

人道化围攻战：对 围攻适用比例原则

马克西姆·尼伊斯*著/邓华**译

摘要

围攻战及其毁灭性的人道后果一直是当代武装冲突的主要特征之一。虽然对围攻战最明显的限制似乎是关于不得采用使平民陷于饥饿作为作战方法的禁止性规定，但对这项规定的普遍限缩解释，却使身处被围攻地区的平民仍然得不到免遭厄难的保护。本文表明，将关注点从不得使平民陷于饥饿的禁止性规定转移到规范人道救济行动的规则似乎无济于事，因为关于围攻方同意的要求及其控制权都具有模糊性。为了弥补这一保护漏洞，本文考察了比例原则是否以及如何适用于围攻的情况。在分析了围攻中的包围和隔绝可否被视为适用比例原则的《第一附加议定书》第 49 条第 1 款意义上的攻击之后，本文研究了比例原则如何在围攻情况下发挥作用。本文表明，《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 2 项要求，必须持续地监控围攻是否符合比例原则。

关键词：国际人道法；敌对行动；围攻战；城市战；饥饿；比例原则。

* 马克西姆·尼伊斯（Maxime Nijss）是鲁汶大学的特聘初级研究员。他拥有日内瓦学院的国际人道法和人权法硕士学位，也曾获得鲁汶大学的法学学士和法学硕士学位。

** 法学博士，中山大学马克思主义学院助理教授，中山大学涉外法治研究院研究员。

引言

尽管如美国国防部所指出的，人类苦难可能是“战争所造成的悲惨不幸但又不可避免的后果”，¹但在被围攻城市的城墙之内，人类苦难的危急程度几乎达到了顶峰。²围攻战在历史上一直被使用，因此，它通常被认为是一种“古老”或“中世纪”的作战方法。然而，如今围攻战又死灰复燃成为当代武装冲突的特点，主要发生在城市地区。³对阿勒颇、古塔和霍姆斯等诸多叙利亚城市也和门塔伊兹市的围攻，再次引起国际社会关注这种作战方法的毁灭性人道后果。⁴自 2013 年以来，联合国安全理事会定期谴责这类做法。⁵

不可否认，武装冲突的城市化将平民置于巨大的风险当中，而在被围攻的城市中这种风险会进一步加剧。⁶事实上，由于被围攻地区完全与世隔绝，平民（尤其是儿童）很可能首先遭受饥饿。⁷此外，事实证明使用具有广泛影响范围的爆炸性武器是造成平民伤亡和民用物体损坏的主要原因之一。⁸除了直接影响，这类爆炸性武器对“被困”在被围攻城市中的平民尤其有害，因为它们会对维持这些地区生活必不可少的基础设施和服务产生长期的衍生影响。⁹

当被围攻地区存在平民时，围攻不可避免地会与各种国际人道法规范发生冲突。¹⁰虽然对围攻战最明显的限制是关于不得采用使平民陷于饥饿作为作战方法的禁止性规定，¹¹但根据对这项规定

¹ US Department of Defense (DoD), *Law of War Manual*, 2015, p.17, para.1.4.2.1.

² Sean Watts, “Humanitarian Logic and the Law of Siege: A Study of the Oxford Guidance on Relief Actions”, *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, p. 4.

³ Emanuela-Chiara Gillard, *Sieges, the Law and Protecting Civilians*, Chatham House Briefing, June 2019, p. 2; Gloria Gaggioli, “Are Sieges Prohibited under Contemporary IHL?”, *EJIL: Talk!*, 30 January 2019, available at: <https://www.ejiltalk.org/joint-blog-series-on-international-law-and-armed-conflict-are-sieges-prohibited-under-contemporary-ihl/> (所有互联网参考资料均于 2021 年 10 月访问); Amos C. Fox, “The Reemergence of the Siege: An Assessment of Trends in Modern Land Warfare”, *Landpower Essay*, Vol. 18, No. 2, 2018, p. 3.

⁴ International Independent Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic (IICI Syria), *Sieges as a Weapon of War: Encircle, Starve, Surrender, Evacuate*, policy paper, 29 May 2018; IICI Syria, *The Siege and Recapture of Eastern Ghouta*, conference room paper, UN Doc. A/HRC/38/CRP.3, 20 June 2018; Amnesty International, *Left to Die under Siege: War Crimes and Human Rights Abuses in Eastern Ghouta, Syria*, 2015. 关于也门，见 *Report of the Detailed Findings of the Group of Eminent International and Regional Experts on Yemen*, UN Doc. A/HRC/42/CRP.1, 3 September 2019 (Yemen Report), pp. 82–86, paras 345–358.

⁵ 联合国安理会一再呼吁各方“立即解除对人口密集地区的围困”，并要求“各方允许提供人道援助……并使所有希望离开的平民能够迅速、安全和不受阻碍地撤离”。联合国安理会，第 2139 号决议，2014 年 2 月 22 日；联合国安理会，第 2401 号决议，2018 年 2 月 24 日。

⁶ 红十字国际委员会，《“我见证了的城市灭亡”：来自伊拉克、叙利亚与也门的城市冲突前线的声音》，日内瓦，2020 年 6 月 12 日，第 40–43 页；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》，日内瓦，2019 年 11 月（《2019 年挑战报告》），第 16 页；Laurent Gisel, Pilar Gimeno Sarciada, Ken Hume and Abby Zeith, “Urban Warfare: An Age-Old Problem in Need of New Solutions”, *Humanitarian Law and Policy Blog*, 27 April 2021, available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2021/04/27/urban-warfare/>.

⁷ 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, Geneva, 1987 (ICRC Commentary on the APs), pp. 654, 1457, paras 2094, 4797.

⁸ 自 2011 年以来，红十字国际委员会一再表示，“考虑到爆炸性武器可能不分皂白的特性，尽管没有明确的法律禁止性规定，……（但应）避免在人口稠密地区使用具有广泛影响范围的爆炸性武器”。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》，日内瓦，2011 年 10 月（《2011 年挑战报告》），第 36 页。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面临的挑战》，日内瓦，2015 年 10 月（《2015 年挑战报告》），第 47 页；《2019 年挑战报告》，前注 6，第 22 页。

⁹ 红十字国际委员会，《在人口稠密地区使用爆炸性武器：人道、法律、技术和军事视角》，专家会议报告，2015 年 2 月 22 日，第 21–23 页；Isabel Robinson and Ellen Nohle, “Proportionality and Precautions in Attack: The Reverberating Effects of Using Explosive Weapons in Populated Areas”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, No. 1, 2016.

¹⁰ E.-C. Gillard, above note 3, p. 2; G. Gaggioli, above note 3.

¹¹ 《一九四九年八月十二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》，1125 UNTS 3, 1977 年 6 月 8 日（1978 年 12 月 7 日生效）（《第一附加议定书》），第 54 条第 1 款；《一九四九年八月十二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》，1125 UNTS 609, 1977 年 6 月 8 日（1978 年 12 月 7 日生效）（《第二附加议定书》），第 14 条。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见让-马里·亨克茨和路易斯·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（简称《红十字国际委员会习惯法研究》），第 177–180 页，载：<https://ihl-databases.icrc.org/zh/customary-ihl/v1>。

的普遍限缩解释，围攻只要旨在实现军事目标而非使平民挨饿，即被视为合法。¹²此外，虽然人道救济行动可以防止或减轻被围攻地区平民的痛苦，但是，关于围攻方是否以及在何种情况下可能不同意此类行动的问题仍然存在争议。¹³为了弥补这一保护漏洞，本文从另一个角度——即从敌对行动规则的角度来探讨围攻的合法性问题。¹⁴更具体而言，本文研究了比例原则是否适用于围攻，以及该原则如何在围攻背景下发挥作用从而保护平民免遭过分的附带伤害。¹⁵

本文分为四个部分。第一部分将考察“围攻战”的概念及其军事必要性，而第二部分将介绍对禁止使平民陷于饥饿这一规定和规范人道救济行动之规则的普遍解释及其在为被围困地区的平民提供保护方面的不足之处。第三部分在开始进行比例分析之前将解决一个重要的初步问题，即围攻，更准确地说是包围和隔绝，是否可被视为《第一附加议定书》第49条第1款意义上的攻击。本文将提出三个论点来证明可以作此认定：第一，“攻击”的定义足够灵活，因此可包含围攻；第二，可以类比关于封锁的法律；第三，似乎目前出现了将比例原则适用于围攻的国家实践，而专家们也支持这一点。第四部分将探讨比例原则如何在围攻战中发挥作用。本文将证明，根据《第一附加议定书》第57条第2款第2项的预防措施义务，必须持续监控围攻的合比例性。

围攻战及其军事必要性

由于国际人道法中缺少有关围攻这一概念的定义，因此从法律角度对围攻进行定性相当复杂。¹⁶围攻战有时被称为“作战战略”，通常同时包含两种作战方法。¹⁷围攻的实质是包围防御区，然后切断敌军的补给和增援渠道使其孤立无援，目的是通过饥饿诱使敌方屈服。¹⁸为了持续对被围困部队施压并加速其投降，当代的围攻经常伴随着轰炸。¹⁹

尽管围攻战具有“古老”的含义，但军事学说认为，采取围攻是必不可少的，在城市战的背景之下尤其如此。²⁰虽然城市对各交战方具有至关重要的战略意义，但事实证明在军事目标与平民和

¹² 《红十字国际委员会习惯法研究》中阐明了这一立场，前注11，第179页。See also ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 653, paras 2089–2090: “这条规则是为了平民的利益而制定的。因此，使用封锁和围攻作为作战方法仍然是合法的，只要它们专门针对战斗员。”

¹³ 《第一附加议定书》第70条；《第二附加议定书》第18条。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注11，第184~190页。当平民面临的物资匮乏情况比忍受“饥饿”还严重时，规范人道救济行动的规则就会发挥作用。See Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, “Conflict-Induced Food Insecurity and the War Crime of Starvation of Civilians as a Method of Warfare: The Underlying Rules of International Humanitarian Law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 17, No. 4, 2019, p. 770; E.-C. Gillard, above note 3, p. 11.

¹⁴ 本文将不对另一种方法，即禁止不分青红皂白的作战方法，予以讨论。See, for example, Mark Lattimer, “Can Incidental Starvation of Civilians Be Lawful under IHL?”, *EJIL: Talk!*, 26 March 2019, available at: www.ejiltalk.org/can-incident-starvation-of-civilians-be-lawful-under-ihl/; Gloria Gaggioli, “Besieging Cities and Humanitarian Access: How to Accommodate Humanitarian Needs, Legal Obligations and Operational Constraints?”, *Proceedings of the Bruges Colloquium: Legal Challenges for Protecting and Assisting in Current Armed Conflicts*, October 2019, pp. 129–130.

¹⁵ 《第一附加议定书》第51条第5款第2项。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注11，第43~47页。

¹⁶ 汉普森（Hampson）断言，围攻就像一头大象：“你看到大象时，你知道它是大象，但却很难对其作出定义。” See Steven Hill, Françoise Hampson and Sean Watts, “Can Siege Warfare Still Be Legal?”, *Proceedings of the Bruges Colloquium: Urban Warfare*, October 2015, p. 91.

¹⁷ Dražan Djukić and Niccolò Pons, *The Companion to International Humanitarian Law*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2018, p. 645; James Kraska, “Siege”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, December 2009, para. 1.

¹⁸ DoD, above note 1, p. 312, para. 5.19.1; US Department of the Army, *Urban Operations*, Field Manual 3-06, 2006, paras 6.12–6.14; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 253, para. 688; Sean Watts, *Under Siege: International Humanitarian Law and Security Council Practice concerning Urban Siege Operations*, Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, Harvard Law School Project on Law and Security, May 2014, p. 3.

¹⁹ 《2019年挑战报告》，前注6，第23~24页；E.-C. Gillard, above note 3; A. C. Fox, above note 3, p. 2; J. Kraska, above note 17.

²⁰ A. C. Fox, above note 3, pp. 3–4; Lionel M. Beehner, Benedetta Berti and Michael T. Jackson, “The Strategic Logic of Sieges in Counterinsurgencies”, *Parameters: The US Army War College Quarterly*, Vol. 47, No. 2, 2017, pp. 80–81; S. Hill, F. Hampson and S. Watts, above note 16, p. 95; S. Watts, above note 18, p. 2.

民用物体混杂的复杂城市环境中开展军事行动，特别具有挑战性。²¹围攻行动可能会成为与“据守阵地的”敌人进行激烈的巷战的替代方案，从而避免对攻击部队和平民居民造成广泛伤害。²²在这种情况下，围攻可能符合采取预防措施之义务的要求，即在选择攻击手段和方法时采取一切可行的预防措施以避免或在任何情况下尽量减少附带平民伤害。²³

禁止使平民陷于饥饿的规定、规范人道救济行动的规则及其缺陷

使敌军陷于饥饿无疑是一种合法的作战方法，²⁴但当代国际人道法却禁止采用使平民居民陷于饥饿这一作战方法。²⁵

尽管将这一原则纳入附加议定书被认为“具有创新性，代表着法律的重大进步”，²⁶但该禁止性规定模棱两可的措辞却允许各国对影响平民的围攻采取放任的态度。此外，虽然人道救济行动可以防止或减轻被围攻地区平民的苦难，但关于围攻方是否以及在何种情况下可能不同意此类行动的问题仍然存在争议。

对禁止使平民陷于饥饿的解释：一种对围攻放任的态度

尽管一些学者总结道，禁止使平民陷于饥饿，即禁止在平民受到影响时实施围攻，²⁷但对该禁止性规定的多数解释认为，围攻只要是旨在实现军事目的而非使平民居民挨饿，即视为合法。²⁸这种对围攻放任的态度是基于对《第一附加议定书》第 54 条第 1 款和《第二附加议定书》第 14 条的限缩解读，这两项规定分别将饥饿称为“作战方法”（“method of warfare”）和“战斗方法”（“method of combat”），并被视为仅禁止旨在使平民陷于饥饿的行为。²⁹这种解释得到了红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注的支持，该评注规定：

²¹ 《2019 年挑战报告》，前注 6，第 16~18 页；Nathalie Durhin, “Protecting Civilians in Urban Areas: A Military Perspective on the Application of International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 98, No. 1, 2017, pp. 178–179.

²² 《2019 年挑战报告》，前注 6，第 23 页；S. Watts, above note 2, p. 14; A. C. Fox, above note 3, pp. 3–4; L. M. Beehner, B. Berti and M. T. Jackson, above note 20, pp. 80–81.

²³ 《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 2 目。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 53~55 页。

²⁴ DoD, above note 1, p. 315, para. 5.20.1; Marco Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 575, para. 10.199; Stuart Casey-Maslen and Steven Haines, *Hague Law Interpreted: The Conduct of Hostilities under the Law of Armed Conflict*, Hart, Oxford, 2018, p. 244.

²⁵ 《第一附加议定书》第 54 条第 1 款；《第二附加议定书》第 14 条。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 177~180 页。

²⁶ ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 653, para. 2091.

²⁷ 根据弗莱克（Fleck）的观点，“这条规则完全禁止围攻防御城镇等传统的作战方法”。Dieter Fleck, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 226. 丁斯坦（Dinstein）持有相同的观点，但批评性地补充道：“对涉及平民的围攻实施广泛禁令是不现实的，因为可能没法通过其他作战方法来占领一个拥有顽强驻军和坚不可摧的防御工事的防御城镇”。他表示，“无法从各国的实践中确认，影响平民的围攻战已被彻底废除。或许可以对第 54 条用语进行务实的解释：尽管平民中存在物质匮乏的情况，但至少在实际围攻的交战方愿意确保平民安全撤离的情形下，围攻战将继续得到默许。” See Yoram Dinstein, above note 18, pp. 255, 256–257, paras 695, 699; Yoram Dinstein, “Siege Warfare and the Starvation of Civilians”, 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, Dordrecht and Boston, MA, 1991, pp. 151–152.

²⁸ 见前注 12。

²⁹ 这种狭义解释在《第一附加议定书》第 54 条第 2 款中得到进一步支持，该条提供了一个违反禁止使平民陷于饥饿之规定的例子，并提到出于使平民居民生存所不可缺少的物体对平民居民失去供养价值这一“针对特定目的”而进行的毁坏行为。See D. Akande and E.-C. Gillard, above note 13, p. 761; E.-C. Gillard, above note 3, p. 10. [译者注：《第二附加议定书》中文作准文本将该词译为“作战方法”，但为体现英文作准文本之间的细微差别，故此译作“战斗方法”。]

使用〔饥饿〕作为一种作战方法即为故意引起饥饿状况，导致平民居民遭受饥饿，特别是通过剥夺其食物或供应来源。……饥饿在这里被称为一种作战方法，即消灭或削弱平民居民的武器。³⁰

许多军事手册都有关于这种方法的规定，并被纳入《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》（简称《圣雷莫海战法手册》）和《空战和导弹战国际法手册》（简称《哈佛手册》）关于海上和空中封锁的规定中。³¹

但是，必须指出的是，这种限缩解释并非没有受到批评。丹嫩鲍姆（Dannenbaum）特别指出，饥饿必须用作“作战方法”这一规定仅要求将饥饿用作进行敌对行动的方法，并且不能从这种要求中推断出任何目的要素。³²根据上下文（即整体上根据《第一附加议定书》第 54 条和《第二附加议定书》第 14 条）对该禁止性规定进行解释，丹嫩鲍姆得出结论认为，这一禁止性规定也延伸适用于以下情形：即，虽不是故意使平民陷于饥饿，但陷于饥饿却是特定行动过程的可预见后果。³³

虽然丹嫩鲍姆的观点令人信服，且本文作者也赞同，但该观点却与目前流行的对禁止使平民陷于饥饿的限缩解释并不相符。然而，即使未触发该禁止性规定的适用，规范人道救济行动的规则也可能在预防和减轻对被围攻地区平民居民的影响方面发挥关键作用。³⁴

预防和缓解饥饿：人道救济行动和疏散

满足被围攻地区平民需求的首要责任应由对其进行有效控制的一方（即被围攻方）来承担。³⁵但是，一旦在其控制下的平民居民“未充分获得”生存所需的用品或遭受“不应有的困难”，则应开展属于人道主义和公正性质并不加任何不利区别的条件下进行的救济行动，但须受国际性武装冲突中“有关各方”和非国际性武装冲突中“有关缔约一方”（关于这种行动）的协议的约束。³⁶红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注指出，如果无法为被围攻地区的平民居民提供足够的援助，那么根据禁止使平民陷于饥饿的规定则应对其进行撤离。³⁷

³⁰ ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 653, paras 2089–2090.

³¹ DoD, above note 1, pp. 315–316, paras 5.20.1–5.20.2: “专门使敌方平民居民陷于饥饿……是被禁止的。” UK Ministry of Defence (MoD), *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, p. 74, para. 5.27.2: “如果军事行动并不旨在造成饥饿而是附带产生此种影响，例如切断亦用于运输食物的敌方补给路线，或者如果平民因害怕军事行动而放弃农田，或不准备冒险将粮食供应带入战斗地区，则不违反法律。”《圣雷莫海战法手册》第 102 条第 1 款和《哈佛手册》规则 157 (1) 甚至更严格地分别提及封锁的“唯一目的”和“唯一或主要目的”。见路易丝·多斯瓦尔德-贝克编：《适用于海上武装冲突的国际法圣雷莫手册》，剑桥大学出版社 1995 年版，中文版载红十字国际委员会编：《武装冲突法参考手册》，第 350 页；哈佛大学人道政策与冲突研究项目（HPCR）组，《空战和导弹战国际法手册》（《哈佛手册》），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，第 67 页。

³² Tom Dannenbaum, “Encirclement, Deprivation and Humanity: Revising the San Remo Manual Provisions on Blockade”, *International Law Studies*, Vol. 97, 2021, pp. 364–365. 同样，见 D. Akande and E.-C. Gillard, above note 13, p. 765.

³³ 丹嫩鲍姆建议将《圣雷莫海战法手册》第 102 条第 1 款修正如下：“如果封锁的目的或可预见的后果是通过剥夺平民居民生存所不可缺少的物品，从而使平民居民挨饿，则禁止宣布或建立封锁。” T. Dannenbaum, above note 32, pp. 364–369, 385.

³⁴ 红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注指出：“应该强调的是，封锁的目的是剥夺敌方进行敌对行动所需的物资，而不是让平民挨饿。不幸的是，众所周知的事实是，平民，尤其是儿童，常常因此遭受最大的痛苦。如果封锁的影响导致了这样的结果，则应援引《第一附加议定书》第 70 条的规定。” ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 654, para. 2095. 正如前注 13 所指出的，当平民面临的物资匮乏情况比忍受“饥饿”还严重时，规范人道救济行动的规则就会发挥作用。See D. Akande and E.-C. Gillard, above note 13, p. 770; E.-C. Gillard, above note 3, p. 11.

³⁵ E.-C. Gillard, above note 3, p. 11. See also M. Sassòli, above note 24, p. 575, para. 10.201.

³⁶ 《第一附加议定书》第 70 条；《第二附加议定书》第 18 条。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 184~190 页。

³⁷ ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 654, para. 2096. 《日内瓦第四公约》已包含一项强烈建议，即应订立协定，将特定类别的弱势平民从被围攻和包围的地区撤离：见《一九四九年八月十二日关于战时保护平民之日内瓦公约》，75 UNTS 287（1950 年 10 月 21 日生效）（《日内瓦第四公约》），第 17 条。

尽管救济行动的实施绝对要求征得同意，但现在普遍认为，这一决定不应留由当事方进行自由裁量，当事方不得任意拒绝同意。³⁸《关于武装冲突中人道援助行动法律的牛津指南》（《牛津指南》）区分了三种情况，其中拒绝同意将被视为任意：第一种：拒绝同意的行为导致一国违反其根据国际法对有关平民居民所承担的义务；第二种：拒绝同意的行为违反必要性原则和比例原则；第三种：拒绝同意的行为并不合理、不公正、缺乏可预见性或在其他方面并不适当。³⁹然而，必须指出的是，瓦茨（Watts）对此种解释予以否定，他批评《牛津指南》“不必要地导致含义清晰明确的用语复杂化”。⁴⁰他认为，各国仅愿意为了换取在围攻期间允许或拒绝《第一附加议定书》第 70 条所规定的更广泛救济行动的自由裁量权，而放弃《日内瓦第四公约》第 23 条规定的有限范围。⁴¹

拒绝同意的情况若违反禁止使平民陷于饥饿的规定，则构成任意拒绝。⁴²此处仅提及前述对该禁止性规定的多数解释便已足够，该解释仅排除了旨在使平民陷于饥饿的行为。这种解释似乎反映在《牛津指南》中，它指出，“在平民居民供应不足且国家意图造成、助长或延续平民饥饿状况的情况下，不同意开展人道救济行动”即是任意的。⁴³红十字国际委员会似乎从此项禁止性规定中推导出如下义务，即不仅有义务允许平民离开被围攻地区，而且还有义务同意为留下来的平民开展人道救济行动。⁴⁴《圣雷莫海战法手册》（第 103 条）和《哈佛手册》（规则 158）中关于海上和空中封锁的规定似乎也采用了这种方法。相反，一些军事手册得出结论认为，如果围攻方允许平民和伤者病者离开被围攻地区，那么阻止任何补给到达该地区并不违反此项禁止性规定。⁴⁵

必须指出的是，无论禁止使平民陷于饥饿的规定是否要求在围攻情况下履行同意人道救济行动的义务，同意方均保有控制权。⁴⁶同意方从而得以核实物资、订明技术安排、要求人道组织监督以确保仅平民可从援助中受益，甚至还可以根据军事需要临时施加地理上的限制。⁴⁷关于这一点，有观点指出，如果有合理的理由相信物资可能被受围攻方转移，那么围攻方则可对人道救济活动暂时

³⁸ 禁止任意拒绝同意的原因有三：（1）需要对相关条约约文提供有效的解释，使这些条款的所有方面都生效，而不会使部分条款冗余无用；（2）附加议定书谈判各方的意图，反映在相关条款的起草历史中；（3）议定书通过后的实践。See Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, *Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict*, 26 October 2016 (Oxford Guidance), pp. 21–22, paras 43–49; Dapo Akande and Emanuela-Chiara Gillard, “Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict”, *International Law Studies*, Vol. 92, 2016, p. 489; 《红十字国际委员会习惯法研究》，见前注 11，第 187~188 页。红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注强调了外交会议正式记录中德国代表米夏埃尔·博特（Michael Bothe）教授的一段话：“（《第一附加议定书》第 70 条中的同意保留）并不意味着有关各方拥有拒绝同意救济行动的绝对和无限的自由。一方拒绝同意，必须出于正当理由，而不是任意或反复无常的理由。” ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 819, para. 2805. 然而，必须指出的是，学术著作中存在关于这种解释的反对意见——见后注 40 的正文。

³⁹ Oxford Guidance, above note 38, pp. 23–25, paras 50–54.

⁴⁰ S. Watts, above note 2, p. 46.

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

⁴² 此外，以医疗用品和设备可能会被用于治疗受伤的敌方战斗人员或作战人员等原因为由，不同意开展医疗救济行动，将构成任意拒绝同意的行为，因为这违反了一项基本规则，即伤者与病者——包括敌方伤病战斗人员或作战人员——应在最大实际可能范围内并尽速得到其状况所需的医疗照顾（例如，见《第一附加议定书》第 10 条；《第二附加议定书》第 7 条）。See Oxford Guidance, above note 38, p. 23, para. 51; D. Akande and E.-C. Gillard, “Arbitrary Withholding of Consent”, above note 38, p. 496; M. Sassòli, above note 24, pp. 579–580, para. 10.210.

⁴³ Oxford Guidance, above note 38, p. 23, para. 51.

⁴⁴ 《2019 年挑战报告》，前注 6，第 24~25 页；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 187 页。

⁴⁵ Danish Ministry of Defence, *Military Manual on International Law relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, 2020, p. 419: “此外，必须确保平民居民没有违背自身意愿被迫留在被围攻的城镇，而是有机会离开。只有当平民收到离开城镇的提议但仍选择留下时，才能暂时切断生活必需品的供应。” MoD, above note 31, p. 88, para. 5.34.3: “被围攻地区的军事当局可能会决定不同意平民撤离或平民自己决定留下。在前述情况下，只要围攻方指挥官允许平民以及伤者病者离开被围攻地区，那么他阻止任何补给供应送达该地区的行为就是正当的。” See also Y. Dinstein, above note 18, pp. 255–256; Y. Dinstein, above note 27, p. 151.

⁴⁶ 尤其见《第一附加议定书》第 70 条第 3 款；《日内瓦第四公约》第 23 条第 2 款至第 5 款；《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 184~190 页；Oxford Guidance, above note 38, pp. 28–29, paras 65–72.

⁴⁷ M. Sassòli, above note 24, p. 581, para. 10.213.

予以拒绝。⁴⁸尽管拒绝同意仅以军事需要为限，⁴⁹但这也可解释为，如果预计转移威胁将持续存在，那么围攻方则可在整个围攻期间都拒绝同意。

提供额外保护的必要性：比例原则

将使平民居民陷于饥饿的效果定性为不构成“作战方法”，而仅构成实现使被围攻的敌军陷于饥饿的军事目标的附带结果，《第一附加议定书》第 54 条第 1 款和《第二附加议定书》第 14 条提供的保护已受到大幅削弱。确实，对围攻方部队来说，要确立这样的目的可能异常困难。⁵⁰而且，将重点从不得使平民陷于饥饿这一禁止性规定转移到规范人道救济行动的规则似乎无济于事，因为在关于围攻方同意的要求及其控制权方面存在着模糊之处。为了试图弥补这一保护漏洞，下文将说明比例原则适用于围攻战并保护平民居民免遭过分的附带伤害。

比例原则是否适用于围攻？

围攻作为《第一附加议定书》第 49 条第 1 款意义上的攻击

“攻击”这一概念构成传统上被称为“海牙法”的规则体系的核心，该体系旨在保护平民居民，并在更有限的范围内，保护战斗员或作战人员免遭敌对行动的影响。⁵¹这些规则必须区别于“日内瓦法”体系下的规则，后者保护冲突一方权力下的人员和物体。⁵²这一根本区别具有重要的实际意义，因为一方不得对其权力范围内的人员或物体实施敌对行动，因而亦不得针对上述人员或物体实

⁴⁸ Michael N. Schmitt, Kieran Tinkler and Durward Johnson, “The UN Yemen Report and Siege Warfare”, *Just Security*, 12 September 2019, available at: www.justsecurity.org/66137/the-un-yemen-report-and-siege-warfare/. See also D. Akande and E.-C. Gillard, “Arbitrary Withholding of Consent”, above note 38; 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*, 2nd ed., Brill Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2013, p. 485; Kevin J. Riordan, “Shelling, Sniping and Starvation: The Law of Armed Conflict and the Lessons of the Siege of Sarajevo”, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 41, No. 2, 2010, pp. 176–177; Ruth Abril Stoffels, “Legal Regulation of Humanitarian Assistance in Armed Conflict: Achievements and Gaps”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 855, 2004, p. 542. 美国和英国的军事手册规定，如果有重大理由担心物资可能会从目的地转移、控制可能无效或敌方的军事活动或经济可能会获得明确的益处，围攻方均可拒绝予以同意。DoD, above note 1, pp. 313–314, para. 5.19.3; MoD, above note 31, pp. 220–221, para. 9.12.1.

⁴⁹ D. Akande and E.-C. Gillard, “Arbitrary Withholding of Consent”, above note 38, p. 499.

⁵⁰ Margherita Stevoli, “Famine as a Collateral Damage of War”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 2020, p. 167; G. Gaggioli, above note 3; G. Gaggioli, above note 14, pp. 123–124.

⁵¹ M. Sassòli, above note 24, pp. 26–27, paras 3.28–3.29; S. Casey-Maslen and S. Haines, above note 24, p. 73; Michael N. Schmitt, “‘Attack’ as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context”, in Christian Czosseck, Rain Ottis and Katharina Ziolkowski (eds), *Proceedings of the 4th International Conference on Cyber Conflict*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012, p. 285.

⁵² International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996, p. 34, para. 75. 最近由于国际刑事法院关于“恩塔甘达”（*Ntaganda*）案的判例，“攻击”的概念以及“海牙法”和“日内瓦法”之间的根本区别引起了学术界的广泛关注。虽然上诉分庭驳回了检察官的上诉，即攻击这一概念在《国际刑事法院规约》第 8 条第 2 款第 5 项第 4 目和第 8 条第 2 款第 2 项第 9 目中具有特殊含义，且不仅限于敌对行动，但五位法官中有三人似乎支持检方的论点，即拒绝对国际人道法下的“攻击”作狭义解释，而应按其通常含义作广义解释。有观点提出，狭义解释切断了《国际刑事法院规约》与基本国际人道法规则之间的联系，并导致《国际刑事法院规约》中海牙法和日内瓦法关于战争罪的规定之间出现了重叠。ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06 A A2, Judgement (Appeals Chamber), 30 March 2021, pp. 419–427, paras 1154–1168. See also Abhimanyu George Jain, “The Ntaganda Appeal Judgment and the Meaning of ‘Attack’ in Conduct of Hostilities War Crimes”, *EJIL: Talk!*, 2 April 2021, available at: www.ejiltalk.org/the-ntaganda-appeal-judgment-and-the-meaning-of-attack-in-conduct-of-hostilities-war-crimes/; Ori Pomson, “Ntaganda Appeals Chamber Judgement Divided on Meaning of ‘Attack’”, *Articles of War*, 12 May 2021, available at: www.lieber.westpoint.edu/category/attack-symposium/.

施“攻击”。⁵³事实上，根据日内瓦法，一方丧失战斗力之人或在冲突一方权力之下的人员，在任何时候均须予以人道待遇，而受一方控制的物体则受到保护，不得“肆意”加以破坏。⁵⁴

虽然规范敌对行动之法律的基本原则适用于广义上的“军事行动”概念，但其更详细的规则，包括比例原则，则仅适用于《第一附加议定书》第49条第1款所定义的“攻击”。⁵⁵因此，问题的关键在于，围攻可否被视为攻击（即属于针对敌方的暴力行为），包括进攻和防御中实施的攻击。⁵⁶关于敌对行动的规则适用于围攻期间进行的轰炸等动能攻击，这一点毫无争议，⁵⁷但围攻中的包围和隔绝方面可否被视为第49条第1款意义上的攻击，在这一关键问题上则存在意见分歧。⁵⁸迄今已存在各种令人信服的论据，支持上述方面确实构成攻击的主张。⁵⁹

根据上下文、目的和宗旨解释“攻击”的概念

既已提出的第一个论点是，《第一附加议定书》第49条第1款（根据该款，攻击是指不论在进攻或防御中对敌人的暴力行为）中的定义涵义较广且灵活，足以包含围攻。⁶⁰因此，有必要确定应如何解释该定义中的各个要素，特别是“暴力行为”的概念。

在关于攻击的定义中，暴力这一概念的核心位置在红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注和博特、帕尔奇（Partsch）及佐尔夫（Solf）所作评注中均得到支持（前者的相关解释是“攻击是指作战行动”，后者则阐明“‘暴力行为’一词意指武力”）。⁶¹但是，目前已成定论的是，某一行为的暴力本质必须从后果的角度来理解，而非通过攻击手段或方法的性质。⁶²事实上，即便使用化学、生物或放射性武器并不涉及动能武力，此种使用行为也构成攻击，这是毫无争议的。⁶³

⁵³ 几位法庭之友在他们对国际刑事法院上诉法庭的意见中都重申了这一点。See ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06 A2, Amicus Curiae Observations by Prof. Geoffrey S. Corn et al., Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence on the Merits of the Legal Questions Presented in “Order Inviting Expressions of Interest as Amici Curiae in Judicial Proceedings (Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)” of 24 July 2020 (ICC-01/04-02/06-2554) (Appeals Chamber), 18 September 2020, p. 4, para. 6; ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06 A2, Amicus Curiae Observations by Prof. Roger O’Keefe, Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence on the Merits of the Legal Questions Presented in “Order Inviting Expressions of Interest as Amici Curiae in Judicial Proceedings (Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence)” of 24 July 2020 (ICC-01/04-02/06-2554) (Appeals Chamber), 17 September 2020, pp. 5–6, para. 6; M. Sassòli, above note 24, pp. 27–28, para. 3.32.

⁵⁴ 禁止毁坏或扣押敌人的财产，除非为迫切军事必要所要求，以及必须给予所有平民和失去战斗力者以人道待遇的规则，作为习惯国际人道法在国际性武装冲突和非国际性武装冲突中均适用。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注11，第166~168页、第291~293页。

⁵⁵ ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 600, para. 1875; M. Sassòli, above note 24, p. 349, para. 8.295; M. N. Schmitt, above note 51, p. 285.

⁵⁶ 基于克勒夫纳（Kleffner）所称的“作为武装冲突法一般原则的广义上的比例性概念”，可提出另外一个论点。Jann K. Kleffner, “Military Collaterals and Ius in Bello Proportionality”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 48, 2018, p. 57.

⁵⁷ DoD, above note 1, p. 313, para. 5.19.4; Norwegian Ministry of Defence, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2013, p. 197, para. 9.8; Australian Defence Force, *Law of Armed Conflict*, Australian Defence Doctrine Publication 06.4, 2006, para. 7.35; MoD, above note 31, p. 87, para. 5.34; E.-C. Gillard, above note 3, p. 4; S. Watts, above note 18, pp. 5–15.

⁵⁸ E.-C. Gillard, above note 3, p. 8.

⁵⁹ See, in particular, G. Gaggioli, above note 3; G. Gaggioli, above note 14, p. 127.

⁶⁰ G. Gaggioli, above note 3; G. Gaggioli, above note 14, p. 127.

⁶¹ ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 603, para. 1880; M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 48, pp. 328–329.

⁶² Y. Dinstein, above note 18, pp. 2–3, para. 6; William H. Boothby, *The Law of Targeting*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 81, 384; Cordula Droegge, “Get Off My Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law, and the Protection of Civilians”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012, p. 557. See also M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, above note 48, p. 328: “第49条对‘攻击’作出定义，该术语适用于军事行动中最直接影响平民居民安全和民用物体完整性的那些方面。”

⁶³ 关于化学武器，见 International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (Appeals Chamber), 2 October 1995, paras 120, 124; M. N. Schmitt, above note 51, p. 290; C. Droegge, above note 62, p. 557.

这种基于结果的判定方法尤其在网络战领域得到了发展。⁶⁴根据《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》规则 92：“无论进攻还是防御，网络攻击是可合理预见的会导致人员伤亡或物体损毁的网络行动”。⁶⁵该手册进一步确认：“对‘暴力行为’的理解不应局限于施放动能武力的行为”，“这一概念的关键在于所造成的影响”。⁶⁶红十字国际委员会也采取了相似的立场，主张“预期造成人员伤亡或实际损害的网络行动在国际人道法中均构成攻击行为”。⁶⁷按照这种判定方法，国际刑事法院最近指出，“将某种行为定性为‘攻击’时，重要的是该行为的后果，尤其指人员伤亡、物体被损坏或毁坏是否为该行为旨在实现或可预见的后果”。⁶⁸

这种解释符合习惯规则，即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。⁶⁹实际上，如果对适用于攻击的敌对行动规则进行仔细评估，可知规则关注的不是行为本身的性质，而是其可能带来的后果。⁷⁰而且，对攻击概念的限缩理解很难与《第一附加议定书》的目的和宗旨保持一致，后者旨在确保保护平民居民和民用物体免遭敌对行动的影响。⁷¹

但是，必须指出，“暴力行为”构成《第一附加议定书》第 49 条第 1 款意义上之攻击的前提是该行为必须是“（针）对敌人”实施的。这一规定被解释为，要求实施暴力行为的动机必须是在敌对行动中对敌方或其他人员或物体造成伤害。提出这样的解释，是为了防止出现一些情况，譬如，空运补给时意外造成伤害或损坏或者破坏道路和田野的行为被视为攻击。⁷²事实证明，鉴于围攻的目的是通过饥饿诱使敌人屈服，这一要求在围攻的情形下并不存在问题。⁷³

⁶⁴ See, for example, Laurent Gisel, Tilman Rodenhäuser and Knut Dörmann, “Twenty Years On: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians against the Effects of Cyber Operations during Armed Conflicts”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 102, No. 913, 2020, p. 312; Terry D. Gill, “International Humanitarian Law Applied to Cyber-Warfare: Precautions, Proportionality and the Notion of ‘Attack’ under the Humanitarian Law of Armed Conflict”, in Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 374–375; Marco Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 179–180; Heather Harrison Dinness, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 197; C. Droege, above note 62, p. 557; M. N. Schmitt, above note 51, pp. 290–291; M. N. Schmitt, “Wired Warfare: Computer Network Attack and *Jus in Bello*”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 846, 2002, p. 377.

⁶⁵ 迈克尔·施密特总主编：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版》，剑桥大学出版社 2017 年版，中文译本由黄志雄等译，社会科学文献出版社 2017 年版（简称《塔林手册 2.0 版》），第 406 页。类似定义，见 Yoram Dinstein and Arne Willy Dahl, *Oslo Manual on Select Topics of the Law of Armed Conflict: Rules and Commentary*, Springer, Berlin, 2020, p. 22, Rule 24.

⁶⁶ 《塔林手册 2.0 版》，前注 65，第 407 页，第 3 段。

⁶⁷ 红十字国际委员会，《国际人道法与武装冲突中的网络行动》，红十字国际委员会提交至“国际安全背景下信息和电信领域发展问题不限成员名额工作组”和“国际安全背景下促进网络空间负责任国家行为政府专家组”的立场文件，2019 年 11 月，第 7 页；《2015 年挑战报告》，前注 8，第 39 页；《2011 年挑战报告》，前注 8，第 32 页。

⁶⁸ ICC, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Case No. ICC-01/04-02/06, Decision on the Confirmation of Charges (Pre-Trial Chamber II), 9 June 2014, pp. 17–18, para. 46. See also ICC, *Ntaganda*, Amicus Curiae Observations by Prof. Geoffrey S. Corn et al., above note 53, p. 5, para. 13: “‘攻击’必须涉及合理预期会对人员造成身体伤害或对物体造成损害的行为。‘攻击’需要对人员或物体使用武力（动能或非动能）以产生暴力后果。暴力后果继而被理解为人员的死亡或受伤，或物体的物理损坏或毁损。”

⁶⁹ 《维也纳条约法公约》（订于 1969 年 5 月 23 日），1155 UNTS 331（1980 年 1 月 27 日生效），第 31 条第 1 款。

⁷⁰ 例如，平民享有免受军事行动引起的危险的一般保护（《第一附加议定书》第 51 条第 1 款）。比例原则可防止可能预期会导致过分的附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害、或三种情形均有的攻击（《第一附加议定书》第 51 条第 5 款第 2 项）。攻击者在选择攻击手段和方法时，应采取一切可能的预防措施，以期避免，并无论如何，减少平民生命附带受损失、平民受伤害和民用物体受损害（《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 2 目），并且为了取得同样的军事利益有可能在几个军事目标之间进行选择时，选定的目标应是预计对平民生命和民用物体造成危险最小的目标（《第一附加议定书》第 57 条第 3 款）。See also M. N. Schmitt, above note 51, pp. 290–291; M. N. Schmitt, above note 64, pp. 377–378.

⁷¹ 《2015 年挑战报告》，前注 8，第 39 页；L. Gisel, T. Rodenhäuser and K. Dörmann, above note 64, p. 313; M. N. Schmitt, above note 51, p. 290.

⁷² ICC, *Ntaganda*, Amicus Curiae Observations by Prof. Geoffrey S. Corn et al., above note 53, p. 6, para. 15; Dick Jackson, “Motive and Control in Defining Attacks”, *Articles of War*, 11 November 2020, available at:

www.lieber.westpoint.edu/motive-control-attacks/; Chris Jenks, “Motive Matters: The Meaning of Attack under IHL and the Rome Statute”, *Opinio Juris*, 26 October 2020, available at: <https://opiniojuris.org/2020/10/26/motive-matters-the-meaning-of-attack-under-ihl-the-rome-statute/>.

⁷³ DoD, above note 1, p. 312, para. 5.19.1; US Department of the Army, above note 18, paras 6.12–6.14; Yoram Dinstein, above note 18, p. 253, para. 688; S. Watts, above note 18, p. 3.

根据这种基于后果的判定方法，由于围攻（或者更准确地说是包围和隔绝）的特征不是动能性质而是暴力后果（意即，使被围攻地区的敌军和平民都陷于饥饿），所以围攻可被视为第 49 条第 1 款意义上的攻击。

通过类比有关封锁的法律进行论证

作为第二个论点，可以类比海上和空中封锁，因为围攻与它们有许多相似之处，而且比例原则已成为它们可适用的法律框架的重要组成部分。⁷⁴尽管封锁源自围攻战，但如今它们通常被用作一种经济战方法，旨在破坏目标国家的经济，从而削弱其发动战争的能力。⁷⁵在海上或空中封锁中，交战方阻止敌方和中立国的船只和飞机进出属于敌对方、被敌对方占领或被敌对方控制下的特定港口、机场或沿海地区。⁷⁶有观点提出，对所有形式的商业的封锁，无论是入境还是出境，封锁效果都可能类似于围攻造成的饥饿。⁷⁷

为了填补对有关饥饿之禁止性规定的限缩解释所留下的漏洞——该解释仅适用于分别以使平民居民陷于饥饿为“唯一”或“唯一或主要”目的的封锁，⁷⁸《圣雷莫海战法手册》和《哈佛手册》均要求封锁方遵守比例原则。⁷⁹这种渐进式发展不仅引起了广泛的共鸣，同时还影响了若干国家的实践——正如在这些国家的军事手册中所反映的，⁸⁰而且，它还影响了调查委员会的调查结果。⁸¹尽管《圣雷莫海战法手册》和《哈佛手册》均未对封锁可否被视为《第一附加议定书》第 49 条第 1 款意义上的攻击这一问题作出规定，⁸²但这一发展为将比例原则适用于围攻战提供了强有力的论据（因为围攻战亦会造成与攻击相类似的有害后果）。

新出现的国家实践和专家的支持

最后，似乎国家实践、专家和法律学者都日益支持比例原则可限制实施围攻的可能性。譬如，也门问题国际和区域知名专家组在其 2019 年提交人权理事会的报告中采纳了这一立场。⁸³而且，可

⁷⁴ G. Gaggioli, above note 3; G. Gaggioli, above note 14, p. 127.

⁷⁵ Phillip Drew, “Can We Starve the Civilians? Exploring the Dichotomy between the Traditional Law of Maritime Blockade and Humanitarian Initiatives”, *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, p. 303; Phillip Drew, *The Law of Maritime Blockade: Past, Present, and Future*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 6; Wolff Heintschel von Heinegg, “Blockade”, in Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, October 2015, para. 1.

⁷⁶ P. Drew, *The Law of Maritime Blockade*, above note 75, pp. 4–5; Y. Dinstein, above note 18, p. 257, para. 700; W. Heintschel von Heinegg, above note 75; Wolff Heintschel von Heinegg, “Blockades and Interdictions”, in Marc Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 927.

⁷⁷ D. Fleck, above note 27, p. 234; Y. Dinstein, above note 18, p. 258, para. 704.

⁷⁸ 《圣雷莫海战法手册》，前注 31，第 102 条第 1 款；《哈佛手册》，前注 31，规则 157（1）。

⁷⁹ 《圣雷莫海战法手册》，前注 31，第 102 条第 2 款；《哈佛手册》，前注 31，规则 157（2）。

⁸⁰ See, for example, Danish Ministry of Defence, above note 45, pp. 564, 597; US Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operations, *The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations*, 2017, para. 7.7.2.5; Australian Defence Force, above note 57, para. 6.65; MoD, above note 31, para. 13.74; Canada, Office of the Judge Advocate General, *Joint Doctrine Manual: Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels*, 2001, para. 850.

⁸¹ *Report of the Secretary-General’s Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident*, September 2011, p. 72, para. 162; 《调查以色列袭击人道主义援助运输船队从而违反国际法，包括国际人道主义法和人权法的行为国际调查团的报告》，联合国第 A/HRC/15/21 号文件，2010 年 9 月 27 日，第 13 页，第 53 段；*Report of the Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010*, Part 1, January 2011, pp. 90–102, paras 87–97；《黎巴嫩调查委员会的报告》，联合国第 A/HRC/3/2 号文件，2006 年 11 月 23 日，第 67 页，第 275 段。

⁸² HPCR, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 297；《圣雷莫海战法手册》，前注 31，第 350 页；T. Dannenbaum, above note 32, pp. 336–337. 对于认为封锁确实构成《第一附加议定书》第 49 条第 1 款意义上的攻击这一观点，见 P. Drew, *The Law of Maritime Blockade*, above note 75, p. 99.

⁸³ Yemen Report, above note 4, pp. 178–179, para. 746. 另见《联合国人权事务高级专员载有国际和区域知名专家小组调查结果和高级专员办事处向国家调查委员会提供技术援助情况概述的报告》，联合国第 A/HRC/39/43 号文件，2018 年 8 月 17 日，第 9 页，第 58 段：“鉴于事实上的封锁对平民的严重人道主义影响，又没有任何可核实的军事影响，这些封锁构成违反国际人道主义法的相称原则。”这种方法得到了施密特（Schmitt）、廷克勒（Tinkler）和约翰逊（Johnson）的认可，他们认为“围攻只要是针对敌军（而非旨在使平民居民陷于饥饿），符合比例规则和在攻击中采取预防措施的要求，即为合法”。M. N. Schmitt, K. Tinkler and D. Johnson, above note 48. 本韦尼蒂斯（Benvenisti）最近就对加沙受到的长期围攻和封锁提出了类似的论点；他表示：“关于围攻和封锁的法律，特别从

以参考《美国战争法手册》，该手册规定，“旨在使敌军陷于饥饿的军事行动……在预计会导致对平民居民的附带伤害超过预期获得的军事优势的情况下不得予以实施”。⁸⁴

比例原则如何在围攻情况下发挥作用？

比例原则或许是相互矛盾的军事必要性与人道原则之间微妙平衡的最明显表现之一，而这种微妙平衡是所有国际人道法规范的特征。⁸⁵该原则承认在敌对行动中造成附带平民伤害通常是不可避免的，但它通过阐明必须如何平衡这两个基本原则来对可造成的附带平民伤害的程度施加限制。⁸⁶在这方面，比例原则禁止“可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、民用物体受损害、或三种情形均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击”。⁸⁷

虽然《第一附加议定书》第 51 条第 5 款第 2 项将违反比例原则定性为不分皂白的攻击，但该原则也出现在《第一附加议定书》第 57 条第 2 款中，作为攻击方必须采取的预防措施之一。根据第 57 条第 2 款第 1 项第 3 目，攻击方必须避免决定发动任何违反比例原则的攻击。这意味着攻击方有义务尽一切可能评估攻击是否会违反该原则。⁸⁸最后，第 57 条第 2 款第 2 项要求攻击方在将明显违反比例原则时采取一切可行的措施取消或停止攻击。⁸⁹这一部分将研究这些相互关联且相辅相成的义务如何在围攻战的情形下发挥作用。⁹⁰

将比例原则适用于围攻所面临的挑战

比例原则作为规范的存在是无可争议的，各国及其武装部队都认为这构成对其军事活动的严重限制。⁹¹但是，据观察，“比例原则的主要问题不在于它是否存在，而在于其含义以及应如何适用”。⁹²事实上，在对前述两方面进行评估时，确定应涵盖哪些评估内容以及如何平衡这些内容，是一项颇具挑战性的工作。⁹³比例性分析工作中最具挑战方面或许在于，它需要事前评估“可能”的附带平民伤害与“预期的”具体和直接的军事利益相比是否过分。⁹⁴而且，必须平衡的不是抽象的军事利益和附带伤害的各自价值，而是在军事指挥官在攻击时合理可获得的信息基础上，这些价值及其各自的确定性与可能性。⁹⁵

长远来看，必须在封锁旨在实现的军事目的和平民遭受的各种直接或附带损害之间进行权衡”。See Eyal Benvenisti, “The International Law of Prolonged Sieges and Blockades: Gaza as a Case Study”, *International Law Studies*, Vol. 97, 2021, p. 981.

⁸⁴ DoD, above note 1, pp. 315–316, paras 5.20.1–5.20.2.

⁸⁵ 根据红十字国际委员会关于《第一附加议定书》的评注，“当然，整个武装冲突法是在战争的必要性和人道要求之间取得合理平衡的结果。（日内瓦）四公约中没有优先考虑军事要求的隐含条款。日内瓦四公约的原则正是旨在确定这两者之间的界限；比例原则对此作出了贡献。” ICRC Commentary on the APs, above note 7, p. 683, para. 2206. See also E.-C. Gillard, *Proportionality in the Conduct of Hostilities: The Incidental Harm Side of the Assessment*, Chatham House, December 2018, p. 3, para. 1; Michael N. Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4, 2010, p. 804.

⁸⁶ Michael N. Schmitt, “Targeting in Operational Law”, in Terry D. Gill and Dieter Fleck (eds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 283, para. 16.06.

⁸⁷ 《第一附加议定书》第 51 条第 5 款第 2 项。作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 43~47 页。

⁸⁸ 作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 55~56 页。

⁸⁹ 作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见上注，第 57~58 页。

⁹⁰ DoD, above note 1, p. 249, para. 5.10.5.

⁹¹ Amichai Cohen and David Zlotogorski, *Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 3.

⁹² *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 13 June 2000 (Yugoslavia Report), para. 48.

⁹³ E.-C. Gillard, above note 85, p. 3, para. 2. 根据丁斯坦的说法，“这些困难令人不安。尽管如此，认为无法权衡预计的附带损害与预期的军事优势的主张仍是错误的。” Y. Dinstein, above note 18, p. 159, para. 426.

⁹⁴ D. Fleck, above note 27, p. 262; Michael N. Schmitt, “International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities”, in Ben Saul and Dapo Akande (eds.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 153; Y. Dinstein, above note 18, p. 157, para. 423.

⁹⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Ante Gotovine et al.*, Case No. IT-06-90-T, Prosecution’s Public Redacted Final Trial Brief (Trial Chamber), 2 August 2010, para. 549. See also ICTY, *The Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. IT-98-29-T, Judgment

在这方面，一些学者对在封锁的情况下适用比例原则的可行性持保留意见，这与围攻具有同等的相关性。丹嫩鲍姆提出，比例原则的一般弱点，特别是其事前性质，因封锁和围攻的性质而加剧。⁹⁶首先，他认为，定点打击行动通常持续时间短且范围有限，而与此不同，封锁或围攻可能会在较长时间内影响某座城市甚或某个国家的整体平民居民。而且，其影响可能会与诸多其他背景因素相交，这些因素只有随着时间的推移才会逐渐明朗。⁹⁷同样，德鲁（Drew）也认为：

在动能攻击中，通常相对容易确定武器引爆点一定半径内可能造成的损害，而对于可能持续数年的行动，特别是在对平民的伤害随着时间的推移呈指数级恶化的情况下，其影响确实无法估量。⁹⁸

其次，从更根本的角度来看，丹嫩鲍姆提出的问题是，应如何将包围已造成的附带平民伤害纳入到对持续进行的围攻的比例性评估中（如果应采取此举）。⁹⁹这个问题的灵感来自目前持续进行的关于在诉诸战争权中继续适用比例原则的辩论。¹⁰⁰尽管诉诸战争权中的比例原则的确切内容尚不清晰，¹⁰¹但大多数学者似乎拒绝诉诸战争比例原则的“静态方法”，¹⁰²而赞成以某种形式持续适用这一原则。¹⁰³如果认为诉诸战争权中的比例原则是对防御性武力使用行为进行持续的损益分析，那么，问题在于如何将已经造成的伤害纳入比例性评估。¹⁰⁴在这方面存在不同的方法。一方面，“配额法”要求开展初步的比例性评估，并随后持续评估整个冲突期间累积造成的伤害是否已超过实现正义所带来的利益。另一方面，“前瞻性方法”将过去的损害视为“沉没成本”，与持续的前瞻性比例性评估无关。¹⁰⁵下文将探讨战时法下比例原则在围攻战的适用方面这两个相互关联的挑战，将重点讨论科恩和兹洛托戈夫斯基（Zlotogorski）所说的“比例原则的程序方面”——即在围攻之前和围攻期间应采取的预防措施，以监控其是否合比例。¹⁰⁶

从事前评估到持续监控围攻

《第一附加议定书》第57条第2款第2项规定，如果“发现”攻击可能违反比例原则，则攻击方必须尽一切可能取消或“停止”攻击。¹⁰⁷根据该项规定，攻击的合比例性不仅应在计划阶段进行评估，还应在已经作出发动攻击的决定的后续阶段进行评估，更重要的是，在攻击正在进行并且仍然可以停止时进行评估。¹⁰⁸因此，就围攻而言（包括在一定时期内对某地区进行的包围和隔绝），

(Trial Chamber), 5 December 2003, para. 58: “在确定攻击是否合比例时，有必要考察，一个在合理范围内充分知情的人员，若处于实际行为人面临的情形中，在合理利用现有信息的情况下，是否可以预计到攻击会导致过分的平民伤亡。” M. Sassòli, above note 24, p. 362, para. 8.322; Laurent Gisel, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law*, report of the International Expert Meeting, ICRC and Université Laval, 22 June 2016, p. 57.

⁹⁶ T. Dannenbaum, above note 32, p. 339.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 339–340.

⁹⁸ P. Drew, *The Law of Maritime Blockade*, above note 75, p. 109.

⁹⁹ T. Dannenbaum, above note 32, pp. 340–341.

¹⁰⁰ Eliav Lieblch, “On the Continuous and Concurrent Application of *Ad Bellum* and *In Bello* Proportionality”, in Claus Kreß and Robert Lawless (eds), *Necessity and Proportionality in International Peace and Security Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 69–70. 这个问题也体现在卢贝尔（Lubell）和科恩（Cohen）所说的作为拟议法（*lex ferenda*）的“战略合比例性”中，这需要对整个冲突期间的武力使用进行持续评估，平衡总体损害与战略目标。See Noam Lubell and Amichai Cohen, “Strategic Proportionality: Limitations on the Use of Force in Modern Armed Conflicts”, *International Law Studies*, Vol. 96, 2020, p. 162.

¹⁰¹ E. Lieblch, above note 100, p. 61. See also Dapo Akande and Thomas Liefländer, “Clarifying Necessity, Imminence and Proportionality in the Law of Self-Defense”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 3, 2013, pp. 566–568.

¹⁰² 在当代国际法中，“静态方法”的主要支持者之一是约拉姆·丁斯坦（Yoram Dinstein）。See Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6th ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 282–283.

¹⁰³ Raphaël van Steenberghe, “Proportionality under Jus ad Bellum and Jus in Bello: Clarifying Their Relationship”, *Israel Law Review*, Vol. 45, No. 1, 2012, p. 113; Judith Gail Gardam, “Proportionality and Force in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 87, No. 3, 1993, p. 404; Christopher Greenwood, “The Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello”, *Review of International Studies*, Vol. 9, 1989.

¹⁰⁴ E. Lieblch, above note 100, p. 69.

¹⁰⁵ *Ibid.*; Jeff McMahan, “Proportionality and Time”, *Ethics*, Vol. 125, No. 3, 2015, pp. 701–705.

¹⁰⁶ A. Cohen and D. Zlotogorski, above note 91, p. 177.

¹⁰⁷ 作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注11，第57–58页。

¹⁰⁸ 吉拉德（Gillard）认为，“在攻击过程中，必须进行比例性评估的频率取决于攻击的具体情况和性质”。E.-C.

这项规定不仅要求在围攻开始之前分析其合比例性，而且还要求在围攻的整个过程中持续监控其合比例性。¹⁰⁹

持续监控围攻的合比例性应遵循《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 3 目的预防义务，该义务要求攻击的策划者和决策者应尽一切可能获取有助于有效评估攻击对平民居民的“合理可预见的附带影响”的信息。¹¹⁰已有观点指出，各交战方应建立有效收集和分析相关信息的系统，¹¹¹其中应包括从过去获得的“经验教训”、公共领域的信息以及可通过各交战方的情报收集系统获得的信息。¹¹²此外，如果专家资源合理可用，则必须就相关事宜进行咨询。¹¹³

为了使持续监控系统制度化，可类比参照部分国家武装部队的做法，即在攻击后进行战斗损害评估，以确定战斗的军事影响，而且也逐渐开始确定战斗对平民的影响。¹¹⁴此类评估可以揭示当事方预估情况的准确性，从而完善未来的比例性评估工作。¹¹⁵必须指出，与诉诸战争权中的比例原则相反，战时法下的比例性评估本质上具有预期性，因此排除了关于实际造成的平民伤害的信息，而根据攻击的实际军事影响将得出攻击不合比例的结论。¹¹⁶同样，如果对围攻所造成的附带平民伤害及其对被围攻部队的影响进行持续监控，也不能基于此种监控就得出围攻违反比例原则的结论，监控仅旨在为围攻方在其进行有关是否继续实施围攻的比例性评估时提供信息。¹¹⁷譬如，如果围攻部队的指挥官发现因饥饿所致的平民死亡和患病人数骤然增加，那么该指挥官据此可知，继续围攻将是不成比例的，因为，若继续实施围攻，预计平民伤害可能也会增加。

比例性评估中的“当时情况”将产生何种附带影响，可能在客观上具有可预见性。因此，可以将各种背景因素纳入考量，例如以前的敌对行动、冲突旷日持久的性质，或可能与围攻影响同时存

Gillard, above note 85, p. 46, para. 164. 根据坎尼扎罗 (Cannizzaro) 的说法，《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 3 目要求，“在已经做出决定或已经发动攻击的后续阶段也有义务考虑合比例性”。Enzo Cannizzaro, “Proportionality in the Law of Armed Conflict”, in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 335. Also see Amnesty International, *NATO/Federal Republic of Yugoslavia: “Collateral Damage” or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force*, June 2000, p. 33: “然而，即使该飞行员由于某种原因无法确定在第一次攻击时有无火车驶向该桥，但当他投下第二枚炸弹时，无论烟雾是否掩盖了火车的确切位置，他都完全清楚火车就在桥上。继续进行第二次攻击的决定似乎违反了《第一附加议定书》第 57 条，该条规定，如果发现目标不是军事目标……，或者发现攻击可能附带造成与预期的具体和直接军事利益相比为过分的平民生命受损失……，该攻击应予取消或停止。”

¹⁰⁹ G. Gaggioli, above note 3; G. Gaggioli, above note 14, p. 129. 在封锁的背景下，许多学者也提倡这种持续监控合比例性的方法。See Amichai Cohen and Yuval Shany, “The Turkel Commission’s Flotilla Report (Part One): Some Critical Remarks”, *EJIL: Talk!*, 28 January 2011, available at: www.ejiltalk.org/the-turkel-commissions-flotilla-report-part-one-some-critical-remarks/; Matthew L. Tucker, “Mitigating Collateral Damage to the Natural Environment in Naval Warfare: An Examination of the Israeli Naval Blockade of 2006”, *Naval Law Review*, Vol. 57, 2009, p. 177.

¹¹⁰ 作为习惯国际人道法同时适用于国际性武装冲突和非国际性武装冲突。见《红十字国际委员会习惯法研究》，前注 11，第 55~56 页。

¹¹¹ Yugoslavia Report, above note 92, para. 29. 吉拉德表示：“报告可能指的是《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 1 项第 1 目的第一部分，要求交战方查明将予攻击的目标既非平民也非民用物体。然而，查明的义务也要求他们确保攻击不会违反比例规则。” E.-C. Gillard, above note 85, p. 47, para. 168.

¹¹² E.-C. Gillard, above note 85, p. 47, para. 168; L. Gisel, above note 95, p. 48; I. Robinson and E. Nohle, above note 9, pp. 120–121. 霍罗威茨 (Horowitz) 指出：“事实也证明，建立平民伤害申诉和调查机制，并确保该机制得到适当的资源，可以改善用以减轻平民伤害的技术。” Jonathan Horowitz, “Precautionary Measures in Urban Warfare: A Commander’s Obligation to Obtain Information”, *Humanitarian Law and Policy Blog*, 10 January 2019, available at: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2019/01/10/joint-blog-series-precautionary-measures-urban-warfare-commander-s-obligation-obtain-information/>.

¹¹³ L. Gisel, above note 95, p. 48.

¹¹⁴ See, for example, European Union Military Committee, *Avoiding and Minimizing Collateral Damage in EU-Led Military Operations Concept*, 3 February 2016, p. 14, paras 47–50; DoD, above note 1, pp. 252–253, para. 5.11.1.3; US Department of the Army, *Protection of Civilians*, Army Techniques Publication 3-07.6, 2015, p. 5.58–5.59; Australian Defence Force, *Targeting*, Australian Defence Doctrine Publication 3.14, 2009, para. 4.32; E.-C. Gillard, above note 85, p. 49, para. 172.

¹¹⁵ E.-C. Gillard, above note 85, pp. 48–49, paras 171–173.

¹¹⁶ ICTY, *Galić*, above note 95, fn. 109; M. N. Schmitt, above note 94, p. 153; M. Sassòli, above note 24, p. 362, para. 8.322; Y. Dinstein, above note 18, p. 157, para. 423; Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff, Leiden and Boston, MA, 2009, p. 226.

¹¹⁷ 但是，请注意《圣雷莫海战法手册》和《哈佛手册》中细微但重要的差异，这就要求比较对平民居民造成的损害或苦难“是否或可能预期将”超出封锁预期带来的具体而直接的军事利益。《圣雷莫海战法手册》，前注 31，第 102 条第 1 款；《哈佛手册》，前注 31，规则 157 (2) (后加着重号以示强调)。

在经济制裁或封锁，但前提是这些因素“合理可知”。¹¹⁸譬如，如果指挥官知道先前的轰炸已经严重破坏了被围攻地区的电力网络，从而扰乱了该市唯一的污水处理厂的运作，那么在围攻期间或持续围攻中挨饿的平民人数预计将会增加。众所周知，在叙利亚和也门等旷日持久的冲突中，基本服务和基础设施状况多年来已严重恶化，若实施围攻，平民居民则更容易陷于饥饿。¹¹⁹

必须指出，围攻方只能“在可行的范围内”遵守这些预防义务。部分国家在批准《第一附加议定书》时提交的声明中表达了他们的立场，即应将“可行”理解为“在考虑到当时所有的情况后，包括人道和军事考量，是切实可行的或实际上可能的”。¹²⁰但是，有观点认为，“围攻本质上是相对‘静态的’，与更动态的行动相比，围攻部队或可采取更多重要预防措施”。¹²¹尽管如此，在围攻部队没有“涉足”被围攻地区的情况下，情报收集工作会面临诸多困难。¹²²

结论

围攻战及其毁灭性的人道后果一直是当代武装冲突的主要特征之一。虽然对围攻战最明显的限制是禁止采用使平民陷于饥饿的作战方法，但各国对这项禁止性规定的限缩解释，导致对“附带”影响平民的围攻存在一种放任的态度。本文表明，将重点从不得使平民陷于饥饿这一禁止性规定转移到规范人道救济行动的规则似乎无济于事，因为在关于围攻方同意的要求及其控制权方面存在着模糊之处。

但是，本文也表明，留在被围攻城市中的平民在遭受苦难时并非没有法律保护。在这方面，本文提出，根据比例原则，留在被围攻地区的平民受到保护，免遭过分的附带平民伤害。文中提出了三个论点来证明围攻可被视为《第一附加议定书》第 49 条第 1 款意义上的攻击，而攻击受到比例原则的限制。第一，已经证明，在对“暴力行为”进行基于后果的解释时，围攻可视为攻击。第二，可与有关封锁的法律进行类比，围攻与封锁具有许多相似之处，并且比例原则已成为适用于封锁的法律框架的重要组成部分。第三，似乎新出现了一些将比例原则适用于围攻的国家实践，而专家们似乎也日益支持这一做法。

尽管比例原则的预期性质对其在围攻战中的适用构成独特挑战，但本文仍试图阐明如何在围攻战中实施该原则。文本已经表明，《第一附加议定书》第 57 条第 2 款第 2 项不仅要求在围攻开始前进行比例性分析，而且还要求在整个围攻期间持续监控围攻是否符合比例原则。

¹¹⁸ I. Robinson and Ellen Nohle, above note 9, pp. 124–125.

¹¹⁹ 关于旷日持久的武装冲突对基本城市服务的影响，相关分析见红十字国际委员会，《旷日持久的武装冲突期间的城市服务：呼吁采取更佳方法援助受影响人群》，日内瓦，2015年，第21~28页；I. Robinson and E. Nohle, above note 9.

¹²⁰ 见比利时、加拿大、法国、德国、爱尔兰、意大利、荷兰、西班牙、英国和美国在批准《第一附加议定书》时所作的几乎完全相同的解释性声明。Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 2: *Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 357–358, available at: <https://ihl-databases.icrc.org/zh/customary-ihl/v2>. 另见《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》（以及第一号、第二号和第三号议定书），1342 UNTS 137，1980年10月10日（1983年12月2日生效），《第二号议定书》第3条第4款，以及《第三号议定书》第1条第5款；Jean-François Quéguiner, “Precautions under the Law Governing the Conduct of Hostilities”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, No. 864, 2006, p. 810.

¹²¹ E.-C. Gillard, above note 3, p. 6. See also I. Robinson and E. Nohle, above note 9, p. 139: “指挥官在分析攻击的预期附带损害时，有关可切实考虑的信息数量和质量的一个问题是行动环境是不是一个相关因素。”

¹²² 杜尔欣（Durhin）指出：“通过人员（常规或特种部队人员）实际出现在战区来获取情报，使得情报质量得到了提高。在‘没有涉足’（被围攻地区）的行动中，缺乏人员情报收集活动，而且认为仅靠技术就可以弥补该缺陷是不切实际的。” N. Durhin, above note 21, p. 190.