INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

战争是如何演变的——一个人道组织的视角：红十字国际委员会1863—1960年的历程

丹尼尔·帕尔米耶里* 著
汪中祎** 译

若要探知人们对战争的看法以及战争如何随着时间的推移而变化，我们必须首先选择一个恰当的研究机构：它曾经亲历过战事，但又未直接介入战争。这样的机构能够用更加客观和理性的观点来看待战争的发展。红十字国际委员会 (ICRC) 恰好符合这样的要求。它作为一个人道组织，在过去150多年的时间里一直为武装冲突受害者提供援助。它历经无数战争，却始终能以非交战方的身份对战争进行批判性解读。因此，ICRC能够洞悉战争这项人类历史上最古老的行为在过去一个半世纪中的演变——在此期

* 丹尼尔·帕尔米耶里 (Daniel Palmieri) 是红十字国际委员会历史研究员，撰写过多部有关红十字国际委员会历史和战争历史的书籍。

** 武汉大学本科，北京语言大学翻译硕士，曾在红十字国际委员会东亚地区代表处工作过八年时间，先后担任过翻译及生计项目官员。

间，战争伴随着技术的突破性发展以及极端政治意识形态的出现发生了不可思议的巨大转变。除此之外，在ICRC成立之初，其成员主要是以某种形式参与过战争的人。该组织于1863年2月创建时，5位创始人中就有3位曾不同程度的亲历过武装冲突。[1]这也使得ICRC从一开始就有资格对其亲身经历的事件发表看法。

不幸的是，虽然“战争”一词频繁出现在ICRC的出版物、声明和档案中，但必须承认，多年以来，ICRC只是在理论和一般概念的层面上探讨战争，却未曾提及战争演变的问题。由于ICRC的文献中并没有太多战争学的分析能够阐释战争及其不断变化的性质。因此，我们必须翻阅大量文献，[2]从零散的文献中总结关于ICRC如何看待战争的主要观点。ICRC关于战争的观点通常建立在战争与和平、军队与平民、文明与野蛮、国内与国际等对立的概念上，并在此基础上形成了它对战争的假想解读，这也是本文试图阐释的内容。而且因为该组织当时很少在战地开展工作，因此在它创立之初的50年里，对战争的解读一直都是采用这种假想的方式。这就意味着，直到1914年一战爆发，当时还只是一个小型国际组织的ICRC，其身影基本没有出现在各类军事行动中。此外，ICRC未出现在军事行动中也与它对战争犹疑不决的理解密切相关。本文所涵盖的时间范围止于20世纪60年代，是因为从那时起，ICRC不再沿用其近百年来对战争的假想解读，而试图以另一种方式理解战争。在本文的结论部分，我们将简要概述ICRC如何应对柏林墙倒塌后出现的战争新形式。

1 亨利·杜南 (1828-1910) 在目睹索尔费里诺之战 (1859年6月24日) 中伤兵的悲惨处境后，发起了红十字运动；纪尧姆-亨利·杜福尔将军 (1787-1875) 是一名瑞士军官、工程师，曾在1847年分离主义联盟战争期间担任瑞士联邦军队总司令；路易·阿皮亚 (1818-1898) 在包括1859年意大利战争在内的多次武装冲突中担任战地外科医生。

2 本文的研究对象主要为刊登在《伤兵救护国际委员会公报》(*Bulletin International des Sociétés de Secours aux Militaires Blessés*) (即《红十字会国际公报》(*Bulletin International des Sociétés de la Croix-Rouge (BISCR)*)，后更名为《红十字国际评论》(*International Review of the Red Cross*))上的文章、红十字国际大会 (International Conferences of the Red Cross) 的报告，以及ICRC的成员，尤其是第二任主席古斯塔夫·穆瓦尼耶 (Gustave Moynier, 1826-1910年)在担任ICRC第二任主席 (1864-1910年) 期间发表的文章。

幻想时代：1863-1914年

战争与和平

ICRC与其他红十字组织都不是反战组织。《伤兵救护国际委员会公报》第一期开篇便阐明了这一信条，这也回应了外界对ICRC仅设法减轻战争影响却不根除战争罪恶根源的指责。[3]ICRC及其所发起的国际红十字与红新月运动（下文简称“运动”）主要致力于使冲突人道化。[4]然而，矛盾的是，战争实际是ICRC赖以存在并“有所作为”的原因，但ICRC却旋即表达了其反对战争的立场——因为战争是苦难的根源。1873年，古斯塔夫·穆瓦尼耶发现，国家红会为一些和平团体（如“和平运动”）的工作提供了间接帮助，这些帮助实际上也产生了有用的辅助效果。[5]的确，ICRC和国家红会的创立旨在对好战行为进行遏制。通过向战争受害者提供有组织的、协调一致的和普遍的援助，团结在白底红十字标志下的救援者怀着雄心壮志，要给战场带去仁爱之心。战争越是人道，战场上的不人道行为就会越少。这必然会导致“人们自然而然地希望看到灾难的源头逐渐干涸”，[6]未来战争终将消失——战争，因其不再是人类暴行的代名词，从而失去了存在的意义。1888年，穆瓦尼耶问道：难道还有人不把战争视为一种例外吗？[7]民族与国家间的紧张关系可以通过和平方式加以解决，以阿拉巴马号仲裁案为例[8]，事实证明这种方法可以有效防止各方诉诸武力。ICRC的奠基者们用他们的成功证明这一想法并非异想天开。值得称颂的是，在ICRC的努力下，《日内瓦公约》得以通过，并成为普遍和永久性的国际条约，从而限制了国家从事战

3 *BISCR*, No. 1, October 1869, p. 3.

4 引自路易·阿皮亚 (Louis Appia) 的原话；“Rapport adressé au Comité international par M. le Docteur Appia sur sa mission auprès de l'Armée alliée dans le Schleswig”, *Secours aux blessés : Communication du Comité international faisant suite au compte rendu de la Conférence internationale de Genève*, Geneva, 1864, p. 144.

5 “Les dix premières années de la Croix-Rouge”, *BISCR*, No. 6, July 1873, p. 241.

6 *Ibid*.

7 “Les causes du succès de la Croix-Rouge ”, *Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge*, 1863–1888, Geneva, 1888, p. 13.

8 仿照1872年在日内瓦成立的阿拉巴马仲裁法庭。

争的绝对权力。作为现代国际人道法的第一个条约，它也为日后其他类似条约的订立铺平了道路，每项条约都是对交战权的进一步限制。但是，很显然，在另一方面，ICRC也目睹了武器的现代化和新型杀伤装置的发展。这一现象使暴力更具威胁性，也更凸显了“真情实感的反战请求”的重要性。[9]矛盾的是，武器的现代化也可能惠及战争受害者。一个例证就是所谓“人道”子弹[10]的出现，这种子弹能够在高速穿透人体组织和骨骼的同时不改变形状，因此所造成的不可逆转的伤害更小，最终导致的死亡人数也更少。[11]但是，要防止这类与战争有关的新技术带来真正致命的伤害，最重要的因素就是各国不愿使用这些技术；没有哪个国家想要因第一个使用这种不文明的手段而被其他国家所唾弃。被1899年《海牙公约》所禁止使用的窒息性毒气和达姆弹不正是属于这类情形吗？

ICRC发展的环境可能也是强化和平倾向的另一个因素。毕竟，ICRC是由瑞士公民在瑞士创立的国际组织。自1814-1815年《维也纳和约》和《巴黎和约》签署后，瑞士联邦再也没有卷入任何国际性武装冲突。[12]之后，瑞士也曾出现过几次内部动荡，但即使是1847年分离主义联盟内战那次最严重的动荡，也仅仅持续了一个月，造成不到100人死亡（此次内战总计有约20万人参战）。不仅如此，以纪尧姆-亨利·杜福尔将军（后来成为ICRC的委员）领导的获胜方在战争前后都能以“人道”方式行事。这些事实不禁使ICRC幻想，凭借“运动”所产生的智慧与凝聚力，人类终将逐渐消除战争与暴力。

9 “Les causes du succès de la Croix-Rouge”，同上注7，第16页。

10 《红十字会国际公报》刊登了许多有关改良手枪的文章，当时手枪仍然是战争中使用最为普遍的武器。最早讨论“人道”子弹的例子出现在1885年10月出版的《红十字会国际公报》第64期第151-152页。ICRC成员中最不愿使用“人道子弹”这一术语的人当属费里埃博士（Dr. Ferrière）；例如，见费里埃博士在1908年4月《红十字会国际公报》第154期第89-90页上撰写的《人道子弹》（“Les balles humanitaires”）一文。

11 《红十字会国际公报》刊登的多篇文章都提到军队的医疗报告显示战争中伤员死亡率出现下降，恰好证实了这一点；see, for example, “Quelques rapports sanitaires à propos de la guerre sud-africaine”, *BISCR*, No. 124, October 1900, pp. 269–279.

12 ICRC认为，瑞士是最不可能卷入战争的国家：see “L’avenir de la Croix-Rouge”, BISCR, No. 50, April 1882, p. 81.

20世纪初，ICRC与和平的浪漫关系在它获得第一届诺贝尔和平奖时达到顶峰。在一些和平主义者的支持下，为了获得这一奖项，亨利•杜南提出的核心理念是和平与红十字之间的联系。最后，他于1901年获此殊荣。[13]ICRC也想试试运气，却未能成功，在1900到1905年间，ICRC曾先后5次向该奖项发起冲击，但无论是以组织名义申请还是以其主席古斯塔夫·穆瓦尼耶的个人名义申报，均未能如愿。

文明与野蛮

构成ICRC人道项目基础的战争都具备拿破仑式的特征：即国家之间的冲突，参战部队都由训练有素的士兵组成，[14]并且其中仅有几场具有决定性的战役，且有可能十分血腥。为了巩固其创始愿景，ICRC的创始者对当时刚结束的，或正在进行的3场战争进行了观察。它们是：克里米亚战争 (1853-1856年)、第二次意大利独立战争 (1859年) 和美国内战 (1861-1865年)。美国内战虽名为内战，但还是能发现其中包含着不同国家之间的争斗。

正是基于对这种战争模式的认识，ICRC才继续发展，并促进了“运动”和国际人道法的形成。尽管这些冲突无论从哪个角度来看都不是善意无害的，尤其就索尔费里诺和马拉科夫之战这样血腥屠戮的事件而言，但他们却都发生在“文明”国家之间。战争无疑是人类自己造成的最大罪恶，理应予以反对与摈弃，但当两个“文明”程度相当的国家之间发动战争时，战争却又获得了正当性和荣誉。只有国家才能最大限度地减少战争的可怕影响，特别是对受害者的影响。因此，文明本身也使武装暴力文明化。ICRC在创立之初的几十年中，可能是受托马斯·阿奎那“正义战争”理论的影响，对战争的理解较为狭义 (还是以正义邪恶为主)，认为在找到替代方案之前，战

13 但是，亨利·杜南的候选资格还是受到和平运动中部分人士的质疑。为了缓解这一紧张局面，第一届诺贝尔和平奖同时授予亨利·杜南和法国和平主义者弗雷德里克·帕西。

14 对 ICRC而言，该因素也使其在一定程度上更同情拥有参战国国籍的士兵，而非雇佣军；关于这一问题的讨论，还可见同上，第68页；“Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge”, *BISCR*, No. 76, October 1888, p. 151.

争仍有其存在的必要。而且，当以文明的名义发动战争时，战争似乎又成为保卫文明的一项必要条件。

ICRC曾也是西方全球“开化”运动的支持者，这并不令人感到意外，因为它本身就诞生于西方。进行“开化”运动的理由很简单：原住民由于其野蛮的行为方式而被视为未通开化的蛮夷，[15]需要他人对其进行教化。因此，对殖民探险和征服的需要，在给世界偏远角落带去“进步和启蒙”的同时，去除了原住民凶残好战的习气，并有助于推动战争的人道化进程。而其他一些非欧洲国家则可以在没有外界军事介入的情况下推进战争的人道化进程。在ICRC看来，日本就是一个典型的例子，[16]该国选择接受西方文明，并成为亚洲地区红十字事业的领导者。

ICRC也参与了这个全球“开化”运动，并寻求将尽可能多的国家纳入到该组织的人道使命中。[17]每出现一个“非文明”国家 (如日本和暹罗[18]) 接受了红十字原则并使用了红十字标志，就都是ICRC的一次胜利。但是，ICRC的工作在一些国家也并非一帆风顺，比如在奥斯曼帝国。该国虽然是最早一批签署《日内瓦公约》的国家[19]，但它却并未停止对本国基督教居民的“野蛮暴行”[20]，而且，奥斯曼帝国还拒绝使用ICRC的红十字标志，而代之以红新月标志。[21]在一些事情上，ICRC也曾有失察之过，如ICRC主席古斯塔夫·穆瓦尼耶曾给予过刚果自由邦极大的支持[22]，刚果自由邦是第

15 批评的矛头主要指向非洲人；例如见，“La Croix-Rouge chez les nègres”, *BISCR*, No. 41, January 1880, p. 5.令人吃惊的是，非洲白人也被认为是“未开化“的。比如，来自荷兰的布尔人（他们的祖先在17世纪从荷兰来到南非），就被《红十字会国际公报》称为“半野蛮人”：See “Les insurrections dans l’Afrique austral”, BISCR, No. 46, April 1881, p. 53.

16 然而，日本针对被视为文明程度较低的中国实施的违反国际人道法的行为，ICRC并没有给予足够的重视：see “La guerre sino-japonaise et le droit international”, *BISCR*, No. 107, July 1896, p. 212 in particular.

17 有关ICRC为鼓励到访瑞士的日本代表团所做的努力，见1873年10月《红十字会国际公报》第17期，第11-16页的文章《日本使团》。日本在1887年批准了《日内瓦公约》，并于同年建立了红十字会。

18 暹罗（今泰国）于1895年批准了《日内瓦公约》，并在同年建立了红十字会。暹罗红十字会在1920年得到红十字国际委员会的承认。

19 1865年签署。

20 见《红十字会国际公报》刊登了大量记录土耳其军队暴行的文章，尤其是在1875-1878年大东方危机期间的暴行。

21 这个变化发生在1877-1878年的俄土战争期间。

22 1890年至1904年期间，古斯塔夫·穆瓦尼耶担任刚果驻瑞士总领事。

一个加入《日内瓦公约》(1888年) 并建立红十字会 (1889年) 的非洲国家。但后来证实这是被利奥波德二世控制的傀儡政权，殖民剥削体制在这里引发了20世纪的首批种族灭绝事件。[23]尽管ICRC以文明之名义行事，但该组织也曾有过与文明相悖之举。例如，ICRC曾确认，英国军队在恩图曼战役 (1898年9月2日) 对受伤的伊斯兰教托钵僧的屠杀是有必要的。[24]20世纪上半叶，ICRC仍奉行文明与野蛮的二元论观点，只不过该观点是以一种更为微妙的形式出现。

国际与国内

ICRC曾计划从解决国际冲突开始，尽管国际冲突只是冰山一角，但也是影响全球稳定最直观、最广为人知的最大威胁。[25]因此，ICRC提出各国应建立救护伤兵的民间团体，并从1864年起，批准一部旨在承认这些团体地位并为其成员和他们所救助的受害者提供保护的国际条约。当然，从一开始ICRC就明白是各种形式的国内战争构成了这座冰山在水面以下的部分，但当时ICRC将国内战争人道化的任务留待日后解决。[26]不过，从第三次卡洛斯战争 (1872-1876年) 开始，ICRC对内战的关注程度逐渐上升，因为发生在西班牙的这场战争表明，发生在一国内部的武装冲突也能符合ICRC所设想的国际冲突的理想模式 (即有组织的武装部队遵守一定的骑士守则并准备好缔结相关的协议，特别是在救助伤兵方面的协议)。[27]红十字在国内冲突中也能发挥作用的想法开始产生影响，各国救护协会也介入到此类冲突之中，尤

23 据估计，1888年至1908年间在利奥波德统治下的刚果，殖民剥削导致数百万人死亡；数据来源，见 http://necrometrics.com/20c5m.htm（所有网络参考资料均于2015年12月访问）。

24 "Les blessés de la bataille d'Omdurman", *BISCR*, No. 117, January 1899, pp. 40–41. 尽管ICRC一直认为此次事件"情有可原"，但还是给驻苏丹的英国战地记者提供公开反对的机会：see "Les blessés de la bataille d'Omdurman", BISCR, No. 118, April 1899, pp. 109–113.

25 "我们限制自己，仅应对欧洲的重大权力斗争问题"：see Jean-François Pitteloud (ed.), Procès-verbaux des séances du Comité international de la Croix-Rouge, 17 février 1863–28 août 1914, Geneva, 1999, p. 20.

26 *Ibid*.

27 See "Les blessés espagnols", *BISCR*, No. 19, April 1874, pp. 145–148; and "Les blessés espagnols", *BISCR*, No. 20, July 1874, pp. 194–197.

其是在这些国家的殖民地发生的冲突中[28]。毋庸置疑，在这种情况下，救援的主要对象是占领国的军队。值得一提的是，当奥斯曼帝国爆发骚乱时，ICRC即表达了对起义方受害者的同情，这些人中的大多数与ICRC成员一样都是基督徒。[29]

军事发展与人道进步

最后，从战争角度讲述ICRC的起源故事，能看出ICRC似乎特别关注技术的进步。ICRC关注利用技术进步推动发展“人道”武器，而更为重要的是改善伤兵的救治，特别是在1914年以前，伤兵是ICRC主要关注的问题。ICRC通过开展竞赛来改进担架设计，从而提升战地医院的设施。同时，ICRC也就上述问题向各国救护协会广泛征求意见，并定期在《救助武装部队伤者协会国际公报》上刊登他们的建议并配图说明。ICRC也提倡在战场使用电力照明设施，以便在夜间寻找伤员[30]。就战斗员而言，ICRC强调，交通方面的进步，尤其是铁路的使用，已大大改变了战争的面貌，这种进步体现在运输速度和运载能力上，各国可以在很短的时间内将部队从欧洲大陆一端运送到另一端。1892年第五届红十字国际大会（简称“国际大会”）明确讨论了未来战争会出现不断通过创新寻求更为残忍的杀戮方式的问题，并向各国国家红会提出这一问题，而且还呼吁ICRC征集各方意见，并于下次大会汇报[31]。于是，在1897年第六届国际大会上，ICRC提出了19条措施，旨在呼吁各国国家红会做好应对传统大规模战争的准备，这比做好准备应对新科技在武装冲突中的应用更为重要。[32]这并不奇怪，因为“运动”忽略了一些关键性的技术进步，例如，没有预料到民用科技应用于军事的后果。1911年，

28 “我们希望，在国内武装冲突中，交战各方能够采纳人道原则，这也是我们工作遵循的一个原则。交战各方至少应认同这样一个共同理念：伤者应得到尊重和照顾。”：“Les dix premières années de la Croix-Rouge”, *BISCR*, No. 16, July 1873, p. 235.

29 See, for example, the articles “L’insurrection macédonienne”, *BISCR*, No. 136, October 1903, pp. 205–206; and “Le Comité de Constantinople et les massacres arméniens”, *BISCR*, No. 159, July 1909, pp. 191–192.

30 第三届国际红十字国际大会第M号决议，1884年，日内瓦。这次会议也表示希望使用无菌服成为所有一线军队以及各国国家红会遵守的医疗服务规范。

31 第五届国际大会，罗马，1892年。

32 第六届国际大会，维也纳，1897年。

虽然有报道称在意土战争期间意大利空军发动轰炸 (空袭也击中了一些受保护的地点)，然而，ICRC并未注意到这是首次使用飞机投掷炸弹，也没有注意到战争将从此扩展到空中领域。

幻想破灭：1914-1918年

ICRC对战争演变的看法在第一次世界大战期间发生了双重转变。ICRC为战争受害者 (主要是战俘) 开展的工作达到了前所未有的规模。ICRC成为了一个真正的开展实际工作的组织，以ICRC国际战俘局为典型代表，在战争最激烈时，国际战俘局共有1200多名工作人员参与援助工作，除此之外，该局还拥有充足的物资和经费。第一次世界大战中，ICRC还直接派代表对交战国战俘营进行探视，因此这一次ICRC与战争有了直接的联系，战俘问题也成为一个切实的研究课题。然而，也正是在这一时期，ICRC日内瓦总部与一线代表处之间出现了意见分歧，这种分歧反映出直接参与战地工作的人和没有亲临战场而只能通过他人对战争的描述来了解战争的人在如何看待武装冲突这一问题上的区别。

直接接触战争使ICRC能够对局势的演变，尤其是对新作战方法的使用进行近距离的观察。水下作战、使用鱼雷对船只实施攻击 (包括医院船)、针对战俘的报复行为和使用毒气都是ICRC主要关注的问题。“一战”期间，ICRC 向交战各方提出多项抗议，并呼吁交战各方限制或禁止新型武器的使用。[33]然而，这些努力往往徒劳无功，或者只是在战后才得到响应，禁止使用毒气就是这样一个典型的例子。[34]

交战各方对其倡议的冷淡态度使ICRC认识到一个新的现实：虽然战争仍主要由“文明”国家发起，但从中再也看不到骑士精神，战争已经超越了国际法对其施加的一切限制，变得像“野蛮人”之间的战斗一样惨无人道。

33 这些呼吁和抗议首次发表在《红十字会国际公报》，在一战尾声，这些内容又被集结成册：*Actes du Comité international de la Croix-Rouge pendant la guerre 1914–1918*, Geneva, 1918.

34 1925年《战争中禁用窒息性气体、毒气体或其它气体及细菌作战方法的议定书》的通过表明ICRC在这一问题上的努力取得了成果。

ICRC意识到本应规制武装冲突的法律存在低效与不足的问题。这促使ICRC在一战结束之前便开始考虑起草一份能够适应全新战争形式的战俘待遇规则。[35]1929年《关于战俘待遇的公约》的通过标志着该项工作初见成效。

ICRC对战争看法的另一个重大改变则与战争受害者有关。同盟国军队对比利时、塞尔维亚和法国北部的入侵，对平民的驱逐，对被占领国居民的劫持，在奥斯曼帝国境内发生的针对亚美尼亚人和亚述人-迦勒底人的大屠杀，使ICRC清醒地认识到战争的影响不再局限于士兵。第一次世界大战凸显出平民曾是，也一直都是武装冲突的受害者。这是一个长期存在的现象，巴尔干战争期间前奥斯曼帝国欧洲版图内民众被迫背井离乡的惨景就是明证。这一认识促使ICRC将其部分人道工作转向平民受害者，在国际战俘局内专门设立了一个为平民提供援助的部门。在一线工作中，一旦有机会并在获得交战方批准后，ICRC代表也会对因具有敌国国籍而被拘留的平民进行探视。[36]另外，ICRC还公开谴责对平民实施的残忍行为，包括1915年发生在亚美尼亚针对平民的大屠杀[37]。但是，平民受害者这一新的关注点真正开始产生影响，还得归功于ICRC在一战后所开展的工作。

一战之后：1920-1930年

ICRC负有介入国际武装冲突的法定职责，但国内武装冲突则不在其职责范围之内。但在一战结束到二战爆发的这段时间里，ICRC曾正式宣布放弃对国际性与国内武装冲突的区分。一战结束后，ICRC被请求协助进行俄国和前同盟国战俘的遣返工作，为此，ICRC在这些战俘的过境国或原籍国设立了首批常驻代表处。当时，ICRC正在东欧地区开展工作，时值柏林、

35 Daniel Palmieri (ed.), *Les procès-verbaux de l'Agence internationale des prisonniers de guerre, 21 août 1914–11 novembre 1918*, ICRC, Geneva, 2014, p. 235, available in French at: www.icrc.org/fre/resources/documents/publication/p4220.htm.

36 红十字国际委员会代表在第一次世界大战期间的探视报告发表在Documents publiés à l'occasion de la Guerre, 24 series, Geneva, ICRC, March 1915–January 1920.

37 "一个由亚美尼亚人组成的委员会呼吁我们关注土耳其人对亚美尼亚人的屠杀，而且土耳其人毫不掩饰自己进行种族灭绝的目的"：《红十字会国际公报》，1915年10月，第184期，第438页。

布拉格、布达佩斯和华沙正经历严重的政治动荡以及由此引发的骚乱、革命和战争。ICRC也不可避免地被卷入其中，尤为具有代表性的是，1919年3月布尔什维克革命以及随后发生在8月的“白色”反革命事件中能看到ICRC驻匈牙利代表的影子。面对人们的苦难和提供人道救助的机会，ICRC代表开始介入一国内部的危机，这原本不在该组织的职责范围之内。通过这种方式，ICRC驻匈牙利代表无意间为ICRC今后介入非国际性武装冲突铺平了道路；同时，他还将ICRC的工作对象扩展到其他受害者 (如本例中，布尔什维克革命以及“白色”反革命事件中的政治犯[38])，并拉开了一些新工作 (向平民直接分发援助和医疗用品) 的序幕。

因此，ICRC在20世纪20年代的大部分工作都主要针对非战斗员，因为战时所作出的一些决定对他们的影响依然存在 (例如，对德国及其盟国的经济封锁导致这些国家出现粮食短缺[39])。欧洲版图的变化以及由此导致的民族间冲突仍给他们带来直接后果。发生在匈牙利的布尔什维克革命和其他国家的内部动乱 (如西里西亚和爱尔兰) 最终使ICRC得以具有在内战中开展工作的正式身份，结束了国际冲突和国内冲突的两分法。但令人惊讶的是，人道行动的这一新领域却仍然为战争法所忽视，修改各项条约的一切努力仍只关注国际性武装冲突；1929年《日内瓦公约》(《关于战俘待遇的公约》) 就是一个典型的例子。

ICRC看法的另一个重大转变是其意识到人类想有朝一日消除战争或许只是痴人说梦。第一次世界大战结束后不久便爆发了第二次世界大战。世界各国，尤其是一战战胜国对和平的希望终成泡影。通过设在东欧的代表处，ICRC很快发现战争的硝烟并没有随着1918年11月11日停战协议的签订而消散。波兰与新生的苏维埃俄国、匈牙利和邻国、希腊与土耳其之间爆发的新的国际性武装冲突延续着1914-1918年间的杀戮。无论是1921年召开的国际

38 “La protection des étrangers à Budapest”, *BISCR*, No. 202, 15 June 1919, p. 705. 受害者的另一种新类型是难民，尤其是来自俄国的难民：“Appel du Comité international en faveur des réfugiées russes nécessiteux”, *BISCR*, No. 220, 15 December 1920.

39 Maurice Gehri, “La vie chère en Autriche”, *International Review of the Red Cross*, No. 22, 15 October 1920.

大会提出的“打击游荡在世界上空的好战幽灵”[40]，还是各国在1934年东京国际大会上表达的更强烈的阻止战争发生的想法[41]，听上去都只是不可能实现的希望。

无论是第一次世界大战期间还是战后，战争法都没有得到各国应有的尊重，《海牙公约》和《日内瓦公约》都是如此，实现世界和平的希望也因此受到重创。ICRC于1921年提出的建立一个国际刑事法庭对违反《日内瓦公约》的行为进行审判的计划也胎死腹中[42]。正因为如此，ICRC才将工作的重点放在巩固现行国际人道法上。第一步就是对在一战中受到严重伤害的受害者提供专门保护，包括战俘和军事占领区的居民。1929年关于战俘待遇的专门性公约的通过，表明ICRC战俘保护相关工作初见成效。但是，对于ICRC提出的包含33项条款的旨在向拥有敌国国籍的平民提供保护的条约草案，虽然得到1934年第十五届国际大会[43]的支持，但却因一些国家的沉默而止步不前。同时，第十二届国际大会还授权ICRC推动保护平民免受空投化学战剂危害的工作。[44]1928年至1931年期间，ICRC召集了3个国际专家委员会，并成立了一个有关空投化学战的资料中心，收集与该问题有关的所有信息，供各国国家红会和公众查阅。但是，1938年初ICRC终因财力不济而不得不停止这项工作。

发生在20世纪30年代的许多武装冲突都有一个特点，那就是专制政治意识形态是一切暴力之源。西班牙内战、中日战争和意大利对外战争等例子都表明，战争不再只以打败敌人为目标，而是要彻底消灭敌人。然而，ICRC似乎并未意识到，或者忽视了冲突各方政权本身的极权性质，而是继续按照一贯的国家间的战争或内战的二元体系对这些“新的”冲突进行分类。另一

40 第十届国际大会第5号决议，1921年，日内瓦。

41 第十五届国际大会第24号决议，1934年，东京。

42 第六届国际大会第4号决议1897年，维也纳。早在50年前，ICRC就已经提议建立一个国际刑事法庭，对有关行为进行审判，但该提议最终也是不了了之； see “Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève, par M. Gustave Moynier”, *BISCR*, No. 11, April 1872, pp. 122–131.

43 第十五届国际大会第39号决议，1934年，东京。

44 第十二届国际大会第5号决议，1925年，日内瓦。

方面，在一线工作的ICRC代表已经注意到这些冲突的特殊性，尽管他们并未对这些冲突进行分类。因此，当意大利军队在埃塞俄比亚对受保护的红十字场所进行轰炸并使用芥子气进行攻击时，当西班牙内战中的战俘被民族主义者和人民战线的军队处决时，ICRC一线代表便向ICRC日内瓦总部传达了他们对这些违反国际人道法的行为以及不断出现的此类冲突的担忧。但是，这些控诉并没有得到ICRC总部的真正重视。

幡然醒悟：1939-1945年

ICRC对第二次世界大战有一种似曾相识的感觉。ICRC在二战期间所面临的问题与一战中遇到的问题并无二致，只是这一次人道需求和人道工作的规模之大是1914-1918年第一次世界大战期间无法企及的。从国际人道法的角度看，形势是错综复杂的：一方面，让ICRC感到欣慰的是，该组织在禁止使用战争毒剂方面的努力已见成效，战争期间，交战各国并未大规模使用毒气；但是，另一方面，从德国入侵波兰开始，ICRC和红十字运动为保护平民免遭空袭所付出的努力[45]并没有取得预期的效果。1940年3月，ICRC发出了一项长期呼吁，反对将飞机作为一种作战方法[46]，但该项呼吁并没有取得实质效果。自1929年起，战俘就开始受到法律的保护，但当国际法与集权主义意识形态发生冲突时，在战俘待遇问题上又出现了不确定性。无论是苏联给予战俘的待遇问题，日本在其占领国境内给予战俘的待遇问题，还是德国给予苏联战俘的待遇问题，尽管ICRC做出了努力，但在这些情形中国际人道法和人道行动仍显得无能为力。

但是，被占领土平民的遭遇确实暴露出ICRC对战争看法的局限性。在第二次世界大战爆发之初，ICRC曾建议交战各方通过1934年东京公约草案，以使其在敌对行动持续期间能够适用。只有德国表示愿意就该问题进行

45 特别见关于保护平民免受空袭所作出的呼吁，第16届国际大会第9号决议；第16届国际红十字大会，伦敦，1938年6月；报告，日内瓦，1938年，第103页。

46 “Appel concernant la protection de la population civile contre les bombardements aériens”, *BISCR*, No. 452, April 1940, pp. 321–327.

讨论，条件是其他国家必须给予德国相同的待遇，但实际上德国并没有这样做。缺乏对平民的保护给纳粹德国境内被驱逐的平民带来了灾难性的后果。整个二战期间，ICRC曾竭尽全力对此进行干预，并按照其为战俘提供救助的方法，尝试以各种方式向这些受害者提供帮助：比如收集被驱逐者信息，帮助其与家人通信，向集中营提供食品和医疗用品，并试图对集中营进行探视。但是，纳粹德国当局拒绝了其中大多数的请求。尽管不能因ICRC没有为被驱逐的人提供帮助而横加指责，但必须强调的是，ICRC依旧没有打破将平民与武装冲突的“传统”受害者 (即士兵) 作为一体来看待的思维定式。ICRC未能认识到这些被驱逐者，尤其是因“种族”被驱逐的人与士兵的巨大区别，并对时间这个关键性因素做出了错误的判断。被驱逐的平民被关在监狱中直到死亡，他们不像战俘那样还有等到重获自由的希望。在这方面，传统上的那种按部就班的人道努力对这些生命进入倒计时的平民受害者而言是徒劳的。与其他国际组织一样，ICRC也无法摆脱常规做法的窠臼，在明显不同的情势中，ICRC仍希望沿用这些传统的做法。

与第一次世界大战不同，ICRC并未留心第二次世界大战中出现的新作战技术，然而1945年8月对日本的两次原子弹攻击将该问题重新摆上台面。原子弹这种大规模杀伤性武器所引发的恐惧又重新唤醒了“运动”中已沉寂多年的和平主义思潮。和平主义思潮重新出现，促成战后的第一次国际大会通过了两项有关决议[47]，并成为“运动”在冷战时期的主要关注点。

理性时代：1945-1960年

支撑ICRC对战争假想解读的最后一个二元对立概念是文明与野蛮，在第二次世界大战后，ICRC对此概念进行了重新审视。当时，“野蛮”一词往往被用来形容各殖民地的人民。20世纪上半叶发生的大多数殖民冲突强化

47 Resolution XXIV (“Non-directed Weapons”) earnestly requested States to undertake to prohibit absolutely all recourse to atomic weapons in the event of war; Resolution LXIV (“The Red Cross and Peace”) reaffirmed the Red Cross’s determination to work for enduring peace among nations. See *Seventeenth International Red Cross Conference, Stockholm, August 1948: Report*, Stockholm, 1952, pp. 94 and 102–103 respectively.

了ICRC对于文明与野蛮之战的想象。毫无疑问，1935-1936年发生在意大利与埃塞俄比亚之间的战争动摇了这一观念，因为一个文明国家可能比“野蛮人”更残忍。种族灭绝集中营的建立是对此观念的最后一击——建立建立集中营的国家也曾是文明的发源地。从那时起，ICRC的态度出现了明显的转变，开始更加关注那些处于文明阴影之下的人。1945年以后爆发的殖民地独立战争使荷兰、法国、英国、比利时和葡萄牙这些殖民帝国逐步解体，这也加速了ICRC态度的转变。从法律上讲，殖民地独立战争可以被归为内战或内部动乱。在这些武装冲突中，ICRC的援助对象主要为被殖民者，包括战斗员和平民。交战双方军事实力的巨大差距意味着在大多数情况下伤亡最惨重的是原住民。这使得ICRC因为国家的原因而面临困境，成为ICRC履行人道使命的重大障碍。在阿尔及利亚冲突期间，ICRC很快就得到了法国政府的允许，对被俘的敌方战斗员和平民进行探视，但在肯尼亚的茅茅起义期间，ICRC很难从英国政府那里获得同样的许可，只是在起义接近尾声时才开展了一些简单的工作。在开展一线工作时，ICRC代表曾注意到，即使殖民当局的行为是合法的，也不能排除他们对因反叛而被捕的殖民地人民实施虐待的可能性。阿尔及利亚战争期间法国政府对阿尔及利亚人实施的酷刑折磨就是最好的佐证。当然，原住民一方在殖民地独立战争中是也犯下了一些罪行，但自此“文明”的白人和其他“野蛮人”这样的区分就从ICRC的话语中消失了，尽管在少数报告或信件中仍存在一些带有种族主义的表述。1945年以后，无论战争发生在何处，ICRC仅以向战斗员和战争受害者提供最大限度保护的方式介入战争。

结论：全新战争观？

因此，ICRC花了数十年的时间才将其对武装冲突的认识与现实结合起来，最终理解并适应战争演变的方式。事实上，该组织在创立之初的50年里并没有在战场上开展过一线工作，这也是ICRC对战争的理解相对滞后的原因。那时ICRC对武装冲突的认识是由该组织成员的想象而形成的，而这些成员都是来自处于长期和平状态下的国家并已经习惯了这种状态。ICRC也

曾屈从于西方和基督教的世界观，这影响了它对武装冲突性质的判断，而这一点在殖民地的武装冲突问题上尤为突出。这一种特殊的思维模式是该组织创建以及最初现代国际人道法发展的出发点。[48]用ICRC创始人之一路易•阿皮亚的话说，建立ICRC是旨在“使战争人道化”而非参加战争，但ICRC还是受到19世纪末和平主义思潮的影响，这也许更多地是受ICRC的雄心壮志驱使，而非其信念使然。

随着第一次世界大战的爆发，这一理想愿景也随之破灭。ICRC意识到，战争非但远未实现人道化，反而由于技术的进步（如坦克、潜艇、飞机、毒气等的出现）而变得更加不人道。受ICRC委派去帮助战争受害者（战俘和被拘禁的平民）的代表们更是证实了这一令人遗憾的现实。在ICRC的总部所在地日内瓦，数千名法国平民从被占领土逃到这里，ICRC亲眼见证了战争所带来的苦难。对于这些可怕的事态发展，ICRC确实做出了回应，谴责这些针对平民以及在敌对行动中实施的违法行为，但有时ICRC的回应在时间上具有一定的滞后性，似乎首先需要向自己证明这些情况是真实存在的。毒气问题就是一个具有说服力的例子，毒气早在1915年就开始投入战场，但是直到1918年ICRC才对在战场上使用毒气的行为进行公开谴责。在试图唤起人类的良知无果后，ICRC转而寻找法律上的解决方案，尽管法律的手段也非尽善尽美，但必须承认的是，法律确实是人类文明最后的捍卫者。交战方提出的许多旨在构建“人道”战争框架的倡议都得到了ICRC的支持，ICRC自己也开始考虑对现行法律进行修订，但也只是通过被动的方式，仅借鉴过去的经验，而并未尝试预测战争未来的发展走向。

因此，第一次世界大战后，特别是20世纪50年代以来，ICRC的工作重心从对武装冲突理论研究逐渐转向在武装冲突地区开展工作。此后40年左右的时间里，ICRC是在冲突不断的环境中不断发展的。随着柏林墙的倒塌以及两极格局的瓦解，世界局势又再次恶化，出现了新的暴力形式：从种族冲突、民族冲突以及非结构化冲突到“反恐战争”，最后再到尚不构成武装冲

48 ICRC的创始者们错误地认为互惠原则构成了1864年《日内瓦公约》的范围的基础，我们可以去探究ICRC对战争的片面理解是否就源于这一错误认识。

突的其他暴力局势 (如阿拉伯之春)。ICRC在其中许多局势中开展工作。若要分析自1990年代以来，ICRC对武装冲突的认识是否及如何发生了改变似乎还为时尚早。然而，鉴于发生在一些地方，尤其是西非和高加索地区的内战情势，ICRC也许会重拾一个与“野蛮”类似的概念，而且在该组织本身也成为武装冲突直接受害者时更是如此。迄今为止公认的平时与战时之间的区分显然也因为“反恐战争”而变得模糊。即便如此，与其创立之初不同的是，ICRC亲历了这些新的暴力形式。ICRC也因此接触到了新的武装冲突受害者，认识到了新的需求，而最为重要的是，这迫使ICRC彻底反思其对战争的理解。从第一次世界大战至今，ICRC一直奉行这种“知行合一”的方式，这无疑也是该组织保持长久生命力的原因之一。作为一个人道组织，ICRC通过不断进行自我调整来适应其所处的工作环境。如今，在自动控制和机器人学方面的重大技术挑战让ICRC再次面临战争演变的转折点，同时，这些挑战有可能从根本上改变未来的作战形式。虽然ICRC可以努力禁止将这些技术运用于武装冲突之中，或退而求其次，通过法律限制这些技术产生的致命影响，但却很难预测一旦这些技术手段用于军事用途可能带来的人道需求。战争的一个恒久不变的特征是：人们只能在战争爆发后才能认识到它产生的影响，也只有到那时，我们才能真正地谈论战争演变的问题。

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

红十字国际委员会对“涉及外国干预的武装冲突”的概念以及如何判定适用于此类冲突的国际人道法所持的法律立场

特里斯坦·费拉罗博士* 著
尹文娟** 译

摘 要

本文分析了红十字国际委员会对于一国、国家联盟或者国际组织或区域组织干预既存武装冲突的情形所持的法律立场，无论这种干预是通过支持武装冲突一方，还是通过控制武装冲突中的非政府武装团体一方（以下简称“非国家一方”）。在本文中，外国干预指的是“共同交战”的一种形

* 特里斯坦·费拉罗博士 (Tristan Ferraro) 是设在日内瓦的红十字国际委员会法律部法律顾问。
** 北京大学法学学士，曾任职于红十字国际委员会东亚地区代表处法律部。

式，达到了使干预方成为武装冲突一方的程度。因此，第三国境内的外国干预与该国境内既存武装冲突之间不存在客观联系的情形，不属于本文讨论的范畴。

本文旨在阐明红十字国际委员会如何基于现有法律以及对交战各方之间每一对双边关系分别加以考察的方法，来判定此类情况下国际人道法的可适用性。

本文还说明了红十字国际委员会不再采用“国际化的国内武装冲突”一词的原因，这种说法令人误解之处在于它意味着只有关于国际性武装冲突的法律才适用于此类情形。因此，对于此类情形在法律上的归类，红十字国际委员会采用了新的术语；这种改变是为了使术语与适用法律的现实保持一致。

关键词：国际人道法；《日内瓦公约》；武装冲突；外国干预；军事支持；红十字国际委员会。

引言

对当代武装冲突的考察表明，交战方在军事行动中往往得到一个或多个第三方的支持。这些第三方的参与在提供支持的形式和强度方面不尽相同：直接参与敌对行动、提供后勤援助，或提供财政或政治上的支持。干预方可以是独自或与其他国家一道行动的国家，也可以是由联合国授权的或未经联合国授权的超国家组织。获得支持的一方可能是政府，也可能是非政府武装团体，取决于干预方要实现的目标。

红十字国际委员会对于“涉及外国干预的武装冲突”这一概念所持的法律立场仅指外国干预对国际人道法的适用有影响的情形。因此，本文不涉及外国为支持国际性武装冲突一方而实施干预的情形，因为在判定可适用的国际人道法规则方面，这类情形不会产生特殊的法律问题。在这类情况下，国际人道法的适用非常清楚：交战各方之间所有的、各种不同的关系均由关于

国际性武装冲突的法律来调整。本文仅涉及外国干预构成既存非国际性武装冲突附加成分的情形。

不过并非既存非国际性武装冲突中所有形式的直接及间接外国干预都包含在内。涉及财政或政治支持的情形就不包括在内，因为这类援助与国际人道法的适用无关。

从近来的冲突可以看到，本文所讨论的几类情形有大量实例存在。[1]尽管此类情形频繁出现，但在判定适用于这些情形的法律方面仍存在一定程度的不确定性。从表面上看，这些武装冲突似乎处于国际人道法的灰色地带，没有明确适用的规则。而且这些冲突似乎不适合采用国际人道法上传统的国际性/非国际性武装冲突二分法来进行归类，令人对规制这类冲突的法律框架的性质和范围产生疑问。

在评估涉及外国干预的武装冲突时面临的这一难题，使这类冲突有可能被视为传统的国际性武装冲突及非国际性武装冲突分类之外的第三类武装冲突[2]。如此解释这套法律可能会引发问题，因为这样做将允许人们基于对规则的主观选择来界定适用的法律框架，[3]或在适用国际人道法方面采取过于理想化的方式。[4]

对红十字国际委员会来说，涉及外国干预的武装冲突并不构成第三类冲突，它只是特定背景下国际性武装冲突、非国际性武装冲突、或同时并存的

1 例如，见阿富汗、马里、刚果民主共和国及索马里的局势。

2 因为国际人道法条约中没有关于此类冲突的具体规定。

3 由于这种情形自成一类，交战方可能会因此决定不适用全部国际人道法，而是从中挑选可适用的规则。从而导致各方将这套法律赋予的权利作为重点，却忽视其为冲突各方设定的义务。这种方式将造成相当程度的法律上的不确定，还可能削弱国际人道法所提供的保护。

4 换句话说，就是对所有各方都适用关于国际性武装冲突的法律，而不考虑法律、政治 (就国家的情形而言) 或现实 (就非政府武装团体的情形而言) 的意外情况。关于对所有冲突方适用关于国际性武装冲突的法律，see Éric David and Jean Salmon, *Droit international public*, 26th ed., Vol. 3, Presses Universitaires de Bruxelles, Brussels, 2012, pp. 728 ff.; Paolo Benvenuti, “The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of UN Peace-Keeping”, in *Law in Humanitarian Crises: How Can International Humanitarian Law Be Made Effective in Armed Conflicts?*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1995, pp. 96 ff.; Claude Emanuelli, “Les forces des Nations Unies et le droit international humanitaire”, in Luigi Condorelli et al. (eds), *The United Nations and International Humanitarian Law*, Pedone, Paris, 1996, pp. 357 ff.; Robert Kolb, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, 2nd ed., Helbing & Lichtenhahn, Brussels, 2006, pp. 57 ff.

两类冲突的特殊表现形式。因此，涉及外国干预的武装冲突的概念完全可以归入国际人道法上传统的国际性/非国际性武装冲突二分法的范畴。

适用于国际性及非国际性武装冲突的规则可转而用于涉及外国干预的武装冲突，因为此类情形不过是国际性或非国际性武装冲突的一种形式；国际人道法规则的灵活性使之足以有效规制此类情形，并解决任何因之而起的人道问题。

鉴于上述考虑，红十字国际委员会的立场基于三个要点：

1.“涉及外国干预的武装冲突”的概念的组成部分界定明确。红十字国际委员会的立场指明了“涉及外国干预的武装冲突”的概念所涵盖的交战各方之间的各种关系，并明确了不属于这一范畴的情形。

2. 国际人道法规则可适用于“涉及外国干预的武装冲突”的概念所涵盖的各种情形，这是确定的。为此，红十字国际委员会确定采用分别判定的方法：这种方法基于交战各方之间的实际关系，以及国际人道法相关规定所确立的判定武装冲突是否存在的传统标准。因此，红十字国际委员会的立场明确指出各种不同情形应当如何归类，将其认定为国际性武装冲突、非国际性武装冲突，还是在某些情况下，认定为国际性与非国际性武装冲突并存，从而同时适用规制这两类武装冲突的法律。对于涉及外国干预的武装冲突，将基于对局势的事实评估，并采用确立国际人道法可适用性的传统标准，按照经典的国际性—非国际性武装冲突二分法加以归类。同样的分类法也用于确定可适用的法律框架 (关于国际性武装冲突的法律、关于非国际性武装冲突的法律或二者兼具)，这也决定了为具体情形归类时所采用的术语。

3.“国际化的国内武装冲突”一词因在判定可适用的国际人道法会引起混淆，故不再使用。这种说法会误导人们，以为关于国际性武装冲突的法律全盘适用于这类情形，这与上文所述的分别判定的方法相悖。它还可能使人们以为这类情形构成了第三类武装冲突。红十字国际委员会现在采用了与适用于此类情形的国际人道法相一致的新术语。

“涉及外国干预的武装冲突”的概念涵盖的各类情形

红十字国际委员会立场所涵盖的各类干预情形

为尽可能准确地界定红十字国际委员会立场的适用范围，首先必须对“涉及外国干预的武装冲突”的概念加以分析。

多年来，红十字国际委员会曾一直用“国际化的国内武装冲突”一词来描述这样一种情形：一个或多个第三国干预某个已经存在的、影响某国全境或部分领土的武装冲突。尽管这一标准仍然有效，但有必要更准确地指出外国干预的特征。

正如本文引言所述，当代武装冲突越来越突出的一个特点就是第三方为支持冲突一方或多方而进行干预。[5]此类干预在形式和强度上不尽相同，通常包括军事、财政、后勤或政治上的支持。但红十字国际委员会关于“涉及外国干预的武装冲突”概念的立场并未将第三方为支持一个或多个交战方而实施的所有类型的干预都囊括在内。虽然第三方给予交战方的政治及/或财政上的支持就国际责任法而言也许有意义，[6]但这类帮助并不影响国际人道法在这种情况下的可适用性及其适用。因此，红十字国际委员会的立场并未考虑这类支持，而是仅涉及那些确实影响国际人道法可适用性的外国干预。

---

5 Sylvain Vité, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, No. 873, 2009, pp. 70–75, 89–93; Noam Lubell, Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 92–102; Dapo Akande, “Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts”, in Elizabeth Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 56–70; ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, Report to the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, October 2011, pp. 7–12, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescentmovement/ 31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf (all internet references were accessed in September 2016).

6 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，附评注，国际法委员会第53届会议通过，2001年，第16条；James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, New York, 2002, pp. 148–151; Christian Dominicé, “Attribution of Conduct to Multiple States and the Implication of a State in the Act of Another State”, in James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (eds), *Oxford Commentaries on International Law: The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 285–287; Shabtai Rosenne, *The International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility*, Part I, Articles 1–35, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1991, pp. 282–288.

另一方面，如果第三方给予既存冲突一方的军事或后勤支持被认为对集体敌对行动作出了贡献，那么这类支持可以影响国际人道法的适用，因此属于红十字国际委员会立场的适用范围。

在某些情况下，第三国提供的支持是纳入既存冲突一方军事行动的一项行动，因此被看做“战争行为”。此类行为应被视为既存非国际性武装冲突的一个组成部分。因此，将交战一方的部队运往前线等后勤支持、提供直接用于敌对行动的情报、第三方人员参与策划和协调由被支持方开展的军事行动等行为，都属于红十字国际委员会立场适用范围内的支持类型——与干预方直接参与作战行动一样——因为它们与国际人道法的属人适用和属事适用有关。红十字国际委员会认为，在满足下列条件的情况下，支持交战一方的第三国可被视为既存非国际性武装冲突一方：(1) 在该第三国干预的领土上业已存在非国际性武装冲突；(2) 与敌对行动有关的行动是由干预方在既存冲突的背景下实施的；(3) 干预方采取军事行动是为了支持既存非国际性武装冲突一方；(4) 该行动是依据干预方所作的支持既存冲突一方的官方决定而实施的。

根据这种基于支持的分析法，干预方参与既存非国际性武装冲突之举的性质意味着它可能被视为“共同交战方”，从而成为冲突一方。如果干预方的行动与既存非国际性武装冲突密切相关，那么评估可基于其所提供的支持的性质，而非基于判定非国际性武装冲突是否存在的传统标准，因为既存冲突已经满足这一标准。

必须强调的是这种方法考虑的是给予既存非国际性武装冲突一方的支持，它只是补充而非取代基于国际人道法上的传统标准来判定这套法律是否适用的考察方法。[7]这样做还防止出现下面的情况：在既存非国际性武装冲突的背景下，某国对军事行动作出了实质贡献而且无可否认地参与了集体敌对行动，却能够以武装暴力的强度未达到规定标准为借口，使自己不被视为冲突方，并因此主张其武装部队享有免于直接攻击的保护。

7 关于这种方法，详见：Tristan Ferraro, “The Applicability and Application of International Humanitarian Law to Multinational Forces”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 95, No. 891/892, 2013; ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts* above note 5, p. 21–23; ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2nd ed., 2016, paras 445–446.

因此，红十字国际委员会基于冲突国际化的性质作出区分。它将国际化分为两种：一种是按照字面的实际意思理解的国际化 (出现外国干预，无论其形式或程度)，另一种国际化与国际人道法属人适用有关 (干预方成为冲突一方)，或者，取决于具体情况，国际化改变了国际人道法的属事适用范围 (在出现需适用包括占领法在内的关于国际性武装冲突的法律时，法律框架得到延伸)。

红十字国际委员会的立场还考虑到了干预方的多样性，将国际组织及区域组织纳入其中。国际组织越来越多地参与援助一个或多个武装冲突方的军事行动。近年来，联合国 (在刚果民主共和国)、北约 (在阿富汗和利比亚)、非洲联盟 (在索马里) 都直接参与了国际性及非国际性武装冲突。国际组织及区域组织在国际公法上的特殊地位[8]意味着，如果满足适用国际人道法的判定标准，经由其下设机关，即它们在当地部署的特派团 (如MONUSCO、[9]联合国刚果民主共和国特派团、ISAF、[10]北约驻阿富汗行动特派团)，他们就应被视为国际性或非国际性武装冲突一方[11]。

最后，必须强调的是红十字国际委员会的立场不涵盖第三国境内的外国干预与其境内业已存在的武装冲突之间没有客观联系的情形，因为涉及外国干预的武装冲突这一概念预先假定存在这样的联系。此类情形包括：第三方对业已存在非国际性武装冲突且冲突仍在持续的领土进行干预，但其干预行

8 它们具有国际法律人格——在其章程中以明示或暗示的方式加以规定——不同于其成员国的国际法律人格；see ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 178.

9 联合国组织刚果民主共和国稳定特派团。

10 国际安全援助部队。

11 通过考察国际组织或区域组织的宗旨和职能 (以明示或暗示的方式规定在其章程中) 就能够判定哪些国际法规则基于属人理由可以对其适用，这一点现在已经毫无疑问。因此，那些具备了参与军事行动的物质手段的国际组织及区域组织，如引申开来，也具有成为国际人道法意义上的交战方的主体资格，并因此成为该法律的主体。但国际组织的活动不受国际人道法的制约，除非由其支配的部队参加了军事行动，而且该军事行动达到了构成武装冲突需满足的标准，无论是国际性武装冲突还是非国际性武装冲突 (see Robert Kolb, Gabriele Porretto and Sylvain Vité, *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, pp. 117–127; Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2005, pp. 151–158). 由于国际组织及区域组织不能成为国际人道法条约的缔约国，因此它们参与武装冲突时，约束其行为的是习惯国际人道法。

动并非支持冲突某一方，也并未全面控制非国家一方，或者第三方干预的领土上没有发生武装冲突。[12]

与之类似，蔓延至一个或多个邻国境内、并得到相关政府明示或默示同意的非国际性武装冲突，[13]也不属于红十字国际委员会关于“涉及外国干预的武装冲突”概念的立场所涵盖的范围，除非第三方对既存武装冲突进行干预。[14]

简言之，红十字国际委员会立场涵盖了由一国或多国、国家联盟，国际组织或区域组织所实施的干预行为，并且上述干预方已成为国际人道法所界定的既存冲突的一方。

红十字国际委员会立场所涵盖的不同形式的外国干预

红十字国际委员会关于“涉及外国干预的武装冲突”概念的立场所涵盖的情形是那些在一个或多个第三方的干预行动与既存或伴随的武装冲突之间能够确立事实联系的情形。这种联系有两种可能的形式。

支持非国际性武装冲突一方的外国干预

外国干预的目的可以是为了向冲突一方提供支持。这种支持 (可以看作是“共同交战”的一种形式) 往往是与既存或伴随的武装冲突之一方开展联合军事行动，集中两方的军事资源，削弱敌方或使其失去战斗能力。这种合作有时要求作出军事协调安排，包括共通的组织架构或平台，最高程度的合作甚至可以是整合的指挥链。但干预方的支持并非总是如此显而易见。它可以是更具单边性质的军事行动，但是目的是一样的：为使冲突一方受益或

12 尽管难以设想一个正在发生非国际性武装冲突的国家境内的外国干预竟不构成对既存非国际性武装冲突一方的支持，但此类情形的确存在。例如：2001年10月美国最初在阿富汗针对塔利班的干预行动 (引发了国际性武装冲突)，当时塔利班卷入了与北方联盟之间的非国际性武装冲突。这两个并行的冲突之间缺乏事实上的联系，这意味着它们不属于红十字国际委员会立场的适用范围，因为美国最初的干预并不是为了支持北方联盟，也没有对其加以全面控制。但在其发动针对塔利班的军事行动几个月之后，美国开展了支持北方联盟的行动，这一局势因此属于红十字国际委员会关于“涉及外国干预的武装冲突”概念的立场的适用范围。

13 一般而言，这种情形发生在政府部队采取行动追捕企图在邻国境内躲避的武装团体时。

14 但如果非国际性武装冲突蔓延至某国境内，而该国开始干预冲突并采取军事行动支持冲突一方，那么这种情形就属于红十字国际委员会关于“涉及外国干预的武装冲突”概念的立场的适用范围。

代表该冲突方，削弱敌方的军事力量。关键问题在于评估第三方的军事行动在当时的情况下能否合理、客观地解释为旨在支持冲突一方，而对另一方不利。如果可以，那么这一军事行动实际上将被视为干预方与被支持方针对敌方采取的集体敌对行动的一部分。因此，这种情况显然会被视为红十字国际委员会立场所定义的支持行为。

全面控制非国际性武装冲突一方的外国干预

一个或多个第三方的干预与武装冲突之间的联系在干预方对被支持方实施某种控制的情况下更为紧密。在某些冲突局势中，外国干预涉及到对既存武装冲突一方实施重大的、逐步升级的控制。最常见的情形是第三方对既存非国际性武装冲突中作为反叛方的非国家一方实施控制。[15]例如在20世纪90年代前南斯拉夫的冲突中，塞尔维亚政府对在波斯尼亚和克罗地亚的非国际性武装冲突中作战的某些武装团体实施控制。这种控制要求非国家一方与干预方之间存在从属关系。

为判定是否存在此类从属关系，必须证明非国家一方实际上代表干预方行事。要在法律上将非国家一方的行动视为由干预方直接实施的行动，就必须证明其行动与干预方之间存在联系。因此，归因问题成了关键——如果非国家一方的行动可归因于干预方，[16]从属关系即可确立。

归因是确定某个行为与被认为实施该行为之个人或实体之间存在联系的一个过程，如果涉及必须通过个人行事的集合实体 (如：各国及国际组织)，

15 全面控制可能发生在非国际性武装冲突爆发之前。外国势力试图全面控制某个尚未针对国家一方开展任何军事行动的有组织武装团体，就属于这种情形。在此类情况下，任何敌对行动都直接受到关于国际性武装冲突的法律的制约。

16 前南斯拉夫国际刑事法庭，检察官诉塔迪奇 (*The Prosecutor v. Duško Tadić*)，案件号IT-94-1-A，判决，上诉庭，1999年7月15日，第104段：“我们面临的问题并非两类责任之间的区别。而是一个初步问题：在符合哪些条件的情况下，个人依据国际法可被认为以事实上的 (de facto) 国家机关的身份行事。逻辑上讲，不管是下列哪种情况，这些条件都必须是一样的：(1) 法院的任务是确定由个人实施的行为是否可以归于国家，从而引起该国的国际责任；(2) 相反，法院必须确定个人是否以事实上的国家官员的身份行事，从而使该冲突的性质成为国际性冲突，并因此为严重破约机制的适用设定了必要的先决条件。在这两种情况下，我们面临的问题并非区分国家责任和个人刑事责任。而是要就不具有国家官员身份的个人实施的行为法律上可否归于国家一事确立标准。在第一种情况下，如果这些行为被证明可归于国家，将引起该国的国际责任；在第二种情况下，这些行为将确保该武装冲突被归入国际性武装冲突。”

情况则尤为复杂。在确定了该行为 (或一系列行为) 的实施者之后，这一过程的第二步是判定相关个人或一组人是否在该集合实体中履行职务。如果是，那么该个人或这些个人的行为就可以解释为该实体本身的行为。[17]将归因的概念用于红十字国际委员会立场所指的情形，将有助于揭示非国家一方与干预方之间关系的程度，并在确定非政府武装团体成员能否被视为干预方代理人的问题上发挥至关重要的作用，这个问题具有法律意义，特别是就该局势在国际人道法上的归类而言。归因使干预方无法躲在代理人背后，逃避其国际人道法上的义务和责任，并使干预方无法否认自己是冲突一方。[18]

国际人道法并未涉及归因问题。这套法律没有规定任何特定标准，用以确定一个最初被认为在既存非国际性武装冲突中独立行事的武装团体事实上隶属于第三方，而这一事实会使冲突的性质变为国际性冲突。[19]唯一提到此类从属关系的是1949年《日内瓦第三公约》第4条 (子) 款第2项，但该条是从事实角度描述这种关系，并未规定符合何种法定条件，就可确定组成该规定范围内的有组织民兵或抵抗运动的人员从根本上来讲“属于”实施干预的第三方。[20]鉴于国际人道法上没有特定标准来判定非政府武装团体是否“属于”第三方，因此我们必须援引国际公法的一般规则，这些规则有助于判定何时以及在何种条件下可以认为个人 (包括非政府武装团体成员) 根本上是以第三方事实上的代理人的身份行事。

在这方面，关于责任问题的国际法及其在归因问题上的发展提供了可以用于国际人道法的适当方案。实际上，与关于责任问题的国际法相同，为确

17 Hervé Ascensio, “La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l’affaire du génocide bosniaque”, *Revue Générale de Droit International Public*, No. 2, 2007, p. 288.

18 Antonio Cassese, “*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, p. 656. See also ICTY, *Tadić*, above note 16, para. 117.

19 那么该团体的成员就应被视为实施干预的第三方事实上的代理人。See *ibid*., para. 104; ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, above note 7, paras 265–273.

20 《日内瓦第三公约》第4条 (子) 款第2项规定：“本公约所称之战俘系指落于敌方权力之下列各类人员之一种：…… (二) 冲突之一方所属之其它民兵及其它志愿部队人员，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” (重点号为作者所加)。根据前南斯拉夫国际刑事法庭上诉庭的分析 (红十字国际委员会也认同其观点)，当武装冲突中的非国家一方在《日内瓦第三公约》第4条 (子) 款第2项的意义上“属于”实施干预的第三方时，该冲突就成了国际性武装冲突，而且这种归属关系的认定是基于一点：根据全面控制的标准，前者的行动可以归于后者。See D. Akande, above note 5, pp. 57 ff.

定某个冲突在国际人道法上的归类，非国家一方与第三方之间存在联系的标准是个人或一群人实施的行动可归于国际义务的承担者(国家或国际组织)。[21]

国际法委员会、[22]国际司法机构(如：国际法院、前南斯拉夫国际刑事法庭、国际刑事法院、欧洲人权法院)[23]以及学者意见[24]也认定，将事实上的实体的行为与外部干预方联系在一起的归因问题取决于控制这一概念。正如斯蒂芬·塔尔蒙准确地指出："一个支持分离主义的实体的行为能否归于外部势力的问题因而转变成如何定义'控制'的问题"。[25]应有关当事方的请求考察这一问题的国际司法机构，对于将非国家一方的行为归于第三方这一问题，最初对控制的概念作出了各种不同解释。它们所提出的不同考查标准(例如：有效控制和全面控制)成了学术争论的对象。

国际法院于1986年作出的决定中采用了较为严格的有效控制说[26]，而前南斯拉夫国际刑事法庭在1999年表示支持全面控制说这一含义更为广泛的概念。[27]长期以来，国际司法判例和学说在这两者之间摇摆不定。前南斯拉夫国际刑事法庭在1999年7月17日作出的塔迪奇案判决中称：

> 要将军事或准军事团体的行为归于国家，必须证明该国全面控制该团体，不仅为其提供装备和资金，还在其军事活动的总体规划方面进行

21 Marten Zwanenburg, "International Organisations vs. Troop Contributing Countries: Which Should Be Considered as the Party to an Armed Conflict During Peace Operations?", Proceedings of the Bruges Colloquium, "International Organisations' Involvement in Peace Operations: Applicable Legal Framework and the Issue of Responsibility", 12th Bruges Colloquium, 20–21 October 2011, *Collegium*, No. 42, Autumn 2012, p. 26; Marina Spinedi, "On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 832–833.

22 《国家对国际不法行为的责任条款草案》，附评注，经国际法委员会第53届会议通过，2001年；特别见关于第8条的评注，第47-49页。

23 见下文。

24 See D. Akande, above note 5, pp. 57 ff; Marko Milanovic, "State Responsibility for Genocide", *European Journal of International Law*, Vol. 17, No. 3, 2006; A. Cassese, above note 18, pp. 649–668.

25 Stefan Talmon, "The Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, July 2009, p. 496.

26 ICJ, *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, *ICJ Reports 1986*, p. 14, para. 115. 该判决所体现的有效控制意味着受控制一方不仅受雇于外国干预方或由其资助且行动受其监管，还接受干预方的直接指示。

27 这种摇摆不定清楚地反映在国际法委员会对《国家对国际不法行为的责任条款草案》的评注当中。国际法委员会在关于第8条的评注中讨论控制的概念时，不肯在有效控制和全面控制中择其一，只是表示："无论如何，一特定行为是否在一国控制下实施并达到了受控行为应归于该国的程度，是对具体个案的认识问题"(第48页)。

> 协调或协助。仅在此情况下，该国才应为该团体的任何不法行为承担国际责任。但是，此种认定并不必然要求该国向该团体首领或成员下达指令，实施有悖国际法的特定行为。[28]

因此，全面控制的概念并非仅指监督或检查，还要求对相关实体行使某种形式的权力。但毫无疑问，这里提到的权力的概念比下达命令更为宽泛、更具一般性，倒不如说它指的是总体指导和协调。

国际司法机构近来的判例法显示出将全面控制标准用于武装冲突分类的明确倾向。

前南斯拉夫国际刑事法庭显然是这一领域的先行者，正是在它审理的案件中首次发展了全面控制的概念。[29]之后国际刑事法院也遵循了这种方法，其预审庭和审判庭在鲁班加案中采用了全面控制标准。预审庭明确表示“如果一国没有通过自己的军队在另一国境内进行直接干预，则全面控制标准将用来判定武装部队是否代表前一个国家行事”。[30]几年后，国际刑事法院审判庭在2012年3月14日的判决中附和了预审庭的分析，称：

> 至于另一国对代表其行事的武装团体必须达到何种控制程度，审判庭认为“全面控制”标准是正确的方法。这将决定一个非国际性武装冲突是否已经由于代表另一国行事的武装部队的参与而国际化。[31]

最后，国际法院在2007年2月26日的决定中明确表示，全面控制的概念可以用来判定某个局势在国际人道法上的法律属性：“就‘全面控制’标准用于判定武装冲突是否为国际性而言，……它很可能是可适用的适当标准。”[32]

---

28 ICTY, *Tadić*, above note 16, para. 131.

29 全面控制的概念出现在“阿列克索夫斯基 (*Aleksovski*)”案中 (前南斯拉夫国际刑事法庭，案件号：IT-95-14/1-T，判决，审判庭，1999年6月25日)。在该判决中，沃赫拉赫 (Vohrah) 法官和涅托-纳维亚 (Nieto-Navia) 法官在关于《规约》第2条可适用性的联合意见 (第27段) 中认定：“检方未能充分证明在起诉书所涉及的时间段和地点，HVO实际上是在HV的全面控制下与波黑进行武装冲突。审判庭的多数意见认为HVO并非克罗地亚事实上的代理人……因此，检方对该冲突国际性的论证未能令审判庭多数法官满意。”

30 ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007, para. 211.

31 ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Judgment pursuant to Art. 74 of the Statute, Trial Chamber I, 14 March 2012, para. 541.

32 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgement, ICJ Reports 2007, para. 404.

当非国家一方与第三方之间似乎关系密切 (如果不是从属关系的话) 时，红十字国际委员会始终选择用全面控制的标准来判定冲突局势在国际人道法上的法律归类。作出这一选择的原因是全面控制的概念更充分地考虑到了非政府武装团体与第三方之间关系的现实，表现在即便一国并未就每个交战行为都发出具体指令，它也并不意味着该武装团体不隶属于该国。此外，全面控制标准的突出作用在于它将非国家一方受到的控制作为一个整体进行评估，从而使非国家一方的全盘行动可归于外国干预方。这与国际人道法上武装冲突的分类完全一致，根据该分类并基于国际人道法规则所确立的各项标准，对由参与有组织武装暴力的人员实施的全盘行动进行客观评估。[33]

因此，红十字国际委员会的选择与国际法院、前南斯拉夫国际刑事法庭及国际刑事法院近来的国际司法判例是一致的。[34]

---

33 证明每一个单一的行动都存在有效控制实际上是不可能的，因为其所要求的证据水平是难以实现的。更不用说一些作者 (如：马尔科·米拉诺维奇) 主张的“完全依赖”标准，国际法院在2007年 “灭绝种族罪 (*Genocide*)”案中采用这一标准来判定国际不法行为的责任，该标准对行为归因的考查更为严格。根据H. Ascensio，上文脚注17，第290-292页，“从字面意思理解，这种说法 (完全依赖) 非常荒谬，因为实际上唯一能够满足这一标准的参与方就是拥有限定权力的合法 (*de jure*) 机关！任何一丝裁量权都将摧毁这一假设 (将有关行动归于第三国)……按照法院所设想的标准，没有哪个傀儡国家……会被如此认定：纯属虚构。”See also 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. 必须强调的是尽管国际法院采用“完全依赖”的标准来论证波斯尼亚塞族民兵实施的某些行为是否能够引起塞尔维亚国的国际责任，但法院明确表示在判定冲突在国际人道法上的归类时可以采用较为宽松的全面控制标准。就是说对于国际法院而言这两种标准都有效，不过应当用于不同目的。

34 但必须澄清的一点是：这一选择 (以及其背后的法律论证) 并未获得一致接受。该学说的一 (小) 部分认为采用全面控制标准来划分国际人道法上的武装冲突的做法是基于一种在两个方面存在缺陷的法律分析。首先，一些作者对与全面控制有关的论证的可靠性提出了质疑，认为用国际公法的次级规则 (规范责任的国际法对归因问题的规定) 来判定国际法主要规则 (国际人道法) 的适用范围，不管是在法律上还是概念上都是不恰当的。这些作者认为，尽管国际人道法并未规定这一问题，但从这套法律中推导出属于自己的归因规则并用以确立一国同非政府武装团体间的联系，应当是可以做到的。这些作者的第二个观点是全面控制的概念不能用来将非国家参与方的全盘行动归于一国。对此，他们指出国际法院在2007年关于波黑“灭绝种族罪 (*Genocide*)”案的决定中明确表示，有效控制标准只能用于个别的、特定的行为的归因，只有“完全依赖”标准才适用于将事实上 (*de facto*) 的实体的全盘行动归于一国。但这一主张的支持者似乎忽略了这样一个事实：国际法院对第404段中的情形作了区分。法院允许采用全面控制标准来划分国际人道法上的冲突，但指出这一标准不足以证明一国应对某非国家团体的行动承担国际责任。关于这些论点更为详细的分析，see M. Milanovic, above note 24; Marko Milanovic, “State Responsibility for Genocide: A Follow-Up”, *European Journal of International Law*, Vol. 18, No. 4, 2007; S. Talmon, above note 25; D. Akande, above note 5, pp. 57 ff.; Katherine Del Mar, “The Requirement of ‘Belonging’ under International Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 1, 2010; Theodor Meron, “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout”, *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2, 1998.

采用控制的概念来判定可适用的国际人道法，在法律上具有决定性影响，因为非国家一方变为隶属于实施干预的第三方。从国际法上看，非政府武装团体的成员成了第三方的代理人。就基于属人理由适用国际人道法而言，这就意味着干预方完全取代非国家一方，自己成了既存武装冲突一方。[35]外国干预与既存武装冲突之间的联系，无论是通过向武装冲突一方提供支持，还是通过全面控制该方，都是极为关键的因素，涉及外国干预的武装冲突因而属于红十字国际委员会立场所涵盖的范围。

必须指出的是，在这方面，一个或多个干预方提供支持的时机可能有所不同。干预通常是针对正在进行的非国际性武装冲突，但也可能与冲突爆发的时间重合，尽管这种情况较为罕见。绝大多数涉及外国干预的武装冲突都属于第一类情况。这方面的例子如联合国驻刚果民主共和国稳定特派团 (从2008年起)、北约在利比亚 (2011年) 及阿富汗 (从2003年起) 的行动。

外国干预导致控制非国家一方的情况不太常见，但并非十分罕见，1992年至1996年间发生在前南斯拉夫的情形就是例证。

红十字国际委员会关于“涉及外国干预的武装冲突”概念的立场所指的交战方之间的各种关系如下：

- 国家一方与非国家一方；[36]
- 为支持国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织与非国家一方；
- 国家一方与为支持非国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织；
- 国家一方与全面控制非国家一方的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织；
- 为支持国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织与为支持非国家一方而实施干预或全面控制非国家一方的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织。

35 适用国际人道法的属事理由 (*ratione materiae*) 的法律含义将在下文阐述。

36 这种最初的交战关系本身虽然不涉及第三方干预，但却具有实质意义，因为红十字国际委员会立场涵盖的所有其它交战关系都结合了这一基本元素。

红十字国际委员会与适用于涉及外国干预的武装冲突的国际人道法规则

鉴于在判定适用于涉及外国干预的武装冲突的国际人道法方面存在争议，红十字国际委员会决定就国际人道法如何适用于这类冲突的问题予以澄清。

对于红十字国际委员会而言，判定可适用的法律需要将武装冲突的传统标准客观适用于当地的实际情况。关于这个问题，主流学说[37]及国际司法判例[38]都一贯坚持：应根据《日内瓦四公约》共同第2条及1977年《第一附加议定书》第1条关于国际性武装冲突所规定的条件，以及《日内瓦四公约》共同第3条及1977年《第二附加议定书》第1条关于非国际性武装冲突所规定的条件对现实情况进行评估，在此基础上对武装冲突进行归类。[39]前南斯拉夫国际刑事法庭在博斯科夫斯基案中强调：

> 依据这一方法，审判庭参考作战强度及相关武装团体的组织情况等客观指标，根据个案的事实情况，评估武装冲突是否存在。[40]

---

37 See Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5th ed., Bruylant, Brussels, 2012, p. 120; Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 75–76; Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 47–48; Geoffrey S. Corn *et al.*, *The Law of Armed Conflict: An Operational Approach*, Wolters Kluwer Law and Business, New York, 2012, pp. 72, 80.

38 See, for example, US Military Tribunal, Nuremberg, *United States v. Wilhelm List*, Case No. 47, February 1948; United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 8, 1949, p. 59; ICTY, *The Prosecutor v. Mladen Naletilić, aka "Tuta", and Vinko Martinović, aka "Štela"*, Case No. IT-98-34-T, Judgment, Trial Chamber, 31 March 2003, para. 211; ICTY, *The Prosecutor v. Ljube Boškovski and Johan Tarčulovski*, Case No. IT-04-82-T, Judgment, Trial Chamber II, 10 July 2008, para. 174.

39 关于武装冲突界定标准的更为详细的分析，see ICRC, "How is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law?", Opinion Paper, March 2008, available at: www.icrc.org/eng/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf; ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts* above note 5, pp. 7–12; Gary D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 149–156; E. Wilmshurst (ed.), above note 5; Daniel Bethlehem, Sandesh Sivakumaran, Noam Lubell and Philip Leach, "International Law Meeting Summary: Classification of Conflicts: The Way Forward", Chatham House, 2012, available at: www.chathamhouse.org/sites/ default/files/public/Research/International%20Law/011012summary.pdf; S. Vité, "Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law" above note 5, pp. 69–94.

40 ICTY, *Boškovski and Tarčulovski*, above note 38, para. 176; ICTY, *The Prosecutor v. Milutinović* et al., Case No. IT-05-87-T, Judgment, Trial Chamber, 26 February 2009, 第125段："武装冲突的存在不取决于冲突各方的看法。" See also International Criminal Tribunal for Rwanda, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, Chamber I, 2 September 1998, 第603段："如果国际人道法的适用仅仅取决于冲突各方的自行判断，那么在多数情况下冲突各方都会倾向于尽量将冲突轻描淡写。"

红十字国际委员会建议采用一种分别判定的方法来判定适用的法律。在大量涉及各类武装冲突的情形中，红十字国际委员会一直为此目的采用这种方法。这种方法的具体做法是根据当地实际情况，通过分别对交战方之间的每一对双边关系进行考察，来判定可适用的国际人道法。这种分别判定的方法反映了法律的现状，因为它已经得到国际法院[41]的确认，前南斯拉夫国际刑事法庭[42]以及最近国际刑事法院均再次肯定了这一方法。在“鲁班加”案中，国际刑事法院预审庭明确表示：

> 在一国境内爆发的国内武装冲突，如果 (1) 另一国通过其军队干预该冲突 (直接干预) 或如果 (2) 该国内武装冲突的某些参与者代表该另一国行事 (间接干预)，那么该冲突可能变成国际性武装冲突，或者，取决于具体情况，变成兼具国际与国内性质的武装冲突”。[43]
>
> 多数学者意见也支持这种方法。[44]

这种根据武装冲突的参与方来决定分别适用的法律体系的方法，意味着可适用的国际人道法——关于国际性武装冲突的法律、关于非国际性武装冲突的法律或兼而有之——取决于上文指出的武装冲突中交战方之间可能存在的各种双边关系的性质。换句话说，遵循这种分别判定的方法，当不同类型的参与

---

41 ICJ, *Nicaragua*, above note 26, p. 14.

42 ICTY, *Tadić*, above note 16, para. 84, and Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction，Appeals Chamber, 1995年10月2日，第77段：“前南斯拉夫冲突兼具国内和国际两面”。

43 ICC, *Lubanga*, Decision on the confirmation of charges, above note 30, para. 209. See also ICC, *Lubanga*, Judgment pursuant to Art. 74 of the Statute, above note 31, paras 536, 565.

44 Marco Sassòli, “The Legal Qualification of the Conflict in the Former Yugoslavia: Double Standards or New Horizons for International Humanitarian Law?”, in Sienho Yee and Tieya Wang (eds), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*, Routledge, London, 2001; Luigi Condorelli, “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: Où va le droit international?”, *Revue Générale de Droit International Public*, No. 4, 2001; Hans-Peter Gasser, “Internationalized Non- International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon”, *American University Law Review*, Vol. 33, 1983; James G. Stewart, “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, 2003; Robert Kolb, *Ius in bello, le droit international des conflits armés, Précis*, 2nd ed., Bruylant, Brussels, 2009, pp. 183–192; D. Akande, above note 5, pp. 63–64; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 26–28; Dietrich Schindler, “International Humanitarian Law and Internationalized Internal Armed Conflicts”, *International Review of the Red Cross*, No. 230, September–October 1982, pp. 255 ff.

方——国家及非国家——卷入同一个冲突时，根据每个交战方同其他各个交战方之间关系的性质，适用于他们的国际人道法规则有所不同。当国家一方针对一个或多个非国家方开展军事活动时，他们之间的关系由关于非国际性武装冲突的法律来规制。如果在同一个冲突中，这个国家还与另一国交战，则他们之间的关系将由关于国际性武装冲突的法律来规制。相应的，第三国为支持一个或多个非国家参与方而进行的直接干预不会导致所有冲突方之间的关系全都国际化，关于国际性武装冲突的法律并不适用于参与该冲突的所有各方。在这种情况下，第三方的干预是加诸于既存非国际性武装冲突的一个单独成分，造成了两个不同性质的武装冲突在同一片领土上同时并存的局面。[45]

这种分别判定的方法得到了大多数判例和学说的支持，46它满足了这样一种需求：需要采用一种方法，这种方法带来的法律后果更加符合冲突的实际情况。这一方法的优点就是精确，它重点关注各种双边关系，能更充分地考量冲突各方的性质以及他们履行国际人道法相关规定的能力。此外，分别

45 但国际司法判例认可的这种分别判定的方法并非毫无争议。一些人提出了质疑，认为在同一领土上根据冲突各方的性质适用不同的战争法规则体系在法律上极为复杂。See T. Meron, above note 34, pp. 236–238. 与之类似，see also ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić, aka "Dule"*, Case No. IT-94-1-T, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October 1995, separate opinion of Judge Li, para. 7; George H. Aldrich, "The Laws of War on Land", *American Journal of International Law*, Vol. 94, No. 1, 2000, p. 63; E. David and J. Salmon, above note 4, pp. 728 ff. 但国际刑事法院在2009年本巴·贡博 (*Bemba Gombo*) 案中并未理会这些观点，预审庭认定发生在中非共和国的冲突应属于非国际性冲突，尽管外国军队为支持执政的政府而实施了干预 (ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC- 01/05-01/08, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009, para. 246).

46 除上文概述的观点之外，各国十分明确地赞成继续采用国际性—非国际性武装冲突的区分，它是分别判定的方法的基础。这样做的主要原因之一是各国在维护各自主权方面的关切 (各国反对将这两类冲突合并，担心此举将使叛乱团体的行动合法化，它们将不得不赋予叛乱团体成员战俘地位，而且无法对此类团体实施的所有与武装冲突有关的行动进行起诉)。红十字国际委员会在1971年和1972年举行的专家会议上建议，对于外国干预某个国内冲突的情形整个国际人道法都应适用。但这一建议并未得到各国的认可。有人认为建议的这种做法将增加此类冲突的规模，因为它将鼓励叛乱方积极寻求第三国的干预，以便从适用关于国际性武装冲突的法律中受益 (红十字国际委员会，"关于重申与发展适用于武装冲突的国际人道法的政府专家会议工作报告"，日内瓦，1971年8月，第50页及以后各页)。See also Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 163, 1979, p. 150. 根据上文脚注5中E. Wilmshurst的看法 (第489页)，"仍有一些人支持采取统一的做法……将所有冲突都视为国际性的。但可能的共识以及本书作者们所支持的看法是：在对混合交织的冲突进行分类时，唯一可以接受的方法就是将之分解成各个组成部分。"

判定的方法有助于维护国际人道法所确立的法律体系的内在统一，47避免各国及国际组织作出消极反应，它们向来反对将关于国际性武装冲突的法律适用于它们同非政府武装团体之间的关系。

总而言之，分别判定的方法有两个优点：一是为各国及国际组织所接受，在将国际人道法适用于涉及外国干预的武装冲突方面，它们也选择了区别对待的方法；二是这样做的实际结果更符合当代武装冲突的现实。

外国为支持国家一方而实施干预时适用的法律

根据上文所述的分别判定的方法，红十字国际委员会认为如果外国干预是为了支持国家一方，则应适用关于非国际性武装冲突的法律。国家一方与非国家一方之间的交战关系由关于非国际性武装冲突的法律来规制，外国干预方与非国家一方之间的交战关系也是如此。

因此，依照上文所述的分别判定的方法，这里所说的情形包含下列两种交战关系：

- 国家一方与非国家一方；
- 为支持国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织与非国家一方。

如上文所述，在外国为支持国家一方而实施干预的背景下，国际人道法能否适用于交战方之间的各种关系——正如“传统”武装冲突中各方之间的关系一样——是参照共同第3条及《第二附加议定书》第1条关于非国际性武装冲突的经典标准来判定的。

因此，规制上文所述情形的法律框架如下：共同第3条、《第二附加议定书》(前提是该国家一方已批准该议定书并且满足适用的条件) 及关于非国际性武装冲突的习惯法将适用于干预方支持的国家一方与非国家一方之间的交战关系。[48]

---

47 具体而言，根据1949年《日内瓦四公约》共同第2条和第3条，国际人道法认为关于国际性武装冲突的法律仅在敌对方均为国家或其他具有国际法律人格的实体时才能适用。反过来说，在一国或其他某个具有国际法律人格的实体与一个或多个非国家参与方交战时，国际人道法要求对所有这类情形适用关于非国际性武装冲突的法律。

48 这一认定是基于1949年《日内瓦四公约》以及1977年的两个《附加议定书》；它并未提及其它可适用的国际人道法条约。

外国干预不会因此改变适用的国际人道法 (仍应适用关于非国际性武装冲突的法律)；只是扩大了属人理由的适用范围，将支持国家一方的干预方包括在内，无论其为多国部队、[49]国家还是国家联盟。

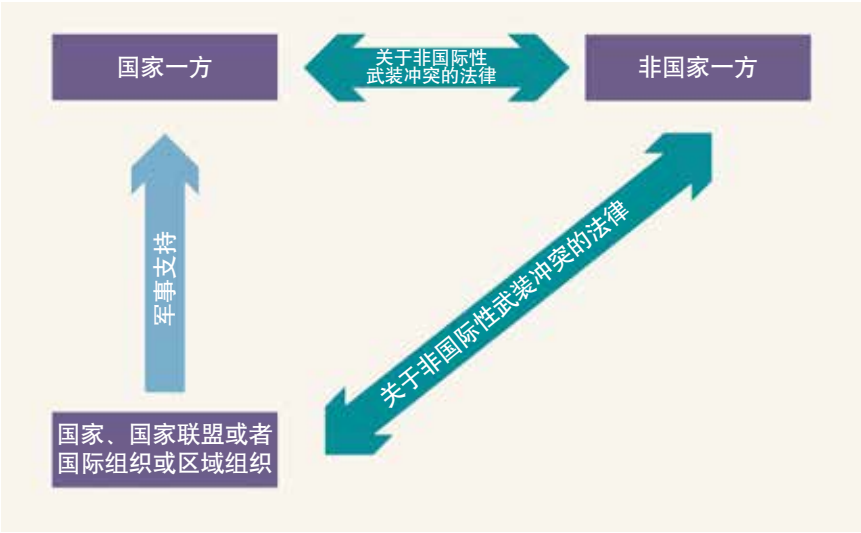

图1：冲突各方间的关系及适用于这种情形的国际人道法

49 “多国部队”一词指的是由出兵国为和平行动提供的武装部队。关于和平行动，国际公法上没有明确的、公认的定义。一般而言，“和平行动”一词指国际组织、区域组织或国家联盟根据联合国安全理事会依《联合国宪章》第六、七或八章通过的决议、代表国际社会所开展的维持和平和执行和平行动。多国部队参与的武装冲突的性质以及适用于这类冲突的国际人道法规则的判定颇具争议。一些作者认为此类情形等同于国际性武装冲突。他们认为既然军事行动的决策、界定及开展都是由国际组织负责的，鉴于其自身的性质，它们应被纳入这一范畴。这些作者认为国际组织的特殊地位及其国际法律人格优于叛乱方的非国家地位，其本身就足以决定该冲突的性质。See Claude Emanuelli, “Les forces des Nations Unies et le droit international humanitaire”, in Luigi Condorelli *et al*. (eds), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire/ The United Nations and International Humanitarian Law: Proceedings of the International Symposium Held on the Occasion of the 50th Anniversary of the United Nations (Geneva, 19, 20 and 21 October 1995)*, Pedone, Paris, 1996, pp. 357 ff.; R. Kolb, above note 4, pp. 57 ff. 但近来卷入冲突局势的国家及国际组织的实践并未证实这种观点 (不考虑交战关系中的非国家因素，从而无视国际人道法上的法律分类一定会考虑冲突各方的性质这样一个事实)，却表明它们一贯支持红十字国际委员会所主张的分别判定的方法。See S. Vité, “Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law” above note 5, pp. 87–88; E. Wilmshurst，上文脚注5，第487页：“虽然并非毫无争议，但更为恰当的观点还是：此类冲突的确是非国际性的，虽然有多国部队这一国际因素。”

对此类情形不适用关于国际性武装冲突的法律的主要原因包括下列几点。

首先，共同第2条意味着关于国际性武装冲突的法律仅适用于至少两个具有国际法律人格的实体之间的武装冲突，无论是两个国家之间，还是一国与国家联盟之间。另一方面，如果冲突发生在具有国际法律人格的实体和在国际法上没有法律地位的非政府武装团体之间，那么适用的法律就是关于非国际性武装冲突的法律。

其次，对于国家一方或为协助该国而实施干预的一方而言，全盘适用关于国际性武装冲突的法律不是一个可以接受的方案，因为实施相关规则将意味着他们必须给予非政府武装团体成员战斗员及战俘地位（如果此类人员满足规定的标准），而且这样做本身将使他们无法仅仅以拿起武器为由起诉此类人员。很难想象各国会愿意放弃依据国内法对参加武装暴动的人员加以惩治的可能。

第三，适用关于国际性武装冲突的法律不仅要求国家一方及干预国履行相关国际人道法义务，还要求非国家一方也这样做。国际人道法旨在成为一套基于有效性原则的实际可行、讲求实效的法律。因此，如果冲突方不具备履行某项义务的手段，那么给冲突方施加这种它无法履行的义务是没有意义的。关于国际性武装冲突的法律要由具备后勤手段的国家来适用，而这正是绝大多数非国家武装团体不具备的。在法律上对没有能力履行其规定的非政府武装团体适用整个国际人道法，将使这些规定失去意义，也无法实现制定这些规定的目的。如果不尊重这套法律的情况是系统性的，则意味着这套法律彻底失败；因此，更为现实的做法是要求非政府武装团体实施关于非国际性武装冲突的法律中更为基本的规定。

外国为支持非国家一方而实施干预时适用的法律

在这种情况下，红十字国际委员会认为，在外国为支持非国家一方而实施干预时，关于非国际性武装冲突的法律及关于国际性武装冲突的法律同时适用。国家一方与非国家一方之间的交战关系由关于非国际性武装冲突的法律来规制，国家一方与外国干预方之间的交战关系由关于国际性武装冲突的法律来规制。

因此，依照上文所述的分别判定的方法，这里所说的情形包含下列两种交战关系：

- 国家一方与非国家一方；
- 国家一方与为支持非国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织。

这里我们可以充分认识到红十字国际委员会主张的分别判定的方法的重要意义，因为在此类局势中必须适用综合性的法律框架，该框架既包含关于国际性武装冲突的法律，也包含关于非国际性武装冲突的法律。

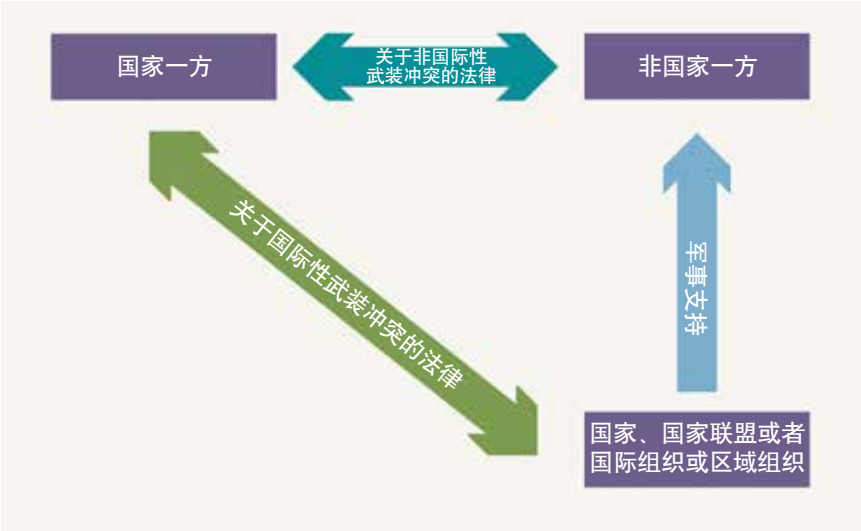

图2：冲突各方间的关系及适用于这种情形的国际人道法

如上文所述，在外国为支持非国家一方而实施干预的背景下，国际人道法能否适用于交战方之间的各种关系，是参照共同第2条及 (关于国际性武装冲突的)《第一附加议定书》第1条规定的经典标准以及源自共同第3条和 (关于非国际性武装冲突的)《第二附加议定书》第1条的标准来判定的。如果支持非国家一方的外国干预涉及领土占领，那么1907年《海牙第四公约》所附《章程》第42条 (经共同第2条第2款补充) 为判定占领法是否适用于相关情势

提供了标准。[50]

因此，根据分别判定的方法，国家一方与非国家一方之间的交战关系由关于非国际性武装冲突的法律来规制，与此同时，国家一方与外国干预方之间的交战关系由关于国际性武装冲突的法律来规制。规制非国际性武装冲突局势的法律框架为共同第3条、《第二附加议定书》（前提是该国家一方已批准该议定书并且满足适用的条件）及与非国际性武装冲突有关的习惯法。与非国际性武装冲突并存的国际性武装冲突将由与国际性武装冲突有关的条约法及习惯法（如涉及占领，还包括占领法）加以规制，特别是《日内瓦公约》、《第一附加议定书》以及1907年《海牙第四公约》所附《章程》的规定。

联合国授权的多国部队作为干预方参与冲突的情形并不能改变对适用于此类局势的国际人道法的判定。采用的判定方法与未经联合国授权的国家或国家联盟干预武装冲突的情形是一样的。

最后，就规制敌对行动的法律而言，这种分别判定的方法的影响实际上很小，因为人们公认绝大多数适用于国际性武装冲突的基于条约的国际人道法规则，可以作为习惯法适用于非国际性武装冲突。但被拘留者的地位则是另一回事。[51]分别判定的方法意味着在国家一方与非国家一方存在交战关系的背景下对被俘和被拘留人员适用的法律规则，不同于在国家一方与为支持非国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织之间存在交战关系的背景下对此类人员适用的规则。[52]

---

50 占领法作为关于国际性武装冲突的法律的一个分支，在外国干预导致对全部或部分领土的有效控制时适用。关于有效控制的概念，详见Tristan Ferraro, “Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, 2012.

51 同样，分别判定的方法将关系到红十字国际委员会活动的法律基础。在国际性武装冲突中，红十字国际委员会根据强有力的、基于条约的授权开展人道活动（特别是国际人道法赋予红十字国际委员会探视与国际性武装冲突有关的被拘留者的权利），而在非国际性武装冲突中，它只有在冲突各方接受其提供服务的建议时才能开展活动（在非国际性武装冲突中各方完全可以拒绝红十字国际委员会接触被拘留者的要求）。

52 同时适用关于国际性武装冲突的法律和关于非国际性武装冲突的法律不会削弱《日内瓦第三公约》第12条和《日内瓦第四公约》第45条规定的禁令：禁止将在第三国和该缔约国发生国际性武装冲突的背景下拘留的人员交给非国家一方（因为叛乱团体不能成为《日内瓦公约》的缔约方）。在将要进行此类移送的情况下，不得损害关于国际性武装冲突的法律为最初被第三国拘留的人员提供的法律保护。被移送给非国家一方的被拘留者将继续受到《日内瓦第三公约》或《日内瓦第四公约》的保护。

外国干预既支持国家一方又支持非国家一方时适用的法律

在这种情况下，红十字国际委员会认为如果外国干预既支持国家一方又支持非国家一方，那么关于非国际性武装冲突和关于国际性武装冲突的法律同时适用：

- 国家一方与非国家一方之间的交战关系、以及为支持国家一方而实施干预的外国与非国家一方之间的交战关系，由关于非国际性武装冲突的法律来规制。
- 国家一方与为支持非国家一方而实施干预的外国之间的交战关系，以及为支持国家一方而实施干预的外国与为支持非国家一方而实施干预的外国之间的交战关系，由关于国际性武装冲突的法律来规制，前提是这两种交战关系均满足国际性武装冲突的标准。

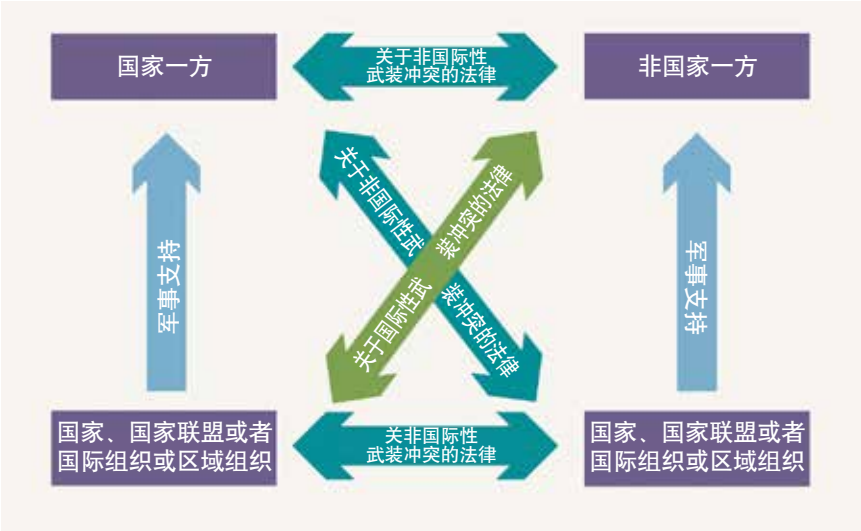

图3：冲突各方间的关系及适用于这种情形的国际人道法

这里所说的情形是上述几种情形的混合：

- 国家一方与非国家一方；
- 国家一方与为支持非国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织；
- 非国家一方相与为支持国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织；

- 为支持国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织与为支持非国家一方而实施干预的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织。

例如，1998-1999年刚果民主共和国的局势，当时FARDC[53]在与名为“刚果争取民主联盟”的反叛组织的非国际性武装冲突中得到了安哥拉、纳米比亚、乍得及津巴布韦军队的支持，而后者则得到来自布隆迪、乌干达及卢旺达军队的军事支持。就该局势而言，与国家一方结成同盟的国家 (安哥拉、纳米比亚、乍得及津巴布韦) 和与非国家一方结成同盟的国家 (布隆迪、乌干达及卢旺达) 之间的关系由关于国际性武装冲突的法律来规制。

如上所述，两个或多个具有国际法律人格的实体之间的交战关系由关于国际性武装冲突的法律来规制。因此，国家一方与为支持非国家一方而实施干预的国家之间的交战关系以及干预方之间的关系由关于国际性武装冲突的法律来规制。而根据上文所述的分别判定的方法，国家一方与非国家一方之间、以及非国家一方与为支持国家一方而实施干预的国家之间存在的互相关联的交战关系却是由关于非国际性武装冲突的法律来规制。

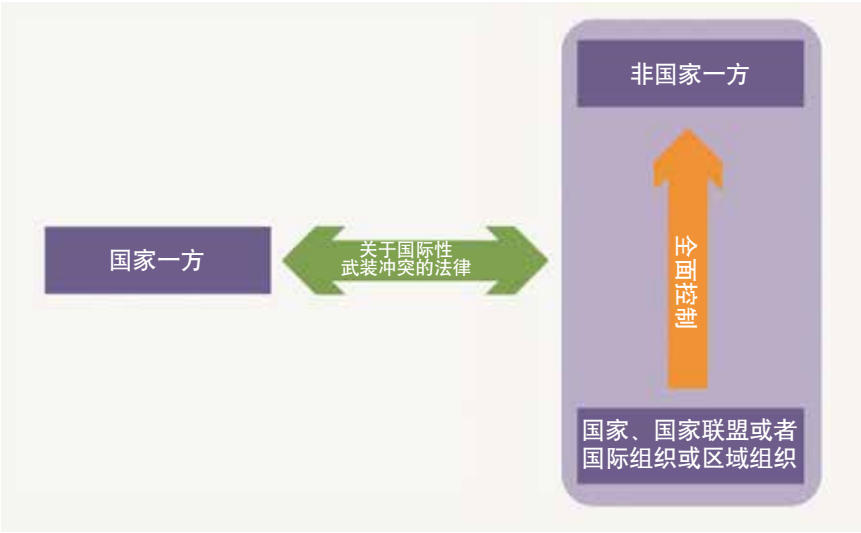

图4：冲突各方间的关系及适用于这种情形的国际人道法

53 刚果民主共和国武装力量。

外国干预导致对非国家一方的控制时适用的法律

在这种情况下，红十字国际委员会认为外国为支持非国家一方而实施的干预如果造成外国干预方控制该方的局面，那么仅适用关于国际性武装冲突的法律。国家一方与非国家一方之间的交战关系消失，唯一尚存的交战关系就是国家一方与外国干预方之间的关系。

因此，依照上文所述的分别判定的方法，这里所说的情形指的是下述交战关系：

- 国家一方与全面控制非国家一方的国家、国家联盟或者国际组织或区域组织之间的交战关系。

因此，红十字国际委员会认为，在外国干预导致干预方全面控制非国家一方的情况下，适用的是关于国际性武装冲突的法律。

在这种情况下，干预方最初提供的支持变成了对非国家一方的控制。[54]

如上文所述，由于国际人道法没有就控制的概念规定专门的标准，因此必须通过对国际公法 (特别是责任法的发展) 的考察来判定非政府武装团体是否代表第三国行事。如果确定存在此类控制，则非政府武装团体的行为可归于干预方。

根据这一特定假设，当施加的控制可以在法律上定性为“全面控制”时，非政府武装团体被视为已被外国干预方“吸收”，并已成为其在国际公法意义上的代理人。干预方从而取代非国家一方，成为与正在开展军事行动的这片领土上的政府军进行武装冲突的唯一一方。

由于非政府武装团体的成员因受干预方控制而被视为干预方的代理人，因此国家一方与干预方之间的关系由关于国际性武装冲突的法律来规制，而干预方是唯一与政府军作战的一方。政府军与非国家一方之间最初的非国际性武装冲突变为国际性武装冲突。

适用于此类情形的关于国际性武装冲突的法律见1949年《日内瓦公约》、《第一附加议定书》 (如满足适用该议定书的条件) 以及与国际性武装冲突有关的习惯法。

54　在这方面，控制的概念对判定适用于涉及外国干预的武装冲突的法律框架而言至关重要。见上文。

如果第三国对一个或多个有效控制特定领土的非政府武装团体加以全面控制，那么这一法律框架还包括占领法 (1907年《海牙第四公约》所附《章程》、《日内瓦第四公约》以及《第一附加议定书》)。[55]

红十字国际委员会在涉及外国干预的武装冲突局势方面所用术语

“国际化的国内武装冲突”一词会使人产生误解，因为这种说法模糊了国际人道法所确立的国际性武装冲突与非国际性武装冲突之间的根本区别。它似乎暗示适用于此类局势的是一个单一的法律框架——关于国际性武装冲突的法律，或暗示此类局势构成第三类武装冲突，而适用于这类冲突的法律框架尚不确定。

鉴于法律的现实并非如此，红十字国际委员会选用了与适用于“涉及外国干预的武装冲突”概念所涵盖的各种局势的国际人道法相一致的术语。

基于此，红十字国际委员会认为涉及外国干预的武装冲突根据具体的情况仅仅是国际性武装冲突、非国际性武装冲突或同时并存的这两种冲突在特定背景下的一种表现形式。

因此，当外国采取干预行动来支持国家一方与非国家一方对抗时，红十字国际委员会将此类情形归为非国际性武装冲突，因为此类情形只适用关于非国际性武装冲突的法律。

---

55 最近提出的间接有效控制的概念是为了避免造成法律上的漏洞，即允许各国利用代理人来规避其在占领法上的责任。有效控制可以由代理的武装部队实施，因为他们由某一外国全面控制。在此类情况下，如一国全面控制了事实上的当地政权或其他有效控制全部或部分特定领土的当地有组织团体，则该国将被视为国际人道法意义上的占领国。国际司法机构作出的一系列裁决确证了这一理论的存在及可靠性。例如，前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇 (*Tadić*)”案中认定“事实上的机关或代理人同外国的关系包括该外国仅通过当地事实上的机关或代理人的行为来‘占领’某一领土或在该领土内行动的情形” (ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić, aka “Dule”*, Case No. IT-94-1-T, Judgment, Trial Chamber, 7 May 1997, para. 584)。在“刚果民主共和国诉乌干达 (*DRC v. Uganda*)”案中，国际法院考察了乌干达是否对刚果叛乱团体实行全面管辖的问题 (ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005, para. 77*)。此举清楚地表明国际法院采纳了前南刑庭所确立的观点，接受这样一种可能性，即，占领可以由间接的有效权威来实施。关于这一理论，详见T. Ferraro, above note 50; ICRC, *Expert Meeting – Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, Geneva, March 2012, p. 23.

由于旨在使术语与适用的法律相一致，红十字国际委员会将这些情形视为非国际性武装冲突，而非国际化的非国际性武装冲突，因为只有关于非国际性武装冲突的法律可以适用。尽管这种新的说法的确没有体现出该非国际性武装冲突涉及到外国干预，但由于从一开始就已明确可适用的法律框架，因此从法律角度而言这种说法更准确，不会因为“国际化的国内武装冲突”概念本身在国际人道法的属事适用范围方面的不明确性而影响这一判定。

外国为支持并非受其全面控制的非国家一方而实施干预的情形被红十字国际委员会归类为“兼具双重法律性质的武装冲突”，因为根据红十字国际委员会主张的分别判定的方法，关于国际性武装冲突的法律和关于非国际性武装冲突的法律同时适用于这种情形。

特别是在涉及到这种情形时，“国际化的国内武装冲突”一词所造成的不明确性尤其会引发问题，因为它给人一种错误的印象，即关于国际性武装冲突的法律适用于整个局势，忽视了本文之前所阐述的分别判定的方法。

外国为支持国家一方而实施干预，以及为支持并非受其全面控制的非国家一方而实施干预的情形，也被红十字国际委员会归为“兼具双重法律性质的武装冲突”，因为根据红十字国际委员会主张的碎片化方法，关于国际性武装冲突的法律和关于非国际性武装冲突的法律同时适用于此类情形。

这一新的术语还将适用于这样一种情形：向非国家一方提供的支持导致了对正在发生武装冲突的领土的占领。因为占领是国际性武装冲突的一种形式，占领法本身是关于国际性武装冲突的法律的一个分支，因此，干预方因向非国家一方提供支持而形成的对该领土的有效控制完全符合兼具双重法律性质的武装冲突的概念，前提是这种对领土的有效控制不牵涉对叛军的全面控制。

最后，国家一方与对非政府武装团体实施全面控制的外国干预方发生冲突的情形被红十字国际委员会归为国际性武装冲突，因为该局势仅适用关于国际性武装冲突的法律。如果外国干预伴随着对非政府武装团体的全面控制，并导致对全部或部分相关领土的有效控制，那么该局势就构成“占领”状态。

关于要采用的术语，该立场还考量了全面控制的概念及其就可适用的国

际人道法而言所具有的含义。

如果非国家一方被视为受到外国的全面控制，因而从法律角度看已被该国吸收，那么仅剩的两个冲突方就是外国干预方与国家一方。因此，此类局势应归为国际性武装冲突，任何其他分类都是多余的。

然而，当处于外国干预方全面控制下的非政府武装团体对全部或部分相关领土实施有效控制时，适用的是占领法。基于这一点，并为确保术语的准确性以及术语与适用的国际人道法之间的一致性，这种局势被归为占领。

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

为未来保护过去：法律如何在武装冲突中保护有形和无形文化遗产

克里斯蒂安娜·若阿诺-格拉迪斯* 著
廖凡** 译

摘 要

在战争中，个人的脆弱性不仅体现在身体上，还体现在其文化认同上，文化遗产的湮没常常成为一个中心问题。这一点在民族、文化或宗教性质的武装冲突中尤为明显。在一些地区，文化遗产更多地表现为纪念物和物体，即“有形”遗产，大多受武装冲突法保护。在没有永久性构造的其他地方，文化遗产则主要表现为口述、手势、仪式、音乐以及人们利用不同媒介和工具所创造出的其他表现形式。本文旨在表明，文化遗产包括

* 克里斯蒂安娜·若阿诺-格拉迪斯作为代表和法律顾问，在红十字国际委员会总部和一线工作多年。她还是国际非政府组织“为明天保护传统”的联合创始人和联合主任；该组织致力于保护拉丁美洲的无形文化遗产，尤其是在冲突或冲突后局势中。作者在日内瓦大学获得博士学位，著有*Le patrimoine culturel matériel et immatériel: Quelle protection en cas de conflitarmé*?, Schulthess, Geneva, 2013.

** 中国社会科学院国际法研究所研究员，法学博士。

有形遗产和无形遗产，保护这些遗产的法律并不限于武装冲突法，还包括其他可适用的文件，如人权条约和联合国教科文组织文化遗产公约。

关键词：武装冲突法；国际人权法；联合国教科文组织文化公约；有形文化遗产；无形文化遗产；文化财产；敌对行动；侵占及非法交易；对文化认同的不同类型危害；土著居民；军事占领；非国际武装冲突。

引言

1914年9月，第一次世界大战爆发后1个月，法国兰斯大教堂在一次攻击中遭到猛烈轰炸，摇摇欲坠。2014年7月，伊拉克的清真寺和礼拜堂——包括作为穆斯林朝圣地的先知约拿墓——同其他文化遗产一起被毁坏。在这两个例子中，遭到攻击的都是受这些冲突影响的民众的文化和宗教遗产。通过毁坏礼拜场所，从而阻碍人们举行仪式和奉行传统，此举对其有形和无形遗产均造成危害。两起事件相隔一个世纪，其间的冲突数不胜数。正如这两个例子所示，无论是就冲突各方还是所涉利害关系而言，冲突的性质都在不断变化。这个世纪还见证了科学技术的重大发展，其在军事手段上的应用使后者变得日益复杂和精确。与此同时，这个世纪也见证了法律的重大发展。实际上，在1914年关于文化遗产的法律仅限于少量作战规则，而现在的武装冲突法则包含一大批规范，包括从多个层面保护的文化遗产的规范。

近期的叙利亚事件在伊拉克和马里的类似动乱后接踵而来，凸显出在这类冲突中保护文化遗产方面的矛盾。这些国家的遗产中的杰出部分大多已列入联合国教科文组织的《世界遗产名录》，但却遭到蓄意破坏，尽管现今适用于它们的法律为在这类情形下保护它们提供了迄今为止无与伦比的规范性框架。在众多例子中，摧毁约拿墓[1]和位于叙利亚帕尔米拉的凯

1 UNESCO, “A Call to Save Iraq’s Cultural Heritage”, 30 September 2014, available at: www.unesco.org/new/en/unesco/about-us/who-we-are/director-general/singleview-dg/news/a_call_to_save_iraqs_cultural_heritage/ (all internet references were accessed in December 2015).

旋门[2]的行为无可置疑地表明了伊斯兰国集团对这些国家遗产的蓄意毁坏。这些行为似乎表明，伊斯兰国集团成员的意图不仅在于永久抹去该地区过去的遗迹，还在于通过此举消灭相关居民的文化和精神认同的所有痕迹。这对国际社会构成重大挑战，因为它意味着拒绝实施旨在保护文化遗产和受冲突影响者的规范，这些规范现在很多已经具有习惯规则的地位。[3]

然而，在贯穿人类历史的一系列战争中，武装冲突中出现的这种趋势并不新鲜。罗马军队毁灭迦太基、十字军洗劫君士坦丁堡、宗教战争中拆除装饰大教堂的雕像，以及更近以来的，第二次世界大战中毁坏犹太教堂和上世纪末的巴尔干冲突中毁坏清真寺，都反映了进攻部队的类似意图，即通过毁坏作为敌方居民身份象征的文化遗产，抹去其文化和精神认同的所有痕迹。[4]

因此必须认识到，在具有强烈的民族、文化和宗教性质的冲突中，文化遗产的破坏常常成为一个问题。文化遗产表现为多种形式。在其主要以遗址、建筑、物体形式存在之处，遭受攻击的遗产很大程度上是“有形”的。但在没有永久性构造其他地方，遗产更多地表现为口述、手势以及人们利用不同媒介和工具所创造出的其他表现形式，此时遗产主要是“无形”的。在后一种情形下，主要的攻击目标并不是物体，而是作为无形遗产的承载者或诠释者的个人。因此，法律为确保文化遗产受到保护而必须提供的解决方案就必须也包含多种要素。

作为战争时期的特别法，武装冲突法通过1954年《关于发生武装冲突时保护文化财产的海牙公约》（《1954年公约》）明确规制对于文化财产——亦即主要是指“有形”文化遗产——的保护。[5]这份在第二次世界大战后不久制定的文件庄严记载了为防止世界文化遗产在此次冲突中所遭受的史无前例

2 UNESCO, “UNESCO Director-General Condemns the Destruction of the Arch of Triumph in Palmyra: ‘Extremists Are Terrified of History’”, 5 October 2015, available at: http://en.unesco.org/news/unescodirector-general-condemns-destruction-arch-triumph-palmyra-extremists-are-terrified.

3 见让-马里·亨克茨和路易丝·多斯瓦尔德-贝克，《习惯国际人道法》，第一卷：规则，红十字国际委员会组织编译。——北京：法律出版社，2007年，尤其见规则38-39，第120-127页。

4 ICTY, *The Prosecutor v. TihomirBlaskic*, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 2 March 2000, paras 227–228.

5 《关于在武装冲突的情况下保护文化财产的公约》，1954年5月14日 (于1956年8月7日生效) (《1954年公约》)。

的破坏和洗劫重演而必须提供的法律措施。该文件由此弥补了此前的规制框架中的重大漏洞。由这个迄今为止唯一专门为文化财产制定的公约所赋予的保护当然极为重要，但该公约并不能充分保护受当代冲突影响的文化遗产，因为文化遗产还包括“无形”层面。

文化遗产的“无形”层面事实上无法仅仅依据《1954年公约》加以保护。为保护无形文化遗产，还必须适用其他文件，无论其属于武装冲突法还是其他法律制度，如国际人权法、联合国教科文组织为保护文化遗产而制定的许多公约，或者国际劳工组织乃至世界知识产权组织制定的文件中的各种相关规范。这些不同公约的适用对象范围使得有可能将文化遗产的概念延伸到单纯文化财产之外的要素，文化财产事实上只是文化遗产的组成部分之一。由此，受法律保护的有形和无形文化遗产的定义因近几十年来规制方面的重大发展特别是联合国体系内的发展而得到丰富，尽管其界定的确切范围在一定程度上仍有待各国自由裁量。

除文化遗产的不同层面外，还应强调这些遗产可能遭受的不同类型的危害。这些危害因武装冲突所处阶段不同而迥异。事实上，实际战斗对文化遗产的影响更多地涉及兰斯大教堂这样的有形遗产，其直接被战斗所波及。[6]与此种危害不同，停火后遗产在敌方控制下也有可能受到危害。这类局势，特别是在军事占领形式下，可能会改变相关居民的日常生活，并由此影响某个更多地属于无形层面的文化遗产的表达。马里冲突期间廷巴克图圣地仪式的消失，就是众多例子中的一个。[7]影响文化遗产不同组成部分的各种不同类型危害之间的区别，也类似地反映在旨在防止这些危害发生的规范之中。

本文旨在说明，文化遗产作为一个整体，在武装冲突的所有阶段都始终受到法律保护，无论冲突的性质如何。这一论断不仅基于下文所要讨论的可适用的法律规范，也得到国际刑事法庭判例法、国家实践以及理论的支持。本文首先回顾历史，表明从远古时期起就存在习惯规范，要求交战方在冲突

6 Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 39.

7 UN, “Mali: Deux experts de l'ONU dénoncent les 'violations des droits culturels et de la liberté religieuse'”, UN News Centre, 10 July 2012.

局势中对文化遗产网开一面。接下来讨论保护文化遗产的可适用的法律，包括在敌对行动期间以及当遗产落入敌方部队控制下时。这一法律框架包括武装冲突法以及人权文件和联合国教科文组织文化遗产公约所确认的其他规范，这些规范在发生武装冲突时也同样可以适用。

在武装冲突中保护文化遗产的历史

在发生武装冲突时保护文化遗产这一义务先于各国同意保护文化遗产的任何规章而存在。在武装冲突中禁止攻击特定地点、建筑或物体，是源自当权者因宗教或神圣方面的考虑而下达的命令。[8]这一现象在许多影响人类历史的文明中都有所体现。

考虑到在武装冲突中进行的活动，特别是在可能导致财产遭到破坏或焚毁的实际战斗阶段进行的活动，保护文化遗产的义务主要针对那些作为所要保存之价值的象征或者作为典礼、节庆、仪式的举行场所的建筑，以及举行这些典礼、节庆、仪式所需要的媒介和器具。因此，对危害这类财产的禁令适用于容器，但同理，它常常也旨在保存容器中的内容。[9]由此，文化遗产形成了一个由有形和无形要素组成的整体，后者使文化遗产拥有生命，并确保受冲突影响居民的知识和文化认同成分得以传递。

禁止危害文化遗产的做法已经流传了几个世纪，从世界的一端到另一端。在西方国家，这一点体现在一般给予古地中海圣地或遍布罗马帝国和其他地方的寺庙和基督教教堂的保护，以及对其实施破坏并不符合军事需要的其他场所的保护，一如西塞罗所强调的那样。[10]在中世纪，保护这类财产的

8 例如，在古希腊，特尔斐、提洛岛和奥林匹斯山等圣地被公认在武装冲突期间不受侵犯。在这些地方不得进行战斗，溃逃的敌军可以在此避难。这些禁令有着精神和宗教基础，类似的规则在很多文明中都可以看到。See Pierre Ducrey, *Guerres et guerriers dans la Grèce antique*, Payot, Paris, 1969, p. 243.

9 例如，首任哈里发，阿布·巴克·斯迪克 (Abu Bakr Siddiq)，指示其在伊拉克和叙利亚作战的士兵说："你们将会遇到一个像生活在修道院中的隐士的民族，相信他们已经为真主放弃了一起。随他们去，不要摧毁他们的修道院。" See François Bugnion, "The Origins and Development of the Legal Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", 14 November 2004, available at: www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/65shtj.htm.

10 M. Tulli Ciceronis, *Actionis in C. Verrem secundae liber quartus (De signis): De officiis ad Marcum filium*, cited in Stanislaw Edward Nahlik, "Des crimes contre les biens culturels", *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 9, 1959, p. 14.

义务进一步正式化。在欧洲基督教教会倡议下，制定了交战方所需遵守的各种措施规则，并载入战斗前的骑士誓言[11]或者军队领导人所签署的法令之中。这些协议规定，神圣之物必须得到保护，不论是有形、无形还是人身，并禁止对不参加战斗之平民的财产进行不必要 (相对于特定冲突的主要目标而言)的破坏 。[12]文艺复兴之后，艺术作品——包括没有神圣特征的艺术作品[13]——以及民族国家兴起之后，象征着民族价值观和历史的纪念物及财产等建筑，也加入到受保护物体的行列。[14]

这些规则构成战争习惯并常常规定于交战方的协议之中，但直至19世纪末才形成具有普遍约束力的规章。截至那时，已经举行了多次国际会议，如1868年圣彼得堡会议和1874年布鲁塞尔会议，并形成了将这些规则正式化的宣言或公约草案。[15]直到1899年，各国才正式通过了第一批战争法条约，其中一些规范特别规定了有关文化遗产的约束性义务。 这就是1899年《海牙公约》，于1907年得到修订。虽然它们规定的这些规范因武装冲突阶段不同而有所不同，并且主要针对有形财产——“专用于宗教、艺术、科学或慈善目的的建筑物”——但无形要素显然也有所涉及，即便只是暗示性的。[16]因此，1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约》及其所附章程 (《1907

11 如“上帝之和平”或“上帝之真理”，其记载有交战方关于遵守众多规则的承诺，其中一些规则也保护文化遗产，不论有形无形。Michel Balard, Jean-Philippe Genet and Michel Rouche, *Le Moyen Âge en Occident*, Hachette Superieur, Paris, 2003, pp. 104–105, 175.

12 这些列举出被禁止行为的规则体系，即所谓“法令”，约束的是武装冲突中的人，而不是相关国家。此外，根据军事必要原则，这些规则不仅对神圣财产还对私人财产给予正式保护。如果破坏这类财产不能满足带来军事利益之需要，破坏就是不必要从而是被禁止的。See Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 13.

13 这一发展源自当时多位法学家和思想家的著述，特别是阿尔贝里科·贞提利 (Alberico Gentili)。在他看来，在武装冲突期间需要保存的私人财产中，文化财产也应当而且特别应当受到保护。See Alberico Gentili, De Jure Belli Libri Tres, cited in R. O'Keefe, above note 6, p. 6.

14 因此，在一位代表阿贝·格雷瓜尔 (Abbé Grégoire)倡议下，法国于1830年成立了一个历史古迹委员会，旨在抵消1789年法国大革命期间的肆意破坏行为。See “Rapport sur les destructions opérées par le vandalisme, et sur les moyens de le réprimer”, in *OEuvres de l'Abbé Grégoire*, Vol. 2: *Grégoire, député à la Convention nationale*, KTO Press and EDHIS, Nendeln and Paris, 1977, p. 257.

15 例如，1868年《圣彼得堡宣言》和1874年《布鲁塞尔宣言》。后者明确规制如何对待可能属于文化遗产组成部分的财产。

16 1907年《关于陆战法规和惯例的海牙第四公约附件章程》(《1907年章程》) 第27条明确提及这类财产。章程第56条增加了“教育”。对这些建筑物的选择报名，受保护的显然不只是财产本身即有形遗产，还包括在这些财产中开展的活动和传递的知识，即无形遗产。

年海牙章程》)将必须保存文化遗产要素这一习惯规则明确纳入了实在国际法中。此外，根据其规定，所涉遗产既包括有形遗产也包括无形遗产。

这些就是规制20世纪肆虐全球的两次主要冲突的文件，[17]但在第二次世界大战后，武装冲突法有了重大发展，特别是随着1949年四个《日内瓦公约》以及1977年两个《附加议定书》的制定。[18]作为补充的是对文化财产给予全面保护的《1954年公约》，[19]以及随后的1954年和1999年议定书。[20]但是，这一法律体系并不仅限于保存文化遗产的有形要素即文化财产。实际上，武装冲突法的很多规定也有助于保护这一遗产的无形层面，尤其是1949年《日内瓦公约》。[21]这类保护还来自在不同法律体制下发展起来并在之后获得通过的文件，如人权条约[22]和联合国教科文组织关于文化遗产的众多公约。[23]这些规定共同形成一个正式的法规汇编，明确保障在武装冲突中对有形和无形文化遗产的保护。现在，这一规范性框架的适用对象范围涵盖全部文化遗产，而不再仅限于文化财产。

---

17 两次大战期间对文化财产实施了大量攻击。一些攻击是象征性的，例如一战期间对鲁汶大学图书馆和二战期间对卡西诺山修道院的攻击。规章的模糊，加之当时武器的不精确，大大增加了受这些冲突影响的地点的数量。

18 适用于国际性武装冲突的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1125 UNTS 3，1977年6月8日通过，1978年12月7日生效，以下简称《第一附加议定书》)，深刻地改变了1907年《海牙章程》所规定的关于作战行动的规则。适用于非国际性武装冲突的《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1125 UNTS 609，1977年6月8日通过，1978年12月7日生效，以下简称《第二附加议定书》)，进一步发展了这类局势下所适用的法律；在此之前该类局势只受四个《日内瓦公约》共同第3条调整。这两份文件均包含一个明确规定交战方有义务确保对“人民的文化或精神遗产”加以保护的条款。

19 见前注5。

20 《关于发生武装冲突时保护文化财产公约的议定书》(1954年5月14日通过，1956年8月7日生效，以下简称《1954年议定书》)调整军事占领情形下对文化财产的保护。《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二议定书》(1999年3月26日通过，2004年3月9日生效，以下简称《1999年议定书》)将武装冲突法更为近期的发展，例如与作战行动有关的方面，纳入了文化财产保护体系。

21 这一点尤其适用于《关于战时保护平民的日内瓦第四公约》(75 UNTS 287，1949年8月12日通过，1950年10月21日生效，以下简称《日内瓦第四公约》)。

22 例如两个联合国公约，即《公民权利和政治权利国际公约》(999 UNTS 171, 1966年12月16日通过，1976年3月23日生效，以下简称《公民和政治权利公约》)和《经济、社会和文化权利国际公约》(993 UNTS 3，1966年12月16日通过，1976年1月3日生效，以下简称《经社文权利公约》)。

23 联合国教科文组织根据其职责，特别是促进文化发展这一职责，倡议制定了数个关于保护文化遗产的文件，例如《关于禁止和防止非法进出口文化财产和非法转让其所有权的方法的公约》(1970年11月14日通过，1972年4月24日生效，以下简称《1970年公约》)、《保护世界文化和自然遗产公约》(1972年11月16日通过，1975年12月17日生效)、《保护非物质文化遗产公约》(2003年10月17日通过，2006年4月20日生效，以下简称《2003年公约》)和《保护和促进文化表达多样性公约》(2005年10月20日通过，2007年3月18日生效)。

敌对行动期间的文化遗产

在任何武装冲突期间，实际战斗[24]都会对交战方的文化遗产造成危害。初看之下，受战斗影响的主要是有形遗产，但博物馆、剧院、大教堂及其他文化遗址的毁坏也会影响到这种文化遗产的无形层面。2012年马里冲突对文化遗产的影响就说明了这一点。虽然国际社会记住了对廷布克图陵墓的实际破坏，但与此同时，这些遗址上的无形文化遗产也遭受了并非明显可见的危害。[25]冲突期间，在这些地方开展的文化和宗教活动及仪式戛然而止，就说明了这一点。[26]尽管一些表演和仪式失去了通常的举行场所后还可以暂时在别处举行，但其他一些则未必如此。某些仪式和庆典，比如那些在陵墓中进行的，就必须在特定地点举行。

敌对行动专门由武装冲突法所规制，武装冲突法是唯一确切规定交战方在此情形下不得或可以采取哪些行为的法律体系。因此，它无疑构成该领域的特别法。这一法律体系所提供的规则是围绕与武装冲突中的敌对行动有关的四项基本原则而构建，即军事必要原则、区分原则、比例原则和预防措施原则。国际法院曾经在其判例中称之为“首要”原则。[27]下文将依次讨论这四项原则。

军事必要原则

军事必要原则代表着1868年《圣彼得堡宣言》中所包含的习惯规范；根据该宣言，只有交战方为实现其目标所必须实施的军事力量才是合法的。[28]

24 一个武装冲突可能包含数个阶段：敌对行动阶段，其间敌对各方发生战斗。随之而来的一个阶段是一方落入对方的权力之下；这一局势可能是源自军事占领，并取决于每个个案的具体情况。在第二个阶段，武装冲突法的其他规定适用于此种局势。

25 See UNESCO, “World Heritage Committee Calls for End to Destruction of Mali’s Heritage and Adopts Decision for Its Support”, 3 July 2012, available at: www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/world_heritage_committee_calls_for_end_to_destruction_of_malis_heritage_and_adopts_decision_for_its_support/#.VgPwpsuqpHw.

26 UN, above note 7.

27 国际法院，《以核武器相威胁或使用核武器的合法性》咨询意见，1996年7月8日，第78段。

28 宣言认识到“各国在战争中应当致力于实现的唯一合法目标是削弱敌方的军事力量”，而“使用那些无谓地加重丧失能力者苦难的武器将超出这一目标”。因此，当所设想的手段和方法被证明对于军事行动的结果“无用”时，军事必要性就不复存在。

该原则因此是一个限制性原则，旨在限制交战方全力以赴作战的权利。这一原则最初规定于一份有约束力的武装冲突法文件即《1899年章程》(于1907年进行了修订)，其同人道原则一起，构成武装冲突法体系发展的两个基本原则。不过，将军事必要原则和人道原则同时纳入一套规则，其结果是对实在法的一些规定引入了一个正式保留。这样一来，开始是作为一个限制性原则的军事必要原则，后来更多地变成了一个允许性例外。在第二次世界大战之后的一个判决中，一位英国法官在这方面忆及，关于实施这一原则的要求涉及的是军事“必要性”，而非军事“利益”。[29]

在规制武装冲突中文化遗产保护的法律中，军事必要原则是一项例外，它对多项条款形成压力，实际上减小了对战斗期间实施某项敌对行为之禁止性规定的作用，无论保护相关目标的是何种制度。再者，在《1907年海牙章程》和《1954年公约》中，这一法律保留的适用在很大程度上都是留待交战方自由裁量。20世纪90年代巴尔干冲突期间对于文化遗产的攻击，如摧毁莫斯塔尔老桥和部分摧毁杜布罗夫尼克老城，都再次向国际社会证明，对《1954年公约》中的许多条款进行修订刻不容缓。公约的第二个议定书，即《1999年议定书》，正是在这一冲突结束后不久通过的。除其他问题外，议定书澄清了军事必要原则的实施问题，在其第6条中重申了《第一附加议定书》第52条第2款关于“军事目标”的规则。[30]自此，在文化财产方面援引军事必要原则必须符合明确规定的条件，[31]交战方评估此援引行为合法性的自由裁量权显著减少。

区分原则

第二个原则是区分原则，即交战方必须始终将文化遗产的组成部分同其他财产相区分。这一原则对于保存文化遗产至关重要，因为它禁止冲突各方

29 See United Kingdom, Military Court at Hamburg, A. D. Case, 19 December 1949, p. 522, cited in Éric David, *Principes du droit des conflits armés*, Bruylant, Brussels, 2002, p. 270.

30 《第一附加议定书》第52条第2款规定：“攻击应严格限于军事目标。就物体而言，军事目标只限于由于其性质、位置、目的或用途对军事行动有实际贡献，而且在当时情况下其全部或部分毁坏、缴获或失去效用提供明确的军事利益的物体。”

31 《1999年议定书》第6条第1款规定，为合法援引军事必要原则，一方面，相关财产必须已经“由于其功能而被转变为军事目标”；另一方面，必须“不存在取得类似军事利益的可行的替代方法”。

对这些组成部分实施敌对行为或者将之用于军事目的。《1999年议定书》通过纳入《第一附加议定书》中的规则，澄清了起初对于敌对行为的禁止，为文化遗产提供了更多保护。[32]自此，区分义务不再仅限于将遗产组成部分区别于其他财产；一个敌对行为要想合法，相关财产必须已经被转变为军事目标。[33]在这方面《1999年议定书》还规定了其他义务。[34]为进行有效区分，冲突各方负有多种义务，如证实、评估和采取预防措施的义务，义务程度随相关物体的重要性程度递增。[35]

其次，区分原则禁止交战方出于军事目的而“使用”文化遗产。实际上，在很多情况下，这类使用会危害相关财产，并成为后续发动攻击的前提条件和主要动机。[36]《1907年海牙章程》并未规定这一禁令，《1954年议定书》第4条第1款将其引入，并由《1999年议定书》进一步强化。除该文件所规定的关于这类财产成为军事目标所需满足的具体条件外，《1999年议定书》第6条还为交战方规定了其他义务，如攻击部队有义务确保“不存在取得类似军事利益的可行的替代方法”。[37]

巴勒斯坦伯利恒耶诞教堂的例子说明了这一点，尽管《1999年议定书》并不正式适用于该情形。2002年巴勒斯坦解放组织军队与以色列军队冲突期间，该教堂被前者用作避难所后 (即用于军事目的，从而违反了区分原则)，便成为了潜在的军事目标。因此，如果若干其他条件得到满足的话，以色列军队可以考虑对其实施攻击。以色列军队必须遵守《1999年议定书》所规定

32 在《1907年章程》体制下，区分原则主要涉及区分“设防”与“不设防”的城市和城镇。尽管如此，该章程第27条规定，即使是设防的城市和城镇，对某些财产，即“专用于宗教、艺术、科学和慈善事业的建筑物”，必须“尽可能保全”。因此，即使是在这种情形下，仍须遵守区分原则。

33 在《第一附加议定书》中采用“军事目标”这一概念，是为了将这类目标区别于民用物体。《第一附加议定书》第52条要求交战方根据区分原则，将军事目标区别于民用物体。因此，根据这一规定，民用物体首次受到明示保护。

34 《1999年议定书》规定了一个物体可以被转变为军事目标的具体条件，要求其“由于其功能”而被作此转变。这一要求意味着该物体需要被直接用于军事目的，从而强化了对其的保护。

35 这取决于相关物体是根据《1954年公约》和《1999年议定书》受到“一般”保护，还是根据《1954年公约》第8—11条和《1999年议定书》第10—14条，分别受到“特别”或“强化”保护。

36 在某个物体被转变为“军事目标”的原因中，《第一附加议定书》明确提及该物体的“用途”“对军事行动有实际贡献”。

37 见《1999年议定书》第6条第1款第2项。该文件第7条还规定了若干预防措施，作为履行遵守区分原则这一义务的手段。

的具体条件，有一项条件是在此情形下除了攻击该建筑物，“不存在取得类似军事利益的可行的替代方法”，这项条件在此情况中具有决定性意义。[38]事实上，以色列迫于这一事件所引发的巨大国际压力而决定对该教堂实施围困而不是攻击，无疑有助于保全该教堂。[39]

比例原则

第三项原则，即比例原则，是一项一般法律原则。[40]它意味着在军事考虑与确保尊重基本价值的关切之间寻求平衡，交战各方在敌对行动中应始终寻求这一平衡。它恰好反映了武装冲突法的本质，因为武装冲突法的目的就是要协调军事必要性与人道要求。这一原则是通过《第一附加议定书》第57条第2款第1项第3目和第2项才明确载入实在法的；而就保护文化遗产的文件而言，则是通过《1999年议定书》第7条第3款和第4款第2项得以规定。

但是，交战方对这一原则的遵守存在执行方面的问题。为确定所考虑进行的军事行动是否合法，冲突一方必须评估与文化财产有关的两个假设价值之间的比例，即一方面是攻击该财产所产生的“直接和具体的利益”，另一方面则是其可能造成的“过分损害”。身经百战的士兵们虽然可能一般对第一个方面有能力予以评估，但对后一方面则未必如此。事实上，评估对文化财产所可能造成之损害的严重程度确实特别复杂，因为它要求对相关财产的质量和价值有精确了解。这些都是主观判断，因所涉部队的培训程度及其他相关因素的不同而不同。此外，相关物体的信息可能无法获取或不完整，或者存在不为承担比例评估任务的人所知的异乎寻常的遗产组成部分。因此，判断损害是否过分是一项复杂工作，特别是因为攻击决定往往是在瞬间作出的。

1991年第一次海湾战争期间乌尔神庙的例子说明了该比例的两个方面。军队官员在圣殿旁边放置了一架伊拉克军用飞机，从而为这架飞机提供了抵

38 由于《1999年议定书》并不适用于该情形，因此这里的分析是假设性的。

39 See Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 163.

40 《习惯国际人道法》，见上注3，第44页。

御敌方攻击的某种保护措施。[41]这架飞机毫无疑问可以被定义为军事目标，但是摧毁它所能带来的预期军事利益微乎其微；它完全与世隔绝，远离任何起落跑道，因此摧毁它并不能给联军提供任何“具体和直接的军事利益”。至于摧毁飞机会给寺庙造成的“过分损害”，也是容易评估的。摧毁飞机肯定会给这处有2000多年历史的财产造成重大损害，而且很容易认识到预期损害的过度性：对于在军事人员的地图上标识为需要保护的著名重要文化财产而言，摧毁它所造成的损失与从中所能获得的轻微军事利益相比，显然是过度的。局势的特殊性和财产的独特性，促成联军遵守了比例原则。但情况并非总是如此。“过度损害”的考虑往往难以量化，通常是因为必须作出这类决定的人缺乏对敌方文化遗产的必要了解，特别是当涉及不为人熟知的文化财产时。[42]

预防措施原则

第四项也是最后一项原则是预防措施原则，它通过澄清很多实施层面的问题，加强了对区分原则和比例原则的遵守。该原则所规定的措施旨在限制和减少敌对行动所造成的损害。与区分原则一样，尊重这一原则的义务所要求的行动，根据其是适用于进攻方还是防御方而有所不同。如上所述，就文化遗产而言，由《第一附加议定书》所体现[43]并由《1999年议定书》所重申的那些法律发展，显著提高了对于这种遗产组成部分的保护。[44]这种保护体现为一系列措施，根据相关遗产是否处于某一方控制下而有所不同。这些措施包括交战方在敌对行动期间对于作战手段和方法的选择需要予以特别注意，某些决定需要由高级军官作出，并且需要实施一些具体行动，如遵守最后期限、发出警告等。

---

41 See US Department of Defense, “Report to the Congress on the Conduct of the Persian Gulf War, Appendix O: The Role of the Law of War”, International Legal Materials, Vol. 31, 1992, p. 626, cited in R. O’Keefe, above note 6, p. 219.

42 《1954年公约》第16、17条特别规定，要有明确标志来帮助交战方在发生武装冲突时识别受保护的文化财产。只有对于被给予“特别”保护地位的文化财产，才强制要求使用这一标志，即蓝盾。

43 《第一附加议定书》第四部第一编，特别是第52、57和58条的规定，在关于文化财产的《1999年议定书》第6、7条得到了重申。后两条规范的目的在于澄清《1954年公约》第4条；根据该条，只要满足一个条件——即军事必要性——就可以去除“尊重”文化财产的义务。

44 分别是《第一附加议定书》第57条和《1999年议定书》第7条。

例如，1985年的伊朗伊斯法罕和1991年的克罗地亚杜布罗夫尼克，这两个城市在不同年代的不同冲突中分别受到严重轰炸。这两个例子分别说明了进攻方和防御方有关预防措施原则的义务。

在两伊战争期间 (1980—1986)，伊拉克空军对大型炼油厂所处的伊斯法罕进行了导弹攻击。这对伊斯兰世界最古老的清真寺之一星期五清真寺造成了严重损害。似乎预防措施原则所要求的众多措施在当时都没有得到遵守。例如，并未查明攻击目标是否系军事目标，也没有监控是否存在文化遗产组成部分或者所使用的手段和方法根据现场局势是否适当。[45]因此，攻击可以被视为不分皂白，因而是非法的。[46]

巴尔干冲突期间 (1991—1995)对杜布罗夫尼克老城的袭击说明了防御方的义务。据塞尔维亚人称，该市郊区设有一个弹药库，因此攻击具有正当性。然而，拥有文化遗产组成部分的当事方的义务之一，就是将军事目标移离这类财产。[47]让军事目标毗邻文化财产是受法律明令禁止的，但这样做确实有可能劝阻敌方部队不对军事目标发动攻击。在发生冲突时，军事装备经常被存放在文物旁边，将文物作为盾牌，正如乌尔神庙那个例子一样。本例中，在冲突发生前的几年里，主管当局已经谨慎地将任何可能被认定为军事目标的物体或活动从杜布罗夫尼克老城撤离出来。[48]在那里进行的彻底的非军事化旨在防止任何攻击，因此不能以上述理由为攻击作辩解。所以，1991年12月发动的攻击显然是非法的，正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭在2005年“斯特鲁加案”判决中的结论一样。[49]

上述不同局势表明，在特定冲突的敌对行动阶段，将文化遗产用于军事目的以及由此导致的战斗通常构成对文化遗产的最大威胁。选择不适当的作

45 《第一附加议定书》第57条第2款第1项第1、2目。

46 See UNESCO, “Information on the Implementation of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict”, The Hague, 1954, *1989 Reports*, Doc. CC/MD-11, December 1989, notes 4–8.

47 《第一附加议定书》第58条第2款。

48 Clémentine Bories, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik: La protection internationale des biens culturels*, Pedone, Paris, 2005, pp. 41, 47.

49 ICTY, *The Prosecutor v. PavleStrugar*, Case No. IT-01-42, Judgment (Trial Chamber), 31 January 2005, para. 295.

战手段和方法，往往会对这类财产造成不分皂白的攻击。因此，参与作战的武装部队遵守上述四项原则就成为防止此类危害的必不可少的防火墙。尽管当前的军备技术发展状况能够对选择作战手段和方法所带来的风险进行一定修正，但在发生武装冲突时，人为因素仍然是保护文化遗产的根本所在，尤其体现是比例原则上。事实上，尤其是就遵守区分和比例原则而言，评估和区分文化遗产组成部分所需要的知识，是源自受过适当培训的个人在面对这类局势时的认知。

落入敌方控制下的有形文化遗产

文化遗产在敌方部队控制下遭到危害主要发生在军事占领和非国际性武装冲突的情况下。这种危害通常是由于所述部队违反确保对落入其控制下的人民和财产进行保护的义务所造成的。除仅规制作战行动的文件外，这些义务还基于其他更为广泛的文件。受这些局势影响的文化遗产组成部分的范围有可能更广，在敌对行动期间，文化遗产的无形层面有时较为不受重视，因此在落入敌方控制时面临的风险更高。

事实上，军事占领或任何其他类似局势，[50]因为往往是持久的，所以会对经济和社会结构以及相关社会的生活方式和行为模式造成深刻的改变。这些改变很容易破坏个人的文化认同。此外，国内武装冲突往往可能具有宗教、文化或民族性质，不仅会危及文化财产，还会危及与之相关的文化和精神表现形式，如上述马里的例子所示。由于可适用的法律文件仅关注文化遗产的某一个层面，因此对保护问题的分析首先涉及有形遗产，然后才是无形遗产。尽管如此，任何文化遗产组成部分都有两个层面这一前提依然成立，对此下文将予以强调。在不同武装冲突中，文化遗产可能遭受不同类型的危害，在此讨论其中三种。

50 “类似局势”在此是指那些文化遗产处于敌方部队控制之下，但尚未正式承认军事占领的局势。除备受争议的军事占领的例子外，这类局势还包括非国际性武装冲突，其间控制领土的当事方也控制着领土上的文化遗产。

毁坏文化遗产组成部分所造成的危害

第一类危害是“毁坏”。它不同于敌对行动期间的战斗所造成的毁坏，而是涉及财产的拆毁、拆除、废弃以及其后由于缺乏维护而造成的损坏。例如，东耶路撒冷的穆格拉比区遭到拆毁，[51] 塞浦路斯被占部分的东正教教堂被夷为废墟，以及更近以来的，伊斯兰国组织的部队对伊拉克哈特拉考古遗迹的毁坏。取决于涉及到的是国际武装冲突、军事占领或国内冲突，适用于文化遗产的法律迥然不同。前两种局势在很大程度上受武装冲突法规制，第三种局势则并非如此，特别是当相关财产不符合《1954年公约》关于文化财产的定义时。此时，属于武装冲突法之外的其他法律体系的文件——这些文件的某些规定在这类局势中依然适用—— 就有可能构成法律保护的另一个来源，而这种保护有时至关重要。

在发生军事占领时，如上述两个例子中，战争法明确禁止“毁坏”。[52] 关于文化遗产的特别法，即《1954年公约》第5条，给占领部队规定了克制要求，让负责保护文化遗产的国内主管当局保留主要管辖权。这样的规定使得第5条更进一步地禁止对这种遗产的各种危害行为。但在国内冲突中，只有《1954年公约》所定义的文化财产，或者《第二附加议定书》第16条所描述的“各国人民的文化和精神遗产”，才在武装冲突法下受到正式保护。

因此，在一些情况下，如造成危地马拉分裂的内战 (1960—1992)中，对危地马拉拉维纳尔玛雅社区的文化遗产，即庆祝“拉比纳尔的武士”[53]所必不可少的面具、服装和乐器的毁坏行为就并未被武装冲突法中可适用条款所正式禁止。[54]控制这些物体的军事力量并不认为它们符合《1954年公约》第

51 See UNESCO Executive Board, “Report of the UNESCO Technical Mission to the Old City of Jerusalem”, Doc. 176 EX/Special Plenary Meeting/INF.1, 12 March 2007.

52 在这方面所适用的规定中，可以提及《海牙章程》第56条和《日内瓦第四公约》第52条，以及专门关于“文化财产”的《1954年公约》第5条和《1999年议定书》第9条。

53 “拉比纳尔的武士” (Rabinal Achí)是在危地马拉拉维纳尔举行的文化和精神庆典，已被联合国教科文组织认可为人类口头及无形文化遗产杰作之一。

54 控制这些物体的危地马拉武装部队认为它们只是民用财产。因此，毁坏它们并不被共同第3条所禁止，后者是四个《日内瓦公约》中唯一适用于国内武装冲突的规范。《第二附加议定书》也未明确禁止毁坏这类财产。该文件只有第16条禁止对“各国人民的文化和精神遗产”进行任何攻击，而在现场士兵看来，这些物体不属此列。

1条和《第二附加议定书》第16条对文化财产以及人民文化和精神遗产所规定的定义。因此，为了对这些物体提供某种形式的保护，就有必要诉诸其他规范，例如《2003年公约》(假如当时适用的话)关于无形文化遗产的规范、1989年国际劳工组织《关于独立国家土著和部落民族的公约》(第169号)或者《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《公民和政治权利公约》)和《经济、社会与文化权利国际公约》(以下简称《经社文权利公约》)的文化权利条款。[55]

改变文化遗产组成部分的功能所造成的危害

第二种危害涉及属于文化遗产的财产或地点的“功能变化”。例如，拉姆安拉附近的乌德哈宁清真寺[56]被改为犹太教堂，红色高棉政权统治下的某些吴哥庙宇被用作仓库，[57]塞浦路斯拉比托斯村的圣阿纳斯塔西娅教堂变成一家酒店。[58]尽管没有任何规范明确禁止这类行为，但可以从武装冲突法关于军事占领的某些条款中隐含或间接规定的内容推断出应予以禁止，例如那些禁止扣押或侵占文化财产的条款。[59]此外还应当强调的是，这种类型的危害所影响的不只是功能转变的财产或场所。功能的变化还可能破坏有关遗产的无形成分，例如与财产相关并赋予其意义和价值的知识与历史，以及在财产中发生的事件、举行的典礼和仪式。事实上，这类组成部分可能会因为物体或场所的改变而受到影响乃至毁坏，正如上述不同礼拜场所的例子所证明的那样。

2003年伊拉克战争中的一些情况说明了文化遗产的不同层面受到的这类危害。例如，2003年美军决定将巴比伦考古遗址变为军事基地，并由波

55 例如《经社文权利公约》第15条(规定每个人均享有文化权利)和《公民和政治权利公约》第27条(保护“人种的、宗教的或语言的少数人”的文化权利)。

56 M. Abou Khalaf, “Profanation des sites islamiques en Palestine”, in *Protection des sanctuaires chrétiens et islamiques en Palestine*, Islamic Educational, Scientific and Cultural Organization, 2000; Amira Samir, “Mosquées transformées en autre chose que leur objectif naturel”, *Al-Ahram Hebdo*, 17–23 March 2010.

57 Etienne Clément and Fabrice Quinio, “La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés, à travers l’application de la Convention de La Haye de 1954”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 854, 2004, p. 395.

58 “Anastasia Resort Hotel (Lapithos)”, press release, Embassy of Cyprus in Paris, 21 June 2008.

59 即1907年《海牙章程》第56条第2款和1954年《海牙公约》第4条第3款、第5条。

兰部队沿用至2004年。[60]这种功能的改变带来了有形和无形的重大损害。在这个地点建造拥有直升机降落台的军事基地，不仅导致许多存续数千年之久的遗迹遭到毁坏，还导致该地点尚未得到研究的沙子与从其他地方运来大量泥土混合到一起。这些沙子所包含的关于过往文明的无数信息，现在已经永远消失。对它们进行研究可能揭示出的历史，也因此被抹去。占领军改变巴比伦遗址的功能所造成的损害，在多种层面上对伊拉克文化遗产造成了严重危害。

《1907年海牙章程》所规定的军事占领法——该章程是唯一正式适用于此种情形的文件[61]——主要通过禁止“扣押”和“毁坏”该章程第56条所规定的这类财产，无条件地禁止此类行为。《1954年公约》通过对占领军施加克制要求，[62]也可能阻止这种行动。但假如当时《1999年议定书》可以适用，其将专门禁止这类改变功能的行为。前述文件所提供的保护只是暗示性的，而《1999年议定书》标志着武装冲突法适用于这类局势的明显突破。事实上，其第9条第1款第2项段明文禁止“进行任何考古发掘”，并在第1款第3项[63]中明文禁止毁坏“文化证据”，从而确保有形和无形层面的文化遗产均得到保存。

与移动文化遗产组成部分有关的危害

文化遗产还会因其组成部分的各种形式的“移动”而受到危害。这种情况频频出现在武装冲突之中，因为其间对文化财产实施监督的国内当局混乱无序甚或不复存在。这类情形会助长抢劫、盗窃和其他各种形式的财产侵占或转移行为。随后还会出现从战乱国家将可移动文化财产非法转移到第三国出售的行为，从而导致形成有违应适用的国际法和国内法的艺术品市场。

60 Rory McCarthy and Maev Kennedy, “Babylon Wrecked by War”, *The Guardian*, 15 January 2005.

61 英国和美国均非《1954年公约》缔约国。美国直至2008年才批准该公约。

62 除对占领军施加克制要求的《1954年公约》第5条外，该公约第4条禁止“可能使〔物体〕遭受毁坏或损害……的任何使用”。该条也适用于发生军事占领时。

63 《1999年议定书》第9条第1款第3项特别要求存在故意，因此不可能适用于这一情形。

与上述其他行为不同，在所有武装冲突情形下，战争法均禁止抢劫行为，不论其发生的冲突阶段如何。[64]此外，这一禁止适用于所有财产，而不只是文化财产。但就盗窃或任何形式的侵占而言，情况则有所不同：这类行为不被武装冲突法所禁止，除非涉及经正式认可的文化遗产组成部分。《1954年公约》及其两个议定书 (1954年和1999年)等文件规制这类行为，对这种危害的禁止性规定主要是针对军事占领情形。[65]武装冲突法在这方面有时显得不尽人意，主要是在国内武装冲突中，有关财产不具有文化财产地位或者其地位不被敌对交战方所承认时。

在某些情况下，可能有必要诉诸战争法以外的其他法律制度下的文件。在文化财产方面，1970年联合国教科文组织公约和1995年国际统一私法协会《关于被盗或者非法出口文物的公约》[66]有时可以弥补武装冲突法中的某些漏洞，例如为返还文化财产提供额外的机制，当财产在私人手中时尤其如此。还有一些漏洞的产生原因是在非国际性武装冲突中缺乏确保对不具有文化财产地位的财产进行保护的规范。[67]似乎只有那些旨在保护这类财产的武装冲突法规范，如作为习惯规则适用的、规制国际武装冲突的《1907年海牙章程》相关条款，才可以在发生非国际武装冲突时援引。这特别是以国际司法机构的判例为基础，认为这些条款在这类局势中也应当适用。[68]

---

64 特别是《1907年海牙章程》第28、47条，《日内瓦第四公约》第33条第2款以及适用于国内武装冲突的《第二附加议定书》第4条第2款第7项。单独就文化财产而言，《1954年公约》第4条第3款在所有武装冲突中均禁止这类行为，第19条第1款专门禁止在非国际性武装冲突中实施这类行为。除此之外，对于任何武装冲突都还应当加上《1999年议定书》第15条第5款，其将这类行为规定为犯罪，从而有助于实施对掠夺行为的禁令。

65 《1954年公约》第4条第3款明文禁止“盗窃”“侵占……任何文化财产”“破坏行为”及“征用位于另一缔约国领土内的可移动文化财产”。适用于发生军事占领时的《1954年议定书》禁止从被占领土出口这类财产，即使后者不是议定书缔约方。《1999年议定书》在9条第1款第1项重申了这一禁令，禁止“一切文化财产的非法出口、移动或转让”。

66 International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Rome, 24 June 1995.

67 应该指出的是，在《1954年公约》框架内，有权将财产指定为文化财产的是拥有该财产的国家。但在武装冲突中，被要求对文化财产网开一面的是敌方部队，特别是在敌对行动中。 即便这些部队事先没有接到财产拥有国或者联合国教科文组织等机构关于存在受保护文化财产的通知，其仍然有责任识别这类财产。在发生具有宗教、民族或文化性质的武装冲突时，可能难以进行这类识别，所涉财产也因此有可能被认为只是民用财产。但即使是在这种情况下，该等财产依然享有武装冲突法的应有保护，后者在条约法和习惯下下均可适用。

68 《习惯国际人道法》，见脚注3，规则38-39，规则7-10。 (承认作为一项适用于国际和非国际武装冲突的习惯法规则，禁止交战方攻击和损害民用和文化财产，但须受制于某些条件)。

说明在文化财产的移动方面需要诉诸不同文件的例子之一就是死海古卷。这些物品于20世纪50年代在约旦河西岸库姆兰石窟中发现，并在东耶路撒冷的巴勒斯坦考古博物馆展出至1967年。然后它们从那个博物馆被撤出并转移到以色列的死海古卷博物馆。[69]此举违反了适用于军事占领情形的若干武装冲突法规范，例如禁止占领军“扣押”财产的《1907年海牙章程》第56条第1款。因此，在这种情况下，撤走古卷是非法的。这些物品毋庸置疑是为《1954年公约》所涵盖的文化财产。《1954年公约》第5条对占领军施加了一项克制要求，扣押行为尤其与这项义务不相符。《1954年议定书》第一部分第1段进一步要求这些部队防止从被占领土出口财产。因此，这项义务也遭到了违反。此外，在古卷于2009年在加拿大展出期间，巴勒斯坦当局和约旦援引《1954年议定书》第2段和第3段，要求将其扣押并返还。该请求未获遵守。假如《1970年公约》或者《1995年国际统一私法协会公约》当时能够适用，它们所建立的机制可能会有助于鼓励这一财产的返还。

落入敌方控制下的无形文化遗产

无形文化遗产包括各种文化表达形式及事件，如舞蹈、音乐和戏剧，以及反映某一特定群体特征并传达其文化和精神认同的信仰，仪式和专有知识。个人通过使用仪器、工具、服装和其他物体，赋予这一遗产以生命。这一财产的保护已在上文述及，本节只讨论个人的保护。法律必须提供的首要保护显然是保障每个人的生命安全和身体健康，战争法规定在武装冲突的一切情形下均应给予此种保护。尽管如此，要想赋予无形文化遗产以生命，相关人员还需要行使许多其他职能，这些职能也必须受到法律保护，以便保护其遗产。战争对人们造成危害，扰乱其生活方式。本节集中讨论三种类型的危害，以说明武装冲突在此情形下如何妨碍无形文化遗产的表达和保存。

69 AFP, “UNESCO: Plainte jordanienne sur la propriété des manuscrits de la mer Morte”, press release, *Le Point.fr*, 11 January 2010.

对实现无形文化遗产的危害

无形文化遗产获得生命的首要方式是诠释者或承载者对其的“实现”。这些人可以是演员、音乐家或舞蹈家，作家、画家或诗人，抑或主祭、牧师或精神领袖。就后者而言，武装冲突法确保对“宗教人员”及其职能给予特别保护，无论武装冲突性质如何。[70]但对演员和创作者的职能而言，则未必如此。法律给予它们的保护分为两个阶段：首先是与文化表达相联系的“知识”保存，然后是实际“活动”得到保障。但武装冲突法在保护演员和创作者的职能方面存在不足，因此必须从其他法律体系中寻求必要的法律保护，如国际人权法特别是《公民和政治权利公约》及《经社文权利公约》，[71]以及联合国教科文组织诸公约。[72]

例如，在20世纪70年代红色高棉政权统治下发生的内战期间遭到摧毁的高棉皮影戏剧院里演员们的命运。根据当时可适用的武装冲突法的状况，只能援引四个《日内瓦公约》共同第3条。尽管其保护表演者的生命安全和身体健康，但其任何规定都不能真正解释为将该保护延伸至表演者的职能，无论他们是音乐家、木偶戏艺人、说书人还是高棉皮影戏演员。因此，必须找到其他法律依据来保护这些职能，例如国际人权法，其为思想和言论自由以及一般性的文化权利提供广泛保护。而在联合国教科文组织主导下制定的保护文化遗产的公约中，《2003年公约》如果当时可以适用，也许不仅能够保护个人，而且还能保护个人为赋予高棉皮影戏这一文化遗产组成部分以生命所体现的知识以及实施的行动。

70 例如，除其他条款外，见《日内瓦第一公约》第24条、《第一附加议定书》第15条第5款、《第二附加议定书》第9条。

71 在这方面应当忆及，国际人权法所规定的自由中只有少数几种在武装冲突时期不允许减损，如思想、良心和宗教自由（《公民和政治权利公约》第18条）；其他权利，如表达自由（《公民和政治权利公约》第19条），在满足所需条件时可以予以减损及/或限制，例如当出现类似于武装冲突的局势时。不过，尽管这些规定的适用可以受到限制，但这类限制不得损害这些权利。

72 这些不同文件中关于保护文化遗产及相关人权的规定不仅旨在禁止对该遗产的表现形式进行限制，在某些情况下还要求对其予以支持，以确保该遗产的存续。

对参与无形文化遗产表达的危害

无形文化遗产可能受武装冲突危害的第二种功能是团体和社群对与其遗产有关事件的自由“参与”。特别是，这意味着能够迁徙、聚集以及进入遗产表达场所。武装冲突法规定了各种规范，确保相关居民有权保持其日常生活，其“生活习惯”得到尊重。但这主要适用于军事占领局势。在其他武装冲突如国内武装冲突情形下，武装冲突法存在漏洞，必须通过诉诸其他可适用的规定如人权法规范来弥补。[73]

巴勒斯坦人在获准参加于耶路撒冷老城举行的一些宗教典礼 (例如在圣周期间举行的典礼)方面遭遇的困难，清楚说明了占领军对有关居民参与其文化遗产表达可能施加的限制。适用于军事占领或类似局势的武装冲突法明确规定这些部队有义务尊重人民从事其宗教[74]和习俗的自由，包括庆祝属于其自身文化和精神遗产的节日或仪式的自由。[75]很多保护人权的规范作为一般法适用于任何情形，它们也保障在参加庆祝活动方面的同样权利。在这方面应当忆及，国际法院在其关于“在巴勒斯坦被占领土修建隔离墙的法律后果案”的咨询意见中确认，这类规范适用于所涉案件，且不得对这些规定进行任何减损或限制。[76]

对传播无形文化遗产的危害

有可能严重影响无形文化遗产的第三种危害是对其向后代“传播”造成阻碍。尽管世事变迁，但吴哥窟寺庙历经几个世纪依然屹立不倒。而其他遗产则未必如此，例如高棉皮影戏由于其无形特征只能通过代代相传来幸存。它实际上是一个有生命的遗产，由一些个人演出，让其他人可以吸收并保存

73 例如迁徙自由 (《公民和政治权利公约》第12条)和集会自由 (《公民和政治权利公约》第21条)。

74 《1907年海牙章程》第46条规定了尊重“宗教信仰和活动”的义务。《日内瓦第四公约》第27条第1款则规定落入敌方军队控制下的个人的“宗教信仰与仪式应当受到尊重”。

75 武装冲突法的不同条款规定了尊重落入敌军控制下的人民日常生活的义务。其中，《日内瓦第四公约》第27条第1款要求控制敌方平民居民的军队尊重其“风俗与习惯”。《1907年海牙章程》第43条进一步要求尊重被军事占领的国家的“现行法律”，第46条第1款则规定“家庭的荣誉和权利及个人的生命”应当受到尊重。

76 ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, paras 108, 112.

其内容，然后再继续传播下去。然而，无形遗产的传播势必要求有资质的个人与有关居民进行接触，以及其他有助于教学、展示和制作的条件，而这在武装冲突局势中往往受到阻碍。这种情况在家庭、教育、职业及其他环境中均能见到，因为战争通常会给所有人的生活带来混乱。武装冲突法对于反制这类危害并无具体答案，必须在该法主要关于确保尊重家庭权利以及人民的日常生活、风俗和信仰，或者尊重其艺术和工艺品的制作手段和方法的规范中去探寻答案。

武装冲突法中对此规定最为具体的是军事占领法的相关条款。20世纪80年代苏联占领阿富汗期间苏非派大师向其学徒传授宗教仪式的活动，就得益于适用于该情形的这一法律体系的各种规范所提供的保护。在其他武装冲突局势如国内武装冲突中，情况则可能有所不同。必须认识到，在那些局势中属于武装冲突法的法律文件存在漏洞，无法确保无形文化遗产的有效传播。菲律宾棉兰老岛土著社区中萨满巫师所进行的仪式的逐渐消失，就是这方面的一个例子。在因武装冲突而被拒绝进入森林后，萨满巫师们无法继续去那里寻找仪式所需要的植物。这严重损害了这一知识向后代的传播。只有适用其他法律制度下的其他规定才有可能保障棉兰老岛无形文化遗产的组成部分。除适用于这些情形的某些人权规范外，还包括那些旨在保存无形文化遗产的规定，如《2003年公约》的规定、《1989年国际劳工组织第169号公约》的某些规范，可能还包括世界知识产权组织正在制定之中的、旨在保护传统文化表现形式、传统知识和基因资源的文件的相关规定。[77]

结论

最近的武装冲突——比如就马里冲突而言，无法将对廷巴克图陵墓的攻击与在当地举行仪式所受到的阻碍分离开来——尤其说明任何文化遗产组成部分都具有多层面的特征，尽管在具体个案中有形或者无形层面会占据

77 保护无形文化遗产的约束性规范，已经与文化认同和土著民族有关的各种权利，见于《2003年公约》和国际劳工组织第169号公约。就世界知识产权组织而言，该记过目前正在考虑制定有关传统知识、传播文化表现形式和基因资源的规章。

主导地位。因此，适用于这类局势的法律必须向文化遗产提供的保护就不能仅局限于其中某一个组成部分。通过主要旨在确保保存文化财产的《1954年公约》及其两个议定书，武装冲突法只是部分地满足了这一要求；这些文件所规定的对于无形文化遗产的保护充其量也只是隐含或间接的。但是，武装冲突法作为这些情形下的特别法，在这方面并无缺失。 1949年《日内瓦公约》及其《附加议定书》的各种规范，为个人的身体健康及尊严，特别是其文化和精神认同提供保护。这也有助于确保对由相关居民的无形文化遗产所构成的“有生命的”文化遗产的保存。

尽管如此，这些规范仍不够准确，不足以为处于危险之中的无形文化遗产提供最好的保护。实际上，它们所提供的保护有时只是推断出来的，而且往往源自对有关规定的宽泛解释；这种解释主要是基于这些规定的目的，即确保尊重人的尊严。此外，尽管在军事占领情形下可以援引其中几项规定，但对国内武装冲突而言却并非如此，因为往往只有共同第3条和武装冲突法的相关规定 (被视为习惯规范)可以适用。因此，在这些情形下，似乎有可能并且有必要诉诸其他法律制度 (如国际人权法和联合国教科文组织文化公约——其许多规范是一般法)所给予的保护，援引适用这些规范。[78] 实际上，它们的适用作为武装冲突法的补充，将确保在任何武装冲突局势中对有形和无形文化遗产都给予有效保护。

此外，联合国教科文组织保护武装冲突中文化财产委员会目前也正在讨论这种方法，各国支持在《1954年公约》与联合国教科文组织其他文件 (特别是《2003年公约》)之间建立协同机制，[79]以确保对文化遗产的保护。[80]在

78 这类规范在发生武装冲突时的适用性问题在作者的研究成果中有广泛的分析和论证。See Christiane Johannot-Gradis, *Le patrimoine culturel matériel et immatériel: Quelle protection en cas de conflit armé*?, Schulthess, Geneva, 2013, pp. 149–184.

79 在保护武装冲突中文化财产委员会第10次会议 (2015年12月10—11日)期间，通过了决议10.COM 4 第6段，该段明确邀请其执行局建立2003年公约的协同机制，该机制与1970年和1972年公约的协同机制平行。

80 See UNESCO Committee for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, “Development of Synergies with Other Relevant UNESCO Normative Instruments and Programmes and Strengthening Partnerships”, Doc. CLT-14/9.COM/CONF.203/7, 18–19 December 2014.

保护无形文化遗产委员会等其他机构中也达成这一共识，[81]反映出国际社会承认存在保护有形和无形文化遗产的法律。然而，许多国家加入这些法律文件这一事实并不能否认在适用这些文件方面仍存在挑战。当前对叙利亚和伊拉克文化遗产的破坏就是一个迄今尚未得到应对的问题。

81 保护无形文化遗产委员会第10次会议 (温得和克，2015年11月30日至12月4日)，强调有必要促进《2003年公约》的适用，“包括在武装冲突局势中”。Decision 10 COM/15a, Annex para. 5.

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

决定日益自主化军事系统之法律影响的因素

蒂姆·麦克法兰* 著
李强** 译

摘 要

本文探讨了决定使用自主军事系统之法律影响的五大因素。本文主张，带来法律挑战的系统是那些经编程可以“作出决策”的系统，而这些决策行为是受法律规制的。这种做法将决策控制权和决策责任从传统的决策者转移到负责开发和部署该系统的人员身上。本文还指出，由于士兵与自主性日益增强的武器系统之间的关系已发生改变，国际人道法规则对这一关系的调整作用可能在某种程度上具有局限性。

关键词：国际人道法；自主武器系统；武器发展；武器法；军事技术

---

* 蒂姆·麦克法兰是墨尔本大学法学院亚太军事法中心博士研究生。他正在跟随一个致力于“新兴作战技术对武装冲突法的挑战”项目的研究团队从事其博士研究。作者感谢其导师蒂姆·麦考马克教授和雷恩·利维耶博士，以及空军上校伊恩·亨德森先生，感谢他们对本文各稿给予的有见地的评论。文本的研究还得到还得到澳大利亚研究理事会探索项目资助计划的支持

** 李强，法学博士，中国政法大学副教授，军事法研究所副所长，主要研究方向为国际人道法和国际刑法。

引言

众所周知，各国都在积极发展军事系统，将利用先进的技术以帮助、补充以及某种程度上，代替人类士兵的战斗角色。如今进行中研发工作已制造出能复制战斗机飞行员[1]和哨兵[2]某些职能的机器，而且军事系统能力扩展至传统上人类操作者占主导地位的领域似乎是不可避免的。这些系统，一般被称为“自主系统”[3]，在接下来几十年内有可能给敌对行动在作战层面带来巨大变化。因此，这一前景引起了武装冲突领域律师的兴趣。

如果对这些拟议系统进行初步的法律分析，就会发现除了获取有关军事发展的可靠信息这种一般挑战外，那些试图调和这些系统与国际人道法的人们遇到了两项重要挑战。第一，这个问题的技术性很强，许多技术的性质都可能带来法律问题，尤其是机器人和人工智能方面的技术。除了远远超出律师的专业知识的专业问题外，这些领域内的尖端技术发展迅速，因此任何具体的法律分析可能尚未完成就已经过时。第二，少有例外，目前使用的系统看起来自主操作的能力很低，一般不会引起重要的法律问题。已公布的计划仅大致描述了更先进系统的未来形式、推动这些系统的技术及其使用方式。如今可用于检测的机器，例如密集阵近程防御武器系统[4]和采用主动终端制导的导弹以及类似的技术[5]，只体现了未来自主系统将具有的能力的初期形式。

---

1 Lockheed Martin, “UCLASS”, available at: www.lockheedmartin.com.au/us/products/uclass.html (all internet references were accessed in May 2015).

2 Jean Kumagai, “A Robotic Sentry for Korea’s Demilitarized Zone”, *IEEE Spectrum*, 1 March 2007, available at: http://spectrum.ieee.org/robotics/military-robots/a-robotic-sentry-for-koreas-demilitarizedzone.

3 本文不关注目前用于各种冲突中的无人驾驶飞机或无人机等遥控武器。此类设备的关键功能都是由操作人员手动控制的。虽然自主运载工具通常也是无人驾驶，但是本文只讨论由机器自主“作出决策”的能力引发的问题。

4 Raytheon, “Phalanx Close-In Weapon System (CIWS)”, available at: www.raytheon.com/capabilities/products/phalanx/.

5 For an overview of these technologies see Advisory Group for Aerospace Research and Development, North Atlantic Treaty Organization (NATO), *Precision Terminal Guidance for Munitions*, Advisory Report No. AGARD-AR-342, February 1997, available at: www.cso.nato.int/Pubs/rdp.asp?RDP=AGARD-AR-342.

由于高度自主的系统的最终能力并不清楚，对于它们是否符合现有国际人道法，有许多重大的问题需要回答。这些问题应尽快予以解答; 可以预见到的敌对行动的变化之大，至少需要进行预防性调查，而且它时间上的不确定性也带来了一定程度的紧迫性。此外，这对于律师来说是个不常有的机会，他们能够为新式军事技术的到来做准备，甚或在新系统部署前就影响其发展，而不是在滥用行为发生后再试图解决。

本文为系统分析由于使用自主军事系统而在国际人道法下可能出现的问题提供了基础。本文并未尝试进行完整的法律分析，而是探讨了机器自主性中最有可能具有重大影响的一些方面，提出了确定潜在法律问题的一些指导方针，以便为人们提供详细调查每个问题的基础。这种方法的基本特征是将法律分析的重点放在研发与操作自主系统的人员的决策和行动上，而不是机器的运作能力上。有两个术语方面的选择需要进行解释。

首先，虽然大多数讨论和最有争议的法律问题具体涉及自主武器，但本文通常更多地提到“自主军事系统”。就此而言，“系统”可以指任何执行指定任务的硬件或软件，或任何由硬件和/或软件组件构成的装置。无人操作的飞机或武器如炮塔属于本文所讨论的系统，此外还包括较广范围分布的传感器网络，“网络武器”，[6]甚或是为有助于指挥官决策而对数据进行分析的软件。“系统”可以大致被视为一种“作战手段”[7]，因为该用语出现在各种法律文书中。[8] 如下文所述，选择这一术语的原因是，相关技术可能被整合到军事硬件和软件中，这些硬软件通常不会被归类为武器，但仍然可能以与武器的自主能力相似的方式影响作战行动。例如自主情报收集、监控和侦察 (ISR) 系统，它使用安装在无人机、卫星、船舶或其他平台上的传感器收集和处理有关潜在目标的信息，之后再提供给人类武器操作员，这一系

6 网络武器是“用于，设计用于或旨在用于”实施“根据合理预期将导致人员伤亡或物体损毁的进攻性或防御性网络行动”的软件和/或硬件：Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 106 (Rule 30), 141 (Rule 41).

7 自主军事系统的使用也可能与作战方法有关，例如该系统使用的决策过程是最为重要的问题时，或者系统具有多种操作模式时。关于第二种情况，见：*ibid.*, p. 142, paras 4 and 5.

8 例如见《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》，1125 UNTS 3，1977年6月8日 (1978年12月7日生效) (第一附加议定书)，第三部。

统在作出开火决定时所发挥的作用，类似于构成武器系统的一个自主决策系统的作用。

第二，与现在普遍的做法相反，本文不区分“自动”和“自主”系统。“自动”系统通常是指，在没有外部帮助的情况下执行低级任务，或者经编程按照固定程序严格执行重复性操作的系统；而“自主”系统是指，可以执行更高层次的指示，并且似乎在确定如何执行这些指令方面有一定程度的“选择”或“决策”能力。[9]本文认为，这种区分是人为的，定义不明确，在法律分析中毫无益处。各个系统的准确功能无法明确地归为明显不同的类别；相反，它们似乎存在于几个维度的连续体中，并且必须预料到，随着相关技术的进一步发展，系统能力也将超出现有定义的范围。律师如果希望提出具有持久性的法律原则，则应避免将该原则固定在可能发生变化的类别中，而这里提出的方法可以避免这一错误。此外，这种区分依赖于拟人化的概念，即机器作出决策，行使自由裁量权，并且某种意义上不是仅执行程序。虽然这些术语用于技术目的是有用的，但从法律角度来看，这些术语不是对有关系统的实际操作的准确描述，若用于法律讨论中，这些术语是具有误导性的。可以说，无论称之为“自动”系统还是“自主”系统，他们仍只是机器，其制造或编程的目的是为了减轻人类操作者手动执行一些决定和动作的负担。这一点将在下面更详细地讨论。

这里提出的关键结论是，律师评估“自主”系统时，不应根据它们能否在某种程度独立行事，或者能否表现出一些类似人的行为，而应根据授权其作出的决策性质以及人类操作员与系统的关系。在这方面，律师应该感兴趣的系统是那些可以代替人类作出某些受法律规制的决策或行动的系统，在这一过程中，将这些决策控制权和决策责任从手工操作员转移到另一方，也许是决定该系统行为或负责其使用的一方。

本文包含三个部分。首先讨论与拟议的军事系统的法律分析相关的机器自主性的三个方面。第二部分讨论了军事组织提出的发展建议的两个方面。

---

9 然而，关于其确切定义，即使在技术界中也存在着巨大分歧；see, e.g., the discussion in M. Shane Riza, *Killing Without Heart: Limits on Robotic Warfare in an Age of Persistent Conflict*, Potomac Books, Washington, DC, 2013, p. 13.

第三部分解释拟议发展的军事系统与国际人道法的关系，并为分析具体法律问题的人员提供指导方针：必须牢记作出法律上重要决策的责任仍然在人类身上，还必须了解，在使用自主系统时，这些决策的性质会发生变化，并且要谨慎区分法律和技术问题。

与法律分析有关的机器自主性问题

要对武器的“自主性”产生的影响进行合理评估，必须清楚了解机器的自主性的实际意义。就法律分析而言，没有必要深入研究实现自主行为的技术手段，更重要的是准确说明自主能力如何影响这类系统与整个世界之间的相互作用关系，尤其是它与操作员、主管以及受其影响的对象之间的关系。

不幸的是，自主性可能看似是一个明确的概念，但它却难以通过一个定义充分体现出来。[10]事实上，这个概念在不同的研究领域有着非常不同的含义。在这里，它在严格的技术意义上被使用，但即使在关于机器自主性的技术文献中，似乎每一个作者都有自己的定义。然而，在高层次上，我们可以说，大多数定义主要集中在自主性的两个相互关联的方面。一些定义侧重于操作员与系统之间的交互：自主系统是可以“在长时间内无任何形式的外部控制的情况下”进行运行的。[11]其他的定义则从系统自身的能力来表述：自主是“系统在限制范围内选择和决定自己的行为的能力”。[12]当然，这些和其他定义仅涵盖机器自主性有关特定目的一些方面，希望进行调查的律师还必须决定哪些方面与调查有关。本节并不旨在提供另一个 (难免不全面的) 定

10 See, e.g., the discussion in Henry Hexmoor, Christiano Castelfranchi and Rino Falcone, “A Prospectus on Agent Autonomy”, in Henry Hexmoor, Christiano Castelfranchi and Rino Falcone (eds), *Agent Autonomy*, Kluwer, Boston, MA, 2003, p. 3.

11 George A. Bekey, *Autonomous Robots: From Biological Inspiration to Implementation and Control*, MIT Press, Cambridge, MA, 2005, p. 1. Similarly, “[a] system with a high level of autonomy is one that can be neglected for a long period of time without interaction”: Michael A. Goodrich and Alan C. Schultz, “Human-Robot Interaction: A Survey”, *Foundations and Trends in Human-Computer Interaction*, Vol. 1, No. 3, 2007, p. 217.

12 Charles François (ed.), *International Encyclopedia of Systems and Cybernetics*, Vol. 1, K. G. Saur, Munich, 2004, p. 51. Similarly, “[a]utonomy is a capability (or a set of capabilities) that enables a particular action of a system to be automatic or, within programmed boundaries, ‘self-governing’”: Defense Science Board, *The Role of Autonomy in DoD Systems*, US Department of Defense, July 2012, p. 1, available at: www.acq.osd.mil/dsb/reports/AutonomyReport.pdf.

义，而是力图通过提出在实践中如何实现机器自主性的高层次观点来指导读者，并讨论了自主系统在军事上可能具有最大法律意义的一些方面，律师研究发展建议应该考虑到这一点。特别是，如下所述，不应仅将这一过程视为武器发展过程。[13]

如何实现自主?

为了分析，首先必须对自主武器系统的运作原理有基本了解。设计师通常将自主系统介绍为由两个主要部分构成："工厂"是将予控制的系统或流程，"控制器"是直接支配工厂行为的设备。[14]"工厂"一词来自化学工程；在军事方面，它将指的是，不具备自主操作能力的设备由人员直接操作，例如车辆或炮塔。自主系统的控制器由按照开发者编写的程序管理车辆，武器或其他设备的硬件和软件组成。[15]图1和图2从概念上分别概述了这些组件在手动操作的系统和自主系统中如何协同工作。实线箭头显示了各种组件之间的典型相互作用。这些图并不涉及具体的武器系统；它们仅仅描述了每种类型的系统的一般功能。

为了进行法律分析，现在可以对机器的自主性发表以下几点看法。

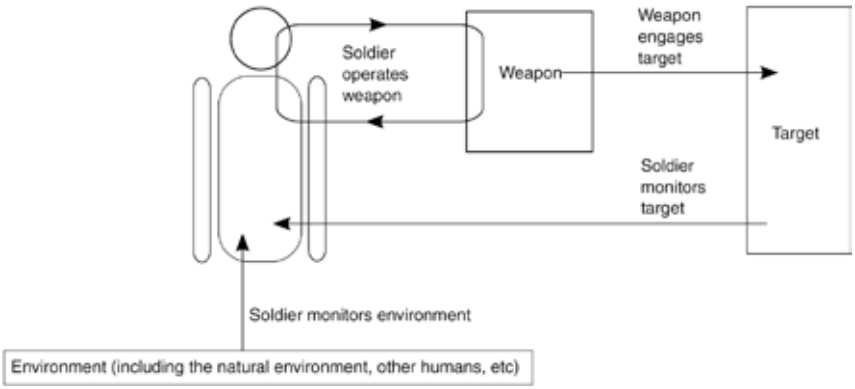

Figure 1. Manual weapon system.

13 关于将自主和遥控武器系统归类为武器是否适当的讨论，见廖显恩撰写的《自主和遥控武器系统的分类与合法性》，*International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012, p. 627.

14 See, e.g., Zdzislaw Bubnicki, *Modern Control Theory*, Springer, Berlin and New York, 2005, pp. 3–4.

15 关于自主控制系统的一般性介绍，see Panos J. Antsaklis, Kevin M. Passino and S. J. Wang,"An Introduction to Autonomous Control Systems", *IEEE Control Systems*, Vol. 11, No. 4, 1991, p. 5.

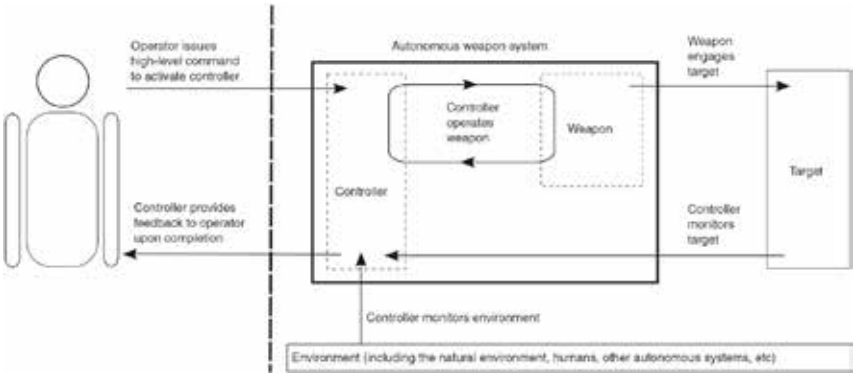

Figure 2. Autonomous weapon system.

自主性既不是固定的、也不是统一的

法律学者通常将自主武器称为一种独立类别的设备，这些设备与非自主系统很容易区分，并且还会提到特定系统所表现出的自主“级别”，仿佛这些级别是系统的固有属性。[16]这种简单的区别并未反映现有系统的能力范围，并且与各种武装力量已经公布的发展路线图[17]不符。事实上，拟议军事系统所展现的自主水平可能会以复杂的方式发生变化。

可能存在的自主性程度也差别很大，操作员和自主系统之间的任务分配方式也可能有所不同，系统的行为可能会根据正在执行的具体任务和系统运作环境而发生改变。就某一行动而言，出于法律或其他目的，要确定人类操作员和电脑控制系统所实施的相对控制程度可能都是一个复杂的过程。本节的简要说明并不旨在为读者提供所需的所有技术知识，而是展现在人类与先进自主系统交互的环境中对任务实施的控制具有流动性。已经提出了描述这个连续体的许多方法。[18]为人熟知的一个方法提出了自动化的十个级别，见

16 See, e.g., Markus Wagner, “Taking Humans Out of the Loop: Implications for International Humanitarian Law”, *Journal of Law, Information and Science*, Vol. 21, No. 2, 2011.

17 See, e.g., Army Capabilities Integration Center, US Army, *Robotics Strategy White Paper*, 19 March 2009, available at: www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA496734; US Air Force, *Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009–2047*, 18 May 2009, available at: www.fas.org/irp/program/collect/uas_2009.pdf.

18 Peter A. Hancock and Stephen F. Scallen, “Allocating Functions in Human–Machine Systems”, in Robert R. Hoffman, Michael F. Sherrick and Joel S. Warm (eds), *Viewing Psychology as a Whole: The Integrative Science of William N Dember*, American Psychological Association, Washington, DC, 1998, p. 521.

表1。不过，这些“等级”只是描述连续体上节点的方法；在现实中，机器的自主性并没有明确的级别。

计算机控制的程度

机器的自主性也是有程度可言，从对某些功能的完全人为控制状态到完全机器控制的范围内，自主性逐渐变化。

美国国家标准与技术研究所开发了一种更为复杂的分类法，即无人系统自主水平框架。[19] 该框架将自主性水平的特征归纳为一个三维模型，即任务复杂性、环境复杂性和免受人类干预的独立性这三个维度，其中的每个因素又进一步分为一系列较低级别的考量因素。

表1：Sheridan和Verplank的自动化十个级别

100%人类控制	1. 人类完成整个工作，直至将其转变为电脑来实现。 2. 计算机帮助确定方案。 3. 计算机帮助确定方案并提出方案，无需人类遵循。 4. 计算机选定行动，人类可以、也可以不做。 5. 计算机选定行动，如果人类批准则执行。 6. 计算机选定行动，告知人类并留有充足时间停止该行动。 7. 计算机完成全部工作，并将其所为告知人类。 8. 计算机完成全部工作，但只有在人类明确要求时才将其 所为告知人类。 9. 计算机完成全部工作，但只有在电脑决定它应告知人类时，才告知人类[20]。
100%计算机控制	10. 如果计算机根据自身的决定，完成了全部工作，而且只有当它决定应当告知人类时，才会告知人类。

Source: Thomas B. Sheridan and William L. Verplank, Human and Computer Control of Undersea

19 NIST Engineering Laboratory, National Institute of Standards and Technology, *Autonomy Levels for Unmanned Systems*, 16 June 2010, available at: www.nist.gov/el/isd/ks/autonomy_levels.cfm.

20 此处的“决定”指的并不是类似于人的决策能力；它仅指计算机是按照其程序而不是人类操作员的指令来开始实施行动的。

此外，其他组织还提出了用于不同目的的自主级别的分类法，例如美国航空航天局有关航天器任务评估和重新规划工具[21]的八级模型，以及美国陆军科学委员会从其对人机界面问题中研究出来的十一级模式。[22]

没有必要深入研究这些相当详细的模型。重要的一点是，试图将某种机器描述为自主、半自主或手动操作是没有意义的，因为这些并不是相互独立、客观存在的类别。自主能力是不断变化的现象。

人机交互和任务分配方法

即使是在完成分配任务时无需要大量的人力投入的高度自主系统，也会与其他实体（人力和电子）一起运行，并且需要与这些实体交换信息，以便接收指示、协调工作、报告结果等等。人机交互研究以及最近人与机器人的交互研究是多学科的领域，在过去二十年中随着计算和机器人功能的扩大，受到越来越多的关注。[23]出现了其他几种范例来描述这种相互作用可能以怎样的结构出现，怎样将任务分配给任何一个实体，并说明了对人类作用的影响。从广义上说，在使用自主系统时，人类可能会担当监督或协作角色，并且可能在执行一系列任务期间在这些角色之间移动。例如，一个分类法列出了人工在与机器人工作时可能发挥的五个角色：主管、操作员、技工、同伴和旁观者。[24]这些角色可能不是静态的；有一个称为混合主动交互的设计范例“是指一种灵活的交互策略，每一方可以按其所长为任务做出贡献”。[25]在混合主动范式中，人类和计算机（或机器人）各自的角色往往并不是提前确定的，而是由不断变化的情况来决定。在不同阶段，人类操作员或机器在另一方协助的情况下可以对任务有直接的控制，或者它们可以独立工作。

---

21 Ryan W. Proud, Jeremy J. Hart and Richard B. Mrozinski, *Methods for Determining the Level of Autonomy to Design into a Human Spaceflight Vehicle: A Function Specific Approach*, NASA Johnson Space Center, September 2003, p. 4, available at: www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA515467.

22 US Army Science Board, *Ad-hoc Study on Human Robot Interface Issues*, September 2002, p. 16, available at: www.dtic.mil/cgi-bin/GetTRDoc?AD=ADA411834.

23 For an overview, see M. Goodrich and A. Schultz, above note 11.

24 Jean Scholtz, “Theory and Evaluation of Human Robot Interactions”, in *Proceedings of the 36th Annual Hawaii International Conference on System Sciences*, Hawaii, 6–9 January 2003.

25 Marti A. Hearst, “Trends & Controversies: Mixed-Initiative Interaction”, *IEEE Intelligent Systems*, Vol. 14, No. 5, 1999, p. 14.

人机交互是一个活跃的研究领域，新原则不断涌现。虽然可以安全地假设人类整体上将继续对武装冲突中使用的机器人武器进行高度控制，但在评估特定个人的作用及其实施的控制程度时，律师仍应谨慎。

功能不同而引发的变化

人们通常将自主性视为某个系统的整体特点，但在实践中用于自主运行能力的技术将被、并且正在应用于构成军事硬件和软件部分的各个子系统。在机器人系统方面，发展分别在自主导航、自主攻击和先进武器系统所需的其他功能方面发生。未来几年会发展出自主运作能力更强的系统，没有理由认为其所有职能都将受到同等程度的人力监督；对于某些功能而言，自动化成本/效益分析较为有利的情况下，会比其他功能获得“更多自主性”。因此，系统同时进行不同任务时就可能具有多种“自主”水平，而研究此类系统的律师则需针对航线规划、导航或武器释放等有关功能，评估其行为以及人机参与程度。

例如，仔细研究澳大利亚国防军采用的六步攻击过程，[26]就会发现也许不能授权可自主定位，观察潜在目标并可采取一些预防措施以尽量减少附带损害的武器系统自主发射武器，可能需要人类操作者或其他自主系统来评估目标是否为有效军事目标，以及任何预期的附带损害是否与攻击的预期军事利益不成比例。[27]如果某一事故涉及此类系统，需要调查是否可能对平民实施了攻击，重要的是确定可能在哪个阶段出现了错误，以及在这一阶段执行了什么级别的人类和机器控制，以确定人类操作者是否实施了足够的控制，可被追究刑事责任。同样，对于“一个系统由多个系统构成”的情况，也需要有类似的考虑，该情况涉及具有不同自主程度的系统间的通讯。

26 Ian Henderson, *The Contemporary Law of Targeting*, Martinus Nijhoff, Boston, MA, and Leiden, 2009, p. 237.

27 关于攻击过程的不同阶段如何实现人类控制和自主运作之间的平衡的详细讨论，see Mark Roorda, “NATO’s Targeting Process: Ensuring Human Control Over and Lawful Use of “Autonomous” Weapons”, Amsterdam Center for International Law Research Paper No. 2015-06, 2015, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2593697.

情形不同而引发的变化

自主系统的功能是指系统正在执行的任务，而情形是指执行这些任务时所处的状况。如上所述，即使设计者确定特定系统功能将受到计算机某种程度的控制，但控制程度可能根据情形而变化，而有关情形可以需要依据下列因素确定，例如：

- 任务阶段，如规划、启动、实施或终止；
- 干扰事件，例如与操作员失去联系的情况下，通常远程操作的无人机可能被编程为自主地返回基地、盘旋、甚至可实施自卫；
- 在任务期间出现了意想不到的机会。

美国国防部对这种变化性总结如下："关键是人类以及代替人类的计算机将在任务阶段和阶层进行主动权和角色交替，以便随着情况的变化而应对新出现的事件、干扰和机会。"[28]

总结

与人们对终结者这样的机器人通常具有的印象不同，机器的自主性是一个更加细微的现象。它是一系列迅速发展的技术，一些还处于起步阶段，无疑许多关键问题目前尚未出现，但有两个特别突出的问题尤其引起正在研究这一领域的律师的注意。首先，机器的自主能力主要直接影响其主管和操作者，而不一定 (在武器的情况下) 影响攻击对象。特别是，在许多重要方面，操作者的角色发生了改变，但并没有被消除; "完全"的自主性并不存在，没有完全无需人类干预而独立行事机器 。第二，操作员和机器之间的关系的确切形式，会因系统不同、阶段不同或任务不同而发生变化。律师一定要警惕那种简单将武器称为"自主"武器的观点。通过研究美国国防科学委员会最近提出的"自动系统参考框架"[29]，可以了解自主系统、自主系统操作者及其主管之间关系的可能复杂性，该框架在系统设计阶段将功能和职责分配给计算机或其中一个操作人员或主管。该框架考虑了自主性如何支持军事层级中特定系统的各种人类操作员，如何方便他们之间的沟通，分配给人或机器的任务在执行过程中可能发生怎样的变化，以及其他几种因素。

28 Defense Science Board, above note 12, p. 27.

29 *Ibid*., p. 24.

自主性是关于机器和操作员之间的关系

一般就机器人技术而言，特别是发展自主军事系统的提案，自主性是指能力，而不是特定技术，特定设备或某种行为。自主性是系统执行其功能的能力，与人类操作员的交互少于手动系统所需。因此，自主性关系到系统与人类操作者之间的关系，而不是系统任务的性质或者执行该任务的方式。如上所述，这种关系根据系统自主能力程度在一定范围内变化，从完全人为控制到机器对特定任务在实际上的完全控制。

当手动系统或过程被替换为能够进行一定程度的自主操作的系统时，控制器在一定程度上“成为”手动系统的操作者。操作员 (或系统开发人员) 对如何控制系统的理解体现在软件中，并编入控制器。操作者操纵系统的物理手段被转换成控制器可以激活的一组致动器。[30]还有某种形式的传感器或反馈机制，控制器可以通过该机制监视系统。此外，还有允许控制器监测相关环境因素的其它传感器。控制器根据其程序操纵来自所有传感器的信息，并产生发送到致动器以调节系统的输出信号。众所周知的“感知-思考-行动”范式概括了这一过程，这种范式通常被用作机器人的操作定义。[31]

军事发展提案通常从“观察，定向，决策和行动” (OODA) 循环过程的角度讨论自主性，[32]这是由美国空军上校约翰·博伊德提出的关于战斗员的决策循环周期模式。OODA模式描述了，为实现某些目标而对所处环境进行观察并应对变化时持续的心理和物理过程。高级目标可能涉及到几个子任务，每个子任务都有自己的OODA循环来完成，以追求总体目标。在手动系统中，循环中的所有步骤都由人完成：观察环境以提取原始信息，通过处理该信息来形成有用的模型来对自身进行定向，从而基于该模型作出决定并执行

30 致动器仅仅是控制器控制工厂的一个装置。一个例子是一种电动马达，它根据炮塔以软件为基础的控制系统发射的信号来转动炮塔。

31 “感知-思考-行动”范式指的是机器人感知其环境，使用感知到的信息根据其程序“作出决策”，并将这些决策付诸行动的一个持续进行的过程；see, e.g., G. A. Bekey, above note 11, p. 2.

32 例如见，美国空军，上文脚注17，第16页。OODA循环过程可以被视为“感知-思考-行动”过程的另一个表现形式，一些有关人机交互的文献中也提到了一种类似于OODA的循环过程，用以描述自主武器系统可以实施的四类功能：信息获取、信息分析、决策选择以及行动执行。See, e.g., Raja Parasuraman, Thomas B. Sheridan and Christopher D. Wickens, “A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation”, *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics*, Vol. 30, No. 3, 2000, p. 288.

该决定。在OODA循环方面，开发自主系统的目的是将循环周期部分或全部分配给机器，以实现一些操作优势，例如提高速度或耐力，降低成本或对操作人员的生命危胁。高度自主的系统可以执行实现某些目标所需的OODA循环周期中大部分或全部过程，仅利用操作员的高级指令作为循环决策阶段的指导，该过程中“最接近”的人类职能类似于指挥官。自主性较低的系统只能执行低级循环，或仅执行循环的某些部分，并且必须与人类操作员一起实现高级目标，人类操作员更多发挥协作作用。这种系统的一个例子可能是雷达警报接收器; 更简单的系统也许仅可探测到可能的威胁并向操作人员发出警告，而更高度自主的系统可能无需人为干预即可实施对策，例如发射干扰物和曳光弹。

自主性的作用体现在操作员和机器之间的关系上，这一事实对律师有三个重要意义。

首先，自主系统将代替人类执行部分或全部任务，但执行方式不一定与人类不同。从机器自主概念本身推断不出，与人类或人类团队手动执行任务相比，自主系统必然以不同的方式执行相同任务。当然这并不是说，未来自主系统的功能将与人类操作的系统完全相同；无需持续人机互动的系统所具有的“持续性”，快速整合来自许多来源的数据的能力，与人工操作系统相比承受更大风险的能力以及其他特性将大大提高其性能。然而，这些差异虽然在运作上非常重要，但某种程度上并未触及自主问题的核心。例如，无人机已经拥有较高程度的持续性，却不一定具有与高度自主性相关的任何能力，而且不会引起相同的法律问题。远程操作系统和自主系统同时具有的这些能力常常导致人们对这两类机器之间的区别产生困惑，因为这两种机器能够以不同的方式“代替”人类，并且都会让人联想到没有人类参与的机器作战的情形。不过，律师必须清楚这两者之间的区别，因为他们会引发不同的法律问题上。今天的无人机和类似的装置可以扩展人类战斗员的作战范围和能力，以及自主系统也是如此，但自主系统还将改变导致武器激活的决策过程。

因此，对拟议自主系统进行法律分析必须基于这样一个前提，即系统的新颖性可能体现在系统上的武器被激活的过程中。仅在某系统具有某种自

主运作能力的基础上，就试图将特定的性能标准归因于该系统，这样做是徒劳无益的; 在此基础上可以确定的一点是，它将减少或消除人类操作员对系统部分或全部OODA循环的直接参与。将任务从人类重新分配到计算机的事实，并不一定会改变该任务的性能。

第二，如果将具体的决策和行动从人类操作者转移到自主系统，同时那些决策和行动是法律义务的对象，那么重要的是要考虑这些决策和行动如何归咎于负责人，以及这些负责人是否是现行法律规定的负责人。如果承担法律义务的操作员由自主系统协助或与自主系统协作，则必须思考该操作者是否仍然承担法律规定的作用。

第三，将自主系统描述为“无人控制”的“独立”[33]机器是不准确的；[34]人机关系仍然存在，仅是有所调整。 硬件和软件开发人员在设计阶段做出的选择将从此决定系统的行为。 任务规划者和其他人也将对每个任务施加限制；例如，在自主无人机的情况下，必须事先提交飞行计划，指定要覆盖的区域和任务的持续时间 (并且无人机必须遵守该计划)，同时关于携带多少燃料和哪些武器的决定，将进一步指导和限制行动中可能发生的情况。[35]在这些方面，尽管可能没有直接监督，但人类总是会提供一定程度的指导。

自主系统仍是机器

律师必须避免陷入自主系统拟人化的陷阱。如今的尖端武器系统只是执行编入软件的指令的机器，这是不存在争议的，本文认为设计者设想的未来高度自主的系统也仅仅如此。当然，它们在许多方面会更复杂，更有能力；它们可能能够利用来自当今系统范围以外的来源的信息，并在面对更多不确定性的情况下处理该信息，并且将在更混乱和艰巨的环境中有效运行。然而，这些增强的性能是由于系统所控制的硬软件方面的改进；它们不会从根

33 M. Wagner, above note 16, p. 159.

34 Gary E. Marchant et al.,“International Governance of Autonomous Military Robots”, *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. 12, 2011, p. 273.

35 William Boothby, “How Far Will the Law Allow Unmanned Targeting to Go?” in Dan Saxon (ed.), *International Humanitarian Law and the Changing Technology of War*, Martinus Nijhoff, Boston, MA, and Leiden, 2013, p. 56.

本上改变系统的性质，仍属于由计算机控制的机器。系统的能力和局限性仍将直接或间接地来自于人类决策和行动。

当今自动化武器系统中的基于软件的控制器基本上是用于特定目的的计算机，其运行的程序代替人类操作员控制武器。虽然这些控制器在设计和目的方面可能具有高度的专业性，但仍然是存储程序计算机的形式，是一类还包括诸如个人计算机之类的常见项目的设备。存储程序计算机的决定性特征是由程序员输入的指令存储在机器的存储器中，并用于管理其操作。[36]除非发生重大的技术转变，未来的自主系统仍将采用基本相同的技术；系统仍将由人类开发人员编写的软件控制。

在关于尖端武器系统的讨论中，往往忽略了即使非常复杂的程序也只是一组预定义的指令这一事实。观察者并不总是很清楚复杂的机器只是执行指令而不是独立运行。即使是仅具有低级功能的系统也通常由指令驱动，通过“如果 <X发生> 那么<执行行动A> ，若未发生则 <执行行动B>”的形式。看似是系统本身在两个不同的行动方案之间进行“选择”，但实际上是由编程人员预先作出的选择；该程序员的意志被编入系统的存储器中，在检测到先前确定的触发机制时得以体现出来。例如，如果假设一个自主无人机具有相机和图像识别程序，可以将其视野内的人与已知叛乱分子图像的数据库相匹配，那么类似于“如果<相机图像与数据库图像匹配度超过95%>则<瞄准并攻击>若非<继续搜索>”的一个指令，看似是无人机本身选择了目标，但实际上是系统开发人员事先选定了目标以及攻击条件。

这里，之所以提到计算技术，是因为律师们应当清楚，并没有具有“选择”或能“真正自主”开展行动的“智能机器”，这非常重要。[37]没有哪一台计算机能够自己选择运行存储在其存储器中的程序，或者对程序中是否执行特定指令行使裁量权；任何看似是计算机作出的“选择”只不过是编入软件的其他指令的结果。从根本上说，计算机的唯一功能是运行其上安装的任何软件。

36 William Aspray, “The Stored Program Concept”, *IEEE Spectrum*, Vol. 27, No. 9, 1990, p. 51.

37 See, e.g., Chantal Grut, “The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 18, No. 1, 2013, p. 5.

如果人们能看到计算机执行的是由开发人员编入软件的低级明示指令，则很容易理解计算机不在任何重要的法律意义上独立行事，但是当具有更先进能力的系统被“训练”去实施一些与发射武器等重大行动有关的行为时，这一点就未必如此显而易见了。[38]类似的挑战还会出现在操作人员或指挥官仅给自主系统制定一个高级别任务目标，自主系统自行制定一系列低级子任务的情况下。当然，人工智能和机器学习是复杂的领域，这些领域远远超出了本文的范围[39]，但是为了进行法律分析，不必深入研究具体算法的细节。但是，律师们应该认识到，人工智能系统的发展实际上只是软件开发中的一个活动，与开发一个更简单的低级程序时进行的人类活动没有区别。在这两种情况下，开发人员都会为系统设计一些所需的行为，并编写程序，将该行为编入系统中。区别在于程序中使用的算法：简单程序开发者以 “如果<目标符合这些参数> 则 <开火>”的形式直接为行为编码，而 “智能”机器开发人员所编写程序的功能，则是为应对执行任务期间出现的环境刺激，形成一系列最佳行动。在某种意义上，开发者和武器发射动作之间又有一层抽象关系，就是开发人员可能不了解促成武器发射的一系列具体事件，但这一系列事件很有可能源于一些数据，而该系统就这些数据进行过训练;尽管如此，运行程序的最终结果仍然是由一项规则告诉系统发射武器，就像一个由固定规则组成的更简单的程序一样。这另一层抽象关系导致将特定结果与特定人类指令相匹配的过程变得复杂，但并不会改变计算机只执行其开发人员制定的指令这一事实。

要明确的是，“智能”系统自行做出“决定”的能力这一说法具有误导性。虽然可能并未对这类系统会遇到的每一种情形，预先编写准确的应对措施，但有些系统经编程可发展出应对措施，因此他们仍根据其编程来操作，无论其实际采用的具体行为能否在开发期间或部署时被预见到。这样的机器仍然只是人类 (开发人员以及某些情况下为其使用负责的人) 意志的工具；准

38 在此语境下，训练指的是给人工智能系统提供多组示例数据，这些数据代表其将面临的任务和正确的应对方式，以便在这些任务中诱导产生最佳结果的行为。训练本质上是归纳性的，因为受过训练的系统遇到的“真实”情况在某些方面将不可避免地与培训的例子不同，因此容易产生错误。

39 For a general overview see, e.g., Stuart Russell and Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach, Prentice Hall, Englewood Cliffs, NJ, 2009*.

确地说，它并未一个独立的决策者。例如，具有自主航行能力的无人机或许能够在飞行中应对其软件未具体规定的事件，但是他们仍然根据编程的规则来应对意外事件。行为并不源于机器本身，而是源于其开发人员的思想。

军事发展提案中有关法律分析的几个方面

自主性将扩展至武器系统之外

正如引言中所述，本文讨论自主军事系统，而不仅仅是武器。即使在专门针对国际人道法的分析中，有必要说明系统自主能力的影响，这些系统本身可能不会发生任何敌对行为，但仍可能对具有法律后果的决定或行动产生一些影响。这种能力的主要例证就是自主ISR系统，该系统对潜在目标实施定位，识别和跟踪。例如，美国国防部最近宣布了自主研究试点计划(ARPI)，该计划“旨在促进发展创新性、跨学科科技的发展，推动自主系统满足未来DOD系统和任务的要求”。[40] ARPI 邀请提案将ISR视为其技术挑战领域之一：

通过增加ISR平台本身的机器感知，推理和智能水平，可以实现更有效的工作负载平衡。这包括ISR资产的管理和闭环控制，以适应其环境和任务情况，以收集适当的相关数据。[41]

这方面的初步行动已经发生了；在美国，国防高级研究计划署从事军事成像和监视技术 (MIST) 计划，其目标是“开发一种全新的光学ISR能力，可以生成高分辨率的三维图像，在远远超过现有光学系统可能的范围内定位和识别目标”。[42]根据该计划开发的系统将能够自动辨认和识别潜在目标。[43]

40 Department of Defense, *Autonomy Research Pilot Initiative (ARPI) Invitation for Proposals*, November 2012, p. 1, available at: www.auvac.org/uploads/publication_pdf/Autonomy%20Research%20Pilot%20Initiative.pdf.

41 *Ibid*., p. 4.

42 See: www.darpa.mil/program/military-imaging-and-surveillance-technology.

43 Strategic Technology Office, DARPA, “Military Imaging and Surveillance Technology – Long Range(MIST-LR) Phase 2”, Broad Agency Announcement No. DARPA-BAA-13-27, 12 March 2013, p. 6, available at: www.fbo.gov/index?s=opportunity&mode=form&id=78b0ddbf382678fa9ace985380108f89&tab=core&_cview=0.

作为ARPI的一部分，追求这一研究路线的动机是，如今战场上的情报、监视和侦察数据大大增加，这是前所未见的。处理，开发和传播数据的分析人员可能无法在试图跟踪目标，推断出来源并提供分析反馈 (实时或事后分析) 的同时，对各种数据输入 (图像，视频，通信和人类ISR数据) 进行整合和分析。[44]

可以推断，“智能”提升了ISR平台将用于分析某些原始数据，然后再将结果传达给人类，从而使得ISR系统能够影响操作人员对战场的认识。这种分析传感器数据的方式会明显作用于先进ISR系统对决策的影响，有关发射武器或执行其他具有重大法律后果的行动的决策。

有些不参与战斗行动、但仍然对结果具有某些外围影响的武器是自主车辆，它们能够运载货物、用品甚至人员。为实现自动补给行动自动化正开展着各项工作，例如美国海军研究自动航空货运/公用事业系统 (AACUS) 计划。[45]随着在阿富汗的K-MAX无人值班货物补给直升机[46]的成功，AACUS计划的目标是“开发先进的自主能力，利用无人和可有人驾驶的垂直起降 (VTOL) 系统，以实现快速货物交付”。[47]该计划将生产一个系统，可安装在适合的飞机上，以响应部署部队的需求，自动 (但也受某种监督) 规划路线，避开障碍物和恶劣天气，选择合适的着陆点提供物资，并撤离伤亡人员。[48]尽管由类似AACUS的系统所控制的车辆不会携带武器，但它们仍然是大型、快速移动的物体，必须在人和其他车辆附近运作并且可能携带有害物质或带来其他危险。[49]因此，如果用它们来运送伤员或其他一些情形，就会产生一些法律风险。

---

44 Department of Defense, above note 40, p. 4.

45 Office of Naval Research, “Autonomous Aerial Cargo/Utility System Program”, 27 September 2013, available at: www.onr.navy.mil/en/Science-Technology/Departments/Code-35/All-Programs/aerospaceresearch-351/Autonomous-Aerial-Cargo-Utility-AACUS.aspx.

46 Lockheed Martin Corporation, “K-MAX”, available at: www.lockheedmartin.com/us/products/kmax.html.

47 Mary Cummings and Angelo Collins, Autonomous Aerial Cargo/Utility System (AACUS): *Concept of Operations*, Office of Naval Research, p. 2, available at: www.onr.navy.mil/~/media/Files/Funding-Announcements/BAA/2012/12-004-CONOPS.ashx.

48 *Ibid*.

49 Anthony Finn and Steve Scheding, *Developments and Challenges for Autonomous Unmanned Vehicles: A Compendium*, Springer, Berlin, 2010, p. 156.

因此，作战行动所使用系统中出现的自主能力，要求在广义上理解自主性，而不仅只是一种新型武器的一个性质。另外，如下一节所述，AACUS和类似系统直接与其他无人系统[50]进行谈判的能力，可能会使识别哪些系统与特定调查相关的任务变得复杂。

自主系统间的协作

如上所述，自主系统改变了武器和操作者之间的关系。同样重要的是名义上独立的自主系统之间的关系。军事和政府组织发布的大多数发展路线图明确表明，自主系统必须相互配合。[51]这种互操作性可能采取一系列形式。

许多目前的军事和民用研究项目都集中在分散型合作机器人群体的行为上，俗称“蜂群”，它们作为一个单一的系统来追求一些目标。其中一个例子是美国陆军微型自主系统和技术 (MAST) 计划[52]，旨在创建“配备微型传感器的各种自主移动平台构成的系统，可快速、安静、可靠地探索和寻找目标”；[53]即小型空中和地面车队，士兵将其用于探索和绘制诸如城市环境或洞穴等复杂环境。为集群装备武装的可能性也有所提高。[54]

美国国防高级研究计划署的海德拉发展项目则使用了自主系统间的另一种协作形式。[55] 海德拉方案“旨在开发一个分布广泛的由无人载荷和平台构成的海底网络”[56]，本质上是一个无人潜艇平台的系统，可用于发射各种无人机和无人海底车，靠近敌方行动。尽管还处于初期阶段，该计划设想了潜艇“母舰”与其无人机和无人海底车有效载荷直接相互作用的系统; 例如，

50 M. Cummings and A. Collins, above note 47, p. 2.

51 See, e.g., US Department of Defense, *Unmanned Systems Integrated Roadmap FY2011-2036*, No. 11-S-3613, 2011, pp. 49–50.

52 US Army Research Laboratory, “Micro Autonomous Systems and Technology (MAST)”, 25 February 2011, available at: www.arl.army.mil/www/default.cfm?page=332.

53 MAST, “Research Thrusts”, available at: www.mast-cta.org.

54 Peter W. Singer, *Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the Twenty-First Century*, Penguin Press, New York, 2009, p. 229.

55 Federal Business Opportunities, “Hydra”, 22 August 2013, available at: www.fbo.gov/index? s=opportunity &mode=form&id=4cc32f06144bd6f3eba18655135d6155&tab=core&_cview=1.

56 DARPA Tactical Technology Office, “Hydra”, available at: www.darpa.mil/Our_Work/TTO/Programs/Hydra.aspx.

无人海底车将与母舰对接并进行装备，收集情报信息以供其任务使用，之后将在任务中获取的信息传递母舰，再送到当局。[57]

这些和类似项目，以及与之相关的战术和战略，是一个总体大趋势的一部分，将军事力量中相互分离的部分发展为紧密地相互连接在一起。也许这种趋势最广为人知的表现形式，是以网络为中心的战争 (NCW) 的教义[58]，这是实施敌对行动的一种方式，它强调武装力量元素之间共享信息的重要性，以便最好地利用这些信息和武装力量的能力。它最初是在美国发展起来的，但北约[59]以及澳大利亚，[60]英国[61]和其他国家正在追求或至少提出类似的军事系统互联的方法。这种信息共享的预期好处之一是一定程度的分散操作或“自我同步”的可能性，其中两个或多个实体可以直接交互并协调其努力，而不采用传统的分级命令和控制结构。[62]相关地，其中一些综合系统具有显著的自主操作水平，信息的共享不一定由人进行或直接监督，因此，例如，如果一个自主系统收集的情报被另一个自主系统用于进攻行动，那么所有涉及到的系统都可能成为法律调查的一部分。

虽然NCW等概念本质上与军事系统自主能力的发展无关，但它们提供了这种先进系统可能运行的环境类型以及可能成为常态的军事系统之间的一体化

57 John Keller, “DARPA Considers Unmanned Submersible Mothership Designed to Deploy UAVs and UUVs”, *Military & Aerospace Electronics*, 23 July 2013, available at: www.militaryaerospace.com/articles/2013/07/darpa-uuv-mothership.html.

58 See, generally, David S. Alberts, John J. Garstka and Frederick P. Stein, *Network Centric Warfare*, 2nd revised ed., Department of Defense Command and Control Research Program, 1999.

59 NATO, “NATO Network Enabled Capability”, 27 October 2010, available at: www.nato.int/cps/de/SID-815535E4-57782C82/natolive/topics_54644.htm.

60 M. P. Fewell and Mark G. Hazen, *Network-Centric Warfare: Its Nature and Modelling*, Defence Science and Technology Organisation, September 2003, available at: http://dspace.dsto.defence.gov.au/dspace/bitstream/1947/3310/1/DSTO-RR-0262%20PR.pdf.

61 UK Ministry of Defence, *Network Enabled Capability*, JSP 777, 2005, available at: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121026065214/http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/E1403E7F-96FA-4550- AE14-4C7FF610FE3E/0/nec_jsp777.pdf.

62 D. S. Alberts, J. J. Garstka and F. P. Stein, above note 58, p. 175; for a fuller discussion of the status of selfsynchronization, see B. J. A. van Bezooijen, P. J. M. D. Essens and A. L. W. Vogelaar, “Military Self-Synchronization: An Exploration of the Concept”, in *Proceedings of the 11th International Command and Control Research and Technology Symposium*, Cambridge, 26–28 September 2006, available at: www.dodccrp.org/events/11th_ICCRTS/html/papers/065.pdf.

程度。律师应该意识到，如果这种趋势按计划进行，则在一些事件的参与方面，将日益难以在各种自主系统之间加以区分。这种发展可能使审查新武器系统的过程以及确定系统开发或运行人员的责任变得更加复杂。事实上，试图在不同系统之间进行区分，例如致命的和非致命的系统之间的区别可能变得越来越人为。“多个系统所构成的系统”中的每个设备自身就是一个系统，会实施单独行为，而每个设备又是整个系统的一部分，因此还会表现出集体行为。

自主性和人道法

使用自主军事系统的法律影响

尽管武装力量的构成[63]以及冲突均将发生巨大变化，人们可能还是会问为什么将自主武器用于武装冲突的这一前景特别受法律关注。许多复杂程度各异的创新性机器对于门外汉来说是非常复杂的，这些机器用于战斗已有数千年，但是极少出现难以对其适用现有法律原则的情况。事实上，自主运作能力更为有限的武器系统已经在战斗中被使用，但对其合法性并不存在任何严重的争议。那么为什么一个自主性更高的武器会引起重大的法律问题呢？也就是说，为什么使用自主武器会影响国家履行国际人道法义务的能力，影响法院裁定是否违法的能力？

对这些问题的回答，自主系统与其他复杂军事系统之间在法律方面的重要区别在于，机器自主性影响到执行行动的决策过程，而其他复杂系统在决策作出后才会产生作用。[64]不过，正如其他地方所述，[65]这并不意味着系统具有足够自主性后可自行作出决策。相反，正如下面解释的那样，有两个关键的点：(1) 目前在武装冲突过程中作出的某些决定将从传统的决策者身上转移到界定自主系统行为及其使用负责人的身上；和 (2) 这样做，这些决策的性质将被改变。

63 Sharon Gaudin, “U.S. Military May Have 10 Robots per Soldier by 2023”, *Computerworld*, 14 November2013, available at: www.computerworld.com/s/article/9244060/U.S._military_may_have_10_robots_per_ soldier_by_2023.

64 人们认为这一点可能会引发进一步的问题，例如对于法律分析而言，“决策”的构成因素是什么，以及决策在满足何种条件时可被视为在自主系统的直接控制之内。

65 Armin Krishnan, *Killer Robots: Legality and Ethicality of Autonomous Weapons*, Ashgate, Farnham, 2009, p. 33.

自主性再次指定行动决策

自主机器首先运行软件，实施类似于动作执行的全部或部分决策过程，之后其他软件再引导机器执行该动作。换句话说，本来不得不决定是否执行某项行为的人将部分或完全不用作出该决定，或者本来可以发起或阻止某一行为的人将部分或全部不用从事该任务。相反，该决策的某些部分由程序员编写的软件有效执行，但由于此前程序员通常并不会对执行最终行动的决策产生有意义的贡献，因而会引发一些新的法律问题。例如，自主武器系统的设计是否必须让攻击规划人员实施的控制与他们对战斗员实施的控制相同？武器开发者或其他界定自主武器系统行为的人可能对违反国际人道法的行为负刑事责任吗？当法律规定人类为某职能负责时，如是否符合比例原则的分析职能，该职能的自动化在多大程度上是合法的？

使用自主水平较低的系统时，操作员只是不用进行本身不具备重大法律后果的低级别决策。例如，“自主导引/即发即弃”导弹在攻击目标过程中可以自主躲避拦截，并不会替按下“发射”按钮的操作员作出任何具有重大法律意义的决策。然而，当系统自主性较高时，机器的控制系统可以模拟作出更重要的决策。当某武器的自主ISR系统或瞄准系统在选择目标或提出发射方案方面 (例如，爱国者导弹系统的地面雷达) 起重要作用时，[66]武器操作员就不再进行攻击目标前的全部考量工作，并且不再是发射与否的唯一或主要决策者。在法律层面上，不能将机器本身视为决策者[67]，因此决策可部分或全部归因于自主系统行为负责人 (注意确定这些个人和组织本身可能就是一项复杂的工作)，以及负责决定使用武器的人。

自主性改变了决策性质

将操作决策从传统决策者转移到界定自主系统行为的人员身上，必然改变了这些决策的性质，体现在以下三个相互关联的方面。

66 Raytheon,“Patriot”, available at: www.raytheon.com/capabilities/products/patriot/.

67 也就是说，机器不是国际人道法的主体，而且人们认为它们今后变成主体的可能性较低。

首先，决策的普遍性必然会增加。当由人员在具体情况下“当场”作出的决策，被机器预设程序性指令所取代或补充时，那么具体情形下有关个别行为的决策就被涉及范围广泛的类似政策的多种选择所取代，该选择可适用于许多情形，前提是要符合机器预设的参数。

二，决策的时间变化。有关是否以及如何使用自主系统执行某一行动的决策，实际上是在相关行为被编写入机器程序以及使用武器时做出的，而不是在冲突局势中出现情况时。这一点很重要，因为首先它可能对国际人道法适用的时间范围有影响[68]，其次，它需要假定将来部署机器的情形在重要方面与机器开发和测试时设想的情形并没有什么不同。

第三，作出决定的信息基础被改变。通过自主系统实施的决定不能基于对决定所涉及的情况的直接 (甚至间接) 观察；相反，它们必须基于在机器编程时通过经验和远见而获得的任何信息，然后在决定使用武器时确认。

这些变化的一个结果是，当决策是部分或全部通过自主系统作出时，人类的某个具体决策和某个具体动作 (或重复动作) 或某个具体后果 (例如打击某个特定目标) 之间的因果关系就有可能被削弱。

无论动作是否被明确地编程到机器中，无论是否采用人工智能技术使机器自行灵活调整其行为，决策性质的上述变化都会发生；在这两种情况下，机器开发人员或其负责人都可以对系统的行为进行控制，方法就是确定目标并为系统配备实现该目标的一些手段。

确定法律问题

军事决策的这种改变是重要的，因为国际人道法也与决策有关。国际人道法力图“出于人道原因，限制武装冲突的影响”[69]，试图引导将个人和冲突各方的决策以及最后采取的行动。在武装冲突中，当自主技术实施的决策

68 For a discussion of one such question, see Tim McFarland and Tim McCormack, “Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?”, U.S. Naval War College International Law Studies, Vol. 90, 2014, p. 361, available at: www.usnwc.edu/getattachment/ed8e80adb622-4fad-9a36-9bedd71afebe/Mind-the-Gap–Can-Developers-of-Autonomous-Weapons.aspx.

69 ICRC, “War and International Humanitarian Law”, Geneva, 2010, available at: www.icrc.org/eng/warand-law/overview-war-and-law.htm.

受国际人道法规制时，最有可能出现机器自主性的使用与法律不符的情况；也就是说，这时使用具有自主运行能力的武器或其他系统改变了某一决策过程或决策结果，超出国际人道法允许的范围或以其他方式妨碍法律的运作。鉴于当今武器系统中存在的自主能力水平较低，这种事件仍然是假设的，但似乎可以假设：如果自主ISR系统直接向自主武器系统提供信息，以致人类指挥官无法在激活武器之前独立验证其准确性，可能被视为违反了在攻击中采取预防措施的义务。

这似乎是一个模糊的标准，但鉴于自主系统的形式和应用的预期范围以及当前的发展初期阶段，也许是最可靠的说法。但是，以下准则可能有助于确定法律问题。

人类仍是法律决策者

国际人道法的本质和规定都是以人为中心的。其主要目的之一是“抑制战争的邪恶，减少不必要的苦难并改善战场伤员的命运”[70]，因此其重点必然在于人，即武器的使用者以及受武器影响的人。法律发展的推动力，是规制并解释人的决策和行动的必要性，以及减轻不必要人类苦难的必要性。

这或许是老生常谈，但它有助于讨论该问题。一项新技术的发展，特别是许多人认为是“军事革命”先兆的技术发展[71]，自然引起人们对技术细节及其带来的可能性的关注。人们容易将技术 (或使用技术的装置) 作为法律的焦点，而不关注人。在某些情况下这是适当的；当某一技术或装置按照预期将对敌对行动和所涉人员产生有限且和明确的影响，认为该技术或装置体现了对法律的某种影响，这是有利的。旨在使人永久失明的激光武器具有有限且和明确的效果，可以容易地分析出它是否符合武装冲突法，很容易看出这种激光武器必然违反了武装冲突法的限制规定；因此，律师重点关注这些设备带来的某些不利影响，并且对其进行相应规制，这是适当的。[72]但是，自主系统并非如此。

70 《改善战地武装部队伤者境遇之日内瓦公约》，1864年8月22日（1865年6月12日生效），序言。

71 P. W. Singer, above note 54, p. 203.

72 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》的《第四附加议定书（激光致盲武器议定书）》，1380 UNTS 370，1995年10月13日（1988年7月30日生效）。

现有和新型军事系统新增加的自主能力，带来了不同的挑战。一个系统某种程度的自主运作能力所产生的效果并不容易确定，不容易根据国际人道法的要求对其效果进行评估。如上所述，自主控制系统仅直接影响武器和操作者之间的关系，从而直接影响操作者的行为，而不一定影响被控制武器的行为。另外，考虑到时间上以及可归为机器自主性的功能上的可变性，很难就操作员或开发者在战场上特定事件中的行为 (思想和行为) 做出一般性的陈述。可以确定的是，律师在确定何处会出现法律问题时，必须关注该行为。赋予机器自主运作能力的技术只是有助于作出这些判定。

区分技术问题和法律问题

法律学者最常提出的一些问题基本上是关于拟议的自主系统是否满足遵守法律所需的某些性能标准。这种问题目前往往与区分原则和比例原则最为相关。[73]

例如，就区分原则而言，有些作者认为，现有机器人系统无法可靠地区分战斗员和平民，原因包括传感器系统的有效性不足[74]，控制器软件无法充分“理解” 环境和人类行为，难以在复杂情况下区分有关和无关信息[75]。还有类似的观点认为，机器人不能判断所提出的攻击是否符合比例性要求，原因是该问题涉及定性问题并具有主观性质。[76]

其他作者提出机器人系统在冲突中可靠运作的能力具有一般局限性。Asaro认为自主系统“学习与适应能力极其有限”是“难以或无法设计出能够应付战争迷雾和摩擦的系统”的原因。[77]其他人指出，复杂的自主系统的行为是难以可靠地预测出来的。[78]

---

73 See, e.g., C. Grut, above note 37; Peter Asaro, “On Banning Autonomous Weapon Systems: Human Rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-Making”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012, p. 687; M. Wagner, above note 16.

74 See, e.g., Benjamin Kastan, “Autonomous Weapons Systems: A Coming Legal ‘Singularity’?”, *Journal of Law*, *Technology and Policy,* No. 1, 2013, p. 60.

75 M. S. Riza, above note 9, pp. 129–132.

76 See, e.g., Noel E. Sharkey, “The Evitability of Autonomous Robot Warfare”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012, p. 789.

77 P. Asaro, above note 73, p. 692.

78 A. Finn and S. Scheding, above note 49, p. 36: “As the degree of autonomy increases, so it becomes increasingly difficult to predict the sum state of the system.” Also see the discussion of developer accountability on p. 183.

考虑到当今相关技术的发展状况，上述许多观点无疑都有可取之处。然而，如果对使用自主武器持有反对意见，是为了说明此类系统在特定情形中按照国际人道法要求的标准进行运作的能力，那么即使该说法是准确的，它也仅涉及机器能力的某些具体方面，且仅对某个时间点有效；随着技术的发展，可能就不存在这些反对意见了。因此，律师应避免根据这种观点就自主系统的合法性发表一般性的陈述。只有预期此类反对意见会持续存在的情况下，如存在某个绝对会一直阻碍具有自主运行能力的系统遵守国际人道法的因素，或机器自主性本身固有的特征会违反国际人道法，此类反对意见才能成为法律裁决的基础 (或许可以指导国家武器审查进程)。机器自主性范围之外的例子包括禁止背信弃义的行为 (由于行为的性质) 和禁止使用沙林毒气 (由于其固有的滥杀滥伤作用)。如果不确定存在此类因素，那么仅说明某一特定系统在某个特定情况下是否可合法使用，似乎才更恰当。因此，建议对自主系统合法性的调查应包括一个资质审查问题：如果系统可以，甚至即使在假设的情况下可以，在某个情况下与非自主系统 (无论是人工操作还是其他方式) 一样有效运作，那么是否还有法律依据反对其使用？如果答案明显为“否”，那么该反对意见则更应被视为一种技术挑战，克服挑战之后，该系统才能被合法使用，或者被视为限制系统使用情况的理由，直到克服该挑战为止。例如，如果一个自主瞄准系统能够在不受协助的情况下与人类战斗员一样可靠地，或者比人类战斗员更可靠地，在战斗员和平民之间加以区分，那么是否应反对其使用？这表明由于难以预测自主系统在所有情况下的行为或激活后存在计算机错误和故障的可能性而对自主系统使用持反对意见的情况，也将属于这一类。尤其是，出现故障并不是自主系统所特有的;而是所有依赖计算机执行部分任务的任何军事系统都必须解决的问题。

然而，如果答案为“是” (即不管自主系统的有效性如何，其使用目前不符合国际人道法的限制规定)，那么律师需要更谨慎地确定应如何限制或引导自主系统的发展，或应如何制定法律。例如，如果发现法律要求对每一次单独的攻击或暴力行为进行一定程度的直接人类控制，情况就可能如此。如果是这样，无论系统的运行情况如何，都应不允许将攻击完全置于自主系统的控制之下。

结论

尽管自主系统仍处于早期发展阶段，但具有足够自主性的军事系统的使用似乎也可能会在一系列基本方面检验国际人道法的极限。自主系统的新颖性在于它们重新分配操作决策，并由此改变了这些决策的性质。在武装冲突的情况下，个别战斗员根据情况作出的决策将被界定自主系统行为的人作出的一般性选择所取代。

预期拟议系统中自主运行程度所具有的可变性，自主系统的潜在应用范围以及自主系统相互之间直接协作的可能性，这三者结合在一起导致侧重于具体情况下特定机器行为的分析方法更加复杂。相反，建议律师将机器能力视为武器开发者所作出决策的结果，并关注开发人员以及部署和使用自主系统的操作人员所发挥的作用。尤其是，由于自主能力而新产生的法律后果与机器执行其功能的好坏无关，仅与其开发人员和操作人员如何参与结果有关。

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

意见说明

技术变革与战争法的演变*

雷恩·利沃亚** 著
李尊然*** 译

摘 要

军事技术的进步促使包括此类技术开发者在内的许多人建议制定新的规则。国际法学者已经对现行法律能否足以应对新兴技术的问题进行了广泛的研究，但在此类分析中，他们却较少注意历史上技术变革所带来的法律发展。本文将重点探讨希望对此有所作为的人可能面临的两项挑战。第一项挑战是，对适用于武装冲突的国际法历史缺乏认真研究，以及长期存在的国际人道法“起源之谜”。第二项挑战涉及两方面的争论：一般意义上，技术对社会的影响；以及特定意义上，军事技术对战争的影响。尽管

* 本文的研究受到科学学会布兰科维斯学者项目 (由苏黎世联邦理工学院管理)以及澳大利亚研究理事会(ARC)“探索项目”的支持。感谢特丽莎·邓沃斯和安娜·胡德邀请我在奥克兰大学法学院的教授研讨会上就本文话题分享一些初步想法，感谢与会者提出的问题和评论。还要感谢提姆·麦考马克、同行评议者和《评论》编辑部提出的宝贵建议。本文适用一般免责声明。

** 雷恩·利沃亚博士是墨尔本大学法学院高级讲师和科学学会会士，也是该大学“新兴军事技术法规项目”主任之一。他还是赫尔辛基大学埃里克·卡斯特伦 (Erik Castrén)国际法与人权研究所的研究员。

*** 中原工学院法学院副教授，法学博士。

存在这些挑战，本文仍在结论部分提出了对军事领域技术与法律之间的关系进行历史分析所能获得的深刻见解。

关键词：战争法；武装冲突法；国际人道法；军备控制；军事技术；法律与技术理论；法律史

引言

战争形态已经得到提升。过去几十年，在冲突和一般军事能力上已经出现了非同寻常的技术变革。据报道，已有超过100个国家在其武装部队或情报机构专门设立了网络战部门。[1]这些部门帮助国家避开敌方针对其国内基础设施的网络行动，并针对敌方采取此类行动，后一种行动可能并不公开进行。据说，有几乎同样多的国家正在将无人飞行器用于情报、监控和侦察，而且据说有大约30个国家已经或者正在开发武装无人飞行器。[2]各国正在积极研发人工智能、纳米技术以及生物技术的军事应用，并予以实施。

虽然人们对于相关国际法能否足以应对技术变革的问题展开了广泛的争论，但在此类分析中，对以往技术变革所带来的法律发展的关注却出奇得少。本“意见说明”旨在重点讨论从历史角度对法律发展进行追问式探究时，人们会遇到的一些障碍以及在这一过程中可能得出的一些见解。本文的这些目标是适度的，因为它并不旨在通过讲授 “历史课”的方式，指导政策制定者或评论家们分析某些新技术的治理问题，而仅试图鼓励一种更加注重历史的论证方式。

在开始论述之前，考虑到“技术”一词虽简单但又具有一定迷惑性，因此首先有必要对一些术语的含义进行澄清。对于参与讨论规制军事技术的人

1 Fergus Hanson,“Waging War in Peacetime: Cyber Attacks and International Norms”, The Lowy Interpreter, 20 October 2015, available at: www.lowyinterpreter.org/post/2015/10/20/Waging-war-inpeacetime-Cyber-attacks-and-international-norms.aspx (all internet references were accessed in October 2016).

2 Michael C. Horowitz and Matthew Fuhrmann,“Droning on: Explaining the Proliferation of Unmanned Aerial Vehicles”, 1 October 2015, available at: ssrn.com/abstract=2514339.

来说，“技术”一词意味着武器，或者可以更宽泛地理解为“军事装备”。就此而言，“技术”一词是指人工制造的有形物品，特别是工具、装置以及设备。但是，技术还可以超越技术性人造物品的范围，在更宽泛的意义上进行解释。比如，威尔伯特·摩尔对技术的定义是“为达到特定目标或者解决特定问题而对知识的应用”。[3]因此，技术还可以被合理地认为包含“操作设备所需的技能、惯例、方法以及知识”；从这个意义上讲，技术指的是“技巧，即一种做事的方法”。[4]当然对于技术的概念还有更加宽泛的理解，不过将“技术”理解为不仅是一种人工制品 (或者一套相互连接的人工制品)，而且还是一种技巧，对于实现本文目的而言已经足够。根据这一解释，子弹与毒物都可以被视为军事技术。即使某种特定的毒物并不是人造物品，如从自然环境中找到的，但为实现某一军事目的 (比如使敌人瘫痪) 而对其进行的提炼和使用也构成技术。

在法律术语方面，本文有意使用了较为陈旧的术语——“战争法”，这样做的目的是要尽量涵盖各种类型的专门规制战争中人类行为的国际法规则与原则。这首先指的是对作战手段和方法的选择予以一般性限制并保护那些未直接参与敌对行动的人的规则。这些规则整体上被称为“武装冲突法”或“国际人道法”。但从广义上讲，战争法除包括某些针对特定武器、作战手段或方法的使用进行限制的规则外，通常还对它们的开发、获取和储存等进行限制。后者通常被称作“军备控制法”。

尽管当代法律理论对国际法的这两个分支有着明确而一贯的区分，[5]但就本文的目的而言，最好将它们放在一起进行讨论。首先，因为这种区分是近期才出现的。19世纪以及20世纪初期的重要文件都使用“战争法”或“战争法规和惯例”来指代适用于战争中的各种国际法规则与原则。它们并未在有关特定禁用武器、敌对行动以及保护特定人员和物体的规则之间作出明

3 Wilbert E. Moore, “Introduction”, in Wilbert E. Moore (ed.), Technology and Social Change, Quadrangle Books, Chicago, 1972, p. 5.

4 Garth Massey, Ways of Social Change: Making Sense of Modern Times, 2nd ed., Sage, Los Angeles, 2015.

5 See e.g. US Department of Defense, Law of War Manual, Washington DC, June 2015, para. 1.6.2; Robert J. Mathews and Timothy L. H. McCormack, “The Influence of Humanitarian Principles in the Negotiation of Arms Control Treaties”, International Review of the Red Cross, Vol. 81, No. 834, 1999, pp. 334–335.

确区分。[6]值得注意的是，即使是1952年出版的《奥本海国际法》第七版仍仅将禁止使用的作战手段作为一种敌对行动问题而非军控问题来论述。[7]因此，在一篇论述这一法律历史的文章中严格地区分国际人道法和军备控制法是不合适的，因为若加以区分，可能会扭曲而不是澄清论述的主题。另外，在当前非法律人士关于修改法律之必要性的讨论中可以看出，他们并不完全清楚需要对哪一个法律分支进行修订。这就意味着需要对整个法律结构进行考虑。

呼唤新的法律

最近，“技术的发展使得战争法不足以对其进行规制”的观点已经受到一些关注。各类专家都认为应当增加对网络空间的规制，有些还十分具体地强调要制定一个《日内瓦网络战公约》。[8]这些提议有的内容清楚明确，有的则较为模糊：例如许多人公开抱怨现行国际法不足以规制网络空间的军事行动，但并未明确指出现行法律存在哪些不足之处；而对于进一步规制无人机这种具体装置所提出的相关建议则更为具体。比如，民间团体已经开展运动，提倡禁止所有武装无人机的使用。[9]但评论家们却更为现实地建议重新评估现行的管理机制，以减少无人机技术扩散的可能。[10]

提出最具条理且最明确建议的当属主张对致命性自主武器系统进行规制的人。他们在“机器人武器控制国际委员会”等机构的支持下开展工作，寻

6 See especially Institute of International Law,“The Laws of War on Land”, Oxford, 9 September 1880; Hague Convention (IV) regarding the Laws and Customs of War on Land, 205 CTS 27, 18 October 1907 (entered into force 26 January 1910).

7 Lassa Oppenheim, International Law: A Treatise, 8th ed., edited by Hersch Lauterpacht, David McKay Company, New York, pp. 340–345.

8 Chris Weigant,“We Need a Geneva Convention on Cyber Warfare”, Huffington Post: The Blog, 28 October 2013, available at: www.huffingtonpost.com/chris-weigant/we-need-a-geneva-conventi_b_4171853.html; Karl Rauscher,“It’s Time to Write the Rules of Cyberwar”, IEEE Spectrum, 27 November 2013, available at: spectrum.ieee.org/telecom/security/its-time-to-write-the-rules-of-cyberwar.

9 See e.g. Drohnen-Kampagne, available at: drohnen-kampagne.de; Ban Weaponized Drones from the World, available at: act.rootsaction.org/p/dia/action/public/?action_KEY=6180.

10 Micah Zenko and Sarah Kreps, Limiting Armed Drone Proliferation, Council of Foreign Relations, Washington DC, 2014.

求对《常规武器公约》框架下有关此类技术的讨论施加影响。已经有3000多名机器人技术与人工智能领域的研究人员以及17000多名其他人员 (包括著名学者和企业家)签署了一封公开信，呼吁“禁止不受有意义的人类控制的攻击性自主武器”。[11]

有些建议还更进一步。布拉德·阿伦比于2012年在《石板》杂志上发表的一篇合著文章中指出，针对特定技术的新条约虽然有一定的用处，“却只不过是企图更新已过时的国际机制而已”。[12]“过时”一词可能让很多战争法专家皱起眉头，因为它让人想起乔治·布什总统在任时的白宫法律顾问阿尔伯托·冈萨雷斯。他表示《日内瓦第三公约》的某些内容“陈旧”和“过时”。[13]不过，公平地说，此后阿伦比所撰写的文章更为学术，也更为严谨。比如，他曾指出，战争法“历经长期的发展，有了许多评注和多种文化的融入”，因此“这样一种成熟而充满活力的框架不可能突然完全过时，而且我们也不希望它过时”。[14]无论如何，最关键的一点是，人们对特定技术问题的关切，能产生的作用十分有限。治理问题完全可能是由于整个技术变革以及各种技术之间的相互作用所造成的。换句话说，技术变革完全可能给战争法在总体上带来问题。

法律与技术产业

呼吁对法律进行更新的技术专家、科学家、伦理学家以及其他一些评论者已经与对该问题著书立说的国际法学家之间形成了一种共生关系，二者相

11 “Autonomous Weapons: An Open Letter from AI & Robotics Researchers”, available at: futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons.

12 Braden R. Allenby and Carolyn S. Mattick, “Why We Need New ‘Rules of War’”, Slate: Future Tense, 12 November 2012, available at: www.slate.com/articles/technology/future_tense/2012/11/drones_cyberconflict_and_other_military_technologies_require_we_rewrite.html.

13 Alberto R. Gonzales, “Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban”, Memorandum for the President, 25 January 2002, reproduced in Karen J. Greenberg and Joshua L. Dratel (eds), The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 118–121.

14 Braden R. Allenby, “Are New Technologies Undermining the Laws of War?”, Bulletin of the Atomic Scientists, Vol. 70, No. 1, 2014, p. 29.

辅相成。因此毫不令人意外的是，过去十年间出现了大量的国际法文献，对具有或可能具有军事用途的新技术所带来的挑战进行了剖析。

至于探讨法律与技术关系的学术文献，许多都遵循了一种特定的模式。基兰·特兰特根据规制外层空间、体外受精和虚拟世界等问题所进行的讨论，提出了一个被其称为“法律和技术产业”的学术模板。[15]该模版以技术危机事件开始，即某一项特定技术带来的进步与危险并存，其未来充满不确定性。[16]这样的一个起点不经意间与 (西方)主流共识相契合，即技术发展对社会有着重要的影响，会给社会带来机遇和问题。[17]“法律与技术产业”模板接着指出现行法律中的空白或不足之处，详细阐述立法干预的必要性并对立法流程进行了概述。[18]但与此同时，该讨论并未涉及法律背后的价值，并未对未来规则的实质问题表达意见。正如特兰特所总结的，“法律是制定出来的，但是这种立法背后的价值和政策应当来自别处。”[19]

关注法律和新兴军事技术文献的读者至少能注意到这种“法律和技术产业”的某些特点。[20]其中一个特点便是辨识并关注某一颠覆性技术，及其可能带来的机遇和挑战。显而易见，这将会进一步促进对网络战、无人机、自主武器、军事纳米技术等方面的法律分别进行讨论。最近出现的关于网络战争法方面的专业期刊便是这种分别讨论模式的一个缩影。[21]

必须承认，难以避免的是需要采用具体技术具体分析的方法。每个相关技术本身都十分复杂、难以理解。因此，全面的法律分析会遇到很大挑战，

15 Kieran Tranter,“The Law and Technology Enterprise: Uncovering the Template to Legal Scholarship on Technology”, Law, Innovation & Technology, Vol. 3, No. 1, 2011.

16 Ibid., p. 69.

17 Nick Bostrom,“Technological Revolutions: Ethics and Policy in the Dark”, in Nigel M. de S. Cameron and M. Ellen Mitchell (eds), Nanoscale: Issues and Perspectives for the Nano Century, Wiley & Sons, Hoboken, 2007, p. 131; Roger Brownsword, Rights, Regulation and the Technological Revolution, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 25.

18 K. Tranter, above note 15, p. 69

19 Ibid., p. 70.

20 See, in relation to cyber-warfare, Samuli Haataja,“Technology, Violence and Law: Cyber Attacks and Uncertainty in International Law”, in Rauno Kuusisto and Erkki Kurkinen (eds), Proceedings of the12th European Conference on Information Warfare and Security, ACPI, Sonning Common, 2013, pp. 317–318.

21 See e.g. the Journal of Law & Cyber Warfare, the Journal of Information Warfare, and the International Armed Conflict”, in Anthony M. Helm (ed), The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force, US Naval War College, Newport, 2006.

因为要使讨论变得有意义，参与者就必须掌握相关的科技知识。[22]因此，目前最好的策略是像包括本期《评论》在内的一些学术刊物和杂志专题研究那样，将对各种不同技术的讨论放在一起进行，从而使得它们之间建立起一种联系。[23]

然而，此类学术研究与“法律与技术产业”模板之间还是存在区别。尽管战争法方面的专家常常对立法的前景持怀疑态度，但他们乐于对规则的实质内容以及法律背后的价值进行讨论。他们乐于讨论法律价值问题，可能与一个广泛认可的前提有关，即战争法的大部分规则都是军事必要性与人道考量之间的平衡，或者如林伸生所主张的，都满足军事必要性与人道方面的要求。[24]虽然这似乎会在如何最好地调和军事必要性和人道之间的关系方面，引发无休止的争论，但这一争论关乎实质问题，而非仅涉及形式问题。

“法律与技术产业”模板的另一个暗含的特征也是有关军事技术的新文献所具备的特点。人们认为法律和技术有现在与未来 (尽管其未来充满危险的不确定性)，但没有过去，因此较少从以往技术变革的角度来考虑战争法的发展。大体上可以借特兰特一句话来表述，即“法学家们试图通过推测与间接描述来拯救未来”[25]这十分奇怪，因为思考法律是如何适应或为何没能适应过去的技术突破应该是十分有趣且有益的事情。

如引言所提到的，本文接下来将探讨两方面问题，一是通过解释这些被忽视的历史来提出一些观点；二是说明对战争法以往的发展进行更深入的研究可以带来的益处。

---

22 但是，关于更为综合性的方式，see Michael N. Schmitt, “War, Technology and the Law of Armed Conflict”, in Anthony M. Helm (ed), The Law of War in the 21st Century: Weaponry and the Use of Force, US Naval War College, Newport, 2006.

23 See especially Dan Saxon (ed.), International Humanitarian Law and the Changing Technology of War, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013; Hitoshi Nasu and Robert McLaughlin (eds), New Technologies and the Law of Armed Conflict, TMC Asser Press, The Hague, 2014; International Review of the Red Cross, Vol. 94, No. 866, 2012, pp. 457–817; Utah Law Review, No. 5, 2013, pp. 1215–1356; International Law Studies, Vol. 91, No. 1, 2014, pp. 468–516, 540–640, 699–728; Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 47, No. 1, 2015, pp. 1–238.

24 See Nobuo Hayashi, “Military Necessity as Normative Indifference”, Georgetown Journal of International Law, Vol. 44, No. 2, 2013.

25 K. Tranter, above note 15, p. 69.

战争法的发展

在军事史著作中，有关战争法的内容常常被一笔带过，通常甚至起不到什么作用，只不过是一种毫无作用的补充。有些历史学家有选择性地对军备控制和裁军措施有所提及。[26]1139年，天主教会将基督徒之间使用石弓的行为定为非法，这作为明确对军备进行控制的首次尝试而受到了人们的长期青睐。[27]其他人则简单地提及了索尔费利诺战役和1864年关于保护伤者病者的《日内瓦公约》。[28]约翰·基根在其备受好评的《战争史》一书中仅用了几页篇幅来讲述战争法。[29]在这种总体上忽视战争规则的做法中，有一个最为显著的例外，即《牛津现代战争史》。这本书虽属于简明读本，但却包含了一整章由亚当·罗伯茨爵士编写的关于战争法的内容。[30]

(军事)史学家对战争法内容的关注相对缺乏或许反映出战争法约束交战方行为的能力或史学家对这一能力的认识。因此，战争法的历史自身并没有发展成为一个独立的研究领域便不足为奇。不过，要列出当代重要的研究战争法历史的书籍是很容易的。与西奥多·梅龙一样，莫里斯·基恩详细著述了中世纪的战争法，但他以莎士比亚所描述的历史为基础的。[31]杰弗里·贝斯特的两部著作可能是19世纪中期到20世纪后期最为著名的 (也是最令人愉悦的) 研究战争法历史的作品。[32]最近，约翰·威特详细探讨了战争法在美国历史中的作用。[33]

---

26 Robert L. O'Connell, Of Arms and Men: A History of War, Weapons and Aggression, Oxford University Robert L. O'Connell, Of Arms and Men: A History of War, Weapons and Aggression, Oxford University Encyclopedia of Military History: From 3500 BC to the Present, 4th ed., Harper Collins, New York, 1993, pp. 307–308, 1123–1125; 1369–1371, 1485–1486.

27 R. L. O'Connell, above note 26, pp. 95–96; R. E. Dupuy and T. N. Dupuy, above note 26, pp. 307–308 (另参考教会通过“上帝的和平”和“上帝的休战”等概念来限制战争的更为广泛的尝试)。

28 Christon I. Archer, John R. Ferris, Holger H. Herwig and Timothy H. E. Travers, World History of Warfare, University of Nebraska Press, Lincoln, 2002, pp. 422–423.

29 John Keegan, A History of Warfare, Alfred A. Knopf, New York, 1999, especially pp. 382–383.

30 Adam Roberts, “Against War”, in Charles Townshend (ed.), The Oxford History of Modern War, new ed., Oxford University Press, Oxford, 2005.

31 Maurice Keen, The Laws of War in the Late Middle Ages, Routledge & Kegan Paul, London, 1965; Theodor Meron, “Shakespeare's Henry the Fifth and the Law of War”, American Journal of International Law, Vol. 86, No. 1, 1992; Theodor Meron, Bloody Constraint: War and Chivalry in Shakespeare, Oxford University Press, New York, 1998.

32 Geoffrey Best, Humanity in Warfare, Columbia University Press, New York, 1980; Geoffrey Best, War and Law since 1945, Clarendon, Oxford, 1994.

33 John Fabian Witt, Lincoln's Code: The Laws of War in American History, Free Press, New York, 2012.

人们对世界战争法历史的了解主要通过两种途径。一是由迈克尔·霍华德、乔治·安德利奥波罗斯以及马克·舒尔曼编写的一本薄书，内容可读性强但非常粗略；[34]二是由亚历山大·吉莱斯皮撰写的一套三卷本作品，它为读者提供了大量的历史数据，但分析较少。[35]斯提芬·内夫曾于10年前表示，对战争法历史的关注“少得令人惊讶”[36]。从大体上看，这一情况至今仍未改变。而且，人们也同样很少关注作为战争法和军备控制法最主要构成部分的国际人道法。关于军备控制法，马克·莫亚指出：“历史学家尚未写出可以称得上具有综合性的有关军备控制和裁军方面的通史。”[37]

战争法专家与其他国际法学者一样，并非对过去一点都不感兴趣。他们可能因为过去能够对国家实践有所启示而倍感兴趣。在习惯国际法规则的形成过程中，国家实践当然是必不可少的组成部分。此外，在国家实践与条约的内容有关的情况下，这种国家实践有助于对有关条约的条款进行解释。[38]对条约缔结过程及其缔结时所处环境的考察——都是历史记录问题——也属于一种有效的解释条约的辅助性方法。[39]但是，这种对历史的兴趣必然是狭隘的，其目的只是要阐明现行规则的内容。因此，国际法学者通常对当代规则的产生和发展具有较好的认识——比如，二战期间臭名昭著的虐待战俘行为如何影响了《日内瓦第三公约》的起草。[40]但是，对于战争法总体演进的理解仍然是十分粗略的。

广义历史观一贯采用关注现有规则起源的高度务实的方法，因此主要关注所谓的“现代”战争法。按照一种广为认可的说法——“起源说”，19世

34 Michael Howard, George J. Andreopoulos and Mark R. Shulman (eds), The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World, Yale University Press, New Haven, 1994.

35 Alexander Gillespie, A History of the Laws of War, 3 vols, Hart, Oxford, 2011.

36 Stephen C. Neff, War and the Law of Nations: A General History, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 1.

37 Mark Moyar, Arms Control and Disarmament, Oxford Bibliographies, 19 April 2015, available at: www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199791279/obo-9780199791279-0002.xml.

38 参见《维也纳条约法公约》, 1155 UNTS 331, 1969年月23日23（于1980年1月27日生效），第31条第3款第2项（规定在条约解释中必须考虑“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”）。

39 Ibid., Art. 32.

40 See e.g. G. Best, War and Law, above note 32, pp. 135–136.

纪60年代颁布了《利伯法典》并通过了《日内瓦第一公约》和《圣彼得堡宣言》，现代战争法由此诞生。[41]而在此之前的发展则很少得到详细讨论，仅有简短介绍，像保存在玻璃罐里的历史古董那样。[42]霍华德·列维就曾对19世纪80年代之前的实践不予考虑，他认为那时“人道在……战争中不起作用，或者只起到很小或几乎是偶然性的作用”。[43]这一观点广受支持，它将战争法的起源专门与人道理想的发展联系起来。换句话说，战争法的发展可以被视为是基于人道考虑，对敌对行动施加越来越多的具体限制的过程。广义历史观采用的这种方式至少在四个方面存在问题。

首先，人道考量与军事必要性之间的相互作用构成当今战争法的特征，但这一关系并非构建战争规制框架的唯一方式。长期以来，战争法在很大程度上都受到军事必要性原则的影响。如内夫所说：“总的来说，军事必要原则在中世纪起统领作用，几乎未曾遇到挑战。”[44]此后的几个世纪依然如此。[45]必须承认，军事必要性是一个弹性概念，或许只能够排除那些最为明显的过分行为。但是，一部以军事必要性为基础的法律，即使在当代观察家看来并不完美，但也能发挥一定作用。正如马尔蒂·科斯肯涅米所言，军事必要性：

> 提供了一种判断是否允许实施某种行为的标准，但它更为主要的作用在于引导战斗员（实际上是上级军官）审视内心良知并抑制实施“非理性”暴力行为的冲动……，而且即使在战斗过程中也是如此。[46]

因此，军事必要性概念至少有一种重要的培养和教育功能，它促使战斗员去思考自身行为的妥当性。

---

41 Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order No. 100, 24 April 1863;《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》，129 CTS 361，1864年8月22日（于1865年6月22日生效）；《关于在战争中放弃使用轻于400克的爆炸性弹丸的宣言》，138 CTS 297，1868年12月11日（1968年12月11日签署时生效）。

42 一如既往地，总有一些例外，比如莱斯利·格林和杰拉德·德雷珀对前现代战争法的发展曾有许多思考。

43 Howard S. Levie,“History of the Law of War on Land”, International Review of the Red Cross, Vol. 82, No. 838, 2000.

44 S. C. Neff, above note 36, p. 65.

45 Ibid., pp. 112–113.

46 Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 88.

其次，19世纪60年代以来战争法的发展被认为是对早已存在的军事习惯的“编纂”[47]，是对公法学家阐述的原则的“汇编”。[48]如果早期法律完全缺乏人道关怀的话，那么难以想象可以编纂或汇编出一部由人道理想做指导的法律。

第三，如果从非常严格的意义上来理解人道概念，那么甚至是19世纪80年代之后制定的法律，也并非所有都可被称为人道法。阿曼达·亚历山大就曾主张，直到20世纪末，战争法才真正将人道价值纳入其中，接受了1977年《附加议定书》所包含的原则。[49]尽管这可能只是一种极端的观点，但是正如梅龙所指出的，由于人权法的影响以及人道考量日益受到重视，战争法无疑经历了一个“人道化”的过程。[50]此外，“国际人道法”这一术语似乎是20世纪70年代的产物。[51]

第四，如果仅关注人道概念，会忽视荣誉——包括中世纪的骑士精神——在战争法发展过程中的作用。由于某些有关战士荣誉的概念似乎具有永恒性和普遍性，若忽视其作用会导致问题产生。[52]的确，即使在以人道关切为主导的现代战争法中，骑士精神仍然有所体现。[53]

简而言之，前现代战争法与现代战争法之间的显著差异（虽然可能存在共性）背后隐藏的内容多于其所揭示出的内容。值得瞩目的是，这一差异表明从19世纪60年代至今已取得了重大突破。另外，还出现了关于战争法发展更为丰富详细的历史描述。有时几乎是无心插柳柳成荫。在斯蒂芬·内夫的

---

47 H. S. Levie, above note 43, p. 340; S. C. Neff, above note 36, p. 113.

48 M. Koskenniemi, above note 46, p. 87（将《利伯法典》描述为“自格劳秀斯以来的公法学家所承认的人道原则的编辑”）。

49 Amanda Alexander,“A Short History of International Humanitarian Law”, European Journal of International Law, Vol. 26, No. 1, 2015.

50 Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, American Journal of International Law, Vol. 94, No. 2, 2000.

51 至少“谷歌全球书籍词频统计器”表明，“人道法”这一词组是在1970年代进入书籍库的。available at: books.google.com/ngrams.

52 See e.g. Paul Robinson, Military Honour and the Conduct of War: From Ancient Greece to Iraq, Routledge, London, 2006.

53 如，关于骑士制度对于当代战争法的影响，see Rain Liivoja,“Chivalry without a Horse: Military Honour and the Modern Law of Armed Conflict”, in Rain Liivoja and Saumets (eds), The Law of Armed Conflict: Historical and Contemporary Perspectives, Tartu University Press, Tartu, 2012.

《战争与万国法》中，我们可以看到最为深刻的不仅仅限于现代的战争法概念史。[54]然而，在该书中，内夫自己承认，他并非打算撰写战争法的历史，而是“有关战争本身的法律性质和特点的观念的历史”。[55]尽管如此，他的阐释为我们提供了有关战争法整个演变轨迹的重要见解，并且指出了其发展过程中的重要观念与时期。它还提供了一个重要跳板，有助于进一步详尽研究战争法的历史。

技术特定与技术中立的战争法

在对战争法史的态度转变之后，任何探究技术在战争法史中作用的人都必须回答另一个难题，也就是技术对法律有什么影响?

思考这个棘手的问题首先需要对概念进行整理。战争法涉及不同抽象程度的技术。但这绝非其独有的特点：在其他领域，人们已经对“技术特定”与“技术中立”的法律之间的区别以及后者的可取性进行了广泛讨论。[56]

技术特定的法律，按照其字面意思，是对特定类型的技术作出规定的法律。最为明显的与战争有关的技术特定规则，就是那些完全禁止或以某种方式限制使用某种作战手段 (即武器和投射物) 的规则。最为久远的例子之一就是禁止使用毒物或有毒武器的规定。[57]另一个例子是最近引入的对“主要是以X光无法检测到的碎片致人伤害”之武器的禁止。[58]但还有其他技术特定的战争法规则，尤其是在更为依赖技术的海战和空战情况下。例如，对医疗航空器的某些保护与对其他医疗运输工具的保护是分开规定的。首先，有些

54 S. C. Neff, above note 36.

55 Ibid., p. 2.

56 See, in particular, Bert-Jaap Koops,“Should ICT Regulation Be Technology-Neutral?”, in Bert-Jaap Koops et al. (eds), Starting Points for ICT Regulation: Deconstructing Prevalent Policy One-liners, Asser, The Hague, 2006.

57 《关于陆战法律与习惯的海牙第四公约》，205 CTS 277，1907 年10月18日 (于1910年1月26日生效)，Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land (“Hague Regulations”), Art. 23(a).

58 《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》1342 UNTS 168，1980年10月10日 (1983年12月2日生效)的附件《关于无法检测的碎片的议定书》。

规则涉及航空器所特有的医疗运输工具信号的标记与识别。[59]另外，医疗航空器还要遵循与飞行计划以及可能出现的拦截情况有关的详细规则。[60]

“只要某一法律不对某种特定技术给予特殊待遇”，即使它“可能与技术密切相关或与技术交织在一起”，也可视为“技术中立”的法律。[61]有些战争法规则与技术密切相关，但仍然明显是“技术中立”的。这尤其包括一些有关武器的规则，此类规则从总体上对作战手段的效果而非某一特定武器作出规定。这种规则禁止使用本质上属于不分皂白的作战手段，[62]以及具有能导致不必要的痛苦之性质的作战手段。[63]同样，还有些规则禁止使用对环境的危害高于特定标准的作战手段[64]，禁止特别过分地使用环境作为作战手段。[65]的确，在这些禁止性规定中系统地使用“作战手段”这个一般性术语凸显了其技术中立的特点。事先确定“新武器、作战手段或方法”的使用是否受到国际法禁止这一附随义务显然也是技术中立的。[66]

一些规则“完全从技术中抽象出来”，[67]因此“它们适用于相关行为者的行为及其行为的效果，而不适用于实施这些行为所采取的手段或者产生这些效果所使用的手段”。[68]因此就可以将其称为“无关技术”的法律。战争法的大部分规则都是无关技术的。战争法规制敌对行动并对未参与敌对行动的人员提供保护——而基本不受交战方所采用的作战手段和方法及其所使用技术的影响。这些规则力图实现某种 (人道) 目的，从这一角度出发，所有种类的技术都可能被用于违反这些规则或确保这些规则的遵守。事实上，取决于具体情况，违反和遵守法律的，可能是同一种技术。比如各种药剂和医疗

59 特别是见《日内瓦第一公约》第36条第2款;《第一附加议定书》附件1第7条第1款和第9条第1款。

60 特别是见《日内瓦第一公约》第36条第3–4款; 《第一附加议定书》第29–30条;《第一附加议定书》附件1第13–14条。

61 B.-J. Koops, above note 56.

62 1949年8月12日《日内瓦公约》的《第一附加议定书》以及《关于保护非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35条第1款。

63 《海牙规则》第23条第5款;《第一附加议定书》第35条第2款。

64 《第一附加议定书》第35条第2款。

65 《禁止将影响环境手段用于军事目的公约》，1108 UNTS 151，1977年5月18日 (1978年10月5日生效)。

66 《第一附加议定书》第36条。

67 B.-J. Koops, above note 56.

68 Chris Reed,“Taking Sides on Technology Neutrality”, SCRIPT-ed, Vol. 4, No. 3, 2007, p. 269.

设备既可以用来治疗伤者 (符合战争法的要求)，也可以用来折磨他们 (违反战争法)。

从技术变革到法律变革

上述不同类型规则的发展路径均有所不同。从某种程度上说，这是因观念不同所致。根本来说，军备控制法规则与特定技术高度相关，该法所考量的因素就未必与国际人道法中技术中立或无关技术的规则相同。尽管人道考量确实影响了军备控制法的发展，[69]并且该影响可能会与日俱增日，但对特定武器的限制通常由战略考量 (比如获得武器的成本、其效用等) 决定。[70]由于意识形态观点的不同，自第一次世界大战以来，有关军备控制条约的谈判与有关保护战争受难者的讨论都是分开进行的。

基本说来，有关特定技术的规则的发展与技术变革的相关性是显而易见的。某个限制使用燃烧武器的条约的通过必定与燃烧武器的发展有某种联系。毫无疑问，在有关特定技术的立法过程中，技术会对法律产生某种影响。但除此之外，问题就比较复杂了。关于为何采取某种特定的立法方法或对于立法为何没有反应的问题，并不容易解答。一个综合性的回答有可能涉及战略、经济、人道以及其他因素。另外，立法过程可能发生在技术发展的不同阶段。多数情况下立法是应对性的，即发生在某种技术出现之后。在极少情况下，立法也是具有前瞻性的，可以预测 (并可能会防止)某一种新技术的出现。禁止永久性致盲激光武器便是一个很少见的例子。[71]

至于技术中立和无关技术的规则，技术变革和法律演变之间的联系变得较为微弱。我们不能假定这些规则的变化完全是由技术变革自身所带来的。

---

69 See R. J. Mathews and T. L. H. McCormack, above note 5.

70 For a particularly bleak view, see Chris af Jochnick and Roger Normand, "The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War," Harvard International Law Journal, Vol. 35, No. 1, 1994, especially pp. 66–68 (regarding exploding bullets) and pp. 73–74 (balloons). See also R. Liivoja, above note 53, pp. 84–86 (concerning poison and crossbows).

71 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》，1380 UNTS 370，1995年10月13日 (1998年7月30日生效)的附件《关于致盲激光武器的第四议定书》。

技术中立和无关技术的规则本身的抽象性的确会使其免受技术变化的影响，这也是人们提倡使用此类规则的原因。技术对技术中立和无关技术的规则产生的影响是间接性的，需要由技术引发的一般性社会变革作为中介。具体到战争法，这一过程需要经过两个阶段：技术变革影响战争的总体性质，而战争性质的变化又继而促成法律的变化。

这一过程的第一部分当然根本不是一个法律问题。它在更一般的意义上属于技术变革与社会变革的关系。简单地说，关于技术是否为人们提供可适时使用的工具 (技术“工具”论)或者技术是否实际上推动着社会变革 (技术“决定”论)，人们还有巨大争议。[72]

在战争与军事事务领域，也存在这一争论。人们似乎公认的是技术在战争中发挥着重要的作用以及技术的整体状态与战争的性质之间存在极高的关联性。尽管许多军事技术方面的历史学家在尽力避免回到纯粹的决定论立场上，但都强调技术在战争中所发挥的重要作用。比如，马丁·范·克勒维尔德主张“战争完全为技术所渗透和支配”，但他进一步指出，“仅仅因为技术在战争中发挥着重要的作用不能断定它可以单独支配战争行为或带来胜利”。[73]同样，阿列克斯·罗兰德也指出，在整个历史上，技术已经成为军事创新的主要源泉。它比任何其他因素都更能促成变革。……但是，无论技术给战争带来多大变化，它绝不会决定战争——既不能决定战争的实施方式也不能决定其结果。技术主导战争，但不统治战争。[74]

按照罗兰德的观点，技术提供了机会，但社会是否会利用这些机会则是另一个问题。尤其就军事技术而言，不同社会在是否准备好利用特定机遇的问题上存在显著差异，这通常是由于文化因素造成的。中国最先发明火药，但火药快速用于军事用途却是在欧洲，这或许是最为突出的一个例子。因

72 技术是否体现为一系列的价值或只是价值中立问题，为该问题添加了一个新的维度。See e.g. Andrew Feenberg, “What Is Philosophy of Technology?”, in John R. Dakers (ed.), Defining Technological Literacy, Palgrave Macmillan, New York, 2006.

73 Martin van Creveld, Technology and War: From 2000 BC to the Present, revised ed., The Free Press, Martin van Creveld, Technology and War: From 2000 BC to the Present, revised ed., The Free Press,

74 Alex Roland, “War and Technology”, FPRI FootNotes, Vol. 14, No. 2, 2009, available at: www.fpri.org/articles/2009/02/war-and-technology.

此，当我们评估技术对战争的影响时，必须与政治、经济、文化以及其他因素一起考虑。这绝非易事。

使问题更为复杂的是关于战争变革的持续性问题的争论。在20世纪90年代，“军事革命”这一观念流行起来，军事事务中仿佛突然爆发了变革——它们不是缓慢发生的，而是在相对较短的时期内集中出现的。最初的“军事革命”概念具体与技术变革相关，而演变之后的概念则仅将技术变革视为促进战争变革的一个因素。

“军事革命”这一概念——后来更名为“军事变革”——成了一个备受争议的话题。[75]但是，正如历史学家杰里米·布莱克所指出的，“军事革命”“同时涉及描述、分析、说明和任务这四个方面；而该术语使用方面的不确定性主要反映了人们未能对这四个方面加以区分”。[76]这一概念最具争议的情况就是，为了在“军事革命”中获得优势，将其用作“说明和任务”以提倡在军事技术、战略或其他方面实现变革，但该变革最终并未带来预想的优势。不过，如果将此概念用于对战争发展进行事后描述与分析而非预测未来，那么它会发挥更大的作用。这就是麦克斯·布特在其杰出的著作《战争带来革新:科技、战争及历史进程》中所采用的方法。[77]

根据技术变革来评估战争法的变化是非常困难的，而评估构成国际人道法特征的技术中立和无关技术的规则时尤为困难。人们不仅必须依赖并不详实的法律历史，而且还会陷入有关技术对战争影响的截然对立的争论中。尽管如此，武器技术方面的两个重大革新还是值得一提，因为它们对战争法有着完全不同的影响。

第一个是火药。在欧洲中世纪的骑士战争中形成了一种“武装法”。它包括骑士制度规范和一些古代的习惯，如给予传令官保护地位。这种武装法只适用于骑士——即富有、见多识广并信奉基督教的勇士精英阶层。下层草

75 For a recent discussion, see Jeffrey Collins and Andrew Futter (eds), Reassessing the Revolution in Military Affairs: Transformation, Evolution and Lessons Learnt, Palgrave Macmillan, New York, 2015.

76 Jeremy Black, “The Revolution in Military Affairs: The Historian’s Perspective”, The RUSI Journal, Vol. 154, No. 2, 2009, p. 98.

77 Max Boot, War Made New: Technology, Warfare and the Course of History, 1500 to Today, Gotham, New York, 2006.

根士兵和其他普通人无法从这种骑士理想中获得任何好处，更不用说十字军东征期间的非基督教徒了。所谓的“火药革命” (大约1500年——1700年)对中世纪的骑兵给予了致命的打击，他们被装备有投射式武器 (首先是长弓然后是明火枪和滑膛枪) 的步兵所取代。[78]无论这种骑士理想的实际效果如何(多数情况下效果都是有限的)，一个基于阶级的法律制度无法幸免于火药时代。骑士制度的武装法相形见绌，并最终由为特定军事行动而颁布的行为准则所取代。[79]这些准则成为当代军事纪律准则的前身。简单地说，技术变革影响了作战行为，继而导致规范框架的变革。技术为发展一个与武装法相比更加平等并具有普遍适用性的战争法作出了贡献。

与之相比较，应当提及的另一项革新是“原子弹”。毫无疑问，核武器代表着国家作战能力方面的重大技术变革。不过，核武器随便落入一张精心编织的 (即使并不完整)针对特定技术的裁军和不扩散措施的大网当中。[80]与此同时，伴随着这些发展，在战争法适用方面也出现了一些问题。

首先，许多国家认为《第一附加议定书》并不旨在规制核武器。[81]但是国际法院在其“核武器”咨询意见中确认，使用核武器应该“符合适用于武装冲突的国际法的要求，尤其是国际人道法原则和规则的要求”。[82]这句话的意思是，尚未进入习惯国际法之列的《第一附加议定书》中那些体现进步的规则依旧无法适用于核武器。[83]

第二，“核武器”咨询意见的不明确性引起了巨大的争议。众所周知，国际法院认为使用核武器“一般会违反”适用于武装冲突的国际法规则。[84]

78 Ibid., pp. 17–105.

79 S. C. Neff, above note 36, pp. 74–75.

80 For an overview, see Dieter Fleck, “Nuclear Weapons”, in Rain Liivoja and Tim McCormack (eds), Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict, Routledge, Abingdon, 2016.

81 见英国和美国在签署时以及比利时、加拿大、法国、德国、爱尔兰、意大利、荷兰、西班牙以及英国在批准时的声明。

82 国际法院，《以核武器相威胁或使用核武器的合法性》咨询意见，《1996年国际法院年度报告》，第105 (2) (E)段。

83 关于讨论和参考文献，见Julie Gaudreau, “The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims”, International Review of the Red Cross, Vol. 84, No. 849, 2003.

84 国际法院，《以核武器相威胁或使用核武器的合法性》咨询意见，《1996年国际法院年度报告》，第105 (2) (E)段。

但国际法院认为，在攸关一国存亡的极端情况下实施自卫时，无法“确切判定使用核武器是否合法”。[85]这可以被理解为表明“极端的自卫情况下”可以允许不顾战争法的限制，这是一种与战争法的基本信条完全不一致的观点。但是，各国并未将这种解读提交给国际法院，而且实际上，在随后的文献中，这种解读都遭到彻底的否定。[86]

尽管存在这些问题，核武器并未导致战争法实质性的改变。一种可能的解释是，核武器虽然改变了战略格局，但对日常的(或谓“常规的”)战争形式并无作用。正如安德鲁·罗斯所指出的：“核革命对作战形式的影响，战略意义超过实战或战术意义。它一直关乎威慑以及我们对威慑的看法而非作战本身。”[87]

历史的重要性

格里高利·曼德尔曾指出：“研究以往的法律与技术问题是如何得到解决的，尤其是在解决过程中所犯的错误，会为我们应对当今和未来可能出现的法律与技术问题提供有价值的经验教训。”[88]这同样适用于法律、战争以及军事技术。那么，我们能够从历史中学到些什么呢？鉴于过去和现在军事技术范围广泛，要在本文如此短的篇幅内说清楚应从历史中学到何种“经验教训”，甚至是概述为弄清楚这些经验教训应采取的方法，都是鲁莽的做法。不过，我们可以相对有把握地提出几点一般性的结论。

85 Ibid.

86 See e.g. Timothy L. H. McCormack,“A non liquet on Nuclear Weapons: The ICJ Avoids the Application of General Principles of International Humanitarian Law”, International Review of the Red Cross, No. 316, 1997; Dapo Akande,“Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court”, British Yearbook of International Law, Vol. 68, 1997, pp. 208–210.

87 Andrew L. Ross,“The Role of Nuclear Weapons in International Politics: A Strategic Perspective”, FPRI FootNotes, March 2009, available at: www.fpri.org/article/2009/03/the-role-of-nuclear-weaponsininternational-politics-a-strategic-perspective.

88 Gregory N. Mandel,“History Lessons for a General Theory of Law and Technology”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 8, No. 2, 2007, p. 552.

技术冲击的规律性

战争法一次次地受到新技术的挑战。许多技术——尤其是武器——至少在最初阶段会被认为与当时的法律不符。根据贝斯特的观点，

> 战争的历史不断地被一些指控所打断，指控的内容即某些新式武器是“非法的”，原因是根据现行的荣誉、公平等标准，它们会造成“不公平”，或者是其行动后果的严重程度超出了所需的范围。[89]

贝斯特认为：“人们对一种新式武器进行指责，往往是由于不习惯或因其直接效果，而并非因为它具有客观上可测定的破坏力。”[90]他得出的结论较为消极，认为“无论新式武器起初遇到何种性质和程度的反对，一旦反对者自身能够获取到该武器，那么它就能获得普遍使用，而法律也会作出相应的调整。”[91]

实际上，贝斯特关于法律调整的认识是否正确并不是问题的关键。关键在于，技术变革并不是战争法面临的新挑战。当前法律所处的这种所谓的不稳定状态也并不新奇。但如今的情况是，技术变革的速度比以前更快，导致法律落后于技术的问题更为严重。

法规的有效性

有关法律与技术的历史在某种程度上体现了法律在新技术面前所具有的适应力以及针对该技术所采取的法律解决方案的有效性。

在国内法背景下，人们已经对能否通过技术中立的法律来应对技术变革进行了大量讨论。[92]这也是一个重要的战争法问题。在一些情况下，战争法太过具体的规定反而容易阻碍其适用。一个明显的例子是对毒气战的禁止。第一次对战争中使用毒气进行禁止的是1899年的《海牙宣言》，各缔约国在宣言中同意“放弃使用专用于散布窒息性或有毒气体的投射物”。[93]但在第

---

89 G. Best, Humanity in Warfare, above note 32, p. 62.

90 G. Best, War and Law, above note 32, p. 23.

91 Ibid., p. 24.

92 For a discussion, see e.g. B.-J. Koops, above note 56; C. Reed, above note 68.

93 《禁止使用专用于散布窒息性或有毒气体的投射物的海牙宣言》，187 CTS 453，1899年7月29日(1900年9月4日生效)，第4条第2款。

一次世界大战期间，因使用充填此类气体的大炮和迫击炮炮弹，明目张胆地违反了这一承诺。[94]此外，交战各方还找到了一些规避这一禁止性规定的方法。例如，德国人发明了“一种含有能够产生榴霰弹效果的炸药的……毒气弹”，这样散布气体就不是该毒气弹的唯一目标了。[95]此外，交战方还通过从罐子中释放氯气和光气而并非使用释放气体的投射物的方式来用毒气杀伤对方 (意外情况下会伤及自身)。[96]因此，1925年《日内瓦议定书》引入一个更加全面的禁止性规定，即禁止“在战争中使用窒息性、毒性或其他气体，以及使用一切类似的液体、材料或工具”，也就并非巧合。[97]

同时，具备高度的技术中立性的法律在国际层面的应用效果可能不会太好。由于国际法的制度性缺陷，可能更容易确保技术特定的法律得到遵守。尤其是对于规制武器或其它作战手段的规则，涉及的技术越具体，就越容易设计出有效的裁军核查和非扩散措施。相反，很难想象可以针对所有不分皂白的或者引起过分伤害的武器制定出一套可行的国际核查体制。核查措施很可能由于对禁止性规定覆盖哪些武器存有争议而被搁浅。

在这种情况下，就会产生一个关于如何在技术中立和技术特定规则之间实现最为有效的平衡的问题。关于该问题，《化学武器公约》为我们提供了一个最为详尽的、具有可行性的解决模式。一方面，该公约包含一个关于发展、生产、储存以及使用“化学武器”的全面禁止性规定。[98]接下来，又通过参照“有毒化学品”对这类武器进行了定义，即它包括通过“对生命过程实施化学作用能够导致人类或动物死亡、暂时失能或永久伤害的”的物质。[99]另一方面，该公约规定核查措施适用于被列入公约附件的化学品。[100]

94 See e.g. Kim Coleman, A History of Chemical Warfare, Springer, Berlin, 2005, pp. 27ff.

95 Ibid., p. 14; see also Ulrich Trumpener, “The Road to Ypres: The Beginning of Gas Warfare in World War I”, Journal of Modern History, Vol. 47, 1975, p. 468.

96 K. Coleman, above note 95, pp. 16ff; see also U. Trumpener, above note 96, p. 468.

97 《关于禁用毒气或类似毒品及细菌方法作战议定书》，94 LNTS 65，17 June 1925年6月17日 (1925年2月8日生效)。

98 《关于禁止发展、生产、储存和使用化学武器及销毁此种武器的公约》，1974 UNTS 45，1993年1月13日 (1997年4月29日生效)，第1条。

99 See ibid., Arts II(1) and (2).

100 See ibid., Arts II(1) and (2).

如此看来，《化学武器公约》为了建立一个普遍适用且可行的体制，融合了具有不同程度的技术特定性的规则。

武器、武器系统和军事技术

过于关注武器本身可能具有误导性。如上所述，虽然我们必须承认，投射武器特别是火药的使用推动了中世纪战争形式的终结，但在其他情况下，单纯的一项武器技术并不会产生此类影响。正如施密特所指出的："对于战斗行动的充分理解需要考虑所有与武器的使用具有直接因果关系的技术"。[101]换句话说，我们需要考虑的是武器系统。从历史的视角来看，这无疑是正确的。例如，马镫本身并非武器，但其使用实际上有助于一个武器系统的形成 (即装备有长矛的骑士)，从而开启了中世纪战争时代。

我们可能还需要再向前走一步。1800年以后，影响战争形态的技术变革的特点是其所涉及的范围更广。举例来说，正如布特所描述的，战争的"第一次工业革命"(1856-1914年) 很明显推动了来福枪和自动火枪的发展。[102]但是，蒸汽机的发明带来的影响或许更大，它便利了道路和工厂的修建，从而使得征调了大量兵员的军队的调动和装备成为可能。或许更为明显的是数字运算对军事活动带来了多方面的影响，不仅局限于武器甚或武器系统。

技术的新颖性

对特定技术的新颖性的评价必须放在历史的参照系中进行。毕竟，新的事物仅是相对于旧的事物而言的。同时，历史参照系的时间跨度必须足够广，否则，很容易导致对技术新颖性的高估 (导致高估的另外一个原因是，人类容易被自身所取得的科技成就蒙蔽双眼，尤其是当科技专家竞相证明新能力真实存在的时候)。[103]也许，迄今为止，围绕着无人机的争议已经因采用

101 M. N. Schmitt, above note 22, p. 142.
102 M. Boot, above note 77, pp. 107–201.
103 G. N. Mandel, above note 88, pp. 559–563.

了一种更加历史性的视角而获益。评论家们已经注意到了无人机和先前技术之间的连续性，[104]并使人们关注此前对于增加敌人之间距离的争论。[105]这一方法表明了无人机技术只是在某种程度上具有新颖性。可以说，当今正在发生的技术变革——从机器人到生物技术——的新颖性表现为多种技术的独特结合方式，而非任何一个单一技术的发展。不过，在以往的技术变革中也可以找到类似之处。此前提到的第一次工业革命也涉及一系列技术。

一个相关的问题是“新争议”而非“新技术”。[106]就军事技术而言，可以地雷为例。几千年前就出现了最早的非爆炸性地雷，是一种设置利器的陷阱，具有杀伤力。[107]现代地雷的前身 (一种通过压力控制的爆炸装置)在17世纪开始被采用，并在美国内战中得到广泛使用。[108]但直到20世纪70年代，人们才就限制其使用的必要性达成充分的共识，从而推动了《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》的《第二议定书》的通过。[109]随后又花了17年的时间才就全面禁止杀伤人员地雷达成一致，通过了《渥太华公约》。[110]

本文无法充分探究推动这一发展的所有因素。可以说由于大量平民因地雷致伤致死，促使人们产生限制地雷使用的意愿。而地雷造成的大量伤亡又可归结为两点：一是小型地雷的发展，它能够从飞机上投射从而产生

104 See e.g. P. W. Singer, Wired for War: The Robotics Revolution and Conflict in the 21st Century, Penguin Press, New York, 2009, p. 46ff; Sarah E. Kreps, Drones: What Everyone Needs to Know, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 9–12; see also Rain Liivoja, Kobi Leins and Tim McCormack, “Emerging Technologies of Warfare” in R. Liivoja and T. McCormack (eds), above note 80.

105 Stephanie Carvin, “Getting Drones Wrong”, International Journal of Human Rights, Vol. 19, No. 2, 2015.

106 This notion derives from Thérèse Murphy, “Repetition, Revolution and Resonance”, in Thérèse Murphy (ed.), New Technologies and Human Rights, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 8.

107 See Mike Croll, The History of Landmines, Pen & Sword, Barnsley, 1998, pp. 4–5.

108 Ibid., pp. 10 and 15.

109 《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》的附件《禁止或限制使用地雷(水雷)、诱杀装置和其他装置的议定书》，1342 UNTS 168，1980年10月10日 (1983年12月2日生效)。

110 《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》，2056 UNTS 211，1997年9月18日 (1999年3月1日生效)；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》，2048 UNTS 93, 1996年5月3日 (1998年12月3日生效)的附件1996年5月3日修订的《禁止或限制使用地雷 (水雷)、诱杀装置和其他装置的议定书》 (《第二议定书》) (区别反坦克和杀伤人员的地雷并对后者的使用做了进一步的限制)。

较大雷区；二是战场中或者战场附近有越来越多的平民出现。因此，技术因素和战争特点的总体变化结合在一起，造成了人道灾难，也导致地雷引发了“新争议”。

结论

克利斯托弗·库克在其新书《未来战争》中有力地阐述了为什么可以通过科幻小说来展望未来。科幻小说作者倾向于对当代的趋势进行分析，并在此基础上对未来进行展望，因此按照库克的说法，这提供了“一个窥探未来的窗口”。[111]另外，科幻小说能够变成一种“自我实现的预言”，作者们预测着未来，实际上更是改变着未来。[112]重要的是，正如库克所言，“科幻深入地渗透到了社会对于军事的想象中”。[113]因此，在思考可能出现的军事技术及其对法律的挑战时，人们无法承担拒绝科学幻想的代价。

同样，人们无法忽略历史书籍的作用。关于过去军事技术的发展以及这种技术变革在改变战争形式方面的作用的文献非常丰富，而且引人入胜。[114]但遗憾的是，有关战争法发展历史的文献却较为匮乏，还仍以一个特定的演变史为主，它始于利伯和杜南的壮举，关注“人道”这一概念。虽然这可能使我们无法在详尽史实的基础上对军事技术和战争法之间的关系进行研究，但这种探索似乎十分有价值。

对于《日内瓦公约》能否有效规制网络战或者《海牙公约》能否有效规制遥控武器系统，本文有意避免作出评判，因为已经有许多评论家们对规制新兴军事技术进行了审慎思考，而要在本文如此短的篇幅中做出此种评判，难免有失严谨而且也是对这些评论家们的不敬。但是，本文还是主张，只有重视军事技术和战争法不断演变的过程，人们才能正确地评估新挑战的严峻性以及法律的适应性。

111 Christopher Coker, Future War, Polity, Cambridge, 2015, p. 15.
112 Ibid., p. 29.
113 Ibid., p. 28.
114 See in particular, R. L. O'Connell, above note 26; M. van Creveld, above note 73; M. Boot, above note 77.

INTERNATIONAL REVIEW of the Red Cross

《日内瓦第一公约评注》修订版——促进对国际人道法之尊重的新工具

林赛·卡梅伦、布鲁诺·德迈耶、
让-马里·亨克茨，夏娃·拉艾、
海克·尼贝加尔-拉克纳* 著/尹文娟** 译

摘 要

分别于20世纪50年代和80年代出版的关于1949年《日内瓦公约》和1977年《附加议定书》的评注，自问世以来已成为适用和解释这些条约的主要参考资料。红十字国际委员会目前正与一个由知名专家组成的团队共同对这些评注进行修订，使之反映相关发展并对这些条约做出与时俱进的解释。第一部评注修订版——关于《日内瓦第一公约 (保护武装部队伤者和病者)》的评

* 林赛·卡梅伦、布鲁诺·德迈耶、让-马里·亨克茨，夏娃·拉艾、海克·尼贝加尔-拉克纳均为红十字国际委员会法律处《评注》修订组法律顾问。

** 北京大学法学学士，曾任职红十字国际委员会东亚地区代表处法律部。

注已经修订完成。本文概述了修订工作采用的方法和步骤，并总结了评注修订版在条约规则解释方面的主要发展。

关键词：国际人道法；《日内瓦第一公约》；《评注》修订版；红十字国际委员会；国家实践；保护伤者病者；非国际性武装冲突；有责任尊重《公约》并保证《公约》之被尊重；武装冲突的归类；提供服务；性别；传播；刑事制裁。

人道法的当代解读

红十字国际委员会于2011年与一些知名外部专家一道着手实施一个重要项目：对1949年《日内瓦公约》及其1977年《附加议定书》的评注进行修订。[1]自20世纪50年代和80年代起草最初的《评注》以来，《日内瓦公约》及其《附加议定书》已多次经受考验，这些条约在实践中的适用和解释有了重大发展。红十字国际委员会通过对所有6部《评注》加以修订，力图确保《评注》能够体现这些发展，并对这套法律做出最新、最全面的解释。红十字国际委员会负有“为了解和传播国际人道法知识”及其忠实适用“而努力工作”的职责，该项目正是作为这一职责的一部分而开展的。[2]

随着关于保护战地武装部队伤者病者的《日内瓦第一公约评注》修订版的完成，我们的第一个重要里程碑已经实现。《评注》可通过红十字国际委员会网站免费下载。[3]

《第一公约》对红十字国际委员会创始者们最初坚决主张的国际人道法基本义务做出了详细规定，这一基本义务就是：武装部队中的伤者病者在任何情况下都应受到尊重和保护，无论是友是敌，都应受到人道对待和照顾。

1 See: Jean-Marie Henckaerts, “Bringing the Commentaries on the Geneva Conventions and their Additional Protocols into the twenty-first century”, *International Review of the Red Cross,* Vol. 94, No. 888, Winter 2012, pp. 1551–1555.

2 See Statutes of the International Red Cross and Red Crescent Movement, 1986, Arts 5 (2) (g) and (4), available at: https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/statutes-movement-220506.htm.

3 See https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary. 剑桥大学出版社将于2016年下半年出版纸质书，《评注》目前只有英文版，以后会译成阿拉伯语、中文、法语、俄语和西班牙语。

就其本身而言，《第一公约》比任何其它国际人道法条约都更能够体现亨利·杜南的理念，即：受伤或患病并因此失去战斗力的士兵从丧失战斗力的一刻起不受侵犯。[4]作为伤者病者得到收集和照顾的必要条件之一，军事医务人员、医疗队、医疗物资和运输也受到保护。此外，《第一公约》还包含关于标志的使用及保护的规定，这些规定重申了标志的保护功能，并明确了使用标志的限制。

但这一里程碑的重要意义还源于这样一个事实：《日内瓦第一公约评注》修订版也包含了对《日内瓦四公约》共同条款评注的修订。这些条款中包括一些对于四公约的适用及提供保护而言极为关键的条款，如：共同第1条规定缔约方有义务在所有情况下尊重公约并确保公约得到尊重；共同第2条明确了这些公约的适用范围。这些共同条款当中，共同第3条尤为特别，它是得到普遍批准的1949年《日内瓦公约》中唯一专门用以规范非国际性武装冲突的条款。[5]无论是1949年《日内瓦公约》的起草者，还是1952年首版《评注》的撰稿者，都无法预见《公约》通过后数十年间非国际性武装冲突的盛行。新版《评注》考虑到非国际性武装冲突盛行之势，以前所未有的程度，对共同第3条所包含的法律制度进行了详细分析。

本文简要介绍了《第一公约评注》的修订过程，并总结了1949年以来国家实践及国际司法判例和文献中反映出的条约规则解释上的主要发展。在总结中例举的情形并非详尽无遗，其目的在于强调国际人道法在当代武装冲突中仍具有重要意义。《评注》修订版的内容贯穿本文，引导读者就所列主题进行更为深入的讨论。

4 关于促成红十字国际委员会及国际红十字与红新月运动成立的相关情况的描述 (始于索尔费里诺战役，至1864年最终通过《日内瓦第一公约》)，see Francois Bugnion, “Birth of an idea: the founding of the International Committee of the Red Cross and of the International Red Cross and Red Crescent Movement”, *International Review of the Red Cross,* Vol. 94, No. 888, 2012, pp.1299– 1338, available at: https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review-2012/irrc-888-bugnion.htm.

5 与之相比，《第二附加议定书》并未获得普遍批准，其适用范围更加有限，但并未修改共同第3条现有的适用条件。关于这些公约和议定书目前的批准情况，see: www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/party_main_treaties.htm.

《评注》修订工作简述

2016年版《第一公约评注》以及目前仍在修订过程中的关于第二、第三、第四公约及附加议定书的评注，旨在通过对国际人道法做出符合当代实际、基于全面研究的解读，使国际人道法更为清晰明确。

新版《评注》保留了1952年版评注 (也被称为“皮克泰评注”) 的体例，即对该《公约》的规定进行逐条评注。新版《评注》基于大量研究，其中包括：对这些条约在适用和解释方面的国家实践进行分析，如：军事手册、国内立法或官方声明所反映的国家实践；判例法及学术著作中所作的解释和澄清。此外，《评注》的撰稿者们还可以利用红十字国际委员会档案中的研究成果，并根据红十字国际委员会在过去的武装冲突中见证的实践，对该《公约》自通过以来的适用和解释情况进行反思。

从业人员和学者将在《评注》修订版中找到有助于全面理解《第一公约》各项条款的详细信息。《评注》修订版反映了当前对这套法律的认识。它不仅包括红十字国际委员会所赞同的条约解释，还指出了存在不同看法之处或尚无定论并需进一步讨论的问题。就其本身而言，新版《评注》并非最终定案，而是为进一步讨论国际人道法的实施、澄清及发展提供了坚实的基础。重要的是，在国家、国际组织、法院及人道参与方为重申国际人道法的重要意义并促进对国际人道法的遵守而开展相关工作时，新版《评注》为它们提供了新的指导工具。

得益于相当程度的外部参与，《评注》修订版的起草过程大大超越了最初皮克泰评注的起草过程。就某一条款起草新版评注的作者能够有机会阅读和评论该《公约》所有其他条款的新版评注。这种复查提供了一重监督，有助于确保整个《评注》在解释方面的统一。此外，整个评注由编辑委员会进行审查，编委会成员包括来自红十字国际委员会及来自外部的资深律师。[6]

6 编辑委员会的外部成员为利斯贝特·莱因扎德和马尔科·萨索利，红十字国际委员会的成员为菲利普·施珀里和克努特·德曼。关于审阅委员会的作者/成员以及“同行评审”小组的信息可在《评注》“致谢”部分找到，see https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentaryAckAbb.

除此之外，来自世界各地的60多位从业人员及学者应邀对《评注》草稿进行了同行评审，并为评注终稿提供了颇有价值的评论和信息。这一繁复的过程有助于确保《评注》涵盖所有主要观点。[7]因此，《评注》修订版反映了红十字国际委员会对这套法律的解释 (在它作过这种解释的情况下)，并就解释上存在分歧的特定条款介绍了主要的学派。但应当强调的是，鉴于《评注》的性质是解释性的实用指导工具，因此起草过程并未将与各国进行正式磋商作为工作的一部分。

《评注》修订版的作者们在撰稿过程中遵循《维也纳条约法公约》关于条约解释的规则，特别是该公约第31条和第32条。他们考察了条款用语的通常含义及上下文、准备工作及随后的实践，包括国家实践 (有时是缺乏国家实践的情形) 及判例法，以及其它相关的国际法规则。[8]

其它相关的国际法规则包括习惯国际人道法、3个《附加议定书》以及其它国际法上的条约，如与国际刑法和人权法有关的条约。[9]《日内瓦公约》获得通过时，国际法的许多领域尚处于起步阶段，如：人权法、国际刑法、难民法，但与此同时这些领域都已取得长足进展。这些法律领域都试图为有需要者提供保护。国际人道法并不是一套自成一体的法律，它与国际法的这些其它领域常常以一种互补的形式相互作用和影响。因此，为全面解释某个公约规则而有此必要时，新版《评注》会将这些领域的发展纳入其所作的解释之中。此外，国际法其它领域 (如：国家责任法或条约法) 的发展也在新版《评注》中有所体现。[10]

关于国际人权法，新版《评注》无意对《日内瓦公约》规则与人权法之间复杂关系的各个方面进行讨论。相反，基于两套法律具互补性这一前提，

7 例如，见对《第一公约》第12条的评注，第E.1节。

8 关于方法论的更多内容，请参考《评注概述 (General Introduction of the Commentary) 》，网址是https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentaryIntroduction.

9 应当强调的是《评注》中提到的条约，除公约本身外，被用于《评注》的前提是：这些条约仅在其地理、时间、人员方面的适用范围要求的所有条件均满足的情况下才可以适用。此外，它们仅适用于已经批准或加入该特定条约的国家，除非它们反映了习惯国际法。

10 关于国家实践的例子，例如，见对共同第1条的评注，第144段、第160段及第190段，以及对共同第2条的评注，第267-270段。关于条约法的例子，特别是关于条约继承的法律，见第60条，第C.4节。

新版《评注》在涉及相关内容时会提及人权法，例如：为了解释两套法律共有的一些概念 (如：残忍、不人道和有辱人格的待遇) 。[11]

在国际人权义务可能会影响《公约》适用的情况下，也可能会提到人权法。使用死刑就是一个例子。尽管共同第3条以及《第三公约》第100、101条和《第四公约》第68条预见到了使用死刑的可能性，但如果关于这些条款的评注修订版未提及那些旨在废除死刑的国际条约，其内容将是不完整的。[12]这些提及人权法的地方与其说是从人权法的角度解释《公约》中的义务，不如说是列出平行的义务，以便对相关国际法律规则进行全面阐述。

就国际刑法而言，各种国际刑事法院、法庭及国内法院不断丰富的判例法所提供的资料，展示了相同或类似的概念及国际人道法义务在用来评估个人刑事责任时是如何适用和解释的。新版《评注》就这一判例法与《公约》解释有关的内容进行了考察。

另一个例子是1979年《反对劫持人质国际公约》，该公约是对劫持人质的概念做出解释的起点。随后的实践也证实了这一点，例如：1998年《国际刑事法院规约》中规定的劫持人质行为构成战争罪，2002年《国际刑事法院犯罪要件》中的定义以及判例法。[13]

话虽如此，必须强调的是，当国际刑法文件规定违反某一人道条约义务的行为将构成犯罪时，该人道条约义务的内涵可能更广。国际人道法条约的义务独立于判例法所依据的国际刑法规则。因此，该义务的内容在这两套法律当中可能并不完全一样，《评注》已指出了每处存在差异的地方。例如：根据国际人道法，生物实验是非法的，即便它并未致人死亡或严重危及受害者的健康。但此类实验要达到第50条规定的关于严重破约行为的标准，就必须严重危及受保护人员的健康或健全。在这方面，较之于国际人道法所禁止的生物实验的范围，相应的刑事责任所涉及的范围更小。[14]

---

11 See ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2nd edn, 2016, paras 615–623.

12 《保护人权和基本自由欧洲公约》, 213 UNTS 222，1950年11月4日 (1953年9月3日生效)，第六议定书；《公民权利和政治权利国际公约》，999 UNTS 171，1966年12月16日，(1976年3月23日生效)，第二任择议定书 ；《美洲人权公约》，1144 UNTS 123，1969年11月22日 (1978年7月18日生效)，废除死刑的议定书。见对共同第3条的评注，第677段。

13 详见对共同第3条的评注，第G.3节。

14 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2nd edition, above note 11, para. 2994. 另一个例子是禁止威胁生命的暴力，见同上，第886段。

举例说明1949年以来解释上的发展

“皮克泰评注”主要是基于作者直接观察到的各个条约的谈判历史以及之前的实践，特别是第二次世界大战的实践。这些评注包含了制度及历史方面的重要知识，就这一点而言，它们仍有其价值。

60多年之后，《第一公约评注》修订版能够提供一种更为详尽的研究方式，这种方式结合了我们在当代武装冲突中看到的问题和挑战、技术的发展以及国际法和国内法的发展。《评注》修订版撰写过程中所作的分析重新确认了1952年版中的许多解释，但在有些问题上也提出了与当年不同的解读。

这一分析表明在外交会议期间颇受关注的适用《第一公约》某些规定的情形已经非常少见。因此，自第二次世界大战以来，外交会议赋予这些规定的在武装冲突中的意义已经不存在了。而在其它方面，后来的实践和国际法的发展意味着一些条款的评注会显著增加，不论就其实质内容还是篇幅而言。下面的段落是关于这些研究结果的几个例子。

共同条款

共同第1条规定的“尊重本公约并保证本公约之被尊重”的责任

新版《评注》在解释上的一个发展与共同第1条有关，该条要求各国“尊重本公约并保证本公约之被尊重”。尽管1952年“皮克泰评注”认为共同第1条不适用于非国际性武装冲突，但新版《评注》基于过去60年来的发展，认为该条是适用的。[15]这种解释符合共同第3条的根本性质，国际法院称之为任何武装冲突都应适用的“最低标准”。[16]

现在对共同第1条的解释受到国家、国际组织及法院实践的影响，它们都已确认国家负有尊重公约并保证公约之被尊重的义务，无论就该义务对内

15 See: ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, paras 125–126, as compared to Jean Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949, Vol 1: Geneva Convention for the Amelioration of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field,* ICRC, Geneva, 1952, p. 26.

16 ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case,* Merits, Judgment, 1986, para. 218.

还是对外的方面而言。对内的方面指的是国家有义务尊重公约并保证本国武装部队、其他人员或团体 (其行为可归于该国) 以及其治下全体人民都尊重公约。[17]对外的方面则涉及确保其他人特别是冲突的其他各方尊重公约，无论该国本身是否冲突方。对外的方面已变得越来越举足轻重。[18]

新版《评注》在相关实践的基础上进一步详细阐述了该义务对外的方面所包含的消极义务和积极义务。消极义务要求各国不得对违反公约的行为予以鼓励、帮助或协助。积极义务则要求各国采取主动措施，制止违反公约的行为并促使有过错的冲突方采取尊重公约的态度，特别是通过利用其对该冲突方的影响力。各方应以应有的勤勉来履行保证公约之被尊重的义务。这意味着其内容取决于具体情况，包括违约行为的严重程度、国家在合理范围内能够采取的手段、以及其对违约行为责任方施加影响的程度。新版《评注》还提供了范例清单，列出了各国为保证对国际人道法的尊重可以采取的措施。

共同第2条中武装冲突的归类

《评注》修订版考察了“皮克泰评注”出版以来出现的各种不同类型的国际性武装冲突。例如：《评注》修订版认定一国单方面对另一国使用武装部队就构成武装冲突，即使后者并未采用军事手段来应对或不具备这样做的能力。一国对他国动用武装部队这一简单的事实就足以将局势定性为《日内瓦公约》意义上的武装冲突。[19]

《评注》修订版对非国际性武装冲突中外国军事介入的评估可以作为一个实例，表明在过去数十年中为适应当代多方冲突的复杂局面，公约的解释是如何演变的。尽管红十字国际委员会在1971年的政府专家会议上已经建议，非国际性武装冲突中的外国军事介入已使该冲突作为一个整体变得国际化，并使得规范国际性武装冲突的国际人道法适用于所有敌对各方之间的关

17 见对共同第1条的评注，第E.1和E.2节。

18 见对共同第1条的评注，第E.3节。

19 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, 2016, paras 222-223.

系，[20]但获得广泛认可的是一种区别对待的做法，现在红十字国际委员会也遵循这种做法。这种做法区别对待两种不同情况：该外国支持的是冲突中的国家一方，还是非国家一方。在前一种情况下，武装冲突仍是非国际性的，因为敌对双方仍为非国家武装团体与国家武装部队。而在后一种情况下，尽管最初的非国家武装团体与国家武装部队之间的武装冲突仍是非国际性的，但在干预冲突的外国与最初武装冲突中的国家一方之间也出现了平行的国际性武装冲突，因为在这种情况下敌对双方是两个国家。最后，如果若干外国介入原先的非国际性武装冲突而且支持两方的情况皆有，那么每组双边冲突关系的性质 (国际性或非国际性) 将取决于敌对双方是否都是国家，或敌对方中有非国家武装团体。[21]

《评注》修订版还涉及另外一些问题，如：受一国控制的有组织非国家武装团体与另一国交战时，冲突应当归为哪一类。在国际法院和法庭的不同案件中都产生了这样一个问题：该国必须对该武装团体施以何种程度的控制才能使整个冲突被归为国际性武装冲突。[22]尽管我们承认，无论是为国家责任法上的归责，还是为确定冲突究竟为国际性还是非国际性，在控制必须达到何种程度的问题上看法都是不统一的，但《评注》阐明了红十字国际委员会的观点："将'全面控制'作为标准是适当的，包括为了归责的目的，因为全面控制的概念更好地反映了武装团体和第三国之间的真实关系。"[23]

20 提案正文如下："在非国际性武装冲突的情况下，如果一方或另一方或者双方都获益于第三国提供的作战武装部队的协助，那么冲突各方应整体适用国际性武装冲突中适用的国际人道法"；关于重申和发展适用于武装冲突的国际人道法政府专家会议，"会议工作报告"，红十字国际委员会，日内瓦，1971年，第50页。与会专家提出的反对该提案的理由之一是这样做会鼓励非国际性武装团体寻求外国支持；见同上，第51-52页。

21 For details see ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, paras 402-405.

22 See for example International Criminal Court for the Former Yugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case No. IT-94-1-A, Judgment (Appeals Chamber), 15 July 1999, paras 102–145; International Court of Justice (ICJ), *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro),* Judgement, *ICJ Reports 2007,* paras 404–405. 关于这些案例及其适用的标准的讨论，see ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edition, above note 11, paras 265–273。

23 关于"全面控制"标准的讨论，see ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edition, above note 11, paras 265–273, in particular para. 271.

共同第3条对非国际性武装冲突的规制

过去60年里的绝大多数武装冲突都是非国际性的，这几乎已经是老生常谈。共同第3条因此已成为国际人道法最关键的条款。1949年的外交会议已经强调了共同第3条作为规范非国际性冲突的“微型公约”的特性。[24]从那时开始，其条文的根本性质被认定为对所有武装冲突都有拘束力的“最低标准”，并且反映了“基本的人道考虑”。[25]

《评注》修订版围绕这一微型公约发挥作用的各种情形，探讨了由此产生的各种法律问题。这些问题包括：共同第3条适用的地域和时间范围，[26]其对非国家武装团体及多国部队的拘束力，[27]受保护的人员，[28]非国际性冲突各方的基本义务，[29]人道活动，[30]特殊协议，[31]以及冲突各方的法律地位。[32]

例如，《评注》修订版详细阐述了收集和照顾伤者病者的义务都包含哪些内容，这一义务在共同第3条中的表述较为简单。《评注》对这一义务的解释基于共同第3条规定的人道对待伤者病者的一般义务，强调伤者病者必须受到尊重和保护。《评注》还在《第二附加议定书》规定的细节以及国际人道法习惯规则的基础上，完善了对保护的评估，这些保护义务被认为暗含在照顾伤者病者的基本义务之中，包括保护医务人员、设施及运输，以及标志的使用，等等。[33]

此外，现在已经得到公认的一点是：严重违反共同第3条的行为，如：谋杀、酷刑、劫持人质，在非国际性武装冲突中也构成战争罪，如同《国际刑事法院规约》及习惯国际人道法所承认的那样。[34]对共同第3条的评注在国

24 见制定保护战争受难者国际公约的外交会议，《1949年日内瓦外交会议最终记录》，第II-B卷，第326页。当时，这种表述用来表明最终作为共同第3条通过的草案所具有的简明扼要及自成一体的特点，与之形成对比的是外交会议审议的其它方案，这些方案主张将《日内瓦公约》的某些条款原样适用于非国际性武装冲突。

25 See ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua,* Judgment, *ICJ Reports 1986*, paras 218–219.

26 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2nd edition, above note 11, paras 452–502.

27 同上，第503–517段。

28 同上，第518–549段。

29 同上，第550–580段。

30 同上，第779–840段。

31 同上，第841–860段。

32 同上，第861–869段。

33 同上，第768–778段。

34 同上，第581–695段。

际刑事法院、法庭以及国内法院的判例法的基础上，对这些禁止性规定进行了探讨。[35]此外，新版《评注》还增加了对一系列其它法律争议的讨论，这些争议涉及非国际性武装冲突中能够获得的保护，如：禁止性暴力[36]，非国际性武装冲突中不推回原则的可适用性，[37]以及刑事程序之外的拘留。[38]

另一个例子是关于禁止性暴力。这一禁止性规定只在《日内瓦公约》关于国际性武装冲突的内容中明确提到过 (见《日内瓦第四公约》第27条)。但《日内瓦公约》规定的非国际性武装冲突中给予人道待遇的义务也暗含了这一禁止性规定。《评注》参考了判例法及国际刑事法庭规约，认为性暴力在所有武装冲突中都是禁止的，因为这种行为可以构成对生命及人身的暴力、酷刑、残伤肢体或残忍的待遇，所有这些行为都是绝对禁止的。[39]

共同第3条和共同第9条中的“提供服务”

对共同第9条和共同第3条第2款规定的“提供服务”的解释可以看出另一个变化，这类服务指的是红十字国际委员会或其他公正的人道组织在国际性及非国际性武装冲突中提供的服务。尽管1952年版《评注》认为是否同意在其领土上开展人道活动应完全由交战国自行决定，而且不需要对拒绝接受这类服务的决定给出任何理由，但新版《评注》认为，一国现在不得随意拒绝接受这类服务。1949年以来，就国际法总体而言，特别是国际人道法，已经逐步发展，现在公认的观点是接到请求的冲突方必须出于善意并根据其与人道需求有关的国际法律义务，对提供服务的表示进行评估。[40]因此，如果武装冲突一方不愿或不能应对这些人道需求，就必须接受公正的人道组织提出的提供服务的建议。如果无法以其它方式满足人道需求，那么拒绝接受公正的人道组织提供服务的决定就是随意和武断的，因此违反了国际法。[41]

35 同上，第870–903段。
36 同上，第696–707段。
37 同上，第708–716段。
38 同上，第717–728段。
39 同上，第696–707段。
40 ICRC, *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, report to the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, ICRC, Geneva, 2011, p. 25.
41 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2nd edn, above note 11, paras 833–834 and 1173–1174.

其它领域的发展

对伤者病者的保护

《日内瓦第一公约》的首要目标是确保武装冲突期间对武装部队伤者病者的尊重和保护。自从1864年这一主张首次载入国际条约法以来，战争已发生了巨大的变化，而且在1949年通过《日内瓦公约》之后，仍在不断演变。修订后的对第12条的评注结合了伤者病者必须受到尊重和保护的当代背景，认定这一义务仍是国际人道法的基石。得益于《第一附加议定书》规定的精确定义，修订后的对第12条的评注确认，判定武装部队成员是否受伤或患病的决定性标准为：此人是否需要医疗护理，无论其病情严重程度，以及此人是否避免做出任何敌对行为。[42]

此外，《评注》修订版探讨了尊重和保护伤者病者的义务最关键的一些方面，包括：在计划和实施攻击时将此类人员纳入比例性评估的考量范围，[43]明确禁止所谓的“死亡确认”或“双连击”，[44]及将医疗服务置于首位的一般义务。[45]另外，《评注》修订版还指出，在计划对军事目标发动二次打击时 (以及实施这种打击之前)，需考虑到攻击现场可能有赶到那里照顾伤者病者的平民和医务人员。[46]

最后，1949以来的数十年间，围绕一个对军事当局的行动具有重大意义的问题一直众说纷纭：军事医务人员、医疗队、医务运输是否可以配备武器，如是，受到哪些限制。《日内瓦第一公约》本身只有一处涉及这个问题：第22条第1款规定“(军队的) 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”的事实不得视为剥夺该医疗所或医疗队所享有之保护的一种情形。因此，公约对于这些医疗队可否装备武器完全没有规定。关于军事医务运输 (包括医用飞机) 的规定也面临同样的问题。最后，尽管上文引述的条文确认了军事医务人员可以配备武器这一原则，但其文字

42 同上，第1341–1351段。
43 同上，第1355–1357段。
44 同上，第1404段。这两个说法都是指故意向伤者开枪以确保伤者死亡。
45 同上，第1750段。
46 同上，第1749–1750段。

并未就可适用的限定条件 (如果有这样的限定条件) 做出任何说明，既未规定可供此类人员使用的武器的类型，也没有规定可以使用这些武器的情形。有关这一问题的法律在《第一公约》中是空白，对此《评注》修订版探讨了相关法律的发展历程，还从此类人员及交通工具有权展示《日内瓦公约》规定的特殊标志的角度，分析了军事医务人员、医疗队及医务运输如配备武器可能产生的影响。[47]

传播的责任

“皮克泰评注”主要反映了当时起草者的一种信念，即知识的传播本身就会促进人们对这套法律的尊重，但新版《评注》注意到，实证研究表明知识本身并不足以使人们认同某项规范，军事准则、教育、培训及装备、以及惩罚措施才是决定军事行动中武器携带者行为举止的关键因素。

《评注》修订版认为，国际人道法要真正有效，就绝不能将其作为一套抽象的、单独的法律准则来讲授，而是必须将之融入所有军事活动、培训和指令当中。这种融入应旨在启发和影响军队的文化及其根本价值观，以确保军事理论和决策过程在可能的范围内最大程度地体现法律思考及国际人道法的各项原则。[48]

对违法行为的刑事制裁

《第一公约》第49条规定了对违法行为的惩处及刑事制裁，1949年日内瓦四公约中均有类似规定。第49条的新版评注内容显著增加，以反映这一领域在过去数十年间的重要发展。尽管第49条评注的历史背景部分比1952年版本有所缩减，但《评注》修订版囊括了所有新出现的问题，如：概述各国如

47 同上，见第1862-1869段；第2005-2006段；第2393-2402段以及第2449段。

48 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edition, 2016, paras 2773–2776. For more on this, see: Andrew J. Carswell, "Converting treaties into tactics on military operations", *International Review of the Red Cross,* Vol. 96, Nos 895/896, 2014, pp. 919–942, available at: https://www.icrc.org/en/international-review/article/converting-treaties-tactics-military-operations; Elizabeth Stubbins Bates, "Toward effective military training in international humanitarian law", *International Review of the Red Cross,* Vol. 96, Nos 895/896, 2014, pp. 795–816, available at:https://www.icrc.org/en/international-review/article/towards-effective-military-training-international-humanitarian-law.

何在其国内立法中落实严重破约机制，分析了普遍管辖权的概念及各国对这一概念的解读。[49]对第49条的评注还包含下列内容：对第49条规定的严重破约机制是否发挥作用进行了审慎评估，对各国是否基于《日内瓦公约》起诉和/或引渡了战争罪嫌疑人作了分析，[50]探讨了国家元首豁免的概念[51]以及将严重破约机制延伸适用于非国际性武装冲突的可能性。[52]

国际刑法的发展，特别是前南斯拉夫国际刑事法庭、卢旺达国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭以及更近一些的国际刑事法院的判例法，使我们能够对国际人道法上适用于国际性及非国际性武装冲突的一系列禁止性规定做出更为精确的定义，例如：《第一公约》共同第3条及第12条中的禁止谋杀、酷刑、残伤肢体或上文提到的禁止生物实验。

一些相互交叉的问题

从性别视角诠释《第一公约》

《评论》修订版在相关部分描述了一项条款怎样在实际应用中以不同方式对女人、男人、女孩和男孩产生影响。旧版《评注》对女性“较为弱小，需要尊重她们的贞操与端庄”的描述已经不合时宜。[53]当然，旧版《评注》是当时的社会和历史背景的产物。但如今人们已经更深刻地认识到，女人、男人、女孩及男孩由于武装冲突可能以不同方式对其产生影响，因而有着各自特定的需求与能力。新版《评注》的相关条款反映了这种认识，并考虑到社会及国际法在性别平等问题上的发展。

除在修订后的《第一公约》第12条第4款的评注中专门论及妇女待遇问题之外，[54]《日内瓦第一公约评注》修订版中包含性别视角的例子还可见于对一些概念的讨论，如：共同第3条和第12条规定的人道待遇、不加以不利区别、照顾伤者病者的义务，[55]以及对《第一公约》第6、11、23、31条的评注。[56]

49 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, paras 2863–2867.
50 同上，第2857和2858段。
51 同上，第2872–2877段。
52 同上，第2903–2905段。
53 See J. Pictet (ed.), above note 15, p. 140.
54 ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, paras 1427–1429 and 1435.
55 同上，第553、578、766、1362、1373 、1395段。
56 同上，第966、1293、1931、2273段。

新技术

对国际人道法的当代解读要求我们在讨论适用特定条约规则时，必须考虑到新技术及其对战争的影响。

例如，现已普遍认可的一种做法是，除了用特殊标志标示医疗设施外，还可通过向其他各方通报全球定位系统 (GPS) 坐标来达到这一目的，或干脆取代特殊标志的使用。[57]GPS坐标还可以帮助识别人员身份及显示坟墓的确切位置。[58]

另一个例子是利用最快捷的通讯手段————电子邮件来传递信息。[59]在国际人道法要求发出警告时，电子邮件还可能被用来传达此类警告。[60]采用GPS坐标和电子邮件来加强《日内瓦公约》所规定的保护的做法并无争议，更具挑战的是将国际人道法适用于其它技术，在这方面往往仍会引发争论。《评注》修订版对这些挑战和当前的争论进行了探讨，如：将网络行动视为动用武装部队从而构成武装冲突的问题，[61]或利用无人机进行打击的问题与《第一公约》第15条规定的收集及照顾伤者病者的义务。[62]

这方面的最后一个例子是进行DNA采样的可能性，这为识别和收集伤者病者或死者的信息带来了新的机遇。《评注》修订版探讨了这些机遇，以及使用DNA采样和分析手段时必须采取的防护措施。[63]

与国家实践有关的特定问题

自1949年以来缺乏相关实践的领域

对国家实践及法院案例的审查表明，1949年以来，许多条款几乎或完全没有在武装冲突中发挥作用。新版《评注》指出了这一点并对此类情况下

57 同上，第775段和第2649段。
58 同上，第1577、1667、1713段。
59 关于利用电子邮件转送第16条规定的信息，见同上，第1593段和第1598段；关于通过电子邮件将批准或加入情况通告各国，见第3259段。
60 见同上，第1850段。
61 同上，第253-256段。
62 同上，第1491段。
63 同上，第1584、1661、1673段。

某项规则是否已遭废弃进行了评估。以《第一公约》第28、30、31条为例，这些条款规定了在哪些条件下可以关押落入敌手的军队医务人员、宗教人员以及志愿救济团体的工作人员。尽管在第二次世界大战期间，交战方长期扣押大量敌方医务人员，[64]但此类行为在1949年后的国际性武装冲突中非常少见。虽然《评注》认为规范扣押行为的条款仍然适用并与此问题相关，但研究表明，随着时间的推移，援引这些规则的国际性武装冲突越来越少。[65]另一个例子是将国内救济团体 (如：红十字会或红新月会) 的工作人员交由军队医务部门调遣。尽管这仍是一种可供选择的做法，但最近数十年并未出现此等情况，因此，关于此类人员、器材及身份识别的条款自1949年以来并未发挥十分重要的作用。[66]

另一个例子是《第一公约》第8条规定的委派保护国。尽管1949年的外交会议将保护国作为国际性武装冲突中《日内瓦公约》遵约情况监督系统的关键，但1949年以来的实践在这方面并无进展，在国际性武装冲突中委派保护国的做法已成为一种例外而非常规。1949年公约通过以来，已知的委派保护国的情形只在5个冲突中发生过。[67]从1949年以来实践的发展来看，似乎已经可以认为委派保护国的做法本质上只是一种备选方案。但这并不排除在未来的国际性武装冲突中仍有可能根据第8条委派保护国。[68]

适用某项条款的实践较少这一情况本身并不会导致该条款遭到废弃。废弃意味着一项条约规则不再适用或已经变更，我们不应轻易做出这样的结论。做出这样的判定必须符合严格的条件并须经各方 (至少是默示的) 同意，或是出现了与之相悖的习惯国际法规则。[69]尽管某些条款在过去60年里似乎没有得到广泛适用，但并无证据表明它们不再适用。

---

64 See J. Pictet (ed.), above note 15, p. 237.

65 关于医务人员被送回的较近的例子，见同上，第2610段。

66 见对第26、27、32、34、43条的评注。

67 已知的委派保护国的情形有：埃及与法英两国间的苏伊士冲突 (1956年)，法国和突尼斯争夺比塞大的冲突 (1961年)，印度和葡萄牙之间的果阿危机 (1961年)，印度和巴基斯坦之间的冲突 (1971年)，阿根廷和英国争夺福克兰/马尔维纳斯群岛的冲突 (1982年)，see ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edition, 2016, para. 1115.

68 见对第8条的评注，第H节。

69 See ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, paras 51–52 with further references.

未按公约条款本身加以适用的程序

研究表明，有关《日内瓦公约》中某些程序的国家实践并未完全按照《日内瓦公约》规定的模式，不过这些实践仍遵循了起草者所设想的这些机制的根本原则和基本原理。

国家实践表明，作为《第一公约》第11条规定的和解程序的一部分，斡旋在实践中的使用非常灵活，并不仅限于纯粹为了方便敌对方之间的联系而开展的活动。考虑到这种演变，以及第11条的人道目的，《评注》修订版对第1款提到的“斡旋”作了澄清，认为不应狭义理解这一用语，并允许采纳任何可能对受保护人员有利的外交动议。[70]

与之类似，《第一公约》第52条规定的调查程序迄今为止从未使用过。这并不意味着否定该条款的总体思路，即，对被控违反国际人道法的行为进行调查。相反，此类调查通常采用的形式是由国际社会倡议并在国际社会主持下，通过联合国系统内部的调查程序或通过作为国际刑事法庭工作内容之一的实况调查程序，进行正式调查。尽管1949年《日内瓦公约》规定的调查程序迄今未曾使用过，但《评注》修订版并未因此得出该条款已经作废的结论，一些专家仍然支持为加强对国际人道法的遵守，将该程序作为具有潜在吸引力的一种选择。[71]

背离条文字面意思的国家实践

研究显示，与某些条款相关的国家实践并未遵照条款措辞的字面意思，但仍遵循了该条款所依据的总体思路和根本原则。例如：《第一公约》第38条规定红新月 (或红狮与太阳) 标志的使用仅限于“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”的情形。从技术上讲，这就意味着1949年之后新出现或建立的许多国家在成为《日内瓦公约》缔约国时将无法采用除红十字之外的其他标志。但对国家实践的全面考察表明，并无国家坚持这一规则，这 (从本质上) 说明了一种信念，那就是特殊标志之间不应有等

70 关于“斡旋”一词在国际法上的定义以及对其认识的演变过程，see ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention,* 2nd edn, above note 11, paras 1282–1286.

71 同上，第3059–3064段。

级之分。[72]因此，《评注》修订版反映了包括红水晶在内的特殊标志之间的平等地位，2005年通过的《第三附加议定书》也确认了这一点。[73]

第8条 (关于保护国) 的解释上的变化也可以看作背离了对条文的严格解读。《公约》“之适用应与保护国合作并受其监察”的义务现已不再被视为一种义务，而是一种选择。[74]

结 论

修订《第一公约评注》所需的工作表明，时至今日该公约仍同其通过之时一样具有重要意义。尽管战争在不断变化，新的武器系统正在研发，但武装冲突的特征依旧是大量人员急需保护。《日内瓦公约》提供了这样的保护，这在今天仍具有极其重要的意义。

在确保对武装部队伤者病者的照顾和保护，以及在保护军事医务人员、医疗队和医务运输方面，《第一公约》至关重要。它对国内军事政策和程序的制定、对资源配置、培训及执行都产生了深远影响。红十字国际委员会基于公约规则，呼吁各国在武装冲突期间遵循伤者病者待遇方面的某些标准；包括这些规则在内的相关规则使红十字国际委员会能够在一线执行人道使命，并能够在武装冲突期间开展人道活动。

尽管如此，武装冲突仍继续带来苦难，虽然各国在1949年通过这四个经过修订的、并有部分全新内容的公约时，曾希望能够彻底消除这些苦难。对所有致力于减轻战争造成的人类苦难的参与方而言最大的挑战仍是：缺乏对这套法律的尊重。在努力促使各方尊重这套法律的过程中，《日内瓦公约》及其《附加议定书》的评注会是红十字国际委员会、国家、国际组织、法院及人道参与方重要的指导工具。

72 同上，第2547–2551段。

73 见2005年12月8日《关于采纳一个新增特殊标志的附加议定书 (第三议定书)》第2条。

74 详见对第8条的评注，第H节。

《日内瓦第一公约评注》修订版是红十字国际委员会将在未来几年中陆续出版的一系列评注修订版的第一部。目前正在进行有关保护武装部队中的伤者、病者和遇船难者（《第二公约》）、保护战俘（《第三公约》）、战时保护平民（《第四公约》）的研究。关于这些公约及其第一、第二附加议定书的评注修订版将在未来几年陆续出版。接下来是计划于2017年出版《日内瓦第二公约》评注修订版。