则和日内瓦四公约整体的尊重而提高普通大众等群体对国际人道法的认识的重要性。[62]因此，应当谨记，故意杀害、酷刑、不人道待遇以及故意使伤者病者身体及健康遭受重大痛苦或者严重伤害，包括由平民实施的情形，都属于严重破坏公约的行为。[63]在任何情况下，对丧失能力的个人实施暴力，即使该个人与敌国武装部队有关联，在本质上都是不人道的，因此第18条的禁止性规定即使需要不断重申，其必要性应当也是不证自明的。

五、第3款：不得因照顾伤者、病者而受到惩罚

1758 第3款规定“任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪”。这项规定是针对第二次世界大战期间的实践而订入第18条的，当时有些国家对照顾敌方受伤人

59 同上注。

60 关于该条款内容的讨论，见关于《第一附加议定书》第16条的评注。

61 尽管如此，但应当指出的是，自从第二次世界大战之后的审判以来，平民也在一般意义上能够成为战争罪的实施者。尤其见France, Permanent Military Tribunal at Metz, *Bommer case*, Judgment, 1947, pp. 65–66. 关于潜在的犯罪者，见Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, Cambridge University Press, 2003, pp. 34–37. 另见关于第50条的评注，第三部分第（三）节。

62 见关于第47条的评注。

63 见第50条及其评注。

员（尤其是被占领领土上抵抗军作战人员）的医生和其他人员执行了死刑。[64]在任何情况下，照顾伤者或病者都不得视为犯罪。[65]不因行使前款规定的权利而受到伤害、侵扰或定罪的权利对于保护照顾伤者病者的个人至关重要。该权利符合本公约总体的目的和宗旨：为了保护伤者与病者，收集并照顾他们的个人，包括平民志愿者和救济团体，也必须受到尊重和保护。实际上，该款的目的是防止通过司法或其他机制对此类活动实施惩戒和报复。

1759 “侵扰”一词含义较广。尽管如今该词倾向于指性骚扰，但在本公约中该词是指一般性的“以具有敌意的方式纠缠或骚扰”。[66]因此，该款禁止任何形式的骚扰，并防止仅因个人照顾伤者病者而针对其提起刑事或行政诉讼。该款还禁止进行法外惩戒。该款防止采取任何行政措施（尤其是纪律措施）或者任何形式的烦扰、威胁或骚扰。由于该款禁止上述程度的骚扰，它显然还禁止国际法规定的任何形式的虐待或对生命施以暴行。在同一语境下，《第一附加议定书》第17条第1款的用词为“伤害、追诉……或惩罚”。这些词语是为了全面起见而增加的，但是此类行为都由“侵扰”一词所囊括。如果认为《第一附加议定书》第17条的特定用词是额外具体举例说明构成“侵扰”照顾者的行为，那么其中“追诉”具体指的是预审法官和公诉人，其不得将此类案件提交给法庭；而“伤害”指的是调查阶段，不得仅因此类理由而启动调查。“侵扰”还包括在检查站对此类人员实施不必要的拘留或仅以其收集和（或）照顾伤者病者为理由将其逮捕。没收医疗记录之类的行为（违反了关于不得向当局披露医疗信息的人道法保护）和扰乱医疗设施正常运作的行为也是受禁止的侵扰形式。虽然为了拘留或讯问医疗设施中的个人而武装进入该设施的行为本身不受禁止，但实施这种进入行为的方式必须确保伤者病者能够继续受到适当的医疗照顾。简而言之，它包括因担心招致不利后果而旨在阻止或妨碍向伤者病者提供照顾的一切行为。[67]

1760 最后，对于所有因看护伤者病者而被起诉的个人，如果被告人按照国际人道法行事，且符合医疗道德，法院应当判其无罪。

1761 另外，虽然第18条的这一规定约束的是平民居民，但该禁止性规定应一般地适用于任何照顾伤者病者的个人。对于《第一附加议定书》的缔约国，议定书第

64 See François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 478–479.

65 国家可能有立法禁止非注册医生或非注册医疗从业人员实施特定的医疗行为，但是在特定情形下提供紧急医疗照顾属于例外情况。部分国家还制定了可能与此类情形相关的“好撒马利亚人”法。例如，此类法律可能要求个人救助遇难者，或者可能规定出于自愿和善意对急需帮助的个人进行急救的施救者对其提供照顾中的缺陷不承担责任，除非存在重大过失。

66 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 921.

67 针对医务人员的威胁通常对于提供医疗服务具有负面影响；see ICRC, *Health Care in Danger: A Sixteen-Country Study*, ICRC, Geneva, 2011, p. 10.

16条第1款作了明确的规定，即“在任何情况下，不问谁是受益者，任何人不应因进行符合医疗道德的医疗活动而受惩罚”。

六、第 4 款：占领国继续承担责任

1762 第18条最后一款确认，占领国如果依赖当地居民和救济团体，也不免除其对于伤者病者给予照顾之义务，其继续对于伤者病者的命运承担全部责任。占领国应当确保给予伤者病者的待遇在各方面都符合本公约，并提供实现这一目的所需的资源。实际上，在为了战俘的利益而雇佣被留用的医务人员和宗教人员方面同样如此。[68]

主要参考文献

Breitegger, Alexander, ‘The legal framework applicable to insecurity and violence affecting the delivery of health care in armed conflicts and other emergencies’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 83–127.

Hutchinson, John F., *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996.

68 见第28条第4款。

第三章
医疗队及医疗所

1763 保护武装部队医务部门使用的医疗队及医疗所的理由与保护医务人员、器材和运输工具的理由相同：它们受到保护是因其所履行的职能，即向受伤和患病的士兵提供医疗照顾，这是《日内瓦第一公约》的核心目标。

1764 第19条涉及武装部队医务部门使用的医疗所及医疗队。第一款概述了这些医疗所及医疗队所享有的保护，并规定了其人员落于敌方之手时应享有的待遇。第二款规定了一项具体义务，即采取预防措施，保护这些医疗所及医疗队不受针对军事目标的攻击的影响。

1765 第21条规定了第19条所涵盖的军事医疗所及医疗队失去保护的情形，即此等组织“越出其人道主义任务之外，用以从事有害于敌方之行为”的情形。该条还规定了在此种情形下丧失保护之前必须满足的严格标准：必须给予警告，并依各个情形，指定合理之时限。只有在此种“警告仍被忽视时”，始得停止保护。

1766 第22条对第21条予以补充，列出了五种“情形”，即特定的事实性情形，这些情形不得视为有害于敌方之行为，尽管某些表象可能会导致相反的结论或至少引发一些疑问。因此，属于第22条所列行为清单中的行为并不会导致有关军事医疗所或医疗队失去保护。

1767 第20条禁止从陆上对海上医院船发动任何攻击。第20条与《日内瓦第二公约》第23条联系紧密：前者禁止从陆上攻击有权受《日内瓦第二公约》保护的医院船，后者禁止从海上攻击有权受《日内瓦第一公约》保护的陆上医疗所。

1768 最后，第23条规定在发生战斗的地区以外设立医院地带及处所，以加强对伤者和病者的保护，使其免受战争的影响。第23条与《日内瓦第四公约》第14条和第15条规定的安全地带和中立化地带一起，构成了日内瓦四公约所规定的较广泛的受保护地带制度，这一制度在《第一附加议定书》中得到进一步发展。

1769 《第一附加议定书》第二部第一编所载的若干规定对本章内容作出进一步补充。

第十九条
医疗队及医疗所之保护

公约条文 *

一、医务部门之固定医疗所，及流动医疗队，在任何情况下不得被攻击，而应随时受冲突各方之尊重及保护。倘落于敌方之手，在俘获国自身对于发现在该医疗所及医疗队之伤者、病者未能保证必需之照顾期中，其人员仍应有执行其任务之自由。

二、负责当局应保证上述医疗所及医疗队尽可能如此设置，以期不致因对军事目标之攻击而危及其安全。

保留或声明

无

目 录

一、引言 534
二、历史背景 534
三、第 1 款：尊重和保护医疗队 535
（一）第一句：基本规则 535
1. 固定医疗所和流动医疗队 535
2. 医务部门之一部分 536
（二）尊重与保护的义务 538
1. 禁止攻击 538
2. 尊重与保护 540
3. 词语“在任何情况下不得”和“随时” 542
4. 违反行为的刑事方面 542
（三）第二句：落于敌方之手的医疗队或医疗所 543
四、第 2 款：医疗队及医疗所的设置 543
主要参考文献 545

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

1770 第 19 条涉及武装部队医务部门的医疗所和医疗队。第 1 款概述了在国际性武装冲突中给予这些设施保护的程度，还规定了如果此类医疗所或医疗队落于敌方之手应当给予其相关医务人员的待遇。第 2 款规定了为保护此类医疗所或医疗队免受针对军事目标之攻击的影响应采取的预防性措施。

1771 关于在非国际性武装冲突中如何保护此类设施的详情，见关于共同第3条的评注第一部分。

1772 保护军事医疗所和医疗队与保护武装部队医务部门医务人员、器材和运输工具的根本理由是一样的：它们受到保护是因其所履行的职能，即向伤病军人提供医疗照顾，这是《日内瓦第一公约》的核心目的。[1]伤病平民、民用医院及其医务人员以及用于伤病平民的特定类型的运输工具都应依照《日内瓦第四公约》和《第一附加议定书》受到保护。[2]

二、历史背景

1773 尊重和保护军事医疗所和医疗队的义务是国际人道法最古老的规则之一。该义务首先出现于1864年《日内瓦公约》关于军事医院的规定中。但是，当时对医院的保护以其中存在伤者病者为条件。[3]随着1906年《日内瓦公约》的通过，不再要求医院必须存在伤者病者才能获得保护。另外，该公约首次在“医疗部门”的“流动医疗队”和“固定医疗所”之间加以区分。这些医疗所或医疗队落于敌方之手时，会根据自身归属类别的不同而受到不同的待遇，因此这一区分十分重要。[4]1929年《日内瓦公约》包含了与1906年《日内瓦公约》几乎完全相同的规定。[5]

1 见第12条。
2 见《日内瓦第四公约》第6条和第18条至第22条以及《第一附加议定书》第8条第5款和第12条至第13条。
3 1864年《日内瓦公约》第1条。
4 1906年《日内瓦公约》第6条。关于医疗队和医疗所落于敌手时受到的相关待遇，见第14条和第15条。
5 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第6条。关于这些医疗所和医疗队落于敌手时应给予何种待遇的问题，规定于该公约第14条和第15条。

三、第 1 款：尊重和保护医疗队

(一) 第一句：基本规则

1. 固定医疗所和流动医疗队

1774 虽然依据本条，“固定医疗所”和“流动医疗队”这两类医疗设施大体上享有同样的保护，但对其进行区分仍然很重要，因为根据《日内瓦第一公约》第五章第33条和第34条，在其落于敌方之手时会受到不同的待遇。

1775 本公约未对“固定医疗所”和“流动医疗队”进行定义。但根据其通常意义，“固定”可理解为依附于或处于特定位置，[6]而“所”可理解为“稳固或永久地设立”的处所。[7]医院之类的建筑不可移动，因而毫无疑问属于这一类别。

1776 相反，“流动”指的是“能够自由而容易地移动或被移动”。[8]例如，设置在帐篷或集装箱中的战地医院和其他可依照医疗需要而装拆的露天设备都属于流动医疗队。

1777 第19条的约文未对固定医疗所和流动医疗队应实现何种医疗目的作出指导性的规定。但《日内瓦第一公约》第24条规定的军事医务人员所从事的活动，即寻觅、收集、运送或医治伤者、病者及预防疾病，为解释第19条提供了背景。第24条所规定的医疗目的后来被纳入《第一附加议定书》关于“医疗队”的定义之中，这对其重要性予以确认，该议定书中的定义也包括本条所涵盖的军事医疗所和医疗队。[9]

1778 很明显，医治伤者病者的医疗目的应当在医院大楼等固定医疗所和流动医疗队中来实现。所提供医疗救治的程度并不重要，例如可能包括急救和分诊（可能在急救站实施）、心理治疗（如释放由战斗引发的压力），还可能包括在战地医院实施的普通手术。此类医疗救治还可能包括专业性更高的手术（如心脏或神经手术）以及康复性治疗（包括物理疗法，此类治疗可能会在军方综合性医院等固定医疗所内实施，有时会远离战场）。

1779 另外，附属于战地医院的医疗或药品仓库或者实验室也属于“流动医疗队”这一类别，因为这类医疗队可能是独立的，也可能是旨在医治伤者病者的战地医院的重要组成部分。此外，专门提供牙科诊疗的流动医疗队或固定医疗所也视作实现医疗救护的医疗目的。[10]

6 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 538.
7 *Ibid*. p. 488.
8 *Ibid*. p. 918.
9 见《第一附加议定书》第8条第5款以及亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则28的评注，第90～91页。
10 《1949年日内瓦外交会议纪要》，第30页。

1780 收集伤者病者也是一种重要的医疗目的，例如为后送至急救站而收集。这种急救站可能是固定的也可能是流动的。后者可能是充气式的，并置于或附于运输工具之上运送至战场。急救站有时兼具收集和治疗双重职能。但即使急救站仅仅对伤者病者予以收集而未加照顾，也不影响其根据第19条应受保护的资格。

1781 疾病预防是医务人员另一项公认的职能。这主要涉及提供疫苗接种服务、开展传染性疾病（如埃博拉、霍乱、痢疾或性传播疾病）预防宣传活动或培训，或者从事预防精神创伤等活动（受益人包括身体健全的战斗员）的固定医疗所和移动医疗队。[11]

1782 搜寻和运送伤者病者主要涉及军事医务人员和（或）军事医务运输工具。不过，流动医疗队等可能也配有车辆，因而在履行收集、医治或预防疾病职能的同时，也可发挥运送伤者病者或医务人员的作用。[12]由此产生的一个问题是此处所讨论的“流动医疗所”与根据第35条受保护的“运输队”之间有何区别。医务运输队确实通常至少配有对所运送的伤者病者进行急救的基本医疗器材。虽然在战场上这两种类别一般享有同样的保护，但在其落于敌手时就出现了区别。尽管武装部队医务部门的“流动医疗队”应留作照顾其中伤者病者之用，而且如果落于敌手，俘获方也不得将其转作他用，包括军事用途，[13]但军事“医务运输队”却可转作他用，前提是其中的伤者病者可在其他地方得到照顾。[14]区别两者的方法是确定医疗用途是否占主导地位：原则上“运输队”的运送职能占主导，而对于“流动医疗队”而言，能否实施照顾占主导地位。

2. 医务部门之一部分

1783 固定医疗所和流动医疗队只有在其属于“医务部门”时才有权依本公约受到保护，但这并不意味着其必须从属于医务部门。不过，它们必须是武装部队的一个组成部分，代表其行使医疗职能或受其控制，只有在此情况下，医疗所和医疗队的行为才可归因于此类部队。在这方面，“医务部门”指的是武装部队或者其他民兵或志愿部队应对自身医疗需求的一个部门。此外，各国红十字或红新月会或者其他志愿救济团体的固定医疗所和流动医疗队，如果根据《日内瓦第一公约》第26条或第27条为医务部门提供协助但自身又未成为军事机关，也受本公约的保护。[15]

11 详见关于第24条的评注，第1958段。

12 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第104页，和《1949年日内瓦外交会议纪要》，第6页和第9页。

13 见第33条第1款。这应区别于使用此类“流动医疗队”的冲突方自始就将其转而用于实现非医疗用途（包括军事用途）的情况。

14 见第35条第2款。

15 同样，见关于第26条的评注，第2080段。

1784 而且，医务部门的构成由每个国家自行决定。对于作出此种决定的形式及时间并没有要求；可以通过法律、法规或法令予以规定，也可以通过在敌对行动期间发布一则说明某特定物体自此以后构成医务部门之一部分的简单声明。这赋予当局一定灵活度，可在武装冲突发生前指派固定医疗所和流动医疗队，也可在武装冲突期间针对出现的需求决定将用作非医疗用途的物体转用作医疗所或医疗队：例如将军营、过去曾存储弹药的帐篷，或者学校或宗教建筑物改为临时医疗所或医疗队。[16]

1785 这种灵活度意味着并没有专门规定，要求医疗所或医疗队在医疗能力方面必须达到何种水平和组织程度才能获得第19条所规定的保护。因此，任何至少服务于上述一种医疗目的之一的医疗所或医疗队都涵盖在内。[17]

1786 当局对于哪些固定医疗所和流动医疗队构成医务部门的一部分具有自由裁量权，对于此项权利的唯一实体性限制是医疗所或医疗队必须被专门指派实现上述一项或多项医疗目的。

1787 虽然第19条未明确规定“指派”必须满足的标准，因为作为军事医疗所或医疗队，它们是由适格的当局依职权指派的，但这一解释也是源于《日内瓦第一公约》第24条的相关语境。[18]此外，还应强调的是，确有必要对当局在自由裁量何种医疗所或医疗队构成军事医务部门之一部分时施加这种限制，因为该医疗所或医疗队可被派用于实现某种军事医学目的，但该目的并不属于所规定的一项或多项医疗目的，例如在为一项任务选用战斗员时进行的健康检查。重要的是，该种限制的必要性还体现在，可通过限制有权使用特殊标志的医疗所和医疗队来防止标志滥用行为。[19]

1788 另外，按照第24条类推可知，一旦军事医疗所和医疗队受到指派，该任务也必须具有“专门”性，即它们不得用于从事准许实施的一项或多项医疗目的之外的目的。[20]这并不意味着医疗所或医疗队必须实际上始终用于此等目的：某医疗所或医疗队，只要其受指派的任务未延伸至任何其他非医疗目的，即使尚未接收任何伤者病者或者其中不再有伤者病者，或者在某个特定时间没有医生或其他医务人员，该医疗所或医疗队也仍然有权受到第19条所规定的保护。

16 例如，见以色列《作战规则手册》（2006年），第27页：在大型军事基地转作伤员治疗站的情况下，“不得予以攻击，因为其为医疗设施（假设并未以医治伤者为名在其中开展任何军事活动）”。

17 在这方面，《日内瓦第四公约》关于保护平民医院的第18条第1款以及《第一附加议定书》第8条第5款对“医疗队”的定义，都要求其应该为了这些条款所列之医疗目的而“组织”。关于在这些语境下对“组织”一词的解释，见关于这些条款的评注。

18 见关于第24条的评注，第四部分第（一）节。

19 第42条规制在军事医疗所和医疗队上展示特殊标志的行为。

20 除了专门指派外，根据《日内瓦第一公约》第26条类推可知，各国红十字会或红新月会的医疗所和医疗队或其他附属于武装部队医务部门的志愿救济团体，还必须满足军事法规所规定的关于认可、核准和地位等其他要求。

1789 第19条未规定军事医疗所和医疗队是必须被永久性地专门派用于医疗目的，还是可被临时指派但仍然受到本款保护。必须强调的是，在第19条的语境下，对于人员（即第25条规定的特殊类别的辅助人员）和运输工具（包括所有临时或长期使用的车辆）而言，临时派用于医疗目的的可能性得到了《日内瓦第一公约》的认可。[21]另外，本款旨在确保对军队伤者病者的照顾。对于没有常设医疗所或医疗队的情况，认可临时指派的医疗所或医疗队增加了伤者病者得到必要医治的可能性。例如，这提供了足够的灵活度，可以临时将一栋建筑改造用于实现医疗目的或者将其在一个限定的时间段内派用于医疗目的。在此时间段之后，如果没有迹象表明该项指派得到续展，该设施将回归其最初的非医疗目的。

1790 尽管准备工作表明，仅意在临时服务于医疗目的的军事医疗所和医疗队被排除在第19条的保护之外，[22]但这反映的是当时的主导观点，即一项专门的指派意味着其必须具有常设性，这一模式已经随着后来的国家实践发生了转变。在《第一附加议定书》的准备工作中，各国代表，包括自1974年至1977年日内瓦外交会议以来尚未成为《第一附加议定书》缔约国之国家的代表，在早期阶段就一致认为该议定书第8条第5款中所包含的“医疗队”的定义（该定义包括第19条所规定的军事医疗所和医疗队）应延伸至临时医疗所和医疗队。[23]

1791 日内瓦四公约既未定义“常设”一词，也未定义其反义词“临时”。《第一附加议定书》第8条第11款一般性地将“常设医疗队”定义为“不定期的专门被派用于医务目的的……单位”。如果自始即旨在让所指派的单位具有确定的医疗目的（即不施加任何时间限制），就满足此类不定期派用的标准。第8条第11款将“临时医疗队”定义为“有期限而在整个期限内专门用于医疗目的的……单位”。

（二）尊重与保护的义务

1792 尊重与保护固定医疗所和流动医疗队的义务可追溯至1864年《日内瓦公约》，其规定的义务是关于军队医院的。该义务还专门规定在有关伤者病者以及医务人员和运输工具的条款中。在这一方面，“尊重”要求履行一种消极义务，即不从事某种行为，而“保护”则涉及一种积极义务，即采取某些积极措施。

1. 禁止攻击

1793 “在任何情况下不得被攻击”这一措辞出现在尊重和保护义务之前，是在1947年政府专家会议之后为反映空袭规模日益扩大这一现象（当时新出现的情

21 见关于第35条的评注，第2380段和关于第36条的评注，第2445段。

22 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第193页。

23 见《1972年政府专家会议报告》第I卷，第32页。（印度和美国等国以《第一附加议定书》非缔约国的身份参与了会议）。关于谈判情况，见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，尤其见第22~23页及第221页。

况）而增加的。[24]虽然从当代视角来看，这已经不再是一种新情况，但是特别提及禁止攻击，对于在《第一附加议定书》中编入敌对行动中区分平民物体和军事目标的规则而言仍然是非常重要的。

1794 此外，某物体属于武装部队或为其所用，并不足以使其构成《第一附加议定书》（第52条第2款）和习惯法相关规则所规定的“军事目标”。构成此等目标的前提是，必须证明其“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”。原则上，军事医疗队并不符合上述任一标准。因此，就规制敌对行动的法律而言，军事医疗物体属于平民物体。

1795 因此，对攻击[25]军事医务部门的固定医疗所和流动医疗队的禁止性规定，确认此类医疗设施属于平民物体。

1796 军事医疗物体不是军事目标这一观点还受到《第一附加议定书》的支持。该议定书要求攻击者采取一切可能的预防措施查明情况，包括将予攻击的目标不受特别保护而属于军事目标。[26]无疑，就敌对行动而言，军队医疗所和医疗队属于有权获得特别保护的物体。[27]

1797 禁止攻击军事医疗所和医疗队首先意味着不得针对它们实施攻击。另外，影响此类医疗所和医疗队的不分皂白的攻击，以及与预期的具体和直接的军事利益相比可能对其造成过分附带损害的攻击，均受禁止。[28]这一观点受到尊重和保护义务之严格性的支持，正是基于该义务才产生了不得攻击军事医疗所和医疗队的禁止性规定。另外，该观点还源于前文对此类医疗所和医疗队原则上构成平民物体的认定。[29]除此之外，部分国家[30]以及许多著名评论家[31]也支持上述观点，即还应保护这些医疗所或医疗队免受与预期的具体和直接军事利益相比可能附带对其造成过分损害的攻击。但是，其他观点则认为，在敌对行动中遵循比例原则和预防措施原则时，不应将此类医疗所和医疗队预期会受到的附带伤害纳为相关伤害，

24 见《1947年政府专家会议报告》第24页。

25 《第一附加议定书》第49条将攻击的概念定义为“不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为”。

26 《第一附加议定书》第57条第2款第1项第1目。

27 见关于第21条的评注，第1841段。医疗所和医疗队失去保护的标准比一般平民物体更高。与《第一附加议定书》第57条第2款第3项规定的“除为情况所不许可外”攻击方应发出事先警告的一般性预防义务相比，在攻击医疗所和医疗队之前必须满足的条件包括事先警告并指定遵从警告所需的时限。

28 关于禁止影响军队医疗所和医疗队的不分皂白的攻击和不成比例的攻击，见《第一附加议定书》第12条第4款和第48条至第58条。

29 Gisel, pp. 215–230.

30 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第5.9段；加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第204.5段；匈牙利《军事手册》（1992年）第45页；新西兰《军事手册》（1992年）第207段；菲律宾《空军手册》（2000年）第1-6.4段和1-6.5段。

31 See Michael Bothe, Karl Josef Partsch, and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, pp. 118–119, and Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010, p. 172. 另见2009年《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则1（1）。

因为有观点认为处于军事目标附近的医疗队已经接受因其靠近军事行动而产生的死伤风险。[32]

2. 尊重与保护

1798 尊重与保护这两种义务既适用于冲突一方己方的医疗队和医疗所，也适用于敌方的医疗所和医疗队。[33]

1799 关于尊重的义务，在规定该义务之前明文提及禁止攻击意味着其暗含比在敌对行动情况下仅避免攻击更为广泛的承诺。尊重医疗队还意味着不扰乱其工作，使其得以继续治疗在其照顾之下的伤者病者。

1800 该义务禁止故意摧毁医疗所和医疗队，[34]以及抢劫其医疗器材之类的做法。另外，将此类医疗所或医疗队用于军事目的之行为受到严格限制，尤其是《日内瓦第一公约》第33条第2款规定的原则的限制，[35]即符合确保对在其中发现的伤者病者进行持续的医疗照顾的要求。在这方面，依据尊重义务，未对某医疗所或医疗队中的伤者病者进行持续照顾的安排，以及敌对方为了将医疗设施整个占领以用于军事目的（例如用于储存武器、设置军事指挥和控制中心或发起军事行动，或用于讯问或拘留）[36]的行为均会引发问题。这是因为此种占领可能会阻碍这些设施的运作，妨碍继续向伤者病者提供医疗照顾。此外，这还会导致此类设施失去特别保护，以及在满足人道法规定的相关标准的情况下，导致其变成军事目标，从而危及其中的伤者病者和医务人员。[37]

1801 尽管如此，武装部队或者执法官员可基于军事必要性出于合法目的临时进入医疗所或医疗队，但前提是此类活动未构成对此类设施的控制。合法目的包括询问或拘留受伤或患病的军事人员、查明某医疗队是否未被用于军事目的，或者搜查被控犯有与武装冲突有关的罪行的嫌疑人。[38]

32 见美国《战争法手册》（2015年）第445页，第7.10.1.1段，以及Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 195–196.

33 关于尊重伤者病者，见关于第12条的评注，第1337、1368和1370段。另见英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.3.2段。更多内容，见Mikos-Skuza, p. 213。

34 根据《日内瓦第一公约》第33条第3款的特别规定，该款并未对故意摧毁构成固定医疗所之建筑的行为进行绝对禁止。见关于该款的评注，第二部分第（三）节。

35 见关于第33条的评注，第二部分第（二）节。

36 关于武装接管医院和其他医疗设施的情形，以及红十字国际委员会在这方面收集的事例，见ICRC, *Health Care in Danger: Violent Incidents Affecting the Delivery of Health Care, January 2012 to December 2014*, ICRC, Geneva, 2014, p. 13。

37 关于军队医疗所和医疗队失去保护的情况，见第21条。

38 部分国家认识到存在视察医疗单位以查明其工作内容和实际用途的可能性，见相关实践：如尼日利亚《国际人道法手册》（1994年）第45页，第（f）段；塞内加尔《国际人道法手册》（1999年）第17页；多哥《军事手册》（1996年）第二分册，第8页；以及美国《战地手册》（1956年）第221段。

1802 但是，尊重的义务要求应在完成对伤者病者的必要治疗之前避免此类活动，或者至少应确保其得到持续的治疗。同样，对尊重医疗所和医疗队的义务进行善意解释（即不得不当阻碍对伤者病者的治疗），得出的结论是不得滥用对医疗单位的检查。[39]评估一项检查是否构成滥用必然取决于具体情况，但某项检查若会导致伤者病者无法继续接受必要的医治，则可能有违上述义务。[40]

1803 因此，为上述任一目的而进入一个军事医疗所或医疗队——鉴于此类行动可能扰乱其运作并因此影响其为伤者病者提供必要医疗照顾的能力——必须在军事必要性与潜在人道影响之间达到一种合理的平衡。特定程序可能有助于实现这种平衡，从而使非医务人员在医疗所或医疗队中的停留不超过必要的时间。[41]

1804 最后，尊重的义务意味着，对于故意破坏这些单位为医疗目的与武装部队其他组成部分进行通讯的能力的行为，也应予以禁止。

1805 保护的义务意味着根据具体情况采取可行措施以便利军事医疗所和医疗队的运作并防止其受到伤害。[42]尽管该义务的措辞本身未暗示其是一种行为义务，但考虑到在实际实施时该义务取决于一方实施此类措施的能力以及当时的安全状况，因而有必要进行细微的区分。

1806 没有条文明确规定冲突哪一方——敌方还是军事医疗所和医疗队所依附的一方——有义务保护该所和该队免受伤害。由于该义务的履行取决于具体情况下可采取的措施，那么，该义务对双方均可适用。具体适用于哪一方取决于多种因素，例如哪一方控制此设施所在的领土、各方对可能的伤害实施者的影响大小、地理距离的远近以及人道和军事考虑。

1807 关于保护义务的内容，采取可能的措施以支持医疗所和医疗队的运作，意味着一方必须主动协助以确保医疗物资或器材的运送，或者更一般性地确保医疗单位不被剥夺其他至关重要的资源，比如电或水。[43]

1808 防止医疗所和医疗队受到伤害的义务要求必须采取一切可能的措施以确保此类医疗所和医疗队受到尊重。因此，可能需要采取预防性措施以确保其任务免受第三方的破坏，例如劫掠者或暴徒等不可归因于冲突任何一方的私人。另外，在

39 同时，这种解释还应当基于第12条规定的尊重伤者病者的义务。

40 在这方面，塞内加尔的做法是要求这种检查由负责执行法令的当局明确发出指令；见塞内加尔1999年《国际人道法手册》第17页。

41 在这方面，另见在“医疗救护面临危险”倡议中，军事专家为最大程度减少各国武装部队在医疗设施中开展搜查行动的负面人道影响所提出的建议；ICRC, *Promoting Military Operational Practice that Ensures Safe Access to and Delivery of Health Care*, ICRC, Geneva, 2014, pp. 25–27 and 36–38.

42 例如，见秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第88（b）段。

43 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 518. 关于可考虑的有用建议（虽然不必然具有法律约束力），见在“医疗救护面临危险”倡议背景下所开展的磋商中，有关专家为确保医疗设施供应链中基本物资和设备充足所提出的建议；ICRC, *Ensuring the Preparedness and Security of Health-Care Facilities in Armed Conflict and Other Emergencies*, ICRC, Geneva, 2015, pp. 49–54.

某医疗所或医疗队的运作已经受到劫掠者或暴徒妨碍时，履行该义务就要求对受影响的设施进行救助。

3. 词语“在任何情况下不得”和“随时”

1809 医疗所和医疗队在任何情况下不得受攻击以及尊重和保护的义务必须随时予以遵守的事实[44]重申了这些规则的非相互性。[45]这还意味着即使在某一时刻此类医疗所和医疗队中没有伤者病者或医务人员，其依然应受保护。而且，禁止攻击和尊重与保护此类医疗所和医疗队义务的严格性（这种严格性可从“在任何情况下不得”和“随时”这两个词语明显看出），也解释了为何《日内瓦第一公约》第46条禁止对其实施报复。

1810 但是，如果医疗所和医疗队越出其人道任务之外，用以从事有害于敌方的行为，“在任何情况下不得”和“随时”这两个用词也并不影响该所和该队会失去其特别保护的可能性。[46]这些用词也不影响根据《日内瓦第一公约》第33条和第34条适用于医疗所和医疗队的特别规则。

4. 违反行为的刑事方面

1811 由于军事医疗所和医疗队构成根据《日内瓦第一公约》应受保护的财产，对第19条下禁止攻击之规定和尊重义务的违反，会引起该公约第50条规定的“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”这种严重破坏公约的行为。[47]此外，根据《国际刑事法院规约》，“故意指令攻击……医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标”是一种战争罪。[48]根据规约，针对展示特殊标志的受保护的医疗所和医疗队的攻击也构成“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……医疗单位”这一战争罪。[49]

44 由于这种严格的表述，在《日内瓦第二公约》第23条的起草辩论期间（该条规定陆上医疗所必须受到保护而免受海上之炮轰或攻击），其有效性受到了挑战。见关于《日内瓦第二公约》第23条的评注。

45 这是该原则的一种特定表述，可见于共同第1条中“在一切情况下尊重本公约并保证本公约之被尊重”的义务。关于这一概念的解释，见关于该条的评注，第188段。

46 关于这些概念的更多详细内容，见第21条和第22条。

47 此类行为还在《国际刑事法院规约》第8条第2款第1项第4目战争罪清单中被列为一种严重破坏公约行为。See also Mikos-Skuza, pp. 225–227.

48 这在国际性和非国际性武装冲突中均属战争罪；见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第9目和第5项第4目。

49 这在国际性和非国际性武装冲突中也均属战争罪；见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第24目和第5项第2目。2002年《国际刑事法院犯罪要件》第1段对此作了补充，即攻击使用其他识别方法以表示受《日内瓦公约》保护的建筑物、医疗单位或其他物体的行为也属于此类战争罪。这一表述考虑了为医疗单位而创设的其他识别方法，包括《日内瓦第一公约》第19条和《第一附加议定书》附件一所规定的识别方法，尤其是光信号、无线电信号以及电子识别方法。见《第一附加议定书》附件一，第6条至第9条。

（三）第二句：落于敌方之手的医疗队或医疗所

1812 1949年增加的第19条第1款第二句规定了军事医疗所或医疗队落于敌方之手的情形。该句的存在意味着这种可能性本身并未被人道法所排除，而且可能存在敌方合法（包括通过俘获）接管此种医疗所或医疗队的情形。[50]该句并未明确规定军事医疗所或医疗队必须以何种方式落于敌方之手才能适用这一条款。因此，一切可能的情形都涵盖在内，包括敌方强制占有医疗所或医疗队的情形和其人员自愿投降的情况。

1813 鉴于俘获战俘的一方可能无法立即确保持续提供照顾，该句对于冲突一方应如何履行其对医疗所和医疗队里发现的敌方伤病战斗员的义务提供了指导。因此，该句反映的原则是，虽然以暗含性的方式重申了拘留国对于其手中的伤者病者的义务，但直到拘留国能够承担这些义务时为止，落于其手的敌方医疗所和医疗队必须能够继续运作。[51]

1814 实际上，“其人员仍应有执行其任务之自由”这种措辞更侧重于医务人员而非其工作的医疗所或医疗队。因此，该条款与第24条和第26条所涵盖的医务人员的“留用”机制联系起来，依据该机制能否剥夺此类人员自由，取决于剥夺行为是否为继续向战俘提供医疗或精神照顾所需。[52]

1815 对落于敌方手中的武装部队伤病人员提供持续照顾的原则，也影响了有关其所处的医疗所和医疗队及其器材的规范。[53]即使在紧急必要的情况下，俘获伤者病者的一方将此类物体用于非医疗目的或者征用救济团体的财产，[54]也只能在确保其中的伤者病者得到照顾之后才能采取此举。

四、第 2 款：医疗队及医疗所的设置

1816 第19条第2款新增于1949年，而且是四公约针对敌对行动作出明文规定的少数条款之一。该款先于《第一附加议定书》，后者纳入了更为详细的关于敌对行动的规则。该款所载之义务本质上是为了交战国己方医疗所和医疗队的利益，并最终是为了己方伤病人员（或者在其控制下的敌方医疗所和医疗队）的利益，这与

50 Mikos-Skuza, p. 221.

51 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第193页。

52 见《日内瓦第一公约》第28条和第30条至第31条以及《日内瓦第三公约》第33条。这不影响拘留国仍然负有对战俘进行医疗照顾的首要责任，而非由被留用的医务人员承担。见《日内瓦第一公约》第28条第4款。

53 《日内瓦第一公约》第28、30、33、34条也体现了该原则。

54 对适用于流动医疗队、固定医疗所及救济团体之不动产和个人财产的不同制度的解释，见关于第33条和第34条的评注。

《日内瓦第一公约》中的诸多规则不同，后者专门规制冲突一方与敌方伤病人员之间的关系。

1817 “保证上述医疗所及医疗队尽可能如此设置，以期不致因对军事目标之攻击而危及其安全”之义务的性质是针对军事目标遭受攻击之影响的一种具体预防措施。[55]该义务是医疗单位指挥官和作战单位指挥官都应当承担的一种责任。[56]

1818 此处讨论的义务涉及医疗所和医疗队相对于军事目标的位置。由于1949年公约未对“军事目标”一词作出定义，而且鉴于该义务与前述《第一附加议定书》规定的义务之间错综复杂的关系，该词目前必须按照《第一附加议定书》或者其对应习惯国际法中所包含的定义来理解。[57]

1819 尽管将此类医疗所和医疗队设置在远离任何军事目标的位置，可能是履行该义务的最佳方式，但根据本款明确措辞并不能得出这种严格的解释，而且在实践中也并非总是可行。首先，本款不如《日内瓦第四公约》第18条第5款的类似规定明确，其规定“上述医院之位置应尽量远离该项目标”。[58]准备工作表明这是一种有意的选择，因为其指出，采用过于严格的标准要求军事医疗所和医疗队远离军事目标并不现实。1949年外交会议期间，有观点认为将军事医院设置在军事目标附近是一种普遍的做法，而且两者距离较近对于确保伤者病者快速就医更加必要。[59]这一观点依然有效，因为当代某些国家将其军事医疗所设置在军事基地之内的做法进一步强化了这一观点。[60]第19条第2款也适用于这种情况。因此，将医疗所设置在军事基地内部的冲突方必须确保其尽量远离高价值目标，比如弹药库。在此类情况下，尤其迫切需要医疗所展示特殊标志。同样，各方可能希望建立一种分层安全体系，比如将重型武器设置于基地的外缘。重要的是，一旦到达医疗设施的周边，设定医疗所位置的相关规则即予适用，而无论其在军事基地内部的位置如何。

1820 其次，该义务要受制于“尽可能”这一条件。冲突各方应始终尽其最大能力将医疗所和医疗队设置于远离军事目标的位置。就《第一附加议定书》所规定的对应义务而言，[61]这意味着各国在和平时期就应为其领土内的军事医疗所将这项义务纳入考量。但是，该条件表明该义务并非绝对，而且可能存在无法避免将医院

55 另见《第一附加议定书》第12条第4款。该款规定：“冲突各方应尽可能保证医疗队设在对军事目标的攻击不致危害其安全的地方。”

56 见美国《战争法手册》（2015年）第7.10.2.2段。

57 见《第一附加议定书》第52条第2款和《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则8。

58 但是，注意《日内瓦第四公约》第18条第5款的措施仅具劝诫性，即其只是“建议”采取此举。

59 英国代表甚至建议完全删除该款。另外，鉴于现代炸药的波及范围，可以认为实际上不可能确保攻击不危及医疗单位。见《1949年日内瓦外交会议纪要》，第26～27页。

60 美国《战争法手册》（2015年）第7.10.2.1段。

61 见《第一附加议定书》第12条第4款。

建在兵营附近或将兵营建在医院附近等情况。[62]甚至更为重要的是，鉴于当代战争的敌对行动中前线经常变化的特点，始终让医疗所与军事目标保持一定的距离是不可能的，对于流动医疗队而言更是如此，因其通常在战场附近开展工作。因此，医疗所建在军事目标附近或流动医疗队出现在其附近这一事实本身，不能解释为违反了本文所讨论的具体预防义务，也不能解释为可导致医疗所或医疗队失去保护[63]的越出其人道任务之外的“有害于敌方之行为”。

1821 因此，军事医疗所或医疗队接近军事目标可能是出于人道考虑或战场情况的要求而别无选择的结果。必须将上述两者接近的情况与相关设置是否存在故意掩护军事目标不受攻击的问题区分开来。第19条第2款并未明文规定禁止这种做法，但此举有违本款之宗旨。《第一附加议定书》第12条第4款明文规定禁止此种行为，即“在任何情况下，均不应利用医疗队以掩护军事目标不受攻击”。此外，根据《日内瓦第一公约》第21条，这种行为还构成导致失去保护的“有害于敌方之行为”。[64]这并不意味着在这种情况下医疗所或医疗队自动成为军事目标。医疗所或医疗队还必须满足《第一附加议定书》第52条第2款或习惯国际法中对应规则对“军事目标”的要求，才能构成此类目标。

主要参考文献

Bart, Gregory Raymond, ‘The Ambiguous Protection of Schools Under the Law of War – Time for Parity with Hospitals and Religious Buildings’, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, No. 2, Winter 2009, pp. 321–358.

Gisel, Laurent, ‘Can the incidental killing of military doctors never be excessive?’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 215–230.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1，规则 28，第 87 ~ 93 页。

Kleffner, Jann K., ‘Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357.

Mikos-Skuza, Elżbieta, ‘Hospitals’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 207–229.

62 见美国《战争法手册》（2015年）第7.10.2.1段。See also Mikos-Skuza, p. 213.

63 关于军事医疗所和医疗队失去保护的情形，见第21条。

64 详见关于第21条的评注，第三部分第（一）节。

Principe, Philip R., 'Secret Codes, Military Hospitals, and the Law of Armed Conflict: Could Military Medical Facilities' Use of Encrypted Communications Subject Them to Attack Under International Law?', *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Vol. 24, 2002, pp. 727–750.

Smith, Michael Sean, *The Protection of Medical Units Under the Geneva Conventions in the Contemporary Operating Environment*, thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Military Art and Science, US Army Command and General Staff College, Fort Leavenworth, 2008, http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a501873.pdf.

Vollmar, Lewis C., Jr., 'Development of the laws of war as they pertain to medical units and their personnel', *Military Medicine*, Vol. 157, 1992, pp. 231–236.

第二十条
医院船之保护

公约条文

一九四九年八月十二日改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约所保护之医院船，不得自陆上加以攻击。

保留或声明

无

目 录

一、引言 547
二、历史背景 548
三、讨论 548
(一) 禁止攻击医院船 548
(二) 第 20 条在当代国际人道法中的地位 549

一、引言

1822 《日内瓦第一公约》第 20 条涉及一个非常特殊的情形：从陆上攻击海上的医院船。该条款规定禁止此类攻击。而如果此种攻击是从海上平台发起，无论是从海面以下（例如潜艇）还是海面以上（包括飞机上）发起，则均受《日内瓦第二公约》第 22 条、第 24 条和第 25 条的禁止。因此，从任何地理位置对医院船发起的攻击均受禁止。

1823 本公约第 20 条与《日内瓦第二公约》第 23 条密切相关：前者禁止对受《日内瓦第二公约》保护的医院船自陆上实施攻击，而后者禁止对受《日内瓦第一公约》保护的陆上医疗机构自海上实施攻击。

二、历史背景

1824 先前条约中并没有第20条的前身。该条款源于1949年外交会议期间英国提出的一项修正案。[1]该修正案初始版本中的实质要素最终构成了《日内瓦第一公约》第20条和《日内瓦第二公约》第23条；而英国原本建议将该修正案纳入《日内瓦第二公约》。[2]

1825 在讨论该修正案时，部分代表质疑其是否具有任何附加价值。《日内瓦第二公约》规定其所承认的三类医院船“在任何情况下，不得加以攻击……而应随时予以尊重与保护”（后加着重号以示强调），此规定之要求难道不是显而易见的吗？[3]他们认为这种措辞更为笼统的规则恰当地涵盖了对医院船的保护，因此无需对具体情形作出规定。实际上，来自陆上的攻击只是医院船可能遭受攻击的多种情形之一。另一种是来自飞机的攻击，这也同样受到禁止。无论飞机是在陆地上空飞行（适用《日内瓦第一公约》）还是在海上飞行（适用《日内瓦第二公约》），均不得攻击医院船。[4]

1826 一位代表建议删除英国的修正案，但该提议并未在投票表决时获得足够支持。[5]除了人们意识到该规定无疑反映出本公约力求赋予法律拘束力的人道考虑之外，该条款得以保留的主要原因似乎是极其审慎的行事态度。1949年外交会议上支持纳入该修正案的代表担心“陆上武装冲突”的指挥官不熟悉《日内瓦第二公约》的实体性规则，而“海上武装冲突”的指挥官不熟悉《日内瓦第一公约》的实体规则。[6]

1827 由于存在此类担忧，外交会议决定将该修正案的实体部分一分为二，分别成为《日内瓦第一公约》第20条和《日内瓦第二公约》第23条。由此，这些规定适得其所。

三、讨论

（一）禁止攻击医院船

1828 根据第20条，“自陆上”“攻击”《日内瓦第二公约》“所保护之医院船”应受禁止。现对这三个词语分析如下。

1 有关第二次世界大战的历史记录揭示了许多针对医院船实施的攻击，虽然其中大多数都是由飞机或潜艇发起的；see Philippe Eberlin, *Crimes de Guerre en Mer 1939–1945*, MDV – Maîtres du Vent, 2007, pp. 115–124.

2 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第146页。

3 《日内瓦第二公约》第22条第1款，关于这一点，第24条和第25条均援引该条。

4 《1949年日内瓦外交会议纪要》第一卷，1949年5月9日第一委员会召开的第12次会议，第48页。

5 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第147页。

6 见上注。

1829 “自陆上”一词需要依其通常含义进行理解，即按照地理术语，“自陆上”是指始于海岸。按照这一思路，在解释该条款时，岛屿，包括岩礁在内，同样属于“陆上”。[7]

1830 第20条适用于在陆上或飞越陆地上空的所有人员，而且这与其所属武装部队的分支无关。这一理解还源于《日内瓦第二公约》第4条所依据的逻辑。[8]

1831 该禁止性规定仅涵盖针对受《日内瓦第二公约》“所保护之医院船”的攻击。三类相关船只分别在《日内瓦第二公约》第22条、第24条和第25条予以规定。[9]由于采用了“所保护”（entitled to the protection of）这一措辞，该规则仍适用于医院船可能失去保护的情形。[10]

1832 日内瓦四公约并未对动词“攻击”作出定义。[11]《第一附加议定书》将名词“攻击”定义为“不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为”。[12]

（二）第 20 条在当代国际人道法中的地位

1833 在《日内瓦第一公约》中纳入第20条的逻辑依据是希望确保对《日内瓦第一公约》较为熟悉的陆上武装部队能够认识到根据《日内瓦第二公约》应当给予医院船的保护。对攻击医院船的禁止性规定还包含在“尊重和保护”医院船这一措辞更为笼统宽泛的义务中，该义务源于《日内瓦第二公约》第22条至第24条和第25条。

1834 在《日内瓦第一公约》中增加第20条之时，适用于敌对行动的法律（至少是条约法）尚未经历最终在《第一附加议定书》第48条至第58条中所经历的发展和完善。在《第一附加议定书》的框架内，《日内瓦第二公约》“所保护”之医院船显然不得视为军事目标。[13]另外，对《日内瓦第一公约》第20条的违反可能构成

7 1982年《联合国海洋法公约》第121条第1款将“岛屿”定义为“四面环水并在高潮时高于水面的自然形成的陆地区域”，而同一公约第121条第3款规定“不能维持人类居住或其本身的经济生活的岩礁，不应有专属经济区或大陆架”，这并不对此处讨论的条款产生影响。因此，就《日内瓦第一公约》第20条而言，海上的“岩礁”属于“陆上”。

8 详见关于《日内瓦第二公约》第4条的评注。

9 《第一附加议定书》第22条第1款和第2款进一步扩展了受《日内瓦第二公约》所保护的船只类别。

10 关于失去保护的详细论述，见关于《日内瓦第二公约》第34条的评注。

11 应当注意《日内瓦第二公约》第23条（与《日内瓦第一公约》第20条相对应，该条涵盖所有海上武装部队）使用的是“炮轰或攻击”。有关讨论见关于《日内瓦第二公约》第23条的评注。

12 《第一附加议定书》第49条第1款。

13 严格来说，依照条约法，《第一附加议定书》第48条至第67条不适用于《日内瓦第一公约》第20条的情形，亦即陆上武装部队对海上医院船实施攻击的情形。见《第一附加议定书》第49条第3款，该款规定：“本段的规定，适用于可能影响（陆上）平民居民、平民个人或民用物体的任何陆战、空战或海战。这些规定还适用于从海上或空中对陆地目标的任何攻击，但不影响适用于海上或空中武装冲突的国际法规则。”（后加着重号以示强调。）尽管存在此种详细规定，但目前无论现代战争中的海陆空元素之间产生何种相互作用，都可以毫无争议地得出结论，即《日内瓦第一公约》第20条中所体现的规则符合适用于敌对行动的当代习惯国际人道法。

故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的医疗运输工具的战争罪行。[14]

1835 由于第20条规定比较明确，因此未引发任何争议或争论。该条款目前仍具有效力，但由于存在措辞更加笼统的规则（如《日内瓦第二公约》第22条第1款）而较少发挥作用，它只是这些规则中一个特定问题的例示性规定。

1836 医院船只是不得从陆上加以攻击的各类船只中的一种。未构成“军事目标”的任何类型的船只都不得成为此类攻击的目标。[15]1994年《圣雷莫海战法手册》列举了至少九类其他免受攻击的敌方船舶，而且这些船舶仅在其构成军事目标且满足附加条件的情况下才会失去保护。[16]

14 见1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第24目。

15 根据《日内瓦第二公约》，对医院船的救生艇（第26条）和对国家用或官方承认之救济团体为沿海救生用之小型船只（第27条）实施的攻击同样受到禁止。

16 1994年《圣雷莫海战法手册》第47条规定：

下述敌方船舶免遭攻击：

一、医院船；

二、用于进行沿海救援行动和其他医务运输的小艇；

三、由交战双方协议批准遂行安全行动的船只，包括：

（一）交换战俘船，即专门用于和从事运输战俘的船只；

（二）从事人道主义使命的船只，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。

四、从事运输受特殊保护文物的船只；

五、专门用于运送平民乘客的客轮；

六、承担宗教、非军事科学或慈善使命的船只，搜集有可能适用于军事用途的科学数据的船只不受保护；

七、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；

八、专用于或专门改装用于对海洋环境污染进行调查的船只；

九、已投降的船只；

十、救生筏和救生艇。

第二十一条
医疗队及医疗所保护之停止

公约条文

医务部门之固定医疗所及流动医疗队应得之保护不得停止，除非此等组织越出其人道主义任务之外，用以从事有害于敌方之行为。惟如经给予相当警告，并依各个情形，指定合理之时限而警告仍被忽视时，始得停止保护。

保留或声明

无

目 录

一、引言 551
二、历史背景 552
三、讨论 552
（一）越出其人道主义任务之外，有害于敌方之行为 552
（二）警告与时限 555
主要参考文献 558

一、引言

1837 第 21 条规定了《日内瓦第一公约》第 19 条所涵盖的军事医疗所和医疗队[1]失去保护的条件，即此等组织“越出其人道主义任务之外，用以从事有害于敌方之行为”。该条款还规定了在此种情形下实际失去保护之前必须满足的严格标准：必须给予警告，并依各个情形，指定合理之时限。只有在此种“警告仍被忽视时”，始得停止保护。这些特定的条件在日内瓦四公约及其附加议定书的若干条款中得

1 第19条还涵盖各国红会的医疗所和医疗队以及附属于或者协助军事医务部门的其他志愿救济团体，条件是它们满足《日内瓦第一公约》第26条或第27条的条件。见关于第19条的评注，第1783段。

到重申。[2] 该条款要求给予警告并指定合理时限，使得这些受特别保护的物体失去保护的标准高于受一般保护的民用物体失去保护的标准。[3]

二、历史背景

1838 早在1906年，《日内瓦公约》便规定了如果“医疗队”和医疗所用以从事“有损敌方的行为（acts injurious to the enemy）”，其保护即停止。[4]1929年《日内瓦公约》的措辞出现了一个细微的变化，首次在国际条约中使用了“有害敌方的行为（acts harmful to the enemy）”这一术语。[5]同样的表述还出现在当前讨论的条款中，并附加以“越出其人道主义任务之外”。

三、讨论

（一）越出其人道主义任务之外，有害于敌方之行为

1839 第21条规定，军事医疗所和医疗队的保护不得停止，“除非此等组织越出其人道主义任务之外，用以从事有害于敌方之行为”（后加着重号以示强调）。这一措辞表明这是军事医疗所或医疗队失去保护的唯一标准。从人道视角来看，鉴于军事医疗所和医疗队失去保护会对伤者病者产生负面后果，“除非”一词和附加的“越出其人道主义任务之外”这一短语都构成重要的保障。

1840 本公约未对“有害于敌方之行为”和“越出其人道主义任务之外”这两种表述作出定义。准备工作表明，在采用“有害于敌方之行为”的概念还是“不符合其人道任务之行为”的概念这一问题上存在争议。因此，这两个概念最初是视为可相互替换的。[6]红十字国际委员会表示相较于“不符合其人道任务之行为”，其

2 见《日内瓦第二公约》第34条；《日内瓦第四公约》第19条；《第一附加议定书》第13条和第65条；以及《第二附加议定书》第11条第2款。《第一附加议定书》第13条第1款和《第二附加议定书》第11条第2款采用了“人道主义职务”一词而非“人道主义任务”，而《第二附加议定书》第11条第2款采用“敌对行为”一词而非“有害于敌方之行为”。这些术语差异并未产生任何实质性影响。关于这些标准对医务人员的适用问题，见关于第24条的评注第六部分。根据明文规定，医务运输工具应与流动医疗队受同样之保护，从这一事实可明显得知，这些失去保护的条件还适用于医务运输工具。见《日内瓦第一公约》第35条和《第一附加议定书》第21条。因此，关于医务运输工具失去保护的规则也与此相同。

3 关于民用物体的一般保护，见关于《第一附加议定书》第52条的评注。

4 《日内瓦公约》（1906年）第7条。

5 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第7条。

6 最初，提交给1949年外交会议的约文草案（源自1948年斯德哥尔摩红十字国际大会）用“不符合其人道任务之行为”替换了为这次大会制定的约文草案所建议的“有害于敌方之行为”这一概念；见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第16条草案，第15页。但是，在1949年外交会议上，英国提出了一项修正案，建议再次改为“有害于敌方之行为”这一措辞；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》，第II-A卷，第58页。

更倾向于使用“有害于敌方之行为”，但仍然制定了一项备选提案，以防“有害于敌方之行为”这一措辞不能在1949年外交会议上获得各国批准。该提案部分内容如下：“通过便利或阻碍军事行动而达到有害敌对方之目的或效果的行为”。[7]最终，1949年外交会议起草委员会决定，采取一个折衷方案，将“有害于敌方之行为”和“不符合其人道任务之行为”这两种表述结合起来，而非像上述红十字国际委员会提案所建议的，二者必选其一或者对导致失去保护的行为进行定义。[8]因此，这种措辞和准备工作均表明，军事医疗所或医疗队失去保护的前提是，其行为必须同时满足两项标准，即有害于敌方且越出其人道任务之外而实施。

1841 尽管关于“有害于敌方之行为”缺乏一致的定义，但失去保护的理由是清楚明确的。军事医疗所和医疗队由于具有向伤者病者提供照顾的职能而享有保护。当此等组织越出其职责之外，用以直接或间接介入军事行动，并因此致使敌方受到损害时，其受特别保护的理由便不复存在。另外，有害于敌方之行为，可能导致军事医疗所或医疗队易于受到攻击，继而严重危及依赖其照顾的伤者病者。[9]最后，在其他情况下，此类行为还可能引起对军事医疗所或医疗队所开展工作的不信任，并因此降低本公约的一般保护价值。

1842 冲突一方将军事医疗所或医疗队用于军事目的的任何行为都可能被认为是“有害于敌方之行为”。[10]此类使用行为的例子包括以除个人自卫外的理由向敌人开火；在医疗站设置射击阵地；[11]将医院用作健全战斗员的掩体、[12]武器或弹药临时存放处、[13]或军事观察站；[14]或者为掩护军事目标不受敌方军事行动攻击而将医疗队部署于军事目标附近的行为。[15]另外，《日内瓦第二公约》关于医院船以及《日

7 该提案约文，见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第12页。该定义还被引用于比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第16页，和美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3-26段。

8 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第132页。

9 但即使在这种情况下，敌方也必须采取一切可能的预防措施，以避免或减少对处于已失去保护的军事医疗所或医疗队之内的伤者病者所造成的附带生命损失或伤害。见第1854段。

10 诸多国家实践支持这一宽泛的解读。例如，见喀麦隆《纪律条例》（2007年）第31条（“构筑物和建筑物显然不得用于军事目的”）；厄瓜多尔《海军手册》（1989年）第8.5.1.4 段（“如果医疗设施违背其人道任务、被用于军事目的，而且如果继续此类使用行为将会导致其丧失受保护地位的警告被忽视，那么这些设施将成为可以攻击的目标”）；以及美国《海军手册》（2007年）第8.9.1.4 段（“如果医疗设施违背其人道任务、被用于军事目的，而且如果继续此类使用行为将会导致其丧失受保护地位的警告被忽视，那么此类设施将成为可以攻击的目标。”）

11 见瑞士《基础军事手册》（1987年）第83条。军事医疗所或医疗队的武装问题在关于第22条的评注第三部分中有更详细的论述。

12 例如，见荷兰《军事手册》（2003年）第7～44页；瑞士《基础军事手册》（1987年）第83条；以及美国《战争法手册》（2015年）第7.10.3.1段。

13 例如，见南非《武装冲突法手册》（1996年）附件一，第4章，第59段；瑞士《基础军事手册》（1987年）第83条；以及美国《战争法手册》（2015年）第7.10.3.1段。

14 例如，见瑞士《基础军事手册》（1987年）第83条以及美国《空军手册》（1976年）第3-2（d）段。

15 例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第16页，和秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第5章，第88（b）（2）段。

内瓦第四公约》关于民用医院的条款中规定其构成从事“有害于敌方之行为”的情形（前者为转送具有军事价值的情报，后者为将民用医院作为作战部队联络中心），也可能构成《日内瓦第一公约》所规定的军事医疗所和医疗队“有害于敌方之行为”。实施此类行为不仅导致丧失保护，而且如果为了杀伤敌方战斗员而在医疗所和医疗队展示特殊标志，还将构成滥用标志或背信弃义的战争罪。[16]

1843 与《日内瓦第二公约》有关医院船的规定相比，《日内瓦第一公约》不包含关于军事医疗所或医疗队必须以何种方式与武装部队其他部门进行通讯的规定。涉及使用“加密通讯”时就会出现这一问题，“加密通讯”即以敌方难以理解的方式开展通讯，《日内瓦第二公约》明确禁止医院船使用这种通讯方式。[17]使用此类加密通讯的情况下，敌方可能没有手段可以核实此类加密数据是否仅包含医疗信息或者是否用于传送具有军事价值的信息。因此，存在滥用的可能性。另一方面，加密能够确保医疗数据的保密性并因此达到某种人道目的。基于这一理由，从使用加密信息这一行为本身，并不一定能得出实施了“有害于敌方之行为”的结论。武装冲突方即使并不负有相关法律义务，仍可决定其军事医疗所通过未加密渠道进行通讯（至少部分通讯活动），以便于敌方核实该医疗所未用以实施有害于敌方之行为。

1844 “越出其人道主义任务之外”是得出已实施“有害于敌方之行为”这一结论的另一项要求，这一措辞旨在防止对此类行为进行过于宽泛的解释。即使某类行为可能看似构成“有害于敌方之行为”，但只要该行为不超出医疗所或医疗队的人道任务范围，仍然不会导致失去保护。一种可能出现的情形是流动医疗队依其人道职能进行调度移动时意外发生故障，继而对具有军事意义的十字路口造成阻塞。更为普遍的情形是，由于流动医疗队需要在前线附近活动，这一附加限定条件可排除将其仅出现在战场或其附近的情况解释为“有害于敌方之行为”的可能性。在解释本条款时，必须谨记该条款以人道考虑为基础。因此，对某类行为是否构成“有害于敌方之行为”存疑的情况下，不得作出肯定的认定。

1845 因此，必须对导致失去《日内瓦第一公约》所提供之保护的条件进行严格解释。涉及“有害于敌方之行为”的情况必须结合该公约第22条中以非穷尽方式列

16 《第一附加议定书》第38条禁止任何不正当使用标志的行为。另外，根据《第一附加议定书》第85条第3款第6项的规定，违反《第一附加议定书》第37条背信弃义地使用某种由四公约或该议定书所承认的特殊标志或保护记号的行为构成严重破约行为。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则59和规则65。此外，根据1998年《国际刑事法院规约》，不当使用日内瓦四公约所规定的特殊标志，致使人员死亡或重伤的，也构成国际性武装冲突中的战争罪（第8条第2款第2项第7目），而以背信弃义的方式杀、伤属于敌国、敌军或敌对方人员的行为在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中均构成战争罪（第8条第2款第2项第11目和第5项第9目）。

17 《日内瓦第二公约》第34条第2款规定：“医院船尤其不得备有或使用密码，为无线电或其他通讯方法之用”。对于目前如何解释这种禁止性规定，见关于该条的评注。

举的不得视为此类行为的情形进行解读。因此，第22条为防止过于宽泛地解读“有害于敌方之行为”提供了进一步指导。

(二) 警告与时限

1846 “惟如经给予相当警告，并依各个情形，指定合理之时限而警告仍被忽视时”始得停止保护这一要求是由1949年日内瓦四公约最先规定的。[18]与《第一附加议定书》和习惯国际法下民用物体所享有的一般保护相比，这些条件凸显出医疗所和医疗队所享有的特别保护。[19]

1847 首先，失去保护不必然意味着该医疗所将受到攻击，还可能是其运作受到干扰。这源于尊重和保护军事医疗所和医疗队的基本义务，该义务要求冲突各方除了不对其实施攻击外，还应采取更多措施。[20]此类医疗所或医疗队是否可成为攻击目标，取决于其是否满足构成“军事目标”的标准。但在实践中，很难想象存在医疗设施用于实施“有害于敌方之行为”却不会使其变为军事目标的情形。

1848 其次，“惟如经给予相当警告”始得停止保护的规定表明，即使在某种“越出其人道主义任务之外，……有害于敌方之行为”已经发生的情况下，也必须发出此种警告。该措辞表明应对“相当警告”这一要求作严格解释，该要求并不受“依各个情形”这一限定条件的约束，因为该条件限定的是指出合理之时限这一进一步的要求。[21]但是，有些国家明确承认存在某些因极其重要的军事必要性或者战斗员行使自卫权而导致警告并不“相当”的情形，比如在接近某一军事医疗所或医疗队的战斗员受到该设施内人员射击时可能出现的情形。[22]

18 同样的要求也载于《日内瓦第二公约》第34条关于医院船的规定、《日内瓦第四公约》第19条关于民用医院的规定、《第一附加议定书》第13条第1款关于平民医疗队的规定以及《第二附加议定书》第11条第2款关于医疗队和医务运输工具的规定。

19 见《第一附加议定书》第48条至第58条以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则1至规则24。

20 关于尊重和保护军事医疗所和医疗队之义务的含义，见关于第19条的评注，第三部分第（二）节。

21 相比之下，《第一附加议定书》第57条第2款第3项在针对平民的一般预防义务方面就规定，“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”，从而使发出警告这一要求一般受制于“除为情况所不许可外”这一限制条件。在必须实施突袭的情况下，战斗员尤其可借此不予发出警告。

22 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.69段（“军事医务人员、军事医疗设施及设备也有权享有日内瓦四公约规定的一般性保护。但是，如果他们从事有害于敌方之行为，就会失去此种保护。在医务人员和设施失去保护之前，通常应提出警告并留出合理时间以允许其停止不当活动。在极端情况下，如果存在极其重要的军事必要性，或可免除此种警告。”）另见2002年以色列最高法院作为高等法院的裁决（*Physicians for Human Rights v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*），该裁决指出：

> 向士兵下达的指令应当包括应向医疗队发出合理和公正之警告的指令。这些指令应依情况而定，并应由以色列国防军实施，实施方式必须能够在应对巴勒斯坦作战人员伪装成医疗队所构成的威胁与遵守有关伤者病者待遇之人道规则的法律和道德义务之间实现平衡。在这两者间寻求平衡时应考虑威胁的紧迫性和严重性等因素。

另见美国《武装冲突法手册》（2012年）第146页，该手册规定：“当正在受到来自医院的火力攻击时，在自卫还击之前无发出警告的义务”。对此，该手册还进一步引用了美国在格林纳达和“伊拉克自由行动”中的做法。另见美国《战争法手册》（2015年）第7.10.3.2段。

1849 发出警告的目的是使那些实施“有害于敌方之行为”的人停止此类行为，或者在其坚持不停止的情况下，让对此类行为不承担责任且不应成为此类行为受害者的伤者病者能够安全撤离。在该背景下，必须极其审慎地做出免除警告要求的决定，充分考虑此举会给伤者病者带来的风险。只有在例外情况下才能作此决定，即向前推进的战斗员的生命受到直接威胁且害敌行为人明显不会听从警告的这种极端情况。

1850 第21条未规定“相当警告”的含义及其必须采取的形式。这一概念缺少详细定义的益处在于，可按照具体情况和现有技术来决定如何执行这一规定。警告可采用各种形式。在许多情况下，可仅采取现场传达命令的形式，要求在某一规定时间内停止有害行为。此外，还可采取邮件、无线电信息或新闻稿的形式，向负责相关医疗所或医疗队的军事当局发出警告。[23]无论选择何种方法，从事“有害于敌方之行为”之人必须能够收到警告，才能实现警告的目的，即终止此种行为，或在无法终止时安全撤离伤者病者。

1851 不同于有关发出警告的要求，“合理之时限”这一表述受“依各个情形”这一限定条件的约束。最初提交给1949年外交会议的草案未包括该条件。但在一个代表团因担心无法总提供此类时限而提议删除指定时限这一要求之后，便增加了这一限定条件。[24]对此，经常引用的一个例子就是上文所述的情形，即抵近医院的若干部队受到从各个窗口发起的猛烈攻击。在这种情况下，发出警告后，可以立即予以还击。换言之，对于越出其人道任务之外，用以从事有害于敌方之行为的军事医疗所或医疗队，在其已造成紧迫且严重威胁的情况下，免除设定时限的要求是毫无争议的。

1852 在适于指定时限的情况下，第21条没有规定准确的最后期限，而是规定该时限必须“合理”。这样规定有利于针对具体情况充分作出灵活调整，但时限必须足够长，以达到警告的目的。该时限还应当为军事医疗所或医疗队的负责人留有足够的时间以便回应对其提出的指控。

1853 根据第21条，军事医疗所或医疗队特别保护的丧失，只有在保护将停止的警告“仍被忽视”，即害敌行为未终止的情况下才发生效力。如果警告受到重视，军事医疗所或医疗队显然仍受保护，而且敌方不得对其采取任何只有在失去保护开始生效后才有权采取的敌对措施。因此，实施有害于敌方之行为的人经警告停止这种行为时，任何敌对措施，包括针对医疗所或医疗队的攻击，均属违法行为。

23 例如，见《塔林网络战国际法手册》（2013年）规则73，第5段，第170页。

24 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第58页和第193页。

1854 在此等警告仍被忽视的情况下，敌方不再有义务避免干扰医疗所或医疗队的工作，或者采取积极的措施协助其工作。但即使在这种情况下，也不得无视与在该设施中接受治疗的伤者病者之福利有关的人道考虑。根据在任何情况下均应尊重和保护伤者病者这一根本义务（该义务不以相互性为基础），显然可得出这一结论。不得攻击伤者病者，而且应当尽可能为其安全采取积极措施，在敌对行动中亦如此。[25]从有关敌对行动的一般规则中也可得出同样结论，这些规则适用于针对任何军事目标（包括已丧失保护的军事医疗所或医疗队）实施的攻击，尤其是比例原则和采取一切可能的预防措施以避免或者至少减少伤者病者生命附带受损失、受伤害的义务。[26]

1855 军事医疗所或医疗队失去特别保护，意味着其一旦满足构成军事目标的标准，也可能受到攻击，而且如前所述，通常都会如此。[27]不过，上述为伤者病者的利益而规定的限制规则仍然适用。

1856 第21条关于“停止”保护的规定并未施加任何其他限制条件，这似乎表明一旦失去保护，在敌对期间就无法复得。但是，考虑到失去特别保护的目的，该结论可能是不合理的，在单一“有害于敌方之行为”未对敌方造成需要还击的进一步伤害后果的情况下尤其如此。此外，医疗设施在“有害于敌方之行为”的伤害后果停止之后重获保护，从伤者病者的角度来看较为可取，因为这有利于其重新获得不受妨碍的医疗服务。在该条款的解释方面，准备工作及后续国家实践均未就该问题得出确切结论。[28]

25 详见关于第12条的评注，第五部分。另见秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第5章第88（b）（2）段，该段明确规定，在因医疗队失去保护而对其予以攻击的情况下，“无论如何，均须努力保护伤者病者”。

26 See Laurent Gisel, ‘Can the incidental killing of military doctors never be excessive?’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 215–230. See also Alexandra Boivin, ‘The Legal Regime Applicable to Targeting Military Objectives in the Context of Contemporary Warfare’, *Research Paper Series*, No. 2, University Centre for International Humanitarian Law, Geneva, 2006, p. 56, and Kleffner, p. 344.

27 见第1847段。另外，1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第9目和第5项第4目规定如下行为构成战争罪：“故意指令攻击……医院和伤病人员收容所，除非这些地方是军事目标”（后加着重号以示强调）。由此可知，关于“军事目标”的一般性定义与针对已丧失特别保护的民用医院实施的攻击具有相关性。这一规定以《海牙第四公约》第27条为基础。该条规定：“在……轰击中，应采取一切必要的措施，尽可能保全……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。”另见《塔林网络战国际法手册》（2013年），第169页。

28 但是见某代表团在关于失去特别保护时警告附带时限是否合适的辩论中所作的下列说明：“……此种行为本身导致丧失应享有保护的权利”；《1949年日内瓦外交会议纪要》第43页。对此，还有观点指出，对于民防建筑物用以实施 “有害于敌方之行为”而失去保护的情况，促成通过附加议定书的外交会议一致同意的解释是，这种保护将彻底丧失。See Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, Vol. 2, p. 412.

1857 支持赞成临时性而非永久性失去特别保护的一个理由是，在敌对期间某一物体的地位，根据当时情况，可能由民用物体变为军事目标。因此，一个物体，包括原本不是军事目标的军事医疗所或医疗队，在满足构成“军事目标”的标准时也可能变成军事目标。因此，当这些情况不再存在时，此类设施将不再是“军事目标”，并将重新享有免受攻击的保护。[29]

1858 另一方面，敌方通常会假定军事医疗所或医疗队不会滥用其职能，并依此必须给予其特别保护。在这方面，如前所述，任何“有害于敌方之行为”都会造成不信任，并因此降低公约在一般意义上的保护价值。对于阻却进一步实施“有害于敌方之行为”而言，彻底丧失保护可能是合理的。特别是在此类行为并非孤立或零星事件，且反复实施时，敌方可能难以重树信任。

1859 如果认可在这种情况下可重获保护，那么为证明其合理性，除了重新开展医疗活动外，可能还需采取更多措施。比如，军事医疗所或医疗队可进行重组或开除实施“有害于敌方之行为”的人，以此向敌方表明该所或该队将会重新专门用于实现医疗目的。[30]

主要参考文献

Haeck, Tom, ‘Loss of Protection’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 839–854.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，规则 28，第 87 ～ 93 页，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Kleffner, Jann K., ‘Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357.

Principe, Philip R., ‘Secret Codes, Military Hospitals, and the Law of Armed Conflict: Could Military Medical Facilities’ Use of Encrypted Communications Subject Them to Attack Under International Law?’, *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Vol. 24, 2002, pp. 727–750.

Smith, Michael Sean, *The Protection of Medical Units Under the Geneva Conventions in the Contemporary Operating Environment*, thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Military Art and Science, US Army Command and General Staff College, Fort Leavenworth, 2008, http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a501873.pdf.

29 见关于《日内瓦第四公约》第19条的评注，尤其是其中引用的前南刑庭的判例。See also Haeck, p. 847.

30 关于涉及民防人员的类似案例，见Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Vol. 2, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, p. 413.

第二十二条
不剥夺对医疗队及医疗所保护之情况

公约条文

下列情形不得认为剥夺第十九条所保证的对于医疗队或医疗所之保护：

（一）医疗所或医疗队之人员配有武器，且因自卫或保护伤者、病者而使用武器 *；

（二）医疗所或医疗队因无武装勤务员，而由警卫或哨兵或护送卫士保卫；

（三）医疗所或医疗队发现有由伤者、病者身上所解除之小型武器及弹药而尚未缴送主管机关者；

（四）在医疗所或医疗队发现有兽医人员及器材，但并不构成该所或该队不可分之一部；

（五）医疗所或医疗队或其人员扩展其人道主义的活动及于伤病平民之照顾。

保留或声明

无

目 录

一、引言 560
二、历史背景 560
三、第 1 款：因自卫或保护伤者、病者而携带或使用武器 560
四、第 2 款：由警卫或哨兵或护送卫士保卫医疗队或医疗所 563
五、第 3 款：出现小型武器和弹药的情形 565
六、第 4 款：出现兽医人员及器材的情形 566
七、第 5 款：照顾伤病平民 567
主要参考文献 568

* 译者注：此处公约英文作准文本为 “use the arms in their own defence, or in that of the wounded and sick in their charge”，中文原译本为“因自卫或保护伤者、病者而使用武器”，英文约文中 “in their charge” 这一表述未得到体现。后文为准确翻译评注之目的，将译文调整为“因自卫或保护其照顾下的伤者、病者而使用武器”。

一、引言

1860 第 22 条明确规定了不得视为有害于敌方之行为的五种“情形”，即特定的事实性情形，尽管某些表象可能导致相反的结论或至少引发一些疑问。因此，属于第 22 条所列行为清单中的行为并不会导致有关军事医疗所或医疗队丧失保护。在这个意义上，本条是对《日内瓦第一公约》第 21 条的补充，该条规定了一项原则，即只有越出其人道任务之外，有害于敌方之行为才可能导致军事医疗所或医疗队失去保护。第 22 条所列之事实性情形仅例示了不得视为有害于敌方之行为的情况；因此，该清单并未详尽罗列所有情况。[1] 在《日内瓦第二公约》和《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》中也有类似的例示清单。[2]

二、历史背景

1861 《日内瓦第一公约》第22条所包括的所有事实性情形几乎都在先前的国际条约中出现过。与第22条第1款至第3款相对应的规定可见于1906年《日内瓦公约》[3]和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》，而1929年公约还包含与第22条第4款相对应的条款。[4]因此，1949年唯一增补的规定就是《日内瓦第一公约》第22条第5款。纳入此项十分必要，因为在实践中平民可能与伤病战斗员一样，需要在军用医疗所和医疗队中接受医疗救治，还因为《日内瓦第四公约》是首部专门致力于平民保护的国际条约。

三、第 1 款：因自卫或保护伤者、病者而携带或使用武器

1862 第22条第1款规制的是与军事医疗所或医疗队有关的医务人员、辅助医务人员以及宗教人员配备武器的问题以及由此带来的该所或该队的保护问题。[5]该项明确

1 在这方面，另见瑞士《军事手册》（1984年）第83条。该条重述了第22条所载的情形，并将其称为“不导致失去保护的情况例举”（后加着重号以示强调）。从塞拉利昂的军事手册中也可明显看出这一点，该手册认为下列情形不导致医疗队失去保护：“使用未作标记的普通军用车辆或直升机等非医疗运输工具，将伤病人员运送到医疗队”。在第22条中或在国际人道条约法的其他条款中都没有此类规定；见塞拉利昂《指导员手册》（2007年）第59页。

2 《日内瓦第二公约》第35条规定的不导致医院船失去保护的行为清单与第22条第1款、第3款及第5款相重合，《日内瓦第四公约》第19条针对民用医院的规定与第22条第3款和第5款相重合。另外，《第一附加议定书》第13条第2款所列的平民医疗队不构成害敌行为的情形与第22条第1款至第3款规定的情形相对应。

3 《日内瓦公约》（1906年）第8条。

4 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第8条。

5 虽然这一事实性情形的主体是人员，但相关的《日内瓦第一公约》第24条和第25条却没有明确规定哪些行为不会导致失去保护，例如未规定相关人员是否可配有武器。但关于将第22条第1款类推适用于人员的问题，见关于第24条的评注，第六部分，以及关于第25条的评注，第2040～2042段。

规定，此类人员可配有武器，必要时可因自卫或保护其照顾下的伤者、病者而使用这些武器。

1863 尽管本款仅明确涉及“其照顾下的伤者、病者”，但《日内瓦第一公约》第24条规定宗教人员一般与医务人员享有同样的保护这一事实，支持宗教人员也可配备武器的结论。此外，自卫或为在宗教上接受其管理之人提供保护的原则也有此种要求。在任何情况下，医务人员或宗教人员是否有权配备武器的决定权属于各国当局，而且对于宗教人员而言，有些国家规定其不得配备武器。[6]

1864 第22条第1款并未规定医疗所或医疗队有关人员可以携带何种武器。但《日内瓦第二公约》明确规定，医院船人员仅需单兵便携式武器，如手枪或步枪。[7]在《日内瓦第二公约》中对所允许的武器类型的理解也适用于第22条第1款所涉及的医疗所或医疗队有关人员。这一点在随后关于《第一附加议定书》在平民医疗队方面进行的磋商和国家实践中得以阐明。[8]《第一附加议定书》将因自卫或保护其照顾下的伤者、病者而携带“轻型个人武器”的权利延伸至平民医疗队人员。[9]1949年允许医疗所或医疗队有关人员携带武器时，针对此类人员可合法使用这些武器之行为所表达的观点表明，此类武器必须是轻型单兵武器。因此，配备越出自卫目的之外的单兵便携式武器，如携带式导弹或反坦克导弹，将导致相关人员丧失特别保护。另外，由于第22条第1款规定的军事医务人员应当完成的任务与平民医务人员相同，任何比《第一附加议定书》针对平民医务人员所规定的武

6 See Stefan Lunze, ‘Serving God and Caesar: Religious personnel and their protection in armed conflict’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, March 2004, pp. 69–90, at 76, and Nilendra Kumar, ‘Protection of Religious Personnel’, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 413–424, at 420.

7 Pictet (ed.), *Commentary on the Second Geneva Convention*, ICRC, 1960, commentary on Article 35, p. 194. 另见关于《日内瓦第二公约》第35条的评注。

8 例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第13页：“医务人员必须能够确保其自身及其照顾下的伤者病者的安全并保护其不受抢劫和掠夺，或（例如在看守受伤战俘期间）必须至少能够在伤者间维持秩序和纪律，为此目的他们可拥有轻型单兵武器，如手枪或步枪”；秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第83（c）和（d）段以及第88（b）（2）段：“医务人员仅可携带轻型单兵武器，且只允许用于自卫和保护其照顾下的伤者病者。武装冲突中的诸多情况通常会导致一种内部混乱状况，这种状况和冲突本身一同作用，会引发掠夺、强奸和抢劫等暴力行为。医务人员携带的武器仅限于个人用轻武器，且仅可用于上述目的……。下列行为不视为有害于敌方：医务人员为了自卫或保护其照顾下的伤者病者（防御其不受侵犯，而非防御敌方攻击）而配备有轻型单兵武器的行为”；英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.15段和7.15.1段：“医疗人员可配备‘用于自卫和保护其照顾下的伤者病者的轻型单兵武器’。轻型单兵武器是指可由一人搬运和开火，且主要以人为目标的武器。因此，医务人员可配备冲锋枪、自动装填步枪和手枪”，以及美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3-31段：“医务人员无权配备重武器或进攻型武器。为保护医疗设施、器材以及人员或患者时，他们可携带小型武器，如步枪、手枪、班组用自动武器或经授权的替代品，否则将失去日内瓦四公约给予的保护。”关于《第一附加议定书》规定的允许携带的武器类型，见关于《第一附加议定书》第13条的评注。

9 《第一附加议定书》第13条第2款第1项。

器更重的装备（即不易由一人运输，必须由多人操作的武器）都不得配备给《日内瓦第一公约》第22条第1款所涉之军事人员，否则将导致此类人员工作的军事医疗队失去特别保护。

1865 另外，医疗所和医疗队有关人员对于这些“轻型单兵武器”的使用必须仅用于得到明示准许之目的。任何超出这些被准许目的的使用，即使是“轻型单兵武器”，也会构成有害于敌方之行为，而且如果符合第21条规定的其他条件，会导致该医疗所或医疗队失去保护。

1866 “防卫”一词必须作限制性理解，即对针对医务人员本身或仅针对伤者病者的非法暴力而进行的个人防卫。[10]例如，此处所设想的非法暴力可能表现为，由暴徒或劫匪发动的攻击，或者由敌方士兵针对医疗所或医疗队本身，或者针对其中的伤者病者或其他医务人员发动的攻击。[11]

1867 在划定允许的“防卫”范围时必须谨记，医务人员使用轻型单兵武器不得导致实施有害于敌方之行为。防卫的范围不包括敌方军队旨在控制医疗所或医疗队所在地区而实施挺进的情形，也不允许为防止敌方俘获其医疗队而使用武力。[12]与此类似，医务人员也不得使用武力抵抗敌方旨在核实医疗所或医疗队是否真正从事医疗任务的检查。[13]此种武器使用将超出被准许的防卫目的并导致实施有害于敌方之行为。[14]

1868 同样的考量也适用于给流动军事医疗队等配备武器。在此基础上，不得将重型武器，如“班组”机关枪（至少需要两人团队才能操作）安装到流动军事医疗

10 这意味着不包括对针对其他人（包括战斗员）的暴力进行的防卫行为。详见关于第24条的评注。

11 见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第13页；秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第83（c）和（d）段以及第88（b）（2）段；以及美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3-31段（“但是，如果承认自卫的必要性，医务人员就可配备用于自卫或保护其照顾下的伤者病者的武器。要保持这种特权身份，他们必须避免所有攻击行为，且只能在受到违反公约的攻击时使用武器。”）。See also Hyder Gulam, ‘Medical personnel and the law of armed conflict’, *Australian Defence Forces Health Journal*, Vol. 6, 2005, pp. 31–32.

12 例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第16页（“但是，这些人员不得以武力抵抗敌方对其医疗队的和平俘获行为”）；荷兰《军事手册》（2003年）第7～45页；秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第83（d）段（“如果他们试图使用武器抵抗军队挺进，他们将在冲突中失去“中立性”并因此失去受保护的权利，除非敌方故意杀害伤者病者或医务人员本人”）；南非《武装冲突法手册》（1996年）第59段（“在敌方突破进入其所在领土的情况下，医疗队不得针对敌方进行防卫。否则，这种防卫将构成敌对行为，导致该队失去受保护的权利”）以及美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3-31段（“他们不得对依照《陆战法规》行动的敌方部队使用武器，并不得使用武力防止其医疗队被敌方俘获”）。

13 如在《日内瓦第一公约》第19条背景下所观察到的情况，这种检查原则上符合尊重医疗所或医疗队的义务。见关于该条的评注，第1800～1803段。

14 国际人道法承认面对敌方的挺进可以撤离。例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第16页（“但是，这些人员不得以武力抵抗敌方对其医疗队的和平俘获行为。不过，他们可以通过撤退来逃脱俘获”）；美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3-31段（“另一方面，面对敌方进攻，医疗队实施撤退是十分合理的。”）但是，各国国内军事法律法规可能会排除这种撤退的可能性。

队上，否则将致使其失去特别保护。此外，人员仅可将“轻型单兵武器”用于严格防卫目的，这要求对在军事医疗队上安装武器施加额外的限制。最后，按照这些严格防卫目的，也为了避免军事医疗队被认为以超出防卫目的所必要的方式配备武器，需要对“轻型”（与“重型”相对）武器作狭义解释：武器系统越大，其出现在军事医疗队时导致敌方得出该队可能被用以实施“有害于敌方之行为”的风险就越大，从而致使其不再享有保护。换言之，武器展示的方式不得导致敌方认为该医疗队配备有进攻性武器。[15]总之，受第19条保护的医疗队不得配备可解释为有能力加害敌方的武器，因为这将构成其目的和效果在于便利或者阻止冲突一方开展军事行动的行为。

1869 不同于《日内瓦第二公约》，[16]第22条第1款未提及在医疗队中“维持秩序”属于准许携带或使用武器的目的。但是在该条语境下，医务人员必须能够确保维持其所负责的医疗队中（比如在康复的伤者病者之间）的秩序和纪律，这一点也已得到公认。[17]

四、第 2 款：由警卫或哨兵或护送卫士保卫医疗队或医疗所

1870 在军事医疗所或医疗队的武装保护方面，特别是其中伤者病者的保护方面，该项对第22条第1款予以补充。第22条第2款规定了由医务和非医务人员进行的此类保护，而且是从一个特定情形的角度进行规定，即“因无武装勤务员，而由警卫或哨兵或护送卫士保卫”。

1871 本公约对上述用词都未加定义。诚然，这些词语在国家层面可能存在一些差异，但根据通常意义，“勤务员”可理解为在医院中协助从事患者医疗照顾、清洁及其他非医疗任务的服务人员，[18]“警卫”可理解为“被派出观察来敌情况的

15 见关于《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则74（c）（i）的评注。换位到军事医疗队的情形，另见《圣雷莫海战法手册》（1994年）第170.2段（“鉴于未禁止〔此类医疗队〕进行自卫，不允许其自卫是不合理的，只要其以一种不可解释为具有潜在攻击性的方式行事”）和加拿大《行为守则》（2007年）第2-16页，第6段（“作为一项一般性规则，医疗运输工具不得于其上“安装” 任何武器，以避免被误认为作战车辆。”）

16 《日内瓦第二公约》第35条第1款。

17 在这方面，见荷兰《军事手册》（2005年）第1058段：“下列各项不构成终止〔医疗队〕保护的理由：——医疗队人员配备用于自卫和保护其照顾下的伤者病者，以及用于维持医疗队中的秩序与平静的个人小型武器。”（后加着重号以示强调）。另见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五第13页和第16页。

18 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1007. 应注意，就《日内瓦第一公约》第24条而言，“勤务员”是指可属于正规医务人员之人（被认为能够归入严格意义上的医疗人员类别），即“专门从事寻觅、收集、运送、医治伤者、病者及预防疾病”之人。根据具体情况，他们也可能归入《日内瓦第一公约》第25条规定的武装部队的辅助医务人员这一类别。见关于第24条的评注，第1955段和关于第25条的评注，第2029段。

一名士兵或小分队”，[19]“哨兵”为“对某一场所进行警戒或控制出入的驻守士兵”，[20]“护送卫士”则是“为提供保护或体现军衔等级而陪同他人的个人、车辆或小组”。[21]因此，第22条第2款比第1款范围更广，因为它还设想规定了由武装部队非医务人员对医疗所或医疗队进行保护的情形。

1872 “因无武装勤务员”这一表述可能会让人误以为，武装勤务员不得与军队警卫同时存在。但是，该款意图在于表明，作为一项规则，医疗队的警戒工作一般应由其内部人员来承担，但在例外情况下，如必要，例如勤务员人数过少时，也可引入武装士兵予以协助。[22]医疗所或医疗队是否需要外部军事警卫取决于该所或该队向伤者病者提供医疗照顾的重要性、威胁的严重性以及应予照顾的伤者病者的人数等因素。[23]

1873 第22条第2款未规定是否限制可被雇来保护医疗所或医疗队而不致使该所或该队失去保护的武装部队非医务人员的人数。虽然这会赋予主管当局依情况而定的自由裁量权，但本项背后的上述目的（即只有在例外情况下，如有必要，才可向武装部队非医务人员指派警戒工作）要求对此施加某种限制。有必要实施这种限制的原因还在于，医疗所或医疗队内部或周围如果出现大量战斗员，可能导致敌方将其视为有害于敌方之行为，从而致使该所或该队遭受攻击的风险增高。[24]

1874 因此，第22条第2款隐含的假定是，医疗所或医疗队的医务人员一般足以确保保护其自身以及其中伤者病者免受暴徒或劫匪的攻击或敌方士兵的非法攻击，或确保能够维持秩序。[25]在武装勤务员不足以确保医疗所或医疗队得到保护的情况下，也可号召武装部队的非医务人员来加强保护工作。显然，无论确保保护工作的是武装勤务员还是武装部队的非医务人员，仅可携带同一种类型的武器，即“轻型单兵武器”，而且在必要时仅可用于自卫目的。因此，与武装勤务员一样，这些受委派保护医疗队的武装部队非医务人员不得试图通过武力阻止或者抵

19 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1083.

20 *Ibid*. p. 1312.

21 *Ibid*. p. 487.

22 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, commentary on Article 22, pp. 203–204.

23 例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第13页。

24 《日内瓦第一公约》通过之后，在《第一附加议定书》第13条第2款第2项（即与《日内瓦第一公约》第22条第2款相对应的条款）的准备工作期间，古巴提交了一份修正议案，规定议定书下的平民医疗所只能由“合理数量的”护送卫士来保护。见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第XI卷，第127~128页及第230页。另见英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.18段（“医务人员必须注意不要因出现人数过多的……战斗员而危及其医疗队受保护的地位”）。

25 上文提及第22条第1款所规定的“维持秩序”这一目的，为实现这一目的而出现的各种情形与本部分尤为相关，因为“维持秩序”也是包括在“勤务员”定义中的任务之一。

抗敌方的俘获。[26]此外，正如医疗所或医疗队自身不得安装重型武器，例如班组自动机枪，专门保护流动医疗队的护卫车辆同样不得安装此类武器。如果指派战斗员同时为医疗所或医疗队及其周围的军事目标提供保护，就构成有害于敌方之行为，因此必须予以避免，以防整个医疗所或医疗队失去保护。[27]在此类情况下，还存在医疗所或医疗队因其附近的战斗员被攻击而遭受附带损害的切实危险。

1875 除了通过这些传统方式对医疗所或医疗队进行有形保护之外，在涉及对处理医疗数据的计算机的保护时（这些数据是医疗所或医疗队运作和管理工作中不可或缺的一部分），还有一些对这些数据的非有形保护方式。这包括软件应用，如安装用于防止和应对敌方对数据有害干扰的侵入检测或预防软件。[28]应对有害干扰的方式包括重置连接或者对软件重新编程，以阻断来自可疑的恶意源的信息流。这种阻止访问的方式可视为起到对受保护计算机系统的电子护卫职能。即使安装和运行此类软件的效果可视为阻碍敌方的军事行动，但这些方法符合第22条第2款语境下有形护卫可用以实现的严格防卫目的。

五、第 3 款：出现小型武器和弹药的情形

1876 该项旨在提醒注意一个事实，即《日内瓦第一公约》本质上关注的是武装部队伤病人员的保护。因此，此类伤者病者到达军事医疗所或医疗队时，可能仍然携带着小型武器或弹药，这些武器弹药将予以解除并缴送主管机关，即医疗所或医疗队之外的当局。但这可能需要一些时间，而且在医疗所或医疗队的负责人有机会上缴收集的武器之前，该所或该队可能会落于敌方之手或者受到敌方的搜查。在此情况下，该项明文规定，在军事医疗所或医疗队内部临时出现小型武器和弹药不视为有害于敌方之行为。

1877 第22条第3款未对“小型武器或弹药”一词作出定义。但是，与英文约文同等作准的法文约文使用的是“便携式武器”一词。因此，评判这些武器的决定性标准是其能否被个人携带，即可携带性。与第22条第1款和第2款相比，便携式武器这一

26 英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.16段（“但是，该警卫也只能以一种纯粹防卫的方式行事，而且不得对抗敌方对该队的占领或控制”）；美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3-32段（“但是，正如医务人员的情形，士兵只能以纯粹防卫的方式行事，且不得对抗尊重医疗队特权地位的敌方对该队所实施的占领或控制。”）。如被俘获，这些武装部队的非医务人员属于战俘。关于被指派担任护卫任务的武装部队医务和非医务成员的个人地位的论述，见关于第24条的评注，第2007段。

27 见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第13页（“医务人员不得用以守卫医疗设施之外的其他设施。否则，将构成参加敌对行动，从而导致其失去保护，并且在敌方看来这将产生一个破坏互信的先例。”）。See also Peter De Waard and John Tarrant, ‘Protection of Military Medical Personnel in Armed Conflicts’, *University of Western Australia Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2010, pp. 157–183, at 176.

28 见《塔林网络战国际法手册》（2013年），第170页。

类别在本项中应作更为广义的解释。如上文涉及第22条第1款时所强调的，对医务人员可以携带的武器类型的理解是单兵便携式武器。此外，这一点在《第一附加议定书》关于平民医疗队的规定中已经得到明文确认。该议定书规定的不导致失去保护的理由与第22条第3款完全相同，而且在议定书中所涉及的武器为小型武器，换句话说，就是可由个人携带的武器。另一方面，没有迹象表明它们必须是由一个人操作的武器。因此，可能涉及某些比准许医务人员使用的武器稍重的武器，即使需要两名或三名士兵操作，但只要属于便携式武器即可，如小型机关枪。第22条第1款和第3款之间所涉武器类型上的差异也体现在国家实践中。[29]因此，某些在医疗所或医疗队中临时发现且未构成有害于敌方之行为的武器，如果由此类医疗所或医疗队有关人员使用，将构成害敌行为。另一方面，医疗所或医疗队内部如果出现任何便携式武器以外的武器，即使是临时出现，也不具正当性。

1878 尽管可以允许临时出现重于轻型单兵武器的便携式武器，但仍然强烈建议医疗所或医疗队的人员尽快将这些武器弹药缴送医疗队之外的当局，以消除对其不会实施有害于敌方之行为意图的怀疑。因此，主管当局应做出安排，以避免在医疗所或医疗队内部积存过多的便携式武器，在该所或该队内可能要照顾大量伤者病者的情况下更应做此安排。[30]

六、第 4 款：出现兽医人员及器材的情形

1879 这种不导致军事医疗所或医疗队失去保护的特定情形可追溯至1929年《日内瓦公约》。[31]当时认为有必要规定，虽然可能会在医疗队或医疗所中发现兽医人员，但如果这些人员未构成前者不可分之部分，这些医疗队或者医疗所则不会失去保护。该规定将国家武装部队内部兽医所执行任务的演变纳入考量，即从传统

29 例如，见德国《军事手册》（1992年）第619段（“为此，下列情形不得视为敌对行为：——医务人员将武器用于自卫和保护伤者病者；……——留用伤者病者身上所解除之战争物资”）（后加着重号以示强调）；荷兰《军事手册》（2005年），第0622段（“下列情况不构成终止保护的理由：——医疗队人员配有小型个人武器……”；——在医疗队内部发现从伤者病者身上所解除且尚未上缴的小型武器和弹药”）（后加着重号以示强调）；和塞拉利昂《指导员手册》（2007年）第59页（“但是，在下列情况下，其〔医疗队〕不丧失保护：1. 仅配备轻型单兵武器……3. 患者身上所解除的小型武器和装备在其返回作战单位期间临时存放于医疗队”）（后加着重号以示强调）。尽管从历史上来看，尤其是在1929年《日内瓦公约》语境下，这一解读实质上指向的是个人便携式武器，但按照后续的发展来看，可以认为这类武器已经过时。关于这一历史解读，见Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 45–46。

30 见英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.17段。

31 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第8条第4款。

的纯粹与作战有关的活动到兼具受保护的医疗服务性质的活动的演变。[32]

1880 兽医活动经历了几个阶段的演变，从照顾骑兵使用的马匹，到训练或照顾用于作战的军犬（用于排雷、搜查或警戒等目的），再到为防止感染动物病原体而进行的食品检查或者采取灭虱或消毒等病媒控制措施。[33]尽管食品检查或灭虱或消毒可能属于《日内瓦第一公约》第24条规定的“疾病预防”这一医疗目的（遵照综合性公共卫生措施，预防动物传播的疾病（如狂犬病）、霍乱或痢疾等），但上述其它活动并不具有任何医疗目的。在当今武装部队中，兽医仍然兼具为作战目的进行训练和照顾警卫犬或排雷犬等职责以及与“疾病预防”有关的医疗职责。

1881 兽医如果被指派执行非第24条所规定之任务，则视为战斗员。[34]另一方面，他们如果专门从事实现医疗目的的任务，按照第24条则可视为“医务人员”。[35]但是，第22条第4款所依据的一项假设是，兽医可能不构成第24条意义上的医务人员，但他们可能会与医疗所或医疗队存在密切联系，但并不构成该所或该队的一部分。在这个意义上，第24条第4款明文规定，此类人员仅出现于医疗所或医疗队内部不得视为有害于敌方之行为。

七、第 5 款：照顾伤病平民

1882 尽管《日内瓦第一公约》关注的是武装部队伤病人员，而伤病平民的保护则由《日内瓦第四公约》规制，但第22条第5款仍明确规定，军事医疗所或医疗队扩展其人道活动及于伤病平民时，不构成有害于敌方之行为。该项与《日内瓦第四公约》第19条第2款相对应，后者未将“武装部队伤病人员在前项医院疗养”之事实视为导致平民医院失去保护的有害于敌方之行为。

1883 人们可能对究竟是否有必要增加该项存在疑惑，因为所述的活动毫无疑问属于人道性质，而且在任何情况下都不可解释为越出医疗所或医疗队人道职责之外的有害于敌方之行为。但是，在四公约通过之时，增加该项的理由是考虑到战事中的变化，即战事往往对武装部队成员和平民造成同样的影响，因此必须明确规定伤病士兵和平民可以在同一医疗所或医疗队接受医治。这项人道原则目前是毫

32 1929年外交会议否决了另外一份建议兽医服务部门应享有与医疗服务部门完全相同的地位的提案。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 46.

33 关于兽医任务的演变，见Eric Darré and Emmanuel Dumas, ‘Vétérinaires et droit international humanitaire: réflexions sur une controverse’, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Vols 3–4, No. 43, 2004, pp. 111–136, at 116–121。当代关于兽医卫生工作所包含的活动的解读，见Food and Agriculture Organization, *Veterinary Public Health and Control of Zoonoses in Developing Countries*, Rome, 2003。

34 例如，见美国《兽医手册》（2004年）第1-4段。See also Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2010, p. 165.

35 关于武装部队兽医人员当前法律地位的讨论，见关于第24条的评注，第1959段。

无争议的，即所有不属于《日内瓦第一公约》保护范围的伤者病者，包括平民，均可在军事医疗所或医疗队中得到照顾。另外，对于《第一附加议定书》的缔约国来说，《日内瓦第一公约》第22条第5款和《日内瓦第四公约》第19条第2款已经落后于这样的事实，即《第一附加议定书》关于“伤者和病者”的定义明显同时适用于军队和平民伤者病者，他们都享有同样的保护。[36]

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 19 条之评注的主要参考文献。

36 《第一附加议定书》第8条第1款。另见该议定书第13条第2款第4项，该项规定，为本公约之目的，战斗员由于医疗原因而出现在医疗队内不得视为平民医疗队从事有害于敌方之行为。

第二十三条
医院地带及处所

公约条文 *

一、平时各缔约国及战事开始后冲突各方，均得在其领土内，于必要时在占领地内，设立医院地带及处所，加以适当的组织以便保护伤者、病者，及在该地带处所负责组织与管理工作以及照顾集中于该处人们之人员，俾免受战争影响。

二、在战事开始时，及其进行中，有关各方得缔结协定互相承认其所设立之医院地带及处所。为此目的并得执行本公约所附协定草案之规定，连同其所认为必要之修改。

三、为便利此等医院地带及处所之设立与承认，保护国及红十字国际委员会当被邀从事斡旋。

保留或声明

无

目 录

一、引言 570
二、历史背景 571
三、第 1 款：设立医院地带及处所 573
（一）设立医院地带及处所的情形 573
1. 平时和战事开始后 573
2. 医院地带及处所之设立的任择性 574
3. 医院地带及处所的安置 574
（二）医院地带及处所的宗旨和性质 575
1. 宗旨 575
2. 性质 576
（三）医院地带及处所的受益人 577

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

1. 伤者和病者 577
2. 负责照顾伤者病者的人员 578
3. 负责组织和管理此类地带的人员 578
4. 当地平民居民 579
(四) 医院地带及处所的标记 579
四、第 2 款：医院地带及处所的承认 579
(一) 承认 579
(二) 关于医院地带及处所之协定草案 580
五、第 3 款：从事斡旋以便利医院地带及处所之设立 580
主要参考文献 581

一、引言

1884 第 23 条规定在发生战斗的地区以外设立医院地带及处所，以加强对伤者病者的保护，使其免受战争的影响。第 23 条与《日内瓦第四公约》第 14 条和第 15 条分别规定的安全地带和中立化地带一起，构成了 1949 年日内瓦四公约所规定的更广泛的受保护地带制度的一部分。这一制度在《第一附加议定书》中得到进一步发展，该议定书对不设防地方和非军事化地带给予特别保护。[1]

1885 国际人道法条约仅在国际性武装冲突的情况下对医院地带及处所作出规定。但是，非国际性武装冲突的当事方如果希望在实践中更有效地保护伤者病者，可以按照共同第3条第3款之规定，通过特别协定使第23条适用。[2]此外，禁止针对为保护伤者病者免受敌对行动影响而设立之地带实施攻击的规定，是习惯国际法的一部分，适用于国际性和非国际性武装冲突。[3]

1886 自1949年通过以来，第23条尚未得到广泛适用。但是，实践表明，武装冲突各方在国际性和非国际性冲突中都利用了四公约规定的有关受保护地带的一般概念。[4]例如，1991年12月，在红十字国际委员会的主持下，达成了一项协定，宣布

1 见《第一附加议定书》第59条和第60条。

2 See Kleffner, pp. 347–348; 另见关于共同第3条的评注，第十一部分。

3 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则35。

4 经常引用的受保护地带的实例包括：达卡（1971年）、尼科西亚（1974年）、西贡（1975年）、金边（1975年）、马那瓜（1979年）、恩贾梅纳（1980年）、斯坦利港/阿根廷港（1982年）、的黎波里（黎巴嫩）（1983年）、贾夫纳（1990年）和恰帕斯（1994年）。无论其名称如何，这些实例主要具有中立化地带而非医院或安全地带或处所的特点，它们是为了保护平民而在战斗发生地附近临时设立的。在大多数情况下，这些中立化地带不是由冲突各方发起的，而是由第三方特别是红十字国际委员会发起的。相关概述，例如，见Bouvier, pp. 258–259; Bugnion, pp. 484 and 755–761; Lavoyer, p. 266; Sandoz, pp. 908–911 and 913–916; and Torrelli, pp. 799–801.

奥西耶克医院及其周围地区为“根据1949年《日内瓦第一公约》第23条和《日内瓦第四公约》第14条和第15条的原则设立的受保护地带”。[5]尽管存在一些违反公约的行为，但总体上该协定得到了遵守。[6]

1887 受保护地带的另一个例子是所谓的“红十字医疗区”，这是阿根廷和英国在1982年福克兰群岛/马尔维纳斯群岛冲突期间商定的一个地区。尽管关于保护海上伤者病者及遇船难者的《日内瓦第二公约》没有提到受保护地带，但冲突双方利用这一概念，在该群岛以北的公海上指定了一个直径约20海里的区域，以便医院船能够坚守阵地并交换伤者。[7]

1888 国际人道法规定的受保护地带制度必须与20世纪90年代根据联合国安全理事会决议设立的地带（这些地带被称为“安全地带”、“安全走廊”或“安全区”）相区分。[8]这些地带是针对当时武装冲突中平民居民系统性成为攻击目标以及存在“种族清洗”和种族灭绝的情况而设立的。[9]虽然国际人道法规定的受保护地带的设立和有效性取决于冲突各方的承认，但当时设立这些受保护地带时并未经过冲突各方同意。在某些情况下，没有其他合作性的解决办法时，还曾根据《联合国宪章》第七章强制要求冲突各方设立受保护地带。[10]

二、历史背景

1889 关于医院地带及处所的规定，与一般的受保护地带制度一样，是1949年人道法条约体系中新增加的内容。然而，早在1870年，即第一个《日内瓦公约》通过6

5 Agreement between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia on a Protected Zone around the Hospital of Osijek (1991), para.1. 几天前，杜布罗夫尼克的一座修道院和一家医院已经被宣布为受保护地带；它们也得到了普遍尊重；see Lavoyer, pp. 267–268.

6 有关更多细节以及对于设立受保护地带或处所不太成功的尝试（例如，武科瓦尔医院的情况）的讨论，见Lavoyer, pp. 266–270, and Sandoz, pp. 920–921。See also ICRC, Communication to the press No. 92/1, ‘Conflict in Yugoslavia: Review of ICRC activities’, 2 January 1992.

7 见Junod, p. 26 （一个“海上中立区”）；Sandoz, pp. 915–916（“因此，在目的和用途上，红十字医疗区（Red Cross Box）颇似关于陆战的《日内瓦第一公约》第23条所规定的医院地带”）；以及英国《武装冲突法手册》（2004年）第372页，脚注130。另见《圣雷莫海战法手册》（1994年）规则160：“为了人道的目的，冲突各方可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。”

8 特别是见联合国安全理事会第687号决议（1991年）（伊拉克-科威特）；第819号决议（1993年）（斯雷布雷尼察）；第824号决议（1993年）（萨拉热窝、图兹拉、泽帕、戈拉日德、比哈奇、斯雷布雷尼察）；以及第925号和第929号决议（1994年）（卢旺达）。另见McDonald/Brollowski, paras 10–12。

9 更多详细讨论，见Bouvier, p. 260; Landgren; Lavoyer, pp. 270–275; Sandoz, pp. 919–925; Simon; and Torrelli, pp. 787–847。

10 更多详细讨论，见Lavoyer, pp. 275–276, and Sandoz, pp. 925–927。关于各类地带之间的差异和过去的经验以及可从中得出的结论的探讨，见《秘书长关于武装冲突中保护平民问题给安全理事会的报告》，联合国S/1999/957号文件，1999年9月8日，第23页。

年后，亨利·杜南就曾在普法战争期间建议，为了受伤士兵的利益，将某些地区“中立化”。这一建议由于战事的迅速发展无果而终，但它预示着现今第23条的诞生。[11]

1890 鉴于当时编纂国际人道法的重点是根据人身不可侵犯性来保护某些类别的人员，因此，设立指定地区以加强对特定群体的保护的设想则逐渐不受关注。[12]

1891 第一次世界大战后，各种倡议重新提出应为弱势群体——特别是受伤和患病士兵以及平民——在地理上划定受保护地带的概念。[13]这些倡议由新技术所推动，因为新技术将武器的射程扩大到前线以外，逐渐使受国际人道法保护不受敌对行动影响的人员处于危险之中。根据1938年第16届红十字国际大会的建议，一个由军事专家和法律专家组成的委员会起草了《关于战时设立医院处所及地带公约草案》（“Draft Convention for the Creation of Hospital Localities and Zones in Wartime”），即1938年草案。[14]该公约草案涉及为伤病军人设立受保护地带的问题，意在成为拟定于1940年初召开的外交会议的工作基础。然而，该会议因第二次世界大战爆发而被推迟。[15]

1892 第二次世界大战期间，红十字国际委员会曾多次建议冲突各方根据1938年草案缔结有关受保护地带的协定。[16]该草案本可类推适用于保护特定类别平民居民的地带。但是，尽管若干国家对红十字国际委员会作出了肯定的答复，却没有一个国家按照该建议采取行动。[17]

1893 1945 年，红十字国际委员会以1938年草案为基础，为修订和发展《日内瓦公约》做准备工作，并扩大草案范围，涵盖特定类别的平民。然而，1947年政府专家会议表明，各国对此并不倾向于采用具有强制性的条款。专家们达成的最大共识是，日内瓦公约应当规定受保护地带的设立具有任择性。此外，敌方对受保护地带的承认应取决于是否就此缔结了特别协定。[18]因此，红十字国际委员会起草

11 更多详细讨论，见Rittberg, pp. 19–20, and ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 1–2。

12 关于保护战争中的军事受害者以及为其提供照顾的医务人员，见1899年《海牙第三公约》以及1906年《日内瓦公约》。战时对平民具有保护作用的基本规定，以1899年/1907年《海牙章程》第25条至第27条的形式获得通过。详见Rittberg, pp. 23–25; ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, p. 4; and Simon, pp. 49–51。

13 更多详细讨论，见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 208–209。See also Bugnion, pp. 480–481 and 748–749; ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 4–12; Rittberg, pp. 26–69 and 71–82; Sandoz, pp. 901–903; and Simon, p. 52。

14 See ICRC, ‘Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur le projet de convention pour la création de localités et zones sanitaires en temps de guerre’.

15 更多详细讨论，见Rittberg, pp. 59–69, and ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 11–12。

16 见1944年3月15日红十字国际委员会发给所有参与冲突的缔约国政府的备忘录（经红十字国际委员会内部讨论）， *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 17–20.

17 See Rittberg, pp. 69–71 and 87–93; ICRC, Hospital Localities and Safety Zones, pp. 16–20; and ICRC, *Report concerning Hospital and Safety Localities and Zones*, pp. 3–7.

18 更多详细讨论，见《1947年政府专家会议报告》，第26～29、74及300页，以及ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 36–40。

了两项条款，以分别订入1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》修订草案和新制定的《关于战时保护平民之日内瓦公约》（Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War）草案。为鼓励设立受保护地带或处所，红十字国际委员会建议将一项协定草案作为这两部公约的附件，各国可将该草案作为设立和承认此类受保护地带或处所的范本。[19]

1894 此外，1936年于马德里、1937年于上海以及1948年于耶路撒冷等实际情形中设立临时受保护地带的经验，使人们认识到此类地带有助于为所有伤者病者和受附近军事行动威胁的当地平民居民提供保护。[20]红十字国际委员会据此制定了一项附加条款草案，以订入关于平民保护的公约草案，对设立中立化地带作出了规定。[21]

1895 这三项条款草案和协定草案未作根本性修改，即由1948年斯德哥尔摩红十字国际大会所批准，而且一年后，经外交会议批准成为《日内瓦第一公约》第23条(“医院地带及处所”)以及《日内瓦第四公约》第14条(“医院及安全地带与处所”)和第15条（“中立化地带”）。外交会议将协定草案分为两份不同的文件，分别作为《日内瓦第一公约》和《日内瓦第四公约》的附件，而此前该草案在上述两部公约中是相同的。[22]

三、第 1 款：设立医院地带及处所

(一) 设立医院地带及处所的情形

1. 平时和战事开始后

1896 第23条提到所有“缔约国”在“平时”既已设立医院地带及处所的可能性。这强调了公约缔约国于平时采取准备措施的重要性。在武装冲突的早期，设立和管理医院地带或处所的诸多方面有可能被忽视。因此，应当在战事开始前详细研究这些方面，以便在武装冲突爆发时能够立即启用医院地带。

1897 在和平时期，各国可能不愿意设立医院地带或处所，因为它们并不想承认，也不希望他方认为自己在为武装冲突做准备。但是，各国应考虑开展此类准备工作，以表明如果发生武装冲突，其已做好限制冲突影响的一般性准备。此外，鉴于医院

19 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第15页和第158～159页；see also ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 40–41.

20 关于马德里、上海及耶路撒冷设立临时受保护地带的详细情况，例如，见Bugnion, pp. 749–751, and ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 13–16 and 23–36。

21 更多详细讨论，见关于《日内瓦第四公约》第15条的评注。See also ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 23–36 and 41–42.

22 更多详细讨论，见上注，第42页和第57页。

地带及处所应设立在离战斗地区有一定距离的地方，除了合适的地区可能较为有限之外，另一个实际困难可能是预测战斗可能发生的确切地点。因此，各国可能会准备若干地带或处所，但在武装冲突期间可能仅启用其中部分地带或处所。[23]

1898 第23条还规定了冲突各方在“战事开始后”设立医院地带或处所的情形。该条明文提及这一可能性，表明在武装冲突期间也应努力加强对伤者病者的实际保护。

2. 医院地带及处所之设立的任择性

1899 第23条没有规定设立医院地带或处所的义务。该条使用了“得”一词，表明了该条款具有任择性。但是，起草者将其纳入《日内瓦第一公约》，即希望提请各国注意此类地带的人道价值，并建议应在实践中设立此类地带。

1900 某缔约国或冲突方设立医院地带或处所在初始阶段是一项单方面措施，只有在敌方承认该医院地带或处所后，才对该敌方产生约束力。[24]但是，这并不意味着在没有得到承认的情况下，此类地带或处所或集中于该处的人员和物体就得不到保护：国际人道法的一般规则在任何情况下都适用。[25]

3. 医院地带及处所的安置

1901 根据第23条，可在一国领土内或者在占领地内设立医院地带或处所。占领国也有可能在其占领的领土内发现先前存在的医院地带或处所。对此，《日内瓦第一公约》所附协定草案规定：

> 如遇领土被占领时，其中医院地带应继续予以尊重，并仍用作医院地带。
>
> 此项地带之用途，得由占领国予以变更，但以采取一切措施以保证被收容人之安全为条件。[26]

1902 协定草案在1949年外交会议上经各国批准，尽管其规定不具有约束力，但它在设立医院地带或处所的多个方面提供了有益的指导。

23 然而，过去几十年的实践表明，各国对建立受保护地带，特别是对在和平时期就采取此举，显然保持了缄默。例如，见各国对关于“国际人道法在国家层面的执行情况，特别是现代战争的发展情况”的调查表问题3.8的答复，*Military Law and Law of War Review*, Vol. 28, 1989, pp. 51–308。

24 详细讨论，见第四部分。

25 见《日内瓦第一公约》第12条、第19条、第21条、第22条和第24条至第26条，《日内瓦第四公约》第16条和第18条至第20条以及《第一附加议定书》第48条、第51条、第52条和第57条以及相关习惯国际人道法规则。更多详细讨论，见第三部分第（二）节。关于中立化地带和非军事化地带的可比性，另见美国《空军指挥官手册》（1980 年）第 3-6 段。

26 《日内瓦第一公约》附件一《关于医院地带及处所之协定草案》第12条。

(二) 医院地带及处所的宗旨和性质

1. 宗旨

1903 第23条有关医院地带及处所的规定旨在“保护”某些类别的人员“免受战争影响”。

1904 这一宽泛的措辞是有意为之。虽然第23条的约文并未明确规定，但在设想中医院地带及处所应设置在离作战区域有一定距离的地方。[27]其目的尤其是保护人员免受空中轰炸、远程炮击或针对前线后方的军事目标发射导弹而可能产生的危险，当然也包括相关人员附近的战斗所带来的危险。[28]

1905 医院地带及处所还有助于应对武装冲突的其他影响，如医疗供应品短缺或医疗服务中断。将伤者病者集中在一个经过专门准备且配置齐全的地区，有助于对其进行照顾和治疗。[29]

1906 鉴于医院地带或处所的设立宗旨，其必须受到尊重和保护，且禁止对其进行攻击。[30]这一理解反映在协定草案第11条中。“医院地带在任何情况下，不得为攻击之目标。该地带应随时受冲突各方之保护及尊重。”[31]

1907 禁止攻击受保护地带的规定也是有关国际性和非国际性武装冲突的习惯国际人道法的一部分。[32]

1908 根据国际刑法，侵犯医院地带及处所的行为可能会产生刑事后果。攻击医院地带及处所的行为可能构成“故意指令攻击……伤病人员收容所”的战争罪。[33]此

27 See ICRC, ‘Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur le projet de convention pour la création de localités et zones sanitaires en temps de guerre’, p. 173. 相反，《日内瓦第四公约》第15条明文规定“中立化地带”应设立“在作战区域内”。

28 See ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, p. 46.

29 参与制定1938年草案的专家们强调了将医院地带及处所设在离战斗区域有一定距离的地点的实用性，并指出，设立此类地带及处所将有助于医治伤病士兵，因为所提供的环境更加安全，而且有关人员可能会因为感受到额外的保护而促进其康复。See ICRC, ‘Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur le projet de convention pour la création de localités et zones sanitaires en temps de guerre, p. 166.

30 See Kleffner, p. 350.

31 关于尊重和保护义务的含义，尤见关于第12条和第24条的评注。See also Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 427–428, 对涉及医院地带及处所的协定草案第11条的评论：

> 医院地带被宣布为中立化的一个自然结果是其永远不得受到攻击。还有一项积极义务；交战方在任何时候都应保护和尊重医院地带。
>
> 公约制定者特意使用了受保护与尊重这一用语，《日内瓦公约》一贯将该词语适用于其所保护的人员、建筑物和物体。1938年草案明确提到公约，指出：“应按照1929年《日内瓦公约》第6条的规定对他们予以尊重和保护。”
>
> 这两个词的传统含义产生了比单纯禁止攻击更广泛的积极义务。保护的范围必须特别扩大到为这些地带提供补给的安排，也可能包括促成补给供应的通信。此外，在占领的情况下，敌方将对居住在该地带的人员的福祉负责。这一责任也由设立该地带的国家承担。

32 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则35。

33 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第9目和第5项第4目。有关评论，见Dörmann, pp. 215–228 and 458–463。

类行为还可能构成“以任何手段攻击或轰炸非军事目标的不设防城镇、村庄、住所或建筑物”这一战争罪。[34]此外，攻击医院地带或处所，或其中的人员或物体，例如平民居民、民用物体或使用日内瓦四公约所规定之特殊标志的建筑物，也可构成其他战争罪。[35]

1909 《第一附加议定书》明文规定，“在违反本议定书有关规定而故意作出，并造成死亡或对身体健康的严重伤害时”，“使不设防地方和非军事化地带成为攻击的对象”之行为构成严重破约行为。[36]

1910 应当指出，被收容在医院地带或处所的人，其保护并不依赖于此类地带或处所的设立。所有军事或平民伤者病者及其护理人员，以及没有直接参与敌对行动的平民，都受到国际人道法的保护，不得成为攻击目标。[37]医院地带及处所只是提供这种保护并使其在实践中更加有效的具体手段。这同样适用于为受保护地带或处所中被保护人的利益而集中于该所的物体，如医疗队或民用物体。因此，如果上述人员或物体没有集中在受保护地带或处所，那么即使存在医院地带或处所，也不得认为可减少其应享有的保护。[38]

1911 所以，在受保护地带或处所失去其受保护性质的情况下，集中于其中的人员或物体继续享受国际人道法的保护，[39]除非他们符合军事目标的标准。[40]

2. 性质

1912 医院地带及处所的性质取决于其设立之目的。它们应当“加以适当的组织以便”履行其保护职能。

34 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第5目；另见《前南刑庭规约》（1993年）第3条第3款。

35 见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第1目和第5项第1目、第2项第2目和第2项第24目以及第5项第2目。

36 《第一附加议定书》第85条第3款第4项。另见《第一附加议定书》第59条和第60条，普遍认为这两项条款是对《日内第四公约》第15条的补充。特别是，第59条被认为是1907年《海牙章程》第25条的进一步发展；例如，见Sandoz, pp. 911–912。

37 有关医院地带或处所旨在保护的人员的详细讨论，见第三部分第（三）节。

38 见《日内瓦第一公约》第12条、第19条、第21条、第22条及第24条至第26条，以及《第一附加议定书》（如适用）第48条、第51条、第52条和第57条，以及习惯国际人道法的有关规则。See also ICRC, ‘Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur le projet de convention pour la création de localités et zones sanitaires en temps de guerre’, pp. 167 and 171.

39 《第一附加议定书》第59条第7款和第60条第7款明确规定，对于不设防地方和非军事化地带，如果该地方或地带失去其保护地位，仍“应继续享受本议定书的其它规定和适用于武装冲突的其它国际法规则的保护”。有关这些考虑因素的更多详细讨论，see ICRC, *Hospital Localities and Safety Zones*, pp. 47–48, as well as Gasser/Dörmann, pp. 248–249; Kleffner, p. 350; Lavoyer, p. 276; Rittberg, pp. 124–125; and Sandoz, p. 926. See also Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 425–426, 对《日内瓦第一公约》所附协定草案第9条第2款进行了评论。同样的考虑因素也适用于第一部分中讨论的联合国安全理事会规定的地带。See Lavoyer, pp. 275–276, and Sandoz, pp. 925–927.

40 有关军事目标的定义，见《第一附加议定书》第52条第2款；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则8。

1913 例如，在决定拟设立的医院地带或处所的规模时，应考虑到保护职能。在这方面，应认为“处所”是指面积有限的特定地方，通常包含建筑物。“地带”一词用于描述一个相对较大的土地区域，可能包括一个或多个处所。

1914 根据国际人道法，受保护地带及处所的一个特点就是，它们需要敌方的承认。[41]为了使敌方愿意承认，受保护地带或处所通常需要在最初承认之时和之后均为“非军事化”。[42]该地带或处所必须不包含任何军事目标。这一特点与受保护地带旨在保护的人员的身份相对应，他们本身不是合法目标。《日内瓦第一公约》所附《协定草案》就如何实现人员和物体的非军事化提供了指导。[43]

1915 医院地带及处所具有非军事化性质的一个重要含义是，它们不得进行军事防御。[44]不禁止敌方接管该地带或处所，但其仍有义务履行自身对受保护地带或处所以及其中所保护的人员和物体所负有的所有义务。[45]

（三）医院地带及处所的受益人

1916 医院地带或处所可保护的人员类别如下：

1. 伤者和病者

1917 第23条没有规定哪些伤者病者可在医院地带或处所寻求保护。但是，该条在《日内瓦第一公约》中的位置表明，本条所指伤者病者为武装部队人员或者属于第13条所列之其他类别的人员。

1918 《日内瓦第四公约》第14条证实了这一理解，该条也规定为“伤者〔和〕病者”设立受保护地带。第14条与第23条一样，没有规定其适用于哪类伤者病者。但是，该条规定于《日内瓦第四公约》第二部，涉及“居民之一般保护以防战争之若干影响”，这表明它指的是受伤和患病的平民。[46]

1919 但是，日内瓦四公约所规定的受保护地带制度具有灵活性。四公约中没有任何规定禁止医院地带或处所为伤病军事人员和平民提供保护。相反，《日内瓦第一公约》第22条第5款规定，在医疗队或医疗所扩展其人道活动及于伤病平民之照

41 详细讨论，见第四部分。

42 在这方面，不应从《第一附加议定书》第60条严格的法律意义上理解，而应按其通常的含义理解，即所有军事部队都已撤离的地方；see *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 380. 不过，《第一附加议定书》第59条第2款和第60条第3款分别列出的构成不设防地方和非军事化地带的条件仍有参考价值。

43 见《日内瓦第一公约》附件一《关于医院地带及处所之协定草案》第2条至第5条。

44 见上注，第5条第2款。关于《日内瓦第四公约》第14条所规定的受保护地带，另见Gasser/Dörmann, pp. 248–249。也可比较《日内瓦第一公约》第21条。

45 关于医院地带及处所的协定草案第12条对这一点予以强调。

46 详见关于《日内瓦第四公约》第14条的评注。

顾的情形下，不应剥夺其享有的保护。这种做法也适用于根据第23条设立的医院地带或处所。[47]此外，《第一附加议定书》中对“伤者”和“病者”这两个词的理解是既包括军人也包括平民，这可能使《日内瓦第一公约》第23条与《日内瓦第四公约》第14条之间的区别“即使在理论上也有些过时”。[48]

1920 医院地带或处所收容人员必须“不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视”。这一点源于《日内瓦第一公约》第12条第2款所述的禁止歧视的规定。[49]

2. 负责照顾伤者病者的人员

1921 受《日内瓦第一公约》保护的医务人员有权出现在医院地带及处所。[50]这同样适用于专门从事管理医疗队及医疗所的人员，[51]以及随军宗教人员。[52]

3. 负责组织和管理此类地带的人员

1922 根据医院地带及处所的规模、复杂程度和持续时间，除了负责照顾伤者病者的人员外，可能还需要雇用专门人员进行组织和管理。有观点指出：

> “在该地带……负责组织与管理工作……之人员”这一表述必须较为广义地理解为包括警察、负责防止无权居住的人进入这些地带的部门、消防和被动防御部门，以及协定草案第 8 条规定的监督委员会的委员等。[53]

1923 将确保相关地带或处所之安全或防止无权进入之人存在于此类地点的上述人员纳入受益人范围，不得在事实层面或观念层面导致对该地带或处所的非军事化和不

47 在这方面，另见《日内瓦第四公约》第19条第2款。

48 Sandoz, p. 913.

49 关于医院地带或处所保护军事和平民伤者病者，另见《日内瓦第四公约》第13条，该条规定“尤不得基于种族、国籍、宗教或政治意见而有所歧视”。

50 见第24条至第27条。鉴于存在《日内瓦第一公约》第23条与《日内瓦第四公约》第14条相合并的可能性，也可以设想受《日内瓦第四公约》保护的医务人员出现在医院地带及处所；见《日内瓦第四公约》第20条。此外，受《第一附加议定书》保护的医务人员出现在医院地带或处所，也可视为合法；见《第一附加议定书》第8条第3款和第15条。

51 见第24条。鉴于存在《日内瓦第一公约》第23条与《日内瓦第四公约》第14条相合并的可能性，另见《日内瓦第四公约》第20条关于“经常专门从事民用医院工作及管理之人”和“其他从事民用医院工作及管理之人员，若担任此类任务时”的规定。受《第一附加议定书》保护的医务人员也可视为可在医院地带或处所合法存在的人员；见《第一附加议定书》第8条第3款和第15条。

52 见第24条。受《第一附加议定书》保护的宗教人员也可视为可在医院地带或处所合法存在的人员；见《第一附加议定书》第8条第4款和第15条。

53 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 416, 对涉及医院地带及处所的协定草案第1条进行的评论。《第一附加议定书》第59条第3款和第60条第4款也规定，承认“为了维持法律和秩序的唯一目的而留下的警察部队”以及其他人员可合法存在于不设防地方和非军事化地带。

设防性质造成破坏。与在医院地带或处所的任何其他人一样，这些人员不得从事可能损害医院地带或处所的受保护地位的行为。[54]此外，为了避免在实践中产生任何误解，冲突各方必须针对在医院地带或处所存在此类人员达成明确的协定。[55]

4. 当地平民居民

1924 虽然第23条本身并没有提到这类人员，但必须考虑到他们的存在，在医院地带规模较大的情况下更应如此。

1925 在这个意义上，协定草案第1条明确规定：

> 医院地带应严格保留，以供一九四九年八月十二日改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约第二十三条所指之人及在该地带及处所担任组织、管理及照顾集中于该处的人们之人员之用。
>
> 但在该地带内有永久居所之人，仍有权在该地居住。

1926 与在医院地带或处所的任何其他人一样，当地平民不得从事可能损害医院地带或处所的受保护地位的行为。为了避免在实践中产生任何误解，冲突各方必须针对在医院地带或处所存在此类人员达成明确的协定。

（四）医院地带及处所的标记

1927 第23条未涉及标记问题。但是，只要负责照顾伤者病者的人员以及用于照顾伤病人员的物体有权展示特殊标志，没有任何规定禁止通过用特殊标志标记该地带或处所以表明其受保护地位。[56]

四、第 2 款：医院地带及处所的承认

（一）承认

1928 根据第23条第1款建立的医院地带和处所，只有在得到敌方承认之后，才能作为受保护区享有保护。[57]

54 Gasser/Dörmann, pp. 248–249, 解释道，根据《日内瓦第四公约》第14条，在与医院和安全地带及处所类似情况下：“从确保人身安全不受暴力侵害的意义上，应当采取措施保护所有人。但是，禁止为防止敌军占领而将地带或处所作为整体加以防御。”在这方面，也可比较《日内瓦第一公约》第22条第1款和第2款。

55 在这个意义上，《第一附加议定书》第60条第3款明文规定，关于非军事化地带：“冲突各方应……商定除第四款所载外被准予进入非军事化地带的人。”第4款提到“依据各公约和本议定书受特殊保护的人和为了维持法律和秩序的唯一目的而留下的警察部队”。

56 见关于医院地带及处所的协定草案第 6 条。根据《第三附加议定书》，也可以用红水晶做标记。

57 这并不影响根据国际人道法其他规则应给予的保护，见第三部分，第1910段。

1929 因此，能否获得这种承认，通常取决于此等地带处所是否具有非军事化和不设防的性质。[58]

1930 承认通常需要冲突各方缔结协定。虽然关于此类协定的正式和详细程度并无规定，但为确保受保护地带可有效发挥作用，协定至少应规定与受保护地带的定义、此类地带应予保护的人员及其组织和标志最为相关的问题。

1931 根据具体情况，例如是否迫切需要得到承认，不一定必须在政府层面对协定进行讨论，也可由当地的军事当局予以讨论。在这种情况下，军事当局被认为有权进行谈判并签订对冲突各方有约束力的协定。[59]理想的情况是，为了确保协定可体现不同观点并解决相应问题，谈判人员应包括不同性别和背景的人。[60]

（二）关于医院地带及处所之协定草案

1932 为了促进医院地带及处所的设立，并便利谈判，外交会议决定将《关于医院地带及处所之协定草案》作为《日内瓦第一公约》的附件，各国可将其作为范本，并作出其认为必要的任何修正。

1933 上述对设立有效的医院地带或处所所需的各种要素的分析表明，协定草案是一个有用的指导工具。[61]

五、第 3 款：从事斡旋以便利医院地带及处所之设立

1934 武装冲突各方设立和承认医院地带及处所，通常需要有一个中立调解机构发挥作用。根据四个日内瓦四公约的主旨，自然要在这方面特别提到保护国和红十

58 在这方面，不应从《第一附加议定书》第59条和第60条的严格法律意义上理解“不设防”和“非军事化”，而应按其通常的含义理解，即不抵抗攻击且所有军事部队均已撤离的场所；see *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, pp. 375 and 380.

59 关于军事指挥官进行谈判和缔结具有约束力之协定的职权，见Kovacs, p. 143, para. 67, 对1969年《维也纳条约法公约》第7条第1款年乙项进行了评论，以及Alfred Verdross and Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3rd edition, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, p. 443, para. 687，及其中更多参考内容。加拿大的军事手册规定：“交战国指挥官达成的任何协定都必须予以遵守，任何违反协定条件的行为，如果是由政府下令实施，将引起国际责任；如果是由个人根据自己的职权实施，将引起个人责任（可能构成战争罪）”；《武装冲突法手册》（2001年）第1403.1段。但应注意的是，部分军事手册也指出，由于现代电信等原因，现今实地指挥官很少直接参与谈判；见加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第1401.2段，以及英国《武装冲突法手册》（2004年）第10.3.1段。有关冲突各方之间缔结协定的更多详细讨论，见关于共同第 6 条（《日内瓦第四公约》第7条）的评注。

60 见联合国安全理事会，第1325号决议，2000年10月31日，第1段。人们日益认识到，妇女、男子、女童和男童受武装冲突影响的方式不同，因此，在国家、地区和国际层面进行冲突预防、管理和解决的机构和机制中，妇女和男子在所有决策层均享有代表权将有益于整个进程。国际人道法的适用也应反映出这一认识。

61 关于涉及医院地带及处所之协定草案的评论，见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 415–429。过去数十年来，关于受保护地带的协定反映了《关于医院地带及处所之协定草案》的内容，即使该协定没有用于规定医院地带及处所；应指出的是，实践中诸多关于受保护地带的实例主要具有《日内瓦第四公约》第15条意义上的中立化地带的特点，而该公约并没有附带任何协定草案。

字国际委员会，并邀请其在这方面进行斡旋。这也意味着，他们认为适当时，也可主动向政府提出建议。近数十年来的实践表明，受保护地带的概念通常确实正是在红十字国际委员会的倡议下才得以实施的。[62]

主要参考文献

Bouvier, Antoine, 'Zones protégées, zones de sécurité et protection de la population civile', in Katia Boustany and Daniel Dormoy (eds), *Perspectives humanitaires entre conflits, droit(s) et action*, Bruylant, Brussels, 2002, pp. 251–269.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 480–484 and 748–762.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, pp. 215–228 and 458–463.

Gasser, Hans-Peter and Dörmann, Knut, 'Protection of the Civilian Population', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 231–320, at 247–251.

ICRC, 'Rapport du Comité international de la Croix-Rouge sur le projet de convention pour la création de localités et zones sanitaires en temps de guerre, adopté par la commission d'experts réunie à Genève les 21 et 22 octobre 1938', reproduced in *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 21, No. 243, March 1939, pp. 161–201.

– *Report concerning Hospital and Safety Localities and Zones*, ICRC, Geneva, 1946.

– *Hospital Localities and Safety Zones*, ICRC, Geneva, 1952.

International Society for Military Law and the Law of War, Questionnaire on the Implementation of international humanitarian law at the national level with special reference to developments of modern warfare, *Military Law and Law of War Review*, Vol. 28, 1989, pp. 51–308.

Junod, Sylvie S., *Protection of the Victims of Armed Conflict, Falkland-Malvinas Islands (1982): International Humanitarian Law and Humanitarian Action*, ICRC, Geneva, 1984.

Kleffner, Jann K. 'Hospital and Safety Zones and Localities; Neutralized Zones', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 347–351.

Landgren, Karin, 'Safety Zones and International Protection: A Dark Grey Area', *International Journal of Refugee Law*, Vol. 7, No. 3, 1995, pp. 436–458.

62 相关概述，例如，见Bugnion, pp. 755–759。受保护地带或处所完全是由红十字国际委员会负责设立时，其工作可以基于共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条）规定的人道倡议一般权利。在非国际性武装冲突的情况下，红十字国际委员会采取主动行动的依据参见共同第3条第2款。

Lavoyer, Jean-Philippe, 'International humanitarian law, protected zones and the use of force', in Wolfgang Biermann and Martin Vadset (eds), *UN Peacekeeping in Trouble: Lessons Learned from the Former Yugoslavia*, Ashgate, Aldershot, 1998, pp. 262–279.

McDonald, Avril and Brollowski, Hanna, 'Security zones', version of April 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Rittberg, Jochen Graf von, *Schutzzonen für die Zivilbevölkerung*, Dissertation, Mainz, 1967.

Ronzitti, Natalino, 'Protected Areas', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 369–387.

Sandoz, Yves, 'The establishment of safety zones for persons displaced within their country of origin', in Najeeb Al-Nauimi and Richard Meese (eds), *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, pp. 899–927.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War*?, Vol. III, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, pp. 1713–1717.

Simon, Annette, *UN-Schutzzonen – Ein Schutzinstrument für verfolgte Personen*?, Springer, Berlin, 2005.

Torrelli, Maurice, 'Les zones de securité', *Revue générale de droit international public*, Vol. 99, No. 4, 1995, pp. 787–848.

第四章
人 员

1935 本章所指医务人员和宗教人员是构成战地武装部队一部分的此类人员。本章还涉及在战地武装部队主持下开展工作的某些平民，但不包括未在战地武装部队主持下开展工作的平民工作人员或者海上武装部队的医务人员和随军牧师，有关这些人员的规定载于《日内瓦第二公约》和《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》中。

1936 本章所保护的人员包括以下六类：

（一）专门从事寻觅、收集、运送、医治伤者、病者及预防疾病之武装部队医务人员（第 24 条）。

（二）专门从事管理医疗队及医疗所之武装部队人员（第 24 条）。

（三）武装部队之宗教人员（第 24 条）。

（四）各国红十字会及其他经认可的救济团体之人员，他们为各自国家武装部队的利益而担任第一类、第二类和第三类所述人员同样之任务，并受到军事法规的约束（第 26 条）。

（五）协助冲突一方并经正式核准可提供协助的中立国救济团体之人员（第 27 条）。

（六）武装部队中曾受特别训练以备于需要时充当医院勤务员、护士、或辅助担架员之人员（第 25 条）。

1937 最后一类人员被称作“辅助人员”，这种称法与有时用来描述前五类人员的“常任人员”一词相对。

1938 这些人员所履行的职责为：照顾伤者病者，或者满足武装部队人员的精神需求。他们因其职责而受到保护。他们在一切情况下均须受到尊重和保护。第 24、25、26 及 27 条界定了哪些人员受到这些条款的保护，哪些方面受到保护，以及他们在何种情况下可以享受这种保护。如果这些人员越出其人道任务之外实施了害敌行为，此种保护也可能会丧失。

1939 若（第 24 条所述）军事医务人员或宗教人员，或（第 26 条所述）协助各自武装部队提供医疗服务的各国红十字会或红新月会或其他志愿救济团体人员落于敌方手中，第 30 条载有必须遵守的基本规则，即：须将其送回其所属之冲突一方。本条规定的目的在于，确保医务及宗教人员始终能够继续向需要他们的人员提供服务。

1940 第 31 条就确定哪些医务或宗教人员根据第 30 条应予送回规定了若干标准，并规定冲突各方可就其留用的实际问题订立特别协定。

1941 第 28 条是第 24 条和第 26 条所述人员留用机制的核心，因其规定了允许留用的条件。它还明确了留用人员的地位、其作用及其享有的待遇和便利，以确保战俘受到必要的医疗和精神照顾。留用被认为是第 30 条的一项例外，因第 30 条要求将此类人员送回其所属的冲突一方。留用制度所依据的原则是，除非战俘的健康状况、精神需要以及人数上均有此要求，否则不得留用医务人员和宗教人员。

1942 第 29 条适用于“第二十五条所指人员落于敌方手中者”，无论其“与敌人接触，或落于敌方之手”时是否正在执行医务工作均适用。在这种情况下，他们属于《日内瓦第三公约》所规定的战俘，但“于需要时应令其担任医务工作”。该条旨在避免出现战俘可能需要医疗照顾，但专业医务人员却得不到利用的情况。

1943 最后，第 32 条涉及第 27 条中经中立国认可的团体的医务人员落入他们所协助之冲突一方的敌方手中的情况。他们不得被留用，原则上必须准许他们返回其本国。

1944 本章的各项规则由《第一附加议定书》第二部第一编的一系列规定予以补充。

1945 为便于参考，以下表格概述了《日内瓦第一公约》中涉及医务及宗教人员的所有条款之间的内部关联。

1946

人员类别	**《日内瓦第一公约》各项相关条款**			
	定义与地位	**落于敌方手中时的地位**	**器材**	**识别**
常任军事医务人员和宗教人员	第 24 条	第 28 条，第 30 条至第 31 条	第 33 条	第 40 条
辅助医务人员	第 25 条	第 29 条	第 33 条	第 41 条
志愿救济团体之人员	第 26 条	第 28 条，第 30 条至第 31 条	第 34 条	第 40 条
中立国认可之团体之人员	第 27 条	第 32 条	第 34 条	第 40 条

第二十四条
常任人员之保护

公约条文

专门从事寻觅、收集、运送、医治伤者、病者及预防疾病之医务人员，专门从事管理医疗队及医疗所之职员以及随军牧师，在一切情况下应受尊重与保护。

保留或声明

无

目 录

一、引言 585
二、历史背景 586
三、三类适用人员 587
（一）从事寻觅、收集、运送、医治伤者、病者或预防疾病的医务人员 587
（二）从事管理医疗队及医疗所之职员 588
（三）随军宗教人员 589
四、第 24 条的适用条件 590
（一）受指派担任医务或宗教工作 591
（二）受指派之专门性 592
五、在一切情况下尊重与保护的义务 592
六、丧失保护：人道任务之外有害于敌方之行为 595
主要参考文献 600

一、引言

1947 第 24 条涉及武装部队的正式医务和宗教人员，即专门被派用于长期从事某些医疗或宗教性质工作的武装部队人员。该条规定了哪类人员受其保护，受到何种保护，以及他们在何种条件下可享受这种保护。

1948 第24条所涉人员因其执行的任务而受到保护：照顾伤者、病者或满足武装部队人员的精神需求。因此，从减轻武装冲突中的人类苦难这一角度来看，第24条至关重要：当军事医务人员因受到攻击或因其他原因不能开展工作而无法帮助伤者、病者时，可能会产生广泛的不利后果。在精神领域，就武装部队的宗教人员而言也是如此。[1]

1949 医务和宗教人员与其所照顾之人员之间的共生性和职能性关系说明，此类人员落于敌方之手时应受到保护：他们不会成为战俘，也不得作为战俘予以“拘留”，而是受到特定“留用”制度的保护。根据这一制度，“仅在战俘之健康状况、精神需要以及人数上均有此要求时，方得留用”此类人员。[2]

1950 第24条的一个显著特点是，各缔约国同意赋予敌方武装部队的某些人员以特定的保护，即使他们并未落于其手中也是如此。根据第24条的规定可以推断出，医务和宗教人员有权“在一切情况下……受尊重与保护”；此种保护也适用于实际战事期间，并确为实际战事所迫切需要。

1951 第24条所涉人员是受《日内瓦第一公约》保护之人员中的一类。[3]关于此类人员身份的识别，见第40条。

二、历史背景

1952 各国有义务“尊重与保护”敌方武装部队的医务和宗教人员是国际人道法长期存在的一项规则。这一规则的核心内容已出现在1864年的第一部日内瓦公约之中。[4]在1906年[5]和1929年[6]的日内瓦公约中也有大致类似的规定。其最终发展为1949年《日内瓦第一公约》的第24条。第24条的实质内容也属于习惯国际法。[7]

1 这一现实是促使国际红十字与红新月运动于2011年发起“医疗救护面临危险”活动的一个因素；有关该活动的详细内容和相关出版物，见http://www.icrc.org/chi/what-we-do/safeguarding-health-care/index.jsp。另见世界卫生组织2002年5月18日第55届世界卫生大会通过的第55.13号决议，“保护医疗队免受恐怖主义和武装冲突的影响”，以及1993年5月14日第46届世界卫生大会通过的第46.39号决议，“武装冲突时期的卫生和医疗服务”。

2 第28条第1款。有关详细信息，见《日内瓦第一公约》第28条、第30条和第31条，《日内瓦第三公约》第4条第3款和第33条。

3 《第一附加议定书》中的相关规定，见第8条第3款第1项和第43条第2款。

4 《日内瓦公约》（1864年）第2条。

5 《日内瓦公约》（1906年）第9条。

6 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第9条第1款。

7 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则25和27。

三、三类适用人员

(一)从事寻觅、收集、运送、医治伤者、病者及预防疾病的医务人员

1953 本公约根据有关人员所从事的活动类型对第24条所适用的第一类人员予以界定：即从事“寻觅”、“收集”、“运送”、“医治”“伤者、病者”及“预防疾病”的人员。因此，确定武装部队人员是否属于这一类别的第一项标准，是他们是否从事了该条所列的一项或多项活动。

1954 只要满足第24条所有条件，某人员无需在内部行政结构上隶属于武装部队的医务部门，即可涵盖在这一规定的适用范围之内。[8]相反，属于武装部队医务部门或从事“军事医学”专业人员视为属于该专业领域的活动，并不自动意味着某人从事了第24条所保护的一项或多项活动。例如，武装部队医务部门中长期且专门负责训练活动以提高健全战斗员作战表现的人员，不受第24条保护。同样，参与设计被拘留者审讯手段或参与筛选心理状况适合执行某些任务的战斗员的心理医生，也不在第24条的规定范围内。但是，“预防疾病”在受保护活动之列，开展这种活动很可能是为了武装部队所有人员的利益（见第1958段）。

1955 从事寻觅、收集或运送伤者、病者活动的人员可包括，医院勤务员、护士、辅助担架员、救护车司机和医务飞机驾驶员等人员。应当指出的是，“医院勤务员、护士、或辅助担架员”也在第25条的适用范围之内，且是第25条唯一涉及的人员。但是，只要他们满足了第24条所规定的所有条件，其活动同样可归入本条的规定范围之内。一旦其满足所有条件，第24条的制度即应适用。这对此类人员落于敌方之手后的地位具有重大影响。[9]

1956 “医治伤者、病者”一词包含医生（包括全科医生和专科医生）以及外科医生、牙科医生、药剂师、护士和操作医疗设备或装置的工作人员所进行的全部类别的医疗活动。“医治”既可以是治疗身体上的伤病，也可以是治疗心理上的疾病。它包括诊断活动、急救治疗[10]和康复治疗（包括物理疗法）。康复治疗（可能会持续较长时间并在远离战场的地方进行）可能会使人恢复承担战斗职责的能力，但这一点并不重要；所涉医务人员仍受第24条的保护。这普遍适用于根据该条受保护的所有活动，即使这些活动可能使伤者病者恢复其战斗能力。

8 《日内瓦第一公约》第19条和第21条均使用了“医务部门”一词。缔约国可自由选择使用其他不同的用语。在任何情况下，应由各缔约国决定其医务部门的组成以及医务部门应雇用哪些人员。

9 第24条所涉人员属于第28条、第30条和第31条规定的“留用”制度的适用范围，而第25条所涉人员则属于第29条制度的适用范围。

10 “诊断”和“急救治疗”均列在《第一附加议定书》第8条第5款“医务目的”的定义中。

1957 寻觅、收集、运送和医治活动应为伤者、病者的利益而开展。在《日内瓦第一公约》的语境下，“伤者与病者”的概念必须按其专门含义进行理解，即指属于本公约第12条和第13条所确定之类别的伤者与病者。但是，医务人员将其活动范围扩及伤病平民，并不会剥夺其受尊重与保护的权利。[11]

1958 1949年，“预防疾病”被纳入受保护的活动之列。第24条因而并不限于治疗性医疗。就其性质而言，疾病预防工作可以为武装部队所有人员的利益而开展，即不仅面向伤者、病者，而且还可面向健全战斗员。“预防疾病”工作包括卫生和预防性措施（例如除虱或对供水系统进行消毒；其中一些活动可由兽医进行，见第1959段）、疫苗注射、营房消毒和性传播疾病的预防培训。心理医生参与精神创伤（如与战斗有关的压力和精神失常等）的预防活动，也可属于“预防疾病”一词的范畴，此外，一旦出现精神创伤，心理医生从事的活动也可属于“医治”一词的范畴。

1959 即使兽医属于武装部队医务部门的人员，其活动原则上也不属于第24条所列活动的范围，当他们专门从事动物保健工作时尤其如此。[12]事实上，例如，作为武装部队人员照顾用以协助作战活动的动物的兽医，确实应视为战斗员。历史上，这一直是占主导地位的做法。但是，如果一名兽医以人类为对象专门从事“预防疾病”这种受保护的活动，例如，为身体健全的战斗员检查食品供应的卫生状况（正如越来越多身为武装部队人员的兽医所做的那样），该兽医则有资格获得第24条意义上的“尊重与保护”。

（二）从事管理医疗队及医疗所之职员

1960 本条不仅保护与伤者、病者直接接触之人，也保护以下类别的武装部队人员：其工作对治疗伤者、病者的医疗队及医疗所的运作而言必不可少。这些武装部队人员可以但不一定是武装部队医务部门的成员。他们只要专门为医疗队提供支持，例如采购医疗用品或履行其他行政职能，或例如担任厨师或清洁工，便满足了第24条规定的受保护的条件。

1961 从“医疗队及医疗所”这一措辞可以推断出，第24条赋予行政人员的保护并不适用于那些为宗教人员提供行政支持的人员（下文将对此进行讨论）。只能期望依据人道考虑，此类人员只要专门从事此类工作，就能得到如同受公约保护一般的待遇。

11 另见第22条第5款。

12 作为武装部队人员的兽医所具有的身份在关于第22条的评注第六部分中有更详细的论述。

1962 “医疗队及医疗所”的概念必须从《日内瓦第一公约》第19条的专门意义上来理解。为平民医院从事类似活动的工作人员可能属于《日内瓦第四公约》第20条的规定范围。

1963 在这方面值得注意的是，《第一附加议定书》第8条第3款所采用的定义的范围比《日内瓦第一公约》第24条更为宽泛。该款规定在议定书关于“医务人员”的定义范围内，不仅包括了专门被派用以“管理医疗队”的人员，还包括专门被派用以“操纵或管理医务运输工具”的人员。例如，专门被派用以维修医务飞机的武装部队人员就可能属于这一情况。[13]

(三)随军宗教人员

1964 根据第24条，“随军牧师”有权享有与上述两类医务人员相同的保护。与这两类人员一样，第24条只涉及专门被派用以从事满足整个武装部队精神需要之工作的武装部队常任人员。[14]第24条不涵盖先前在这一领域具有资格但未受指派专门履行宗教职责的武装部队人员。他们应为战斗员，且在落于敌方手中时成为战俘。[15]

1965 第24条仅适用于属于武装部队且担任宗教职务的人员。相比之下，《第一附加议定书》第8条第4款对“宗教人员”的定义更为宽泛，将平民宗教人员包括在内。[16]此外，还可参见《第一附加议定书》第8条第4款和第11款规定的额外指派临时宗教人员的可能性。

1966 “随军牧师”可以提供服务的受益人范围与上述两类医务人员不同。军事医务人员只能为伤者、病者服务（除非他们从事“预防疾病”的工作），而宗教人员可以将活动扩至整个武装部队，包括伤者、病者和健全战斗员。[17]

1967 本条款中使用的“牧师”一词已经过时。这一概念并不限于信奉基督教的宗教人员，而仅为宗教人员的一个举例。[18]因此，“随军牧师”所指人员实际上应理解为附属于武装部队的所有宗教人员。

13 《日内瓦第一公约》关于医务飞机法律地位的规定，详见第36条。

14 但是，见根据《第一附加议定书》第8条第4款和第11款规定的额外指派临时宗教人员的可能性。

15 《日内瓦第三公约》第36条专门涉及此类“牧师”的情况。

16 关于对平民宗教人员的尊重与保护，见《第一附加议定书》第15条第5款。

17 这一逻辑也延伸适用于第24条所涉及的宗教人员根据第28条（及相关规定）有权享有的“留用”制度。如果予以留用，宗教人员可照顾所有战俘的宗教需求，即不仅仅是伤者病者的宗教需求。见《日内瓦第三公约》第33条和第35条。

18 《第一附加议定书》第8条第4款明确了这一点，该款在“宗教人员”的定义中使用了“如牧师”这一措辞。有关进一步分析，见Claudie Barrat, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 123–125。

1968 日内瓦四公约未规定可构成“宗教”人员的任何标准。各缔约国可自行指定其认为合适的宗教人员。“宗教”一词的使用并未假定应采用对该词的传统理解。部分缔约国任命了不办告解的人道顾问，[19]这类人员同样受第24条的保护。[20]

四、第 24 条的适用条件

1969 虽然第24条没有作出明文规定，但只有冲突一方的武装部队人员才在其适用范围之内。[21]第24条所涉人员虽为武装部队人员，但并非战斗员。[22]

1970 就国家正规武装部队而言，第24条的适用范围广泛。只要满足其要求，该条适用于一国武装部队所有部门（陆军、海军、空军或其他部门）的医务和（或）宗教人员，无论实际使用何种术语，也无论部署于何处均如此。因此，医务飞机上的医务人员也适用第24条的规定。

1971 就第24条而言，“武装部队”一词不必理解为仅限于冲突一方的正规武装部队。《日内瓦第一公约》第13条第1款至第3款提及的所有团体均有权指派其部分人员履行第24条所述的职能。[23]虽然第24条没有作出明文规定，但这一解释受到两个原因的支持。首先，这些团体成员属于第13条意义上可构成“伤者与病者”的人员。因此，给予医务和宗教人员之保护的功能性意味着，出于人道原因，这些团体应能够使用此类人员的服务。其次，第13条第1款至第3款所涉团体的人员在落于敌方之手时有权取得战俘身份。因此，《日内瓦第一公约》第13条第1款至第3款提及的所有团体的医务和宗教人员，均应与冲突一方正规武装部队的类似人员享有同等的保护。

19 例如，见荷兰《军事手册》（2005年），第0616段：

> 宗教人员不视为医务人员，但享受相同的保护。他们可以是军人或平民，包括施赈牧师、战地牧师和拉比，其唯一职责即作为牧师行事。他们附属于冲突一方的武装部队、医疗队或民防机构。虽然在荷兰以外鲜为人知，但人道顾问和生涯顾问也属于宗教人员的范畴。

20 另见《国际刑事法院犯罪要件》（2002）年，第31页，其在谋杀之战争罪的脚注中指出，“‘神职人员’一词包括不办告解但执行同一职能的非战斗军事人员”。国际人权法中也存在同样的理解；见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第18条。另见联合国人权事务委员会，“第22号一般性意见：第十八条（思想、良心或宗教自由）”，联合国CCPR/C/21/Rev.1/Add.4号文件，1993年7月30日，第2段：

> 第十八条保护有神论的、非神论的和无神论的信仰，以及不信奉任何宗教和信仰的权利。“宗教”和“信仰”二词应做广义的解释。第十八条在适用上不限于传统的宗教、或带有体制特性的宗教和信仰、或类比于传统宗教实践的崇奉方式。

21 对《第一附加议定书》的缔约国而言，议定书第43条第1款对“冲突一方的武装部队”一词作了界定。

22 见1907年《海牙章程》第3条和《第一附加议定书》第43条第2款。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则3。

23 在第13条第6款提及的“民众抵抗”（levée en masse）的情况下，有关人员似乎不大可能有时间指派医务人员。但是，如果他们指派了医务人员，这些人员同样有资格根据第24条获得保护。

(一)受指派担任医务或宗教工作

1972 第24条要求该条所涉人员应“从事”(“engaged in”)特定种类的活动。同等作准的法文约文要求他们“受指派进行”(“affecté à”,即“assigned to”)这些活动。两者不止在语义层面存在区别:某人可在未“受指派进行”某项活动时“从事”该活动。随着时间的推移,各方普遍认识到这一要件的内容应为受“指派”从事:仅仅“从事”某些活动本身并不足以满足本条要求。《第一附加议定书》第8条第3款体现了这一理解:该条款要求所有类别的“医务人员”均应由“冲突一方”专门“派用于”担任医务或宗教工作。

1973 受“派用”的要求意味着,武装部队人员只有受其所依附之当局指派从事一项或多项(第24条详尽提及的)医务活动和(或)履行随军宗教人员的职责,才属于这一规定的适用范围。第24条将实践中指派的细节(由何人决定、以何种形式等)交由国家层面决定。在任何情况下,有关指派的基本要求是,受指派之人应处于该当局的控制之下。这一点对于可适用于此类人员的其他法律制度而言十分重要,如“留用”制度和关于佩戴特殊标志的规则。[24]

1974 武装部队人员不能指派自己从事医务或宗教服务。[25]受过培训或具有特殊资质,如具有外科医生或牧师资质,并不意味着担任这些职务无需有关当局的指派。在医疗或宗教领域具有特殊资质但未受指派担任第24条所述职务的武装部队人员仍然是战斗员,不在本规定的适用范围之内。[26]同样,战斗员未受第24条意义上的“派用”而主动照顾受伤或生病的战友,也无权得到第24条的保护。虽然在法律上确实如此,但仍然希望敌方出于人道考虑,不攻击正在从事此种活动的战斗员。

1975 日内瓦四公约没有具体规定武装部队人员必须经过何种水平的医疗培训或具备其他何种资质,方有资格被“派用”为医务人员。对宗教人员而言也是如此。然而,根据善意履行所有条约义务的义务,指派必须是真诚的,即此人需有必要的学位和(或)资质。

1976 受国内主管当局“派用”的要求,并不意味着第24条所涉人员必然成为军事指挥系统的一部分或拥有军阶,也不意味着他们受军事司法系统管辖。日内瓦四公约将这一选择权留予各缔约国。因此,缔约国可以决定如何组织其武装部队的医务和宗教部门。这同样适用于此类人员是否穿着武装部队制服,以及如果穿着,是否与战斗员穿着相同制服的问题。[27]

24 关于“留用”制度,见第28条、第30条和第31条。关于第24条所涉人员的身份识别,见第40条。

25 见美国《战争法手册》(2015年),第4.9.2.2段。

26 如果这些人员落于敌方之手,他们将成为战俘,受可适用的拘留制度保护,而不是第24条所涉人员有权享有的“留用”制度。对于此类人员的情况,《日内瓦第三公约》第32条和第36条作出了具体安排。

27 关于第24条所涉人员的身份识别,见第41条,该条未规定其应当穿着军服。另见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第21条第3款,该条款指出,医务和宗教人员中“不着军服者应携带……身份证书”。

（二）受指派之专门性

1977 指派人员开展第24条所涉活动必须具有“专门性”。虽然根据该条的狭义解读，“专门性”的要求似乎只适用于医务人员，但从逻辑上讲，这一要求适用于第24条涉及的所有三类人员。

1978 这项要求非常重要。其意味着，某人员一旦受到指派，便只能从事一项或多项规定活动。例如，某人可以受指派从事医治伤者病者和预防疾病这两项工作。相反，所指派的任务不能涵盖第24条没有提及的活动。根据具体情况，第24条中未列出的活动甚至可能构成“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”，从而导致相关人员失去保护（见第六部分）。

1979 某武装部队人员一旦受指派专门从事第24条明文提及的一项或多项活动，则无论其在某一特定时间是否正实际开展这些活动，都有权获得“尊重与保护”。第24条（以及相关“留用”制度）所赋予的保护是以身份为基础的，即以所受指派的常任性和专门性为基础。这一特点将第24条与关于辅助医务人员的第25条区分开来；后者以行为为基础，即只有在有关人员正实际开展医疗活动时才给予保护。

1980 按照第24条的逻辑，即依照1949年对该条的理解，指派的专门性意味着，其不应仅具有专门性，而且也应具有常任性。关于“常任”一词的解释，日内瓦四公约中没有给出定义。就《第一附加议定书》而言，其第8条第11款以“不定期”一词界定“常任”的概念。虽然第24条没有提到“常任”的概念，但通过将该条与第25条的逻辑进行对比，传统解读一直是该条规定包含常任这一概念。[28]

1981 第24条没有规定该条所涉人员需要以何种方式开展所述活动。在这一方面，第12条至关重要，包括其第3款，其中规定“只有医疗上之紧急理由，可予提前诊治”。这一规定可能要求医务人员首先医治敌方的伤者病者。此外，国际人道法中关于医疗道德的规则也十分重要。[29]

五、在一切情况下尊重与保护的义务

1982 “尊重与保护”的义务是日内瓦四公约及其附加议定书中经常出现的一个专用术语。1906年《日内瓦公约》首次将其引入条约，代替早先的“豁免权”、

28 另见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第9条第2款，该条明文使用了“常任医疗人员”一词。

29 见《第一附加议定书》第16条。See also Sigrid Mehring, *First Do No Harm: Medical Ethics in International Humanitarian Law*, Brill, Boston, 2014, pp. 22–26, 其中讨论了作者所谓的军医面临的“双重忠诚”（“dual-loyalty”）冲突：“军医首先是士兵其次是医生，还是反之成立？”，以及p. 429：“医生应该首先是医生，并应因此致力于帮助需要医疗照顾的人员，其次才是士兵”。See also Toebes, p. 173.

“不可侵犯性”和“中立性”等术语。虽然这些术语仍然可以用于描述第24条所涉人员的地位，但在现如今的条约中已不再使用。

1983 “在一切情况下”给予尊重与保护的要求意味着该义务不受可行性这一标准的制约。只有在有关人员的行为构成“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”时，才可有所背离（见下文）。因此，有关作战的原因或军事必要性本身并不构成任何可以违背尊重与保护义务的理由。

1984 尊重与保护的要求引发了双重性质的义务。首先，“尊重”意味着一系列消极性质的义务，即不对被保护人采取某些类型的行为，如攻击。其次，“保护”意味着一系列积极性质的义务，即采取某些有利于此类人员的措施，例如对试图干扰此类人员致使其无法开展工作的第三方采取措施。

1985 “尊重与保护”的含义具有多面性，不能简单地将其视为应采取的一系列措施或不应采取的一系列行动。此外，“尊重”的义务和“保护”的义务往往无法做出明确区分。同一行为可能表现为履行这两种义务。因此，以下各段仅旨在举例强调在实际履行“在一切情况下应受尊重与保护”这一要求时所固有的某些方面的问题。根据具体情况，该义务的切实履行可能需要采取更多的措施。而在某些情况下则相反，下述部分措施可能并不相关。

1986 “尊重”义务和“保护”义务均适用于两类不同的关系。首先，这两项义务适用于冲突一方与敌方武装部队医务和宗教人员之间的关系。其次，它们还适用于缔约国与其本国武装部队医务和宗教人员之间的关系。当涉及“保护”义务时，后一方面可能尤为相关。

1987 在最低限度上，“尊重”要求各国遵守克制的义务，如不攻击医务和宗教人员（包括不实施直接攻击、不分皂白的攻击及有违比例原则的攻击），[30]不杀害落于己方手中的医务和宗教人员，不虐待、不以任何方式侵害、伤害、绑架、威胁、恐吓、实施身体攻击或对其进行任意逮捕。[31]此外，也需尊重对此类人员开展工作所依据的医疗道德有保护作用的法律框架。在这一方面，《第一附加议定书》第16条载有一项规则，即不得迫使医务人员违反可适用的道德规范。因此，例如，不得骚扰或以惩罚威胁医务人员以便获取他们可能医治过的伤者、病者的信息。[32]

1988 此外，不得强迫医务和宗教人员放弃可适用法律所赋予的权利。[33]

30 See Gisel. 有关不同的观点，见美国《战争法手册》（2015年），第4.10.1、7.8.2.1、7.8.2.1段。

31 任意逮捕可包括，例如，非法或以恐吓为目的而实施的逮捕。尽管如此，逮捕违反可适用法律的医务人员仍然是合法的。但是，在某些情况下（例如，大规模逮捕或以虚假借口实施的逮捕），后者仍然可能构成对“尊重”医务人员的义务的违反。

32 Breitegger, pp. 118–121.

33 见第7条。

1989 就所有上述行为而言，仅威胁采取此类行动同样是非法的，即使所威胁的行为并未付诸实施也是如此。因此，例如，为阻止医务人员开展工作而威胁实施攻击的行为是受禁止的。[34]“尊重”的义务既适用于国家，也适用于国家机关。根据可适用的国际法，国家和各国家机关均可能承担责任，包括国家责任、个人刑事或纪律责任。最后，第24条所涉人员只有在某些条件下才可予以留用（见第28条和第30条），这一事实可视为直接产生于“在一切情况下”应“尊重”此类人员的要求。

1990 应当牢记的是，医务和宗教人员必须佩戴特殊标志。[35]根据《国际刑事法院规约》，“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……人员”在国际性和非国际性武装冲突中均构成战争罪。[36]同样，针对有关人员实施交战报复的行为也违反了尊重义务。[37]在这一方面，值得重申的是，第24条所涉人员是受《日内瓦第一公约》保护的人员。因此，如果针对此类人员实施《日内瓦第一公约》第50条所列之行为，则可能构成严重破坏公约的行为。

1991 “保护”医务和宗教人员的义务在其最低限度上意味着采取措施确保他们能够开展工作的义务，以及避免不适当地干扰他们工作的义务，此类干扰行为包括仅因他们履行受指派之职责而逮捕他们等。[38]与“尊重”义务一样，“保护”义务既适用于国家，也适用于国家机关。根据可适用的国际法，国家和各国家机关均可能承担责任，包括国家责任、个人刑事或纪律责任。保护义务的首要目标是确保医务人员能够救助需要帮助的人——即，对于医务人员来说，能够救助伤者与病者。

1992 根据具体情况的不同，“保护”义务同样可包含“保证”第三方“尊重”此类人员的义务。可能的相关情况是，抢劫者或掠夺者试图干扰医务或宗教人员使其无法开展工作。在此种情况下，必须采取实际措施制止该干扰行为。简而言之，需对医务和宗教人员进行防卫、协助或救援。

1993 在不影响“尊重”义务和“保护”义务的绝对性的前提下，必须承认，在某些情况下，出于军事必要的考虑，需暂时推迟对允许有关人员执行医疗任务之义务的实际履行。[39]在这一方面，不同于“保护”义务，“尊重”义务不允许任何例

34 就这一问题而言，第18条第3款具有相关性：“任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪。”另见《第一附加议定书》第16条关于“对医疗职责的一般保护”的规定。

35 展示标志本身并不赋予保护；标志只是一个外在的记号，表明展示标志者受保护的身份。更多详细讨论，见关于第40条的评注，第二部分第（四）节。

36 见《国际刑事法院规约》（1988年）第8条第2款第2项第24目和第5项第2目。

37 另见第46条。

38 更广泛地说，在《第一附加议定书》的语境下，这意味着一项遵守议定书第16条（对医疗职责的一般保护）的义务。这一义务既适用于己方的医务人员，也适用于敌方的医务人员（例如在被留用时）。

39 例如，见贝宁《武装冲突法手册》（1995年）第三分册，第5页（“受特别保护的人员不得直接参加敌对行动，也不应受到攻击。只要战术情况允许，应允许他们执行任务。”）；克罗地亚《指挥官手册》（1992年），第7、12段（“受特别保护的人员不得直接参加敌对行动，也不得受到攻击。在战术情况允许的情况下，应允许他们执行任务。”）；以及尼日利亚《国际人道法手册》（1994年），第45页，第6段（“必须尊重被承认为……受特别保护的人员。除非战术情况不允许，否则应允许受特别保护的人员开展活动。”）

外，即便存在紧急的军事必要也是如此。

1994 “在一切情况下”这一措辞不仅旨在强调第24条所载实质性义务的严格性，而且还旨在强调该义务在一切时间、一切地点均可适用，无论是在战场上还是在后方，也无论医务或宗教人员仅被敌方暂时留用还是长期留用均如此。最后，这一措辞强调了以下论点：对武装冲突方而言，无论敌方是否遵守该义务，其自身均负有该义务。然而，“在一切情况下”一词并不排除医务和宗教人员在某些特定且有限的情况下丧失“受尊重与保护”之权利的可能性。

六、丧失保护：人道任务之外有害于敌方之行为

1995 第24条并未涉及“在一切情况下应受尊重与保护”的权利是否会在某些情况下丧失的问题。尽管如此，按照有关医务和宗教人员的保护制度的逻辑，在某些情况下，医务和宗教人员可能会丧失保护。采取这一立场的理由是，根据第24条，各缔约国将保护赋予敌方武装部队的某些人员，而享有这种特权地位则意味着负有不得滥用该项保护的相应义务。第24条中对“专门”一词的反复使用强调了这一点。

1996 只有在有关人员实施了“有害于敌方之行为”，且该行为的实施“越出其人道任务之外”时，才会丧失“受尊重与保护”的权利。值得强调的是，“越出其人道任务之外……有害于敌方之行为”是导致丧失上述权利的唯一法律标准。不得援引军事必要等任何其他理由作为丧失保护的正当理由。

1997 《日内瓦第一公约》第21条在对医务部门的固定医疗所及流动医疗队作出规定时，就其保护的丧失也使用了“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”的标准。[40]同样关于此类医疗所及医疗队，公约第22条规定了一个非穷尽式的清单，列出了不得视为可导致丧失保护的“情形”。虽然这两条规定都是从医疗所及医疗队丧失保护的角度制定的，但同样的标准应比照适用于提供医疗或宗教服务的人员。因此，举例而言，下述事实不应视为害敌行为：此类人员携带“由伤者、病者身上所解除之小型武器及弹药而尚未缴送主管机关”，以及他们“扩展其人道的活动及于伤病平民之照顾”。[41]

1998 实践中，至关重要的是了解具体何种行为构成“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。在国际协定法的层面上，除了第22条所列之“情形”外，不存在任何相关定义，且几乎没有开展阐明这一概念的相关工作。缺乏

40 《第一附加议定书》第13条第1款使用了“人道主义职务”而非“人道主义任务”的措辞；《第二附加议定书》第11条第2款使用了“敌对行为”而非“有害于敌方之行为”（或害敌行为）的措辞。这些术语上的细微差别没有实质性影响。

41 分别见第22条第3款和第5款。

基于条约的定义可能会造成某些不确定性。因此，鉴于所涉及的人道价值，如果对某一特定类型的行为是否属于害敌行为存有怀疑，则不应将其视为害敌行为。

1999 在日内瓦四公约的谈判过程中，红十字国际委员会对“有害于敌方之行为”一词提出了以下定义：“通过便利或阻碍军事行动，具有损害敌方的目的或效果的行为”。[42]虽然这一提议没有被纳入四公约的约文，但仍有助于更好地理解这一概念。红十字国际委员会在初版评注中提出了以下示例（尽管这些示例是关于物体）：“利用医院作为健全战斗员或逃亡者的庇护所，作为临时武器或弹药库，或作为军事观察哨；另一例是故意将医疗队设于会阻碍敌方攻击的位置上”。[43]

2000 从红十字国际委员会提案中的“目的或效果”一词可以看出，“有害于敌方之行为”的标准应从广义上理解：越出医务或宗教人员的人道任务之外，对敌方造成损害的任何形式的行为均可视为害敌行为。根据具体情况，第24条所涉人员拿起武器对抗敌人（自卫除外）、[44]协助操作武器系统、协助规划军事行动或传递具有军事价值的情报[45]等情况，均满足这一标准。另一种可能构成害敌行为的情况是，医务人员帮助本国身体健全的战斗员暂时藏身于医院。根据具体情况，只要符合构成要件，从事上述任何一种行为也可能构成被禁止的背信弃义行为，和（或）另外构成对特殊标志的不当使用。[46]

2001 “越出其人道主义任务之外”这一措辞表明，某些行为可能符合“有害于敌方之行为”的标准，但不会导致丧失保护。[47]如前所述，第24条所涉及之人员有权为健全的战斗员开展预防疾病和提供宗教服务等特定活动。即使这些活动的效果可能有害于敌方，但该活动仍在医务和宗教人员的人道任务范畴之内。因此，这些活动不会导致丧失保护。即使某一特定行为可能被视为“有害于敌方之行为”，但如果该行为是作为履行此类“人道主义任务”的一部分或作为履行该任务的结果而实施的，则仍不会导致丧失保护。这种细微的差别很重要，因为医务和宗教人员的工作有时可能会给军事行动带来暂时的不便，例如，他们在军事行动地区附近履行职责或者因收集伤者、病者而阻碍敌人前进的情况。只要其活动不超出规定的“人道主义任务”的范围，有关行为便不会导致保护的丧失。

42 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第59页。另见《1973年红十字国际委员会向国家红会提交的1929年日内瓦公约修订草案》，第3页。

43 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 200-201.

44 有关“自卫”概念范围的讨论，见关于第22条第1款的评注。

45 例如，关于美国的武装部队，见《联合作战中的宗教事务》（2013年），第1～2页，指出：“随军牧师不得直接或间接从事战斗员的任务；不得开展有损其非战斗员身份的活动；不得充当情报收集员或提出关于战斗目标选择的建议；不得针对在禁止打击名单或目标名单上列入或排除特定建筑物提出建议。”

46 至于哪些类型的背信弃义行为属于被禁止的行为，见《第一附加议定书》第37条第1款第一句；关于正当和不正当使用特殊标志的问题，分别见《日内瓦第一公约》第40条和第44条以及《第一附加议定书》第38条第1款。

47 更多详细讨论，见关于第21条的评注，第1844段。

2002 “越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”的标准与“直接参加敌对行动”的标准有一些相似之处。但是，这两个概念是相互独立的，有各自的适用范围，并且会产生不同的后果。“直接参加敌对行动”的标准只适用于平民，而不适用于第24条所涉及之人员。因此，不可将这些概念混为一谈。[48]

2003 就所涉行为而言，“有害于敌方之行为”概念的适用范围比“直接参加敌对行动”概念的适用范围更广。[49]因此，平民实施的符合“直接参加敌对行动”标准的每一个行为，若由根据第24条有权获得尊重和保护的人员实施，则将构成“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。但是，反过来却并非如此，因为并非每一个由平民实施的“有害于敌方之行为”，均构成“直接参加敌对行动”。

2004 虽然“有害于敌方之行为”的概念很宽泛，但并非毫无限制。武装部队的医务人员经常可能处于战斗员附近，并与他们乘坐同一辆车。武装部队的医务人员与战斗员同乘一辆车的事实，或者他们甚至可能被编入战斗员部队的事实，不得视为“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。[50]医务人员在战斗员附近可能有助于救治伤者病者。但是，必须遵守禁止利用医务或宗教人员的存在来试图掩护军事目标不受攻击的规定。[51]同样，不能仅因此类人员穿着敌方武装部队的制服的事实就认为存在“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。[52]

2005 根据第22条第1款所列情形，武装部队的所有医务和宗教人员均可配有轻型单兵武器而不丧失保护。[53]只有国家当局有权决定此类人员是否有权携带武器。[54]如

48 红十字国际委员会：《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》，尼尔斯·梅尔泽编，红十字国际委员会2009年版，第20页：“当国际人道法规定除平民以外的其他人有权免受直接攻击时，该保护的丧失和恢复标准与直接参加敌对行动的类似，但并不必然完全相同。”

49 见美国《战争法手册》（2015年），第7.8.3段；See also Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, p. 411; Robert W. Gehring, ‘Loss of Civilian Protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I’, *Military Law Review*, Vol. 90, 1980, pp. 49–87; Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 329.

50 同样，见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则25的评注，第81页：

> 医务人员配有用于自卫和保护病患的小型武器以及为此目的而使用这种武器的行为，并不导致其丧失保护。而且，对适用于医疗队的相似规则进行类推适用可知，医疗队由军事人员护送或出现这些人员，或者医务人员持有由病患身上所解除而尚未缴送主管机关的小型武器和弹药，均不构成敌对行为。

51 见《第一附加议定书》第12条第4款。另见《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项第23目和《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则97。

52 对于该问题的进一步讨论，见关于《第一附加议定书》第39条第2款的评注。

53 对于该问题的进一步讨论，包括许可使用的武器类型，见关于第22条的评注，第三部分。See also Breitegger, p. 112:

> 医务人员仅使用……头盔、防弹衣或防毒面具等个人防护用品，或使用装甲车，不会超出个人防卫的允许限度，因为这些物品完全用于实现防卫目的，可吸收爆炸装置的冲击或减少与化学品或危险材料接触的风险。

54 关于作此决定时可参考的考量因素类别的概述，见ICRC, *Ambulance and Pre-Hospital Services in Risk Situations,* ICRC, Geneva, 2013, pp. 35–38, under the heading ‘The question of personal protective equipment (PPE) should be analysed by country and/or context and proper training provided’。

果在国家层面决定授权（或强制）[55]医务和宗教人员携带经许可的某类武器，则不能仅凭他们携带此类武器这一事实而认为其存在“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。但是，有关武器只能用于两个特定目的：用于此类人员的“自卫”或用于保护“其照顾下的伤者、病者”。因此，即使在武器的使用具有防卫性质的情况下，也不能将其用于防卫他人，更不能用于防卫军事目标。[56]如果允许这种情况发生，医务和宗教人员与战斗员之间的界线很容易变得模糊不清。此外，此类人员不得主动拿起武器，例如以实现进攻的目的或参与“防卫”因素超出上述两个既经准许之目的范围的防御性军事行动。[57]当他们为进攻性目的或不被承认的防御性目的而拿起武器时，这种行动可视为“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”，但无论如何，这都应视具体情况而定。

2006 出于两个既经准许的目的（即自卫和保护伤者、病者）可使用武器的权利，可能会导致此类人员开始积极参与战斗，不止是抵御抢夺者，他们还可能参与类似于战斗的情况。因此，医务和宗教人员需始终注意使用武器自卫和保护其照顾下的伤者、病者所固有的潜在危险。即使是为了既经准许的目的，过早使用武器也可能会导致各方普遍不信任其根据《日内瓦第一公约》所享有的被保护人地位。

2007 实践中出现了以下问题：指派医务和宗教人员执行哨兵或警卫任务本身是否构成“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。由于这是一个临界情况，建议指挥官避免指派医务和宗教人员执行此类任务，以免影响对此类人员的保护。[58]受指派执行哨兵或警卫任务的人员是否可视为从事“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”，应视具体情况而定。在这方面，相关人员受指派守卫的设施的性质尤为相关。如果有关设施属于军事目标，执行此种任务（特别是作为警卫，因为这一任务可传递有关部队前进的情报等）可视为“越出其人道

55 在国家层面，可能会作出决定使医务或宗教人员不仅有权而且被强制在国际人道法允许的范围内携带武器。也可能会发生有关人员不愿遵守这一命令（例如，出于宗教原因）的情况。但是，只要该命令仍在国际人道法的限制范围内，那么在国际法中，他们便没有不遵守该命令的法律依据。

56 英国《包含英国国家要素的盟军卫生保障联合条令》（2015年），第1～98页：“医务人员不得用于支持对非医疗设施和资产的集体保护。各级指挥官有责任保证医务人员的受保护身份得到维护。”

57 另见英国《武装冲突法手册》（2004年），第7.16段：“〔医疗〕队可以‘由警卫或哨兵或护送卫士保卫’〔脚注特别提到了《日内瓦第一公约》第22条第2款〕。但是，守卫人员也只能以纯粹的防卫方式行事，不得对抗敌方对该医疗队的占领或控制。”

58 见美国《海军条例》（1990年），第1063段：

> 在武装冲突期间被派往战斗地区时，医生、牙科医生、牧师、医务部门人员、护士或医疗队人员以及牙科技师应当仅被派遣或准许从事与医疗、牙科或宗教服务以及管理医疗、牙科或宗教队或医疗、牙科或宗教所有关的工作。这一限制对于保护这些人员根据1949年8月12日日内瓦四公约享有的非战斗人员身份而言是必要的。

Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War,* Cambridge University Press, 2010, p. 193, 其述及美国的一项指令，其中包括以下句子：“医护兵不得在检查或控制点的防御岗位上驻守。”

主义任务之外……有害于敌方之行为”。但如果属于医疗队，则不应将执行此种任务视为“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”。在这一方面，可参照第22条第2款，该项禁止将“医疗所或医疗队因无武装勤务员，而由警卫或哨兵或护送卫士保卫”的事实视为“有害于敌方之行为”。因此，为医疗队担任哨兵或警卫本身并不会导致丧失保护。

2008 对于医务或宗教人员“越出其人道主义任务之外……有害于敌方之行为”的后果，需进行慎重细致的衡量。在战场上，实施这种行为无论如何都会导致丧失受“保护”的权利。例如，这意味着不能再期待敌方为此人的工作提供便利。尽管如此，当涉及到丧失“受尊重”的权利时，实施“有害于敌方之行为”本身并不意味着此人自动成为合法目标。但在实践中，很难想象存在实施了此类行为但未成为合法目标的情况，即一般来说，从事害敌行为会导致丧失受保护的权利。不过，在这种情况下，除了关于敌对行动的一般规定外还应适用第21条的要求：“惟如经给予相当警告，并依各个情形，指定合理之时限而警告仍被忽视时，始得停止保护。”[59]因此，根据第21条评注所讨论的条件，需要给有关人员一个停止有关行为的机会。武装部队的医务和宗教人员在任何时候都需要认识到实施害敌行为所固有的危险。这些行为可能会迅速影响到其他受保护人员，导致整个保护制度受到削弱。

2009 如果只实施了一项害敌行为，那么保护的丧失或许应是暂时的，即一旦该行为所产生的影响已经停止，有关人员则可重新获得第24条规定的保护。[60]换言之，仅实施一项有害于敌方的行为不会导致此人在该武装冲突的剩余时间内永久地丧失保护。

2010 无论实施一项或多项害敌行为的医务或宗教人员在战场上的地位如何，需讨论的另一个问题是，此类人员落于敌方手中后享有何种待遇。特别是，他们是否丧失了根据第30条被送回的权利，或者，如果根据第28条被留用，是否丧失了只从事医疗或精神任务的权利？如果他们受指挥官指示而从事可能构成害敌行为的行为，那么从事医疗任务的指派即被撤消。他们因而成为战斗员，且不再有资格展示特殊标志。一旦落于敌方手中，他们将成为战俘，对于在最初的指示之后实施的合法行为有权享有战斗员豁免权。但是，目前没有一致的规则，对其主动实施一项或多项害敌行为的问题作出规定。[61]如果只实施了一项有害于敌方的行为，

59 见关于第21条的评注，第三部分第（二）节。

60 针对军事医疗队和医疗所在同一问题上的概述，见关于第21条的评注，第1856～1859段，相关考虑因素也比照适用于此。

61 但是，见美国《战争法手册》（2015年），第4.9.2.3段：实施害敌行为的军事医务人员“不享有军事医务人员的身份”。同样，在第4.10.1段中：“军事医务和宗教人员如果采取超出其军事医务和宗教人员职责的行动，则丧失其特殊身份的相应保护，并可酌情获得战斗员或辅助医务人员享有的待遇。”根据这一解释，此人落于敌方手中时的身份将是战俘；见第9.3.2段，在有权获得战俘身份的人员列表中，列有“不享有留用人员身份的军事医务和宗教人员（例如，在被俘时不专门从事医疗任务的人员）”。另见美国《战区医疗后送》（2000年），第A6段，其中指出，在军事医务人员违反公约的情况下，存在“被俘医务人员成为战俘而非被留用人员”的风险，“他们可能不被允许治疗其他战俘”。对于文献中所探讨的其他选择，见Haeck, pp. 848–849, 和Sassòli, pp. 55–57。

则可主张此人身份仍然没有改变，第28条和第30条的规定仍然适用。但是，如果此人实施了若干害敌行为，这一逻辑就可能很难成立。实践中，《日内瓦第三公约》第5条意义上的主管法庭将是判定此人身份的适当且必要的权威机构，该法庭应在考虑个案所有情况后作出决定。

主要参考文献

Baccino-Astrada, Alma, *Manual on the Rights and Duties of Medical Personnel in Armed Conflicts*, ICRC, Geneva, 1982.

Breitegger, Alexander, 'The legal framework applicable to insecurity and violence affecting the delivery of health care in armed conflicts and other emergencies, *International Review of the Red Cross,* Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 83–127.

Casey-Maslen, Stuart, 'The Status, Rights, and Obligations of Medical and Religious Personnel', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 807–824.

Commission médico-juridique de Monaco, 'Le statut de la profession médicale en temps de conflit armé', Compte-rendu de sa VIII[e] session, *Annales de droit international médical*, No. 28, July 1979, pp. 52–88.

Darré, Eric and Dumas, Emmanuel, 'Vétérinaires et droit international humanitaire: réflexions sur une controverse', *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Vols 3–4, No. 43, 2004, pp. 111–136.

Darré, Eric, Alsina, Teniente Coronel Javier and Bonventre, Eugene, 'L'armement du personnel sanitaire: une contrainte nécessaire', *Revue internationale des services de santé des forces armées*, Vol. 78, 2005, pp. 193–202.

Desch, Thomas, 'Militärseelsorgepersonal – Tragen von Waffen', in Peter Steiner and Karl-Reinhart Trauner (eds), *Humanitäres Völkerrecht und seine Wurzeln*, Evangelischen Militärsuperintendentur No. 3, Vienna, 2005, pp. 25–27.

De Waard, Peter and Tarrant, John, 'Protection of Military Medical Personnel in Armed Conflicts', *University of Western Australia Law Review*, Vol. 35, 2010, pp. 157–183.

Gisel, Laurent, 'Can the incidental killing of military doctors never be excessive?', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 215–230.

Green, Leslie C., 'War Law and the Medical Profession', *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 17, 1979, pp. 159–205.

Haeck, Tom, 'Loss of Protection', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 839–854.

Hampson, Françoise J., 'Conscience in Conflict: The Doctor's Dilemma', *The Canadian Yearbook of International Law*, 1989, pp. 203–225.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docindex/home。

Hiebel, Jean-Luc, 'Droit de l'aumônerie, droit de l'assistance spirituelle', *Annuaire français des droits de l'homme*, Vol. I, 1974, pp. 531–543.

– *Assistance spirituelle et conflits armés*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1980.

– 'Human rights relating to spiritual assistance as embodied in the Geneva Conventions of 1949', *International Review of the Red Cross*, Vol. 20, No. 214, February 1980, pp. 3–28.

ICRC, *Rights and Duties of Nurses, Military and Civilian Personnel under the Geneva Conventions of August 12, 1949 (Extracts of the Geneva Conventions with Comments)*, ICRC, Geneva, 1970.

– 红十字国际委员会：《战地救护面临危险：武装冲突和其他紧急局势中的医务工作者的责任指南》，红十字国际委员会 2013 年版。

Ishan Jan, Mohammad Naqib and Ansari, Abdul Haseeb, 'The care of wounded and sick and the protection of medical personnel in time of armed conflict', *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol. XI, 2011, pp. 47–73.

Jeanty, Bernard, *La protection du personnel sanitaire dans les conflits armés internationaux*, Thèse de Licence, Université de Neuchâtel, 1990.

Kalshoven, Frits, 'Noncombatant Persons: A Comment to Chapter 11 of the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations', in Horace B. Robertson Jr. (ed.), *The Law of Naval Operations*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 64, 1999, pp. 300–330.

Koerber, H.E., 'Probleme der Bestimmungen über die Militärgeistlichen in den Genfer Abkommen vom 12. August 1949', *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 5, 1966, pp. 417–428.

Kounda, Abderrahim, *Le personnel et la logistique sanitaires au regard du droit international humanitaire*, Mémoire pour l'Obtention du Diplôme des Etudes Supérieures en Sciences Politiques, Doctorat de 3e Cycle, Université Hassan II, Casablanca, 1999.

Lavergne, Hervé, *La protection et le respect du médecin au cours des hostilités*, Pierre Moulin, Lyon, 1954.

Lunze, Stefan, *The Protection of Religious Personnel in Armed Conflict*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2004.

– 'Serving God and Caesar: Religious personnel and their protection in armed conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, March 2004, pp. 69–90.

Nahlik, E., 'Le statut du personnel sanitaire dans les conflits armés', Contribution du 'Séminaire de Varsovie sur les milieux médicaux, Novembre 1980', unpublished, available at the ICRC library.

Nicolas, Claude, *L'assistance spirituelle dans le droit de la guerre – Contribution à l'étude comparée des statuts juridiques et canoniques des aumôneries et de leur personnel*, Thèse de doctorat en Droit publique, Université de Paris XI, 1991.

O'Brien, Roderick, *A Manual of International Humanitarian Law for Religious Personnel*, Australian Red Cross Society, Adelaide, 1993.

Odier, Lucie, 'Medical Personnel Assigned to the Care of the Wounded and Sick in the Armed Forces (Training, Duties, Status and Terms of Enrolment)', *International Review of the Red Cross*, Supplement, Vol. VI, No. 10, October 1953, pp. 175–183.

Odom, Jonathan G., 'Beyond Arm Bands and Arms Banned: Chaplains, Armed Conflict, and the Law', *Naval Law Review*, Vol. 49, 2002, pp. 1–70.

Parks, Hays W., 'Memorandum of Law: Status of Certain Medical Corps and Medical Service Corps Officers Under the Geneva Conventions', *The Army Lawyer*, April 1989, pp. 5–6.

Pictet, Jean, S., 'La profession médicale et le droit international humanitaire', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 67, No. 754, August 1985, pp. 195–213.

Sassòli, Marco, '"Acts harmful to the enemy" versus "direct participation in hostilities" or when does medical and religious personnel lose protection against attack?', in *Vulnerabilities in Armed Conflicts: Selected Issues*, Proceedings of the 14th Bruges Colloquium, 17–18 October 2013, Collegium No. 44, Autumn 2014, pp. 50–57.

Schlögel, Anton, 'Schutz der Seelsorge im humanitären Völkerrecht', in Yvo Hangartner and Stefan Trechsel (eds), *Völkerrecht im Dienste des Menschen: Festschrift für Hans Haug*, Verlag Paul Haupt, 1986, pp. 259–278.

Schoenholzer, Jean-Pierre, 'Le médecin dans les Conventions de Genève de 1949', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 35, Nos 410/411, February/March 1953, pp. 94–126 and 169–194.

– 'Le soldat sanitaire n'est pas un combattant', Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge, Vol. 37, No. 436, April 1955, pp. 241–244.

– *Nurses and the Geneva Conventions of 1949*, ICRC, Geneva, 1957.

Servais, Olivier, *The Military Medical Officer and the Geneva Conventions*, International Committee of Military Medicine and Pharmacy, Liège, 1988.

Stadlmeier, Sigmar, 'Die Stellung des Militärseelsorgers im Humanitären Völkerrecht', in Hans Walther Kaluza *et al.* (eds), *Pax et Iustitia, Festschrift für Alfred Kostelecky zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 521–534.

Toebes, Brigit, 'Doctors in Arms: Exploring the Legal and Ethical Position of Military Medical Personnel in Armed Conflict', in Mariëlle Matthee, Brigit Toebes and Marcel Brus (eds), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, Asser Press, 2013, pp. 169–194.

Torrelli, Maurice, 'La protection du médecin dans les conflits armés', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 581–601.

Vollmar, Lewis C., Jr., 'Development of the laws of war as they pertain to medical units and their personnel', *Military Medicine*, Vol. 157, 1992, pp. 231–236.

– 'Military Medicine in War: The Geneva Conventions Today', in Thomas E. Beam and Linette R. Sparacino (eds), *Military Medical Ethics*, Vol. 2, Office of The Surgeon General, United States Army, Washington D.C., 2003, pp. 739–771.

Voncken, Jules, 'Le médecin, un combattant?', Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge, Vol. 37, No. 436, April 1955, pp. 245–249.

Watson, Liselotte B., 'Status of Medical and Religious Personnel in International Law', *Judge Advocate General Journal*, Vol. 20, 1965, pp. 41–59.

Wilson, Robert R., 'Status of chaplains with armed forces', *American Journal of International Law*, Vol. 37, 1943, pp. 490–494.

第二十五条
辅助人员之保护

公约条文

武装部队中曾受特别训练以备于需要时充当医院勤务员、护士、或辅助担架员，从事寻觅、收集、运送或诊疗伤者及病者之人员，如其执行任务时与敌人接触，或落于敌方之手，应同样受尊重与保护。

保留或声明

无

目 录

一、引言 603
二、历史背景 605
三、讨论 606
（一）适用人员 606
（二）保护的范围 609
主要参考文献 611

一、引言

2011 第 25 条规定了在某些条件下有权“受尊重与保护”的另一不同类别的武装部队人员。虽然在《日内瓦第一公约》中没有出现特定术语，但这些人员传统上被称为“辅助医务人员”或简称为“辅助人员”。与第 24 条所涉及的常任医务人员不同，辅助医务人员只是在部分时间内担任医务工作。在其余时间，他们将受指派执行战斗员的任务，在这种情况下，他们应享有战斗员待遇。辅助医务人员不同于常任医务人员；因此，有关这两类人员落于敌方手中时的身份及识别方法分别规定于不同条款中。[1]

1 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第120～122页和第194页。关于第24条所涉人员落于敌方手中的规定，见《日内瓦第一公约》第28条、第30条和第31条（以及《日内瓦第三公约》第33条）。关于第24条所涉人员的识别方法，见《日内瓦第一公约》第40条。

2012 由于各种原因，第25条所创设的可能性具有吸引力。从武装部队的角度来看，使用辅助人员能够以灵活且可能颇具成本效益的方式补充常任医务人员的储备。此外，由于辅助医务人员可能比常任医务人员更接近战斗员，他们可能可以更有效地履行第15条第1款等条款所规定的义务。

2013 从战场上伤者病者的角度来看，辅助人员（从其所在部队中抽调）的存在增加了他们迅速获得医疗照顾（即在战场上立即得到护理），然后迅速送往医疗设施的可能性。的确，根据所受伤势的类型，如果能够在通常称为关键“白金十分钟”或在某些情况下“黄金一小时”的时间内提供此类医疗照顾，可显著提高救治效果，甚至可以挽救生命。辅助医务人员具有独特的条件，能够在最初的十分钟内实施急救，并可在随后的一个小时内将伤员送往医疗队。

2014 辅助人员所受待遇会随着可适用制度的改变而有所变化：他们如果在与敌人接触时正在执行第25条所述的任务，则作为医务人员受到保护，但只要他们不执行这些任务，就会恢复战斗员身份。当他们落于敌方手中时，在任何情况下都将恢复其最初的战斗员身份，并因此有权享有战俘地位（见第29条），而不受益于规制第24条和第26条所指人员的留用制度（见第28条）。因此，第25条所提供的保护是基于行为的，而第24条和第26条的保护则是基于身份的。[2]

2015 无论是过去还是现在，似乎很少有武装部队真正利用第25条所提供的可能性。[3]当然，在诸多武装部队中，部分甚至大部分战斗员（有时称为“战斗救生员”）接受过在战场上执行医疗任务方面的训练。[4]但是，这些武装部队并没有声称这些战斗员属于第25条的规定范围，也没有给予他们第41条规定的特定的识别手段。因此，“战斗救生员”无权享有第25条所赋予的保护：他们即使在执行医疗任务时也是战斗员。

2016 更为相关的是，《第一附加议定书》第8条第11款设立了“临时医务人员”这一类别，其定义为“有期限而在整个期限内专门用于医疗目的”的人员。虽然第25条所涉及的武装部队人员构成第8条第11款意义上的“临时医务人员”，但后者的范围更广。构成“临时医务人员”的武装部队人员即使不符合第25条的条件，也可根据《第一附加议定书》受到保护。因此，各国可以通过另一种方式确保辅助医务人员得到保护，而不必受到第25条的限制。同时，也并不存在妨碍各国今后诉诸第25条的任何规定。[5]

2 见关于第24条的评注，第1979段，以及关于第26条的评注，第2074段。

3 See also Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 221: 这类人员“迄今为止在实践中并不多见”。

4 Geoffrey S. Corn *et al.*, *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2012, pp. 255–256.

5 见美国《战争法手册》（2015年），第4.13.1段；另见美国《军队医疗卫生系统》（2013年），第3-5～3-6页。

二、历史背景

2017 在1906年外交会议期间，起草委员会认为给予辅助医务人员保护是“不合理的”，这是因为他们在无需使用医疗技能时属于战斗员。[6]最终成为1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第9条第2款（第25条的直接前身）的规定，源于美国代表团在1929年外交会议期间提出的一项提案。[7]起初，该提案受到了批评：鉴于辅助医务人员的混合性质，一些代表团担心这一概念会在实践中造成困难并引发争议。[8]但是，该提案最终获得接受，原因是各方认为这一规定为在某些国家的实践中已经存在的一类人员提供了保护，例如，武装部队人员中接受过执行某些医疗任务培训的乐师。[9]因此，不同于必须“专门”从事一系列医疗性活动中一项或多项工作的常任医务人员，辅助医务人员不必专门从事这些活动。

2018 1929年日内瓦公约规定的辅助医务人员的身份与其根据1949年日内瓦公约享有的身份有明显不同。在1929年的制度下，辅助医务人员如果落于敌方手中，有权获得与常任医务人员相同的待遇，[10]但没有明文规定他们在战场上享有任何形式的特别保护。[11]1949年《日内瓦第一公约》倒置了这一逻辑。因此，现行制度规定，当辅助医务人员在战场上执行某些医疗任务时，他们有权“受尊重与保护”，但如果他们落于敌方手中，则不享受留用制度的保护。

2019 在1946年国家红会预备会议[12]和1947年政府专家会议上，[13]均有提案提议删除辅助医务人员这一单独类别。1947年政府专家会议提出了支持删除1929年公约第9条第2款的三个论点，即：（1）难以向他们提供身份证明；（2）许多战斗员都曾受过提供医疗服务的训练这一事实；以及（3）“最重要的是”，当大量人员被俘时，不可能知道战斗员中谁在被俘时曾从事医疗活动。[14]提交给1948年斯德

6 见《1906年日内瓦外交会议记录》，“起草委员会的报告”，第253页。

7 见《1929年日内瓦外交会议记录》，第127页和第129页。

8 见上注，第129～130页（瑞士和荷兰代表团的评论）。

9 见上注，第130页（美国代表团）、第168页（法国代表团）和第169页（瑞士代表团）。有关促成1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第9条第2款获得通过的讨论，见上注，第183～189页。

10 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年），第12条第1款。

11 然而，如Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 222所述：“这并不意味着敌方有权故意向收集伤者的辅助人员开火。如果敌方人员偶然识别出辅助人员的身份，就有义务对其身份予以尊重。”

12 见《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第59～66页。另见上注，第V卷，第21～22页。但最终，1946年会议保留了辅助医务人员这一类别，同时希望确保这类人员能够通过身份证证明自己的身份。另见《1946年国家红会预备会议报告》，第28页。

13 1947年政府专家会议建议删除此类医务人员；见《1947年政府专家会议纪要》第II卷，第5页。有关讨论，见《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第149～151页和第187～189页。

14 《1947年政府专家会议报告》，第33页。

哥尔摩红十字国际大会并获得通过的草案中，仍没有重新订入1929年公约的第9条第2款。[15]

2020 1949年外交会议期间，《日内瓦第一公约》是否应保留这一单独类别仍然是一个有争议的问题。希望废除这一类别的代表提出的主要问题是，这一类别容易受到滥用。例如，一名战斗员可能会谎称其被俘时正在从事医疗工作。另一个问题是，当大量敌方战斗员同时被俘时，很难知道实际上谁在被俘时曾从事医疗活动。当然，由于1929年公约规定当他们落于敌方手中时，有权获得与常任医疗人员相同的特权待遇，这进一步加剧了这些担忧。

2021 最后，《日内瓦第一公约》保留了辅助医务人员这一类别，其考虑在于，第25条中提到的活动可以满足明确的人道需求：辅助医务人员十分接近伤者、病者，他们几分钟前可能还同为战斗员，这将使辅助医务人员能够执行明确规定的某些医疗任务，如将伤者迅速转移出战场。[16]

2022 新制度充分解决了有关战斗员一旦落于敌方手中可能会倾向于要求获得辅助医务人员身份的这一担忧：他们在敌方手中时有权获得的待遇是适用于战斗员的待遇，而非适用于常任医务人员的待遇（见第29条）。这符合日内瓦四公约保护医务人员的目的，即让伤者、病者获得足够的医疗照顾。

三、讨论

（一）适用人员

2023 第25条所适用的人员是因其职务而作为医务人员受到临时性保护的战斗员。

2024 “辅助医务人员”这一类别只能包括某些武装部队人员。它不适用于各国红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的工作人员。[17]在这方面，“辅助医务人员”一词不应与各国红十字会与红新月会在人道领域作为政府当局助手的角色相混淆。[18]

15 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第15～16页，只保留了1929年公约的第9条第1款。此外，见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第17页，只保留了最终成为《日内瓦第一公约》第24条的规定的前身。另见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第13页，提议对最终成为第24条的相关内容进行修正，但未提及重新订入最终成为第25条的规定。

16 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第68页。另见《1949年日内瓦外交会议纪要》第I卷，第10次会议，第27～29页。为了恢复1929年公约第9条第2款，提出了两项修正案：见英国提出的修正案，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第III卷，第35页，附件32，以及瑞士提出的修正案，上注第III卷，第37页，附件33。这些修正案的原则已经为起草委员会所接受；见上注，第II-A卷，第77～78页。关于起草委员会提议的案文，见上注，第120～122页，以及，案文的最后修改，见上注，第II-B卷，第213～214页。

17 但请注意《第一附加议定书》第8条第11款中增加的“临时医务人员”为议定书缔约国提供的可能性。这些人员可以是但并非必须是武装部队人员。

18 见关于第26条的评注，第2087段。

2025 第25条，连同第29条和第41条的相关规定，当然适用于武装部队的陆基部门。但其适用范围并不限于此：医务飞机上也可能有辅助医务人员，如果他们落于敌方手中，其地位应当适用第29条的规定。[19]

2026 他们在不执行任务时是而且仍然是战斗员的事实，以及他们不会成为武装部队医务部门人员的事实，不仅可以从第29条得出，还可从《第一附加议定书》第43条第2款反推得出："冲突一方的武装部队人员（除第三公约第三十三条的规定所包括的医务人员和随军牧师外）是战斗员，换言之，这类人员有权直接参加敌对行动。"由于《日内瓦第一公约》第25条所涉人员不在《日内瓦第三公约》第33条的规定范围内，他们的身份仍然是战斗员，但其直接参加敌对行动的权利暂时中止：一旦他们实施"有害于敌方之行为"，他们就会丧失保护。[20]

2027 允许辅助医务人员参与的医疗职能仅限于三种：医院勤务员、护士或辅助担架员。[21]这是一种穷尽式列举。因此，它比第24条规定中所列活动的范围要窄得多。例如，外科医生或从事管理医疗队及医疗所的职员就不在第25的适用范围之内。因此，根据《日内瓦第一公约》，此类人员不能临时性地开展其活动。[22]

2028 反过来说，某武装部队人员担任第25条规定的某项职务，并不一定意味着该人将属于该条款的规定范围。如果《日内瓦第一公约》第24条的相关条件得到满足，则同样有可能适用这一条款：第25条所涉及的所有三类人员也都在第24条的适用范围内。某人员是在第24条还是第25条的规定范围内，这个问题由国家当局来作出选择，国家当局必须在此基础上指定此人，并反映在国家提供的识别手段中（见第40条和第41条）。[23]在落于敌方手中时，第24条所涉及的常任医务人员将受《日内瓦第一公约》第28条、第30条和第31条（以及《日内瓦第三公约》第33

19 见第36条第5款，其中提到医务飞机被迫"非自愿降落于敌人领土或敌人占领地"的可能性。在这种情况下，"医务人员应按第二十四条及以下各条待遇之"。这意味着，医务飞机上的人员也可能属于第25条所涉人员。另见关于第25条的评注，第2025段。当医务飞机上的医务人员在海上落于敌方手中时，《日内瓦第二公约》第39条第5款规定，应按该公约第36条和第37条给予待遇。这涉及第36条所规定的人员，即医院船上的宗教、医务及医院工作人员以及其船员。但是，这不涉及第37条所规定的人员，因为该条款规定的是留用制度。如果第25条所涵盖的医务飞机上的人员在海上落于敌方手中，其地位和待遇最宜准用《日内瓦第一公约》第29条的规定。另见《第一附加议定书》第30条第4款，该条涉及可拿捕医务飞机的条件。如果发生这种情况，"对机上人员应按照各公约和本议定书的有关规定给予待遇"。

20 关于因实施害敌行为而丧失保护的问题，见关于第24条的评注，第六部分。

21 虽然《日内瓦第一公约》的法语文本仅提到"infirmiers ou brancardiers auxiliaires"（"护士或辅助担架员"），但"医院勤务员"这一类别也被理解为包括在内；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第122页。另见关于第55条的评注，第二部分第（二）节。

22 《第一附加议定书》改变了这一点，其明确允许军事医务人员是临时的；见议定书第8条第3款第1项和第11款。另见《日内瓦第四公约》第20条第3款，该款规定在民用医院工作的人员具有类似于《日内瓦第一公约》第25条所规定的地位：除经常和专门从事民用医院工作及管理的人员外，"从事民用医院工作及管理之人员，若担任此类任务时，应受尊重与保护，并……佩带臂章。"

23 见美国《战争法手册》（2015年），第4.13.2段。

条）所规定的“留用”制度规制，而第25条所涉及的辅助医务人员将受第29条所规定的制度规制。

2029 至于第25条所指称的三种职务的含义，在国内法中（如内部行政法规中）是否实际使用“医院勤务员”、“护士”或“辅助担架员”的术语并不重要。在这一语境下，“勤务员”一词的定义是“医院中负责清洁和其他非医疗任务的服务人员”。[24]“担架员”一词是指用担架抬“躺着的病者、伤者或死者”的人员。[25]在实践中，此处重要的是所从事的活动（即运送这些人员），而非是否涉及抬担架。因此，例如，在医务飞机上操作救援吊带的人员，（只要符合第25条的所有其他条件）即可构成辅助人员。

2030 关于“医院勤务员、护士、或辅助担架员”可以从事的活动，第25条所列的四项活动（“寻觅、收集、运送或诊疗伤者及病者”）也出现在第24条中，需要作相同的解释。[26]与第24条的情况一样，第25条（通过使用“或”字）有意将这一列举规定为具有选择性质，允许同一人员从事一项以上的上述活动。[27]

2031 但是，与此同时，关于第24条和第25条所涉人员可以从事的活动，两项条款之间有以下三个不同之处。首先，“预防疾病”仅在第24条中被提及。[28]其次，从事管理医疗队及医疗所的职员不能根据第25条行使职能。最后，军事宗教人员（在第24条中被称为“随军牧师”）也不能根据第25条行使职能。《第一附加议定书》在这方面作出了不同的规定，允许医务人员和宗教人员临时性地执行其任务。[29]

2032 如前所述，“辅助医务人员”一词在《日内瓦第一公约》中没有出现，但传统上一直用于指称第25条所规定的人员。这个词可能给人带来错误的印象。虽然“辅助”一词意味着支持或辅助作用，但“辅助医务人员”所从事的活动可能完全不止于发挥辅助作用：在某些情况下，其从事的活动可以拯救生命。就第25条而言，“辅助”一词指的是此类人员相对于（常任）医务部门人员的定位，而不是所从事活动的性质（或效果）。

2033 辅助医务人员适用第25条的一个重要前提条件是，他们“曾受特别训练以备于需要时充当医院勤务员、护士、或辅助担架员”。[30]培训的内容和时长由国家当局自行决定。培训不一定要由武装部队自己来进行，即在武装部队之外获得的资

24 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1007. 关于“勤务员”一词的更多详细讨论，见关于第22条的评注，第1871段。

25 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, pp. 118 and 1428.

26 见关于第24条的评注，第三部分第（一）节。1929年公约第9条第2款中没有出现“寻觅”一词。1946年国家红会预备会议增加了这一用词；见《1946年国家红会预备会议报告》，第28页。

27 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第213～214页。

28 这是有意而为；见《1949年日内瓦外交会议纪要》第I册，第26次会议，第58页。

29 见《第一附加议定书》第8条第11款。

30 另见第41条第2款，该款要求第25条所涉人员“所携带之军事证明文件，应注明其所受之特别训练”。

质也可满足条件。培训也不需要在武装冲突爆发前就已进行：第25条颇有助益的一个原因是，可以根据武装冲突期间产生的需求，对战斗员进行特定医疗职能的训练，以（例如）弥补医务人员短缺的情况。

2034 但是，培训必须达到一定的技能和专业化水平。它需要使有关人员具备执行“医院勤务员、护士、或辅助担架员”的任务所必需的资格。因此，大多数战斗员在常规训练中接受的基本急救训练不一定足够。[31]

2035 此外，仅仅是“曾受特别训练以备于需要时充当医院勤务员、护士、或辅助担架员”这一事实，并不必然也不会自动意味着这些人员涵盖在第25条的规定范围之内：他们必须根据第25条被指定担任这些职能。[32]任何武装部队人员都不会仅因愿意以“辅助医务人员”的身份行事而归入第25条的适用范围。实践中，某些武装部队将一些战斗员训练成“战斗救生员”，但并不声称这些人员属于第25条的范围。因此，这些武装部队并没有向这些人员提供第41条规定的识别手段。

2036 进一步说明，如果指挥官决定指派一名未经必要训练的战斗员去照顾阵亡战友，那么此人不在第25条的适用范围之内。同样，未根据第25条规定被指定为“辅助医务人员”的战斗员，如果自发地帮助阵亡战友，也属自担风险的行为。虽然希望敌方出于善意和人道考虑不攻击这类人员，但此类人员无权得到任何特定保护。

2037 辅助人员从事医疗活动的受益者是“伤者及病者”。就《日内瓦第一公约》而言，“伤者及病者”的概念必须从专门意义上予以理解，即指属于第12条和第13条所规定之各类伤者病者。但是，如果辅助医务人员将其活动范围扩大到受伤和患病的平民，这一事实并不剥夺他们受尊重与保护的权利。[33]

（二）保护的范围

2038 如果辅助人员“与敌人接触，或落于敌方之手”时正在执行医疗任务，则必须予以尊重和保护。因此，如果发生这种情况时辅助人员不是在执行医疗任务，他们就无权得到第25条规定的保护。[34]

2039 “落于敌方之手”这一概念的含义在关于第14条的评注第三部分第（三）节中有所论述。至于“与敌人接触”的概念，其不要求身体或其他直接接触。从敌方识别出某人有权获得第25条规定的保护的那一刻起，即构成“接触”。

31 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第194页。

32 见美国《战争法手册》（2015年），第4.13.2段。

33 另见第22条第5款。

34 这种情况并不排除辅助医务人员在落于敌方手中后即成为战俘，并鉴于他们的医疗技能，“于需要时应令其担任医务工作”；见第29条，其中提到“第二十五条所指人员落于敌方手中者”，而不要求其乃曾在“执行〔其〕任务时与敌人接触，或落于敌方之手”。更多讨论，见关于第29条的评注，第2210段。

2040 尊重与保护的概念应按照第24条中相同的方式进行理解（如“同样”一词所示）。这一比照适用意味着，第25条所涉人员只要正在执行医疗任务，就属于受《日内瓦第一公约》保护的一类人员。因此，公约禁止对他们进行报复。[35]如果针对第25条所涉人员实施第50条提到的行为，这些行为将视为严重破约行为。此外，根据1998年《国际刑事法院规约》，故意指令攻击辅助医务人员可能构成战争罪。[36]另外，常任医务人员可以携带和使用武器的条件和限制，也比照适用于辅助人员。[37]最后，在该规定适用的情况下（无论是作为条约还是习惯法），第25条所涉人员有权享有《第一附加议定书》第16条中所规定的“对医疗职责的一般保护”，该条款适用于任何“从事医疗活动的人”。

2041 反过来，享有“受尊重与保护”的权利意味着，可能丧失这一权利的条件也具有类似的适用性。[38]在这方面，辅助医务人员的混合性质具有某种程度的敏感性。特别是，他们可能从第25条所临时保护的护士等角色转变为战斗员，这可能会引发不信任。[39]第25条的独特性在于，该条规定冲突一方有义务“尊重与保护”敌方武装部队人员，而这些人员在开始执行辅助医务人员的任务之前可能刚刚还处于战斗状态，并且他们可能在第二天或甚至在几个小时之后就又恢复战斗活动。为了维护制度的完整性和对制度的信任，被指定为辅助医务人员的战斗员最好不要反复转换身份，例如在同一天内多次转换身份。

2042 鉴于辅助医务人员角色的敏感性，根据第25条部署人员的国家必须使他们认识到，在履行这一职责时，需要严格避免实施任何可能被视为“有害于敌方”的行为。[40]就此而言，对于背信弃义的禁止性规定尤为相关，特别是由于辅助人员可以携带武器，尽管这受到某些限制。[41]

2043 该制度在这方面有一个内在的纠正措施：根据第25条提供的保护遵循属时原则，仅限于“其执行”其医疗任务的时间点。在这方面，第25条与第24条明显不同，第24条中“受尊重与保护”的权利“在一切情况下”都存在。

35 见第46条。

36 1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第24目在“战争罪”的清单中包括：“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”。2002年《国际刑事法院犯罪要件》第1段就该战争罪指出：“行为人攻击依照国际法使用特殊标志或其他识别方法以表示受《日内瓦公约》保护的一人或多人、建筑物、医疗单位或运输工具或其他物体。”虽然《日内瓦第一公约》第41条规定的识别方法不属于“《日内瓦公约》所订特殊标志”，但可以理解为构成“表示受《日内瓦公约》保护”的“其他识别方法”之一。

37 更多详细讨论，见关于第24条的评注，第2005段。

38 见上注，第六部分。

39 在这方面，“辅助医务人员”（《日内瓦第一公约》第25条所涉人员）和“被派到民防组织的武装部队人员和军事单位”（《第一附加议定书》第67条第1款所涉人员和单位）之间存在显著区别。适用于后者（而不适用于前者）的要求之一是“该人员须在冲突期间不执行任何其它军事职责”。

40 Peter de Waard and John Tarrant, ‘Protection of Military Medical Personnel in Armed Conflicts’, *University of Western Australia Law Review*, Vol. 35, 2010, pp. 157–183, at 181.

41 见《第一附加议定书》第37条第1款。关于辅助人员携带武器的权利，见第2040段。

2044 第25条中没有规定的是第24条中关于“专门性”的要求。[42]然而，从逻辑上讲，只要辅助人员在执行其医务性质的工作，他们就必须比照遵守这一要求。第25条所涉人员可视为《第一附加议定书》第8条第11款意义上的“临时医务人员”概念所包含的一类人员。因此，只有当他们“有期限而在整个期限内专门用于医疗目的”时，他们才有望在战场上“受尊重与保护”。在真实的战场情况下，一方面希望，只有在辅助医务人员“执行任务时与敌人接触，或落于敌方之手”时才予以尊重与保护的要求会得到善意的解释，另一方面也希望，辅助人员在行动时将遵守源于这一规定的限制。

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 24 条的评注的主要参考文献。

42 见关于第24条的评注，第四部分第（二）节。

第二十六条
救济团体之人员

公约条文 *

一、凡经本国政府正式认可并核准之各国红十字会及其他志愿救济团体之人员，如担任第二十四条所述人员同样之任务，则应与该条所述人员处于同样地位，但此类团体之人员应受军事法规之约束。

二、每一缔约国应将在其责任下准许从事协助其武装部队的正规医疗工作之各团体之名称，通知其他一方。此项通知，应于平时，或战事开始时，或战事进行中，但无论如何，在实际使用各该名称以前为之。

保留或声明

无

目 录

一、引言 614
二、历史背景 614
三、适用团体 617
（一）“各国红十字会”和“志愿救济团体” 617
（二）志愿救济团体必须得到“认可”和“核准”（第 26 条第 1 款） 619
（三）通知团体名称的要求（第 26 条第 2 款） 620
四、适用人员 622
（一）担任第 24 条所述任务的人员 622
（二）应受“军事法规”的约束 623
（三）在国家之责任下工作 624
五、享有与第 24 条所涉人员完全相同的保护和待遇 625
六、1949 年以来的发展情况 626
（一）各国红十字会与红新月会 626
（二）其他志愿救济团体 628
（三）辩证性评估 629
主要参考文献 630

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

2045 第 26 条规范的是一种特定类型的人道活动。这种活动即，各国红十字会或红新月会或其他志愿救济团体的人员受托在国际性武装冲突中协助其本国武装部队的医务部门。[1] 这一规定对各国红十字会与红新月会（以下简称“各国红会”或“国家红会”）具有重要意义，因该规定在国际人道法中确立了各国红会在支持政府当局开展人道任务方面的独特地位和作用。

2046 根据第26条规定的条件，这些团体的人员与《日内瓦第一公约》第24条所涉及的军事医务人员和宗教人员享有同等地位。[2]因此，此类人员虽然不是武装部队人员，但也在《日内瓦第一公约》有关军事医务人员和宗教人员的保护制度的适用范围之内。[3]

2047 自1949年日内瓦四公约通过以来，第26条在实践中发挥作用的情况相对较少。

二、历史背景

2048 第26条的开端可以追溯至国际红十字与红新月运动（以下简称“运动”）的起源。[4]当时提出的想法是设立民间志愿救济组织，委托其发挥助手作用，负责在照顾伤兵方面为武装部队医务部门提供补充和协助，这一组织后来被称为各国红十字或红新月会。[5]这个想法得到日内瓦众多有影响人士的积极支持。在他们的努力下，1863年召开了日内瓦国际会议。该会议通过的决议第1条声明：“各国均应设立一个委员会，负责在战时需要的情况下尽其所能协助军队医务部门的工作。”[6]

1 第26条规定的情况必须与第27条规定的情况（中立国认可的团体向冲突一方提供其医疗人员及医疗队）区别开来。《日内瓦第二公约》适用时，该公约第24条对各国红会等使用的医院船规定了类似的制度。第26条并不妨碍志愿救济团体在非国际性武装冲突中发挥该条款所规定的作用。但是，在这种情况下发挥这种作用的各国红会需要特别注意这对各国红会作为一个独立、中立和公正的人道行动者的形象和声誉以及对各界对整个国际红十字与红新月运动的看法可能产生的影响。这些是红十字国际委员会的“安全行动”项目中提到的问题，见《安全行动：为所有国家红会提供的指南——实用资料集》，红十字国际委员会2015年8月版。

2 根据第26条行事的志愿救济团体的器材（如流动医疗队）同样有权得到《日内瓦第一公约》所规定的尊重和保护；见下文第2085段。

3 将其置于与第24条所涵盖人员相同地位的结果将在下文讨论，见第五部分。

4 See Dunant, especially pp. 85–86. 关于国际红十字与红新月运动最初几十年的详细历史叙述，见Boissier, Hutchinson, and Reid/Gilbo。另见“红十字国际委员会和红十字运动历史的转折点”（“Turning points in the history of the ICRC and the Movement”）一节下的三篇文章，*International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 888, December 2012, pp. 1273–1347。

5 最初的想法是，各国红会不仅是民间成立的，而且是民间资助的。虽然从起源上看是民间成立的，但各国红会一般通过立法或类似法案在国内得到了承认。在资金方面，目前许多国家红会的活动都得到了一定程度的公共资助。

6 载于红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会：《国际红十字与红新月运动手册》，2017年，第353页。

2049 次年，瑞士联邦委员会召开的外交会议通过了第一部日内瓦公约（1864年）。但是，该公约中没有类似于1863年决议第1条的文字。这是有意而为的：1864年，各国及其军事当局还没有准备好以条约的方式赋予这些新团体以正式职责。[7]虽然这些团体愿意承担有利于武装部队的任务并承担相关费用，但其可靠性仍有待检验。一些国家还不确定民间志愿者能否成为武装部队官方医务部门的有益补充。[8]在1864年之后的数年和数十年里，这些新成立的国家红会通过其实践证明，它们是军事当局的得力助手。[9]

2050 因此，当各国于1906年召开会议修订1864年《日内瓦公约》时，一些军事当局在1864年对民间志愿救济团体所持有的不信任看法转变为在某种程度上更加开放的态度。当时，会议决定在第10条中承认它们的作用，重要的是，该条与目前第26条规定的几乎完全相同。[10]1906年的外交会议期间，下述条件对该条款得到接受至关重要：首先，要求各国红会和其他志愿救济团体的人员“应受军事法规之约束”；其次，该条款的适用范围仅限于“经本国政府正式认可并核准”的团体。考虑到这些条件，军事当局得以确定，自身可继续牢牢掌控哪些个人的地位和待遇会与武装部队正式医务部门的人员相同。[11]

2051 在意土战争（1911年）[12]和第一次世界大战（1914~1918年）期间，参与这些冲突的几个国家的国家红会作为其武装部队医务部门的助手发挥了重要作用。这一时期，民间救济团体（包括国家红会）作为武装部队医务部门的助手得到了最大程度的利用，同时其运作也受到军事法律法规的约束——这被认为是一个关键

7 见《1906年日内瓦外交会议记录》，第113页及第254页。矛盾的是，虽然1864年各国还没有准备好赋予这些新成立的国家红会以正式地位，但1864年《日内瓦公约》第5条第一句规定：“为伤者提供帮助的当地居民应受到尊重并保有自由”。关于这一点，见Werner, p. 210。另见关于第18条的评注，第二部分。

8 See Boissier, pp. 75 and 116; Hutchinson, p. 48; Lueder, p. 297; and Noailly, p. 182.

9 值得注意的是，海军采取步骤正式承认民间救济团体地位的速度要快得多：见《关于战争伤者境遇的附加条款》（1868年），第13条。有关讨论，见关于《日内瓦第二公约》第24条的评注。另见《牛津手册》（1880年）第13条，虽然其并非由官方编纂的结果。

10 见《1906年日内瓦外交会议记录》，特别是第16页，瑞士联邦委员会的调查表，其中第三个问题是：“Y a-t-il lieu de mentionner le personnel des Sociétés de secours volontaires et de déterminer les conditions auxquelles ce personnel sera neutralisé?”（是否有必要提及志愿救济团体的人员并确定给予这些人员中立地位的条件?）有关实质性讨论，见上注，第113页。See also Best, p.151. 撇开语义不谈，1906年公约第10条和1949年公约第26条之间有两个实质性差异，下文将对此展开讨论（见第2053～2054段及脚注53）。会议作出决定，民间救济团体的地位不列入1906年《日内瓦公约》的一个单独章节，而是在关于“人员”的一章中进行处理，即与武装部队医务部门官方人员的地位一起规定；见《1906年日内瓦外交会议记录》，第246页。

11 见上注，第254页。See also Hutchinson, p. 350; Lanord, 1999, pp. 43–44; Lueder, pp. 296–298; and Werner, p. 32. 早在1863年日内瓦国际会议的决议中，以下观点就已存在：“委员会可应军事当局的要求或在获得其同意时派遣志愿医务人员去战场服务。志愿医务人员应接受军事当局指挥。”见《1863年日内瓦国际会议决议和建议》第6条，载于红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会：《国际红十字与红新月运动手册》，2017年，第354页。

12 See Durand, pp. 16–17.

条件。[13]对于各国红会人员应受军事法律法规约束的要求，在运动的形成时期既已存在的理解是，这一条件并不代表应完全服从于军事当局。[14]然而，在第一次世界大战期间，一些国家红会与武装部队医务部门的军事等级系统之间关系密切，导致一些历史学家对国家红会在该冲突中所扮演角色的某些方面提出批评。[15]

2052 大约在同一时间，各国红会所开展的活动范围得到显著扩大，超出了1906年《日内瓦公约》第10条的狭窄范围。所发展出的各项活动首先是为了被俘士兵的利益，其次是为了平民的利益。此外，各国红会还在和平时期开展慈善活动。各国红会活动范围得到扩大的同时，一些国家武装部队医务部门也有所发展，装备更加优化、资源更加充足，使得志愿救济团体最初在补充此类部门方面所发挥的作用的重要性有所降低，此类团体也因而可以与本国武装部队开展其他形式的合作。[16]

2053 在1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的谈判期间，会议建议保留1906年《日内瓦公约》的第10条，且只作一处实质性修改。[17]1929年日内瓦公约仅涉及并特别保护经认可的救济团体作为武装部队医务部门的助手（受军事法律法规的约束）所开展的活动。[18]在第二次世界大战期间，还可以找到更多关于各国红会作为武装部队医务部门的助手的实例。[19]

2054 在1949年外交会议的筹备期间，对1929年日内瓦公约只作出一处实质性修改：1906年和1929年的日内瓦公约分别笼统地提到“志愿救济团体”（“volunteer aid societies”和“Voluntary Aid Societies”），有意不提及任何此类

13 Noailly, pp. 49–50.

14 See Reid, p. 10.

15 See e.g. Best, pp. 141–142, and Hutchinson, pp. 275–276.

16 举例而言，此种合作可以是国家红会为武装部队人员组织急救和国际人道法等领域的培训课程。一些国家红会与武装部队的医务部门合作，但不受军事法律法规的约束。另一些国家红会与武装部队的关系是通过一项范围广泛的谅解备忘录来规范的，它们根据该备忘录开展一些活动，如发送红十字通信、向士兵家属提供援助，并应要求就国际人道法问题向武装部队医务部门提供与相关理论发展有关的技术咨询。最后，合作还可包括，例如，国家红会在遣返受伤和患病士兵及其随后的住院治疗过程中发挥支持作用。第26条不适用于这些形式的任何合作。

17 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第10条。1906年和1929年版约文之间的实质性变化体现在第一款中：1906年的约文提到了“担任军队卫生队和卫生所人员”的人，而1929年的约文则提到“担任〔与武装部队正规医务部门人员〕同样的任务”的人员。后者表述更为宽泛，因为有关工作不必局限于实际在“军队医疗队和医疗所”内开展的工作。因此，虽然1906年的约文没有涵盖伤病士兵的搬移和运送，但1929年的约文却涵盖了这一工作。见《1929年日内瓦外交会议记录》，第191页，以及George B. Davis,‘The Geneva Convention of 1906’, *American Journal of International Law,* Vol. 1, No. 2, 1907, pp. 409–417, at 414。

18 关于这一时期各国立法的概况，见Des Gouttes, 1934。

19 1940年4月，加拿大当局要求美国政府通知德国政府，“根据〔1929年公约〕第10条，……加拿大政府认可加拿大红十字会为志愿救济团体，并核准该红会从事协助加拿大武装部队正规医务部门的工作”。在第二次世界大战期间根据1929年日内瓦公约第10条提供服务的其他国家红会的例子还有美国红十字会、澳大利亚红十字会、英国红十字会和日本红十字会。

团体的名称，[20]而1949年《日内瓦第一公约》第26条则提到“各国红十字会及其他志愿救济团体之人员”。[21]

2055 在《日内瓦第一公约》的准备过程中，未有提案建议扩大第26条中所提及的志愿救济团体的活动范围。因此， 1949年《日内瓦第一公约》第26条相较其前身虽略有修改，但大体上仍反映了为1906年《日内瓦公约》起草的约文。1906年公约则反映了19世纪最后几十年和20世纪初的实践。

三、适用团体

（一）“各国红十字会”和“志愿救济团体”

2056 从第26条第1款的措辞中可以明显看出，各国红会（志愿救济团体的一个具体实例）并不对提供第26条所规定的服务享有垄断地位。这是有意而为的：1949年就日内瓦四公约进行谈判的国家希望保留其选择与（或不与）其本国国家红会或与本国国家红会以外的一个或多个志愿救济团体合作的特权。

2057 虽然第26条只提到了“各国红十字会”，但这并不意味着将其他国家红会（如国家红新月会）排除在这一条款的范围之外：鉴于其目的（即允许各缔约国为其武装部队的医务部门增补额外人员），各缔约国的国家红会均可符合第26条的要求。第26条明文提及各国红会这一事实的重要性不应低估。通过提及各国红会，各缔约国明确承认了它们在国际人道法下的独特位置和地位。1949年各国红

20 《1906年日内瓦外交会议记录》，第106页及第124页，以及《1929年日内瓦外交会议记录》，第133~135页、第191~192页及第606页。在后一次会议上，一项旨在明确提及各国红十字（红新月、红狮与太阳）会或类似团体人员的修正案被半数以上的代表否决。See also Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 65–66, and Lanord, 1999, pp. 34–35.

21 1946年的国家红会预备会议建议明确提及各国红会的作用。事实上，该会议希望将该条款的适用范围仅限于“各国红十字（红新月、红狮与太阳）会”。如果其他组织希望提供服务，会议认为它们只有经上述团体的同意才可行动。1947年的政府专家会议不仅否决了后一种想法，而且实际上希望维持1929年日内瓦公约的做法，即笼统地提及“志愿救济团体”。见《1946年国家红会预备会议报告》，第29～30页；《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第69～82页；《1947年政府专家会议报告》，第34～35页；《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷，第1册，第152～164页。1949年外交会议接受了这一想法，目的是为了“向红十字会表示特别的敬意，从而承认它们在世界所有战场上提供的大量服务”，同时保留了“其他国家救济组织”也可能有此资格的选项；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第194页。起初，针对明确提及各国红十字会的提案，存在若干反对观点；见上注，第78页，以及《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第21～28页。根据1949年日内瓦公约的规定，如果某一政府希望，那么实践中没有什么会阻碍其采纳1946年预备会议所提出的观点，即要求其他志愿救济团体在国家红会的监督下或通过国家红会开展工作。应当指出，《日内瓦第一公约》第27条笼统地提到了“中立国认可之团体”。关于这一点的讨论，见关于第27条的评注，第2119～2121段。

会得到承认，构成了1863年以来一项法律发展的结晶。[22]1949年，各国认为，根据第26条采取行动的团体主要便为各国红会。

2058 关于本条提及的“其他志愿救济团体”，虽然没有提供任何组织的名称，但构成马耳他骑士团（Order of the Knights of Malta）的国家协会和构成耶路撒冷圣约翰骑士团（Order of St. John of Jerusalem）的国家协会在这方面历来最为突出和活跃。[23]虽然1949年外交会议明确提及这两个协会，但它们绝不是充当其武装部队医务部门之助手的唯一志愿救济团体。[24]

2059 不必因这些历史上的实例而限制现今对“志愿救济团体”一词的解释，因为该词可能也适用于非政府组织。[25]事实上，在日内瓦四公约没有列出这类组织的名单或规定其标准的情况下，仍由每个国家决定其希望认可并核准哪些团体（如有）从事这类工作。

2060 “志愿”一词指的是，根据第26条开展工作的人员是基于自由作出的个人决定而工作的，而不是因为源于国家立法等规定的任何法律义务迫使他们这样做。然而，“志愿”一词并不代表这些人不得因其所从事的工作而获得报酬。志愿救济团体是由私人还是公共倡议建立的并不重要，同样，它们是否从国家获得全部或部分资金也不重要。最后，“志愿救济”一词并不一定将第26条的范围限于完全出于非营利性动机而活动的团体。

22 作为国际红十字与红新月运动的基本单位（各国红会的作用在日内瓦四公约及其附加议定书的若干其他条款中也有明确提及），各国红会的任务仍然是“同政府当局一道……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”；见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第3条第2款。

23 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第78页。另见《1929年日内瓦外交会议记录》，第371～379页，以及Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 65–66。此外，见Claudie Barrat, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, p. 95。更一般地，见Béat de Fischer, ‘L’ Ordre souverain de Malte’, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 163, 1979, pp. 1–47。

24 See ICRC, *Rapport général du CICR sur son activité d’août 1934 à mars 1938*, submitted to the 16th International Conference of the Red Cross, London, 1938. 在这份报告的第20～21页中，红十字国际委员会为若干国家列出了在1938年可以为武装部队官方医务部门提供协助的志愿救济团体。对大多数国家来说，这只包括国家红十字会或红新月会。对于法国、英国、荷兰和罗马尼亚，还列出了一些其他团体。例如，对于法国，这些团体包括法国妇女联盟（Union des Femmes de France）和法国妇女协会（Association des Dames françaises）。

25 See *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1370，其中将“society”（“协会”）定义为“an organization … formed for a particular purpose or activity”（“为某一特定目的或活动而成立的组织”）。《日内瓦第二公约》第24条预见到可能会出现“私人”向其本国武装部队提供医院船的情况。通过将其适用范围限制于“团体”，对《日内瓦第一公约》第26条进行严格解读可得出的结论包括：该条款并不适用于提供其私人工作人员协助武装部队医务部门的私人。关于“志愿救济团体”一词的进一步分析，见Claudie Barrat, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 87–89。

（二）志愿救济团体必须得到“认可”和“核准”（第 26 条第 1 款）

2061 某团体的合格人员必须同时满足下述两项要求，才可与武装部队医务部门人员处于同样的地位并享受相同的保护：即经本国政府认可并核准。第26条第2款规定的通知要求并不是根据第26条享有保护的构成要件（见下文第2072段）。

2062 首先，该团体需要得到本国政府的“正式认可”。《日内瓦第一公约》没有规定，为使一项决定构成第26条意义上的认可，这种认可应采取何种形式，或者必须具有哪些构成要素或使用何种措辞。[26]从本质上讲，认可意味着国家需要决定，某一特定团体可以或将应呼吁担任武装部队医务部门的助手。这一决定应采取何种形式完全由国家当局根据国家法律和程序确定。这种认可是否必须公开也由国内法规定。因此，使用“政府”一词意味着必须由负责此类决定的政府当局给予认可。这不一定是政府的行政部门，而也可能是立法部门。实践中，各国红会发挥武装部队医务部门助手的作用，通常规定于在国内法律秩序中确立国家红会地位的国家认可法案中。[27]

2063 在这方面，重要的是应明确区分本国政府当局认可国家红会的行为，与红十字国际委员会根据《国际红十字与红新月运动章程》第4条承认某国家红会为运动成员的过程。[28]就第26条而言，仅需本国政府对国家红会予以认可。换言之，一个尚未得到红十字国际委员会承认，但符合第26条所规定条件的国家红会仍然可以得到认可，并作为武装部队医务部门的助手。

2064 虽然任何一个国家都只能有一个国家红会，[29]但并不排除某国除其国家红会外，认可并核准第26条意义上的一个或多个其他志愿救济团体。[30]国家当局在这方面可全权决定。[31]国家当局是否决定认可第26条意义上的某国家红会，与红十字国际委员会是否承认该团体为运动的成员，这是两个不同的问题，前者并不取决于后者。

26 Noailly, pp. 154-156.

27 红十字国际委员会承认某国家红会的十个条件之一是：“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”（《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第4条第3款）。

28 见上注，第5条第2款第2项。

29 统一原则是红十字与红新月运动的七项基本原则之一。另见1986年《国际红十字与红新月运动章程》第4条第2款：一个国家的红会如欲得到承认，须具备的条件之一为，其“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”。

30 同样，一个国家也可以决定只承认一个团体，如国家红十字会或红新月会。例如，美国的情况就是如此；see *Regulations for the American National Red Cross*, in Code of Federal Regulations, 1 July 2013, Title 32: National Defense, Chapter VI: Department of the Navy, Subchapter A: United States Navy Regulations and Official Records, Part 700.816: United States Navy Regulations and Official Records: ‘美国国家红十字会是经政府核准向美国武装部队提供医疗和牙科援助的唯一志愿团体。其他希望提供医疗和牙科援助的组织只可通过红十字会予以提供。’

31 一个国家可以认可并核准一个以上的团体，这一解释由第26条第2款中提到的复数形式的“各团体之名称”（“the names of the societies”）进一步证实。

2065 其次，相关团体需要得到本国政府的“正式核准”，才可作为武装部队医务部门的助手。这意味着政府正式许可该团体履行为武装部队伤者与病者提供医疗服务的公共职能。[32]

2066 基于对第26条的严格解读，认可和核准是两个不同的步骤。实践中，同一行为可能同时构成第26条意义上的认可和核准的决定。虽然核准某团体为武装部队医务部门之助手的决定意味着该团体为此目的也已获得认可，但反之则未必如此。[33]为了避免产生歧义，希望根据第26条吁请某团体提供服务的政府最好在其决定中明确指出，其认可且核准某团体作为其武装部队医务部门的助手。[34]

（三）通知团体名称的要求（第 26 条第 2 款）

2067 第26条第2款要求各缔约国将根据第26条经认可并核准协助其武装部队医务部门的各团体的名称通知另一方，此项通知应于和平时期，或战事开始时，或战事进行中，但无论如何，在使用各该团体之前为之。该通知要求既适用于各国红会，也适用于其他志愿救济团体。[35]

2068 这种通知是由国家而非有关国家红会或志愿救济团体发出的。[36]正如“通知”一词所示，此项通信的目的纯粹旨在向其他国家通报该团体的名称。一旦收到通知，只要符合第26条的所有条件，国家就必须向符合条件的人员给予其在该条款下所享有的尊重与保护。

2069 虽然“通知”一词表明应以书面形式提供信息，[37]但公约并未规定必须通过哪种方式发出通知，也未规定通知应采取何种形式。为了避免产生歧义，建议以书面形式发出通知，例如通过外交照会。在任何时候，都可以直接或通过保护国或

32 See *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 88: “核准”（“authorize”）的意思是指“给予官方许可或批准”（“give official permission for or approval to”）。

33 Lanord, 1999, p. 30.

34 关于国家实践的讨论，见Lanord, 1999, pp. 31–32。关于第二次世界大战前的立法实例，见Des Gouttes, 1934。

35 此前的学者在谈到各国红十字会与红新月会时采取了不同的观点，认为对它们来说没有必要进行通知。See Des Gouttes, p. 67; Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 229; and Werner, p. 122. 几十年后，现实情况发生了变化。由于各国红十字会与红新月会根据第26条采取行动已变成相当特殊的情况，因此该通知要求也适用于它们。

36 基于相关国家红会将跟随其武装部队前往国外这一假定，通知是由一国向另一国发出的，因此这项通知既不直接涉及也不会发给“东道国”国家红会，即活动开展地国家的红会。关于这个问题，见第2093段。

37 See *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 978: “通知”（“notify”）的意思是“以正式或官方方式通知（某人）以某事”〔“inform (someone) of something in a formal or official manner”〕。

红十字国际委员会等组织发出通知。[38]虽然第26条未作严格要求，但如果在某团体将采取行动的武装冲突爆发很久之前就已发出通知，则最好在战事“开始”时再次通知。无论是在和平时期，[39]还是在战事开始时或战事进行中，最好不仅向敌方，而且向所有其他缔约国提供该团体或各该团体的名称，因为中立国必须准用《日内瓦第一公约》的规定。[40]

2070 就时间安排而言，通知最迟必须“在实际使用〔该团体人员〕以前”进行。实际上，这意味着发出通知的时间点必须能够使冲突其他各方能够合理地将应给予相关国家红会或其他志愿救济团体人员的待遇通知其各级官员（包括下级官员）。归根结底，具体需要在何时发出通知，取决于接收通信的国家的技术能力，包括通信能力。但是，除了这种目的论的解释之外，“在实际使用各该〔团体〕以前”这一表述并不特别精确。[41]第26条没有说明需要提前多少天发出这种通知。[42]“使用”一词必须按其通常意义理解，即“利用”。[43]因此，如果所采取的措施仅仅是准备性的，例如，有关人员接受培训和指示而尚未计划进行部署时，则仍不必发出通知。相反，必须在他们实际发挥第26条所预设的作用之前发出通知。

2071 “使用”（“employ”）一词并非如该词在国内劳动法语境下的理解那样，并不意味着且也不要求有关人员受雇于国家。他们可以但并非一定受雇于志愿救济团体或获得该团体提供的经济报酬。无论情况如何，这对于确定他们是否属于第26条意义内的“实际使用”并不重要。[44]同样，就第26条而言，“人员”一词必须理解为包括所有根据本条规定开展工作的人员，包括交由武装部队医务部门指挥的志愿者。

2072 《日内瓦第一公约》没有就尚未发出通知的情况提供任何指导。一方面，不存在任何约文支持以下结论：志愿救济团体人员在这种情况下不构成《日内瓦第一公约》下的被保护人。换言之，如果已经满足第26条第1款的所有条件，未发出通知并不会剥夺有关人员有权得到的保护。因此，根据第26条第2款发出通知并不

38 François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 477 and 878. 另见红十字国际委员会，*Rapport présenté par le Comité international sur les mesures à prendre pour communiquer officiellement aux belligérants l'envoi des missions sanitaires de la Croix-Rouge sur les champs de bataille*, 提交至第9届红十字国际大会（1912年，华盛顿），第3页。

39 没有发现缔约国在和平时期发出此种通知的实践。See also Lanord, 1999, p. 39.

40 第4条。

41 Lanord, 1999, p. 38.

42 关于与此不同的规定方式，见《日内瓦第二公约》第22条，该条规定，作为军用医院船有权受尊重与保护的条件之一是，“须于使用前十日，将该船之名称及其说明通知冲突各方”。

43 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 468.

44 “人员”（“staff”）一词并不要求有关人员签订合同以使他们具有国内法律规定下“工作人员”一词所可能赋予的地位。虽然根据国内法律框架被认为是“工作人员”的人也将视为第26条规定下的人员，但其他安排（如顾问、志愿工作、借调等）也同样可能。

是享有保护的构成要件。[45]但是，从实际的角度来看，在这种情况下，有关志愿救济团体的人员可能更难证明他们享有第26条所涉人员的地位。[46]

四、适用人员

（一）担任第 24 条所述任务的人员

2073 必须根据个案情况评估哪些（带薪和志愿）人员受第26条的保护。只有“担任〔日内瓦第一公约〕第二十四条所述人员同样之任务”的人员才有权享有第26条所赋予的保护。[47]因此，相关团体的工作人员，即使为武装部队人员的利益工作，但如果不从事第24条所提及的任何活动，仍不属于第26条的适用范围。[48]这些人员虽然不受第26条的保护，但仍可根据国际人道法的其他可适用条款获得保护。[49]

2074 与第24条规定的保护条件一样，只有专门受指派从事第24条所述的一项或多项活动的常任人员，才能被纳入第26条的适用范围。[50]但是，正如此处英文作准约文中“may”一词（意为“可以”，约文中译本中未明确译出）所示，根据第26条提供的保护是基于身份的，而不是基于行为的，也就是说，第26条所涉人员无需实际正开展该条所提到的活动，也可保有该条所赋予的保护。[51]在这方面，第24条和第26条都不同于第25条。[52]

45 将《日内瓦第一公约》第26条与《日内瓦第二公约》第22条相比较，就可以证实这一点。在《日内瓦第二公约》中，军用医院船有权受尊重与保护的前提是“须于使用前十日，将该船之名称及其说明通知冲突各方”。

46 See Lanord, 1999, p. 40. 但是，并非无法证明他们的身份，在采用第40条第2款提到的识别方法表明身份的情况下尤其如此，该款要求特种身份证载明“〔持用者〕以何种身份享受本公约之保护”以及其他事项。在任何情况下，即使在实际使用志愿救济团体之前（例如在武装冲突开始时）没有就志愿救济团体的名称做出通知，这一情况也总是可以纠正的。

47 实践中，可能某一特定团体的一些工作人员有资格成为第26条所保护的人员，而同一团体的其他工作人员则无此资格。

48 《1929年日内瓦外交会议记录》，第136、606页。举例而言，从事发送红十字通信的各国红会的工作人员（红十字通信即通过该国家红会由本国的家庭成员发送或发给其本国家庭成员的通信，以迅速通知武装部队人员或其家人某一紧急情况或其他重要事件等）。另一个例子是为武装部队医务部门提供培训的各国红会工作人员。

49 例如，在满足相关条件的情况下，他们可以构成平民医务人员（《日内瓦第四公约》第20条和《第一附加议定书》第15条），或成为《日内瓦第四公约》第4条意义内的被保护人。《日内瓦第三公约》第4条子款第4项所设想的可能性也需要铭记，即“伴随武装部队而实际并非其成员之人，如……武装部队福利工作人员”。这些人员在落于敌方手中时，如果符合特定条件，则享有战俘身份（他们不在第26条所涉人员有权享有的留用制度的适用范围之内）。

50 关于专门性和常任性要求的详细讨论，在此适用的相关要求类似于对第24条所涉人员适用的相关要求，见关于第24条的评注，第四部分第（二）节。

51 这种情况与第24条所涉人员情况类似；见上注，第1979段。

52 另见关于第25条的评注，第2014段。

2075 对于第26条所涉人员可以于何处从事第24条所提到的活动，本条没有规定任何限制。[53]因此，举例而言，参与伤病士兵福利探视活动的人员可以被纳入第26条的适用范围。正如关于第24条的评注所指出的那样，“预防疾病”和牧师活动可以为武装部队所有人员的利益开展，即不仅为伤者、病者的利益开展，但其他活动，如“寻觅、收集、运送、医治”士兵，则需要为“伤者、病者”的利益开展。[54]根据日内瓦四公约有关这一点的一般做法，如果第26条所涉人员也为伤病平民的利益进行第24条所述的活动，此举不会导致其丧失第26条所赋予的保护。[55]

（二）应受“军事法规”的约束

2076 “此类团体之人员应受军事法规之约束”的要求，解释了为何自1906年《日内瓦公约》起，各国愿意接受国家红会或民间志愿救济团体作为其本国武装部队医务部门的助手。[56]

2077 必须强调的是，服从“军事法规”的要求适用于团体人员，而不适用于志愿救济团体本身。

2078 救济团体人员仅在行动层面同意遵守安全条例（如军事当局发布的临时行动限制）不足以达到“受军事法规之约束”这一要求。相反，就第26条而言，在武装部队医务部门主持下开展工作的人员至少需要服从他们所从属的当局所发布的合法命令。[57]

2079 “受军事法规之约束”的要求可能但未必一定代表，如同武装部队军事司法制度适用于军队医务部门的人员一样，救济团体有关人员也受该制度的约束。[58]同样，也可选择此类人员是否需要遵守适用于武装部队平民雇员的军事纪律制度。

53 对此进行澄清很重要，因为1906年《日内瓦公约》第10条第1款只保护“担任军队卫生队和卫生所人员”的人。由于这一限制，根据1906年《日内瓦公约》建立的制度，志愿救济团体的人员在战场上发挥作用时不受该条款的保护，例如在战场上寻觅、收集或运送受伤和生病的士兵。这一限制必须结合其历史背景，即各国起初的不信任态度来看待（见上文第二部分）。1929年的日内瓦公约删除了这一限制性规定。有关讨论，见Lanord, 1999, p. 42。

54 见关于第24条的评注，第1957～1958段。在《日内瓦第一公约》中，“伤者与病者”只能是属于第13条所述类别的人员。根据《第一附加议定书》第8条第1款，“伤者与病者”可以是“军人或平民”。

55 见关于第24条的评注，第1957、1997段。另见第22条第5款。

56 有关详细讨论，见第四部分第（二）节。

57 许多作者在讨论第26条时，使用“纳入了”（“incorporation”）一词。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 61; Haug/Gasser, p. 171; and Werner, p. 123.

58 例如，见美国《战争法手册》（2015年），第4.11.1段：“〔基于第26条〕在军事行动中支持美国武装部队的美国国家红十字会人员受《统一军事司法法典》之约束。”但是，仅仅是志愿救济团体人员在军事医院工作这一事实，并不足以使他们受到军事法律法规的约束；见《1929年日内瓦外交会议记录》，第132页。

根据国家层面的制度，这甚至可能包括令其受武装部队军事法庭的管辖，[59]或国家层面专门适用于武装部队人员的任何其他纪律机制的约束。[60]

2080 志愿救济团体人员应受军事法律法规的约束，并应与武装部队医务部门人员处于同样的地位，但这并不意味着他们实际上获得了武装部队人员的身份。[61]他们在任何时候均仍为平民，其独特之处在于他们有权得到武装部队医务部门人员所享有的尊重与保护。此外，他们在所有其他方面的待遇——例如是否可获得报酬，其休假申请由何方决定，以及是否享有与武装部队人员相同的福利——都由国家当局在与志愿救济团体协商后决定。例如，他们受军事法规之约束的要求，并不一定意味着他们必须穿着军装。[62]

（三）在国家之责任下工作

2081 第26条第2款在规定应将经认可和核准协助武装部队医务部门的团体名称通知其他一方时提到，这些团体“在〔使用或打算使用它们的缔约国的〕责任下”。[63]

2082 虽然已有报道的国家实践似乎没有澄清这一措辞的含义，但根据约文的通常意义，可以作出以下解释：就规定国家责任的国际法而言，第26条所涉人员的行为可引发其作为武装部队医务部门之助手所服务的缔约国的国际责任。毕竟，该团体人员履行公共职能为武装部队伤者与病者提供医疗服务，是得到其政府认可和核准的。[64]因此，该团体是在该国的国际法律责任之下行事的。[65]

59 See Rain Liivoja, ‘Service Jurisdiction under International Law’, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11, 2010, pp. 309–337, especially at 334.

60 See ICRC, *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929*, Report prepared for the 16th International Conference of the Red Cross, London, 1938, pp. 15–16, 其中提到对1929年日内瓦公约第10条的修订：

> 国际委员会建议在该段末尾将“受军事法规之约束”〔“subject to military law and regulations”，也意为：受军事法律与法规之约束〕改为“受军事法律与纪律之约束”〔“subject to military law and discipline”〕。专家委员会保留了目前的措辞，因为一方面，军事法规的数量多于军事法律，另一方面，“法规”的概念与军事纪律的概念非常不同，而且志愿救济团体可能不完全受军事纪律的约束。

有关这一点，另见《1937年红十字国际委员会向国家红会提交的1929年日内瓦公约修订草案》，第6页。

61 见英国《军事手册》（1958年），第112页。

62 第26条所涉人员是否必须穿着武装部队制服的问题，由国家军事当局在与志愿救济团体协商后决定；见 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 61. 如果其团体有自己的制服，他们也可以穿着。无论如何，他们是否佩带特殊标志的问题均由《日内瓦第一公约》第40条所规范。

63 1906年公约第10条第2款和1929年日内瓦公约第10条第2款均已出现这些措辞。

64 见第26条第1款。

65 鉴于可能引发国家责任，接受志愿救济团体所提供服务之协助的国家，可能会希望确保该团体人员了解（例如通过培训）他们的法律权利与义务，特别是在国际人道法方面的权利与义务。出于同样的原因，此类国家可能会希望对志愿救济团体人员进行审查，例如，由相关的军事或民事部门对每一个拟用人员的犯罪记录和（或）专业（如医务工作）记录进行背景调查。是否以及如何进行这种调查，是国际人道法范围之外的问题；完全由国内当局在与志愿救济团体协商后决定。

五、享有与第 24 条所涉人员完全相同的保护和待遇

2083 第26条所涉人员“与〔第24条〕所述人员处于同样地位”。[66]这意味着，在地位方面，本条所涉人员视同武装部队医务部门人员，因而与其享有完全相同的地位。[67]

2084 他们与第24条所涉人员处于同等地位有三个方面的结果。首先，他们是《日内瓦第一公约》意义上的被保护人，[68]即在一切情况下都有权受尊重与保护之人。[69]第二，他们如果落入敌方手中，不应视为战俘，而应被送回其所属的冲突一方，除非有合法理由予以留用。[70]最后，他们应有权佩带特殊标志作为一种保护手段。[71]

2085 第26条没有明确讨论志愿救济团体人员为履行其职责而可能使用的设施和设备的地位。[72]无论如何，虽然第26条未对志愿救济团体提供“医疗队”或其他形式的设备作出规定，但这并不妨碍其提供这些设备。事实上，各国红会可以提供医务人员而不提供医疗队，反之亦然。最后，在适用于敌对行动的法律方面，《日内瓦第一公约》第19条、第21条及第22条可以类推适用，其逻辑基础是：既然第26条所涉团体的人员与军事医务人员享有同样的保护和待遇，那么这些团体的设施和设备也应与医务部门的固定医疗所和流动医疗队获得同样的待遇。[73]否则，保护力度将被严重削弱。[74]

66 根据《第一附加议定书》，他们构成“医务人员”；见该议定书第8条第3款第2项。

67 在相关情况下，宗教人员与武装部队随军牧师处于同等地位，如同第24条的规定内容。

68 第26条所涉人员属于《日内瓦第一公约》意义上的被保护人，因而禁止对他们进行报复（第46条）。同样，如果针对第26条所涉人员实施第50条所述行为，则属于严重破坏公约的行为。由于这些人员必须佩带特殊标志，需要牢记的是，根据1998年《国际刑事法院规约》，在国际性和非国际性武装冲突中，“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……人员”，构成战争罪；见《国际刑事法院规约》（1998年），第8条第2款第2项第24目和第5项第2目。

69 无论他们在某一特定时间点是否在实际履行受指派的任务，这种“在一切情况下应受尊重与保护”的权利都是存在的。这源于第26条的措辞（“〔可〕担任……任务”；见第2074段）。如果他们实施了有害于敌方的行为，则会丧失这一权利。因此，保护是基于身份的，而保护的丧失则是基于行为的（详见关于第24条的评注，第1979段）。与武装部队医务部门人员处于同等地位的情形还延伸涵盖至一种可能出现的情况，即因自卫或保护其照顾下的伤者、病者而备有轻型单兵武器的情况。有关细节，见关于第22条第1款的评注，第三部分，以及关于第24条的评注，第2005～2006段。

70 这意味着，“仅在战俘之健康状况精神需要以及人数上均有此要求时，方得留用”他们。相关详细内容，见《日内瓦第一公约》第28条、第30条及第31条，以及《日内瓦第三公约》第33条。

71 医务人员和医疗队都有权展示特殊标志作为一种保护方式；见《日内瓦第一公约》第40条、第42条及第44条第1款最后一句。另见《标志规则》（1991年）第9条、第10条及第14条。

72 在这方面，《日内瓦第一公约》第27条第1款的规定有所不同，该条款明确提到中立国认可的团体“以其医疗人员及医疗队〔予以〕协助”的可能性。

73 仅就适用于敌对行动的法律而言，才享有同样之保护和待遇的保障，这一点从第33条（适用于武装部队流动医疗队的器材）和第34条（适用于救济团体的不动产与动产）所规定的不同待遇中可以得到证明。这些条款规定了这些财产落于敌方之手时的地位。

74 Lanord, 1999, pp. 50–51.

六、1949 年以来的发展情况

（一）各国红十字会与红新月会

2086 早在1952年，红十字国际委员会针对各国红会进行了一项调查，31个作出答复的国家红会中只有6个表示，它们仍然期望或他方仍期望它们根据第26条采取行动。[75]在编写本评注时，似乎只有4个国家红会现仍有基于第26条为其武装部队医务部门提供服务的项目正在进行，或为此目的与其国家武装部队及其医务部门进行了对话。[76]显然，可以认为许多武装部队医务部门的能力有所提高，是促成这一趋势的主要因素。[77]

2087 虽然有关第26条的实践甚少，但这并不影响该条款作为条约规定继续有效：该条款并没有被废止。[78]例如，《关于承认国家红会的示范法》（Model Law on the Recognition of National Societies）证明了第26条的持续有效性，且其仍然是国家红会的基本特征之一。[79]简而言之，虽然缺乏广泛而有效的实践，但这并不限制各团体今后根据第26条采取行动的可能性。此外，根据第26条采取行动需要与各国红会的另一项独特作用和职能相区分，即它们作为政府当局在人道领域的助手所发挥的作用，这一作用总体上更为广泛，其性质也已随着时间的推移而发生演变。[80]

75 See ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on the Training, Duties, Status and Terms of Enrolment of the Medical Personnel Assigned to the Care of the Wounded and Sick in the Armed Forces,* 1952, p. 5.

76 这些团体是美国红十字会、意大利红十字会、以色列红大卫盾会和瑞士红十字会。例如，对于美国红十字会来说，国内法的法律依据是《美国红十字合作与援助守则》（*Code for American Red Cross Cooperation and Assistance*），2011；另见美国《战争法手册》（2015年），第4.11.1段。对于瑞士红十字会来说，国内法的法律依据是《红十字雇员条例》（2006年，*Ordinance on Employees of the Red Cross*）。

77 虽然这本身并不是第26条的相关实践较少的原因，但应该牢记，第26条所涉人员在落于敌方之手时，可以根据《日内瓦第一公约》第28条予以留用。某些国家红会可能会对其人员（他们是且将继续作为平民）可被留用的观点感到不舒服。

78 关于某一条约规定可视为已废止前必须满足的条件的讨论，见导论，第三部分第（八）节。

79 见《关于承认（红十字会或红新月会名称）的示范法》，第27届红十字与红新月国际大会（日内瓦，1999年）通过的第1号决议附件2“行动计划”，最终目标3.3第14（2）段予以提及，第1条第2款：“红会是一个志愿援助社团，是本国政府在人道领域的助手，根据日内瓦公约（及其附加议定书）获得承认，并被授权在武装冲突时为武装部队提供医疗服务。”

80 见1986年《国际红十字与红新月运动章程》第3条第1款最后一句。多年来，各国红十字会与红新月会作为政府当局在人道领域的助手的议题一直是红十字与红新月会国际大会和代表会议议程上的重要内容。见第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007年）第3号决议；第31届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2011年）第4号决议；代表会议（日内瓦，2003年）第6号决议；代表会议（首尔，2005年）第9号决议；代表会议（日内瓦，2007年）第3号决议。关于更多背景信息，见红十字会与红新月会国际联合会与红十字国际委员会协商后为第30届红十字与红新月国际大会准备的背景文件：‘The specific nature of the Red Cross and Red Crescent Movement in action and partnerships and the role of National Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field’, Geneva, October 2007。

2088 在评估1949年以来第26条的作用时，需要考虑的一个重要因素是，各国红会作为武装部队医务部门助手的作用与各国红会始终遵守红十字运动七项基本原则（人道、公正、中立、独立、志愿、统一和普遍）的承诺之间的关系。[81]这些原则的规范性意义需要得到正确理解：这些原则是运动内部的行为规则，运动各成员在所有行动中，包括在根据第26条采取行动时，都必须遵守这些原则。[82]这些原则已经过长期发展和检验，是确保运动的人道活动得以获得接受的关键工具。虽然日内瓦四公约的缔约国本身并不是运动的成员，但运动章程要求它们在“任何时候……尊重本运动的成员信守其基本原则”。[83]此外，根据该章程，各国还承诺确保各国红会“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”。[84]

2089 当一个国家红会根据第26条将其任何人员交由其本国武装部队医务部门支配时，可以认为在该国红会遵守人道、[85]公正、[86]中立、[87]志愿、独立、统一和普遍的基本原则方面不会必然出现任何问题。[88]

2090 然而，根据第26条行事，要求有关人员“受军事法规之约束”。无论从概念上还是从实践上看，这可能似乎都会在遵守独立这一基本原则方面构成挑战。该原则规定，“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，但必须始终保持独立，以便任何时候都能按本运动的原则行事”。然而，实际上，某国家红会的人员基于第26条开展工作这一事实本身，并不必然违反独立

81 关于相关历史概述，见Jean-Luc Blondel, ‘Genèse et évolution des Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 73, No. 790, August 1991, pp. 369–377。这方面最著名的著作之一是Jean S. Pictet, *Red Cross Principles*, ICRC, Geneva, 1956, 其中作者列出了七项“基本原则”和十项“有机原则”。关于基本原则的现行版本，见1986年《国际红十字与红新月运动章程》的序言。

82 见第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007年）第2号决议，第6段。另见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）序言和第3条第1款。

83 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第2条第4款。对于《第一附加议定书》的缔约国，见该议定书第81条第2款和第3款。See also International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field*, 2003, p. 25, and ICRC, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field: Study on situations of armed conflict*, 2005, p. 26. 另见联合国大会1946年11月19日第55（I）号决议“各国红十字会及红新月会”，第2段。

84 《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第4条第4款。

85 ICRC, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field: Study on situations of armed conflict*, 2005, p. 25.

86 只要敌方伤者病者也按照公正原则得到治疗，那么，国家红会作为其本国武装部队医务部门的助手，并不一定意味着对这一原则的违反。

87 如果某国家红十字会或红新月会根据第26条开展工作，这本身并不违反中立原则。为遵守这一原则，国家红会需避免对其本国就武装冲突发生之原因提出的理由发表任何意见。See International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field*, p. 25.

88 代表会议（首尔，2005年11月16日至18日），《武装冲突状况研究总结》，第5节。

原则。事实上，“受军事法规之约束”的要求只适用于基于第26条行事的人员，而不适用于该团体本身。

2091 虽然如此，在实践中，由于这些人员仍然是他们所供职的国家红会的代表，处于一线的各方可能对此有不同的看法。某国家红会能否（如独立之基本原则所预想的那样）保持其自主性以及根据第26条开展工作的人员能否始终按照运动的基本原则，特别是公正、中立和独立原则行事，这一切都取决于国家层面所做出的实际安排。如果有关安排使其无法保持自主性、无法遵守基本原则，该红会则必须对此进行认真考虑，并可能不得不完全放弃在第26条的框架内作为武装部队医务部门的助手提供服务。对运动一个成员的看法可能会影响到对其他成员的看法。

2092 为了让军事（医务）当局确保国家红会能够在任何时候遵守基本原则，重要的是这些当局要对这些原则有透彻的理解。[89]这应尤其避免以下情况的发生：他们指示国家红会及其医务人员以可能导致（或可能视为导致）违反一项或多项基本原则的方式开展第24条所述各项活动。[90]

2093 最后，当各国红会根据第26条采取行动时，1997年《塞维利亚协议》及其2005年的补充措施均不适用于该活动。[91]《塞维利亚协议》的范围仅限于“运动的各组成部分以双边或多边合作开展的国际活动，但不适用于运动章程和日内瓦公约委托运动各组成部分单独开展的活动”。[92]同样，某国家红会根据第26条采取行动时，其在国外开展活动应获得“东道国”国家红会（即活动开展地领土所属国的红会）同意的要求原则上也不适用。[93]但是，作为一种良好做法，在根据第26条开展任何活动之前，最好通知“东道国”国家红会。

（二）其他志愿救济团体

2094 从概念上讲，在可依据第26条采取行动的各类志愿救济团体中，各国红会是最为突出的一类。在各国红会以外的志愿救济团体中，马耳他骑士团和耶路撒冷圣约翰骑士团的国家组织是最突出的。近几十年来，尽管马耳他骑士团在世界各

89 反之，军事当局与国家红会在国家层面做出的安排可能会要求国家红会人员在根据第26条进行部署之前，参加武装部队举办的一些课程（如纪律课程）。

90 例如，如果军事当局禁止第26所涉人员为敌方伤者、病者提供医疗服务，则会发生此类违反基本原则的行为。关于这一点，见第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007年）第2号决议“关于红十字与红新月运动在行动和伙伴关系中的具体性质以及国家红会作为政府在人道领域助手的作用”，第4（2）段。

91 见《塞维利亚协议》（1997年）及《塞维利亚协议补充措施》（2005年）。

92 《塞维利亚协议》（1997年）第1.1条；另见该协议第1.3条和第1.4条。

93 另见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第3条第3款第1项，以及ICRC, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field: Study on situations of armed conflict*, pp. 16–17。关于这一原则的主要来源，见第10届红十字国际大会（日内瓦，1921年）第11号决议“国家红会间的关系”，第1段，以及Huber, pp. 35–36。

地开展了许多人道活动，但它并未以第26条为基础提供服务。历史上，耶路撒冷圣约翰骑士团与英国红十字会一直保持着密切联系：当今的圣约翰与红十字会国防医疗福利局（St. John and Red Cross Defence Medical Welfare Service）就源于这两个组织。根据英国的立法，该组织可以并已根据第26条进行部署。

2095 由于各国红会以外的志愿救济团体不具有红十字运动成员的资格，它们没有义务遵守运动的基本原则，也没有义务遵守运动政策或规范框架内的任何其他内容。但是，由于《日内瓦第一公约》第24条所述活动具有人道性质，[94]这些团体事实上很可能会希望遵守武装冲突期间适用于此类活动的人道行动原则，这些原则同样反映在某些国际法规则中（例如《日内瓦第一公约》第12条）。[95]

2096 数十年来，参与人道活动的组织（例如非政府组织）的数量大大增加。其中许多组织，如果其（部分）工作人员从事第24条所述的活动，就有资格成为第26条意义上的“志愿救济团体”。只能说，无论是因为武装部队的医务部门不需要补充，还是因为这些组织本身认为按照第26条所述条件采取行动并不合适，各国并没有把它们当作这种意义上的团体。

（三）辩证性评估

2097 第26条的起源可以追溯到1863年，后来的运动的创始人当时成功地呼吁建立了国家层面的志愿救济团体。这些团体旨在弥补当时武装部队正规医务部门人力不足的情况。1863年至第二次世界大战期间，各国红会成为这些志愿救济团体中最突出的组织，作为武装部队医务部门的助手开展工作。在受军事法律法规约束的条件下，其工作人员若从事第24条所述活动，其地位和待遇将与这些医务部门的人员相同。因此，非为武装部队成员之人也被纳入该《日内瓦第一公约》的适用范围之内。

2098 自第二次世界大战结束以来，第26条所发挥的作用有限。随着时间的推移，至少在一些国家，武装部队医务部门的能力有所提高，从而使运动创始人最初的设想不再那么具有说服力。这一发展使包括各国红会在内的这些志愿救济团体能够在武装冲突期间将其活动重点放在其他类别的受难者身上。同时，各国红会还发展出许多于和平时期开展的活动，也因而被承认为政府当局在人道领域的助手。

2099 在运动内部，基本原则的发展引发了一个问题，即各国红会在根据第26条采取行动时是否仍然符合这些原则的规定。特别是，国家红会人员应受军事法律法规约束的要求可能与独立原则之间存在矛盾。但是，不必因这种理论上的脱节而

94 有关“人道活动”概念的讨论，见关于第9条的评注，第三部分第（二）节第1项。

95 有关这些原则的讨论，见关于第9条的评注，第1124、1137～1138段及第1160段。

导致实践中无法开展相关工作：只要军事当局确保国家红会能够继续严格遵守并被视为严格遵守所有基本原则，它们就仍有可能根据第26条开展工作，包括在情况并非如此或不再如此的国家。其他志愿救济团体也是如此，但至少在目前看来，此类团体实际上仍很少得到利用。

2100 即便如此，在当今环境下，不应低估第26条对各国红会的重要性和持续意义。它仍然构成各国红会与其国家当局（包括军事当局及其医务部门）之间关系的历史基础。第26条是各国红会在当代作为政府当局人道领域之助手发挥更广泛作用的源头。这种作用不再仅仅与日内瓦四公约相关，各国红会在和平时期和武装冲突时期均有所贡献。[96]

主要参考文献

Backus, Johannes, 'Die Weiterentwicklung der zivil-militärischen Zusammenarbeit zwischen dem Zentralen Sanitätsdienst der Bundeswehr und dem Deutschen Roten Kreuz', *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, Vol. 25, No. 1, 2012, pp. 7–11.

Best, Geoffrey, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1980.

Bogaievsky, P.M., 'Les secours aux militaires malades et blessés avant le XIXe siècle', *Revue générale de droit international public*, Vol. X, 1903, pp. 202–221.

Bohny, Gustav Adolf, *Über die rechtliche Stelling der Rotkeuzorganisationen*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1922.

Boissier, Pierre, *History of the International Committee of the Red Cross: From Solferino to Tsushima*, ICRC/Henry Dunant Institute, Geneva, 1985.

Borel, Paul, 'L'organisation internationale de la Croix-Rouge', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 1, 1923, pp. 569–608.

Camporini, Yoland, *National Societies Auxiliaries of the Public Authorities: Their Activities in Time of Armed Conflict*, Henry Dunant Institute Working Papers, Vol. 7, No. 87, Geneva, 1987.

de Fischer, Béat, 'L'Ordre Souverain de Malte aujourd'hui', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 57, No. 673, January 1975, pp. 5–8.

Des Gouttes, Paul, *La Croix-Rouge internationale avant, pendant et depuis la guerre mondiale*, La Vie des Peuples, Paris, 1923.

– 'La nouvelle Convention de Genève du 27 juillet 1929 et les Sociétés de la Croix-Rouge', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 12, No. 138, June 1930, pp. 415–423.

– (ed.) Recueil de textes relatifs à l'application de la Convention de Genève et à l'action des Sociétés nationales dans les Etats parties à cette Convention, ICRC, Geneva, 1934.

96 关于当代对这一概念的理解，见第30届红十字与红新月国际大会（日内瓦，2007年）第3号决议。另见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第3条第1款，其中包含以下语句："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。"

– ‘Les grandes étapes de la Croix-Rouge et de la Convention de Genève’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 19, No. 218, February 1937, pp. 121–153.

Dunant, Henry, *A Memory of Solferino (Un souvenir de Solferino)*, translation from the French of the 1st edition, published in 1862, American National Red Cross, Washington, D.C., 1939.

Durand, André, *History of the International Committee of the Red Cross, Volume II: From Sarajevo to Hiroshima*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1984.

Ferrière, Suzanne, ‘L’activité de guerre et l’activité de paix des Sociétés nationales de la Croix-Rouge’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 8, No. 86, February 1926, pp. 65–93.

François, Alexis, *Le Berceau de la Croix-Rouge*, Librairie A. Jullien, Geneva, 1918.

Haug, Hans and Gasser, Hans-Peter, *Humanité pour tous: Le Mouvement International de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Institut Henry Dunant/Éditions Paul Haupt, Bern, 1993.

Huber, Max, Principles, *Tasks and Problems of the Red Cross in International Law*, ICRC, Geneva, 1946.

Hutchinson, John F., *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996.

ICRC, *Report of the International Committee of the Red Cross on the Training, Duties, Status and Terms of Enrolment of the Medical Personnel Assigned to the Care of the Wounded and Sick in the Armed Forces, reporting on a questionnaire to both National Societies and medical services of the armed forces*, 18th International Conference of the Red Cross, Toronto, 20 July–8 August 1952, item III(c) of the agenda of the Health, Medical Personnel and Social Aid Commission, Doc. 20.

– ‘La Croix-Rouge et son rôle d’auxiliaire des services de santé militaires’, *note technique* [technical memorandum], *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 65, No. 741, June 1983, pp. 143–145.

– *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field: Study on situations of armed conflict, prepared in consultation with a number of National Societies, Council of Delegates*, Seoul, 16–18 November 2005.

红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》（第 14 版），中国红十字会总会译，社会科学文献出版社 2017 年版。

International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field*, Geneva, 2003.

Karski, Karol, ‘The International Legal Status of the Sovereign Military Hospitaller Order of St. John of Jerusalem of Rhodes and of Malta’, *International Community Law Review*, Vol. 14, 2012, pp. 19–32.

Lanord, Christophe, *Le statut juridique des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge*, Éditions de la Chapelle, Geneva, 1999.

– ‘The legal status of National Red Cross and Red Crescent Societies’, *International Review of the Red Cross, Vol. 82, No. 840, December 2000, pp. 1053–1077.*

Lueder, C., *La Convention de Genève au point de vue historique, critique et dogmatique*, E. Besold, Erlangen, 1876.

Moynier, Gustave, *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Librairie de Joël Cherbuliez, Paris, 1870. – *La révision de la Convention de Genève : étude historique et critique, suivie d'un projet de Convention révisée*, ICRC, Geneva, 1898.

Noailly, Frédérique, *La Croix-Rouge au point de vue national et international : son histoire, son organisation*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1935.

Perruchoud, Richard, *International Responsibilities of National Red Cross and Red Crescent Societies*, ICRC/Henry Dunant Institute, Geneva, 1982.

Pictet, Jean S., 'La Croix-Rouge et les Conventions de Genève', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 76, 1950, pp. 5–119.

Reid, Daphne A. and Gilbo, Patrick F., *Beyond Conflict: The International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 1919–1994*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva, 1997.

Reid, Ian, 'The Evolution of the Red Cross', Joint Committee for the Re-appraisal of the Role of the Red Cross, Background Paper Vol. 2, No. 2, ICRC/Henry Dunant Institute, Geneva, 1975.

Rosas, Allan, 'Notes on the Legal Status of National Red Cross Societies', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 959–973.

Ruegger, Paul, 'The Juridical Aspects of the Organization of the Red Cross', *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 82, 1953, pp. 481–586.

Spieker, Heike, 'Die zivil-militärische Zusammenarbeit zwischen Bundeswehr und Deutschem Roten Kreuz', *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, Vol. 25, No. 1, 2012, pp. 4–6.

Werner, Auguste-Raynald, *La Croix-Rouge et les Conventions de Genève : Analyse et synthèse juridiques*, Georg & Cie, Geneva, 1943.

第二十七条
中立国之团体

公约条文 *

一、凡中立国认可之团体，必需经其本国政府之事先同意及有关冲突一方之核准，始得以其医疗人员及医疗队协助该冲突之一方。此项人员及此等医疗队应受该冲突一方之管制。

二、该中立国应将此项同意通知接受协助国家之敌方。接受此项协助之冲突一方在利用之前，必须通知敌方。

三、此种协助在任何情况下不得视为对于冲突之干预。

四、对于第一款所指之人员于离开其所属之中立国前，应发给第四十条所规定之身份证。

保留或声明

无

目 录

一、引言 634
二、历史背景 635
三、第 1 款：基本概念与规则 637
(一) 第一句：同意与核准 637
(二) 第二句：管制 640
四、第 2 款：双重通知要求 641
五、第 3 款：协助活动的人道性质 642
六、第 4 款：身份证 644
主要参考文献 644

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

2101 第 27 条规定了中立国认可的志愿救济团体可以其医疗人员及医疗队协助国际性武装冲突一方的条件。为了使该等协助符合第 27 条的规定，需要满足和遵守若干要求。这些要求得到满足时，中立国认可之团体的医疗人员及医疗队将构成《日内瓦第一公约》所保护的人员和物体。

2102 第27条必须结合第26条予以解读，因为前者是后者的变体。第26条涉及各国红十字会与红新月会（以下简称“各国红会”或“国家红会”），以及其他志愿救济团体，在其本国为国际性武装冲突一方时，可以担任本国武装部队医务部门之助手的条件。第27条则涉及中立国认可之团体在另一国为国际性武装冲突一方时可协助该国武装部队医务部门的条件。

2103 所以，关于第26条的评注中涉及国际红十字与红新月运动（以下简称“运动”）基本原则的影响的内容，既适用于各国红会根据该条款采取行动的情形，也适用于各国红会根据第27条采取行动的情形。因此，上述评注内容在此不作重复。[1]在这种情况下，必须特别提到第27条第3款，该款强调，对各国红会而言，根据第27条行事并不违反中立的基本原则。[2]

2104 为了充分理解根据第27条提供服务的医疗人员及医疗队所享有的法律地位，必须提及《日内瓦第一公约》的其他几项规定。这些人员如果落于其所协助一方之敌方的手中，应当适用第32条的规定。第27条所涉团体的不动产和个人财产受第34条保护。在身份识别方面，第40条规定了关于第27条所涉人员的法律框架。

2105 《第一附加议定书》第9条第2款也需要加以考虑。该条规定使《日内瓦第一公约》第27条和第32条的有关规定适用于由下列国家、团体或组织为人道目的向冲突一方提供的常设医疗队和运输工具[3]及其人员：（1）中立国或其它非该冲突之一方的国家；（2）此类国家并核准的救济团体；或（3）公正的国际人道组织。[4]

2106 自第二次世界大战结束以来，似乎没有发生过任何根据第27条提供协助的情况。

1 见关于第26条的评注，第2088～2089段。

2 有关细节，见下文第五部分。

3 不包括医院船，关于医院船，《日内瓦第二公约》第25条仍是唯一的相关规定（《第一附加议定书》第9条第2款对这一点作出了澄清）。

4 另见《第一附加议定书》第12条第2款第3项。根据这一规定，“按照〔《第一附加议定书》〕第九条第二款或第一公约第二十七条被核准”的“平民医疗队”无论何时均应受尊重和保护，并不应成为攻击的对象。另见《第一附加议定书》第64条，该条与第27条相似，但涉及不同的人道任务。该条款涉及中立国或其他非冲突方国家的平民民防组织的人员和物资（物资和设备），这些组织经冲突一方同意并在该方控制下在该方领土内执行民防任务（见《第一附加议定书》第61条的定义）。

二、历史背景

2107 第27条的历史背景需要结合关于第26条的评注中的相应部分进行解读。此文仅提及专门针对第27条的内容。

2108 虽然第27条第3款和第4款是1949年《日内瓦第一公约》新增加的内容，但第1款和第2款却可以追溯到更早的时间。

2109 在《1863年日内瓦国际会议决议和建议》中，可发现第27条目前所依据之理念的雏形。[5]但是，1864年《日内瓦公约》没有涉及志愿救济团体（包括中立国和冲突各方本身的救济团体）作为武装部队医务部门助手的作用。[6]

2110 早在1870～1871年的普法战争中，中立国的救济团体（以及一些中立国本身）不仅向双方提供救济，而且还派出了医疗队。据了解，这些团体的一些志愿者，虽然出于善良的初衷，但并不具备足够的医疗技能。因此，他们并不总能使其作用为军事当局所接受。[7]在1877～1878年俄国与奥斯曼帝国间的武装冲突期间，应奥斯曼帝国的请求并经冲突各方同意，荷兰红十字会为奥斯曼帝国管理了一家流动医院。[8]最终成为《日内瓦第一公约》第27条的实践中，另一个实例出现在1897年的希土战争。[9]这三个实例是在实践中发展起来的，然后才在条约中得到正式规定。这并不是理想的状况，因为此类慈善活动的条件以及所涉人员和单位的地位均不明确。

2111 1906年《日内瓦公约》是第一个正式认可和规范志愿救济团体作为武装部队医务部门助手这一作用的条约。[10]中立国的这类团体的作用由第10条（1949年《日内瓦第一公约》第26条的前身）作出界定，并在第11条中得到进一步阐述。[11]这些条件之所以严格，原因很明确：只有军事当局接受中立的志愿救济团体的医务人员及医疗队发挥这样的作用，此类团体才在本公约的保护范围之内。[12]

5 《1863年日内瓦国际会议决议和建议》第5条第2款为："在战争时期……各交战国的委员会可向中立国的委员会寻求援助。"但是，这涉及一个国家红会向另一个国家红会提供援助，而不是直接向冲突方提供援助。

6 详细论述，见关于第26条的评注，第2049段。

7 See Boissier, pp. 254–256, and Hutchinson, p. 125.

8 See *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 9, No. 33, January 1878, pp. 71–81. See also Frits Kalshoven, 'Impartialité et neutralité dans le droit et la pratique humanitaires', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 71, No. 780, December 1989, pp. 541–562, at 548–549.

9 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 68.

10 详细论述，见关于第26条的评注，第2050段。

11 1906年《日内瓦公约》第11条规定："凡中立国认可的团体，必须经其本国政府之事先同意及有关交战国之事先同意，始得以其卫生人员和卫生队协助该交战国。接受此项协助的交战国在利用此项协助之前，须通知敌方。"在这里，已经可以注意到"始得以……协助"的限制性表述。该条款可追溯到英国代表团提出的一项提案；见《1906年日内瓦外交会议记录》，第57页，以及*Projet de Convention revisée soumis par les plénipotentiaires anglais*（英国全权代表提交的公约修订草案），拟议第6条，pp. 60–61。

12 Best, pp. 152–153.

2112 在意土战争（1911～1912年）[13]和巴尔干战争（1912～1913年）[14]期间，若干中立国的国家红会向战场派出了医疗队。

2113 除了措辞上的细微差别，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第11条与1906年《日内瓦公约》第11条完全相同。在1929年日内瓦外交会议期间，有提案建议允许对附近中立国的救济团体在紧急情况下自发提供的协助予以保护。[15]此项建议没有得到采纳，这说明以下问题：各国希望维持安排的正式形式，即对中立国认可之团体的医疗人员及医疗队的保护仍需以一系列批准和通知为前提。[16]

2114 1929年之后，中立国认可之团体向另一国武装部队医务部门提供支持的情况似乎只出现过三次。1935年，在意大利和埃塞俄比亚的武装冲突中，英国根据1929年日内瓦公约第11条的要求，声明“英国驻埃塞俄比亚救护队”（“British Ambulance Service in Ethiopia”）可以向埃塞俄比亚武装部队提供医疗协助。[17]在同一场武装冲突中，瑞典红十字会也根据第11条派遣了一个救护大队和一所战地医院。[18]根据同一条款，在第二次世界大战期间，瑞士红十字会向德国武装部队提供医疗协助，[19]美国志愿救护队（American Voluntary Ambulance Corps）在美国成为该冲突一方之前向英国和法国武装部队提供协助。[20]

2115 在条约的发展方面，1946年国家红会预备会议提议增加一项程序性要求，即中立国不仅需要通知接受协助的冲突一方，还需要通知该方的敌方。1949年日内瓦外交会议通过了这一要求，成为第27条第2款的第一句。[21]国家红会预备会议也

13 Durand, p. 16.

14 See *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 44, No. 173, January 1913, p. 37.

15 《1929年日内瓦外交会议记录》，第18页，拟议第11条之二。该拟议条款由荷兰代表团提出，并已提交至第10届红十字国际大会（日内瓦，1921年3月30日～4月7日）。该提案的灵感来自于一个特定的历史案例。有关讨论，见《1929年日内瓦外交会议记录》，第139页。

16 见上注，第192～193页及第607页。

17 US Department of State, *Treaty Information Bulletin*, No. 74, 30 November 1935, Government Printing Office, Washington, D.C., p. 9. See also *Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 66, No. 398, October 1935, p. 794, and Vol. 66, No. 399, November 1935, p. 876.

18 See Viveca Halldin Norberg, *Swedes in Haile Selassie's Ethiopia, 1924–1952: A study in early development co-operation*, Scandinavian Institute of African Studies, Uppsala, 1977, pp. 154–159.

19 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第166页。关于相关历史资料，见Edgar Bonjour, *Histoire de la neutralité suisse pendant la seconde guerre mondiale*, À la Baconnière, Neuchâtel, 1970, pp. 437–449。See also Karl Philipp Behrendt, *Die Kriegschirurgie von 1939–1945 aus der Sicht der beratenden Chirurgen des deutschen Heeres im Zweiten Weltkrieg*, inaugural dissertation submitted for the degree of Doctor of Medicine, University of Freiburg Faculty of Medicine, 2003, pp. 179–183, and Rudolf Bucher, *Zwischen Verrat and Menschlichkeit.Erlebnisse eines Schweizer Arztes an der deutsch-russisschen Front 1941/42*, 3rd edition, Huber, Frauenfeld, 1967, pp. 256–260. 更一般地，见Reinhold Busch, *Die Schweiz, Die Nazis und die erste Ärtzemission an die Ostfront, Schweizer Ärztemissionen im II。Weltkrieg, Teil 1: Robert Nicole, Bericht über die Schweizerische Ärztemission nach Finnland*, Frank Wünsche, Berlin, 2002.

20 《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，第14次会议，1949年5月11日，第34页。

21 《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第84～66页。该建议可追溯到1937年红十字国际委员会为讨论修订1929年日内瓦公约而召开的专家委员会会议。

增加了后来成为第27条第3款的内容。[22]1947年的政府专家会议增加了第27条第4款。[23]在1949年的外交会议上，只对该条作了最后一处实质性修改。[24]

2116 自第二次世界大战结束以来，没有任何中立国认可之团体根据第27条采取行动。就第26条而言，出现这种情况的原因在此同样有效。[25]虽然有关第27条的实践甚少，但这并不影响该条款作为条约规定继续有效：该条款并没有被废止。[26]简而言之，过去实践的缺乏并不限制各团体今后根据第27条采取行动的可能性。支持军事医务部门是“运动”创立的根源，在将来也仍可有实践价值。

2117 此外，各国红会以及其他志愿救济团体如今还在开展广泛的人道活动，以支持第26条和第27条所界定范围（即武装部队医务部门）以外的政府部门。就国家红会而言，这些活动如今被认为是其作为政府当局在人道领域的助手的作用和职能的一部分。[27]然而，如果这些活动是为支持作为国际性武装冲突一方的外国政府部门而开展的，那么这些活动都不在第27条所涵盖的范围内。

三、第 1 款：基本概念与规则

2118 第27条第1款列出了中立国认可之团体希望以其医疗人员和医疗队向冲突一方提供协助必须满足的第一组条件。第27条没有规定哪方可以在这方面采取主动。因此，各种情况都有可能发生。[28]

(一) 第一句：同意与核准

2119 只有“中立国认可之团体”才可以根据第27条采取行动。尽管希望有资格根据这一规定采取行动的团体需要设在中立国，但它不得是其政府当局的一部分。[29]

22 见上注，第85～87页。另见《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第164、169页。在《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》中，这一通知要求规定在第1款的最后一句中（该草案第2款载有自1906年以来已经存在的规定，即适用于接受中立国认可之团体提供协助的国家的通知要求）。

23 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第152～164页。

24 根据一个代表团的提议且未经过进一步讨论，起草者增加了此后成为第27条第1款最后一句的内容，即：“此项人员及此等医疗队应受该冲突一方之管制。”见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第78、122及212页。最后，虽然提交于1949年外交会议的草案提到“该交战国”（“that belligerent”）一词，但其被修改为“该冲突一方”（“that Party to the conflict”）。

25 见关于第26条的评注，第六部分。

26 关于某一条约规定可视为已废止前必须满足的条件的讨论，见导论，第三部分第（八）节。

27 见关于第26条的评注，第2087段。

28 《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第83～84页。

29 应当指出的是，在1949年之前，中立国本国武装部队医务部门可以向冲突一方提供服务的想法遭到了否定。事实上，1937年红十字国际委员会召集专家委员会考虑修订1929年日内瓦公约时，就讨论过这种可能性。See *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929*, Report prepared for the 16th International Conference of the Red Cross, London, June 1938, p. 16, 其中，“鉴于这种做法会带来巨大困难”，该想法遭到否定。另见《1937年红十字国际委员会向国家红会提交的1929年日内瓦公约修订草案》，第6页，以及《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第170页。现在，《第一附加议定书》第9条第2款第1项设想并规定了这种可能性。

2120 第27条没有对“认可之团体”的含义作出界定。但是，若与第26条一起解读，可知该表述显然同样是指“各国红十字会及其他志愿救济团体”。[30]与根据第26条行事的团体一样，希望根据第27条行事的团体需要得到本国政府的“认可”。[31]就第27条而言，此处所指的本国政府即中立国政府。有关“中立国”一词的含义，见关于第4条的评注。[32]

2121 相关团体不仅需要得到本国中立政府的认可；还需要事先得到该国政府的同意，才可前往国外协助国际性武装冲突一方的武装部队。[33]虽然语义上有所不同，但这一要求与第26条的要求相对应，即相关团体协助武装部队医务部门应获得核准。[34]这一要求至关重要：第27条仅在中立国政府允许其认可的某团体根据该规定提供服务时才可适用。[35]这种同意可以根据个案情况作出，也可以在使用该团体的任何具体情形之前给予。在所有情况下，根据第27条第2款第一句向接受协助一方的敌方发出通知的要求仍然存在。

2122 第27条没有规定这种同意（该同意仍为中立国政府与经认可团体之间的双边安排）是否需要以书面形式作出。无论如何，就接受该团体协助一国的敌方而言，只有按照第27条第2款第一句之要求予以通知，此种同意才成立。

2123 可以理解的是，希望接受中立国经认可之团体协助的冲突一方也需要对此作出核准。第27条没有规定应以何种形式作出核准。实践中，希望接受经认可之中立团体的医疗队及人员协助的冲突一方，最好以书面形式向经认可之团体转达必要的核准。在任何情况下，就接受协助一方之敌方而言，按照第27条第2款第二句之要求予以通知，此项核准才成立。

2124 根据第27条，经认可之团体可“以其医疗人员及医疗队协助”冲突一方。此

30 有关“各国红十字会及其他志愿救济团体”等术语的讨论，见关于第26条的评注，第三部分第（一）节。有关进一步分析，见Claudie Barrat, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, pp. 89-91。

31 有关“认可”和“政府”两个词的讨论，见关于第26条的评注，第2062段。如同第26条规定的情况一样，并没有条款规定冲突一方不可以得到若干（一个或多个中立国）经认可之团体（除国内团体外）的协助。这里也必须强调，第27条中使用的“认可”一词不应与红十字国际委员会承认某团体为该国的国家红十字会或红新月会这一完全不同的问题相混淆。见关于第26条的评注，第2063段。

32 应当指出，关于中立国一词，公约英文作准文本第4条使用 “neutral Powers”，而第27条则使用 “neutral country”。虽然英文的语义不同，但这些术语在功能上是相同的。有关“中立国”构成条件的讨论，见关于第4条的评注，第三部分第（一）节。

33 在适用《第一附加议定书》的情况下，必须注意该议定书第81条第2款、第3款及第4款。这些规定为冲突各方和各缔约国规定了某些（不同的）义务，以便利红十字会和红新月会及其他人道组织的工作。

34 有关“核准”一词的讨论，见关于第26条的评注，第三部分第（二）节。

35 见《1906年日内瓦外交会议记录》，第125页和第225页。实践中，可能会发生以下情况：中立国政府不仅不愿作出这种同意，而且还希望进一步禁止本国团体协助另一国的武装部队，例如，通过国内立法，将其国民为冲突一方的医务部门服务定为犯罪。第二次世界大战期间，挪威就发生过这种情况；见《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，1949年5月11日。

类团体没有义务同时提供医疗人员和医疗队。事实上，国家红会可以提供医疗人员而不提供医疗队，反之亦然。

2125 就第27条而言，“医疗人员”和“医疗队”这两个词没有得到特别定义，也没有进一步的规定。[36]根据《日内瓦第一公约》有关医务人员和医疗队之规定的逻辑，他们必须受指派专门长期从事第24条所述的医疗活动。[37]在这方面值得注意的是《第一附加议定书》第12条第2款第3项，根据该条款，平民医疗队无论何时均应受到尊重和保护，并不应成为攻击的对象，特别是当它们“按照……第一公约第二十七条被核准”时。

2126 中立国团体的医疗人员仍然是平民，不成为其所协助的武装部队的人员。[38]

2127 虽然“运输工具”一词在第27条中没有出现，但就该条款而言，“运输工具”可被理解为“医疗队”的一个子类别。[39]因此，经认可的团体可以根据第27条提供医务运输工具方面的协助。[40]

2128 第27条仅限于中立国认可之团体向国际性武装冲突一方提供医疗人员、医疗队或运输工具的情况。经认可之中立团体在国际性武装冲突中可能开展的所有其他人道活动都不在第27条的范围内。[41]为武装冲突一方的武装部队所开展的其他活动，[42]特别是为需要帮助的其他类别人员开展的活动也是如此（例如，通过东道国国家红会提供的援助）。

2129 向国际性武装冲突的一方提供的协助不需要通过向该方的敌方提供类似协助来平衡。[43]但是，不言而喻的是，如果中立国的团体遇到其所协助一国之敌方的伤者病者，该团体就像医务部门本身一样，也必须照顾他们，且不得加以任何不利区别。[44]

36 关于术语“医务部门之固定医疗所，及流动医疗队”，见第19条及其评注，第三部分第（一）节第1项。关于术语“医疗人员”（“medical personnel”，中文译本中，该词在第24条中译为“医务人员”，第27条中译为“医疗人员”），见第24条及其评注，第三部分第（一）节。关于《第一附加议定书》中“医务人员”的定义，见第8条第3款，其第2目包括“冲突一方所正式承认和核准的各国红十字会（红新月会、红狮与太阳会）和其它国内志愿救济团体的医务人员”。关于《第一附加议定书》中“医疗队”的定义，见第8条第5款。

37 见关于第24条的评注，第四部分。关于第27条所涉人员只能从事第24条所指活动的事实，见下文第2133段。另见《第一附加议定书》第8条第11款关于“常任医务人员”和“常设医疗队”的定义。

38 这同样适用于依照第26条行事的人员。见关于第26条的评注，第2080段。

39 另见关于第34条的评注，第2343段。

40 《第一附加议定书》第9条第2款明确包括常设医务运输工具。

41 因此，中立国认可之团体根据共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条）提供服务（例如，向有需要的平民分发食物），不在第27条的适用范围之内。

42 关于“宗教组织，救济团体，或其它任何协助战俘之组织”向战俘提供的救济，见《日内瓦第三公约》第125条。与《日内瓦第一公约》第27条所涉团体不同，希望根据《日内瓦第三公约》第125条采取行动的团体无需得到特别认可，就可以开展该条所涉活动。有关讨论，见Lanord, 1999, p. 91。

43 Jean S. Pictet, *Red Cross Principles*, ICRC, Geneva, 1956, p. 75.

44 见第12条。

（二）第二句：管制

2130 根据第27条第1款最后一句，医疗人员和医疗队必须“受〔接受协助的冲突一方〕之管制”。这句话直到1949年外交会议上才被提出来，会议未经进一步讨论即予以采纳。[45]

2131 为了使第27条下的制度切实可行，“受〔接受此类协助的冲突一方〕之管制”意味着该国武装部队医务部门有权指导有关医疗人员及医疗队的活动。反过来说，除非得到指示，否则后者无权采取行动。因此，他们的行动由该国的负责。[46]

2132 问题在于，“受……管制”是否意味着第27条所涉人员必须“受军事法规之约束”，这是适用于第26条所涉人员的更为严格和形式化的要求。[47]根据文字上的明显差异，可以得出的结论是，起草者如果当时有此意图，当时便会使用相同的术语。从中立法的角度来看，这种措辞上的差异也是有道理的，因为不能期望中立国同意让其国民“受〔武装冲突一方〕军事法规之约束”。

2133 第27条所涉人员只能在与第24条所涉人员“处于同样地位”的情况下得到派用。在可开展之活动方面的这种限制，也可以从第27条仅规定经认可团体以“医疗人员及医疗队”提供协助这一事实中推断出来。[48]

2134 该条款并未对满足第27条第1款及第2款规定的条件之后，该条所涉人员和医疗队的地位及其依法享有的保护作出规定。为了确保第26条和第27条之间的一致性，唯一可成立的观点是，第27条所涉人员——与第26条所涉人员一样——（1）获得与第24条所涉人员相同的保护和待遇，[49]并且（2）是《日内瓦第一公约》意义上的被保护人。[50]因此，他们在一切情况下应受尊重与保护，除非他们的行为构成害敌行为。[51]

45 《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，1949年5月11日。

46 关于短语“在其责任下”的含义和法律意义，见关于第26条的评注，第四部分第（三）节。

47 有关“受军事法规之约束”的含义，见关于第26条的评注，第四部分第（二）节。

48 第27条没有提到宗教人员提供协助的可能性，尽管应该对此作出规定。

49 有关其内涵的讨论，见关于第26条的评注，第五部分。

50 有关《日内瓦第一公约》中作为被保护人或物体的意义的讨论，见关于第26条的评注，第2084段。当第27条所涉人员落于敌方手中时，适用第32条。至于第27条所涉物体，它们受《日内瓦第一公约》的保护，因此受到第34条所赋予的额外保护。

51 关于何种类型的行为构成有害于敌方之行为的讨论，见关于第24条的评注，第六部分。与第24条或第26条所涉人员一样，第27条所涉人员有权携带轻型单兵武器进行自卫或保护其照顾下的伤者病者；见关于第24条的评注，第2005～2006段。从第32条第4款也可以推断出他们可以携带武器这一事实。

四、第 2 款：双重通知要求

2135 根据1906年和1929年的日内瓦公约，只有接受中立国认可之团体协助的交战国才有义务在利用该团体之前将此情况通知其敌对一方，或敌对各方。[52]据1946年国家红会预备会议上所报告的情况，这一要求在实践中经常得不到遵守。[53]

2136 1949年外交会议保留了接受协助的冲突一方应将这一事实通知其敌方的要求，[54]并增加了第二项通知要求：有关中立国政府在同意经认可之团体根据第27条采取行动后，须将其同意一事通知接受该协助的国家的敌方。[55]因此，如果接受该协助的冲突一方没有通知其敌方，该方仍将得到通知。这样做也符合中立国自身的利益。[56]中立国通过发出通知，表明其完全支持其认可之团体根据第27条采取行动的意图。[57]因此，可以理解的是，第27条的起草者拒绝了只将中立国发出通知作为任择性义务的建议，[58]从而有意使第27条第2款成为硬性规定。[59]

2137 两国都应向接受协助之冲突一方的敌方发出通知，而不是由经认可的团体自行发出通知。也许最好通知所有其他缔约国，或至少通知所有可能与所提供的协助有关的缔约国（如冲突各方的邻国）。[60]

2138 第27条没有规定需以何种方式或形式提供这些通知。虽然没有明文要求当事国以书面形式发出通知，但无疑最好是采用书面形式，例如通过外交照会或其他手段（包括现代电子通信手段）进行通知，以避免出现任何含义不明之处。通知可以直接发出，也可以通过保护国或红十字国际委员会等中间人发出。[61]

52 如果接受协助的国家与一个以上的国家（如国家联盟）存在国际性武装冲突，则第27条所要求的两项通知都要向所有这些国家发出。关于这一点的讨论，见《1929 年日内瓦外交会议记录》，第138页。

53 见《1946年国家红会预备会议纪要》，第I卷，第84页。另见《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II-1卷，第164～165页。

54 除负有作出同意的义务之外，接受中立国认可之团体提供协助的国家还必须满足这一通知要求，才可接受该团体的服务；见第27条第1款。

55 “接受协助国家之敌方”（第27条第2款的用语）并非中立国的敌方。后一种措辞出现在较早的文本中，但1947年政府专家会议对此作出了相应修改；见《1947年政府专家会议报告》，第36页。

56 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第165页。

57 红十字国际委员会：《1947年政府专家会议报告》，第36页。See also ICRC, *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929,* Report prepared for the 26th International Conference of the Red Cross, London, 1938, pp. 16–17.

58 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第166～169页。

59 关于这一点，见Hutchinson, pp. 197–198: “〔1906年《日内瓦公约》〕第11条要求中立协助获得双重授权，其目的似乎是限制而非鼓励中立国的红十字会在战争中开展活动。”

60 如果第27条所涉人员落于另一中立国手中，采取这一措施可能尤为重要。根据第4条，后者（该中立国对此类人员）将需要适用第32条。

61 据报告，在第二次世界大战之前就已经出现此类实践；see ICRC, *Report on the Interpretation, Revision, and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929,* submitted by the ICRC to the 26th International Conference of the Red Cross, London, 1938, p. 16.

2139 关于需何时进行通知，第27条第2款只对接受协助的冲突方作出了明确规定：通知需要“在〔该方〕利用〔此项协助〕之前”进行。就中立国的通知而言，该条未规定相关时限。实践中，中立国似乎也最好在接受经认可之团体协助的冲突一方利用此项协助之前进行通知。[62]

2140 第27条承认一国有权通过中立国认可之团体的协助为其医务部门提供补充。该条要求将此情况通知敌方，但没有规定敌方在此过程中应采取的任何其他行动或反应。[63]

2141 《日内瓦第一公约》没有具体说明只作出其中一个通知或两个通知均未作出时的后果。如果中立国在接受此项协助的冲突一方利用该协助之前未遵守通知要求，则中立国认可之团体的医务人员及医疗队无权正式获得《日内瓦第一公约》意义上的被保护人或物体的地位。在这种情况下，接受此项协助的国家的敌方确实无法确定中立国是否确实同意其认可的团体根据第27条采取行动。[64]即使接受此项协助的冲突一方遵守了对其适用的通知要求，情况也是如此。[65]另一方面，虽然在这种情况下医务人员及医疗队不是《日内瓦第一公约》所特别保护的人，但他们的身份仍然是中立平民，必须受到相应保护。

2142 如果接受中立团体协助的国家在利用此种协助之前没有通知其敌方，则该敌方仍应按照第27条的规定对待中立团体的人员及医疗队，但前提是第27条的所有其他条件均已得到满足。这包括要求中立国政府将其相关同意通知协助接受国的敌方，以及要求相关人员及医疗队受该协助接受国的管制。如果在第27条的所有其他条件都得到满足的条件下，协助接受国的敌方仍以没有通知为由拒绝给予这些医务人员及医疗队根据《日内瓦第一公约》所享有的保护，则该国确实属于恶意行事。

五、第 3 款：协助活动的人道性质

2143 第27条第3款起源于1937年红十字国际委员会为讨论修订1929年日内瓦公约而召集的专家委员会的工作。从法律上讲，中立国认可的团体协助冲突一方的医务部门，不能视为对中立法相关适用规则的违反。对于作出同意的中立国而言也是如此。[66]

62 关于时限的讨论，见关于第26条的评注，第2070段。

63 见《1906年日内瓦外交会议记录》，第115、125及255页。另见《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第165页。

64 更多关于各国希望确保中立国正式批准协助的意图，以及1929年外交会议上关于自发提供协助之提案未予采用的详细内容，见第2113～2115段。

65 在这方面，第27条比第26条更为严格，见关于第26条的评注，第2072段。

66 关于中立法的讨论，见关于第4条的评注，第一部分。

2144 但是，实践中，对这一问题的看法可能有所不同，对中立团体提供协助这种少数情况的反应表明了这一点。[67]因此，第27条第3款明确指出，这些看法没有任何法律价值。

2145 向冲突一方的医务部门提供医务人员及医疗队，确实是一种纯人道性质的活动。[68]经认可的团体只向冲突一方提供医务人员及医疗队时，这一观点也成立。对于某经中立国认可之团体仅向冲突一方提供的协助，第27条和适用于国际性武装冲突的国际法均未要求该团体或中立国本身必须通过由另一（或同一）团体向冲突另一方提供协助来实现平衡或做出补充。

2146 最后，需要牢记的是，各国红会必须遵守“运动”的基本原则。[69]它们向武装冲突的一方提供协助纯粹是出于人道动机，即希望减少伤者与病者的苦难，这不应被误解为违反了中立的基本原则：它们这样做，并不是在冲突中站队。[70]因此，对各国红会而言，第27条第3款强调了根据第27条行事并不违反中立原则的观点。[71]

2147 此外，如上所述，协助冲突一方武装部队医务部门的中立国国家红会人员必须按照公正的基本原则——即不进行任何不利区别，“仅根据需要”，并“优先救济……最紧迫的人”——治疗所有伤者与病者，无论他们属于冲突哪一方。[72]这一点不应存在问题，因为他们所协助的军事医务部门本身也受到《日内瓦第一公约》同样标准的约束。[73]

2148 如果经认可的团体不是“运动”成员，则该团体没有义务遵守“运动”的基本原则，也没有义务遵守其任何其他内部规则。但是，由于《日内瓦第一公约》第25条提及的活动具有人道性质，[74]这些团体事实上很可能希望遵守适用于武装冲

67 See ICRC, *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929*, Report prepared for the 16th International Conference of the Red Cross, London, 1938, p. 17. 另见《1946年国家红会预备会议纪要》，第I卷，第86～87页。另见《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第165页。同样，见Lanord, 1999, pp. 67–68。

68 就各国红会而言，见International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *National Red Cross and Red Crescent Societies as auxiliaries to the public authorities in the humanitarian field*, p. 25。更多详细论述，见关于第26条的评注，第2095段。另见美国《战争法手册》（2015 年），第15.5.2.1段及第15.6.2.2段。

69 有关基本原则的规范意义及其对各国红十字会或红新月会根据第26条行事能力的影响的讨论，见关于第26条的评注，第2088~2089段。当国家红会根据第27条采取行动时，“运动”商定的协调规则不适用；见关于第26条的评注，第2093段。尤其是，作为良好的做法，建议在根据第26条开展任何活动之前通知“东道国”国家红会（如果尚未作为先前协议的一部分进行通知）；这一建议在第27条所规定的情况下同样适用，并且条件更加严格。

70 见关于第26条的评注，第2089段。

71 中立的基本原则是：“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。”

72 见1986年《国际红十字与红新月运动章程》序言中关于公正的基本原则的定义。

73 见第12条。

74 关于“人道性质的活动”概念的讨论，见关于第9条的评注，第三部分第（二）节第1项。

突期间此类活动的人道行动原则，这些原则同样反映在某些国际法规则中（例如《日内瓦第一公约》第12条）。[75]

六、第 4 款：身份证

2149 《日内瓦第一公约》第40条规定了第27条所涉人员的识别方法。[76]这些手段是具有特殊标志的防水臂章（第40条第1款）、身份牌和具有特殊标志的特种身份证（第40条第2款和第3款）。关于特种身份证，第27条第4款规定，第27条所涉人员在离开其所属的中立国之前，应向其提供这些身份证。该身份证应由接受这些人员协助的冲突一方的军事当局而非中立国或经认可的团体发放。因此，该当局必须设法确保第27条所涉人员在离开中立国之前获得该特种身份证。

2150 本条款源于第二次世界大战期间的一个事件。“美国志愿救护队”的人员在前往协助英国和法国医务部门的途中，被德国武装部队俘获，理由是他们不具有适当的身份证，无法证明他们有意根据1929年日内瓦公约第11条提供服务。鉴于这一经验，各方认为，第27条所涉人员需要在离开中立国之前获得身份证，[77]而不仅仅是在实际担任任务之前。[78]因此，美国代表团在1947年政府专家会议上提出了现在的第27条第4款的约文。[79]这一规定的好处是，如果第27条所涉人员在到达其协助一方的武装部队之前落于该方的敌方手中，他们的地位将得到明确界定。[80]

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 26 条的评注的主要参考文献。

75 关于这些原则的讨论，见关于第9条的评注，第1138段。

76 关于第27条所涉医疗队的识别，见第43条。

77 《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，1949年5月11日。

78 关于该款的讨论，见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第13页，以及《1949 年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，1949年5月11日。

79 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷第1册，第164页。在1947年政府专家会议上，该提案未经任何实质性讨论即获通过。

80 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第194页。当第27条所涉人员落入他们所协助一方的敌方手中时，应当适用第32条的规定。

第二十八条
留用人员

公约条文 *

一、二十四条及二十六各条所指人员之落于敌方手中者，仅在战俘之健康状况精神需要以及人数上均有此要求时，方得留用之。

二、因上述情形而留用之人员不得视为战俘。但至少应享受一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约所规定之利益。上项人员应在拘留国军事法规范围内，并在该国主管部门管辖下，本其职业之道义，继续为战俘，尤其属于其本国武装部队者，执行其医疗及精神任务。此等人员为执行上项任务，应享受下列便利：

（甲）彼等应许其定期访问战俘营外之劳动队或医院中之战俘。拘留国应供给所需之交通工具。

（乙）关于每一战俘营中留用医务人员之职务上活动，由该营最高级医官对该营军事当局负责。为此目的，在战事开始时，冲突各方应就医务人员相当等级之事取得协议，其中包括第二十六条所列团体之医务人员之等级。上述医官及随军牧师有权直接与该营之军事及医务当局接洽有关职务之一切问题，该军事及医务当局应予彼等以有关此项问题之通讯所必需之便利。

（丙）营中留用人员虽应服从内部纪律，但不得令其从事医疗或宗教任务以外之任何工作。

三、在战事中，冲突各方应制定关于可能时遣返 ** 留用人员之办法，并决定遣返 *** 之程序。

四、上述各规定并不解除拘留国对于战俘医疗及精神上之福利所应尽之义务。

保留或声明

无

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

** 译者注：此处公约英文作准文本为“relieving”，中文原译为“遣返”，但根据本评注的解释，该词所指应为“通过担任或提供替代者来解除（某人）的职务”。后文为准确翻译评注之目的，将“遣返”调整为“替换”。

*** 同上注。

目 录

一、引言 646
二、历史背景 647
三、第 1 款：适用范围 650
四、第 2 款：留用人员的地位和待遇 652
(一) 第一句：排除战俘地位 652
(二) 第二句：享受《日内瓦第三公约》所规定之利益 653
(三) 第三句：医疗或精神任务之继续 655
(四) 第四句：为执行医疗或精神任务享受便利 657
1. 定期访问战俘营外之劳动队或医院 657
2. 对战俘营军事当局负责的高级医官 658
3. 从事医疗或宗教任务以外的工作 659
五、第 3 款：留用人员的替换办法 660
六、第 4 款：拘留国义务的延续 661
主要参考文献 662

一、引言

2151 第 28 条是国际性武装冲突中留用军事医务和宗教人员（第 24 条所涉人员）和担任相同任务的志愿救济团体人员（第 26 条所涉人员）制度的核心。留用被视为第 30 条所规定之规则的一个例外，该规则要求将这些人员送回其所属之冲突一方。符合条件的人员根据本条规定有权享有的特殊待遇，旨在确保战俘得到必要的医疗和精神照顾。

2152 留用规定是在平衡一系列相互对立的考虑因素之后制定的。一方面，这些人员的在俘状态妨碍了其本国武装部队医务和宗教部门在必要时随时随地履行照顾伤者与病者的使命。[1]因此，尽快送回医务和宗教人员符合其本国利益。另一方面，由本国医务和宗教人员照顾其本国部队的战俘也同样符合本国利益。然而，要做到这一点，留用人员必须能够继续执行其医疗和宗教任务，而不被派用于担任其他职务。此外，留用医务和宗教人员绝不能取代拘留国为战俘提供医疗和精

1 Bugnion, p. 472: “要使医务人员能够正常地执行其任务，仅仅保护他们免受战斗危害显然不够；交战各方也必须避免妨碍他们的工作。在所有障碍因素中，最常见且最有可能导致医务部门工作陷入停滞的一个因素就是医务人员被俘。如果将医生、医疗勤务兵和护士关押到战俘营和要塞中，和战俘们混为一谈，他们就无法帮助躺在战场上的伤者。”

神福利的义务。如果拘留国充分履行其对战俘承担的责任，则很可能没有必要行使留用权利。

2153 第28条规定了允许留用人员的条件。该条还澄清了留用人员的地位、作用以及他们有权享有的待遇和便利。必须结合《日内瓦第一公约》第30条和第31条来理解这一规定，这两项条款规定了医务和宗教人员的送回，并允许就这些人员的留用问题缔结特别协定。此外，《日内瓦第三公约》第33条几乎逐字逐句地重申了第28条关于留用医务人员和随军牧师所享有的地位、待遇和便利的规定。[2]

2154 在《日内瓦第一公约》谈判期间，医务和宗教人员的留用是一个颇有争议的问题。然而，与第二次世界大战期间交战各方长期留用了大量的敌方医务人员相比，[3]如今这种做法已经较为少见。[4]因此，虽然以第28条为核心的规制留用问题的规定仍然适用并与这一问题息息相关，但随着时间的推移，援引该条并使其发挥作用的国际性武装冲突数量有所减少。

2155 日内瓦四公约规定的留用制度所依据的原则是，除非战俘的健康状况、精神需要和人数有此要求，否则不得留用医务和宗教人员，这一制度似乎还未类推适用于非国际性武装冲突。因此，非国际性武装冲突各方没有释放被俘医务或宗教人员的法律义务。[5]

二、历史背景

2156 关于留用医务和宗教人员的法律规定随着时间的推移发生了很大的变化。1864年《日内瓦公约》第3条规定如下：

> 〔医务和宗教人员〕即使在敌方占领后，仍可继续在他们服务的医院或野战医院履行他们的职责，或者可以撤离，以便重返他们所属的部队。在此种情况下，当这些人员停止执行他们的任务时，他们应由占领军送交给敌方的前沿哨所。

评论者依据本规定得出的结论是，武装冲突各方没有单方面留用这类人员的权利。[6]

2 下文分析了这两条之间的主要区别；见第四部分第（二）节、第四部分第（三）节以及第四部分第（四）节第2项。然而，这些区别并无实质性影响。See also Sigrid Mehring, *First Do No Harm: Medical Ethics in International Humanitarian Law*, Brill, Boston, 2014, p. 111, fn.163.

3 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 237.

4 例如，见Bugnion, p. 478。

5 在这一方面，另见Bugnion, p. 473。

6 *Ibid.* p. 472: “1864年会议（第3条）以尽可能明确的方式解决了这个问题：这项条款规定不得俘虏医务人员；即使在敌方占领下，他们也必须能够自由地继续其照顾伤者与病者的工作；不再需要他们的照顾时，应将他们送交其己方武装部队的前沿哨所。”

2157 1906年《日内瓦公约》第12条首次规定了留用问题，这是现行规则最初的前身，因为它考虑到留用医务人员问题：只要这些医务人员的协助不可或缺，他们应“在落入敌方权力之下后，在敌方指挥下继续执行其职务”，不再需要其协助时应将其“送返其部队或本国”。[7]1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中的规则是基于相反的假设，即以将医务和宗教人员送回其所属一方为原则。[8]交战各方可通过订立关于留用医务人员的特别协定废除这一规则。[9]在没有这种协定的情况下，“一俟归路可通及军情许可”，即应将留用人员送回其所属交战国。[10]然而，在等候遣返期间，留用医务人员应“在敌方指挥领导下，继续执行其任务”，且“尤以担任照顾所属交战国之伤者、病者为宜”。[11]

2158 第二次世界大战期间订立了若干1929年公约所规定的这类特别协定。但是，公约没有规定应遵循的程序或应给予留用医务人员的待遇和工作条件。交战方给予这些人员的在俘条件与战俘相同，在某些情况下将他们视为战俘，并常常让他们从事非医疗性质的工作。[12]红十字国际委员会反对在地位和待遇方面将此类人员等同视为战俘予以对待的做法。[13]关于他们的地位，红十字国际委员会的立场在两个法律前身即1906年和1929年日内瓦公约中有明确的基础，这两部公约都规定，落于敌方之手的医务人员不得作为战俘予以对待。[14]关于他们的待遇，红十字国际委员会指出，需要给予更多特权和便利，以便留用医务人员能够执行其任务。[15]虽然这项要求完全符合留用医务人员制度所依据的根本理由，但在当时没有法律基础。

2159 在1949年日内瓦四公约起草期间，医务和宗教人员的留用是最有争议的问题之一。[16]虽然各方相对较快地就允许留用医务人员达成一致，但关于留用人员地位问题的热烈讨论持续了多年。[17]一些国家认为，留用医务和宗教人员应作为战俘予

7 另见1906年《日内瓦公约》第17条第2款关于撤离护送队的规定，该条重申在不再需要卫生人员提供协助时负有“送返卫生人员的义务”。

8 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第12条第1款。

9 见上注。第12条第2款和第14条第4款。

10 见上注。第12条第2款。

11 关于该项规定的分析，见Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 72–86。

12 Vollmar, p. 746.

13 《1946年国家红会预备会议报告》，第32页。

14 见1906年和1929年公约第9条。

15 《1946年国家红会预备会议报告》，第32～33页。

16 See also Paul de La Pradelle, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, pp. 114–133.

17 关于这些讨论和双方论点的说明，例如，见各国在1949年外交会议期间所作的声明，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第67～71页。

以对待，但其他国家和红十字国际委员会反对这一观点，认为这些人员不仅应享有特殊地位，以确认其作为非战斗员的不可侵犯性，而且还应享有若干特权和便利，使其能够有效地执行任务。这些讨论最终以达成折衷方案告终，这一折衷方案的主要依据是1948年斯德哥尔摩红十字国际大会所批准的一份草案，该草案规定，被留用的医务和宗教人员不应视为战俘，且至少应享有《日内瓦第三公约》所有条款规定之利益，以及执行其医疗及精神任务所必需的若干特权和便利。[18]

2160 围绕第28条的起草所产生的争议意味着，当时所通过的条款在某些方面缺乏详细规定。各国决定不回应留用制度的一些具体问题，例如某些类型的医务人员与战俘人数之间的比例，也不包括替换留用医务和宗教人员的详细规定。相反，1949年外交会议通过了第3号决议，名为“拟订关于留用人员百分比及替换的示范协定”，该决议要求红十字国际委员会就《日内瓦第一公约》第28条和第31条“拟订一项示范协定”，尽管各方了解，该示范协定将不具有法律约束力。[19]同一决议进一步要求红十字国际委员会“将〔该示范协定〕提交各缔约国核准”。基于第3号决议，红十字国际委员会于1955年发布了两项示范协定，一项关于医务和宗教人员的留用，另一项关于上述人员的替换。[20]同年，红十字国际委员会向各常驻日内瓦代表团以及各国红十字会与红新月会分发了示范协定纸质文本及其评注。在对此所收到的回应中，唯一实质性意见来自英国，该国反对示范协定中偏离《日内瓦第一公约》原文的一些规定。[21]

2161 第28条通过后的最初几年，学术著述对所达成的妥协显示出一定程度的不满。一些评论者对该条款因此而缺乏精确性的规定表示遗憾。例如，第28条规定，虽然不能视为战俘，但留用医务人员“至少应享受〔《日内瓦第三公约》〕所规定之利益”，但没有具体说明哪些规定应视为有益，而非有害。[22]

18 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第22条草案。

19 关于外交会议希望示范协定具有非约束性，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第170页。

20 ICRC, *The Retention and Relief of Medical Personnel and Chaplains: Model Agreements*, ICRC Doc. D306/2b, 1955.

21 英国所指出的《日内瓦第一公约》与示范协定之间最明显的不一致之处在于：（1）《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第1条第1款规定，留用人员只能“为属于其本国武装部队的战俘执行任务”，而第28条没有这种限制；（2）同一示范协定第1条第2款规定，各国红十字会与红新月会以及其他志愿救济团体人员“只有在其本人明示〔其留用〕意愿时才可予留用”，而第28条则不要求这一同意；（3）同一示范协定第8条将移送留用医务和宗教人员的可能仅限于如下情况，即“此类人员陪同已在其照顾下且在《日内瓦第三公约》第12条所规定的情形下被移送的战俘，而且仅当新拘留国的医务人员无法提供此种照顾之时”，而第28条无法推导出这种限制；以及（4）《关于替换医务人员和随军牧师的示范协定》第5条不当地要求他们遵守留用国的军事法律和法规，与第28条相矛盾。

22 See e.g. Schoenholzer, pp. 173–174, and Lauterpacht, p. 380. See also, later, Pictet, 1985, p. 203.

三、第 1 款：适用范围

2162 第28条只适用于第24条和第26条所指定的人员，即附属于武装部队的医务和宗教人员，以及经正式认可和核准的志愿救济团体中担任相同任务的人员。落于敌方手中的其他人员的地位和待遇，特别是第27条所述之中立国志愿救济团体人员和第25条所述之辅助医务人员的地位和待遇问题，公约另有规定。[23]

2163 留用制度适用于第24条和第26条所指人员“落于敌方手中”的情况。《日内瓦第一公约》第14条对于伤者与病者使用了类似的“落于敌人手中”这一说法。[24]尽管措辞几乎相同，但这两种情况的基本假设不同：根据《日内瓦第一公约》第15条，冲突各方有义务搜寻并收集伤者与病者；而第28条中没有规定类似义务，也因而没有规定搜寻医务和宗教人员的权利，这反映了他们被俘的附带性质和随后被留用的可能性。虽然没有规定禁止国际性武装冲突各方在确定医务和宗教人员身份之前，扣留在俘获敌军或敌军投降期间遇到的此类人员，但如果各方为了留用这些人员而积极搜寻他们，或者换言之，进行“医疗搜寻”，则不符合这种附带性质。[25]“敌方”可能不是需要实施第28条的唯一一方：如果第24条或第26条所述人员在中立国领土上，中立国必须准用第28条（以及第30条和第31条中的有关规定）。[26]

2164 留用被视为将被俘医务和宗教人员送回其所属冲突一方这一规则的例外。这一点可清楚地从第1款的措辞中看出：“人员仅在……时，方得留用之”（后加着重号以示强调）。第28条所发挥作用的法条背景进一步证实了这一点：第30条和第31条详细规定了“非系第二十八条所规定之必需留用”人员的送回。除非符合第28条规定的条件，否则必须根据第30条和第31条送回医务和宗教人员。换言之，虽然留用医务和宗教人员本身并不违法，但其留用是以符合某些要求为条件的。

2165 首要条件的是，医务和宗教人员只能为了战俘的利益而予以留用。因此，如果留用医务或宗教人员的国家并非《日内瓦第三公约》严格意义上的拘留国，即并非俘获《日内瓦第三公约》第4条所指人员的国际性武装冲突当事国，则该留用将不被允许。这不仅排除了任何“预期”留用医务和宗教人员的可能，[27]而且也排

23 分别见第32条和第29条。

24 关于这一概念的解释，见关于第14条的评注，第三部分第（三）节。

25 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 242.

26 见第4条，以及重要的是，关于该条款的评注第937段。另见美国《战争法手册》（2015年），第15.16.6段。

27 另见《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第5条第1款：“根据上述规定所确定的可留用人员和牧师人数应视为最大数量，不得为日后俘获敌方军事人员可能产生的需求或以其他任何借口超出该人数限制。”（后加着重号以示强调）这一规定受到有限的两项例外的制约，示范协定第5条第2款关于留用冗余人员以替换留用一年以上人员的规定；以及示范协定第6条关于交战各方间通过共同协定增加留用牧师人数的规定。

除了为平民利益而留用这些人员的可能（除非有关平民具有战俘身份）。[28]其次，战俘的健康状况、精神需要以及人数均必须有此要求。正如“要求”一词，以及第30条第1款中使用的“必需”一词所示，留用医务和宗教人员的可能性取决于是否满足严格的必要性标准。[29]

2166 战俘的健康状况、精神需要以及人数本身就取决于具体情况。因此，不能抽象地确定留用的合法程度。例如，如果拘留国本国的宗教人员与战俘信仰不同，则可能需要留用宗教人员，因为在这种情况下，拘留国提供本国宗教人员是不适当的。[30]另一种情形是，在俘获大量战俘（其中许多人可能是伤者）后，对医务和宗教人员的需求增加。相反，在武装冲突后期，对留用医务和宗教人员的需求可能会减少。在所有情势中，情况都可能会发生演变，以致最初允许留用的条件可能不复存在，其法律后果是，不可再继续留用。在这一情况下，留用医务和宗教人员的权利将由送回此类人员的义务所取代。[31]无论如何，拘留国必须善意评估与留用需要有关的事实情况。

2167 根据《日内瓦第一公约》第31条第2款，留用医务和宗教人员与战俘的比例及其在战俘营中的分配，可由冲突各方以特别协定规定。在这方面，《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第2条对不同类型的医务和宗教人员（例如全科医生、专科医生、牙医、护士和随军牧师）与战俘人数之间的可能比例提供了建议。[32]这些建议的比例清楚反映了当时的医疗和社会状况。从当代角度看，示范协定明显没有提及，例如，女战俘的特定需要，[33]她们的医疗服务在某些方面可能与男战俘不同。例如，示范协定没有考虑到对妇科医生的需要。此外，该协定反映的是工业化国家的资源情况，而非欠发达国家更为稀缺的资源情况。

28 见《日内瓦第三公约》第4条子款第4项至第5项。

29 另见关于第30条的评注，第2228段。

30 此种涉及多重因素的考量过程必须具体问题具体分析，这一性质也反映在示范协定中；例如，见第6条，该条允许冲突各方“如有必要，且在拘留国本国国民中没有战俘所信奉宗教之牧师的情况下，在战事进行中，共同商定增加留用的牧师人数”。事实上，留用宗教人员有助于国际性武装冲突各方遵守其义务，即根据《日内瓦第三公约》第34条，给予战俘“履行其宗教义务之完全自由”。

31 见关于送回医务和宗教人员的第30条和关于送回人员之选择的第31条。另见《日内瓦第三公约》第109条至第117条关于直接遣返重伤与重病之战俘及中立国之收容的规定，这可能对战俘营中的医疗和精神需要产生影响。另见Odom, p. 29: “同样，所述之留用牧师之期限并不是一个确定时间段或像战俘那样为武装冲突期间。相反，其留用期限之长短取决于其宗教服务的‘必要性’或‘需要’。因此，如果留用牧师“非系必需”，则公约要求应尽快将牧师送回该冲突中其所属一方。”

32 另见示范协定第5条，该条规定示范协定第2条规定的留用人员人数“应视为最大数量”，并列出了留用冗余人员的条件。另见示范协定第7条，如果留用了辅助医务人员，以及虽不属于其武装部队医务部门但身为医生、外科医生、牙医、护士或医事服务员且应拘留国要求依照《日内瓦第三公约》第32条执行医疗任务的战俘，则应减少留用人员的人数。

33 这些需要部分反映在《日内瓦第一公约》第12条第4款，以及《日内瓦第三公约》第14条第2款、第25条第4款和第29条第2款中。关于示范协定中忽视女战俘特殊需要的一个极少数例外情况，见关于留用女护士的第4条第2款。

2168 现代医学所要求的比例可能与示范协定所建议的比例不同。[34]理想情况是，为了确保在协定中明确并回应不同角度的观点，谈判应包括不同性别和背景的人员。[35]此外，必须考虑到各方的可用资源情况。虽然这些因素不利于抽象地确定普遍适用的比例，但可以从第28条中得出某些指导原则。第一，该比例必须确保对战俘的照顾既及时又能保质保量地充分满足他们的医疗和精神需要。第二，必须按照当代职业道德提供医疗服务。这些道德规范规定在专业医务人员的行为规范和守则中，其核心内容包括：尊重被剥夺自由者的尊严和自主权；避免任何对病人有害的行为；提供相关和高质量医疗服务；知情同意；和医疗保密。[36]第三，留用人员的数量不得过多，即不得超过确保充分医疗照顾之所需。在确定这种需要方面，留用只可限于补充——而非取代——拘留国通过其本国医务和宗教人员保障战俘医疗和精神福利的义务，第28条第4款确认了这一点。因此，第1款规定确定是否允许留用以及所允许之范围的决定因素之一是战俘人数，这表明必须考虑拘留国本身可供使用的医务和宗教人员。不能依赖留用医务和宗教人员作为他们的替代者。

2169 但是，如果满足了上述条件，则可行使留用权。这一权利可以由拘留国单方面善意地合法行使。不需要留用人员所属交战方同意，也不需要留用人员同意。

四、第 2 款：留用人员的地位和待遇

（一）第一句：排除战俘地位

2170 第2款首先规定，留用人员不得视为战俘。[37]虽然他们因此不享受战俘地位，但第28条或日内瓦四公约任何其他有关条款均未像《日内瓦第三公约》定义战俘[38]或《日内瓦第四公约》定义“被保护人”[39]那样，对留用人员的地位作出明确定义。尽管没有此种定义，留用人员仍构成敌方俘获人员中的一个单独类别，受不同规定的规范。[40]

34 举例而言，例如，见美国《关于敌军被俘人员、留用人员、平民被拘禁者和其他被拘留人员的军队条例》（1997年）第3-15（k）条，其中规定的比例为每1000名战俘配备两名医生、两名护士、一名牧师和七名应募医务人员。

35 见联合国安全理事会2000年10月31日第1325号决议，第1段。人们日益认识到，妇女、男子、女童及男童受到武装冲突的影响各不相同，因此，女性和男性在国家、区域和国际层面冲突预防、管理和解决机构和机制的各级决策层中都应该有代表，方才有利于这一决策进程。国际人道法的适用也应反映这一理解。

36 详见《第一附加议定书》第16条。

37 另见《日内瓦第三公约》第4条寅款：“本条〔战俘之定义〕无论如何不得影响本公约第三十三条所规定之医务人员与随军牧师之地位”。

38 《日内瓦第三公约》第4条。

39 《日内瓦第四公约》第4条。

40 See also Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 51: “在敌人手中的每一个人都必须具有国际法下的某种身份：该人或是战俘，并由此属于《日内瓦第三公约》的规定范围，或是《日内瓦第四公约》规定范围内的平民，或是《日内瓦第一公约》规定范围内武装部队医务人员的一员。不存在中间状态；敌人手中的任何人都受法律管辖。”

2171 如果某人落于敌方手中并声称具有医务或宗教人员身份，因而要求适用关于送回或留用的规则，而非适用于战俘的制度，如果对该人所主张的内容有任何疑问，拘留国必须确定该人的身份。一个可以想到的例子是，某人声称自己具有医务或宗教人员身份，并展示了臂章上的特殊标志，但声称身份牌和（或）身份证丢失而无法出示，或者出示了身份牌和（或）身份证，但其真实性存疑。对相关人员身份进行确认的机构显然将是《日内瓦第三公约》第5条第2款所规定的“主管法庭”。[41]但是，只有在身份不明人员曾“从事交战行为”时，才可在法律上适用第5条。一般假定医务和宗教人员不会从事此种行为，且实际上只允许其在自卫或保护其照顾下的伤者病者时使用武器。[42]

2172 然而，仍有必要确定声称属于留用医务或宗教人员类别之人的身份，尤其是确保拘留国履行了其相关法律义务，包括根据《日内瓦第一公约》第30条送回非必需之留用人员的义务。因此，如果拘留国决定不依赖《日内瓦第三公约》第5条第2款所规定的主管法庭，其必须采用一种能够有效和可靠确定该人身份的替代程序。

2173 在这一确定身份的过程中，臂章上的特殊标志、第16条所述身份牌，以及身份证将是证明该人身份的重要要素。[43]

（二）第二句：享受《日内瓦第三公约》所规定之利益

2174 留用人员虽然不享有战俘地位，但“至少应享受〔《日内瓦第三公约》〕所规定之利益”。这一措辞表明，只有《日内瓦第三公约》中有利于留用人员的条款才可适用。[44]《日内瓦第三公约》第33条在这方面甚至更加明确，因为该条规定，留用人员“至少应享受〔《日内瓦第三公约》〕之利益与保护”。通过将可适用的规则限于有利于并保护战俘的规则——而非可能对其不利的规则，《日内瓦第三公约》第33条确认，法律要求应给予留用医务和宗教人员的待遇不同于战俘待遇。同时，本条中“至少应享受……利益”的用词与《日内瓦第三公约》第33条中“至少应享受……利益与保护”的用词之间没有实质性区别。具有“保护”因素的规则当然符合战俘的“利益”，因而也符合留用医务和宗教人员的“利益”。

2175 有权享受《日内瓦第三公约》的利益和保护意味着，留用人员在任何时候须受人道待遇和保护，不得对他们采取任何报复措施。[45]留用人员在一切情况下应享

41 另见美国《人力情报搜集者行动》（2006年），第vii页：“在美国武装部队拘押人员中，未被归类为敌方战俘〔EPW, enemy prisoner of war〕（《日内瓦第三公约》第4条）、留用人员（《日内瓦第三公约》第33条）和平民被拘禁者（《日内瓦第四公约》第27条、第41条、第48条和第78条）的，在主管当局（例如，第5条规定之法庭）确定其法律地位之前，应享有敌方战俘之待遇。”

42 见关于第24条的评注，第2005～2006段，及关于第26条的评注，第2084段。

43 见第40条及其评注，第2581段。

44 Schoenholzer, pp. 173–174.

45 见《日内瓦第三公约》第13条。

受人身及荣誉之尊重。[46]对于女性留用人员之待遇须充分顾及其性别，并在一切情形下须享受与男子同等之优遇。[47]被俘医务和宗教人员保有他们落于敌方手中时所享受之全部民事能力。[48]拘留国还须免费向留用人员提供生活必需品，以及其健康状况所需之医疗照顾。[49]与战俘一样，留用医务和宗教人员也有权享受平等待遇：虽然可以根据其等级、性别、健康状况、年龄或职业资格予以某些差别待遇，但不得对其加以（其他）不利区别。[50]

2176 更具体而言，例如，当留用人员接受讯问以确定其身份时，他们仅有义务告知其“姓名、等级、出生日期，及军、团、个人番号，如其不能，则提使相当之材料”。[51]同样，其个人用品应仍归其保有，但为自卫或保护其照顾下的伤者病者而随身携带的武器、马匹、军事装备和军事文件除外。[52]同样，规制战俘之撤退的规则也适用于留用人员。[53]

2177 然而，上述举例是相对明确的有利规则，而非既无利益又无保护的规则。在其他情况下，确定《日内瓦第三公约》某一特定条款（或某条款的特定部分）是否为留用人员赋予了利益或保护可能更为复杂。举例而言，《日内瓦第三公约》第82条至第108条规定的某些关于刑事和纪律制裁的规则就可以说明这一点。《日内瓦第一公约》第28条第2款第三句规定，留用人员应本其职业之道义，“在拘留国军事法规范围内，并在该国主管部门管辖下”，继续执行其医疗及精神任务。因此，留用人员如果违反上述法律法规，可能会受到司法或纪律措施的制裁。虽然《日内瓦第三公约》中涉及上述制裁的某些规则显然是对其有利的，[54]但其他规则不一定如此。因此，确定《日内瓦第三公约》的某项规定是否构成提供第28条第2款第二句意义上的“利益”，必须由拘留国善意地在个案基础上予以决定。

2178 然而，作为一项一般规则，《日内瓦第三公约》中关于在拘留国军事法律法规范围内允许留用人员为战俘的利益执行其医疗或精神任务的所有规定，以及为执行这些任务提供便利的所有规定，均适用于此类人员。[55]相反，《日内瓦第三公

46 见上注，第14条第1款。
47 见上注，第14条第2款。
48 见上注，第14条第3款。
49 见上注，第15条。
50 见上注，第16条。
51 见上注，第17条第1款。
52 比照《日内瓦第三公约》第18条第1款。
53 见上注，第19条至第20条。
54 例如，拘留国有义务“保证主管当局尽量从宽，而尽可能采取纪律性而非司法性之措施”（《日内瓦第三公约》第83条），并提供《日内瓦第三公约》第84条第2款和第86条提到的公正审判保障。
55 另见《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第11条。

约》中妨碍留用人员执行其任务的条款则不适用。因此，虽然留用人员的自由可能受到限制，但不得在《日内瓦第三公约》的意义上拘禁他们，[56]以致这种拘禁会妨碍他们执行其医疗及精神任务。的确，由于他们仅可为执行这些任务而受留用，对他们自由的限制程度将视情况而有所不同，并可能包括不太严格的限制，如监督和指定居所，而非实际拘禁于某营地。[57]

2179 同样，当所移送战俘的健康状况、精神需要和人数有此要求时，留用医务和宗教人员可与战俘一同移送至另一个拘留国，同时享有与战俘相同的保障。[58]此外，与留用人员有关的特别规定将可指派其从事的工作限于医疗及精神任务，[59]从而将《日内瓦第三公约》中关于指派战俘从事工作及其相关安排的规定排除在外。然而，在有关规定与其执行医疗或精神任务相符的情况下，留用人员将受益于关于工作条件、休息、薪酬等的规定。[60]上述举例表明，需要进行详细分析，才能确定《日内瓦第三公约》中哪些规定适用于留用人员。

2180 第2款的措辞同样清楚表明，并不禁止拘留国超出《日内瓦第三公约》的有利规定范围，即其可给予留用医务和宗教人员更有利的待遇。然而，实践似乎表明，在给予利益和保护方面，拘留国更愿意将留用人员与战俘同等对待。[61]

（三）第三句：医疗或精神任务之继续

2181 第28条第2款第三句确认，虽然被留用的医务和宗教人员置身于新环境中，处在不同当局管辖之下，但他们照顾伤病战俘的基本工作仍然未变，且应不受妨碍地继续下去。事实上，留用人员“继续为战俘……执行其医疗及精神任务”的规定构成留用制度的核心，并为解释该条款提供了依据。“医疗及精神任务”的表述必须作最广义的理解，即包括与满足战俘医疗和精神需要有内在联系的所有工作。[62]因此，例如，从事医疗队和医院管理工作的人员可能需要继续执行指派给他们的此类任务。此外，由此可以得出结论，正如第28条第2款丙项所明确规定的，不允许留用医务和宗教人员从事其他（非医疗和非精神）任务。这还意味着，拘留国不得干涉其任务的履行。相反，拘留国必须为他们执行这些任务提供

56 关于战俘的拘禁，见《日内瓦第三公约》第21条第1款。

57 在这方面，另见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 245. 关于“监视”和“指定居所”的概念，比照关于《日内瓦第四公约》第41条的评注。

58 见《日内瓦第三公约》第12条和《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第8条。

59 见第四部分第（三）节。

60 详见《日内瓦第三公约》第49条至第57条。另见示范协定第9条关于工资的规定。

61 例如，见美国《关于敌军被俘人员、留用人员、平民被拘禁者和其他被拘留人员的军队条例》（1997年），第14～15页。

62 Vollmar, p. 746: “‘医疗任务’一词必须作广义解释，即包括在有医务人员开展工作的医院或诊所进行的管理和维护等工作。”

便利。因此，拘留国不得剥夺留用人员需要的医疗设备，而是必须向他们提供所需医疗设备。同样，虽然《日内瓦第三公约》第18条只允许战俘保留某些“自用物品”，但留用人员有权保留其专业工作所需使用的一切物品和设备。

2182 示范协定的若干条款具体说明了这一基本原则如何适用于特定类别的医务人员，包括专科医生[63]和女护士。[64]然而，约文规定他们“应……继续……执行其任务”。这被解释为意味着，起初属于第28条适用范围但拒绝执行此类任务的人员“将无权享有留用人员身份”。[65]即使第28条规定的所有条件均已满足，当作出此种拒绝时，有关人员将享有战俘身份。

2183 人员一经留用，其医疗及精神任务的执行将依据拘留国的法律和军事法规，并受该国主管部门管辖。[66]拘留国对其手中所有战俘的健康状况负责，其保有全部的指挥和控制权。[67]因此，向拘留国提供帮助的留用人员在一定程度上被吸纳到该国更大的组织系统中，并在与从事其专业有关的事项上，在工作中与常任工作人员受相同规则规制。医务人员自然会受拘留国医务部门管辖，而宗教人员则受拘留国宗教人员所隶属部门的管辖。

2184 不过，公约还规定医务和宗教人员执行其任务应“本其职业之道义”，从而对上述规则施加了一定限制。《日内瓦第三公约》第33条使用了“其职业上之道义”这一实质相同的表述。有观点表明，“医疗道德问题之始，俘获国管辖之止”。[68]值得注意的是，“其”职业道义是指医务和宗教人员自身的职业道义，与留用国的职业道义不一定完全相同。[69]医务人员职业道义的一个中心要素是，在决定如何治疗所照顾之人时，应拥有完全的临床独立性。[70]因此，不能阻止医生治疗病人，也不能迫使其采用某种治疗手段，尽管某些因素可能会对临床自由造成一定限制，例如可供选择的药物有限或需要遵守诊断和治疗特定疾病（如传染性疾病，包括结核病和艾滋病）的标准规程。关于宗教人员的“职业之道义”，《日内瓦第三公约》第35条要求允许他们“依其宗教道义”向战俘提供服务。

63 见示范协定第3条第2款。

64 见示范协定第4条。

65 见美国《战争法手册》（2015年），第4.9.2.3和7.9.4段。

66 另见本条第2款丙项，该项指出，营中留用人员应服从内部纪律。

67 见《日内瓦第三公约》第15条。

68 Vollmar, p. 746.

69 还值得注意的是，第28条的法语文本使用了“conscience professionnelle”（“职业良知”）一词，引入了更加主观的因素；see Sigrid Mehring, ‘The Rights and Duties of Physicians in Armed Conflict’, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, Vol. 103, No. 5, 2010, pp. 205–221, at 217–218.

70 See e.g. World Medical Association, Declaration of Tokyo – Guidelines for Physicians Concerning Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment, 2006. 另见《第一附加议定书》第16条。

2185 公约约文还规定，留用人员执行其任务时所服务的战俘，最好是“属于其本国武装部队者”。[71]这一建议性措辞表明，也允许为照顾属于冲突其他各方武装部队的战俘而留用医务和宗教人员。然而，这项规定反映了各国明显倾向于使战俘由其本国武装部队医务和宗教人员照顾，这些人员（例如）讲同一种语言，并使用熟悉的治疗方法，各国因而设想在这种情况下，医疗服务可能更容易被接受并且效果更好。同时，为留用人员本身所属武装部队人员执行医疗及精神任务，不得与照顾伤者病者的整个制度所依据的不歧视原则相冲突，[72]或与职业道义相冲突。如果留用人员本身所属武装部队的伤病战俘对医疗援助和照顾的需要不如属于其他武装部队的人员迫切，则不允许留用人员给予其己方伤病战俘以优待。

（四）第四句：为执行医疗或精神任务享受便利

2186 第28条第2款第四句规定了应给予留用人员的更多便利。[73]留用人员（在《日内瓦第三公约》所赋予的利益和保护之外）“应〔进一步〕”享受所列便利的措辞意味着，与本条专门关于留用人员之规定的适用相比，《日内瓦第三公约》有利规定对此类人员的适用处于次要地位，即使本条规定与《日内瓦第三公约》的规定类似。换言之，如果第28条第2款第四句对某一便利作了特别规定，但《日内瓦第三公约》中某项条款也以较为一般性或相冲突的方式规定了这一事项，则有关留用人员的特别规定优先适用。因此，第28条第2款丙项将留用人员的工作限于其医疗或宗教任务的规定优先于《日内瓦第三公约》第49条和第50条适用，后者两项条款确定了拘留国“特别以保持战俘之身心健康为目的”（并在此意义上构成一种“利益”），可以利用战俘从事的某些类型的工作。

2187 第28条第2款第四句规定更多便利的目的在于支持留用人员执行其医疗或精神任务。因此，这些便利进一步强调了给予医务和宗教人员特殊地位的理由，即让他们能够在尽可能最佳的条件下执行任务，而不是给予他们作为个人的特权。他们享有特权地位的根本理由是他们为战俘的福祉而开展工作。

1. 定期访问战俘营外之劳动队或医院

2188 除了留用人员显而易见享有的探视战俘营内战俘的权利外，给予留用人员的第一项便利是甲项所规定的权利，即留用人员有权定期访问战俘营外的劳动队中的战俘（例如进行定期评估以核实战俘是否宜于工作）[74]或战俘营外的医院中的战

71 另见《日内瓦第三公约》第30条第3款采用的相同逻辑。
72 见第12条第2款及第3款。
73 另见根据《日内瓦第三公约》第35条给予留用宗教人员的更多便利。
74 见《日内瓦第三公约》第55条。

俘，并为此目的获供必要的交通工具。拘留国在其认为有必要时，可自由决定是否对访问行程进行监督，并决定具体情况是否要求派人护送。留用人员不得滥用授予他们的权利：他们仅在为探视委托予其照料或需要其服务的战俘时，才有权离开战俘营并出行。

2. 对战俘营军事当局负责的高级医官

2189 根据乙项，“关于……留用医务人员之职务上活动，由该营最高级医官对该营军事当局负责”。该医官是根据该人员在留用医务人员中的最高级别自动选定的。为了便于识别这些等级，在战事开始时，冲突各方应就“医务人员相当等级之事取得协议，其中包括第二十六条所列团体之医务人员之等级”。就上述医务人员的等级进行沟通，也是为了便于确定谁是最高级医官。[75]任何由此产生的协议均属特别协定，必须符合《日内瓦第一公约》第6条的规定。因此，此种协定不得对《日内瓦第一公约》所界定的伤者病者，或医务或宗教人员的处境产生不利影响，也不得限制公约赋予他们的权利。[76]

2190 最高级医官将代表留用医务人员履行战俘代表为战俘履行的一切职责。[77]因此，最高级医官实际上就是医务人员的代表。然而，最高级医官的作用不同于战俘代表的作用，因为第28条第2款乙项规定，最高级医官就“留用医务人员之职务上活动”对当局“负责”。因此，负责医官将在所有专业事务上有效地充当战俘营中留用医务人员的负责人，只要这与此类人员原则上受拘留国主管部门管辖这一事实相符。同时，《日内瓦第三公约》第33条第2款乙项对各战俘营最高级医官的责任作了更为宽松的描述，将其扩大到“留用医务人员之活动一切事项”。但是，第33条第2款乙项其余部分提到，最高级医官和宗教人员有权“与战俘营之主管当局商洽与其职务有关之一切问题”（后加着重号以示强调），如果在这一语境中考虑，就有理由将其责任解释为仅限于留用医务人员的专业活动，从而与《日内瓦第一公约》第28条第2款乙项规定相同。

2191 第28条赋予最高级医官两项特权：直接与战俘营当局接洽有关其职务的一切问题，以及获得有关此类问题的通讯所必需的便利。就直接接洽而言，《日内瓦第三公约》第33条第2款乙项的英语文本较为宽松地规定了最高级医官“有权与战俘营之主管当局商洽”（“the right to deal with the competent authorities of

75 见美国《战争法手册》（2015年），第9.4.2.5段。

76 第6条第1款。关于上述特别协定适用的时间范围，见第6条第2款。

77 关于战俘代表问题，除《日内瓦第三公约》第28条第2款、第41条第2款、第48条第4款第二句、第57条第2款、第62条第3款、第65条第1款、第78条第2款、第96条第4款第三句、第98条第5款第二句、第104条第3款和第4款、第107条第1款第二句、第113条第1款第2项和第4款、第125条第4款第一句和第126条第1款第二句外，尤见第79条至第81条。

the camp”）。然而，法语文本使用了与第28条相同的措辞，规定“直接接洽”（“accès direct”）。可以认为，为统一这些不同文本之间的含义，最宜将《日内瓦第三公约》第33条第2款乙项的英语文本理解为也规定了与战俘营当局直接接洽的权利。[78]

2192 关于通讯所必需的便利，不得限制负责医官可能需要发送和接收的信件、卡片、电子邮件和其他通讯函件的数量。在某些情况下，这与战俘发送和接收通讯函件的数量情况可能相反。[79]重要的是，负责医官需与其本国医学界以及保护国、红十字国际委员会、救济组织、被俘人员家属和其他有关人员保持密切联系。因此，一般而言，所给予的通讯便利应至少与赋予战俘代表的通讯便利一样慷慨。[80]

2193 应当注意的是，任命“负责”官员一事只涉及医务人员，而不涉及宗教人员。然而，个别宗教人员与负责医官一样，可以直接与战俘营当局接洽，战俘营当局有义务向他们提供与其职务有关问题进行通讯所必需之便利。此外，《日内瓦第三公约》第35条规定了更多关于留用宗教人员以协助战俘的规则，包括通讯问题，即留用宗教人员“应得与拘留国教会当局及国际宗教组织自由通讯，商讨有关宗教职务事项，但其通讯得受检查”。[81]

3. 从事医疗或宗教任务以外的工作

2194 丙项规定，不得令留用人员从事医疗或宗教任务以外之任何工作。这项基本规则是绝对的。因此，不得要求留用人员从事其医疗或宗教任务以外的工作，即使他们恰好有一段短暂的空闲时间。当然，在此种短暂的时间内，他们总是可以自愿从事医疗或宗教任务以外的工作。尽管如此，留用人员成为《日内瓦第三公约》第79条至第81条意义上的战俘代表并不可取。[82]

2195 但是，如果在较长时间内没有属于其医疗或宗教任务范围内的工作，则其留用不再是必需的，拘留国因而必须根据《日内瓦第一公约》第30条，将他们送回其所属的冲突一方。

2196 根据丙项（在关于留用人员“应……继续……执行其医疗及精神任务”这一更为一般的规定外），[83]关于战俘劳动的规定[84]必须做出相应调整，即使根据上述

78 见《维也纳条约法公约》（1969年）第33条第4款。一般而言，另见第55条。

79 见《日内瓦第三公约》第71条第1款。

80 见上注，第81条第4款。

81 见上注，第35条第四句。

82 美国《战争法手册》（2015年），第9.24.1段：

> 实践中，战俘代表最好由战俘而不是留用人员担任。医务人员有自己的代表处理与其活动有关的问题。此外，战俘代表的职务和留用人员的职务可能相互干扰，〔《日内瓦第三公约》〕就此作了特别规定，确保其他职务不干扰留用人员的职务或战俘代表的职务。

83 见第三部分第（三）节。

84 《日内瓦第三公约》第49条至第57条。

分析认为属于“有利”规则也是如此：那些确定可指派战俘从事工作之类型的规定以及与之有关的安排[85]一般不适用于留用人员。此外，与工作条件、休息、薪酬等有关的有利规定[86]只在与执行医疗及精神任务相符的范围内适用。[87]

2197 丙项还规定，留用人员须服从战俘营的内部纪律。该规定应与上文分析的规定一起解读，[88]即有关人员应在拘留国主管部门的管辖下执行其任务。因此，他们将受战俘营指挥官的管辖，但实际执行其任务时除外，因为在执行任务时，他们将受拘留国主管医务或宗教部门管辖。

五、第 3 款：留用人员的替换办法

2198 第28条第3款要求在战事中冲突各方应制定关于可能时替换留用人员的办法，并决定替换程序。在通常意义上，“替换”的意思是“通过担任或提供替代者来解除（某人）的职务”。[89]因此，在当前的语境下，“替换”的概念等同于“替代”留用人员。一般而言，留用人员的替代可以采取各种形式：留用人员可由拘留国人员替代，由新落入该国手中的人员替代，[90]或由武装冲突一方为替换留用人员这一特定目的而选定的同国籍人员替代。第3款所设想的冲突各方之间制定的替换“办法”仅与最后一种替换形式相关。“可能时”的限制规定清楚表明，冲突各方没有义务制定替换办法，其制定及实质内容取决于各种因素。在起草《关于替换医务人员和随军牧师的示范协定》时，红十字国际委员会明确指出了下列因素：“当时的情况、冲突性质、替换涉及的国家、其国家特点、其间相隔的地理距离、战俘人数、有关部队医务部门以及专业医务人员的实际组织情况、平民居民的心理状态等等”。[91]

2199 适用第28条第3款规定所订立的协定是《日内瓦第一公约》第6条意义上的特别协定，必须符合第6条的实质性要求。《关于替换医务人员和随军牧师的示范协定》提供了制定此类替换方法和适用程序的蓝图。但是，没有任何规定禁止各方采取不同于示范协定的做法。事实上，正如红十字国际委员会在其关于示范协定的评注中所解释的那样，关于医务和宗教人员替换问题的观点“差异很大，而

85 见上注，第49、50、52、56和57条。
86 见上注，第51条及第53条至第55条。
87 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 254.
88 见第三部分第（三）节。
89 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1215.
90 见第31条第1款，其规定，根据第30条送回人员的选择，应“宜按照其被俘日期之次序及身体健康之状况”（后加着重号以示强调）进行。
91 关于所提及的示范协定，见第2160段。

且实际上常常相互矛盾”。[92]这一意见分歧“在1949年外交会议期间就已得到注意”，该分歧“表明了组织替换行动所引起的问题的特殊性，其技术性很强，且往往因有关区域和国籍不同而有所不同”。[93]武装冲突的具体情况各有不同，在这一背景下，红十字国际委员会在起草示范协定时遵循了它当时认为“显然在所有情况下均有效”的几项原则。[94]这些原则涉及的事项如：留用人员在多长时间之后必须进行替换、替换人员和被替换人员在权限和职务上的对等性、应予替换人员的选择、应予替换人员的某些优先次序、拘留国对替换人员工作的管辖、在替换人员到达之后和留用人员离开之前可能出现的重叠期间、安全问题、向替换人员发放身份证、征聘和选择替换人员的责任，以及建立协调替换行动的机构。[95]

六、第 4 款：拘留国义务的延续

2200 第28条第4款重申了作为整个留用制度基础的基本考量，即留用不得用于规避拘留国对战俘承担的医疗和精神福利义务。[96]这些义务包括免费维持战俘生活并给予其健康状况所需之医药照顾。[97]这一义务还意味着，拘留国须向战俘提供其本国的医务人员，并在适当的情况下提供其本国的宗教人员。留用敌方医务和宗教人员并不能取代上述措施，留用也不等于这些义务的实际履行。[98]相反，留用合法性以拘留国不能通过其本国医务和宗教人员为战俘提供医疗和精神福利为条件。因此，留用被认为是对拘留国自身措施的补充，而非替代。[99]对留用性质的这种理解完全符合其他有关规则，例如《日内瓦第一公约》第19条第1款，其规定，如果武装部队医务部门的医疗队落于敌手，“在俘获国自身对于发现在该医疗所及医疗队之伤者、病者未能保证必需之照顾期中，其人员仍应有执行其任务之自由”。

92 见示范协定评注，第19页。
93 见上注。
94 见上注。
95 见上注。
96 尤见《日内瓦第三公约》第15条和第34条，另见第20条第2款、第30条至第31条、第46条第3款、第55条和第108条第3款。另见美国《战争法手册》（2015年），第7.9.6段：“换言之，拘留国允许并支持留用人员照顾战俘并不免除拘留国自身照顾战俘的责任。”
97 《日内瓦第三公约》第15条。
98 Jeanty, p. 65.
99 另见示范协定第1条第1款及其评注，第10页。

主要参考文献

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003.

ICRC, 'La rétention et la relève du personnel sanitaire et religieux: Accords-types', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 37, No. 433, January 1955, pp. 7–31.

Jeanty, Bernard, *La protection du personnel sanitaire dans les conflits armés internationaux*, Thèse de Licence, Université de Neuchâtel, 1989.

Lauterpacht, Hersch, 'The Problem of the Revision of the Law of War', *British Yearbook of International Law*, Vol. 29, 1952, pp. 360–382.

Odom, Jonathan G., 'Beyond Arm Bands and Arms Banned:Chaplains, Armed Conflict, and the Law', *Naval Law Review*, Vol. 49, 2002, pp. 1–70.

Pictet, Jean S., 'Les nouvelles Conventions de Genève: La rétention du personnel sanitaire des armées tombé au pouvoir de la partie adverse', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 31, No. 371, November 1949, pp. 869–884, and Vol. 31, No. 372, December 1949, pp. 937–976.

– 'La profession médicale et le droit international humanitaire', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 67, No. 754, August 1985, pp. 195–213.

Schoenholzer, Jean-Pierre, 'Le médecin dans les Conventions de Genève de 1949', *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 35, Nos 410/411, February/March 1953, pp. 94–126 and 169–194.

Vollmar, Lewis C., 'Military Medicine in War: The Geneva Conventions Today', in Thomas E. Beam and Linette R. Sparacino (eds), *Military Medical Ethics*, Vol. 2, Office of The Surgeon General, United States Army, Washington D.C., 2003, pp. 739–771.

第二十九条
落于敌方手中之辅助人员之地位

公约条文

第二十五条所指人员落于敌方手中者，应为战俘，但于需要时应令其担任医务工作。

保留或声明

无

目 录

一、引言 663
二、历史背景 664
三、讨论 665
(一) 地位 665
(二) 担任工作 666
主要参考文献 668

一、引言

2201 第 29 条是《日内瓦第一公约》中有关保护辅助医务人员的三项条文之一。另外两项条文是第 25 条（规定哪些人员具有担任辅助医务人员的资格）和第 41 条（规定其识别方法）。

2202 第25条规定，符合辅助医务人员条件的武装部队人员，如其执行医疗任务时“与敌人接触，或落于敌方之手”，应受到“尊重与保护”。

2203 第29条适用于所有“第二十五条所指人员落于敌方手中者”，不论他们“与敌人接触，或落于敌方之手”时是否正在执行医疗任务均适用。这背后的理由清楚明确：旨在避免出现战俘可能需要医疗照顾，但专业医务人员却得不到利用的情况。武装部队中曾受特别训练以担任第25条所述一项或多项职务之人员落于敌方之手时，属于《日内瓦第三公约》所规定的战俘，但“于需要时应令其担任医务工作”（这是根据《日内瓦第三公约》他们必须与其他战俘享有同等待遇的唯一例外）。

2204 辅助医务人员落于敌方之手时，以其初始的战斗员身份为准。因此，不论战俘人数多寡或健康状况如何，均可将辅助医务人员作为战俘予以拘留，并持续进行拘留。[1]他们只有在符合一般适用于所有战俘的条件时才有权返回其所属一方。[2]这是因为他们并非常任医务人员，而且随时可能被要求执行战斗任务。[3]

二、历史背景

2205 根据1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》，医务人员落于敌方手中时，不得将其作为战俘予以拘留，也不得以协助照顾战俘为由而予以留用。原则上，必须将其送回其所属的交战国。这项有关拘留或留用的禁止性规定适用于该公约认可的所有类别的医务人员，[4]因此也适用于辅助医务人员。[5]

2206 1949年《日内瓦第一公约》对这种统一规定进行修改，允许（1）留用军事医务人员和宗教人员，（2）在某些条件下留用协助本国武装部队医务部门的国家红会和其他志愿救济团体的工作人员。[6]但是，当留用这些类别医务人员的条件不存在或不再存在时，应将他们送回至其所属的冲突一方。[7]

2207 1949年外交会议期间，对于是否应继续将辅助医务人员规定为受《日内瓦第一公约》保护的一个单独类别，是存在争议的。[8]最后，各国决定延续此种规定。[9]因此，需要制定另外一项规则来规范他们落于敌方之手时的地位和待遇问题。这条规则，即本公约第29条，由起草委员会拟订，未经任何讨论就获得通过。[10]自1949年以来，似乎没有关于第29条的实践。这与几乎没有武装部队曾实际使用或意图使用第25条规定意义范围内的辅助医务人员有关。[11]

1 为了使《日内瓦第一公约》的读者清楚地知道，常任医务人员和辅助医务人员属于不同的类别，决定在整个《日内瓦第一公约》中针对两类人员的地位和待遇的各个方面在不同条文中予以规定；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第194页。

2 见《日内瓦第三公约》第109条和第118条。

3 对于常任军事医务人员（第24条所指人员），见第28条和第30条。

4 关于其地位和待遇，见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第12条至第13条。

5 辅助医务人员的定义载于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第9条第2款。正如关于第25条的评注第2017段所述，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第9条第2款产生于美国代表团在外交会议期间提出的一项提案。该提案的第二句已经包含这样的概念，即如果辅助人员落于敌手，他们应享受战俘待遇。对于该提案文本，见《1929年日内瓦外交会议记录》，第127页。

6 相关条件见第28条第1款规定："仅在战俘之健康状况精神需要以及人数上均有此要求时，方得留用之"。

7 详见关于第30条的评注，第三部分。

8 关于1949年外交会议之前和期间就辅助医务人员这一类别所表达的疑虑，详见关于第25条的评注，第2019～2020段。

9 详见关于第25条的评注，第2020～2021段。

10 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第140页。另见《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，第63～64页。

11 见关于第25条的评注，第2015段。

三、 讨论

(一) 地位

2208 第25条仅适用于“武装部队中曾受特别训练以备于需要时充当医院勤务员、护士、或辅助担架员，从事寻觅、收集、运送或诊疗伤者及病者之人员”。[12]

2209 这些战斗员如果在与敌人接触或落于敌方之手时正在执行医疗任务，则应以医务人员的身份受到《日内瓦第一公约》保护。[13]

2210 辅助医务人员如果在执行医务工作时落于敌手，[14] 则失去了受《日内瓦第一公约》临时保护的身份。相反，他们应成为《日内瓦第三公约》所保护的“战俘”，但不同的是，“于需要时应令其担任医务工作”。即使他们在落于敌方之手时正在执行医务工作并佩戴第41条规定的臂章，即使按照战俘的健康状况和人数并不需要他们提供医疗照顾，他们也享有战俘地位。

2211 由于他们享有战俘地位，其释放和遣返时间由《日内瓦第三公约》[15] 而非《日内瓦第一公约》规定。[16]其地位和待遇的所有其他方面也受《日内瓦第三公约》约束。与留用制度所涵盖的人员（留用人员“至少应享受〔《日内瓦第三公约》〕所规定之利益”）[17]不同，辅助医务人员落于敌方手中者应根据《日内瓦第三公约》享受相关待遇，而且并没有强令留用方给予他们高于《日内瓦第三公约》所规定的待遇。如果第25条所涵盖人员落于敌方手中时本身是伤者或病者，《日内瓦第一公约》也应适用。[18]

2212 辅助医务人员只有在执行医务工作时，才会获得特别保护，原因在于对这类人员的不信任。[19]毕竟，由于他们的首要身份是战斗员，如果他们重新加入其武装部队，可能会作为战斗员再次参与部署。因此，《日内瓦第一公约》的起草者担心，如果此类人员享有与常任医务人员同等的遣返权利，可能会导致滥用。[20]这与

12 对于“医院勤务员、护士、或辅助担架员”这些术语的含义，见关于第25条的评注，第2029段。

13 第25条。

14 关于“落于敌人手中”一词的含义，见关于第14条的评注，第三部分第（三）节。正如关于第25条的评注第2025段所述，医务飞机上也可能有辅助医务人员。此类飞机非自愿降落于敌人领土或敌人占领地时，第29条也适用于它们；见第36条第5款最后一句，其中明文规定“应按第二十四条及以下各条待遇之”。

15 相关条款是《日内瓦第三公约》第109条至第121条（第四部：在俘之终止）。

16 在这方面，第25条涵盖人员所适用的制度既不同于（1）留用制度涵盖人员适用的制度（见《日内瓦第一公约》第28条、第30条及第31条以及《日内瓦第三公约》第33条），也不同于（2）第27条涵盖人员在落于其协助一方的敌方之手后适用的制度（见第32条）。

17 见《日内瓦第一公约》第28条第1款及《日内瓦第三公约》第33条第1款。

18 见关于第14条的评注，第三部分第（一）节。

19 见关于第25条的评注，第2020段。

20 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第194～195页：“尽管1929年公约规定〔辅助医务人员〕送回的条件与适用于常任人员的条件相同，但第一委员会得出结论，认为没有理由给予这种特别优待，并宣布他们也应视为战俘。”

留用制度的区别在于：留用制度所涵盖人员不享有战俘地位，但至少应享受战俘根据《日内瓦第三公约》应享有的待遇。

2213 《日内瓦第一公约》没有规定如果将辅助医务人员作为战俘拘留，是否应减少根据第28条留用人员的人数。根据第25条的规定，辅助医务人员接受了“医院勤务员、护士、或辅助担架员”培训。虽然辅助担架员在战俘营内的潜在作用似乎相当有限，但医院勤务兵和护士在这种环境下可以提供有用的服务。对此类人员的拘留可能导致不再需要根据第28条留用某些人员的情况，因此需要将他们送回其所属的冲突一方。

2214 首先，该问题可以通过特别协定来解决，冲突各方可根据第31条第2款订立特别协定，商定（1）“按照战俘之人数比例〔……〕留用人员之百分比”和（2）“战俘营中此等人员之分配”。冲突各方可通过此种协定商定一个方案，规定辅助医务人员的存在应达到何种程度才会导致留用人员的减少。[21]

2215 如无上述协定，则可参考《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第7条所载之办法：应根据拘留辅助医务人员人数“相应减少执行类似任务而可能被留用的常任人员数量”。[22]在解释“执行类似任务”一词时，必须谨记第25条和第29条只适用于医院勤务员、护士或辅助担架员，而不适用于其他专业医务人员，例如医生或外科医生。[23]因此，在满足留用医务人员条件的情况下，[24] 辅助医务人员的存在不大可能使留用人员完全成为冗余人员。[25]

（二）担任工作

2216 在武装部队人员获得第25条规定的受保护身份之前，必须满足的一个条件是，他们必须“曾受特别训练以备于需要时充当医院勤务员、护士、或辅助担架员”。[26]第25条所涉人员携带的军事证明文件上需注明其所接受的训练种类。[27]第29条规定，战俘在落于敌方手中前，如有资格担任辅助医务人员，“于需要时应令其担任医务工作”，以确保其医疗技能可在必要时用于保障战俘的利益。

21 见关于第31条的评注，第2279段。另见关于第45条的评注，第2722段。

22 在这方面，另见《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》（Model Agreement Relating to the Retention of Medical Personnel and Chaplains）第7条的评注，第9页及第12页。示范协定第7条的原文提到辅助医务人员的“留用”问题。应该将其视为一个错误，因为第25条所涵盖人员是被拘留，而非留用。对于这一示范协定的起源和地位的讨论，见关于第28条的评注，第2160段。

23 见关于第25条的评注，第2027段。

24 第28条第1款概述了这些条件。在这方面，必须提请注意，留用国对照顾战俘的医疗需要负有首要责任；见第28条第4款。

25 在任何情况下，该规定都适用于宗教人员，可根据第28条予以留用，但宗教人员永远不具备第25条所述资格；见关于第25条的评注，第2031段。

26 对于这一要求的讨论，见关于第25条的评注，第2033～2034段。

27 第41条第2款。

2217 《日内瓦第一公约》并没有明文规定，曾接受辅助医务人员训练的人员如果在充当战斗员时落于敌手，应担任何种工作。此类人员虽然明显构成战俘，但是否也必须“于需要时……令其担任医务工作”。答案似乎是肯定的，因为第29条泛指“第25条所指人员”，而没有要求他们在落于敌方手中时已经担任辅助医务人员一职。

2218 第29条所指的“需要”，仅指拘留国所关押战俘的医疗需要。[28]第29条所涉人员尤以为其自身所属武装部队的战俘开展工作为宜。[29]所谓“医务工作”是指辅助医务人员作为医院勤务员、护士、或辅助担架员，为伤者与病者提供治疗的活动，以及搜寻、收集或运送伤者与病者的活动（虽然在战俘营内这种情况很少发生）。

2219 正如无条件使用“应”一词所示，是否令辅助医务人员担任医务工作并不留予拘留国酌情决定。[30]而是必须建立在对战俘之需要进行善意评估的基础上。这意味着，只要战俘有拘留国自己无法解决而辅助医务人员可以解决的医疗需要时，拘留国就有义务利用这些医务人员。

2220 在这种情况下，将《日内瓦第三公约》第32条的规定适用于辅助医务人员似乎较为合适：[31]“此项人员应仍视为战俘，但应与拘留国所留用之相当之医务人员享受同样待遇”。[32]这意味着他们应享有执行《日内瓦第三公约》第33条所述医疗任务所需的便利。[33]当他们按要求实施这类医疗任务时，应根据《日内瓦第三公约》向其支付从事这类工作的报酬。[34]

2221 另一方面，如果战俘的同伴没有医疗需要，或不再有这种需要，则可要求第29条所涵盖人员执行非医务工作。[35]《日内瓦第三公约》关于“战俘之劳动”一节规定的规则和条件适用于这方面。[36]

28 第29条笼统地谈到“需要”，但没有阐明所涵盖的需求主体。不过，《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》的所有其他类似规定都表明，落入冲突一方手中的合格医务人员必须“为战俘，尤其属于其本国武装部队者”开展工作（《日内瓦第一公约》第28条第2款）。《日内瓦第一公约》第30条第2款和第32条第3款以及《日内瓦第三公约》第32条和第33条第2款也有类似的措辞。

29 关于《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》中的规定，见上注，以及《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》的规定，该协定第7条第1款（甚至比《日内瓦第一公约》和《日内瓦第三公约》的规定更明确，因为此处没有“尤其”一词）指出：“辅助医务人员，……落于对方手中者，应为属于其本国武装部队的战俘，执行其医疗任务。”关于不可依据这些细微差别而违反《日内瓦第一公约》第13条第3款所载之公正照顾原则的解释，见关于第28条第2款的评注，第2185段；关于第30条的评注，第2250段；以及关于第32条的评注，第2306～2308段。

30 另见《日内瓦第三公约》第32条，关于“战俘中之医生、外科医生、牙医、护士或医事服务员，虽非其本国武装部队之医疗工作者”。“拘留国得令彼等为其所依附之国之战俘的利益执行医疗任务”（后加着重号以示强调）。

31 在这种情形下，另见关于第45条的评注，第2724段。

32 由于《日内瓦第三公约》第32条适用于具有医疗资格但不属于其武装部队医务部门的战俘，因此可以说，更有理由适用于具有这种资格且与其武装部队医务部门有某种联系而又不属于其武装部队的战俘。

33 另见第28条第2款相应规定。

34 尤其见《日内瓦第三公约》第62条第2款。

35 这是第29条所涵盖人员与留用制度所涵盖人员之间的另一个区别。后者规定：“但不得令其从事医疗或宗教任务以外之任何工作”；见第28条第2款丙项。

36 本节包含第49条至第57条，可见《日内瓦第三公约》第三部第三编。

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 24 条的评注的主要参考文献。

第三十条
医务和宗教人员之送回

公约条文 *

一、非系第二十八条所规定之必需留用人员，一俟归路可通及军情许可，应将其送回其所属之冲突一方。

二、上述人员在等候回国 ** 期间，不得视为战俘。但至少应享受一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约所规定之利益。彼等并应在敌方指挥下，继续执行其任务，尤以派其照顾其所同属冲突一方之伤者、病者为宜。

三、彼等出发时，应携带其所有行李、个人用品、贵重品及工具等。

保留或声明

无

目 录

一、引言 670
二、历史背景 670
三、第 1 款：送回其所属之冲突一方 671
（一）送回原则 671
（二）送回的临时延迟 673
四、第 2 款：等待回国期间的地位和待遇 674
五、第 3 款：出发时可携带物品 676
主要参考文献 677

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

** 译者注：此处公约英文作准文本为“return”，中文原译本为“回国”，但根据本条评注第三部分第（一）节中的解释，“第30条没有规定必须将他们遣返回本国”。因此，后文为准确翻译评注之目的，将“回国”调整为“送回”。

一、引言

2222 第 30 条载有军事医务或宗教人员（第 24 条所含人员）或协助武装部队医务部门的各国红十字会或红新月会或者其他志愿救济团体之人员（第 26 条所含人员）落于敌方手中后需要遵守的基本规则：必须将他们送回其所属之冲突一方。为了简洁，这两类人员都归入本条款评注中的“医务和宗教人员”中。

2223 本条规定的目的是确保医务和宗教人员不论何时均能够继续向有需要的人员提供服务。[1]有鉴于此，第30条对上述人员从落入敌手至被送回其所属冲突一方的这段期间进行规范。在此期间，“彼等并应……继续执行其任务”。

2224 第30条应与《日内瓦第一公约》的如下两条规定一起解读：第28条和第31条。第28条是第30条的例外，允许俘获医务或宗教人员的一方，在“战俘之健康状况精神需要以及人数上”有此要求时，可留用部分或全部医务或宗教人员。第30条规定的送回原则既适用于落于敌方手中时即不得留用的人员，也适用于最初可根据第28条留用但一旦其留用理由不复存在就必须送回的人员。

2225 第31条规定了根据第30条确定哪些医务人员或宗教人员应送回的标准，并规定冲突各方可以就留用这些人员的实际问题订立特别协定。

二、历史背景

2226 第30条第1款和第3款的前身可在1906年《日内瓦公约》[2]和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中找到。[3]然而，在一战和二战期间，送回医务和宗教人员的规定很少得到遵守。[4]根据这一经验，1947年政府专家会议在评论一项与目前第30条第1款和第3款几乎完全相同的提案时指出：“应当强调的是，该条（只适用于并非必须留用的被俘医务人员……）具有绝对性。该条因而没有给交战国提供就放弃遣返医务人员订立协定的选择权。”[5]

2227 第30条第2款第一句的实质内容载于1948年提交至斯德哥尔摩第17届红十字国

1 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第69页。另见《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷，第140页。同样，见美国《战争法手册》（2015年），第4.10.2段。

2 见《日内瓦公约》（1906年）第12条。

3 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第12条。

4 《1946年国家红会预备会议报告》，第32页。同样，见《1947年政府专家会议报告》，第38页，以及《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第66页。另见Pictet，1949年，p. 873（涉及一战），和pp. 876–877（涉及二战），以及Vollmar, p. 746。

5 《1947年政府专家会议报告》，第38页。

际会议的草案。[6]第三句“彼等并应……继续执行其任务”是起草委员会在1949年外交会议期间增加的，与第28条中类似措辞一致。[7]

三、第 1 款：送回其所属之冲突一方

(一) 送回原则

2228 医务或宗教人员落于敌方手中时，俘获方有义务将他们送回其所属之冲突一方。[8]留用此类人员仅在该方所拘留之战俘的健康状况、精神需要和人数所“必需”时才合法。[9]只有在满足一项严格条件时才能留用医务和宗教人员：即战俘在医疗和精神福利方面有此要求。[10]

2229 此外，如果第24条或第26条所含人员在中立国领土上，该中立国也有义务准用第30条（以及第28条和第31条中有关规定）。[11]

2230 根据第31条第2款，“冲突各方得以特别协定，按照战俘之人数之比例及战俘营中此等人员之分配，决定留用人员之百分比。”缔结此种协定具有任择性（“may”，“得”），因此不能以没有这种协定作为不送回非必需人员的借口。[12]在这种情况下，将由拘留国按照第28条第1款规定的条件评估是否可以留用医务和宗教人员。虽然这种评估可以单方面作出，不需要得到拟留用人员（也不需要其所属的一方）的同意，但需要善意而为。[13]因此，如果拘留国手中战俘的医疗和精神需要能够得到充分满足，医务和宗教人员所属一方可以期望拘留国将他们送回。[14]

2231 提交至1948年斯德哥尔摩会议的条款草案最后一段如下：“不应违背其意愿将其遣返。”[15]虽然没有保留这句话，但该原则仍然有效。拒绝被送回的人员将获得战俘地位，并受《日内瓦第三公约》的管辖。此类人员落于敌方手中时，他们

6 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第18页，草案第23条。
7 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第127页。
8 第30条适用于第24条及第26条所含各类人员。将要求送回人员仅限于医生和护士的想法（例如，该想法不利于“专门从事管理医疗队及医疗所之职员”）未得到支持；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第81页。
9 见《日内瓦第一公约》第28条第1款及《日内瓦第三公约》第33条第1款。
10 见关于第28条的评注，第三部分。
11 见关于第4条的评注，第937段。另见美国《战争法手册》（2015年），第15.16.6段。
12 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷，第一册，第186页。
13 关于这方面一项未予通过的提案的讨论，见《1929年日内瓦外交会议记录》，第150页。
14 在这方面，拘留国负有确保照顾战俘的医疗和精神需要的首要责任；见第28条第4款。关于是否可以为满足非其本国战俘医疗和精神需要而留用医务和宗教人员的问题，见关于第28条的评注，第2185段。
15 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第18页，第23条草案。

作为战俘可能从事的工作受《日内瓦第三公约》有关条款的规制。[16]《日内瓦第三公约》还对何时释放和遣返这类战俘作出了规定。[17]

2232 医务和宗教人员落于敌方手中那一刻起即可触发将他们送回其所属一方的义务。[18]例如，此类人员落于敌方手中时，并没有受伤或患病的战俘需要治疗，或拘留国本身有足够的医务人员满足战俘的需要，即触发这一义务。这项义务也可在以后出现，例如受伤或患病的战俘已经康复，不再需要医疗照顾时。

2233 按照有关落于敌方手中之医务和宗教人员的地位和待遇之制度背后的逻辑，则应严格遵守第30条的规定。正如关于第28条的评注所讨论的那样，支撑这一逻辑基础的折衷方案是经过长时间讨论后方才达成的。[19]在这方面需要牢记下列要素：战俘可被拘留至实际战事停止为止；[20]在拘留期间，战俘可能会被迫从事有利于拘留国的某些类别工作。[21]但是，这些规则不适用于敌方手中的医务人员和宗教人员：敌对行动正在进行这一事实本身并不构成拘留他们直至实际战事停止的理由；只有在战俘有医疗或精神上的需要，而拘留国不能满足时，才可合法予以留用。[22]因此，如果没有（或不再有）这种需要，俘获医务或宗教人员的一方必须将他们送回其所属一方。[23]毕竟，将他们送回其所属一方，是为了使其继续从事医疗或宗教工作，这可能不会被视为有损于敌方的利益。

2234 冲突各方不得订立协定，允许在不符合第28条第1款规定条件的情况下留用医务或宗教人员。第30条的起草经过证实了该义务的绝对性。[24]

2235 第30条要求将非必需留用人员送回“其所属之冲突一方”。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第12条第2款已经引入了这一措辞，但与1906年《日内瓦公约》第12条第2款的措辞有所不同，1906年公约规定这些人员必须送回“其部队或本国”。选择使用“其所属之冲突一方”这一措辞是为了使医务和宗教人员能够返回他们能够继续提供服务的地方。这就排除了一些情况，例如，占领国不得以落于其手中的医务或宗教人员本身就在其本国为由，声称此类人员没有必要离开

16 这些条款包括第32条（从事医疗工作之战俘）和第36条（战俘中之牧师），但也包括规范可要求所有战俘从事的工作类型的一般规定。因此，在《日内瓦第三公约》第49条及其后各条规定范围内，也可以要求这些战俘从事非医疗性质的工作。

17 见《日内瓦第三公约》第118条及其相关条款。

18 关于“落于敌人手中”一词的分析，见关于第14条的评注，第三部分第（三）节。

19 见关于第28条的评注，第2159段。

20 见关于第28条的评注，第2159段。

21 见《日内瓦第三公约》第49条至第57条。

22 关于禁止“预期”留用以及禁止留用医务和宗教人员以满足平民的医疗和宗教需要，见关于第28条的评注，第2165段。

23 例如，见红十字国际委员会，*Annual Report 1972*, ICRC, Geneva, 1973, p. 51。

24 《1947年政府专家会议报告》，第38页。另见《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷，第一册，第185页（尤其美国）。这点与第32条第2款不同；见关于第32条的评注，第四部分。

该方占领的领土。[25]此外，如果医务或宗教人员拥有其武装部队所属国以外的其他国家国籍，则仍需将他们送回武装部队所属国。最后，公约措辞表明，并非必须将医务和宗教人员送回其原来所属的军事单位。该军事单位恰好在一个“归路不通”的地方，这一事实本身并不能构成延迟送回的理由。[26]

2236 就协助武装部队医务部门的各国红十字会或红新月会或其他志愿救济团体工作人员而言，将他们送回“其所属之冲突一方”的要求意味着将他们送回本国武装部队的医务部门。第30条没有规定必须将他们遣返回本国，他们“所属”一方作此决定的除外。[27]

2237 当医务和宗教人员的送回与根据《日内瓦第三公约》第109条遣返重伤与重病之战俘同时发生时，在遣返期间可以要求前者为后者的利益继续履行其职责。

（二）送回的临时延迟

2238 “一俟归路可通及军情许可”，俘获医务或宗教人员的一方就有义务将这些人员送回其所属一方。这意味着冲突方能够以上述两个理由中任何一个为由临时延迟送回医务或宗教人员。[28]然而，该款所用措辞清楚表明，在实际战事结束之前就可能出现这种情况。[29]

2239 第一个理由涉及实际条件上的不可能性，即没有任何路径（包括陆路、水路和航空）可用于送回医务或宗教人员。当敌对行动仍在进行，且没有安全的替代办法时，情况可能就会这样。根据第28条和第30条的宗旨，即医务和宗教人员应能够继续利用其专门知识为需要的人服务，没有合适的返回路线并不意味着可无限期延迟送回这些人员。例如，如果无法通过陆路运输方式将其安全送回，冲突各方则应努力订立一份特别协定，以便通过其他方式，比如卡特尔飞机（Cartel aircraft）或轮船等送回。[30]

2240 第二个理由允许冲突方援引“军情”（“military requirements”，亦即军事情况之要求）来延迟送回医务或宗教人员。《日内瓦第一公约》没有对“军情”的

25 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 81; Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 262.

26 1923年在日内瓦举行的第11届红十字国际大会通过的文本是1929年外交会议讨论的基础，其中关于这一点的部分指出，有关人员必须送回（译文）“他们所属的军事当局”；见《1929年日内瓦外交会议记录》，第18页，第12条第2款草案。关于导致修改第30条第2款的讨论情况，见《1929年日内瓦外交会议记录》，第154页。

27 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第220页。

28 虽然措辞略有不同，但第32条第1款对第27条所含落入其所协助一方的敌方之手的人员使用了实质上相同的理由。

29 另见关于第5条的评注，第948～949段。

30 《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则 1（7）将“卡特尔飞机”定义为“经交战各方协议给予安全通行证，执行如运送战俘或军事谈判代表等特殊任务的飞机”。

概念作出任何澄清。然而，“要求”（requirements）一词意味着，所援引的军事理由必须是重大的且具有让该方别无选择的性质，而不得仅以行事之便为由。[31]举例而言，如果临时延迟送回是防止此类人员将其于在俘期间所获具有军事价值的情报传递给己方的唯一办法，则可以满足这一严格标准。此外，“军情”一词需要根据第30条的宗旨加以解释。因此，除了持续敌对行动造成的实际障碍外，很难想象出于“军情”可正当长期延迟送回医务或宗教人员的其他情况。

2241 即使存在一个或两个理由，延迟也只能是暂时延迟。一旦延迟的理由不复存在，就必须允许送回这些人员。除第30条明确提到的两项理由外，不得援引任何其他理由作为延迟的理由。

2242 第30条没有具体规定应由何方承担将医务和宗教人员运送到其所属一方的费用。如果不能就这一事项达成协议，则可以类推适用关于将战俘运送到中立国或平民被拘禁者送回本国的规则：俘获人员的一方仅须承担将其运送到其本国边界的费用。[32]从那里开始，相关人员所属一方必须承担他们前往最终目的地的交通费用。

四、第 2 款：等待回国期间的地位和待遇

2243 第30条第2款旨在解决医务和宗教人员落于敌方手中至送回其所属一方期间的地位和待遇问题。关于与这一期间有关的规范性框架，必须提到红十字国际委员会应1949年外交会议的要求起草的《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》。[33]示范协定第12条第1款规定：

> 本协定的规定也应适用于落于对方手中，但未予留用，根据《日内瓦第一公约》第 30 条正在等待送回的医务人员和牧师。只要这些人员留在俘获方领土内，就应适用这些规定。

2244 医务和宗教人员落于敌方手中的所有情形中均涉及其地位和待遇问题。即使立即予以送回，实际遣送的组织工作也可能需要几天时间，例如，因为送回工作的实际细节需要与敌方讨论等。这种讨论可在冲突各方之间直接进行，也可以间接进行，例如通过红十字国际委员会等中立的组织进行。

2245 第30条第2款的第一句与第28条第2款的前两句相同。因此，适用于留用人员的基本原则也适用于那些因不得（或不再）留用而正在等待送回的人员：在敌方

31 见美国《战争法手册》（2015年），第2.2.2.2段。
32 《日内瓦第三公约》第116条；《日内瓦第四公约》第135条第1款。
33 关于该示范协定的背景和现状，见关于第28条的评注，第2160段。

手中期间，他们“不应视为战俘”，但“至少应享受〔《日内瓦第三公约》〕所规定之利益”。[34]

2246 第30条第2款第二句的所有内容也出现在第28条第2款第三句中。[35]然而，后者规定更为详细：虽然第30条第2款规定，医务和宗教人员应“在敌方指挥下”继续工作，但第28条第2款规定，他们应“在拘留国军事法规范围内，并在该国主管部门管辖下”工作，不过这一规定受到他们应能够“本其职业之道义”继续工作这一要求的限制。

2247 因此可推知等待送回的人员，特别是即将被送回的人员，没有任何理由应“在拘留国军事法规范围内”工作。但是，如果他们被迟延送回，情况可能会改变：在这种情况下，俘获方可能会让他们受到与适用于留用人员的相同规范性框架的约束。无论如何，无论他们逗留时间多短，拘留国都有责任确保医务和宗教人员不论何时都能“本其职业之道义”开展工作。[36]

2248 第30条没有赋予第28条第2款所述“为执行〔其医疗或精神〕任务，……便利”，而留用人员根据后一条规定有权享有这种便利。这是合乎逻辑的，因为第30条所涉人员等待送回的时间原则上应该很短。但是，如果俘获方行使权利暂时延迟送回，他们就会处在与留用人员类似的境地。因此，只要在这段期间要求此类人员履行医疗或精神任务，他们同样也应得到“执行〔上述任务的〕……便利”。[37]根据该一般性原则，显然，要求他们执行任务时，应按留用人员的相同标准向他们支付工资。[38]

2249 第30条第2款提到“其任务”意味着，在送回医务和宗教人员之前可要求其从事的工作只能是医疗或宗教性质的工作。[39]因此，如果没有这种性质的工作，则不得要求他们工作。如果第30条所含的医务人员或宗教人员真正自愿在这些情况下工作，他们必须受益于《日内瓦第三公约》的所有相关规定。[40]

34 关于这些术语的含义，见关于第28条的评注，第四部分第（一）节及第四部分第（二）节。

35 另见第32条第3款，适用于第27条所含落入其所协助一方的敌方手中的人员。

36 对于“本其职业之道义”一词的含义，见关于第28条的评注，第2184段。

37 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷, 第128页（加拿大）。See also Jean-Pierre Schoenholzer, ‘Le médecin dans les Conventions de Genève de 1949’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 35, Nos 410/411, February/March 1953, p. 178.

38 关于留用人员有权领取的工资，见关于第28条的评注，第2179段和第2196段，以及《日内瓦第三公约》的有关规定（特别是第54条和第62条）。

39 对于留用人员（见关于第28条的评注，第四部分第（三）节）和第27条所含落入其所协助国家的敌方手中的人员（见关于第32条的评注，第2305段）而言，也是如此。

40 尤其见《日内瓦第三公约》第49条至第57条。

2250 根据第30条第2款第二句，第30条所含人员尤以派其照顾其所同属冲突一方之伤者、病者“为宜”。[41]《日内瓦第一公约》中这句话是《日内瓦第三公约》第30条第3款的推论，根据该句，“战俘最好由其所依附之国之医疗人员照顾，如可能时，由其同国籍者照顾”。正如“为宜”一词所示，这只是一项建议。作为专业医务人员，第30条所含人员在任何时候都必须按照医德行事，医德要求他们根据实际需要而非受难者的国籍来提供医疗照顾。如果第26条所含人员为国家红十字会或红新月会工作，也要根据公正原则遵循同样的要求。[42]使用“为宜”一词还意味着，俘获医务和宗教人员的一方有权指示医务和宗教人员照顾其所服务一方以外其他各方之伤者与病者的医疗需要。

五、第 3 款：出发时可携带物品

2251 第30条第3款涉及送回落于敌方手中之医务和宗教人员的实际问题。本款仅出现在第30条中，即与不得留用人员有关。然而，从逻辑上讲，该规定也适用于最初依第28条予以留用，后又返回其所属冲突一方的人员。

2252 首先，在离开时，落于敌方手中的医务和宗教人员有权携带“其所有行李、个人用品、贵重品……”。[43]“其所有”一词的意思是，这些“行李、个人用品、贵重品”必须是其私人财产。[44]因此，他们在落于敌方手中时随身携带的物品，如果是他们所属一方或志愿救济团体的财产，则不符合这项规定的条件。他们出发时不能带走这些物品。

2253 其次，医务和宗教人员离开时有权携带“其所有……工具”。这里所指的“工具”必须理解为包括相关人员的医疗器具，[45]以及举行宗教仪式所需的器具。

41 在《日内瓦第一公约》第28条第2款和第30条第2款以及《日内瓦第三公约》第33条第2款中可以找到实质上相同的术语。在1929年的外交会议上，这一措辞受到质疑，但最终仍得以保留。见《1929年日内瓦外交会议记录》，第149页（新西兰）；另见第149页（埃及），和第155页（美国）。另见保罗 · 德 · 古特的发言（Paul Des Gouttes），第160页。尽管存在这些保留意见，但最后多数人还是投票支持使用这一措辞；见《1929年日内瓦外交会议记录》，第162页。没有记录解释为何大多数人会这样投票。

42 关于大体上基本原则的作用，以及具体而言公正原则这项基本原则的形成，见关于第26条的评注，第2088～2092段。

43 关于战俘的个人财产，见《日内瓦第三公约》第18条。第30条第3款所列物品有一些重复之处，其中“行李（effects）”和“personal articles（个人用品）”是一个意思，see *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 456。同样，“贵重品”（在《简明牛津英语词典》第1598页中定义为“个人财产中的小型贵重物品”）只是“行李”的一个子类别。

44 同上注，第124页，其中将“属于”定义为“是……的财产”和“为……合法占有；有权拥有”。个人可以是一个物品的合法占有人，但没有该物品的财产所有权。

45 见《1906年日内瓦外交会议记录》，第55页，记录从这个意义上澄清了瑞士联邦委员会建议的（对1864年《日内瓦公约》）修改。同样，见第117页。

此外，“其所有”一词必然意味着仅限于他们的私人财产，即在离开时不得携带其所依附之国向其提供的用于履行医疗职责的物品。

2254 关于在出发时不能携带的医疗或宗教物品，可比照适用第33条第2款和第35条第2款所依据的逻辑。因此，虽然他们仍在敌方手中，但必须继续照顾伤者与病者。

2255 与第32条第4款不同，第30条第3款没有将“武器，并于可能时，其所有之交通工具”列入医务和宗教人员可携带的物品清单。无权携带的物品包括他们落于敌方手中时可能拥有或者随身携带的任何类型武器，包括：（1）为了自卫或保护其照顾下的伤者与病者而携带的武器；（2）落于敌方手中之前从伤者病者身上解除的武器。[46]这是合乎逻辑的：第32条适用于第27条所含人员（即协助国际性武装冲突一方医务部门且属于中立国认可之团体的工作人员）落入所协助一方的敌方手中时的情况。这些人员既不得拘留，也不得留用，仍然属于经中立国认可之团体的工作人员；他们并非俘获国的敌方。因此，该方没有理由保留其武器和运输工具。[47]至于第30条所含医务和宗教人员，他们的武器和运输工具（如救护车）就是属于战利品的典型示例。因此，这些物品的所有权立即转移到敌方（即其俘获方）的手中。

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 28 条的评注的主要参考文献。

46 不能视为剥夺医务和宗教人员依这些规定所享有之保护的某些情况，见第22条第1款和第22条第3款，以及关于第24条的评注第六部分和关于第26条的评注第2084段。

47 详见关于第32条的评注，第六部分。

第三十一条
送回人员之选择

公约条文 *

一、依第三十条规定，送回人员之选择，应不拘种族、宗教或政治意见之任何考虑，但宜按照其被俘日期之次序及身体健康之状况为之。

二、自战事开始时起，冲突各方得以特别协定，按照战俘之人数之比例及战俘营中此等人员之分配，决定留用人员之百分比。**

保留或声明

无

目 录

一、引言 680
二、历史背景 680
三、第 1 款：送回人员之选择 681
（一）禁止基于何种理由作出选择 681
（二）最宜基于何种理由作出选择 682
四、第 2 款：关于留用的特别协定 683
（一）总体考虑 683
（二）特别协定可规范内容 684
主要参考文献 685

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

** 译者注：此处公约英文作准文本为 “determine……the percentage of personnel to be retained, in proportion to the number of prisoners and the distribution of the said personnel in the camps”，中文原译为“按照战俘之人数之比例及战俘营中此等人员之分配，决定留用人员之百分比”，但根据新版评注的解释（见本篇评注脚注22），特别协定不仅可规定“留用人员之百分比”，还可对此类人员在战俘营中的分配作出规定。因此，后文为准确翻译评注之目的，将其调整为“按照战俘之人数之比例，决定留用人员之百分比及战俘营中此等人员之分配。”

一、引言

2256 第 31 条的两款规定分别涉及旨在规范和便于实施第 28 条和第 30 条的各项要点。第 1 款规定了根据第 30 条送回人员的顺序。第 2 款允许各方订立特别协定，对依第 28 条留用人员的行为予以规范。

2257 上述三项条文所涵盖的人员是第24条（军事医务和宗教人员）和第26条（协助本国武装部队医务部门的各国红十字会与红新月会及其他志愿救济团体之人员）中提到的人员。为简洁起见，这两类人员都归入本条款评注中的“医务和宗教人员”中。

二、历史背景

2258 虽然在某种程度上，第28条和第30条在1906年《日内瓦公约》和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中都有前身，但第31条第1款没有前身。[1]第31条第1款的起源可追溯到1946年各国红十字会为研究公约和红十字会相关各项问题而召开的预备会议，会议期间通过了下款规定：“此种留用人员的选择不应受种族或政治意见之任何考虑因素的影响”。[2]1947年政府专家会议通过的约文增加列举了“宗教”这一因素，并明确规定“遣返者”的选择应“最好按照其被俘日期之次序”进行。[3]提交至斯德哥尔摩会议的草案更进一步，规定选择遣返人员最好不仅要根据“其被俘日期之次序”，还要根据“其身体健康之状况”。[4]根据1949年外交会议期间提出的一项修正案，“遣返人员”一词改为“依〔第三十条〕规定，送回人员”，从而形成了第31条第1款的最终约文。[5]

2259 第31条第2款约文在1906年《日内瓦公约》或1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中都没有类似规定。然而，1929年《关于战俘的日内瓦公约》第14条第4款规定，“各交战国得通过特别协议，相互准许在战俘营内留用医生和护士，负责照顾被俘同胞”。1947年政府专家会议通过了下款规定: “自敌对行动爆发之日起，各交战国得以特别安排，按照战俘之人数之比例，决定在俘留用人员之百分比。”[6]1948年斯德哥尔摩会议通过的草案补充规定，此类“特别安排”还可以处理“战俘营中此等人员之分配”，[7]而这成为第31条第2款的最终措辞。

1 详见关于第28条的评注，第2156～2158段及关于第30条的评注第2226段。
2 《1946年国家红会预备会议报告》，第34页。
3 《1947年政府专家会议报告》，第38页。
4 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第18页，第24条草案。
5 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第220页。
6 《1947年政府专家会议报告》，第19页。
7 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第19页。

三、第 1 款：送回人员之选择

2260 第31条第1款具有双重目的。首先，该条规定了针对依据第30条应予送回的人员，最宜采取的人员选择方式，即要求根据某些考虑因素对处境类似的人员给予不同的待遇。[8]第二，该条明确规定了不得根据何种标准作出选择。第31条第1款以这种方式保护落于敌方手中的医务和宗教人员免受去留决策过程中潜在任意裁断的影响。重要的是，有关各方在这一点上有了法律确定性。

2261 第31条第1款与第30条密切相关。因此，第31条第1款提到“送回人员”而未澄清应送至何方或何地，对此，应参照第30条第1款的规定，将人员送回“其所属之冲突一方”。[9]

(一) 禁止基于何种理由作出选择

2262 在根据第30条选择送回人员时，绝对禁止俘获方允许“种族、宗教或政治意见之……考虑”在决策中发挥任何作用。[10]具体就第31条而言，虽然似乎没有解释这三项标准的任何实践存在，但其含义不言自明。[11]第31条穷尽列出之标准不如《日内瓦第一公约》关于禁止不利区别的第12条详细，前者省略了“性别”、“国籍”和“其他类似标准”这一总括性用语。[12]

2263 因此，在选择送回哪些人员时，可以考虑到“国籍”、“性别”、年龄和“其他类似标准”，但只有在有客观公正理由的情况下，即当这些标准不构成不利区别时才能在这样做。[13]例如，如果不再有某一国籍的受伤或患病战俘，在选择送回人员时，可优先考虑该国籍的医务和宗教人员。[14]同样，战俘的性别也可能是一个决定因素。根据第12条以及《日内瓦第三公约》类似规定，对于受伤或患病

8 See also Gabor Rona and Robert J. McGuire, ‘The Principle of Non-Discrimination’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 191–205, at 197.

9 1949年日内瓦四公约的英文约文使用“for return（送回）”的措辞，而法文约文则使用“le renvoiàla Partie au conflit（送回冲突一方）”的措辞。鉴于第30条与第31条第1款之间的密切关系，第31条第1款英文本中没有“to the Party to the conflict（送回冲突一方）”只能解释为起草者的疏忽。因此，日内瓦四公约英法两版同等作准的约文都表达了起草者的共同意愿。关于这一点，见关于第55条的评注，第3129段。

10 另见《关于替换医务人员和随军牧师的示范协定》第3条。

11 关于人权法的观点，见联合国人权委员会《第18号一般性意见：不歧视》，1989年11月10日。

12 就这个部分而言，第12条所列标准比《第一附加议定书》第9条第1款少。See also Gabor Rona and Robert J. McGuire, ‘The Principle of Non-Discrimination’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 191–205, at 197.

13 关于“不利区别”的概念，见关于第12条的评注，第六部分第（一）节第3项。

14 关于第24条或第26条所含人员是否可以留用，以便照顾不同冲突方战俘的医疗或精神需要的问题，见关于第28条的评注，第2185段。

的妇女“之待遇应充分顾及其性别”。[15]这一要求可能证明有理由留用女性医务或宗教人员，以满足女性战俘的具体需要，或者相反，在没有此类需要的情况下，先于男性战俘将她们送回。

（二）最宜基于何种理由作出选择

2264 送回人员之选择“宜按照其被俘日期之次序及身体健康之状况为之”。从使用“宜”一词可以清楚地看出，这两个标准既不是强制标准，也不是排他标准。因此，在根据第31条第2款订立的特别协定中，冲突各方可决定列入额外或不同的标准。但是，如果没有订立这种协定，“被俘日期之次序”和“身体健康之状况”仍然是确定第30条所含涵盖人员送回顺序的唯一标准。

2265 第31条第1款没有具体规定这两项返回标准之间的等级层次。然而，当医务或宗教人员自身受伤或生病时，他们可能无法履行其满足战俘医疗或精神需要的职责。在这种情况下，根据第28条第1款予以留用可能不再合理。[16]出于这一原因，同时根据第28条和第30条的宗旨，可优先送回受伤或患病的医务或宗教人员，后送回在其之前被俘的健全人员。

2266 根据“其被俘日期之次序”进行选择的要求被称为“先来先回法”。[17]

2267 第31条第1款提到“其”被俘日期之次序和“其”健康之状况，但没有具体规定“其”的具体指代对象。为解释此处所指对象，必须记住两个单独的要素。第一个要素是第24条和第26条的属人适用范围。这些规定不仅涵盖医生（全科医生和专科医生），还可能包括其他类别的人员，如护士，专门从事管理医疗队及医疗所管理的工作人员以及军事宗教人员。[18]

2268 第二个要素涉及《日内瓦第一公约》关于落于敌方手中的医务和宗教人员命运的规定（第28条和第30条）的逻辑：只有在战俘有医疗或精神需要的情况下，留用部分或全部上述人员才是正当合法的。[19]因此，评估医务和宗教人员能否留用的唯一指导因素仍然是战俘的上述需要，以及这些需要能否以及如何通过有关

15 就《日内瓦第三公约》中关于女性战俘特殊需要的规定，见该公约第3条第1款、第14条第2款、第16条、第25条第4款、第29条、第49条第1款、第88条第2款、第88条第3款、第97条第4款和第108条第2款。

16 见《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第10条。详见关于该条的评注，第13页。另见《关于替换医务人员和随军牧师的示范协定》，这一逻辑也体现在该示范协定第4条中。关于示范协定的文本、起源和地位，见关于第28条的评注，第2160段。

17 美国《武装冲突法手册》（2012年），第54页。

18 对于这些规定的属人适用范围的讨论，见关于第24条的评注第三部分，以及关于第26条的评注第四部分第（一）节。

19 详见关于第28条的评注第三部分，以及关于第30条的评注第三部分第（一）节。

人员的具体技能得到满足。[20]从本质上讲，这要求针对具体情况做出具体评估。例如，按个案实际情况，可能无须留用任何行政人员，但需要留用一些护士。因此，“其”这一指称是就同一职业群体成员而言：即排序是在医生、护士、随军牧师等同一群体中进行。换言之，“被俘日期之次序”和“身体健康之状况”的标准不能适用于敌方手中的全部人员。因此，如果伤病员的健康状况得到改善，已不再需要留用所有外科医生，则必须根据外科医生被俘日期之次序及身体健康之状况来选择送回哪些外科医生。这一推论意味着，冲突一方不能试图留用一名外科医生让其担任护士一职。[21]相反，以职业参照群体而非以敌方手中所有医务和宗教人员为基准进行排序的方法，也排除了一类人员，即根据被俘日期之次序有资格送回，但鉴于战俘的医疗或精神需要，客观上仍需其提供服务的人员。

四、第 2 款：关于留用的特别协定

(一) 总体考虑

2269 第31条第2款允许冲突各方在战事开始时起商定（1）“按照战俘之人数之比例，决定留用人员之百分比”和（2）“战俘营中此等人员之分配”。[22]这样可以更顺利地实施公约中可能在冲突各方之间引起争端的各方面规定。

2270 根据第31条第2款订立的协定构成第6条意义上的特别协定，因此需要遵守第6条规定的条件。[23]无论如何，此类特别协定还必须尊重第31条第1款禁止基于“种族、宗教或政治意见”而有所歧视的规定。[24]

2271 正如“得”一词所示，根据第31条第2款订立特别协定并非强制要求。特别协定可通过冲突各方直接接触或通过红十字国际委员会等中立的中间人间接接触

20 对第28条第4款之规则没有影响。

21 见《关于留用医务人员和牧师的示范协定》第3条第1款和第2款。在1949年外交会议期间，（法国代表团）提出了一项提案，建议将下面这句话包括在内：“战俘营中对其服务没有特别需要的专家应优先遣返。”法国代表团提出修正案未得到接受，且被视为多此一举，因为在所有情况下，忠实适用第28条第1款和第31条第1款均要求采取此举。详见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第171页。

22 对第31条第2款的另一种解读是，特别协定只涉及“留用人员之百分比”，而这一百分比将“按照战俘之人数之比例”以及“战俘营中此等人员之分配”的“比例”确定。然而，这种解读毫无意义：因为留用人员之百分比不能取决于战俘营（已有）人员分配情况。关于特别协定可以规定“按照战俘之人数之比例，决定留用人员之百分比”并对战俘营中如何分配上述人员另作规定这一理解，在外交会议上得到佐证，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第一委员会报告，第196页。

23 第31条第2款明确使用了“特别协定”一词，而第6条第1款也明文提及第31条。

24 See Gabor Rona and Robert J. McGuire, ‘The Principle of Non-Discrimination’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 191–205, at 197.

的方式订立。[25]自1949年以来，似乎没有根据第31条第2款订立任何特别协定。对此，1949年外交会议第3号决议明确提到第31条第2款的开头语“自战事开始时起”，指出“在敌对行动期间可能难以达成协定”。有鉴于此，会议邀请红十字国际委员会就这一主题编写示范协定。这才成就了《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》。[26]

2272 冲突一方只有在满足第28条第1款规定的条件，即“仅在战俘之健康状况、精神需要以及人数上均有此要求时”，方可行使留用敌方医务和宗教人员的权利。第31条第2款邀请冲突各方就这项工作所含及的一些实际问题订立协定，这一事实并不损害上述条件的有效性：根据本条规定订立的任何特别协定都需要遵守第28条第1款确定的条件。[27]同样，不论是否订立了这种特别协定，仍然有义务送回那些可能不会或不再留用的人员。[28]因此，订立一份特别协定并不改变在第28条和第30条基础上适用的法律框架。

2273 理想情况是，为了确保在协定中涵盖不同角度并作出相应规定，谈判应包括不同性别和背景的人员。[29]

（二）特别协定可规范内容

2274 冲突各方可订立特别协定的第一个方面是“按照战俘之人数之比例，决定留用人员之百分比”。[30]此种协定的好处是为双方提供了法律确定性，明确了双方均认为可允许的留用比例。

2275 “战俘”仅指已在敌方手中的战俘。因此，与单方面行使留用医务和宗教人员的权利一样，即使在特别协定中有规定，也禁止“预期留用”。[31]例如，如果在

25 See also Jean-Pierre Schoenholzer, ‘Le médecin dans les Conventions de Genève de 1949’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 35, Nos 410/411, February/March 1953, pp. 94–126 and 169–194, at 173: “a défaut d’accord，la puissance détentrice déterminera le pourcentage sur la base de la raison，de l’équitéet de l’expérience”（“在没有达成协定的情况下，拘留国将根据合理性、公平性和经验确定百分比。”）

26 关于本示范协定的背景和现状，详见关于第28条的评注，第2160段。

27 具体示例见第2275段中关于“预期留用”的讨论，以及关于第28条的评注，第2165段。

28 《1947年政府专家会议纪要》，第一委员会，第II卷，第一册，第186页，让·皮克特（Jean Pictet）针对建议删除现为第31条第2款而在第1款中增加一句规定的提案所作的评论。

29 见联合国安全理事会，2000年10月31日第1325号决议，第1款。人们日益认识到，妇女、男子、女童和男童受武装冲突的影响各不相同，因此，在国家、区域和国际层面的冲突预防、管理和解决机构和机制的各级决策层中，女性和男性都应该有代表参与，方才有利于这一决策进程。国际人道法的适用也应该反映这一理解。

30 这一措辞反映了第28条第1款中可于证明留用医务和宗教人员之正当性的三项标准中的第三项：“战俘之健康状况精神需要以及人数”。

31 关于冲突一方单方面行使“预期留用”的不合法性，见第2274段，以及关于第28条的评注第2164段。允许冲突各方进行“预期留用”的特别协定同样是不合法的，因为这将与第6条第2句规定的条件相冲突，根据该句，“是项特别协定不得对本公约关于……医务人员或随军牧师所规定之境遇有不利的影响，亦不得限制本公约所赋予彼等之权利”。

武装冲突开始时，针对将来俘获战俘这种假设情况订立此种协定，将违背《日内瓦第一公约》第28条和第30条的宗旨，即确保医务和宗教人员的专业技能在任何时候都能继续满足伤者与病者的需要，因此这种协定是不合法的。

2276 《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》建议，战俘人数与为满足其医疗和精神需要而留用的医务和宗教人员人数和类别之间的比例可以不同。[32]关于针对特定人数的战俘可予留用的医务人员人数和类别的当代分析，见关于第28条的评注，第三部分。

2277 如同实施第31条第1款的方法一样，这里的办法应考虑到拟留用各类人员的专业资格（每X名战俘留用X名护士，每X名战俘留用X名宗教人员等）。[33]根据第31条第1款关于是否可以留用专业人员的讨论，《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第3条第3款邀请冲突各方针对“不留用或立即遣返专业化程度高，且原籍国的公共卫生工作需要其返回本国的内科医生”订立协定。

2278 冲突各方可以订立特别协定的第二个方面是关于战俘营人员的分配问题。这种可能性突出体现出留用人员继续为其原籍国服务这一事实。[34]关于军事宗教人员，《日内瓦第三公约》第35条规定，敌方手中的牧师，包括为帮助战俘而留用的牧师“应分派至属于同一部队，使用同一语言，或遵奉同一宗教之各战俘营或劳动队。”

2279 关于留用医务和宗教人员的特别协定不必局限于第31条第2款明文提到的两个方面。只要满足第6条的条件，该条允许就“各缔约国对其认为需另作规定之一切事项”订立特别协定。[35]由于《日内瓦第一公约》第28条、第30条和第31条留下许多实际而重要的问题未作规定，订立特别协定可能是确定如何处理这些问题的适当方法。可针对诸多问题订立此种协定，例如，解决根据第29条将辅助医务人员作为战俘拘留是否应导致相应减少根据第28条留用人员人数的问题，[36]或者有关建立遣返的程序的问题。[37]

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 28 条的评注的主要参考文献。

32 见《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》第2条。另见，美国《武装冲突法手册》（2012年），第54页。供史学研究参考，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第170页（法国）。

33 见第2268段。另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第126～127页（法国）。

34 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第196页。

35 详见关于第6条的评注，第958～959段。

36 见关于第29条的评注，第2213～2215段，和关于第45条的评注，第2722段。

37 见如，美国《战争法手册》（2015年），第4.10.2段和第9.1.2.2段。

第三十二条
属于中立国人员之送回

公约条文 *

一、第二十七条所指之人员落于敌方之手者，不得拘留。

二、除另有协议外，应许其返回本国，如其不可能，则一俟归路可通及军情许可，应准予返回其所服役之冲突一方的领土。

三、等候释放期间，彼等应在敌方指导下，继续其工作，尤以担任看护其所服役之冲突一方之伤者、病者为宜。

四、彼等出发时，应携带其行李、个人用品、贵重品、工具、武器，并于可能时，其所有之交通工具。

五、冲突各方对于在其权力下之此种人员，应予以与本国武装部队相等人员同样之食物、居所、津贴及薪给。在任何情形下，食物之质、量，及种类均应足以维持上述人员之正常健康状况。

保留或声明

无

目 录

一、引言 688
二、历史背景 688
三、第 1 款：对拘留之禁止 689
四、第 2 款：除另有协议外，应许其返回 690
五、第 3 款：等待释放期间之工作 691
六、第 4 款：出发时可携带的物品 692
七、第 5 款：在敌方权力下应享有的待遇 693
主要参考文献 694

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

2280 第 32 条涉及中立国认可之团体的医务人员（第 27 条所含人员）落于其所协助的冲突一方的敌方手中的特定情况。第 27 条阐明了在何种条件下此类团体得以其医务人员及医疗队协助冲突一方。满足第 27 条规定的条件时，这些人员将构成《日内瓦第一公约》所保护的人员，即在一切情况下都应受到尊重与保护。[1]

2281 自第二次世界大战结束以来，似乎没有实施第27条的实例；因此，这一时期似乎也没有关于第32条的实践。[2]

2282 《第一附加议定书》适用时，该议定书第9条第2款规定，第32条相关规定适用于下述各方出于人道目的向冲突一方提供协助的常设医疗队人员和运输工具：（1）中立国或其它非冲突国；（2）上述国家认可并核准的救济团体；或（3）公正的国际人道组织。[3]

二、历史背景

2283 第32条的起源可追溯到1906年《日内瓦公约》第12条和第13条，[4]尤其可追溯至1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第12条和第13条。后一部公约第12条规定禁止留用公约规定的三类人员：（1）军事医务和宗教人员；（2）协助本国武装部队医务部门的志愿救济团体之人员；（3）协助国际性武装冲突一方医务部门的中立国认可的团体之人员。

2284 1949年外交会议在涉及第（1）类和第（2）类医务人员时彻底改变了这一逻辑；换言之，这些人员落于敌方之手时，可予以留用，但仅限于战俘之健康状况、精神需要以及人数有此要求的情况。[5]但是，就第（3）类医务人员而言，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第12条确定的规则得以保留，从而产生了第32条第1款。[6]

1 如果这些人员做出有害于敌方之行为，就会丧失这种保护。关于何种行为构成有害于敌方之行为的讨论，见关于第24条的评注，第六部分。

2 关于1949年以来在第27条方面缺乏实践的讨论，见关于该条的评注，第2116段。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第12条是第32条的前身之一，是第一次世界大战期间最有争议和最频繁遭到违反的条款之一；见Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 72。

3 但适用《日内瓦第二公约》第25条的医院船除外。见《第一附加议定书》第9条第2款。

4 关于第32条第1款，1906年《日内瓦公约》第12条没有禁止拘留的类似规定。1906年公约第12条规定所依据的前提是，所有类别的医务人员在落于敌方之手时，除不再需要其协助外，都将继续执行其医疗职务。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》彻底改变了这一逻辑（1949年日内瓦四公约关于两类医务人员的规定又部分改变了这一逻辑）。详见关于第28条的评注，第二部分。

5 详见关于《日内瓦第一公约》第28条至第30条和第31条的评注，以及关于《日内瓦第三公约》第33条的评注。

6 “很明显，根据国际法的一般原则，根本不可能考虑改变中立国医务人员的地位。”《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第 196页。

三、第1款：对拘留之禁止

2285 第32条适用于第27条所指人员。虽然第32条第4款涉及这些人员落于其所协助冲突一方的敌方之手时随身携带的某些物品，但这些物品（例如医疗队和医务运输工具）的地位则由第34条规定。

2286 第32条仅在第27条所含人员落“于敌方之手”时适用。这些人员因何种情况而落于敌方之手并不重要。“敌方”一词需要理解为是指这些人员正在协助的医务部门所属之冲突一方的敌方。[7]中立国的个人与冲突当事方没有敌对关系。

2287 第32条规定，这些人员落于其所协助一方之敌方的手中时，该国无权因其协助了敌方武装部队的医务部门等任何理由，对其予以拘留（无论是以战俘、平民被拘禁者，还是以其他任何身份，都不得拘留）。此时，该冲突方有义务实施第32条第2款的规定。因此，虽然此类人员可以免于俘获和拘留，但可以根据第32条第2款对他们进行临时拘留。[8]

2288 虽然该款没有明确规定，但俘获方不得留用（第28条意义上的留用）第27条所涵盖的医务人员。即使战俘的医疗需求十分迫切，也不得留用。

2289 禁止拘留和留用第27条所含人员的理由是，这些人员是中立国的平民。[9]这个中立国可以是第27条所含经认可之团体的国籍国，也可以是其他任何中立国。在所有情况下，由于这些人员受到《日内瓦第一公约》的保护，俘获国无权对其予以拘留或留用。当然，这一解读并不排除有关国家根据其他法律依据拘留特定个人的可能性，例如，如果他们涉嫌犯有严重破约行为或普通罪行。

2290 第32条第1款之禁止性规定的唯一例外，就是出现第32条第2款所规定的存在相反协议的情况。

2291 可以想象，根据第27条开展工作的经认可之团体可能会决定雇用一名或多名与其所协助之冲突一方具有相同国籍的普通公民。关于这一假设情形，《日内瓦第一公约》并未规定此类人员落于与其本国交战的冲突一方手中时的地位问题。[10]由于从俘获国的角度来看，他们是敌国国民，因此，如果该国试图拒绝适用第32条（该条是基于第27条所含人员是中立国之普通公民这一假设而规定的），也是可以理解的。然而，在这种情况下，至少可以预期应准用第28条（适用于作为本国武装部队医务部门辅助人员开展工作的医务人员）以及第30条和第31条。

7 第27条第2款中使用了“接受协助国家之敌方”一词，比第32条第1款中使用的“敌方”一词更准确地描述了这种关系。

8 例如，见美国《战争法手册》（2015年），第7.9.1.1段。

9 第27条所含人员并不会成为其所协助国家的武装部队人员。见关于第27条的评注，第2126段。

10 Lanord, 1999, p. 69.

四、第 2 款：除另有协议外，应许其返回

2292 第32条的基本前提是，该条所含人员有权离开俘获国的领土。理想情况下，他们有权返回其国籍所属之中立国。[11]但是，如果不可能返回本国，他们则有权前往其在第27条之框架内所协助之冲突一方的领土。[12]对是否“可能”返回其国籍所属之中立国的评估，可能不仅取决于实际考虑，还取决于有关人员的意愿。在所有情况下，一经返回，这些人员均有权在第27条的框架内继续履行其职责。

2293 第32条第2款假定医务人员已落入其所协助一国领土以外的敌方之手。第32条第2款没有对医务人员在其所协助一国领土上被俘的情况（例如，该领土受到外来部队的入侵时）作出明确规定。在这种情况下，基本规则也适用，即不得对其予以拘留，除非另有协议，必须准许他们返回本国。

2294 除另有相反协议外，俘获第27条所含人员的一方仅得基于以下两个理由单方面暂时推迟其返回本国或其所协助一方的国家：返回道路不通，或军情不允许他们返回。[13]第32条第3款和第32条第5款对有关人员返回前的这段时期作出规定。

2295 第32条将援引上述一项或两项理由的决定权交由俘获医务人员的一方。但该方应善意解释这些理由，同时牢记自己无权拘留或留用这些人员。

2296 可援引推迟第32条所含人员返回的第一个理由涉及实际条件上的不可能性，即没有任何路径（包括陆路、水路和航空）可供他们返回。例如，敌对行动仍在进行且无其他安全替代办法时，可能就会是这种情况。

2297 第二项理由更为微妙，因为它允许俘获有关人员的一方援引“军情”（但不得援引非军事性质的考虑因素）。如果有关人员能够将其获得的具有军事价值的情报传递给其所协助的冲突一方，可能就属于需要援引军情的情况。“军情”一词的使用表明，这一理由的严格程度不及军事必要之要求。

2298 这两项理由仅允许俘获有关人员的一方推迟其返回的时间，而非完全拒绝让他们返回。一旦推迟返回的理由消失，例如出现可供通行的路径，或所获情报失去军事价值（例如，已发生有计划的攻击），就必须允许这些人员返回。

2299 除第32条明确提到的两项理由外，不得援引其他任何理由作为推迟第27条所含人员返回的理由。即使在冲突一方拘留的战俘存在巨大医疗需要时，也不得拒

11 从“许”一词可以清楚看出，不得在违背第27条所含人员之意愿的情况下强迫其返回。在这方面，见关于第30条的评注，第2231段。

12 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第12条第2款规定，“应将其送回其所属之交战国”。1947年政府专家会议增加了“返回本国，如其不可能，……返回其所服役之冲突一方的领土”的限定性规定；见《1947年政府专家会议纪要》第II卷，第7页。

13 虽然措辞略有不同，但第30条第1款对第24条和第26条所含人员落于敌方之手者规定了基本相同的理由。

绝让这类医务人员返回。在这方面，第32条的规定明显不同于留用制度，[14]但也具有合理性。第27条所含人员是来自仍然有权享有中立法所赋予之一切保护的中立国的中立国民，因此其待遇确实不可等同于冲突一方的国民。

2300 第32条没有具体规定应由何方承担运送费用。如果不能就这一问题达成协议，则可准用关于将战俘运送到中立国的规则和关于送回平民被拘禁者的规则：俘获人员的一方仅须承担将其运送到其本国边界的费用。[15]从那里开始，中立国（或其认可之团体）必须承担将其送至最终目的地的交通费用。

2301 所有上述规定均不排除一种可能性（该可能性通过“除另有协议外”[16]这一措辞得到明确规定），即达成协议，商定第32条所含一名或多名人员为开展医疗活动等工作而留在俘获方。

2302 第32条本身并没有就哪些人员需要参与订立协议提供指导：[17]第32条所含人员、向冲突一方提供协助的经中立国认可之团体、中立国、医务部门接受协助的一方和（或）俘获相关人员的一方。[18]首先，由于根据第27条经认可之团体需经中立国的同意才可采取行动，中立国需要同意允许经认可之团体的工作人员在其不再处于最初获得同意一方之手时继续履行职责。其次，俘获相关人员的一方需要参与协议。但是，无需与医务部门接受协助的一方达成协议，因为这些人员不止为冲突一方的伤者与病者开展工作，而是为所有冲突方的伤者与病者开展工作。

五、第 3 款：等待释放期间之工作

2303 第32条第3款和第5款都对医务人员等待返回期间作出规定。对于即将送回和（根据第32条第2款）就其停留更长时间达成协议的情况，这些规定都是相关的。

2304 这些条款未涉及这段期间这些人员在待遇方面可能出现的诸多问题。在推迟送回的情况下，这尤其是一个令人关切的问题。实际上，这些人员应有权获得与留用制度所规定之相同的便利。[19]如果存在根据第32条第2款订立的协议，其中可能会对这一问题进行澄清。

14 见第28条、第30条和第31条，这些条款适用于医务和宗教人员（第24条所含人员）和志愿救济团体人员（第26条所含人员）落于敌方之手的情况。

15 见《日内瓦第三公约》第116条和《日内瓦第四公约》第135条第2款。

16 这种可能性源于1929年外交会议未经讨论就予以通过的一项修正案；见《1929年日内瓦外交会议记录》，第148页。

17 这种协议涉及缔约国，因而属于第6条意义上的特别协定，因此需要遵守该条款规定的条件。

18 See Lanord, 1999, p. 69.

19 这意味着，他们虽然不应视为战俘，但至少必须受益于《日内瓦第三公约》的所有规定，而且还有权享受某些便利，以执行其医疗或精神任务；见《日内瓦第一公约》第28条和《日内瓦第三公约》第33条。

2305 第32条第3款前半句指出，“彼等应在〔俘获〕方指导下，继续其工作”。与留用人员的情况一样，所涉工作只能是医疗性质的工作，[20]而俘获方必须允许医务人员“本其职业之道义”开展工作。[21]第32条所含人员不受适用于第28条之留用人员的“拘留国军事法规”的约束。尽管如此，他们应在俘获方“指导下”开展工作。这意味着他们不得不接受一定程度的监督。[22]

2306 根据第32条第3款后半句，这些人员以看护其所服役的冲突一方之伤者、病者“为宜”。[23]从当代医疗道德的角度来看，这一建议具有合理性，因为它禁止俘获国指示第27条所含人员照顾该国己方武装部队（或本国平民居民）的医疗需要，而损害“其所服役之冲突一方之伤者、病者”的利益。

2307 如果俘获医务人员的一方拘留了若干国籍的战俘，则“尤以担任”的明确规定，可以确保战俘在合法范围内[24]接受使用其本国语言并熟悉其文化的专业人员的医疗照顾。

2308 然而，正如“尤以……为宜”一词所示，由他们“看护其所服役之冲突一方之伤者、病者”只是一项建议。特别是，在任何时候，都应遵循第12条第3款所载的公正照顾原则，即“只有医疗上之紧急理由，可予提前诊治”。即使基于这种“医疗理由”的治疗顺序，导致有关人员无法优先照顾其所服役之冲突一方之伤者、病者，情况也是如此。

2309 这些人员如果为中立国的国家红十字会或红新月会工作，则必须遵循公正原则这项基本原则，因而也应遵守上述规则。

六、第 4 款：出发时可携带的物品

2310 第32条第4款涉及本条款所含人员出发时的实际问题。该款既适用于落入其所协助一方之敌方手中后不久即离开的人员，也适用于根据第32条第2款规定达成协议而停留较长时间的人员。

20 见第28条第2款丙项：“……不得令其从事医疗或宗教任务以外之任何工作”。关于第27条是否包括宗教人员，见关于该条款的评注，第三部分第（三）节。

21 这一措辞载于《日内瓦第一公约》第28条第2款（关于其讨论情况，见该条评注，第2168段和第2184段）。另见《日内瓦第三公约》第33条第2款，其中使用了“按照其职业上之道义”一语。

22 见《1906年日内瓦外交会议记录》，第125页。最初，有提案建议使用“控制”一词；后来改为“指导”；见上，第255页。留用人员在留用方“主管部门”的“管辖”（《日内瓦第一公约》第28条）和“控制”下开展工作（《日内瓦第三公约》第33条）。但实际上来说，对于他们在多大程度上必须服从俘获方的指示，并没有相应规定。

23 在《日内瓦第一公约》第28条第2款和第30条第2款以及《日内瓦第三公约》第33条第2款中可以找到基本相同的术语。在1929年外交会议期间，这一用语遭到批评，但最终还是得以保留。见《1929年日内瓦外交会议记录》，第149页、第160页和第162页。

24 在这方面，另见《日内瓦第三公约》第30条第3款。

2311 首先，在离开时，他们有权携带“其行李、个人用品、贵重品”。[25]他们在落入其所协助冲突一方的敌方手中时必须随身携带这些物品。这些“行李、个人用品、贵重品”是否属于其私有财产，并不重要。

2312 第二，离开时，此类人员有权携带“工具、武器，并于可能时，其所有之交通工具”。此处“其所有”一词需解释为是指此类物品属于其个人财产。但是，这些工具、武器和交通工具很可能并非其私人财产，而是经中立国认可之团体或其所协助武装部队医务部门的财产。[26]如果是这种情况，他们离开时就不能携带这些物品。不过，第33条第2款和第35条第2款所依据的逻辑毫无疑问可比照适用于这种情况，即这些物品留在敌方手中时，必须继续用于照顾伤者与病者。

2313 但是，如果第32条所含人员在落于其所协助之冲突一方的敌方手中之前，从伤者病者身上解除过武器，在他们离开时不得携带这些武器。此类武器既不属于其个人，也不属于经中立国认可之团体，亦不属于他们所协助的武装部队的医务部门。这些武器是战利品，俘获这些人员的一方可予以保留。

2314 这里所指“工具”必须理解为包括其医疗工具。[27]至于“武器”，这是指第27条所涵盖人员为了自卫或保护其照顾下的伤者与病者而可以携带的轻型单兵武器。[28]他们没有携带落于敌方之手时所拥有的“交通工具”（例如救护车）的绝对权利。他们离开时是否能够携带上述交通工具，将取决于是否有可能这样做。[29]如果在具体情况下不可能携带（例如，相关人员乘飞机返回），这并不必然意味着俘获相关人员的冲突一方获得对所述交通工具的任何所有权。第34条确定的规则继续适用。

七、第 5 款：在敌方权力下应享有的待遇

2315 第32条第3款和第5款都对医务人员等待返回期间作出规定。

25 第32条第4款所列物品中有一些重复之处，其中既提到了“行李（effects）”，也提到了“personal articles（个人用品）”；“effects”在此处是指“个人物品”（见*Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 456）。同样，“贵重品”（“个人财产中小型贵重物品”，见上，第1598页）只是个人用品的一个子类别。除未列出第32条提到的“武器”和“交通工具”外，《日内瓦第一公约》第30条第3款也列出了根据第28条有必要留用人员出发时可携带物品的类似清单：“彼等出发时，应携带其所有行李、个人用品、贵重品及工具等。”关于战俘的个人财产，见《日内瓦第三公约》第18条。

26 在这个背景下，应注意的是，第26条或第27条所含的救济团体的不动产和个人财产应视为私有财产。详见第34条第1款。

27 见《1906年日内瓦外交会议记录》第55页及第117页。

28 见关于第27条的评注，第2134段。第27条没有涉及第32条所含人员在落于其所协助一方的敌方手中后是否有权继续携带武器的问题。参考关于战俘的规定，可知相关人员没有权利继续携带武器；见《日内瓦第三公约》第18条第1款。

29 在1949年外交会议期间，关于删除“并于可能时”一词的建议未获通过；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第82页。

2316 第32条第5款针对第32条所含人员在俘获其之冲突一方的权力下期间应享有的待遇作出了多项实际规定。[30]与第32条第3款一样，第32条第5款既适用于落于其所协助一方的敌方之手后不久即离开的人员，也适用于根据第32条第2款规定达成的协议而停留较长时间的人员，在上述每种情况下，只要他们处在上述敌方权力下即适用。

2317 第32条第5款第一句要求俘获方对于此种人员“应予以与本国武装部队相等人员同样之食物、居所、津贴及薪给”。[31]但是，第27条所含人员是平民，不一定具有与军衔相对应的职衔。在根据第32条第2款达成协议的情况下，协议可以对此作出明确规定。如果不存在这种协议，俘获方可考虑给予他们与本国资历大致相同的军事医务人员同等级别的待遇

2318 第32条第5款第二句涉及本条所涉人员在其所协助一方的敌方之手期间，必须给予他们的食物数量及种类。这种食物必须“在任何情形下，〔食物之〕质、量，及种类均应足以维持上述人员之正常健康状况”。[32]“在任何情形下”一词强调，这是有关人员在一切情况下均有权享有的最低待遇标准。

2319 最后，关于本条所含人员是否有权悬挂本国国旗的问题，见第43条第2款。[33]

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 26 条的评注的主要参考文献。

30 第5款使用“冲突各方”（the Parties to the conflict）这种复数形式。当然，这项义务只适用于俘获第27条所涉人员的冲突一方。

31 这一措辞与1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第13条第1款所使用的措辞相同。该公约第13条第2款规定，“战事一经开始，各交战国应相互通知其所属医疗人员的等级”。关于薪给问题，见《1906年日内瓦外交会议记录》，第125页。

32 关于这一点，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第196页。

33 另见美国《战争法手册》（2015年），第4.12段。

第五章
建筑物及器材

2320 关于保护武装部队固定和流动医疗队的规则载于《日内瓦第一公约》第三章。[1] 固定和流动医疗队在任何情况下都不得受到攻击，且应始终受到冲突各方的尊重和保护。公约第 19 条明确规定，如果此类医疗队或医疗所落于敌方之手，只要俘获国未能确保向该队或该所中的伤者、病者提供必需之照顾，则该队或该所人员仍应有执行其任务之自由。

2321 第五章是对第三章的补充。对于落于敌方之手的武装部队之医疗队和救济团体，本章规则对其建筑物及器材的处置作出了详细规定。

2322 对此，第33条针对武装部队流动医疗队的器材以及武装部队固定医疗所的建筑物、器材和仓储作出了规定。武装部队的医务车辆不在本条规制的范围内，而是适用第35条的相关规定。

2323 第34条对享有本公约规定特权的救济团体落于敌方之手后其建筑物及器材的处置作出了规定。不同于第33条，第34条的规定也适用于救济团体所使用的医务运输工具。

2324 有关武装部队的医务和宗教人员以及中立国的医务人员落于敌方之手后其个人财产的处置，规定在第30条第3款和第32条第4款中。

1 尤其见第19条、第21条和第22条。

第三十三条
医疗队及医疗所的建筑物及器材

公约条文 *

一、武装部队之流动医疗队落于敌方之手者，其器材应留作照顾伤者及病者之用。

二、武装部队之固定医疗所的建筑物、器材及物资 **，应仍受战争法规之拘束，但在其为照顾伤者、病者所必需之期间，不得移作别用。惟战地司令遇紧急军事需要时得使用之，但须彼等预订关于在该所疗养之伤者、病者的福利之办法。

三、本条所指之器材与物资不得故意摧毁。

保留或声明

无

目 录

一、引言 697
二、讨论 698
（一）流动医疗队及其器材 698
（二）固定医疗所 699
（三）禁止故意摧毁器材与物资 700

一、引言

2325 第 33 条对落于敌方之手的武装部队之医疗财产的处置进行了规定。这种情形既可能发生在敌对行动期间，也可能发生在占领的情况下。该条规定涵盖了“固定”

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

** 译者注：公约作准文本英文版用词为“stores”， 法文版用词为“les dépôts”；中文原译本译作“物资”，表所储藏之物品。但根据新版评注的解释，现今该词条既指所储藏之物品，亦指储藏之场所。此处保留原译文的表达，后文为准确翻译评注之目的，将其调整为“仓储”。

和“流动”医疗队，尽管本公约并未对这两个概念进行界定。[1]

2326 按照通常意义，“流动”是指“能够自由或轻易地移动或被移动”。[2]因此，流动医疗队是指可以根据情况需要并随部队的调动而移动的设施。战地医院和任何其他收集和照顾伤者与病者的医疗所，无论规模多小，都构成流动医疗队。

2327 “固定”一词可理解为“牢固地处于特定位置”。[3]因此，固定医疗所是指用作医院或仓储的永久性建筑物。而仓储可界定为存放药品或任何其他医疗设备或用品的场所，因此属于建筑物及器材这一类别。本条规范的范围不包括救护车等武装部队的医务运输工具或车辆。[4]

二、讨论

（一）流动医疗队及其器材

2328 第33条第1款对流动医疗队的器材作出了规定。[5]从表面上看，该款似乎并未对流动医疗队本身的待遇作出规定。然而，在大多数情况下，很难区分这种医疗队的物理结构和它所包含的器材，因为流动医疗队的价值在于其所拥有的器材。因此，流动医疗队及其所有器材均在第33条的涵盖范围之内。[6]

2329 武装部队之流动医疗队及其器材落于敌方之手者，必须留作照顾伤者及病者之用。该款规定对传统上公认的交战国所享有的一项权利加以限制，即将敌方公有动产缴获为战利品并自由使用的权利。[7]因此，武装部队之流动医疗队及其器

1 外交会议没有通过关于“流动”和“固定”医疗队及医疗所的具体定义的决议；see Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 195. 关于这些概念的更多详细讨论，见关于第19条的评注，第1775～1776段。

2 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 918.

3 同上注，第538页。

4 医务运输工具只要专门用于运送伤者与病者或医疗设备，就在《日内瓦第一公约》第35条的涵盖范围之内。如果车辆具有流动医疗队的特征，能够提供医疗照顾，则属于第33条的适用范围。

5 这些流动医疗队人员的待遇受《日内瓦第一公约》第19条的规范。

6 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和1906年《日内瓦公约》相应条款（第14条）中的措辞均支持此种解释。

7 关于战利品的概念，见Yoram Dinstein, ‘Booty in Warfare’, version of March 2008, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL; William Gerald Downey, ‘Captured Enemy Property: Booty of War and Seized Enemy Property’, *American Journal of International Law*, Vol. 44, 1950, pp. 488–504; Elyce K.D. Santerre, ‘From Confiscation to Contingency Contracting: Property Acquisition On or Near the Battlefield’, *Military Law Review*, Vol. 124, Spring 1989, pp. 111–161; H.A. Smith, ‘Booty of War’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 227–239; 以及让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社2005年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社2007年版，关于规则49条的评论，第164～166页，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。

材落于敌方之手时，必须留作治疗与照顾伤者及病者之用。即使出现紧急军事需要，上述医疗队与器材也不得移作别用。固定医疗所则不受上述限制；这就是武装部队固定医疗所制度和流动医疗队制度之间的主要区别。

2330 1949年外交会议否决了1947年政府专家会议提出的给予流动和固定医疗队及医疗所的器材同等待遇的建议。但如果这项建议当时得到采纳，就意味着流动医疗队及医疗所的器材存在成为战利品的可能性。[8]

2331 流动医疗队中的伤者与病者，如遇其病情需要，必须与任何其他伤者或病者一起获得照顾。根据公认的公正照顾原则，任何伤者或病者都必须得到俘获他们的冲突一方所提供的照顾。[9]

2332 与1906年和1929年的日内瓦公约不同的是，第33条第1款没有规定在敌对行动期间将流动医疗队及其器材归还原籍国的任何义务。根据1929年公约规定的相关制度，落于敌方之手的流动医疗队，连同其设备及仓储运输工具及所聘用的驾驶员，都应按照送回医务人员的条件，尽可能与医务人员同时返还。[10]1949年外交会议对有关医务人员的规则进行了修改，包括创设出留用医务人员的可能性，会议决定，在敌对行动期间不作将流动医疗队及其器材归还原籍国的要求。作出这一决定，也考虑到了归还所面临的实际困难。[11]

2333 对于敌对行动结束后流动医疗队及其器材的处置问题，《日内瓦第一公约》也没有作出相关规定。除非另有约定，例如通过和平条约进行约定，否则流动医疗队及其器材之处置应受到战争法规的规范。作为公有动产，流动医疗队的原籍国既不能要求返还，也不能要求赔偿。[12]由于1949年以来没有这方面实践，因此也没有出现任何关于这一问题的进一步明确规定。

（二）固定医疗所

2334 武装部队之固定医疗所落于敌方之手者，其建筑物、器材及仓储仍受战争法规之拘束。这意味着，固定医疗所的器材及仓储，作为属于敌国的公有动产，可

8 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第83～84页。1906年公约和1929年公约也均未将流动医疗队视为战利品，而是需要留作医治伤者及病者之用。见1906年《日内瓦公约》第14条和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第14条，这两项条款均规定这些医疗队必须尽可能与运作医疗队的医务人员同时送回。

9 见第12条。

10 见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第14条。

11 更多详细讨论，see Pictet (ed.) *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 272–273,以及《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第115页。

12 See e.g. Yoram Dinstein, 'Booty in Warfare', in Rüdiger Wolfrum (ed.), Version of March 2008, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 10, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL; Elyce K.D. Santerre, 'From Confiscation to Contingency Contracting: Property Acquisition On or Near the Battlefield', *Military Law Review*, Vol. 124, 1989, pp. 113–120; and H.A. Smith.'Booty of War', *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 229–230.

以缴获为战利品。[13]一国缴获战利品，是指该国在不承担任何归还或赔偿义务的情况下取得财产。另一方面，建筑物属于敌国不动产，因而不得视为战利品，但控制建筑物的一方可对其进行使用和管理。[14]

2335 这一制度的适用存在一项重要限制，即固定医疗所的建筑物、器材及仓储在其为照顾伤者与病者所必需之期间，不得移作别用。换言之，若用途与伤者及病者的利益不符，则俘获方不得为实现自身目的而将其移作己用。但是，与关于流动医疗队的规定相反，军事必要这一例外情形适用于固定医疗所。出于紧急军事需要，敌方可以将这些设施用于其他目的，但须为在该所接受治疗的伤者与病者之“福利”作出其他安排。[15]“紧急军事需要”这一措辞表明，敌方为非照顾伤者与病者之目的而使用固定医疗所，应视为别无它法时采取的最后措施。

2336 第33条第2款试图在确保照顾固定医疗所中伤者及病者之必要性与战争现实情况之间取得平衡。因此，关于武装部队之固定医疗所的建筑物、器材及仓储的制度，虽然受战争法规之约束，但可基于人道考量而作出例外处理。这一例外处理措施继而又会因军事现实情况而做出进一步让步，不过军事现实还会再次受制于人道要求。

2337 近数十年来，未出现任何实践，特别是未曾有可能构成“紧急军事需要”的情况，可为固定医疗所用于非医疗用途提供正当理由。

（三）禁止故意摧毁器材与物资

2338 不得故意摧毁流动及固定医疗所的器材与仓储。这项义务对于敌方财产和己方财产同等适用。[16]

2339 本款为1949年日内瓦公约新增的规定，1906年及1929年的公约中不存在相关规定。这是国际人道法向前迈出的重要一步，该款不仅规定了保护医疗所器材与物资不受敌方破坏的义务，同时还旨在阻遏占有上述器材与仓储的人员为避免其落于敌方之手而对其加以摧毁的行为。[17]根据第33条第3款，相关人员在审判中无法再以1907年《海牙章程》第23条第7款所载紧急军事必要为依据，为损毁医疗器材与仓储的行为进行辩护。例如，在1948年的“人质案”中，被告伦杜里奇（Rendulic）为其“焦土”政策进行辩护，理由是该政策是防范挺进部队攻击的一

13 见《海牙章程》（1907年）第53条。

14 同上注，第55条。

15 关于“福利”一词，与本公约英文约文同等作准的法文约文使用了“bien-être”一词。这个词更确切地说是指伤者与病者的健康，而非福利这一广义概念。

16 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第83页。

17 同上注。这项建议是由瑞典代表提出，该代表认为，“有必要涵盖指挥官在被迫撤军时为防止医疗用品落于敌方之手可能会试图销毁不能随身携带的此类物资的情况”。

项预防措施。法庭认为，当时的作战条件足以使伦杜里奇相信，出于紧急军事需要，他必须毁坏挪威芬马克郡的私有和公有财产。[18]

2340 第33条第3款所指之器材与仓储，包括流动医疗队和固定医疗所的器材与仓储。但是，该款规定不适用于仍受敌对行动相关法律约束的固定医疗所或用于贮藏物资的建筑物。[19]

2341 违反第33条第3款规定的行为可能构成《日内瓦第一公约》第50条所规定的“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”这一严重破约行为。同样，第50条所规定的 “对财产之大规模的……征收”这一严重破约行为，也可延伸适用于在未遵守第33条第1款和第2款之规定的情况下，扣押医疗队及医疗所医疗器材的情形。

18 See United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, pp. 68–69.

19 例如，见《日内瓦第一公约》第19条、第21条和第22条，以及《第一附加议定书》第48条至第58条。

第三十四条
救济团体之财产

公约条文 *

一、凡许予本公约的特权之各救济团体，其不动产与动产应视为私有财产。

二、战争法规及惯例所承认之交战国征用权，仅在紧急需要的场合，并在对伤者、病者之福利已有保证后，始得行使。

保留或声明

无

目 录

一、引言 703
二、讨论 704
（一）视为私有财产 704
（二）征用权的限制 705
（三）扣押权 706

一、引言

2342 第 34 条规定了有关各国红十字会和红新月会以及被许予本公约的特权之各救济团体（以下统称“救济团体”）的不动产与动产的制度。[1] 该等救济团体包括依据《日内瓦第一公约》第 26 条规定协助各武装部队医务部门工作的经认可与核准的团体，以及依据第 27 条规定以其医务人员及医疗队协助冲突一方的中立国认可之团体。

2343 第34条详细规定了该等救济团体落于敌方手中时，对于其医疗队及医疗所的建筑物和器材如何进行处置。该等救济团体所使用的医务运输工具也受到本条规定之规范。

1 “不动产和动产”系指可移动和不可移动之财产。本条同等作准的法文约文为 “biens mobiliers et immobiliers”。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

二、讨论

（一）视为私有财产

2344 归属于向武装部队伤者病者提供照顾的团体，且用于与该等团体向武装部队医务部门提供协助之相关用途的财产，须视为私有财产，且不得缴获为战利品或予以没收。[2]

2345 早在1906年就有观点认为，如果救济团体的建筑物和器材被视为战利品，将影响“该等团体的发展，大大增加他们找到所需资源的难度。如果物资易于落入敌手，则会打击私人捐助者的积极性，令其不愿为购买器材而进行捐赠。”[3]

2346 如果救济团体担任《日内瓦第一公约》第26条和第27条所设想的任务，其财产无论性质如何、处于何地，均受到保护。保护范围既涵盖固定和流动医疗队及医疗所，也包括单独的物体以及车辆、药品等。公约并不要求这些器材实际上归救济团体所有；救济团体所使用的所有器材都属于第34条保护的财产，而不论其所有权归属情况。因此，各国红十字会和红新月会应对其在辅助武装部队医务部门时所拥有或使用的器材或场所标以特殊标志。[4]

2347 如果救济团体开展其他工作，而非辅助武装部队医务部门之工作时，其财产仍然受到保护，但此等保护以《日内瓦第四公约》第57条和第63条以及《第一附加议定书》第81条等条款中的相关规定为依据。

2 如关于第33条的评注第2329段所述，一般公认各交战国有权将敌方任何公有动产缴获为战利品并自由使用。关于战利品的概念，见Yoram Dinstein, ‘Booty in Warfare’, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, version of March 2008, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL; William Gerald Downey,‘Captured Enemy Property: Booty of War and Seized Enemy Property’, *American Journal of International Law*, Vol. 44, 1950, pp. 488–504; Elyce K.D. Santerre, ‘From Confiscation to Contingency Contracting: Property Acquisition On or Near the Battlefield’, *Military Law Review*, Vol. 124, Spring, 1989, pp. 111–161; H.A. Smith. ‘Booty of War’, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 227–239; 以及让-马里 · 亨克茨、路易丝 · 多斯瓦尔德-贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社2005年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社2007年版，关于规则49的评注，第164～166页，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docindex/v1_rul。相反，私有财产不得没收，即不得在没有任何形式的补偿的情况下予以侵占；见1907年《海牙章程》第46条；另见第52条及第53条第2款。

3 Louis Renault, rapporteur to the 1906 Diplomatic Conference, cited in Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 278. 见1906年《日内瓦公约》第16条。关于这一问题，在1949年并无太多讨论。然而，在1906年和1929年，一些国家认为，随着救济团体并入武装部队医务部门，其器材应与武装部队的器材处于同样地位。见日本和英国代表的观点，引用于John F. Hutchinson, *Champions of Charity: War and the Rise of the Red Cross*, Westview Press, Boulder, Colorado, 1996, pp. 198–199. 然而，其观点并非主流。

4 尤见《日内瓦第一公约》第42条以及1991年《标志规则》。

(二)征用权的限制

2348 与所有私有财产一样，救济团体的不动产和动产可能会被敌方征用。“征用”这一措辞表明，本款的适用范围仅限于占领情形，而征用权也是通过占领敌方领土才获得的。[5]若进行占领的武装部队确有所需，可以对相关器材进行征用。1907年《海牙章程》第52条规定了此类征用的法律后果，即必须支付合理补偿，且必须对所有移交的器材提供收据。在某些情况下，征用会涉及财产的移送，例如药品或其他可移动物品的移送；在其他情况下，救济团体的救护车可能受到短时间征用，在紧急医疗需求得到满足后再返还救济团体。

2349 在第一次世界大战期间，赋予敌对武装部队的这项权利受到一些交战国的滥用，使得一些救济团体因器材被征用而无法向武装部队的伤者病者提供照顾。[6]因此，当时有观点认为有必要对这项权利进行限制。[7]根据第34条的规定，对救济团体的不动产和动产行使征用权，需要受到双重限制：第一，以紧急医疗需要而非军事需要为先决条件；第二，做出适当安排以照顾受影响的伤者病者。[8]

2350 因此，只有在出于帮助伤者病者之目的，存在征用的绝对必要时，才能将征用救济团体动产和不动产的权利作为一种例外措施加以行使。[9]类似的理解也适用于平民医院。《日内瓦第四公约》第57条规定，占领国得征用民用医院，但只能暂时征用，并限于为照顾伤病军事人员之紧急需要场合，且须以在相当期间对医院既有病人之照顾与医疗及平民日后对医院之需要，制定适当办法为条件。

2351 第34条涉及各交战国确保伤者病者之“福利”的义务。法文约文只提及“le sort des blessés et des malades”（即“伤者病者之境遇”）。根据公约第34条的规

5 See Rudolf Dolzer, ‘Requisitions’, in Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, 1997, pp. 205–208; Santerre, Elyce K.D.‘From Confiscation to Contingency Contracting: Property Acquisition On or Near the Battlefield’, *Military Law Review*, Vol. 124, 1989, pp. 111–161, at 112; and Avril McDonald and Hanna Brollowski, ‘Requisitions’, version of April 2011, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

6 见《1929年日内瓦外交会议记录》，第201页。

7 See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 104–105, 以及《1929年日内瓦外交会议记录》，第200～209页。

8 有关施加新的限制和1929年就此展开的讨论，见Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 104–105. 另见1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第16条第3款的措辞。

9 1929年，各方也持同样的观点。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的准备工作明确指出，只有出于紧急医疗需要，才能够违反对私有财产的保护，并允许对救济团体的不动产和动产进行征用。见《1929年日内瓦外交会议记录》，第203页，会议秘书长在该会议期间明确指出，“la réquisition est subordonnée aux nécessités des soins immédiats à donner aux blessés.Si c’est pour le soin urgent des blessés que l’on réquisitionne et retient ce matériel, cela se comprend mais si ce matériel n’est pas indispensable, il faut le rendre”（“征用的前提是需要对伤者提供紧急照顾。如果征用和留用此等器材是为了紧急救治伤者，这是可以理解的；但如此等器材并非必需，则必须归还”）；另见荷兰代表的立场，第202页。

定，交战国须同时满足出于医疗需要以及保证伤者、病者基本福利两项条件，始得征用救济团体之财产，例如其流动医疗队。

2352 对此规定的普遍违反，包括在未满足第34条规定条件的情况下征用救济团体的医疗器材，可能会因构成《日内瓦第一公约》第50条中所规定的大规模征收财产这一“严重破坏公约行为”，而引起相关行为人的个人刑事责任。

（三）扣押权

2353 有关交战国对救济团体不动产和动产的扣押权，无论是在占领期间还是非占领情形下，第34条均未作出规定。在占领的情形下，运输人员或物品的运输工具等私有财产得为敌方扣押，但媾和后须予以归还并给予补偿。[10]但是可以认为，第34条对征用权所施加的限制同样适用于对救济团体所拥有或使用的财产行使的扣押权。[11]因此，就占领这一情形而言，没有理由在交战国对救济团体不动产与动产的扣押权和征用权之间加以区分。

2354 而至于在非占领情况的军事行动中，交战国对敌方财产行使扣押权，只得出于战争的迫切需要。[12]在战争法中，也未将救济团体的不动产和动产作为例外情形加以规定。因此，第34条为敌方对救济团体财产行使征用权所施加的限制，似乎并不能扩展适用于非占领情况下对救济团体财产的扣押权。[13]所以，鉴于第34条并未对交战国对救济团体财产的扣押权作出规定，而且近期也没有这方面的国家实践，因而无法得出不同的结论。

10 见1907年《海牙章程》第53条第2款。

11 这也符合根据《日内瓦第四公约》第57条规定给予平民医院的待遇，以及根据《日内瓦第四公约》第63规定给予各国红十字会和红新月会或其他救济团体的待遇。

12 1907年《海牙章程》第23条第7项规定了禁止毁灭或没收敌人财产的一个例外情形，即“此项毁灭和没收是出于不得已的战争需要”。

13 虽然在1907年《海牙章程》有关占领情形的第三编中出现了“没收”和“征用”的词语，但文献中关于这些概念在军事行动或海上捕获等其他情况下的定义可能会有所不同。See Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003, pp. 256–257.

第六章
医务运输工具

2355 《日内瓦第一公约》的首要目标是“改善战地武装部队伤者病者境遇”，据此可合理推断应对医务运输工具加以保护，而此种保护也为实现该目标提供功能性支持。为确保伤者、病者得到其依据《日内瓦第一公约》第 12 条所应享有的尊重和保护，有必要对将其运送到医疗设施的运输工具给予保护。因此，军事医务运输工具因其履行的职能而受到保护。

2356 第 35 条规定了适用于武装部队陆上医务运输工具的法律制度。第 35 条第 1 款涉及军事医务运输工具的地位和保护，指出它们与流动医疗队受相同规则的调整。第 2 款针对这些运输工具落于敌方手中时的情况作出规定。第 3 款规定，征用所得之文职人员及运输工具应受“国际法一般规则”之拘束。

2357 开展伤者、病者后送工作时最快捷的运输工具往往是飞机（包括直升机），而有时只能使用飞机。在现代冲突中，迅速撤离伤者与病者是一项切实挽救生命的措施。第 36 条对医务飞机给予保护，医务飞机是专用以搬移伤者、病者，及运送医务人员及设备之飞机。对于医务飞机，所有交战国不得予以攻击，必须予以尊重。根据第 36 条的规定，医务飞机所受保护以满足相对严格的标准为条件。

2358 诸多武装部队依靠飞机将伤者、病者运送至通常远离战场的常设医疗设施。将伤者、病者送到这些设施可能需要经过一个或多个中立国的领空进行长途飞行。第 37 条试图调和将伤者与病者运送到常设医疗设施的需要与中立国权利之间的矛盾。该条赋予医务飞机飞越中立国领土且必要时在其领土上降落或将其用作停留港的权利。同时，该条还赋予中立国对在其领土上通过或降落的医务飞机施加条件或限制的权利。

2359 《第一附加议定书》第二部第二编所载若干规定对本章作出补充。

第三十五条
医务运输工具之保护

公约条文 *

一、伤者及病者或医疗设备之运输队 **，应与流动医疗队受同样之尊重及保护。

二、此项运输队或车辆如落于敌方手中时，应受战争法规之拘束；但以俘获该项运输或车辆之冲突一方在一切情形下，应保证照顾其所载运之伤者、病者为条件。

三、文职人员及由征用所得之一切运输工具 *** 应受国际法一般规则之拘束。

保留或声明

无

目 录

一、引言 710
二、历史背景 711
三、第 1 款：定义和地位 712
(一) 定义 712
1. 运输工具 712
2. 伤者与病者 715
3. 医疗设备 715
(二) 地位 715
1. 尊重和保护的义务 715
2. 军事医务运输工具的武装 717

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

** 译者注：此处公约英文作准文本为 “Transports”，中文原译本为“运输队”，但根据评注的解释，该词所指应为“运输工具”。《第一附加议定书》中文作准文本也将 “Medical transports” 译为“医务运输工具”。鉴于《日内瓦第一公约》未对这一术语作出定义，后文为准确翻译评注之目的，将“运输队”调整为 “运输工具”。

*** 译者注：此处公约英文作准文本为 “The civilian personnel and all means of transport obtained by requisition”，中文原译本为“文职人员及由征用所得之一切运输工具”，但根据新版评注的内容，所征用的对象应包括文职人员和一切运输工具，而非仅指一切运输工具。因此，后文为准确翻译评注之目的，将其调整为“征用所得之文职人员及一切运输工具”。

3. 特殊标志的标明 720
四、第 2 款：落于敌方手中的军事医务运输工具 721
五、第 3 款：被征用之文职人员和运输工具 723
主要参考文献 724

一、引言

2360 第 35 条规定了适用于武装部队陆上医务运输工具（以下简称“军事医务运输工具”）的法律制度。[1]

2361 第35条第1款涉及军事医务运输工具的地位和保护，规定运输工具与流动医疗队适用相同规则。第2款对上述运输工具落于敌方手中时的情况作出了规定。第3款则规定，受到征用的文职人员及运输工具应受“国际法一般规则”之拘束。

2362 就《日内瓦第一公约》而言，第35条第1款所指“伤者及病者”，必须理解为第13条第1款所定义的人员，即属于冲突一方之武装部队或其附属团体的伤者与病者。因此，虽然伤病员在此类运输工具中可能已得到照顾，但第35条主要旨在针对运送伤者病者至可接受医治之场所的运输工具，就其地位和保护问题作出规定。

2363 正如《日内瓦第一公约》名称所示，其首要目标是“改善战地武装部队伤者病者境遇”，据此可合理推断在上述情形中应对医务运输工具进行保护，而此种保护也为实现该目标提供功能性支持。为确保伤者、病者得到其在《日内瓦第一公约》第12条下应享有的尊重和保护，有必要对将他们护送至医疗设施的运输工具也给予保护。为伤者、病者提供人道保护的关键原则之一，就是应尽快将伤者、病者及其所需的医务人员和设备尽快运送到其可获救治之场所。因此，采用医务运输工具是伤员后送和治疗工作的一个重要组成部分。[2]军事医务运输工具从而因其所履行的职能而受到保护。如若类似保护未扩及专门派用于运送伤者、病者和（或）为其提供所需照顾的医务人员及设备的常设或临时运输工具，那么将会严重削弱对伤者与病者的保护。

2364 第35条是1949年日内瓦四公约及1977年附加议定书中对国际性武装冲突中的医务运输工具进行规范和保护的一系列具体规定的一部分。《日内瓦第二公约》

1 第35条第1款和第3款也适用于根据第26条或第27条为武装部队医务部门提供辅助的志愿救济团体使用的医务运输工具；然而，自1949年以来，上述情况在实践中就很少出现。详细内容，见关于第26条的评注第六部分，及关于第27条的评注第2116段。第35条第2款不适用于此类运输工具；见第2412段。

2 例如，美国，*Medical Evacuation Manual*, 2007, para. 1-15, 该手册规定：

> 确保医疗后送资源靠近受支援的要素，以减少响应时间、增强士兵信心，作战效果倍增。实现这一目标的方法就是让医疗后送资源发挥直接支援、一般支援及地区支援的作用来补充组织性医疗后送资源。

为具体类型的海上医务运输工具制定了规则，例如医院船、海岸救生船以及为运送医疗设备而租用之船只。[3]《日内瓦第四公约》第21条规范的是“凡运送伤病平民……之陆地运输队，陆地医院列车或海上之特备船只”。《第一附加议定书》第21条使用了“医务车辆”一词（议定书第8条第8款将其定义为“任何陆上医务运输工具”），规定这些车辆“应受流动医疗队依据各公约和本议定书所受的同样尊重和保护。”最后，“尊重及保护”医务运输工具的要求也反映了习惯国际人道法的规则。[4]

2365 有关在非国际性武装冲突中保护医务运输工具的内容，见关于本公约共同第3条的评注，第八部分。

二、历史背景

2366 基于条约对用于救助伤病战斗员的运输工具进行保护，可追溯到当代国际人道法之初：1864年初版《日内瓦公约》规定，“‘救护车’……应承认为具有中立性，因而应受到各交战国的保护和尊重”。然而，在最初表述中，这项要求仅适用于“‘救护车’载有伤者与病者的情形”。[5]

2367 1906年《日内瓦公约》中有一项条款，对彼时所称“撤离护送队”作出了详细规定。[6]自此，不论是否实际载有伤者或病者，军事医务运输工具均受保护。与第35条的现行规定一样，1906年公约第17条也规定，适用于“流动卫生编队”的法律制度也适用于这种“撤离护送队”。此外，1906年公约第17条中包含的规则实质上与本条第2款和第3款相似。

2368 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》对“为撤退伤者病者而装备的车辆”作出了详细规定。[7]虽然根据《日内瓦第二公约》第22条对于医院船定义，“装备”一词仍是船只构成医院船的要求之一，但第35条关于陆上军事医务运输工具的规定已将其删除。冲突各方因此在车辆使用方面拥有极大灵活度，可在某一时间灵活指定某些车辆专门用于医务运输。

3 见《日内瓦第二公约》第22条（医院船）、第27条（海岸救生船）和第38条（为运输医疗设备而租用之船只）。

4 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则29。

5 《日内瓦公约》（1864年）第1条。

6 《日内瓦公约》（1906年）第17条。

7 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第17条。

三、第 1 款：定义和地位

(一) 定义

1. 运输工具

2369 虽然第35条第1款提到“运输工具”，第2款提到“运输工具或车辆”，但第一公约未对这两个术语作出定义。根据日内瓦四公约和《第一附加议定书》的其他条款可推断，第35条仅涵盖武装部队使用的陆上车队和车辆，使用方可以是武装部队的医务部门或作战单位，也可以是根据第26条或第27条开展工作的救济团体。该条所涵盖的运输工具可以是但并非必须是上述各类团体之财产；例如，也可以是由此类团体所租借或租赁。

2370 依照《第一附加议定书》，“医务车辆”的定义是“任何陆上医务运输工具”。而“医务运输工具”的定义为“专门被派用于医务运输，并在冲突一方主管当局控制下的任何军用或平民、常设性或临时性的运输工具”。[8]同样，“常设性”与“临时性”这两个词也在《第一附加议定书》有所界定。[9]如今认为上述定义对于考量哪些物体构成第35条意义上的“运输工具或车辆”具有权威意义。[10]关于军事医疗资产“被派用”之标准及其以上述方式“专门”被派用之要求的分析，见关于第19条第1款的评注，第1786～1791段。

2371 第35条没有具体规定哪类人员可使用受保护的运输工具。就《日内瓦第一公约》而言，使用者仅限于武装部队常任和辅助医务人员或属于第26条或第27条范围内志愿救济团体的人员。因此，如果战斗员驾驶医务运输工具，则将损害对此类运输工具的保护。

2372 第35条涵盖所有种类的交通工具，只要其专门用于运送伤者病者或医疗设备，且未由日内瓦四公约中另一条款特别规定（例如第36条所涉及的医务飞机，或根据《日内瓦第二公约》受到保护的各类船只）。因此，属于本条规定范围的运输工具可包括汽车、卡车、火车、摩托车、小型全地形车辆及内河船只。本条所指运输工具不必须为机动，而且可单独出行也可结队出行。

2373 由于技术进步，第35条未来可能会涵盖新型运输工具。例如，各国开发和使用遥控或自主无人地面和（或）空中医疗后送车辆来收集和运送伤病人员的可能

8 《第一附加议定书》第8条第7款（“医务运输工具”）和第8款（“医务车辆”）。另见第8条第6款，该款对“医务运输”的总体概念作出了界定。

9 《第一附加议定书》第8条第11款。

10 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则29的评注，第96页，“医务运输工具的定义”，该评注参考了若干军事手册。

性越来越大。只要运输工具满足第35条所规定的受保护的条件（即专门派用于医务运输），就没有理由将其排除在第35条保护范围之外。向符合条件的新型运输工具提供保护，只会有助于实现公约的人道目的。

2374 与1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第17条不同的是，医务运输工具即使没有为医务目的而专门进行“装备”，也在第35条的涵盖范围内。诚然，鉴于作战情况和伤员后送的需要，任何可用的运输工具都可能用于医务用途，而对医务运输工具作出限制性定义将有悖于第35条的宗旨，亦有悖于本公约的整体人道目的。只有受其他条款特别保护的医务运输工具才不在第35条的适用范围之内。这就意味着，通常履行战斗或战斗支援职能的车辆及其他运输工具可以受指派从事医务运输工作，包括临时指派。但是，一旦受此指派，相关运输工具则需要专门用于履行医疗职能。反过来，上述运输工具一旦不再具有医务用途，其受保护地位随即丧失。地位的改变也会影响医务运输工具展示特殊标志的权利。[11]

2375 第35条所指军事医务运输工具，不同于第19条中的“医务部门之……流动医疗队”。虽然两者在战场上享有同等保护，但一旦落于敌手，这一区分就变得十分重要。[12]有关两者区别的讨论，见关于第19条的评注第1782段。在这方面，由于军事医务运输工具可能包含车载医疗设施，指导原则是应根据更主要要素进行区分：原则上，“运输工具”以运输要素为主，而“流动医疗队”则以能够提供照顾为主。这一指导原则可能无法应对所有情况：若对落入其手的对象的定性存疑，冲突各方应推定其为流动医疗队，除非明显存在显示相反情况的客观信息。[13]

2376 “医务运输工具”一词含义较广，旨在涵盖用于此种用途、[14]进行单独作业或在医务车队中作业，抑或纳入非医务车队的所有常设或临时车辆。这是合乎逻辑的，因为战术上和行动上的考虑，都会对车辆运送伤病员和（或）医疗设备的使用造成影响。[15]因此，车辆是否享有受保护地位，取决于其用途，而非其位置或与其他军事或医疗资源之间的距离远近。

2377 在所有情形下，医务运输工具必须同时满足下述两项条件，才可享有第35条所规定之保护：首先，受指派从事医务运输工作必须具有专门性；[16]其次，运输工具须处于一个主管当局的控制之下，就《日内瓦第一公约》而言，该主管当局

11 详见第三部分第（二）节第3项。

12 对第19条第1款第二句和第35条第2款进行比较。

13 关于为何规制落于敌手之流动医疗队的规则比规制落于敌手之军事医务运输工具的规则提供更多的保护，见第2412～2413段。

14 Langdon/Rogers/Eadie, p. 181.另见《第一附加议定书》第8条第11款。

15 例如，见美国，*Medical Evacuation Manual*, 2007, para. 1-10, 其中规定：“支援作战行动的医疗后送资源的位置取决于作战命令和战术情况（任务、敌人、地形和天气，可用部队和支援，可用时间和民事考虑）。”

16 另见《第一附加议定书》第8条第11款对“常设”和“临时”的定义。

应为武装部队或根据第26条或第27条规定开展工作的救济团体。[17]然而，展示特殊标志并非获得受保护地位的先决条件。[18]

2378 指定为或装备为救护车的常设运输工具，并不一定随时都可供使用，因此将其他车辆临时用作医务运输工具几乎在所难免。第35条因而预料到会使用某些在执行医务运输任务之前及任务完成之后会构成军事目标的车辆。根据本条规定，准许使用此类车辆。此类车辆只要专门用于从事医务运输，在此期间就应予以尊重和保护。

2379 任何将保护限于“常设”医务运输工具的解释都不符合本条之宗旨，也不符合《日内瓦第一公约》的一般人道精神。这种解释将导致武装部队无法临时使用任何现有车辆运送伤者、病者，在没有常设医务运输工具的情况下可能会延长武装冲突受难者的痛苦。

2380 因此，第35条适用于所有专门用于从事医务运输的常设或临时车辆。“常设”的概念并不意味着医务运输车辆永远不得转作非医务用途。不过，这一概念确实表明，相关车辆的首要和预期用途是无限期地专门用于医疗目的。举例而言，常设车辆包括经特殊装备以用于运送伤病员的救护车。相比之下，“临时”表示至少在一个确定的（但可能很短的）时间段内用于医务运输。例如，临时使用包括一次性指派一辆军用卡车，将伤员从交战地区运送到流动医疗队。然而，冲突各方须谨记，使用此类车辆的偶发次数越多——无论是否带有特殊标记——这些车辆被敌方部队误认为合法攻击目标的风险就越大。[19]必须将车辆临时用于医务运输的情形与实际定性为“混合”性质的运输任务相区分。“混合”运输任务是指，车辆在用于战斗或战斗支援的同时，还兼具运送伤亡人员的功能。在这种情况下，由于该车辆并非“专门”用于医务运输任务，不满足受保护的条件。因此，触发本条项下之保护的因素，是医务运输任务的“专门”性，即使是短期使用亦是如此。同理，可将战斗车辆用于运送伤者与病者，但该车辆若非专门用于医务运输，则不受本条保护。[20]

17 现今认为《第一附加议定书》第8条第7款规定的这些要求具有权威性，可用于解释第35条意义上的“伤者及病者或医疗设备之运输工具”；见第2370段。

18 详见关于第39条的评注，第2578段。

19 Langdon/Rogers/Eadie, p. 182.

20 美国，*Medical Evacuation Manual*, 2007, Section III,“医疗后送与伤员撤退”，第1～27段：“医疗后送由专用标准化后送平台完成”；第1～31段：“伤员撤退是指用非医务车辆或飞机运送伤员”；及第1～33段：“由于〔伤员撤退〕行动会降低作战能力，降低〔陆军卫生系统〕的效率，因此当医疗后送资源不堪重负时，部队才可开展〔伤员撤退〕行动转移伤势较轻的士兵。”

2. 伤者与病者

2381 在《日内瓦第一公约》的语境中，“伤者与病者”应理解为属于第13条所涉类别的人员，即冲突一方之武装部队或其附属团体中的伤者与病者。然而，根据第22条第5款有关军事医疗队及医疗所之规定的逻辑，如第35条所含医务运输工具所开展的人道活动出现扩及运送伤病平民的情况，所涉运输工具并不因此丧失其受保护地位，但运送伤病平民不应为其主要用途。若一车辆主要用于运送战场上的平民伤亡者，1949年日内瓦四公约中适当的法律条款则应为《日内瓦第四公约》第21条，该条专门对“运送伤病平民、弱者、产妇之陆地运输队，陆地医院列车或海上之特备船只”进行了规定。另外值得注意的是，《第一附加议定书》的相关规定，使得在伤病员运输方面区分“军人”和“平民”变得无关紧要。[21]

2382 虽然第35条未作明文规定，但依照《日内瓦第一公约》的目的及宗旨，运送死者的军事医务运输工具也应享有本条之保护。

3. 医疗设备

2383 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》只对“为撤退伤者病者而装备的车辆”进行了规定。据此可能会出现仅运载医疗器材的车辆不受保护的解释。但是，第35条对此作出了明晰的规定，明确提及“伤者及病者或医疗设备之运输工具”。

2384 虽然第35条未对医疗设备进行界定，但医疗设备包括药品、绷带、医疗器械、担架以及照顾伤者与病者所需的其他用品。[22]将人道保护范围扩大至运送上述物品的运输工具，其逻辑显而易见，[23]因为对于照顾受国际人道法保护的所有伤者与病者而言，上述医疗设备至关重要。

(二) 地位

1. 尊重和保护的义务

2385 根据第35条的规定，构成军事医务运输工具的运输工具“应与流动医疗队受同样之尊重及保护”。由此，第35条指明军事医务运输工具比照适用第19条第1款第一句及第19条第2款中的规定。[24]这就意味着，军事医务运输工具“在任何情况

21 见《第一附加议定书》第8条和第21条。

22 关于特殊标志的展示，第39条提到“医务部门所使用之一切设备”。详见关于该条的评注，第二部分第（三）节。

23 Langdon/Rogers/Eadie, p. 182. See also Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf, *New Rules for the Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, p. 101.

24 只有一个不同之处，涉及流动医疗队和医务运输工具落于敌方之手后，可分别给予其何种待遇的问题；见第2412～2413段。

下都不得被攻击，而应无论何时受冲突各方之尊重及保护”。

2386 “无论何时”一词表明，该项要求在运输工具未载有伤者或病者时也适用。然而，“尊重及保护”军事医务运输工具的要求并不妨碍武装冲突各方行使其控制权，例如对运输工具进行搜查。但其控制权的行使不得损害对伤者与病者的照顾。[25]

2387 解释这项要求中的“保护”要素时，尤为重要的是，冲突各方不得不当阻延军事医务运输工具、妨碍其通过，或以其他方式阻止其完成任务。[26]此外，冲突各方还必须积极确保并促使任何可能试图无理干扰医务运输工具的第三方履行尊重义务。[27]

2388 针对受第35条保护的运输工具实施交战报复行为，将违反对其予以尊重的义务。[28]在此还应忆及，第35条所涵盖的运输工具为《日内瓦第一公约》规定的受保护物体。因此，针对这些运输工具实施第50条所列之行为，可构成严重破坏公约行为。

2389 第35条所述之运输工具“应与流动医疗队受同样之尊重及保护”意味着，有关流动医疗队保护丧失的规则也同样适用于此类运输工具，即如果其用于从事人道主义职务以外的害敌行为，将丧失保护。何种行为构成“有害于敌方”的行为，从本质上讲，需要视具体情况而定。但较为明确的是，使用此类车辆从事与其医务运输这一专门职能不符的其他职能，在许多情况下（但不一定在所有情况下）会构成害敌行为。例如，害敌行为包括：运输武器和弹药（从车上伤者、病者身上所解除但尚未缴送主管机关的武器或弹药除外），或是将车辆用作流动军事指挥所或发起攻击的基地。只要具备相关构成要件，上述行为依其具体情况也可能构成受禁止的背信弃义行为、不当使用特殊标志的行为或使用医务运输工具企图掩护军事目标不受攻击的行为。[29]

2390 相反，在医务运输时使用受第35条所保护的运输工具，则会减少将其他通常提供战斗支援的车辆临时用作医务运输工具的需要，此举将令该方获得战术优势，但并不构成害敌行为。在这两个极端情况之间，还存在许多可能发生的情形。例如，军事医务运输工具可能由于其停靠位置，对参加敌对行动的部队形成事实上的阻碍，从而令该车辆所属部队获得优势。判定这一行为是否构成“有害于敌方之行为”，取决于该运输工具处于该位置的方式和原因。很多时候可能只是运输工具在履行其合法的人道职务时偶然造成这种情况。归根结底，冲突各方

25 See Spieker, para. 9.

26 ICRC, *Ambulance and Pre-Hospital Services in Risk Situations*, p. 17. See also Breitegger, pp. 114–115.

27 See Spieker, para. 11.

28 另见第46条。

29 关于受禁止的背信弃义行为，见《第一附加议定书》第37条第1款第一句。关于特殊标志的适当和不当使用，分别见《日内瓦第一公约》第39条和《第一附加议定书》第38条第1款。关于禁止掩护军事目标不受攻击，见《第一附加议定书》第12条第4款。

得出某军事医务运输工具已丧失本条规定之保护的结论，必须基于合理依据。某一行为，即使在法律上不构成害敌行为而构成对军事医务运输工具的不当使用，但在实践中也可能影响各方的看法，影响其尊重运输工具法律地位的意愿，从而削弱所有经适当标记的医务运输工具因其职能而受到的保护。[30]

2391 若已确定第35条所涵盖的车辆用于从事人道主义职务以外的害敌行为，该车辆失去保护的限制条件与关于第21条的评注第二部分第（二）节所述相同（警告、时限等）。需要特别注意的是，必须采取必要措施，尽量保护可能受攻击影响的伤者病者免受伤害。

2392 规范流动医疗队的规则，经必要修正后，扩展适用于军事医务运输工具的逻辑，存在一个例外情形：与适用于流动医疗队的规定（第19条第1款第二句）相比，第35条第2款对落于敌方手中的军事医务运输工具作出了不同的规定，保护力度更弱。[31]

2. 军事医务运输工具的武装

2393 医务运输工具是否可装配武器的问题，必须与其是否可配有装甲的问题相区分。[32]通常允许医务运输工具配备装甲，因其纯粹是一种阻却性防御手段。[33]

2394 第35条并未具体规定该条所含的军事医务运输工具是否可配有武器，以及若可配备，在不失去本公约之保护的情况下可配备何种武器。这个问题应与本公约和《第一附加议定书》其他条款中有关这些运输工具的操作员是否可配有武器的问题区分开来。[34]现实情况是，出于行动层面的考虑，可能需要采取措施保护医务运输工具免受非法攻击。据此，必须逐案评估军事医务运输工具是否、何时可配有武器以及应该如何武装。[35]

2395 医疗队及医疗所可以在一定限度内配备和使用武器，但仅限用于自卫或保护其照顾下的伤者与病者。[36]根据第35条，军事医务运输工具受到与流动医疗队相同

30 ICRC, *Ambulance and Pre-Hospital Services in Risk Situations*, p. 16:
滥用也可能采取不那么严重的形式，其原因可能并不完全是军事上的：即使是这些形式的滥用也会对公众的看法、保护效力和安全造成严重后果。例如，救护车可能被医院院长或经理滥用作为自己的私人车辆，用作出租车或运送货物。发生这种情况时，他们就会受到怀疑，轻则遭到拖延延误和阻挠，重则成为攻击对象。

31 见第2412～2413段。

32 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 71, 将“装甲”定义为“覆盖在军用车辆或船只上的坚硬金属层”。

33 See Breitegger, p. 112.

34 相关讨论情况，见关于第24条的评注第2005～2006段，关于第26条的评注第五部分，及关于第27条的评注第三部分第（二）节。另见《第一附加议定书》第13条第2款。

35 关于可能影响这一决定的各种考量因素的概述，见红十字国际委员会，*Ambulance and Pre-Hospital Services in Risk Situations*, pp. 35–38, 标题为“应按国家和（或）背景及所提供的适当培训来分析个人防护用品的问题”。

36 见关于第22条第1款的评注，第三部分第（一）节。

的保护，因此在类似情况下准许使用武器的规定按逻辑也应扩展适用于此类运输工具。医务运输工具必须经过的地区往往比流动医疗队所在地区更不稳定，因此可能更迫切地需要进行自卫和（或）保护所载伤者、病者不受非法攻击。

2396 如前所述，第35条对此并未作出规定。第22条未涵盖医务运输工具的武装问题，而仅对运输工具之人员配有武器的情形进行了规定。因此，解决该问题需要类推适用为保护流动医疗队而使用武器的权限。由于没有国际公认的武器系统分类，很难具体确定对于保护军事医务运输工具不受非法攻击这一合法目的而言，可允许配备的确切武器类型。

2397 不过，一般而言，军事医务运输工具仅可配备“轻型”武器。尽管预期威胁的性质必然会影响所使用的防御性武器类型，但装载重型武器，有时称“协同操作武器”（即需要至少两人一组进行操作），与此类运输工具的受保护地位不相符。[37]皮带式机枪是否属于重型武器难以一概而论，因为某些轻型皮带式机枪可以单人操作。最重要的是，鉴于此类运输工具装配武器仅限用于防御目的，同时也为避免引发某个展示特殊标志的医务运输工具配有超出自卫所需之武器的看法，对于何种武器构成“轻型”武器而非“重型”，应作狭义解释：车辆上装配的武器系统体积越庞大，敌方就越有可能得出该运输工具可能从事“有害于敌方之行为”，因而也不再享有保护的结论。换言之，运输工具所展示武器的性质，不应使敌方认为其装配有非防御性武器。[38]简而言之，必须确保受第35条保护的运输工具的武器装配制式未达到可视为能对敌方造成损害的程度，因为一旦达到此种程度，则将构成以协助或阻碍冲突一方军事行动为目的或效果的行为；如果无法确保这一点，运输工具可能面临被误认为“作战车辆”的风险。[39]

2398 如果指挥官预期国际人道法将得到普遍遵守，医疗任务和特殊标志将得到尊重，那么将为军事医务运输队装配的武器限制为轻型武器则是恰当的，因为在此种情形下运输工具所面临的预期威胁将微乎其微。

2399 可能存在军事医务运输工具尤其容易遭到非法攻击的情形。在这些情况下，可能确实需要超出轻型单兵武器的范围，针对进攻部队使用压制火力。然而在这种情况下，最重要的关切应当是确保继续尊重医疗任务、伤者与病者，而且若运输工具使用了特殊标志，则尤应对其予以尊重。因此，配备重型武器的运输工具标明特殊标志的做法并不恰当。若意图为军事医务运输工具配备重型武器，指挥

37 见Breitegger, p. 112：“不得装配任何可用于进攻目的的武器。不过，允许配有纯阻却性防御手段，如金属箔片、红外照明弹或干扰器。”

38 见2009年《空战和导弹战国际法手册》规则74(3)(i)的评注，第217页。另见《圣雷莫海战法手册》（1994年），第170.1条，如果将其转用于军事医务运输工具：“由于并不禁止〔此类运输工具〕进行自卫，因此不允许它们自卫是不合理的，只要自卫方式不被解释为具有潜在侵略性即可。”

39 加拿大《行为守则》（2007年），第2～16页，第6段。

官必须命令移除或完全隐藏特殊标志。[40]这种未标有特殊标志且配备有重型武器的车辆将无权受到公约保护；但并没有规定禁止将其编入包含其他具备有效作战能力、可发起反击的车辆的战术车队。

2400 军事运输工具可能被临时派用于执行医务运输任务，因此拆除其上所装配的武器并非总是可行。如判定运输无需保护，则不应仅以拆除不便为由而保留车辆的武器装配。但是，若拆除武器之耗时将阻碍受临时指派之车辆完成其合法医务运输任务，延误伤病员后送及治疗，进而将其置于更加危险的境地，则保留其现有武器装配可能是必要的。但在此情况下，如该车辆标有特殊标志，则有不当使用特殊标志之嫌，因此应移除或隐藏车辆上的所有标志。作战车辆即使临时专用于医务运输，但依据其本身的性质也可能得出其不得标以特殊标志的结论。例如，对临时用于医务运输的坦克标以特殊标记，是令人难以接受的，因为敌方极有可能将此情况视为特殊标志的不当使用。然而，除这类极端情况外，对医务运输工具进行武装的性质取决于其所执行的任务、所面临的威胁及可使用的运输工具等考量因素。

2401 毫无疑问，任何武器的不当使用都会导致运输工具丧失本条规定的保护。与派用于保护医疗所的武器一样，无论武器性质如何，其仅得用于保护医务运输和（或）伤者与病者不受非法攻击。

2402 与流动医疗队一样，军事医务运输工具也可被敌方俘获，而且必须（例如在检查站）服从敌方的合法控制，不得抵抗。第35条第2款对军事医务运输工具落于敌方手中后的待遇进行了规定。车上人员即使配有武器，也不得使用武力阻止被俘，除非受到非法攻击，此时车上人员可使用武力保护其照顾下的伤者与病者。在其他情况下进行抵抗，将致使该车辆及车上人员成为敌方的合法攻击对象，并可能因不当使用标志等行为而面临刑事制裁。禁止使用武力抵抗合法俘获的规定，包括禁止在敌方试图迫使运输工具停止前行时向敌方开火。若敌方发出警告，要求运输工具停止其从事人道主义职务以外的害敌行为（如运送部队、运送军事物资、或穿越禁行的指定区域等），而该运输工具拒不听从该警告，则将致使其丧失本条规定之保护，而一旦其构成合法攻击目标，对其实施攻击则是正当的。[41]

40 例如，见英国《包含英国国家要素的盟军卫生保障联合条令》（2015年），第1～99页：
如果存在来自非国家行为体的威胁，指挥官有权根据法律和政策咨询意见移除红十字标志，并安装武器系统，以保护该平台及其照顾下的人员。然而，这种平台将不再被视为救护车，平台及其所载人员将失去特殊标志所赋予的保护。在任何情况下，不得在救护平台上安装武器系统的同时展示红十字标志。

41 See Langdon/Rogers/Eadie, p. 182.

3. 特殊标志的标明

2403 第35条没有规定其项下的运输工具是否可以展示特殊标志。《日内瓦第一公约》第39条对此作出了规定："在军事主管当局之指导下，上项标志应标明于旗帜、臂章，及医务部门所使用之一切设备上。"[42]军事医务运输工具属于第39条中"设备"一词的范畴。[43]此外，第35条第1款规定，运输工具"应与流动医疗队受同样之……保护"，因此第42条在展示特殊标志方面的规定也适用于军事医务运输工具。必须重申的是，特殊标志仅旨在协助识别，其本身并不具有赋予受保护地位的效力。[44]

2404 为确保军事医务运输工具获得第35条规定的尊重和保护，冲突各方应力求在其专门派用于医务运输期间，始终在其上标以特殊标志。标以特殊标志，是将车辆的受保护地位告知敌方的唯一可靠且有效的方法。这一方法的底层逻辑，正是使用标志的目的之所在：确保受保护的人员和物体在敌对行动期间可识别，并免受攻击。

2405 另一方面，并不存在禁止使用未标明特殊标志的车辆运送伤者病者和（或）医疗设备的规定。因此，移除标志是允许的。[45]在某些情况下，指挥官确实会依据当时可合理掌握的信息，判定移除或隐藏派用于医务运输的临时或常设车辆上的特殊标志，具有战术上的重要意义。例如，此种情形可能包括某军事车队试图躲避敌方监测，而医务运输工具为该车队的一部分；或敌方部队有意专门攻击标有特殊标志的运输工具。此时可能就有理由相信，不标以特殊标志将更利于保护医务运输工具。在这类特殊情况下，允许移除或隐藏标志。

2406 必须认识到，未标以特殊标志的军事医务运输工具虽仍受保护，但敌方往往很难将其与其他军用车辆区分开来，因而增加了相关车辆受到攻击的风险。医务车辆在军事目标附近开展工作时，上述风险尤甚。因此，如一方使用未标以特殊标志的医务运输工具，则该方须承担该车辆可能遭受攻击的风险。此类攻击只要遵守适用于敌对行动的法律中规定的所有其他条件即构成合法攻击。但是，如果且一旦攻击方知悉或有理由知悉，所攻击的车辆专用于从事医务运输，该攻击行为即为非法。这种情况虽发生概率低，但也存在发生的可能性。

2407 虽然存在合理理由引入有关特殊标志可移除的原则，但此举必然会增加滥用特殊标志的风险。在特殊标志的保护下将伤者运送至后方后，可能容易利用空载的车辆装运作战物资返回前线。但若此时，载有作战物资的车辆仍留有特殊标

42 另见《第一附加议定书》第18条。
43 见关于第39条的评注，第二部分第（三）节。
44 同上注，第二部分第（四）节。另见Breitegger, p. 124.
45 See Langdon/Rogers/Eadie, p. 184.

志，则构成对特殊标志的不当使用，因而应根据《第一附加议定书》第38条加以禁止。即使只是由于疏忽或来不及移除或隐藏标志，亦构成不当使用。因此，冲突各方须时刻保持谨慎，确保一旦医运车辆不再专用于此目的，应立即移除或隐藏其上的特殊标志。

2408 上述规则和考量因素同样适用于临时军事医务运输工具：通常情况下，为使敌方知悉某车辆临时用于医务运输并由此处于受保护地位，有必要醒目地标以特殊标志。但同时，一旦不再用于临时医务用途，立即移除或隐藏此类特殊标志，亦至关重要。

2409 一旦敌方获悉军事医务运输工具的临时用途——无论是因其标有特殊标志，还是因为可能注意到其医务运输的专门用途，则不得以该车辆此前用于或未来可能再次用于履行某种可使其成为合法攻击目标的职能为由，向其发起攻击或对其实施其他未达攻击程度的不法行为。任何此类行为均构成对医务运输工具所享有之保护的侵害，且不得援引军事必要来证明其正当性。第35条反映了公约缔约国的主张，即如果医务运输工具遵守了有关维持和告知他方其受保护地位方面所有可适用的法律，则不得通过对其实施攻击来获取军事优势。[46]

2410 须始终谨记，根据《国际刑事法院规约》，无论是在国际性还是非国际性武装冲突中，“故意指令攻击依照国际法使用《日内瓦公约》所订特殊标志的……医疗……运输工具”均构成战争罪。[47]

四、第 2 款：落于敌方手中的军事医务运输工具

2411 第35条第2款对军事医务运输工具落于敌方手中后的情况作出规定。不论此类运输工具落于敌手时情形如何，本款规定均适用。因此，军事医务运输工具无论是被俘，还是其人员主动投降，均属于第2款的适用范围。

2412 本款仅适用于武装部队本身使用的医务运输工具，而不适用于依据第26条或第27条采取行动的志愿救济团体的医务运输工具。根据第34条的特别规定并且与属于志愿救济团体的所有其他器材一样，后者应视为私有财产，而因此免受收缴。然而，为维持其受保护地位，此类医务运输工具须在所有情况下遵守可适用的法律规定。

2413 至于武装部队医务部门所使用的医务运输工具，1949年的外交会议上，与会方就认识到了其在现代战争中的军事意义，以及它们落于敌手后转作军用的价

46 See Cassese, p. 388 （意大利法院认为，军事必要这一抗辩理由不适用于意大利《战时军事刑法典》（1941年）第191条，该条规定任何攻击“根据法律或国际公约必须受到尊重与保护”的救护车、医院或其他医疗设施的行为人，可处以监禁。）

47 见《国际刑事法院规约》(1998年）第8条第2款第2项第24目和第5项第2目。

值。这类医务运输工具不但可以改作军用，而且其改造后的军事用途可能正是在其被派用于医务运输之前的主要功能。有鉴于此，本款规定，军事医务运输工具“应受战争法规之拘束”，也就是说，上述军事医务运输工具在处置方式上可比照其他受战争法规约束的设备进行处理，一如第33条规定的固定医疗所的器材，而不似第19条第1款项下的流动医疗队。因此，军事医务运输工具一旦受缴，即成为战利品，其财产所有权则转移至缴获方，缴获方得对其进行处置（甚至销毁）或将其挪作己用。[48]特别值得注意的是，缴获方并非只得将其用于医务运输，而是可以将其用于包括作战在内的任何用途。但是，若将医务运输工具移作别用，例如用于军事运输，则须立即移除或隐藏其上的特殊标志。[49]

2414 若无法确保所载伤者病者能够依照不歧视原则得到其所必需的治疗和照顾，则不得对军事医务运输工具进行拿捕及扣留。须将“保证照顾”的表述解释为，保障伤者与病者不可剥夺的权利，包括：他们必须获得其健康状况所需的适当照顾和治疗；不因其所乘车辆受到扣押而遭受任何不利后果。军事医务运输工具落于敌方手中时，俘获方在尊重和保护伤者与病者方面，仍受第12条规定的约束。

2415 拿捕运输工具的部队，如果出于任何原因，无法提供伤者与病者所需之照顾，就必须允许医务运输工具继续其行程，并返回其前线后方。此外，“所载运之伤者、病者”一词须作广义解释，涵盖健康状况有赖于该运输工具的所有伤者与病者，包括若该医务运输工具无法完成任务则将受到滞留或遗弃的伤亡人员。换言之，如果拿捕方部队无法向伤者病者提供照顾，则不得对其医务运输工具予以扣留，但上述伤者病者不仅限于运输工具受拿捕时所载之伤病员。可以说，鉴于《日内瓦第一公约》的宗旨，只要尚未满足等待车辆收集的伤者与病者的需要，就应遵循上述考量允许该车辆继续完成任务。

2416 第35条只对医务运输车辆落于敌方手中后如何处置或使用车辆本身进行了规定。如果运输工具载有伤病员、医务人员或医疗器材，这些人员与物资则适用国际人道法的其他规则。然而，医务人员落于敌方手中后，俘获方欲行使其处置权（例如，第28条所规定的留用敌方医务人员）将受到与其处置医务运输车辆相同的限制：只有在确保车辆所载伤病员获得照顾的情况下，俘获方才得以行使其权利。如果无法提供伤病员所需的照顾则不得扣留运输工具，那么据此逻辑不言而喻的是，也必须允许工作人员留在车辆上，因为车辆无法在没有工作人员的情况下履行人道职能。若非如此，公约规定的保护措施将完全失去其实质效果。

48 See Schöberl, pp. 829 and 838.

49 例如，见英国《包含英国国家要素的盟军卫生保障联合条令》（2015年），第1～99页：“在任何情况下，不得在救护平台上安装武器系统的同时展示红十字标志。”See also Langdon/Rogers/Eadie, p. 183.

五、第 3 款：被征用之文职人员和运输工具

2417 第35条第3款规定“征用所得之文职人员及一切运输工具应受国际法一般规则之拘束”。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第17条第6款载有相同规定，措辞完全相同。对本款规定的解释并不明确，在实践中似乎还未出现任何适用本款规定的实例，也没有文献对本款作出过任何分析。

2418 本款规定似乎是基于假设可能出现的下述情形制定的：即国际性武装冲突的一方，由于缺乏足够的军事医务运输工具以及（或者）操作上述工具的合格人员，从而决定征用文职人员或民用运输工具。依照本款规定，此时有关文职人员及民用运输工具的待遇问题，适用国际法一般规则。至于何为“国际法一般规则”，本款并未作出进一步阐释。此种方法虽然为国际法在这一方面的发展留出了空间，但同时也使得学者或从事实务的法律顾问的工作更加困难。[50]

2419 适用本款规定的一种情形是，一国依据其国内法，意欲征用其辖下人员之财产或令其提供服务。本款中援引了“国际法一般规则”，因此可以明确的是，任何为上述人员提供保护的可适用的人权法规则都必须得到遵守。

2420 显然，在被占领领土语境下也可能存在适用本款规定的情形，在占领地区，占领方可能意欲征用文职人员或民用运输工具。根据占领法，为满足其武装部队的需要，占领方有权征用民用运输工具或文职人员的服务。就此而言，第35条第3款中的“国际法一般规则”所指的是1907年《海牙章程》第52条和第53条第2款。《海牙章程》第52条在有关部分规定：“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”。根据《海牙章程》第53条第2款，运输工具在媾和后必须归还并给予补偿。

2421 在被占领领土上，如欲征用受公约保护的救济团体（即根据第26条或第27条规定运作的救济团体）的财产，占领方须遵守第34条第2款的规定。

2422 值得探讨的是，第35条第3款中所述的征用，是否可适用第2款中更为严格的限制条件。对此，通过文本解读无法得出确切结论。但是，鉴于《日内瓦第一公约》的目的与宗旨，在占领的情况下，也建议占领方只在“紧急需要的场合，并在对伤者、病者之福利已有保证后”才对文职人员或民用运输工具进行征用。[51]这与《日内瓦第四公约》第57条规定的有关占领国征用民用医院的条件相一致。

50 鉴于“国际法一般规则”一词没有明确定义，在1929年外交会议期间，本款的附加价值已经受到质疑；见《1929年日内瓦外交会议记录》，第219页。

51 第34条第2款。

主要参考文献

Breitegger, Alexander, 'The legal framework applicable to insecurity and violence affecting the delivery of health care in armed conflicts and other emergencies', *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 889, March 2013, pp. 83–127.

Cassese, Antonio, 'Under What Conditions May Belligerents be Acquitted of the Crime of Attacking an Ambulance?', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 2, 2008, pp. 385–397.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。

ICRC, *Ambulance and Pre-hospital Services in Risk Situations*, ICRC, Geneva, 2013.

Langdon, J.B.R.L, Rogers, A.P.V. and Eadie, C.J., 'The use of transport under the additional protocols 1977', in Hazel Fox and Michael A. Meyer (eds), *Effecting Compliance – Armed Conflict and the New Law*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1993, pp. 177–193.

Schöberl, Katja, 'Buildings, Material, and Transports', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 825–838.

Spieker, Heike, 'Medical Transportation', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

第三十六条
医务飞机

公约条文 *

一、对于医务飞机，即专用以搬移伤者、病者，及运送医务人员及设备之飞机，不得袭击，而在各有关交战国间所特别约定之高度、时间及航线飞行时，应受各交战国之尊重。

二、此项飞机在其上下及两侧面应显明标以第三十八条所规定之特殊标志，以及其本国国旗。并应备有战事开始时或战事进行中经各交战国间同意之任何其他标志或识别方法。

三、除另有协议外，在敌人领土或敌人占领地上空之飞行应予禁止。

四、医务飞机应服从一切降落命令。如被令降落而需要检查时，则经过检查后，该机载其乘员得继续航行。

五、非自愿降落于敌人领土或敌人占领地时，机内之伤者、病者及飞行人员应为战俘。医务人员应按第二十四条及以下各条待遇之。

保留或声明

无

目 录

一、引言 726
二、历史背景 727
三、医务飞机的定义 730
四、第 1 款：保护条件 732
(一) 总体考虑 732
(二) 失去保护 735
五、第 2 款：标志和其他识别方法 736
六、第 3 款：在敌人领土或敌人占领地上空之飞行 738
七、第 4 款：降落命令 739
八、第 5 款：非自愿降落 741

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

主要参考文献 741

一、引言

2423 伤者与病者的收集和后送，以及医务人员和设备的运输，对于减轻与武装冲突有关的苦难而言至关重要。执行上述人道任务时最快捷的运输工具往往是飞机（包括直升机），而有时只能使用飞机。在现代冲突中不言而喻的是，采取措施快速完成伤员后送，可以切实挽救生命。诚然，在尽可能短的时间内，将伤亡人员从战场送抵医疗场所以稳定其伤势，对挽救伤员生命起到了决定性的作用，因而根据伤势类型不同，此类后送时间通常称为关键的“铂金十分钟”或“黄金一小时”。[1]

2424 如今，对许多拥有旋转翼和（或）固定翼空运工具的武装部队来说，通过空运方式后送伤者与病者是其军事医疗能力的重要组成部分。因此，最大限度地保护专门用于收集、后送和治疗伤者与病者[2]或运送医务人员和设备的飞机，有助于实现国际人道法的一个主要目标，即确保尊重和保护伤者与病者。就《日内瓦第一公约》而言，伤者与病者应理解为具有武装部队及其附属团体人员身份的伤者与病者。[3]

2425 第36条向医务飞机提供了保护，但同时规定该项保护以满足相对严格的标准为条件。之所以采取严格标准，是因为在日内瓦四公约起草之时，要从远处确定敌机的确切性质还很有难度。此外，自航空活动出现以来就一直存在的一个担忧是，可能会出现为获取具有军事价值的情报而使用医务飞机作掩护的情况。

2426 随着运送伤者与病者的能力范围及行动方式的发展，日内瓦四公约所规定的规则在许多方面已难以规范此类人道活动。自1949年以来，为更新日内瓦四公约第36条和其他有关保护医务飞机的规定而采取的若干举措[4]，使国际人道法更加符合行动实践。因此目前，如果仅关注日内瓦四公约的相关规定，就无法理解适用于医务飞机的整个规则体系。[5]但是，四公约仍构成医务飞机相关制度的基石。

1 See ICRC, *War Surgery: Working with Limited Resources in Armed Conflict and Other Situations of Violence*, Vol. 1, ICRC, Geneva, 2009, p. 111. 更多关于“医疗后送”和“伤员撤退”概念之间的区别，详见关于第35条的评注，脚注20。

2 虽然治疗一词并没有出现在第36条所载医务飞机的定义中，但目前普遍认为，医务飞机可载有机上治疗设施。相关讨论，见第2443段。

3 见第12条和第13条。

4 最重要内容，见《第一附加议定书》第24条至第31条。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年），第十二节的“医务飞机的特殊保护”，规则75至87，以及《圣雷莫海战法手册》（1994年），第六部分，标题为“医务飞机”的第三节，规则174至183。

5 这些规定是：《日内瓦第一公约》第36条和第37条；《日内瓦第二公约》第39条和第40条；和《日内瓦第四公约》第22条。

二、历史背景

2427 在存在有效规制的前提下，专门用于医疗目的的飞机的使用，以及尊重和保护这类飞机的义务，显然有助于减轻武装冲突受难者的痛苦。

2428 自1910年起，飞机在武装冲突中就被用作医疗用途。[6]当时，作为战场上出现的新情况，医务飞机的使用自然引发了一个问题：医务飞机如果可以受到国际人道法保护，那么在何种情形下可受其保护。早在1912年，法律文献中就提出了关切，涉及飞机在搜寻伤者或将其运离战场时可能获得的情报优势。[7]并据此对使用飞机收集和后送伤亡人员与使用飞机搜寻伤亡人员作出了明确区分，认为前者是一种受保护的活动，[8]而后者则不受保护。[9]

2429 第一次世界大战后，在武装冲突期间出于医疗目的使用飞机的情况过于常见，仅在学术出版物中进行讨论已远远不够。因此，1923年的海牙《空战规则草案》（不具有约束效力）规定，1906年《日内瓦公约》及《关于1906年7月6日日内瓦公约原则适用于海战的公约》（1907年《海牙第十公约》）中规定的各项“原则”，适用于当时所称的“救护飞机”。[10]

2430 随后，红十字国际大会对此进行了讨论。1925年第12届红十字国际大会在日内瓦举行，会议议程包括讨论一项关于使1906年日内瓦公约的原则适用于空战的公约草案。[11]拟议的草案条文经国际大会批准，送交至瑞士联邦委员会以便其呈送外交会议审议。然而，在1929年为修订日内瓦公约和缔结一项有关战俘待遇的新公约而召开的外交会议上，瑞士政府认为会议议程已所含甚广，不宜再增加一项复杂的新议题。[12]

2431 尽管如此，有关医务飞机的议题又十分重要且已成为当时的热点问题，因而不制定关于医务飞机之使用的相关规定就无法对1906年《日内瓦公约》进行修订 。然而，在1929年的外交会议上，尝试将此议题纳入会议议程面临着双重困难：其一是，没有足够的时间来起草一整套完整的详细规定；其二是由于缺乏将此议题

6 Des Gouttes/Julliot, p. 2.

7 当年，朱利奥特（Julliot）考虑使用飞机进行医疗后送；见朱利奥特，1912年，第689～710页。另见Julliot, 1918, pp. 14–20。

8 Julliot, 1912, p. 689.

9 同上注，第702页。另见Des Gouttes, p. 932。

10 《海牙空战规则》（1923年）第17条。

11 Des Gouttes/Julliot, p. 1: 讨论适用于医务飞机的法律制度的想法是法国政府在1923年日内瓦第11届红十字国际大会上提出的。关于这一时期针对这一主题开展的诸多活动，相关概述ICRC, *Rapport général du Comité international de la Croix-Rouge sur son activité de 1923 à 1925*, Geneva, 1925, pp. 18–21。另见第13届红十字国际大会（1928年，海牙），第七号决议，“航空卫生”。

12 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 120.

列入会议议程的充分通知，各国政府代表团中没有相关领域专家随行。[13]因此，这一问题直到1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》才得到规定，该公约在新制定的第18条中就此纳入了一些基本原则。[14]在此次外交会议上，与会各方认识到，上述处理方式不足以对此议题提供充分的解决方案，因此会议在其《最终文件》中建议“参与缔结日内瓦公约的国家应于近期举行会议，以便尽可能全面规制战时医务飞机的使用”。[15]

2432 关于医务飞机的规定，可以说是1929年公约中最重要的创新。不过，对此类飞机的使用进行限制，是该项规定的一个重要方面，也反映出早期存在的一些顾虑。随后，在1930年于布鲁塞尔举行的第14届红十字国际大会上，红十字国际委员会提交了一份新的公约草案，对日内瓦公约的原则作出调整以适用于空战。[16]会议批准了这一草案，并指示红十字国际委员会将其转交瑞士政府，以便将其列入定于1940年举行的下一次外交会议的议程。[17]但是，由于第二次世界大战爆发，这次会议被推迟。

2433 第二次世界大战后，红十字国际委员会恢复了其修订日内瓦公约的工作，并再次提出了关于制定一部专门对医务飞机进行规范的条约的创想。[18]1946年国家红会预备会议上，委员会提交了该特别公约草案，并请各国根据自身经验就可能需要的扩充规定或修改提出意见。然而，由于认识到日内瓦公约为伤者、病者以及专门从事或专用以收集和照顾伤者、病者的建筑物和人员所提供的保护同等适

13 同上注。

14 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第18条：

> 用作医疗运输的飞机在其专为搬移伤者、病者，运送医疗人员和器材期间应享受本公约的保护。
>
> 此项飞机应在其上下两面，在本国国旗之旁，涂以白色并鲜明地标出第十九条所规定的特殊标志。
>
> 除有特别和正式的许可证外，火线上和重要医疗调配站之前的区域内，以及一般而言，敌方或敌方占领的任何领土上空的飞行应予禁止。
>
> 医务飞机应服从一切降落命令。
>
> 如被令降落或非自愿降落于敌方领土或敌方占领领土时，伤者、病者以及医疗人员和器材，连同飞机仍应继续享受本公约的各项规定。
>
> 被俘的驾驶员、机匠和无线电收发员应予送还，但以直至战争结束为止，仅为医务部门服务为限。

关于最终成为1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第18条之规定的完整讨论情况载于《1929年日内瓦外交会议记录》，第221～242页及第613～615页。另见de La Pradelle, p. 392。

15 *Final Act of the Geneva Diplomatic Conference of 1929*, Recommendation No. 3.

16 Charles-Louis Julliot and Paul Des Gouttes, *La Convention de Genève de 1929 et l'immunisation des appareils sanitaires aériens : Projet d'une convention additionnelle pour l'adaptation à la guerre aérienne des principes de la Convention de Genève*, ICRC, Geneva, 1929.

17 'Résolutions et vœux adoptés par la XIVe Conférence internationale de la Croix-Rouge, Résolution No. XXIII, Aviation sanitaire en temps de guerre', in *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 12. No. 42, October 1930, p. 863. 有关当时某些问题的讨论，见1937年《红十字国际委员会向国家红会提交的1929年日内瓦公约修订草案》，第11～12页。

18 See also Paul de La Pradelle, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, pp. 194–202.

用于空运和陆运，委员会因而建议终止单独拟订一部公约的相关工作。委员会得出的结论是，海上武装冲突期间普遍存在的特殊情况虽在1907年促使日内瓦公约的原则适用于海上战争，但这些特殊情况并不延及空中行动。对医务飞机的理解是，此类飞机与任何其他运输工具一样，仅构成运送伤者与病者或对其进行援助的一种手段。[19]

2434 在1947年举行的政府专家会议上，与会方就下述事项达成一致：（1）1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第18条在第二次世界大战期间的适用非常有限；（2）由于战斗机和防空火炮方面的技术进步，大规模使用受保护的医务飞机的发展尝试变得有些不切实际；以及（3）由战斗机护航后送伤员的做法日益普遍，医务飞机的保护问题因而变得更加复杂。因此，各方代表得出结论，认为医务飞机相关问题不应由一项单独的条约进行规定。相反，他们认为可以保留1929年公约第18条的实质内容，但需增加一条规定，以对医务飞机在中立国领土上空飞行的情形进行规范。[20]通过在《日内瓦第一公约》中加入第37条和在《日内瓦第二公约》中加入第40条，这一情形得到了规定。

2435 1949年外交会议上，相同的观点获得了更为广泛的支持，不过有两个代表团提出了允许更充分利用医务飞机的建议。这两个代表团坚定主张，航空进步非但没有破坏医疗航空活动的效能，反而为其提供了绝佳的选择，使其能够迅速向伤者提供援助，并以前所未有的速度将伤者后送至可能距离战场很远的重要医疗机构。他们在提交的条款草案中，建议应更为广泛地使用医务飞机，并应允许医务飞机经授权后在敌方领土上空飞行。[21]

2436 但是，上述建议并未促成对1929年公约第18条的大幅修订。1987年关于《第一附加议定书》的评注中，特别指出在医务飞机使用方面的修订工作缺乏进展，写道，“1949年外交会议非但没有对1929年公约中这些相当原始的条款进行发展，反而导致医疗航空活动几乎无法开展，因为它使冲突一方医务飞机的所有活动都受制于与敌方事先达成的协定”。[22]

2437 《第一附加议定书》第24条至第31条进一步明确规定了武装冲突期间适用于医务飞机的规则。从实践层面来看，议定书中的规则对本公约进行了补充，因为这些规则对其缔约国具有约束力，而非议定书缔约国也普遍认为这些规定对现有规则作出了重要且有益的澄清。议定书中这些较为晚近的规定表明了其明确清晰

19 《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第41页，另见第109页；《1946年国家红会预备会议报告》，第38～40页。

20 《1947年政府专家会议报告》，第45～46页。

21 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第85～86页（芬兰和摩纳哥提出提案）。

22 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 967.

的目标，即确保冲突各方争取最大限度地保护所有医务飞机，即使按照条约中有关航线和飞越有争议领土甚或敌方领土的严格规定，此类医务飞机不一定受保护时也应如此。

三、医务飞机的定义

2438 根据第六章（“医务运输工具”）的整体适用范围，特别是在《日内瓦第一公约》语境下，第36条仅适用于武装部队所使用的医务飞机，以及第13条项下团体和符合第26条或第27条规定的志愿救济团体所使用的医务飞机。为上述群体所使用的医务飞机可以但不必是上述群体的财产，比如，也可以是其租赁的。

2439 在武装冲突期间，其他行为体——例如红十字国际委员会和其他公正的人道组织——也可以使用飞机运送医疗物资。这种情形可能是上述组织根据其与冲突方所达成的协定，替代该方开展空中运输工作，例如在冲突方自身缺乏此类运输工具的情况下。就日内瓦四公约而言，此类飞机受《日内瓦第四公约》第22条的规制，但不排除可能出现这些飞机用于运送伤病战斗员的情况。

2440 “飞机”一词包括所有的空中运输工具，比如飞机、飞艇和直升机。[23]在实践中，直升机对于将伤者与病者移离战场尤为重要。对于医务飞机的构成标准，法律既没有规定飞机的最小尺寸，也没有规定最大尺寸，任何类型的飞机均可构成医务飞机。因此，只要在其执行医疗任务期间专用于医疗用途，军用飞机也可以成为医务飞机。[24]同理，国家航空器、民用飞机或民航班机等，也可成为医务飞机。[25]未来，随着运输技术的进步，第36条项下所指“飞机”可能会纳入新的类型，包括无人驾驶飞机。[26]构成医务飞机的运输工具， 只要不越出其人道任务之外，从事或用以从事有害于敌方之行为，都将受到保护（关于有害于敌方之行为的含义，见第四部分第（二）节）。

2441 适格医务飞机需“专用”以“搬移伤者、病者”和（或）“运送医务人员及设备”。这与“医务飞机”在其他文件中的定义一致，即任何专门用于或专门被

23 见《空战和导弹战国际法手册》（2009年），规则1（4）：“‘飞机’是指任何通过空气反作用力（而非利用地表产生的空气反作用力）在空气中取得支撑之载人或无人飞行器，包括固定翼和旋转翼飞行器。”

24 另同上注。关于规则 1（21）的评注，第4段。

25 有关这些概念的定义，同上注。规则1（8）（民用飞机）、规则1（9）（民航班机）、规则1（24）（军用飞机）和规则1（29）（国家航空器/飞机）。

26 另见关于第35条的评注，第2373段。See also International Civil Aviation Organization, *Manual Concerning Safety Measures Relating to Military Activities Potentially Hazardous to Civil Aircraft Operations*, Doc 9554-AN/932, 1990.

派用于担任医疗任务的飞机都属于该定义的范畴。[27]目前，在判定何种物体构成第35条意义上的“运输工具或车辆”时，上述定义被视为权威定义。[28]并非只有实际正用于开展上述一项或两项活动的飞机，才构成适格医务飞机。例如，如果一架飞机正在前往战场搬移伤者、病者的途中，但机上尚未搭载任何伤者或病者，该飞机也构成医务飞机。

2442 医务飞机可用于开展的第一项活动是“搬移伤者、病者”。就《日内瓦第一公约》而言，“伤者与病者”一词主要是指第12条和第13条所述的伤者与病者。然而，医务飞机的活动也可能延及伤病平民，但这并不会导致该飞机失去作为医务飞机的资格。[29]同时，用于搜寻和营救身体健全战斗员（通常称为“战斗搜救”）或运送这类战斗员（即使机上有伤者与病者）的飞机，则不满足构成医务飞机的条件。[30]

2443 伤者与病者从战场移送到陆上医疗设施的途中，可能在飞机上就已开始接受治疗，这与医务运输的目的相符。[31]虽然日内瓦四公约的起草者并没有设想到，医务飞机将超出急救范围，发展到具备全面医疗救治能力的地步，但后来的国家实践清楚表明，这一发展不仅在技术上可行，而且在规范上也可以接受。但是，除非事先与敌方达成协定，否则不得使用医务飞机对伤者与病者进行搜寻。[32]

2444 医务飞机可用于开展的第二项活动是“运送医务人员和设备”。就《日内瓦第一公约》而言，“医务人员”一词是指本公约第四章所含所有类别的人员。《第一附加议定书》规则适用时，“医务人员”一词也可涵盖议定书第8条第3款规定的其他类别医务人员（如平民医务人员）。“医疗设备”一词须作广义解

27 见《第一附加议定书》第8条第10款，其中将“医务飞机”定义为“任何空中医务运输工具”。就《第一附加议定书》第8条第7款而言，将“医务运输工具”定义为“专门被派用于医务运输，并在冲突一方主管当局控制下的任何军用或平民、常设性或临时性的运输工具”。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则1（21），其中将“医务飞机”定义为“所有被交战方主管当局永久或临时专门被派用于空中输送或医疗救治伤者和病者、遇船难者，和（或）运送医务人员和设备或补给的飞机”。值得注意的是，《日内瓦第一公约》第36条提到了“专用”，而不是像《第一附加议定书》和2009年《空战和导弹战国际法手册》的定义那样提到了“专门被派用”。

28 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则29的评注，第96页，“医务运输工具的定义”，提及若干军事手册。

29 见第22条第5款，其逻辑也适用于医务飞机。此外，关于“凡专为移送伤病平民、弱者、产妇或运输医务人员、医疗设备之飞机”，见《日内瓦第四公约》第22条。另见《第一附加议定书》第8条第1款对“伤者和病者”的定义，该定义适用于“军人或平民”。

30 见《第一附加议定书》第28条第2款第二句：“禁止医务飞机运载任何不包括在第八条第六款的定义内的任何人或货物。”《第一附加议定书》第八条第六款将“医务运输”定义为“对受各公约和本议定书保护的伤者、病者、遇船难者、医务人员、宗教人员、医疗设备或医疗用品的陆上、水上或空中运输”。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年），规则86（1）。

31 见2009年《空战和导弹战国际法手册》规则1（21）中关于“医务飞机”的定义以及关于该规则的评注第3段。同样，见Schöberl, p. 829。

32 《第一附加议定书》第28条第4款。另见2009年《空战和导弹战国际法手册》规则86（2），其中第二句指出，“医务飞机在为〔在作战区域内搜寻伤者、病者和遇船难者〕目的行动时自担风险。”

释，不仅包括医疗照顾所需的设备（包括外科手术设备），还包括药品和较重的设备，例如野战医院。

2445 没有规定要求医务飞机必须具有编制，必须配有特殊医疗设备或被永久派用于开展医疗工作。[33]这显然是合理的，因为战情紧急时可能需要临时将飞机（包括军用飞机）用以执行医疗任务。此类飞机只要是专门用于执行医疗任务，就构成医务飞机。总而言之，《日内瓦第一公约》及《第一附加议定书》对于哪类飞机可构成医务飞机的规定较为灵活。但是，一旦符合构成医务飞机的条件，关于此类飞机在何种情形下才实际享有保护的规定则较为严格。

四、第 1 款：保护条件

（一）总体考虑

2446 为了得到尊重和保护，医务飞机必须专门用于医疗目的。“专用”一词是指飞机必须仅用于医疗目的，才构成医务飞机。

2447 “专门”一词还意味着，医务飞机不得用于从事非医疗性质的人道活动。[34]此外还可推知，医务飞机不得从事或用以从事有害于敌方之行为（如运送弹药或开展空中情报行动等），否则该飞机将丧失其受保护地位。第36条未提及“有害于敌方之行为”。在《日内瓦第一公约》中，这一概念仅出现在第21条中，涉及武装部队医务部门的医疗队及医疗所丧失保护的相关问题。尽管本公约第36条未就此作出明确规定，但毫无争议的是，若医务飞机从事或用以从事害敌行为，则可能失去保护。这是医务飞机可能失去保护的唯一依据。[35]

2448 构成医务飞机的空中运输工具，无需在其服役于冲突一方的所有时间均专门用于医疗目的。[36]某架飞机只要符合构成医务飞机的条件，主要是符合专门用于医疗目的这一条件，即使在一次特定飞行期间，也有可能成为本公约规定的医务飞机而受到保护。[37]因此，交战国可以使用飞机执行多重任务，例如，派遣

33 同样，见关于第35条的评注，第2374段。作为对比，例如，《日内瓦第二公约》第22条第1款对“医院船”的定义是“即各国特别并专用以救助、医治并运送伤者、病者及遇船难者而建造或装备之船只”，而《日内瓦第四公约》第18条第1款对“民用医院”的定义是“凡为照顾伤者、病者、弱者及产妇而组织”。

34 关于“人道活动”一词的分析，见关于第9条的评注，第三部分第（二）节第1项。关于医务飞机从事医疗任务以外的人道活动可能造成的后果，见第2459段。

35 见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则83：“根据规则74，如果医务飞机从事有害于敌方之行为，它就失去了免受攻击的特殊保护。”

36 当然，有些飞机有可能在整个服役期间均专门用于医疗目的。另见《第一附加议定书》第8条第11款，就该议定书而言，将“常设医务运输工具”定义为“不定期的专门被派用于医务目的的……工具”。

37 另见《第一附加议定书》第8条第11款，就该议定书而言，将“临时医务运输工具”定义为“有期限而在整个期限内专门用于医疗目的的……工具”。

运输机向前线运送弹药和士兵，卸载后，再将伤者、病者或医务人员及设备运离前线。在上述示例中，飞机去程无权受到保护，也无权展示特殊标志；而在返程中，只要遵守本公约的其他条款，飞机将有权享有一切应有的保护，并可以展示特殊标志。

2449 专门用于医疗目的的飞机及其机组人员可在一定限度内配备武器。虽然日内瓦四公约本身对医务飞机（及其人员）是否可以配备武器的问题未作规定，但《第一附加议定书》和随后的国家实践都有助于阐明这方面的问题。首先，根据《第一附加议定书》第28条第3款，医务飞机上可能载有“取自飞机上伤者、病者和遇船难者而尚未送交主管部门的轻兵器及弹药”。[38]其次，与第24条所涵盖的医务人员一样，医务飞机上的人员同样可以根据该款合法携带“使机上医务人员能自卫和保卫在其照顾下的伤者、病者和遇船难者所需的轻型单兵武器。”医务飞机本身可配备单纯防御性导偏装置。此外，也可在飞机上安装轻型单兵武器（例如在直升机门架上安装可拆卸武器），但仅可用于自卫，即用于保护机上人员及在其照顾下的伤者、病者。[39]在第35条有关军事医务运输工具的规定当中，规定了相关方面的考量，可将其比照适用于医务飞机。[40]

2450 最重要的是，根据第36条的约文，只对“在各有关交战国间所特别约定之高度、时间及航线飞行时”的医务飞机给予保护。[41]各交战国事先作出约定这一要求，是出于保护飞机和防止滥用的实际考虑而产生的。提出这一主张的代表认为，在1949年以前对日内瓦四公约进行讨论时，战争中普遍存在的情况是，通常无法通过视觉对飞机进行识别。可能出现在远超出目视范围且距离较远无法辨别颜色标志时就向飞机开火的情况。即使在目视可及的情况下，往往也无法准确识别飞机的性质，难以对医务飞机和从事交战活动的飞机加以区分。因此，上述代表得出的结论是，只有作出事先约定才能确保医务飞机得到保护。[42]事先约定还为各交战国提供了防止滥用的充分保障。

2451 关于医务飞机飞行的协议可以在个案基础上订立，也可以在冲突各方之间达成一份具有普遍性的协议。此类协议属于共同第6条意义上特别协定的定义范畴。[43]为了减少与使用医务飞机有关的不确定性并最大限度对其提供保护，冲突各

38 关于这一具体情况，见关于第22条的评注，第五部分。

39 见《空战和导弹战国际法手册》（2009年），规则82：
医务飞机可配备防御性导偏装置（例如金属箔片或闪光弹），携带护卫该飞机、机上医务人员、伤者、病者、遇船难者所需的轻型单兵武器。撤离时伤者、病者和遇船难者携带个人武器不导致其丧失保护资格。

40 更多详情，见关于第35条的评注，第三部分第（二）节第2项。

41 第37条第1款第三句也有同样的要求。

42 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第86页。

43 《日内瓦第一公约》《日内瓦第二公约》和《日内瓦第三公约》第6条和《日内瓦第四公约》第7条。《日内瓦第一公约》第6条将根据第36条规定订立的协定列为特别协定。

方应力争订立此种协定，可以通过红十字国际委员会或任何其他公正的人道组织进行斡旋促成。

2452 然而，医务飞机的使用并不以此类协定为条件。冲突各方可以在未订立第36条第1款所述协定的情况下使用医务飞机，但需自行承担相关风险。[44]当然，任何攻击都必须基于某架飞机构成军事目标这一评估，并且遵守关于敌对行动的所有其他规则。[45]换言之，仅仅是未达成协定，并不代表一方获得攻击或俘获某架飞机的自由。没有达成协定本身并不会导致医务飞机变成军事目标。

2453 确实存在一种担忧，即医务飞机的受保护地位似乎取决于协定本身。[46]然而，对飞机及其乘员的保护并不取决于一项协定。相反，伤者与病者、医务人员和设备应受到尊重和保护，乘坐未经约定的医务飞机并不会导致他们失去此种保护。[47]达成协定有助于减少将医务飞机误认为其他飞机的可能性，从而促进对医务飞机的基本尊重。在没有协定的情况下，医务飞机将面临很大风险，即一方将无法确切地将医务飞机与可以受到合法攻击的敌机区分开来。鉴于存在上述风险，冲突各方应以一般人道原则为指导，避免采取极端措施（例如，攻击和摧毁不能确切识别为军事目标的飞机）。相反，在上述情况下，各方应做出一切合理努力，对飞机的地位进行核实（例如，出于检查目的，迫使飞机降落）。[48]

2454 《第一附加议定书》详细规定了基于事先协定的特别保护与伤者病者、专门从事收集和照顾伤者病者的人员以及医务运输工具所享有的一般保护之间的区别。[49]尽管该议定书包含一项规则，规定订立事先协定是飞越敌方控制领土的医务飞机获得最大限度之保护的前提条件，但也明确规定，即使没有此种协定，也并不免除冲突各方尊重和保护伤者、病者的义务。[50]为此目的，议定书要求医务飞机的操作人员尽一切努力向敌方发出信号，表明其飞机享有受保护地位。[51]此外，议定书强调，对于未经事先约定的医务飞机，只有在别无他法时才得予以击落。[52]将

44 关于其含义，见Schöberl, p. 830：“在没有协定或违反协定的情况下飞行的飞机‘自担风险’，这可以说是指实际风险，而非丧失法律上的豁免。”

45 另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则25：“某飞机仅在构成军事目标时，才可成为攻击对象。”关于“军事目标”的定义，见《第一附加议定书》第52条第2款和《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则8。

46 Doswald-Beck, pp. 159–160.

47 同上注，第161页。

48 在这方面，冲突各方可根据第36条第4款第一句开展行动：“医务飞机应服从一切降落命令。”

49 见《第一附加议定书》第27条。关于有权获得一般保护的物体和个人与有权获得特别保护的物体和个人之间的区别，另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年），关于第11部分的评注第1段。

50 《第一附加议定书》第27条第2款。

51 同上注。

52 见《第一附加议定书》第27条第2款第二句。See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 1033.

尊重和保护伤者与病者和医务人员及设备的一般义务与基于事先协定的加强保护两者之间的区别法典化，虽与1949年公约规定大相径庭，但最终反映了起草者对事先约定这一要求所引起担忧的回应。

2455 一架飞机如为适格的医务飞机，其应享有的保护与陆上医务运输工具相同，即在一切情况下均须受到尊重与保护。除了规定禁止攻击医务飞机外，第36条还提及“尊重”此类飞机的义务。这意味着，“尊重”的义务超出了禁止攻击的范围，不过第36条并未详细规定在实践中为“尊重”此类飞机而应采取的措施。从逻辑上讲，“尊重”应包括避免采取干扰飞机执行医疗任务的非攻击措施（例如：以敌对方式使用防空雷达“锁定”飞机以影响其操控能力、明显使用防空武器瞄准飞机或俘获飞机）。[53]此外，武装冲突一方在已知有敌方医务飞机开展行动的地区部署己方飞机（包括无人驾驶飞机）时，在可行的情况下，应通知敌方这些飞机的存在及其飞行路线，以便始终保障医务飞机得以完全履行其职能。但一般普遍承认的是，特别是在涉及军用飞机部署的情况下，出于军事战术和行动方面的考量（包括缺乏可行的通讯手段），可能无法作出此等通知。

2456 “保护”的义务包括采取积极措施协助或支持医务飞机履行其职能。关于“保护”一词的进一步分析，见关于第19条的评注，第1805～1808段和关于第35条的评注，第2387段。

（二）失去保护

2457 飞机越出医疗任务之外，从事“有害于敌方之行为”，这是有意采取的宽泛措辞。因此，“害敌行为”这一措辞可涵盖以下情况：为使军事目标免受攻击而在其侧停放标有保护标志的医务飞机[54]、使用医务飞机运送战斗员或弹药（即使同时载有伤者与病者或医疗设备）、或是利用保护标志掩护收集情报的飞机。[55]

2458 由于未作出界定，允许医务飞机开展之行为和其有害于敌方之行为之间的界限在某种程度上是模糊的。但可以确定的是，只要飞机专门用于履行医疗职能，就不得视为从事有害于敌方之行为。然而，医务飞机若邻近非医疗性质的军用飞机，则可能会改变这一结论，目前将用于医疗后送的运输工具纳入到非医疗性质的军用运输工具中是行动实践中的常见做法。这种情况是否构成“有害于敌方之行为”，取决于一系列因素，包括医疗队与军事目标之间的距离、医务飞机在军

53 关于“尊重”医疗物体的要求具体包括哪些内容的进一步澄清，见关于第19条的评注，第三部分第（二）节第2项，以及关于第35条的评注，第三部分第（二）节第1项。

54 见《第一附加议定书》第28条第1款第二句。

55 另见《第一附加议定书》第28条第2款。

事目标附近停留的时间等。在判定是否存在保护军事目标免受攻击的意图时，上述因素也可能构成相关参考。

2459 此外，如果将医务飞机用于从事医疗活动以外的人道活动，例如向平民派发食物，不构成有害于敌方之行为。然而，这种做法并不可取，因为任何偏离其专门医疗性质的行为都可能导致对飞机的真正用途产生疑问。为避免产生任何混淆，这种其他用途最好通过事先达成协定进行约定。

2460 可以预见，敌方在存在合理理由的情况下，都会将医务飞机任何不符合其医疗任务的活动，解释为有害于敌方之行为。因此，如果医务飞机的用途偏离其专门的医疗任务，并由此导致该飞机在当时情况下满足构成军事目标的条件，该架飞机则可以受到合法攻击。例如，使用医务飞机运送战斗员或具有作战行动价值的物资，或是执行与运送伤者与病者无关的侦察任务，都与医务飞机专门用于医疗用途的要求不符。[56]因此，十分重要的是，武装冲突各方须时刻注意区分下述两种情况：医务飞机因越出其人道任务之外，用以从事有害于敌方之行为而失去保护；医务飞机因其对军事行动的直接贡献等原因而构成军事目标（可导致其受到攻击）。并不能依据飞机是否丧失保护来判定其是否构成合法攻击目标。因此，尽管医务飞机是否构成军事攻击目标通常以其是否失去保护为前提，但须对这两种情况分别加以判定。不过在实践中，很难设想出医务飞机实施“有害于敌方之行为”却不会成为合法攻击目标的情形。

五、第 2 款：标志和其他识别方法

2461 根据第36条第2款第一句，医务飞机必须在其上下及两侧面显明标以本公约规定之特殊标志和本国国旗（例如飞机国籍国的国旗），以便从上方、下方和侧面都能看到特殊标志和本国国旗。该款并未提及机翼，因为可构成医务飞机的某些类型的飞机，如直升机并没有机翼。

2462 根据1929年公约规定的制度，整架飞机必须漆成白色。[57]1949年的公约没有保留这一规定，一方面是因为视觉识别的难度增加，另一方面是出于方便将其他飞机改装成医务飞机的需要，因为安装特殊标志比飞机整机重新刷漆更具可行性。但须注意，红十字、红新月或红水晶标志必须始终出现在白色背景上。[58]因此，如果某架飞机本身不是白色的，不能仅仅在该飞机上绘制红十字、红新月或红水晶

56 另见《第一附加议定书》第28条第2款。

57 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第18条第2款。

58 就“任何其他标记或识别手段”订立的协定构成《日内瓦第一公约》第6条意义上的特别协定，因此需要遵守该条款规定的条件。

标志，而必须同时将背景色涂为白色。[59]对这一点做出澄清十分重要，因为任何类型的飞机，包括军用飞机，都可能用作医务飞机。

2463 第36条第2款第二句规定，医务飞机应配备“战事开始时或战事进行中经各交战国间同意之任何其他标志或识别方法”（英文原文为“any other markings or means of identification that may be agreed upon between the belligerents upon the outbreak or during the course of hostilities”）。英文文本中的“may”一词表“如有”之意，由此可明确推知，是否就此问题订立特别协定，由冲突各方决定。这一规定为今后在这一领域的技术进步留出了空间。国际公认的医务飞机识别手段包括专用无线电编码、闪烁的蓝光以及使用二次监视雷达。[60]

2464 由于冲突各方使用没有特殊标志的飞机运送伤者与病者的情况并不罕见（例如没有标有适当标志的飞机可供使用的情况），须特别指出的是，仅仅是未标以标志，并不会导致飞机丧失其作为医务飞机的地位，敌方也不得因此对该架飞机进行攻击。[61]公约所提供的保护，是专门被派用于运送伤者病者或医务人员的运输工具所固有的权利。[62]特殊标志本身虽然是示明此种保护的有形符号，但其作用仅限于帮助识别，而非赋予保护地位。[63]专门用于医疗活动但没有标以特殊标志的飞机，并不因此而丧失保护。在此情形下，关键在于使敌方知悉飞机的用途。进行事先通知，显然将有助于敌方知悉飞机的医疗用途。

2465 如前所述，飞机可在去程中用于非医疗目的，然后在回程中再用作医务飞机，反之亦然。当然，飞机只在专门用于从事搬移或运送伤者、病者或医务人员及设备期间受到保护。因此，在飞机不专用于医疗职能而是在执行其他飞行任务期间，移除或完全掩盖特殊标志是至关重要的。

59 关于不同特殊标志及其在国际人道法下平等地位的讨论，见关于第38条的评注，第三部分。

60 《第一附加议定书》附件一（初稿和1993年经修正的约文中均）涉及医务飞机的识别问题。另见《第一附加议定书》第18条和《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则76（2）：“医务飞机应在适当情况下使用附加的识别手段。”更多信息，见Eberlin, pp. 7–13。

61 另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则76（3）：“临时医务飞机——由于没有时间或因为其特性，不能标以特殊标志标识，应使用可获取的最有效的识别手段。”

62 这同样适用于正在前往收集伤者与病者的途中但尚未载有任何伤者与病者的飞机；见第2441段。

63 见关于第39条的评注，第2578段。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则76（4）：“使用识别手段的目的仅在于便于识别，其本身并不能赋予（此类飞机）以受保护的地位。”同样，见手册规则72（3）和规则72（4），后者规定，“若医务和宗教人员、医疗队和医务运输工具未能展示特殊标志，则并不剥夺其受保护的地位”。在实践中，如果敌方知道未经标记的飞机专门用于从事医疗职务，那么基于机载乘员的受保护地位，禁止攻击该飞机。据此，虽然没有标记并不能决定攻击飞机是否合法的问题，但它确实增加了误认的风险，以及将飞机解释为合法目标并因此予以攻击的风险。

六、第 3 款：在敌人领土或敌人占领地上空之飞行

2466 本公约禁止医务飞机在敌人领土或敌人占领地上空飞行。[64]这一禁令的唯一例外是，冲突各方之间达成了允许这种飞行的协议（第6条意义上的协定）。根据第15条第3款的规定，冲突各方可以采取“局部办法”的形式达成协定，“以便搬移、交换被包围地区之伤者与病者；并使送往该地区之医疗与宗教人员及器材得以通过”。

2467 禁止医务飞机在敌人领土或敌人占领地上空飞行的原因是，在没有事先协定的情况下 ’此类飞行可能对敌方正当的军事安全需求造成损害，具体而言，是出于对此类飞机未经许可即开展监测活动的担忧。然而，必须订立相关协议才可在敌人领土或敌人占领地上空飞行这项要求，不应视为有悖于第36条的人道目标，虽然可能会出现这样的看法。医务飞机将伤者与病者运离前线，将医务人员和设备送抵前线地区。就上述活动而言，可以料想到的一系列情形包括医务飞机飞越友军控制领土的情况。[65]但是，如果医务飞机必须飞越敌方控制领土，例如驶往或驶离被包围地区时，各交战国之间可达成协议，约定允许其安全通过。协定中必须具体规定飞机飞越敌方领土的高度、路线和时间，以避免误认并确保其免受攻击。[66]

2468 如果未能遵守本款之禁止性规定，无论原因为何，即使是疏忽导致，该飞机都将面临飞越敌人领土或敌人占领地所固有的一切危险。但即使是在对方违反本款禁止性规定的情况下，一方仍需遵守有关敌对行为的规则。例如，假定有理由预期一方知悉飞机的受保护地位，则该交战方在对其采取发起攻击的极端措施之前（只有在该飞机满足构成合法攻击目标的条件，并且遵守了所有关于敌对行为的适用规则，才可对其进行攻击），必须设法通过无线电对违反禁止性规定的飞机发出警告或命令其降落。事实上，对医务飞机违反本款禁止性规定的第一反应，应该是根据第36条第4款规定，对其发出降落命令。在这个问题上，须注意，《第一附加议定书》对本款规定作了实质性的调整，在议定书中，弱化了本款规定禁止性的一面，同时强调了在没有事先协定的情况下飞越敌方领土所面临的固

64 关于“被占领领土”一词的定义，见关于共同第2条的评注，第五部分。此外，起草委员会没有评估医务飞机是否可以在敌方领水上空飞行，因为“他们不想冒险讨论这种不确定的领域”。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第141页。根据当代国际海洋法，各国船舶享有无害通过他国领海的权利（见1982年《联合国海洋法公约》第17条至第26条）。对于在上述领海上面领空飞行的飞机并不享有同样的权利。

65 尽管医务飞机在飞越友军领土时通常不需要保护协定，但建议在“医务飞机拟议飞行计划将进入敌方地对空武器系统攻击范围”时发出通知（英国《武装冲突法手册》，2004年，第12.110.1段）。1929年公约中也有类似的建议，但主要侧重于“射击线”或“接触地带”的概念。See Doswald-Beck, p. 169.这些并不是对医务飞机的要求，只是为了确保它们在这些地区作业时更加安全而提出的建议。当医务飞机需要飞越中立国领土时，适用《日内瓦第一公约》第37条规定。

66 因此，根据第36条第3款达成的协定必须包含与根据第36条第1款达成协定相同的细节。

有风险。[67]此外，飞机着陆后，须向飞机及其所载人员及医疗用品提供充分保护，待遇标准参照伤者与病者以及专用于收集和照料伤者与病者的人员及物品在所有情形下均适用的标准。[68]

七、第4款：降落命令

2469 降落命令的制度，属为敌方设置的保障性条款，以防止医务飞机的受保护地位遭到滥用；同时，该制度也是确保飞机专门用于医疗目的的一种有效途径。但是，为查明飞机确实在执行医疗任务且没有违反任何限制条件而对飞机进行检查，是一方得以发出降落命令的唯一合法事由；不得以任何其他理由命令飞机降落，也不存在任何其他可使该命令合理化的情形。[69]

2470 医务飞机必须服从所有降落命令。这一要求适用于飞越敌人领土或敌人占领地的飞机，无论是否得到敌方授权。医务飞机飞越实际控制方不明确的领土上空，或其航线靠近敌线时，也适用本款规定。[70]

2471 出现下述情况时，需作不同分析：即，敌方已尽合理的努力向飞机发出警告，但该方有合理理由认为，飞机已收到警告却未在合理时间内遵从指示，例如该飞机无视命令或毫不含糊地采取规避措施。此时，根据适用于敌对行为的法律，该飞机有可能构成军事目标。[71]但是，仅是未对降落命令作出回应本身，不能被解释为有害于敌方之行为，因为医务飞机可能确实未曾接收到命令。

2472 然而，若一方发现，敌机违反飞越协定的规定且确定其为医务飞机，则需与上段中的情形区别对待。在此情况下，交战国须尽一切合理努力，向该飞机发出降落命令。此外，该方还可以采取其他措施，例如用战斗机随行迫使飞机降落，或使用近距离通讯传达降落命令。

2473 对于发出命令的方式，不存在特别要求。公约并未对这一技术问题作出规定，但《第一附加议定书》所附《识别规则》的第14条，对此提供了重要而有益的指导。

2474 传达降落命令方面的良好实践包括：以预先批准的频率对命令进行广播，如果事先已就允许飞越敌人领土或敌人占领地事宜达成协定，则该协定除规定飞越敌方领土的所有飞机的航行时间、路线和高度要求外，还会对广播降落命令的具

67 见《第一附加议定书》第27条第2款。
68 见第36条第5款。
69 Doswald-Beck, p. 175.
70 同样，见《第一附加议定书》第30条第1款和《圣雷莫海战法手册》（1994年），规则180。
71 见《第一附加议定书》第27条第2款。

体细节加以规定。如不存在事先协定，发出降落命令的一方须采取一切合理措施，确保控制飞机的人员实际接收到该降落命令。

2475 第36条第4款规定，可以对遵从命令降落的飞机进行检查。但是，本款没有就如何进行这种检查（特别是考虑到与飞机上伤者与病者有关的限制因素）或可出于何种目的进行检查提供任何指导。上述事项除了可以依照第36条的目的及宗旨进行考量外，目前也在《第一附加议定书》第30条中得到规定。[72]在服从命令降落后，医务飞机可能会受到敌方的检查，以确保该飞机专门用于医疗目的。如经检查，该飞机遵守公约规定，则必须允许其立即恢复飞行，不得延迟。[73]检查应迅速进行，以使遵守法律规定的飞机能够迅速继续执行其医疗任务。检查的目的并非不当加重医务飞机的负担，而是为了使敌方能够确认公约的规定得到尊重，因为如果各交战国遵守法律规定，对使用医务飞机的冲突各方都有益处。医疗航空的主要目标之一，是使得迅速后送伤病员以及迅速运送医务人员和设备成为可能。不能因为敌方检查权的行使，而导致上述两类受保护的人员和物体遭受损害——飞机从事不正当活动的嫌疑经查排除时，就更是如此。此外，机组人员对于降落命令的善意遵从，使得敌方有义务允许飞机及时恢复执行其医疗任务。

2476 如果经检查发现，医务飞机越出其人道任务之外用以从事“有害于敌方之行为”，则该飞机就失去了受到“尊重和保护”的权利。在这种情况下，根据《第一附加议定书》相关规则，对该飞机得予拿捕，得俘虏伤者与病者，并按照本公约的一般规则给予机上医务人员和器材相应的待遇。[74]然而，无论何时，采取这种措施的一方仍有责任确保伤者与病者获得其应有的待遇照顾，包括得到医疗救治。[75]此外，《第一附加议定书》第30条第4款最后一句规定，“曾被派为常设医务飞机的任何飞机，被拿捕后仅得用为医务飞机”。如上文所述，第36条项下的某些飞机可能属于“被派为常设医务飞机”的情况。[76]

2477 另一种情况是，检查发现飞机所从事的活动虽然具有人道性质，但不是严格意义上的医疗活动，因此不享有第36条所提供的保护。就规制方式而言，这种情况与前一段中描述的情况所产生后果部分相似。鉴于这些活动的人道性质，很难将这些活动归为有害于敌方之行为。但是，对于临时受指派专用于医疗用途的飞机，若为国家飞机（包括军用飞机），则可能被视为战利品，如为民用飞机，则

72 关于《第一附加议定书》的规定对解释日内瓦四公约有关医务飞机之规定的影响，见第2437段。

73 见《第一附加议定书》第30条第3款。

74 见《第一附加议定书》第30条第4款。

75 见第12条。

76 在这方面，此类飞机与军用医务运输工具，在落于敌人手中后的待遇方面，存在重大区别；见第35条的评注，第2412～2413段。同样，见Schöberl, p. 830。

可能受到收缴。采取拿捕措施的一方始终有责任保证伤者与病者获得其应有的待遇，包括得到医疗救治。[77]

八、第 5 款：非自愿降落

2478 第36条第5款中的“非自愿降落”，是指医务飞机由于天气原因、机械故障或除根据第36条第4款发出降落命令外的任何原因（例如对其发动攻击），被迫在敌人领土或敌人占领地降落。此时，敌方得俘虏伤者、病者，是否可将机组人员作为战俘需视其身份而定。出于军事安全的考虑，有必要对非自愿降落和应命令降落进行区别对待。在保证机上伤病员得到照顾的前提下，与陆上医务车辆在类似情况下的处理相似，飞机本身成为战利品。[78]但是，如果使用医务飞机的是基于第26条或第27条行事的志愿救济团体，则该飞机应视为私有财产，征用权“仅在紧急需要的场合，并在对伤者、病者之福利已有保证后，始得行使”。[79]

主要参考文献

Cummings, Edward R., ‘The Juridical Status of Medical Aircraft Under the Conventional Laws of War’, *Military Law Review, Vol. 66, 1974, pp. 105–141.*

de La Pradelle, Paul, ‘La protection de l’aviation sanitaire en temps de conflit’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 49, No. 585, September 1967, pp. 391–405.

Des Gouttes, Paul, ‘Essai d’adaptation à la guerre aérienne des principes de la Convention de Genève du 6 juillet 1906’, *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 6, No. 72, December 1924, pp. 931–944.

Des Gouttes, Paul and Julliot, Charles-Louis, *Vers une convention internationale appliquant à la guerre aérienne les principes de la Convention de Genève*, Recueil de documents sur la neutralisation des aéronefs sanitaires, ICRC, Geneva, 1925.

Doswald-Beck, Louise, ‘The Protection of Medical Aircraft in International Law’, *Israel Yearbook on Human Rights, Vol. 27, 1998, pp. 151–192.*

Eberlin, Philippe, ‘The identification of medical aircraft in periods of armed conflict’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 22, No. 229, August 1982, pp. 202–215.

Evrard, E., ‘Legal Protection of Aero-Medical Evacuation in War-Time’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 6, No. 64, July 1966, pp. 343–361.

77 见第12条。
78 见第35条第2款。
79 第34条第2款。

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Julliot, Charles-Louis, 'Avions sanitaires et Convention de la Croix-Rouge', *Revue générale de droit international public*, Vol. XIX, 1912, pp. 689–710.

– *Les aéronefs sanitaires et la guerre de 1914*, Pedone, Paris, 1918.

Schöberl, Katja, 'Buildings, Material, and Transports', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary, Oxford University Press, 2015, pp. 825–838.*

Spieker, Heike, 'Medical Transportation', version of March 2013, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

第三十七条

在中立国上空之飞行伤者与病者之降落

公约条文 *

一、冲突各方之医务飞机，在本条第二款规定之拘束下，得在中立国之领土上空飞行，必要时，得在该国领土降落，或用以为停留站。该项飞机之飞越上述领土，应预先通知各中立国，并服从一切水陆降落之命令。仅在冲突各方与有关中立国特别约定之航线、高度及时间飞行时，始免受袭击。

二、但中立国对于医务飞机之飞越其领土或在其领土降落，得规定条件或限制。此项可能的条件与限制对于冲突各方应一律适用。

三、除中立国与冲突各方另有协议外，凡经地方当局之同意由医务飞机运至中立国领土之伤者、病者，如国际法有此要求，应由中立国以适当方式予以拘留，俾彼等不能再行参加战斗。收容与拘禁之费用应由其所依附之国负担。

保留或声明

无

目 录

一、引言 744
二、中立法与医务飞机 745
三、历史背景 746
四、第 1 款：医务飞机飞越中立国领土或在中立国领土降落的条件 746
五、第 2 款：条件或限制的平等适用 750
六、第 3 款：医务飞机降落在中立国领土上时采取的行动 750
主要参考文献 753

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

2479 第37条作为1949年公约新增补的条款，体现了国际人道法的进步。在此之前的几年间，红十字国际委员会在面临某些具体情况时感到有必要制定一项规定，规制医务飞机飞越中立国领土的问题。[1] 本条规定兼顾了两方面重大利益：一方面是人道考虑以及在武装冲突期间便于对伤者病者提供照顾之需求，另一方面则是中立国的权利。

2480 在武装冲突期间，交战国如具备必要能力，可能会设法通过空运的方式将其伤者病者迅速从前线运往本国境内或其他地方的医院。去往医院最直接的路线，即飞行时间最短、能最大限度增加伤者及时获救几率，从而挽救其生命的路线，可能需途经中立国（即非相关国际性武装冲突一方的国家）的领空。[2]

2481 在这种情况下，如果不存在其他国际法规则作出相反规定，中立国就享有拒绝医务飞机通过其领空的绝对权利，尽管此举可能会造成相关人员遭受苦难。[3]

2482 这一问题的核心在于一项由来已久的国际法原则，即编纂于1907年《海牙第五公约》第1条中的“中立国的领土不得侵犯”原则 。中立法上的这项规定与国际法的一般规则相一致，即任何进入一国领空或领土的行为均须经该国事先授权。

2483 还有可能出现的情况是，交战国的医务飞机起初并无进入中立国领空的意图，但由于恶劣天气、机械故障或机上患者出现严重并发症，而不得已入境中立国领空。在这种情况下，由于国际法上亦不存在相反规定，中立国很可能会以其领土绝不容侵犯为由，或是援引中立法上的限制性规定，从而拒绝医务飞机通过其领空，或是拒绝准允医务飞机在其境内降落。

2484 在上述两种情况下，迅速将伤者病者送抵医疗设施的人道要务与中立国之主权及其禁止外国人入境这一衍生权利之间，存在着直接冲突。而对其进行调和的必要性，自1907年开始就《海牙第五公约》第14条和《海牙第十公约》第15条的措辞进行讨论之时起就已经显而易见。[4]《日内瓦第一公约》第37条将上述利益协调之成果扩大到了航空运输领域。此后，第37条的规定在《第一附加议定书》第31条中得到了进一步的澄清和扩充。[5]

1 由于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》未对此进行规定，就需要由战争法专家考量哪些规则可能适用于飞越中立国领土的医务飞机。针对这一问题存在不同观点，其中包括：对伤者病者进行医疗后送的医务飞机应当能够自由进出中立国管辖区；医务飞机应征得进入中立国领空的许可；可以拘禁医务飞机上的伤者病者。See Edward R. Cummings, ‘The Juridical Status of Medical Aircraft Under the Conventional Laws of War’, *Military Law Review*, Vol. 66, 1974, pp. 105–141, at 122 (citing James Molony Spaight, *Air Power and War Rights*, 3rd edition, Longmans, London, 1947, p. 359).

2 关于哪些实体有资格成为“中立国”的更多详细内容，见关于第4条的评注，第三部分第（一）节。

3 见《芝加哥国际民用航空公约》（1944年）第1条：“缔约各国承认每一国家对其领土之上的空气空间具有完全的和排他的主权。”

4 See Doswald-Beck, p. 176.

5 另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则84和规则85；以及《圣雷莫海战法手册》（1994年）规则181、规则182和规则183。

2485 最后必须强调的是，对一些国家而言，其空中“伤员后送”行动自1949年以来已经不断演进，在武装冲突期间收集、后送和照顾伤者病者方面发挥着核心作用，不再像初期时仅仅局限于将伤者从战术交战地区转移到前线部署的医疗设施。许多武装部队凭借固定翼空中运载能力，将伤病亡人员运送到通常远离战场的常设医疗设施，这就可能需要远程飞行并途经中立国领空。[6]因此，为实现公约的人道目标，至关重要的是对这种过境进行协调，并制定明确规则，避免医务飞机在通过中立国领空时，其法律地位处于不确定状态。

二、中立法与医务飞机

2486 中立法对中立国和交战各方的权利和义务进行了规定，因此在规范国际性武装冲突方面发挥着至关重要的作用。依据习惯国际法和协定国际法，中立国有义务阻止本国领土或领空为冲突各方用于任何军事目的。[7]不言而喻，交战各国的军用飞机使用中立国领空，将构成对中立义务之违反，因而属于国际法所禁止的行为。[8]未能遵守这一中立义务，可能会导致交战各国采取措施，防止敌对方出于军事目的进入中立国领土并从中获益。[9]不过，普遍认可的是，如果国际性武装冲突各方使用中立国领空运送伤者病者，那么所有相关国家都不构成违反中立法，因为运输伤病员的唯一目的是减轻与武装冲突有关的痛苦，不可将其视为出于军事目的的行为。

2487 第37条旨在调和中立国所承担的防止出于军事目的滥用其领土的义务和对伤者病者能够以最快方式（最有可能通过空运）进行医疗后送这一人道目标之间的矛盾。因此，第37条明文规定，本条不仅适用于武装冲突各方，也适用于中立国。根据《日内瓦第一公约》第4条，中立国“对于在其领土内所收容或拘禁之伤者、病者、医务人员……，应准用〔日内瓦第一〕公约之规定”。所以，即使中立国领土在其他情况下不可侵犯，中立国也有义务尊重和保护在其领土上冲突各方的伤者病者以及医务人员。其他公约中也同样提到，中立国有权允许伤者病者通过其领土，但须受到某些限制，这些限制旨在保护该国的中立地位，并防止冲突各方为后勤目的滥用中立国领土。[10]

6 此外，具体就第37条而言，必须指出，如果此种运送是根据联合国安理会基于《联合国宪章》第七章所通过授权而开展的军事行动的一个方面，且考虑到联合国会员国有义务采取行动支持安理会的授权，“中立”国的定性可能会因此而变得复杂。在这方面，见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则165。

7 见《海牙第五公约》（1907年）第1条至第5条和《海牙第十三公约》（1907年）第1条、第2条和第5条。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则166和规则167（1）。

8 见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则170（1），第一句：“禁止交战国军用飞机（包括无人驾驶飞机或无人驾驶战斗机）或导弹侵犯中立国领空或者从中立国领空过境。”

9 见《海牙第五公约》（1907年）第10条和《海牙第十三公约》（1907年）第8条。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则168和规则169。

10 《海牙第五公约》（1907年）第14条。

三、历史背景

2488 1930年在布鲁塞尔举行的第14届红十字国际大会提出了对医务飞机飞越中立国领土这一问题进行规制的要求。会后拟订的一项非正式提案指出，应允许医务飞机自由穿越中立国领空，条件是有关中立国能够行使某种控制权，即类似于交战国对在其领土上空飞行的敌方医务飞机所行使的控制权。[11]

2489 根据这项提案，1946年国家红会预备会议建议，在《日内瓦第一公约》中加入一条类似于1907年《海牙第五公约》第14条的条款。[12]1947年政府专家会议接受了这一主张，但前提条件是，中立国预先得到医务飞机飞越其领土的通知，且医务飞机须服从中立国发出的任何降落命令。[13]

2490 1948年斯德哥尔摩会议所批准的草案沿用了上述主张，并补充规定，中立国有权就医务飞机通过其领空制定并适用相应条件与限制，但该项条件或限制须对冲突各方平等适用。[14]1949年外交会议期间提出的一项放宽上述条件的建议未能得到认可。[15]

四、第1款：医务飞机飞越中立国领土或在中立国领土降落的条件

2491 第37条虽然反映了为促进保护伤者病者之人道目的所做出的努力，但同时也反映了维护中立国权利的必要性。由于存在上述两方面同样重要的考量因素，不可能对中立国强行施加无条件允许符合医务飞机条件的飞机在其领土上空飞行的义务。[16]同时，允许中立国通过全体大会来决定准许或拒绝医务飞机使用其领空，亦被视为不具可行性。

2492 商定的解决方案是，制定一条一般性的规定，允许交战国的医务飞机飞越中立国领土、在必要时降落，或将中立国领土用作停留站。[17]第37条确保了中立国不会因为允许医务飞机飞越其领土或在其领土降落而违反中立法，同时也赋予了中立国对医务飞机设置限制或条件的权利。

11 《1946年国家红会预备会议报告和文件》，第42～43页。另见《1946年国家红会预备会议纪要》第I卷，第113～114页。

12 《1946年国家红会预备会议纪要》，第114页。

13 《1947年政府专家会议报告》，第47页。

14 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第44页。

15 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第86～87页。

16 关于某飞机构成医务飞机所需满足之条件的分析，见关于第36条的评注，第三部分和第四部分第（一）节。

17 因此，目前的条文规定医务飞机有权飞越中立国，但须事先达成协定，明确规定航线、高度和时间。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第197页。

2493 根据第37条第1款，医务飞机得“在中立国之领土上空飞行”，即飞越该国领空。结合国际法的有关规定，“领空”一词是指陆地、内水和领海上空的空气空间。[18]

2494 此外，医务飞机可将中立国的领土用作“停留站”，即在继续飞行之前为了将伤者病者从一架飞机转移至另一架飞机，或是为给飞机补充燃料等目的而中途停留的站点。[19]在这种情况下，得适用第4条所规定的权利和义务。

2495 第37条第1款对交战各国使用中立国领空规定了三项明确的、须同时满足的条件，这三项条件都源自第36条。

2496 第一，交战各国医务飞机如欲安全通过中立国领空或在中立国领土上降落，须预先就此向中立国对此作出通知。至于通知的形式、何时发出通知、由谁发出或向谁发出通知，第37条均未作具体规定。这似乎可以为履行该义务提供最大程度的灵活性，但要求交战各国为确保中立国主管当局切实收到通知而善意行事。第37条中并无明文规定，要求使用医务飞机的国家，在发出通知之后，必须等待中立国确认收到通知。但是，除紧急情况外，这一要求是隐含在第37条第2款中的，该款允许中立国对医务飞机的通过或降落设置条件或限制。按照善意实施条约的一般义务，应依据进入中立国领空时的具体情况（是预先计划还是时间紧迫），来决定所通知中立国机关的级别以及通知发出的时间，从而尽最大可能使中立国有机会（且因而有义务）对通知作出回应。如第37条第1款条文所示，只有在“必要时”才准许在中立国领土降落，亦即不可仅仅是为了方便或出于偏好而降落。所谓“必要”，可能与飞机的技术需求等因素有关，也可能与伤者病者的医疗需求有关。

2497 第二，医务飞机必须服从中立国发出的任何降落命令。[20]中立国发出此类命令，可能除检查飞机之外，同时还具有履行其中立法上的义务的目的。与上述第一项条件一样，第37条也未对命令发出的主体及时间作出规定。但是，可以合理认为，与交战国一样，中立国亦有善意适用本条规定之义务。因此，降落命令应在当时条件允许的范围内尽可能迅速地发出，并采用最有可能令医务飞机遵从该降落要求的命令方式。[21]因为医务飞机收到降落命令时，其负责人可能出于某些顾虑而不愿遵守，例如担心延误会对伤者病者的伤情病情造成不利影响，或是担心会被中立国拘禁。

18 就解释第37条第1款而言，“中立国之领土”的概念不包括用于国际航行的海峡上方的空气空间，也不包括指定的群岛海道上方的空气空间。根据1982年《联合国海洋法公约》第38条第1款和第53条第1款至第3款规定的条件，医务飞机本就有权在上述区域飞行。另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则84。

19 “停留站”的定义，另见*Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 1118。

20 另见《第一附加议定书》第31条第1款。关于本条的澄清，见Doswald-Beck, p. 177 （“对医务飞机遵守降落命令的责任有……简单提及，但未明确规定发出降落命令的目的仅能是对飞机进行检查”）。

21 更多详细内容，见关于第36条的评注，第七部分。

2498 如下文所述，在理想情况下，医务飞机飞越中立国领土是根据与冲突各方事先达成的协定进行的。如经此种协定授权（即敌对交战国基于机长向中立国当局作出的保证，已事先同意允许飞机继续飞行），中立国可对飞机负责人发出的继续飞行的请求予以批准。批准这一请求确实有可能与中立国阻止冲突各方将其领土用于军事目的的国际法律义务相冲突，因为中立国只能基于机长所言对机上乘员和货物的性质作出判断。但是，为了协调人道利益与中立义务，中立国仍可发出降落命令、对飞机进行检查，以此作为允许其恢复飞行的先决条件。即使飞越是根据事先达成的协定进行的，也需要遵守降落的要求。因此，总而言之，即使在交战各国与中立国之间达成的协定当中包含基于机长保证的“继续飞行”条款，这也不会完全消除中立国命令飞机降落以接受检查的可能性，但将极大减少这种情况发生的几率。所以，从根本上而言，评定中立国是否仍有权为检查目的命令医务飞机降落，需要以各项个案当中所达成的具体协定为框架。

2499 第三，如第37条第1款第三句所述，医务飞机仅在冲突各方与有关中立国特别约定之航线、高度及时间飞行时，始受中立国及冲突各方之保护，免受袭击。[22]这一要求的措辞与第36条第1款的措辞一致。

2500 第37条第1款第一句与第三句之间的关系，需要作出审慎分析。根据第一句，医务飞机有权飞越中立国领土或在中立国领土降落；而第三句中规定，医务飞机免受攻击的地位取决于事先达成的协定。但适用第三句中所规定的达成协定的要求，并不意味着否定第一句赋予医务飞机的权利。

2501 第37条第1款第三句中所规定的“协定”将采取公约第6条所规定的特别协定的形式。“冲突各方与有关中立国”的措辞并不必然意味着协定须为多边协定，即中立国与国际性武装冲突各方之间达成的协定。双边协定的形式也可采用，即中立国与有关冲突一方之间签署协定。[23]

2502 最后，在没有事先达成协定的情况下，中立国允许武装冲突一方的医务飞机飞越，并不构成中立国对其中立法上的义务的违反。由于给予医务飞机飞越许可纯粹是出于人道考虑，因而不能将其视为给予冲突一方军事利益的行为。

2503 必须指出的是，要求事先达成协定，是第37条颇有争议的一个方面。因为这一要求可能会被理解为，在未达成此种协定的情况下，中立国就有权采取一切视为必要的措施，以阻止不满足此项要求的医务飞机使用其领空。[24]如上所述，这

22 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第214页。

23 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 295.

24 关于医务飞机在没有协定（或偏离协定条款）的情况下飞越中立国领土的情况，见《第一附加议定书》第31条第2款至第3款，以及《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则85和《圣雷莫海战法手册》（1994年）规则182。

可能会否定第37条第1款第一句赋予医务飞机的权利。与此同时，虽然本款第一句本身就赋予了医务飞机有关权利，但第三句所述协定为其提供的保护显然最为全面，包括防止飞机受到袭击或任何其他可能干扰飞机飞行的措施。因此，关于最后这项条件，必须强调的是，根据第36条的规定，医务飞机即使是在不存在事先协定的情况下飞越中立国领土，或是其飞越不满足预先商定的安排，对其进行攻击也应始终视为保护中立国主权利益的最后手段。

2504 此外，虽然中立法没有规定中立国是否可以采取行动防止医务飞机未经许可飞越其领土，但中立国针对医务飞机的任何攻击都必须遵守可适用的国际人道法规则。特别是，第37条第1款第三句中所使用的在约定之“航线……飞行时，始免受袭击”这一措辞，绝非是对中立国遵守敌对行动规则之义务的免除，此类规则包括攻击对象仅限于军事目标、要求在攻击时采取一切可行的预防措施等。因此，由于专用于医务（运输）活动的飞机不构成军事目标，如果中立国知悉或本应知悉此类飞机的受保护地位，则即使其飞行侵犯了本国主权，对其实施蓄意攻击的行为也仍须视为不法行为。

2505 《第一附加议定书》第31条第2款澄清了关于医务飞机在没有协定或违反协定条款的情况下飞越中立国领土的规则。[25]该款规定在上述情况下，医务飞机应尽一切努力将其进入中立国领空的情况向中立国发出通知，并要求中立国为避免采取不得不对其进行攻击的最后手段而作出一切合理努力，例如可命令医务飞机降落接受检查。[26]

2506 据此，虽然医务飞机进入中立国领空并非完全以中立国与冲突各方之间订立特别协定为前提，但将医务飞机的存在和意图通知中立国，有助于避免产生怀疑。向中立国通报飞行时间、航线和高度，将最大限度地减少中立国将医务飞机误认作交战国军用飞机或侵犯其主权的不明身份飞机的风险。

2507 此外，还可能出现的情形是，医务飞机出于必要而在没有计划的情况下进入并（或）降落于中立国领土。例如，一架医务飞机原计划绕行中立国领土，因此没有必要事先与中立国达成协定。但是，由于导航错误，飞机意外进入中立国领空，或由于机械故障而迫降在中立国领土上。机上伤病员突然意外出现医疗紧急情况，也可能导致此类情形。虽然交战国和中立国之间事先没有达成协定，但中立国将攻击医务飞机作为首选措施是为国际法所禁止的。此时，中立国将另产生对飞机进行识别、并向其发出降落命令从而加以检查的义务。

25 关于《第一附加议定书》中医务飞机相关规则对解释日内瓦四公约中医务飞机相关规则所产生影响的讨论，见关于第36条的评注，第2437段。

26 另见《空战和导弹战国际法手册》（2009年）规则85(1)，第二句：“一旦该飞机被中立国识别为医务飞机，则不得受到攻击，但有可能被要求着陆接受检查。”

五、第 2 款：条件或限制的平等适用

2508 根据第37条第2款规定，中立国“对于医务飞机之飞越其领土或在其领土降落，得规定条件或限制”。从逻辑上说，所规定条件或限制的内容应涉及航线、高度、降落、检查或时间，或将上述各方面相结合。根据中立义务的总体性质，与冲突一方医务飞机使用中立国领空有关的所有条件和限制，不仅必须在内容上对所有交战国是相同的，而且还必须根据第37条第2款对所有交战方平等适用。[27]

2509 对所有交战国医务飞机平等适用条件或限制是中立性的一个重要方面，也是中立法所固有的、更广泛的平等对待原则的一个组成部分。若此类条件与限制在表述方式或适用上对不同交战国有所区别，则很可能被交战国视为中立国不利己方的差别对待，并可能因此转而对中立国的中立性提出质疑。

2510 中立国对医务飞机飞越其领土或在其领土上降落设置条件或限制的权利，必然意味着其须同时承担善意义务，即所设之条件须适当，以为医务飞机的飞行提供便利。因此，若中立国利用这一权利设置事实上导致医务飞机（几乎）无法行使第37条第1款第一句项下之权利的条件或限制，将有悖于第37条的目的及宗旨。

六、第 3 款：医务飞机降落在中立国领土上时采取的行动

2511 医务飞机一旦降落在中立国领土上，无论原因为何，中立国当局均可对其进行检查，旨在核实飞机是否确为医务飞机。确为医务飞机的，得继续飞行；否则，得予拿捕。[28]不管具体情况如何，飞机上的伤者病者如果经地方当局同意后下机，则均适用第3款规定；相反，如伤者病者留在舱内，则不适用该款。[29]关于与检查相关的种种详细情况，见《第一附加议定书》第30条。

2512 由于中立国有权决定是否有必要对此种飞机进行检查，因此，如果一架医务飞机在不需要检查的情况下被命令降落，就有些不合逻辑。如果要求飞机降落的一方没有进行检查，则可以解释为发出降落命令可能是出于其他不法原因。所以，对飞机进行检查，可以在命令其降落后实施；而在飞机非自愿降落后实施，也是合法的。在地方当局同意的前提下，可能导致伤者病者下机的情况各种各样。无论是何种情形，第37条第3款规定，“如国际法有此要求，应由中立国以适当方式予以拘留，俾彼等不能再行参加战斗”。

27 另见《第一附加议定书》第31条第5款。

28 Yves Sandoz, ‘Rights, Powers and Obligations of Neutral Powers under the Conventions’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 85–108, at pp. 100–101.

29 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案增编》，第4页。

2513 关于“地方当局”一词究竟包括哪些主体，公约没有进行明确规定。在实践中，有权同意伤者病者从中立国领土上的医务飞机下机的主体为何，取决于该国的国内组织架构。如果伤者病者出于医疗需求而有必要下机，例如由于检查造成了延误，则根据第4条似乎很难设想出可合法拒绝给予此种同意的情况，因为该条要求中立国“尊重和保护”其领土上的伤者与病者（准用第12条）。[30]如上所述，在未订立准许继续飞行之特别协定的情况下，第37条似乎规定了医务飞机有义务遵从降落命令。在此种情况下，降落命令暗含同意伤者病者下机之意。否则将产生不合逻辑的结果：亦即中立国要求飞机降落后，由于不存在特别协定而禁止其继续飞行，但却要求乘员留在舱内，这就几乎必然会导致伤病员的医疗需求始终无法得到满足。对于从医务飞机上下机的交战国伤者病者，中立国有义务“以适当方式”予以拘留，“俾彼等不能再行参加战斗”，但该义务受“如国际法有此要求”这一条件的限制。加入这一限定，是为了确保本款规定与1907年《海牙第五公约》第11条规定保持一致，后者已就中立国拘禁进入其领土的交战国部队作出一般性规定。[31]对《海牙第五公约》条款的现状进行考察，不在本评注涵盖的范围之内，[32]唯一可以注意到的是，自1907年以来，各国本身并未公开重新审查这些规则是否仍然反映了法律的要求。[33]对于机组成员为平民的情况，第37条并未规定需如何处理，有观点认为，国际法上不存在有关这一问题的明确规定。[34]

2514 基于适用于中立国的义务，所要实现的目标是：伤者病者“不能再行参加战斗”。对于中立国为实现这一目标所需采取的具体措施，公约没有进行规定。在《日内瓦第二公约》中，关于伤者病者最终可能落入中立国手中的其他事实情况，存在两种不同的表述。第一种是，《日内瓦第二公约》第15条规定，中立国“应保证”中立国军舰或中立国军用飞机上的伤者、病者或遇船难者“不再参加战争行动”。此外，《日内瓦第二公约》第17条第1款规定，经地方当局之许可，在中立国港口登陆之伤者、病者或遇船难者“应由中立国加以看守”，务使“彼

30 如果医务飞机上有死者，《日内瓦第一公约》第4条规定中立国准用公约中可适用于死者的规定。对于飞机上的医务和宗教人员也是如此。更多详情，见关于该条的评注，第三部分第（三）节第3项和第三部分第（三）节第4项。

31 1907年《海牙第十公约》第15条和1923年《海牙空战规则草案》第43条也有类似的规则。

32 关于历史分析，见Dwight S. Mears, ‘Neutral States and the Application of International Law to United States Airmen during World War II. To Intern or Not to Intern?’, *Journal of the History of International Law*, Vol. 15, No. 1, 2013, pp. 77–101. See also K.V.R. Townsend, ‘Aerial Warfare and International Law’, *Virginia Law Review*, Vol. 28, 1941–1942, pp. 516–527, at 518–520.

33 日内瓦四公约的起草者有意决定不涉及中立法的实质内容，而是在若干规则中对其进行交叉引用。更多详情，见关于第4条的评注，第910段及第三部分第（三）节第2项。

34 Yves Sandoz, ‘Rights, Powers and Obligations of Neutral Powers under the Conventions’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 191–205, at 101.

等不能再参加战争行动”。然而，由于这些条款互相关联，尽管其在用语上存在差异，但在解释上也必须统一，即中立国在类似情形下承担相同的义务。[35]否则，将导致这三项规定虽然涉及的是中立国基本相同的情况，但在解释上却存在不一致的情形。

2515 上述表述产生的实际问题是，为实现伤病员不能再参加战斗的目标，是否有必要剥夺有关人员的自由？亦即，第37条第3款中使用的更为严格的“拘留”一词在解释这三项规定时是否具有优先地位？在1949年外交会议期间，有人指出公约未采用“拘禁”（“internment”）一词。与此同时产生的疑问是，从实践的角度，是否可以将公约中的拘留（“be detained”）与拘禁归结为同一件事：“如果不对伤病员实行拘禁，又该如何阻止其参战？”[36]拘禁是在武装冲突局势中出于安全原因而实施的非刑事、非惩罚性的拘留，[37]但这也无疑是为阻止人们进一步参加战争行动而所能采取的最具侵犯性且最为严厉的措施。不过，结合具体情况进行判断时，拘禁可能并非必要措施。在条件允许的情况下，中立国必须探寻替代性措施，例如要求有关人员定期到警察局报到，或将其限制在所居住的设施当中，并同时对其进行电子监视。中立国对其在第37条第3款项下的义务进行评估时，应将拘禁仅仅视为其可诉诸的最后手段，也就是说，只有在拘禁是实现目标的唯一途径时，才能予以采用。[38]

2516 如存在拘禁的绝对必要，且不碍及中立国之愿对彼等予以更优惠之待遇，有关人员之待遇应视同战俘。[39]如诉诸拘禁，1907年《海牙第五公约》第11条和第12条项下其他各款的规定均得适用。

2517 如果另有协议约定（“除中立国与冲突各方另有协议外”），那么即使国际法有相关要求，中立国也不得拘留伤者病者。与第37条第1款所述协定的情况相

35 《维也纳条约法公约》（1969年）第31条第1款：“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。”

36 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第249页（荷兰）。

37 See ICRC Opinion Paper, ‘Internment in armed conflict: basic rules and challenges’, November 2014, available at www.icrc.org/en/document/internment-armed-conflict-basic-rules-and-challenges.

38 Conférence internationale de la Paix, La Haye, 18 May–29 July 1899, Sommaire général, Troisième Partie, Deuxième Commission, p. 80:

> Ce que le comité de rédaction désire, c’est que les blessés, les malades et les naufragés soient déclarés incapables de servir.Ce n’est pas une raison de les garder indéfiniment sur le territoire neutre. … C’est imposer un devoir trop lourd aux neutres que de les obliger à garder pendant toute la durée de la guerre les naufragés, blessés ou malades.Il faudrait trouver des garanties suffisantes sans exiger ce sacrifice des Puissances neutres.
>
> （起草委员会希望伤者、病者和遇船难者被宣布为无服役能力。这并非将其无限期扣留于中立国领土上的理由。……这迫使中立国在整个战争期间看守伤者、病者和遇船难者，为相关国家施加了极为沉重的负担。必须找到充分保障，确保中立国不需要作出此种牺牲。）

39 见《日内瓦第三公约》第4条丑款第2项。

同，本款所述协议并非（中立国与冲突一方之间的）双边协议，而是（中立国与所有冲突各方之间的）多边协议。中立国都必须始终认识到并承诺履行第4条所规定的义务。

2518 第37条未对医务飞机上任何医务人员或死亡人员的境遇进行规定。[40]若中立国收容和拘留伤者病者，无论在何种情况下，由此产生的费用均应由伤者病者所依附的国家，即在接受中立国管辖之前伤者病者服役的国家来承担。[41]在大多数情况下，“所依附之国”为其国籍国。但是，在代表其国籍国以外的其他国家作战的情况下，相关个体之食宿及拘禁费用应由其所代表的国家承担。[42]

主要参考文献

见关于《日内瓦第一公约》第 36 条的评注中的主要参考文献。

40 关于他们的地位和待遇，见关于第4条的评注，第三部分第（三）节第3项和第三部分第（三）节第4项。
41 另见美国《战争法手册》（2015年）第9.1.2.1段。
42 同样，见1907年《海牙第十公约》第15条第2款和《日内瓦第二公约》第40条第3款。

第七章
特殊标志

2519 第七章是关于特殊标志的使用和保护的规定。本章重申了标志的保护功能，并明确了对其使用所施加的限制。“特殊”一词用于描述标志的保护性和识别性这两种使用方式。

2520 第38条确认，白底红十字或红新月是一国武装部队医务部门使用的特殊标志。[1]第39条规定了武装部队医务部门应如何使用标志。

2521 第40条对上述条款作出了详细说明，规定了各种识别手段（臂章和身份证）及其所需具备或理想情况下应具备的特征。本条规定的措施旨在使武装部队常任医务人员和宗教人员能够在战场上或落于敌方手中时得以识别，从而受益于其根据第24条所应享有的尊重和保护。

2522 第41条规定，第25条所述辅助医务人员也可以佩戴印有红十字或红新月标志的白色臂章。

2523 第42条详细规定了依本公约第19条受尊重和保护的军事医疗队及医疗所应如何以及在哪一主体的控制下展示作为保护手段的特殊标志。本条要求冲突各方在军情许可的条件下，确保特殊标志易为敌方武装部队所辨识。

2524 第43条规定的是中立国国家红十字会和红新月会或其他志愿救济团体的医疗队，经获准依照第27条的规定协助某一冲突方时，应如何使用标志的问题。

2525 第44条对一项一般规则予以重申，即特殊标志作为保护手段，仅得用于标明《日内瓦第一公约》以及其他日内瓦公约及其附加议定书所规定的医疗队及医疗所、人员和器材。重要的是，该条还规定了各国红十字会和红新月会在何种情况下可将特殊标志用作识别手段，并允许红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会不论何时均可使用特殊标志。

2526 最后应指出的是，第九章第53条和第54条涉及特殊标志的不当使用问题，《第一附加议定书》第18条及其附件对本章内容进行了补充。

1 自1980年以来，没有任何国家使用公约第38条中提及的红狮与日标志。另一个标志——红水晶——由2005年《第三附加议定书》创设，其使用规则与原有的两种标志相同。

第三十八条
本公约之标志

公约条文 *

一、为对瑞士表示敬意，白底红十字之旗样，系将其联邦国旗翻转而形成者，留作武装部队医务部门之标志与特殊记号。

二、但各国如已采用白底红新月或白底红狮与日以代替红十字之标志者，此等标志亦为本公约规定所承认。

保留或声明

孟加拉国：1988 年 12 月 20 日作出声明；[1] 伊朗伊斯兰共和国：1980 年 9 月 4 日作出声明；2000 年 9 月 12 日发出通告；[2] 以色列：1949 年 12 月 8 日签署公约时作出保留，并于批准时对该项保留予以维持。[3]

目 录

一、引言 758
二、历史背景 759
（一）特殊标志的制定 759
（二）标志的性质 760
（三）标志样式和地位 761
三、讨论 762
（一）1949 年之后采用另一个标志 763
（二）标志的平等地位 764
（三）使用“双重标志” 764
（四）红水晶标志 765
主要参考文献 766

1 瑞士联邦外交部于1989年1月9日发出的通告：“孟加拉常驻日内瓦联合国代表团在1988年12月20日的照会中通知瑞士政府，孟加拉人民共和国政府决定，从今日起使用红新月代替红十字作为标志和特殊记号。”

2 1980年9月4日，伊朗伊斯兰共和国政府宣布，即日起本国希望使用红新月而非红狮与日作为特殊标志和记号。伊朗伊斯兰共和国政府在其2000年7月23所作的通告中指出，“如有新增得到批准的特殊标志”，本国“保留其再次使用红狮与日标志的权利”。

3 United Nations *Treaty Series*, Vol. 75, p. 436：“但有一项保留，即在尊重公约的特殊标志和标记不可侵犯的同时，以色列将使用红大卫盾作为其武装部队医务部门的标志和特殊记号。”

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

2527 第38条确认，将白底红十字作为一国武装部队医务部门使用的特殊标志。首次提出希望制定一个统一的单一标志，以加强对伤者、病者和军事医务部门人员的保护，是在起草1864年初版《日内瓦公约》之前。此种统一的特殊标志在1864年版的公约中得以制定，并在后续经修订的公约中得到纳入和进一步发展。第38条的内容体现了有关特殊标志的这些详细规定。

2528 此外，第38条第2款认可，对于在第38条通过时已采用红新月标志或红狮与日标志的国家，可以此代替红十字标志。对这些国家而言，红新月标志和红狮与日标志在《日内瓦第一公约》下与红十字标志享有同等地位。[4]当时的意图是公约的新缔约国使用红十字标志，而后两种标志仅在少数例外情况下采用。然而在实践中，各国都采用了最适合本国国情的标志。目前，所有的特殊标志都享有平等地位。[5]

2529 对红十字之外的特殊标志也予以正式承认，反映出部分缔约国在使用红十字标志时，在历史、意识形态和（或）实践层面所遇到的困难，也反映出负责各日内瓦公约谈判的代表为寻找适当解决方案所作的努力。实践中，红十字标志是各国武装部队医务部门使用最为广泛的特殊标志，不过也有相当一部分的缔约国采用红新月标志。

2530 所有特殊标志都应视为代表中立性和保护的记号，而不具有任何宗教、意识形态或其他党派意义。尽管经第38条承认的多种特殊标志均旨在表明中立性，但也给各缔约国以及国际红十字与红新月运动（以下简称“运动”）的成员带来了诸多实际困难。在某些情况下，标志性质受到误解，从而减损了其保护价值，削弱了其代表普世价值的作用。2005年新增的特殊标志红水晶，帮助解决了上述困境。向前积极迈出的这一步，必须辅之以持续努力，才能确保所有特殊标志的特殊含义及中立地位得到广泛了解。

4 1949年日内瓦四公约中关于红十字标志之使用的其他条款，也规定红新月标志和红狮与日标志与红十字标志具有平等地位。

5 《第三附加议定书》第2条第1款确认了这一点。“特殊”一词同时用于描述标志的保护性使用和识别性使用。例如，《第三附加议定书》序言部分第7段和第9段以及《第三附加议定书》第3条（关于第三议定书标志的识别性使用）都确认了这一点。1977年《第一附加议定书》第18条第7款提及《日内瓦第一公约》第44条所规定的“平时……使用特殊标志”。然而，值得注意的是，1977年《第一附加议定书》第8条第1款规定，在该议定书中“特殊标志”一词是指用于发挥保护作用的标志。

二、历史背景

(一)特殊标志的制定

2531 早在1864年初版《日内瓦公约》通过之前，在战场上以单一颜色的旗帜标明医院和救护车的做法就时有出现，旗帜颜色因具体情况和国家而异。1864年《日内瓦公约》的起草者和红十字运动的创始人认识到，需要采用一个统一的国际标志，作为表明医务人员（及其设备）和伤者享有免受攻击之豁免的有形记号。[6]

2532 白底红十字标志产生于1863年10月26日至29日在日内瓦举行的第一次红十字国际大会上，该会议为运动奠定了基础。[7]次年，在起草初版《日内瓦公约》的外交会议上，正式采用白底红十字作为所有军事医务人员、军队医院和救护车的单一特殊标志。[8]

2533 运动的创始人以及初版《日内瓦公约》的起草者，旨在创制一个不具有任何宗教、文化或其他党派意义的标志。[9]但很快，事实表明，某些国家不愿意接受并使用新制定的白底红十字这一特殊记号。实际上，在采用红十字标志之后不久，一个新标志——白底红新月——就开始得到启用。[10]

2534 1906年的外交会议对1864年《日内瓦公约》进行了第一次修订。会议期间，采用单一的统一标志之必要性得到了支持，但在实践中，奥斯曼帝国继续使用红新月标志，而波斯（现伊朗伊斯兰共和国）则继续使用红狮与日标志。[11]

2535 到1929年外交会议召开时，根据土耳其、波斯和埃及代表的提议，修订版公约正式采用了红新月标志和红狮与日标志。[12]上述两个新增的标志，本是仅供提议的三个国家使用。[13]不过，在修订版公约通过后不久，显然又有几个国家希望使用或实际上已经在使用替代标志。[14]

6 甚至在更早的1857年，在克里米亚战争中开展工作的军医吕西安·鲍登斯（Lucien Baudens）就曾强调，各国医务人员需要有一个统一的特殊记号。Bugnion, 2007, p. 3.

7 1863年日内瓦国际大会决议第8条规定，附属于部队的志愿医务人员“不论在何国家，……都应佩戴带有红十字的白袖标，作为统一的特殊记号。”该会议的建议包括“应承认一个适用于所有部队的医疗队，或至少适用于同一部队中属于该医务部门的所有人员的统一特殊标志；所有国家的救护车和医院也应采用统一的旗帜”。

8 《日内瓦公约》（1864年）第7条。

9 1864年《日内瓦公约》和红十字标志的制定，旨在代表人们认为具有普遍性的标准。可以理解的是，该公约是其时代的产物，反映了欧洲的基督教传统（Kosuge，第75页）。当然，初版《日内瓦公约》所反映的人道价值观也体现在世界各地的传统中。

10 第一次使用红新月标志是在1877年至1878年的俄土战争期间，当时奥斯曼帝国选择使用白底红新月作为其武装部队医务部门的标志（尽管奥斯曼帝国已经未作保留地加入了1864年的公约）。奥斯曼帝国的士兵将红十字标志视为一种冒犯，因为该标志使他们联想到了中世纪十字军所使用的标志。

11 1906年外交会议核准各国对有关特殊标志的条款提出保留，奥斯曼帝国和波斯分别选择对红新月和红狮与日提出保留。Bugnion, 2007, p. 11.

12 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第19条。

13 Bugnion, 2007, p. 11.

14 1931年，红十字国际委员会注意到巴勒斯坦成立了一个使用红大卫盾作为其标志的救济团体。1935年，阿富汗要求对红拱门会（使用白底红色清真寺标志）予以承认。Bugnion, 2007, p. 13.

2536 现行条款的措辞是于1949年商定的，与1929年版的公约约文十分相似。与1929年公约一样，1949年公约也旨在规定红十字继续作为主要的特殊标志，而红新月标志和红狮与日标志则作为适用范围有限的例外情形。然而，在1949年通过《日内瓦第一公约》之后的数年里，显而易见的是，如果以鼓励各国普遍接受日内瓦四公约为总目标，那么就不能继续限制后两种标志的使用；在采用红新月标志的国家日益增多的情况下更是如此。多年之后，另一个新的特殊标志红水晶于2005年得到采用，部分原因是为了限制迅速增加的特殊标志。[15]现在，各特殊标志之间没有效力之别，具有平等的地位。[16]

（二）标志的性质

2537 第38条规定的特殊标志具有多元性，优缺点显而易见，其中许多方面已在1949年以来的实践中得到证实。尽管自1980年以来没有任何国家使用过红狮与日标志，[17]但随着时间的推移，使用红新月标志的国家有所增加。[18]一方面，可以得出的结论是，正式承认红新月标志使得日内瓦四公约为更多国家所接受，并使得更多的国家红会得到了运动的承认。但另一方面，两种特殊标志事实上的共存可能会在某种程度上削弱其中立意义和保护价值，从而产生潜在的危险后果。[19]

2538 实践表明，采用红新月标志的国家中虽然没有人口以非穆斯林为主的国家，但一些人口以穆斯林为主的国家也会选择使用红十字标志。[20]此外，使用红十字标志的一些国家主要信仰印度教、佛教、神道教或道教，[21]或者主要是本土信仰或其他信仰，或者是正式的无神论国家。[22]虽然这些示例有助于加强红十字标志作为中立记号的本意和地位，但其中一些国家的国家红会有时会遇到行动上的困难，这在一定程度上可能是其使用红十字标志所引起的。

2539 第38条明确规定，特殊标志是武装部队医务部门的特殊记号。日内瓦四公约及其附加议定书的其他条款规定了有权使用特殊标志的其他个人和机构，包括运

15 见《第三附加议定书》。

16 进一步讨论详情，见下文第三部分第（二）节。

17 1980年，伊朗伊斯兰共和国宣布采用红新月标志取代红狮与日，同时保留今后恢复使用红狮与日标志的权利。见脚注41。

18 2015年，33个缔约国使用了红新月标志。

19 除了法律方面的关切外，实践经验表明，标志如果与冲突一方或另一方联系在一起，在战场上获得的尊重就会相对较少。在冲突各方使用不同特殊标志的情况下，这一点尤为明显。Bugnion, 2007, p. 30.多种标志的存在有可能破坏运动的统一性。

20 这些国家包括布基纳法索、印度尼西亚、黎巴嫩、马里和尼日尔。

21 例如，印度（以印度教为主）和日本（以佛教和神道教为主）。

22 例如，中华人民共和国。

动的成员。[23]然而，武装部队医务部门被视为标志的主要使用者，[24]若干国内立法实例证实了这一观点。[25]

2540 必须注意的是，虽然设立特殊标志的目的是方便识别国际人道法所规定的某些类别的受保护人员和物体，但标志本身并不赋予这种保护。[26]

（三）标志样式和地位

2541 第38条规定，红十字标志为“白底红十字之旗样，系将其联邦国旗翻转而形成者”。本条对红十字标志的样式未作严格定义，但实践中红十字标志通常由一个双臂等长的红十字组成，并由白底完全包围。[27] 1864年《日内瓦公约》经1906年修订后，第18条确认红十字记号乃是瑞士国旗的翻转，这就为标志的形状或样式提供了一些指导。这一规定的实质内容在后续修订中得以保留，而且也有助于重申该标志的非宗教性质。红新月标志、红狮与日标志的确切形式同样也没有界定。[28]本公约并没有规定特殊标志必须使用哪种特定的红色色度。关于标志使用的国内立法可以对各自标志的样式作出更详细的说明。[29]

2542 自1906年以来条约中所使用的“旗样”（‘heraldic emblem’，即纹章标志）一词，旨在增强红十字记号的非宗教性质。实践中，此种用词也达到了使红十字标志与官方纹章具有同等地位的效果，[30]从而起到鼓励各国颁布立法以保护

23 例如，见《日内瓦第一公约》第44条。《第一附加议定书》第18条和第8条一起解读，可以得出的结论是，有权使用标志的人员包括平民医务人员、医疗队和运输工具。

24 关于特殊标志的第二种用法（称为“识别性”使用），见关于第44条的评注，第四部分。运动的组织一般将标志用于识别性用途。

25 例如，见若干国家关于标志使用的国内法律，包括：波黑《标志法》（2002年）；格鲁吉亚《标志法》（1997年）；危地马拉《标志法》（1997年）及其修正案；哈萨克斯坦《标志指令》（2002年）。

26 《第一附加议定书》附件一第1条第2款（《识别规则》，1993年11月30日修正案）实际上支持这一基本观点。另见关于《日内瓦第一公约》第39条的评注，第2578～2579段。

27 “联邦国旗翻转”的表述，并不旨在表示（因本条规定了瑞士联邦国旗）红十字标志的样式就应遵循瑞士联邦国旗的旗样样式。事实上，在武装冲突及其他局势下，对于标志样式的规定保有一定程度的灵活性更为可取。原因是显而易见的——如果对红十字标志的样式进行严格界定，有关方面可能会以所展示标志不符合规定尺寸为由，为其攻击本公约所保护之装置的行为进行辩解。同样，不法之徒还可能会利用标志的严格定义，将尺寸稍大或稍小的红十字标志用于商业目的。

28 《第一附加议定书》附件一第4条至第5条提供了红十字、红新月以及红狮与日标志的图样，各缔约国可将其作为指南。更为详细的指南，见Philippe Eberlin, *Protective Signs*, ICRC, Geneva, 1983, and Gérald C. Cauderay, *Manual for the Use of Technical Means of Identification by Hospital Ships, Coastal Rescue Craft, Other Protected Craft and Medical Aircraft*, ICRC, Geneva, 1990.另见《标志规则》（1991年）第5条。

29 在英美法系国家，例如英国和澳大利亚，将红十字标志的样式规定为，由四周完全为白色底色，中间为横竖双臂等长的红色十字所构成。上述立法还规定了其他特殊标志的样式。举例而言，关于红新月标志的样式，塔吉克斯坦关于标志使用的国内法解释说，“红新月标志描绘的是一个置于白色背景上的红新月，月牙两尖端朝向右侧，但不触及边缘”。此外，一些国家的红十字会已经确定了它们自己将使用的标志样式。大多数国家选择了由五个大小相同的正方形组成的十字（这种形状最适合大规模生产）。

30 举例而言，一国“官方纹章”的构成要素通常是在盾牌上（有时也称为徽章、盾徽图案或纹章图案）有一个纹章图案（由代表该国的符号或记号组成）。官方纹章的使用通常由国内立法进行规定。

特殊标志的作用。[31]然而，这同时也造成了一定程度的混淆，即红十字标志事实上是否是一种纹章记号？“联邦国旗”的表述，为下述事实提供了支持：虽然红十字标志旨在等同于瑞士联邦国旗的纹章旗样，但它本身不应视为纹章记号。[32]

2543 第38条还规定，标志是武装部队医务部门的“特殊记号”。虽然这一术语最初是何时、由谁首次使用无从确认，但有可能是卢西恩·鲍登斯（Lucien Baudens）博士因其在克里米亚的经历而提出的，他当时至少目睹过两次俄国向照顾该国伤者的医生和护士实施大炮攻击的情况。[33]这种令人遗憾的情形表明，需要制定一个得到广泛认可并且在战场上十分醒目的标志。1863年国际大会期间，其他有关人员也使用了类似的术语。[34]但直到1906年对1864年《日内瓦公约》进行修订时，“特殊标志”一词才首次出现在条约约文中。

2544 有消息来源指出，选择红十字的另一个原因是，尚未有任何国家使用红十字标志，这一因素也被视为可为该标志的中立性赋予可信度。[35]忆及此前，不同国家通常使用不同的旗帜来标明各自的医务部门，对这些旗帜缺乏承认和尊重可能会导致战场上出现更多伤亡。因此，创制一个具备“特殊”性的标志，可同时解决统一性和独特性这两方面问题。各种有关标志可视性的研究结果表明，在实践中，红十字是最容易辨别的标志。[36]

2545 在更为晚近的时期，各国继续在为医疗队和医务运输工具制定特殊识别手段而努力。此外，《第一附加议定书》还规定了一系列特殊信号。[37]

三、讨论

2546 第38条重申了三种特殊标志——红十字、红新月及红狮与日——在国际法层面的意义和作用。与《日内瓦第一公约》的其他条款不同，本条是一项具有一般

31 这是对《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》具体规定的补充。见《日内瓦第一公约》第53条和第54条以及《日内瓦第二公约》第45条。

32 一些国家的国内法对于红十字标志的指称，使得该标志之性质是否为纹章的问题更加不明朗，例如某些国家国内法采用了“红十字和日内瓦十字旗样”的措辞。

33 Baudens, p. 20.

34 至于最初是谁提议将红十字作为“特殊标志”或记号，目前尚不明确，争议尚存，但似乎可能是由路易斯·阿皮亚（Louis Appia）首先提出。见1863年日内瓦国际大会记录（*Compte Rendu de la Conférence internationale réunie à Genève les 26, 27, 28 et 29 octobre 1863 pour étudier les moyens de pourvoir à l'insuffisance du service sanitaire dans les Armées en Campagne*, 1904），第93～94页。

35 这个记号意在具有国际性和中立性，象征着对友军和敌军伤兵一律给予公正的援助。

36 Cauderay, p. 317. 更多详情，见关于第42条的评注，第2646段。

37 更多信息，见《第一附加议定书》第三章第18条和附件一。

适用性的条款，其实施取决于本公约的后续条款以及其他日内瓦公约及其附加议定书中的条款。[38]下文将对第38条实施方面涉及的主要问题进行讨论。

(一) 1949 年之后采用另一个标志

2547 如对第38条进行严格解释，则各缔约国在批准公约时必须采用红十字标志。第38条第2款明确指出，可以使用红新月标志或红狮与日标志的国家，仅限于在1949年四公约通过时已经采用这两种标志的国家。当时认为，有必要建立这一规范框架，从而促进实现最终恢复使用单一特殊标志的目标。

2548 但在实践中，不少国家在加入《日内瓦第一公约》时选择使用红新月标志，而此举并未引起其他缔约国的反对（至少未出现公开反对）。[39]红十字国际委员会在正式承认各国的国家红新月会时也没有提出过正式的反对意见。[40]由此，必然得出的结论是，一种与第38条确定规则不同的实践或习惯，因得到允许而形成。

2549 上述情况与有些国家在批准日内瓦四公约时正式采用红十字标志，但后来又选择改用红新月标志有些类似（即这种行为没有遭到公开反对）。尽管如此，似乎至少有一个缔约国曾在非公开场合对此种情况表达了保留意见，而红十字国际委员会过去也曾就此直接向有关缔约国表示关切，特别是强调这种做法会给恢复统一的单一标志的工作造成阻碍。日内瓦四公约缔约国如果希望对新缔约国采用红新月标志提出反对或表达保留意见，则有责任表示反对或保留。

2550 如上所述，第38条第2款承认的特殊标志之一，是红狮与日标志。目前，只有伊朗伊斯兰共和国这一个缔约国使用过这个标志，但该国于1980年发出通告称，将不再使用红狮与日标志，而是改用红新月标志，但如新的特殊标志得到承认，仍保留其恢复使用红狮与日标志的权利。[41]自伊朗作出这一保留以来，红狮与日标志就再未得到启用。

2551 总而言之，自第38条通过以来的实践表明，各缔约国对适用该条采取了更为灵活的做法。[42]新缔约国可自由选择采用第38条规定的任何一种特殊标志。此外，在1949年通过《日内瓦第一公约》时使用红十字标志的缔约国，其后也可以改用

38 例如，见《日内瓦第一公约》第39条至第44条；《日内瓦第二公约》第41条至第45条；《第一附加议定书》第18条第4款、第38条及第85条第3款第6项。

39 例如，利比亚和摩洛哥两国在各自加入日内瓦四公约后，并没有任何意见反对其使用红新月标志。

40 根据1986年《国际红十字与红新月运动章程》（第5条第2款第2项），红十字国际委员会拥有承认新成立或改组的国家红会为该运动的成员的职责。各国红十字会或红新月会必须使用与其国家武装部队医务部门相同的标志。这一长期形成的实践是基于各国红会作为其国家军事医务部门助手的这一角色，并得到《日内瓦第一公约》相关条款（例如第26条、第40条和第44条）的支持。

41 伊朗伊斯兰共和国于1980年9月4和2000年9月12日作出的声明。

42 2005年《第三附加议定书》的通过也肯定了这一灵活的做法。

红新月标志（实际上是从采用既定或默认标志，转变为采用例外标志）。此外，还有缔约国从使用最初仅在少数例外情形下可使用的一种标志，毫无困难地改为使用另一种此类标志（即从使用红狮与日标志改为使用红新月标志）。

（二）标志的平等地位

2552 第38条规定了各特殊标志之间的等级关系。如上文所示，该条约文规定，红新月、红狮与日标志只能由1949年以前使用过这些标志的国家继续使用。而对其他所有缔约国而言，则须使用红十字标志。尽管如此，第38条也明确指出，各特殊标志在实际使用中应视为具有相同的含义和地位。[43]

2553 如上一节所述，1949年以后，实践已偏离了标志间存在的等级规则。经正式承认的特殊标志均逐渐获得了事实上的平等地位。由于单一标志最能发挥此类标志的普遍人道作用，红十字国际委员因而曾持续关注推动恢复单一标志。但显而易见的是，随着使用红新月标志的国家越来越多，特别是考虑到此方面的国家实践，红十字国际委员会在这方面也采取了务实的办法。

2554 2005年，随着《第三附加议定书》的通过，国际人道法下各标志的平等地位得到了正式的承认。《第三附加议定书》第2条第1款规定，各特殊标志具有平等地位。[44]

（三）使用“双重标志”

2555 第38条明确规定，各缔约国只能使用三种特殊标志中的一种；例如，本条款没有规定可同时使用红十字标志和红新月标志。在1949年以后的数十年中，这一限制给两个国家造成了困难，他们都希望将红十字标志和红新月标志同时用于各自武装部队的医务部门以及各自的国家红会。[45]根据《国际红十字与红新月运动章程》中承认新的国家红会的条件，红十字国际委员会的一贯做法是不承认希望使用“双重标志”的国家红会。[46]

43 《日内瓦第一公约》和其他日内瓦公约的后续条款都证实了这一点。

44 关于第2条第1款的评注解释称，各标志（包括《第三附加议定书》规定的红水晶标志）经过发展获得了平等地位，这一点通过宣布其法律地位平等就得到明确承认，评注还指出该款规定合乎逻辑地使用了复数，即“特殊标志”（distinctive emblems）的标志一词为复数。见Quéguiner, p. 187。

45 1993年，哈萨克斯坦通过了一项议会法令，规定加入1949年日内瓦四公约，但对使用“白底红新月和红十字双纹章标志”提出保留。厄立特里亚针对其军事医务部门和国家红会使用的标志也表达了类似的愿望，尽管该国在2000年加入日内瓦四公约时对第38条未作保留。Bugnion, 2007, p. 19.

46 1986年《国际红十字与红新月运动章程》第4条中第5项条件规定，一个国家红会必须“采用日内瓦公约及其附加议定书所规定的一个名称及特殊标志”。红十字国际委员会首次遇到这种提议是在20世纪60年代初塞浦路斯实现独立之时。Bugnion, 1977, p. 62.

2556 2005年通过的《第三附加议定书》在一定程度上纾解了这一困境。《第三附加议定书》允许缔约国武装部队的医务部门和宗教人员在可能加强保护的情况下临时使用任何一种特殊标志。[47]决定使用红水晶标志的缔约国的国家红会可以选择在红水晶中加入特殊标志组合，但仅得用于识别性用途。[48]例如，这种组合可能包括同时使用红十字和红新月标志。[49]

2557 应注意的是，红十字会与红新月会国际联合会的标识是，在红色矩形内的白底之上，并排标有红十字与红新月。[50]

（四）红水晶标志

2558 有观点认为，“同时存在两个标志，在公众舆论上起到了强调其宗教内涵的作用”。[51]这不仅可能（在某些情况下）减损标志的保护价值，而且还可能削弱特殊记号的普遍性（即标志被错误地解释为代表两种广泛存在的一神教，而排除其他所有信仰）。[52]

2559 至少有一个国家认为其无法采用任何经正式承认的特殊标志，这给该国武装部队的医务部门及其国家红会都造成了实际困难。[53]此外，如上文所述，还有国家提出，为了充分代表其人口不同民族的宗教和文化归属，有理由同时并排使用一个以上的标志。有观点认为，特殊标志的多元化也不符合统一的基本原则，统一是运动遵循的七项基本原则之一。[54]此外，实践中，自日内瓦四公约通过以来，在少数情况下，缔约国和运动各组织在使用红十字标志（以及红新月标志）时遇到了操作上的困难。

2560 多年来，各缔约国和运动也在积极寻求解决上述困难的办法。如上所述，2005年，在《第三附加议定书》中，各缔约国决定采纳一种新的特殊标志——

47 见《第三附加议定书》第2条第4款。

48 关于将标志用于识别性用途的解释，见关于第44条的评注，第四部分。

49 见《第三附加议定书》第3条第1款第1项。

50 1981年，在伊朗放弃使用红狮与标志日后，红十字会联盟（1991年成为红十字会与红新月会国际联合会）开始使用双重标志。Annex to Rule 1 para. 1.3 of the International Federation’s Rules of Procedure, revised and adopted by the 16th Session of the General Assembly, November 2007, pp. 31–32, available at https://www.ifrc.org/Global/Governance/Statutory/RoP_revised-en.pdf.

51 Sommaruga, pp. 334–335.

52 见上注。

53 以色列国家红会的红大卫盾。直到2006年，以色列国家红会才经正式承认成为运动的成员，因为此前该红会没有按照《国际红十字与红新月运动章程》第4条的要求使用符合日内瓦四公约规定的名称和特殊标志。

54 Bugnion, 2007, p. 27. 关于统一的基本原则内容如下：“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。”基本原则的文本，载于1986年《国际红十字与红新月运动章程》（于1995 年和 2006 年进行了修正）的序言中。

“第三议定书标志”，即红水晶。[55]《第三附加议定书》的签字国在强调这些特殊标志从来没有任何宗教、民族、种族或政治意义的同时，也认识到某些国家和国家红会在使用这些标志时可能会遇到诸多困难。[56]

2561 随着《第三附加议定书》的通过，各特殊标志的平等地位在国际法中得到确认。此外，决定使用红水晶标志的缔约国之国家红会，可选择在标志边框内（仅为识别性目的）加入其他特殊标志之一（或其组合），或其自己的特殊记号。[57]

主要参考文献

Baudens, Lucien, *La guerre de Crimée*, Michel Lévy Frères, Paris, 1858.

Bugnion, François, *The emblem of the Red Cross: A brief history*, ICRC, Geneva, 1977.

– *Red Cross, Red Crescent, Red Crystal*, ICRC, Geneva, 2007.

Cauderay, Gérald C., ‘Visibility of the distinctive emblem on medical establishments, units, and transports’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 277, August 1990, pp. 295–321.

Kosuge, N. Margaret, ‘The “non-religious” red cross emblem and Japan’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 849, March 2003, pp. 75–93.

Meyer, Michael, ‘The proposed new neutral protective emblem: a long-term solution to a long-standing problem’, in Richard Burchill, Nigel D. White and Justin Morris (eds), *International Conflict and Security Law:Essays in Memory of Hilaire McCoubrey*, Cambridge University Press, 2005, pp. 84–107.

Pictet, Jean S., ‘Le signe de la croix rouge’, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 31, No. 363, March 1949, pp. 167–201 (later published in English as ‘The sign of the red cross’).

Quéguiner, Jean-François, ‘Commentary on the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III)’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 865, March 2007, pp. 175–207.

Sommaruga, Cornelio, ‘Unity and plurality of the emblems’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 32, No. 289, August 1992, pp. 333–338.

55 《第三附加议定书》第2条第2款将红水晶标志描述为“白底红色边框的竖立正方形”。《第三附加议定书》附件提供了红水晶标志的图样。另见《标志规则》（1991年）第5条。

56 正如《第三附加议定书》序文部分第5段和第9段所规定。

57 根据《第三附加议定书》第3条第1款第2项，此类其他记号或标志必须是，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标志。只有红大卫盾符合这些条件。

第三十九条
使用标志

公约条文

在军事主管当局之指导下，上项标志应标明于旗帜、臂章，及医务部门所使用之一切设备上。

保留或声明

无

目 录

一、引言 767
二、讨论 768
(一) 在军事主管当局之指导下使用标志 768
(二) 在旗帜和臂章上标明标志 769
(三) 在“一切”设备上标明特殊标志 770
(四) 标志的标明和不标明 771
主要参考文献 772

一、引言

2562 第39条规定了武装部队医务部门应如何使用特殊标志，以及应在何种物品和设备上标明特殊标志的问题。此类物品尤其包括旗帜和臂章，二者已被视为将特殊标志用作保护手段的典型例子。

2563 以特殊标志标明武装部队医务部门的医疗设备、运输工具和人员，应在军事主管当局的控制之下进行。许多关于特殊标志的国内立法似乎体现了这一原则，将控制特殊标志之使用的责任交予国防部。

2564 虽然在公约的英文约文中，本条所指特殊标志是单数形式（“the emblem”），但可以明确的是，本条旨在适用于第38条规定的三种特殊标志，即红十字、红新月及红狮与日。[1]

1 同样，本条也适用于《第三附加议定书》中规定的新增的特殊标志，即红水晶标志（见《第三附加议定书》第1条第2款和第2条第3款）。

2565 在此，必须提及白底红十字和其他特殊标志的两种不同用途，即特殊标志作为保护手段或作为识别手段予以标明。[2]在第一种情况下，即第39条所涉及的情况，特殊标志用作外在可见的保护性记号，此时将特殊标志称为“保护记号”。特殊标志标明于根据日内瓦四公约及其附加议定书应受到尊重的建筑物、人员和物体上时，具有保护性含义。

2566 尽管普遍认为，应尽可能在所有相关物品上标明特殊标志，但此种标记本身并不赋予物体或人员受保护地位（同样，若不标明特殊标志，物品或者人员的受保护地位也不会丧失，不过在实践中，这样可能更难以确保人员或物品的安全）。军事指挥官有权决定何时不在受保护物体上标明特殊标志，例如使用伪装之时。

2567 用作识别手段时，特殊标志纯粹起到标示作用，即仅用于指明被标示人员和物体与国际红十字和红新月运动有关，而并不代表或旨在暗示被标示人员和物体享有日内瓦四公约下的保护。[3]

2568 特殊标志用作保护记号时具有极其重要的意义，被称为“本公约之标志”。[4]

二、讨论

（一）在军事主管当局之指导下使用标志

2569 第39条的第一个分句规定，特殊标志应“在军事主管当局之指导下”进行标明。[5]这一分句取代的是1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中“在军事主管当局的许可下”的规定。[6]1949年新采用的这一措辞，强调的是，军事当局（实践中通常为军事指挥官）必须对特殊标志的使用实行有效控制（包括确定在哪些情况下标明或不标明标志）。

2 关于特殊标志两种不同用途的深入讨论，见关于第44条的评注，第三部分和第四部分。

3 各国红十字会与红新月会在经军事当局同意，履行《日内瓦第一公约》第26条所规定的职能时，也可以经获准将特殊标志用作保护手段。“国际红十字组织”（实践中指红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会）可无条件地使用特殊标志（即既可将特殊标志用作保护手段，又可将其用作识别手段）。更进一步的讨论，见关于第44条的评注，第五部分。

4 这一用语有助于表明红十字标志与以条约形式构成国际法渊源的1949年日内瓦四公约之间的根本联系。考虑到普遍存在认为特殊标志“属于”国际红十字和红新月运动的误解，这一点尤为重要。

5 该条法语约文为：“Sous le *contrôle* de l’autorité militaire compétente”（“在军事主管当局之控制下”，后加着重号以示强调）。

6 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第20条。

2570 在很多情形下，关于特殊标志的国内法体现了第39条的规定，将控制标志使用的责任交予国防部。[7]红十字国际委员会为在需要时协助各国制定相关国内法，编写了一部关于标志使用的示范国内法[8]，该示范法也将控制武装部队医务部门使用标志的责任交予国防部。[9]一些国家通过国内立法，在相关部门中设置了有权控制标志使用的特定职位，但许多国家未采取这一模式，原因可能在于或至少部分原因在于，为了便于灵活指定对此负责的具体职位。

(二) 在旗帜和臂章上标明标志

2571 原则上，受日内瓦四公约保护的建筑物、人员和物体应标明特殊标志。实践中，为使远处的敌方部队得以按照日内瓦四公约的要求尊重此类人员、物体或建筑物，这些部队必须能够识别出这些受保护对象的身份。

2572 根据本公约，有权标明特殊标志的人员、医疗所、医疗队和运输工具包括：

1. 武装部队的医务人员和宗教人员（第 24 条）；
2. 专门从事管理医疗队及医疗所的武装部队人员（第 24 条）；
3. 辅助医务人员，即武装部队中曾受特别训练以备于紧急情况下充当医院勤务员、护士、或辅助担架员且正担任此类任务的人员（第 25 条）；
4. 协助武装部队医务部门的各国红十字会与红新月会以及其他经认可之救济团体之人员（第 26 条）；[10]
5. 经正式核准向交战国提供协助的中立国国家红会或其他救济团体人员（第 27 条）；
6. 武装部队医务部门之固定医疗所和流动医疗队（第 19 条）；
7. 武装部队专门被派用于运送伤者及病者和（或）医疗设备之运输工具（第 35 条）；

7 例如，见奥地利《红十字保护法》（2008年）第6条第1款；波黑《标志法》（2002年）第19条；布基纳法索《标志法》（2003年）第4条；中非共和国《标志法》（2009年）第7条；格鲁吉亚《标志法》（1997年）第6条；马里《标志法》（2009年）第5条；菲律宾《标志法》（2013年）第4部分；南非《标志法》（2007年）第7条第3款；乌拉圭《标志法令》（1992年）第4条；以及，也门《标志法》（1999年）第4条。普通法国家，例如澳大利亚和英国，亦将规管特殊标志的责任交予国防部。还有一些国家明确规定，身份证和臂带（臂章）将由国防部长分发和规管，例如，格鲁吉亚《标志法》（1997年）第8条；吉尔吉斯斯坦《标志法》（2000年）第3条；土库曼斯坦《标志法》（2001年）第10条。

8 见红十字国际委员会国际人道法咨询服务处，《关于使用和保护红十字、红新月和红水晶标志的示范法》，2008年7月15日。

9 同上注，第3条第1款。该示范法还指出，平民医院和其他平民医疗队在武装冲突期间经获准使用特殊标志应由卫生部控制（实践中，卫生部应与国防部合作）。上述事宜通常受国家行政机关安排的规制。将授权使用特殊标志的权限集中到国防部或有其优点。

10 1949年以来的实践证明，此类国家红会即使没有从事其辅助工作，在武装冲突中也在臂章上使用了特殊标志（用于帮助识别）。见后注12。

8. 医务部门所使用之设备（第 39 条）；以及

9. 专用以搬移伤者、病者，以及运送医务人员及设备之飞机（第 36 条）。

2573 1864年《日内瓦公约》提到在旗帜和臂章上使用白底红十字。[11]该公约的后续修订版中也屡次提及旗帜和臂章这些属于武装部队医务部门的具体物品。在旗帜和臂章上标以特殊标志，已被视为将标志用作保护手段的典型例子。[12]

2574 标有特殊标志的旗帜一般用于表明军事医疗队和运输工具的身份。同样，军事医务人员经常佩戴带有特殊标志的臂章，以此作为其身份的识别手段，包括其在远离战区的地点执行常规任务时，也会佩带臂章。诸多关于特殊标志之使用的国内法规定，臂章应由有关当局向有权佩戴的人员进行发放。[13]

2575 由于作战手段和方法的现代化，武装部队在对标有特殊标志之一的人员和物品进行准确辨别方面，面临着若干实际困难。[14]为了解决这一重大问题，自1949年以来，已发展出更多的识别手段。《第一附加议定书》附件之《识别规则》罗列了其中的许多手段：包括特殊信号，如光信号、无线电信号及电子识别方法的使用。同时，关于提高用作保护手段的标志的可见性，该章程也提供了具体指导。[15]此外，《识别规则》还规定，在战区执行任务的医务人员，“应尽可能穿戴具有特殊标志的帽盔和衣服”。[16]

（三）在“一切”设备上标明特殊标志

2576 第39条规定，特殊标志应标明于旗帜、臂章，及“医务部门所使用之一切设备上”。实践中，在每件设备上都标明特殊标志显然不切实际。[17]例如，由于某些

11 见1864年《日内瓦公约》，第7条。

12 各国红十字会和红新月会经其国家当局允许可以在一定限度内使用特殊标志，但在和平时期使用标志时，不得将其作为识别手段（即其会标）置于臂章上（以避免与武装冲突期间使用展示特殊标志的臂章这一行为相混淆）。见《标志规则》（1991年）第4条及其评注。另见《日内瓦第一公约》第44条。同样的建议也适用于旗帜：关于1991年《标志规则》第4条的评注建议，在和平时期，国家红会应“避免将特殊标志置于臂章、屋顶甚或旗帜上”。

13 举例而言，有关标志使用的国内法包括：布基纳法索《标志法》（2003年）第5条；吉尔吉斯斯坦《标志法》（2000年）第3条；立陶宛《红十字会和标志法》（2000年）第15条；塔吉克斯坦《标志法》（2001年）第7条。另见前注7。另见《日内瓦第一公约》第40条和第41条及其评注。

14 1979年，菲利普·埃伯林（Philippe Eberlin）就“视觉标记的技术缺陷”进行了讨论，他认为“关于医务人员必须在左臂佩带臂章的规则不足以保护他们免受来自各方的攻击，而如今有必要提供此种全面保护。臂章上10厘米的红十字，在50米以外是无法辨认的。”See Eberlin, p. 66.1.

15 See e.g. Cauderay, and Dominique Loye, Commentary on Annex I (as amended 30 November 1993) to Additional Protocol I, ICRC, Geneva, 2002。关于某些类别的运输工具，见ICRC, Manual for the Use of Technical Means of Identification by Hospital Ships, Coastal Rescue Craft, Other Protected Craft and Medical Aircraft, 2nd edition, ICRC, Geneva, 1995。

16 《第一附加议定书》附件一《识别规则》（于1993年进行了修订）第5条第4款。

17 “一切”一词源于1906年《日内瓦公约》的初始规定。根据1906年日内瓦外交会议准备工作中的声明可知，“一切”的含义未予明确规定是有意而为。

物品的形状或尺寸，比如手术器具，可能无法在其上进行标明。然而，此类物品通常是一个较大组合件的组成部分，则应在该组合件上予以标明。

2577 原则上，如果在某设备上标明特殊标志有助于将相关物品与非医用军事设备区分开来，则应在所有此类设备上醒目地加以标明，以协助确认上述设备受国际人道法保护。例如，此类设备可能包括车辆、扫描仪等医疗设备、大小容器、袋子、背包、工具包和其他用于储存、运送医疗器械和载运人员的物品。

（四）标志的标明和不标明

2578 一般认为，应尽可能在所有相关物品上标以特殊标志。但须重申的是，此类标记本身并不赋予物体或人员以受保护地位；而是仅对识别受保护的物体或人员提供帮助。[18]因此允许使用伪装，但在实践中此举可能会影响对伪装下之物体的保护，导致其受到攻击。[19]

2579 自1949年《日内瓦第一公约》通过以来，少数国家在少数冲突中，选择不在军事医务部门的人员和（或）设备上标明特殊标志。[20]证据显示，做出这一选择的背景情况是关于特殊标志的特殊意义和地位的规则未受遵守。[21]这表明，在特殊标志的中立性可能得不到尊重的情况下，军事指挥官可行使酌定权。在此种情况下，受保护的物体不会失去其所享有的保护，但其受保护地位如无法为敌方所识别，则无法保障该物体不受攻击。[22]

18 一些国家的刑法典规定，医疗所必须妥善标以特殊标志。但此类规定仅在对此类医疗所遭受攻击后追究刑事责任时，具有重要意义。见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则30的评注，第98～99页。《第一附加议定书》附件一第1条第2款实际上支持这一基本观点。

19 英国《武器冲突法手册》（2004年），第7.25段。

20 例如，此类武装冲突包括在越南以及更近期在阿富汗发生的冲突。

21 实践还表明，在某些情况下，特殊标志未标明于某些车辆和人员上，原因是这些车辆或人员具有双重用途（即履行某些医疗职能，但也履行普通军事职能）。在这种情况下，上述物品或人员不再享有日内瓦四公约下的受保护地位（移除标志的行为对这一事实做出了确认）。另见关于《日内瓦第一公约》第22条的评注。

22 北大西洋公约组织标准化协议（STANAG）规定，作战主管指挥官在确保应给予的保护和行动需要之间实现平衡的基础上，可酌情决定采取临时措施，对医疗队和医务运输工具进行伪装。上述协议规定，此类命令应由旅级或同等级别指挥官下达，命令应具有临时性和地区性，且一旦情况允许即应撤销。See e.g. NATO Standardization Agreement 2931 (1998).

主要参考文献

Cauderay, Gérald C., 'Visibility of the distinctive emblem on medical establishments, units, and transports', *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 277, August 1990, pp. 295–321.

Eberlin, Philippe, 'Modernization of protective markings and signalling', *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 209, April 1979, pp. 59–83.

亨克茨、多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会与法律出版社 2007 年版，载于习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docindex/home。

第四十条

医务及宗教人员之辨别

公约条文 *

一、第二十四、二十六、二十七各条所指之人员，应在左臂佩带由军事机关发给并盖印而具有特殊标志之防水臂章。

二、此种人员除应携带第十六条所述之身份牌外，应另携带具有此项特殊标志之特种身份证。此证应有防水之效能，并具有适当的尺寸以便携带于衣袋内。其上应用本国文字，至少载明持用者之姓名、出生日期、等级、番号，并应注明其以何种身份享受本公约之保护。该证应附有本人像片，及其签字或指纹，或二者俱备。该证并应加盖军事当局之钢印。

三、同一武装部队所使用之身份证应式样一致，并尽可能使各缔约国之武装部队使用类似的式样。冲突各方可参照本公约所附之示范格式。在战事开始时，冲突各方应互相通知其所采用之式样。在可能范围内，身份证至少应制备两份，其中一份存于本国。

四、在任何情况下对上述人员不得剥夺其符号或身份证，或佩带臂章之权利。如遇遗失时得领取身份证副本或补领符号。

保留或声明

无

目 录

一、引言 774
二、历史背景 775
三、第 1 款：臂章 775
(一) 引言 775
(二) 有权佩戴臂章的人员 776
(三) 臂章的特征 778
(四) 医务人员使用带有标志的头盔、制服、罩衣或者旗帜 779
四、第 2 款和第 3 款：身份证 779

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

五、第 4 款：禁止没收；补办遗失身份证和符号 781
主要参考文献 782

一、引言

2580 第40条所规定之措施旨在实现的目的是，武装部队的常任医务人员和宗教人员在战场上或落于敌方手中时，其身份能够得到识别，从而得依据本公约享受其应有的尊重及保护。由于在战场上，医务及宗教人员可能身着军装，并且开展工作时经常是在战斗员附近，佩戴臂章（或袖章、臂带）是为了使敌方部队在敌对行动期间能将其与战斗员区分开来，使其免受攻击。这个略微简单的识别制度建立于150年前并一直沿用至今，但目前普遍认为，如今仅使用臂章作为战场上识别医务人员身份的手段，恐有不足。实地测试表明，臂章上的特殊标志虽在近距离作战时可以观察得到，但将标志标明于制服或罩衣以及头盔之上会更为明显。[1]

2581 第38条和第39条规定了哪些人员有权佩戴《日内瓦第一公约》所规定的保护性标志。第40条针对这两项条款做了更为详细的规定，涉及有关人员示明其身份的手段（即臂章和身份证），以及这些手段所需具备或在理想条件下应具备的特征。本条之所以作出如此细致的规定，原因在于：对有权佩戴特殊标志的人员实施严格控制这一制度设计，旨在确保对标志及其佩戴者之信任，以期实现对标志的尊重、避免标志佩戴者在敌对行动期间成为攻击目标。当医务人员落于敌方手中时，若存在可证明其身份的证据，将有助于将其与战俘进行区分，从而使其得依相关规定享受其应有的保护和待遇，包括送回所属武装部队或按照留用制度予以留用。[2]不过，尽管身份证在上述方面具有重要作用，但即使无法提供身份证，医务或宗教人员的身份也可以得到确定。

2582 对于《第一附加议定书》的缔约国而言，议定书第18条将佩戴特殊标志（以及携带具有标志的身份证）的权利赋予了议定书所定义的常任和临时的平民医务和宗教人员。[3]《日内瓦第四公约》第20条规定了平民医务人员和医院工作人员使用标志和身份证的条件。最后，对于《第二附加议定书》的缔约国而言，该议定书第12条规定了医务和宗教人员以及医疗队在非国际性武装冲突中使用特殊标志的问题。

1 Cauderay, pp. 305–308. 灯光和信号等更为先进的技术手段，已用于使医疗队和运输工具易于识别。关于医务飞机、医疗队及医疗所的标记问题，另见关于第35条的评注，第三部分第（二）节第3项；关于第36条的评注，第五部分；及关于第42条的评注，第六部分。

2 《日内瓦第一公约》第28条、第30条及第31条，以及《日内瓦第三公约》第33条。

3 见《第一附加议定书》第8条及第18条第3款。第18条第3款特别适用于被占领领土或发生敌对行动的地区。另见《日内瓦第二公约》第42条，其中规定了对海上武装部队医务和宗教人员的辨别。

二、历史背景

2583 医务人员在战场上应具可识别性以保护他们免受敌方部队攻击，这是红十字国际委员会创立者的最初构想之一，并被载入1864年的首部《日内瓦公约》之中。[4]这一理念在后续关于伤者病者的各日内瓦公约中得到了重申和发展。[5]臂章不仅应由军事当局配发、而且还应由该当局盖印的要求，首先出现在1906年《日内瓦公约》之中。1906年公约也增加了医务和宗教人员必须携带身份证的义务，1929年公约又对此进行了更为详细的规定。此外，1906年公约还将保护范围扩大至宗教人员。[6]1949年公约规定，袖章应采用防水材料制成，并更详细地规定了身份证的式样和内容。但从本质上讲，这一制度自其理念产生以来始终未有变化。

三、第1款：臂章

(一)引言

2584 在臂章或其他衣物或帽盔上标以特殊标志的主要目的，是使敌方武装部队更容易识别战场上的医务人员，从而避免对其进行攻击。因此，医务人员将特殊标志用作保护手段的行为应受到严格控制，以确保标志得到充分尊重。绝不能让冲突各方有理由怀疑，使用标志的方式不符合四公约及其附加议定书的规定。

2585 重要的是，臂章本身并不赋予保护；而只是佩戴之人员受保护地位的外在标记。但是，佩戴臂章确实是一种协助识别的手段。作为受保护地位的有形标记，特殊标志因此构成一种至关重要的保护手段。如果不佩戴标志，相关人员就面临着被误认为攻击目标的风险。但是，无论是否佩戴臂章，只要医务和宗教人员行事符合其身份，即不实施有害于敌方之行为，便不得受到攻击。[7]自识别出医务或宗教人员的身份之时起，就不得以其表明身份之手段存在缺陷为借口而不予尊重。

2586 臂章，连同身份证，也用于识别落于敌方手中时有权享受留用制度所规定之待遇的人员。[8]

4 1864年《日内瓦公约》第7条的部分内容如下："中立人员应被准许佩戴臂章。但是，这些物件应由军事当局发给。上述旗帜和臂章图案应为白底上一个红十字。"

5 《日内瓦公约》（1906年）第20条；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第21条。

6 《日内瓦公约》（1906年）第9条。

7 关于有害于敌方之行为的概念，见关于第24条的评注，第六部分。

8 关于留用制度，见《日内瓦第一公约》第28条、第30条及第31条以及《日内瓦第三公约》第33条及其各自评注。

（二）有权佩戴臂章的人员

2587 属于武装部队的所有常任医务和宗教人员（即第24条所指之人员）均有权佩戴臂章。[9]此外，各国红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的人员，如根据第26条受雇为武装部队的常任医务或宗教人员，有权佩戴保护标志。[10]虽此种安排在实践中不再频繁出现，且据悉从未出现过关于宗教人员的此种安排，但一些国家仍在其国内法中对此情形作出了规定，包括使用臂章和身份证的相关规定。[11]根据第27条，中立国的国家红会人员也可以向冲突一方提供协助，但据了解自第二次世界大战结束以来，还未出现过此种情况，而且除极少数国家外，大多数国家的国内法未对此作出规定。[12]

2588 宗教人员也可佩戴保护标志。但宗教人员不太可能出现在实际作战地区，因而减少了此类人员为与战斗员相区分而佩戴臂章的需求。然而，这仍然是识别其身份的一种有效形式，涉及到其落于敌方手中后的待遇问题时尤其如此。鉴于武装部队中可能存在各种信仰，尽管特殊标志不具有任何宗教意义，但各国可酌情决定是否强制宗教人员佩戴标志。

2589 经冲突一方指派，专门从事某些医疗或宗教工作的平民医务和宗教人员，也可获准在被占领领土或敌对行动附近地区佩戴保护性标志。但是，上述人员佩戴臂章不受《日内瓦第一公约》的约束。[13]

2590 第40条第1款规定，医务人员“应……佩戴”具有特殊标志的臂章。“应”一词通常用于表示一项义务。然而，鉴于该条款和四公约的目的及宗旨，需要对此作出更详细的解释。佩戴臂章的目的是确保医务人员在敌对行动期间可得到识别且不会受到攻击，从而使其即使身处作战地区也能够收集和照顾伤者与病者。从逻辑上讲，如果有理由认为，医务人员不佩戴特殊标志将受到更好的保护，则主

9 辅助（临时）医务人员在专门从事医疗活动时，可经获准佩戴印有小型特殊标志的臂章。见第41条及其评注，尤见第三部分。但是，《第一附加议定书》第18条并未规定特殊标志尺寸大小的差异。

10 见关于第26条的评注，第2084段；另见《标志规则》（1991年）第8条和第9条。

11 例如，见奥地利《红十字保护法》（2008年）第6条；布基纳法索《标志法》（2003年）第8条；喀麦隆《标志法》（1997年）第8条；格鲁吉亚《标志法》（1997年）第5条；吉尔吉斯斯坦《标志法》（2000年）第5条；巴拿马《标志法》（2001年）第9条。部分国家规定，国家红十字会或红新月会的医务人员可以向政府的“有关行政当局”，如卫生部长提供协助，这涵盖向平民和民用医院提供医疗服务或协助。例如，见阿塞拜疆《标志法》（2001年）第9条。

12 在国内法中对这种情况作出规定的两个国家是白俄罗斯和塔吉克斯坦；见白俄罗斯《标志法》（2000年）第12条，和塔吉克斯坦《标志法》（2001年）第10条。红十字国际委员会《关于使用和保护红十字、红新月和红水晶标志的示范法》规定，中立国的国家红十字会或红新月会的人员可以向冲突一方提供协助，并规定“如果已做出或将做出此类授权，则可能有必要在〔该国标志〕法中提及这种情形。”（《关于使用和保护红十字、红新月和红水晶标志的示范法》，脚注16）。

13 见《日内瓦第四公约》第20条，以及《第一附加议定书》第8条和第18条。上述人员还可携带一张“特种身份证”。

管军事当局可进行自由裁量，作出不佩戴标志的决定。[14]举例而言，这可能出现在下述情形中：某一地区存在红十字标志为宗教符号的误解，则佩戴该标志的医务人员遭受攻击的风险更大，而此种攻击将构成对国际人道法的违反。同样，如果冲突一方出于获得军事利益之目的，采取故意攻击医务人员的非法政策，那么最好避免医务人员的身份被识别出来。

2591 尽管如此，一些军事手册和国内立法仍规定，武装部队的医务和宗教人员必须佩戴臂章。[15]一位学者也持这种观点。[16]作如此规定，是出于以下担忧：如果敌对方认为，医务人员摘下臂章是为了不时参加敌对行动，则可能会导致在整体上减损对标志的尊重，因为敌对方可能认为医务人员也在实施“有害于敌方之行为”。[17]因此，佩戴保护性标志具有双重作用：首先，清楚表明相关人员的受保护身份；其次，确保佩戴者严格按照其身份行事，从而有助于其自身和他人持续获得保护。因此，除非有充分理由认为，在特定情况下佩戴臂章恐将减损医务和宗教人员应享有的保护，否则应尊重公约的强制性规定。

2592 应当指出，在某些情况下，医疗队和医疗运输工具可以进行伪装，医务人员亦可进行伪装。[18]

14 例如，虽然英国《武器冲突法手册》（2004年）第7.26段规定了医务人员佩戴臂章的一般义务，但其第7.25段也有规定：“虽然医疗队、人员和运输工具通常都标有保护性标志，但这并非强制要求。〔法律〕只敦促冲突各方‘努力保证’医疗队、人员和运输工具标明保护性标志。”这意味着英国认为，《第一附加议定书》对第40条的规定作出了修改，不再要求医务人员必须佩戴标志。另见美国《军队制服和徽章》（2005年），第28～29节，第254页，其中规定，“医务人员应根据军事主管当局的决定佩戴臂章”（后加着重号以示强调）。澳大利亚《武器冲突法手册》（2006年），第9.74段规定：“在最极端的情况下，例如敌方非法将医务人员作为目标时，军事指挥官可命令军事人员不佩戴臂章。在不损害医务人员所享受的特别保护的情况下，军事指挥官可以作出恢复佩戴臂章的命令。”See, further, Gary Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2010, p. 139. 对“应……佩戴”在此情形中的这种解释，在红十字国际委员会观察到的国家实践中得到进一步证实。但也有不同解释，见美国, 美国上诉法院，“瓦拉菲案”（*Al Warafi*）, Appeal, 2013.（译者注：在此案的上诉环节中，美国上诉法院认为，公约第40条中有关人员佩戴标志的规定为强制性规定）。另见关于第39条的评注，第二部分第（四）节。

15 例如，见阿塞拜疆《标志法》（2001年）第6条（“应佩戴”）；加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第915.1段（“必须佩戴”）；格鲁吉亚《标志法》（1997年）第7条（“必须佩戴”，或红十字国际委员会核证译本：“doivent porter”）；和菲律宾《标志法》（2013年）第4条（“应佩戴”）。红十字国际委员会《关于使用和保护红十字、红新月和红水晶标志的示范法》第5条规定：“此类人员应……佩戴臂章并携带身份证”（后加着重号以示强调）。

16 Kleffner, p. 352.

17 这一担忧是在讨论有关允许辅助或临时医务人员在执行任务时佩戴臂章的问题时提出的。其首要关注点在于，通过减少敌方认为战斗部队为免受攻击而不当使用保护标志以作掩护的可能性，来维护对标志及其佩戴人员的尊重。《1949年日内瓦外交会议纪要》，第20～22页。

18 例如，见荷兰《军事手册》（2003年），第7～44页；以及英国《武器冲突法手册》（2004年），第7.25段。另见关于第39条的评注，第二部分第（四）节，以及关于第42条的评注，第五部分。

（三）臂章的特征

2593 臂章上必须标有特殊标志，即白底红十字或红新月标志。[19]《第三附加议定书》的缔约国也可以使用红水晶标志。[20]

2594 有些国家的武装部队使用白色带子环绕上臂，而另一些国家则使用带有白底红十字或红新月标志的臂徽。本公约不要求整个臂章全为白色，只要所选特殊标志置于白色背景之上并可清楚辨认即可。不对臂章的尺寸、颜色或材料作出过于硬性的规定十分重要，[21] 可以避免敌方部队以臂章不符合某些具体规格要求为由，主张佩戴者无需受到尊重。

2595 臂章应具有防水功能，以确保其即使暴露于恶劣天气之下也依然可见。还建议使用使敌方部队更容易看到标志的材料或物质制作臂章，包括采用红外线、热成像或其他技术手段。[22]由于这种识别方法可能取决于敌方部队对某一特定技术的使用，重要的是双方应相互通报所使用的方法或材料，或清晰看到这些标志的最佳方式。同时，未使用特殊材料，并不会在任何方面影响敌方武装部队一旦识别到标志（及其佩戴者）即须予以尊重的义务。

2596 第40条还规定，臂章应佩戴在左臂，规定这一细节，是为了确保战斗员可以准确地知道在何处寻找臂章。然而，1972年进行的测试显示，“只有当臂章清洁、光滑，且佩戴者以左侧朝向观察者站立时，佩戴在左臂上的臂章在50米距离之处才是可见的”。[23]因此，除了臂章之外，在身上其他位置（例如在罩衣、制服或头盔上）佩戴标志，或可提高其可辨别性从而加强保护。如果一方仅在右臂或除左臂以外的其他部位佩戴标志，其敌方不得以此种识别手段不符合公约规定为依据，作为攻击受保护人员的正当理由。相反，采取提高标志可见性的措施是可取的，当相关措施能够加强保护力度时更是如此。

2597 臂章必须由军事机关配发并盖印。军事机关通常是指第39条所详细规定的军事主管当局。有鉴于此，臂章仍然是医务和宗教人员表明身份的重要识别手段。显然，标志的使用必须由对自身责任有充分认识的官方军事当局控制。

19 《日内瓦第一公约》第38条（本条所规定的红狮与日标志已不再使用）。《第三附加议定书》规定了另一个特殊标志，“第三议定书标志”——红水晶标志。红十字和红新月是两个最常用的特殊标志。

20 然而，以色列作为唯一一个采用红水晶作为其特殊标志的国家，“指示其身着制服的医务人员在战斗中不得佩戴任何表明身份的保护性记号”；见Gary Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, 2010, p. 139。

21 关于将特殊标志附于制服之上的方法，公约并无规定。

22 《第一附加议定书》附件一《识别规则》（1993年11月30日修正版）。

23 de Mulinen, p. 483。

（四）医务人员使用带有标志的头盔、制服、罩衣或者旗帜

2598 如上所述，测试表明，在地面环境下，与臂章相比，头盔、罩衣或制服上的标志更容易从远处观察到。[24]因此，在战斗期间，在身上其他位置佩戴标志可能是方便表明身份的一种有效方法。虽然上述识别方法未有明文规定，但也并未受到禁止，使用上述识别方法绝不会对佩戴者的保护造成减损。1972年，一位专家指出："想要标志真正发挥作用，那么其佩戴者一旦进入视线，就应该能够观察到标志，无论距离多远或采用何种观察方式。"[25]事实上，作为《第一附加议定书》附件一通过的《识别规则》修正版建议，"在战区执行任务的医务和宗教人员，应尽可能穿戴具有特殊标志的帽盔和衣服"。[26]尽管如此，在臂章上佩戴标志仍然是出于保护目的用于医务人员身份识别的一种方法。

2599 医务人员和勤务员过去还曾采取过携带和挥舞印有标志的白旗的做法。[27]同样，虽然这不是一种明文规定的识别方法，但只要携带旗帜的人员有权展示保护标志并按照其身份行事，这一做法仍然是完全可以接受并值得鼓励的。

四、第2款和第3款：身份证

2600 第40条第2款规定了医务和宗教人员应携带的身份证的式样和内容。[28]该规定非常具体详细，以便确保各国采用经证明行之有效的做法。当医务或宗教人员落于敌方手中时，这一点尤其重要，他们可因此从留用制度中受益。就物理特征而言，身份证必须带有标志，并且具有防水性，尺寸易于携带。具有防水性的身份证更为耐用，即使暴露于恶劣天气中，所载信息也能清晰辨认。增加关于身份证尺寸的具体规定是因为，实践中发现，如果身份证太大，持用者会倾向于将其放在背包里（战场上通常不会携带）或放在其他地方而不随身携带。[29]身份证应附有本人照片，及其签字或指纹，二者俱备为宜。身份证还应加盖军事当局之钢印。身份证的示范格式可见《日内瓦第一公约》附件二。

24 Cauderay, pp. 305–308.

25 de Mulinen, p. 483。

26 《第一附加议定书》附件一《识别规则》（1993年11月30日修正版）第5条第4款。

27 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 312.

28 对于附属于武装部队的国家红十字会与红新月会医务人员，也必须向其配发身份证。如有必要，各国红会应提醒国家当局注意这一义务。见《标志规则》（1991年）第9条第2款及其评注。

29 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 314.

2601 第40条第3款规定，同一武装部队所使用之身份证应式样一致。因此，第26条所涵盖的一国国家红会人员或该国其他志愿救济团体人员的身份证必须带有相同的特殊标志。

2602 自1949年日内瓦四公约通过以来，在身份证件方面实现了众多技术进步，出现了生物特征护照和带有能够存储大量信息的计算机芯片的证件。然而，“技术含量低”的身份证仍然有其价值，因为它们可以在任何时间和任何地点进行制作，更重要的是，也可以在任何时间和任何地点得以译解，而无需先进设备。[30]

2603 身份证必须使用持用者的本国文字。关于本条的最初提议是，除使用本国文字外，身份证还应使用英文或法文，但在谈判期间未对这一要求予以保留。[31]有一个国家的军事手册建议，在适当的情况下，身份证也应使用有关地区的当地文字。[32]虽然本公约未作此等要求，但上述措施也不受禁止，这样做可能确实会让身份证更加有效。

2604 身份证上必须包括的具体事项有：持用者之姓名、出生日期、等级、番号，并应注明其以何种身份享受本公约之保护。出生日期不详的，可以用签发时持用者的估计年龄代替。[33]也有建议认为，其他具体事项，比如血型，也宜列在身份证上。[34]有些国家确实采用了这一做法。[35]此外，特别是对医务人员而言，说明其接受了哪些医疗职务方面的训练或其专业领域可能是明智之举，因为这一信息可能有助于确定他们在落于敌方手中后是否可以留用。[36]

2605 即使一国不向另一方传达其正在使用的身份证式样，身份证仍然有效。也可以将身份证式样传达给第三方，例如中立国或国际组织，因为这一要求仅旨在使各方对医务或宗教人员所携带的身份证产生信任。这将使当局能够在任何对身份证的真实性产生疑问之时，根据上述式样验证证件的真伪。统一武装部队内的身份证式样可进一步帮助增强各方对此类证件的信任。

2606 第3款规定，医务和宗教人员“应该”携带具有特殊标志的特种身份证。虽然持有这种身份证确实可能是此类人员在落于敌手后证明其身份的重要手段，但

30 Loye, para. 92.

31 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第116页。准备工作中没有给出放弃规定这一要求的理由。

32 加拿大《武装冲突法手册》（2001年），第4B-1页。《识别规则》（2003年11月30日修正版）第2条第1款第3项也指出，常任平民医务人员的身份证应使用“有关地区的当地文字”。这可包括某国家本国文字以外的当地文字，或冲突发生地或部队部署地区的主要文字。

33 《识别规则》（2003年11月30日修正版）第2条第1款第4项也建议可以使用此种方法。

34 1949年外交会议上，葡萄牙代表建议身份证应包含这一信息；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第93页。《识别规则》（2003年11月30日修正版）第2条第1款第9项也建议将上述信息纳入常任平民医务人员身份证。

35 美国就是一个例子；see Department of Defense Form, 1934.

36 外交会议期间，也曾有代表建议纳入这项要求，但最后该建议未得到保留；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第116页。另见第31条的评注，第三部分。

对这一要求的解释不得使医务或宗教人员处于不利地位。也就是说，不得将持有身份证看作是证明其身份的必要条件。[37]实际上，第40条第4款预见到了身份证和符号可能会遗失的情况。仅遗失（或不持有）身份证并不能等同于丧失受保护地位。本公约规定的解决办法为再签发一张身份证副本。

2607 此外，如果身份证在某些方面未能满足第40条的详细规定，单凭这一点并不会使该身份证失效。重要的是这张身份证和身份证上的信息是否足够可靠，足以支持落于敌方手中的医务或宗教人员提出的他们有权享有此等地位的主张。

2608 外交会议期间，各国代表详细讨论了在医务人员所依附之国家的记录中留存身份证副本的想法。[38]这项提案的依据是，作此规定能使一国能够有力地证明其所主张的己方医务人员，在落于敌方手中之前就已被列为医务人员，且该人员可因此根据第28条所列条件享有被送回或留用的权利。[39]在这种情况下，留用国就没有理由怀疑医务或宗教人员所主张的身份的真实性。

2609 主管当局必须在和平时期采取措施，制备身份证、臂章和第16条所要求的身份牌，以便在发生武装冲突时能够立即配发上述证件。此外，在武装冲突期间任命新的医务和宗教人员，必须迅速向其配发身份证、臂章和身份牌，并留存一份名单。

五、第 4 款：禁止没收；补办遗失身份证和符号

2610 医务人员在一切情况下均可保留自己的身份证件并佩戴臂章，即使在受敌方留用为被俘同胞服务时，也是如此。在两次世界大战中，医务人员的臂章和身份证有时会被夺走，这可能是俘获国试图逃避其义务的一种做法。[40]本公约对此予以严格禁止。2012年，在苏丹和南苏丹之间发生的武装冲突期间，被俘医务人员报告称，他们的身份证被夺走或丢失；然而，没有身份证件并未妨碍这些医务人员被送回其己方的武装部队。[41]

37 但是，见United States, US Court of Appeals, *Al Warafi* case, Judgment, 2013, pp. 7–8. 该法院认为：

> 最后，至于瓦拉菲（Al Warafi）是否成功履行了证明责任，证实了其身份为受到《日内瓦第一公约》保护的常任医务人员，这是一个事实问题，或者至少是一个事实和法律混合的问题。尽管地区法院本就认为，且本法院也认同，军事人员若未适当展示标志则绝不得确认其身份为医务人员，但该地区法院此外还发现瓦拉菲与医务人员身份不符的若干事实，例如他此前经部署执行过作战任务。

见关于第28条的评注，第2171～2173段。

38 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第116～118页。

39 《日内瓦第一公约》第28条、第30条及第31条，以及《日内瓦第三公约》第33条。

40 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 316.

41 关于这一案例的更多信息，见‘South Sudan shows Sudanese POWs [prisoners of war], as Khartoum urges to protect medical team’, Sudan Tribune, 16 April 2012, available at http://www.sudantribune.com/spip.php?article42271。

2611 医务人员的特殊符号和身份证只能由其本国武装部队的军事当局收回。如果臂章遗失或损毁，则必须给持用者补发新臂章。如身份证遗失，该人员有权领取身份证副本。本条不仅规定了人员所依附之国的义务，还规定了俘获国的义务，即俘获国必须尽其所能，为向被俘的敌方医务人员转交新的身份证和臂章提供便利。过去，曾通过红十字国际委员会运送过此类物品。[42]

主要参考文献

Bouvier, Antoine A., 'The Use of the Emblem', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 855–886.

Cauderay, Gérald C., 'Visibility of the distinctive emblem on medical establishments, units, and transports', *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 277, August 1990, pp. 295–321.

de Mulinen, Frédéric, 'Signalling and Identification of Medical Personnel and Material', *International Review of the Red Cross*, Vol. 12, No. 138, September 1972, pp. 479–494.

Kleffner, Jann, K. 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357.

Loye, Dominique, *Commentary on Annex I (as amended 30 November 1993) to Additional Protocol* I, ICRC, Geneva, 2002.

42 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 316.

第四十一条
辅助人员之辨别

公约条文 *

一、第二十五条所指之人员，仅于执行医疗任务时，应佩带白色臂章，中有小型特别符号；此项臂章由军事当局盖印发给。

二、此种人员所携带之军事证明文件，应注明其所受之特别训练，其所担任任务之临时性以及佩带臂章之权利。

保留或声明

无

目 录

一、引言 783
二、历史背景 784
三、第 1 款：臂章 785
四、第 2 款：证明文件 786
主要参考文献 787

一、引言

2612 《日内瓦第一公约》对常任医务人员（第24条）和辅助或临时医务人员（第25条）作出了区分，既涉及两者在战场上的身份识别问题，又涉及他们落于敌方手中后应享有的待遇。[1]第41条规定辅助医务人员佩戴的白色臂章上的标志应为“小型”标志。作此规定的逻辑在于，维护常任医务人员臂章的重要意义，并避免在敌对行动地区滥用标志。但滥用问题目前已不是主要关切，取而代之的是必

1 第25条所规定的人员通常称为“辅助人员”。自《第一附加议定书》通过以来，“临时（医务）人员”一词更多用于描述此类医务人员。关于临时医务人员的完整定义，见《第一附加议定书》第8条第11款。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

须确保所有医务人员，包括常任和临时医务人员，在敌对行动地区附近执行专门任务时，其医务人员身份可以得到识别。在此情况下，辅助医务人员与常任医务人员享有同等免受攻击的权利，因而必须以相同方式表明其身份。

2613 然而，落于敌方手中时，辅助医务人员并不享有与常任医务人员同等的待遇，即他们不在留用制度的保护范围内（见第28条），而是与战斗员一样成为战俘（见第29条）。但是，根据第29条的规定，对于作为战俘被拘留的辅助医务人员，在必要时应允其开展医疗工作。在这方面，对此类人员而言，携带证明其辅助或临时医务人员身份的证明文件十分重要。

二、历史背景

2614 日内瓦四公约给予辅助或临时医务人员的保护随着时间的推移而不断变化。1864年和1906年的公约并未给予此类人员任何保护。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》则规定，在留用制度下，落于敌方手中的辅助医务人员应享受与常任医务人员同样的待遇，但在敌对行动期间不得佩戴表明其临时医务人员身份的标志，即便在其专门担任医疗任务时也是如此。[2]但事实证明，在实践中，确定辅助医务人员在落于敌方手中时正在从事何种活动是较为困难的。考虑到这一点，1949年公约实质上推翻了1929年公约的规定，允许辅助医务人员佩戴标志，但不受益于留用制度。

2615 1929年的外交会议没有赋予辅助医务人员在战场上佩戴标志的权利，因为担心这一做法将造成标志的滥用。与会代表拒绝考虑的一项提议是相关人员以医务人员身份行事时佩戴臂章，以战斗员身份行事时则摘下臂章。换言之，与会代表不希望标志是“可移除的”。[3]1949年公约的起草者认为，辅助人员在战场上实际执行医疗任务时，可以给予他们保护；但同时认为，如果授权上述辅助人员使用与常任医务人员相同的臂章，则有滥用的风险。[4]外交会议对表明此种区别的若干可能方式进行了讨论，包括使用缩写名称来代表“担架员”等辅助医疗职能，并最终决定使用相同但尺寸较小的标志。[5]

2 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第9条第2款。根据留用制度，不得基于与拘留战俘相同的依据，将医务人员关押至实际战事结束；除非需要他们照顾伤者和病者，否则必须将他们送回其己方的武装部队。见《日内瓦第一公约》第28条、第30条及第31条。

3 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930，pp. 154–155;《1929年日内瓦外交会议记录》，第168～177、184～191页。

4 《1949年日内瓦外交会议纪要》，第20～22页。

5 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第116～118、198页。

三、第1款：臂章

2616 第41条规定了适用于《日内瓦第一公约》第25条所定义的辅助或临时医务人员的身份识别措施。[6]

2617 根据《日内瓦第一公约》中规定的制度，辅助或临时医务人员在专门从事医疗活动时，可经获准佩戴印有小型标志的臂章。但是，对于《第一附加议定书》缔约国而言，该议定书第18条第1款规定，“冲突每一方均应努力保证医务和宗教人员及医疗队和运输工具能得到识别”，而并未规定由常任医务人员和辅助医务人员佩戴的标志在尺寸方面应有何差异。

2618 有充分理由认为，第41条所规定的辅助医务人员臂章上所展示的标志应为“小型”标志的要求，已经过时。[7]以往的担忧是医务人员随意佩戴和摘下臂章可能会造成对标志所代表之保护的滥用，进而减损对标志的尊重，但目前这种担忧已有所减少。当前的首要关切是，如何提高医务人员在各种情况下的可见性，从而便于为其提供保护。

2619 有观点认为无需限制辅助医务人员臂章上特殊标志的尺寸，这一观点在为保护性标志之使用提供更多指导的法律文件中得到了支持。《第一附加议定书》附件一《识别规则》（关于第18条）规定，“特殊标志应尽可能展示在一个平面或一面旗帜上，或以适合当地地形的任何其他方式展示，以使其能从尽可能多的角度和尽可能远的距离，特别是从空中被看到”。[8]该附件还规定，“在战斗地区执行任务的医务和宗教人员应尽可能穿戴印有特殊标志的头盔和服装”。[9]研究表明，即使臂章上的标志是正常尺寸，在战场上往往也不够明显，这促使《第一附加议定书》采取了更为灵活的规定。[10]要求辅助医务人员使用更小的特殊标志，只会使这个问题更加复杂。这种解释在学术著作中已得到确认。[11]

6 《第一附加议定书》第8条第3款和第11款进一步对临时医务人员作出了界定，其范围比第25条更广，因其涵盖了不属于武装部队人员的平民医务人员。

7 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 759, 该段强调，“公约关于限制使用特殊标志（臂章）的规定，特别是向临时人员施加佩带较小标志之义务的规定，必须视为是已经过时的”。还应注意，红十字国际委员会《关于使用和保护红十字、红新月和红水晶标志的示范法》没有就使用带有小型特殊标志的臂章作出规定。另见红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》，第40～44页。

8 《第一附加议定书》附件一《识别规则》（1993年11月30日修正案）第5条第1款。

9 同上注，第4款。

10 Cauderay, pp. 305–308.

11 De Waard/Tarrant, p. 167.See also Kleffner, pp. 352–355, and Bouvier, pp. 864–865, 均未提及保护性标志在尺寸方面的差异。

2620 尽管有些国家可能仍然希望继续在其辅助医务人员佩戴的臂章上使用小型特殊标志，[12] 但这并不构成一项义务。

2621 鉴于这一发展，至关重要的是避免人们产生辅助或临时医务人员的身份在战斗员和医务人员之间频繁切换的看法。实际上，并没有规定对受指派专门从事医疗任务的时长作出明确限制，但根据常识，在某一军事行动期间，医务人员所承担的任务，或为此所使用的医疗用品，应最大限度地保持不变。如果临时任务时长过短、变动过于频繁，就可能导致各方对医务人员失去信任，削弱其所受保护。[13]此外，辅助医务人员须严格遵守准许其佩戴特殊标志的条件：必须曾为医疗任务接受特别训练，且仅在实际从事上述活动时才佩戴标志。

2622 此类臂章必须由主管军事当局配发和盖印，与第40条关于常任医务人员的规定相同。

四、第 2 款：证明文件

2623 第41条规定了辅助或临时医务人员所携带的军事身份证明文件应包含的具体信息。第41条中对身份证的要求应与《日内瓦第三公约》第17条第3款相同，但还规定了一项特殊内容，即应载明持证人有佩戴臂章之权利。[14]因此，辅助或临时医务人员的证明文件不同于常任医务人员，这强调了两类人员在落于敌方手中时将适用不同的制度。辅助医务人员的身份证须注明其所从事活动的临时性，以说明可将其作为战俘关押，而非须将其送回其所属部队或作为医务人员予以留用。同时，身份证上须载明持证人佩戴臂章的权利，以及持证人在相关方面所受的特别训练。如果持证人作为战俘被拘留，身份证上载明其所受训练将有助于指派其承担医务工作（见第29条）。

2624 持有身份证并非在任何情况下都构成证明持有人有权佩戴保护性标志的必要条件，特别是考虑到证明文件可能遗失或被夺走；如果没有上述证明文件，辅助医务人员落于敌方手中后可通过其他方式证明其身份。[15]不过，由于这一制度建立

12 例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年），课程五，第10页；荷兰《军事手册》（2005年），第80页；及美国《战争法手册》（2015年），第438页。

13 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 395. See also De Waard/Tarrant, pp. 159 and 180–181.

14 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第198页；另见关于《日内瓦第三公约》第17条第3款的评注。

15 有观点认为该款之要求更为严格，见De Waard/Tarrant, p. 167, 作者指出："这是一项至关重要的要求。如果战斗员在没有适当身份证明文件的情况下佩戴了特殊保护性臂章或臂带，则该战斗员可能会因滥用保护性标志而承担责任。"

在信任的基础之上，辅助医务人员最好携带身份证以证明其有权佩戴臂章。

2625 应向辅助医务人员配发身份证的一般要求，规定在《日内瓦第三公约》第17条第3款中，根据该款规定，各缔约国必须向任何可能成为战俘的人员提供此类证件。《日内瓦第一公约》第40条第4款禁止剥夺常任医务人员的身份证和符号；虽然第41条对此未作规定，但《日内瓦第三公约》第17条第3款最后一句就战俘的身份证明确规定了相同的禁止性规定，包括辅助医务和宗教人员的身份证。

主要参考文献

Bouvier, Antoine A., 'The Use of the Emblem', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 855–886.

Cauderay, Gérald C., 'Visibility of the distinctive emblem on medical establishments, units, and transports', *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 277, August 1990, pp. 295–321.

De Waard, Peter and Tarrant, John, 'Protection of Military Medical Personnel in Armed Conflicts', *University of Western Australia Law Review*, Vol. 35, No. 1, 2010, pp. 157–183.

红十字国际委员会：《关于使用特殊标志的研究报告：救援行动、商业活动和其它非救援行动》，红十字国际委员会 2013 年版，第 40 ～ 44 页。

Kleffner, Jann, K. 'Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 321–357.

第四十二条
医疗队及医疗所之标志

公约条文 *

一、本公约特殊旗帜之悬挂仅限于依本公约应受尊重之医疗队及医疗所，并须经军事当局同意。

二、流动医疗队与固定医疗所，均得加悬其所属冲突一方之国旗。

三、但落于敌方手中之医疗队，除本公约之旗帜外，不得悬挂其他任何旗帜。

四、冲突各方，于军情许可下，应采取必要之步骤，使标明医疗队所之特殊标志易为敌方海陆空军所辨识，以避免任何敌对行动之可能。

保留或声明

无

目 录

一、引言 790
二、历史背景 790
三、第 1 款：本公约特殊旗帜的使用 791
四、第 2 款：国旗的使用 792
五、第 3 款：落于敌方手中的医疗队 793
六、第 4 款：作为保护手段之标志的可辨识性 794
主要参考文献 797

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

2626 第42条详细规定了根据《日内瓦第一公约》第19条受到尊重和保护的军事医疗队及医疗所，应如何展示以及在哪个主体的控制下展示用作保护手段的标志。[1]在这方面，第42条是以第39条和第44条的规定为基础的，其中第39条涉及武装部队医务部门整体将标志作为保护手段的使用，第44条涉及保护性使用和识别性使用之间的区别。

2627 第42条使用了“特殊旗帜”一词，这是标志可用作保护手段的典型方式之一。本条还对除展示标志外可否加悬国旗的问题进行了规定。

2628 最后，保护标志旨在作为《日内瓦第一公约》赋予医疗所和医疗队之保护的有形表现形式，第42条遵循这一宗旨，规定冲突各方在考虑到军情的情况下，确保标志易为敌方武装部队所辨识。

二、历史背景

2629 使用“特殊旗帜”对军事医疗所和医疗队进行标记的规定首次出现在1864年《日内瓦公约》中，[2]该公约进一步规定，除悬挂特殊旗帜外“必须在一切场合同时也悬挂国旗”。1906年《日内瓦公约》制定的一般性规则是武装部队医务部门的流动医疗队和固定医疗所都必须在悬挂特殊旗帜的同时加悬国旗。[3]1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》则将该一般性规则限于固定医疗所，而流动医疗队可选择是否加悬国旗。[4]此后在1949年公约中，无论是固定医疗所还是流动医疗队，都可选择是否悬挂国旗。

2630 落于敌方手中的医疗队无权在悬挂特殊旗帜的同时加悬任何国旗的规则，最初由1906年公约引入，并在后续公约中予以保留。[5]

2631 冲突各方在军情许可的情况下，采取必要之步骤以确保医疗队及医疗所上所标明的标志易于辨识的义务，最初规定在1929年公约当中，而由此成为了国际人道法条约的一部分。[6]

1 在医疗队、医疗所和运输工具上使用标志，还受到《日内瓦第四公约》第18条、第21条和第22条以及《第一附加议定书》第18条的规制。
2 《日内瓦公约》（1864年）第7条。
3 《日内瓦公约》（1906年）第21条。
4 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第22条第1款。
5 《日内瓦公约》（1906年）第21条第2款；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第22条第2款。
6 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第22条第3款。

三、第 1 款：本公约特殊旗帜的使用

2632 第42条第1款使用“特殊旗帜”一词，对悬挂旗帜以展示红十字、红新月或更为晚近的红水晶标志作为保护手段的传统做法进行了重申。[7]大量国家在通过《日内瓦第一公约》后，在其国内立法与军事手册中将“特殊旗帜”规定为保护手段。[8]“旗帜”一词不能作过于贴近字面意思的理解。对此，本条第4款进行了确认。第4款表明，展示作为保护手段之标志的目的，是使敌方武装部队得以清楚地辨识军事医疗队所。此外，作为标志的保护性使用与识别性使用之间区别的示例，第44条第2款明确规定，在建筑物屋顶展示标志，仅限于标志的保护性使用。[9]

2633 将标志作为保护手段，展示在医疗队所之上的方式，并不局限于旗帜本身。在屋顶上涂绘标志等其他展示方式只要能达到易于辨识的根本目的，也是可以的。[10]因此，完全可将“旗帜”一词解释为红十字、红新月或红水晶“标志”，其展示方式由军事当局酌情决定。

2634 第42条第1款对标志用作保护手段作出了明确限制，规定标志之“悬挂仅限于依本公约应受尊重之医疗队及医疗所”。根据《日内瓦第一公约》第19条，享有悬挂标志权利的主体仅限于武装部队医务部门的固定医疗所和流动医疗队，以及辅助医务部门的国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的医疗队及医疗所。[11]

2635 在此限制下，已丧失《日内瓦第一公约》之保护的医疗队所则无权将标志用作保护手段。[12]一旦医疗队所丧失其保护地位，在其不受公约保护的整个期间，撤除旗帜就变得十分必要。如继续悬挂旗帜，则会构成国际人道法所禁止的标志的不当使用，甚或在满足其他必要条件的情况下构成背信弃义的战争罪。

7 严格来说，特殊旗帜还包括《日内瓦第一公约》第38条第2款所承认的特殊标志之一——红狮与日。该标志仅为一个缔约国的曾用标志，现已不再使用。2005年12月通过的《第三附加议定书》承认红水晶为新增特殊标志，其使用条件与1949年日内瓦四公约（包括《日内瓦第一公约》）以及（如适用）1977年附加议定书所规定的条件相同。

8 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.75段；哥伦比亚《标志法》（2004年）第2条第3款；泰国《红十字法》（1956年）第5条；美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3～23段；以及乌拉圭《标志法令》（1992年）第7条。

9 另见1991年《标志规则》第4条，其中规定各国红十字会和红新月会在使用标志作为识别手段时，不得将其置于屋顶上。

10 例如，见哥伦比亚《第138号法令》（2005年）第4条第1款；乌拉圭《标志法令》（1992年）第8条；以及乌兹别克斯坦《红新月和红十字标志使用和保护法》（2004年）第7条。

11 见关于第19条的评注，第三部分第（一）节和第三部分第（二）节。虽然第19条涵盖了冲突当事国和中立国的国家红会或其他志愿救济团体的医疗所和医疗队，但只有冲突当事国国家红会的医疗所和医疗队属于第42条规定的范围。第43条涉及中立国国家红会医疗所和医疗队使用标志作为保护手段的问题；见关于该条的评注。

12 关于医疗队及医疗所失去保护的范围，见《日内瓦第一公约》第21条和第22条及其评注。另见关于第19条的评注，第1820～1821段，以及关于第24条的评注，第六部分。

2636 第42条第1款还要求，使用特殊旗帜，须“经军事当局同意”。与第39条的情况类似，本款未对主管军事当局之所指作出明确规定。许多国家的国内法律法规将国防部长指定为对此负责的军事主管官员。[13]至关重要的是，所有武装部队都有责任对本款项下的医疗队所将标志用作保护手段的行为进行逐一批准并实行控制。[14]

四、第 2 款：国旗的使用

2637 如前所述，在1949年公约中，固定医疗所和流动医疗队均可选择是否加悬其所附属之军事医务部门所属国之国旗。[15]这与1929年公约的规定相比，发生了变化。当时的规定是，仅流动医疗队可选择是否加悬国旗，而固定医疗所则必须加悬。作此区分的逻辑是，要求流动军事医疗队悬挂国旗，实质上会为敌方提供方便的瞄准点，从而招致攻击。[16]此后，1937年的政府专家委员会[17]提出，这一逻辑不仅适用于流动医疗队，也适用于流动医疗所，因为国旗通常被视作交战象征，易诱发攻击。据此，该委员会提议，固定医疗所和流动医疗队都可选择是否加悬国旗。此建议得到了1946年国家红会预备会议以及1947年政府专家会议的支持，并在1949年未经进一步讨论即获采纳。[18]各国的国家军事手册也大多重申，悬挂国旗是一种选择，而非一项义务。[19]

2638 因此，是否在医疗队及医疗所上标明保护性标志的同时加悬国旗，是由冲突各方自行决定的。虽然未在第42条第2款中加以明确，但对此事项有决策权的军事

13 见关于第39条的评注，第二部分第（一）节。例如，另见波黑《标志法》（2002年）第19条；中非共和国《标志法》（2009年）第7条；格鲁吉亚《标志法》（1997年）第6条；马里《标志法》（2009年）第5条；菲律宾《标志法》（2013年）第4条；乌拉圭《标志法令》（1992年）第4条；以及也门《标志法》（1999年）第4条。

14 不能将此责任转托给军事当局以外的实体。见红十字国际委员会《关于使用特殊标志的研究报告》（2011年，日内瓦），2013年中文版，第52页和第55页。

15 只有作为保护手段的标志，即白底红十字、红新月、红狮与日或红水晶，亦即“特殊旗帜”，才可以作为《日内瓦第一公约》对医疗队及医疗所之保护的有形表现形式。其他旗帜，特别是国旗，则不具有这一重大意义。但相反观点，见关于第38条（瑞士国旗特殊地位）的评注，其中红十字标志被认为是对瑞士国旗的翻转。

16 Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 165.

17 该委员会由红十字国际委员会召集，编写了一份报告和一份修订1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的草案，该公约于1938年在伦敦举行的第16届红十字国际大会上获得通过。1940年由瑞士政府召开的外交会议本应就此进行讨论，但由于第二次世界大战的爆发，会议延期。该草案随后成为1949年外交会议前进一步准备工作的基础。见《1946年国家红会预备会议报告》，第15页。

18 见《1947年政府专家会议报告》，第52页。

19 例如，见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第16页；加拿大《武装冲突法手册》（2001年）第915.2段；瑞士《基础军事手册》（1987年）第95条；以及美国《军队医疗卫生系统》（2013年），第3～23段。

当局，与负责批准和控制保护性标志本身之使用的军事当局为同一主体。[20]由于辅助医务部门的国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的医疗所和医疗队将标志用作保护手段也在第42条规定的范围内，因此主管军事当局也可将其有关加悬国旗之决定扩大适用于此类医疗所和医疗队。[21]

2639 第42条没有对标明保护性标志的同时加悬国旗以外其他旗帜的情况作出规定。举例而言，其他旗帜包括在联合国指挥和控制下，参与维和行动之派遣国部队的医疗所和医疗队所使用的联合国旗帜。联合国作为一个国际组织，本身无权使用特殊标志。但是，参加联合国行动的派遣国保有其有关特殊标志的权利和义务，因此得使用标志本身。[22]在这种情况下，如果要在维和行动中的军事医疗所或医疗队上展示标志，须注意避免将标志置于靠近联合国旗帜（或任何其他国际组织的旗帜）的位置，并避免发生使用双重标志的情况。红十字、红新月或红水晶标志在任何情况下都必须保持其原本的样式。[23]

五、第 3 款：落于敌方手中的医疗队

2640 第42条第3款禁止落于敌方手中的医疗队在悬挂保护性标志的同时加悬国旗，[24]这体现了适用第19条第1款规则的效果。第19条第1款规定，必须允许落于敌手之医疗队继续治疗其照顾下的伤者病者，直到俘获国自身能够承担这一责任为止。[25]关于此过渡期间，即俘获国在第33条和第34条所规定的限制之内对医疗队之医疗用品进行处置之前，存在的问题是：医疗队应继续悬挂其所属国的国旗，还是应改用俘获国的国旗？[26]

2641 诚然，这是一项难以做出的决定。因为除本公约之特殊旗帜外，无论规定应使用哪一国国旗，都会招致反对。[27]

20 这点可以从本款的上下文中推断得出。第43条第2款也规定了中立国国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体医疗队标明保护性标志的同时加悬国旗的问题，并提到“负责军事当局”有权在这方面下达某些命令。见关于第43条的评注，第三部分。

21 红十字国际委员会《关于使用特殊标志的研究报告》（2011年，日内瓦），2013年中文版，第121～123页。

22 见《第三附加议定书》第5条及其评注。

23 见红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》（2011年，日内瓦），2013年中文版，第27章，第135～139页。

24 中立国国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的医疗所和医疗队不在本款规定的范围之内，因为此类医疗队所受第43条第2款所载具体规则的规制。关于“落于敌方手中”的概念，见关于第19条的评注，第三部分第（三）节。

25 同上注。

26 关于分别属于武装部队和国家红十字会、红新月会或其他志愿救济团体之固定医疗所及其器材及仓储和流动医疗队及其器材应作何种处理的更多详情，见关于第33条和第34条的评注。

27 相关反对意见已针对1929年公约在这方面所使用的相同措辞提出。See Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, p. 166.

2642 本款在适用范围上与其他三款截然不同：其他三款均同时适用于医疗所和医疗队，而本款明文将其适用范围限于“医疗队”。从严格的字面意义上看，可以理解为这一规则仅适用于流动医疗队，而不适用于固定医疗所。1929年公约中相应约文与本款规定采用了完全相同的措辞，当时对此就已有更为细致的解读，认为1929年公约对武装部队的固定医疗所和流动医疗队进行区分是合理的；但对属于辅助医务部门的国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的固定医疗所和流动医疗队进行区分，则并不恰当。[28]

2643 自1949年公约通过以来，“医疗队”一词被解释为既包括固定医疗所，也包括流动医疗队。解释方面出现这一变化的理由是，固定医疗所和流动医疗队落于敌方手中时，不论是属于武装部队的医务部门，还是属于辅助医务部门的国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体，其地位都十分相似，因此没有理由对二者在使用旗帜方面加以区别。[29]

六、第 4 款：作为保护手段之标志的可辨识性

2644 第42条第4款规定，冲突各方有义务“采取必要之步骤”，使作为保护手段之特殊标志易为敌方武装部队所辨识。这是一项行为义务，而非结果义务。鉴于该款的最终目的是“避免任何敌对行动之可能”，这一结论是显而易见的。此目的之实现不仅取决于将标志作为保护手段而进行展示的一方，还需敌方武装部队履行其基本义务，为确认其攻击目标确为军事目标而采取一切可行的预防措施。[30]

2645 关于“采取必要之步骤”这一义务的解释，可以肯定的是，如果标志要作为公约所赋予之保护的有形表现形式，并起到“避免任何敌对行动之可能”的作用，就应该使其在地面和空中都能从尽可能远的距离、尽可能多的角度被尽早观察到。但是，公约既没有规定标志应明显可见的距离，也没有规定标志的尺寸。实际上也确实无法作出相关规定，因为用作保护手段之标志的可辨识性，在很大程度上与其所处的具体环境有关，并取决于一系列不同的因素，例如地形、天气、所处时间段，以及敌方可用的武器类型和观测技术。[31]

28 See *ibid*. pp. 166–167. 在这方面，武装部队医务部门的固定医疗所，与辅助医务部门的国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的固定医疗所之间的区别，仅在于前者受战争法约束，这与其在1949年公约第33条和第34条中的法律地位相符。

29 关于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》规定的固定医疗所和流动医疗队的地位，见上注p. 166。

30 《第一附加议定书》第57条第2款第1项第1目；另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则16。

31 例如，见瑞典《国际人道法手册》（1991年）第156页。

2646 然而，在1936年、20世纪70年代、1989年以及1993年至1995年期间，红十字国际委员会与武装部队开展合作，从空中、地面和海上进行了可辨识性测试，并考虑到了上述多种变量。例如，就观察标志的距离及标志尺寸而言，1936年的空中测试表明，在天气良好的情况下，将一个5米见方的白底红十字标志置于屋顶，在2500米以上的高度几乎无法辨认。1989年进行的空中测试基本上证实了这一结果：5米见方的红十字旗帜在3000米以上已无法辨识；10米见方的红十字旗帜在5000米以上高度则再也无法辨认。[32]1989年的空中测试还发现，红新月标志比红十字标志更不易辨认。[33]在标志从地面上的可辨识性方面，1989年的测试发现，任何宽度超过1米的标志在400米的距离内都可以辨认。[34]

2647 在夜间或恶劣天气下，增强可辨识性的一个方法是照亮或点亮标志。“照亮”是指通过投影仪或灯将白光投射到标志上，使其形状与颜色得以显现；“点亮”是指在标志上安装红白两色灯泡，可沿标志轮廓安装红色灯串，并沿白底之边框安装白色灯泡，使红色标志在白底的衬托下更加凸显。

2648 与1936年的测试相比，20世纪70年代以及其后所进行测试的附加价值在于，测试考虑到了电子观测技术的进步，包括被动红外技术（也称热成像）[35]和影像增强器，如夜视仪。[36]借助这些技术，在能见度降低时，特别是受恶劣天气影响或在夜间的条件下，也能够识别目标。1989年的测试显示，在影像增强器视野下，使用反光漆可提高标志的可辨识性。[37]同时，热成像相机不对颜色进行区分，而是检测温度的变化。基于上述原因，并经过1993年至1995年间进行的空中、地面和海上测试，所得出的结论是建议使用热反射系数高的特殊胶带。因此，可以使用这些特殊胶带制作红十字或红新月标志，以使红十字或红新月与其白色背景之间形成一定温差，从而可由热成像相机检测到。[38]2000年和2001年还针对日后通过的白底红水晶标志进行了类似的测试。[39]

32 Cauderay, p. 300.

33 *Ibid*. pp. 300–308, 315 and 317.

34 *Ibid*. p. 303.

35 采用这种方法，物体在红外波段发射的电磁能被转换成电信号，电信号再用于绘制地形热点地图，就会形成可通过望远镜或屏幕等观察的图像。See Cauderay, p. 297, note 3, and Loye, p. 198, note 1.

36 影像增强器是在夜间低照度条件下可增强物体亮度的电光装置。其主要部件影像增强管可将低电平的多色图像（白光）转换成电子图像后，再对图像进行电子亮度增强成像，由此产生的图像饱和度水平高，通常是暗绿色的单色图像；Cauderay, p. 297, note 4.

37 *Ibid*. p. 310. 另见哥伦比亚《第138号法令》（2005年）第4条第6款，该款明文规定为确保夜间可辨识性，可使用反光材料。

38 See Loye, pp. 198–202.

39 Jean-François Quéguiner, ‘Commentary on the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III)’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 865, March 2007, p. 187, note 35.

2649 上述测试的许多结果随后纳入了《第一附加议定书》所附之《识别规则》。[40]该规则不仅具体规定了旨在确保提高保护性标志可辨识性的措施，而且还另规定了特殊信号，如无线电识别和电子识别。因为在现代战争中已出现长距离瞄准技术，纯视觉识别手段可能已难以胜任。[41]冲突各方可能还希望通过将其医疗设施的全球定位系统坐标向他方进行通报，而使他方知悉相关医疗设施的存在。

2650 第42条第4款所载的义务还受到“于军情许可下”这一条件的限制，这就说明在某些情况下，作为保护手段的标志可能根本不会进行展示。根据第39条，一般情况下应对标志进行展示，这一规定构成武装部队方面占主导地位的条令及主流的国家实践。然而，保护性标志本身并不赋保护，而仅作为公约所赋予之保护的有形表现形式，便于敌方武装部队进行识别。[42]因此，医疗所或医疗队如未能展示保护性标志，既不会因此自动失去其享有的保护，也不会据此必然得出该所或该队已丧失保护的结论。[43]

2651 因此，允许指挥官在军情需要时，决定将某些医疗队之上用作保护手段的标志移除或进行遮盖（伪装）。如指挥官认为有必要为医疗队配备重型武器以阻止非法攻击，就必须移除标志，或以不会引起误解的方式将其隐藏。[44]在敌方明显违反国际人道法、系统性地对展示保护性标志的医疗队发起攻击的情况下，武装部队的上述行动方案是为军事条令与国家实践所认可的。

2652 而且，军事条令与国家实践还认可的做法是，一方如有必要在军事目标以内或其附近部署医疗队（如流动医疗队），则可以选择不展示标志，以免暴露所在交战部队的位置和人数。[45]此外，根据使用标志作为保护手段这一目的可以推断的

40 见《第一附加议定书》附件一《识别规则》（1993年修订）第4条和第5条。

41 同上注，第6条至第9条。例如，冲突各方可能还希望可以在计算机网络和数据方面授权使用电子标记。见《塔林网络战国际法手册》，英文版于2013年出版，剑桥大学出版社，中文版于2016年出版，朱莉欣等译，国防工业出版社，第206–208页。

42 见关于第39条的评注，第二部分第（四）节。另见《第一附加议定书》附件一《识别规则》（1993年修订）第1条第2款，以及《第三附加议定书》序文第4段。大量国家的国内立法也承认标志作为公约所赋予之保护的有形表现形式这一根本目的；例如，见波黑《标志法》（2002年）第2条；哥伦比亚《标志法》（2004年）第2条第1款；马里《标志法》（2009年）第3条；以及菲律宾《标志法》（2013年）第3条第6款。

43 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.3段；英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.25.1段；以及美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3～23段。See also Vollmar, p. 748.

44 关于在军事医疗队装备重型武器的情况下丧失特定保护的讨论，见关于第22条的评注，第1868段。

45 例如，见澳大利亚《武装冲突法手册》（2006年）第9.4段（其中指出，为了“隐藏军事部署，指挥官可选择不在战地救护车或医疗设施上展示红十字、红新月或红水晶标志，因为依据必要性，此类车辆和设施必须位于或设于靠近军事目标的位置，例如医疗转运站应靠近军用机场”）；德国《军事手册》（2013年）第652段；秘鲁《国际人道法手册》（2004年）第30（t）段，附件10《职权范围》第25点和第98点；以及菲律宾《武装冲突法教学资料》（2006年）第5-7、9-3和16-2页。但是，这一行动方案必须遵守《日内瓦第一公约》第19条第2款所规定的义务，即保证医疗所及医疗队尽可能如此设置，以期不致因对军事目标之攻击而危及其安全。见关于第19条的评注，第四部分。

是，如果有理由断定，不标明标志能更好地保护医疗队及医疗所，则主管军事当局可以作出不在医疗队及医疗所之上标明标志的决定。[46]

2653 虽然医务部门的医疗所和医疗队无论是否标明标志，均始终受到法律保护，但在实践中，此等保护仅在敌人能够识别医疗队所之身份的情况下方可生效。因此，军事条令认识到，医疗队的伪装时间不应超过绝对必要所需的时间。[47]

主要参考文献

Bouvier, Antoine A., 'The Use of the Emblem', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 855–886.

Cauderay, Gérald C., 'Visibility of the distinctive emblem on medical establishments, units, and transports', *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, No. 277, August 1990, pp. 295–321.

de Mulinen, Frédéric, 'Signalling and Identification of Medical Personnel and Material', *International Review of the Red Cross*, Vol. 12, No. 138, September 1972, pp. 479–494.

Eberlin, Philippe, 'Modernization of protective markings and signalling', *International Review of the Red Cross*, Vol. 19, No. 209, April 1979, pp. 59–83.

– *Protective Signs*, ICRC, Geneva, 1983.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克，《习惯国际人道法：第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，于 2007 年出版，红十字国际委员会与法律出版社，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docindex/home。

Loye, Dominique, 'Making the distinctive emblem visible to thermal imaging cameras', *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 317, March–April 1997, pp. 198–202.

Vollmar, Lewis C., 'Military Medicine in War: The Geneva Conventions Today', in Thomas E. Beam and Linette R. Sparacino (eds), *Military Medical Ethics*, Vol. 2, Office of The Surgeon General, United States Army, Washington D.C., 2003, pp. 739–771.

46 另见关于第39条的评注，第二部分第（二）节和第二部分第（三）节，以及关于第40条的评注，第三部分第（二）节，其中涉及在旗帜上使用标志、标志和医疗设备，以及医务和宗教人员的识别问题。

47 见《北约第2931号标准化协议》（1998年）（规定对医疗设施进行伪装的命令仅可为涉及局部地区的临时性命令，一旦一线安全局势允许，必须立即撤销。此外，此等命令仅可由军事指挥链的特定等级，即旅一级或同等级别的人员下达。然而，就大型固定医疗所而言，并未预见对其进行伪装的可能性。）另见比利时《武装冲突法培训手册》（2009年）课程五，第17页；英国《武装冲突法手册》（2004年）第7.25.2段；以及美国《军队医疗卫生系统》（2013年）第3～23段。

第四十三条
中立国医疗队之标志

公约条文 *

一、属于中立国之医疗队经获准依照第二十七条所规定之条件协助一交战国者，在该交战国欲利用第四十二条所给予之特许时，除悬挂本公约之旗帜外，应加悬该交战国之国旗。

二、除受负责军事当局相反的命令之拘束外，此等医疗队得于一切情况下悬挂其本国国旗，即使其落于敌方手中。

保留或声明

无

目 录

一、引言 799
二、第 1 款：交战国国旗和本公约旗帜 800
三、第 2 款：中立国国旗 800

一、引言

2654 第43条规定了中立国的国家红十字会与红新月会或其他志愿救济团体的医疗队经获准依照《日内瓦第一公约》第27条所规定的条件，协助冲突一方时应如何使用标志。[1]第二次世界大战结束后，此类安排未曾出现，不过仍是一种选择。[2]

1 有关此类核准的要求，见关于第27条的评注，第三部分和第四部分。

2 见关于第27条的评注，第二部分。See also François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, p. 517.

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

二、第 1 款：交战国国旗和本公约旗帜

2655 第43条第1款规定，中立国医疗队在悬挂本公约之旗帜的同时，可依其所协助之交战国指挥官的决定，悬挂该交战国之国旗（根据第42条，此规定不具强制性）。[3]这意味着，中立国国家红会或其他志愿救济团体的医疗队得悬挂其所协助的交战国的国旗。

2656 此类医疗队也可展示保护性标志，即本条所称之“本公约之旗帜”，包括红十字、红新月和红水晶。[4]“旗帜”一词应作广义解释。[5]

三、第 2 款：中立国国旗

2657 1929年公约首次规定，中立国医疗队除可悬挂本公约之旗帜及其所协助之交战国国旗外，还有权悬挂本国国旗。[6]当时，对于允许各国红会医疗队在此情形下悬挂本国国旗的这一主张，存在颇多疑虑。[7]然而，由于近年来并无相关实践，很难评估展示此类旗帜可能带来的影响。

2658 根据1949年的公约约文，中立国医疗队即使落于敌方手中也得悬挂其本国国旗。但在这方面，有关军事医疗队的规定则有所不同。根据第42条第3款，军事医疗队落于敌方手中后，不得再悬挂本国国旗，而只可悬挂本公约之旗帜。

2659 然而，中立国医疗队继续悬挂本国国旗的选择“受负责军事当局相反的命令之拘束”。但这并不意味着交战国能够一般性地决定中立国医疗队是否可以悬挂其本国国旗。[8]相反，要求中立国医疗队不悬挂其本国国旗，须出于战术考虑，且仅限于存在某些特殊情况的有限期间内，例如有必要在前线地区隐藏医疗队等。这一解读是基于对本条的逻辑分析作出的。若非如此，在同一句话中使用“受……相反的命令之拘束”和“此等医疗队得于一切情况下”这两个短语似乎相互矛盾，则该款不具实际意义。

3 见关于第42条的评注，第2637段。

4 确切而言，第43条第1款中提到的“本公约之旗帜”还包括红狮与日，该标志是《日内瓦第一公约》第38条第2款所承认的特殊标志之一。仅有一个缔约国曾使用过红狮与日标志，目前已不再使用。另见关于《第三附加议定书》第2条第4款的评注。关于增强保护性标志可辨别性的措施，另见《第一附加议定书》附件一《识别规则》（1993年11月30日修正版）及其评注。

5 见关于第42条的评注，第三部分。

6 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第23条。

7 对此的诸多疑虑，尤其列于Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 171–172。除其他方面外，德古特（Des Gouttes）尤其担忧的是，在此情形下某国家红会悬挂本国国旗可能会给人造成错误的印象，认为其所属国家已经参战。然而，皮克泰（Pictet）在1952年写道，那些“出于原则”而提出的反对意见“不具说服力”（*Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 323）。

8 见关于第42条的评注，第四部分。

第四十四条
使用标志之限制
例外

公约条文 *

一、除本条下列各款所列情形外，白底红十字标志及“红十字”字样，或“日内瓦十字”字样，不论在平时或战时，只能用以标明或保护本公约及规定类似事项之其他公约所保护之医疗队及医疗所，以及其人员与器材。对于使用第三十八条第二款提及之标志之国家，本规定应适用于该项标志。第二十六条所指之各国红十字会及其他救济团体仅在本款所指范围内有权使用给予本公约之保护之特别标志。

二、此外，各国红十字会（红新月、红狮与日）在平时依照其本国法律，得使用红十字名义及标志，以从事其他符合国际红十字大会所定之原则之活动。若在战时进行此项活动，则使用该项标志之条件，应足以使该标志不致被认为赋予本公约之保护；此项标志应用比较小的尺寸，并不得置于臂章或屋顶上。

三、国际红十字组织及其正式委派之人员，不论何时均得使用白底红十字之标志。

四、作为一种例外措施，本公约之标志，得依照本国内法律并经本国红十字会（红新月、红狮与日）之一的明白许可，于平时得用以辨别用作救护车之车辆及标明专为免费治疗伤者、病者之救护站所在地。

保留或声明

美利坚合众国：在批准时作出保留。[1]

1 United Nations *Treaty Series*, Vol. 213, 1955, pp. 378–381. 关于该项保留的文本以及对此进行的讨论，见关于第53条的评注，第3086～3087段。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

目 录

一、引言 802
二、历史背景 802
三、第 1 款：特殊标志作为保护手段的首要性 803
四、第 2 款：各国红会使用标志作为识别记号 806
五、第 3 款：国际红十字组织使用标志 811
六、第 4 款：第三方救护车和救护站的标记 813
主要参考文献 815

一、引言

2660 第44条规定了一项一般原则，即特殊标志作为一种保护手段，只能用以标明《日内瓦第一公约》（第38条至第43条）以及其他日内瓦公约及其附加议定书所规定的医疗队及医疗所、人员和器材。重要的是，本条还针对这一规则制定了若干例外情形，允许某些其他实体在满足特定条件的情况下使用特殊标志。

2661 首先，必须认识到特殊标志的使用可采取两种不同的形式，这两种形式在第44条中均得到规定与阐明。第一种形式就是将特殊标志用作保护手段，即作为本公约向某些人员或物体所给予之保护的有形记号。[2]第二种形式是将标志用作识别记号，表明某人员或物体与国际红十字与红新月运动（以下简称“运动”）的组织有关。将特殊标志用作识别记号时，并不意味着所标记之人员或物体受本公约保护。

二、历史背景

2662 虽然第44条条文的早期版本可追溯到1906年，但直到1949年本条款通过之时，才对标志的保护性使用和识别性使用作出了本质上的区分。例如，1906年《日内瓦公约》第23条只是规定，白底红十字标志和“红十字”或“日内瓦十字”字样，不论在平时或战时，只能用以“保护或标明本公约所保护的医疗队和医疗所以及其人员和‘器材’”。

2663 1906年公约第23条在1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》新制定的第24条中得到扩充，既涵盖了使用红新月或红狮与日标志的国家（这些新增特殊标志已

2 这并不意味着这些人员或物体受到保护与否，取决于是否使用了特殊标志；未展示标志的受保护人员或物体并不因此丧失公约规定的受保护地位。见关于第39条的评注，第2566段和第2578段。

经为1929年公约所正式采用），也允许各国红十字会、红新月会和红狮与日会（以下简称“各国红会”或“国家红会”）依照其本国法律规定在其人道活动中使用其中一种特殊标志。然而，由于未能对标志的保护性使用和识别性使用作出区分，1929年的外交会议决定，除辅助武装部队医务部门开展工作的情形外，各国红会只有在和平时期才有权使用标志。因此，在冲突爆发后，各国红会应防止其所有工作人员或志愿者使用特殊标志，也须防止在其非用于照顾军事伤员之目的或非附属于武装部队医务部门的建筑物或物体上使用标志。但实践中，这条规定通常成为了一纸空文。

2664 1949年《日内瓦第一公约》第44条对标志的保护性使用和识别性使用作出了明确区分，成功兼顾明显存在的两种需要。一方面，将特殊标志用作保护手段的需要持续存在，特别是对武装部队医务部门而言，这是标志最初的和主要的功能。另一方面，各国红会继续将特殊标志用于其辅助军事医务部门工作以外的活动，而且标志日益与各国红会以及一般性人道活动联系在一起。上述两者之间需要达成一种平衡。第44条对标志的保护性使用规定了最严格的保障措施，同时允许各国红会在满足某些限制条件的情况下，（在武装冲突期间等情形中）适当将标志用作识别记号。识别性使用的条件，在红十字与红新月国际大会和相关运动会议通过的其他条文中得到进一步发展。[3]

三、第 1 款：特殊标志作为保护手段的首要性

2665 第44条第1款确认了保护性使用是特殊标志的首要作用，此种使用旨在标明受《日内瓦第一公约》及规定类似事项之其他公约所保护的医疗队及医疗所，以及其人员与器材。该款适用于红十字标志以及第38条第2款所承认的其他标志（后者涉及使用这些标志的国家）。[4]“红十字”和“日内瓦十字”字样也包括在本款中。实际上，虽然第38条和第39条规定，红十字标志（或其他任何相关特殊标志）是武装部队医务部门的标志，应出现在与之相关的一切事物上，[5]但第44条明确规定，除规定的例外情形外，特殊标志不应出现在任何其他事物上。除日内瓦四公约及其附加议定书所规定的情况外，严禁使用特殊标志。

3 这一发展过程产生的结果是，第20届红十字国际大会（1965年，维也纳）通过了《各国红会使用红十字或红新月标志规则》，并经国际红十字与红新月运动代表会议（1991年，布达佩斯）修订。日内瓦四公约的所有缔约国通过书面程序有效批准了修订后的条文。

4 这些获得承认的其他标志是红新月、红狮与日标志。自2005年《第三附加议定书》通过以来，还包括第三议定书标志，即“红水晶”标志。

5 见关于第39条的评注，第2572段，该条列出了根据本公约有权展示特殊标志的个人、医疗所、医疗队和运输工具的完整清单，以及可以在哪些特定物品和设备上展示特殊标志的实例。

2666 大多数国家根据第44条第1款，在其国内立法中对保护特殊标志及其相关名称作出了规定，但规定的具体内容不尽相同。大多数情况下，相关国内法对红十字、红新月、红狮与日标志（最后一种标志已不再使用）的使用作出了限制。[6]虽然一些国家只保护在其领土上所使用的标志的具体名称，[7]但许多国家将保护范围扩大到既包括“红十字”又包括“红新月”名称（在某些情况下还包括“红狮与日”名称）。[8]然而，显然很少有国内法明文提及“日内瓦十字”这一名称的使用。[9]

2667 第44条第1款规定，除第44条所规定的情形外，在平时和战时均不得使用特殊标志和有关名称。虽然一些国家的标志法既提到武装冲突时期，也提到和平时期，但很少有国家对这些术语进行定义。[10]此外，该款还提及“规定类似事项之其他公约”，这是1949年建议新增的内容。[11]准备工作表明，此处约文是指1949年的其他日内瓦公约。[12]如今，还应包括日内瓦四公约的附加议定书。

2668 第44条还允许本公约第26条所指的各国红会以及其他团体“在本款所指范围内”使用特殊标志作为保护手段。[13]这意味着，在上述团体中，只有专门从事或用于协助武装部队医务部门的工作且受军事法律法规约束的人员和器材，才得使用保护记号。[14]即便在此情况下，上述团体的相关人员及器材也只有在征得军事当局同意的前提下，才得使用标志。[15]

6 尽管事实上，第44条第1款已规定，仅“对于使用……标志之国家”而言，本规定适用于红新月、红狮与日标志。因此，实践中，许多国家对本款的看法更为宽泛。见关于第53条的评注，脚注58，例如，一些国家颁布了保护红十字、红新月及红狮与日标志的立法。

7 例如，见文莱达鲁萨兰国。

8 尽管事实上，第44条第1款并没有明文提及“红新月”和“红狮与日”这两个名称（只提到标志本身，见脚注6）。更为晚近的情况是，自2005年通过《第三附加议定书》以来，一些国家的立法已将保护范围扩大到包括红水晶标志及其一个或两个名称（即“红水晶”和“第三议定书标志”）。

9 见关于第53条的评注，脚注16，例如：在其国内立法中明文提及“日内瓦十字”这一名称的国家。

10 对“武装冲突”进行界定的少数几个国家的国内法中，白俄罗斯适用日内瓦四公约共同第2条、《第一附加议定书》第1条第4款和《第二附加议定书》第1条中的定义（从而涵盖国际性和某些非国际性武装冲突）；见白俄罗斯《标志法》（2000年）第2条。喀麦隆具体规定了国际性和非国际性武装冲突；见喀麦隆，《标志法》（1997年）第8条。在我们所审查的任何国内法中都没有找到有关“平时”的定义（尽管该术语被广泛使用）。一些国家，特别是制定了《日内瓦公约法》的国家（部分国家制定了《红十字或红新月法》），在有关条款中没有提及“武装冲突”或“平时”，但通过引用或列入附表的方式将日内瓦四公约的约文纳入其中。

11 1949年各项公约的准备工作显示，美国代表团曾提议，在该位置纳入类似约文（以“本公约或其他国际公约”取代“公约”），此项建议获得一致通过。《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第95页。

12 《1949年日内瓦外交会议纪要》，第一委员会，第I卷，第35～36页（美国）。

13 见第40条，该条允许这类组织的人员佩带具有特殊标志的臂章并携带具有特殊标志的身份证。实践中，除了各国红会以外，开展这类辅助活动的组织相对较少。

14 关于这些术语的讨论，见关于第26条的评注。

15 1991年《标志规则》第2条确认，“只有经过〔国家主管〕当局的同意并按照当局规定的条件，”各国红会“方可将标志当作保护性方式使用”。

2669 近期以来，鲜有国家红会担任辅助本国武装部队医务部门的工作。一般而言，各国红会可能会担任政府当局在人道领域的助手。[16]在武装冲突的背景下，各国红会可能也会发挥上述作用，比如，可能应要求向武装部队人员、本国国民或其他有需要的人提供心理咨询、寻找家人和（或）其他支持。然而，上述工作并非《日内瓦第一公约》第26条所涉及的活动，不会触发第44条第1款规定的适用（即相关人员不会因从事此类活动而有权使用特殊标志作为保护手段）。[17]

2670 虽然第44条针对的是国际性武装冲突，但在非国际性武装冲突中，各国红会也可以根据第26条的基本理念，发挥其辅助武装部队医务部门开展工作的作用。此外，各国红会在非国际性武装冲突中，也可以更加泛化地作为政府在人道领域的助手，开展相关工作。虽然国家红会作为助手发挥的作用随着时间推移而有所演化，但有关各国红会在行使不同的具体职能时如何使用标志，存在一套独特的法律制度。保护性标志的使用仅限于符合第26条的情况。此外，在实践当中，在非国际性武装冲突的情况下，各国红会可能更倾向于不以辅助机构的身份开展工作，以使其区别于政府（政府可能是冲突一方），以维持该国全体民众对国家红会的信任。[18]然而，各国红会的辅助地位也可能使其在武装冲突期间得以履行某些职能，例如协调所收到的国际人道援助。[19]但无论以何种身份行事，在非国际性武装冲突的背景下，各国红会最多只能在特定情形下得使用标志。[20]

2671 有关各国红会如何适当使用标志（无论是作为保护手段，还是作为识别记号），历届红十字与红新月运动的法定会议，特别是四年一度的有1949年日内瓦四公约缔约国及运动各成员与会的红十字与红新月国际大会，提供了更为详细的指导。1965年，第20次国际大会通过了一系列有关各国红会使用标志的规则，名

16 这是国家红会得到承认的一项条件：1986年《国际红十字与红新月运动章程》第4条第3款。另见章程第3条第1款，以及第30届红十字与红新月国际大会（2007年，日内瓦）第2号决议以及第31届红十字与红新月国际大会（2011年，日内瓦）第4号决议。另见关于第26条的评注，脚注27和脚注79。

17 此外，各国红会的医务人员如果是“经常专门从事民用医院工作及管理”的人员，则可能得到授权，展示标志作为保护手段（《日内瓦第四公约》第20条第1款）。此外，根据《第一附加议定书》，主管当局可授权平民医务人员〔可含不属于武装部队医务部门的各国红会医务人员（见第8条第3款）〕使用标志作为保护手段（见《第一附加议定书》第18条）。

18 例如，据报告，哥伦比亚红十字会在处理其领土内非国际性武装冲突时，就是采用的这种途径。

19 在此情况下，各国红会必须坚持履行其尊重基本原则的义务，特别是公正和中立原则。一国的国家红会在其领土内发生的非国际性武装冲突中实际发挥其辅助作用的能力，取决于该国国情，也受到一系列因素的影响，并可能随着时间推移而改变。例如，在叙利亚的非国际性武装冲突中，阿拉伯叙利亚红新月会能够获得认可，得以发挥其人道协调方面的作用，大体上（至少是部分）是得益于其辅助地位。同时，该协会尽一切努力确保其遵守基本原则，特别是中立和公正原则，这点在叙利亚国内外都得到了充分理解（其工作还得到运动的大力支持）。话虽如此，显而易见的是，在非国际性武装冲突的情况下，各国红会以辅助身份开展工作以及管理对其辅助地位的他方认知，仍然极富挑战性。

20 见红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》，第103～105页。

为《各国红会使用红十字、红新月、红狮与日标志规则》，随后1991年运动的代表会议对其进行了修订。[21]相关规则（以下简称“1991年《标志规则》”）包含有关于标志的保护性使用和识别性使用的两章内容，以及与两种使用相关的若干一般性规则。红十字国际委员会强调，1991年《标志规则》符合1949年日内瓦四公约的规定，是对有关条约规则的最为宽泛的解释。[22]此外，1991年《标志规则》必须在所涉国家有关标志使用的国内法法律框架内适用。

2672 1991年《标志规则》对标志的识别性使用作出了详细规定，下文将对此进行更为详细的考察。关于各国红会将标志用作保护标记的问题，1991年《标志规则》确认，只有在征得国家当局同意并符合国家当局规定条件的情况下，始得将标志作保护性使用。因此，应由各国采取必要步骤，对标志的保护性使用进行授权和控制。为避免各国红会在发生武装冲突时缺乏准备，国家当局应确定国家红会在和平时期作为军事医务部门助手的职能，并对其医务人员和设备使用标志的权利进行明确。[23]这点符合第44条第1款所确定的框架，根据该条款，各国红会在履行辅助武装部队医务部门之职能时，得使用保护性标志。虽有证据表明，一国并不一定就标志的保护性使用作出正式授权，但实践中可能会允准标志作保护性使用的可能性。[24]此外，1991年《标志规则》规定，在各国红会将标志用作保护标记时，[25]标志必须始终保留其原本样式，其识别视距应尽可能远，并依情况需要采用尽可能大的尺寸。[26]

21 代表会议是该运动各成员代表开会讨论与整个运动有关的事项的论坛。代表会议不包括1949年日内瓦四公约的缔约国；但是，1991年《标志规则》经代表会议修订后，由红十字国际委员会转交所有缔约国，没有缔约国对修正案提出任何正式反对意见。

22 见1991年《标志规则》的序言，其中还规定，在发展《日内瓦第一公约》第44条的同时，某些条款对《第一附加议定书》缔约国的国家红会来说，具有更广泛的意义。

23 《标志规则》（1991年）第2条及其评注。

24 在2013年对20个国家红会进行的关于标志使用情况的调查（以下简称“国家红会标志调查”）显示，根据下列国家的国家红会报告，该国家红会没有获得将标志用作保护标记的正式授权：奥地利、加拿大、智利、立陶宛、南苏丹、西班牙和泰国。

25 《标志规则》（1991年）第5条。

26 《标志规则》（1991年）第6条。在各国红会标志调查中，参与调查并答复的国家红会未就其将标志用作保护标记标记的情形予以报告。然而，一些国家红会报告称，在各种物品上使用了大型标志，或者作为其会标（徽标）的一部分，或者作为红会本身的标志，用以表明身份（因此超出第44条的规定和1991年《标志规则》的框架）。第2677～2678段讨论了这种使用的影响。

四、第 2 款：各国红会使用标志作为识别记号

2673 第44条第2款规定的是各国红会对标志和名称的识别性使用。[27]关于运动的国际组织成员〔包括红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会（以下简称“国际联合会”）〕对标志的使用，规定在第44条第3款中，这些成员需要遵守特定规则。

2674 标志用于表明人员或物体与作为运动成员的某个组织存在联系时，仅具有识别意义，而不表示有关人员或物体得依据日内瓦四公约受到保护，也不代表任何援引日内瓦四公约的意图。作识别性使用时，标志在其所标记之人员或物体之上所占比例应较小，且须附有关机构的名称或首字母缩写。[28]识别性使用的前提条件是，应该已排除任何与用作保护手段的标志产生混淆的风险。[29]作此规定的原因是，需要对将标志用作保护手段的行为进行严格控制；避免第三方滥用或误用标志作为保护手段是至关重要的，因为滥用或误用将导致对标志之信任的丧失，从而减损其保护价值。

2675 第44条第2款的规定简单来说，是对平时与战时的识别性使用作出区分。在战时，另外要求用于识别用途的标志尺寸应相对较小，且不得置于臂章或建筑物屋顶上。作此规定旨在避免标志被误认为保护手段，用作保护手段的标志在展示时，为方便识别须尽可能采用大尺寸。不过，关于识别性标志在某些物体上的尺寸以及在某些物体上不得使用此类标志的规定，在1991年《标志规则》中得到了扩大，即可适用于平时和战时。[30]这有助于进一步消除武装冲突期间标志的保护

27 尽管第44条第2款明文提及“红十字名义及标志”，但鉴于该条款提到了红新月和红狮与日会，实际上也允许各国红新月会使用红新月的名称和标志。伊朗伊斯兰共和国于1980年停止使用红狮与日标志后，目前国家红狮与日会已不再存在。值得注意的是，提到各国红会时还包括以色列红大卫盾会；虽然红大卫盾不是1949年日内瓦四公约正式承认的特殊标志，但以色列红大卫盾会是一个得到正式承认的国家红会，也是运动的一部分。见《第三附加议定书》第3条第2款，该款实际上规定了以色列红大卫盾会如何在使用红水晶（第三议定书）标志的同时，可继续使用其名称和相关标志。以色列红大卫盾会正因使用了红水晶标志，才使其得到承认，成为一个国家红会。

28 1991年《标志规则》第5条规定，将标志用作识别记号时，必须附有国家红会的名称或缩写。

29 甚至在1949年之前，就已经发现了标志具有两种不同用途（保护性和识别性）的缺点：正如皮克泰（Pictet）指出的那样，“很可能有人会问，从一开始采用两种不同的标志是不是更好；一个是公约给予保护的明显标志，另一个是各国红十字会整体在其工作中所用旗帜。”皮克泰接着指出，尽管有困难，但使用这种方法对红十字和红新月组织（得益于标志的声誉）和标志本身（在这些组织受到高度尊重的情况下）都有一些好处。尽管如此，必须始终注意明确区分标志的两种用途（即保护性和识别性用途）。See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 330.

30 关于标志的识别性使用，1991年《标志规则》第4条规定，各国红会“在平时即应遵守〔关于标志尺寸和不得在某些物品上使用的规则〕，以便冲突一开始即能避免与用作保护性方式的标志相混淆”。关于第4条的评注作出进一步解释：尽管有此规定，但“并不排除在某些情况下使用较大尺寸标志的可能性，例如在必须使急救人员易于识别的情形中”。1991年《标志规则》第14条、第16条、第17条、第18条、第19条、第21条和第23条（及其评注）规定了作为识别手段的标志必须尺寸较小或缩小尺寸的具体情况〔例如，国家红会的会员和工作人员在履行职责时（第16条），以及放置在国家红会的建筑物和处所上时（第19条）〕。

性使用和识别性使用之间产生的混淆风险。

2676 各国红会不得展示保护性标志（根据第26条或第27条辅助武装部队医务部门开展工作的情况除外），但这并不意味着根据人道法国家红会不享有免受攻击的保护。在此需再次重申，保护之产生并不源于展示标志作为保护手段这一行为本身。即使不展示任何标志，平民及民用物体（包括各国红会的工作人员、志愿人员和财产）根据人道法仍享有免受直接攻击的保护（当然，此种保护以其不直接参加敌对行动为前提）。

2677 据观察，实践中在不安全的行动环境中（包括在武装冲突背景下）开展人道活动的若干国家红会，为便于他方识别，（以其会标形式）展示了大尺寸的识别标志，特别是在其人员制服或罩衣上以及在其车辆上采用此种标志。国家红会所开展的此类活动，不属于其为辅助武装部队医务部门而开展的活动（不过此类活动很可能属于其在人道领域辅助公共当局所开展的更广泛的工作）。有关国家似乎并未对此做法提出反对。在某些情况下展示大尺寸会标，可以提高国家红会的可辨别性，有助于增强其开展挽救生命的人道活动的能力。这种做法没有严格遵守公约条文的规定，1991年《标志规则》也未对此提供全部依据，因为该规则规定，此种标志的尺寸应相对较小。[31]因此，各国似乎有必要与其本国红会一起，决定在该国是否允许这种做法。使用大型标志应只作为例外情况，且应纯粹出于行动之目的（例如，确保可辨别性或安全接触到需要帮助的民众）。不得授权将大型标志用于筹资或商业用途。

2678 如果允许将大尺寸识别性标志用于行动目的，须注意在标志周围应始终伴有国家红会的名称或其首字母缩写。换言之，各国红会必须按照1991年《标志规则》的要求使用其官方会标，将大尺寸标志用于识别性用途时更应如此。否则，在实践中就无法区分标志的识别性使用和保护性使用。

2679 虽然第44条和1991年《标志规则》都没有对“相对较小”一词作出确切定义，不过关于标志使用的国内立法、一致的国家实践和（或）国家红会的内部条例，可以对这一概念进行阐述。[32]

31 见《标志规则》（1991年），关于第16条第1款的评注。

32 1991年《标志规则》第7条要求各国红会制定这种条例或指令，并规定了其可包含的范例内容。一些国家红会已（与政府当局共同）制定了一致的国家实践或制定了澄清这类事项的内部条例，例如规定在国家红会各种物品和物资（如建筑物、制服、车辆和文件）上应统一使用的标志尺寸。根据各国红会标志调查，下述国家的国家红会采取了上述做法：包括阿根廷、奥地利、波黑、加拿大、智利、哥伦比亚、丹麦、德国、印度尼西亚、挪威、西班牙、瑞典、南苏丹和泰国。虽然制定国家标准有一定作用，但国与国之间在标志大小上可能缺乏一致性（以及在标志使用的一般性问题上也缺乏一致性）。这可能会对一些国家红会参与的活动产生影响，或对可能影响全球受众的标志使用产生后果，例如在互联网上使用标志。第2683～2684段进一步讨论了各国在使用识别记号方面的差异以及运动为解决这些困难所作的努力。

2680 第2款规定，各国红会可“依照其本国法律”将标志用作识别记号。虽然大多数国家已经就标志的使用进行了某种形式的立法，但仍有少数国家尚未作出规定。[33]不过，在尚未作出规定的若干国家中，尽管缺少关于标志使用的国内立法，但相关国家红会使用的标志仍然是特殊标志中的一种。[34]

2681 第44条第2款还规定，各国红会可以使用红十字名义和标志从事其（超出第1款所规定之活动范围）“符合国际红十字大会所定之原则”的活动。红十字与红新月国际大会（红十字国际大会的继任机构）长期以来一直关注着标志保护问题（包括各国和运动成员等获得授权使用标志的问题，以及滥用标志问题）。例如，自1869年起，国际大会就对滥用标志问题进行定期讨论或通过相关决议，关注的事项包括通过惩戒此类滥用行为的国内立法措施。[35]如前所述，1991年《标志规则》的最初版本是在1965年第20届国际大会上通过的。

2682 第44条第2款所指原则在1949年日内瓦四公约通过后得到了进一步发展，一般认为是指1965年第20届红十字国际大会通过的运动的各项基本原则。[36]各国红会仅可在符合基本原则的活动中使用标志这一要求，在1991年《标志规则》中得到了确认和详细规定。[37]此外，各国红会在开展与其基本人道使命仅有微弱关联的活动时，不得使用标志。[38]

2683 自1949年日内瓦四公约通过以来，各国红会在保持其核心使命和职能的同时，开展的活动已经非常多样化。[39]此外，当今公认的观点是，所有组织，包括各国红会，都需要在传统媒体上并日益在数字领域中，向相关受众有效宣传其身

33 据估计，在编写本评注时，约有20个国家没有任何形式的关于标志使用的国内立法。

34 例如，阿富汗、科威特、圣马力诺和索马里等国没有关于使用标志的国内立法，但其受承认的国家红会使用的标志也是特殊标志中的一种。

35 佩鲁乔德（Perruchoud），第212页，报告称红十字与红新月国际大会在其持续努力倡导需要采取更有力的国家措施以制止滥用标志的过程中，展现出大会在通过决议方面所发挥的重要作用，即在可能的情况下，为各国制定并通过人道相关领域具有约束力的国内法或国际法规定创造更为有利的条件。

36 运动的七项基本原则是：人道、公正、中立、独立、志愿服务、统一和普遍（由1965年在维也纳举行的第20届红十字国际大会通过，第8号决议，并经部分修正后纳入《国际红十字与红新月运动章程》，该章程由1986年在日内瓦举行的第25届红十字与红新月国际大会通过，第31号决议）。

37 1991年《标志规则》第3条确认了这一要求，并为各国红会增加了一项义务，即确保在任何情况下都不得损害标志之信誉或减少对标志之尊重。

38 《标志规则》（1991年），关于第3条的评注。人们可能会问，一个国家红会在何种情况下可能从事偏离基本人道使命的活动。随着各国红会的发展，它们往往不得不设法使其资金来源多样化。许多国家红会日益关注的一个领域就是需要与第三方（往往是商业）组织合作，包括方案交付方面的合作，也包括筹资方面的重要合作。一些联合筹款活动可能与红会人道使命的直接联系较少。更进一步的发展是，一些国家红会日益倾向于建立和管理自己的商业（即营利性）企业，以支持其资金需求。虽然有些企业可能涉及医疗服务、救护车或急救服务的供应，但其他企业可能涉及管理零售店、旅馆和其他休闲服务。关于这个问题的更完整讨论，见Doole, pp. 4–9。

39 例如，许多国家红会已将其活动扩大到移民和发展等领域。

份和“品牌”。[40]不仅如此，许多国家红会正在经历更激烈的资源竞争，因为有情况表明可用于满足日益增长的人道需要的合适资金来源正在减少。[41]在一定程度上，鉴于上述情况，运动制定了更为详细的指引，对规制标志识别性使用的相关规则（即可适用的条约条款和1991年《标志规则》）进行解释。此类文件，包括若干运动政策[42]以及红十字国际委员会在2009年完成的一项研究[43]，并未对现行法律框架进行修改或发展，但有助于为规则的实际执行提供依据，解决存在最大困难的领域的相关问题。[44]

2684 在全球范围内越来越重视筹资和宣传活动，在一定程度上凸显出各国红会在使用标志作为识别记号方面缺乏统一性。[45]考虑到需要在标志使用方面加强一致性以及更严格地遵守现行规则，2013年代表会议敦促运动各成员承认规制标志使用的现有国际条款（包括《日内瓦第一公约》第44条）以及1991年《标志规则》。[46]代表会议还重申，确保了解和尊重标志用作保护手段或识别记号的功能至关重

40 特殊标志本身并不是一种“品牌”：必须根据日内瓦四公约赋予其的特殊含义和目的来看待这些标志。然而，某国家红会将特殊标志用作识别记号时，标志必然会成为该红会的可见身份或“品牌”的一部分。标志的保护性使用和识别性使用之间的固有矛盾，以及确保两者得到区分所需的注意事项，已在前文讨论过（见脚注29）。

41 2013年，代表会议承认，运动的行动“环境正在迅速变化且竞争日益激烈，在运动定位和获得资金方面尤其如此”（代表会议，悉尼，2013年，第6号决议，序言，第1段）。

42 例如，“应纳入运动组成部分与其外部行动伙伴间行动协议中的最低要素”〔代表会议，日内瓦，2003年，第10号决议（附件）〕和“《运动企业合作伙伴政策》之主要条款”（代表会议，首尔，2005年，第10号决议附件）。

43 红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》（受到代表会议的欢迎，内罗毕，2009年，第2号决议，序言，第6段）。

44 红十字国际委员会《关于使用特殊标志的研究报告》的内容特别全面，包括许多有用而实际的案例。该报告涵盖各国红会和运动其他成员对标志的（保护性和识别性）使用，并就各国和（相关情况下）第三方对标志的控制和使用提供指导。尽管如此，虽然在报告起草过程中征求了各国（包括政府和军事代表）的意见，但他们尚未正式认可其内容。

45 2013年，运动关切地注意到，“各国红会在解释和实际应用1991年《标志规则》方面缺乏一致性”（代表会议，悉尼，2013年，第6号决议，序言，第12段）。这种不一致的部分证据是通过2010年该运动发起的“国际品牌倡议”收集的。该倡议的两个主要目的是审查各国红会使用特殊标志的情况，并就1991年《标志规则》的某些方面提供进一步指导。该倡议活动包括一系列研讨会，让各国红会、红十字国际委员会和国际联合会能够分享其使用标志的实际经验和实例。在各国红会标志调查中也收集到了更多证据。这些实例表明，各国红会对1991年《标志规则》部分内容的解释存在很大差异，而且更加令人遗憾的是，有些做法并未遵循该规则。存在差异的两个具体方面是将标志用于所谓的“装饰目的”（1991年《标志规则》第5条所述）和将标志用于第三方出售的产品或物品（为1991年《标志规则》第23条所禁止）。关于前者，1991年《标志规则》第5条允许有限地使用“设计更自由”的识别性标志，目的是在公共活动或国家红会自己的宣传材料上宣传国家红会和运动。但是，这种使用不得为国内立法所禁止，重要的是，不得有损标志的信誉或减少对标志的尊重（根据1991年《标志规则》第3条）。如果允许在上述条件下使用装饰设计，则应尽可能附有用作识别记号的标志（即附有国家红会名称或首字母缩写的小尺寸标志，通常为国家红会的普通会标）。

46 代表会议，悉尼，2013年，第6号决议，第14段。同样，2007年和2009年，代表会议强调，至关重要的是尊重规制标志使用的规则（代表会议，2007年，日内瓦，第7号决议，序言第4段；代表会议，2009年，内罗毕，第2号决议，第5段）。

要。[47]最后，各国在控制标志使用和确保更好遵守现行法律框架方面负有总体责任、享有总体权限，因此绝不可低估各国的关键作用和关切。[48]

五、第 3 款：国际红十字组织使用标志

2685 第44条第1款所载一般原则的另一项例外，是“国际红十字组织”无论任时均得使用特殊标志。[49]1949年以前，没有任何国际条款正式授权国际红十字组织使用特殊标志，尽管实践中各国政府从未对其使用此种标志的权利提出异议。[50]因此，第44条第3款的纳入，对《日内瓦第一公约》早期版本中的这一遗漏进行了有益的弥补。

2686 在1949年公约通过时，该款对红十字国际委员会和红十字会联盟（后者成立于1919年）适用。[51]该款因而仅提及红十字标志的使用。1983年，红十字会联盟更名为“红十字会与红新月会联盟”，[52]1991年正式更名为“红十字会与红新月会国际联合会”。国际联合会的标识上并排使用了红十字和红新月标志。[53]鉴于上述发展，第44条第3款虽然未对红新月标志的使用作出明文规定，但应将本款解释为包

47 代表会议，悉尼，2013年，第6号决议，序言，第12段。

48 例如，红十字与红新月国际大会关于标志事项的一系列决议（例如，第30届红十字和红新月国际大会，2007年，日内瓦，第2号决议，序言，第11段）体现出各国对确保遵守标志使用规则的持续关注。

49 值得注意的是，与第2款关于各国红会的规定不同，第44条第3款没有对国际红十字组织使用标志的名称作出明确规定。不过，国际红十字组织得使用标志名称，可能是本条约文隐含的意思，而且这一点确实也已在实践中得到证实。

50 例如，在第二次世界大战期间，红十字国际委员会向各国政府建议，在特定情况下，经各国正式同意，应在红十字国际委员会（或一个国家红会）组织和控制的某些形式的运输工具（即船只，但也包括铁路和公路车队）之上展示标志；see Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 336. 红十字会联盟本身虽然是1940年与红十字国际委员会共同建立联合救济委员会的合作伙伴，但它并不监督物资的转移，也不与有关当局进行谈判，而是承担了一些重要的支持任务，包括应要求采购物资和保存记录；Reid/Gilbo, p. 127。

51 可以说，第三个“国际”实体——国际红十字和红新月运动，也可以使用红十字（或红新月）标志。然而，运动本身并不构成一个“组织”（也不构成一个法律或行动实体），而是用以概括性描述参与该运动的所有组织（包括：红十字国际委员会、红十字会与红新月会国际联合会，以及得到承认的各国红十字会与红新月会）的术语。在实践中，白底之上红十字与红新月标志并立（并附有运动名称），可用来表示国际红十字和红新月运动（《第三附加议定书》序言部分，第10段默示承认这一点）。尽管如此，该运动仍然不构成第44条第3款意义上的“国际组织”。

52 从1973年到1976年，对红十字会联盟章程进行了修改，在此期间，尽管一些国家红会支持修改，但最终保留了联盟的正式名称〔部分原因在于附加议定书的某些条款（例如《第一附加议定书》第81条第3款）特别提到了红十字会联盟〕。然而，在1977年达成的一致意见是，在该联盟编制的文件中，使用“红十字会、红新月会和红狮与日会国际联合会”这一名称（联盟议事规则修正案促成了这一做法），同时保留“ 红十字会联盟”这一正式名称。1983年，联盟通过修订其章程，红十字会联盟正式更名为“红十字会与红新月会联盟”，议事规则也作了相应修订。见第16项（对联盟法定条文的修订，特设工作组报告），红十字会与红新月会联盟大会第8次会议，布达佩斯，1991年。

53 《红十字会与红新月会国际联合会议事规则》第1条第3款确认了该组织的正式名称。该规则第1条第3款的附件规定了国际联合会标识印于信笺抬头和出版物上时应采用的适当形式和使用规范，即在一个红色长方形边框内并排使用红十字和红新月标志，通常附有该组织的全称。

含有国际联合会得使用红新月标志的规定。[54]

2687 本公约对第3款所规定的授权未作保留。[55]因此，本款中的使用是指红十字国际委员会或国际联合会可将标志用于保护性用途和识别性用途。实践中，红十字国际委员会可以将标志用作保护手段（因此也包括在敌对行动期间使用）。[56]

2688 虽然本款准许红十字国际委员会和国际联合会使用特殊标志，但这两个组织没有必须使用标志的义务。意即，两者都可以选择不展示标志，例如，在使用标志可能不适当的情况下，[57]或者在标志的保护价值可能已受减损的情况下。[58]

2689 根据《第三附加议定书》第4条，红十字国际委员会和国际联合会都有权使用红水晶标志，但只有在特殊情况下为方便其工作，才得使用。[59]

54 就红十字国际委员会而言，尽管本款没有明确授权其使用红新月标志，但原则上，如果红十字国际委员会欲使用红新月标志，本款并不妨碍其使用。红十字国际委员会在其《关于使用特殊标志的研究报告》中指出，可能存在一些例外情况，使委员会出于行动需要而决定使用红新月标志。应对下述两种情况作出区分：标志潜在用于特定地点或特定物体上或者特定活动中；以及标志潜在广泛用于特定情形（例如在某国的全国范围内使用）。在前一种情况下，这种使用的权限可能由有关红十字国际委员会代表处主任把控，且有时间限制。在后一种情况下，这种使用需要红十字国际委员会总部在与有关国家红会和武装冲突各方协商后，给予使用授权（红十字国际委员会《关于使用特殊标志的研究报告》，第129页）。

55 尽管如此，红十字国际委员会和国际联合会已经同意遵守1991年《标志规则》中关于将标志用于识别性目的和所谓“装饰性”目的的相关规定（代表会议，伯明翰，1993年，第8号决议，第4段）。正如之前的解释，规则列明了各项使用上的限制，包括尺寸和形式。此外，有关标志使用的国内立法可能会涉及红十字国际委员会和国际联合会对标志的使用。就红十字国际委员会而言，将标志用于识别性用途通常所采用的形式为一个“圆形标记”（由两个同心圆所包围的红十字标志组成，两个同心圆之间的空白处标有“COMITE INTERNATIONAL GENEVE”字样），下方含有组织名称的首字母缩写（按相应语言：例如CICR、ICRC、MKKK等）。关于国际联合会商定的特殊标志的识别性使用形式，见脚注53。

56 红十字国际委员会《关于使用特殊标志的研究报告》，第131页，其中提供了一些例子。除了使用红十字标志（即白底红十字之标志）外，红十字国际委员会还形成了一个行之已久的做法，即将“圆形标记”（包括红十字标志——见脚注56）用于保护性目的。红十字国际委员会的报告表示，这种做法是出于安全和便于识别的原因发展而成的，并为各国所接受；见红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》第132页，尤其脚注232。国际联合会没有规定，其自身使用标志的行为在何种情况下属于保护性使用而非识别性使用，而且其议事规则也没有提到保护性使用。据报告，国际联合会有时在其一线行动中，会在一个红色矩形内并排使用一个大尺寸红十字标志和红新月标志，但没有附有该组织的名称，此种使用据报告是为了提高可见性。在日内瓦四公约及其附加议定书规定范围内，此种使用大尺寸联合会标识（未附组织名称）的行为并不构成标志的保护性使用。

57 例如，使用标志可能构成违反1991年《标志规则》规定的情形。

58 红十字国际委员会的报告称，总体而言，在展示标志时没有遇到困难。然而在特殊情况下，如果红十字国际委员会和（或）特殊标志（或红十字国际委员会的标识）可能被视为具有可能使其工作人员陷于危险境地的某些含义，则红十字国际委员会可决定不使用红十字标志（不作为保护手段和识别手段）。此种决定仅得基于行动需要，并同时应考虑到与红十字国际委员会在一线的工作方法保持一致（红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》，第128页）。

59 实践中迄今为止，红十字国际委员会和国际联合会都未曾使用红水晶标志。此外，《第三附加议定书》序言部分第10段注意到，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。红十字国际委员会指出，在委员会作出在一线展示红水晶标志这一例外决定之前，“有必要让处于武装冲突中之战斗员和平民以及一般平民居民熟悉红水晶标志，将其视为新的保护性方式”（红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》，第129页）。

六、第 4 款：第三方救护车和救护站的标记

2690 第44条第4款规定了允许第三方使用标志的例外情形，第三方使用标志须出于下述两个具体目的：一是用以辨别用作救护车的车辆，二是用以标明专为免费治疗伤者、病者的救护站所在地。第4款虽受严格条件之约束，但该款所规定的内容不同于第三方组织及个人不得使用标志这项一般原则。[60]

2691 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第24条首次规定了允许提供免费治疗服务的救护站使用标志。这一条文在第44条中得以保留，并扩大至涵盖用作救护车的车辆。[61]1929年外交会议认识到，这一使用标志的许可可能会被滥用，因此相应制定了严格的保障措施，1949年的条文中保留了这些措施。特别是，该款所规定的使用标志的情形仅限于和平时期，从而排除了武装冲突期间在此类救护车和救护站上使用标志的可能性（因此避免了与武装冲突期间标志的保护性使用可能产生的任何混淆）。[62]此外，在此情形下所提供的治疗必须是免费的且专门面向伤者与病者，此外，标志不得用于本款规定所允许范围之外的任何物品或物体上。[63]

2692 第4款规定，只有在符合国内立法规定的情况下，才能基于前述目的使用标志。实际上，各国可以对本款的适用范围作出限制，或制定此类措施以提供额外保障。[64]此外，标志之使用还须得到国家红会的明确授权，[65]以有效授予此类团体一项其他任何组织都不具备的公共职能。

60 《日内瓦第一公约》第53条第1款规定广泛禁止除公约规定的有权使用标志者以外的其他第三方使用标志。

61 必须结合这一时期的相关实践发展来理解1929年的条文和1949年的修订条文。1929年外交会议认识到，（经国家红会许可）允许（在路边和公共活动中等）提供免费治疗的急救站使用标志有其益处，但到1949年由于机动救护车的使用日益增多，对其进行统一明确标记的必要性日益凸显，这迫使外交会议对此类车辆使用标记授予了相同许可。这一扩大适用反映了当时在救护车标记方面明显存在的实践；see Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 337。

62 这意味着，根据第44条第4款获得标志使用授权的所有此类救护站和救护车，在日内瓦四公约所涵盖的武装冲突期间都必须将上述标志移除。

63 第44条第4款明确规定，在符合某些条件的情况下，在这类救护站和救护车上使用标志是一种“例外措施”。皮克泰指出，除了救护站和救护车外，在一些国家，这种标志还出现在公共建筑、公共交通工具以及大型商店和工厂的急救包上，并认为这种使用并不违反“公约的精神或条文”（不过在商业上出售供私人使用的急救包上展示这种标志会造成违反）；Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 338. 如今，可以认为，在免费提供的公共急救包上使用标志不构成第4款规定的可接受的实践中扩大适用的情况（而且在任何情况均得受国内立法的限制）。部分原因在于，存在具体而广泛使用的符号来代表相关活动，例如急救（通常是绿底白十字，并附有“急救”字样）。第2694段论述了限制第4款的使用以及在救护站和救护车上使用其他适当记号（例如适当急救记号）的益处。

64 例如，一国可能希望制定进一步的监督程序，或完全排除这类使用。例如，在英国，任何第三方机构都不允许以这种方式使用标志。

65 从浅层解读条文可能会给人一种印象，即任何国家红会都可以授权，但显然，其意图是将这一责任赋予有关领土内的国家红会。

2693 有证据表明，一些国家的第三方组织在和平时期为普通民众提供治疗时，会使用特殊标志。[66]但是，这些实践是否始终符合第44条第4款的规定（在某些情况下，可能构成不当使用标志）[67]尚无法确认。红十字国际委员会偶尔会收到国家红会的咨询，就应否允许提供救护车或其他相关服务的某第三方使用标志寻求指导。尽管第4款规定了允许其在有限情况下使用标志的可能性，但红十字国际委员会倾向于避免此类使用，以规避标志被泛化使用的潜在风险。[68]

2694 如今，似乎有充分理由对第4款的适用尽可能加以限制。从最初采用到后来的扩大适用，设置第4款的目的，似乎是为了反映一些国家在20世纪上半叶在提供公共急救和医疗服务（例如引入救护车服务）方面日益改善的实际情况。在许多国家，上述活动正变得日益复杂和专业化，还可能涉及众多公共和私人行为体。[69]鉴于此类服务的不断增长和越发多样化，限制第4款的适用有助于避免过度使用标志，从而维护标志的特殊意义和独特地位。

2695 此外，近年来不少国家大力开展工作，鼓励在急救活动和各种医疗服务中使用专用标志。例如，目前在一些国家，存在一个官方认可的急救标志，通常是绿底白十字。[70]在一些国家，“生命之星”也用于标识紧急医疗服务，包括救护车。[71]上述标志得到越来越多的认可和使用，其中有些标志在国家层面或地区层面，乃至国际层面得到正式承认和（或）标准化，这对于保持特殊标志的特殊意

66 例如，在各国红会标志调查中，瑞士红十字会报告称，在重大事件中，会在免费急救帐篷上使用红十字标志（这样做似乎符合第44条第4款规定）。调查还显示，各方对本款目的和适用的理解可能并不透彻；例如，虽然一些国家红会报告称，其根据第4款授权某些第三方使用标志，但更多资料显示，其中许多案例涉及政府部门或政府机构所提供的服务，或是由国家红会控制或附属于国家红会的实体所提供的服务（在有些情况下还会收取费用）。

67 在一个实例中，此类不当使用出现在国际条约中。1968年联合国《维也纳路标和信号公约》（以及1971年补充该公约的欧洲协定）包括两个错误展示特殊标志的路标：第一个是急救站的路标，第二个是民用医院的路标。这些路标已在一些国家使用，包括挪威和瑞典。红十字国际委员会认为，该联合国公约的上述规定不符合日内瓦四公约（包括第44条第4款）关于标志使用的规则，并建议予以修改。作为一项切实可行的措施，各国红会应鼓励其政府当局使用联合国公约认可的民用医院替代性正式标记（即蓝底白色大写“H”），并为急救站使用不同的道路标志，如急救标志（绿底白十字）。见红十字国际委员会，《关于使用特殊标志的研究报告》，第165～170页。

68 在其《标志使用研究》，第191页中，红十字国际委员会建议各国红会在根据第44条第4款考虑这种授权时应“极其谨慎”。

69 例如，在若干国家，一些组织参与了急救的实施和培训。例如，这些组织可能包括各国红会或圣约翰骑士团（澳大利亚、加拿大和联合王国）。许多国家没有公共救护车服务，可能仅依靠私营机构（包括商业机构和志愿机构）履行这一职能；而其他国家可能只有单一的公共服务，或采用公共和私营提供方相结合的方式。

70 例如，在欧盟，急救的官方标志是绿底白十字，通常附有“急救”字样。欧洲理事会第92/58/EEC号指令对整个欧盟的安全标志，包括与急救有关标志的外观作出了标准化规定。

71 生命之星是一颗蓝色六角星，四周为白色边框，六角星中央有一根“阿斯克勒庇俄斯之杖”（与医疗保健有关的符号）。生命之星最初源于美国，在一些国家，包括加拿大、瑞士、英国和美国，用于标明紧急医务人员和车辆（包括救护车及其车上人员）。

义和地位来说，都是非常积极的发展。各国应酌情使用并鼓励更多使用这些标志。各国红会也应推广其使用，并将其用于自己的相关活动，尽可能与其官方标识同时使用。[72]此外，运动各成员和第三方适当展示某些职能所采用的替代标志，如急救标志，将防止过度或不当使用标志，并有助于维护特殊标志的独特含义和地位。

主要参考文献

Doole, Claire, 'Humanity Inc.', *Red Cross Red Crescent Magazine*, Issue 3, 2012, pp. 4–9.

ICRC, *First Aid in Armed Conflicts and Other Situations of Violence*, ICRC, Geneva, 2006.

–《关于使用特殊标志的研究报告》，红十字国际委员会，日内瓦，2011 年（中文版于 2013 年出版）。

Meyer, Michael A., 'Protecting the emblems in peacetime: The experiences of the British Red Cross Society', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 272, October 1989, pp. 459–464.

Perruchoud, Richard, *Les résolutions des Conférences internationales de la Croix-Rouge*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979.

Reid, Daphne A. and Gilbo, Patrick F., *Beyond Conflict: The International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, 1919–1994*, International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva, 1997.

72 例如，一个提供急救服务的国家红会在所有相关物资和物品上展示适当的官方急救标志是非常有帮助的。标志可以出现在国家红会会标〔通常可以包括红十字或红新月标志，（视情况而定）以及红会名称〕旁边。国家红会的这种使用将有助于防止出现将特殊标志视为一般急救标志的错误观念，并鼓励本国其他急救提供方更多地使用急救标志（从而有助于防止对标志的不当使用）。例如，英国红十字会就采用这种做法，英国国防部也大力鼓励这种做法。红十字国际委员会也建议采取此举（《武装冲突和其他暴力局势中的急救》，第27～28页）。

第八章
公约之执行

2696 归入第八章的各项条款重申了各缔约国根据第1条负有尊重本公约并保证本公约之被尊重的义务，特别是应为有效实施公约规定某些措施。

2697 第45条规定，冲突各方应通过其总司令保证本公约之详细执行，并依照本公约之一般原则规定预料不到之事件。同样的义务载于《日内瓦第二公约》第46条。

2698 第46条强调，针对本公约所保护之伤者、病者、工作人员、建筑物或设备之报复行为，均予禁止。其他公约也同样禁止对受有关公约保护的人员和物体进行报复。[1]

2699 第47条规定，各缔约国有义务在平时及战时尽量广泛传播本公约之约文，尤应在其军事，并如可能时在公民教育计划中，包括本公约之学习。本条款为四公约的共同条款。[2]

2700 第48条规定，各缔约国应互相通知本公约之正式译文，及其所采用以保证实施本公约之法律与规则。本条款为四公约的共同条款。[3]

2701 《日内瓦第二公约》与本公约载有几乎完全相同的章节，而《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》也载有类似章节。[4]

1 见《日内瓦第二公约》第47条；《日内瓦第三公约》第13条；和《日内瓦第四公约》第33条。
2 见《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条；和《日内瓦第四公约》第144条。
3 见《日内瓦第二公约》第49条；《日内瓦第三公约》第128条；和《日内瓦第四公约》第145条。
4 见《日内瓦第二公约》第七章（公约之执行）；《日内瓦第三公约》第六部第一编（公约之执行，总则）；和《日内瓦第四公约》第四部第一编（公约之执行，总则）。另见《第一附加议定书》第五部第一编（各公约和本议定书的执行，总则）。

第四十五条

详细执行
预料不到之事件

公约条文 *

冲突各方应通过其总司令保证以上条款之详细执行，并依照本公约之一般原则规定预料不到之事件。

保留或声明

无

目 录

一、引言 819
二、历史背景 820
三、讨论 821
(一) 适用范围 821
1. 武装冲突期间详细执行公约 821
2. 通过军事当局保证公约之执行 821
3. 《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》未规定类似条款 823
(二) 第 45 条的义务 823
1. 保证详细执行公约的义务 823
2. 规定预料不到之事件的义务 825
3. 本公约之一般原则 826
主要参考文献 827

一、引言

2702 第45条的规定与《日内瓦第二公约》第46条完全相同，强调在武装冲突期间确保尊重日内瓦四公约至关重要，并突出了军事当局在这方面的特定作用。尽管公约大多数条款必须在武装冲突期间实际付诸实施，但在和平时期若未采取确保其实施的充分措施，则会直接危及公约之遵守。

2703 由于在冲突局势中适用日内瓦四公约很大程度上属于军事当局的责任范畴，因此尤为重要的是，武装部队的指挥官必须按照本条规定确保在其军事条令中纳入四公约的执行细则并针对预料不到之事件作出规定。

2704 第45条所规定的采取一切必要措施予以执行的义务，是对日内瓦四公约共同第1条的有益补充。共同第1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。”[1]共同第1条中“尊重……并保证……之被尊重”这项一般义务已为其他诸多条款所细化，本条就是其中十分重要的一项条款。[2]本条涉及公约实施责任中的一个具体方面，即在武装冲突期间通过军事指挥系统保证详细执行公约的义务。因此，本条关注的重点是实施过程中的一个关键时期，在此期间若冲突各方及其军事当局未能尽责确保尊重公约规则，则可能直接导致对本公约的违反。

2705 因此，确保在武装部队的行动实践中贯彻对国际人道法之尊重至关重要。在和平时期就必须完成这项工作，将对国际人道法之尊重纳入军事条令、教育、培训和装备及制裁当中。[3]

二、历史背景

2706 在早期的条约中，已有许多条款规定了有关保证详细执行公约并就预料不到之事件作出规定的义务。第45条基本上是1929年《关于伤者病者待遇的日内瓦公约》第26条的翻版。[4]1906年日内瓦公约[5]、甚至1864年日内瓦公约[6]中也规定有类似条款。

2707 不过，现行的本条规定与此前的条款之间存在一处重要区别。早期条款主要规定的是总司令的义务，要求总司令按照己方政府的指示行动，并仅是暗示最终

1 见2007年于日内瓦举行的第30届红十字与红新月国际大会通过的第3号决议第21段：“重申如果没有国际义务的国内实施，则无法履行尊重国际人道法这一义务，因此重申各国需要通过一切必要的立法、规范和实践措施，将国际人道法纳入国内法和实践。”

2 例如，另见第47条关于传播本公约的义务和第48条关于通知本公约之译文的义务。更多详细内容，见关于共同第1条的评注。

3 See ICRC, *Handbook on International Rules Governing Military Operations*, pp. 27–39.

4 《关于伤者病者待遇的日内瓦公约》（1929年）第26条规定：“各交战国武装部队总司令应根据各自政府的训令并依照本公约的一般原则规定上述条款的执行细则以及未经规定的事项。”

5 《日内瓦公约》（1906年）第25条规定：“各交战国武装部队总司令有义务根据各自政府的训令，并依照本公约的一般原则，规定上述各条的实施细则以及未予规定的事项。”

6 《日内瓦公约》（1864年）第8条规定：“本公约的实施细节由交战国军队的总司令根据他们各自政府的指示并遵照本公约规定的一般原则予以制定。”

责任在于冲突各方。[7]与此相反，本条对此前的条款进行了完善，明确指定了冲突各方为责任主体，规定总司令是受委托保证详细执行公约并就预料不到之事件作出规定的机关。

三、讨论

（一）适用范围

1. 武装冲突期间详细执行公约

2708 有义务保证详细执行公约，并且就预料不到之事件作出规定的主体是“冲突各方”，而非第47条（传播）和第48条（译文、实施法律和规则）所规定的更加笼统的“各缔约国”。因此，本条只适用于武装冲突期间对公约的执行，因而仅涉及实施工作中各类必要措施中的一个部分。不过，这并不代表各缔约国在武装冲突爆发之前并不负有采取必要准备措施的义务。该义务源自共同第1条所规定的尊重公约并保证公约之被尊重的义务以及一系列具体的条款。[8]因此，尽管本条尤其强调冲突期间保证遵约的义务，但这并不影响采取对实际武装冲突期间忠实履行人道法而言至关重要的准备措施。

2709 冲突各方必须保证对“以上条款”的详细执行。从这一措辞的通常含义来看，该表述涵盖了公约的所有条款，包括共同第3条。由于共同第3条的规定包含了国家和非国家冲突方两种主体的义务，因此第45条应解释为也包括非国家当事方。

2. 通过军事当局保证公约之执行

2710 第45条要求冲突各方“通过其总司令”保证公约之详细执行。对于“总司令”的含义，四公约并未作出详细界定。公约中“总司令”一词为复数形式（commanders-in-chief），表明其指称并不限于武装部队的最高指挥官，也不限

7 See also Des Gouttes, *Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades*, ICRC, 1930, pp. 191–192, 指出总司令所承担的义务之一是：“recevoir les instructions de leurs gouvernements, car ce sont ces derniers qui portent en définitive la responsabilité”（“接受来自他们各自政府的指示，因为最终承担责任的是后者”）。

8 关于“于平时应予实施之各项规定”的更多详细研究，见关于共同第2条的评注，第三部分。

于指挥系统的最高级别，而是泛指军事指挥系统。[9]在《日内瓦第二公约》中，该词也用于表示相同含义。[10]对“总司令”一词作广义理解，符合第45条的宗旨，即要求各方通过军事指挥系统有效保证对公约的尊重，并日益重视各级军事指挥官所发挥的作用。[11]根据《日内瓦第一公约》第13条第2款，除了国家武装部队正规的指挥结构外，民兵和志愿部队的指挥官也负有保证详细执行公约的义务。

2711 第45 条对总司令作出特别指定，规定冲突各方须通过总司令保证本公约之详细执行并规定预料不到之事件。本条只提及了军事当局，但这并不出人意料，因为武装部队负有实施公约的首要责任。[12]军事当局实际上在保证遵守和执行四公约方面具有独特地位，它可以向军事等级体系中的下级发布命令或指示、严密监督下级的执行情况、以及在发现破坏公约的情况下进行制裁。

2712 尽管本条出于实际考量专门将指挥官指定为负责保证遵约的首要机关，但依据国际法，最终责任仍在冲突各方。若其军事当局未能尽职，冲突方须对此负责，且必须采取必要措施保证遵守四公约。因此，冲突各方仍需为其总司令的作为和不作为负全部责任，因而也就有义务确保其总司令实际采取必要的执行措施。[13]

2713 虽然本条本身并没有为总司令个人设定义务，但是总司令也有可能需要为下列行为承担个人责任：根据其命令实施的违反公约之行为；未能采取一切必要合理的措施防止下级实施构成战争罪之行为；或者对既已实施战争罪之人未予惩罚之行为。[14]

2714 尽管第45条未作规定，但是冲突各方可决定将某些任务指定给民政当局。[15]在这种情况下，冲突各方仍有义务遵守一般规则，特别是共同第1条，以保证民政当局尊重四公约并通过此类当局保证四公约之被尊重。

9 见de Mulinen, 1982, p. 35: “《日内瓦第一公约》第45条提供的指导表明了在国家的一般责任之下，军事指挥官应发挥的作用。”See also Weston D. Burnett, ‘Command Responsibility and a Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Pogrom at Shatila and Sabra’, *Military Law Review*, Vol. 107, 1985, pp. 71–189, at 136–137:

> 如今，“总司令”是指级别很高的指挥官，他们可能远离敌对行动实际发生的地点，且无法控制战斗前线迅速发生的重大事件。但是，日内瓦四公约中涉及的总司令则是指有责任“在交战期间当场立即采取行动保证尊重和保护伤者病者及遇船难者……”的指挥官，其所负责的方面包括在交战期间确保敌方医务室受到保护。显然，此处军事指挥官拟设的是在战斗前线或附近指挥的高层军官，而非远离实际交战地点的军事指挥官。

10 见《日内瓦第二公约》第37条第1款。

11 例如，见《第一附加议定书》第80条第2款和第87条。关于指挥官的刑事责任，另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则152和规则153。

12 例如，见第18条（“军事当局得号召”）和第39条（“在军事主管当局之指导下”）。

13 另见1907年《海牙第四公约》第3条；《第一附加议定书》第91条；2001年《国家责任草案》第4条；及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则149。

14 见《第一附加议定书》第86条第2款及第87条，以及《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则152 和规则153。

15 例如，见de Mulinen, 1984, pp. 446–447: “鉴于《海牙第一公约》和《日内瓦第一公约》基本上限于军事领域，现代战争法正在越来越多地涉及民政当局和个人。”

3. 《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》未规定类似条款

2715 本条仅规定在前两部日内瓦公约中（在《日内瓦第二公约》中为第46条），从未出现过有关在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》中可否加入一个相应条款的讨论。而1929年的《关于战俘待遇的日内瓦公约》中也不存在类似于1929年《关于伤者和病者待遇的日内瓦公约》第26条的条款。因此，目前四公约在这方面的差异似乎实质上源于1929年两部日内瓦公约之间的差别。

2716 不过，1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》要求各战俘营“应由一负责军官管辖”，[16]这就意味着军事部门有保证涉及此类战俘营的规定之执行的责任。这种解释在《日内瓦第三公约》中得到确认，该公约明确规定，军官“应在其政府指示下，负责本公约之实施”。[17]《日内瓦第四公约》中也存在有关拘禁营的类似条款。[18]从更广泛的角度来说，《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》均规定，各缔约国应对其机构向被保护人提供的待遇负有责任。[19]结合共同第1条，这意味着国家负有保证其机构并通过其机构保证遵守公约的义务。

2717 同时，《第一附加议定书》规定了全面地采取执行措施的义务，包括执行该议定书和日内瓦四公约中的规定，即“缔约各方和冲突各方应立即采取一切必要措施，以履行其依据各公约和本议定书的义务。”[20]

（二）第 45 条的义务

1. 保证详细执行公约的义务

2718 保证详细执行公约这项义务涉及公约在实际冲突局势中的适用。这项义务主要由武装部队来履行，因为公约条款首要涉及的是军事指挥系统中的人员。这就意味着，军事指挥官必须作出符合公约要求的决定，下达保证执行公约的命令和指示并监督履行情况，若出现破坏公约的行为，须对此进行纪律制裁，必要时还须进行刑事制裁。[21]军事指挥官通过行使其发布命令和指示的权力，并依靠一套有效的制裁制度，得以对下级实施有效的指挥和控制。必须将这一权力用于保证公约的详细执行。

16 《关于战俘待遇的日内瓦公约》（1929年）第18条第1款（后加着重号以示强调）。
17 《日内瓦第三公约》第39条第1款；另见第56条第2款（劳动队）。
18 《日内瓦第四公约》第99条第1款；另见第96条（劳动队）。
19 《日内瓦第三公约》第12条第1款；《日内瓦第四公约》第29条。
20 《第一附加议定书》第80条。
21 另见第49条。

2719 为实现此目的，军事条令方面的准备工作极其重要。“条令”是指在战略、行动和战术层面为武装部队提供指导的所有标准原则。因此，“条令”包括所有的指令、政策、程序、行为守则和参考手册，军人服役期间接受上述方面的教育和培训，并由此在军队中形成一套共同的话语体系，同时在行动中影响其决策过程、战术和行为。[22]条令为指挥官在面临新挑战时提供了“标准的解决方法”。条令虽然无法解决所有问题，但确实提供了在军事方面进行思考和决策的框架。因此，保证详细执行公约的义务，结合共同第一条的规定，意味着必须确保军事条令符合公约的要求。

2720 就实践层面而言，《日内瓦第一公约》中的所有条款都需要在武装冲突爆发后采取执行措施，以保证公约的详细执行。这些措施包括：

— 确保被保护人和物体受到尊重与保护：为此，指挥官必须根据第 12 条第 1 款下达尊重并保护伤者与病者的命令和指示，并在行动期间监督其执行。相同待遇须延及其他受《日内瓦第一公约》保护的人员和物体。[23]

— 确定留给被委弃的伤者或病者的医务人员与器材的比例：一方被迫委弃伤者或病者于敌方时，根据第 12 条第 5 款，该方有义务留下医务人员和器材，以为照顾彼等之助。

— 组织搜寻和营救行动：根据第 15 条第 1 款的规定，必须毫不迟延地组织搜寻并收集伤者与病者，并搜寻死者。

— 商定停战、停火或局部办法：根据第 15 条第 2 款和第 3 款的规定，环境许可时，应商定停战或停火或局部办法，以便搬移、交换及运送战场上遗落之受伤者，亦得商定局部办法，以便搬移、交换被包围地区之伤者与病者，并使送往该地区之医务与宗教人员及器材得以通过。

— 号召个人：根据第 18 条第 1 款，军事当局得号召居民以慈善精神，自愿在其指导下，收集与照顾伤者、病者，或者根据第 18 条第 2 款，应准许居民或救济团体自动收集与照顾伤者、病者。

— 确保收集、照顾伤者病者的居民和救济团体的人员不被侵扰或定罪：根据第 18 条第 3 款，军事指挥官须采取措施，确保此类人员不得因看护伤者、病者而被伤害、骚扰、迫害或定罪。

— 如决定授权医务人员和医疗队使用武器，对此种使用加以规制：指挥官可授权军事医务人员和医疗队配备轻型单兵武器，用于自卫或保护其照顾下的伤者病者。[24]

22 ICRC, *Integrating the Law,* p. 23; *Handbook on International Rules Governing Military Operations*, pp. 30–31.

23 见第19条至第23条（医疗队、医疗所、医院地带及处所），第24条至第27条（医务人员和辅助人员），第33条至第34条（建筑物和器材），以及第35条至第37条（医务运输工具）。

24 更多关于医务人员配备武器的详细讨论，见关于第22条的评注第三部分，以及关于第24条的评注，第2005～2006段。

— 决定在俘医务或宗教人员的命运：军事指挥官如果俘获此类人员，则应根据第 28 条第 1 款，决定留用医务人员或宗教人员的比例，而且根据第 31 条第 2 款，可通过订立特别协定的方式决定此比例。
— 安排送回非必需留用之人员：根据第 30 条第 1 款，一俟归路可通及军情许可，军事指挥官须确保其被送回。
— 确保正确使用标志，防止滥用标志：根据第 38 条至第 44 条和第 53 条至第 54 条的规定，必须确保对医务人员、建筑物和设备进行妥善标记，规范不对其进行标明的情形，并采取措施防止标志被滥用。

2. 规定预料不到之事件的义务

2721 第45条还要求冲突各方通过其总司令按照本公约之一般原则，规定预料不到之事件。这是因为，虽然本公约规定了许多详细条款，但是它无法预料在实践中可能出现的所有情形。以下三个例子证明了这一点。[25]

2722 第一个例子涉及《日内瓦第一公约》第28条和第29条之间的相互作用。根据第28条的规定，第24条和第26条所指“常任”人员之落于敌方手中者，仅在“战俘之健康状况精神需要以及人数上均有此要求时”，方得留用之；而根据第29条的规定，第25条所指“辅助”人员落于敌方手中者，应为战俘，“但于需要时应令其担任医务工作”。不过，仍需作出判断的是，如果战俘营中存在“辅助”人员，是否应减少常任医务人员的留用人数。如果不存在第31条第2款所指的特别协定，就需要拘留国按照本公约之一般原则作出判断。[26]

2723 第二个例子是，《日内瓦第一公约》并未明确规定落于敌手的“辅助”人员在按照第29条从事医疗工作时的地位。在没有详细规定的情况下，与上述人员情况最为相近的规定似乎是《日内瓦第三公约》第32条。该条款适用于非其本国武装部队医务部门的医生、外科医生、牙医、护士或医事勤务员。根据该条款的规定，“拘留国得令彼等为其所依附之国之战俘的利益执行医疗任务”，但“应免除（《日内瓦第三公约》）第49条中之任何工作”。[27]

2724 最后一个例子涉及对宗教人员所使用的宗教物体的保护。对此，不同于第19

25 关于“预料不到之事件”的含义，另见de Mulinen, 1987, p. 172：

> 即使采取具有战略性的办法，也无法总能立即解决所有问题。仍会存在某些空白，尤其是当部队作战的环境比较特殊时，例如恶劣的自然环境；敌人所采取的可能非常不同的作战战术和手段；在敌人的后方或被包围地区作战；运输、补给和撤离路线路程较远和（或）路途艰难等。有关指挥官有责任“按照战争法的一般原则规定预料不到的事件”，来解决此类问题。

26 根据1949年外交大会第3号决议的要求，红十字国际委员会在1955年起草了一份《关于留用医务人员和随军牧师的示范协定》，该示范协定第7条就有一项相关安排建议。

27 《日内瓦第三公约》第32条。另见关于《日内瓦第一公约》第29条的评注，第三部分第（二）节。

条和第33条有关医疗队和医疗所的明确规定，《日内瓦第一公约》未对宗教物体的保护问题作出具体规定。不过，按照第24条尊重和保护宗教人员的义务的要求，其所使用的宗教物体也同样应当受到尊重和保护。[28]

2725 对于武装冲突爆发之前就可以确定的“预料不到之事件”而言，例如上述三例中的情形，各缔约国应在合理可行的情况下，在和平时期就在军事条令、教育和培训中对其作出一般性规定，以确保在实际冲突中以符合本公约一般原则、具有一致性的方式处理相关事件。

3. 本公约之一般原则

2726 第45条要求冲突各方保证以上条款的详细执行，并“按照本公约之一般原则规定”预料不到之事件。这一措辞表明，公约的原则不仅适用于预料不到之事件，还一般性地适用于条约的执行。[29]1864年《日内瓦公约》第8条也为这种解释提供了合理性支持：作为本条的前身之一，该条提到了本公约的一般原则，即使当时并没有规定预料不到之事件。[30]

2727 本公约之一般原则与具体规定背后的基本理念相对应。这些理念尤其包括：

— *尊重并保护伤者与病者*：在一切情况下，冲突之一方，对于在其权力下之伤者与病者应予以人道之待遇与照顾，不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视（见第 12 条第 1 款和第 2 款）。此外，还必须搜寻并收集伤者、病者，加以保护借免抢劫虐待（见第 15 条第 1 款）。另外，任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪（见第 18 条第 3 款）。

— *尊重死者*：必须搜寻死者而防其被剥劫（见第 15 条第 1 款）。死者有权得到荣誉的安葬，其坟墓应受尊重（见第 17 条第 3 款）。

— *防止人员失踪*：任何有助于证明伤者、病者或死者身份之事项都必须得到记录（见第 16 条第 1 款和第 2 款）。在埋葬死者之前必须进行详细检查，以查明身份，而且其坟墓必须进行妥善标记，并记录坟墓地点（见第 17 条第 1 款和第 3 款）。

— *尊重并保护医务人员和宗教人员*：受指派担任武装部队医务人员和宗教人员之人，包括某些情况下的辅助人员，在一切情况下应受冲突各

28 第15条第3款也暗示需要保护宗教器材，该款预设了商定局部办法，以使送往被包围地区之“医疗与宗教人员及器材得以通过”的情形。

29 另见Des Gouttes, p. 192：（“公约的精神必须贯穿于其实施的方方面面，甚至包括细节方面。”）

30 另见《关于伤者和病者待遇的日内瓦公约》（1929年）第26条。

方之尊重与保护（见第 24 条至第 27 条）。

— 尊重并保护医疗队和医务运输工具：医疗队和医务运输工具不得被攻击，而应随时受冲突各方之尊重及保护（见第 19 条至第 20 条和第 35 条至第 37 条）。

— 尊重并控制特殊标志的使用，并在任何时候防止标志被滥用（见第 38 条至第 44 条和第 53 条至第 54 条）。

2728 当军事指挥官遇到四公约所没有预料之事件时，上述原则可以为其决策提供依据。这一要求也可视为一般国际法中善意适用条约之义务的体现。[31]

主要参考文献

de Mulinen, Frédéric, 'Law of War and Armed Forces', *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 21, 1982, pp. 35–48.

– 'Transformation of modern law of war into documents for practical application', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 445–455.

– 'Law of war training within armed forces. Twenty years experience', *International Review of the Red Cross*, Vol. 27, No. 257, April 1987, pp. 168–179.

ICRC, *Integrating the Law*, ICRC, Geneva, 2007.

– *Handbook on International Rules Governing Military Operations*, ICRC, Geneva, 2013.

31 《维也纳条约法公约》（1969年）第26条。

第四十六条
禁止报复

公约条文 *

对于本公约所保护之伤者、病者、工作人员、建筑物或设备之报复行为，均予禁止。

保留或声明

无

目 录

一、引言和关于报复之概念的定义 829
二、历史背景 830
三、讨论 832
主要参考文献 834

一、引言和关于报复之概念的定义

2729 传统上，国际法上并不存在集中式的执法机制。正因如此，受害国才会将报复作为一项自助或自保的措施。除非是受害国为促使责任国遵守义务而针对其所实施的国际不法行为进行报复，否则报复是违反国际法的。“报复”或“交战报复”一词常用于国际性武装冲突这一语境中，这种行为在其他语境下被称为“反措施”。[1]

2730 一般而言，报复和反报之间存在一个区别。反报是一国针对另一国实施的不友好或不法行为而采取的不友好的合法措施。举例而言，反报包括断绝外交或领事关系、暂停空运、海运、陆运或其他运输方式、撤销志愿援助项目。[2]

2731 交战报复是指，国际性武装冲突中一方针对敌方实施的违反国际人道法的行为所采取的措施。[3]实施此类措施不得出于复仇或惩罚的目的，而仅可旨在终止此

1 关于反措施这一概念更详细的研究，见关于2001年《国家责任条款草案》的评注，第128～139页。
2 见国际法委员会对“反报”的定义，同上注，第128页。
3 在本评注中，“报复”是“交战报复”的同义词。关于这一概念在非国际性武装冲突中的适用性，见关于共同第3条的评注，第十三部分第（六）节。

类违反行为并促使其遵守法律。[4]尽管交战报复所采取的行为本身原则上属于不法行为，但由于实施该行为的情形特殊，即针对敌方的违反行为而实施，其不法性因而得以排除。[5]

2732 此外，只有无法利用其他促使敌方尊重该法的合法措施的情况下，才可采用报复行为作为最后手段。[6]一旦敌方重新遵守法律，则须立即停止报复。[7]最后，报复行为必须与其旨在阻止的违反行为成比例，这点已得到公认。[8]关于针对发生在先的违反行为实施明显不成比例的行为可构成合法报复的主张，在二战后设立的国际法庭及前南刑庭的判例法中被驳回。[9]

二、历史背景

2733 交战报复已经成为国家可以采取的最重要的强制措施，在开展敌对行动时尤其如此。[10]可以诉诸报复，可能会促使敌方从一开始就不实施违法行为，且一般而言，威胁进行报复也被视为国际法上一项重要威慑措施。[11]

2734 针对有关武装冲突的国际法中适用于报复的法律制度，曾作出过各种加以巩固和发展的尝试，但均未达到通过条约规则的阶段。[12]应提及的是，俄罗斯在

4 因此，只能针对违反国际人道法的敌方进行报复，不得对违反国际人道法的国家的盟国进行报复。见亨克茨和多斯瓦尔德-贝克关于规则145的评注，第486页："存在允许针对违反国的同盟国采取报复行为的有限实践，但是，这要追溯到1930年〔……〕以及第二次世界大战。从那以后的实践来看，诉诸这种报复行为不再是有效的。"

5 见上注，第484页。关于报复这一概念之发展的历史背景，见Barsalou, pp. 335–347; Kwakwa, pp. 52–58; 及Kalshoven。

6 相关判例法，主要关于第二次世界大战的判例法，见亨克茨和多斯瓦尔德-贝克关于规则145的评注，第487页。另见Greenwood, p. 232; Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, 1987, para. 3457; and Darcy, pp. 193–194。在"库布雷希奇案"（*Kupreškić*）中，前南刑庭也认为，只有当警告敌方要求其停止不法行为不奏效的情况下，才可进行报复，见 *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 535, and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 466.

7 这一要求早在1880年的《牛津手册》中就有所规定，且在各国的军事手册、官方声明和国家实践中都是一致的，见亨克茨和多斯瓦尔德-贝克关于规则145的评注，第489页。

8 同上注，第487～488页。已有观点指出："报复既不应超出与先前违法行为相称的范围，也不应超出实现行为目的所必要的范围。"Greenwood, pp. 230–231.

9 See Italy, Military Tribunal of Rome, *Kappler case*, Judgment, 1948; Military Tribunal of Rome, *Hass and Priebke case*, Judgment in Trial of First Instance, 1997, Section 4; Netherlands, Special Court (War Criminals) at The Hague, *Rauter case*, Judgment, 1948, pp. 129–138; 以及 United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Hostages case*, Judgment, 1948, p. 61. See also Special Arbitral Tribunal, *Naulilaa case*, 1928, pp. 1025–1028, as well as ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 535, and *Martić* Trial Judgment, 2007, paras 466–468.

10 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, 1987, para. 3428.

11 关于这些问题，见Kwakwa, pp. 74–75。

12 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, 1987, para. 3432。

1874年的布鲁塞尔会议上所提交的草案[13]以及1880年国际法研究院通过的《牛津手册》。[14]1899年和1907年两次海牙和平会议相继通过了两版《陆战法规和惯例公约》，并都附有附件。不过，这两版公约均未规定关于报复的问题。[15]当时认为交战报复是战争法的一个特征，因而无法对其进行规范或禁止。[16]

2735 第一次世界大战期间，报复行为严重加深了战争受难者的苦难。1916年，红十字国际委员会提议，禁止一切针对战俘的报复行为。[17]这项提议获得了支持，规定在1929年《关于战俘待遇的日内瓦公约》的第2条中。但是，1929年《关于伤者病者待遇的日内瓦公约》则没有规定关于报复的问题。《关于战俘待遇的日内瓦公约》的第2条是首项限制对某类人员进行报复的条约条款。但这项条款未能在二战期间阻止所有针对战俘的报复行为，不过在此期间大多数报复行为或被控之报复行为是针对被占领领土上的平民居民实施的。[18]

2736 1937年，红十字国际委员会召集了一个专家委员会，研究1929年《关于伤者病者待遇的日内瓦公约》的修订。专家委员会认为，公约修订后应增加一项禁止报复的条款，不仅禁止对伤者、病者和医务人员进行报复，而且此项禁止性规定还合理延伸至针对与保护上述人员存在密切联系的器材和财产的报复。[19]1947年，政府专家会议重申，“清白无辜、手无寸铁之人应当为其本国政府的行为负间接责任的主张，是无法接受的”。[20]

2737 政府专家会议接受了红十字国际委员会有关在日内瓦四公约草案中都加入禁止报复的规定的提案。[21]1949年外交会议未加详细讨论即采纳了这一提议。[22]该会议决定，将针对特定类别的人员和财产的报复行为规定为非法行为，同时规定遵

13 见卡尔斯霍芬（Kalshoven）对这个问题的详细历史阐述，Kalshoven, pp. 45–51。各国政府专家不同意通过一项关于报复的条款。

14 同上注，pp. 51–55。尤其，见《牛津手册》（1880年）第85条和第86条。

15 Kalshoven, pp. 56–66. 这些会议均未对澄清交战报复这个概念作出重要贡献。不过，它们提到了1899年和1907年《海牙章程》第50条规定的集体惩罚这一概念。

16 Kalshoven, p. 51.

17 Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, 1987, para. 3434. 见红十字国际委员会1916年的呼吁，载于 *Report of the International Committee of the Red Cross on its Activities During the Second World War, September 1, 1939–June 30, 1947, Volume I: General Activities*, ICRC, Geneva, 1948, pp. 365–372; see also Kalshoven, pp. 69–73。

18 关于针对战俘的报复行为的实例，见Kalshoven, pp. 178–200。See also Darcy, p. 198, and United States, Military Commission at Rome, *Dostler case*, Judgment, 1945. 举例而言，针对被占领领土上的平民居民的报复行为，见Kalshoven, pp. 200–210。

19 见ICRC, *Report on the Interpretation, Revision and Extension of the Geneva Convention of July 27, 1929*, 为第16届红十字国际大会编制的报告, London, 1938, pp. 32–33。

20 见《1947年政府专家会议报告》，第118页。

21 同上注，p. 275 以及Pictet (ed.) *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 343–344。

22 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第183～184页和第 199页，以及 Kalshoven, pp. 263–272。

守条约方面的替代性措施，例如保护国制度[23]、和解程序[24]、对严重破约行为负有责任之人予以惩罚的义务[25]、以及调查程序。[26]

2738 报复措施所影响的人员往往并未参与引起报复的违反公约之行为，此类措施因而可视为有违罪责自负原则；交战报复往往构成集体性惩罚。

2739 自从1949年以来，还未发生过普遍诉诸交战报复的情形。[27]晚近也未发现针对受《日内瓦第一公约》保护的人员或财产进行交战报复的实例。两伊战争期间，有过针对平民和民用物体的交战报复，但其并不在日内瓦四公约所规定的禁止行为的范围内。[28]各国之所以不太愿意诉诸报复，可能是因为报复通常被视为一种无效的执行措施，尤其是因为报复可能会引发报复和反报复的循环，从而导致暴力升级。[29]

2740 在国际协定法中，禁止针对受日内瓦四公约[30]保护的特定人员和财产进行报复的趋势始于1929年，在《第一附加议定书》中得到了延续，该议定书缔约国还将此禁止性规定延伸适用于所有平民、民用物体、文化物体和礼拜场所、对平民居民生存所不可缺少的物体、自然环境、以及含有危险力量的工程和装置。[31]

三、讨论

2741 第46条禁止对《日内瓦第一公约》所保护之伤者、病者、人员、建筑物或设备实施报复行为。如果诉诸报复，那么针对武装冲突各方的被保护人采取的措施可能会更为迅速、严酷，后果更为严重。

23 见第8条和第10条。

24 见第11条。

25 见第49条。

26 关于调查程序，见第52条。目前，这些机制作为替代性遵约措施的效果仍十分有限。见Greenwood, pp. 238–239; Kwakwa, pp. 76–79; and Darcy, pp. 249–250。《第一附加议定书》建立了一个国际人道实况调查委员会，但目前还未有武装冲突方启动过该委员会机制。

27 关于越南战争、1964年刚果民主共和国和以色列所占阿拉伯领土境内武装冲突期间使用交战报复的部分实例，见Kalshoven, pp. 289–321。

28 见亨克茨和多斯瓦尔德-贝克关于规则145的评注，第484页和489页。据报，两伊战争期间发生了多起针对民用物体的攻击。1984年，联合国秘书长在致伊朗伊斯兰共和国总统和伊拉克共和国总统的信中称，获悉1984年6月5日针对贝奈什（Banesh）镇的空袭……以及随后在伊朗和伊拉克城镇发生的报复和反报复造成了大量平民居民伤亡，他深感忧虑。

> 国际社会无法容忍蓄意攻击平民区的行为。过去，此类攻击连同其后续所引起的报复和反报复，已导致更多没有防御能力的无辜平民丧生、加剧了他们的痛苦。必须立即停止这种行为。

联合国秘书长，1984年6月9日向伊朗伊斯兰共和国总统和伊拉克共和国总统所致信函，UN Doc. S/16611，1984年6月11日。

29 见亨克茨和多斯瓦尔德-贝克关于规则145的评注，第485页和，以及Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, 1987, para. 3433。

30 另见《日内瓦第二公约》第47条、《日内瓦第三公约》第13条、《日内瓦第四公约》第33条。

31 见《第一附加议定书》第51条第6款、第52条第1款、第53条第3项、第54条第4款、第55条第2款及第56条第4款。另见《第一附加议定书》第20条，该条禁止对受《第一附加议定书》第二编保护的人员和物体进行报复。

2742 《日内瓦第一公约》所保护的人员规定在下列条款中：第13条（伤者与病者）、第15条（死者）、第24条（属于武装部队的医务人员和宗教人员）、第25条（辅助医务人员）、第26条（救济团体的人员）、第27条（中立国团体中的医务人员）。[32]

2743 第46条的创新之处在于，该条还明文禁止对受本公约保护的建筑物或设备进行报复。《日内瓦第一公约》并未对受保护财产的概念进行界定，但规定了一系列不得攻击、破坏或侵占的物体。此类财产规定在下列条款中：第19条、第33条和第34条（医疗所和流动医疗队）、第20条（医院船）、第35条和第36条（医务运输工具，包括医务飞机）。根据第46条，此类财产均不得成为报复的对象。[33]

2744 不得针对受本公约保护之人员或财产实施报复这一禁止性规定具有绝对性。该规定适用于一切情形。[34]不得以军事必要为由而对这项规则有所减损。[35]

2745 此项禁止性规定适用于针对被保护人或财产实施的所有形式的报复行为，包括与其所针对的发生在先之违法行为性质相同的报复行为。冲突一方可能倾向于采取与先前违法行为相同或相似的行为进行回应。此举若以受保护人员或财产为对象，则为第46条所禁止。

2746 而且，第46条禁止各种形式的报复行为，并不仅限于构成攻击被保护人或财产的措施。一国未执行特定行为而构成不作为的措施也包括在内，例如未向伤者或病者提供医疗救助和照顾，[36]或者未保证死者得到适当埋葬。[37]

2747 此外，1969年《维也纳条约法公约》规定，条约得因一缔约国的重大违约[38]而停止或终止施行，但该规定“不适用于各人道性质之条约内所载关于保护人身之各项规定，尤其关于禁止对受此种条约保护之人采取任何方式之报复之规定”。[39]该条款不追溯适用于《日内瓦第一公约》第46条。[40]不过，《维也纳条约法公约》第60条的目的在于，明确重申禁止在一切情况下对被保护人进行报复，且在重大

32 见关于这些条款的评注。然而，如若此类被保护人实施有害于敌方之行为，则将失去其保护，并因此可能成为攻击对象；见关于第24条的评注，第六部分。

33 但是，若此类财产被用于从事有害于敌方之行为，则在该使用期间将失去免受攻击的保护，见关于第21条和第22条的评注。

34 关于报复这一概念在非国际性武装冲突中的可适用性，见关于共同第3条的评注，第十三部分第（六）节。

35 关于这个问题，见Albrecht, pp. 611–612, 其认为，“这项条款的历史还表明，其目的是在所有情形下防止对所列人员和财产实施报复。……应当认为，1949年日内瓦四公约不容许出现任何对其禁止报复之规定的例外情形。”

36 根据《日内瓦第一公约》第12条。

37 根据《日内瓦第一公约》第17条。

38 重大违约是指，“违反条约规定，而此项规定为达成条约目的或宗旨所必要者”，见《维也纳条约法公约》（1969年）第60条第3款。

39 同上注，第60条第5款。

40 见上注，第4条有关该公约条款不溯及既往的规定。

违约的情况下也不能终止或停止日内瓦公约的施行。[41]由于第46条中的禁止性规定具有绝对性，对日内瓦四公约的重大违反显然可能导致一国废弃条约，但该国仍无权对受日内瓦四公约保护的人员或财产进行报复。

2748 第46条之禁止性规定已得到牢固确立，而且自1949年以来受到了广泛遵守。虽然各国已规定禁止对1949年日内瓦四公约和《第一附加议定书》所规定的特定人员或财产实施交战报复，但尚未彻底禁止所有交战报复行为。日内瓦四公约及《第一附加议定书》的规定极大缩小了合法交战报复的范围。对上述条约的缔约国而言，不受特定条约规定保护的潜在交战报复对象，唯有军事目标以及未投降且仍具战斗能力的敌方武装部队人员。[42]

主要参考文献

Albrecht, A.R., 'War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949', *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 4, October 1953, pp. 590–614.

Almond, Harry H., Jr. and Kalshoven, Frits, 'Reprisals: the Global Community is not yet Ready to Abandon Them', *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Vol. 74, April 1980, pp. 196–202.

Barsalou, Olivier, 'The History of Reprisals Up to 1945: Some Lessons Learned and Unlearned for Contemporary International Law', *The Military Law and the Law of War Review*, Vol. 49, Nos 3–4, 2010, pp. 335–371.

Bierzanek, Remiguisz, 'Reprisals in Armed Conflicts', *Syracuse Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, 1988, pp. 829–843.

Darcy, Shane, 'The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals', *Military Law Review*, Vol. 175, March 2003, pp. 184–251.

De Hemptinne, Jérôme, 'Prohibition of Reprisals', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 576–596.

Greenwood, Christopher, 'Reprisals and Reciprocity in the New Law of Armed Conflict', in Michael A. Meyer (ed.), *Armed conflict and the New Law: Aspects of the 1977 Geneva Protocols and the 1981 Weapons Convention*, British Institute of International and Comparative Law, London, 1989, pp. 227–250.

41 见瑞士的提案以及规定第60条第5款的目的，载于*Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session*, UN Doc. A/CONF.39/C.1/SR.61, 尤其是pp. 354–359。

42 这不影响对《第一附加议定书》第51条至第55条作出保留和声明的少数国家。关于这些保留和声明的评注，见亨克茨和多斯瓦尔德-贝克关于规则146的评注，第491～492页。

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。

Kalshoven, Frits, *Belligerent Reprisals*, 2nd edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2005.

Kwakwa, Edward, 'Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict', *Stanford Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1, Fall 1990, pp. 49–81.

Yk, Brian Sang, 'Legal Regulation of Belligerent Reprisals in International Humanitarian Law: Historical Development and Present Status', *African Yearbook on International Humanitarian Law*, 2012, pp. 134–184.

第四十七条
传播本公约

公约条文 *

各缔约国在平时及战时应在各该国尽量广泛传播本公约之约文，尤应在其军事，并如可能时在公民教育计划中，包括本公约之学习，俾本公约之原则为全体人民，尤其武装战斗部队、医务人员及随军牧师所周知。

保留和声明

无

目 录

一、引言 837
二、历史背景 838
三、传播之义务 840
(一) 各缔约国的法律义务 840
(二) 在平时与战时传播本公约 841
四、义务的范围 842
(一) 一般义务 842
(二) 军事教育计划 843
(三) 公民教育计划 844
主要参考文献 845

一、引言

2749 第47条旨在确保各缔约国在其国内尽可能广泛地传播《日内瓦第一公约》。四部日内瓦公约中均包含一条有关传播公约的类似条款。[1]

2750 传播是日内瓦四公约规定一项法律义务，之所以作此规定是因为公约起草者坚信，对法律的知晓是其有效适用所必不可少的条件。虽然现已公认仅知晓法律

1 见《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条第1款；及《日内瓦第四公约》第144条第1款。

无法防止违反行为，[2]但传播法律知识仍被视为“任何旨在创造有利于促进合法行为之环境的策略中的一个重要因素”。[3]

2751 各缔约国在其国内传播国际人道法，就传递出该国支持国际人道法的重要信号，从而促进尊重该法。一国以条令、教育和培训的形式针对实践中国际人道法规定的适用问题提供具体指南，将进一步促进该法的实施。针对违反国际人道法的行为通过有效的国内制裁制度，同样有利于促进对该法的尊重。[4]

2752 各国虽然负有传播国际人道法的首要责任，但传播该法也是红十字国际委员会的职能之一，[5]同时各国红会也有责任自主传播或与各自政府开展合作时协助传播该法。[6]《国际红十字与红新月运动章程》还规定了红十字会与红新月会国际联合会在传播方面的作用。[7]

二、历史背景

2753 虽然在武装部队和平民居民中传播国际人道法知识的重要性此前就已得到承认，[8]但关于各国有义务就四公约之规定对其部队开展教育并使其平民居民知悉的成文化规定，最初规定于1906年《日内瓦公约》、1907年《海牙第十公约》和1929年《关于伤者和病者的日内瓦公约》中。[9]

2 有关影响国际人道法之遵守的因素的进一步讨论，见红十字国际委员会：《战争中行为的根源》；see also ICRC, *Integrating the Law*, p. 15。

3 ICRC, *Integrating the Law*, p. 17。

4 例如，见上注，第35页，有关有效制裁与促进武器携带者遵守法律的相关性。

5 见外交会议（1974-1977年，日内瓦），第21号决议，“传播适用于武装冲突的国际人道法知识”，第2段和第4段；另见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第1卷，第214页。

6 见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第3条，该条部分原文为：“〔各国红会〕传播并帮助政府传播国际人道法。在这方面各国红会应积极主动。”另见外交会议（1974-1977年，日内瓦），第21号决议，“传播适用于武装冲突的国际人道法知识”，第3段，及《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第1卷，第214页。红十字和红新月国际大会通过的决议也进一步提到了各国红会的作用：例如，见第26届红十字与红新月国际大会（1995年，日内瓦），第1号决议，国际人道法：从法律到行动——向保护战争受难者国际大会提交的跟进报告，第6段和第8段。更多内容，见第30届红十字与红新月国际大会（2007年，日内瓦），第3号决议，重申和实施国际人道法“在武装冲突中维护人的生命和尊严”，序言部分第15段与正文第27段。在国际红十字和红新月运动之外的其他场合，各国红会在传播国际人道法中的作用也得到了承认；see e.g. UN General Assembly, Res. 93, ‘Status of the Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949 and relating to the protection of victims of armed conflicts’, 14 December 2012, preambular para. 13。

7 见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第6条第4款第10项。

8 例如，见第1届红十字国际大会（1867年，巴黎），Vœux de la Conférence Internationale, Article 9, 及《牛津手册》（1880年），序言第5段。

9 见1906年《日内瓦公约》第26条、1907年《海牙第十公约》第20条及1929年《关于伤者和病者的日内瓦公约》第27条。

2754 但在1947年政府专家会议期间达成的共识是，“〔1929年《关于伤者和病者的日内瓦公约》〕不够广为人知，应将学习该公约纳入武装部队所有人员的教育工作中”。因此，此次政府专家会议通过的条款草案强调，在和平时期和战时都有义务传播公约约文，并明确规定了对医务人员和随军牧师的教育。[10]

2755 红十字国际委员会随后于1948年在斯德哥尔摩召开的红十字国际大会上提交的条款草案已与第47条大体一致。[11]

2756 该草案未作实质修改即获通过，仅在公民教育计划中纳入对本公约的学习方面增加了“如有可能”这一限定语。[12]在修订1929年《关于战俘的日内瓦公约》和制订新的《关于战时保护平民之日内瓦公约》时，也提出了类似的条款草案，这些草案均未作实质修改即获采纳。[13]

2757 红十字国际委员会在1949年外交会议上指出，斯德哥尔摩会议通过的关于传播的条款草案

> 旨在满足各方表达的愿望，即应在公众和有机会适用或援引公约规定的人员中更为广泛地传播该公约。本条款的措辞在各公约中略有不同。〔红十字国际委员会〕提议，采用《关于伤者病者的日内瓦公约》第38条的措辞，使“如可能时”这一措辞在所有日内瓦公约中均得到体现。[14]

在四部日内瓦公约中均纳入“如可能时”这一措辞是为了回应在斯德哥尔摩会议上提出的一种担忧，即在联邦制国家，某些政府由于宪法上的限制无权对教育事务进行集中规管。[15] 这一提议在外交会议上获得了一致通过。[16]

2758 因此，《日内瓦第一公约》第47条、《日内瓦第二公约》第48条、《日内瓦第三公约》第127条第1款和《日内瓦第四公约》第144条第1款采用了几乎相同的措辞，仅在“尤其”应使何种人员周知公约之原则这一方面有所不同。[17]《日内瓦第三公约》第127条第2款和《日内瓦第四公约》第144条第2款分别包含了在战时负责战俘事宜之当局和“在战时担任有关被保护人之责任之任何民政，军事，警

10 见《1947年政府专家会议报告》第59～60页。会议还通过了一个完全相同的条款草案，以纳入修订后的1907年《海牙第十公约》中；见上，第101页。

11 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，草案第38条，第27页。在修订1907年《海牙第十公约》时也提交了同一条款草案；见上，第49页。

12 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，草案第38条，第25页。

13 见上注，第99页和第159页。

14 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第24页。

15 见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第63～64页及第84页。

16 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第70页及第112页。

17 《日内瓦第一公约》第47条和《日内瓦第二公约》第48条（“武装战斗部队、医务人员及随军牧师”）；《日内瓦第三公约》第127条第1款（“全部武装部队及全体人民”）；《日内瓦第四公约》第144条第1款（“全体居民”）。

察或其他当局”中传播公约的额外义务。[18]《第一附加议定书》[19]、《第二附加议定书》[20]和《第三附加议定书》[21]也均规定了传播的义务。其他与武装冲突局势有关的条约也规定有约束其缔约国的传播义务。[22]

三、传播之义务

（一）各缔约国的法律义务

2759 传播《日内瓦第一公约》约文是本公约各缔约国所负有的一项法律义务。“应”（“undertake”）一词强调各国承诺履行这项义务，而该义务源于各国尊重日内瓦四公约并保证四公约之被尊重这一更广泛的义务。[23]

2760 根据第47条，各缔约国负责在各自国内传播本公约。但是，“国家不能自己行动”；国家是一个“根据国际法全权行事”的实体，但国家履行其义务，最终还需依靠人来采取行动。[24]因此，国家欲履行其日内瓦四公约项下之义务，就必须使有权行使政府权力的个人和团体、以及事实上在国家指示、指导或控制下行事的个人和团体知悉这些义务。[25]各国需指派其机构履行传播义务，特别是其相关部委和下属政府当局。同时，需为此目的制定具体措施、办法和机制，例如在武装部队内建立教育和培训机制。[26]

2761 虽然传播四公约的主要责任在于国家，但实际上并不需要总由国家机关开展传播活动。可在国家层面向其他人员和团体授权，以协助国家履行这一义务。各国红会尤其可在传播日内瓦四公约的知识和国际人道法一般原则方面发挥作用。

18 关于在战俘营和拘禁处所传播公约的规定，另见《日内瓦第三公约》第41条和《日内瓦第四公约》第99条。

19 见《第一附加议定书》第83条、第6条（合格人员）、第82条（武装部队中法律顾问），以及《第一附加议定书》第87条第2款（司令官的职责）。

20 见《第二附加议定书》第19条。

21 见《第三附加议定书》第7条。相关评注，见Quéguiner, 第199页。

22 例如，见《关于保护文化财产的海牙公约》（1954年）第25条；《关于保护文化财产的海牙公约第二议定书》（1999年）第30条；《常规武器公约》（1980年）第6条；《常规武器公约经修正之第二号议定书》（1996年）第14条；《常规武器公约第四号议定书》（1995年）第2条；《儿童权利公约》（1989年）第42条；《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》（2000年）第6条。另见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则141至规则143。

23 更多关于尊重四公约和保证四公约之被尊重的内容，见关于共同第1条的评注。

24 见《国家责任条款草案》（2001年），关于第2条的评注，第35页，第5段。

25 关于代表国家行事的人员或团体，见上注，草案第4条、第5条和第8条。这类人员或团体的作为或不作为将归因于国家，若其违反国家在日内瓦四公约项下的国际义务，则国家须承担国际责任，亦见草案第1条和第2条。关于行为可归因于国家的个人、实体或团体的所有类别，见草案第4条至第11条。

26 See e.g. ICRC, *Integrating the Law*, pp. 12–13。

《国际红十字与红新月运动章程》[27]、国内立法和各国红会的法定文书都明确承认了这一点。[28]

2762 此外，推广国际人道法和传播日内瓦四公约还是红十字国际委员会的关键职能之一。[29] 1977年的外交会议重申了这一点，该会议邀请“红十字国际委员会积极参与传播国际人道法的工作”。[30]为此目的，红十字国际委员会在世界不同地区设有负责传播任务的专门代表。委员会面向武装和安全部队、媒体、学术界和年轻群体制定传播项目和教学材料，并开展活动以提高公众对国际人道法的认识。[31]

2763 传播日内瓦四公约以及更广泛意义上的国际人道法，也是国际人道法国家委员会的职责。[32]

（二）在平时与战时传播本公约

2764 各缔约国均负有尽可能广泛地在其各自国内传播日内瓦四公约之约文的义务，该义务用于“平时及战时”。因此，这项义务属于日内瓦四公约中于平时应予实施之规定。[33]

2765 此种规定可以确保缔约国并非待武装冲突爆发才启动其传播工作，因为冲突爆发后可能更难传达国际人道法的基本原则。[34]在和平时期教授国际人道法，有利于根据受众和需求的不同而制定相应的教培项目及材料，受众也有充裕时间来熟悉国际人道法，更易于完成其法律知识构建以及逐渐内化人道法的原则。

27 见《国际红十字和红新月运动章程》（1986年）第3条。该章程还承认了红十字与红新月会国际联合会在传播方面协助各国红会的作用，见该章程第6条第3款及第4款第10项。

28 See e.g. Royal Charter of the British Red Cross Society, approved by Her Majesty the Queen in Council on 22 July 1997 with effect from 1 January 1998 and revised by Her Majesty the Queen in Council on 17 July 2003, para. 5.2; 奥地利《红十字保护法》（2008年 ）第3条；德国《红十字法》（2008年）第2部分（1）和（2）；以及《法国红十字会章程》（2012年）第2条。

29 见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第5条第2款第7项及第4款。

30 外交会议（1974-1977年，日内瓦），第21号决议，传播适用于武装冲突的国际人道法知识，第4段：
邀请红十字国际委员会通过以下方式积极参与传播国际人道法的工作，包括但不限于：
1. 出版有助于教授国际人道法的材料，传递关于传播日内瓦四公约及其附加议定书的适当信息，
2. 主动或应政府或各国红会的请求，组织关于国际人道法的研讨会和课程，并为此目的与国家和合适的机构进行合作。

31 See ICRC, Advisory Service on International Humanitarian Law, ‘National Committees for the Implementation of International Humanitarian Law’, p. 2.

32 创设此类国际人道法国家委员会，是 1995年政府间战争受难者保护问题专家组采纳的建议之一，并得到1995年第26届红十字与红新月国际大会的支持，此类委员会将汇集相关国家部委与武装部队、立法机构和司法机构的代表，以及学术界和国家红会的成员。截至2015年9月30日，有107个国家成立了旨在实施国际人道法的国家委员会或类似机构。此类委员会的详细列表，见https://www.icrc.org/zh/document/table-national-committees-and-other-national-bodies-international-humanitarian-law。

33 关于“于平应予实施之规定”的详细讨论，见关于共同第2条的评注，第三部分。

34 See e.g. Surbeck, p. 541.

2766 与此同时，第47条要求各国在武装冲突爆发后继续传播关于四公约的知识及其基本原则，并在武装冲突的现实情形下重申国际人道法规则的重要性。

四、义务的范围

（一）一般义务

2767 根据日内瓦四公约中关于传播的规定，各缔约国应“在该各国尽量广泛”传播公约之约文。[35]

2768 如果一国使用的一种或多种语言既不是英语也不是法语这两种日内瓦四公约的作准语言，也不是俄语或西班牙语这两种瑞士联邦委员会受委托安排官方翻译的语言，[36]则需将公约翻译成本国语言才能使其传播行之有效。[37]

2769 传播四公约“约文”的义务包括传播适用于非国际性武装冲突的共同第3条，该条对所有冲突方，包括国家和非国家武装团体，都有约束力。在这方面，各缔约国向政府当局和全体人民传播共同第3条和其他适用于非国际性武装冲突的国际人道法规定，对于创造有助于在非国际性武装冲突中实施合法行为的环境至关重要。[38]

2770 对于“在各该国尽量广泛”传播四公约约文的义务，各国可根据可用手段等情况在一定程度上酌情决定采取何种措施。[39]但国家有义务根据其能力和手段“尽量广泛”地传播公约约文。现代信息技术和互联网提供了以更低成本向更广大受众传播国际人道法的可能性。[40]

2771 设置传播义务所体现的彼时起草者的理念是，知法为守法之前提，知识的传播将促进对法律的尊重。不过，实证研究表明，“仅仅了解人道规范不足以使战

35 《日内瓦第一公约》第47条；《日内瓦第二公约》第48条；《日内瓦第三公约》第127条第1款；《日内瓦第四公约》第144条第1款。

36 关于四公约的语言，见《日内瓦第一公约》第55条；《日内瓦第二公约》第54条；《日内瓦第三公约》第133条；和《日内瓦第四公约》第150条。

37 关于各缔约国间互相通知四公约之译文的规定，见《日内瓦第一公约》第48条；《日内瓦第二公约》第49条；《日内瓦第三公约》第128条；及《日内瓦第四公约》第145条。

38 更多讨论，见关于共同第3条的评注，第十三部分第（五）节第1项。另见《第二附加议定书》第19条，该条明文要求传播该议定书。

39 See e.g. Junod, p. 360.

40 例如，见红十字国际委员会设计制作的在线学习模块“国际人道法的基本规则与原则”，见https://www.icrc.org/en/online-training-centre，以及下述书籍的在线版本：Marco Sassòli, Antoine Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War?*, available at https://www.icrc.org/casebook/.

斗员对人道规范……持赞同态度”，[41]条令、教育、培训、装配和制裁才是在军事行动中影响武器携带者行为的关键所在。[42]

2772 因此，决不能将第47条限缩为仅是发布和分发公约文本的义务。“传播……俾本公约之原则为……所周知”比“发布约文”或“使人们可获得之”含义更广。传播的目的是使所有人都能理解日内瓦四公约的精神并将其内容内化，而不是简单地宣传其文本。因此，第47条要求各国“在其军事，并如可能时在公民教育计划中，包括本公约之学习”。

（二）军事教育计划

2773 军队学习国际人道法至关重要，因为大部分人道法规定的适用之责在于武装部队人员。同时，武装部队人员因其服勤之特性，在某些情形下也可能会成为国际人道法保护的人员，如其受伤或患病之时。了解国际人道法上为其提供保护的条款，或有助于防止其所享有的权利受到侵害。[43]

2774 第47条并未规定各缔约国应如何履行其将学习《日内瓦第一公约》纳入其军队教育计划之义务。各缔约国可采取各种形式履行这一义务。

2775 在实践中各国采取的形式，多为发布有关国际人道法的军事手册和其他标准参考资料，或在某些情况下将人道法纳入其战地手册。此外，还有国家为武装部队的教学开发相关材料、课程和电影。这些学习材料的复杂程度和具体内容通常依据特定目标受众的等级、职责与责任不同而作出相应调整。而且，各国不只是将国际人道法作为理论知识教授，还将其纳入常规实战培训和演习，以确保遵守国际人道法规则成为一种条件反射。[44]

2776 为使传播行之有效、引导遵守法律的行为，决不能将国际人道法作为一套单独的抽象法律规范进行教学，而必须将其纳入所有常规军事活动、培训和教育

41 红十字国际委员会，《战争中行为的根源》（2004年）第8页，和Spoerri, p. 113。

42 See ICRC, *Integrating the Law*, pp. 17 and 23–35, and Spoerri, p. 114.

43 例如，告知受日内瓦四公约保护之人其所享有的法律保障，即其“在任何情况下……不得放弃本公约……所赋予彼等之权利之一部或全部”；见共同第7条（《日内瓦第四公约》第8条）。

44 例如，见南非《公民教育手册修订版》（2004年）第4章：国际人道法（武装冲突法），第38段：“在作战环境下，士兵在行动之前可能经常无暇思及武装冲突法的原则。因此，士兵不但必须知晓这些原则，而且必须接受训练，以使其在特定环境下作出恰当的反应成为其第二本能。”另见科特迪瓦《教学手册》（2007年）第1卷，第7页：“本指南的目的是让士兵产生一种自动的反应，即遵守该法的原则。士兵必须知道，遵守这些规则是军事纪律的一部分，而任何违反规则的行为均将导致纪律以及（或）刑事处罚。” See also Verri, pp. 614–615.

中。[45]将国际人道法纳入其中之目的，应为启发和影响军队文化及其基本价值观，以确保将国际人道法的法律考虑和原则尽可能融入军事理论和决策过程。[46]

（三）公民教育计划

2777 将四公约之学习纳入公民教育计划是传播国际人道法的另一个重要方面。

2778 妥善传播四公约的规则与原则并将国际人道法切实纳入军事条令，都需要政治上的大力支持。这不仅仰赖军事指挥官“买账”，还需取得政府当局，尤其是行政、立法、司法和执法领域相关人员的认同。

2779 此外，日内瓦四公约的一个特点是，不仅规定有针对国家和代表国家行事之人的义务，还含有针对行为不可归因于国家的个人或团体的规定。[47]因此，促进一般大众了解日内瓦四公约是实现全面遵守四公约的重要环节。[48]需要进行公民教育的另一个原因是，各缔约国有义务制止所有违反四公约的行为，并通过国内刑法对严重破坏公约之行为予以惩戒，而这一义务不仅适用于代表国家行事之人所实施的违反行为，也适用于私人所实施的违反行为。因此，普通大众也可能因严重破坏日内瓦公约而受追诉，因而一般公民了解四公约也十分重要。[49]

2780 公民教育计划也可以采取针对媒体专业人士开设特定培训课程的形式。这种培训有助于确保媒体代表了解武装冲突中的法律和人道议题，并对此进行正确报道。[50]

45 例如，见布基纳法索《关于武装部队适用国际人道法的法令》（1994年）：“在武装部队中讲授国际人道法是强制性的。军队的各个级别都需要传播国际人道法，并且这应当成为所有……培训和教育计划必不可少的一部分”；意大利《武装冲突法基本规则手册》（1991年），第22段：“战争法的培训必须被纳入通常的军事活动中。”；马达加斯加《军事手册》（1994年），第22段；及西班牙《武装冲突法手册》（1996年），第10.8.c.(2)段。另见菲律宾《关于遵守国际人道法与人权的联合通函》（1991年），第3(d)段：“这些规则〔包括1949年日内瓦四公约中的相关规则〕应纳入AFP〔菲律宾武装部队〕的常规教育计划和PNP〔菲律宾国家警察〕各级指挥/办公室的部队/警察信息和教育培训班中”；以及俄罗斯《国际人道法适用条例》（2001年），第171～172段：

> 171. 无论平时还是战时，都应在服勤人员的培训和教育中纳入国际人道法的培训。作战（指挥官）的培训课程中也应纳入国际人道法的培训……
>
> 172. 国际人道法培训的目的是使服勤人员在复杂情形下能够根据国际人道法履行职责。

46 进一步讨论，见ICRC, *Integrating the Law*, pp. 17 and 23–35。

47 例如，见《日内瓦第一公约》第15条第1款和《日内瓦第二公约》第18条第1款的规定体现了公约对抢劫和虐待伤者、病者、遇船难者以及剥劫死者的一般性禁止。根据《日内瓦第一公约》第18条第2款，“一般平民应尊重此种伤者、病者；尤不得施以暴行”；《日内瓦第一公约》第44条对标志的使用进行了限制；《日内瓦第三公约》第13条第2款特别暗含了对战俘施以暴行、恫吓或侮辱行为的一般性禁止。

48 另见共同第1条，根据该条，“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。”更多讨论见关于该条的评注。

49 更为详细的讨论，见关于第50条的评注，第三部分第（三）节。

50 红十字国际委员会在多种场合下为媒体从业人员提供了培训。另见记者的参考书：Roy Gutman, David Rieff and Anthony Dworkin (eds), *Crimes of War: What the Public Should Know*, 2nd edition, W.W. Norton & Company, New York, 2007。

2781 将日内瓦四公约的学习纳入公民教育计划的义务，受“如可能时”一词所限定，这源于谈判期间提出的一个关切，即在联邦制国家，有关缔约国可能会因宪法方面的限制而无法对大众教育计划作出规定。其他的关切还包括课程负担过重、财政支持不足、目标受众缺乏兴趣或担心被误解为为武装冲突做准备。[51]但实践证明，这些困难是可以克服的：对四公约和更广义的国际人道法的学习已经被纳入面向平民居民的教育计划中，例如已纳入中小学或大学课程等。[52]

2782 让全体人民都熟悉国际人道法，有助于创造有利于尊重人道法的环境，从而使作为国际人道法基础及内容的原则和规则得到接受、支持和捍卫，并在必要时得以实施以应对特定情形中的人道问题。

主要参考文献

Bothe, Michael, ‘The role of national law in the implementation of international humanitarian law’, in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 301–312.

Harroff-Tavel, Marion, ‘The International Committee of the Red Cross and the promotion of international humanitarian law: Looking back, looking forward’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, Nos 895/896, 2014, pp. 817–857.

ICRC, Advisory Service on International Humanitarian Law, ‘National Committees for the Implementation of International Humanitarian Law’, 200www.icrc.org/eng/assets/files/2012/national-committee-factsheet-icrc-2003-01-eng.pdf.

– Advisory Service on International Humanitarian Law, ‘The Obligation to Disseminate International Humanitarian Law’, 2003.

– *Integrating the Law*, ICRC, Geneva, 2007.

–《战争中行为的根源：了解并防止违反国际人道法的行为》，丹尼尔 · 穆尼奥斯 - 罗哈斯和让 - 雅克 · 弗雷萨尔，红十字国际委员会，日内瓦，2005 年 10 月。

Junod, Sylvie S., ‘La diffusion du droit international humanitaire’, in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 359–368.

Kadam, Umesh, ‘Teaching international humanitarian law in academic institutions in South Asia: An overview of an ICRC dissemination programme’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 83, No. 841, March 2001, pp. 167–169.

51 See Junod, p. 360.

52 For examples, see Kadam, pp. 167–169.

Meyer, Michael A., 'The role of a National Society in the implementation of international humanitarian law – taking up the challenge!', *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 317, April 1997, pp. 203–207.

Mikos-Skuza, Elżbieta, 'Dissemination of the Conventions, Including in Time of Armed Conflict', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 597–614.

Quéguiner, Jean-François, 'Commentary on the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Protocol III)', *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 865, March 2007, pp. 175–207.

Spoerri, Philip, 'From Dissemination towards Integration: An ICRC Perspective', *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 52, No. 1, 2013, pp. 113–122.

Surbeck, Jean-Jacques, 'La diffusion du droit international humanitaire, condition de son application', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 537–549.

Verri, Pietro, 'Institutions militaires: le problème de l'enseignement du droit des conflits armés et de l'adaptation des règlements à ses prescriptions humanitaires', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 603–619.

第四十八条

译文
实施本公约之法律与规则

公约条文 *

各缔约国应通过瑞士联邦委员会，在战时则通过保护国，互相通知本公约之正式译文，及其所采用以保证实施本公约之法律与规则。

保留或声明

无

目 录

一、引言 847
二、历史背景 848
三、讨论 849
（一）通知的义务 849
（二）译文 850
（三）实施本公约之法律与规则 851
主要参考文献 852

一、引言

2783 第48条要求各缔约国应互相通知各自可能已完成的本公约之正式译文，以及为保证实施本公约而采用的法律与规则。

2784 此项规定为日内瓦四公约的共同规定。[1]《第一附加议定书》中也有几乎完全相同的规定。[2]

1 见《日内瓦第二公约》第49条；《日内瓦第三公约》第128条；《日内瓦第四公约》第145条。
2 见《第一附加议定书》第84条。

2785 对日内瓦四公约正式译文以及为保证实施公约而采用的法律与规则进行互相通知，是为了使所有缔约国了解他国对其公约义务的理解及实施方式。了解这些情况可以帮助各国避免或减少理解和实施方面的差异，并鼓励各国加强四公约翻译和实施方面的工作。

2786 第48条中的“本公约”的翻译和适用，从广义上理解包括共同第3条。自1949年日内瓦四公约通过以来，各缔约国参与其领土内发生的非国际性武装冲突或对领土内爆发此类冲突的其他国家提供支持的情况越来越多。因此，彼此了解对方对共同第3条的理解尤为重要。

二、历史背景

2787 1906年《日内瓦公约》和1907年《海牙第十公约》中就已载有要求各缔约国通过保存者互相通知各自为惩戒和惩处战时违反公约之特定行为而采取的立法措施的规定。[3]1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》同样要求各缔约国通过保存者互相通知此类措施。[4]这三部公约规定的通知的时间范围是自缔约国批准该公约后五年之内。

2788 1929年《关于战俘的日内瓦公约》则规定各缔约国有义务通过保存者互相通知该公约的正式译文以及为实施公约而采取的法律与规则，但并未限定通知的时间范围。[5]

2789 红十字国际委员会向1948年在斯德哥尔摩举行的红十字国际大会提交的关于缔约国相互通知信息的条款草案基本上反映了当时的现行规定。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和1907年《海牙第十公约》的修订草案将通知的时间范围从批准后五年缩短为批准后一年。[6]

2790 斯德哥尔摩大会通过了为修订1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》和《1907年海牙第十公约》提出的条款草案建议，草案虽未对互相通知立法措施的时间加以限制，但规定两年之内必须采取必要的立法措施。[7]修订1929年《关于战俘的日内瓦公约》的条款草案以及关于平民的新公约条款草案仅稍作改动即获通过。[8]

3 见《日内瓦公约》（1906年）第28条及《海牙第十公约》（1907年）第21条。
4 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年），第29条。
5 见《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第85条。
6 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，《日内瓦第一公约》草案第39条，第28页，以及《日内瓦第二公约》草案第37条，第49页。
7 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，《日内瓦第一公约》草案第39条，第25页，以及《第二公约》草案第43条，第47页。
8 见上注。《日内瓦第三公约》草案第118条，第99页，以及《日内瓦第四公约》草案第129条，第159页。增加了“在战时则通过保护国”的措辞。

2791 1949年举行的外交会议决定在四公约中均采用《关于战俘的日内瓦公约》中的约文，即要求互相通知译文及有关法律与规则，但不设时间限制。[9]

三、讨论

(一) 通知的义务

2792 第48条要求各国“通过瑞士联邦委员会，在战时则通过保护国”向所有其他缔约国提供其《日内瓦第一公约》之译文，以及为实施该公约而采用的法律与规则。

2793 “应……通知”这一措辞表明，通知乃是《日内瓦第一公约》缔约国负有的一项法律义务。第48条要求“互相”通知译文，显然该义务是缔约国对所有其他缔约国的义务。

2794 有效通知意味着各缔约国不仅须互相通知本国已备有公约译文并制定相关法律与规则，还须向他国提供其具体内容。

2795 与其前身不同，[10]1949年日内瓦四公约并未就缔约国通知其所采取的措施设定时限。因此，为确保通知的有效性，各缔约国在发布正式译文或采用法律或规则后应尽速通知其他缔约国。[11]

2796 一般而言，各国将“通过瑞士联邦委员会”（四公约的保存者）通知译文、法律和规则。[12]一如本公约其他条款，[13]本条采用了“各缔约国”而非“冲突各方”的表述，这表明通知的义务在和平时期就已适用。

2797 “在战时”，各缔约国将“通过保护国”通知译文、法律与规则。[14]第48条的措辞似乎意指这一规则适用于所有缔约国，而不仅是作为冲突方的国家。鉴于保护国的作用是“维护冲突各方之利益”，[15]保护国很可能专门负责冲突各国之间译文、法律与规则的通知，而瑞士联邦委员会则继续在非冲突方的国家之间传递通知。

9 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第70、112及354页。

10 详见第二部分。

11 关于这方面，见《第一附加议定书》第84条有关彼此通知议定书正式译文以及为保证其适用而通过的法律规章的规定，其中明确要求应“尽速”通知。

12 关于瑞士联邦委员会作为保存者的作用，详见关于第55条至第58条、第60条至第64条的评注及关于签字前条款（testimonium clause）和签字条款的评注。

13 例如，见第1、47、49、54条。

14 在此假定的是，特定武装冲突中指定有保护国，但在1949年日内瓦四公约通过后的数十年间罕有国家采用此等做法；详见关于第8条的评注。冲突各方也可商定委托其他中间人对文件进行通知；详见关于第10条的评注。

15 见共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条）。

2798 在收到各国根据第48条提交的有关本公约之纳入的国内法律与规则副本后，瑞士联邦委员会仅就其所收到的文件负有通知义务，而不承担相关文件的翻译义务。保护国在战时对法律与规则进行通知时也是如此。

2799 目前，日内瓦四公约及关于公约实施的国内法律与规则的正式译文通常公开发布在缔约国的官方公报或该国发行的其他出版物上。在互联网上公布此类内容的情形也越来越普遍。这是对第48条有关通知的规定的有益补充。但译文、法律与规则仅是可获取、可查阅，并不完全等同于缔约国对此类文件进行了积极通知，通知义务之履行须确保所有国家获悉上述文件。

2800 除第48条规定的法律义务之外，将此类文件通知红十字国际委员会亦大有裨益。日内瓦四公约虽未规定这项义务，但各国已经注意到与红十字国际委员会共享此类信息的益处。[16]

（二）译文

2801 日内瓦四公约英文和法文文本为作准文本；此外，瑞士联邦委员会受委托准备四公约的俄文及西班牙文正式译文，以确保这两种语言的文本内容一致，但这两种文本不作为作准文本。[17]至于1977年的两个《附加议定书》，其阿拉伯文、中文、英文、法文、俄文、西班牙文的约文为作准文本。

2802 日内瓦四公约并未明文规定各缔约国负有将四公约译为本国语言的法律义务。但国内立法可能会要求一国对其已成为缔约国的条约进行翻译。而且很难想象，各国如未备有本国语言的公约文本，将如何履行公约规定的某些义务，如：第47条规定的传播本公约之约文的义务。[18]

16 1995年，由瑞士政府召集的政府间专家小组特别要求向红十字国际委员会提供任何可能有助于其他国家开展传播和实施国际人道法工作的信息，并要求红十字国际委员会收集、整理并向各国和大会传递这类信息。政府间专家小组进一步建议，“红十字国际委员会在各国红会、红十字会与红新月会国际联合会……及学术机构的协助下，……应在各国同意的情况下，加强其就各国实施和传播国际人道法的工作提供咨询服务的能力”。随后在1995年举行的第26届红十字与红新月国际大会上，这些建议在第1项决议中得到了肯定。1995年设立、1996年开始全面运行的红十字国际委员会国际人道法咨询服务处一直在系统地收集各国法律、法规及判例法，并在红十字国际委员会网站（https://www.icrc.org/ihl-nat）上公开相关信息，《红十字国际评论》（*International Review of the Red Cross*）也会刊载国内立法和判例法的最新发展。

17 见关于第55条的评注第三部分。俄文和西班牙文译文的正式性在于其制定的依据已由公约本身明确规定。

18 见第47条。另见《日内瓦第四公约》第99条第1款，该条规定，“管理拘禁处所之官员必须备有其本国正式文字、或正式文字之一之本公约抄本一份”。备有日内瓦四公约各国文字的译本将便于各国履行其在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》下的义务，即确保战俘营或拘禁营内有战俘或被拘禁人所理解之文字的公约文本；见《日内瓦第三公约》第41条和《日内瓦第四公约》第99条第2款。

2803 公约译文可基于英文作准文本或法文作准文本进行翻译，当然若能对照两种作准文本，译文将最为准确。[19]官方语言相同的国家可商定共用的译文或协调各自的译文，不过这并非一项义务。[20]

2804 第48条提及“正式译文”，是指各国自行翻译的译文，或由第三方（如各国红十字会或红新月会）翻译并经该国正式认可的译文。

2805 自1949年日内瓦四公约生效以来，瑞士联邦委员会已收到一些缔约国的正式译文，并已将收到的译文通知其他缔约国。第48条规定的程序并不要求其他缔约国作出任何回应，但不得将一国未作回应的行为解释为其认可所收到的译文的有效性。在撰写本条评注之时，根据瑞士联邦委员会和红十字国际委员会已知的信息，日内瓦四公约已有约60种正式译文，不过并非所有译文都已按照第48条之规定予以通知。

（三）实施本公约之法律与规则

2806 对于根据第48条应予通知的“法律与规则”，应作最广义的理解，以涵盖行政或立法当局制定的与适用本公约有关的所有规则。[21]

2807 因此，各缔约国应就任何为实施本公约某项规定而通过的法律或规则进行通知，例如，依第26条和第27条所采取的措施（缔约国认可并核准各国红十字会及其他志愿救济团体）、[22]第44条（关于使用标志的立法）、第49条（对严重破坏公约行为加以刑事制裁的立法以及制止其他违反行为的措施）、第54条（防止和取缔滥用标志行为的措施）。

2808 自1949年日内瓦四公约生效以来，瑞士联邦委员会已收到一些缔约国关于适用四公约的法律和规则，并已向其他缔约国正式通知其收到的文件。然而，在撰写本条评注之时，大多数此类文件似乎并未由缔约国依照第48条的要求通知其他缔约国。

19 见1969年《维也纳条约法公约》第33条关于以一种或多种文字认证作准之条约的解释问题；另见关于第55条的评注，第二部分第（二）节详述了如何解决公约两种作准文字版本之间可能存在的分歧。

20 例如：德国、奥地利、瑞士、列支敦士登并未统一各自的《日内瓦第一公约》德语正式译文，在标题、特定术语（如“武装部队”译为“Streitkräfte”、“ bewaffnete Kräfte”或“bewaffnete Streitkräfte”）及某些条款（如第62条）的翻译上都存在差异。不过这些只是文体上的差异，并非实质性不同。

21 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 350.

22 见关于第26条的评注第2067段以及关于第27条的评注第2136段。

主要参考文献

红十字国际委员会，国际人道法咨询服务处，“国内法与国际人道法”，https://www.icrc.org/zh/war-and-law/ihl-domestic-law。

第九章
滥用及违约之取缔

2809 1949年日内瓦四公约在国际人道法中首次载入一整套关于制止滥用及刑事制裁的全面条约规定。正如出席1949年外交会议的一名代表所言，这些条款的目的在于“通过规定防止违反公约之规定的手段，并在必要时执行强制遵约措施，加强对四公约的尊重，并增强四公约的效力及其所提供的保护。”[1]

2810 本章由六项条款组成，除此前各部日内瓦公约的规定外，1949年公约还对新出现的重要问题进行了规制。第49条、第50条及第51条为新增条款，均以类似形式纳入日内瓦四公约中。[2]

2811 彼时新增第49条，是为了提供一个严密机制，以确保被控犯有严重违反公约行为之人员受到有效起诉。第49条规定各缔约国有义务制定有效刑事制裁方面的立法，并对被控涉嫌对受本公约保护之人员或财产实施严重破坏公约行为的人员，或起诉或引渡，而不论其国籍。

2812 第50条与第49条密切相关，详尽列举了最严重的破坏公约之行为。各国承诺，对第50条所列之行为进行调查，然后对被控犯罪者予以起诉或引渡。

2813 第51条规定各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第50条所述之严重破坏公约行为之责任。本条还对下述两种责任之间的关系进行了阐明：严重破坏公约行为所引起的个人刑事责任，和一国武装部队或在一国授权或命令下行事的有关人员犯有严重破坏公约行为所引起的国家责任。

2814 第52条规定的是对被控严重违反本公约行为进行调查的程序；本条针对各方对某被控违反日内瓦四公约的行为存在意见分歧的情况，为确立相关调查程序提供了法律依据。此外，本条还力求确保，经调查违反行为一旦确定，则各方应使之终止并加以取缔。第52条与1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第30条相对应，是日内瓦四公约的共同条款。[3]

2815 第53条和第54条涉及特殊标志的滥用问题。第53条对各类第三方使用标志或名称以及仿冒标志或名称之行为，作出了非常广泛的禁止性规定。

1 见联合委员会特别委员会编写的第四次报告《关于刑事制裁的报告》，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第114页。

2 见《日内瓦第二公约》第50条至第 52条；《日内瓦第三公约》第129条至第131条；及《日内瓦第四公约》第146条至第148条。

3 见《日内瓦第二公约》第53条；《日内瓦第三公约》第132条及《日内瓦第四公约》第149条。

2816 第54条要求各缔约国采取必要措施，防止及取缔滥用第53条规定的标志及名称以及其他受保护标志的行为。

2817 1906年《日内瓦公约》和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中就已载有第53条和第54条的雏形，但当时的规定较为简单。这两项条款仅载于1949年《日内瓦第一公约》。[4]

4 除《日内瓦第一公约》第54条外，该条也载于《日内瓦第二公约》第45条。

第四十九条
刑事制裁

公约条文 *

一、各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁。

二、各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并应将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。

三、各缔约国应采必要之措施，以制止下条所列严重破坏本公约之行为以外之一切违反本公约之规定之行为。

四、在一切情况下，被告人应享有适当的审讯及辩护之保障。此种保障，不得次于一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约第一百零五条及其以下各条所规定者。

保留或声明

无

目 录

一、引言 856
二、历史背景 857
(一) 1949 年之前的取缔制度 857
(二) 1949 年日内瓦四公约及其准备工作 860
三、第 1 款：制定实施性立法的义务 863
(一) 立法规定有效的刑事制裁 863
(二) 切实履行制定立法之义务 865
(三) 个人刑事责任形式和可主张的抗辩事由 867
(四) 关键评估 869

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

四、第 2 款：搜捕、起诉或引渡被控犯罪者的义务 870
（一）不分国籍，搜捕和起诉被控犯罪者的义务 870
1．搜捕和审判被控犯罪者 870
2．普遍管辖权 871
3．履行义务的时限 872
4．可能享有管辖豁免和起诉豁免的情况 874
（二）选择引渡被控犯罪者 877
（三）关键评估 880
五、第 3 款：制止严重破约行为之外的违反本公约之行为 882
六、第 4 款：适当的审讯及辩护之保障 884
七、严重破约行为制度在非国际性武装冲突中的适用性 886
主要参考文献 887

一、引言

2818 1949年日内瓦四公约所载的取缔制度（以下简称“严重破约制度”）是规制国际性武装冲突之法律的一项显著创新。 第49条是四公约的共同条款。[1]

2819 制定规定有效刑事制裁之立法（第1款），并对被控涉嫌犯有或者令人犯有严重破坏公约行为之人，不分国籍（第2款），启动调查和起诉，这些义务旨在提供一个无懈可击的机制，确保对被控严重违反四公约的行为人进行有效追诉。第3款对这一制度加以补充，呼吁所有缔约国采取任何必要措施，以制止严重破坏公约行为以外的一切违反本公约的行为。第4款则规定了给予被告公平审判的义务。

2820 1977年，这些共同条款由《第一附加议定书》所载的一系列规定加以补充和澄清。对于《第一附加议定书》的缔约国而言，该议定书扩充了严重破坏公约行为清单，[2]规定了其他责任形式的个人责任，[3]并明确指出严重破坏公约之行为构成战争罪的一个类别。[4]严重破约制度还成为“《禁止酷刑公约》、《强迫失踪公约》等其他条约的蓝本”。[5]

1 见《日内瓦第二公约》第50条、《日内瓦第三公约》第129条及《日内瓦第四公约》第146条。
2 尤其见《第一附加议定书》第11条和第85条。
3 尤其见关于指挥责任的《第一附加议定书》第86条第2款，以及第87条（司令官的职责）。
4 见《第一附加议定书》第85第5款；更多详细内容，见Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3408。
5 James G. Stewart, “Introduction”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 653–655, at 654.

2821 如今，严重破坏四公约的行为构成国际法一整套复杂罪行的一部分，这些罪行包括通常称为战争罪的严重违反国际人道法的行为，以及危害人类罪和灭绝种族罪等严重侵犯人权的行为。严重违反人道法行为涵盖诸多类别的行为，而严重破约行为就属于其中一类，各国均被要求在国际性和非国际性武装冲突中制止此类行为。[6]严重破约行为仍“不同于其他类别的战争罪”，[7]因为日内瓦四公约及《第一附加议定书》所载的严重破约行为清单具有局限性，仅适用于国际性武装冲突。[8]再者，严重破约制度规定各缔约国负有起诉或引渡被控犯有严重破约行为之人的义务，不论其国籍为何；与此不同的是，对于被控犯有战争罪的行为人，国际法则承认各国享有起诉或引渡的权利。[9]

二、历史背景

2822 下文概述了第49条的发展演变历程，为理解日内瓦四公约刑事制裁制度的制定宗旨提供了重要背景。

（一）1949 年之前的取缔制度

2823 对实施严重违反战争法规和惯例行为（通常称为战争罪）的个人予以惩罚，是规制战争的规则出现以来一直存在的做法。[10]对此类违反行为进行制裁是这些规则的有机组成部分，对确保士兵遵守这一法律体系至关重要。[11]许多不同文明都承认违反战争法规和惯例行为的个人责任。[12]类似原则也构成欧洲中世纪时期战争法的一部分。[13]追诉可以由俘获被控犯罪者的敌方来进行，也可以由被控犯罪者的军事当局来进行。1863年《利伯法典》载有一套关于战争法规和惯例诸多方面的详细规

6 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）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。各国还必须对其具有管辖权的其他战争罪进行调查，并于适当时对犯罪嫌疑人进行追诉。”

7 Sandoz, 2009, p. 679.

8 关于在非国际性武装冲突中犯下的严重违反国际人道法行为是否构成严重破约行为的讨论，见第七部分。

9 关于第49条第2款所载义务的全面解释，见第四部分第（一）节。

10 关于历史背景的广泛讨论，见Green, 1996b; Cryer; and McCormack, 1997a. See also Draper; Green, 1996a; Wells, especially chapter 6, entitled ‘Prosecution for war crimes in history’, p. 91; Lauterpacht; McCormack, 1997b; Levie; Greppi, p. 531; and La Haye, pp. 104–107.

11 关于这个问题，详见ICRC, *The Roots of Behaviour in War: A Survey of the Literature*, ICRC, Geneva, October 2004。

12 例如在亚洲，根据16世纪的武士道法典，“每个士兵都必须向统帅报告战俘的情况……如果他自己动手杀死战俘，即犯下杀人罪”；见Sumio Adachi, “The Asian concept”, in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1988, p. 13。

13 See, in particular, Green, 1996a, p. 278; Keen, p. 3; and Meron, 1998.

则，并强调维持纪律的必要性以及对违反这些规则的行为采取行动的重要性。[14]

2824 然而，早期编纂的战争法规和惯例并无关于犯罪者个人刑事责任的详细规定。[15] 1906年《日内瓦公约》是首部载有两项关于取缔违反行为（例如滥用标志以及抢劫和虐待部队伤者病者等其他违反该公约行为）的条款的国际条约。[16]1899年和1907年《海牙公约》仅规定各缔约国在违反公约时负有支付赔偿金的责任。[17]对于本国部队对敌方实施的或者敌军实施的违反战争法规和惯例的行为，各国可以自行决定是否予以惩治。[18]

2825 第一次世界大战期间出现了范围广泛的暴行，特别是针对平民的暴行，例如不分皂白的轰炸、强奸以及炸沉平民船只和医院船，如“兰多韦伊城堡号”（Llandovery Castle）。[19]这些行为令人坚信，必须通过司法手段来应对暴行，而既有国际条约所包含的制度根本不足以实现这一目的。[20]战争临近尾声时，盟军成立了战争发动者的责任及刑罚执行委员会（Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties，简称“责任委员会”），其主要任务是列出德国部队所犯暴行，并制定一份清晰一致的清单，列明违反战争法规和惯例的行为。[21]根据所收集到的事实，责任委员会列出了32项需要予以刑事处罚的违反战争法规和惯例的行为。[22]该委员会建议战犯应当在国内法院受审，但四类被告除外；此类被告应当在一个特设法庭受审。[23]

14 关于《利伯法典》的作用和影响，见Sandoz。See also Lieber Code (1863), Articles 44, 47 and 71.

15 1864年《日内瓦公约》与1868年《圣彼得堡宣言》均未载有任何关于制止违反行为的规定。1870年以后，红十字国际委员会主席古斯塔夫·穆瓦尼耶（Gustave Moynier）等人已经开始呼吁建立制止破坏1864年《日内瓦条约》之行为的国际法庭；见Gustave Moynier, *Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève*, Imprimerie F. Regamey, Lausanne, 1893。1895年，国际法研究所就此问题通过了一项决议；见http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1895_camb_03_fr.pdf。值得注意的是，该研究所于1880年制定了国内军事行为守则范本《牛津手册》，其中第84条规定，“违反战争法规的罪犯应当受到刑法所规定的处罚”。关于涉及制止违反战争法规和惯例之行为的早期文件的全面回顾，见Graven p. 241; Bassiouni/Wise, p. 86; Sandoz, 1986, p. 209; Abi-Saab, p. 99; Levie, p. 96; Green, 1984, p. 3; and Wells, p. 68。

16 见1906年《日内瓦公约》第27条和第28条，1907年《海牙第十公约》第21条。

17 见1907年《海牙章程》第3条。《第一附加议定书》第91条载有一项类似义务。

18 存在几起国家主张其有权对违反战争法规的个人予以处罚的案例。例如，1902年美国的一个私人委员会调查了美军在1899年至1902年菲律宾叛乱期间犯下的严重违反行为。一些士兵受到美国军事法庭审判。See McCormack, 1997b, p. 696, and Mettraux, 2003, p. 135.

19 关于第一次世界大战期间出现的这一问题的概述，见Sandoz, 2009, pp. 665–673, citing in particular James F. Willis, *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Greenwood Press, Westport, 1982, pp. 13–19。

20 值得注意的是，Sandoz (2009, p. 666) 指出，在战争之初，“人们不愿意在国际上过早采取过于激进的制止措施，因为担心双方会使用追诉作为报复手段”。

21 该委员会的报告载于 *American Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 1920, pp. 95–126。

22 关于首份战争罪清单的分析，见Sandoz, 2009, pp. 667–669。必须指出的是，不应将该清单视为关于国家实践的严谨和系统化的清单，因其主要是由事实构成，且省略了诸多由盟军犯下的罪行。

23 *Ibid*. p. 670. 关于这四类被告，详见责任委员会的报告，该报告载于*American Journal of International* Law, Vol. 14, No. 1, 1920, pp. 121–122。该委员会关于建立特设法庭的建议遭到美国代表团的反对，因此未能在1919年《凡尔赛条约》中得到采纳。

2826 1919年《凡尔赛条约》是首份载入三项条款以针对违反战争法规和惯例之行为确立国际法上的个人刑事责任的重大和平条约。该条约第227条规定对德国前皇帝进行审判，第228条和第229条承认“协约国和参战各国有权向军事法庭起诉被控犯有违反战争法规和惯例之行为的德国人”。根据该条约第228条，协约国向德国当局提交了一份载有896名被控战犯的名单。然而，德国当局拒绝移交这些人员；设于莱比锡的德意志帝国最高法院最终只审判了12名战犯，其中9人无罪释放，3人被判有罪。[24]而且，荷兰政府始终没有交出德国皇帝。因此，第一次世界大战期间及战后，在欧洲仅少数被控犯有严重违反战争法规和惯例行为的德国人受到协约国的审判。[25]另一方面，根据《凡尔赛条约》，协约国并无义务对犯有类似罪行的本国士兵进行审判。因此，对被控战犯是否予以起诉，主要是由协约国所援引的片面司法规定来决定，这也因而被称为“一场可耻的司法失败”。[26]

2827 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》取得了显著进展，增加了关于制止违反行为的更加全面的章节，其中首次载入关于该公约执行方面的详细规定。该公约第29条呼吁各缔约国，如其刑法不健全，则应向立法机构提议制定必要措施，在战争期间取缔任何违反该公约规定的行为，[27]包括滥用标志的行为。[28]第30条规定应建立调查机制，针对被控违反该公约的行为开展调查。[29]

2828 第二次世界大战期间，协约国曾多次就被控违反战争法规和惯例之行为人的个人责任发表声明。[30]1942年，协约国决定成立联合国战争罪行委员会以调查战争罪，并确认：

> 该委员会的行动应当基于的立场是，国际法承认战争罪是对战争法规和惯例的违反这一原则，而且联合国毫无疑问有权将任何可能落入其手中的犯有这类罪行的犯罪者作为战犯加以审判。[31]

24 这些审判被称为“莱比锡审判”。See La Haye, p. 106, citing McCormack, 1997b, pp. 705–770; Levie, pp. 97–98; Wells, p. 70; Cryer, pp. 33–35; and Maogoto.

25 还有记述表明，在冲突期间，有协约国单独针对德国士兵因违反战争法规而犯下的战争罪进行审判，如掠夺、抢劫、在战场上杀害受伤士兵等。See McCormack, 1997a, p. 44.

26 See Sandoz, 2009, p. 671.

27 各缔约国应当在批准该公约之日起五年内向瑞士联邦委员会通报与此制止措施相关的所有规定。但实际履行这一义务的缔约国寥寥无几。

28 见1906年《日内瓦公约》第28条。关于滥用标志的行为，详见关于《日内瓦第一公约》第53条的评注。

29 关于调查机制，详见关于《日内瓦第一公约》第52条的评注。

30 见关于建立联合国战争罪委员会的1942年《圣詹姆斯宣言》（1942 Declaration of St James）以及1943年《关于暴行的莫斯科宣言》（1943 Moscow Declaration concerning atrocities）。关于这一问题，见Green, 1996a, p. 14; Cryer, pp. 36–37; and Maogoto, pp. 87–97。

31 UN War Crimes Commission, *The History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, p. 171.

2829 第二次世界大战结束时，这些承诺在国家层面得到履行。截至1949年，澳大利亚、加拿大、中国、法国、希腊、荷兰、挪威、波兰、英国和美国总共举行了2116场军事法庭听证会（不包括未公开的听证会）。[32]在国际层面，两个国际军事法庭也得以设立。1945年8月8日，法国、苏联、英国和美国在纽伦堡设立了欧洲国际军事法庭。[33]该法庭针对危害和平罪、战争罪[34]和危害人类罪审判了24名被告。此外，该法庭还承认了若干原则，这些原则后来成为现代国际刑法的基础。[35]关于战争罪，该法庭认为1907年《海牙公约》所载战争法规反映了习惯国际法，[36]并认为违反1907年《海牙公约》的行为“构成犯罪，有罪个人应受惩治”这一点“相沿成习，不容置疑”。[37]根据协约国最高指挥官道格拉斯·麦克阿瑟将军的命令，远东国际军事法庭于1946年1月成立，并对25名日本高级军官予以起诉，其罪行不限于某个特定地点。[38]

（二）1949 年日内瓦四公约及其准备工作

2830 第二次世界大战中的各种事件使红十字国际委员会相信，未来任何关于战争法规和惯例的国际公约必然都必须包含有关取缔违反行为的有效规定。红十字国际委员会收到大量请求，恳请委员会为被控犯有战争罪并根据特别国内立法受审的战俘进行干预，这愈加深化了上述理念。此外，对四公约的充分尊重必须建立

32 Wells, p. 74. 关于对在某个特定国家犯下罪行的德国人的追诉，详细规定于1945 Allied Control Council Law No. 10。关于纽伦堡军事法庭所进行的一些审判的研究，见 Heller, pp. 203–230。

33 见1945年《欧洲国际军事法庭宪章》（即《纽伦堡法庭宪章》）第1条。关于该法庭已有大量法律和历史著作；例如，见Eugene Davidson, *The Trial of the Germans: An Account of the 22 Defendants before the International Military Tribunal at Nuremberg*, Macmillan, New York, 1966; Bradley F. Smith, *Reaching Judgment at Nuremberg*, Basic Books, New York, 1977; William J. Bosch, *Judgment on Nuremberg: American Attitudes toward the Major German War-Crime Trials*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1970; Annette Wieviorka (ed.), *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Editions Complexes, Brussels, 1996; Maogoto, pp. 98–100; Ann Tusa and John Tusa, *The Nuremberg Trial*, reprinted edition, Cooper Square Press, New York, 2003; and George Ginsburgs and Vladimir N. Kudriavtsev (eds), *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1990。See also Meron, 2006.

34 关于战争罪的定义，见1949年《欧洲国际军事法庭宪章》第6条第2款。

35 见国际法委员会的报告，该委员会制定了1950年《纽约堡原则》，*Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1950, p. 374。

36 See IMT, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, pp. 253–254.

37 *Ibid*.

38 其他对在某个特定国家犯下罪行的个人的审判则在国家层面进行。See Wells, pp. 74–77; Cryer, pp. 42–48; Maogoto, pp. 100–106; Richard H. Minear, *Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, 1st edition, Princeton University Press, 1971; C. Hosoya *et al.* (eds), *The Tokyo War Crimes Trial: An International Symposium*, 1st edition, Kodansha America Inc., New York, 1986; and Yuki Tanaka, Tim McCormack and Gerry Simpson (eds), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.

在对违反四公约之人处以有效刑罚的基础之上，红十字国际委员会无法再对这一论点无动于衷。[39]

2831 1947年第二次政府专家会议将1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第28条、第29条、第30条作为起草关于取缔违反行为这一章的出发点。它还增加了一项新条款，要求将“任何故意违反本公约，导致受其条款保护的人员死亡、严重虐待该等人员或者严重破坏医院建筑和设备”的行为“视为战争罪”，并要求“相关犯罪者被处以适当刑罚”。[40]

2832 1948年，红十字国际委员会向斯德哥尔摩红十字国际大会提交了一份关于刑事制裁的条款草案，呼吁各国搜捕被控破坏1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的人，并将其交由本国法院审判或移交另一缔约国受审。大会将这些新义务纳入了约文草案，[41]并要求红十字国际委员会继续就该问题开展工作并向随后的外交会议提交提案。对此，红十字国际委员会邀请了四位政府专家于1948年12月初在日内瓦召开会议。这项工作的成果是四项有关惩治违反四公约规定者的条款草案，这些草案将分别纳入日内瓦四公约。[42]

2833 由于红十字国际委员会准备的约文草案在1949年外交会议召开前不久才送达各国政府，因此一些代表团反对将其作为讨论基础。[43]但荷兰代表团将之作为本国提案提交，从而使得约文草案在大会得到正式讨论。

2834 尽管一些建议未获外交会议通过，但这四项条款草案对有关严重破坏公约行为之共同条款的谈判和起草产生了重大影响。[44]首先，根据会议最终通过的第49条第1款，各缔约国“担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有”下条“所

39 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 357. 关于红十字国际委员会的作用和观点的不同分析，见 Lewis, pp. 229–273。

40 See *Report of the Conference of Government Experts of 1947*, pp. 63–64 (Article 33). 关于此次会议的全面分析，见Lewis, pp. 243–248。

41 第17届斯德哥尔摩红十字国际大会通过的第40条草案如下：
缔约国有义务搜捕被控破坏本公约之人员，不论其国籍为何。缔约国还应根据其本国立法或有关制止被视为战争罪之行为的公约，将其交由本国法院审判或移交另一缔约国受审。
见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》，第25页。大会还通过了第39条草案，规定：“如缔约国刑法不充分，那么该国政府则应在最长两年时间内，制定或向其立法机构提议制定必要措施，规定战争时期所有违反本公约规定之行为均为非法。”关于该会议的分析，见Lewis, pp. 253–257。

42 这四项条款草案分别被命名为“立法措施”、“严重违反公约行为”、“上级命令”和“保障”。详见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 358; Best, pp. 160–163; and *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*. See also Graven, pp. 248–250; Nebout, in particular pp. 17–22; de La Pradelle, pp. 251–255; and Lewis, pp. 257–262.

43 见《1947年政府专家会议报告》第II-B卷，第24页。

44 外交会议所考虑的文本是《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》。红十字国际委员会的四项条款草案和不同代表团提交的其他修正案由联合委员会的特别委员会以及负责四公约共同条款事宜的联合委员会进行讨论。关于此次外交会议对此问题的审议的分析，见Lewis, pp. 262–269, and de La Pradelle, pp. 255–264。

列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁”。这显然是规定各国在其刑法不完善时，有义务制定有效的刑事制裁，而非如1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》或者《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》所规定的那样，仅负有向立法机构建议制定实施性立法的义务。红十字国际委员会及其他方面建议该任务应在两年内完成并告知瑞士联邦委员会，但部分代表团认为立法者不应受时限约束，[45]该建议因而未获通过。[46]

2835 第二，获得通过的第49条条文将本身犯有严重破坏公约之行为之人的刑事责任扩大至任何令人犯有此类行为之人，这是对《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》的一个可喜的改进。但是，关于应纳入其他责任形式的建议以及关于上级命令或其他抗辩事由的概念则未受外交会议采纳。有观点认为这些问题应留待法官适用国内法予以解决。[47]

2836 第三，外交会议没有接受红十字国际委员会关于让拘留被控行为人的国家有权选择是否将该人交由国际法庭起诉的建议。外交会议不想作出可能妨碍国际法未来发展的决定。提交至外交会议联合委员会的关于刑事制裁的报告称：“此次外交会议并非旨在制定国际刑法。一些远比我们胜任的机构已经致力于此多年。”[48]

2837 外交会议还集中讨论了这些违反行为的名称，苏联建议使用“犯罪”一词，而非“严重破约行为”。[49]若干代表团反对使用“犯罪”一词，“首先是因为这个词在不同国家的国内法中具有不同含义，其次是因为只有当刑法规定某个行为应受惩治时，该行为才成为犯罪”。[50]红十字国际委员会建议的关于被告司法保障的条款最终未以初始形式通过，因为部分保障已经包含在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》中。[51]

45 这一观点由美国代表提出，其还称，“就美国而言，此类时间限制是不可接受的”；见《1949年日内瓦外交会议纪要》；混合委员会，1949年7月16日，第7页。

46 这一建议还得到苏联支持。《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月16日，第3~13页，以及de la Pradelle,p.258。

47 见上注，第6页。红十字国际委员会的条款草案中有一条涉及上级命令这一概念。对此，另见Sandoz, 2009, p. 675。

48 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第115页。

49 “严重破坏行为”这一概念首见于红十字国际委员会的第40条草案；见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第18页。 关于俄罗斯的修正案，见de La Pradelle, pp. 258 and 260–261。

50 见《1949年日内瓦外交会议纪要》；混合委员会，1949年7月16日，第8页。

51 同上注，第6页。然而，四公约最终文本包含第49条第4款（司法保障）；见上注，第11页。

三、第 1 款：制定实施性立法的义务

(一) 立法规定有效的刑事制裁

2838 根据第49条第1款，各缔约国“担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有”第50条所列之“严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁”。这显然是所有缔约国而不仅仅是武装冲突当事国应承担的义务。各缔约国应立即履行这一义务。[52]各国应努力争取在交存批准书或加入书时将其实施性立法制定就绪。正如国际法院在“或起诉或引渡义务案”中，针对1984年《禁止酷刑公约》所载的一项类似义务所指出的那样：

> 有关国家一旦受本公约约束就应立即实施此项义务，该义务尤其具有预防性和威慑性，因为通过配备追诉这类罪行所必须的法律工具，各缔约国可以确保其法律制度能够发挥作用，并致力于协调其行动以消除任何有罪不罚的风险。[53]

2839 第49条（“担任制定立法”）的措辞不同于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第29条的措辞，后者仅呼吁各国“如其本国刑法尚未完备，应建议其本国立法机构采取必要的措施，以便取缔战时一切违反本公约规定的行为”。[54]第49条中使用“担任”一词，意味着缔约国负有无条件的义务，必须制定必要之实施性立法，对于本身犯有或令人犯有第50条所列之任何严重破坏公约行为之人，处以有效之刑事制裁。毫无疑问，这对所有缔约国而言都是一项应在和平时期就应采取的明确且必要的措施。[55]

2840 必须通过国内立法在各缔约国的国家司法制度中规定有效的刑事制裁。有效的刑事制裁具有何种特点？[56]

2841 实施性立法应规定适当并可严格适用的刑事制裁。与纪律制裁不同，刑事制裁将由军事或民事司法机关作出，通常会对犯罪者处以监禁或罚款。由于监

52 这一点可以结合《第一附加议定书》第80条来理解，后者从大体上要求各缔约国和武装冲突各方立即采取一切必要措施来履行其在四公约和该议定书下的义务。

53 ICJ, *Obligation to Prosecute or Extradite case*, Judgment, 2012, para. 75.

54 1949年外交会议的准备工作表明起草者们不打算沿用1929年公约的措辞。他们从1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》中借鉴了更为有力的措辞，该公约规定了制定立法 “规定有效的惩治”的义务。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第115页。

55 对此，见 Dörmann/Geiss, p. 707。另见关于共同第1条的评注，第170段，关于 “担任”一词的使用。See further ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 220, and *Application of the Genocide Convention case*, Merits, Judgment, 2007, para. 162.

56 红十字国际委员会就“制裁”的作用开展了一个磋商和交流进程。下文的讨论概括了该进程的主要结论，已载于La Rosa, 2008。See also ICRC Advisory Service on International Humanitarian Law, *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems)*, 2000,Vol. I, pp. 61–66, and Vol. II, pp. 133–141.

禁的严重性，一般认为这种刑罚是惩治严重破约行为及其他严重违反人道法行为的核心要素。[57]

2842 众所周知，有效的刑事制裁必须具有足够的劝阻力：应当能够制止正在发生的违反人道法行为，防止其重演或防止出现新的违反行为。[58]在违反行为实施后应尽快施加制裁，以产生巨大威慑作用。劝阻性制裁的另一个重要方面是，对于可能卷入武装冲突的人来说，此类制裁应具有可预见性。[59]为有效发挥预防作用，制裁严重违反人道法行为的刑法规定应当公之于众并适当传播。[60]制裁的效力及其劝阻力最终取决于武器携带者对那些一经违反即应受制裁之规则的内化程度。

2843 此外，一般观点认为，为了行之有效，刑事制裁还必须适用于所有犯罪者，不论其属于哪一方，以此维护平等适用法律之原则，避免产生一种“胜利者的正义”之感。[61]此外，刑事制裁应遵守判决个别化原则以及刑罚轻重与罪行严重程度相称的原则。[62]

2844 选择何种刑罚由各缔约国自行决定。尽管各缔约国在所适用的刑罚方面不尽统一，但严重破约制度旨在统一对其所列之所有严重破约行为的制裁。对国内刑法的依赖必然意味着这些罪行将取决于各缔约国刑事司法体系的具体情况。

2845 国家实践，特别是过去20年的国家实践，也表明，为了能够对严重破约行为及其他严重违反人道法的行为规定有效的刑事制裁，通常有必要在国内立法中纳入一些国际刑法的一般原则，当国际刑法与国内刑法的一般原则不一致时更应如此。[63]例如，诉讼时效[64]或上级命令抗辩[65]不适用于严重破约行为及其他严重违反

57 La Rosa, 2008, p. 244.

58 *Ibid*. pp. 222 and 226.

59 *Ibid*. p. 226.

60 国际人道法应当纳入对武器携带者的培训和教育。见关于第47条的评注。

61 La Rosa, 2008, p. 227.

62 详见上注，第227～228页和第245页。这尤其重要，因为这有助于避免在受害者和被控行为人中引起普遍的不理解和怨恨。

63 关于这一点，见各国在红十字国际委员会报告中的评论，《预防与惩治国际罪行》第一卷，第36页。See also ICRC, *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems)*, pp. 150–151.

64 尤其见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则160（以及支持该规则的实践，pp. 614–618），以及1998年《国际刑事法院规约》第29条，该条款规定“本法院管辖权内的犯罪不适用任何时效”。已有文献指出，国内诉讼时效规定极大缩短了提起刑事诉讼的时间跨度，这会妨碍国家有效履行本公约第49条项下义务。见如Kreß, p. 806。

65 尤其见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则155，该规则规定“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”。这一规则在1993年《前南问题国际刑庭规约》、1994年《卢旺达问题国际刑庭规约》、1998年《国际刑事法院规约》、联合国东帝汶过渡行政当局第2000/15号条例和2002年《塞拉利昂问题特别法庭规约》中均有明确规定。

人道法的行为。此外，对参加武装冲突的人员的赦免不应延伸至那些涉嫌犯有严重破约行为或其他严重违反人道法行为之人。[66]

2846 除确保国内刑事立法涵盖日内瓦四公约所列严重破约行为的实质内容外，实施性立法还必须为起诉所有严重破约行为确立管辖权依据。按照第49条第2款的规定，各缔约国必须能够起诉所有犯有或令人犯有严重破约行为之人，不分国籍。因此，普遍观点认为，除了刑事管辖权的其他依据外，对严重破约行为的普遍管辖权必须规定在实施性立法中。[67]各缔约国必须实施普遍适用的立法。[68]

（二）切实履行制定立法之义务

2847 各缔约国必须确保其立法禁止并惩治严重破约行为，无论犯罪者的国籍为何。因此，各缔约国的首要任务就是确定其立法是否需要具体纳入这些罪行。有必要评估国内立法是否已经包含相关禁止性规定，是否具有可将管辖权延伸至任何行为人（不分国籍）所犯的严重破约行为的依据。[69]这项任务当然复杂艰巨，需要彻底研究相关国内法律框架。过去60年来，缔约国基于其各自法律制度、文化和立法实践，选择以不同方式履行这些义务。 立法者有下述多种选择。[70]

2848 第一种方法是适用国内现行的军事或普通刑法。各缔约国可能会认为，其国内刑法已经为起诉严重破约行为作出了充分规定，因此没有必要引入新的罪行。[71]但是，在许多情况下，国内法上的罪名与严重破约行为所涵盖的武装冲突中的

66 在国际性武装冲突中，大赦或其他任何实质上排除进行任何真正的调查和追诉的措施，均不得延伸至那些涉嫌犯有严重破约行为的人，因为这将违反第49条所规定的调查并在适当时起诉或引渡被控犯有罪行之人这项绝对义务。See ECCC, *Ieng Sary* Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections, 2011, para. 39, 在该判决中柬埔寨法院特别法庭称："由于柬埔寨负有确保对严重破坏1949年日内瓦四公约，实施种族灭绝和酷刑的行为人进行追诉或处以刑罚的绝对义务，因此1996年皇家法令不能免除该国追诉这些犯罪的义务，也不能构成履行这一义务的障碍。"还可能出现的问题是，某缔约国制定的大赦法是否会妨碍其他缔约国对被控犯罪者行使管辖权并就其严重破约行为予以起诉。此外，人权机构还指出，大赦与各国所承担的义务不相符，即对国际法上的罪行和违反不可减损之人权法之行为进行调查的义务，违反了；详见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则159的评注，第577～579页。

67 关于普遍管辖权的定义，见第四部分第（一）节，第2860段。

68 See Dörmann/Geiss, p. 709.

69 在部分一元制国家，国际人道法无需转化为国内法即可直接由国内法院予以实施，因为这些国家的宪法明确规定国际法优先于国内法。见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第34～35页（引用法国和匈牙利的例子）。

70 更多关于将国际罪行纳入国内法的方法的详细内容，见ICRC, *The Domestic Implementation of International Humanitarian Law*, chapter 3, 和红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第27～37页。See also Dörmann/Geiss, pp. 710–717, and Blazeby.

71 第3届国际人道法国家实施委员会全体会议与会者认为，鉴于这一方法存在诸多缺点，其仅应在过渡阶段适用。见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第28～30页。关于这一方法的利弊，另见Ferdinandusse, pp. 729–734。

犯罪行为并不完全对应。[72]一些特定的严重破约行为不容易成为国内刑法的一部分。[73] 此外，严重破约行为的一些客观要件，例如与武装冲突的联系或者被保护人地位，可能不易体现在国内法规定的罪行中。最后，鉴于战争罪或严重破约行为的严重性，现行法为国内犯罪所规定的刑罚可能并不适当。[74]

2849 一些缔约国选择了第二种方法，该方法旨在通过一般性地提及国际人道法的相关规定、国际法或者战争法规和惯例，并明确刑罚范围，将所有严重违反国际人道法的行为在国内层面规定为犯罪。[75]这种方法的优点是简单明了：通过简单提及相关文件或习惯法，即规定应对所有破约行为处以刑罚。对条约进行修正时或一国因成为新条约的缔约方而承担新义务时，无需制定新的国内立法。这种方法的主要缺点则在于，考虑到合法性原则和特定性原则，仅以一般条款形式可能不足以实现入罪。[76]国内法官还需根据国际法的规定开展澄清和解释法律的工作，从而给司法机关留下相当大的解释空间。[77]

2850 第三种方法是在国内法中规定与日内瓦四公约所载严重破约行为相对应的具体罪行。例如，可使用完全相同的措辞将严重破约行为的完整清单转换到国内法中，并规定适用于每种罪行的刑罚范围；或者在国内法中就构成每种破约行为的行为类型单独进行重新定义或重新描述。[78]对具体破约行为逐个规定为国内法上的犯罪更加符合特定性原则，因为犯罪行为将得到明确界定，对此类行为的制裁也具有可预见性。这一方法涉及对现有刑事立法进行广泛审查，对立法者而言是一

72 还需注意，根据1993年《前南问题国际刑庭规约》第10条第2款第1项和1994年《卢旺达问题国际刑庭规约》第9条第2款第1项，这两个法庭均仍可就“构成严重违反国际人道法的行为”对已经在国内法院受审的人员进行追诉，条件是该人员已受审之行为被“归类为普通犯罪”。对于这些法庭而言，仅将这些违反行为作为普通犯罪进行追诉，与根据各自《规约》的实体条款进行追诉并不相同。关于这一点，见Dörmann/Geiss, p. 710。关于国际刑事法院就 “一事不再理” 规则对《国际刑事法院罗马规约》第20条第3款所作解释，见*Gaddafi* Judgment on the appeal of Libya against the decision of the Pre-Trial Chamber of 31 May 2013 on the Admissibility of the Case, 2014, in particular paras 60–84。See also ECCC, *Ieng Sary* Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections, 2011, paras 32–36.

73 部分严重破约行为具有特定性，仅与武装冲突相关，如非法驱逐出境或移送被保护人（《日内瓦第四公约》第147条）或强迫被保护人或战俘在敌国部队中服务（《日内瓦第三公约》第130条）。

74 关于这些问题，另见Dörmann/Geiss, pp. 709–710, and the conclusions of the Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, Second Report – The Turkel Commission, February 2013。该委员会在考量以色列刑法内容时表示：

> 为遵守国际法关于对那些犯有战争罪之人“制定必要之立法，对其处以有效之刑事制裁”之要求，本委员会认为，将构成战争罪的行为“转化为”国内法中已有罪行是符合要求的，条件是已有罪行能够反映该违反行为在国际法上的严重性。一旦出现任何国际禁止性规定在以色列刑法中没有“常规”对等规定的情形，司法部均应启动立法进程，通过以色列刑事立法弥补这一不足（第365页）。

75 选择这种方法的缔约国案例，见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第31页。

76 根据合法性原则，“任何人均不得因在实施之时不构成国内法或国际法上的刑事罪行的作为或不作为行为而被控犯有刑事罪行或定罪；对该刑事罪行处以的刑罚，也不得重于该行为实施之时所适用的刑罚”；《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则101。特定性原则要求被禁止行为的定义应足够准确。

77 详见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第31页。

78 选择这种方法的缔约国案例，同上注，第31～33页。

项大工程，但该方法缺乏纳入这一法律领域的未来发展所需的灵活性。普通法国家往往采取这一方式，将严重破约行为的完整清单纳入其立法。[79]此外，部分国家还选择采取一种全面办法将国际罪行纳入其国内立法，即不仅纳入严重破约行为清单，还纳入《国际刑事法院规约》所载战争罪清单[80]以及习惯法或条约法中的其他罪行。[81]

2851 第四种方法采用混合法，将以一般条款形式进行入罪与具体、明确地规定某些严重罪行为犯罪相结合。[82]这种方法既遵循合法性和特定性原则，又无需在国家成为新条约缔约国时修正立法，因此可能成为最佳方法。该方法有利于充分履行条约义务，并对各种不同罪行加以适当区分。

2852 缔约国可借助多种工具，将严重破约行为及其他战争罪纳入国内法律制度。[83]

（三）个人刑事责任形式和可主张的抗辩事由

2853 缔约国需要确保国内实施性立法对本身犯有或令人犯有严重破约行为的人员处以有效之刑事制裁。[84]第49条的约文规定了犯罪者在国际法下的个人刑事责任，但限于本身犯有或下令犯有该罪行的人员，而未提及其他个人责任形式或可主张的抗辩。《日内瓦第一公约》的准备工作清楚表明，公约谈判人员无法就共谋和指挥责任等其他个人刑事责任形式，或者胁迫或上级命令等可排除刑事责任的特定理由达成普遍一致意见。外交会议所采取的立场是“这些问题应留待法官适用国内法予以解决”。[85]

79 见如英国《日内瓦公约法》及其修正案（1957年），该法成为许多其他普通法国家的立法范本。另见红十字国际委员会“国内实施情况数据库”（https://www.icrc.org/ihl-nat）。

80 同上注。尤其见布隆迪、塞浦路斯、丹麦、爱尔兰、肯尼亚、新西兰和南非等国的立法。

81 同上注。例如，见澳大利亚、法国、德国、荷兰和西班牙的立法。

82 选择这种方案的缔约国案例，见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第34页。

83 有助于开启这项工作的资源包括红十字国际委员会或其他研究在国内层面实施战争罪立法之复杂性的机构所撰写的法律专题概述、批准工具包和专家会议报告。See e.g. ICRC, *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems)*, and Segall. 示范法也有所帮助，例如ICRC, Advisory Service on International Humanitarian Law, *Model Law, Geneva Conventions (Consolidation) Act, Legislation for Common Law States on the 1949 Geneva Conventions and their 1977 and 2005 Additional Protocols*, August 2008; the Revised Commonwealth Model Law on implementing the ICC Statute and related commentary, produced by the Commonwealth Secretariat; and the Arab Model Law Project on Crimes within ICC Jurisdiction. 载有缔约国实施性立法的数据库为各国提供了相互吸取经验的宝贵资源。有三个数据库尤为重要：一、红十字国际委员会开发的数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat）；二、国际刑事法院联盟网站上的汇编文件（https://www.iccnow.org/?mod=documents）；三、国际刑事法院网站数据库（http://www.legal-tools.org/browse）。最后，国际人道法国家委员会及类似机构的全体和地区会议也有助于为同一地区或法律传统相同的国家提供动力，鼓励其尽快实施其在国际人道法下的义务。关于所有相关文件的全面回顾，见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第73～84页。

84 关于“人员”一词的解释以及能够实施严重破约行为之人员的讨论，见关于第50条的评注，第三部分第（三）节。

85 见《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月16日，第6页。

2854 自1949年日内瓦四公约通过以来，实践已经有所发展。目前，普遍公认的是，个人不仅应当对自身实施或令人实施的严重破约行为及其他严重违反人道法的行为承担刑事责任，还应对协助、便利或者帮助和教唆实施此类犯罪的行为承担刑事责任。[86]他们还应对策划或煽动实施此类犯罪的行为承担刑事责任。[87]

2855 指挥官及其他上级可能因依其命令实施的严重破约行为及其他严重违反人道法行为而承担刑事责任。[88]他们还可能因未能采取适当措施阻止其下属实施此类违法行为，或者因此类行为实施后，未能对责任人予以惩治而承担个人责任。[89]武装冲突期间取缔制度行之有效的前提是，国内法必须对指挥官或上级人员规定有效制裁。[90]因此，缔约国应考虑在国内立法中将所有这些形式的刑事责任延伸至严重破约行为及其他战争罪行。

2856 1949年外交会议也未对被控犯有严重破约行为之人可主张的抗辩事由进行讨论，并认为该问题最好由国内法来调整。不过，由于关于这个问题的实践自1949年以来有所发展，立法者应当考虑规定被控犯有严重破约行为之人可援引的各种排除刑事责任的理由，如胁迫。[91]此外，普遍观点认为，如果下级知道下令实施的行为系不法行为，或者由于其明显的不法性而本应当知道此行为系非法，那么服

86 关于未遂问题，1998年《国际刑事法院规约》第25条第3款第6项在涉及个人刑事责任的行为中包括了实施严重破约行为或战争罪未遂的情况。但1945年 盟国管制委员会第10号法律并未承认未遂为引发战争罪刑事责任的行为。同样，1968年联合国《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》也不适用于战争罪未遂，《前南问题国际刑庭规约》和《卢旺达问题国际刑庭规约》也均未规定此种责任。然而，第49条并不妨碍各缔约国对这类未遂行为施加刑事或纪律制裁。

87 关于责任形式，见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则151的评注，尤见第521页。另见《前南问题国际刑庭规约》（1993年）第7条、《卢旺达问题国际刑庭规约》（1994年）第6条、《国际刑事法院规约》（1998年）第25条，以及《塞拉利昂问题特别法庭规约》（2002年）第6条。最后需要指出的是，前南问题国际刑庭和卢旺达问题国际刑庭均已将其管辖权延伸至一种特殊的刑事责任形式，即个人应为参与共同犯罪或实现共同目的而承担刑事责任。See, in particular, ICTY, *Tadić* Appeal Judgment, 1999, paras 195–226; *Krnojelac* Appeal Judgment, 2003, para. 30; and *Vasiljević* Appeal Judgment, 2004, paras 96–99. 关于更多细节，见 *inter alia*, Mettraux, 2005, pp. 287–293; Danner/Martinez; Sluiter; and Cassese.

88 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，规则152及其评注。

89 关于指挥责任概念的概要分析，见上注规则153 及其评注，第526～530页；《第一附加议定书》第86条第2款和第87条；1993年《前南问题国际刑庭规约》第7条第3款，以及1998年《国际刑事法院规约》第28条。近期关于指挥责任的最大司法判决均系前南问题国际刑庭作出，见*Hadžihasanović* Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 2003; *Delalić* Appeal Judgment, 2001, paras 222–241; *Aleksovski* Appeal Judgment, 2000, paras 72 and 76; *Kunarac* Trial Judgment, 2001, paras 394–399; *Blaškić* Appeal Judgment, 2004, paras 53–85; and *Perišić* Appeal Judgment, 2013, paras 86–120. See also ICTR, *Bagilishema* Appeal Judgment, 2002, paras 24–50, and *Kajelijeli* Trial Judgment, 2003, to name but a few. See also Mettraux, 2009.

90 《第一附加议定书》第87条对此予以明确承认。

91 见1998年《国际刑事法院规约》第31条所列排除刑事责任的理由。关于围绕1998年《国际刑事法院规约》第31条第1款第3项所规定的自卫理由是否适用于战争罪的争论，见Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012, paras 4.430–4.431 and 4.352。

从上级命令并不免除部下的刑事责任。[92]这条规则的必然结果是，每名战斗员都负有不服从明显具有不法性的命令的义务。[93]尽管如此，因执行上级命令而犯下战争罪这一事实已被作为减轻刑罚的考虑因素之一。[94]

（四）关键评估

2857 严重破约行为制度行之有效的首要前提是，根据国内法制定刑事制裁，以便缔约国的国内法院能够强制执行该法律。1965年，第20届红十字国际大会通过一项决议，呼吁那些“尚未完善立法”的政府“完善其立法，以确保对违反四公约之行为施加充分的刑事制裁”。[95]截至1969年第21届国际大会，红十字国际委员会仅收到122个缔约国中49个国家关于国内实施性立法的信息。[96]许多普通法国家制定了《日内瓦公约法》，而一些大陆法系国家则选择对刑法典、军事手册或军事刑法典进行修正。[97]

2858 国际刑事法院的成立对于诸多国家制定国内实施性立法的方式产生了深远影响。《国际刑事法院规约》规定国内法院在有效追诉国际罪行方面发挥首要作用，并强调国际刑事法院仅对国内刑事管辖权发挥补充作用。国际刑事法院只有在各国法院无法或不愿意起诉被控行为人时才能行使管辖权。[98]如果一国不具备对《国际刑事法院规约》所载罪行（包括严重破坏日内瓦四公约之行为）处以刑罚的适当立法，就可能无法有效进行追诉。因此，日内瓦四公约及（或）《国际刑事法院规约》缔约国中诸多国家都对其国内立法规定进行了研究，并往往决定制定具体条款来确保其能够对犯有严重破坏日内瓦四公约之行为等战争罪之人予以起诉。[99]截至本文写作时，196个缔约国中有超过125个国家提供了有关国内实施性立法的信息。[100]

92 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，规则155及其评注。这一规则业已见于建立纽伦堡军事法庭的《欧洲国际军事法庭宪章》和建立东京军事法庭的《远东国际军事法庭宪章》。由此可见，上级命令并不免除个人的刑事责任，除非该人有服从有关政府或上级命令的法律义务、不知道该命令是不法的，且该命令的不法性不明显（1998年《国际刑事法院规约》第33条）。关于这个问题，另见1993年《前南问题国际刑庭规约》第7条第4款和1994年《卢旺达问题国际刑庭规约》第6条第4款。

93 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，规则154及其评注。

94 See e.g. ICTY, *Erdemović* Appeal Judgment, 1997, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, para. 34, and *Mrđa* Sentencing Judgment, 2004, paras 65 and 67.

95 See ICRC, *Respect of the Geneva Conventions: Measures Taken to Repress Violations*, Report prepared for the 21st International Conference of the Red Cross, Istanbul, 1969, pp. 1–2.

96 *Ibid*. p. 3.

97 例如，见红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat）。详见第三部分第（二）节。

98 见《国际刑事法院规约》（1998年）第13条、第14条和第17条。关于第17条的解释，尤其见 ICC, *Katanga* Judgment on the Appeal against the Oral Decision on Admissibility, 2009, paras 58–86。

99 讽刺的是，必须指出，创设国际刑事法庭、成立国际刑事法院是“应对国家追诉失败的现代措施”。Dörmann/Geiss, p. 705.

100 见红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库中有关国内立法的内容（https://www.icrc.org/ihl-nat）。See also ICRC, *Preventing and repressing international crimes*, Vol. II, pp. 53–122.

四、第 2 款：搜捕、起诉或引渡被控犯罪者的义务

2859 1949年日内瓦四公约是最先规定缔约国有义务无条件搜捕被控犯有严重破约行为的行为人，并且不论其国籍为何，对其在本国法院起诉或予以引渡的国际条约。这项义务可以称为*primo prosequi*，*secundo dedere*（首先予以起诉，其次予以引渡）。《日内瓦第一公约》明确规定了首先进行搜捕、调查和起诉的义务，该义务不受任何引渡请求的影响。[101]

（一）不分国籍，搜捕和起诉被控犯罪者的义务

1. 搜捕和审判被控犯罪者

2860 搜捕和起诉被控犯罪者这一义务意味着每个缔约国都必须在其国内立法中规定相应机制和程序，以确保其能够积极搜捕被控犯罪者、对事实进行初步调查，并在必要时将任何这类案件提交主管当局予以起诉。必须指出的是，起草者在第49条第2款和第3款中选择使用“各缔约国”一词，这无疑表明这些义务不限于武装冲突当事方，而是适用于该公约所有缔约国。[102]

2861 是否起诉被控犯罪者的决定应由主管当局根据国内法律要求作出适用国内法中关于嫌疑标准或者逮捕和拘留理由的规定。 第49条第2款的措辞——“将此种人……送交各该国法庭”——并不意味着起诉或惩治的绝对义务。主管当局可能会得出结论，认为没有充分理由相信被控的行为人犯有严重破约行为，或者现有可以确保定罪的证据不足。[103]

2862 然而，将被控行为人送交国内法院这一义务确实意味着，主管当局如果已收集到足以提起刑事指控的证据，则不能再依据国内的检察自由裁量规则等理由决定不予起诉。在此情形下，主管当局必须就此案提起公诉。[104]任何其他结论均有违第49条第2款所载义务以及共同第1条所载之尊重本公约并保证本公约之被尊重的义务。

101 See Henzelin, p. 353, as well as Van Elst, p. 819 and Van Steenberghe, p. 1113, 后者更倾向于采用 “*prosequi vel dedere*” （起诉或引渡）这一格言，p. 1114。另见国际法院关于1984年《禁止酷刑公约》所发表的意见：“第7条第1款要求相关国家将案件提交其主管当局起诉，不论是否存在引渡嫌疑人的在先请求……引渡是公约给予国家的选择，而起诉则是公约规定的国际义务，违反这一义务将构成引起国家责任的不法行为。”*Obligation to Prosecute or Extradite case*, Judgment, 2012, paras 94 and 95. 这一逻辑同样适用于《日内瓦第一公约》第49条，其措辞方式类似于1984年《禁止酷刑公约》第7条。

102 1949年外交会议期间的争论表明，与会者拒绝了意大利方面关于将搜捕被控犯有任何严重破约行为之人并将其交由国内法院审判的义务限于武装冲突当事方的建议。荷兰代表称“各缔约国均应负有这项义务，即使在冲突中保持中立也是如此”。《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月16日，第7页。

103 关于这一点，例如，见Kreß, p. 801, and O’Keefe, p. 816。

104 关于这一点，例如，见Gaeta, p. 631。

2. 普遍管辖权

2863 搜捕并在一国本国法院起诉被控犯罪者的义务的履行必须“不分国籍”。如上所述，有效履行这些义务的前提是，各缔约国必须已在其国内立法中将普遍性原则延伸至公约所列之严重破约行为。普遍性原则，又称普遍管辖原则，是指“完全基于犯罪性质的刑事管辖权，而不考虑犯罪实施地、被指控或定罪之行为人的国籍、受害者的国籍，或者与行使此类管辖权的国家的任何其他联系”。[105]

2864 对严重破约行为的起诉当然可以基于其他公认的管辖权，例如属地管辖权、主动和被动属人管辖权或者保护性管辖权。但仍必须在国内立法中规定普遍管辖权，以确保任何缔约国，而不仅仅是武装冲突各国，[106]都能够对被控犯罪者行使管辖权，而不论其国籍为何。本款的目的和宗旨显然是为所有缔约国提供手段，使其能够防止有罪不罚并拒绝向被控犯有严重破约行为者提供安全港。

2865 四公约的准备工作清楚表明，起草者意在为所有缔约国提供额外的管辖权依据，以便任何缔约国均可对被控犯有严重破约行为之人主张管辖权。随后的实践表明，各缔约国无疑将第49条理解为规定了普遍管辖权。[107]已有100多项国内法将这种管辖权形式延伸至公约所列的严重破约行为。[108]

2866 搜捕和调查义务意味着国家当局应开展活动。第49条的约文不要求犯罪与起诉国有任何联系，例如并未要求被控犯罪者出现在起诉国领土内。[109]因此，如果对第49条第2款进行字面解释，可能得出的结论是各缔约国均须在全世界范围内

105 *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, 2001, Principle 1. 关于普遍管辖权的非盟-欧盟技术特别专家组则采用了下述定义：“普遍刑事管辖权是指一国对他国国民被指控在他国领土内针对他国国民实施的犯罪主张管辖权，且被指控之犯罪对主张国的关键利益并未构成直接威胁。”Council of the European Union, *Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction*, Doc. 8672/09, Brussels, 15 April 2009, p. 3. 关于普遍管辖权概念的讨论，尤其见Bassiouni, pp. 81–157。

106 1949年外交会议期间，荷兰代表称“各缔约国均应负有此义务，即使在冲突中保持中立时也是如此”。“主席认为，中立国根据国际义务审判或送交被告并不违反其中立性。”《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月16日，第7页。

107 1949年外交会议在讨论第49条第2款时明确提及普遍性原则：“普遍性原则应当在此适用。逮捕被告的缔约国应当对其予以起诉或者将其送交另一缔约国。”同上。另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第364页，英国代表在此表示：

> 若各缔约国根据本条第1款履行其义务，制定任何必要立法，对犯有……严重破坏本公约之行为的人处以有效之刑事制裁，则其必将能够把这类人员送交其法院。……那么显然该国法院将具有审判任何犯有这类罪行之人的管辖权。”

另见de La Pradelle, pp. 258–259。

108 见红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat）。另见联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，2011年，第134段，以及 ICRC, *Preventing and repressing international crimes*, Vol. II, pp. 53–122.

109 一些忠于日内瓦四公约措辞的国家并不要求被控行为人与起诉国之间存在任何联系，并允许对未出现在其领土内的被控行为人提起诉讼。见红十字国际委员会，《预防与惩治国际罪行》，第一卷，第58页（以奥地利、加拿大、德国、意大利和新西兰为例）。

搜捕和起诉任何被控的行为人，不论其国籍为何。但此种字面解释在过去60年间并未获得各缔约国的广泛认同。1949年以来的实践表明，一些国家尽管已将普遍管辖原则扩大适用于严重破约行为，但仍以被控犯罪者临时或永久出现在缔约国领土内为追诉条件。[110]实践中，除非被控行为人在某个时间点出现在缔约国领土内或其管辖之处，否则缔约国无法对其进行有效起诉。国内立法中有时还会规定的另一项条件是检察机关的特别裁量权。[111]其表现形式可能是，在启动任何基于普遍管辖权的程序之前，需要先获得总检察长或者公诉机关主管批准。[112]

2867 这些要求或程序有助于避免出现缺乏法律依据的行为，但缔约国不应借机掺杂政治考量或以此逃避其搜捕并起诉或引渡被控犯罪者之义务。[113]虽然各国可以就普遍管辖权对严重破约行为的适用附加条件，但在每种情况下，此类条件必须旨在增加普遍管辖的有效性和可预测性，而非不必要地限制起诉嫌犯的可能性。[114]

3．履行义务的时限

2868 即使第49条没有规定履行调查以及或起诉或引渡义务的具体时限，但约文中暗示各缔约国应在合理时间内以符合该条款目的和宗旨的方式采取行动。[115]第49

110 红十字国际委员会收集到的信息表明，有40多个国家要求被控犯罪者必须临时或永久出现在起诉国领土内才能对其涉嫌战争罪的行为进行追诉。见上注，第57～58页。这些国家包括阿根廷、波黑、哥伦比亚、刚果民主共和国、丹麦、埃塞俄比亚、爱尔兰、荷兰、萨摩亚、塞内加尔、西班牙和英国。另见红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat），以及红十字国际委员会在联合国大会辩论上就普遍管辖适用范围所作发言，载于联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，2011年，第136段；以及and La Rosa/Chavez Tafur. 另见欧盟理事会在这方面的实践汇编，*Report of the AU-EU Technical Ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction*, Doc. 8672/09, Brussels, 16 April 2009, paras 18 and 24. 关于嫌疑人在一国领土内出现才能启动任何程序这一要求的讨论，尤其见Lafontaine, pp. 1277–1286。

111 See La Rosa/Chavez Tafur, pp. 36–37.

112 此种条件有时包含在普通法国家的国内立法中，如澳大利亚、博茨瓦纳、加拿大、肯尼亚、新西兰、萨摩亚、乌干达和英国；比利时刑法典也有此规定。

113 See Segall, pp. 81 and 129.值得注意的是，2014年3月17日，西班牙国家法院拒绝使用《基本法》1/2014关于普遍管辖的新条款，该条款要求只有犯罪行为人出现在西班牙领土内，才能对所涉案件行使普遍管辖权。高等法院认为新条款与日内瓦四公约有关严重破约行为的条款相矛盾，因为根据这些条款西班牙作为缔约国有义务追诉犯罪，无论行为人国籍为何、位于何处。See High Court of Spain, Case No. 27/2007.

114 见红十字国际委员会在联合国大会辩论上就普遍管辖适用范围所作发言，载于联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，2011年，第136～138段，以及红十字国际委员会根据联合国大会第65/33号决议提交的文件（2013年4月30日）："Information and observations on the scope of application of universal jurisdiction", p. 4。在这方面，注意瑞士联邦刑事法院2012年7月25日的判决。针对普遍管辖权是否可适用于一名被控犯有战争罪的阿尔及利亚前国防部长，以及瑞士法关于被告必须出现在领土内才可启动刑事调查的要求，该判决称：

> 对被告出现在瑞士领土内这一要求作过于严格的解释，相当于是让被告来决定是否应进行诉讼。这并非瑞士议会为促进该国有效参与惩治侵犯人权行为的国际行动而决定修改法律的初衷。
>
> 因此，上诉人在被瑞士检察长办公室讯问时身在瑞士，这就足够了。他目前不在瑞士这一事实本身不应妨碍检察长办公室启动调查。〔非官方译文〕

Switzerland, Federal Criminal Court, *A.* v. *Ministère Public de la Confédération case*, Judgment, 2012, para. 3.1.

115 类似论证见 ICJ, *Obligation to Prosecute or Extradite case*, Judgment, 2012, para. 114。

条规定的起诉或引渡义务的目的和宗旨在于通过确保被控行为人无法在任何国家寻求庇护来防止其逍遥法外。[116]因此，一旦某缔约国发现被控犯有或令人犯有严重破约行为的人在其领土内或其管辖之下，该国便有义务确保找到该人，并在必要时由其国内法院进行审判或者立即引渡。[117]第49条第2款规定各缔约国有义务首先调查事实，并在必要时起诉或引渡被控的行为人。

2869 值得一提的是第49条第2款与1984年《禁止酷刑公约》第6、7条之间的相似之处以及国际法院在“或起诉或引渡义务案”中对后者的解释。关于调查义务，国际法院认定塞内加尔违反了第6条，因为该国未在有理由怀疑在其领土内的被控行为人实施了酷刑行为的情况下立即启动初步调查。[118]

2870 同样，关于该公约第7条所载的起诉义务，法院重申塞内加尔负有采取一切必要措施尽快履行的义务，一旦出现针对被控行为人的首个申诉，尤应尽快履行起诉义务。[119]

2871 此外，第49条第2款所载义务还意味着，即使被控行为人不在其领土内或者管辖之下，缔约国在有能力调查和收集证据时均应采取行动，以便该国以后或者第三国通过法律协助可以从这些证据中获益。[120]最后，可以认为第49条第2款的措辞表明，应允许签发逮捕令——即使被控行为人不在签发国领土上[121]——并应在国内法许可的情况下进行缺席审判。[122]红十字国际委员会由此断定：“各国甚

116 类似论证见上注，para. 以及，国际法委员会，《引渡或起诉的义务（aut dedere aut judicare）工作组的报告》，联合国文件号A/CN.4/L.829，2013年，第30段。

117 见2012年10月18日红十字国际委员会在联合国大会第67届会议第六委员会上所作陈述。

118 See ICJ, *Obligation to Prosecute or Extradite case*, Judgment, 2012, para. 88. 国际法院认为，“确认相关事实是该程序的必经阶段，在本案中这至少从2000年开始就必须进行，当时在塞内加尔有人针对哈布雷先生（Habré）提起了申诉”；同上注，第86段。同样的逻辑论证也适用于日内瓦四公约所规定的严重破约行为。

119 ICJ, *ibid*. para. 117.

120 关于这一点，见 Kreß, p. 801。这一解释也与国际法研究所的观点一致，该研究所在2005年称：“除调查行为和引渡请求外，行使普遍管辖权要求被控犯罪者出现在追诉国领土内。”Institute of International Law, *Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*, 17th Commission, Krakow, 2005, para. 3(b).

121 《非洲联盟国际罪行普遍管辖权国家示范法》值得注意，该法将行使普遍管辖权仅以在审判开始时被告处于一国领土内为条件，从而不排除国家启动缺席调查或预审程序的可能性。African Union Model National Law on Universal Jurisdiction over International Crimes, 2012, AU Doc. EX.CL/731(XXI)c, section 4.

122 特别法官凡·登·维因哈尔特（Van den Wyngaert）在“逮捕令案”中称“国际协定法中没有规则禁止在被告人缺席的情况下行使普遍管辖权”。ICJ, *Arrest Warrant case*, Judgment, 2002, Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert, para. 54. 另见希金斯（Higgins）、科艾曼斯（Kooijmans）和比尔根塔尔（Buergenthal）法官的联合单独意见，第56段。关于这一问题的讨论，见奥基夫（O’Keefe），其断定：“鉴于1949年日内瓦四公约要求，而且允许，基于普遍性而将国内刑事管辖权延伸至严重破约行为，因此通过发布逮捕令或者对被告进行缺席审判来行使此种管辖权具有国际合法性”（第830页）。另见拉比诺维奇（Rabinovitch）：“如果习惯法关于是否禁止缺席行使管辖权是不明确的，那么其是否允许在被告缺席的情况下行使管辖权同样是不明确的。尽管如此，近年来的国家实践日益支持的观点是，如各国有此意愿，则可缺席行使普遍管辖权”（第511页）。

至可以对其领土之外的人员进行法律调查或诉讼。”[123]

4. 可能享有管辖豁免和起诉豁免的情况

2872 搜捕和起诉被控犯罪者的义务适用于任何涉嫌犯有或令人犯有严重破约行为之人，无论该人是本国国民还是外籍人员。本公约及其准备工作并未涉及豁免问题（即国家元首等特定人员可享有国际法所赋予的豁免权，从而可能导致一国法院无法对被指控的外籍犯罪者提起诉讼或者强制执行判决）。[124]官方身份，例如担任国家元首或政府首脑，并不免除个人对严重破约行为的刑事责任，但根据现行国际法可能使此类人员免于国内法院的起诉。

2873 国际法院的实践有助于进一步阐明国际法关于某些公职官员豁免问题的现行规定。[125]“逮捕令案”是由一名比利时调查法官对时任刚果民主共和国外交部长签发的国际逮捕令引发的。[126]耶罗迪亚（Yerodia）先生被指控对金沙萨的图西族居民犯有煽动种族灭绝、危害人类罪和严重破坏日内瓦四公约及其议定书之行为。刚果民主共和国主张，比利时向其官员发出国际逮捕令违反了习惯国际法和国际条约。国际法院的判决没有涉及在国际法上是否存在将普遍管辖扩大至这些罪行的权利，[127]而是将重点放在外交部长在国际法上的豁免问题。

2874 国际法院认为，外交部长在整个任职期间不可侵犯，享有完全刑事管辖豁免权。[128]在国际法院看来，习惯国际法中并不存在这一规则的例外情况，即使所涉部长涉嫌犯有战争罪或危害人类罪也是如此。[129]国际法院认为：

123 见联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，2011年，第124段。关于从人权角度针对缺席审判合法性的批判性观点，例如，见Chris Jenks and Eric Talbot Jensen, “All Human Rights are Equal, But Some are More Equal than Others: The Extraordinary Rendition of a Terror Suspect in Italy, the NATO SOFA, and Human Rights”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 172–202。关于尊重公平审判权的重要性及缺席审判问题，见European Committee on Crime Problems, Committee of Experts on the Operation of European Conventions in the Penal Field, *Judgments in Absentia, Secretariat Memorandum prepared by the Directorate of Legal Affairs*, PC-OC (98) 7, 3 March 1998, and Elizabeth Herath, “Trials *in Absentia*: Jurisprudence and Commentary on the Judgment in *Chief Prosecutor v. Abul Kalam Azad* in the Bangladesh International Crimes Tribunal”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 55, June 2014, online edition。

124 就1984年《禁止酷刑公约》而言，针对一切国家官员和前国家官员都可能享有的宽泛的属事管辖豁免，已有观点认为：“国际法不能在要求符合《禁止酷刑公约》所规定之条件时承担并行使管辖权的同时，又要求对那些受到恰当指控的人给予豁免，否则将十分荒谬。”Statement of Lord Bingham of Cornhill, with reference to the *Pinochet case* (Nos 1 and 3), in United Kingdom, House of Lords, *Jones and others case*, Judgment, 2006, para. 19.

125 截至本文写作时，国际法委员会也正在讨论这一问题。关于国家官员外国刑事管辖豁免这一问题，见《国际法委员会报告》，第六十三届会议（2011年4月26日至6月3日和7月4日至8月12日），联合国文件号A/66/10,2011年，第102～203段，以及《国际法委员会报告》，第六十四届会议（2012年5月7日至6月1日和7月2日至8月3日），联合国文件号A/67/10，2012年，第82～139段。

126 ICJ, *Arrest Warrant case*, Judgment, 2002.

127 尽管该判决未涉及普遍管辖的概念，但有10名法官在其单独或反对意见中对此作出了评论。关于对这些意见的分析，见La Haye, pp. 238–241。

128 ICJ, *Arrest Warrant case*, Judgment, 2002, para. 54.

129 *Ibid*. para. 58.

> 尽管关于预防和惩治某些严重罪行的各项国际公约规定各国负有起诉或引渡的义务，从而要求各国扩大其刑事管辖权，但这种管辖权的扩大绝不影响习惯国际法上的豁免权，包括外交部长所享有的豁免权。[130]

国际法院的结论是，比利时发布逮捕令的行为未尊重现任外交部长的豁免权，因而违反了其对刚果民主共和国负有的国际义务。[131]

2875 国际法院强调，此类豁免并不等同于有罪不罚，因为领土国始终可以起诉本国外交部长或者选择放弃后者的豁免权。此外，具有管辖权的国际法院或法庭亦可起诉此类被控行为人。最后，国际法院认为，一旦外交部长任期结束，另一国法院可以就其任职期间之前或之后所为之行为，以及任职期间以私人身份所为之行为对其进行审判。[132]但国际法院并未确定，任职期间犯有的战争罪或危害人类罪应视为私人行为还是官方行为。

2876 上述部分结论因各种原因遭到学者和评论员的批评。[133]国际法院的一些法官认为，实施严重破约行为和其他战争罪不能被视为官方行为，因此该人卸任后不

130 *Ibid*. para. 59.

131 *Ibid*. para. 70.

132 *Ibid*. para. 61.

133 关于这一判决的诸多评论，见 Malcom D. Evans and Chanaka Wickremasinghe, "Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Preliminary Objections and Merits, Judgment of 14 February 2002", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No. 3, July 2003, pp. 775–781; Philippe Sands, "What is the ICJ for?", *Revue belge de droit international/Belgian Review of International Law*, No. 1–2, 2002, pp. 537–545; Jean-Pierre Cot, "Éloge de l'indécision. La cour et la compétence universelle", *Revue belge de droit international/Belgian Review of International Law*, No. 1–2, 2002, pp. 546–553; Jean Salmon, "Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. C. Belgique)", *Revue belge de droit international/Belgian Review of International Law*, No. 1–2, 2002, pp. 512–517; Alain Winants, "The *Yerodia* Ruling of the International Court of Justice and the 1993/1999 Belgian Law on Universal Jurisdiction", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, No. 3, September 2003, pp. 491–509; Maurice Kamto, "Une troublante 'immunité totale' du ministre des affaires étrangères", *Revue belge de droit international/Belgian Review of International Law*, No. 1–2, 2002, pp. 518–530; Sassòli, pp. 785–819; Jan Wouters and Leen De Smet, "The ICJ's Judgment in the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 4, 2001, pp. 373–388; Brems, pp. 935–939; M. Cherif Bassiouni, "Universal jurisdiction unrevisited: The International Court of Justice decision in Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", *Palestine Yearbook of International Law*, Vol. 12, No. 1, 2002, pp. 27–48; and Darryl Robinson, "The Impact of the Human Rights Accountability Movement on the International Law of Immunities", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 40, 2002, pp. 151–191. See also Antonio Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002, pp. 853–875; Steffen Wirth, 'Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium Case', European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002, pp. 877–893; Salvatore Zappalà, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation", *European Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3, 2001, pp. 595–612; Kreß; Bing Jia, "The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 5, December 2012, pp. 1303–1321; and Dapo Akande and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 815–852.

应享有豁免权。[134]其他学者、国际和国内法院虽承认现任国家元首享有职能豁免权和属人豁免权，但认为，国际法经发展已承认，一旦该人卸任，犯有严重破坏日内瓦四公约等国际罪行构成职能豁免的例外情形。[135]换言之，一旦该人卸任，该人将会因其在任职之前或期间所犯的严重破约行为而受到追诉。这种方法符合日内瓦四公约所载之严重破约行为制度的目的和宗旨。[136]部分国家的实施性立法专门规定，豁免权不构成起诉国家官员的障碍。[137]

134 见希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合单独意见，他们表示："豁免仅在该部长任职期间有效，在他（或她）卸任之后则仅对其'官方行为'享有豁免。目前，文献中越来越多的观点认为……严重国际罪行不能被视为官方行为。"ICJ, *Arrest Warrant case*, Judgment, 2002, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, pp. 63–90. See also the Dissenting Opinion of Judge ad hoc van den Wyngaert, *ibid*. para. 36.

135 支持这一结论的文献，例如，见Antonio Cassese, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002, pp. 864–874; Steffen Wirth, "Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium* Case", *European Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, 2002, pp. 877–893; Jan Wouters and Leen De Smet, "The ICJ's Judgment in the Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: Some Critical Observations", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 4, 2001, pp. 373–388; Maurice Kamto, "Une troublante 'immunité totale' du ministre des affaires étrangères", *Revue belge de droit international/Belgian Review of International Law*, No. 1–2, 2002, pp. 518–530; Salvatore Zappalà, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case before the French Cour de Cassation", European Journal of International Law, Vol. 12, No. 3, 2001, pp. 595–612; Sassòli, pp. 802–803; and Kreß, pp. 803–805, 他断定 "就国际法上的罪行而言，现行国际法上不存在属事豁免权。因此，在追诉严重破约行为方面，并不存在此类法律障碍"（第805页）。

关于不同资料对这一问题的论证概述，见Dapo Akande and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 815–852, especially at 825–846。这些作者得出了类似结论，称"对于某个国际罪行存在域外管辖，且规定管辖权的规则明确提及可对以官方身份犯下的罪行进行追诉时，属事豁免从逻辑上讲无法与此域外管辖权并存"（第843页）。另见前南问题国际刑庭上诉分庭在布拉什基奇案（*Blaškić*）中的观点："根据这些〔禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的国际刑法〕规范，应对此类罪行负责的人不得主张其免于国内或国际管辖，即使其是在以官方身份行事期间犯下这类罪行也不得主张豁免。"*Blaškić* Decision on the Issuance of the *Subpoena Duces Tecum*, 1997, para. 41. 另见Switzerland, Federal Criminal Court, *A. v. Ministère Public de la Confédération case*, Judgment, 2012, para. 5.4.3, 该法院在该案中必须判定，一名前国防部长对于在阿尔及利亚犯下的战争罪在瑞士法院是否享有起诉豁免权。法院的立场是：

> 一方面表达打击严重违反基本人道原则行为的愿望，而另一方面却又接受对前独裁者或官员职能豁免（属事管辖）规则的如此宽泛的解释，导致自始就无法启动任何调查，这既自相矛盾又毫无意义。如果情况就是如此，那么将引发一个棘手的问题，即实施了违反国际法基本价值之行为的人却能受到同一法律体系的保护。此类情形将是自相矛盾的，并将最终导致瑞士刑事政策在绝大多数案件中无法执行。这并非立法者的本意所在。因此，在本案中，上诉人不得主张任何形式的属事管辖豁免。

在民事诉讼中，基于与希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在"逮捕令案"中的联合单独意见更为接近的论证思路，美国法院得出了相同结论，认定违反强制法规范的行为不构成官方主权行为，See United States, US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Judgment, 1992, para. 718（认为"国际法不承认违反强制法的行为是主权行为"）; see also United States, Court of Appeals for the Fourth Circuit, Yousuf v. Samantar, Judgment, 2012, pp. 21–22, 法院认定 "根据国际法和国内法，他国官员对于违反强制法的行为不享有外国官员豁免，即使该等行为系以被告的官方身份作出"。

136 有些观点主张"日内瓦四公约和习惯国际法就这些罪行规定了普遍管辖权，则不能假定属事豁免权可以不受克减，否则虽然赋予此种管辖权，但仍毫无意义"。Dapo Akande and Sangeeta Shah, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4, 2011, pp. 815–852, at 844.

137 南非在其2002年《国际刑事法院法》中，选择不就属于国际刑事法院管辖范围内的犯罪在国内法院给予国家元首或政府首脑豁免权。根据该法第4条第2款第1项，一个人现在是或曾是国家元首或政府首脑、

2877 国内法规定的豁免权，例如宪法豁免权，不构成国内法院起诉国家元首或政府首脑的障碍。由于起诉被控犯有严重破约行为之人的义务来自明确的国际义务，因此如果国内法院允许宪法豁免优先，无异于违反这项国际条约义务。[138]

(二) 选择引渡被控犯罪者

2878 第49条第2款规定，收到引渡请求的国家可以选择不自行起诉，而是依其意愿，将犯罪者送交提出请求的缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。

2879 四公约的准备工作表明，各国有意识选择使用“送交”这一术语，而拒绝使用“引渡”一词。[139]这一选择在很大程度上受到第二次世界大战期间，特别是在联合国战争罪行委员会工作期间所开展的讨论的影响。各国认为，鉴于第一次世界大战后未能确保交出战犯，必须采取一种行政程序而非引渡这样的司法程序，以促进并加速审判战犯。[140]联合国战争罪行委员会认为“引渡机制缓慢繁琐，不适于战争后尽速惩罚战犯”。[141]1949年外交会议认识到其正在通过的条约将规制未来的武装冲突，因此决定采用“送交”这一措辞，前提是相关缔约国已提出初步证据确凿的案件。这反映当时相关方认为，对于过度或不正当的请求，确有必要保护个人免于引渡。然而，第49条中 “送交” 一词的选择及其历史意义多年来似乎为缔约国所忽视，目前各国国内立法和文献中使用的术语均为“引渡”。

2880 被告出现在缔约国领土上或落于其手时，该缔约国享有是否予以引渡的选择权。[142]它免除了缔约国将案件提交其主管当局起诉的义务。在没有引渡请求的情

政府或议会成员、民选代表或政府官员这一事实 “既不得用作犯罪的抗辩理由，亦不得用作定罪后任何可能减轻刑罚的依据” 。另见尼日尔1961年《刑法典》及其修正案，第208条第7款。

138 关于这一问题的讨论，见Kreß, p. 805。

139 意大利和摩纳哥代表建议用“引渡”取代“送交”一词，对此荷兰代表解释说，“由于存在种类繁多的引渡法律和引渡条约，使用‘引渡’一词没有那么切实可行，而‘移交’则是一个习惯国际法概念”，各国在二战后与联合国战争罪行委员会的活动有关的工作中，将这一概念广泛付诸实践”。见《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月16日，第9页，以及《1949年日内瓦外交会议最终记录》 第II-B 卷，第116–117页。

140 联合国战争罪行委员会协商起草了一项关于交出战犯的公约草案。作为其附件的解释性备忘录草案称：

> 该草案旨在确保联合国各国将对等地向各国移交在其控制之中的需要作为战犯或叛国贼受审或已就此类罪行被定罪的人，并确保以尽可能简单的方式进行移交工作，避免一般引渡程序中的复杂问题和延迟，特别是排除以所指控行为具有政治犯罪性质为由而拒绝交出相关人员的可能性。”

UN War Crimes Commission, *The History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, p. 396. 完整概述见pp. 392–399 and 102–104。关于交出战犯的公约草案始终未得到通过。见上注，第397～399页。

141 *Ibid*. p. 103.

142 关于如何解释《禁止酷刑公约》中的引渡概念的讨论，见ICJ, *Obligation to Prosecute or Extradite case*, Judgment, 2012, paras 89–95, at 95:

> 可见，根据《禁止酷刑公约》，可以在引渡与提交起诉之间进行选择，并不意味着这两个选项可等量齐观。引渡是该公约为国家提供的选择，而起诉则是该公约规定的国际义务，违反这一义务将构成引起国家责任的不法行为。

See also Henzelin, pp. 351–357, at 353; Kreß, pp. 796–800; 以及国际法委员会，《引渡或起诉的义务 (aut dedere aut judicare) 工作组最后报告》，联合国A/CN.4/L.844号文件，2014年6月5日，第25段。

况下，调查并在必要时起诉被控犯有严重破约行为之人的义务具有绝对性。

2881 各缔约国可依照其立法之规定实施引渡，但以请求国能“指出案情显然者”为限。[143]这要求请求国证明针对被告的指控证据充分。这一规定也可解释为要求“必须向当局提交实际证据，使其能够形成这样的意见，即如果被指控的犯罪行为发生在被请求国，则被请求引渡的人理应接受审判”。[144]大多数普通法国家适用这一条件，要求请求国必须提供怀疑被控之人犯有罪行的某些证据或合理理由，作为准予引渡的条件。[145]这通常被称为“合理依据”或“初步证据”标准。[146] 但在大多数大陆法系国家，法官一般不要求就所指控的罪行提供任何有罪证明，而只是要求确定被告身份和国籍以及出示逮捕令等各种文件。许多规定有引渡条款的多边条约并未界定证据量，而仅要求适用被请求国国内法的规定。[147]近来在双边和多边引渡条约中的做法似乎是在引渡程序中适用较为宽松的证据要求，[148]日内瓦四公约因而或成为唯一保留严格表面证据要求的多边条约。[149]

2882 规定初步证据确凿之一条件[150]背后的目的不仅在于保护个人免于过度或不正当的请求，还在于确保所设想的刑事诉讼程序不会因向另一缔约国移交被请求引渡人而不能实现或缩小范围。[151]鉴于第49条的目的和宗旨，以及第1条所载之尊重

143 第49条的法文约文为：“pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des chargessuffisantes”（“但以该缔约国能提出‘初步证据确凿’案件者为限”）。1949年外交会议期间，法国代表询问何谓“初步证据确凿案件”。荷兰和美国代表回答说“请求移交被控犯罪者的国家必须作出说明，使……拘留国确信对被告就相关指控认定有罪的可能性极高”。《1949年日内瓦外交会议纪要》第10页。

144 联合国毒品和犯罪问题办公室，《司法协助与引渡手册》，第47页。

145 See Bedi, pp. 177–179, and Godinho, p. 512, 他表示：
合理依据是普通法国家的传统引渡要求。它是针对不正当引渡的保护措施，被请求国据此对请求国提供的证据进行审查，以确定是否有合理理由相信被请求交出的被告可能确实犯有所指控的罪行，从而有正当理由进行审判。

146 关于普通法国家适用初步证据标准的实例，见United States, District Court for the Southern District of Texas, *Surrender of Elizaphan Ntakirutimana case*, Order, 1997, and Sixth Circuit Court of Appeals, *Demjanjuk case*, Judgment, 1985。See also United Kingdom, High Court of Justice, *Brown (Bajinja) and others case*, Judgment, 2009.

147 例如，见《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》（1970年）第8条第2款和第3款；《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（1971年）第8条第2款和第3款；《侵害应受国际保护人员罪行公约》（1973年）第8条第1款和第2款；《反对劫持人质国际公约》（1979年）第10条；《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》（1997年）第9条第2款和第3款；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（1999年）第11条第2款和第3款；《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（2000年）第7条、第8条和第11条；以及《联合国反腐败公约》（2003年）第44条第8款和第9款。

148 关于该趋势的一个实例，见2003年《英美引渡条约》。根据该条约，美国向英国提出的请求无需确立初步证据确凿的案件，但英国向美国提出的请求则需要。英国内政大臣称这一新条约反映了“现代引渡的最佳做法”，“使得适用于美国请求的证据规则与适用于欧洲国家的证据规则变得一致”。See United Kingdom, House of Commons, Written ministerial statement by the Secretary of State for the Home Office, *Hansard*, 31 March 2003, Vol. 402, Written Ministerial Statements, cols 41WS–42WS.

149 见如国际法委员会，《对与国际法委员会就“引渡或起诉（aut dedere aut judicare）义务”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查》，秘书处的研究报告，联合国文件号A/CN.4/630，尤见第141段。

150 然而，在引渡阶段满足初步证据确凿这一条件并不排除对被控行为人的审判以无罪释放告终的可能性。

151 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3567.

四公约并保证四公约之被尊重的义务，如果一国请求引渡的目的可能是保护其本国国民，并通过进行一场虚假审判使其无罪释放，那么则应拒绝该引渡请求。

2883 为确保严重破约行为受到起诉，各国必须确保其国内法允许其引渡和请求引渡犯有这些罪行的嫌犯。各国还必须确保不得通过主张双重犯罪原则[152]和政治犯不引渡[153]来阻止引渡这些嫌犯。[154]

2884 许多国家的法律都规定对于身为拘留国国民的被告不予引渡。[155]在此情形以及可能拒绝引渡的其他情形下，拘留被控行为人的国家必须将其送交本国法院审判。此外，应当指出的是，进行引渡须遵守不推回原则。例如，对于有充分理由相信被请求引渡人可能在请求国遭受酷刑的，各国负有不予引渡的义务。[156]

2885 似乎没有很多记录在案的严重破约行为引渡案件。在“加尼奇案”（*Ganić*）中，英国一名治安法院高级法官仔细研究了针对某被控犯有严重破坏行为之人是否存在初步证据确凿的案件。他拒绝作出这一认定，因为此前进行的两次细致彻底的调查已经断定没有足够证据对被控犯罪者提出指控。[157]由于该诉讼程序经证实是出于政治目的而提起，从而构成滥用程序，因此相关引渡请求最终遭到拒绝。[158] 在另一起案件中，喀麦隆接受了比利时政府的请求，将泰奥内斯特·巴戈索拉（Théoneste Bagosora）引渡到比利时，接受关于严重违反日内瓦四公约及其附加议定书的起诉。喀麦隆国内法院准许了这项请求，但并未要求比利时提供指控巴古索拉的充分证据。[159]

2886 日内瓦四公约并未规定一缔约国就同一个人实施的构成严重破约的同一行为面对多国竞相请求引渡该人时应当适用何种标准。因此，收到引渡请求的缔约国应当根据其国内立法决定哪一请求具有优先性。“有效引渡个案工作实践问题非正式专家组”（The Informal Expert Group on Effective Extradition Casework Practice）建议

152 被控行为必须在请求国和被请求国均构成犯罪这一要求有时被纳入引渡安排中。

153 根据这一例外，如果罪行具有政治性质，可以拒绝引渡。见1957年《<欧洲引渡公约>附加议定书》第1条，该条款规定1949年日内瓦四公约共同第50、51、130和147条所列严重破约行为不得视为政治犯罪，因而不得据此免于引渡。

154 See Segall, p. 131, 以及国际法委员会，《引渡或起诉的义务 (aut dedere aut judicare) 工作组最后报告》，联合国A/CN.4/L.844号文件，2014年6月5日，第37段，称：“无论国内法或有关引渡的条约规定的条件如何，均不得加以恶意适用，对被指控的罪犯产生庇护效果，使之免于在适当刑事管辖区内受起诉或被引渡至适当刑事管辖区。”

155 相关实例见《红十字国际委员会习惯国际人道法》，与规则161相关的实践第三部分，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v2_rul。

156 例如，1984年《禁止酷刑公约》第3条对此有所规定，这也是一项公认的习惯国际法原则。关于这一点，详见关于共同第3条的评注，第709段。

157 United Kingdom, City of Westminster Magistrates' Court, *Ganić case*, Judgment, 2010, paras 14-28 and 40.

158 *Ibid*. paras 39–40.

159 See Cameroon, Court of Appeal, *Bagosora case*, Judgment, 1996. 巴戈索拉是根据比利时的一份国际逮捕令在喀麦隆被捕。但该犯未被移交比利时受审，因为比利时同意接受卢旺达刑庭对该案的管辖权。

各国使用一系列标准，为各国处理并行或相互竞争的引渡请求提供实际指导。[160]

2887 最后必须强调的是，四公约的准备工作并未排除缔约国将被告送交国际刑事法院或法庭的可能性。不排除这种可能性是1949年外交会议的一个刻意选择。[161]在某国和国际刑事法院同时提出引渡请求的情况下，《国际刑事法院规约》第90条规定了详细规则。[162]

（三）关键评估

2888 从理论上讲，严重破约制度构成了一个无懈可击的机制，本应成为在全世界打击严重违反四公约行为和战争罪犯有罪不罚现象的有效手段。严重破约行为可以基于各种不同管辖权受到追诉，例如属地管辖、积极和消极属人管辖、保护性管辖或普遍管辖。[163]然而，各缔约国却未能充分利用这一在当时具有开创性意义的机制。[164]据报告，1994年丹麦高等法院的一起案件是基于普遍管辖权对严重破坏日内瓦四公约的行为人进行国内起诉的首例案件。[165]对此，许多评论者承认，在采纳这一创新机制40多年后，对于严重破约行为的起诉，特别是基于普遍管辖权的起诉，仍然几乎闻所未闻。[166]

160 See UN Office on Drugs and Crime, *Report of the Informal Expert Working Group on Effective Extradition Casework Practice*, Vienna, 2004, paras 122–126. 略举数例，这些标准包括：主要犯罪行为的发生地或者主要损失或损害的发生地；在跨境犯罪中，一国起诉所有罪行的能力；证人所在地、出席审判情况及其保护；受害者参加或跟进诉讼的可能性；以及对于具有管辖权的各国而言，能够保证公平、公正审判的程度。另见《普林斯顿普遍管辖原则》（普林斯顿大学，2001年）原则8所采用的类似标准。

161 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第115页。另见克雷斯（Kreß），他相信设立国际刑事法院表明各国认为将一个人交给该法院是严重破约行为制度下自由选择适当法院的另一种有效形式。另见国际法委员会，《引渡或起诉的义务工作组最后报告》，联合国A/CN.4/L.844号文件，2014年6月5日，第20段，称："引渡或起诉的义务可以通过'第三选择'加以履行，即该国将被指称犯罪者移交所涉国家承认其司法权的主管国际刑事法庭或主管法院。"

162 关于1998年《国际刑事法院规约》第90条机制的详细内容，例如，见Claus Kreß and Kimberly Prost, "Article 90: Competing Requests", in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 2059–2067, and Julien Cazala, "Article 90 – Demandes concurrentes", in Julian Fernandez and Xavier Pacreau (eds), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012, pp. 1849–1861。

163 特别是在过去20年间，犯罪地国已经对战争罪或严重破约行为进行了国内追诉，例如在波黑、柬埔寨、克罗地亚和伊拉克。详见关于第50条的评注，第2909段；La Haye, pp. 256–270, and Ferdinandusse.

164 例如，见1997年8月15日红十字国际委员会代表团在联合国建立国际刑事法院筹备委员会上所作陈述："起诉被控犯有严重破约行为之人这一义务在实践中往往受到忽视或未得到充分履行。"

165 See Denmark, High Court, *Sarić case*, Judgment, 1994. See also Maison.

166 见弗里茨·卡尔斯霍（Frits Kalshoven）："自四公约于1950年10月生效以来，针对嫌犯几乎鲜少采取此类行动，尽管有针对一国国民的行动，但也属罕见"（*Constraints on the Waging of War*, 2nd edition, ICRC, Geneva, 1991, p. 77）；杰弗里·贝斯特（Geoffrey Best）表示："这一崇高创新并未发挥任何作用"（Best, p. 396）；红十字国际委员会在向1999年代表会议所提交的报告中也表示："各国在国内层面对这一刑事制止制度的适用寥寥无几。桑多认为"现实令人失望。很多国家没有履行制定'必要之立法……处以有效之刑事制裁'的义务，普遍管辖制度从未得到实际适用"（Sandoz, 2009, p. 675）。多曼（Dörmann）和盖斯（Geiss）也谈及"各国不愿通过国内刑事司法体系来处理严重破约行为，诸多国家没有国内立法或立法不足，以及明显缺少有关这些罪行的国内判例"（Dörmann/Geiss, pp. 704）。See also Bothe, and Ferdinandusse, pp. 738–740.

2889 至于起草者所述之拒绝向被控犯有严重破约行为之人提供庇护这一目标，国家实践表明，对于国际法上的罪行，普遍管辖权仅在有极少情况下得以行使，而与罪行有直接联系的国家往往具有优先管辖权。[167]截至本文写作时，在过去60年中，各国国内法院或法庭对被控犯有战争罪或严重破约行为之人行使普遍管辖权的案件似乎只有17例。[168]

2890 如上所述，一旦缔约国意识到被控犯有或下令犯有严重破约行为之人出现在其领土上或其管辖范围内，该国就有义务确保搜捕此人，并在找到该人并有必要时立即予以起诉。第49条所载的或起诉或引渡这一强制性要求本身并未充分转化为国内法；普遍管辖权连同其他管辖权依据，往往作为可供各国使用的工具而延伸至严重破约行为，但起诉或引渡这一绝对义务本身却似乎并未纳入国内法。目前尚不清楚各国检察官或调查法官是否知道其有义务调查关于严重破约行为的指控。

2891 各缔约国均须履行第49条规定的义务，并在其国内制度中为国家检察官启动调查并最终起诉被控犯有严重破约行为之人确立法律依据和各种程序。各国国内法充足完善，对在严重破约行为制度下有效行使普遍管辖权至关重要。各国在履行这些义务时，特别是在将普遍管辖权延伸至严重破约行为方面，遇到了诸多挑战。法律、技术、现实以及政治方面的种种挑战是这方面国家实践相对较少的原因。这些挑战包括事件发生地与起诉地之间相距遥远，难以接触到受害者和证人并获得充足的具有证明力的证据等。

2892 取缔严重破约行为的国家制度有效发挥作用的前提是，各国必须能够在关于这些犯罪的刑事诉讼方面相互协助。[169]日内瓦四公约没有关于司法协助与合作的具体规定。但在1973年，联合国大会呼吁各国“相互合作……以期制止并防止战争罪和危害人类罪”，并“互相协助，以便侦察、逮捕和审判”嫌犯。[170]根据《第一附加议定书》，“缔约各方应在对严重破坏……行为提出刑事诉讼方面，彼此提供最大限度的协助”。[171]通过制定《前南问题国际刑庭规约》、《卢旺达问题国际刑庭规约》和《国际刑事法院规约》等对此有广泛规定的文件，关于刑事问题的国际合作和协助的法律也得到了很大发展。[172]如今，尽一切努力尽可能

167 见2012年10月18日红十字国际委员会在联合国大会第67届会议第六委员会上所作陈述，以及2014年10月15日红十字国际委员会在联合国大会第68届会议第六委员会上所作陈述。

168 See ICRC, *Preventing and repressing international crimes*, Vol. II, pp. 123–131.世界上大多数武装冲突都是非国际性的，因此不会触发严重破约行为制度，这一事实也能解释为何诉讼数量较少。关于较少针对严重破约行为进行追诉的种种原因，另见Ferdinandusse, pp. 738–740。

169 关于这些问题，见Segall, pp. 127–135, at 130。

170 联合国大会第3074号决议，《关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则》，1973年12月3日，第3～4段。

171 《第一附加议定书》第88条第1款。

172 《前南问题国际刑庭规约》（1993年）第29条，《卢旺达问题国际刑庭规约》（1994年）第28条，《国际刑事法院规约》（1998年）第86条至第102条。

合作调查战争罪并起诉嫌疑人，这一义务已成为习惯国际法的一部分。[173]

2893 更近以来，一些国家在国内层面设立了起诉国际罪行的特别部门，这一战略提高了调查效率，增加了起诉成功的可能性。[174]许多国家还强调有必要制定公诉优先排序战略，以确立一个在国内层面调查和起诉战争罪和严重侵犯人权行为的战略顺序。[175]

五、第 3 款：制止严重破约行为之外的违反本公约之行为

2894 根据第49条第3款，各缔约国“应采必要之措施，以制止”第50条“所列严重破坏本公约之行为以外之一切违反本公约之规定之行为”。

2895 从表面上看，第49条第3款的法文和英文约文似乎略有不同，因为英文“制止”（suppression）一词在法语中被译为“faire cesser”（使……停止）。然而，仔细研究公约准备工作过程就会发现，在联合委员会辩论期间，英文和法文初稿中的“取缔”（repression/répression）一词在英文版中被改为“制止”（suppression）。联合委员会向全体会议提交的报告解释道：“在英文约文中使用‘制止’一词，意在表明将采取一切必要措施防止再度发生违反本公约的行为。”[176]“制止”（suppression）一词在法文中先是译作“redressement”（“纠正”），后又在该条款的最终法文文本中改作“faire cesser”：“prendra les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux dispositions de la présente Convention”（“采取一切必要措施停止违反本公约规定之行为”）。

2896 从该条款的起源可以清楚看出，除严重破约行为外，各缔约国还有义务处理所有其他违反四公约的行为。使用“应采必要之措施，以制止……违反本公约规定之行为”这一表述意味着各缔约国可以采取范围广泛的措施来确保停止违反四公约之行为，并采取措施防止其再度发生。[177]这是一项影响深远的条款。各缔约国将确定履行这些义务的最佳方式，例如对严重破约行为以外的违反四公约之行为启动司法或纪律程序，或者采取一系列行政或其他监管措施或者向下级发出指

173 《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）规则161。

174 见红十字国际委员会：《预防与惩治国际罪行》第一卷，第55～56页。

175 关于这一问题，尤见联合国《寻求真相、司法、赔偿和保证不再发生问题特别报告员巴勃罗·德格列夫的报告》，联合国A/HRC/27/56号文件，2014年8月27日。

176 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第133页。关于在联合委员会中所进行的讨论，见《1949年日内瓦外交会议纪要》第20–21页。

177 “制止”一词通常被定义为“使”一件实际存在的事情“停止”，是“禁止”或“镇压”的同义词。Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10th edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1669.

示。[178]根据每项处罚均应与破约行为的严重程度成正比这项一般原则，所选择的措施将取决于有关违反行为的严重性和具体情形。[179]

2897 各缔约国以各种方式履行了这些义务。起初，大多数缔约国仅将刑事责任延伸至日内瓦四公约中列出的严重破约行为。[180]只有爱尔兰、尼日利亚、南非等少数国家选择实施第49条第3款，将刑事责任延伸至所有违反本公约的行为。[181]国家实践已经有所发展，特别是自《国际刑事法院规约》制定以来。如今已有许多缔约国制定刑事立法惩治一系列战争犯罪，远远超出了四公约所列之严重破约行为的范围。[182]

2898 各国履行制止一切违反本公约行为之义务的方式还包括根据第47条之规定，广泛传播四公约约文，并制定军事条例、行政命令及其他规管措施来制裁违反本公约之行为，从而帮助防止其再度发生。妥善履行本公约规定的其他义务有助于有效履行采取一切必要措施制止违反本公约行为这一义务。[183]例如，一旦根据第52条规定的调查程序确认存在违反行为，各缔约国就必须根据第49条第3款规定的义务，基于违反行为的性质采取一系列行动。[184]

178 起诉被控行为人或者采取任何其他旨在预防或制止违反本公约行为的措施，是履行本公约第1条所载义务的一种方式。关于这一点，见ICTY, *Tadić* Decision on Defence Motion on Jurisdiction, 1995, para. 71。

179 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3402. See also Medlong, pp. 829–856.

180 许多普通法国家起初选择不将个人刑事责任延伸至四公约所列之严重破约行为之外：例如，见Canada, *Geneva Conventions Act*, 1985, as amended; India, *Geneva Conventions Act*, 1960; Kenya, *Geneva Conventions Act*, 1968; Namibia, *Geneva Conventions Act*, 2003; Sri Lanka, *Geneva Conventions Act*, 2006; and United Kingdom, *Geneva Conventions Act*, 1957, as amended。另见红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat）。

181 见爱尔兰《日内瓦公约法》（1962）年及其修正案，规定对在爱尔兰共和国或者由爱尔兰公民犯下的其他违反行为（称为“轻微破约行为”）进行惩治。尼日利亚《日内瓦公约法》（1960年）允许总督规定，在尼日利亚或由尼日利亚公民犯下的其他破约行为应受惩治；见红十字国际委员会 “国际人道法国内实施”数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat）。另见南非《日内瓦公约法》（2012年）第2章，第5条第3款：“任何人在南非共和国境内实施未被第2款所涵盖之违反或不遵守四公约规定之行为，均构成犯罪。”红十字国际委员会为普通法国家制定的《日内瓦公约示范法》第4款要求对“对……任何犯有或者帮助、教唆或诱导任何他人犯有未被第3款所涵盖之破坏四公约或其议定书之行为的人，无论其国籍为何”进行惩治。See ICRC, Advisory Service on International Humanitarian Law, *Model Law, Geneva Conventions (Consolidation) Act, Legislation for Common Law States on the 1949 Geneva Conventions and their 1977 and 2005 Additional Protocols*, August 2008, p. 4.

182 见如澳大利亚，2002年《国际刑事法院法》；加拿大，2000年《危害人类罪和战争罪法》及其修正案；芬兰，1889年《刑法典》及其修正案，第11章；法国，1992年《刑法典》及其修正案；瑞士，1937年《刑法典》及其修正案，尤其是关于战争罪的第12章；以及英国，2001年《国际刑事法院法》。所有上述立法均载于红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库（https://www.icrc.org/ihl-nat）。

183 关于调查程序，尤其见第52条。

184 关于这个问题，见关于第52条的评注，第六部分，以及Théo Boutruche, “Good offices, Conciliation and Enquiry”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 561–574, para. 21。

六、第 4 款：适当的审讯及辩护之保障

2899 第49条第4款规定："在一切情况下，被告人应享有适当的审讯及辩护之保障。此种保障，不得次于一九四九年八月十二日关于战俘待遇之日内瓦公约第一百零五条及其以下各条所规定者。"

2900 红十字国际委员会在第二次世界大战后数年中的经验表明，在相关人员被控犯有战争罪或严重破约行为的所有情况下，对适当审判和辩护的某些保障都是至关重要的。在被告人在外国法院接受审判的情况下，这些保障尤为必要。因此，红十字国际委员会在其提交给1949年外交会议的提案中列入了一项关于这一问题的特别条款。会议没有采纳这一建议，至少一开始没有。然而，法国代表团认识到让所有被告，无论其个人地位如何，均享有平等保护的可取性，于是在联合委员会的讨论中提出了现在的第4款。联合委员会批准了法国的提案，外交会议未作任何修改即予以通过。[185]

2901 平民和战斗员都可能犯下严重破约行为。[186]两者必须在一切情况下均享有获得适当审判和辩护的保障。必须将"适当的审讯及辩护之保障"这一表述理解为对公平审判和正当程序的最低限度司法保证。第4款规定，这类保障不得低于《日内瓦第三公约》第105条及其下列各条所规定的保障。各缔约国至少应当在进行战争罪审判时适用这些条款所载的保障。[187]

2902 自1949年以来，随着人道法和人权法的发展，司法保障所涵盖的内容也得到了发展。[188]必须根据《第一附加议定书》第75条第4款所列的保障来理解第49条第4款，这些保障现已公认为习惯国际法的一部分。[189]目前普遍认为必不可少的司法保障包括：

— 立即告知被告被控犯罪的性质和原因的义务；[190]

185 关于该条款起源的更多细节，见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 368–369。

186 详见关于第50条的评注，第三部分第（三）节。

187 关于这些保障内容的详细讨论，见关于《日内瓦第三公约》第105条至第108条的评注。

188 尤其见《第一附加议定书》第75条第4款；另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条；《欧洲人权公约》（1950年）第6条；《美洲人权公约》（1969年）第8条，以及《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第7条。

189 See e.g. United States, Supreme Court, *Hamdan case*, Judgment, 2006, pp. 632–634. 该法院注意到《第一附加议定书》第75条，指出尽管美国没有批准该议定书，但美国政府并未反对第75条，该条款规定了诸多最低限度标准。

190 见《日内瓦第三公约》第105条和《第一附加议定书》第75条第4款第1项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款第1项，《欧洲人权公约》（1950年）第6条第3款第1项，以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款第2项。

— 被告必须拥有必要的辩护权利和手段；[191]
— 除以个人刑事责任为依据外均不应被定罪的权利；[192]
— “法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”原则以及禁止处以比犯罪时所规定之刑罚更重的刑罚；[193]
— 被推定为无罪的权利；[194]
— 受审时在场的权利；[195]
— 不被迫证明自己有罪或供认犯罪的权利；[196]
— 被告知其司法和其它救济方法以及利用这些救济方法的时限的权利；[197]
— 请证人出庭及询问证人的权利；[198]
— 取得公开宣判的权利；[199]
— 不因同一行为或同一罪名而被同一方追诉或惩罚一次以上的权利（一事不再理）。[200]

191 见《日内瓦第三公约》第105条和《第一附加议定书》第75条第4款第1项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第3款，《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款，以及《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第7条第3款。

192 见《日内瓦第三公约》第99条和《第一附加议定书》第75条第4款第2项。

193 见《日内瓦第三公约》第99条和《第一附加议定书》第75条第4款第3项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第15条，《欧洲人权公约》（1950年）第7条；《美洲人权公约》（1969年）第9条；以及《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第7条第2款。

194 见《第一附加议定书》第75条第4款第4项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第2款；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第2款；《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款；以及《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第7条第1款第2项。

195 见《第一附加议定书》第75条第4款第5项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款第4项。但是，个人可放弃在其本人的审判中出庭的权利。关于从人权角度针对缺席审判合法性的批判性观点，例如，见Chris Jenks and Eric Talbot Jensen, “All Human Rights are Equal, But Some are More Equal than Others: The Extraordinary Rendition of a Terror Suspect in Italy, the NATO SOFA, and Human Rights”, *Harvard National Security Journal*, Vol. 1, 2010, pp. 172–202, and other references provided in para. 2871。

196 见《第一附加议定书》第75条第4款第6项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款第7项；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款第7项和第3款。《欧洲人权公约》（1950年）没有明确规定这一权利，但欧洲人权法院已经将之解释为第6条第1款所规定的公平审判的要素之一；例如，见*Pishchalnikov v. Russia*, Judgment, 2009, para. 71。

197 尤其见《日内瓦第三公约》第106条，承认对于所受之判决具有上诉与诉愿之权利。另见《第一附加议定书》第75条第4款第10项。人权文件也保障上诉权；见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第5款；《儿童权利公约》（1989年）第40条第2款第2项第5目；《欧洲人权公约第七议定书》（1984年）第2条第1款；《美洲人权公约》1969年第8条第2款第8项；以及《非洲人权和民族权宪章》（1981年）第7条第1款第1项。“人权法对此问题影响深远，以至于可以说，上诉权本身——而不只是获知是否可以上诉的权利——已经成为武装冲突语境下公平审判权的一个基本组成部分。”（亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则100的评注，第351～353页。）

198 见《日内瓦第三公约》第105条和《第一附加议定书》第75条第4款第7项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第3款第5项；《欧洲人权公约》（1950年）第6条第3款第4项；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第2款第6项。

199 见《日内瓦第三公约》第107条和《第一附加议定书》第75条第4款第9项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第1款，《欧洲人权公约》（1950年）第6条第1款；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第5款。

200 见《日内瓦第三公约》第86条；《日内瓦第四公约》第117条第3款；和《第一附加议定书》第75条第4款第8项。另见《公民及政治权利国际公约》（1966年）第14条第7款；《欧洲人权公约第七议定书》（1984年）第4条；以及《美洲人权公约》（1969年）第8条第4款。

七、严重破约行为制度在非国际性武装冲突中的适用性

2903 严重破约行为制度是国际刑法基石的重要组成部分。该制度尽管目前仅适用于国际性武装冲突且数十年来基本未能施行，但仍推动在规制战争犯罪方面建立一个结构更加清晰、内容更加全面的条约制度。就此而言，有人提出了是否有可能将这一制度延伸至非国际武装冲突的问题。

2904 四公约的准备工作表明，关于违反共同第3条的个人刑事责任问题的讨论只是浅尝辄止。[201]少数几个国家希望共同第3条包含各国将违反该条之行为视为战争罪这种可能性，[202]但大多数国家明确拒绝这一提议。当时的多数意见认为，除第3条外，日内瓦四公约的规定，包括严重破约行为制度，均不适用于非国际性武装冲突。[203]对1949年关于严重破约行为条款的辩论的研究表明，当时人们甚至从未设想过将此类条款适用于非国际性武装冲突。[204]同样，1974年至1977年谈判期间，也从未讨论或承认过违反《第二附加议定书》的国际刑事责任问题。[205]

2905 尽管在1949年并未设想将严重破约行为制度延伸至非国际性武装冲突，但一些作者和司法判决已经提出此种主张。[206]然而，鉴于相对缺少支持这种延伸的国家实践和法律确信，[207]很难得出其已出现在习惯国际法中的结论。绝大多数国内实施性立法都没有将严重破约行为制度延伸至非国际性武装冲突。[208]在《国际刑事法院规约》谈判期间，各国在细致拟定战争罪清单时，仍然维持了国际性和非

201 见关于共同第3条的评注，第871段。

202 这是意大利代表所表达的观点；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第49页。

203 见特别委员会报告员所表达的观点："特别委员会表达了一个确切的观点，即四公约原则上并不倾向于适用于内战，只有明确提及的某些规定才适用于此类冲突。" *Ibid*. pp. 36–37.

204 见如联合委员会特别委员会起草的第四份报告，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第114–118页，该报告明确指出严重破约行为制度仅适用于国际冲突中最严重的违反行为。

205 见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VIII卷，第376页，以及La Haye, p. 133。

206 See ICTY, *Tadić* Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Separate Opinion of Judge Abi-Saab, 1995, as well as the judgment of the Trial Chamber in *Delalić*, 该审判分庭确认：

> 不过，阿比-萨布（Abi-Saab）法官在其单独意见中认为"有强有力的理由支持适用第2条，即使当被控行为是发生在国内冲突中也是如此"。上诉分庭多数法官确实承认，习惯国际法的"严重破约行为制度"的范围可能正在朝着这个方向发生变化。本审判分庭也认为，应当承认存在这种可能性，即习惯国际法自1949年以来已经在日内瓦四公约之规定的基础上有所发展，将"严重破约行为"制度延伸适用于国内武装冲突。

Delalić Trial Judgment, 1998, para. 202. See also the Dissenting Opinion of Judge Rodrigues in *Aleksovski* Trial Judgment, 1999.

207 作为例外，见美国在1995年 *Tadić* 诉讼中的《法庭之友》（*amicus curiae*）简报中所持立场，声称1993年《前南问题国际刑庭规约》第2条所规定的严重破约行为在国际性和非国际性武装冲突中均有可能实施（cited in ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 1995, para. 35）。关于最近对此立场的重申，见美国《战争法手册》（2015年），第18.9.3.2.段。关于这一问题的研究，见Moir; Boelaert-Suominen; and La Haye, pp. 253–256。

208 关于这一问题的国内实施性立法的研究，见 La Haye, pp. 227–235。

国际性武装冲突的两分法。换言之，规定国家有义务或起诉或引渡被告人的严重破约行为制度，并未延伸至在非国际性武装冲突中犯下的战争罪。实践中，严重破约行为制度不适用于在非国际性武装冲突中犯下的战争罪行这一点，不应过分妨碍在这类冲突中强制执行个人刑事责任，因为越来越多的国家现已制定了对这类战争犯罪行使普遍管辖权的手段。[209]许多国内法，特别是《国际刑事法院规约》通过以来制定的法律，证明习惯国际法中存在将普遍管辖权延伸至非国际性武装冲突中的严重违反国际人道法行为的权利。[210]

主要参考文献

Abi-Saab, George, 'The Concept of War Crimes', in Sienho Yee and Wang Tieya (eds), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001, pp. 99–118.

Bassiouni, M. Cherif, 'Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice', *Virginia Journal of International Law,* Vol. 42, No. 1, Fall 2001, pp. 81–162.

Bassiouni, M. Cherif and Wise, Edward M., *Aut Dedere, Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

Bedi, Satya Deva, *Extradition: A Treatise on the Laws Relevant to the Fugitive Offenders Within and With the Commonwealth Countries*, William S. Hein & Company, Getzville, New York, 2001.

Best, Geoffrey, *War and Law Since 1945*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Blazeby, Leonard, 'Implementation of International Humanitarian Law within the Commonwealth', *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 34, No. 4, 2008, pp. 797–806.

Boelaert-Suominen, Sonja, 'Grave Breaches, Universal Jurisdiction and Internal Armed Conflicts: Is Customary Law Moving Towards a Uniform Enforcement Mechanism for all Armed Conflicts?', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 5, No. 1, June 2000, pp. 63–103.

Bothe, Michael, 'The role of national law in the implementation of international humanitarian law', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 301–312.

209 见关于共同第3条的评注，第877～880段。

210 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则157的评注，第569~573页。对于这一规则习惯法性质的相反观点，见John B. Bellinger III and William J. Haynes II, "A US government response to the International Committee of the Red Cross study *Customary International Humanitarian Law*", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 443–471, and United States, *Law of War Manual*, 2015, para. 18.21.1; but see Jean-Marie Henckaerts, "*Customary International Humanitarian Law*: a response to US Comments", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 473–488。对于是否存在可将普遍管辖权延伸至非国际性武装冲突中所犯战争罪的习惯法权利，相关讨论见La Haye, pp. 216–273。

Brems, Eva, 'Universal Criminal Jurisdiction for Grave Breaches of International Humanitarian Law: The Belgian Legislation', *Singapore Journal of International and Comparative Law*, Vol. 6, No. 2, 2002, pp. 909–952.

Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 181–192 and 199–205.

Cohen, Amichai and Shany, Yuval, 'Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflicts', *Yearbook of International Humanitarian Law 2011*, Vol. 14, 2012, pp. 37–84.

Cryer, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, pp. 9–48.

Danner, Allison M. and Martinez, Jenny S., 'Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law', *California Law Review*, Vol. 93, No. 1, 2005, pp. 75–169.

Darcy, Shane and Powderly, Joseph (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, 2010.

de La Pradelle, Paul, *La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951.

Dörmann, Knut and Geiss, Robin, 'The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 703–721.

Draper, Gerald I.A.D., 'The Modern Pattern of War Criminality', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 6, 1976, pp. 9–48.

Ferdinandusse, Ward, 'The Prosecution of Grave Breaches in National Courts', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 723–741.

Fleck, Dieter, 'Shortcomings of the Grave Breaches Regime', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 833–854.

Gaeta, Paola, 'Grave Breaches of the Geneva Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 615–646.

Godinho, Jorge A.F., 'The Surrender Agreements between the US and the ICTY and ICTR: A Critical View', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 2, August 2003, pp. 502–516.

Graven, Jean, 'La répression pénale des infractions aux Conventions de Genève', *Revue internationale de criminologie et de police technique*, Vol. 10, 1956, pp. 241–263.

Green, Leslie C., 'The Law of Armed Conflict and the Enforcement of International Criminal Law', *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 22, 1984, pp. 3–25.

– *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester University Press, 1996. (1996a)

– 'Enforcement of the Law in International and Non-International Conflicts – The Way Ahead', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 24, 1996, pp. 285–320. (1996b)

Greppi, Edoardo, 'The evolution of individual criminal responsibility under international law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 835, September 1999, pp. 531–553.

Heller, Kevin Jon, The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law, Oxford University Press, 2011, pp. 203–230.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

Henzelin, Marc, *Le principe de l'universalité en droit pénal international : Droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruylant, Geneva, 2000.

ICRC, National Implementation of IHL database, https://www.icrc.org/ihl-nat.

– Advisory Service on International Humanitarian Law, *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems)*, Report on the Meeting of Experts, Geneva, 23–25 September 1997, ICRC, Geneva, September 2000.

– Advisory Service on International Humanitarian Law, *The Domestic Implementation of International Humanitarian law: A Manual*, ICRC, Geneva, 1st edition 2011, updated edition 2015.

– Advisory Service on International Humanitarian Law, *Preventing and repressing international crimes: Towards an 'integrated' approach based on domestic practice*, Report of the Third Universal Meeting of National Committees for the Implementation of International Humanitarian Law, prepared by Anne-Marie La Rosa, Vols I–II, ICRC, Geneva, February 2014.

Keen, Maurice H., *The Laws of War in the Late Middle Ages*, Routledge & Kegan Paul, London, 1965.

Kreß, Claus, 'Reflections on the *Judicare* Limb of the Grave Breaches Regime', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 789–809.

Lafontaine, Fannie, 'Universal Jurisdiction – the Realistic Utopia', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 5, December 2012, pp. 1277–1302.

La Haye, Eve, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2008.

La Rosa, Anne-Marie, 'Sanctions as a means of obtaining greater respect for humanitarian law: a review of their effectiveness', *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 870, June 2008, pp. 221–247.

La Rosa, Anne-Marie, and Chavez Tafur, Gabriel, 'Where do we stand on universal jurisdiction? Proposed points for further reflection and debate', *Politorbis – Revue de politique étrangère*, No. 54, No. 2, 2012, pp. 31–40.

Lauterpacht, Hersch, 'The Law of Nations and the Punishment of War Crimes', *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944, pp. 58–95.

Levie, Howard S., 'War Crimes', in Michael N. Schmitt (ed.), *The Law of Military Operations: Liber Amicorum Professor Jack Grunawalt*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 72, 1998, pp. 95–112.

Lewis, Mark, *The Birth of the New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment*, 1919–1950, Oxford University Press, 2014.

Maison, Raffaëlle, 'Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes', *European Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, 1995, pp. 260–273.

Maogoto, Jackson N., *War crimes and Realpolitik: International Justice from World War I to the 21st Century*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, Colorado, March 2004, pp. 37–64.

McCormack, Timothy L.H., 'From Sun Tzu to the Sixth Committee: the Evolution of an International Criminal Law Regime', in Timothy L.H. McCormack and Gerry J. Simpson (eds), *The Law of War Crimes: International and National Approaches*, Kluwer Law International, 1997, pp. 31–64. (1997a)

– 'Selective Reaction to Atrocity: War Crimes and the Development of International Criminal Law', *Albany Law Review*, Vol. 60, No. 3, Spring 1997, pp. 681–731. (1997b)

Medlong, Jesse, 'All Others Breaches: State Practice and the Geneva Conventions' Nebulous Class of Less Discussed Prohibitions', *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, No. 4, 2013, pp. 829–856.

Meron, Theodor, 'Crimes and Accountability in Shakespeare', *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 1, January 1998, pp. 1–40.

– 'Reflections on the Prosecutions of War Crimes by International Tribunals', *American Journal of International Law*, Vol. 100, No. 3, July 2006, pp. 551–579.

Mettraux, Guénaël, 'US Courts-Martial and the Armed Conflict in the Philippines (1899–1902): Their Contribution to National Case Law on War Crimes', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, No. 1, April 2003, pp. 135–150.

– *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, 2005.

– *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, 2009.

Moir, Lindsay, 'Grave Breaches and Internal Armed Conflicts', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 763–787.

Nebout, Guy, *Le problème des sanctions à appliquer en cas d'infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Pierre Moulin, Lyon, 1954.

O'Keefe, Roger, 'The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 811–831.

Rabinovitch, Ryan, 'Universal Jurisdiction in Absentia', *Fordham International Law Journal*, Vol. 28, No. 2, 2004, pp. 500–530.

Roberts, Ken, 'The Contribution of the ICTY to the Grave Breaches Regime', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 743–761.

Sandoz, Yves, 'Penal Aspects of International Humanitarian Law', in M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, Vol. 1, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 1986, pp. 209–232.

– 'The History of the Grave Breaches Regime', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 657–682.

Sassòli, Marco, 'L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international', *Revue générale de droit international public*, Vol. 106, No. 4, 2002, pp. 791–817.

Segall, Anna, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States – Drawing on the proceedings of a meeting of experts (Geneva, 11–13 November 1998)*, ICRC, Geneva, 2001.

Sluiter, Göran (ed.), 'Symposium', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 1, March 2007, pp. 67–226.

联合国毒品和犯罪问题办公室，《司法协助与引渡手册》，联合国，纽约，2012 年。

联合国秘书长，《普遍管辖权原则的范围和适用》，联合国 A/66/93 号文件，2011 年 6 月 20 日。

UN War Crimes Commission, *The History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, His Majesty's Stationery Office, London, 1948.

van Elst, Richard, 'Implementing Universal Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions', *Leiden Journal of International Law*, Vol. 13, No. 4, December 2000, pp. 815–854.

van Steenberghe, Raphaël, 'The Obligation to Extradite or Prosecute: Clarifying its Nature', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, No. 5, 2011, pp. 1089–1116.

Wagner, Natalie, 'The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia', *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, June 2003, pp. 351–383.

Wells, Donald A., *War Crimes and Laws of War*, 2nd edition, University Press of America, 1991.

第五十条
严重破约行为

公约条文

上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑或不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要，而以非法与暴乱之方式，对财产之大规模的破坏与征收。

保留或声明

无

目 录

一、引言 894
二、历史背景 896
三、对严重破约行为之范围的一般说明 898
（一）严重破约行为是在国际性武装冲突的背景下实施的 898
（二）严重破约行为是针对受保护之人或财产实施的 900
（三）可能实施严重破约行为之人 900
（四）对严重破约行为心理要件的一般评论 901
1. 适用于犯罪实质要件的心理要件 902
2. 适用于武装冲突的存在和性质的心理要件 904
3. 适用于人员或财产之受保护地位的心理要件 906
四、严重破约行为清单 907
（一）故意杀害 907
1. 实质要件 907
2. 心理要件 909
（二）酷刑 910
1. 实质要件 910
2. 心理要件 913
（三）不人道待遇 914

1. 定义 914
2. 实质要件 915
3. 心理要件 916
（四）生物学实验 917
1. 定义 917
2. 实质要件 918
3. 心理要件 919
（五）故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害 919
1. 实质要件 920
2. 心理要件 921
（六）非军事必要而以非法与暴乱方式对财产进行大规模的破坏与征收 922
1. 受保护财产 922
2. 实质要件 922
3. 心理要件 924
主要参考文献 924

一、引言

2906 第50条与第49条密切相关。本条对性质最为严重的违犯进行了穷尽性的列举。各国对此等违犯负有处以有效刑事制裁之责任，对被控涉嫌对受本公约保护之人员或财产犯有其中某项严重破约行为之人，不论其国籍，各国均有义务或起诉或引渡。[1]第50条是四个《日内瓦公约》的共同条款。第二公约使用了完全相同的措辞，第三和第四公约则包含有新增的严重破约行为。[2]

2907 此前对第49条的评注已述及，严重破坏日内瓦四公约的行为现已构成国际法上复杂的一系列罪行的一部分，包括通常被称为战争罪的严重违反国际人道法的行为，以及严重侵犯人权的行为，例如危害人类罪和灭绝种族罪。严重破约行为属于更广泛的严重违反国际人道法行为的一部分，无论是发生在国际性还是非国际性武装冲突中，各国都应予以制止。[3]不过，严重破约行为仍“不可与其他类别

1 关于此类义务的详细说明，见关于第49条的评注。
2 见《日内瓦第二公约》第51条；《日内瓦第三公约》第130条；及《日内瓦第四公约》第147条。
3 见《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》（2005年）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。它们还必须调查其具有管辖权的其他战争罪，并于适当时对犯罪嫌疑人进行追诉。”

的战争罪混为一谈”，[4]因为四个《日内瓦公约》及《第一附加议定书》中所列举的严重破约行为限于国际性武装冲突的情况。[5]

2908 缔约国基本上遵守了第49条第1款规定的义务，为实施本公约制定了立法。但各国往往并未坚持履行对实施第50条所列严重破约行为之人或起诉或引渡的义务。[6]

2909 据报道，最早几例国内起诉严重破约行为的案例是在20世纪90年代。前南斯拉夫解体后，德国、丹麦和瑞士法院对主要犯有《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》规定的严重破约行为的个人提起诉讼。[7]发生严重破约行为的一些国家，如波黑、[8]柬埔寨、[9]克罗地亚[10]以及伊拉克，[11]还对相应罪行进行了国内起诉。

2910 冷战结束后设立的负责起诉被控犯有战争罪（包括严重破约行为）之人的国际法院和法庭，特别是1998年设立的国际刑事法院，都促进了严重破约制度的执行。[12]1949年四个《日内瓦公约》中所列的严重破约行为已纳入前南刑庭、国际刑事法院、东帝汶严重犯罪特别小组、伊拉克最高刑事法庭、柬埔寨法院特别法庭、塞内加尔法院内的非洲特别法庭的规约之中。[13]这些国际刑事法庭已对构成严重破约行为的一系列行为进行了起诉，在解释这些罪行方面创立了一套宝贵的判例法。[14]前南刑庭给严重破约制度注入了生命，使该制度从一般性适用要求到具体

4 Yves Sandoz, ‘The History of the Grave Breaches Regime’, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 657–682, at 679.

5 关于在非国际性武装冲突中实施的严重违反国际人道法行为是否构成严重破约行为的讨论，见关于第49条的评注第七部分。

6 1993年，红十字国际委员会在联合国大会第六委员会发言时表示，令人遗憾的是，各国并未全面落实普遍刑事管辖权机制，因而未能有效取缔战争罪。

7 案例实例，见Denmark, *Sarić case*; Germany, *Sokolović case*; and Switzerland, *Grabež case*. 关于这一点，尤其，见James G. Stewart, ‘Introduction’, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 653–654, at 654, and La Haye, 2008, pp. 243–253。

8 见波黑法院人权分庭的工作，http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e。

9 见柬埔寨法院特别法庭的工作，http://www.eccc.gov.kh/en。

10 关于克罗地亚国内起诉实例，见红十字国际委员会关于国际人道法国内实施的数据库，https://www.icrc.org/ihl-nat。

11 关于伊拉克最高刑事法庭工作的概述，见Michael A. Newton, ‘The Iraqi High Court: controversy and contributions’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 862, June 2006, pp. 399–425。

12 国际人权机构的工作也与此有关，并在下文关于某些严重破约行为的评注中提及。但要详尽述及所有相关的人权决定或判决是不可能的。

13 See ICTY Statute (1993), Article 2;《国际刑事法院规约》（1998年）第8条第2款第2项；UNTAET Regulation No. 2000/15, Section 6.1(a); Cambodia, *Law on the Establishment of the ECCC*, 2001, as amended, Article 6; Iraq, *Law Establishing the Supreme Iraqi Criminal Tribunal*, 2005, Article 13(a); and Statute of the Extraordinary African Chambers within the Courts of Senegal (2013), Article 7.1.

14 关于这一问题，尤其见Roberts, pp. 743–761; Natalie Wagner, ‘The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 850, June 2003, pp. 351–383; Shane Darcy and Joseph Powderly (eds), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, 2010。但有这样一种趋势，特别是对前南刑庭的检察官而言，他们更倾向于以战争罪而非严重破约行为的罪名起诉被控行为人，因为这样一来就无需预先证明国际性武装冲突的存在以及相关人员或财产的受保护地位。

的基本罪行等许多不同方面都更为清晰。[15]

2911 很长一段时间，起诉严重破约行为以及其他国际罪行的必要性被忽视，如今又重新变得重要起来。[16]

二、历史背景

2912 早期编纂战争法和惯例的国际文书并未就被控行为人的个人刑事责任作出详细规定，也未列出战争罪清单。[17]1906年《日内瓦公约》是第一个规定对违反该公约之行为（如：滥用标志、抢劫、虐待武装部队伤者病者）加以取缔的国际条约。[18]1907年《海牙章程》只规定了在发生违反公约的行为时，各国有责任对此作出补偿。[19]

2913 1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》取得了显著进展，在取缔滥用行为方面增加了更为全面的章节，并首次就公约的执行作出了详细规定。公约要求各缔约国政府“如其本国刑法尚未完备，应……建议其本国立法机关采取必要的措施，以便取缔战时一切违反本公约规定的行为”（后加着重号以示强调），[20]包括滥用标志。[21]第30条规定了对被控违反该公约行为的调查程序。[22]

2914 1947年政府专家会议将1929年公约第28、29、30条作为起草取缔滥用行为之章节的出发点。会议还新增了一项条款草案，要求将“任何故意违反本公约并导

15 See Roberts, p. 744：

> 特别是，在确认严重破约行为必须发生在国际性武装冲突期间这一要求时，法庭考察了冲突构成国际性武装冲突的条件，概要阐述了这一国际性武装冲突与严重破约行为之间的必要联系，并对“受保护之人”作了新的定义，以确保严重破约制度在现代战争中仍有意义。

16 特别见英国主导的终止武装冲突中性暴力的动议。2013年4月11日在伦敦通过的《防止冲突中的性暴力宣言》第4段称：

> 各部长忆及武装冲突中的强奸及其他形式的严重性暴力是战争罪行，并构成严重破坏四个《日内瓦公约》及其《第一议定书》的行为。各国有义务搜捕和起诉（或移交审判）任何被控实施或下令实施严重破约行为的个人，无论其国籍为何。

See also Theo Rycroft, ‘Criminalization and Prosecution of Sexual Violence in Armed Conflict at the Domestic Level: Grave Breaches and Universal Jurisdiction’, in *Vulnerabilities in Armed Conflicts: Selected Issues*, Proceedings of the 14th Bruges Colloquium, 17–18 October 2013, College of Europe/ICRC, Collegium No. 44, Autumn 2014, pp. 73–82.

17 详见关于第49条的评注第二部分第（一）节。

18 见《日内瓦公约》（1906年）第27条和第28条。另见《海牙第十公约》（1907年）第21条。

19 见《海牙章程》（1907年）第3条，该条对国家责任作了一般性规定。《第一附加议定书》第91条规定了类似义务。

20 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第29条第1款。根据第29条第2款，缔约国必须在批准该公约之日起5年内将关于此项取缔的所有规定通知瑞士联邦政务委员会。罕有缔约国实际履行该义务。

21 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第28条。关于标志的滥用，详见关于第53条的评注。

22 关于调查程序，详见关于第52条的评注。

致受其规定保护之人死亡、受到严重虐待，或医院建筑物和设备受到严重损害的行为”“视为战争罪”，并要求“责任人受到适当的处罚”。[23]

2915 1948年在斯德哥尔摩举行的红十字与红新月国际大会通过了两个关于刑事制裁的条款草案，但都不包含应受处罚之罪行的清单。[24]红十字国际委员会应1949年外交会议要求，就该问题提交进一步提案，建议制定一个开放式的严重破约行为清单，“尤其是”包括“导致死亡、造成重大痛苦、或严重伤害身体或健康的行为；构成严重剥夺个人自由，或贬低人格尊严，或涉及对财产大规模破坏的行为；还有其性质或持续性表明行为人故意无视本公约的违法行为”。[25]

2916 准备工作的相关记录中并未太多体现最终形成详细的严重破约行为清单的讨论内容。在相关记录当中，值得一提的除了严重破约行为清单乃是基于1945年审判德国的《国际军事法庭宪章》第6条第2款中的战争罪清单而列之外，只有寥寥几点。向联合委员会提交的刑事制裁报告指出，“对严重破约行为进行审慎界定，是为了将那些可能存在不同轻重程度、而在情节轻微时则不构成严重违反的行为排除在外。”[26]各国认为，有必要对此类严重违反的行为的具体内涵进行界定，以确保在取缔之时能做到一视同仁。[27]此外，严重破约行为清单还意在对潜在的违犯者起到威慑作用，以及引起公众对此类罪行的关注，此类罪行的违犯者在各国境内都将受到搜捕。[28]虽未有其他规则限制各国通过其国内法纳入其他严重违反国际人道法的行为以对战争罪进行扩充，[29]但各缔约国的嗣后实践表明，这一清单是对严重破坏日内瓦四公约的行为所作的穷尽性列举。[30]

2917 1949年外交会议期间，有几项提案未被采纳。首先是苏联提出两项修正案，建议采用“战争罪”或“严重违反公约行为”的用语来代替“严重破约行为”，会议对此进行了长时间的讨论。[31]大多数代表团表示反对，因为“‘罪’字在不同

23 见《1947年政府专家会议报告》，第63～64页（第33条）。

24 见《1948年斯德哥尔摩会议通过的公约草案》，草案第40条，第25页，写道：

> 缔约国有义务逮捕被控实施了违反本公约行为之人，无论其国籍为何。缔约国还应依照其国内立法或依照取缔可定义为战争罪之行为的公约，将此类人员交由本国法院审判，或如其愿意，将此类人员移交另一缔约国审判。

25 See *ICRC Remarks and Proposals on the 1948 Stockholm Draft*, draft article 119(a), entitled ‘Grave violations’.

26 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B 卷，第115页。

27 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 370.

28 Ibid. p. 371.

29 直到21世纪初，大多数缔约国履行《日内瓦第一公约》第49条和第50条义务的方式还是针对四个《日内瓦公约》中所列的严重破约行为规定刑事制裁。而国际刑事法院缔约国自1998年以来通常在严重破约行为清单之外，通过其国内立法对战争罪进行了扩充。

30 详见关于第49条的评注，特别是第2821段和第2857～2858段。另外，学界通常认为严重破约行为的清单是穷尽性的；见：Gross, p. 820, and Gerald I.A.D. Draper, ‘The Modern Pattern of War Criminality’, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 6, 1976, p. 28.

31 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第116～117页。

国家的国内法中有不同含义，而且只有刑法上应受处罚的行为才构成‘罪’”。[32]其次，意大利代表团建议，在严重破约行为清单中增加集体处罚的内容。该提案被否决的理由是，据此施加的集体处罚可能存在不同轻重程度，而“不应将可能存在不同轻重程度、而在情节较轻时不构成严重破约行为的行为列入清单”。[33]

2918 严重破约行为清单是习惯国际法的一部分，特别是鉴于四个《日内瓦公约》已获得普遍批准，而且已有广泛国家实践反映出严重破约行为的定义。[34]

三、对严重破约行为之范围的一般说明

2919 在第50条通过时，各国并未过多关注严重破约行为的构成要件，因而这一问题就留由国内立法者和检察官进行解释。[35]与此同时，国内判例法及国际刑事法院和法庭的判决也对此提供了有力参鉴。上述判例为各国在其国内法律体系内适用第50条以及起诉被控犯罪人方面，可作为设定标准的实用指南。

（一）严重破约行为是在国际性武装冲突的背景下实施的

2920 构成严重破坏日内瓦公约的行为必须是在国际性武装冲突的背景下实施。[36]仅是在实施犯罪的时点存在国际性武装冲突并不充分；犯罪行为和国际性武装冲突之间还必须有充分的关系或关联。判断被控行为人的行为是否与武装冲突充分关联的方式为事后判定，但判定估必须以客观的方式作出。[37]

2921 罪行与国际性武装冲突之间存在关联，是区分严重破约行为和普通罪行的关键。例如，在一国境内发生国际性武装冲突期间，纯粹出于个人原因而实施的谋杀行为就不能被认定为是在该冲突的背景下实施的，也不能被认为与该冲突有关，因此该行为不构成严重破约行为之故意杀害。[38]

2922 如有证据表明犯罪行为与武装冲突整体密切相关，就可以认定存在这种关联。这种关联并不一定表示被告的行为要和武装冲突在地域或时间上严格一致。[39]

32 同上注，第116页。《第一附加议定书》第85条第5款进一步明确“严重破坏行为应视为战争罪”。
33 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B 卷，第118页。
34 See Henckaerts, p. 690.
35 见关于第49条的评注，第2835～2837段。
36 关于严重破约制度是否已扩展至非国际性武装冲突的讨论，见关于第49条的评注第七部分。关于国际性武装冲突定义的讨论，见关于共同第2条的评注。
37 关于被告的行为与武装冲突之关联这一概念的研究，见Mettraux, pp. 38–51。
38 See *ibid*. pp.38-39.
39 See *ibid*. p.40.

例如，行为人的行为不一定要发生在战斗当中或占领城镇的过程之中。[40]即使在被控实施犯罪的时间和地点，该地区并未发生实质性冲突，也可证明行为人的行为与武装冲突密切相关。[41]行为人的行为只需与发生在冲突各方控制下其他部分领土上的敌对行为密切相关，就足以作为证明。[42]

2923 前南刑庭上诉庭认为，如果严重破约行为是“为推动武装冲突或以武装冲突为借口”而实施的，就已符合关联的要求。法庭还认为：

> 武装冲突与实施犯罪之间不需要有因果关系，但武装冲突的存在至少要在行为人实施该行为的能力、实施该行为的决定，以及实施该行为的方式或目的方面起到重要作用。[43]

2924 为确定被告的行为与武装冲突密切相关，国际法院和法庭考虑了各种因素，如：

- 行为人是战斗员；
- 受害者是受四部《日内瓦公约》或《第一附加议定书》保护之人；
- 受害者是敌对方武装部队成员；
- 实施犯罪时的情况；
- 该行为可以说是为军事行动的最终目标服务的；
- 犯罪是在冲突方的协助或纵容下实施的；
- 犯罪是作为行为人公务的一部分或在其执行公务的情况下实施的。[44]

2925 不能因为某一行为发生在国际性武装冲突期间，就推定该行为一定构成严重破约行为。国际法院和法庭对上述因素进行考量，就是为了毫无疑义地确定行为人的行为与武装冲突密切相关。国际刑事法院预备委员会采纳的严重破约行为犯罪要件中包含一项背景要件，规定“行为在国际性武装冲突的背景下发生并且与该冲突有关”（后加着重号以示强调）。[45]起草者将这两种表述叠加使用，“在……的背景

40 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 193. 在布尔贾宁（*Brđanin*）案中，前南刑庭上诉庭认定“审判庭清楚地确认存在国际性武装冲突，并得出合理结论：在泰斯利奇（Teslić）搜查武器的过程中犯下的强奸行为，是在武装冲突情况下实施的，并非布尔贾宁所主张的‘个人国内犯罪’”；*Brđanin* Appeal Judgment, 2007, para. 256. See also ICTY, *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 109.

41 见ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 194, 审判庭认为，“不需要有任何实际的武装敌对行动”，以及*Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 573。

42 See ICTY, *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 573; *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 568; *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 109; and *Stakić* Appeal Judgment, 2006, para. 342.

43 ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 58. 在该案中，上诉庭实际上审理的是1993年《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第3条所规定的战争罪，而非严重破坏四个《日内瓦公约》的行为。但前刑庭在其规约第3条（战争罪）和第2条（严重破约行为）中对“关联”一词采用了同样的定义。

44 See Mettraux, p. 46, 提到了一系列案例，including ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, paras 58–59, and ICTR, *Rutaganda* Appeal Judgment, 2003, para. 577。关于关联要求在国内法院的适用，见荷兰的姆帕姆巴拉（*Mpambara*）案，在该案中海牙地区法院和上诉法院都对武装冲突与被告行为之间是否存在关联进行了详细讨论。

45 见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条（战争罪）。关于这些标准的适用，见ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 1176, and *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 142–144 and 664–666。

下”指的是在行为发生的国家或地区存在武装冲突，“与……有关”指的是武装冲突和行为人的行为之间存在必要关联。[46]“与……有关”的措辞还表明，发生在实际战事停止之后但仍与该冲突有关的行为也可构成严重破约行为。[47]

（二）严重破约行为是针对受保护之人或财产实施的

2926 属于严重破约行为的范畴而被禁止的行为，必须是针对受相关日内瓦公约保护之人或财产实施的。[48]

2927 根据《日内瓦第一公约》的规定，受保护之人列于第13条（伤者和病者）、第15条（死者）、第24条（军队医务和宗教人员）、第25条（辅助医务人员）、第26条（救济团体之人员）、第27条（中立国团体之医务人员）。[49]但此类人员如实施害敌行为则丧失所受保护，至少在其实施此类行为期间如此。[50]

2928 日内瓦四公约并未就受保护财产这一概念本身作出界定，但规定了不得攻击、破坏或征收的物体清单，所列物体因此属于受公约保护的财产。《日内瓦第一公约》中此类财产规定在第19、33、34条（固定医疗所和流动医疗队）、第20条（医院船）、第35条和第36条（医疗运输工具，包括医务飞机）中。但此类财产如被用于实施害敌行为，[51]则该财产在用于此目的期间丧失所受保护。

（三）可能实施严重破约行为之人

2929 实施严重破坏日内瓦四公约的行为之人并非一定是武装部队成员。武装部队成员和平民都可能在国际性武装冲突的情况下实施严重破约行为。

2930 除武装部队成员外，其他各类人员，包括平民领导人及其下属主管，[52]也曾被认定犯有严重破约行为或其他战争罪。这些人员包括：政府成员（包括国家

46 关于这些商议的更多详细讨论，见Dörmann, pp. 17–28; La Haye, 2004, pp. 310–311; and Kreß, pp. 125–127。

47 只要适用国际人道法，情况就会如此，例如：平民被拘禁者或战俘在实际战事停止后可能仍被关押，并可能遭受酷刑。对于行为人，仍可以严重破约行为之酷刑予以起诉，因其行为仍可认为与武装冲突有关。

48 对该文书缔约国而言，《第一附加议定书》，特别是第8条、第11条和第85条，扩展了可成为议定书中严重破约行为对象的受保护之人的范围。

49 见关于第13、15、24、25、26、27条的评注。

50 关于“害敌行为”的概念以及在何种条件下可重获保护的讨论，详见关于第24条的评注第六部分。

51 关于这一概念的解释，见关于第21条的评注第三部分第（一）节，以及关于第22条的评注全文。

52 普通平民也曾被认定犯有战争罪，如：英国，埃森军事法院，埃森私刑（*Essen Lynching*）案判决，1945年，该案中平民被判杀害或参与杀害3名英国战俘。

元首[53]）、政党官员和行政官员、[54]实业家和商人、[55]法官和检察官、[56]医生和护士、[57]以及具有平民地位的集中营囚犯。[58]

（四）对严重破约行为心理要件的一般评论

2931 所有现代刑法制度均规定，被控行为人必须符合两个要件才需承担刑事责任：（1）行为人的行为必须造成了刑法禁止的某种事件或事态〔称为实质要件，或犯罪行为（*actus reus*）〕；（2）行为人对于造成该事件或事态必须具有明确的心理态度〔称为心理要件，或犯罪意图（*mens rea*）〕。[59]

2932 对于大多数严重破约行为，日内瓦四公约并未规定其必须具备何种程度的犯罪意图。[60]除在第50条中作出明确规定的行为外，四公约仅是要求各国在国内起诉严重破约行为，而其必须满足的心理要件则由缔约国自行决定。由于这些严重破约行为已纳入国内法，各法律体系所适用的标准心理要件将在严重破约行为在国内起诉时适用。国内法院根据所属法律制度对故意、过错或过失等概念作出自己的解释。[61]

53 例如，见2012年塞拉利昂问题特别法庭对查尔斯·泰勒（Charles Taylor）可能在非国际性武装冲突期间实施的行为的诉讼，以及远东国际军事法庭对日本政府成员的诉讼，as reported in B.V.A. Röling and C.F. Rüter (eds), *The Tokyo Judgement*, Vol. I, APA University Press, Amsterdam, 1977, pp. 29–31.

54 例如，见斯特拉斯堡法国常设军事法庭于1946年审理的瓦格纳（*Wagner*）案，该案的主要被告是阿尔萨斯平民政府领导人，其他被告则是纳粹党高级行政官员和司法人员；另见前南刑法庭审理的博什科斯基和塔尔库洛夫斯基（*Boškoski and Tarčulovski*）案，博什科斯基在案发时是前南斯拉夫马其顿共和国的内政部长，或舍舍利（*Šešelj*）案，该案的被告是塞尔维亚激进党主席。

55 特别见设在汉堡的英国军事法院于1946年审理的齐克隆B（*Zyklon B*）案，在该案中两名德国实业家因曾为集中营供应齐克隆B毒气而被判处死刑。其他审判实业家的案例包括设在纽伦堡的美国军事法庭于1947年审理的弗利克（*Flick*）案、1947-48年审理的I.G.法本（*I.G. Farben*）案和1948年审理的克虏伯（*Krupp*）案。

56 例如，见设在纽伦堡的美国军事法庭于1947年审理的阿尔特施特特（*Altstötter*）案，阿尔特施特特和其他被告曾是德意志帝国司法部的法官、检察官或官员，还有设在斯特拉斯堡的法国常设军事法庭于1946年审理的瓦格纳案，被告胡伯（Huber）被认定为谋杀14人的共犯，他在无正当理由的情况下将这些人判处死刑。See also Dörmann, p. 37.

57 See, in particular, United States, Military Commission in Wiesbaden, *Hadamar Trial*, 1945.

58 See, in particular, United Kingdom, Military Court at Lüneburg, *Kramer case*, Judgment, 1945.

59 见《红十字国际委员会就普通法系与大陆法系中的心理要件和就国内法与国际法中的事实错误与法律错误概念编写的文件》，国际刑事法院预备委员会，犯罪要件工作组，联合国PCNICC/1999/WGEC/INF/2/Add.4号文件，1999年12月15日，第3页。

60 第50条明确规定了一些严重破约行为的犯罪意图，如："故意"杀害、"故意"造成重大痛苦、或以"暴乱之方式"造成大规模的破坏。

61 See Cassese, pp. 39–40.

2933 从第50条的措辞本身来看，有两个重点值得注意并应通过国内立法加以实施。“故意”*一词表明，至少就杀害罪和使身体及健康造成重大痛苦或严重伤害的罪行而言，无论是蓄意的还是轻率的行为，都将引起行为人的责任。[62]

2934 此外，在国内法院认定被告犯有严重破约行为之前，必须证明被告人具有国际人道法上构成该罪行要件的特定意图。例如，严重破约行为中的酷刑就是一种需要具备特殊意图的罪行。检察官必须证明被控行为人不仅有意使受害者遭受极大痛苦，而且造成这种痛苦是专门为了实现某些目的，例如获取情报或供状、处罚、恐吓或胁迫受害者或第三人，或出于任何理由歧视受害者或第三人。[63]

2935 国际刑法为国内法院和检察官根据《日内瓦第一公约》第49条和第50条起诉严重破坏公约的个人以及决定严重破约行为所适用的心理要件提供了指导。以下关于心理要件的论述意在重点介绍国际法院和法庭迄今为止适用国际刑法的一般状况。但要确定国际刑法上各种形式的心理要件并非易事，下文也会指出各种国际管辖权在解释或方法上的差异。

1. 适用于犯罪实质要件的心理要件

2936 国际刑法上公认，只有行为的实质要件和与加害者心理状态有关的心理要件一致时，加害者才能被定罪。[64]加害者必须具有实施某罪行的相关实质要件的故意，才能被认定为犯有该罪。在国际刑法上，被控加害者通常不会因为过失的情形而被定罪。

2937 国际法院和法庭并未就适用于所有战争罪行或严重破约行为的心理要件形成统一的规则，反而更倾向于针对每个罪行逐一确立其心理要件。[65]在许多案例中，国际法庭认定被控犯罪人须承担责任的情形是，其故意实施了满足严重破约行为相关实质要件的行为。法庭交替使用“蓄意”（“intentionally”）、“故意”（“deliberately”）等措辞，并将其适用于犯罪的实质要件（与描述环境或后果

62 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3474. 该评注的法语版用“dol éventuel”（类似“间接故意”——faute de celui qui prend délibérément le risque de causer un dommage à autrui sans pour autant avoir voulu que le résultat dommageable se produise，即明知自己的行为可能会产生危害而放任这种危害结果发生的心理态度）来表示“轻率的”。见下文对这一概念的定义。

63 Cassese认为，第44页：

> 国际规则可能要求某一类犯罪具备特殊故意（*dolus specialis*）。此类规则除规定故意通过采取某种行为以造成某种后果（如：杀人）外，可能还要求行为人企图实现超出其行为后果的特定目标。

64 See Werle/Jessberger, para. 460.

65 *Ibid*. para. 462. 关于这个问题的研究，见Badar, 2006, pp. 313–348, and Badar, 2013。

* 译者注：此处沿用公约中文原译本“故意”的表述，公约作准文本英文版用词为“wilful”，根据本评注下文的解释，此处所言“故意”的心理状态包含“蓄意”（即“intentional”）和“轻率”（“reckless”，而非疏忽大意的过失“negligent”）两种。公约中采用的“wilful”这一用词，有学者译为“有意的”，可参见：吕翰岳，《国际刑法心理要件简史》，《武大国际法评论》2017年第3期，第54～74页。

的犯罪要件相对）。[66]此外，国际法院和法庭对一般故意和特殊故意作出了区分，明确了对于某些严重破约行为（如：酷刑），必须证明加害者怀有特殊意图或目的才能认定其犯有此罪。另外，国际法庭采用的另一种归责形式源自间接故意的概念，也被称为“轻率”或“或然故意”（*dolus eventualis*）。[67]这一概念是指，“行为人已预见其行为可能会产生该行为被禁止的后果，但仍冒险实施了该行为”的心理状态。[68]法庭认为，在这种归责形式下，对于严重破约行为中的故意杀害的认定，行为人必须具备杀害或致使严重伤害的意图，而全然不顾及他人生命，或存在其行为或不作为可能导致死亡的合理认识。[69]在其他案例中，法庭对间接故意概念的定义略有不同，满足心理要件需达到的标准似乎有所提高，要求行为人能够意识到结果将会发生的实质可能。[70]

2938 1998年《国际刑事法院规约》第30条统一规定了所有国际罪行的心理要件：

> （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。[71]

2939 因此，除另有规定（如：罪名的定义本身或在《国际刑事法院犯罪要件》中另有规定）外，故意和明知适用于《国际刑事法院规约》中每一项罪行的物质要件，无论是就行为人的行为而言，还是就行为的结果而言。[72]第30条的起草历史表明，曾考虑在构成个人刑事责任的基础条件中加入“轻率”的概念，但受到了起草者的否决。[73]大多数评论家都一致认为，很难从第30条对故意或明知的定义里读

66 See, in particular, Badar, 2006, p. 347.

67 *Ibid*. 应当指出，轻率和或然故意（*dolus eventualis*）并不完全重合。在一些大陆法系国家，轻率既包括或然故意，又包括某些重大疏忽的情形。

68 Cassese, pp. 45–46.

69 See Werle/Jessberger, paras 464–465, 关于严重破约行为之故意杀害的更多详细讨论，见第2956～2958段。

70 See e.g. ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 251; *Blaškić* Appeal Judgment, 2004, para. 42; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgment, 2004, para. 30; and *Galić* Appeal Judgment, 2006, para. 152. See also Werle/Jessberger, para. 465, and ICTY, *Prlić* Trial Judgment, 2013, Vol. 5, Separate Opinion of Judge Trechsel: Recklessness, *dolus eventualis*, indirect intent, pp. 107–111.

71 关于第30条的评注，例如，见Werle/Jessberger, paras 467-497。

72 这种情况可能是，例如，相关罪名的定义中包含有犯罪意图的特定标准，如“故意”或“暴乱”等措辞。

73 See Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Working Group on General Principles of Criminal Law and Penalties, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.2/CRP.4, 20 February 1997, as well as UN Doc A/CONF.183/DC/R.76.

出轻率的概念。[74]这一立场因此与国际刑事法庭对心理要件的解释有所不同。国际及国内判例法或国内立法在行为人行为的结果方面往往接受轻率的概念，而第30条相比之下似乎更为严格。[75]国际刑事法院在其作出的第一个判决中确认，轻率及或然故意的概念被有意排除在《国际刑事法院规约》的框架之外，[76]但判决同时也明确了检察官须证明的心理要件的内容：行为人必须有意从事某种行为，或意识到如其从事此类行为，事态的一般发展将产生某种结果。[77]

2940 国内和国际法院通常通过案件事实和所有的间接证据来推断行为人是否故意实施该罪行，或是否意识到其行为将导致某种结果。[78]前南刑庭认为，虽然可能可以从与受保护之人或财产遭受伤害有关的所有情况中推断出必要的故意，但只有其构成从该证据中得出的唯一合理推断时才可作出认定。[79]

2. 适用于武装冲突的存在和性质的心理要件

2941 另一个问题是，对于严重破约行为的其他三个不同要件而言，即武装冲突的存在及性质、冲突和行为人的行为之间的关联、受害者或财产是日内瓦四公约规定的受保护之人或财产，是否也要求具备某种心理要件？

2942 就武装冲突的存在和性质而言，即使其与某些心理要件有所关联，日内瓦四公约也并未提及。武装冲突的存在，以及被告的行为与武装冲突之间的关联是区分普通犯罪与严重破约行为的因素。行为人不需要对武装冲突的性质作出法律评价，也不需要从法律上评估武装冲突是否存在。同样，也无需证明行为人对决定

74 See Donald K. Piragoff and Darryl Robinson, 'Article 30: Mental Element', in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edition, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 1111–1124; Jens David Ohlin, 'Searching for the Hinterman: In Praise of Subjective Theories of Imputation', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, No. 2, 2014, pp. 325–343, at 333; William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 473; and Roger S. Clark, 'Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the *Lubanga Dyilo* Confirmation Proceedings', *Criminal Law Forum*, Vol. 19, No. 3–4, 2008, pp. 519–552.

75 See Werle/Jessberger, para. 476.

76 ICC, *Lubanga* Trial Judgment, 2012, para. 1011.

77 关于这种犯罪意图的说明，例如，见：国际刑事法院，卢班加（*Lubanga*）案审判庭判决，2012年，第1013段，关于征募或利用不满15岁的儿童积极参与敌对行动的罪行：

> 关于心理要件，本庭认为检方必须证明：
>
> （1）被告及至少一名其他行为人有意征募或利用不满15岁的儿童积极参与敌对行动，或者意识到在实施他们的共同计划时，"事态的一般发展会产生"这种结果；
>
> （2）被告意识到他为实施该共同计划作出了重要贡献。

大多数学者都主张如是解释；见Werle/Jessberger, paras 476–479。

78 See Cassese, p. 57.

79 见Mettraux, p. 72, 关于国际刑事法庭适用的一般证据标准，特别提到前南刑庭科尔诺耶拉茨（*Krnojelac*）案审判庭判决，2002年，第67段。

冲突性质（国际性或非国际性）的事实知悉与否。否则，这几乎是在要求行为人对冲突的性质作出法律评价。

2943 但重要的是，行为人应知道部分能够确定武装冲突的存在的事实情况。在大多数情况下，武装冲突明显正在进行且行为人显然知道这一点，因此不需要特别提供证据来证明行为人对此知情。一般认为，检察官若已提供必要证据证明武装冲突的存在以及行为人的行为与之有所关联，则通常无需提供额外证据来证明行为人知悉据以确定存在武装冲突的事实情况。后者通常是证明前者所需证据的“附带结果”。在国际性武装冲突的情况下，一些证明存在武装冲突的事实情况是可以确定的，例如领土上出现了身着外国军服的人员以及外国军队。

2944 不难设想这样的情形：某些行为在武装冲突中可能是违法的，但在其他不构成武装冲突的情势中又是合法的，例如使用某种武器或弹药。在这类情况下，就必须证明行为人意识到武装冲突的存在，才能判定行为人犯有战争罪。

2945 在很长时间里，国际刑事法庭都不要求证明行为人知道冲突的存在和性质，也不要求证明其行为与武装冲突存在关联。二者仅被视为纯粹影响管辖权的要素。2006年，前南刑庭上诉庭在“纳雷蒂里奇和马蒂诺维奇”案（*Naletilić and Martinović*）中推翻了这些论断，认为：

> 116. ……武装冲突的存在和国际性质均为管辖权的先决条件……并且是犯罪的实质要件……
>
> ……
>
> 118. ……检察官必须证明“被告知道他的罪行”与国际性武装冲突有关联，或至少知道法官后来据以认定武装冲突为国际性的事实情况。[80]

2946 值得一提的是，一些国内法院采用与前南刑庭类似的方式来界定严重破约行为或战争罪的共同要件。[81]于是，一些法院进而开始审查其当前审理的案件是否满足这些共同要件，而没有要求证明行为人知道武装冲突的存在、行为与冲突之间的关联，以及受害者的受保护地位。[82]

80 ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, paras 116 and 118. 上诉庭接着写道：“行为人只需知道法官据以最终判定存在武装冲突，且其性质为国际性（或国内）武装冲突的实施情况”（第119段）。See also *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 109.

81 见判例法，the Court of Bosnia and Herzegovina, for example *Andrun case*, Verdict, 2008, p. 14：

从引用的法律定义得出下列针对平民的战争罪需证明的刑事犯罪一般要件：

- 行为人的行为必须违反国际法规则，
- 违法行为必须发生在战争、武装冲突或占领期间，
- 行为人的行为必须与战争、武装冲突或占领有关，
- 行为人必须下令实施或实施了该行为。

82 见上注，第14～18页。

2947 在负责起草《国际刑事法院犯罪要件》的预备委员会讨论类似问题时，各代表团意见不一。[83]根据《国际刑事法院规约》，每项罪行都要具备“被告知道据以确定存在武装冲突的事实情况”这一心理要件。[84]《犯罪要件》第8条（战争罪）相关部分的导言试图阐明这一心理要件。首先，导言明确指出，行为人无需就武装冲突存在与否、或其性质为国际性还是非国际性作出法律评价。其次，不得将这一心理要件理解为要求行为人知道据以确定冲突为国际性或非国际性的事实。[85]再次，行为人没有必要知道判定武装冲突存在与否的所有错综复杂的事实，而仅需知道足以使其意识到存在武装冲突的事实。[86]

3. 适用于人员或财产之受保护地位的心理要件

2948 第50条所列之严重破约行为是针对受《日内瓦第一公约》保护之人或财产实施的。那么被控行为人是否需要知道此人或财产受该公约保护呢？前南刑庭的判例法要求检察官证明受害者是受保护之人，或证明该财产受相关《日内瓦公约》保护。但前南刑庭并不要求证明被控行为人知道受害者或财产的受保护地位。[87]

2949 而根据《国际刑事法院犯罪要件》，被控行为人需本就明知使有关人员享有受保护人员地位的事实情况。[88]行为人没有必要在法律意义上知道人员或财产在四个《日内瓦公约》中的受保护地位，因为这是法律层面的问题；他们只需要知道使有关人员享有此类地位的事实情况。[89]

83 关于该问题与《犯罪要件》有关的历史背景和评注，见Dörmann, pp. 20–22; Dörmann/La Haye/von Hebel, pp. 120–124; and La Haye, 2008, pp. 111–115。

84 为表明行为人只需意识到某些事实情况而非所有事实情况，“事实情况”一词前面的直接冠词（“the”）被删掉了。See Dörmann, p. 21.

85 对该问题的讨论是就所有战争罪一般而言，包括严重破约行为。对严重破约行为并未提出特别的要求，例如：要求被告应知道据以确定武装冲突性质的事实情况。

86 导言中的第3点澄清指出：“关于对确定武装冲突存在之事实情况的认识程度，只有一项要求，“发生在（武装冲突）的情况下，并与（武装冲突）有关”已有所暗示”；《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），第18页。关于该要求的说明，见ICC, *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 145–147 and 667.

87 见下列案例，前南刑庭各分庭在这些案例中认定武装冲突构成国际性武装冲突，并论述了受保护人员或受保护财产的地位：*Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 578, and Appeal Judgment, 1999, paras 163–166; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, paras 147–160, and Appeal Judgment, 2004, paras 322–331; *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 244–277, and Appeal Judgment, 2001, paras 52–106; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, paras 125–133, and Appeal Judgment, 2004, paras 167–182; *Aleksovski* Appeal Judgment, 2000, para. 151; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 203–208; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, paras 125, 155 and 585. 巴达尔（2006年）认为，以被控犯有“故意杀害罪”的被告为例，“除必须证明被告具备了结果要件所要求的心理状态之外……还必须证明被告知道受害者是受保护之人的事实”，第338页。

88 关于这一要求的说明，见ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 900。

89 还有一点值得注意，2002年的《国际刑事法院犯罪要件》针对某些涉及受保护地位之战争罪的相关心理要件添加了脚注，指出这些要件认识到了1998年《国际刑事法院规约》第30条和第32条之间存在相互作用。这就强调了一项普遍规则：如果因不了解事实而使得该罪行所要求的心理要件不成立，那么这种不知情可作为理由；但不了解法律（例如：受保护人员或财产的定义）不能作为排除刑事责任的理由。见《国际刑事法院犯罪要件》（2002年），脚注32、39、40、41、43。

四、严重破约行为清单

(一) 故意杀害

2950 禁止“谋杀”首先出现在《第一公约》第12条以及共同第3条当中。“故意杀害”的概念与第12条和共同第3条所禁止的“谋杀”的概念没有区别。[90]国际法院和法庭以同样的方式界定谋杀罪及故意杀害罪的要件，无论事态是构成严重破约行为、战争罪还是危害人类罪。[91]

1. 实质要件

2951 这一严重破约行为的实质要件为，被控行为人杀害受保护之人或致其死亡。

2952 不要求行为人的行为是造成受保护之人死亡的唯一原因，但其至少必须在实质上促成这一后果的产生。[92]

2953 杀害与导致死亡这两个概念在使用上可等义互换。因此，这一严重破约行为不仅包括枪杀受保护之人等行为，还包括缩减受保护之人的食物配给致其饥饿并最终导致其死亡等行为。[93]无论出于何种动机，故意杀害都受到禁止，并构成严重破约行为。禁止为使受伤战斗员“摆脱痛苦”而对其实施“安乐死”。[94]

90 前南刑庭认为“在‘故意杀害’和‘谋杀’之间不存在影响其内容的界线”；见ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 422。关于第二次世界大战后以战争罪之谋杀罪定罪的例子，例如，见United Kingdom, Military Court at Almelo, *Almelo Trial*, Judgment, 1945; Military Court at Brunswick, *Gerike case*, Trial, 1946; Military Court at Lüneburg, *Krammer case*, Judgment, 1945, p. 126; and Military Court at Wuppertal, *Rohde case*, Judgment, 1946。

91 关于作为严重破约行为的谋杀和故意杀害，尤其见：ICTY, *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 345, and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 380; and ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 789. 关于作为战争罪的谋杀以及作为危害人类罪的谋杀的例子，见ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 422, and Appeal Judgment, 2001, para. 423; *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 42; *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 714; *Popović* Trial Judgment, 2010, para. 787; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 903; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, para. 136; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 58; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, paras 765–767; *Bemba* Trial Judgment, 2016, paras 91–97; and ECCC, *Nuon and Khieu* Trial Judgment, 2014, paras 412–413.

92 相关实例，见：ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 424; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 229; *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 715; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 427; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Popović* Trial Judgment, 2010, para. 788; *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 903; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, para. 137; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 347; SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 689; and ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 331. 该原则也在国内法院得到适用，例如：在安德鲁恩（*Andrun*）案中，波黑法院认定安德鲁恩犯有谋杀罪，因其实质性地参与谋杀受四个《日内瓦公约》保护之人；见*Andrun case*, Verdict, 2008, pp. 23–26。

93 See Silja Vöneky, ‘Implementation and Enforcement of International Humanitarian Law’, in Dieter Fleck (ed.) *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, pp. 647–700, at 671–672.

94 另见关于第12条的评注，第1404段。

2954 国际法院和法庭的判决还明确指出，严重破约行为中的故意杀害，不仅是指造成受保护之人（如：伤者病者或医务人员）死亡的行为，还包括导致相同后果的不作为。[95]不采取行动就是一个例子，比如故意使伤者病者得不到医疗救助，最终致其死亡。[96]

2955 国际法院和法庭的判例法显示，并非只有找回受害者的尸体才能排除合理怀疑以证明其死亡。[97]也可提供间接证据认定受害者已死，前提是受害者死亡是从此类证据中能够得出的唯一合理推断。[98]国际法院和法庭采用的间接证据包括下列因素：对此人实施了虐待的证据；虐待的模式以及涉事地点其他人员的失踪；失踪持续的时间；此人未与其本应联系之人（如：家人）联系。[99]

95 关于谋杀或故意杀害罪的物质要件的讨论，例如，见ICTY, *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 46; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgment, 2004, para. 36; *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 31; *Galić* Appeal Judgment, 2006, para. 147; *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 261; *Halilović* Trial Judgment, 2005, para. 35; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 381; *Dragomir Milošević* Appeal Judgment, 2009, para. 108; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Krajišnik* Trial Judgment, 2006, para. 715; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 102; *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1725; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Milutinović* Trial Judgment, 2009, para. 137; *Prlić* Trial Judgment, 2013, paras 110–111; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 6165; *Nyiramasuhuko* Trial Judgment, 2011, para. 6165; *Nizeyimana* Trial Judgment, 2012, para. 1552; *Zigiranyirazo* Trial Judgment, 2008, para. 442; ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 331; SCSL, *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 142; *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 412; *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 688; and *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 146.

96 柬埔寨法院特别法庭认定被告犯有严重破约行为之故意杀害，因为被拘留者死于“明知可能导致死亡却仍不作为的行为，以及他们所处的拘留条件”；*Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 437.

97 相关实例，见 ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 326; *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 260; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 305; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 383.

98 See, in particular, ICTY, *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 260; *Lukić and Lukić* Appeal Judgment, 2012, para. 149; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, paras 326–327; *Tadić* Trial Judgment, 1997, para. 240; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 385; *Stanišić and Župljanin*, Trial Judgment, 2013, para. 40; *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 715; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 103; *Popović* Trial Judgment, 2010, para. 789; *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 47; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 59; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 347; *Halilović* Trial Judgment, 2005, para. 37; SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 689; ICC, *Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 768; and ECCC, *Nuon and Khieu* Trial Judgment, 2014, para. 413.

99 See ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 327，脚注857引用了欧洲人权法院、美洲人权法院及国内法律体系的大量人权案例，这些案例都采用同样的因素来推断受害者已死。See also SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 689, and ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 332. 还有其他一些因素也被用来推断死亡，如：“其他受害者在相同或几乎相同的时间死亡，受害者身处发生武装进攻的地区……以及最后见到受害者时的情形、附近士兵当时的举动以及他们对其他平民的行为”；ICTY, *Halilovi* Trial Judgment, 2005, para. 37. 前南刑庭在下列案例中也提到了这些因素：*Martić* Trial Judgment, 2007, fn. 112; *Delić* Trial Judgment, 2008, fn. 87; and *Lukić and Lukić* Trial Judgment, 2009, para. 904.

2. 心理要件

2956 1949年外交会议决定，在第50条中明确构成严重破约行为的杀害罪，需行为人具备特定心理状态，即“故意”。正如上文关于心理要件的一般评论中所述，传统意义上对“故意（wilful）”一词的理解既包括“蓄意（intent）”，也包括“轻率（recklessness）”。[100]

2957 国际法院和法庭认定：行为人如故意杀害或故意使受保护之人遭受严重身体伤害，并明知此种身体伤害很可能导致受保护之人死亡，则犯有严重破约行为之故意杀害罪。[101]一些分庭对“轻率”概念的定义略有不同，要求该行为的目的是“故意杀害受害者或故意使其遭受严重身体伤害，而行为人在合理情况下应知道此种伤害有可能导致死亡”。[102]其他分庭提到了“间接故意”，“指行为人明知其行为或不作为很可能导致受害者死亡”。[103]这一心理要件虽存在不同表述，但无疑义的是，“故意”既包含故意，也包含轻率或或然故意的概念。

100 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3474. 该评注的法语版用“dol éventuel”来表示“轻率”。See also ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 152, 确认“构成所有违反本规约第2条之行为的犯罪意图（*mens rea*）既包括犯罪故意，也包括可视同严重过失犯罪的轻率”。第二次世界大战后战争罪审判所做的各种裁决也支持这一观点，例如United Kingdom, Military Court at Brunswick, *Gerike case*, Trial, 1946, p. 78, and Military Court at Helmstedt, *Tyrolt case*, Trial, 1946。

101 See, e.g. ICTY, *Delalić* Appeal Judgment, 2001, para. 422; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, paras 235–236, and Appeal Judgment, 2004, para. 36; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 324; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 217; *Vasiljević* Trial Judgment, 2002, para. 205; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 248; *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 716; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 102; *Blagojević and Jokić* Trial Judgment, 2005, para. 556; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 381; SCSL, *Taylor* Trial Judgment, 2012, para. 412; *Sesay* Trial Judgment, 2009, para. 142; *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 688; *Fofana and Kondewa* Trial Judgment, 2007, para. 146; and ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 333。在加利奇（*Galić*）案中，前南刑庭上诉庭认为如被控行为人故意“1）杀害，或2）全然无视生命地造成严重伤害”，就具备了犯罪意图（上诉庭判决，2006年，第147段）。就类似的定义而言，另见 *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, paras 560–561。

102 ICTY, *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 261; *Krstić* Trial Judgment, 2001, para. 485; *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 39; *Gotovina* Trial Judgment, 2011, para. 1725; *Dragomir Milošević* Appeal Judgment, 2009, para. 108; *Krajišnik* Trial Judgment, 2006, para. 715; *Hadžihasanović* Trial Judgment, 2006, para. 31; *Halilović* Trial Judgment, 2005, para. 35; *Stanišić and Simatović* Trial Judgment, 2013, para. 974; ICTR, *Setako* Appeal Judgment, 2011, para. 257; *Nizeyimana* Trial Judgment, 2012, para. 1552; and *Karemera* Appeal Judgment, 2014, para. 670. 第二次世界大战后的案例中有类似的推理，如果行为人由于其职位或技能，必定意识到死亡的事实和可能性，则认定行为人负有责任；例如，见United Kingdom, Military Court at Hamburg, *Zyklon B case*, Trial, 1947, and United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Von Leeb case*, Trial, 1949。

103 See e.g. ICTY, *Mucić* Trial Judgment, 1998, para. 435; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 104; *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 48; and *Strugar* Trial Judgment, 2005, para. 235.

2958 上述司法机构还一致认定，仅证明被控行为人知道其行为也许有可能导致死亡是不够的。[104]此外，普通过失不构成“间接故意”。[105]

2959 最后，预谋作为一个单独的问题，并不构成严重破约行为之故意杀害的犯罪意图。[106]

（二）酷刑

2960 《日内瓦第一公约》第12条以及共同第3条规定禁止酷刑。[107]尽管该项禁止在国际人道法上确立已久，但日内瓦四公约并未对酷刑作出定义。国际法院和法庭的判例法以及《国际刑事法院犯罪要件》的表述中规定了国际刑法上严重破约行为之酷刑的构成要件。[108]

1. 实质要件

2961 被控行为人使一名或多名受保护之人的身体或精神遭受重大痛苦。

2962 国际法院和法庭的判例法中体现的重大痛苦（无论是身体上还是精神上的）的标准是一致的。[109]现有判例法并未确定某项行为需造成何种绝对程度的痛苦方

104 See e.g. ICTY, *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 60: “谋杀的犯罪意图是故意杀害，包括间接故意，即，明知该行为或不作为很可能（probable）导致受害人死亡。本审判庭认为行为人仅知道其行为或不作为可能（possible）导致死亡是不够的。”See also *Strugar* Trial Judgment, 2005, para. 235:

> 现已确定犯罪意图不仅限于被告具有杀人或造成严重身体伤害的直接故意的情形，还扩展到被告具有通常所说的间接故意的情形。尽管不同的裁决对适当的间接故意在具体表述上有所不同，但上诉庭已确认，就《规约》第7条第1款规定的排序而言，仅仅意识到发生犯罪的可能性是不够的。

其他相关实例，见ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 241; *Mrksić* Trial Judgment, 2007, para. 486; *Boškoski and Tarčulovski* Trial Judgment, 2008, para. 305; and ICTR, *Zigiranyirazo* Trial Judgment, 2008, para. 442.

105 See ICTY, *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 715; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 104; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 48; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 348; and ICTR, *Rukundo* Trial Judgment, 2009, para. 579.

106 See e.g. ICTY, *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 348; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 386; *Đorđević* Appeal Judgment, 2014, paras 546–551; ICTR, *Ndindiliyimana* Trial Judgment, 2011, para. 2143; and SCSL, *Brima* Trial Judgment, 2007, para. 690

107 见关于第12条的评注第六部分第（二）节第3项有关禁止酷刑的内容，以及共同第3条评注第七部分第（二）节第5项有关禁止酷刑的内容。但违反共同第3条中禁止酷刑的规定并不构成严重破约行为之酷刑。

108 值得一提的是，一些国内法院在以战争罪或严重破约行为之酷刑对个人进行起诉时，采用了类似的酷刑定义。See Court of Bosnia and Herzegovina, *Andrun case*, Verdict, 2008, pp. 26–35, at 26:

> 基于上述对武装冲突期间的“酷刑”的定义，得出如下要件：
> – 酷刑必须包括通过行为或不作为引起重大痛苦，无论是身体上还是精神上的；
> – 这种行为或不作为必须出于故意；
> – 施加酷刑的目的必须是取得情报或供状，或处罚、恐吓、羞辱或胁迫受害者或第三人，或基于任何理由歧视受害者或第三人；
> – 酷刑必须与武装冲突有关；
> – 参与酷刑之人必须至少有一名公职人员，或至少是以非私人身份行事，如：作为事实上的国家机关或任何其他行使权力的实体。

109 最初，国际刑事法庭认为1984年《禁止酷刑公约》中的酷刑定义是出于国际人道法的目的，反映了习惯国际法，故而国际刑事法庭据此界定了酷刑的犯罪要件；see ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 494, and *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 162. 关于法庭立场的演变，见下文。另见共同第3条评注

可构成酷刑。[110]很难界定一个确切标准对程度较轻的非人道待遇与构成酷刑的行为作出区分。国际法院和法庭认为，只有相当严重的行为才可构成酷刑，而程度较轻的虐待行为则可能构成残忍或不人道待遇。[111]法庭通常将酷刑界定为极大痛苦，而残忍或不人道待遇通常界定为严重痛苦。[112]将酷刑与严重破约行为中的不人道待遇或故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害区分开来的另一个因素是：施加酷刑必须是出于某种特定目的。[113]

2963 在对严重程度进行评估时，法院和法庭考虑了一系列因素，既有涉及行为的严重程度的客观因素，也有涉及受害者的特定情形的主观因素。[114]

2964 考察的客观因素包括但不限于：施加痛苦的性质和背景、虐待的预谋和制度化、虐待是否长期持续、[115]采用的方式和方法。[116]

2965 在评估行为的严重程度时，法院和法庭考察的与特定受害者有关的主观因素有：受害者的身体状况、此种待遇对受害者身体或精神的影响、受害者的健康状况、[117]受害者处于劣势的地位、受害者的年龄、受害者的性别、受害者的社会、文化及宗教背景。[118]

2966 一些乍看之下也许并未严重到足以构成酷刑的行为，可能因其强度、持续时间或实施方式而构成酷刑。[119]虽然一般而言对酷刑的指控必须在个案基础上加以考虑，以

第七部分第（二）节第5项。关于学术界对这一演变的评注，见Christoph Burchard, 'Torture in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals: A Critical Assessment', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 2, 2008, pp. 159–182, or Elizabeth Santalla Vargas, 'La múltiple faceta de la tortura y los "otros tratos" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los Tribunales Penales Internacionales', in Eduardo Ferrer Mac-Gregor and Alfonso Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch, Mexico D.F., 2013, pp. 1317–1320.

110 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 299.

111 相比之下，2002年《国际刑事法院犯罪要件》以相同的方式定义严重破约行为之酷刑和不人道待遇，即，使"一人或多人身体或精神"遭受"重大痛苦"。这两种犯罪之间的区别在于对受保护之人使用酷刑是出于某种特定目的。《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第1项第2目-1和第8条第2款第1项第2目-2。

112 一些学者对是否有必要对酷刑和不人道待遇造成的痛苦设置等级提出了质疑；见关于共同第3条的评注，第630段。

113 关于酷刑罪的心理要件，见第2972～2975段。

114 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 143.

115 前南刑庭的分庭指出，尽管痛苦的持续时间可能会影响对该行为是否构成酷刑或故意造成重大痛苦的判定，但这两种罪行的定义均未规定严格的时间要求。See *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300.

116 See e.g. ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 143; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 182; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 300; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75.

117 *Ibid.*

118 See, in particular, ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 237; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484。

119 单独监禁或故意剥夺食物就可能属于这种情形。See e.g. ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 183:"单独监禁就其本身而言并不是一种酷刑。但鉴于其严格性、持续时间、追求的目的，单独监禁可使身体或精神遭受该罪行所指的那种重大痛苦。"

便根据所实施的行为及其实施背景来判定该行为是否使身体或精神遭受极大痛苦，[120]但某些行为本身就可能构成酷刑，如出于某种被禁止的目的而实施的强奸。[121]

2967 前南刑庭还强调，酷刑行为不需要造成永久性伤害[122]或身体伤害，因为精神伤害也是一种公认的酷刑。[123]由于酷刑行为而遭受痛苦的证据甚至无需是直观可见的。[124]国际刑事法庭确认的构成酷刑的精神痛苦的例子包括：被迫目睹亲属惨遭虐待、[125]造成重大精神痛苦的死亡威胁、[126]迫使受害者在非常困难的情况下收集其族裔其他成员的尸体，特别是其邻居和朋友的尸体。[127]

2968 第二次世界大战的判例法中就有酷刑行为的实例。远东国际军事法庭认定，在日本士兵于被占领土之上对盟军或平民系统性施加的酷刑中，最普遍的形式包括："水刑、火刑、电刑、分离膝关节、悬吊、跪锐物、拷打"。[128]国际刑事法院和法庭对数种不同行为进行了起诉并认定其构成战争罪或严重破约行为中的酷刑，例如暴殴、威胁开枪或杀害、强奸、剥夺医疗救治、将受害者长期锁在隔离监室内、在对受害者进行生命威胁的情况下展开审讯、致其烧伤、强迫受害者目睹处决现场、强迫受害者掩埋邻居和朋友的尸体、电击等。[129]必须强调的是，构成严重破约行为中的酷刑的行为除了使受害者遭受重大痛苦外，还包括造成同样后果的不作为。

2969 前南刑庭认为，如对行为是否达到酷刑要求的严重程度存有怀疑，应将此怀疑作有利于被告的解释，判定被告酷刑罪不成立；如其行为符合某一较轻罪行的条件，则应判其犯有该较轻罪行。[130]

2970 根据国际人道法，行为人的官方身份不构成酷刑罪或严重破约行为之酷刑定

120 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, para. 299; *Brđanin* Appeal Judgment, 2007, para. 251; and *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 75.

121 更多详细讨论，见关于共同第3条的评注，第703段。

122 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, paras 148–149; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484.

123 See e.g. ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, paras 148–149; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 236; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 417; and *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514.

124 相关实例，见ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 150; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484; and *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 48。

125 See ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 149.

126 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Appeal Judgment, 2006, paras 294–295.

127 ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, paras 508–511. 法庭认定胁迫这些波斯尼亚穆斯林非战斗员收集其他遭非法杀害的本民族人员，特别是其邻居和朋友的尸体并掩埋，在当时的情况下只会造成重大痛苦。审判庭多数法官还认定这样做的目的是为了恐吓受害者。

128 International Military Tribunal for the Far East, *Case of the Major War Criminals*, Judgment, 1948, in Röling/Rüter, Vol. I, p. 406.

129 See e.g. *Mucić* Trial Judgment, 1998, paras 495–496 and 971–977; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, paras 350–352; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, paras 492, 503–511 and 524; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 76.

130 关于这些问题，见Mettraux, pp. 110–116, at 114, citing ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 219。

义的要件。[131]尽管前南刑庭有审判庭认为，“参与酷刑过程之人必须至少有一名公职人员，或至少是以非私人身份行事，如：作为事实上的国家机关或任何其他行使权力的实体”，[132]但上诉庭后来的判例法认定，“公职人员必须参与的这一要求并非习惯国际法就《禁止酷刑公约》框架之外的酷刑引起的个人刑事责任提出的要求”。[133]行为人的官方地位可构成量刑时的加重情节。[134]

2971 最后，必须指出的是，纯粹因合法制裁而引起的或这种制裁所固有或附带的痛苦，不在主要禁止的酷刑之列，也不构成属于严重破约行为的酷刑。[135]

2. 心理要件

(1) 酷刑是一种具有特定故意的罪行

2972 被控行为人造成痛苦是为了获取情报或供状、处罚、恐吓或胁迫受害者或第三人，或基于任何理由歧视受害者或第三人。

2973 只有当行为人为达某种目的而使受保护之人遭受极大痛苦时，该行为才构成酷刑。否则即使该行为造成了极大痛苦也不构成严重破约行为中的酷刑。[136]可以根据痛苦的严重程度和目的要件这两个要素来区分酷刑和不人道待遇，或区分酷刑和故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害的行为。

2974 在这一心理要件中，使用“是为了（for such purposes as）”的措辞表明“所列之目的不构成穷尽性列举，应仅被视为具有代表性”。[137]这些目的构成1984年《禁止酷刑公约》第1条中酷刑定义的一部分，并用于《国际刑事法院犯罪要件》关于严重破约行为之酷刑和战争罪之酷刑的规定。前南刑庭也一直采用这些目的，[138]并认为酷刑定义的这一部分已反映在习惯国际法当中。[139]这个并非穷尽性

131 这是1984年《禁止酷刑公约》第1条规定的情形。

132 ICTY, *Furundžija* Appeal Judgment, 2000, para. 111, citing *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 162.

133 ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 148. 这一论断在如下判决中得到支持：ICTY, *Kvočka* Appeal Judgment, 2005, para. 284; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 240; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 419; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 514; *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 488; and *Stanišić and Župljanin* Trial Judgment, 2013, para. 49.

134 Mettraux, p. 111, citing ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 495.

135 国际刑事法庭未曾涉及这一问题，但在1984年《禁止酷刑公约》第1条、1985年《美洲禁止酷刑公约》第2条第2款、1998年《国际刑事法院规约》第7条第2款第5项对酷刑的定义中都包含这一点。上述条款中最后一个将酷刑定义为危害人类罪。

136 See e.g. ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 180; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 418; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 486.

137 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 470.

138 相关实例，见ICTY, *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 239; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 515; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 418; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 77; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 486.

139 See ICTY, *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 485; *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 470–472; and *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 185.

的清单表明，目的的概念相当宽泛。[140]一些审判庭认为“羞辱”与恐吓的概念非常接近，并认定“羞辱”也是酷刑可能的目的之一。[141]

2975 没有规定要求行为人仅能出于上述一个或多个目的而造成极大痛苦。被禁止的目的不需要是所涉行为或不作为的唯一或主要目的。[142]至于强奸这种特殊情形，前南刑庭的上诉庭认定，只要行为人具有必要的故意且是出于被禁止的目的之一，即使其可能怀有其他动机也并不影响定罪。[143]上诉庭认为：

> 即使行为人的动机完全出于性欲，也不意味着行为人不具备实施酷刑的故意，或其行为不会招致身体或精神上的极大痛苦，因其行为按照逻辑就很有可能造成这种痛苦。……上诉人的确有意通过其行为使受害者……遭受极大痛苦，以实现酷刑罪定义所禁止的某种目的，特别是达到歧视的目的。[144]

(2) 其他有关心理要件的讨论

2976 行为人必须故意或蓄意造成重大痛苦。国际法院和法庭的判例法表明，疏忽或轻率之举不构成酷刑责任的基础。[145]行为人必须故意做出在正常情况下会使受害者的身体或精神遭受重大痛苦的行为。[146]此外，酷刑被视为一种特定故意的犯罪，因为不仅行为必须是故意的，而且行为还必须为了特定目的而实施，例如出于上述某个被禁止的目的。

(三) 不人道待遇

1. 定义

2977 不人道待遇被定义为“故意予以违背基本人道原则的待遇，并构成公约所列

140 见关于共同第3条的评注，第640～644段。

141 See ICTY, *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 162, and *Kvočka* Trial Judgment, 2001, paras 131, 152 and 157. 其他审判庭在这个问题上并未依循这种做法；例如，见ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 186. See also Mettraux, p. 114.

142 See, in particular, ICTY, *Kvočka* Trial Judgment, 2001, para. 153; *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 184; *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 155; *Haradinaj* Trial Judgment, 2008, para. 128, and Retrial Judgment, 2012, para. 418; *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 239; *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 77; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 515; and *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 484.

143 See ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 153, reaffirmed in *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 238; see also *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 515.

144 ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 153.

145 See e.g. ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 184; *Kunarac* Trial Judgment, 2001, para. 497; *Furundžija* Trial Judgment, 1998, para. 162; and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 594.

146 See e.g. ICTY, *Kunarac* Appeal Judgment, 2002, para. 153; *Mrkšić* Trial Judgment, 2007, para. 515; *Haradinaj* Retrial Judgment, 2012, para. 418; and *Limaj* Trial Judgment, 2005, para. 238.

‘严重破约行为’其余内容的总称”。[147]人道地对待受公约保护之人的义务贯穿四个《日内瓦公约》始终。[148]因此，人道待遇被认为是“四公约之基石”。[149]

2978 日内瓦四公约并未对不人道待遇作出明确定义。该用语涵盖了不再人道的待遇，因此包括违反人道待遇基本原则的行为。[150]“不人道”一词被定义为“缺乏积极的人类品质；残酷野蛮；对痛苦无同情心”。[151]“待遇”一词应从最一般的意义上理解为适用于个人生活的所有方面。要求给予人道待遇并禁止与之不符的某些行为的规定被认为具有普遍性和绝对性，在任何时候、任何情况下都有效。[152]

2. 实质要件

2979 这一严重破约行为的实质要件是，行为人使受保护之人的身体或精神遭受严重伤害，或严重侵犯其人格尊严。

2980 严重破约行为中的不人道待遇所涵盖的不仅是侵害受保护之人的身体健全或健康。《日内瓦第一公约》的宗旨是给予伤者病者或医务人员保护并维护其人格尊严，就这一点而言，可以说“不人道待遇”也包括对其造成严重的精神伤害以及严重侵犯受保护之人的人格尊严的措施。对于严重破约行为中的不人道待遇，前南刑庭一贯采用的是这一实质要件。[153]但在《国际刑事法院犯罪要件》的谈判过程中，各国决定不将构成“严重侵犯人格尊严”的行为包括在内。有观点认为，更宜适用“损害个人尊严，特别是侮辱性的、有辱人格的待遇”的战争罪对严重侵犯人格尊严的行为进行规制。[154]

2981 此外，正如讨论严重破约行为中的酷刑时所提到的，不人道待遇还包括尚未达到构成严重破约行为的酷刑所要求的极大精神或身体痛苦标准的严重精神或身

147 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 543.

148 见《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13、20、46条；《日内瓦第四公约》第27条和第32条；共同第3条；《第一附加议定书》第10条和第75条；《第二附加议定书》第4条第1款和第7条第2款。

149 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 532.

150 在《日内瓦第一公约》中，这一原则体现在第12条。共同第3条也规定了予以人道待遇的义务，但违反该义务的行为并不构成第50条所定义的严重破约行为之不人道待遇。

151 *Concise Oxford English Dictionary*, 12th edition, Oxford University Press, 2011, p. 731.

152 另见关于共同第3条的评注第六部分第（一）节第2项关于人道待遇的部分，以及关于第12条的评注第六部分第（一）节第1项关于人道待遇的部分。

153 See, in particular, ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 516–544, and Appeal Judgment, 2001, para. 446; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 236; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 256, and Appeal Judgment, 2004, para. 39; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, paras 154–155; and *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 113.

154 See Dörmann, pp. 63–64.

体痛苦。[155]要判定行为的严重程度以及某个行为或不作为是否构成不人道待遇或酷刑，必须基于具体的个案对所有事实情况加以考虑。[156]

2982 在国际性武装冲突中实施的“不人道待遇”的概念与共同第3条所禁止的“虐待”的概念没有区别。国际法院和法庭对不人道待遇与虐待的犯罪要件也是以相同的方式界定的。这两个罪行的唯一区别在于受害者的身份——“虐待”是针对受共同第3条保护之人实施的，而“不人道待遇”则是在国际性武装冲突中针对受日内瓦四公约保护之人实施的。[157]

2983 此外，前述司法机构还以非常相似的方式界定了严重破约行为之不人道待遇及故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害的行为。这两个概念之间存在一定重叠，主要区别在于构成严重破约行为的不人道待遇还包括侵犯人格尊严的行为，而严重破约行为中的故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害则不包括此类行为。

2984 刑事法庭认定下列事例构成不人道待遇：在危险条件下强迫挖掘战壕、或将战俘或被拘留者用作人盾、[158]殴打、在拘留中心给予不人道的生活条件、[159]谋杀未遂、[160]实施性暴力、[161]或者为使被拘留者遭受重大精神痛苦，而故意向红十字国际委员会代表隐瞒其存在。[162]

3. 心理要件

2985 只有行为人具有实施不人道待遇罪的相关实质要件的故意，方可被判犯有此罪。[163]第三部分第（四）节第1项中关于心理要件的一般评论对此适用。

155 根据《国际刑事法院犯罪要件》，不人道待遇的定义是，使“一人或多人身体或精神遭受重大痛苦”。根据《国际刑事法院规约》，酷刑和不人道待遇的主要区别在于：要构成严重破约行为之酷刑，行为人必须为了某种目的而造成痛苦。《国际刑事法院犯罪要件》（2002年）第8条第2款第1项第2目-1和第8条第2款第1项第2目-2。

156 就酷刑而言，类似的客观因素和主观因素被用来判定行为的严重程度以及是否构成不人道待遇。详见第2963～2966段关于严重破约行为之酷刑的讨论，以及共同第3条评注第七部分第（二）节第4项关于虐待行为的部分。

157 See e.g. ICTY, *Delalić* Appeal Judgment, 2001, para. 426, and Trial Judgment, 1998, para. 442.

158 See, in particular, ICTY *Blaškić* Trial Judgment, 2000, paras 713–716 and 738, and *Prlić*, Trial Judgment, 2013, para. 115.

159 See e.g. ICTY *Prlić* Trial Judgment, 2013, paras 117–119.

160 See e.g. ICTY, *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 352. 源自人权判例法的其他例子，见ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 534–541, and Dörmann, pp. 66–69。

161 See ICTY, *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 116.

162 See Court of Bosnia and Herzegovina, *Andrun case*, Verdict, 2008, p. 36:

> 被告为给被拘留者造成重大精神痛苦，故意阻止国际红十字执行其人道使命。证人恩维尔·博伊契奇（Enver Bojčić）说，这对他们的精神造成了严重摧残，他们目睹了非法行为，任何人都可能杀害他们。

行为人被认定犯不人道待遇罪。

163 See e.g. ICTY *Aleksovski* Trial Judgment, 1999, para. 56, and *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 120.

(四) 生物学实验

1. 定义

2986 日内瓦四公约未对生物学实验作出定义。《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》第12条禁止“生物学的实验”，而《日内瓦第三公约》第13条和《日内瓦第四公约》第32条禁止“医学或科学实验”。四公约中规定严重破约行为的共同条款将“生物学实验”列为严重破约行为之一。但我们认为这些概念在很大程度上是重叠的。[164]

2987 以受保护之人为对象进行生物学实验，违反了给予此类人员人道待遇的规定。1949年外交会议不仅将酷刑和不人道待遇作为严重破约行为，还决定将生物学实验作为一种特别严重的不人道待遇或酷刑。[165]外交会议明确禁止生物学实验“以防止上一次战争期间在集中营进行的残酷实验再次发生”。[166]

2988 第二次世界大战期间，纳粹德国用战俘和其他被拘留者来进行各种不人道的医学试验，包括：测试高海拔对人的影响、冷冻实验、海水实验、感染、外科手术、毒物实验、燃烧弹实验、强迫绝育。[167]中国、朝鲜、俄罗斯的战俘也被日军用于医学研究，日军使他们染上瘟疫、霍乱、流行性出血热、肺结核、伤寒、破伤风、炭疽、斑疹伤寒、痢疾，并将他们用于活体解剖[168]和外科技术演示。[169]

2989 第二次世界大战之后，美国设在纽伦堡的军事法庭指控23名医生和管理人员犯有利用战俘和平民进行医学实验的战争罪。[170]其中7人被判有罪并处以死刑、9人被判有罪并入狱服刑、7人无罪释放。判决概述了进行医学或生物学实验时应遵循的10项基本原则，以确保实验符合道德、伦理及法律原则。[171]

164 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A 卷，第381页记录了代表们关于选择用语的讨论，以及第191页。

165 因此第50条的正文规定，“……故意杀害，酷刑或不人道待遇，包括生物学实验”。

166 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A 卷，第248页。

167 See United States, Military Tribunal at Nuremberg, *The Medical Trial*, Judgment, 1947.

168 See Takashi Tsuchiya, ‘Why Japanese doctors performed human experiments in China in 1933–1945’, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, Vol. 10, No. 6, November, 2000, pp. 179–180. See also *The Economist*, ‘Digging up Japan’s past: Deafening silence – An investigation into wartime atrocities, but the media keeps strangely quiet’, 24 February 2011.

169 See Sheldon H. Harris, ‘Medical Experiments on POWs’, in Roy Gutman, David Rieff and Anthony Dworkin (eds), *Crimes of War: What the Public Should Know*, 2nd edition, W.W. Norton & Company, New York, 2007, pp. 287–288.

170 See United States, Military Tribunal at Nuremberg, *The Medical Trial*, Judgment, 1947. 其他一些审判也涉及这一战争罪；例如，见Poland, Supreme National Tribunal, *Hoess case*, Trial Judgment, 1947, and United States, Military Tribunal at Nuremberg, *Milch case*, Trial, 1947。

171 关于这些原则的评论，见Dörmann, pp. 73–74。

2. 实质要件

2990 严重破约行为之生物学实验要求同时具备三个实质要件，即：

(1) 行为人使一名或多名受保护之人成为某项生物学实验的对象

2991 就《日内瓦第一公约》第50条而言，禁止生物学实验的规定意在防止伤者病者在任何情况下被当做生物学实验的“小白鼠”，特别是在被拘留期间。就其通常含义而言，“生物学实验”一词是指主要目的在于研究某种制品或处境（如：极度寒冷或极高海拔）对人体之影响的行为，且该种影响在当时尚属未知。

2992 “医疗案（*The Medical Trial*）”、其后法律的发展[172]和国家实践表明，这种禁止是绝对的，因为被拘留者无法有效地对某项生物学实验表示同意。[173]同意并非该罪行的辩护理由。[174]

(2) 实验严重危及此类人员的身心健全

2993 《日内瓦第一公约》第12条禁止任何危害受保护之人生命的行为或对其人身之暴行，包括生物学实验。至于密切相关的禁止医学或科学实验的问题，《日内瓦第三公约》第13条明确规定，“拘留国任何不法行为或因不法行为可导致其看管中之战俘死亡或严重危害其健康者须予禁止，并当视为严重破坏本公约之行为”。因此，缔约国显然具有将这种违法行为定为犯罪的意愿，如其造成受保护之人死亡或严重危害此类人员的健康。《第一附加议定书》第11条第4款禁止任何医学或科学实验，但将严重破约行为定义为“对于在所依附的一方以外冲突一方权力下的任何人，严重危害其身心健全……的任何故意行为或不作为”。根据《国际刑事法院犯罪要件》，严重破约行为中生物学实验的构成要件采用的是《第一附加议定书》第11条第4款设定的标准，即实验必须严重危及此类人员的身心健全，方构成此罪。[175]

2994 就国际人道法规定的该项禁止而言，生物学实验即使未导致受害者死亡或严重危及其健康，仍是非法的。但此类实验如要达到第50条规定的严重破约行为的标准，就必须严重危及受保护之人的健康或健全。在这方面，进行生物学实验的刑事责任范围比国际人道法上禁止进行此类实验的范围更为严格。

172 见《第一附加议定书》第11条第2款，“特别禁止对这类人员实行……医疗或科学实验……即使经本人同意”。

173 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则92的评注援引了许多国际文书、正式声明和判例法，它们在提到此项禁止时并未明确提到一种可能的例外，即被拘留者同意该医疗程序。

174 2002年《国际刑事法院犯罪要件》中，关于1998年《国际刑事法院罗马规约》第8条第2款第2项第10目-2“医学或科学实验的战争罪”的脚注46也表明了这一点，其中写道，“不得以同意为本罪辩护理由。”

175 必须强调的是，在2002年《国际刑事法院犯罪要件》中，关于医学或科学实验的战争罪，各国采用了《日内瓦第三公约》第13条的标准，要求实验或造成一人或多人死亡，或严重危及一人或多人的身心健全。

(3) 实验既非出于此类人员医疗、牙科治疗或住院诊疗之需要，亦非为其本身利益而施行

2995 这一要求表明，只允许出于受保护之人的医疗、牙科治疗或住院诊疗之需要而对其进行的生物学实验，以及更广泛的为受保护之人的利益而对其进行的生物学实验，此类实验不构成严重破约行为。因此，该规定禁止进行非为受保护之人的健康状况所要求，并与进行医疗程序一方未剥夺自由的国民在类似医疗情况下所适用的公认医疗标准不符的医疗程序。[176]为确定该领域公认的医疗标准，国际医学科学组织理事会拟定的两份文件《流行病学研究国际伦理准则》和《涉及人的生物医学研究国际伦理准则》具有重要意义。[177]

2996 禁止生物学实验的规定并不妨碍负责伤者和病者的医生基于医学上的正当理由、完全出于改善患者状况的目的而尝试新的治疗方法。因此，患者可自行决定是否同意接受旨在改善其健康状况的药物试验，前提是该药物试验的方式和条件与普通公民（包括拘留国武装部队）一样。测试的药物必须是针对受保护之人所患疾病进行的治疗处置的一部分。对生物学实验的禁止不应理解为禁止治疗研究或临床研究。[178]受保护之人拒绝参加药物试验不会对其产生不利后果。在世界医学协会《指导医师进行涉及人的生物医学研究的建议》中可以找到关于生物医学研究这一特殊问题的医学伦理的最新表述。[179]

3. 心理要件

2997 行为人必须具备实施生物学实验罪的相关实质要件的故意，方可被认定犯有此罪。第三部分第（四）节第1项中关于心理要件的一般评论对此适用。

(五) 故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害

2998 严重破约行为之“使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害”，指的是虽不构成酷刑却影响受保护之人（包括伤者病者、医务人员及宗教人员）身体或健康的行为或不作为。对使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害的禁止本身并未规定在四个《日内瓦公约》任何特定条款当中，但它体现了无论何时都应给予受保护

176 此处借用了《第一附加议定书》第11条第1款以及2002年《国际刑事法院犯罪要件》关于医学或科学实验的战争罪脚注46的措辞。

177 See Council for International Organizations of Medical Sciences, *International Ethical Guidelines for Epidemiological Studies*, Geneva, February 2008, and *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Geneva, 2002.

178 见《1949年日内瓦外交会议最后记录》第II-A卷，第191页：

> 生物学实验。委员会就是否需要定义这些词语进行了深入讨论，特别是应否对其范围加以限定，例如：加上“并非其医疗所必需的”。但在现实当中，生物学（biological）一词就其公认的含义而言不适用于治疗处置，无论是内科治疗还是外科治疗。

179 See Dörmann, pp. 236–239.

人员人道待遇并尊重其身心健全的义务。这种严重破约行为可包括各种各样的行为，与严重破约行为之酷刑不同，这些行为不需要出于任何特定目的。[180]为区分这种严重破约行为与严重破约行为之不人道待遇，前南刑庭认为，故意造成重大痛苦不包括仅仅与受害者人格尊严有关的伤害。[181]使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害的例子可包括：残害伤者肢体，[182]使其遭受无意义的、不必要的痛苦，[183]或者暴殴被拘留者或以其他严重的形式虐待被拘留者。[184]

1. 实质要件

2999 这一严重破约行为的实质要件是，行为人使受保护之人的身体或精神遭受重大痛苦或使其身体或健康，包括心理健康，受到严重伤害。

3000 行为人的行为，无论是作为还是不作为，必须使身体或健康遭受重大痛苦或严重伤害。国际法院和法庭的判例法一贯重申，该严重破约行为的第一种情况——痛苦，既可以是身体上的，也可以是精神上的。[185]至于第二种情况——使身体或健康受到严重伤害，前南刑庭的一些审判庭以及上诉庭认定“健康”一词可包括心理健康。[186]但参与《国际刑事法院犯罪要件》谈判的国家认为精神伤害难以想象。[187]因此，在《国际刑事法院犯罪要件》中，关于这一严重破约行为的要件只就行为人造成的痛苦使用了“身体或精神”一词。

3001 必须达到的痛苦程度被界定为“重大”或“严重”。前南刑庭审判庭判定必须达到的痛苦程度，采用的是两词的通常含义：

> 《牛津英语词典》对这个词〔“严重”〕的定义是“并非轻微或可以忽视的”。同样，对“重大”一词的定义是“在大小、数量或强度上远远高于平均水平”。

180 See ICTY, *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 341; *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 442 and 508; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 244; *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 156; and ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 453.

181 See ICTY, *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 245. 关于不人道待遇和故意造成重大痛苦之间的异同，见第2983段。这两个罪行有很多重叠之处。前南刑庭认为“……所有被认定为构成酷刑或故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害的行为或不作为也构成不人道待遇”；*Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 442.

182 关于残伤肢体的问题，详见共同第3条评注第七部分第（二）节第3项。

183 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 372.

184 See e.g. ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, paras 1012–1018, 判决认定被告犯有严重破约行为之使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，被告将受害人绑在屋梁上殴打并用棒球棍击打，还在受害者裤子上泼汽油并点燃，造成受害者腿部烧伤。

185 See *ibid*. paras 506–511, in particular para. 509. See *ibid*. paras 506–511, in particular para. 509. See also ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, paras 450–455.

186 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 156; *Delalić* Appeal Judgment, 2001, para. 424; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 245; and *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 339.

187 See Dörmann, p. 76.

因此，本审判庭认为这些定量的表述规定了一项基本要求，即某一虐待行为造成的严重痛苦或伤害达到了必要的程度。[188]

3002 如前所述，就严重破约行为之酷刑及不人道待遇而言，对痛苦的严重程度的评估是相对的，必须考虑所有相关情况，包括行为或不作为的性质、罪行发生的背景、持续时间以及是否反复发生，行为对受害者身体、精神、道德的影响，以及受害者的个人情况，包括年龄、性别、健康状况。[189]不同的国际法院和法庭都认为“造成严重的身心伤害不一定意味着永久性的、无法挽救的伤害”，[190]但“必须超出暂时的不快、难堪或蒙羞的程度。这种伤害必须对一个人过上正常而有建设性生活的能力产生严重的、长期的不利影响。”[191]

2. 心理要件

3003 第50条对这一严重破约行为的规定是，“故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害”。如前所述，传统意义上对第50条中“故意（wilful）”一词的理解既包括“蓄意（intent）”，也包括“轻率（recklessness）”。[192]

3004 国际法院和法庭在判定这种严重破约行为必要的心理要件时采用了这种理解，[193]认为仅证明被控行为人知道其行为也许有可能造成此种痛苦或伤害是不够的，[194]并认为“故意”一词的含义不包括普通过失。[195]

188 ICTY, *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 510.

189 Mettraux, p. 76. See ICTY, *Krnojelac* Trial Judgment, 2002, para. 131, and *Delalić* Trial Judgment, 1998, para. 536, citing European Court of Human Rights, *A* v. *UK*, Judgment, 1998, para. 20.

190 ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 502. 这一表态是就致使该团体成员遭受严重身体或精神伤害的灭绝种族罪而言的。

191 ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 454. See also ICTY, *Krstić* Trial Judgment, 2001, paras 511–513.

192 See Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3474. 该评注的法语版用“dol éventuel”来表示“轻率”。例如，见ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 152, 该段确认：“构成所有违反本规约第2条之行为的犯罪意图（*mens rea*）既包括犯罪故意，也包括可视同严重过失犯罪的轻率。”第二次世界大战后的战争罪审判所作的各种裁决也支持这一观点，如：1946年设在不伦瑞克的英国军事法院审判的格里克（*Gerike*）案，以及1946年设在黑尔姆施泰特（Helmstedt）的英国军事法院审判的泰罗特（*Tyrolt*）案。

193 See ECCC, *Kaing* Trial Judgment, 2010, para. 454, and ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 152.

194 See e.g.ICTY, *Martić* Trial Judgment, 2007, para. 60, and *Strugar* Trial Judgment, 2005, para. 235. 详见关于“故意杀害”的评注，第2958段。

195 相关实例，见ICTY, *Tolimir* Trial Judgment, 2012, para. 716; *Perišić* Trial Judgment, 2011, para. 104; *Đorđević* Trial Judgment, 2011, para. 1708; *Delić* Trial Judgment, 2008, para. 48; *Orić* Trial Judgment, 2006, para. 348; and ICTR, *Rukundo* Trial Judgment, 2009, para. 579, 主要是有关故意杀害或谋杀罪中“故意”一词的解释。

（六）非军事必要而以非法与暴乱方式对财产进行大规模的破坏与征收

1. 受保护财产

3005 日内瓦四公约并未对受保护财产的概念本身作出定义，而是规定了不得攻击、破坏或征收的物体清单。在《日内瓦第一公约》中，第19、33、34条（固定医疗所和流动医疗队）、第20条（医院船）、第35、36条（医疗运输，包括医务飞机）列出了此类财产。

3006 关于破坏和征收其他公共或私人财产的制度一般由《海牙章程》和《第一附加议定书》的条款予以规定。[196]此类行为不构成《日内瓦第一公约》规定的严重破约行为。

2. 实质要件

3007 构成这一严重破约行为，须同时具备三个实质要件：

（1）被控行为人非法破坏或征收某些受保护财产

3008 物质要件的规定采用了任择的形式，“行为人破坏或征收某些财产”。公约的准备工作表明“征收受保护财产”是在破坏“某些财产”之外增加的一项额外的、截然不同的严重破约行为。[197]

3009 破坏受保护财产的方式各种各样，例如焚烧、攻击或以其他方式加以严重损坏。《日内瓦第一公约》中这一严重破约行为的例子有：破坏流动或固定医疗队的器材和物资，[198]以及破坏武装部队的救护车或固定医疗所及流动医疗队。[199]对财产的部分破坏如可定性为大规模破坏，就有可能属于这种严重破约行为。

3010 如果根据与国际人道法主要义务有关的特定标准，破坏此类受保护财产是非法的，那么这种破坏就构成严重破约行为。例如就破坏流动或固定医疗队器材和物资的情形而言，任何故意的破坏都是非法的，公约没有规定任何例外情形。[200]而就破坏固定医疗所或流动医疗队的情形而言，对其进行破坏是禁止行为，除非其用于从事不属于其人道职责的、有害于敌方的行为。[201]在这种情况下，如果符合合法攻击的其他条件，则对其进行破坏就不是非法行为，也不构成第50条规定的严重破约行为。

196 尤其，1907年《海牙章程》第23条第7款、第28、46、47条及第52条至第56条，以及《第一附加议定书》第52～56条。

197 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第117页。

198 见关于第33条的评注第二部分第（三）节。不破坏固定和流动医疗所器材之义务不仅适用于敌方财产，也适用于各方自己的财产。

199 见第19条和第35条。

200 见第33条第3款。

201 见关于第21条的评注第三部分第（一）节以及第22条评注。

3011 征收受保护财产可通过各种形式，如：夺取、取得或扣留财产、盗窃、征用、掠夺、强夺、抢劫。被征收的财产不需要发生明确的所有权转移。例如，对《日内瓦第一公约》第34条所述救济团体的不动产和动产进行非法征用，就属于此种严重破约行为。

3012 根据第34条第2款，如没有取用该财产的紧急需要，而且伤者病者的福利也未得到保证，则征用就是非法的。同样，无视第33条第1款和第2款规定的条件而取用医疗队器材，也构成严重破约行为之非法征收受保护财产。另一个非法征收的例子，是征用医务飞机或救护车等医疗运输，而未遵守《日内瓦第一公约》第35条的要求保证照顾其所载运之伤者病者。

(2) 破坏或征收并非出于军事必要

3013 从上述例子可以看出，《日内瓦第一公约》中涉及受保护财产的大多数条款都规定军事必要可以作为破坏或征收的正当理由。[202]武装冲突规则不得以军事必要为由受到减损，除非该项规则已明确规定这种可能性，并以规定的程度为限。可以说这也适用于相关严重破约行为。因此，如果禁止破坏或征收某类受保护财产的条款未规定军事必要的例外，军事必要就不能作为破坏或征收此类财产的正当理由。[203]例如，根据《日内瓦第一公约》第33条第3款，军事必要不能作为故意摧毁固定及流动医疗队器材和物资的正当理由。

(3) 破坏或征收是大规模的

3014 构成严重破约行为的非法破坏或征收必须是大规模的。孤立的行为通常不足以构成严重破约行为；但考虑到某些武器的破坏力，一次破坏行为就可能满足大规模破坏的要求，如：故意轰炸一家医院。[204]对“大规模”的概念将根据案件的事实加以评估。[205]

202 关于军事需要的概念的研究，见Jean de Preux, ‘Article 35’, in Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 1389–1397, and ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, by Nils Melzer, ICRC, Geneva, 2009, pp. 78–82。前南国际刑事法庭采用了1863年《利伯守则》第14条对军事需要的定义，即“采取为确保实现战争目标所不可或缺且根据现代战争法和惯例为合法之措施的必要性”。See *Kordić and Čerkez* Appeal Judgment, 2004, para. 686, and *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 168. 国际刑事法院也采用了1863年《利伯守则》第14条，并强调“只有军事需要的‘迫切’理由，即行为人在此情况下别无选择，才能证明本来会由该条加以禁止的破坏行为是正当的”；*Katanga* Trial Judgment, 2014, para. 894.

203 See Jean de Preux, ‘Article 35’, in Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 1389.

204 See ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 587; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 576; and *Prlić* Trial Judgment, 2013, para. 126. See also *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 157.

205 See ICTY, *Blaškić* Trial Judgment, 2000, para. 157. 有一点也许值得注意：第50条中“大规模的（extensive）”一词的法语译文是“executées sur grande échelle”。

3015 尚不构成“大规模”破坏的部分破坏或征收虽不构成这种严重破坏公约行为，但仍是严重违反国际人道法的行为。

3. 心理要件

3016 第50条要求破坏或征收必须以暴乱的方式进行。暴乱行为是指行为人“不合理或恶意地造成危险，并对这种后果毫不在意”。[206]国际刑事法庭的判例法未对“暴乱”一词作出进一步定义。但法庭认为，行为人的行为必须出于故意，或行为人全然无视财产遭破坏或征收的可能。[207]

主要参考文献

Badar, Mohamed Elewa, ‘Drawing the Boundaries of *Mens Rea* in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia’, *International Criminal Law Review*, Vol. 6, No. 3, 2006, pp. 313–348.

– *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Bloomsbury Publishing, 2013.

Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013.

Dautricourt, Joseph, ‘La protection pénale des conventions internationales humanitaires – La définition des infractions graves’, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1955, pp. 1–55.

Dörmann, Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, Cambridge University Press, 2003.

Dörmann, Knut, La Haye, Eve and von Hebel, Herman, ‘The Context of War Crimes’, in Roy S. Lee and Hakan Friman (eds), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, pp. 112–123.

Gross, Oren, ‘The Grave Breaches System and the Armed Conflict in the Former Yugoslavia’, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16, Spring 1995, pp. 783–829.

Henckaerts, Jean-Marie, ‘The Grave Breaches Regime as Customary International Law’, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, Spring 2009, pp. 683–701.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

206 Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10th edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1815. 词典继续写道：“以暴乱方式行事之人可能不会造成更严重的损害，但此人并未试图避免此种损害，对是否会造成损害也毫不关心。暴乱行为被恰当地描述为‘恶毒的’并在罪责程度上归入极端一级”；*Black's Law Dictionary* citing Rollin M. Perkins and Ronald N. Boyce, *Criminal Law*, 3rd edition, 1982, pp. 879–880.

207 See ICTY, *Brđanin* Trial Judgment, 2004, para. 589; *Naletilić and Martinović* Trial Judgment, 2003, para. 577(iv) and fn. 1440; *Kordić and Čerkez* Trial Judgment, 2001, para. 341(iii); and *Prlić*, Trial Judgment, 2013, paras 127 and 131. See also Badar, 2006, pp. 343–346.

Knuckey, Sarah, 'Murder in Common Article 3', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 449–467.

Kreß, Claus, 'War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice', *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 30, 2000, pp. 103–178.

La Haye, Eve, 'The elaboration of elements for war crimes', in Flavia Lattanzi and William A. Schabas (eds), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. II, Il Sirente Publishers, Ripa di Fagnano Alto, 2004, pp. 305–331.

– *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2008.

Mettraux, Guénaël, *International Crimes and the* Ad Hoc Tribunals, Oxford University Press, 2005.

Roberts, Ken, 'The Contribution of the ICTY to the Grave Breaches Regime', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 4, September 2009, pp. 743–761.

Röling, B.V.A. and Rüter, C.F., *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East (I.M.T.F.E.), 29 April 1946–12 November 1948*, 2 volumes, University Press Amsterdam, 1977.

Werle, Gerhard and Jessberger, Florian, *Principles of International Criminal Law*, 3rd edition, Oxford University Press, 2014.

第五十一条
缔约国之责任

公约条文 *

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上条所述之破坏公约行为之责任。

保留或声明

无

目 录

一、引言及历史背景 927
二、讨论 928
主要参考文献 931

一、引言及历史背景

3017 第51条阐明了严重破坏公约行为的个人刑事责任与国家责任之间的关系。国家责任是指，国家对其武装部队或在其授权或指挥下行事之人员所犯的严重破约行为所负之责。日内瓦四公约中均包含有本条规定的内容。[1]

3018 本条是一项新增条款，此前各部日内瓦公约及外交会议前商讨的1949年公约草案中均未包含本条规定。[2]在四公约中加入本条，是意大利代表团的提议。此前，意大利代表团曾提议，在有关特别协定的第6条中引入相关理念，但未获采纳。外交会议上，意大利代表发言称："国家必须对其国民的违反行为负责。个人受到追诉，而一国却可通过与另一国缔结协定来逃避责任，这不合逻辑。"[3]该提议受到了许多代表团的反对，例如英国代表团认为，"作此修正，未免会在未来国家间关系方面对各国施加过多限制，尤其是会影响一国战争结束时缔结和平

1 见《日内瓦第二公约》第52条；《日内瓦第三公约》第131条；及《日内瓦第四公约》第148条。

2 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B 卷，第91页及第133页，《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月20日，第1～15页，以及Paul de La Pradelle, *La Conférence Diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949*, Les Éditions internationales, Paris, 1951, p. 259。

3 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B 卷，第91页。

协定之自由。”。[4]这一提议最终以联合委员会18票赞成、16票反对、3票弃权的表决结果获得通过。[5]

二、讨论

3019 第51条禁止任何缔约国自行推卸，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第50条所述之破坏公约行为的任何责任。这一规定需结合本条款的通过背景及其在四公约中所处的位置（载于第九章“滥用及违约之取缔”中）予以理解。第51条与规定严重破坏公约行为的第50条密切相关。

3020 首先，第51条中“〔任何〕责任”一词[6]包括各缔约国搜捕、起诉或引渡第49条规定的被控犯有严重破坏公约行为之人的责任。因此，第51条旨在防止各缔约国在未来的和平协定或停战协定中免除其本身或其他缔约国所负的上述责任。由于第49条规定的义务具有绝对性，第51条进而表明各缔约国之间缔结的任何协定均不得阻碍第49条义务之履行。[7]

3021 此外，第51条还旨在防止被控犯有严重破约行为之人在审判时援引和平条约之规定（此种和平条约作为战争和解的一部分，免除国家对违反公约行为应负之责任）作为其辩护理由。[8]战争赔偿[9]一般在和平解决安排中进行磋商，但其不得阻止或妨碍对被控的破约行为人进行适当起诉。[10]四公约通过后的国家实践表明，详

4 见《1949年日内瓦外交会议纪要》，混合委员会，1949年7月20日，第12页。

5 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第133页。

6 “liability（责任）”一词是指“负有法律义务或负责的性质、状态或情况；可通过民事救济或刑事处罚加以执行的对他人或社会的法律责任”。在本文中，它可以与“responsibility（责任）”一词互换使用。Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 10th edition, Thomson Reuters, 2014, p. 1053.

7 见联合委员会提交给1949年外交会议全体会议的报告，报告中写道：“这项规定是确保上述条款所规定的起诉之强制性质继续有效的唯一手段。”《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B 卷，第133页。

8 在和平条约中，战胜国要求战败国赔偿而不采取对等措施是一种常见做法。二战结束时，同盟国与保加利亚、芬兰、匈牙利、意大利、日本和罗马尼亚通过谈判达成的和平协定规定，战败国放弃直接因战争或因1939年9月1日以后欧洲存在战争状态而采取的行动所引起的对同盟国或相关国的任何索赔权利。另见，例如《同盟国及参战各国对保加利亚和约》（1947年）第28条，或《同盟国及参战各国对意大利和约》（1947年）第76条。

9 如今，赔偿的概念已经发生了变化，并被广义地理解为包括 “旨在消除违反适用于武装冲突的国际法规则所造成的一切有害后果，并将状况恢复至未发生违反行为之前所应存在的状况的措施”。See e.g. the ILA's Declaration of International Law Principles on Reparation for Victims of Armed Conflict, Resolution 2/2010, Article 1(1).

10 下述内容印证了这一解读，见the letter from the Dutch Minister for Foreign Affairs to the Parliament, dated 24 May 1991, reproduced in the *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1992, pp. 379–382, at 381:

> 有关权利放弃的规定〔规定在1951年《旧金山对日和平条约》第14条第2款和第16条〕与1949年《日内瓦四公约》第51、52、131和138条并不矛盾。日内瓦公约相关条款规定，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公约其他条款中所述之破坏公约行为之责任。然而，从上述四个条款制定的历史来看，日内瓦公约的此类条款适用范围有限，即对犯有战争罪之人的刑事诉讼，在其本国被免除这些战争罪之责的情况下，防止此刑事诉讼受到阻碍或无法进行。具有全球影响的财务安排（即所谓“一次性”赔偿）不在前述禁止之列，甚至可被视为承担责任的一种形式。同样，从其他条约或一般国际公法中也不能推断出存在任何禁止性规定。

细的和平条约之通过并未阻止对某些严重破约行为或其他战争罪的起诉，[11]因此在这方面，自1949年以来第51条所确立的目标之一既已实现。

3022 其次，第51条中“〔任何〕责任”一词，重申各缔约国还对其武装部队或在其授权或指挥下行事之人所犯的严重破约行为负有责任，并要求责任国对严重破约行为所造成的损失或伤害提供充分赔偿。这一原则在许多条约中都有规定，包括1907年《海牙第四公约》第3条、《第一附加议定书》第91条和1999年《关于保护文化财产的海牙公约第二议定书》第38条。[12]此外，其他文件中亦有所涉，例如已公认为习惯国际法之一部分的2005年的《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》。[13]这一原则适用于所有武装冲突方，无论其为战败方还是战胜方。因此，第51条之目的还包括，防止通过停战协定或和平条约，强迫战败方放弃其对服务于战胜方之人所犯之严重破公约行为提出一切正当索赔的要求。在公约的准备工作中大多数国家认为，第51条并未“涵盖一项特殊财务安排，允许一国通过经约定之一次性赔付或赔偿和解，对损害赔偿要求进行最终清算”。[14]与武装冲突之结束有关的任何财务解决办法，各国可自行商定。不过，第51条禁止战败方同意放弃就有关严重破约行为向战胜方进行索赔的权利。[15]

3023 交战各方之间的战争赔偿问题通常通过和平条约来解决。战胜方向战败方要求赔偿是一种常见做法，而反之非然。[16]第二次世界大战以后的国家实践表明，各

11 1995年波斯尼亚和黑塞哥维那的武装冲突以《代顿协议》告终。协议中规定，除严重违反国际人道法之罪行外，大赦其他所有罪行：“被控犯罪之返乡难民或流离失所者，除犯有《前南斯拉夫国际刑事法庭规约》中界定之严重违反国际人道法的罪行（自1991年1月1日始）或其所犯为与冲突无关之普通罪行外，返时享大赦。”《代顿协议》（1995年）所附《难民和流离失所者问题协定》第6条；另见《克罗地亚与南斯拉夫联盟共和国之间关系正常化协定》（1996年）第 7条第3款规定：“缔约各方应宣布大赦与武装冲突有关的一切行为，但具有战争罪性质的严重违反人道法的行为除外。”

12 1907年《海牙第四公约》第3条规定，“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。”See the commentary on Article 91 of Additional Protocol I in Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, paras 3645–3661, 对国家对其武装部队所犯行为的责任原则和现有的赔偿形式进行了详细讨论。1999年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约第二议定书》第38条规定：“本《议定书》所有有关个人刑事责任的条款，均不影响国家在国际法方面的责任，特别是赔偿义务。”

13 见《红十字国际委员会习惯国际人道法》（2005 年）规则149 和规则 150；《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（2005 年）第 2 条和第 3 条；另见《国家责任条款草案》（2001 年）第 31 条（赔偿），该条规定：“责任国有义务对国际不法行为所造成的损害提供充分赔偿。”

14 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第133页。

15 See also ICRC, Report on the Protection of War Victims, reproduced in *International Review of the Red Cross*, Vol. 75, No. 803, October 1993, pp. 391–445, section 4.3(3): 这项规定〔第五十一条〕还表明，无论武装冲突结果如何，任何决定或协定都不得免除一国对违反国际人道法之行为的受害者所造成的损害作出赔偿的责任。

16 例如，见1947年2月10日的下述和平条约：《同盟国及参战各国对保加利亚和约》（1947年）第28条；《同盟国及参战各国对芬兰和约》（1947年）第29条；《同盟国及参战各国对匈牙利和约》（1947年）第32条；《同盟国及参战各国对意大利和约》（1947年）第76条；《同盟国及参战各国对罗马尼亚和约》（1947年）第30条。另见《对日和约》（1951年）第19条和《苏日关系共同宣言》（1956年）第6条。See also Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, ICRC, 1987, para. 3647.

国并未对严重破约行为作例外处理；[17]在一些情况下，战败方放弃向战胜方就武装冲突所造成的损害提出任何索赔要求。[18]

3024 不过从过去50年间的实践来看，武装冲突各国往往不会推卸其对严重破约行为负有的责任，还特别建立了支持个人针对武装冲突期间违反国际法之行为获得赔偿的方法或机制。这些机制形式包括由联合国安理会或和条约设立的混合索赔委员会和准司法机构。[19]例如，埃塞俄比亚和厄立特里亚在2000年12月缔结的和平条约，设立了一个公正的索赔委员会，负责裁定两国政府和私营实体之间在武装冲突中因违反国际人道法或其他国际法的行为造成的损失、损害或伤害的索赔问题。[20]安全理事会设立的准司法机构，以联合国索赔委员会为例，安理会授权该委员会负责裁定向伊拉克提出的索赔案件，提出这类索赔请求的基础是伊拉克入侵和占领科威特的行为对外国政府、国民和法人团体造成的任何直接损失、损害（包括环境损害）或伤害。[21]

3025 第51条重申国家对其武装部队或在其授权或指挥下行事的人所犯严重破约行为负有责任，这一责任意味着国家负有赔偿的义务，这在1907年《海牙第四公约》第3条和《第一附加议定书》第91条中有明确规定。然而，这些条款没有规定谁是基于违反国际人道法行为进行赔偿的最终受益者，没有明确指出赔偿的接受者只是国家还是也可以是个人，也没有具体规定执行这一索赔权利的途径。对于

17 关于这方面，见d'Argent, p. 772，该作者表示，关于针对破约行为提出的索赔要求："Nulle part, dans la pratique des renonciations, on ne trouve d'exceptions, expresse ou tacite, à leur portée s'agissant de ce type de créances."（此类放弃索赔的实践中，并未发现索赔范围方面出现任何明示或暗示的例外情况。）

18 尤其见《对日和约》（1951年）第19条和《苏日关系共同宣言》（1956年）第6条，其中苏联和日本同意"放弃任何一国、其机构或公民就1945年8月9日以来的战争向另一国、其机构或公民提出任何索赔要求"。1956年，苏联和日本均为1949年日内瓦四公约的缔约国，因此有义务遵守第51条。然而，问题是，第51条是否可视为可追溯适用于第二次世界大战的事件。还请注意德国联邦宪法法院在2004年东德征用案中的立场，该法院认为：

> 在"2+4"外长会议中，德意志联邦共和国默示放弃根据《陆战法规和惯例公约》提出任何索赔要求……
>
> 与此并不矛盾的是，1949年日内瓦四公约中的各部公约都载有一项条款，规定缔约国不享有免除其所负之"严重违反"国际公法之责任的权利。然而，在战争法的实践中，这一原则尚未成功确立。

与第51条相反，法院认为："不能从公约的规定中得出结论，认为禁止各国在缔结和平条约时放弃根据《陆战法规和惯例公约》提出索赔要求。"Germany, Federal Constitutional Court, *East German Expropriation case*, Order, 2004, paras 110–114.

19 其他实例，见《代顿协议》（1995年）所附《难民和流离失所者问题协议》第1、7、11和12条，其中设立了流离失所者和难民委员会，以解决波斯尼亚和黑塞哥维那的不动产索赔问题。另见1994年《约以和约》第24条，其中规定设立一个索赔委员会，共同解决所有财务索赔。一项类似规定见1978 年《关于实现中东和平的纲要》第3条第4款，以及《埃以和约》第8条。See also Gillard, pp. 539–540.

20 《厄立特里亚和埃塞俄比亚和平协定》（2000年）第5条。

21 见《联合国安理会第687号决议》，1991年4月3日，第16～19段。联合国赔偿委员会处理违反国际人道法的行为，以及违反诉诸武力原则和一般国际公法的行为。更多详细内容，见Christophe S. Gibson, Trevor M. Rajah and Timothy J. Feighery, *War Reparations and the UN Compensation Commission: Designing Compensation After Conflict*, Oxford University Press, 2015。

国际人道法中个人是否享有获得赔偿的权利，以及在国内或国际司法机构行使这一权利的方式和方法，已经存在很多论述。[22]但是，这项讨论超出了《日内瓦第一公约》第51条评注的范围，在关于《第一附加议定书》第91条的评注中加以探究可能最为合适。

主要参考文献

Cameron, Lindsey and Chetail, Vincent, *Privatizing War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 539–570.

d'Argent, Pierre, Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre, Bruylant, Brussels, 2002.

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Gillard, Emanuela-Chiara, 'Reparation for violations of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, No. 851, September 2003, pp. 529–553.

Kalshoven, Frits, 'State Responsibility for Warlike Acts of The Armed Forces', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, 1991, pp. 827–848.

– expert opinion, 'Article 3 of the Convention [IV] Respecting the Laws and Customs of War on Land, signed at The Hague, 18 October 1907', in Hisakazu Fujita, Isomi Suzuki and Kantaro Nagano (eds), *War and the Rights of Individuals: Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha, Tokyo, 1999, p. 37.

Sassòli, Marco, 'State responsibility for violations of international humanitarian law', *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, June 2002, pp. 401–434.

22 各种观点的概述，见Cameron, pp. 546–566; Gillard, pp. 536–545; d'Argent, pp. 774–808; and David, paras 4.41–4.56。See also ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State case*, Judgment, 2012, and in particular the Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras 63–72 and 240–287.

第五十二条
调查程序

公约条文 *

一、经冲突一方之请求，应依有关各方所决定之方式，进行关于任何被控违犯本公约的行为之调查。

二、如关于调查程序不能获致协议，则各方应同意选定一公断人，由其决定应遵行之程序。

三、违约行为一经确定，冲突各方应使之终止，并应迅速加以取缔。

保留或声明

无

目 录

一、引言 933
二、历史背景 936
三、适用范围 937
四、第 1 款：进行调查的条件 938
五、第 2 款：各方关于调查程序不能获致协议时采取的程序 940
六、第 3 款：调查的后续工作 941
七、1949 年以来的发展 942
主要参考文献 944

一、引言

3026 第52条是1949年日内瓦四公约及其后的《第一附加议定书》所构建的制度体系的一部分，目的是确保国际性武装冲突各方履行其条约及第一附加议定书项下的义务。四公约均包含这一条款。[1]在《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》

1 见《日内瓦第二公约》第53条；《日内瓦第三公约》第132条；《日内瓦第四公约》第149条。

* 为便于参考，作者加了段落序号。

中，该条款列在“滥用及违约之取缔”标题之下，而在《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》中，则列在“本公约之执行”标题之下。

3027 第52条第1款和第2款为冲突方对任何被控违反日内瓦公约之行为有所分歧时确立调查程序提供了法律基础。对个案中违反国际人道法的行为进行认定，或有助于防止因怀疑或错误指控而损害各方尊重该法律框架的意愿。第52条还力图确保各方终止并取缔经调查认定的被控违反行为（第3款）。

3028 本条并非要求通过日内瓦公约及第一附加议定书所规定的遵约机制进行事实核查的唯一条款。其他规定在某种程度上也要求冲突各方自身、保护国或其代替者、红十字国际委员会或根据《第一附加议定书》第90条设立的国际实况调查委员会对尚未证实的事实进行评估。这些机制依推动进一步尊重国际人道法的方式不同而各具特点，为确保尊重相关法律文件提供了补充手段。一些机制可能规定的是正式“调查”，而另一些机制，如红十字国际委员会，则需要在更为一般性的保护活动框架内查明事实和情况。

3029 国际性武装冲突各方在采取调查措施等适当措施纠正违反国际人道法的行为方面负有首要责任。例如，调查是四公约及（如适用）《第一附加议定书》建立的严重破约行为制度所固有的内容。[2]各缔约国有义务起诉被控曾实施或曾令人实施严重破坏公约行为之人，或将此类人员送交公约及第一附加议定书的其他缔约国审判，而调查则是履行该义务的初步措施。另外，调查也是履行采取必要措施以制止其他违反四公约或《第一附加议定书》之行为（即未被定性为“严重破坏公约行为”的违反行为）之义务的先决条件。由于各缔约国负有制止所有违反四公约之行为并确保起诉对“严重破坏公约行为”负责之人的义务，在大多数情况没有必要启动正式调查程序。一国如发现依附该国之人违反公约，则必须采取措施加以纠正，无论敌对方是否要求进行调查。因此，只有在对违反行为存在与否有争议的情况下，才有必要启动正式调查程序。对被控违反国际人道法的行为进行调查也是保护国（或其替代者）可行使的职能之一。[3]这一职能可作为保护国“维护冲突各方之利益”职责的一部分，[4]也可作为保护国在“和解程序”中发挥作用的一个方面。[5]因此，保护国可作为调查程序的替代性方案。[6]国际性武装冲突各方实际上可能希望寻求同侪的支持，以帮助它们解决与被控违反国际人道法的行为有关的争端。但至今为止，这一途径仍只停留在理论探讨中。自1949年日内

2 见关于本公约第49条的评注以及关于《第一附加议定书》第85条的评注。

3 见Gasser，第438页：“保护国可受托进行正式调查，但必须经认可该保护国的一方同意。”

4 共同第8条（《日内瓦第四公约》第9条）；另见共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条）和《第一附加议定书》第5条第1款。

5 共同第11条（《日内瓦第四公约》第12条）。

6 当然，根据第52条建立调查程序的冲突各方也可决定由保护国来开展这一程序。

瓦四公约通过以来，指定保护国的情形只有五例，[7]而且从未出现过请求保护国对被控违反国际人道法的行为进行调查的情形。

3030 红十字国际委员会也有权在国际性及非国际性武装冲突中从事监督活动。[8]但这一职能的性质与调查程序不同。红十字国际委员会通常并不试图解决武装冲突各方之间关于被控违反国际人道法行为的争端，也不会就其调查结果发表公开声明。除严格限定的情形外，[9]委员会主要侧重于与各方开展保密对话。红十字国际委员会还数次应邀参与正式调查程序。例如，1998年塞尔维亚共和国当局邀请委员会对发生在科索沃的事件进行专项调查。[10]但考虑到参与调查程序可能危及其帮助武装冲突受害者的人道行动，委员会始终拒绝此类提议。[11]

3031 最后，对《第一附加议定书》缔约国而言，调查功能是该议定书第90条的核心，该条规定设立一个常设机构——国际实况调查委员会。[12]尽管第90条也与调查被控违反国际人道法的行为有关，但该条并不旨在取代第52条（在其他三部公约中分别为第53条、第132条和第149条）。相反，该条明确规定日内瓦四公约确立的调查程序“应继续适用于任何被控为违反各公约的行为，并应扩展适用于任何被控违反本议定书的行为”。[13]这一点非常重要，因为第52条及其他三部公约中的相应条款具有更广泛的属事适用范围。第90条虽允许对“任何被控为违反各公约的行为”进行调查，但该条将国际实况调查委员会的权限限定为调查达到一定严重程度的违反行为，即严重破坏各公约或第一附加议定书的行为或其他严重违反各公约或第一议定书的行为。[14]

7 见关于第8条的评注第1115段；Bugnion, p. 864.

8 在国际性武装冲突中，红十字国际委员会被认为具有与保护国同样的监督职能（《日内瓦第三公约》第126条第4款和《日内瓦第四公约》第143条第5款）。红十字国际委员会（或任何其他公正的人道组织）还有权在冲突各方同意的情况下开展其认为必要的任何人道活动（见共同第9条（《日内瓦第四公约》第10条）和《第一附加议定书》第81条第1款）。在非国际性武装冲突中，共同第3条第2款规定红十字国际委员会（或任何其他公正的人道组织）“得向冲突之各方提供服务”。

9 See ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law’.

10 See ICRC, ‘Kosovo: ICRC position on invitation to head investigation’, News Release No. 98/10 of 20 March 1998. 其他实例，见第五部分第3052段。

11 红十字国际委员会对其立场作出如下说明：

> 红十字国际委员会不会承担调查委员会之职，而且作为一般原则，红十字国际委员会不参与调查程序。但如应冲突一方或多方之请求，红十字国际委员会可鼓励该方诉诸国际实况调查委员会，或者，应冲突所有各方之请求，红十字国际委员会可从中斡旋，以便成立调查委员会，并仅限于推荐有资格成为此类委员会成员的非红十字国际委员会人员。
>
> 但红十字国际委员会提供有限服务的前提是，此举完全不会危及其传统活动或其公正中立的声誉。委员会还将竭力确保调查程序充分保障公正并使所有各方都能表达其观点。

ICRC, ‘Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law’, pp. 398–399.

12 关于国际实况调查委员会，详见关于《第一附加议定书》第90条的评注。

13 《第一附加议定书》第90条第2款第5项。

14 同上注，第90条第2款第3项。

二、历史背景[15]

3032 作为解决国家间意见分歧之手段的调查程序这一概念，并非1949年才出现。1899年通过的《海牙第一公约》首次将这一概念引入多边条约。[16]1907年对该公约作出修正时，调查程序得到了很大发展。[17]在1907年修正版中，该公约建议成立“国际调查委员会”协助解决因“对事实问题存在意见分歧”而产生的国际性争端。[18]成立此类委员会必须基于有关国家间缔结的特别协定，[19]其结论必须仅限于对事实的确认，“应赋予此项确认何种效力完全由”这些国家“自行决定”。[20]

3033 在国际人道法领域，1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》首次规定了类似程序，不过语焉不详，该公约第30条规定：“经一交战国之请求，应依有关各方所决定的方式，进行关于任何被控违犯本公约的行为之调查；违反行为一经确定，各交战国应使之终止并应尽速加以取缔”。该公约通过时，这一新规定被视为该公约适用方面的重大进步。[21]

3034 但该程序很快就显示出明显的缺陷。有观点认为该条款难以适用，因其假定冲突各方已就该程序的实际细节达成一致。[22]红十字国际委员会早在1937年就已组织各方开展磋商，对上述问题进行讨论，并探讨是否可以对日内瓦四公约进行修订，以确保该调查机制在实践中得到有效利用。[23]

3035 基于上述磋商，红十字国际委员会向1949年外交会议提交了一项条款草案，该草案已于1948年获得斯德哥尔摩红十字国际大会的批准。该条款草案是《日内瓦第一公约》和《日内瓦第二公约》草案的共同条款。[24]该条款建议采用一种新

15 关于第52条起草过程的详细说明，见de La Pradelle，pp. 265–286。

16 《海牙第一公约》（1899年）第9条至第14条。

17 《海牙第一公约》（1907年）第9条至第36条。

18 同上注，第9条。

19 同上注，第10条。

20 同上注，第35条。

21 See Des Gouttes, Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades, ICRC, 1930, commentary on Article 30, pp. 212–220.

22 1936年发给各国红会的通告中，红十字国际委员会强调：“第30条规定的程序并不完善，充其量只是一个粗略的草案”（红十字国际委员会，“《日内瓦公约》及《新公约草案》的修订和扩展”，第328项通告，日内瓦，1936年7月31日，第6页）。这一问题在起草第30条的过程中已颇为突出。外交会议第一委员会主席指出：要求就该程序达成一致也许会使进行调查之义务“无法履行”（见《1929年日内瓦外交会议记录》，日内瓦，1930年，第406页）。

23 这些磋商是在1937年国际专家委员会、1938年于伦敦举行的第16届红十字国际大会、1946年举行的国家红会预备会议、1947年举行的政府专家会议以及1948年于斯德哥尔摩举行的第17届红十字国际大会的框架内进行的。关于这一进程，详见Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 374–376。

24 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第25～26页及第47～48页；另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第55～56页及第70页。

的“调查程序”，“任何缔约国”都可以“要求”针对被控违反相关公约的行为“进行调查”。该条款草案规定，调查委员会将由从各缔约国于和平时期准备的人员名单中选出三名成员组成。委员会的两名成员由该程序当事方各自任命，随后由这两名成员共同选定第三位成员。如前两名成员无法达成一致，则由“国际法院院长，或如其为交战国国民或丧失能力，则由其替代者，或如后者无法履行该职责，则由红十字国际委员会主席”任命第三位成员。条款草案还规定，委员会不仅有权就争议事实给出结论，还有权提出适当建议。

3036 但经外交会议期间的讨论，红十字国际委员会的提案并未获得支持。相反，有观点认为，斯德哥尔摩草案“规定的甄选程序过于复杂，恰当的做法是重新采用1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第30条的规定，但对其用语作出更为清晰的界定”。[25]因此，外交会议决定保留1929年条款的内容，并在该条下新增一款，建议如各方无法就启动该程序达成一致，则应指定一名公断人。

三、适用范围

3037 第52条适用于国际性武装冲突中被控违反四公约的行为。但根据第1款，调查程序的范围可扩展至“任何”被控违反四公约的行为。因此，似乎并无规定禁止为查明被控违反共同第3条的行为而设立调查程序。但在1949年，起草者将第52条纳入公约第九章，而且无意将该程序扩展适用于非国际性武装冲突。[26]此外，适用于非国际性武装冲突的共同第3条和《第二附加议定书》都未提及调查程序。因此，第52条规定的程序似乎只适用于在国际性武装冲突中实施的被控违反行为。由于缺乏相关实践，很难进一步澄清这个问题。但非国际性武装冲突各方可自行（并应鼓励其）缔结共同第3条第3款所规定之特别协定，并可据此商定调查程序。[27]

3038 调查程序的范围可扩展至“任何被控违犯本公约的行为”，这首先意味着该程序并不限于特定种类的违反公约之行为，例如达到最低严重程度的行为。而其

25 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第119～120页。

26 共同第3条在1949年被视为唯一适用于非国际性武装冲突的条款。

27 举例而言，当时曾有参与非国际性武装冲突的各方考虑过启动调查程序，见：“关于在克罗地亚和南斯拉夫社会主义联邦共和国之间适用国际人道法的谅解备忘录”（Memorandum of Understanding on the Application of IHL between Croatia and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, 1991年），第12条规定：

> 12. 请求开展调查。
>
> （1）如请红十字国际委员会进行调查，它可以进行斡旋，以便在该组织之外并根据其原则设立一个调查委员会。
>
> （2）红十字国际委员会只有根据其与所有相关各方达成的一般协定或特别协定才会参与设立此种委员会。

Reproduced in Marco Sassòli, Antoine A. Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War*?, Vol. III, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011, pp. 1713–1717.

他关于调查违反国际人道法之行为的规定，确含有对属事适用范围的限定。例如，日内瓦四公约（及《第一附加议定书》）详细规定的个人刑事责任特别制度仅适用于上述文件中明确列出的“严重破坏公约的行为”。[28]

3039 第1款规定的是“违犯”本公约的行为，意即调查机构的工作须包括：核实未经证实或有争议的事实是否存在，并对该事实作出法律评估。[29]“违犯”法律规范的概念，包括事实和法律两个方面。第52条第3款对此作出了进一步确认。迅速终止并取缔已确定的违反行为之义务的前提是，争议行为已得到核实，且已根据相关法律规则对其定性。

3040 此框架内的“违犯”行为不仅可由武装部队及代表冲突各方行事的其他个人或团体实施，还可由行为不可归因于该国的个人实施。[30]

3041 对任何“被控”违反四公约的行为均可要求进行调查。第52条规定的程序假定冲突各方对是否确实存在违反相关法律文件的行为存在怀疑或分歧。从这一规定的目的可以看出，行为受质疑的一方一旦对指控提出异议，就有必要且有义务进行调查。日内瓦四公约的准备工作表明，当时的相关讨论是能否将调查程序作为解决“由四公约的解释和适用所引起的争端”的一种手段。[31]

3042 最后，关于第52条的属时适用范围，只要涉及违反本公约的行为，调查程序可于任何时候启动，既可在武装冲突期间，也可在武装冲突结束之后。

四、第 1 款：进行调查的条件

3043 第52条第1款的措辞清楚表明，一旦有交战国提出请求，就必须进行调查：“应……进行”调查（“devra être ouverte”）。这一义务的独特前提是“冲突之一方之请求”。因此，理论上第52条所规定的机制可单方面启动，即可强加于敌对方。

3044 尽管向1949年外交会议提交的条款草案规定“任何缔约国”都有权要求设立该程序，但第52条第1款明确规定，只有“冲突……方”可为此请求。四公约其他

28 见《日内瓦第一公约》第49条至第51条及《第一附加议定书》第85条至第86条。另一例则是《第一附加议定书》第90条第2款第3项，该项将国际实况调查委员会的职权范围限于调查被控严重破坏日内瓦四公约或《第一附加议定书》的行为或其他严重违反这些公约或议定书的行为。另见该议定书第90条第2款第5项。

29 See Ihraï, p. 159.

30 见第52条第1款，“任何被控违犯本公约的行为”；另见关于共同第1条的评注中的相关内容，涉及到缔约国有义务“保证”个人也“尊重”该公约。

31 见联合委员会下设的特别委员会拟定的第六份报告，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第119页。在起草1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第30条时，这一点也十分清楚；尤其见《1929年日内瓦外交会议记录》，日内瓦，1930年，第402页。

缔约国不得正式启动这一程序，但有权鼓励交战国使用第52条。对于其他缔约国而言，这是履行其承担“保证”日内瓦各公约“被尊重”之义务的一种方式。[32]但在此情况下，交战国各方均无接受该调查程序的法律义务。

3045 正如第1款之规定，调查须“依有关各方所决定之方式”进行。这项条件自该条款通过以来就被多次强调，[33]但该条件构成有效实施该条款的主要障碍。实际上在武装冲突中敌对国间达成一致极其困难，尤其是涉及调查其中一方的被控罪行并且可能因此需要准许调查人员进入相关地区或接触相关人员时。

3046 应就如何实施该程序作出决定的“有关各方”，包括要求进行调查的国家和行为将受到调查的冲突一方或多方。受同一类违反行为（虐待不同冲突方的伤病士兵）影响的不同冲突方可能决定联合提出调查请求。

3047 决定该程序实施“方式”的各方不必依循特定框架，因为第52条并未作此规定。1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第30条的准备工作讨论了这一问题。一些代表团坚持认为该程序的细节无法事先决定，因此不应在该条款中规定调查的程序规则。于是各国决定将这一问题留待冲突各方在个案具体情形中自行决定。[34]

3048 确定调查的程序框架是非常关键的一步，它决定了该调查程序的确切范围，有助于确保调查以有效、可靠的方式进行。[35]在这方面，各方可借鉴有关确立和开展国际调查程序的现有示范规则，如1907年《海牙第一公约》的相关章节。[36]各方至少应就调查机构的组成、权限及须调查的被控构成违反公约行为之事实达成一致。[37]其他程序方面的指导可由各方商议决定，也可由调查机构决定。[38]应作出决定的内容应包括：调查程序的时限、方法、结果以及该程序产生的费用。

3049 调查请求可由一交战国直接进行通知或（如有）通过保护国进行通知。后者应是武装冲突期间进行此类沟通的正常途径。但如前文所述，这种做法从未付诸实践。代表冲突一方转达调查请求的替代方式，还包括借助保护国替代者的协助，例如通过中立国、红十字国际委员会或任何其他公正的组织。[39]

32 见共同第1条及《第一附加议定书》第1条第1款。

33 See e.g. Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 377; Gasser, p. 352; and ICRC, *Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflict*, p. 14

34 见《1929年日内瓦外交会议记录》，日内瓦，1930年，第399页，以及Ihraï, p. 158。

35 Franck/Scott, p. 310.

36 见《海牙第一公约》（1907年）第9条至第36条。

37 同上注，第10条。

38 同上注，第18条。

39 见共同第10条（《日内瓦第四公约》第11条）。

五、第 2 款：各方关于调查程序不能获致协议时采取的程序

3050 第52条第2款是1949年新增的内容。增加这一款的目的，是为了强化1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第30条所规定的现有调查机制。第30 条从未在实践中得以适用，因而各方意识到，当有关各方无法就调查应依循之程序达成一致时，应提出替代性解决方案。[40]第2款规定，在这种情况下，各方应指定一公断人，由其决定调查应如何进行。

3051 然而，新增的本款在促进启动调查程序方面实际上助益不大。首先，本款并未创设严格的法律义务，因其只是建议冲突各方“应（should）”使用公断人之服务。其次，本款规定该决定须基于“同意”，这不过是再现了第1款既有规定的缺陷，而非提供解决方案。如果各方无法就程序安排获致协议，很难想象它们能在任命公断人的问题上达成一致。因此，在启动调查程序方面，尽管新增了第2款，却并未给第52条及1949年其他三个公约中的相应规定的适用带来任何进展。

3052 在实践中，试图诉诸日内瓦四公约调查机制的情形非常罕见，而该程序也从未实际启动。即使红十字国际委员会尽力鼓励冲突各方利用这一机制，但由于各方无法达成一致，调查程序从未真正设立。提议使用该程序的情形只有四次，其中两次是在1949年日内瓦四公约通过之前，另外两次则是在通过之后：

（1）在意大利与埃塞俄比亚战争期间（1935 年～ 1936 年），双方都就违反国际人道法的行为向红十字国际委员会提出申诉。红十字国际委员会为帮助成立国际调查委员会提供了支持，但双方始终未能就调查委员会的组成达成一致。

（2）卡廷（Katyn）大屠杀（1943 年）之后，德国红十字会曾请求红十字国际委员会参与挖掘受害者遗体，波兰流亡政府则请求红十字国际委员会开展一项独立调查。红十字国际委员会的答复是：可在任命中立专家进行调查方面提供协助，前提是相关各方都提出此种请求。苏联政府未作此请求，波兰政府则撤回了提议。

（3）朝鲜战争期间（1952 年），朝鲜民主主义人民共和国指控美利坚合众国使用细菌武器。美国政府请求红十字国际委员会对此项指控进行独立调查。红十字国际委员会的答复是：如各方一致同意，委员会将成立调查委员会。但这是不可能的，因为朝鲜民主主义人民共和国从未对该提议作出回应。

（4）在以色列和阿拉伯国家战争期间（1973 年～ 1974 年），交战各国互相指控对方实施了严重违反国际人道法的行为，并请求红十字国际委员会

40 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第52页。

进行调查。红十字国际委员会提议，成立两个双边调查委员会，[41] 但各方未能就该程序达成一致。[42]

六、第 3 款：调查的后续工作

3053 第52条第3款规定了经调查确定存在违反公约之行为时冲突各方应承担的责任。本款亦适用于有关被控违反《第一附加议定书》（如适用）之行为的程序。[43] 本款规定，各方“应使〔违反行为〕终止，并应迅速加以取缔”。因此，调查机构的结论虽仅限于对过去事件的评估和定性，但并非不会产生事实和法律上的后果，并可对正在进行的武装冲突产生影响。这就使各方有责任采取具体措施纠正事态。尽管调查是一种国际性的机制，但其后续工作包含必须在国内层面采取的措施。

3054 这些措施并不具选择性。第3款使用的“应（shall）”一词，表明本款为行为被认定为非法的一方设定了一项具有法律拘束力的义务。在这方面，第52条规定的机制有别于1907年《海牙第一公约》中的传统调查机制，根据后者，各方完全可自行决定该程序后续工作的内容。[44]

3055 第3款提到的措施源自在一切情况下尊重日内瓦四公约（及《第一附加议定书》，如适用）并保证其被尊重的义务。这些措施也符合第49条所确认的各缔约国都必须确保对“严重破坏”本公约者加以刑事制裁，[45]并采取必要措施制止其他违法行为。[46]停止正在进行的违反本公约行为之义务还以国家责任规则为基础。[47]

3056 第52条提到了两种后续措施。首先，冲突各方必须“使”违反公约行为“终止”。如果违反行为仍在继续，例如冲突各方未采取一切可能的措施搜寻战场上的伤者、病者及死者，[48]“使之终止”的义务意味着有关当局必须停止非法之举。如果违约行为已经发生，例如：谋杀受保护之人，[49]该义务则意味着当局必须确保非法行为不会再次发生。缔约各国可决定履行该义务的最佳方式，包括例如：采取行政措施、向战斗员发出与本公约相符的指示或对其武装部队进行相关培训。

41 See ‘ICRC proposes commissions of enquiry’, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 14, No. 154, January 1974, p. 49

42 关于这些案例，详见Bugnion, pp. 935–939。

43 见《第一附加议定书》第90条第2款第5项。

44 见《海牙第一公约》（1907年）第35条。

45 见第49条第2款。

46 见第49条第3款。

47 见《国家责任条款草案》（2001年）第30条。

48 见第15条第1款。

49 见第12条第2款。

3057 其次，冲突各方必须“取缔”违反公约行为，即搜捕并制裁责任人。该措施可包括刑事诉讼及刑事制裁。如已确定的违约行为构成严重破坏公约的行为，或构成严重破坏《第一附加议定书》（如适用）的行为，那么取缔行动必须符合每个缔约国都必须制定的国内立法，该立法的目的是为确保“对于本身犯有或令人犯有”日内瓦四公约及《第一附加议定书》（如适用）所列之“严重破坏……行为之人，处以有效之刑事制裁”。[50]该措施还意味着必须根据国内刑事程序进行进一步调查。虽然基于第52条进行的调查必须设法确定国际性武装冲突一方是否违反了四公约或《第一附加议定书》（如适用）的某项规定，但其目的并非就个人刑事责任得出结论。同样的考虑也适用于除严重破坏公约行为外其他违反四公约或《第一附加议定书》的行为，[51]冲突方可能也已针对此类行为通过了刑事制裁措施。对于此类行为，还可采取纪律制裁或其他措施，但视国内法律法规而定。

3058 第52条并未提及行为被认定为非法的一方应承担的第三项义务，这项义务源于习惯国际法。国家实践和法律确信肯定了一点，即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。[52]赔偿不一定必须按照其他人道法条约所规定的方式提供补偿，[53]也可通过其他形式，如恢复原状、康复、满足或保证违反行为不再发生。[54]

七、1949 年以来的发展

3059 第52条所确立的机制之所以迄今为止从未启用，主要原因与实际适用该机制的条件有关。[55]所有相关各方必须就应遵循的程序或公断人的人选达成一致，才能实际启动调查。第52条并未确保在仅有一方提出请求的情况下自动开启调查。在实践中，期待关系已经破裂并存在武装冲突的各方能够就进行调查达成一致似乎并不现实，涉及旨在处理违反国际人道法这样的敏感问题时尤其如此。在较为晚

50 见第49条第1款和《第一附加议定书》第85条第1款。

51 见第49条第3款和《第一附加议定书》第85条第1款。

52 见亨克茨、多斯瓦尔德-贝克，关于规则150的评注，第505～517页。1949年日内瓦四公约还规定了“严重破坏公约行为”的国家责任问题（见《日内瓦第一公约》第51条；《日内瓦第二公约》第52条；《日内瓦第三公约》第131条；《日内瓦第四公约》第148条）。一般而言，作出充分赔偿的义务也是国际不法行为的国家责任的一部分；见《国家责任条款草案》（2001年）第31条及第34条至第38条。

53 见《海牙第四公约》（1907年）第3条和《第一附加议定书》第91条。

54 见《严重违反国际人权法和严重违反国际人道法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》（2005年）。

55 早在关于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第30条的准备工作中就已预想到这一问题（见《1929年日内瓦外交会议记录》，日内瓦，1930年，第406页），在那之后该问题又多次得到强调。See e.g. *60 ans des Conventions de Genève et les décennies à venir – 60 Years of the Geneva Conventions and the Decades Ahead*, Report of a conference held on 9–10 November 2009, Swiss Confederation/ICRC, Bern, 2010, p. 39.

近的实践中，设立实况调查团对此类违反行为进行调查时，所采用的机制均不要求各方的特别同意。因此，1949年日内瓦四公约建立的调查机制收效甚微的主要原因在于缺乏政治意愿。

3060 本条调查机制呈现出的另一个缺陷，是缺乏制度化。[56]在没有既存常设机构和标准程序的情况下，第52条要求在调查实际开始之前进行冗长的谈判和准备工作。这可能会令冲突各方不愿诉诸该机制，为保全关键证据并保护受害者而必须迅速作出反应时尤其如此。然而，即使调查的制度化是解决问题的一方面，也并无法保证成功适用本条。1991年根据《第一附加议定书》第90条设立的国际实况调查委员会从未收到过调查请求。同样，在这种情况下，主要的障碍依旧是缺乏冲突各方的同意。

3061 尽管1949年日内瓦四公约规定的调查程序并不成功，一些专家仍支持将其作为一个具有吸引力的潜在选择。红十字国际委员会于2003年组织的关于促进遵守国际人道法的一系列地区性专家研讨会确认了这一点。[57]专家强调，如果冲突各方愿意在没有外部干涉的情况下解决关于遵守国际人道法的争端，那么该程序的双边性质仍可能是符合冲突方利益的一个优势。2003年磋商期间出现了一些提案，试图排除可能妨碍各方实际诉诸该程序的障碍。有提案建议应制定并向冲突各方提供调查程序示范草案，以促进各方对该机制的信赖。有观点主张，为国际性武装冲突确立的正式调查程序也可用于非国际性武装冲突。[58]

3062 然而，时至今日，第52条的具体适用仍是假设。但这并不意味着实践中没有对被控违反国际人道法的行为进行调查，相反，此类调查时有开展。但与国际人道法规定的由武装冲突各方提出请求并需经各方同意才能进行调查不同，正式的调查往往在联合国或区域层面由国际社会提出倡议并在其主持下进行。这种情形在国际性和非国际性武装冲突中都可能发生。

56 第52条的这一缺陷常会与《第一附加议定书》第90条的优点进行比较，后者创设了常设的实况调查委员会并规定了简易程序规则。

57 See ICRC, ‘Improving Compliance with International Humanitarian Law’, p. 53.

58 同上注，第68页。

3063 在联合国系统内部，调查程序主要是由安全理事会[59]和人权理事会（前身是人权委员会）确定，[60]不过其他联合国机构也在各自职权框架内利用此类机制。[61]在区域层面，各种不同组织已启动了关于武装冲突各方行为的实况调查程序，如：非洲联盟、[62]欧洲委员会、[63]欧洲联盟、[64]美洲国家组织。[65]在某些情势中，设立调查机构，以是旨在确保对武装冲突各方及其活动进行长期监测并定期发布报告。在其他情况下，启动该程序是为了调查在过去相对较短时间内发生的某个事件或系列事件。

3064 近数十年来，与国际人道法有关的实况调查也取得了长足发展。调查工作一直是特设国际刑事法庭（如前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭）、国内国际混合刑事法庭（如塞拉利昂问题特别法庭）以及国际刑事法院必要且核心的工作内容。

主要参考文献

Bassiouni, M. Cherif, 'The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)', *American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 4, October 1994, pp. 784–805.

Bothe, Michael, 'Fact-finding as a means of ensuring respect for international humanitarian law', in Wolff Heintschel von Heinegg and Volker Epping (eds), *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, Berlin, Springer, 2007, pp. 249–267.

59 例如，见联合国安全理事会，《安全理事会第780（1992）号决议所设专家委员会的最后报告》，联合国S/1994/674号文件，1994年5月27日，以及《达尔富尔问题国际调查委员会给联合国秘书长的报告（依循安全理事会2004年9月18日第1564号决议）》，日内瓦，2005年1月25日。

60 例如，见联合国人权委员会，《关于伊拉克占领下的科威特的人权情况的报告》，人权委员会特别报告员瓦尔特·凯林（Walter Kälin）先生根据委员会第1991/67号决议撰写，联合国E/CN.4/1992/26号文件，1992年1月16日；联合国人权理事会，《联合国加沙冲突问题实况调查团的报告》，联合国A/HRC/12/48号文件，2009年9月15日；联合国人权理事会，《国际调查委员会对所有据称在阿拉伯利比亚民众国境内发生的违反国际人权法行为的调查报告》，联合国A/HRC/17/44号文件，2011年6月1日；联合国人权理事会，《独立国际调查委员会关于阿拉伯叙利亚共和国的报告》，联合国A/HRC/S-17/2/Add.1号文件，2011年11月23日。

61 例如，见联合国秘书长，《视察伊朗和伊拉克遭受军事攻击的平民地区特派团的报告》，联合国S/15834号文件，1983年6月20日。

62 See e.g. *Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights' Fact-Finding Mission to the Republic of Sudan in the Darfur Region*, 8–18 July 2004, EX.CL/364 (XI), Annex III, 20 September 2004.

63 See e.g. *Human Rights in Areas Affected by the South Ossetia Conflict. Special Mission to Georgia and Russian Federation*, report by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, COE Doc. CommDH(2008)22, 8 September 2008.

64 See *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, mandated by Council of Europe decision 2008/901/CFSP of 2 December 2008.*

65 See Inter-American Commission on Human Rights, *Third report on the human rights situation in Colombia*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

Boutruche, Théo, 'Credible Fact-Finding and Allegations of International Humanitarian Law Violations: Challenges in Theory and Practice', *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 16, No. 1, Spring 2011, pp. 105–140.

– 'Good offices, Conciliation and Enquiry', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 561–574.

Buergenthal, Thomas, 'The United Nations Truth Commission for El Salvador', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, No. 3, 1994, pp. 498–544.

Bugnion, François, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/Macmillan, Oxford, 2003, pp. 935–939.

Cerna, Christina M., 'Human rights in armed conflict: Implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies', in Fritz Kalshoven and Yves Sandoz (eds), *Implementation of International Humanitarian Law/Mise en œuvre du droit international humanitaire*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 31–67.

Cohen, Amichai and Shany, Yuval, 'Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflicts', *Yearbook of International Humanitarian Law 2011*, Vol. 14, 2012, pp. 37–84.

de La Pradelle, Paul, La Conférence diplomatique et les nouvelles Conventions de Genève du 12 août 1949, Les Éditions internationales, Paris, 1951.

Franck, Thomas M. and Scott, Fairley H., 'Procedural Due Process in Human Rights Fact-Finding by International Agencies', *American Journal of International Law*, Vol. 74, No. 2, April 1980, pp. 308–345.

Gasser, Hans-Peter, 'Scrutiny', *Australian Year Book of International Law*, Vol. 9, 1980, pp. 345–358.

亨克茨，多斯瓦尔德 - 贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社 2005 年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社 2007 年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://www.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/v1。

HPCR Advanced Practitioner's Handbook on Commissions of Inquiry: Monitoring, Reporting and Fact-Finding, Program on Humanitarian Policy and Conflict Resolution, Harvard Humanitarian Initiative, March 2015.

ICRC, 'Improving Compliance with International Humanitarian Law', ICRC Expert Seminars, summary report to the 28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2–6 December 2003, Annex III.

– 'Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, June 2005, pp. 393–400.

– *Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflict*, Report prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2011, pp. 10–14.

Ihraï, Saïd, 'Les mécanismes d'établissement des faits dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole I de 1977', in Fritz Kalshoven and Yves Sandoz (eds), *Implementation of*

International Humanitarian Law/Mise en œuvre du droit international humanitaire, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989, pp. 153–168.

Orentlicher, Diane F., 'Bearing Witness: The Art and Science of Human Rights Fact-Finding', *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 3, Spring 1990, pp. 83–135.

Stewart, James G., 'The UN Commission of Inquiry on Lebanon: A Legal Appraisal', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, No. 5, 2007, pp. 1039–1059.

Vité, Sylvain, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Bruylant, Brussels, 1999.

Waldman, Adir, Arbitrating Armed Conflict: Decisions of the Israel-Lebanon Monitoring Group, JurisNet, Huntington, 2003.

Zegveld, Liesbeth, 'The importance of fact-finding missions under international humanitarian law', in Chantal Meloni and Gianni Tognoni (eds), *Is There a Court for Gaza? A Test Bench for International Justice*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 161–167.

第五十三条
标志之滥用

公约条文 *

一、除按本公约有权使用者以外，一切个人、公私团体、商号或公司，不论其使用之目的及采用之日期为何，使用“红十字”或“日内瓦十字”之标志或名称以及其他仿冒之标志或名称，无论何时均应禁止。

二、因为依采用翻转的联邦国旗而对瑞士表示之敬意，及瑞士国徽与本公约之特殊标志之间可以发生之混淆，任何私人、团体、或商号，不论系作为厂标或商标，或此种厂标商标之一部分，或出于违反商业信义的目的，或在可以伤害瑞士国家情感之情况下，使用瑞士国徽，或仿冒此项国徽标志，无论何时，均应予禁止。

三、但未参加 1929 年 7 月 27 日日内瓦公约之各缔约国对于早已使用前款规定之各种符号标志者，得限期令其停止使用。此项期限自本公约生效之日起，不得超过三年。但此种使用，在战时，不得视为系受本公约之保护。

四、本条第一款所规定之禁止事项，亦适用于第三十八条第二款所指之标志及符号，但不影响其过去使用所获得之权利。

保留或声明

美国：批准条约时作出保留 [1]

目 录

一、引言 948
二、历史背景 948
三、保护的特殊性 950
四、讨论 950
（一）第 1 款：红十字标志、相关名称及仿冒之标志或名称 950
（二）第 2 款：瑞士国徽 953

1 United Nations *Treaty Series*, Vol. 213, 1955, pp. 378–381. 该保留的原文见后注51。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

（三）第 3 款：在先使用者 955
（四）第 4 款：其他特殊标志 956
五、第 53 条的国内实施 957
主要参考文献 959

一、引言

3065 第53条规定对各类第三方使用特殊标志及其名称以及仿冒之标志及名称的行为予以广泛禁止。[2]本条还涵盖了瑞士国徽以及可能构成仿冒瑞士国徽的各种设计。不论使用之目的，且在很多情况下也不论采用之日期为何，此类使用行为均受禁止。

3066 第53条所载之禁止性规定无论何时均适用，包括武装冲突期间与和平时期。第53条涵盖对作为保护手段和识别手段的特殊标志的滥用行为，但该条并未明确对两种使用进行区分。[3]战时滥用标志行为的严重性毋庸置疑，而平时滥用识别性记号，如出于商业目的，也被认为有损标志的特殊意义和目的。[4]

3067 第53条对特殊标志的第三方使用作出此种严格禁止性规定，重申了特殊标志的特殊性质和地位。特殊标志的地位在国际法上可以说是独一无二的。

3068 第53条中每一款使用的术语不尽相同，这些术语经严格解释可能略显复杂。但国家实践尤其是已有的国内立法表明，对于第53条所规定的特殊标志及其名称，各国通常给予类似程度的保护，且很多情况下保护也及于瑞士国徽。仿冒上述标志同样也受禁止。

3069 出现第三方滥用标志、名称或仿冒之标志或名称的情况时，在国家红十字会与红新月会（以下简称“国家红会”）及红十字国际委员会的支持下，确保根据本条及现有国内立法规定对有关不当使用进行适当处理的责任在于各国。

二、历史背景

3070 最早的1864年《日内瓦公约》未规定违约行为及滥用和不当使用特殊标志之取缔。但无论是在和平时期还是在武装冲突期间，滥用红十字标志的行为早在

2 根据本条第1款的规定，“第三方”包括“除按本公约有权使用者以外，一切个人、公私团体、商号或公司”。

3 关于标志的保护性和识别性使用，见关于第44条的评注第三、四部分。

4 Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 385.

1866年就显已存在。[5]红十字国际委员会与国家红会在应对标志不当使用方面的协同努力在某种程度上推动了日内瓦公约的发展，[6]修订后的1906年《日内瓦公约》要求各国“采取或建议其立法机关”采取必要措施防止滥用标志，包括防止第三方的商业使用及战时的不法使用。[7]

3071 1929年，相关条款经修订成为了新公约的第28条。该新条款中加入了禁止使用瑞士国徽的内容，[8]并涵盖了对仿冒红十字标志和名称以及瑞士国徽之行为的禁止。对后者加以规定，是为了将那些虽未完全照搬特殊标志或名称，但在设计上极其相似而难免令人产生二者之间有所关联之印象的（主要用于商业活动的）记号或名称也纳入规制范畴。[9]不过，1929年《日内瓦公约》虽首次承认了红新月及红狮与日标志，却并未将其纳入第28条，这就意味着各国没有禁止该两种标志之不当使用的国际义务。使用这两种标志之一的国家可以通过国内法在其领土内确保对该标志的保护。此外，1929年公约没有保留有关战时滥用的单独条款，从而造成了第28条仅适用于商业滥用的误解。[10]

3072 在1949年，上述第28条的约文经修订后被纳入两项不同的条款中，即《日内瓦第一公约》第53条和第54条。第53条保留并发展了第28条所提及的各种滥用行为，而采取必要措施防止和取缔这些行为的要求则被移至第54条项下。[11]

5 关于此类滥用标志行为的具体实例，见ibid. p. 381。

6 例如，第3届红十字国际大会（1884年，日内瓦）建议，“所有国家均应采取积极的立法或类似措施，以防止在平时及战时对本公约标志（即白底红十字标志）的滥用。”第4届国际大会（1887年，卡尔斯鲁厄）也通过了一项类似的决议。See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 381. 直至今日，国际红十字与红新月运动的各个组成部分仍在持续努力，通过与各国合作推动此项工作的开展。

7 《日内瓦公约》（1906年）第27条和第28条。1906年《日内瓦公约》同时禁止出于保护和识别目的滥用标志，虽然当时还并没有在这两种用途之间作出有意识的区分。应指出的是，早在1899年，1899年《海牙章程》第23条就已作出规定处理战时滥用标志的行为，该条禁止“……对日内瓦公约所规定的特殊标记的不当使用”，修订后的1907年《海牙章程》在同一条中也做了同样规定。See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 382.

8 据称，为规避1906年《日内瓦公约》对使用红十字标志的禁止，红底白十字被越来越多地用于商业目的，以利用其与红十字标志之间的相似性。See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, pp. 382–383.

9 1906年之后，商业机构使用标志将面临被诉风险，因此它们精心设计了一些虽不能算是红十字但却给人红十字之印象的标记。如此，商业机构便可肆无忌惮地使其产品至少在某种程度上得益于红十字标志的声望。这种标记的实例包括：附有图形或是与另一个十字叠加的红十字；只有轮廓或部分为红色的十字架；背景色不同的红十字；半白半红的底色上一个也是半白半红、但颜色位置互换的十字架；还有从远处看像十字架的红星。这种行为有害于红十字标志及相关组织，必须加以消除。

10 虽然1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第28条规定，各国必须“经常”防止滥用，并一般性地提到了“其他目的”，但该条明确提及商业目的的规定还是造成了困惑。据称，在1952年，国家通过立法来履行其1929年公约义务时，立法“一般仅涵盖商业滥用行为”。See Pictet, (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 381.

11 见关于第54条的评注。

三、保护的特殊性

3073 第53条以涵盖甚广的措辞，禁止除有权使用者以外的任何主体使用特殊标志（以及瑞士国徽、相关名称及仿冒之标志和名称），对这些标志的特殊用途及独特地位加以强化。除第53条规定的标志外，还有一些其他国际公认的标志，根据特定国际协定或决议享有某种程度上的保护。例如，国际人道法还规定了其他为特定目的（比如在武装冲突中保护文化财产）而使用的标志，[12]其使用可能也受到国家立法的限制。此外，联合国徽章和旗帜的使用也有其限制，[13]联合国大会已建议，应通过实施国内措施来防止其未经授权的使用。[14]然而，第53条对第三方使用特殊标志的广泛禁止，加之第54条所确立的各国须采取适当国内措施取缔滥用和不当使用标志行为的积极义务，所形成的保护程度要高于其他国际公认的标志所享有的保护。[15]本条禁止范围之广，足以涵盖无论何处以任何形式出现的此类不当使用行为。比如，虽在约文起草时无法预料，但在数字领域及互联网上未经授权使用特殊标志、其名称以及仿冒之标志或名称的行为，亦在本条禁止之列。各国有责任保证私人组织和（或）商业组织遵守第53条的限制性规定。

四、讨论

（一）第 1 款：红十字标志、相关名称及仿冒之标志或名称

3074 第53条第1款涵盖红十字标志、“红十字”和“日内瓦十字”名称，及其仿冒之标志和名称的使用行为。虽然很多国内法与本款一样同时提到了红十字标志和“红十字”这一名称，但似乎明确禁止使用“日内瓦十字”这一名称的国内法却不多。[16]很多国内法还禁止使用仿冒的红十字标志及“红十字”名称。何种标志可能构成对

12 1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》采纳了文化财产标记，该标记为“盾状，下端尖，十字交叉，蓝白相间”（第16条第1款）。

13 联合国徽章的使用受到1946年12月7日联合国大会第九十二（一）号决议以及联合国秘书处所下发的内部规章的限制。联合国秘书长发布的《联合国旗典与规则》则调整联合国旗帜的使用。《第一附加议定书》第38条第2款对 “除经联合国核准外，使用联合国的特殊标志”的行为予以禁止。

14 1946年12月7日联合国大会第九十二（一）号决议第二（乙）段建议联合国会员国应采取必要程序或其他妥适办法，以杜绝未经许可，妄用联合国徽记、正式钤印、联合国名称及其首字母简称之情事，尤应防止为营业目的妄用。部分国家的国内法也禁止对联合国徽章未经授权的使用，比如瑞典和瑞士。

15 例如，第53条不仅禁止使用红十字标志及相关名称，还禁止使用仿冒之标志和名称。此外，第53条的部分规定实际上有溯及既往的效力（见第3078段）。

16 在相关立法中明确提及“日内瓦十字”这一名称的国家有比利时、加拿大、尼日利亚、瑞典、瑞士、英国、美国和乌拉圭。虽然“日内瓦十字”为“红十字”的同义词，但在实践中不如后者常用（而且也没有发现不当使用“日内瓦十字”的案例）。

红十字标志或相关名称的仿冒，由各国自行决断。国家立法可以采用特定的表述方式。[17]此外，部分国家的国内判例法中已涉及到了何种设计或措辞可能在其领土上构成仿冒的问题。[18]在实践中遵守此类规则的问题将在下文第五部分进一步讨论。

3075 第1款中的禁止性规定同样适用于红新月和红狮与日标志（根据第53条第4款）以及红水晶标志（根据《第三附加议定书》第6条），但在适用上与红十字标志存在诸多重要区别，尤其是在先使用方面，下文第四部分第（四）节将对此进行讨论。

3076 本款还规定了不得使用特殊标志和相关名称的第三方类别，即“除按本公约有权使用者以外，一切个人、公私团体、商号或公司”。这些类别为穷尽式列举而非限定式列举：事实上，任何未经本公约授权的主体都禁止使用特殊标志。[19]这一观点在1949年外交会议上得到了与会代表的肯定，他们认为第53条对使用的禁止具有“绝对性”。[20]实施第53条的国内法大体上也遵循了这一解释：即没有对不得使用标志、名称和相关记号的特定人员或机构进行列举，而是规定禁止所有未经第44条明文授权的个人或实体使用。[21]

17 例如，一些制定了《日内瓦公约法案》的国家，包括澳大利亚、巴巴多斯、印度和英国，都将仿冒的特殊标志或名称定义为“与特殊标志或名称中之任何一个十分相似，以至于能够被误以为是……或被认为是指那些标志之一”的设计或措辞。还有些国家使用了“似是而非的仿冒标志或名称”或类似措辞（马来西亚、美国），或提到以“制造混淆或欺骗”为目的使用这些标志或名称。红十字国际委员会在其《关于使用特殊标志的研究报告》第263页中，就仿冒问题提出了以下的建议：

> 1. 仿冒是滥用标志或名称的一种形式，即使用形状和（或）颜色或称谓可能与标志或其名称产生混淆的某个符号或名称。
>
> 2. 判断某个特定的符号是否构成仿冒的标准应该是该符号是否存在使公众将该符号与特殊标志及其名称相混淆的风险。此判断标准应以最有利于《日内瓦四公约》以及特殊标志（及/或其名称）的方式进行解释。

大有益处的是，该研究报告中还列出了会构成仿冒的各种标志和措辞的例子。见红十字国际委员会《关于使用特殊标志的研究报告》（2011年，日内瓦）第266页。

18 例如，1994年联邦德国最高法院判定，商业救护车不得使用象牙色或暗色底上红色或褐色标志的设计，原因在于此种具有争议的标志通常会使人想起红十字标志；该标志和红十字标志之间的相似性大大超过其不同之处；其给人的印象是一个更有设计感和更现代的红十字标志。Germany, Federal Court of Justice, *German Red Cross case*, Judgment, 1994. See also Switzerland, Federal Tribunal, *A. SA v. Swiss Red Cross*, Judgment, 2014.

19 有权进行此种使用的人员和实体规定在《日内瓦第一公约》第44条中，包括经授权的医疗所、医疗队、人员与器材，以及各国红十字会或红新月会（这里存在某些限制）以及国际红十字组织。国际红十字组织是指红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会。作为一种例外措施，第44条还允许本公约之标志，经相关国家红十字会或红新月会的明示许可，用以辨别专为免费治疗伤者、病者之第三方救助站或救护车。更多关于有权使用特殊标志的人员和实体的讨论，见关于第44条的评注。其他日内瓦公约及附加议定书也有关于标志使用的规定。如《第一附加议定书》第8条将此种使用扩及经授权的平民医务人员、医院及医疗队。

20 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-A卷，第199页。

21 有些国内法所使用的表述方式，是广泛地规定（禁止对象为）“所有”或“任何”在第53条项下被禁止使用的个人和（或）实体，而将第44条项下有权使用标志的人员和（或）实体列为例外。例如，见德国《行政犯罪法典》（1968年）第125条（红十字与瑞士国徽的使用）；纳米比亚《红十字法》（1991年）第3条；波兰《刑法典》（1997年）第126条；及美国《日内瓦特殊标志法》（2006年）第706a条。此外，在实践中被指标志不当使用者能否被认定为属于第53条第1款项下所规定的第三方似乎并不重要。如果该个人或实体不属于第44条所规定的有权使用者，则一般认为其不得使用红十字标志、相关名称或仿冒之标志或名称。

3077 第53条第1款禁止使用红十字标志及相关名称，而“不论其使用之目的”。这表明除本公约规定的情况外，[22]不得出于任何理由使用特殊标志或相关名称，即使是出于人道目的等值得赞扬的理由也是如此。这一措辞有效防止了无权使用者主张，由于其无意代表标志的真实所指[23]或是其使用目的与标志本身之目的类似，因而其使用标志或名称的行为具有正当性。[24]

3078 无论所涉标志何时得到采用，第53条第1款所载之禁止规定均得适用。也就是说，即使某个人或实体使用红十字标志、相关名称、或仿冒之标志或名称的行为先于本公约生效之日，本条规定仍具效力。1906年和1929年《日内瓦公约》也采用了类似措辞。对于确保特殊标志和名称保持其特殊含义及独特地位而言，本条及其他早期相关条款之适用得溯及既往确实始终具有重要意义。但第53条第3款所规定的例外，又对本条对早已使用之符号的适用进行了平衡，这一点将在第四部分第（三）节中予以讨论。

3079 最后，第53条第1款规定“无论何时”，该项禁止均适用。这涵盖在和平时期和武装冲突局势中使用特殊标志的所有情形。[25]虽然不是所有的国内立法都是如此，但诸多关于标志使用的国内法都对和平时期和武装冲突局势做出了区分，[26]而且可能会根据滥用行为是发生在平时还是武装冲突背景下而规定不同的惩罚措施。[27]虽然在武装冲突局势中不当使用特殊标志的后果可能会尤为严重，[28]但在和平时期保护标志也非常重要，因为这有助于确保标志的特殊含义及目的得到充分理解和尊重并不受损害。[29]

22 虽然第53条第1款规定的是本公约，但实际上使用公约标志须根据日内瓦四公约及其附加议定书的规定。

23 例如，1979年，荷兰最高法院驳回了被告人称因其“使用并未产生重大影响或并未实现某种功能”而并未“利用”被保护标志的主张。法院判定，无论被告人的意图为何，其使用红十字标志的行为本身就足以构成对相关国内法的违反。The Netherlands, Supreme Court (Minor Offences Division), *In re Ernest case*, Judgment, 1979.

24 例如，实践中有若干开展人道活动或提供援助的机构或组织曾不当使用红十字标志或仿冒之标志，通常是因为将该标志误解为代表人道援助的一般标志，又或许是为了享有该标志所代表的保护。

25 第53条的禁止性规定适用于所有使用红十字标志和相关名称的行为，无论是用作保护性用途还是识别性用途，也无论是使用严格意义上的标志本身（即白底红十字，且十字四臂等长）还是仿冒之标志或名称，均受禁止。

26 例如，（军事人员或平民）在武装冲突局势中滥用特殊标志、其名称或其他被保护记号的行为，通常应被纳入关于违反战争法规和惯例的相关立法中。而和平时期未经授权的使用行为则可由一国的刑法典或类似立法予以规定。部分国家没有对和平时期和武装冲突局势作出区分，尤其是那些通过建立其国家红十字会或红新月会的立法来对标志加以保护的国家，比如安提瓜和巴布达、伯利兹、文莱、牙买加和莱索托。

27 见关于第54条的评注，第三部分第（三）节。

28 例如，《第一附加议定书》第85条第3款第6项将背信弃义地使用特殊标志（故意实施并造成死亡或严重伤害）的行为定性为严重破坏议定书的行为。此外，根据1998年《国际刑事法院规约》第8条第2款第2项第7目，“不当使用……《日内瓦公约》所订特殊标志”，如果致使人员死亡或重伤，则该种使用在国际性武装冲突中构成战争罪。因此，对于《国际刑事法院规约》的缔约国而言，此类不当使用行为在其领土内可作为战争罪予以惩处。

29 2007年，挪威奥斯陆地方法院针对一个牙科诊所使用仿冒的红十字标志作为其办公场所标记的行为作出判决：《挪威刑法典》禁止非法使用任何旨在用以与武装冲突期间救助伤者病者相关的标志或名称，法院认定该诊所的行为违反了这一禁止性规定。作此结论时，该法院重申，红十字标志的目的是在武装

（二）第 2 款：瑞士国徽

3080 第53条第2款禁止使用瑞士国徽（以下简称为“瑞士标志”）以及任何仿冒之瑞士标志。[30]该项规定在1929年公约中首次出现，其中明确提及，规定此项保护是因为红十字标志乃是瑞士标志之颜色翻转而成，也是出于避免滥用瑞士标志可能对红十字标志所享有之尊重带来不利影响之目的。二者之间可能会产生混淆，当公司或个人试图利用二者之间的相似性来误导公众时尤其如此。[31]因此，本款在巩固本公约第38条“对瑞士表示敬意”的同时，也为红十字标志增加了一层间接保护，从而使得红十字标志的地位更为特殊。诸多国家明文禁止使用瑞士标志，通常是规定在其关于特殊标志之使用的国内立法中。[32]

3081 相较于其他国旗或徽章，第53条赋予瑞士标志的保护在国际法上可以说是独一无二的。其他条约也对各国国旗或国家符号规定了一些保护措施：例如，防止未经授权将其用于商业目的，[33]或防止对其进行侮辱的间接保护措施。[34]此外，各国还可通过国内立法来防止未经授权而使用其国旗或国家符号的行为，并（或）禁止对其进行侮辱（也包括禁止侮辱外国国旗）。[35]但瑞士标志是唯一一个受国际人道法特别保护的国家标记。[36]

3082 第53条禁止使用瑞士标志或仿冒之标志作为厂标或商标或厂标商标（或其一部分），[37]或出于“违反商业信义”的目的而使用之。对此措辞虽未有公认之解释，但可将其一般性地理解为是指商业活动中以制造有关实体、产品或服务的某

冲突中提供保护，而在和平时期滥用该标志则会损害在战时对其的尊重。Norway, District Court of Oslo, *Bogstadveien tannlegevakt case*, Judgment, 2007.

30 瑞士标志是一个四臂等长的红底白十字图案。

31 1929年《日内瓦公约》引入这一禁止性规定之前，第三方使用瑞士标志或仿冒之瑞士标志的情况日益增多，此行为旨在制造一种与红十字标志有关的印象（此时红十字标志的使用已受规制），犹以商业目的为最。在实践中，今天仍有很多第三方试图使用瑞士标志或仿冒之标志来达到这一效果，而通常并不知道存在相关的法律规定。

32 举例而言，在关于标志使用的立法中明文禁止使用瑞士标志的国家包括：澳大利亚、奥地利、比利时、玻利维亚、柬埔寨、法国、德国、印度、毛里求斯、斯里兰卡、英国和美国。

33 1883年《保护工业产权巴黎公约》第6条之三第1项禁止未经主管机关许可而将国旗和国家标志用于商业目的的行为。

34 1961年《维也纳外交关系公约》第22条第2款规定，接受国负有特殊责任，保护在其领土上的外国使馆馆舍免受侵入和损害，并防止扰乱使馆安宁或有损使馆尊严之情事。这就可能包括采取措施防止或取缔侮辱外国国旗或其他国家符号的行为。

35 与此讨论颇有关联的一个例子是，瑞士通过联邦立法对出于商业目的使用其旗帜和徽章的行为进行规范，（许多瑞士品牌在其产品上使用瑞士标志作为质量保证和来源说明）。见脚注39。

36 值得注意的是，《第一附加议定书》还禁止利用联合国标志，并更为一般性地禁止使用中立国或其他非冲突国的国旗（第37条至第39条）。

37 该条同时提到了“厂标”（trademark）和“商标”（commercial mark）（或此种厂标、商标之一部分），但在实践中，这些术语各自的含义将取决于相关国内法。如根据法国法，厂标是指产品制造者或生产者的标记，而“商标”则是指产品经销商的标记。二者还应受版权法的保护。

种虚假印象或虚假确信为目的，而实施的具有误导性或欺骗性的行为。[38]除将标志用于商业活动的情况外，本款还禁止在“可以伤害瑞士国家情感”之情况下使用瑞士标志。在实践中对此如何解释鲜有例证，不过最近经修正的瑞士国内法中包含了一些较为类似的条款，提到“有违道德、风俗或现行法”的使用，这一概念可以说也涵盖伤害国家情感的情况。[39]

3083 若对第53条作严格解读，则该条对使用瑞士标志之禁止范围不及对红十字标志广泛。[40]第2款主要涉及瑞士国徽的商业使用（除上文提到的情况外）。不过，本款用语虽略具限制性，但实践中若干国家在国内法中明文规定禁止使用瑞士标志，采用的规范形式与特殊标志相仿。[41]此外，实际发生的违反第53条滥用瑞士标志的情形，似乎通常就是发生在商业活动当中。[42]

3084 实践中，在必要时，各国红会可与驻其本国的瑞士使馆合作处理该国领土内被指滥用瑞士标志的行为。[43]而对于在瑞士注册的公司而言，其在产品或服务上使用瑞士国家标记的行为，则由瑞士联邦法律规制。[44]瑞士政府已指出，此种使用即使未触犯瑞士联邦立法，也有可能因其构成违反第53条的行为而受到禁止。[45]

38 一般来说，何种行为或做法属于违背商业信义由各国自行决定。违背商业信义的做法可能包括意在误导消费者的行为，也可能包括对其他商业实体形成不公平竞争的行为。实例可能包括：如在食品或其他产品上不当使用瑞士标志，意在表示这些产品已经过医学检测或在其他方面与医疗相关。一些国家的国内法（尤其是采用《日内瓦公约法案》形式的国内法）禁止使用瑞士标志，但并未限定这种使用的具体目的。

39 瑞士政府在解释这一修正时指出，如果瑞士十字的使用可能会损害大部分瑞士民众的感情，或如果该种使用对全体瑞士人民缺乏尊重，则该使用可被视为具有冒犯性。但前述利益之保护需与表达自由和艺术自由相平衡。See Switzerland, Federal Council, ‘Message relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics (Projet “Swissness”) du 18 novembre 2009’ (‘Message concerning the amendment of the Trademark Protection Act and the Federal Act on the Protection of Swiss Coats of Arms and Other Public Insignia (‘Swissness’ Project) of 18 November 2009’), *Feuille fédéral*, No. 50, December 2009, pp. 7711–7846, at 7806.

40 全面禁止使用是不可能的，部分原因在于瑞士公民和实体允许出于多种目的使用瑞士标志。此外，值得注意的是，第53条第1款规定的是“一切个人、公私团体、商号或公司”使用红十字标志、相关名称以及仿冒之标志或名称的行为，第2款则与此不同，主要规定、甚至是仅规定了“任何私人、团体、或商号”的使用。第2款没有明确提及公领域实体的原因并不清楚：一种可能性是起草者主要关注的是私主体对瑞士国徽的商业性滥用（彼时已有诸多实例），而并未设想公领域主体类似的滥用行为。

41 这种情况似乎更多是出现在设有《日内瓦公约法案》的国家，比如澳大利亚、印度、马来西亚和英国。

42 第三方对瑞士标志的商业滥用通常发生在与滥用红十字标志相似的情形下（比如主要用于涉及医疗、急救或与健康有关的产品，以及各种其他情形）。但有些慈善机构或其他非商业实体也可能滥用瑞士标志，通常是借此间接指向红十字标志。

43 例如在英国，当出现滥用瑞士标志或仿冒之标志的情况时，英国红十字会通常会与瑞士使馆谘商，以征求其关于是否应当处理使用者的意见。如果瑞士联邦法规并未授权该个人或公司使用瑞士标志，则通常会由英国红十字会对该滥用行为进行处理。

44 《关于保护徽章和其他公用标记的联邦法》在2013年进行了修订（即对1931年瑞士《公用标记法》作出修订）。此前，该法不允许在产品上使用“瑞士十字”（应与“瑞士盾徽”相区分，该盾徽是瑞士十字置于三角盾牌内，其受到比瑞士十字更为严格的规制），而只能使用在服务上，不过这一规定并未得到广泛执行。修订后的法律则在产品以及服务上均允许使用瑞士十字，但需满足2008年《关于保护商标和原产地标志的联邦法》中规定的严格条件。

45 即该种使用构成滥用、具有冒犯性质，或造成了与红十字标志相混淆的情形。See Switzerland, Federal Council, ‘Message’, fn. 39, pp. 7820–7821. 瑞士联邦知识产权机构（Swiss Federal Institute of Intellectual Property）经常根据第53条处理构成滥用瑞士国徽的情况。

（三）第3款：在先使用者

3085 第53条第3款对于第1款中规定的使用红十字标志、相关名称以及其他仿冒之标志或名称之禁止作出了例外规定。在1949年日内瓦四公约通过时，各方同意对于已经是1929年《日内瓦公约》缔约国的国家而言，禁止滥用红十字标志和瑞士标志的规定应立即生效（因为1929年公约已经禁止了该种使用）。[46]非1929年公约缔约国的国家则可为早已使用红十字、相关名称或仿冒之标志或名称者提供一个为期三年的宽限期。[47]根据此规定，这些国家将有充足时间制定、实施其国内措施以防止红十字标志之使用，而在先使用者也有足够时间为停止其使用作出必要改动。这项例外自本公约对特定国家生效时起开始适用。[48]但重要的是，若使用红十字标志的行为呈现出在武装冲突局势中提供本公约之保护的倾向，则不适用三年宽限期的规定。[49]

3086 虽无法确定各国在实践中多大程度上启用了有关红十字标志、相关名称、及仿冒之标志或名称的在先使用例外，但对各国立法的考察显示，鲜有国家就上述标志的在先使用作出特别规定。[50]一个值得注意的特例是，美国在批准1949年日内瓦四公约时，对第53条作出了保留，据此在其管辖范围内任何1905年之前使用红十字标志的行为在其领土内将不会被认定为非法，前提是有关使用行为“不涉及将红十字标志、记号或符号置于飞机、船舶、汽车、建筑物或其他结构、或地面之上”。[51]

46 即此项规定会在自本公约对每一国家生效之日起，对该国生效。

47 对于瑞士标志的在先使用者则不存在这一例外：其他条约（如1883年《保护工业产权巴黎公约》）和许多国家的国内法已经对不当使用国旗和国家标记的行为予以禁止。

48 约文中并未明确三年宽限期是从该公约初始生效之日（即根据第58条第1款，最初两国的批准书通过后六个月——这一条件在1950年10月21日被满足）起算，还是从本公约（根据第58条第2款）对每一缔约国生效时起算。从实际操作层面和国家主权角度考虑，宽限期应当从本公约对每一缔约国生效时起算，以便各缔约国有充足的时间实行国内措施，并让在先使用者有足够时间调整其产品或服务以符合该项规定。

49 例如，如果一位医生的诊所标有一个很大的红十字标志，则不适用宽限期，因为这很容易与武装冲突中使用的保护性标志相混淆。相反，如果一个小公司把红十字标志作为其标志的一部分，那么在特定情况下可能得享有宽限期以对其标志设计作出改动。

50 阿拉伯叙利亚共和国是一个例外，该国禁止未经授权者使用红十字和红新月标志。2005年叙利亚《标志法》第8条对在先使用者作出如下规定：“应给予违反本法规定之人员六（6）个月的过渡期以作调整，自本法颁布之日起算。过渡期届满，则本法规定的处罚应适用于违反该禁止性规定的人。”六个月的过渡期同时适用于红十字或红新月标志的使用者。

51 美国对该条所作保留中相关段落全文如下：

> 美国对《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》的批准附有以下保留意见，即对于美利坚合众国及其领土内任何依国内法为合法使用红十字标志、记号、符号或文字的行为或权利，或合法持有行为，和1905年1月5日之前就开始使用的行为（但前提是此种先前使用不得涉及将红十字标志、标记或徽章置于飞机、船舶、汽车、建筑物或其他结构、或地面之上），无论上述公约中存在任何相反规定，该种规定均不应使得该种使用、使用的权利或持有成为非法，或强制美利坚合众国令其成为非法。

该项保留以1905年为界，是因为这一年美国红十字会收到了美国国会修订版的官方宪章，强化了关于国家红会之外的实体使用红十字标志方面的规则（1948年，这个部分从该宪章中被剔除，该部分规定经修订被纳入了《美国刑法典》）。见http://www.redcross.org/about-us/history/federal-charter。

3087 因此，在美国，1905年前就使用红十字标志或相关名称的第三方不适用宽限期的规定，而是可以继续使用有关标志或名称，前提是此种使用不会使其与作为保护手段性之特殊标志或名称相混淆。[52]据估计，在美国约有20个于1905年之前使用红十字标志的公司或其他实体被认定为“经许可的使用者”，其中半数至今仍在使用红十字标志。[53]一般而言，虽然根据第44条无权者使用红十字标志或名称的行为并无裨益，但在美国此类第三方使用行为似乎并不多见，因而并未在该国标志保护方面造成普遍负面影响。[54]

（四）第 4 款：其他特殊标志

3088 第53条第4款规定，“第三十八条第二款所指之标志及符号”也是禁止使用的，也遵循第1款的禁止性规定。该款虽提及“符号”和“标志”，但其所指显然是第38条第2款所规定的红新月标志和红狮与日标志。

3089 本款是本公约1949年版约文的新增规定。1949年之前，红新月和红狮与日由使用该两种标志而非红十字标志的国家通过其国内法进行保护，而其他国家则并没有类似义务。但现在根据本款，非法使用该两种标志的行为在本公约所有缔约国均受禁止。[55]

52 美国所作保留中所提到的“将红十字标志、标记或徽章置于飞机、船舶、汽车、建筑物或其他结构、或地面之上”，通常是涉及到在武装冲突局势中将该标志用作保护手段的行为。见脚注53，关于要求在先使用者（比如“红十字鞋”这一品牌）在第二次世界大战中停止为商业目的使用该标志或名称。

53 玖熙（Nine West）就是这种在先使用者之一。1995年玖熙并购了美国鞋业公司（United States Shoe Corporation），而该公司是“红十字鞋”的生产者。到1939年时，红十字鞋这一品牌已经成为美国最受欢迎的鞋业品牌。应罗斯福总统的要求，由于其与红十字标志（鉴于该标志在第二次世界大战中被广泛用作保护性标志）和美国红十字会的战时活动可能产生混淆，该品牌在20世纪40年代用“金十字”取代了“红十字”。1948年，该品牌又重新开始使用“红十字鞋”这一名称。还有其他公司被认为是在1905年前就已使用标志的经许可主体，包括卡吉尔公司（Cargill, Inc.，红十字盐，始自1895年）、贡佐用品（Gonzo products，红十字护士消毒剂，始自1902年）以及一些药店。当一家公司并购一个被认为是在先使用者的品牌时，使用标志的权利就转移给了新的所有者。但只有最初享有使用权的产品或品牌才能实际使用该标志。

54 虽然由第三方使用红十字标志或名称是美国特定历史情况的产物，但任何此类使用都并非益事。2008年的一个案例可为明证，当时强生公司——该公司是红十字标志1905年之前的使用者，可以将该标志用在其某些产品上——起诉美国红十字会，因为美国红十字会许可四个第三方公司在某些产品上使用其品牌（包括其名称和红十字标志）。起诉的依据是不公平商业竞争。虽然法院最终判决美国红十字会胜诉，但之所以会出现这起诉讼，是因为强生公司和美国红十字会在商业活动中使用红十字标志，这本身就令人遗憾。See United States, *Johnson & Johnson case*, Opinion and Order, 2008.

55 在穆斯林占主导但使用红十字作为其武装部队医务部门的标志及其国家红会的识别性标志的国家，出现过其他组织、商业实体或其他第三方意欲展示或使用红新月的问题。考虑到其可能造成的混淆，在这种情况下任何第三方或人道组织非法使用红新月标志的问题均需加以适当处理。尤其应注意的是，这种使用可能会造成与该国国家红会混淆的情况，从而损害国际红十字与红新月运动的一项基本原则——统一原则。根据该原则，每个国家“只能有一个红十字会或红新月会”。

3090 鉴于第4款援引了第1款，因此禁止使用红新月和红狮与日标志，也同样包括禁止使用仿冒之标志。但第4款与第1款存在一个重要区别，即第4款对两种替代性标志的禁止并不影响在先使用者所获得的权利，而仅适用于本公约生效后声称有权使用这些标志的人。[56]

3091 对相关国内法的研究显示，很多国内法都给予红新月和红狮与日标志（虽然后者已不再使用）[57]与红十字标志类似的保护。[58]亦即，此禁止性规定不仅涵盖仿冒标志之行为，在很多情况下还涵盖“红新月”和“红狮与日”的名称以及仿冒之名称。鉴于第53条第4款事实上并未就是否禁止使用相关名称作出规定，前述国家实践表明，在诸多情况下各国对本款采用了扩张性解释。[59]到2005年《第三附加议定书》通过时，“红新月”及“红狮与日”的名称被认为与第53条第1款所规定的其他名称享有同等保护。[60]

五、第 53 条的国内实施

3092 关于第53条的现有国家实践表明，虽然各国在该条的实施方面存在很大差异，但其规定大体上在实践中得到了适用。如前所述，很多国家颁布了实施第53条的国内法，且其措辞往往比第53条条文本身涵盖更广。前文已经提到，国内立

56 在本规定的谈判期间，关于使用红新月标志和红狮与日标志的禁止性规定是否适用于在先使用者的问题尤其具有争议性。为达成共识，土耳其代表团提出了关于在先使用的这一限制，并认为其应“在尽可能广泛的意义上”加以解释。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第240页。关于红新月和红狮与日标志在先使用的例外，体现在若干国家关于标志使用的国内法中。例如，存在“日内瓦公约法案”的国家通常会在该法案中规定，在该法生效之前即已使用红新月或红狮与日标志作为注册商标或用于商业产品上的人免受该禁止性规定的规制。见澳大利亚《日内瓦公约法》及其修正案（1957年）第15条第5款，以及基里巴斯《日内瓦公约法》（1993年）第9条第4款。

57 不过，也有一些关于标志使用的国内法只将这种保护及于红十字和红新月标志，而没有提到红狮与日标志。例如，见柬埔寨《红十字或红新月标志法》（2002年）；摩洛哥《标志法》（1958年）；波兰《刑法典》（1997年）；南非《标志法案》（2007年）；以及土库曼斯坦《标志法》（2001年）。这些法律中很多（虽然不是全部）都是在红狮与日标志实际上停止使用之后颁布的。

58 例如，给予所有特殊标志相同保护的国家有澳大利亚、加拿大、德国、爱沙尼亚、印度尼西亚、以色列（该国还同样保护其自己的标志，即红大卫盾）、新加坡、斯里兰卡和英国。

59 对于批准了《第三附加议定书》的国家而言，根据该议定书第6条第1款，其国内法还应禁止使用红水晶标志、“红水晶”和“第三议定书标志”的名称、以及任何构成对其仿冒的标志或名称。第6条第2款对红水晶标志或相关名称的在先使用者规定了一个例外，与本公约第53条第4款给予红新月和红狮与日标志在先使用者的例外类似。需要指出的是，虽然《第三附加议定书》第2条第1款将新增标志称作“第三议定书标志”，但第29届红十字与红新月国际大会却决定将该新增标志称作“红水晶”（第29届红十字与红新月国际大会，日内瓦，2006年，第1号决议，第2段）。这一个颇有些不同寻常的情况表明，各国是以1949年日内瓦四公约缔约国的身份参加该国际大会的，也同时体现了该国际大会与国际人道法之间的密切联系。

60 《第三附加议定书》第6条第1款要求各缔约国采取必要措施，防止和取缔对该议定书第1条和第2条所述的各特殊标志及其名称的任何滥用。

法通常既禁止特殊标志的商业性滥用，也禁止战时的滥用行为。滥用标志的行为主体通常是医疗、卫生和急救领域的实体或个人，这表明不少滥用行为产生于对特殊标志实际含义的误解。[61]同时，还存在出于欺诈目的而滥用识别性标志或国家红会会标及名称或仿冒该种标志和名称的特定风险。举例而言，试图将用于支持运动成员开展人道活动的资金移作他用就是这种情况。

3093 许多国家红会在支持其所在国政府实施第53条方面发挥着关键性作用。[62]红十字国际委员会也可以应请求提供协助，帮助有关国家进行能力建设。[63]还可请求红十字会与红新月会国际联合会提供协助，通常是以与具体被控滥用标志者进行磋谈的形式进行。若干国家实践表明，通过法律诉讼来实施第53条的情况十分罕见；[64]大部分情况下，在国家红会与不当使用者取得联系后，他们都会同意停止使用特殊标志、名称或仿冒之标志或名称。[65]虽然这种结果乐观可取，但从标志保护的角度来说，必要时启动法院诉讼程序或许实际上是有益的，因其可使公众更加了解特殊标志的重要性及其使用方面的法律限制。同时，此类诉讼也会公开表明国家在履行其国际和国内法律义务方面的意愿。

61 关于这一点，迈耶（Meyer）评论道“在像英国这样的国家，在过去40年中基本上没有经历战事，红十字标志往往已与急救和一般的卫生或医疗服务紧密联系在一起，该标志在武装冲突中的首要和特别含义往往已被淡忘或不为人知。因此，在此种国家，国家红会协助当局对未经授权使用或滥用标志的行为加以监督，或许是尤为重要的”（Meyer, p. 459）。近年来，很多国家都作出了巨大努力，鼓励急救活动（在很多情况下，其特定标志是绿底白十字）和各种医疗服务（比如救护车所采用的蓝色生命之星标志）使用其特定的标志。更多关于此种替代性标记的内容，见关于第44条的评注，第2695段。

62 见1986年《国际红十字与红新月运动章程》第3条第2款，第3段。还需要指出的是，根据第53条通常情况下不能使用特殊标志及其名称的第三方，如果与国家红十字会或红新月会存在合作关系，则可能在某些情况下获许在特定限度内使用之。比如，根据该合作关系的条款，第三方可能在特定条件下被获准将国家红会的标志（通常是红十字或红新月标志再加上国家红会的名称）用于其所制作的关于该合作关系的材料上。但将标志用于第三方用来出售的物品上是禁止的。1991年《标志规则》规定了这种类型的第三方使用。另见关于第44条的评注，第2683～2684段。

63 此项工作是红十字国际委员会作为国际人道法捍卫者的一项重要职责，也是其与国家红会的合作中不可或缺的一部分；见1986年《国际红十字与红新月运动章程》第5条第2款第3项、第7项及第4款第1项。

64 1988年在英国发生了一个很罕见案例。该案中，工党（当时是主要反对党）公开发布了一个小册子，印有一个黄底上红十字叠加英镑标志的图案，目的是支持一项反对削减医疗卫生预算的活动。虽然英国红十字会和国防部都为此反复联系过工党，但工党仍然拒绝撤回该图案。在该案中，除了将红十字标志错误地用于代表医疗卫生外，犹存隐忧的是，与红十字标志相似的图案被大规模地用于政治目的，对标志的中立性造成了减损。英国政府为此提起了诉讼，而工党秘书长在该案中被判违反1957年《日内瓦公约法案》第6节（关于未经授权地使用特殊标志、名称以及类似设计的规定）。一位报纸的编辑发表了该图案以支持工党的立场，因而同样面诉并被判有罪。但通过法院来解决这一问题的过程是颇为艰难的（Meyer, pp. 463–464）。

65 瑞士红十字会和英国红十字会的经验就是如此，不少国家似乎都是这种情况。滥用者常常并不了解关于使用特殊标志、相关名称以及仿冒之标志或名称方面的限制；仅仅告诉他们存在这些限制或许就足以使其停止此种使用。英国红十字会的做法，详见Meyer, p.461。

3094 各国红会也可以开展相关活动，使公众更加了解特殊标志的实际含义及其使用方面的限制，以促进对第53条的遵守。[66]

主要参考文献

红十字国际委员会：《关于使用特殊标志的研究报告》，日内瓦，2011 年版（中文版于 2013 年出版）。

Leach, Leslie, 'Nepal Red Cross Society: Emblem Protection Campaign Review', report produced by the Nepal Red Cross Society and the ICRC, February 2007.

Meyer, Michael A., 'Protecting the emblems in peacetime: The experiences of the British Red Cross Society', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 272, October 1989, pp. 459–464.

66 尼泊尔红十字会就在2001年实施了这样一项活动。该全国性的活动旨在应对尼泊尔全国普遍存在的滥用红十字标志的行为。据报道，到2006年的时候，75个地区中有73个已被宣告为“不存在标志滥用”，而且大部分前滥用者，包括医院、诊所、药店、救护车及其他滥用者，都开始使用各自的标志（Leach, p.4）。

第五十四条
防止标志之滥用

公约条文

各缔约国，若其立法尚未完备，应采取必要之措施，以便随时防止及取缔第五十三条所规定之各种滥用行为。

保留或声明

无

目 录

一、引言 961
二、历史背景 962
三、讨论 962
（一）立法形式和位置 963
（二）非立法性措施 964
（三）防止措施和取缔措施 965
（四）红水晶标志 966
（五）协助机构 966
四、第 54 条的国内实施 967
主要参考文献 968

一、引言

3095 第54条规定各缔约国负有采取必要之措施以防止及取缔第53条所规定的滥用特殊标志、其名称及其他受保护标志之行为的积极义务。本条要求缔约国随时防止及取缔此类滥用行为。因此，各国所采取的措施须针对和平时期和武装冲突时期的滥用行为。若未能在和平时期对标志之使用加以规制，可能会导致在武装冲突局势中出现滥用行为。[1]

1 红十字国际委员会：《关于使用特殊标志的研究报告》，第238页。

3096 第54条要求缔约国在其立法尚未完备的情况下采取必要之措施。亦即，除主管当局所应采取的行政措施之外，各国还必须制定法律以便随时禁止并惩治滥用标志之行为。

二、历史背景

3097 早在1864年就有提案建议在最初的《日内瓦公约》中加入一项规定，对使用展示红十字标志的臂章以掩护从事间谍行为之人加以惩治。[2]1906年《日内瓦公约》首次纳入了一项与第54条措辞类似的条款。[3]该条款后来在1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》中得到扩展。[4]这两部较早的公约均未强制要求各国采取必要措施以防止和取缔滥用标志的行为：例如，根据1929年公约第28条，各缔约国政府仅需“采取或建议其本国立法机关采取”相关措施。[5]1949年日内瓦四公约通过时，与本条规定相关的大部分国内立法仍然被认为是不完备的。[6]

3098 1949年，上述第28条的约文经修订被纳入两项不同的条款中，即《日内瓦第一公约》第53条和第54条。[7]重要的是，第54条采用了更具强制意味的措辞，使用了“应”一词，显然不再存在将该规定解释为任意性规范的空间。《第三附加议定书》第6条第1款（题为“防止和取缔滥用”）针对日内瓦四公约的所有特殊标志重申了这一义务。

三、讨论

3099 根据第54条，如一国现有规定被认为尚未完备，则该国必须制订具体的国内立法，对特殊标志、其名称及其他受保护标志的使用进行规制。[8]因此，只要国内立法不完备，该国就必须对其加以修订。[9]据记录，迄今为止，已有超过130个国

2 Perruchoud, p. 210.

3 《日内瓦公约》（1906年）第27条第1款。

4 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第28条第1款。

5 同上注。

6 在关于第54条的评注中，皮克泰（Pictet）指出：“但在大多数情况下，国内立法大多都尚未完备，即使是相对于1929年的规定而言也是如此。”Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 393.

7 见关于第53条的评注，第3072段。

8 1949年日内瓦四公约及其附加议定书要求各国采取的措施还不止于此。比如，各国还须确保其国内立法对严重破坏日内瓦四公约和（如适用）《第一附加议定书》之行为规定相应惩罚，此外还须对这些法律文件中所载之最基本保障规定相应保护。Segall, p. 71.

9 本条规定所含甚广，因而必然包含各国制定立法以应对在该条款通过很久之后才出现的新挑战的义务。比如，该条款适用于在数字领域可能出现的所有滥用标志行为。

家制定了一种或多种国内立法，以防止和取缔滥用一个或多个特殊标志、其名称及其他受保护标志的行为。[10]

（一）立法形式和位置

3100 第54条并未明确规定此类措施应在一国国内法律体系中处于何种位置，亦未规定其应采用何种具体形式。在实践中，这些方面取决于一国特定的法律制度和国家传统。[11]在采用一元制的国家，[12]除在加入条约程序中通过的一般性的“批准法”外，通常还需要将实施第54条的特定条款纳入立法。[13]而采用二元制的国家，则通常需要另外制定实施性立法，使重要条约义务在国内生效，包括1949年日内瓦四公约所规定的义务。实施性立法可能包括关于使用特殊标志、其名称以及其他受保护记号的规定。无论一国的法律制度为何，第54条的充分实施通常都需要单独立法并（或）将相关规定纳入各种国内法律和法规之中，包括以下一种或数种：

- 《日内瓦公约法案》[14]
- 《刑法典》[15]
- 《军事司法法典》[16]
- 《民法典》[17]

10 相关实践可参见红十字国际委员会关于国际人道法国内实施的数据库，载https://www.icrc.org/ihl-nat。并非所有国家都将制定全面立法，保护所有的特殊标志及其名称、以及其他受保护标志。例如，部分国家可能仅保护在其领土内使用的特定标志及名称。

11 例如，红十字国际委员会国际人道法咨询服务处向政府提供关于实施第54条的咨询意见时，针对此类问题就采取了具体国家具体分析的方法。

12 在一元制国家，条约通常在国内法中直接生效。大陆法系国家通常是一元制的，而普通法系国家则通常是二元制的。还有些国家可能会将这两种制度相结合。在部分国家，条约可“自发执行”，不一定需要制定实施性立法；see Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 163–167, and David Sloss, ‘Domestic Application of Treaties’, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 367–395, at 373–376.

13 “批准法”通常由议会通过并发布在官方公报上。除通过一般的批准法以外，还须为实施国际人道法的诸多规定采取其他措施（如特殊标志保护措施、建立国家信息局等）。ICRC, *The Domestic Implementation of International Humanitarian Law*, p. 24（第60页中概述了日内瓦四公约及其附加议定书中哪些规定需要采取国内实施措施）。

14 普通法系国家通常会制定《日内瓦公约法案》（但也存在例外），作出规定对特殊标志、其名称以及其他受保护标志进行规制。据估计，约有28个国家通过了《日内瓦公约法案》，包括澳大利亚、博茨瓦纳、加拿大、加纳、印度、爱尔兰、马拉维、马来西亚、新西兰、尼日利亚、巴布亚新几内亚、新加坡、英国和瓦努阿图。肯尼亚和乌干达这两个国家的法律制度均为英国普通法和非洲习惯法的混合，这两国虽然也有《日内瓦公约法案》，但特殊标志是通过其他法律进行保护的。

15 大陆法系国家可能会将相关规定纳入其刑法典中：比如阿塞拜疆、克罗地亚、丹麦、埃塞俄比亚、法国、格鲁吉亚、印度尼西亚、挪威、波兰、俄罗斯联邦和委内瑞拉。普通法系国家则较少采用这种做法，在普通法系国家，刑事犯罪通常被纳入相关实施性立法中（如《日内瓦公约法案》）。美国是一个例外，虽然其法律制度以普通法为基础，但其却将相关的刑事犯罪纳入其《刑法典》（1948年《日内瓦特殊标志法》，修订后为2006年《日内瓦特殊标志保护法》）。

16 例如，阿尔及利亚、法国、马里、墨西哥、尼日尔、西班牙、瑞士和突尼斯。

17 例如，德国将相关规定纳入其《民法典》（以及其他国内法）。

- 关于使用和保护特殊标志的法律[18]
- 建立国家红十字会或红新月会的法律[19]
- 关于战争罪的法律（包括旨在实施1998年《国际刑事法院规约》的法律）[20]
- 《紧急状态法》[21]
- 《商标法》[22]

3101 对于在武装冲突局势中（由军事人员或平民）实施的滥用特殊标志、其名称或其他受保护标志的行为，通常应由涵盖违反战争法规与惯例行为的相关立法来规定惩罚措施。举例而言，这就包括《日内瓦公约法案》或其他规制严重违反人道法行为的特定法律以及《军事司法法典》。此外，实践中这些滥用行为还有可能被规定在其他立法中，包括《刑法典》（尤其是在大陆法系国家）、关于特殊标志的法律，或是建立国家红十字会或红新月会的法律。

（二）非立法性措施

3102 第54条所规定的措施也可能包括非立法性措施。其中，最主要的可能是提升公众认知，使公众了解特殊标志重要意义及其使用方面的法律限制。此种传播工作可采取多种形式，比如军事手册或由各国商标注册机构发布的指南。[23]另一项实际措施是许多国家红十字会和红新月会（以下简称“国家红会”）在其本国领土范围内针对滥用特殊标志的行为可以发挥监督作用。此外，私人机构也可采取管理性措施，协助保护特殊标志及其名称。[24]

18 以单独立法方式保护特殊标志的国家有：白俄罗斯、玻利维亚、危地马拉、黑山、尼加拉瓜、菲律宾、塞尔维亚和塔吉克斯坦。

19 部分国家仅在建立或承认国家红十字会或红新月会的法律（有时被称为红十字或红新月法案）中纳入了有关特殊标志的规定，比如安提瓜和巴布达、伯利兹、中国、海地、约旦、马耳他、韩国、泰国和赞比亚。还有部分国家将有关特殊标志的规定同时纳入了建立国家红会的法律和其他法律文件，如奥地利、立陶宛和南非。这种做法虽可以理解，但可能并不理想。这是因为各国红十字会和红新月会并不主要负责规制特殊标志：各国需要根据其在国际人道法项下的义务承担此项责任。

20 例如，智利将未经授权而使用红十字标志的行为作为犯罪规定在其《危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪法》（2009年）第34条中。除此之外，智利还有一部经修订的《标志法》（1939年）。

21 此类实例包括文莱《国家红会设立法》（1990年）。

22 加拿大、日本和马来西亚等一些国家将相关规定纳入了商标法（包括国会立法和次级立法）及其他法律（如《日内瓦公约法案》或其他法律）。还有一些国家，比如卡塔尔，则仅在商标法中作出相关规定。另见红十字国际委员会《关于特殊标志之使用的示范法》第13条，该条规定，“申请登记的协会和商号，以及提交备案的商标、商业标识及工业模型和设计，如违反本法使用红十字、红新月或红水晶标志，或‘红十字’、‘红新月’或‘红水晶’名称”，各国商标局应不予“登记和备案”。

23 各国红会支持本国政府开展传播工作是其正式职责之一。见第三部分第（五）节。

24 由私人（非盈利）组织采取相关措施的一个例子是，互联网名称与数字地址分配机构（ICANN）为防止受保护名称被注册为顶级或次级域名所采取的相关措施，包括ICANN董事会于2011年6月20日批准的一项临时性保留，不允许将有关名称注册为顶级域名。目前，国际红十字与红新月运动成员正在与ICANN

（三）防止措施和取缔措施

3103 第54条规定针对滥用行为需采取的措施，包括防止及取缔两方面。防止是指，旨在滥用特殊标志及其名称之行为发生前即加以预防的措施，例如：

- 通过国内法律法规，包括规定足够严厉的制裁措施对滥用行为加以遏阻；
- 增进武装部队、警察、相关当局、平民居民以及医务工作者、非政府组织和商业实体等其他相关群体对特殊标志的了解，使其了解其重要意义及其使用上的法律限制；
- 在和平时期即制定措施，规制特殊标志在武装冲突中的使用行为。[25]

3104 取缔措施通常用于停止或惩罚滥用行为，比如第三方未经授权而使用特殊标志的行为。这些措施可包括罚款、没收与违法行为相关的货物和（或）监禁。[26]诸多法律规定了刑罚的上限与下限，却并未明确判定刑罚的轻重所依据的标准。某些情况下，罚款数额或监禁时长可能会根据违法行为的具体情况（如在武装冲突期间实施）而有所不同。[27]惯犯也可能会被处以更重的刑罚。[28]

3105 多年来，关于未经授权使用特殊标志的法院诉讼案件相对较少，曾出现此类案件的国家包括：奥地利、加拿大、法国、德国、荷兰、挪威、瑞士和英国。[29]无论一国红会是否曾向相关公共当局表示关切或是否曾反对标志的非法使用，各国都有责任取缔违反行为。实践中防止未经授权的使用，最有效的方式似乎还是提高公众认知，使其理解特殊标志的含义。不过，若欲相关法律规定产生适当的遏阻效果，则于必要时进行起诉至关重要。

的各组成机构开展合作，希望能确定对标志名称的永久性保护。另外一例是在线商城eBay，其“违禁物品政策”在欧洲多国适用，其中就包括了展示特殊标志及（或）名称的物品。

25 此项措施应包括确定有权在武装冲突期间对使用标志进行授权的主管机构，还可包括国家红十字会或红新月会在武装冲突开始时应采取的措施，即为避免与标志的识别性使用产生任何混淆所采取的措施（1991年《标志规则》第7条）。

26 部分国家可能还会采取禁令等临时救济措施。例如，针对007电影《黎明生机》中滥用标志的行为，法国红十字会就成功地迅速采取行动并获得了此种临时救济（见Meyer, p.463）。根据部分国家的国内法，滥用标志的公务员还有可能受到纪律处分；例如，见哥伦比亚《标志法》（2004年）第13条。

27 例如，比利时对于和平时期和武装冲突时期滥用特殊标志或其名称的行为就规定了不同的处罚；见比利时《标志保护法》（1956年）第1条和第2条。在武装冲突中，还可能出现所谓背信弃义地使用特殊标志的行为。《日内瓦第一公约》并未将这种使用定性为“严重破坏”该公约的行为。但《第一附加议定书》第85条第3款第6项纠正了这一点，这就意味着，对于该议定书的缔约国而言，背信弃义的使用所遭受的处罚很可能会更为严厉。

28 例如，见几内亚《标志法》（1995年）第11条。

29 应指出的是，虽然这些案件中有的是刑事诉讼，但也有一些是民事诉讼。关于英国相关案件，更多信息见Meyer, pp.459-464，以及Sassòli/Bouvier/Quintin，p.621。其他案件则可参考红十字国际委员会国际人道法国内实施数据库，载https://www.icrc.org/ihl-nat。

（四）红水晶标志

3106 1949年日内瓦四公约的2005年《第三附加议定书》将防止和取缔滥用特殊标志、其名称以及其他受保护标志的行为这一义务，扩大适用于红水晶标志及名称。[30]为此目的，《第三附加议定书》各缔约国应对其标志保护立法做适当修订并采取其他必要措施。关于保护红水晶标志和名称的规定已为许多国家所纳入。[31]

（五）协助机构

3107 存在多类机构可对各国采取和（或）执行实施第54条所需措施提供协助。例如，若干国家设立了国际人道法国家委员会。[32]虽未有相关法律要求，但事实证明国际人道法国家委员会在国际人道法条约的国内实施方面提供了有效支持，包括协助各国制定国内措施以解决滥用特殊标志、其名称和受人道法保护的其他标志的问题。

3108 国家委员会的具体作用取决于其职责、组织构成以及各国政府的实践。由相关政府官员组成的委员会可以在起草国家立法方面发挥作用，通过立法将人道法纳入国内法体系，包括起草有关标志使用方面的规定。其他国家委员会虽可能无法起到如此直接的作用，但可能还是有助于鼓励直接相关的政府部门起草并通过必要的立法。[33]

3109 此外，红十字国际委员会设有国际人道法咨询服务处，该服务处根据战争受难者保护政府间专家组的建议而设立，并得到1995年第26届红十字与红新月国际大会的支持。咨询服务处旨在通过提供技术协助及相关出版物，如批准工具包和示范法，协助各国制定国内立法。该服务处起草了一份关于标志保护的示范法，[34]

30 《第三附加议定书》第6条第1款。应指出的是，虽然该议定书第2条第1款将新增标志称作“第三议定书标志”，但第29届红十字与红新月国际大会却决定将该新增标志称作“红水晶”（第29届红十字与红新月国际大会，日内瓦，2006年，第1号决议第2段）。这是一个颇有些不同寻常的情况，它表明各国是以1949年日内瓦四公约缔约国的身份参加该国际大会的，也同时体现了该国际大会与国际人道法之间的密切联系。各国所制定的立法最好对使用这两个名称的行为均加以规制，即“第三议定书标志”和“红水晶”。

31 例如，见比利时、加拿大、塞浦路斯、立陶宛、菲律宾、新加坡、英国和美国。

32 根据红十字国际委员会的报告，截至2015年9月30日，有107个国家设有实施国际人道法的国家委员会或类似机构。完整列表见：https://www.icrc.org/zh/document/table-national-committees-and-other-national-bodies-international-humanitarian-law。从地域上来说，目前非洲和欧洲的国家委员会是最多的（各有29个），其次是美洲（19个）。

33 Third Universal Meeting of National Committees for the Implementation of International Humanitarian Law, Geneva, 27–29 October 2010, Responses of the United Kingdom Inter-departmental Committee on International Humanitarian Law to the Working Group Questions.

34 关于标志的示范法：https://www.icrc.org/zh/download/file/9886/model-law-emblem-icrc-chi.pdf。该示范法主要为大陆法系国家设计，但对于普通法系国家中《日内瓦公约法案》需增加额外规定的国家也可能有所助益。

以及《日内瓦公约法案》示范法。[35]根据《国际红十字与红新月运动章程》，红十字国际委员会负有促进忠实适用国际人道法的职责，因而应当发挥作用确保关于标志使用与保护的规范框架为人所知、所理解并得到妥善适用，在武装冲突局势之下也应如此。

3110 最后，国家红会负有与政府合作以确保尊重人道法并保护特殊标志的正式责任。[36]许多国家红会在这方面开展了监督和传播活动。[37]此外，国家红会通过确保其自身的标志使用行为符合日内瓦四公约和其他既定规则，可对在其所在国领土内推广特殊标志的真实含义和特殊目的有所助益。[38]

四、第 54 条的国内实施

3111 第54条的规定具有强制性，要求各缔约国必须采取必要措施随时防止及取缔滥用特殊标志、其名称以及其他受保护标志的行为。为履行此项义务，很多国家都已采取了有关措施，有些是通过其国内法加以规定，有些是采用非立法性措施。对于各国如何实施第54条，并不存在统一的立法形式或实际措施规定，有关措施的性质取决于各国的法律传统。

3112 虽然曾有未经授权的标志使用行为受诉的案例，但实践中遏阻滥用行为最有效的手段仍是增进公众对特殊标志含义的了解，使其理解限制标志使用以维持其保护性价值的必要性。为此目的，各国在确保特殊标志受到尊重方面须持续努力，这可能需要包括在必要时对违反行为进行起诉。如果缺乏政府的坚定努力，实践中就存在特殊标志在最需要其发挥作用时失去其特殊地位和保护性功能的风险。

3113 国家红会等各类机构，负有一项经公认的职责，即与国家当局合作保护特殊标志、其名称及其他受保护标志。

35 《日内瓦公约实施法案示范法》：供普通法系国家实施1949年日内瓦四公约及其1977和2005年《附加议定书》作立法参考。该示范法第四部分规定了标志的问题。

36 国家红会是各国在人道领域的助手，此类活动构成此种永久地位和作用的一部分。见《国际红十字与红新月运动章程》（1986年）第3条第2款和第3款。另见Meyer, pp. 459-464，和红十字国际委员会：《关于使用特殊标志的研究报告》，第246～248页。

37 这种监督和传播工作可能包括一系列活动，如在需要时联系据报滥用标志、名称或模仿之标志或名称的第三方，并出版和传播关于标志之含义和目的的材料。部分国家红会还在其本国领土范围内开展了大规模的活动，旨在防止这种滥用：如2001年，尼泊尔红十字会在尼泊尔境内的武装冲突期间开展了此类活动。该活动据说极为成功，大多数医院、诊所、药房、救护车和其他前滥用者都转而使用了其他识别标志或图案。更多详细内容，见Leslie Leach, 'Nepal Red Cross Society: Emblem Protection Campaign Review', report produced by the Nepal Red Cross Society and the ICRC, February 2007。

38 国家红会使用标志的行为尤其受《日内瓦第一公约》第44条和1991年《标志规则》的规制。更多关于国家红会使用标志的内容，见关于第44条的评注。

主要参考文献

红十字国际委员会：《关于使用特殊标志的研究报告》，日内瓦，2011 年版（中文版于 2013 年出版）。

– *The Domestic Implementation of International Humanitarian Law: A Manual*, ICRC, Geneva, 1st edition 2011, updated edition 2015.

Meyer, Michael A., 'Protecting the emblems in peacetime: The experiences of the British Red Cross Society', *International Review of the Red Cross*, Vol. 29, No. 272, October 1989, pp. 459–464.

Perruchoud, Richard, *Les résolutions des Conférences internationales de la Croix-Rouge*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1979.

Sassòli, Marco, Bouvier, Antoine A. and Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War*?, Vol. II, 3rd edition, ICRC, Geneva, 2011.

Segall, Anna, *Punishing Violations of International Humanitarian Law at the National Level: A Guide for Common Law States – Drawing on the proceedings of a meeting of experts (Geneva, 11–13 November 1998)*, ICRC, Geneva, 2001.

第十章
最后条款

3114 程序性、形式性和外交性条款，依惯例一般均置于条约末尾，即载于本章“最后条款”项下。除第55条（文字）外，最后条款基本上与1929年公约一致。[1]1949年日内瓦四公约的最后条款几乎完全相同。[2]

（一）宗旨和内容

3115 此标题项下包含了所有条约所共有的技术性条款，日内瓦四公约的规定与所有多边条约的相应条款十分相似。这些条款涉及成为四公约缔约国的程序、公约的生效、文字以及通知和登记等保存者的职能。一如其他诸多条约，日内瓦四公约在保留方面未作规定，因而保留遵循一般国际法规则。[3]

3116 四公约最后条款的特殊之处，部分是缘于其人道目的。例如，公约生效所需的缔约方数量很少，在某些情况下批准和加入后立即生效，以及对退约之生效所施加的限制等。[4]

（二）保存者

3117 条约保存者通常由条约指定。在国际联盟和其后的联合国成立之前，担任保存者一职的只有国家。自前述国际组织成立以来，国际组织越来越多地被赋予保存者之职能。[5]

1 见关于各项条款的评注中有关历史背景的部分。

2 由于作为日内瓦四公约前身的各部条约存在差异，两个例外是关于签署的规定（《日内瓦第一公约》第56条、《日内瓦第二公约》第55条、《日内瓦第三公约》第136条和《日内瓦第四公约》第151条）和关于本公约与以前各公约之间关系的规定（《日内瓦第一公约》第59条、《日内瓦第二公约》第58条、《日内瓦第三公约》第134条至第135条和《日内瓦第四公约》第154条）。

3 关于保留问题，见关于第57条的评注，第三部分第（二）节。

4 见第58条、第62条和第63条。

5 See United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, p. 3, para. 2.

3118 日内瓦四公约均指定瑞士为保存者。[6]更确切地说，此标题项下各条款以及证明条款和签字条款所提到保存者，为瑞士政府的名称——“瑞士联邦委员会”。[7]瑞士联邦委员会已将保存者的职责委派给联邦外交事务部国际法司。[8]

（三）《维也纳条约法公约》

3119 《维也纳条约法公约》的通过比日内瓦四公约晚20年，因此该条约本身并不适用于日内瓦四公约。[9]不过，由于《维也纳条约法公约》总体上反映了习惯国际法，因而就四公约而言仍可援引该公约。本章评注中提及《维也纳条约法公约》的部分提供了更多详细内容。

6 尽管1864年《日内瓦公约》未作明确规定，但各日内瓦公约指定的保存者一直是瑞士；不过，见并未生效的1864年《日内瓦公约》附加条款（1868年）第15条第1款。另见《日内瓦公约》（1906年）第28条第2款、第32条第2款、第33条第1款和证明条款；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第29条第2款、第32条、第36条、第37条及第38条第1款、第39条和证明条款；以及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第85、91、94、95条及第96条第1款、第97条和证明条款。

7 见第55条（文字）、第57条（批准）、第61条（加入之通知）、第62条（立即生效）、第63条（退约）、第64条（联合国登记），以及证明条款和签字条款。

8 See Switzerland, Conseil fédéral et administration fédérale, *Ordonnance sur l’organisation du Département fédéral des affaires étrangères*, RS 172.211.1, 20 April 2011, Article 8(3)(d) in fine (the Directorate of Public International Law ‘assume la fonction de dépositaire’).

9 见《维也纳条约法公约》（1969年）第4条。

第五十五条
文字

公约条文 *

一、本公约以英文及法文订立。两种文字之约文具有同等效力。

二、瑞士联邦委员会应准备本公约之俄文及西班牙文之正式译文。

保留或声明

无

目 录

一、引言及历史背景 971
二、第 1 款：公约之文字 972
(一) 作准文本 972
(二) 分歧 973
三、第 2 款：正式译文 974
(一) 宗旨 974
(二) 译文的法律效力 974
主要参考文献 975

一、引言及历史背景

3120 直到20世纪初，大多数多边条约约文仅采用一种或两种语言。例如，1929年两部日内瓦公约仅以法文订立，在当时法文仍为主要的外交语言。

3121 自国际联盟以及其后的联合国出现以来，大多数条约采用了多种语言。经通过条约之机构决定，条约可以以一种或多种语言作准，即一种或多种语言的约文经承认为公约正本。谈判方通过认证的方式，宣布相关约文符合其原意并将其认定为最终文本。[1]一般而言，相关机构在开展工作时或者至少是在通过条约时所使用的语言将会被宣布为作准文字。

1 见《维也纳条约法公约》（1969年）第10条，该条是对有关习惯国际法的确认（Villiger, p. 171）。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

3122 1949年四公约起草时同时使用了英文和法文。在1949年外交会议的整个议程期间及准备工作中，各公约均同时拟定了该两种语言之约文。英文和法文被同等地承认为官方语言，用于讨论及所有文件的发表。[2]

3123 无论有多少种作准语言，均须确保遵循单一条约原则（the principle of a single treaty）。[3]《日内瓦第一公约》第55条第1款对此予以确认，规定英文、法文约文具有“同等效力”。

3124 红十字国际委员会为1948年斯德哥尔摩红十字国际大会编制的草案（以下简称“斯德哥尔摩草案”）就已包含本款有关两种文字之约文同等作准的规定，斯德哥尔摩大会对该条未作修改即予通过。[4]1949年外交会议对该草案进行的修改（包括新增的第2款规定，即授权公约保管机构准备俄文和西班牙文的正式译文），将在下文中进行讨论。

3125 本条是四公约的共同规定。[5]因此，英文和法文约文同等作准的性质适用于四公约中的各部公约。同样，各公约的俄文和西班牙文正式译文也已完成。

二、第 1 款：公约之文字

（一）作准文本

3126 第1款首先指出，本公约是以英文和法文起草的，继而确认两种约文具有“同等效力”。因此，二者具有同等的重要性并同样有效。1949年至1950年期间，全权代表同时签署了英文和法文文本。同样，批准和加入对两种约文有效，而不得仅限于其中一种约文。本公约之各缔约国受到两种文字之约文的同等约束。

3127 公约所采取的此种做法符合当时最新的国际实践。这可能有助于进一步简化对公约的解释：对两种约文进行比较时，二者可相互阐明。但若两种约文之间存在分歧或矛盾，则可能会出现问题。有时，可能很难使用不同语言准确表达相同的意思。

2 见议事规则（Rules of Procedure）第38条，《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第187～188页。

3 See Sinclair, p. 148; Villiger, p. 458; and Papaux and Samson, pp. 869–870, paras 11–12.

4 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》第43条，第31页，及《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第43条，第27页。

5 见《日内瓦第二公约》第54条；《日内瓦第三公约》第133条；以及《日内瓦第四公约》第150条。

(二) 分歧

3128 某条约可规定，在各作准文本之间出现意义分歧时，应以某一特定约文为根据，以该种约文为准。[6]为避免英、法约文之间可能出现的分歧，斯德哥尔摩草案规定，如果对某一条文的解释存疑，法文约文应视为作准文本。[7]但在1949年外交会议上该提案未获通过。[8]

3129 日内瓦四公约所采取的处理方式是规定，两种约文具有“同等效力”，且在出现语意差异时不以其中一种为准，即两种文本“同一作准”。[9]因此可以推定，两种约文具有完全相同的含义，均忠实反映了外交会议所通过的条文。[10]据此，原则上仅查阅一种语言的约文即可，因为可推定认为该约文正确反映了各缔约国的共同意志，且其各项条文在另一文本中表述相同。[11]虽然条约开放签署前外交会议不太可能确保两种约文完全一致，但在整个会议期间，已作出细致的工作以确保两种约文草案能够精准地相互吻合。因此，两种约文的语意差别或明显错误可能会在对比过程中显现。此类情况将在关于相关条文的评注中进行讨论。[12]

3130 若比较作准约文后发现存在语意差别，且条约未规定此时应以某种约文为根据，如日内瓦四公约之情况，1969年《维也纳条约法公约》规定，应首先适用条约解释之通则，其次适用有关补充资料的规则。[13]如仍不能消除差别，则应在顾及条约目的和宗旨的前提下，采用最能调和各约文之意义。[14]

3131 文字输入、印刷、拼写或标点符号方面的明显错误也可以在签署国和缔约国一致认为应更正时予以更正。1949年，英文和法文文本的勘误列表被添加到四公约的每份约文正本中。在瑞士联邦委员会依照公约末尾的签名前条款向各签署国和加入国送交的认证副本中，也包含了前述列表。[15]根据《维也纳条约法公约》，

6 目前，1969年《维也纳条约法公约》第33条第1款现对这种可能性作出了规定。

7 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》第43条，第31页，及《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第43条，第27页。

8 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第56页，及第II-B卷，第25、30、70～71、112～113页。

9 见《维也纳条约法公约》（1969年）第33条第1款。

10 同上注，第33条第3款：“条约用语推定在各作准约文内意义相同。”See also ICJ, *Kasikili/Sedudu Island case*, Judgment, 1999, para. 25.

11 Villiger, p. 458.

12 见关于共同第3条的评注第625段，和关于第25条的评注第2027段，见前注21。

13 尽管日内瓦四公约缔结于1969年《维也纳条约法公约》生效之前，但其第33条仍可适用，因为今天普遍认为，该条文反映的是一项习惯国际法规则（Villiger, p. 461）。

14 《维也纳条约法公约》（1969年）第33条第4款。该条文前的两项条款，即第31条和第32条，规定了有关条约解释的通则和补充资料。

15 见关于证明和签字条款的评注，第二部分第（二）节。

条约保管机关应遵循特定的程序，[16]该程序在各国对错误的存在并无争议的情况下，也适用于各项实质性内容的更正。[17]

三、第 2 款：正式译文

(一) 宗旨

3132 本条文根据部分拉丁美洲国家和苏联在外交会议上的提案，委托瑞士联邦委员会准备俄文和西班牙文的正式译本。[18]其目的在于避免众多西班牙语国家印制出不同的公约译文，并促进对本公约的传播和理解。

3133 瑞士联邦委员会已经完成了两种译本并相应地通知了各缔约国。[19]

(二) 译文的法律效力

3134 根据第1款规定，本公约的作准约文仅限英文和法文文本。西班牙文和俄文译文具有正式译文的法律地位。这些译文的正式性在于其制定的依据来源于公约中的规定。但俄文和西班牙文之约文与法文和英文文本不同，不是作准约文。[20]如俄文和西班牙文文本与英、法文本存在不同，应将英、法文本视为正确的文本。[21]

3135 前述正式译文须与个别缔约国为自身目的而制作的译本进行区分。缔约国所制作之译本可采用各种语言，尽管根据第48条的规定，必须通过公约保存者将其分送其他缔约国，但其仍为缔约国的译本，而不构成本条中所称正式译文。[22]若此类译本与作准约文之一存在语意分歧，不对各种相关国际义务产生影响。各缔约

16 《维也纳条约法公约》（1969年）第79条被认为是反映了习惯法（Villiger, p. 969）。保管机关应主动或经要求，将错误和更正此项错误的提议通知参加谈判的各国，以及各签署国和缔约国。如果各签署国或缔约国在规定的适当期限（常为通知后90天）内未提出反对意见，保管机关在约文正本上进行更正并草签，制成约文订正的纪事录（即记录），并将副本递送给签署国和缔约国，供其参考。Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols ICRC*, 1987, para.3861, 该段提及公约保存者对《第一附加议定书》作出的两处更正。

17 Aust, pp. 293–295. 关于《维也纳条约法公约》第79条涉及的错误类型的讨论，见 Kolb, pp. 1784–1785, 及 Villiger, pp. 961–963 and 967–968; 后者也谈及《维也纳条约法公约》第33条第3款和第79条第3款之间的关系（第459页及第967～968页）。

18 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第371页。

19 例如，就西班牙文约文而言，其通知已于1950年2月10日发出。

20 见《维也纳条约法公约》（1969年）第33条第2款。

21 语意不同的例子，如在共同第1条中“保证……尊重”（ensure respect）的俄文译文为“заставлять соблюдать”（“force respect”，即“迫使尊重”），第18条第1款中“必要之保护及便利”（the necessary protection and facilities）的西班牙文译文为“la protección y las facilidades oportunas”（“the appropriate protection and facilities”，即“适当之保护及便利”）。

22 见关于第48条的评注。

国仍受作准文本之约束，即使出于国内目的，亦不得主张以其翻译文本为准。如今，四公约已译被为约55种文字。[23]

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 222–226 (Interpretation of treaties in more than one language) and 293–295 (Correction of errors).

Distefano, Giovanni, and Henry, Etienne, 'Final Provisions, Including the Martens Clause', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Kolb, Robert, 'Article 79: Correction of error in texts or in certified copies of treaties', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1770–1796.

Ouguergouz, Fatsah, Villalpando, Santiago, and Morgan-Foster, Jason, 'Article 77: Functions of depositaries', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1715–1753.

Papaux, Alain, and Samson, Rémi, 'Article 33: Interpretation of treaties authenticated in two or more languages', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 866–884.

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, pp. 16–17, available at https://www.fdfa.admin.ch/treaties.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984, pp. 147–152 (Plurilingual treaties).

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, paras 38–62 (Original text).

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 450–462 (Article 33) and pp. 955–969 (Article 79).

23 另见上注。

第五十六条
签字

公约条文

本公约以本日为订立之日期，至 1950 年 2 月 12 日为止，凡参加 1949 年 4 月 21 日日内瓦会议各国，以及未参加该次会议，但系一八六四年、一九〇六年或一九二九年救济战地军队伤者病者之日内瓦公约之缔约国，均可签字。

保留或声明

无

目 录

一、引言 977
二、历史背景 978
三、讨论 979
（一）公约订立之日期 979
（二）签署的效力 979
（三）签署之授权 980
主要参考文献 981

一、引言

3136 第56条规定了本公约开放供各国签署的期限，并对有权签署的缔约国作出了说明。其他三部日内瓦公约含有相似条款。[1]

3137 签署并不使四公约对一国产生约束力。对四公约的签署国而言，公约经批准后始对其产生约束力，这点规定在随后的第57条中。[2]对非签署国而言，公约在其加入后对其产生约束力。[3]

1 见《日内瓦第二公约》第55条；《日内瓦第三公约》第136条；以及《日内瓦第四公约》第151条。这些条款在未参加外交会议的可签署国方面有所不同。

2 关于批准，见《日内瓦第一公约》第57条；《日内瓦第二公约》第56条；《日内瓦第三公约》第137条；以及《日内瓦第四公约》第152条。

3 关于加入，见《日内瓦第一公约》第60条；《日内瓦第二公约》第59条；《日内瓦第三公约》第139条；以及《日内瓦第四公约》第155条。

3138 各国签署四公约后，即负有不妨碍该有关条约目的及宗旨之义务，即使条约尚未生效时也是如此。[4]尽管随后的第57条规定“本公约应……批准”，但各国没有进行批准的义务。

3139 至于各国对外交会议最终文件的签署，仅构成对会议所起草文件的认证。[5]

二、历史背景

3140 本条与1948年斯德哥尔摩国际红十字大会上通过的相关条款草案的措辞完全相同。[6]本条在外交会议全体会议未经详细讨论即获通过。[7]

3141 本条与1929年两部日内瓦公约中的相关条款几乎完全相同。[8]不过，1929年两公约使用了“各国”（countries）一词，而外交会议最终通过的草案和约文中使用的则是“各国”（Powers）。对此，会议文件并未指出其是否构成实质性差别。不过公约保存者和四公约各缔约国的后续实践中，“各国”（Powers）用用于意指“各国”（States）。本公约与1929年两公约的唯一实质性不同在于，后者仅供参加外交会议的各国签署，而本条则规定本公约除与会国外还可供更多国家签署。[9]未参加外交会议但为1864年、1906年或1929年公约缔约国的国家也可在六个月的期限内签署四公约。

3142 对于前三部公约而言，未参加会议但为1864年、1906年或1929年公约缔约国的国家均可签署，但《日内瓦第四公约》则不同，因为在1949年之前不存在保护平民的公约。[10]

4 《维也纳条约法公约》（1969年）第18条第1款，该条可视为是反映了习惯国际法（Villiger, p. 252）。

5 见《维也纳条约法公约》（1969年）第10条，该条可视为反映了习惯国际法（Villiger, p. 171）。

6 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第44条草案，第27页。

7 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第25、30、71、113及373页。

8 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第31条，以及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第90条。

9 “参加1949年4月21日日内瓦外交会议的各国”名单，见：《1949年日内瓦外交会议最终记录》，第I卷，第158～170页。

10 然而，存在1934年《关于保护平民的东京公约草案》（the 1934 Tokyo Draft Convention on the Protection of Civilians）和1938年国际法协会《保护平民居民免受新战争武器影响的公约草案》（the 1938 ILA Draft Convention for the Protection of Civilian Populations against New Engines of War）。东京公约草案尤其构成了相关讨论的重要基础，最终促成了1949年《日内瓦第四公约》的通过。

三、讨论

(一) 公约订立之日期

3143 第56条规定，本公约的订立日期为公约最后一条中所提及的日期，即1949年8月12日。1949年外交会议上通过的其他三部日内瓦公约同样也以该日为订立之日起。此前一天即1949年8月11日举行的外交会议全体会议，对本公约进行了最终投票。[11]在8月12日举办的外交会议闭幕会上，参会代表团签署了最终文件以示对约文的认证。[12]经政府授权可签署公约的参会代表团，也可签署本公约。[13]

3144 瑞士联邦委员会自约文通过之日，即1949年8月12日起，开始承担其作为日内瓦四公约保存者的职责。[14]

3145 根据本条，各国在1950年2月12日之前均可对本公约进行签署，有61个国家在此期间签署了本公约。可签署的国家不仅包括参会各国，亦包括未参加日内瓦外交会议但属1864年、1906年或1929年公约缔约国的国家。[15]未签署本公约的国家可通过加入程序成为缔约国。[16]

3146 由于在外交会议上若干国家申请延长公约供签署的期限以在签署前对通过的约文进行最后审阅，会议决定于1949年12月8日举行第二次签署仪式。[17]

(二) 签署的效力

3147 正如随后的第57条之规定，签署国在批准本公约前不受本公约约束。通过在该后续条款中对批准作出规定，本公约默示排除了一国仅通过签署即表示承受公约约束之同意的可能性。因此，签署国签署时无需明示“须经批准”。

11 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第519页。关于条约的通过，见《维也纳条约法公约》（1969年）第9条。关于第9条的习惯法地位，见Villiger, p. 163。

12 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第527～528页。关于对条约约文的认证，见《维也纳条约法公约》（1969年）第10条，该条反映了习惯国际法（Villiger, p. 171）。

13 当日，16个国家签署了四公约。其中一个国家签署了前三部公约，还有一个国家签署了第一、第三及第四公约。见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第528页。

14 《维也纳条约法公约》（1969年）第24条第4款，该条反映了习惯国际法（Villiger, p. 348）。

15 菲律宾和波兰即属于后者，两国虽未参加外交会议，但作为1929年两部公约的缔约国在1949年12月8日行使了其签署1949年四公约的权利。此外，作为1906年和1864年公约的缔约国，巴拉圭也于1949年12月10日使用了这项权利。斯里兰卡（当时的锡兰）不在派出代表团参会的国家之列但签署了最终文件，虽该国并非各先前公约的缔约国，但也于1949年12月8日签署了四公约。这似乎表明，参加会议的部分议程即可视为满足签署条件。

16 见本公约第60条和第61条。有关加入条约的更一般性规定，见《维也纳条约法公约》（1969年）第15条。

17 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第526～527、532～537页。当日27个国家签署了本公约。

3148 因此，签署并非同意接受公约约束的最终表示，但这并不代表签署不具有法律效力。签署行为标志着签属国对约文的认可，因而此后不能对其进行实质性的修改。

3149 此外，根据习惯国际法及1969年《维也纳条约法公约》，签署国负有不妨碍所签署条约之目的及宗旨的义务，即使该条约尚未生效也是如此。[18]因此签署行为的重要性不可忽视。

3150 某些参会代表团在签署时作出了保留。[19]然而，这些保留只有在交存批准书时得到确认，才继续保有效力。[20]

（三）签署之授权

3151 签署须由一国正式授权的代表作出方为有效。国家元首、政府首脑和外交部长被视为代表其国家，无需出具全权证书即可进行与缔结条约相关的所有行为。[21]所有其他代表则需出具由国家主管当局颁发的全权证书。[22]1949年外交会议选出了一个由七个国家代表组成的全权证书委员会，负责审查欲签署四公约的参会代表的全权证书。该委员会虽未能在会议期间完成相关工作，但在1949年12月8日举行签署仪式前及时完成了审核。[23]

3152 在第二次签署仪式后签署四公约的国家的全权证书，由作为公约保存者的瑞士联邦委员会审查。

18 1969年《维也纳条约法公约》第18条甲项，可认为该项反映了习惯国际法（Villiger, p. 252）。国家应遵守这一规则，除非其“明白表示不欲成为条约当事国之意思”。更多相关评述，见Boisson de Chazournes/La Rosa/Mbengue及Villiger, pp. 242–253（第18条）。

19 签署时作出的保留针对以下条款：《日内瓦第一公约》第3条、第10条、第11条、第13条和第38条；《日内瓦第二公约》第3条、第10条、第11条和第41条；《日内瓦第三公约》第3条、第4条、第10条、第11条、第12条、第60条、第66条、第85条和第99条；以及《日内瓦第四公约》第3条、第11条、第12条、第44条、第45条、第46条和第68条。关于相关保留的文本，见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第342～357页。关于保留的实质性讨论，见关于相关条款的评注。

20 一般性规定，见《维也纳条约法公约》（1969年）第23条第2款，该款似已充分确立为习惯国际法（Villiger, p. 325）。关于对日内瓦四公约保留的进一步讨论，见关于第57条的评注，第三部分第（二）节。保留的文本载于公约保存者网站（https://www.fdfa.admin.ch/depositary）及红十字国际委员会网站（https://www.icrc.org/ihl）。

21 《维也纳条约法公约》（1969年）第7条第2款，该条反映了习惯国际法（Villiger, p. 146）。

22 关于“全权证书”的定义，见《维也纳条约法公约》（1969年）第2条第1款丙项。

23 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第518、532～533页。

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 89–92 (Signature) and 107–109 (Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force).

Boisson de Chazournes, Laurence, La Rosa, Anne-Marie and Mbengue, Makane Moïse, 'Article 18: Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 369–403.

Bradley, Curtis A., 'Treaty Signature', in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 208–219.

Distefano, Giovanni, and Henry, Etienne, 'Final Provisions, Including the Martens Clause', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Rosenne, Shabtai, 'Participation in the Geneva Conventions (1864–1949) and the Additional Protocols of 1977', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff, The Hague, 1984, pp. 803–812.

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, pp. 22–24, available at https://www.fdfa.admin.ch/treaties.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984, pp. 29–44 (The conclusion and entry into force of treaties).

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, paras 101–119 (Full powers and signatures).

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 132–146 (Article 7) and 242–253 (Article 18).

第五十七条
批准

公约条文 *

一、本公约应尽速批准，其批准书应交存于伯尔尼。

二、每一批准书交存时，应予登记，并由瑞士联邦委员会将该项登记之证明的抄本分送业经签字或通知加入本公约之各国。

保留或声明

无

目 录

一、引言 983
二、历史背景 984
三、第 1 款：批准 985
(一) 一般规定 985
(二) 保留 985
四、第 2 款：登记和通知 987
主要参考文献 987

一、引言

3153 唯有一国同意接受某条约之约束得使条约具有强制力，从而约束该国。依据有关条约的具体规定，一国可以不同方式表示其受条约约束之同意。[1]

3154 第57条所使用的“批准”，是一国对其先前所签署之公约表示接受的正式行为，从而“在国际上”确定“其同意受条约拘束”。[2]

1 见《维也纳条约法公约》（1969年）第11条至第15条。《维也纳条约法公约》虽比日内瓦四公约晚20年，且并不适用于在其生效之前缔结的条约（见第4条），但《维也纳条约法公约》一般被视为对习惯国际法的编纂。

2 同上注，第2条第1款第乙项。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

3155 因此，第57条是对前一条有关签字之条款的补充，[3]为四部日内瓦公约的共同条款。[4]

3156 对于之前没有签署本公约的国家，第60条规定，以加入表示其同意接受条约约束。[5]

3157 批准书交存保存者后，批准即告生效，表明有关国家在与其他国家关系上愿意受公约约束。根据国际法，只有交存批准书（而不是批准之授权书）——根据大多数国家的法律，批准授权书必须由议会交给政府——才具有效力。

3158 签字对一国并不绝对具有约束力，其国内程序通常较为简单，而追加签字可能更简单易行。而批准则为一国所作之承诺，一旦条约生效该国必须遵守条约所规定的全部义务。因此，批准条约前需对条约的实质内容进行全面审查，即必须遵循一国国内法规定的具体批准程序。[6]

3159 然而，根据条约之具体规定，只有条约普遍生效并对相关国家生效，才对有关国家构成法律义务。[7]然而，从一国交存批准书到条约普遍生效（以及对该国生效）期间，各国承担不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动的最低限度义务。[8]

3160 本条共有两款，涉及不同主体：第一款是针对签字国的规定，第二款则规定了保存者的程序性义务。

二、历史背景

3161 本条与1948年斯德哥尔摩红十字国际大会通过之草案的措辞相同。[9]本条在外交会议上未经详细讨论即获通过。[10]在最终的英文约文中，法文“procès-verbal”

3 关于签字的更多内容，详见关于第56条的评注。

4 见《日内瓦第二公约》第56条；《日内瓦第三公约》第137条；和《日内瓦第四公约》第152条。

5 关于加入的更多内容，见关于第60条的评注。从另一国分离或一国解体后成立的新国家也可以宣布继承前一国的国际条约，而不是加入条约。这两种形式的主要区别在于，加入时，条约义务根据条约规定生效；而继承时，即使在新国家成立以后宣布继承，义务自新国家成立之日起即继续适用于新国家。与大多数国际条约的情况相同，本公约也没有以一般性原则的形式明确提及继承这种可能性。关于加入的更多内容，另见关于第60条的评注。关于这些公约的现状，见https://www.icrc.org/ihl。

6 根据1969年《维也纳条约法公约》第46条，“一国不得援引其同意承受条约拘束之表示为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实以撤销其同意，但违反之情事显明且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则者，不在此限”。可以认为本条反映了习惯国际法（Villiger, p. 594）。

7 关于条约生效的更多内容，详见关于第58条的评注。

8 关于签字的效力，见关于第56条的评注，以及《维也纳条约法公约》（1969年）第18条，该条可视为反映了习惯国际法（Villiger，第252页）。

9 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第45条草案，第27页。

10 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第25页、第30页、第71页、第113页及第373页。

（“记录”）一词改为英文词“record”（“登记”）。[11]本条与1929年日内瓦公约中的相关条款实质上相同。[12]

三、第 1 款：批准

(一) 一般规定

3162 本款通过使用“应尽速批准”这一表述，迫切建议各签字国加快批准程序并避免故意延迟国内核准程序。不过，尽管该条款使用（“应……批准”）这一措辞，但根据一般国际法规定，经签署但尚待批准的条约并不使签字国负有批准该条约的法律义务。是否批准、何时批准业经签署的条约，仍为各国行使主权予以决定。日内瓦四公约的批准程序在最后一个签署国交存批准书后，于1976年结束。此后，各国通过加入或继承的方式成为缔约国。[13]

3163 本条还对批准书须交存之地点作出了规定。然而，“于伯尔尼”这一表达不甚准确，只有结合第2款、其他最后条款以及最后一条中认定瑞士联邦委员会为保存者的规定才能理解。

3164 交存既可由有关国家的代表亲自交存，也可通过外交渠道以书面形式将批准书书转交保存者。不过保存者目前的实践未对具体递交方式作出要求。批准书也可通过普通邮寄或其他非正式方式递交。[14]递交方式并不影响文书的效力。

3165 批准书须由经授权可就此事代表国家的人员代表其国家签署。根据国际法和各国实践，国家元首、政府首脑及外交部长因其职务而被视为代表其国家，无需出具全权证书。[15]根据四公约和附加议定书保存者以及其他保存机关的实践，由其他人员（例如，外交部长以外的其他部长或副部长）签署的文书必须附有全权证书。[16]

3166 批准书必须具体说明所涉条约，明确表示该国愿意受条约约束并履行其义务。如果签署国希望提出一项或多项保留，或在签署时已经提出保留，批准书也必须载有这些保留意见。

11 同上注，第162～163页。

12 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第32条；以及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第91条。

13 关于加入，见第60条。

14 例如，可以由有关国家大使馆的雇员、私人快递服务或其他方式将其交存于保存者的办公室。也可通过红十字国际委员会代表团交存。然而，与其他递交方式一样，交存只有在文书到达保存者时才视为有效。

15 见《维也纳条约法公约》（1969年）第7条第2款，该条规定反映了习惯国际法（Villiger，第146页）。

16 关于批准书的形式和内容的说明，见Aust，第99～100页。

（二）保留

3167 在通过日内瓦四公约时，关于保留问题的国际法颇有争议。[17]根据1951年国际法院关于“对《灭绝种族罪公约》的保留”提供的咨询意见，1969年《维也纳条约法公约》规定，一国在签署、批准或加入条约时，可以提出保留，除非“保留与条约目的及宗旨不合”，或条约中包含可提出保留的具体规定。[18]日内瓦四公约中没有此类规定。

3168 保留须以书面形式提具并致送各缔约国及有权成为条约当事国之其他国家。[19]对经签署但尚待批准的条约提出保留时，作出保留的国家须在批准条约时对此项保留予以正式确认，方为有效。[20]但是，不得在批准或加入之后才提出保留。

3169 各有关国家都有责任确定他国所作之特定声明是否构成保留。[21]此外，各国需自行确定他国提出的保留是否符合条约目的及宗旨，以决定是否欲对该保留提出反对。[22]

3170 一国可对另一国所提出的保留表示反对。不过，除非提出反对的国家明确作出相反意思表示，否则一缔约国之反对并不妨碍条约在该国与提出保留的国家之间生效，只要至少有另一缔约国接受该保留。[23]但是，“此项保留所关涉之规定在保留之范围内于该两国间不适用之”。[24]

3171 若一国在12个月期限届满时未对保留提出反对，则被视为对该保留业已接受。[25]作此规定的目的，是让各国在表示同意接受条约约束后——或让条约各缔约国在收到他国有关保留的通知后——有足够时间审查是否接受保留，并就可能提出的反对作出决定。

17 See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 404, and Villiger, pp. 262–264.

18 《维也纳条约法公约》（1969年）第19条。虽然《维也纳条约法公约》比日内瓦四公约晚20年，且不适用于在其生效之前缔结的条约（见第4条），但一般将《维也纳条约法公约》视为对习惯国际法的编纂。同时，关于保留的条款，特别是第19条至第22条，似乎已被充分确立为习惯国际法（Villiger，第325页）。关于保留的更详细说明和更多参考资料，见Aust, pp. 114–144; Reuter, pp. 77–84; Sinclair, pp. 51–82; and Swaine。

19 《维也纳条约法公约》（1969年）第23条第1款。通常，一国将其保留及任何反对、或者对保留及反对的撤回送交保存者，保存者再根据具体条约或一般国际法赋予它的职责通知其他缔约国和签署国。

20 同上注，第23条第2款。

21 1969年《维也纳条约法公约》将保留定义为“一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所做之片面声明，不论措辞或名称如何，其目的在摒除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果”（第2条第1款第4项）。

22 这并不排除采取集体措施，特别是集体要求澄清某项保留的含义。关于通过保存者采取此类措施的例子，见Pilloud, pp. 171–173；另见Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 423–425（关于《日内瓦第三公约》第85条）。这也不排除法院或法庭在其拥有管辖权的情况下就某一具体案件中是否允许保留作出决定。

23 《维也纳条约法公约》（1969年）第20条第4款。

24 同上注，第21条第3款。

25 同上注，第20条第5款。

3172 保留仅在提出保留的国家与接受保留并受条约约束的其他国家之间适用，因而仅在相关方之间就保留所涉规定作出修改。[26]此项保留在条约其他当事国相互间不修改条约之规定。[27]

3173 保留及对保留提出之反对得以书面形式随时撤回。[28]保留之撤回，对所有其他缔约国之关系上，自该国收到撤回保留之通知之时起方始发生效力；[29]对保留提出之反对之撤回，自提出保留之国家收到撤回反对之通知时起方始发生效力。[30]

关于对日内瓦四公约所提出的保留，更详细讨论见关于具体条款的评注。就《日内瓦第一公约》而言，有关国家对第 3 条、第 10 条、第 11 条、第 13 条、第 38 条、第 44 及 53 条提出了保留。

四、第 2 款：登记和通知

3174 本款规定示明了签字国交存批准书时保存者应遵循的程序。其目的在于确保所有签署国及加入国都获悉保存者所收到的批准书。

3175 根据本款规定，每一批准书交存时，保存者都会进行登记，并由瑞士外交部条约司司长签字，以确认已收到批准书且该批准书内容完备、格式规范，并确认接收日期。登记原件将与批准书一起存放至保存者的管理档案中，并按本款规定将核证无误的抄本分送所有签署国和加入国。[31]

3176 新近签署的公约一般不再要求对批准书之交存进行逐个登记，即无需制作证明交存的正式文件，而仅要求保存者向各缔约国发出简单通知。此类通知一般以外交照会的形式发出，以告知各缔约国相关动态。[32]附加议定书的情况也是如此。[33]

3177 最后，本公约第64条要求保存者将收到的所有批准书、加入书和退约书通知联合国秘书处。

26 同上注，第21条第1款。
27 同上注，第21条第2款。
28 同上注，第23条第4款。
29 同上注，第22条第3款第1项。例如，瑞士于2005年6月17日撤回了对《第一附加议定书》第57条和第58条的保留，乌克兰于2006年6月30日撤回了对四公约若干条款的保留。
30 同上注，第22条第3款第2项。
31 关于加入或继承所遵循的程序，见关于第60条及第61条的评注。对于批准，第61条没有像第57条那样规定瑞士联邦委员会应为每一国加入条约起草一份记录，也没有规定瑞士联邦委员会必须向其他国家发送一份记录副本。日内瓦四公约的保存者在其实践中已经注意到批准和加入两者之间的此项区别。
32 日内瓦四公约的保存者与当今大多数保存者一样，通过电子方式发出通知。1977年以来的交存通知可查阅：https://www.fdfa.admin.ch/treaties。
33 见《第一附加议定书》第100条；《第二附加议定书》第26条；和《第三附加议定书》第15条。

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 95–100 (Ratification), 114–144 (Reservations) and 283–296 (The depositary).

Boudreault, Lise S., 'Les réserves apportées au Protocole additionnel I aux Conventions de Genève sur le droit humanitaire', *Revue québécoise de droit international*, Vol. 6, No. 2, 1989–90, pp. 105–119, at 108–112.

Distefano, Giovanni, and Henry, Etienne, 'Final Provisions, Including the Martens Clause', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Pilloud, Claude, 'Reservations to the Geneva Conventions of 1949', *International Review of the Red Cross*, Vol. 16, No. 180, March 1976, pp. 107–124.

– 'Reservations to the Geneva Conventions of 1949 (II)', *International Review of the Red Cross*, Vol. 16, No. 181, April 1976, pp. 163–187.

Reuter, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd edition, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1995, pp. 77–84 (Reservations).

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, pp. 29–30, available at https://www.fdfa.admin.ch/.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984, pp. 39–42 (Expression of consent to be bound by a treaty) and 51–82 (Reservations).

Swaine, Edward T., 'Treaty Reservations', in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 277–301.

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc.ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, paras 120–133 (Deposit of binding instruments).

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

第五十八条
生效

公约条文 *

一、本公约在至少两国批准书交存后六个月发生效力。

二、嗣后，本公约对于每一缔约国自其批准书交存后六个月发生效力。

保留或声明

无

目 录

一、引言 989
二、历史背景 990
三、第 1 款：关于前两国批准书交存后本公约生效的规定 990
四、第 2 款：关于本公约对在前两国之后交存批准书之国家生效的规定 991
主要参考文献 992

一、引言

3178 第58条规定了本公约生效并由此正式成为国际法的一部分的时间，以及本公约对已作批准的签署国开始产生完全法律效力的日期。[1]

3179 在交存的批准书达到规定数量后，到公约生效前，必须间隔一段时间，以便批准国能够采取实施性措施，公约保存者也能够将新作出的批准通知其他缔约国。公约保存者应核实本公约规定的条件是否得到满足，并确定生效日期。有关条约生效以及保管机关某些职能的相关规定，自条约约文通过时始得适用。[2]

3180 第58条第1款规定的是本公约的生效问题，即最初两国交存批准书后生效，而第2款则涉及本公约对之后交存批准书的签署国的生效问题。

1 见关于第57条的评注中有关批准的内容；另见关于第61条的评注中有关加入通知的内容，第61条规定加入的情况同样适用六个月的时限。

2 见《维也纳条约法公约》（1969年）第24条第4款，该条款反映了习惯国际法（Villiger, p. 348）。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

3181 此项规定为四公约的共同条款。[3]四公约对批准后公约生效的程序以及对一国生效的日期的规定是相同的。

二、历史背景

3182 本条以几乎相同的措辞重申了1929年两部日内瓦公约的约文。[4]1948年斯德哥尔摩红十字国际大会通过的草案并未对批准和生效之间的时间间隔作出明确规定。[5]对此，联合委员会提议，“与1929年的两部公约类似，批准与生效之间应间隔六个月”，该提议未遭反对。[6]由此，制定的条文获一致通过。[7]

三、第 1 款：关于前两国批准书交存后本公约生效的规定

3183 一般而言，“条约生效之方式及日期，依条约之规定或依谈判国之协议”。[8]本公约规定，在第二份批准书交存之日后六个月生效。“至少两国”的措辞，旨在涵盖若干国家在同一天作出批准的情况。本公约生效所需的批准国数量已减少到最低限度，即两国，这反映了本公约的人道性质以及本公约对加入国的开放性。公约因而得以尽快生效，即使其最初只在前两个批准国之间具有法律效力。这一初始阶段实际上非常短暂，因为第三个国家摩纳哥在第二个批准国南斯拉夫之后仅75天就批准了四公约。不过，无论何时，非公约缔约国仍受习惯国际法规则的约束。

3184 从第二份批准书交存到公约对前两个缔约国生效之间的六个月间隔，旨在让相关各国能够为履行新的义务采取立法、规管或实践性质的准备措施。[9]尽管此前已签署四公约之各缔约国，在签署和批准之间亦有时间为实施四公约做准备，但由于公约规定复杂，需要时间例如在各级武装部队等层面付诸实施。实际上，只有首个批准国等待期较长，即第二国批准书交存之日后六个月。这一规定还为公约保存者向各缔约国通知公约即将生效留出了时间。

3185 就条约普遍生效而言，如果存在关于等待期间的规定，则公约保存者须计算条约生效的日期。本条规定的时间间隔虽以月计，但该期间从相关批准书交存之日起

3 见《日内瓦第二公约》第57条；《日内瓦第三公约》第138条；及《日内瓦第四公约》第153条。
4 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第33条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第92条。
5 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第46条草案，第28页。
6 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第25页（加拿大）。
7 同上注，第30、71、113页。
8 《维也纳条约法公约》（1969年）第24条第1款，该条款反映了习惯国际法（Villiger, p. 348）。
9 关于这些准备措施的更多内容，详见关于共同第2条的评注，第三部分。

算。因此，本公约于第二国批准书交存之日六个月后的当日起生效，即1950年10月21日：瑞士于1950年3月31日批准本公约，南斯拉夫于1950年4月21日批准。同样的计算方法适用于此后依据第2款批准该公约的各国或加入该公约的各国。[10]

四、第 2 款：关于本公约对在前两国之后交存批准书之国家生效的规定

3186 一般而言，“除条约另有规定外，一国承受条约拘束之同意如系于条约生效后之一日期确定，则条约自该日起对该国生效”。[11]第58条第2款规定，在本公约根据第1款生效后，其“对于每一缔约国自其批准书交存后六个月发生效力”。

3187 基于前述相同原因，从签署国交存批准书到本公约在该国和其他缔约国之间生效的间隔期间与第1款相同，均为六个月。六个月的期间届满后，有关国家在其与至少六个月前批准本公约的所有国家间的关系上受本公约之约束。此后，该国在其与其他签署国间的关系上，在各签署国批准公约六个月后受本公约之约束；在其与加入国间的关系上，在各加入国加入公约六个月后，受本公约之约束。[12]

3188 这一等待期的唯一例外规定在本公约第62条中，根据该条，“第二条及第三条所载之情况应使在战事开始或占领之前或后，冲突各方所交存之批准书及加入之通知立即生效”。出于显而易见的人道原因，通常从一国批准或加入本公约至该公约对该国生效的六个月间隔期因而不再适用。就批准而言，这一情况未曾出现，但在有关加入的情形中确有发生。[13]

3189 本公约对某一缔约国生效，并不意味着公约所有条款都必须立即适用。如第2条和第3条所示，其大部分条款仅在武装冲突之时适用，不过其中大部分条款要求采取准备措施。[14]此外，根据第2条第1款，某些条款必须立即执行，即在和平时期予以执行。[15]

3190 本评注编写之时，日内瓦四公约已对190多个国家生效。[16]

10 在特殊情况下，例如，如果交存批准书的日期是3月31日，由于9月没有相应的日期，该条约将在9月的最后一天，即9月30日生效。同样，若于8月30日或31日交存批准书，该条约将于次年2月28日或29日生效。See United Nations, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, p. 70.

11 《维也纳条约法公约》（1969年）第24条第3款，该条款反映了习惯国际法（Villiger, p. 348）。

12 关于加入公约及其效力，见第60条至第61条。

13 见关于第62条的评注，第3249段。

14 关于准备措施，见关于共同第2条的评注，第三部分。

15 见关于共同第2条的评注，第三部分。

16 有关四公约的现状，见：https://www.icrc.org/ihl。

主要参考文献

Aust, Anthony, 'Article 24: Entry into force', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2011, pp. 628–637.

– *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 145–158 (Entry into force) and 289–291 (Functions of the depositary).

Distefano, Giovanni and Henry, Etienne, 'Final Provisions, Including the Martens Clause', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Reuter, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd edition, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1995, pp. 66–68 (Entry into force).

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, pp. 13–14, available at https://www.fdfa.admin.ch/.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984, pp. 44–47 (Entry into force).

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, paras 221–247 (Entry into force).

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 339–348 (Article 24).

第五十九条
与以前公约之关系

公约条文

在各缔约国间之关系上，本公约代替一八六四年八月二十二日、一九〇六年七月六日及一九二九年七月二十七日之各公约。

保留或声明

无

目 录

一、引言 993
二、历史背景 994
三、讨论 994
主要参考文献 995

一、引言

3191 第59条规范的是《日内瓦第一公约》与1864年《日内瓦公约》、1906年《日内瓦公约》及1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的关系，规定在各缔约国间的关系上，本公约“代替”先前各公约。

3192 《日内瓦第二公约》、《日内瓦第三公约》和《日内瓦第四公约》均载有类似条款，规定其与此前关于类似事项的条约或条约部分之间的关系。[1]

3193 《第一附加议定书》、《第二附加议定书》和《第三附加议定书》还规定了阐明其与日内瓦四公约之间关系的条款。[2]

1 见《日内瓦第二公约》第58条；《日内瓦第三公约》第134条至第135条；以及《日内瓦第四公约》第154条。

2 见《第一附加议定书》第1条第3款；《第二附加议定书》第1条第1款；《第三附加议定书》第1条第2款。

二、历史背景

3194 从1906年《日内瓦公约》开始，第59条所列之各早期公约本身也载有与第59条类似的条文，规定了这些公约与其各自前身的关系。[3]

3195 该条条款草案由红十字国际委员会提交至1948年斯德哥尔摩红十字国际大会，并最终成为本公约第59条。该条款草案沿用了1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》的措辞，同时将1929年的公约列为先订公约。[4]该条款草案由斯德哥尔摩大会通过，后未作实质性修改即获1949年外交会议通过。[5]

三、讨论

3196 与各《附加议定书》不同，[6]先后订立的各《关于伤者病者的日内瓦公约》均没有包含规定公约修正程序的条款。如果某条约未规定具体的修正程序，该条约则可由各缔约国之间的协议予以修正。[7]修正不仅可指对条约作出部分修正，也包括对条约的全面修正，后者有时也被称作条约的“修订”。[8]需要将条约之修正与条约之修改相区分。[9]修正原则上对原条约的“全体当事国间”适用，原条约的所有缔约国均有权成为修正后条约的缔约国，虽然并非所有缔约国都意欲如此。相比之下，修改是条约的部分缔约国以“仅在彼此间”（相互间）变更条约为目的而达成的协议。[10]

3197 自1864年最初的《日内瓦公约》通过以来，[11]对于“改善战地武装部队伤者境遇”这一事项的规定先后经过1906年《日内瓦公约》、1929年《关于伤者病者的

3 见1906年《日内瓦公约》第31条和1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第34条。关于类似的规定，另见1907年《海牙第四公约》第4条，该条规定了该公约与1899年《海牙第二公约》的关系。

4 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》第47条草案，第31页。

5 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第47条草案，第28页，以及《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第217页。

6 见《第一附加议定书》第97条和《第二附加议定书》第24条，这两条规定了议定书的修正程序。

7 该原则编纂于1969年《维也纳条约法公约》第39条和第40条；相关讨论，例如，见Ardault/Dormoy; Aust, pp. 232–244; and Brunnée。

8 See International Law Commission, p. 232, para. 3.

9 见《维也纳条约法公约》（1969年）第41条。

10 更多相关讨论，见Rigaux/Simon, pp. 989–990, and Aust, p. 242。先后订立的各《关于伤者病者的日内瓦公约》在通过之时，均期待各先订公约的全体缔约国以及其他国家批准或加入；因此，这些公约不仅仅是缔约国相互间对各先订公约的修改。

11 见1864年《日内瓦公约》的标题。

日内瓦公约》和1949年《日内瓦第一公约》的修正（或修订）。《日内瓦第一公约》在序文中特别提到了其“修订”各先订公约的目的。[12]

3198 对某条约作出修正时，需考虑对先订条约各缔约国的影响。这对于日内瓦四公约等多边条约而言尤为重要，因为至少在最初阶段，并非所有先订条约的缔约国都会作出成为后订条约缔约国决定。[13]

3199 为此，第 59 条规定《日内瓦第一公约》“在各缔约国间之关系上”，“代替”先前对其事项进行规定的公约。因此，由于《日内瓦第一公约》各缔约国可能也是第59条所提到的各先订公约的缔约国，而在第一公约缔约国之间，该公约优先于各先订公约，并在其相互关系上代替之。[14]

3200 在编写本条评注时，第59条之目的业已实现。随着1949年日内瓦四公约获得普遍批准，《日内瓦第一公约》无论作为一国成为缔约国的第一个有关伤者病者的公约，还是根据第59条代替各先订公约，已在所有国家间的关系上得以适用。将来可能成为1949年日内瓦四公约新缔约国的国家，通常不会是作为这些公约前身的先订公约的缔约国，因而不会出现需要适用第59条的情况。

3201 1949年日内瓦四公约的普遍批准还意味着，如果某缔约国决定退出1949年四公约中的任一公约，将无法恢复各先订公约的效力，因其已被有效代替。[15]退约后，该国无论是否为各先订公约的缔约国，都将继续受习惯国际人道法的约束。[16]

主要参考文献

Ardault, Karine and Dormoy, Daniel, ‘Article 40：Amendment of multilateral treaties’, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds) , *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 978–984.

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 192–204 (successive treaties) and 232–244 (amendment).

12 见关于序文的评注，第三部分。另见为筹备1949年外交会议而发给1929年两部《日内瓦公约》和1907年《海牙第十公约》各缔约国的文件，这些文件通知其拟召开外交会议，会议议程包括对上述公约进行修订；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第145～151页。

13 见国际法委员会，《条约法条款草案》及其《评注》，第232页，第1段（该段明确提及对1864年《日内瓦公约》的修正）。

14 见上注，p. 215, para. 6, with fn.112, 该段明确提到《日内瓦第一公约》第59条。

15 关于退出日内瓦四公约的详细规定，见关于第63条的评注。目前，1969 年《维也纳条约法公约》第 59 条编纂了通过在某一先订条约的全体缔约国之间就同一事项缔结后订条约而默示终止该先订条约的条件；有关详细讨论，例如，见Dubuisson。

16 另见第63条第4款。

Benvenuti, Paolo, 'Relationship with Prior and Subsequent Treaties and Conventions', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 689–700.

Brunnée, Jutta, 'Treaty Amendments', in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 347–366.

Distefano, Giovanni, and Henry, Etienne, 'Final Provisions, Including the Martens Clause', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Dubuisson, François, 'Article 59: Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1325–1347.

ILC, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, text adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (at para. 38); see also *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, Vol. II, pp. 187–274.

Rigaux, Anne and Simon, Denys, 'Article 41: Agreement to modify multilateral treaties between certain parties only', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 986–1008.

第六十条
加入

公约条文

本公约自生效之日起，任何未签字本公约之国家均得加入。

保留和声明

无

目 录

一、引言 997
二、历史背景 998
三、讨论 998
(一) 加入的条件 998
(二) 加入的性质和效力 1000
(三) 保留 1000
(四) 继承 1000
主要参考文献 1003

一、引言

3202 根据一般国际法，一国可通过多种方式表示其承受条约约束之同意。[1]其中两种为日内瓦四公约所采用：先签署再批准，或加入。在加入的情况下，一国通过一个单一行为即可接受四公约的约束，而无需经过第56条和第57条所规定的两个阶段的程序（先签署，后批准）。对于未签署公约的国家而言，加入也是其成为缔约国的唯一方式。第60条规定的加入程序是日内瓦四公约的共同规定。[2]

1 目前被编纂入1969年《维也纳条约法公约》第11条的一项原则提到，“签署、交换构成条约之文书，批准、接受、赞同或加入，或任何其他同意之方式”。

2 见《日内瓦第二公约》第59条；《日内瓦第三公约》第139条；及《日内瓦第四公约》第155条。

二、历史背景

3203 1948年斯德哥尔摩红十字国际大会通过的条款草案与最后通过的约文基本完全相同，只是草案中包含必须对加入进行“适当通知”的附加条件。[3]这一措辞反映了1929年公约中相应条款的措辞。[4]大会的起草委员会将约文改为目前的措辞，并将有关通知的要求在另一项条款中作出规定（第61条），该修改在大会上未引起任何讨论。[5]

三、讨论

（一）加入的条件

3204 只有满足第56条所规定的签署条件的国家方可对本公约作出批准，但所有未签署本公约的国家均可加入。[6]

3205 除了公约必须业已生效外，加入没有任何其他的限制或条件。无论是否为先订各公约的缔约国，“任何……国家”均得加入本公约。[7]日内瓦四公约的广泛影响力源于其一贯的普遍性，四公约与1929年公约一样，对所有国家开放。但是，意欲加入四公约的实体必须是“国家”，即必须符合国际法规定的国家标准。[8]构成国家不仅是一个法律问题，也是一个政治问题。承认不足以创立一个国家，而未被承认也不代表不构成国家。然而，当国家地位是加入条约的条件时，条约保存者和其他各缔约国是否确信加入条约的实体符合国家的标准至关重要。如果保存者无法确定意欲加入条约的实体是否为国家，该国地位就必须留由各缔约国决定，以保持其履行职能时的公正性。[9]

3 《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第28页：“本公约自生效之日起，任何未签署本公约之国家，均得经适当通知后加入。”

4 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第35条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第93条。

5 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第163页。

6 关于加入的一般条件，见《维也纳条约法公约》（1969年）第15条，以及Aust, 第101～103页。

7 关于“Power”（“国家”）一词意指“国家”（“State”）的讨论，见关于第56条的评注，第3141段。

8 最常被引用的国家要件是：（1）常住人口，（2）确定的领土，（3）政府和（4）与其他国家建立关系的能力。该定义构成习惯法的一部分，编纂在1933年《蒙得维的亚国家权利和义务公约》中。关于构成国家的法律标准的详细讨论，见克劳福德（Crawford），第127～142页（为“提供一个有效定义”，克劳福德还加上了以下标准：（5）一定程度的永久性，（6）遵守国际法的意愿，（7）主权，以及（8）作为国家而运作），以及*The Creation of States in International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2006。

9 见《维也纳条约法公约》（1969年）第76条第2款，该款是一项公认的习惯国际法规则（Villiger, 第932页）。

3206 与其他保存者一样，[10]日内瓦四公约的保存者认为其自身无权决定一个法律地位不明的实体是否构成国家这样一个通常具有政治性的问题。因此，如果保存者无法确定一个意欲加入本公约的实体是否构成国家，则会通知各缔约国相关加入书已交存，而不对此种加入本身是否有效作出判定，也不会将该意欲加入公约的实体正式列为本公约的缔约国。[11]

3207 在这种情形中，保存者的职能与其作为缔约国的身份，应加以明确区分并分别履行。保存者必须根据可适用的法律条件，客观评估具体情况。在这一评估过程中，保存者作为缔约国可能具有的政治考量因素，例如其对加入公约之实体的承认，不得纳入考量。

3208 日内瓦四公约及其《附加议定书》的保存者在实践中遇到过此类情况，即加入的实体在加入时（尚）未被瑞士所承认。保存者对此的处理方式并不总是一致，这并非是因为瑞士没有承认相关实体，而是因为国际社会对该有关实体地位仍有分歧。

3209 1960年和1974年，保存者分别向各缔约国通报了阿尔及利亚共和国临时政府和几内亚比绍共和国的加入，但并没有确认生效日期。与此同时，瑞士联邦向各缔约国发出了一份外交照会，表示瑞士作为四公约的缔约国，并未承认阿尔及利亚，而对于几内亚比绍，虽然瑞士注意到其加入，但却并未对其国际地位表态。

3210 同样在1974年，保存者向各缔约国通报了越南南方共和国革命临时政府的加入，并确认四公约对其立即生效。与此同时，瑞士作为四公约的缔约国，向其他各缔约国发送了一份外交照会，其内容与就几内亚比绍的加入所发出的照会完全一致。

3211 1983年，保存者向各缔约国通报了联合国纳米比亚理事会的加入并确认了四公约对其的生效。虽然瑞士当时没有承认纳米比亚，但并未向其他缔约国同时发送一份不予承认的照会。

3212 1989年、1990年和1991年，保存者通知各缔约国，巴勒斯坦交存了一份加入书，但鉴于巴勒斯坦在国际社会上的地位并不确定，保存者无法决定该交存行为是否构成有效加入。[12]随后，保存者又通知各缔约国，巴勒斯坦国于2014年4月2日加入日内瓦四公约及《第一附加议定书》，于2015年1月4日加入《第二附加议定书》和《第三附加议定书》。

10 关于联合国秘书长的实践，见United Nations, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, paras 82–97。

11 1977年以来保存者所做通知，见：https://www.fdfa.admin.ch/treaties。

12 See also Caflisch/Gamma. For a critique, see David, para. 1.212.

（二）加入的性质和效力

3213 加入是一国表示同意受条约约束的单一行为，该行为使条约在该国与其他缔约国之关系上适用。因此，与批准一样，加入也要求加入国仔细审查条约内容，也就是说该国必须遵循其国内法所规定的具体批准和实施程序。[13]

3214 加入与批准具有同等效力，即加入国受有关条约的约束。与批准一样，公约在加入书交存六个月后对加入国生效。[14]

3215 根据约文，在公约生效之后才能加入公约，即在前两份批准书交存后六个月才能加入。但是，约旦在1951年5月29日加入公约，1951年11月29日公约对其生效，而公约本身在1951年10月21日才生效，在这一情况下，保存者接受了公约生效之前交存的加入书，而签署国也并未表示反对。之所以出现这一情况，是因为在约旦交存其加入书时，根据第58条（以及其他三部公约中的平行条款），四公约的生效日期已经确定。[15]因此，约旦的加入显然在公约生效之后才会产生效力。如果刻板地遵守约文的字面规定，就会产生一种较为异常的情形，即从签署期结束之日起（1950年2月12日）至条约生效之日（1951年10月21）为止的这段时期，没有签署四公约的国家将不能表示其同意受公约约束。晚近的国际条约已经不再包含此类限制，而是通常对所有未签署条约的国家开放加入，不设定加入时限或规定在签署截止日期之后也可加入。[16]

（三）保留

3216 加入国也可作出与签署国在批准时同等程度的保留和声明，并适用同样的规则和条件。[17]

（四）继承

3217 日内瓦四公约最后条款和1969年《维也纳条约法公约》均未规定继承问题。[18]该问题由1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》所规定，而该公约

13 根据1969年《维也纳条约法公约》第46条，“一国不得援引其同意承受条约拘束之表示为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实以撤销其同意，但违反之情事显明且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规则者，不在此限。”可以认为该条体现了习惯国际法（Villiger, 第594页）。

14 见第16条第1款。

15 瑞士已于1950年3月31日批准了公约，而南斯拉夫则于1950年4月21日批准了公约。

16 例如，见《第一附加议定书》第94条，《第二附加议定书》第22条，《第三附加议定书》第10条，《禁止杀伤人员地雷公约》（1997年）第16条，以及《集束炸弹公约》（2008年）第16条。

17 关于保留，见关于第57条评注，第三部分第（二）节。

18 关于条约的国家继承问题，见Aust, pp. 320–340; Crawford, pp. 423–444; Andreas Zimmermann; and Zimmermann/Devaney。

截止到2016年3月仅有22个缔约国。有观点认为1978年维也纳公约很大程度上是国际法的前瞻性发展，而并非对习惯国际法的编纂，因此该公约“在条约继承方面并非习惯法规则的一份可靠指引”。[19]但联合国秘书长却认为“在很多方面，该公约都编纂了继承问题上既存的习惯法”。[20]

3218 1978年维也纳公约以“白板”原则为基础，据此，新国家不受被继承国的条约之约束。[21]但这不影响新国家受习惯国际法的约束。[22]该公约还规定了一项例外，即与边界和其他领土制度有关的条约不受国家继承的影响。[23]但根据该公约，在多国合并或一国发生部分分离的情况下，即当新国家的创设并非发生在去殖民化的背景之下时，则以自动继承为默认的规则。[24]但维也纳公约所作的这种区分在多大程度上体现了国家实践，并不明确。[25]

3219 另一种可能的例外是反映普遍接受的国际法规则的条约，特别是涉及人权或国际人道法的条约。[26]早在20世纪60年代去殖民化的背景下，红十字国际委员会就坚持过这样的立场，即日内瓦四公约应当自动继承，除非相关国家明确作出相反声明。[27]联合国安理会至少有一次默认采取了这一立场。[28]1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》通过后，红十字国际委员会和红十字与红新月常务委员会决定必须接受“白板”原则，并由此调整了对红十字与红新月国际大会成员定义的解释，即新国家只有采取了和四公约有关的正式措施，才能成为国际大会的成员。[29]

19 Aust, p. 321.

20 United Nations, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, para. 287.

21 1978年《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》第16条。

22 见上注，第5条。

23 见上注，第11条至第12条；see also Aust, pp. 322–323, and Crawford, p. 439.

24 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（1978年）第31条和第34条。

25 相关讨论，见Aust, p. 321; Crawford, pp. 438–439; and David, paras 1.162–1.168。

26 Aust, pp. 323–324; Hafner/Novak, pp. 421–423. 联合国人权事务委员会支持对人权条约的自动继承：见Res. 1993/23, Succession of States in respect of international human rights treaties, 5 March 1993; Res. 1994/16, Succession of States in respect of international human rights treaties, 25 February 1994; Res. 1995/18, Succession of States in respect of international human rights treaties, 24 February 1995; UN Human Rights Committee, *General Comment No. 26, Continuity of Obligations*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, 8 December 1997; and UN Secretary-General, *Succession of States in respect of international human rights treaties*, UN Doc. E/CN.4/1995/80, 28 November 1994, para. 10. See also ICJ, *Application of the Genocide Convention case*, Preliminary Objections, Judgment, 1996, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, pp. 634–639, and Separate Opinion of Judge Weeramantry, pp. 640–655. 关于人权条约继承方面国家实践的概述，见UN Secretary-General, *Succession and accession of States to international human rights treaties*, UN Doc. E/CN.4/1994/68, 26 November 1993. See also Kamminga。

27 See Henri Coursier, ‘L’accession des nouveaux Etats africains aux Conventions de Genève’, *Annuaire français de droit international*, Vol. 7, 1961, pp. 760–761; ‘The Universality of the Geneva Conventions’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 6, No. 64, July 1966, p. 386.

28 UN Security Council, Res. 307 (The India/Pakistan Subcontinent), 21 December 1971, para. 3.

29 Bruno Zimmermann, pp. 118–119.

3220 虽然如此，但前南刑庭上诉庭在2001年仍认为，鉴于日内瓦四公约的目的和宗旨及其习惯法性质，应当对其适用自动继承。[30]这一立场可避免在国家继承的情况下可能出现的四公约给予武装冲突受难者的保护之缺失。相反，厄立特里亚－埃塞而比亚赔偿委员会则判定，虽然“对于特定种类的条约来说有可能会出现自动继承”，但其“并未收到足够的证据，使其可以判定在本案的特定情况下发生了对日内瓦四公约的自动继承，虽然一般来说这种继承是可取的。”[31]

3221 但是通过继承声明也可以避免在保护方面出现空白。对于不包含具体继承条款的条约，四公约保存者的惯常做法与联合国秘书长作为保存者的做法一致，即如果在继承之前，公约已通过被继承国而适用于新国家的领土，则接受新成立的国家的继承文书。[32]

3222 关于加入的条款还规定了成为本公约缔约国的一般条件，即须具备国家身份，这一条件在继承的情况下同样必须得到满足。

3223 关于继承对被继承国可能作出的保留和声明有何种法律效力，国际法上并无明确规则。如果继承书或继承国的任何随附声明未明确表示该国在这方面的意愿，保存者将请继承国具体说明其是否打算保留被继承国的保留和声明。根据与加入国相同的规则，继承国也可以作出新的保留或声明。[33]

3224 既然继承国不受被继承国条约义务的约束，即可自主决定是否宣布继承适用于被继承国的所有或部分条约。因此，继承国也可以像任何其他国家一样，通过加入成为本公约的缔约国，而不通过交存继承书的方式。

3225 政治考量可能会影响国家是选择继承还是加入，[34]与此同时，二者的法律效力也有所不同。一个重要区别是，交存继承书意味着该国同意在其成立之日即受条

30 ICTY, *Mucić* Appeal Judgment, 2001, paras 107–115, particularly para. 111；“现在可以认为在国际法中，对于广义上的多边人道条约（即规定基本人权、具有普遍性的条约），存在国家自动继承的情况。”See also ICTY, Blaškić Decision on Defence Motion, 1997, para. 12. 相关批判性评论，见Stern, pp. 176–190, and Rasulov。

31 Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Prisoners of War, Ethiopia's Claim*, Partial Award, 2003, paras 24–25. 该委员会注意到，厄立特里亚的高级官员明确表示过，该国不受日内瓦四公约的约束；埃塞俄比亚一直坚持认为厄立特里亚不是公约缔约国；而红十字国际委员会也没有将厄立特里亚视为缔约国。

32 《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》（1978年）第17条。例如，见前南斯拉夫解体后各新国家的继承声明：1991年6月25日斯洛文尼亚和1991年10月8日克罗地亚的声明（1992年7月7日保管机关的通知），1992年3月6日波斯尼亚和黑塞哥维那（1993年2月17日的通知），1991年9月8日前南斯拉夫的马其顿共和国（1993年12月13日的通知）和1992年4月27日南斯拉夫联盟共和国（2001年11月30日的通知）。另见1978年6月12日关于汤加所作继承声明的通知，1981年5月8日关于图瓦卢和格林纳达继承的通知以及1984年9月27日关于萨摩亚所作继承声明的通知。关于声明的措辞，见保管机关的通知，见 https://www.fdfa.admin.ch/treaties。

33 克劳福德，第442页，认为该问题“尚待解决”；see also Bruno Zimmermann, pp. 122–123.

34 新国家可能会希望通过选择继承来表明其法律义务的连续性，通过选择加入来强调其新获得的独立性。

约约束。[35]因此，继承的效果是条约的持续适用，而加入之后条约何时生效则取决于条约的规定，通常情况下，需待加入书交存之后一段时间方才生效。[36]

3226 在本文写作时，在本公约196个缔约国中，有55个国家通过继承方式成为缔约国，大部分发生在去殖民化进程中。[37]尽管并非其中所有交存的文书都使用了“继承”一词，但实质上属于继承，且保存者也是按照继承予以处理的。

3227 第64条委托保存者向联合国秘书处通知本公约的批准、加入和退出。这显然也同样适用于继承。[38]

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 101–103 (Accession) and 320–340 (Succession to treaties).

Caflisch, Lucius and Gamma, Serge, ‘La Suisse, dépositaire des Conventions de Genève’, *Allgemeine schweizerische Militärzeitschrift*, Vol. 165, No. 3, 1999, pp. 7–9.

Crawford, James R., *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th edition, Oxford University Press, 2012, pp. 423–444 (Succession to rights and duties).

Daillier, Patrick, Forteau, Mathias, Pellet, Alain, Müller, Daniel and Nguyen, Quoc Dinh, *Droit international public*, 8th edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2009, pp. 599–619 (State succession).

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 5th edition, Bruylant, Brussels, 2012.

Distefano, Giovanni, and Henry, Etienne, ‘Final Provisions, Including the Martens Clause’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Hafner, Gerhard and Novak, Gregor, ‘State Succession in Respect of Treaties’, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 396–427.

Kamminga, Menno T., ‘State Succession in Respect of Human Rights Treaties’, *European Journal of International Law*, Vol. 7, No. 4, 1996, pp. 469–484.

Rasulov, Akbar, ‘Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?’, *European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, 2003, pp. 141–170.

Rosenne, Shabtai, ‘Participation in the Geneva Conventions (1864–1949) and the Additional Protocols of 1977’, in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 803–812.

35 这似乎是合理的，因为“对条约权利和义务之继承的本质，就是有关继承的通知只不过是正式确认了根据法律已经发生的情况”（Aust, p. 335）。

36 就《日内瓦第一公约》而言，见第61条。如果一国选择了加入而非继承，而当时该国又参与了武装冲突，则应适用第62条所规定的立即生效。

37 关于四公约目前的缔约国情况，见：https://www.icrc.org/ihl。

38 另见关于第64条的评注，第3312段。

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, p. 30, available at https://www.fdfa.admin.ch/treaties.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984, p. 42 (Accession).

Stern, Brigitte, 'La succession d'États', *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 262, 1996, pp. 9–438, at 176–190.

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999.

Zimmermann, Andreas, 'State Succession in Treaties', version of November 2006, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Zimmermann, Andreas and Devaney, James G., 'Succession to treaties and the inherent limits of international law', in Christian J. Tams, Antonios Tzanakopoulos and Andreas Zimmermann (eds), *Research Handbook on the Law of Treaties*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 505–540.

Zimmermann, Bruno, 'La succession d'états et les Conventions de Genève', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1984, pp. 113–123.

第六十一条
加入之通知

公约条文 *

一、本公约之加入，应以书面通知瑞士联邦委员会，自加入之通知收到之日起六个月后发生效力。

二、瑞士联邦委员会应将此项加入通知所有业经签字或加入本公约之国家。

保留或声明

无

目 录

一、引言 1005
二、历史背景 1006
三、第 1 款：加入的形式要求和效力 1006
(一) 加入的形式要求 1006
(二) 加入的生效 1007
四、第 2 款：保存者的通知 1007
主要参考文献 1007

一、引言

3228 本条规定了本公约对加入国生效的时间，以及生效的两项程序性要素：加入的形式和保存者在加入方面的职责。[1]

3229 由于宣告继承遵循与加入相同的程序规则，[2]关于本条之评注中所述法律原则和惯例也适用于继承。

1 继承的性质和效果，见关于第60条的评注，第三部分第（二）节。
2 关于继承，见关于第60条的评注，第三部分第（四）节。

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

3230 此项规定为四公约的共同规定。[3]四公约有关加入程序以及一国加入后生效日期的规定均相同。

二、历史背景

3231 本条规定与1929年两部日内瓦公约中的相应规定实质上相同。[4]红十字国际委员会提交至外交会议并经1948年斯德哥尔摩红十字国际大会通过的草案，使用了相同的表述，但并未具体限定六个月的时限。[5]与规定批准后生效的第58条一样，关于加入后生效时间的规定是在会议联合委员会讨论期间添加的。[6]添加后本条规定获得一致通过。[7]

三、第 1 款：加入的形式要求和效力

(一) 加入的形式要求

3232 根据第61条第1款，加入“应以书面通知”。这一表述与第57条有关批准的表述不同，第57条要求“交存”批准书 。[8]由此所产生的问题是，有效加入的形式要求是否不同于有关批准的形式要求。

3233 “通知”一词可能意味着一国宣布加入本公约的文件无需像批准书那样正式。然而，为了表示一国同意以具有法律效力的方式接受约束，加入之通知不论形式如何，均须包含与批准书相同的基本要素，即：该国意欲加入的条约的确切名称；表示受该条约约束的同意；可能作出的保留或声明；以及经授权为此目的代表该国之人员的原始签名。[9]

3234 由于加入生效的要求与批准相同，保存者在指定转送形式或方式时，并不会对批准书和加入书进行区分。1976年，最后一个签字国交存批准书，本公约的批准程序就此结束。[10]

3 另见《日内瓦第二公约》第60条；《日内瓦第三公约》第140条；和《日内瓦第四公约》第156条。
4 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第36条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第94条。
5 《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第49条草案，第28页。
6 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第71页（美国）。
7 见上注，第30页、第113页和第373页。
8 第57条使用的措辞是“批准书应交存”（第1款）和“每一批准书交存”（第2款）。
9 另见关于第57条的评注，第三部分第（一）节。
10 最后一个批准国是玻利维亚，该国于1949年12月8日签署四公约，于1976年12月10日予以批准。

(二) 加入的生效

3235 与批准一样，加入在保存者收到加入之通知之日起六个月后生效。由于通过加入而受四公约约束与签署国通过批准而受此约束这两种方式并无差别，因而没有理由规定不同的生效时间。

四、第 2 款：保存者的通知

3236 与第57条有关批准的规定不同，第61条并未具体规定瑞士联邦委员会应对每次加入予以登记，也未规定必须将该项登记之抄本分送其他国家。[11]保存者在实践中对批准和加入适用了如下区分：对批准予以登记并将登记之抄本分送各缔约国，但在处理加入时则不遵循这一程序。除本公约未规定设立此种加入登记之外，1969年《维也纳条约法公约》第77条和习惯国际法也没有规定保存者负有此项职责，此职责也非其他保存者的一般实践。

3237 通常，保存者向加入国发出外交照会，确认收到加入书，确认交存日期以及本公约对该国生效的日期。

3238 此外，第61条第2款要求保存者将此项加入通知“所有业经签字或加入本公约之国家”。在当今实践中，保存者通过外交渠道向四公约所有缔约国发送加入书交存通知。此通知载有关于加入国、交存日期、公约对有关国家生效日期的信息，如适用，还会包括加入国的保留和声明。如今，越来越多的保存者，包括日内瓦四公约的保存者，使用电子方式向同意这种传送方式的国家发出相关通知。

3239 根据本公约第64条，保存者须将收到的所有批准、加入和退约通知联合国秘书处。[12]

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 101–103 (Accession) and 289–293 (Functions of the depositary).

Daillier, Patrick, Forteau, Mathias, Pellet, Alain, Müller, Daniel and Nguyen, Quoc Dinh, *Droit international public*, 8th edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Paris, 2009, pp. 599–619 (State succession).

11 关于此类登记的内容，见关于第57条的评注，第3175段。

12 保存者的这一义务源于一个事实，即《日内瓦第一公约》根据1945年《联合国宪章》第64条和第102条第1项在联合国秘书处登记。根据第102条第1项，“……联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布之”。

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, pp. 18–19, available at https://www.fdfa.admin.ch/treaties.

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc.

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 934–954 (Article 77).

第六十二条
立即生效

公约条文

第二条及第三条所载之情况应使在战事开始或占领之前或后，冲突各方所交存之批准书及加入之通知立即生效。瑞士联邦委员会应将其从冲突各方收到之任何批准书或加入之通知，以最迅速方法通告之。

保留或声明

无

目 录

一、引言 1009
二、历史背景 1010
三、讨论 1010
(一) 立即生效 1010
(二)“冲突之一方”的性质 1011
(三) 以最迅速方法进行通告 1013
主要参考文献 1013

一、引言

3240 根据共同第2条和共同第3条，本公约适用于以下情况：

(1) 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他武装冲突，即使其中一国不承认有战争状态（第 2 条第 1 款）；[1]

(2) 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（第 2 条第 2 款）；

(3) 在一缔约国之领土内发生非国际性之武装冲突之场合（第 3 条第 1 款）。

1 第2条第1款还明确规定，“于平时应予实施之各项规定之外”，本公约适用于缔约国之间所发生的战争、其他武装冲突或占领。

第 62 条规定，如发生上述任何一种情况，免除该冲突中任何缔约国通常自一国批准或加入本公约至本公约生效[2]之间六个月的时间间隔。

3241 该条款是四公约的共同规定。[3]立即生效的规则因而适用于所有四公约。

3242 应指出的是，各附加议定书不含相应规定。由此产生的问题是，立即生效的原则是否也适用于各议定书，以及如果适用，应满足哪些条件。[4]

二、历史背景

3243 1929年两部日内瓦公约包含相似条款，但均仅提及“战争状态”。[5]1948年在斯德哥尔摩举行的红十字国际大会上通过的各公约草案，通过援引共同第2条草案中规定的各种情况，对这一概念进行了扩展，彼时的共同第2条尚未被拆分成目前的共同第2条和第3条。[6]

3244 大会决定，将共同第2条草案拆分为两项单独条款。由此产生的问题是，是否应相应修改有关立即生效的规定以涵盖“内战”的情况。[7]经表决，大会对此作出决定，即此项规定也适用于非国际性武装冲突的情形。[8]

三、讨论

（一）立即生效

3245 对于属于共同第2条和第3条所规定之情况的当事国，其对本公约的批准或加入会立即生效。因此，在保存者收到批准书或加入之通知之日，本公约即对该国生效，[9]无需历经通常所须的六个月的延迟。[10]

2 见第58条第2款（生效）以及第61条第1款（加入之通知及通告）。
3 见《日内瓦第二公约》第61条；《日内瓦第三公约》第141条；以及《日内瓦第四公约》第157条。
4 见关于《第一附加议定书》第95条和《第二附加议定书》第23条的评注。
5 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第37条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第95条。
6 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第50条草案，第28页。
7 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第373页（罗马尼亚）。
8 在提出一些疑问之后（同上注，第 374～375页，加拿大），对该问题的表决被推迟到全体会议上。会议以28票赞成2票反对和10票弃权的结果通过了将非国际性武装冲突纳入该条款范围的决定，且整项条款以38票赞成0票反对和2票弃权获得通过（同上注，第386页）。
9 不管第62条的表述可能产生何种暗示，（批准书之）“交存”和（加入之）“通知”之间没有区别。所用术语仅是反映出第57条（批准）和第61条（加入之通知及通告）的措辞；见关于第61条的评注，第三部分第（一）节。
10 有关该延迟的讨论，见关于第58条的评注第四部分，和关于第61条的评注第三部分第（二）节。

3246 如一国已交存批准书或加入书，但在六个月的等待期到期之前爆发了敌对行动或者处于占领中，本公约则自敌对行动爆发或占领开始时生效。[11]

3247 此外，该条款的措辞似乎并不排除在尚未发生敌对行动或占领的“宣战”情况下批准或加入立即生效的可能性。[12]

3248 根据共同第2条所规定之原则，即使冲突的另一方不属于四公约的缔约国，无论该方是否同意根据第2条第3款的规定临时适用四公约，批准书或加入之通知均立即生效。即使冲突的其他任何各方均非四公约的缔约方，批准国或加入国也受所有缔约国所承担之义务的约束。[13]

3249 保存者对下述情形适用了日内瓦四公约“立即生效”的规定：

- 韩国于 1966 年 8 月 16 日加入四部《日内瓦公约》；
- 厄立特里亚于 2000 年 8 月 14 日加入四部《日内瓦公约》；
- 南苏丹共和国于 2013 年 1 月 25 日[14] 加入四部《日内瓦公约》和三个附加议定书[15]；
- 巴勒斯坦国于 2014 年 4 月 2 日加入四部《日内瓦公约》和《第一附加议定书》，并于 2015 年 1 月 4 日加入《第三附加议定书》。

（二）“冲突之一方”的性质

3250 根据一般国际法，条约保存者的一项职责是，在确定条约开始生效的日期的同时，确定条约对日后成为缔约国的国家的生效日期。[16]因此，鉴于第62条的规定，保存者在保持公正的同时，[17]还必须在一国交存其批准书或加入书时作出初步评估，判断其是否为冲突一方，以便确定本公约对该方生效的日期。

3251 如果批准国或加入国宣布自己为冲突一方，这项工作就很简单了；在这种情况下，保存者可能会持相同的观点。

11 对这些情况的讨论，见关于共同第2条的评注，第四部分和第五部分，及关于共同第3条的评注，第三部分。敌对行动构成共同第3条意义上的非国际性武装冲突时将引起整个公约的立即适用，尽管并非所有条款都适用于非国际性武装冲突。

12 “宣战”的概念，见关于共同第2条的评注，第四部分第（一）节。

13 见第 1 条、第6条、第23条、第26条、第40条至第43条、第47条至第49条以及第54条。

14 有关各附加议定书，见关于《第一附加议定书》第95条和关于《第二附加议定书》第23条的评注。

15 此外，南苏丹共和国已同意根据第2条第3款适用四公约（由非缔约国实际适用四公约）；更多内容，见关于该条款的评注，第六部分第（二）节。

16 见《维也纳条约法公约》（1969年）第77条第1款第6项，该款似乎一般性地反映了对习惯国际法的编纂（Villiger, p. 945）, and Ouguergouz/Villalpando/Morgan-Foster, pp. 1747–1748。有关四公约的生效，另见关于第58条的评注。

17 见《维也纳条约法公约》（1969年）第76条第2款，该条款构成习惯国际法的一项既定规则 （Villiger, p. 932）。

3252 然而，保存者无权对一国作为冲突一方的性质或因而就四公约对该国生效的日期作出最终决定，因为四公约将会对有关国家以及其他缔约国产生约束。因此，如果保存者不公开表达对这种情况的法律解读，则其评估可能会受到另一国甚至批准国或加入国本身的质疑。在编写之时，尚未发生此类情况，但依照1969年《维也纳条约法公约》第77条第2款，在这种情况下保存者须“将此问题提请签署国及缔约国注意”。[18]

3253 关于韩国1966年8月16日的加入，保存者于1966年9月21日收到韩国驻瑞士大使馆的一份普通照会，表示“鉴于韩国武装部队实际参与了越南战争，其属于〔《日内瓦第一公约》第62条、《日内瓦第二公约》第61条、《日内瓦第三公约》141条和《日内瓦第四公约》第157条〕各项规定中的‘冲突各方’这一类别”。加入国本身“因此要求加入……应立即生效，以便援引上述条款的各项规定”。[19]

3254 2000年8月14日交存加入书时，厄立特里亚国没有公开表示其有关立即生效的立场。尽管如此，保存者于2000年9月4日向各缔约国就该国加入的情况作出如下通知：

> 2000 年 8 月 14 日，厄立特里亚国向瑞士联邦委员会交存其加入 1949 年 8 月 12 日关于保护战争受难者的日内瓦四公约的文书。根据第一公约第 62 条、第二公约第 61 条、第三公约第 141 条和第四公约第 157 条的规定，第 2 条和第 3 条所规定的情况应立即使在战事或占领开始之前或之后冲突各方所交存的批准书和加入之通知生效。

值得注意的是，保存者引述了关于立即生效的条款，却没有提及本公约对厄立特里亚国生效的实际日期。

3255 继南苏丹共和国加入之后，保存者在2013年2月7日的通知中确定了本公约对该国生效的日期，内容如下：

> 2013 年 1 月 25 日，南苏丹共和国向瑞士联邦委员会交存其加入日内瓦四公约及其三个附加议定书的文书。依照第一公约第 62 条、第二公约第 61 条、第三公约第 141 条以及第四公约第 157 条的规定，南苏丹共和国对四公约及其三个附加议定书的加入于 2013 年 1 月 25 日生效。

18 See also Ouguergouz/Villalpando/Morgan-Foster, p. 1745.

19 保存者随后在1966年9月23日发给各缔约国的通告中表示，继韩国政府通过其大使馆于1966年9月21日发出照会提出请求之后，韩国的加入分别依照日内瓦四公约的第62条、第61条、第141条和157条立即生效，同时附加入书和照会的副本。

3256 同样，2014年4月10日发出的关于巴勒斯坦国加入情况的通知表示：

> 2014 年 4 月 2 日，巴勒斯坦国向瑞士联邦委员会交存其加入日内瓦四公约……及其〔第一〕附加议定书的文书。依照第一公约第 62 条、第二公约第 61 条、第三公约第 141 条以及第四公约第 157 条的规定，巴勒斯坦国对四公约及其《第一附加议定书》的加入于 2014 年 4 月 2 日生效。

（三）以最迅速方法进行通告

3257 瑞士联邦委员会作为保存者应“以最快方法通告”立即生效的任何批准书或加入之通知。通告应分送所有四公约缔约国政府。此前，保存者会将通告草案传给瑞士外交代表，由外交代表以普通照会的形式通告有关政府。自20世纪60年代末以来，保存者自行拟定题为“通知”的最终文件，并附日期及印鉴，循瑞士外交代表之方式自行分送各政府。

3258 在批准或加入立即生效的情况下，保存者将尽快处理文书并告知瑞士代表紧急递送。代表应采取尽可能最为迅速的办法进行转达。

3259 随着技术进步，“最迅速方法”也处于发展之中，保存者之实践亦是如此；发送电报曾一度是最迅速的方法，而如今则是电子邮件。

3260 在上述加入立即生效的四个实例中，保存者在数天到数周的时间内向各缔约国进行了通告。[20]

主要参考文献

Distefano, Giovanni and Henry, Etienne, ‘Final Provisions, Including the Martens Clause’, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

Ouguergouz, Fatsah, Villalpando, Santiago and Morgan-Foster, Jason, ‘Article 77: Functions of depositaries’, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1715–1753.

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 934–946 (Article 77).

20 保存者在收到韩国于1966年9月21日表明其立场的普通照会之后两天，即通告瑞士代表；在厄立特里亚国于2000年8月14日交存加入书之后21天，南苏丹共和国于2013年1月25日交存加入书之后13天，以及巴勒斯坦国于2014年4月2日交存加入书之后8天，通告瑞士代表。然后，相关情况送达各缔约国政府，可能需要更多的时间。

第六十三条
退约

公约条文 *

一、每一缔约国得自由退出本公约。

二、退约须用书面通知瑞士联邦委员会，并由该委员会转告所有缔约国政府。

三、退约须于通知瑞士联邦委员会后一年发生效力。但如缔约国于作退约通知时已卷入冲突，则其退约须待至和议成立后，并在有关本公约所保护之人员之释放及遣返之工作完毕后，始能生效。

四、退约仅对该退约国有效，但并不减轻冲突各方依国际法原则仍应履行之义务，此等原则系产自文明人民间树立之惯例，人道法则与公众良心之要求。

保留和声明

目 录

一、引言 1016
二、历史背景 1016
三、第 1 款：退约的权利 1017
四、第 2 款：退约之通知 1017
五、第 3 款：退约的生效时间 1018
六、第 4 款：退约的效力 1019
(一) 第一分句：仅对该退约国有效 1019
(二) 后半句：退约国仍应履行之义务 1020
1. 与马顿斯条款的关系 1020
2. 马顿斯条款的含义 1022
3. 退约情况下马顿斯条款的影响 1024
主要参考文献 1025

* 编者注：为便于引用，加标条文各款序数，为行文方便，下文评注中各款、序数写作阿拉伯数字，如“第1款”。

一、引言

3261 退约是指缔约国寻求终止参加条约的单方行为。[1]根据国际法，只有在条约规定允许退约的情况下才可退约。[2]若无此规定，但已确定各缔约方有意承认可以退约，或条约的性质可能暗含退约之权利，在这些情况下也可退约。[3]

3262 第63条是日内瓦四公约的共同条款，[4]本条明确规定了各公约的退约问题，确认了退约的可能性，界定了退约须履行的程序，也规定了退约的效力。

二、历史背景

3263 1929年的两部日内瓦公约也包含了类似条款，规定各缔约国有权退约，且退约将在通知瑞士联邦委员会一年之后生效。[5]但这两部公约也规定，退约“在通知退约的国家已被卷入的战争的过程中不发生效力”，在此情况下公约将继续适用，“超过一年的期限，直至缔结和约为止”。1929年《关于战俘的日内瓦公约》还规定，该公约“在一切情况下，直至遣返工作结束为止”依然具有拘束力。

3264 1948年斯德哥尔摩红十字国际大会通过的公约草案也同样规定，退约“在通知退约的国家已被卷入的武装冲突的过程中不发生效力”。[6]草案进一步规定，在此情况下“公约应当持续有效，超过一年的期限，直至缔结和约为止，并在一切情况下，直至有关”各公约所保护之人员之释放、遣返或安置之“工作完毕后”。

3265 在1949年外交会议讨论该条款时，特别委员会决定其主席应“改进措辞”，而不作实质性修改。[7]在重新起草的过程中，删除了“在通知退约的国家已被卷入的武装冲突的过程中退约不发生效力”的明确规定，也删除了在这种情况下公约将继续具有约束力，超过退出通常生效的一年期限的说明。相反，最后通过的条款规定，“如缔约国于作退约通知时已卷入冲突，则其退约须待至和议成立后，并在有关本公约所保护之人员之释放及遣返之工作完毕后，始能生效”。这项规定将等待期的延长与“缔约国于作退约通知时已卷入冲突”这一事实联系起

1 See Anthony Aust, ‘Treaties, Termination’, version of June 2006, para. 1, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

2 《维也纳条约法公约》（1969年）第54条。

3 见上注，第56条。

4 另见《日内瓦第二公约》第62条，《日内瓦第三公约》第142条及《日内瓦第四公约》第158条。除第4款有所区别外，这些条款约文在四公约中完全一致，前三部公约中第4款规定的是“释放及遣返”，而《日内瓦第四公约》则规定的是“释放、遣返及安置”。

5 见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第38条及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第96条。

6 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第51条草案，第29页。

7 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第72页。

来，这与1929年公约和1948年斯德哥尔摩会议通过的草案存在明显区别。后者仅仅规定在冲突过程中“退约不发生效力”，而无论退约通知在冲突爆发前还是爆发后作出。[8]

三、第 1 款：退约的权利

3266 第63条第1款明确赋予了所有缔约国单方退约的权利。退约的法律效力是，退约国不再受其所退出之公约的约束。同时，该退约国也不再享有公约所规定的任何权利。

3267 能否退出条约可能还与一国考虑批准或加入条约时的国内批准程序有关。

3268 根据国际条约法，即使条约并无退约条款，但如缔约国之一存在重大违约情事，则所有缔约国或缔约国之一得终止或停止施行条约。[9]但该规定并不适用于“人道性质”的条约。[10]因此，即使日内瓦公约缔约国之一存在重大违约行为，也只能通过本条规定的程序来终止有关公约的实施。

3269 自1950年生效以来，没有任何国家退出任何一部日内瓦公约。不过，一国即使退出一部公约，仍将受到相关习惯国际人道法的约束。[11]

四、第 2 款：退约之通知

3270 第63条第2款明确了退约的正式要求以及保存者收到退约通知后的职责。本款与关于加入的第61条涉及相同的问题，并使用了相同措辞。

3271 与加入一样，退约须以书面形式通知日内瓦四公约的保存者瑞士联邦委员会。退约书必须包含国家意愿的明确表示、其所指条约的名称以及在该事宜上有权代表该国之人的原始签名。[12]

3272 第61条要求保存者将加入“通知”各缔约国，而第63条则要求将退约“转告”各缔约国。红十字国际委员会的草案中并没有这种措辞上的差异，两项条文的草案均使用了“通知”一词。重新起草退约条款的过程中产生了这一差异。从条款的准备工作来看，没有迹象表明该差异旨在要求保存者就退约和加入以不同的方式告知

8 关于这一改变的法律后果，见第五部分。
9 见《维也纳条约法公约》（1969年）第60条第2款。
10 见上注，第60条第5款。
11 见第六部分第（二）节第3项。
12 关于加入的要求，见关于第61条的评注，第三部分第（一）节。

各缔约国。因此，保存者向各缔约国告知退约情况的方式与其对加入进行通告的方式相同。[13]不过，由于迄今尚未有退出任一日内瓦公约的情况，因此保存者也没有这方面的实践。

3273 在保存者须履行的程序方面存在另一个不同之处，即退约之情况只有“缔约国”必须予以告知，而加入则必须通知“所有业经签字或加入本公约之国家”。根据这一措辞，退约需要通知的国家可能相对较少，因为理论上可能会有国家是签署国但并不是缔约国，因而不属于必须告知的范围。[14]但这种差异已无任何实际影响，因为所有签署国都已成为本公约的缔约国。

3274 保存者还必须根据本条第3款确定退约生效的时间，并将该日期通知缔约国。

3275 根据本公约第64条，保存者还必须将其所接获之所有批准、加入及退约通知联合国秘书处。[15]

五、第 3 款：退约的生效时间

3276 退约不会立即生效。在和平时期，退约在通知瑞士联邦委员会一年后发生效力。1929年的两部日内瓦公约已经规定了一年的期限，这也符合1969年《维也纳条约法公约》所规定的退约通知期。[16]

3277 如果退约国参与武装冲突或占领，[17]则退约“须待至和议成立后”始能生效，[18]甚或在和议成立后，也须待至受保护人员之释放及遣返之工作完毕后始能生效。[19]本款与第62条相对应，第62条规定，冲突各方交存批准书及通知加入之后立即生效。这两项条款都是以武装冲突受难者的最大利益为先，以确保凡尚有武装冲突，或受武装冲突影响的人需要公约保护，就可以适用公约。就退约而言，延

13 关于保存者在对加入进行通告方面的实践，见关于第61条的评注，第四部分。

14 这种区别在1929年公约中就已存在，红十字国际委员会的草案中再次出现。外交会议的谈判方显然并不认为需要统一这方面的程序。见《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第36条和第38条及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第94条和第96条。

15 保存者之所以负有该项义务，是因为本公约依第64条及1945年《联合国宪章》第102条第1款之规定已在联合国秘书处登记，《联合国宪章》第102年第1款规定，“联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布之”。

16 见《维也纳条约法公约》（1969年）第56条第2款。

17 有关这些概念的讨论，见关于共同第2条的评注，第四部分和第五部分，以及关于共同第3条评注，第三部分。

18 有关这一概念的讨论，见关于共同第2条的评注，第四部分第（二）节第3项，以及关于共同第3条的评注，第三部分第（四）节第3项。

19 关于释放（和送回）的概念，见第30条至第32条。关于遣返的概念，见第5条。

长退约通知生效的时间的目的，在于防止缔约国在最需要其履行义务的情况下违背条约义务。

3278 根据第63条第3款的措辞，仅在“缔约国于”作退约通知时“已卷入冲突”时，该国参与武装冲突才会影响其退约，如在冲突开始之前即已通知退约，则适用正常的一年等待期。如前所述，这一措辞是1949年外交会议期间重新起草该条款的结果。1929年公约和斯德哥尔摩会议通过的草案则仅规定“冲突期间退约不发生效力”，这就表明，即使冲突发生在作出退约通知之后，即发生在等待期之中，退约也需要等到和议成立及遣返等工作终止之后方始生效。目前本条的目的和宗旨与关于立即生效的第62条一样，需解释为在冲突爆发前不到一年通知的退约也会暂缓生效，直至冲突结束。起草过程中没有任何迹象表明，相对于1929年《关于伤者病者的日内瓦公约》第38第3款，1949年四公约在该问题上的相应规则应更为狭隘。第63条这种措辞的模糊性在起草1977年附加议定书的相应条款时得到了规避，后者明确规定，如有关国家在退约通常发生效力之时卷入冲突，则退约将暂缓生效。[20]

六、第 4 款：退约的效力

(一) 第一分句：仅对该退约国有效

3279 早期的人道法条约就已规定，“退约仅对该退约国有效”这一原则。[21]1948年斯德哥尔摩红十字国际大会所通过的草案中也包含了这一原则，[22]1949年外交会议未对该条款草案作实质修改即予通过。

3280 本款规定的内容可以说是不言自明的。本款明确澄清，一旦一国退出某一日内瓦公约的行为生效，则该国不再受该公约的约束，但这一事实仅对该国所负有的、以及针对该国的条约义务产生影响，而不会对其他缔约国所负有的、以及其他缔约国之间的义务产生影响。[23]从这个角度来说，本款是对共同第2条第3款的补充，该款第一句强调，若干早期人道法条约所载的“普遍参加”要求不适用于日内瓦四公约。[24]

20 见《第一附加议定书》第99条（如适用）和《第二附加议定书》第25条（如适用）。更详细的讨论，见关于这些条款的评注。

21 见《日内瓦公约》（1906年）第33条第2款；《海牙第十公约》（1907年）第27条第2款；《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第38条第2款；及《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第96条第2款。

22 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》第51条草案，第29页。

23 更多参考资料，见Abi-Saab, pp. 267–268。

24 《日内瓦公约》（1906年）第24条和《海牙第十公约》（1907年）第18条仍包含“普遍参加”条件。而《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第25条第2款和《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第82条第2款则明确放弃了该条件。更多详细内容，见关于共同第2条的评注，第六部分第（一）节。

3281 《第一附加议定书》第99条规定了对该议定书的退约问题，其中也有类似规定。[25]

（二）后半句：退约国仍应履行之义务

3282 红十字国际委员会向1948年斯德哥尔摩大会提交的关于退约的条款草案中并未包含这一句。[26]但斯德哥尔摩大会增加了以下内容："最后，退约不影响该退约国根据其他国际法规则所承受的其他义务，即使是相似的义务。"[27]

3283 在1949年外交会议上，纳入该句的必要性遭到了质疑。[28]在谈判过程中，一代表团建议不纳入该句，而应采用"与1907年《海牙第四公约》序文里出现的所谓马顿斯条款类似的规定，根据该条款，国际法的原则将继续适用"。[29]虽然部分代表团对此存有疑虑，[30]但该条款最终仍得到通过。[31]

1. 与马顿斯条款的关系

3284 如前所述，迄今为止还没有缔约国退出过任一日内瓦公约。因此，在退约的效力和根据国际法原则仍应履行的义务方面尚无国家实践。

3285 第63条的措辞受到了所谓"马顿斯条款"的启发。因此，对该条款的分析有助于理解第63条第4款后半句的含义。

3286 马顿斯条款首次出现在1899年《海牙第二公约》的序文中。马顿斯条款的通过是1899年海牙和平会议第二委员会下设第二分会辩论的结果，该分委员会的

25 见关于《第一附加议定书》第99条第3款的评注。《第二附加议定书》第25条规定了对该议定书的退约问题，但并未明文规定将退约的效力仅限定于该退约国；更多详细信息，见关于《附加第二议定书》第25条的评注。关于一般国际法下缔约国退出多边条约的效力，见《维也纳条约法公约》（1969年）第70条第2款。

26 见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第32页、第136页、第213页以及第241～242页。

27 日后成为《日内瓦第三公约》第129条的条款草案以及日后成为《日内瓦第四公约》第139条的条款草案所采用的表述是："最后，退约并不减轻该退约国根据其他国际法规则所承受的其他义务，即使是相似的义务也是如此。"见《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》，第29页、第50页、第102页及第162页；另见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第57页、第71页、第101页以及第139页。

28 见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第25页："（芬兰的）卡斯特伦（Castrén）先生认为，最后一款的最后一句话是多余的，因为显而易见，退出某一国际条约不影响退约国的其他国际义务。"

29 关于摩纳哥代表团所提出的这一建议，见上注，第72页。

30 见上注。（法国、美国和英国）。

31 更多详细内容，见Schircks，第25～26页。外交会议经过激烈讨论，决定四公约将不包含详细的序文部分，第63条第4款的后半句也可与该决定结合起来理解。See Pictet (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention*, ICRC, 1952, p. 413; *Commentary on the Second Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 282; *Commentary on the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, pp. 16 and 648; and *Commentary on the Fourth Geneva Convention*, ICRC, 1958, p. 625. See also Schircks, p. 25. 红十字国际委员会为四公约起草的序文草案开头采用的措辞与第63条规定的概念类似："对人格和人之尊严的尊重是一项普遍原则，即使没有任何契约性的义务也应具有拘束力。"见《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》，第8页、第26页、第36页以及第66～67页。另见关于公约序文的评注。

任务是设法使1874年《布鲁塞尔宣言》中所包含的规则具有法律拘束力。[32]会议对该宣言规定构成战斗员身份与民众抵抗条件的第9条和第10条进行讨论时，比利时代表提醒分会，此前在占领国的权利范围和民众武力抵抗的权利问题上尤有争议，且正是这些争议导致了布鲁塞尔会议的失败。为了避免海牙和平会议遭遇同样的困境，比利时代表建议，不通过条约来规制这些问题，并尤其强调，小国需动用其所有资源来自卫，包括其民众，不应通过条约对这种选择进行限制。[33]俄国代表、第二委员会及第二分委员会主席费奥多尔·费奥多罗维奇·马顿斯（Fyodor Fyodorovich Martens）则提出，布鲁塞尔会议并未试图废除民众保卫其国家的权利，也不旨在规制不满足第9条和第10条条件的行为；相反，会议的目的在于赋予那些依据该两条规定的条件行事的民众相比之前更多保障。[34]随后，马顿斯宣读了一份将予纳入会议记录的宣言，以特别避免对第9条和第10条产生误解。该声明中一个段落的内容后来就被称为“马顿斯条款”。[35]在此基础上，第二分委员会一致通过了第9条和第10条，该两条后来成为了1899年《海牙章程》的第1条和第2条。

3287 对是否将马顿斯的宣言纳入执行条款部分开展进一步讨论之后，[36]该宣言作为1899年《海牙第二公约》序文的一部分获得通过。[37]序文第9段反映出马顿斯宣言的部分内容，该部分如今被称为马顿斯条款；其中文译文如下：

> 在颁布更完整的战争法规之前，缔约各国认为有必要声明，凡属他们通过的规章中所没有包括的情况，居民和交战者仍应受国际法原则的保护和管辖，此等原则系产自文明国家间树立之惯例、人道法则与公众良知之要求。[38]

32 关于1899年海牙和平会议的进程，另见Cassese，第193～198页，及Schircks，第17～22页。

33 See *Conférence internationale de la paix, Troisième partie*, pp. 111–113; see also Schircks, pp. 18–19.

34 See *Conférence internationale de la paix*, Troisième partie, p. 152. 马顿斯此前就参与了1874年布鲁塞尔会议的准备工作，该会议是俄国沙皇亚历山大二世发起的；关于马顿斯做出了何种贡献，见Schircks，第18页，其中脚注29提供了更多参考文献。

35 该声明全文，见*Conférence internationale de la paix*, Troisième partie, p. 152。关于该条款的来源，见Graditsky。

36 See *Conférence internationale de la paix*, Troisième partie, pp. 154–159; see also Schircks, pp. 20–21.

37 See *Conférence internationale de la paix*, Première partie, pp. 195–197; see also Schircks, pp. 21–22.

38 法文作准文本序文第9段如下：

> En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.

该序文第9段与马顿斯的原始宣言之间只有一个实质性区别，即“un code tout-à-fait complet”（“彻底完整的战争法规”）这一表述改为“un code plus complet”（“更完整的战争法规”），其缘由大概是人们意识到不可能有完整的法规（Schircks，第22页）。

序文中第 9 段前后的段落纳入了马顿斯宣言的其他内容，表明了其与战斗员身份和民众武力抵抗权问题的关系。

3288 与1899年《海牙第二公约》序文第9段相同的措辞随后又被纳入了1907年《海牙第四公约》的序文部分。[39]

3289 如今，许多国际条约都规定有各种版本的马顿斯条款，其与战斗员身份和民众武力抵抗权问题的原始联系已不再重要。[40]除第63条及其他各日内瓦公约中的平行条款外，[41]《第一附加议定书》和《第二附加议定书》也包含了该条款的不同版本。[42]该条款也被认为是一项习惯国际法规则。[43]

2. 马顿斯条款的含义

3290 虽然马顿斯条款在条约中得到承认，同时也被承认为习惯法，[44]但其含义仍尚需讨论，存在多种不同解释。[45]

3291 有观点认为，马顿斯条款，特别是“人道法则”和“公众良知之要求”这两个词，[46]无论是单独还是结合来看，在国际法上都具有自主的规范价值。[47]至于其含义，“人道法则”一词被认为与“人道的基本考虑”的概念有关，[48]而“公众良知的要求”一词则被认为体现在各国、组织或个人促成通过人道法领域条约的动机中。[49]

39 1907年《海牙第四公约》序文第8段的法文作准文本与1899年版完全相同；非作准的正式英文译文略有不同。序文中马顿斯条款前后的段落也得以保留。

40 见《特定常规武器公约》（1980年）序文第5段及《集束弹药公约》（2008年）序文第11段。其他条约中也包含了马顿斯条款的某些元素；见《日内瓦议定书》（1925年）序文第1～3段；《化学武器公约》（1972年）序文第9段；《禁止杀伤人员地雷公约》（1997年）序文第8段，以及《国际刑事法院规约》（1998年）序文第2段。

41 见《日内瓦第二公约》第62条；《日内瓦第三公约》第142条；《日内瓦第四公约》第158条。

42 见《第一附加议定书》第1条第2款及《第二附加议定书》序文第4段。

43 See ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 84.

44 见上注，第87页，据此，该条款的“持续存在和适用是毋庸置疑的”。更多讨论，例如，见Meron, p. 85, and Schircks, p. 31。

45 相关概述，例如，见Bernstorff, paras 8–13; Cassese, pp. 189–215; Crawford, pp. 14–22; Empell, pp. 147–153; Nishimura Hayashi, pp. 146–150; Meron, pp. 80–82 and 85–89; Pustogarov, pp. 129–131; Salter, pp. 407–436; Schircks, p. 15; Thürer, pp. 398–401; and Ticehurst, pp. 125–134。

46 此处使用的马顿斯条款的措辞是1899年《海牙第二公约》序文中该条款原始版本的正式英文译文。

47 见若干国家在1996年“核武器案”中提交给国际法院的声明，可查阅http://www.icj-cij.org/，这些声明在某种程度上都认为该条款具有一定的法律拘束力。

48 关于该术语，见ICJ, *Corfu Channel case*, Merits, Judgment, 1949, p. 22, and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, paras 215 and 218。关于“人道法则”含义的详细讨论，见Meron, p. 82; Thürer, p. 401; and Schircks, pp. 96–121。

49 相关详细讨论，见 Schircks, pp. 122–133, and Veuthey。See also e.g. Meron, pp. 83–85, and Thürer, pp. 401–402.

3292 上述观点认为，“人道主义法规”和“公众良知的要求”都可能是自主的国际法渊源；与此相反，也有观点认为，马顿斯条款并不影响国际法渊源体系，而是在三大渊源（条约、习惯法、一般法律原则）的体系内产生作用，一般认为，1945年《国际法院规约》第38条第1款第1项至第3项对国际法渊源作出了规定。[50]

3293 在这样的背景下，有观点指出，该条款可能会加速习惯国际人道法的形成，在某一潜在的习惯法规则为“人道主义法规”和“公众良知的要求”所支持且体现了尤为重要的法律确信时，将只需较少的国家实践即可形成习惯法。[51]

3294 此外，还有观点认为，马顿斯条款、尤其是“人道主义法规”和“公众良知的要求”应作为解释国际人道法的指导原则。[52]

3295 亦有主张表示，该条款可以阐明，在人道法的语境下，《国际法院规约》第38条第1款第3项意义上的“一般法律原则为文明各国所承认者”可以来自“文明国家间制定的惯例、人道主义法规以及公众良知的要求”。因此，马顿斯条款中提到的来自于这些要素的“国际法原则”可以被解读为类似“一般法律原则”。[53]

3296 马顿斯条款至少可视为，是对习惯国际法在协定国际法之外仍然有效的提醒。[54]马顿斯条款中“文明国家间制定的惯例”的表述通常被理解为等同于习惯国际法。[55]

3297 虽然如今的人道条约已经对诸多问题作出了相当详细的规定，但所有条约编纂工作都很难做到详尽无遗。有鉴于此，马顿斯条款也应视为明确反对反面论

50 See ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 525; Meyrowitz, pp. 422–424; Miyazaki, p. 437; and Spieker, p. 46. 关于国际法三大渊源更详细的讨论，包括第38条第1款第1项至第3项的列举在国际法院权能范围之外是否具有穷尽性，见Schircks, pp. 147– 167, and Brownlie, pp. 4–5。

51 See ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 527; see also Cassese, pp. 213–215; 进一步讨论，见 Rensmann, pp. 114–115。关于该观点的讨论, 见 Schircks, pp. 168–169。

52 See ICTY, *Kupreškić* Trial Judgment, 2000, para. 525; see also Cassese, pp. 212–213, and Schircks, pp. 58–62，判例法中有更多案例。

53 见Bothe/Partsch/Solf, p. 44，关于《第一附加议定书》第1条第2款的评注; Meyrowitz, pp. 424–425; Spieker, p. 46; and Thürer, pp. 399 and 402–406。关于该观点的讨论，见Schircks, pp. 169–171。关于1945年《国际法院规约》第38条第1款第3项意义上的“一般法律原则”在国际法中通常是如何解释的，见Schircks, pp. 161–167, and Brownlie, pp. 16–18。

54 关于这一点，见若干国家在“核武器案”中向国际法院提交的声明，见http://www.icj-cij.org/，尤其是1995年6月16日相关法律顾问向大不列颠及北爱尔兰合王国外交及联邦事务部所寄送之信件，以及英国所作之书面意见，第48页，以及美国的口头声明，CR 1995/34，于1995年11月15日周三举行的公开庭，第78页。另见Greenwood，第35页， 他指出：“马顿斯条款应被视为提醒人们，即使在人道法条约通过之后，习惯国际法仍然适用，该条款还应被看做一种声明，或许正是其所声明的要素促使各国对特定武器或作战手段予以禁止。”进一步讨论，见《空战和导弹战国际法手册》（2015年），关于规则2（c）的评注。

55 更多参考文献，见 Schircks, p. 81。

证，即反对未经条约明文禁止则为允许。[56]进一步了解关于武装冲突各方之行为并非不受限制的内容，还可参见《第一附加议定书》第35条第1款。

3298 最后，应认为马顿斯条款强调了国际人道法的动态因素，确认了人道法的规则和原则对新情况或技术发展的适用，即使条约尚未规定或尚未具体规定这些新情况时也依然适用。[57]

3. 退约情况下马顿斯条款的影响

3299 如前文所示，就日内瓦四公约的退约条款所确认的原则而言，其逻辑起点与马顿斯条款并不相同。正如下述评论所言：

> 〔第 63 条〕所针对的问题并不完全是马顿斯条款所处理的问题……该共同条款的目的并不是保障未达成合意、因此未被纳入条约的既存规则，可以在缔约国之间的关系中持续有效并继续适用。其目的其实在于保障所有的非条约或习惯法规则在条约缔约国之外继续适用，即在那些受已编纂的公约约束的国家之外继续适用。不过，二者的最终目的都是要让既存的法律得到足够的承认和保障。[58]

3300 因此，如果某缔约国退出某一日内瓦公约，则该国不仅仍然受到其所缔结的其他条约的约束，还受到习惯法等其他国际法规则的约束。因此，通过反面论证认为在退约之后存在法律真空是不成立的。但如今，条约以外的国际法的有效性产生于一般国际法体系。[59]由于日内瓦四公约中“绝大部分”条款已被承认为具有习惯法性质，[60]因此，至少从该法律规则的一般主旨而言，从某一日内瓦公约中退约的效力将是较为有限的。

56 在这个问题上，见《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》第VIII卷，第18页，第11段（比利时）；另见1995年6月16日相关法律顾问向大不列颠及北爱尔兰联合王国外交及联邦事务部所寄送之信件，以及英国所作之书面意见，第48页，以及美国的口头声明，CR 1995/34，于1995年11月15日周三举行的公开庭，第78页，在“核武器案”的背景下，见http://www.icj-cij.org/。另见 Bothe/Partsch/Solf, p. 44，关于《第一附加议定书》第1条第2款的评论。相关讨论和更多参考资料，见Cassese, pp. 189 and 192–193。从表面来看，马顿斯条款的这一方面似乎可视为在国际人道法下对所谓“荷花号原则”的反对，根据该原则，只要国际法并未明文禁止各国作出某一行为，则该行为就是被允许的。但在“荷花号案”中，常设国际法院认为并不是只有条约（“公约”）包含了对各国具有拘束力的国际法规则，习惯法（“被接受为体现了法律原则的惯例”）也是如此，两者都是国家意志的体现；见*Lotus case*, Judgment, 1927, p. 18。如果将马顿斯条款的主要目的理解为提醒人们认识到习惯法在国际协定法之外持续适用，那么至少在这一意义上，该条款与“荷花号原则”并无矛盾。关于“马顿斯条款”与“荷花号原则”之间的关系，见Schircks, p. 15。

57 见ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 87：“最后，法院要提到的是马顿斯条款，该条款毫无疑问是持续存在并适用的，它肯定了人道法的原则和规则适用于核武器。”

58 见Abi-Saab, p. 275，脚注予以省略。

59 见《国际法院规约》（1945年）第38条第1款第1项至第3项，及《维也纳条约法公约》（1969年）第43条。关于第43条的评注，见Bannelier。

60 See ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, para. 82.

3301 在非国际性武装冲突方面，也应考虑到上述问题。缔约国退出日内瓦公约也包括退出共同第3条。但退约国将继续受其所缔结的其他人道法条约、以及适用于非国际性武装冲突的习惯法的约束。由于共同第3条已经被认定为在条约范围之外仍具约束力，[61]因此，退约并不会对约束非国际性武装冲突各方的规则产生实质影响。

主要参考文献

Abi-Saab, Georges, 'The specificities of humanitarian law', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva/The Hague, 1984, pp. 265–280.

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 245–272 (Duration and termination).

Bannelier, Karine, 'Article 43: Obligations imposed by international law independently of a treaty', in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1031–1043.

Bernstorff, Jochen von, 'Martens Clause', version of December 2009, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, http://opil.ouplaw.com/home/EPIL.

Bothe, Michael, Partsch, Karl Josef and Solf, Waldemar A., New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1982, p. 44.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7th edition, Oxford University Press, 2008, pp. 3–5.

Cassese, Antonio, 'The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?', *European Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1, 2000, pp. 187–216.

Conférence internationale de la paix, The Hague, 18 May–29 July 1899, Ministry of Foreign Affairs, The Hague, Imprimerie nationale, 1899, Sommaire général,
– Première partie,
– Troisième partie (Deuxième Commission).

Crawford, Emily, 'The Modern Relevance of the Martens Clause', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, No. 11/27, 2011, pp. 1–23.

Distefano, Giovanni and Henry, Etienne, 'Final Provisions, Including the Martens Clause', in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 155–188.

61 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case*, Merits, Judgment, 1986, para. 218; see also ICTY, *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 98, and ICTR, *Akayesu* Trial Judgment, 1998, para. 608.

Empell, Hans-Michael, 'Die Martens'sche Klausel – grundlegende Norm des humanitären Völkerrechts oder Vorschrift ohne Wert?', *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, Vol. 22, 2009, pp. 145–153.

Graditsky, Thomas, 'Bref retour sur l'origine de la clause de Martens : Une contribution belge méconnue', in Julia Grignon (ed.), *Hommage à Jean Pictet par le Concours de droit international humanitaire Jean-Pictet*, Editions Yvon Blais, Cowansville and Schulthess Editions Romandes, Geneva, 2016.

Greenwood, Christopher, 'Historical Development and Legal Basis', in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd edition, Oxford University Press, 2008, pp. 1–43.

Kolb, Robert, *La bonne foi en droit international public*, Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, Geneva, 2000, pp. 1770–1796.

Meron, Theodor, 'The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience', *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 1, January 2000, pp. 78–89.

Meyrowitz, Henry, 'Réflexions sur le fondement du droit de la guerre', in Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva/The Hague, 1984, pp. 419–431.

Miyazaki, Shigeki, 'The Martens Clause and International Humanitarian Law', in Christophe Swinarski (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva/The Hague, 1984, pp. 433–444.

Münch, Fritz, 'Die Martens'sche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 36, 1976, pp. 347–373.

Nishimura Hayashi, Mika, 'The Martens Clause and Military Necessity', in Howard M. Hensel (ed.) *The Legitimate Use of Military Force – The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict*, Ashgate, Aldershot, 2008, pp. 135–159.

Pustogarov, Vladimir V., 'The Martens Clause in International Law', *Journal of the History of International Law*, Vol. 1, No. 2, 1999, pp. 125–135.

Rensmann, Thilo, 'Die Humanisierung des Völkerrechts durch das ius in bello – Von der Martens'schen Klausel zur "Responsibility to Protect"', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 68, No. 1, 2008, pp. 111–128.

Salter, Michael, 'Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause', *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 17, No. 3, 2012, pp. 403–437.

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, p. 14, available at https://www.fdfa.admin.ch/treaties.

Schircks, Rhea, *Die Martens'sche Klausel, Rezeption und Rechtsqualität*, Dissertation, University of Zurich, Nomos, Baden-Baden, 2002.

Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, 1984, pp. 181–194 (Termination and suspension of operation of treaties).

Sperduti, Giuseppe, *Lezioni di diritto internazionale*, Giuffrè, Milan, 1958, pp. 68–74.

Spieker, Heike, 'Martens Klausel', *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, Vol. 1, 1988, p. 46.

Thürer, Daniel, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context*, Pocketbooks of the Hague Academy of International Law, 2011, pp. 398–402.

Ticehurst, Rupert, 'The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict', *International Review of the Red Cross*, Vol. 37, No. 317, April 1997, pp. 125–134.

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, paras 259–262 (Suspension, termination).

Veuthey, Michel, 'Public Conscience in International Humanitarian Law Today', in Horst Fischer, Ulrike Froissart, Wolff Heintschel von Heinegg and Christian Raap (eds), *Krisensicherung und Humanitärer Schutz – Crisis Management and Humanitarian Protection, Festschrift für Dieter Fleck*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004, pp. 611–642.

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 681–689 (Article 54).

第六十四条
联合国登记

公约条文

瑞士联邦委员会应将本公约在联合国秘书处登记，并应将其所接获之所有关于本公约之批准、加入及退约通知联合国秘书处。

保留或声明

无

目 录

一、引言 1029
二、历史背景 1030
三、讨论 1030
(一) 前半句：登记 1030
(二) 后半句：嗣后条约行为 1031
主要参考文献 1032

一、引言

3302 根据1945年《联合国宪章》第102条第1款规定："本宪章发生效力〔1945年10月24日〕后，联合国任何会员国所缔结之一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布之。"

3303 第64条是日内瓦四公约的共同条款，[1]该条规定委托瑞士联邦委员会作为四公约的保存者，负责安排四公约在联合国秘书处进行登记，并将其所接获之所有关于四公约之批准、加入及退约通知联合国秘书处。[2]

1 见《日内瓦第二公约》第63条；《日内瓦第三公约》第143条；以及《日内瓦第四公约》第159条。

2 附加议定书也有平行条款：见《第一附加议定书》第101条，《第二附加议定书》第27条；和《第三附加议定书》第16条。

二、历史背景

3304 该条款可追溯到1929年的两部日内瓦公约。[3]当时，1919年《国际联盟盟约》第18条规定，“嗣后联盟任何会员国所订条约或国际协议应立送秘书处登记并由秘书处从速发表”。

3305 1948年斯德哥尔摩红十字国际大会通过的公约草案再次重申了1945年《联合国宪章》第102条第1款所规定的在联合国秘书处进行登记的义务。根据该草案，“本公约应由瑞士联邦委员会送交联合国组织进行登记。”[4]在联合委员会会议期间，针对该草案之措辞有观点认为，根据该措辞“可推定瑞士联邦委员会出于登记目的会将本公约之副本而非正本，送交联合国组织”。[5]关于在本公约中引入该条款之必要性的简要讨论证实，登记的形式决不会影响本公约的有效性。[6]因此，特别委员会将《斯德哥尔摩草案》修正为当前的措辞。[7]该修正案获联合委员会及随后的大会全体会议一致通过。[8]

三、讨论

（一）前半句：登记

3306 第64条前半句规定的是本公约在联合国秘书处进行登记的问题。该规定符合1945年《联合国宪章》第102条第1款规定的义务，即联合国会员国所缔结的一切条约应尽速在联合国秘书处登记。[9]就本公约而言，已委托瑞士联邦委员会在联合国秘书处进行登记。[10]

3 《关于伤者病者的日内瓦公约》（1929年）第39条；《关于战俘的日内瓦公约》（1929年）第97条。这两项条款均规定，应由瑞士联邦委员会将公约的经认证副本交存于国际联盟档案中，并将其所接获的所有批准、加入及退约通知国际联盟。

4 见《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》第52条，第29页。

5 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第 II-B卷，第25页。

6 同上注，第72～73页及第95页。关于有效性问题，另见第三部分第（一）节。

7 以6票赞成、1票反对、1票弃权通过；见《1949年日内瓦外交会议最终记录》第 II-B卷，第113～114页。

8 同上注，第30页。起草委员会对该条款作了细微改动，将“瑞士联邦政府”改为“瑞士联邦委员会”，将“终止通知”改为“退约”，从而形成了当前的表述（同上注，第163页）。

9 1946年12月14日联合国大会关于条约和国际协定的登记及公布的第97（I）号决议，通过了“实行《联合国宪章》第一百零二条的条例”。条例历经多次修正〔（1949年12月1日的第364B（IV）号决议、1950年12月12日的第482（V）号决议、1978年12月19日的第33/141号决议和1997年12月15日的第52/153号决议〕，确定了联合国会员国的义务范围以及秘书处履行这一职能所应遵循的程序。重要的是，登记需向秘书处递交一份经认证无误、完整的条约副本及附件（包含其所有作准文本），并附所有保留和声明的文本、签署国名称以及生效日期和方式（另见每年更新的联合国法律顾问普通照会及随附清单，见 http://treaties.un.org）。

10 在各缔约方之间未达成一致的情况下，未指定保存者的双边协定和多边条约应由各缔约方自发登记，已指定保存者的多边条约通常委托该保存者安排进行登记。即使条约中未包括相关规定，保存者也必须履

3307 在联合国登记有助于使条约更广为人知，从而确保国际关系的透明度和安全性。然而，登记义务并非本公约生效的条件，也并非本公约对已批准或加入该公约的国家生效的条件。本公约的约束力完全来自于第57条至第61条规定的批准、加入和生效程序。

3308 根据《联合国宪章》第102条第2款，联合国会员国所缔结的任何条约，如未在联合国秘书处登记，则该条约的任何一方均不得向联合国任何机关援引该条约。[11] 由于四公约已完成登记，可向联合国机关援引之，包括向其主要司法机关国际法院。1949年外交会议第I号决议建议，“如果与四公约的解释或适用范围相关的争端无法通过其他方式解决，则各相关缔约国应尽力达成共识，将此等争端提交国际法院”。[12]

3309 根据本公约第58条，本公约于1950年10月21日，即第二个国家南斯拉夫于1950年4月21日交存批准书后六个月生效。本公约生效后不久，保存者于1950年11月2日将本公约经认证无误的副本正式送交联合国秘书处进行登记和公布。随后，秘书处向保存者提供了一份登记证书，存于瑞士联邦委员会的档案中。[13]

3310 条约登记后，将公布在联合国条约汇编中，可在互联网上查阅。[14]联合国秘书处负责以条约作准语言进行公布，如其中不包括英文和法文版本，则将其翻译成英文和法文。

3311 日内瓦四公约以其作准文本英文和法文[15]公布在联合国条约汇编中。[16]

（二）后半句：嗣后条约行为

3312 第64条后半句同样委托保存者将本公约之批准、加入及退约通知联合国秘书处。[17]显然，这同样适用于公约的继承。[18]

行这一职责。见1969年《维也纳条约法公约》第77条第1款第7项，该项列出了保存者职责中的条约登记职责，该规定常用于编纂习惯国际法（Villiger, p. 945）。条约登记后，即解除所有缔约方的登记义务。指定保存者还构成对其进行登记的授权；见《维也纳条约法公约》（1969年）第80条第2款。对所有保存者而言，此等授权是必需的，因为在1969年之前，只有在保存者获得明确授权的情况下，联合国秘书处才会接受保存者的登记（见Villiger, p. 975, and Martens, p. 2098）。

11 不进行登记的后果仍存在不确定性和争议；尤其，见Aust, pp. 301–303, and Martens, pp. 2107–2109。同样值得怀疑的是，联合国机关是否会仅因为国际人道法条约没有进行登记而对其置之不理。

12 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第I卷，第361页。

13 《日内瓦第一公约》的登记证书编号为2425，其他三部公约的证书编号分别为2426、2427和2428，内容如下：“联合国秘书长特此证明，瑞士联邦政府已根据《联合国宪章》第102条在秘书处登记〔公约〕。1949年8月12日于日内瓦签署。1950年11月2日进行登记，编号为970〔其他三个分别为971、972和973〕。1951年1月23日于纽约签署。致瑞士联邦政府。秘书长〔签名〕”。

14 See http://treaties.un.org.

15 见《日内瓦第一公约》第55条；《日内瓦第二公约》第54条；《日内瓦第三公约》第133条；《日内瓦第四公约》第150条。

16 见联合国条约汇编，第75卷，1950年，第3～474页，四公约的编号分别为970至973。

17 关于批准，见第57条；关于加入和通知，见第60条至第61条；关于退约，见第63条。通知将包括文书中所载的任何保留和声明。

18 关于继承，见关于第60条的评注，第三部分第（四）节。

3313 此外，保存者还必须将影响本公约的所有嗣后条约行为通知联合国秘书处。本公约或《联合国宪章》并未直接规定此项义务。根据实施《联合国宪章》第102条的条例第2条规定：

> 如果条约及国际协定已在秘书处登记，则影响条约或国际协定各缔约国、条款、范围或适用范围的任何嗣后行动的经认证声明也应在秘书处登记。[19]

3314 根据条例的这一规定，保存者还应将所有（包括领土性的）嗣后保留、反对和声明，通知联合国秘书处。另一方面，本公约的任何潜在修正本身将构成一个新条约。

3315 保存者为履行对影响本公约的嗣后条约进行登记的职责，在实践中会将其发送给公约缔约国的每一份通知的副本都递交联合国秘书处。[20]此等通知被视为上述条例第2条所要求的“经认证声明”。

3316 所有嗣后条约行为也公布在联合国条约汇编中。[21]

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 297–307 (Registration and publication).

Hinojal-Oyarbide, Arancha and Rosenboom, Annebeth, ‘Managing the Process of Treaty Formation – Depositaries and Registration’, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, 2012, pp. 248–276.

Jacqué, Jean-Paul, in Jean-Pierre Cot and Alain Pellet (eds), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Article 102, Vol. II, Economica, Paris, 2005, pp. 2117–2132.

Klein, Pierre, ‘Article 80: Registration and publication of treaties’, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1797–1805.

Martens, Ernst, ‘Article 102’, in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte and Andreas Paulus (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Vol. II, 3rd edition, Oxford University Press, 2011, pp. 2089–2109.

Ouguergouz, Fatsah, Villalpando, Santiago and Morgan-Foster, Jason, ‘Article 77: Functions of depositaries’, in Olivier Corten and Pierre Klein (eds), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press, 2011, pp. 1715–1753, at 1748–1750.

Reuter, Paul, *Introduction to the Law of Treaties*, 2nd edition, Graduate Institute of International Studies, Geneva, 1995, pp. 70–71 (Registration and publication).

19 关于条例，见脚注9。

20 例如，见第57条第2款、第61条第2款、第62条第2句和第63条第2款。

21 See http://treaties.un.org.

Schenker, Claude, *Practice Guide to International Treaties*, Federal Department of Foreign Affairs, Bern, 2015, pp. 37–40, available at https://www.fdfa.admin.ch/treaties.

United Nations, Office of Legal Affairs, *Treaty Handbook*, Revised edition, 2012, pp. 29–38.

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, pp. 944 (Article 77) and 970–976 (Article 80).

证明及签字条款

证明及签字条款条文

为此，下列签署人于交存全权证书后，签署本公约，以昭信守。

1949 年 8 月 12 日以英文法文订于日内瓦。正本应交存于瑞士联邦委员会之档案中。瑞士联邦委员会应将证明之抄本送交每一签字及加入之国家。

保留或声明

无

目 录

一、引言 1035
二、证明及签字条款 1036
(一) 全权证书 1036
(二) 经证明之抄本 1036
主要参考文献 1037

一、引言

3317 本公约的“证明”部分采用“以昭信守”这一特定表述规定，一国代表以该国名义签署本公约必须交存全权证书。[1]

3318 签字条款规定了本公约通过的时间与地点，并对公约的作准文本予以重申。[2] 此外，该条款还明确规定了保存者负有保存本公约正本并送交经认证无误的抄本的职责。

3319 这两项规定位于本公约末尾处，在最后条款之后、签字位置之前，在1949年外交会议上，仅经联合委员会、特别委员会及起草委员会略作措辞上的改动，即获全体会议通过。[3]

1 有关签署的授权以及签字的效力，见关于第56条的评注，第三部分第（二）节及第（三）节。

2 有关作准文本，见第55条。

3 《1949年日内瓦外交会议最终记录》第II-B卷，第30页（联合委员会），第73页、第114页（特别委员会），第163页、第170页、第186页（起草委员会）以及第383页（外交会议第23届全体会议）。

二、证明及签字条款

(一) 全权证书

3320 依据编纂于1969年《维也纳条约法公约》中的习惯国际法，仅国家元首、政府首长及外交部长，为实施包括签署在内的关于缔结条约之一切行为，依职权视为代表其国家。[4]除此之外的任何欲以一国名义签署条约的其他代表，通常必须出具全权证书。[5]这一点在本公约的证明条款中有所体现。国家代表签字时交存至保存者的全权证书正本，与本公约正本一同存放于瑞士联邦档案馆。彼时，明确规定存放条约正本的确切位置是惯常做法。因此，一如彼时其他条约，1949年日内瓦四公约指定了瑞士联邦档案馆，交存瑞士联邦委员会的所有条约原则上均存放于此。

(二) 经证明之抄本

3321 本公约正本采用了多边条约的普遍做法，只有唯一一份包含所有作准文本的附签字的文书。因此，保存者只能向每一“签字及加入之国家”送交该正本的经证明之抄本。制作经证明之抄本主要旨在方便这些国家在批准条约前或通知加入前，将该条约报请其国内主管当局进行核准。

3322 经证明之抄本须为公约正本完整、准确的翻印。保存者代表通常会在该抄本之末，签署一份附日期的声明，以证明该抄本前文为本公约的真实副本。1949年四公约通过之时，证明之抄本往往包含会议决定通过该条约的最后决议。因而瑞士联邦委员会正式递送了经证明的日内瓦外交会议最后决议之抄本，并附四公约条文。而更为晚近的保存者实践表明，目前的证明之抄本只翻印公约之条文而无所谓附签字与否。[6]

4 见《维也纳条约法公约》（1969年）第7条第2款，本款准确反映了习惯国际法（Villiger, p.146）。

5 见《维也纳条约法公约》（1969年）第7条第1款，本款准确反映了习惯国际法（Villiger, p.146）。维也纳公约第2条第1款第3项对“全权证书”作出的定义是，“称‘全权证书’者，谓一国主管当局所颁发，指派一人或数人代表该国谈判，议定或认证条约约文，表示该国同意受条约拘束，或完成有关条约之任何其他行为之文件”。

6 United Nations, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, paras 63–64.

主要参考文献

Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2013, pp. 381–383 (Testimonium).

United Nations, Office of Legal Affairs, Treaty Section, *Summary of practice of the Secretary-General as depositary of multilateral treaties*, UN Doc. ST/LEG/7/Rev.l, United Nations, New York, 1999, paras 63–72 (Certified copies).

Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

参考资料

目 录

一、准备工作 1039
二、条约 1042
三、其他文件 1053
四、军事手册 1059
五、国内立法 1070
六、国内判例法 1083
七、国际与混合司法和准司法机构的决定和判决 1091
八、红十字国际委员会出版的日内瓦四公约及其附加议定书评注 1115

一、准备工作

《1906年日内瓦外交会议记录》

Convention de Genève : Actes de la Conférence de révision réunie à Genève du 11 juin au 6 juillet 1906, Imprimerie Henri Jarrys, Geneva, 1906,

《1929年日内瓦外交会议记录》

Actes de la Conférence diplomatique convoquée par le Conseil fédéral suisse pour la révision de la Convention du 6 juillet 1906 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne et pour l'élaboration d'une Convention relative au traitement des prisonniers de guerre et réunie à Genève du 1er au 27 juillet 1929, Imprimerie du Journal de Genève, 1930,

《1937年红十字国际委员会向国家红会提交的1929年日内瓦公约修订草案》

Projet de révision de la Convention de Genève du 27 juillet 1929 présenté aux Sociétés nationales de la Croix-Rouge par le Comité international de la Croix-Rouge, ICRC, Geneva, May 1937,

《1946年国家红会预备会议报告和文件》

Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge, Genève, 26 juillet au 3 août 1946: documentation fournie par le Comité international de la Croix-Rouge, Vol. I: Révision de la Convention de Genève et dispositions connexes, ICRC, Geneva, 1946,

《1946年国家红会预备会议纪要》

Procès-verbaux de la Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge (Genève, 26 juillet–3 août 1946), ICRC, Geneva, 1947, 7 volumes,

《1946年国家红会预备会议报告》

Report on the Work of the Preliminary Conference of National Red Cross Societies for the study of the Conventions and of various Problems relative to the Red Cross (Geneva, 26 July–3 August 1946), ICRC, Geneva, 1947,

《1947年战俘和平民被拘禁者宗教与精神需求委员会报告》

Rapport sur les travaux de la Commission constituée pour étudier les dispositions conventionnelles relatives aux besoins religieux et intellectuels des prisonniers de guerre et des civils internés (Genève, 3 et 4 mars 1947), ICRC, Geneva, May 1947,

《1947年政府专家会议纪要》

Procès-verbaux de la Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre (Genève, 14–26 avril 1947), ICRC, Geneva, 1947,

《1947年政府专家会议报告》

Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims (Geneva, 14–26 April 1947), ICRC, Geneva, 1947,

《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案》

Draft Revised or New Conventions for the Protection of War Victims, established by the International Committee of the Red Cross with the assistance of government experts, National Red Cross Societies and other humanitarian associations, texts submitted to the XVIIth International Red Cross Conference (Stockholm, August 1948), ICRC, Geneva, May 1948,

《1948年斯德哥尔摩大会法律委员会会议纪要》

Sténogramme des séances de la Commission juridique, XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Stockholm, août 1948), ICRC, Geneva, January 1949,

《提交于1948年斯德哥尔摩大会的公约草案增编》

Addenda aux projets de Conventions révisées ou nouvelles protégeant les victimes de la guerre, Rapport du Comité internationale de la Croix-Rouge (Sous point III de l'ordre du jour de la Commission juridique), XVIIe Conférence internationale de la Croix-Rouge (Stockholm, août 1948), No. 4*bis*, ICRC, Geneva, August 1948,

《1948年斯德哥尔摩大会通过的公约草案》

Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims: Texts Approved and Amended by the XVIIth International Red Cross Conference (Stockholm, August 1948), ICRC, Geneva, 1948,

《红十字国际委员会关于1948年斯德哥尔摩草案的评注与建议》

Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims: Remarks and Proposals Submitted by the International Committee of the Red Cross, Document for the consideration of Governments invited by the Swiss Federal Council to attend the Diplomatic Conference at Geneva (21 April 1949), ICRC, Geneva, February 1949,

《1949年日内瓦外交会议纪要》

Sténogrammes de la Conférence diplomatique de Genève 1949,

《1949年日内瓦外交会议最终记录》

Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, convened by the Swiss Federal Council for the establishment of international conventions for the protection of war Victims and held at Geneva from 21 April to 12 August 1949, 4 volumes (Vol. I: Final and draft texts, resolutions, texts of other Geneva and Hague Conventions, Vol. IIA: Minutes of plenary meetings, summary records of meetings, reports, Vol. IIB: Summary records of meetings, reports to the plenary assembly, Vol. III: Annexes for all of the Geneva Conventions, index of speakers), Federal Political Department, Bern, 1950,

《1971年政府专家会议报告》

Report on the Work of the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, First Session (Geneva, 24 May–12 June 1971), 8 volumes, ICRC, Geneva, August 1971,

《1972年政府专家会议报告》

Report on the Work of the Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Second Session (Geneva, 3 May–3 June 1972), 2 volumes, ICRC, Geneva, July 1972,

《1974年至1977年日内瓦外交会议官方记录》

Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (Geneva, 1974–1977), 17 volumes, Federal Political Department, Bern, 1978,

二、条约

1864年

《日内瓦公约》

《改善战地武装部队伤者境遇的公约》，1864年8月22日订于日内瓦。

1868年

《圣彼得堡宣言》

《关于在战争中放弃使用轻于400克爆炸性弹丸的宣言》，1868年11月29日至12月11日订于圣彼得堡。

《关于战争伤者境遇的附加条款》

《关于战争伤者境遇的附加条款》，1868年10月20日订于日内瓦。

1899年

《海牙第一公约》

《和平解决国际争端公约》，1899年7月29日订于海牙。

《海牙第二公约》

《陆战法规和惯例公约》，1899年7月29日订于海牙。

《海牙章程》

《陆战法规和惯例章程》，附于《陆战法规和惯例公约》（《海牙第二公约》），1899年7月29日订于海牙。

《海牙第三公约》

《关于1864年8月22日日内瓦公约的原则适用于海战的公约》，1899年7月29日订于海牙。

1906年

《日内瓦公约》

《关于改善战地武装部队伤者和病者境遇的公约》，1906年7月6日订于日内瓦。

1907年

《海牙第一公约》

《和平解决国际争端公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第三公约》

《关于战争开始的公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第四公约》

《陆战法规和惯例公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙章程》

《陆战法规和惯例章程》，附于《陆战法规和惯例公约》（《海牙第四公约》），1907年10月18日订于海牙。

《海牙第五公约》

《中立国和人民在陆战中的权利和义务公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第六公约》

《关于战争开始时敌国商船地位公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第七公约》

《关于商船改装为军舰公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第八公约》

《关于敷设自动触发水雷公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第九公约》

《关于战时海军轰击公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第十公约》

《关于1906年7月6日日内瓦公约原则适用于海战的公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第十一公约》

《关于海战中限制行使捕获权公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第十二公约》

《关于建立国际捕获法院公约》，1907年10月18日订于海牙。

《海牙第十三公约》

《关于中立国在海战中的权利和义务公约》，1907年10月18日订于海牙。

1909年

《伦敦海战法宣言》

《海战法宣言》，1909年2月26日订于伦敦。

1918年

《法德关于战俘问题的协定》

《法德关于战俘问题的协定》，1918年3月15日订于伯尔尼，*Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 49, No. 194, April 1918, pp. 265–279。

《法德关于战俘与平民问题的第二次协定》

《法德关于战俘与平民问题的第二次协定》，1918年4月26日订于伯尔尼，*Bulletin international des Sociétés de la Croix-Rouge*, Vol. 49, No. 195, July 1918, pp. 396–418。

1919年

《凡尔赛和约》

《凡尔赛和约》，1919年6月28日订于凡尔赛。

1925年

《日内瓦毒气议定书》

《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》，1925年6月17日订于日内瓦。

1929年

《关于伤者病者的日内瓦公约》

《关于改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》，1929年7月27日订于日内瓦。

《关于战俘的日内瓦公约》

《关于战俘待遇的日内瓦公约》，1929年7月27日订于日内瓦。

1933年

《蒙特维多国家权利义务公约》

《蒙特维多国家权利义务公约》，1993年12月26日订于蒙特维多。

1944年

《芝加哥国际民用航空公约》

《国际民用航空公约》，1944年12月7日订于芝加哥，经《关于国际民用航空公约修正案的议定书》（1984年5月10日订于蒙特利尔）修正。

1945年

《欧洲国际军事法庭宪章》

《欧洲国际军事法庭宪章》，美利坚合众国政府、法兰西共和国临时政府、大不列颠及北爱尔兰联合王国政府和苏维埃社会主义共和国联盟政府，代表联合国全体利益，并由其正式授权的代表订立，附于的《伦敦协定》，1945年8月8日订于伦敦。

《联合国宪章》

《联合国宪章》，联合国国际组织会议1945年6月26日于旧金山通过。

《国际法院规约》

《国际法院规约》，1945年6月26日订于旧金山。

1947年

《同盟国及参战各国对保加利亚和约》

同盟国及参战各国和保加利亚之间的和平条约，1947年2月10日订于巴黎，United Nations *Treaty Series*, Vol. 41, No. 643, 1949。

《同盟国及参战各国对芬兰和约》

同盟国及参战各国和芬兰之间的和平条约，1947年2月10日订于巴黎，United Nations *Treaty Series*, Vol. 48, No. 746, 1950。

《同盟国及参战各国对匈牙利和约》

同盟国及参战各国和匈牙利之间的和平条约，1947年2月10日订于巴黎，United Nations *Treaty Series*, Vol. 41, No. 644, 1949。

《同盟国及参战各国对意大利和约》

同盟国及参战各国和意大利之间的和平条约，1947年2月10日订于巴黎，United Nations *Treaty Series*, Vol. 49, No. 747, 1950。

《同盟国及参战各国对罗马尼亚和约》

同盟国及参战各国和罗马尼亚之间的和平条约，1947年2月10日订于巴黎，United Nations *Treaty Series*, Vol. 42, No. 645, 1949。

1948年

《灭绝种族罪公约》

《防止及惩治灭绝种族罪公约》，联合国大会1948年12月9日第260A（III）号决议通过。

1949年

《日内瓦第一公约》

《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，1949年8月12日订于日内瓦。

《日内瓦第二公约》

《改善海上武装部队伤者病者及遇难船者境遇之日内瓦公约》，1949年8月12日订于日内瓦。

《日内瓦第三公约》

《关于战俘待遇之日内瓦公约》，1949年8月12日订于日内瓦。

《日内瓦第四公约》

《关于战时保护平民之日内瓦公约》，1949年8月12日订于日内瓦。

1950年

《欧洲人权公约》

《欧洲保障人权和根本自由公约》，1950年11月4日订于罗马，经《第十一议定书》（1994年5月11日订于斯特拉斯堡）修正。

1951年

《对日和约》

《对日和平条约》，同盟国和日本1951年9月8日于旧金山签署。

《难民公约》

《关于难民地位的公约》，1951年7月28日按照联合国大会第429（V）号决议召开的联合国难民和无国籍人地位全权代表会议于日内瓦通过，经1967年《关于难民地位的议定书》修正，该议定书经联合经济及社会理事会1966年11月18日第1186（XLI)号决议赞同，并经联合国大会1966年12月16日第2198（XXI）号决议提起注意。

1954年

《关于保护文化财产的海牙公约》

《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约》，1954年5月14日订于海牙。

1956年

《苏日关系共同宣言》

《苏维埃社会主义共和国联盟和日本国关于恢复两国外交关系的联合宣言》，1956年10月19日订于莫斯科。

1961年

《维也纳外交关系公约》

《维也纳外交关系公约》，联合国外交和豁免问题会议1961年4月18日于维也纳通过。

1963年

《维也纳领事关系公约》

《维也纳领事关系公约》，1963年4月24日订于维也纳。

1965年

《消除种族歧视公约》

《消除一切形式种族歧视国际公约》，联合国大会1965年12月21日第2106（XX）号决议通过。

1966年

《公民及政治权利国际公约》

《公民及政治权利国际公约》，联合国大会1966年12月16日第2200（XXI）号决议通过。

《经济社会文化权利国际盟约》

《经济社会文化权利国际盟约》，联合国大会1966年12月16日第2200（XXI）号决议通过。

1968年

《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》

《战争罪及危害人类罪不适用法定时效公约》，联合国大会1968年11月26日第2391（XXIII）号决议通过。

1969年

《美洲人权公约》

《美洲人权公约》（也称为《圣约瑟公约》），美洲国家组织美洲国家间人权特别会议1969年11月22日于圣约瑟通过，United Nations *Treaty Series*, No. I 17955。

《非统关于非洲难民问题的公约》

《非洲统一组织关于难民问题某些特定方面的公约》，非统国家元首和政府首脑大会第六届常会1969年9月10日于亚的斯亚贝巴通过。

《维也纳条约法公约》

《维也纳条约法公约》，1969年5月23日订于维也纳。

1970年

《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》

《关于制止非法劫持航空器的公约》，1970年12月16日订于海牙。

1971年

《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》

《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，1971年9月23日订于蒙特利尔。

1972年

《生物武器公约》

《禁止细菌（生物）及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》，1972年4月10日于伦敦、莫斯科和华盛顿哥伦比亚特区开放签署。

1973年

《侵害应受国际保护人员罪行公约》

《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，联合国大会1973年12月14日第3166（XVIII）号决议通过。

1977年

《第一附加议定书》

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

《第二附加议定书》

《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（第二议定书）》，1977年6月8日订于日内瓦。

1978年

《关于实现中东和平的纲要》

《关于实现中东和平的纲要》（戴维营协议），1978年9月17日于华盛顿哥伦比亚特区签署，United Nations *Treaty Series*, Vol. 1138, No. 17853, 1979。

《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》

《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》，1978年8月23日订于维也纳。

1979年

《反对劫持人质国际公约》

《反对劫持人质国际公约》，联合国大会1979年12月17日第34/146号决议通过。

《埃以和约》

《埃及-以色列和平条约》，1979年3月26日于华盛顿哥伦比亚特区签署，United Nations *Treaty Series*, Vol. 1136, No. 17813, 1979。

1980年

《常规武器公约》

《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》，1980年10月10日订于日内瓦。

1981年

《非洲人权和民族权利宪章》

《非洲人权和民族权利宪章》，非洲统一组织国家元首和政府首脑大会第十八届常会1981年6月27日于内罗毕通过，非统CAB/LEG/67/3 rev.5号文件。

1982年

《联合国海洋法公约》

《联合国海洋法公约》，1982年12月10日于蒙特哥贝通过，联合国A/CONF.62/122号文件。

1983年

《欧洲人权公约第六议定书》

《关于废除死刑的〈保障人权和根本自由公约〉第六议定书》，1983年4月28日订于斯特拉斯堡。

1984年

《禁止酷刑公约》

《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》，联合国大会1984年12月10日第39/46号决议通过。

1985年

《美洲防止和惩处酷刑公约》

《美洲防止和惩处酷刑公约》，美洲国家组织大会第15届常会第783（XV-O/85）号决议1985年12月9日于卡塔赫纳通过。

1986年

《关于国家和国际组织间条约法的维也纳公约》

《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》，1986年3月21日订于维也纳。

1987年

《欧洲防止酷刑公约》

《欧洲防止酷刑和不人道或有辱人格待遇或处罚公约》，1987年11月26日订于斯特拉斯堡。

《关于英国武装部队成员在德意志民主共和国的战争公墓待遇协议》

《大不列颠与北爱尔兰联合国王国和德意志民主共和国政府间关于大不列颠与北爱尔兰联合国王国武装部队成员在德意志民主共和国的战争公墓待遇协议》，1987年4月27日订于柏林，United Nations *Treaty Series*, Vol. 1656, No. 28493, 1999。

1989年

《公民及政治权利国际公约第二项任择议定书》

《旨在废除死刑的〈公民及政治权利国际公约〉第二项任择议定书》，联合国大会1989年12月15日第44/128号决议通过。

1990年

《旨在废除死刑的美洲人权公约议定书》

《旨在废除死刑的美洲人权公约议定书》，美洲国家组织大会第20届常会1990年6月8日于亚松森通过，OAS *Treaty Series*, No. 73, 1990。

1994年

《约以和约》

《以色列国和约旦哈希姆王国的和平条约》，1994年10月26日订于阿拉巴口岸，United Nations *Treaty Series*, Vol. 2042, No. 35325, 2002。

1995年

《代顿协定》附件之《难民和流离失所者问题协议》

《波黑和平总框架协议》附件7之《难民和流离失所者问题协议》，波斯尼亚和黑塞哥维那共和国、波斯尼亚和黑塞哥维那联邦、斯普斯卡共和国，1995年11月22日于代顿签署。

《代顿协议》

《波黑和平总框架协议》，1995年11月21日于代顿草签，1995年12月14日于巴黎签署。

《常规武器公约第四号议定书》

《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》之《关于激光致盲武器的议定书》，1995年10月12日订于维也纳。

1996年

《克罗地亚与南斯拉夫联邦共和国之间关系正常化协定》

《克罗地亚共和国和南斯拉夫联邦共和国之间关系正常化协定》，1996年8月23日订于贝尔格莱德。

《常规武器公约经修正之第二号议定书》

《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》经修正后的《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》，1996年5月3日订于日内瓦。

1997年

《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》

《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，1997年12月15日订于纽约，United Nations *Treaty Series*, Vol. 2149, No. 37517, 2003。

《禁止杀伤人员地雷公约》

《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》，1997年9月18日订于奥斯陆，1997年12月3~4日于渥太华开放签署。

1998年

《国际刑事法院规约》

《国际刑事法院罗马规约》，联合国大会设立国际刑事法院全权代表外交会议1998年7月17日于罗马通过，联合国A/CONF.183/9号文件。

《北约第2931号标准化协议》

《第2931号标准化协议：关于陆地战术作战中红十字和红新月伪装问题的命令》（Standardization Agreement 2931, Orders for the Camouflage of the Red Cross and the Red Crescent on Land in Tactical Operations），北大西洋公约组织，1998年1月19日订于布鲁塞尔。

1999年

《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》

《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》，联合国大会1999年12月9日第54/109号决议于纽约通过，决议附件一，收录于United Nations *Treaty Series*, Vol. 2178, No. 38349, 2004。

《关于保护文化财产的海牙公约第二议定书》

《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约的第二议定书》，1999年3月26日订于海牙。

《关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》

《〈儿童权利公约〉关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》，联合国大会2020年5月25日第54/263号决议通过，附件一。

《厄立特里亚和埃塞俄比亚和平协定》

《厄立特里亚国政府和埃塞俄比亚联邦民主共和国政府关于流离失所者安置及两国复兴与和平建设的协定》（又称《阿尔及尔协定》），2000年12月12日订于阿尔及尔，United Nations *Treaty Series*, Vol. 2138, No. I-37274。

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，联合国大会2000年11月15日第55/25号决议于纽约通过，决议附件一，United Nations *Treaty Series*, Vol. 2225, No. 39574, 2007。

2001年

《1980年〈常规武器公约〉第一条修正案》

《〈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〉第一条修正案》，2001年12月21日订于日内瓦。

2002年

《欧洲人权公约第十三议定书》

《关于在任何情况下废除死刑的〈欧洲保障人权和根本自由公约〉第十三议定书》，2002年5月3日订于维尔纽斯。

《塞拉利昂问题特别法庭规约》

《塞拉利昂问题特别法庭规约》附于《联合国和塞拉利昂政府关于设立塞拉利昂问题特别法庭的协定》，2002年1月16日订于弗里敦，附于《2002年3月6日联合国秘书长给安全理事会主席的信》，联合国S/2002/246号文件，2002年3月8日，第29页。

2003年

《联合国反腐败公约》

《联合国反腐败公约》，联合国大会2003年10月31日第58/4号决议于纽约通过，决议附件，United Nations *Treaty Series*, Vol. 2349, No. 42146, 2007。

《常规武器公约第五号议定书》

《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》之《战争遗留爆炸物议定书》，2003年11月28日订于日内瓦。

2005年

《第三附加议定书》

《1949年8月12日日内瓦四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）》，2005年12月8日订于日内瓦。

2006年

《强迫失踪公约》

《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，联合国大会2006年12月20日第61/177号决议通过，决议附件。

《残疾人权利公约》

《残疾人权利公约》，联合国大会2006年12月13日第61/106号决议通过，决议附件一。

2008年

《关于非盟-联合国达尔富尔混合行动部队地位的协定》

《联合国、非洲联盟及苏丹政府间关于非洲联盟-联合国达尔富尔混合行动部队地位的协定》，2008年2月9日订于喀土穆。

《集束弹药公约》

《集束弹药公约》，2008年5月30日订于都柏林。

2013年

《武器贸易条约》

《武器贸易条约》，2013年月2日订于纽约。

《在塞内加尔法院系统内设立的非洲特别法庭规约》

《在塞内加尔法院系统内设立的起诉 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得共和国领土内所犯国际罪行的非洲特别法庭规约》，附于《塞内加尔共和国政府和非洲联盟关于在塞内加尔法院体系内设立非洲特别法庭的协定》2012年8月22日订于达喀尔。

三、其他文件

1863年

《利伯守则》

《美国陆军军官战场守则》（Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field），弗朗西斯·利伯（Francis Lieber）起草，1863年4月24日林肯总统于华盛顿哥伦比亚特区以“第100号通令”形式颁布。

1874年

《布鲁塞尔宣言》

《关于战争法规和惯例的国际宣言》，1894年8月27日订于布鲁塞尔。

1880年

《牛津手册》

《陆战法规手册》，国际法学会1880年9月9日于牛津通过。

1942年

《圣詹姆斯宫宣言》

《同盟国间关于惩治战争罪的宣言》（Declaration on Punishment for War Crimes），设立了“联合国战争罪行委员会”，1942年1月13日订于伦敦。

1943年

《莫斯科宣言》

《关于暴行宣言》（Declaration concerning Atrocities），订于1943年莫斯科会议，美利坚合众国政府、大不列颠及北爱尔兰联合王国政府、苏维埃社会主义共和国联盟和中国签署，1943年10月30日订于莫斯科。

1950年

《纽伦堡原则》

《纽伦堡宪章和纽伦堡审判中确认的国际法原则》，国际法委员会1950年7月29日于纽约通过，联合国A/1316号文件。

1985年

《关于司法机关独立的基本宣言》

《关于司法机关独立的基本宣言》，联合国第七届预防犯罪和罪犯待遇大会1985年8月26日至9月6日于米兰通过， 联合国A/CONF.121/22/Rev.1号文件，1985年，第59页，经联合国大会1985年11月29日第40/32号决议及1985年12月13日第40/146号决议核可。

1986年

《国际红十字与红新月运动章程》

《国际红十字与红新月运动章程》，第25届红十字与红新月国际大会1986年10月25日至31日于日内瓦通过，于1995年和2006年进行修正。

1991年

《标志规则》

《各国红会使用红十字或红新月标志规则》，第20届红十字国际大会1965年于维也纳通过，代表会议1991年于布达佩斯修订。

《克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国关于奥西耶克医院周边受保护地带的协定》

克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国间的《关于在奥西耶克医院周边设立受保护地带的协定》（Agreement Relating to the Establishment of a Protected Zone around the Hospital of Osijek），1991年12月27日订于佩奇。

《克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国关于适用国际人道法的谅解备忘录》

克罗地亚与南斯拉夫社会主义联邦共和国间的《关于适用国际人道法的谅解备忘录》，1991年11月27日订于日内瓦，收录于Michèle Mercier, *Crimes without Punishment: Humanitarian Action in Former Yugoslavia*, East Haven, London, 1996, Appendix: Document IV, pp. 196–198。

1992年

《波黑冲突各方关于适用国际人道法的协定》

波黑共和国总统与民主运动党主席阿利亚·伊泽特贝戈维奇先生的代表、塞尔维亚民主党主席拉多万·卡拉季奇先生的代表和克罗地亚民主共同体主席米连科·布尔基奇先生的代表间的协定（Agreement between Representatives of Mr. Alija Izetbegović (President of the Republic of Bosnia and Herzegovina and President of the Party of Democratic Action), Representatives of Mr. Radovan Karadžić (President of the Serbian Democratic Party), and Representative of Mr. Miljenko Brkić (President of the Croatian Democratic Community)），1992 年 5 月 22 日订于日内瓦。

1993年

《关于利比里亚的科托努协定》

关于利比里亚的《科托努协定》，1993年7月25日由利比里亚民族团结临时政府、利比里亚民族爱国阵线和利比里亚民主联合解放运动三方于科托努签订，附于《贝宁常驻联合国代表团临时代办给秘书长的信》，1993年8月9日，联合国S/26272号文件。

《前南刑庭规约》

《起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭规约》，联合国安全理事会 1993年5月25日第827号决议通过，1998年5月13日第1166号决议、2000年11月30日第1329号决议（译者加：2002年5月17日1411号决议、2002年8月14日1431号决议）修正。

1994年

《关于危地马拉人权的全面协议》

《关于人权的全面协定》，1994年3月29日危地马拉政府与危地马拉民族革命联盟与墨西哥市签订，附于《1994年4月8日秘书长给大会主席和安全理事会主席的信》，1994年4月19日，联合国A/48/928-S/1994/448号文件，附件一。

《卢旺达刑庭规约》

《起诉应对1994年1月1日至1994年12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭规约》，联合国安全理事会 1994年11月8日第955号决议通过，1998年4月30日第1165号决议、2000年11月30日第1329号决议、2002年5月17日第1411号决议、2002年8月14日第1431号决议修正。

《圣雷莫海战法手册》

《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》，路易丝·多斯瓦尔德-贝克编，1994年6月12日，国际人道法学会召集国际法律师和海军专家起草，剑桥大学出版社1995年版，中文版收录于红十字国际委员会编：《武装冲突法参考手册》，第333～363页。

1996年

《国际法委员会危害人类和平及安全治罪法草案》

《危害人类和平及安全治罪法草案》，国际法委员会1996年7月5日通过，重印于《国际法委员会第四十八届会议工作报告1996年5月6日至7月29日》，1996年，联合国A/51/10号文件。

1997年

《塞维利亚协议》

《国际红十字与红新月运动各组成部分国际活动组织协议》（塞维利亚协议），代表会议（1997年11月25日至27日 在塞维利亚举行）通过，重印于红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》（第14版），日内瓦，2008年，中文译本由中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版，第429～440页。

1998年

《关于菲律宾尊重人权和国际人道法的全面协议》

菲律宾政府和菲律宾全国民主阵线间的《尊重人权与国际人道法全面协定》（Comprehensive Agreement on Respect for Human Rights and International Humanitarian Law），1998年3月16日订于海牙。

《关于国内流离失所的指导原则》

《关于国内流离失所的指导原则》，由负责国内流离失所者问题的秘书长特别代表向联合国人权委员会提出，1998年2月11日，联合国E/CN.4/1998/53/Add.2号文件。

1999年

《联合国秘书长公告》

《秘书长关于联合国部队遵守国际人道主义法的公告》，联合国秘书处，1999年8月6日，联合国ST/SGB/1999/13号文件。

2000年

《联合国东帝汶过渡当局第2000/15号条例》

《关于设立具有重大刑事罪专属管辖权的审判小组的条例》，2000年6月6日订于帝力，联合国UNTAET/REG/2000/15号文件。

2001年

《关于难民地位和待遇的曼谷原则》

1966年亚非法律协商组织（AALCO）《关于难民地位和待遇的曼谷原则》最终文本，亚非法律协商组织第40届年会2001年6月24日于新德里通过。

《国家责任条款草案》

《国家对国际不法行为的责任条款草案》，国际法委员会第五十三届会议（2001年4月23日至6月1日和7月2日至8月10日）期间通过，重印于《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，联合国A/56/10号文件，2001年，第76段（条款草案案文）和第77段（条款草案案文及其评注）。

2002年

《国际刑事法院犯罪要件》

《犯罪要件终稿案文》，第23届国际刑事法院预备委员会会议2000年6月30日于纽约通过，《国际刑事法院预备委员会的报告》，2000年7月6日，联合国PCNICC/2000/INF/3/Add.2号文件，增编，经《国际刑事法院罗马规约》缔约国大会第一届会议（2002年9月3日至10日）《正式纪录》通过，联合国ICC-ASP/1/3号文件，2002年9月25日，和联合国ICC-ASP/1/3/Corr.1号文件，2002年10月31日。

2004年

《关于达尔富尔冲突的恩贾梅纳人道停火协定》

《达尔富尔冲突人道停火协定》（Humanitarian Ceasefire Agreement on the Conflict in Darfur），苏丹政府、苏丹解放运动/解放军、正义与平等运动、非洲联盟和乍得调解方，2004年4月8日于恩贾梅纳签署。

《关于在达尔富尔提供人道援助的恩贾梅纳议定书》

《关于在达尔富尔提供人道援助的恩贾梅纳议定书》（Protocol on the Establishment of Humanitarian Assistance in Darfur），苏丹政府、苏丹解放运动/解放军、正义与平等运动、非洲联盟和乍得调解方2004年4月8日于恩贾梅纳签署，附于2004年4月8日《关于达尔富尔冲突的恩贾梅纳人道停火协定》。

2005年

《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》

《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》，联合国大会2005年12月16日第60/147号决议通过。

《红十字国际委员会习惯国际人道法研究》

红十字国际委员会习惯国际人道法研究，出版为让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克主编：《习惯国际人道法第一卷：规则》，红十字国际委员会、剑桥大学出版社2005年版，中文译本由红十字国际委员会组织编译，红十字国际委员会、法律出版社2007年版，载习惯国际人道法数据库网站：https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/chi/docs/home。

《塞维利亚协议补充措施》

《第8决议附件：加强实施塞维利亚协议的补充措施》，代表会议2005年11月16日至18日于首尔通过，重印于红十字国际委员会和红十字会与红新月会国际联合会编：《国际红十字与红新月运动手册》（第14版），日内瓦，2008年，中文译本由中国红十字会总会译，社会科学文献出版社2017年版，第440～446页。

2006年

《外交保护条款草案》

“外交保护条款草案及其评注”，国际法委员会第五十八届会议（2006年5月1日至6月9日和7月3日至8月11日）期间通过，重印于《国际法委员会第五十八届会议工作报告》，联合国A/61/10号文件, 2006。

《非国际性武装冲突法圣雷莫手册》

《非国际性武装冲突法手册及其评注》迈克尔·N·施米特（Michael N. Schmitt）教授、查尔斯·H.B.·加拉维（Charles H.B. Garraway）教授和约洛姆·丁斯坦（Yoram Dinstein）教授，国际人道法学会，2006年于圣雷莫，重印于*Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 36, 2006, p. 333。

2008年

《关于私营军事和安保服务公司的蒙特勒文件》

《蒙特勒文件：武装冲突期间各国关于私营军事和安保服务公司营业的相关国际法律义务和良好惯例》，2008年9月17日于蒙特勒通过，红十字国际委员会和瑞士联邦外交事务部，2009年8月。

2009年

《空战和导弹战国际法手册》

《空战和导弹战国际法手册》，哈佛大学人道政策与冲突研究项目（HPCR）组，伯尔尼，2009年5月15日，《空战和导弹战国际法手册评注》马赛诸塞，2010年3月，剑桥大学出版社2013年版，中文译本由王海平译，中国政法大学出版社2015年版。

《欧盟促进遵守国际人道法准则修订版》

《欧盟促进遵守国际人道法准则修订版》，欧洲联盟理事会，*Official Journal of the European Union* 2009/C 303/12，2009年12月15日（原版发布于2005年，见*Official Journal* 2005/C 327/04）。

2011年

《国际组织的责任条款草案》

《国际组织的责任条款草案及其评注》，国际法委员会第六十三届会议（2011年4月26日至6月3日和7月4日至8月12日）期间通过，重印于《国际法委员会第六十三届会议工作报告》，联合国A/66/10号文件，2011年。

2012年

《哥本哈根原则》

《哥本哈根议程：原则与指南》（The Copenhagen Process: Principles and Guidelines），“处理国际军事行动中被拘留者的哥本哈根进程”2012年10月19日于哥本哈根通过。

2013年

《塔林网络战国际法手册》

《塔林网络战国际法手册》，剑桥大学出版社2013年版，中文译本由朱莉欣等译，国防工业出版社2016年版。

四、军事手册

阿根廷

《战争法手册》

Leyes de Guerra (Law of War), RC-46-1, Público, II Edición 1969, Ejército Argentino, edición original aprobado por el Comandante en Jefe del Ejército, Impreso en el Instituto Geográfica Militar, Buenos Aires, 9 May 1967, 2nd edition, 1969.

澳大利亚

《武装冲突法手册》

Law of Armed Conflict, Australian Defence Doctrine Publication, Executive Series ADDP 06.4, Headquarters, Australian Defence Force, Defence Publishing Service, Canberra, 11 May 2006.

比利时

《战俘情报局具体操作程序》

Procédure spécifique : Structure et fonctionnement du Bureau de Renseignements sur les prisonniers de guerre (Specific Procedure: Structure and Functioning of the Prisoners of War Information Bureau), Ministère de la Défense, 2007.

《武装冲突法培训手册》

Droit des conflits armés: manuel du cours pour conseillers en droit des conflits armés (Law of Armed Conflict: Course Manual for Advisers on the Law of Armed Conflict), Publication CDCA-DCA, Ecole royale militaire, Direction de la formation continue, edition of April 2009.

贝宁

《武装冲突法手册》

Le Droit de la Guerre (The Law of Armed Conflict), III fascicules, Ministère de la Défense Nationale, Forces Armées du Bénin, 1995.

布隆迪

《国际人道法条例》

Règlement n° 98 sur le droit international humanitaire (Regulation on International Humanitarian Law), Ministère de la Défense Nationale et des Anciens Combattants, Projet 'Moralisation' (BDI/B-05), Bujumbura, August 2007.

喀麦隆

《指导员手册》

Droit international humanitaire et droit de la guerre, Manuel de l'instructeur en vigueur dans les Forces Armées (International Humanitarian Law and the Law of War: Instructor's Manual for the Armed Forces), Présidence de la République, Ministère de la Défense, Etat-major des Armées, edition of 1992.

《指导员手册》

Droit des conflits armés et droit international humanitaire, Manuel de l'instructeur en vigueur dans les forces de défense (Law of Armed Conflict and International Humanitarian Law: Instructor's Manual for the Defence Forces), Présidence de la République, Ministère de la Défense, Etat-major des Armées, edition of 2006.

《纪律条例》

Règlement de discipline générale dans les forces de défense (General Disciplinary Regulations in the Defence Forces), Décret n° 2007/199, Président de la République, 7 July 2007.

加拿大

《武装冲突法手册》

The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels, B-GJ-005-104/FP-021, Office of the Judge Advocate General, 13 August 2001.

《战俘管理手册》

Prisoner of War Handling: Detainees and Interrogation & Tactical Questioning in International Operations, Joint Doctrine Manual, B-GJ-005-110/FP-020, National Defence Headquarters, 1 August 2004.

《行为守则》

Code of Conduct for CF Personnel, B-GG-005-027/AF-023, Office of the Judge Advocate General, February 2002.

《加拿大军队行动中的武力使用》

Use of Force for CF Operations, Canadian Forces Joint Publication, B-GJ-005-501/FP-001, Chief of the Defence Staff, August 2008.

乍得

《国际人道法手册》

Le droit international humanitaire adapté au contexte des opérations de maintien de l'ordre (International Humanitarian Law in Law-Enforcement Operations), Ministère des Armées, edition of 1996.

《指导员手册》

Droit international humanitaire : Manuel de l'instructeur en vigueur dans les forces armées et de sécurité (International Humanitarian Law: Instructor's Manual for the Armed and Security Forces), Présidence de la République, Ministère de la Défense Nationale, Etat-major général des Armées, edition of 2006.

哥伦比亚

《作战法手册》

Manual de Derecho Operacional (Operational Law Manual), Manual FF.MM 3-41 Público, Ministerio de Defensa Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares, Santafé de Bogotá, 2009.

科特迪瓦

《教学手册》

Droit de la guerre, Manuel d'instruction (Law of War, Teaching Manual), Ministère de la Défense, Forces Armées Nationales, November 2007.

Livre I: Instruction de base

Livre II: Instruction du gradé et du cadre, Manuel de l'instructeur

Livre III, Tome 1: Instruction de l'élève officier d'active de 1ère année, Manuel de l'élève

Livre III, Tome 2: Instruction de l'élève officier d'active de 2ème année, Manuel de l'instructeur

Livre IV: Instruction du chef de section et du commandant de compagnie, Manuel de l'élève

Livre V: Instruction de l'officier d'état-major

克罗地亚

《武装冲突法概要》

Compendium 'Law of Armed Conflicts', Ministry of Defence, 1991.

《指挥官手册》

Basic Rules of the Law of Armed Conflict – Commanders' Manual, Ministry of Defence, 1992.

吉布提

《国际人道法手册》

Manuel sur le droit international humanitaire et les droits de l'homme applicables au travail du policier (Manual on International Humanitarian Law and Human Rights Applicable to Policing), Ministère de l'Intérieur, Direction Générale de la Police, June 2004.

厄瓜多尔

《海军手册》

Aspectos Importantes del Derecho Internacional Marítimo que Deben Tener Presente los Comandantes de los Buques, Academia de Guerra Naval, 1989.

法国

《武装冲突法教学资料》

Fiche didactique relative au droit des conflits armés (Teaching Note on the Law of Armed Conflict), annexée à Directive no 147 de la Ministère de la Défense, 4 January 2000.

德国

《军事手册》

Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual, Joint Service Regulation (ZDv) 15/2, DSK VV207320067, official English translation of 'Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch', Federal Ministry of Defence, Bonn, August 1992.

《军事手册》

Law of Armed Conflict – Manual, Joint Service Regulation (ZDv) 15/2, DSK AV230100262, official English translation of 'Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch', Federal Ministry of Defence, Berlin, May 2013.

匈牙利

《军事手册》

A Hadijog, Jegyzet a katonai, föiskolák hallgatói részére (Textbook of Military Martial Law: Notes for Students at the Military College), Magyar Honvédség Szolnoki Repülötiszti Föiskola (Hungarian National Defence College, Szolnok), 1992.

以色列

《作战规则手册》

Rules of Warfare on the Battlefield, Military Advocate-General's Corps Command, IDF School of Military Law, Department of International Law, 2nd edition, 2006.

意大利

《武装冲突法基本规则手册》

Regole elementari di diritto di guerra (Law of War Elementary Rules), SMD-G-012, Stato Maggiore della Difesa, I Reparto, Ufficio Addestramento e Regolamenti, Rome, 1991.

肯尼亚

《武装冲突法手册》

Law of Armed Conflict, Military Police Basic Course (ORS), 4 précis, The School of Military Police, 1997.

马达加斯加

《军事手册》

Le droit des conflits armés (The Law of Armed Conflict), Ministère des Forces Armées, August 1994.

马里

《军队服务条例》

Règlement du service dans l'armée, 1ère Partie: Discipline générale (Army Service Regulations, Part I: General Discipline), Ministère de la Défense Nationale, 1979.

摩洛哥

《纪律条例》

Règlement de discipline général dans les Forces Armées Royales (General Disciplinary Regulations in the Royal Armed Forces), Dahir n° 1-74-383 du 15 rejeb 1394, 5 August 1974, published in *Bulletin Officiel*, 9 December 1974.

尼泊尔

《军队手册》

Nepal Army Handbook on Law of Armed Conflict, Fighting by the Rules, Chief of the Army Staff, Nirendra Pd. Aryal, Brig. Gen. (JAG), 2011.

荷兰

《军事指南》

Handboek KL-Militair (Military Handbook), Voorschrift VS 2-1352, Koninklijke Landmacht (Royal Army), Druk 1, 3 October 2003.

《军事手册》

Humanitair Oorlogsrecht: Handleiding (The Humanitarian Law of War: A Manual), Voorschift No. 27-412, Koninklijke Landmacht, Militair Juridische Dienst, September 2005.

新西兰

《军事手册》

Interim Law of Armed Conflict Manual, DM 112, New Zealand Defence Force, Directorate of Legal Services, 26 November 1992.

尼日利亚

《国际人道法手册》

International Humanitarian Law (IHL), Directorate of Legal Services, Nigerian Army, 1994.

秘鲁

《国际人道法手册》

Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas (Manual of International Humanitarian Law for the Armed Forces), Resolución Ministerial N° 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA, Centro del Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas, Lima, 1 December 2004, published in *Diario Oficial 'El Peruano'*, 8 December 2004, p. 281904.

《国际人道法与人权手册》

Manual de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas (Manual of International Humanitarian Law and Human Rights for the Armed Forces), Resolución Viceministerial No 049-2010/DE/VPD, Ministerio de Defensa, Dirección de Educación y Doctrina, Centro del Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de las Fuerzas Armadas, Lima, 21 May 2010.

菲律宾

《关于遵守国际人道法与人权的联合通函》

Implementation Guidelines for Presidential Memorandum Order No. 393 dated 9 September 1991, Directing the Armed Forces of the Philippines and the Philippine National Police to Reaffirm their Adherence to the Principles of Humanitarian Law and Human Rights in the Conduct of Security/Police Operations, Joint Circular Number 2-91, Department of National Defense and Department of Interior and Local Government, 1991.

《空军手册》

Air Power Manual, Philippine Air Force, Headquarters, Office of Special Studies, May 2000.

《武装冲突法教学资料》

The Law of Armed Conflict, Teaching File for Instructors, Armed Forces of the Philippines, Quezon City, 2006.

俄罗斯联邦

《军事手册》

Instructions on the Application of the Rules of International Humanitarian Law by the Armed Forces of the USSR, Appendix to Order No. 75 of the Defence Minister, 1990.

《国际人道法适用条例》

Application of IHL Rules, Regulations for the Armed Forces of the Russian Federation) (Nastavlenie po mezhdunarodnomu gumanitarnomu pravu dlya Vooruzhennyh Sil Rossiiskoi Federatsii), Ministry of Defence, Moscow, 8 August 2001.

塞内加尔

《国际人道法手册》

Le Droit international humanitaire adapté au contexte des opérations de maintien de l'ordre (International Humanitarian Law in Law-Enforcement Operations), Ministère des Forces Armées, Haut Commandement de la Gendarmerie et Direction de la Justice Militaire, Cabinet, 1999.

塞拉利昂

《指导员手册》

The Law of Armed Conflict. Instructor Manual for the Republic of Sierra Leone Armed Forces (RSLAF), Armed Forces Education Centre, September 2007.

斯里兰卡

《军事手册》

A Soldier's Guide to the Law of Armed Conflict, Sri Lanka Army Headquarters, Colombo, 20 November 2003.

南非

《武装冲突法手册》

Presentation on the South African Approach to International Humanitarian Law, Appendix A, Chapter 4: International Humanitarian Law (The Law of Armed Conflict), National Defence Force, 1996. This manual is also included in Chapter 4 of the Draft Civic Education Manual of 1997.

《公民教育手册修订版》

Revised Civic Education Manual, South African National Defence Force, 2004.

西班牙

《武装冲突法手册》

Orientaciones: el derecho de los conflictos armados (Guidelines on the Law of Armed Conflict), Publicación OR7-004, 2 tomos, Estado Mayor del Ejército, División de Operaciones, 18 March 1996.

《武装冲突法手册》

Orientaciones: el derecho de los conflictos armados (Guidelines on the Law of Armed Conflict), Tomo 1, Publicación OR7–004 (2a edición), Ministerio de Defensa, Ejército de Tierra, Mando de Adiestramiento y Doctrina, Dirección de Doctrina, Orgánica y Materiales, 2 November 2007.

瑞典

《国际人道法手册》

International Humanitarian Law in Armed Conflict, with reference to the Swedish Total Defence System, Swedish Ministry of Defence, January 1991.

瑞士

《军事手册》

Lois et coutumes de la guerre (Laws and Customs of War), Manuel 51.7/III dfi, Armée suisse, 1 January 1984.

《基础军事手册》

Lois et coutumes de la guerre (Extrait et commentaire) (Laws and Customs of War (Extracts and Commentary)), Règlement 51.7/II f, Armée suisse, 1 September 1987.

多哥

《军事手册》

Le Droit de la Guerre (The Law of War), III fascicules, Etat-major Général des Forces Armées Togolaises, Ministère de la Défense Nationale, 1996.

土耳其

《武装冲突法手册》

Guide to the Law of Armed Conflict of Armed Forces, Partnership for Peace Training Center Command, Turkish General Staff, Ankara, July 2001.

乌克兰

《国际人道法规则适用手册》

Manual on the Application of the Rules of International Humanitarian Law in the Armed Forces of Ukraine, Order No. 400, Ministry of Defence, Kyiv, 11 September 2004.

大不列颠及北爱尔兰联合王国

《军事手册》

The Law of War on Land, being Part III of the Manual of Military Law, The War Office, Her Majesty's Stationery Office, London 1958.

《武装冲突法手册》

The Manual of the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, UK Ministry of Defence, 1 July 2004, published by Oxford University Press, 2005.

《医疗联合条令》

Joint Medical Doctrine, Joint Doctrine Publication 4-03 (JDP 4-03), 3rd edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, May 2011.

《被俘人员联合条令》

Captured Persons (CPERS), Joint Doctrine Publication 1-10 (JDP 1-10), 3rd edition, promulgated as directed by the Chiefs of Staff, January 2015.

《包含英国国家要素的盟军卫生保障联合条令》

Allied Joint Doctrine for Medical Support, with UK National Elements, Ministry of Defence, NATO Standard Allied Joint Publication-4.10(B), published by NATO Standardization Office, May 2015.

美利坚合众国

《战地手册》

The Law of Land Warfare, Field Manual 27-10, Department of the Army, Washington D.C., 18 July 1956, as modified by Change No. 1, 15 July 1976.

《空军手册》

Air Force Pamphlet 110-31, International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations, US Department of the Air Force, 1976.

《空军指挥官手册》

Commander's Handbook on the Law of Armed Conflict, Air Force Pamphlet 110-34, Judge Advocate General, Department of the Air Force, Judge Advocate General, Washington D.C., 25 July 1980.

《海军条例》

United States Navy Regulations, Department of the Navy, Washington D.C., 14 September 1990.

《军事行动法手册》

Operational Law Handbook, JA 422, Center for Law and Military Operations and International Law Division, The Judge Advocate General's School, United States Army, Charlottesville, Virginia, 1993.

《关于敌军被俘人员、留用人员、平民被拘禁者和其他被拘留人员的军队条例》

Military Police: Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees, Army Regulation 190-8/OPNAVINST 3461.6/AFJI 31-304/MCO 3461.1, Headquarters, Departments of the Army, the Navy, the Air Force, and the Marine Corps, Washington D.C., 1 October 1997.

《战区医疗后送》

Medical Evacuation in a Theater of Operations: Tactics, Techniques, and Procedures, Field Manual 8-10-6, Department of the Army, Washington D.C., 14 April 2000.

《兽医服务手册》

Veterinary Service: Tactics, Techniques, and Procedures, Headquarters, Department of the Army, Field Manual 4-02.18, Washington, DC, 30 December 2004.

《军队制服和徽章》

Wear and Appearance of Army Uniforms and Insignia, Army Regulation 670-1, Headquarters, Department of the Army, Washington, D.C., 3 February 2005.

《人力情报搜集者行动》

Human Intelligence Collector Operations, Field Manual 2-22.3, Headquarters, Department of the Army, Washington, D.C., 6 September 2006.

《医疗后送手册》

Medical Evacuation, Field Manual 4-02.2, Headquarters, Department of the Army, Washington D.C., 8 May 2007.

《海军手册》

The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1-14M/MCWP 5-12.1/COMDTPUB P5800.7A, Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters, US Marine Corps, Department of Homeland Security and US Coast Guard, Washington D.C., edition of July 2007.

《战争法手册》

Law of War Deskbook, International and Operational Law Department, The United States Army Judge Advocate General's Legal Center and School, Charlottesville, Virginia, January 2010.

《军事委员会手册》

Manual for Military Commissions, Department of Defense, Office of the Secretary of Defense, published in implementation of Chapter 47A of Title 10, United States Code, as amended by the Military Commissions Act of 2009, 10 U.S.C, sections 948a, *et seq*., edition of April 2010.

《武装冲突法手册》

Law of Armed Conflict Deskbook, International and Operational Law Department, The United States Army Judge Advocate General's Legal Center and School, Charlottesville, Virginia, 2012.

《军队医疗卫生系统》

Army Health System, Field Manual 4-02, Headquarters, Department of the Army, Washington, D.C., August 2013 (supersedes Army Tactics, Techniques, and Procedures 4-02, October 2011).

《联合作战中的宗教事务》

Religious Affairs in Joint Operations, Joint Publication 1-05, Joint Chiefs of Staff, 20 November 2013.

《拘留行动手册》

Detainee Operations, Joint Publication 3-63, Joint Chiefs of Staff, Washington D.C., 13 November 2014.

《战争法手册》

Department of Defense Law of War Manual, Office of General Counsel, Department of Defense, Washington D.C., June 2015

五、国内立法

澳大利亚

《国际刑事法院法》

International Criminal Court Act 2002, an Act to facilitate compliance by Australia with obligations under the Rome Statute of the International Criminal Court, and for related purposes, Act No. 41 of 2002, 27 June 2002.

《日内瓦公约法》及其修正案

Geneva Conventions Act 1957, Act No. 103 of 1957 as amended, an Act to enable effect to be given to certain Conventions done at Geneva on 12 August 1949 and to a Protocol additional to those Conventions done at Geneva on 10 June 1977, and for related purposes, adopted on 18 December 1957, published in *Gazette*, 1959;
as amended by an Act to amend the Geneva Conventions Act 1957, Act No. 27 of 1991, adopted on 4 March 1991 and published in *Acts of the Parliament of the Commonwealth* 1991, Vol. I, Australian Government Publishing Service, Canberra, 1992, pp. 929–1006, and an Act to amend the Criminal Code Act 1995 and certain other Acts in consequence of the enactment of the International Criminal Court Act 2002, and for other purposes, Act No. 42 of 2002, assented to on 27 June 2002.

奥地利

《红十字保护法》

Bundesgesetz über die Anerkennung des Österreichischen Roten Kreuzes und den Schutz des Zeichens des Roten Kreuzes (Rotkreuzgesetz – RKG) (Federal Law on the Recognition of the Austrian Red Cross and the Protection of the Red Cross Emblem (Red Cross Law)), 6 December 2007, published in *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (BGBl.), Part I, No. 33, 11 January 2008.

阿塞拜疆

《标志法》

Law of the Republic of Azerbaijan on the use and protection of the red cross and red crescent emblems, No. 128-IIQ, 8 May 2001, published in *Collection of Legislative Acts of the Republic of Azerbaijan*, No. 6, 30 June 2001, Article 382, pp. 1060–1064.

白俄罗斯

《标志法》

Law on the use and protection of the emblem of the Red Cross and the Red Crescent in the Republic of Belarus, Law No. 382-3, 12 May 2000, National Registry of the Legal Acts of the Republic of Belarus, 3 May 2000, 4/1168, published in *Vedomosti of the National Assembly of the Republic of Belarus*, 2000, N13, p. 121.

比利时

《标志保护法》

Loi du 4 juillet 1956 relative à la protection des dénominations, signes et emblèmes de la Croix-Rouge (Law relating to the protection of the names, signs and emblems of the Red Cross), 4 July 1956, published in *Moniteur belge*, No. 193, 11 July 1956, p. 4616.

波斯尼亚和黑塞哥维那

《标志法》

Law on the use and protection of the red cross emblem and the title of the Red Cross Society of Bosnia and Herzegovina, 29 April 2002, published in the *Official Gazette of Bosnia and Herzegovina*, No. 11/02, 30 May 2002, pp. 274–276.

文莱达鲁萨兰国

《国家红会设立法》

Persatuan Bulan Sabit Merah Negara Brunei Darussalam (Incorporation) Act, An Act to incorporate the Red Cross Society by the name of Persuatan Bulan Sabit Merah Negara Brunei Darussalam, 28 November 1990.

布基纳法索

《关于武装部队适用国际人道法的法令》

Arrêté n° 94-0125/DEF/CAB portant institution du Droit International Humanitaire (D.I.H.) au sein des Forces Armées (Decree introducing International Humanitarian Law (IHL) in the Armed Forces), 26 December 1994.

《标志法》

Décret no 2003-621/PRES promulguant la loi no 059-2003/AN du 23 octobre 2003 portant utilisation et protection des emblèmes de la croix rouge et du croissant rouge au Burkina Faso (Law on the use and protection of the red cross and red crescent emblems in Burkina Faso), 23 October 2003, published in *Journal officiel du Burkina Faso*, No. 52, 25 December 2003, pp. 1831–1833.

柬埔寨

《柬埔寨法院特别法庭设立法》及其修正案

Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, 10 August 2001, published in *Royal Gazette*, Vol. 9, No. 30, 15 August 2001, pp. 2149–2170; as amended on 27 October 2004, published in *Royal Gazette*, Vol. 4, No. 40, 31 October 2004, pp. 2149–2170.

《红十字或红新月标志法》

Royal Decree on the Use and Protection of the Red Cross or Red Crescent Emblem, 6 May 2002.

喀麦隆

《标志法》

Law No. 97-2 on the protection of the red cross emblem and name, 10 January 1997, published in *Official Gazette of the Republic of Cameroon*, 7th Year, No. 2, 1 February 1997, pp. 63–66.

加拿大

《日内瓦公约法》及其修正案

Geneva Conventions Act, An Act respecting the Geneva Conventions, 1949, 1985, published in *Revised Statutes of Canada*, 1985, Vol. V, 1985, chapter G-3;

as amended by An Act to amend the Geneva Conventions Act, the National Defence Act and the Trade-marks Act, 12 June 1990, published in *Canada Gazette*, Part III, Vol. 13, 14 September 1990, chapter 14;

as amended by An Act to amend the Geneva Conventions Act, an Act to incorporate the Canadian Red Cross Society and the Trade-marks Act, 22 June 2007, published in *Canada Gazette*, Part III, Vol. 30, No. 2, 31 July 2007, chapter 26.

《危害人类罪和战争罪法》及其修正案

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, An Act respecting genocide, crimes against humanity and war crimes and to implement the Rome Statute of the International Criminal Court, and to make consequential amendments to other Acts, 29 June 2000, published in *Canada Gazette*, Part III, Vol. 23, No. 3, 9 August 2000, chapter 24;

as amended by An Act to amend the Criminal Code (organized crime and law enforcement) and to make consequential amendments to other Acts, assented to on 18 December 2001, published in *Canada Gazette*, Part III, Vol. 24, No. 5, 13 February 2002, chapter 32.

中非共和国

《标志法》

Loi no 09.006 portant protection de l'emblème et du nom Croix-Rouge en République centrafricaine (Law protecting the emblem and name of the Red Cross in the Central African Republic), 8 June 2009.

智利

《标志法》及其修正案

Ley núm. 6.371, de 1939, que protege el Emblema de la Cruz Roja (Law protecting the Red Cross Emblem), 8 August 1939;

as amended by Ley núm. 19.511, Modifica la Ley núm. 6.371, de 1939, que protege el Emblema de la Cruz Roja (Law amending the Law protecting the Red Cross Emblem), 31 July 1997, published in *Diario Oficial de la República de Chile*, No. 35.858, 3 September 1997, p. 2.

《危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪法》

Ley núm. 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra (Law repressing crimes against humanity, genocide and war crimes), 26 June 2009, published in *Diario Oficial de la República de Chile*, 18 July 2009.

哥伦比亚

《标志法》

Ley 875 del 2 de enero de 2004 por la cual se regula el uso del emblema de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y otros emblemas protegidos por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus protocolos adicionales (Law regulating use of the emblem of the Red Cross and the Red Crescent and other emblems protected by the Geneva Conventions of 12 August 1949 and their Additional Protocols), 2 January 2004, published in *Diario Oficial*, No. 45.418, 2 January 2004.

《第138号法令》

Decreto No. 138 por el cual se reglamentan los artículos 5, 6, 14 y 18 de la Ley 875 de 2004 y se dictan otras disposiciones (Decree regulating Articles 5, 6, 14 and 18 of Law No. 875 of 2004 and establishing other provisions), adopted by the President on 25 January 2005, published in *Diario Oficial*, No. 45.804, 27 January 2005.

芬兰

《刑法典》及其修正案

Penal Code, Act No. 39/1889, 19 December 1889; as amended by Act No. 212/2008, Chapter 11, War crimes and crimes against humanity (Laki rikoslain muuttamisesta), 11 April 2008, published in *Suomen säädöskokoelma*, 17 April 2008, pp. 525–530.

法国

《刑法典》及其修正案

Loi no 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (Law reforming the general provisions of the Penal Code), 22 July 1992, published in *Journal officiel de la République française*, No. 169, 23 July 1992 p. 9864, NOR: JUSX8900136L;
as further amended in 1992 and 1993 and amended by Loi no 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale (Law adapting criminal law to the establishment of the International Criminal Court), 9 August 2010, published in *Journal officiel de la République française*, No. 183, 10 August 2010, p. 14678, NOR: JUSX0500268L.

格鲁吉亚

《标志法》

Law No. 902 on the Red Cross and Red Crescent emblem and designation, 2 October 1997, published in *Parlamentis Utskebani*, No. 43, 30 October 1997, pp. 8–10.

德国

《行政犯罪法典》

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) (Code of Administrative Offences), 24 May 1968, published in *Bundesgesetzblatt* (BGBl.), Part I, No. 33, 30 May 1968, pp. 481–502.

《红十字法》

Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz und andere freiwillige Hilfsgesellschaften im Sinne der Genfer Rotkreuz-Abkommen (DRK-Gesetz – DRKG) (Act on the German Red Cross and other voluntary societies as defined in the Geneva Conventions), 5 December 2008, published in *Bundesgesetzblatt* (BGBl.), Part I, No. 56, 10 December 2008, p. 2346.

危地马拉

《标志法》及其修正案

Ley de protección y uso del Emblema de la Cruz Roja (Law on protection and use of the Red Cross Emblem), 4 November 1997, Decreto número 102-97 del Congreso de la República, published in *Diario de Centro América*, No. 78, 18 November 1997, pp. 2562–2566;

as amended by Decreto número 27-2011 : reformas al Decreto número 102-97 del Congreso de la República, Ley de protección y uso del emblema de la Cruz Roja (Decree amending Decree No. 102-97 on protection and use of the Red Cross Emblem), 8 December 2011, published in *Diario de Centro América*, No. 40, 8 December 2011, pp. 1–2.

几内亚

《标志法》

Loi L/95010/CTRN portant usage et protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge guinéenne (Law on the use and protection of the emblem and name of the Guinean Red Cross), 9 May 1995, published in *Journal Officiel*, No. 10, 25 May 1995, pp. 494–660.

印度

《日内瓦公约法》

Geneva Conventions Act, 1960, An Act to enable effect to be given to certain international Conventions done at Geneva on the twelfth day of August, 1949, to which India is a party, and for purposes connected therewith, Act No. 6 of 1960, 12 March 1960, published in *Gazette of India*, No. 7, 12 March 1960, pp. 208–215.

伊拉克

《伊拉克最高刑事法庭设立法》

Law No. 10/2005 establishing the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, 9 October 2005, published in *Al-Waqa'i Al-Iraqiya*, No. 4006, Year 47, 18 October 2005. Further to the promulgation of this law, the Elements of Crimes for the Supreme Iraqi Criminal Tribunal were adopted.

爱尔兰

《日内瓦公约法》及其修正案

Geneva Conventions Act, 1962, An Act to enable effect to be given so far as Ireland is concerned to certain provisions of the Conventions done at Geneva on the 12th day of August, 1949, relative to the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field, the amelioration of the condition of wounded and shipwrecked members of armed forces at sea, the treatment of prisoners of war, and the protection of civilian persons in time of war, Act No. 11 of 21 April 1962, published in *The Acts of the Oireachtas* passed in the year 1962, pp. 114–487;

as amended by an Act to enable effect to be given to the Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949 adopted at Geneva on 8 June 1977 and for that purpose to amend the Geneva Conventions Act, 1962, the Red Cross Acts, 1938 to 1954, and section 1 of the Prisoners of War and Enemy Aliens Act, 1956, and to provide for connected matters, Act No. 35 of 13 July 1998, published in *The Acts of the Oireachtas* passed in the year 1998, pp. 827–908.

哈萨克斯坦

《标志指令》

Instruction No. 455 on procedure for the usage of the heraldic emblem of the red crescent on a white background, Order of the Minister of Defence of the Republic of Kazakhstan, 26 November 2002.

肯尼亚

《日内瓦公约法》

The Geneva Conventions Act, An Act of Parliament to enable effect to be given to certain International Conventions done at Geneva on the 12th August 1949, and for purposes incidental thereto, Act No. 51 of 19 November 1968, published in *The Acts 1968*, No. 51 of 1968.

基里巴斯

《日内瓦公约法》

Geneva Conventions Act 1993, An Act to enable continued effect to be given to the Geneva Conventions relating to the wounded, prisoners of war and civilians in time of war, done on 12th August 1949; and for connected purposes, 16 June 1993.

吉尔吉斯斯坦

《标志法》

Law on the use and protection of the emblem of the red crescent and red cross, 8 September 2000, published in *Vedomosti Zakonodatel'nogo Sobraniya Zhogorku Kenesha Kyrgyzskoy Respubliki*, 2000.

立陶宛

《红十字会和标志法》

Lietuvos Raudonojo Kryžiaus draugijos, Raudonojo Kryžiaus ir Raudonojo Pusmenulio emblemos ir pavadinimo istatymas (Law on the Lithuanian Red Cross Society, the Red Cross and Red Crescent emblems and name), No. VIII-1978, 10 October 2000, published in *Valstybės žinios*, No. 89-2744, 2000.

马里

《标志法》

Loi no 9/018 relative à l'utilisation et à la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge au Mali (Law on the use and protection of the emblem and name of the Red Cross and the Red Crescent in Mali), 26 June 2009.

摩洛哥

《标志法》

Dahir no 1-58-256 du 15 rebia II 1378 (29 octobre 1958) relatif à l'emploi de l'emblème du Croissant-Rouge (Decree on use of the Red Crescent emblem), 29 October 1958, published in *Bulletin officiel*, No. 2406, 5 December 1958, p. 1968.

纳米比亚

《红十字法》

Namibia Red Cross Act, 1991, Act to accord recognition to the Namibia Red Cross Society as the only Red Cross Society in Namibia; to prohibit the unauthorised use of the name or emblem of the Red Cross or Red Crescent; and to provide for matters incidental thereto, 28 November 1991, published in *Government Gazette of the Republic of Namibia*, No. 313, 7 December 1991.

《日内瓦公约法》

Geneva Conventions Act, 2003, Act to give effect to certain Conventions done at Geneva on 12 August 1949 and to certain Protocols additional to those Conventions done at Geneva on 10 June 1977; and to provide for matters relating thereto, Act No. 15, 28 November 2003, published in *Government Gazette of the Republic of Namibia*, No. 3109, 18 December 2003.

尼日尔

《刑法典》及其修正案

Loi n° 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code pénal (Law instituting the Penal Code), 15 July 1961, published in *Journal officiel*, 15 November 1961;
as amended in 2003 by Loi n° 2003-25 du 13 juin 2003 modifiant la loi n° 61-27 du 15 juillet 1961, portant institution du Code pénal (Law amending Law No. 61-27 instituting the Penal Code), published in *Journal officiel spécial*, No. 4, 7 April 2004.

尼日利亚

《日内瓦公约法》

Geneva Conventions Act, 1960, An Act to enable effect to be given in the Federal Republic of Nigeria to certain international conventions done at Geneva on the twelfth day of August, nineteen hundred and forty-nine and for purposes connected therewith, Act No. 54 of 30 September 1960, published in *Laws of the Federation of Nigeria*, Revised edition, Vol. IX, CAP. 162, 1990, pp. 6265–6280.

巴拿马

《标志法》

Ley núm. 32 de 4 de julio de 2001 que dicta disposiciones para la protección y el uso del emblema de la Cruz Roja y el de la Media Luna Roja (Law providing for the protection and use of the Red Cross and Red Crescent emblems), 4 July 2001, published in *Gaceta Oficial*, Year XCVII, No. 24339, 6 July 2001, pp. 21–26.

菲律宾

《标志法》

Red Cross and Other Emblems Act of 2013, An Act defining the use and protection of the red cross, red crescent, and red crystal emblems, providing penalties for violations thereof and for other purposes, Republic Act No. 10530, 7 May 2013.

波兰

《刑法典》

Penal Code, 6 June 1997, published in *Journal of Laws of the Republic of Poland*, No. 88, 2 August 1997, item No. 553, pp. 2677–2716.

南非

《国际刑事法院法》

Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court, Act No. 27 of 2002, Act to provide for a framework to ensure the effective implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court in South Africa; to ensure that South Africa conforms with its obligations set out in the Statute; to provide for the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes; to provide for the prosecution in South African courts of persons accused of having committed the said crimes in South Africa and beyond the borders of South Africa in certain circumstances; to provide for the arrest of persons accused of having committed the said crimes and their surrender to the said Court in certain circumstances; to provide for cooperation by South Africa with the said Court; and to provide for matters connected therewith, 12 July 2002, published in *Government Gazette*, Vol. 445, No. 23642, 18 July 2002.

《标志法》

South African Red Cross Society and Legal Protection of Certain Emblems Act, Act No. 10 of 2007, Act to provide statutory recognition for the South African Red Cross Society; and to provide statutory protection for certain emblems; and to provide for matters connected therewith, 9 August 2007, published in *Government Gazette*, Vol. 506, No. 30178, 16 August 2007.

《日内瓦公约法》

Implementation of the Geneva Conventions Act, Act No. 8 of 2012, Act to enact the Geneva Conventions and Protocols additional to those Conventions into law; to ensure prevention and punishment of grave breaches and other breaches of the Conventions and Protocols; and to provide for matters connected therewith, 11 July 2012, published in *Government Gazette*, Vol. 565, No. 35513, 12 July 2012.

斯里兰卡

《日内瓦公约法》

Geneva Conventions Act, Act No. 4 of 2006, An Act to give effect to the First, Second, Third and Fourth Geneva Conventions on Armed Conflict and Humanitarian Law; and to provide for matters connected therewith or incidental thereto, 26 February 2006, published as a Supplement to Part II of the *Gazette of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, 3 March 2006.

瑞士

《公共徽章法》及其修正案

Loi fédérale pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics (Federal law on the protection of coats of arms and other public insignia), Loi n° 232.21, 5 June 1931;

as amended by Loi du 21 juin 2013 sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics (Law on the protection of the coats of arms of Switzerland and other public insignia), 21 June 2013 entry into force on 1 January 2017, published in *Recueil officiel des lois fédérales*, 2015, pp. 3679–3696.

《刑法典》及其修正案

Code pénal suisse (Swiss Penal Code), RS 311.0, 21 December 1937, published in *Recueil officiel des lois fédérales*, 1938, pp. 781–876;

taking into account amendments up to Ordonnance du 12 décembre 2008 sur l'adaptation des dispositions légales suite au transfert des unités de renseignements du Service d'analyse et de prévention au DDPS (Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports) (Ordinance of 12 December 2008 on the Adaptation of Legal Provisions Following the Transfer of Instruction Units of the Analysis and Prevention Service of the DDPS (Federal Department of Defence, Civil Protection and Sport)), published in *Recueil officiel des lois fédérales*, 2008, pp. 6261–6268.

塔吉克斯坦

《标志法》

Law on the use and protection of the Red Cross and Red Crescent emblems and appellations in the Republic of Tajikistan, Law No. 26, 12 May 2001.

泰国

《红十字法》

The Red Cross Act, B.E. 2499, 1 August 1956, published in *Government Gazette*, Vol. 63, No. 73, 14 August 1956, pp. 924–929.

土库曼斯坦

《标志法》

Law of Turkmenistan on the use and protection of the red crescent and red cross symbols, 7 July 2001, published in *XXI Asyr – Türkmenin Altyn Asyry*, No. 186 (23169), 27 July 2001, p. 2.

大不列颠及北爱尔兰联合王国

《日内瓦公约法》及其修正案

Geneva Conventions Act, 1957, an Act to enable effect to be given to certain international conventions done at Geneva on the twelfth day of August, nineteen hundred and forty-nine, and for purposes connected therewith (Chapter 52), 31 July 1957, published in *The Public General Acts and Church Assembly Measures of 1957*, pp. 543–682 (also applicable to Fiji, Gambia, Kiribati, Solomon Islands, Trinidad and Tobago, and Tuvalu);

amended by the Geneva Conventions (Amendments) Act, 1995, an Act to make provision for the amendment of the Geneva Conventions Act 1957 to enable effect to be given to the Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949 done at Geneva on 10 June 1977; and for connected purposes (Chapter 27), 19 July 1995, published in *The Public General Acts and General Synod Measures 1995*, 1997, pp. 1854–1920;

as amended by the Geneva Conventions and United Nations Personnel (Protocols) Act, 2009, an Act to amend the Geneva Conventions Act 1957 so as to give effect to the Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 done on 8 December 2005; and to amend the United Nations Personnel Act 1997 so as to give effect to the Optional Protocol to the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel adopted by the General Assembly of the United Nations on 8 December 2005 (Chapter 6), 2 July 2009.

《国际刑事法院法》

International Criminal Court Act, 2001, an Act to give effect to the Statute of the International Criminal Court; to provide for offences under the law of England and Wales and Northern Ireland corresponding to offences within the jurisdiction of that Court; and for connected purposes (Chapter 17), 11 May 2001, published in *The Public General Acts and General Synod Measures 2001*, 2001, pp. 1261–1340;

as amended by the International Criminal Court Act (Overseas Territories) Order 2009, 8 July 2009;

as amended by the Coroners and Justice Act, 2009, an Act to amend the law relating to coroners, to investigation of deaths and to certification and registration of deaths; to amend the criminal law; to make provision about criminal justice and about dealing with offenders; to make provision about the Commissioner for Victims and Witnesses; to make provision relating to the security of court and other buildings; to make provision about legal aid and about payments for legal services provided in connection with employment matters; to make provision for payments to be made by offenders in respect of benefits derived from the exploitation of material pertaining to offences; to amend the Data Protection Act 1998; and for connected purposes (Chapter 25), 12 November 2009.

美利坚合众国

《日内瓦特殊标志法》

Geneva Distinctive Emblems, United States Code, Title 18 – Crimes and Criminal Procedure, Part I – Crimes, Chapter 33 – Emblems, Insignia, and Names, section 706a, 25 June 1948.

《统一军事司法法典》及其修正案

Uniform Code of Military Justice, United States Code, Title 10 – Armed Forces, Subtitle A – General Military Law, Part II – Personnel, Chapter 47, sections 801–946, adopted 5 May 1950;

as amended by the John Warner National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2007, an Act to authorize appropriations for fiscal year 2007 for military activities of the Department of Defense, for military construction, and for defense activities of the Department of Energy, to prescribe military personnel strengths for such fiscal year, and for other purposes, Public Law 109-364, 120 Stat. 2083, 17 October 2006, section 552.

《日内瓦特殊标志保护法》

Geneva Distinctive Emblems Protection Act of 2006, an Act to amend title 18, United States Code, to prevent and repress the misuse of the Red Crescent distinctive emblem and the Third Protocol (Red Crystal) distinctive emblem, Public Law 109-481, 12 January 2007.

乌拉圭

《标志法令》

Decreto núm. 679/992, Emblemas: Díctanse normas para el uso de los emblemas de la cruz roja y de la media luna roja, así como los vocablos ‘Cruz Roja’, ‘Cruz de Ginebra’ y ‘Media Luna Roja’ (Decree on the use of the emblems of the red cross and the red crescent, and of the names ‘Red Cross’, ‘Geneva Cross’ and ‘Red Crescent’), 24 November 1992, published in *Diario Oficial*, 1 March 1993, pp. 499–500.

兹别克斯坦

《红新月与红十字标志使用及保护法》

Law No. 615-II on use and protection of the emblems of the Red Crescent and the Red Cross, 29 April 2004, published in *Sobranie zakonodatelstva Respubliki Uzbekistan*, No. 20, 2004, p. 234.

也门

《标志法》

Law No. 43/1999 on the organization and use of the emblems of the Red Cross and Red Crescent and on the prohibition of their misuse, 20 September 1999, published in *Official Gazette of the Republic of Yemen*, No. 18, 30 September 1999, pp. 1–4.

六、国内判例法

澳大利亚

Ohashi case

Military Court at Rabaul, In re Ohashi and others, Judgment, 23 March 1946, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 13, 1946, p. 383.

波斯尼亚和黑塞哥维那

Andrun case

Court of Bosnia and Herzegovina, Section I for War crimes, No. X-KRŽ-05/32, Verdict, 19 August 2008.

喀麦隆

Bagosora case

Cour d'Appel du Centre (Court of Appeals of the Centre Region), Ministère Public contre Théoneste Bagosora (Public Prosecutor *v.* Théoneste Bagosora), Case No. 433/COR, Judgment, 15 March 1996.

加拿大

Ell case

Supreme Court, Ell *v.* Alberta, Judgment, 26 June 2003, [2003] 1 *S.C.R. (Supreme Court Reports)* 857.

Munyaneza case

Quebec Superior Court, Criminal Division, Province of Quebec, Her Majesty the Queen *v.* Désiré Munyaneza, Case No. 500-73-002500-052, Judgment, 22 May 2009, *R.J.Q. (Recueil de jurisprudence du Québec)* 1432.

哥伦比亚

Constitutional Case No. C-225/95

Constitutional Court, Sentencia C-225/95, Expediente No. L.A.T.-40, Constitutional revision of Additional Protocol II and the Law 171 of 16 December 1994 implementing this protocol, Judgment, 18 May 1995.

Constitutional Case No. C-291/07

Constitutional Court, Plenary Chamber, Sentencia C-291/07 Judgment, 25 April 2007.

丹麦

Sarić case

High Court (Ostre Landsrets), Prosecutor *v.* Refik Sarić, Case No. S-3396-94, Judgment, 25 November 1994, published in *Ugeskrift for Retsvaesen*, 1995, p. 838.

法国

Bommer case

Permanent Military Tribunal at Metz, Trial of Alois and Anna Bommer and their daughters, Judgment, 19 February 1947, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IX, 1949, p. 62.

Wagner case

Permanent Military Tribunal at Strasbourg, In re Wagner and others, Judgment, 3 May 1946, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 13, 1946, p. 385.

德国

East German Expropriation case

Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), Order of the Second Senate (Zweiter Senat), 26 October 2004, 2 BvR 955/00, 1038/01.

Fuel Tankers case

Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice (Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof), Investigation proceedings against Colonel (Oberst) Klein and Company Sergeant Major (Hauptfeldwebel) Wilhem because of suspected offences under the International Crimes Code and other offences (Ermittlungsverfahren gegen Oberst Klein und Hauptfeldwebel Wilhelm wegen des Verdachts einer Strafbarkeit nach dem VStGB und anderer Delikte), Case No. 3 BJs 6/10-4, Decision to Terminate Proceedings pursuant to section 170 para. 2 sentence 1 of the Penal Procedure Code (Einstellung des Verfahrens gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 StPO), 16 April 2010.

German Red Cross case

Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), Deutsches Rotes Kreuz *v.* Rettungsdienst Süd/Nord GmbH, Judgment, 23 June 1994, I ZR 15/92.

Sokolović case

– Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf), Prosecution *v.* Maksim Sokolović, Case No. 2 StE 6/97, Judgment, 29 November 1999.

– Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof), Prosecution *v.* Maksim Sokolović, Case No. 3 StR 372/00, Judgment, 21 February 2001, published in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, Vol. 37, p. 2728.

Targeted Killing in Pakistan case

Federal Prosecutor General at the Federal Court of Justice, Aerial Drone Deployment on 4 October 2010 in Mir Ali, Pakistan, Case No. 3 BJs 7/12-4, Decision to Terminate Proceedings, 23 July 2013, published in *International Law Reports*, No. 157, pp. 722–761.

以色列

Bassiouni case

Supreme Court sitting as High Court of Justice, Jaber al Bassiouni al Ahmed and others *v.* Prime Minister and Minister of Defence of Israel, HCJ 9132/07, Judgment, 27 January 2008.

Physicians for Human Rights v. Prime Minister of Israel and others

Supreme Court sitting as High Court of Justice, Physicians for Human Rights and others *v.* Prime Minister of Israel and others & Gisha Legal Centre for Freedom of Movement and others *v.* Minister of Defence, HCJ 201/09 & HCJ 248/09, Judgment, 19 January 2009.

Public Committee against Torture in Israel case

Supreme Court, The Public Committee against Torture in Israel and others *v.* Government of Israel and others, HCJ 769/02, Judgment, 14 December 2006.

Tzemel case

Supreme Court sitting as High Court of Justice, Leah Tzemel, Attorney, and others *v.* The Minister of Defence and Commander of the Antzar Camp, HCJ 593/82, Judgment, 13 July 1983, summarized in *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 13, 1983, pp. 360–364.

意大利

Hass and Priebke case

– Military Tribunal of Rome, In re Hass and Priebke, Judgment in Trial of First Instance, No. 322, 22 July 1997, published in *Rassegna della Giustizia Militare*, Nos 1-2-3, 1999, p. 103.

– Military Appeals Court, In re Hass and Priebke, Judgment on Appeal, No. 24, 7 March 1998, published in *Rassegna della Giustizia Militare*, Nos 4-5-6, 1999, p. 25.

– Supreme Court of Cassation, In re Hass and Priebke, Judgment in Trial of Third Instance, No. 1295, 16 November 1998, published in *Rassegna della Giustizia Militare*, Nos 4-5-6, 1999, p. 145.

Kappler case

Military Tribunal of Rome, In re Kappler, Judgment, 20 July 1948, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 15, 1948, p. 471.

荷兰

In re Ernest case

Supreme Court (Minor Offences Division), In re Ernest Andreas Josephus Maria van A., Case No. 484, Judgment, 15 May 1979, published in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1979, p. 1543.

Mpambara case

– District Court (Rechtbank), The Hague, Mpambara case, Judgment, 23 March 2009, LJ number BK0520.

– Court of Appeal (Gerechtshof), The Hague, Mpambara case, Judgment, 7 July 2011, LJ Number BR0686.

Rauter case

– Special Court (War Criminals) at The Hague, In re Rauter, Judgment, 4 May 1948, published in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XIV, 1949, p. 88.

– Special Court of Cassation, In re Rauter, Judgment, 12 January 1949, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 16, 1949, p. 526.

挪威

Bogstadveien tannlegevakt case

District Court of Oslo (Oslo Tingsrätt), Case No. 07-002291MED-OTIR/02, Public Prosecutor (den offentilga patalemyndigheten) *v.* Bogstadveien tannlegevakt, Judgment, 9 February 2007.

波兰

Hoess case

Supreme National Tribunal of Poland, Trial of Obersturmbannfürher Rudolf Franz Ferdinand Hoess, Judgment, 11–29 March 1947, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, 1948, p. 11.

瑞士

A. v. Ministère Public de la Confédération case

Federal Criminal Court, A. *v.* Ministère Public de la Confédération, B. and C., Judgment, 25 July 2012.

A. SA v. Swiss Red Cross

Federal Tribunal, First Civil Court, Case A. ___ SA *v.* Swiss Red Cross, Judgment, 20 May 2014.

Grabež case

Military Tribunal at Lausanne, Prosecutor *v.* Goran Grabež, Judgment, 18 April 1997, published in *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, p. 78.

大不列颠及北爱尔兰联合王国

Almelo Trial

Military Court at Almelo, Trial of Otto Sandrock and three others (aka 'Almelo Trial'), Judgment, 24–26 November 1945, published in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, 1947, p. 35.

Brown (Bajinja) and others case

High Court of Justice Divisional Court, Vincent Brown aka Vincent Bajinja and others *v.* The Government of Rwanda and the Secretary of State for the Home Department, Case No. CO/6247/2008, Judgment, 8 April 2009.

Essen Lynching case

Military Court at Essen, The Essen Lynching Case, Judgment, 21–22 December 1945, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, 1947, p. 88.

Ganić case

City of Westminster Magistrates' Court, The Government of the Republic of Serbia *v.* Ejup Ganić, Judgment, 27 July 2010, [2010] EW Misc 11 (MC).

Gerike case

Military Court at Brunswick, Trial of Heinrich Gerike and seven others (aka 'The Velpke Children's Home case'), Trial, 20 March–3 April 1946, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, 1948, pp. 76–81.

Jones and others case

House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, Jones (Respondent) *v.* Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Mitchell and others (Respondents) *v.* Al-Dali and others and Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Appellants); Jones (Appellant) *v.* Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) (Respondents) (Conjoined Appeals), Judgment, 14 June 2006, [2006] UKHL 26.

Kramer case

Military Court at Lüneburg, In re Kramer and others (aka 'Auschwitz and Belsen concentration camps case'), Judgment, 17 November 1945, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. II, 1947, p. 1.

R (on the application of Maya Evans) v. Secretary of State for Defence

High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, The Queen (on the application of Maya Evans) *v.* Secretary of State for Defence, Case No. CO/11949/2008, Judgment, 25 June 2010.

Rohde case

Military Court at Wuppertal, Trial of Werner Rohde and eight others, Judgment, 29 May–1 June 1946, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. V, 1948, p. 54.

Serdar Mohammed and others v. Ministry of Defence

–Judgment

High Court of Justice Queen's Bench Division, Royal Courts of Justice, Serdar Mohammed and others *v.* Ministry of Defence, Case No. HQ12X03367, Judgment, 2 May 2014.

– Appeal Judgment

England and Wales Court of Appeal (Civil Division), Serdar Mohammed and others *v.* Ministry of Defence, Case Nos A2/2014/1862, A2/2014/4084 and A2/2014/4086, Judgment, 30 July 2015.

Stalag Luft III case

Military Court at Hamburg, Trial of Max Wielen and 17 others (aka 'Stalag Luft III Case'), Trial of 1 July–3 September 1947, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XI, 1949, pp. 31–52.

Tyrolt case

Military Court at Helmstedt, Trial of Georg Tyrolt and others, Trial, 20 May–24 June 1946, referenced in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, p. 81.

Zyklon B case

Military Court at Hamburg, Trial of Bruno Tesch and two others (aka 'The Zyklon B case'), 1–8 March 1946, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, 1947, p. 93.

美利坚合众国

Altstötter case

Military Tribunal at Nuremberg, In re Altstötter and others (aka 'The Justice Trial'), Judgment, 4 December 1947, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 14, 1947, p. 278.

Al Warafi case

US Court of Appeals for the DC Circuit, Mukhtar Yahia Naji Al Warafi *v.* Barack Obama, Case No. 11-5276, Judgment, 24 May 2013.

Demjanjuk case

US Court of Appeals for the Sixth Circuit, John Demjanjuk *v.* Joseph Petrovsky and others, Case No. 85-3435, Judgment, 31 October 1985, published in *Federal Reporter*, Vol. 776, 1985, p. 571.

Dostler case

Military Commission at Rome, Trial of General Anton Dostler, Commander of the 75th German Army Corps, Judgment, 8–12 October 1945, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, 1947, p. 22.

Flick case

Military Tribunal at Nuremberg, In re Flick and others (aka 'The Flick case'), Judgment, 22 December 1947, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 14, 1947, p. 266.

Hadamar Trial

Military Commission in Wiesbaden, Trial of Alfons Klein and six others (aka 'The Hadamar Trial'), 8–15 October 1945, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, 1947, p. 46.

Hamdan case

– Government Brief on the Merits, Brief for Respondents, submitted 23 February 2006.

– Supreme Court, Salim Ahmed Hamdan, Petitioner *v.* Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, and others, Judgment, 29 June 2006, 548 US 557, 126 S. Ct. 2749.

– Guantanamo Military Commission, United States of America *v.* Salim Ahmed Hamdan, Ruling on Defence Motion for Article 5 Status Determination, 17 December 2007.

Hostages case

Military Tribunal at Nuremberg, Military Tribunal V, The United States of America *v.* Wilhelm List and eleven others, Judgment, 19 February 1948, published in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuernberg, October 1946–April 1949*, Volume XI, United States Printing Office, Washington, 1950, pp. 757–1319, aka 'The Hostages Trial', Trial of 8 July 1947–19 February 1948, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, 1949, pp. 34–92.

I.G. Farben Trial

Military Tribunal at Nuremberg, Trial of Carl Krauch and twenty-two others (aka 'The I.G. Farben Trial'), Trial of 14 August 1947–29 July 1948, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, 1949, p. 1.

Johnson & Johnson case

US District Court for the Southern District of New York, Johnson & Johnson *v.* the American National Red Cross, Opinion and Order, 14 May 2008, 552 *Federal Supplement* 2d 434 (S.D.N.Y. 2008).

Krupp case

Military Tribunal at Nuremberg, Military Tribunal III, The United States of America *v.* Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and eleven others, Judgment, 31 July 1948, published in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Nuernberg, October 1946–April 1949*, Volume IX, United States Printing Office, Washington, 1950, pp. 1327–1484; aka 'The Krupp Trial', Trial of 17 November 1947–30 June 1948, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. X, 1949, p. 69.

Milch case

Military Tribunal at Nuremberg, Trial of Erhard Milch, 20 December 1946–17 April 1947, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VII, 1948, p. 27.

Pohl case

Military Tribunal at Nuremberg, United States *v.* Oswald Pohl and others, Judgment, 3 November 1947, reprinted in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. V, 1997, p. 958.

Siderman de Blake v. Republic of Argentina

US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Siderman de Blake *v.* Republic of

Argentina, Case No. 85-5773, Judgment, 22 May 1992, published in *Federal Reporter*, Vol. 965, 1992, p. 699.

Surrender of Elizaphan Ntakirutimana case

US District Court for the Southern District of Texas – Laredo Division, In the Matter of the Surrender of Elizaphan Ntakirutimana, Memorandum and Order, 17 December 1997, published in *International Law Materials*, Vol. 37, 1998, p. 398.

The Medical Trial

Military Tribunal at Nuremberg, In re Brandt and others (aka 'The Medical Trial'), Judgment, 20 August 1947, summarized in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, Vol. 14, 1947, p. 296.

Von Leeb case

Military Tribunal at Nuremberg, Trial of Wilhelm von Leeb and thirteen others (aka 'The German High Command Trial'), Trial of 30 December 1947–28 October 1948, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XII, 1949, p. 1.

Yochio and others case

Military Commission at the Mariana Islands, Trial of Tachibana Yochio and thirteen others, Trial of 2–15 August 1946, summarized in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. XIII, 1949, p. 152.

Yousuf v. Samantar

US Court of Appeals for the Fourth Circuit, Yousuf *v.* Samantar, Case No. 08-1555, Judgment, 2 November 2012, published in *Federal Reporter*, Vol. 699, 2012, p. 763.

七、国际与混合司法和准司法机构的决定和判决

非洲人权和人民权利委员会

Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS v. Cameroon

Association of Victims of Post Electoral Violence & INTERIGHTS *v.* Cameroon, Communication No. 272/03, Decision, 46th Session, Banjul, 11–25 November 2009.

Centre for Free Speech v. Nigeria

Centre for Free Speech *v.* Nigeria, Communication No. 206/97, Decision, 26th Session, Kigali, 15 November 1999.

Civil Liberties Organisation and others v. Nigeria

Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project *v.* Nigeria, Communication No. 218/98, Decision, 29th Session, Tripoli, 23 April–7 May 2001.

Constitutional Rights Project v. Nigeria

Constitutional Rights Project (in respect of Wahab Akamu, G. Adega and others) *v.* Nigeria, Communication No. 60/91, Decision, 17th Session, Lomé, 13–22 March 1995.

Doebbler v. Sudan

Curtis Francis Doebbler *v.* Sudan, Communication No. 236/2000, Decision, 33rd Session, Niamey, 15–29 May 2003.

Malawi African Association and others v. Mauritania

Malawi African Association *v.* Mauritania, Communication No. 54/91 (combined with Amnesty International *v.* Mauritania (Communication No. 61/91); Ms Sarr Diop and others *v.* Mauritania (Communication No. 98/93); Collectif des Veuves et Ayants-droit *v.* Mauritania (Communication Nos 164/97–196/97; and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme *v.* Mauritania (Communication No. 210/98)), Decision, 27th Session, Algiers, 11 May 2000.

仲裁庭

Naulilaa case

Special Arbitral Tribunal, The Naulilaa Case (Portugal *v.* Germany), Judgment, 31 July 1928, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 1012.

厄立特里亚埃塞俄比亚索偿委员会

Central Front, Eritrea's Claim

Partial Award, Central Front, Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22, The Hague, 28 April 2004.

Central Front, Ethiopia's Claim

Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2, The Hague, 28 April 2004.

Diplomatic Claim, Eritrea's Claim

Partial Award, Diplomatic Claim, Eritrea's Claim 20, The Hague, 19 December 2005.

Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claim

Partial Award, Jus Ad Bellum, Ethiopia's Claims 1-8, The Hague, 19 December 2005.

Prisoners of War, Eritrea's Claim

Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, The Hague, 1 July 2003.

Prisoners of War, Ethiopia's Claim

Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, The Hague, 1 July 2003.

欧洲人权委员会

Corsacov v. Moldova

Corsacov *v.* Moldova, Application No. 18944/02, Judgment, 4 April 2006.

Greek case

Denmark, Norway, Sweden and Netherlands *v.* Greece, Application Nos 3321/67, 3322/67, 3323/67 and 3344/67, Report adopted on 5 November 1969, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, Vol. 12 A (1969), Martinues Nijhoff, The Hague, 1972.

Kismir v. Turkey

Kismir *v.* Turkey, Application No. 27306/95, Judgment, 31 May 2005.

Menesheva v. Russia

Menesheva *v.* Russia, Application No. 59261/00, Judgment, 9 March 2006.

欧洲人权法院

A v. UK

A *v.* the United Kingdom, Application No. 100/1997/884/1096, Judgment, 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI.

Aksoy v. Turkey

Aksoy *v.* Turkey, Application No. 100/1995/606/694, Judgment, 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI.

Al-Saadoon and Mufdhi v. UK

Al-Saadoon and Mufdhi *v.* the United Kingdom, Application No. 61498/08, Judgment, 2 March 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010.

Al-Skeini and others v. UK

Al-Skeini and others *v.* the United Kingdom, Application No. 55721/07, Judgment, 7 July 2011.

Aydin v. Turkey

Aydin *v.* Turkey, Application No. 57/1996/676/866, Judgment, 25 September 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI.

Belilos case

Belilos *v.* Switzerland, Application No. 10328/83, Judgment, 29 April 1988, Series A No. 132.

Çakici v. Turkey

Çakici *v.* Turkey, Application No. 23657/94, Judgment, 8 July 1999.

Catan and others v. Moldova and Russia

Catan and others *v.* the Republic of Moldova and Russia, Application Nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, Grand Chamber, Judgment, 19 October 2012.

Çiraklar v. Turkey

Çiraklar *v.* Turkey, Application No. 70/1997/854/1061, Judgment, 28 October 1998.

Chahal v. UK

Chahal *v.* the United Kingdom, Application No. 70/1995/576/662, Judgment, 15 November 1996.

Chiragov and others v. Armenia

Chiragov and others *v.* Armenia, Application No. 13216/05, Grand Chamber, Judgment, 16 June 2015

Cyprus v. Turkey

Cyprus *v.* Turkey (Merits), Application No. 25781/94, Judgment, 10 May 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-IV.

De Cubber case

De Cubber *v.* Belgium, Application No. 9186/80, Judgment, 26 October 1984, Series A No. 86.

Dougoz v. Greece

Dougoz *v.* Greece (Merits and Just Satisfaction), Application No. 40907/98, Judgment, 6 March 2001.

El Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia

El-Masri *v.* the former Yugoslav Republic of Macedonia, Application No. 39630/09, Judgment, 13 December, 2012.

Findlay v. UK

Findlay *v.* the United Kingdom, Application No. 110/1995/616/706, Judgment, 25 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.

Hirsi Jamaa and others v. Italy

Hirsi Jamaa and others *v.* Italy, Application No. 27765/09, Judgment, 23 February 2012.

Hüsniye Tekin v. Turkey

Hüsniye Tekin *v.* Turkey, Application No. 50971/99, Judgment, 25 October 2005.

Hurtado v. Switzerland

Hurtado *v.* Switzerland, Application No. 17549/90, Judgment, 28 January 1994.

Ilaşcu and others v. Moldova and Russia

Ilaşcu and others *v.* Moldova and Russia, Application No. 48787/99, Judgment, 8 July 2004.

Incal v. Turkey

Incal *v.* Turkey, Application No. 41/1997/825/1031, Judgment, 9 June 1998.

Iovchev v. Bulgaria

Iovchev *v.* Bulgaria, Application No. 41211/98, Judgment, 2 February 2006.

Ireland v. UK

Ireland *v.* the United Kingdom, Application No. 5310/71, Judgment, 18 January 1978, Series A No. 25.

Jaloud v. The Netherlands

Jaloud *v.* The Netherlands, Application No. 47708/08, Judgment, 20 November 2014.

Koval v. Ukraine

Koval *v.* Ukraine, Application No. 65550/01, Judgment, 19 October 2006.

Loizidou v. Turkey

Loizidou *v.* Turkey (Merits and Just Satisfaction), Application No. 40/1993/435/514, Judgment, 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI.

Mehdi Zana v. Turkey

Mehdi Zana *v.* Turkey, Application No. 29851/96, Judgment, 6 March 2001.

Mamatkulov and Askarov v. Turkey

Mamatkulov and Askarov *v.* Turkey, Application Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment, 4 February 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005-I.

Öcalan v. Turkey

Öcalan *v.* Turkey, Application No. 46221/99, Judgment, 12 May 2005.

Osman v. UK

Osman *v.* the United Kingdom, Application No. 23452/94, Judgment, 28 October 1998.

Piersack v. Belgium

Piersack *v.* Belgium, Application No. 8692/79, Judgment, 1 October 1982, Series A No. 53.

Pishchalnikov v. Russia

Pishchalnikov *v.* Russia, Application No. 7025/04, Judgment, 24 September 2009.

Şahiner v. Turkey

Şahiner *v.* Turkey, Application No. 29279/95, Judgment, 25 September 2001.

Salman v. Turkey

Salman *v.* Turkey (Merits and Just Satisfaction), Application No. 21986/93, Judgment, 27 June 2000.

Selmouni v. France

Selmouni *v.* France, Application No. 25803/94, Judgment, 28 July 1999.

Soering v. UK

Soering *v.* the United Kingdom, Application No. 14038/88, Judgment, 7 July 1989.

Thlimmenos v. Greece

Thlimmenos *v.* Greece, Application No. 34369/97, Judgment, 6 April 2000, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-IV.

Yankov v. Bulgaria

Yankov *v.* Bulgaria, Application No. 39084/97, Judgment, 11 December 2003.

柬埔寨法院特别法庭

Ieng Sary case

Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (*Ne bis in idem* and Amnesty and Pardon), Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Decision, 3 November 2011.

Kaing case

The Prosecutor *v.* Kaing Guek Eav (alias: Duch), Case No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, Judgment, 26 July 2010.

Nuon and Khieu case

The Prosecutor *v.* Nuon Chea and Khieu Samphan, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, Judgment, 7 August 2014.

美洲人权委员会

Case 7823 (Bolivia)

Bolivia, Case 7823, Juan Antonio Solano, Resolution No. 32/82, 8 March 1982, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1981–1982*, OAS Doc. OAS/Ser.L/V/II.57 doc. 6 rev. 1, 20 September 1982, p. 42.

Case 10.480 (El Salvador)

El Salvador, Case 10.480, Lucio Parada Cea and others, Report No. 1/99, 27 January 1999, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1998*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.102 doc. 6 rev., 16 April 1999.

Case 10.548 (Peru)

Peru, Case 10.548, Hugo Bustíos Saavedra, Report No. 38/97, 16 October 1997, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1997*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 April 1998.

Case 10.970 (Peru)

Peru, Case 10.970, Raquel Martí de Mejía, Report No. 5/96, 1 March 1996, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1995*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.91 doc. 7 rev., 28 February 1996, p. 157.

Case 11.006 (Peru)

Peru, Case 11.006, Alan García, Report No. 1/95, 7 February 1995, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V.88 doc. 9 rev. 1, 17 February 1995, p. 71.

Case 11.084 (Peru)

Peru, Case 11.084, Jaime Salinas, Report No. 27/94, 30 November 1994, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1994*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V.88 doc. 9 rev.1, 17 February 1995, p. 113.

Case 11.137 (Argentina)

Argentina, Case 11.137, Juan Carlos Abella (aka 'La Tablada case'), Report No. 55/97, 18 November 1997, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1997*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 April 1998, p. 271.

Case 11.142 (Colombia)

Colombia, Case 11.142, Arturo Ribón Avilán, Report No. 26/97, 30 September 1997, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1997*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 April 1998.

Case 11.520 (Mexico)

Mexico, Case 11.520, Tomás Porfirio Rondin (aka 'Aguas Blancas case'), Report No. 49/97, 18 February 1998, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1997*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 April 1998.

Case 11.565 (Mexico)

Mexico, Case 11.565, Ana, Beatriz, and Celia González Pérez v. Mexico, Report No. 129/99, 19 November 1999, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1999*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.106 doc. 6 rev., 13 April 2000.

Case 11.710 (Colombia)

Colombia, Case 11.710, Prada González y Bolaño Castro, Report No. 63/01, 6 April 2001, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2000*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 April 2001, p. 781.

美洲人权法院

Caesar v. Trinidad and Tobago

Caesar *v.* Trinidad and Tobago, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 11 March 2005, Series C No. 123 (2005).

Castillo Petruzzi and others v. Peru

Castillo Petruzzi and others *v.* Peru, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 30 May 1999, Series C No. 52 (1999).

Judicial Guarantees case

Judicial Guarantees in States of Emergency (Articles 27(2), 25 and 8 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87, 6 October 1987, Series A No. 9 (1987), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1988*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/III.19 doc. 13, 31 August 1988, p. 13.

'Juvenile Reeducation Institute' v. Paraguay

'Juvenile Reeducation Institute' *v.* Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 2 September 2004, Series C No. 112 (2004).

Loayza Tamayo v. Peru

Loayza Tamayo *v.* Peru, Merits, Judgment, 17 September 1997, Series C No. 33 (1997).

Mapiripán Massacre case

The 'Mapiripán Massacre' *v.* Colombia, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 15 September 2005, Series C No. 134 (2005).

Maritza Urrutia v. Guatemala

Maritza Urrutia *v.* Guatemala, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 27 November 2003, Series C No. 103 (2003).

Pueblo Bello Massacre case

The Pueblo Bello Massacre *v.* Colombia, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 31 January 2006, Series C No. 140 (2006).

Tibi case

Tibi *v.* Ecuador, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 7 September 2004, Series C No. 114 (2004).

Velásquez Rodríguez case

Velásquez Rodríguez *v.* Honduras, Merits, Judgment, 29 July 1988, Series C No. 4 (1988), *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1988*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/III.19 doc. 13, 31 August 1988, p. 35.

Villagrán Morales and others v. Guatemala

Villagrán Morales and others *v.* Guatemala (aka the 'Street Children case'), Merits, Judgment, 19 November 1999, Series C No. 63 (1999).

国际法院

Aegean Sea Continental Shelf case

Aegean Sea Continental Shelf case (Greece *v.* Turkey), Judgment, 19 December 1978, *ICJ Reports 1978*, p. 3.

Application of the Genocide Convention case

– Preliminary Objections, Judgment

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina *v.* Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), Preliminary Objections, Judgment, 11 July 1996, *ICJ Reports 1996*, p. 595.

– Merits, Judgment

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina *v.* Serbia and Montenegro), Merits, Judgment, 26 February 2007, *ICJ Reports 2007*, p. 43.

Armed Activities on the Territory of the Congo case

Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo *v.* Uganda), Judgment, 19 December 2005, *ICJ Reports 2005*, General List No. 116.

Arrest Warrant case

Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 issued against the Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo by a Belgian Court (Democratic Republic of the Congo *v.* Belgium), Judgment, 14 February 2002, *ICJ Reports 2002*, p. 3.

Corfu Channel case

The Corfu Channel case (United Kingdom *v.* Albania), Merits, Judgment, 9 April 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 4.

Fisheries Jurisdiction case

Fisheries Jurisdiction case (Spain *v.* Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, 4 December 1998, *ICJ Reports 1998*, p. 432.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, 20 December 1980, *ICJ Reports 1980*, p. 73.

Jurisdictional Immunities of the State case

Jurisdictional Immunities of the State (Germany *v.* Italy: Greece intervening), Judgment, 3 February 2012, *ICJ Reports 2012*, p. 99.

Kasikili/Sedudu Island case

Case concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana *v.* Namibia), Judgment, 13 December 1999, *ICJ Reports 1999*, p. 1045.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (aka 'Wall case'), Advisory Opinion, 9 July 2004, *ICJ Reports 2004*, p. 136.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (aka 'Nuclear Weapons case'), Advisory Opinion, 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, p. 226.

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (WHO)

Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, 8 July 1996, *ICJ Reports 1996*, p. 66.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case

Case concerning the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua *v.* United States of America) (aka 'Nicaragua case'), Merits, Judgment, 27 June 1986, *ICJ Reports 1986*, p. 14.

Morocco case

Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco (France *v.* United States of America), Merits, Judgment, 27 August 1952, *ICJ Reports 1952*, p. 176.

Namibia case

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971, *ICJ Reports 1971*, p. 16.

Nuclear Tests case

– Nuclear tests (Australia *v.* France), Judgment, 20 December 1974, *ICJ Reports 1974*, p. 253.

– Nuclear tests (New Zealand *v.* France), Judgment, 20 December 1974, *ICJ Reports 1974*, p. 457.

Obligation to Prosecute or Extradite case

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium *v.* Senegal), Judgment, 20 July 2012, *ICJ Reports 2012*, p. 422.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, 11 April 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 174.

Reservations to the Genocide Convention

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, 28 May 1951, *ICJ Reports 1951*, p. 15.

Territorial Dispute case (Libya v. Chad)

Case concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya *v.* Chad), Judgment, 3 February 1994, *ICJ Reports 1994*, p. 6.

国际刑事法院

Bemba case

– Decision on the Confirmation of Charges

The Prosecutor *v.* Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Jean-Pierre Bemba Gombo, Case No. ICC-01/05-01/08, Trial Chamber III, Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016.

Gaddafi case

The Prosecutor *v.* Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Case No. ICC-01/11-01/11 OA 4, Judgment on the appeal of Libya against the decision of the Pre-Trial Chamber of 31 May 2013 on the Admissibility of the Case, 21 May 2014.

Katanga case

– Decision on the Confirmation of Charges

The Prosecutor *v.* Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008.

– Judgment on the Appeal against the Oral Decision on Admissibility

The Prosecutor *v.* Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07 OA, Judgment on the Appeal of Mr Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, 25 September 2009.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Germain Katanga, Case No. ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, Judgment pursuant to Article 74 of the Rome Statute, 7 March 2014.

Lubanga case

– Decision on the Confirmation of Charges

The Prosecutor *v.* Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Article 74 of the Rome Statute, Trial Chamber I, 14 March 2012.

Ntaganda case

The Prosecutor *v.* Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges (Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda), 9 June 2014.

卢旺达问题国际刑事法庭

Akayesu case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, Judgment, 2 September 1998.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-A, Appeals Chamber, Judgment, 1 June 2001.

Bagilishema case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Chamber I, Judgment, 7 June 2001.

– Appeal Judgment (Reasons)

The Prosecutor *v.* Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-A, Appeals Chamber, Judgment (Reasons), 3 July 2002.

Bagosora case

The Prosecutor *v.* Théoneste Bagosora, Gratien Kabiligi, Aloys Ntabakuze & Anatole Nsengiyumva, Case No. ICTR-98-41-T, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 18 December 2008.

Bisengimana case

The Prosecutor *v.* Paul Bisengimana, Case No. ICTR-00-60-T, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, 13 April 2006.

Gacumbitsi case

The Prosecutor *v.* Sylvestre Gacumbitsi, Case No. ICTR-01-64-T, Trial Chamber III, Judgment, 17 June 2004.

Kajelijeli case

The Prosecutor *v.* Juvénal Kajelijeli, Case No. ICTR-98-44A-T, Trial Chamber II, Judgment, 1 December 2003.

Kamuhanda case

The Prosecutor *v.* Jean de Dieu Kamuhanda, Case No. ICTR-99-54A-T, Trial Chamber II, Judgment, 22 January 2004.

Karemera case

Edouard Karemera and Mathieu Ngirumpatse *v.* the Prosecutor, Case No. ICTR-98-44-A, Appeals Chamber, Judgment, 29 September 2014.

Kayishema and Ruzindana case

The Prosecutor *v.* Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, Trial Chamber II, Judgment, 21 May 1999.

Musema case

The Prosecutor *v.* Alfred Musema, Case No. ICTR-96-13-T, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 27 January 2000.

Muvunyi case

The Prosecutor *v.* Tharcisse Muvunyi, Case No. ICTR-2000-55A-T, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, 12 September 2006.

Nahimana case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, Case No. ICTR-99-52-T, Trial Chamber I, Judgment, 3 December 2003.

– Appeal Judgment

Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze *v.* the Prosecutor, Case No. ICTR-99-52-A, Appeals Chamber, Judgment, 28 November 2007.

Ndindiliyimana case

The Prosecutor *v.* Augustin Ndindiliyimana, Augustin Bizimungu, François-Xavier Nzuwonemeye and Innocent Sagahutu, Case No. ICTR-00-56-T, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, 17 May 2011.

Niyitegeka case

The Prosecutor *v.* Eliézer Niyitegeka, Case No. ICTR-96-14-T, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 16 May 2003.

Nizeyimana case

The Prosecutor *v.* Ildéphonse Nizeyimana, Case No. ICTR-2000-55C-T, Trial Chamber III, Judgment and Sentence, 19 June 2012.

Ntagerura case

Prosecutor *v.* André Ntagerura and others, Case No. ICTR-99-46-T, Trial Chamber III, Judgment and Sentence, 25 February 2004.

Ntakirutimana case

The Prosecutor *v.* Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Case Nos. ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, Appeals Chamber, Judgment, 13 December 2004.

Nyiramasuhuko case

The Prosecutor *v.* Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Joseph Kanyabashi and Élie Ndayambaje, Case No. ICTR-98-42-T, Trial Chamber II, Judgment and Sentence, 24 June 2011.

Renzaho case

The Prosecutor *v.* Tharcisse Renzaho, Case No. ICTR-97-31-T, Trial Chamber I, Judgment and Sentence, 14 July 2009.

Rukundo case

The Prosecutor *v.* Emmanuel Rukundo, Case No. ICTR-2001-70-T, Trial Chamber II, Judgment, 27 February 2009.

Rutaganda case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda, Case No. ICTR-96-3-T,

Trial Chamber I, Judgment, 6 December 1999.

– Appeal Judgment

Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda *v.* the Prosecutor, Case No. ICTR-96-3-A, Appeals Chamber, Judgment, 26 May 2003.

Rutaganira case

The Prosecutor *v.* Vincent Rutaganira, Case No. ICTR-95-1C-T, Trial Chamber III, Judgment and Sentence, 14 March 2005.

Setako case

Ephrem Setako *v.* the Prosecutor, Case No. ICTR-04-81-A, Appeals Chamber, Judgment, 28 September 2011.

Zigiranyirazo case

The Prosecutor *v.* Protais Zigiranyirazo, Case No. ICTR-01-73-T, Trial Chamber III, Judgment, 18 December 2008.

前南斯拉夫问题国际刑事法庭

Aleksovski case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-T, Trial Chamber I, Judgment, 25 June 1999.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 24 March 2000.

Blagojević and Jokić case

The Prosecutor *v.* Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, Case No. IT-02-60-T, Trial Chamber I, Section A, Judgment, 17 January 2005.

Blaškić case

– Decision on Defence Motion

The Prosecutor *v.* Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-PT, Decision on the Defence Motion to Strike Portions of the Amended Indictment Alleging 'Failure to Punish' Liability, Trial Chamber, 4 April 1997.

– Decision on the Issuance of the *Subpoena Duces Tecum*

The Prosecutor *v.* Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14, Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber I, Judgment, 3 March 2000.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-A, Appeals Chamber, Judgment, 29 July 2004.

Boškoski and Tarčulovski case

The Prosecutor *v.* Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski, Case No. IT-04-82-T, Trial Chamber II, Judgment, 10 July 2008.

Brđanin case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Radoslav Brđanin, Case No. IT-99-36-T, Trial Chamber II, Judgment, 1 September 2004.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Radoslav Brđanin, Case No. IT-99-36-A, Appeals Chamber, Judgment, 3 April 2007.

Delalić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (aka 'Pavo'), Hazim Delić and Esad Landžo (aka 'Zenga'), Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II, Judgment, 16 November 1998.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (aka 'Pavo'), Hazim Delić and Esad Landžo (aka 'Zenga'), Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001.

Delić case

The Prosecutor *v.* Rasim Delić, Case No. IT-04-83-T, Trial Chamber I, Judgment, 15 September 2008.

Đorđević case

The Prosecutor *v.* Vlastimir Đorđević, Case No. IT-05-87/1-T, Trial Chamber II, Judgment, 23 February 2011.

Dragomir Milošević case

Prosecutor *v.* Dragomir Milošević, Case No. IT-98-29/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 12 November 2009.

Erdemović case

The Prosecutor *v.* Dražen Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Appeals Chamber, Judgment, 7 October 1997.

Furundžija case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Trial Chamber II, Judgment, 10 December 1998.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 21 July 2000.

Galić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Stanislav Galić, Case No. IT-98-29-T, Trial Chamber I, Judgment, 5 December 2003.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Stanislav Galić, Case No. 98-29-A, Appeals Chamber, Judgment, 30 November 2006.

Gotovina case

The Prosecutor *v.* Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač, Case No. IT-06-90-T, Trial Chamber I, Judgment, 15 April 2011.

Hadžihasanović case

– Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility

The Prosecutor *v.* Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić and Amir Kubura, Case No. IT-01-47-AR72, Appeals Chamber, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Enver Hadžihasanović and Amir Kubura, Case No. IT-01-47-T, Trial Chamber II, Judgment, 15 March 2006.

Halilović case

Prosecutor *v.* Sefer Halilović, Case No. IT-01-48-T, Trial Chamber I, Section A, Judgment, 16 November 2005.

Haradinaj case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj, Case No. IT-04-84-T, Trial Chamber I, Judgment, 3 April 2008.

– Retrial Judgment

The Prosecutor *v.* Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj, Case No. IT-04-84bis-T, Trial Chamber II, Judgment, 29 November 2012.

Jelisić case

The Prosecutor *v.* Goran Jelisić, Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber I, Judgment, 14 December 1999.

Kordić and Čerkez case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Dario Kordić and Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Chamber III, Judgment, 26 February 2001.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Dario Kordić and Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-A, Appeals Chamber, Judgment, 17 December 2004.

Krajišnik case

The Prosecutor *v.* Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-T, Trial Chamber I, Judgment, 27 September 2006.

Krnojelac case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Milorad Krnojelac, Case No. IT-97-25-T, Trial Chamber II, Judgment, 15 March 2002.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Milorad Krnojelac, Case No. IT-97-25-A, Appeals Chamber, Judgment, 17 September 2003.

Krstić case

The Prosecutor *v.* Radislav Krstić, Case No. IT-98-33-T, Trial Chamber I, Judgment, 2 August 2001.

Kunarac case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, Case Nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Trial Chamber II, Judgment, 22 February 2001.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, Case Nos. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 12 June 2002.

Kupreškić case

The Prosecutor *v.* Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić and Vladimir Šantić (aka 'Vlado'), Case No. IT-95-16-T, Trial Chamber II, Judgment, 14 January 2000.

Kvočka case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub Prcać, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Chamber I, Judgment, 2 November 2001.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub Prcać, Case No. IT-98-30/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 28 February 2005.

Limaj case

The Prosecutor *v.* Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu, Case No. IT-03-66-T, Trial Chamber II, Judgment, 30 November 2005.

Lukić and Lukić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Milan Lukić and Sredoje Lukić, Case No. IT-98-32/1-T, Trial Chamber III, Judgment, 20 July 2009.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Milan Lukić and Sredoje Lukić, Case No. IT-98-32/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 4 December 2012.

Martić case

– Rule 61 Decision

The Prosecutor *v.* Milan Martić, Case No. IT-95-11-R61, Trial Chamber I, Decision, 8 March 1996.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Milan Martić, Case No. IT-95-11-T, Trial Chamber I, Judgment, 12 June 2007.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Milan Martić, Case No. IT-95-11-A, Appeals Chamber, Judgment, 8 October 2008.

Milutinović case

The Prosecutor *v.* Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević and Sreten Lukić, Case No. IT-05-87-T, Vol. 1, Trial Chamber, Judgment, 26 February 2009.

Mrđa case

The Prosecutor *v.* Darko Mrđa, Case No. IT-02-59-S, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 31 March 2004.

Mrkšić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Mile Mrkšić, Miroslav Radić and Veselin Šljivančanin, Case No. IT-95-13/1-T, Trial Chamber II, Judgment, 27 September 2007.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin, Case No. IT-95-13/1-A, Appeals Chamber, Judgment, 5 May 2009.

Mucić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (aka 'Pavo'), Hazim Delić and Esad Landžo (aka 'Zenga'), Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II, Judgment, 16 November 1998.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (aka 'Pavo'), Hazim Delić and Esad Landžo (aka 'Zenga'), Case No. IT-96-21-A, Appeals Chamber, Judgment, 20 February 2001.

Naletilić and Martinović case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Mladen Naletilić (aka 'Tuta') and Vinko Martinović (aka 'Stela'), Case No. IT-98-34-T, Trial Chamber, Judgment, 31 March 2003.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Mladen Naletilić (aka 'Tuta') and Vinko Martinović (aka 'Stela'), Case No. IT-98-34-A, Appeals Chamber, Judgement, 3 May 2006.

Orić case

The Prosecutor *v.* Naser Orić, Case No. IT-03-68-T, Trial Chamber II, Judgment, 30 June 2006.

Perišić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Momčilo Perišić, Case No. IT-04-81-T, Trial Chamber I, Judgment, 6 September 2011.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Momčilo Perišić, Case No. IT-04-81-A, Appeals Chamber, Judgment, 28 February 2013.

Popović case

The Prosecutor *v.* Vujadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Ljubomir Borovčanin, Radivoje Miletić, Milan Gvero and Vinko Pandurević, Case No. IT-05-88-T, Trial Chamber II, Judgment, 10 June 2010.

Prlić case

The Prosecutor *v.* Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić and Berislav Pušić, Case No. IT-04-74-T, Trial Chamber III, Judgment, 29 May 2013.

Šešelj case

The Prosecutor *v.* Vojislav Šešelj, Case No. IT-03-67, Second Amended Indictment, 25 June 2007.

Stanišić and Simatović case

The Prosecutor *v.* Jovica Stanišić and Franko Simatović, Case No. IT-03-69-T, Trial Chamber I, Judgment, 30 May 2013.

Simić case

The Prosecutor *v.* Blagoje Simić, Miroslav Tadić and Simo Zarić, Case No. IT-95-9-T, Trial Chamber II, Judgment, 17 October 2003.

Slobodan Milošević case

The Prosecutor *v.* Slobodan Milošević, Case No. IT-02-54-T, Trial Chamber, Decision on Motion for Judgment of Acquittal, 16 June 2004.

Stakić case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Milomir Stakić, Case No. IT-97-24, Trial Chamber II, Judgment, 31 July 2003.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Milomir Stakić, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, Judgment, 22 March 2006.

Stanišić and Župljanin case

Prosecutor *v.* Mićo Stanišić & Stojan Župljanin, Case No. IT-08-91-T, Trial Chamber II, Judgment, 27 March 2013.

Strugar case

The Prosecutor *v.* Pavle Strugar, Case No. IT-01-42-T, Trial Chamber II, Judgment, 31 January 2005.

Tadić case

– Decision on the Defence Motion on Jurisdiction

The Prosecutor *v.* Duško Tadić (aka 'Dule'), Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995.

– Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction

The Prosecutor *v.* Duško Tadić (aka 'Dule'), Case No. IT-94-1-AR72, Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Duško Tadić (aka 'Dule'), Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber II, Judgment, 7 May 1997.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Duško Tadić (aka 'Dule'), Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber, Judgment, 15 July 1999.

Tolimir case

The Prosecutor *v.* Zdravko Tolimir, Case No. IT-05-88/2-T, Trial Chamber II, Judgment, 12 December 2012.

Vasiljević case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Mitar Vasiljević, Case No. IT-98-32-T, Trial Chamber II, Judgment, 29 November 2002.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Mitar Vasiljević, Case No. IT-98-32-A, Appeals Chamber, Judgment, 25 February 2004.

欧洲国际军事法庭

Case of the Major War Criminals

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, Judgment, 1 October 1946, *Official Documents*, Vol. I, pp. 171–341, reprinted in *American Journal of International Law*, Vol. 41, 1947, pp. 172–331.

远东国际军事法庭

Case of the Major War Criminals

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Tokyo, Judgment, 4–12 November 1948, reprinted in *International Law Documents, 1948–1949*, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 46, 1950, pp. 76–106.

国际常设法院

Lotus case

The case of the S.S. 'Lotus' (France *v.* Turkey), Judgment, 7 September 1927, *Collection of Judgments*, Series A., No. 10.

塞拉利昂问题特别法庭

Brima case

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu, Case No. SCSL-04-16-T, Trial Chamber II, Judgment, 20 June 2007.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu, Case No. SCSL-2004-16-A, Appeals Chamber, Judgment, 22 February 2008.

Fofana and Kondewa case

The Prosecutor *v.* Moinina Fofana and Allieu Kondewa, Case No. SCSL-04-14-T, Trial Chamber I, Judgment, 2 August 2007.

Kallon and Kamara case

The Prosecutor *v.* Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara, Case No. SCSL-2004-15-AR72(E), Appeals Chamber, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004.

Koroma case

The Prosecutor *v.* Johnny Paul Koroma (aka 'JPK'), Case No. SCSL-03-I, Indictment, 3 March 2003.

Sesay case

– Corrected Amended Consolidated Indictment

The Prosecutor *v.* Issa Hassan Sesay (aka 'Issa Sesay'), Morris Kallon (aka 'Bilai Karim') and Augustine Gbao (aka 'Augustine Bao'), Case No. SCSL-04-15-PT, Corrected Amended Consolidated Indictment, 2 August 2006.

– Trial Judgment

The Prosecutor *v.* Issa Hassan Sesay (aka 'Issa Sesay'), Morris Kallon (aka 'Bilai Karim') and Augustine Gbao (aka 'Augustine Bao'), Case No. SCSL-04-15-T, Trial Chamber I, Judgment, 2 March 2009.

– Appeal Judgment

The Prosecutor *v.* Issa Hassan Sesay (aka 'Issa Sesay'), Morris Kallon (aka 'Bilai Karim') and Augustine Gbao (aka 'Augustine Bao'), Case No. SCSL-04-15-A, Appeals Chamber, Judgment, 26 October 2009.

Taylor case

The Prosecutor *v.* Charles Ghankay Taylor (aka 'Dankpannah Charles Ghankay Taylor', aka 'Dankpannah Charles Ghankay Macarthur Taylor'), Case No. SCSL-03-01-T, Trial Chamber II, Judgment, 18 May 2012.

联合国禁止酷刑委员会

Danilo Dimitrijević v. Serbia and Montenegro

Danilo Dimitrijević *v.* Serbia and Montenegro, Communication No. 172/2000, Decisions of the Committee against Torture under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted on 16 November 2005, UN Doc. CAT/C/35/D/172/2000, 29 November 2005.

T.A. v. Sweden

T.A. *v.* Sweden, Communication No. 226/2003, Decisions of the Committee against Torture under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted on 6 May 2005, UN Doc. CAT/C/34/D/226/2003, 27 May 2005.

联合国人权委员会

Bahamonde v. Equatorial Guinea

Angel N. Oló Bahamonde *v.* Equatorial Guinea, Communication No. 468/1991, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 20 October 1993, reproduced in *Annual Report of the Human Rights Committee to the UN General Assembly*, UN Doc. CCPR/C/49/D/468/1991 (1993).

Eduardo Bleier v. Uruguay

Eduardo Bleier *v.* Uruguay, Communication No. R.7/30, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 24 March 1980, UN Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) (1982), p. 130.

Espinoza de Polay v. Peru

Rosa Espinoza de Polay (on behalf of her husband Victor Alfredo Polay Campos) *v.* Peru, Communication No. 577/1994, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 6 November 1997, UN Doc. CCPR/C/61/D/577/1994 (1998).

Karttunen v. Finland

Arvo O. Karttunen *v.* Finland, Communication No. 387/1989, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 23 October 1992, UN Doc. CCPR/C/46/D/387/1989 (1992).

Osbourne v. Jamaica

George Osbourne *v.* Jamaica, Communication No. 759/1997, Views of the Human Rights Committee under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 13 April 2000, UN Doc. CCPR/C/68/D/759/1997 (2000).

Rodríguez v. Uruguay

Rodríguez *v.* Uruguay, Communication No. 322/1988, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 19 July 1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988 (1994).

Torres Ramírez v. Uruguay

William Torres Ramírez *v.* Uruguay, Communication No. 4/1977, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 23 July 1980, UN Doc. A/35/40 (1980), p. 121.

Tshitenge Muteba v. Zaire

Tshitenge Muteba *v.* Zaire, Communication No. 124/1982, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 24 July 1984, UN Doc. A/39/40 (1984), p. 182.

Yin Fong v. Australia

Kwok Yin Fong *v.* Australia, Communication No. 1442/2005, Views under Article 5(4) of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 23 October 2009, UN Doc. CCPR/C/97/D/1442/2005 (2009).

八、红十字国际委员会出版的日内瓦四公约及其附加议定书评注

Des Gouttes, Commentaire de la Convention de Genève de 1929 sur les blessés et malades, ICRC, 1930

Paul Des Gouttes, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne du 27 juillet 1929: Commentaire, ICRC, Geneva, 1930.

Pictet (ed.), Commentary on the First Geneva Convention, ICRC, 1952

Jean S. Pictet (ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Vol. I: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, ICRC, Geneva, 1952.

Pictet (ed.), Commentary on the Second Geneva Convention, ICRC, 1960

Jean S. Pictet (ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Vol. II: Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, ICRC, Geneva, 1960.

Pictet (ed.), Commentary on the Third Geneva Convention, ICRC, 1960

Jean S. Pictet (ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Vol. III: Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, ICRC, Geneva, 1960.

Pictet (ed.), Commentary on the Fourth Geneva Convention, ICRC, 1958

Jean S. Pictet (ed.), The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary, Vol. IV: Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, ICRC, Geneva, 1958.

Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols, ICRC, 1987

Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC/Martinus Nijhoff Publishers, Geneva, 1987.

《日内瓦第一公约》评注

改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约

作为人道领域的重要条约，1949年日内瓦四公约及其1977年两项附加议定书自红十字国际委员会于70年前首次出版相关评注以来，在适用和解释方面已取得显著发展。为了增进对这一法律体系的理解与尊重，红十字国际委员会启动了对初版评注的全面修订工作。本书为新版评注的第一卷。本书的筹备工作由红十字国际委员会法律顾问、评注修订项目负责人让-马里·亨克茨博士组织协调。

《日内瓦第一公约》是国际人道法领域的基础性文件，涵盖有关保护伤者与病者、负责照顾伤病员者以及红十字与红新月标志的重要规则。本评注采取了逐条阐释的编著体例，结合法律层面与实践层面的各种发展，对《日内瓦第一公约》进行了与时俱进的解释。新版评注经由世界各地人道法学者及实务工作者审阅，是该领域工作者和学习者必不可少的重要工具。

红十字国际委员会是一个公正、中立和独立的组织，其特有的人道使命是保护武装冲突和其他暴力局势受难者的生命与尊严，并向他们提供援助。该组织致力于通过促进和巩固人道法与普遍人道原则的方式预防苦难的发生。作为国际人道法的“捍卫者”，红十字国际委员会负责促进和监督各方遵守国际人道法，并为国际人道法的解释和发展做贡献。

ICRC

红十字国际委员会东亚地区代表处
中国北京市建国门外大街9号
齐家园外交公寓3-2
邮编：100600
电话：+86 10 8532 8500
传真：+86 10 6532 0633
邮箱：bej_beijing@icrc.org　www.icrc.org
© ICRC, 2022年9月

ICRC
微信

ICRC
微博

4268/006　09/2022　150