

# 规制作战行为法律中的预防性措施

让 - 弗朗索瓦·凯吉内 著 / 薛茹<sup>\*</sup> 译

## 摘要

为了确保平民居民和民用物体免受战争影响,就要求所有交战方采取预防措施,本文正是对这些预防措施进行了分类分析。作者认为攻击方与防御方都必须采取预防措施来避免或者至少减少附带伤亡和损失。规定这些预防措施的规则描绘出明确的行为准则。尽管这些规则考虑到了错误和判断失误难以避免以及军事利益与人道利益之间的平衡也总是难以达到的现实情况,而使用了灵活的措辞,作者的上述判断仍然是正确的。

尊重平民个人和民用物体并保护其不受战争的影响是国际人道法存在的主要目的。《日内瓦公约第一附加议定书》第 48 条明文规定的“基本规则”要求:武装冲突各方应当在平民居民和战斗员之间和在民用物体和军事目标之间加以区别,军事行动仅应以军事目标(人员或物体)为对象。

---

\* 让 - 弗朗索瓦·凯吉内 (Jean - François Quéguiner), 红十字国际委员会法律部法律顾问。本文反映作者本人观点,并不必然代表红十字国际委员会。本文来源于作者的博士论文中经过修正和翻译的章节,“Le principe de distinction dans la conduite des hostilités – Un principe traditionnel confronté des défis actuels”, Thèse no 706, Université de Genève, Institut universitaire des Hautes Etudes internationales, Genève, 2006, p.493, 作者对红十字国际委员会法律部的纳塔莉·魏兹曼对本文进行校阅并提出许多有益的建议表示感谢。

\*\* 解放军西安政治学院军事法学系讲师。

这一基本的区分原则可以衍生出许多具体的义务,例如禁止以平民和民用物体为对象的攻击,<sup>〔1〕</sup>禁止以在平民居民中散布恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁。<sup>〔2〕</sup>同样,禁止不分皂白的攻击。这类攻击指不以或不能以特定军事目标为对象的攻击以及其预期的效果不能按照国际人道法的要求加以限制的攻击。<sup>〔3〕</sup>

然而,考虑到战争残酷的现实,以合法军事目标为对象的攻击附带影响到平民个人和民用物体,这在法律上是可以接受的。在被婉转地称为“附带伤亡”或者“附带损害”的情况下,<sup>〔4〕</sup>平民可能成为目标识别错误的受害者,也可能成为攻击其附近合法目标时产生的非故意但却不可避免的副作用的受害者。然而,按照比例原则,只有当这些附带伤亡和损害与预期的具体和直接的军事利益相比并不过分时,它们在条约法和习惯法中才是合法的。<sup>〔5〕</sup>

而且即便是发动一次合法的攻击,也要求攻击方和被攻击方都采取预防措施,以避免(或者至少减少)战争给平民个人,平民居民和民用物体带来的附带影响。本文将集中讨论《第一议定书》规定的所有冲突方在攻击中或为免受攻击的影响而承担的采取预防措施的义务,<sup>〔6〕</sup>并将力图表明这些规则不仅仅是鼓励良好行为的激励性准则,它们还包含强

〔1〕 原则上禁止攻击平民和其他受保护人员或物体这一事实,并不能使这项法律保护在特殊情况下失去作用。

〔2〕 见《日内瓦公约第一附加议定书》第51条第2款和第52条第2款。

〔3〕 《第一议定书》第51条第4款。

〔4〕 《适用于海上武装冲突的国际法》(即《圣雷莫手册》)将“附带伤亡”和“附带破坏”定义为“平民居民或其他受保护人员遭受的伤亡以及自然环境或非军事目标遭受的损害与破坏”。

〔5〕 《第一议定书》第51条第5款第2项中涉及的比例原则的内涵超出了攻击时采取预防措施的职责。在相关上下文中,第57条第2款第1项第3目阐述了这个问题。适用这一原则的困难已经从多方面详细地讨论过了(参见恩佐·坎尼扎罗:“将比例性脉络化:黎巴嫩战争中的诉诸战争权与战时法”,第779~792页),这里就不再对预防措施做具体的分析。

〔6〕 根据《第一议定书》第49条第3款所规定的适用范围,目前仅集中于保护陆上的平民个人和物体,不包括海战和空战中的预防措施。在这方面,《第一议定书》第57条第4款仅指出“在进行海上或空中军事行动时,冲突每一方应……采取一切合理的预防措施,以避免平民生命受损失和民用物体受损害”。习惯国际人道法规定可以采取更多具体的预防措施,但对这些措施的分析超出了本文的范围。

制性的行为准则,一旦违反就会引起国际责任。

### 攻击中的预防措施

在有关武装冲突法最早的条约中就规定了对迫近的攻击发出警告的义务(为了允许平民居民撤离),而在攻击中采取预防措施的普遍义务却很晚才编入法条。<sup>[ 7 ]</sup>实际上,在《第一议定书》正式通过之前,所有实施攻击的指挥官都有义务采取预防措施这一原则来自于对 1899 年和 1907 年《海牙公约》和 1949 年《日内瓦公约》以及习惯法规则的广泛的解释。因此当参加 1974—1977 年“关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法外交会议”的代表们准备了一份关于必要的预防措施的书面表格时,他们确实对规制作战行为的法律作出了无法否认的贡献。

《第一议定书》第 57 条规定了有关在国际武装冲突的攻击中采取预防措施的法律制度,这不是唯一规定攻击方要采取预防措施的条款。许多规定使用特定武器的条约都涉及采取预防措施的责任问题,尽管这些条约只是将原有的《第一议定书》规定的义务适用于具体的作战手段而已。因此,要草拟一份(不完全的)有关攻击中必要的预防措施的列表,以《第一议定书》第 57 条为主要依据是合理的。以下是对这些预防措施的分类评述,最后简要总结了这些措施如何限制在“可能的”范围之内。

### 攻击方有义务采取的预防措施之概览

第 57 条规定如下:

一、在进行军事行动时,应经常注意不损害平民居民、平民和民用

---

[ 7 ] 在为 1971 年政府专家会议准备的报告中,红十字国际委员会提到在攻击中采取预防措施的义务“早已经有国际法专家提出,但在有关武装力量的国际法条款中却没有明确的表述”。

物体。

二、对于攻击,应采取下列预防措施:

(一)计划或决定攻击的人应:

1. 尽可能查明将予攻击的目标既非平民也非民用物体,而且不受特殊保护,而是第 52 条的意义内的军事目标,并查明对该目标的攻击不是本议定书的规定所禁止的;

2. 在选择攻击手段和方法时,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;

3. 不决定发动任何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。

(二)如果发现目标不是军事目标或是受特殊保护的,或者发现攻击可能附带造成与预期的具体和直接军事利益相比为过分的平民生命受损失,平民受伤害,民用物体受损害,或三种情形均有,该攻击应予以取消或停止。

(三)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。

三、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。

在进行军事行动时经常注意不损害平民居民、平民和民用物体的义务

在进行军事行动时经常注意不损害平民居民、平民和民用物体的义务直接来源于“区分”的基本原则。然而这项义务相对抽象,这也是为什么将其作为第 57 条的第 1 款的原因。根据红十字国际委员会对《第

一议定书》的评述,接下来的款项仅是为了“将这一原则应用于实践”。〔8〕因而这第一项义务将区分原则的普遍义务与攻击中采取预防措施的作战实践建立起了法律上的联系。

这项义务似乎构成了第 57 条的一个序言,尤其是根据其非常概括的措辞,容易让人理解为这一款只是一种灵感。常有人认为这项义务必须与接下来的段落中罗列的某个更具体的规则联系起来解读,才具备法律上的重要性。然而,尽管第 57 条第 1 款与随后的段落中规定的义务有直接联系,但这种直接联系并不能使第一段失去其独立的法律效果。相似并不意味着一致,第 57 条第 1 款不能仅被理解为是反映了具有“灵感”性质的一般目的普通款项。

仔细考察第 57 条的措辞之后,可以发现第一款规定的义务范围比接下来的义务范围更宽泛。正如其第一句话明确表述的那样,第二段仅适用于“攻击”发生时,〔9〕也就是说,有针对敌人的暴力行为发生。相比较之下,第一段更宽泛地适用于“军事行动”,包括武装部队实施的在真正战斗开始前的军队迁移、演习和其他部署或撤退行动。〔10〕这种更广泛领域内的适用在理论上说明这一款项本身可以引起具体的法律责任。

### 查明将予攻击的目标的军事性质和评估附带损失的义务

第 57 条第 2 款第 1 项第 1 目规定的义务本身处于军事效率和人道需要的交点。这一款项要求那些计划或决定攻击的人尽一切可能查明

---

〔8〕《第一附加议定书评注》,第 680 页,第 2191 段。红十字国际委员会对习惯国际人道法研究后在规则 15(专门规定攻击中的预防措施的第 5 章的第 1 条规则)重申了这项义务,评论中写道:“这是一项基本规则,更多的具体义务的内容包含于规则 16 至规则 21。”[Jean - Marie Henckaerts and Louise Doswald - Beck, Customary International Humanitarian Law, ICRC, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 第一卷(规则),第 51 页。]

〔9〕这种推理可以类推地适用于第三段,可以理解为仅适用于发生攻击的情形。

〔10〕“‘军事行动’这个词可以理解为由武装部队实施的以战斗为目的的任何调遣、演习和其他活动。”《第一附加议定书评注》(第 680 页,第 2191 段)这样一来这个定义使第 57 条不再严格地适用于攻击中的预防措施这个唯一的对象,正如本文题目中清楚地陈述的那样,这似乎是个矛盾。尽管有这种批评,但第一段仍然的确是意图在区分原则和预防措施之间建立起一种联系。

目标的性质,目的是确保军事行动严格以军事目标为对象,以此保护平民居民和民用物体免受损失,所以查明目标性质的义务是由区分原则衍生出来的重要内容。因此,与谈判《第一议定书》时的表述相反,断言这是一条创新的款项<sup>〔1〕</sup>或说它来逐步发展起来的新规则是不正确的。这一条款显然是将现存规则编纂成文。

查明将予攻击的目标性质的义务显然需要密切注意收集、评估和快速交流潜在目标的情报,<sup>〔2〕</sup>这些活动自然依赖于冲突方的技术资源的有效性和质量。的确,不能将第57条第2款第1项第1目规定的义务解释为要求冲突各方拥有现代的、高尖端的侦察手段,然而的确要求它们系统地使用最有效、最切实可行的手段,使攻击前尽可能地获取最可靠的情报。因此,只有指挥官在处理了所有的信息的基础上确信目标具备军事性质之后,才能实施攻击。

换句话说,既然这一条款不能规定有关结果的义务,<sup>〔3〕</sup>但在可疑的情况下,它的确要求在发动攻击前必须要获取更多的情报。<sup>〔4〕</sup>最重要的是,这一准则意味着,仅仅由于怀疑目标具备军事性质就发动轰炸袭击在事实上就违反了区分原则。<sup>〔5〕</sup>举个例子,据报道,在2003年的伊拉克战争中,美国承认在没有确定目标身份的情况下发动了针对敌方高

〔11〕 这方面见红十字国际委员会的《第一附加议定书评注》(the ICRC Commentary on Additional Protocol),评论中支持的观点是认定这是“新的”(第680页,第2194段)。

〔12〕 根据第57条第2款第1项第1目,这种查验应当在计划或决定攻击的阶段进行。然而,在这些阶段和真正的攻击之间的那段时间里,产生的义务是要更新手头的信息,以便查明变化的情况没有导致目标性质的变化。(Jorge J. Urbina, *Derecho internacional humanitario*, La Corun, 2000, 第241页)

〔13〕 正如 Yoram Dinstein 在 *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004 中所说“显然无法完全确保查明军方人士在攻击中如何进行目标选择,但他们却有给予充分的注意和诚实履约的义务”。(第126页)

〔14〕 《第一附加议定书评注》(Commentary on Additional Protocol)(第680页,第2195段)。《第一议定书》第50条第1款和第52条第3款都包含了关于怀疑具备平民性质这样假设的条款,而这项义务必须与这样的条款联系在一起解释,指出这一点是有益的。

〔15〕 甚至有观点主张,这样的行为可以构成战争犯罪,因为在这样的情况下缺乏信息并不能被视为免责的情形。[Stefan Oeter, “Methods and means of combat”, in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 1995, 第457页]

层人士的攻击。当时美军搜集的相对确定的证据显示一位高层政治或军事领导人在某幢大楼中,似乎美军将他们的攻击决定建立在这样的证据基础上。这种方法很难与区分原则的基本要求相一致:如果攻击的对象是一个具体的个人,那么理应在确定目标者的姓名和职务后才能合理地认定这个人合法的军事目标。<sup>[6]</sup>

而且,攻击前不仅需要搜集与目标的性质有关的情报,还要收集许多其他的具体情况,尤其是有关目标周围环境的情况,以便得到一个有关各种情况的清晰描述,因为这些情况将引起比例原则义务的适用。无可争议的是,这方面最主要的困难来自于“突然出现的目标”,这种情况下不可能进行事先计划,由于是突然出现,就必须在很短的时间内进行攻击,没有机会再去遵循复杂的程序。在这种情况下,要求在预先确定的准则的基础上,更快速地分析决定目标的军事性质和潜在的附带伤亡和破坏。<sup>[7]</sup>然而这些快速的程序必须为采取预防措施留有时间。在2003年伊拉克冲突中,据称,评估事先计划好的目标的附带破坏的程序通常运转良好,而当程序适用于突然出现的目标时还不能这么说。在后一种情况下,没有时间实施足够精确的评估,经常会导致不符合比例原则的轰炸。<sup>[8]</sup>

各种各样的例子显示,认定目标——尤其是远程目标——和评估附带破坏都是复杂的行动,需要大量足够的技术联合起作用。在绝大多数

---

[16] “Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq”, Human Rights Watch, New York, 2003, 第23和38页。而且,在确定敌方领导人的位置方面,美国依靠的是卫星电话拦截技术。有人对这种识别程序的可靠性表示过怀疑:寻找移动电话的位置并不一定能找到其主人的位置,因为他可能在攻击前已经更换了电话。在关于用什么方法查明使用电话的人的确是想找的目标这个问题上,美国军方表示沉默,这更加深了类似怀疑。尽管似乎已经建立起了一个信息库,用来查明使用者的声音和目标者的声音是否一致。而且,据报道经常由提供情报的人决定电子数据是否有效。如果他们是可靠的,这些技术当然符合查明的要求;但是,似乎事实并非如此。(同上,第25页)

[17] 根据《人权观察》(Human Rights Watch),同上,第20页,在2003年伊拉克的军事行动中,美国的实践显示根据不同情况有两种方法:当武装部队有时间对目标进行研究时,可以认真地遵循程序。相反,如果要快速实施打击时,就启用特别程序。

[18] 同上,第20页。

情况中,计划或决定攻击的人会直接将他们的决定建立在得到的情报或侦察(人员、天空、卫星或其他)结果上。这个决策链条涉及不同层次的责任,因为它们都与决策链相联系。例如,如果提供的情报不可信或导致错误,情报部门就要负责。尽管计划和决定攻击的领导者不可能自己去了解被攻击的目标,但如果他们在可靠情报的基础上,由于不称职、忽视或是不诚信而做出了错误的决定,那么他们就要负责。

最后,需要注意的是,攻击方的指挥官虽然努力获取可靠的信息,但其努力可能遇到敌人引导其攻击虚假目标或者误导其情报系统而使用的计谋的影响。一个有关这种战争诈术的著名例子就是在1999年北约轰炸时,南斯拉夫联盟共和国(FRY)使用了假目标。这种涉及目标性质的欺诈方式是合法的,只要他们没有引导攻击方的指挥官将平民个人和物体确认为是军事目标,而使其成为军事行动的对象。<sup>[9]</sup>

### 选择避免或至少减少平民居民伤亡或民用物体损失的攻击手段和方法的义务

选择避免或至少减少平民居民伤亡或民用物体损失的攻击手段和方法的义务在外交实践方面得到广泛的支持。<sup>[10]</sup> 这里的主要困难是识别此项义务的实际后果。关于《第一议定书》的一项评注将此项义务简化为:打击居民聚居区的军事目标时,应尽可能提高轰炸打击的精确度。<sup>[11]</sup> 这样的解释显得局限性太强。首先,认为此项义务局限于平民

---

[19] 例如,在“二战”中,英军——完全控制了德国部署在他们领土上的间谍系统——发送错误报告,引导德国空军认为平民聚集的英国城市地区是军事目标而对其进行轰炸。见 Burrus Camahan, “The law of air bombardment in its historical context”, *Air Force Law Review*, 第17(2)(1975)期,第60页。现在这就违反了《第一议定书》第51条第7款。(Michael Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1982, 第363页,第2.5段)

[20] 关于这类实践的分析,见亨克茨和多斯瓦尔德·贝克,同前注[8],第二卷(实践),第一部分,第374~84页。

[21] “第2款第1项第2目规定的在选择作战方法和手段进行攻击时应采取一切预防措施以期避免或减少附带的平民伤亡和民用物体损失的义务,就是在轰炸居民区中的军事目标时,尽最大可能提高精确度。”(Bothe et al., 同前注[19],第364页,第2.6段)

聚居区这一点,无论在《第一议定书》的文本中还是在议定书出台前的准备工作中都找不到依据。其次,不用多少想象力就可以理解这一条款的范围远比提高轰炸精确度的义务要宽泛得多。这一点可以用有关攻击方法的具体实例来说明。

首先,这一规定要求对攻击的时间进行限制。在这一方面,红十字国际委员会的《第一议定书评注》提到了在“二战”中轰炸位于德军占领区的工厂时盟军采取的预防措施。轰炸是在这些工厂里没有人时进行的,目的是摧毁工厂的同时不伤害里面工作的人们。<sup>[2]</sup> 采取这样措施的目的是希望避免更多的人员伤亡,而不是在一般意义上保护平民居民,这是事实,<sup>[3]</sup> 尽管如此,这个例子还是很好地说明了第57条第2款第1项第2目要求的预防措施的类型。换句话说,使用不伤害平民居民和民用物体的攻击方法的义务——在任何攻击区域,也就是说甚至在敌方领土上——要求为了减少附带伤害要选择攻击的时间。更近的一个例子是,2003年美军在针对伊拉克的军事行动中不断轰炸市区,美军决定为了减少平民伤亡,尽可能地在夜间实施攻击,因为夜间人们都不在街道上。<sup>[4]</sup>

这项义务还要求对攻击的地点进行限制,如果攻击可能造成重大平民伤亡,只要情况允许,冲突各方就应该避免攻击人口稠密的地区。这也是1991年海湾战争中联军放弃对科威特城进行水陆两方面攻击的原因之一。国防部在其交给美国国会的报告中解释说,这种攻击会迫使联军在城市地区发动袭击,因此会构成“一次造成攻击方、防御方、无辜平民和民用物体损失惨重的战斗”。<sup>[5]</sup> 因此,联军决定让伊拉克军队有机会离开科威特城,在城北的沙漠地区展开战斗。在决定攻击什么地点、什么地区可以开进或驻扎部队时,这种预防措施应该纳入考虑。

---

[22] Commentary on Additional Protocol (p.682, para. 2200).

[23] 关键是在被占领区之外没有采取过这种预防措施。

[24] Human Rights Watch,同前注[16],第17页。

[25] See“Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War”, ILM, 1992(3), p. 622.

其次,选择避免或减少平民居民伤亡或民用物体损失的攻击方法的义务也要求谨慎地选择攻击的角度。<sup>[6]</sup> 一个具体的例子就在1991年海湾战争期间,飞行员被要求沿纵轴方向攻击城市地区的桥梁。采取这种措施使得没有命中目标的炸弹——因为炸弹落下的要么太早要么太晚——能够落进河里而不是落在平民房屋上。<sup>[7]</sup> 最后这个例子是适用这项规则的许多情况之一。

更具体地考虑作战手段,第57条第2款第1项第2目提出的主要问题,还关系到当实施可能造成附带伤亡或附带破坏的攻击时,冲突各方应尽可能使用最精确的武器(尤其是精确制导武器)的义务。多数法律学者都忽略了这项义务,因为一般认为,对武器的选择是冲突方根据具体的军事利益和不同的军事行动情况来判断的。例如,达尼埃尔·因费尔德(Danielle Infeld)写道:

“战争法对合法目标下了定义,然而战争法中没有规定在攻击特定目标时必须使用的武器种类。当攻击特定目标时,战争法中没有要求使用最具有区分能力的手段。可适用的法律只授权平衡军事必要和不必要的痛苦,以便要遵循比例原则。”<sup>[8]</sup>

然而,这看起来将选择武器的规则这个问题归结为对比例原则的简单分析。在特定情况下,第57条第2款第1项第2目规定的重大意义在于,要求攻击方应该在选择攻击手段时,尽量采取可行的预防措施,以

[26] Human Right Watch, 同前注[16],第17页。这个例子具体见澳大利亚军事手册, Australian Defence Force Manual on the Law of Armed Conflict, AD FP 37(1994),第552段。

[27] 这个例子非常有趣,因为选择这样的攻击角度是为了损坏桥的中间部位,这样更便于修理。[Michael W. Lewis, “The Law of aerial bombardment in the 1991 Gulf War”, AJIL, 第97(2003)卷,第501页]。

[28] Danielle L. Infeld, “精确制导武器在沙漠风暴中展示了它们极高的精确度;但是,一个国家有义务使用精确制导技术来减少附带平民伤亡和损失吗?”, George Washington Journal of International Law and Economics, 1992年第26(1)卷,第134-135页。澳大利亚军事手册中也出现了这样的推理,尽管是以一种有细微差别的方法,同前注26:“精确制导武器存在于军备目录中并不意味着它们要比常规武器更优先使用,即便后者可能造成附带破坏。在许多情况中,常规武器可以被用来轰炸合法军事目标而不会违反武装冲突法的要求。使用什么武器是指挥官的决定,这种决定要遵循武装冲突法基本原则:军事必要原则,不必要伤害原则和比例原则。”(第834段)

期避免或至少减少平民伤亡。

也有人提出与这个结论相反的意见。首先,使用最精确攻击手段的义务要求根据冲突各方武器的技术综合情况来确定不同的保护标准。这种观点和传统人道法中冲突各方平等的原则相悖。<sup>[ 9]</sup> 这种意见难以完全令人信服:正如已经提到过的,国际人道法的最终目标之一是尽最大可能保护平民居民和民用物体不受战争影响。“在攻击时有技术能力尽到充分注意的一方不需要太注意,因为对方没有类似的设备,这种观点也与此目标背道而驰。<sup>[ 10]</sup> 无论如何,在攻击中采取“一切可能的”预防措施的义务已经承认,判断攻击合法与否要依照相应的测量标准,而这个测量标准同样有赖于冲突各方的经济和技术发展水平。<sup>[ 11]</sup>

还有人认为,设置尽可能使用最精确武器的义务还会带来另外的不良影响,即减缓复杂的、昂贵的武器系统的发展。通过不发展先进系统的方式,冲突方可以合法地使用精确度更小、更便宜的武器,从而在适用比例原则时可以降低精确度的标准。这种缺乏法律维度的观点不能很好地立论。使用更精确武器的益处不局限于人道方面——实际上,首先并且最重要的是军事上的利益,因此使用最精确攻击手段的义务绝不会阻碍研究和发展精确武器计划背后的军事利益。

总而言之,在现在的国际人道法中,国家没有法律义务去购买市场

---

[ 29] “看来假设拥有精确武器的少数国家——例如美国、英国和拥有量更少的俄罗斯——应当承担更高的法律标准是不合理的”;Nathan A. Canestro,“Legal and Policy Constraints on the Conduct of Aerial Precision Warfare”,*Vanderbilt Journal of Transnational Law*,第37(2004)卷。Yoram Dinstein,“这样的主张会带来不能允许的歧视性偏见,赞成或反对更多发达的参战国配备就要被现代科技淘汰的昂贵军械”。(同前注[13],第126页)

[ 30] Michael N. Schmitt,“The Impact of High and Low - Tech Warfare on the Principle of Distinction”,*Briefing Paper*,2003年10月,Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University,第10页。

[ 31] Eric Jaworski,“‘Military Necessity’and ‘Civilian Immunity’:Where is the Balance?”,*Chinese Journal of International Law*,2003年第1期,第201页。这位作者指出,适用相对标准并不局限于国际人道法领域,其他国际法领域(如环境法)也根据缔约方各自的手段适用不同的标准。

上可以买得到的最精确的武器,即便他们有财政资源去购买。<sup>[ 2 ]</sup> 然而,武装冲突法的确要求,一旦国家的武器库中拥有这样的武器,而且在实践中也可能使用它们,那么就应该使用。

取消或中止显然违反比例原则,目标不是军事目标或目标受特殊保护的攻击的义务

如果认为这一条完全多余,这也是可以理解的,因为禁止直接攻击平民居民和民用物体、实施军事行动时要注意不伤害平民居民和民用物体的义务,在别的地方都出现过明确的表述。根据这一点,这一条显然是说,如果认为最初选择的目标不是军事目标,或者攻击有可能违反比例原则,那么这样的攻击必须要取消或中止。特意阐明这项义务的确具有某种价值,尤其是在现代战争中,由于决定和计划攻击的人不是实施的人,使得这项义务常被破坏。以防产生疑问,这条规则确认了其中要求的行为准则应当适用于各个作战层面。<sup>[ 3 ]</sup>

在一些情况中,如果发现最初的计划有错误,这一条款就适用于攻击的计划者。北约联军对南联盟的军事行动中就有这种情况。1999年4月14日,在轰炸完一支确信属于军方的护航车队之后,北约计划者开始怀疑车队的军事性质,因为南斯拉夫军组成如此大的车队迁移是不常见的。因此,北约军选择派一架速度慢但更可靠的飞机去查明目标的性质。军事行动中中止了二十多分钟,据报告车队由军方和民用车辆组成,

---

[ 32 ] 施米特,同前注[ 30 ],第10页。作者设想,根据国民生产总值(GNP)或国防支出的百分比来确定一个国家拥有精确制导武器的义务。作者补充说,国家可能不容易接受一项限制它们支配自己财政预算的法律义务。

[ 33 ] 红十字国际委员会关于这一条的评注在开始时确认,这项规则不仅对计划和决定攻击的人适用,而且最重要的也适用于执行的人(Commentary on Additional Protocol,第686页,第2220段)。也见手册Fight it Right(红十字国际委员会,日内瓦,1999年),在攻击中挑选了这种特殊措施,因为它不仅适用于计划攻击的人,也适用于真正执行的人。(第71页,第1103段,第1c款)。

后来所有的攻击都取消了,北约撤回了它的飞机。<sup>[ 4 ]</sup>

首先也是最重要的,这一条必须解释为,对武装部队所有成员设置了一项特殊的个人义务,当他们在作战行动过程中获得了在计划阶段不可能得到的情报时,应当取消或中止攻击。飞行员遵照命令摧毁一个被认为是指挥和控制中心的目标,但是后来却发现指定的目标标有保护性标志,<sup>[ 5 ]</sup>这位飞行员就有义务中止行动,向上级报告他的发现并要求在继续轰炸前对目标性质进行确认。如果飞行员没有得到更多能够确认目标是军事性质的情报,那么攻击必须停止。<sup>[ 6 ]</sup>

当然,通常在第一颗炸弹落下之前就会取消或中止攻击。然而,在现代战争中,尤其是使用激光精确制导武器时,会出现甚至在炸弹发射之后仍然可以适用这一条规则的情况。例如,1999年4月18日北约的新闻简报中出现了下面这个故事。一位负责对敌方雷达实施空中军事行动的飞行员,在攻击实施之后发现目标地点附近有一座教堂。为了不毁坏教堂,这位飞行员决定将他的武器从目标上移开,而让炸弹在树林中爆炸,没有摧毁教堂。<sup>[ 7 ]</sup>

因此,为了遵守区分原则,在战场上实施军事行动的战斗员和由于自身的工作而掌握第一手情报的战斗员,都必须实施这样的谨慎行为。这项义务精确的措辞说明了在攻击前发布的指令并非都是不容置疑的:一名士兵不能简单地说自己在执行命令而被免除实施违反法律的行为带来的责任。

当考虑到攻击中的比例原则时,这项规则就更难以适用了。已经指出过,在联合或协同军事行动中,不可能去要求每一个坦克驾驶员或飞行员去比较从攻击中预期得到的具体而直接的军事利益和可能造成的

[ 34 ] Anthony P. V. Rogers, "Zero - casualty warfare", IRRIC, 第 837 (2000 年 3 月) 期, 第 174 ~175 页。目前,我们应该强调的是,对目标确切性质心怀疑虑的计划者做的是合适的。然而,这并不能排除他们的责任,因为在第一轮攻击发生前就应该产生怀疑。

[ 35 ] 例如红十字或红新月,或者标明是文化财产或含有危险力量等的标记。

[ 36 ] 《澳大利亚军事手册》中引用这个例子作为这一条款适用于空战的最好说明,同前注[ 26 ], 第 832 段。

[ 37 ] 这个例子从 Rogers 那里得来,同前注[ 34 ], 第 172 (n.25) 页。

附带伤亡和破坏。首先,这种规模的军事行动要求有纪律和行动迅速,不可能允许一架坦克或一个空军中队为了讨论这项规则的实际应用问题,而无组织地行动或临时停止攻击。其次,要在将攻击作为一个整体的基础上考虑比例原则。如果为了阻止敌军前进,制订计划的指挥官决定摧毁一条河上的所有桥梁,显然只有将基础设施全部毁坏才能获得重大的军事利益。因此,每一个坦克驾驶员或飞行员可能认为自己的行为是不符合比例原则的,而把军事行动当做整体看的话可能就符合比例原则的要求。有的观点认为,在《第一议定书》第85条第3款规定的基础上,在这类情况中只有发布命令的人要负刑事责任,而执行命令的人则不必。<sup>[8]</sup>换句话说,上级命令的存在使得最直接造成破坏的人免除了责任。

这种评论看起来遵循了最严格的推理,但却可能导致对法律的误解。实施攻击的人必须假定计划者或决策者已经正确地估计了形势,对他们的所有要求就是忠诚地执行受领的命令,这样的主张是不充分的。第57条第2款第2项规定的前提是,在认识目标性质的问题上出现错误,或者发现的新情报完全改变了对目标性质的估计,在这种情况下,要求一名驾驶员或飞行员严格地服从命令是与这一条的字面意义和精神内涵相违背的。再看前面引用的例子,如果在对桥梁实施第一次轰炸前,坦克驾驶员注意到一群逃难的平民在目标桥梁下藏身,驾驶员不可能假设计划者已经正确地考虑到了比例原则,而故意盲目且不受惩罚地继续他的任务。他至少必须中止攻击以便允许平民撤离,或者要求在考虑这些新情报的基础上重新确认自己的命令。

### 选择对平民生命和民用物体造成危险最小的军事目标的义务

1956年新德里规则草案规定,当获得一项军事利益允许选择几个目标时,负责下命令或实施攻击的人应当选择对平民居民造成危险最小的那个目标。因为这一条看起来更像是一种建议而不是严格的义务,所

---

[38] Bothe et al., 同前注[19], 第366~367页, 第2.8.1.3段。

以看上去起草规则草案的作者认为这一条没有多重要。的确,所有可供选择的攻击目标应该全部都是军事目标,摧毁这样的目标应该是合法的,而且摧毁这样的目标能够取得同样的军事利益这种可能性在实践中或许并不现实。<sup>[ 9 ]</sup> 然而,《第一议定书》第 57 条第 3 款引入了类似措辞的义务,而且将 1956 年条款的范围扩大到民用物体。因此这项也出现在许多军事手册中<sup>[ 0 ]</sup>的规则就构成了一项具有约束力的法律义务。

最经常出现的是有关敌方基础设施和通信线路上的选择。例如,在选择直接攻击一架电话总机交换台,还是攻击远离平民聚居中心的传输线路关键点时,如果两者都能带来相似的军事利益,那么攻击方有义务选择后者。现代通信系统越来越多地避免了从一个中心点向外传输,而且通过分散网络减少了受攻击的可能,所以未来在军事目标间选择的义务将可能变得更重要。因此,以军事必要的名义来轰炸其毁坏会造成整个系统瘫痪的市区神经中枢,就变得越来越不适当了。<sup>[ 1 ]</sup>

### 对可能影响平民居民的攻击发出事先警告的义务

对可能影响平民居民的攻击发出事先警告的义务是一项古老的要求,它可以在最早的规制战争行为的法律文本中找到。《利伯守则》第 19 条要求,军事指挥官要通知敌方“他们意图轰炸的地点,以便非战斗员,尤其是妇女和儿童,可以在轰炸开始前撤离”。《利伯守则》之后直

---

[ 39 ] Frits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, ICRC, Geneva, 2001, 第 109 页。

[ 40 ] 关于以规定此项义务(以及实践中的其他要素)为特色的军事手册,见亨克茨和多斯瓦尔德·贝克,同前注[ 8 ],第二卷(实践),第 413 ~418 页。

[ 41 ] Eric David 在提到塞尔维亚广播电视塔不能被认为是对南联盟通信网络不可或缺,因为全国有几百座中继站时,也作了类似推论[“Respect for the principle of distinction in the Kosovo war”]YIL, 第 3(2000)卷,第 90 ~91 页]。

到 20 世纪初出台的法律文件都系统地提到了这项预防措施。<sup>[ 2 ]</sup> 不可否认,早期适用这一原则并不困难,因为通常只有在包围战中由炮兵实施的轰炸可能对平民居民造成严重的影响。在那种情况下,很容易想象发动攻击的军队发出事先警告,因为攻击中没有突袭的因素,被围困方也没有可行的手段来保护军事目标不受攻击,因此攻击方不会由于发布警告而丧失军事利益。

一些作者认为,空中轰炸的出现改变了这种情况,发出事先警告的义务属于另一个时代的战争。<sup>[ 3 ]</sup> 确实,尤其当考虑到现代防空的有效性时,突袭已经变成了胜利的基本因素。然而,国家的实践证明认为这项预防措施过时的理论是错误的。这项义务不仅出现在所有的包括准则性和学术性的现代法规汇编中,<sup>[ 4 ]</sup> 而且许多军事手册也提到它,包括最近的军事手册。<sup>[ 5 ]</sup> 而且甚至在空中作战出现后的军事实践中也出现了将这一条规则适用于实践的许多例子。例如在 1999 年,北约联军在南联盟领土上实施军事行动时发出了警告。认为突袭是胜利的关键这种观点在联军发动的这场不对称战争中没有多大意义,因为联军享有完全的空中优势,能够不受南联盟一方的防御行动的影响,而且联军希望——主要是出于政治原因——能够防止平民伤亡。<sup>[ 6 ]</sup>

---

[ 42 ] 《布鲁塞尔宣言》(The Brussels Declaration) 中反复提到,要求冲突一方应当在防御区发出攻击前的警告,并具体提到了警告的发出方和接受方。(第 16 条) 实际上,《利伯守则》只是总体上提及指挥官,而《布鲁塞尔宣言》则对指挥进攻的军官规定了更具体的义务——他单独承担违反法律的责任。而且,这项法律文件还具体提到警告必须要送达到防御方当局的负责人那里。由他们在反应中采取适当的措施。《剑桥手册》(the Oxford Manual) 第 33 条和《1899 年海牙第二公约》的附件《陆战法规和惯例章程》第 26 条,都包含有同《布鲁塞尔宣言》类似的措辞。《1907 年海牙第四公约》的附件《陆战法规和惯例章程》的第 27 条重申了这项义务,虽然它的措辞看上去将适用的领域限于被包围的城镇。

[ 43 ] Peter Rowe, "Kosovo 1999: The air campaign - Have the Provisions of Additional Protocol withstood the test?", IRRC, 第 837 (2000 年 3 月) 卷, 第 154 页, 其中在这方面引用了 Theodor Meron, War Crimes Law Comes of Age, Clarendon Press, Oxford, 1998。

[ 44 ] 实例见《新德里规则草案》(the New Delhi Draft Rules 1956) 的第 8 条第 3 款。而且在《第一议定书》第 57 条中也毫无争议地重申了这项义务。

[ 45 ] 有关的军事手册和国家外交和军事实践的内容见亨克茨和多斯瓦尔德·贝克 (Henckaerts and Doswald-Beck), 同前注 [ 8 ], 第二卷 (实践), 第一部分, 第 400 ~ 413 页。

[ 46 ] Rowe, 同前注 [ 43 ], 第 154 页。

虽然实践证明发出警告的义务仍是进攻中的一项基本预防措施,但是还要引起注意的是,这项规则的措辞中并没有使用绝对性的词语。正如已经解释过的,军事必要原则有时要求,如果遵守一项规则就会失去——或至少是严重危及——军事行动取得胜利的机会,那么就应该忽视这样的规则。而且相关上下文已经系统地使用了减弱这项义务影响力的措辞。《第一议定书》规定,“除为情况所不允许外”,必须发出警告,因此这是在强调除了冲突方能够援引证明这项义务不适用的特殊情况外,这项义务都应当作为规则来遵守。<sup>[7]</sup>

除了确定这一条中设想的例外情况有困难以外,决定警告采用何种形式以及要达到何种具体程度方面也存在困难。规定必须采取“有效事先”警告的《第一议定书》第57条第2款第3项对于要遵守国际人道法在警告中需要有多少细节这个关键问题,没有提供明确的答案。<sup>[8]</sup>在这方面,根据人权理事会决议S-2/1建立的黎巴嫩质询委员会在2006年10月10日的报告中提到“如果武装部队确实愿意认真地在危险临近时对平民发出警告使其撤离的话,那么就应当考虑到平民如何实现撤离命令,而不仅仅是从飞机上扔下传单”。<sup>[9]</sup>

这里要回答的一个基本问题是,如果仅通过发出一个“抽象的”警告,其中包括被认定为军事目标的各种类型的基础设施列表,这样是否就可以达到要求。或者一方是否必须在任何可能影响平民居民的具体攻击前发出警告?这里很难给出一个清楚确定的答案。要求的精确程

---

[47] 《第一议定书》中的这种措辞被《1980年常规武器公约议定书二》第5条第2款以及这项议定书新的、修正过的1996年5月3日的文本所吸收采纳(见第3条第11款,关于限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的一般规定以及第6条第4款,更具体地涉及遥控布设地雷)。

[48] “判断哪一种事先警告算是有效的警告并不容易,同样判断警告应有多具体多直接也不容易。”(丁斯坦,同前注[13],第128页)。然而武装部队必须要表现出最低限度的判断力(或真诚);正如Fight it Right手册(同前注[33],第76页,第1110.2段)中提到,“用平民不懂的语言进行广播不能算有效,对被隔绝在数百公里外的权威当局发出的警告和措辞含糊不清的警告都不能算有效”。

[49] Report of the Commission of Inquiry on Lebanon established pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1, A/HRC/3/2, 23 November 2006, para. 156, available at: <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/specia session/A.HRC.3.2.pdf>.

度取决于总体的目标；攻击方必须确保平民居民和民用物体免受伤害，同时还要在每个战略背景下考虑自身的军事利益。

然而，有的平民居民位于已经明确被宣布了的军事目标附近，攻击方指挥官不需要对由此产生的危险发布多次警告，这是很清楚的。在敌对行动开始时发布一般形式的警告，然后在敌对行动期间予以重复，就能够从字面上和精神上符合这项义务的要求。<sup>〔50〕</sup>的确，实践显示，国家通常通过广播消息或散发传单向平民居民发布一般警告，以此来完成这项义务。然而这不能排除攻击方指挥员在可能或必要时发出更多准确的警告。例如，当目标是一个基本的公共设施而且几乎一直都有平民作为工作人员在内，根据情况警告应该更具体，显然冲突一方是不可能仅因为敌方将一些公共设施确定为合法军事目标就不使用它们。为了使工作在内的平民居民免受伤害，必须尽早发布更准确的警告。

无论是一般的还是具体的，发布警告必须要清楚。当北约攻击贝尔格莱德的塞尔维亚广播电视塔时，他们声称已经警告过外国记者远离这一地区。这种警告不能满足向南联盟当局通知有攻击的要求。而且，冲突一方必须在攻击真正实施前的一个合理的时间段内发布警告。如果警告发布得太迟，平民居民就没有充足的时间撤离。<sup>〔51〕</sup>当然警告也不能发布得太早，因为这可能导致人们认为危险不是真的。再看北约攻击塞尔维亚广播电视塔的例子，对南斯拉夫当局的警告是在1999年4月12日发出的。然而，攻击是在十一天之后也就是4月23日发动的，这

---

〔50〕 在《第一附加议定书评注》(Commentary on Additional Protocol)(第686~687页,第2224和2225段中明确提过这一点:“警告也可以是一般性的。例如冲突一方可以用广播通知就要攻击某种设施或工厂。警告也可以包括一份被攻击目标的列表。”然而,应该考虑其他更准确的警告,就像在“二战”期间的飞行员做的那样,他们在发动攻击前在目标上空飞得很低,是为了让平民有时间躲藏。自然,这种措施有赖于对空中的控制和当时实施的防御措施。

〔51〕 The Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council Resolution S-2/1中宣称:“警告的时间选择十分重要。在一些情况中,报道过以色列国防军(IDF)在可能来临的攻击前仅两小时,抛传单或用扩音器发出警告。发出警告后,还必须考虑实际可能的反应。”(同前注〔49〕,第153页)然而公认的是,判断最佳时间很困难,因为还必须不能给敌人机会撤离目标内的军事设施。见Rowe,同前注〔43〕,第154页。

使得人们感觉到威胁不是真实的。<sup>[ 2 ]</sup>

最后一个问题是关于在冲突一方事先发出攻击警告的责任。一些作者曾写过关于可能的不良影响。例如,斯卢茨基(Sloutzky)就质疑,发布警告、允许平民有足够时间撤离是否可能导致攻击方在行动上更大的自由。具体来说,警告可能会将一个居民区变为一个由军事人员控制的真正的防御阵地。这表明对已经——或者本应该——撤离的平民实施的使其免受伤害的防御措施和在居民区实施的防御措施比起来,可能就不那么谨慎。这位作者甚至考虑,是否发布误导的警告以便诱使攻击方指挥官将整个地区当做一个军事目标,因此将高度集中的攻击变成区域性的攻击。<sup>[ 3 ]</sup>不幸的是,这种设想并不局限于学术假设。例如,在2006年的黎巴嫩冲突中,有报道说以色列司法部长宣称,倘若已经给了平民足够的时间离开的话,那么任何仍然留在黎巴嫩南部的人都可能被看做是“真主党支持者”。<sup>[ 4 ]</sup>这种主张在法律上是站不住脚的。警告只意味着确保平民居民受到保护,绝不能够免除攻击方遵循其他的预防措施的职责。相反的任何推理都同普遍的区分原则不一致。黎巴嫩质询委员会毫不含糊地肯定了这一点:

“即便是在警告发布后平民仍留在军事行动区,也应该适用关于区分和敌对行动原则的义务。军方应采取任何可行的预防措施保护留下来的平民,包括他们的财产,撤离的警告不能免除他们这种义务。”<sup>[ 5 ]</sup>

---

[ 52 ] 在这方面,可能应当像约拉姆·丁斯坦那样指出,因为警告的唯一目的是允许平民居民撤离,所以“警告必须不能误导或具有欺骗性:在这种情况下不允许战争诈术”。(同前注[ 13 ],第128页)

[ 53 ] N. Sloutzky, “Le bombardement aérien des objectifs militaires”, RGDIP, Vol. 61, 1957 (3), 第372页。

[ 54 ] 以色列国防军(IDF)过去已经使用过这种推理方法:1996年4月11日,就在对黎巴嫩南部实施轰炸前,以色列国防军对平民发布警告,宣布任何在最后指定期限后仍留在指定地区的人都可能被当做合法目标。应当指出的是,当以色列军看到大多数平民没有撤离,他们就没有将整个地区视做一个军事目标,而是只向他们认真挑选的目标开火。即便是整个平民居民都已经撤离,这也原本就是唯一合法正确的程序。

[ 55 ] Report of the Commission of inquiry on Lebanon, 同前注[ 49 ],第151和158页。

## “可能的”预防措施的概念

第 57 条中使用的“尽可能”或“一切可能”的表述清楚地提醒我们一个显而易见的事实,在攻击中采取预防措施时,不能要求武装部队去做客观上不可能做的事,他们也不能只满足于去做可能的。虽然这个观点听起来很有道理,但它的措辞和在敌对行动中的实践含义曾引起一些争论。在签署《第一议定书》的时候,英国代表团提出了一个对这种表述特别宽泛的解释,主张这种表述包含一切可能的或实践中可行的措施,要考虑到攻击时的所有情况,包括和军事行动胜利相关的情况。最后一点引起了问题:这种解释看来允许交战方将他们的军事利益优先于人道需要。<sup>[6]</sup> 有趣的是,在批准议定书的时候,英国将自己的提法作了修改,变为实施“一切可能”的预防措施时,要将人道利益包含于要考虑的军事事项中。<sup>[7]</sup>

“可能的”这种表述引起的基本问题是认定对这种表述的解释,即它是否或在多大程度上会使错误合法化。例如,诚实地寻找和收集的情报会使冲突一方相信某个目标是军事目标,而事实上却完全是民事性质。或者载有进攻性武器的飞机出现错误,偏离了设定好的轨道,从而打击了攻击方自己并不愿打击的目标。在这个问题上这一原则的立场可以总结如下:

“采取预防措施的义务并不是绝对的。诚实地采取可行的措施是一项义务,而诚实地去做的人有可能犯错。”<sup>[8]</sup>

因此,对一个特定情况的法律评价,就会在违反国际法的疏忽大意的行为和尽管采取了一切可能的预防措施还是出现错误,这两者之间划一条清晰的界限。前一种类型的行为将引起国家责任(与个人刑事责任

[56] Commentary on Additional Protocol (p. 681 - 2, para. 2198).

[57] 这种解释也被其他国家在批准时采纳(例如比利时,西班牙和意大利),更重要的是,也被收入修订过的《1980年常规武器公约议定书二》。

[58] William J. Fenrick, “Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia”, EJIL, Vol. 12(3) (2001), p. 501.

区分开),而后一种类型的行为就不会。

在这方面,由前南国际刑事法庭检察官成立的委员会在关于北约轰炸南联盟的报告中认为:

“判断区分军事目标和民用物体时不适当的行为,不必只集中在一次事件上。如果在绝大部分情况下预防措施都是适当的,那么在极少数情况下不适当的预防措施并不意味着在总体上是适当的。”<sup>[59]</sup>

然而,摘录这一段并不是说,如果预防措施总体上都是合适的,那么就不可能认定某一行为是违法的。既然任何不成功的预防措施都应该在更广泛的适用领域中去考察,那么具体的事件也应该重新审视。这段摘录的含义是,如果许多预防措施已经导致了平民居民伤亡或民用物体损失,那么为了防止这样的伤亡或损失再次发生,就必须重新判断这些预防措施。<sup>[60]</sup>

### 受攻击一方采取的预防措施

禁止受攻击一方以试图掩护军事目标和行动而滥用攻击方的义务。虽然“技术上”可以认为这种禁令属于预防措施(规定于《第一议定书》第51条第7款,没有和关于预防措施的条款在一起)——既然这是为保护平民居民防御方的主要义务之一,那么在这种情况下认为它属于预防措施是合理的。除了完全禁止人盾,第58条还规定了可能防止攻击影响的预防措施。

---

[59] 见前南刑事法庭检察官指定的委员会的,关于是否应当对从1999年3月24日到5月10日北约轰炸南联盟提出质询的决定的报告,ILM,第39(5)(2000)卷,第29段。

[60] Robert Cryer,“The fine art of friendship”,*Journal of Conflict and Security Law*,第7(1)(2002)卷,第51~52页。

## 完全禁止人盾

禁止使用平民居民、平民个人或民用物体使某一地点或某一地区免于军事行动

虽然禁止使用人盾可以追溯到古代,<sup>[1]</sup>但是直到很久以后条约中才制定了这一规则。1949年《日内瓦第三公约》第19条要求,战俘应在被俘获后尽速撤退至处于远离战斗地带足使其免于危险的地区的战俘营。<sup>[2]</sup>该条约第23条甚至更清楚地规定,不得将战俘送至或拘留于战斗地带炮火所及之地,也不得使用他们使某一地点或某地区免于军事行动。同样,1949年《日内瓦第四公约》第28条规定,不能使用被保护人使某地点或某地区免于军事行动。然而,考虑到两个法律文件各自适用的领域,这些非常重要的条款每一条的范围是有限的。只有在通过了《第一议定书》第51条第7款后,禁止使用人盾的禁令才最后扩展至保护整个平民居民和所有的平民个人,这一条如下:

“平民居民或平民个人的存在或移动不应用于使某些地点或地区免于军事行动,特别是不应用以企图掩护军事目标不受攻击,或掩护、便利或阻碍军事行动。冲突各方不应指示平民居民或平民个人移动,以便企图掩护军事目标不受攻击,或掩护军事行动。”<sup>[3]</sup>

这一款的措辞很有技巧。它体现了禁令的精神,涵盖了攻击中平民被迫掩护军事目标的移动和实践中更“细微”之处。例如,第51条第7款清楚地设想了使平民移动至军事地点的情况,还设想了故意将一个军事目标放置在居民区中或其附近的情况,例如将一支炮兵部署在学校操

[61] 现代第一次建立国际刑事责任的尝试的确开始将这种行为认定为犯罪。1919年3月29日由负责认定德国军队和它的联盟军犯下的罪行的委员会起草的报告中提到禁止使用人盾。[Miguel A. Marin, “The evolution and present status of the laws of war”, RCAD I (1957 - ), 第678页。]

[62] 撤离的义务有一个例外,即当由于例如战俘受伤严重而不能被移动时。要注意的是对于战俘的保护也包括从捕获到撤离这个期间。在这中间,他必须不能被暴露于危险中。

[63] 《第二议定书》没有包含类似的条款,第5条第2款只提到拘禁和拘留的地方不应接近战斗地带。

场或居民区。根据情况,后者也可以构成违反——后文会讨论——禁止将军事目标放置在人口稠密区或其附近的义务。这种违反行为由于故意使用平民居民作为掩护而加重升级。第51条第7款也禁止有意指示平民居民或平民个人移动以便掩护军事行动。总而言之,这一款将禁令适用的人员范围扩展至使所有平民受益,将禁令实质的范围扩大至涵盖最多的情况。<sup>[4]</sup> 这一规则获得的广泛支持,尤其是在外交实践中的支持,显示禁令在国际和非国际武装冲突中都享有习惯法的地位,对这一点几乎没有反驳意见。<sup>[5]</sup>

对这样的非法行动如何做出回应这带来了一个法律问题。当对方决定使用人盾来保护军事目标时,攻击方的指挥官应该做什么呢?首先要指出的是,在这种情况下攻击受掩护的军事目标是合法的。采取相反的法律立场就意味着允许违反法律,会导致军事目标不受攻击。这就等于是奖励违法,自然也会鼓励更多的违法行为。完全可以理解,国家绝不允许这样的结果。<sup>[6]</sup> 而且,看起来这种法律立场同外交和军事实

---

[64] 正如 *Fight it Right* 手册中十分恰当地提到的,同前注[33],第58页,第1003.2段,关于使用人盾的禁令必须在特定的军事行动的情境中解释。例如,如果防御区是处于包围中的城镇或居民区,几乎没有机会使人员撤离,那么防御方指挥官就不应被当做是使用平民作为人盾。

[65] 大量军事手册都含有与《第一议定书》中的这一款类似的条款:见亨克茨和多斯瓦尔德·贝克,同前注[8],第二卷(实践),第2部分,第2285-302段。而且《罗马规约》在第8条第2款第2项第23目战争犯罪的列表中也包含了使用人盾。

[66] 曾出现过相反的观点,其中有些非常古老。例如,12世纪北非法学家伊本·哈利勒指出“如果敌人用妇女和儿童筑起防御,除非非常危险,否则应当不予攻击”。[引用自 Marcel Boisard, “De certaines règles islamiques concernant la conduite des hostilités et la protection des victimes de conflits armés”, *Annales d'études internationales*, 第8(1977)卷,第152页]。再近些时候,另外的作者对这种攻击的合法性提出质疑,他认为任何人都会有一天发现自己处于人盾的地位,在这种情况下,他最不愿意做的就是鼓励使自己一定成为无辜受害者而被攻击。这个作者还主张“在这类情况中,任何军事必要也不能使(无辜的平民)明白使他们丢掉生命的必要性在哪里。所以,一个人不可能支持适用这种自己成为受害对象的规则,与之相一致,一个人也不应在自己不受影响时支持适用这种规则”。(Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Brussels, 1994, p. 242)这种争论没什么价值,因为没有任何普通的平民愿意作为人盾保护军事地点不受可能的攻击。国际人道法是要确保平民不受战争的影响,它的最终目的要求在平民合法利益和国家合法利益间相互妥协并达成良好平衡。这位作者的主张只能导致给予前者过度的优先权而损害了后者。

践非常一致。例如,《澳大利亚军事手册》明确规定允许攻击用平民掩护的目标。<sup>[7]</sup> 同样,在1991年海湾战争期间,美国总统宣布,伊拉克总统将平民安置在战略地点以保护其不受联军攻击的决定并不能阻止美军对其发动攻击。<sup>[8]</sup>

为了合法地攻击用平民掩护的目标,就必须符合很多条件。《第一议定书》第51条第8款中用毫不含糊的措辞强调了这一点,指出:对这些禁例的违反不应解除冲突各方关于平民居民的法律义务。另外,它们还明确指出,攻击方指挥官必须继续采取一切必要的预防措施来减少平民个人的伤亡和民用物体的损失。<sup>[9]</sup> 这清楚地表明,即便当平民被用来掩护军事目标时,也应继续适用议定书第57条的规定。这一款规定了在有人盾的情况下采取能够避免或减少平民伤亡的作战方法和手段的义务,也规定了攻击方有义务寻找没有平民掩护、其破坏可以使攻击方得到相似的军事利益的可供选择的军事目标。指挥官也有义务考虑能使军事目标附近的平民免受伤害的可供选择的攻击方法。人盾的出现使武装部队的任务变得相当复杂,也提高了对预防措施的要求,因为平民的基本权利显然处在危险之中。然而这种增加的义务在当时军事情况下仍是可接受的——这是部队在武装冲突中必定要冒的许多危险之一。<sup>[10]</sup>

根据推理,当在攻击中适用关于预防措施的规则时,也应将比例原

[67] 澳大利亚国防手册,同前注[26],第550段中提道:“在计划好的军事目标中或附近出现的平民(无论是自愿的还是被迫作为掩护)仅是计划攻击时必须考虑的事实情况之一。”

[68] “Department of Defense Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War”,同前注[20],第618页。

[69] 可以找到这类义务的非常古老的历史证明。例如,阿拉伯古代文献(Shaybani's Siyar)就假设了一座城市用使用穆斯林儿童作为人盾的方式来保护自己。它认为攻击(甚至使用弓箭)只有在将领土上的居民而非儿童作为目标的情况下是合法的。因此在评估攻击合法性时,考虑到攻击方的意图很重要。见 Shaybani's Siyar, trans. Majid Khadduri, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1996, p. 102, para. 118 - 119, 120 - 121.

[70] See, in particular, Frits Kalshoven (“Reaffirmation and development of international humanitarian law”, Netherland Yearbook of International Law, 1978, p. 121), 关于这方面他写道:“以上这些对攻击效果有影响的预防措施不提倡用于军事行动。”

则纳入考虑之中。但这个问题在法律上有争议。它一方面涉及平民个人和民用物体的附带伤害问题,另一方面还涉及攻击中可预期的直接的具体的军事利益问题。比例原则中要求在两者之间达到平衡,在这种情况下适用比例原则,天平将会向使用人盾的一方倾斜,而损害遵守法律发动攻击的一方。这种困难并非不可克服,也不允许任何一方将比例原则这样基本的原则置之不理。为了克服这一困难,有人提出可以将敌方欺诈行为纳入攻击方指挥官对附带损失和军事利益进行评估的考虑之中。这种方法确实是合适的,它源自《英国武装冲突法手册》,其中写道:

“敌方对这一规则的违反不能使攻击方免于采取预防措施保护受影响的平民的义务,但是在考虑附带伤亡和破坏是否与预期的军事利益成比例时可以将敌方的非法行为纳入考虑。”<sup>[71]</sup>

还有一种情况也相应地提了出来:埃里克·戴维(Eric David)认为,在攻击前,指挥官有义务适用所有合法的方式劝说防御方指挥官放弃使用人盾。<sup>[72]</sup>这种方法很值得称赞,必须鼓励所有相关的权威当局遵循这种做法。然而不难看出,与其说这属于法律问题,还不如说属于道德问题。要求指挥官向敌方警告自己的攻击意图会将攻击方置于不利的军事地位。正如前面所解释的那样,《第一议定书》认为“除非情况不允许”,必须发出警告。经过对国家和国际实践的具体分析之后,可以看出由埃里克·戴维提出的情况不是源自国际条约、军事手册或任何国家或国际组织的单边行动。根据这一点,很难认为这种情况是受法律约

---

[71] UK Ministry of Defence, *The Manual of Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 68, para. 5.22.1. See also the manual *Fight it Right*, above note 33, p. 58, para. 1003.4. 其中写道“攻击方指挥官被要求尽力保护这些平民,但也有资格在考虑比例原则时将防御方指挥官的行为纳入考虑”。手册的作者之一肯定了这一立场,写道“在考虑比例原则时,任何处理这类案件的法庭都有义务支持攻击者而不是实施非法行为的防御者”。罗杰斯,同前注[34],第178~179页。也见丁斯坦,同前注[13],第131页,“比例原则仍然适用。然而……真正评估对平民的过分伤害必须要灵活。也就是说,评估平民伤亡相对于预期的军事利益是否过分时,必须要允许这样的事实——如果有利用平民掩护军事目标的故意——平民伤亡将会高于平常”。

[72] David, 同前注[53],第242页。

束的。

### “自愿人盾”的情况与其法律含义

近些年出现了一种新情况,也就是被媒体称为“自愿人盾”的情况:有许多平民通过将自己置身于显然是军事性质或军事目的的地点的方式,来表达自己的对战争的反对。这些平民准备好了为理想用自己的生命冒险,他们通常是冲突一方的国民,希望保护本国的军事目标。例如,在1999年北约“联军”轰炸期间,许多南斯拉夫人就站在贝尔格莱德的桥上。自愿人盾也可以是中立国或甚至是敌国的国民,其中一个经典的例子是,2003年,在非政府组织的支持下,一群多国国民在武装行动开始前进入伊拉克,目的是有意将自己置于由伊拉克指定的军事目标地点。

对《第一议定书》第51条第7款适用于自愿人盾的问题可以在法律上被认为是有争议的。至少在精神上,这一款意在指出相关平民居民或个人被迫或至少没有意识到自己被利用来掩护军事目标。因此非常有可能,这一款的起草者设想这条规则也适用于个人有意或主动实施掩护行为的情况。然而,禁止“利用”平民居民的存在或移动不仅局限于禁止军方主动的违反行为方面,而且还适用于军方对平民自愿存在或移动以掩护军事目标时采取被动消极态度的情况方面。<sup>[3]</sup>

冲突方在何时对自愿人盾存在持默许态度,就会等同于冲突方利用这些平民的存在或移动来掩护军事目标或掩护、支持或阻碍军事行动,这一点不那么清楚。根据负责起草《罗马规约》中犯罪要素的筹备委员会的观点,可以类推地认为,引起适用第51条第7款的标准是人盾中受

---

[73] 并不是说,文本中包含“移动”这个词就是为了包括平民居民自愿移动的情况。然而,这不意味着平民清楚自己正在保护军事目标(Commentary on Additional Protocol, p. 627, para. 1988)。对使用这一概念广义的解释在《罗马规约》第8条第2款第2项第23目犯罪的第一要素的措辞中也重申了,写道“罪犯移动一个或多个平民或其他受武装冲突的国际法保护的人,或利用他们的存在”。

益一方的故意。<sup>[4]</sup> 然而,故意常可以从具体情况推导出来。例如,如果平民聚集在具有军事价值的桥上是为了抗议敌人早些时候毁坏了类似的桥梁,这可能意味着冲突方并没有故意。然而,如果在同一座桥上,平民示威者已经长时间地支起帐篷而当局没有采取任何行动使他们离开,那么很清楚这种不作为导致的假设就是,当局故意利用平民的存在掩护桥梁不受敌方攻击。更能清楚地推断此种故意的情形是,武装部队告知平民志愿者应当保护的何处军事地点的情况。

有人或许想知道,自愿人盾的存在可以说已经包括在《第一议定书》第58条之中了,这一条规定要求平民居民、平民个人和民用物体要从军事目标附近撤离,那么对故意这么细致的规定有什么益处。从法律的立场看,明确第51条第7款应适用于哪种情况很重要,首先使用人盾因为是绝对禁止的,而必须采取防御措施防止攻击影响这在相关的条款中已经阐明,其次因为违反第51条第7款可以导致个人刑事责任,<sup>[5]</sup>而违反第58条就不会。

再来看攻击方指挥官方面,人盾自愿的性质有可能影响指挥官是否攻击选定的目标吗?一些人认为,自愿作为人盾的平民可以被看做直接参与冲突,其结果就是他们失去了不受直接攻击的豁免,因此无论如何也不能影响指挥官对于比例原则的评估。<sup>[6]</sup> 然而,如果认为直接参与敌对行动意味着对对方产生了直接和即刻的威胁,那么仅有消极的自愿

---

[74] 第8条第2款第2项第23目中犯罪的第二个要素要求:“罪犯故意掩护军事目标不受攻击,或掩护、支持或阻碍军事行动。”在总结讨论时,Knut D. Mann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, ICRC and Cambridge University Press, Cambridge, 2003指出:在某些代表的观点中,“‘位置’这个词没有任何有关平民或其他受保护的人怎样到达某个特定地点这种含义。他们重申在犯罪中重要的不是移动的类型或地点,而是故意使用”。

[75] 依照《罗马规约》第8条第2款第2项第23目。

[76] 丁斯坦,同前注[13],第130页。施米特,同前注[30],虽然没有这么清楚的语言阐述这个观点,但也倾向于这种解决方法,遵照这一理论,即对自愿人盾造成的附带伤害或损失不必纳入考虑。(第12页)

人盾行为是否就真的应该被看做是直接参与敌对行动,这是有疑问的。<sup>〔7〕</sup>而且可以得出的合理结论是,作为自愿人盾的平民将保留他们不受直接攻击的豁免。自愿人盾的存在也并没有改变攻击方在选择军事目标时适用比例原则的义务。在适用比例原则时,军事指挥官将把有意作为自愿人盾这种鲁莽的行为纳入考虑。结果,这些平民将有危险成为合法攻击被掩护物体时的受害者。

### 《第一议定书》第 58 条引起的义务

关于防止攻击影响而规定的预防措施的有关规则已经逐渐适应了现代战争的变化,虽然可能这些规则还有待继续发展。规定这些原则的第一个要求,就是被包围的政府当局应当在某些受保护建筑物上标上可见的标志——通常是旗帜,以便使它们易于辨认以便保护其不受敌方战火攻击。<sup>〔8〕</sup>随着技术尤其是空中作战技术的进步,造成平民居民和民用物体的伤亡和损失增加,在受特殊保护的建筑物上标上标记的这种法律要求已被证明不合适了。而且,在规制作战行为的法律发展中,已经加强了受攻击一方为了保护其控制下的平民个人和民用物体必须采取预防措施这方面的内容。这些内容与要求攻击方的大量预防措施形成了平衡。在《1956 年规则草案》中,红十字国际委员会建议扩展“被动”预防措施的内容。实际上,《规则草案》第 11 条预示了《第一议定书》第 58 条的出现,它可以分解为三种类型但相互关联的预防措施。

首先,第 58 条第 1 款要求冲突各方应将平民居民、平民个人和民用

---

〔77〕 将这些行为视为与直接参与敌对行动相等,也会导致自愿人盾面临本国法律下的刑事控诉。实际上,2003 年去伊拉克的美国公民就曾被提起指控,虽然针对他们的指控是民事的,不是刑事的,指控只是因为他们在冲突期间去敌国领土。

〔78〕 《利伯守则》将医院和其他受保护物体区分开来,前者必须标上标记(第 115 条),而后者如宗教、艺术、科学或慈善用途的建筑和历史纪念碑等,只是建议表明标记(第 118 条)。后来的文本取消了这种二分法,将在所有这类物体上标明标记作为一种法律要求。见《布鲁塞尔宣言》(Brussels Declaration)第 17 条,《剑桥手册》(Oxford Manual)第 34 条,《1907 年海牙公约》的附件《陆战法规和惯例章程》第 27 条。

物体从军事目标的附近地方迁离出去。《日内瓦第四公约》第 49 条禁止将受保护人从被占领地强制迁移或驱逐,<sup>[ 9 ]</sup> 这一款的表述中提到了这一条,这表明起草者明白这种预防措施可能被用来追求人道以外的目的。显然,迁移平民和民用物体的义务必须在符合议定书精神的情况下实施,也就是,只能以保护受冲突威胁的平民个人和民用物体为唯一目的。当然,考虑到撤退的潜在影响,还必须采取一些预防措施。<sup>[ 0 ]</sup> 按照这一点,只有当实质上用其他方法不可能确保居民安全时,才使用这一规则直到危险过去以后为止。

第 58 条第 2 款要求冲突各方避免将军事目标设在人口稠密区内或其附近。这项义务关系到在和平时期和战争时期对固定的军事目标的设置问题。例如,如果将军营或弹药库建在居住区中,就会给生活在这一区域的平民带来灾难性后果。第 58 条第 2 款的义务也涉及移动军事目标,如部队和武器储备等。在所有的行动中,部队最好避免到人口稠密区。如果无法避免,那么他们必须尽可能迅速地通过居民区并以同样的方式部署,以便尽可能少地给平民居民和民用物体带来危险。

最后,第 58 条第 3 款规定了开放性的义务,要采取“其他必要的预防措施,保护在其控制下的平民居民、平民个人和民用物体不受军事行动所造成的危害”。这一款允许国家根据实际情况采取更多的预防措施。例如,参与冲突的国家可利用的手段和其他能考虑到的事项。国家实践和学说著作都提供了有用的不同类型预防措施的例子,采取这些预防措施能够遵循这一义务。最普通的预防措施包括建设临时住所,成立民防组织,<sup>[ 1 ]</sup> 建立预警和疏散平民居民的装置系统。其他措施包括救

---

[ 79 ] 然而第 49 条具体提到,只要是出于居民安全或迫切的军事理由,禁止强制迁移和驱逐不能影响被占领区中特定区域施行的全部或部分撤退。

[ 80 ] 红十字国际委员会的《第一附加议定书评注》(The ICRC Commentary on Additional Protocol ) (第 693 页,第 2248 段)写道:“在这一区域占领国只有有限的自由,必须遵守日内瓦第四公约第 49 条:迫切的军事理由,居民安全,适当的设备以收容被保护人,满足移送的条件(卫生、保健、安全、营养、同一家人不分离、立即通知保护国)。”

[ 81 ] 显然这里与《第一议定书》第 4 部第 1 编第 6 章有联系。(预防措施出现在第 4 章)

济伤者, 灭火, 消除污染, 识别并标明高危地区的计划。<sup>[ 2 ]</sup>

这些避免冲突影响的预防措施在逻辑上是区分原则的延伸。许多军事手册都使用了与第 58 条相似甚至是同样的措辞,<sup>[ 3 ]</sup>这也成为习惯国际法的一条规则。<sup>[ 4 ]</sup>然而规定这项采取预防措施的义务的建议在 1974—1977 年的外交大会期间和前后都曾经引起了尖锐的批评, 因为某些国家认为这项义务相当难以达到。人口稠密的国家正经历着快速的城市化, 对这样的国家来说采取这种预防措施说起来容易做起来难。<sup>[ 5 ]</sup>对这一义务最强烈的反对来自于瑞士联邦: 瑞士多山的地形意味着平民居民高度集中在山谷地带, 这也是关键的经济和军事要地, 尽管有稠密的平民居民和房舍, 但战争一旦发生, 战斗在这些地方就会不可避免地发生。<sup>[ 6 ]</sup>由于这些原因, 要求将平民居民从军事目标附近迁

[ 82 ] 关于这样的措施列表见 *Fight it Right*, 同前注[ 33 ], 第 78 页, 第 1201.5c 段。手册中说, 第 58 条规定的义务依赖于军队的同时也依赖于地方政府。而且, 第 58 条是一个典型的例子, 要求在和平时期分配财政资源和采取实用的措施, 尤其是在计划和设置军事目标方面。某些军事目标可能会由于后来改变要素而失去作为军事目标的资格, 但这并不能免除冲突方采取预防措施, 只要有要求, 这些措施将帮助保护平民居民。一种预防措施可以是建立保护区或不设防区以便被疏散者进入。

[ 83 ] 有关军事实践的例子, 见亨克茨和多斯瓦尔德·贝克, 同前注[ 8 ], 第二卷( 实践 ), 第一部分, 第 419 ~450 页。

[ 84 ] 前南国际刑事法庭在 2000 年 1 月 14 日库普雷什基奇案件的判决中毫不含糊地认定采取预防措施的义务具有习惯法性质( 第 524 段 )。一些学说作者也主张这些义务可以被认为已经具有习惯法性质很长时间了。见 Geoffrey Best, *War and Law since 1945*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 330。红十字国际委员会关于习惯法的研究也承认在国际性武装冲突中这些预防措施的义务具有习惯法地位。然而, 对这一规则在非国际性武装冲突中仔细研究的结果是令人遗憾的。结论是, 在非国际性武装冲突中真正的习惯法义务只有, 采取一切可能的预防措施保护其控制下的平民和民用物体不受攻击影响。[ 亨克茨和多斯瓦尔德·贝克, 同前注[ 8 ], 第一卷( 规则 ), 第 68 ~76 页 ]。

[ 85 ] “有时, 几乎不能排除平民( 和民用物体 ) 与战斗员( 和军事目标 ) 混合在一起。例如, 延伸的大都市地区也几乎免不了成为军事目标。”丁斯坦, 同前注[ 13 ], 第 129 页。

[ 86 ] 据报道特殊的地形使瑞士军队设想在私人房屋的地基上建立指挥所。这解释了为什么瑞士——和有着类似情况的澳大利亚——提出一个解释声明, 使第 58 条中使用的“最大可能范围内”这种表述服从于防卫国家领土的需要。这条保留条款, 见“*Les réserves formulées par la Suisse*”, *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. 139 - 140, 144.

离出去,要求避免将军事目标设在人口稠密区内或附近,如果这种情况在一个国家已经比较普遍,执行起来就会比较难。<sup>[ 7 ]</sup>

正是考虑到这样的情况,所以才对采取预防措施的义务使用了相对的术语。《第一议定书》要求只有在“最大可能范围内”才能适用这些预防措施。这种表述已经在前文攻击中的预防措施中讨论过了。“最大可能范围内”的用语不能被解释为仅仅是一种建议而不是法律义务。<sup>[ 8 ]</sup>

值得一提的是,第 58 条设置的标准不局限于禁止有意将军事要素散布于平民环境以阻止敌方行动。<sup>[ 9 ]</sup> 第 58 条还有更广泛的适用领域:它要求受攻击一方诚实地采取主动的预防措施以确保平民居民和民用物体不受伤害。

## 结论

与有的主张相反,《第一议定书》没有建议在预防措施上对防御方和攻击方不均衡的要求。<sup>[ 10 ]</sup> 不管是防御方还是攻击方,它们都有适用

[ 87 ] 毋庸置疑,包围战是这方面最成问题的情况。例如,在以色列部队包围西贝鲁特时,巴勒斯坦解放组织(PLO)将重武器部署在民用物体旁边,很难说这违反了第 58 条,因为实际上巴解组织除此之外不可能用别的方式进行防御。

[ 88 ] 这里的提醒当然有用,因为如丁斯坦所说,同前注[ 13 ],“无可否认,考虑到这些义务只有‘在最大可能范围内’才赋予冲突方,一些评论者常认为其具有建议的性质而不是严格的义务”。(第 129 页)

[ 89 ] 这种行为毫无争议违反了第 58 条。更重要的是,由于故意的因素,这种行为也相当于“使用”平民居民或民用物体“掩护、便利或阻碍军事行动”,因此进入了第 51 条第 7 款的范围。

[ 90 ] In his article entitled“ Air war and the law of war”, Air Force Law Review, Vol. 32(1) (1990), p.112, W. Hays Parks 主张,保护平民个人和财产传统上都是防御方的义务,而《第一议定书》已经将这种义务转移给了攻击方。在我们的观念中,保护平民个人和财产一直是一种共享的义务,除了这样的事实,Parks 立场的基础在人道法中是无法采纳的。按照他的理论,处于防御地位的国家常被看做是进行自我防卫,这种理解使得在《第一议定书》谈判期间,某些代表团犹豫是否要对他们针对攻击者的军事行动施加更多的限制。换句话说,自卫的自然法优于任何其他义务,也允许国家将其平民居民置于危险之中,只要认为这是保护自己的领土所必要的。不能否认,这种争论在外交会议期间导致了一些声明(尤其见法国的声明:CDDH /SR. 42, 第 54 - 55 段),但这不能证明武装冲突法已经改变了基本的结构,武装冲突法仍然在原则上在战时法的范围内排除任何诉诸战争权的考虑。

区分原则的义务,前者独自控制出现在其领土范围内的平民和物体,后者则要独自决定在进攻中要以何种物体为目标,并采用何种攻击方法和手段。<sup>[ 1 ]</sup> 所以,由所有冲突各方采取的预防措施组合起来才能有效地保护平民居民和民用物体。

然而,这不意味着,冲突一方对这些义务的尊重将取决于其他方在冲突中的行为。这种分配的义务绝不意味着如果攻击方拒绝履行自己预防措施的义务就使防御方也可以不履行自己的义务。<sup>[ 2 ]</sup> 同样,如果防御方没能履行自己预防措施义务,那它至少应承担由攻击合法军事目标造成的伤亡和损失的责任,尽管攻击方有时已经采取了某种预防措施。<sup>[ 3 ]</sup>

前面的论点在现代战略发展中具有特别重大的意义,现代战略发展对冲突各方满足第 58 条规定的义务的能力有着显著的影响。正如一个很引人注目的例子,近期技术的进步,尤其是在通信和情报领域内的进步,形成了民用和军事媒介牢固地交织在一起的网络形式。<sup>[ 4 ]</sup> 与之类似,广泛传播的不对称战略已经不可避免地导致技术能力具有差别的冲

[ 91 ] 按照《1976 年美国空军手册》(U S A ir Force Pam ph let) (第 5 ~8 页),“区分战斗员和平民、军事目标和民用物体的要求,对冲突各方赋予了实施和坚持区分原则的义务。不管战斗员的行动发生在什么样法律地位的领土上,都是这样”。相反的意见见 Marco Sassoli, “Targeting: The scope and utility of the concept of m ilitary objectives for the protection of civilian in contemporary armed conflicts”, in David W ippm an and Matthew Evagelista( eds. ), New W ars, New Laws? Applying the Laws of W ar in 21<sup>st</sup> - Century Conflicts, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2005, 其中写道:“与发动攻击的一方比较而言,习惯法和条约显然没有给防御方规定义务。防御方只是不要为了使其军事目标免受攻击而滥用攻击方的义务”(第 209 页)。

[ 92 ] 前南国际刑事法庭委派的决定是否提起对北约轰炸南联盟(1999 年)控诉的委员会曾说过,现代技术社会使得适用《第一议定书》第 58 条规定的预防措施很难,“然而,即使冲突一方没能够履行自己的义务将在军事目标中或附近出现的平民撤走,他们也必须被综合考虑 to 比例原则之中”。同样立场,见 Bothe et al., 同前注[ 19 ], 第 307 页,第 2.5.3.1 段。

[ 93 ] “没有将军事行动同民事行动区分开而将自己的公民至于危险区域的冲突一方,在国际法下要接受合法攻击其领土上的有效军事目标带来的结果。”(美国空军手册,1976 年,第 5 ~13 页)

[ 94 ] 用马克·舒尔曼的话(“D iscrim ination in the laws of information warfare”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 37(1999), p. 963)“军队以前用军事媒介通信……现在他们在任何地方与平民信息共享。在信息战中,隔离带来许多新问题”。

突方要弥补自己战略资源的不足,其最好的隐蔽地方——也是属于例外的情况——就是人口稠密的城市地区。不管冲突方在将来的武装冲突中是否有能力会改变这样的做法,但上述的这种实践只能是削弱“区分原则”的效力。

朱文奇 校